Ex libris, quos
R. D. Dr. Bernard. Ansems, Parochus
Cleve. 13. IV. 1851.
Bibl. monasterii Cist. Ref. Tegelen.
Rubr.
Repos.
Anno
Nr. 4301.
Hinsbeck. 12. VI. 19.
Monasterio nostro legavit
Retribuere dignare Domine

See 72 AHR (1967) 807 seq. Kelley

Lib folio gang

Duarenus
Lib. 529.114

Digitized by the Internet Archive
in 2012 with funding from
Research Library, The Getty Research Institute

http://www.archive.org/details/dfranciscidvaren00doua

D. FRANCISCI DVARENI I.C. CELEBERRIMI, OMNIA QVAE QVIDEM HACTENVS EDITA FVERVNT OPERA,

NON TANTVM PLVRIMIS IN DIGESTA ſeu Pandectas, & Codicem Commentariis, ac methodicis expoſitionibus, tam quæ ab ipſomet auctore in lucem datæ, quam quæ poſt eius exceſſum, vel inter eius membranas, & in Bibliotheca ſunt repertæ, vel ab eius intimis familiaribus exhibitæ, quas eo exceperant dictante, illuſtrata; verum etiam aliis ipſius in vtroq; iure relictis monumentis, vt ſub titulorum INDICE *videre licet, locupletata:*

Hoc vnico tandem comprehenſa volumine.

EDITIO, *vt poſtrema, ita & cæteris vmquam antehac alibi egreſſis, compluribus in locis, multo terſior, ac emendacior:*

Cum Indicibus titulorum, nec non rerum & verborum, locupletiſſimis.

FRANCOFVRTI,
Apud heredes Andreæ Wecheli,
Claudium Marnium, & Ioan. Aubrium:
M D XCVIII.

AD CLARISSIMOS ET PRVDENTISSIMOS VIROS IOAN. MATTHAEVM STAMLERVM REIPVB. AVGVſtanæ Senatorem, & Conradum Pium Peutingerum eiuſdem Aduocatum.

Nicolai Ciſneri Iuriſconſ. in opera Franciſci Duareni Præfatio.

QVANTA *Iuriſprudentiæ in ciuitatibus ac rebuſpub. omnis generis communiq; hominum vita, vis atque poteſtas ſit, nemo vel mediocri rerum vſu præditus ignorat. Itaque optandum eſſet, vt ex quibus iuris auctoribus, maximam partem legiſlationis ſuæ Iuſtinianus compoſuit: iidem integri nobis ſupereſſent. Vt enim Romani in aliis artibus ac ſcientiis, quæ ad Reipub. conſtitutionem, adminiſtrationem, conſeruationem, amplificationem, propagationemque pertinent, cæteros populos ſuperarunt: ſic & in excolenda æqui & boni arte omnibus gentibus præſtiterunt. Vnde & Iuriſprudentum nomen, quaſi Romanorum proprium fuit. Neque pragmaticorum eadem apud Græcos, quæ Iuriſconſultorum apud Romanos vel facultas, vel dignitas fuit. Itaque tantum, & libera Repub. & ſub dominatum principum redacta, tributum Iuriſperitis fuit, vt interpretationes eorum forique diſputationes, & reſponſa Iuris ciuilis nomen auctoritatemque obtinuerint. Vnde iidem ab ipſis etiam Imper. nunc iuris auctores,[a] nunc iuris conditores[b] appellantur. Itaque ſi horum ſcripti de iure libri extarent, ex iis colendæ tractandæque iuriſprudentiæ in omnibus illis partibus in quibus poſita eſt, exempla & auctoritatis pondere præſtantiſſima, & vtilitatis vbertate optima, & ad diſceptanda iudicia, reſque controuerſas decidendas, & ad actiones inſtituendas, componendas, & ad cautiones rerum gerendarum conficiendas, & ad interpretanda obſcura, ambigua, & dubia, vel in iure, vel in priuatorum conuentionibus, teſtamentis, diſpoſitionibus, & actis, & ad æquum bonumque reſpondendum petere potuiſſent, qui huic generi ſtudii ſe dediderunt. Nulla enim iuris ſcientiæ pars eſt, quam non ſcriptis illuſtrarint ſuis. Nam & ad leges, ſenatuſconſulta, edicta, orationes, & conſtitutiones principum, commentarios, & Digeſtorum, Pandectarum, regularum, differentiarum, & de publicis aliiſque iudiciis, de cognitionibus, de enucleatis caſibus pro tribunalium decretorum, actionum, interdictorum, & de teſtamentis, legatis, fideicommiſſis, ſtipulationibus, reliquiſque iuris articulis, quæſtionum, tum aliarum, tum publice tractatarum, diſputationum, opinionum, reſponſorum, epiſtolarum, & ſimiles libros reliquerunt. Omnium igitur rerum, quas Iuriſprudentia complectitur, exempla præclara, & formæ quaſi abſolutæ in iis ad imitandum propoſitæ fuerunt. Sed ſiue Triboniani culpa, ſiue hominum illius ſeculi negligentia, ſiue poſteriorum ætatum incuria, ſiue communi rerum humanarum fato, magno certe & reipub. detrimento, & veræ iuriſprudentiæ iactura accidit, vt ex*

[a] l. diui fratres. ff. de iure patro.
[b] l. nulla. C. de procurat.

egregiis illis ſummorum Iuriſconſul. monumentis, non ſolum pleraque omnino interierint, verumetiam quæ ad manus noſtras peruenerint, ſiue in Pandectas ſint congeſta, ſiue alioquin ex Pauli, Vlpiani, Caii operibus in hæc tempora ſeruata in Occidentis imperio aliquot ſecula in tenebris iacuerint: & cum ex iis emerſiſſent deprauata, mutila & inſtar tabularum nauis ex naufragio diſſolutæ in vaſto pelago diſiectarum diſſipata fuerint. Quocirca omnes Iuris ſtudioſi diligentiſſimis & doctiſſimis his viris maximas gratias agere debent: qui has ipſas reliquias in lucem reuocarunt, & vt à mendis erroribusque ac vitiis vindicarent, & quæ diſperſa, & in varios riuulos diuiſa fuerunt, commode coniungerent, ac ad ſuum quæque locum referrent, plurimum induſtriæ poſuerunt. Non faciam vt quas vtilitates ex ipſis fragmentis, præſertim quæ in Pandectis continentur, Iuris ſtudioſi percipere poſſint, multis commemorem: id enim nec loci huius eſt, nec inſtituti. Vt autem cæleſti quadam beneficentia, omnes fere artes & ſcientiæ barbarie ſuperiorum ſeculorum deformatæ, noſtra ætate ſuo nitori & dignitati maxima ex parte ſunt redditæ: ſic nonnulli in Italia, Germania, Hiſpania, multi vero in Gallia, & lectione Digeſtorum, aliorumque huiuſmodi fragmentorum excitati, & imitatione veterum accenſi, vt eorundem veſtigiis inſiſterent, rectumque eorum morem in interpretando ſequerentur, omni animi contentione incubuerunt. Quam viam ingreſſi ab Andrea Alciato Iuris in Academia Bituricenſi profeſſores, quo plus in eo genere profecerunt, propiusque ad puram & ſinceram illam ipſorum Iuris authorum rationem in explicando Iure ciuili acceſſerunt: eo maiorem laudem & veræ Iuriſprudentiæ deditorum comprobationem merentur. Ac in his, qui primum locum in tam præclaro inſtituto tenuerunt, ponendus merito etiam eſt Franciſcus Duarenus, cuius Commentarii veterem illum veræ Iuriſprudentiæ ſuccum ſapiunt, ſiue purum dicendi genus, ſiue artificioſam tractationem, ſiue accuratum iudicium ſpectauerimus. Fuerit autem ſecundus ab Alciato: triennio enim poſt eius diſceſſum ſe in illa ſchola Ius ciuile profiteri cœpiſſe, nec multo interiecto tempore Eguinarium Baronem collegam nactum in oratione quadam indicat, iiſque annis Commentarios de in litem iurando, de pactis, Anniuerſariarum diſputationum lib. I. & Apologiam de Imperio ac iuriſdictione edidit. Deinde intermiſſo hoc docendi Iuris munere, ad ampliſſimam regni Francici curiam Parienſem ſe contulit, vt ad vſum forenſem Iuris cognitionem aggregaret, non tam vt conſulentibus operam ſuam præſtando rem faceret, quam vt cum Iuris cognitione etiam exercitationem coniungeret. Poſtquam vero triennium iam in Baſilica verſatus eſſet, & interea Eguinarius Baro è vita diſceſſiſſet, amplo honorario ab illuſtriſſ. D. Margarita Francica Duce Biturigum, & eiuſdem ciuitatis magiſtratu reuocatus ad iuris gymnaſium, vt in eo primo loco ius profiteretur, cum ſe iam id conſecutum eſſe quod quæſierat, in foro cerneret, & tum odio ſophiſtices, quam in ea corruptione iudiciorum perſpiciebat, vt in literis ſuis ad Albaſpineum conqueritur, tum natura ad illud magis, quam ad hoc genus vitæ duceretur, exorari ſe paſſus eſt. Ac cum non modo ei à præſtantiſſima illa principe acceſſio ſtipendii fieret, ſed & honore conſiliarii eiuſdem, præfectique libellorum ornaretur: in eo officio, quoad vixit, perſtitit. Ante verò quam Lutetia rurſus Bituriges migraret, commentationes ſuas de iure Pontificio, quas de ſacris Eccleſiæ miniſteriis ac beneficiis inſcripſit, ad eandem Principem miſerat, & in eius nomine diuulgauerat. Reuerſus ad ſcholam, quæ viuo ſe excuſa ſunt, perpoliuit, & in lucem emiſit, veluti Scæuolam, commentarios in tit. Soluto matrimonio, & de verb. obligat. ſecundum librum Anniuerſariarum diſputationum, de iure accreſcendi libros duos, orationes item & epiſtolas aliquot. Atque hæc tantum ipſe abſoluit. Ex his verò, quibus ipſe extremam manum morte præuentus imponere non potuit, Martinus Treberius commen-

commentarium de iureiurando ex ſententia & voluntate Duareni, quam paucis ante obitum ſuum diebus declarauerat: deinde prælectiones ad leg. Falcid. Leotius Briauius, tum in conſuetudines Feudorum Ioannes Hauichorſtius typis excudi curarunt. Etſi vero Treherius narrat Duarenum Hugoni Donello collegæ ſuo, tantum illum de iureiurando Commentarium à ſe emendatum edendum commendaſſe: tamen non idcirco noluit reliqua à ſe ſcripta non exire in manus hominum, ſed iudicium adhiberi: vt quæ nomine ſuo digna non ſint, & auctoritatem minuere poſſint, eorum editio omittatur. Noui enim ipſimet Duareno animum fuiſſe, ex his quædam quæ nunc demum prælo ſubiecta ſunt, in lucem proferre, ſi reuidere ac recognoſcere potuiſſet. Ac cum hi, qui poſt Duareni obitum, præter illum de iureiurando, alios quos ſuprà commemoraui Commentarios excudi curarunt, gratiam à iuris ſtudioſis inierunt, in bonam quoque partem eos accepturos ſpero, quæ illis non ſunt inferiora, nec vtilitate cedunt. Eiuſmodi eſſe cenſeo Commentarios ad ff. lib. 4. 28 29. 30. Ad tit. 1. lib. 21. de rebus credit. ad tit. 2. libri 41. de acquir. poſſeſ. ad tit. 1. lib. 42. de re iudic. & ad lib. 4 Cod. Quare licet tractatus hi poſthumi ſint, nec tantum virium acceperint, ac qui æditi ſunt ſuperſtite parente, tamen cum repræſentent, & forma, & animo parentem, lucis eis vſuram concedendam, dignoſque eſſe qui educentur, & curentur, exiſtimaui: ac cum & præceptori bene de me merito, grati diſcipuli officium præſtare, & iuri operam dantiũ ſtudia adiuuare voluerim, etiamſi iis, qui & maiori iuris cognitione inſtructi ſunt, & de interpretationibus huiuſmodi Iuriſconſultorum rectius iudicare poſſunt, aliud de his Duareni libris emittendis, quàm mihi viſum fuerit, non tamen idcirco mihi vitio daturos ſpero, quòd bono animo hæc eius opera diuulgarim. Nam mihi perſuaſum habeo, me ex ſcholis & prælectionibus Duareni, ex quibus ab eo magnam horum Commentariorum partem excepi, multum in hoc ſtudiorum genere profeciſſe. Quare ita mihi cum Duareni prælectiones, tum in his antinomiarum diſſolutiones placuerunt, vt non modo eas, quibus interfui, diligenter exceptas cuſtodiuerim, ſed & alias quas vel ante meum aduentum, vel poſt diſceſſum noſtrates auditores annotatas, & in volumina redactas habebant, diligenter conquiſiuerim, & nulla ſumptuum ratione habita, deſcribendas curarim. Ac cum quædam ex iis nonnullis amicis communicaſſem, & ad Typographorum notitiam perueniſſet, mihi & plura & emendatiora quam aliis eſſe, multos iam annos à me contenderunt, vt ſibi ea typis imprimenda darem. Quibus hactenus negaui, propterea quod hanc operam & laborem eos ſuſcepturos ſperarem, quibus à Duareno id commiſſum audiueram. Quod enim ſcirem id illos omnium optime præſtare poſſe, turpe viſum fuit, eos hac in re anteuertere. Poſtquam vero ab iis multos iam annos nihil editum eſt, & quidam in vicinia, qui vix dimidiam partem eorum, quæ iam retuli, habebat, eaque ipſa vitioſa & manca, de iis ipſis imprimendis cum typographo quodam egiſſet, cui & ante tradiderat remiſſiones quaſdam imprimendas, quæ in lucem ſunt diuulgatæ, ſatius eſſe & exiſtimationi Duareni, & ſtudioſis melius conſultum ſum arbitratus, ſi potiora & integriora exirent, maximè quod alioquin in manibus multorum verſarentur. Itaque cum præter alios etiam Rouillius me, vt quæ mihi eſſent ex Duareni operibus ſibi communicarem rogaſſet, & multa ſe ante conquiſiuiſſe mihi ſignificaſſet, eiusque opera ipſemet Duarenus in excudendis ſuis præ cæteris vſus eſſet, eaque omnia ferè, quæ Duarenus ipſe à ſe perpolita edidit ab ipſomet accepta, accuratè, emendatè, & eleganter impreſſerit, vt omnibus iis, qui ea habent, notum eſt, nemini potius quæ habui, quam huic committere debui. Etſi vero, quæ ex Duareni ſcriptis luce digna non putarem, eidem Rouillio in Indice quem miſi, notaui, idque ex ſuperiorum expoſitione intelligi poſſit: tamen cum quæcunque in indicem illum retuleram, & à me ex Duareni ore excepta, & à librario quodam Bitu-

ricenſi Iuris ſtudioſo deſcripta, vt ſibi mitterem, à me petiiſſet: voluntati eius deeſſe nolui. Itaque omnia omnino, imo nonnullorum quorundam etiam Commentariorum bina aut plura exempla ad eum perferri curaui. Et cum ex literis eius animaduerterem, eum in his operibus publicandis doctorum quorundam, & in iure peritorum operam adhibere, quibus Duareni memoria & nomine nihil eſſet antiquius, eorum fidei & iudicio, omnem hanc poſthumam Duareni ſobolem credidi. In iiſdem autem literis ſpem mihi fecit Rouillius, horum induſtria ſe eodem cultu atque habitu hanc, quo priorem illam prolem curaturum ac ornaturum. Ad vos vero Ioannes Matthæe Stamlere, & Conrade Pie Peutingere quod attinet, cum eodem tempore vos vnà mecum cum aliis præſtantiſsimis Doctoribus, tum Franciſco Duareno Ius ciuile interpretanti in Biturigum auditorio operam dederitis, nec modo magni eorum in docendo viam & rationem feceritis, plurimumque Duareni lectionibus incubueritis: ſed ſub iis quoque magnos in Iuris cognitione progreſſus feceritis, in veſtro nomine hæc quæ ante hac excuſa non fuerunt apparere volui, tum vt non ſecus atque meæ, ſic veſtræ quoque erga illum ſit animi inductionis, & ſtudii documentum, tum vt mei erga vos amoris argumentum. Quæ enim tum inter nos contracta eſt amicitia, cum ſtudiorum cauſa Biturig. viximus, licet poſtea locorum & regionum diſtantia diſiungeremur, non tamen idcirco elanguit: ſed cum ego Peutingere, à te Lutetiam diſceſſiſſem, deinde ad Andes profectus eſſem, literis inter nos quibus de variis iuris quæſtionibus diſputauimus, culta fuit, nec veſtro in patriam reditu honorum incrementis & dignitatis acceſsione, quæ inter nos fuit animorum coniunctio, imminuta eſt, ſed firma conſtansque ſemper permanſit. Itaque cum vos amplißimus prudentißimusque ſenatus veſter, propter inſignes ingenii dotes, & præſtantes animi virtutes nomine ſuo legatos ad comitia à Cæſare & Imperii ordinibus ab hinc quinquennium hic habita, miſiſſet, poſt tot annorum interuallum humanißime me amicißimeque complexi eſtis. Ac tametſi alii quoque clari & excellentes viri, quibus cum mihi in Gallia vſus & conſuetudo fuit, legationis munere functi, veteris amicitiæ non fuerunt immemores, tamen ſumma veſtra erga me fuit beneuolentia. Quare hæc egregia in me voluntatis propenſio tantum ad illum priſtinum meum in vos animum affectionis adiecit, vt qui amore me erga vos vincat, nulli ſim conceſſurus. Neque enim ſatis vobis fuit me in ære veſtro eſſe, ſed magnis & præſtantibus viris ita me commendaſtis, vt ob iudicii veſtri de me teſtimoniũ, omnem mihi ſuam beneuolentiam detulerint. Ac tu quidem Stamlere hæc tua in me beneficia nouis ſubinde meritis cumulaſti. Cum enim præſtantißimæ reipublicæ tuæ cauſa, propter perſpicuam fidem, exploratam prudentiam, ſpectatam virtutem, multiplicem rerum vſum, excellentem autoritatem, interea aliquoties huc miſſus fueris, in ſummis occupationibus tuis nunquam prætermiſiſti, quin non modo amantißime me compellares, ſed aditum quoque ad aliorum virorum excellentium amicitiam pro ſingulari tua humanitate patefeceris, in quibus eſt Georgius Tradelius vir & Iuriſprudentiæ & eloquentiæ laude celebris. Itaque iamdudum conſtitui, oblata aliquando occaſione, grati animi erga vos mei voluntatem officio aliquo teſtificari. Hãc mihi nunc opportunitatem dari exiſtimaui, ſi quæ vnà mecum ex Duareni lectionibus excepiſtis ea (typis excuſa) veſtrum nomen circumferrent: Quod ſi igitur hac opera conſecutus fuero, vt quæ mea erga vos affectio, qui amor ſit intelligatur, aliquam me vobis gratiam ſi non retribuiſſe, at habuiſſe arbitrabor. Valete. Spiræ Calen. Aprilis.

M. D. LXXVIII.

EPISTO-

EPISTOLAE QVAEDAM FRANCISCI DVARENI IVRECONS. QVAS QVIBVSDAM COMMENTARIIS SVIS PRÆPOSVIT.

DE IN LITEM IVRANDO.

AMPLISS. VIRO FRANCISCO CRISPINO, DVCIS AVRELIANENSIS CANCELlario, Franc. Duarenus, S.

NON minus vere, meo iudicio, quam ſcite ſcripſit quidam, Felices eſſe eos quibus aut facere ſcribenda, aut ſcribere legenda, fauore numinis datum eſt. Sic enim ſtatuo, aut nihil vſquam beatum, aut beatiſsimos certe eos eſſe, qui præclaris, atq; eruditis literarum monumentis, communem hominum ſocietatem ſic iuuant, vt inde gloriam ſibi comparent immortalem. Quæ licet bonis viris per ſe expetenda non ſit, tamen recte factorum comes eſt, & virtutem, tanquam vmbra corpus, vltro ſequitur. Contra, miſeram ſemper, ac miſerandam eorum conditionem iudicaui, qui cum vix mediocriter in ſtudio bonarum diſciplinarum verſati ſint, continuo ſcriptitandis libris ingenij famam occupari ſolent. Hos ſiquidem iſtius inconſideratæ, temerariæque ambitionis ſuæ, eam mercedem crebro ferre videmus, vt ſapientum hominum, & cordatorum iudicio non modo pro doctis, ſed vix etiam pro ſanis habeantur. Porro hunc animi morbum cum ἐκ τῆς φιλαυτίας, atque ex nimia quadam impudentia naſci certiſsimum ſit, næ onus mihi graue impoſitum video, mei apud te, ſummum iudicem ingeniorum, tuique ſimiles, purgandi, quod huius libelli editione nunc ſim auſus naſutiſsimo huius orbis theatro meipſum exponere. Non enim adeo mei amans aut potius amens ſum, vt non cogitem, quam multa in hoc opuſculo grauiſsimi quiq; noſtri ordinis homines ſint deſideraturi: vt imperitum vulgus, & calumniatores mittam, aduerſus quorum venenum (vt Ariſtophanes ait) nullum poteſt ἀντίδοτον excogitari. Accedit etiam ad confidentiæ huius meæ exaggerationem, quod parum exploratis adhuc viribus, argumentum id tractandum ſuſceperim, cuius obſcuritas ea eſt, vt interpretum in hoc genere diligentiſsimi, nobiliſsimique deſperauerint ſeſe aliquam ei lucem adferre poſſe, idque editis libris ingenue teſtatum reliquerint. Quorum diligentiam ſuperare hoc velut noſtræ artis tyrocinio niti, quid aliud eſt, quam ἐν πίθῳ τὴν κεραμείαν μανθάνειν, vt eſt in vetere Græcorum prouerbio? Neque enim ætas mea, vel vſus, vel eruditio ea eſt, vt receptæ auctoritatis ſcriptorum in iure ciuili cenſura magnopere mihi conueniat: quam ſane, qui in ſtudiis doctrinæ ætatem omnem exegerunt, ſibi non audent arrogare. Præclare etenim Plato, Felicem eſſe dicebat eum, cui vel in ſenectute contigerit, vt veras opiniones aſſequi poßit: ſiquidem rarum eſt, vt quiſquam mortalium, etiam confecto vitæ curriculo, tam excellentis boni compos fiat. Sed quando hoc noſtrum qualecunq; opus, non inani oſtentatione ductus, neq; captandæ auræ popularis gratia publicandum duxi, ſed vt iuuenum ſtudia labore meo vtcunq; promouerem, idque de ſententia doctiſsimorum hominum, & grauiſsimorum à me factum eſt, magna mihi ſpes oſtenditur, honeſtam voluntatem, & conatum meum à viris bonis boni conſultum iri. Poſteaquam enim, te auctore, Legum interpretandarũ cauſa in hoc Gymnaſium publice accitus ſum, memini, cum iuris vtriuſq; profeſſoribus viſum eſſet, in collegium me ſuum cooptare, eamque ob cauſam ſolenni inſtituto publice de iure reſpondendi impoſita mihi eſſet neceſsitas, celeberrimum illum Mart. locum, ex lib. 4. Reg. qui ſub tit. De in litem iurando, in Pandectis extat, eiuſdem ordinis decreto mihi propoſitum fuiſſe. In eo igitur enarrando, cum omnes ingenij neruos intenderem, commentariorum ſyluam quandam in manus ſumpſi, iam tum à me collectam, cum Lutetiæ Pariſiorum Gul. Budæi liberis libros Pandectarum interpretarer. In iis Paradoxa quædam erant in tractatum Iudiciorum bonæ fidei, & Arbitrariorum ſtrictim annotata, quæ ego diffuſius explicare in animum induxi, cum vt rei ipſius nouitate, & ſubtilitate Iure ſtudioſos ad diſputandum elicerem, tum vel maxime, vt alieno magis, quam meo iudicio confiſus, pictoris Apellis exemplo, quæ in opere meo vitia notarentur, auſcultans, tandem ea, ſi videretur, emendarem. Quid multa? eam, me Hercule, non ſolum attentionem, verum etiam aſſenſionem noſtra hæc διατριβὴ mihi tum mereri viſa eſt, vt ſpem meam,

expectationemque vicerit. Quo nomine quanquam non mediocri gaudio efferebar, commentationeſque meas tantis viris probari triumphabam (aderat enim Iureconſultorum inſignium copioſus ſane numerus) eas tamen vt exire ſinerem, adhuc exorari non potui: ac famæ meæ fortaßis conſultius fuiſſet, etiamnum in eadem ſententia permanere. Creſcentibus enim annis, confirmatoque aßidua ac varia lectione iudicio, non dubito, permulta in ſcriptis meis eſſe, quæ expoliturus olim, ſi liceat, atque adeo iure immutaturus ſim. Siquidem δεύτεραι φροντίδες (vt aiunt) ſapientiores ſolent eſſe. Et hanc quidem ob cauſam editionem huius cõmentarij in tempus aliud non inuitus diſtuliſſem, ſi amicorum efflagitatio eam nõ expreßiſſet. Quia enim illi profuturam ſtudioſæ legem iuuentuti non confirmabant modo, ſed præſtabant etiam, ac fide ſua eſſe iubebant: ea re factum eſt, vt me, quod cupiebant, non nolle ſignificarem. Nam & horum omnium præter eximium in cenſendis huiuſmodi ſcriptis iudicium, fides certe, & candor animi ſic mihi perſpectus erat, vt neq; eos omnino falli opinione, neq; ab eis me eludi facile mihi perſuaderem. Illud quoque ad dubitationem meam, cunctationemque tollendam magnum attulit momentum, quod ſi ſtudiorum noſtrorum (quorum tu fautor, adiutorque maximus ſemper fuiſti) fructus aliqui iam exiſterent, ſi non vberes, atque maturi, ac certe quales fert adoleſcentia, eos tibi iure optimo deberi intelligebam: optabamq; identidem genus aliquod ſcriptorum meorum, vel cum aliqua exiſtimationis meæ iactura, inter manus hominũ verſari, quod ſummæ meæ erga te pietatis & obſeruantiæ argumentum, teſtimoniumque velut publicis perſcriptum tabulis eſſet. Etſi autem me non lateat ſcriptiunculas haſce noſtras amplitudine tua parum dignas eſſe, apud quem parietes ipſi, vt ita dicam, φιλολογώτερα loqui poſſe videantur, animos tamen mihi addidit ſingularis illa, quam tibi inſitam eſſe animaduerti, humanitas, vt nunc eas tibi offerre nihil verear, & qualecunque id eſt, quod ex animo grato, beneuoloque proficiſcitur, tibi non ingratum fore confidam. Porro autem huic libello criminatores non defuturos, animo, cogitationeque ſatis proſpicio. Itaque eum ad te hoc etiam conſilio potißimum mittere ſtatui, vt quaſi in fidem, atque clientelam tuam ſe conferat: ſicq; patrocinio tuo & authoritate, quam tu maximam meritißimo partam habes, defendatur. Cauſam igitur tibi delatam vt recipias, te etiam atq; etiam rogo: cui ſi es adfuturus, minore negotio (vt equidem ſpero) vim aduerſariorum frangere, calumniiſque eorum obſiſtere poterimus. Sin minus, qui tantam quæſtionem ſuſtinere ſolus potero? quandoquidem ea contra nos allaturi ſunt aduerſarij, quæ inficiari omnino vix poſſumus, quæq; in iudicio literatorum hominum criminoſa fortaßis habebuntur, duntaxat ſi ἀκριβοδίκαιοι ſeſe in hac cauſa præſtiterint. Apud æquiores vero iudices, maiore cũ fiducia cauſam dicturus ſum, te patrono, in cuius præſidio tantam ſpem collocaui, vt ne commentarium quidem noſtræ δικαιολογίας vllum tibi mittam. Quæ enim ad criminis ſiue remotionem, ſiue translationem faciant quis melius, aut ſubtilius te homine in dirimendis, atque iudicandis controuerſiis exercitatißimo, excogitauerit? cum præſertim mei conſilij ſumma iam à me tibi expoſita ſit. Vnum magnopere vereor, vt lectores paulo delicatiores probaturi ſint, quod bonam huius commentarioli partem in egreßionibus aliquot, quæ aut ſine incommodo omitti, aut breuius perſtringi poterant, conſumpſerimus. Quare faciendum mihi putaui, vt te admoneam aliquam huius facti rationem mihi conſtare. Quanquam enim mea ſit ratio, eſt, vt in enarrando Iure ciuili prolixis, verboſiſque commentariis, quales omnium fere interpretum adhuc ſunt, dilucidam breuitatem anteponam: tamen quia publicus, ac inueteratus mos id flagitabat, inuitus primum hanc vulgarem docendi viam ingreſſus ſum: deinde cum in progreſſu multa occurrerent ab interpretibus tractata, in quibus ipſorum diligentiam, & iudicium (vt dicam parcißime) deſiderarem, in eorum confutandis erroribus, tenebriſque diſcutiendis libenter expatiatus ſum, maxime cupiens id, quod grauißime Iſocrates monet: οὐκ ἐμμένειν τοῖς καθεστῶσιν, ἀλλὰ ἐπανορθοῦν, καὶ τολμᾶν ἀεί τι κινεῖν τῶν μὴ καλῶς ἐχόντων. Hinc facta ſunt τὰ πάρεργα πλείω τῶν ἔργων, vt dicitur. Mihi autem eo minus id vitio verti debet quod vtilia literis mandare conatus ſum, & non paucos Iuris ciuilis locos illuſtrare, qui adhuc vulgo male intellecti, magnam ei offuderunt caliginem. Id an aſſecutus ſim, quia meum non eſt iudicare, tuo, aliorumque iudicio, in quorum manus hæc peruentura ſunt, æſtimandum relinquo. Illud certe ſedulo à me vitatum eſſe cognoſces, ne in corrogandis vndique, ac ambitioſius commemorandis auctorum ſententiis, conſiliis, deciſionibus, eiſque, vt fit, interpolandis nimius eſſem. Nam etſi hac ratione commentarius noſter altero tanto auctior fieri poterat, & forte maiorem à vulgo gratiam conciliare: id tamen vt facerem, adduci non potui, quod huiuſmodi inutiles Rhapſodias (à quibus ſemper abhorrui) quibuſcunque ſanis hominibus diſplicere intelligam. Vale. Biturigibus Gallorum, quarto Calendas Aprilis,

1542.

EPISTO-

EPISTOLA

QVAM COMMENT. IN TIT. SOLVTO MATRIMONIO PRAEPOSVIT.

ILLVSTRISS. PRINCIPI MARGARITAE, HENRICI FRANCORVM REGIS SORORI, DVCI BITVRIGVM, FRANC. DVARENVS, CONSILIARIVS EIVSDEM ET libellorum Præfectus S. D.

VEREOR equidem, Hera, ne pudorem in me deſiderent aliqui, cum has commentationes meas à me diuulgari, idque in auguſtiſſimo nomine tuo intellexerint, qui ex eadem officina alias quaſdam ad te haud ita pridem de iure pontificio miſerim. Quam reprehenſionem omnino effugere, ſi ſummo iure mecum agatur, mihi perdifficile eſt. Verum ſpero me ſi minus liberationem culpæ, at errati certe veniam apud æquos iudices impetraturum eſſe. Nam etſi non inuitus fateor, hæc ſcripta mea adhuc rudia, & ἀδιόρθωτα eſſe, nec ſatis digna hominum eruditorum lectione, tamen res eſt huiuſmodi, vt ſine meo dedecore, & eius, cui præeſſe me voluiſti, ſcholæ incommodo, differri editio vix diutius, aut ne vix quidem potuerit. Non enim ſtudioſis iuuenibus, qui nobis operam dant, interpretantibus ius ciuile, viua ſufficit vox præceptoris, & ἔπεα, vt Homerus ait, πτερόεντα, niſi deſcripta quoq; habeant memoriæ cauſa, quæ à nobis ex ſuggeſto quotidie recitantur, & aures ipſorum præteruolare ſolent. Quamobrem, vt eorum voluntati morem gererem, aliquando ſcribentibus dictaui, donec ad extremum ſenſi, quam corrupta & mendoſa paſſim dictata mea circumferrentur. Qua ex re non multo aliter affectus animo ſum, ac Poeta ille, qui cum audiſſet, ſuos verſus à quibuſdam laterariis opificibus male recitari, lateres ipſorum comminuit dicens: Vos mea corrumpitis, ego veſtra. Itaque ex eo tempore dictandi conſilium prorſus abieci, ſperans fore, vt ita nomini meo, & exiſtimationi melius conſuleretur. Quod tamen ipſum ne hac quidem via conſequi potui: ſed quaſi fumum vitans, vt dicitur, in flammam incidiſſe mihi videor. Extiterunt enim ex ſtudioſorum numero ταχυγράφοι quidam, omnia, quæ ex ore noſtro exciderent, ſine delectu velociter excipere ſoliti, qui ea deinde in volumina, quaſi à nobis ſcripta eſſent, referebant. Cæteris, ſiue ſtudioſis, ſiue librariis, ea mox deſcribenda tradebantur, vt in omnium manus tandem facile peruenirent, & ea exſcriptio, communicatioq; à typographica editione non multum differret. Quare malui in eam peccare partem, vt lucubrationes meas vtcunq; recognitas ederem, quam vt quicquid palam recitantibus nobis ac docentibus à quouis forte oſcitante, aut alias res agente exceptum fuerit, verſari in manibus hominum pro ſcriptis noſtris ac monumentis ſinerem. Itaq; pictoris illius nobilis ratio & conſilium, qui diu ſe pingere dicebat, quod pingeret æternitati, cum meo nihil commune habet, qui hæc diſcipulis auditoribuſq; meis præcipue ſcribo, nec ea tam laborioſe, lente, faſtidioſe probo, examino, expolio, quam quæ ad ſempiternam poſteritatis memoriam conſcribuntur. Ac ſi nulla res alia vrgeret: tamen in apparatu, ornatuq; exquiſito, quem hæ commentationes ad docendum accommodatæ vix admittunt, multum operæ, temporiſque conſumere nolim. Mihi enim ad vtilitatem ſtudioſorum magis, quam ad ingenii oſtentationem ſpectanti, & curriculum conficere, in quod ingreſſus ſum, mature cupienti, placet veterum agricolarum exemplum, qui nihil minus expedire dictitabant, quam agrum optime colere. Ac fortaſſis hæc ſimplicitas noſtra ſine fuco, & nimia cura, atque arte, hominibus non ineptis gratior futura eſt: non aliter ac M. Varro, ea bellaria maxime mellita eſſe iudicauit, quæ mellita non eſſent. Denique paulo neglectius ſcribendo fit, vt ab huius temporis conſuetudine minus longe recedatur, cui aut ſeruiendum, aut indulgendum eſt. Sed hæc qualiacunque ſunt, ſtudioſis profutura

confidimus. Etenim pleroſque locos, diſpulſa erroris grauiſſimi nebula, in lucem proferre, eorumque ſenſum adhuc latentem aperire, ac patefacere conati ſumus: qui maximis erant tenebris circumfuſi & infuſcati ab Accurſianis Doctoribus, exercitatis quidem illis, & verſatis in differendo, ſed iis artibus, ac literis parum inſtructis, atq; politis, propter quas eruditi homines appellantur. Quæ vero in eorum commentariis horridiora, ſqualidioraque ſunt, alioqui forte non peſſima, dedimus operam, vt oratione noſtra, paulum niteſcerent, vtque enodatius aliquanto, & luculentius explicarentur. Atq; vtinam id ſimus aſſecuti, quod profecto de me affirmare nec auſim, nec velim. Sed alia de his alias. Iam vero iis occurrendum eſt, qui audacius à me factum dicent, quam aut humilitati meæ, aut amplitudini tuæ conueniat, quod hæc ad te ſcribere veritus non ſim. Nam ſi irriſus eſt à Siculis Hermodorus, neſcio quis, quod Platonis libros ſolitus eſſet eis venditare, quaſi pro mercibus verba importaret, ineptus ſane, ac ridiculus videri poſſum, qui non Siculis, aut imperitæ alicui multitudini, ſed tibi fœminarum omnium præſtantiſſimæ, ac præter tot egregia ornamenta etiam omni doctrina eruditæ, & excultæ, non Platonicos libros, id eſt, plane aureos, ac diuinos, ſed quales ab homine, vt exigui admodum ingenii, ita cupiditate incenſi veritatis indagandæ proficiſcuntur, nunc legendos offerre, ac in tuo nomine eos in conſpectum hominum proferre audeam. Verum facilitas, & humanitas illa tua admirabilis, in eos maxime, qui ſtudia, & bonas artes colunt, faciet, vt quod audacter agere videor, id non temere agam. Cui accedit peculiaris quidam tuus in me, nec vulgaris affectus: de quo me Neſtor ille tuus, id eſt, prudentiſſimus & eloquentiſſimus conſiliarius M. Hoſpitalis, ſæpenumero certiorem fecit. Huius enim ſtudii, animique in me tui multa indicia, ſignaque certiſſima habeo. Cuius generis eſt frequens tua de ſtudiis noſtris in clariſſimorum hominum cœtu oratio, & prædicatio, qua nihil poteſt honorificentius aut glorioſius mihi accidere. Præterea recens, nec ea mediocris, acceſſio pecuniæ in ſingulos annos mihi attributæ, in magnis ærarii anguſtiis & difficultatibus, quantam vim iudicii de me tui habeat, ſatis perſpicio. Equidem hac inſigni liberalitate tua magnopere lætor, non tam quod ea ſubleuetur tenuitas noſtra, quam quod talis principis iudicium de me cum ſingulari quadam laude coniunctum mihi videatur. Celebratur multorum literis ac libris, principum quorundam benignitas in viros literatos, vt Dionyſii in Platonem, Philippi in Theopompum, Alexandri in Ariſtotelem, Seueri in Oppianum, quorum hic pro ſingulis verſibus aureo donatus eſt à Seuero, ita vt carmina eiuſdem aurea vulgo appellarentur. At tanto ſplendidior eſt tua in nos beneficentia, quanto iis, qui talia beneficia contulerunt, ſuperior eſt, & omnibus eximiis dotibus ornatior, ego iis, qui acceperunt, rebus prope omnibus inferior. Hæc autem verboſius ad te ſcripſi, primum, vt oſtenderem, quod noſtrum de huius libri editione conſilium fuerit, meque à temeritatis crimine vindicarem. Deinde etiam libenter feci, vt propenſam tuam in bonos doctoſque homines voluntatem, iis, qui hæc aliquando lecturi ſunt, ſignificarem, ac declararem. Cum enim tibi ſim cordi, ob virtutum veluti quædam ſimulacra vmbraſque ſubobſcuras magis, quam virtutes, facile eſt iudicare, quid de te ſperandum ſit ab iis, in quibus ſumma ſunt ea, quæ vix in nobis mediocria conſpiciuntur. Nec vero vlla eſt ex tot, ac tantis, quæ in te elucent virtutib. maior, illuſtrior, ac diuinior, quam hoc perpetuum de probis, eruditiſque hominibus bene merendi ſtudium: nulla, quæ dignitatem & amplitudinem tuam magis ornet, atque augeat. Hinc delectus ille, & iudicium ſingulare tuum in Magiſtratibus, & honoribus imperii, ditioniſque tuæ mandandis, tanto commendabilius apud bonos & præclarius, quanto rarius eſt, ac prope inauditum hoc ſeculo: in quo nimis verum eſſe illud experimur, ἐν δ' τῇ τιμῇ ἠμὲν κακὸς, ἠδὲ καὶ ἐσθλός. Hinc hominum commoditates incredibiles velut ex fonte quodam profluunt, de quibus, vt plura dicam, locus non patitur. Finem igitur faciens, Hera ampliſſima, atque optima, Deum precor, vt te nobis, ac Reipub. ſaluam diu, & incolumem conſeruet. Vale. Auarici Biturigum pridie Calend. Iul. 1553.

EPISTO-

EPISTOLA

QVAM COMMENT. IN TIT. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS PRAEPOSVIT.

Clariſsimis viris, Magiſtratibus, Ecdicis, & Vniuerſo conuentui Scholaſtico, ciuitatis Valentinæ, Franciſcus Duarenus S. D.

QVo tempore cœpit me Typographus hortari, & vrgere, poſt abſolutam impreſſionem huius libri, vt epiſtolam ad ſe mitterem, qua recens opus, more temporibus noſtris vſitato, alicui dicaretur: commodum huc aduenit legatus veſter M. Comebus, acris iudicii, nec minoris doctrinæ Iuriſconſultus, qui mihi cunctanti & hæſitanti, omnem ſcrupulum exemit, ac ſuſtulit. Cum enim penderem animi, ac incertus eſſem, cui potiſſimum id inſcriberem, in tanto hominum bene meritorum de me, & mihi amiciſſimorum numero: ſubiit ilico mentem honoris officiique minime vulgaris, quod mihi per legationem veſtram detuliſtis, cogitatio. Nec dubitaui ex eo tempore, quin lucubrationem meam auſpiciis veſtris in lucem producerem, & hac ſaltem ratione, ſi forte alia non liceret, gratum & memorem erga vos animum teſtari deberem. Præclarum ſane, ac ſplendidum eſt, in nobiliſſima Galliæ ciuitate Valentia Ius ciuile profiteri, hoc eſt, in ipſo Iuriſprudentiæ domicilio Iuriſprudentiam docere, & in Iuriſconſultorum maxime illuſtrium huius memoriæ, Decii, Alexandri, Æmilii, aliorumve, quorum nunc viuentium nominibus parco, locum ſuccedere. Ad id munus ſolicitari me exigui tum ingenii, tum eruditionis hominem, iis præmiis, & conditionibus, quas ſuperbum, inſolenſque fortaſſis videatur, homini quamlibet excellenti doctrina prædito repudiare, quale quantumque ſit, facile quiuis iudicare poteſt. Ac tametſi commendari ſoleat regis Ageſilai regalis ſententia, non locum viris, ſed viros loco dignitatem conciliare, tamen locus à viris celebribus nobilitatus, auctoritatem, & ornamentum obſcurioribus, ac mei ſimilibus, nonnunquam adfert. Tantum igitur honorem mihi habitum ſimplicitatis meæ non eſt aut diſſimulare, aut extenuare velle; ac eo nomine tanto magis obſtrictum me vobis eſſe fateor; quanto idquod mihi decreuiſtis, amplius eſſe meritis meis agnoſco. Itaque dum enitor, elaboro, contendo, vt vobis morem geram cum bona heræ meæ Principis illuſtriſs. & vere heroicæ, diuinæque venia, cui & communi literatorum nomine, & meo etiam plurimum debeo: interim vobis hunc quaſi arrhabonem quendam propenſi mei in vos animi ac voluntatis mitto. Valete.

Auarici Biturig. menſe Iulio,

1554.

AD LECTOREM.

NOn ignorabam, Lector ſtudioſe, cum meam de verborum obligationibus commentationem literis mandarem, & poſt tot alios ſcriptores magni nominis ac celebritatis, in manus hominum egredi ſinerem, fore multos, qui grauiter hoc inſtitutum meum damnarent, ac reprehenderent. Quibus reprehenſoribus magna ex parte reſponſum à nobis eſt in aliis, quos iam edidimus, libris, ac in eo in primis, quem ad illuſtriſsimam Principem Magaritam nuper miſimus, De repetitione dotis, ſoluto matrimonio. Nam ſcripta noſtra, quamuis inchoata & rudia, primo quoquo tempore foras dari, quantum ad ſcholæ nobis creditæ commoditatem interſit, plenius ac fuſius in eo loco oſtendimus, quam vt hic repeti eadem & inculcari neceſſe ſit. Quod igitur ſemel cautum, exceptumque quaſi tabulis obſignatis volui, ne mihi fraudi ſit accelerata nimis commentationum mearum editio (vt more Iuriſconſultorum loquar) idem ego nunc omnibus, ad quos fortè ea res pertinebit, teſtificor, & denuncio. Huc accedit, quod cum nullus ſit liber Iuris ciuilis dignior, qui ſtudioſorum manibus legendo conteratur, tamen ingenti commentariorum (penè dixerim commentorum) mole obrutus verius, quam explanatus eſt: de quibus non inſcitè illud dici poteſt Callimachi Poetæ:

Ἀσσυρίου ποταμοῖο μέγας ῥόος, ἀλλὰ τὰ πολλὰ
Λύματα γῆς, καὶ πολλὸν ἐφ' ὕδατι συρφετὸν ἕλκει.

Nam plerique affectatione ſubtilitatis, & copiæ feruntur ὑπὸ τὰ ἐσκαμμένα, & in ſententia aliorum referenda, aut refellenda, magis quam in demonſtranda ſua, occupantur. Ac in tanto ſcriptitantium numero, tum veterum, tum recentiorum paucos reperias, qui non aut difficultate rerum, & quaſi ſalebris impediti ac retardati, aut labore defatigati, fractique, in medio ſpatio reſtiterint, nec inſtitutam abſoluerint interpretationem. Itaque, is mihi præclare operam poſuiſſe videbitur hoc tempore, qui de his rebus Latinè, dilucidè, & enucleatè diſſeruerit, nec morem eorum, & ſcribendi genus imitari in animum induxerit, quorum loquacitas aliquid habet argutiarum, ſed ieiunam, horridam, atque ineptam afferunt orationem, qua dedocentur iuuenes liberaliter eruditi, magis quam docentur, & à lectione ſtudioque debilitati, plerunque voluntatem diſcendi ſimul cum ſpe perdiſcendi, atque intelligendi abiiciunt. Vetus eſt illud, ἄλις δρυός, eorum, qui inuentis frugibus ſatis diu cibum à quercu petitum eſſe ſignificant. Sed multo verius id à nobis nunc poſſe dici facilè intelliget, quiſquis craſſam ſuperiorum temporum caliginem ac barbariem, quæ nulla in parte Iuris ciuilis, quam in hac, conſpicitur euidentius, cum luce iam nobis oborta, magno humani generis bono contulerit. Sunt enim ea, quæ hic vulgo diſputantur, ab iſtis Iuriſprudentiæ Magiſtris, & Doctoribus, vt maximis concertationibus agitata, & excuſſa, ſic ſuperuacanea ferè, & inania, ac odioſæ neſcio cuius, peruerſæque diligentiæ pleniſsima. Quorum exemplum, ſi ſequi voluiſſem in hoc opere, & non tantum quid mihi probaretur, ſed etiam, quid à ſingulis ſcriptoribus, qui propè innumerabiles ſunt, diceretur, vulgari more proſequi, obturaſſem os fortè minutis quibuſdam leguleis, qui ſimplicitatem noſtræ interpretationis deſpicientes, eam rei quam tractamus, dignitati & amplitudini non conuenire dicent, & in tale opus, quo nullum eſt illuſtrius, ac nobilius in Iure ciuili, quiddam ſcilicet magnificentius, & apparatus ſplendidioris, deſiderabunt. Nec vero mihi admodum difficile erat, qui viginti annos ipſos in Iure ciuili docendo interpretandoq; non paucos in iuriſdictione, & foren-

& forenſibus aduocationibus conſumpſi, omnes, quos vnquam legi, in hanc partem iuris interpretes, copia, & varietate rerum, ex aliorum ſcriptis, in quibus diu multumque volutatus ſum, ad pompam, vt fit, oſtentationemque collectarum ſuperare. Adderem & acumine ſubtilitateque in prauis opinionibus refellendis plerunque neceſſaria, niſi tarditas ingenii mei nota mihi eſſet, de qua ex ſcriptis noſtris facilè erit aliis iudicium facere. Sed multis, grauiſsimiſque rationibus adductus ſum, vt ea ingrederer via, qua facilius poſsint iuris ſtudioſi, quos inſtituendos ſuſcepi, ex fluctibus quæſtionum ac diſputationum emergere, & ad veritatem, quaſi in portum quendam pleno contendentes curſu, peruenire. Circumciſa enim, & amputata opinionum ſylua illa, de qua iam dixi, omnia ferè ſtudui purè, ſimpliciter, & perſpicuè explicare: quanquam de flore, & ornatu orationis ſolicitus non fui, quod res ſint eiuſmodi, vt non facilè poſsint, ac ne debeant quidem fortaſsis ἀνθηρογραφεῖσθαι. Placuit mihi ſemper in hoc genere illud Euripideum, σοφὸν τὸ σαφές: & aliud Ariſtophanis, ἀμαθέστερον πῶς εἰπὲ, καὶ σαφέστερον. Quid aſſecutus ſim, alij vel me nolente iudicabunt, ſed vix credituri, quantis difficultatibus illa, qua hæc legens fruetur, mihi conſtiterit facilitas. Non enim modici laboris aut induſtriæ eſt, locorum tot obſcurorum, & maxime difficilium ad explicandum, cuiuſmodi hic paſsim reperiuntur, propter limatam quandam rerum & verborum tenuitatem, breuis, & perſpicua declaratio, quæ non modò ad ſenſum auctoris intelligendum, ſed etiam ad effugiendas Sophiſtarum calumnias homini mediocris iudicij, & exercitationis ſufficiat. Ac tametſi non adeo φίλαυτος ſum, vt me ſtudioſis cumulate hic ſatis feciſſe exiſtimem, in tanto præſertim opere, in quo fas eſt obrepere ſomnum, vt Horatius ait: in eam tamen rationem, quæ mihi videtur optima, non leuiter me incubuiſſe, rerum æſtimator non iniquus, vt ſpero, iudicabit. Nec ideo hæc dico, vt iactitem induſtriam meam, ſed vt mihi æquiores ſint Lectores, nec ſuſpicentur, vt difficillima quæque, & maxime implicata (vt quidam faciunt, egregia ſcilicet arte, facilitatem ac breuitatem quam minimo pretio ſibi comparantes) tranſiliiſſe. Quædam prætermiſi, fateor, ab aliis non omnino inutiliter diſputata: non quod ea prorſus contemnenda eſſe ducerem, ſed quod alieno loco de iis diſſerere, nec prudentis hominis, nec recto iudicio præditi, eſſe arbitrarer. Non enim omni in loco omnia dicenda cenſemus, etſi alioqui bona atque vtilia videantur. Ac verè quidem, & rectè Anaxarchus, multam, variamque eruditionem non ſolum prodeſſe, ſed etiam plerunque obeſſe exiſtimat. Πολυμαθίη, inquit, κάρτα μὲν ὠφελεῖ, κάρτα δὲ βλάπτει τὸν ἔχοντα. ὠφελέει μὲν τὸν δεξιὸν ἄνδρα: βλάπτει δὲ τὸν ῥηϊδίως φωνέοντα πᾶν ἔπος, κἂν παντὶ δήμῳ. Sed hæc ſatis ſuperque, ad pertinaciores quoſdam, qui τὸν ἀρχαϊσμὸν ſuum mordicus adhuc retinent, Gryllo non diſsimiles illi, cui nulla ratione perſuaderi poteſt, vt è ſue rurſus homo fieri velit. Nam ne pluribus cum hoc genere hominum agam, poſt multas, quæ iam vulgatæ ſunt, diſputationes de eadem re noſtras, mouet me in primis τῶν πολλῶν, καὶ ἀγαθῶν approbatio inſtituti noſtri, eaque tam clara & illuſtris, vt nobis accurata defenſio contra iſtam barbarorum nationem vix neceſſaria videatur. Nec iam de adoleſcentium plauſu loquor lectiſsimorum & honeſtiſsimorum huius temporis: quorum admirabilis eſt in ſcholam noſtram concurſus, ſed de ornatiſsimis hominibus omnium ordinum, quos cauſæ noſtræ ſtudentes non obſcurè, fauenteſque ſæpenumero experti ſumus. Sed nullorum hominum pluris apud nos auctoritas eſt ac iudicium, quam qui literis elegantioribus, ac ciuili ſcientia inſtructi & exculti, tum forenſem, tum aulicam vitam egerunt noſtro tempore, vt credibile ſit eos, qui ad vſum hominum conferat, longè melius & certius, quam in vmbra otioque ſcholaſtico deliteſcentes, percepiſſe. In his numero Micha. Hoſpitalem, & Franciſcum Conanum: ac de ceteris tacens, vtrunque honoris cauſa nominatim appello, quod hic fato functus, præclaris in-

genii monumentis ſententiam de hac re ſuam poſteris teſtatam reliquerit: alterius non viuentis modo, ſed etiam vigentis ac florentis in republica, erudititiſſimæ lucubrationes ſumma apud omnes ſint in expectatione, quos abſoluta perfectaque ſcientia Iuris ciuilis cum eloquentia pari conſociata delectat. Itaque minus mihi nunc laborandum eſt, vt Iureconſultis politioribus, quales ij ſunt, quos nominaui, conſilium meum conatumque in re tam honeſta probem. Etſi neſcius non ſum, in his ſcriptis poſſe multa reperiri, in quibus aut limatius ſubtiliuſque iudicium, aut doctrina exquiſitior, aut cura diligentiaque impenſior ab eis deſiderabitur. Nam ſi mihi rem tantam experiundi voluntate magis, quam perficiendi ſpe aggreſſo, ignoſcent, vt ſpero, & opto, fauebuntque cordati & docti homines, inchoatum à nobis opus fortaſſis aliquando perpolituri, & abſoluturi: equidem haud infeliciter operam me ſtudiumque hic nauaſſe iudicabo. Atque vtinam prodeat tandem aliquando in lucem Andreæ Alciati plenus, vt coniicio, ac iuſtus commentarius, cuius exemplum manu deſcriptum, mihi ſuperiori anno Baſilienſium librariorum bibliothecas celeriter obeunti cum Bonifacio Amerbachio eximiæ virtutis & literaturæ Iuriſconſulto, oſtenſum fuiſſe recordor: quamuis ne caput quidem vnum ex eo legere, ſed quaſi per tranſennam ſtrictim id aſpicere tantum nobis licuerit. De aliis idem mihi in optatis eſt, ſi qui ſint, qui ad cognitionem, vſumque Iuris ciuilis, adiunxerint literarum ſcientiam, cum loquendi elegantia & nitore: qui diſtinctè, definitè, & explicatè dicere de quaque re didicerint: in quorum oratione nihil perturbatum ſit, aut tortuoſum, aut ſordidum, aut ineptum: in quibus ea ſit facultas, vt vel vna vocula clarius & vberius, quam barbari ſuperiorum ſeculorum infinitis libris & commentationibus, doceant. Quod cum in vniuerſo Iure ciuili expetendum, tum in hac parte, iudicio meo, maxime neceſſarium eſt. Nam ſi ipſius materiæ, cuius tractationem, & expolitionem requirimus, ducatur ratio, vtilitas ſane fructuſque eius diffunditur tam late, vt ceteris omnibus omnium conſenſu, præſtare & antecellere merito dicatur. Argumento illud ſit, quod hodie nullius contractus formula abſque ſtipulatione concipitur. Idemque priſcis temporibus fieri ſolitum fuiſſe, auctor eſt M. Varro, in libris de re Ruſtica. In quam ſententiam plura grauiſſime dicta mihi eſſe olim memini, à primo curiæ Pariſienſis Præſide, Ægidio Magiſtro, cum nos vir ampliſſimus, & omni laude cumulatus hortaretur, vt ſine vlla intermiſſione temporis, aureolum hunc de ſtipulationibus librum, in publico auditorio interpretaremur. Sed quid hinc commodi & vtilitatis percipi poſſit, longè melius profectò, & efficacius, quam ego vlla oratione, ac commendatione mea, homini impigro, & ſtudioſo ipſa tandem res oſtendet: ad quam nunc poſt longiuſculam præfationem accedimus.

AMPLIS-

AMPLISSIMO VIRO MICHAELI HOSPITALI, CONSILIARIO REGIO IN CVRIA PARISIENSI FRANCISCVS DVARENVS S. D.

MVLTIS de cauſis à me factum eſt ampliſſime, & doctiſſime Hoſpitalis, vt commentariolum quendam noſtrum ad Scæuolam tibi nunc mitterem, ac legendum offerrem. Sed hæc præcipua fuit, quod partim ex literis ad me tuis, partim ex aliorum ſermone intellexi, te vehementer deſideraſſe, cum hic nuper eſſes, me Ius ciuile docentem publicè, ac interpretantem audire. Id quod profectò nobis exoptandum magis, quam tibi fuit. Verum neſcio quis Deus te citius hinc abripuit, quam vellem; & hanc nobis fœlicitatem inuidit. Nam etſi adeo impudens non ſum, vt iudicium tuum non reformidem: ac veluti ſpectante Roſcio quodam in ſcena geſtum agere non verear: non tamen id mihi tam metuendum, opinor, fuit, quam optabilis, expetenduſque mihi videtur fructus, quem ex iudicio illo tuo acerrimo percepturum me confidebam, ſi tum adeſſe tibi licuiſſet, cum in ipſo publicæ profeſſionis initio Scæuolæ reſponſum ita interpretatus ſum. Ita namque oblatum mihi argumentum tractaui, vt receptis opinionibus valere iuſſis, noua pleraque nec in vulgus forte ſatis adhuc intellecta, huc attulerim. Sed quia in re lubrica præſertim, & periculi plena, falli, & errare poſſum: nec ego is ſum, qui in nouis iſtis commentationibus meis valde mihi confidam: nihil ſanè commodius præſentia tua mihi tum contingere potuiſſe iudico: vtpote cuius doctrina, conſilio, monitis adiutus, & edoctus, errata mea peruidere, ac emendare facilius potuerim. Cum igitur congreſſu tuo mihi neceſſario carendum eſſe viderem, & tam in hac re mihi conſulere, quam tuo deſiderio quoquo modo poſſem obſequi in animo haberem, de commentatiuncula mea ad te abſentem mittenda, ſtatim cogitare cœpi. Sed fortè fortuna accidit, vt ὑπομνήματα noſtra, in quibus aliquid ea de re ad memoriæ ſubſidium conſcripſeramus, inter chartas noſtras minime reperirentur. Ac fortaſſe in itinere, & migratione noſtra (quod facile factu fuit) vel ſubrepta à quopiam ſunt, vel caſu aliquo interciderunt. Quod cum moleſtè ferrem, & meam lucubrationem periiſſe dolerem, ecce tibi ex ſtudioſis iuuenibus nonnulli ſcripta quædam ſua opportunè admodum proferunt, in quibus tam accuratè, & fideliter excepta comperimus, quæ a nobis recitata fuerunt omnia: vt nec Cornuto veſtro, nec priſcorum temporum Notariis cedere viderentur. Ea igitur legens diligenter, & excutiens, paucis quibuſdam immutatis, atq; correctis, hunc, quem ad te mitto, libellum, breui tempore contexui. Quod ideo adſcripſi, quia parum preſſum, ac nimis redundans forte genus orationis, quo hîc contra morem noſtrum vſi ſumus, te admiraturum ſuſpicabar. Fateor multa hîc reſecari ſine vllo incommodo potuiſſe, quæ in ſuggeſto mihi iuuentutem docenti exciderunt: ſed vt nos quaſi in diſcipulorum noſtrorum cœtu diſſerentes, ac verba funditantes quodam modo audire poſſis: quod tibi in optatis eſſe aliquando ſignificaſti, hæc ad te paulò verboſius, ac rudius deſcripta mittere voluimus. Etſi autem oneris aliquid tanto viro imponere nec auſim, nec debeam, tamen diſſimulare non poſſum, me nihil magis cupere, quam vt à te noſtra hæc lucubratio lecta, atque expenſa, tandem doctrina, iudicioque tuo limatior exeat. Auctores enim quidam hic nobis ſunt, vt eam edi in lucem patiamur, quo iuris ſtudioſi iuuenes (quorum in manus peruentura eſt) de ſcholæ huius ſtatu, ad quam me nuper inuitum penè, & reluctantem reuocaſti, facilius admoneantur. Quod tamen niſi te approbante permiſſuri nunquam profectò ſumus. Ea ſiquidem eſt mea de tua excellenti eruditione, iudicio, prudentiaque opinio, vt nihil vnquam neq; pręclarius, neq; felicius mihi accidere poſſe arbitrer, quam ſi te conſiliorum omnium moderatore vti Dei opt. max. benignitate concedatur. Nec dubito quin pro tua ſingulari in nos, ſcholaſticumque noſtrum conuentum voluntate, & ſtudio

quicquid nobis vſui poterit eſſe, ac ornamento, id libenter & cupidè curaturus ſis. Ac, vt de me taceam, quanti ſcholam ipſam facias, & quantopere eam complectaris, tu non ita pridem haud obſcurè declaraſti, cum ad eam conſtituendam Illuſtriſ. D. Margaretæ Franciçæ auſpiciis, omnem operam induſtriamque tuam vnà cum Albaſpineis fratribus viris ornatiſſimis hic conferres. Nec eo ſanè contentus, quò teſtatior eſſet honeſtiſſima tua voluntas, & affectus, ſæpe conuentibus publicis tum docentium profeſſorum, tum iuuenum inter ſe diſſerentium, & altercantium interfuiſti. Qua in re ſummorum, ampliſſimorumque hominum exemplum ſecutus es, qui hunc honorem ſtudiis olim habuiſſe leguntur. Cicero cum præturafungeretur, Antonii Gniphonis, qui Grammaticam profitebatur, domum frequentauit. Pompeius confecto Mithridatico bello, intraturus Poſidonii domum, fores à lictore percuti de more vetuit, & faſces, vt quidam ait, lictorios ianuæ ſubmiſit is, cui ſe oriens, occidenſque ſubmiſerat. M. Antonius Imp. ad Apollonii philoſophi ædes diſcendi cauſa non rarò ſe contulit. Ceteros commemorare ab vltima antiquitate repetitos, non eſt neceſſe, cum præſertim ad te ſcribam, quo nullus hoc tempore antiquarum rerum peritior habetur. Spero autem fore, vt ſicut eos, quorum modo fecimus mentionem, æmulari hac in re pulchrum duxiſti: ita hoc tuum exemplum, vt clariſſimi ſua tempeſtate viri, celebret aliquando, & ſibi ad imitandum proponat poſteritas. Quamobrem in hoc noſtro conuentu nomen tuum velut hominis eximiè de literis noſtris ciuilibus meriti, in maiore, quam vnquam antehac fuit gratia & gloria nunc eſſe ſcito. Multa quidem in his locis antea de tua præſtanti doctrina, & virtute iactata fuerant: non enim ſplendor virtutum tuarum occultari ſe patitur. Sed magis ferè nos mouent, atque afficiunt, quæ perſpicimus ipſi, & experimur, quam quæ ex ſermone tantum alieno, & fama cognoſcimus. Noli igitur exiſtimare eos, qui ſtudia hic ciuilia colunt, mediocri perfuſos lætitia fuiſſe, cum Hoſpitali creditam eſſe ſcholam ſuam intellexerunt, cum illum ipſum Hoſpitalem præſentem oculis ſuis contemplati ſunt: quem vt veræ, germanæque Iuriſprudentiæ Antiſtitem quendam ab omnibus prædicari, & extolli non ignorabant, & à quo Ius ciuile generatim deſcriptum, & in antiquam dignitatem, maieſtatemque ſuam reſtitutum fuiſſe crebrò ante illud tempus inter ipſos auditum fuerat. Parumne gratum, quæſo, ac iucundum ipſis fuiſſe putas iudicium illud tuum de Iuris docendi ratione, quæ hic primum inſtituta eſt, & in hanc vſque diem non infœliciter perſeuerat? Actum enim iam eſſe de Sophiſtarum, Barbarorumque hominum natione (cum qua diu nobis hic certamen fuit) eo ſibi perſuadent, quod Dux tam ſtrenuus tandem nobiſcum ſuas copias coniunxiſſe videatur. Nam hoc præclaro, illuſtrique teſtimonio ſcholam noſtram dignatus es, vt nuſquam gentium tanta cum dignitate Iuriſprudentiam tractari diceres, ac libere profitereris. Nec vero vllis ſumptibus parcendum eſſe ſtatuiſti, vt idonei profeſſores huc accerſantur, qui extrema cum primis contexere poſſint, nec ab ea, quam hic iam ingreſſi ſumus, via deflectant. Quare hoc veluti ſigno quodam nobis omnibus ad bene ſperandum de ſtudiis ciuilibus ſublato effeciſti, vt omnium oculi iam in te coniecti ſint: nec quicquam adeo rarum eximiumque ſit in hoc genere, quod nunc à te non expectetur. Quo nomine ordo noſter primum, deinde ſtudioſa iuuentus, qua vix vſquam moderatiorem, & ad recta ſtudia propenſiorem meo iudicio reperias, gratias tibi immortales agit. Quid dicam amplius? Parietes mehercule gymnaſii ipſius gratias tibi agere geſtiunt, quod præſentia tua tantopere exornaſti, & in quo Ciuilis ſapientiæ officinam illam, quæ non multos ante annos exædificata hic fuerat, ſed fato neſcio quo propemodum collapſa, fulciendam ac reſtituendam curaſti. De me autem ſic habeto, cum multos vbique habeas amicos, auctoritate, gratia, opibus multò, quam ego ſim, ſuperiores, & beneficiorum magnitudine coniunctiores, tamen nemini me conceſſurum homini, qui aut ardentius te diligat, aut maiore cultu, veneratione, obſeruantia proſequatur. Vale. Biturig.

Idibus Decemb. anno

1550.

TITVLORVM DIGESTORVM, SEV PANDECTARVM, ET CODICIS, QVI HOC VNICO VOLVMINE EXPLICANTVR.

DE iuſtitia & iure pag.1.
De origine iuris 4,b
De legibus, Senatuſconſultis, & longa conſuetudine 5
De conſtitutionibus principum 8,b
De ſtatu hominum 10
De iis qui ſunt ſui vel alieni iuris 11
De adoptionibus & emancipationibus, aliiſque modis, quibus patria poteſtas ſoluitur 12
De rerum diuiſione & qualitate 15
De ſenatoribus 15,b
De officio conſulis 17,b
De officio præfecti prætorio ibid.
De officio pręfecti vrbi 18
De officio quæſtoris ibid. b
De officio prætoris ibid.
De officio præfecti vigilum 19
De officio proconſulis & legati ibid.
De officio præfecti auguſtalis 19,b
De officio præſidis 20
De officio procuratoris Cæſaris vel rationalis ibid.
De officio iuridici Alexandriæ ibid.b
De officio aſſeſſorum ibid.
De iuriſdictione 21
Quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur 30,b
Si quis ius dicenti non obtemperauerit 31
De in ius vocando 32
Ne quis eum, qui in ius vocatus eſt, vi eximat 33,b
Qui ſatiſdare cogantur, &c. 34
Si ex noxali cauſa agatur ibid.b
De eo per quem factum erit quo minus quis in iudicio ſiſtat 35,b
Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperauerit 36
De feriis & dilationibus ibid.b
De dilationibus 37
De edendo ibid.
De pactis 38
De tranſactionibus 61,b
De poſtulando 66,b
De his qui notantur infamia 67,b
De procuratoribus & defenſoribus 68,b
Quod cuiuſque vniuerſitatis nomine, &c. 72,b
De negotiis geſtis 73
De calumniatoribus ibid.b
De in integrum reſtitutionibus 74
De eo quod metus cauſa geſtum erit 76
De dolo malo 79
De minoribus viginti quinque annis 83
De filiofamilias minore 89
De fideiuſſoribus minorum 90
Si tutor vel curator interuenerit 91
Si in communi eademque cauſa in integrum reſtitutio poſtuletur 92,b
Si aduerſus rem iudicatam reſtitutio poſtuletur 93,b
Si aduerſus venditionem 95,b
Si aduerſus venditionem pignoris 96,b
Si aduerſus donationem 98,b
Si aduerſus libertatem ibid.
Si aduerſus tranſactionem vel diuiſionem in integrum minor reſtitui velit 100,b
Si aduerſus ſolutionem à tutore, vel à ſe factam 101,b
Si aduerſus dotem 102,b
Si aduerſus delictum ſuum 103,b
Si aduerſus vſucapionem 105,b
Si aduerſus fiſcum 106
Si aduerſus creditorem 107
Si minor ab hæreditate ſe abſtineat 108,b
Si vt omiſſam hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem, vel quid aliud acquirat 109,b
In quibus cauſis in integrũ reſtitutio neceſſaria non eſt 110,b
Qui & aduerſus quos in integrum reſtitui non poſſunt 112
Si minor ſe maiorem dixerit 114,b
Si ſæpius in integrum reſtitutio poſtuletur 115,b
De his qui veniam ætatis impetrauerunt 116
Si maior factus ratum habuerit 117
Vbi & apud quem cognitio in integrum reſtitutionis agitanda ſit 119
De reputationibus, quæ fiunt in iudicio in integrum reſtitutionis 120,b
Etiam per procuratorem cauſam in integrum reſtitutionis agi poſſe 121
In integrum reſtitutione poſtulata ne quid noui fiat ibid. b
De capite minutis 122
Ex quibus cauſis maiores viginti quinque annis in integrum reſtituuntur 124,b
De vxoribus militum 126,b
De reſtitutione militum, & eorum, qui reipublicæ cauſa abſunt 127,b
De temporibus in integrum reſtitutionis tam minorũ quam aliarum perſonarum quæ reſtitui poſſunt, quam etiam hęredum eorum 133,b in fin.
De alienatione iudicii mutandi cauſa facta 136
De receptis, qui arbitrium receperunt vt ſententiam dicant 139
Nautæ, caupones, ſtabularii, vt recepta reſtituant 150,b
De iudiciis, & vbi quis agere vel conueniri debeat 153
De inofficioſo teſtamento 171
De ſeruitutibus 187
De ſeruitutibus vrbanorum prędiorum 192
De ſeruitutibus prædiorum ruſticorum 196
Communia prædiorum, tam vrbanorum quam ruſticorum 199
Si ſeruitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur 200,b in fin.
Quemadmodum ſeruitutes amittantur 203,b in fin.
De iureiurando 205
De in litem iurando 215,b
De probationibus 217
De fide inſtrumentorum, & amiſſione eorum 237,b
Plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur 239
De teſtibus, tam ex Pandectis, quam ex Iuſtinianeo Codice ibidem,b
Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur 242
De nuptiis 243,b
De dotibus & dotium iure 250,b
De donatione propter nuptias 252,b
De ſponſalitia donatione 253
De pactis dotalibus ibid. b
De dotali fundo ibid.
De donatione inter virum & vxorem 254
De diuortiis 255
De tutelis 295
De teſtamentaria tutela 296
De confirmando tutore 297,b
De legitimis tutoribus ibid.
De tutoribus & curatoribus datis ab his qui ius habent, &c. 298,b
Qui petant tutores vel curatores, & vbi petantur 299,b
De adminiſtratione & periculo tutorum & curatorum 300,b
De authoritate tutorum 303
Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere poſſint 304

De ſuſpectis tutoribus ibid.b
De excuſationibus tutorum 305,b
Si tutor vel curator 307
Vbi pupillus educari vel morari debeat ibid.
De tutelis & rationibus diſtrahendis ibid.b
De contraria tutelæ,&c. 308,b
De eo qui pro tutore proue curat.negot. 309
Quod falſo tutore autore ibid.b
De fideiuſſoribus & nominatoribus tutorum ibid.
De magiſtratibus conueniendis 310
De rebus eorum qui ſub tutela,&c. ibid.b
Si maior factus alien.fact.&c. 311,b
De curatoribus furioſo,prodigo,& aliis,&c. ibid.
Qui teſtamenta facere poſſunt 312
De hæredibus inſtituendis 335,b
De liberis & poſthumis hæredibus inſtituendis 341
De iniuſto,rupto,& irrito facto teſtamento 365,b
De vulgari & pupillari ſubſtitutione 372,b
De conditionibus inſtitutionum 411
De iure deliberandi 422,b
De militari teſtamento 427
De acquirenda vel omittenda hæreditate 434
Quemadmodum teſtamenta aperiantur, inſpiciantur,& deſcribantur 468
Si quis omiſſa cauſa teſtamenti ab inteſtato, vel alio modo poſſideat hæreditatem 470,b
De ſenatuſconſulto Sillaniano & Claudiano, quorum teſtamenta ne aperiantur 473
Si quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit 476,b
De iure codicillorum 477,b
De legatis & fideicommiſſis 478
Ad legem Falcidiam 552
De bonorum poſſeſſione 575
Quando non petentium partes petentibus accreſcant 577
De bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas ibid.b
De bonorum poſſeſſione contra tabulas 578
De legatis præſtandis,contra tabul.bonor.poſſ.petita ibid.b
De bonorum poſſeſſione contra tabulas liberti teſtamenti 579
De coniungendis cum emancipato liberis ibid.
De ventre in poſſeſſionem mittendo ibid. b
Si à parente quis manumiſſus ſit ibid.
Vnde liberi ibid.
Vnde legitimi 580
Vnde cognati ibid.
De ſucceſſorio edicto ibid. b
De Carboniano edicto 581
Vnde vir & vxor ibid.b
De collationibus ibid.
De operis noui nuntiatione 583
Prælectiones Franc. Duareni in eundem titulum de noui operis nuntiat. 588
De damno infecto 602
De aqua pluuia arcenda 605
De publicanis & vectigalibus & commiſſis 606,b
De donationibus 608
De donatione cauſa mortis, & quæ ſit mortis cauſa donatio, & mortis cauſa capio 609,b
De acquirendo rerum dominio 610
De acquirenda vel amittenda poſſeſſione 613,b
Alter commentarius Franc. Duareni in eundem tit.de acquiren. &c. 615
De vſurpationibus & vſucapionibus 654,b
In eundem tit.alter commentarius Franc.Duareni 656,b
Pro emptore 663
Pro hærede ibid.b
Pro donato ibid.
Pro derelicto 664
Pro legato ibid.
Pro dote ibid.
Pro ſuo ibid. b
Pro ſoluto ibid.
De re iudicata 665
Eiuſdem in eundem tit.methodica partitio 700,b
De confeſſis 702,b
De ceſſione bonorum 705
Quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur ibid.b
De rebus auctoritate iudicis poſſidendis,ſeu vendendis 704
De priuilegiis creditorum ibid.
De ſeparationibus 704,b
De interdictis ſeu extraordinariis actionib. quæ pro his competunt 705
Quorum bonorum ibid.b
Quod legatorum 706
Ne vis fiat ei,qui in poſſeſſionem miſſus erit ibid.
De tabulis exhibendis ibid.
Ne quid in loco ſacro fiat 706,b
De locis & itineribus publicis ibid.
Ne quid in loco publico vel itinere fiat ibid.
De loco publico fruendo 707
De via publica, & ſi quid in ea factum eſſe dicatur, & de via publica & itinere publico reficiendo ibid.
De fluminibus, ne quid in flumine publ. ripaue eius fiat,quo peius nauigetur. Et ne quid in flumine public.fiat, quo aliter aqua fluat atque vti priore æſtate fluxit ibid.
De vi & vi armata 707,b
Vti poſſidetis 708,b
De ſuperficiebus ibid.b
De aqua quotidiana & æſtiua 709
De riuis 709,b
De fonte ibid.
De cloacis ibid.
Quod vi aut clam ibid.
De remiſſionibus 710
De precario ibid.
De arboribus cædendis 710,b
De glande legenda 711
De libero homine exhibendo ibid.
De liberis exhibendis, item ducendis ibid.
Vtrubi 711,b
De migrando ibid.
De Saluiano interdicto ibid.
De exceptionibus,præſcriptionibus,& præiudiciis 712
De exceptione rei iudicatæ ibid.
De diuerſis temporalibus præſcriptionibus, & acceſſionibus poſſeſſionum 713
De litigioſis ibid. b
De obligationibus & actionibus ibid.
De verborum obligationibus 720
Duareni libellus qui inſcribitur Scæuola, interpretationem continens cuiuſdam Ceruidii Scæuolæ reſponſi, cap. 122. tit. ſuperioris 790
Eiuſdem in eundem tit.de verborum obligationibus,partitio methodica 795
De ſtipulationibus ſeruorum 799
De duobus reis conſtituendis 808
De fideiuſſoribus & mandatoribus 809
De nouationibus & delegationibus 810,b
De ſolutionibus & liberationibus 811,b
De acceptilationibus 813,b
De prætoriis ſtipulationibus 814
Rem pupilli vel adoleſcentis ſaluam fore ibid.
Iudicatum ſolui ibid.
Rem ratam haberi & de ratihabitione 815
De priuatis delictis ibid.
De furtis 816
De tigno iniuncto 817
Si quis teſtamento liber eſſe iuſſus fuerit ibid.
Furti aduerſus nautas 817,b
Si familia furtum feciſſe dicatur ibid.
Arborum furtim cæſarum ibid.
Vi bonorum raptorum, & de turba 818
De incendio,ruina,naufragio,rate naue expugnata 818,b
De iniuriis & famoſis libellis ibid.
De extraordinariis criminibus 820,b
De ſepulchro violato 821
De concuſſione ibid.
De abigeis 821,b
De præuaricatoribus ibid.
De receptatoribus 822
De furibus balneariis ibid.

De effra-

De effractoribus & expilatoribus ibid.
De crimine expilatæ hæreditatis 822,b
De crimine ſtellionatus ibid.
De termino moto 823
De collegiis & corporibus ibid.
De popularibus actionibus 823,b
De publicis iudiciis 824
De accuſat. & inſcriptionibus ibid.b
De cuſtodia & exhibitione reorum 825,b
Ad legem Iuliam maieſtatis 826
Ad legem Iuliam de adulteriis 827
Ad legem Iuliam de vi publica & priuata 829
Ad legem Corneliam de ſicariis 829,b
Ad legem Pompeiam de parricidiis 830,b
Ad legem Corneliam de falſis, & de Senatuſconſulto Liboniano 831
Ad legem Iuliam repetundarum 832,b
Ad legem Iuliam de annona 833
Ad legem Iuliam peculatus, & de ſacrilegis, & de reſiduis ibidem.
Ad legem Iuliam de ambitu 834
Ad legem Fabiam de plagiariis ibid.
Ad Senatuſconſultum Turpillianum, & de abolitionibus criminum 834, b
De requirendis reis 835,b
De quæſtionibus 836
De pœnis 836,b
De pœnis damnatorum 838
De bonis eorum qui ante ſententiam mortem ſibi conſciuerunt, aut accuſatorem corruperunt ibid.b
De interdictis, relegatis, & deportatis 839,
De ſententiam paſſis & reſtitutis ibid.
De cadaueribus punitorum 839,b
De appellationibus & relationibus 840
Quis à quo appelletur ibid. b
Intra quod tempus appellandum ſit 841
De iure fiſci 841,b
De Iureiurando 859
De in litem iurando 873,b
Si certum petatur 876
De ſuffragio 895
De prohibita ſequeſtratione pecuniæ ibid.b
De condictione ob cauſam datorum 896
De condictione ob turpem cauſam 900
De condictione indebiti 902
De condictione ſine cauſa 917
De condictione furtiua 918
De condictione ex lege 920
De condictione triticiaria 920,b
De obligationibus & actionibus 921
Vt actiones & ab hæredibus & contra hęredes incipiant 922
Ne vxor pro marito, vel maritus ꝓ vxore, vel mater pro filio conueniatur ibid.
Ne filius pro patre, vel pater pro filio emancipato, vel libertus pro patrono, vel ſeruus pro domino conueniatur 923
An ſeruus ex ſuo facto poſt manumiſſionem teneatur 923,b
Quando fiſcus vel priuatus debitoris ſui debitores conuenire poſſit vel debeat ibid.
De hæreditariis actionibus 924
Ex delictis defunctorum in quantum hæredes conueniantur ibid.
De eo quod certo loco dari oportet ibid.
De conſtituta pecunia 928
De probationibus 934
De fide inſtrumentorum 941
Plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur 945
De teſtibus ibid.b
De commodato 951
De actione pignoratitia vel contra 958
De exercitoria actione 967,b
Ad leg. Rhodiam de iactu 971
De inſtitoria actione 973,b
Quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicetur 977
De peculio 978
De tributoria actione 981
Quod iuſſu 982,b
De in rem verſo 983
Ad Senatuſconſultum Macedonianum 983,b
Ad Senatuſconſultum Velleianum 985
De non numerata pecunia 990,b
De compenſationibus 993
De vſuris & fructibus, & cauſis, & omnibus acceſſionibus, & mora 996, b
De nautico fœnore 1002
Depoſiti vel contra 1005,b
Mandati vel contra 1009,b
Pro ſocio 1014
De contrahenda emptione 1017
Quæ res vendi non poſſunt, & qui vendere vel mercari vetantur 1018,b
Quæ res exportari non debeant ibid.
De Eunuchis ibid.
De patribus qui filios ſuos diſtraxerunt ibid.
De in diem addictione 1020
De lege commiſſoria ibid.b
De ſeruis exportandis 1021
De hæreditate vel actione vendita 1022
De reſcindenda venditione, & quando liceat ab emptione diſcedere 1024
De periculo & commodo rei venditæ 1024,b
De actionibus empti & venditi 1025,b
De iuris & facti ignorantia 1213,a
De euictionibus 1215,b

Horum titulorum exegemati præter D. NICOLAI CISNERI *præfationem (844. pag.) annexa ſunt eiuſdem Franc. Duareni,*

Diſputationum anniuerſariarum Libri II. 1027
De iure accreſcendi Lib. II. 1075
De iuriſdictione & imperio Apologia aduerſus Eguinarium Baronem Iureconſult. 1097
De ratione docendi diſcendique iuris epiſtola 1100
De plagiariis & ſcriptorum alienorum compilatoribus 1105
In conſuetudines feudorum commentarius 1118
De ſacris eccleſiæ miniſteriis ac beneficiis Lib. VIII. 1145

FRAN-

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI

IN PRIMAM PARTEM PANDECTARVM, SIVE DIGESTORVM, METHODICA ENARRATIO.

DE VARIIS IMPERATORIS NOMINIBVS.

CAPVT PRIMVM.

Varia nomina imperatoris Iuſtiniani & illorũ cauſa.

HVIVS operis auctor eſt Iuſtinianus, vt ex inſcriptione apparet, in qua varia eiuſdem nomina, ac tituli leguntur. In primis dicitur Imperator, quo nomine ſignificatur ſummus orbis terrarum principatus: etſi quondam duces belli parta victoria à militibus ita appellarentur, vt ſcribit Dion in Auguſto. Deinde Cæſar dicitur, vnde Cæſares dicti ſunt omnes Imperatores à Iulio Cæſare, à quo imperium cœpit, non ab Octauio, auctore Dione. Spartianus tamen in Vero ait, Cæſarem dici eum qui deſignatus eſt Imperator, ac ſucceſſor imperij: quo ſenſu in libris noſtris aliquando accipitur, vt in l. 6. §. vlt. D. de iure fiſci. & l. etſi excepta. C. de malefi. Dicitur Alamannicus, Gotthicus, Anticus, &c. Quæ à deuictis gentibus nomina ſumpta ſunt. Auguſtus, quaſi ſacroſanctus & veneratione dignus vocatur, vt ſcribunt Dion, & Suetonius in Auguſto: σεβαστός à Græcis dici ſolet. Iiſdem nominibus ornatur in præfatione Inſtitutionum.

CAP II.

De inſcriptione Pandectarum, item Digeſtorum.

INſcribuntur hi libri Pandectæ, quòd omnem iuris doctrinam contineant, vt Iuſtinianus ait in tertia conſtitutione de confirmatione Digeſtorum. Quod genus inſcriptionis magnificum, & ambitioſum olim à quibuſdam habitum fuit, vt ſcire licet ex Plinio in præfat. nat. hiſto. Gellius lib. 13. cap. 9. & lib vlt. ad fin. Atque ita ex noſtris Vlpianus, ac Modeſtinus libros quoſdam ſuos inſcripſerunt. Quorum exemplum non immeritò hic ſecutus eſt Iuſtinia. cùm reuera hoc σύνταγμα, omnis æquitatis, iuſtitiæ, doctrinę, eruditionis receptaculum, ac veluti quidam theſaurus ſit. Ac ſicut Cicero in lib. de Orat. librum duodecim tabularum anteponit omnibus philoſophorum bibliothecis, ita ego affirmare non dubitauerim, nullum hodie librum cuiuſcunque artis ac diſciplinæ, ſiue Græcum, ſiue Latinum extare, qui tantam rerum bonarum & vtilium copiam complectatur. Itaque iure mihi videntur in epigrammate Græco libri hi comparati eſſe clypeo Herculis, cuius meminit Heſiodus in libro, cui titulus eſt ἀσπὶς τοῦ ἡρακλέως. Vt enim in clypeo Herculis magna erat varietas rerum inſignium depicta: ita in his libris ingens rerum cognitu dignarum copia & varietas deſcripta reperitur. Digeſta etiam hi libri inſcribuntur: quia Iuſtinianus (cum ei diſpliceret veterum librorum multitudo & confuſio) ex eis hoc opus concinnauit, & in certos libros, tractatuſque digeſſit ac diſpoſuit, vt eſt in prima Codicis conſtitutione. §. cumque. in præfat. Inſtit. Quod & Iulius Cæſar longo ante Iuſtinianum tempore facere ſtatuerat, vt auctor eſt Suetonius. Alciatus in Parergis dicit Iuſtinianum id præſtitiſſe his libris, quod Cicero facere aliquando cõſtituerat, id eſt, ius ciuile in artem redegiſſe. Quod equidem affirmare, ac defendere nolim. Cicero quidem rationem docet Ius ciuile in artem redigendi, lib. 1. de Oratore. Et citatur à Gellio liber eiuſdem de iure ciuili in artem redigendo, lib. 1. cap. 22. Eſtque hæc eius ſententia, vt primùm in certa genera ius digeratur: deinde vt ea genera in certas ſpecies, ac veluti membra diuidantur: poſtremò, vt propria cuiuſque vis definitione explicetur. Ac genera quidem ipſa non malè videtur notaſſe Iuſtinianus: ſed ſub ſingulis titulis rhapſodia quædam eſt carens arte, quæ artificis ingenioſi ac periti operam induſtriamque deſiderat: quo in genere quoſdam ex noſtris æqualibus operam multam ponere accepimus. Verùm propter nonnullorum impudentiam ac ſtultitiam odioſa iã cœpit eſſe Artis appellatio in iure ciuili, non minus quàm Methodicorũ tempore Galeni. Quidam enim fanatici prorſus homines extiterunt hoc tempore, qui cum ſint ἀμεθόδευτοι, & adeò ignari bonarum artium, vt quid ſit ars interrogati, vix habeant quod reſponſuri ſint: tamen iuris artem magnificè nobis polliceri audent. Præterea ius enucleatum vocatur hoc opus ab auctore, in prima ſui Codicis conſtitutione ad finem, quòd quemadmodum nucleus ex putamine educitur, ita quicquid vtile, ac fructuoſum erat in veterum ſcriptis, collectum, & in hos libros redactum ſit, & optima ratione & methodo diſpoſitum & traditum.

Pandectarum iuris præſtantia.

Cur libri iuris Digeſta vocentur.

Iuſtinianus ius ciuile in certos libros ordine digeſſit.

CAP. III.

Ad conſtitutiones Iuſtiniani Pandectis præpoſitas προλεγόμενα.

IN Pandectis Florentinis tres hic extant præfationis loco conſtitutiones Iuſtiniani, quarum prima & tertia etiam in Codice eiuſdem habentur ſub tit. de veteri iure enucl. Prima conſtitutione mandat Triboniano vt ex veteris iuris auctorum libris has Pandectas componat. Tertia ad Senatum ſcripta eſt poſt confectionem Pandectarum, quæ totius operis diuiſionem, ac diſpoſitionem cum quibuſdam aliis complectitur. Secunda, quæ ad doctores iuris, ſiue (vt Iuſtinianus ipſe loquitur) anteceſſores ſcripta eſt, rationem docendi iuris præſcribit. Ex duabus primis conſtitutionibus obſeruanda eſt hiſtoria iuris, quod à Iuſtiniano compoſitum eſt: eſt enim vtilis ad cognoſcendum diſcrimen veteris ac noui iuris. Codex igitur Iuſtiniani ex veterum principum reſcriptis, & conſtitutionibus primùm à Iuſtiniano editus eſt, anno Chriſti 529. imperij eiuſdem ſecundo, Decio conſule ſolo. Anno autem tertio, Iuſtinianus mandauit componi Digeſta & In-

Quo tempore Codex Iuſtiniani editus eſt.

Quo tempore compoſita ſunt, ac edita Inſtitutiones & Pandectæ Iuris. Codex Iuſtiniani enarratus & emendatus.

ſtitutiones, Lampadio & Oreſte Coſſ. quæ ſeptimo anno, Iuſtiniano ipſo tertiùm Conſule, in lucem exierunt. Octauo anno, id eſt, Iuſtiniano, & Paulino Coſſ. (vt docet Funiculus in ſua Chronologia, quæ nonnihil tamen ab Holoandro diſſentire videtur) Codex, qui antè editus fuerat, renouatus eſt, atque emendatus. Et conſtitutiones, quæ poſt primam editionem interim factæ erant, id eſt, ab anno ſecundo imperij Iuſtiniani vſque ad octauum, eidem Codici inſertæ ſunt, vt apparet ex titulo Codicis de emend. Iuſtin. Cod. Nouellæ conſtitutiones longo pòſt tempore editæ ſunt, veteri iuri derogantes, quæ tenendæ & obſeruandæ ſunt. Ex ſecunda conſtitutione notanda eſt diſpoſitio, ac diuiſio totius operis, quæ eſt in ſeptem partes, & quinquaginta libros. Et quod obiter Iuſtinianus ait, ſe ad artem numerorum reſpexiſſe in ſeptem partes ius vniuerſum diuidendo, id ex veterum ſuperſtitione ortum videtur, qui credebant diuinitatem aliquam ac religionem ineſſe numero ſeptenario: de quo apud Macrobium in ſomnio Scipionis, & Gellium lib. 3. c. 10. Nec diſſimile eſt, quod idem Iuſtinianus ſcribit in Nouella conſtitutione 105. de ſeptem proceſſibus Conſulum. Mirum autem videtur pleriſque, quòd Iuſtinianus hîc numerum verſuum exprimat, ex quibus conſtant libri Pandectarum. Sed hic mos veterum fuit, quod vel ex Diogene Laertio cognoſci poteſt in vita Ariſtotelis, Theophraſti, & aliorum philoſophorum, & ex Plinio lib. 30. c. 1. & Galeno de nat. huma. & de anato. adminiſt. Verſus hîc accipe, membra orationis integra, vel periodos, quæ Hieronymus in Ruffinum, verſuum cola vocat: quod etiam animaduertimus lib. 2. Diſp. c. 6. Annotandum eſt præterea, compoſitores harum Pandectarum, tametſi nomina iuriſconſultorum ſingulis capitibus præpoſuerint, vt intelligeretur quid ex quoque ſumptum eſſet, tamen multa eorum ſcriptis adieciſſe, atque detraxiſſe: vt hodie, quæ fuerit veterum ſententia, ex his libris certò cognoſcere non poſſimus. Illud præcipua animaduerſione dignum eſt, quod Iuſtinianus ſcribit, nihil contrarium in hoc Pandectarum volumine reperiri, ſi quis ſubtili animo diuerſitatis rationem excutiat, ſed eſſe aliquid nouum inuentum, vel occultè poſitum, quod diſſonantiæ querelam diſſoluit, & aliam naturam induci, diſcordiæ fines effugientem. Idq; mandauerat curari à compoſitoribus ipſorum Pandectarum prima conſtitutione, his verbis: *Nulla in omnibus prædicti Codicis membris antinomia aliquem ſibi vindicet locum: ſed ſit vna concordia, vna conſequentia, aduerſario nemine conſtituto.* Sed de libris Digeſtorum vtroque in loco Iuſtinianus loquitur, in quibus nullam antinomiam reperiri: tametſi veterum Iuriſconſultorum contrariæ, & pugnantes interdum eſſent ſententiæ, ex quorum libris confecta ſunt hæc Digeſta. His autem, qui non ſatis triti ſunt in horum centonum, ex quibus Pandectæ compoſitæ ſunt, lectione, non mirum eſt pleraque videri contraria, & pugnantia eſſe, cum eruditorum aliud ſit iudicium. Nam in gemellis idem accidere videmus, quos diſcernere non poteſt quiſquam, niſi cum eis aſſiduè moratus ſit: adeò mira eſt plerunque ſimilitudo. Dubitandum autem non eſt, quin Nouellæ conſtitutiones contrariæ interdum huic Iuri ac derogantes reperiantur: idemque de iis eſt dicendum, quæ à ſecundo anno imperij Iuſtiniani poſt primam Codicis editionem factæ, & anno octauo Codici renouato inſertæ ſunt, vt antè diximus. Cognoſcuntur autem ex eo quòd ſubſcriptæ ſunt Lampadio & Oreſte Coſſ. vel, poſt Conſulatum Lampadij, & Oreſtis. Et quia eædem conſtitutiones inſertæ ſunt libris Inſtitutionum, conſequens eſt, & eos quoque libros iuri in Pandectas relato derogare. Id enim oſtendit Iuſtinianus his verbis: *Admonuimus autem eos, vt memores etiam noſtrarum ſint conſtitutionum, quas pro emendatione iuris promulgauimus, & in confectione Inſtitutionum, eandem emendationem ponere non morentur.* In Pandectis verò componendis non adeò ſolliciti fuerunt de eiuſmodi nouis conſtitutionibus, vt nihil ex eis omittere vellent: quoniam id non fuerat eis diſertè mandatum. Cùm enim Inſtitutiones conficiendæ eſſent ex vniuerſo iure, par erat & earum conſtitutionum rationem haberi, quæ recens à Iuſtiniano factæ fuerant. At Pandectas componi præceperat Iuſtinianus ex Iuriſconſultorum tantùm libris: tametſi permitteret eis aliquid addere, vel detrahere pro ipſorum arbitrio: quod & factum ab eis nonnullis in locis fuit, vt antè admonuimus. Itaque mirum non eſt, ſi pleraque in Pandectis reperiantur nouis iſtis conſtitutionibus contraria, ac repugnantia: cùm in mandatis non haberent (vt diximus) vt per omnia eas conſtitutiones ſequerentur. Et conſultius exiſtimabant, ſtudioſos ad earum Conſtitutionum lectionem reiicere, ex qua cognoſcerent, quid abrogatum eſſet, quàm ſcrupuloſius ſingula excutere in libros Digeſtorum redacta, & ea ad nouas conſtitutiones accommodare, quod ſanè operoſum, ac difficile eis futurum erat. Poſtremò notandum eſt, non licere his Pandectis vllos commentarios applicare: idemque & ſuperiore conſtitutione vetitum eſt. Nam etſi abſque interpretatione non poſſit ius conſiſtere. l. 2. infrà de origine iuris, tamen vtilius viſum eſt, nullam interpretationem in literas referre, ne varietas opinionum tandem confuſionem ac perturbationem magnam afferat. Non igitur interpretatio, ſed ſcriptio tantùm, quæ Pandectis adhiberetur, hîc prohibita eſt. Tertia conſtitutio, quæ formam rationemq; docendi iuris, & præterea alia quædam ſingularia continet, non difficilem habet explicationem.

Septenarius numerus ab antiquis & ab ipſo Iuſtiniano obſeruatus.

Cur Iuſtinianus numerũ verſuum exprimat quibus conſtant libri Pandectarum.

Nihil contrarium in Pandectis reperitur.

Elegans ſimilitudo a gemellis, ducta.

Vetat Iuſtinianus commentarios Pandectis applicare.

Ius abſq; interpretatione cõſiſtere nõ poteſt.

IN DIGESTORVM, SEV PANDECTARVM LIB. I.

TIT. DE IVSTITIA ET IVRE.

CAP. I.

IN hoc initio traduntur veluti quædam Inſtitutiones iuris. Eſtque Philoſophica planè hæc diſputatio. Nam etſi Iuriſconſulti ſoleant τὸ ὅτι inquirere magis, quàm τὸ διότι: tamen hîc cauſæ & fontes aperiuntur, ac docentur: & explicantur res, quarum cognitio ei, qui daturus eſt iuri operam, ſummè neceſſaria eſt, videlicet quid ſit ius, quid ius naturale, gentium, ciuile, prætorium: quę fortaſſis leuia admodum ac tenuia quibuſdam videri poſſunt, ſed reuera hæc ſunt elementa iuris, & fundamenta maximarum, grauiſſimarumque diſputationum: ſicut in Geometria punctum, linea, ſuperficies, &c.

CAP. II.

Quid ſit ius, iuſtitia, & iuriſprudentia.

Varia verbi iuris ſignificatio.

HVius verbi ſignificatio varia eſt. Interdum enim ſignificat quicquid iuſtum eſt, ſiue natura ſit inſitum, ſiue conſtitutione aliqua propter communem hominum vtilitatem introductum: interdum pro loco accipitur, in quo ius redditur: vt cum dicimus in ius vocare. Sunt & aliæ ſignificationes, quæ variis ex locis colligi poſſunt, vt l. pen. & vlt. hîc. l. 1. inf. à de rer. diuiſ. & Inſt. de reb. corp. Cum autem dicimus iuri operam dare, aut ius profiteri, artem boni & æqui intelligimus: id eſt, collectionem quandam præceptionum ad bonum & æquum pertinentium. Et hæc collectio ius dicitur, à iuſtitia: quia bonũ & æquum tractare, ſiue exercere, eſt iuſtitiã colere, quæ cõſtans eſt, ac perpetua voluntas ius ſuum vnicuiq; tribuendi. l. 1. iuſtitia. hîc. Iuriſprudentia verò eſt, huius artis cognitio, quam ideo Vlpian. in d. l. iuſtitia. hîc. ait iuſti, atque iniuſti ſcientiam eſſe. Quod autem ſcribit idem eodem loco, iuriſprudentiam deſcribens, eam eſſe diuinarum atque humanarum rerum ſcientiam, eò pertinet, vt intelligamus nullam eſſe rem, ſiue diuinam, ſiue humanam, quam Iuriſconſultus non tractet, quæque ad ciuilem ſcientiam non pertineat. Ideo merito Ariſtoteles ἀρχιτεκτονικὴν. Alii aliter intelligunt, ſed mihi videtur Vlpianus ad materiam quam tractamus, hîc reſpexiſſe. Vt autem clarius explicetur definitio iuris, animaduertendum eſt, bonum, & æquum hic accipi pro benigniore & humaniore interpretatione iuris, quæ ſcripto comprehenſa non eſt: quam ipſe Ariſtoteles ἐπιείκειαν vocat lib. 5. Ethico. Cùm enim nulla lex ita ſcribi poſſit, vt omnia quæ quandoque inciderint, complectatur (quod contingit non ex legis, aut legiſlatoris vitio, ſed ex ipſius rei natura, vt idem Ariſtoteles ait) neceſſaria eſt ars, quę nos doceat, quemadmodum hoc vitium emendare poſſimus, & ad bonum, & æquum legem quamcunque ſcriptam redigere. Quo pertinet poetæ vulgò notũ diſtichon:

Quomodo ius hic accipiatur, & huius definitio.

Iuſtitia & iuriſprudẽtia definitio.

Lex omnis ſcripta ad bonum & æquũ redigẽda.

Iudicis auxilium ſub iniqua lege rogato:
Ipſa etiam leges cupiunt vt iure regantur.

Nec

Nec mirandum eſt poetam his verbis vſum fuiſſe, cum Ariſtoteles ipſe ſcribat ἐπιείκειαν eſſe ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου, id eſt, emendationem iuris. Non enim credendum eſt cuiuſuis id eſſe, ſed artificis tantùm periti ac eruditi, ideſt, iuriſconſulti. Hinc Cicero laudat Seruium Sulpitiũ, quòd ea, quæ proficiſcebantur à iure ciuili, ſemper ad æquitatem referret, Philip. 9. & Caium Aquilium, quòd iuris ciuilis rationem nunquam ab æquitate ſeiungeret, in oratione pro Cęcinna. Hinc Conſtantinus reſcripſit, in omnibus rebus præcipuam eſſe iuſtitiæ, quàm ſtricti iuris rationem. l. placuit. C. de iudic. Sic enim legitur in vetuſtis, emendatiſque codicibus, nec in eis vlla æquitatis ſcriptæ eſt mentio: quod non expendentes plerique, in magnos errores inciderunt. Hinc etiam Celſus adoleſcens dicebat, in quæſtione, quæ de bono & æquo oritur, plerunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ perniciosè errari ſolere, vt eſt in l. ſi ſeruum. §. ſequitur. infrà de verb. obligat. Hæc enim boni & æqui tractatio propria eſt iuris ſcientiæ, & eorum qui ius profitentur. Nec iuriſconſultus is habendus eſt, qui leges aut principis alicuius, vel reipublicæ conſtitutiones in memoria habet (quod facile factu eſt) ſed qui earum legum vim ac poteſtatem tenet. l. ſcire leges. infrà de legib. id eſt, qui hac arte inſtructus ac edoctus, legem quamcunque ex bono & æquo interpretari poteſt. Itaque iis etiam, apud quos Romanum ius receptum non eſt, ſed qui legibus patriis reguntur, neceſſaria eſt huius artis cognitio, vt melius poſſint de legibus ſuis iudicare. Certum eſt autem, hanc artem, qua nulla præſtantior, digniorq́; eſt, his Pandectarum libris cõtineri, & facilè ex eiſdem à quouis homine, qui iudicio præditus ſit, colligi, atque ediſci poſſe: etſi inficias non eo, iuſtam abſolutamque methodum tractandique rationem meritò hîc deſiderari.

Quis iuriſconſultus habendus.

Cap. III.

Quæ ſint iuris præcepta.

VLpianus tria iuris præcepta tradit: honeſtè viuere: alterum non lædere: ius ſuum cuique tribuere, in l. iuſtitia. hîc. Idemque ſcriptum eſt in Inſtit. Iuſtiniani. Quorum præceptorum duo poſtrema iuſtitiæ propria ſunt, primum verò ad omnes alias virtutes pertinere videtur. Hoc autem non ita accipere debemus, quaſi omnia honeſtatis officia legibus, & iure ciuili præcipiantur, vt ad ea homines inuiti per magiſtratum cogi poſſint. Latius enim patet officiorum, quàm iuris regula, vt ait Seneca. His igitur verbis ſignificauit (opinor) Vlpianus, quicquid iure ciuili cautum præſcriptumq́; reperitur, ad vnum aliquod horum trium præceptorum, quaſi ad ſcopum quendam, referri. Nam etſi hæc ars præcipue ad iuſtitiam, & æquitatem referatur, ideoq́; dicatur ars boni & æqui eſſe, vt antè dixi: tamen & aliarum virtutum legislatores plerunque rationem habent: velut cum vetant, ne frater fratrem capitis accuſet, ne filius patrem in ius vocet, ne à marito ſolidum exigatur, & cætera eiuſmodi.

Cap. IIII.

De iure publico & priuato.

SIcut in reliquis diſciplinis theſes quędam ſunt, ſiue poſitiones, vt Vlpianus loquitur: ita & in hoc ſtudio, ſiue arte iuris. Vna theſis eſt, ius aliquando ad ſtatum Reipublicæ ſpectare: quod publicum dicitur. Altera eſt, ius quoddam pertinere ad ſingulorum vtilitatem: quod priuatum appellatur. Vnde oritur diuiſio iuris in publicum, & priuatum, in l. 1. §. huius ſtudij. hîc. & in Inſtitut. eo. tit. Animaduertendum igitur eſt, vtilitatem publicam, ac priuatam, quamuis cognatæ ſint atq; coniunctæ, tamen inter ſe differre, non aliter, ac res ſingulorum à rebus vniuerſitatis diſtinguuntur, infrà de rer. diuiſ. & munus publicum ab officio cuiuſque patrisfamiliâs. Ius ergo publicum, quod ad vtilitatem publicam potiſſimum reſpicit, differt à iure priuato, id eſt, quod ad priuatorum hominum commodum pertinet. Quæ enim de ſacris ſacerdotibus & magiſtratibus conſtituta ſunt, de quibus in hoc primo libro multi ſunt tractatus, & in primo lib. Codicis Iuſtiniani, dubium non eſt, quin ea ad tuendum ſtatum publicum maximè ſpectent. Priuati iuris exempla innumerabilia reperiuntur, de contractibus omnibus, de conuentionibus, & aliis eiuſdem generis, de quibus lites plures exiſtũt, quàm de publicis. Cùm enim permittit lex emere, vendere, locare, conducere, item ex his contractibus agere, ac perſequi, quod ſibi debetur, ad ſingulorum hominum vtilitatem haud dubiè reſpicit, & hæc omnia relinquit in cuiuſque voluntate & arbitrio. Sæpe tamen accidit, vt cum in priuatis negotiis aliquid deprehenditur publicæ vtilitati nocere, ius conſtituatur, quo huic incommodo occurri poſſit: idque publicum ius tunc dicitur, non priuatum: vt (exempli gratia) cùm ea, quæ ad victum pertinẽt, iuſto pretio præberi iubentur. l. 1. §. cura carnis. infrà de offic. præfect. vrb. ſic pactum, quo dotis conditio fit deterior, improbatum eſt. l. de die. l. Attilicinus. infrà de pact. dot. ſic donatio inter coniuges. l. 1. infrà de donat. inter vir. ſic tranſactio de alimentis. l. cùm hi. infrà de tranſact. ſic hæreditatis futuræ repudiatio. l. pactum dotali. C. de collat. ſic rerum pupillarium alienatio. l. 1. infrà de rebus eorum qui ſub tutel. eodemque modo lex commiſſoria in pignoribus, & alia huiuſmodi, de quibus aliis in locis tractaturi ſumus.

Quid ſit ius publicum, quid ius priuatum.

Ex priuato iure innumeræ lites oriuntur.

Cap. V.

De iure naturali, gentium, & ciuili.

POſteaquam diuiſit Vlpianus publicum ius à priuato iure, omiſſa diſputatione de publico ſtatim ad priuatum tranſit. Nam tota ferè Iuſtiniani legislatio conſumitur in iure priuato: quòd de rebus priuatis frequentiores eſſent lites ac controuerſiæ, quàm de publicis. Ait igitur, priuatum ius, id eſt, collectionem præceptorum ad ius priuatum pertinentium, quæ his libris continetur, conſtare ex naturalibus præceptis, gentium, & ciuilibus: & hæc ſingula quam vim habeant, definitione explicat in l. 1. §. priuatum. & deinceps hîc. Ius naturale, inquit, eſt, quod natura omnia animalia docuit. Nullo enim certiore argumento demonſtrari poteſt, aliquid naturale eſſe homini, quàm quod animantibus quoque brutis innatum ſit, quæ ſolo naturæ inſtinctu mouentur. Hinc Cicero lib. 2. de Finib. ait, Beſtias ſpecula eſſe naturæ. Et lib. 3. de Finib. Atque etiam, inquit, in beſtiis vis naturæ inſpici poteſt: quarum in fœtu, & in educatione laborem cum cernimus, ipſam naturæ vocem videmur audire. Exempla hîc ſatis perſpicua ſunt, de maris & fœminæ coniunctione, & cæteris ſimilibus. Nam omne animal natura duce ad conſeruandum ſe, & ſpeciem ſuam impellitur, vt Ariſtoteles ait lib. 1. Politic. Quod autem ait Vlpianus, feras quoque beſtias iſtius iuris perita cenſeri: ſic accipe, ob iſtius iuris peritiam in pretio, & admiratione eſſe. Cornelius Tacitus in dialogo de Orato. Huiuſmodi libri eorum extant, vt ipſi quoque qui egerunt, non aliis magis orationibus cenſeantur. Seneca epiſt. 77. Id in quoque optimum eſt, cui naſcitur, quo cenſetur. Plinius lib. 33. cap. 12. Hæc ars ita exoleuit, vt ſola iam vetuſtate cenſeatur. Idem libro 37. c. 1. muſicæ artis oſtentatione cenſeri dixit. Ius gentium vocat Vlpianus, quo non omnia animantia, ſed omnes homines vtuntur. Ius humanum à quibuſdam aliis dicitur, vt Liuio 1. dec. lib. 5. Seneca lib. 3. de benefic. c. 18. Seruo, inquit, qui negat beneficium dare poſſe, ignarus eſt iuris humani. poteſt enim iure humano, non ciuili dare beneficium. Huius iuris eſt, religio, & pietas in Deum. Nulla enim gens eſt tam fera. nemo omnium tam immanis, quem non imbuerit deorum opinio, vt inquit Cicero lib. 3. Tuſcul. quæſt. Sed an hoc ius innatum ſit homini, quæritur. Et certum eſt, bellum, ſeruitutem, contractus, vſu exigente & humanis neceſſitatibus, homines communi quodam conſenſu conſtituiſſe. §. ius autem, Inſtit. de iure nat. gen. & ciuil. cùm experientia videlicet edocti animaduerterent, ſe aliter non poſſe ſocietatem communem tueri, & conſeruare. Alia cauſa videtur eſſe religionis erga Deum, pietatis in parentes, & patriam, & aliorum huiuſmodi, quæ non minus natura inſita creduntur homini, quàm maris & fœminæ coniunctio. Sed hæc omnia Vlpianus, vt credibile eſt, exęquauit, & ad viuum, ſimplexq́ue ius gentium retulit, quòd naturæ vis paulò obſcurius hic cerneretur quàm in maris & fœminæ coniunctione, & cæteris rebus, quæ communes nobis ſunt cum brutis. Et ſi enim argumentis non leuibus admoneamur, religionem erga Deum cauſam in natura poſitam habere, tamen non tam certa eſt eius rei demonſtratio, quàm coniunctionis, de qua diximus. Hinc Cicero lib. 2. de Inuent. Conſuetudine, inquit, ius eſt, quod leuiter à natura tractum, aluit, & maius fecit vſus, vt religionem, & cętera. Itaque Vlpianus vnum, atq; ſimplex ius gentium conſtituit, quo videlicet omnes homines natu-

Verbum Cenſeri quomodò hic accipiatur.

talem ſequentes rationem vtuntur: ſiue id quædam innata vis inſeruit, vt religionem, ſiue conſenſu hominum tacito propter vtilitatem communem receptum, ac comprobatum eſt, vt bellum, contractus, & quæ ſunt huiuſmodi. Dicitur autem hoc ius ciuili vetuſtius, & cum humano genere proditum eſſe, in l. 1. infrà de acquir. rer. domin. §. ſingulorum. Inſt. de rer. diuiſ. quòd humanum genus poſtquam à Deo creatum eſt, diu hoc iure non caruit, vt initium eius atque origo cognoſci nequeat. Idque oſtendunt Sophoclis verſus, quos in eam rem citat Ariſtoteles lib. 1. Rhet.

Οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθές, ἀλλ' ἀεί ποτε
Ζῇ ταῦτα, κοὐδεὶς οἶδεν ἐξ ὅτου φάνη

Et hoc quidem ius, quòd à naturali hîc diſtinguit Vlpianus, dicitur aliquando naturale, à iuris auctoribus, vt dicto §. ſingulorum. quia vetuſtas eius iuris, & communis hominum vſus, comprobatioque indicio eſt, à natura profectum eſſe: etſi leuiter ab ea fortaſſis tractum ſit, vt Cicero loquitur. Omni in re, inquit idem lib. 1. Tuſcul. quæſt. conſenſio omnium gentium lex naturæ putanda eſt. Huius ſanè iuris gentium diſtinctionem ab Iſidoro & aliis proditam, in Decret. 1. diſtinct. non improbo, cùm huius iuris duo genera faciunt, primarium & ſecundarium, primario aſcribentes religionem, veritatem, & cætera: ſecundario bellum, ſeruitutem, & contractus. Credibile enim eſt pietatem in Deum, parentes, & patriam, item veritatem, ac fidem, aliaque id genus homines, cùm primùm creati ſunt, naturam docuiſſe, non etiam bellum, ſeruitutem, & ſimilia, quæ neceſſitas hominum introduxiſſe dicitur. Nec ea diſtinctio diſcrepat ab Vlpiani diuiſione, ſed eam magis illuſtrat. Illud omittendum hîc non eſt, apud Caium, cum diſtinguit ius ciuile à iure gentium, l. omnes populi. hic. latius accipi ius gentium, quàm in diffinitione Vlpiani; pro eo nempe, quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, & quo omnes gentes vtuntur. Quo ſenſu maris & fœminæ coniunctio rectè dicetur iuris gentium eſſe: quoniam apud omnes gentes recepta eſt. Sed ne quid ea res nos conturbet, nulla hic diuerſitas reperitur ſententiarum: quæ ſi qua eſt, non in rebus eſt, ſed in tractandi tãtum ratione. Nec quicquam facilius eſt, quàm has omnes diuiſiones coniungere, hoc modo: Ius quoddam eſt commune omnium gentium: aliud eſt proprium cuiuſque ciuitatis. d. l. omnes pop. hic. cui ſimilis eſt diuiſio Ariſtotelis libr. 1. Rheto. λέγω δὲ νόμον, τὸν μὲν ἴδιον, τὸν δὲ κοινόν, &c. Quod commune eſt omnium gentium, partim eſt nobis commune cum beſtiis, partim eſt proprium generis humani. Proprium generis humani partim homini innatum eſt, partim communi hominum conſenſu propter neceſſitatem, vtilitatemque probatum. Ius ciuile, eſt ius proprium cuiuſque ciuitatis, non omnium gentium commune. d. l. omnes. l. pen. hic. nõ quòd à naturali iure, aut gentium omnino recedat, ſed quòd aliquid ei addat, detrahatve, propter vtilitatem ciuium, nec per omnia ei ſeruiat. Cum enim ius naturale ſemper bonum & æquum ſit, l. pen. hic. mutari ſanè omnino non poteſt, ideo ἀκίνητον vocat Ariſtoteles, & Cic. legem æternam, vt inde ſequatur naturæ corruptio: ſic enim accipio, quod eſt in §. ſed naturalia. in Inſtit. de iure nat. cui congruentia ſcripſit ipſe Ariſtoteles lib. 5. Ethicorũ, in quo eſt locus de ea re inſignis. Sed hominum vitia cogunt legiſlatorem interdum ab eo iure nonnihil deflectere, & ex legibus, præceptionibusque naturalibus ſupremam amplecti, quæ vult ſocietatis humanæ conſeruationi ſtudendum eſſe: cùm tanta ſit hominum corruptio, vt ad omnium obſeruationem compelli nequeant. Etſi namque leges naturæ repugnantes ſuapte natura non ſint, tamen κατὰ περίστασιν confligunt nonnunquam & pugnant inter ſe, vt dicemus infrà ſub titulo de legibus. Idcirco neceſſe eſt plerunque ita ius ciuile conſtitui, vt vna lex alteri cedat, nempe ſuperior inferiori. Etſi autem ius ciuile generaliter accipitur (vt diximus) & continet prætorium: tamen aliquando opponitur prætorio, veluti apud Papinianum cum ait, ius ciuile eſſe, quod ex legibus, plebiſcitis, & quæ ſequuntur: prætorium quod prætores introduxerint. l. 7. hic. Sed de iure prętorio dicemus alibi. Hinc obligatio diuiditur modo in naturalem, & ciuilem, vt ea quoque ciuilis ſit, quæ ex prætorio iure naſcitur. §. 1. Inſtit. de oblig. modò tres fiunt ſpecies, ſcilicet naturalis, ciuilis, honoraria, vt in l. 1. infrà de nouat.

IN TIT. II.

DE ORIGINE IVRIS.

CAP. I.

IVs ſcriptum dicitur conſtare ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, principum placitis, magiſtratuum edictis, & reſponſis prudentum, in §. conſtat. in Inſtit. de iure nat. gent. & ciui. & l. ius autem. ſuprà proximo titulo. Quæ partitio non ſatis rectè poteſt intelligi, niſi prius cognita iuris origine, quã hic deſcribit Pomponius: eamque repetit ab vrbe condita. Nos ſummam rerum breuiter, & numero proponere hoc loco contenti erimus. Deſcribit igitur in hanc ſententiam, atque hoc ordine: In primis populus Romanus nullo certo iure vtebatur, ſed omnia manu regis gubernabantur: pluſque apud eos valebant boni mores, quàm vllæ leges ſcriptę, quod & aliis ferè gentibus initio accidit. Seneca epiſt. 9. ad Lucil. Cum enim, inquit, regum pertæſum eſſet, leges ſcribi cœperunt, quæ rudibus hominum animis ſimplicibusq; graues & acerbæ erant, vt Tacitus ait lib. 3. Nobis inquit ille Romulus, vt ei libitum fuerat, imperabat. Ioſephus quoque lib. 2. aduerſus Appionem ſcribit, apud veteres Græcos nomen legis cognitum non fuiſſe, vt nec apud Homerũ quidem reperiatur. *Romulus quondã pro libidine imperauit.*

II. Leges quædam à Romulo, & aliis ſequentibus regibus latæ ſunt: quæ poſtea à Papirio collectæ, & in vnum librum redactæ, dictæ fuerunt Curiatæ & regiæ. l. 2. §. poſtea aucta ad aliquem modum ciuitate. hic.

III. Exactis regibus, cùm lege Tribunitia omnes leges exoleuiſſent, populus conſuetudine magis, quàm vllo iure certo vſus eſt, ferè viginti annis, quod ex hiſtoria Liuij colligere licet.

IIII. Conſtituti ſunt Decemuiri, à quibus leges editæ ſunt, quæ duodecim Tabularum dicuntur. Has leges ait Liuius fontem omnis iuris & publici, & priuati eſſe. & Cicero omnibus philoſophorum bibliothecis anteponit.

V. Has ipſas leges interpretati ſunt prudentes, quorum interpretatio, diſputatioque vſque adeo probata receptaq; eſt, vt pars iuris ciuilis haberetur, nec immeritò: nulla ſiquidem lex ita perſpicuè ſcribi poteſt, vt non requirat interpretationem: vnde meritò dicit Pomponius, ius non poſſe ſine iuriſperito conſtare. in §. poſt originem. huius l. & qui legum interpretationem tolleret, naturæ leges & ipſam ἐπιείκειαν auferret. Et ius ciuile dictum eſt communi nomine, quia proprium nomen ac ſpeciale deficiebat, quo appellari poſſet. §. his legibus latis. hic.

VI. Compoſitæ ſunt formulæ actionum ad eas leges accommodatæ, quas ſequerentur litigatores agendo, vt non liceret eis ab earum præſcripto recedere. §. deinde ex his. hic. eaſque vocarunt legis actiones, & vt Iuriſconſultus ipſe interpretatur, legitimas actiones.

VII. Poſt ſedatam plebis diſcordiam cum patribus, auctoritas tributa eſt eadem plebiſcitis, quæ legibus. §. Deinde cùm eſſet. hic.

VIII. Cum nec plebs, nec populus facilè conuenire poſſet, Reipub. cura ad ſenatum deducta eſt, vt quicquid decreuiſſet, obſeruaretur: idque ius, ſenatuſconſultum eſt appellatum. §. Deinde.

IX. Magiſtratus, puta prætores, & ædiles, qui iuriſdictioni præerant, edicta proponebant, vt intelligerent ciues quod ius de quaque re quiſque dicturus eſſet, ſeq; præmunirent, ac prępararent. Quæ edicta iuris auctoritatem habuerunt, & propter honorem magiſtratus, ius honorarium cœperunt appellari. Ex quibus edictis manauit ferè totum ius quod nobis Iuſtinianus reliquit, de quibus edictis iuſtum ſcripſit volumen Saluius Iulianus, ad cuius perpetuum edictum ſcripſerunt Paulus, & Vlpianus.

X. Poteſtas populi in principẽ tranſlata eſt, datumq; eſt ei, vt quicquid cõſtitueret, pro lege ſeruaretur. §. Nouiſſimè. hic.

XI. Reſponſa prudentum pars quoque iuris habentur: ſed ideo horum non meminit Pomponius in hac deſcriptione, quoniam prudentes, quorum reſponſis tributa eſt iuris auctoritas, ante Pomponium non vixerunt. Pomponius enim ſucceſſionem prudentum enarrans, incipit à Papirio, nec vltra Saluium Iulianum progreditur. Verùm poſt illud tempus Papiniani, Vlpiani, & quorundam aliorum ſcriptis tributa eſt

auctoritas

auctoritas legis, conſtitutione Theodoſij, quæ extat ſub titulo, de reſponſis prudentum, in Codice Theodoſiano. Cuius conſtitutionis Iuſtinianus lib. 1. Inſtit. tit. de iu. nat. de reſponſis prudentum, quæ eſt altera huius legis pars, diſſerens, mentionem facit. De origine magiſtratuũ hic multa ſcribit Pomponius, de quibus paulò infrà dicturi ſumus, in tractatu de ſingulorum magiſtratuum officiis. Tertia autem & poſtrema huius legis pars, quæ eſt de iuriſprudentum ſucceſſione à Papirio ad Saluium Iulianum vſque, nullam habet difficultatem, vt dictum eſt.

IN TIT. III.

DE LEGIBVS, SENATVSCONſultis, & longa conſuetudine.

CAP. I.

IVRIS partes ſuprà leuiter propoſitæ ſunt, earq; origo: ſed quod valeat ad eas tãtùm, quæ olim latæ ſunt, cognoſcendas: ad ſcientiam autem iuris conſtituendi, & vim conſtituti non multũ pertineat. Neque enim intelligitur, ſi quid conſtituatur deinceps vtrũ id tale ſit, ꝙ ꝓ lege haberi debeat, aut nõ debeat. Igitur ꝙ pertinet in vniuerſum ad auctoritatem, vimq; omnis iuris cõſtituti, itemque ſententiam cognoſcendam, & explicandam, de eo hoc titulo, & ſequenti hæc tractantur: Quid ſit lex: quid conſuetudo: quis legem condere poſſit, & ius facere: quæ ſint legis propria, vt cùm interuenerint, lex ſit, cùm non interuenerint, non ſit lex: deinde re conſtituta, quæ ſit vis legis, ſeu quos teneat. Poſtremò de iuris interpretatione, vt ſi quando de ſententia eius dubitabitur, ſciatur quid in eius interpretatione ſequi debeamus.

Quid ſit lex. CAP. II.

Lex quid. LEx (vt eſt in §. lex eſt. Inſti. de iure natur.) eſt ius, quod populus ſenatorio magiſtratu interrogante conſtituit. Et ea differt à plebiſcito, quòd plebiſcitum non à populo fit, ſed à plebe, vt eſt in Inſtit. eodem tit. Reuera tamen legis verbum generale eſt, quo non tantùm plebiſcitum ſignificatur, vt cum legem Aquiliam dicimus. l. 1. ad leg. Aquil. ſed etiam appellantur conſtitutiones principum, & aliæ iuris partes. l. 1. infrà de conſtit. princ. in qua ſignificatione definitur lex ſub hoc tit. à Papiniano in l. 1. quæ pulchrè conſentit cum Demoſthenica, quæ traditur in oratione contra Ariſtogitonem, & habetur in l. 2. eo. Et cùm ait Papinianus, legem eſſe communem Reipublicæ ſponſionem, id videtur exprimere, quod apud eundem Demoſthenem eſt, νόμος δ'ἐστι συνθήκη κοινὴ τῆς πόλεως. Conſtat autẽ legum cõdendarum poteſtatem penes populum olim fuiſſe: quæ triumuiro proponebantur ante promulgationem, vt cogitaret interim, deliberaretque populus, num aliquid immutandum eſſet. Cic. pro Flacco, & pro domo ſua. deinde in æs inciſæ ad ærarium deferebantur, vt refert Suetonius in Cæſ. *Solennis mos legũ condendarum apud antiquos.* Tempore verò Iuſtiniani recondebantur in templo cum ſacris vaſis, & inſculpebantur lapidibus, vt apparet ex nouella conſtitutione 8. tit. vt iudic. ſiue quoquo ſuffrag.

Quis poßit legem condere, & ius facere. CAP. III.

PRincipem nulla dubitatio eſt legem condere poſſe: cùm poteſtas populi in eum translata ſit. l. 1. de conſtit. princ. Sed de populo quæri poteſt an legis conſtituendæ poteſtatem habeat. Et Iulianus ſatis apertè oſtendit in l. de quibus, hîc. tempore ſuo populum legem condere potuiſſe. Ac ſcribit Dion, Auguſtum leges ad populum ferre ſolitum, poſtquam vrbis imperium ei delatum eſt. Sed & Suetonius de Caligula loquens, Tentauit, inquit, & comitiorum more reuocato ſuffragia populo reddere. Senatus quoque ius facere poteſt, vt traditur in l. non ambigitur. hîc. & certum eſt plerunq; principe interueniente S. C. facta eſſe. l. 1. de rebus eorum qui ſub tut. vel cur. ſunt ſi. de. nõ alien. quæ etiã orationes dicũtur, quia orante principe fiebant, & propter honorem ſenatus qui quidem directò ius non poteſt facere. vnde ex his S. C. vtiles, non directæ dantur actiones. Poteſt & præfectus prætorio ius facere, modò nihil contrarium legibus publicis ſtatuat, quod intelligimus ex l. 2. C. de offic. præfe. præto. orien. Prætori idem fortaſſis non licuit tempore Iuſtiniani, multum ſcilicet imminuta eius auctoritate, argu. l. ſi apud. C. de appel. Iuſtinianus tamen in l. vlti. C. de legib. diſertè ſcribit; leges condere ſoli Imperatori conceſſum eſſe. Quę conſtitutio haud dubiè facta eſt poſt primam Codicis editionem, & compoſitis iam Pandectis Codici inſerta. Quare non malè dici poſſet, ea ius, de quo iam diximus, abrogari, niſi mauis id ius ad conſtitutionem trahere; quaſi ius faciat princeps, cuius auctoritate ſenatus, magiſtratúſve conſtituit, & cæter.

Quid ſit legis proprium. CAP. IIII.

QVanquam ex definitionibus Papiniani l. 1. hîc, & Demoſthenis l. 2. hîc, licet intelligere, quid legis proprium ſit: tamen hic locus fuſiorem explicationem deſiderat. Legis virtus, inquit Modeſtinus l. legis virtus. hic. eſt, imperare, vetare, permittere, punire. Nam exhortatio, aut monitio propriè lex non dicitur, cùm parendi neceſſitatem non imponat, tametſi legis ſit perſuadere aliquid, vt Cicero libro de legib. ait. Leges, inquit Seneca epiſt. 95. ſunt minis mixta præcepta. Et ibidem: Legem breuem eſſe oportet, quò facilius ab imperitis teneatur, velut emiſſa diuinitus vox ſit. Iubeat non diſputet. Nihil videtur mihi frigidius, nihil ineptius, quàm lex cum prologo. *Nihil frigidius, nihil ineptius quã lex cum prologo.* Primum igitur legis eſt, imperare honeſta, & prohibere contraria: & permittere, vt lex Iulia quæ permittit patri filiam in adulterio deprehenſam occidere: neque &c. neque id modò, ſed etiam punire. Sanciuntur enim leges pœna, vt eſt apud Iuſtin. in §. ſanctæ. Inſtit. de rer. diuiſio. & l. ſanctio legum. ff. de pœnis. Et infirma lex eſt, auctore Demoſthene, quæ neruos nõ habet aduerſus facinoroſos. Punit autem lex, atq; emendat peccata, etiam ea interdum, quæ non ſponte admittũtur, ſed culpa aliqua, atque ignorantia. l. 1. & 2. hic, vt lex Aquilia culpam in damno dato etiam leuiſſimam. l. ſi putator. 31. l. 44. infrà ad leg. Aquil. Ex quo illa verba in Papiniani definitione, itemque Demoſthenis, delictorum, quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, diligenter ſunt tenenda & obſeruanda. Igitur cum legis proprium ſit pręſcribere hominibus, quid ſequendum, quidque fugiendum ſit. l. leges. 9. C. eo. conſequens eſt, vt leges in futurũ concipi debeant. Itaque dicuntur futuris negotiis formam dare, non ad facta præterita reuocari, in l. leges. 7. C. eod. Et extat Iuſtin. cõſtitutio Nouel. 66. quæ vult, non ſtatim nos obligari legi, cùm promulgata eſt, ſed cùm duo menſes effluxerunt. Inde Cicero inuehitur in Verrem act. 3. quòd in præteritum tempus edictum quoddam ſuum concepiſſet. Quis, inquit, vnquam propoſuit edicto, quod neque poſt edictum, neque ante edictum præuideri potuit? Cui ſimilis eſt ſententia Iuſtiniani, cum ait: Quid enim antiquitas peccauit, quæ præſentis legis inſcia, priſtinam ſecuta eſt obſeruationem? l. iubemus. ſub fi. C. de teſta. Futura negotia hîc accipe, non futuras lites de negotio aliquo, ſed futurum negotium, ex quo lis oriatur: puta contractum, teſtamẽtum, delictum, & ſimiles cauſas. Tempus enim contracti negotij, non litis motæ inſpici debet: niſi fortè lex lata ſit, quæ ad formam ordinemque iudiciorum pertineat: cùm ea res nulli captioſa eſſe poſſit. arg. l. 2. C. de iureiur. propt. cal. Sanè poteſt legislator, ſi id iuſtum, vtileque ei videbitur, de præterito tempore, ſed adhuc pendentibus negotiis, cauere. d. l. leges. 7. C. eod. Sed & ſi lex noua interpretetur veterem, retrotrahetur ea declaratio ad tempus veteris legis. Nouel. 19. de fil. ant. dot. inſtr. nat. Quamuis antea lex præſcribat nobis quandam vitæ regulam in futurum, vt antè diximus: tamen non omnibus vitiis, atque incommodis medetur: ſed ad ea aptatur, quæ frequentiora ſunt. l. 3. & ſeq. hîc. l. ea quæ rarò. infrà de reg. iur. in l. antiqui. infrà ſi pars hæred. pet. Nouel. 94. vt ſine prohibitio. mat. Vnde fit vt legitimus partus non habeatur poſt decimum menſem iure conſtituto. l. inteſtato. §. vlt. infrà de ſuis & legiti. hæred. tametſi ex philoſophorum ſententia poſt duodecimum quoq; naſci poſſit. *Mira philoſophorum ſententia poſt duodecimum menſem naſci partum legitimum.* Ea enim quæ ſemel, aut bis, id eſt perrarò accidunt, contẽnunt legislatores, vt Theophraſtus ait l. 6. hic. Præterea & illud legis propriũ eſt, vt quicquid conſtituitur, non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituatur. l. iura. hic. Vnde commune præceptum dicitur à Papiniano in definitione d. l. 1. hic. Nam licet priuilegia quæ centuriatis tantùm comitiis olim irrogabantur, vt ait Cicero lib. 3. de Legib. Gellius lib. 10. cap. 20. leges ſint, quantum ad eas perſonas attinet de quibus fiunt: tamen nos aliter legem hic

accipimus, quæ propriè ita dicatur. Ea eſt autem ſola vera lex, quæ generalis, communis, & vniuerſalis eſt.

Qui teneantur legibus. CAP. V.

TAnta eſt legum auctoritas, vt omnes eis ſubiiciantur, nec earum ignoratio quemquam excuſet. l. leges. 9. C. de legib. l. conſtitutiones. C. de iuris & facti ignor. l. 1. & 2. hîc. Excipitur princeps, qui legibus ſolutus eſt lege, & ſenatuſconſultis: cuius rei meminit Dion in Auguſto. Sed is ſponte ſua legibus ſeſe ſubiicit, & ſecundum leges profitetur ſe velle viuere. l. digna vox. C. de legi. l. 3. C. de teſt. l. ex imperfecto. infrà de leg. 3. §. vlt. Inſtit. quib. mod. teſt. infir. Auguſtæ eadem priuilegia tribuuntur quæ ipſi principi. l. 6. §. vlt. infrà de iure fiſ. id eſt, immunitates, vacationes, protopraxiæ, & cætera ſimilia. Non enim par ius eſt vſquequaque principis, & Auguſtæ. l. quod principi. §. 8. infrà de leg. 2. alioquin legem condere ea quoque poſſet: quod eſt perabſurdum.

De interpretatione legis. CAP. VI.

Certum quid. OMne ius aut certum, aut dubium eſt, vt Fabius ait lib. 12. c. 3. Certi iuris nulla interpretatio deſideratur, niſi apud imperitos, apud quos omnia ſunt incerta. ſed illud omnino ſequendum eſt iudicando, licet fortè ratio nobis cognita non ſit. Non enim omnium, quæ à maioribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt: & rationes inquirere eius iuris, quod certum eſt. l. non omnium. & l. ſeq. hîc. l. proſpexit. qui & à quib. man. Tunc enim ratio inquirenda eſt, cum de iuris dubij interpretatione agitur: ne aduerſus veterum præcepta peccemus, qui in Repu. illud maximè improbant, ζητεῖν, τῶν νόμων, σοφώτερον εἶ). vt inquit Ariſt. lib. 1. Rhet. cap. 37. & Thucyd. lib. 3. in concione Cleonis. Certum verò id rectè dicitur, cuius ſenſus conſuetudine receptus, probatusque eſt: etſi verba fortaſſis obſcura, vel ambigua ſint. l. minimè. l. ſi de interpretatione. hic. l. cum de nouo. C. eod. Dubium ius coniectura voluntatis, & æquitatis regula examinandum eſt. Qua in re perpetuò meminiſſe debemus illud Celſi, Inciuile eſſe, niſi tota lege perſpecta, de vna aliqua particula eius propoſita iudicare, vel reſpondere. l. inciuile hîc. Vix enim aliter ſenſus, ac mens legiſlatoris percipi poteſt. Ac meritò Æſchinem Demoſthenes accuſat, quòd truncatas leges citaſſet. Omnis autem huiuſmodi quæſtio ad quatuor locos rhetoricos referri poſſe mihi videtur. Primus eſt, ex ambiguo: ſecundus, ex ſcripto & ſententia: tertius, ratiocinatio dicitur: quartus, ex contrariis legibus. de quibus hîc ordine dicemus.

De ambiguo. CAP. VII.

QVæſtio oritur ex ambiguo, cùm id quod in lege aliqua ſcriptum eſt, duas pluresve res ſignificat, & vterque ex litigatoribus ſcriptum tuetur, quaſi cauſam ſuam iuuet, ideo ſic dictum, quòd in ambas partes agi poſſit: vt cum lex pœnam capitalem ſtatuit, & quæritur, capitalem quam vocemus. vt in l. 2. infrà de pœnis. l. tranſigere. C. de tranſactio. Exemplum apud Rhetores hoc peruulgatum eſt: Meretrix coronam auream ne habeto, ſi habuerit, publica eſto. Vbi quæritur, an corona, an meretrix potius publicanda ſit. Alia adduci poſſent exempla, ſi id res expoſceret. Notandum igitur eſt, in huius ambiguitatis explicatione ſuperiorem, inferioremq; ſcripturam maximè ſpectandam eſſe, vt ait Cicero, & nos antè docuimus: item cætera huiuſmodi, ex quibus voluntas colligi poteſt: ſed ad extremum accipienda ſemper erit ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. hîc.

De ſcripto & ſententia. CAP. VIII.

EX ſcripto, & ſententia naſcitur quæſtio, cum aliud ſenſiſſe videtur legiſlator, quàm ſcripſit. Et certum eſt τὸ ῥητὸν, ἐπιεικείᾳ temperandum eſſe, vt voluntas ſcriptoris ſeruetur. l. placuit. C. de iudic. Non enim omnia ſcriptis, vt ait Cicero, ſed quædam, quæ perſpicua ſunt, tacitis exceptionibus cauentur. Et nulla res neque legibus, neque ſcriptura vlla comprehendi, denique ne in ſermone quidem quotidiano atque imperiis domeſticis rectè poteſt adminiſtrari, ſi vnuſquiſque velit verba ſpectare, & non voluntatem eius, qui verba habuerit, attendere. Cic. lib. 2. de inuen. Si verò non appareat voluntas legiſlatoris, verborum ſignificationi erit ſeruiendum. l. 1. infrà, de exer. act. l. proſpexit. infrà qui & à quib. Notandæ ſunt igitur circa locum hunc certæ quædam veluti regulæ, quibus ad ſententiam defendendam æquitate ſuadente cõtra τὸ ῥητὸν vti poſſimus. Ius ciuile captari non oportere. l. pen. infrà ad exhib. Legem in ſententiis, non in verbis conſiſtere. l. nominis verbum. infrà, de verbo. ſignific. Scire leges non hoc eſſe, verba earum tenere: ſed vim, ac poteſtatem. l. ſcire. hîc. Non licere ſaluis verbis legis, ſententiam eius circumuenire. l. contra. & ſeq. hîc. l. non dubium. C. eod. Benignius accipiendas leges, quò voluntas earum conſeruetur. l. benignius. hic. Æquitatem, iuſtitiamque ſtricto iure potiorem eſſe. l. placuit. C. de iudi. Quæ ſalubriter pro hominum vtilitate introducuntur, duriore interpretatione contra ipſorum commodum producenda non eſſe ad ſeueritatem. l. nulla. hic. l. quod fauore. C. eod. Exemplum vulgare hoc eſt, ſi lege cautum ſit ſimpliciter, vt qui muros tranſcenderit, capite puniatur: & contigerit aliquem propulſandorum hoſtium cauſa muros aſcendere. Sed infinita alia paſſim legentibus occurrunt. l. quamuis. infrà de in ius vocan. & ſimi. Ad hunc locum pertinere videtur quibuſdam ſtatus, qui finitiuus dicitur: vt ſi accuſetur aliquis ſacrilegij, qui non rem ſacram, ſed in æde ſacra depoſitam furatus eſt. l. Diui. infrà ad leg. Iuliam pecul. Quæritur enim, an ſacrilegus iudicandus ſit ſecundum propriam verborum ſignificationem, & an de eo ſenſerit legiſlator? Quare hic dici poteſt controuerſia ῥητοῦ καὶ διανοίας eſſe. Aliis videtur, hos ſtatus diſtinguendos eſſe: propterea quòd in ſtatu finitiuo vterque ſcriptum tuetur: cum in hoc ſtatu ſententia verbis opponatur quod ſatis probabile eſt. Sed hæc diſputatio non magni eſt vſus: & alioqui certũ eſt, inter hos ſtatus magnã eſſe affinitatẽ.

De ratiocinatione. CAP. IX.

RAtiocinatio eſt, inquit Cicero, cùm ex eo, quod vſpiam eſt, ad id quod nuſquam ſcriptum eſt, peruenitur ratiocinando: nos vulgò legis extenſionem dicimus. Alij collectionem vocant: quoniam ex ſcripto colligitur raciocinando id, quod ſcriptum non eſt. Hac de re ſingulare eſt exemplum & facinus inſigne apud Corn. Tacitum in vita Tyberij: lex lata erat ne virgo laqueo ſtrangularetur. Tyberius iuſſit virginem, quam volebat ſtrangulari, prius vitiari, deinde ſtrãgulari. Proinde qui defendit hîc ſententiam, non contra ſcriptum dicit, ſed ſuper ſcriptum, vt Fabius ait. Ex quo apparet, quid inter hunc locum, & ſuperiorem interſit. Eſtque hoc genus ratiocinationis, ſiue collectionis maximè neceſſarium in iuris interpretatione. Nam, vt Iulianus ait, non poſſunt ita leges ſcribi, vt omnes caſus, qui quandoque inciderint, comprehẽdantur: ſed ſufficit, ea quæ plerunq; accidunt, contineri: & cùm in aliqua cauſa ſententia earum manifeſta eſt, is qui iuriſdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita ius dicere debet. l. neque leges. & ſeq. hic. Huc etiam pertinet quod Vlpianus ait: Quoties, inquit, lege aliquid vnum vel alterum introductum eſt, bona occaſio eſt, cætera, quæ tendunt ad eandem vtilitatem, vel interpretatione, vel certè iuriſdictione ſuppleri. l. 13. hic. Et Papinianus: Quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione iudicantium. l. quæſitum. infrà de teſtib. Sed hũc locum diffuſiſſimè tractat Ariſtot. lib. 5. Ethic. & lib. 1. Rhet. cap. 35. cuius diſputatio hic inſerta magnopere rem omnem illuſtrabit. *Præclara Ariſtotelis de iuriſconſulti munere ſententia.* In hoc igitur maximè verſatur Iuriſconſulti munus, qui artem boni & æqui profitetur, vt non tam verba legis ſectetur, quam mentem eius, ac ſententiam. d. l. ſcire. hic. & legem omnem ſcriptam ad ἐπιείκειαν illam, & communem legẽ, quæ ſcripto non eſt comprehenſa, reuocet interpretando. Id enim iudicandum eſt ex lege eſſe, quod etſi nec ſcriptum, nec fortè cogitatum eſt à legiſlatore: veriſimile tamen eſt eum, ſi conſuleretur, dicturum eſſe. Inſtit. de legit. pat. tut. Quemadmodum autem id fiat, facile non eſt in vniuerſum definire: ſed exempla varia, quæ legentib. paſſim obuia ſunt in Pandectis, vice præceptionum homini non hebeti eſſe poſſunt: qualia occurrunt in his locis. l. cum lex. hic. l. 2. §. quid ſi curatores. ꝟ. ad Tertul. l. ſi quis id quod. ꝟ. de iuriſd. omn. iudic. l. oratio. ꝟ. de ſponſ. l. ex ſententia. inf. de teſt. tute. §. 1. Inſtit. de legit. pat. tut. Et huc pertinent etiam ea, quæ in fraudem legis admittuntur. l. contra legem. hic. l. non dubium. C. eo. vt, ſi quis non pecuniam crediderit filiofamiliâs, ſed rem aliam fraudandi ſenatuſconſulti gratia. de quo vide in l. ſed Iulianus. §. mutui. infrà ad Macedon. Illud animaduertendum eſt, genus hoc ratiocinationis ſiue collectionis non recipi in eo, quod contra rationem iuris propter aliquam vtilitatem cõſtitutum eſt: quod ius ſingulare dicitur. l. quod verò. l. in iis. l. ius ſingulare. l. quod non ratione. hic. l. 1. infrà rer. amot. l. 2. ſolut. matrim.

Cap. X.

De antinomia, ſiue contrariis legibus.

ANtinomia hic dupliciter accipitur. Inprimis dicitur conflictus duorum, aut plurium ſcriptorum, vel vnius ſcripti in plura diuiſi, quæ ſcripta non natura pugnant, ſed circumſtantia. Sic enim interpretamur Hermogenis verba lib. 1. περὶ στάσεων, ἀντινομία ἐστὶ δυοῖν, ἢ καὶ πλειόνων ῥητῶν, ἢ καὶ ἑνὸς διαιρουμένου μὴ φύσει ἐναντίων, κατὰ περίστασιν δὲ μάχη. Huc pertinet, quod Fab. ait, legem legi contrariam non eſſe ipſo iure, ſed caſu collidi, & euentu. Exempla hæc ſunt vulgo prodita: Abdicatus bonorum paternorum expers eſto. Hæc eſt prior lex: altera autem ſubſequitur. Qui remanſerit in naue periclitante, eius nauis dominus eſto. Duplex hic eſt antinomiæ genus, vnum περὶ στάσεων, conflictio ſ. duorum caſuũ, qui pugnant natura, ſed euẽtu colliduntur. Nam idem ſi abdicatus fuiſſe proponatur, & in naue patris manſiſſe: Quæritur, an nauem ſibi vindicare poſſit? Ac certum eſt, has leges ſua natura contrarias non eſſe, ſed in hac hypotheſi colliduntur, & confligunt, vt neceſſe ſit vnam alteri cedere. Aliud exemplum: Tyrannicidæ imago in gymnaſio ponatur. Mulieris imago in gymnaſio ne ponatur. Mulier tyrannum occidit. Aliud: Tyrannicida quicquid volet, optato. Tyranni filios magiſtratus necato. Tyrannus ab vxore ſua interfectus eſt. Ea liberos ſuos petit. Aliud: Pacta ſeruanda ſunt. l. 1. infrà de pact. Pactum contra legem irritum eſt. l. non dubium. C. de legib. Quidam pactus eſt contra legem. Sexcenta alia exempla obſeruari poſſunt in lectione Pãdectarum. Nullum enim ius tam accurrate ac circumſpecte conſtitui poteſt, vt non crebro incurrat in ſingulas hypotheſes talis antinomia. Ac ne ius quidem naturæ, ac gentium hoc antinomiæ genere caret. Vnde videmus ſeruitutem introductam eſſe contra legem vnam naturæ, quæ vetat imbecilliores à robuſtiorib. & valentiorib. opprimi. Verum ea legi alteri conſentanea eſt, quæ iubet nos ſocietatis humanæ conſeruationi ſtudere. Cum enim ea eſſet naturę humanæ corruptio: ea hominum vitia, vt ambas leges omnino ſeruare inter homines non liceret: inferior lex ceſſit ſuperiori, & communi hominum conſenſu inductum eſt, vt bellum gereretur, & victi in victorum poteſtatem redigerentur. Quoties autem incidit huiuſmodi antinomia κατὰ περίστασιν, vtra lex potior eſſe debeat, docet Cicero lib. 2. de inuent. his verbis: (libet enim aſcribere, quæ mire ad hunc locum explicandum faciunt.) Primum leges oportet contendere, conſiderando vtra lex ad maiores, hoc eſt, ad vtiliores, ad honeſtiores, ac magis neceſſarias res pertineat. Ex quo conficitur, vt ſi leges duæ, aut plures, aut quotquot erunt, conſeruari non poſſint, quia diſcrepent inter ſe, ea maxime conſeruanda putetur, quæ ad maximas res pertinere videatur. Deinde, vtra lex poſterius lata ſit. nam poſtrema quæque grauiſſima eſt. Deinde, vtra lex iubeat aliquid, vtra permittat: nam id quod imperatur, neceſſarium: illud quod permittitur, voluntarium eſt. Deinde, in vtra lege, ſi non obtemperatum ſit, pœna infligatur, aut in vtra maior pœna ſtatuatur. nam maxime conſeruanda eſt ea, quæ diligentiſſime ſancita eſt. Deinde, vtra lex iubeat, vtra vetet. nam ſæpe ea quæ vetat, quaſi exceptione quadam corrigere videtur illam, quæ iubet. Deinde, vtra lex de genere omni, vtra de parte quadam, vtra communiter in plures, vtra in aliquam rem certam ſcripta videatur. nam quæ in partem aliquam, & quæ in certam quandam rem ſcripta eſt, propius ad cauſam accedere videtur, & ad iudicium magis pertinere. Deinde, ex lege vtrum ſtatim fieri neceſſe ſit, vtrum habeat aliquam moram, & ſuſtentationem: nam id, quod ſtatim faciendum ſit, perfici prius oportet: deinde operam dare, vt ſua lex ipſo ſcripto videatur niti: contraria autem aut per ambiguum, aut per ratiocinationem, aut per definitionem induci: quod ſanctius, & firmius id videatur eſſe, quod apertius deſcriptum ſit. Deinde ſuæ legi adſcriptum ipſam ſententiam quoque adiungere: contrariam legem item ad aliam ſententiam traducere, vt, ſi fieri poterit, ne diſcrepare quidem videantur inter ſe. Poſtremo facere, ſi cauſa dabit facultatem, vt noſtra ratione vtraque lex conſeruari videatur, & aduerſariorum ratione altera ſit neceſſario negligenda. Hactenus Cicero. Ex quibus Ciceronis verbis apparet diligenter aſpiciendum eſſe de quo lata ſit lex, cum certiſſimi ſit iuris publicam vtilitatem priuatæ anteponendam, & æquitatem rigori, ſeu ſtricto iuri, & generi per ſpeciem derogari. deinde conſiderandum eſſe an lex iubeat, an permittat, aut vetet. Nam quæ permittit, cedere debet ei quæ vetat. l. Sanctio legum. ff. de pœnis. Antinomia interdum ſignificat leges contrarias, ipſo iure & natura pugnantes inter ſe, non ſolum circumſtantia: vt apud Iuſtinianum in epiſtola ad Tribonianum, quam ante explicauimus: cum ait, Nulla itaq; in omnib. prædicti Codicis membris ἀντινομία (ſic. n. à vetuſtate Græco vocabulo nuncupatur) aliquem ſibi vindicet locum, ſed ſi vna concordia, vna conſequentia, aduerſario nemine conſtituto. Loquitur autem Iuſtinian. de Liberis Pandectarum, ſicut & in ſequente epiſtola ad Senatũ his verbis vtens: Contrarium autem aliquid in hoc Codice poſitum nullum ſibi locum vindicabit, nec inuenitur, ſi quis ſubtili animo diuerſitatis rationes excutiat: ſed eſt aliquid nouum inuentum, vel occulte poſitum, quod diſſonantiæ querelam diſſoluit, & aliam naturam inducit diſcordiæ fines effugientem. Si igitur verum eſt hoc Iuſtinia. dictum, vt credimus, nullæ in Pandectis noſtris contrariæ, pugnanteſve ſententiæ extant. Sed plerunq; accidit, vt homines nõ ſatis exercitati, ac triti in hac ciuili ſcientia, rationes diuerſitatis non facile perſpiciant, quamuis alioqui nec iudicio careant, & doctrina, literiſq; ſint inſtructiſſimi. Nos autẽ qui iuris ſcientiam profitemur, etſi his omnib. rebus longe fortaſſis inferiores: propter aſſiduam tamen lectionem, ſtudiũ, meditationẽ, contentionem hoc aſſequimur interdum vt diuerſitatem, ac diſſimilitudinem rerum, quæ ſimiles videntur aliis, facilius percipiamus, & obſeruemus, & vix quicquam ſit tam occultum, aut tam abditum, quod à nobis tandem non eruatur, & in lucem educatur. Nam & in rebus quotidianis idem accidere ſolet, vt Galeni exemplum (quo iam ſuprà vſi ſumus) ſatis oſtendit, de gemellis, qui propter ſummam, quæ inter eos eſt, ſimilitudinem, non poſſunt à quamlibet oculatis hominib. diſcerni: ſed qui cum eis aſſidue morantur, ac viuunt, diſſimilitudinem eorum cognitam, & perfectam habent. Exempla quoque peti poſſunt ex libris differentiarum Modeſtini. De ceteris Iuſtiniani libris, quorum alii prius, alii poſterius editi ſunt, ſequendum eſt, quod Paulus & Tertyllianus docent, Priores leges ad poſteriores trahi: & contra, poſteriores ad priores, niſi cõtrariæ ſint. l. non eſt nouum. & duab. ſeq. hic. Nam prior lex poſteriore contraria tollitur, & abrogatur. l. vlt. infrà de conſti. princ. Idq; ſuprà à nobis tractatum eſt in epiſt. Iuſtini. ad Senatum. quò. n. poſteriores leges, eò potiores, vt diximus. Si verò contrariæ non ſint, quod in vna deeſſe videtur, id interpretãdo ſupplendũ eſt ex altera, vt quaſi vna ex duab. lex fiat. Quare conſtitutio Iuſtiniani, qua cautum eſt, vt ex pacto donationis cauſa facto detur actio. l. ſi quis argentum. C. de donat. nõ abrogat ius antiquum, de actione ex pacto non danda: quia contraria non eſt. excipiuntur. n. iure antiquo pacta legitima. l. legitima. infrà de pact. Sæpe. n. accidit vt poſterior lex addat, interpretetur & deroget magis quã abroget. Ac tametſi pactũ donationis cauſa factum, inter legitima olim non numeraretur, ſed pactum de iniuria, & quædam alia: tamen antiquiores leges ad poſteriores trahuntur, vt Tertyllianus ait: & ſemper quaſi hoc legibus ineſſe credi oportet, vt ad eas quoque perſonas, & ad eas res pertineant, quæ quandoq; ſimiles erunt. l. ideo. hic. His locis continentur omnes fere quæſtiones, quæ ad boni, & æqui artem pertinent. Ex quib. cognoſci poteſt, interpretationem iuris nõ principis tantum eſſe, ſed etiam eius, qui iudicat, aut de iure reſpondet in ſingulis negotiis. l. placuit. C. de iudic. Nec temere dictum eſt à Poeta:

Iudicis auxilium, ſub iniqua lege rogato:

Et Ariſtot. lib. 1. Rhet. c. 37. ait iudicẽ menſulario ſimilem eſſe oportere: propterea quod verũ, & iuſtum à falſo, & adulterino diſcernat. verba eius hæc ſunt: ὥσπερ ἀργυρογνώμων ὁ κριτής ἐστιν, ὅπως διακρίνῃ τὸ κίβδηλον δίκαιον, καὶ τὸ ἀληθές. Solius tamen principis eſt, ius perpetuum conſtituere interpretando: item cum certa non eſt legis ſentẽtia, nec poteſt ex ſcripto colligi id, quod ſcriptum non eſt, ceſſant iudicis partes, & princeps aditur. l. 1. l. 9. l. cum de nouo. l. vlt. C. eo. l. 2. C. de vete. iu. enucl. Princeps enim non tantum hic permittit iudicibus, quantum ab Athenienſibus olim conceſſum fuit. Nam Athenis iudices antequam cauſas audirent, iurabant ſe de quibus rebus leges ſtatuiſſent, de his ex legibus ſententiam laturos: de

Quid ſignificet hæc dict. à Antinomia.

In omni fere iure antinomiæ reperiũtur.

Quantũ proficit in iuris prudẽtia exercitatio.

Cuius ſit iuris legiſq; interpretatio.

Fl... ſi... do ... dice.

quibus nullæ leges forent, mente, ſententiaque æquiſſima iudicaturos. Auctor Pollux lib. 8. Onomaſticῶn. Idem facere debet bonus princeps, & potiſſimum iudici præcipere, vt ſtricto iuri æquitatem præferat. In hanc rem vide titu. Inſtitut. de offic. iudic. Cum autem ſolum principem dico, non ita ſane volo accipi, vt non excipiatur Senatus, aliique magiſtratus, quib. auctoritas ius faciendi tributa eſt. l. non ambigitur. l. & ideo. hic. l. 2. C. de offic. præfe. præt. orient.

Cap. XI. *De conſuetudine.*

Conſuetudo, ius eſt non ſcriptum, quod in morem vetuſtas vulgi approbatione perduxit. Hæc diffinitio fere ſumpta eſt ex Cicerone lib. 2. de inuent. Dicitur ius, quod inter genera iuris connumeretur, & auctoritatem legi parem habeat. l. diuturna. l. ſed & ea. & ſeq. hic. Idem Cic. lib. 2. de inuent. Dicitur non ſcriptum: vt diſcernatur à lege, & aliis partibus iuris, quæ ſcripto continentur. l. ius ciuile. ſupra de iuſt. & iur. §. conſtat. Inſti. de iure natu. gen. Dicitur quod in morem vetuſtas, &c. quia vſus, & tacita quædam approbatio populi neceſſaria eſt ad inducendam conſuetudinem. Dicitur vetuſtas: quia non ſufficit vſus populi, niſi longus, & inueteratus ſit. l. de quib. & aliis ſeq. hic. quod de annis 10. vulgo intelligitur. Verum quia nullibi hoc tempus definitum reperitur, arbitror tunc diuturnum vſum iudicandum eſſe, cum apparet homines iam aſſueuiſſe illi inſtituto, & rationi viuendi, idque arbitrio iudicis relinquendum eſſe. arg. l. 1. infrà de iure delib. nam iuris noſtri auctores modo inueteratam conſuetudinem requirunt, modo longam, ſiue diuturnam, modo plurimorum annorum. d. l. de quibus. & aliis ſeq. Nec mihi videtur inueteratum, aut vetuſtum recte dici, quod decem annorum tantum eſt: etſi præſcriptio longi temporis, interdum dicatur, decem, aut viginti annorum, vt in tit. C. de præſcrip. longi temp. Conſuetudo enim non priuati eſt hominis, ſed populi vſus. Itaque ius publicum ex conſuetudine, ius hominis priuati ex præſcriptione naſcitur. Ac mihi ſane magis probatur opinio eorum, & his verbis magis conuenit, qui putant temporis vſum requiri, quod hominum memoriam excedat. Sed melius eſt, quæ lege definita non ſunt, iudicis arbitrio relinquere, vt Ariſtoteles monet lib. 1. Rhet. Cum igitur difficilis ſit probatio conſuetudinis, vtile eſt, iudicium aliquod contradictum proferre, quo ea confirmata ſit. l. cum de conſuetudine. hic. Contradictum iudicium vocamus, cum altero ex litigatoribus contradicente, & talem non eſſe conſuetudinem contendente, iudicatum tandem eſt pro conſuetudine. Ex iam dictis facile intelligi poteſt, ſi varius fuerit vſus populi, aut varie iudicatum, non eſſe conſuetudinem: quoniam approbatione populi opus eſt. arg. l. nam Imperator. hic. Itaque Athenienſes, cum Apollo eis reſpondiſſet, vt eas potiſſimum religiones tenerent, quæ eſſent in more maiorum, in magna dubitatione fuerunt: propterea quod varium circa religiones maiorum morem deprehenderant, vt ſcribit Cicero lib. 2. de leg.

Contradictum iudicium quid.

Reſponſum Athenienſibus datũ ab Apolline.

Cap. XII.

Quæ ſit vis, & poteſtas conſuetudinis.

Conſuetudo primum vim legis habet in his, de quibus nulla lex ſcripta eſt. l. de quibus. l. diuturna. & ſeq. hic. l. 1. & 3. C. quæ ſit longa conſue. Hinc verſus ille Publiani,

Grauiſſimum eſt imperium conſuetudinis.

I. Exemplum primum eſt in controuerſiis pleriſque, quę de beneficiis militarib. aut (vt vulgo loquimur) feudis mouētur.

II. Id etiam pro lege habetur, quod ex iure moribus recepto deducitur per interpretationem. d. l. de quibus. Quare cum deficit certa conſuetudo in controuerſiis, quæ ad beneficia militaria pertinent, id ſequimur, quod conſuetudini receptæ proximum & conſequens eſt. d. l. de quibus. Quod ſi quæſtio oriatur de ciuitatis alicuius conſuetudine, ad conſuetudinem Metropoleos vrbis recurrendum erit. Si quid tamen non ratione introductum, ſed errore primum ſit, deinde obtentum, ad ſimilia producendum non erit. l. quod non ratione, hic. Nam (vt ante diximus) de legis interpretatione, quod contra rationem iuris receptum eſt, non producitur ad conſequentias. l. quod vero. hic.

III. Si quid obſcurius in l. reperiatur, eam interpretationem ſequi debemus, quæ conſuetudine recepta eſt. Eſt enim optima legum interpres conſuetudo. l. ſi de interpretatione. hic. & minime mutanda ſunt, quæ certam interpretationem ſemper habuerunt. l. minime. hic.

IV. Deſuetudine, id eſt, contraria conſuetudine leges abrogantur, vt Iulianus ait d. l. de quibus. hic. Quod ſi de populo Romano intelligas, qui legis condendæ poteſtatem habebat, idque Iuliani etiam tempore, vt credibile eſt, nihil certius dici poteſt. Poſtquam vero deſiit populus leges condere, quæritur, an poſſit conſuetudo ius à Principe conſtitutum tollere? Et exiſtimo, ſi Princeps ab initio non coegerit inobedientes ad parendum legi, ſed diſſimulauerit longo tempore, adeo vt conſuetudo inoleuerit paulatim legi contraria, eâ conſuetudine legem abrogari. euentus enim docet eam legem moribus populi non conuenientem, atque ideo contemnendam eſſe. can. erit autem, 4. diſt. Inde illud Auguſtini celebratum eſt, Leges firmantur, cum moribus vtentium approbantur. can. in iuſtis. 4. diſt. Hinc Solon interrogatus, quas leges optimas condidiſſet Athenienſibus? reſpondit: Eas ſe iudicare optimas, quibus populus vteretur. Huc pertinet, quod Ariſto. ait lib. 2. Politic. cap. 7. ὁ γὰρ νόμος, inquit, ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι, πλὴν παρὰ τὸ ἔθος, τοῦτο δὲ οὐ γίνεται, εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος. Et Iuſtinianus noſter Nouel. 39. Legem quandam ſuam tempore & vſu forenſi fuiſſe receptam teſtatur, quaſi ad vim roburque legis id maxime pertineat: καὶ ὁ γε νόμος, inquit, ἤδη που καὶ χρόνιός ἐστι, καὶ ἐν τοῖς δικαστηρίοις εὐδόκιμον διατέλεσε. Verum obiicitur nobis reſcriptum Conſtantini. l. 2. C. quæ ſit longa conſuetu. cuius hæc verba ſunt: Conſuetudinis, vſusque longæui non vilis auctoritas eſt: verum non vſque adeo ſui valitura momento, vt aut rationem vincat, aut legem. Ex quo conſequi videtur, legem conſuetudine abrogari non poſſe. Sed alius mihi videtur eorum verborum ſenſus, quam vulgo credatur. non enim his verbis ſignificat Conſtantinus, ſi conſuetudo legi omnino contraria ſit, non poſſe legem ea abrogari: ſed conſuetudinem maioris auctoritatis non eſſe, quam legem, imitatur enim legem & vim legis habet, vt ante diximus. l. vlt. C. quæ ſit longa conſuet. Id exemplo dilucidius fiet, ſi ponamus conſuetudinem proferri non contrariam legi ſua natura, ſed cum lege pugnantem in aliqua hypotheſi. non enim ſemper neceſſe erit legem conſuetudini cedere, quaſi conſuetudinis maior ſit auctoritas, quam legis: ſed ea conſideranda erunt, de quibus diximus in diſputatione de contrariis legib. Rurſus obiiciuntur nobis quæ Vlpianus ſcribit, edictum Adriani interpretans, de his, qui in ciuitate ſepeliunt, in l. 3. §. Diuus. infra de ſepul. viol. Sed nihil ad rem pertinent, cum præſertim de lege municipali, non de conſuetudine Vlpianus loquatur. Nam Adrianus edicto ſuo pœnam ſtatuit quadraginta aureorum in eos, qui in ciuitate ſepeliunt, nec eam exceptionem addidit, quam plerunque adſcribi animaduertimus, niſi lex municipalis id permiſerit. Itaque Vlpianus ait, quia generalia ſunt reſcripta, & ſine vlla exceptione, ea in omni loco valere: etſi forte lex municipii alicuius permittat in ciuitate ſepeliri, ab ea lege poſt principalia reſcripta receſſum eſſe. Hic mihi videtur planus verborum Vlpiani ſenſus eſſe: quibus ſic intellectis, nihil eſt quod noſtræ aduerſetur ſententiæ: Vult enim Vlpianus, principem conſtitutionibus ſuis quamcunque legem municipalem tollere poſſe. Idemque videtur de conſuetudine dicendum eſſe, ſi princeps expreſſim derogauerit conſuetudini, nō ſi conſuetudinis ignarus conſtitutionem ei contrariam ediderit. cap. 1. de conſtit. in ſexto.

Præclarũ Solonis reſpõſum de legib. Athenienſium.

IN TIT. IIII. DE CONSTITVTIONIBVS PRINCIPVM.

Cap. I. *De poteſtate principis.*

Inter genera ſcripti iuris conſtitutiones principum numerantur. l. 2. ſupra de orig. iur. Inſtit. de iur. nat. gen. & ci. Nā ius quod princeps conſtituit, vim legis habet, etſi non interuenerit populi conſenſus, ſed ſola principis voluntas. Sic enim accipiendum eſt, quod hic dicitur ab Vlpiano in l. 1. Quod principi placuit, legis habet vigorem, ne aliàs inde aliqua abſurditas conſequatur. Quis enim edictum

ctum Claudii pro lege habendum putet, quo admonebat populum, nihil æque facere ad viperæ morſum, quam taxi arboris ſuccum? vt ait Sue. in Claudio. Cæſar quidem dixiſſe aliquando fertur, homines debere pro legibus habere, quæ diceret. Sed hæc inuidioſa oratio, ac principe indigna exitium ei haud dubie attulit. Superiora igitur verba intelligere debemus, de voluntate principis ius conſtituere volentis, quæ voluntas legis vim habet, & conſtitutio dicitur. Nam lege regia, quæ de regno, ſeu imperio lata eſt, poteſtas omnis collata eſt principi, non tantum in prouinciales & ſubiectos populo Romano, ſed in ipſum etiam populum Romanum. Seneca epiſt. 14. Interdum populus eſt, inquit, quem timere debeamus: interdum, ſi ea ciuitatis diſciplina eſt, vt plurima per Senatum tranſigantur, gratioſi timeantur etiam in eo viri: interdum ſinguli, quibus poteſtas populi, & in populum data eſt. Quamuis autem iuris conſtituendi poteſtas fuerit principi conceſſa à populo: tamen credibile eſt, populum eam poteſtatem magis cum principe quodammodo communicaſſe, quam à ſe omnino abdicaſſe, quod & Iulianus oſtendit, paulo ante diſputans de conſuetudine. d. l. de quibus. ſupra prox. tit. Ac certum eſt, Auguſtum leges ad populum ferre ſolitum fuiſſe: quod Dion ſcribit. Illud præcipua animaduerſione dignum eſt, quod hic in l. 2. Vlpi. ait, in nouis rebus conſtituendis euidentem eſſe vtilitatem debere, vt recedatur ab eo iure, quod diu æquum viſum eſt. Nam, vt Ariſt. ait lib. 2. Pol. errata quædam toleranda ſunt & legumlatorum & magiſtratuum: quoniam non tantum prodeſt legum, quamuis malarum mutatio, quantum nocet conſuetudo magiſtratibus, & principibus non parendi. Denique non minus eſt periculi in malis

Pulchra ſimilitudo de victus mutatione & legum mutatione. legibus condendis, quam in nouis conſtituendis. Adde, quod ſicut victus ratio mutata nocet valetudini: ita legum mutatione publicus ſtatus perturbatur. Quid immanius, aut magis barbarum Bactrorum ſiue lege, ſiue inſtituto & conſuetudine, qui canibus ad hoc ipſum nutritis obiiciebant ſenes? Tamen cum Alexandri præfectus Nicanor id emendare voluiſſet, tantus inde motus, tantaque perturbatio exorta eſt, vt pene amiſerit prouinciam. auctor eſt Hiero. lib. 2. in Iouin. In omni igitur Rep. ſemper retinenda eſt hæc aurea ſententia Vlpiani, In nouis rebus conſtituendis, &c. quæ ad omnes leges & conſtitutiones pertinet. Ei ſententiæ conſentaneum eſt illud Thucydidis lib. 3. χείροσι νόμοις ἀκινήτοις χρωμένη πόλις κρείσσων ἐστὶν, ἢ καλῶς ἔχουσιν, ἀκύροις ἀμαθία τε μετὰ σωφροσύνης ὠφελιμώτερον, ἢ δεξιότης μετὰ ἀκολασίας. Tum & illud Plautinum, *Nota res mala optima eſt.* Quod ſi veterum exempla requiramus, memorabilis eſt Locrorum lex, cuius meminit Demoſthenes in oratione contra Timocratem, qua cauebatur ne quis nouam legem ad populum ferret, niſi inſerto prius in collum laqueo eam populo exponeret. Quod ſi lex populo placeret, ei pareret, ſi vero ei lex diſpliceret, ſtatim ſtrangularetur. Inſignis eſt & hiſtoria, quam refert Liuius de Pacuuio Calauio lib. 2. & 3. in prin. in hæc verba deſinens: Notiſſimum quodq; malum maxime tolerabile eſſe.

Cap. II.

De conſtitutionibus.

Conſtitutio quid. Conſtitutio nomen generale eſt, ſignificans ius omne quod à principe ſtatuitur: habetque has ſub ſe ſpecies, epiſtolam, reſcriptum, mandatum, decretum, edictum. Quæ verba Theophilus explicat in Inſtit. Omnis igitur ſententia, ſiue interlocutio principis, pro lege habetur, in quibuſcunque cauſis: tametſi princeps in certa cauſſa, & inter certas perſonas pronuntiauerit. l. 1. hic. hoc enim eſt quod inter ceteras ſpecies decretum nominauimus. Quod ſuperius tamen difficultate non caret, propter conſtitutiones Theodoſii, & Iuſtiniani, quæ inter ſe pugnantes eſſe videntur. l. 2. 3. & vlti. C. eo. Sed exiſtimo conſtitutione Iuſtiniani tanquam poſtrema, id eſt, d. l. vlti. C. eo. ceteras abrogari. Fuit enim ea conſtitutio inſerta Codici poſt primam eius editionem: cum ea conſtitutio facta ſit Decio coſ. 6. Calend. Nouembr. Codex vero editus fuerat eodem anno 16. Calend. Maii. tit. Cod. de Iuſtin. Cod. confir.

Cap. III.

De interpretatione conſtitutionis.

Perſonales conſtitutiones ad exemplum non trahuntur, cum apparet principem gratia perſonæ motum aliquid ſtatuiſſe. l. 1. hic. §. ſed & quod. Inſtit. de iure nat. gent. & ciui. Beneficium tamen principis, quod neminem lædit, ſed ex mera eius liberalitate proficiſcitur, quam pleniſſime interpretamur in gratiam eius, cui conceſſum eſt, tametſi perſonale ſit, nec perſonam egrediatur. l. 3. hic. l. 2. §. merito, infra ne quid in loco publ. l. ſi quando. C. de bon. vac. At ſi quæ reperiantur conſtitutiones inuicem pugnantes, & contrariæ, poſtrema quæque grauiſſima eſt. l. vlti. hic. Cetera ex his repetenda ſunt, quæ ſupra diximus de legum interpretatione, ſub tit. de legibus.

Cap. IV.

De reſcriptis.

Reſcriptum ſpecies eſt conſtitutionis, vt ſupra diximus, quare tractatus varii de reſcriptis, qui extant in Codice Iuſtiniani, ad hunc locum pertinent: de his igitur hæc ſunt tradita: Reſcripto parendum eſſe ſine recuſatione: & quia ſacroſancta poteſtas eſt principis, eum ſacrilegum quodammodo haberi, qui principis reſcripto non obtemperat, & ei parere recuſat, niſi fuerit contra ius aut vtilitatem publicam. Non enim creditur id princeps velle, id eſt, contra ius vel vtilitatem publicam facere & ſtatuere. l. ſacrilegii. C. de diuer. reſcr. Sed reſcripta intelligimus, in quibus ſeruata eſt forma legib. præſcripta. l. 3. 4. & pen. C. de diuer. reſcrip. Quæ res multas cautiones habet, vt ſæpe accidit, vt reſcripto parendum non ſit: idque variis ex cauſſis, propter quas hodie in iudiciis reſcripta impugnari ſolent. Primum, quod reſcriptum iuri contrarium ſit, aut contra vtilitatem publicam. l. nec damnoſa. l. reſcripta. C. de precib. imper. offer. l. vlt. C. ſi contra ius vel vtil. publi. Quo in genere poni debet reſcriptum, quo ius alienum tollitur. l. quoties. l. vniuerſa. C. de precib. imper. offer. Vnde intelligitur reſcripta impetrari ſolum poſſe à principe de iis, quæ nemini damnum inferunt. l. nec auus. C. de emanc. liber. veluti de ſtatuis & imaginibus. tit. C. de ſtat. & ima. Quæritur de eo, qui aduerſus ſententiam reſcriptum impetrauit? Et certum eſt, ſi res ita iudicata ſit, vt nullus ſuperſit locus appellationi, aut ſupplicationi, reſcriptum eius retractandæ cauſa impetratum nullius eſſe momenti. Eademque eſt cauſa reſcripti quod lite pendente impetratur. tit. C. vt lit. pend. Nouel. 113. tit. in med. lit. non fi. ſac. iuſ. Quod ſi præfectus prætorio iudicauerit, ſupplicare aduerſus ſententiam eius licet intra tempus legitimum: quo tempore elapſo, id non permittitur. l. ſi quis aduerſus. C. de precib. imper. offe. Nouel. 119. vt ſpon. lar. Præterea aduerſus reſcriptum obiicitur, quod per mendacium, & obreptionem impetratum ſit. toto tit. C. ſi contra ius vel vtil. pub. l. vlt. C. de diuer. reſcrip. vt, ſi quis impetrauerit indulgentiam & reſtitutionem prætextu meritorum, quæ nulla ſint. Nec nos mouere debet, quod cum quis expoſuit principi rem velut geſtã, vt oſtenderet ſibi cum alio controuerſiam eſſe, in qua iudicem ſibi dari poſtularet, cognoſcit iudex datus de eo negotio ſecundum ius, tametſi aduerſarius arguat mendacii impetrantem. l. 1. & 2. C. ſi contra ius. Cum enim princeps iudicem alicui dat petenti, & negotium exponenti, non idcirco id indulget ei princeps, vt ei narrationi fidem habeat: alioqui nec iudex quidem dandus, ſed negotium potius finiendum eſſet: verum ideo iudicem dat, quod ex ea narratione intelligat cõtrouerſiam certe aliquam de ea re eſſe quam finiri, ac dirimi oporteat. Item obiicitur contra reſcriptum, quod tempus lapſum ſit, intra quod impetrans eo vti debuit, ſi forte tempus aliquod reſcripto expreſſum ſit: alias enim perennia ſunt reſcripta. l. 2. C. de diuer. reſcript. cap. plerunque. de reſcriptis: vt & gratiæ Pontificum. c. ſi ſuper gratia. de offic. delegat. dummodo ex Zenonis mandato inſeratur clauſula, ſi veritate preces nitantur. Nullum enim reſcriptum ſine hac legitima & æquitate plena Zenonis ſententia concipi debet nec poteſt, aliter nullius ponderis & momenti eſt reſcriptum. Item, quod actio perierit tempore, cuius gratia reſcriptum impetratum eſt. Sed notandum eſt libellum principi datum vim habere litis conteſtationis, ad perpetuandam actionem alioqui temporariã, vt patet ex titu. C. quando lib. prin. da. Denique, ei qui impetrauit reſcriptum obiicitur, quod propter ſtatum, & conditionem perſonæ, eo vti in iudicio non poſſit: multum enim refert, qualis ſit is, qui reſcripto vti vult in iudicio: quamuis parum referat, à quo ſit impetratum. l. 1. l.

Quæ concurrere debeant in principis reſcripto.

vniuerſis. C. de precib. imper. offer. In communi ſane cauſa reſcriptum ab vno impetratum, ceteris prodeſt. l. 1. C. de diuer. reſcript.

IN TIT. V. LIB. I. PANDECT.
DE STATV HOMINVM.

Quia omne ius vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones, & nulla fere incidit quæſtio, quæ ad hos locos non referatur, vt alibi fuſius docuimus: in hac prima Digeſtorum parte aliquid de his tractandum. Ac primum de perſonis, earumque ſtatu, quod perſonarum cauſa ius omne ſit conſtitutum. l. 1. & 2. hic.

Diuiſio hominum in liberos & ſeruos.

Circa ſtatum perſonarum ſumma, primaque diuiſio hæc eſt. Quidam homines ſunt liberi, alii ſunt ſerui. libertas autem eſt naturalis facultas eius quod cuique facere libet, niſi quod vi aut iure prohibetur. Seruitus eſt conſtitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubiicitur. l. 4. hic. ex quo apparet in ſeruitute inducenda à iure naturali receſſum eſſe. Nam quamuis à natura alienum ſit vt imbecillior valentiori ac potentiori ſubiiciatur, ac ſeruiat, tamen id iudicatum eſt humano generi conducibile, cum ea eſſent hominum vitia, vt aliter non poſſet ſocietas humana conſeruari, quam bellum gerendo, & captiuos in victorum poteſtatem redigendo. Hinc Ariſtoteles lib. 1. Polit. de ſeruitute differens ita ſcribit, ὁ γὰρ νόμος ὁμολογία τίς ἐστιν ἐν ᾧ τὰ κατὰ τὸν πόλεμον κρατούμενα, τῶν κρατούντων εἶναι φασί. Hæc autem verba in definitione, niſi quod vi aut iure prohibetur, adiecta ſunt, vt intelligamus, tametſi vi prohibeatur aliquis, aut iure & legibus quicquam facere, non ideo minus liberum dicendum eſſe. Nam iure prohibita dicuntur, quæ hominibus in vniuerſum prohibita ſunt, veluti hominem interficere. Atque huc pertinent verſus Perſii Saty. 5.

Cur mihi non liceat iuſſit quodcunque voluntas,
Excepto ſi quid Maſurii rubrica notauit.

Eſt genus colonorum, qui ſerui dicuntur, quod agro addicti mancipatique ſint, vt ipſis recedere ab eo non liceat. C. de agric. & cenſit. l. 1. C. de colo. Thraceſ. Et hi apud nos homines manus mortuæ dicuntur. Sed alia eſt ſeruitus, de qua hic loquimur. Et conſtat hoc verbum variæ ſignificationis eſſe. titu. de ſeruitut. lib. 8. infrà.

Altera diuiſio ſeruorum & liberorum.

Seruorum vna conditio eſt, nec inter ſeruos vnus alio magis ſeruus eſt. Sunt tamen ſeruorum aliquæ differentiæ: vt exempli gratia, alii ordinarii ſunt, alii vicarii: vnde illud Ariſtotelis, δοῦλος πρὸς δοῦλον, δεσπότης πρὸς δεσπότην. Item ſerui variis modis in dominium poteſtatemque noſtram rediguntur, nempe iure ciuili, & iure gentium, vt hic Martianus docet in l. 5. Liberorum hominum varius eſt ſtatus variaque conditio. Nam alii ſunt ingenui, alii libertini. Ingenui ſunt qui nati ſunt liberi. libertini qui ex iuſta ſeruitute manumiſſi ſunt. l. 5. & 6. hic. libertinorum differentias tradunt Iuſtinianus & Theophilus in Inſtit. Ex his definitionibus & diuiſionibus variæ quæſtiones oriuntur, circa quas hæc notanda ſunt quæ ſequuntur.

Primò ſtatum liberorum non lædi ob tenorem inſtrumēti male concepti. l. Imperator. 8. hic. vt ſi forte erratum ſit in profeſſione. l. cum de ætate. l. etiam. & l. pen. hic.

Secundò ſeruus non ideo conſequitur libertatem quod in cauſa capitali à domino ſuo defenſus non ſit. l. ſeruus. 13. hic. & l. ille. qui & à quib. man. & l. ſciendum. de pub. iud.

Tertiò, natus ex matre libera liber eſt. l. 5. hic. Exemplum eſt apud Triphonium, de quo olim quæſtio fuit. Areſcuſa ſi tres pepererit, libera eſto. Et Triphonius ait, ſimulatque peperit tres, liberam eſſe, atque ideo quartum qui ex ea naſcitur liberum naſci. Nec refert an diuerſi partus fuerint, an primo, an vero ſecundo tres pepererit, aut primo partu duos, totidem ſecundo. l. Areſcuſa. hic. l. ter enixa. ff. de verbo. ſignific. Non ergo dubitatur quin quilibet natus non ſit liber, quod ex matre naſcatur libera, & quod tot ſint partus quot infantes in iure nulla eſt difficultas, ſed facti quæſtio eſt, quod ſit omnino naſcentium ordo incertus. Eadem ſolet agitari quæſtio de iure primogenituræ moribus noſtris, ſed videtur mihi in re dubia fauendum ipſi libertati, & principem conſulendum. Aliud exemplum eſt, ſi donata ſit ancilla ea lege, vt manumitteretur, & empta eſt eo tempore quo ſecundum legem donationis manumiſſa eſſe debuit, quo tempore natus eſt illi filius. Quæritur an ſit liber? I. C. ait fauore libertatis, liberum eſſe, & id à Diuo Marco inductum eſſe. l. 1. & 2. ſi mancip. ita fuerit alien. vt man. l. Herennius, 22. hic.

Quartò ſi libera mulier prægnans vltimo ſupplicio damnata ſit, partus qui ex ea naſcitur liber eſt, quamuis ea in ſeruitium redacta ſit hac damnatione. Erat enim libera tempore conceptionis, quod ſufficit. l. Imperator. hic. l. quod ad ſtatum. & l. qui vltimo. de pœnis. Nec ei matris calamitas debet nocere qui in vtero eſt.

Quintò homo liber qui ſe vendidit, aut ſe venundari paſſus eſt, manumiſſus, non efficitur ingenuus, ſed libertinæ conditionis. l. homo liber. 2. hic. Nam etſi liber natus ſit, tamen verum eſt eum ex iuſta ſeruitute manumiſſum.

Sextò ingenuus eſſe intelligitur is, de cuius ingenuitate ſententia lata eſt l. ingenuum. hic. l. res iudicata. de regulis iur. modo adfuerit legitimus contradictor. l. Diui fratres. de lib. cauſa.

Septimò patronus adoptando libertum, minime eum ingenuum facit. l. vlti. hic. Tamen quantum ad familiam patroni attinet, ingenuitatis iura conſequitur. l. ſciendum. de ritu nupt. Hactenus de ſeruis & liberis hominib. Nunc alia tractanda ſunt, quæ circa ſtatum perſonarum verſantur.

An quis ſit mas, an fœmina, an vtriuſque ſexus particeps.

Non ſine cauſa quæritur, an quis ſit mas, an vero fœmina, propterea quod in pleriſque iuris articulis deterior eſt fœminarum conditio. l. in multis. hic. & l. fœminæ. de regulis iuris. Eſt enim mas natura præſtantior fœmina, vt Ariſtoteles ait lib. 1. Polit. cap. 3. Sed & principatu dignior eſt natura, vt idem ait eodem lib. cap. vl. Τὸ ἄρρεν φύσει ἡγεμονικώτερον τοῦ θήλεος τῆς γυναικός.

Hermaphroditi autem, qui & Androgyni dicuntur, eius ſexus æſtimandi ſunt, qui in eis præualet. l. quæritur. hic. Alius locus huius tituli eſt, in quo quæritur circa ſtatum perſonarum.

An quis ſit filius necne.

In hac quæſtione notandum eſt eum, qui ex iuſtis nuptiis ſeptimo menſe natus eſt. iuſtum filium eſſe. l. ſeptimo menſe. hic. Idem dicendum eſt de eo, qui decimo menſe naſcitur. l. inteſtato. §. vltim. infra de ſuis & legiti. hæredi. Item non ſunt liberi partus monſtroſi, quos nec alere quidem permiſſum erat legibus veteribus, auctore Dionyſio lib. 2. huc pertinet l. non ſunt. hic. Itaque talis partus natiuitate non rumpitur teſtamentum. l. 2. & 3. C. de poſthu. hær. inſti. Receptum tamen eſt benigniore quadam legis interpretatione, vt hic partus matri proſit ad ius trium liberorū conſequendum, quia nihil poteſt ei imputari, quæ quoquo modo potuit legi obtemperauit. l. Quæret aliquis. de verborum ſignificat. Et quamuis Paulus lib. 4. Sentent. tit. de ab inteſt. ſucceſſ. vnde ſumpta ſunt quæ in d. l. non ſunt, ſcripta extant, aliter ſentiat, Nos hic ſequimur, quod Iuſtinianus nobis ſcriptum reliquit, quem veriſimile eſt verba Pauli immutaſſe, ne Vlpiani dicto aduerſarentur. d. l. Quæret aliquis. Præterea qui in vtero eſt, pro iam nato habetur, cum de commodo ipſius partus quæritur, veluti de reſtituenda hæreditate, &c. l. 7. & penult. hic. alius locus huius tituli ſequitur qui etiam ad ſtatum perſonarum pertinet.

Partus monſtroſi proſunt matri ad ius trium liberorū. Iuſtiniani prudentia in tuenda re ſubmanda.

An quis iuſtus & legitimus ſit filius, an ſpurius & vulgo conceptus.

Iuſtum legitimumque filium eum eſſe dicimus, qui ex iuſtis nuptiis natus eſt: ſpurium vero & vulgo conceptum. qui patrem demonſtrare non poteſt. l. vulgo concepti. hic. & §. ſi aduerſus. Inſtit. de nup. Si igitur filia nupſerit inuito aut inſcio patre, quoniam ea coniunctio legitima non eſt,

non poteſt filius qui ex ea naſcitur, legitimus eſſe. l. Paulus reſpondit, 11. hic.

An quis ſit ciuis, an peregrinus.

Certum eſt omnes qui in orbe ditioneque Romana ſunt, ciues Romanos eſſe ex conſtitutione Imper. Antonini. l. in orbe. hic. Cuius conſtitutionis meminit Iuſtinianus in Nouella 78. titu. vt liber. de cæte. Itaque Roma dicitur communis eorum patria, qui ſubſunt Imperio Romano. l. Roma. ad municipal. Sed ante eam conſtitutionem oportebat eum qui Roma ortus non eſſet, ciuitate donari, vt ciuis eſſet. l. ciues. de incolis. l. 1. ad municip. Extant quædam exempla ciuitatum eo iure donatarum. l. 1. infra de cenſibus. Vtilitas autem huius iuris conſiſtit in iis, quæ ſunt iuris Romani magis quam gentium, & quæ ſunt propria ciuium Romanorum. Nam & Boetius in Topic. Cicer. inquit, iure ciuili nihil agi, niſi inter ciues poſſe. Huius generis eſt patria poteſtas. Inſtitu. de pat. poteſt. & l. in ſuis. de liber. & poſthu. Connubium. Inſti. de nupt. Cum extraneis enim & peregrinis connubium non eſt. Vlpianus titu. de iis qui ſunt in poteſta. videte Senec. libro 4. de benefic. Item teſtamenta & hæreditates. l. 1. ad l. Falcid. & l. 1. C. de hæred. inſtitu. Item honores, ſuffragia & cætera, quæ inter ciues tantum aguntur. Adde ſupradictis commercium emendi vendendique facultatem authore Vlpiano in Inſtit. tit. 18. de domi. & acquiſ. rer. Cum autem quæritur an ciuis ſit aliquis, & an origo paterna an materna ſpectari debeat, animaduertendum eſt, ſi legitimæ nuptiæ contractæ ſint, liberos patrem ſequi. l. cum legitima. hic. Cum autem legitimæ non ſunt nuptiæ, ſequuntur matrem, atque ideo natus ex ciue Romano, & latina, latinus naſcitur, non ciuis, vt ait Vlpianus in Inſti. tit. de his qui in poteſt. Quod intellige niſi lex ſpecialis aliud inducat, id eſt, niſi lege ſpecialiter exceptum ſit. Legem autem ſpecialem vocant priuilegium, aut legem municipalem. Vulgo autem conceptus omnino matrem ſequitur. d. l. cum legitimæ. l. lex naturæ, hic. l. 2. & l. eius qui. ad municip. Alius locus huius tituli eſt, in quo circa ſtatum perſonarum quæritur, quantum ad ordinem & dignitatem cuiusque pertinet.

An quis ſit in ordinē & dignitate.

De ordine & dignitate alicuius, quantum ad ſtatum perſonarum pertinet, quæritur hic. l. qui furere. hoc tit. in qua Iuriſconſultus vtitur ſimilitudine hac non ineleganti: vt non amittit dominium, qui furere incipit, ita nec qui magiſtratum, aut dignitatem habet, ſed ad nouos honores prouehi non poteſt, vt arguitur ex l. 1. §. quamuis. de poſtulan.

IN TIT. VI. LIB. I. PANDECT.

De iis qui ſunt ſui vel alieni iuris.

CAP. I.

AD ſtatum perſonarum quoque pertinet locus de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris. Supradictis igitur diuiſionibus hæc adiicienda eſt. Quidam ſunt ſui iuris, alii ſunt alieno iuri ſubiecti. l. 1. hic. Videamus primum de iis qui alieno iuri ſubiecti ſunt.

Alieno iuri ſubiecti ſunt ſerui, qui ſunt in dominorum poteſtate iure gentium. l. 1. hic. Quæ poteſtas olim fuit vitæ & necis, ſed diminuta & temperata eſt conſtitutionibus principum propter nimiam quorundam dominorum ſæuitiam, & crudelitatem in ſuos ſeruos, qualis fuit Vedius Pollio, qui ſeruos ſuos immaniter in viuarium coniiciebat murenas ſaginaturus. Seneca libro 1. de Clementia. cap. 18. Qualis etiam fuit Iulius Sabinus, aut Vmbricia matrona, quorum meminit Vlpianus in l. 2. huius titu. Hic Iulius Sabinus, quoniam immaniter in ſeruos ſæuiebat, dedit occaſionem huic tam ſanctæ conſtitutioni. Extat & Adriani alia quædam conſtitutio, de qua meminit Spartianus. Olim ædes ſacræ erant quoddam quaſi aſylum ſeruis: & vt Euri- *Inſignis crudelitas.* pides ait, ſicut ſaxa & luſtra ferarum ſunt & cubilia & perfugia, ita arx deorum & ſtatuæ Principum ſeruorum erant perfugia. Hactenus de ſeruis.

Alieno quoque iuri ſubiecti ſunt filiifamilias, id eſt, liberi ex iuſtis nuptiis procreati. l. tert. & quart. hic, & Inſtitut. de pat. poteſt. Nam filius iure Romano in patria poteſtate eſt, eſtque hoc ius proprium ciuium Romanorum in liberos. Inſtitu. de patr. poteſta. dicta l. 3. non quod apud cæteras gentes liberis parentes non imperent & præſint, ſed quod talem poteſtatem non habeant, qualem Romani in liberos. Inſtitut. de patria poteſt. Nam naturale eſt, & commune omnium gentium, vt liberi parentibus obtemperent. l. veluti. ſupra de iuſtitia & iur. Imperat enim paterfamilias in domo familiaque ſua, ſeruis δεσποτικῶς, filiis βασιλικῶς, vxori πολιτικῶς, vt Ariſtoteles ait libro 2. Politic. qui hæc tria Imperii genera eleganter deſcribit. Hinc Plinius in Panegyrico: Lex, inquit, naturæ ſemper in ditione parentum liberos eſſe iuſſit. Sed huic iuri naturæ Romani multa adiecerunt, quo magis allicerent ciues ſuos ad liberorum procreationem. Parentum, inquit Seneca, conditionem ſacrauimus, quia expediebat liberos tolli, & liberis ciuibus ciuitates repleri, libro ſecundo, de beneficiis. capite 11. Et quamuis dubitet Dionyſius libro ſecundo, an moribus receptum fuerit ab initio hoc ius, an lege aliqua potius introductum vſque ad hoc tempus firmum permanſerit, tamen hic Vlpianus diſerte ait, moribus receptum fuiſſe. in l. patre. hic. Ex his quæ diximus conſequi videtur, & hæc fuit quorundam opinio, Gallos non habere filios in poteſtate: quod quidem accipi poteſt, vt non eam poteſtatem habeant in filios quam Romani, ſed certam quandam & propriam, quæ moribus eorum recepta ſit. *Gallorum ius ac poteſtas in liberos.* Certe Iulius Cæſar, libro ſexto Commentariorum de bello Gallico ſcribit, eos vitæ, & necis poteſtatem in liberos & vxores habuiſſe, his verbis: Viri in vxores ſicuti in liberos, vitæ necisque poteſtatem habent. Et id quidem exiſtimo verum fuiſſe eo tempore, ſed ex quo lumen Chriſtianæ fidei inductum eſt in Galliam, immutatum fuit. Quod diximus de filiis, ad nepotes, pronepotes & alios deinceps pertinet. Auus enim paternus nepotes in poteſtate habet non minus quam filios. dicta l. 4. hic. Nepotes ſane mortuo auo recidunt in poteſtatem patris, niſi pater ab auo emancipatus fuerit. l. 5. hic. & §. 1. quibus modis ius patr. poteſta. ſol. Item nepos quem pater gradu præcedit, mortuo patre efficitur ſuus hæres ipſi auo, inque locum patris ſuccedit. Idem eſt et ſi pater libertatem, aut ciuitatem amiſerit. l. ſi qua pœna. 7. D. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt. Nec vero quicquam refert an filius miles ſit necne, vt in poteſtate patris eſſe dicatur. l. ſi maritus. C. de pat. poteſta. §. filiusfamilias. Inſtitu. quibus modis ius patr. poteſta. ſol. nam remanet in poteſtate patris aut aui. habetur tamen nonnunquam filiusfamilias miles pro patrefamilias.

Quæritur de eo cuius pater captus eſt ab hoſtibus, & verius eſt, cum pendeat ius liberorum, propter ius poſtliminii, interim filium ſui iuris eſſe, quem pater in ſua poteſtate habere non poteſt. §. ſi ab hoſtib. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſol. l. vlti. C. de ſenten. paſſis. Abſurdum quippe eſſet eodem tempore eum nec ſui iuris, nec in poteſtate patris eſſe. His ita explicatis, animaduertendū eſt, cum quæritur an quis ſit filiusfamilias, duo ſpectanda eſſe. Primum an filius, ſecundum, an ſit in poteſtate. An autem quis ſit filius alicuius necne, facti quæſtio eſt, & omnino ex probatione pendet. Et filium alicuius definimus eum, qui ex vxore eius naſcitur. l. filium. hic. Pater enim is eſt quem demonſtrant nuptiæ. l. quia ſemper. de in ius vocan. Et tamen opus eſt coniectura, vt docet Vlpianus, veluti ſi maritus abſens fuerit, vel morbo diuturno impeditus. Qua de re vide nobile exemplum apud Xenophontem libro 3. Rerum Græcar. de Ægide, & Ageſilao. Prodeſt & ad fidem faciendam ſententia, qua pronuntiatum eſſet filium eſſe. argumento l. ingenuum. ſupra de ſtatu hom. Sententia tamen de alimentis præiudicium non facit ipſi veritati. l. penult. hic. & l. ſi quis a liberis. §. ſi vel parens. de libe. agnoſcend. An quis ſit in poteſtate patris, in facto etiam plerunq; conſiſtit. l. 1. C. de pat. poteſt. & d. l. ingenuū. ſupra de ſtatu hom. Et ſemper in poteſtate præſens eſſe quis intelligitur, niſi conſtiterit eum liberatum eſſe

his modis quibus ius patriæ poteſtatis ſoluitur. l. ſi filius. infra de probatio.& Inſtit.quibus modis ius pat. poteſt. ſol. Quare probatio incumbit filio, vt ſe emancipatum probet. d. l. ſi filius.

Quæritur an patre furioſo liberi in eius poteſtate maneant: & Vlpianus ait manere. l. patre furioſo. hic. In publicis autem cauſis filiusfam.loco patrisfamilias,quamuis re vera in patris poteſtate ſit. l. filiusfamilias.hîc. l. illeà quo. §. vltimo. & l.ſequent.ad Trebellia.l.in priuatis.de iudic. Quæritur etiam ſi filiusfamilias magiſtratum gerat, an in patris remaneat poteſtate? Pomponius ait eum in publicis haberi cauſis tanquam patremfamilias. Exemplum extat Phauorini philoſophi,vt eſt apud Gellium lib.2.cap.2.

Quis ſit effectus patriæ poteſtatis.

In quo cõſiſtat effectus patriæ poteſtatis.

Effectus patriæ poteſtatis, in his quæ ſequuntur præcipuè conſiſtit, de quibus ordine dicemus. Inprimis quidquid acquirit filiusfamilias, id acquirit patri ſuo. Huc pertinet titul. Cod.de bon. quæ liber. & Inſtit. per quas perſonas nob. acquir. l. prim. ſi à parente quis fuerit manumiſſ. Et patri etiam ſtipulatur:quamuis aliàs homo liber alteri non ſtipuletur: Sed quod agit filius,pater quodammodo agere videtur, vt Hierocles ſimilitudine non ineleganti oſtendit. Quemadmodum enim,ait, ſi Phidiæ opus aliud opus faceret, non diceretur Phidiæ opus,ita & factum filii patri tribuitur.

Secundo pater caſtigat, atque emendat filium ſuum.l.3.C. de pat.poteſt.& l.ſerui.de furt. Olim occidere filium patri licebat,vt auctor eſt Dionyſius Halicarnaſſæus, libro 2. Huc pertinet l.vltima.Cod.eodem titu. Hinc Seneca parentes eſſe ait quaſi domeſticos magiſtratus. lib. 2. de benef. cap.11.& domum puſillam rempub.Et legimus apud eundem,Tacium quondam exilio mulctaſſe filium ſuum, accito in domum ſuam Auguſto, conſilii cauſa, lib.1. de Clement.cap.15. Sed hæc animaduerſio iam tum odioſa cœpit eſſe, ac tandem immutata eſt, ac temperata propter immodicam parentum quorundam in filios acerbitatem. Refertque idem Seneca equitem Romanum in foro graphiis à populo confoſſum fuiſſe, quia filium flagellis occiderat. lib. de Clement. cap. 14. Hodie igitur modica tantum caſtigatio conceditur patri. Quod ſi opus videatur maiori animaduerſione, officium patris eſt filium offerre magiſtratui puniendum, ita vt magiſtratus paterni deſiderii in pœna infligenda rationem habeant.l.3.C.de pat.poteſt. Qua in re humanum erit Diui Pii exemplum ſequi,cuius meminit Macer in l.Milites agrum.§. vltimo.de re milit. Is deſertorem,qui à patre oblatus fuerat, in deteriorem militiam dari iuſſit, ne videretur pater ad ſupplicium filium obtuliſſe.

Animaduerſio parentũ in filios temperata. Notãdum exemplum.

Tertiò pater filium vendere poteſt propter famem & neceſſitatem, hucque pertinet titul. C. de patr. qui filios ſuos diſtra. Quod tamen indiſtinctè olim permiſſum erat ex quacunque cauſa, vt ſcribit Dionyſius lib. 2. Abdicatio autem Romano iure, vt ait Diocler. non probatur. l. abdicatio. C. de patr. poteſt. Eſt autem abdicare negare filium eſſe, & de domo abiicere, quamuis filius ſit. Exhæredatio autem aliud eſt, quià qui exhæredat non vult hæredem eſſe, ſed filium. Quidam reprehendunt hoc Diocletiani reſcriptum, & aiunt etiam vſitatam fuiſſe ex Valerio libro quinto. Sed hoc non vult Diocletianus, non fuiſſe aliquando hanc abdicationem à Romanis vſurpatam, ſed ait non fuiſſe comprobatam. Legibus autem Græcorum rata fuit,non Romanorum. Itaque nulla fit mentio eius abdicationis in libris noſtris.

Abdicare quid.

Quarto pater filium vendicat, non ſimpliciter, ſed adiecta cauſa, nempe propter poteſtatem quam habet in eum iure Romano, aliiſque præterea actionibus vtitur pater filii nomine,de quibus alibi.l.1.de rei vendic. Quod ſi filius ſe filium non eſſe dicat,non ſufficiet rei vendicatio, ſed opus erit, inquit I.C. præiudiciis. Sunt autem præiudicia, veluti cum quæritur in iudicio an quis ſit libertus an non,an ſit filius, an non.§.præiudiciales.de act.dicitur autem actio præiudicialis, & iudicium præiudiciale,quia aliud iudicium antecedit. Et de hac cauſa prætor extra ordinem cognoſcebat,vt patet ex titul. de variis & extraord.cognit.

Quinto obligatio ciuilis inter patrem & filium, qui eſt in poteſtate, non conſiſtit. §. item inutilis. Inſtitut. de inuti. ſtipul. tametſi naturalis obligatio contrahatur.l. frater à fratre.infra de condict.indeb. Non obligantur autem ciuiliter propter patriam poteſtatem,quæ iuris ciuilis eſt.

Sexto lis nulla inter patrem & filium eſſe poteſt. l. lis nulla. de iudic. Cum emancipato licet lis eſſe poſſit,tamen is patrem in ius vocare non poteſt abſque prætoris permiſſu,vt dicemus infra ſub tit.de in ius vocan.

Septimo donare cauſa mortis non poteſt filiusfam.abſque conſenſu patris,& nec conſentiente quidem patre teſtamentum facere poteſt. l. qui in poteſtate, de teſtam. l. iam is. de donat. cauſ. mort. Ratio quidem obſcura non eſt,quia teſtamenti factio iuris publici eſt: quare aliquis non poteſt facere teſtamentum priuata perſona volente & conſentiente, veluti ſeruus domino,vel filius patre conſentiente,& permittente teſtamentum facere non poteſt propter publicam vtilitatem ſeu publicum intereſſe, quæ ratio ceſſat in donatione cauſa mortis.

Octauo,matrimonium ſine conſenſu patris contrahere nõ poteſt.§.1.Inſtit.de nupt.

Nono, ex mutuo non obligatur filiusfamil. quamuis ex aliis contractibus obligetur. Huc pertinet titulus ad S.C. Macedonianum,quo iuuatur & excipit,ſi quis in eum agat.

Decimo non agit in iudicio niſi certis ex cauſſis.l.filiusfam. infra de oblig.& actio. Sed poteſt aliquando agere filiusfam. actione in factum vtilitatis cauſa. l. cum filiusfamilias. de reb. cred.vbi reſpondet Scæuola,extraordinario iudicio illi ſubueniri,idque beneficio prætoris,qui extra ordinem vtilitatis cauſa filiofamilias dat aliquando actionem.

Vndecimo reuerentiam, obſequium,alimenta,ſiue vt Imper.ait,ſubſidium vitæ debet patri.l.5.& pen.C. eod.tit. Sed hæc ab emancipato quoque præſtantur. vide T. T. de lib. agnoſc.& de obſeq.à liber.vel libert.par.vel patr.præſt.

IN TIT. VII. LIB. I. PANDECT.

DE ADOPTIONIBVS ET EMANcipationibus, aliiſq; modis quibus patria poteſtas ſoluitur.

Quid ſit adoptio. CAP. I.

CONIVNCTVS eſt hic titulus cum titulo ſuperiore, de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris, & ex eo pendet. Nam filiusfam. non ſolum natura fit, ſed etiam adoptione. Vnde quidam liberi dicuntur naturales,alii legitimi.l.1.hic.Eſt autem adoptio, vt Theophilus ait, actus legitimus naturam imitans,ad eorum qui liberos non habent, ſolatium inuentus: vel,vt Caius definit,eſt naturæ quædam ſimilitudo, vt aliquis filium habere poſſit quem non genuerit. Sciendum ergo eſt eum,qui filios non habet,ex aliena ſibi adſciſcere familia. Euripides tamen hoc improbauit: alii contra exiſtimarunt melius eſſe habere filios adoptiuos, quam naturales, quia adoptiuos eligimus, naturales vero caſu habemus. At Iuriſconſulti noſtri ſapientius iudicarunt,qui ſolatii cuiuſdam cauſa indulſerunt hoc genus ſibi liberos adſciſcendi, nec præferunt adoptiuos liberos naturalibus,nec eos omnino improbant.

Quæ ſint ſpecies adoptionis. CAP. II.

SPecies adoptionis duæ ſunt.Nam aut adoptamus eum, qui ſui iuris eſt auctoritate principis,aut eum qui filiusfamiliâs eſt magiſtratus imperio.Prior ſpecies dicitur arrogatio,poſterior verò adoptio,quia ei aliud ſpecialius nomen inditum non eſt.l.1.& 2.hîc.de his duabus ſpeciebus ordine dicemus & ſeparatim confuſionis euitandæ gratia.

De arrogatione. CAP. III.

PRincipis auctoritate, inquit Caius, adoptamus eos qui ſui iuris ſunt, quæ ſpecies adoptionis dicitur arrogatio, quia & is qui adoptat, rogatur an id fieri patiatur. l. 2. hîc. quam etymologiam Caius, vt tempori ſuo conuenientem ſecutus eſt: quo tempore poteſtas omnis in principem tranſlata erat:Niſi Pandectarum compoſitorib. hoc potius adſcribendum eſſe dicamus, quod hic ſolius Caii I. C. nomine & titulo legitur. Gellius tamen non per principem ait hanc arrogationem fieri, ſed per populum in comitiis, & Romæ

tantum

tantum lib.5.cap.19. Atq; idem ſcribit Vlpianus in Inſtit.titul. de adopt. & addit Romæ tantum fieri arrogationem. Nec id mirum, quia in comitiis tantum per populum fiebat: itaque arrogatio dicta eſt, quia hoc genus in alienam familiam tranſitus per populi rogationem fit his verbis: *Velitis, iubeatis vti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legeque filius ſibi ſit, quam ſi ex patre matreq; familias eius natus eſſet, vtique ei vitæ necisq; poteſtas in eum ſiet, vti pariendo filio eſt, hoc ita vt dixi, ita vos (Quirites) rogo dicatis, velitis & iubeatis*. Hodie autem, vt dixi, quia vnius principis arbitrio omnia reguntur, fit arrogatio eorum, qui ſui iuris ſunt authoritate ipſius principis, & perinde valet, vt Diocletianus ait, ac ſi per populum iure antiquo facta eſſet. l.2. C. eod. Sed quare æque valet arrogatio facta à principe, ac ſi veteri comitiorum iure facta eſſet? Quia tempore Imperatorum comitia prorſus exoleuerant.

Solennia verba, ſeu forma arrogationis.

Cap. IV.

Quæ neceſſaria ſint ad arrogationem.

Neceſſaria ad arrogationem.

EX ſupradictis ſatis apparet ad hanc arrogationem quædam neceſſaria eſſe, de quibus dicemus. Inprimis reſcriptum Principis neceſſarium eſt. l. arrogationem. C. eod. Secundo conſenſus arrogati requiritur & omnium eorum inter quos agitur. l.5. & l. neque. hic. Tertio oportet eum qui arrogatur ſui iuris eſſe. d.l.1. & 2. hic. Quare filius emácipatus recte à patre arrogatur, & hæc eſt non ſolum honeſta, verum & legitima cauſa redeundi in poteſtatem patris, ſi filius arrogetur alioqui emancipatus. l.5. l. ſi paterfamilias. 15. §. hic, aut filius in ſeruitute quæſitus. l. vlt. hic.

Quarto cauſæ cognitio neceſſaria eſt, vt Vlpianus hic diffuſè tradit: in qua cognitione cauſæ hoc potiſſimum verſatur, an potius procreationi liberorum paterfamilias incumbere debeat quàm ſibi ex aliena familia arrogare. Quo oſtenditur quod ſupra diximus, merito legiſlatores naturales prætuliſſe liberos ipſis legitimis. De hac quoque cauſæ cognitione agitur apud Ciceronem in Orat. pro domo ſua, vbi de Claudij adoptione diſſerit. Hanc cognitionem olim fuiſſe pontificum non ſolum Cicero, ſed etiam Gellius oſtendit. In hac cauſæ cognitione multa conſiderantur, de quibus videre eſt in dict. l. ſi paterfamilias. Et ſcribit Gellius libr. 5. cap. 19. non poſſe quem arrogari niſi veſticeps ſit, id eſt, pube conſperſus, prorſus adultus, vt Feſtus interpretatur. Sed Iuſtinianus in Inſtit. ait, pupillos qui antea non poterant arrogari, nunc poſſe ex conſtitutione Diui Antonini, §. cum autem. Inſtit. eod. titu. Item in hac cauſæ cognitione interuenire debet authoritas curatoris. l.8. hic. l. vlt. C. de author. præſt.

Quinto cauere debet & ſatiſdare perſonæ publicæ arrogator, bona quæ ab arrogato conſecutus fuerit, ſe reſtiturum iis ad quos ea res pertinet, ſi arrogatus impubes deceſſerit. l. nec ei. §. vltim. & l. ſeq. hic. Qua ſatiſdatione proſpicitur non modo ſubſtitutis, ſed etiam legitimis hæredibus. l. his verbis. hic. l. cauſa cognita, de vulg. & pupill. debet autem fieri hæc cautio à ſeruis publicis. l. generalis. C. de tabul. & logograph. Idque ex conſtitutione Arcadij. Sed cur ait I. C. cauendum eſſe ſi impubes deceſſerit? quia forte fieret iniuria pupillariter ſubſtitutis. Nam arrogatione ipſa capite minuitur impubes, & ea capitis diminutione irritum fit teſtamentum, ergo & ſubſtitutio. Itaque hac cautione proſpicitur ſubſtitutis & legitimis hæredibus inſtitutis. dict. l. cauſa cognita.

Cap. V.

De effectu arrogationis.

EFfectus præcipuus arrogationis eſt, quod arrogatus tranſit in familiam, poteſtatemque arrogatoris vna cum filiis, ſi quos habeat. l. 2. ſi paterfamilias. 15. & l. arrogato. 40. hic. §. pe. Inſtit. eod. l. qui ex liberis. §. teſtamenti. de bo. poſſ. ſec. tab. Itaque cum Auguſtus adoptaſſet Tiberium, non ſolum Tiberius ipſe tranſiit in poteſtatem Auguſti, ſed etiam Germanicus, quem Tiberius ante adoptauerat, vt Iuſtinianus ait Inſtitut. de qua adoptione loquens Suetonius in Tiberio: Nec quicquam (inquit) poſtea pro patrefamilias egit, aut ius quod adoptione amiſerat, vlla ex parte retinuit. Nam neque donauit, neque manumiſit, nec hæreditatem aut legata percepit vlla, aliter quā vt peculio referret accepta. Hinc nomen aſſumebant adoptati eius in cuius familiam aſciſcebantur, vt Dion ait in Auguſto. Inde etiam fiebat, vt quia capite erant minuti, ſubſtitutio pupillaris irrita fieret. d. l. nec ei. hic. Præterea ex cautione, de qua iam diximus, hæredes filij arrogati poſt eius mortem poſſunt aduerſus arrogatorem & eius hæredes experiri, vt bona arrogati reſtituat. l. ſi arrogator. Et datur actio directa, vel vtilis: directa ex cautione ſiue ſtipulatione, vtilis ex eo quod fingitur cautionem interueniſſe: ſed ita demum agitur hac actione, ſi impubes deceſſerit, quod fuit cautum, vt ſubſtitutis ſubueniatur, ſed maior eſt dubitatio de legitimis hæredibus, quibus hac proſpectum eſt cautione. Cur enim non agitur, etiamſi deceſſerit pubes? Ratio eſt quia ante pubertatem legitimi hæredes certam ſpem habent conſequendæ hæreditatis, quia impubes non poteſt facere teſtamentum. Nec ſolum ea bona ad arrogatum pertinent, ſed etiam quarta pars bonorum arrogatoris, ſi decedens pater eum exhæredauerit, vel viuus ſine iuſta cauſa emancipauerit. d. l. ſi arrogator. §. cum autem. Inſtit. eo. Et hæc quarta pars ex conſtitutione Diui Pij debetur arrogato, cuius ſæpe fit mentio aliis in locis, l. 1. §. ſi impuberi. de collat. bono. l. Papinianus. §. ſi quis impubes. de in offic. teſtam. l. vltim. ſi quid in fraud. patr. Quæritur an arrogator poſſit filio arrogato ſubſtituere, ſi impubes deceſſerit? Et certum eſt non admitti ſubſtitutionem in bonis arrogati, quoniam ea reſtituere cogitur, vt iam diximus: in bonis vero quæ dederit ei arrogator, aut quæ beneficio arrogatoris acquiſiuerit, valet ſubſtitutio. Idem dicendum eſt de quarta debita ex conſtitutione Diui Pij. Non poteſt tamen fidei eius committere, vt hanc quartam reſtituat alteri, quia nō iudicio eius ad eum peruenit ſed principali prudétia. d. l. ſi arrogator. l. qui liberis. §. in arrogato. de vulga. & pupilla. ſubſtit. Hactenus de arrogatione.

Cap. VI.

De ſpeciali adoptione.

ADoptio ſpecialis fit imperio magiſtratus, vt Caius ait l. 2. hic. magiſtratum autem hic accipimus, apud quem legis actio eſt l. 4. hic. & l. 1. C. eod. id eſt apud quem ritus & ſolennitas legibus introducta peragi poteſt. Caius in Inſtit. Boetius in Topic. Cicer. Paulus lib. 2. ſentent. Titul. Quemadmod. filij. l. 3. de offic. Proconſ. l. Barbarius. de offic. præt. l. 1. de offic. iuridici. l. nemo. 166. de reg. iur. Item apud Vopiſcum in Aureliano, vbi ipſe Aurelianus adoptabatur à viro conſulari, & hæc verba adiiciuntur, Iube vt lege agatur, id eſt vt ſolennis legis ritus ſeruetur. Nec refert an is magiſtratus ſit qui in adoptionem dat, vel in adoptionem datur. l. 3. quia actus voluntariæ cuiuſdam iuriſdictionis eſt, non controuerſæ. l. 2. de offic. Proconſ. Olim hæc adoptio per æs & libram fiebat, vt Suetonius in Tiberio oſtendit, vel per tertiam mancipationem, vt ait Gellius: ſed hæc ritus ſolemnitas eſt ſublata. l. vltim. C. eod. titul. Hodie aditur magiſtratus, ſine quo non poteſt fieri adoptio. l. 4. Cod. eod. Et coram magiſtratu conſentire debet tam is qui in adoptionem dat quàm is qui in adoptionem datur, l. 5. hic. Item cum nepos adoptatur, quaſi ex filio natus, conſenſus filij exigitur. leg. 6. conſentire autem filius intelligitur, qui non contradicit, vel ut infans, d. l. 5. l. etiam. & l. 42. hoc titul. Pro quo facit illud Euripidis, qui in Menalippe ait, ſilentium eſſe ſermonis ob ſcurum interpretem. Et hoc procedit, quia pater in hoc actu videtur filio conſulere & proſpicere. Item pater naturalis, tametſi loqui debeat, tamen ſi loqui non poſſit, perinde confirmatur adoptio, ac ſi iure facta eſſet. l. ſi pater. 29. hic. Hinc conſequens eſt abſque tribus perſonis adoptionem fieri non poſſe, vna quæ adoptat, altera quæ adoptatur, tertia quæ det in adoptionem. l. ſi pater. 15. §. 1. hic. Cauſæ cognitio nulla hic neceſſaria eſt, ſicut in arrogatione propter patris voluntatem, qui in adoptionem dat. Si aliter quam dictum eſt adoptio facta ſit, non valet, ſed interdum à principe confirmatur adhibitis his qui contradixerunt. l. adoptio. 38. & l. ſeq. hic. Notandus eſt interim locus communis de principum reſcriptis, quæ aliter executioni non mandantur quam vocatis iis quorum intereſt, & quos ea reſcripta lædere poſſunt. Similis locus extat in l. vltima. de natal. reſtitu. Hoc certe æquiſſimum eſt, ne quid pronuncietur, antequam

Quis magiſtratus dicatur.

Pulchra Euripidis ſententia de ſilentio.

In adoptione ſpeciali tres perſonæ requiruntur.

vtraque pars audiatur. l. vlt. C. ſi per vim, vel alio modo.

Cap. VII.

De effectu adoptionis ſpecialis.

HVius adoptionis effectus eſt, vt filius adoptatus in patris adoptiui poteſtatem tranſeat, non autem eius liberi. l. arrogator. hîc. differentia tamen traditur, quod arrogatione filij nepotes quoque tranſeunt in poteſtatem, adoptione non item. Ratio autem differentiæ eſt, quia adoptatus non habet filios in poteſtate, ſicut arrogatus qui ſui iuris eſt. Noua autem conſtitutione Iuſtiniani effectum eſt, vt filius adoptatus non aliter in poteſtatem patris tranſeat, quàm ſi coniunctæ perſonæ in adoptionem datus ſit. l. cum adoptione. C. eod. §. ſed hodie. Inſtit. eod. §. ſed ea omnia. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſtato defer.

Cap. VIII.

De iis quæ communia ſunt tam arrogationis quam adoptionis ſpecialis.

HÆc communio reſpicit partim perſonas, partim rationem atque formam adoptionis, partim effectum eiuſdem: de quibus ſeparatim nobis dicendum eſt, & in primis de perſonis agendum eſt.

Cap. IX.

De perſonis.

ADoptio naturam imitatur. l. adoptio. 16. hîc, vt eius imago iure dicatur. In quo præcipuè animaduertendum eſt, noſtros legiſlatores plerunque id ſpectare quod decorum eſt, & neminem lædit. Proinde qui generare non poſſunt propter morbum aliquem vitiumve corporale, cuiuſmodi ſunt ſpadones, adoptare poſſunt. Caſtrati vero quibus execta ſunt virilia, non poſſunt. l. 2. & l. arrogato. hic. §. ſed & illud. Inſtit. eo. Item is qui adoptat, maior eſſe debet eo qui adoptatur, eumq; præcedere plena pubertate. l. arrogato. 4. hîc. §. minorem. Inſtit. eod. Quomodo autem ipſa pubertas obſeruanda ſit, variæ fuerunt olim opiniones, ſed viſum eſt honeſtius eam annorum 14. in maſculis, & 12. in fœminis metiri. l. vlt. C. quando tut. vel curat. iure Pontificio ex corporis habitu obſeruatur. c. puberes, de deſponſ. impub. nec poteſt quiſquam adoptari ad tempus. l. ſi tibi. 34. hic. qui vxores non habent & viuunt cælibes, veluti ſacerdotes noſtri temporis, adoptare poſſunt, quia generare poſſunt. l. & qui vxores. hic. Iuſti. in Inſtit. qui enim adoptant, præmia parentum conſequentur, vt ait Gellius lib. 5. c. 19. Cæcus etiam adoptare poteſt, nec vlla id ratio prohibet. l. etiam. 9. hic. fœminæ videntur adoptare poſſe, quia generare poſſunt, ſed alia ratio impedit ne adoptent, quia ſcilicet filios non habent in poteſtate. l. mulierem. C. eo. tit. & §. fœminæ. Inſtit. eod. At ex indulgentia principis in ſolatium liberorum amiſſorum adoptare poſſunt. d. §. fœminæ.

Cap. X.

De forma & ratione adoptandi.

ABſens per alium adoptare non poteſt. l. poſt mortem. §. vlt. hic. Adoptiones & quaſi filiorum, & quaſi nepotum fiunt. l. adoptiones. 43. remanſerunt enim priſtinæ ſolenitatis quædam veſtigia. Nec intereſt an filium habeat necne is qui nepotem adoptare vult. l. adoptare. 37. hic. §. licet. Inſtit. eod. Nam & nepotem quis habere poteſt, filium non habens, qui forte iam deceſſit. Verum tunc requiritur conſenſus filij, ne eo inuito ſuus hæres ei agnaſcatur. l. 6 & 11. hic. §. ſed & ſi quis. Inſtit. eod. filius enim eo modo ſuus agnaſcitur hæres patri, aliàs agnatorum non requiritur conſenſus, etſi agnatus fiat omnibus agnatis patris ſui adoptiui. Ratio differentiæ eſt, quia ſuus hæres illis non agnaſcitur, ſed agnatus tantum.

Cap. XI.

Effectus adoptionis.

ADoptio non ius ſanguinis, ſed agnationis adfert. Itaque qui in adoptionem datur iis quibus agnaſcitur, cognatus fit. l. qui in adoptionem. 23. hic. Inde naſcitur quæſtio difficilis, ſi is qui nepotem ex filio habet, in nepotis locum aliquem adoptauerit, an nepos hic adoptiuus conſanguineus ſit, id eſt frater nepoti naturali? Dubium enim non eſt quin & cognatus ſit. Sed de conſanguinitate quæritur. Et Proculus ait ſi ſimpliciter adoptio facta ſit, iura conſanguinitatis nulla inter nepotes futura eſſe. Quare ſi quæratur an habeantur conſanguinei: Ego de hoc loco obſcure ſcripſi, & oſtendi nomine conſanguinitatis fraternitatem intelligi, nam conſanguinei plerunque dicuntur fratres. Si vero ſic adoptauit, vt tam iure legeque nepos ſuus eſſet, quàm ſi ex Lucio, &c. erunt iura conſanguinitatis & fraternitatis. Nam in priore caſu incertum eſt cuius filij loco eum adoptauerit, ſi forte plures filios habuerit. Item an in nullius filij loco, cum is qui filium non habet, nepotem adoptare poſſit, vt ante diximus, in poſteriore caſu expreſſio verborum omnem dubitationem tollit. Ceterum notandum eſt adoptiuos in pleriſque cauſis eiuſdem cum naturalibus iuris eſſe, plerunq; etiam inter eos diſſimilitudinem eſſe, vt iam de iure ſanguinis dictum eſt, quod non adfert adoptio. Præterea inter præmia patrum pro filiis non habentur, vt ſupra ex Gellio docuimus. Et S. C. de eo factum fuit authore Cor. Tacito lib. 15. Tametſi filius adoptiuus tráſeat in in poteſtatem adoptantis, tamen ſi quis nepotem quaſi ex filio natum adoptauerit, non agnaſcitur auo ſuo hæres. l. ſi quis nepotem. 10. quia filius eo gradu præcedit. §. fin autem. de hæred. qualit. & differ. Cum filius adoptiuus ſimilis ſit vero naturali filio, is à patre adoptiuo in adoptionem dari poteſt. l. adoptare. 37. §. in plurimis. Inſtit. eod. Onera eius, qui in adoptionem datus eſt, ad patrem adoptiuum transferuntur. l. pen. hic. Per adoptionem dignitas non minuitur. l. per adoptionem. 35. & l. Senatoris filius, de ſenator. quamobrem Clodius cum à plebeio adoptatus eſt, patritius ſemper nihilominus manſit. Sed nec mutat patriam adoptio. l. ordini. §. vltim. ad munic. finita patris adoptiui poteſtate nullum priſtini iuris manet veſtigium. l. in omni. 13. hic. Hæc de prima parte rubricæ ſufficiant. Nunc videndum eſt de altera parte.

Cap. XII.

De emancipatione.

DE emancipatione tractaturi in primis videbimus quemadmodum ea fiat, & quæ neceſſaria ſint ad emancipationem. Sit igitur hic primus locus huius ſecundæ partis rubricæ ſeu tituli noſtri de modo quo fieri debet emancipatio.

Cap. XIII.

Quemadmodum fiat emancipatio.

NVdo conſenſu non fit emancipatio, ſed ea ſolennitatem aliquam requirit. l. non modo. hic. Nam adeundus eſt magiſtratus, apud quem pater voluntatem ſuam exponat. l. 1. & l. vltim. Cod. eodem titul. quemadmodum iuridicus Alexandriæ, item proconſul. & Duumuiri. Sunt autem Duumuiri magiſtratus municipales ab ipſis municipibus, non à populo Romano creati. Nec refert an magiſtratus ſit is qui emancipat, vel qui emancipatur, quoniam hic actus voluntariæ iuriſdictionis eſt, non controuerſæ. leg. 3. & 4. hic. Qua ratione etiam quocunque loco emancipari filius poſſe dicitur l. emancipari. hic. §. ſerui. Inſtit. de libertat. l. apud proconſulem. 17. infra de manum. vindi. & leg. 2. de offic. proconſ. & quia Comes Palatinus poteſt filios legitimare, an & ſuos filios naturales poſſit legitimare quæritur? Quod poſſe videtur, cum ſimilis ſpecies ſit, eademque ratio vtilitatis id ſuadeat. Alia quæſtio eſt de tabellione qui conficit inſtrumenta de re ſua, cum ratio longe alia, longeque diuerſa videatur, itaque inſtrumenta de re ſua conficere non poteſt, quia tabellio eſt veluti teſtis loco, at nemo idoneus eſt in ſua cauſa teſtis. l. omnibus. l. nulla. de teſtib. Præterea conſenſus neceſſarius eſt, & præſentia tam patris quàm filij. l. iubemus. Cod. eod. Huc pertinet nouella 74. titul. quib. mod. nat. effic. ſui. §. generaliter. quod ſi forte abſens ſit filius, non aliter quàm reſcripto principis emancipari poteſt, quo caſu conſentire quidem filium oportet, ſed quocunque tempore, & apud quemcunque iudicem poterit conſentire. dict. l. iubemus. & §. præterea. Inſtit. quibus mod. ius pat. pot. ſol. nulla cauſæ cognitio neceſſaria eſt, ſed conſenſus parentis ac filij ſufficit. leg. 3. C. eod. ſcriptura hic non tam conſideratur quam veritas. l. 2. C. eod. Antiqua ſolennitas ſublata eſt l. vlt. C. eod. tit. quam deſcribunt Caius & Theophilus in Inſtit. lib.

lib.2.tit.quib.mod.lib.exeant de pot.par. eiuſque ſolennitatis ratio & origo ex legib. 12. tab. ex Vlpiano in Inſtit.tit.10. qui in poteſtate mancipiove ſunt. & ex Dionyſio lib. 2. cognoſci poteſt, ex quo apparet cur emancipatio inter legis actiones ſeu legitimos actus referatur. Nouella 81.conſtit.quæ de dignit. l. actus legitimi. infra de reg.iur.ex iam dictis conſequitur liberum eſſe patri emancipare filium, nec ad id cogi poſſe l.liberum.& l.non poteſt.hic.l. nec auus. C. eo.& §.vlt.Inſt. eo.præterquam incertis caſibus exceptis,qui extant in l.nonnunquam.hic.l.3.§.ſi quis minor.de minoribus. l. ſi cui legatum.3.de condit.& demon.l.vlt.ſi à par.quis manum.fuerit. l. ſi lenones.C.de epiſc.audient.

Cap. XIIII.

De effectu emancipationis.

PRæcipuus emancipationis effectus is eſt; quod ſui iuris efficitur filius emancipatus, cum liberatur patris poteſtate.§.1.Inſtit.quib.mod.ius pat.pot.ſol.& l.1.ſi à par.quis man. fuer.Quod adeo verum eſt; vt filius poſtea inuitus redigi nequat in patris poteſtatem.l. vlt.de iis qui ſunt ſui vel alien. iuris. Adde quod ſi pater emancipauerit filium non iure nec ſolenniter,tamen aduerſus factum ſuum controuerſiam moueri prohibetur. l.Poſt mortem, hic. Tametſi alius talem emãcipationem impugnare poſſit. l. Ab ea parte. de probat. Verum ob ingratitudinem filius emancipatus in poteſtatem patris reuocatur. Huc pertinet tit.C.de ingra. lib. Hæc de prima & ſecunda parte huius tituli dicta ſufficiant:reſtat vt quædam de tertia parte rubricæ dicamus.

Pœna ingratitudinis.

Cap. XV.

De aliis modis quibus patria poteſtas ſoluitur.

SVnt & alij modi quibus pattria poteſtas ſoluitur, veluti mors patris aut aui.§.1.Inſtit.quib. mod.ius pat.pot. ſol. Item ſi filius patritiatus dignitatem ab Imperatore conſecutus ſit.§.filiusfa.eo. tit. nepos tamen recidit in poteſtatem patris mortuo auo, ſi pater ſuperuixerit, & in aui familia manſerit. Si vero pater fuerit emancipatus ab auo,nepos non reuertitur in poteſtatem patris,quamuis poſtea forte adoptatus pater ſit ab auo,quia per adoptionem, quaſi quiuis extraneus poteſtati adoptantis ſubiicitur. d. §. 1. quib. mod. ius pat. pot. ſol.l.Si pater filium.hic.cetera hîc omittimus, quia in Inſtitutionibus Iuſtiniani extant,nec vllam requirunt explicationem,cum per ſe ſatis ſint & perſpicua & facilia.

IN TIT. VIII. LIB. I. PANDECT.

Cap. I.

De rerum diuiſione & qualitate.

OMne ius pertinet vel ad perſonas,vel ad res vel ad actiones,vt ſupra dictum eſt l.1.de ſtat.hom. itaq; poſt tractationem de perſonis ſubiiciuntur diuiſiones quædam rerum.

Prima diuiſio.

Quædam res ſunt diuini iuris, aliæ ſunt iuris humani. l. 1. Hæc diuiſio comprehendetur ſub diuiſione ſecunda, vbi explicabitur.

Secunda diuiſio.

Quædam res communes ſunt, aliæ ſunt publicæ, aliæ vniuerſitatis,aliæ nullius, aliæ ſingulorum. l. 2. hic, & Inſtit. de rer. diuiſ. Communia ſunt omnium iure naturali,aër, aqua perfluens,mare &c.d.l.2.& 3.diſtinctis enim rerum dominiis hæ res manſerunt in communione, partim quia non poterant diuidi, partim quia non expediebat. Mare igitur natura omnibus patet.l. venditor. commun .præd. Proinde piſcari cuius licet in mari. l. 4 & 5. adeo vt prohibens piſcari, actione iniuriarum teneatur.l. iniuriarum. inf. de iniuriis. Item ædificare quoque in mari permittitur.l.pen. hic. l. 1 .§. quod ſi quis. de no. ope. nuntiat. litorum quoque maris vſus communis eſt,proprius vero nullius.d. l.2. hic.§.litorum.Inſtitut. de rer.diuiſ.& l.litora. de contrah.empt. Quod ergo in litore ædificamus,noſtrum eſt.l.quod in litore.l. quamuis, de acquiren. rer. dom. quod autem dicitur litore eſſe communia, non publica, ſic accipiendum non eſt, quaſi de iis ſtatuere non poſſit populus quod è republica eſſe videtur. Nam & Prætoris edictum adhibendum eſſe interdum dicitur. d.l. quamuis hic.Quare litora in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani eſſe non male dicimus. Sed animaduertendum eſt,cum dicimus, neminem prohiberi in litore ædificare, non id eò pertinere, vt is qui ædificauit, dominus eius loci in perpetuum ſit; vt dominium eius loci in perpetuum ſibi acquirere poſſit, ſed tantum quamdiu ædificium manet: leg.in tantum,in princ.hic. nam diruto ædificio locus priſtinæ reſtituitur libertati. Publica quædam ſunt, id eſt, populi Romani. leg. bona ciuitatis. de verborum ſignificatio. veluti flumina, portus &c.l.4.hic.& Inſt.eo. tit. §.flumina. Riparum vſus publicus eſt, ſed proprietas eorum eſt quorum prædiis adhærent.l.5.& §. Riparum. Inſtit.eod. flumina igitur & ripæ fluminum non ſunt occupantium, ſicut mare & litora maris, dicuntur tamen alibi flumina publica iuriſgentium eſſe.l.adeo. de acquiren.rer.dom.aut populi Romani, aut alterius gentis, per cuius terram & regionem decurrunt. Sed an hic vſucapio locum habeat, & an res publicæ vſucapi poſſint, quæſtio eſt alterius loci:pertinet enim ad titulum de vſucapio. & l.ſi quiſquam.de diuerſ.& tempor. præſcript. Vniuerſitatis ſunt res cuiuſque ciuitatis, municipij, collegij, corporis: d.l. in tantum.& §. vniuerſitatis.Inſtit.eod.tit. quæ enim ciuitatis ſunt, non recte dicuntur ſingulorum ciuium eſſe; nec earum rerum nomine tanquam communium iudicium datur communi diuidundo.

Nullius autem ſunt res ſacræ, religioſæ, ſanctæ, quia in nullius ſunt patrimonio, ſunt cõmercio hominum exemptę. d. l. in tantum,& §.nullius,Inſtit.eod.tit.ſic enim accipitur in hoc loco, tametſi res publicæ dicantur alibi in nullius bonis eſſe, ꝙ in ſingulorũ bonis nõ ſint ſed vniuerſitatis.l.2.hic &c.Item res quæ iure naturali communes ſunt, occupanti conceduntur.l.2.de acquiren. rer. dom. res ſacræ dicuntur quæ publice conſecratæ vel dedicatæ ſunt.l.in tantum.§ ſacræ.l,ſancimus. C.de ſacro ſan.eccleſ.& Inſtit.de rer.diuiſio. §. ſacræ. Verum hodie fit conſecratio ſecundum ritum iuris pontificij, de conſecrat.diſtinct. 1. & tit.de conſecrat. eccle. vel altar. religioſus fit locus, cum in eum mortuus infertur ab eo qui loci dominus eſt.d.l.in tantum,§.religioſum.& Inſtit.eod. §. religioſi. Nam illatio mortui in locum alienum, non facit eum religioſum, niſi dominus conſenſerit aut ratum habuerit. d. §. religioſum. Sed circa rationem ſepeliendi mortuus hodie ſeruatur ius pontificium. not. in cap.ad abolendam. de ſepult. ſanctum dicitur quod ab iniuria hominum tutum atque immune eſt, vt Martianus ait l.ſanctum, vel vt Vlpianus, quod ſanctione quadam confirmatum ſit.l.ſacra.§. proprie. hic. & Inſtit.eod.§. ſanctæ. huc pertinet l. 2. ne quid in loco public.vt exempli gratia muri ciuitatum, quos violare capitale eſt, l.vlt. ſingulorum res quæ ſint, alibi traditur in §.ſingulorum. Inſt. eo.tit.& tit.de acq.rer.dom.inf.

Tertia diuiſio.

Res quædam corporales ſunt, aliæ incorporales. l. 2. hic. Huic ſimilis eſt diuiſio apud Ciceronem in Topicis, ſcilicet rerum quæ ſunt & quæ intelliguntur ineſſe. exempla hic adducta & in Inſtit.lib.2.rem omnem ſatis illuſtrant.

Quarta diuiſio.

Res quædam mancipi ſunt, alię non mancipi. Mancipi ſunt res quæ ſunt in ſolo Italico, item boues, equi &c. inter has autem res intereſt propter alienationem. Sed hæc differentia ſublata eſt à Iuſtiniano in tit.de vſucapio. transform. C. Sunt qui exiſtiment in vſucapione diſtingui res mancipi & nec mancipi. Hanc diuiſionem aperte explicat Vlpianus in Inſtit. & Iuſtinianus in d.tit.C.de vſucap.transform.

IN TIT. IX. DE SENATORIBVS.

Cap. I.

Senatores qui erant, tum & obiter de ordinibus pop. Rom.

TRES Romæ ordines fuiſſe dicuntur, Senatorius, Equeſtris, Plebeius. Sed noſtri duo faciunt, numerantes eos inter Plebeios qui Senatorij ordinis non ſunt. l. plebs, de verb. ſig. §. plebs autem. Inſtit. de iure nat. gen. & ciui. Quod & Salluſtius fecit: cuius in oratione ad Cæſarem de Republ. ordinanda, hæc verba ſunt: In duas partes ego ciuitatem diuiſam arbitror, ſicut à maioribus accepi: in Patres & Plebem. & paulo poſt: Vbi plebs Senatui, ſicut corpus animo, obedit. Senatores autem proprie dicuntur, qui cooptati ſunt in Senatum conſilij publici gratia. Fuit enim Senatus Romæ conſilij publici cauſa inſtitutus, non rerum iudicandarum. Verum ſub Nerone primum cautum fuit, vt omnes appellationes à iudicibus ad Senatum fierent: vt Suetonius refert. quod confirmatum à Probo ſcribit Vopiſcus. deinde ſub Adriano, ne à ſententia Senatus princeps appellaretur. l. 1. infra à quib. appell. non lic. Ac ſub Principibus quibuſdam reorum accuſationes apud Senatum inſtitutæ ſunt: quarum meminerunt Plinius, Seneca, Tacitus, Suetonius, Paterculus, & alij. Ex his apparet, non omnes Patricios, Senatores fuiſſe, nec contra. Nam plerique ex familiis patriciis erant non aſcripti in Senatorium ordinem, & ex aliis familiis quidam aſcribebantur. Suetonius in Augusto: Quamquam Patricius, nec dum Senator. Tacitus lib. 11. Iiſdem diebus in numerum patriciorum aſciuit Cæſar vetuſtiſſimum quemque è Senatu. Patricius ſane alio ſenſu nomen eſt dignitatis ampliſſimæ poſteriorum Imperatorum tempore. Codic. de conſulib. §. filius familias. Inſtitut. quib. mod. ius patr. poteſtat. ſoluat. Solebant autem legi à Cenſoribus, vel à Principe ex patriciis familiis, vel ex iis qui amplioribus honoribus, ac magiſtratibus functi erant: eratque huiuſmodi lectio, & cooptatio neceſſaria, vt docet Liuius lib. 3. de bel. Puni. Gellius lib. 3. capit. 18. Sed latius hic accipitur Senator, pro eo ſcilicet qui poteſt ſententiam dicere in Senatu cuiuſmodi ſunt ii, qui à Patriciis, & Conſulibus vſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt. leg. vltim. hic. Sed horum verborum explicandorum gratia animaduertendum eſt quatuor dignitatum, ſiue titulorum gradus fuiſſe, quibus ornabantur certi magiſtratus. Erant enim quidam Illuſtres, alii Spectabiles, alii Clariſſimi, alii Perfectiſſimi. quæ diſtinctio dignitatum non videtur fuiſſe tempore Alexandri, ſub quo Vlpianus, & quidam alii ex noſtris Iureconſultis vixerunt. Sed clariſſimi dicebantur, qui Senatorii ordinis erant. Lampridius in Alex. Præfectis Prætorio ſuis Senatoriam addidit dignitatem, vt viri clariſſimi & eſſent, & dicerentur. Idem in Heliogabalo: Solus omnium imperatorum fuit, ſub quo mulier quaſi clariſſima loco viri Senatum ingreſſa eſt. Nam & Antonius Imperator de Opilio Macrino præfecto Prætorio loquens, eum clariſſimum vocat, leg. 1. C. de ſent. paſſ. Hinc Vlpianus, Specioſas inquit, perſonas accipere debemus, clariſſimas perſonas vtriuſque ſexus. item eas, quæ ornamentis Senatoriis vtuntur, leg. ſpecioſas. infra de verborum ſignification. Poſt Alexandri igitur tempora hic dignitatum ordo, diſtinctioq; cœpit, quæ in pleriſque iuris noſtri locis obſeruatur. Illuſtres etenim diſtinguuntur à ſpectablibus, vt in leg. ſi quando. C. de appel. Nou. 23. tit. de appel. Diſtinguuntur etiam à clariſſimis. in l. 1. C. vbi ſenat. & Nouel. 71. vt ab illuſt. Spectabiles à clariſſimis, in leg. 1. C. de anno. & tribut. & l. peculiari. C. de proxi. ſacr. Perfectiſſimos autem infimi gradus, & ordinis fuiſſe, ſatis oſtendunt omnes tituli lib. 12. C. vſque ad tit. de perfectiſſimatus dignitate, præter ea, quæ inferiùs dicturi ſumus. Ac ſi quis velit cognoſcere, quibus magiſtratibus quæq; dignitates attributæ ſint cum ex variis locis iuris ciuilis, tum maxime ex lib. 12. C. id aſſequi poterit. Conferet quoque ad eam rem liber vetuſtus, qui inſcribitur: Notitia Romani imperii, omnium fere magiſtratuũ deſcriptionem cum ſingulis titulis continens. In eo libro in imperio Orientali inter Illuſtres referuntur præfecti prætorio, magiſtri militum, magiſter officiorum, quæſtor, comes largitionum, comes rerum priuatarum, comites domeſticorum equitum, & peditum. In imperio Occidentis quidam alii numerantur. Inter ſpectabiles referuntur in imperio Orientis Caſtrenſis, primicerius notariorum, proconſul Aſiæ, proconſul Achaiæ, comes Orientis, præfectus Auguſtalis, Vicarius diœceſeos Aſianæ, vicarius diœceſeos Ponticæ, vicarius diœceſeos Thraciarum, Comes rei militaris per Ægyptum, Comes per Iſauriam, dux Thebaidos, dux Palæſtinæ, dux Arabiæ, dux Phœnices, dux Syriæ, dux Oſrœnæ, dux Meſopotamiæ, dux Armeniæ, dux Scythiæ, dux Meſiæ ſecundæ, dux Meſiæ primæ, dux Daciæ Ripenſis. In imperio Occidentis numerantur quidam alii inter ſpectabiles. inter clariſſimos tam in Oriente, quam in Occidente recenſentur conſularis Palæſtinæ præſes Thebaidos, corrector Appuliæ, & Calabriæ. Et quoſdam alios refert Iuſtinianus ſub titul. de offic. præf. præt. Afri. Inter perfectiſſimos refertur præſes Dalmatiæ, & magiſter cenſus in vrbe Conſtantinopoli, in leg. orphanotrophos. C. de epi. & cler. Equites Romani ſecundum gradum poſt clariſſimatus dignitatem obtinere dicuntur. C. de equeſt. dig. Proinde eodem loco habendi ſunt, quo perfectiſſimi. Sed hæc dignitas equeſtris ad noſtram diſputationem non pertinet, quia magiſtratus alicuius acceſſio non eſt: ſed ea præditi ſunt equites, quamuis nullo functi ſint magiſtratu, vt à plebeis ſeparentur. Tametſi autem hi tituli magiſtratuum fere acceſſiones erant: non inficior tamen principes his dignitatibus, quos vellent, arbitrio ſuo ornaſſe. Ammianus Marce. lib. 12. Nec ſub eo quiſquam cum clariſſimatu prouectus eſt. erant enim perfectiſſimi. Nam & pleriq; illuſtratum vacantem, id eſt, ſine adminiſtratione, & quaſdam huiuſmodi alias dignitates à principe conſequebantur, quo honoratiores eſſent, vt ſcire licet ex formlins Caſſiodori, & l. 2. C. vt dign. ord. ſer. Quæri ſolet, an ſupra illuſtrem dignitatem aliqua reperiatur? Et exiſtimo nullum fuiſſe magiſtratum, cui amplior titulus adiiceretur ornamenti cauſſa, quam illuſtris. Conſulibus tamen, & patriciis, propter ſummam eorum dignitatem, nullus huiuſmodi titulus attribuebatur, qualem ceteris magiſtratibus attribui dicimus: vt apparet ex leg. 1. & l. 3. C. de conſ. Atque ideo ſupra illuſtres eſſe dicuntur in §. in ſumma. Inſtit. de iniur. l. eos. C. de vſur. l. ſi quando. C. de appel Digniores enim & ampliores erant, quam vt hęc ad ſciticia ornamenta deſiderarent. Sed cur conſularem dignitatem clariſſimatum interpretantur iuris noſtri auctores. l. 2. C. de domeſt. l. 1. C. de præp. lab. cum (vt diximus) conſul nullum talem habuerit titulum? Et arbitror non de conſule hoc accipiendũ eſſe, ſed de cõſulari potius, qui inter moderatores prouinciarum erat: vt conſularis Palæſtinæ, de quo ante diximus. C. vt omnes iud. tam ciu. quam mili. Nam & huius conſularitatis formula apud Caſſiodorum legitur lib. 6. His ita explicatis, haud quaquam difficile eſt intelligere, quo ſenſu illud accipiendum ſit, Senatores eſſe, qui à patriciis, & Conſulibus vſque ad omnes illuſtres viros deſcendunt in l. vltim. hic. Quæ verba videntur non Vlpiani eſſe, ſed eorum, qui Pandectas compoſuerunt, vt Haloander credidit. Eſt igitur eorum verborum ſenſus: Senatores non tantum eos accipiendos eſſe, qui in Senatum lecti ſunt, ſed etiam Patricios, & conſules: item præfectos prætorio, & alios, qui inter illuſtres habentur. Nam illuſtres depoſita adminiſtratione ius ſententiæ dicendæ in Senatu habebant, & idcirco dicebantur ſenatorii ordinis eſſe. l. 3. C. vbi ſena. vel cla. l. vlt. C. de præp. ſac. cub. Quinimo & vacantes, id eſt, qui honoribus imaginariis & magiſtratibus functi erant, & ſine vlla functione à principe creati, idem ius plerunque habuerunt vt intelligitur ex Nouel. 69. tit. de decurionibus.

Senatorum Romanorũ officium — *Patricii.* — *Liber inſcriptus Notitia Romani imperii.* — *Equitum Romanorum gradus.*

CAP. II.

Quæ Senatorum propria ſunt.

I. DIgnatio & amplitudo huius ordinis iã ſatis nota eſt ex iam dictis. Vnde non immerito dicitur ordo Senatorum ampliſſimus paſſim in iure. l. 2. infra ad Velleian. Et princeps ipſe teſtatur ſe ordinis ſenatorii eſſe. l. ius ſenatorum. C. de dig. l. quiſquis. C. ad l. Iuliam mai. Non omnes tamen eiuſdem gradus, dignitatiſque ſunt qui in ſenatorium ordinem aſcribuntur. Sunt enim conſulares, præfectorii, & ſimiles. l. ſpadonem. infra de exc. tuto. Quare mirum videri non debet, quod ſenatores plerunque illuſtres eſſe dicantur. l. vltim. C. de tut. ill. perſ. l. 3. C. de ſilen. quãuis clariſſimi tantum ſint, qui nihil aliud quam ſenatores ſunt.

II. Poteſtas ſenatorum late patet, non tantum propter iudicia, *Senatorũ poteſtas.*

iudicia, quæ exercent, l.1.à quib. appel.infr.ſed etiam quia reſtituunt famæ.l.1.§.8. infra. de poſtulan. & ius faciunt. l. non ambigitur. ſupra de legibus. & eam iudicandi poteſtatem habent, vt ab iis appellari non poſſit, & omnes prouocationes à quocunq; iudice à ſenatu recipiuntur.

III. Immunitatem habent maximam, & priuilegia, de quib. pleraque extant ſub tit. C. de digni.

IIII. Dignitas eorum pertinet ad fœminas. l. 1. l. fœminæ, l. mixtæ. hic, l.1.iuncta l.mulier. C.de dignit. Animaduertendũ eſt quod hoc caput ſumptum eſt ex tit. de cenſib. in quo I. C. tractat pleraſq; quæſtiones, maxime de immunitatibus. Hinc quæſtio hæc naſcitur de fœmina conſulari, quæ conſulari nupſit. Cum quæritur de prælatione in dignitate eadem, vir & mulier pares ſunt, ſed in virili ſexu maior eſt dignitas. Quod ſi maior in muliere dignitas fuerit, reſpondet I. C. nihil officere: & hoc prodeſt quando dicitur habendam eſſe rationem eius qui maioris eſt dignitatis. vide leg. reſcriptum. & leg. iuriſgentium. §.vlt. de pactis. Sciendum eſt maiorem eſſe in ſexu virili dignitatem. Quæ quidem omnia tractata ſunt ab Vlpiano ſub illo exemplo, vbi diſſerit, de iis quæ in fraudem creditorum ſunt alienata.

V. Dignitas ſenatorum ad filios eorum, liberoſque pertinet. d.l.fœminæ, hic. Ac prohibentur filii ſenatorum non minus quam ſenatores ipſi libertinas vxores ducere. l. lege. infra de ritu nupt. Atque hinc multæ naſcuntur quæſtiones de ſenatorum filiis l. 5. 6. 7. 9. 10. ſpeciesſque multæ proponuntur, in quibus quæritur. qui ſenatorum filii habendi ſint. Vnam hic tractare nobis viſum eſt, cæteris omiſſis, quæ non adeo difficilem explicationem habent. Quæſtio eſt, an filius ſenatoris dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem. l. 5. hic. Oritur autem quæſtio ex ambiguo, quoties lege illud expreſſum non eſt, quod tamen aliquando accidit. vt l. cum aduocatio. C. de aduoca. diuer. iud. l. vltim. C. de dec. l. vltim. C. de his qui ſpon. mu. pu. Et exiſtimo benigniorem interpretationem accipiendam eſſe, vt filius ſenatoris etiam is dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem. l. moris. §. ſed vtrum. infra de pœnis. l. 2. §. in filiis. infra de dec. Sic filia honeſtæ mulieris, non ſcenicæ, habetur, quæ tempore natiuitatis ſcenicam matrem habuit, ſi mater poſt natiuitatem filiæ ſcenica eſſe deſierit. l. imperialis. §. his illud. C. de nupt. Obiicitur nobis Conſtantini reſcriptum, cuius hæc verba ſunt ſub titu. de digni. l. ſi ſenator, ſubobſcura propter hyperbatum: Si ſenator vel alius clariſſimus priuatos habeat filios, quippe editos antequã ſuſciperet dignitatem (quod non ſolum circa maſculos dignoſcitur conſtitutum, verum etiam circa filias ſimili conditione ſeruandum) cum autem paternos honores inuidere filiis non oporteat, à ſenatore, vel ſolo clariſſimo ſuſceptum, in clariſſimatus ſciendum eſt dignitate manſurum. Verum hoc reſcriptum, ſi recte intelligatur, maxime conſentaneum eſt noſtræ ſentẽtiæ. Vult enim Conſtãtinus, ſi ſenator priuatos ſuſceperit filios, nempe editos ante ſenatoriam dignitatem, quamuis non videantur clariſſimi eſſe, tamen quia durum eſt paternos honores filiis inuidere, benigniore interpretatione inter clariſſimos referri. Parentheſis autẽ oſtendit hoc ius non ad maſculos tantum, ſed etiam ad filias pertinere. Qui aliter interpretati ſunt hoc reſcriptum, non animaduerterunt constructionem, & formam orationis cœptę nonnunquam immutari poſt parentheſin. Quod frequentiſſimum eſt apud auctores tum Græcos, tum Latinos, vt annotauit Budæus noſter in commen. Græcæ linguæ. Hic occurrit difficilis antinomia. à D. Marco conſtitutum eſt, ne liberi eminentiſſimorum quæſtioni ſubiicerentur. Hoc tamen priuilegio vtitur nepos ſi filius nulla fuerit aſperſus infamia, nam tunc filius impedit ne priuilegium tranſeat ad nepotem. Contra tamen hic ait Vlpia. dignitatem potius prodeſſe debere nepoti, quam caſum patris debere ei nocere: ſed eſt diuerſa ratio, ergo diuerſum ius eſt ſtatuendum. Non enim homines facile quæſtioni ſunt ſubiiciendi propter violati pudoris maculam, turpemque labem, quam Fulgoſius infamiam interpretatur.

VI. Senatores perpetui ſunt, & ἀδιάδοχοι, non vt magiſtratus temporarii. Mouentur tamen ordine, ſi iuſta id cauſa ſuadeat. l. 2. 3. 4. hic. Nec ideo capite minuũtur, quia dignitas mutatur, non ſtatus. §. quibus. Inſt. de cap. mi. Nec prohibentur in vrbe morari: quamuis militibus ignominia miſſis id prohibitum ſit. l. 2. §. miles. infra de his qui not. infa. l. ſed & milites. §. ignominia. infra de excuſat. tuto.

VII. Domicilium non mutat ſenator, ſi forte in municipio aliquo domicilium habeat. l. penul. hic. nam domicilium re & facto transfertur. l. domicilium. infra ad municipalem. An autem municeps eſſe deſinat, alterius loci eſt quæſt. l. filii. l. municeps. infra ad municip.

VIII. Inter priuilegia ſenatorum vnum habendum eſt ex leg. ſed & ſi ſuſcepit. infra de iudi. iuncta l. fœminæ. hic. vide l. patronus. infra de legat. 3.

IN TIT. X. DE OFFICIO CONSVLIS.

SCRIBIT Pomponius in l. 2. ſup. de orig. iu. exactis regib. Conſules duos conſtitutos fuiſſe, penes quos ſummũ ius erat. Ac de his loquens Cicero in legibus ſuis, Regio, inquit, imperio duo ſunto. Fuit ergo ſũmus magiſtratus quõdam Romæ. Ac tempore etiam Iuſtiniani ſummę dignationis fuit: quamuis poteſtas eius multũ imminuta eſſet. Dignationem, & magnificentiam oſtendunt proceſſus, & inſignia, quę deſcribũtur à Iuſtiniano Nouel. 105. ti. de Conſ. prætereа quæ leguntur apud Caſſiodorum lib. 6. Var. Officium eius ita hic deſcribitur, quaſi in ſeruorum manumiſſione tantũ conſiſtat. Sed ex aliis locis quędam alia colliguntur ad eius officium pertinentia. Nam imperium habere dicitur à iuris noſtri auctoribus. l. apud. ĵ. de manumiſ. vind. l. 3. & 4. infra de arbitr. l. 2. ĵ. de in ius vocan. ſicut & olim habuit. leg. 2. ſupra de orig. iur. Præterea ius dicere eum obſeruauimus. l. quidam conſulebãt infra de re iudi. Et expreſſum alicubi eſt, eum de fideicommiſſis cognouiſſe. vt l. Celſus. infra de lega. 2. l. 3. infra de alim. lega. §. 1. Inſti. tit. de fideicom. Fab. lib. 3. c. 7. Item & de quibuſdam aliis cauſis, vt hi loci indicant. l. tutores. de admin. tut. l. 1. infra de appel. l. ſi cui libertas. infra de cond. & demon. Circa ſeruorum manumiſſionem quædam hic tractantur non valde obſcura: excepto eo, quod de Conſule minore viginti annis dicitur. Id enim cum alio eiuſdem Vlpiani loco pugnare videtur in l. ſi rogatus, infra de manumiſ. vindi. Verum id ita accipiendũ eſt, Conſulem, qui minor eſt viginti annis, ita demum apud ſe manumittere poſſe, ſi cauſa apud collegam probata ſit. Nam cum manumittere non poſſit propter ætatis infirmitatem, vt ab eo facta manumiſſio valeat, requiritur cauſæ cognitio apud collegam.

IN TIT. XI. DE OFFICIO PRÆFECTI PRÆTORIO.

CAP. I.

PRÆTORIA olim dicebantur loca, in quib. habitabant, aut ius reddebant Prætores. Nouel. 24. de præſ. Piſid. Hic autem prætorium pro domo principis, & aula accipi videtur: & præfectus prætorio dici, qui cohortib. aulæ præeſt vide Sueton. in Cali. ἔπαρχος τῶν δορυφόρων dicitur à Dione: ab aliis ἔπαρχος αὐλῆς. Huius magiſtratus originem docet Arcadius noſter, hic, & Pomponius ſupra de orig. iur. Sed paulatim creuit eius auctoritas, & dignatio, adeo vt inter illuſtres nunc habeatur. Et poteſtate nulla dignitas huic æqualis eſt, auctore Caſſiodoro. *Prætoria quid.*

CAP. II.

Varia Præfectorum prætorio genera.

PRæfectus prætorio vnus fuit in aula, & comitatu principis. l. præcipimus. C. de appel. Fuit & præfectus prætorio per Orientem, cuius etiam meminit auctor notitiæ Romani Imperii. C. de officio præfecti prætorio. Hic diœceſes quinque habebat, Orientẽ, Ægyptum, Aſianam, Ponticam, Thraciam: & harum diœceſeων quælibet certas habebat ſub ſe prouincias. Nam Orientis prouinciæ quindecim numerabantur, Ægypti ſex, Aſianæ decem, Ponticæ decem, Thraciæ ſex. Fit etiam mentio præfecti prætorio per Illyricum. C. eod. titul. & tit. de offi. præf. præt. Afric. Huius diœceſes fuerunt duæ,

Macedonia, & Dacia. Sub Macedonia quinq; prouinciæ numerantur. Sub Dacia ſex. Meminit quoq; Iuſtinianus præfecti prætorio Africæ C. de offic. præf. prær. Afri. quem conſtituit poſt deuictam Africam, & à Vandalis ereptam, vt ipſe teſtatur. Africam hic accipimus, non tertiam partem orbis terrarum, ſed minorem Africam, cuius caput erat Carthago, vt ex conſtitutione Iuſtiniani, quę de officio huius pręfecti eſt, apparet. Apud eundem auctorem notitiæ Romani imperii commemorantur & alii præfecti in imperio occidentali: veluti præf. præt. Italiæ, præfectus prætorio Galliæ.

Cap. III.

De poteſtate Præfectorum.

NVlla dignitas poteſtati huic æqualis eſt, vt iam diximus. Nam ſupremi iudices ſunt, & de appellationibus cognoſcunt. d. l. præcipimus. C. de appellatio. nec ab eorum ſententia appellatur, vt hic dicitur. Admittitur tamen aduerſus ſententiam eorum ſupplicatio. C. de ſent. præf. præt. l. ſi quis C. de precib. imp. offer. No. 119. vt ſpon. larg. quæ in Gallia dicitur *requeſte ciuile*, & ſæpe in foro locum habet, vt & nonnunquã aliud remedium quod noſtrates Galli vocant *propoſition d'erreur*. Reſtituitur etiam minor aduerſus ſententiam præfectorum prætorio: ſed ab ipſis tantum, non etiam ab aliis magiſtratib. vt hic & l. præfecti. infr. de min. Præterea publicæ diſciplinæ emendatio ipſis committitur, vt hic Arcadius ait. Itaq; in iudices etiam inferiores animaduertunt. l. 3. C. eod. Deniq; præfectus prætorio ius conſtituit perpetuum, modo nihil legibus contrarium ſtatuat. l. 2. C. eo. Quare poteſtatem principi proximam, & propè æqualem habet. Libellus tamen ei datus litis conteſtationem non facit. l. 1. C. eod. ſicut libellus principi datus. l. 1. C. quando li. pr. da. lit. conteſt. fac. Solet autem quæri, cui noſtrorum magiſtratuum cõparari poſſit. & puto nullum eſſe ſimilem, facileq; aſſentior dicentib. reges ſimiles eſſe præfectis prætorio, qui ſe Imperatori ſubditos fatebantur. Hi autem præfecti prætorio ſuos vicarios in prouinciis habebant, qui illorum vice fungerentur.

IN TIT. XII. DE OFFICIO PRÆFECTI VRBI.

OLim cum in Republica non erant magiſtratus, ſed proficiſcebantur militiam forte, aut in prouincias earum regendarum cauſa, conſtituebatur Præfectus vrbi, qui ius diceret in vrbe, vt auctores ſunt Pomponius l. 2. §. 17. de orig. iur. & Taci. li. 3. Suetonius ſcribit Iulium Cæſarem Præfectos pro Pætoribus conſtituiſſe, qui præſente ſe res vrbanas adminiſtrarent. Hinc cuſtos vrbis à quibuſdam dicitur, veluti à Iuuenale Satyr. 13. & Seneca epiſt. lib. 12. epiſt. 84. vbi L. Piſonem vocat vrbis cuſtodem. & eodem in loco, Officium inquit, quo tutela vrbis continebatur, diligentiſſime adminiſtrauit. Nam & de huius Piſonis præfectura meminit Tacit. li. 5. inter illuſtres autem numeratur præfectus vrbi. l. quicquid. C. de adso. diuer. iud. & dignitate par dicitur eſſe Præfec. pręt. l. 1. C. de præf. præt. lib. 12. & magiſtratuum vrbis maximus. l. 3. C. eo. tit. Eſt enim prætore maior, quamuis olim inferior eſſet, vt videre eſt ex Gellii lib. 14. c. 7. Sed & criminum omnium cognitio, quæ intra vrbem admittuntur, ad præfectum vrbi pertinet. l. 1. hic. Hinc Iuuenalis Saty. 13.

Quæ ſit dignitas præfecti vrbi.

Poteſtas eius & imperiũ.

> *Hæc quota pars ſcelerum, quæ cuſtos gallicus vrbis*
> *Vſque ad lucifero, donec lux occidat, audit?*
> *Humani generis mores tibi noſſe volenti*
> *Sufficit vna domus.*

Curaq; annonæ ad huius officium ſpectat. l. 1. §, cura carnis hic. l. 1. C eo. Nam ſub huius diſpoſitione eſt præfectus annonæ, & tribunus fori ſuarii, apud auctorem notitiæ Romani Imperii. Item quies popularium, diſciplina ſpectaculorum, & cetera id genus, de quibus in l. 1. §. quies. hic. Cauſarum ciuilium, & pecuniarum nulla ei cognitio hic attribuitur, præter quam, ſi adeatur ab argentariis. l. penu. hic, aut contra ab aliquo conquerente de fraude ab argentario commiſſa. At vero variis pęnis vtitur adnimaduertendo in facinoroſos. Et mentio hic fit relegationis, ac deportationis in inſulam, fuſtigationis, dãnationis in metallum, interdictionis, &c. Eſtq; hoc præcipuum in eo, quod deportat in inſulam: quod præſidib. non permittitur. l. 1. ⁊. de l. 3. Verum hæc poteſtas, vrbis fines, aut certe centeſimũ milliare non excedit, l. 1. §. cum vrbem. l. vlt. hic. l. 4. C. eo. Quare non poteſt ex prouinciis homines euocare. l. 2. C. eo. Extra vrbẽ tamen poteſt iubere iudicare, ſi vera eſt apud Vlpi. lectio in l. vlt. hic. Præterea præfectus vrbi ex appellatione cognoſcit. leg. ſi apud. l. cum appellatio. C. de appell. Caſſiod. Tu ex deſignatis lege prouinciis ab appellatione cognoſcis.

Pœnarũ genera quibus in facinoroſos vtetur.

IN TIT. XIII. DE OFFICIO QVÆSTORIS.

VAria ſunt Quæſtorum genera, quorũ mentio eſt in iure ciuili. Quidam præſunt ærario, & à quærenda, conſeruandaq; pecunia publica nomẽ habent, vt auctores ſunt Pomponius in l. 2. de orig. iu. Taci. li. 11. Vlp. hic. Suetonius in Clau. c. 24. Collegia quæſtorum pro ſtratura viarum gladiatorum munus iniunxit, detractaq; Hoſtienſi, & Gallica prouincia, curam ærarii Saturni reddidit, quod medio tempore prætores, aut vtiq; tunc prætura functi ſuſtinuerant. Hæc quæſtura initium eſt honorum gerendorum, vt hic Vlp. ait, & Cicero in Verrinis. Itaq; quos olim principes ad honores prouehere cupiebant. curabant, vt Quæſtores crearentur: & hi proprio munere Quæſturæ non fungebantur, ſed liberis, epiſtolis, ſiue orationib. principium legendis vacabant. Sueto. in Nero. & Lampri. in Ale. Sed & de quibuſdam reb. orationes ad Senatũ miſſas, præterito Quæſtoris officio, per Conſules plerunq; recitabant. Candidatos principis ex ſua prouincia iuſſit munera populo dare, ſed vt poſt quæſturam acciperent præturã, & inde prouinciam regerent. Spartianus in Adriano: Quæſturam geſſit, in qua cum orationem Imperatoris in Senatu agreſtius pronuncians riſus eſſet, Latinis operam dedit literis. Sueto. in Clau. Alii erant Quæſtores, qui quæſtiones, iudiciaq; publica exercebant: quorum meminit Pomponius ſupra de ori. iu. Eſt & Quæſtor ſacri palatii, ſummus, ampliſſimuſque magiſtratus: quo functus eſt Tribonianus noſter. C. de vet. iure enucl. Huius officium verſatur circa leges dictandas, & preces, ac reſponſa principum ſubnotanda, vt eſt apud auctorem Notitiæ Romani Imperii. vide l. vlt. C. de diuer. reſcrip. & Nouel. 114. vt diui. iuſſi. ſubſcr. hab. Videturq; non diſſimilis Cancellario Franciæ: quod vel Caſſiodori formula oſtendit. Itaque inter illuſtres hic recenſetur. l. 2. C. de offici. quæſt. l. præcipimus. C. de appell. Hic iudicat cauſſas appellationum ſimul cum Præfecto prætorio. d. l. præcipimus. & Nouel. 23. de appella. Sub huius diſpoſitione ſunt militantes in ſcriniis. l. 1. 2. 3. C. eo. Alius eſt Quæſtor inuentus, & inſtitutus à Iuſtiniano, ad vagos homines, peregrinos, & inertes inquirendos: de quo conſtitutio Nouel. 80. titu. de quæſtio.

Quæſtor alius à Iuſtiniano inſtitutus.

IN TIT. XIIII. DE OFFICIO PRÆTORIS.

PRÆTOR iuris dicendi cauſa primum creatus eſt Romæ. l. 2. ⁊. de orig. iur. quid autem ſit ius dicere, & iuriſdic. dicemus infra ſub ti. de iuriſdictione. Proponebat etiam edicta, vt admoneret ciues, de quibus rebus ius dicturus eſſet: quæ edicta pro iure certo, perpetuoq; recepta ſunt. d. l. 2. de orig. iur. l. ius autem. ſupr. de iuſt. & iure. Ex quo apparet maximam olim fuiſſe huius magiſtratus auctoritatem ac maieſtatem. No. 13. & apud Cic. lib. 10. epiſt. ad Plancum. Sed ea paulatim decreuit, tandemque in ordinem redacta eſt. Nam tempore Iuſtiniani nec dabat iudicia, nec edicta proponebat: nullaq; huius magiſtratus formula apud Caſſiodorum reperitur. Et videtur recenſeri inter clariſſimos tantum. l. 1. ⁊. de reb. eor. l. 3. C. de proc. tametſi magis placeat aliis eum ſpectabilem eſſe Nou. 13. Huius poteſtas deſcribitur à Conſtantino in l. 1. C. eo. ti. Et de ea quædam alia colligi poſſunt ex iis, quæ Vlpi. ac Paulus hic tradiderunt in l. 1. 2. & vlt. Ab huius ſententia Pręfectus vrbi appellatur. l. ſi apud. C. de appel. Hic tractatur q. de errore publico, an ius faciat. Et ius facere dicitur l. 3. Barbarius. hoc titu. Hæc ſiquidem lex ſcripta eſt ad Sabinum, qui ante monarchiam vixit. In hac igitur l. arg. ducto à minore

Poteſtas prætoris qualis.

vſus

vſus eſt Vlpia. quo probat quod ſi ſeruus fuerit prætor, qui ab omnib. habebatur liber, quæ ab eo geſta erunt, rata habenda eſſe. Nam olim quo tempore populus Romanus in comitiis centuriales prætores creabat, Barbarius Philippus prętor creatus fuit, qui ſeruus erat, ſed ab omnib. liber putabatur, & humaniore ratione receptum eſt, nihil eorum, quæ in prætura ſtatuit, reprobari. Atq; venia dignus eſt maiori vnius Imperatoris error, quam populi totius propter ἐπιείκειαν.

IN TIT. XV. DE OFFICIO PRÆFECTI VIGILVM.

SCRIBIT Suetonius, Auguſtum aduerſus incendia excubias nocturnas, vigileſq; cõmentum fuiſſe: quod maxime conuenit his, quæ à Paulo noſtro, & Vlpiano ſcribuntur in l. 1. 2. & 3. hic. Conſtituit Paulus, inquit l. 3. hic opportunis locis Tribunos, vel (vt Dion ait) νυκτάρχους, quibus præeſſet Præfectus vigilum. Hic tamen ab initio magiſtratus non erat, ſed extra ordinem conſtituebatur. l. 2. ſupra de origine iu. Eius poteſtas, & iuriſdictio copioſe ſatis hic deſcribitur in l. 3. & 4. item l. 1. C. eo. Medii hic ordinis eſt & ſpectabils. l. 3. hic. Multa autem de his vigilib. innouauit Iuſtinianus noua conſtitutione ſua 13. περὶ στρατηγῶν τῶν δήμων. Notandum eſt autem quod hodie qui excubiis præeſt nocturnis, nullam habet iuriſdictionem, ſed prehenſionem tantum, qualis eſt eques, qui nocturnis excubiis & vigilib. præeſt. Ludo. 12. Conſtitutione Capitanei & domini ciuitatum excubias curant, & certa vectigalia eo exigunt nomine: de prehenſis vero & in carcerem coniectis præfecti vrbium, ceterique magiſtratus pro ſua cognoſcunt iuriſdictione, regiis legibus illis attributa.

IN TIT. XVI. DE OFFICIO PROCONSVLIS ET LEGATI.

CAP. I.

MAGISTRATVVM, qui prouincias regũt, nomina olim fuerunt varia, proconſ. prætor, vicarius, præfectus, magiſter militum, dux, comes, conſularis, corrector, præſes: quæ omnia ab auctore Notitiæ populi Romani enumerantur & fuſius explicãtur, ſicut apud nos alii dicuntur ſeneſchalli, alii balliui. Et horum quidam erant ciuiles, alii vero militares. C. vt omn. iud. Conſonantea his eſt prouinciarum diuiſio apud Strabonem in extremo libr. 17. & apud Capitolinum in Marco Antonino. Præſidales autem prouinciæ inferiores erant ceteris, vt oſtendit Vopiſcus in Probo, his verbis: Permiſit ſenatui vt ius prætorium Præſidibus daret. Huc pertinet, quod Iuſtinianus pleraſq; prouincias ex præſidalib. prętorias, aut proconſulares effecit: & militarem poteſtatẽ cum ciuili coniunxit. Nouel. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. Erat enim proconſulis maior dignatio, & auctoritas, vt apparet ex eiuſdẽ Iuſtiniani No. 30. de proconſule Cappadocię. Quamobrem ius proconſulare accipiebant ſæpe Imperatores ipſi, vt auctores ſunt Capitolinus in Pertinace, & in Marco, Lampridius in Alexand. Hodie medii ſunt, & ſpectabiles. l. præcipimus. C. de appel. l. eos. C. de mo. mul. Proconſul autem dictus eſt quod conſularem habeat poteſtatem, & pro Conſule prouinciam adminiſtret.

Quanta proconſulis dignitas.

CAP. II.

Quod ſit officium Proconſulis, & quæ eius poteſtas.

ANte ingreſſum prouinciæ vti poteſt inſignibus proconſularibus: nempe faſcibus, vehiculo argenteo & ceteris id genus. l. 1. & vlt. hic. Nou. 30. ſed iuriſdictionem non exercet, niſi voluntariam. l. 1. 2. 3. Edictum mittere debet de ſuo aduentu, ante quam ingrediatur, atq; interdum mandare iuriſdictionem ſuam. l. 4. & 5. hic. Prudenter hoc dictum eſt ab Vlpiano. ex his enim quæ recepta ſunt, nihil eſt facile mutandum l. in nouis. de Conſtit. prin. In ingreſſu ipſo veterem morem, ac conſuetudinem ingrediendi ſeruare debet. leg. 4. hic. Poſt ingreſſum recipitur hoſpitio, ſed ita, ne oneret prouinciam: deinde mandat iuriſdictionem legato ſuo d. l. 4. tametſi eam mandare non cogatur. l. ſolet. hic. Exercet iuriſdic. ſimul cum legato, cui eam mandauit. Nec iuriſdictionem tantum, aut imperium mixtum cum iuriſdictione, ſed etiam merum imperium, id eſt, poteſtatem gladii: quam tamen poteſtatem non mandat legato ſuo, niſi extra ordinem, cum videlicet neceſſitas aliqua id exigit. d. leg. ſolet. hic. l. nemo poteſt. infra de regul. iur. In ſumma omnium Romę magiſtratuum partibus fungitur. l. ſi in aliquam. §. vlt. & l. ſeq. hic. Ac de officio eius in cognitione multa ſcribit Vlpia. in l. nec quicquam. hic, quæ lectionem tantum deſiderant. Circa extra iudicialia verſatur aliquando eius officium: nam & operum publicorum curam habet. d. l. ſi in aliquam. & rei militaris. l. obſeruare. d. l. ſi in aliquam. hic. A muneribus autem abſtinere debet: quamuis xenia ei accipere liceat. l. ſolet. hic. l. 6. & 7. infra ad l. Iul. repet. C. de contra. iud. Ceterum inferiorib. magiſtratibus & præſertim iudicibus qui publica habent ſalaria, non licet à priuatis munuſcula accipere, nec eſculenta quidem aut potulenta. §. pe. vt iud. ſine quoquo ſuffra. vnde Cic. in Verrem ait: Omnium rerum turpiſſimum maximeq; nefarium eſt, ob rem iudicatam pecuniam accipere, pretio habere addictam fidem ac religionem. Ac ſi vxor cum eo proficiſcatur in prouinciam, eius factum præſtare debet. l. obſeruare. hic. vt Senatuiconſulto cautum eſt, cuius meminit Taci. lib. 3. & 4. Quæ præſidum omnium communia ſunt, ab his debent obſeruari. l. nec quicquam. §. vlt. hic. Si quis plura videre cupiat de huius magiſtratus officio, & poteſtate, videat Cicero. in epiſt. ad Q. fratr. & Iuſtiniani Nouel. 17. de manda. prin. poteſtas huius magiſtratus finitur aduentu ſucceſſoris in prouinciam. l. meminiſſe. l. vlt. hic.

Officium proconſulis circa extra iudicialia.

CAP. III.

De officio legati.

LEgati Proconſulis nihil habent proprium, ſed mandatam ſibi iuriſdictionem exercent. leg. legati. 13. hic. leg. 1. §. qui mandatam, infra de offic. eius. Mandata ſibi iuriſdictione, iudicis dandi ius habent. l. legatos. hic. nam iuriſdictio conſiſtit in iudicis dandi licentia. l. imperium, infra de iuriſdict. Tutoris etiam dandi ius habent. l. pen. hic. quia hoc ſpecialiter eis conceſſum eſt. l. 1. infra de tut. & cur. Apud eos fiunt manumiſſiones. l. apud proconſulem. infra de man. vind. licet ante ingreſſum prouinciæ id eis permiſſum non ſit. l. 2. hic. Sic conciliari poteſt antinomia quæ tacite in textum irrepſit, quando dicitur à Iureconſulto apud legatum proconſulis neminem manumittere poſſe. Cuſtodias audiunt, &, ſi res grauiorem animaduerſionem requirat, ad proconſulẽ remittunt. l. ſi quid erit. hic. l. 1. C. e. quoties de iure ambigunt. Proconſulem, non principem, conſulunt. l. ſolet. hic. Proconſul autem principem ipſum conſulere debet. Hinc tot reſcripta imperatorũ ad proconſules promanarunt, quibus Imperatores ipſis proconſulibus eos ſuper aliqua iuris dubitatione conſulentibus reſpondent. Cetera cognoſci poterunt ex tit. de offi. eius cui mand. eſt iuriſdictio.

IN TIT. XVII. DE OFFICIO PRÆFECTI AVGVSTALIS.

POST Actiacum bellum victis Antonio & Cleopatra, Auguſtus Præfectum conſtituit in Ægypto, qui ideo Auguſtalis dictus eſt, vt ait Strabo lib. 17. quia is primum Ægyptum in prouinciam redegit, & à ceteris prouinciis ſeparauit, propriamq; ſibi ſeruauit. Conſtituendi eius cauſam commemorat Tac. lib. 1. qui ait, vates quoſdam prædixiſſe tunc demum liberam fore Ægyptum, cum faſces Romanorum in eam deferrentur. qua ſuperſtitione moti noluerunt eam prouinciam proconſularem facere. Quamuis autem hic inter Præfectos prætorio numeraretur: tamen minoris auctoritatis, ac dignationis eſt, quam ceteri. l. 1. & 2. C. e. & ſpectabilis tantum dicitur. l. 1. C. de priua. car. l. quinq; ſummates. C. de decu. Hic ex appellatione cognoſcit. Nouell. 23. eique ſubſunt hæ prouinciæ, Libya ſuperior, Libya inferior, Thebais, Ægyptus, Arcadia, Auguſtanica. Deponit imperium aduentu ſucceſſoris in metropolim Ægypti Alexandriam, vt hic dicitur.

IN TIT. XVIII. DE OFFICIO PRÆSIDIS.

PRæſidis appellatio generalis eſt, & ſpecialis, l.1.hic. Nam appellatione Præſidis generaliter continentur, proconſul, legatus Cæſaris, corrector, conſularis, & omnes alii, qui prouincias regunt. C.vt omnes iud. tam ciui.quam crimi. Specialiter autem præſides dicuntur, qui cum præſidatus titulo in prouincias mittuntur: qui titulus ceteris inferior erat, vt ante diximus. Proconſulis maior dignitas, auctoritaſq; erat, cum ad prouincias proconſulares regendas ſenatores tantum, ac conſulares mitterentur.l.1.hic. Nam proconſul ſpectabilis eſt, ceteri fere prouinciarum rectores clariſſimi ſunt, excepto præſide Dalmatiæ, qui perfectiſſimus dicitur. Præſes autem prouinciæ maius imperium omnib. habet in prouincia poſt principem. l.4. hic. Cæterum hic obiter & per tranſennam notandum eſt tradi præcepta quædam, quę ſeruare debet præſes prouinciæ in prouincia regenda: veluti ne prouinciales in vlteriorem familiaritatem admittat, & cetera id genus. Officium eius in his verſatur: In primis in iure reddendo, quod, quemadmodum facere debeat, Calliſtratus docet in l. obſeruandum. hic. Sed ius reddit tantum in homines prouinciæ ſuæ. l.3. hic. Item ius non reddit ſuis. l. ſenatuſconſulto, hic. ſed in ſuos poteſt. l.4. C. de offi. rect. prouin. Iuriſdictionem exercet voluntariam, & contentioſam. l. 2. hic. Dat iudicem, ſi ita ei viſum fuerit. l. ſæpe. & l. ſeq. hic. & l. placet. C. de pedan. iud. In facinoroſos animaduertit gladio, pœna metalli, & aliis huiuſmodi pœnis l. illicitas. §. qui vniuerſas. hic. In vincula conicit non tantum nocentes, ſed etiam furioſos, qui aliter contineri non poſſunt. l. congruit. & l. diuus. hic. Non deportat in inſulam. l.1. infra de leg.3. l. inter pœnas. infr. de interd. & releg. In pœnis infligendis ſeuerius animaduertit, propter circumſtantiã aliquam: qua in re plerunq; damni dati rationem habet. l. vlt. hic. Vltro conquirit facinoroſos interdum, vt quieta ſit, pacataque prouincia. leg. congruit. hic. Curare debet, vt omnis fraus, ſimulatio, iniuria, & vis prohibeatur. l. illicitas. hic. Ædificiorum refectio ad ipſius curam pertinet. l. 7. hic. Mulctam dicit, eamque remittit interdum propter inopiam, l. illicitas. §. vlt. hic. l. eos. C. de mod. mul. l. aliud. infra de verb. ſign. Omnium igitur magiſtratuum, qui Romæ ſunt, partibus fungitur. leg. ex omnibus. & l. ſeq. hic. Nec recuſari poteſt, cum nemo audeat tanto iniicere ſuſpicionem magiſtratui. Donum non capit. l. plebiſcito. hic. Fines prouinciæ non excedit. l. illud. hic. Finitur poteſtas eius aduentu ſucceſſoris. l. ſi forte. hic. Abdicatione non amittit imperium. l. pen. hic. Finita poteſtate manet in prouincia quinquaginta dies. C. vt omnes iud. & Nou. 8. vt iud. ſine quoquo ſuffrag.

IN TIT. XIX. DE OFFICIO PROCVRATORIS CÆSARIS, *vel Rationalis.*

Procurat. Cæſa. nomina.

PRocvrator Cæſaris dicitur, qui rerum principis priuatarum procurationem habet: quam procurationem primum ſub Seuero cõſtitutam fuiſſe auctor eſt Spartianus. Idem & Rationalis dicitur in inſcriptione, ſicut & apud Capitol. & Lampridium in Alexandro, & in l.2. C. de mo. mulct. noſtri autem Conſulti qui caſtius locuti ſunt, eũ qui publicum fiſcum curaret, procuratorem Cæſaris, non rationalem dixerunt. Dicitur etiam curator Cæſaris. l. vlt. hic. & procurator priuatæ rationis. l. procurator. C. de eden. & rationalis rei priuatæ l. vlti. C. de aduo. fiſ. l.4. C. de fund. rei pri. & præfectus fiſci. l.2. infr. ne quid in loco pub. & ἴδιος λόγος in Ægypto apud Strabonem li.17. Differt à comite rerum priuatarum, de quo extat titulus in C. nam ſub hoc comite erant rationales rerum priuata. baſtagmata priuata: nam βάσταγμα fuit ferculum rebus fiſcalibus deportandis accommodatum. præpoſiti gregum & ſtabulorũ procuratores ſaltuum. atque etiam ſub diſpoſitione illius Comitis erant ſacræ largitiones, apud auctorem notitiæ Romani imperii. Sed alia poteſtas acceſſit huic comiti, vt conſtat ex formula Caſſiodori lib. 6. Var. De hoc comite ſcribit Theodoritus lib. 3. Eccl. hiſt. c. 12. Eſt & alius comes, qui dicitur ſacrarum largitionum, qui donis præſidet principis, & remunerationibus, auctore Caſſiodoro. l. palatinos. C. de pal. ſac. lar. Sed aucta eſt eius poteſtas, & quædam alia ei attributa ſunt, vt Caſſiodorus oſtendit. Hic autem rem gerit Cæſaris, ſicut alius quiuis procurator, tametſi quædam præcipua, ſpecialiaque habeat. l.1. & 2. hic. Nempe quod Cæſaris nomine hæreditatem poſſit adire & colligere principis pecuniã ſiue ex hæreditate, ſiue ex delicto, ſiue aliunde debitam: iuriſdictionem nullam olim habuit, vt aperte oſtendit Dion. in Tiberio. Primus omnium Diuus Claudius iuriſdictionem ei dedit. Tacit. lib. 12. Eodem anno ſæpius audita vox principis, parem vim habendam rerum à procuratorib. ſuis iudicatarum, ac ſi ipſe ſtatuiſſet. Ac ne fortuito prolapſus videretur, Senatus quoque conſulto cautum plenius quam antea, & vberius fuit. Sueton. in Clau. Vt rata eſſent, quæ procuratores ſui in iudicando ſtatuerent, precario exegit. Rationales tam cito mutabat, vt nemo niſi annum compleret, eoſque malum neceſſarium vocabat. Hodie iuriſdictionem habet inter fiſcum, & priuatos. l. nec quicquam. ſupra proxi. tit. l.1. C. de iuriſd. l. procurator. C. de eden. & tit. C. vbi cauſa fiſc. Pœnæ tamen conſtituendæ ius non habet. l. vlt. hic.

Eius officium.

IN TIT. XX. DE OFFICIO IVRIDICI ALEXANDRIÆ.

STrabo lib. 17. ſcribit ſub Præfecto Auguſtali, qui vicem principis obtinebat, fuiſſe δικαιοδότην, quem hic iuridicum dicimus, & penes hunc fuiſſe iuris dicendi poteſtatẽ. Spartianus in Seuero: Alexandrinis ius Buleutarum, id eſt, creandorum decurionum dedit qui ſine publico conſilio, ita vt ſub regibus, ante viuebant, vno iudice contenti, quem Cæſar dediſſet. Eius officium verſatur in iuriſdictione. itaque poſſunt adoptiones apud eum fieri, quaſi legis actionem habeat. l. 1. hic. Tacitus lib. 12. Diuus Auguſtus apud equeſtres, qui Ægypto præſiderent, lege agi, decretaque eorum perinde haberi iuſſerat, ac ſi magiſtratus Romani conſtituiſſent. Datio tutoris ſpecialiter quoq; huic permiſſa eſt. l. 2. hic. Item donationum inſinuatio, publicatioq; apud hunc magiſtratum fit. l.1. eo. tit. Et hunc Auguſtus præfecto Ægypti quaſi ſpeculatorem appoſuit. Erant præter ſupradictos magiſtratus Romæ & in prouinciis alii magiſtratus, vt Duumuiri, ciuitatum defenſores, ſicut Tribuni plebis Romæ. Et ita hi ſunt diſtinguendi magiſtratus. Tacitus lib. 12.

IN TIT. XXI. DE OFFICIO EIVS, CVI MANDATA EST *iuriſdictio.*

De hoc dicemus infra ſub titulo de iuriſdictione omnium iudicum.

IN TIT. XXII. DE OFFICIO ASSESSORVM.

SOlebant olim magiſtratus aſſeſſores quoſdam, & conſiliarios aſſumere, quorum in conſilio in reddendo iure vterentur. l.1. C. eo. Quo munere functi ſunt aliquando Paulus, atq; Vlpi. apud Papinianũ Præfectum prætorio, vt auctor eſt Lampridius in Alexandro. Vide l. metum. § . ſed quod prætor. ff. de eo quod met. cauſ. Verum ita demum magiſtratibus licet hos deligere, ſi idonei ſint. Eligi enim debent viri ſpectatæ probitatis, innocẽtiæ, & integritatis, & præſtantes ſcientia iuris. Infames aſſidere prohibẽtur. l. licet. 2. hic. Libertos aſſidere poſſe Martianus ait, d. l. 2. quanquam lege Viſellia ab honoribus repelluntur. C. ad leg. Viſel. Hinc Sueton. in Nerone: In curiam libertinorum filios diu non admiſit, admiſſiſque à prioribus Principib. honores denegauit. Item non poſſunt in prouincia ſua aſſidere vltra quatuor menſes. l. in conſiliariis. Cod. eod. l. hi qui. l. ſi cui. infra ex quibus cauſ. maio. Spartianus in Nigro: Huius illud fuit, vt nemo aſſideret in ſua prouincia, qui locus

Quales aſſeſſores.

locus ſatis indicat Nigrum imperatorem huius iuris auctorem fuiſſe. Sed quid dicemus, ſi eadem prouincia ſub duobus Præſidibus conſtituta eſt, vt Germania, aut Myſia? Martianus ait, eum, qui ex altera prouincia ortus eſt, in altera aſſidere poſſe. l. 3. hic. Hinc etiam exiſtit quæſtio, an in conſilio curatoris Reip. ſiue ciuitatis alicuius, vir eiuſdem ciuitatis aſſidere poſſit: videtur enim eadem ratio, aut etiam maior, quam in præſide prouinciæ. Sed quia publico ſalario non fruitur, id ei permiſſum eſt. Quis enim abſq; ſalario in alienam ciuitatem iret? l. vlt. hic. Curatorũ autem huiuſmodi mentio eſt alibi, vt in l. Imperatores. ff. de pact. l. 3. ff. quod vi aut clã. l. ad curatoris. ff. de dam. inf. l. imperatores. ff. de admi. rer. ad ciui. perti. Capitolinus in Antonino: Curatores multis ciuitatibus, quo latius ſenatorias tenderet dignitates, à ſenatu dedit. Ac de officio huius curatoris librum ſingularem ſcripſit Vlp. ex quo ſumptũ eſt c. 4. ff. de decr. ab ord. fac. c. 5. ff. de ope. pub. c. 33. ff. de vſur. Officium autem aſſeſſorum verſatur in conſilio dando circa ea, in quibus de iure quæritur, cuiuſmodi ſunt cognitiones, poſtulationes, libelli, edicta, decreta, epiſtolæ. d. l. 1. hic. Itaque iuris ſtudioſis, id eſt, iuriſperitis hoc munus deferri ſolet (ſic enim accipiendum eſt hoc verbum in l. moris. ff. de pœ. l. 4. ff. de extraor. co. & apud Sueto. in Nero.) ſed & antiquitus magiſtratus cogebant Iuriſperitos ſibi aſſidere, quaſi hoc munus non poſſet detrectari, ſicut nec munus iudicandi. ſi aſſeſſoris conſilium prauum & iniquum fuerit, erit conſultori ipſi peſſimum. Non enim modo doli, ſed imperitiæ quoque nomine propter temere ſibi arrogatam iuris profeſſionem aſſeſſes imperiti tenentur. Eo autem tempore quo aſſident, negotia tractare in ſuo auditorio non poſſunt. l. pe. hic. ac ne in alieno quidem aduocationis officio vti. l. vlt. C. eo. Salarium habent publicum, quod ipſis præbetur à Præſidibus. l. 1. C. eo. Nouel. 17. de mand. prin. Spartianus in Nigro: Addidit conſiliariis ſalaria, ne eos grauarent quibus aſſiderent, dicens iudicem nec dare debere, nec accipere. Lampridius in Alexandro: Aſſeſſoribus ſalaria inſtituit: quamuis dixerit eos eſſe promouendos, qui per ſe Remp. gerere poſſent, non per aſſeſſores. Inde nata eſt quæſtio apud Papin. tractata in l. diem functo. hic. l. ſed addes. §. vlt. ff. loca. Legatus Cæſaris, ſiue præſes prouinciæ aſſeſſoribus ſalarium annuum præſtituit. Finita eſt eius adminiſtratio ante annum: an reſidui etiam temporis ſalarium ipſis præſtari debeat, quæritur? Videtur. n. ſatis eſſe, ſi pro portione temporis, quo aſſederunt, ipſis ſoluatur, arg. l. fructus. infra ſolu. matr. Sed Papinianus contra reſpondit. Non enim, inquit, per eos ſtetit, quominus operam ſuam præſtarent, ſed per mortem legati. d. l. ſed addes. §. vlt. infra loca. Diuerſum ius in eo ſeruatur, qui ante tempus ſucceſſorem accepit, quamuis ne hoc quidem caſu per aſſeſſores ſteterit. d. l. diem functo. hic. quia videtur hoc inter eos actum ab initio, vt tãdiu ſalario annuo fruerentur, donec ſucceſſor à Principe datus eſſet. Solebant enim principes arbitrio ſuo magiſtratibus ſucceſſores dare. Capitolinus in Antonino: Succeſſorem bono iudici viuenti nulli dedit, niſi Orphito Præfecto vrbi, ſed petenti. Lampridius in Alexandro: Si vnquam alicui præſentium ſucceſſorem dedit, ſemper illud addidit; gratias tibi agit Reſp. eumque muneratus eſt ita, vt priuatus pro loco ſuo poſſet honeſte viuere.

Aſſeſſorũ officium. — *De eorũ ſalario.* — *Iudex nec dare debet, nec accipere.*

FRANCISCI DVARENI IVRECON. IN LIB. SECVNDVM DIGEST. SEV PANDECT. METHODICA ENARRATIO.

TIT. I. DE IVRISDICTIONE.

Quid ſit iuriſdictio, & de homonymia huius verbi, ex qua plerique errores naſci ſolent. CAP. I.

DE hac nobiliſſima parte iuris ciuilis quid ſentiam poſt tot alios, & veteres, & nouitios ſcriptores, iam ſæpe alibi teſtatus ſum, ac præſertim in lib. 1. Diſput. & in libello quem inſcripſi, de Iuriſdictione & imperio. Sed inſtituti noſtri ratio non ſinit nos rem tantam nunc tranſilire, de qua vix vnquam ita dictum fuerit, vt ſatis explicata videatur. Ac eo breuior futura hic eſt noſtra diſputatio, quod ex eiſdem ſcriptis noſtris, quæ iam edita ſunt, poterit lector ſtudioſus aſſumere quæ hic à nobis omiſſa fuerint. Vt igitur ad rem veniamus, Iuriſdictio nomen generis eſt, ac ſpeciei, ſicut adoptio. l. 1. de ado. Generaliter accipitur pro omni cognitione, pronuntiatione, decreto in quacunque cauſa, ſiue ea ſit ciuilis, ſiue criminalis. Quo ſenſu non diſtinguitur ab imperio: quinimo imperio vtens magiſtratus, iuriſdictionem exercere dicitur. l. 1. ſupra de off. eius. Nec vero diſtinguitur à cognitione: nam cognoſcens etiam Prætor dicitur ius dicere, aut iuriſdictionem exercere. l. ſi idem, hic. Pompon. in l. 2. de orig. iur. Decem, inquit, & octo Prætores in ciuitate ius dicunt. Et Vlpi. in l. 1. ff. de extraor. cog. ait, Præſidem ius dicere præceptorib. liberalium artium, & aliis huiuſmodi perſonis, cum extra ordinem cognoſcit de mercede, & honorario, quod eis debetur. Sed & Suet. in Clau. cognitionem extraordinariam de fideicommiſſis, iuriſdictionem vocat: cum tamen prætor fideicõmiſſarius iudices non daret, vt poſtea dicemus. Quoties igitur quis auctoritate publica aliquid ſtatuit, quod ad ius, & iuſtitiam pertineat, ius dicit. Nec refert iuſte, an ſecus. quandoquidem hæc cõſuetudo loquendi ad id refertur, quod magiſtratum facere conuenit. l. pe. de iuſt. & iur. Hinc actus legitimi, manumiſſio, emãcipatio, adoptio, ad iuriſdictionẽ pertinere dicuntur. l. 2. de off. proconſ. & leg. Altera ſignificatio huius verbi ſpecialis eſt, ſecundum quam iuriſdictio diſtinguitur ab imperio. l. imperium. l. iubere. Nam poteſtas animaduertendi in facinoroſos homines, imperium dicitur, non iuriſdictio. d. l. imperium. Ex quo apparet iuriſdictionem in cauſis tantum priuatis, & pecuniariis verſari: id quod etiam vulgo receptum eſt.

Iuriſdictio quid.

CAP. II.

Cur apud Vlpianum iuriſdictio dicatur eſſe iudicis dandi licentia, & cur aliter inſcribatur titulus, de iuriſdictione in Digeſtis, quàm in Codice Iuſtiniani.

MIrantur pleriq;, nec ſatis aſſequi poſſunt, propter ignorationem antiquitatis, quod Vlp. ait iuriſdictionem eſſe iudicis dandi licentiam. l. imperium. hic. adeo vt paulo audaciores nonnulli contendant legendum eſſe apud Vlp. non *iudicis dandi*, ſed *iuris dicendi*: contra fidem omnium exemplarium. Verum hi animaduertere debuerunt, ad morem priſcum, & ſui temporis reſpexiſſe Vlpianum: quo tempore Prætores & alij ſimiles magiſtratus iudicia & iudices dare in cauſis priuatis, & pecuniariis, magis quam iudicare ſolebant. Qua ratione idem Vlp. docere volens quam late pateat ius dicentis officium, ait eum poſſe iudices litigantib. dare, nec vllam cognititionis, aut iudicationis mentionem facit. leg. 1. hic. Hinc iuriſdictio à cognitione ſeparatur apud Suet. in Nero. & apud noſtros quoq; auctores. Iudices enim dati à Prætore cognitionem habent, iuriſdictionem non habent. l. ait prætor. ff. de re iud. l. notionem. ff. de verb. ſig. Cætera argumenta, quæ huius rei confirmandæ gratia alibi adduximus in l. iuriſgentium, de pact. in diſp. Anni. in Apol. de iuriſd. quia ſuperuacaneũ eſſet ea repetere, nunc omittimus. Non inficiamur tamen prætorem aliquando cognouiſſe in cauſis priuatis: ſed extraordinaria huiuſmodi cognitio dicitur à Iuriſconſultis, quod cõtra ſolitum morem id fieret: vt exempli gratia, cum profeſſores liberalium ſtudiorum mercedem petunt. l. 1. infra de extraor. cogn. cum pater filium, quem habet in poteſtate ſua petit. l. 1. infra de rei vin. id enim cauſæ ac perſonæ fauor exigit. In abſentes quoque, cum quib. acceptum non erat iudiciũ, propter abſentiam pronuntiabat Prætor ipſe, poſtquam edictis propoſitis eos vocauerat. l. ſi prætor. 75. l. ad perẽptoriũ. 68. infra de iudi. Præterea in reſtitutione in integrum cognitionem aliquam adhibebat. l. quod ſi minor. §. vl. infra de minor.

Item in decretali bonorum poſſeſſione, & aliis ſimilibus, quæ mixti imperij eſſe dicuntur. l. 4. hic. Item prætor fideicommiſſarius ipſe cognoſcebat de fideicommiſſis, nec formulam, aut iudices dabat, vt diſerte ſcribit Vlpianus in reliquiis Inſtit. tit. de fideicom. Quare fideicommiſſorum perſecutiones dicuntur extraordinariæ. l. pecuniæ verbum. §. actionis. infra de verb. ſign. Ac de his accipiendi ſunt plerique iuris auctorum loci, in quibus legimus Prætorem cognouiſſe, ac iudicaſſe. l. Titiæ. infra de auro & arg. leg. l. iudicatæ. infra de exc. rei iud. l. ſi cui legatum. infra de condit. & demon. l. 3. C. de procur. cum ſimi. Adde, quod poſteriorum Imperatorum temporibus, nempe à Diocletiano vſque ad Iuſtinianum, cognouerunt magiſtratus, ac dandorum iudicum mos fere obſoleuit. Primum enim conſtituit Diocletianus, Præſides poſſe cognoſcere, de quibus cauſis ante iudices dabant, & vetabantur ipſi cognoſcere. l. placet. C. de pedan. iud. Deinde Theodoſius ſtatuit neceſſariam non eſſe actionis impetrationem, vt coram magiſtratu aliquis conueniatur. l. 2. C. de for. & impe. id quod non ſatis à Diocletiano expreſſum fuiſſe videbatur. Conſtitutione autem Conſtantini, de iuris formulis amputandis, quæ Theodoſij conſtitutionem anteceſſerat. l. 1. C. de for. vetus dandorum iudiciorum mos non fuerat immutatus, ſed aucupationib. verborum, captionibuſque fuerat ita per eum proſpectum, vt formulæ actibus inſidiantes ex eo tempore amputarentur. Nam & ante illud tempus Claudius actiones reſtituere iis ſolitus fuit, qui apud priuatos iudices plus petendo formula excidiſſent, vt auctor eſt Suetonius in Claud. o. Ex his perſpicuum eſt, ſi ad tempora Vlpiani reſpiciamus, recte dici iuriſdictionem eſſe, iudicis dandi licentiam: ſi vero poſteriorum temporum habeatur ratio, non male definiemus iuriſdictionem, cognoſcendi, iudicandique facultatem in cauſis priuatis, ac pecuniariis, pro quibus actiones ciuiles proditæ ſunt. Hinc etiam cognoſci poteſt, cur inſcribatur hic tractatus in Digeſtis, De iuriſdictione: in Codice vero Iuſtiniani, De iuriſdictione omnium iudicum. Cum enim tempore Iuſtiniani, & quorundam aliorum Imperatorum, iudicarent magiſtratus, & iudices dicerentur, extentque in eo Codice pleræque ea de re conſtitutiones, viſum fuit compoſitoribus Codicis, tit. ponere de iuriſdictione omnium iudicum. At Digeſta ex veterum Iureconſultorum ſcriptis compoſita ſunt, quorum tempore magiſtratus non iudicabant, niſi extra ordinem in quibuſdam cauſis, ſed iudices dabant: ideoque iudices dici non ſolent ab eiſdem auctoribus, niſi perraro. Quamobrem hic tractatus, de officio magiſtratuū, quod in iuriſdictione verſatur, non aliter inſcribendus fuit, quàm de iuriſdictione: poſt tractatum ſcilicet, de officio ſingulorum magiſtratuum, de quibus diſputatum fuit libro ſuperiore.

Duplex Iuriſdictionis definitio.

Cap. III.

Quid ſit imperium tam merum, quàm mixtum: & quid à iuriſdictione vtrumque differat.

Imperiū generaliter et ſpecialiter ſumitur.

IMperium generaliter accipitur, & ſpecialiter, ſicut iuriſdictio. Generaliter acceptum non diſtinguitur à iuriſdictione, ſed quæ iuriſdictionis ſunt, imperio dicuntur expediri. l. cum prætor. infra de iud. l. etſi prætor. ſupra de off. eius. l. 2. ſupra de adopt. Quoties enim magiſtratus pro poteſtate aliquid facit ius reddendo, imperio vti recte dicitur. Specialiter acceptum diſtinguitur à iuriſdictione. l. imperium. l. iubere. hic. l. ea quæ. infra ad municip. l. 1. §. vlt. & l. vlt. ſupra de off. eius. nam præter iudicis dandi, aut etiam cognoſcendi, ac iudicandi facultatem in cauſis priuatis, in qua iuriſdictio conſiſtit, magiſtratus pro poteſtate quædam alia faciunt, quæ imperii eſſe dicuntur. Eſt autem imperium duplex, merum, & mixtum: quorum hoc cohæret iuriſdictioni, alterum ab ea ſeparatum eſt. l. imperium. hic. l. prima. ſupra de offi. eius. idque vis ipſa verborum ſatis indicat. Merum namque id dicimus, quod purum, ſolum, nec cum alio mixtum eſt. l. 5. de verb. obl. l. bona fides. infra depo. l. cum ſeruus. infra de con. & demon. ac magiſtratus, qui iuriſdictioni præeſt, iure Magiſtratus ſui modice coercere poteſt, bonorum poſſeſſionem dare, in poſſeſſionem mittere, in integrum reſtituere, & cetera, id genus facere, quæ ideo mixti imperij eſſe dicuntur, quia quodammodo accedunt iuriſdictioni. dict. leg. imperium. l. iubere. hic. l. ea quæ. infra ad municip. Poteſtatem vero gladij ad animaduertendum in facinoroſos non habet magiſtratus, niſi lege ſpecialiter delatam: ideoque hoc imperium dicitur merum, quia cum iuriſdictione mixtum non eſt, nec cum ea quicquam commune habet. dict. leg. imperium. hic leg. 1. § qui mandatam. ſupra de offic. eius. tametſi idem magiſtratus plerunque & iuriſdictionem, & merum imperium habeat. Cum enim primum Romæ creati ſunt magiſtratus iuris reddendi cauſa, poteſtas animaduertendi eis conceſſa non eſt, vt docet Pomponius ſupra, de orig. iuris. ſed poſt multum temporis lege ſpecialiter delata eſt Prætoribus, ac Præſidibus, cum perpetuæ quæſtiones factæ eſſent, quæ ante in ſingula crimina à populo mandabantur, vt diximus lib. 1. Diſput. c. 53.

Imperiū duplex.

Merum imperiū quid.

Cap. IIII.

Locus Vlpiani de mixto imperio, & iuriſdictione, declaratus ex Pandectis Florentinis.

EX his facile colligi poteſt interpretatio l. 3. ſub hoc titulo, Quæ Vlpiani eſt, ex lib. 2. de offic. Quæſtoris. vbi Haloander ita legit ad finem. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, vt iuriſdictio iudicis dandi licentia. Sed in Florentinis Pandectis, & aliis exemplaribus, quæ ante editionem Haloandri à typographis impreſſa ſunt ita legitur. Quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit. Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia. Et hæc varietas lectionis fecit, vt huius temporis quidam eruditi à nobis diſſentirent, cum nos Haloandri lectionem ſequeremur, quæ tum Florentina eſſe credebatur, illi vulgarem ac receptam magis probarent. Verum mihi paulo diligentius hæc expendenti, videtur idem & Noricæ & Florentinæ lectionis ſenſus eſſe. Cum enim dixiſſet Vlpianus, mixtum, imperium eſſe, cui etiam iuriſdictio ineſt, & in danda bonorum poſſeſſione conſiſtere, ſubiecit hæc verba: iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia: vt oſtenderet, eum qui imperium tale habet, poſſe non modo bonorum poſſeſſionem dare, quod eſt imperij: ſed etiam iudicem dare, quod eſt iuriſdictionis. Ceteri hanc particulam, ETIAM, aliò referunt, quam nos, non animaduertentes, Vlpian. loqui non generaliter de iuriſdictione, ſed de ea tantum, quæ ineſt imperio: quia diſputatio apud Vlpian. eſt de imperio magis, quàm de iuriſdictione. Alioqui nihil opus erat, eam voculam addere, ſed ita diffinire oportebat, Iuriſdictio eſt, iudicis dandi licentia: vt à nobis factum eſt ſuperius. Si quis vero obiiciat, magiſtratibus municipalibus ea, quæ imperij mixti ſunt, non competere quamuis iuriſdictionem habeant. l. ea quæ. infra ad municip. atque ideo mixtum imperium non ſemper iuriſdictionem ſequi: reſpondendum eſt, totam hanc noſtram diſputationem de imperij ac iuriſdictionis diffinitione & diſtinctione, ad magiſtratus populi Romani, non ad municipales pertinere. Ea enim, quæ ſunt imperii magis quam iuriſdictionis, non poteſt facere magiſtratus municipalis: præterquam in cauſa damni infecti, quæ celeritatem deſiderat. l. 1. l. 4. §. duas. infra de damno infec. Et animaduertendum eſt, tam ea, quæ dicuntur de mixto imperio, quàm quæ alibi de magiſtratibus municipalibus, & damno infecto. d. l. ea quæ ad municip. d. l. 4. §. duas. de damno infe. ſcripta fuiſſe eodem in loco. nempe li. 1. ad Edictum. vt inſcriptiones legum indicant. Nam cum Vlpian. docuiſſet mixtum imperium conſiſtere in danda bonorum poſſeſſione: item iubere cauere prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere, imperij magis eſſe, quam iuriſdictionis, & quædam alia eiuſmodi: mox (vt credibile eſt) adiecit quæ ſequuntur: Cum res damni infecti celeritatem deſiderat, & periculoſa dilatio prætori videtur, ſi ex hac cauſa iuriſdictionem ſibi reſeruaret, ideo magiſtratibus municipalibus delegandum hoc recte putauit. Pauli autem illa ſunt eodem in libro: Ea quæ magis imperij ſunt, quā iuriſdictionis, magiſtratus municipalis facere non poteſt. d. l. ea quæ ad municip.

Cap. V.

An quæ ſpecialiter lege deferuntur alicui magiſtratui, imperij eſſe dicantur.

ILlud quæſitum eſt, an quæ ſpecialiter ac nominatim lege deferuntur alicui magiſtratui, imperij eſſe recte dicantur: vt datio

vt datio tutoris, poteſtas decernendi, de alienandis minorum prædiis, aut de tranſactione alimentorum. Hæc enim non competunt iure magiſtratus, & more maiorum. l. 2. ſupra de offi. eius. l. 1. infra de reb. eor. l. cum hi. § ſed nec mandare. infra de tranſact. Et ſane poſſunt dici neque imperij, neque iuriſdictionis eſſe: vt de tutoris datione expreſſum eſt in l. muto. §. tutoris datio. infra de tute. Nam non ideo competunt alicui, quod imperium, iuriſdictionemve habeat, ſed quod ſpecialiter lege deferantur. Conſiſtunt tamen hæc omnia in aliquo imperio, & poteſtate. Ac videtur magiſtratus cum tutorem dat, aliquo imperio vti. Et quia hoc imperium lex fere defert iis, qui iuriſdictionem habent, puta prætori, vel præſidi, non male dicentur mixti imperij eſſe: de tutoris tamen datione illud dici non poteſt, quia hæc competit etiam iis, qui nullam iuriſdictionem habent. l. vbi abſunt. de tuto. & cur. dat. ab his. Vt igitur omnia paucis complectamur, quæ ad poteſtatem magiſtratuum ſpectant, & omnem λογομαχίαν omittamus, tripartita diuiſione hic vtemur. Nam magiſtratus quædam facere poſſunt propter iuriſdictionem, quam habent, cuiuſmodi hæc ſunt, iudices dare, cognoſcere de cauſis priuatis, &c. d. l. imperium. hic. quædam faciunt non propter iuriſdictionem, quam habent, ſed propter imperium, quod iuriſdictioni cohæret: cuiuſmodi ſunt, coercere, bonorum poſſeſſionem dare, & cetera id genus, quæ magiſtratibus municipalibus non competere dicuntur. d. l. imperium. l. iubere. hic. l. ea quæ. infra ad municip. Alia competunt eis non propter imperium, iuriſdictionemve, quam habeant, ſed quia ſpecialiter ipſis deferantur. Huius generis eſt, poteſtas gladij: quæ ideo poteſt dici neque imperij neque iuriſdictionis eſſe, quamuis aliquod imperium in ea verſetur. Non enim ideo quis gladij poteſtatem habet, quod imperium iuriſdictionemve habeat. Eius rei argumentum eſt, quod conſul hac poteſtate olim caruerit: quem tamen imperium habuiſſe nemo negauerit. l. 2. §. exactis. de orig. iu. Eadem ratio dationis tutoris, & aliorum huiuſmodi, de quibus ante diximus. Sed & legitimi actus. l. actus legitimi. de re iu. ſiue (vt Iuſtinian. vocat Nouel. 81.) legis actiones ſpecialiter quoque deferuntur certis magiſtratibus. l. 2. ſupra de offic. proconſ. Erant enim ritus quidam ſolennes legibus introducti, vt Caius Iureconſ. oſtendit, & Boethius in Topica Cic. ex quibus ritibus ſi quid mutatum eſſet, ſiue aliis verbis vtendo, ſiue perſonam vnam loco alterius ſubſtituendo, à forma & ſolennitate receſſum videbatur. Facultatem iudicis dandi, ſunt qui in hunc numerum referant: ſed hi falluntur, meo iudicio. Nam etſi lege lata Proconſuli hoc ius conceſſum ſit. l. cum prætor. infra de iudic. non tamen ſpecialiter id ei conceſſit lex: ſed vt, quæ magiſtratibus vrbis Romæ copetebant, iure magiſtratus ſui, in ipſum transferretur. Nec dubitandum eſt, quin pleraque competant iure magiſtratus, quæ lege aliqua attribuuntur magiſtratui. l. & quia. hic. Cuius rei exemplum eſt apud Cornelium Tacitum lib. 12. cum ait, Diuum Auguſtum apud eos, qui Ægypto præſideret, permiſiſſe lege agi.

Tripartita diuiſio de magiſtratuum poteſtate & iuriſdictione.

Cap. VI.

De magiſtratus officio, quod conſiſtit in iure reddendo.

Magiſtratus officium in iure reddendo, quod hic deſcribitur à iuris auctoribus, in his conſiſtit.

I. Magiſtratus extra territorium, prouinciamve ſuam, iuriſdictionem non exercent. l. vlt. hic. l. 1. §. cum vrbem. ſupr. de offi. præf. vrb. Quod de contentioſa iuriſdictione, non de voluntaria accipiendum eſt. l. emancipari. ſupr. de adop. l. 2. ſupra de offi. procon. Cum tamen quis ex aliena iuriſdictione vocatur, venire debet, vt cognoſcat magiſtratus, & æſtimet, an ius dicere in eum debeat, an potius ad iudicem ſuum remittere. l. 2. infra ſi quis in ius voc. l. ſi quis ex aliena. infra de iudic. Verum poſt ſuſceptam cognitionem ſera nimis eſt poſtulatio eius, qui ſe remitti ad proprium iudicem deſiderat. l. cum quædam puella. hic. l. vbi cœptum. infra de iudic.

II. Magiſtratus in territorio, & ditione ſua edicta proponūt, aut prout res incidit, aut perpetuæ iuriſdictionis gratia: in quorum poſteriorum edictorum corruptores datur actio, de qua Vlpi. plene diſſerit in l. ſi quis id quod. & Paulus in l. ſi familia. hic. & nos aliquid attigimus in libr. 1. Diſput. Anniuer.

III. Præcipuum magiſtratus officium conſiſtit in iudiciis, iudicibuſque dandis. l. 1. l. imperium. hic. Adde & in cognoſcendo quoque verſari, tametſi priſcis temporibus raro magiſtratus cognoſcerent, vt ante diximus. Magiſtratus autem, qui iudicis dandi ius habet, iudicare etiam iubet, cogitque iudicem à ſe datum. l. eum qui. hic. l. vlt. §. iudicandi. infra de mune. & honor.

IIII. Animaduertunt magiſtratus in facinoroſos homines: nempe hi, qui merum imperium habent, de quo ſupra diximus. l. imperium. hic.

V. Videndum eſt magiſtratui, qui præeſt iuriſdictioni, ne ſibi, aut ſuis ius dicat: id eſt, vxori, liberis, &c. leg. qui iuriſdictioni. hic. An autem poſſit patrem filio, aut filium patri iudicem dare, olim quæſitum fuit? Et videbatur non poſſe: quoniam in cauſa propria non poteſt quiſquam iudex eſſe. l. pen. infra de arb. videturque cauſa eadem patris & filij eſſe: quia pro vna & eadem perſona habentur. l. vltim. C. de impub. & aliis ſubſt. Sed tamen obtinuit, iudicem dari poſſe. l. in priuatis. infra de iudi. eademque cauſa eſt arbitrij compromiſſarij. l. quinetiam. 6. infra de arbit. Nam etſi negotium priuatum ſit, in quo iudex datur, tamen iudicare munus publicum eſt. dict. l. in priuatis. ac in muneribus publicis non ſequitur filius ius poteſtatis. l. nam quod. ad Trebel. Et quamuis nulla ratio iuris impediat, ne pater filio, aut filius patri iudex detur: tamen ſi aduerſarius eum ſibi ſuſpectum contendat, eum reiicere ac recuſare poterit. Id enim Romano iure conſtitutum eſt de iudice dato, in l. apertiſſimi. C. de iudi. De magiſtratibus nihil expreſſum reperio, nec arbitror antiquitus ob ſuſpicionem reiici ſolere, quamuis in cauſa liberorum ſuorum, & aliorum, quos ſecum habent, ius dicere prohibeantur. dict. l. qui iuriſdictioni. hic. Et extat Iuſtiniani Nouella 86. qua cautum eſt, ſuſpicionis diluendæ cauſa ſocium magiſtratum adiungendum eſſe. auth. ſi vero contigerit. Cod. de iudic.

VI. Magiſtratus ius non dicit in eum, qui maior vel æqualis ſit, niſi ſe illius ſubiecerit iuriſdictioni. l. eſt receptum. hic. l. 4. infra de arb. l. ille à quo. infra ad Trebel.

VII. Magiſtratus ſupra iuriſdictionem ſuam non poteſt ius dicere. l. vltim. hic. Quod variis exemplis oſtendi poteſt, vt puta, cum definita, circumſcriptaque eſt eius poteſtas, vt de certis rebus ius dicat: cuiuſmodi erant Romæ prætor tutelaris, prętor fideicommiſſarius, item prætor vrbanus, qui præerat iuriſdictioni, & is, qui capitalia iudicia exercebat. Sancitum enim fuit his verbis: *Supra hanc iuriſdictionem hi ius non dixerint.* Quod eſt accipiendum, niſi ſponte ſua eum adierint litigatores, & ſe ſubiecerint eius iuriſdictioni. l. 1. infra de iudi. idque ſine errore, qui conſenſum excludit. l. ſi per errorem. hic. l. 2. infra de iudi. Quid ſi conuenerit inter litigatores, vt prætorem aliquem adeant, & priuſquam adeatur, mutata voluntas fuerit? Africanus ſcribit, neminem compelli eiuſmodi conuentioni ſtare. l. ſi conuenerit. hic. Sed cum Iuſtinianus animaduerteret, hoc pactum nec legibus nec bonis moribus eſſe contrarium: conſtitutionem edidit, qua cautum eſt, huiuſmodi pacta ſeruanda eſſe. Ea eſt l. pen. Cod. de pact. quæ conſtitutio poſt primam Codicis editionem facta eſt, & compoſitis iam Pandectis Codici inſerta: vt dubium non ſit, quin ea ius antiquum emendari potuerit.

Aliud exemplum eſt, cum ad certam ſummam reſtricta eſt iuriſdictio magiſtratus: cuiuſmodi erat olim magiſtratuum municipalium, vt Paulus docet lib. 5. Sent. tit. de effe. ſent. Nam ſupra eam ſummam non poteſt ius dicere. Sed cum de ea quæritur, non quantum petatur, ſpectandum eſt, ſed quantum debeatur, quod ſcriptum eſt ab Vlpiano in l. cum quædam. §. vltim. hic. ſumptum ex eiuſdem lib. 6. fideicom. Et exemplum de fideicommiſſo eſt apud Quintil. lib. 3. c. 8. Atque hinc variæ quæſtiones naſcuntur, quas apud Caium tractatas videre licet in l. ſi idem. hic. Aliud exemplum eſt, cum is, qui coercitionem tantum habet, grauiore animaduerſione vtitur, cuiuſmodi ſunt magiſtratus municipales. l. magiſtratibus. hic.

VIII. Magiſtratus vel ipſi iuriſdictionem exercent, vel aliis mandant aut totam, aut ſpeciem vnam. l. ſolet. l. prætor. hic. Mandare tamen non coguntur, ſed ex eorum arbitrio hoc pendet. l. ſolet. ſupra de officio proconſ. Itaque

de officio eius, cui mandata eſt iuriſdictio. nunc videndum eſt, de quo titulus extat proprius, ac ſpecialis lib. 1. ſed eam diſputationem conſulto in hunc locum reiecimus, quoniam à diffinitione iuriſdictionis & imperij, quæ huius tit. propria eſt, nobis initium faciendum videbatur. Veteribus verò, quibus ignota non erant hæc vocabula, id neceſſarium non erat.

Cap. VII.

De officio eius cui mandata eſt iuriſdictio.

INprimis igitur is, cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice eius, qui mandauit, ac veluti locum eius tenet. l. ſolet. hic. l. etſi prætor. ſupra de offi. eius. Proinde is nihil proprium habere à Papiniano dicitur in l. 1. §. qui mandatam. ſupra de offi. eius. Eſt enim ſimilis procuratori, cui dominus negotia gerenda mandauit. Sed quemadmodum mandata generaliter adminiſtratione negotiorum, nõ omnia transferũtur in procuratorem quæcunque poteſt dominus. l. mandata generali. infra de procur. & quædam ſunt, quæ nec ſpecialiter quidem mandari poſſunt. l. pen. §. ad crimen. infra de pub. iud. ita dicendum eſt & in mandata iuriſdictione. Quędam enim transferuntur mandata generali iuriſdictione: quædam ne ſpecialiter quidem mandari poſſunt. Exempli cauſa: quæ competunt iure magiſtratus, id eſt, propter vim, & naturam magiſtratus, quo quis fungitur, ea tranſeunt mandata iuriſdictione. l. 1. ſupra de offic. eius. veluti, ſi prætor vrbanus mandet ſuam iuriſdictionem, transfertur iuriſdictio, quæ dicitur conſiſtere in iudicis dandi licentia. l. imperium. hic. Idemque dicendum eſt de Proconſule in prouincia, quoniam lege cautum eſt, vt poteſtatem iuris dicendi, & iudicis dandi habeat, quæ competit vrbis Romæ magiſtratibus, nec ſpecialiter ei conceſſa eſt. l. cum prætor. infra de iudic. Is tamen cui mandata eſt iuriſdictio, mandare iuriſdictionem non poteſt: quia eam non ſuo iure, ſed alieno beneficio habet. l. more. hic. l. vlt. ſupra de offi. eius. At iudicem dare poteſt, ſed aliud eſt iudicem dare, quàm mandare iuriſdictionem, vt poſtea dicturi ſumus. Idem modica coercitio tranſit in eum, cui mandatur iuriſdictio: quoniam aliàs iuriſdictionem tueri, & exercere non poteſt. l. 2. hic. l. 1. §. vlt. & l. vlt. ſupra de offic. eius. Ac (vt ſummatim dicam) omnia, quæ ſunt mixti imperij, transferuntur mandata iuriſdictione, quia competunt iure magiſtratus. Idque duo Pauli loci oſtendunt: vnus eſt, in quo ait, imperium, quod iuriſdictioni cohæret, tranſire. l. 1. §. vlt. ſupra, de offi. eius. Alter eſt, in quo ſcribit, imperium, quod non eſt merum, mandata iuriſdictione mandatum videri. l. vlt. de offi. eius. His enim verbis imperium, quod mixtum vocamus, haud dubie ſignificatur, vt iam ſupra docuimus. Quamobrem is, cui mandata eſt iuriſdictio, poterit bonorum poſſeſſionem dare, iubere cauere, in poſſeſſionẽ mittere, iubere poſſidere, in integrum reſtituere, &c. quoniam hæc imperij ſunt mixti, & cohærent iuriſdictioni. l. imperium. l. iubere. hic. l. cognitio. de offi. eius. l. ea quæ. infra ad municip. Nec me mouet, quod ea magiſtratus municipalis facere non poteſt. dict. l. ea quæ. ad municip. nam maior eſt poteſtas eius, qui populi Romani magiſtratus locum tenet, quam municipalis magiſtratus. In cauſa tamen damni infecti quædam huiuſmodi permiſit prætor magiſtratibus municipalibus, propterea quod res celeritatem deſiderat. l. 1. & 4. infra de damno infec. Quæ vero ſpecialiter lege, vel S. C. vel conſtitutione tributa ſunt, ea non tranſeunt mandata iuriſdictione. l. 1. de offi. eius. Huius generis eſt merum imperium, quod non competit prætori iure magiſtratus, ſed quia lege ſpecialiter datum eſt. d. l. 1. vt ante à nobis dictum fuit. Quare ne ſpecialiter quidem mandari poteſt, niſi propter abſentiam, profectionemque neceſſariam. d. l. 1. de offi. eius. l. ſolet. de offi. procon. l. nemo poteſt. infra de reg. iur. Huius eſt generis præterea tutoris datio l. muto. §. tutoris datio. de tute. l. nec mandante. infra de tut. & cura. dat. ab his. §. 1. Inſtit. de Attil. tut. conſilij exercitio l. 2. de offi. eius. §. eadem. Inſtitut. quib. ex cau. manum. vbi Theop. decretum de alienandis rebus minorum. l. 1. de reb. eor. l. 2. de offic. eius. aut de tranſactione alimentorum, l. cum hi. §. ſed nec mandare. infra de tranſact. De cognitione ſuſpecti tutoris quæſtio eſt. Et videtur mandata iuriſdictione non transferri: quoniam iuriſdictionis appellatione proprie continentur ea, quæ ad priuatas, pecuniariaſque cauſſas pertinent: præterea lege ſpecialiter dari videtur hæc cognitio. l. 1. §. damus. infra de ſuſpe. tut. Hæ rationes poterant Iureconſultos mouere: ſed quia reſcriptum fuerat ab Imperatoribus hanc cognitionem transferri, id reſcriptum veluti ius quoddam certum ſecuti ſunt. d. §. damus. l. cognitio. ſupra de offic. eius. Mouit autem Imperatores, vt paulo latius interpretarentur verbum, Iuriſdictio, vtilitas pupillorum: quo ſcilicet maturius ſuſpecti tutores remoueri poſſent. d. l. cognitio. Sic enim hoc verbum acceperunt, quaſi iuriſdictio omnem cognitionem hic ſignificet, ſiue competat iure magiſtratus, ſiue ſpecialiter lege deferatur.

Cur verbum iuriſdictionis latius I.C. interpretetur.

Cap. VIII.

Differentia inter iudicem datum, & eum, cui mandata eſt iuriſdictio.

VVlgo receptum eſt inter iudicem datum, & eum, cui mandata eſt iuriſdictio, nihil intereſſe. Quæ opinio veterum iuris auctorum dictis non conuenit: apud quos differentiæ multæ, nec obſcuræ reperiuntur. Nam mandatam habens iuriſdictionem iudicem dare poteſt, mandare tamen iuriſdictionem non poteſt. l. more. hic. l. cum prætor. infra de iudi. Item iudex datus iudicem non dat. l. à iudice. C. de iudi. dat autem is, cui mandata eſt iuriſdictio. d. l. cum prætor. Sed differentia in eo præcipue eſt, quod is, cui mandatur iuriſdictio, locum tenet eius qui mandat, eiuſque partibus fungitur. l. ſolet. hic. Proinde in eum, cui mandatur iuriſdictio, non modo iuriſdictio transfertur, ſed & omne imperium cohærens iuriſdictioni. Iudex datus nec iuriſdictionem vllam, nec imperium habet, ſed cognitionem tantum, ac iudicationem. l. à iudice. C. de iudic. l. ait prætor. infra de re iud. Itaque iudex datus ſententiam ſuam non exequitur. l. à diuo Pio. de re iudi. quoniam executio ſententiæ imperij cuiuſdam eſt. Hinc facile intelligi poteſt, cur à iudice dato appelletur is, qui dedit: ab eo autem cui mandata eſt iuriſdictio, non appelletur is, qui mandauit. l. 1. quis à quo app. Nam quia is, cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice eius, qui mandauit, idem videretur ab eodem appellari.

IN EVNDEM TITVLVM ALTER COMMENTARIVS.

Ad l. imperium.

QVIA, vt ſupra diximus, in hoc tractatu neceſſe eſt præcipuè noſſe quid ſit imperium, & quomodo differat à iuriſdictione: Vlpianus hic propriam imperij ſignificationem exponit, prout diſtinguitur à iuriſdictione. Quod enim ad officium magiſtratus pertinet, aut eſt imperium aut iuriſdictio: & imperium vel merum vel mixtum. Merum definit Vlpian. nec definitio ex ſupra dictis obſcura eſt, *poteſtas aduertendi*, hæc poteſtas dicitur ius gladij. de ea diximus ſub titul. de offic. procur. & præ. & aliis. Mixti imperij definitio eſt paulo obſcurior: *cui etiam iuriſdictio ineſt*. de hac definitione ſcripſi quid ſentiam, cap. 53. lib. 1. Diſp. quod dicitur iuriſdictio huic imperio cohærere, aliàs dicitur coniunctim ei accedere, &c. l. 1. de offic. eius. cui mand. eſt iuriſdict. hoc igitur imperium accedit iuriſdictioni: imperium autem merum niſi lege ſpecialiter ſit delatum, non cohæret. d. l. 1. Certum ex Pomp. eſt in l. 2. de or. iur. prætori creato ad ius dicendum non licuiſſe animaduertere, ne conſuli quidem, ſed quæſtores inſtituebantur à Pop. qui de criminalibus inquirerent, deinde referrent ad Pop. qui iudicaret. Porro prætori quidem more maiorum, & iure magiſtratus, hoc imperium, de quo dicimus, illi adiectum eſt, *Quod in danda bon. poſſ.* Exemplum eſt imperij mixti: *Iuriſdictio eſt*, &c. ſic legitur in Pandectis Flor. quam lectionem ſequor. In noſt. legitur, *vt iuriſdictio*, ſenſus autem eſt: Qui hoc imperium habet mixtum, non tantum dat bon. poſſeſſ. ſed etiam iudicem dare poteſt. alij aliò hanc particulam referunt. hæc ſimpliciter de hoc capite: nunc paulo accuratius tractemus. Primo, expendenda eſt definitio, ſiue deſcriptio meri imperij, quæ certè luculenta eſt: quamuis eam dialecticam non eſſe quidam putent. *Gladij poteſtatem*: mirum hoc videtur quod ſic definiuerit Vlpian. quaſi gladij poteſtas ſit, in qua hoc

imperium

imperium ſolum verſetur. Ius gladii eſt poteſtas puniendi gladio.leg. ſolet. de offic. proconſ. de hac poteſtate certa regula eſt, non transferri mandata iuriſdictione.leg.nemo.de reg.iur.l.aut damnum.de pœnis. Spart.in Carac.de Papiniano. Scio variam ſignificationem habere gladii nomen, ſed ego obſeruaui illud ſumi pro quacunque graui coercitione, quia ferè qui gladio poterant punire, poterant & aliis grauiſſimis pœnis animaduertere. Lampr. in Alex. honores gladii nunquam vendi paſſus eſt. hic generaliter videtur accepiſſe. Si cui placet, poterit omittere in definitione Vlp. mentionem gladii. *Poteſtatem*: poteſtatis nomen latiſſimum eſt. l.poteſtatis.de verb. ſig. hic de animaduerſione accipiendum eſſe, arg.l. 1.de offic.eius cui mand.l.ſi quis erit. de offic.proconſ. & legat. cenſeo. mulcta autem, aut coercitio non eſt huius imperii, ſed mixti, vt poſtea dicemus. *Merum.* Cur dicitur merum, vulgo dicunt, id eſt liberum, quos ſecutus eſt Alciat.ad leg.poteſtatis de verb.ſignif. ſed merum ſignificat, quod mixtum non eſt, ſicut merum vinum. Exemplis oſtendam. Vlpian. definit ſtipulationes prætorias, quæ ex mero officio prætoris, communes quæ ex officio partim prætoris, partim ex conuentione. Aliud exemplum eſt l. ſi ſic legatum.de leg.1.vbi mera voluntas dicitur, quæ ſola eſt. Aliud exemplum l. bona fides. depoſ. vbi merum ius gentium vocat, in quo non habetur ratio iuris ciuilis aut prætorii. Aliud eſt l. cum ſeruus.de cond. & demonſt.vbi mera conditio opponitur mixtæ. Porro non inficior, merum aliquando ſignificare id quod excellit, ſed hic mihi non videtur ſic eſſe accipiendum. Mouet me quod merum imperium mixto opponitur. Hoc igitur imperium, quod merum dicitur, ſeparatum eſt à iuriſdictione. Verum quidem eſt, aliquos magiſtratus vtrumque habuiſſe, vt præſes in prouincia, præfectus vrbi, ſed cum animaduertit non facit vt magiſtratus, ſed quia lege ſpecialiter illi delatum eſt. Sunt alii loci vbi hæc duo, merum imperium & iuriſdictio aperte diſtinguuntur: eſt & locus Cic. lib. 3. in Verrem, vbi loquitur de hæredibus Auli Trebonii proſcripti, quos adegit iurare ſe reſtituturos hæreditatem. Verres ei qui non iurauit dedit bon. poſſeſſ. Eum qui iurauit, puniuit, ſed ius dicendo. quod reprehendit Cicero. Quæri ſolet, quibus competat hoc merum imperium? Reſpondendum, iis quibus lege ſpecialiter delatum eſt. Quidam exiſtimant ſoli principi competere, ſed exercitionem competere magiſtratibus; id eſt, ſi ius ſpectemus, ad principem pertinet, ſi exercitionem quæ eſt facti pertinet ad magiſtratus. Similis eſt extrauagans Bonifacii, qui omnia regna ſibi vendicat, ſed exercitionē regibus permittit. Hæc quæſtio inter Azonem & Lotharium, olim celebres interpres, agitata eſt. Ego puto Azonis ſententiam eſſe veriorem. Ego enim pondero, quod hic ait Vlpian. Certum eſt eum loqui de magiſtratibus.ſumptum enim eſt hoc caput ex lib. 1.de offi.quæſtorum. Cum enim diſerte dicat eos habere imperium, non autem exercitionem tantum, non eſt dubitandum de hac ſententia. Similes ſunt loci. l. 2. de in ius voc.l.4.de offic. præt. l.6.de offic. proconſ. l. etſi prætor. de off.eius cui mandat. Non ignoro habendi verbum varie accipi, vt patet ex l.habere. de verb.ſignif.ſed accipienda eſt interpretatio, quæ vitio caret. Obiicitur l.1.de offic. eius cui man.eſt iur. Sed ineptum eſt hoc argumentum: nam publici iudicii exercitationem pro mero imperio vſurpat, ſicut & ſubinde iuriſdictionis nomen. Addendum autem eſt his verbis Vlpianum noluiſſe poteſtatem principis coarctare, quæ infinita eſt, ſed loquitur de imperio magiſtratuum. Putoque errare Barto. & alios qui poteſtatem legis ferendæ meri imperii eſſe dicant, atque ideo hoc ad principem pertinere. Eſt potius infinitæ cuiuſdam poteſtatis principis, vt ſupra diximus. Sequitur de mixto imperio. *Hoc imperium ideo mixtum dicitur:* quia accedit iuriſdictioni & eam ſequitur. hæc ſententia confirmatur duobus locis. l. 1. l. vlt. de offic. eius cui man.eſt iuriſd. vbi Paulus notat Papini.loqui de imperio mero non mixto, mixtum enim transferri mandata iuriſdictione poteſt. Exempla huius imperii in l. noſtra. de bonor. poſſeſſione. Aliud eſt iubere cauere & in poſſ. mittere.l.4. hic. Aliud in *reſtitutione in integrum.* l.ea quæ. ad munic. Aliud modica coercitio. l. vlt. de offic. eius cui mand. Ego addo edicta proponere: non enim eſt legem condere. Nam non

Merum quid dicatur.

Quibus competit merum imperiũ.

Habendi verbum varie accipitur.

Meri imperii diſputatio ad principē non pertinet. Imperium mixtum cur dicatur.

perpetuæ iuriſdictionis cauſa edicta proponebantur. Sed noſtræ ſententiæ opponitur dicta l.ea quæ.ad municip. magiſtratus muncipalis habet iuriſdictionem. at non habet imperium mixtum, ergo falſum eſt, imperium mixtum iuriſdictioni cohærere. Reſpondendum, hanc noſtram diſputationem pertinere ad magiſtratus pop. Roma. non ad municipales. Argumento eſt quod dicitur infra, ſi quis ius dic. non obt.*omnibus magiſtratibus, non tamen duumviris.* Volebat oſtendere Vlpian.ſe non loqui de municipalibus magiſtratibus, ſed de pop. Roma. Ceterum nos excipimus cauſam damni infecti, quia celeritatem deſiderat.l. 2. de damno infect. Porro animaduertendum eſt, ex eodem loco has leges eſſe ſumptas: nempe hanc l.4. l.6.l.9. ex lib. 1.ad edictum Vlpian. Tertium eſt de iuriſdictione. hæc verſatur in iudice dando. Nihil potuit verius dici, nec accommodatius ad tempora Vlpian.vt ſupra docuimus. Qui à nobis diſſentiunt, obiiciunt, non eſſe definitionem iuriſdictionis, propter particulam etiam.olim Noric.ſequebar, à qua abeſt hæc particula. Sed ego deprehendi eundem eſſe ſenſum. Nam non hic principaliter definit quid ſit iuriſdictio, ſed eam cui mixtum imperium cohæret, quaſi dicat: Qui iuriſdictionem habet, pōt ea quæ ſunt mixti imperii, ſed etiam dare iudicem poteſt. Itaque cum præcipue loquimur de iuriſdictione, amouenda eſt particula, etiam. Sunt qui exiſtiment imperii mixti eſſe iudicis dandi facultatem, quod verum non eſt, niſi latius imperii nomen accipiamus, vt plerunque Iuris con. loquuntur.l. cum prætor. de iudic. l. etſi prætor. de offi. eius cui man.l.2.de adopt.homonymia igitur diſtinguenda eſt.

In quo verſatur iuriſdictio.

Definitionis Vlpiani expoſitio germana.

Hic quæſtiones aliquot ab aliis ſolent agitari, veluti, an conceſſa à principe aliqua arce, videatur conceſſum eſſe imperium. Illud enim ſolet ſæpe accidere. Alia ſimilis eſt, an conceſſa iuriſdict.à principe, videatur conceſſum imperium merum. Nam & iuriſdictionis lata ſignificatione continetur. Hæ quæſtiones facti ſunt, in quibus quæritur de voluntate principis, quæ ſane colligitur ex coniecturis: diſputatio autem coniecturarum ad hunc locum non pertinet. Venio ad aliam quæſtionem magis propriam huius loci. De his quæ ſpecialiter alicui magiſtratui deferuntur, an ſint imperii, an iuriſdictionis? Veluti tutoris datio. l.1. de reb. eor. qui ſub tut.ſunt.titu.de Atr. tut.Inſt. l. 2. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdic. Item poteſtas tranſigendi de alimentis. l. cum hi.§. ſed nil mandare. de tranſact. quæritur igitur an ſint imperii? difficultas naſcitur ex homonymia. Imperii enim eſſe, aut nō eſſe, varie accipitur, & vtrunque recte, & vere dicitur diuerſa ſignificatione. Primum poteſt dici neque imperii, neque iuriſdictionis. l. mutuo. §. tutoris datio. de tut. quia certis magiſtratibus hoc competit, nec iure magiſtratus competit. Idem de ceteris, quæ ſpecialiter lege deferuntur, dici poteſt, quod de tutoris datione. Poſſunt etiam dici imperii cuiuſdam eſſe, nam ſimilia ſunt aliis, quæ ſunt imperii veluti dationi bon. poſſeſſ. nec vlla diſſimilitudo apparet, quod ad rationem decernendi attinet, imperat enim ac iubet prætor cauſa cognita. Dicuntur etiam ea iuriſdictionis eſſe l.cum hi.§.ſed nil mandare. de transact. nam iuriſdictionem appellat Iuris con. facultatem permittendi tranſigere de alimentis. Quæritur autem an meri an mixti imperii hæc ſint? Meri non ſunt, quia non ſunt gladii: an igitur dices mixti eſſe? Et ſane imperii cuiuſdam extraordinarii ſpeciem habent. Nec puto incommode dici mixti imperii: Porro lex hoc defert ei, qui iuriſdictionem habet, atque ideo poteſt dici quodammodo iuriſdictioni coniungi, quamuis id non faciat iure magiſtratus. Scio permitti etiam iis, qui non habent iuriſdict. vt decurionibus, ſed nos ſequimur id quod frequentius eſt. Nec mouere nos debet quod dicitur, ea quę mixti ſunt, transferri mandata iuriſdict.at hoc non transferri. Reſpondendum enim eſt, quoddam imperium cohærens eſſe iuriſdictioni, quod non transfertur. Exemplum vnum eſt l. de ſuſp.tut. Itaque ſic poteſt reſponderi, tutoris dationem, &c.mixti eſſe imperii. Quandoq; in verbis magna eſt diuerſitas, ſed in re nulla: vt in illa quæſtione an merum mixtum ſit principis, an magiſtratus. Dixi eſſe magiſtratuum, non quod non pendeat ex principe, & ius reſideat apud eum: magiſtratus autem tanquam procuratores eſſe

Quæſtio inſignis

ſed tamen puto latius dici magiſtratus habere merum imperium. Omiſſa logomachia videamus, quid in re ſit. Officium itaque magiſtratuum ſic poteſt diſtingui: Magiſtratus quædam faciunt propter iuriſdictionem ſuam, vt eſt iudicem dare, quædam propter imperium, vt eſt bon. poſſ. dare. quædam propter imperium, quod lege ſpecialiter defertur, vt animaduertere in facinoroſos gladio. Sed an hæc ſint imperii, hæc quæſtio eſt de verbis. Itaque homonymia hic aduertenda eſt. Nam potero dicere poteſtatem gladii non habuiſſe, qui tamen imperium habuerunt, vt Conſul Romæ. Vnde dici poſſe imperii eſſe, & non eſſe. Sed quæritur an facultas iudicis dandi ſit imperii? ex ſupradictis certum eſt eſſe iuriſdictionis quod iuriſdictionis non eſſe quidam putet. arg. l. cum prætor. de iud. vbi dicitur lege conceſſum eſſe iudicem dare. Ergo non transferri mandata iuriſdictione. Sed expendendum eſt, quod eodē loco dicitur lege, vel cōſtitutione, vel Senatuſconſulto, &cæt. Itaque reſponderi poteſt verum eſſe lege conceſſum eſſe proconſuli, ſed non ait, ſpecialiter, quod magnam diuerſitatem parit. Lata enim fuit lex qua magiſtratibus plurima conceſſa ſunt, vt iudicum dandorum poteſtas, & alia quæ habent magiſtratus Romæ. Sed ea non dicuntur ex numero eorum, quæ ſpecialiter lege transferuntur.

Officium magiſtratus in quibus verſetur.

Ad l. Iubere. 4.

EXempla hic traduntur eius imperii, quod mixtum eſſe diximus. Prætoria ſtipulatio dicitur, quæ ex mero prætoris officio proficiſcitur. l. 5. de verb. oblig. ſicut iudicialis, q̃ ex mero iudicis officio. Officium enim prætoris non in iudicando verſatur, ſed in iudice dando. danda bon. poſſeſ. & ceteris quæ ſunt imperii. Stipulationes, quæ ex hoc prætoris officio dicuntur, vocantur ſtipulationes prætoriæ. vt ſtip. damni infecti. Iudiciales, quæ iuſſu iudicis fiunt, dum cognoſcit, vt de dolo. De hoc genere ſtip. prætoriæ intelligendum eſt hoc exemplum, vt ſit mixti imperii. Quid de iudiciali dicemus? qui hanc quæſtionem mouerunt, non intellexerunt differentiam iudicialis & prætoriæ ſtipulationis. Nec enim ſunt vel imperii vel iuriſd. nam iudices cognitionem tantum habent, non iuriſdictionem, vt poſtea docebimus. Alterum exemplum eſt in bon. poſſ. mittere: hoc pertinet ad officium prætoris, vt patet ex tit. quibus ex cauſ. in bon. poſſeſ. eatur. Nulla alia eſt difficultas huius loci, quem tamen Acc. ignorauit: vnde Fulg. merito vocat gloſſam huius loci venenoſam. Ignorauit enim Acc. imperium mixtum mandata iuriſd. trāſferri. *Magis imperii quam iuriſd.* hoc non loquitur l. ea quæ. ad muncip. vulgo dicunt hoc ideo dici, quia particeps eſt vtriuſque. Ego tamen puto omnia eſſe mixti imperii, vt dicitur in. l. ea quæ. ad muncip. Ego autem puto ideo ſic locutum Vlpian. qui videbat variam ſignificationem eſſe imperii, & iuriſdictionis, vt ſupra expoſuimus. itaque dicendi cauſa, putauit retinendam proprietatem eſſe: quaſi dicat, vel vt commodius loquamur, dicuntur hæc eſſe imperii, quanquam alias dicantur iuriſdictionis. l. prima. de damno infec. Et eo loco iuriſdictionis nomen lata ſignificatione accipitur. Percepta igitur hac homonymia, facile tollitur omnis illa antonomia.

Antinomiæ facilis ſolutio ex homonymia perceptione.

Ad l. More. 5.

HOc caput pertinet ad mandatam iuriſdictionem, qui locus præcipuus eſt huius diſputationis. Itaque paulo altius quædam ſunt repetenda, & hic de offic. eius cui mandata eſt iuriſd. exponemus. Videamus ergo de mandata iuriſdictione. Mandari iuriſdictio dicitur, ſicut alia quæuis negotia mandari dicūtur, ſicut ego procuratori mādo, vt aliquid meo nomine agat, ita & magiſtratus mandat, vt iuriſdictionem aliquis ſuo nomine exerceat. Itaque id liberum eſt magiſtratui vel mandare vel per ſe exercere. leg. ſolet. hic. ſicut mihi liberum eſt, per me vel per procuratorem aliquid gerere. hanc ſimilitudinem Iuriſcon. oſtendit capit. ſeq. Itaque is cui mandata eſt iuriſdictio, vice alterius, id eſt, magiſtratus fungitur. l. ſolet. hic. l. etſi prætor. de off. eius cui mād. ſicut procurator vice domini. hinc etiam comparatum eſt, vt dicatur alieno beneficio iuriſdictionem habere non ſuo. Hinc etiam conſequitur, vt quædam transferantur in eum cui mandata eſt iuriſdictio, quædam etiam non transferantur. Id enim ſimile eſt in procuratoribus exemplum. l mandati. de procur, de ſingulis videamus. vt intelligamus tit. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd. hic notanda eſt reg. Pap. l. 1. de off. eius. quæ iure magiſtratus competunt, mandari non poſſunt: quæ vero ſpecialiter &cæt. iure magiſtratus competere intelliguntur ea, quæ vi magiſtratus competunt, veluti iuriſdictio prætori vrbano. Solet obiici ex l. cum prætor. de iudic. ſed ego iam reſpondi ſupra, & oſtendi differre hæc duo *concedi & ſpecialiter concedi.* nam hæc vox *ſpecialiter*, habet emphaſin. Item mandata iuriſd. modica coercitio transfertur. *Iuriſdictionem datam*, id eſt, mandatam. ſic accipitur in l. cognitio. Modica autem coercitio non poteſt in vniuerſum definiri, ſed boni iudicis officio iudicandum relinquitur, argumento l. ſi quid erit. de offic. procon. Idem dicendum eſt de aliis omnibus, quæ ſunt mixti imperii. Non autem mixtum imperium modica coercitio eſt, nam differunt ſicut ius & ſpecies: & ſic interpretor l. vlt. de offic. eius. Ex his ſatis perſpicuum eſt, ea quæ ſunt mixti imperii mandari. Exiſtimant. autem omnes interpretes excepto Fulgoſio, iuriſdictione mandata imperium mixtum nō transferri. Sed Fulgoſii ſententia vera eſt, idque ex duobus locis colligitur. l. 1. infr. de offic. eius cui man. l. vlt. hic. Ratio autem obſcura non eſt ex reg. Papin. Quæcunque iure magiſtratus competunt, mandata iuriſdictione tranſeunt. Obiicitur vnicum argumentum l. ea quæ. ad Munic. à magiſtratu municipali ad eum cui mandata eſt iuriſdictio ductum. Sed magna eſt diſſimilitudo inter vtrunque. nam maior eſt poteſtas eius cui mandāta eſt iuriſdictio, quam magiſtratus municipalis. Vnde Vlpianus omnibus magiſtratibus non tamen duumuiris, &cæt. argumentum igitur non procedit. Exempla huius mixti imperii multa ſunt paſſim, veluti, bonor. poſſeſ. dare: in bon. poſſeſ. mittere. Hæc exempla cum ſint mixti imperii, quod cum Iurecon. dicat mandari, quæ dementia eſt dicere imperium mixti non transferri? Dicunt hæc exempla intelligenda de iuſſu, vt cognitio mandari poſſit, poteſtas iubendi non poſſit. leg. 1. ſi quis ius. glo. vlt. leg. cognitio. §. vlt. de offic. eius. Sed verba ipſorum Iurecon. apertiſſime huic diſtinctioni refragantur. hæc exempla igitur notanda ſunt aduerſus eos qui putant ſolam modicam coercitionem ad imperium mixtum pertinere. Hic ſolet obiici l. vlt. C. vbi & apud quem. Sed in ea conſtitutione ἀκυρολογία eſt, quæ parit difficultatem. Exiſtimo autem de iudice pedaneo intelligendum. Aliud ex reg. Pap. obſeruandum eſt, quæ ſpecialiter tribuuntur magiſtratui, non transferri mandata iuriſdictione. *Specialiter*, id eſt, cum legiſlatoris apparet fuiſſe hanc voluntatem, vt certus magiſtratus ea de re cognoſceret: itaque proprium nihil habet, nihil ſpeciale is cui mandata eſt iuriſdictio. Sic enim plerunque proprii verbum pro ſpeciali accipitur. leg. 2. de vac. mu. leg. 2. de mi. teſt. Porro vt ſic vſurpemus, verba ſequentia indicant. Sic etiam intelligi debet tex. l. legati. de off. proc. ſed eius qui eam mandauit iuriſdictione vtitur. Ceterum altera acceptio nihil habet incommodi, vtraque enim ſignificatio iure defendi poteſt. Exempla huius regulæ multa ſunt. Aliud exemplum eſt in tutoris datione. leg. nec mandati. de tut. vel cu. datis. Aliud item exemplum eſt, leg. 2. de off. eius. Conſilium exercere quid ſit, Theo. exponit, ſimile eſt aſſiſiis vt dicimus. Aliud exemplum l. cum hi. §. ſed nec mandare. de tranſact. Sed dubitatum fuit à veteribus de cognitione tutoris ſuſpecti. leg. cognitio. de offic. eius. Ratio dubitandi eſt: quia non videtur cauſa eſſe priuata, ſed quædam accuſatio: Præterea videtur ſpecialiter tribui. l. 1. §. damus. de ſuſp. tut. Attamen aliud reſcriptum fuit à principibus propter pupillorum vtilitatem, ſine hoc reſcripto non auſi fuiſſent Iuriſconſulti ita reſpondere. Viſum eſt tamen imperatoribus, latius iuriſdictionis ſignificationem extendere. Cum enim latiſſimam ſignificationem habeat, vtilitas ſuaſit vt late interpretarentur. Nunc verba leg. noſtræ interpretemur. *More maiorum.* Ratio enim nulla eſt inſignis, ſed ita more inductum eſt. *Data eſt*, dare iuriſdictionem hoc proprium eſt magiſtratus, vt diximus. Aduerſus ſupradictam ſententiam obiicitur, lex cum prætori. de iudiciis. Sed multum intereſt inter iuriſdictionem & notionem, quòd non intelligunt ii, qui hoc caput opponunt. leg. an prætor. de re iudicata. Iudices, qui cognoſcunt & iudicant, nullam

Error interpretũ.

nullam habent poteſtatem. At is cui mandata eſt iuriſdictio habet poteſtatem, cum vice fungatur magiſtratus. l. à Diuo Pio. de re iud. Itaque iudex datus non poteſt exequi ſententiam à ſe dictam, quod ſecus eſt in iis, quibus iuriſd. mandata eſt. Sunt & aliæ differentiæ minime obſcuræ: veluti, quod dicitur iudicem datum non poſſe iudicem dare. l. à iudice. C. de iud. Alia eſt differentia l. 1. quis à quo appel. quod à iudice dato appellatur is, qui iudicem dedit, at non appellatur ab eo cui mandata eſt iuriſd. ad eum qui mandauit. Ratio eſt, quia locum tenet eius qui mandauit, ita vt vna perſona appellari videretur. Exemplo id oſtendam. Balliui & Seneſcales olim ſibi conſtituebant locum tenentes & mandabant ipſis iuriſdict. ſuam. Pone nunc locum tenentem pronuntiaſſe ſententiam à qua appelletur, an ad Balliuum appellabitur minime? Minime, ſed potius ad curiam parlamenti appellabitur. videretur enim vna & eadem perſona appellari. Ait lex 6. *Mandatum ſolui*: his verbis oſtendit ſimile eſſe hoc mandatum aliis mandatis. ſoluitur enim morte, ſi ſuſceptum non ſit mandatum ante mortem. Secus eſt, ſi cœperit iuriſd. exercere, quæ ſibi mandata eſt, veluti ſi iudicem dederit vel in ius litigantes vocauerit. Nec obſtat etiam, ſi iudicium dicatur incipere à litis conteſtatione. nam etiam res incipit geri vocatione in ius. hoc Pontifices ſequuntur. c. licet. de offic. deleg. Sed apud Acc. duplex antinomia reperitur, vna eſt l. venditor. §. iudices. de iudic. Sed ego poſſum reſpondere differre iudices datos ab iis, quibus mandatur iuriſdict. poteſt & ſic intelligi: durant iudices dati, donec alius ſucceſſerit, vt diximus de proconſule. Hoc receptum eſt vtilitatis cauſa, contra ſubtilitatem iuris. vtcunque ſit, hæc omnino diſſimilia ſunt. Altera antinomia eſt l. ſi quis mancipiis. §. ſi impubes. de inſtitor. act. vbi dicitur ſi contractum ſit cum inſtitore, poſt mortem domini datur actio inſtitoria, quod ita conſtitutum eſt propter vtilitatem promiſcui vſus. hic locus multos torſit. Sed ego exiſtimo inſtitorem multum differre à mandatario: nam inſtitor eſt tanquam mercator & negotiator, idque dicitur multis locis. l. eum. & Inſtit. §. ceterum. quod cum eo. Eſt ergo diſſimilitudo inter hęc duo capita, vnum de inſtitore, alterum de procuratore, ſiue mandatario. Occurrunt & aliæ antinomiæ, & vna eſt ex nouella, vt nulli iudicum. §. hoc vero iubemus. quam ego non puto ita difficilem, vt alii exiſtimant. Nec enim huc pertinet ea conſtitutio. loquitur enim de iudice, qui iuſſu principis, alii iudici mortuo ſuccedit: quæritur an iuſſu principis, qui iuſſus ad deceſſorem non ſucceſſorem dirigebatur parere debeat ſucceſſor? Hæc igitur quæſtio nihil ad rem pertinet: itaque Iuſt. cogi parere iuſſui principis. De eo qui à principe delegatus eſt, alia quæſtio eſt, quæ pendet ex coniecturis, quid princeps ſenſerit. Mihi videtur recta eſſe diſtinctio Pon. c. quoniam abbas. de offic. deleg. ſi nomen ſit expreſſum eius, ad quem reſcribit princeps: verius eſſe, vt ſucceſſor parere non cogatur, aut debeat iuſſui principis.

Mandatum iuriſdictionis ſimile aliis.

Ad l. ſi quis id quod. 7.

HOc capite continetur interpretatio edicti, quod ad iuriſd. maxime pertinet. Eſtque primum edictum quod in Pandectis occurrit, quamuis in Saluii Iul. edicto, quædam alia præceſſerint, vt ex inſcriptionibus apparet. Hoc edicto actio datur in eos, qui corrumpunt edicta prætorum propoſita iuriſdictionis perpetuæ cauſa. Duo igitur genera edictorum ſunt, vt lib. 1 capit. 48. diſp. ego oſtendi. quædam erant, quæ proponebantur, vt ſe præmunirent ciues. l. 2. de or. iur. Ea dicebantur perpetua, vt magiſtratus perpetuo iis vterentur, quamdiu magiſtratu fungerentur, idque lege Cornelia cautum fuit: non autem intelligi debet de edicto perpetuo Iuliani, quod non habuit locum, ante Adriani tempora. Sic & Cor. Sylla perpetuas quæſtiones fecit. Alia erant edicta, quæ proponebantur in ſingulas cauſas, prout res incipebat: exemplum in l. ad peremptorium. de iudiciis. Aduerte autem parentheſin hic eſſe expungendam: datur igitur ex hoc edicto actio ad 500. aureos, ſic legitur in Floren. Quod populare eſt. l. 1. de popul. acti. hæc actio conceditur cuique ex populo. Ius enim publicum læditur, quod in magiſtratibus etiam conſiſtit. Quæri ſolet an hæc pœna ſit adiudicanda actori, an Reipub. Difficultas naſcitur ex eo quod plenum & integrum non eſt edictum, nam id edicto ſolebat prætor exprimere. Exemplum l. 3. de ſep. viol. Ego igitur non dubito, quin & in hoc edicto expreſſum fuerit. Extat lex quædam Manilia qua cautum eſt, vt pœna, quam ex eo, quod terminos mouit quis conſequitur, diuidatur inter actorem & remp. in dubio igitur quid dicemus in quæſtione noſtra: Mihi videtur ſequendum, quod edicto de ſepulchro violato cauetur, vt pœna tota adiudicetur ei, ad quem res pertinet: quod ſi non pertineat ad aliquem certum, pœna inter actorem & Rem. diuidatur exemplo legis Maniliæ. *Quod ſi.* hic Vlpiani exemplum ponit, quod ſequi debemus in legum interpretatione, nec. n. ſatis eſt, vt in numerato certa præcepta habeamus. hic igitur Vlpi. modo proprietatem verborum ſequitur, modo ſententiam. Ex eo quod prætor ait, ſi quis corruperit, Vlp. ſeruos & filiosfam. his verbis contineri & ſignificari ait: nec enim vlla ratio ſuaſit, vt contrà interpretaretur: idem ad fœminas ea verba extendit. Hinc ſumpta eſt reg. iuris l. 1. de verb. ſign. Idque à proprietate verborum ſumptum eſt, vt ego exiſtimo.

Duo genera edictorum.

Lex Manilia.

Vulgares interpretes prolixe hunc locum de maſculis & fœminis tractant. quę quæſtio non eſt huius legis propria, ſed pertinet ad l. 1. de verb. ſign. Sequitur *Si quis id quod propoſitum eſt corruperit.* Hæc verba ſignificant eum teneri hac pœna edicti, qui edictum corrumpit dum propoſitum eſt. Quęritur, quid ſi corruperit dum proponitur, vel ante propoſitionem, an is tenebitur? Is ex verbis non tenetur, ſed extenſione ſententiæ tenebitur. Eſt enim genus interpretationis, de quo diximus ſub tit. de ll. cum ex eo quod ſcriptum eſt colligimus, quod ſcriptum non eſt. Ex eo quod dictum eſt hoc verbo: *Si quis ſeruos contineri*, obiiciet aliquis, Pecuniaria eſt pœna huius edicti: at ſerui non tenentur ex pecuniaria pœna. l. hos accuſare. §. omnibus. de accuſ. Huic obiectioni reſpondet I. C. his verbis: *In ſeruos*, id eſt, ſi ſerui non defendantur à dominis, puniendi ſunt in corpore, iuxta illud vulgare, Qui non habet in ære, luat in corpore. Locus eſt communis de pœnis. l. 1. de pœnis. l. vlt. infra de in ius voc. l. quicunque. de ſeru. fugit. C. Sequitur *Dolo malo.* Hinc colligere poſſumus, non eſſe ſatis corrupiſſe, ſed oportere id fieri dolo malo. Ex his verbis: *ſi per imperitiam*, &c. obiter notanda eſt ratio purgandi doli, pro cuius rei explicatione vide l. igitur. de liberali cauſa. l. non videntur. §. qui iuſſu. de regulis iuris. 128. Sequitur: *Qui tollit & mandat*, hic etiam ceſſant verba edicti, ſed producuntur ad eum, qui tollit & mandat. Hic eſt locus communis de mandato. l. non ideo minus. C. de accuſ. l. non ſolum. §. qui mandato. de iniur. Obiicitur apud Acc. lex ſi is, qui rem. 68. §. ſi tu Titium. de furt. Ego tibi commendaui Titium, quaſi idoneum hominem, cui tu crederes pecuniam, qui tamen tibi ignotus erat, deinde loco Titii tibi adduxi nebulonem, qui abs te pecuniam accepit, quæritur an ego tenear furti? Ait I. C. ſi Titius in dolo non fuerit, me non teneri actione furti. Antinomia eſt difficilis, ſed magna eſt tamen diſſimilitudo. Nam in ſpecie de albo corrupto ego mandaui, vt corrumperes edictum, tu imprudens corrupiſti, quare non teneberis: at ego qui mandaui, dolo malo teneor, quia verum eſt, album dolo meo corruptum eſſe. At in ſpecie leg. ſi quis rem. idem dici non poteſt. is enim, qui pro Titio nebulonem adduxit, non tenetur furti, quia furtum nullum eſt factum, vt dict. l. ſi is qui rem, dicitur. Quod ſi furtum factum eſſet, teneretur, quia opem & conſilium attuliſſet. §. interdum quoque. de oblig. quæ ex del. quæſtio autem eſt de duabus perſonis, quæritur de vna an furtum fecerit, de altera an opem tulerit. Ex his puto diſſimilitudinem notam eſſe. Ex his etiam obſeruandum eſt admitti extenſionem legis etiam pœnalis, contra receptam opinionem, vt dixi ſub titul. de ll. Simile eſt exemplum l. liberto. §. 2. leg. S. C. de ritu nuptiarum. Quod enim dicitur de filio, protrahitur ad nepotem. l. 2. §. 2. quid ſi curatores, ad Tertullian. Alius eſt locus notatu digniſſimus l. 3. ad l. Pompe. de parri. Nec obſtat l. interpretatione. de pœn. dixi enim eam regulam eſſe accipendam, cum quæritur de genere pœnæ. Exemplum eſt in l. ſi præſes. de pœn. Ex verbis edicti alia quæſtio naſcitur, quid ſi plures corruperint, an diuidetur pœna inter eos, an vero tenebuntur in ſolidum? Et ait hic I. C. eos teneri in ſolidum. Exemplum eſt l. item Mela. §. ſi plu-

res ad l. Aquil. Pœna enim vnius alterum non liberat. Aliud dicitur in eo quod intereſt. Exemplum eſt l. 1. §. ſi plures. de eo per quem fact. eſt. illud etiam locum non habet cum agitur de quaſi delicto. Exemplum eſt l. 3. de iis, qui deiece. vel effu. Sunt tamen aliqui caſus, in quibus etſi ex maleficio agatur, hoc tamen non obſeruatur. Exemplum eſt l. ſi multi. de publ. & vect. l. aufertur. §. in nullis. de iure fiſci. hæc eſt interpretatio Vlpia. ad edictum prætoris. Alii multa hic addunt ſine iudicio, vt Barc. qui ait id producendum eſſe quod hic dicitur de albo ad monumenta, quæ in archiuo publico ſunt. Ego tamen non auſim hanc productionem admittere, propterea quod non ſit eadem ratio. Atque ineptum eſt quod dicit ille has ſcripturas perpetuas eſſe. Ex his cognoſci poteſt quibus ex cauſis detur hæc actio. Sed animaduertendum eſt proditam eſſe huius admiſſi nomine, non ſolum ciuilem, ſed & criminalem actionem. l. prætor. §. ſi dicatur. de iniuriis. & ti. C. quando ciuil. act. crimin. præiud. Sed quæritur an vtraque experiri liceat? Qua in re puto ſequendum quod dicitur ſupra, idemque hic dicemus quod de accuſatione iniuriarum: iniuria enim facta eſt prætori, vt dicitur l. ſequenti.

Nota de albo corrupto actionem ciuilē & criminalē cōpetere.

Ad l. ſi familia. 9.

EX edicto prætoris naſcitur quæſtio, quid ſi familia alicuius corruperit album? Et agitur aduerſus dominum noxaliter, vt ſoluat pœnam ſingulorum nomine, vel vt eos noxæ dedat: quot enim ſerui ſunt, tot pœnis plectuntur. *Maieſtas prætoris.* Hæc verba obſcura ſunt. pro quorum explicatione notanda eſt ratio diuerſitatis in furto, & in albo corrupto. Hoc edicto vindicatur iniuria facta prætori, & habetur ratio perſonarum, quæ iniuriam fecerunt, atque eo grauior eſt iniuria, quo à pluribus infertur. Non idem dici poteſt de furto: non enim punimus ratione perſonarum, ſed ratione rei ſurreptæ. hæc ratio ſumpta ex l. ſi plures. de iniur.

Quæritur nunc quid de damno inuria dato dicendum ſit? hæc quæſtio tractatur l. illud. ad l. Aquil. l. 1. §. ſi plures. ſi fam. furt. Idem reſpondetur quod de furto. Et ſane ratio diuerſa non eſt damni dati, & furti. Sed ille locus pugnat aduerſus Pauli verba hic. loquitur enim indiſtincte de iis, qui iniuriam fecerunt & damnum dederunt. Ego puto Paulum his verbis: *Iniuriam fecerunt vel damnum dederunt*: afferre tantum exemplum actionis iniuriarum, non Aquiliæ. Certum eſt enim dari actionem iniuriarum aliquando ob damnum datum, veluti quando datum eſt, vt contumelia fieret. l. damnum. C. de iniur. l. prętor. §. ſi dicatur. de iniur. Porro lex, illud. ad legem Aqui. non loquitur ſimpliciter de damno dato, ſed de damno iniuria dato. l. autem, ſi plures. de iniur. loquitur de damno dato culpa, quę diſſimilitudo oſtendit Paulum hic noluiſſe loqui de actione l. Aquil. ſed de actione iniuriarum, qua agimus ob damnum datum. Nam ſi de lege Aquil. loqui voluiſſet, ita dixiſſet, vel damnum iniuria datum. Noſtra autem ſententia confirmatur. Sed obiiciet aliquis, non poſſe admitti interpretationem noſtram propter particulam Vel. ſed exiſtimo expoſitiue accipiendā. Sic enim accipitur his locis 2. l. quemadmodum. §. hac actione. ad leg. Aquil.

Ad l. qui iuriſdictioni. 10.

HOc caput pertinet ad officium magiſtratus, qui ius reddit, vt & ſuperiora capita. Illud eſt, vt magiſtratus ſibi, aut ſuis ius non dicat. Nos primum de eo qui ſibi, deinde de eo, qui ſuis ius dicit, dicemus. Quod ad primum attinet, nemo poteſt ſibi ius dicere. tit. C. ne quis in ſua cauſa iud. Hoc enim tantum pertinet ad principem. Exemplum eſt l. & hoc tamen verius. de hær. inſtit. At magiſtratibus non permittitur, quia videtur quod ſibi nimium faueret: deinde abſurdum eſt, vt quis ſibi imperet. l. pen. de arb. idque ad arbitros protrahitur. Nec obſtat l. ſi libertus. de oper. lib. Nam arbitrium patroni refertur ad arbitrium boni viri. hic vero loquimur de arbitro, qui iudicis partes ſuſcipit. At patronus, qui ſtatuit operas, non videtur iudicare. Huc pertinet l. ſi ſocietatem. pro ſocio. Ad alterum veniamus. Magiſtratus ius dicere ſuis non poteſt, quia verendum eſt ne gratia & fauore ius dicat. inter ſuos autem numerantur perſo-
næ de quibus in l. lex Cornelia. de iniur. Sed mirum videtur, quod prohibeatur huiuſmodi perſonis ius dicere ſimpliciter: æquius enim videbatur, vt ſi litigator haberet ſuſpectum magiſtratum, magiſtratus abſtineat à iure dicendo, fierique poteſt, vt litigatores non conquerantur. Ego iam attigi ſupra hanc difficultatem, dixique rationem recuſandi iudicis non habuiſſe locum in iure Romano, præterquam in pedaneis iudicibus: arg. Nou. vt nulli iud. l. ſi contigerit. l. apertiſſimi. C. de iudic. Et leges quæ de recuſatione loquuntur, de iudice dato intelligi debent. Ratio eſt, quia turpe videbatur recuſari magiſtratum, tam amplum & à populo Roma. probatum. Porro magis conſultum eſt hac ratione litigatoribus, vt magiſtratus ſuis omnino ius dicere prohibeatur. Exceptiones quædam ab aliis propter æquitatem adduntur. Veluti, quod dixi locum non habere in iuriſdictione voluntaria, exemplum eſt in leg. apud filium. de manumiſſ. vindicta. Et hoc rationem habet, quia ceſſat ratio, quam diximus. Idem dicitur l. 2. de offic. proc. Excipitur & alius caſus. l. S. C. de offic. præſid. Addunt & alii, cum pari neceſſitudine litigatores coniuncti ſunt magiſtratui, quia omnis ſuſpicio debet abeſſe. l. non ſolum, §. de vno. de rit. nupt. Additur & alia capit. 1. de pœnis. in fin. Hic tractant quæſtionem, ān ſacerdos poſſit concubinam ſuam abſoluere? Hanc quæſtionem ego remitto ad pontificios doctores. Venio ad antinomiam difficilem l. in priuatis. de iudic. vbi dicitur filium patrem poſſe habere iudicem. hæc videntur pugnantia eſſe. Hinc varię opiniones tractantur, de qua quid ſentiam expoſui lib. 1. diſp. c. 51. quæ opinio mea placuit viris doctis, vt Antonio Vaccæ. Dixi igitur ſolere prætorem à iudice diſtingui. l. 5. de ver. obl. quaſi prætor iudex non ſit. non enim ſolebant prætores iudicare: itaque cum lex in priuatis de iudice dato, hæc vero lex noſtra de ius dicente loquatur, diuerſæ omnino ſunt ſpecies contrariæ nequaquam: quæſtio autem de iudice dato ex eo oritur. quod hic dicitur de magiſtratu, an ſaltem non poſſit iudex dari in cauſa liberorum ſuorum? Cauſa dubitationis hęc eſt, quia in cauſa ſua nemo poteſt iudicare. Nec etiam ſi omnis ſuſpicio abſit. l. pen. de arb. Idemque dicendum videbatur in cauſa ſuorum. Sed tamen receptum eſt, patrem iudicem dari poſſe in cauſa liberorum, & econtra: quod ad arbitros producitur. l. quin etiam. 6. de arbit. Nam quod ad iudicis munus attinet, filius non habetur pro eo, qui in poteſtate eſt. l. nā quod. ad S. C. Tre. l. vl. §. iudicandi neceſſitas. de muner. & ho. Nulla igitur ratio impedit quin filius in patris cauſa detur, aut econtra. Sed an poſſit recuſari, alia quæſtio eſt, nec dubito iuſtam cauſam eſſe recuſationis. l. apertiſſimi. C. de iudic. Duplex igitur hæc quæſtio eſt: vna an iudex dari poſſit, altera an litigatore inuito poſſit iudex dari, qui ita non diſtinguūt, calumnias cōminiſcuntur in eos qui recte ſentiunt.

Ad l. Si idem. 11.

HOc capite aliud præceptum continetur de offic. magiſtratus in iure reddendo, ne magiſtratus ſupra iuriſdictionem ſuam ius dicant. Exemplum huius rei quæritur ex iure Romano, nouis conſtit. vulgatum exemplum eſt §. iudicare. N. de def. ciuit. Sed exemplum antiquius reperi apud Paulum in libris ſententiarum, tit. de eff. ſent. lib. ſent. p. Eſt & alius locus in Pandectis. l. inter couenientes. ad munici. qui ſumptus eſt ex hac parte iuris. Inſcriptio enim eſt ex lib. 1. ad edictum Pauli. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, quas percurremus. Pone magiſtratum municipalem cognouiſſe vſque ad ſummam 100. aureorum. quidam eadem formula & intentione petit 50. ex venditione, & 60. ex alia cauſa, an magiſtratus municipalis ius dicere poterit? Quęſtio in eo vertitur an ratio habebitur ſummarum coniunctim, an vero diſiunctim, quaſi plures ſummæ ſint? I.C. ait placuiſſe ſingularem ſummarum rationem habendam eſſe. Et ſane certi iuris non fuit, ſed probabilis ratio id ſuaſit. Eſt autem notandum, quod ait I.C. *pluribus actionibus*, ſecus enim eſt, ſi eadem actione. Hic etiam obiter notandum eſt iuriſdictionem pro notione accipi. Occurrunt hic antinomiæ, ſed leues, veluti l. ſi plures. ff. de pactis. Hoc opponitur quaſi Caius generaliter dicat coaceruationem fieri nō debere ſummarum. Sed hæc falſa eſt Regula, itaq; non eſt mirum, ſi quædā pugnantia reperiantur. Cur ſpectetur cumulus debiti in l. ſi plures. ff. de pact.

de pact. ratio clara eſt, quia æquũ eſt eum præferri cui maior ſumma debetur. Hic alia ratio eſt, cur contra conſtitutum ſit. Obiicitur alia l. ſi qui ſeparati. r. §. 1. de appell. quæ magis ad rem pertinet. Ibi loquitur I. C. de pluribus ſummis quæ petuntur vna actione, hic autem loquimur de pluribus actionibus. *Sed etſi mutui.* Huius generis poteſt varie fingi hypotheſis. Fingi autem ſic poteſt. Peto à te 100. coram proconſule, tu 50. à me coram duumuiris. Ego excipio, an poſſim forum duumuirale declinare? *Dicitur quod poſſum.* Graue enim eſſet in diuerſis iudiciis experiri, vbi locus eſt compenſationi. Hic notandum eſt reconuentionem eſſe, atque ideo ſi 50. petat à me coram proconſule, non poſſum cauſari cognitionem ad duumuiros pertinere, & fori incompetentiam obiicere. l. pen. de ſent. & inter. om. iud. N. de exec. 96. §. fin. l. 1. de ord. iud. *Si vna actio.* quæſtio eſt an ſpectabitur tota res, an pars, ſi vna actio ſit communis plurium? I. C. ait totius rei rationem haberi. Sed cur potius quam in prima ſpecie, vna enim tantum hic actio eſt: in prima illa ſpecie plures ſunt actiones. Nec obſtat, etſi vnuſquiſque petat partem. Nam poteſt tota res vni adiudicari, vt dicitur §. pen. & vlt. de offic. iud. Barbari hinc notant inſpiciendum eſſe id quod euenire poteſt. Aduerſus hanc regulam multa obiicunt. Sed nugatoria ſunt.

Ad l. Magiſtratus. 12.

HOc capite continetur aliud officium magiſtratus in iure reddendo. An igitur magiſtratus municipalis habeat imperium ad animaduertendum in facinoroſos homines? Ait Vlpia. non poſſe animaduertere in ſeruum, poſſe tamen modice caſtigare. Vulgus interpretum putat hos magiſtratus eſſe defenſores ciuitatum, ſed multum differunt, idque ex diuerſitate titulorum apparet. Inter magiſtratus municipales præcipui ſunt duumuiri. l. 1. de alb. ſcrib. nam hi ſimiles ſunt Conſulibus. Non igitur omnis magiſtratus municipalis eſt duumuir, ſed differunt, vt genus & ſpecies, arg. dict. leg. 1. hi magiſtratus, vt dixi ſupra, habebant iuriſdictionem. l. 1. de mag. municipa. At imperium non habebant, ne mixtum quidem, niſi cauſa damni infecti. l. ea quæ. ad municip. quia periculum alioqui eſſet expectare imperium ſuperiorum magiſtratuum. l. 1. & l. 4. de dam. inf. Igitur coercitionem habent tantum modicam, idque in ſeruos, magiſtratus municipales. Ius autem modicæ coercitionis in liberos non habent, arg. l. 5. ſi quis ius dic. non obt. Itaque ſi ſeruum atrociter punierit, lege Aq. tenebitur. l. quemadmodum. §. magiſtratus. ad l. Aquil. Hoc autem caput quod interpretamur ex eodem I. C. loco ſumptum eſt, nempe ex lib. 18. ad edictum. ita coniungenda ſunt hęc duo capita. Sed quæritur an prehenſio ſaltem ipſis permiſſa ſit, id eſt, an poſſint cuſtodire & in vincula mittere? de defenſoribus ciuitatum nulla dubitatio eſt ex noua Iuſtiniani conſtitutione de def. ciuit. §. audient. De duumuiris nihil ſcriptum reperi, præterquam de ſeruis fugitiuis. l. pen. de fugitiuis. Eſtque totus ille tractatus de fugitiuis ſeruis ſumptus ex hac prima parte Pandectarum, vt inſcriptiones indicant.

Ad l. Eum qui. 13.

EST alius locus pertinens ad of. magiſtratus in iure reddendo. Poteſt magiſtratus iudicem dare. Sed quid ſi nolit iudicare, an legatus proconſulis, forte qui eum dedit, poſſit cogere? Ait I. C. magiſtratus cogere, idque confirmatur l. vlt. §. iudicandi. de muner. & hono. Ex eo quæſtio naſcitur. Cum inſtaret finis anni, quo quis magiſtratu fungebatur, is dedit iudicem: is cum ſe vellet excuſare ab hoc munere, iuſſit eum iudicare ſub certa pœna eo die quo non erat functurus magiſtratu, an iuſſus valeat? I. C. ait non valere, ſi ſucceſſor aduenerit, quia tum finitur magiſtratus vtilitatis cauſa. Hic occurrit antinomia apud Acc. ex l. venditor. §. vlti. de iudic. vbi dicitur, iudices datos cogi pronuntiare in tempus ſucceſſorum. Itaque videtur, quod non male iubet iudici, vt iudicet eo tempore quo priuatus futurus eſt. Ego illam l. rite interpretor in tempus ſucceſſorum, id eſt, donec ſucceſſor aduenerit. Iuuat l. meminiſſe, de offic. proc. Ego præterea contendo eam l. nihil omnino ad rem pertinere, in qua tamen Acc. multum ſe torſit. In noſtra ſpecie magiſtratus iubet iudici iudicare certa die, quæritur an iudex poſſit recuſari? & ait Vlpian. poſſe, quia nihil intereſt an iuſſus ſit hominis priuati, an vero magiſtratus, in idque tempus collatus quo priuatus futurus eſt. Exemplum eſt in l. vlt. de pœnis. alia longe quæſtio eſt, eſtque ſpecies facti recte attendenda, quia l. illa ſumpta eſt ex lib. 4. reſp. Pauli. non quæritur igitur an iuſſerit recte preſes iudicare: & forte detrectare poterat iuſſum. Sed quæritur an finita ſit eius poteſtas iudicandi aduentu ſucceſſoris? & ait I. C. non eſſe finitam, ſed cogi poſſe iudicare, quia munus eſt, quod detrectari non poteſt, nec amplius integrum eſt recuſare. ſupra dict. l. 1. Ergo ex his apparet magnam ineſſe diſſimilitudinem.

Ad l. Eſt receptum. 14.

EST alius locus ſimilis ſuperioribus. magiſtratus ius non dicit ſupra iuriſdictionem ſuam. Id autem fieri poteſt variis modis. vnus hic exponitur, quando ius dicit in parem. idem dicitur vt hic. l. ille à quo. §. vlt. & l. ſeq ad Treb. & l. 3. de arb. in fi. & l. 4. Hoc eſt intelligendum niſi ſe ſponte ſua ſubiiciat. Eſt locus communis de ſubiectione, quam nos vocamus prorogationem iuriſdictionis, contra morem veterum, qui dicunt tantum prorogari tempus. l. priuatorum. C. de iuriſd. Hic locus etiam tractatur l. 1. & l. 2. de iud. nam ex hac parte ff. ſumptum eſt c. illud. quanquam iſtud quod interpretamur ſumptum ſit ex tit. de bon. poſſ.

Ad l. Si per errorem. 15.

EST locus affinis ſuperiori de ſubiectione. Exceptio eſt regulæ ſuperioris. Si quis ſe alicui ſubiecerit, recte illi ius dicetur, niſi ſe ſubiecerit errore. nam error excludit conſenſum. fieri enim poteſt, vt vnus prætor pro alio adeatur. Similis locus eſt l. 2. de iudiciis. Dubitatur an hoc, quod hic dicitur, debeat intelligi de errore facti, an iuris? quidam putant de errore iuris intelligi propter verbum *Imperitiam.* & ſic etiam interpretantur dict. l. 2. de iudiciis. Attamē etſi ſententia hæc receptior ſit, puto temere à regula non eſſe recedendum. l. regula. de iur. & fact. ignor. Mouet me, quod ita verba I. C. poſſunt interpretari. item quod I. C. ſolent errorem ſimpliciter ſemper appellare eum, qui eſt facti, iuris vero errorem ſtultitiam. Argumento etiam eſt, quod dicitur in l. non fatetur. de confeſſ. non intelligi aliquem fateri, niſi ius ignorauit. Notandum autem eſt ex hoc loco ſumptam eſſe regulam de errore. Nemo errans, &c.

Ad l. Solet prætor. 16. & 17.

LOcus eſt de mandata iuriſdictione iam à nobis tractatus aliis locis. Itaque breuiter hic attingam. Prætor non tantum poteſt iuriſdictionem ſuam per ſe exercere, ſed & alii eam mandare, nec alienum id videri debet, quaſi alium quodammodo faciat magiſtratum. Nam non deſinit magiſtratus eſſe, & is cui mandatur iuriſdictio, eius nomine eam exercet, quod intelligi debet etiamſi prætor ſit cui mandata eſt. l. etſi prætor. de off. eius cui man. Itaque faciet is ea tantum, quæ ſunt iuriſdictionis, non imperii. Deinde hic dicitur magiſtratum, cum mandat, iuriſdictionem vel totam, vel partem mandare. Poteſt enim certarum cauſarum iuriſdictionem mandare, veluti vt cognoſcat, & ius dicat quis de teſtamentis, vel de fideicommiſſis. Nec dicendum eſt hunc iudicem dari iudicem, vt nonnulli putant. Verum eſt cum cognitio mandatur, dicitur iudex dari, ſed cum iuriſdictio mandatur in certa cauſa, aliud eſt quam iudicem dari. Exemplis oſtendam. Si prætor mandauerit in certa cauſa iuriſdictionem, poterit is, cui mandatur dare iudicem. l. imperium. ſupra. at iudex datus iudicem alium delegare non poteſt. l. à iudice. C. de iud. Porro iudex datus non poteſt ſententiam ſuam exequi. l. à Diuo Pio. l. ait prætor. de re iud. At aliud dicendum eſt de eo cui mandata eſt iuriſdictio, quia iuriſdictioni coniunctum eſt merum imperium, quo ſententiam exequi poteſt. Obiter hic notandum eſt, quod hic ait ſolere mandari inter certas perſonas, non ait cogi aut deberi: quæ ſententia prodeſt ad id, quod diximus iure Rom. non licuiſſe magiſtratus recuſare, ſed iudices datos poſſe. Hodie hic locus de ſuſpicione poteſt vſui nobis eſſe: quia hodie vſitata eſt tam propter ius pontificium, quam interpretum ſententiam, & conſtitutiones regias. ſimilis locus l. vlt. ad fin. C. de aſſeſſ.

Ad l. Si conuenerit. 18.

HIc locus ſimilis eſt ſuperioribus. Magiſtratus ius dicit iis, qui ſe ſubiiciunt. Subiiciunt autem ii, non, qui conſentiunt tantum, ſed qui ipſum adeunt. nam de aditione fere I.C. loquuntur. exemplum l. ſi per errorem. hic. Et ſic leg. 1. & l. 2. de iud. intelligi debent. Non eſt enim viſum vtile vt conuentionem huiuſmodi ſeruare neceſſe ſit. Hic incidit difficilis antinomia ex l. ſi quis in conſcribendo. C. de pact. Milites, ſacerdotes, habent iudices ſuos. conuenit inter quoſdam ex iis, vt alius iudex cognoſcat. Ait Iuſtin. pactionem valere. Hæc antinomia peperit magnam diſſenſionem. Sunt qui exiſtiment hic agi de pacto conuento tantum, propter verbum, conuenerit: probant id ex l. lecta. §. conuenit. Dicuntque non valere ex parte actoris ex ſententia I. C. hic, ex parte rei valere ex Iuſtiniani ſententia, id eſt, actori non valere ad agendum, ſed reo ad excipiendum prodeſſe, ſi velit. Sed ii non ſatis conſiderant difficultatem verſari nõ circa formam, id eſt, an pactum nudum ſit, an vero aliquid accedat pacto propter quod valeat, ſed verſari circa iuriſdictionem. Præterea pactum adiectum eſt contractui. l. iuriſgen tium. §. pacta. de pact. Satis itaque apparet non de forma apud Iuſtin. apud dubitatum fuiſſe, ſed de re. Vultque pactum ſeruari, quia non eſt contrarium legibus, nec bonis moribus, nec quærit an nudum fuerit, necne. Aliorum opinio eſt, mutatam fuiſſe voluntatem vtriuſque in ſpecie Africani, cum ait, ***mutata volũtas fuerit.*** Nec exprimit, an vtriuſq; an vero vnius. Sed in contrarium me vocat, quod Iuſti. ait veteres dubitaſſe, nec puto dubitaſſe moti fuiſſent aliqua ratione. Itaq; credibile eſt Africanũ inter illos veteres fuiſſe. Alia eſt opinio, quæ mihi & probabilior & æquior videtur eſſe. Si duo paciſcantur, vt litigent coram non ſuo iudice, vt nemo cogatur conuentioni ſtare, ſed oportere ipſum adiri, is enim iudex competens non eſt, hic intelligunt Afric. ſententiam. Conſtãn. vero Iuſtinian. intelligunt cum paciſcuntur coram iudice quidem ſuo ſed quem liceat recuſare propter aliquod priuilegium, veluti ſi conueniat mihi, vt coram ordinario iudice litigemus, nõ potero à conuentione recedere, quamuis alioqui, quia ſcolaſticus ſum, poſſim forum declinare. Hęc opinio receptior eſt, & æquitatem habet. Exiſtimo ſane hac conſtitut. Iuſtiniani derogari veteri iuri, vt ſubſcriptio oſtendit. fuit enim inſerta Codici poſt primam editionem. Ratio enim aliqua probabilis mouit veteres, alia ratio mouit Iuſtinianum.

Ad l. Cum quedam. & l. vlt.

HAnc l. nos ſimul cum l. vltima interpretabimur, ſed ὕστερον πρότερον. Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Exemplum l. 1. §. cum vrbem. de offic. præf. vrb. Punitur variis pœnis, qui ius dicenti non obtemperat, ſed id verum eſt cum ius dicitur in territorio, non extra territorium. Ceterum hoc intelligitur de contentioſa iuriſdictione, non voluntaria. l. mancipari. de adopt. l. 2. de offic. proc. Sed obiicitur l. 2. ſi quis in ius. l. ſi quis ex alien. de iudic. quod ait I. C. debere venire vocatum in ius, licet ſit extra territorium. ſed hæc diuerſa ſunt, non contraria. Cum quis vocatur ad prætorem, debet accedere & oſtendere ſe non eſſe eius iuriſdictionis, ſed ſi pergat prætor ius in eum dicere, poterit is, qui vocatus venit, impune non parere, nec coercebitur edicto, ſi quis ius dicenti. Hinc quæritur in hac l. quædam puella damnata eſt in ſuo territorio, deinde nupſit viro alterius territorii, actor vult exequi ſententiam, illa petit ſe remitti ad forum viri, quia mulier forum viri ſequitur. leg. mulieres C. de dig. Ait Vlpian. in hac quæſtione priorem iudicẽ poſſe exequi ſententiã, quia ſẽtẽtia lata eſt ante mutationẽ iudicii. Amplius ait, idem obſeruari, etſi ſententia non eſſet lata, ſed tantum cognitio ſuſcepta. l. ſi quis poſteaquam. de iudic. l. vbi cœptum eſt, eod. cap. propoſuiſti. de foro competen. Idem eſt ſi iudex ſupra iuriſdictionem ſuam velit ius dicere, vt ſcilicet impune illi non pareatur, vt hic Paulus ait. l. vltim. hic. Hoc adeo verum eſt, vt iudicatum ne in partem quidem valeat, quanquam aliqui aliter ſentiant. Sed mouet me, quod Paulus ſimpliciter ait impune non pareri: mouet me præterea l. in hoc iudicio. fam. erciſ. Adducunt regulas vulgares, vtile per inutile non vitiari, in maiori ſumma minor ineſt, ſed vtilitas contra ſuadet. Quæſtio eſt ex iam dictis. Petuntur coram defenſore ciuitatis 300. aurei, cum maior ſumma debeatur. Poteſt poni exemplum de fideic. nam hoc cap. ſumptum eſt ex lib. Vlp. de fideic. l. cum quædam. §. vlt. Queritur igitur, an rationem habere debeat iudex eius quod re vera debetur, an eius quod petitur? Ait Vlp. eius quod petitur. Et ratio id poſtulat, quia non poteſt intelligi quantum debeatur, niſi cauſa cognita, præpoſterumque eſſet de cauſa cognoſcere, deinde de iuriſdictione pronunciare. Hic ſolet annotari, eum cui debentur 100. poſſe petere 50. vel contra. Ego puto cum maior vel minor ſumma petitur, quam debeatur, poſſe aduerſarium petere, vt totum petat, aut teſtetur ſe reliquum non petiturum; quia intereſt ſua, ne pluribus iudiciis vexetur. Pro hac ſententia facit l. in commodato. §. duabus. commod. Alia quædam capita ſunt ſub tit. C. de iuriſd. ſed ea magis pertinent ad tit. de iudiciis, de quibus ibi dicemus.

Quomodo licet plus petere.

IN TIT. II. LIB. II.
PANDECT.

Quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur.

CAP. I.

AD interpretationem huius edicti quædam ſcripſimus in diſputationibus noſtris capit. 49. Edictum hoc quod ſub hoc titulo proponitur ad iuriſdictionem maxime pertinet, ad coercendos ſcilicet magiſtratus, qui ius nouum & iniquum contra morem maiorum dicunt. Ambitioſi ſiquidem magiſtratus pleraque ſtatuebant noua, quo nomine Verres à Cicerone accuſatur. Huic ambitioni hoc edicto proſpectũ eſt. Prætores enim Romæ, & proconſules, ac præſides in prouinciis ſummam poteſtatem habebant, vt ſupra docuimus, edicta proponebant, formulas dabant quibus continebatur ius, quod ſequerentur iudices à ſe dati, qui pedanei ob id dicebantur. l. 2. de orig. iur. & l. cum ſponſus. ꝟ. de public. in rem actio. l. 1. ꝟ. Ex quib. cau. maio.

Pratorũ Proconſulum & præſidum ſumma poteſtas,

Et quamuis nihil contra leges, nec contra morem veterum ſtatuere, aut decernere poſſent, tamen quia aliquando quidam abuterentur ſua poteſtate in perniciem tam ciuium Romanorum, quam prouincialium, propoſitum fuit (vt diximus) hoc edictum, cuius duo ſunt præcipua capita, quorũ alterum pertinet ad eiuſmodi magiſtratus, qui ius nouum, & iniquum ſtatuunt. l. 1. hic. §. qui magiſtratum. Quamuis ius quod ſtatuebant perpetuum non eſſet, ſed tamdiu ſolum duraret, quamdiu officium eorum: tamen quantum ad eos, qui ius iniquum ſtatuerant, perpetuum erat, quia ſi qui ad [illegible] rent aut conuenirentur poſt finitam adminiſtrationem & officium, eodẽ iure vti tenebantur, quod ſtatuerant & prop[illegible] fuerant durante ſuo magiſtratu. Alterum caput co[illegible] qui ius nouum, & iniquũ, ſententiam aliquam, aliquod [illegible] cretũ, contra ius obtinuerunt aduerſus alios. Vt ſi quis, exempli gratia, impetrauerit reſcriptum, ne debitor ſuus ex[illegible] ne aliqua peremptoria vteretur. d. l. 1. verſ. *Si quis ap[illegible] qui.* Sequitur prioris capitis edicti verborum breuis explicatio.

Explicatio verborum noui iuris.

CAP. II.

AIt Prætor, Noui iuris ſtatuerit: addendum eſt, & nocuerit: non enim ſufficit nouum ius, aut iniquum ſtatuiſſe Prætorem, aut Præſidem, niſi illud ius nocuerit alicui, quia verba cum effectu accipi debẽt. Quamuis enim ſola voluntas & conatus aliquando puniatur, veluti in l. 1. de extraord. cog. & l. ſi quis non dicam rapere. C. de epiſc. & cler. Hic tamen propter verba quibus vſus eſt Prætor in edicto, hoc non obſeruatur. Ait, ſtatuerit. futurum eſt exactum præteritum, & futurum ſignificans. Hinc notandus eſt locus communis de conatu. Quid enim obeſt conatus, cum nullum effectum habuerit iniuria? Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata in l. 2. hic. Si magiſtratus aſſeſſorum opera vtens, aliquid noui iuris ſtatuerit, an pœna huius edicti puniendus ſit magiſtratus, an vero eius aſſeſſores? Et reſponſum eſt ab Vlpiano, aſſeſſores potius quam magiſtratum ipſum puniendos eſſe: quod diligenter notandum eſt, pro magiſtratibus noſtri temporis, qui opera & prudentia conſiliariorum vtuntur.

Cap. III.

Edicti poſterioris capitis breuis explicatio.

HOc poſterius caput edicti interpretatur Vlpianus in l. 3. hic. Impetrauerit, id eſt, poſtulauerit, etſi vſus eo non fuerit. Sufficit, vt priuatus hoc edicti capite puniatur, quod ius nouum impetrauerit, vt eo vteretur, quamuis eo non fuerit vſus iure, vnde apparet differentia prioris, & huius capitis edicti. Ex iam dictis naſcuntur quædam quæſtiones, quę tamen nec obſcuræ, nec arduæ, aut difficiles ſunt, ſi quæ in iis agitantur ſuo pondere metiantur. Prima eſt de procuratore. quæritur ſi procurator ius nouum impetrauerit, an is teneatur pœna huius edicti, an vero ipſius procuratoris dominus? I.C. Vlpianus prudentiſſime diſtinguit in l. 3. §. ſi procurator. hic. an procurator ſpeciale mandatum habuerit an non habuerit. vt ſi ſpeciale mandatum habuerit, vel ratum habuerit dominus, ipſe dominus teneatur, altero caſu teneatur procurator: deterior tamen hac in re eſt conditio tutoris, curatoris, & ſimilium huiuſmodi perſonarum quam procuratoris, quia ſine diſtinctione hoc tenentur edicto. Quod propter vtilitatem pupillorum eſt ſtatutum. Alia quæſtio tractatur in dict. leg. 3. §. hæc pœna. hic. quæ ad primam explicationem huius edicti maxime pertinet, an ſcilicet is, qui ius nouum impetrauit aduerſus aliquem, eo vti debeat iure etiam aduerſus alios? Et iuriſconſultus ait eum, qui ius iniquum impetrauerit, eo vti debere aduerſus quoſcunque alios, qui quandoque contra eum agent. Exemptus noui iuris continetur in dict. leg. 3. §. ſi is pro quo. Iudicium aliquando purum, id eſt, ſine conditione & exceptione à magiſtratu dabatur, & tunc iudex datus nullam admittebat exceptionem. Alia quæſtio tractatur in leg. 3. §. ſi filius. de filiofamilias. Si filiusfamilias aliquid contra morem maiorum, cum eſſet in magiſtratu decreuerit, aut impetrauerit, an pater eius eo vti cogendus ſit iure? Et videbatur cogendus pater ipſe, quia per filium acquiritur patri. tit. per quas perſ. nob. acquir. l. placet. 79. de acquir. hæreditate. Sed quia hoc edictum proponitur aduerſus eum, qui decreuit, aut impetrauit, & quia pater nihil aduerſus edictum fecit, Iuriſconſ. reſpondit filium ſolum eo iure vti debere, non patrem, ne æquitas huius edicti, quæ ab eodem Vlpiano ſumpta eſſe dicitur, in perniciem eorum, qui nihil commiſerunt, & ſic in iniquitatem retorqueatur. Alia quæſtio tractatur de hæredibus, an hæc pœna tranſeat ad hæredes? & Iuriſconſultus in §. quod autem. hic. ait non tantum hoc edicto puniri eum qui impetrauit, ſed etiam eius hæredes. Præterea quæritur, de quibus hoc edictum intelligendum ſit actionibus, an de iis tantum, quæ competebant tempore impetrationis noui iuris, an de his etiam quas poſt impetrationem acquiſierunt? Vlpianus in §. illud quoq; non tantum de iis, quæ competebant, cum incidit in hoc edictum, verum etiam de poſtea quæſitis, hoc edictum intelligẽdum eſſe ait. Alia quæſtio tractatur in §. vl. d. l. 3. Ex hac cauſa quæritur, an is qui ſoluit creditori, qui ius nouum forte impetrauerat, & ob id actio ei denegari poterat, repetere poſſit tanquam indebite ſolutum? Et Iuriſconſultus Iulianus ait non poſſe. Supereſt enim naturalis obligatio, naturaliſque cauſa, quam hoc edictum tollere non potuit, quæ repetitionem ipſam impedit, quod patet ex titul. de cond. indebiti. At quoad id quod dictum eſt, hoc edicto magiſtratum puniri, qui aliquid noui iuris ſtatuit, vt eo iure vti cogatur, intelligendum eſt cum exceptione, quæ extat in l. 4. hic. niſi videlicet, vt puniat eum, qui ius nouum aliquando impetrauerat, aliquid contra morem veterum ſtatuat, hoc enim caſu eo non tenetur iure. Nam valde iniquum eſſet magiſtratum, dum ſtudet edictum defendere, vel litigatorem, dum vult huius edicti beneficio vti, in pœnam huius incidere edicti.

Caſus in quo conditio tutoris, & curatoris eſt deterior quã procuratoris.

IN TIT. III. SI QVIS IVS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

Cap. I.

MVlta, variaque genera coercitionum excogitata ſunt à veteribus iuris auctoribus aduerſus contumaces, qui magiſtratibus non parerent. Et meminit Dionyſ. lib. 10. cuiuſdam antiquiſſimæ legis, de ratione mulctæ dicendæ à magiſtratibus, de qua & Gellius quoque aliquid ſcripſit lib. 11. c. 1. Nam mulcta, pœna pecuniaria eſt, qua magiſtratus pro modo iuriſdictionis ſuæ contumaces, & inobedientes coercent. l. ſi qua pœna. l. aliud eſt fraus. infra de ver. ſig. l. 2. §. vlt. infra ſi quis in ius voc. non ierit. l. 2. C. de ep. aud. Ex quo apparet mulctam à pœna differre, vt ſpeciem à genere: cum pœna ſit omnium delictorum coercitio. d. l. aliud eſt fraus. Sed & illud quoque intereſt, quod mulcta omnis arbitraria eſt, quamuis arbitrando modum lege præſcriptum excedere non liceat. l. eos. C. de mo. mulct. pœnæ autem fere legibus definitæ ſunt. Aliud genus coercitionis eſt, de quo hic loquitur Vlpian. ſumme neceſſarium ad tuendam magiſtratuum iuriſdictionem: nempe actio in factum, competens actori aduerſus reum cõtumacẽ, qua damnatur reus ad eam pecuniam, de qua controuerſia eſt, quamuis forte non debeatur. De hac igitur actione nunc tractandum eſt.

Mulcta quid.

Quomodo mulcta & pœna inter ſe differant.

Cap. II.

Cauſa huius actionis.

HVius actionis cauſa eſt contumacia non obtemperantis ius dicenti, vt ipſa inſcriptio indicat. Ius dicentem hic accipimus magiſtratum, cuius proprium eſt ius dicere, vt diximus ſub tit. de iuriſdictione: non autem iudicem datum, qui & pedaneus dicitur. Præterea hic excipiuntur duumuiri, qui magiſtratus municipales ſunt. l. 4. infr. de damno infe. vt ad magiſtratus tantum pop. Ro. hoc edictum pertineat non ad municipales. Idque ita demum, ſi intra territorium ſuum ius dicant. l. vlt. ſupra de iuriſd. Quod autem hic dicitur, hoc edicto puniri eum, qui magiſtratui non obtemperauit, ſic accipiendum eſt, ſi vſque adeo perſeuerauerit in contumacia ſua vt quod extremum eſt in iuriſdictione non fecerit. Nam ſi is à quo res mobilis vindicabatur, iudicium accipere iuſſu prætoris noluerit, ſed cum prætor eam rem duci, vel ferri iuberet, tandem ei paruerit, humanius eſt aduerſus eum hanc actionem non competere: quia licet primo præcepto non paruerit ius dicentis, tamen ſequenti præcepto obtemperauit. Idemque dicendum eſt, etſi pluribus præceptis gradatim vſus ſit magiſtratus, extremoque tantum præcepto paruerit reus. nam quod extremum eſt in iuriſdictione, ab eo factum eſſe ſufficit, vt hanc pœnam effugiat. Cum enim ſecundum verba edicti, Si quis ius dicenti non obtemperauerit, dubium poſſit eſſe, an hic inciderit in pœnam edicti, quia & paruiſſe eum, & non paruiſſe verum eſt: benignius eſt ita edictum interpretari, vt hic pœna non afficiatur. l. vnica, verſi. 1. hic. de ſchemate autem anantapodoto, quo hic vſus eſt Vlpian. edita eſt iamdudum noſtra diſputatio, quæ extat lib. 1. Diſp. c. 50.

[illegible] catur.

Cap. III.

Cui, & contra quem detur hæc actio.

SVnt qui popularem eſſe hanc actionem dicant, quibus non aſſentior. Mihi enim videtur competere actori contra eum contumacem, exemplo actionis propoſitæ aduerſus eum, qui in ius vocatum vi exemit. l. pen. infra, ne quis eum qui in ius voc. eſt. Ad actorem igitur contumacem non pertinent verba huius edicti, nec ratio agendi, de qua hic loquitur, contra actorem, locum habere poteſt. Labeo tamen exiſtimauit petitorem quoque hoc edicto teneri, quod eadem ſit petitoris, & eius, vnde petitur, ratio. Id autem commodiſſime fieri non dando actionem aduerſus petitorem, ſed potius denegando ei iuriſdictionem, & non admittendo eum ad agendum. Quæ ſententia Labeoni quoque aſcribitur ab Vlpiano alibi. l. ſed etſi per prætorem. §. ſed ſi dum decreto. infra ex quibus cauſ. maio. Quid igitur dicemus, ſi procurator, tutor, vel curator ius dicenti non obtemperauerit? Et Vlpia. ait ipſos hoc edicto puniendos eſſe, non dominum, vel pupillum. Non enim dominus, qui procuratorem dat, videtur ei mandare, vt ius dicenti non obtemperet.

Cap. IIII.

Quid veniat in hoc iudicium.

HOc iudicium meram pœnam continet: quia non petit actor, quod ſua intereſt, quamuis forte eius interſit: ſed quanti ea res eſt ab ipſo æſtimata, de qua controuerſia eſt. arg. l. pen. infr. ne quis eum qui in ius voc. eſt. Nam etſi calumniator fuerit, nihilominus hanc pœnam ei perſequi licet,

vt ſcilicet contempta prætoris maieſtas vindicetur. argu. l.ſi familia.ſupr.de iuriſdict. Pœna igitur huius edicti nihil aliud eſt, quam perditio litis) vt vulgo loquimur) tam ex parte actoris, quam rei. Quod genus pœnæ hodie apud nos frequẽtiſſimum eſt. Hinc illud Hermogeniani lib.1.ἐπιτομῶν. Contumacia (inquit) eorum, qui ius dicenti non obtemperant, litis damno coercetur.l.contumacia. infra de re iudi. Ac facile mihi perſuadeo, ea Hermogeniani verba ad interpretationem huius edicti ſcripta eſſe: quamuis Tribonianus ea in tractatum de re iudicata tranſtulerit. Sumpta ſunt enim ex d.lib. 1.Epito. Hermog. quod inſcriptio indicat: & conſtat Hermogenianum, veterum iuris auctorum ſcripta ad edictum perpetuum in epitomen redegiſſe, in eaque epitome ordinem edicti perpetui eum ſecutum eſſe. Id quod ipſe teſtatur cap.2.ſupra de ſtatu hom. vt credibile ſit eum in lib. 1. res ad iuriſdictionem pertinentes tractaſſe. Non potuit autem breuius, aut preſſius comprehendere, quicquid continetur hoc edicto, quam ſuperioribus illis verbis, Contumacia eorum & cet.

IN TIT. IIII. LIB. II. PANDECTAR.

DE IN IVS VOCANDO.

CAP. I.

CVM omnium actionum inſtituendarum principiũ ſit in ius vocatio, merito in hac parte prima Digeſt. quæ τὰ πρῶτα dicitur, prooemiaque cõtinet iudiciorum ſitus eſt hic ti. de in ius voc. §.omnium.Inſtit.de pœnis teme.litig. Non enim aduerſus eum, qui vocatus non eſt, redditur iudicium, niſi forte præſens ſe defendere poſſit.l.etiamſi patre.§.vlt.infra, de minor.25.ann.& l.de vnoquoq;.infr.de re iudic. Primus huius tituli locus eſt: in quo quæritur,

Quid ſit in ius vocare.

CAP. II.

IN ius vocare quid ſit, multis modis definitur, ſed omnes definitiones, ſi bene intelligantur, in idem recidunt. Eſt igitur in ius vocare, vt Paulus definit, iuris experiundi cauſa vocare.l.1.hic. Tribonianus ait eſſe ad eum vocare, qui ius ſit s.d.§.omnium.vel, (vt alii volunt) ad eum locum vocare, in quo ius dicitur.l.pe.§.fin.ſupra de iuſt. & iur. Donatus in Phormione Terentii ait. Quæ omnes definitiones in idem recidunt. Sed notandum eſt ius in hoc loco ad Prætorem & magiſtratum duntaxat, non ad iudicem datum (qui pedaneus dicitur) referri: vt ex Vlpiano in l. 2 hic. in l. voluit.§. fin. & l.pe.infr. de interrog. actio. & ex Cicer.lib.2 Rhet.& ex Plauto in Men.act.4 apparet. Et hæc quidem vocatio olim ſine vllo apparitore, ac iudicis præcepto fiebat, idque à quouis priuato homine, qui videlicet ipſi denuntiabat aduerſario, vt in ius iret, & propria authoritate eum ducebar, vt ſuo loco poſtea docebimus Proinde reus qui pro tribunali magiſtratum interpellat, aut is qui libellum Principi vel Præſidi aduerſus alium dat, in ius vocare non dicitur.l. libertius à patrono, cum l.ſeq.hoc titul. Hodie vero iudicis authoritas neceſſaria eſt, vt aliquis in ius vocetur.l.neminem.C. de exhibend.reis. Sunt qui putant citationem nihil aliud, quam in ius vocationem eſſe. Et ſane in quibuſdam Imperatorum, & Pontificum reſcriptis promiſcuus eſt horum verborum vſus.l.conſentaneum. C. quomodo & quando iudex. cum ſimilibus. ſed apud veteres Iuriſcon. quorum eſt longe purior dictio citari dicitur reus, cum ipſa die cognitionis, quæ ante ei dicta fuit.in foro & tribunali per præconem euocatur, vt præſes ſit, ne nec appareat: cuius rei ignoratione, pleraq; loca Pandectarum ab interpretibus heu male intellecta atque perperam hactenus explicata remanſere. l. diuus.in fra de in integ.reſtit.l.& poſt edictum. de iudic.l. i nter accuſatorem, de pub. iudiciis. Idque probatiſſimorum ſcriptorum authoritate confirmari poteſt. Tranquillus in Tiberio. Citatum pro Tribunali voce Præconis conuiciatorem capi iuſſit inque carcerem detrudi. Fabius libr.6.cap.5.in publicis certe iudiciis vox illa præconis, præter patronos, ipſum qui egerit citat. Vide Gel.li.11.c.1. Aſconius Pedianus 3.actione in Verrem: apud veteres & iudices, & rei, & accuſatores citabantur à præcone prætorio. Ita enim locus ille, in omnibus impreſſis codicibus emendatis, eſſe mihi videtur. Liuius libr.5.deca.3. Alius locus huius tituli ſequitur in quo quæritur,

De perſonis quæ in ius vocari non poſſunt.

CAP. III.

INprimis magiſtratus quandiu magiſtratu fungitur in ius vocari non poteſt.l.pars literarum. de iudi. niſi ob crimen, puta furti, aut repetundarum.l.iubemus. C. ad l.Iul. repetundarum. quod de maioribus magiſtratibus imperium & poteſtatem habentibus, qui videlicet coercere, & prehendere poſſunt, accipiendum erit.l.2.hic. minores enim, qui ſine imperio ſunt, & neque vocationem habent, neque prehenſionem, vt ait Bar. à priuato in ius vocari non prohibentur.l. nec magiſtratibus.infr.de iniuriis. Hucq; pertinet, quod ait Gellius lib.13.ca.12.cum ſequ. Quod autem hic dicitur de maioribus magiſtratibus, ratio nõ patitur de his intelligi, qui moribus noſtris, & legibus regiis perpetui ſunt, non, vt apud Romanos, temporarii, arg.l. Præſidis.ſi cert. pet.l. 2. C. vbi Senato.vel clariſſ. Alias quaſdã perſonas recenſent Iurecõſulti, quas in ius vocare non licet.l.2.3.& 4.&l.neq;. hic. veluti, quæ propter loci religionẽ, inde ſe mouere nõ poſſunt, quod de monachis & monialibus accipiendum puto. de quibus extat conſtitutio Nouella Iuſtiniani, auth.apud quos oport.collat.6. Hæc verba quæ Vlpiano homini minime Chriſtiano adſcripta ſunt, Triboniani potius ſuſpicor. Nam Veſtales virgines, more veteri Romanorum in forum cum opus erat producebantur, vt author eſt Tacitus annalium libr. 2. Item in ius non vocatur is, qui equo publico in cauſa publica tranſuehitur. Quæ verba de tranſuectione, & probatione equitum ſolenniter recenſeri, & recognoſci ſolitorum, intelligẽda eſſe arbitror. *Quandles hommes d' armes ſont leurs monſtres.* Huius tranſuectionis Liuius, Tranquillus & Valerius meminerunt, idq; à Budæo noſtro annotatum eſt. Cætera prætermitto, quæ lectionem tantum, nec vllam interpretationem deſiderant. Alius locus huius tit eſt, *Nota ſingularia de tranſuectione, equitũ & probatione.*

De perſonis quæ permiſſu tantum Prætoris, in ius vocantur.

CAP. IIII.

EDictum Prætoris, quantum ad eas perſonas attinet, ita conceptum eſt, parentem, patronum, liberos parentis, patroni, patronæue in ius, ſine permiſſu meo ne quis vocet. in quo edicto parentis appellatio latiſſima eſt, & omnes in infinitum ſuperioris ordinis cognatos, cuiuſcunque ſint ſexus complectitur.l.4.hic.& l.appellatione.de verb.ſignif. Sed & naturalis tantum pater, cui non minor quã legitimo debetur reuerẽntia, his quoque verbis continetur.l.parentes.hic. Idemque de adoptiuo dicendum eſt, ob eandem rationem.l. adoptiuum. hic. licet alioqui hoc verbum eam non admittat interpretationem.l. Si ita quis.de legat.2.& l. fideicommiſſum, infra de condit. & demonſtrat. Patris autem adoptiui parentes, qui nec ipſi patri, vtpote emancipato agnati ſunt, ſed tantum cognati, impune à filio adoptiuo in ius vocabuntur. Nullos enim cognatos, propter adoptionem, habet, niſi quibus agnaſcitur.leg. patris. hic. leg. qui in adoptionem. ſupra de adoptio. leg. non facile. penul. de gradibus. Theophil. in tit. de nupt. in Inſtit. Quæ de filio dicta ſunt, tam de naturali & legitimo, quam adoptiuo tantum, & de emancipato etiam intelliguntur. Nam is qui in poteſtate eſt, ne permiſſu quidem Prætoris aduerſus parentem experiri poteſt, præterquam in certis caſibus. leg. adoptiuum. hic. & leg. vltim. C. eo. titul. Deinde quod ait Prætor, patronum, ſic accipiendum eſt, quocunque modo patronus quis fuerit effectus, puta manumiſſione, ſerui detecta colluſione, ſententia, iureiurando, quamuis ſolus patronus non ſit. quæ omnia diligenter & dilucide edicti interpres perſequitur. dict. leg. Adoptiui. l. ſed ſi hac. l. communis. hic. Quod ſequitur in edicto, liberos &c. non magnam difficultatem habet, & ab eodem

eodem diligenter explicatum eſt Vlpiano. dict. l. ſed ſi hac. §. liberos. Vnum ex Alexandri Cordianique reſcripto addendum eſt, vxori ipſius patroni, & hæredibus etiam extraneis tribui hunc honorem. l. 1. & 2. C. eod. tit. An autem in præceptore, & in aliis huiuſmodi perſonis, quib. paternam reuerentiam debemus, edictum iſtud locum habeat, quæri poteſt, cum dicat Modeſtinus, generaliter eas perſonas quibus reuerentia præſtanda eſt, ſine iuſſu Prætoris, in ius vocandas non eſſe. l. generaliter. hic. ſed non puto Prætoris edictum ad hos porrigi, & verba iuriſconſult. Modeſtini accipienda eſſe de his quibus neceſſitate legis reuerentia præſtatur, quales ſunt parens & patronus. ti. de obſequiis. Nam etſi præceptori, aut ſeni naturalis quædam ratio, & honeſtas ſuadeat reuerentiã præſtari, nulla tamen lege id fieri præcipitur, nec quiſquam ad id inuitus cogi poteſt. Et hæc eſt ſimplex germanaq; huius loci ſententia, quam ab interpretibus minime perſpectam video. Deinde ait prætor in edicto, ſine permiſſu meo, &c. quibus verbis oſtendit ſe permiſſurum, ſi iuſta cauſa id ſuadeat. l. ſed in hac lege. §. pen. Edictum vero hic voco, primum edicti caput, quod integrum extat. Nam altero capite, quod hic deſideratur, pœna quinquaginta ſolidorum, ſiue aureorum, contra vocantem ſtatuta eſt, eoque nomine aduerſus eum actio propoſita, quæ ne filio quidem patroni, in poteſtate conſtituto, abſente patre, denegatur, & cum ſit pœnalis, nec hæredi, nec in hæredem, nec vltra annum competit. §. vlt. Inſtit. de pœna temere litigant.

Nota quomodo quis, & quando ad reuerentiam non cogatur præſtãdam: quod tamen ex æquo & bono intelligendum cenſeo.

Cap. V.

In quibus caſibus hæc ceſſet actio.

PRimus caſus eſt, ſi pœniteat vocantem, actionemq; remittat. Secundus caſus eſt, ſi is qui vocatus eſt in ius, non compareat. Tertius caſus eſt, ſi non inuitus vocatus ſit. Quartus & poſtremus caſus eſt, ſi tutor pupilli, nomine pupilli nõ ſuo vocauerit, tametſi nihil referat, an proprio nomine quis an alieno vocetur. d. l. Sed etſi. §. vltim. & l. quamuis. §. quæſitum. hic. Cuius diuerſitatis rationem vltro ſe ignorare fatentur interpretes. Verum arbitror hoc ideo tam varie conſtitutum fuiſſe, quia cum quis in ius ducitur inuitus, quod fieri ſolere iam admonuimus, non ideo minus irreuerenter tractari videtur, quod alieno nomine ducatur. At cum libertus pupilli nomine id facit, à pupillo ipſo factum intelligitur, qui ad nullam reuerentiam vocato exhibendam obſtrictus eſt. Extra hos caſus exigitur etiam aliqua edicti pœna adeo vt ruſticitati ipſi, & ſimplicitati vocantis, nulla detur venia. leg. 2. C. eod. tit. Sed etſi quis inops proponatur eſſe, non continuo pœna emi, ſed cædi & caſtigari potius debet. leg. vlt. hic. Alius locus ſequitur huius tituli in quo quæritur

Quis ſit effectus in ius vocationis.

Cap. VI.

VEteri iure Romano vocatus in ius confeſtim ire, & vocantẽ ſequi debet, alioqui inuitus ducitur, vt ex Caio facile colligi põt. l. ſi vero. §. vlt. infra qui ſatiſdar. & hoc lege cõſtitutum fuiſſe teſtis eſt Cicero lib. 2. de legib. & lib. 2. Rhetor. huius rei etiam argumentum eſt, quod actio aduerſus eos qui in ius vocatos vi eripiunt, id eſt e manibus vocantis ſeu ducentis auferunt, à Prætore proponitur. l. 1. & 4. infra ne quis eum qui in ius vocabitur. Pleraque item ex veteribus authoribus loca, & pene innumerabilia, quæ huius rei fidem faciunt, proferre poſſem, ſed breuitatis ſtudio pauca è multis ſelegi, quæ certiora mihi eſſe viſa ſunt. Horatius Satyra 9. libri 1. Caſu venit obuius illi aduerſarius, & quo tu turpiſſime? magna exclamat voce & licet anteſtari. Ego vero oppono auriculam, rapit in ius, clamor vtrinque, vndique concurſus. Et ex Terentio in Phormione act. 5. Scena. 8. in ius ambula, & paulo poſt, in ius eamus. cui ſimile quiddã legitur apud Plautum in Perſa, in Penulo, & Curculione. Cicero pro Quintio: debere tibi dicis Quintium, procurator negat: vadari vis, promittit: in ius vocat, ſequitur iudicium poſtulat non recuſat. Plinius in Panegyrico: dicitur actori atque etiam procuratori ſuo, in ius veni, ſequere ad tribunal. Valerius Maxim. lib. 2. inſtit. antiq. de S. P. Carbilio loquens, qui primus omnium Romanorum vxorem ſuam repudiauit in ius vocanti matronam, (inquit) corpus eius attingere non permiſerunt. Cæcilius quoque iureconſultus, apud Gellium lib. 2. de leg. 12. tabul. diſputat, quæ in ius vocato, ſi morbo impeditus ambulare nequiret, iumentum dare præcipiebat. Quod cum ita ſit, mirum profecto videri non debet, ſi filius in ius patrem vocare prohibeatur, abſq; permiſſu Prætoris, vt ante diximus. Sunt tamen aliqui caſus in quibus dimitti iubetur vocatus, nec inuitus ducitur. Exempli gratia: Si quis eius perſonam defendat, vel ſi eundo in ius de re controuerſa fuerit legitime tranſactum. l. neque. hic.

Secundus caſus eſt, ſi quis intra domum ſuam, ſeu aſylum quoddam ſe receperit, ex ea enim inuitus extrahi non debet, quamuis ſi è publico conſpiciatur, diem ei dicere liceat. leg. plerique, cum ſequent. l. nemo. de regul. iur. Qua de re Cicero in oratione pro domo ſua: Quid eſt ſanctius (inquit) quid omni religione munitius, quam domus cuiuſque ciuium? hic aræ ſunt, hic foci, hic dij pœnates, hic ſacra, religiones, cerémonia continentur: hoc perfugium ita eſt ſanctum omnibus vt inde abripi neminem fas ſit. Vide eundem in oratione in Vatinium.

Præclara Cicer. de cuiuſque ciuis domo ſententia.

Tertius caſus eſt, ſi quis iudicio ſiſtendi cauſa ſatiſdederit, aut cauerit vocanti. Satiſdans enim ex eorum numero eſt, de quibus in quadam epigraphe loquitur ipſe Caius, qui videlicet neque ſequuntur, neque ducuntur. leg. ſolutum. infra de verb. ſig. vt obiter Caii locum, à ceteris male intellectum explicemus, id eſt, qui tametſi vocantem non ſequantur, inuiti tamen in ius duci non poſſunt. huc que pertinet ſequens titulus, In ius vocati vt eant &c. Quando autem ſatiſdatio ſit neceſſaria, vel ſufficiat ſimplex cautio, latius poſtea diſſeremus ſub titulo: Qui ſatiſdare cogantur. Interim animaduertendum eſt quibus caſibus exigitur ſatiſdatio, fideiuſſorem idoneum & locupletem dandum eſſe, exceptis neceſſariis perſonis, à quibus qualemcunque accipi Prætor iubet. l. 1. & 2. infra, in ius vocati vt eant. Item neceſſe eſt eum iuriſdictioni illius ſuppoſitum eſſe, ad quem reus vocatus eſt, niſi ſuo priuilegio renuntiauerit. l. 1. infra, Si quis in ius vocat. nam huiuſmodi fideiuſſor, qui vas dicebatur à veteribus, vnde & vadimonium venit, in iudicium ſiſtere & exhibere cogitur. leg. eum pro quo. hic. nec liberatur, ſi cum duos homines ſiſti promiſerit, alterum tantummodo exhibeat. l. vlt. in ius voc. vt eant.

Quartus caſus videbatur addendus eſſe, videlicet ſi iuſta cauſa vocandi non fuerit: ſed Paulus nihil referre ait, qua ex cauſa quis vocetur. l. 2. infr. ſi quis in ius vocatus &c. Nec obſtat huic ſententiæ, quod extra territoriũ aut ſupra iuriſdictionẽ ſuã, iusdicenti impune non pareatur. l. vlt. ſupra de iuriſd. & l. contumacia. §. vlt. de re iudic. Nã vocatus in ius, quãtũs ex aliena ſit iuriſdictione, venire debet, vt Prætor æſtimet an ſua ſit iuriſdictio necne. Verum vbi venerit, & ſi non eſſe ſubiectum ei iuriſdictioni aperte docuerit, ſi quid aduerſus eum decreuerit magiſtratus, impune ei non parebitur. Hactenus de primo in ius vocationis effectu; de ceteris breuiter nunc eſt dicendum.

Secundus effectus igitur in ius vocationis erit, ſi quis in ius vocatus non venerit, à competenti mulctetur iudice, præterquam ſi ex iuſta cauſa pœnam ei ipſe voluerit remittere iudex.

Tertius effectus & poſtremus eſt aduerſus eum qui iudicio ſiſti promiſit, ex ſtipulatu ad pœnam, ſi promiſſa ſit, alioqui ad id quod intereſt agitur. leg. 2. & vlt. infra ſi quis in ius vocatus. agetur que incerti condictione, quia petit incertum, nempe id quod intereſt. nihil enim incertius cum in facto cõſiſtat. l. vlt. de prætoriis ſtipul. l. quatenus. de reg. iur.

IN TIT. VII. LIB. II. PANDECT.

Ne quis eum qui in ius voc.

Cap. I.

QVia nonunquam contingebat, vt propinqui & amici in ius vocatorum, eos è manibus vocantium eriperent, atque eximerent, dubitatum olim fuit,

reo ob hanc cauſam in ius non producto, quemadmodum ipſi ſuccurrendum eſſet actori. Nam inciuile durumque videbatur, reum nulli culpa affinem, neque ſceleris conſcium alicuius plecti, itaque propoſuit prætor edictum huiuſmodi: Ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat, neve dolo malo faciat quominus eximatur. Si quis aduerſus ea fecerit, quanti ea res erit ab actore æſtimata, de qua controuerſia eſt, aduerſus eum actionem dabo. De hac igitur actione quæ certum nomen non habet, & in factum concipitur, eſt tractandum per locos communes more noſtro. Primus locus eſt, in quo quæritur,

CAP. II.

Quæ ſit cauſa huius actionis.

CAuſa huius actionis, vt ex ipſo edicto apparet, eſt exemptio eius qui in ius vocatus eſt l. 2. hic, id eſt, ad prætorẽ vocatus, non ad pedaneum iudicem, vt ante diximus leg. 3. §. 1. hic. Eximere autem non tantum eſt, è manibus ducentis eripere, ſed etiam quoquo modo auferre. l. 4. Sufficit autem vi exemptum eſſe, quamuis ſine dolo malo. d. leg. 3. §. vlt. Sed exemptum accipimus cum effectu, ita vt in ius prodire non potuerit. l. penult. §. docere. Ceſſat ſane hæc actio, ſi actor ius vocandi non habuerit. Qua de re multa hic exempla leguntur l. 1. 2. & 3. hic.

CAP. III.

Cui & contra quem detur hæc actio.

HÆc actio ei datur, qui in ius vocauit, aduerſus eum qui exemit. l. penul. §. 1. Item aduerſus eum cuius dolo malo exemptus eſt ab alio. l. 4. §. vlt. & §. pœnales. Inſtit. de actio. hic autem dolus neceſſarius eſt, quamuis in eximente culpa ſufficiat. d. l. 3. §. vlt. Quod ſi ſeruus exemerit, aduerſus dominum eius intentari actio debebit. l. 1. §. 1. hic. Præterea hæc actio hæredi datur, ſi eius interſit, ſed in hæredem nunquam dari poteſt, cum ex parte rei ſemper pœnalis ſit, vt mox dicemus. l. pen. §. vlt. hic. Sed tamen datur hæredi quia ex eius parte non dicitur pœnalis: ſed rei perſecutoria: oportebit autem docere intereſſe: non datur porro poſt annum. Eſt enim omnino pœnalis hæc actio. vnde fit vt non liberetur reus ſoluendo, quia pœnam ſuam ſoluit.

CAP. IIII.

Quid veniat in hanc actionem.

HAc actione petitur non quod in veritate eſt, ſed quanti res ab actore qui in ius vocabat æſtimata eſt. l. pen. §. in eum. hic. Itaque hæc actio pœnalis dicitur, non rei perſecutoria. l. 1. d. l. penul. §. in eum. & §. pœnales. Inſtit. de act. Atque hinc fit, vt ſi plures aliquem vi exemerint, à ſingulis ſolida exigatur pœna. l. pen. §. vlt. Eadem ratione ſolutio facta ab eo qui exemit reum, qui in ius vocabatur, non liberat.

IN TIT. VIII. LIB. PANDECTAR. II.

CAP. I.

Qui ſatisdare cogantur, &c.

TAmetsi de ſatiſdatione iudicio ſiſti ſupra aliquid attigimus, quia tamen res late diffuſa eſt, pleniorem diſputationem, tractatumque ſpecialem requirere videtur. Videamus igitur primum ſatiſdatio quid ſit. hæc autem nihil aliud eſt, quam fideiuſſoris datio. leg. 1. hic. Cautio vero ad nudam etiam promiſſionem, ſtipulationeq; refertur. l. ſancimus. de verb. ſig. quæritur deinde quæ perſonæ ſatiſdent. Ab his omnibus qui in ius vocantur regulariter exigitur hæc ſatiſdatio. Nouella 53. §. ſancimus. Authent. de exhibend. reis. coll. 5. §, ſed hodie. Inſti. de ſatiſdat. Coguturque reus ſatiſdare, vbi conuentus eſt, non alibi: licet in ſatiſdatione neceſſaria aliud ſit conſtitutum. l. fideiuſſor. §. ſi neceſſaria. l. de die. §. tutor, hic. fideiuſſorem autem dari locupletem ac idoneũ oportet, niſi parens conueniatur, aut patronus aliave ex his perſonis quæ prætoris edicto exprimuntur. l. 2. in princip. & §. prætor. hic. Proinde mulier, miles, minor viginti quinque annis, niſi in rem ſuam ad ſatiſdandum non recte adhibentur. leg. de die. §. 1. hic. Item nec is qui fori præſcriptionem habet, niſi iuri ſuo renuntiare paratus ſit. leg. ſi fideiuſſor. in princip. Verum ſi oriatur controuerſia, an ſit idoneus fideiuſſor, nec ne, probandi eius gratia datur arbiter, à cuius arbitrio, ſi forte iniquum eſſe videbitur, appellare licet. Nam alioqui pro idoneo & locuplete fideiuſſor habendus eſt l. arbitrio. cum ſequent. hic. Occurrit Pauli locus qui librariorum typographorumque errore iniuriaque corruptus, negotium interpretibus faceſſere ſolet. Qui ex cauſa improbat, ab arbitro probatos, alias improbatos probari leg. ſi ab arbitro, §. 1. hic, id eſt, (vt ego interpretor) qui apud iudicem competentem, ex cauſa aliqua fideiuſſoris arbitrio probatos improbat. ſi ea cauſa, aut vera, aut idonea nõ ſit, his contentus eſſe debet, etiam ſi ex alia cauſa improbari forte queant, quos Paulus improbatos, id eſt, improbabiles, quaſi iam lege improbati ſint, vocat. Ceterum ſi quis approbatum fideiuſſorem ſeu euidentiſſime locupletem, non acceperit, iniuriarum actione tenetur. Quandoquidem eum qui ſatiſdat, in ius duci vt inquit Caius, non quælibet, id eſt, non vulgaris iniuria eſt. l. ſi vero. §. 1. hic. ſatiſdatio autẽ fit per ſtipulationem auctoritate tamen prætoris interueniente, ac idcirco prætoria dicitur. leg. 1. infra de prætor. ſtipulation. Soletque dies adiici, qua die ſiſtatur reus vel conſenſu litigantium, vel iudicis interuentu. l. de die. hic. Adde quod ſatiſdare non cogitur in eo loco, vbi conuenitur, quia ſatiſdatio neceſſaria eſt: & non poteſt facile reus ibi eam præſtare, vbi conuenitur. leg. ſi fideiuſſor. §. ſi neceſſaria. l. de die. §. tutor. Poteſt enim ſatiſdare in alio municipio, eiuſdem tamen prouinciæ. Quod ſi vitioſe ſatiſdatum ſit, non videtur ſatiſdatum. Ideoque ex integro ſatiſdandum eſt: ſicut & cum ſatiſdatio inutilis ex poſtfacto redditur. l. quotiens. d. l. de die §. ſi fideiuſſor, l. ſi ab arbitro, in fi. hic. ex integro ergo poteſt exigi cautio.

CAP. II.

De obligatione & actione qua tenetur fideiuſſor.

FIdeiuſſor iudicio ſiſti reum exhibere & ſiſtere cogitur, alioqui ad id quod re vera intereſt, non habita ratione quãtitatis petitæ, ſicut in ſuperiori edicto conueniri poteſt. leg. 2. hic. & l. 7. quod falſo tutor. autor. l. inter hæc. de verborũ ſig. quod accipiendum eſt, niſi reus ante motum deceſſerit quo caſu liberatur huiuſmodi fideiuſſor, licet is qui pro condẽnato fideiuſſit, pecuniæ nomine quæ ex ſententia ſolui debebat eo mortuo non liberetur l. 2. §. vlt. l. 3. 4. & 5. hic. Sequitur alius locus huius tituli in quo tractatur de his qui non ſatiſdant.

CAP. III.

De his qui nõ coguntur ſatiſdare.

INprimis inter eos qui non coguntur ſatiſdare numeratur immobilium poſſeſſor: poſſeſſor autem immobilium quis ſit, dilucide docet Macer in leg. ſciendum. hic. deinde quibuſdam perſonis hoc ſatiſdationis onus remittitur, ab iiſque vel iuratoria exigitur cautio, vel ſimplex promiſſio, de quibus tractatur alibi l. omnes. Cod. de epiſcop. & cleric. & in Authentic. de litig. collatio. 8. illud prætermittẽdũ non eſt, eum qui iurato promiſit, ſi ex iuſta cauſa ſeſe non ſtiterit, peieraſſe non videri, l. vlt. hic. & l. 2. ſi quis caut. Ad hæc de ſatiſdatione iudicatum ſolui, aliiſque ſatiſdationum generibus quædam ſub hoc titulo non pœnitenda leguntur, ſed à propoſito alieniora, quare de his ſuperſedendũ eſſe nũc duximus, cum præſertim tituli ſpeciales extent in digeſtis. Vnum tamen hic notandum eſt, ſatiſdationem aliquando eligi de re ſiſtenda, ſeu exhibenda. l. Senatuſconſulto. de offi. Præſidis. quod ſi nõ ſatiſdetur eo nomine, & perſona ſuſpecta ſit, res apud officiũ deponitur, & ſequeſtratur. l. ſi fideiuſſor. §. vlt. hic.

IN TIT. IX. LIB. II. PANDECT.

CAP. I.

Si ex noxali cauſa agatur.

Hic

HIc titulus pendet ex ſuperiore, qui ſatiſdare cogantur, de eadem ſatiſdatione tractatur, ſed de ea, quæ præſtatur in noxalibus actionibus. Hæc enim quædam ſpecialia habent. Hîc duo loci ſunt conſiderandi. Vnus pertinet ad prætoris edictum, cuius eſt mentio hic. Vult prætor, cum agitur noxali actione aduerſum dominum ſerui, & cautio exigitur, vt ſiſtatur ſeruus, in qua cauſa tunc eſt, cum ſatiſdatio poſtulatur, donec iudicium accipiatur, id eſt, lis conteſtetur, quanquam Accurſius de ſententia intelligat. Hoc ideo expreſſum eſt, quia reus, qui deſinit poſſidere ſeruum ante litem conteſta. non amplius tenetur actione noxali. l. noxali. infra de nox. actio. Poſt autem ſi deſierit, æquum eſt eum teneri, quia eſt actio perſonalis. Et hoc intereſt inter actiones perſonales, & eas quę in rem ſunt. Idem diximus de actione ad exhibendum, ſub tit. de reb. cre. Quid ſit in eadem cauſa ſiſtere docet Vlpi. Hoc etſi de ſeruis dicatur, ad alios tamen in vniuerſum pertinet: Cum ſit ius actoris, deterius dicitur in eadem cauſa non ſiſti. Quærit I. C. dominus ſeruum vendidit, aut noxæ dedidit, an videri poſſit in eadem cauſa ſiſtere? Et in hac cauſa veteres videntur diſſenſiſſe. vnde l. 1. videtur l. 2. repugnare. Sed in leg. 1. referuntur tantum opiniones, & ex l. 2. colligi debet mens Iuſtiniani. Si igitur venditus ſit ſeruus, ſiſti videtur: tamen in eadem cauſa, niſi alienatio facta mutandi iudicii cauſa efficiat ius actoris deterius. Ex his quæſtio exiſtit l. penultim. An videatur in eadem cauſa ſiſti qua liber ſiſtitur. Hic diſtingui oportet an ſit controuerſia de ſeruo in capitali iudicio, & tunc non videtur ſiſti in eadem cauſa. Ratio eſt, quia aliter de ſeruo ſupplicium accipitur, aliter de homine libero. l. in ſeruorum. de pœnis. Quod ad alias cauſas attinet, videtur melior cauſa fieri actoris, nam actio quæ erat vtilis, facta eſt directa. Hic occurrit antinomia difficilis. l. 1. de pœnis. Vbi dicitur pœnam infligi habita ratione temporis delicti, & nominatim ponit exemplum I. C. de ſeruis. at Vlpianus videtur hic contrarium ſentire, cum ait, aliter puniri liberum, aliter ſeruum. Sed non eſt credendum hęc pugnantia eſſe, quæ eiuſdem authoris ſunt. Vulgo diſtinguunt pœnam certam, & ordinariam ab arbitraria. Cum certa eſt, ſpectatur tempus delicti, & ſic intelligunt leg. 1. de pœnis. Cum arbitraria, ſpectatur tempus rei iudicatæ. Ratio diuerſitatis, quia iudex in certis pœnis non poteſt pœnam, quæ legibus ſtatim poſt delictum defertur, immutare, quæ ratio ſpecioſa eſt. Sed certe ex Vlpi. non poteſt vllo modo talis diſtinctio colligi. Ne igitur diutius morer, dicam breuiter quod ſentio. Exiſtimo hæc verba huius loci, *aliter de ſeruo, aliter de lib. &c.* referenda eſſe non ad genus pœnæ, ſed ad ordinem cognoſcendi, quaſi dicat, alia eſt forma proceſſus in pœnis infligendis liberis hominibus & ſeruis. Mouet me quod antea dictum ſit non oportere deterius fieri ius actoris: at genus pœnæ nihil pertinet ad commoditatem actoris. At forma proceſſus maxime. Itaque l. 1. de pœn. eſt intelligenda de genere pœnæ, hæc de proceſſu. facilior autem eſt forma proceſſus in ſeruum: nam de his facilius quęſtio habetur, & ſupplicio afficiuntur. Quod autem addit Vlpian. de pecuniaria pœna, hæc pertinet generaliter, cum ſerui vel alibi rei fiunt. Alia quæſtio ex iiſdem verbis naſcitur: Si quis promiſerit ſiſtere ſtatu liberum, ſi ſiſtatur liber factus, an in eadem cauſa ſiſtitur? Et ait I. C. l. vlt. ſiſti, ergo id quod diximus in initio eſt intelligendum cum hac exceptione, niſi ſtatuliber ſit. Hîc quæſtio eſt difficilis an eodem genere pœnæ ſtatuliber ſit puniendus quo ſeruus? Et I. C. dicunt vt liberum eſſe puniendum. l. modis. §. vltim. de pœn. l. ſtatuliber. de quæſtionibus. Sed Pomponius contra oſtendit his verbis, *Ideo in publicis iudiciis eaſdem pœnas patiuntur, quas alii ſerui.* Hic Accurſiani multa comminiſcuntur. Sed ego exiſtimo ante reſcriptum D. Pii non id certi iuris fuiſſe. Sed Vlpia. D. Pii reſcriptum ſequitur. l. modis. §. vl. de pœ. at in l. ſtatu liberi. 19. de ſtatu lib. aperte contradicitur. Verum ea verba mihi videntur eſſe Q. Mutii. nam inſcriptio eſt, Pomp. lib. 18. ad Q. Mutium. Solent autem I. C. ponere verba eorũ ad quos ſcribunt. is autem Mutius ante Diuum Pium vixit. Veteres autem volebant ſtatuliberum puniri vt ſeruum, quia ſeruus reuera eſt. l. ſtatuliberum. de ſtatulib. At reſcripto D. Pius ſecutus eſt fauorem libertatis, & nos quoque ſequi debemus. Alter locus eſt

Quid cauendum ſit in noxali cauſa.

HIc locus exponitur l. 2. ſi abſens. hic. Hinc quæſtio tractatur de vſufructuario l. 3. hic. Et dicitur denegari ei vſusfructus perſecutionem propter contumaciam. idem dicitur l. aut amplius. §. vl. de dam. infe. l. ſi finita. §. ſi quando. Alia quæſtio tractatur l. 4. Et dicitur, ſine incommodo non admitti diuiſionem huius ſatiſdationis. Nam fieri poſſet vt vnus partem ſerui noxæ dederet, alter litis æſtimationem præſtaret. l. in executione. de verb. oblig.

IN TIT. X. LIB. II. DIGESTORVM. DE EO PER QVEM FACTVM ERIT, QVO MInus quis in iudicio ſiſtat.

HOc tit. proponitur actio aduerſus eum, cuius dolo malo factum eſt ne quis in iu. ſiſtat. Verba hæc videntur fuiſſe, *Si dolo malo cuius factum fuerit quominus quis iudicio ſiſtat, aduerſus eum in id quod intereſt actionem dabo.* Hic diſſeremus per locos communes. Primus locus eſt de cauſa. Cauſa eſt dolus, vt oſtendit Vlpian. leg. 1. dolus igitur hic tantum coercetur. Doli verbum interpretatur Vlpianus, *Dolum autem malum ſic accipimus &c. Qui credulus fuerit.* Nerui enim & artus ſapientiæ ſunt non temere credere. l. 3. de in rem verſo. Non ideo tamen dolus impunitus eſſe debet. *Quominus quis.* an hæc verba de reo, an de actore accipiemus? Et ego exiſtimo de vtroque accipi debere. Hinc quæſtiones naſcuntur. l. 3. §. ſed ſi. & ſequ. Si autem vnus alium impedierit, dolus dolum compenſat. *ſe iudicio ſiſtat.* non dicit in iure. Et hæc eſt differentia huius edicti cum ſuperiore edicto. Et hoc edictum pertinet ad eum qui vocatur ad iudicem pedaneum. Alter locus eſt

Cui & aduerſus quem actio detur.

DAtur hæc actio ei cuius intereſt vel ſe, vel alium in iudicio non ſtitiſſe, forte actoris intereſt, ne impediatur reus iudicio ſiſti: vt ſi actio ſit peritura tempore, poteſt. Item rei intereſſe. l. prim. §. ſi reus.

IN TIT. XI. LIB. II. PANDECT.

CAP. I.

De eo per quem factum erit, quominus &c.

NOnnvnqvam contingit, vt is qui ſe iudicio ſiſtere dicitur, dolo alicuius impediatur, quominus ſe ſiſtat, cuius rei gratia aduerſus impedientem à prætore proponitur actio in hæc verba: Si cuius dolo malo factum fuerit, quominus quis ſe iudicio ſiſtat, aduerſus eum, ei ad quẽ ea res pertinebit, quanti interfuerit, actionem dabo. Ait Prætor: Si cuius. quod tam generaliter accipe, etiamſi fuerit ſeruus, nam hæc actio noxalis eſt. l. 1. §. ſerui, & l. 2. hoc tamen verbum ad actorem non pertinet, aduerſus quem ſufficit exceptio, ſi ex ſtipulatu agat. l. 1. §. ſi ſeruus. & l. 2. deinde ait prætor, dolo malo. huius doli exemplum affert Vlpianus, videlicet ſi venienti ad iudicium aliquis renunciauerit triſte, &c. Nam etſi viri ſapientis nõ ſit, authore Epicarmo, temere credere, non ideo tamen dolus aduerſarii impunitus eſſe debet. l. 1. §. dolum. Ait præterea, quominus quis &c. ſiue is fuerit actor, ſiue reus. *Authoritas Epicarmi.* Nam vtrique ſuccurritur à Prætore, niſi vtriuſque dolus mutuus arguatur. l. 3. §. 1. & 2. Deinde dicitur, Ei ad quem res, id eſt, non tantum reo, ſed etiam actori, cum vtriuſque interſit. l. 1. §. ſi reus. & l. 3. in principio. Ait deinde prætor, quanti infuerit. damni igitur ob eam cauſam accepti habenda eſt ratio, quamuis fideiuſſor ſummam promiſerit. l. 3. in princ. & fi. Cæterum ex his verbis annotandum eſt, vno ex pluribus delinquentibus ſoluente, ceteros liberari, quia nihil amplius intereſt. l. 1. §. ſi plures Nam

Quid veniat in hoc iudicium,

quod intereſt petitur hac actione: differt autem hæc actio ab ea, quæ contra eximentem datur, quia ibi non id quod intereſt, ſed quod petitur præſtatur. Reſtitutoriam autem vocat actionem, quæ reſtituitur, ſemper igitur eſt expendendum quidnam interſit. Hinc quæritur, ſi fideiuſſor obligetur ad vnum quid tantum, cum pluris mea interſit, an hac petere potero actione? & dicitur nihil intereſſe ad quid fideiuſſor obligatus fuerit. Deinde ait, actionem dabo. hæc actio in factum concipitur, quia ex parte actoris eſt rei perſecutoria, & datur hæredi: ex parte vero rei pœnalis eſt: ideo nec vltra annum, nec aduerſus hæredem, niſi forte quatenus ex ea re fuerit factus locupletior, datur. l. 1. §. vltim. & l. 3. in princip.

IN TIT. XII. LIB. II. PANDECT.

CAP. I.

Si quis cautionibus in iudicio ſiſtendi. &c.

Hic totus tractatus in duo capita non incommode diuidi poteſt, quorum vnum varias exceptionum cauſas complectitur, quibus ſe tueri poſſit is, qui poſt ſtipulationem interpoſitam, ad iudicium non adfuit. Alterum miſcellanea quædam de commiſſa ſtipulatione iudicio ſiſti, eiuſque effectu obtinebit. Videamus igitur primum de cauſis exceptionum.

Prima exceptionis cauſa eſt tranſactio poſt diem exhibitionis facta. l. 2. in princip. hic.

Secunda eſt impedimentum neceſſarium, ex munere publico, valetudine, funere domeſtico, tempeſtate, alioue non à ſimili caſu, citra promiſſoris culpam contingente. d. l. 2. §. ſi quis. cum §. ſequenti. leg. 4. §. 1. l. ſi quis cum fideiuſſorem. hic. Cæterum impeditus ab homine priuato exceptione non iuuatur, cum id quod ſua intereſt ab eo ſeruare queat. d. l. 2. §. vltim. & l. 3. hic. Quod ita accipiendum eſt, niſi ab actore ipſo impeditus ſit reus, vt ſupra annotauimus. Et ſi ex duobus reis ſtipulandi vnus impedierit, aduerſus alterum exceptio ita demum proderit, ſi ſocii ſint. l. ſi duo, in principio. hic. Porro ad hanc cauſam pertinet rei capitalis damnatus. leg. ſed & ſi quis. §. 1. hic. damnatum vero capitis, etiam exulem, id eſt, relegatum intelligimus, qui ciuitatem retinere poteſt, vt ait Cicero in Oratione pro Cecinna. huc pertinet l. exilium. infra de interd. & relegatis. Itaque mirum videri non debet, ſi damnato ipſi, nedum fideiuſſori, hæc exceptio competere dicatur. Quod tamen hic dicitur exceptionem fideiuſſori competere, ſi deportatus ſit reus, non ita accipiendum eſt, vt reo propter hanc ſtatus mutationem competat exceptio, ſed propter impedimentum quod ex ea conſequitur. l. 1. C. de fideiuſſo. l. fideiuſſores. de except. C. Non enim dicet fideiuſſor, ad vitandam condemnationem, reum deſiiſſe eſſe ciuem, ideoque extinctam eſſe obligationem. l. ſi fideiuſſori. infra de fideiuſſor. ſed ita impeditum eſſe, vt ſiſti non poſſit.

Tertia cauſa exceptionis eſt, ſi poſt modicum tempus, quam ſtipulatio commiſſa eſt, ſe ſtiterit reus, nec ius ipſius actoris ex mora rei deterius factum ſit. l. ſed & ſi poſt tres. hoc titulo.

Quarta cauſa eſt ſi pupilli nomine tutor promiſerit iudicio ſiſti, & interim tutela finita ſit. l. vltim. hic.

Quinta eſt, ſi ex duobus reis promittendi vnus ad iudicium non venerit, & actor ab altero rem petat, nam petens pœnam exceptione ſubmouebitur. l. ſi duo. §. 1.

Sexta cauſa eſt, ſi is qui plures ſeruos iudicio ſiſti promiſerit, non omnes ſtiterit, quo caſu except. reus ſe tueri poteſt, ne integram pœnam cogatur exoluere. leg. ſi ſeruus. §. 1. hic.

Septima cauſa eſt, ſi dies exhibitionis nondum venerit, tunc enim nec reo datur exceptio, & ſi homo, quem ſiſti promiſerit, dolo ipſius ante diem perierit. l. ſi eum. §. 1. Quod vtique expeditum eſt, cum de die certa conuenit inter litigantes. l. de die. qui ſatiſda. cogantur. Alias in dies ſingulos vicena millia paſſuum ſunt dinumeranda. l. 1. hic. l. 3. infra de verb. ſignifi. Ex his fere cauſis hæc ſolet competere exceptio, non tantum reo principali, ſed etiam fideiuſſori, quamuis pro eo, qui in aliena poteſtate eſt fideiuſſerit. l. ſi quis cum fideiuſſorem. & l. ſi quis ſeruum. Nec refert an ſatiſdare coactus fuerit, necne reus, qui ſatiſdare non debebat, quantum ad obligationem fideiuſſoris attinet, niſi per errorem id factum proponatur. l. ſed & ſi quis. §. item quæritur, hic. Quod ſupra diximus ita intelligendum eſt, niſi nominatim conuenerit, vt deſerta promiſſione, nulla obiiciatur exceptio. Nam talis conuentio, cauſis exceptionum ſpecialiter expreſſis, valet. l. ſed & ſi quæ. § quæſitum. hic. Hactenus de priori loco huius tituli. Alter ſequitur.

CAP. II.

De commiſſa ſtipulatione.

Homo liber qui aliquem iudicio ſiſti promiſit, eo non in eadem cauſa ſtato, ex ſtipulatu conueniri poteſt, etiam ſi reus forte iam tempore liberatus eſſe dicatur, cum id obſcurum, incertumque ſit, & rei veritatem inquiri oporteat. l. ſi ſeruus. in princip. & l. ſi cum. in princip. l. ſi quis quempiam. & l. quoties. hoc titul. Datur autem actio ſi pœna adiecta non ſit, ad id quod intereſt, cuius æſtimatio ad tempus, quo ſiſti debuit reus, non quo agitur, referenda eſt. leg. ſi quis ante. §. illud. vnde quæſitum eſt, an ſtipulatio procuratori facta, alicuius ſit momenti, quod nihil ipſius interſit. Sed Neratius reſpondit vtilitatem domini litis ſpectandam eſſe, vt quantum eius interfuit, debeatur. l. ſi procurator. Poſtremo hæc actio datur hæredi, atque in hæredem, niſi propter aliquam aliam actionem interpoſita ſit ſtipulatio quæ ad hæredem non tranſeat, qualis eſt actio iniuriarum. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. hoc tit.

IN TIT. XIII. LIB. II. PANDECTAR.

CAP. I.

De feriis & dilationibus.

Dvbitari poterat, an diebus feriatis ſiſtere ſe quis iudicio cogatur? itaque poſt titulum de in ius vocando, & ſuperiores alios titulos hic titulus collocatur. Quamobrem primum dicendum nobis videtur quotuplices ſint feriæ. Feriæ partim ſunt humanæ, partim ſunt diuinæ: humanæ ad vtilitatem hominum, vel honorem. diuinæ vero ad honorem Dei inſtituuntur & celebrantur. Rurſus feriæ aliæ ſunt ſolennes & anniuerſariæ, vt meſſium, & vindemiarum, quas pro conſuetudine cuiuſque loci ſtatuere præſides ſolent, & ſimiles. l. Præſides. l. pridie, hic. & l. 2. C. eod. titul. Aliæ ſunt indictiuæ & extraordinariæ, vt quæ ob res proſpere geſtas, vel in honorem Principis indicuntur, l. ſed & ſi. §. ſed & feriæ. ex quibus cauſis maior. Meſſium vindemiarumque tempore iudicia non exercentur, niſi conſenſu litigantium, in quorum gratiam huiuſcemodi feriæ inſtitutæ ſunt. l. 1. & l. ſi feriatis. hic. Excipiuntur certæ cauſæ, quas neceſſitas aliaue iuſta cauſa primo quoque tempore tractandas eſſe ſuadet, de quibus fuſe diſſerit Vlpianus in leg. 1. 2. & 3. & l. diuus. hic. l. Publicas. C. eodem tit. Sed admonendi ſumus, præter eas quæ ſolennes ſunt, quæque ob ſupraſcriptas cauſas extra ordinem iudicii ſolent concedi, nemini licere, niſi Principi vllas Ferias inſtituere. l. à nullo. C. eodem tit. Addendum quoque illud eſt, ex reſcripto Conſtantini, quod licet ſententia nulla ſit, quæ feriato die lata ſit, tamen in temporibus appellationum feriati dies computantur. l. 1. C. eod. tit. Item ſi ob ferias extraordinarias damno quis affectus ſit, ex bono & æquo in integrum reſtituitur, ob ſolennes vero quibus proſpicere potuit, non item. dict. l. ſed & ſi. §. ſed & feriæ. hic. Dies Solis quem dominicum appellamus, *le dimenche*, & alii qui Principum, Pontificumque reſcriptis expreſſi ſunt, feriati in honorem Dei eſſe dicuntur. l. 3. l. quadraginta. l. omnes dies. l. actus. & l. vltim. C. eo. & cap. conqueſtus, eodem tit. in antiq. Proinde lites & forenſes controuerſiæ his diebus ceſſare debent, nec vlla iuriſdictio niſi voluntaria exerceri poteſt. l. 2. & l. quadraginta. l. actus. C. eod. hinc illa lex Ciceronis: Feriis iurgia amouento. lib. 2. de legibus. quod adeo verum eſt,

eſt, vt quicquid contra hanc prohibitionem geritur, nullum ſit, quamuis litigatores conſenſerint. dicto capit. conqueſtus. Sed & à negotiis ceteris, atque operibus eo tempore abſtinendum eſt, excepta agricultura, & aliis huiuſmodi, quæ celeritatem deſiderant, neque alias æque commode perfici poſſunt. l. 3. eod. & capi. licet. in antiquis. eodem. & hæc fuit diui Scæuolæ iureconſulti ſententia, vt ſcribit Macrobius lib. 1. Satyr. c. 16. conſulti quidnam feriis agi liceret, qui reſpondiſſe fertur, quod prætermiſſum noceret. Qua ratione paſchali quidem die differendam quæſtionem aduerſus latrones eſſe, Honorius reſcripſit. l. pronuntiatum. C. eod. titu. Nam & ſi vere dixerit ſatyricus Poeta, nullam de morte hominis cunctationem longam eſſe, tamen præueniendum periculi cauſa, nonnunquam acceleratio neceſſaria eſt. l. ſi quis filio. §. ſi autem. inf. de iniuſto rupto. hactenus de prima parte rubr. diximus: ſequitur altera.

Nota prã clarum Scæuolæ Iuriſconſulti reſponſum.

Nulla de morte hominis cũctatio lõga eſſe poteſt, ex mẽte poeta Satyrographi.

DE DILATIONIBVS.
CAP. II.

Quid ſit dilatio, pars altera rubricæ.

Dilatio, vt ait Donatus, eſt diei prolatio, quæ tam actori, quam reo variis ex cauſis conceditur. l. interdum. infra de iudiciis. & l. 1. C. eodem. Reo quidem conceditur ad deliberandum an cedere, an contendere debeat. nam hæc actori denegatur. leg. 2. C. eod. vtrique vero ad producendos teſtes, vel proferenda inſtrumenta, aut ad quærendum aduocatum, aliudue quicquam quod ratio commoditatis exigat. l. oratione. hic. l. 1. & 2. l. inter priuatos. C. eo. l. ait Prætor. §. vltim. ex quibus cauſis maio. l. notionem. §. inſtrumentorum. de verborum ſignifi. Datur autem dilatio ſemel tantum in pecuniariis cauſis, niſi forte aliquid inopinatum emergat, quo caſu iterum cauſa cognita indulgeri ſolet: in capitalibus autem cauſis reo tres dilationes, quæ accuſatori, cauſa cognita conceduntur. dicta leg. oratione, & l. vltim. hic. Nec fiſcales cauſæ à cauſis priuatorum hac in re diſtinguendæ ſunt. l. inter priuatos. C. eod. titu. Cum igitur cauſæ cognitio neceſſaria ſit in danda dilatione, merito dicitur à procedente iudice poſtulandam non eſſe. l. 4. C. eod. titu. Sed cum de aliquo negotio quod ante deciſum eſt, refertur ad Principem, vt is quid fieri placeat reſcribat, nulla tribuitur dilatio. l. cum à nobis. C. eodem tit. Et quia cauſæ cognitionem requirit, ea conceſſio à iudice tantum pro tribunali ſedente impetrari poteſt. l. à procedente. C. eod. Ceterum dilatio omnis, modo longior, modo breuior, pro locorum interuallo danda eſt. dict. l. oratione. l. 1. & vltim. C. eod. tit. Quo quidem in tempore ferias computandas eſſe conſtat. l. ſiue pars. C. eod. tit. hinc apparet dilationes arbitrarias eſſe, quamuis ſit conſtitutum ſpatium temporis, quod iudici excedere non liceat, in dilatione concedenda & moderanda, l. 1. C. eod. Cui ſimile eſt, quod de mulcta alibi diximus, licet enim iudicibus arbitrio ſuo mulctam dicere, modo quantitatem lege definitam non egrediantur. l. eos. C. de modo mulctandi. l. Aliud eſt fraus. & l. ſi qua pœna. de verbo. ſignifi. Ex iam dictis liquet quas ob cauſas, quoties, quibus perſonis, in quibus negotiis, quomodo, ad quod tempus detur dilatio. De effectu eiuſdem in præſentiarum hoc obſeruare ſufficiet, quod iudicis officiũ donec finita fuerit dilatio, conquieſcit. l. ſiue pars. C. eo. quod accipiendum eſt, quantum ad ea, quæ præiudicare poſſunt iis, pro quibus dilatio conceſſa eſt. l. generaliter. §. pe. de iureiur. Poſtremo annotandum eſt, diem more Romanorum à media nocte incipere, & ſequentis noctis media parte finiri, qui dies ciuilis appellatur. l. more Romano. hic. Sed hic locus pertinet ad tertiam inſcriptionis partem, de diuerſis ſcilicet temporibus earum, & tam ad ferias quam ad dilationes referri debet.

IN TIT. XIII. LIB. II.
PANDECT.

De edendo. CAP. I.

Svb hoc titulo de triplici tractatur editione actionis, videlicet, rationum & inſtrumentorum: de omnibus ordine videbimus, & in primis de actionis editione. Actionis editio neceſſaria eſt, quæ ſpeciem futuræ litis demonſtret aduerſario, vt is intelligere poſſit an ſibi cedendum ſit, an potius litigandum. leg. 1. hic. & l. edita. C. eod. titu. Actionem autem edere is dicitur, vel qui copiam deſcribendi facit, vel qui eam libello deſcriptam dat, vel qui dictat excipiendam & deſcribendam aduerſario. dict. leg. 1. hic. ſed quod ait Labeo, eum quoque edere qui producit aduerſarium ſuum ad album &c. quomodo accipiendum ſit videamus. Quidam exiſtimauerunt, aduerſaria, hic legendum eſſe, i. rationes tumultuarie confectas. Alciat. lib. 2. diſputatio. cap. vltim. Idem lib. παρέργων 8. cap. 7. quod mihi non probatur, quia rationum editio cum actionis editione nihil habet commune, vt mittam, quod ſalua proprietate ſermonis Latini, cuius retinentiſſimos fuiſſe veteres conſultos teſtatur Fab. hæc lectio defendi non poteſt. Non enim vt producere teſtes, ita etiam producere literas, inſtrumenta, rationes, aduerſaria, ſed proferre potius Latine dicimus. Quamobrem veterum lectionem minime immutandam, & aduerſarium hic, pro reo accipiendum cenſeo: quem qui ducit ad album Prætoris, in quo ſcilicet actionum deſcriptæ ſunt formulæ, eique demonſtrat quam actionem dictaturus ſit, edere etiam intelligitur. Huic tamen iuri nouiſſima Iuſtiniani conſtitutio derogauit, qua cautum eſt vt actor libellum offerat reo, cum ad iudicium vocatur. Nouel. 53. de exhib. reis. Authen. Offeratur. C. de litiscon. qui libellus dicitur conuentionalis. §. Tripli. Inſtitut. de actionib. hæc editio olim fiebat antequam reus in ius, id eſt, apud Prætorem vocaretur, iudicii conſtituendi cauſa, atque fiebat vt poſtquam in aciem ventum erat, aliquid emendare, vel mutare actor poſſet, modo id citra captionem aduerſarii fieret, idque totum ius reddentis arbitrio committebatur, dict. leg. edita. Poſt formulam vero à Prætore datam, & litem conteſtatam, nihil mutare licebat, niſi adito Prætore, à quo data erat formula. Verum ſublatis formulis cum magiſtratus ipſi cognoſcere cœperunt, permiſerunt mutationem atque emendationem, cum id æquitas poſtulabat. §. ſi minus. Inſtitut. de actionibus. Adhæc ſciendum eſt formulam actionis ita edendam, & omnia ſpecialiter exprimenda eſſe, vt nihil obſcuritatis inſit, quod aduerſarii deliberationem impediat. Nam alioqui ſpeciem litis futuræ non demonſtraret. Verum hoc eo pertinet, vt intelligamus cogi poſſe actorem à reo vt det, & dilucide intentionem ſuam proponat: reo ſiquidem id non poſtulante, intentio, quamuis obſcura, tenet. leg. vltim. C. de annali exceptio. Item editam actionem actor vel emendare vel mutare poteſt, quod tamen vt ſine captione aduerſarii fiat oportet. dicta leg. edita. Rationum autem editionem hoc ordine ſumus tractaturi. In primis videbimus, quis edere eas debeat. Secundo, cui edendæ ſint. Tertio, quomodo facienda ſit editio. Quarto, ſi non edantur, quæ actio competat. Videamus igitur primum quiſnam eas edere debeat. Prætoris edicto argentarii rationes ſuas edere coguntur, ſiue cum ipſis ſit controuerſia, ſiue non ſit. leg. Prætor. & l. argentarius, in principio. hic. Erant autem argentarii veluti proxenetæ quidam, qui pecuniam fœnerari volentibus operam ſuam præſtabant, eamque ob cauſam pecunia apud eos à fœneratoribus deponi ſolebat, quam aliis fœnori darent, eratque hoc officium virile, à quo fœminæ remouebantur. l. fœminæ. hic. l. filiæ. de ſolut. Atque ideo præ ceteris rationes edere tenentur, vt ait Caius, quia officium eorum publicam habet cauſam: & hæc principalis eorum opera eſt, vt actus ſui rationes diligenter conficiant. dicta leg. argentarius. Idemque de numulariis eſt dicendum. l. Quædam. §. numularios. hoc titulo. Sed & quod ait Prætor de argentariis, ad filiumfamilias, patrem ſucceſſoremque argentarii pertinet, modo iuris ſit ſucceſſor. dicta leg. Prætor. l. ſi quis §. cogentur. l. Quædam. §. nihil intereſt. hic. Et tametſi procurator, tutor, ſocius edere debeant, huius tamen edicti verbis non continentur, quia mandati actio, tutelæ, pro ſocio ſufficit, nec opus fuit de his hic edicere perſonis. l. quædam. in princip. hic. Porro actor reo ſuas edere compellitur rationes, licet reus actori non æque, niſi ex cauſa quam iudex æquam arbitratus fuerit. l. 1. & l. qui accuſare. & l. non eſt nouum. l. iuſtum. l. vltim. C. eodem. l. nimis graue. C. de teſtibus. Quod autem dicitur non eſſe eorum editionem neceſſariam, quibus quis vſurus non eſt. leg. prim. §. edenda.

de editione accipiendum eſt, quæ fit deliberationis, non probationis cauſa. Secundo, ratio ei editur ad quem pertinet, & cuius mandatu confecta eſt, ſi iurauerit ſe non calumniæ cauſa poſtulare. l. ſi quis. §. exigitur. & §. ex hoc edicto. l. quædam. §. vltim. ipſi vero argentario, qui inſtructus eſſe poteſt inſtrumento ſuæ profeſſionis, vel ei qui iterum edi poſtulauerit, non editur, niſi ex iuſta cauſa, & graui, ratio edenda ſit. l. ſi quis. §. Prætor. & §. veluti. hoc titulo. Ipſæ autem rationes cum die & conſule edi debent, quoniam alias vltro citroque data & accepta, in quibus vere conſiſtit ratio, apparere non poſſunt. leg. 1. §. rationes. leg. Prætor. in principio. leg. ſi quis. §. rationem. hic. Quod ſi dies & conſul tantum initio tabularum adſcriptus ſit, communis totius rationis eſſe intelligitur. leg. ſi quis. §. ſi initium. Item ratio à capite edi debet, ea pars videlicet quæ ad inſtruendum aliquem pertinet. leg. argentarius. §. edi. hic. Præterea, in quo loco quis argentariam exercuit, in eo cogitur edere non alibi, niſi actor deſcriptum ſibi dati ſuis ſumptibus poſtulet, vbi de ea re agitur. leg. Prætor. §. vltim. cum ſequ. Aduerſus argentarium non edentem, poſtquam Prætor decreuit rationem edendam eſſe, in id quod intereſt agitur. l. ſi quis. §. hoc edicto. hic. Quod ita accipiendum eſt, ſi dolo malo non edat: culpam enim non præſtat, niſi dolo malo proximam. leg. vbi. hic. Vnde ſi quis in iudicio ſuccubuerit, quod rationibus careret, ex quibus cauſam ſuam poſſet tueri, merito damnatur hoc iudicio argentarius. Probare autem debebit iudici, ſe illo iudicio, quo victus eſt, ſuperiorem euadere potuiſſe, vel ipſis rationibus quas poſtea nactus fuerit, vel aliis inſtrumentis aut teſtibus quibus illo tempore aliqua ex cauſa vti non potuit. l. argentarius. §. cum autem. Ceterum hæc actio, quæ ex parte rei pœnalis eſt, in hæredem ipſius non dabitur, at hæredi actori dabitur, quoniam ex parte eius eſt rei perſecutoria. l. vltim. hic. Pro regula certa tenendum eſt: Inſtrumentorum omnium quibus quis vſurus eſt, exempla aduerſario ante iudicium edenda eſſe, idq; ſine die & conſule, ne quid excogitetur fraudis. l. 1. hic. Quæ quidem editio non probationis, ſed deliberationis tantum gratia fit, & ideo ne ſubſcriptionem quidem edentis deſiderat. l. exempla. hic. Sed animaduertendum eſt, cũ legatarius ab hærede legatum petit, ante iudicium non cogi teſtamentum edere, quia hæredem eo non carere veriſimile eſt. l. 2. hic. licet dubium non ſit, quin probationis gratia accepto iudicio proferre debeat. l. poſtquam. §. ſi dies. vt l. nom. cauea. Ceterum nemo cogitur alteri inſtrumentum edere, quo aduerſus eum vti non vult, niſi in certis caſibus, veluti ſi inſtrumentum ſibi commune cum alio cuſtodiat. l. procurator. C. eod. Item ſi fiſco delatus ſit. Nam delator inſtrumenta, quæ ad cauſam pertinent, edere compellitur. l. Senatus. hic. Acta quoque publica tam ciuilia, quam criminalia iuſſu iudicis ab actuario inſpicienda exhibentur. l. 2. C. eo.

IN TIT. XIIII. DE PACTIS.

CAP. I.

Quid ſit pactum.

De pactis tractaturi, videamus quid Pactum ſit. Hæc enim eſt in omni artificioſa diſputatione princeps quæſtio. Quod vt commodius intelligatur, rem omnem altius repetere, & à genere ipſo, quod eſt conuentio, initium ducere neceſſe eſt. Eſt autem conuentio verbum generale, commercium omne, ac negotium quodcunque inter homines contrahitur, ſuo ambitu complectens. leg. prim. §. conuentionis. hic. Cum igitur duo, pluresque in idem negotium conſentiunt, ſiue inter abſentes, ſiue præſentes, ſiue ex publica cauſa, ſiue priuata id fiat, conuenire dicuntur. l. Labeo. l. conuentionum. hic. Nec refert, an verbis eorum exprimatur ſententia, an re ipſa, & facto aliquo ſignificetur: vt in exemplis à Paulo adductis videre eſt. l. item quia. hic. Conuentio autem omnis aut legitima eſſe dicitur, aut iurisgentium. leg. conuentionum. hic. Quæ verba aliter apud Paulum haud dubie accipiuntur, quam apud Vlpianum, tametſi Tribonianus vtriuſque diuiſionem coniungere voluerit. Legitimas conuentiones vocat Paulus leg. legitima. quæ lege aliqua confirmantur, id eſt, quæ conſenſu gentium non ita probantur, vt ad obligandum valeant, ſed tamen iure ciuitatis Romanæ obligationem pariunt. Cuiuſmodi eſt ſtipulatio, quæ ne aliis quidem gentibus cognita fuit: item pactum donationis cauſa factum, quo quidem pacto ceteras quoque gentes vſas fuiſſe credibile eſt, ideoque iuriſgentium non male dicetur, ſed alio ſenſu. Nam moribus gentium hoc pactum ad obligationem efficax habitum non eſt, vt nec ceteræ conuentiones, quæ in proprium nomen non tranſeunt. Conuentiones iurisgentium vocat Vlpian. l. iuriſgentium. quæ aliis quoque gentibus, non ſolum Romanis fuerunt cognitæ, quales ſunt fere omnes præter ſtipulationem, non quas aliæ gentes idoneas ad obligandum iudicauerunt. Et harum quædam nomen proprium habent, & iure ciuili proſunt ad obligandum, vt emptio, venditio, locatio, conductio: aliis nullum eſt proprium nomen inditum, nec ad obligandum vtiles ſunt, niſi forte earum aliqua, aut lege, aut ſenatus conſulto confirmata ſit, vt poſtea dicemus. Itaque eædem conuentiones, & legitimæ, & iurisgentium dici poſſunt, nec ea res homonymia intellecta, multum habet obſcuritatis. Nam idem & ciuile ius, & gentium eſſe nihil prohibet. Quinimo (ſi Cicer. lib. 3. Offic. credimus) omne ius gentium idem ciuile eſt, tametſi, quod ciuile eſt, non continuo gentium ſit. Eæ autem conuentiones, quibus proprium nomen ac ſpeciale datum non eſt, vocabulo ſatis lato & generali pacta appellantur. Eadem & pacta conuenta vocari crediderim, quod nullis legibus Romanis confirmentur, paucis quibuſdam exceptis, ſed ex conuentu tantum ipſo valeant, per tuitionem Prætoris: itaque factum in eis, non ius ciuile verſari dicitur, vt infra dicemus. Hinc perſpicuum eſt quid pactum ſit. Quod ſi quis ἐτυμολογίαν quoque huius verbi requirat, ex Vlpiano diſcenda eſt, qui pactum à pactione, i. duorum conſenſu dictum eſſe ait. l. 1. in princ. hic. Quod autem vulgo tradiderunt interpretes, omnem conſenſum duorum pactum eſſe: tantum abeſt, vt recte id inde colligant, vt vel vnus ille locus, iudicio meo, ad infirmandam eorum ſententiam ſufficiat. Nam ſi nihil aliud ſit pactio quam pactum, quæ ſo quid illis Vlpiani verbis ineptius?

Conuentio verbũ generale.

Conuentionis diuiſio.

Stipulatio eſt iuris ciuilis.

Omne ius gentium ciuile eſt, non contra.

Ἐτυμολογία pacti.

Diuiſiones pactorum. CAP. II.

Prima diuiſio: Pactorum quoddam nudum eſt, aliud non nudum. Cum enim pacto nihil extrinſecus accedit, præter conuentionem ipſam, & conſenſum, id nudum, quaſi ſolum, ſimplex, & merum appellatur. Interdum aliquid aliud præter pactum ſubeſt, puta datio, vel ſtipulatio, quo caſu nudum, aut ſimplex, ſeu merum pactum dici non poteſt. l. diuiſionis. hic. l. legem. C. eod. vt verba ipſa per ſe clara, & aperta ſignificant: quæ homines bonarum artium rudes ſophiſticis quibuſdam & inanibus argutiis mirum in modum obſcurauere. Secunda diuiſio: Pacta quædam in rem ſunt, alia in perſonam. In rem, cum quis generaliter paciſcitur, ne rem petat, nec certam perſonam exprimit. In perſonam, cum quis à certa perſona ſe non petiturum promittit. l. iuris gentium. §. pactorum. Tertia diuiſio: Pactum aliud iuſtum eſt, aliud iniuſtum. Iuſtum intelligimus, quod legitimum eſt, & iuri, boniſque moribus conſentaneum. l. tale. l. epiſtola. hic. l. cum emptor. infra de reſcind. vend. l. Stichum. §. naturalis. infra de ſol. quamuis plerique alii nodum quærentes in ſcripto longe diuerſam adferant interpretationem, vt Alciat. in l. pacta nouiſſima. C. e. l. lege obuenire. infra de verb. ſign. Iniuſtum quid ſit, inde cognoſci nullo negotio poteſt. Quarta diuiſio: Pacta quædam de re publica fiunt, alia vero de re cuiuſque familiari & priuata. l. iuris gentium. §. ſi paciſcar. Hæc ſatis nota eſt, nec vllam interpretationem deſiderat. Quinta diuiſio: Pactum aliud expreſſum eſt, cum verbis declaratur paciſcentium voluntas. Aliud tacitum, cum voluntas eorum verbis non expreſſa ex coniecturis tantum colligitur: vt, Si quis debitori ſuo cautionem reddiderit, vel inutiliter ei acceptum fecerit. Nam vtroque caſu pactus cum eo videtur, ne petat. Is quoque, qui in futurum à debitore vſuras accipit, ne intra id tempus petat, tacite cum eo pactus eſſe præſumitur. l. Labeo. l. ſi vnus. §. vlt. l. qui in futurum. in prin. Addi poſſent & aliæ diuiſiones: ſed hæ nobis ſufficere ad eorum quæ ſequuntur, explicationem viſæ ſunt.

CAP. III.

De perſonis, quæ paciſci poſſunt, quæq́; non poſſunt.

I Pactum à ſeruo, aut filiofamil. factum ne petatur (quia in rem conceptum eſt) domino, aut patri interdum nocet, ſi videlicet de re peculiari, cuius liberam habeant adminiſtrationem, non donationis cauſa, ſed tranſactionis, aliaue ſimili, fines adminiſtrationis non excedente, factum ſit. Quinimo de re dominica aliquando vtile erit pactum, vt ſi ſeruus dominicam credens pecuniam, pactus ſit, ne ante certum tempus ea petatur. l. contra. §. ſi filius. cum ſeq. II. Pactum à ſeruo, aut filiofamil. factum, ne petat, inutile eſt. d. §. ſi filius. cum enim regulariter petere, ſeu agere non poſſint, pactum de non petendo fruſtra in eorum perſonam concipitur. l. filiusfam. infra de act. & obl. l. ſeruus. C. de iud. Et hæc vt plurimum ita ſe habent, præterquam in certis caſibus, quorum primus eſt: Cum paciſcitur filius, ne iniuriarum agat, vel alia quapiam actione ex earum numero, quæ iure ſingulari filiofamil. competunt. l. filiusfam. idq́; verbis Caii ſatis expreſſum eſſe puto, cum ait: *In perſona filii videndum, ne aliquando etſi pactus ſit ne ageret, valet pactio: quia aliquando filiusfamilias habet actionem veluti iniuriarum.* l. in perſona. hic. Solent enim plerunq; talib. verbis ſententiam ſuam exprimere Ireconſul. l. videamus. ꝧ. de ędil. edict. l. habere licere. ꝧ. de euict. l. poſtquam. ꝧ. de pet. hære. l. Iulianus. infr. de rei vin. (id quod Accur. latuit) ſicut & Cic. li. 3. Offic. Itaque videndum eſt, ne non ſatis ſit id quod apud Platonem eſt in Philoſophos dictū, &c. Alter caſus eſt, cum pactum à filio confertur in id tempus, quo ſui iuris effectus agere poterit. l. & hæredi. §. filia. III. Pactum filii aut ſerui, ne à patre dominoue petatur, vtile eſt: prodeſtq́; patri aut domino. Per eas enim perſonas, quæ in poteſtate noſtra ſunt, melior conditio noſtra fieri poteſt, deterior non item. Idē dicendum eſt in eo ſeruo, in quo vſumfructum habemus, aut qui bona fide nobis ſeruit. l. ſi tibi. §. vltim. cum l. ſeq. l. ſi debitor. hic. l. 3. l. filius. C. eo. IV. Pactum à filiofamilias factum, ne à ſe petatur, ei prodeſt. l. acquirent. hic. Nam ex omni contractu filiusfamil. conueniri poteſt, ſicut paterfamil. l. ſi quis cum filio. infra de pecu. d. l. filiusfa. Ac tametſi pactum iſtud perſonale ſit, patri nihilominus etiam proderit, ſi nomine filii conueniatur, quamdiu ſcilicet viuit filius. Nam eius morte, quia perſonale eſt, extinguitur. V. Pactum à ſeruo factum, ne à ſe petatur, non valet. Ab eo enim peti non poteſt. l. cum ſeruis. de reg. iur. Itaque domino eius acquiretur pacti conuenti exceptio: quæ ſi in rem pactus eſſet ſeruus, acquireretur. Exceptio tamen doli ſubſidiaria hoc caſu dabitur. l. & hæredi. §. 1. VI. Pactū à patre factum, ne à filio petatur, non prodeſt filio, etiam ſi poſtea hæres patri extiterit. l. ſi tibi. §. ſi pactus ſim. Quod eſt accipiendum, vt pacti exceptione directa vtatur. Nam doli exceptio ei deneganda nō eſt. l. & hæredi. §. nos autem. l. quodcunq;. infr. de ver. oblig. Sed ſi pater filio paciſcatur, vt hæredi futuro: quod dum facere intelligitur, cum ſuper ea obligatione paciſcitur, ex qua non poteſt filius, niſi vt hæres conueniri, exceptio pacti ei danda eſt. l. auus. Hoc autem pactum patri, nomine filii conuento, vtile eſt, ſi in paciſcendo id actum ſit, I. ſi timens filii nomine conueniri, eo animo pactus ſit, vt ſibi ipſe proſpiceret. d. l. & hęredi. §. nos autem VII. Pactum factum à procuratore meo, ne à me petatur, mihi prodeſt: ſcilicet vt doli tantum, non etiam directa pacti exceptio detur. l. reſcriptum. §. vl. VIII. Pactū à procuratore meo factum, ne ego petam, mihi non nocet, præterquam in trib. caſib. Primus, ſi mandaui ei, vt paciſceretur. alter, ſi ſit procurator is, qui à Iureconſul. omnium rerum, totorum bonorum, vniuerſorum bonorum dicitur. l. nā & nocere. hic. Quib. verbis dubium non eſt, eum ſignificari compendio ſermonis, cui plena, liberaq; rerum adminiſtratio conceſſa eſt. l. procurator, cui generaliter. procurator totorum bonor. 63. ꝧ. de procuratorib. & defenſorib. l. iuſiurandum. §. vlt. ꝧ. de iureiu. vt alibi fuſius diſſeremus. De quo M. Tul. in orat. ꝓ Cæcinna, Nō alia, ait, ratio iuris in hoc genere duntaxat, vtrum me tuus procurator deiecerit: is, qui legitime procurator dicitur omnium rerum eius, qui in Italia non ſit, abſitve Reipub. cauſa, quaſi quidam penè dominus, hoc eſt, alieni iuris vicarius, aut tuus colonus, &c. Huius tam ampla eſt poteſtas, vt exigere, nouare, aliud pro alio permutare, eaque omnia facere poſſit, quæcunque ad adminiſtrationem magis, quam profuſionem, diſſipationemque patrimonii pertinent. Nam donationis cauſa paciſci non poteſt, ac ne eas quidem res vendere quas diligens, attentuſq; paterfamilias vendere non ſolet, quaſque dominus ipſe veriſimiliter diſtracturus non fuit. l. contra iuris. §. 1. hic. d. l. procurator totorum. l. ſi conſenſit. §. videamus. l. ſicut. §. an paciſci. ꝧ. qui. mo. pig. Tertius caſus eſt, cum quis procurator in rem ſuam conſtituitur, I. cum ei actio mandatur: habetur enim loco domini, vt Paulus ait l. ſed ſi tantum. hic. Sed cur procurator is dicitur, non dominus, cum propria magis, quam aliena negotia adminiſtret? Reſpon. ita ius olim conſtitutum fuiſſe, vt ſolius Prætoris eſſet, actionem alicui dare, non hominis priuati, cui competeret ea actio. Dabatur autem ab eo, directa ſaltem, ex verbis tantum edicti, quo eam propoſuerat, vt exempli cauſa, Edicto ita propoſito, *Quod quis commodaſſe dicetur, iudicium dabo*: Commodatori ſolum actio dabatur, non alii, cuius intereſſet, etiamſi maxime id vellet commodator, ne à verbis edicti recederetur. Itaque ſi quis ius agendi ſibi competens in alium transferre cuperet, imaginaria quadam procuratoris conſtitutione opus erat: vt nomine alieno inſtitui videretur actio. Et licet hodie in extraordinariis iudiciis formularum conceptio non obſeruetur, ideoque ſubtilitas hæc ſuperuacanea ſit. l actio. de neg. geſt. priſcam tamen appellationem adhuc retinemus, procuratorem vocantes eū, qui re vera nihil minus, quam procurator eſt. IX. Pactum tutoris aut curatoris minori prodeſt. l. tutoris. hic. Sed & ſi tranſactionis cauſa non donationis, pactum factum ſit, etiam nocet. l. interdum. §. qui tutelam. ꝧ. de furt. l. pactum curatoris. C. eo. l. tutor. infra de iureiur. X. Curator ſiue adminiſtrator Reipublicæ, aut ciuitatis paciſcendo non magis ei, quam tutor pupillo, obeſſe poteſt. l. Imperatores. hic. l. præſes. C. de tranſact. Eadem eſt cauſa eius, qui ſocietatis, vel vniuerſitatis Magiſter dicitur. l. item Magiſtri. hic. l. actor. infra rem rat. ha. adeo vt inter hunc & procuratorem vniuerſorum bonorum, tutorem pupilli, curatorem adulti, Reipublicæ adminiſtratorem nihil interſit. Et ita accipiendum eſt, quod Vlpianus Magiſtri pactum prodeſſe, & obeſſe ait. Magiſtri autem (inquit Feſtus) non ſolum doctores artium, ſed etiam pagorum ſocietatum, vicorum, collegiorum, equitum dicuntur: quia omnes ii magis ceteris poſſunt. l. quibus præcipua. infra de verb. ſignifi. Aſco. Ped. in Piſo. Quicunque ſtipulando aliis acquirunt, iidem & paciſcendo acquirere poſſunt. l. per quos. hic. Perſonæ publicæ de negociis publicis paciſci poſſunt. l. conuentionum. hic.

Procurator cū libera adminiſtratione quis ſit.

Prætor olim dabat actionem.

De quibus rebus paciſci poſſumus. CAP. IIII.

De re tantum priuata & familiari paciſci licet, vt ſi quis paciſcatur, ne iudicati, incenſarum ædium, depoſiti, furti, agat, ne operis noui nuntiationem exequatur. l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ne vtatur fori præſcriptione. l. pen. C. eod. vt quatenus facere poſſit debitor, eatenus agat. l. ſi quis crediderit. vt ab hærede hæreditatem adituro minus petat. l. iuriſgentium. §. vltim. ne ab hærede ſatiſdationem nomine legatorum ſibi relictorum exigat. l. pactum inter hæredem. Nam & diuus Marcus conſultiſſimus, ſapientiſſimusque Princeps, ipſis rerum experimentis ſe cognouiſſe reſcripſit, ad publicam vtilitatem pertinere, vt huiuſmodi ſatiſdationes teſtatorum voluntate remitti poſſint. l. 2. C. vt in poſſ. leg. Ob eandem rationem valet pactum. Ne iumenti vitioſi, aut morboſi venditor teneatur emptori actione redhibitoria. l. paciſci. hic. Licet enim contra edictum Ædilitium id pactum fiat, ad rem tamen paciſcentis priuatam & familiarem tantum reſpicit. Item, ſi fideicommiſſi onere inuicem grauati ſint filii, reſcripſit Diocletianus, mutuo conſenſu hæc remitti poſſe, quia iuri ſuo renuntiare nemo prohibetur. l. cum proponas. I. C. eo. Simile huic exemplū eſt ex reſcripto Seueri, cum fideicōmiſſum ab hærede relictum eſt, ſi deceſſerit ſine liberis, eique renuntiat fideicommiſſarius, repræſentata ſibi ab hærede, ante ſuſceptos liberos, pecunia. Nam ne liberis quidem poſtea ſuſceptis, quod ita geſtum eſt, irritum efficitur. l. 1. C. eo. Ex eadem regula illud quoque conſequitur: Si inter emptorem, & venditorem conueniat, vt venditor re euicta non teneatur, pactionem ſeruandam eſſe. l. in empt. hic. l. ex empto. infra de actio. empt.

D 2

2 De eo, quod ad Remp. magis quam ad rem familiarem reſpicit, paciſci non poſſumus: vt ſi quis paciſcatur, Ne operis noui nuntiationem, quæ Reipu. cauſa facta eſt, exequatur. d. §. ſi paciſcar. Nam ius publicum priuatorum pactis mutari non poteſt. l. ius publicum. hic. Vnde Vlpian. generaliter ait, *Quoties pactum à iure communi, id eſt, priuato remotum eſt, ſeruari non oportere.* dicto §. ſi paciſcar. l. ſi vnus. §. pacta. Itaque ſi is, cui oppigneratur prædium, paciſcatur cum debitore, vt is onera tributorum agnoſcat, hoc pacto ius fiſcale non conuellitur, tametſi, quod ad paciſcentes attinet, iuſtum: ideoque ſeruandum ſit. l. inter debitorem. l. epiſtola. §. pactum. hic. l. vlt. C. ſine cen. vel reliq.

3 Pactum de re turpi, & inhoneſta, boniſque moribus, ac legibus contraria, factum, nullius momenti eſt. l. pacta quæ contra. C. eo. puta de furto faciendo, vel alio quouis maleficio. Sed & ſi quis paciſcatur cum aliquo, ne ob dolum ſuum, aut furtum teneatur. ſi poſtea admiſſum fuerit, æque reprobatur hoc pactum: cum ſpes impunitatis, illecebra quædam peccati ſit. l. ſi vnus. §. pacta. Diuerſa cauſa eſt eius pacti, quo conuenit, vt ne quod maleficium perpetretur. Nam quod lege cauetur, quæ (vt Demoſthenes ait) conuentio quædam & pactio eſt, l. 2. de legi. cur de eo paciſci hominibus priuatis non licebit? l. non impoſſibile. hic. Si tamen ob eandem cauſam promittatur pecunia, nulla naſcitur obligatio, propter turpitudinem conuentionis. l. iuris gentium. §. ſi ob maleficium. Inter ea pacta, quæ contra bonos mores fiunt, duo præcipue à Iureconſultis memorantur: vnum eſt, pactum de ſucceſſione futura. Apud priſcos enim Romanos turpe, ac impudens habitum eſt, de hæreditate viuentis quenquam ſollicitum eſſe. quod & verſus Horatiani indicant, Sermo. lib. 2. Satyr. 5.

Spes impunitatis illecebra peccati.

Pactum de ſucceſſione futura.

> *Qui teſtamentum tradet tibi cunque legendum,*
> *Abnuere, & tabulas à te remouere memento:*
> *Sic tamen vt limis rapias, quid prima ſecundo*
> *Cera, velit verſu, ſolus multis ne cohæres,*
> *Veloci percurre oculo, &c.*

Talis ergo pactio, quæ hæredipetis captandæ mortis alienæ, & more vulturum cadauer (vt aiunt) expectandi occaſionem præbet: vt odioſa, ac periculoſa, merito legibus improbatur, nec libertatem teſtamenti faciendi auferre poteſt. l. pactum dotali. l. vlt. C. eo. l. ſtipulatio hoc modo, infra de ver. oblig. l. ex eo. C. de inuti. ſtipulat. l. hæreditas. C. de pact. conuen. l. de fideicom. infra de tranſact. l. quidam. infra de dona. l. 2. §. interdum. infra de vulg. Aliud in teſtamento dicendum eſt, quod cum ſecreto fiat, nemine quid contineat intelligente, ſitque ambulatorium, & reuocabile quandiu ſuperſtes fuerit teſtator, abſque periculo hæreditas ea cuiuis defertur. In militibus ſane ad prœlium pergentibus conſtitutum eſt, hoc pactum valere, vt ad ſuperſtitem alterius bona perueniant. Nam voluntas eorum quoquo modo declarata, teſtamenti vim obtinet. l. licet inter priuatos. Alterum pactum eſt, quo Cauſidicus à litigatore litem redimit, conuenitque vt is nomine mercedis certam partem eius pecuniæ, quæ adiudicata fuerit, vel maiorem aliquam ſummam in euentum litis accipiat. l. ſumptus. hic. l. ſalarium. l. ſi remunerandi. §. Maurus. infra mand. Nam hæc pactio Cauſidicis calumnioſe litigandi occaſionem præbet, & iis artibus, ac ſtrophis veritatem oppugnandi, quas homines in foro, ac litibus triti, vt ait Plinius, vel nolentes ediſcunt. Quoties enim ſpes aliqua vberioris quæſtus certa ipſis oſtenditur,

Hæredipeta cur vulturib. ſimiles.

Pactum à quota parte litis.

> *Tunc immenſa caui ſpirant mendacia folles, &c.*

Quod vt veriſſime, ita parciſſime de eiſdem ſcribit Satyricus Poeta, ſi ex noſtris ſeculi moribus ſuperiorum æſtimatio fiat.

4 Ius cognationis aut agnationis pacto tolli non poteſt. l. ius autem agnationis. hic. l. iura ſanguinis. infra de reg. iur. vt, Si quis cum alio paciſcatur, ne eius frater ſit. Eſt enim neceſſaria, ac naturalis hæc coniunctio, quæ ex voluntate, arbitrioque noſtro non pendet. Hinc Iſocrates, Amicitiam conſanguinitate potiorem eſſe demonſtrat, quod hæc ἐκ τῆς ἀνάγκης, id eſt, ex neceſſitate, illa ἐκ τῆς προαιρέσεως, i. voluntate proficiſcatur. Eademque eſt ratio ſententiæ, ſi forte iudex adeo vecors ſit, vt agnationem inter duos exiſtentem ratione aliqua motus dirimat: aliter atque ſi nullam inter eos agnationem eſſe pronuntiet: quo caſu merito ius facit ſententia, & pro veritate habetur. l. ſiue contra. infra de lib. agno. Ac ſicut pacto effici non poteſt, vt is agnatus non ſit, qui agnatus eſt, nec contra, ita etiam vt cohæres ſit aliquis, cui neque ex teſtamento, neque ex lege delata eſt hæreditas, fruſtra cauemus, atque paciſcimur. l. epiſtola. in princ. hic.

Cauſidicorum auaritia et nequitia.

5 Quodcunque pactum in traditione rei factum fuerit, valet. l. in traditionibus. hic. l. legem. C. eo. l. rebus. C. de rer. permu. Excipitur pactum, quo conuenit, vt ei, qui decem mutua dat, viginti debeantur, ſiue id de pecunia numerata, ſiue aliis rebus in pondere, numero, vel menſura conſiſtentibus intelligamus. Re enim non poteſt obligatio contrahi, niſi quatenus datum ſit. l. ſi tibi decem. in princ. hic. l. rogaſti. §. ſi tibi. infra ſi cer. pet. Imo ne ſtipulatione quidem id fieri poſſe exiſtimo: licet vulgo interpretib. diuerſum videatur. Qui enim ita paciſcitur, aut ſtipulatur, totam ſummam, velut ex mutuo debitam paciſci ac ſtipulari videtur. At ſi quis præter rem, quæ mutuo data eſt, aliquid paciſcatur, vſurarum nomine, vel ſtipuletur, in quibus caſibus ſtipulatio eſt neceſſaria, non re, ſed conuentione contrahitur obligatio: nec dubito, quin ea acceſſio peti poſſit. Item excipiuntur pacta de his interpoſita, quæ noſtra non intereſt fieri: veluti ne per fundum tuum eas, ne ibi conſiſtas, ne inuito me alienes, ne mortuum in eo ſepelias. l. nemo. hic. l. quoties. infra de ſeruit. Verum vbi intereſt paciſcentis, quod res futura ſit ei vtilis, aut certe vſui eſſe poſſit, ſeruanda erit conuentio. l. vltim. C. de pact. inter empt. l. venditor. infra commu. præd. l. ſi creditor. infra de diſtract. pig. l. ei fundo. infra de ſeruit. Quid enim ſi paciſcar, fundum me inuito non alienari, ne malus mihi contingat vicinus, qui interdum hominib. plurimum incommodi afferre ſolet. dicta leg. vlt. vt enim inquit Heſiodus in libro ἔργα καὶ ἡμέραι inſcripto,

> Μηδ᾽ ἂν βοῦς ἀπόλοιτ᾽, εἰ μὴ γείτων κακὸς εἴη.

Cuius dictum non minus, quam Themiſtoclis factum, laudatur, qui fundum venditurus, vicinos bonos eum habere proſcripſit. Ceteras exceptiones prætermittimus, quæ ex iam dictis facile colligi poſſunt.

Quomodo paciſcendum ſit. CAP. V.

IN primis videndum eſt, ne dolo malo pactum fiat. l. iuris gentium. §. prætor ait. hic. l. cum poſtea quam. C. eo. Secundo loco, vt à forma legibus præſcripta non recedatur. Itaque pactum de pecunia non petenda, à pupillo factum, ſine tutoris auctoritate ratum non eſt. l. contra. hic. ſicut nec tranſactio de alimentis teſtamento relictis, ſine Prætoris decreto. l. cum hi. infra de tranſact. Præterea cum hæres ante aditam hæreditatem paciſci vult, vt minus, quam debitum ſit, eis ſoluatur, alioqui non aditurus hæreditatem, forma Diui Marci reſcripto data, quam Vlpianus, Papinianus, Paulus eleganter declarant, ſeruanda eſt, l. iuris gentium. §. hodie. l. maiorem. l. ſi plures. l. reſcriptum. hic. An autem pactum in ſcripturam redigatur necne, nihil intereſt. l. pactum quod bona fide. C. eod.

De effectu, & poteſtate pactorum. CAP. VI.

1 PActum non parit actionem. Intellige ſi ſolum, ac nudum ſit. Nam ſi pacto acceſſerit ſtipulatio vel traditio, aliaue iuſta cauſa, actio dabitur. l. iuris gentium. §. ſed cum nulla. l. diuiſionis. l. ſi intra, hic. l. debitori. l. ſi paſcenda. l. legé. l. petens. l. cum proponas. 2. C. eo. Cauſa ceſſante, nulla competit actio, niſi lege confirmatum ſit pactum, vel poſt contractum bonæ fidei ſtatim interpoſitum ſit. l. legitima. l. iuriſgentium. §. quinimo. l ſi tibi. §. de pignore. hic. l. in bonæ fidei. C. eo. Quod adeo verum eſt, vt ſi certis annis quod nudo pacto conuenerat, datum fuerit, nihilo magis competat actio. l. ſi certis annis. C. eo.

Quod pactum non parit actionem.

2 Ex pacto licet actio non naſcatur, naſcitur tamen exceptio. dict. leg. iuris gentium. §. ſed cum nulla. In cuius locum ſuccedit nonnunquam exceptio doli. l. reſcriptum. §. plerunque. leg. ſi cum emptore. hic. & vtraque actionem inutilem, atque ineffic acem reddit. l. nihil refert. infra de regulis iur. Proinde eum, qui liti de prædio motæ renunciauit, cauſam finitam inſtaurare non poſſe, certi iuris eſt, niſi dolo aduerſarii circumuentus fuerit. l. poſtquam liti. l. cum poſtea. C. eo.

Pactum quod non parit actionem, parit exceptionẽ.

3 Quod

3 Quod autem dicitur, pactum exceptionem parere: non de quouis pacto, ſed de eo, quod de non petenda pecunia interponitur, alioue ſimili accipiendum eſt. Nam ſi pactus ſim tecum, vt fundum meum, quem poſſides, Titio tradas: Proculus reſpondit, vindicantem me eum fundum à te non aliter exceptione conuentionis excludi, quam ſi iam à te traditus ſit, &c.l.ſi cum fundum. hic. Ceterum etſi ex pacto non detur actio, pœna tamen, ſi placitum non ſeruetur, promiſſa per ſtipulationem peti poteſt, ſi quis ita agere, quam agenti exceptionem obiicere maluerit.l.reſcriptum.§.ſi pacto.hic l.ſi pacto.C.eo.

Nudo pacto dominium nō transfertur.

4 Nudo pacto dominium rei in alium transferri non poteſt. Ideo ſi quis vendat rem pacto adiecto, vt emptor ſtatim eius rei dominus fiat, id pactum nullius momenti eſt, quantum ad dominii translationem attinet. l.traditionibus. C.eo.

5 Pactum ipſo iure actionem, aut obligationem non tollit. §. præterea.Inſtitut. de except. Nam ipſo iure, id eſt, iure ciuili, ac pop. Romani lege certi obligationum tollendarum modi comparati ſunt, veluti ſolutio, acceptilatio, nouatio. tit. quib. modis tol. oblig. Inſtitut.l.obligationem fere.infra de act. & obligat. In hunc vero numerum non refertur pactum, nec vlla lex de pacto Romæ lata eſt, ſicut de ſtipulatione, vt fuſius ſupra à nobis demonſtratum eſt. Hinc dicitur, in ſtipulationib.ius verſari, cum in pactis nudum tantummodo factum abſque iure ciuili verſetur.l.ſi vnus.§.pactus. hic.l. nec ſeruus.infra de pecu. Itaque fieri non poteſt, vt ipſo iure, ſeu iure ciuili obligationem tolli pacto recte dicamus. Quod cum ita ſit, is, qui pactus eſt ne petat, ipſo iure nihilo magis petere, atque agere prohibetur: ſed iure Prætorio (quod ſubſequitur, emendat, & ex bono & æquo interpretatur ius ciuile) inhibetur, vt iniqua eius petitio: idque fit exceptione data: quia Prætor actionem denegare non auſus, ne aperte legis auctoritatem conuellere videretur, conditionem, ſeu exceptionem addit ex iuriſdictione ſua, extra quam ſi pactus ſit, &c. Ac ſi ad effectum reſpiciamus, huius exceptionis vi, omnino inutilis, & inefficax remanet obligatio: adeo vt ei, qui ita pactus eſt, abſque errore tamen, mora nulla fieri intelligatur.l.ſi cum te.l.ſi pactus ſim.hoc tit. Hinc Cicero pacta ſic iuſta eſſe ait, vt iuri præſtare dicantur. Prætor ſi quidem eum, cui ius ipſum aduerſatur, exceptione pacti conuenti nihilominus tuetur. Excipiuntur aliquot caſus, in quibus non tantum iure Prætorio, ſed ipſo etiam iure, per pactum tollitur obligatio, veluti ſi ſuper ea obligatione interpoſitum ſit, quę ſolo conſenſu contrahitur. Contrario enim conſenſu eam diſſolui æquum eſt, modo res adhuc ſit integra, nec tali obligationi acceſſerit ſtipulatio.§. vltim.Inſtitut. quibus mod.tol.obligat.l.iuriſgentium.§.adeo.l. emptor.in princip. l.ab emptione.hic. Item actio furti, atque iniuriarum ipſo iure per pactū tolluntur.l.ſi tibi.§.ſi quædam.l.ſi vnus.§.pactus.quoniam id lege veteri, quæ ipſum ius ἐμφατικῶς appellatur, diſertè cautum, atque expreſſum fuit.

6 Sed quæritur, pactus ne peteret, poſtea conuenit vt peteret, vtrius pacti maior poteſtas erit? Nam conſtat ex iam dictis, ipſo iure neutrum quicquam virtutis habere: ideoque prius pactum per poſterius ipſo iure non elidi, ſiue tolli. Verùm quia æquitas ſuadet, nouiſſimam conuentionem ſeruari debere: ad Prætoriam iuriſdictionem recurrendum erit, & replicatione poſterioris pacti exceptio prioris elidetur, vt Paulus ait l.ſi vnus.§.pactus.hic.l.pacta nouiſſima.C.eo. Eadē eſt ratio fideiuſſoris, ſi quis cum eo (vti dictum eſt) pactus ſit, quę & rei principalis. d. §.pactus. verſic. eadem ratione. Alioqui paciſcente reo ſolo vt petere liceat, vtilitas prioris pacti ſemel quæſita fideiuſſori non aufertur.l.vl.vt hic. Nec mirum eſt, ſi actio ea, quæ pacto extincta non fuit, ſed tantum ab eo impedita, ne vim ſuam exerceret, eliſo pacto, ſummotoque impedimento conualeſcat. Quare in iis pactis, quæ actionem ipſo iure tollunt, de quibus ſupra diximus, aliud dicendum eſt, id, quod idem Paulus ſubtiliter, & eleganter explicat d.§. pactus.

Pactum generaliter conceptū quid operetur.

7 Pactum generaliter conceptum in omnibus nocet, licet ea ſpecialiter expreſſa non ſint. Vnde pactus ne hæreditatem petat, nullam rem hæreditariam petere poteſt. leg. ſi vnus. §. item ſi pactus. Hoc accipiendum eſt niſi veriſimiliter aliud actum eſſe appareat: vt ſi poſt computatam accepti, & expenſi rationem, adſcripta ſit epiſtolæ ſiue cautioni hæc clauſula: *Si quod inſtrumentum a te emiſſum, cuiuſcunque ſummæ, ex quacunque cauſa apud me remanſerit, vanum & pro cancellato habebitur.* quamuis hæc verba generalia ſint, tamen ex coniectura voluntatis paciſcentium ceteræ obligationes manent in ſuâ cauſa, quæ ad expenſa acceptaque non pertinent.l. emptor. §. Lucius. hic. Præterea inter cohæredes facta diuiſione, & interpoſito inſtrumento, quo cautum eſt, nihil commune remanſiſſe: ſi ab vna ſubtracta ſit, ceteris ignorantibus, pecunia, cuius in inſtrumento nulla ſit facta mentio, generalis pacti conuenti exceptio doli replicatione eliditur.l.tres fratres.hic.

8 Pactum de vna re factum ad aliam non porrigitur.d.l.ſi vnus.§.ante omnia. Proinde ſi conuenerit, ne dominus à colono petat, colonus à domino nihilominus petere poteſt.l.ſi conuenerit.hic. Item ſi cum mihi viginti deberes, pepigerim, ne decem petam, reliqua decem à te petere non prohibeor.l. ſi vnus.§. ſi cum mihi. Sed & ſi cum eo, qui mihi hominem debet, paciſcar, ne Stichum petam: alium hominem petenti non nocet exceptio: tametſi in eo, qui ſtipulatus eſt decem, aut Stichum, deinde pactus ne decem petat, aliud reſponſum ſit.dict.leg.ſi vnus.§.ſed ſi ſtipulatus. Quod ſi pactus ſim, ne hæreditatem, aut fundum petam: ſingulas res hæreditarias, aut vſumfructum fundi petere non poſſum, quia non aliam rem, ſed eandem petere videor.

9 Pactum cum reo factum ad tempus, vltra illud neq; reo, neque fideiuſſori prodeſt.l.ſi vnus.§.ſi cum reo. *Pactum ad tempus quid operetur.*

10 Pactum factum cum vna perſona, ad aliam non extenditur.dict.leg.ſi vnus.§.ante omnia.l.actionem.C.eo. Itaque debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli, nec mutari poteſt, vt Diocletianus reſcripſit l. tale.§. poſt diuiſionem. hic.l. debitorum.l. pacto, C.eo. Item ſi vnus ex duobus reis ſtipulandi, vel argentariis ſociis pactus ſit cum debitore de non petenda pecunia, alteri non nocebit.l. ſi vnus.in princip. interdum tamen pactum aliis præter paciſcentes nocet, vt puta, Si maior pars creditorum, ſeruata reſcripti forma, paciſcatur cum hærede de certa parte debiti non petenda, quia alioqui hæreditatem aditurus non erat. Nam hæc conuentio ceteris diſſentientib. obeſt.l.& ſuum.§.vltim.cum leg.ſeq.hic. Cui per quam affine eſt quod Scæuola reſpondit, *Cum res in eo ſtatu eſſet, vt pupillus ab hæreditate patris abſtineret: tutorem, qui cum creditoribus pupilli decidit, vt certam portionem acciperent, eadem parte contentum eſſe debere.* l. cum eo. hic.l.cum hæreditas.infra de admi.tut. Sunt & alii caſus, qui ex iam dictis obſeruari poſſunt.ſupra cap. 3. l. ſi cum emptore.cum ſimil. Vt autem commodius tradantur, quæ ad hanc regulam pertinent, pacta in rem, ab his, quæ in perſonam concipiuntur, diſtinguemus. Igitur pacta in rem ad hæredes tranſeunt, proſuntq; omnibus, quorum obligationem diſſolutam eſſe eius, qui paciſcebatur, intereſt.l. tale.l.& hæredi. §. vlt. Itaq; debitoris pactum prodeſt fideiuſſori: quia ipſius intereſt, à fideiuſſore pecuniam non peti, ne poſtea actione mandati, ab eodem conueniatur. Ex quo apparet, ei, qui donandi animo fideiuſſit, pactum debitoris, vtpote cuius nihil intereſt, non prodeſſe.l. quod dictum.hic. Eadem ratione fit, vt fideiuſſoris conuentio nec reo, nec confideiuſſorib. profit. Sed finge καθ᾽ ὑπόθεσιν reum fideiuſſoris conſanguineum aut intimum amicum eſſe, cuius opes non minui fideiuſſoris magnopere intereſt: cum ſi egeat, eiſdem iuuari, ſuſtentarique poſſit, κοινὰ γὰρ τὰ τῶν φίλων, vt ait Euripides. In hac ſpecie, an conuentio fideiuſſoris proficiat reo, quæri poteſt? Et reſponſum eſt, non proficere. Nam quod ante diximus: Pacta omnib. proficere, quorum obligationem, &c. ſic accipiendum eſt, ſi conuentio principaliter ei qui pactus eſt, proficiat: non ſi quoquo modo interſit. Et hic eſt ſenſus verborum Pauli, quæ in Codice Norico non recte punctis diſtincta eſſe arbitror. l.fideiuſſoris.hic.

Quod ad pactum perſonale attinet, animaduertendum eſt, cum perſona id extingui, nec ad hæredem tranſire. Sed nec ad alium quemuis producitur, niſi ad ſingularem ſucceſſorem, puta emptorem, aut donatarium, quamdiu viuit is, qui pactus eſt.l.ſi tibi.§. ſi quis.§.pactum.l.& hæredi.§. 1.l. idem in duob.§. 1.l. epiſtola.§.vlt.l.qui in futurum.§.vlt.hic.

Excipe, niſi contra paciſcentium voluntatem veriſimiliter id fiat, vt cum pater in dote conſtituenda filiæ ſuæ pactus eſt, vt ea ſine liberis defuncta dos fratri ſuo redderetur, quem ſibi hæredem fore ſperabat. Nam ea conuentio liberis præter ſpem à ſocero ſuſceptis, & hæredib. inſtitutis, proderit. l. tale. §. vlt.

Pacti taciti quæ vis. Pacti taciti eadem eſt virtus, quæ expreſſi. Iſtius regulæ aliquot exempla 2. cap. collegimus: quibus & alia quædam non inutilia accedere poſſunt, veluti: Si quis pecuniam ab vno ſtipuletur, quam alius debet: videbitur enim tacite paciſci cum debitore, ne ab eo petat: niſi forte ſtipulatus ſit ſub conditione quod ſibi pure debebatur, & ea conditio non extiterit. Idque etiam tum procedit, cum à ſeruo quis ſtipulatur, qui iuſtam intercedendi cauſam habet: quo caſu dominus de peculio poteſt conueniri, alias non poteſt. Nam licet dominus ex contractu ſerui, quatenus eſt in peculio, recte conueniatur, ex fideiuſſione tamen, cuius merito veteres, vt ſcribit Plutarchus περὶ τῆς ἀδολεσχίας, noxam comitem eſſe dicebant, non tenetur. l. in perſona. §. qui pecuniam. *Fideiuſſionis comes noxa.* Præterea ſi creditores hæreditarii actiones ſuas aduerſus emptorem hæreditatis inſtituerint, iiq; venditorem poſtea conueniant, exceptione taciti pacti ſubmouebuntur. l. 2. C. eo. Eadem exceptio & creditoribus iis obſtat, qui debitores in ſolidum obligatos pro ſua quenque perſona ſoluentes admiſiſſe probantur. l. ſi creditores. C. eo.

Pactum ambiguum, vel obſcurum, in contrahenda emptione, aut locatione, contra venditorem, aut locatorem interpretandum eſt. l. veteribus. hic. Et quanquam vulgo interpretibus idem dicendum videatur in emptore & conductore, ſi forte legem dixerint contractui, tamen ex verbis Vlpia. ſub titu. de diuerſis regulis iuris antiqui, luce clarius apparet, veteres iuris auctores hac in re ēptori, ac conductori magis, quā venditori, aut locatori fauere voluiſſe. l. in contrahendo, ſ. de reg. iur. l. cum in lege. de contrah. emp.

IN EVNDEM TIT. DE PACTIS COMMENTARIVS.

1. *VLPIANVS LIB. IIII. AD edictum.*

HVIVS edicti æquitas naturalis eſt. Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea ſeruare, quæ inter eos placuerunt.

Edictum, quod de pactis conuentis à Prętore propoſitum eſt. l. iuris gentium. §. prætor. inf. interpretaturus Vlpia. more ſuo ab ipſius commendatione incipit. Cum enim æquitatem à nulla iuris ciuilis parte ſeiungi oporteat, merito Prætoris conſilium laudatur, quod in hoc edicto proponendo æquitatem ſpectauerit. Ea autem partim naturalis eſt, partim ciuilis. l. 1. infra ſi quis teſt. lib. eſſe iuſſ. l. bona fides, infra depo. Naturalem vocamus iudicium quoddam rationis, ac veluti legem de iuſtis, atque iniuſtis, à natura omnium hominum mentibus inſcriptam, cui ſponte ſua homines, etiam imperiti, ſine vlla probatione, aut doctrina, aſſentiuntur. Ex quo genere (gratia exempli) hæc ſunt: *Neminem lædere, Suum cuique tribuere, Fidem alteri datam ſeruare, Bene merentibus gratiam habere.* *Duplex æquitas.* Sicut enim naturaliter lumen oculis noſtris inditum eſt, quo res corporales cernimus, ita notiones quaſdam, & vt Græci dicunt, κοινὰς ἐννοίας, καὶ προλήψεις, noſtris mentibus impreſſit natura, quibus hæc, aliaque huiuſmodi iuſta, & honeſta eſſe agnoſcimus. Sed & eadem natura ad vitæ communionem, ſocietatemq; nos impellit, quæ ſine his retineri conſeruariq; non poteſt. Cuius rei cauſas luculentius docet atque explicat Philoſophia. Ciuilis ęquitas probabilis quædam ratio eſt, non omnibus hominibus naturaliter cognita, ſed paucis tantum, qui prudentia, vſu & doctrina præditi didicerunt, quæ ad ſocietatis humanæ conſeruationem ſunt neceſſaria. Et hæc quidem licet à priore illa nonnihil recedere videatur, eam ſubſequitur tamen, eique maxime eſt conſentanea. Id quod non intelligentibus mirum fortaſſis videri poteſt. Dabo igitur operam, vt exemplis his, quæ paſſim vnicuique legenti obuia ſunt, id breuiter & dilucide oſtendam. Æquitati naturali conueniens eſt, omnes homines liberos eſſe, ac neminem cum alieno incommodo locupletiorem fieri. Seruitus tamen, & vſucapio, receptæ & legibus cōprobatæ ſūt. Quarum altera libertas adimitur hominibus, altera fortunæ, & poſſeſſiones auferuntur. leg. manumiſſiones. ſupra de iuſt. & iure. leg. prim. infra de vſucap. & toto titu. Similiter ratio naturalis dictat, vt bene merentibus gratiam habeamus. l. ſi lege. §. conſuluit. infra de pet. hæred. vt fidem, veritatemque colamus. hic. & leg. prim. infra de conſtitut. pecu. Iure ciuili tamen neque aduerſus ingratum, neque aduerſus eum, qui pacto ſeſe aſtrinxit, vlla competit actio. An hæc iura, aliaque huiuſmodi ab æquitate naturaque omnino abhorrere dicemus, vt Gorgias apud Platonem ait? Minime vero: alioqui malas atque improbas leges eſſe fatebimur. Nec enim alia inquit Cicero de legibus lib. 1. niſi naturæ norma, bona lex à mala diuidi poteſt. Itaque ſciendum eſt, huius iuris, ſeu æquitatis naturalis permultas eſſe regulas, quarum hæc ſuprema eſt, Societatem ciuilem colendam, ac ſeruandam eſſe. Cæteræ de quibus ſupra diximus, inferiores ſunt, quæ ab ea ſumma interpretationem capiunt. Et quoties contingit has caſu collidi, atque euentu (nam genere ipſo inter ſe non pugnant, &, vt Fabius loquitur, vna alteri ipſo iure nunquam eſt contraria) ſic eas interpretamur, vt inferior cedat ſuperiori. Hinc illud Cicero. lib. 3. de legibus, *Salus populi ſuprema, lex eſto.* Id in vſucapione animaduerti poteſt. Non enim naturali æquitati conueniens eſt, vt quiſquam locupletior fiat cum incommodo alieno. leg. nam hoc natura. infra de condict. indeb. At ex diuerſo obiicitur, eius æquitatis obſeruationem, communi vitæ ſocietati (cui lege naturæ mortales omnes inſeruire iubentur, cuiuſque conſeruatio legum omnium, & Rerum publicarum eſt finis) aduerſari. *Cōſeruatio ſocietatis legum omnium & rerū pub. finis.* Nam ceſſante huiuſmodi acquiſitione, incertus ſemper erit poſſeſſor, an res quam forte ab alio emit, ſua ſit, nec ne. Et quia verebitur, ne quando vetus dominus eam ſibi auferat, rei ſuæ curam abiiciet, eamque tandem perire ſinet. Theoph. in initio titu. de vſucapio. Cum ergo huic malo facile medeatur vſucapio. leg. prim. infra de vſucap. & ad lites minuendas magnopere pertineat. l. vltim. pro ſuo (quam ideo Mar. Tullius finem ſolicitudinis vocat, ac periculi litium) conſtat à natura alienam non eſſe, & qui eam primi omnium introduxerunt, regulam illam iuris naturalis non violaſſe, quæ cum alieno detrimento nos locupletari vetat, ſed eam potius ita interpretatos fuiſſe, vt ne ab alia ſuperiore lege diſcederetur. Hanc autem vſucapionis æquitatem ciuilem potius, quam naturalem dicimus, *Quæ æquitas vſucapionis.* quia licet naturæ conſentanea ſit, tamen dominiorum incertitudinem vſucapione tolli, eamque publicæ vtilitati aduerſariam eſſe, non cuiuis mortalium natura inſitum eſt, ſed ciuilibus tantum hominibus, prudentibusque, & eruditis compertum. Suffragatur noſtræ ſententiæ Tryphon. qui lib. 9. Diſputationum. dicta leg. bona fides. demonſtrare volens, in æquitate iudicanda, non merum ius gentium ſine præceptis ciuilibus, & prætoriis ſpectandum eſſe, neque vnius perſonæ, ſed & omnium circumſtantiarum rationem eſſe habendam: appoſitiſſime duobus exemplis vtitur, quorum alterum hic referre opportunum duximus: *Latro ſpolia mihi abſtulit, depoſuitque apud Seium, inſcium de malitia deponentis: Vtrum latroni, an mihi reſtituere Seius debeat? Si per ſe dantem* (inquit) *accipientemque intueamur: hæc eſt bona fides, vt commiſſam rem recipiat is, qui dedit. ſi totius rei æquitatem, quæ ex omnibus perſonis, quæ negotio iſto continguntur, impletur: mihi reddēda ſunt, quæ facto ſceleratiſſimo adepta ſunt. Et probo hanc eſſe iuſtitiam, quæ ſuum cuique ita tribuit, vt non diſtrahatur ab vllius perſonæ iuſtiore petitione.* Hęc ille. Ex quibus perſpici poteſt, hanc æquitatem ciuilem, naturalis illius æquitatis (quæ generalior eſt) ſpecialem quandam explicationem eſſe. Vnde Vlpianus l. ius ciuile. ſupra de iuſtitia & iure. recte ius ciuile à iure naturæ, vel gentium, in totum non recedere ait: æmulatur enim ius naturæ, ac veluti nautæ ad cynoſuram reſpiciunt, ad eamque ſuum dirigunt curſum, ita ciuilis omnis conſtitutio naturam ducem ſpectat, atque inſequitur. *Ius ciuile æmulatur ius naturæ.* Sed quia iuri naturæ interpretationem addit ex his, quæ non naturæ ſolo inſtinctu, ſed ingenio, prudentia, vſu, ad communem humani generis vtilitatem per-

pertinere deprehenſa ſunt: ideo non per omnia ſeruire ei dicitur: vt veriſſime, & ſapienter dictum ſit ab Horatio, Naturam ſolam iuſtum ab iniuſto ſecernere non poſſe. Sic cum à natura magiſtra primum didicerint homines, fidei obſeruationem tum per ſe honeſtam eſſe, tum ad ſocietatem inter eos tuendam, ac retinendam, rem omnium maxime neceſſariam: qui tamen in Repub. verſati ſunt homines prudentes, & vſu periti, facile iudicarunt, ſi quam quiſque fidem dederit, eam paſſim, & ſine vllo delectu præſtare cogatur, id maximo eiuſdem humanæ ſocietatis incommodo ceſſurum: infinitis enim pactionibus, ac promiſſionibus mutuis abundat vita ad quas obſeruandas ſi iure publico homines adigerentur (vt ſunt mores) nullus eſſet litium ac controuerſiarum modus. Minuendarum igitur litium cauſa, quæ ſocietatem eam magnopere turbant, iuri naturæ commodam interpretationem quærere neceſſarium fuit. Itaque ſelectæ ſunt certæ conuentiones, quaſi ad vitam præ ceteris neceſſariæ: quas lex ſeruari iuberet, ac renitentem actione data compelleret, l. iuris gentium. in princ. infra, eo. Reliquæ iuris ciuilis auxilio deſtitutæ remanſerunt, neq; vlla earum nomine prodita eſt iure ciuili actio, ſed ideo proſunt ad exceptionem, & retentionem, quod eas res non adeo legis auxilium requirat, ſoloque naturali, ſeu gentium iure contenta ſit. Huc accedit, quod ſupradicta ratio hic ceſſat; quoniam is qui ab alio conuentus, pacto ſe tuetur ne ſoluat, non cupit contendere cum aduerſario quinimo lites, & iudicium ſe fugere apertiſſime oſtendit. Eadem vtilitas ſuaſit, vt ne aduerſus ingratum daretur actio: tametſi ad renumerandum naturaliter obſtrictus ſit. Id enim in legem non cadere, cum aliis pleriſque rationibus, tum hac maxime comprobat Anneus Seneca: Quod huic vni legi omnia (vt ipſe ait) fora vix ſuffecerint: nullo non conquerente, & ingratitudinis alium accuſante. Sed argumento occurrendum eſt, quod mihi inter diſputandum à quodam noſtri ordinis viro perquam erudito non ſemel obiectum eſſe, memoria repeto. Id autem eſt, inter iuris præcepta hoc nominatim referri ab Vlpiano, *vt honeſte viuatur.* l. iuſtitia. ſupra de iuſti. & iur. Quod verbum latiſſime manat, & omnem prope de ciuilibus moribus Philoſophiam complectitur. Verum ego ea Vlpiani verba non eo pertinere exiſtimo, vt quidquid honeſtum eſt, id iure præcipi: ſed vt quæcunque iure ciuili conſtituta ſunt, ad ea præcepta pertinere, ex eiſque profluxiſſe demonſtret. Et ſane multa leges ipſæ, vt honeſta, ac laudabilia ſuadent, quæ non imperant. l. 1. de peric. & commo. rei vend. tamen nec pœnam non parentibus irrogant. quod perditorum hominum vitiis cogendo non ſemper mederi queant: probos vero ipſa honeſtas ſatis commoueat. Vnde Valeria lex, cum prouocantem cædit vetuiſſet, ſi quis contra feciſſet, nihil vltra, quam improbe factum adiecit. Id (qui tum pudor hominum erat) inquit Liuius, legis vinculum ſatis validum eſſe viſum: nunc vix ſeruo ita quiſquam minetur. Et hæc quidem hactenus de æquitate naturali, & ciuili, quæ nos ἀμαθέστερον ἢ σαφέστερον exequi voluimus, vt rem obſcure ab aliis tractatam, aliquanto dilucidius explicantes, iuuentuti iuris ſtudioſæ ad grauiſſimas diſputationes, quæ ſine his intelligi nequeunt, viam muniremus. Nec enim vlla pars iuris ciuilis hac æquitatis diſputatione vacat, & in controuerſiis obſcurioribus iudicandis ea ſemper gnomonis vice debet eſſe, ac merito commendatur à Cicerone Sulpicius, quod iuris ciuilis rationem nunquam ab æquitate ſeiunxerit, & ita ſe iuſtum, atque æquum præſtiterit, vt natura magis, quam diſciplina conſultus videretur.

Lites ſocietatē humanam turbant.

Aequitatis ratio in iure præcipua.

Hinc recte annotant plerique, ex omni pactione, quamlibet nuda & ſimplici, naturalem naſci obligationem; quæ licet actionem nullam producat, exceptionem tamen parit. l. iuris gentium. §. ſed cum nulla. infra eodem. indebiti repetitionem impedit. l. fideiuſſor obligari. infra de fideiuſ. ad compenſationem quoque, & nouationem prodeſt. l. etiam. infra de compen. leg. 1. infra de nouat. ac multos alios effectus habet, quos ex Barto. & Iaſ. in l. ex hoc iure. de iuſti. & iure. commentariis facile diſces. Nihil enim magis ſecundum naturam eſt, quam fides, id eſt, dictorum conuentorumque (vt ait Cicero lib. 1. offic.) conſtantia & veritas. Et obligationem naturalem, ſola naturali æquitate ſuſtineri, eademque ceſſante diſſolui, Paulus Iureconſul. auctor eſt. l. Stichum. § naturalis. infra de ſolu. l. ſi noxali, ȷ́. de pecul. Nec nos mouere debet, quod apud Iureconſultos, ex pactione nuda nullam conſtitui obligationem, & permutationem ex re tradita initium præbere obligationi legamus. l. iuris gentium. §. ſed cum nulla. l. 1. infrà de rerum permut. Quibus in locis obligatio ad agendum efficax eſt accipienda, ciuilis nempe, quæ iuris gentium improprie dicitur, non naturalis, quæ infirmior eſt: quæque non proprie obligatio, ſed καταχρηστικῶς appellatur. d. l. fideiuſſor. Nam & obligationis definitione à Iuſtiniano prodita, ea demum obligatio contineri videtur, cum videlicet *Iuris vinculū eſſe*, ait, *quo neceſſitate adſtringimur alicuius ſoluendæ rei, &c.* §. 1. Inſtit. de obliga. Cui conſentaneum eſt, & quod idem tradit, Obligationem omnium ſummam diuiſionem in duo genera diduci, omneſque obligationes aut ciuiles, aut prætorias eſſe. Ciuileſque vocat, quæ aut legibus conſtitutæ, aut certo iure ciuili comprobatæ ſunt. Prætorias, quas Prætor ex ſua iuriſdictione conſtituit. De naturalibus verò obligationibus mirum in eo loco ſilentium, quaſi ne obligationis quidem vocabulo dignæ videantur: quibus non adeo quiſquam obſtringitur, vt inuitus agi, id eſt, duci in iudicium poſſit. Inde enim Actionis appellatio orta eſt. Et, vt Theophi. verbis vtar in tit. de actio. in princ. παρὰ τὸ ἄγειν τοὺς ἀγωνιζομένους εἰς τὸ δικαστήριον. Qui vero à nobis in hac re diſſentiunt, illud ſentire videntur, iure gentium, quod etiam naturale appellatur, pactiones quaſdam certas ex quibus homines obligarentur, ad ſoluendumque cogerentur, introductas eſſe: quod licet omnem pactionem ſeruari natura æquum ſit, quaſdam tamen ad communem hominum ſocietatem tuendam magis neceſſarias eſſe, homines prudentes iudicarint. Nec enim nouum eſt, vt ab eo, quod eſt natura iuſtum, humanis conſtitutionibus & decretis neceſſitatis cuiuſdam, vtilitatisve cauſa recedatur. Id quod in ſeruitute perſpicimus, quam contra naturalem æquitatem iure gentium introductam eſſe conſtat. Et hoc ſenſu intelligenda eſſe cenſent Iureconſulti verba, *Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, &c.* l. cum amplius. infra de reg. iuris. Sed & ex eiuſdem Vlpiani verbis colligunt, in l. iuris gentium. in prin. infra eo. apud omnes gentes, nedum apud Romanos, pactiones, ſeu conuentiones non eiuſdem poteſtatis fuiſſe. Quod etſi probabiliter dicatur, (non enim veriſimile eſt de quacunque promiſſione, temere fortaſſis effutita, iudicium reddi ſolitum: cum ea res plurimum habeat incommodi, & nihil aliud quam litium inter homines, contentionumque ſit ſeminarium) neque tamen id ex verbis Vlpiani recte colligitur: neque vel minimum noſtræ refragatur ſententiæ. Non enim iure gentium conuentiones nudas à ceteris diſtinctas eſſe ait: ſed quæ iure gentium introductæ ſunt, eas Romano iure partim ad actionem, partim ad exceptionem prodeſſe. Cæterum obligationem naturalem non ad ius gentium modo, verum etiam ad naturale illud vetuſtius referendam eſſe credimus. Ac quoties de hac obligatione quæritur, inſpiciendum potius quid naturali rationi, & æquitati (quæ, vt ait Fabius, optimo cuique notiſſima eſt) congruum, quam quid hominum conſenſu, & auctoritate conſtitutum ſit. l. nam hoc natura. de condi. indeb. d. l. ſi noxali. Vnde ſi id, quod dominus ſeruo debuit, manumiſſo ſoluerit, repetere non poſſe Trypho. ſcribit, quia naturale agnouit debitum. Nec ad rem pertinere, quod obiici poſſet, non modo iure ciuili, ſed etiam gentium ſeruitutem comparatam eſſe, ideoque videri non modo non ciuilem, ſed ne naturalem quidem obligationem inter dominum, & ſeruum poſſe conſiſtere. *Vt enim*, inquit, *libertas naturali iure continetur, & dominatio ex gentiū iure introducta eſt: ita debiti, vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda eſt.* l. ſi id quod dominus. de condict. indeb. Neque aliud ſenſiſſe Paulum Iureconſultum, cum *natura eum obligatum eſſe*, ait, *quem iure gentium dare oportet*, verba ſequentia ſatis arguunt: *cuius fidem ſecuti ſumus.* quibus (niſi fallor) ſignificat, quiſquis fidem dat alteri, ſeſe aliquid daturum, vel facturum, eum natura obligari. Eodem ſpectat & quod apud Vlpianum legitur, *Vſuras ex pacto naturaliter deberi.* l. in his. §. Imperator. infra de ſolut. Et pleraque item alia, quæ nos, quod in aliorum ſcriptis reperiantur, conſulto prætermittimus.

Quid operetur nuda & ſimplex pactio.

Quid ſit fides.

Obligatio quid.

De quacunque promiſſione iudicium non redditur.

Admonet hic locus, vt quæſtionem diu, multumque agitatam tractemus, *An fides hoſti ab homine priuato data ſit ſeruanda?* Quæ quidē diſputatio eo mihi difficilior futura eſt, quod

An fides hoſti data priuato, ſit ſeruanda.

ab omnibus fere interpretibus, qui à trecentis annis in ius ciuile commentarios ediderunt, diſſentiendum mihi eſſe video. Quorum celeberrimi quique non modo ſeruandam eſſe negant: verumetiam (quod longe eſt admirabilius) omnino violari debere contendunt: vt Bart. §. ceteri. in l. conuentionum. infra eodem. Zaſius contra Eckium. Neque adeo tantum mihi diſplicet hæc ſententia, quod veterum exemplis inſtitutiſque repugnet, & grauiſſimis philoſophorum opinionibus iam olim erudite ſit confutata: vt refert Cicero lib. 3. Offi. iorum : & Gellius lib. 7. cap. 10. cum permulta eorum monumentis contineri videamus, quæ licet ratio, honeſtasque fieri iubeat, legibus tamen & iure ciuili non præcipiuntur. Quam anguſta innocentia eſt (inquit Seneca) ad legem bonum eſſe, quanto latius patet officiorum, quam iuris regula. Quam multa pietas, humanitas, liberalitas, iuſtitia, & fides exigunt. quæ omnia extra publicas tabulas ſunt, &cæ. Illud vehementius mouet, quod generaliter fidem ſeruandam eſſe noſtri quoque iuris auctores crebro aſſerant, neque hic caſus vlla iuris parte exceptus, quin potius Pontificiis decretis comprobatus eſſe reperiatur. can. noli. 23. q. 1. Sed & communis vtilitatis, aut verius neceſſitatis ratio exemplo ſeruitutis hoc admittendum eſſe ſuadet. Quid enim militi in bello pernicioſius eſſe poteſt, quam ſi ab hoſte captus, fide data nunquam dimittatur ad ſuos, vt forte pactum pro capite pretium adferat? Quod vtique futurum eſt, niſi ea pactione obſtrictus eſſe intelligatur. Supereſt vt aduerſariorum obiecta (quæ profecto mihi perquam infirma eſſe videntur) diluamus. Et in primis quod ex Vlpiano adferunt. *Bonum dolum eſſe, & pro ſolertia haberi, ſi quis aduerſus hoſtem aliquid machinetur.* l. 1. §. non fuit. infra de dolo. Nos de inſidiis accipiendum eſſe credimus: & his, quæ ſtratagemata dicuntur, quibus in bello aduerſus hoſtem non minus, quam vi aperta, vti permiſſum eſt. Vt enim pugnare aperto marte quandoque tutum eſt, ſic etiam aliquando inſidiis, & cuniculis hoſtes oppugnare, & licitum & tutius eſt. *Dolus enim an virtus, quis in hoſte requirat?* Quare optimus Imperator Lyſander dicebat, *Vbi leonina pellis deficit, vulpinam eſſe aſſuendam & aſſumendam.* Nam & Ioſue in ſacris Bibliis ipſo auctore Deo, hoſtibus ſuis inſidias ſtruxiſſe legitur. Ioſue 8. c. Vnde Auguſtinus: Cum, inquit, bellum quis ſuſceperit, vtrum aperte pugnet, an ex inſidiis, nihil ad iuſtitiam intereſt. c. dominus noſter. 23. q. 2. Nec illud quidem noſtræ aduerſatur opinioni, quod Florétinus l. nihil. infra de poſt. reuerſ. nihil intereſſe ait, quomodo captiuus reuerſus eſt, vtrum dimiſſus, an vi, vel fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit. Id enim ita accipiendum eſt, cum de iure poſtliminii quæritur: quo caſu licet hoc duntaxat conſiderandum ſit, an ab hoſtibus redierit aliquis, animumque habeat remanendi, non ideo tamen minus fidem hoſti datam liberare tenebitur. Et ideo in Attilio Regulo, quem Carthaginenſes Romam miſerunt, reſponſum eſt, non eſſe eum poſtliminio reuerſum, non ob eam ſolum cauſam quia iurauerat Carthaginem ſe reuerſurum: id enim ad poſtliminium impediendum nō ſufficiebat: ſed quia animum non habebat Romæ remanendi. vt Pap. ſcribit l. 5. infra de capti. & poſtl. reuerſis. Reliqua quibus impugnamur, argumenta frigidiora ſunt, atque ineptiora, quam vt accurate ea refellere operæ pretium ſit. Vt, *Ecce qui captus* (inquiunt) *cum poteſt non redit, pro transfuga habetur,* l. non omnes. §. qui captus. infr. de re milit. *fidem igitur violare etiam debet is, qui hoſti ſeſe non abiturum ſpoponderit.* Breuiter enim reſpondendum eſt, videri eum qui temporibus adductus fidem hoſti dederit, redire non poſſe: quod ſalua honeſtate non poſſit. l. nepos. infra de verbo. ſignific. l. filius. infra de condit. inſtit. Item obiiciunt commercium militibus prohibitum eſſe, adeo vt agrum, in quibus prouinciis militant, comparare eis non liceat. l. milites agrum. infra de re milit. quaſi vero nullum, non contrahendi negotii genus vel contra militarem diſciplinam ipſis permiſſum aſſeramus. Illud non minus ridiculum, nugatoriumque eſt, Præcipit lex, vt ne barbaris aurum præbeatur, ſed potius ſi apud eos inuentum fuerit, ſubtili auferatur ingenio: ergo fides hoſti data ſeruari non debet. l. 2. C. de commerc. & mer. His igitur nugas, quas tantum retuliſſe piget, miſſas faciamus. Probabilius forte quis obiecerit, huiuſmodi promiſſionem, quę vi, metuque facta ſit, efficacem non videri: ſed edictum Prætoris, quo per metum geſta in integrum reſtituuntur, ad eum metum, qui iure licito alicui infertur, non pertinet. l. ſi mulier. in princ. infra de eo quod me. cau.

Pactum autem à pactione dicitur, vnde etiam pacis nomen appellatum eſt.

Pago ſer bum antiquum. Vnde pactum & pax.

Pago verbum eſt iuris antiqui, quod in Legum Decemuiralium fragmentis etiam num apud Ciceronem lib. 2. Rhetor. ad Heren. Fabiumque lib. 1. cap. 10. reperitur: vnde pactum atque pacem dici arbitratur Vlpia. Sicut enim nouatio à nouo, à teſtatione teſtamentum, à demptione damnum deriuari dicitur, ſeu à verbo Teſtor, atque Demo. l. 1. infra de nou. l. 2. infra de dam. infe. ita pactum à pactione, id eſt, à verbo Pago deductum non incommode dici poteſt. Et hæc de verbi ἐτύμῳ breuiter à nobis dicta, his, quæ verboſiſſime à modernis hic, & Alciato in rubr. de pactis traduntur, probabiliora ſunt.

Eſt autem Pactio duorum, pluriumve in idem placitum, & conſenſus.

Quid pactio.

Cum à pactione, pacti, paciſque nomen appellatum eſſe dixerit, quid pactio ipſa ſignificet, iam explicat, dicens, *Duorum eſſe conſenſum,* & cetera. Caue autem putes, pactum cōuentum (de quo loquitur in edicto Prætor) hic ab Vlpiano definiri, ſed pactionem: quæ latius aliquanto quam vocabulum inde deriuatum porrigitur. Pactum enim in hoc tractatu, non pro quauis conuentione, ſed pro ea tantum accipitur, quæ pactum conuentum à Prætore & à Iureconſultis dici ſolet. Nam venditionem, locationem, & reliquas huiuſmodi conuentiones nunquam à veteribus Pacta dici animaduertimus. Quod autem Prætor in hoc edicto non de omnibus conuentionibus loquatur, vel illud argumento fit, *quod non ſe actionem ex pactis daturum,* (vt in ceteris) *ſed ea ſeruaturum ait.* Quæ verba, atque his ſimilia ad ea demum referri ſolent, quæ non valent ipſo iure, vt in comm. tit. de in lit. iur. oſtendimus. Licet autem contractus ipſo iure, id eſt, lege à populo lata, rati ſint, l. homo liber. infrà de acqui. rer. domi. l. ſiue generalis. infrà de iure dot. §. non autem. Inſtitu. de perp. & temp. act. pacta tamen conuenta per Prætoris tuitionem tantum valere, paulo poſt adſcripti Ciceronis loci ſatis euincunt: quibus accedant & Senecæ verba lib. 5. de beneficiis. Multa legem non habent, nec actionem. Atqui conſuetudo vitæ humanæ, lege omni valentior, dat aditum. Nulla lex iubet, amicorum ſecreta non eloqui. Nulla lex, fidem etiam inimico præſtare. Quæ lex ad id præſtandum nos, quod alicui promiſimus, alligat? nulla. Querar tamen cum eo, qui arcanū ſermonem non continuit: & fidem datam, nec ſeruatam, indignabor. Quamobrem recte, atque ordine feciſſe iudicandus eſt Tribon. qui hunc de pactis tractatum hic potius collocauerit, quam eo loci, vbi de contractibus diſſeritur. In hanc enim partem, quam ipſe τὰ πρῶτα nominauit, congeſta ſunt ea, quæ iudicium antecedere ſolent, & προοίμια iudiciorum dicuntur. Quia igitur ſæpe vſu uenit, vt litigator iudicium ſubire nolit, quod ſecum pepigiſſe dicat aduerſarium, ſiue donationis, ſiue tranſactionis cauſa, non abs re de huiuſmodi pactionibus, quæ quidem proprie pacta, & pacta conuenta appellantur, tractare viſum eſt. Nam vt de omnibus contractibus generaliter diſputetur in hac parte, ratio loci atque ordinis, non patitur. Quod ſi forte quis obiiciat, *Pactum ab Vlpiano dici duorum conſenſum, atque conuentionem: pollicitationem vero ſolius offerentis promiſſum* l. 3. infrà de pollici. Reſpondeo, plenam, abſolutamque pacti definitionem hanc non eſſe, ſed generi vnam tantummodo differentiam addi, qua videlicet oſtendatur, quantum inter pactum, & pollicitationem interſit. Id enim de pollicitationibus modo diſſerere inſtituenti (opinor) ſufficere viſum eſt. Illud fortaſſis maiorem alicui ſcrupulum iniecerit, quod ſummus non ſolum Orator, ſed etiam Iureconſultus Cicero, non vno in loco pactum id eſſe generaliter definierit, quod inter aliquos conuenit. Quibus verbis pactionem, conuentionemque omnem complexus fuiſſe videtur. Verum ſi quæ præcedunt, quæque ſequuntur verba conſiderauerimus, facile apparebit, de ea ſolum conuentione loqui Ciceronem, quæ ex ſolo conuentu valet, ideoque pactum conuentum appellatur: non de ea, quæ lege aliqua, aut iure ciuili ſancita eſt, & quæ tranſit in proprium nomen contractus: qualis eſt emptio, venditio, ſtipulatio, & ſimiles contractus. Diuiſione enim vtitur, quæ vnà cum ex-

Cicero ſummus orator & iureconſultus.

cum exemplis ab eo adductis perſpicue demonſtrat, pactum non eo iure ſeruari quod legitimum eſt, ſed quod ex natura tantum, aut conſuetudine. Verba autem eius hæc ſunt ex libro ſecundo Rhetor. ad Herennium, Ius igitur conſtat ex his partibus, natura, lege, conſuetudine, iudicato, æquo & bono, pacto. Natura ius eſt, quod cognitionis, aut pietatis cauſa obſeruatur. Lege ius eſt id, quod populi iuſſu ſancitum eſt. Conſuetudine ius eſt id, quod ſine lege æque ac ſi legitimum ſit, vſitatum eſt. Iudicatum eſt id, de quo ſententia lata eſt, aut decretum interpoſitū. Ex æquo, & bono ius conſtat, quod ad veritatem, & vtilitatem communem videtur pertinere. Ex pacto ius eſt, ſi quid inter ſe pepigerint, ſi quid inter quos conuenit. Pacta ſunt, quæ legibus obſeruanda ſunt hoc modo: Rem vbi pangunt, oratione pangunt. Sunt item pacta, quæ ſine legibus obſeruantur, ex conuentu, quæ iuri præſtare dicuntur. Idē lib. 2. de Inuent. Naturæ ius eſt, quod nobis nō opinio, ſed quædam innata vis afferat: vt, religionem, pietatem, gratiam, &c. Conſuetudinis ius eſſe putatur id, quod voluntate omnium ſine lege vetuſtas comprobarit. In ea autem iura ſunt quædam ipſa iam certa, propter vetuſtatem. Quo in genere & alia ſunt multa, & eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere conſueuerunt. Quædam autem genera iuris iam certa conſuetudine facta ſunt. Quod genus, pactum, par, iudicatum dicitur. Pactum eſt, quod inter aliquos conuenit, quod iam ita iuſtum putatur, vt iuri præſtare dicatur: Par, quod in omnes æquabile eſt: Iudicatum, de quo iam ante ſententia alicuius, aut aliquorum conſtitutum eſt. Iam iura legitima ex legibus cognoſci oportebit &c. Idem eo. l. Conſuetudinis ius eſt, quod aut leuiter à natura tractum, aluit, & maius fecit vſus, vt religionem: aut quod in morem vetuſtas vulgi approbatione perduxit: quod genus pactum, par, iudicatum. Pactum eſt, quod inter aliquos conuenit. Par quod inter omnes æquabile eſt. Iudicatum, de quo alicuius, aut aliquorum ſententiis conſtitutum eſt. Lege ius eſt quod in eo ſcripto, quod populo expoſitum eſt vt obſeruetur, continetur. Sed mirum forte quibuſdam videbitur, quod Iurecōſultus de pactis cōuentis tractaturus, quid ſit pactum conuentum ante omnia non docuerit, quod in primis neceſſarium ad interpretationem edicti videbatur. Quibus ſi integra Vlpiani volumina extarent, quę Iuſtiniani edicto ſublata interciderunt, haberemus ſane quod certius reſpondere poſſemus. Certe in ſexcentis aliis eiuſdem Vlpiani locis, ceterorumque Iureconſultorum, ac in hoc tractatu potiſſimum pactum conuentum, & ſine adiunctione, pactum, pro ea conuentione, quæ non tranſit in proprium nomen contractus, promiſcue dici obſeruauimus. l. Iuris gentium. §. quinimo. l. per quos. infra, eod. l. pacta conuenta. infra, de contrahen. emp. tot. tit. de pact. dot. cum infinitis ſimilibus. Adde quod Cicero pactum conuentum ſemper à ſtipulatione ita ſeparat, vt dubium non ſit ſpeciem longe diuerſam à pacto eam eſſe: non ſub pacto velut genere contineri, vt in libro de Orat. 1. At vero in foro, tabulæ teſtimonia, pacta conuenta, ſtipulationes, cognationes, affinitates, &c. Idem in Orat. pro Cæcin. Quod teſtamentum, quæ iudicia, aut ſtipulationes, aut pacti conuenti formula non informari, aut conuelli poteſt, ſi ad verba rem deflectere velimus? Idem in Partit. orat. Scriptorum aliud publicum, aliud priuatum. Publicum, lex, ſenatuſconſultum, fœdus. Priuatum, tabulæ, pactum conuentum, ſtipulatio. Et hoc quidem ita eſſe, ne Baldus quidem, Deciuſque negant, cum pleriſque aliis, in rub. C. eo. Contracta aliquando verbi ſignificatione pro ſubiecta materia, idéque in verbo Conuentionis, accidere aiunt, ſed pactū nihilominus pro omni conſenſu duorum generaliter quoq; accipi poſſe fatentur. Qui error inde (niſi fallor) manauit, quod pactionem, quæ hic ab Vlp. definitur, & pactum eadem eſſe falſo ſibi perſuaſerūt, vt paulo ante indicauimus. Quod ſi qui ſint, quibus noſtra non vſquequaq; ſatisfaciant argumentā proferant quæſo locum, in quo venditio, aut ſtipulatio, aliaue ſimilis conuentio, pactum appelletur. Id ſi fecerint, vltro nos huic liti, & controuerſiæ ceſſuros profitemur. Sin autem id præſtare non poſſint, mirari non debebunt, ſi veterum auctoritatem (quam præſertim à nobis ſtare, inficiari omnino non auſint) interpretum neſcio quorum opinionibus, & commentis anteponamus. Nam nec verum eſſe puto (quod ab eiſdem dicitur) verbum quoq; conuentionis (quod generale eſt) ſimiliter contrahi, pactique verbo, & conuentionis promiſcue vti Iureconſultos, apud quos videlicet nuda conuentio, plerunque pro nudo pacto reperiatur. Quis enim iuris auctor vnquam ita locutus eſt? Ex conuentione non naſcitur actio: cum tamen id de pacto toties inculcatum, ac identidem repetitum ſit. Illud extremæ (vt aiunt) anchoræ loco accedat, quod Vlp. in interpretatione edicti Prætorii, DE PACTIS, explicata prius (vt credibile eſt) verborum ſignificatione, pactorum diuiſionem ſubiicit dicens: *Pacta quædam in rem, alia in perſonam eſſe.* l. iuris gentium. §. pactorum. Quā diuiſionem emptioni, locationi, & id genus conuentionibus non conuenire, quis tam cæcus eſt, vt non videat? Quare dubitandū non eſt, quin pactum & in edicto & in Vlp. ad edictū commentariis, ita, vt iam diximus, accipiendum ſit: quod quidem ipſum aliquando nudum, id eſt, ſolum, & ſimplex eſt: aliquando cauſam aliquam adiunctam habet, l. legem. C. de pact. vt infra dicemus. l. iuris gentium. Æmilius Ferretus in §. præterea. Inſti. de excep. (quem honoris cauſa nomino) pacti generalem appellationem eſſe cum ceteris fatetur, pactum vero conuentum diſtinguit ab eo, quod iuſſu iudicis fiat, dicens conuentiones quaſdam eſſe, quæ à iuſſu iudicis initium habeant, non à conſenſu, quāuis conſenſu perficiantur, eaſq; ſimpliciter dici pacta: alias eſſe quæ cum à cōſenſu, atq; conuētione nihil non habeant, pacta conuenta appellentur. Sed hoc quā recte traditum ſit ab eo, ex iā dictis arbitror nō valde obſcurum eſſe.

Sex capita ex quibus omne ius conſtat.

Duorum conſenſus. Hinc annotant Interpretes, pactum à pollicitatione differre, quod pactum ſit duorum conſenſus: pollicitatio vero ſolius offerentis promiſſum, vt ſupra dictum eſt. l. 3. infra de pollicitat. Paul. lib. 5. ſenten. tit. de fiſci aduoc. Sed cum is, cui aliquod offertur tacens conſentire pręſumatur. l. qui patitur. infra mand. quibuſdam videtur, inter præſentes pactum magis, quam pollicitationem dici, quibus ego minime aſſentior. Non enim continuo is qui tacet offerenti conſentire intelligitur: cum fortaſſis è re ſua id non futurum eſſe credat: aut beneficiū accipiendo (vt ait Publianus) libertatem vendere nolit. Hoc adeo in his pollicitationibus perſpici poteſt, quæ ad aliquod publicum opus extruendum olim Reipub. à priuatis hominibus fieri ſolebant: de quibus tractatum de pollicitationibus, qui titulo de Operibus publicis ideo ſubiicitur, accipiendum eſſe non dubito. Fiebant autem fere per epiſtolam cautionemve, vt ſcribit Macr. lib. 2. Saturnal. cap. 4. de Licinio Anguſt. liberto loquens. & patet ex l. Charidemus. l. Septitia. infra de pollicit. l. metum. §. ſed quod Prætor. infra de eo quod me. cauſ. conſenſum duorum non interuenire antequam acceptetur, certiſſimum eſt. l. ex pollicitatione, infra de pollicit. Sed & ſi quis apud Rempub. id eſt, Reipub. adminiſtratores, coram ad opus ædificandum pecuniam promiſerit, pollicitatio propriè, non pactum dicetur, conſenſu forte Decurionum ſuſpenſo, deliberantium, an tale opus exædificari publice expediat. d. l. ex pollicitatione. Huc pertinet quod Cæcilius ad Traianum, de quodam Nicenſium theatro loquens ſcribit: *Huic theatro ex priuatorum pollicitationib. multa debentur, vt baſilica circa, vt porticus ſupra caueā, quæ nūc omnia differuntur, ceſſante eo, quod ante pergendū eſt.* Cui Traian. *Tunc,* inquit, *à priuatis exigi opera tibi curæ ſit, cū theatrū propter quod illa promiſſa ſunt factū erit, &c.*

Pollicitatio apud antiquos quo modo & à quibus fiebat.

In idem. Quid ergo, ſi duo Iuriſperiti, de aliqua iuris quæſtione conſulti, idem reſponderint? ne talis conſenſus pactio appellabitur? Quod ex hac definitione dicendum eſſe videtur. Sed verba Iuriſconſulti captanda non ſunt, quem veriſimile eſt, conſenſum intellexiſſe, ex quo conſentientium alter alteri obligetur, ſi minus ciuiliter, ſaltem naturaliter, qui pactionis omnis finis, atque effectus eſt. Sed & ſi inter duos conuenerit, vt vni ex ipſis, vel vt cuidam tertio, det Titius centum, ne hoc quidem caſu pactionem recte dici vulgo receptum eſt, quod inutiliter factum alienum promittatur. l. ſtipulatio iſta. infra de verb. oblig. & quæ ex noſtro contractu originem trahunt, inania ſunt, niſi ex noſtra perſona initium obligationis ſumant. leg. quæcunque. infra de actio. & oblig. Quæ ſententia vera eſt. Niſi forte pactionem inanem atque inutilem ita pactionem dici cenſeamus, vt teſtamentum falſum, imperfectum vel irritum καταχρηστικῶς teſtamentū appellari ſolet. l. 1. infra quemad. teſta. aper. Quod multō magis videtur dicendum, quoties duo, vt vnus ex ipſis det

Quis finis & effectus pactionis.

Inutiliter factū alienum promittitur.

tertio, paciſcuntur; cum quod geritur ex paciſcentium ipſorum perſona, initium ſumat obligationis. Sed quia alteri ſtipulari, paciſcive neminem poſſe traditum eſt, niſi ſua interſit.l.ſtipulatio iſta.§.alteri.merito hæc quoque pactio inutilis,& ſine effectu eſſe dicitur. Intereſſe autem paciſcentis tum intelligitur, cum rem ſuam, aut ſibi debitam, dari alteri, reſtituive paciſcitur. Quo caſu rationibus ſuis eum conſulere, ac perſonam eam velut Procuratoris loco ad recipiendum dati expreſſam videri Bart. ex Proculo annotauit.l.ſi cum Cornelio.§.de ſol. Vnde tractatũ eſt, Si paciſcẽris, cuius nõ intereſſet ab initio, intereſſe ex poſt facto cœperit, cõualeſcatne pactio? Et conualeſcere eã πολλοῖς καλοῖς κἀγαθοῖς placuiſſe video, à quibus diſſentiunt nonnulli. Sed hæc alio in loco opportunius diſcutientur.

Alteri ſtipulari nec ſtipulari quis poteſt niſi ſua interſit.

Conuentionis verbum generale eſt, ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi, transigendiq́; cauſa conſentiunt, qui inter ſe agunt. Nam ſicuti conuenire dicuntur, qui ex diuerſis locis in vnum colliguntur, & veniunt: ita qui ex diuerſis animi motibus in vnum conſentiunt, id eſt, in vnam ſententiam decurrunt.

Cum ex Vlpiani libris ad Edictum hæc fere à Triboniano decerpta ſint, quin ad edicti interpretationem pertineant, dubitandum non eſt. Quia igitur de eo verbo, quod primum in edicto occurrebat, breuiter ante diſputatum fuit, iam ad alterius enarrationem aggreditur: *Conuentionisque verbum generale eſſe* ait, *ad omnia pertinens*, &c. Etſi autem late pateat hoc vocabulum, non ideo tamen pactum conuentum in edicto Prætoris adeo generaliter accipi fatendum eſt. Nam & rei vindicationem ſpeciale nomen certæ in rem actionis eſſe dicimus, vt licet vindicationis verbo omnis in rem actio contineatur. Itaque Vlpia. hoc loco ſenſiſſe non exiſtimo, pacto conuento omnem contractum, obligationemque ſignificari: quod ante aliquot annos vir quidam clariſſimus, & erudiſſimus me audiente, & ob ſingularem eius doctrinam, atque amplitudinem leuiter tantum refragante confirmabat, deierans etiam (id quod magis mirabar) Prætoris verba ne Vlpianum quidem ipſum intellexiſſe. Quem quidem ego nihilo magis reprehenſione dignum puto, quam ſi de rei vindicatione tractaturus Rei verbũ generale eſſe, & Vindicatione omnem in rem actionem ſignificari obiter admoneat. Placuit enim veteribus hæc interpretandi ratio, quæ etiamnum vulgo vſitata eſt, vt paulo altius repetitis principiis rem aggrederentur, & de ſpecie aliqua tractaturi, à genere ipſo initium dicendi facerent.

Tranſigendique. Tranſigendi verbum late hoc in loco, vt & alibi ſæpius, accipi videtur, vt quoquo modo ad finem perducatur aliquod negotium, tranſigi dicatur.l.ſi vno.infra loc.l.arbitrio.§.dolo.infra de dolo.l.tranſacta.infra de verbo.ſignifi.l.1.§.vltim.infra ad Tertul. ſpecialius autem tranſigere, eſt controuerſiam decidere, & pecunia accepta ab aduerſario actionem ſibi competentem ei remittere: quod Græci διαλύσεις dicunt. Ac talis deciſio, diremptioque, litis tranſactio vocitatur.l.1.& toto tit.infra de tranſact.l.2.infra de iureiur. Ea neque conuentio, neque contractus eſt per ſe, vt de donatione infra dicemus. Ideo qualis ſit conuentio, nominatane an nomine vacans, fruſtra quæritur: habet tamen in ſe conuentionem aliquam, & pactionem, ſicut donatio, quæ vel nominata eſt, vt ſtipulatio: vel carens nomine proprio contractus, vt pactum.l.2.infra de tranſact. Videamus igitur quid pactum à tranſactione diſtet. Et vulgo proditum eſt, pactum generaliter omnem duorum pluriumve conuentionem ſignificare, ideoque omnem ſiue contractum, ſiue diſtractum complecti: quæ ſententia iam à nobis refutata eſt: ſpecialiter vero pro conuentione gratuita, quæ contemplatione litis non fiat, accipi: vnde tranſactionem ſpeciem pacto contrariam eſſe aſſerunt, cum ea gratuita non ſit, & tantum ſuper lite fiat, ac diſtinctionem iſtam ex verbis Vlpiani colligunt, l.1.infra de tranſact. *Qui tranſigit, quaſi de re dubia, & lite incerta tranſigit: qui vero paciſcitur donationis cauſa, rem certam, & indubitatam, liberalitate remittit.* Ego vero pacti ſignificationem vnam eſſe, quæ videlicet ſupra à nobis expoſita eſt, conuentionemque omnem, quæ non tranſit in proprium nomen contractus, tametſi gratuita non ſit,

Quam late pateat dictio Pactum.

& tranſactionis cauſa interponatur, eo verbo contineri aio. arg.l.ſiue apud.C.de tranſact. Verbis autem Vlpia. tenebras offuderunt alii, contra veterum exemplariũ fidem ὑποσιγμὴν dictioni *Paciſcitur* addentes, quã poſt dictionẽ *Cauſa* potius adſcribi oportuit.q.d. pactũ de nõ petendo, nõ tranſactionis ſolum cauſa, ſed etiam donationis fieri poſſe, & eũ, qui paciſcitur donationis cauſa, non tranſigere, ſed liberalitate rem certam & indubitatam remittere. Nam alioqui auctorem elegantiſſimum Vlpianum, quis ab ineptiſſimæ ταυτολογίας, & nugationis crimine vindicauerit? hunc igitur potius à conſuetudine loquendi veterum non receſſiſſe, apud quos donationis cauſa paciſci vſitatum eſt, exiſtimare debemus.l.ſed ſi vir, infra de donatio. inter virũ & vxor.l.in ædibus.l.ſi in ſtipulatum.infra de donat.

Adeo autem conuentionis nomen generale eſt, vt eleganter dicat Pedius, nullum eſſe contractum, nullam obligationem, quæ non habeat in ſe conuentionem: ſiue re, ſiue verbis fiat. Nam & ſtipulatio, quæ verbis fit, niſi habeat conſenſum, nulla eſt.

Quam late pateat Conuentionis verbum, hinc colligit Iureconſultus: quod tametſi obligationes quædam re, ac verbis contrahantur, in his tamen omnibus conſenſus aliquis, ac cõuentio neceſſaria eſt. Neque ideo ſtipulatio verbis, aut commodatum, ſiue depoſitum re contrahi dicuntur, quod ſine conſenſu, nuda res, nudaque verba ſufficiant: ſed quia præter conſenſum, re aut verbis opus ſit. Conuentio igitur ad omnem contractum omnemque obligationem pertinet, in qua contrahenda duorum pluriumve conſenſus interuenit: quare conuentionem pacto generaliorem eſſe merito dicemus, quod paulo ante à nobis defenſum eſt. Hinc pacti conuentio verbum à Iureconſultis vſurpatum, vt dixi in leg. iuris gentium.§.adeo.infra eo. Itaque cum in ſcriptura aliqua huius verbi mentio reperitur, an de ſtipulatione accipiendum ſit, an de pacto ambiguum eſt: cum ad vtrunque referri queat. Verum in lege ex præcedentium ac ſequentium verborum argumento, aliiſque coniecturis voluntas perpendi poteſt. In inſtrumento autem, ſeu cautione, niſi aliud actum appareat, pro pacto accipiendum, & contra agentem interpretationem faciendam eſſe arbitror.l.lecta. verſi. conuenit. infra ſi cer.pet. Quod enim controuerſum eſt, per id, quod certum, exploratumque eſt, probari debet. arg.l.non hoc.C. vnde legit. Nec conſentaneum eſt, vt fidei, probationiſque gratia quicquam adferatur, quod ipſum ita incertum, obſcurumque ſit, vt probationem quoque aliam requirat. Nam & τεχνικὸς vitium vel maximũ eſt in diſſerendo: ἀμφισβητούμενον accipere, ἀντὶ τοῦ ὁμολογουμένου. Proinde qui ſtipulationem factam eſſe allegat, cautionemq; modo profert, qua aliquid conueniſſe continetur, is ſane infirmam habet probationem. Non enim recte colligitur, conuentio eſt, ergo ſtipulatio, cum genus ad probandum ſpeciem minimum valet, plurimum ad refellendam. Plane verbum *Promiſit*, inſtrumento adſcriptũ, ad ſtipulationem potius, quam ad nudam pactionem referẽdum eſſe, lex ait.§.ſi ſcriptum.infra de inuti. ſtipu. Nam *Promittere* (licet interdum latius accipiatur) proprie, eſt interroganti daturum aliquid ſe, aut facturum reſpondere: idque Theophilus in Græcis Inſtitutionibus ſatis declarat, à quo nec diſſentiunt Grammatici. Pollicemur etiam ſponte, inquit Donatus, promittimus rogati.

Nam & ſtipulatio. Veluti, ſi per iocum, vel docendi cauſa dixerit quis, *Spondes?* Et alius reſponderit, *Spondeo.* Quo caſu certum eſt, non naſci obligationem.l.obligationum ſubſtantia.infra de actio.& oblig. Alias ex ſtipulatione obligationem oriri non ciuilem modo.§.de conſtituta.Inſtit. de actio.ſed etiam naturalem, quod adſit conſenſus, crediderim. Idq; receptius eſt. Quod ſane ita accipi volumus, niſi forte aliquo caſu æquitas illa ceſſet, quæ naturalis obligationis cauſa eſſe dicitur l. ex diuerſo.§.1.infra ſolu. matr.l.indebitum. infra de condict.indebit. Nam licet in genere conſenſum cõuentionemq; duorum cuſtodiri æquum ſit, plerunque tamen id ob circumſtantiam aliquam, iniquum eſſe poteſt. Cuius rei gratia Prætoriæ exceptiones comparatæ ſunt.§.1.Inſtit.de except. vbi Theophil.

Aequitas cauſa naturalis obligationis.

Sed conuentionum pleræque in aliud nomen

tranſeunt

tranſeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus, in ſtipulationem.

Hęc de conuentionibus paulo plenior, vberiorque tractatio, velut παρέκϐασις quædam eſt. Etſi nanque præcipuum Iureconſulti inſtitutum ſit de pactis conuentis diſſerere, in locum nihilominus propinquum, & finitimum excurrit, vt re altius repetita, pactorum conuentorum natura omnis commodius demonſtrari queat. At igitur, pleraſque conuentiones eſſe, quæ in aliud nomen tranſeunt, &cæt. Quorum verborum vis & ſenſus qui ſit, infra docebimus. l. iuris gentium. in princ. Illud interim obſeruatione non indignum, ex ſtipulatione actionem naſci: cum ſit ex earum conuentionū numero, quæ nomen proprium habent. Quapropter ſi permutationi forte, aut cuipiam alii nudæ conuentioni acceſſerit, (vt ſolet) nec locus erit pœnitentiæ, nec actio ei, qui non impleuerit, denegabitur. Obligatio ſiquidem alioqui inualida, ſtipulationis acceſſione corroboratur: non quidem, vt amplius quicquam, aut minus ex ſtipulatione debeatur, quā ex pacto, ſi id expreſſum non fuerit: ſed vt quicquid pacto comprehenſum eſt, qualecunque id ſit, efficacius debeatur, & peti poſſit. l. miles. §. decem. infra de re iudica. Et cum hac exceptione accipiendum puto, quod vulgo dici ſolet, *Stipulationem imitari naturam eius contractus, ſuper quo interponitur*. l. ſi ſtipulatus. infra de vſur. l. 2. infra de priuil. cred. Nam id generaliter intelligendo, quæcunque huiuſmodi ſtipulatio otioſa, atque inutilis futura eſt. Cuius tamen magnum eſſe vſum conſtat, non modo in conuentionibus, quæ proprio nomine carent, verum etiam in bonæ fidei contractibus: qui auctore Varrone, citra ſtipulationem à veteribus non fiebant. Quanquam enim bonæ fidei contractus per ſe ſatis efficax eſt ad agendum, tamen qui non cuiuslibet Iudicis eſt videre, quid ex bono æquo præſtare oporteat, & iudicia in pleriſque ſint contraria, vt ait Cicero lib. 3. Offic. magnopere vtile eſt, ea nominatim ſtipulatione caueri, de quibus controuerſia ob incertitudinem aliquando exoriri poteſt.

II. VLPIANVS LIB. III. AD EDICTVM.

LABEO ait, conuenire poſſe, vel re, vel per epiſtolam, vel per nuntium, inter abſentes quoque. Sed etiam tacito conſenſu conuenire intelligetur. Inde ſi debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos conueniſſe, ne peterem: profuturamq; ei conuentionis exceptionem placuit.

Quia conuentio nihil aliud eſt, quam mutuus quidam cōſenſus (vt ante diximus) l. 1. §. conuentionis, ideo conuenire dicuntur hi, qui quoquo modo in idē conſenſerint, ſiue inter præſentes, verbis: ſiue inter abſentes, per nuntium, vel epiſtolam, talis conſenſus expreſſus, aut etiam re ipſa, & facto aliquo, ſine expreſſione, ac declaratione, ſignificatus fuerit, l. certum. infra ſi cert. petat. Eiſdem fere verbis vſus Modeſtinus: *Societatem*, inquit, *coire, & re & verbis, & per nuntium poſſe nos, dubium non eſt*. l. 3. infra pro ſoc.

Sed etiam tacito. Quia quod dixerat Paulus, Re conuenire poſſe, paulo obſcurius videbatur: ideo adiicit etiam *Tacito conſenſu*, &cæt. Quibus verbis id verum eſſe demonſtrat, etiam ſi quod re conuenerit, tacito tantum conſenſu, non expreſſo, conuenire intelligatur. Re autem, & tacite conuenire, vt diuerſa ſunt, ita in eo, quod ſequitur, exemplo coniunguntur. Ac haud ſcio, an ſpecies vlla proponi poſſit, in qua alterum ab altero ſeparatum, diſcretumque reperiatur: cuius rei ſubtilior, eademque minime neceſſaria inquiſitio, mirum eſt quantum interpretes quoſdam exercuerit. Sed haſce inutiles ἀκριϐολογίας omittamus, quas vel leuiter attigiſſe ſufficit.

Inde ſi debitori meo. Hic de voluntatis coniectura agitur: itaque quod veriſimilius eſt, inſpici oportet. Cum autem nullus cautionis, chirographive redditi vſus ſit, non poteſt videri creditor debitori reddidiſſe, niſi vt ipſum exoneraret. l. huiuſmodi. §. ſi ita. infra de legat. 1. leg. 3. infra de liber. leg. Nam decipere, ludificarique voluiſſe, non præſumemus. Quod vtique accipiendum eſt, niſi ob cauſam aliam redditum fuiſſe appareat. Cauſa enim expreſſa obſcuritatem omnem, incertitudinemque tollit, vt ait Panor. in c. eccleſia. vt lite pen. Ceterum variæ hinc quæſtiones naſcuntur: quæ licet facti ſint, proprieque ad Iureconſultos nihilo magis pertinere videantur, quam ad quoſuis prudentes, & vſu peritos homines, accuratiſſime tamen tractantur à noſtris: quorum exemplo nos quoque dabimus operam, vt diligentia noſtra in ea re non deſideretur. 1 Ac in primis illud quæſitum eſt: Tabulas obligationis cuiuſdam Titio reddidi, qua partim Sempronius, partim ipſe mihi tenebatur: an vtrique debitum remiſiſſe videar? Et quis huiuſce redditionis effectus ſit, quæritur? Cenſuit Barto. non ſolum Titio, quod debebat, remiſſum, ſed ei mandatam quoque actionem videri, quæ aduerſus alterum competebat. Verum cum donatio non ita facile præſumatur, niſi quacunque alia deficiamur coniectura, & aliàs actus inutilis, eluſoriusque ſit futurus (quod in hac ſpecie non accidit) non immerito hæc ſententia ab aliis impugnata eſt. Æquius enim, atque benignius eſt, ita hoc factū interpretari, quaſi Titius exigendi nominis gratia procurator à creditore tantum conſtitutus ſit. Qua tamen in re prudenter admonuit Nicolaus, Siculus Abbas d. c. eccleſia. ad argumenta, & coniecturas recurrendum eſſe, quæſtionemq; eſſe huiuſmodi, vt vix vlla certa iuris regula propter varietatē circumſtantiarum poſſit definiri. Quid enim dicemus, ſi is, cui redditæ ſunt tabulæ, forte miles ſit, aut mulier, aut minor, aut ſacris initiatus, aut alias ſimplicitate præditus, & à forenſibus controuerſiis abhorrens? Creditor contra gnauus homo, induſtrius, callidus, quiq; lites ſequi, ac verſari in foro conſueuerit? Quid ſi idem creditor locupletiſſimus ſit, debitor vero inops, eique affinitate aliqua, ac neceſſitudine coniunctus? quique operam ſuam diuiti pleriſque in negotiis præſtiterit? In his certe caſibus, aliiſque non diſſimilibus, facile præſumetur donatio: vtpote cum nihil aliud occurrat, quod inter eos actum eſſe probabilius ſit.

2 Sequens quæſtio eſt, Si pluribus tabulis eodem exemplo conſcriptis, vnas reddiderit creditor, an exceptio conuentionis proſit reo? Ego non temere eum exceptione iuuandum crediderim, niſi aliud actum fuiſſe appareat. Cum enim alias eiuſdem exempli domi habere ſe intelligeret, quibus æque intentionem ſuam probare poſſet, hac fiducia videri poteſt eas tabulas debitori ſuo reddidiſſe. Argumentoque eſt, quod Papinianus reſpondit. l. fin. infrà de his, quæ in teſta. delen. *Ex pluribus eiusdem teſtamenti tabulis, ſi quaſdam deleuerit teſtator, non continuò irritum fieri teſtamentum, cum ex cæteris, quæ ſuperſunt, res geſta declaretur.* Nec vero Bartoli argumentum contrà ſentientis, tanti apud me eſt, vt me de hac ſententia deducere poſſit. Vnum, inquit, inſtrumentum eſt, licet pluribus exemplis deſcriptum ſit. l. vnum. infrà de teſtam. Verum igitur eſt, inſtrumentum redditum eſſe, quod lex noſtra requirit. Nam non animaduertit Bar. contra ſe hoc telum retorqueri poſſe, argumentumque ex eorum genere eſſe, quæ à Græcis ἀντιστρέφοντα appellari ſolent: ſic enim contra ratiocinari poſſumus: Vnum eſt inſtrumentum, atqui à creditore id retentum eſt, non igitur redditum dici debet. Sed nec illud vſq; quaq; verū eſſe puto quod vnum inſtrumentū, non plura eſſe ait. Sicut enim deſcriptis plurib. exemplis eiusdem teſtamenti, vnum inſtrumentum dicitur, plura vero exempla, aut plures chartæ, ſiue membranæ: ita in ſpecie propoſita, vnus quidē contractus, aut vna obligatio, ſed cautiones plures, aut plura inſtrumenta recte nihilominus dici poterunt. Sane accipienda ſunt quæ diximus, cum quis ſimpliciter reddit inſtrumentum, nec id ſe donare, ſeu legare profitetur: qua in ſpecie incertitudo maior, obſcuritaſque verſatur. Nam donatis legatiſve tabulis, quin nomen ipſum, ac debitum donatum legatumve ſit, dubium non eſt. Eadem eſt ratio venditionis. l. qui chirographum. infrà de lega. 3. l. ſeruum §. eum qui. infr. de lega. 1. l. 2. infrà quæ res pign. l. 1. C. de donat. Sicut enim domus pro familia μετωνυμικῶς, venter pro partu, taberna pro mercibus, quæ in ea ſunt, calendarium pro nominibus debitorum, teſſera pro iure percipiendi frumentum à noſtris vſurpantur: ita & tabulas pro iure eo, quod tabulis continetur, eadem loquendi forma accipimus. l. 1. infra de Senatuſcon. Sila. l. cum tabernam. infra de pigno. l. qui filium. infra de leg. 3. l. ſed etſi

ſuſceperit. infra de iudic. Omnino in hac diſputatione noſtra tria potiſſimum perpendenda, ac ſeparatim examinanda mihi eſſe videntur. Quorum primum, quod proxime expeditum eſt, dubitationem non habet, an qui tabulas donat, nomina, & actiones donare intelligatur? Alterum eſt paulo incertius, Cum de eo videlicet quæritur, qui reddit tantum, nec ſe donare exprimit: ſed præſumptione iuris obſcuritas hæc diſcutitur, vt ſupra annotatum fuit. Tertium iã explicandum reſtat omnium (vt videtur) incertiſſimum: Cum chirographum penes debitorem, idque cancellatum forte reperitur: ſed an ſit donatum, obſcurum eſt ad eo vt ne vllo quidem modo redditum ſit, necne, appareat. Et ſane ex his verbis perſpicuum eſt, pactum de non petendo ita demum præſumi, ſi cautionem debitori redditam fuiſſe cõſtiterit. Quod rationem habet. Qui enim pacto ſe liberatum eſſe aſſerit, donationem allegat, quæ non facile præſumi debet, niſi cautionem redditam fuiſſe oſtendatur. Alia forte cauſa eius eſt, qui cum ſe ſoluiſſe contendat, probationis cauſa chirographum profert. Nam licet creditor à ſe redditum, aut cancellatum neget, præſumptione tamen debitorem liberatum videri reſpõdit Modeſtinus, niſi adhuc ſibi deberi actor manifeſte docuerit. l. ſi chirographũ. infra de probat. Sed & cãcellatis tabulis debiti ſolutionem cõprobari poſſe, Paulus ſcribit l. fullo. ℐ. de furt. Nec diſtinguit, à quo cancellatæ ſint. Ex quo intelligitur, id generaliter, & indiſtincte accipiendam eſſe. Quod tamẽ ita perpetuum non eſt, vt nõ aliquam interdũ exceptionem admittat. Finge perſonam domeſticam eſſe quæ tabulas interuertere potuerit, aut in quam alias veriſimiliter talis ſuſpicio cadat: nonne ſolutionis præſumptio ceſſabit? Quod vtilitatis cauſa receptum eſt, alioqui famulis, domeſticiſque ceteris herilia inſtrumenta ſuffurandi, vt ære alieno ſeipſos exoluant, dabitur occaſio. l. 1. §. ille autem. C. de lat. lib. tol. Proinde conſultius fecerit, & cautius debitor, ſi non modo inſtrumentum ſibi à creditore curauerit reddi, quod vel inuitus facere cogitur: ſed pecuniæ quoque ſolutæ profeſſionem, quam nos apocham dicimus, abſtulerit. l. diſſolutæ. C. de cõdic. ex leg. l. pecuniæ. C. de ſolutio.

Donatio nõ facile præſumitur.

III. MODESTINVS LIB. III.

REGVLARVM.

POst pignus vero debitori redditum, ſi pecunia ſoluta non fuerit, debitum poſſe peti dubium non eſt: niſi ſpecialiter contrarium actum eſſe probetur.

Pignus redditum, puta veſtis, aut liber, vſui eſſe poteſt debitori, l. certe. infra de precar. cum charta, ſeu membrana reddita nullam vtilitatem adferat. Itaque pignus in hoc potius redditũ, vt eo vtatur debitor, quam vt ipſe liberetur, lex præſumit. Idemque in inſtrumento reſponſum eſt, quo caſu ex eius redditione debitor citra emiſſionem debiti aliquid commodi conſequeretur. Ac eandem ob cauſam fit, vt reddito pignore, ne ius quidem ipſum pignoris, quod acceſſorium eſt, remiſſum plerique opinentur. Quibus & nos ſubſcribimus tametſi is qui pignus legat debitori, aut inſtrumentum de obligatione pignoris confectum reddit, ius quoque pignoris legare, aut remittere dicatur. l. 1. infra, de lib. lega. l. creditricem. infra de remiſ. pig. c. eccleſia. vt lit. pen. Cuius diuerſitatis ratio non poteſt ex iam dictis manifeſta eſſe.

IIII. PAVLVS LIB. III.

AD EDICTVM.

ITem quia conuentiones tacitæ valent, placet in vrbanis habitationibus locandis inuecta illata pignori eſſe locatori, etiam ſi nihil nominatim conuenerit. Secundum hoc & mutus paciſci poteſt. Huius rei argumentum eſt & ſtipulatio dotis cauſa facta. Nam ante nuptias male petitur: quaſi ſi hoc expreſſum ſit, vt nuptiis non ſecutis ipſo iure euaneſcat ſtipulatio. Idem Iuliano placet ex facto etiam conſulto, cum conueniſſet, vt donec vſuræ ſoluerentur, ſors non peteretur, ſtipulatio pure concepta ſuffiet conditionem ineſſe ſtipulationi, atque ſi hoc expreſſum fuiſſet.

Quatuor exempla ex libris Iulii Pauli ad Edictum hic adſcribantur, quibus non ſolum explicatur fuſius, quod ſupra dictum fuit conuentiones tacitas valere, ſed etiam velut διὰ τῶν ἐπιχειρημάτων τινα confirmatur, comprobaturque.

In vrbanis habitationibus. Vrbana prædia à Iureconſultis omnia ædificia appellari, licet in vico forte aut villa, non in oppido ſita ſint, nemo eſt qui ignoret. Vrbanum enim prædium non locus, ſed materia facere dicitur. l. 1. infra commu. præd. leg. vrbana prædia, infra de verb. ſign. §. prędiorum. Inſti. de ſeruit. Quod ita interpretantur nonnulli, ſi cauſa habitandi conſtructa ſint. Non enim ea tantum, quæ ædificio, tectoque carent, ruſticis prædiis annumeranda eſſe putant: ſed nonnulla etiam ædificia, veluti tuguria, quæ ad rerum ruſticarum cuſtodiam pertinent. l. tugurii. infra de verb. ſign. ſtabula, quæ ad greges continendos neceſſaria ſunt. l. eo iure. §. 1. infra in quib. cau. pig. non quæ ad hoſpites recipiendos parantur. d. l. vrbana, & ibi Alci. idque auctore Columella lib. 1. capit. 6. qui partim ex ruſticis ædificiis, partim ex vrbanis villam conſtare ſcribit. Alioqui res in prædium ruſticum illatas in pleriſque legibus, ac Iureconſul. reſponſis, eas demum eſſe interpretabimur, quæ ſub dio collocatæ, non in domo repoſitæ ſunt. Quod ſane perabſurdum eſt. d. l. eo iure. l. ſeruis vrbanis. infr. de lega. 3. Nam & Florentinus vrbana ædificia à ruſticis lib. 8. Inſtit. eleganter diſtinxit. l. leg. fund. infra. de verb. ſig. vide l. 1. infra de aqua pluuia arcen. Sed & Pom. tugurii appellatione ſignificari omne ædificium ait, quod ruſticæ rei magis cuſtodiendæ, quam quod vrbanis ædibus conueniat. d. l. tugurii. His illud adiicio, ne ædificiũ quidem omne, quod habitandi gratia conſtructum ſit, vrbanum appellari: id quod Iureconſultus his verbis nõ obſcure ſignificat. Eſt enim villa ruſtica, Varroni, & Columellæ, quam villicus, familiaque villatica incolunt. quæ interdũ villa ſimpliciter à noſtris dicitur. l. plenum. infra de vſu & habit. Vrbana vero, quæ & Prætorium vocatur, pars eſt ornatior, cultiorque villæ, quam ſibi ad inhabitandum dominus recepit. l. videamus. infra locati. ſic dicta, quod vrbano vſui, non ruſtico deſtinata ſit. Argumento eſt quod Labeo ait, vt ſeruum vrbanum, & ruſticũ, ita penum, ſupellectilemve vrbanam, & ruſticam non loco, ſed genere vſus diſtingui. l. quemadmodum. infra de ſupellect. lega. l. nam, quod. infr. de penu lega. idemque à Paulo & Vlpia. de vrbana familia, miniſterioque vrbano ſcriptum extat. l. vrbana familia. infra de verb. ſign. leg. ſeruus vrbanus. infra de legat. 3. Sed & Africanus, Seruis vrbanis legatis, agaſonem, & mulionem non contineri legato, reſpondit, ſed eos demum, quos paterfamilias circum ſe ipſe ſui cultus cauſa haberet. l. cum quæreretur. infra de legat. 3.

Sed cur in vrbanis tantum habitationibus, non etiam in ruſticis, huic tacitæ hypothecæ locus ſit quæri poteſt? Et quidẽ Neratius ita obſeruari ſimpliciter reſpõdit. d. l. eo iure: quaſi certa ratio huius diuerſitatis minime appareat, aut eam inueſtigare curioſius, non magnopere interſit. Si enim eorum omnium, quæ conſtituuntur, rationem requiras, multa ex his, quæ certa ſunt, (vt Iulianus ait) ſubuerti neceſſe eſt. l. non omnium. infra de legib. Verum hæc diligentia, ſi modus adhibeatur, quem deſidero in plerique, non omnino inutilis meo iudicio futura eſt. Ego itaque in ruſticorum prædiorum locatione hoc vtilitatis cauſa in primis conſtitutum arbitror, vt fructus, qui ibi naſcuntur, tacite intelligantur iure pignoris obligati eſſe domino fundi locati, etiã ſi nihil nominatim conuenerit. l. in prædiis. infra in quib. cau. pig. In locatione vero domus, ſiue vrbani prædii, in quo nulli fructus naſcuntur, cum ea conſtitutio locum habere non poſſit, ratio tandem excogitata eſt, qua domino locatæ domus etiam proſpiciatur: & quia nulli fructus pignoris nexu obligari poſſunt, friuola ſaltem inquilini, ceteraque in domum inuecta, velut ſubſidio teneantur. Proinde licet ſtabula, quæ à ceteris ſeparantur ædificiis, vrbanorum prædiorum non ſint, tamen quod ad cauſam taciti pignoris attinet proxima vrbanis prædiis, ob ſimilitudinem videlicet rationis, atque æquitatis eſſe dicuntur. d. l. eo iure. §. ſtabula. Ceterum hæc coloni, inquilinique differentia, reſcripto Imperatoris Alexandri ſublata

Friuola inquilini

eſſe

eſſe vulgo creditur: niſi quod in inductis per colonum ſcientia neceſſaria eſt, vt eodem reſcripto continetur, cuius verba hæc ſunt: *Certi iuris eſt, ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerunt, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non eſt neceſſaria in rebus inductis vel illatis ſcientia domini: nam ea quoque pignoris iure tenentur.* l. certi iuris. C. de loca. Ex quibus verbis interpretes collegerunt, inter colonum, & inquilinum hoc tantum intereſſe, quod res à colono in fundum illatæ ita demum obligentur, ſi eas inferri dominus ſciuerit: inductæ vero ab inquilino in domum locatam, ſiue ſciuerit dominus, ſiue ignorauerit, indiſtincte teneantur. Etſi autem me non lateat, quam lubrica, plenaque diſcriminis res ſit, quæ per tot ſecula tot homines eruditi vno conſenſu probarunt, reiicere velle, rationes tamen eas in medium adducere viſum eſt, quibus adductis hanc interpretationem damnare auſus ſum. Ac primum omnium quod dicitur in reſcripto, *Certi iuris*, ſatis arguit, id lege aliqua ante conſtitutum, aut certe longo vſu in mores perductum fuiſſe. Certum enim ius, auctore Fabio, aut ſcripto, aut moribus conſtat: quod cognitionis eſt, non inuentionis, cum dubium æquitatis regula examinandum ſit. Quod ſi verum eſt, quis iure non miretur, in tot Iureconſultorum monumentis, eorum præſertim, quos in conſilio habuit Alexander, ne tenuiſſimum quidem huius iuris veſtigium extare? Nullam enim conſtitutionem (ſi Lampridio credimus) ſacrauit Alexander ſine viginti Iuriſperitis. & id quidem vt iretur per ſententias ſingulorum, & ſcriberetur, quid quiſque dixiſſet: dato tamen ſpatio ad diſquirendum, cogitandumque priuſquam dicerent, ne incogitata dicere cogerentur de rebus ingentibus. Interque hos præcipuum locum tenuerunt Domitius Vlpianus, & Iulius Paulus: quorum hic de vrbanis tantum habitationibus, hoc ipſo in loco ſic loquitur, quaſi in ruſticis expreſſa requiratur conuentio. Cæteros prætermitto, vel eiuſdem Alexandri συγχένες conſiliarioſque, qui quoties de pignore rerum à colono inductarum loquuntur, conuentionis expreſſæ potius, quam tacitæ faciunt mentionem. Mitto etiam illud, quod qui huiuſce diſtinctionis aſſertores ſunt, nulla ſatis firma ratione nituntur, & quæ non facile labefactari queat, vt Iaſ. hic. num. 14. Quid? quod Theophilus Græcus auctor, Inſtitutionumque Iuris ciuilis paraphraſtes, locum illum explicare, exemploque illuſtrare volens, in quo de Seruiana actione agitur. §. item Seruiana. Inſtit. de actio. eam actionem tunc competere aſſerit, cum colonus in fundum res induxit, pacto adiecto, vt locatori mercedis nomine obligarentur: tacitæ vero conuentionis nuſquam meminit: vt longe conſultius mihi videatur, hoc Alexandri reſcriptum ſic interpretari, vt ipſorum Iureconſultorum ſententiis, à quibus id profectum veriſimile eſt, omnino ſit conſentaneum. Erit autem, ſi paulo aliter, quam cæteri, contextum ipſum punctis diſtinguentes, ita interpretati fuerimus, vt certi iuris ſit, quæ volentibus, paciſcentibuſque dominis, pignoris iure coloni in fundum conductum induxerint, ea dominis prædiorum teneri. Quod ſi in domum conductam inquilinus res ſuas intulerit, quantum ad taciti pignoris cauſam attinet, tantum abeſt vt expreſſa conuentione opus ſit, vt ne ſcientia quidem domini ſit neceſſaria. Eſt ergo in illis verbis talis figura, qualem in Vergilii locum ad fin. lib. 10. Æneid. annotauit Seruius:

Nullam conſtitutionē ſacrauit Alexander Impe. ſine viginti iuriſperitis.

Iuguloque haud inſcius accipit enſem.

Sed quid ſi verba hæc, *voluntate dominorum*, de conuentione expreſſa intelligamus? vt quoſdam interpretatos fuiſſe accepimus. Sane ea interpretatio nihil incommodi habitura eſt. Verum ea non efficiet, quo minus in eodem (vt aiunt) luto hæreamus. Nam ex eo ſenſu id demum colligi poteſt, ſi nominatim conuenerit, vt res ſuas inferat colonus in fundum conductum, eas iure pignoris obligari, tametſi vt obligentur non conuenerit, niſi forte ea verba κτ' παρένθεσιν legamus, vt ad totam orationem referantur, hoc modo: *Certi iuris eſt, ea, quæ coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri* (*voluntate ſcilicet dominorum*) id eſt, ſi domini expreſſe conſenſerint, &c. Quod ſi cui forte durior hæc, aut vtraq; potius interpretatio videbitur, is ſi vel emendatiorem proferat codicem, vel commodiorem nobis, & ſtudioſis omnibus interpretationem adferat, maximam ei pro tanto in nos, remque literariam, officio gratiam habebimus.

At enim fortaſſis dubitauerit quiſpiam, cum actio non detur contra colonum citra conuentionem pignoris expreſſam, cur actionem Seruianam in eo caſu à quaſi Seruiana, ſiue hypothecaria, diſtinxit Iuſtinianus? Cui reſpondeo, olim pro pignore perſequendo, nullam iure ciuili proditam actionem fuiſſe. Quod cum vtile cuidam Prætori non videretur, in prędiorum locatione actionem propoſuit, qua rerum illatarum nomine, ſi conueniſſet vt pignori eſſent, ageretur. Eaque Seruiana ab ipſius forte Prætoris nomine appellata eſt. Alius deinde Prætor, cum vtiliter quidem comparatam eam actionem, ſed non ſatis plenam eſſe animaduerteret, aliam excogitauit multo laxiorem, vberioremque: quâ non locatoribus modo, in quorum prædia res inuectæ eſſent, ſed quibuſcunque etiam creditoribus conſuleretur. Quaſi Seruiana ideo dicta eſt, quod ad exemplum, & imitationem Seruianæ actionis introducta ſit.

Huius rei argumentum. Cum quid per ſtipulationem dotis cauſa promittitur ſilentio, inter contrahentes hoc conuenire intelligitur, vt nuptiis non ſecutis ipſo iure nulla ſit ſtipulatio. Quinimo conditionem, quę à conuentione non parum differt. l. 2. §. Sabinus. infra pro empt. tali ſtipulationi ineſſe certi iuris eſt. l. ſtipulationem. l. plerunque. l. licet. infra de iure dot. Vnde dubitarunt plerique, quo ſenſu accipiendum eſſet, quod hic dicitur, *Male petitur*, &c. Nam apud veteres conſultos (quorum, vt Fabius ait, ſummus circa verborum proprietatem labor eſt) qui ante diem petit, male petere, ſiue male, aut perperam agere dicitur. l. 1. infra quando dies vſus. l. ced. l. 2. §. ſi quis itaque. infra de eo quod certo lo. Licet enim ante diem nata iam ſit obligatio. l. cedere. infra de verbo. ſig. quia tamen præmatura petitio incommodum affert aduerſario, exceptione ſummouetur. Qui vero, quod ſub conditione promiſſum eſt, ea nondum exiſtente petit, is non male petere, ſed petendo nihil agere dicitur, quod ante conditionis euentum rem ſibi non debitam petat. Cuius rei gratia hic locus varie intellectus eſt. Mihi autem placet, vt male peti accipiamus non modo quod in diem, ſed etiam quod ſub conditione debetur. Itaque quiſquis petendo nihil agit, is vtique male petit, ſed non contra. l. 3. infra de compenſ. Fuere ex veteribus, qui aliter reſponderent, nempe conditionem, quæ extrinſecus inſit, ortum obligationis non impedire. Quæ ſententia ab Accurſio. & cæteris exploſa eſt. ſed nos aliquando latioribus cōmentariis id, loco magis idoneo, tractabimus.

Veterum Iuriſconſultorum circa verborū proprietatē labor.

Idem Iuliano placet. Plerunque (alibi noſter Paulus ait) *ea, quæ præfationibus conueniſſe concipiuntur, etiam in ſtipulationibus repetita creduntur.* l. Titia. §. idem reſpondet. infra de verb. obligat. Quæ verba Bart. ceterique interpretes ſic intellexerunt, quaſi Iureconſultus velit, ſi quid ante formulam à tabulario conſcriptam inter contrahentes actum ſit, de die pura, aut conditione, pactioneue aliqua, quæ contractui accedat, mox formula ipſa pure, & nulla huiuſue rei facta mentione concepta ſit, id in ea repetitum videri, perinde ac ſi nominatim expreſſum eſſet. Idemque verbis huius contextus ſignificari aiunt. A quibus omnibus, cum bona ipſorum venia, diſſentio. Verba namq; inſtrumenti ſequenda eſſe magis placet, quam ſermones ante à contrahentibus habitos, à quibus inſtrumentum aliter concipiendo receſſiſſe eos veriſimile eſt vt ſcribit Panor. in c. dudum. de conuer. coniu. niſi forte plus dictum, ac minus ſcriptum per obliuionem, ſeu errorem cōprobetur. Ex ſermonibus tamen huiuſmodi, pactionibuſue interdum fraudem atq; ſimulationem argui poſſe non negauerim. Sed cum hæc ad ſtatum coniecturalem potius, quam legitimum pertinere videantur, prudentis Iudicis magnopere arbitrium deſiderant. Ceterum longe aliam Pauli verborum ſententiam eſſe contendo, quam Bart. cum ſuis ſequacibus exiſtimauerit. Nam quod Paulus ait, *Præfationibus concipiuntur*, ex proprietate verborum ſic accipiendum eſt, quæ ſtipulationis formula exprimuntur. l. quicquid. infra de verb. oblig. cum ſimi. non quidem poſteriore parte, quę ſtipulationem ipſam continere ſolet. l. iuriſgentium. §. quod fere. ſed anteriore, in qua pacta conuenta, conditiones, & alia id genus deſcribuntur, quæ nos præfationum vocabulo ſignificari cenſemus, vt quod à veteribus præſcriptio dicitur in Senatuſconſultis, id in pactorum formulis præfatio vocetur. Huius rei appoſitiſſimum exemplum hic habemus, ſi modo id commode interpretemur. l. lecta. infra ſi cer. pet. Finge prolatā in

iudicio cautionem huiuſmodi: *Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe à P. Mæuio decem, conuenitq́; inter nos, vt eius ſummæ nomine centeſimas vſuras ſoluam, & donec eas ſoluere vt is ſortem à me non petat: hanc ſummam ſibi rectè dari ſtipulatus eſt P. Meuius, ſpopondi ego Lucius Titius.* Quæro, cum poſt vnum, aut alterum menſem Meuius à Lucio decem petat, an inuitus ea ſoluere cogatur, ſi vſuras, de quibus conuenerat, præſtare velit? Iulianus ex facto conſultus, cogendum non eſſe reſpondit. Hoc enim pactum, quod in ingreſſu contractus factum eſt, ſtipulationi ineſſe dicitur, licet ea pure concepta ſit.

V. VLPIANVS LIB. IIII. AD EDICTVM.

CONVENTIONVM autem tres ſunt ſpecies. Aut enim ex publica cauſa ſunt, aut priuata: Priuata, aut legitima, aut iurisgentium. Publica conuentio eſt, quæ fit per |Principem, aut quoties inter ſe duces belli quædam paciſcuntur. *Al. pacem.*

Hoc tamen, quod alioqui ſatis planum, apertumque eſt, ex eo ſubobſcurum redditur, quod cum Vlpianus tres conſtituat ſpecies conuentionum, nihilominus duas tantum ſubiiciat, quarum vnam partitur in eam, quæ legitima eſt, & quæ Iurisgentium: quo nihil diuiſionum legibus magis aduerſarium eſſe poteſt. Harum etenim vna eſt, vt ſpecies diuiſionis de pluribus dici nequeant, quam ipſum genus quod diuiditur. Quę lex ab Vlpia. minime obſeruata eſſe videtur. Nam vtraque ſpecies priuatæ conuentionis, legitima videlicet, & Iurisgentium de publica conuentione dicitur, cum genus in eas ſpecies diuiſum, id eſt, conuentio priuata de publica conuentione dici non poſſit. Sed & eodem argumento aliam Vlpiani diuiſionem exagitant dialectici, qua Ius in publicum, ac priuatum diſtributum eſt. l. 1. ſupra de iuſtit. & iur. moxque adiectum, priuatum ius tripertitum eſſe, collectum nempe ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus. Quaſi vero publicum ex nullo horum præceptorum conſtet. Aduerſus quos Alciatus lib. Parerg. 1. cap. 31. Vlpia. cauſam ſatis viriliter defendit, ſed non perinde feliciter, mea quidem ſententia: horum ego exemplo σόφα, vt Euripid. ait, φάρμακα huic quoque malo adhibere poſſem, ſi partium magis ſtudio, quam veritatis tenerer. Idque popularius forte, ac plauſibilius apud huius diſciplinæ ſtudioſos foret. Verum ea ſophiſtice mihi grata non eſt, ac vehementer placet illud Ariſtotelicum, ἀμφοῖν ὄντοιν φίλοιν ὅσιον προτιμᾶν τὴν ἀλήθειαν: cum præſertim Iureconſultorum nomini non multum officere putem, quod alias artes non percalluerint. Quantis Cicero laudibus Scæuolam ſui temporis Iureconſultum ornat? quem tamen eam didiciſſe artem negat, quæ (vt ipſius vtar verbis) doceret rem vniuerſam tribuere in partes latentem explicare definiendo, obſcuram explanare interpretando, ambiguam primum videre, deinde diſtinguere, poſtremo habere regulam, qua vera, & falſa iudicarentur, & quæ quibus propoſitis eſſent, quęque non eſſent conſequentia. Quid? quod idem Trebatium Iuris ciuilis vſu & ſcientia præcellentem, Topica, id eſt, maximam Dialectices partem ignoraſſe teſtatus eſt, in eo maxime libro, quem ad eum honoris cauſa ſcriberet, & ad poſteritatis memoriam peruenire vellet. Id proculdubio nunquam facturus, ſi tanto viro, ſummaque ſibi amicitia, & neceſſitudine coniuncto, aut ingratum id, aut parum honorificum fore intellexiſſet. Quod ſi quis hanc culpam in Tribonianum conferre malit, equidem non refragabor: cum veriſimile ſit, ab Vlpian. in iis commentariis, ex quibus hæc nobis fragmenta ſuperſunt, longe accuratius, copioſius, diſtinctius, ac denique τεχνικώτερον tractata fuiſſe omnia, quam in hiſce centonibus nunc nobis appareant. De Iure tantum priuato conuentioneque priuata, fortaſſis diſſeruerat in illis libris Vlpianus, idemque intelligi volebat de publico Iure, ac publica conuentione: quod & ab aliis iuris auctoribus, ne verboſa nimium eſſet diſputatio, alibi factum meminimus. §. 1. Inſt. quod cum eo. Sed verum eſt quod Budæus noſter dictitabat, Tribonianum accifas nobis Pandectas, & mutilas verius, quam compendioſas tradidiſſe: adeo vt quotidie nobis diuinandum ſit in his, quibus, ſi veterum extarent monumenta, nihil erat futurum dilucidius. Neque tamen haſce reliquias, qualeſcunque ſint, ideo reſpuere, & aduerſari: ſed amplecti potius, & boni conſulere debemus: ſimiamque illam imitari, quam ſcriptores quidam tradunt, cum catulum quendam ſuum pulchellum & carum amiſiſſet, alterum fœdiorem, quem prius inuiſum habuerat, deperiiſſe.

Quæ fit per principem. Nemini dubium eſt, quin Princeps, cui populus omne Imperium in ſe & poteſtatem contulit. l. 1. ſupra de conſtitut. princ. de negotiis ad Rempub. ſpectantibus recte atq; vtiliter paciſcatur, ſiue pacem, ſiue aliud quodcunque fœdus cum hoſtibus faciat. Sed quæritur, Pacem faciendo cum hoſtibus, an priuatorum damna, atque iniurias, ob cauſam belli acceptas, remittere poſſit? Et reſponſum eſt, publicæ vtilitatis cauſa, ſi aliter diſcordiæ tam priuatim quam publice ſedari non valeant, poſſe. leg. item ſi verberatum. infra, de rei vind. l. Lucius. infra de euict. c. in noſtra. de iniur. not. in l. vltim. C. ſi contra ius. & in c. quæ in eccleſiarum. de conſtit. idque Thraſibuli exemplo, qui cum ciuitatem Athenienſium triginta tyrannorum ſæuitia liberaſſet, Plebiſcitum interpoſuit, ne qua præteritarum rerum mentio fieret. Quæ malorum obliuio ἀμνηστία ab ipſis vocitata, concuſſum, & labentem ciuitatis ſtatum in priſtinum habitum reuocauit. vt ſcribit Valer. tit. de animi mode. Quod & M. Tullius Philip. 1. in princ. aliquando Romæ, publico otio conſulere volens ſequendum eſſe cenſuit. Sed hoc tum maxime neceſſarium eſſe conſtat, vt idem refert lib. 2. Offic. de Arato Sicyonio loquens, cum occupata per iniuriam bona longo temporis ſpatio poſſeſſa ſunt: quæ ſi à poſſeſſoribus auferantur, reſtituanturque dominis, multa concuti, perturbarique ſit neceſſe: vt in ſpecie non diſſimili conſultus à Cæcilio Traianus Imperator, prudentiſſime reſcripſit lib. 10. Epi. Sequens quæſtio huic tractatui per quam affinis eſſe viſa eſt, An princeps contrahendo, paciſcendoue cum ſibi ſubditis hominib. obligetur? Cum enim legibus ſolutus ſit. l. princeps. de legib. non videtur ad contractus obſeruantiam adſtringi debere. At in contrariam ſententiam ideo itum eſt, quia lege illa naturali, aut diuina potius, quæ fidem ſeruari iubet, neque populi conſenſu, neque Senatus auctoritate ſolui potuit. §. ſed naturalia. Inſtit. de iure natur. Bal. in l. 2. C. de ſerui. & aqua. Hinc reſponſum eſt, Principi non licere prædia nomine ac titulo clientelæ alicui conceſſa ἐν χειρῶν νόμῳ vt dicitur, & citra cauſæ cognitionem adimere. Panor. in c. quæ in eccleſiarum. de conſtit. Nam inter patronum atque clientem contrahitur negotium, ex quo alter alteri non ciuili tantum iure, ſed etiam naturali tenetur. tit. de forma fidel. in vſib. feud. In ſumma: Nihil eſt in principe diuinius, quam promiſſorum, conuentorumq; conſtantia, vt ait Iaſon in l. 1. in prin. ſupra eo. citans epiſt. inter claras. de ſumma Trinit. à quo omni tempore vitæ ſuæ ita colendam veritatem eſſe ſcribit Iſocrates ad Nicoclem Regem, vt plus momenti ad fidem faciendam eius oratio habeat, quam aliorum iuſiurandum. *Nihil in principe diuinius quã promiſſorum conſtantia.*

Quoties inter ſe duces belli. Non tantum igitur principi, qui ſummum imperium, ſummamque poteſtatem habet, verum etiam Ducibus belli, pacta cum hoſtibus inire publicę vtilitatis cauſa permittitur. Nec dubitandum eſt, quin huiuſmodi pacta ſeruari debeant. Quod & in his Magiſtratibus dicendum videtur, qui coniurationem in Rempublicam, aliudue atrox facinus detegentibus impunitatem, aut pręmium aliquod pollicentur. Quibus enim fides publica ob huiuſmodi cauſam datur, eos non decipi, non tantum naturalis, ſed etiam ciuilis quædam ratio ſuadet, ne cæteri poſtea ad ſimilia facinora indicanda fiant tardiores. argum. l. quod ſi minor. §. non ſemper. de mino. Atque ita Senatus, Pop. Q. Ro. de Catilinariæ coniurationis indicibus Cicerone Conſule faciendum decreuit. Quoſdam tamen eſſe Quæſitores accepimus, qui cum ab infelicibus reis impunitate per ſimulationẽ promiſſa, delicti confeſſionem expreſſerint, mox ad ſupplicium eos mittunt, Salomonis exemplum ſeſe imitari dictitantes, aliorumque laudatiſſimorum Iudicum, quos hiſtoriæ præſertim ſacræ auctores prodiderunt, nonnunquam in cognitionibus veritatis eliciendæ gratia ſimulatione aſtutiaque vſos fuiſſe. c. afferte. de præſumpt. c. vtilem. 22. q. 2. Verum ego neq; Salomonis conſilium, (qui nulla ſpe vana reum lactauit)

cum hac peſſima arte, verſutiaque conferendum eſſe, neque confeſſionem huiuſmodi ad condemnationem ſufficere exiſtimo. Licet omnes tam Pontificii, quam Cæſarei Iuris interpretes, paucis exceptis, diſſentiant. Imo. conſil. 109. Decius in leg. ea eſt. de reg. iur. Alcia. in leg. natura. infra de verb. ſignif. Hippol. de Marſil. ſingul. 177. Credibile enim eſt, (vt cætera argumenta prætermittam) eum, cui capitis creatur periculum, ex vinculis cauſam dicentem, non facinoris conſcientia magis, quam iſtius promiſſionis fiducia confiteri. Et eo magis quod qui in tanto diſcrimine verſatur, ſæpius cogitare ſolet, quid Iudices poſſint, in quorum manu ipſius vita poſita eſt, quam quid debeant facere. vt ait Cic. in orat. pro Quintio. Inde illud Alcibiadis, ἐξὸν φυγεῖν, μὴ ζήτει δίκην, vice prouerbii vulgo iactatum, celebratumque eſt. Nō ideo tamen hanc extorquendæ confeſſionis rationem omnino reſpuendam eſſe contendimus, quæ in criminalibus cognitionibus non mediocriter vtilis eſſe poteſt, ſed confitentem à Iudice damnandū eſſe negamus. Non enim ab officio Iudicis alienum videtur, ad explorandam veritatem, reo ſpem aliquam abſolutionis iniicere. d. cap. vtilem. cum ſimil. vt confeſſione velut indicio admonitus, promptius eum expeditiuſq; conuincat teſtimoniis: adeo vt ne poſtea quidem deiectus de ea ſpe, quod ſemel confeſſus ſit, reuocare, ac pernegare ſuſtineat. Quod ſi forte tam atrox ſcelus ſit, vt primo quoque tempore id vindicari publice expediat, cuiuſq; plurimi participes ſint, veluti coniuratio in Principem, aut Rempublicam, eum qui fidem publicam ſecutus, fatetur crimen, non modo ſeruandum, ſed præmio quoq; afficiendum eſſe crediderim. arg. l. 1. cum ibi not. ſupra de iuſti. & iure. Alex. in l. 1. ſupra quod quiſque iur. Id quod à nobis paulo ante dictum, ac Senatus Romani exemplo confirmatum fuit. Nec id mirum in eo Senatu, qui tum orbis terræ conſilium vere dicebatur, cum Gellius lib. 20. c. 1. de Pop. Rom. ſcribat: Omnibus quidem illum virtutum generibus colendis, exercendiſq; ſed omnium maxime, atque præcipue, fidem colendo tam publice, quam priuatim, ad tantam amplitudinem perueniſſe. Cuius rei cum permulta extent argumenta, atq; teſtimonia, tum illud per quam memorabile, quod inter eos & Porſenam pactis induciis, cum ludi Circenſes in vrbe celebrarentur, ingreſſi hoſtium Duces curuli certamine contenderint, & victores coronati ſint, vt refert Seruius in lib. 11. Æneid.

Inſignis titulus Senatus Romani.

Fidei obſeruatione Romani ad ſummam poteſtatem peruenerunt.

Iam vt eo reuertamur, vnde digreſſi ſumus, videndum eſt, an à Ducibus belli, citra Principis, aut populi conſenſum, cuius nomine, & auſpiciis bellum geritur, pax conſtitui poſſit? Bartolus poſſe negat. Quæ ſententia vera eſt, ſi ducendi tantum, regendique exercitus cura eis demandata ſit, non autem plena, liberaque rerum omnium poteſtas conceſſa. arg. l. procurator, cui generaliter. infr. de procur. quam & hi habere creduntur, qui principis vicarii, codicillis ab eo impetratis, creati ſunt. l. vltim. de eo, qui vicem alt. Bart. in leg. 1. §. hi, quibus. infra de leg. 3. & in l. filius. infra de legat. Nam ſi in ciuilibus ac forenſibus negotiis Procurator, qui vel generali mandatu ad actionem conſtituitur, tranſigendi decidendiq; negotii facultatem non habet. l. mandatu generali. infra de procu. conſequens eſt, eum, cui belligerandi cauſa exercitus committitur regendus, pacem cum hoſtibus faciendo, muneris ſui fines excedere: quod in re militari maxime vitioſum ſemper habitum eſt. l. 3. §. in bello. de re milit. Quam quidem ob cauſam fœdus ob Hoſtilio Mancinio cum Numantinis percuſſum Senatus ratum non habuit: ſicut nec Camillus dictator pactionem eam, qua inter Sulpitium quendam Tribunum militum, & Brennum Gallorum Regulum conuenerat, vt Galli acceptis mille pondo auri à Romanis, obſidionem relinquerent. Vnde Saluſtius de pace inter Aulum exercitus Romani Ducem, & Iugurtham Numidarum Regem facta, Senatus (inquit) ita vti par fuerat, decernit, ſuo atque populi iniuſſu nullum potuiſſe fœdus fieri. Celebris eſt & Spurii Poſthumii Conſulis Romani hiſtoria, ideo hoſtibus dediti, quod turpi, ignominioſaque ſponſione ſe, Populumq; Romanum eis obſtrinxiſſet, extatque eius apud Liuium lib. 9. Decad. 1. plena grauitatis, altitudinisque animi oratio, ex qua nos pauca, quæ ad hunc locum maxime viſa ſunt pertinere, hic ſubiecimus: Neque ego inficias eo, Patres conſcripti, tam ſponſiones, quam fœdera ſancta eſſe apud eos homines, apud quos iuxta diuinas religiones fides humana colitur, ſed iniuſſu populi nego quicquam ſanciri poſſe quod populum teneat. An ſi eadem ſuperbia, qua ſponſionem iſtam expreſſerunt nobis Samnites, coegiſſent nos verba legitima, dedentium vrbes nūcupare, deditum populum Romanum, vos Tribuni diceretis? & hanc vrbem, templa, delubra, fines, aquas Samnitium eſſe? Omitto deditionem, quoniam de ſponſione agitur. Quid tandem ſi ſpopondiſſemus vrbem hanc relicturum populum Romanum? incenſurum? ſi magiſtratus, ſi ſenatum, ſi leges non habiturum? ſi ſub regibus futurum? Dii meliora, inquis, atqui non indignitas rerum ſponſionis vinculum leuat. Si quid eſt, in quo obligari populus poſſit, in omnia poteſt: Et ne illud quidem, quod quoſdam forſitan moueat refert, conſul, an dictator, an prætor, ſpoponderit. Et hoc ipſi etiam Samnites iudicauerunt, quibus non fuit ſatis COS. ſpondere, ſed legatos, quæſtores, tribunus militum ſpondere coegerunt. Nec à me nunc quiſquam quæſiuerit, quid ita ſpopondeꝛim, cum id nec conſulis ius eſſet, nec illis ſpondere pacem, quæ mei non erat arbitrii: nec pro vobis, qui nihil mandaueratis, poſſem.

Ceterum ſi de induciis quæratur, idem quod de pace reſpondendum pleriſque placuit. Quam ſententiam vt veriorem, receptioremque probamus, licet Accurſius, atque Bartolus contradicant. Nam & hic à præſcripto mandati, ſicut in ſuperiore caſu receditur, cum procuratori, qui liberam poteſtatem non habet, tempus ad ſoluendum dare non minus, quam tranſigere cum aduerſario interdictum ſit. l. qui Romæ. §. Callimachus. infra de verbor. oblig. Itaque cum inter Ægiden Lacedæmoniorum regem, & Thraſilum, Alciphronenque Argiuorum duces pactæ eſſent quatuor menſium induciæ, non ſine ratione factum eſt, auctore Alcibiade, vt eas Argiui ratas non haberent. Idemque à Lacedæmoniis factum, quos eam ob cauſam adeo in regem ſuum indignatos fuiſſe ſcribit Thucydides, vt lege lata, duodecim ei conſiliarios adhibuerint, ſine quorum conſilio, neque inducias, neque quoduis aliud fœdus cum hoſtibus ferire poſſet. Eas tamen inducias, quæ neceſſitatem aliquam habent, excipimus: veluti quæ ſepeliendorum cadauerum gratia, quibus aer inſici, corrumpique ſolet, inuicem conceduntur, quas vel humanitatis ratio non denegandas eſſe ſuadet, vt Homeri carmine admonemur, apud quem Idæus Troianorum nomine Agamemnonem Principem Græcorum ſic alloquitur:

> Καὶ δὲ τὸ δ' ἠνώγεον εἰπεῖν ἔπος, αἴκ' ἐθέλητε *Iliad. 7.*
> Παύσασθαι πολέμοιο δυσηχέος, εἰσόκε νεκροὺς
> Κήομεν, ὕστερον αὖτε μαχεσόμεθ', εἰσόκε δαίμων
> Ἄμμε διακρίνῃ, δώῃ δ' ἑτέροισί γε νίκην.

Cui humaniſſime reſpondet Agamemnon.

> Ἀμφὶ δὲ νεκροῖσιν κατακηέμεν οὔτι μεγαίρω.
> Οὐ γάρ τις φειδὼ νεκύων κατατεθνειώτων
> Γίνετ', ἐπεί κε θάνωσι, πυρὸς μειλισσέμεν ὦκα.
> Ὅρκια δὲ Ζεὺς ἴστω ἐρίγδουπος, πόσις Ἥρης.

Sed & Homerum imitatus Maro noſter, eius quoq; rei gratia pactas inter Æneam & Latinos inducias refert his verſibus:

> *Iamq; oratores aderant ex vrbe Latina,* *Æneid. 11.*
> *Velati ramis oleæ, veniamq; rogantes.*
> *Corpora per campos ferro quæ fuſa iacebant*
> *Redderet, ac tumulo ſineret ſuccedere terræ,*
> *Nullum cum victis certamen, & æthere caſſis.*

Et paulo poſt,

> *Bis ſenos pepigere dies, & pace ſequeſtra*
> *Per ſyluas Teucri, miſtiq; impune Latini*
> *Errauere iugis, &c.*

VI. PAVLVS LIB. III. AD EDICTVM.

LEGITIMA conuentio eſt, quæ aliqua lege confirmatur: & ideo interdum ex pacto actio naſcitur, vel tollitur, quoties lege vel ſenatusconſulto adiuuatur.

Conuentio legę confirmari bifariam dicitur, vel quia lex certam ei formam dat, qualis eſt ſtipulatio, & contractus emphyteuticus. §. adeo. Inſtit. de loca. & conduct. vel quia nullam formam dando, efficacem eam ad agendum eſſe vult, tametſi alioqui conuentio nuda, ſimplexque ſit. l. ſi quis argumentum. C. de donat. Sunt enim pacta quædam, auctore Cicerone in loco ſupra citato, quæ ſine legibus obſeruantur ex conuentu, proſuntque ad exceptionem, ac retentionem. Alia (vt idem ait) lege obſeruanda ſunt, quod nominatim id lege exceptum, cautumque ſit: quæ ideo legitima pacta, vel legitimæ conuentiones recte appellantur. Nam etſi conſenſu gentium non ita probentur, vt ad obligandum valeant, tamen iure ciuili, id eſt, Romano obligationem pariunt. Itaque ſi quis donationis cauſa quicquam ſe mihi daturum promiſerit, quoniam hæc conuentio confirmatur lege, aduerſus eum competet actio: quod & in aliis caſibus locum obtinet. Ac ſicut conuentio lege confirmata parit actionem, ita eandem ipſo iure tollit, licet nuda conuentione naturalis tantum obligatio tolli dicatur. l. Stichum. §. naturalis. infra de ſolut. Huius generis eſt pactum, quod ſuper actione iniuriarum interponitur. l. ſi tibi. §. quædam. infr. eo. quoniam id legis 12. tab. verbis confirmatur, *è pacto talio eſto*. quæ extant apud Gellium lib. 20. c. 1. Qua de re inferius pluſcula dicemus. §. pactus ne peteret.

VII. VLPIANVS LIB. IIII. AD EDICTVM.

IVRIS gentium conuentiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. quæ pariunt actiones, in ſuo nomine non ſtant: ſed tranſeunt in proprium nomen contractus: vt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, commodatum, depoſitum, & cæteri ſimiles contractus.

Supra oſtendimus, veteribus Romanis vtile viſum non fuiſſe paſſim ex quibuslibet conuentionibus actiones dari, ideoque paucas quaſdam ex multis delegiſſe eos, quas ad agendum vtiles eſſe ducerent: ceteras honeſtæ cuiuſque voluntati, religioni, & fidei reliquiſſe. Quænam autem ſint hæ, non enumerat ſigillatim Vlpianus, ſed certam nobis demonſtrat notam, ac veluti ſymbolum, quo facile internoſci, diſcernique poſſint: eas demum actiones parere dicens, quib. proprium nomen contractus eſt inditum, vt emptionem, venditionem, &c. Alio tamen ſenſu Ange. & Iaſon hunc locum interpretati ſunt, quaſi ſcilicet Vlpian. velit, id de huiuſmodi conuentionibus propterea conſtitutum fuiſſe, quod ſuo quæque proprio, certoque vocabulo appellaretur, aliis nullam niſi communem generalemque conuentionis appellationem habentibus. Quæ interpretatio, ſi quam inepta, ac ridicula eſt, tam horum Vlpiani verborum ſenſui conueniret, verbis ſane, non rebus impoſita lex eſſet: quo nihil à legis officio poteſt eſſe alienius. l. vltim. C. de vſur. l. 2. C. commu. de leg. Nulla eſt igitur alia iſtius iuris ratio, quam quæ ſupra à nobis commemorata eſt: ne videlicet litibus immodicis, contentionibuſque abundet ciuitas, quibus minuendis potiſſimum ſtudere Legislatorem oportet. tit. de nouo Cod. fac. in prin. l. quidam. infra ſi certum pet. Cle. diſpendioſam. de iud. §. 2. Inſtit. de pœna teme. litig. idque auctore Iſocrate, qui leges eas quam optimas eſſe ſcribit, quæ (vt ipſius verbis vtamur) ταὶς μὲ ἀμφισβητήσεις, ὡς ἐλαχίστας: ταὶς δὲ διαλύσεις, ὡς δ' ὅτε ταχίστας ταῖς πολιτείαις ποιήσωσι. Cum autem ea ratio tantum ciuilis, ac probabilis ſit, non neceſſaria & naturalis, (vt diximus) mirum profecto videri non debet, ſi non æque omnes ei aſſentiantur: adeo vt quorundam populorum legibus cautum eſſe accepꝛimus, ne ex pactione vlla, quamlibet nuda, ac ſimplici, denegetur actio. Veriſſimum enim eſt quod ſummus vir Ariſtoteles ait: *Si quis velit ad leges ferēdas eſſe idoneus*, ac (vt ipſe loquitur) νομοθετικός, *aut de legibus iam latis iudicium facere: præter ciuilis ſcientiæ cognitionem, experientiam quoque ei neceſſariam eſſe*. Ac merito ſophiſtas neſcio quos perſtringit, nihil facilius eſſe confirmantes, quam multis legibus in vnum locum collatis, optimas eligere, quibus vtinam neque noſtra hæc ætas, neque ſuperiora ſecula ſimiles aliquando tuliſſent. Non enim tam multa præclare, & vtiliter legibus ac iure ciuili comparata, Pontificum quorundam ſanctionibus abrogata iacerent, & felicius aliquanto, mea ſententia, cum rebus humanis ageretur. Vide not. in c. 1. de pact. in decret.

Quis idoneus ad leges ferendas.

Et ceteri ſimiles contractus. An donatio ex eorum contractuum numero ſit, à pleriſque dubitatum eſt. Et ante omnia ſciendum eſt, cum res donationis cauſa traditur, nullum proprie contractum eſſe videri, cum obligationem non pariat. l. Ariſto. infra de donat. l. Labeo. infra de verbo. ſignific. l. cum donationis. C. de eo, quod met. l. ſi quis emptionis. de præſcript. 30. anno. Quare donationum tractatum inter eos non collocauit Tribonianus, in quibus de contractibus agitur. Conuentionem tamen tali donationi ineſſe non immerito quis dixerit, propterea quod donatarii eam accipientis conſenſus accedit. Nec enim donatio (vt in Topic. ait Cicero) ſine acceptione intelligitur. not. in leg. abſenti. infra de dona. Verum an hoc caſu proprium nomen habeat, necne, contendendum non eſt, inaniſque λογομαχία eſſe mihi videtur. Siue enim nomen proprium habere dixerimus, ſiue contra, conſtat ex donantis voluntate, neque vllam obligationem naſci, neque quod datum eſt, ex pœnitentia reuocari poſſe. d. l. Ariſto. Quod ſi abſque traditione fiat, ex Iuſtiniani conſtitutione idem erit dicendum, per quam effectum eſt, vt conuentio legitima, ideoque ad actionem producendam efficax ſit. l. ſi quis argentum. C. de donat. not. in l. legitima. ſupra eod. Sed cur iure veteri ſine ſtipulatione ad actionem non proderat, cum ſpecialem, & propriam habere appellationem videatur? Reſpondeo, Donationis verbo ſi vim ac proprietatem ſpectemus, liberalitatem, & munificentiam, non ſtipulationem, aut contractum, ſeu conuentionem aliquam ſignificari. Sed cum contrahendo, ſiue paciſcendo liberalitas exercetur, talis contractus, vel pactum, non per ſe, ſed κατὰ συμβεβηκός donatio dicitur. Cuius rei exemplum eſt in ſtipulatione, ex qua promiſſor obligatur, & ad dandum cogi poteſt. Si vero pactum conuentum ſit, quia vti liberalitate non videtur, qui ita promittit, vt nulla aduerſus eum competat actio, donationis vocabulum ei non conueniet.

An donatio ſit contractus.

An proprium nomen habeat donatio.

Quid donationis verbum proprie ſignificet.

Sed etſi in alium contractum res nō tranſeat, ſubſit tamen cauſa, eleganter Ariſto Celſo reſpondit, eſſe obligationem: vt puta, Dedi tibi rem, vt mihi aliam des: Dedi vt aliquid facias, hoc συνάλλαγμα eſſe: & hinc naſci ciuilem actionem.

His verbis docet Iureconſultus, quod ante dictum eſt, ex conuentione, quæ nomen non habet, actionem non naſci: id accipiendum eſſe cum ſimplex eſt, & nuda cōuentio. Nam ſi præter conuentionem res quoque data ſit, qui accepit, ad præſtandum quod promiſerat, iure ciuili tenetur. Itaque aduerſus eum datur ciuilis actio. Cum autem ipſa conuentio nomine careat, nec actio quidem ex ea competens vllo proprio nomine vocabitur: atque ideo non poterit actor ita experiri, vt certam ſe actionem inſtituere dicat, veluti ex empto, ex vendito, ex teſtamento, ex ſtipulatu: ſed verbis præſcriptis res geſta demonſtrabitur ab eo: ac perinde valebit petitio, ac ſi certum, & ſpeciale actionis nomen expreſſum eſſet. l. cum mota. C. de tranſact. Hinc facile iudicari poteſt, cur actio ex huiuſmodi contractibus competens, *Præſcriptis verbis*, ac etiam *in factum*, vulgo dicatur. Cum enim actiones fere ſolennes, ac certæ eſſent, nec populus prout vellet, eas inſtitueret, leg. 2. de orig. iur. ac (vt Cicero ait in Orat. pro Roſc. Comœdo) expreſſæ eſſent ex vniuſcuiuſque damno, dolore, incommodo, iniuria, publice à Prætore formulæ, ad quas priuata lis accommodaretur: neceſſe fuit de quibus negotiis certa agendi forma conſcripta non eſſet (non enim aliter fieri poterat, propter eorum multitudinem. l. 4. infra de præſcriptis verbis.) actionem verbis in factum præſcriptis, & conceptis, ac (vt Theophilus loquitur) δηγηματικῶς inſtitui. §. 1. Inſtitut. de exceptio. l. 4. §. aduerſus. infra de doli except. l. non debet. infra de dolo malo. l. Titius. infra de præſcript. verbis. Eadem ratione incerta quoque actio, ſiue iudicium incertū appellari ſolet, quia videlicet nec certo

deſignatur nomine, nec certa, ſolenniſque formula concipitur, nec continetur. Et ita paulo poſt legendum opinor, non incerti, vt perperam repoſuit Haloander. l. rebus. C. de rer. permu. l. 3. de inuti. ſtipulat. l. legem. l. cum res. C. de donat. quanquam ea quoque lectio defendi poteſt. Ceterum vbi nulla actio iure ciuili prodita eſt, ne incerta quidem, vtilitas tamen ſuadet actionem dari: idque à mente legis non eſt alienum: quæ ſi omnia ſigillatim complecti potuiſſet, hunc caſum non omiſiſſet, tunc prætoris eſt ius ciuile ſubſequi. l. ſi plurium. infra de noxal. l. Scio. infra de teſtib. & actionem ex ſua iuriſdictione comparare. l. ſi quis ſtipulatus. infra ex quib. cauſis ma. quæ modo vtilis dicitur: quod non ex ſummo, directoq; iure, ſed vtilitatis cauſa ex bono & æquo intendatur. d. l. quoties. l. quia actionum. infra de præſcript. verbis. modo in factum, à verbis in id, quod factum eſt, conceptis, vt de incerta ciuili iam diximus. leg. quæ religioſis. infra de rei vend. l. cum res. C. ſi alien. res pign. dat. cum ſimi. Atque hinc ſatis perſpicuum eſt, cur extra ordinarium vocetur iudicium, vel extraordinaria actio, tametſi hoc vocabulum non ſimplicem habeat ſignificationem.

al. Maurciano. Et ideo puto recte Iulianum à Martiano reprehenſum in hoc: Dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas. manumiſiſti: euictus eſt Stichus. Iulianus in factum actionem à Prætore dandam: ille ait, ciuilem incertam actionem, id eſt, præſcriptis verbis ſufficere: eſſe enim contractum (quod Ariſto dicit) συνάλλαγμα, vnde hæc naſcatur actio.

In hac ſpecie Saluius Iulianus nullam iure ciuili actionem competere cenſuit, ſed in factum extraordinaria opus eſſe, quæ ex Prætoris iuriſdictione introducatur. Proinde merito notatus eſt à Martiano, cum actio ciuilis, licet incerta, ex hoc contractu naſcatur. Nam ex omni conuentione, cuius appellatio nulla iure ciuili prodita eſt, datur ciuilis actio: modo nuda non ſit, meraque conuentio: ſed aliquod præterea negotium habeat, id eſt, præter verba, & conſenſum, aliquid ab vno datum, vel factum ſit, ea lege, vt ab altero quicquam aliud detur, aut fiat. l. ſolent. infra de præſcript. verb. l. ſi dominus. eo tit. licet negotium aliquando latius accipiatur. l. ab emptione. infra, eo. l. inter ſtipulantem. infra de verb. oblig. Et ſane minore cum incommodo à conuentione recedi conſtat, vbi res adhuc integra eſt, quam ſi iam aliquid datum ab alterutro, factumue fuerit. Tametſi autem hoc ſimpliciter ab Vlpiano dictum ſit, de ſententia tamen eiuſdem Iuliani à Paulo alibi relata, exceptio addenda eſt: Niſi dolus aliquis ab eo, vnde petitur, admiſſus arguatur, quo caſu de dolo quoque agi poterit. l. naturalis. §. ſi cum dom. ver. ſed ſi dedi. infra de præſcript. verb. At ceſſante dolo malo, inter Vlpia. & Paulum conuenit, actionem in factum, non Prætoriam, ſed ciuilem competere. Verba Pauli hæc ſunt: *Sed ſi dedi tibi ſeruum, vt ſeruum tuum manumitteres: & manumiſiſti, & is quem dedi, euictus eſt: ſi ſciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus ſcribit: ſi ignorans, in factum ciuilem.* In quibus illud forte quiſpiam admirabitur, quod in referenda Iuliani opinione non conſentiant: ac Paulus actionem ciuilem dari Iuliano placuiſſe teſtetur, Vlpianus contra. Sed leuis momenti eſt hoc diſſidium, cum de ſumma rei (vt diximus) inter ipſos probe conueniat. Et quidem facile ſuſpicor, Tribonianum cum à Paulo Iuliani ſententiam recitante, actionis in factum mentio tantum facta eſſet, ne ab hoc Vlpiani loco diſcrepare videretur, verbum *Ciuilem*, adieciſſe: id ſatis eſſe ratum ad ἀντινομίαν vitandam, ſi in ſumma propoſitæ quæſtionis nulla reperiretur controuerſia. Etenim dubium non eſt, quin veterum Iureconſultorum reſponſis, tum addendo, tum detrahendo permulta ab eodem immutata ſint: cum & ipſe hoc ſe feciſſe profiteatur. leg. 2. C. de vet. iure enucl. & plerique iuris ciuilis loci id manifeſtius oſtendant, quam vt quiſquam inficiari auſit. Ex quibus in mentem vnus venit, quem aliquando obſeruauimus: cum titulum De legatis primum interpretaremur. In eius ſiquidem tractatus initio vulgo hæc verba, *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſis*, Vlpiano attribuuntur: quæ falſa perſuaſio magnarum inter Iuriſprudentes altercationum cauſa fuit. Nam ea ex Iuſtiniani conſtitutione à Triboniano in eum locum relata eſſe non animaduerterunt. Ac ne ipſe quidem id mihi plane perſuaſi: donec in Baſilicana bibliotheca ciuitatis Biturigum Digeſtorum volumen manu ſcriptum offendi: in quo non Vlpiani, aut alterius cuiuſpiam Iureconſulti nomen ἐπιγραφῆς loco, ſed dictio IMPERATOR, maiuſculis literis exarata legebatur. Hæc οὐδὲ πάρεργον. Nunc ad inſtitutum reuertimur. Faceſſit nobis negotium, quod idem Paulus eodem in loco ſcribit: *Quod ſi faciam vt des, & poſteaquam feci, ceſſes dare: nulla erit ciuilis actio, ſed de dolo dabitur.* Ecce cum facio vt des, veluti, Manumitto Stichum, vt mihi des Pamphilum: nullam actionem ciuilem competere generaliter ait, cum tamen hæc ſententia Martiani probetur, exiſtimantis, actionem præſcriptis verbis, quæ ciuilis eſt ei, qui manumiſit, aduerſus eum, qui ſeruum poſtea euictum tradidit, ideoque non dediſſe intelligitur, ſufficere. Sed nec Paulus ipſe ſatis ſibi conſtare videtur: quem ex verbis ſuperius à me recitatis euidenter apparet in hoc caſu ab Vlpiano non diſſenſiſſe. Huius nodi diſſoluendi gratia, quæ Bart. ſcripta reliquit, quando ſatis, ſuperque ab aliis confutata ſunt, in medium adducere ſuperſedebo. Quæ vero Alciatus nouiſſime cenſuit, in rub. C. de pact. l. cum mota. C. de tranſactio. l. Labeo. infra de verbo. ſignifi. vltro reiectis, ac damnatis, quæ prius ipſe aſſeruerat lib. Parad. 5. cap. 1. ea in diſquiſitionem vocare viſum eſt. Non vtique æmulationis alicuius, aut contentionis cum doctiſſimo viro, & de literis ciuilibus eximie merito, (id enim inſaniæ proximum eſſet) ſed veritatis aſſerendæ ſtudio: quę nulla re commodius quam ſobria, & modeſta diſputatione ex puteo illo educi poteſt, in quo Democritus eam demerſam eſſe aiebat. Sententia igitur Alciati eſt, quantum ex variis ipſius commentariis colligere potuimus. In iis demum conuentionibus actionem Præſcriptis verbis locum habere, in quibus præter verba contractus, mutuum quoddam factum vtriuſq; contrahentium interuenit: quod συνάλλαγμα vocari affirmat. Veluti cum *Do ea lege, vt aliquid des, vel facias*: datio namque citra factum vtriuſque eſſe non poteſt. At cum *Facio vt des*: quia hoc factum à me abſque vllo facto tuo impletur, ſi non dederis, hac actione non agam, ſed de dolo. Et quia huic opinioni quædam obiici poſſe videt, diluere ea nititur, ſed ita vt hominis acumen facile agnoſcas: fucum non probes, exclameſque identidem illud Horatianum: *Modeſta ſobriaq; diſputatione veritas inquirēda.*

Quo teneam vultus mutantem Protea nodo?

In primis enim aduerſatur ei quod ex Diocletiani reſcripto colligitur, leg. cum proponas. C. de dolo. *Cum trado ancillam, vt mihi aliam des: de dolo actionem aduerſus te decernendam, ſi non dederis*: quo tamen caſu συνάλλαγμα contractum videtur, cum traditio vtriuſque factum requirat. Item, *Si faciam, vt facias*, datur mihi Præſcriptis verbis actio. l. naturalis. §. ſed ſi facio. infra de præſcrip. verb. Quāuis συνάλλαγμα hic nullum inſit. Sed ille reſpondet, *Cum facio, vt facias*: ideo συνάλλαγμα eſſe, quod præter conuentionem, mandatum quoddam vtrinque interponi videatur. Quaſi vero aliud ſit hoc mandatum, quam contrahentium conſenſus: vt mittam, quod ſi vere mutuum mandatum eſſet, actio mandati vtrinque competeret, nedum præſcriptis verbis. Præterea cum *Trado vt des*: nihil videri eum cui traditur, facere ait: cum traditio merum factum ſit, & nihil iuris in ipſum transferat. Quod ſi verum eſt, cur in ſpecie ab Vlpiano hic commemorata detur actio Præſcriptis verbis, non video: cum Stichus traditus, non etiam datus fuerit: niſi forte mentem contrahentium magis, quam rei veritatem (vt ille ait) inſpiciendam eſſe dicamus: quorum vterque Stichum recte datum eſſe credidit. Sed hæc quam leuia, Dii boni, ac nugatoria ſunt. Quid? ſi indicauero ſeruum fugitiuum, vt mihi pecuniam des? te ceſſante, an non datur mihi præſcriptis verbis actio? vt ad Sabinum Vlpianus ſcribit, dict. l. ſolent. in ea tamen ſpecie quodnam συνάλλαγμα, quæſo potius quam cum alicui traditur res, contrahitur? Nullum ſane, ſi, quemadmodum intellexit Alciatus, id verbum accipiamus, verum longe aliam habere ſignificationem, quam ipſe comminiſcatur, planum facturi ſumus id, quod ad premendum huius cauſæ iugulum apud æquos iudices vel vnum ſatis eſſe poterit. Nec vero auctoritate & graui teſtimonio carebit noſtra explicatio, quod in Alciato deſideramus. Primum enim Labeonem laudamus auctorem. l. Labeo. infra de ver-

bo. ſignifi. qui apud Vlpianum *συνάλλαγμα*, ſiue contractum (nam hæc verba eodem ſenſu accipiuntur) eſſe definit, *Vltro citroqueob ligationem, veluti emptionem*, inquit, *venditionem, conductionem, ſocietatem*, in quibus omnibus contractibus nihil vtrinque geri præter conſenſum mutuum nemo dubitat: vt mirum ſit, eum locum, ab his præſertim, qui ex profeſſo illum interpretati ſunt, diligentius perpenſum non fuiſſe. Eſt & altera paulo latior ſignificatio iuris noſtri auctoribus, vetuſtioribusque interpretibus vſitata: cum videlicet ita aliquid conuenit, vt vel ex altera tantum parte naſcatur obligatio, vt in ſtipulatione. leg. non ſolum. infra de action. & obligat. §. vltim. Inſtitut. de obligat. Hinc Theophilus, *συνάλλαγμα*, inquit, *ἐστὶ δύο ἢ καὶ πλειόνων εἰς τὸ αὐτὸ σύνοδός τε καὶ συναίνεσις, ἐπὶ τῷ συστῆσαι ἐνοχὴν, καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον.* Apud Ariſtotelem vero lib. 5. Moral. latiſſima eſt huius verbi ſignificatio, vtpote quæ furtum, cædem, aliaque id genus maleficia complectatur: *τῶν συναλλαγμάτων*, inquit, *τὰ μὲν ἑκούσιά ἐστι, τὰ δὲ ἀκούσια. ἑκούσια μὲν γὰρ τὰ τοιάδε. οἷον πρᾶσις, ὠνὴ, δανεισμὸς, ἐγγύη, χρῆσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις. ἑκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἑκούσιος γίνεται. τῶν δὲ ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ, μοιχεία. φαρμακεία, προαγωγεία, δουλαπατία, δολοφονία, ψευδομαρτυρία. τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία, δεσμὸς, θάνατος, ἁρπαγὴ, πήρωσις, κακηγορία, προπηλακισμός.* Cuius appellationis rationem vtcunque probabilem adfert Epheſius Græcus auctor in eiuſdem loci enarratione, ad quem lectores, (ſi qui ſunt harum rerum cognoſcendarum curioſi,) remitto. Non me latet Heſychium *συνάλλαγμα*, interpretari *σαμικὸν συμβόλαιον* vel *γαμικὸν* forte potius: locum enim corruptum eſſe arbitror. Sed hoc ſi quid ad rem pertinet, noſtram magis, quam contrariam ſententiam iuuat. Itaque cum *Facio vt des*, non minus dicitur contrahi *συνάλλαγμα*, quam cum *Do vt des*, vel *Do vt facias*, vel, *Facio vt facias*. Hinc generaliter colligo, ex omni conuentione, cuius propria appellatio iure ciuili prodita non eſt, ſi cauſa ſubſit, id eſt datio, vel factum, quod alibi negotium ab Vlpian. appellari crediderim, actionem præſcriptis verbis competere. Neque vlla diſtinctio adhibenda eſt, an certa lege det quis, an faciat, cum ſit in omnibus huiuſmodi conuentionibus eadem ratio. Verum nihilominus actionem de dolo, ſi forte dolus interueniſſe proponatur, intendi poſſe exiſtimo, vt ſit electio actoris, vtra actione experiri maluerit. dict. leg. ſolent. Cum enim verba Prætoris, l. 1. infra de dolo. ſi alia actio non erit, de actione tum ciuili, tum honoraria, Vlpiano auctore intelligantur: conſequens eſt, verbum actionis, pro ea tantum, quæ nominatim propoſita eſt, & in certam formulam concluſa, accipi. Nam ſi actionem in factum tam ciuilem, quam honorariam complecteretur, quando locus actioni de dolo eſſe poſſet? Nec diſſimilis eſt (niſi fallor) Pauli verborum ſenſus, cum ait: *Si faciam vt des, nullam fore ciuilem actionem.* Nam licet actio fere ciuilis dicatur, quod oriatur ex iure ciuili, eaque ſignificatio actioni præſcriptis verbis conueniat, tamen ibi accipitur anguſtius, vt & alias ſæpenumero pro ea, quæ certum nomen, certamque formulam iure ciuili proditam habet. le. 2. & l. interdictum. infra de prec. l. is cui. infra de actio. & obligat. l. qui ſeruandarum. & leg. permiſiſti. infra de præſcript. verb. Quod autem liberum ſit in quibus caſibus actio vel exceptio doli prodita eſt, eam omittere, & actione, vel exceptione, in factum concepta experiri, præterquam quod auctoritate legum non paucarum id probatur. l. rei, quam. infra de dolo. l. cum reus. de fideiuſſ. cum aliis ſupra citatis, magna profecto ratio, & æquitas id fieri ſuadet. Finge *Actoris probitas & animi moderatio aduerſarii famæ quandoque parcit.* actorem ea probitate & moderatione animi eſſe, vt actione in dolum concepta vti nolit, ne fama lædatur aduerſarii, & actionem verbis in factum temperari cupiat: vt non doli, ſed bonæ fidei potius fiat mentio, quis tam auerſus à vero eſt, vt eum aut rē ſuam amittere, aut famoſo experiri iudicio cogat? ac non potius ſingularem humanitatem eius amplectatur, ſponte ſua homini forte alieno præſtantis? quod vt liberi tribuant parentibus, lege eos adigi neceſſe fuit? l. non debet. infra de dolo. Nā & Cicero in oratione pro Quintio Neuium quendam in odium Iudicum adducere nititur, quod honeſtiore iudicio confligtari cū poſſet, caput nihilominus Quintii, & exiſtimationem oppugnaret: quaſi id turpe, & inhoneſtum, licet iure conceſſum fuerit. Idem in oratione pro Cæci. huius dedecoris & turpitudinis crimē à ſe amolitur his verbis: At ſi quis mihi hoc Iudex, recuperatorue dicat: Potuiſti enim leuiore actione confligere, potuiſti ad tuum ius faciliore, & commodiore iudicio peruenire: quare aut muta actionem, aut noli mihi inſtare vt iudicem: tamen is aut timidior videatur, quam fortem, aut cupidior, quam ſapientem iudicem eſſe æquum eſt, ſi aut mihi præſcribat, quemadmodum meum ius perſequar, aut ipſe id, quod ad ſe delatum ſit, non audeat iudicare. Etenim ſi prætor is qui iudicia dat, nunquam petitori præſtituit, qua actione illum vti velit: videte quam iniquum ſit, conſtituta iam re, iudicem quid agi potuerit, aut quid poſſit, non quid actum ſit quærere? Veruntamen nimiæ veſtræ benignitati pareremus, ſi alia ratione ius noſtrum recuperare poſſemus. Nunc vero quis eſt, qui aut vim armatis hominibus factam relinqui putet oportere, aut eius rei leuiorem actionem nobis aliquam demonſtrare poſſit? ex quo genere peccati, quemadmodum illi clamitant, vel iniuriarum, vel capitis iudicia conſtituta ſunt, in eo poteſtis atrocitatem noſtram reprehendere: cum videatis nihil aliud actum, niſi poſſeſſionem per interdictum eſſe repetitam? Actio autem, cuius ita temperata formula eſt, vt non in dolum concepta ſit, meo iudicio perpetua eſt, non temporaria: ideoque actori ita agere nonnunquam expedit. l. huius actionis. infra quod falſ. tut. Quod & nos haud ita pridem ex facto conſulti reſpondere non dubitauimus. At enim fortaſſis admirabitur quiſpiam quod dixerimus, *Si faciam vt des*, non tantum actione Præſcriptis verbis, ſed etiam de dolo agi poſſe, ſi dolus admiſſus ſit, cum Paulus ſine vlla diſtinctione ſimpliciter actionem de dolo competere dicat, tametſi in præcedenti caſu diſtinctione vſus ſit. Vnde videri poteſt inter eas contractuum ſpecies diſcrimen aliquod conſtituero voluiſſe. Verum ego etſi integrum Pauli contextum non eſſe, ſed ex eo pleraque ſuſtuliſſe Tribonianum compendii & breuitatis affectatione, coniiciam: tamen hæc obiectio parum mouere nos debet, cum Iureconſ. maiorem in eo caſu doli ſuſpicionem, quam in ceteris eſſe forſitan crediderit. At ſi contextum ipſum accurate expendamus, cum aliis quibuſdam locis eiuſdem tractatus, comperiemus Iureconſultos ipſos modo præſcriptis verbis, modo actionem de dolo, ſimpliciter dandam, reſpondere: quod vel ſubeſſe doli ſuſpicio, vel ceſſare videatur. Interdum etiam eos diſtinctionem adiicere, an dolus admiſſus ſit, nec ne: quæ quoties ab eis prętermittitur, interpretatione ſupplenda eſt: vt cum dicitur actionem præſcriptis verbis dandam: accipe, niſi dolus interuenerit, quo caſu etiam de dolo agi poterit. Et ſimiliter vbi tantum reſpondetur de dolo agi, ſubaudiendum eſt, niſi forte dolo careat aduerſarius, tunc enim præſcriptis verbis in factum agendum eſt.

Actionem à prætore dandam. Ex hoc loco annotarunt Bar. & alii non pauci, quaſdam actiones eſſe natiuas, quæ ex contractu aliaue cauſa idonea naſcantur: alias eſſe datiuas, quæ cum naſci non poſſint, deficiente ſcilicet ea cauſa, à Prætore tamen dentur. Ex quo apparet, eos veterem iudiciorum dandorum morem non ſat percepiſſe: quem ne hoc quidem feliciſſimo tempore (quo literarum ſtudia ſic florent, vt nullo vnquam magis) legum profeſſoribus vulgo cognitum eſſe video. Non abs re igitur erit, pauca quædam, quæ nos ex veterum lectione didicimus, hic ſubiungere: & quæ alibi primoribus (vt aiunt) digitis, & leuiter tantum attigimus, ea paulo fuſius, atque enucleatius aperire. Prætoris igitur, ac Præſidis, ante conſtitutionem Diocletiani, officium erat, non iudicare, ſed iudicium dare: quod vel ex edictis ab eo propoſitis apparet, quibus iudicium ſe aut actionem daturum, non autem iudicaturum pollicetur. Huc accedat, quod Vlpianus de officio ius dicentis, id eſt, Prætoris, aut ſimilis Magiſtratus differens, quod ipſe ait latiſſimum eſſe, non iudicandi, ſed iudices tantum litigantibus dandi, poteſtatem ei attribuit. leg. prim. ſupra de iuriſdictio. Qua ratione, Prætoris officium ab officio iudicis, & ſtipulatio Prætoria à iudiciali diſtinguitur. leg. 5. infra de verbo. obligatio. & Inſtitut. de diuiſ. ſtipulatio. Hinc Cicero ad Q. Fratrem: Quid? Prætor ſolet iudicare deberi? Aliquando tamen ipſe cognoſcebat Prætor, aut Præſes, certarum cauſarum, aut perſonarum fauore, quæ cognitio ideo extraordinaria dicebatur, quod hunc ſolennem iudiciorum ordinem non ſeruaret. leg. prim. infra de rei vind. l. minor. infra de euict. toto tit. infra de extraord. cogni.

Extra-

Extraordinaria tamen actio accipitur non pro illa Prætoria cognitione, cuius auxilium ipſo iure alicui competere poteſt, nedum Prætorio: ſed pro actione vtili, & in factum compoſita, quæ ciuili deficiente extra ordinem, & ex Prætoris iuriſdictione datur. leg. quæ religioſis, infra de rei vindic. leg. cum filiusfamilias. infra ſi cert. pet. leg. creditor. infra de act. empt. cum ſimi. Iam de iudiciis dandis videamus. Dubium non eſt, quin iudicium dare aliud ſit, quam iudicare: cum Cicero act. 3. in Verrem dicat, omnes omnium pecunias poſitas eſſe in eorum poteſtate, qui iudicia dant, & eorum qui iudicant, &cæt. Iudicium enim dare, Prætor dicebatur: cum expoſito à litigatoribus negotio formam totius litis, & controuerſiæ ita componebat, vt iudici à ſe dato præſcriberetur, qua de re ipſi iudicandum eſſet, vt ſcribunt Theoph. in In. tit. de interd. Victorinus in lib. 2. Cice. de inuent. Id autem non vno modo fiebat. Nam aliquando purum dabatur iudicium, aliquando ſub exceptione. Purum hoc modo: *Si paret Titium Sempronio ex cauſa mutui centum dare oportere &cæt.* Quo exemplo vtitur crebro Iuſtinianus, §. is quoque, Inſtitu. quibus modis re contra. oblig. §. ſic itaque. de acti. §. præterea. Inſtitut. de except. Ac ſimiles apud Ciceronem formulæ paſſim in orationibus leguntur. Vt in 1. de diuinatione, *Si paret eam, ſe & ſua veneris eſſe dixiſſe.* Et lib. 4. *Si paret fundum Capenatem P. Seruilii eſſe.* Et lib. 5. *Si paret iugera fundi eſſe plura, quam colonus ſit profeſſus.* Et eodem lib. *Si paret aduerſus edictum feciſſe,* &cæt. In quibus omnibus locis *Paret*, ac *Pareret*, legendum eſſe contendo, tum fide vetuſtorum exemplarium adductus, tum Sexti Pompeii auctoritate, qui verbum *Paret* id eſt (vt ipſe interpretatur) apparebit, in formulis vſitatum fuiſſe oſtendit. Sub exceptione vero iudicium concipiebatur, cum reus non inficiabatur, quod actor intendebat: ſed aliquid opponebat tamen, propter quod videbatur condemnari non debere: tametſi vera eſſet actoris intentio. Vt ſi pecunia certa ex teſtamento petebatur, quam hæres legatam quidem eſſe non negaret, ſed aſſereret pacto conuento, ne à ſe peteretur conueniſſe, in hunc fere modum conſtituebatur iudicium, *Si paret centum teſtamento legata eſſe Titio, ſi is pactus non ſit, ne eam pecuniam ab hærede petat, Caſſius iudex eſto.* Hinc fit vt exceptionem formulæ apud Iureconſultos fere per dictionem SI, aut ſimilem conceptæ reperiantur: Veluti, *Si in ea re de qua agitur, præiudicium hæreditati non fiat.* l. 1. infra famil. erciſ. *Si non voluntate creditoris fundus venit.* l. ſicut, §. quod ſi, infra quibus mod. pig. *Si non mihi ante pignoris nomine ſit res obligata.* l. creditor. infra qui pot. in pig. hab. *Extra quam ſi quid ita factum ſit, vti de lege fieri licuit.* l. 1. §. Labeo. infra de flumin. *Quod eius ripæ muniendæ cauſa nõ fiat.* l. 1. §. ſunt qui. infra ne quid in flumin. pub. *Si non vi, non clam, non precario feceris.* l. ſi vitem. infra quod vi aut clam. *Si non in ea cauſa ſint tabulæ teſtamenti, vt contra eas bonorum poſſeſſio dari poſſit,* l. 2. l. qui in hærede. infra de except. rei iudic. *Si res ea iudicata non ſit inter me, & eum, cui vendidiſti.* l. ſi à te. eodem titu. *Si in ea re nihil dolo malo actoris factum eſt.* l. 2. infra de doli except. *Si in ea re nihil metus cauſa factum eſt.* l. 4. §. vltim. eodem tit. Et ſexcenta huiuſmodi, quæ inter legendum à quouis ſtudioſo facile obſeruari poſſunt. Huc pertinet, quod Paulus exceptionem definit *Conditionem, quæ modo reum eximit damnatione, modo minuit damnationem.* l. exceptio. infra de excep. Porro huiuſmodi exceptiones, ſeu conditiones, tum interponi ſolitæ videntur, cum ipſo quidem iure actio competeret: ſed propter aliquam circunſtantiam iniqua videretur, cuius rationem iudex datus ob præſcriptum formulę habere non poſſet, niſi id nominatim excepiſſet, vel ex bona fide addidiſſet Prætor: alioqui poterat quidem addi, ſed neceſſaria non erat. leg. 1. §. Labeo. infra de flum. facit lex qui ſeruũ. infra de actio. & oblig. De harum autem formularum conceptione in iure, id eſt, apud Prætorem, magna plerunque inter litigantes erat contentio: adeo quod huiuſmodi quæſtiones in iudicium raro incidebant, vt teſtatur Cicero lib. 2. de inuent. & in Partitio. orat. & aliis in locis. Nam ante iudicium acceptum nullæ ſunt partes Iudicis, ſed Prætoris tantum. l. filiusfamilias. §. vlt. l. procurator qui pro euictione. l. ſi reus. l. Titius. infra de procur. Ceterum conſtituto iudicio addebatur Iudex ex numero ſelectorum à Prætore, vt videre eſt apud Gellium lib. 14. c. 2. qui formulam ſecutus ab eo conceptam cognoſceret, ac iudicaret, isq; arbiter, recuperator, χαμαιδικαστὴς, iudex pedaneus, iudex datus, iudex delegatus, iudex priuatus, iudex ſpecialis. & ſimpliciter etiam iudex dicebatur. l. fundus. ff. famil. erciſ. Theoph. titul. de interdict. & titul. quibus ex cauſis manumit. Nouel. conſtit. 60. l. 3. ſupra ne quis eum qui in ius voc. leg. 1. ȷ̃. de poſtulan. l. vlt. ſupra de officio Prætor. l. prætor. infra de tut. & cur. l. iudex. & l. eum quem. ff. de iudic. leg. à iudice. C. eodem titul. leg. ſed etſi in ſeruum. §. ſi quis iudex. infra de recep. arbit. Theophilus in Græcis Inſtitutionibus ſcribit, cũ Romani bellis eſſent fere occupati, nec ſemper iudiciis vacare poſſent, certo tempore anni conuentum celebrare conſueuiſſe, in quo huiuſmodi iudices, ſeu recuperatores litium dirimendarum gratia conſtituerentur. Cuius rei quoque Cæcilius libro 10. Epiſt. Iuuenalis Satyr. vltim. Tranquillus in Cæſare, & Seruius Honoratus in 2. Æneid. meminerunt. Huius conuentus meminit etiam Iſidorus apud Gratianum 15. diſt. Porro hi iudices priuati erant, nullamque iuriſdictionem, ne mandatam quidem habebant, ſed notionem tantum, quæ à iuriſdictione multum differt. Id quod à Budæo noſtro minime animaduerſum eſſe miror. l. ait Prætor. leg. quidam conſulebant. de re iud. vide Budæum in l. vltim. §. iudicandi. de muner. & hon. Præterea his iudicibus à præſcripta ſibi formula recedere non licebat, quamuis id æquum eſſe iudicarent: vt Cicero cum lib. 2. de Finibus bonorum & malor. tum in oratione pro Cæcin. & act. 4. in Verr. auctor eſt. Quod & Annei Senecæ teſtimonio confirmatur, qui libro 3. de beneficiis: Melior videtur (inquit) conditio cauſæ bonæ, ſi ad iudicem, quam ad arbitrum mittitur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: huius libera, & nullis adſtricta vinculis religio, &cæt. Sed hæc hactenus de iudiciis, ac iudicibus à Prætore dandis, ex quibus liquet nullam actionem eſſe, quæ dari à Prætore non recte dicatur, ideoque falli eos, qui quaſdam actiones naſci, alias vero à Prætore dari putant. Nam & promiſcue his verbis Iurecoſulti de quibuſcunque actionibus loquentes vti ſolent. Dixerit quiſpiam: Si hæc vera ſunt, non videtur Iulianus à Martiano recte notatus eſſe, cum diceret, Actionem in factum à Prætore dandam: quoniam ea verba de actione quoque ciuili, quam ait Martianus competere, intelligi poſſunt. Cui reſpondeo, hæc verba, A Prætore actionem dari, anguſtius interdum accipi pro re ſubiecta, quam à nobis dictum ſit, vt ſignificent actionem nouam, & quæ ipſo iure prodita non ſit, à Prætore ex iuriſdictione ſua introduci, vt ſit Prætoria, non ciuilis actio. Quo ſenſu non hoc tantum in loco, ſed alibi etiam frequenter accipiuntur. Vnum ex multis locum profero, ita apertum, vt eo lecto neminem mihi non aſſenſurum eſſe exiſtimem: is eſt ſub titul. de perpet. & tẽpor. actio. lib. Inſt. 4. *Non autẽ omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo iure competunt, aut à Prætore dantur, & in heredem æque competunt, aut dari ſolent.*

Iudicis & arbitri differentia.

† Si vt maleficium fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conuentione.

alias, Si ob maleficium ne fiat.

Hoc adiectum eſt, vt oſtendatur, non omne negotium, quodcunque interuenerit, ſufficere vt ex ea conuentione actio detur, quæ proprio caret nomine: ſed id duntaxat, quod iuri aut bonis moribus non fuerit contrarium.

Sed cum nulla ſubeſt cauſa, præter conuentionem: hic conſtat, non poſſe conſtitui obligationẽ. Igitur nuda pactio obligationem non parit, ſed parit exceptionem.

Docere volens Vlpianus, quibus ex conuentionibus actio competat, hac diuiſione vtitur: Si conuentio nomen proprium habeat, parit actionem: ſi non habeat, & cauſa ſubſit, id eſt, præter mutuum conſenſum aliquid non turpiter, neque inhoneſte datum ab alterutro, vel factum ſit, vt quicquam aliud detur, vel fiat, idem erit dicendum. Si vero nulla ſubſit cauſa, præter conuentionem, id eſt, ſola conuentio ſit, præterea nihil, quamquam hic nudam vocat, nulla naſcetur efficax obligatio. Dicitur etiam nuda

conuentio, vt alibi nudus conſenſus, nuda proprietas, nudum præceptum, nuda ratio, nuda voluntas, nuda res, nudus vſus, nuda cogitatio. leg. 1. infra de rerum perm. leg. 2. ff. quibus modis vſusfruct. dicta leg. filius familias. §. diui. infra de leg. primo. leg. nuda. infra de don. leg. 3. infra de adimen. lega. l. 1. §. hanc actionem. infra depo. leg. 1. infra de vſu & hab. leg. præſenti. Codic. de his, qui ad eccleſiam confu. quæ neque in proprium vllum nomen tranſit, neque ei accedit aliqua cauſa: vt ſi quis interrogetur, quid ſit, nihil plane aliud poſſit reſpondere, quam conuentionem, aut pactionem eſſe. Hinc pactum conuentum ita partiri poſſumus, vt quoddam nudum & ſimplex ſit: alterum vero, cui cauſa aliqua extrinſecus accedat. Nec diuiſionem hanc adiecimus, quod admodum neceſſaria nobis videretur, (nulla enim fere res eſt, de qua in iure ciuili diſputetur, cui talis diuiſio non conueniat, nempe vt nuda ſit, aut non nuda) ſed quod à conſuetudine in ſcholis recepta non omnino recedere vellemus. Pactum enim vulgo diuidunt in Nudum. & quod ineptiſſime confícto à barbaris hominibus vocabulo, Veſtitum appellari ſolet. Quam diuiſionem cum nuper quidam in eo ludo edoctus in quo magna cum pompa & oſtentatione etiamnum iſta docentur, pertinaciſſime tueretur, nihilque eſſe diceret quod in diuidendo aptius opponatur Nudo quam Veſtitum: per iocum interrogaui hominem, cui non ſimiliter cogitationem partiretur in nudam, & veſtitam: cum lex cogitationis nudæ mentionem faciens aliam eſſe innuat, quæ non ſit nuda. Qui quanquam loquaciſſimus erat, & ei vitio affinis, quod Græci ἀπεραντολογίαν vocant, obmutuit tamen leui argumento victus, fractusque, qui prius tamen grauioribus à me rationibus à ſententia ſua diuelli non potuerat. Tota autem hæc diuiſio Vlpiani de Iuris gentium conuentionibus intelligenda eſt. Ex legitimis enim actionem naſci conſtat. leg. legitima. ſupra eo. Proinde ſi appareat cauſa donationis quicquam promiſſum eſſe, ex lege Iuſtiniani, quæ conuentionem eam confirmat, actio dabitur, vt ſicut venditio, ita etiam donatio nudo conſenſu contrahi intelligatur. leg. ſi quis argentum. Codic. de dona. Sunt qui putent, legem municipalem, quæ in cauſis mercatorum æquitatem obſeruari iubet, ſic intelligendam eſſe, vt iam ex nuda pactione inter eos detur actio. Quibus nō aſſentior, cum æquum & bonum id non ſit, vt ſupra à nobis diſputatum eſt. Ad hæc varias exceptiones huius regulæ ex aliis iuris noſtri argumentis corrogatas in hunc locum congeſſerunt interpretes, quas conſulto prætermittimus, ſuo quæque loco commodius executuri.

Quinimo interdum format ipſam actionem, vt in bonæ fidei iudiciis. Solemus enim dicere, Pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis. Sed hoc ſic accipiendum eſt, vt ſi quidem ex continenti pacta ſubſecuta ſunt, etiam ex parte actoris inſint: ſi ex interuallo, non inerunt, nec valebunt, ſi agatur, ne ex pacto actio naſcatur. Vtputa poſt diuortium conuenit, ne tempore ſtato dilationis, dos reddatur: ſed ſtatim hoc non valebit, ne ex pacto actio naſcatur. Idem Marcellus ſcribit: Etiam ſi in tutelæ actione conueniat vt maiores, quam ſtatutæ ſunt vſuræ præſtentur, locum non habebit, ne ex pacto actio naſcatur. Ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant, id eſt, quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. Item reſponſum ſcio à Papiniano, ſi poſt emptionem ex interuallo aliquid extra naturam cōtractus conueniat, ob hanc cauſam agi ex empto non poſſe, propter eādem regulam, ne ex pacto actio naſcatur. Quod & in omnib. bonæ fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum: quia ſolent & ea pacta, quæ poſtea interponūtur, parere exceptiones.

Quia generaliter dixerat, nudam pactionem non parere obligationem διὰ τὴν ἐπανόρθωσιν ἵνα, continuo ſubiicit, imo vero interdum format, id eſt, parit, producit, creat actionem. leg. in bonæ fidei. Codic. eod. nempe in bonæ fidei iudiciis de quibus quia paucos ante annos ſatisfuſe diſſeruimus, edito nominatim de his iudiciis, arbitrariisque commentario, illinc aſſumi poterunt, quæ ad hunc locum pertinere videbuntur. Vnum hic breuiter annotandum eſt, in his iudiciis à Prætore conſtituendis, vſitatam fuiſſe hanc formulam, *Ex fide bona*, qua Iudici latiſſima dabatur poteſtas, neglectis ſtipulationum anguſtiis, quicquid bonum & æquum ſibi videretur iudicandi. Vnde non immerito pacti, dolique exceptiones huiuſmodi iudiciis ineſſe dicuntur. l. huiuſmodi, §. qui ſeruum. infra de lega. 1. l. ſed etſi ideo. infra. ſolu. mat. l. 3. infra de reſcin. vendi. Nam in ceteris, quę ſtricta, anguſtaque ſunt, cum à Prætore conſtituuntur, tum excipi debet iniquitas actionis, vt ſcribit Cicero in Partit. Orator. & ſub exceptione iudicium dari, niſi pactum conuentum, exempli gratia de ea re non petenda, factum fuerit: aut niſi dolus malus interuenerit, vel quid aliud ſimile, quo non excepto, iudicium iniquum redderetur. At in his, quæ bonæ fidei ſunt, formula iam dicta has omnes exceptiones complectitur. leg. plane. l. vltim. infr. de petit. hæred. Huic proximum eſt, quod hic dicitur, Pacta conuenta ineſſe bonæ fidei iudiciis, quod ex parte rei perpetuum, atque indubitatum eſt: ex parte vero actoris ita demum procedit, ſi ſtatim & ex continenti ſecuta ſint. Nam ſi ſtatim, quia pactum pars contractus eſſe intelligitur, cuius contemplatione vilius forte res diſtracta eſt, tunc bonum & æquum eſt, actionem ad id quoque competere. leg. fundi partem. infra de contrah. empt. Alioqui quod pactione comprehenſum eſt, peti non poterit: quia ceſſante hac cauſa, vtile non eſt, ex pacto actionem naſci, vt ſupra docuimus: idque tribus exemplis Vlpianus hic demonſtrat. Sed quid de ſtrictis iudiciis dicendum? Et plerique crediderunt, his Vlpian. verbis adducti, in bonæ fidei tantum iudiciis id locum obtinere. Quæ ſententia, Pauli confirmatur auctoritate lib. 1. Quæſtionum, dicentis, Pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe. leg. lecta. infr. ſi cer. pet. ab aliis quibuſdam impugnata eſt, vt merito ius anceps, controuerſumque videri poſſit. Ego in hac quæſtione perpendo, quod ipſe Paulus ſcribit in auditorio Æmilii Papiniani, cum forte quędam cautio lecta eſſet, qua pactum ſtipulationi ſubiectum continebatur: de eius pacti poteſtate inter iuriſprudentes ortam fuiſſe controuerſiam: cumque id pactum ſtipulationi ineſſe aſſereret, quendam ex his, qui tum Papiniano aſſidebant, contradixiſſe, quem Vlpianum fuiſſe credibile eſt. Nam ſimul ambos Papiniano aſſeſſores extitiſſe conſtat. Vtcunque ſit, Vlpianus hic de bonæ fidei tantum iudiciis ſuam profert opinionem; de cæteris autem aperte nihil definit, ideoque Paulo minime aduerſatur. Quapropter dicendum eſt ex eiuſdem Pauli ſententia, quod ad hanc rem attinet, inter ſtricta ac bonæ fidei iudicia nihil intereſſe, ſed generaliter pacta quæcunque ſtipulationi ſtatim ſubiecta, eidem ineſſe videri. Quod & ex his, quæ ſupra à nobis dicta ſunt, confirmari poteſt. leg. item quia. §. vltim. ſupra eod. Iam vero cum conſtet, actionem ex eo, quod in continenti ſecutum eſt, pacto naſci; opus eſt, vt quænam ea ſit videamus: idque eo libentius attingimus, quod cum interpretes in varias diſtrahantur ſententias, vix tamen vllum eſſe putem, qui rem acu (quod aiunt) plane tetigerit, vt quod de mulieribus Plautus, idem quoque de eorum opinionibus vere dici poſſit, *Optima nulla poteſt eligi, Alia alia peior, frater, eſt.* Nec ſane obſcurum eſt, quænam iſtius erroris cauſa fuerit, ſi quis paulum modo conſideret, quæ ab ipſis de actione Præſcriptis verbis, eiuſque natura & poteſtate dicuntur. Extraordinariam enim actionem eam arbitrantibus mirum videtur quod veteres iuris auctores, ex huiuſmodi pactis, modo actionem ex contractu, modo Præſcriptis verbis interdum hanc, vel illam ſub alternatione dandam eſſe reſpondeant. Hinc fit, vt cum ſeſe extricare conentur diſtinctionum mæandris, rem omnem inuoluant magis, quam explicent. Eſt autem actio præſcriptis verbis ciuilis, & mero iure prodita, non ſubſidiaria, ſiue extraordinaria; competitque ea, quoties conuenit inter omnes, contractum talem eſſe, ex quo iure ciuili detur aliqua actio, ſed quæ nullum, aut incertum nomen habeat. Nam olim ita ius conſtitutum fuit, vt qua quiſque actione agere vellet, eius nomen exprimeret, qui titulus

Facete dictum de variis & ineptis plurimorum interpretum opinionibus.

titulis actionis ſæpe dicitur. Quod ſi factum non eſſet, aut vitioſe factum, non teneret intentio.l.1. infra ſi menſor fal. mod.dixer. in l.1.ff.de eden.l.vltim.Cod.de interdict.leg.tutor.infr.de fideiuſſ.l.3.C. ad Macedo.Theop.§.1.& vlt.Inſtit.de interdict.l. ſi pecuniam.infra de pign.act.cum aliis ſimil. Nec citra rationem hæc formula agendi comparata eſt, quæ litigatoris maturandi occaſionem præberet, cogitandique quam infelix eſſe poſſit litis (præſertim ſi temere ſuſcepta ſit) euentus: quod prudentiſſime Heſiodus monet his verſibus:

Omnis litis dubius, at temere ſuſcepta infeliciſſimus exitus.

Μηδέ σ' ἔρις κακόχαρτος ἀπ' ἔργου θυμὸν ἐρύκοι
Νείκε' ὀπιπεύοντ' ἀγορῆς ἐπακουὸν ἐόντα.

Solent enim plerique aut nulla, aut perquam leui de cauſa ad litigandum præcipites ferri: cæco quodam feruore incitati, qui deferueſcit tandem, ac ſubſidit cunctatione. Quod tum maxime contingit, cum cunctationi ipſi cogitatio plenior, deliberatioque accedit, in qua verſari cogitur is, qui de nomine ac genere inſtituendæ actionis ſolicitus eſt. Adde quod praua conſilia impetu, bona (vt Tacitus ait) mora valeſcunt. Porro id ius ſine incommodo vſquequaque obſeruari non poſſe tandem animaduerſum eſt. Erant enim permulti contractus proprio nomine vacantes, ex quibus actio iure ciuili prodita inſtitui non poterat: quod abſurdum videbatur. Itaque permiſſum eſt hoc caſu ita agere, vt etſi nullum actionis nomen exprimatur, præſcriptis verbis quod factum eſt, demonſtrati ſufficiat.leg. 3.infra de præſcrip. verb. Deinde aliud quoque incommodum emerſit: nam plerunque fiebat, vt de nomine contractus ambigeretur, aliis venditionem, aliis locationem eſſe, aliis nullum nomẽ habere dictitantibus, eſſetque is cauſæ ſtatus, quem Rhetores finitiuum dicunt. Itaque viſum eſt operæpretium, hanc nominis exprimendi neceſſitatem litigatoribus omnino remittere: vt quiſquis de nomine dubitauerit, eidem quoque præſcriptis in factum verbis agere liceat.leg.1. infra de æſtim.act.etiam ſi forte nomen, & titulum habeat actio, nec iuſta ſit cauſa dubitationis, vt contra receptam vulgo opinionem arbitramur. Hinc Vlpianus eam actionem competere ait, non modo cum nullum actionis nomen proditum eſt, ſed quoties illud inuenire non poſſumus.leg. 1.infra de præſcript. verb. facit lex qui ſeruandarum. §. vltim. eod.titul. Et paſſim Iureconſulti quoties ambigunt, an ex locato aut vendito, aliaue actio competat, & verentur ne certam actionem inſtituendo in captionem incidat litigator: reſpondent melius, tutius, vtilius, commodius eſſe, vt præſcriptis verbis agatur, quaſi extra omnem aleam is ſit qui ita agit, quicunque contractus initus, aut qualecunque negotium geſtum ſit.leg. naturalis. §. pen. leg. ſi gratuitam. leg. ſi apud.leg. rogaſti. leg. Titius.infra de præſcrip.verb. Et hac ratione adducti contendimus, nulla actione, cui proprium nomen inditum ſit, hanc agendi formam excludi: vt pleriſque iuris noſtri locis apertiſſime probatur, quæ aliter citra cauillationem intelligi non poſſunt. leg. Labeo. infra de contrah. emp. leg. ſi conuenerit. infra commu.diuid.leg. ſi conuenit.infra de reſcin. vend. His vero quæ à nobis tradita ſunt, recte perceptis, adeo nihil negotii eſt aduerſariorum obiecta diluere, vt ſpeciali refutatione nobis vix digna eſſe videantur. Hæc enim fere enthymemata ſunt Alciati libr. Paradox. 5. capit.1.qui ex ea caterua ceteris acutior videri vult. Actio præſcriptis verbis tantum datur, cum deficit alia actio, non igitur ea ſimul cum actione ex contractu dabitur. Item vulgo traditum eſt, remedium extraordinarium non concurrere cum ordinario: vtraque ergo actione agi non poterit. Rurſus ex pacto, quod fingitur pars eſſe contractus, conſentaneum non eſt, vt duplex competat actio, cum ſi vere pars eiuſdem eſſet, vna tantum naſceretur. Poſtremo ſi ex contractu, qui principalis eſt, vna tantum datur actio, ex eo, quod eſt acceſſorium, duplex non dabitur. Quibus omnibus hoc reſponſum volumus, ex quocunque contractu, aut negotio, quis experiri velit, hanc formam agendi vtilem ei eſſe. Non enim credendum eſt, præſcriptis verbis, nomen proprium actionis eſſe: ſed præſcriptis verbis agere dicimus compendio ſermonis, id eſt, ita agere, vt quod factũ eſt, verbis tantum exponatur, vel abſque vllius certæ actionis expreſſione: quo modo & hodie moribus noſtris in foro omnes fere actiones inſtitui ſolent.

Quid ſit præſcriptis verbis agere.

Hæc igitur actio datur, vel cum deficit nomen actionis.leg.1. infra de præſcrip. verbis. vel cum quis de nomine dubitans, timet ne ſibi falſa nominis expreſſio fraudi ſit.leg. 1. infra de æſti.act. Et quod dictum eſt, *Deficiente actione, vel exceptione, vtiliter agendum*, & cæt. leg. quoties. de præſcrip. verb. id non de hac ciuili, ſed in factum Prætoria accipi debet, quam & ſubſidiariam & extraordinariam recte vocari ſupra admonuimus. Nec nos mouet quod nonnulli obiiciũt, verbum *Informat*, apud Vlpianũ in hoc loco, id eſt extendit ſiue in formulam extenſim deducit (vt ipſi interpretantur) actioni tantum ex contractu conuenire. Quod vt verum eſſe fateamur, non ideo tamen conſequens eſt, præſcriptis in factum verbis non poſſe agi, vt ex iam dictis liquido conſtat. Huc accedat, quod in emendatioribus codicibus non *informat*, legitur ſed *format*, potius, quod verbum ab aliis quoque vſurpatum iuris auctoribus. l. Pomponius.infra de neg. geſt.leg.vnica.§.videamus. Codic.de rei vx. act. tam ad præſcriptis verbis actionem, quam ad eam, quæ datur ex contractu, æque referri poteſt. Nec ſane parui refert, vtram nos lectionem ſequamur, cum ex vulgatiore illa innumerabiles oriantur quæſtiones, & controuerſiæ, quæ hac probatiore recepta prorſus euaneſcunt. Vt cum quæritur: An pactum adiectum ſtipulationi non tantum inſit eidem, ſed actionem etiam ex ea deſcendentem informet? Item, an ſicut pactum informat, ita etiam ſtipulatio contractui adiecta? & aliæ ſimiles: quas qui copioſe tractatas videre, & otio abuti cupiet, aliorum commentarios adeat.

Vt puta poſt diuortium. Tribus exemplis docet Vlpian. pactũ ꝙ ex continenti ſubſecutum nõ eſt, ex parte actoris non ineſſe, neque ad agendum valere. Primum eſt cum diuortio iam facto conuenit, vt dos ſtatim reddatur, legitima dilatione non expectata.leg.1.§. exactio. Codic. de rei vxor.actio. hoc enim pactum, quod in contrahendo matrimonio, & dote conſtituenda appoſitum valet, & meliorem reddit mulieris conditionem. leg. de die. infra de pactis dot. hoc caſu ob ſupra ſcriptam rationem inutile eſt. Sed num hæc pactio ſaltem proderit ad replicationem, vt ſi muliere ſtatim petente, excipiendo alleget maritus, ante annum non recte peti, an replicare poſſit mulier, quod pacto ſublata ſit ea dilatio? Quæſtionem facit, quod cum pactus ne peteret, poſtea conuenit vt peteret, Paulus ſcribit, exceptionem prioris pacti, poſterioris replicatione elidendam eſſe. leg. ſi vnus. §. pactus, infra eod. Nec in propoſita ſpecie diſſimilis apparet ratio. Quidam arbitrati ſunt, ante legitimum tempus ipſo iure actionem non competere: ideoque nullam exceptionem eſſe, quam elidat replicatio. De quo ſane non conuenit inter eos, qui hunc locum ante nos interpretati ſunt, & pleniorem diſputationem res exigit quã quæ huic argumento conueniat. Certe Oratorem quendam vt imperitum iuris ridet Cicero: qui cum à Prætore iudicium poſtularetur, eius pecuniæ nomine, cuius nondum veniſſet dies, inſtabat vt reo exceptio daretur, cuius pecuniæ dies fuiſſet, & cæt. Verum hoc non ita valde mihi videtur ad rem, de qua nunc agitur, pertinere. Nam ſiue obligationem, atque adeo actionem diuortio facto natam eſſe, nec obligationi, ſed exactioni tantummodo tempus adiici dicamus, ſiue nullam ante legitimum tempus actionem competere, æque inualidum, ac inutile hoc pactum, reperietur, cum obligationem ex lege deſcendentem augeat. Lex enim maritum non niſi elapſo anno obligat, & cogit ad reſtitutionem dotis. Nec mirandum eſt, pactum, cuius ſupra mentionem fecimus, ex parte actoris ineſſe, & ad replicationem valere: cum hoc nullius momenti eſſe dicatur. In pacto enim priore non ius aliquod, ſed factum verſatur, valetque tantum ex conuentu, non legis confirmatione: quare alterius pacti replicatione, quod licet paris alioqui virtutis, & poteſtatis ſit, tamen quod poſterius eſt, facile tollitur: Pacta igitur conuenta ſi ex interuallo ſubſecuta ſint, nullo modo inſunt: ne ad replicationem quidem, vt maiorem, quam ex lege eſt, obligationem reddant. Quod vtique vires habente pacto, ſaltem effectu, & τῇ δυνάμει futurum eſt. Exceptio enim, quæ mulieri petenti dotem ante tempus obiicitur,

legitima eſt, pacti conuenti non item. Alterum exemplum eſt: Conuenit inter tutorem & pupillum, finita forte tutela, vt pro pecunia pupillari, quam ceſſaret reddere, vſuras præſtaret centeſimas: cum ad tam graues vſuras lege non teneatur, niſi pecuniam eam in ſuos vſus conuerterit: Eadem enim ratio, quæ & in ſuperiori caſu, efficit, vt ex ea conuentione non naſcatur actio.

Ea enim pacta inſunt. Ea pacta legem dicere contractui dubium non eſt, quæ tum à nobis interponuntur, cum ad contrahendum ingredimur: idque ſenſit Vlpi. his verbis, meo quidem iudicio, nec video quid incommodi habeat iſta interpretatio: damnat nihilominus eam Alciatus his argumentis: Quia ſi ingreſſum (inquit) pro initio acciperemus, falſum eſſet Iuriſconſulti dictum, cum ea quoque inſint, quæ ex incontinenti poſt contractum fiunt. Item hoc ſenſu non declararet quid ſit, *Legem contractui dare*, quod tamen hic definire videtur: itaque comminiſcitur in ingreſſu contractus facta eſſe, quæ contractui ipſi non repugnant, ſed connexam potius contractui cauſam habent, illumque reſpiciunt: contenditque apud veteres linguę Latinę autores ingreſſum, ſiue ingreſſionem id dici, quod digreſſioni contrarium eſt, quodque ad propoſitam materiam pertinet. Mihi autem curioſius id excogitatum (pace tanti viri dixerim) quam verius dictum videtur. Nec arbitror quenquam hoc tempore vel mediocris eruditionis literatorem eſſe, cui facile perſuaſurus ſit, ita ingreſſionem accipi in eo Ciceronis loco, quem ſententiæ ſuæ confirmandæ gratia profert ex Orat. ad Brutum. Adde, quod ſi huiuſmodi interpretatio admittatur, inepta erit atq; inſulſa hæc ratio, nec ſatis cum præcedentibus verbis cohærebit. Ego igitur craſſiore Minerua potius hæc verba accipienda eſſe exiſtimo, vt ea pacta legem dare contractui intelligantur, quæ iam inde ab initio contractus fiunt. Eademque eſt ratio eorum, quæ ſtatim poſt contractum ſubiiciuntur, nec aliud ſenſiſſe Iureconſultum opinor. Nam particula, *Id eſt*, non definit in hoc loco (vt credidit Alciatus) ſed paradigmatica eſt, & frequentiſſime ſolet exemplis deſeruire: vt cum paulo poſt idem Vlpianus ait: *Pacta in perſonam eſſe, cum paciſcor, ne à perſona*, id eſt, *ne à Lucio petam.* Idemque apud veteres conſultos ſexcentis in locis obſeruare licet. leg. qui liberis. infra de vulg. l. pen. infra de annuis leg. tametſi variant exemplaria. leg. 3. §. ſaltus. infra de acq. poſſ. leg. ſi ex cauſa. in prin. infra de mino. leg. 3. infra de except. leg. 2. infra de ſupellect. leg. l. vltim. infra de lib. cau. leg. cum eo. infra ad leg. Iul. pecu. in Codic. Theodoſ. titul. de contrah. emp. l. vltim. Codic. de dona. Perinde ergo intelligenda erunt hæc verba, ac ſi ita ſcriptum eſſet: Ea enim pacta inſunt, quæ legem contractui dant: veluti quæ in ingreſſu contractus facta ſunt. Ceterum quod pacta legem dare dicantur, mirari deſinet, qui Ariſtotelem legerit ad fi. lib. 1. Rhetor. ita loquentem: ἡ γὰρ συνθήκη νόμος ἐστὶν ἴδιος, καὶ κατὰ μέρος. καὶ αἱ μὲν συνθῆκαι, οὐ ποιοῦσι τὸν νόμον κύριον· οἱ δὲ νόμοι, τὰς κατὰ τὸν νόμον συνθήκας, καὶ ὅλως αὐτὸς ὁ νόμος συνθήκη τίς ἐστιν. ὥστε ὅστις ἀπιστεῖ, καὶ ἀναιρεῖ συνθήκην, τοὺς νόμους ἀναιρεῖ. ἔτι δὲ πράττεται τὰ πολλὰ τῶν συναλλαγμάτων, καὶ τὰ ἑκούσια κατὰ τὰς συνθήκας. ὥστε ἀκύρων γιγνομένων ἀνῄρηται ἡ πρὸς ἀλλήλους χρεία τῶν ἀνθρώπων.

Idem reſponſum ſcio. Tertium exemplum affertur ex Papiniano, cum poſt emptionem perfectam pactus eſt emptor cum venditore, vt Romam eat, vel quicquam aliud huiuſmodi faciat, quod extra naturam contractus ſit. Nam quæ ad naturam, ſiue ſubſtantiam venditionis pertinent, ſi de his aliquid conuenerit, etiam ex interuallo, talis conuentio contractui ineſſe dicitur, eaque ad agendum efficax eſt. Sed quo dilucidius, ac diſtinctius hæc tradantur, ſciendum eſt, Pacta nonnunquam interponi de his rebus, ex quibus ſubſtantia venditionis conſiſtit, vt de pretio augendo vel minuendo. Verbo enim *Subſtantiæ* vtitur Papinianus, exprimere volens id ſine quo non poteſt conſiſtere venditio. leg. pacta cōuenta. infra de contrah. empt. Vlpian. noſter Græco vocabulo alias vſus, quod eſt οὐσία, leg. in emptionibus. eod. titul. hic Latine loqui, & naturam, quam ſubſtantiam dicere maluit: Ciceronem videlicet imitatus, apud quem ea vox pro οὐσία, non pro φύσει vſurpatur: vt merito notatum eſſe à nonnullis Quintilianum appareat, qui eſſentiam dixerit, aliam dictionem Latinam eſſe negans, quæ illi Græcæ reſpondeat. Aliquando fiunt pacta de his, ex quibus non conſiſtit ſubſtantia venditionis, vt ſi venditor paciſcatur cum emptore, vt inſulam ædificet, vt proficiſcatur Romam, vel vt certo modo alter alteri obligetur. Hæc Papinianus. Adminicula emptionis, barbari interpretes Accidentalia, & naturalia appellarunt. dict. l. pacta conuenta. His præcognitis, ita mihi diſtinguendum videtur ex Vlpiani, Papinianique ſententia: vt ſi quidem extra naturam, ſiue ſubſtantiam venditionis aliquid conueniat, idque ſtatim inſit venditioni: talis conuentio, non modo ad exceptionem proſit, ſi detrahat contractui, verum etiam ad actionem, ſi adiiciat. Si verò poſt venditionem contractam, referre Papinianus ait, an pactum detrahat aliquid emptioni: vt ſi conuenerit, ne de dupla caueat venditor, ad quam cautionem in his emptionibus, quæ mancipi ſunt, vt Varro, & Plinius aiunt, vel vt Vlpian. ait l. emptori. infra de euict. in emptione rerum pretioſarum tenetur venditor: an verò adiiciat, vt ſi conuenerit, ne venditor nuda promiſſione caueat, ſed cum fideiuſſore: priore caſu pactum contineri contractu, cum venditor eo non agendo, ſed excipiendo iuuetur: pacta enim quandocunque interpoſita ex parte rei inſunt: poſteriore caſu non ineſſe contractui ideo Papinianus ſcribit, ne alioqui emptori aduerſus venditorem ex pacto detur actio. Reliquum eſt, vt de his pactis diſpiciamus, quæ ex eodem contractu ſunt (vt Vlpianus loquitur) id eſt, quæ ſuper pretio interponuntur, vel alia re ſimili, ex qua contractus ſubſtantia conſiſtat. Et ſatis liquet, ex hoc loco ea pacta ſemper ineſſe videri, quocunque fiant tempore, & non ad exceptionem modò, ſed etiam ad actionem eſſe vtilia: quod quemadmodum accipiendum ſit, vberius mox tractabimus.

Propter eandem regulam. Hac regula conuincitur, falſum eſſe, quod vulgò receptum eſt, *Pacti vocabulo omnem contractum & conſenſum duorum ſignificari:* nam alioqui falſa eſſet, cum ex venditione, locatione, & aliis huiuſmodi contractibus actionem naſci conſtet. Ceterum quia præceptores quoſdam meos extra rem (vt fit) pleraque de hoc verbo *Regula*, in hunc locum annotaſſe memini, ea re admonitus ſum, vt noſtram quoque de eo verbo ſententiam hic adſcriberem: quam etſi confidam auditoribus, ſectatoribusque noſtris probari, quibus abhinc fere quinquennium oſtendi longe lateque à vero abeſſe, quæ ceteri hac de re adhuc memoriæ prodiderant: tamen cum viderem, Alciatum celeberrimum noſtræ tempeſtatis Iuriſconſultum lib. 5. Parer. cap. 1. diuerſam à noſtra ſententiam amplecti, cuius auctoritas forte magis, quam ratio, nonnullos mouere poſſet: ego, qui meus de ea re ſit ſenſus, paulò intempeſtiuius expromere, & cum ſtudioſis communicare malui, quam eius cauſæ, quæ (niſi fallor) ad communem ſtudioſorum vtilitatem non minimum, ad noſtram exiſtimationem nonnihil pertinet, defenſionem, & patrocinium omittere. Cardo autem quæſtionis totius vertitur in interpretatione Pauli verborum, quæ in initio tractatus de Diuerſis regulis iuris antiqui in vetuſtis, hiſque caſtigatioribus libris ita leguntur: *Per regulam igitur breuis rerum narratio traditur, &*, vt ait Sabinus, *quaſi cauſæ coniectio eſt.* Cum in aliis legatur, Cauſæ coniunctio, nullo ſenſu. Igitur, Cauſæ coniectio, verbum forenſe eſt, quod olim Romæ in iudiciis protritum ac peruulgatum fuit: idcirco Sabinus docere volens Regulâ breuem quandam narrationem tradi eorum, quæ prius iure conſtituta ſunt, eam ait cauſæ coniectioni ſimilem eſſe. Nihil autem aliud eſt, Cauſam coniicere, quam cauſæ argumentum Iudici, apud quem agenda eſt, breuiter, ac ſummatim exponere: & hæc breuis compendioſaque narratio, Cauſæ coniectio eſt, cui Sabinus regulam comparat. Aſconius Pedianus Act. III. Ciceronis in Verrem: Comperendinatio eſt ab vtriſque litigatoribus inuicem ſibi denuntiatio in perendinum diem: namque cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna ſe ſacramenti peterent, poſcebant Iudicem, qui dabatur poſt trigeſimum diem: quo dato deinde inter ſe comperendinum diem, vt ad iudicium venirent, denuntiabant: quod cum eſſet ventum, antequam cauſa ageretur, quaſi per iudicem rem exponebant, quod ipſum dicebatur Cauſæ coniectio, quaſi cauſæ ſuæ in breue actio:

ne actio. Cicero ad Herennium lib. 2. verba legis Duodecim tabularum recitans: In comitio, aut in foro ante meridiem cauſam coniicito. Eadem refert Gellius lib. 17. capit. 5. Afranius cauſam coniicere hodie apud te volo ambone adeſtis? profuturos arbitror. Idem Gellius lib. 5. capit. 10. Et cum ad iudices coniiciendæ, conſiſtendæq; cauſæ gratia veniſſet, tum Protagoras ſic exorſus eſt, & cæt.

Ad eo autem in bonæ fidei iudiciis pactiones poſteà factæ, quæ ex eodem ſunt contractu, inſunt: vt conſtet in emptione, cęteriſque bonæ fidei iudiciis, re nondum ſecuta poſſe abiri ab emptione. Si igitur in totum poteſt, cur non & pars eius pactione mutari poteſt? Et hæc ita Pomponius lib. 6. ad edictum ſcribit. Quod cum ex parte agentis pactio locũ habet, vt & ad actionem proficiat, nondum re ſecuta, eadem ratione. Nam ſi poteſt tota res tolli, cur non & reformari, vt quodam modo quaſi renouatus contractus videatur? quod non inſubtiliter dici poteſt. Vnde illud æque non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat: poſſe in partem pacto recedi ab emptione, quaſi repetita pacti conuentione. Sed & cum duo hæredes emptori extiterint, ſi venditor cum altero pactus eſt, vt ab emptione recederetur, ait Iulianus, valere pactionem, & diſſolui pro parte emptionem, quoniam & ex alio contractu paciſcendo alter ex hæredibus acquirere ſibi exceptionem potuiſſet. Vtrunq; itaq; placet, & quod Iulianus, & quod Pomponius ait.

De pactis quæ poſt contractam emptionem extra naturam ipſius interponuntur, dictum eſt: iam de his tractare incipit, quæ ex eodem contractu ſunt, id eſt, quæ ipſius contractus naturam, ſiue ſubſtantiam reſpiciunt. Et in primis traditur regula. Tales cõuentiones contractui ineſſe, nõ modo ex parte rei, vt exceptionem: ſed ex parte ẽt agẽtis, vt actionẽ pariant. Hanc regulã adeo veram eſſe ſcribit Vlp. vt conſtet, conuentione poſt ea facta ab emptione recedi poſſe, puta ſi conuenerit, vt res ſit inempta. Quæ enim conſenſu contrahuntur, contrario conſenſu diſſoluuntur. §. vlti. quib. mod. tol. oblig. Inſtit. l. prout. infra de ſolut. Hoc accipe, modo res ſit integra, id eſt, neque merx tradita, neque pretium ſolutum ſit. Nam hoc caſu pactum conuentum ad reſoluendam emptionem non ſufficeret, niſi integrum reſtitutis iis, per quæ effectum eſt, vt res integra non eſſet. l. ab emptione. infra, eo. leg. 1. C. quando lic. ab emp. diſce. Quæret aliquis, Cum hic Iureconſultus generaliter loquatur de bonæ fidei iudiciis, an quod dictum eſt, in depoſito quoque & commodato locum habeat, quæ non conſenſu, ſed re contrahuntur? Sed hæc quæſtio inanis, & friuola eſt. Nam neque depoſitum, neque commodatum vllũ dici poteſt, donec res tradita ſit. Fruſtra ergo quæritur, an nuda pactione, re adhuc integra, à depoſito aut commodato recedatur.

Si igitur in totum poteſt. Argumento probat Vlpia. Si poſt emptionem (exempli gratia) conuenerit vt augeatur pactũ, hoc pactũ ad actionẽ proficere. Si .n. pacto conuento totus contractus reſolui põt, multo facilius pars eiuſdem, puta pretium mutari poteſt. Quod eſt accipiendum, dum res adhuc integra ſit. l. pacta conuenta. infra de contrahen. emp. l. 2. infra de reſcin. ven. Et hoc caſu contractus non tolli, ſed renouari, ſeu reformari paſſim dicitur à Iureconſultis. l. ſi vnus. §. quod ſi non totum. infra eo. l. ſi id quod. infra de reſcin. vend.

Quaſi repetita pacti conuentione. Locum hunc valde mendoſum offendimus in omnibus fere exemplaribus, tum vetuſtis, & manuſcriptis: tum iis, qui typographorum opera excuſi ſunt. In Norico legitur: *Repetita partis emptione.* Ex quibus verbis vix vllum poſſis rectum & idoneum ſenſum elicere. In aliis vulgo legitur, Pacti emptione. Vt credibile ſit, ſcriptum fuiſſe ab Vlpiano, Repetita pacto emptione, id eſt, renouata. Alium codicem peruetuſtum vidimus à Germano Colladonio, humaniſſimo viro, & antiquitatis ſtudioſo, nobis oblatum, in quo vno ita legitur: repetita pacti conuentione: quam nos lectionem maxime probamus. Et ſi enim repetita emptio non incommode dicatur, quo verbo etiam alibi Pomponius vſus eſt l. 2. infra de reſcind. vend. tamen haud ſcio, an ea lectio aptius huic loco conueniat. Dicitur autem repetita conuentio, quaſi retrorſum petita, vt pretium, de quo poſtea conuenit, eo tempore conuentum videatur, quo venditio contracta eſt. Nam & repetita dies non abſimili forma loquendi crebro apud iuris auctores reperitur, vt Budæus noſter iam dudum admonuit. Porro pacti conuentio vox inſolens non eſt, ſed iiſdem Iuris auctoribus per quam vſitata. l. ſi neceſſarias. inf. de pig. actio. l. in his. §. Imperator. infra de ſolut. l. 3. & 4. C. de vſur. l. debitum. C. de remiſ. pign. cum aliis ſimi.

Prætor ait: Pacta conuenta, quæ neque dolo malo, neque aduerſus leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta, decreta principum, neque quo fraus cuique eorum fiat, facta erunt, ſeruabo.

Romæ priſcis temporibus ex pactis conuentis nulla dabatur actio, nec vlla lex erat, quæ quenquam ad id, quod promiſerat, præſtandum cogeret: quod ſupra Senecæ, ac Ciceronis auctoritate comprobauimus. Venditio autem, locatio, & ſimiles contractus, legibus non erant incogniti, ſed iure ciuili eorum obſeruatio erat neceſſaria: nam & ciuilis dicitur, quæ ex illis competit actio. Cæterum quoties actione opus non eſſet, ſed exceptio, ac defenſio agenti oppoſita ſufficeret, promiſſor, quam dederat, fidem præſtare cogebatur: nõ quod legibus id conſtitutum, ſed quod natura, & æquitate ſuadente in mores perductum fuiſſet. Prætor igitur cum actiones ex variis contractibus, ac negotiis partim iure ciuili proditas, partim ex propria ipſius iuriſdictione comparatas daturum ſe proponeret, nullam ex pactis conuentis ſe daturum, ſed tantum ea ſeruaturum edicit. Ex quibus verbis colligere non poſſumus, Prætorem vim & poteſtatem pactorum augere, & actionem ex ẽis dare voluiſſe: quomodo perperam intellexerunt ea verba, qui putarunt hoc edictum ad omnes contractus, & conuentiones pertinere. Cum enim ait, *Seruabo*, illud demum promittere videtur ſe effecturum, vt pacta ſuam vim, qualis videlicet ante fuit, obtineant: non vt maioris ſint, quam prius, auctoritatis. Hæc eſt inſignis illa difficultas, quæ Bartolum vſque eo conturbauit vt fateri non erubuerit, hunc locum à ſe, præ nimia eius obſcuritate, non intelligi. Verum obſcuritas (vt Sextus Cæcilius quondam Phauorino reſpondiſſe fertur) non culpæ ſcribentis aſſignanda eſt, ſed inſcitiæ non aſſequentis. Ex his verbis edicti annotandum ẽſt, pacta, quæ dolo malo fiunt, non continuo etiam contra leges fieri. Dolus enim iure ciuili vetuſto non niſi certis in cauſis vindicabatur, vt à nobis diſputatũ eſt in eo libro, quẽ De in litem iurando, iudiciiſque bonæ fidei & arbitrariis ab hinc fere biennium in lucem emiſimus. Aliorum edicti verborum explanatio per totum tractatum ſic diffuſa eſt, vt ſi quis omnia huc congerere velit ad eius interpretationem facientia, nihil eorum omiſſurus ſit, quæ ſub hoc titulo continetur.

Pactorũ autem quædam in rem ſunt, quædam in perſonam. In rem ſunt, quoties generaliter paciſcor, ne petam. In perſonam, quoties ne à perſona, id eſt, ne à L. Titio petam. Vtrum autem in rem, an in perſonam pactum factum ſit, non minus ex verbis quam ex mente conuenientium æſtimandum eſt. Plerunque enim (vt Pedius ait) perſona pacto inſeritur, non vt perſonale pactum fiat, ſed vt demonſtretur cum quo pactum factum eſt.

Hæc diuiſio pactorum ſatis perſpicue hic explicata eſt: vt tamen iis ſatisfiat, qui prima iuris ciuilis elementa, ac vocabula artis propria nondum plane norunt, in quorum gratiam hæc potiſſimum ſcribimus, negligenda nobis nõ videtur eius interpretatio. Mos igitur loquẽdi veterũ Iuris aucto-

rum eſt, vt quod generaliter, & ſine perſonæ expreſſione fit, id in rē fieri ab ipſis dicatur. Sic actiones, exceptionesque in rem ſcriptas, interdicta in rem concepta, nuntiationem operis noui in rem fieri legimus. l. metum. §. vlt. infra de eo, quod metus cauſ. l. 2. l. 4. §. vltim. infra de doli except. l. 1. §. vlt. infra de interdict. l. operis. infra de oper. noui nunt. Cum ergo quis generaliter paciſcitur ne rem petat, nec perſonā nominat, à qua petiturus non eſt, in rem pactum dicitur conceptū eſſe. In perſonam vero cum exprimitur certa perſona. Nec inutilis eſt huiuſce diſtinctionis cognitio. Nam pacta in rem concepta omnibus proſunt, quorum obligationem diſſolutā eſſe, eius, qui paciſcebatur, interfuit. l. & hæredi. §. vlt. infra. In perſonam autem ei duntaxat, cum quo pactum factum eſt. l. ſi vnus. §. ante omnia, infra.

Mens cō-trahentium magis quam verba ſpectanda.

Ex mente conuenientium. Mens & voluntas contrahentiū magis quam verba, ſpectanda eſt. Quæ ſi tacitis nobis intelligi poſſet, vt inquit Cicero, verbis omnino non vteremur. Itaque videndum eſt, qua mente, quoque conſilio adiecta ſit pacto perſona, vt perſonale id ſit, an reale intelligatur. Id autem ex variis argumentis, ac coniecturis colligi poteſt. Quibus ceſſantibus à verbis minime recedendum eſſe videtur. l. qui in futurum. infra eo. Sed cum incertum eſt, quibus verbis paciſcentes vſi fuerint, & an expreſſerint perſonam, necne (ſæpe enim contingit, vt teſtes verborum non ſatis recordentur) præſumendum eſt, in rem magis, quam in perſonam eſſe pactum: quoniam (vt Celſus ait) *Plerunque tam hæredibus noſtris, quam nobiſmetipſis cauemus.* l. ſi pactum. infra de probationib.

Dolo malo, ait Prætor, pactum ſe nō ſeruaturum. Dolus malus fit calliditate, & fallacia: & (vt ait Pedius) dolo malo pactum fit quoties circumſcribendi alterius cauſa aliud agitur, atq; agi ſimulatur. Sed ſi fraudandi cauſa pactum factum eſſe dicatur, nihil Prætor adiicit. Sed eleganter Labeo ait, hoc aut iniquum eſſe, aut ſuperuacuum. Iniquum, ſi quod ſemel remiſit creditor debitori ſuo bona fide, iterum hoc conetur † deſtruere. Superuacuum, ſi ipſe deceptus hoc fecerit: ineſt enim dolo & fraus. Siue igitur ab initio dolo malo pactum factum eſt, ſiue poſt pactum dolo malo aliquid factum eſt, nocebit exceptio, propter hæc verba edicti, *Neque fiat.*

alias adſtruere.

Quod prætor in edicto ait, *Quæ neque dolo malo*: interpretari volens Vlpia. quid ſit dolus malus, hic explicat: de cuius definitione inter veteres non conuenit. Caius Aquilius Gallus aliquando rogatus à Cicerone, quid dolus malus eſſet? reſpondiſſe fertur, *Cū aliud agitur, aliud ſimulatur.* Idē Paul. lib. 1. ſent. titu. 8. Verum hæc definitio proba eſſe non videtur, quod tam ſimulatio abſque dolo malo, quam dolus malus abſque ſimulatione eſſe poſſit. Et hoc argumento Antiſtius Labeo aduerſus Seruium Sulpitium vſus eſt, cum tamen paulo adſtrictior fuerit Sulpitii quam Aquilii definitio. leg. 1. infra de dolo. Sicut & hæc Pedij: Quoties circumſcribendi alterius cauſa aliud agitur, ac agi ſimulatur. Nam Aquilius Apud Ciceronem circumſcriptionis non meminit, quanquam ita ſenſiſſe eum non dubito, vtcunque parum elocutus ſit. Huic definitioni non diſſimilis eſt ea, quam ſcite admodū tradit Moſchopolus in Heſiodum, δόλος μηχανή ἐστι τὸ κακὸν ἔχουσα ἀγαθῷ δοκοῦντι κεκαλυμμένον. Sed nulla harum definitionum eſt, quæ in Labeonis reprehenſionem non incurrat, contendentis, dolum citra ſimulationem vllam admitti poſſe. Quod longe veriſſimum eſt. l. lege Cornelia. infra ad leg. Corne. de ficar. cum ſimil. Non tamen ideo contemnenda eſt iſta (vt ſic dicam) ſimplicitas, qua homines in arte dialectica præcellentes definiendo vſos eſſe videmus, quæ qualisqualis eſt, vim forte non minorem ad docendum, quam aliorum ſubtiles diſputationes habet. Quod enim de M. Var. Gel. lib. 1. capit. 25. idem de hiſce noſtris dici poterit, non fuiſſe ſcilicet eis curæ, vt ſuperſtitioſe legibus artis inſeruirent, ſed eo genere demonſtrationis contentos fuiſſe quod Græci τύπους, καὶ ὑπογραφὰς magis, quam ὁρισμοὺς vocant:

Quale fuerit Labeonis ingeniū.

At Labeo, cui non modo acre, ſed moroſius etiam, ac ſubtriſte erat ingenium, diſciplinarum liberalium præſidio fretus, in quibus aliquanto exquiſitius cæteris verſatus fuiſſe dicitur, quæ ab aliis rudius, & ſimplicius tradita fuerant, ſubtilius tractare, ac (vt Pomp. ait) multa innouare, inſtituit. leg. 2. de orig. iur. Gellius lib. 13. capit. 10. Tacitus lib. 3. Dolum igitur malum definit Labeo omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. Quæ definitio probatur Vlpiano, & minus quam reliquæ, cauillationibus expoſita eſt. leg. 1. de dolo. Hunc dolum à pacto conuento, atque adeo ab omni conuentione & contractu, procul abeſſe oportet: cum ne leges quidem ſeruandas eſſe dicat Ariſtoteles, quæ latoris dolo malo conditæ ſunt. Eius verba hæc ſunt lib. 1. Rhet. ἄτοπον γὰρ εἰ τοῖς μὲν νόμοις αἳ μὴ ὀρθῶς κείμεναι ὦσιν, ἀλλ' ἐξαπατῶσιν οἱ θέμενοι οὐκ οἰόμεθα δεῖν πείθεσθαι, ταῖς δὲ συνθήκαις ἀναγκαῖον. εἶθ' ὅτι τοῦ δικαίου βραβευτής ἐστιν ὁ δικαστής. οὔκουν τοῦτο σκεπτέον, ἀλλὰ ὡς δικαιότερον, καὶ τὸ μὲν δίκαιον οὐκ ἔστι μεταστρέψαι οὔτ' ἀπάτῃ, οὔτ' ἀνάγκῃ. πεφυκὸς γὰρ ἐστί. συνθῆκαι δὲ γίγνονται καὶ ἐξαπατηθέντων καὶ ἀναγκασθέντων.

De contractibus tum bonę fidei, tum ſtricti iudicii, in quibus interuenit dolus, præter ea, quæ iam à nobis exierunt, quædam alia fortaſſis lectu non indigna propediem edituri ſumus. Ceterum quod Paul. Caſtren. & alii plerique de cōtractibus ſimulatis annotarunt, non ita difficilem explicationem habet. Cum enim de contractu ſimulato iuris auctores loquuntur, eum intelligunt, qui contrahentium conſenſu & voluntate ſimulatur ſine cuiuſquam dolo malo, cum dolus in volentem non admittatur: vt ſi de voluntate contrahentium pro mutuo, vel pignore, in inſtrumento ſcribatur emptio, quatenus fœnerator vſuras ex mutuo velut rei venditæ fructus capiat. leg. emptione. C. plus vale. ꝙ agitur. cap. ad noſtram. de emp. & vend. cap. illo vos. de pig. Aliud exemplum adduci poteſt ex Caio, *Cum dicis, gratia loco numerationis pecunia interuenit. Sæpe* (inquit) *ad hoc commodantur pecuniæ, vt dicis gratia numerationis loco intercedant.* leg. 4. infra commod. Quorum verborum obſcuritas cum nos aliquando mirum in modum exerceret, memini conſultum à nobis Gulielmum Budæum ſingularis eruditionis virum (cuius tum dulciſſima conſuetudine fruebamur) reſpondere, neque ea verba à ſe vnquam intellecta, neque apud vllum auctorem Latinum lecta eſſe. Sunt qui eo loco non dicis, ſed dandis potius legendum cenſeant, contra omnium exemplarium fidem. Ego vero cum intelligam non veteres modo linguæ Latinæ auctores, ſed Iureconſultos etiam ipſos his verbis vſos fuiſſe, nihil temere immutandum duco. Cicero in Verrem libro 7. Attamen (inquit) vt poſſit ſe dicere emiſſe, Artagatho imperat, vt aliquid illis, quorum argentum fuerat, nummorum dicis cauſa daret. Vlpian. ſub titul. de Senatuſcon. Sillan. in emendatis codicibus. leg. 1. ad finem. *Si finxit quis auxilium ferre, vel dicis gratia tulit.* Idem Vlpianus ſub titul. ex quib. cau. maio. leg. 5. *Qui maturius profectus eſt, vel dicis gratia cœpit Reipublicæ cauſa abeſſe,* & cæt. Sic enim mihi locus ille reſtituendus videtur, de quo tamen liberum iudicandi arbitrium philologis omnibus, & legum ſtudioſis permitto. Plinius quoque Pontificis dicis gratia epulantis meminit libr. 28. capit. 2. Ex quibus locis à nemine, niſi fallor, ante nos animaduerſis, apparet, quod nec bona fide, nec ſerio & vere fit, ſed perfunctorie tantum, & per ſimulationem, id dicis cauſa factum dici. Itaque locus ille Caii de imaginaria numeratione intelligi poterit, cuius gratia pecuniæ mox reddendæ commodantur.

Dicis cauſa quid factum eſſe, quid ſignificet.

Sed ſi fraudandi. Quod Prætor in edicto doli tantum, non etiam fraudis mentionem, fecerit, minus plene fortaſſis ab eo cautum eſſe videtur, ideoque verba hæc addi oportuiſſe, *Neque fraudandi cauſa,* & cæt. leg. 3. infra pro ſoc. Sed nihil iſta adiectione opus fuiſſe Labeo ait. Nam ſi clauſulam hanc de eo pacto accipias, quod quis alterius machinatione deceptus facit, ſicque fraudatus eſt, ea proculdubio erit ſuperuacanea, cum talis fraus inſit dolo, ideſt, verbum doli, cuius in edicto meminit Prætor, fraudem hanc, quia videlicet dolo non caret, complectatur. Sin pactum fraudandi cauſa factum intelligas, id eſt, quo quis re, non conſilio aduerſarii fraudatus, ac damno

affectus

affectus ſit, ſane hic ſenſus à proprietate verborum remotior eſt: quæ fraudis conſilium omnino ſignificare videntur, licet in fraudem fieri re ipſa tantum, & ſine conſilio recte dicamus. l. fraudis. infra de reg. iur. l. inter eos. infra ex quibus cauſ. ma. §. in fraudem, Inſtit. quib. ex ca. ma. Vt tamen id ſine veri præiudicio verbis ſignificari poſſe concedamus, talis adiectio (inquit Labeo) iniquitate non carebit: quandoquidem ea non ſeruari iniquum eſt, quæ inter aliquos bona fide, id eſt, ſine dolo placuerunt, tametſi ea forte paciſcentibus noceant. arg. l. dolus. C. de reſcin. vendi. l. item ſi pretio. cum ſeq. infra loca. Hinc apparet, quam abſurde interpretes colligant, dolo fraudem ineſſe, velut ſpeciem generi, &c.

Quod fere nouiſſima parte pactorum ita ſolet inſeri: *Rogauit Titius, ſpopondit Mæuius.* Hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis: ideoque ex ſtipulatu naſcitur actio, niſi ſpecialiter contrarium adprobetur, quod non animo ſtipulantium hoc factum eſt, ſed tantum paciſcentium.

Moris fuit veteribus, ſtipulationem pactis ſubiicere, vt ſi minus ex pacto, ſaltem ex ſtipulatione agi poſſet, vt Paulus ait lib. 11. Senten. titu. 23. l. pacto conuento. infra de tranſact. l. duo. infra pro ſoc. l. Titia. §. vltim. l. pluribus. infra de verbor. oblig. l. petens. Cod. de pact. l. item quia. §. vltim. ſupra eod. Proinde obligationum firmandarum gratia ſtipulationes inductas eſſe, idem Paul. ſcribit lib. 5. Senten. tit. 8. Quod adeo verum eſt, vt conſtet, ſtipulationem fere alicuius contractus appendicem, & acceſſionem eſſe, & per ſe ſine alia cauſa inutiliter contrahi. l. 2. §. circa. infra de doli exceptio. Quod autem dicitur, in nouiſſima parte pactorum: ſic accipere debemus, id eſt, inſtrumentorum quibus pacta conuenta deſcribuntur. Nam pactum pro ſcriptura aliquando accipitur, ſicut & ſtipulatio. l. 1. ſupra de eden. Cic. in Partit. orat. Scriptorum, inquit, priuatum aliud eſt, publicum aliud. Publicum lex, ſenatuſconſultum, fœdus. Priuatum, tabulæ, pactum conuentum, ſtipulatio. His ita explanatis, animaduertendum eſt, ſuper huiuſcemodi ſpecie dubitatum fuiſſe. Poſt varia pacta, & conditiones inſtrumento adſcriptas in extremis tabulis ſubiecta eſt hæc clauſula, *Hæc omnia dari fieri rogauit Titius, ſpopondit Mæuius.* Quærebatur, an his verbis ſtipulationem interpoſitam eſſe ſatis probaretur, vt ex ſtipulatu actio competeret? Quæſtionem faciebat quod cum interrogatione & reſponſione animum concurrere neceſſe eſt, non paciſcendi modo, ſed ſtipulationem quoque contrahendi, cuius in inſtrumento nulla fit mentio. Nam ſi caſu fortuito quis me interroget, & ego reſpondeam ei, ac promittam, nec appareat animo adſtringendæ ac firmandæ obligationis id factum eſſe, pactum potius, quam ſtipulatio contrahi videtur. Si vero inter partes actum ſit, vt quæ placuerunt, confirmentur ſtipulatione, & mox vno interrogante, alius promiſerit: hoc caſu vere contrahitur ſtipulatio: idque olim ita fieri ſolitum antiquæ oſtendunt comœdiæ. Plaut. in Pſeud. Actu 1.

P. Satin' eſt, ſi hanc hodie mulierem efficio tibi,
Tua vt ſit, aut ſi tibi do viginti minas?
C. Satis ſi futurum eſt. P. roga me viginti minas
Vt me effecturum tibi quod promiſi ſcias.
Roga. C. obſecro hercle. P. geſtio promittere.
C. Dabiſne argenti mihi hodie viginti minas?
P. Dabo: moleſtus nunc iam tu ne ſis mihi.

Simile huic exemplum in eadem comœdia, Actu 4. Et quanquam hæc vera ſunt in dubio, tamen ſi ſupra ſcripta verba, aut alia his ſimilia inſtrumento inſerta reperiantur, Vlpia. ait, paciſcentes animum contrahendæ ſtipulationis habuiſſe præſumi, niſi contrarium oſtendatur.

Et generaliter quoties pactum à iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet, nec legari, nec iuſiurandum de hoc adactum, ne quis agat, ſeruandum Marcellus lib. 2. Digeſtorum ſcribit. Et ſi ſtipulatio ſit interpoſita de his, pro quibus paciſci non licet, ſeruanda non eſt, ſed omnimodo reſcindenda.

Hic finiebatur commentarius noſter, cum in lucem primum exiit. Nam ſcholæ, in qua profitebamur, conſuetudo nobis minime permiſit cœptam commentationem abſoluere, ſemeſtri iam tempore, aut eo amplius, in hac diſputatione conſumpto. Nec animus erat his, quæ ſupra ſcripta ſunt, quicquam impræſentiarum addere, niſi Ioannes Lucius inſignis vir eruditionis, iudicii, ac probitatis inter togatos Baſilicæ Pariſienſis occaſionem mihi præbuiſſet. Cum enim librũ hunc quem denuo formis excudendum Typographi poſcebant, cum eo velut ſcriptorum noſtrorum Ariſtarcho libenter cõmunicaſſem, admonuit nos tandem in hoc loco mendum ſubeſſe, quod adhuc vulgo animaduerſum non ſit. Atque ita hominis in ea re iudicium mihi placuit, vt continere me non potuerim, quin eam emendationem hic adſcriberem. Nam quod hic de legato apud Vlpianum legitur, adeo alienum eſt à propoſito, & tam male cohæret cum reliquo ſermone, vt ingenue fatear, locum mihi ſuſpectum ſemper fuiſſe. Nec me latet interpretationem aliquam adferri poſſe, quæ abſurda omnino non ſit. Verum ea eruditioribus hominibus, & qui aures tritas habent in notandis Iureconſultorum ſcriptis, vix opinor, aut ne vix quidem ſatisfaciet, præſertim ſi lectionem Florentinam ſequamur, quæ à ratione Latini ſermonis prorſus aliena eſt. Quod cum animaduerteret Holoander, loco verbi, legaui, repoſuit legatum. Conſtantinus Harmenopulus Græcus auctor, cuius auctoritati non multum hic tribuo, ſic interpretatus videtur, quaſi Vlpianus dixerit, nec legari contra ius licet, &c. Sed receſſit ab officio interpretis, ea addendo, atque ſupplendo, quæ non ſcripſit Vlpianus, ſi hoc ei propoſitum fuit, vt verba Vlpiani interpretaretur. Itaque noſter Lucius ſagaci admodum coniectura ductus, ita legendum eſſe cenſet,

Quoties pactum à iure communi remotum eſt, ſeruari hoc non oportet, nec ligat, cum nec iuſiurandum de hoc adactum, &c.

Quæ lectio eo magis mihi probatur, quod ligari pactis ac ſtipulationibus homines dicuntur apud Latinos auctores, vt apud Cic. pro Roſcio Comœdo. vnde & obligatio appellata eſt, vt nos ſupra in caput primum annotauimus. Pactum autem à iure communi remotum hic accipe, quod Paulus infra c. 28. remotum à re priuata vocat. Nam commune hic publicum non ſignificat, vt oſtendimus ſub titu. de rerum diuiſio. ſupra.

AD TIT. XV. LIB. II.

PANDECT.

CAP. I.

De Tranſactionibus.

QVIA, vt ſupra diximus de pacto, cum quis in ius vocatus eſt, aliquando metu incerti litis euentus fit tranſactio, qua à lite prorſus receditur: ideo ſi actor pergat agere & experiri, opponitur ei exceptio tranſactionis, quæ eſt litis finitæ exceptio: quæ ſi probetur in continenti, conteſtationem litis remoratur, repelliturque actor, per finem non procedendi, vt noſtri modo loquuntur pragmatici in foro: hoc ſumitur ex cap. 1. de litis conteſtatione. in 6. huc pertinet l. Tranſacta. & ſequens, de verborum ſignificatione. ideo in hac parte Digeſtorum, poſt tractatus præcedentes, de tranſactionibus diſſerere voluit Iuſtinianus, quibus à lite ipſa omnino receditur: huiuſque tranſactionis mentio fit in l. fin. Cod. de feriis. Pacta, inquit Imperator, conferant, tranſactiones loquantur. Primo igitur ſciendum eſt tranſactionis verbum non ſolum generaliter accipi, ſed & ſpecialiter. *Quid ſit tranſactio.* Tranſacta enim aliquando dicuntur, quæ quoquo modo ad finem producta ſunt, vel tempore, vel iudicis ſententia, vel iureiurando, vel alio quouis modo. dict. leg. Tranſacta. & leg. ſequenti. de verbor. ſignificatione. l. arbitrio. de dolo malo. l. 1. §. vltim. ad Senatuſcon. Tertull.

Specialiter autem ſub hoc titulo tranſactio accipitur pro deciſione rei dubiæ, litiſue incertæ, data, retenta aut promiſſa re aliqua. l. 1. hoc titulo. & l. tranſacta. Cod. eo. tit. idem habetur in cap. ſuper eod. extra eod. titu. Rem autem dubiam

intelligimus, de qua, aut iam mota eſt controuerſia, aut aliquando moueri timetur: dummodo abſit manifeſta, atque euidens litigatorum calumnia ſiue vexatio. Nam in euidenti calumnia & vexatione nullus eſt tranſactioni locus. l. 2. C. eod. titu. vide Ciceronem in oratione pro Quintio in narratione. Huc pertinet l. in ſumma. infra de condict. indeb. Lis vero incerta dicitur quæ nondum omnino deciſa eſt, pronuntiatione iudicis, aut præſtatione iuriſiurandi. Nam poſt rem iudicatam, quæ nullo remedio appellationis, aut in integrum reſtitutionis aut alio modo retractari poteſt, ipſo iure nulla eſt tranſactio. deeſt enim materia ſuper qua ipſa interponatur tranſactio. l. eleganter. §. ſi quis poſt. infra de condict. indeb. dict. l. 1. & l. & poſt hic. Quæri hic tamen ſolet ab interpretibus, quid inter pactum interque tranſactionem interſit? Sed quia hanc quæſtionem explicaui in commentario noſtro, tit. de pactis ad l. iuriſgentium. de ea hic nihil dicturus ſum: quare ad cætera progredior quæ maiorem vtilitatem habere videntur. ſcilicet quæ perſonæ poſſint legitime ſuper lite mota, controuerſiaque tranſigere: quæ vero à tranſactione iure ipſo repellantur legitima. Non hic de omnibus tractatur perſonis, ſed de iis tantum, de quibus olim apud veteres dubitatum fuit, veluti de procuratore, ſyndico, ciuitatis defenſore, de patre, &c. de quibus omnibus ordine dicemus. Inprimis igitur quæſitum eſt à veteribus, an procurator nomine domini tranſigere poſſit. In qua quæſtione arguta & ſubtili vtendum eſt diſtinctione: diſtinguendus ſiquidem eſt procurator, cui libera vniuerſorum bonorum adminiſtratio conceſſa eſt: diſtinguendus eſt etiam procurator, cui ſpecialiter & nominatim vt tranſigat eſt mandatum. Diſtinguendus eſt etiam procurator qui in rem ſuam conſtitutus eſt, ab eo qui generaliter ad vnam litem exercendam, aut aliud quodpiam negotium gerendum conſtitutus eſt. Nam is qui omnium bonorum liberam adminiſtrationem habet, tranſigere & omnia alia quæ dominus ipſe faceret, ſi præſens adeſſet, libere facere audacterque adminiſtrare poteſt. l. procurator cui. 58. infra de procurator. & l. iuſiurandum. 17. §. vlt. infra de iureiuran. de eo, cui ſpecialiter mandatum eſt vt tranſigat, nemo vt puto dubitat. Nam ſi mandatum ſuſceptum ſit, nec mandatarius id impleuerit, cum iuſtam cauſam non haberet non implendi, nec renuntiauerit opportune mandato, ipſa tenetur mandati actione. l. ſi mandauero. §. vlt. & l. ſi quis alicui, §. qui ſuſcepit, infra mandat. Procurator omnis diligenter mandatum adimplere debet. l. diligenter. infra mandati. de procuratore in rem ſuam conſtituto dubitandum etiam non eſt, quin is recte tranſigere ac decidere cum aduerſario poſſit. Is enim cui ceſſa aut mandata eſt actio, in propria cauſa magis quàm aliena tranſigere videtur. l. qui ſtipendia. Cod. de procurator. Procurator autem ſimpliciter, aut generaliter conſtitutus, tranſigere non poteſt. is enim actionem tantum habet. leg. mandato generali. 60. infra de procurat. opus igitur ſpeciali habebit mandato vt rite tranſigere poſſit, aut ratihabitione domini: & ſic noſtra diſtinctione diligenter animaduerſa ſuoque pondere legitime expenſa ceſſabit & difficultas & antinomia, quæ videtur eſſe inter d. l. procurator cui generaliter, infra de procurat. & l. iuſiurandum. 17. §. vlt. infra de iureiurand. & d. l. mandato generali. Nam iuriſconſultus in d. l. mandato generali, non loquitur de procuratore liberam vniuerſorum bonorum adminiſtrationem habente, ſed de eo qui generaliter ad vnam litem exercendam datus eſt, vulgo procuratorem ad lites vocant: & is cauſæ actionem tantum habet, non deciſionem. l. tranſactionis placidum. 7. Cod. eod. Quod diximus eum qui totorum bonorum aut vniuerſarum rerum liberam adminiſtrationem habet, tranſigere poſſe, intelligendum eſt, modo ei deficiant probationes. Nam ſi non deficiant probationes, eique ſit copia teſtium quibus id quod intendit probare poſſit, & ideo clara ſit non dubia domini ſui cauſa, tranſigere nullo poterit modo. Gratis enim, & ſine iuſta cauſa remittere quod domino ſuo debetur, non debet. Nam hoc adminiſtrare non eſt, ſed profundere potius & diſſipare, argumento l. tutor. infra de iureiurando. & l. Præſes prouinciæ. C. hoc tit.

In euidenti calumnia & vexatione nullus eſt tranſactioni locus.

De perſonis quæ tranſigere poſſunt.

Alia quæſtio tractatur de procuratore Cæſaris, an videlicet is tranſigere poſſit. Et puto non poſſe, niſi ſpeciale mandatum habeat. l. nulli. 13. hic. & ſic intelligenda eſſe verba iuriſconſulti nulli procuratorum principis, inconſulto principe, tranſigere licet, id eſt, ſine ſpeciali mandato. Quæritur etiam de defenſore ciuitatis, municipii, aut corporis alicuius qui ſyndicus dicitur, an is trãſigere poſſit. Et idem de eo, quod de procuratore ſimplici dicendum eſt. Nempe eum non poſſe tranſigere nec iuſiurandum deferre, ſine ſpeciali mandato, quia vniuerſorum bonorum ciuitatis adminiſtrationem liberam non habet. argumento l. iuſiurandum. 34. §. defenſor. infra de iureiurand.

Alia ſuboritur quæſtio, quæ & tractatur & agitatur de patre ſcilicet, an de bonis filiorum ſuorum legitime tranſigere poſſit, necne. Et iuriſconſultus in leg. de re. 10. hoc titulo ait, de re filiorum, quos pater in ſua non habet poteſtate, eum tranſigere non poſſe, vnde à contrario colligi poteſt, aliud dicendum eſſe, de bonis eorum, quos in ſua habet poteſtate, veluti de profectitiis & aduentitiis, etiam quorum adminiſtrationem habet pater, vt legitimus adminiſtrator, propter vſumfructum quem habet in iis bonis, de iis tranſigere poteſt, tanquam bonus & prudens paterfamilias. Ea autem donare, aut profundere non poteſt, quemadmodum de procuratore vniuerſarum rerum ſupra diximus. leg. tranſactione matris. 36. Codi. eodem titulo. vt enim filius conditionem patris deteriorem facere non poteſt, ita pater filiorum ſuorum conditionem deteriorem in bonis aduentitiis facere non poteſt, niſi in certis exceptis caſibus. l. filius. Cod. de pact. l. 1. Cod. de bonis mater. l. cum oportet. Co. de bonis quæ liber.

Alia quæſtio tractatur de ægro corpore, an is qui æger eſt corpore, tranſigere poſſit. Imperator de hac conſultus quæſtione reſcripſit, ſanum mente, licet ægrum corpore, recte tranſigere poſſe. l. ſanum mente, 27. Cod. hic. huc pertinet l. 2. infra de teſtam. & l. Senium. 3. C. qui teſtam. facere poſſ. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi ille corporis morbus, vſque ad animum perueniat, eumque vitiet, quod aliquando accidit l. 1. §. interdum. & l. ob quæ vitia. infra de ædilit. edict. Hinc notarii noſtri, ſiue tabelliones publici in ſuis tabulis, ſeu inſtrumentis hæc verba apponere ſolent, *Eſtant ſain dieſprit non de corps.* Hæc iam de perſonis dicta ſufficiant. Supereſt autem vt de rebus agamus.

CAP. II.

De quibus rebus tranſigere poſſimus.

INprimis indubitatum eſt, de re dubia tantum & lite incerta tranſactionem factam valere. leg. prim. hic. de re certa igitur non valeret tranſactio. leg. 2. Codice eodem. Ex quo apparet, vt tranſactio valeat, non requiri neceſſario iam motam eſſe litem, aut controuerſiam, ſed ſolum timorem aut ſuſpicionem litis futuræ ſufficere, modo ceſſet, vt ſupra dictum eſt, euidens tranſigentium calumnia, quia tunc non tam tranſactio, quàm ſordida concuſſio facta eſſe intelligeretur. dict. leg. 2. & l. 1. §. penul. infra de calumn. & l. in ſumma, infra de condict. indeb. huc quoque pertinet l. cum proponas. Cod. hoc titulo. hinc Tabelliones inſtrumenta tranſactionum conficientes, his verbis vti ſolent, propter litem motam vel mouendam. Si igitur euidens appareat calumnia, veluti ſi lis fingatur vt fiat tranſactio, vel, vt iam facta confirmetur, quæ alias rata non erat, pro nulla ipſa habebitur tranſactio. l. eum. 2. §. ſi cum lis, hoc titulo. & d. leg. in ſumma.

Ex iam dictis conſequens eſt, poſt rem iudicatam, aut iureiurando deciſam, tranſactionem factam nullius eſſe momenti, quia per ſententiam & iuſiurandum lis incerta eſſe deſiit. leg. 1. & leg. 2. hic. Huius rei ratio obſcura non eſt, quamuis plerique fatentur qui de hac re ſcripſerunt, obſcuram eſſe. Inquiunt enim: Cur mihi non licet remittere quod mihi per ſententiam adiudicatum eſt? l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ſupra de pact. Hæc ratio mihi eſſe videtur: quia deeſt conſenſus & voluntas donandi, atque remittendi, cum quis tranſigere ſe velle ait. Non eſt dubium quin poſſit quis remittere quod ſibi iudex per ſententiam adiudicauit, ſed tranſactio non erit: tranſactio enim donandi animo facta non valet: quia qui tranſigere vult, non habet animum donandi, non videtur velle gratis remittere. l. ſuus. Cod. de repud. hæredit. Quod diximus tranſactionem poſt ſententiam

factam

factam non valere, nec tranſactionem eſſe, non ſimpliciter verum eſt. Sunt enim quidam caſus in quibus etiam poſt rem iudicatam tranſactio facta valet, hos caſus recitabimus ordine. Vnus eſt ſi appellatum ſit à ſententia l. & poſt rem. 7. & l. poſt rem. 11. hoc titulo. Nam pronuntiatum extinguitur aut ſaltem ſuſpenditur prouocatione: hucque pertinet titulus, nihil noua. appell. pendent. in ſeptima parte Digeſtorum.

Secundus caſus eſt ſi appellari potuerit à ſententia, quamuis non ſit appellatum, veluti ſi tranſactio inita ſit intra illud tempus, quod datur ad appellandum, id eſt, intra ſpatium decem dierum. d. l. & poſt. 7. huc etiam pertinet tit. de appellat. & intra quæ tempora.

Tertius caſus eſt ſi negetur iudicatum eſſe, quia lis adhuc incerta eſſe non deſinit. l. 1. & l. poſt rem. hoc titulo.

Quartus eſt, ſi cauſa cognita reſtitutio in integrum impetrata fuerit. l. ſi cauſa cognita. Cod. eod. titu. Nam ſicut appellatione ſuſpenditur vis & effectus rei iudicatæ, ita etiam reſtitutione in integrum. Hoc verum eſt ſecundum ius ciuile, ſed ſecundum ius Pontificium aliquando reſtitutione in integrum poſtulata non ſuſpenditur effectus ſententiæ. Nec obſeruatur quod dicitur nihil nouand. reſtitu. in integrum poſtulata. libr. 2. Cod. tit. 48. Nam aliquid eo iure nouari poteſt. cap. ſuſcitata. de reſtitut. in integrum extra. Hodie vero per Gallias, moribus noſtris ſententia mittitur executioni, lite ſuper reſtitutione in integrum pendente. Ex quo apparet, magis derogatum eſſe iuri ciuili, per mores noſtros, quàm per ius canonicum. Ius enim canonicum non permittit ſententiam ſuſpendi per reſtitutionem in integrum, ſi ex circunſtantia cauſæ æquum iudici videatur, cuius arbitrio id committitur, ſententiam ſcilicet, pendente cognitione reſtitutionis in integrum, interim exequendam eſſe, veluti ſi cauſa reſtitutionis in integrum longiorem requirat inquiſitionem, & ſtatim non poſſit docere, qui reſtitutionem petit, certis rationibus ſe in priſtinum remitti ſtatum. Idem dicendum eſt, ſi malitioſe petatur reſtitutio, remorandæ executionis cauſa, ſi veriſimiliter appareat diploma reſtitutionis per malitiam impetratum vt vera rei impediatur executio, tunc ratio exigit, vt interim ſententia executioni mandetur, modo is ſecundum quem lata eſt ſententia, cautionem idoneam præſtet, ſeu ſi ſuccumbat, reſtitutionem. Conſtitutionem enim Pontificis vberius multo interpretamur moribus noſtris. Nempe vt cum petitur reſtitutio aduerſus ſententiam, aut inſtrumentum publicè confectum à tabellionibus publicis, quod paratam habet executionem ſicut res iudicata, nunquam differatur executio prætextu reſtitutionis in integrum.

Hic tractatur quæſtio ad hunc locum maxime pertinens, videlicet an in cauſa criminali tranſigere liceat. Criminalem autem cauſam hic accipimus pro accuſatione, qua pœna capitis irrogatur, aliquando enim cauſa criminalis accipitur pro deportatione. l. crimen. de verborum ſignificatione. & l. edicto. de bon. poſſeſſ. & certum eſt de crimine, ex quo pœna mortis irrogatur, tranſigi poſſe: ignoſcitur enim reo qui ſanguinem ſuum qualitercunque redemptum voluit. l. 1. infra de bon. eorum qui ante ſententiam. Creditur enim in vitæ diſcrimine non ſceleris conſcientia paciſci aut tranſigere. leg. tranſigere. Cod. eod. Ab eo tamen quod diximus de crimine tranſigere licere, excipitur crimen adulterii, quamuis publicum ſit, & in eo pœna ſanguinis ingeratur. d. l. tranſigere. & l. quamuis. infra ad l. Iuliam de adulteriis. Sed cur crimen adulterii excipitur, & de crimine adulterii tranſigere non licet: cum de cæteris tranſigere permittatur? Hæc ratio mihi eſſe videtur, quia accuſatio adulterii, certis præcipue quibuſdam perſonis competit, veluti conſanguineis & coniunctis, quibus turpe valde eſſet aliquid tranſactionis nomine accipere in hoc crimine. l. ſi pro comperto ſtupro, ad legem Iuliam de adult. & l. miles. § 1.. eod. titu. In aliis autem criminibus talis infamia & turpitudo ex parte eius cui accuſatio competit, non reperitur, ſi tranſigat, nec etiam ex parte eius aduerſus quem datur, & ideo facilius multo tranſactio admittitur. Ex quibus conſequitur in aliis criminibus, quibus pœna ſanguinis non irrogatur, tranſactionem factam non valere, nec licere de his tranſigi citra falſi accuſationem. l. tranſigere. 18. Cod. hoc titulo. & d. l. 1. de bon. eor. qui ante ſententiam. Nec iis delatorem corrumpere permittitur. Qui enim delatorem corrumpit pretio dato, pro conuicto habetur. l. eius qui de iure fiſci.

Cur de crimine adulterij tranſigere non liceat.

De ſtatu perſonæ etiam quæritur, an in cauſa ſtatus tranſigere poſſimus? Et videtur nobis tranſigere non licere. Dubitatio ex eo naſcitur quod ſimplex pactio non ſufficiat ad aliquem ſubiiciendum alicuius dominio, & poteſtati. l. Nec volens, infra de liber. cauſa. Receptum tamen eſt, vt is qui de ſtatu ſuo periclitatur, tranſigere de eo poſſit. l. vltim. Cod. hoc tit. quamuis is qui certus eſt de ſtatu ſuo, tranſigere non poſſit. Hic obiter notandum eſt cauſam ſtatus & controuerſiam agitari debere coram magiſtratibus, & maioribus iudicibus, non autem coram pedaneis iudicibus, & priuatis, aut coram arbitris: id enim fauor ſtatus & libertatis poſtulat, vt maiores iudices de eo cognoſcant. Res enim inæſtimabilis eſt libertas, vt inquit Iuriſconſultus in l. Non diſtinguemus. de recept. arbit. & l. Placet. Cod. de peda. iudic. Huc pertinet §. cum ergo. Inſtitu. quib. ex cauſ. manu. non licet. Circa hunc locum de rebus, de quibus tranſigere licet, aut non licet, quæſtio tractatur de alimentis, an de alimentis tranſigere permiſſum ſit? Extat de ea re oratio Diui Marci philoſophi, quæ ab Vlpia. in l. cum ij. 8. hic recitatur. Ex qua ſummatim colligi poteſt, tranſigi poſſe de alimentis præteritis, de futuris autem alimentis non licere tranſigere, ſine cauſæ cognitione, id eſt, niſi interueniat decretum Prætoris. Quod autem dicitur de alimentis in futurum relictis non licere ſine decreto Prætoris tranſigere, intelligendum eſt de alimentis teſtamento relictis, aut donatione cauſa mortis, quæ legato comparatur. Nam de aliis alimentis alio modo relictis autoritate Prætoris tranſigi poteſt: hæc enim omnia quæ de alimentis dicuntur, ita ſunt conſtituta vt ſeruetur teſtatoris voluntas: veriſimile enim eſt, teſtatorem ita voluiſſe alimenta præſtari, vt ordinauit, quod non tantum ſperauerit de eius, cui alimenta reliquit, frugalitate, vt ſumma aliqua vel quantitas pro alimentis acciperetur. dict. l. cum hi. §. modus. ideoque Prætor in cauſæ cognitione rationem habebit omnium circumſtantiarum. Aduertendum eſt quod in quibuſdam libris male legitur *ſequioris*, melius legitur *ſenioris*, vt in l. ſed ſi vnus. §. quod autem. infra de iniuriis. leg. eum qui. infra de annuis legatis. Aduerſus ea quæ de alimentis diximus obiicitur regula vulgaris, Qui ante diem ſoluit, plus ſoluere intelligi. §. plus autem. Inſtitut. de actio. Quod cum ita ſit, conqueri non debet is cui alimenta relicta ſunt in aliquot annos, ſi ei repræſentetur pecunia pro alimentis. Sed iuriſconſultus in dict. l. cum hi. oſtendit conſiderandum eſſe quo conſilio, quaue mente alimenta, aut aliud quidpiam ſimile reliquerit teſtator, vt eius voluntas, quantum fieri poteſt, ſeruetur. Huc pertinet dict. l. eum qui. de annuis legat. modo quæritur, quæ forma ſeruari debeat in tranſactione ineunda.

Cap. III.

Quomodo fiat tranſactio.

Circa quod imprimis notandum eſt, tranſactionem omni metu omnique carere dolo debere, de vtroque ſeparatim dicamus, & primum de metu. Et ſi tranſactio metu inita ipſo iure irrita non ſit, quia voluntas quamuis coacta, voluntas tamen eſt. l. ſi mulier. §. ſi metu. infra de eo quod met. cauſ. tamen beneficio Prætoris reſcinditur. l. interpoſitas. 13. Cod. eod. Edictum enim propoſuit Prætor, quo reſcindit ea quæ metu geſta ſunt. l. 1. infra de eo quod met. cauſ. de quo poſtea dicemus. Quod autem diximus Prætorem reſcindere tranſactionem metu initam, intelligendum eſt, ſi iuſta ſit cauſa reſcindendæ tranſactionis. Non enim quilibet metus ſufficit, ad eam reſcindendam tranſactionem, metu factam, ſed is metus requiritur qui in virum conſtantem cadat. l. 3. & l. 6. infra de eo quod met. cauſ. veluti qui ſalutis periculum, aut cruciatum corporis continet. dict. l. interpoſitas. 13. Cod. hoc titulo. l. 3. 4. 5. & 6. infra de eo quod met. cauſa. Quem quidem metum is probare tenetur, qui ſe metu compulſum eſſe ait, vt tranſigeret. dict. l. interpoſitas. & l. non eſt. de eo quod met. cauſa. Cum autem tranſactio præſentibus amicis, aut parentibus facta eſſe proponitur, metus prætextu reſcindi non poteſt, quia tunc præſumptio metus

maxime ceſſat. l. tranſactionem. 35. Cod. eod. huc pertinet quod dicitur in l. vltim. in princip. de eo quod met. cauſ. non enim credibile eſt aliquem interuenientibus amicis ſuis, & coniunctis, aut in vrbe eum qui in poteſtate eſt conſtitutus, metu coactum eſſe, ad tranſigendum aut ſoluendum. Hæc de metu dicta ſint. Nũc de dolo videamus. Quemadmodum Prætor, tranſactionem metu factam, ratam non habet, ita etiam dolo initam reſcindit, ad quod ſufficit Prætoris edictum, quod extat in l. iuriſgentium. §. pacta. ſupra de pact. cum pacto nudo aliquando fiat. l. qui cum tutoribus. §. qui per fallaciam. hic. Dolus etiam probandus eſt, quemadmodum metum probandum eſſe diximus. dict. leg. interpoſitas. 13. & l. ſi maior. Cod. eod. Non enim ſufficit proteſtari, aut dicere coram magiſtratu, ſe dolo aduerſarii inductum eſſe ad tranſigendum, vt ipſa reſcindatur tranſactio, ſed eum probare oportet dolum. l. quoties. §. qui dolo. de prob. Et hoc generaliter verum eſt. Huc pertinet quod dicitur in l. metum. de eo quod met. cauſa. Sed quomodo quis probare poterit, ſe dolo inductum fuiſſe ad tranſigendum, aut aliquid aliud faciendum? Hoc impoſſibile videtur. Imperator in l. dolum. Cod. de dolo, docet recurrendum eſſe ad indicia, & coniecturas, quas bonus, & æquus iudex prudenter examinabit. Eſt enim quæſtio facti, magis quam iuris. Si igitur aduerſarius docere poſſit, ſe dolo inductum fuiſſe, tunc Prætor reſcindet quod geſtum eſt. Qui tamen ſciens & prudens tranſegit, donauit, aut aliquid aliud fecit, cum ſciuit & intellexit ſe dolo induci, & circumueniri ab aduerſario, non eſt audiendus id petens quod ab eo geſtum eſt reſcindi, cum volentibus & conſentientibus nulla fiat iniuria, neque fraus. l. cum donationis. 34. Cod. hic. Eſt locus tamen communis de dolo notandus, quia quotidianus & valde vſitatus eſt. Dolus volenti non infertur. l. 1. de iniuriis. l. 1. de act. empt. & dict. l. cum donationis. Quod diximus tranſactionem dolo initam reſcindi, cum exceptione intelligendum eſt, quæ extat in leg. tranſactione. 30. Cod. eod. niſi is qui reſtitui poſtulat, particeps doli fuerit, tunc enim non auditur, & dolus dolo compenſatur ex l. ſi duo. infra de dolo. paria enim delicta mutua compenſatione diſſoluuntur. l. viro atque vxore. 40. ſolut. matri. huc pertinet l. cum pater. §. Titio. de lega. 2. Deinde non tantum ſtipulatione, ſed etiam pacto conuento, ſine ſtipulatione fieri poteſt tranſactio. l. 2. hic. vt cum paciſcor ne petam, quod in iudicium deductum eſt. Aliquando ſtipulatione Aquiliana, pacto conuento ſubiecta, illius confirmandi cauſa, fit tranſactio. l. pacto conuento, hic. l. iuriſgentium. §. Quod fere. ſupra de pact. Quæ autem illa ſit ſtipulatio Aquiliana docet Iuſtinianus in Inſtitu. titu. quibus mod. toll. obligat. Hæc ſtipulatio certo ritu certaque forma & ſolennitate adhibita antiquitus fiebat, nulla ſiquidem eſt obligatio quæ conuerti non poſſit in Aquilianam ſtipulationem, & quæ per conſequens, per acceptilationem tolli non poſſit. Huius ſtipulationis Aquilianæ mentio fit in l. 4. hic. & l. pacto. & l. reſponſum. Cod. eodem titu. & l. prout quiſque. de ſolut.

Indicia & coniecturas prudenter examinari debent.

Præterea ſine ſcriptura fieri poteſt tranſactio. l. ſiue apud. hic. non enim eſt neceſſaria ſcriptura, quia ſine ea valet quod geſtum eſt, ſi habeat probationem. l. contrahitur. de pignoribus. huc pertinet quod dicitur in leg. 4. de fide inſtrument. ſcripturæ fiunt. vt quod actum eſt facilius per eas probari poſſit. videte quæ ſcripſi ad explicationem l. pactum quod bona fide. ſupra de pact. Eſt etiam hic locus communis de ſcriptura notandus. Quod ſi per ſimulationem aliquid à tranſigentibus expreſſum ſit, quod in ſcriptura contineatur, id quod inter eos actum eſt magis, quam quod ſcriptum eſt inſpiciendum erit. l. cum ea. 21. Cod. hoc titulo. Huc pertinet titulus, plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur. Inſuper, vt valeat tranſactio, aliquid datum eſſe vel promiſſum, aut retentum oportet. l. tranſactio. 38. Cod. eod. Nam ſi quis gratis remittat litem, non valebit tranſactio. Huc pertinet l. ſuus. Cod. de repud. hæred. Qui animo donandi tranſigit, non recte tranſigit. l. ſi quis delegauerit. de don. Quis ſit vſus & vtilitas eorum quæ diximus, colligi poteſt hoc exemplo propoſito: Pone procuratorem aliquem ſimpliciter conſtitutum eſſe, vel ad lites, is tranſigere nullo modo poteſt. Quid ſi ei poteſtas tranſigendi ſpecialiter conceſſa ſit? is gratis tranſigere non poterit. l. Præſes prouinciæ. C. eod. Nam gratis remittere quod alicui debetur, nullo retento aut accepto, tranſigere non eſt, ſed donare, aut potius profundere. Si quis igitur tranſigendi animum habeat, & nullo dato vel accepto remiſerit ſibi debitum, neque tranſactio, neque donatio eſt. Inprimis donatio non eſt, quia animum donandi non habuit: tranſactio etiam non eſt, quia gratis remiſit.

Deinde tranſactio generaliter & ſpecialiter fieri poteſt, id eſt, verbis generalibus, & ſpecialibus. Qui enim tranſigit, neceſſe non habet ſpecialiter omnia negotia recitare, nec omnes lites. l. ſub prætextu. & l. ſi de certa. Cod. eod. Item vt valeat tranſactio, nihil intereſt an interdiu, an noctu fiat. l. non minorem. 20. Cod. eod. Non ſufficit ad reſcindendam tranſactionem, aut ad pactum aliquod, aliumue contractum infirmandum, quod noctu initus fuerit. Huc pertinet quod dicitur in l. ad teſtium. §. poſſe. de teſtamen. & l. more Romano. ſupra de feriis. Poſtremo notandum eſt circa formam tranſigendi, cum de alimentis tranſigitur, formam & ſolennitatem oratione diui Marci præſcriptam, obſeruandam eſſe, quæ extat in l. cum hi. hoc titu. Inprimis enim decretum prætoris requiritur & cauſæ ipſius cognitio. de Prætore nominatim loquitur Diuus Marcus in oratione ſua, quod diligenter notandum eſt. Ideoque mandata generaliter iuriſdictione à Prætore, non intelligetur mandata illa cognitio de alimentis quæ ſpecialiter illi conceſſa eſt. l. 1. ſupra de offic. eius cui mand. eſt iuriſ. in cuius tituli explicatione multa diximus quæ hîc pro repetitis habenda ſunt. Multa de cauſæ cognitione, quæ requiritur in tranſactione alimentorum dicuntur notatu digna, in dict. l. cum hi. veluti, quæ cauſæ moueant, quis modus pecuniæ, quæ perſonæ tranſigere velint. In ſumma his diligenter perſpectis conſiderare debet Prætor, an illa tranſactione melior fiat legatarii conditio, vt ſi deterior fiat, non admittatur ipſa tranſactio. Quid ſi ſine Prætoris decreto tranſactio de alimentis facta ſit, qua tamen conditio legatarii melior extiterit, an eo prætextu, quod Prætoris decretum non interuenerit, nulla ſit tranſactio? Iuriſconſultus in dict. l. cum hi. docet æquius eſſe, vt eam valere dicamus. Hinc argumentum ſumunt, qui exiſtimant alienationem rerum eccleſiaſticarum, ſine ſolennitate, & ſine iis, quæ neceſſario requiruntur, in alienatione earum rerum, ratam & firmam manere, ſi deterior eccleſiæ conditio facta non ſit, quemadmodum tranſactionem de alimentis factam ſine decreto Prætoris valere ſupra diximus, ſi conditio alimentarii melior facta ſit. Sed vt breuiter dicam, quid de hac re ſentiam: exiſtimo alienationem rerum eccleſiaſticarum factam non valere, niſi ea quæ requiruntur legibus obſeruata fuerint. Sunt enim quidam caſus, quibus res eccleſiaſticæ vendi & alienari poſſunt, qui continentur in l. ſancimus. 17. & authentica ſequenti. Cod. de ſacroſanctis eccleſiis. & Nouella conſtitutione Iuſtiniani. De alien. rer. immo. eccle. Huius noſtræ opinionis ratio eſt, quod huiuſmodi rerũ alienatio ſimpliciter prohibetur, quemadmodum alienatio rerum pupillarium. l. 1. de reb. minor. ſine decret. & huc pertinet titu. de reb. eccleſ. non alien. in decret. Non eſt igitur quærendum, an conditio eccleſiæ melior, aut deterior facta ſit, vt rata ſit alienatio rerum eccleſiaſticarum: ſufficit quod ſine ſolennitate, quæ legibus requiritur, facta ſit, vt nulla eſſe dicatur ipſo iure. At Diui Marci oratio non ſimpliciter prohibet tranſactionem alimentorum fieri ſine decreto Prætoris, ſed addit, ne intercipiantur alimenta. Ergo ſi tranſactio facta ſit, non vt intercipiantur alimenta, ſed vt conditio legatarii melior reddatur, & re vera melior effecta ſit, non reſcindetur tranſactio, de his alimentis facta, quamuis Prætoris decretum non interuenerit. Supradictis addendum eſt, (hoc enim omiſeram) vt tranſactio de his controuerſiis quæ ex teſtamento oriuntur, recte fiat, oportere verba eiuſdem teſtamenti inſpicere, priuſquam de iis controuerſiis tranſigatur. l. de iis. 6. hoc titulo. Huc pertinet quod dicitur in l. vlt. Cod. de reb. cred. vbi dicitur cauſam iureiurando deciſam, quod eſt ſingulare, retractari, quia non apparuerat teſtamentum, nec ante inſpectum fuerat, quam iuſiurandum deferretur. Circa ipſius tranſactionis effectum quædam notanda ſunt. Inprimis, quod cauſa tranſactione deciſa, & finita non retractatur. l. fratris. 10. Cod. eod. alioqui, inquit Imp. nullus eſſet litium finis. Inuenta enim eſt tranſactio vt finis litibus &

De effectu tranſactionis.

bus & controuerſiis imponatur. l. non minorem. Cod. eod. Quod dicimus non reſcindi tranſactionem, aut ſententiam tranſactione deciſam non retractari, adeo verum eſt, vt reſcripto Principis reſtaurari non poſſit. l. cauſas. 16. Cod. eod. Idem de cauſa iureiurando deciſa dicitur in l. 1. infra de iureiurando, de cauſa etiam per ſententiam iudicis finita in l. 1. de re iudi. hæ enim tres exceptiones tranſactionis, iuriſiurandi, & rei iudicatæ, litis finitæ exceptiones appellantur à Pontifice in cap. 1. & 2. de litiſconteſtat. extra. quia impediunt litis ipſius ingreſſum, id eſt, repellitur actor agere volens poſt tranſactionem factam, aut litem iureiurando deciſam, aut ſententia iudicis, per finem non recipiendi, vt in foro pragmatici loquuntur. Aliæ exceptiones, quamuis peremptoriæ ſint, veluti pacti conuenti exceptio, litis tamen ingreſſum non impediunt.

Deinde quod diximus tranſactione litem finiri, adeo verum eſt vt etiam, ſi tranſactio facta de cauſa ex qua non erat obligatus is qui tranſegit, non audiatur allegans nullam fuiſſe cauſam tranſigendi. l. Nec intentio. 23. Sera enim nimis eſt illa allegatio, poſt tranſactionem. l. in ſumma. infra de condict. indeb. ad fin. tituli. Qui tranſactionis nomine promittit aut ſoluit, non recte dici poteſt ſine cauſa promittere, aut ſoluere: quia ſufficit illa cauſa, nempe vt à lite diſcedatur. Huc pertinet l. ſi non tranſactionis. 6. Cod. de iuris & fact. ignor.

Deinde quod dictum eſt, cauſam tranſactione finitam non reſcindi, adeo verum eſt, vt etiamſi is qui ſpe hæreditatis futuræ conſequendæ tranſegit, deluſus fuerit, & ſpe ceciderit, quia hæres inſtitutus non eſt, non audiatur hoc prætextu tranſactionem retractari volens, quod ſpes eum fefellerit, & ſic deceptus ſit. l. ſi minores. 25. Cod. eod. & l. cum donationis. C. eod. Idem dicendum eſt & ſi conueniſſent vt hæres inſtitueretur, quia hæc pactio eſt contraria bonis moribus. l. ſi repetendi. 7. Cod. de condict. ob cauſ. dator. Poſtremo, quod de vi & effectu tranſactionis dictum eſt, locum habet: etiamſi poſt tranſactionem inſtrumenta reperta ſint, quibus poſſit aduerſarius ſe non fuiſſe obligatum oſtendere, eiuſq; rei poſſit fidem iudici facere. l. ſub prætextu. Cod. eod. titu. quod etiam in cauſa, ſententia iudicis definita locum habet, & iureiurando deciſa. l. ſub ſpecie. Cod. de re iudic. & l. admonendi. infra de iureiur.

Quamuis quod diximus cauſam tranſactione deciſam retractari non poſſe, verum ſit, perpetuo tamen non eſt: exceptiones enim quaſdam habet, de quibus hic dicemus.

Vna eſt, quod tranſactio mutuo conſenſu tranſigentium diſſolui poteſt. l. ſi diuerſa. 14. C. hoc titul. l. prout. de ſolut. Nec id mirum videri debet. Nam cum tranſactio mutuo conſenſu fiat, dubium non eſt, quin contrario diſſenſu ab ea recedi poſſit. l. nihil tam naturale. de regul. iuris. Quod locum habet, etiamſi res integra non ſit, quia iam aliquid ſolutum eſt, hoc enim verum eſt ſi vnus velit à tranſactione reſilire, alter autem ratam manere, hoc ſatis apparet ex verbis d. l. ſi diuerſa. 14. hoc tit.

Secunda exceptio eſt, ſi tranſactio cum minore. 25. annis facta ſit. maioris 25. annis fit mentio in l. non minorem 20. hic. in fin. in l. ſi maiores 25. in l. ſi maior 36. in l. ſi quis maior 41. Cod. hoc tit. ex quibus omnibus locis, à contrario ſenſu colligere licet tranſactionem cum minore 25. annis factam reſcindi poſſe.

Notandum tamen eſt, antequam minor reſcindi tranſactionem petere poſſit, tria docere eum oportere. Inprimis docere debet ſe minorem eſſe, deinde ſe circumſcriptum eſſe. Tertio ſe circumſcriptum lubrico ætatis, quod locum habet, non ſolum cum minor aduerſus tranſactionem vult in integrum reſtitui, ſed etiam cum aduerſus venditionem, & alium quemcunq; contractum, à ſe initum. Sed quando minor reſtitui poſſit aduerſus tranſactionem, plenius dicemus in explicatione tit. 32. lib. 2. C. Si aduerſ. tranſact. minor. &c. Aliquando enim ipſo iure adeo tutus eſt minor, vt non indigeat reſtitutione. Tertia exceptio eſt ſi ex falſis inſtrumentis fuerit tranſactum. l. penult. C. eod. tit. huc pertinet lex, Diuus Pius. ad legem Corneliam de falſis. Idem dicitur de ſententia, in leg. diuus. infra de re iudicata.

Secundo, circa effectum tranſactionis notandum eſt, tranſactionem cum vna perſona factam, ad aliam non extendi, id eſt, neque ei nocere, neque prodeſſe. l. 3. hoc titul. Quod generaliter locum habet in omnibus pactionibus. l. ſi vnus. §. ante omnia. ſupra de pact. Priuatis pactionibus, inquit Iuriſconſultus, non dubium eſt ius cæterorum non lædi. Ideo dixit, priuatis pactionibus, quod publicæ plerumque aliis noceant, cum quibus tamen factæ non ſunt. huic l. 3. aduerſari videtur & l. controuerſia. 14. infra hoc titul. vbi tranſactio inter legitimum & ſcriptum hæredem facta, creditoribus defuncti nocet, quamuis cum eis non ſit tranſactum: hac enim tranſactione fit, vt non tantum ſcriptum hæredem, ſed etiam legitimum conuenire debeant. Sed hoc vtilitatis cauſa receptum eſt, propter incertitudinem ſucceſſionis, quia dubitatur, vter horum futurus eſſet hæres. Quod igitur dicitur in dict. l. controuerſia. exceptio eſt eius, quod dicitur in dict. l. 3. Alia etiam exceptio continetur in l. vltim. huius tituli. vbi debitor ſe tuetur exceptione pacti cum venditore hæreditatis initi, aduerſus emptorem, & fideicommiſſarium, ſed æquitas ſuadet, vt debitori ignoranti venditam eſſe hæreditatem exceptio non denegetur. Huc pertinet l. 3. Cod. de nouat. & l. 3. de hæred. vel actio. vendit. Sed vt ad regulam noſtram ſecundam redeamus, eius exemplum eſt in l. 1. Cod. eod. Tres tutores dati erant pupillo, is finita tutela egit actione tutelæ aduerſus ſuos tutores: tandem cum duobus ex ſuis tutoribus tranſegit, quæſitum eſt, an illa tranſactio tertio tutori cum quo non tranſegit prodeſſet? Imperator de hac quæſtione conſultus reſcripſit, hanc tranſactionem tertio non prodeſſe: eumque in ſolidum conueniri poſſe. Dubitatio tamen ex eo oriebatur, quod obligatio & actio qua tenentur tutores, ſit inter eos communis. Tametſi hoc, quod Imperator reſcripſit verum ſit, tamen cum quibuſdam exceptionibus intelligenda videntur, quæ ſequuntur.

Prima exceptio, ſi diuerſa ſit eorum adminiſtratio, aut diuiſio tutelæ inter eos facta ſit. Nam cum hoc accidit, vnus in ſolidum non tenetur. l. 2. C. de diuid. tutel.

Secunda exceptio eſt, ſi tutor honorarius conueniatur ante eos, qui adminiſtrarunt: quia is exceptionem ordinis obiicere poteſt, vt is prius conueniatur qui geſſit. Huc pertinet titulus, ſi tutor vel curator. l. vlt. C. de diuid. tutel. l. ſi plures. de adminiſtrat. tut. Honorarius tamen tutor non liberatur actione tutelæ, tametſi non geſſerit, & ante alios, qui geſſerunt conueniri non poſſit.

Tertia exceptio eſt, ſi omnes geſſerint, & omnes ſoluendo ſint. Nam hoc caſu, ſi vnus in ſolidum conueniatur à pupillo, is exceptione diuiſionis repelletur. Hoc enim caſu pupillo non nocet, nec damnoſum eſt diuidere actionem ſuam, & agere aduerſus omnes tutores pro virilibus partibus. leg. 1. §. nunc tractemus. de tutel. & rat. diſtrahend. Si vero cum omnes geſſerunt, vnus ſoluendo non eſt, vel pupillus cum quibuſdam tranſegit, illa tranſactio aliis non proderit, nec impediet quominus illi cum quibus tranſactum non eſt, in ſolidum poſſint conueniri, vt nec diuiſionis exceptio. Quod diximus tranſactionem cum vno ex tutoribus factam, aliis neque prodeſſe neque nocere, intelligendum eſt cum exceptione, niſi aliquid tranſactionis nomine acceperit minor. Nam quod accepit, aliis tutoribus prodeſt, qui poſtea conueniuntur in ſolidum. l. ſi duobus, de tutel. & rat. & cedere actiones tenetur.

His quæ de effectu tranſactionis dicta ſunt, addendum eſt, tranſactionem de vna re factam, ad aliam nõ extendi, id quod de pactis generaliter à nobis ſupra traditum eſt ex l. ſi vnus. §. ante omnia. ſupra de pact. l. Qui cum tutoribus. hic. & l. age. 3. C. eo. Ex qua lege obiter notandum eſt actionem negotiorum geſtorum bonæ fidei eſſe.

Præterea circa vim & effectum tranſactionis notandum eſt, tranſactionem generaliter factam omnia complecti etiam ea de quibus cogitatum forte non fuit à tranſigentibus. leg. ſub prætextu ſpecierum. Cod. eod. veluti cum de omnibus negotiis & litibus facta eſt tranſactio, quamuis de certis quibuſdam tantum ſpeciebus lis mota fuerit. Nam quando tranſigentes eo animo fuerunt, vt de omnibus generaliter litibus tranſigerent, etſi mentionem ſpecialiter ſingularum litium & negotiorum fecerint: ſi tamen veriſimiliter appareat, ex verbis & mente tranſigentium, eos, ſi de iis mentio facta fuiſſet, de iis etiam voluiſſe tranſigere, illa generali tranſ-

actione omnia comprehendi voluiſſe intelliguntur, & tunc vera erit regula dict. l. ſub prætextu. Quantumuis enim alias generalis tranſactio fiat, non comprehendit niſi ea, de quibus veriſimiliter actum eſſe apparet. Nam verba tranſigentium captanda non ſunt, ſed eorum mens & voluntas inſpiciendi. Exempli gratia, ſi tranſactio de vna certa re & lite facta ſit, & hæc verba adſcripta ſint, nihil amplius peti, quæ generalia ſunt ad eam ſpeciem de qua actum fuit, vt eius nomine nihil amplius peti poſſit, referenda ſunt. Exempla eorum, quæ diximus ſunt in l. qui cum tutor. §. vltim. l. tres fratres. ſupra de pact. l. de his controuerſiis. hic. Notandum tamen eſt quoniam facti quæſtio eſt & voluntatis, inſpiciendum eſſe quid inter tranſigentes actum ſit, & an generali tranſactione omnia negotia, omnes lites comprehendere voluerint, necne, & in ſumma bono iudici multa eſſe conſideranda certum eſt, vt in ceteris facti quæſtionibus. Huc pertinet l. 1. quemadmodum teſta. aper. Poſtremus locus huius tituli eſt, in quo tractatur

Verba tranſigentium captãda non ſunt ſed eorũ mens, & voluntas inſpicienda.

Cap. IIII.

De quibuſdam remediis quæ tam actori, quam reo competunt aduerſus eum qui vult à tranſactione reſilire.

HIc locus eſt cognitu digniſſimus, quæritur enim quotidie, quibus remediis vti poſſit tam actor, quam reus aduerſus eum qui infringere vult tranſactionem, aut illam non vult ſeruare. Plerunque enim accidit vt alter inuito & non conſentiente altero à tranſactione diſcedere velit. vt autem hunc locum breuiter & paucis verbis abſoluamus, diſtinctione vtendum eſt. Primo quod fit duobus modis, videlicet pacto conuento ſine ſtipulatione, & cum ſtipulatione. Pacto, hoc modo fit, promitto tibi decem vt à me amplius non petas. l. 2. hoc tit. Cui aliquando adiicitur ſtipulatio quæ Aquiliana dicitur, huius pacti confirmandi gratia. d. l. 2. Videamus primum de actore.

Cap. V.

De remediis actori competentibus.

SI reus qui tranſegit cum actore nolit tranſactionem ſeruare, actor vero eam ratam habere velit, & ob id reum cogere tranſactioni ſtare, & ad id quod in tranſactione ineunda promiſit præſtandum; dicendum eſt, ſi ſtipulatio Aquiliana, & acceptilatio interuenerit, actorem non poſſe priori vti actione, vtpote per acceptilationem extincta. Semel enim obligatione extincta, non renaſcitur. l. reſponſum. §. & l. qui reo. §. Aream. infra de ſolut. hic etiam notandus eſt locus communis de obligatione extincta, quæ non renaſcitur, actione igitur ex ſtipulatu, ſi interpoſita fuerit ſtipulatio vel præſcriptis verbis, experiatur actor neceſſe eſt. l. cum mota. 7. Cod. eod.

Cum enim Aquiliana ſtipulatio in tranſactione interuenit, ab ea recedi non poteſt, quamuis dolo vel metu facta ſit. Nam de præterito dolo tranſigi poteſt, licet de futuro non ſit permiſſum tranſigere: & ideo ſola de dolo ſupererit actio, niſi ſpecialiter fuerit tranſactum. l. actione. d. leg. ſub prætextu. & l. interpoſitas. C. hoc titu. Si pacto nudo facta fuerit tranſactio, eo caſu actor prima actione agere poterit, quia pacto non tollitur actio. Et ſi forte reus velit excipere, quod tranſactum ſit negotium, actor replicabit de dolo, quod non præſtet reus, quod promiſit, & ſic ipſe in dolo ſit. l. ſiue apud acta. Nec huic legi aduerſatur l. ſi profundo. 34. de præſcript. verb. vbi Iuriſconſultus ait, Conceptis in id, quod actum eſt verbis agi poſſe, & tamen pactum tantum eſt, ſed re vera pactum nudum non fuit. d. l. 34. ſed quædam permutatio. Res enim, quę poſſidetur, pro tradita habetur. hæc de actore: nunc videamus de reo, id eſt,

Cap. VI.

De remediis reo aduerſus actorem competentibus.

INprimis reus aduerſus creditorem agere volentem, poſt tranſactionem factam, ex veteri obligatione excipere poteſt, quod de ea tranſactum ſit. quæ exceptio ſi ſtatim probetur, impediet litis conteſtationem. d. c. 2. de litis conteſt. extra. Deinde quod ab eo tranſactionis nomine datum fuerit, illud repetere poteſt, ſi velit condictione cauſa dati. tit. de condict. cauſ. data. l. 1. §. vlt.

Tertio pœnam petere poterit, ſi pœna promiſſa ſit. l. qui fundum. hic. Sed quæritur, an omnibus his remediis reus vti poſſit, ſcilicet exceptione tranſactionis, condictione cauſa dati, cauſa non ſecuta, & pœnæ exactione? Et verius eſt eum non poſſe excipere, & pœnam exigere, niſi forte in tranſactione ineunda conuenerit, vt rato manente pacto pœna exigi poſſit, aut niſi iuſiurandum tranſactioni adiectum fuerit, quod vim & effectum habet clauſulæ ſuperioris, rato manente pacto, vt l. cum proponas. l. ſi quis maior. C. eod. tit. l. reſcripta. §. ſi pacto. ſupra de pact. l. apud Celſum. de doli mali except. Notandum igitur eſt, à tranſactione recedi non poſſe inuito altero ex tranſigentibus, etſi nudo pacto facta ſit: hoc ſingulare eſt in tranſactione, vt minuantur finianturque lites. Nam alias in pactis conuentis, quandiu res integra eſt, pœnitentiæ locus eſſe ſolet, vt in permutatione, & aliis contractibus innominatis. l. quamuis. hic. & l. ſi pecuniam. de condictione cau. data cauſa non ſecuta.

IN TIT. I. LIB. III. PANDECT.

DE POSTVLANDO, προσκωεία.

Cap. I.

AD iudicium perueniri legitime non poteſt niſi prius in limine cauſæ expoſito ius dicenti negotio: itaque in hac prima parte Digeſtorum de poſtulando tractandum nobis fuit. Primus igitur locus huius tituli eſt, in quo quæritur,

Cap. II.

Quid ſit poſtulare.

POſtulare, vt definit Vlpianus eſt deſiderium ſuum, vel amici ſui, in iure apud eum qui iuriſdictioni præeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere. l. 1. in princ. hic. quæ verba de his, qui apud iudices datos, ſeu pedaneos aliquid exponunt, intelligi non poſſe non dubito: tametſi Accurſius, ceterique interpretes aliter ſentiant. Hæc enim verba in iure, & qui iuriſdictioni præeſt, ad Prætorem duntaxat referuntur, vt alibi admonuimus, in tit. ſcilicet de in ius vocando, & l. iuriſgentium. §. 1. ſupra de pact. Nec mirum cuiquam videri debet, quod huius verbi ſignificatio, quæ latior videtur eſſe, hic contrahatur. Nam ita definiendo Vlpianus edictum Prætoris interpretatur, quo dignitatis ſuæ, & decoris tuendi cauſa, certis perſonis interdicit poſtulatione. l. 1. in princip. & verſ. nec enim. Ex quo perſpicuum eſt, eo edicto tales perſonas apud iudices priuatos, qui neque dignitatem, neque poteſtatem, aut iuriſdictionem vllam habent, poſtulare non prohiberi. l. ait Prætor. infra de re iudic. Vt vero calumniæ cauſa publico iudicio damnatus, ne apud eos quidem poſtulet, non hoc edicto, ſed Senatuſconſulto quodam effectum eſt. l. 1. §. item Senatuſconſulto. hic. Ceterum, quia Prætor tres ordines fecit non poſtulantium, de his ſingulis ſeparatim dicemus. Et inprimis

Cap. III.

De his qui omnino poſtulare prohibentur.

MInori decem & ſeptem annis, & ſurdo qui prorſus non audit, poſtulare apud Prætorem, nec pro ſe, nec pro alio licet, leg. 1. §. initium. hic. Quod ſi aduocatum non habeant, ab ipſo Prætore eis dabitur. l. 1. §. ait Prætor. hic. Sed & aliis plerunq; perſonis eadem humanitas exhiberi ſolet, ipſiſq; adeſſe niſi contra neceſſarios, & propinquos, aduocati coguntur. l. prouidendum. C. eod. l. nequicquam. §. obſeruare. ſupra de offi. Proconſ. & l. humanitatis. C. de excuſ. tut. Cuius rei gratia honorarium accipere poſſunt, modo id certã quantitatem, id eſt, pro ſingulis cauſis centum aureos non excedat, omniſq; fraudulenta abſit legibuſq; improbata conuentio. l. ſi ſub ſpe-

Omnis fraudulenta legibuſque improbata.

[...] cõuentio ab aduocatis abeſſe debet.

ſub ſpecie.l.ſi qui aduocatorum.& l.quiſquis. C. eo.l. 1. §. in honorariis.infra de extraord. .cognit. Qua de re videndus eſt Cæcilius in epiſt. & Tacitus lib. 11. Annalium. Alius locus ſequitur in quo tractatur

C A P. IIII.

De his qui prohibentur pro aliis poſtulare.

TRia ſunt perſonarum genera, quibus pro ſe tantum,non etiam pro aliis poſtulare, apud prætorem permittitur. In primis fœmina, quia hoc officium à pudore muliebri alienum eſt. d.l. 1. §. ſecundo loco. l. fœminæ.de reg.iur. Quapropter etſi mulier inſignis prudentiæ, eruditionis, facundiæ reperiatur, qualem fuiſſe Gracchorum matrem Corneliam memoriæ eſt proditum, nihilominus hoc ei permittendum non erit, licet vnius mulieris impudentia cauſam huic dederit edicto:cuius meminit Valerius Maximus, lib.8.cap. 3. finis enim & ratio edicti, magis quàm cauſa,ſiue occaſio, quæ prætorem ad proponendum edictum impulerit, ſpectanda eſt, argumento l.damus.infra de condict. indebiti. Eodem quoque edicto, cæcus pro aliis poſtulare vetitus eſt, quod magiſtratus inſignia videre,vt ait Vlpianus, & reuereri non poſſit. d.l.1.§.caſum.hic.Ex quo loco illud etiam in tranſcurſu obſeruandum eſt, quod iam diximus, in iudicibus datis ſeu pedaneis, huius prohibitionis cauſam ceſſare. Cæcus tamen iudex dari, & iudicandi officio fungi poteſt. l. cæcus. infra de iudic. Itaque ab interpretibus diſſentio,qui ita demum iudicãdi officium exercere eum poſſe cenſent, ſi ante cæcitatem datus fuerit. Nam nec vlla lex eſt,quæ iudicem dari eum prohibeat, nec iudicio caret, vt ceteri, qui à munere iudicandi idcirco remouentur.l.cum prætor. infra de iudiciis. Etſi enim alba & atra luminibus amiſſis diſcernere nequeat,protinuſne ad iuſtitiæ atque iniuſtitiæ cognitionem diſcretionemque minus erit idoneus: cuius rei exempla inquirere volentibus non deerunt. Vide Ciceronem lib. 5. quæſt. Tuſcul. ſed Accurſius ignoratione antiquitatis lapſus eſt, qui, quid inter iudicem datum, & magiſtratum intereſſet,in hoc Vlpiani loco ne per ſomnium quidem vnquam cogitauit, quod à nobis non indiligenter ſupra demonſtratum eſt in l.Iuriſgentium.§.2.ſup. de pact. Alius locus huius tituli eſt, in quo tractatur

Cornelia Gracchorum mater: matrona virtutib. doctrinaq; ornata.

C A P. V.

De his qui ob turpitudinem ſuam à poſtulando pro aliis repelluntur.

EX genere eorum, qui ob turpitudinem ſuam à poſtulando pro aliis repelluntur, ſunt, muliebria paſſus: deinde capitali crimine, aut calumniæ cauſa publico iudicio damnatus: præterea qui operas ſuas vt cum beſtiis in arena pugnaret locauit. dict. leg. 1. §. remouet. hic. Idem dicendum eſt, & ſi quis nulla pacta mercede pugnauerit, deinde paſſus ſit in arena ſe honorari, id eſt, vt ego interpretor, præmio aliquo ob eam cauſam affici. Nam honos interdum pro præmio accipitur, vt apud Græcos τιμή. Vide Ciceronem pro Roſc. Ameri. leg. item ſi verberatum. de rei vindicat.leg. 1. de extraordina. cognitio. vnde honorarium dictum eſt.leg. 1.infra ſi menſor falſum modum dixer. Tametſi autem prætor ſimpliciter loquatur in hoc edicto, tamen ex bono & æquo excipiuntur tutor & curator, qui neceſſario funguntur officio,& ſuam quodammodo cauſam videntur tueri.leg. puto. hoc titul. Alius locus ſequitur huius tituli in quo tractatur

C A P. VI.

De his qui non pro ſe & certis perſonis poſtulare poſſunt.

QVi edicto vt infames notantur.l. 1. infra titulo proximo. & quædam item aliæ perſonæ, quæ veteribus legibus, & ſenatuſconſultis expreſſæ ſunt, niſi impetrata à Principe, aut Senatu in integrum reſtitutione, ad poſtulandum non admittuntur:præterquam pro parente, patrono, liberis, fratre, pupillo,&c .dict. l.1.§. vt initio,cum ſequen. l.2.cum ſequent. Nam quod ad tutorem attinet, quem ſupra diximus neceſſario fungi officio, vſque adeo id ei permittitur, vt vel aduerſus fiſcum,pro quo ante aduocatus fuit,contra patrẽ pupilli, ipſi pupillo adeſſe poſſit, nec pœnam præuaricationis metuat.l penultima & vltima hic. Ab eo autem quod hic dicitur de infamibus, excipiendus eſt caſus,cum videlicet exilio temporario quis mulctandus eſt ex eo crimine quod infamiam importat. Nam & ſi finito tempore inter infames habeatur. l. ad tempus. de decurionibus.l. Qui cum vno. §. ad tempus. de re milit. tamen hæc infamia ad poſtulationem effectum ſuum non porrigit. Idque propter reſcriptum Adriani (quod Papinianus refert) Imperatoris.hic. Eadem eſt inſcriptio l. Imperator. & l.ad tempus. Poſtremus locus huius tit.eſt

C A P. VII.

De effectu probationis.

SVnt & aliæ cauſæ (non enim omnes edicto comprehenſi potuerunt) quæ magiſtratum mouere poſſunt, vt aduocato interdicat poſtulatione. Sed notandum eſt, multum referre, in quibus verbis concipiatur ea interdictio, nam ſi nominatim prohibuerit ei, ne apud ſe ad tempus certum poſtuler, nec apud ſucceſſorem ipſius, nec elapſo eo tempore, prohibitus intelligitur. l. puto. & l. Imperator. hoc tit. Quod ſi ſimpliciter facta ſit prohibitio, extra ditionem eius, qui prohibuit, nullas vires habet, niſi forte prohibito, ſimul infamiæ nota inuſta ſit.l.ex ea cauſa, hic. Ex quacunque vero cauſa quis prohibeatur, ne conſentiente quidem aduerſario poſtulare poterit.l.Quos prohibet,hic.

TIT. II. LIB. III. PANDECT.

C A P. I.

De his qui notantur infamia.

QVia edicto de poſtulando, generali clauſula continentur, qui à poſtulando tanquam infames excluduntur,igitur poſt titulum de poſtulando ſequitur titulus de his, qui notantur infamia, quo reſpectu hoc loco hic titulus eſt politus, licet infamium cognitio, & in accuſationibus & in popularibus actionibus, & in teſtimoniis dicendis, atque etiam in dignitatibus honoribuſque ambiendis, locum habeat. l.is qui.infra de accuſat. & l. popularis. 4.de popul.act.l.3.infra de teſtibus. l.2. C. de dignita. lib. 12. Et quia variis modis quis infamia notatur, veluti re ipſa, atq; opinione hominum, ipſaque auctoritate legis, de his ſeparatim dicemus. Et in primis

C A P. II.

De infamia ſcilicet, quàm vulgo facti appellant.

HOminum opinione aliquando quis infamia notari dicitur, nam is,qui apud bonos & graues viros male audit, infamis dicitur,licet ei iure & legibus nulla irrogetur infamia. leg. ob hæc verba. hic. l. ea. leg. verbum, & leg. interlocutio. C. eod. l. honori. infra de obſequiis. Itaque eum qui reſtitutus eſt famæ, hac nota adhuc laborare exiſtimo, verumque eſſe quod ait Plautus in Pen.actio. 3. Hominum immortalis eſt infamia, etiam tum viuit, cum eſſe credas mortuam. hinc Claudius Cæſar, cum cuidam notam infamiæ appoſitam deprecantibus familiaribus ademiſſet, litura tamen (inquit) extat, ſentiens remiſſa culpa infamiæ prioris veſtigium quidem manere. Hæc infamia tametſi neminem à poſtulando repellat, nec tam efficax ſit, quàm ea, quæ iuris dicitur, effectu tamen non caret, vt ex aliis iuris noſtri locis obſeruare licet. leg. honori. & leg. eos. infra de decurionib. l. infamia. Cod. eod. tit. l. 2. C. de dignitat. l. fratres. Cod. de inoffic. teſtamen. l. Teſtium. in princip. leg. ob carmen. in fi. infra de teſtibus. ſed huius rei fuſior diſputatio in aliud tempus eſt reiicienda. Alius locus huius tit. ſequitur in quo quæritur

Qui apud ... nos graues ... ros ... Elegans Plauti ſententia de infamia. Claudij Cæſaris dictum de infamia.

C A P. III.

De infamia iuris, quæ abſq; ſententia irrogatur.

NOnnunquam infamia alicui irrogatur iure ciuili, etſi fortè apud bonos viros non ſit grauata eius exiſti-

matio, eaq; e iuris infamia vulgo appellatur: dupliciter autem id contingit. Vno modo cum lex factum ipſum notat, non ſententia. l. palam. §. quæ in adulterio. infra de ritu nup. l. Imperator. hic. vt ſi quis ab exercitu ignominiæ cauſa dimiſſus ſit, ſi artis ludicræ cauſa in ſcenam prodierit, ſi lenocinium fecerit, atque Prætoris edicto eſt expreſſum, ad cuius interpretationem videnda ſunt, quæ Vlpianus cæterique iuris auctores ſcribunt in l. 1. 2. 3. & 4. hic. & l. penult. Cod. eod. titu. Quod autem eo edicto continetur de binis nuptiis eodem tempore contractis, itemque de matrimonio intra tempus lugendi contracto, planius nemo explicare poteſt, quam ab iiſdem factum eſt Iuriſconſ. l. genero. cum ſeq. l. parentes. & l. vlt. hic, & l. decreto. C. eod. de eo, qui in carcerem coniectus eſt, qui abſtinuit ab hæreditate paterna, qui ceſſit bonis, qui non defendit negotia publica ſuæ patriæ, olim quidem dubitatum fuit, ſed reſcriptis Principum conſtat eos aliqua infamia non notari. l. 1. l. neminem. l. debitores. C. eod. Alius locus ſequitur in quo tractatur

Cap. IIII.

De infamia iuris, quæ per ſententiam irrogatur.

ALiquando factum ac perſonam lex non notat, ſed ſententia. d. §. Quæ in adulterio, vt is demum hanc notam ſubeat, qui ſe feciſſe iudicatus eſt, cum in ſupraſcriptis caſibus factum ipſum ſufficiat, nec ſit neceſſaria ſententia: cuius rei exempla in Prætoris edicto aliiſque locis habentur. leg. 1. & l. Athletas, cum ſequentibus. l. non alia, hic. l. nullam. C. eod. ti. cum aliis ſimilibus. Sententiam autem accipimus iudicis, non arbitri, nec pronunciationem quamlibet, ſed qua, cauſa cognita negocium diffiniatur. l. quid ergo. §. ex compromiſſo. cum ſequen. hic. ſed nec teſtis, cuius teſtimonium per ſententiam inter alios dictam, reprobatum eſt, quaſi ex falſi teſtimonio, inter infames habebitur, idque ex vulgari regula, qua dicitur, res inter alios actas aliis non nocere. l. Lucius. hic. & l. ſæpe. infra de re iudic.

Præterea damnatum ſuo nomine, non alieno, & directo iudicio non contrario accipere debemus. l. furti. §. ſi quis alieno. & §. vlt. & l. ſeruus. hic. Denique notandum eſt, ſi cui vltra legem grauior pœna infligatur, exiſtimationem eius illibatam manere, quaſi duriore ſententia non eo tranſactum de fama videatur. l. quid ergo. §. pœna grauior. hic. Sed quid de paciſcente dicendum eſt? Et certum eſt in actionibus ex delicto, non ex contractu deſcendentibus, pactionem condemnationis vim habere, niſi prætoris iuſſu, aut gratis facta ſit. l. furti. §. pactus. l. in actionibus. hic. & l. non damnatos. C. eod. tit. de crimine ſtellionatus, cuius ſub hoc titulo fit mentio, videnda ſunt, quæ in diſputationibus anniuerſariis ſcripſimus, & ſub tit. de crimi. ſtel. in 7. Digeſtorum parte. Quæri ſolet an damnatus exilio ad tempus, vel alia pœna, quæ infamiam irrogat, finito tempore inter infames habeatur? Et verius eſt inter infames haberi. l. ad tempus. Cod. eodem. l. ad tempus. de decur. l. qui cum vno. §. ad tempus. de re militar. Atque ideo, nec ad honores, nec ad militiam, niſi fruſtra aſpirat, vt ex iam dictis patet legibus: Adrianus tamen ei poſtulare permiſit, quamuis alias infames non poſtulent, vt dixi ſub titu. de poſtulat. Non me mouet Reſcriptum Antonini apud Vlpianum in leg. generaliter. de decurionibus. Nam quatenus de ordine loquitur accipiendum eſt cum hac exceptione, niſi cauſa famoſa ſit ei. dict. leg. ad tempus. Sane contingit plerunque, vt crimen per ſe iudiciumue famoſum ſit, non tamen irrogetur infamia damnato, veluti ſi pœna grauior vltra legem impoſita ſit. dict. l. quid ergo. §. pœna grauior. hic & l. Poſidonium. Cod. eod. titu. cuius legis duplex videtur fuiſſe ſententia, vna proconſulis de tempore vnius anni à qua prouocatum eſt, ſed interim reus ſententiam non exceſſit, atque ideo nulla cauſa eſt, cur pœna augeri debeat. Altera eſt ſententia Præfecti prætorio, de appellatione cognoſcentis, qua damnatur reus, quinque annorum exilio, cuius ſententię ſeueritas facit, vt de infamia tranſactum videatur.

Sententiæ ſeueritas facit, vt quandoque ſit de infamia tranſactum.

Item ſi mitior dicta ſit ſententia à iudice, propter ætatem rei, vel aliam huiuſmodi circunſtantiam: nam quamuis crimen per ſe famoſum ſit, & ſeuerior ſententia dici debuerit, ſi huius circunſtantię habita ratio non eſſet, tamen iudex propter circunſtantiam pœnam minuens oſtendit reum infamiæ nota dignum non eſſe. l. et ſi ſeuerior. Cod. eod. Si igitur nulla ratione, ſed gratia tantum ductus, pœnam minuerit iudex, aliud dicendum erit. Nam & cum de pœna à iudice aucta loquimur, propter quam de infamia tranſactum cum eo, videtur ſic accipiendum eſſe, cum iudex motus non eſt circunſtantia aliqua, propter quam grauius delictum ſit, ſed vt, veluti compenſatione quadam facta, reum à pœna infamiæ vindicaret.

TIT. III. LIB. III.

Pandect.

Cap. I.

De procuratorib. & defenſoribus. Ad rubricæ expoſitionem προθεωρία.

PROCVRATOR in iure ciuili multiplex occurrit. In primis procurator Cæſaris, qui & rationalis, & procurator priuatæ rationis, & procurator diuinæ domus, vel etiam curator interdum appellatur. l. 1. & 2. ſupra de offic. procur. Cæſar. vbi diximus. Erat & procurator Reipublicæ, qui & ipſe curator rationalis & λογιστὴς dicebatur, cuius mentio eſt in l. 3. C. de mod. mulcta. & l. 1. & fi. infra de adminiſt. rer. ad ciuit. pertinent. Alius erat procurator vniuerſitatis, ſeu collegij, vel corporis Reipublicæ minoris, qui actor & defenſor ſeu ſyndicus vniuerſitatis, aut ciuitatis appellatur, cuius mentio eſt in l. 1. & l. item. infra quod cuiuſque vniuer. & l. 1. infra de muneri. & honorib. Eſt & defenſor, qui vltro, & ſine mandato admittitur, ad reum defendendum, in ciuilibus, & criminalibus etiam quadamtenus. l. ſeruum. §. publice, hic. & §. ſi vero. Inſtit. de ſatiſdat. & hic in rub. Eſt etiam procurator priuatorum, de quo hic, & ſub titulo C. eo. differitur. & is eſt, qui ſuſcepto mãdato aliena negotia curat, ſiue extra iudicium, ſiue in iudicio. l. 1. hic. Eſt autem duplex hic procurator, generalis & ſpecialis, prior eſt cui generaliter omnia negotia mandantur. l. procurator totorum. hic. Eſt quoque duplex hic procurator generalis: vnus eſt, cui omnium bonorum atque negotiorum libera datur adminiſtratio, & à quo mandatum ſpeciale non exigitur. l. procurator cui. hic. Alius eſt, ſine libera adminiſtratione. l. mandato. hic. Procurator ſpecialis duplex quoque eſt, vnus cui ſpecialiter vna cauſa, vnumve negotium mandatur, quod genus mandati in certis quibuſdam negotiis eſt neceſſarium, cuius exemplum eſt in l. illud. infr. de minorib. & l. qui duos. hoc tit. Alius eſt procurator ſpecialis, cui certum genus negotiorum committitur, & hic quoque duplex occurrit. alius eſt procurator negotiorum extraiudicialium, quales ſunt hodie receptores noſtri.

Alius eſt procurator negotiorum forenſium, ad agendum vel defendendum cauſas, qui procurator iudiciorum, ad iudicia, ad agendum, vel ad lites vulgo appellatur. ca. qui ad agendum. de procur. in 6. Quod munus iure ciuili nullam habet neceſſitatem, nec quiſquam inuitus cogitur ſuſcipere alienum negotium. l. inuitus. C. eod. Sed tamen hodie moribus noſtris munus eſt publicum. Creantur enim à Principe procuratores forenſes, cuiuſcunque fori, intra certum numerum, qui negotia priuatorum per iudicem ſuſcipere coguntur, inſtar aduocatorum in iure ciuili. l. nemini. C. de aduoc. diuerſ. iud. & generali appellatione etiam aduocati dici poſſunt, vt qui quoquomodo in cauſis operantur. l. fi. §. aduocatos. infra de variis & extraordi. cognit. Hactenus de diuerſis procuratorum generibus, veniamus ad definitionem procuratoris, de quo agitur ſub hoc titulo. Primus igitur locus huius tituli eſt,

Nullus inuitus alienum ſuſcipere cogitur negotiū.

Cap. II.

Quid ſit procurator.

VSus procuratoris perquam neceſſarius eſt, inquit Vlpianus in l. 1. §. vſus, hic. vt qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, aut nolunt, ſaltem per alios vel agere, vel conuenire poſſint. Videndum igitur eſt, quid ſit procurator.

Procurator definitur ab eodem Vlpiano in l. 1. in princip. *Qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat.* quæ definitio ex genere, & differentiis conſtare videtur. Nam adminiſtrare, verbum, quo Iuriſconſultus vſus, generale eſt: pertinet enim ad alios quàm ad procuratores, exempli gratia, Præſes prouin-

prouinciæ, ſyndicus, tutor, curator, adminiſtrant, qui tamen propriè procuratores non ſunt.

Deinde dicitur in definitione *negotia*. Hoc verbum tam de iis negotiis, quæ in iudicio adminiſtrantur, quam de iis, quæ extra iudicium, accipere debemus, quamuis vnum tantum negotium adminiſtret procurator ipſe. Præterea dicitur in definitione *aliena*: nam qui ſua negotia adminiſtrat, procurator non eſt. l. 2. §. vltim. infra mandat. etſi alterius conſilio, & ſuaſu adminiſtret. Nec procurator in rem ſuam quis eſſe poteſt, ſed tantum is cui conceſſa eſt, aut mandata actio, procurator proprie dicitur, alias imaginarius tantum procurator eſt dicendus. l. qui ſtipendia. C. hoc tit. Deinde dicitur *mandatu*, quia qui ſine mandatu adminiſtrat, aut gerit, procurator proprie non eſt, nec ad eum pertinent, quæ ſub hoc titulo ſcripta extant, ſed ei & aduerſus eum competit actio negotiorum geſtorum, de qua titulus eſt in hoc libro quem explicabimus propediem.

Præterea dicitur *domini*, hoc verbum adiicitur ad differentiam tutoris & curatoris, qui non mandatu domini adminiſtrant, ſed auctoritate magiſtratus gerere & adminiſtrare compelluntur, vel alterius qui tutoris dandi ius habet, vt diximus ſub tit. de adminiſt. tut.

Hæc definitio ſic explicata pertinet tam ad procuratorem, qui datur ad lites, quam ad eum, qui negotia extra iudicium adminiſtrat. Defenſoris fit mentio in rubrica, & ſub hoc titulo quibuſdam in locis, veluti in l. ſeruum. §. ait Prætor. 33. vnde à quibuſdam quæritur, quis ſit defenſor, nec ſatis de hoc conuenit inter iuris interpretes. Quidam enim dicunt defenſorem eum eſſe, qui reum defendit, procuratorem vero qui actoris cauſam agit, ſed hoc falſum eſt. Nam is defenſor dicitur à iuris auctoribus, qui vltro, & ſine mandatu alium defendit, qui cum familiaris erat, & cauſam præſentis domini nouerat, cognitor à Cicerone dicitur in Verrem, teſte Aſconio Pediano, quo pertinet titulus, qui extat in Codice Theodoſiano de cognitor. & procurator. Sequens locus eſt in quo quæritur

Cap. III.

Quomodo conſtituatur procurator.

PRocurator ſolo conſenſu conſtituitur: nulla ſolennitas requiritur in conſtitutione procuratoris, ſufficit conſenſus eius, qui conſtituit & eius qui conſtituitur. l. filiusfamilias. §. inuitus. hic. Vnde conſequitur procuratorem eum conſtitui poſſe, qui abſens eſt. l. 1. §. fin. hic. Hinc naſcitur quæſtio tractata in Clementina de procurat. Si quis literas procuratorias acceperit, & non contradixerit, an procurator conſtitutus intelligatur? & dicitur conſtitutum intelligi. Et ideo ſi poſtea is negotia neglexerit, conueniri poterit actione mandati.

Deinde procurator ad litem futuram, in diem, ſub conditione, & vſque ad diem, & in perpetuum conſtitui poteſt, l. 3. & 4. hic. In edicto prætoris, quod de procuratoribus propoſitum eſt, quædam perſonæ nominatim prohibentur procuratores eſſe. Quædam etiam procuratorem dare prohibentur. Quibus cognitis facile cognoſcemus, quæ perſonæ dari ſeu conſtitui, & conſtituere procuratores poſſint: videamus igitur inprimis de his, qui dari ſeu conſtitui procuratores non poſſunt.

Cap. IIII.

Qui dari procuratores non poßint.

INprimis miles procurator ad litem dari non poteſt. l. militem. 7. Cod. eod. titu. cuius rei ratio eſt quod publice interſit eum non auocari à militia. Quæ ratio, quia in veterano ceſſat, hoc munus exercere non prohibetur. l. filiusfamil. d. §. veterani. hic. Tametſi verum ſit militem ad lites exercendas conſtitui non poſſe, tamen cum quibuſdam exceptionibus accipiendum eſſe cenſeo: vna eſt, niſi pro commilitone agere, aut eum defendere velit, hoc enim caſu admittitur. dict. l. filiusfamil. hoc tit. Alia exceptio eſt niſi miles in rem ſuam conſtitutus ſit, aliena ſibi mandata actione. Nam tunc ſuo nomine, magis quam alieno agere videtur. l. Qui ſtipendia. Cod. eod. Præterea quod dictum eſt ſupra de milite, ad clericos cælibes pertinet. hi enim in foro laico procuratores eſſe non poſſunt, niſi forte pro ſuo ordine & eccleſia. cap. 1. & 2. ne cler. vel monach. Et ratio eſt, ne clerici vel monachi à diuinis ad profana auocentur: huius quoque iuris alia ratio mihi eſſe videtur, quod iudex laicus ſi quid forte deliquerint, non poſſit eos coercere, quæ ratio ceſſat in clericis coniugatis, qui ſubiecti ſunt, ad facultates quod attinet, laicæ iuriſdictioni. cap. pen. de cler. coniugat. In cauſis vero criminalibus retinent ſuum priuilegium: niſi forte detonſum verticem in orbiculum, & veſtes non habeant ordini congruentes. cap. vnico. de cler. coniu. in 6. & c. fin. de vita & honeſt. cleric.

Deinde minor vigintiquinque annis procurator conſtitui non poteſt. Ei enim obeſt exceptio, quæ procuratoria dicitur, niſi minor eſſet. l. minor. ff. hoc titu. & l. exigendi. Cod. eod. Ratio huius iuris eſt, quod in præiudicium aduerſarii in integrum reſtitui poteſt. d. l. minor. hoc tamen accipiendum eſt, de procuratore, qui ad lites exercendas conſtitutus eſt: nam negotiorum extraiudicialium procurator eſſe poteſt duodecim annis natus. §. Eadem lege. Inſtit. quib. ex cauſ. manu. non liceat. Poteſt tamen admitti filius minor vigintiquinque annis, vno caſu (quod diligenter notandum eſt) quo pater quaſi contumax condemnari poteſt, nimirum in iudiciis criminalibus, & in ciuilibus ſi lis iam conteſtata ſit: nec eo caſu filius in integrum reſtituetur. l. ſeruum. §. publice. hoc tit. & l. minor.

Item fœmina, procurator in iudicio dari non poteſt, quia hoc officium ad viros pertinet. l. neque. § 4. hoc titu. l. alienam. Cod. eodem. hucque pertinet iuris regula, qua fœminæ ab omnibus ciuilibus officiis remotæ ſunt. l. fœminæ. de reg. iur. Quod adeo verum eſt, vt mulier non poſſit defendere liberos ſuos in iudicio, ſed debeat eis petere tutorem. d. l. Alienam. 18. Cod. eod. Tribuitur tamen eius pietati, vt appellare poſſit pro filio, & curet cauſam appellationis agi, licet ab initio non defendat. l. 1. de appellat. recip. Et pro patre ſuo, etiam ſuadente pietate, admittitur fœmina, ſi morbo impeditus, ſuis rebus ſupereſſe non poſſit. l. fœminas. hic. Etſi regulariter mulieres ad agendum, aut defendendum non admittantur. l. neque. hic. ſitque mulierum quam virorum deterior conditio. l. in multis. ſupra de his, qui ſunt ſui vel alien. iur. & l. fœminæ. de regul. iur. ſunt tamen cauſæ quædam ſpeciales, quæ per eas agi poſſunt, quæ ab eo, quod ſupra diximus, excipi debent. *Quædam tribuuntur pietatis intuitu.*

Inprimis accuſatio necis cognatorum mulieri conceditur, ſuam ſuorumque iniuriam ei perſequi datum eſt. l. vxor. & l. non ignorat. C. quib. accuſ. non licet.

Item ſi cognatus mulieris in ſeruitutem aſſeratur, ipſa mulier eum iure defendit, quod hæc cauſa ad honorem familiæ pertineat. l. 3. ff. de lib. cauſ. Præterea mulier recte patrem ſuum defendit, vt diximus ſupra: cognita tamen cauſa, vt, ſi morbo ſit impeditus, nec ſit qui eum defendat. d. l. fœminas. Deinde quod ſupra dictum eſt, mulierem non poſſe in iudicio ſuos liberos defendere ex l. alienam. Cod. eod. ſed debere eis tutorem petere, hoc eſt intelligendum niſi forte ipſa tutoris officio fungi velit, & poſſit: Authent. vt liceat matri & auiæ. Cod.

Quæritur de inuito ſurdo, furioſo, an hi procuratores conſtitui poſſint? hæc quæſtio tractatur in l. 2. & l. mutus. 43. hic. ex quibus apparet mutum, & ſurdum extra iudicium procuratores dari poſſe ad adminiſtrandum, in iudicio vero propter decorem non admitti. argumento eius quod dicitur in l. 1. §. caſum. ſupra de poſtul. quod magiſtratus vocem & decretum audire, aut eius videre inſignia, vt ait Vlpianus, & reuereri non poſſint.

Præterea reus delatus procurator eſſe non poteſt. l. reus delatus. infra de muner. & honor.

Alia quæſtio tractatur de filiofamil. an is procurator eſſe poſſit. Hæc quæſtio tractatur in l. filiusfam. d. §. ipſe quoque. hoc tit. vbi dicitur filiumfamilias procuratorem dari poſſe, & ad agendum & ad defendendum. Imo etiam ſine mandato aliquando admittitur etiamſi mandatum non alleget, tantum abeſt, vt illud probare teneatur, veluti cum pro patre agere, vel defendere eum vult. Non enim tanquam procurator cauſam patris ſuſcipit, ſed tanquam coniuncta perſona, quæ omnimodo ſine mandato admitti ſolet, quales ſunt liberi, parentes, fratres, affines, liberti, maritus pro vxore. l. ſed & hæ. hic. & l. exigendi. l. maritus. C. eod.

Deinde quæritur, an vnius litis & negotii nomine, plures procuratores dari poſſint? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi quis cum procuratorio. §. vnius litis. hoc ti. quod ſic eſt diſtinguendum, vt ſi quis duos procuratores in eadem cauſa, & eodem tempore dederit, eos parem poteſtatem habere dicamus, & occupantis meliorem fore cōditionem. Si vero diuerſis temporibus plures procuratores dati ſint, poſterioris melior erit conditio. l. pluribus. hic. & cap. ſi duo. de procur. in 6. Hactenus vidimus de his, qui procuratores dare poſſunt aut non poſſunt: iam videamus

CAPVT V.

De his qui procuratores dare poſſunt.

HOc edictum prohibitorium fuit, atque ideo his cognitis, qui prohibentur prætoris edicto procuratorem conſtituere, manifeſtum erit, quibus permiſſum ſit procuratorem dare. l. mutus. §. 1. hic. hodie igitur procuratorem dare vnicuique eſt permiſſum, niſi ei nominatim fuerit prohibitum prætoris edicto, aut aliqua lege: videndum igitur nobis eſt de his, qui procuratorem dare prohibentur, qui locus bonam huius tituli partem continet, ſed eum paucis abſoluemus.

CAP. VI.

Qui procuratorem dare prohibeantur.

INprimis procurator ad lites conſtitutus, ante litem conteſtatam, alium procuratorem conſtituere nō poteſt, hoc dicitur in l. Quod quis. 8. & l. neque 11. & l. procuratoribus. C. eod. huius rei ratio eſt, quod nemo ſine mandato, & actione experiri poſſit. l. ſi pupilli. C. de neg. geſt. l. naturalis. §. ſed ſi facio. infra de præſcript. verb. At procurator ante litem conteſtatam non efficitur dominus litis. l. in cauſæ. hoc titulo. & l. nulla. Cod. eod. hoc tamen ceſſat in procuratore in rem ſuam conſtituto, & in eo cui ſpecialiter poteſtas data eſt ſubſtituendi alium procuratorem. Hi enim poſſunt etiam ante litem conteſtatam procuratorem conſtituere. cap. 1. de procurat. in 6. Quæritur de procuratore negotiorum extraiudicialium, an is ad negotia gerenda alium procuratorem libere ſubſtituere poſſit? Et dicitur poſſe, licet ad agendum alium ſubſtituere non poſſit. l. ſi procuratorem. §. primo, infra mandati. & dict. cap. 1. Deinde quæritur de tutore & curatore, an procuratorem ad litem exercendam pupilli nomine conſtituere poſſint? Hæc quæſtio tractatur in l. neque 11. Cod. eodem. Quamuis tutores & curatores quaſi domini in lege dicantur (quod intelligendum eſt cum adminiſtrant, non etiam cum fraudant. l. qui fundum. §. & ſi tutor. infra pro emptore) & omnia negotia, vt procurator omnium rerum, gerant. l. Lucius. §. fin. infra de adminiſtrat. tutor. & procuratorem recte conſtituant ad negotia extra iudicium gerenda, inſtar procuratoris generalis. l. ita. Cod. eod. tamen ad litem exercendam, quia domini non ſunt litis nondum ceptæ, vt de procuratore ad lites conſtituto diximus, procuratorem ante litem conteſtatam non conſtituunt, repugnante procuratoris definitione. l. 1. hic. ſed actorem, iudice auctore, ſi parum idonei ſint, ſuo periculo recte conſtituunt. §. fin. Inſtitut. de curat. huius actoris mentio eſt in l. vltim. hic. Ipſi tamen pupilli & adoleſcentes, quia domini ſunt, recte procuratorem conſtituunt, modo tutorum vel curatorum ſuorum interueniat auctoritas. Sed & poſt litem conteſtatam, inſtar procuratorum ad agendum, tutores quoque & curatores recte procuratorem conſtituunt, quia & ipſi litiſconteſtatione domini cauſæ litiſque fiunt.

Idem dicendum eſt de œconomis, rerum eccleſiaſticarum adminiſtratoribus, de ſyndicis ſeu defenſoribus rerum publicarum & ciuitatum, & aliis id genus, qui propria ſpecialique ſignificatione procuratores dici non poſſunt, licet aliena negotia omnes adminiſtrent & in iure pontific. latiori quadam ſignificatione omnes procuratores appellentur. l. Nec ciuitatis. hic. & cap. Quia, vbi not. extra eod. tit. can. Saluatur. 1. quæſt. 3. Ex eo quod diximus pupillum aut adoleſcentem, ſi modo tutoris aut curatoris auctoritas accedat, poſſe procuratorem conſtituere, naſcitur quæſtio tractata in l. Non eo minus. 14. C. eod.

Quidam minor procuratorem conſtituerat, ſine auctoritate curatoris. & ſic nulla erat procuratoris conſtitutio, lis ad ſententiam vſque producta eſt, pro minore iudicatum eſt, aduerſarius nullam eſſe ſententiam contendebat, quod minor procuratorem ſine tutoris auctoritate conſtituiſſet, quæſitum eſt an rata habenda eſſet ſententia? Reſcripſit Imperator, eam ſententiam valere. Nam quod introductum eſt in fauorem alicuius, in eius perniciem & incommodum verti non debet. l. nulla. ff. de legib. & l. neque. de contrahen. empt. Eſt locus communis diligenter notandus, quia ſæpe occurrit. Nec nos mouere debet, quod ſententia lata pro furioſo, ſine curatore non valeat. Nam licet pupilli & minores furioſis comparentur, magna tamen inter eos eſt differentia. Minores enim iudicium habent, & è re ſua recte contrahunt, ſine tutoribus & curatoribus, quibus interuenientibus indiſtincte contrahunt? furioſus contra iudicio caret, nullumque negocium ipſe contrahit: quare ſtare in iudicio non poteſt, vt feratur ſecundum ſe ſententia, præſens enim corpore pro abſente habetur. l. furioſo. ff. de re iudic. vbi notatur. Quæſtio etiam tractatur de ſeruo, an ſcilicet ſeruus procuratorem conſtituere poſſit. Et Iuriſconſultus non poſſe ait, in l. ſeruum. hoc titu. niſi forte de ſtatu ſuo litiget, alias ſeruus, nec pro ſe, nec pro alio in iudicio eſſe poteſt. l. ſeruus. infra de iudi. Huc quoque pertinet l. vel. 3. hic. An idem dicendum ſit de filiofamilias quæſitum eſt, ſed alia cauſa eſt filiifamilias, vt ſupra diximus.

Alia quæſtio eſt de muto & ſurdo, an hi procuratorem conſtituere poſſint. Et Iuriſconſultus in l. mutus. 43. hic. ait eos procuratorem dare, & conſtituere poſſe. Nec id mirum videri debet, nam cum procurator ſolo conſenſu conſtituatur, certum eſt mutum, aut ſurdum conſtituere procuratorem poſſe, quia conſenſus nutu ſignificari poteſt. l. obligamur. §. fi. infra de oblig. & act. & l. ſi ſtipuler. de verb. oblig. Alia quæſtio tractatur de accuſatore & reo, an hi procuratorem in criminalibus cauſis dare, & habere poſſint. Hæc quæſtio tractatur in l. penult. §. ad crimen. de publicis iudiciis. Pro cuius explicatione ſciendum eſt, in cauſis ciuilibus non tantum pro actore, ſed etiam pro reo admitti procuratorem, niſi forte iudex putauerit certius de cauſa vocandum eſſe reum vel actorem, vt per ſe reſpondeat vel iuret, aut aliquid aliud ſimile faciat: vt ſi forte propior ſit principalis perſona, vel ſi detineri debeat vinculis, aut in carcere audiri. l. in pecuniariis. C. eod. In cauſis vero criminalibus, ad crimen perſequendum fruſtra interuenit procurator, multo magis ad defendendum. dict. l. pen. de publi. iudic. Vtrum autem in criminalibus cauſis, vbi pœna pecuniaria irrogatur, procurator interuenire poſſit, controuerſum eſt. Interdum enim publici iudicii pœna eſt pecuniaria, vt cum de ambitu quis accuſatur in centum aureos condemnandus. l. vnica. ff. de ambitu. dubitatio oritur ex d. l. in pecuniariis, vltim. Cod. eod. qua indiſtincte ſtatuit imperator, in pecuniariis cauſis procuratorem interuenire poſſe. Quidam exiſtimant ex parte accuſatoris non eſſe admittendum procuratorem in criminalibus cauſis, etiam pecuniariis, ex parte vero rei accuſati intercedere poſſe procuratorem, ſi pœna ſit pecuniaria. Hæc ſententia per quam lex, quæ vbi ad pecuniam quis damnatur cum infamia, procuratorem indiſtincte admittit ad defendendum. l. 1. infra an per alium cauſ. appella. mihi non probatur. Nam in criminalibus cauſis non admitti procuratorem indiſtincte lex alibi ait, in pecuniariis vero admitti. Vnde colligere licet nullam cauſam criminalem in hoc argumento pecuniariam eſſe, quia pecunia in quam condemnatur reus, ad rem familiarem accuſatoris non peruenit, ſed ad fiſcum pertinet. l. reos. Cod. de accuſat. & l. fin. infra de minoribus. Eius rei ratio eſt, quia in criminalibus cauſis, rei ſunt interrogandi, vt ex ſua reſponſione ſuſpicionibus vrgeantur, vel in carcerem coniiciantur, vel committantur cuſtodiæ militum, vt infra de quæſt. & Cod. eod. l. 1. Cod. de cuſto. reor. & l. 1. infra eod. titu. Et hoc moribus noſtris obſeruatur, quibus vel prehenſio corporis decernitur, vel vocantur criminoſi, vt per ſe reſpondeant, quam citationem perſonalem vocant, vt interrogentur à iudicibus & ore proprio cauſam dicant. Quod diximus in cauſis criminalibus non interuenire procuratorem, non eſt intelligendum de defenſore: nam in cauſis capitalibus defenſor, vel etiam procurator ad excuſandam innocentiam ad præſcriptionem fori opponendam, & ad alias exceptiones dilatorias oppo-

opponendas admittitur, & ſic intelligi debent l. ſeruum. §. publici hic. & l. reos. C. de accuſat. Quamuis reus per procuratorem plene defendi non poſſit, tamen poteſt excuſari eius abſentia, & innocentia proponi, quod vulgo in foro exoniari dicunt.

Exoniari quid.

Præterea quod dictum eſt in publicis & criminalibus iudiciis, non poſſe dari procuratorem: idem & in popularibus actionibus, quæ cuiuis è populo competit, obſeruatur. l. licet. 42. hoc titulo. Ratio eſt quia ſi reus procuratorem daret, is in propria cauſa dari videretur, vel reus in aliena cauſa daret procuratorem, quod abſurdum eſſet. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi popularis actio priuatum commodum reſpiciat. l. non cogendum. §. qui ita. hic. Circa hunc locum notandum eſt, quod de magiſtratibus & illuſtribus viris dicitur in l. vlti. & authentica ſequenti. Cod. hoc titu. cogi illuſtres perſonas, per procuratorem litigare, ne eorum præſentia terrorem incutiat aduerſario. Huc pertinet nouella conſtitutio Iuſtiniani de illuſtribus. Alius ſequitur huius tituli locus in quo tractatur

CAP. VII.

De officio procuratoris alieno nomine agentis.

INprimis ad officium procuratoris, qui agit & experitur nomine alieno in iudicio, pertinet mandati ſui fidem facere, nam ſi poſt litem etiam conteſtatam falſus procurator appareat, expelletur & iudicium retrorſum erit nullum. l. licet. C. eod. etſi enim exceptio dilatoria opponi debeat in initio litis. l. exceptionum. infra de probat. & l. ita demum. Cod. eod. tit. tamen quia hæc exceptio procuratoria iudicium reddit nullum, in quacunque parte litis recte opponitur. Hoc tamen eſt intelligendum, ſi huiuſmodi perſona ſine mandato interuenerit, quæ neque pro ſe, neque pro aliis in iudicio eſſe poteſt, veluti quia ſeruus eſt. l. ſeruus. infra de iudiciis. Nam ſeruus in iudicio ſtare non poteſt: vel quia eſt pupillus: nam alias ratihabitione, id eſt, domino ratum habente quod per falſum procuratorem geſtum eſt, confirmatur iudicium. l. licet. 56. infra de iudiciis.

Ab eo quod diximus procuratorem non admitti ad agendum niſi mandati ſui faciat fidem, excipiuntur coniunctæ perſonæ, vt liberi, parentes & aliæ huiuſmodi. de quibus aliquid ſupra attigimus, quibus permittitur ſine mandato pro aliis interuenire. l. ſed & hæ. hic. & l. exigendi. 12. Codi. eod. quæſtio tamen tractatur de marito in l. maritus. 21. Cod. eod. & in leg. 2. eod. an maritus pro vxore, ſine ipſius mandatu interuenire poſſit. Et ex dictis legibus ſatis apparet maritum cauſas pecuniarias vxoris ſuæ, ſiue agat ſiue conueniatur, etiam ſine mandato exercere poſſe. Hoc in marito ſingulare eſt, vt contracto matrimonio intelligatur ei tacite mandatum vt agat pro vxore. Si tamen nominatim poſtea aliquid ei mandauerit vxor, non poterit excedere fines mandati. Nam mandando quædam negotia, aliorum adminiſtrationem vxor videtur prohibere. l. maritus. infra eodem titulo. Eſt tamen opus ſolennibus, cum maritus pro vxore ſine mandato experitur. Inprimis oportet vt ipſe maritus caueat vxorem ſuam ratum habituram, aut ſi conueniatur vxor, & velit interuenire, debet cauere iudicatum ſolui, niſi forte nomine dotis, vel paraphernorum experiatur. Hoc enim caſu maritus ſine cautione admittitur. vt dict. l. 2. & l. maritus. Cod. eod. & l. fin. de pact. conuent. Moribus Gallicis maritus apud quoſdam ſine vlla cautione admitti ſolet, & ſine vllo vxoris mandato, apud alios neque coniuncta perſona recipi ſolet ſine mandato.

Deinde notandum eſt, ex dictis legibus à contrario ſenſu, cauſas criminales neque per maritum, neque per procuratorem exerceri poſſe, quod hic præſentia opus ſit. l. 4. §. Iulianus. infra de damno infect. & l. in poſſeſſionem. infra quibus ex cauſ. curat. bonor. dent.

Quod diximus coniunctas perſonas ſine mandato admitti, intelligendum eſt niſi appareat eas contra manifeſtam voluntatem eorum, pro quibus interueniunt, experiri, aut interuenire. leg. Pomponius. §. vltim. hic. Nam hoc caſu expelluntur. Secundo quod diximus, procuratorem debere mandati ſui fidem facere, cum hac exceptione accipiendum eſt, niſi is, qui qualemcunque ſui mandati fidem facit, caueat dominum ratum habiturum. l. non ſolum. §. qui alieno. & l. Pomponius. §. primo. hoc titul. & leg. 1. Cod. eod. Ex quibus apparet, ſi certum ſit, mandatum eſſe procuratori negotium, tum nullam ab eo exigendam eſſe ſatiſdationem. Sed dubitatur à quibuſdam, quando certum eſſe dicatur mandatum habere procuratorem. Et ſi dominus præſens in iudicio procuratorem conſtituerit, vel apud acta, aut in libello principi oblato, id profeſſus ſit, hoc eſt niſi iurauerit, aut etiam literis ſuis ad aduerſarium directis ratum ſe habere promiſerit, quod per ipſum procuratorem factum erit, dicendum eſſe mihi videtur aliquem mandatum habere. l. vnica. Cod. de ſatiſdatione. l. ſi procuratorem. hic, & §. ſin autem. Inſtitut. de ſatiſdat. Sed ſi contra certum ſit mandatum non eſſe alicui, etiamſi cautionem offerat, is non admittetur vt procurator. l. Pomponius. §. fin. hoc titu. Si vero incertum ſit, mandatum ſit, necne, admittitur procurator, modo caueat datis fideiuſſoribus dominum ratum habiturum, id eſt, approbaturum cogniturumque quod actum erit à procuratore, vt hic. leg. ſeruum. §. Ait prætor. & leg. non ſolum. §. qui alieno. eod. & dic. leg. 1. Cod. eod. leg. quo enim. infra rem ratam. Sed quando incertum mandatum dici poteſt, hoc controuerſum eſt. Ego incertum eſſe mandatum exiſtimo, ſi mandatum à procuratore affirmetur, reus vero neget, aut alioqui ignorari poſſit, quod neque confeſſione in iure, neque euidenti probatione appareat incertum dubiumque eſſe mandatum. l. 3. infra. Quis ad libert. l. 1. & leg. poſt rem. ſupra de tranſact. hodie moribus noſtris iuri ciuili fere derogatum eſt, nam mandato opus eſt authentico, id eſt, à tabellione præſentibus teſtibus aut à duobus notariis ſiue teſtibus recepto. Alioqui ſi dubitetur, iubebit iudex intra certum tempus, vt procurator curet dominum ratum habiturum, vel vt proferat mandatum domini ſpeciale, aut generale ad lites.

Secundo, ad officium procuratoris agentis pertinet defendere dominum ſuum in reconuentione: quamuis ad defendendum procurator datus non ſit. leg ſeruum. §. Ait prætor. 33. hic. l. cum Papinianus 14. C. de ſent. & interloc. & cauere de eo defendendo cuius nomine agit, alioqui ei denegabitur actio, id eſt, non admittetur ad agendum. Ea enim eſt pœna procuratoris non defendentis. l. mutus. 43. §. pœna. hic. huc pertinet quod dicitur in l. eum qui. §. actionem. C. eo. & l. ſed & hæ. & legibus ſequentibus, hic. Hæc de officio procuratoris actoris ſufficiant. videamus

CAP. VIII.

De officio procuratoris eius qui conuenitur.

INprimis, ad officium procuratoris eius qui conuenitur, pertinet cauere iudicatum ſolui. Nemo enim idoneus defenſor eſt alterius abſque ſatiſdatione. §. ſi vero. Inſtit. de ſatiſdat. Non tamen cogitur mandati ſui fidem facere. Et eo differt procurator rei conuenti à procuratore actoris. l. exigendi. 12. C. eod. tit. l. qui proprio. & l. minor. hic. huc pertinet titulus de ſatiſdat. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi dominus ſatiſdederit, vt dicitur in l. ſi defunctus. hic.

Secundo, procurator datus ad defendendum, pro quo dominus ſatiſdedit iudicatum ſolui, inuitus iudicium accipere cogitur, quod expreſſum fuit edicto prætoris. l. filius. §. procuratorem. hic. Excipiuntur tamen quidam caſus, quibus non poteſt cogi procurator ad defendendum eum, cuius nomine agit. Hi caſus exprimuntur in d. §. procuratorem. & §. vlt. & legibus ſequentibus.

Tertio, procurator rei præter ſolitam ſatiſdationem iudicatum ſolui, ſatiſdat dominum rem ratam habiturum, ſi mandatum certum non ſit, quæ ſatiſdatio etiam à coniunctis perſonis exigitur: quamuis Acc. ad d. l. exigendi. C. eo. putet à coniunctis perſonis hanc ſatiſdat. non eſſe exigendam. d. l. Pomp. §. ſed & is: & l. non ſolum. hoc tit. Poſtremus locus huius tractatus eſt, de his quæ communia ſunt tam procuratoris actoris quàm rei.

CAP. IX.

De his quæ pertinent ad officium procuratoris tam actoris quam rei.

INprimis procurator ad certam litem, ſiue agendam, ſiue defendendam datus, diligenter debet cuſtodire fines mandati ſui. l. ſi procurator. C. eod. Nam ſi aliud fecerit, quam quod mandatum eſt, dominus illud ratum non habebit,

niſi velit: neque lata ei quicquam præiudicabit ſententia.l. diligenter.infra mandati. Si vero nihil præterquam quod mandatum eſt,geſſerit procurator,dominus quidem ratum habere tenetur, & ſententia aduerſus procuratorem lata valebit, ſed dominus,ſi doloſe verſatus ſit procurator, actione mandati conuenietur.l. licet.§. ca. hic. & dict.l. ſi procurator. C. eod. quod diximus procuratorem diligenter debere fines ſui mandati cuſtodire,cum hac tamen exceptione eſt intelligendum,niſi ea quæ coniuncta ſunt cum mandato, veluti quæ ex re mandata pendent,fecerit.l.1.ad exhibendum.l.ad rem.&l. ad legatum hic.

Secundo, procurator generaliter conſtitutus ad lites poteſt quæcunque ad litem pertinent exercere. d.l.ſi procurator. 10. Cod.eod.tit. Sed vt commodius intelligatur hic locus,qui alioqui difficilis habetur, animaduertendum eſt,procuratorem aliquando in rem ſuam dari, veluti quando actio ei mandatur, ceditur que ad ſuam vtilitatem: quo caſu actio quidem directa manet in domino,qui mandat, ſed in ea exercenda pro domino habetur, & ideo in hoc iudicio tranſigere & paciſci poteſt,& alia quæcunque verus dominus faceret, & ipſe facit.l. ſed & ſi tantum. ſupra de pact.l. Plautius. hoc tit. huc pertinet.l.Iuſiurandum quod conuentione. 7. de iureiurando.& l. 3. infra pro ſocio. Quod ſi alias actiones exerceat,quàm quæ mandatæ ſunt, fines mandati exceſſiſſe intelligitur. d.l.diligenter.

Alius eſt procurator, qui procurator omnium rerum, totorum bonorum,vel etiam vniuerſorum appellatur.l. procurator totorum,63. hic.& hic quidem tranſigere,paciſci, iuſiurandum deferre & accipere,nouare,permutare, exigere, ſoluere creditoribus poteſt, vendere etiam ea poteſt quæ corrumpuntur,& quæ ſeruando ſeruari non poſſunt, & alia eiuſmodi poteſt,quæ domino vtilia ſunt: donare autem,vendere immobilia, & alia quæ ſeruari poſſunt, animo donandi tranſigere, vel paciſci, quod ambitioſe tranſigere lex vocat, non poteſt.l. Præſes.de tranſact. Ideoque ſi hæc quæ non licent, procurator generalis adminiſtrauerit,fines mandati exceſſiſſe dicetur.d.l.procurator totorum.l. nam & nocere. ſupra de pactis.& d.l. iuſiurandum quod.infrà de iureiurand.l.Lucius. de adminiſtrat.tut.huc quoque pertinet cap. petitio. & cap. dilectus.extra eod. Eſt alius procurator,qui iudiciorum procurator,ad iudicia,vel ad lites exercendas dicitur,& interdum ad agendum, & defendendum conſtitutus: & hic iudicia extraiudicialia vt pacta,tranſactiones,contractus, exercere non poteſt, neque etiam tranſigere, de lite decidendi cauſa, paciſci,iuſiurandum deferre,aut accipere, iurare propter calumniam: in his enim omnibus præter mandatum generale ad lites opus eſt ſpeciali quodam mandato. l. tranſactionis.Cod. de tranſact.& dict.l. ſi procurator. Cod. de procurator. & d. c. qui ad agendum.& authen.principales. Co. de iureiurando propter calum.dand. & ideo ſi hæc negotia geſſerit, exceſſiſſe mandatum dicetur, niſi ſpecialiter quædam his exprimantur in literis, veluti, conſtituo procuratorem Titium ad lites generaliter exercendas,faciens ei poteſtatem comparendi, tam in iudicio,quàm extra iudicium agendi litem,defendendi, iurandi de calumnia, & aliud quodlibet iuſiurandum, defendendi,excipiendi, dilationes petendi & perſequendi appellationem,quo caſu omnia quæ expreſſa ſunt, procurator ad lites exercebit. Si igitur tranſegerit,aut contraxerit, dominus ratum non habebit, quia hoc ei non mandauit. Atque hoc moribus noſtris conuenit. Si procurator ad vnam litem, & actionem exercendam datus ſit, hoc ei duntaxat mandatum intelligitur, vt vſque ad appellationem agat, quam neque perſequetur, neque ſolutionem exiget, niſi hoc quoque nominatim ei mandatum ſit. leg. hoc iure. infra de ſolutio.

Litem cõteſtando quaſi contrahitur. Tertio,procurator dominus litis efficitur per litiſconteſtationem,etſi quoquomodo conteſtata fuerit. quaſi enim contrahitur litem conteſtando.l. procuratoribus. & l. nulla. Co. hoc tit.l.poſt litem.17.hic.

Quarto, procurator ante litem conteſtatam mutari poteſt,aliquando etiam ex iuſta cauſa poſt litem conteſtatam.l. ante litem, & legibus ſequentibus, quæ lectionem tantum deſiderant.

Quinto, mandatum morte domini non extinguitur,ſi dominus pro ſuo procuratore ſatiſdederit. leg. ſi defunctus. hic. Licet enim morte mandantis ſoluatur mandatum reintegra. §.recte.Inſtit.mandati. l. & quia. ſupra de iuriſdictio. tamen poſt litem conteſtatam morte non reuocatur.dic.l.nulla. & l. quod quis.8.C.eod.

TIT. IIII. LIB. III. PANDECT.

QVOD CVIVSQVE VNIVERS. CAPVT I.

SVPERIORI titulo tractatum fuit de procuratoribus, qui mandato dominorum ſuorum aliena adminiſtrant negotia,id eſt, qui ſingularum perſonarum negotia gerunt, ſiue in iudicio,ſiue extra iudicium .l. 1. ſupra de procurat. Sub hoc vero titulo tractatur de actore ſeu ſyndico, qui creatur à ſocietate,collegio,aut alio corpore legibus permiſſo, qui procurator proprie dici non poteſt, quia vniuerſitas domina dici non poteſt,ſi ſubtilitatem iuris aut dictionis ſequamur. Actor autem dicitur ille ciuitatis, aut ciuitatis defenſor, quod ad agenda negotia ciuitatis ipſius ab vniuerſitate deſignetur, idque conſueuit ad negotia, quæ iam cœpta ſunt referri, non etiam ad futura. Tamen ex moribus ciuitatum ſyndici quandoque ad negotia futura conſtituuntur, ex quorum contractu, magiſtratibus vel aliis adminiſtratoribus rerum vniuerſitatis,actio vtilis competit. Videamus igitur, quia de vniuerſitate hic diſputaturi ſumus.

CAPVT II.

Quid ſit vniuerſitas.

VNiuerſitas eſt hominum ſocietas, ita contracta, vt vna tantum perſona eſſe appareat, à ſingulis differens perſonis, ex quibus ea conſtat. l. in tantum.§. vniuerſitatis. de rer. diuiſ. l. mortuo. de fideiuſſo. vnde in l.2. hic dicitur, eum qui interuenit pro ciuitate, pro ſingulis non interuenire, quaſi à pluribus datus ſit.l. ſicut.§.1. hic. Quæſtio tractatur ſi omnes perſonæ deceſſerint,ex quibus vniuerſitas conſtabat, vnaque tantum perſona remaneat, an vniuerſitas adhuc dicenda ſit? Et Iuriſconſultus in dict. l. ſicut.§.vltim.hic,ait vniuerſitatem amplius dici non poſſe, vt nec grex amplius dici poteſt, vna tantum remanente oue. Vtilitatis tamen cauſa fingitur aliquando vniuerſitas eſſe, quæ non eſt. l. vltim. quibus mod. vſusfruct. amittat. Vniuerſitas igitur agere & conueniri per ſuum ſyndicum poteſt, vt ſingularis perſona per procuratorem.l. 1. hic.

Quibus autem permiſſum eſt,&c. Hoc dicit Iuriſconſultus, quia collegia olim prohibita erant, veluti ſuſpecta propter coniurationes in corpus, & alia quædam incommoda, quæ inde oriebantur,vnde fit, vt nullum collegium iure Romano ſit licitum, niſi ſpecialiter lege aliqua permiſſum fuerit.l.1. hic. & l.3.infra de collegiis. leg. 2. de extraordinar. cognitio. Et ideo qui illicitum collegium vſurpant, extra ordinem puniuntur ad exemplum legis Iuliæ de vi publica. l. 2. infra de colleg. Non cuilibet igitur collegio permiſſum eſt ſyndicum conſtituere, ſed ei tantum quod legibus aut conſtitutionibus Principum permiſſum. dict. leg. prima, de collegiis. Vt tamen aliquis agere vel conueniri poſſit, ciuitatis, vniuerſitatis, aut collegii alicuius nomine, eum à maiore parte decurionum, aut ſaltem à duabus partibus eorundem, creatum & conſtitutum eſſe oportet. l. nulli.& l.6. §. actor.hic. Si vniuerſitas à ſyndico non defendatur, bona eius poſſideri & diſtrahi poſſunt, vt & bona priuatorum & ſingularum perſonarum.

Deinde quemadmodum procurator priuatæ perſonæ, ſi agat,cogitur cauere de defendendo eum cuius nomine agere vult. l. ſeruum. §. ait prætor. ſupra de procurat. & l. vnica, Cod. de ſatiſdat.ita etiam actor vniuerſitatis nomine agere volens, eam defendere compellitur. l.item eorum. §. actor. 6.hic. De rato tamen ſatiſdare non cogendus eſt, niſi de mandato dubitetur.dict.l.actor.Et in ſumma, quæ de procuratore ſupra à nobis dicta ſunt, ad hunc titulum pertinent, quare hic pro repetitis haberi debent.dict.§.actor.verſicul.actor.& §. ſequenti:

TIT.

TIT. V. LIB. III.
PANDECT.
DE NEGOTIIS GESTIS.
CAP. I.

HIc titulus affinis eſt ſuperioribus tit.quamuis ab eis differat. Nam ſi quis ſine mandato negotia aliena gerat, procurator proprie dici nō poteſt. Inter dominum qui procuratorem cōſtituit, & ipſum procuratorem mandati actio locum habet, directa ipſi domino, contraria autem procuratori competit.l.licet.§.ea.ſupra de procurat. Inter dominum,& defenſorem vltroneum quænam actio haberet locum, nō erat traditum, ideo ſequitur hic titulus, in quo de actione negotiorum geſtorum directa, quæ competit domino negotiorum, & de contraria, quæ ei competit, qui geſſit, diſſeritur. Vtriuſque actionis fit mentio in l.2.hic,& in Inſtit.ſub tit.de obligat. quæ ex quaſi contract. naſcuntur. Videamus primum de actione directa.

CAP. II.
Cui & aduerſus quem competat hæc directa actio.

HÆc actio ei cuius intereſt, datur, ſiue is dominus ſit rei geſtæ,ſiue non ſit,ſufficit ꝙ illius interſit.Hæc actio datur aduerſus geſtorem, vt rationem reddat ſuæ geſtionis, ſeu actus ſui, ſi forte aliquid male geſſerit, vel aliquid retineat. d. l.2.& leg.actio.46.ad fin.ti. Vt autem vſum huius actionis, intelligamus, videndum eſt quid agere debeat is, qui hac experiri vult actione.

CAP. III.
Quæ præſtare debeat is, qui hac actione vti velit.

PRimum actor probare debet negotium quod geſtum eſt ſuum eſſe & ad ſe pertinere,quod multis modis facere poterit, veluti propter dominium, quia dominus eſt rei quæ adminiſtrata eſt.l.5.Item ſi.hic. Ne ei oberit, quod alterius contemplatione negotium geſtū fuerit.d.l.5.

Secundo, negotium alicuius proprium eſſe dicitur, propter curam & munus, quo quis fungitur, veluti ſi quis vt gratificaretur tutori, negotia ſui pupilli adminiſtrauerit.l. ſi pupilli.6.hic. Inſpicitur enim in hac actione cuius contemplatione negotium geſtum ſit.

Tertio, negotium dicitur alicuius eſſe proprium, propter ratihabitionem.d.l.ſi pupilli.§.item quæritur.Nam ratihabitio mandato comparatur.l.1.§.ſed & ſi.de vi & vi armat.l.fi.C ad Macedo.l. vero.in fi.infra de ſolut.

Quarto, is qui hac actione vti deſiderat, debet aduerſarium male geſſiſſe probare.Male autem geſſiſſe dicitur, non ſolum qui dolo malo geſſit, ſed etiam qui negligenter, & culpa quadam geſſit.l.tutori.C.eod.tit. Nam in hoc iudicio habetur ratio culpæ etiam leuis.l.5.§.videamus.hic. Excipitur tamen caſus, in quo culpa tantum præſtatur.l.3.§.Interdum. hic.veluti cum quis negotium ab omnibus deſertum ſuſcepit adminiſtrandum. His conſequens eſt caſum fortuitum non præſtari à negotiorum geſtore.l.litis.36.hic. & leg.negotium. C. eod.tit.Quod tamen intelligendum eſt, niſi culpa caſum præceſſerit.l.debitor.& l.ſiue hæreditaria. Hactenus de directa negotiorum geſtorum actione: nunc videndum eſt de contraria. De contraria negotiorum geſtorum actione tractaturi, in primis videamus

CAP. IIII.
Cui & contra quem detur hæc actio.

HÆc actio ei datur, qui negotium alterius vtiliter geſſit, aduerſus eum cuius negotium geſtum eſt.l.2.hic. Nam quemadmodum æquum eſt & iuſtum, negotiorum quemlibet geſtorem, actus, atque geſtionis ſuæ rationem reddere, eoque nomine condemnari, ſi quid vt non oportuit, geſſerit, vel ex his negotiis quæ geſſit aliquid retineat: ita ex diuerſo iuſtum eſt & æquum, ſi negotium vtiliter geſſerit, & fecerit quicquid bonus & prudens paterfamilias feciſſet ei præſtari quod eo nomine ei abeſt, vt abfuturum eſt.d.l.2.hic.& ſumptus in rem factos.d.l.ſiue hæred.22.hic. Quod diximus hanc actionem contrariam ei dari, qui alterius negotium geſſit, adeo verum eſt, vt etiam ſi effectum non habuerit negotium & licet euentus non ſit ſecutus, nihilominus tamen hæc ei competat actio. Sufficit enim eum vtiliter negotium geſſiſſe & id feciſſe quod vir bonus & diligens paterfamilias feciſſet. l.ſed an vltro.11.§.is autem.Quod dictū eſt de ſumptibus, id de neceſſariis & vtilib.accipiendum eſt,nō de voluptariis. Nā voluptariæ impenſæ hac actione non repetuntur.l.qui aliena negotia.33.l.ſiue hæreditaria.l.quæ vtiliter.&leg.ex duobus. hic. Tametſi verum ſit, quod diximus hanc actionem contrariam negotiorum geſtori competere, perpetuo tamen verum non eſt. Sunt enim quidam caſus, in quibus ceſſat hæc actio, de quibus videndum eſt. Vnus caſus eſt, ſi poſt prohibitionem domini, cuius negotium geſtum eſt, aliquid geſſerit,quāuis de hac re apud veteres controuerſia fuerit,quę quidem controuerſia deciditur cōſtitutione Iuſtin. ad hoc nominatim promulgata.l.vlt.C.eod.tit.

Alter caſus eſt, ſi amicitia, aut pietate ductus aliquis, alterius negotia geſſerit & ſumptus fecerit eo nomine: ſi tamen eo animo ſumptus fecerit, vt non peteret, nulla ei competit actio.leg.is qui amicitia.leg. Neſennius.hic. Sed hæc quæſtio facti eſt, & ideo ex coniecturis, ſicut omnes facti quæſtiones definienda eſt.In re tamen dubia æquius eſt ita interpretari, vt actio detur magis quam denegetur.l.1.C.eod.l.ſi paterna.l.quod in vxorem.l.officio.& l.alimēta.C.eod.tit.

Tertius caſus eſt, ſi quis lucri ſui tantum cauſa negotium alterius geſſerit.l.5.§.ſed ſi quis.In ſubſidiū tamē datur ei hæc actio, ſi is cuius negotium geſtum eſt, locupletior factus fuerit ex illa adminiſtratione.

Hæc actio bonæ fidei eſt:numeratur enim inter actiones bonæ fidei,in §.Actionum.Inſti de actio. Et ideo iudex,qui de ea re cognoſcit, poteſtatem habet ſtatuendi quod ſibi æquum & bonum videbitur, vt in ceteris bonæ fidei iudiciis.

TIT. VI. LIB. III.
PANDECT.
DE CALVMNIATORIBVS.
CAP. I.

CVm quis parat actionem inſtituendam adhibet aduocatos & procuratores, de quibus ſupra diximus. Et quia olim interdum accidebat, vt alter litigantium maligne pecuniam daret, vel procuratori,vel cuilibet egregio cōcinnatori redemptoriq; litium, vt, vel ſine cauſa, aut certe ſine iuſta cauſa negotium aduerſario exhiberet, id eſt, vexaret eum litibus & impenſis aliquando etiam ipſemet reus ne ſibi negotium fieret, dabat pecuniam aduerſario, ſiue ante litem conteſtatam, ſiue poſt, ideo hoc loco inter præparatoria iudiciorum, quæ τὰ πρῶτα vocamus, ſitus eſt merito hic titulus, in quo edictum extat,quod à prætore propoſitum fuit,ad cohibendos improbos cauſidicos, procuratores & omnes alios, qui negotium aliis faceſſunt, pecunia aut alioqui corrupti. Ex eo edicto dedit prætor actionem in factum, de qua per locos communes diſſeremus.In primis igitur videamus

CAP. II.
Quæ ſit cauſa huius actionis in factum.

DVplex eſt huius actionis cauſa. Prior cauſa eſt quia locauit quis operam ſuam vt negotium alicui faceret, pecunia ſiquidem per calumniam accepta.l.1.hic. Hoc autem iudicium non tantum locum habet in pecuniariis cauſis,ſed etiam in criminalibus.d.l.1.§.1. Interpretantur enim Iuriſcōſul.ſub hoc tit.verbum pecuniæ,veluti in l.1.&legibus ſequētibus, vt ſi aliquid loco pecuniæ acceperit calumniator, perinde teneatur ac ſi pecuniam acceperit ipſam.

Altera cauſa huius actionis eſt,ſi quis pecuniam ab alio acceperit,ne ei per calumniam negotium faceret.d.l.1. hoc tit. Alius locus huius tituli eſt,

CAP. III.
Cui detur hæc actio in factum.

HÆc actio in factum ei competit, cui negotium factum eſt, in quadruplum, quamuis is non numerauerit. Is

enim qui numerauit, vt negotium alicui exhiberetur, turpiter fecit. Datur etiam ei, qui dedit ne ſibi negotium fieret, quia is turpiter non fecit. l. 3. hic. Turpitudo tantum eſt ex parte accipientis.

Hæc actio in quadruplum datur intra annum, poſt annum vero in ſimplum. d. l. 1. hic. hæredi non datur hæc actio, ſed condictio eius quod defunctus dedit. l. hæc actio. 4. hic. In hæredem vero datur id quod ad eum peruenit, quia conſtitutum eſt, vt Iuriſconſ. ait in l. in hæredem. hic. Turpia lucra ab hæredibus quoq; extorqueri, licet crimina extinguantur. Præter hoc interdictum conſtitutio imperatoria edita fuit, qua is qui dedit pecuniam iudici, ſiue aduerſario, cauſa cadit, ſi quam iuſtam cauſam habeat. l. 1. §. ſed & conſtitutio, hic. & tit. C. de pœn. iudic. qui mal. iudic.

Tertio loco, qui dedit pecuniã, vt ſibi negotium non fieret, quia turpitudine caret, condicere poteſt vt diximus, condictione ob turpem cauſam, quæ cum actione ex hoc edicto non concurrit. d. l. 4. Ad extremum calumniator ipſe in priuatis & extraordinariis criminibus, præter hæc iudicia ciuilia, coercebitur extra ordinem, relegatione ſcilicet vel alia pœna. l. & in priuatis. infra ad ſenatuſconſul. Turpill. In publicis vero iudiciis punietur ſimilitudine ſupplicii. l. fin. C. de accuſat. Moribus noſtris iudicium pœnale ex hoc edicto non habet locum, vt nec aliæ fere pœnæ in Gallia locum habent, quæ legibus Romanis introductæ ſunt, ſed tantum agitur quanti intereſt, argum. c. ſuam. extra de pœnis. In criminalibus quoque non obſeruatur ſimilitudo ſupplicii, ſed pœna irrogatur calumniatoribus extra ordinem arbitrio iudicantis. Hic finem imponemus. Multa omittimus, quæ ad explicationem huius tit. & ſuperiorum pertinent, quia anguſtiæ temporis non patiuntur, vt fuſius explicemus. Ideo cetera veſtris priuatis ſtudiis relinquimus.

FRANCISCI DVARENI IVRECON.

IN LIB. QVARTVM DIGEST. SEV PANDECT. INTERPRETATIO VTILIS: IN QVO MVLTI E CODICIS LIB. 2 TITULI AD HANC MATERIAM PERTINENTES EXPLICANTUR.

TIT. I. DE IN INTEGRVM RESTITVTIONIB.

CAPVT PRIMVM.

HIc liber quartus continet reſtitutiones in integrum, quæ apud nos valde vſitatæ ſunt, quare de hoc libro poſſumus dicere quod Vlpian. in initio huius tit. ait: *Vtilitas huius tituli non eget commendatione, ipſa enim ſe oſtendit.* Prætor ſiquidem ſuccurrit, auxilio extraordinario reſtitutionis in integrum, his qui capti ſunt & circumſcripti ſiue propter metum, ſiue propter dolum, ſiue propter ętatem ſiue propter abſentiam, ſiue propter errorẽ, ſiue aliam ob cauſam probabilem: Prætor, inquam, his ſubuenit, æquitate exigente: quæ quidem æquitas benigna mitiorque & legis & iuris interpretatio dicitur, & ἐπιείκεια nuncupatur: quamuis mero iure aut ciuili forte, deficiantur actione ad recuperandum quod amiſerunt, his ex cauſis quas enumeraui. prætor tamen eos in priſtinum ſtatum reducit, idque eſt in integrum reſtituere, ſuadente (vt dixi) ipſa æquitate, quæ omnium rerum & bonarum & laudatarum eſt veluti coryphæa. Hic autem titulus generaliter inſcribitur, De in integrum reſtitutionibus, ſub quo titulo in edicto perpetuo continebatur, quicquid in ſequentibus titulis ſcriptum extat. De his autem cauſis ſpeciales ſunt tituli in hoc libro, veluti De metu, De dolo, De minoribus, deque maiorum ætate, & Capite minutis. Sub eodem titulo generali de reſtitutionibus in integrum, omnia ita continebãtur, vt is ſuo ambitu ſuoque gyro ceteros contineret ſpeciales reſtitutionum titulos. Nam non alius erat titulus de dolo, deque metu, &cæt. Sed poſtquam tam multa, ad ſingula capita titul. ſcripta fuerant à Iureconſultis, viſum fuit commodius in peculiares & certos titulos omnia partiri, atq; legitime diſtribuere, vitandæ ſcilicet confuſionis gratia, ſicut factum eſt de titulo de rebus creditis. ſub quo etiam titulo tanquam generali varia capita continebantur: veluti de iureiurando, de commodato, de pignore, &cæt. ſed propter interpretationes Iureconſultorum facti ſunt diuerſi tractatus, & ſingulis contractibus proprius & peculiaris titulus eſt attributus.

Cur autem in prima parte Digeſtorum tractetur de in integrum reſtitutionibus, cur inter τὰ πρῶτα ſit relatus hic tractatus, facile eſt ex ſequentibus intelligere. τὰ πρῶτα ſiquidem ea continent, quæ ad præparationem iudiciorum vere pertinent. Reſtituitur enim hoc auxilio prætoris actio amiſſa, qua alias & ſine ea reſtitutione quis non poſſet experiri. vt ſi quis dolo circumſcriptus, rem aliquam alicui dederit, deſiit ſtatim dominus eſſe eius rei, ideoque reſtituenda eſt ei actio antequam poſſit agere. Sed poſtquã eſt reſtituta, permittitur ei agere, perinde ac ſi rem ſuam nunquam amiſiſſet: videtis ergo hanc tractationem maxime ad præparationem iudiciorum pertinere. De hac igitur reſtitutione eſt nobis tractandum per locos communes. Primus igitur locus huius tituli eſt i in quo quæritur,

CAP. II.

Cuius ſit reſtituere in integrum.

IN omnibus pene capitibus huius tit. fit mentio prætoris, quaſi prætoris prætoriumque ſit reſtituere in integrum. in l. 3. dicitur: omnes in integrum reſtitutiones à prætore promittuntur. ſic enim legendum eſt, & ſic in Pandectis Florentinis legitur. in l. 4. dicitur: nemo videtur excluſus eſſe, quem prætor in integrum ſe reſtituturum pollicetur. Prætoris ergo eſt in integrum reſtituere: nec id mirum: cum mixti imperii ſit reſtitutio in integrum, vt docuimus ſupra ſub tit. de iuriſdictione, interque exempla mixti imperii hoc exprimitur, in l. ea quæ. ad munici. his verbis: *Magiſtratus municipalis, qui illud imperium non habet, non poteſt in integrum reſtituere.* Idem dicendum eſt de aliis magiſtratibus, qui hoc imperium habent, nempe & eos reſtituere in integrum poſſe, & reſtituendi in integrum facultatem habere. Exempla ſunt in l. in cauſæ. 16. §. vl. & legib. ſequẽtib. infra de minor. Aliquãdo ſolius principis eſt in integrum reſtituere. exemplum eſt in l. 1. C. vbi & apud quem. Si autem à procuratore principis aliquid iudicatum ſit, princeps ſolus poteſt aduerſus eam ſententiam reſtituere: fauor enim fiſci hoc exigit. Cæſaris autẽ procurator cognoſcit de cauſis fiſcalibus, cum lis eſt inter fiſcum & priuatum, & ideo nemo poteſt eam reſcindere ſententiam, niſi ſolus princeps. Hodie tamẽ moribus noſtris videtur princeps ipſe in integrum reſtituere. Nam diplomata concipiuntur nomine Regis, ab eoq; impetrantur, & hæc cura ad cancellarium, & magiſtros libellorum pertinet, quod quidem ceteris non permittitur magiſtratib. Quæſtio eſt an iudex delegatus poſſit in integrum reſtituere? hæc quæſtio tractatur in l. vl. C. vbi & apud quem. quę eſt vna ex nouis cõſtitutionibus Iuſtiniani, edita Lampadio, & Oreſte conſulibus. *Quæſtionis operoſa ac difficilis ſolutio.* Conſtitutio eſt obſcura, propter impropriaetatem verborum: quamuis enim is, qui iuriſdictioni præeſt, differat ab eo, qui iudex datus eſt, tamen eos confundit Iuſtinianus; vocat enim delegatum iudicem eum, cui mandata eſt iuriſdictio. Sed tamen expendite prudenter totum contextum, facile enim eſt videre Imperatorem diſtinguere eum, qui habet facultatem iudicis dandi, ab eo cui mandata ipſa eſt iuriſdictio. In ſumma autem hæc conſtitutio nihil aliud vult,

niſi

niſi ſpecialiter mandare poſſe hanc reſtitutionem, & mandata generaliter iuriſdictione transferri. nec mirum, cum mandata iuriſdictione tranſeat quoque mixtum imperium, quod ipſi cohęret iuriſdictioni. l. 1. ſupra de officio eius cui mand. eſt iuriſdictio. Eſt etiam conſtitutio Pontificia, quæ videtur aperte declarare Iuſtiniani conſtitutionem, cap. pen. de in integrum reſtitutionibus. Alius locus huius tit. eſt, in quo tractatur

C a p. III.

De foro in quo eſt conueniendus is, contra quem petitur in integrum reſtitutio.

HAEc quæſtio difficilis eſt, & pertinet ad tractatum, Vbi quiſque agere vel conueniri debeat. Si quis enim hodie literas releuationis impetrauerit, quæſtio eſt in quo loco aduerſarium ſuum debeat conuenire, pro illarum literarum executione. quæ quæſtio eſt difficilis. Varietas certe magna eſt iudiciorum, & varie iudicatum à Senatu Pariſienſi de hac re ſæpe fuit: alii enim putant in loco domicilii agendum eſſe, alii vero loco in quo res, de qua futura eſt controuerſia, ſita eſt. Qui exiſtimant agendum eſſe in loco domicilii, adducunt l. 2. C. vbi & apud quem cognit. reſtit. in qua lege apertus eſt locus de domicilio: ex quo videtur inferri, ſemper in loco domicilii, id eſt, apud iudicem eius loci, in quo reus domicilium ſuum habet, experiendum eſſe. Qui putant agendum eſſe in loco, in quo res ſita eſt, citant l. in cauſæ. 13. §. vlt. de mino. ex qua colligunt hoc genus in rem ſcriptum eſſe, id eſt, eſſe actionem in rē ſcriptam. Certum eſt, vt diximus, aliquādo cum agitur in rē, poſſe agi in loco in quo res ſita eſt, l. vlt. C. vbi in rē actio. idq; ſic intelligendū eſſe cēſeo, vel maxime ex verbis legis, dato in rē iudicio: quæ verba pauci ntellexerunt, ea autem interpretabimur ad tit. quod met. cauſa. Hæc extraordinaria actio in rem ſcripta eſt. In rem autē ſcriptā vocāt, quia modo in perſonā eſt, modo in rē. de quo dixi in tit. de oblig. & act. ibi. admonui, nō recte in rē ſcriptas vocari has actionum ſpecies. Antequam autem de hac quæſtione dicam quid ſentiam, aliquid breuiter dicendum eſt de ratione actionis reſtituendæ, cum quis agere vult ea actione quam amiſit metu, vel dolo inductus aliaue cauſa. ratio huius reſtitutionis petendæ eſt, vt Prætor reſciſſo eo quod geſtum eſt, det reſtituatque actionem, vel in rem vel in perſonam. Interdum enim is qui agit reſtitutione in integrum, in rem agit. exemplum quia in l. in cauſæ. 13. §. interdum. de minor. Simile exemplum eſt in leg. metum. §. vlt. infra de eo quod metus cauſa. Metu impuliſti me vt rem meam tibi darem, ſecundum ius ſummum ſtrictumque non poſſum eam vindicare, quia iure ciuili dominium amiſi: itaque peto propter æquitatē, quia iuſta cauſa eſt reſtitutionis, vt prætor me ſcilicet reſtituat, & permittat me rem vindicare meā, perinde ac ſi dominus manſiſſem. Poteſt enim prætor reſciſſo eo quod male perperamque geſtum eſt, dare actionem in rem, poteſt etiam dare actionem in perſonam, puta actionem quod metus cauſa, ſi velimus petere quadruplum. Simile exemplum eſt de actione in rem. §. rurſus. Inſtit. de act. Quidam vſucepit rem meam, & ideo eam amiſi, non poſſum iure ciuile eam vindicare, ſed tamen quia iuſta cauſa eſt reſtitutionis, veluti quia vſucapta eſt, cum Reipublicæ cauſa abeſſem, prætor me reſtituit, quaſi dominus manſiſſem, non tamen vt prætor permittat mentiri, vt Accurſius ait, ſed habetur pro domino iure prætorio, quamuis iure ciuili non ſit dominus: hæc actio dicitur plerunque reſtitutoria, dicitur etiam reſciſſoria. leg. 3. verſic. plane de eo per quem factum. leg. nec non. 28. §. pen. & vltim. ex quib. cauſ. maior. Antequam enim hæc actio detur, opus eſt reſciſſoria eius quod geſtū, eſt vnde vulgo dicitur aliud eſſe remedium reſcindens aliud reſciſſorium, id eſt, aliud eſſe remedium reſciſſionis, aliud reſtitutionis. Prætor eadem opera reſcindit & reponit in integrum ſtatum. Vnde cum quæritur, de foro compet. (vt ad propoſitam quæſtionem redeamus) vbi hæc cognitio agitanda eſt, videndum eſt an quis velit agere in rē, an in perſonam. Nam ſi in perſonam, tunc ſpectandum eſt, vbi reus domicilium habeat. leg. 2. Cod. vbi & apud quem reſtitut. in integr. Si vero in rem ſpectabitur vbi res ſita eſt, ex leg. vltim. C. vbi in rem actio exer. deb. Sic mihi videtur hic nodus explicandus, qui alioqui eſt valde difficilis & intricatus. Vidimus cuius ſit reſtituere, & in quo loco reſtitutio fieri debeat. Alius locus huius tit. eſt in quo tractatur

C a p. IIII.

De quibuſdā generalibus præceptis circa reſtitutionem in integrum obſeruandis.

INprimis dicitur cauſa cognita omnes in integrum reſtitutiones à prætore promitti. leg. 3. hic. *Cauſa cognita.* In omnibus edictis, quæ de in integrum reſtitutionibus proponuntur, additur, cauſa cognita, vt videbimus in ſingulis edictis. Sub tit. de minoribus, *Vti quæque res erit* (inquit Prætor) *animaduertam.* Quibus verbis prætor oſtendit ſe reſtituturum cauſa cognita, ſiue per metum, ſiue per dolum fuerit amiſſa actio.

Vt iuſtitiam earum cauſarum examinet. Videt prætor & æſtimat an iuſta ſit cauſa reſtitutionis, an ſit dolus, an metus. Cauſarum denique examinat ipſe prætor iuſtitiam, iuſto lan- *Cauſam*
cis examine, *an veræ ſint, quarum nomine ſingulis ſubuenit.* va- *veram*
ria eſt interpretatio horum verborum, ſed magis mihi placet, *iuſtamq; prætor*
veras cauſas pro iuſtis accipiendas eſſe, quod & Accurſio et- *examinat.*
iam viſum fuit. Alii dicunt hoc ideo adſcriptum, quia cum minor petit reſtitutionem, ait ſe circumſcriptum & aduerſarius negat, prætor cognoſcit an id verum ſit necne: ergo & de iure & de facto cognoſcit ipſe prætor. Sed verum fere iuſtum ſignificat. §. ſemel. Inſtit. quib. ex cauſ. manum. non licet. qui §. deſumptus eſt ex leg. iuſta. infra de manumiſſis vindicta, vbi vera cauſa pro iuſta ſumitur. leg. ſi fideiuſſor. §. meminiſſe. de legat. 1. vbi verum pretium pro iuſto accipitur. Ideoque veras pro iuſtis hic explicabimus. Et cum ambigua ſit hæc oratio ex antecedentibus & ſequentibus explicari debet hæc ambiguitas. l. ſi ſeruus plurium, §. fin. de legat. 1. antecedentia enim proſunt multum ad coniecturam faciendam: quæ enim præcedunt, nempe vt iuſtitiam earum examinet, oſtendunt hoc verbum veræ, pro iuſtis accipiendam eſſe: ſi enim diuerſa hæc fuiſſent, dixiſſet cum copula, & an veræ. Alii dicunt his verbis ſignificari prętorem cognoſcere an cauſa falſa ſit, an vera, ob quam reſtitutus eſt quiſpiam, ſed verba ab hoc ſenſu aliena ſunt. An autem prætor ipſe cognoſcat, an alium delegare poſſit, diximus: non nego quin cognitionem mandare ipſe prætor poſſit, ſed nego hoc his verbis ſignificari.

De cauſis autem propter quas quis reſtitui poſſit à prætore, quædam hic ſunt capita, leg. prima, ſecunda, quarta, ſexta, & ſequentibus. Aliud exemplum eſt, in leg. ſeptima. *Diuus more ſolito.* vbi delendum eſt verbum *ſolito*, ex Pandectis Florentinis. Quidam citatus voce præconis non reſpondit, ſententia non eſt edita in eum quaſi contumax eſſet, ille ſtatim adiit iudicem ſedentem pro tribunali, petiit reſcindi, quæ geſta fuerunt: quæritur an iuſta ſit cauſa reſtituendi? Marcellus ait, eum reſtituendum, cum tam cito ad prætorem venerit, cū adhuc pro tribunali ſederet. Et hodie hoc vtimur iure. Cum quis defecit, & acceſſit ſtatim cum iudex adhuc ad tribunal ſederet, auditur. Quomodo autem citare verbum hoc loco ſit accipiendum, docui lib. 1. Diſputat. cap. 7. *Cen, eſt pas à dire adiourner,* ſed voce præconis vocare, vt accipitur in leg. Et poſt edictum, de iudiciis. vbi reſpondere verbum, oſtendit quomodo ſit accipiendum citare verbum. Citante enim præcone debet in die cognitionis cauſæ reſpondere ſe adeſſe: quod ſi non reſponderit, & ſententia in eum pronuntiata fuerit, poteſt reſtitui, ſi ſtatim reſpondeat, quod videtur magis abſuiſſe, quia vocem præconis non audiuit, quam contumaciæ cauſa. dic. l. 7. *Et ſi nihil facile mutandum eſt ex ſolennibus.* Solennia, quæ ad ordinem iudiciorum ſtatuta ſunt, non debent facile immutari, id eſt, non niſi ex graui cauſa, ſicut in hac ſpecie. Solennia vocat legitimum ordinem, qui obſeruatur in iudiciis exercendis. Sic ſolenne accipitur in leg. Nec ex prætorio. 27. infra de regul. iur. Sic ſolenne ſpatium, ſolenne tempus. leg. 1. pro dote. ſpatium legitimum quo res pro dote ipſa vſucapitur: ſolennem annum etiam dicimus. leg. ſi ſtipulator. de donatio. inter virum & vxorem. Ex hoc loco ſumpta eſt regula iuris quæ incipit, Et-

ſi nihil. de regu. iur. quod oſtendit inſcriptio Marcelli lib. 3. Digeſtorum. ea enim regula iuris eandem inſcriptionem habet. Vnde ſi quis velit eam explicare,ſumendum eſt exemplum ex hoc loco: videris ergo, quæ ſit vtilitas harum inſcriptionum.Et nemo põt illos poſteriores titulos Pandectarũ de verb.ſignific.& de reg. iur. commodius explicare, quam ſi videat inſcriptiones, vt ſæpe admonui.

Deinde in cauſæ cognitione verſatur, an fiat præiudicium magnæ cauſæ in reſtitutione minimæ rei.leg. ſcio.hic. Hic locus pertinet ad id, quod diximus de cauſa cognita. Videndum eſt an forte agatur de minima re, an videlicet ob minimam rem quis velit reſtitui, & tunc iuſta cauſa eſt denegandi reſtitutionem. hoc remedium enim prætoris eſt extraordinarium, & ideo non facile debet concedi, præſertim cum de re minima agitur, & maiori fit præiudicium. Per minorem enim cauſam maiori non debet fieri præiudicium. l. per minorem. de iudic.exemplum eſt in leg.vltim. vbi Iureconſultus docet, quidnam interſit inter minorem, & eum qui reip.cauſa abeſt: reſtituitur tamen vterq;,ſed id fit cum cauſæ cognitione.

Præterea in cauſæ cognitione etiam æſtimandum eſt, an totum ſit reſtituendum, & ad quem modum. leg. vlt.in cauſæ.n.cognitione prætor aliter minores reſtituit, quã maiores. Nam minores reſtituit in totam cauſam quamuis legitimi defenſi ſint, maiores vero, qui abfuerint Reipublicæ cauſa, ita tantum reſtituit, vt poſſint appellare,ſed de his dicemus ſub tit.de minorib.25.an.in integr.reſtit.

Poſtremo notandum eſt beneficium reſtitutionis in integrum ad hæredem tranſire, & ad quemcunque, qui in ius vniuerſum ſuccedit. Exempla hic traduntur, in leg. non ſolum. 6.fideicommiſſarius tamen proprie hæres non eſt, ſed pro hærede habetur, ideoque captus reſtitui poteſt. Sic ſi minor captus ſit in hæreditate, quam adierat, ſi à patrono redigatur in ſeruitutem, forte propter ingratitudinem,patronus tunc erit veluti ſucceſſor eius, an tamen poterit patronus ipſe poſtea reſtitui in integrum? & ait poſſe reſtitui, cum minor adierit hæreditatem,qua læſus eſt. Sed alia ſuboritur quæſtio: is redactus eſt in ſeruitutem, an patronus poſſit abſtinere hæreditate? dubitatio ex eo naſcitur, quia videtur adiiſſe hæreditatem minoris, redigendo eum in ſeruitutem. hæreditatem enim etiam tacito facto agnoſcere poſſumus leg.pro hærede.leg.gerit de acq.hæredi. Sed reſpondet, quia non adipiſcendæ hæreditatis gratia poſtulat in integrum reſtitui, & oſtendit animum defuiſſe adeundæ hæreditatis. vtiturque patronus beneficio legum, vindictæ gratia, non adeũdæ aut adipiſcendæ hæreditatis cauſa. Ex his intelligitis l eg. nemo videtur, propter ſpem quam habet recuperandi, quod amiſerat,quia facile poteſt ea relinquere propter in integrum reſtitutionem: non videtur igitur excluſus quem prætor in integrum reſtituturũ pollicetur, vt ait Paulus Iuriſconſultus in d.l.5

IN TIT. II. DE EO QVOD METVS CAVSA GESTVM ERIT.

CAP. I.

IN titulo ſuperiori tractatum fuit generaliter de reſtitutione in integrum, in quo diximus varias eſſe cauſas ex quibus quis in integrum reſtituitur. Prima cauſa quæ hic occurrit eſt metus, de qua edictum hoc loco proponitur. Cuius duo ſunt capita, vnum generale, quo prætor ait ſe ratum non habiturum quod metu geſtum eſt. Alterum eſt ſpecialius, de actione quæ ex hoc edicto naſcitur. Primi capitis verba ſunt hæc: *Ait prætor, Quod metus cauſa geſtum erit ratum non habebo* in l.1.hic. Iuſtiſſima eſt cauſa huius edicti, quia libera hominum voluntas in negotiis contrahendis eſſe debet, quãuis coacti velle ſæpe dicamur, vt patet ex leg. ſi mulier. §. vlt. hic. Nec dubium eſt, quin voluntas hominis ſæpe cogi poſſit. Quare merito Ariſtot.lib.3. Ethic.cap.6.& 7.tractat an ea, quæ metu fiunt, ſint ἑκούσια an ἀκούσια, id eſt, voluntaria,an inuoluntaria,& ait neutrum eſſe, ſed eſſe mixta. Principium enim agendi non eſt extrinſecus, ſed in eo ipſo qui aliquid coactus facit, is tamen mallet, ſi vi non cogeretur, non facere. Vtitur ille exemplis non diſſimilibus iis, quæ in hoc tractatu reperiuntur. Admonet autem Vlpian.aliter olim fuiſſe cõceptum edictũ prætoris antequam Iulian. illud compoſuiſſet auctoritate Adriani. Is dicitur metu aliquid feciſſe, qui vi impulſus, metuque coactus fecit. huc pertinet lex 3.hic. l.metum.C.eo. vim accipere debemus atrocem, & quæ eſt contra bonos mores, non quamcunq; vim, vt in interdicto vnde vi, quod non datur ob vim feſtucariam, vt ait Gellius li. 20.cap.9. Exemplis docet quæ ſit vis atrox.l.3.4.5.6.7.8.& 9.In edicto credibile eſt mortis & cruciatus corporis mentionem factam fuiſſe, vt colligitur ex l.interpoſitas. C. de tranſact.idem in l.4.& l.ſi donationis. C.de his quæ vi met. edictũ tamen hac interpretatione productum eſt ad ſimilia, vt ſeruitutem, ſtuprum, & alia. Metus infamiæ non eſt idoneus, vt eius nomine reſtitutio tribuatur. l.7.hic. Non eſt enim viſum prætori huiuſmodi hominibus ſuccurri debere, qui vmbrã ſuã, vt dicitur, timent. In ea lege 7. dicitur iuſtus metus eſſe eius, qui deprehenſus in adulterio aliquid dedit, metuens ne vinciretur, aut occideretur, aut proderetur. Obiicitur lex 4. infra de condict.ob turpem cauſ. Cõdictio ob turpem cauſam non datur cũ turpitudo eſt ex parte dantis, & adfert exẽplum quod hic tractamus, videlicet, Si quis deprehenſus eſt in adulterio ei ſuccurritur. Illic non poſſe condici Sabinus & Pegaſus reſponderunt. Diſſimilitudo igitur eſt in his ſpeciebus. in d.l.4.deprehenſus in adulterio, dedit vt ſe redimeret: & recte dediſſe dicitur, ne cauſam detegeret adulterii, q ad infamiam pertinet: & quia turpitudo eſt ex eius parte nõ repetit.l.7.hic. proponitur metu mortis dediſſe, nec mentio eſt vlla infamiæ aut turpitudinis ex eius parte, vt metus, ſcilicet ne me proderes ei, qui me erat interfecturus, aut idem facturus quod mœchus faceret: aut ne à te ipſo eadem hæc paterer. Alii aliter explicant, ſed mihi videtur eſſe ſenſus huius loci germanus & verus.

Vis feſtucaria. *Vis atrox.*

Varia exempla hic proponuntur, ad quæ productum eſt hoc edictum, quod de mortis metu conceptum eſt, vt ad ſeruitutem, quam fere mortalitati comparamus. l. ſeruitutem infra de reg.iur. Aliæ quæſtiones paſſim tractari ſolent ſub hoc tit. vt in l. qui in carcerem. ad fin. huius tit. de eo qui in carcerem quem detruſit, vt aliquid ab eo extorqueret: ſed huic ſimile eſt, quod dictum eſt de vinculis l.7. iuſtus metus eſt vinculorum vt ſeruitutis. Vincula enim ſeruitutis ſpecies ſunt.l.Titio centum.§.Titio.de condit.& demonſt.leg. 2.de lib.homi.exhib. Quod autem dicitur, *Qui in carcerem quem detruſit &c.* non eſt intelligendum ſimpliciter de homine incarcerato. Hinc & ſtulte facere ſolent, qui cum incarcerato contrahere volentes, educunt eum è carcere, vt id tutius perficiant. Nec enim id voluit Iuriſcon. cum de eo tantum loquatur, qui in carcerem aliquem duxit, vt aliquid ab eo extorqueret. Poteſt igitur qui eum in carcerem non duxit, contrahere. Aliud exemplum eſt in l.vltim. §. 1.hic. cuius ſpeciei omnes circumſtantiæ ſunt expendendæ, vt intelligamus iuſtum metum fuiſſe. Aliud eſt exemplum in d. l. vlt. §. ſi fœnerator. in quo hæc verba, *Cuſtodiendo athletam*, interpretor, vinciẽdo. Vnde titul. de cuſtodia & exhibit. reorum extat infra, alii aliter intelligunt, & aiunt, quia non eſt iuſtus metus reſtitui eum ex officio iudicis: quo nihil eſt nugacius: nec ab æ quitate alienius.

Hæc ſunt exempla eius metus, ob quem reſtitutioni locus eſt. Ex edicto prætoris inanis & vani metus, qui in conſtantem virum non cadit, nulla habetur ratio. Exempla ſunt pleraque in C.eod.leg.ad inuidiam.& leg.cum te domus. vbi loquitur de metu eius qui metuit, ne quis eum ad ciuilia munera nominaret. Aliud exemplum in leg.metum.eod. Huc pertinet regula iuris, Vani timoris nulla habenda ratio eſt. Aliud exemplum in leg. accuſationis. C. eod. Exemplum eſt de canonico, cui maritus quidam bonus interminatus eſt ſe iacturum pileum per feneſtram. Quæritur de metu amiſſionis bonorum. Exemplum eſt in cap.2.de his quæ vi metuſve, in Decret. vbi ait iuſtam eſſe cauſam reſtitutionis in integrum, quoniam ſine bonis non poſſumus nos tueri. Maior quæſtio eſt de reuerentia, vt ſi filius qui contraxit cum patre, aut libertus cum patrono, aut vxor cum marito, velit reſtitui, quod dicat ſe contraxiſſe metu reuerentiæ.

Vani metus non habetur ratio. *Quis vanus metus.*

Reſpon-

Reſpon. non eſſe locum reſtitutioni, quod nulla ſit mentio eius reuerentiæ ſub hoc ti. neque in Pandect. nec in C. Quam ſententiam confirmo aliis exemplis: vnum eſt in l. ſi patre cogente. de ritu nupt. *Cogente* enim interpretor imperante. Matrimonium enim, iuſto metu cogente factum, nullum eſſet, vt cetera metu facta, & tamen contractum reuerentiæ metu firmum eſt. Similis locus eſt in l. fideiuſſor. §. 1. de pignor. vbi pater obligat prædium filii ſui, & filius ſcribit inſtrumentum obligationis: re enim oppignerata metu reſtitueretur filius. Verum quia metu reuerentiæ tantum coactus eſt, ſcribit recte contractum eſſe pignus, & ſilentium eius loco conſenſus haberi. Obiicitur nobis l. pen. infra de furt. vbi ait: Si patronus rem liberti contrectet eo præſente, & non contradicente metu reuerentiæ, poteſt dici metu feciſſe. Videbatur tamen furtum non eſſe, quia furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino: & ſic qui volente domino contrectat, non eſt fur. vult autem qui non contradicit: videbatur igitur hic conſenſiſſe libertus ob reuerentiã: dicitur tamen patronus non ideo minus furtum feciſſe, quia libertus ob reuerentiam patrono debitam non contradixit. Obiicitur & lex 1. §. quæ onerandæ. infra quarum rerum actio non datur. vbi adiectum liberto onerandæ libertatis gratia, propter nimiam patroni reuerentiã exigi non põt. Vulgo diſtinguunt iuxta leg. interpoſitas. C. de tranſact. Sed hanc diſtinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita reſpondeo ad d. l. pen. expendenda eſt diligenter facti ſpecies. Quæſtio eſt an libertus tacens, & nõ contradicens ſit intelligendus cõſenſiſſe & permiſiſſe? Reſpon. nõ conſenſiſſe. Nã is cuius magna verecundia, ei quem in præſentia pudor ad reſiſtendum impedit, furtum facere ſolet, vt ait Labeo in fin. d. leg. pen. & quãuis non contradixerit, non tamen conſenſit. Hic enim agitur de præſumptione: quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præſumptioni: nam præſumptio conſenſus cedit præſumptioni reuerentiæ. Præſumimus enim libertum non conſenſiſſe, quia ob patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus in l. 23. §. 1. infra ſolu. mat. At dict. lex 1. §. quæ onerandæ. verſ. in ſumma. ait, non dabitur exceptio, &cæt. niſi liquido appareat metu vel nimia reuerentia in id conſenſiſſe. nec dicit ſimpliciter reuerentia, ſed nimia, ſiue immodica: ita vt ei ſuccurrendum ſit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis ſuadet, vt ita benigne interpretemur pro libertate. Addendum eſt metum præſentem, non futurum in hoc edicto eſſe accipiendum. leg. metum. 3. hic. quod videtur aduerſari his, quæ dicta ſunt in leg. 1. hic. metus eſt inſtantis vel futuri periculi. Hæc tamen non ſunt pugnantia. nam præſentem metum eſſe oportet, etſi periculum futurum ſit: id eſt, oportet aliquid factum eſſe propter quod metuere debeamus; quod ſequentia verba oſtendunt dict. leg. metum. *non ſuſpicionem inferendi eius.* Denique tractatur quæſtio ibidem, ſi fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, an huic edicto locus ſit. quo pertinet quod diximus leg. metum. C. eo. Obſtat lex non ſolum. §. ſi dominus. infra de vſucap. Sed hæc antinomia pertinet ad tit. de vi & vi arma. Ideo reiicio illam in illum tit. Metum accipere debemus non iure illatum. l. 3. §. 1. hic. Nam ſi magiſtratus iure poteſtatis aliquem terruit, non ideo locus eſt huic edicto. Iuris enim executio non habet iniuriam. l. iniuriarum actio. §. 1. infr. de iniur. Magiſtratus tamen tenentur actione iniuriarum, ſi quid iniurioſe faciant. leg. nec magiſtratibus. infra de iniur. Hinc naſcuntur aliquot quæſtiones. vna eſt in l. vltim. §. vlt. de eo qui apud præſidem prouinciæ conqueſtus de quodam, quem contendebat ſibi eſſe debitorem certæ pecuniæ, præmiſit ſtatim apparitorem, qui eã pecuniam vi eriperet. Quæritur enim an iuſtus ſit metus, quia magiſtratus iuſſu hoc factum eſt? Reſpon. huic edicto locum eſſe, & hoc iuſto metu ablatum eſſe reſtituendum. Sed ſi ea pecunia debeatur, reſtitutionem ex hoc edicto locum non habere ſine cauſæ cognitione, vt leg. ſi pignora. infra de euictio. Alias enim interuenit cognitio cauſæ, & executio ordinaria, quæ ex re iudicata fit. l. à diuo Pio. infra de re iudic. Nam cum per apparitorem executioni mandatur ſententia, hoc dicitur extra ordinem fieri: quo caſu ſi in executione male verſatus ſit, reſtitutio ex hoc edicto impetrari poterit à debitore. At cũ per iudicem executioni mandatur ſentẽtia, dicitur fieri cauſa cognita, & tunc ſi male verſetur iudex, erit appellandum. Alia quæſtio eſt in l. ſi mulier. 21. Liberta ingrata fuit in patronũ: is volebat eam redigere in ſeruitutem: ob idque cum de ſuo ſtatu periclitaretur, aliquid dedit patrono, ne redigeretur in ſeruitutem. Petit reſtitui ex hoc edicto, quia metu dedit. Reſpon. ceſſare hoc edictum, quia hunc metum ea ſibi intulit: hoc eſt vitium ipſius & ingratitudo hunc metum illi intulit: hoc eſt quod dicitur in l. 3. *Iure licito.* Oportet enim metum iure inde licito eſſe illatum, vt aduerſus eum reſtitui poſſimus. Hinc confirmatur quod ſupra dictum eſt, de eo qui contrahit cum eo, qui eſt in carcere, licet enim cum eo contrahere, modo iure id fiat. Nec auditur, ſi dicat metu carceris hoc feciſſe. nam ipſe hunc metum ſibi infert. Idem dicitur de eo, qui captus eſt ab hoſtibus, ſi ſe redimit, & reuerſus ad ſuos nolit ſoluere quod promiſit, tanquam metu promiſſum fuerit. Debet enim fidem hoſti ſeruare, nec poteſt cauſari ſe metu promiſiſſe. Hanc quæſtionem tractaui ad leg. 1. ſupra de pact. Quomodo probandus ſit metus, non eſt huius loci: pertinet enim ad titul. de probat. Vno tamen loco hoc attingam leg. vltim. §. vltim. Sequitur in edicto, *Ratum non habebo.* Ea verba exponit Vlpianus in leg. metum. §. ſed quod prætor. Hæc verba generalia ſunt, & pertinent tam ad actionem, quam ad exceptionem: ſignificant ei, qui metum paſſus eſt, dari, vel actionem, vel exceptionem, prout res exigit. Citatur autem hic reſcriptum, quo conſultus ex facto Imperator ad mutuas, tam actionem quam exceptionem competere in re ſiue perfecta ſiue imperfecta ei, qui propter metum cautionem pollicitationis dederit, & ob id reſtitutionem poſtulauerit, iure reſcripſit. Pollicitationes ſolebant fieri Reipubl. vt oſtendit titul. de pollicit. & ideo ſtatim collocatus eſt poſt titul. ad muncip. vt iam oſtendi ad leg. 1. ſupra de pactis. Quod hic colligitur, interlocutionem principis in cauſa aliqua pro lege habendam eſſe, ridiculum eſt. non enim meminit hic interloquutionis principis, ſed reſcripti quod conſultus edidit. Solebant autem conſuli Imperat. in quæſtionibus dubiis, vt iure conſulti. Ideo reſcripta Imperatorum dicuntur in Codic. Iuſtiniani, vt iuriſconſultorum reſponſa in Pandectis. Actionem, quæ ex hoc edicto datur, dixi eſſe reſtitutoriam, vel reſciſſoriam: non quod hoc verbum reſtitutoria, aliquod nomen ſit actionis: ſed tantum qualitas quædam actionis, quæ reſtitutione facta datur à prætore: quemadmodum reſciſſoria, quæ reſciſſione facta datur. §. rurſus. Inſtitut. de actio. leg. necnon. §. pen. & vltim. infra ex quibus cauſis maio.

Quæ actio ex hoc edicto naſcatur.

§. Volenti autem datur & in rem actio, & in perſonam, reſciſſa acceptilatione, vel alia liberatione.

In primis datur actio vel in rem, vel in perſonam vtilis, quæ propter negotium metu contractum deficit competere, & ideo datur actio quod metus cauſa. Tu me compuliſti metu vt rem meam tibi darem: dedi, ſed deinde reſtituor in integrum à prætore, reſciſſo eo quod geſtum eſt. Datur enim mihi actio quæ prius competebat, ſcilicet rei vindicatio, quia eram dominus. Vel ſi coegeris me liberare re acceptilatione, reſtituor à prætore: & datur actio in perſonam, quia forte debebas ex mutuo. Sic interpretor leg. metum. §. volenti. hic. Qui locus exiſtimatur difficilis ab Accurſio. Volenti igitur datur vtraque actio, & licet experiri vtra velit. Inter has autem actiones multum intereſt: nam ſi quis experiatur veteri actione, id petet quod ex ea competebat, ſiue in rem actio, vt vindicatio, ſiue in perſonam, vt ex mutuo, fuerit. Si vero malit ex hoc edicto agere quod metus cauſa, petet quadruplum, niſi res arbitrio prætoris reſtituatur. Electa tamen vna actione, altera tollitur. Simile eſt quod dicitur in l. ſi mulier. §. vlt. Metu compulſus hæreditatem delatam repudiaui, reſtituor in integrum. Hac reſtitutione duplex via mihi patet: poſſum enim experiri petitione hæreditatis vtili, quia ſummo iure propter repudiationem directa deſiit competere, vt in §. volenti, intelligitur dari actio vtilis in rem. Datur quoque in rem actio ex edicto de eo quod metus cauſa. Sed alterutra electa, ad alteram regredi non potero, ſiquidem vnius electione altera tollitur. Sed hactenus de cauſa huius actionis abunde diximus.

Cap. II.

Cui & contra quem detur hæc actio.

EX iam dictis patet hanc actionem ei competere, qui metum paſſus eſt, eiuſque hæredibus & ſucceſſoribus, quia rei perſecutionem continet, contra eum qui metum intulit. nec refert à quo metus illatus ſit, an à ſingulari perſona, an curia, an collegio, an ciuitate. leg. metum. §. animaduertendum. Hoc edictum eſt in rem conceptum non in perſonam. Exemplum eſt in dicta leg. metum. §. ſed quod ait prætor. leg. ſed ex dolo. §. 1. infra de dolo malo. De eo dicemus in titul. de dolo. huc pertinet lex , aliud. §. refertur. infra de regul. iur. Hic autem locus nos docet, quid ſit à ciuitate, municipio, vel corpore aliquid factum eſſe: quod non facile diſcernitur ab hominibus imperitis, qui non poſſunt diſtinguere ciuitatem à ſingulis ciuibus. ſic diſtinguitur in titul. de rer. diuiſ. in Inſtit. §. vniuerſitatis. Vniuerſitas igitur ipſa intelligitur feciſſe, quod publice fit per maiorem partem. Publice, id eſt, publico nomine, & opponitur aduerbio priuatim apud Ciceronem. Datur etiam hæc actio contra eum, qui rem metu extortam poſſidet, tametſi metum non intulit. leg. metum §. vltim. Vnus mihi metum intulit: ex eo metu nihil forte ad eum peruenit, ſed ad aliũ, qui metum non intulerat. Contra vtrunque datur actio, quia hæc actio in rem ſcripta eſt, id eſt, concepta in rem, non in perſonam, vt ex his verbis colligere licet: Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo. Videtis enim non fieri vllius perſonæ mentionem in edicti verbis. Idem dicimus de pactis. leg. iuriſgentium. §. pactorum. ſupra de pactis. Cum igitur animaduerteret Iuriſconſultus hoc edictum eſſe conceptum in rem, nec expreſſam eſſe perſonam metum inferentis, interpretatus eſt facile actionem dari contra eum ad quem aliquid ex eo metu peruenit. Huc quoque pertinet lex item ſi cum exceptione. §. in hac actione. & §. Pedius. Res tua ad me peruenit metu tibi illato. Peto vt doceas quis metum intulerit, neſcis: non enim noſti, nec forte percipere potuiſti: nihilominus competet mihi actio contra te ad quem res peruenit. Eſt tamen hæc actio etiam in perſonam. §. præterea, Inſt. de act. quia actor contendit reum ſibi eſſe obligatum ad dandum vel faciendum: quæ natura eſt actionum in perſonam. §. omniũ. de actio. Inſtit. ad dandum ſcilicet, quia peto pœnam quadrupli. Sed dicet aliquis, eſt in rem ſcripta. Reſpond. ea q̃ in rẽ ſcripta eſt, perſonalis eſt. Nec propterea audiendi, qui diuidunt actiones in perſonales, reales, & in rem ſcriptas: tolerabilius enim eſſet, ſi dicerent actiones in rem ſcriptas nonnunquam concipi in rem, nõnunquam in perſonam. Ex hoc etiam errore manauit ille quem attigimus, cum tractaremus quæſtionem, an reſtitutoria actio debeat intendi in loco domicilii, an in loco vbi res ſita eſt. adducunt autem leg. in cauſæ. 13. infra de minor. cuius ſenſum eos non percepiſſe ſatis hinc manifeſtum eſt. Nunc videndum eſt, an, & quomodo hæc actio ad hæredes tranſeat: tractatur hæc quæſtio in leg. item ſi cum exceptione. §. poſt annum. & leg. quod diximus. §. vlt. hic. Probabilis dubitatio fuit: quia hæc actio pœnalis eſt ex maleficio. Reſponſum tamen eſt competere de eo quod peruenit ad hæredẽ, & ex quo locupletior eſt factus. Eſt locus communis de hæreditariis actionibus. Sequentibus capitib. variæ quæſtiones tractantur huc pertinentes. Oſtendit Paulus leg. videamus. hic. cum dicitur actionem competere contra hæredem, ita eſſe intelligendũ, vt contra omnes hæredes in infinitum detur etſi ad primum hæredem tantum peruenit. Nullus eſt locus huic ſimilis in iure ciuili: itaque hæc duo ſunt diligenter notanda. Vnum eſt, ſi quid peruenerit ad aliquem metus cauſa, & conſumpſerit ipſum, nihilominus teneri. Alterum eſt, vt ſi ad vnum hæredem peruenerit, ceteri teneantur. Verba autem Caii l. quod autem. hic. videntur pugnare cum ſuperioribus. ſed hæc ſunt diuerſa. hinc male proconſulem Accurſius in hac lege interpretatur prætorem: ideo enim hoc dictum eſt, quia hoc ſcriptum fuit apud Caium ad edictum prouinciale. Poſtremo hæc actio datur ex cauſa noxali, ob noxam ſerui contra dominum. leg. quod diximus. hic.

Qualis ſit hæc actio.

Duo valde notanda in edicto quod metus cauſa.

Cap. III.

Quid veniat in hanc actionem, & quid petatur.

IN hanc actionem venit reſtitutio rei per metum ablatæ, aut ſi res non reſtituatur, pœna quadrupli. Id expreſſum fuit in edicto l. item ſi cum exceptione. §. 1. Continet reſtitutionem rei & pœnam. Idem dicitur in l. 4. C. eod. Reſtituitur igitur hac actione, quod actori abeſt, & id in quo damnũ eſt paſſus, non quicquid forte ablatum eſt. Notandum eſt ex l. ſed & partus. §. 1. hic. naturam eſſe huius actionis, vt ob damnum detur. Inde etiam, ſi tu vi me & metu compuliſti ad rem meam tibi vendendam: deinde compuli te metu, vt eandem rem mihi venderes: non competet tibi actio quod metus cauſa, quia nullum damnum paſſus es, nec quicquam tibi abeſt. Aliud exemplũ eſt in l. ſi mulier. §. q. poſſeſſionem. Ego poſſeſſionẽ fundi cuiuſdã habebã, nõ proprietatẽ aut dominiũ, ſed tantum vſumfructum, forte tu me per vim coegiſti, vt tibi traderem fundi poſſeſſionem, lis æſtimabitur non quanti eſt fundus, ſed quanti eſt poſſeſſio. huc pertinet lex ſi duo. infra vti poſſid. vbi dicitur, diuerſam eſſe fundi & poſſeſſionis æſtimationem. Hæc omnia eo pertinent, vt oſtendamus dominium reſtitui, & quod abeſt, actori. Notandum etiam eſt in hanc reſtitutionem fructus, & alias acceſſiones venire. Sic interpretantur Iureconſulti verbum Reſtituere, in l. videamus. 2. §. in Fauiana. de vſur. De fructibus autem quid ſit dicendum, in dict. leg. ſed & partus. & leg. ſi mulier. hic ſatis expreſſum eſt, vbi etiam cauſæ nomen pro acceſſione ſumitur: ſed pleniſſime dixi ad tit. de vſur. Hæc reſtitutio pendet ex arbitrio iudicis: non enim ſatis poteſt in vniuerſum definiri, quomodo quicquid eſt reſtituendum, ſit in hoc edicto comprehenſum. leg. item ſi cum exceptione. §. quatenus. Huc referendæ ſunt l. metum. §. ex hoc edicto. l. illud. §. ſi metu. vbi docet exemplis quomodo hoc ſit accipiendum: ſed poſt hac agam de reſtitutione, propter quam pœnã imponitur, ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur. Non eſt ergo pœnalis ſimpliciter hæc actio. §. quadrupli. Inſti. de act. leg. item ſi cum exceptione. §. hæc autem. Aliquando hunc locum citaui, diſputans de actionibus arbitrariis. in §. præterea. Inſtit. de actio. vbi dicitur, arbitrarias ex arbitrio iudicis pendere. quod ita accipio, in quibus arbitratur iudex, quemadmodum actori ſit ſatisfaciendum. Tantum vero poteſt arbitrium iudicis in hac actione, vt poſſit iudex aliquando reum abſoluere. De noxalibus actionibus locus eſt hoc Inſtit. tit. animaduertendus, quem citaui, vt dicerem omnes actiones nõ eſſe arbitrarias. Ea verba addidit Iuſtini. quaſi velit explicare verba edicti prætoris, niſi res arbitrio iudicis reſtituatur. Prætor enim dat actionem in quadruplum ob metum illatum, ſi res arbitrio iudicis non reſtituatur. Poterat dubitari, ſi quis conueniatur ob metum illatum à ſeruo, an conueniendus ſit ad pœnam quadrupli? Reſpond. hoc iniquũ eſſe, & ſatis eſſe, ſi dominus noxæ ſeruum dedat, nec amplius eum teneri. Huc pertinet l. quod diximus. §. 1. hic.

Cap. IIII.

De officio iudicis.

OFficium iudicis eſt, ſi noxaliter agatur, vt condemnet tantum ad pœnam quadrupli, niſi rem reſtituat arbitrio iudicis, aut noxæ dedat. Diximus agi contra dominum noxaliter ob metum à ſeruo illatum, niſi res ad dominum peruenerit: tunc enim poterit conueniri directo, nec liberatur noxæ dedendo ſeruum. Quadruplatur autem id quod reſtitui oportet, non autem quod ablatum eſt. l. item ſi cum exceptione. §. quadruplatur. & §. Iulianus. ad fi. Quæritur an in quadruplo inſit ſimplum. Eſt enim ambigua hæc oratio. Tractatur hæc quæſtio in l. item ſi cum exceptione. §. ſed ſi quis. & §. quatenus. Reſpon. Quadruplum eſſe accipiendum, vt in eo res metu ablata contineatur. Viſum eſt enim durum ſic interpretari quadruplum, vt totum pœnæ inſit, nam pœnæ ſunt potius molliendæ, quam exaſperandæ. l. pen. infra de pœnis. Cuius eſt hic commodiſſimum exemplum. Simile eſt quod dicitur titul. de vi bono. rapt. Inſtitut. §. 1. Aliud autem eſt in actione furti, vbi quadruplum totum pœna eſt, vt §. vltim. Inſtitut. de obliga. quæ ex delict. Vnde recte colligitur, quoties ſit mentio tripli aut quadrupli, nec aliud exprimitur, intelligendum eſſe, in eo triplo vel quadruplo rem quoque ipſam contineri. In §. ſed & ſi quis. dict. leg. item

Singularia quædam de reſtitutione ex arbitrio iudicis pẽdente.

item ſi cum exceptione. obſeruatur quem præciſe cogi ad faciendum. Sed ego aliter hæc verba intelligo: eſt enim hæc compulſio non neceſſaria, ſed quam Tua cauſa vocamus. Quæritur; ſi res per metum ablata perierit, an reus ab hac præſtatione liberetur, an condemnetur ad rem, id eſt ad æſtimationem rei peremptæ? Reſpon. l. 1. C. eod. eſſe perſecutionem integram. Actio enim perpetua eſt. l. in re furtiua. infra de condict. furt. l. 1. §. rectiſſime. infra de vi & vi arma. quod eſt intelligendum ſecundum l. 14. §. quod ſi homo. & ſeq. Obſeruanda eſt diligenter hæc diſtinctio, & duo caſus conſiderandi ſunt. Vnus eſt, cum poſt ſententiam latam aduerſus eum qui metum intulit, ante tempus iudicati res perierit ſine eius dolo & culpa. Tempus iudicato ad ſoluendum datur ad quatuor menſes. l. ſancimus. C. de vſur. rei iudic. quo tamen iure hodie non vtimur: ex lege duodecim tabu. dabantur triginta dies. Natura enim huius actionis non patitur, vt perempta re poſt condemnationem intra tempus iudicati, eius æſtimatio ab eo exigatur: quia tripli pœna ſatisfacere cogitur. Hæc actio eſt arbitraria. §. præterea. de actio. Inſtitut. In hac ergo iudex reſpicit æquum & bonum: ob idque diligenter videre debet, ne quid ſtatuat alienum ab hac æquitate. In quo etiam de eo qui damnatus ob ſeruum, qui metu aliquid abſtulit, & aufugit, reſpondetur, non eſſe æquum, vt omnino relaxetur à rei condemnatione: ſed oportere eum cauere de perſequendo & reſtituendo ſeruo, ſi in eius poteſtatem peruenerit. Alter caſus eſt, cum extortus eſt homo vi ab aliquo, & actum eſt cum eo, qui abſtulit, ſed antequam ſententia ferretur, aufugit vel periit. Reſpond. eum teneri, etiamſi ſine dolo & culpa eius perierit. In priori ſpecie æquitas non patitur, vt rem præſtet qui condemnatus eſt, cum cogatur ob condēnationem triplum præſtare: in poſteriore ſpecie arbitrium iudicis ceſſat, ſed protinus dicitur damnare reum in id quod intereſt. l. arbitrio. §. non tamen. infra de dolo malo. Quod diximus reum teneri, eſt intelligendum cum exceptione & diſtinctione. Videndum enim eſt, an eodem modo res peritura fuiſſet apud eum à quo res ablata eſt: & de hac quæſtione diximus ad leg. ſi ex legati cauſa. infra de verbor. obligation. Propter conſenſum expreſſum vel tacitum eius qui metum paſſus eſt, ceſſat hæc actio, & datur exceptio. leg. 2. & 4. C. eod. cap. 1. de his quæ vi metus ve cauſ. in Decr. vbi agitur de profeſſione monaſtica. Vltima exceptio eſt ob pretium non redditum, vt in venditione metu contracta, nam irrita eſt: ſed tamen pretium datum debet reddi. l. 3. & 4. C. eod. Hoc intelligendum eſt de pretio ſoluto ei, qui petit reſcindi quod geſtum eſt. Nam ſi alii ſolutum ſit, non dicitur reſtituere. Et ita intelligenda l. ſi mancipium. C. de rei vindicat. cuius mentio eſt in gloſſis Accurſianis, nec recte explicatur. Excipitur vnus caſus in leg. pen. C. eod. de eo, qui in officio conſtitutus rem aliquam per vim emerit. qui & not. in l. aufertur. §. qui à præſide. infra de iu. fiſc. leg. non licet. l. qui officii. infra de contrahen. emption. hæc actio concurrit cum rei vindicatione vtili, vt iam dixi. l. metum. §. volenti. Sed vna per alteram tollitur. item concurrit cum actione de dolo. l. item ſi cum. § dolo. hic. non concurrit tamen cum actionibus furti, quamuis hoc controuerſum diu multumque fuerit.

AD TIT. III.
DE DOLO MALO.
CAP. I.

DIXIMVS varias eſſe cauſas reſtitutionis. Prima eſt metus, de qua diximus titulo præcedente: altera eſt dolus malus. l. 1. ſupra de reſtit. vt ergo quod metus cauſa geſtum eſt reſcinditur & reſtituitur in integrum, ita etiam quod dolo malo geſtum eſt. Nihil enim à natura alienius eſt, quam fraus & dolus in contrahendis negotiis, vt docet Cicero libr. 3. Officio. & quod dicitur naturaliter licere hominibus in contrahendo ſeſe inuicem circumſcribere. leg. in cauſæ. 2. §. pen. infra de mino. non eſt de dolo intelligendum, ſed ita licere contrahere, vt quam minimo fieri poſſit, res quæ pluris ſit ematur, vel conducatur, maiori etiam

[N]ihil à [n]atura [a]lienius [f]raude [&] dolo.

pretio res, quæ minoris ſit pretii, vendatur, ita tamen vt ſemper dolus abſit. quod & not. apud Paulum leg. item ſi pretio. §. vltim. infra locat. Initium actionis de dolo tribuit Cicero Aquilio Gallo libro 3. Offic. Cuius actionis formulam Prætores poſtea ſecuti ſunt. Veteres enim dolum non magnopere curabant, cum in iis tantum locum habere exiſtimarent, qui ſe decipi paterentur, facillimeque à viro prudente vitari poſſe crederent. Creſcente tamen hominum malitia, doli vindicandi cauſa, varia propoſita ſunt remedia à prætoribus, de quibus hoc titulo dicetur. Et primum quidem reſtitutio in integrum datur. leg. diuus. ſupra de in integrum reſtitution. datur actio de dolo, datur exceptio de dolo, quæ valde neceſſaria eſt in ſtrictis iudiciis: nam ineſt iudiciis bonæ fidei. leg. ſed & ſi ideo. ſolut. matrimon. l. huiuſmodi. 86. §. qui ſeruum. de legatis 1. Oportuit enim in illis eam exprimere in concipienda formula & conſtituendo iudicio, vt extra quam ſi de dolo ſtipulatus ſit, nulla habeatur doli ratio, à iudice præſertim pedaneo. Hodie tamen ſublatis formulis non multum intereſt inter bonæ fidei iudicia, & ſtricta: vt docui ad leg. ſi quis cum aliter. infra de verborum obligation. De hac exceptione eſt titulus ſpecialis in Pandectis, de doli mal. & met. exception. Datur etiam actio ſtellionatus, ſed tamen agitur criminaliter ad pœnam. Quod enim in priuatis iudiciis eſt de dolo actio, hoc in criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. leg. ſtellionatus. infra de crimine ſtellionat. Inter præcipua tamen auxilia eſt actio de dolo malo: quam Cicero libro ſecundo de Natura deorum, vocat euerriculum omnium malitiarum. De hac actione extat edictum in leg. prim. §. primo, ex quo colliguntur cauſæ huius actionis. Neceſſe eſt in primis aliquid dolo malo factum eſſe, vt alicui hæc competat actio, deinde nullam aliam actionem eſſe proditam: poſtremo iuſtam eſſe cauſam actionis dandæ. Definit Labeo dolum malum hic, eſſe omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumueniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. De hac definitione ſcripſi ad legem iuriſgentium. ſupra de pact. §. ſi fraudandi. Addit autem prætor malum, quia veteres dolum bonum dicebant, vt qui aduerſus hoſtem admittitur, aut latronem. Hinc falſo annotant quidam fidem hoſti ſeruandam non eſſe, de qua re ſcripſi ad leg. 1. ſupra de pactis. hæc enim Vlpiani verba ſunt referenda ad ſtratagemata: de quibus dictum eſt, *Dolus an virtus quis in hoſte requirat?* Hæc igitur verba, *Dolus malus* ſignificant non niſi ex magna cauſa, & euidenti calliditate debere dari de dolo actionem, quod explicatur leg. & eleganter. §. vltim. hic. Quæritur ſi venditor commendandæ ſuæ mercis cauſa quid dixerit, an tanquam doli mali teneatur? Reſponde. non teneri, leg. quod venditor. 38. Hic enim mos eſt venditorum, laudant enim ſuas venales, qui volunt tradere merces: & hæc ſi palam appareant, venditorem non obligant. l. ea quę. ff. de contrahen. emptio. c. cum dilectus. de his, quæ vi met. in Decret. Reſtitutioni igitur locus eſt, ſi talis ſit machinatio, quæ hominem conſtantem & prudentem fallere poſſit: nam ſi talis ſit vt homini hebeti imponere poſſit, ratio non patitur, vt ei ſuccurratur: quod in metu obſeruandum eſſe diximus in leg. metum. ſupra de eo quod met. cauſ. Eodem pertinet quod dicitur in leg. dolum. C. eo. Itaque recte dictum eſt in leg. prim. infra de doli mali metuſve exceptio. ex facto intelligi, quando dolus ſit factus, & ex facti circumſtantiis & inconſtantiis hoc eſſe confirmandum, nullis enim legibus id conſtitui poteſt. Exemplis tamen hoc vtcunque demonſtrari poteſt: quæ multa reperiuntur ſub hoc tit. & pleraque quotidie occurrunt. Recitat Accurſ. vnum in dict. leg. dolum. de ſcholarib. qui fefellerunt præceptorem † Albericum, cui ad cœnam inuitato præbuerunt loco aquæ vinum album. Plurima hic occurrunt exempla, adeo vt magnam partem tractatus occupent, vt non immerito de Iureconſul. libris videatur dixiſſe Cicero, quod in vna cognitione poſitum erat, in infinita hæſerunt. Hæc igitur breuiter percurremus: ita tamen vt ſemper intelligamus, in vniuerſum definiri non poſſe quando dolus ſit admiſſus, ſed ex facto hoc pendere, & in hoc magis quā in iure verſari. Adeundi ſunt quoq; cauſidici, à quib. plura exempla diſci poterunt: norunt enim omnes fraudes omneſq; technas, vt ait Accurſ.

Dolus malus, & dolus bonus.

Aldri[c]tum habent gloſ.

Cauſidici norunt omnes fraudes.

& Plinius in epiſtolis. Vnum igitur eſt in leg. & eleganter. §. ſeruus pactionis. & §. penult. hic. Aliud in leg. ſi quis affirmauerit. hic. l. ſi maior. C. eo. Aliud eſt de eo qui ſuppreſſit tabulas. in dicta le. ſi quis affirmauerit. §. item ſi tabulæ. §. ſi ſeruum. hoc tit. Aliud eſt de eo qui falſa pondera commodauit in leg. arbitrio. §. de eo. Aliud in leg. ſeruus. 20. in princip. & §. ſi perſuaſeris. l. ſi legatarius. l. cum quis. 31. l. filius. 32. l. rei quam venalem. l. ſi cum mihi. l. ſi quis tabulas. l. quidam debitor. & leg. pen. hic. Atque his fere exemplis oſtenditur quando dolo malo aliquid admiſſum eſſe dicatur. Eſt vnum inſigne exemplum extra hunc tractatum in l. 1. infra de actio. empt. de fallaci ſimulatione, callidaque reticentia. Hæc igitur eſt prima cauſa huius actionis de dolo, quia ſcilicet dolo malo aliquid admiſſum eſt. Neceſſarium præterea eſt, vt de his rebus alia actio nulla ſit. l. 1. §. ait prætor. Hac actione, quę famoſa eſt, comprehenduntur omnes fraudes & malitiæ, quarum nomine nulla actio prodita eſt iure ciuili. Interpretamur hic late actionem pro omni auxilio, quo res ſalua eſſe poteſt ei qui eam amiſit. Continetur etiam interdictum, etſi ab actione differat. l. actionis verbo. infra de actio. & obligatio. Continetur quoque exceptio: nam qui excipit, quodammodo agere videtur. l. 1. infra de exceptio. Diximus, ſiue actio ciuilis, ſiue honoraria competat, ſiue etiam interdictum, ceſſat actio de dolo. Quæritur de in integrum reſtitutione dict. leg. 1. §. idem Pomponius. Sic producitur longius interpretatione verbum actionis. Reſtitutio enim in integrum proprie non eſt actio. l. quod ſi minor. 24. §. vltim. infra de mino. non enim cum in integrum reſtituit, dat prętor iudicium. Sed tamen late accipimus actionem pro omni auxilio quo res ſalua eſſe poteſt actori. illis igitur dict. §. verbis oſtendit Pomponius ex ſententia Labeonis, reſtitutionem in integrum non concurrere cum actione de dolo. Videtur tamen hoc eſſe falſum ex his verbis l. Diuus. ſupra de reſtitut. in integ. *Cum etiam actio de dolo competere ſoleat.* ex quibus apparet hæc duo remedia concurrere. Sed expendendum eſt quod ſequitur in ea lege. Permittit enim vel reſtituere in integrum vel actionem de dolo dare. admonet tamen ſatius eſſe reſtituere in integrum, quam actionem famoſam de dolo conſtituere. Eodem pertinet l. quidam debitor. 38. hic. Quidam falſam epiſtolam obtulit creditori, ob quam liberatus eſt acceptilatione: dolus malus interuenit: quæritur quomodo ſuccurrendum ſit creditori contra debitorem, qui dolo fecit, vt liberaretur? Nam nulla competit actio, vtpote remiſſa per acceptilationem, & ſibi debet imputare creditor qui tam facilis fuit, vt eam remiſerit. Reſpondet diſtinguendo inter minorem & maiorem. Creditor maior vigintiquinque annis habet de dolo actionem: minor autem reſtituetur in integrum. Sed puto tamen hoc ita ſtatutum eſſe, quia prætor in cauſa minorum facilius cognoſcebat: hoc totum tamen debemus accipere, vt pendeat ex prętoris arbitrio. dicta leg. diuus. niſi etiam dicamus diſtinctas eſſe actiones, & circumſcriptionem non eſſe iuſtam cauſam reſtituendi actionem amiſſam maioribus, ſed abſentiam. leg. 1. infra ex quibus cauſis maior. Quæritur etiam de actione quod metus cauſa, an concurrat cum actione de dolo quæ tantum competit cum alia deficit? & videtur concurſum harum duarum actionum admitti non poſſe. Obiicitur l. item ſi cum exceptione. §. eum qui. ſupra quod metus cauſ. vbi ait poſſe vel actione de dolo, vel actione quod metus cauſa agi. Difficultas naſcitur ex leg. 4. C. eod. Pro explicatione huius quæſtionis expendenda ſunt verba edicti de dolo. Pollicetur prætor actionem de dolo ſe daturum, ſi quid dolo malo factum eſſe dicetur, nec alia actio erit. Vt ergo ſit locus edicto, oportet dolo malo aliquid factum eſſe contendere. Cum quis allegat metum ſine dolo, dabitur actio quod metus cauſa, non etiam de dolo, quamuis dolus reuera admiſſus fuerit: ſed ſi ſolus dolus allegatur, de dolo dabitur. Pone, aliquid extortum metu ab aliquo, competit ei actio quod metus cauſa, vel de dolo. Sed ſi is alleget metum, nulla facta doli mentione, dabitur actio quod metus cauſa: ſi vero velit de dolo experiri, poterit hoc allegare, & contendere rem dolo extortam fuiſſe, tuncque dabitur actio de dolo, non autem quod metus cauſa. nec enim poſſumus dicere illi competere actionem de metu, cum eum non allegat. vnde dicimus, alterutra electa alteram tolli: non tantum ipſo iure, ſed exceptione in factum oppoſita: ex quo apparet vtramque ſimul non competere. Addendum eſt ſupradictis, hanc actionem de dolo concurrere cum actionibus in factum. Hanc ſententiam defendi ad leg. iuriſgentium. ſupra de pactis. vbi oſtendi quid ſit in factum agere, vel præſcriptis verbis in factum agere, nempe omiſſo nomine & titulo actionis, facto ipſo, & re, vt geſta eſt, expoſita, actionem concipere: quomodo hodie actiones moribus noſtris concipiuntur in foro: qualis eſt l. cum mota. C. de tranſactio. Atque ideo in factum poteſt agi nulla facta doli mentione, nempe ſi malit quis mitiore iudicio experiri, omiſſa actione de dolo, quæ famoſa eſt, tunc enim illi non eſt deneganda actio in factum, ſic filio in patrem, & liberto in patronum, atque in ceteris perſonis: & non debet hic comprehenſis de dolo actio dari, ſed in factum verbis temperanda eſt. Eſt etiam huius rei exemplum in leg. non debet. & l. rei quam. 33. hic. quam adduxi in commentariis in tit. de pactis. vbi actio in factum competit, quia forte ita inciderat ex facto, vt quæreret conſultor, an poſſet in factum actione experiri. Vbi igitur dolus commiſſus eſt, quandoque in factum actio dicitur competere. Imo hæc nonnunquam eſt vtilior, quia eſt perpetua actio. di. leg. rei quam. & conſultor forte, poſt tempus intra quod poterat agi de dolo, conſuluit an in factum agere poſſet. Hæc autem actio de dolo temporaria eſt, id eſt annalis. l. huius actionis. infra quod falſo tutor. aucto. Hodie vero ex conſtitutione Conſtantini biennalis eſt. l. vltim. C. eod. Ex iam dictis variæ quæſtiones oriuntur: has ſigillatim tractabimus. Vna eſt in leg. 1. §. pen. alias vltim. vbi legendum eſt, vel ab eo res ſeruari poterit, vt in Floren. libris: cuius exemplum eſt in leg. ideoque. de pupillo, qui tutore auctore concludente, à Titio circumſcriptus eſt. vbi reſpondetur, vtrumq; & tutorem, & eum qui cum pupillo contraxit, in dolo non eſſe. Certum enim eſt competere pupillo actionem tutelæ contra tutorem: ideoque non agi debere actione de dolo contra eum qui circumſcripſit, niſi forte tutor ſit inops ita vt pupillus ſuum ab eo conſequi non poſſit. Alia quæſtio tractatur in dict. leg. 1. & l. ſeq. ex qua colligitur interpretatio horum edicti verborum, *Si de his rebus alia actio non erit.* Certum eſt non eſſe actionem, ſi ipſo iure non competat, vel per exceptionem infirmetur. l. nihil intereſt. infra, de reg. iur. ſed hic ſiue ius ciuile, ſiue ius prætorium inſpiciamus, competit actio ſua, vnde probabiliter dubitari poterat an actio daretur, & verba edicti ad hunc caſum producenda eſſent. Recedimus à proprietate verborum, vt ſequamur mentem legis. ſic enim accipimus hæc verba Prætoris, *Si de his rebus alia actio non erit.* vt ſignificet, ſi rem ſuam alio modo ſeruare non poſſit. Atque hoc exemplum eſt interpretationis, quod ſequi debemus in interpretatione iuris ciuilis. Nempe actionem de dolo dandam non eſſe, cum alia competit actio. Iulianus tamen videtur huic Vlpiani dicto aduerſari in leg. & eleganter. hic. Cuius ſpecies eſt: minor viginti quinque annis perſuaſione ſerui circumſcriptus eum vendidit cum peculio ei, à quo ſtatim eſt manumiſſus. Iulia. ait dandam eſſe actionem de dolo in manumiſſum: cum aliter videatur eſſe conſultum minori, vt ex empto agere poſſit ob hanc circumſcriptionem: præterea in integrum reſtitutione aduerſus id quod geſtum eſt. Dici igitur poſſit ab aliis diſſenſiſſe Iulianus, & actionem de dolo poſſe competere, etſi alia competat. Sed huic quæſtioni occurrit Vlpianus & oſtendit eius ſententiam congruere cum aliorum Iuriſconſul. opinionibus. Exiſtimatur hic locus obſcurus, qui totus eſt corruptus apud Haloandrum. Ego cenſeo ſequendam eſſe vulgarem editionem, ea enim proxime accedit ad Florentinam, quæ omnium editionum & optima & veriſſima eſt. *Sic enim accipimus.* In caſu enim Iuliani opponitur minorem vigintiquinque annis vendidiſſe ſeruum cum peculio, vbi de dolo emptoris nil proponitur, & ſi ab eo admiſſus eſſe poſſit. Hac enim diſtinctione vtitur, vt oſtendat in ſpecie Iuliani propoſita, fuiſſe tantum minorem circumſcriptum conſilio ſerui, & dolum emptoris nullum interceſſiſſe. Recte ergo reſpondit, dandam eſſe in manumiſſum de dolo actionem, non in emptorem, cuius nullus dolus arguitur. Quod autem proponitur venditor minor fuiſſe: & idcirco dicitur poſſe eum reſtitui

Non tur reſtitutio cõtra manumiſſionem.

in in-

in integrum: infirmatur hac regula, non dari reſtitutionem contra manumiſſionem: vt etiam dicemus ad tit. de minor. Obiter autem hic notandum eſt, venditionem ipſo iure eſſe nullam ob dolum malum, ſi quis in hoc circumſcriptus ſit vt venderet. idem notatur l. 3. infra pro ſocio .l. in cauſæ. infra de minor. vbi ait Paulus ipſo iure nullam eſſe, id eſt iure ciuili, ſecundum leges populi Romani. Veteribus enim legibus ante Caium Aquilium Gallum non vindicabatur dolus in contrahendo admiſſus, niſi in iis iudiciis, in quibus ex fide bona addebatur vt ſcribit Cicero libro 3. Officio. Poſt illum tamen etiam doli in iudiciis ſtricti iuris exceptione oppoſita, infirmatum eſt, quod & not. leg. dolo. C. de inutili. ſtipulation. Dolus dat cauſam contractui, cum quis inducitur ad contrahendum dolo, cum aliter non eſſet contracturus: vt in caſu Iuliani: alias enim minor non venditurus erat: vnde ſi manumiſſus ſeruus non eſſet, reuocaretur perinde ac ſi nulla venditio interceſſiſſet. ſimilis eſt caſus in leg. cum ab eo. infra de contrahend. emptio. Aliquando incidit in contractum dolus: ſed certa lege & forma corrigitur hic dolus: non tamen vt recedatur à contractu, ſed datur actio ex ipſo contractu ad id quod intereſt. & hoc fit in bonæ fidei iudiciis: in contractibus autem ſtricti iuris, agitur de dolo. dicta leg. & eleganter. §. non ſolum. l. Iulianus. §. ſi venditor. infra de actio. empti. *Qui enim per dolum.* Sed hinc variæ quæſtiones tractantur, multæque ſpecies proponuntur, in quibus quæritur, quando actio de dolo danda ſit, an non: quæ omnes ex eo pendent, vel quia deficit actio de dolo, vel non. Hîc exempla rem valde illuſtrare poſſunt. inquirenda eſt igitur natura cuiuſque actionis, & ex qua cauſa detur vel non. Vna quæſtio eſt in leg. & eleganter. §. ſi ſeruum. Quidam habebat vſum ſerui, non proprietatem: proprietarius eum occidit: quæritur an vſuario actio de dolo ſit danda? Quæſtio hinc pendet, an alia etiam actione conſultum ſit actori. Datur autem legis Aquiliæ actio. leg. 2. infra ad legem Aquil. ſed vtilis, vt nominatim de hoc caſu eſt ſcriptum leg. item Mela. §. fin. cum leg. ſequ. infra ad legem Aquil. nam directa tantum datur domino. Inde eſt quod dicitur in leg. arbitrio. §. ſi dominus. Proprietarius inſulæ, cum alius eius vſumfructum haberet, eam incendit: datur in eum actio legis Aquiliæ: atque ideo ceſſat actio de dolo. Obiicitur lex repeti. §. vltim. infra quibus modis vſusfruct. amitt. Verum longe diuerſa eſt ſpecies. Sic enim nullum damnum datum proponitur. Alia eſt ſpecies in dict. leg. & eleganter. in §. ſi ſeruum. in quo quia ex teſtamento competit actio, ceſſat hæc actio de dolo. Alia quæſtio in §. ſi quadrupes. Quadrupes mihi damnum dedit: datur mihi actio ob noxam quadrupedis in dominum, vel vt damnum ſarciat, vel vt noxæ dedat, ex lege 12. tabul. Sed ſi dolo alterius non domini damnum dedit mihi quadrupes? Reſponden. Iuriſconſul. ſi dominus non ſit ſoluendo, dari aduerſus alterum actionem de dolo. An autem actio legis Aquiliæ competat hoc caſu, videndum in leg. item Mela. §. item cum eo. infra ad legem Aquil. Alia quæſtio in §. item Labeo. de eo, qui compeditum ſeruum vt fugeret ſoluit. ad quam pertinet lex 1. C. de ſeruis fug. & §. vltim. Inſtitut. de lege Aquil. Alia in §. ſeruus. quam ſuperius attigimus de ſeruo, qui cum à domino libertatem conſequi vellet, expromiſſorem certæ pecuniæ dedit, ea conditione vt poſt libertatem obligatio in eum transferretur. Obiicitur autem actionem ex ſtipulatu non competere effectu, quoniam exceptione eliditur. Reſponden. id ineptum eſſe, & hanc ex ſtipulatu actionem tunc tantum ceſſare, cum ipſum manumiſſum nollet patronus expromiſſorem accipere. ſuccurritur nihilominus altero caſu ipſi expromiſſori de dolo actione aduerſus manumiſſum, ipſique patrono in manumiſſum, ſi non ſit expromiſſor ſoluendo. Alia quæſtio eſt in §. ſi dolo malo. dict. leg. & eleganter, hic. de procuratore qui paſſus eſt aduerſarium vincere. Reperitur autem valde difficilis antinomia in his verbis, quibus dicitur non dari de dolo actionem aduerſus eum qui vicit, ſi paratus ſit transferre iudicium, &c. Nam in eadem ſpecie leg. cum à te. hic. dicitur, ex integro agendum eſſe priori actione, qua iudicium acceptum fuerat, ſed maior difficultas eſt in leg. ſeruus tuus. 20. §. vltim. vbi in ſimili ſpecie ſimpliciter dicitur de dolo dandam eſſe actionem. Simile eſt quod obiicitur ex leg. ſi quis affirmauerit. §. & ſi ſeruum pigneratum. Egi contra te ob noxam ſerui: dixiſti te velle dare ſeruum pro noxa, & dediſti, ſed pigneratum: ac ita deceptus ſum. Sed quia paſſus ſum te abſolui, dicitur de dolo mihi dari actionem, tamen ex lege cum à te. poterat aliter proſpici mihi, noxali ſcilcet actione. Hæc inter ſe mirabiliter pugnant ſed videndum quomodo expediri poſſint. Dico in huiuſmodi caſibus ceſſare de dolo actionem, quia alia actio non videtur deficere. Hic ſequitur edicti verba, *Si alia actio non erit.* Diximus autem ad exceptionem verbum actionis pertinere, cuius exemplum eſt in leg. vltim. idem dicendum eſt de replicatione. Eſt enim quædam exceptio, nempe exceptionis exceptio. l. exceptio. infra de exceptio. In huiuſmodi igitur ſpeciebus, & ſi res ſit iudicata, & abſolutus reus dolo malo, aget actor actione de qua iudicatum fuit: ſi opponatur exceptio rei iudicatæ, replicabitur de dolo malo. Sic intelligitur l. cum à te. in qua dicit Vlpianus ex integro agendum eſſe: nam illud quomodo intelligendum ſit, expreſſit Paulus in leg. & eleganter, §. ſi dolo malo. Poteſt autem ita agere ex integro, vt actionem denuo inſtituat, perinde ac ſi nunquam actum fuiſſet: poteſt etiam petere, vt reus transferat in ſe iudicium, & in eo inſtat reus, in quo erat cum dolus admiſſus eſt. Nam nonnunquam poteſt intereſſe eius, vt iudicium transferatur in reum in eodem ſtatu, potius quam vt denuo agat, quia forte magna cum moleſtia & ſumptu lis ad exitum erat producta. quod iterum experiri, moleſtiſſimum illi & difficillimum eſſet. Sic conciliatur facile cum §. ſi dolo. l. cum à te. in leg. ſeruus tuus. §. vltim. recitatur tantum Iuliani opinio, de qua Paulus nil pronuntiat: ideoque poſt hanc legem ſubiicienda eſt ſententia Pauli, quæ recitatur in leg. cum à te. Et certe vtraque lex ex eodem Pauli loco eſt deſumpta. Ad leg. ſi quis affirmauerit. §. & ſi ſeruum. hæc verba, *De dolo teneri*, ſunt ambigua, & poſſunt referri vel ad actionem de dolo, vel ad exceptionem, vel replicationem. Itaque ad replicationem referemus, vt hoc dictum cõueniat cum aliis legibus, & præſertim cum leg. cum à te. In ambiguis enim legis ea potius accipienda eſt ſignificatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. ſupra, de legibus & ſenat. in quibus omnibus ſpeciebus ſupra relatis ceſſat actio de dolo, quia ſunt alia remedia, quibus poteſt res ſalua manere. Alia quæſtio eſt in leg. ſi quis affirmauerit. in princip. vbi diſtinctio fit inter bonæ fidei iudicia, & ſtricti iuris, de qua dixi in leg. & eleganter. §. non ſolum. quæ ita dixi diſtinguenda propter formulas quæ olim obſeruabantur: nam in effectu nulla eſt differentia: quia dolus eatenus ſemper corrigitur, quatenus dolo peccatum eſt: nihilominus tamen vt hic dolus corrigatur, refert qua actione agamus. ſi enim ſit contractus bonæ fidei, agetur ex contractu in id, quod intereſt: ſi ſtricti iuris, agetur de dolo. In contractu ſtricti iuris opponitur exceptio doli: in contractu bonæ fidei opus non eſt exceptione: quia contractibus bonæ fidei exceptiones doli inſunt. Aliud exemplum eſt in leg. ſi quis adfirmauerit. §. ſi oleum. de duorum controuerſia, qui apud aliquem oleum depoſuerant. Aliud eſt in leg. arbitrio. §. de eo. de eo qui commodauit falſa pondera, in quem ſi non conuenit vt illis ponderibus res traderentur, competit actio ex empto, vt lex ſi quis à me. infra de actio. empt. Sed ſi conuenit, vt illis ponderibus vtatur emptor, non poteſt agi ex empto, ſed actione de dolo contra eum, qui pondera commodauit. Aliud eſt in dict. leg. arbitrio. §. vltim. & l. ſeq. an fideiuſſor teneatur ob moram: ſed quomodo hoc accipiendum ſit, plene dixi ad leg. filiusfamil. infra de verborum oblig. Aliud exemplum eſt in leg. cum proponas. C. eod. tit. in qua ex contractu innominato, facio vt des, datur actio de dolo, contra leg. naturalis. infra, de præſcript. verbis, ſed quomodo hoc accipiendum ſit explicui ad l. iuriſgentium. ſupra de pactis. Addendum autem eſt ex edicto, *Et iuſta cauſa eſſe videbitur.* Ergo etſi quod dolo fuerit factum, & nulla ſit actio eo nomine prodita, tamen ſi ſit iuſta aliqua cauſa quæ prohibeat, non dabitur actio de dolo. Vnde in leg. 2. C. eod. dicitur hæc actio cauſa cognita dari.

Hoc autem adiecit prætor, vt inſeruiret edicto ſuo. videbat enim multa accidere poſſe, propter quæ actio de

dolo danda non eſſet. Atque horum verborum interpretationem exemplis indicat Vlpian. in leg. ſi quis affirmauerit. §. vlti. & legibus ſequen. Vnum proprium exemplum eſt huius loci in leg. quod ſi deferente. 21. vbi in eum qui alio deferente iurauerat, poſtea periurio approbato reſpondet actionem de dolo dandam non eſſe, cum iuſta cauſa prohibeat: nam cauſa iureiurando deciſa non retractatur. l. 1. C. de iureiuran. vbi copioſe explicui. Addit, ſufficere periurii pœnam, vnde colligendum eſt, puniri poſſe periurium, tametſi cauſa iureiurando deciſa retractari non poſſit. quod expoſui ad tit. de iureiuran. & lib. 2. Diſputa. c. 32. Hinc admonemur non ſemper dandam eſſe actionem, vbi dolus commiſſus eſt, & nulla alia actio prodita ſit ad dolum vindicandum. Aliud exemplum eſt in l. ſi duo. 36. Si duo dolo malo fecerunt inuicem, duo de dolo non agent. Dolus enim dolo ab vtraque parte compenſatur, vt l. vlt. §. ſi & ſtipulator. ſupra de eo per quem factum erit. & l. domum. infra de contrah. empt. Atque hactenus quidem de cauſis, ex quibus datur actio de dolo. Sequitur

Cap. II.

De perſonis, cui, & aduerſus quem actio de dolo competat.

CErtum eſt ei qui dolo alterius circumuentus eſt, aduerſus doloſum actionem dari: cum aduerſus alterum non detur. In hac enim actione deſignari oportet, cuius dolo factum ſit, quamuis in metu non ſit neceſſe, vt ait Vlpianus leg. ſed ex dolo. §. vltim. hic. Actio enim quod metus cauſa, cum in rem generaliter concepta ſit, non in eum tantum qui metum intulit datur, ſed & aduerſus eum ad quem ex metu aliquid peruenit. hæc autem de dolo cum in rem ſcripta non ſit, contra eum tantum intenditur qui dolum commiſit. Ratio diuerſitatis colligitur ex leg. item ſi cum exceptione. §. in hac. ſuperiori tit. Is cui per vim aliquid aufertur, iuſtam habet cauſam ignorantiæ: in ea enim trepidatione vix ſcire poteſt quid ſibi auferatur. Vnde durum videri poſſet eum aſtringi ad deſignanda omnia, quæ ſibi metu ablata ſunt, ad omnes perſonas exprimendas, quæ tale facinus commiſerunt, aut committentem comitatæ ſunt, quod non item de dolo dici poteſt. Datur ergo hæc actio aduerſus doloſum tantum. Excipiuntur tamen quædam perſonæ, aduerſus quas hæc actio non datur, quæ notantur in leg. non debet. nam licet parens patronusue contra filium aut libertum aliquid dolo fecerint, non tamen dabitur actio de dolo, vtpote famoſa, & quæ infamiæ notam non effugerent. l. honori. l. parens. infra de obſeq. à liberis & libert. parent. præſt. Quid ſi parens aliquid dolo abſtulerit à filio, iniquum videtur vt locupletior fiat cum damno alieno, & ex ſuo dolo. Reſpon. Vlpian. In factum verbis actionem temperandam eſſe, vt bonę fidei mentio fiat. Verba, *de dolo* expungenda ſunt, & deſunt in Florent. lib. Verbis autem temperare actionem, vt bonæ fidei mentio fiat, eſt ita concipere actionem, vt quis ſe ſimplicitate ſua potius, quam dolo alterius circumſcriptum eſſe dicat. Hunc locum aliquando adduxi, vt oſtenderem actionem de dolo concurrere cum actione in factum, quæ eſt generalis, & licere actori omiſſa doli mentione, præſcriptis verbis in factum agere. ad leg. iuriſgentium. §. & ideo puto. ſupra de pactis. An hæc actio danda ſit in pupillum quæritur? non videtur dolum admittere poſſe. l. hæredibus. 13. §. 1. ſed reſpondet ibidem Iuriſconſul. non poſſe conueniri de dolo, niſi iuſta aliqua cauſa ſubſit: vt ſi ex dolo forte defuncti tanquam hæres conueniatur, aut ſi proximus ſit pubertati, & doli capax, aut ex dolo tutoris locupletior fuerit factus pupillus. Locus eſt communis de pupillo diligenter obſeruandus, quatenus conueniri poſſit. Quæritur de municipibus, an aduerſus ipſos doli actio detur. l. ſed & ex dolo. §. an in municipes. Tractauimus eandem quæſtionem leg. metum. §. animaduertendum. ſupra quod metus cauſ. vbi docuimus quid differant quæ vniuerſitatis ſunt, ab his quæ ſunt ſingulorum, ex tit. Inſtitut. de rerum diuiſio. §. vniuerſitatis. Aliud eſt ſingulos ciues conuenire, aliud vero ciuitatem vel municipium, quod vice perſonæ eſt, inquit Florent. l. mortuo. infra de fideiuſſ. nam etſi ciues aliquid commiſerint, non dicetur tamen ciuitas id commiſiſſe, niſi publico nomine ciuitatis, & ſono tubæ vocati ſint. Non videbatur igitur municipium dolum admittere poſſe in negotio contrahendo, etſi metum & vim inferre poſſit, quia negotia non ſolent ab omnibus municipibus contrahi: tametſi ab his qui res eorum adminiſtrant, dolus poſſit committi: ideoque ſi municipes pro more ciuitatis in vnum coeant, & callido conſilio quem circumſcribant, vel priuatum, vel alterius ciuitatis adminiſtratorem, non negat Iuriſconſult. quin de dolo poſſint conueniri. ſed & ſi Scabini & Decuriones dolum admiſerint, de dolo poſſunt conueniri. Quæſtio eſt de procuratore in §. ſequ. cum eius dolo aliquid ad dominum peruenit, ſed dandam eſſe ait Iuriſconſ. in dominum de dolo actionem, in quantum ad eum peruenit ex dolo procuratoris. Procurator autem de ſuo dolo tenetur: non enim habet procurator poteſtatem delinquendi, quamuis habeat generalem adminiſtrationem, vt nec tutor nec curator. de procuratore loci ſunt expreſſi in leg. ſi procurator. de condictio. indeb. l. creditor. §. Lucius Titius. infra mandati. l. ſi procurator. C. de procurat. de tutore & curatore locus eſt in leg. meminerint. C. vnde vi. Quæritur de hæredibus l. ſi plures. vbi in eos & ceteros ſucceſſores hanc actionem, ſi quid ad eos peruenerit, pollicetur prætor: & in leg. in hæredem, Proconſul. Turpia enim lucra ſunt ſemper ab hæredibus extorquenda, vt diximus ſub titulo quod metus cauſa. in leg. quod diximus. §. in hæredem.

Cap. III.

De eo quod venit in hanc actionem.

HAc actione petitur reſtitutio eius quod dolo eſt amiſſum, cuius niſi reſtitutio ſequatur, damnatur doloſus quanti ea res eſt arbitrio iudicis. l. arbitrio. Reſtitutio igitur fit arbitrio iudicis: vnde hæc actio dicitur arbitraria. §. præterea. Inſtitut. de action. Antequam iudex ſententiam ferat, definit ex bono & æquo, quemadmodum reum actori ſatiſfacere oporteat: cuius arbitrio niſi pareat reus, in litem iuratur. Hinc appareat arbitrium præcedere, & ſequi condemnationem quanti ea res eſt. Oſtendit poſtea quanti ea res eſt, definiendum eſſe iureiurando actoris, & actori deferendum eſſe iuſiurandum, ſi reus nolit arbitrio iudicis rem reſtituere, vt l. tutor. infra de in litem iuran. l. ſi cum dos. de actio. rer. amot. l. arbitrio. hic. l. qui reſtituere. de rei vendica. Taxatione tamen iudicis refrenatur iuſiurandum, ne accepta occaſione in immenſum iuretur. Eſt locus communis de in litem iurando diligenter notandus. Sed quid ſi manifeſtum ſit rem reſtitui non poſſe, vt ſi ſeruus dolo traditus perierit, in hoc caſu arbitrium iudicis ceſſare ait: ſed rurſus alia quæſtio eſt ex ea. leg. §. dolo cuius. ſi dolo alicuius factum ſit, vt inſtantia litis perierit: de dolo dandum eſſe iudicium: in quo ad finiendas lites, quas immortales eſſe perniciosum, & intolerandum eſt. l. properandum. C. de iudic. arbitrio iudicis res non reſtituetur, ſed tantum conſequetur actor, quanti eius interfuerit id non eſſe factum. Et eſt locus de legum interpretatione, ne fraus eis fiat. Ex iam dictis apparet, rem dolo amiſſam in hoc iudicium venire. Addenda eſt exceptio, niſi modica res ſit, ex leg. ſi quis affirmauerit. §. vlt. cum l. ſeq. quod ex Iuriſconſultorum interpretatione additum eſt, cum Prætor nullam certam ſummam præſcripſiſſet, ſed hoc tantum, Si iuſta cauſa videbitur. Sed quod hic dicitur de duobus aureis, non eſt producendum ad alias actiones, nec dicendum illas non dari, niſi ſaltem duorum aureorum ſumma ſit. hæc enim ſumma reſtricta eſt in hac actione de dolo, quia famoſa eſt.

Cap. IIII.

De tempore intra quod agi poteſt de dolo.

EXtat de hac re conſtitutio Conſtantini, l. vlt. C. eo. vbi ſtatuit biennium continuum loco anni vtilis, qui olim dabatur edicto prætoris, de dolo agere volentibus, vt arbitror, tametſi nulla eius mentio fiat ſub hoc Pandectarum tit. Hac igitur conſtitutione apparet derogatum eſſe iuri antiquo. Et annus vtilis eſt, ex quo deducuntur dies, in quibus agere non licet. l. 1. infra de diuerſis & temp. præſcript. l. 4. *Annus vtilis quid.*

de

de his quæ vi metuſue. C. Viſum autem fuit iuris noſtri auctoribus præſtituere certum tempus huic actioni, quod famoſa & odioſa ſit, & detur contra ius ciuile. l. in honorariis. infra de act. & oblig. Mero enim iure tenetur qui circumſcriptus eſt, ſed ex æquitate contra merum ius & ciuile reſtituitur. Huc pertinet l. 3. C. eod. quæ Gordiani eſt, cuius tamen reſcriptum referendum eſt non ad ius nouum, ſed ad ius antiquum, quod in Pandectis eſt relatum. Eius enim tempore annus vtilis erat præſcriptus ad agendum de dolo, quod colligi poteſt ex conſtitutionum ordine: in quo hoc à Cod. compoſitoribus obſeruatum ſemper eſt, vt reſcripta Imperatorum eo ordine collocarentur, quo ipſi Imperatores imperauerunt. Notandum tamen eſt de dolo aliquando agi perpetuo, poſt annum vtilem, ſcilicet, vel biennium. Exemplum vnum eſt in leg. itaque. 28. §. vlt. Cœpimus dicere de dolo agi contra hæredem, quatenus ad eum peruenit ex dolo defuncti, idque perpetuo, nec intra biennium: idem dicendum de eo qui dolum commiſit, in eo in quo locupletior eſt factus. Tum enim ceſſat ratio, ob quam diximus hanc actionem finiri biennio: neque enim amplius actione de dolo agetur, quæ famoſa eſt, verbis actione in factum temperata. Ideoque non alio finietur tempore, quam quælibet alia actio vel ciuilis vel prætoria, & experiri perpetuo licebit ſine vlla præfinitione temporis. Nulla etiam cauſæ cognitio hic erit neceſſaria, quam neceſſariam eſſe diximus in actione quæ de dolo datur. non enim ita hæc actio concipitur, vt notæ infamia inuratur. Eodem pertinet l. hæredibus. 13. Hactenus de dolo.

AD TIT. IIII. DE MINORIBVS VIGINTIQVINQVE ANNIS.

APPARET ex ſuperiori titulo de reſtitutionibus in integrum, varias eſſe cauſas, ex quibus quis in integrum à Prætore reſtituitur: ſcilicet ob metum, & vim, propter dolum, & propter ætatem. Hęc eſt tertia cauſa, ob quam quis in integrum reſtituitur, nempe propter ætatem. Si quis minor vigintiquinque annis, qui nondum rationis eſt firmæ, aliquid geſſerit, æquum eſt, vt in priſtinum ſtatum reponatur. Cur hoc edictum ſit propoſitum docet Vlpia. l. 1. hic. Ait enim prætorem ſecutum fuiſſe naturalem æquitatem in hoc edicto. Quod videtur Accurſio, & quibuſdam aliis falſum. Nam mirantur quod hic Vlpianus ait hoc edictum naturalem rationem habere. Imo vero naturæ contrarium videtur: quia reſcinduntur hoc edicto per in integrum reſtitutionem contractus, qui iuriſgentium ſunt: veluti, ſi minor locauerit, vel conduxerit, quod æquum eſt, hoc remedio reſtituitur. Hoc naturæ maxime repugnat, cui nihil magis eſt congruum, quam ſeruare quod conuenit. l. 1. ſupra de pact. & l. 1. infra, de conſt. pec. Ergo non eſt naturale, quod conuenit reſcindere: cum nihil ſit tam congruum fidei humanæ, quam ea ſeruare, quæ omnibus inter eos placuerunt. Huc etiam accedit, quod ſcribit Cicero libr. 2. de inuent. Rhetor. de iuridiciali, pactum eſſe quod inter aliquos conuenit, quod iam ita iuſtum putatur, vt iuri præſtare dicatur. Rectius igitur videtur facturus fuiſſe Vlpianus ſi dixiſſet, Prætorem ſecutum ciuilem æquitatem fuiſſe. Nam dubium non eſt, quin aliqua ſit ciuilis æquitas. leg. 1. §. hæc actio. infra, ſi is, qui teſtam. liber eſſe iuſſus. De qua accurate diſputauimus ad leg. 1. ſupra de pactis. Accurſius interpretatur naturalem æquitatem ſecutum, naturali ingenio inductum contra iusgentium ſiue naturale, quod æquitate certa, pacta conuenta tuetur. Sed qui meminerint diſputationis noſtræ de naturali æquitate & obligatione, facile hunc nodum expedire poterunt. Eſt enim naturalis æquitas ex cuiuſque negotii circumſtantiis æſtimanda. leg. bona fides. infra depoſi. Ac obiter notanda ſunt aureola Celſi verba. In boni & æqui diſputatione plerunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ pernicioſe errari. Eſt enim bonum & æquum, benignior, ac humanior iuris interpretatio, quæ ſcripto comprehenſa non eſt, quam Ariſtoteles ἐπιείκειαν vocat, Quam interpretandi rationem iuriſprudentia nos docet, ideoque ius dicitur ars boni, & æqui eſſe ab Vlpiano. l. 1. ſupra de iuſti. & iure. Alciatus lib. 1. Parergon. c. 29. & 30. Cum igitur hæc boni, & æqui tractatio, propria ſit iuris ſcientiæ, nec cuiuſuis hominis ſit, ſed artificis tantum, id eſt Iuriſconſulti: non immerito Celſus ait, in hoc genere interdum errari ſub auctoritate iuris ſcientiæ. Æquum eſt ſeruare quod conuenit, vt iam dictum eſt, ſed æquius eſt, quod cum minore geſtum eſt, non ſeruari. Si ſpectemus leges ciuiles, ratum habendum eſt, quod cum minore geſtum eſt: ſi vero naturalem æquitatem reſpiciamus, non eſt ratum habendum. hæc eſt naturalis æquitas, quam Vlpianus ait Prætorem ſecutum. Lex conſilio minorum tanquam parum firmo in omnibus reſiſtit, inquit Iureconſultus. l. vltim. infra de manumiſſ. vind. Nemo enim prudenti homini poterit perſuadere, æquum eſſe quod geſtum eſt cum minore, qui conſilii expers eſt, ſeruare: ac conſulendi ſunt philoſophi, & videndum quid ad cuiuslibet officium pertineat. Si quis Ciceronem roget, aut alium hominem prudentem, an æquum ſit ratum habere, quod cum minore geſtum eſt, non reſpondebit ſeruandum eſſe. & æquitas eſt maxime ex perſonarum circumſtantiis metienda. Atque alias falſum eſſe dixi, quod vulgo dicitur: ex omni conſenſu naſci obligationem, quia pupillus non obligatur ex ſuo conſenſu. Sequuntur verba edicti.

Quod cum minore &c. Vti quæque res erit &c.

SIc legendum eſt vt in Pandectis Florentinis. Aliàs legitur, *Vtique quæ ea res erit.* Præfatur Vlpianus in hoc edicto id, quod contrarium videtur ſententiæ Iuſtiniani Imperatoris in §. item inuiti. Inſtitut. de curato. vbi dicit, Adoleſcentes inuiti non accipiunt curatores, præter quam in litem: id eſt, Adoleſcentes, qui in tutela eſſe deſierunt, non coguntur habere curatorem niſi in litem: hic tamen contra dicitur. Et ſane Budæus in ſuis annotat. in Pandect. in hoc loco fatetur ſe hærere, moueri que teſtimonio Capitolini, qui in Marco Philoſopho (qui Diuus Marcus vocitari in iure ſolet) ita inquit, Prætorem tutelarem primus fecit, cum antè tutores à Conſulibus poſcerentur. De curatoribus vero, cum ante, non niſi ex lege Lectoria, vel propter laſciuiam, vel propter dementiam darentur, ita ſtatuit, vt omnes adulti curatores acciperent non redditis cauſis. Sed mihi videntur eſſe diuerſa, non pugnantia, & poſſe ita conciliari. Inuiti non accipiunt curatores, ſed non ſequitur, quod eis debeat concedi libera rerum ſuarum adminiſtratio: vtrumque verum eſt, & eos inuitos non accipere curatores, & non concedi eis rerum ſuarum adminiſtrationem, id eſt, non plena adminiſtratio eis conceditur, aliàs poſſent diſtrahere res ſuas, quod maxime abſurdum eſſet, eo quod inter omnes conſtet, fragile eſſe, & infirmum huiuſmodi ætatum conſilium, & multis captionibus ſuppoſitum, multorumque inſidiis expoſitum. Hinc diſtinctio extat animaduerſione digna apud imperatorem, l. 3. C. de in integ. reſtitut. min. viginti quinque annis. qua dicit, ſi minor habens curatorem, contrahit ſine eo, contractus eſt nullus: quod ſi non habet, contractus valet, ſed reſtituitur, ſi læditur. Ergo plenam rerum ſuarum non habet adminiſtrationem: eo quod ſi plenam haberet, non reſtitueretur in integrum, & ratum eſſet, quod cum eo geſtum foret. Minor qui habet curatorem, pupillo ſimilis eſt, qui tutorem habet, ſi negotium gerat, vel contrahat ſine curatore, poteſt reſtitui, vt poſtea dicemus.

Ad l. Nec per liberos.

HOc caput ſuperiori cohæret, in quo dicitur minoribus non concedi rerum ſuarum adminiſtrationem. *Coniunge l. 6. de vſucap. & l. 8. de mune. & honor. ff.*

Quod enim legibus cauetur, vt ſinguli anni &c.

EX lege Iulia & Papia, ad quam hæc ſcripta ſunt, orta fuit diſputatio: qua quidem lege ciuibus Romanis præmia donata ſunt, vt ad liberorum procreationem incitarentur, vt exemplis docuimus lib. 1. diſputat.

Ad honores Diuus Seuerus.

CAutum eſt illis legibus, quod ad honores & Reip. adminiſtrationem pertinet, non autem quod ad rerum pro-

priatum adminiſtrationem minoris pertinet, quia ad Rempublicam adminiſtrandam ante vigeſimumquintum annum, vel ad munera, quæ non patrimonii ſunt, veluti publica, vel honores admitti minores non oportet. l. ad rempublicam. ff. de muner. & honor. ſed propter numerum liberorum ex lege Iulia, & Papia ciues Romani ad Rempublicam maturius prouehuntur, ita vt ſinguli anni propter ſingulos liberos remittantur. Hoc autem ad rerum minoris adminiſtrationem non eſt producendum, vnde ſi forte magiſtratus concedendam minori adminiſtrationem decreuerit, huiuſmodi decretum, vt ambitioſum, eſt reſcindendum. Ipſi principes minoribus rerum ſuarum adminiſtrationem raro indulſerunt, ſolent tamen eis aliquando ex cauſa concedere, vt alibi opportunius dicemus. Vide in hunc locum Ariſtotel. lib. 2. Politic. capit. 7. Nunc ſingula verba edicti interpretabimur, ex quibus cauſæ, ob quas minores reſtitui debent, colliguntur.

Ait Prætor, quod cum minore 25. annis, &c.

INprimis videndum eſt, quomodo hæc verba ſint accipienda. Quæſtio tractatur in leg. 3. §. ſi quis cum minore. hic. quæ tamen non eſt huius loci propria. Negotium geſtum eſt cum minore, ſed tamen eſt conſummatum cum maiore, an pro maiore, an pro minore ſit habendus, vt in integrum reſtituatur? Dubium non eſt, quin hæc ſpecies ad edicti interpretationem pertineat: & ait Vlpianus reſtitutionem ceſſare. Alia ſpecies eſt: actio inſtituta eſt cum minore vigintiquinque annis, cum forte vigeſimumquartum annum ageret: lata eſt ſententia poſt 26. annum, an reſcindetur quod geſtum eſt: an denegabitur reſtitutio, quaſi cum maiore geſtum ſit? Hæc etiam ſpecies ad verborum edicti interpretationem maxime pertinet, nec dubium eſt quin minori, ſiue actor ſit, ſiue reus in iudicio, & captus ſit, ſubueniatur. gloſ. in leg. 1. C. ſi aduerſus rem iud. reſt. poſtul. ad quem tit. ſcripſi. Alius locus eſt l. 3. §. minorem. hic. vnde naſcitur quæſtio ex his edicti verbis. *Quod cum minore viginti quinque annis.* Minor 25. annis contraxit, deceptus eſt, vult in integrum reſtitui: Obiicitur ei quod dies poſtremus anni vigeſimiquinti cœptus eſt, non perfectus ipſo die natalis, quæritur an poſſit reſtitui? Ea quæſtio ad verba edicti, an debeat dici vigintiquinque annorum eſſe, pertinet. Annus ex trecentis ſexaginta quinque diebus conſtat, & certum eſt eum diem vltimum attigiſſe, verum nondum completus eſt: vult hoc tempus ſpectari à momento ad momentum, ac reſtitutionem ei non denegari, donec nouiſſimum tempus præterierit. Sed varietas iuris difficultatem parit: nam alibi dicitur, cœptum diem pro completo haberi, ac diem vltimum anni duodecimi, etſi cœptus tantum ſit, pro completo haberi. l. qua ætate. ff. de teſtam. Simile eſt quod dicitur in l. in vſucapionibus. de vſucap. & l. vltim. de diuer. & temp. præſcriptio. in vſucapionibus tempus à momento ad momentum non computatur: triennium accipimus, vt vltimus dies cœptus, pro completo habeatur, etſi vltimus dies cœptus completus non ſit. Huic reſpondet, quando Iureconſultus legem Æliam Sentiam interpretatur, quæ vetat ne minor viginti annis ſeruos manumittat, quæritur quis ſit habendus minor? & inquit Vlpianus minorem non eſſe, qui diem ſupremum agit anni 20. l. 1. ff. de manumiſſ. Eodem pertinet quod Paulus inquit l. anniculus. ff. de verbor. ſignifi. anniculum, non ſtatim vt natus eſt, ſed trecenteſimo ſexageſimoquinto die dici incipiente plane, non exacto die: quia annum ciuiliter, non ad momenta temporum, ſed ad dies numeramus: igitur qui decedit trecenteſimo ſexageſimoquinto die cœpto, dicitur anniculus decedere. Hic vero contra, nam tempus à momento ad momentum aſſerimus computari. Sed omnibus in his ſpeciebus ratio deprehenditur, ob quam dies cœptus pro completo habetur. Quæſtio eſt, dict. leg. qua ætate. ff. de teſta. qua ætate quis poſſit teſtamentum facere? lex præſtituit 14 annos maſculis, & 12. fœminis, & cum quæritur, an qui attigit vltimum diem, poſſit teſtamentum facere, ambigua oratio eſt, verum fauor teſtamentorum ſuadet, vt benignius interpretemur, eique detur potius condendi teſtamenti facultas, quam vt denegetur. Idem in vſucapionibus ius receptum eſt, vt is qui bona fide rem poſſidet, eam rem ſibi acquirat. Ideoque cum tractatur, at triennio ſit dicendus poſſediſſe is, qui diem triennii vltimum attigit, fauor bonæ fidei poſſeſſionis exigit, vt ita interpretemur, & dies cœptus pro completo habeatur, ne dominia rerum in incerto maneant. l. 1. ff. de vſucap. ſeu vſurpa. Sic etiam propter libertatum fauorem benignius interpretamur, in l. 1. ff. de manumiſſ. in reſtitutione autem minoris, de qua hic loquimur, tempus à momento ad momentum computamus, quia minorum fauor id exigit. Si igitur minor vltimo die vigeſimiquinti anni negotium contraxerit, fauor poſtulat: vt non ei reſtitutio denegetur, niſi tempus nouiſſimum præterierit. Sic in præſcriptionibus temporum, à momento ad momentum tempus computatur. l. in omnibus. i. ff. de actio. & obligat. Quædam actiones tempore finiuntur, an id tempus à momento ad momentum computabimus? ita quia nullus eſt fauor, qui diem cœptum pro completo habendum eſſe ſuadeat.

Proinde & ſi biſſexto &c.

SI quis natus ſit intercalari die biſſexto anno vigeſimoquinto, eodem die, & momento, vigintiquinque annorum eſſe dicitur, ita vt, ſi quid cum eo geſtum ſit eo tempore, in integrum non reſtituatur. Vt autem hic locus commodius explicetur, intelligendum eſt tyronibus, annum ex trecentis ſexagintaquinque diebus conſtare. l. cum hæres. §. Stichus. de ſtatuliber. l. ita vulneratus. §. æſtimatio. ad leg. Aquil. ff. Sed præter eos dies trecentos ſexagintaquinque, ſex horas annus habet. Non potuit enim annus ita conſtitui, vt curſui ſolis omnino congrueret, quin aliquot horæ ſupereſſent: huius autem errati corrigendi cauſa, quarto quoque anno vnus dies intercalatur, id eſt, interſeritur. Sex horæ quadruplicatæ diem efficiunt in quolibet quadriennio vigeſimoquarto die Februarii, ſexto Calendas Martii, diciturque biſſextus, quia ſexto Calendas, bis in calendario ponitur l. cum biſſexto. ff. de verbor. ſignif. *Cum biſſexto eſt.* id eſt, cum ſexto Calendas bis ponitur. Ponamus igitur anno biſſextili natum aliquem poſteriori die, non priori, id eſt, ipſo intercalari: quæritur ſi anno vigeſimoquinto die natalis ſui, id eſt, ſexto Calendas Martii eodem momento, & hora qua natus eſt, quid geſtum ſit, an poſſit reſtitui? Sequens dies expectandus videbatur, quia poſteriori die intercalato natus eſt. Sed hic Iureconſultus ait, eum non eſſe reſtituendum, quia vnus dies fingitur eſſe vterque dies, & iſte dies cum priore confunditur. Nihil quidem refert, an priore, an poſteriore die natus ſit: nam ſexto Calendas natus, maior vigintiquinque annorum factus eſſe dicitur: nec is qui priori die natus eſt, citius ad vigeſimumquintum annum peruenit, quam qui poſteriori die natus eſt. Vide d. l. cum biſſexto. vbi plenius hic locus explicatur. In eadem lege admonendum eſt, legendum eſſe ad finem, menſem intercalarem ex viginti octo diebus conſtare, ſecundum Pandectas Florentinas: in aliis legitur, ex viginti nouem diebus.

Geſtum eſſe dicetur.

VIdendum eſt, quid ſit geſtum, & ait Vlpianus l. ait Prætor. hic. hæc verba latius interpretans, hoc verbum ad omnem contractum, ſiue omne negotium, quod cum minore contrahitur, referri. Hinc naſcitur difficultas, ex eo quod dicitur in leg. Labeo. 19. ff. de verborum ſignificatione. eſſe differentiam inter actum contractum, & geſtum: ait enim Iureconſultus actum ſignificari, quidquid agitur, ſiue re, ſiue verbis: contractum autem, vltro citroque obligationem eſſe, quem Græci συνάλλαγμα, id eſt, mutuum factum obligatorium vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem, ſocietatem: geſtum vero rem ſignificare, ſiue re, ſiue verbis factum, cum quid, abſque vllo contractu, traditur: & tamen hic plenius hoc verbum accipi videmus, vt etiam ad contractum pertineat. Notatur in leg. hæc verba contraxerunt. & in leg. licet. de verborum ſignificatio. Sed animaduertendum eſt, in eo loco Labeonis ſententiam ab Vlpiano referri. Labeo, inquit, libro primo Prætoris vrbani definit, quod quædam agantur, quædam gerantur, quædam contrahantur. &cæt. dict. leg. Labeo. Hæc ſententia Labeonis relata eſt apud Vlpianum lib. 1. ad edictum, ex quo & hoc caput noſtrum ſumptum

ptum

ſumptum eſt. Nam eadem eſt vtriuſque capitis inſcriptio, vnde apparet ex hoc tractatu hunc locum ſumptum eſſe, & relatam Labeonis ſententiam ab Vlpiano, qui poſtea ſuam ſubiecit. In interpretatione edicti de minoribus vigintiquinque annis, Vlpianus oſtendere volens quid ſit geſtum cum minoribus, recitat Labeonis ſententiam, qui diſtinxit. Deinde idem Vlpianus ſubiecit hoc verbum latius accipiendum eſſe, neglecta ſubtili differentia Labeonis, & geſtum hic accipi pro omni contractu, ſiue re, ſiue verbis quid actum ſit, aſſeuerauit. Coniungenda ſunt igitur hæc capita l. Labeo. & noſtrum, vt facilius intelligantur quæcunque hic dicuntur. In l. Labeo. refertur tantum Labeonis ſententia, nihil definitur, ac poſt verba Labeonis recitata, ſubiiciendum eſt quod hic dicitur: *Geſtum accipimus,&c.* Atque ita hic nodus diſſoluitur. Varia exempla ſub hoc titulo paſſim extant, de contractu, de quaſi contractu, & cæteris negotiis omnibus, quæ cum vigintiquinque annis minoribus geruntur: ſed de omnibus ſuo loco dicemus, nempe ſub ſingulis titulis Codicis Iuſtinianei. Sunt enim pene de ſingulis tituli in Codice Iuſtinianeo, De filiofamilias minore, De fideiuſſoribus minorum, &c. Nos cum ordinem Iureconſultorum ad Vlpiani, & Pauli verborum huiuſce edicti explicationem ſecuti fuerimus, ad Codicis titulos veniemus. Satis igitur dictum fuit de huius verbi, Geſtum, interpretatione. Sequitur in edicto, *Vti quæque res erit.* ſic enim legendum eſſe iam admonui. Vlpianus hinc annotat nullam propriam actionem ex hoc edicto proficiſci, ſed totum ex Prætoris cognitione pendere. leg. quod ſi minor. §. vlt. hic. ex aliis edictis etiam quæ ad reſtitutiones pertinent, actiones propriæ proficiſcuntur: vt ex edicto de dolo malo, ac eo quod metus cauſa, Prætor pollicetur ſe actionem daturum. Hic autem ita proponitur edictum, vt nulla detur actio. *Quæque res erit*, inquit Prætor, *animaduertam.* Ex quibus verbis ſignificat Prætor ſe totum negotium cognitioni ſuæ reſeruare.

Vel cautio,&c.

HOc addit Paulus in dicto §. vltimo, quia ex edictis plerunque cautiones proficiſcuntur, quæ actionis inſtar habere dicuntur. l. actionis verbo. ff. de oblig. & actio. Huiuſmodi eſt edictum de damno infecto, quo edictum de damni infecti cognitione, cautioneque adhibenda proponitur. Ex his edictis omnibus, quæ propoſita ſunt à Prætore, cautiones, & ſtipulationes, quæ inſtar actionis habent, proficiſcuntur, atque ſe coacturum cauere, vel actionem daturum Prætor pollicetur. Verum hic neutrum dicit, ſed tantum ait Prætor, *Vti quæque res erit, animaduertam:* ergo totum ex Prætoris cognitione pendet. Iureconſulti ſolent vti cognitionis verbo, cum de reſtitutione loquuntur. leg. 3. §. Pomponius. hic. &, *Impetrare cognitionem*, vocant Vlpianus & Pomponius, impetrare reſtitutionem in integrum, quia Prætor extra ordinem cognoſcit. Prætor olim non cognoſcebat, ſed iudices dabat, nec ipſe, niſi extra ordinem, iudicabat. De hac re vulgaria ſunt apud iuris authores exempla: ſub titulo de extraordinari. cog. & lege prima. ff. de rei vindic. cum omiſſo ritu ſolenni dandorum iudicum, ipſe cognoſcit, ideoque dicitur extra ordinem cognoſcere. Exemplum etiam eſt hoc in loco, cum minor reſtitutionem petit: & ſic intelligendum eſt, quod dicitur, totum ex Prætoris cognitione pendere. Id autem quod dicitur de Prætore, ita intelligendum eſt, vt is cui mandata eſt iuriſdictio, non excludatur. Quæ quidem cognitio eſt imperii mixti. leg. ea quæ. 1. ff. ad municip. & de incol. atque ideo mandari poteſt: & imperii mixti eſſe, eius imperii eſt, quod mandata iuriſdictione transfertur: ergo mandata iuriſdictione poteſt illud imperium transferri. Qua de re Iuſtiniani conſtitutio extat leg. vltima. Cod. vbi & apud quem cogni. in integrum reſtitut. agitanda ſit. vbi ait, reſtitutionem in integrum poſſe peti coram iudicibus ordinariis, & ſpecialiter delegatis, vel ad vniuerſitatem cauſarum, non coram arbitris vel iudicibus qui propriam iuriſdictionem non habent. Animaduertendum tamen eſt, hoc edicto plerunque actionem reſtitui, ſiue in rem, ſiue in perſonam, quam minor amiſit: de qua actione deinde iudex ordine ſeruato cognoſcat: ſicque intelligenda eſt Vlpiani ſententia in leg. in cauſæ. 13. §. interdum. hoc titulo. Hic vero locus ſumma cum diligentia eſt attendendus, eo quod ſit valde obſcurus, & malè vulgo intellectus ab his, qui de hac re ſcripſerunt. Accurſiani ex hoc loco reſtitutionem in integrum in rem eſſe ſcriptam annotarunt, quod quidem abſurdum, & perridiculum eſt: ſatis enim ſe non intellexiſſe quid ſit in rem ſcripta actio, oſtendunt: & ex eo magni ſunt errores nati. Hinc namque collegerunt, in eo loco agendum eſſe, vbi res, de qua agitur, ſita eſt: quia in actionibus in rem, ſequi domicilium eius contra quem agimus, cogimur. De hac re iam differui ſuprà in titulo generali de in integrum reſtitut. & nominatim hunc locum adduxi in leg. ſecunda Cod. vbi & apud quem cognit. in integr. reſtit. agi. ſit. Igitur hoc edicto amiſſa actio, ſiue ſit in rem, ſiue in perſonam, plerunque reſtituitur, vt prædixi: veluti: cum quid metu ablatum eſt, etiam ei reſtitutoria actio in rem, qua id quod ablatum eſt metu, perinde ac ſi nihil ablatum eſſet, vindicare poſſit, datur. l. metum. §. volenti. ff. de eo quod met. cau. atque in rem vtilis actio reſtituetur, reſciſſo eo quod geſtum eſt. Simile exemplum eſt de minore, ſi ex inconſulta ætatis facilitate actionem ſibi competentem amiſerit, eandem Prætoris eſt actionem reſtituere, ſi ipſe cognoſcere velit: ſi vero cognoſcere nolit, iudicem qui de ea cognoſcat actione, dare poteſt ac debet. Quos iudices datos accipiendum eſt cum mandata iuriſdictione, non eos qui ſimplicem iudicandi facultatem habent, vt colligitur ex ſuperioribus: hic enim eſt acyrologia, quæ parit obſcuritatem. Exemplum perſonalis actionis: minor inductus eſt propter conſilii infirmitatem, vt acceptilatione debitorem liberaret, qua prior actio ſublata eſt: tunc Prætor actionem amiſſam ei reſtituet, id eſt, actionem in perſonam vtilem dabit: ſic, ſi minor rem ſuam alienauerit, ei actio reſtituetur, id eſt, ei actio in rem, reſciſſo eo quod geſtum eſt, dabitur: ſi autem Prætor cognoſcere nolit, in rem iudicium, de quo iudex datus cogniturus eſt, dabit. Et ſic intelligendum eſt quod dicitur ab Vlpiano in dicta l. in cauſæ. 13. §. interdum. hic.

Vt puta rem,&c.

ADFERT exemplum Iureconſultus: Rem à minore emiſti, eam alii vendidiſti, non tantum aduerſus te, ſed & aduerſus poſſeſſorem, quicquid geſtum eſt, reſcindetur. Prætor ei in rem iudicium dabit, perinde ac ſi nulla fuiſſet alienatio facta, & ſi velit ipſe cognoſcere, poterit. Reſtituitur actio, quæ amiſſa eſt, ſiue in rem, ſiue in perſonam fuerit: non quod in rem ſcripta ſit reſtitutio: & ſic facile erit ſcire quo in loco ſit experiendum, ſecundum leg. vlt. Cod. vbi in rem act. exer. De actione in rem ſcripta nugæ ſunt, quæ hic à pleriſque iuris profeſſoribus dicuntur. Hic multæ quæſtiones inutiles de remedio reſcindente, & reſciſſorio remedio, ſintne ſeparata, an coniuncta, tractantur. Sed dicam breuiter quid ſit. Hæc actio, quæ reſtituitur, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, dicitur reſtitutoria, quia reſtituitur actio amiſſa. leg. 3. ff. de eo per quem fact. erit. quo min. quis in iudic. ſiſt. Dicitur etiam reſciſſoria, quia quod geſtum eſt, reſcinditur: nec daretur, niſi reſciſſo eo quod geſtum eſt. leg. nec non. ex quibus cau. maio. ff. leg. ab hoſtibus. 18. Codice de poſtli. reuer. Goue. libro 1. lect. 46. falli videtur in dicta l. nec non. §. vlt. An autem diſcreta ſint, an coniuncta? ſecundum veterem iudiciorum dandorum morem ſeparata eſſe aſſero. Separatum eſt enim Prætoris officium, qui reſcindit actionem, ab officio iudicis qui de data actione cognoſcit: Prætor dat actionem reſciſſoriam, deinde iudex de ea cognoſcit. Sed poſtquam iudiciorum dandorum mos exoleuit, magiſtratus ipſe partibus iudicis fungitur. Vnde ſi minor captus ſit ſecundum poſteriorum Imperatorum tempora, ad magiſtratum ibit, aduerſarium in ius vocabit, ac ſibi reſtitui actionem, reſciſſo eo quod geſtum eſt, contendet. Moribus quidem noſtris, idem fere, quod veteres in iudiciis dandis, ſequimur: quia non idem iudex, qui de cauſis reſtitutionum in integrum cognoſcit, in integrum reſtituit: ſiquidem vel magiſtri libellorum, vel cancellarius, vel

princeps reſtituit. Et ſic Cancellarius vice Prætoris antiqui fungitur: nam, quod geſtum eſt, reſcindit, & dat reſciſſoriam actionem, de qua iudex cognoſcit. Ita moribus noſtris fit, quod hic dicitur. d. §. interdum. reſcinditur id quod geſtum eſt, & actio vel in rem, vel in perſonam, qualemcunque minor amiſerit, datur.

Pomponius quoque, &c.

EXemplum eſt pertinens ad interpretationem verborum edicti, quod obſcurum non eſt. Ait igitur Prætor, *Vtiquæque res erit, animaduertam.* Ex his verbis notandum eſt, cauſæ cognitionem omnino neceſſariam eſſe, l. in cauſæ. §. cauſa enim cognita. hic. eo quod ſine cauſæ cognitione, minor reſtitui non poteſt: omnia enim quæcunque cauſæ cognitionem deſiderant, per libellum non poſſunt expediri. l. nec quicquam. §. vbi decretum. ff. de officio proconſul. quod Galli in foro verſati, *Par vne ſimple requeſte*, vocant. Decretum eſt quod magiſtratus ſtatuit cauſa cognita, id eſt, examinata ratione, cur quid ab eo petatur: idque ſolenni more pro tribunali. l. 1. de offic. aſſeſ. l. cum hi. de tranſact. l. magis puto. de rebus eor. ff. Cum igitur decretum eſt neceſſarium, porrigebatur ſupplex libellus magiſtratui, vt illud interponeret. Quod ſi eo non interpoſito, libello tantum ſubſcripſiſſet. dubitatum eſt an ſatis eſſet. Hoc negat Vlpianus. Torquetur valde Accurſius. Sed vide Alciatum 2. Paradox. cap. 3. Quod autem cauſæ cognitio ſit hic neceſſaria, id expreſſum eſt apud Vlpianum his verbis: Cauſa enim cognita, & præſentibus aduerſariis, vel ſi per contumaciam deſint, in integrum reſtitutiones perpendendæ ſunt. l. in cauſæ. 13. §. cauſa enim cognita. hic. ſi, poſitum eſt pro niſi. Gouea. 1. lect. cap. 13. igitur præſentes eſſe aduerſarios vel ſaltem legitime vocatos oportet. Huic ſimile eſt, quod dicitur: quotieſcunque de vno negotio iudicandum eſt præſentibus omnibus, quos cauſa contingit, iudicari oportet: aliter enim iudicatum tantum inter præſentes tenet. l. etiam ſi patre. §. vlt. hic. l. de vnoquoque. de re iud. ff. Ratio autem eos euocandi ad quos cauſa pertinet, ab Imperatore traditur Nouel. vt ſponſalit. largit. §. ad hæc quoque. In hac quidem cauſæ cognitione videndum eſt, quid ſit inquirendum: nam hic locus valde vtilis eſt, ac multa inquiruntur, cum de minoris reſtitutione agitur, de quibus ſigillatim dicturi ſumus, quæ notari debent ab iis, qui volunt in foro verſari, vt quo modo regia diplomata concipienda ſint intelligant: quippe quod plerunque inciuilitas contra literas Regias obiiciatur, vtpote iuſtam forte cauſam earum impetrandarum non fuiſſe. Igitur hæc ſunt diligenter obſeruanda. In primis an minor ſit captus infirmitate conſilii, lubrico ætatis, & pluribus aliis modis à Iureconſult. expreſſis in l. verum. 11. §. ſciendum. hic. nec ſufficit minorem eſſe allegare, eum qui reſtitui poſtulat, ſed captum & fraudatum eſſe neceſſe eſt. Primo namque ponendum eſt, minorem eſſe: ſecundo captum eſſe: tertio captum eſſe inconſulto lubrico ætatis. Quoniam ſi id ei acciderit, quod etiam prudenti homini potuiſſet accidere, non reſtituetur. Idque docetur exemplis, quæ ſunt perſpicua. Vnum eſt: minor affectus eſt damno, ſed quia alius vir prudens, etſi minor non fuiſſet, circunueniri potuiſſet, non reſtituetur. dicto §. ſciendum. Aliud eſt in l. quod ſi minor. 24. §. non ſemper. l. non omnia. 44. hic. non ſemper ea, quæ cum minoribus geruntur, reſcindenda ſunt, ſed ad bonum & æquum redigenda ſunt, ne magno incommodo huius ætatis homines afficiantur, nemine cum his contrahente: & quodammodo commercio eis interdicetur. Simile eſt etiam quod dicitur in l. non omnia, eod. Non omnia, quæ minores 25. annis gerunt, irrita ſunt. Itaque niſi aut manifeſta circumſcriptio ſit, aut tam negligenter in ea cauſa verſati ſint, Prætor interponere ſe non debet. Idem: cognoſcere debet Prætor an minor captus ſit, & ſic eum reſtituere. l. nam poſtea. §. ſi minor. ff. de iureiuran. Sed quando circumſcriptus eſſe dicetur minor, vt reſtitutionem mereatur? Et notandum eſt, minorem captum intelligi, non tantum ſi damno ſit affectus, ſed & ſi quid lucrari deſierit, eoque caſu reſtituendum. l. ait Prætor. 7. §. hodie. hic. Porro tunc minor deſiit lucrari, cum res, de qua agitur, nunquam ei fuit acquiſita. Damnum eſt cum rem acquiſitam minor amiſit: exempli gratia. Pecunia legata eſt minori, is legatum repudiauit, cum id potuiſſet lucrari, an reſtituetur, cum non ſit affectus damno, neque imminutum ſit eius patrimonium? quod proprie damnum eſt. l. 3. ff. de damno infect. Et tamen hic dicitur eum reſtituendum eſſe. *Quid damnum, quid lucrum.* Simile eſt quod ſequitur: Si res minoris ſit alicui addicta in licitatione, ſi forte poſt addictionem maius pretium quis offerat, an minor reſtituetur? & ait certum ius eſſe, quod quotidie Prætores eum reſtituunt, vt rurſum admittatur licitatio. d. l. ait Prætor. 7. §. hodie. hic. Certum vero ius cenſetur illud quod moribus eſt comprobatum. Hoc tamen circumſpecte faciendum eſſe, id eſt, non niſi ex magna cauſa, Vlpianus ibi admonet: alias nemo accederet ad emptionem rerum pupillarium, nec ſi bona fide diſtraherentur. Captus igitur videtur minor non tantum ſi de damno vitando agatur, verumetiam ſi de lucro. Idem dicendum eſt, ſi minor in odioſas lites inciderit, propter id quod geſtum eſt, reſtitui poteſt. l. minoribus. hic. quia Prætor curat ne litibus odioſis, moleſtiſque vexetur minor, quas ſemper bonus vir effugere debet. facit l. 4. ff. de alienat. iudi. mut. cau. fact. Habetur etiam in cauſæ cognitione ratio iuſtæ affectionis: vtputa, res quædam veniebat in auctione publica, minor eam rem volens conſequi, quod maiorum eius fuiſſet, obtulit pretium: honeſta fuit affectio, ſed adiectione ab alio in licitatione fuit ſuperatus, ac ideo res fuit addicta licitatori: vult minor in integrum reſtitui, & tantum offerre quantum licitator: non videtur reſtituendus: veruntamen ait Hermogenianus audiendum, ſi eius intereſſe, emptam ab eo rem fuiſſe, approbetur. l. ſi in emptione. 35. hic. Vnde colligitur huius affectionis honeſtæ hic haberi rationem. An autem huius affectionis ſemper ſit habenda ratio, non eſt huius loci, de qua re aliquid tradidi ad l. in actionibus. ff. de in litem iuran. & ad id locum communem citaui textum leg. 1. §. & alias. ff. ſi quid in fraudem patro. Quæritur etiam an reſtituendus ſit minor aduerſus venditionem, vel emptionem cum minore initam: veluti, pluris ei res vendita eſt, quam valeret, vult reſtitui minor, cum reſtitui petit, oportet ſe captum eſſe alleget, vt dictum eſt ſupra. vtrum captus ſit cenſendus? Dicit ſe damno affectum, quia rem, quæ tanti erat, pluris emit, ſed tamen dicitur, eum non reſtituendum, propterea quod (inquit Pomponius) naturaliter licet contrahentibus ſe circumuenire, id eſt, licet rem quæ minoris eſt, pluris vendere, rem quæ maioris eſt, minoris emere. l. in cauſæ. 16. §. idem Pomponius. hic. l. item 2. §. quemadmodum. ff. loca. & conduc. nec eo nomine conceſſum eſt a venditione recedere. *Quomodo liceat contrahentibus ſe circumuenire.* Ne quis tamen in negotio fratrem circumueniat, vetat D. Paulus 1. ad Theſſal. 4. Verum hæc libertas neceſſario eſt concedenda, non quod machinatione aliqua vti liceat, ſed quod pretio maiore, vel minore licet emere, modo dolus non arguatur. d. §. quemadmodum. cum l. ſeq. nec tamen licet eo nomine ab emptione recedere. Tantum vero ius permiſſum non eſt contrahentibus Imperatorum conſtitutionibus. l. rem maioris pretii. C. de reſcin. vendit. Huc pertinet alia conſtitutio l. vlt. C. eod. in re non in verbis obſcura, qua vix commodius exemplum obſeruari poteſt, quod mihi videtur eſſe eius regulæ: cum minor pluris emit rem, non ideo reſtituetur in integrum, nec cenſetur circumſcriptus eo quod iure communi ſit vſus, quia eodem iure licet ſe mutuo circumſcribere in vendendo, & emendo, ac ideo non venit reſtituendus. Poſtrema quæſtio eſt de minore, qui in arbitrum compromiſit litem habens cum aliquo, an poſſit reſtitui? & reſtituendum eſſe Paulus aſſerit. l. ſi minor. 34. §. 1. hic. quod mirum videtur: poſſet enim probabiliter dici expectandum iudicii euentum, quoniam fortaſſis minor vincet, ſed quoniam id incertum eſt, minor reſtituitur. Nam melior eſt conditio, inquit Seneca, bonam habentis cauſam non compromittere. non eſt enim prudentis, cum bona cauſa eſt, compromittere, ſed ſi dubia ſit cauſa, tunc minor poteſt compromittere, vt facile oſtendam ex his, quæ à me tractabuntur ſub titu. de recep. arbitr. ff. Vnde vulgatiſſimum illud adagium in Gallia fertur apud veteranos forenſes, *Qui a compromis ſon chaperon, il a deſia perdu ſa cornete.* Nunc autem de ceteris videndum eſt, quæ

in

in cauſæ cognitione, de qua loquimur, ſunt examinanda. In hac cauſæ cognitione inquiritur, an alio remedio minori conſuli poſſit, quam per in integrum reſtitutionem, ſecundum conſtitutionem ab Vlpiano inſertam in l. in cauſæ. 16. in princ. hic. Quæſtio eſt ſi alia ſit actio, qua conſuli poſſit minori, abſque reſtitutione in integrum, an ſit ei in integrum reſtitutio concedenda, an vero partes Prætoris ceſſent? Et ait Iureconſultus, ſi minor iure munitus eſt, quia contractus ipſo iure nullius eſt momenti, partes Prætoris ceſſare: ſin autem quod cum minore geſtum eſt, ipſo iure valet, licet alia prodita ſit actio, nihilominus poſſe in integrum reſtitutionem locum habere. Hac diſtinctione vtitur Iuriſconſultus in dicta leg. in cauſæ. eamque exemplo expedit. Admonui ſuprà extraordinarium eſſe hoc auxilium, quia prætor extra ordinem cognoſcit, an captus ſit minor necne: ſi quidem cum pupillo ſit contractum ſine tutoris auctoritate, contractus ipſo iure nullus eſt, & perinde habetur, ac ſi nihil eſſet geſtum: vnde huic edicto non poteſt eſſe locus. Simile eſt exemplum ſuperiori in l. 3. C. de reſt. in integ. ſi quis cum adoleſcente curatorem habente ſine eo contraxerit, nullius momenti erit contractus: idem ſi quis abſque curatore minori vendiderit, irrita venditio erit: ſi vero ſit contractum cum minore curatorem non habente, ratum quidem eſt, quod actum eſt, ſed ſi captus ſit minor, reſtitui poterit. Ergo cum ſtatus mutatus non eſt, ridiculum eſſet eum in integrum reſtitui, vbi contractus eſt ipſo iure nullus. Hodie tamen in Gallia, Regia diplomata concedi ſolent à libellorum magiſtris, vt ſecuriores ſint minores, quamuis id neceſſarium non ſit. *Si minor, &c.* Exemplis Paulus demonſtrat, locum non eſſe reſtitutioni, cum contractus ipſo iure non tenet. *Nullam eſſe ſocietatem ne inter maiores quidem.* dicta l. in cauſæ. 16. Si quis dolo circumſcriptus contraxerit, ipſo iure nullum eſſe contractum bonæ fidei, oſtendi ad l. & eleganter. ff. de dolo malo: in aliis contractibus aliud dicendum eſt: ſed hæc diſputatio non eſt huius loci. ea enim ad titulum de ſolutio. pertinet. *Pomponius quoque refert, &c.* in dicta leg. in cauſæ. Vlpianus Iureconſultus ſpeciem adfert, in qua condictio ſine cauſa datur: ſi quis cauerit ei cui cauere non debebat, in integrum reſtitui, & cautionem condicere poteſt. Hoc in loco apparet, vbi alia actio competit, nihilominus reſtitutionem locum habere, quoties ipſo iure munitus non eſt minor; & quamuis minori condictio competat, tamen non ipſo iure dicitur munitus: veluti, ſi quis indebitum per errorem ſoluerit, nullam ipſo iure repetitionem habet, eò quod dominium in accipientem tranſtulit, verum ex æquo & bono condictio contra merum ius datur. Hinc dicitur indebiti condictionem cauſam habere naturalem. l. indebiti. ff. de condict. indeb. & ex æquo, & bono introductam, quod alterius apud alterum ſine cauſa deprehenditur, reuocare conſueuit. l. hæc condictio. pen. ff. eodem. Idem de aliis condictionibus dicendum eſt, vt ſi cui minor per errorem cauerit, repetere cautionem poterit. Hoc caſu Prætor poteſt ſuas nihilominus interponere partes. At quoties quis ipſo iure munitus fuit, id eſt, quoties ipſo iure res in eodem ſtatu eſt, vt ſi dolo malo venditio inita eſt, & omnia in eo cauſa ſint, perinde ac ſi nihil actum eſſet, ceſſant Prætoris partes. Fruſtra hic de reſtituendo in priſtinum ſtatum ageretur, cum ſtatus eſt integer. Quin etſi quo caſu ipſo iure contractus nullus eſt, quod tradidit, licet ei vindicare, neque reſtitutio locum habet. Et, vt compendio orationis vtar, quotieſcunque ipſo iure contractus nullus eſt, minor non reſtituitur. Exempla hic alia ſunt, de quibus ſub aliis titulis Codicis dicturi ſumus. Quæritur etiam an minor contra minorem reſtituatur in integrum beneficio ætatis: hoc quidem in cauſæ cognitione examinandum eſt, & Pomponius exiſtimat, cum par ſit cauſa vtriuſque, non eſſe minorem reſtituendum. l. verum. 11. §. vlt. hic. Verum quidem dixit Pomponius, ſed cum diſtinctione illud dixiſſe debuerat. Quare huic ſententiæ cum exceptione, & diſtinctione Vlpianus accedit, aſſerens inſpiciendum eſſe, quis ſit captus: ſi vnus ſit captus, alter non, æquum eſt vt capto aduerſus alterum ſuccurratur, ne alter cum alterius damno locupletetur, vt ſtatutum eſt ab eodem Pomponio l. nam hoc natura. ff. de condictione indeb. quod ſi vterque ſit captus, non erit locus reſtitutioni: exempli gratia, minor minori pecuniam credidit, alter dilapidauit, vterque captus eſt, igitur ceſſabit reſtitutio: ſed meliorem eſſe conditionem conſumentis ait Paulus leg. ſi minor. 34. hic. Qui tamen exceptionem addit, cum qua intelligendum eſt; quod in ea lege dicitur, videlicet ita demum eum liberari minorem, qui conſumpſit, ſi ita conſumpſerit, vt non ex conſumptione, tempore litis conteſtatæ, ſit locupletior factus. Et hoc traditum eſt ſecundum vulgarem iuris regulam, qua dicitur: Cum par eſt vtriuſque cauſa, rei fauorabilior eſt cauſa, quam actoris. l. fauorabiliores. infra. Alia eſt huic affinis quæſtio, quæ ibidem tractatur: vtputa, Si minor vigintiquinque annis filiofamilias maiori vigintiquinque annis mutuam pecuniam dederit, filiusfamilias ex mutuo propter Senatuſconſultum Macedonianum non obligatur: ex vna parte minor eſt, qui pecuniam petit, vult reſtitui: ex altera parte filiusfamilias eſt, qui vult ſe Macedoniano Senatuſconſulto tueri: Si Macedonianum Senatusconſultum filiofamilias proſit, beneficium ætatis minori non proderit: ſi beneficium Senatuſconſulti Macedoniani non proſit, ætatis beneficium proderit. Ait Iureconſult. magis haberi rationem ætatis, quam Senatuſconſulti Macedoniani. Hic autem obſeruanda eſt antinomia, quæ eſt κατὰ περίστασιν, de quo genere artis plene alias diſſeruimus ſub titul. de legib. ff. Antinomia κατὰ περίστασιν dicitur, cum duæ leges inter ſe non natura ſed circumſtantia pugnant, vel vt Quintilianus ait libro 7. Inſtit. Orat. capit. 7. Omnibus manifeſtum eſſe debet, nunquam eſſe legem legi contrariam iure ipſo: quia ſi diuerſum ius eſſet, alterum altero abrogaretur: ſed eas caſu collidi, & euentu. Vide Budæ. in annotat. in Pandect. ad tit. ad legem Iuliam maieſta. In aliqua hypotheſi pugnant: ſicuti: Hic vna lex eſt qua ſtatuitur, minor aduerſus pecuniam creditam reſtituatur: vult minorem reſtitui: Altera vult filiumfamilias ex mutuo non teneri. Hæc non ſunt inter ſe natura ſua pugnantia, verum ſpecies accidit, in qua euentu collidunt, vt Hermogenianus ait libro primo Rhetor. Minor vigintiquinque annis filiofamilias mutuum dedit: quæritur an filiusfamilias ſit reſtituendus: an vero beneficium ætatis, ſeu Senatuſconſulti Macedoniani ceſſabit? Nos Ciceronis conſilium ſequemur, libro ſecundo de Inuent. Videndum eſt vtra lex ad maiores & vtiliores res pertineat, vnam neceſſe eſt alteri cedere, vtiliori nempe minus vtilem: idque Iureconſultus hoc in loco ſpectaſſe videtur. Haud dubii iuris eſt maiorem eſſe fauorem ex parte minoris, quam ex parte filiifamilias: Senatuſconſultum enim Macedonianum in fauorem filiifamilias non eſt latum ſed in odium fœneratoris: potentius igitur eſt beneficium ætatis, quam Senatuſconſulti Macedoniani, quod filiisfamilias competit. Non abſimilis eſt quæſtio in l. ſi apud duodecim. hic. de muliere pro alio intercedente apud minorem, an reſtitutioni locus ſit, quæritur: mulieri enim pro alio intercedenti Senatuſconſulto Velleiano ſuccurritur, nec tenetur ex interceſſione. Neceſſe eſt hic vnam legem alteri cedere: an idem dicemus quod de filiofamilias? Non ſimpliciter dicit Iureconſultus, idem eſt dicendum, ſed cum exceptione, propterea quod fauorabilior eſt cauſa mulieris, quam filiifamilias, quæ quidem repetere poteſt, quod ſoluit, filiusfamilias non poteſt quod ſoluit, exceptione Senatuſconſulti Macedoniani tutus, repetere. l. qui exceptionem. 40. ff. de condict. indeb. quippe quod in gratiam filiorumfamilias factum non ſit, quia nullo fauore digni ſunt, paternam ſubſtantiam dilapidantes, ſed in odium fœneratorum. At Senatuſconſultum Velleianum in gratiam mulierum factum eſt, eo quod ſi minor apud quem fideiuſſit mulier aduerſus eam velit agere, exceptione ſummouebitur. Addit tamen exceptionem Caius, affirmans in dicta l. ſi apud. reſtituendam eſſe actionem aduerſus veterem debitorem, ſi mulier pro eo interceſſerit: nam actio in veterem debitorem transfertur. Ideoque mulier, ſi aduerſus eam agatur propter illam interceſſionem, exceptione Senatuſconſulti Velleiani ſe tuebitur: ſed ita tamen, ſi ſoluendo ſit vetus debitor, qui ſi ſoluendo non ſit,

melior eſt cauſa minoris, quam mulieris, quæ eo caſu Velleiani Senatuſconſulti auxilio non vtetur. Alia quædam conſideranda ſunt in cauſæ cognitione, de qua in leg. in cauſæ. 13. in princ. hic. vtrum fideiuſſori quoque minoris ſit ſuccurrendum: item ſi minor ſit filiusfamilias, an patri quoque proſit reſtitutio? Verum de vtraque quæſtione ſuo loco diſſeremus, nempe ſub titulis Codicis Iuſtinianei ad hanc rem pertinentibus, eoſque ordine, poſt compendiariam edicti interpretationem, explicabimus.

Ait Prætor, animaduertam, &c.

HIs verbis ſignificat Prætor ſe reſtituturum, ſi iuſta eſſe cauſa videbitur, quia ex hoc edicto beneficium reſtitutionis oritur, de qua ratione reſtituendi nunc videndum eſt: cum minor reſtituitur, omnia in eum ſtatum, in quo fuerunt antequam quid geſtum eſſet, reponuntur. l. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio. hoc titu. Breuiter quicquid geſtum eſt cum minore, reſtituitur, perinde ac ſi nihil geſtum eſſet: ac etiam quicquid ex eo ſecutum eſt. l. ſi ex cauſa. 9. hic. vtpote, minor damnatus eſt ſententia Præſidis, & ex cauſa iudicati capta ſunt eius pignora atque diſtracta, poſtea minor reſtitutus eſt, quæritur an in pretium & cauſam pignorum diſtractorum reſtituatur? Hæc quæſtio ex eo dependet, quod dicitur omnia in priſtinum ſtatum reponi: ergo etiam pignora, quamuis ſint diſtracta, dummodo minoris interſit, reſtituuntur: quia ſemper ad vtilitatem minoris reſpici debet. De pecunia autem ſoluta iudicati cauſa, nihil eſt dubitandum, quin omnia in priſtinum ſtatum reſtituantur, quatenus id æquitas exigit, vt nullo damno afficiatur minor: ad quem ſcopum omnia ſunt referenda. Atque ideo Prætor non aſſerit ſimpliciter ſe reſtiturum, verum hoc cognitioni ſuæ reſeruat: ac ob eam rem dixit Vlpianus, *Vti quæque res erit, animaduertam.* Omnia igitur in priſtinum reponuntur ſtatum. Ita autem quod geſtum eſt, reſtituitur, vt etiam hinc inde quod geſtum eſt, non ex parte minoris duntaxat, verumetiam ex parte aduerſarii qui cum eo contraxit reſcindatur. leg. quod ſi minor. 24. §. reſtitutio. hic. Exempli gratia, minor in vendendo fundo circumſcriptus eſt, ita reſtitutio fiet, vt minor fundum recipiat, & emptor pretium, quod numerauit minori. idque ſuadet æquitas ne minor cum alterius detrimento locupletior fiat, quod iure vetitum eſt. leg. nam hoc natura. ff. de cond. ct. indeb. igitur minor recepto fundo pretium reddere cogitur. Ad nonui ſupra, quicquid ſub hoc titulo de reſtitutione tractatur, ſemper ad bonum, & æquum referri, ne minor circumſcribatur. Ideo cum ait Paulus pretium reddi oportere, addit hic exceptionem: nam plerunque non fit minor locupletior, etſi pretium non reddat, vt ſi quis minori conſumpturo pretium dederit: & fit hoc ſæpius, inquit Iureconſultus, in mutuo, quam in venditione. Deinde ſi quis emit à minore, & conſtituit pretium ſoluere, videndum eſt, an pupillus illud pretium receperit, & ex eo locupletior ſit factus: ſic enim intelligenda ſunt hæc verba. Attamen ſunt qui putant cogi minorem reddere pretium, etſi non ſit ex venditione locupletior factus, & videndum eſſe, an ſciuerit emptor minorem conſumpturum pecuniam, quia tunc reſtituetur, quamuis pretium non reddiderit. Mihi nihilominus videtur, vt ex aliis locis facile colligitur, nunquam pretium reſtitui, niſi minorem locupletiorem eſſe factum ex pretio appareat. l. ait Prætor. 7. §. plane. d. l. quod ſi minor §. reſtitutio. hic. & l. tutor decedens. ſub fin. ff. de liber. lega. Nonnulli inter eum qui pecuniam minori ſoluit, & eum qui minori aliquid aliud quam pecuniam ſoluit, vel ſponte, vel ipſo pupillo inſtante, differentiam conſtituunt: ſed inquit Vlpianus videndum eſſe, an aliquid ad minorem peruenerit, nec perierit per imbecillitatem ætatis, & tunc demum reſtituere eum cogi pretium emptori exiſtimat. dicto §. plane. eodem pertinet lex, patri, quam excutiemus ſub titu. Cod. ſi aduerſ. credit. Ad hunc locum variæ quæſtiones, quas breuiter recitabimus, pertinent: vna l. in integrum. 22. hic. cuius hæc eſt ſpecies: minor inconſulta facilitate, hæreditatem adiit, legata teſtamento relicta ſoluit, ſeruos ſecundum teſtatoris voluntatem manumiſit: deinde reſtitutus eſt in integrum: alii vero delata eſt hæreditas, & ab eo, vt quod ex hæreditate imminutum eſt, reddat, petitur: tamen hæc à minore non eſſe reſtituenda dicitur, eo quod non eſt locupletior factus, nihilque ad eum peruenit, ac ideo cogendus non eſt onera hæreditaria ſubire. Quemadmodum, ait, per contrarium ſi curator ſit bonis datus, qui bona diſtraheret, quia forte hæreditatem, propter conditionem aliquam, non adibat, & minor cum poſtea reſtitutus fuerit, hæreditatem repudiaret, non ſunt reuocanda quæ interim geſta ſunt. Similis eſt locus Papiniani in leg. ſi mulier. 31. hic. dicentis, minore reſtituto aduerſus hæreditatis aditionem, libertates datas, & ſolutiones creditoribus factas non reſcindi. Idem eſt de eo, qui cum hæres eſſet, legata ante reſtitutionem ſoluit, deinde reſtitutus eſt, rata eſt ſolutio. Alia eſt quæſtio in l. cum minor. 28. hic. Minor egit actione tutelæ aduerſus tutorem, actus ſui rationem reddi petit, victus eſt: tutor quoque actione contraria egit, victus eſt hic tutor: minor eſt aduerſus priorem ſententiam reſtitutus: quæritur an contrarium iudicium tutori ſit reſtituendum? & videtur reſtituendum. arg. l. quod ſi minor. §. reſtitutio. 24. hic. vide Anto. Auguſt. lib. 1. emendat. cap. 8. Attamen Celſus inquit, contrarium tutelæ iudicium tutori non eſſe reſtituendum. d. l. cum minor. 28. hic. Quod quidem fit, eo quod res ſunt ſeparatæ, nec aliquid habent commune. In aliis exemplis, cum minor vendidit, & recepit pretium, coniuncta ſunt, nempe reſtitutio fundi, & reſtitutio pretii, nec ſeparari poſſunt: minor fundum venditum petit, emptor contra fundi pretium, in hac reſtitutione vtriuſque ratio habetur tam maioris, quam minoris. Huc etiam pertinet Modeſtini ſententia inquientis in l. etiam ſi patre. 29. §. 1. hic. & vtraq; lex eſt coniungenda. Pupillus ex cauſa curationis damnatus eſt, petebatur fundus ab eo, victus eſt: victus eſt etiam pupillus in altero iudicio de domo, & vult reſtitui aduerſus ſententiam, ſcilicet ad domum conſequendam: quoad rem alteram in qua vicit, non reſtituitur: vult tamen aduerſarius, vt aut omnino ſententiæ ſtetur, aut omnino reſcindatur. Verum Iureconſultus ait, nullam hic aduerſarii rationem haberi, quia ſunt ſeparata, ac ſemper videndum eſſe an ea, de quibus agitur, cohæreant. *Et quia videbatur in cæteris litis ſpeciebus releuata fuiſſe*, id eſt, abſolutus fuerat à iudice in cæteris litis ſpeciebus. Alia quæſtio eſt in l. ſi iudex. 41. hic. cum de fundo vendito ageretur, iudex ita pronuntiauit, reſcindendam venditionem, minorem prædium venditum recipere debere, ea lege, vt emptori pretium reddat. Videbat enim iudex prædium ad emptorem perueniſſe, & minorem ex pretio factum locupletiorem. Poſt rem iudicatam, reſtitutionis impetratæ minorem pœnituit, quoniam ſe prædium conſecuturum nullo pretio reddito ſperabat: iudicatum erat pretium reddendum, is exequi ſententiam non curat, ſed aduerſarius eum cogere vult ad pretium reddendum: quæritur an minor inuitus ei pretium reddere cogatur? Probabilis eſt dubitatio, propterea quod per conſequentiam ius quæſitum eſt aduerſario per hanc ſententiam: attamen Iulianus affirmat in dicta l. ſi iudex. minori licere ſententiæ renunciare, nec cogendum eſſe pretium reddere, eo quod in eius fauorem ſententia lata eſt ſecundum reſtitutionem, & quod eo remedio emptor vti non potuiſſet, niſi minor reſtitutionem impetraſſet. Hinc generaliter dicendum eſt, notandumque: quando ſententia principaliter ſecundum aliquem lata eſt, etſi alteri ex ea ſententia per conſequentiam ius ſit quæſitum, ea tamen non cogitur vti.

Vtilem, &c.

MEro quidem iure aduerſus emptorem pretium petentem minor ſe tueri non poteſt, ſed exceptionem vtilem habet, quia vnicuique licet ea contemnere, quæ pro ſe introducta ſunt. d. l. ſi Iudex. hic. l. ſi quis in conſcribendo. de epiſco. & cler. & l. ſi quis in conſcribendo. de pact. C. atque in eandem cauſam, in qua vult minor manere, reſtituitur: emptor enim pretium petere non potuiſſet, niſi minor reſtitutionem imploraſſet. His alia quæſtio addenda eſt

da eſt in l. tutor. 47. §. curator hic. Curator quorundam adoleſcentum cum eis prædia habebat communia, quæ vendidit, non ſuam duntaxat partem, verum etiam eorum adoleſcentum, quorum curator erat: adoleſcentes, eo quod circumuenti fuerant in venditione, reſtituti ſunt: quæritur, an in totum ſit reſcindenda venditio, an pro parte? Reſpondit Scæuola, eatenus reſcindi venditionem, quatenus prædia adoleſcentum alienata fuere. Addit hanc exceptionem, niſi forte malit emptor à toto diſcedere contractu, quod dicat ſe nullo pretio pro parte emere prædia voluiſſe: quo caſu venditio in gratiam emptoris omnino reſcindetur. Id enim æquitas, ex qua & ex Prætoris cognitione ratio reſtitutionis dependet, exigit: ſiquidem Prætoris eſt æſtimare quatenus æquitate conueniat, vt quis reſtituatur: ac Iureconſultus animo perpendit, aliter abſque iniquitate iudicari non poſſe: nam durum eſt in communionem incidere inuitum. l. ſi non ſortem. §. ſi centum. ff. de condict. indeb. & in ea, vel ſocietate nemo compellitur inuitus detineri. l. vltim. C. commu. diuid. Naturale quippe vitium eſt negligi, quod communiter poſſidetur: vtque ſe nihil habere, qui non totum habeat, arbitretur: denique ſuam quoque partem corrumpi patiatur, dum inuidet alienæ. l. 2. § naturale. C. quando & quib. quarta pars deb. Concord. in c. 1. in gloſſ. in verbo, religio. extra ne ſede vacan. aliq. inno. ſub fin. Superioribus hæc eſt non diſſimilis ſpecies: ſi euicta ſit res pro parte, eo quod res alia ſoluta fuerit, venditor in ſolidum manet obligatus. l. ſi quis aliam. 46. ff. de ſolut. quia præter ſupra dicta ſunt, qui nullo pretio communionem vellent habere. Hic ergo receditur à toto contractu vitandæ iniquitatis cauſa, quamuis minoris interſit, duntaxat à contractu pro parte recedi, & naſcatur tantum ex perſona duorum hic contractus, pupilli ſcilicet, & curatoris: verum æquitatis ratio tanta habetur, vt etſi ſolum ex duorum perſona naſcatur, tamen in totum reſcindatur, ſi emptor id maluerit. Alia quæſtio eſt in l. vlt. hic. in qua proponitur epiſtola Iun. ad Pomponium, & poſtea ſequitur reſponſio: *Reſpondit, &c.* Pro explicatione huius loci ſciendum eſt, manifeſti iuris eſſe minorem, qui pro alio interceſſit, reſtitui. l. ait Prætor. 7. §. non ſolum. l. minor. 48. hic. æque ac ſi obligationem alienam in ſe tranſtulerit. Deinde notandum eſt, cum minor reſtituitur aduerſus ſuam interceſſionem, actionem in veterem debitorem transferri. l. ſi apud. 12. hic. Exempli cauſa, cum quis centum deberet, minor, qui pro eo interceſſit, vel obligationem in ſe tranſtulit animo nouandi, reſtituitur: & actio in veterem debitorem transfertur, perinde ac ſi non interceſſiſſet: ſicuti de muliere dicitur, vt ſi tecum eſſem contracturus, mulier interuenerit, vt cum ipſa potius contraham, videtur interceſſiſſe: quo caſu datur in te actio, quæ inſtituit magis, quam reſtituit obligationem: vt perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier eſt obligata: verbi gratia, ſi per ſtipulationem mulier, & tu quaſi ex ſtipulatu conuenieris. l. quamuis. §. ſi cum eſſem. ff. ad ſenatuſcon. Velleia. Sed quæritur, quomodo ſit actio reſtituenda, an ſimpliciter reſtituenda ſit, an vero ita, vt ſit in eo ſtatu, in quo fuit, cum minor pro alio interceſſit: vtpote, minor vigintiquinque annis, pro eo, qui temporaria actione tenebatur, puta iniuriarum actione, interceſſit, ſupererāt decem dies anni illius, qui præſcriptus eſt illi actioni: quo pacto minor in ſe actionem tranſtulit, & ob eam rem poſtea reſtituitur: an actio reſtituetur ita, vt annum habeat integrum ad agendum, an & in eadem cauſa in qua fuit cum intercederet? & ait, dict. l. vlt. hic. Ego didici ex tempore in integrum reſtitutionis tantundem temporis præſtandum, quantum ſupererat: deinde ſubijcit, *Reſpondit, &c.* ſequitur reſponſio Pauli ad epiſtolam: Verius eſt vt in eadem cauſa, in qua fuit actio, cum translata fuit in minorem, reſtituatur, vt decem dies tantum ſuperſint, qui ſupererant, cum minor eam actionem in ſe transferebat, non autem in integrum tempus actionis inſtituendæ reſtituetur. Vide cap. prim. de reſtitut. in integ. in Clement. Ratio quidem perſpicua eſt ex his quæ diximus, quia reſtituenda ſunt omnia in priſtinum ſtatum, in quo erant antequam minor captus eſſet. Hæc ſane exempla, quænam ſit ratio reſtituendi, oſtendunt, eaque pertinent ad verba edicti, *Vti quæq; res erit animaduertam.* Ex quibus verbis edicti alia quæſtio de magiſtratibus oritur: videlicet, apud quos magiſtratus poſtulanda ſit reſtitutio. Prætor ait ſe animaduerſurum. Vnde dubitari poteſt, an Prætoris ſit duntaxat reſtitutio, eiuſque cognitio, an aliorum magiſtratuum? Iureconſulti verba Prætoris ita ſunt interpretati, vt alii magiſtratus non excludantur: nam qui merum, & mixtum imperium habent, in integrum etiam contra ſuam ſententiam poſſunt reſtituere, minor vero magiſtratus contra ſententiam minorum non reſtituet. l. in cauſæ. il ſecund. §. vltimo. leg. præfecti etiam prætorio. leg. minor autem magiſtratus. hic, cum ſimilibus. Sed huius loci proprius eſt in Codice Iuſtinianeo titulus, vbi, & apud quem cognitio in integrum reſtitutionis agitanda ſit: quo in loco plene de hac re tractabimus. Sed iam ſumus ordine interpretaturi ſingulos titu. Codi. ad hanc materiam in integrum reſtitutionis pertinentes, & quoniam in primis occurrit titulus de filiofamilias minore, ab eo initium faciemus.

Tituli omnes qui ſequuntur, ſunt ex libro ſecundo Cod.

FRANCISCI DVARENI IVRECON.

AD TIT. XXIII. LIB. II. COD. DE FILIOfamilias minore, Commentarij.

INPRIMIS occurrit hic titulus, de filiofamilias minore: nam primus ſatis iam explicatus fuit ex eo, quod in edicto ſcriptum eſt de minore vigintiquinque annis. Sed exiſtit quæſtio, an ſit reſcindendum quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſt, etſi filiusfamilias ſit. De patrefamilias minore nulla eſt dubitatio. De filiofamilias minore probabilis eſt dubitatio: quia nihil proprium habet, ſed quicquid acquirit, patri acquirit: vnde ſi ei ſubuenitur, videtur patri quoque ſubueniri, qui maior eſt: quod propoſitum prætoris non fuit, qui tantum minorem voluit reſtitui: vnde hæc quæſtio pertinet ad explicationem verborum edicti, & hic in vtraque lege ſub hoc titulo exempla proponuntur, ex quibus intelligimus filiumfamilias quoque, etſi minor ſit, eſſe reſtituendum: harum autem duarum conſtitutionum interpretatio pendet ex leg. 3. §. ſed vtrum. ff. de minoribus. Quæſtio naſcitur ex eo quod videtur patri quoque, qui maior eſt, ſuccurri, cum filius qui eſt in poteſtate patris, in integrum reſtituitur. Sed tamen Vlpianus illo loco agit, ex his tantum cauſis filiumfamilias in integrum reſtitui in quibus ipſius intereſſe verſatur: puta ſi obligatus eſt. Nec nos mouere debet, quod patri hac ratione ſuccurri videtur: nam filio ita poteſt ſuccurri, ne patri ſuccurratur, vtitur ergo Iuriſconſultus dictione. Aliquando enim iuſſu patris obligatur filiusfamilias, aliquando ſine iuſſu patris: cum iuſſu patris filiusfamilias contraxit, & ex eo contractu obligatur, actione quod iuſſu tenetur pater: cum ſine eius iuſſu tenetur vſque ad quantitatem peculii: ſed ſiue iuſſerit pater, ſiue non iuſſerit, ſiue peculium habeat, ſiue non habeat filius, ſemper obligatur. l. filiusfamil. infra de obligat. & actio. vnde dicitur in l. ſi quis cum filiofamil. de peculio, eum qui cum filio contraxerit, duos debitores habere, patrem & fi-

lium: patrem quatenus eſt in peculio, ſi ſine eius iuſſu contraxit filius, & ipſum filium in ſolidum. Videndum tamen primum an iuſſu patris ſit obligatus filius: quia ſi iuſſu patris ſit obligatus, & aduerſus eum agatur, reſtituetur: ita tamen vt hoc auxilium patri nihil proſit. Si vero contraxerit ſine iuſſu patris, tenetur pater actione de peculio, filius ex contractu in ſolidum: ſi tamen conueniatur filius, implorabit reſtitutionem. Sed ſi pater ipſe conueniatur, filius non impetrabit reſtitutionem. Maior tamen quæſtio videtur in poſteriore ſpecie, quia filii videtur intereſſe peculium habere, vt patet ex l. depoſitum. §. peculium. de pecul. quod quidem peculium eſt puſilla pecunia, ſiue puſillum patrimonium quod pater filio dedit: hunc locum explicauimus titul. de peculio, & leg. frater à fratre, de condict. indebiti. Peculium eſt patris. leg. quam Tuberonis. infra de peculio, id eſt, pater poteſt ei adimere. Sed tamen multum refert, an pater quid filio dederit in peculium, & ſeparauerit à reliqua ſubſtantia ſua: alioqui nihil opus eſſet de peculio diſputatione. Igitur pater tenetur de peculio ex contractu filii, quia velut patrimonium eſt filii: ſi nihil aliud eſſet peculium quam ſubſtantia patris, non teneretur pater. arg. titu. Cod. ne filius pro patre. Alius eſt etiam effectus peculii de quo hic. *Nam peculium eius ex conſtitutione D. Claudii ſeparatur.* Hic locus eſt inſignis, nec ſimilis eſt in iure Ciuili de peculio. Bona patris ſunt conſiſcata: filius petit ſeparari peculium, ne vindicetur, fiſcoque applicetur: quæritur quid iuris? Si dicamus habendam eſſe rationem peculii, quaſi in patrimonio ſit patris, vindicabitur à fiſco. Si dicamus eſſe in patrimonio filii, ſeparabitur, ne vindicetur à fiſco. Et Vlpianus ait ſeparandum peculium à bonis patris, quaſi ſit in patrimonio filii, nec à fiſco eſſe vindicandum. Notanda ergo diſtinctio quæ hic traditur, cum quæritur an reſtitutio proſit patri. Difficultas incidit ex eo quod dicitur, ſi iuſſu patris contraxit, eum reſtitui poſſe: quæ naſcitur ex antinomia. l. cum mandatu. hic. & leg. tertia, §. ſed vtrum, quia hic ſi mandatu patris filius res adminiſtrauit, non habet beneficium reſtitutionis. at dicto §. ſed vtrum, inquit Iuriſconſultus, poſſe reſtitui filiumfamil. in integrum, licet pater non reſtituatur. hæc videntur pugnantia: ſed diuerſa ſunt magis, quam pugnantia, nam Iuriſconſultus in leg. 3, §. ſed vtrum. loquitur de filio qui ſe obligauit nomine ſuo, & qui rem ſuam geſſit, iuſſu tamen patris: ſed lex. cum mandatu. loquitur de filio qui rem alienam geſſit, non ſuo, ſed patris nomine, & tanquam patris mandatarius. Cum igitur filius nomine patris adminiſtrat rem, non habet beneficium reſtitutionis, non magis quam ſi alterius nomine res adminiſtraſſet: Verbi gratia, ſi aliquid vendidiſſet domini ſui nomine, & captus eſſet in venditione, non ei ſuccurreretur: nam magis domino, cuius res geſſit, quam minori ſuccurreretur. Diligenter igitur verba leg. cum mandatu; expendenda ſunt, nam lex tert. §. ſed vtrum. loquitur de filio qui propriam rem geſſit iuſſu patris, at in dicta leg. cum mandatu. filius adminiſtrat res patris: ipſius mandatu, & aperte vna lex loquitur de iuſſu, altera de mandatu, inter quæ magna vtique eſt differentia leg. 1. quod iuſſu. mandatum enim ſemper rei alienæ eſt, vt dixi titu. de mandato. oportet rei alienæ mandatum ſemper eſſe, leg. 2. infr. mandati. Sed cum pater iubet filium negotium contrahere, non nomine eius, ſed ſuo iubet, non mandat: poteſt enim fieri vt iubeat pater & conſulat filio: ſed pater hoc caſu tenetur quod iuſſu: quia hoc viſum eſt æquum prætori. Videndum igitur eſt, an interſit minoris reſtitui. At cum procurator conſtitutus eſt minor, eius non intereſt reſtitui, ſed domini. Quoties autem intereſt minoris, forte quia impẽdit de ſuo in ea adminiſtratione, nec dominus eſt ſoluendo, poteſt reſtitui: nam ad hunc ſcopum omnia debemus referre, & hoc fuit Prætoris propoſitum, vt minoribus proſit, non maioribus.

AD TIT. XXIIII. LIB. II. COD. DE FIDEIVSSOribus minorum.

HIc locus eſt valde obſcurus & difficilis: nam magna eſt iuris varietas in hac diſputatione de fideiuſſoribus minorum. In quibuſdam locis dicitur non ſubueniri fideiuſſori. leg. 1. & 2. hic. l. in cauſæ. ff. de minor. in aliis locis dicitur ſuccurri non tantum minori, ſed & fideiuſſoribus eius, veluti in l. minor. ff. de procurat. l. exceptiones. §. vlt. de except. & ſimilibus locis. Sequenda eſt autem diſtinctio, quam nunc traditurus ſum pro explicatione totius huius rei: & in primis dicendum eſt, ſi dolo malo ſit contractus initus, fideiuſſori quoque ſuccurri debere: vt dicitur in l. ſecunda, hic. verum ſi dolo malo apparuerit contractum eſſe interpoſitum, ſuccurretur etiam fideiuſſori: vt ſicuti minor non condemnatur deceptus, ita nec eius fideiuſſor. Ratio ſumitur ex diuiſione exceptionum, quę eſt in leg. exceptiones. ff. de exceptio. nam ibi ait Iuriſconſult. quaſdam exceptiones eſſe rei, alias perſonarum. Exceptiones quæ perſonæ cohærent, non egrediuntur perſonam: vt exceptio quam habet ſocius, vel maritus ne condemnentur in ſolidum, hæc exceptio non datur fideiuſſori mariti vt ſocii. Sunt quædam exceptiones rei, quæ non propter fauorem perſonæ competunt, ſed propter rem ipſam: vt eſt exceptio doli, iuriſiurandi, rei iudicatæ, pacti. Tractatur in eadem leg. exceptio quæ datur minori circumſcripto, an ſit rei, an vero perſonæ. Si dolo ſit circumſcriptus minor, exceptio rei eſt: nam exceptio doli competeret ei, etſi minor non eſſet is qui circumſcriptus eſt, l. 1. de exceptionibus. Doli, quia competit propter rem & propter genus cauſæ. Sed ſi in re ſit circumſcriptus, ſine dolo aduerſarii, puta lubrico ætatis, datur ei exceptio: ſed ea exceptio cohæret perſonæ: non enim daretur alii qui minor eſſet: quia maior non reſtituitur in integrum, ſi ſine dolo malo circumſcriptus ſit, ſed minor reſtituitur, propter minoris ætatis fauorem. *Deceptus ſit in re.* ſic enim legendum eſt in dict. l. exceptiones. vt in Pandect. Florentin. in aliis libris corrupta eſt lectio. Adducit Iuriſconſultus exemplum de minore, qui ſi in re ſit circumſcriptus, id eſt, ſi res ipſa habeat circumſcriptionem ſine dolo aduerſarii (quia ſic eſt intelligendum) tunc beneficium non competit fideiuſſori, nec egreditur minoris perſonam: huic conſentaneum eſt quod dicitur in hac leg. ſecund. Tunc enim exceptio quæ competit minori, perſonalis eſt: ſed cum realis eſt, fideiuſſori quoque competet, quia competeret alii quoque, qui minor non eſſet. Duo igitur notanda ſunt. Primum ſuccurendum vtrique, & minori & fideiuſſori, cum dolo malo circumſcriptus eſt minor. Alterum cum eſt circumſcriptus in re tantum ſine dolo aduerſarii, tunc ita ſuccurritur minori, vt non ſubueniatur fideiuſſori eius. Hoc autem poſterius eſt accipiendum cum exceptione, niſi euidens æquitas ſuadeat etiam fideiuſſori ſubueniendum. Æquum aliquando eſt vt non tantum minori, ſed & fideiuſſori eius ſuccurratur: qua de re euidens eſt diſtinctio Vlpiani, in leg. in cauſæ. 13. in princip. cum ait, *In cauſæ cognitione verſatur*, id eſt, iudex debet animaduertere an æquitas ſuadeat. Vlpianus igitur ait, cauſæ cognitionem adhibendam, id eſt, arbitrio Prætoris æſtimandum, quatenus ſit reſtituendum quod cum minore geſtum eſt, & ad quas perſonas reſtitutio pertineat, an tantum ad minorem, an ad alias quoque perſonas quæ pro eo obligatæ ſunt. Deinde addit, *Itaque ſi cum ſcirem, &c.* Cum quidam vellet mecum contrahere, quem ſciebam minorem, nec tutum eſſe cum eo contrahere, petiui fideiuſſorem ſecuritatis cauſa, fideiuſſor eſt adhibitus, vt mihi magis eſſet cautum, quam ſi cum ſolo minore contraxiſſem: non eſt æquum ſubueniri fideiuſſori, cum actum eſt diſerte, vt fideiuſſor cautionis meæ cauſa ſe obligaret, cum reum principalem ſcirem minorem eſſe. *Sed potius ipſi erit deneganda*, id eſt, deneganda etiam erit fideiuſſori actio aduerſus minorem. Nam alias fideiuſſor habet actionem mandati aduerſus eum pro quo ſoluit: ſed hic non habet, neque de eo eſt dubitatio: ſed tota quæſtio eſt, an fideiuſſori quoque ſubueniatur. *In ſumma, &c.* Certum eſt neutri teneri minorem actione ex contractu, neque creditori, neque fideiuſſori: id eſt, non habet creditor actionem ex contractu, nec fideiuſſor mandati, ſed hoc fiet cum damno alterius vel creditoris vel fideiuſſoris. Ideoque in cauſæ cognitione verſatur vtri potius ſit ſuccurrendum. *In mandatore di-*

re di-

re dicendum erit. Mandator qui non ſimpliciter intercedit, ſed mandat vt negotium cum minore contrahatur.is vere intercedit: & ideo ei facilius denegatur reſtitutio quam fideiuſſori,qui ſimpliciter tantum intercedit. An igitur ſit idem dicendum de eo qui vltro fideiuſſit, vt quis contraheret cum minore, qui alias non fuiſſet contracturus? Illud, inquam, perpendendum erit Prætori. Hæc diſtinctio eſt obſeruanda. Et ſimile eſt apud Paulum, libr. 2. Sententiarum, titu. de minoribus. *Qui minori mandauit, vt negotia ſua agat, ex eius perſona in integrum reſtitui non poteſt.* Exemplum eſt l. ſi pupillus. ff. de acquirend. hæreditat. Pupillus abſtinuit ſe hæreditate,reſtiturus eſt in integrum,quia ſe miſcuerat hæreditati,ſuccurritur ei, & etiam fideiuſſoribus, inquit Scæuola, ſi fideiuſſores dederit. Ratio eſt, quia in ea ſpecie id æquitas ſuadet, nec eſt magna captio eius contra quem reſtituitur. Sunt enim creditores hæreditarii, qui habent actionem aduerſus eos qui adituri ſunt hæreditatem: vnde facile in ea ſpecie adductus eſt Iuriſconſultus, vt reſponderet ſubueniri etiam fideiuſſoribus, non tantum minori. Cum hac diſtinctione accipienda eſt l. Marcellus. de fideiuſſoribus, de qua multa dixi titu. de verbo.obligat. l. is cui in bonis. Admonui eandem legem ex eodem loco deſumptam. Vlpian. enim interpretatus eſt edictum hoc de minoribus. libr. 11. ad edictum. Coniungenda igitur eſt l. Marcellus, de fideiuſſorib. cum dict.l. in cauſæ. In eodem loco Vlpianus Marcelli ſententiam recitauerat,deinde ſuam adiecerat. Sic accipienda eſt l. ſi pupillus. de arbit. vbi Gaius loquitur ſatis generaliter,ſed id cum exceptione intelligendum eſt quæ hic traditur. Non poteſt peti pœna à pupillo. Quando autem pœna peti poſſit, à fideiuſſore cognoſcendum eſt ex diſtinctione à nobis tradita. Sic eſt intelligenda l. minor.ff.de procuratoribus. In qua dicitur minori & eius fideiuſſori ſuccurri, quod cum eadem diſtinctione eſt intelligendum. Itaque aliquando fideiuſſori minoris ſuccurritur, aliquando minori tantum, prout ratio ſeu æquitas id ſuadet, quam Prætoris eſt in hac cognitione examinare & ante oculos poſitam habere. Sed quæritur qui fieri poſſit vt conſiſtat obligatio fideiuſſoria ſine principali. Vulgare enim illud eſt,acceſſoriam obligationem non conſiſtere ſine principali, l. cum principalis. infra de reg. iur. & tamen hic dicimus reſtituto minore nihilominus fideiuſſorem manere obligatum: quod illi regulæ videtur contrarium. Sed reſpondendum eſt, cum minor reſtituitur, ea reſtitutione non tolli obligationem ipſo iure: nullo enim Prætoris auxilio tollitur obligatio ciuilis, ſicut videmus pacto conuento obligationem non tolli ipſo iure, ſed ope exceptionis. §. præterea. de obligat.Inſti. Quamuis enim pacta valeant per Prætoris tuitionem,tamen non tollunt obligationes, quæ valent ipſo iure,ſed exceptione prætoria eliduntur. Sic videmus in l. Iulianus,infra de condict. indebiti.dari exceptionem propter auctoritatem rerum iudicatarum: obligationem autem per ſententiam ipſo iure non tolli. Ideoque quod hic dicitur, eſt conſentaneum illi regulæ, qua dicitur obligationem acceſſoriam non conſiſtere ſine principali. Reſtitutionis enim auxilio ſuccurritur minori, ſed interim remanet principalis obligatio. Sequitur,

AD TIT. XXV. LIB. II. COD. SI TVTOR VEL CVRATOR INTERVENERIT.

PRÆTORIS edictum de minoribus reſtituendis ita eſt conceptum: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum erit, vti quaque res erit, animaduertam.* Quibus verbis Prætor pollicetur reſtitutionem in integrum, ſi quid cum minore vigintiquinque annis geſtum ſit. De tutore & curatore non loquitur Prætor: vnde dubitare potuit, an quid referat, ſi tutor vel curator interueniant in negotio quod cum minore geritur, an nihil referat eum non interuenire. Ad hunc locum pertinet hic titulus Codicis. & animaduertendum eſt,ſi ſine tutore & curatore geſtum quid ſit cum minore,id nullum eſſe ipſo iure,ſecundum diſtinctionem l. ſi curatorem. ſupra de reſtit.in integr. Nam quod ad adultum attinet,diſtinguitur, an habeat curatorem, an non. Si contraxerit curatorem habens ſine ſui curatoris authoritate, ipſo iure nullus eſt contractus, vt non ſit opus reſtitutione: ſed ſi curatorem non habet, quia vel non petiit ſibi dari curatorem, vel quia inuito non datur curator, ratum eſt negotium, ſi contraxit: ſed ſi læſus ſit, reſtituitur. Hac diſtinctione vtimur in adulto, qui exceſſit decimumquartum annum: ſed in impubere nihil diſtinguimus, quia nihil eſt ipſo iure quod cum eo geritur. Cum agitur de re iudicata,nihil diſtinguimus,an tutorem vel curatorem habeat minor qui condemnatus eſt:ſed ſi captus ſit eo iudicio,ſiue tutor aut curator interuenerit, ſiue non, ſimpliciter dicimus iudicatum nullius eſſe momenti l.acta.§. 1.de re iudic.l.vlt. ſi aduerſus rem iudica. Sed quid ſi non ſine tutore geſtum eſt,ſed tutore vel curatore interueniente? De hac re loquitur hic titulus. Alia hic ſunt obſeruanda. Primum quod tutoris vel curatoris interuentus non impedit reſtitutionem: vnde Prætoris verba generaliter accipimus: Si minor captus eſſe proponatur, ſemper reſtituitur,ſiue tutor vel curator interuenerit,ſiue non. Hoc colligitur ex omnibus legibus huius tituli, quæ ſunt exempla eiuſdem rei. Addendum,etſi idem & pater & tutor ſit. Si legitimus tutor filii ſit ipſe pater, (plerunque enim fit,vt pater fiat tutor filii ſui legitimus, titu. de leg. tut.) nihilominus filius minor reſtituitur. Probabilis fuit dubitatio de hoc caſu, quia videtur paterna diligentia magis proſpectum eſſe filio, quam alterius cuiuſcunque tutoris: ſed tamen dicitur in l. etiam. in princ. ff.eod. reſtitutioni nihilominus locum eſſe. Sed & ſi bona fide omnia geſſerit tutor vel curator, & nihil dolo admiſſum eſt, adhuc reſtitutio locũ habet. l.tutor.ff.eo. Exempli gratia: Tutor bona fide vrgentibus creditorib. rem quandam minoris vendidit, denuntiante tamen matre emptorib. Ait Iuriſconſultus bonane fide geſſerit, an non, nihil ad rem pertinet: quia ſufficit minorem captum eſſe: non enim quærimus an dolo aduerſarii, vel tutoris captus ſit, quia facilitate ætatis ſufficit eum captum eſſe. l. non omnia. 44. eod. Simile eſt exemplum in l. verum. §. ſciendum. eod. de quo alibi diximus. Præterea nihil refert,an in iudicio, an extra iudicium aliquid geſtum ſit cum minore, vt reſtituatur. l. 2. hic. Quinimo nihil intereſt,an cum minore ipſo quid geſtum ſit, accedente tutoris auctoritate vel curatoris, an cum ipſo tutore vel curatore ſine minore. Aliquando cum ipſo minore negotium geritur: & hoc vſitatum eſt, cum infans non eſt: quamuis adhuc adultus fortaſſis non ſit. Sed quod ad reſtitutionem, nihil refert,an cum tutore vel curatore geſtum ſit aliquid, an ſine tutore vel curatore. l. etiam. ff. eod.idem in l. vltim. hic. Hoc igitur locum habet ſiue ipſe tutor vel curator negotium contraxerit, ſiue ipſe minor, de quo tamen potuit dubitari antequam id receptum eſſet: quia edictum loquitur de eo quod non cum tutore vel curatore geſtum eſt, ſed de eo quod cum ipſo minore: nam quod cum tutore vel curatore geſtum eſt, ſatis intelligitur cum minore geſtum eſſe. Inde ita interpretantur Iuriſconſulti edictum Prætoris generaliter, vt ad tutorem, curatoremque pertineat. Hoc tamen eſt intelligendum cum tutor vel curator contraxit nomine pupilli ſui, vel minoris, non autem cum nomine proprio,vt ſi obligationem in perſonam ſuam tranſtulerit: tunc enim non tenetur minor,nec opus eſt reſtitutione. l.4. hic. quia nulla competit actio aduerſus minorem eo nomine, ſed tantum tenetur curator vel tutor, perinde ac ſi neque tutor vel curator eſſet. Idem de procuratore ſcriptum eſt l. procurator qui pro euictione. ſupra de procuratoribus.vt teneatur ipſe in iis quæ ſuo nomine geſſit, non dominus. Solet tamen his, ob quæ iam diximus minorem poſſe reſtitui, cum quo contractum eſt,quamuis tutoris,vel curatoris interuenerit authoritas,addi exceptio, reſtitutioni locum non eſſe, cum debitor pecuniam minori ſoluit, tutoris interuentu, vel ſine tutore,auctoritate tamen Prætoris. l.ait Prætor. §. primo. ff. eod. l. ſancimus. Cod. de adminiſtrat. tuto. vbi dicitur ſecurus eſſe, & tutus is qui ſoluit pupillo, vel tutore interueniente, vel iudicis auctoritate, ſine tutore. Sed quomodo id ſit accipiendum docebimus infra tit. ſi aduer.ſolutio. Obiicitur l. cum mandatu. 25. ad fin.verſ. ſi autem.ff.eo. Minor procuratorem dedit: procurator deceptus eſt in negotio contrahendo: quæritur an minor poſſit reſtitui? Actionem quidem habet aduerſus procuratorem: ſed an nihilominus poſſit reſtitui? Et Iuriſconſultus ait

non poſſe, ſi à procuratore res ſeruati poſſit, alias, ſi procurator ſoluendo non ſit, reſtitui. Et tamen dicimus, ſi vel tutor vel curator interuenerit, nihilominus reſtitui minorem, quamuis ei actio alia detur. Hæc videntur inter ſe pugnantia, ſed tamen nihil eſt facilius quam reſpondere, quod hic dicimus, ad tutorem & curatorem pertinere, & l. cum mandatu. ad procuratorem. Diuerſa hæc eſſe certum eſt, ſed diuerſitatis ratio eſt ſubobſcura. Hic maxime animaduertant, qui dicunt nos grammaticos agere, imbuti & faſcinati præſtigiatorum ineptiis. Ego conſidero multum intereſſe inter tutorem ſiue curatorem, qui datur pupillo, ſiue adulto, & procuratorem, quamuis vtrique adminiſtrationem habeant. Facile eſt obſeruare apud Iureconſultos, quod geritur à tutore, vel curatore, multo facilius à minore geſtum eſſe intelligi, quam credatur quod à procuratore geſtum eſt, à domino geſtum eſſe. Ergo maior eſt auctoritas tutoris & curatoris quam procuratoris. Id vno exemplo oſtendi poteſt quod ſatisfacere poterit, ex l. eum qui. §. Iulianus. & §. ſequen. de conſtitut. pecu. & aliis locis ſimilib. de quibus dixi in l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verb. oblig. Diximus actionem non acquiri domino per procuratorem. Si enim mandaui procuratori, vt aliquid nomine meo emeret, nulla mihi acquiritur obligatio, ſed datur mihi actio mandati, vt cedat mihi actionem quæſitam. l. poſſeſſio quoque. ff. de acqui. poſſ. Et tamen aliud in tutore & curatore eſt conſtitutum. Acquiritur enim pupillo actio ex tutoris contractu directo, ſine vlla ceſſione: & nos intelligimus negotium quod geritur à tutore & curatore, quaſi à minore geſtum eſſe: non idem de procuratore dicimus. Sic ergo & habete. Cum quæritur de reſtitutione, an minor debeat reſtitui, dicimus, ſiue ſit cum tutoris auctoritate, ſiue ſine tutore contractum, ſemper debere eum reſtitui. Non autem idem dicimus, ſi quid geſſerit procurator minoris, vt in d. l. cum mandatu. Sed ſi ſoluendo procurator non ſit, tunc demum minorem reſtitui dicendum eſt, alias non. In quæſtione igitur propoſita hoc titulo, ſi tutor vel curator interuenerit, tria notanda ſunt. Primum eſt expeditum, ſcilicet non impediri reſtitutionem, etſi interuenerit tutor vel curator. Secundum eſt, dari actionem tutelæ, vel negotiorum geſtorum aduerſus tutorem, vel curatorem, ſi interuenerit tutor vel curator, & eius arguatur culpa. Sic videtis hoc iudicium concurrere cum alia actione, quod in l. 1. hic notat. Concurrit enim reſtitutio in integrum aduerſus eum cum quo contractum eſt, & actio tutelæ aduerſus tutorem vel curatorem, ſi minor læſus ſit. Et ait Imperator vtilem eſſe plerunque actionem hanc tutelæ: quia deficit aliquando reſtitutionis beneficium: nam conſtitutum eſt legitimum tempus, intra quod ea reſtitutio peti debeat, ſcilicet quadriennium, vt poſtea dicemus, quo elapſo non poteſt reſtitui. Et tamen poteſt minor agere actione tutelæ, cum actio tutelæ finiatur longiſſimo tantũ tempore: ſed hoc ita ſi culpa tutoris vel curatoris ſit læſus. Nam ſi captus ſit minor ſine culpa tutoris vel curatoris, poteſt quidem reſtitui, ſed non habet actionem tutelæ. Eodem pertinet l. etiam. 3. ff. de mino. & l. vltim. hic. Tertium quod hic obſeruandum eſt, electionem minori eſſe, intra legitimum reſtitutionis tempus vtro auxilio malit vti, nec electione vnius ſibi præiudicabit. l. vltim. hic. Ecce minor culpa tutoris vel curatoris circumſcriptus eſt, & cum videret ſe horum auxiliorum electionem habere, elegit actionem tutelæ: agit aduerſus tutorem, nihilque poteſt obtinere: ideoque altero auxilio vult vti. Quæritur an poſſit? & ait Imp. poſſe eum vti vtroque, nec electione vnius ſibi præiudicare. Sed hic oritur quæſtio & difficultas l. in cauſæ. 16. in princip. Barbari enim doctores & præſtigiatores hæc obiicere ſolent, Remedium extraordinarium non poteſt concurrere cum ordinario: ergo nec actio tutelæ cum reſtitutione in integrum. Hæ ſunt illorum argutiæ: nulli tamen ex magnificis illis doctoribus, qui Brocardica tractant, hæc diſſoluere poſſunt, ſed dicunt, remedium ordinarium nunquam cum extraordinario concurrere, quod tamen eſt falſiſſimum. Iuris auctores non fruſtra admonuerunt omnem diffinitionem eſſe periculoſam in iure: illi non poſſunt ſe extricare: & tamen nihil eſt facilius, his intellectis quæ diximus ſupra in explicatione l. in cauſæ. 16. Cum contractus nullus eſt, ceſſat reſtitutio in integrum, cum minor ipſo iure munitus ſit. Ratio eſt perſpicua ex his quæ adduximus. Cum enim reſtituere, ſit in integrum

Explicatio l. in cauſa. 2. §. Pomponius. ff. de minor.

ſtatum reſtituere: ineptum eſſet in ſtatum priſtinum & veterem reſtituere, quod ſemper eundem ſtatum obtinuit, quod idem ius ipſum ciuile obtinuit: plerunque enim quod cum minore contrahitur, nihil valet, ideoque tunc ceſſat reſtitutio in integrum, non quod concurrat cum aliis ordinariis remediis reſtitutio in integrum, vt patet ex l. in cauſæ. §. Pomponius, ff. de minoribus, de condictione ſine cauſa & reſtitutione concurrentibus. Condictio enim minori dicitur competere, & tamen reſtituitur in integrum, ſed id locum habet cum id quod geſtum eſt cum minore, valet ipſo iure: etſi enim tunc reſtituatur in integrum minor propter æquitatem: datur tamen etiam condictio ad repetendum quod dedit, etſi ipſo iure valet quod datum eſt, ſicut in reſtitutione diximus. Ergo etiam hoc loco vtroq; remedio vtetur, nam etſi remedium reſtitutionis implorare poſſit minor, cum culpa tutoris circumſcriptus eſt: ſi tamen contractus valebat, prodeſt etiam actio tutelæ, & vna electa, altera non tollitur. Hæc diſtinctio notanda eſt pro præſtigiatorum ſomniis. Hic alia difficultas occurrit, ex l. properandum. §. vlt. Cod. de iudic. vbi ſi lis cum minore mota protacta fuerit vltra triennium, tutorum deſidia in pecuniaria cauſa, quo caſu lis perit, dari actionẽ eo nomine aduerſus tutorem, ait Imp. nec tamen reſtitui minorem, niſi in ſubſidium, puta ſi ſoluendo non ſit tutor. Videtis concurſum hic non admitti, nec electionem habere minorem in inſtituendæ actionis tutelæ, vel reſtitutionis in integrum. Sed hæc cum exceptione ſunt intelligenda, quæ enim dicuntur in d. l. properandum. §. vlti. propter vtilitatem ita conſtituta ſunt, vt lites finiantur, ad quem ſcopum tota conſtitutio l. properandum, eſt conferenda, & vt fraudibus eorum occurratur qui lites immortales faciunt. Ideoque ſi curatorum vel tutorum culpa lis vltra tempus legitimum protracta perierit, omne damnum ad tutores & curatores pertinet, nec datur reſtitutio in integrum propter authoritatem iudiciorum, & litium minuendarum, & finiendarum cauſa. Et ſimile eſt quod diximus l. arbitrio. §. dolo. de dolo malo. Si dolo alicuius factum eſt vt lis alicuius pereat, datur de dolo actio, non vt lis reſtituatur in integrum, ſed vt id quod intereſt ſoluatur. Atque ita hæc ſunt intelligenda, vt patet ex d. §. vlt. d. l. properandum. C. de iudiciis.

Explicatio §. vlt. l. properandum. C. de iudic.

AD TIT. XXVI. LIB. II. COD. SI IN COMMVNI EADEMQVE CAVSA IN INTEGRVM REſtitutio poſtuletur.

QVÆSTIO hic tractatur ad edictum etiam prætoris pertinens, quæ & ex eodem edicto naſcitur. Prætor ait, *Quod cum minore 25. annis geſtum erit, vti quæque res erit animaduertam.* Et ex hoc enim edicto naſcitur quæſtio ad interpretationem eiuſdem pertinens, Si quis communem cauſam habeat cum minore, & minor reſtitutionem poſtulet à Prætore, an ea reſtitutio proſit maiori communem cauſam habenti cum minore. Propter communionem quam habet maior cum minore, videtur reſtitutioni locus non eſſe, & hanc ipſi maiori prodeſſe. Sed certum eſt maiorem reſtitui non poſſe. Ideoque ait Imperator, maiori nihil prodeſſe reſtitutionem minoris. l. vni. hic. Quædam mulier minor tranſactionem fecit de re quam cum fratre communem habebat, ipſo fratre abſente, à ſorore, deinde frater comprobauit & ratum habuit quod geſtum fuit, quamuis non contraxiſſet, perinde habenda eſt ea tranſactio, ac ſi ipſe tranſegiſſet. nam qui ratam habet tranſactionem vel alienationem ab alio, eius nomine factam, is videtur alienare. Illa mulier poſtea petiit reſtitui in integrum, quæritur an illa reſtitutio proſit fratri, qui ratam habuit, cum maior viginti quinque annis eſſet? Imperator hic reſpondet non prodeſſe. Hoc reſcripto Diocletianus ſequutus eſt edictum Prætoris de minoribus, quod edictum ita interpretatus eſt, quaſi prætor polliceatur reſtitutionem de eo quod cum minore geſtum erit, non quod cum maiore. Hic incidunt aliquæ difficultates. Primum quod ait, fratres ratum habuiſſe, quod geſtum fuit, & illam ratihabitionem his fratribus nocere. Mirum enim videtur quibuſdam, quod hic dicitur, ratihabitione confirmari quod ſine mandato geſtum

eſt.

eſt. Tranſegerat quidem ſoror, ſed fratres nec mandauerant, nec ratam habuerant tranſactionem, niſi poſt vigintiquinque annos. Brocardici ita argumentantur: Ratum haberi non poteſt, quod noſtro nomine geſtum non eſt: hîc fratres dicuntur ratum habuiſſe quod illorum nomine geſtum non fuit: igitur ratihabitio hic nulla eſſe potuit. Probant maiorem ex l. ſi pupilli. §. ſed ſi ego. ſuprà de nego. geſtis. Minorem autem diuinant, cum aiunt, hic nihil fuiſſe geſtum à ſorore nomine fratrum. Nam nulla fit mentio huius rei, nomine fratrum negotium geſſerit ſoror necne. His præſtigiis omnia ſolent inuoluere, nec intelligunt aliam eſſe rationem interpretandi leges & conſtitutiones generales, quàm Imperatorum reſcripta. Hoc autem caput reſcriptum eſt ab Imperatore. Libellus enim fuerat illi oblatus, cui reſpondendo ſubſcripſit. Hoc igitur reſcriptum fuit perſonale. Scio hæc reſcripta iam habere auctoritatem conſtitutionis, & legum: ſed tamen in ratione interpretandi multum differunt. In conſtitutionibus ponderamus omnia verba, in reſcriptis non ita: quia in libello fortaſſis omnia plenius erãt deſcripta. Reſcripta principum olim non ita concipiebantur vt hodie, vbi planè omnia deſcribuntur, ſed ſimilia erant expeditionibus requeſtarum atque ſupplicationum in curia Parlamenti. Igitur debemus intelligere hic ita fratrum conſenſum interueniſſe, vt rectè confirmarint contractum à ſorore initum: de eo non fuit dubitatum, nec etiam difficultas in eo verſatur, an fratres ratum habere potuerint, necne, ſed in eo potius, an reſtitutio ſororis proſit fratribus, quibus ea res communis erat cum ſorore. Neque vſquequaque verum eſt quod iſti dicunt, ratihabitionem fieri non poſſe eius quod noſtro nomine geſtum non fuit: cum plerunq; ratihabitio noceat ei qui ratum habuit, quod ab initio in eius præiudicium factum fuit. l. ſi fundus. §. 1. de pignorib. Alia difficultas eſt ex l. ſi communem. infrà quemad. ſeruit. amit. Ego & pupillus communem fundum habemus. Illi fundo ſeruitus debetur, quæ quidem ſeruitus amittitur tempore non vtendo, niſi pupillo debeatur: quia longiori tempore opus eſt in rebus pupilli vſucapiendis. l. bonæ fidei. infrà de acquir. rerum dominio. Si ambo non fuimus vſi tempore legitimo ea ſeruitute, pupillo quidem ſuccurritur, ſed an & mihi? Iauolenus ait dict. l. ſi communem. & mihi & pupillo ſuccurri: & tamen hic dicitur beneficium ætatis quod ſorori competit, fratri maiori non poſſe patrocinari. Sed hæc diſſimilia ſunt potius quàm pugnantia, nam l. ſi communem. loquitur de ſeruitute, quæ non recipit diuiſionem, excepto vſufructu, l. ſtipulationes non diuiduntur. infrà de verbor. oblig. quo caſu vulgò receptum eſt propter minorem maiori quoque ſuccurri, quia cauſa indiuidua eſt, & ſic d. l. ſi communem. intelligenda eſt. Aliud eſt, cum loquimur de re communi, quæ diuiſionem recipit, vt hic. & ſic hæc ſolutio facilis eſt.

Explicatio l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plur. appel.

Alia difficultas naſcitur ex l. 1. & 2. C. ſi vnus ex plurib. appel. l. ſi qui ſeparatim. §. 1. infrà de appellat. Si vnus ex pluribus appellauerit, qui communem cauſam habeant, & lata ſit ſententia pro eo qui appellarit, & victoria eius qui appellauit, alteri prodeſt qui non appellauit. ſi enim vno appellante & vincente, eius victoria prodeſt alteri non appellanti, cur non idem de reſtitutione dicemus? nónne eſt eadem ratio appellationis & reſtitutionis? in d. l. 2. Cod. ſi vnus ex plurib. apertè not. reſtitutionem ab appellatione differre: ſed rationem diuerſitatis non docet Iuriſconſul. Magnifici doctores noſtri, qui ſubtiles volunt haberi, cum nihil minùs quàm ſubtiles ſint, oſtendunt hîc ſe planè hebetes & ſtupidos eſſe. Dicam quod ſentio de ratione diuerſitatis, ſed ante omnia animaduertendum eſt, quod in dict. l. 1. ſi vnus ex plurib. dicitur, quodq́ue eſt expreſſum in dict. l. ſi quis ſeparatim. §. vltim. infrà de appel. Si vnus ex pluribus appellauit, qui vna ſententia damnati ſunt, victoria vnius prodeſt alteri, ſcilicet ſi vna & eadem cauſa fuerit defenſionis. poteſt enim eſſe diuerſa cauſa defenſionis. Ergo non ait Iuriſconſul. ſimpliciter prodeſſe victoriam vnius alteri, ſed tunc demum ſi vna eademq́ue cauſa ſit defenſionis. At ſi de reſtitutione loquaris, itemq́ue de appellatione, videbis diuerſam eſſe cauſam vtriuſque. In primis vnam & eandem cauſam intelligo, cum inter cauſam vnius & alterius nihil intereſt, niſi quòd vnus appellat, alter non, quamuis alter appellare potuiſſet. In reſtitutione idem non poteſt dici: vnus enim poteſt reſtitui, alter non. Hîc igitur diſparitas eſt: quia minor quidem poteſt reſtitui, maior autem nequaquam poteſt, etiam ſi vellet. Cum autem dicimus vnam eandemq́ue cauſam eſſe vtriuſque in appellatione, ita intelligimus, vt etſi vnus appellarit, alter non, tamen potuerit alter appellare, & ſic videtis magnam diſſimilitudinem inter appellationem & reſtitutionem. Diſſimilitudines rerum noſſe difficillimum eſt, auctore Platone. Hæc igitur videntur ſimilia eſſe, ſed non ſunt: nam vt ſimilia eſſent, dicendum eſſet, vt diximus, vtrunque poſſe reſtitui, etſi vnus tantùm petiiſſet reſtitui, alter non. ſicq́ue, vt opinor, idem ius ſeruandum eſſet quod in altero appellantium.

IN TIT. XXVII. LIB. II. COD.

SI ADVERSVS REM IVDICATAM *reſtitutio poſtuletur.*

HIc locus de re iudicata pertinet ad edictum prætoris, cuius verba ſunt in l. ait prætor. 7. ad quod omnia referenda dixi quæcunque hîc tractantur de reſtitutionibus. Ait Prætor, *Quod cum minore geſtum eſſe dicetur, vti quæq; res erit, animaduertam.* Cum ait Prætor, geſtum eſſe dicetur, probabiliter dubitari poterat, an id ad iudicatum quoque pertineat, & ſi iudicatum ſit contra minorem, an reſtitui debeat. De contractibus nulla eſt dubitatio: de iudicio probabilior fuit dubitatio, an reſtituatur ex hoc edicto minor in iudicio læſus & circumuentus, quia publicè intereſt res iudicatas non facilè reſcindi, cum ſtatus reipublicæ rebus iudicatis maximè contineatur, vt ait Cicero in oratione pro Sylla. Sed Iureconſulti ita interpretantur verba edicti, quaſi nihil referat, an in iudicio an extra iudicium quid cum minore geſtum eſſe dicatur, vt diximus in interpretatione verborum, *Geſtum eſſe dicetur.* Et de iudiciis loquitur Vlpianus in interpretatione illorum verborum l. ait prætor. §. ſed & in iudiciis. vt ſiue actor ſit minor, ſiue reus in iudicio, & captus ſit, ei ſubueniatur. Ex edicto ergo prætoris hoc annotandum eſt, & veluti pro regula conſtituendum, minorem reſtitui poſſe aduerſus rem iudicatam. Sed duo ſunt neceſſaria ad hanc reſtitutionem. In primis oportet minorem captum eſſe, vel circumſcriptum, alioqui non reſtituitur. Non enim ſufficit ætatem allegare, ſed eum circumſcriptum fuiſſe oportet. l. verum. §. ſciendum eſt autẽ. l. non omnia. & l. quòd ſi minor. §. 1. ff. de minor. Exemplum circũſcriptionis eſt, ſi forte allegationem aliquam omiſerit in iudicio, id eſt aliquas exceptiones, dilatorias aut peremptorias. l. minor. 36. Allegationis verbum pertinet ad omnem exceptionem, ſiue dilatoriam, ſiue peremptoriam. Similis locus eſt in l. minor autem. 18. §. 1. vt ſi quid quod pro cauſa faceret, omiſſum ſit in iudicio, reſtituatur minor. Et hæc obſeruare debent hi qui in foro ſunt verſaturi, vt ſciant quomodo diplomata ſint concipienda, vt inferatur captum eſſe minorem, quia omiſerit exceptionem aliquam vel allegationem. Alterum neceſſarium ad hanc reſtitutionem eſt, quòd minor defenſus ſit in iudicio contra quod vult reſtitui. Nam ſi defenſus non ſit, ceſſat reſtitutio, quia ſententia ipſo iure nulla eſt, vt dicitur in l. pen. hîc. Cum igitur ſententia lata eſſe dicitur aduerſus minorem, videndum eſt, an ſit defenſus à tutore vel curatore, quia ſi defenſus non ſit, reſtitutio nõ poteſt locum habere, vt docui in l. in cauſæ. 1. ff. de minoribus. Cum enim ipſo iure non valet quod actum eſt, reſtitutio non habet locum: quia oportet aliquid accidiſſe quod in priſtinum ſtatum ſit reponendum. Simile eſt quod dicitur in l. acta. §. vlt. infrà de re iudic. l. contra pupillum. eod. Diſtinctio autem de qua diximus in l. 3. C. de reſtitut. in integ. hîc locum non habet. Cum enim loquimur de contractu inito cum minore, quærimus an is contractus valeat: quia vt reſtitutio habeat locum, videndum eſt, an habuerit curatorem, an non, vt ſi contraxerit ſine curatore, cum haberet curatorem, nullius momenti ſit quod geſtum eſt: ſi verò curator ei datus non ſit, valeat quod cum minore geſtum eſt, ſed tamen reſtituatur. At in iudicio aliud eſt, nam ſi aduerſus minorem iudicatum ſit, ſimpliciter ipſo iure non valet iudicatum, modò defenſus non fuerit, ſiue curatorem habuerit minor, ſiue non: quòd ſi defenſus fuerit, valet quidem ſententia ipſo iure, ſed tamen minor captus reſtituitur. Ratio diuerſitatis non eſt valde

Sententia contra receptum iud. iorũ ordinem lata non valet.

obſcura. Nam quoties ſententia fertur contra receptum ordinem iudiciorum, non valet.l.prolatam.C.de ſenten.& interlocut. At hoc eſt neceſſarium in ordine iudiciario, vt ſi contra minorem agatur, adſit eius tutor, vel curator, dict.leg. acta.de re iudic.& eſt tit. C. lib. 3. qui legit.perſonam ſtandi in iudicio hab. Minor non eſt perſona legitima, ex qua poſſit iudicium conſiſtere. Ideo mirum non eſt ſi dicatur ſententiam nullam eſſe ipſo iure, ſi minor in iudicio non defendatur. Sed hodie in Gallia moribus noſtris ſententia ipſo iure valet, & opus eſt appellatione vel reſtitutione. Vulgò enim dicitur, viam nullitatis contra ſententiam locum non habere. Illis igitur duobus concurrentibus minor reſtituitur contra rem iudicatam, ſed videndum eſt, quomodo id accipiendum ſit. Multæ enim quæſtiones naſcuntur, tam circa perſonam minoris, quàm circa rationem & cauſam reſtitutionis. Nam circa rationem reſtituendi in integrum inprimis quærimus, cum iudicium momentaneum non ſit, & in iudicio factum dicatur, quicquid accidit ex quo lis conteſtata eſt, quid dicendum ſit, ſi minor ſit tempore iudicij cœpti, maior tamen factus ſit tempore ſententiæ aduerſus eum latæ, an eum reſtituendum eſſe dicamus aduerſus ſententiam. Quæſtio naſcitur ex verbis l. 1. in qua ſatis oſtendit Imper. ſpectandum eſſe tempus iudicij accepti, vt ſi tempore ſententiæ maior ſit, reſtitui non poſſit. Et apertius idem dicitur in l.3 ff.eod.vbi additur exceptio, reſtitutionem quidem non competere, niſi protractum ſit tempus dolo aduerſarij. Sed de hoc plenius dicemus tit. ſi maior factus,&c. Inde etiam quæritur: Quid ſi tutor ipſe damnatus ſit ſententia iudicis, & minor velit reſtitui, an audiendus ſit. Quæſtio naſcitur ex edicto Prætoris: *Quod cum minore geſtum eſſe dicetur.* His enim verbis oſtendit Prætor, ita demum edicto locum eſſe ſi aduerſus minorem ſit iudicatum. Reſpondet huic quęſtioni Imperator Diocletianus l.vlt.hîc.vbi nihil referre ait, an ſit iudicatum aduerſus minorem, an aduerſus tutorem vel curatorem, modò iudicatum ſit in cauſa minoris, id eſt, modò tutores vel curatores adulti, vel pupilli nomine ſint condemnati, cùm de re pupillorum ageretur. Nam quod cum tutore vel curatore geritur nomine pupilli vel adulti, cum pupillo vel adulto geſtum eſſe dicitur iuris interpretatione. l. eum qui. §. vltim. infrà de conſtit. pecu. & hoc intereſt inter tutorem & procuratorem minoris, vt videri poteſt ex l. cum mandatu. ff. de minor. datur igitur reſtitutio ex verbis edicti, cùm ſententia lata eſt aduerſus tutorem vel curatorem, ſi nomine pupilli vel adulti condemnatus fuerit tutor, vel curator. Sed ſi tutor nomine proprio ſit condemnatus, aliud dicendum erit. l. ſi creditor. C. ſi tutor vel curat. Deinde id confirmatur alia ratione, quia tametſi in cauſa pupilli ſententia in tutorem & curatorem fertur, non aduerſus pupillum, ſicut de procuratore dicitur. l. 1. C de ſenten.& interloc. tamen executio fit aduerſus minorem, cuius nomine ſunt condemnati. l. 4. de re iudic. Eadem ratione ſi aduerſus procuratorem ſit lata ſententia, datur executio contra dominum, niſi ipſe procurator ſe liti obtulerit, inquit d. l. 4. id eſt, niſi vltro voluerit ſuſcipere litem alieno nomine, l.eum qui.46.de minorib. *Qui ex ſua voluntate defendit*, hoc eſt quod dicitur l. 4. de re iud. qui ſe liti obtulit. Cùm igitur aduerſus minorem lis moueretur, quidam ſe liti obtulit, & damnatus eſt: vult reſtitui: non reſtituetur, inquit Iuriſconſultus, quia maior eſt. Nec minor ipſe reſtitueretur, ſi vellet, cùm eius non interſit, nec vllo afficiatur damno ex eo quòd damnatus eſt is qui ſe liti pro eo obtulit. Alia quæſtio eſt, ſi lata ſit ſententia aduerſus minorem pro patre in cauſa patriæ poteſtatis, cùm filius diceret ſe eſſe ſui iuris, pater autem eum vindicaret, & filius ſit damnatus, idemque minor, quæritur an aduerſus patrem poſſit reſtitui, & an generaliter verba edicti accipiemus, vt in quacunque re iudicatum ſit, reſtitutioni ſit locus, de quo potuit dubitari. Non enim eſt credendum eum captum eſſe, qui negotium cum patre geſſit. Reſpondet quæſtioni Imperator Gord.l. 2. hîc. *Is qui prouinciam regit, in impertienda cognitione ſuas partes ſecundum leges exhibebit.* Quibus verbis ſignificat minorem reſtitui poſſe in integrum aduerſus patrem, qui dicebat eum non eſſe emancipatum, filius contrà. Et has partes attribuit Proconſuli prouinciæ, qui quamuis non eſſet magiſtratus, nec iudicare ſoleret, ſed iudicia dare, tamen de huiuſmodi cauſis cognoſcebat contra ordinem, tit. de extraord. cognit. Cùm igitur pater vindicabat filium ex iure Romano, erat cognitio extraordinaria Prætoris Romæ, Proconſulis verò in prouincia. Mentio huius extraordinariæ cognitionis eſt ſub tit. de extraord. cognit. Proconſul igitur eſt qui prouinciam regit. Meminit autem hîc Proconſulis, quia hoc acciderat in prouincia, in qua eadem poteſtas erat Proconſulis, quæ erat Prætoris Romæ: ideo mirum non eſt, ſi de ea re Proconſul cognouerit. Quare hîc nugatur Accurſius. Opponitur l.vlt. C.qui & aduer.quos in integ.reſtitu. In hac conſtitutione Imperator refert apud veteres dubitatum fuiſſe, an filius contra patrem reſtitui poſſit: & decidit reſtitui non poſſe: hîc autem dicimus reſtitui filium. Sed apparet ex verbis eius conſtitutionis, voluiſſe Iuſtinianum derogare iuri antiquo, cum apud veteres dubitatum ait. Eſt enim illa conſtitutio vna ex quinquaginta deciſionibus, quæ ſunt editæ poſt repetitionẽ Codicis, nempe Coſs. Lampadio & Oreſte. In hac autem pro *Pondere*, fortaſſe melius legeretur *Pudore*. Poſterior veterum opinio probabilior fuit. Dicebant enim, videndum ex qua cauſa petat filius reſtitui, vtrum dicat ſe eſſe deceptum, vel fraude patris captum, vt hoc caſu repellatur à petitione reſtitutionis, an verò ſimplicitate ſua captum, vt amittatur. hæc enim opinio veri ſpeciem habet: & tamen ea reiicitur à Iuſtiniano, qui ſimpliciter ait, denegandam eſſe reſtitutionem. Imp. tamen in d. l. 2. videtur ſecutus eam ſententiam. Nam non ait reſtituendum eſſe minorem aduerſus parẽtes, ſed ait videndum à Pręſide prouinciæ, an ſit iuſta cauſa reſtituendi, vt ſi filius obiiciat patri fraudem, non audiatur: ſi ſuam ſimplicitatem, audiatur. Sed vtcunque ſit, maniſeſtiſſimum eſt ex Iuſtiniani noua conſtitutione, emendatum eſſe ius antiquum: nec ideo fatemur aliquid contrarium eſſe in libris noſtris, quia id dicimus de his, qui eodem tempore editi ſunt. Sed qui non norunt hiſtorias Romanas, has conſtitutiones non poſſunt ſecernere ab aliis. Alia quæſtio eſt, ſi damnatus ſit minor abſens indicta cauſa, vel per contumaciam, an ſit reſtituendus in integrum. hæc quæſtio naſcitur ex his quæ diximus: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur.* Cum minor lite accepta damnatus eſt, maximè ei verba prætoris conueniunt. Nam qui iudicium accipit, dicitur velut contrahere. l. 9. in fi. infrà de pecul. Sed cum non iudicium accipit, ſed abſens damnatur contumax indicta cauſa, vix poteſt dici quicquam cum eo geſtum eſſe. Sed Iureconſulti noſtri eo vſque producunt verba edicti Prætoris, vt ad eum quoque pertinere velint qui contumax abſens ſit condemnatus, l. minor. 8. & l. ait Prætor. §. vlti. ff. de minorib. in quo ait Iuriſconſ. eremodicij præſtari reſtaurationem omnis ætatis hominibus ex iuſta cauſa. Eremodicium autem eſt, cum abſens condemnatur vt præſens, quia copiam ſui non facit in iudicio, & dicitur quaſi ἐρήμη δίκη, id eſt deſertum iudicium ob abſentiam & contumaciam. l. properandum. C. de iudic. & l. cum quærebatur. iudic. ſolui. Sed hæc omitto, ne nimium videar eſſe Grammaticus. Hîc alia eſt quæſtio. Sententia lata aduerſus minorem abſentem, & veluti contumacem reſcinditur per reſtitutionem in integrum. Hoc videtur pugnare cum his quæ diximus: videlicet tunc non eſſe locum reſtitutioni quæ extraordinaria eſt, cùm ſententia ipſo iure nulla eſt, l. contra pupillum. infrà de re iudic. Contra minores enim edictum peremptorium propoſitum, ipſo iure nullum eſt: de qua ratione procedendi aduerſus abſentes diximus, l. ad peremptorium. infrà de iudic. Si ergo nullius momenti eſt aduerſus minorem edictum peremptorium, quid opus eſt reſtitutione? Sed hic animaduertendum eſt, impetrari reſtitutionem, quòd defenſus fuerit minor: nam tametſi fuit abſens, potuit vocari vel tutor, vel curator iudicium pro ea accipere. non igitur poteſt dici indefenſus condemnatus. Alia eſt quæſtio de minore, qui condemnatus eſt à ſupremo magiſtratu à quo appellare non licet, an poſſit reſtitui in integrum: veluti ſi à præfecto prætorio ſit condemnatus, vel is iudicauerit, qui vice Principis fungitur, qui ſacer cognitor dicitur. Et certum eſt minorem poſſe reſtitui. l. 3. hîc. Duo autem notanda ſunt ex hoc capite: vnum, aduerſus ſententiam eius qui vice principis iudicauit reſtitutionem impetrari poſſe propter beneficium ętatis: alterum, aduerſus hanc ſententiam reſtitui poſſe minorem, ſed reſtitutionem à ſolo principe concedi poſſe. Simile eſt in l. præfecti. ff. de minor. Dubitandum igitur non eſt, quin reſtitutio impetrari poſſit aduerſus horum ma-

Quæ fuit ratio Prætoris Romæ, eadẽ fuit Proconſulis in prouincia.

Expoſitio l. vlt. qui & aduerſus quos.

rum magiſtratuum ſententiam,quamuis hoc rarius fiat. Sed cur admittitur potius contrà Præfectorum Prætorio ſententias reſtitutio,quàm appellatio? Ratio extat in dict. l. præfecti. quia is,inquit Hermogenianus, qui appellat, conqueritur de iniquitate iudicantis: at qui cupit reſtitui, petit veniam ſimplicitatis ſuæ, vel aduerſarij fraudem allegat. Quo fit,vt hodie aduerſus ſumma tribunalia à Principe impetretur reſtitutio: & hoc vocamus literas in forma requeſtæ ciuilis, quia ex cauſa legitima dantur,vt cum minor quid omiſit in iudicio vel dolo, vel circumuentione aduerſarij. Nihil eſt frequentius apud nos, quamuis appellatio non admittatur. Hæc requeſta ciuilis differt ab ea quam propoſitionem erroris vocamus. Erraſſe autem iudicem dicimus, errore facti,non iuris: nam hoc turpe eſſet allegare, etſi verum eſſet. Alia eſt quæſtio, de ratione reſtituendi. Hæ omnes quæſtiones ex eodem fonte manant: videlicet ex Prætoris edicto: aliæ enim ſpectant perſonam minoris: aliæ cauſam reſtitutionis: aliæ rationem reſtituendi. Reſtituitur ita minor aduerſus rem iudicatam, vt res in priſtinum ſtatum reponatur. l. vlt. ſuprà de reſtit. in integ. vbi traditur differentia reſtitutionis in integrum inter minorem, & eum qui Reipublicæ cauſa abeſt. Abſentes Reipublicæ cauſa reſtituuntur aduerſus rem iudicatam tantùm ita vt appellare poſſint, minor autem omnimodo reſtituitur. Eſt tamen caſus in quo reſtitutione impetrata, tantùm permittitur minori prouocare. l. ait prætor. §. pen. Minor damnatus eſt ſententia iudicis: nihil poteſt cauſari propter quod reſtitui debeat. Nullam enim defenſionem omiſit: omnia geſſit in iudicio quæcunque prudens paterfamilias potuiſſet. Debuit appellare intra decem dies, ſecundum Nouel. Iuſtiniani conſtitutionem de appel. non appellauit. Reſtitutio tantùm ita conceditur, vt ei liceat appellare, & quod facilitate ſua omiſit, recipere. Sufficiet enim, eum aduerſus ſententiam appellare: quia nihil aliud omiſit, quàm appellationem. Vnum exemplum eſt huius reſtitutionis in l. ſi ex cauſa. 9. ff. de minor. ſententia lata eſt aduerſus minorem diſtracta ſunt eius bona in auctione: deinde reſtitutus eſt in integrum: quæritur an pignora ſint reddenda, an pretium eorum? Et ait Iureconſul. videndum eſſe iudici, an multum minoris interſit, corpora pignorum recuperare: vt ſi grande damnum ſit minorem carere corporibus, in eorum ius reſtituatur. Præterea notandum eſt, aliquando ſententiam reſcindi pro parte, quia pro parte tantùm minoris intereſt, & pro parte tantùm læſus eſt, l. 1. hîc. Species de qua alij hîc futiliter digladiantur, eſt. Minor actione tutelæ contra tutorem experiebatur, lata eſt ſententia tantùm de ſorte, non de vſuris: quæritur an minor poſſit reſtitui, & vſuras petere? ait Imper. reſtitui minorem in integrum, non ad petendas vſuras ſed ſortem: ideoque vtitur his verbis: *Minus ex tutelæ iudicio conſecuti, de ſuperfluo habere actionem ita poteſtis, ſi &c.* Sed meminiſſe oportet diſtinctionis à nobis traditæ, ex l. etiam. §. 1. ff. de minor. vbi diximus, ſi ſeparata ſint capita ſententiæ, & reſtituatur minor aduerſus vnum caput, in eo capite tantùm reſtitui in quo læſus eſt, alia verò capita manere firma: quia idem in hac ſpecie dicitur. Quoties autem aliquid tale eſt, quod non recipit diuiſionem, aduerſus omnia capita ſententiæ, reſtitutio locum habet: quod exemplis demonſtraui d. l. etiam. §. 1. His quæſtionibus explicatur totus hic tractatus de reſtitutione minorum contra rem iudicatam. Sophiſtæ tamen argumentantur aduerſus hæc omnia quæ hîc diximus, dicuntque nos fruſtra hîc diſputare, cum hodie locus non ſit reſtitutioni aduerſus rem iudicatam. Sic autem argumentantur: Reſtitutio ita locum habet, ſi aliud ordinarium auxilium non competit, l. in cauſæ ff. de minor. At hic remedium ordinarium non deficit, quia minor poteſt appellare. Ergo in integrum non poteſt reſtitui minor aduerſus rem iudicatam. Maiorem ſumunt ex dict. l. in cauſæ. eamque habent pro certiſſima lege, quæ tamen ad hoc probandum & ineptiſſima & falſiſſima eſt, vt ſuprà diximus. Minorem ita probant, quòd licet minori appellare, quia non currit ei tempus ad appellandum, adeo vt non opus ſit reſtitutione, l. vlt. Cod. in quib. cauſis reſtit. in integ. cùm enim minori exceptio competit, non poteſt ea excludi præſcriptione. Hæc omnia ſunt, vt diximus, ineptiſſima & falſiſſima. nam cum dicunt reſtitutionem locum non habere, vbi poteſt competere aliud auxilium, meræ ſunt nugæ: & in d. l. in cauſæ. diximus id aliter accipiendum: imò & reſtitutionem in integrum concurrere cum aliis auxiliis, vt d. l. in cauſæ. cum actione tutelæ, cum condictione indebiti. Equidem diximus cum contractus ipſo iure non valet, tunc ceſſare reſtitutionem: & hanc eſſe ſententiam d. l. in cauſæ. Quomodo enim poſſet reſtitui quod mutatum non eſt, quodque in ſuo ſtatu permanſit? At hic aliquid mutatum eſt, nec eſt ipſo iure nullum quod geſtum eſt. ſententia enim lata contra minorem defenſum valet ipſo iure. Valeant igitur Brocardici cum Brocardis. Deinde vberior eſt reſtitutio, quàm appellatio: magis enim ſuccurritur minoribus per reſtitutionem quàm per appellationem: vnde fauore minorum permittitur eis reſtitutio, cum tamen maioribus permittatur tantùm appellatio, l. vlt. ff. de reſtit. in integ.

Litera in forma requeſta ciuilis.

Propoſitio erroris.

Ratio reſtituendi minoris.

Vberior eſt reſtitutio, quàm appellatio.

IN TIT. XXVIII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS VENDITIONEM.

His verbis edicti Prætorij de minoribus, *Quod geſtum eſſe dicetur*, vt antè diximus, Prætor omnem contractum complectitur: itaq; ſi minor captus ſit in venditione, certum eſt, eum eſſe reſtituendum: ideoque Vlpianus in interpretatione edicti, l. ait Prætor. ff. de minoribus, exemplum adfert de venditione. Ergo edictum prætoris pertinet ad venditionem, ſicut ad cæteros contractus, & minor aduerſus venditionem reſtituitur. quod tamen intelligendum eſt duobus concurrentibus, vt diximus ſub tit. de reſtit. aduerſus rem iudic. Primum vt minor ſit captus. Nam nunquam aliàs reſtituitur: idque generale eſt in omnibus reſtitutionibus. l. 2. hic. ergo aduerſus fraudulentas venditiones minor reſtituendus eſt. Alterum eſt quòd venditio teneat: nam ſi nulla ſit venditio, ceſſat hoc remedium reſtitutionis. cum enim ipſo iure ſit munitus, non eget reſtitutione, l. in cauſæ. 2. Huc pertinet l. ſi res. 49. ff. de mino. Aliquando contractus venditionis nullus eſt ipſo iure, vt ſi venditum ſit prædium minoris ſine decreto prætoris, vel ſine tutoris vel curatoris auctoritate, l. 1. infrà de rebus eorum qui ſub tute. quod etiam locum habet, ſi prædium vrbanum venditum fuerit: quamuis veteri iure non prohiberetur vrbani prædij venditio, l. lex quæ tut. Cod. de admin. tut. Aliarum rerum ſine decreto permittitur venditio, ſcilicet quæ ſeruari non poſſunt, d. l. lex quæ tutores. Ponamus ergo prædium venditum ſine decreto prætoris: venditio nulla eſt ipſo iure, & fruſtra petit minor in integrum reſtitui: quoniam nihil eſt quod in priſtinum ſtatum reponi poſſit. Ideoque ſi prædium ſit traditum ipſi emptori, minor illud poteſt vindicare: ſed ſi interuenerit prætoris decretum, & diſtractum ſit prædium cum cauſæ cognitione, venditio valet quidem ipſo iure: ſed tamen ſi læſus ſit in ea minor, reſtituetur. Nam decretum prætoris non impedit reſtitutionem, ſi minor fuerit captus. Sunt igitur res, quas lex non prohibet diſtrahere: ſunt & aliæ quas prohibet alienare niſi cauſa cognita. Simile eſt in l. tutor. 47. in princip. ff. de minor. Tutor iuſta de cauſa, & vrgentibus creditoribus pupilli vendidit res eiuſdem, ſine dolo, ſine fraude: quæritur an poſſit pupillus reſtitui? Ait Scæuola, poſſe, cognita cauſa. Nihil enim refert an fraus tutoris arguatur, an non: quia ſufficit minorem captum eſſe, etſi fuerit diſtracta res ſeruatis ſolennibus. l. magis puto. infrà de rebus eorum. Simile etiam eſt in l. ait Prætor. §. quæſitum. ff. de minor. Iſta diſtinctio apertius traditur in l. ſi quidem. C. de prædiis minor. Sine decreto prædium eſt venditum, contractus nullus eſt ipſo iure: ſed ſi decretum interuenerit in diſtractione, tunc debet minor probare ſe captum fuiſſe in venditione, vt poſſit reſtitui. Ex hoc autem contractu venditionis quomodo ſit reſtitutio facienda, docuimus ad l. quod ſi minor. §. reſtitutio. ff. de minor. vbi diximus reddendum eſſe pretium emptori, ſi ex eo ſit minor locupletior factus. Idem dicitur l. ait prætor. Quæſtio etiã hæc à nobis tractata eſt in d. l. tutor. §. curator. Cum ergo de ea re ſatis diſputatum ſit, repetitio eſſet moleſta. Hæc autẽ reſtitutio ceſſat, cum venditio fuit iureiurando confirmata. l. 1. hic, id eſt, ſi minor iureiurando corporaliter præſtito confirmauerit venditionẽ. Quod igitur dictum eſt, reſtituendum minorem aduerſus venditionẽ ſui prædij, intelligendum eſt cum

hac exceptione, niſi venditio confirmata ſit iureiurando corporaliter præſtito. Corporaliter iuſiurandum præſtitum dicitur, cum quis ſacra Euangelia tangens manu, iurat, vt explicatur Nouel. Iuſtiniani 8. vbi traditur formula iuriſiurandi, quæ exigitur à magiſtratibus: maior eſt vis in politiis huius iuriſiurandi, quàm ſi quis tantùm verbo ſimpliciter iurauerit, propter cerimoniam ſcilicet, & magis ſerium exiſtimatur. Similis locus eſt de hoc iureiurando l. ſi alterius. Cod. ſi minor ſe maio. dixer. Videtur hoc maioris perfidiæ eſſe, cùm quis non tantùm ſimpliciter ſermone, ſed & actu corporali teſtem vocat Deum ipſum. Sed huic ſententiæ aduerſari videtur l. non eſt dubium. Cod. de legib. vbi ait Imperat. quoties contra leges quid agitur, nullius momenti illud eſſe, etſi lex non infirmet quod geſtum eſt: quia ſufficit lege prohibente factum. quod adeò verum eſt, vt neque iureiurando, neque ſtipulatione confirmetur. Et tamen hîc videmus contractum cum minore initum, confirmari iureiurando. Sed reſponderi poteſt, reſcriptum Alexandri, quod extat in d. l. 1. intelligi de contractu, qui valet ipſo iure, contra quem tamen minor poſſet reſtitui in integrum, ſi iuſiurandum non eſſet præſtitum: non autem de contractu qui non valet ipſo iure. Sic eſt accipiendus hic locus, vt conueniat ſubiectæ materiæ. Loquitur Imper. de reſtitutione quæ tunc demum locum habet, quoties contractus ipſo iure valet: veluti ſi vendita res eſt, quæ erat peritura tempore, l. lex quæ tutores. Cod. de admin. tuto. vel ſi acceſſit prætoris decretum, ita vt venditio rei immobilis valeat. Aduerſus has venditiones, ſi ſe læſum oſtendat minor, reſtitui poteſt. Ait nihilominus Imper. reſtituendum non eſſe minorem propter iuſiurandum, quod ab eo præſtitum eſt. Loquitur ergo hæc lex de venditione quæ valet ipſo iure. At dict. l. non dubium. quæ opponitur huic, loquitur de contractu qui ipſo iure nullus eſt, tanquam factus contra legem: cui vt perfectus habeatur, non poteſt iuſiurandum accedere. Rurſus obiicitur l. ſi ex falſis. C. de tranſact. & l. vltima. C. de non nume. pecunia. nam dict. l. ſi ex falſis. loquitur de tranſact. quæ ex falſis inſtrumentis facta eſt, & iureiurando confirmata, quam tamen vult Imp. retractari, quamuis ſit interpoſitum iuſiurandum. Hoc enim videtur noſtræ legi contrarium, in qua dicitur non retractari quod geſtum eſt cum minore, ſi id iureiurando ab eo præſtito confirmatum eſt. Sed hæc diuerſa ſunt, nam in l. ſi ex falſis. tranſactio reſcinditur, propter dolum aduerſarij, qui protulit falſa inſtrumenta, quæ vera credebantur, & extorſit hac ratione tranſactionem ab aduerſario. In hac ſpecie noſtra, non proponitur dolus interueniſſe, ſed minor dicitur captus tantùm ſua ſimplicitate. Et ideo ſi dolo ac machinatione eſſet circumſcriptus, etſi iuſiurandum præſtitum fuiſſet, nihilominus poſſet reſtitui. Cum igitur nihil aliud allegatur, niſi patrocinium ætatis & infirmitas conſilij, propter iuſiurandum præſtitum non reſtituitur. Ratio videtur eſſe, quia conſtitutio noſtra videtur eſſe lata vitandi periurij cauſa, & perfidiæ. *Neque perfidiæ, neque periurii.* Ideoque ait Imper. Ergo quoties in periurium incideret minor, vel alius qui reſtitutionem imploraret, tunc ei reſtitutio eſſet deneganda. Aliud eſt cùm dolo quis eſt circumuentus, quia tunc nullum eſt periculum perfidiæ: ideoque non impedietur reſtitutio propter iuſiurandum, neque ideo periurus quis iudicabitur. Sic intelligenda eſt d. l. ſi ex falſis. Et ſic reſponderi poteſt ad dict. l. vlt. Cod. de non nume. pecu. Si is qui cauet ſe pecuniam accepiſſe ex cauſa mutui, conueniatur ex chirographo intra annum, & opponat exceptionem nihil ſibi eſſe numeratum, non aliter vincet actor, niſi docuerit ſe pecuniam numeraſſe. Hac autem exceptione iuuatur reus, non tantùm ſi cauerit, ſed etſi iurauerit ſe pecuniam illam ſoluturum, quaſi illam receperit, his verbis: Iuro me ſoluturum pecuniam quam promittis: quia tacita quædam ineſt conditio huic iuramento, ſi numeraueris: ideoque ſine metu periurij, ſi illi non ſit numerata pecunia, poteſt ſolutionem detrectare. Hoc iuſiurandum non habet maiorem vim, quàm ſimplex cautio. Sed in ſpecie noſtra non poteſt cauſari minor, quod aduerſarius ei perſuaſerit dolo malo vt venderet. Vnde ne in periurium incidat, cautum eſt ne reſtituatur. Hîc animaduerte in omnibus his caſibus hodie gratiam & relaxationem iuriſiurandi neceſſariam eſſe, etſi dolo quis inductus ſit ad contrahendum, propter ius Pontificium, quam vocamus Diſpenſationem, cap. 1. de iureiur. Si quis enim vſuras ſoluere iurauit, quamuis vſuræ contra Ius canonicum ſint, tamen vt non teneatur, opus eſt relaxatione iuriſiurandi. Hæc relaxatio à Pontificibus impetratur, olim à Principibus impetrabatur, l. vlt. ad munic. Iurauit quidam ordini ſe non interfuturum: deinde creatus eſt Duumvir, ei gratia iuriſiurandi facta eſt ab Imperatoribus ipſis. Hodie igitur iure Pontificio ſancitum eſt, Pontificibus ſolis licere relaxare ab hoc iureiurando, contra veteres conſtitutiones & canones, cap. nouit. de iudic. quod tamen apud nos nõ ſeruatur, nec ſeruari æquum eſt. Quod autem dictum eſt, ſi nullus ſit contractus ipſo iure, non conualeſcere propter iuſiurandum, ſunt qui putant correctum eſſe conſtitutione Friderici Oenobardi, quæ inſeritur quibuſdam libris, ſub hoc tit. & reperitur ſub tit. de pace tenen. lib. de feud. atque Authent. ſacramẽta puberum, & ſi aduerſus vendit. Conſtitutum hoc eſt generaliter à Friderico ſine diſtinctione, quæ conſtitutio tamen valde iniqua eſt, nec ſeruatur pleriſque in locis, in quibus rectius Reſpublicæ ſunt conſtitutæ. Nec dubium eſt, quin omnibus temporibus iniqua habita fuerit, vtpote ex ſuperſtitione potius, quàm ex æquitate exorta. Cynus ſanè vir non indoctus illis temporibus, & minimè ſuperſtitioſus homo, quod recti & ſani eſt iudicij argumentum, eam deteſtatur, quod præbeat occaſionem inſidiandi minoribus, quos facilè eſt circumueniri. Et mihi videtur Pontifex Honorius III. à Friderico ſanè extorſiſſe, cum denegaret diadema Imperatori. Tandem enim expreſſit quaſdam conſtitutiones, quas dicebat ad eccleſiaſticam libertatem pertinere. Scripſi in libris de beneficiis hac de re plura.

Iuriſiurandi relaxatio à quibus detur.

Explicatio authẽ. Sacramenta puberum infra, Si min. ſe maior. dix.

IN TIT. XXIX. LIB. II. COD.

SI ADVERSVS VENDITIO-
nem pignoris.

HIc titulus ſuperiori affinis eſt, & differentia eſt vtriuſque, quòd ſuperior pertineat ad res minorum, quas ipſi vendiderunt: hic autem ad eas quas non ipſi vendiderunt, ſed alij, puta creditores. Sæpè enim accidit, vt res minorum diſtrahantur à creditoribus, tanquam pignora, quia ſcilicet pignus habent in eas res: nam ſi pecunia non ſoluatur, creditor vendit pignus, ſecundum diſtinctionem, quam tradidimus in l. ſi conuenerit. infrà de pigno. actio. Prætorium quoque pignus diſtrahitur, cum quid in cauſam iudicati captum fuerit, l. à diuo Pio. infrà de re iudic. l. non eſt mirum. infrà de pigno. actio. diſtrahuntur igitur pignora tam quæ ex conuentione contrahentium, quàm quæ ex autoritate prætoris capiuntur. Sed quæritur an reſtitui debeat minor, ſi pignora diſtracta ſint à creditoribus? Et dicendum, minorem reſtitui aduerſus venditionem pignoris, ex iuſta cauſa, veluti ſi graui damno afficiatur, l. 1. hîc. Multo magis dicendum eſt, ſi dolus creditoris interuenerit emptoris conſilio participante. l. 2. C. de prædiis minor. Ait igitur Imp. *Si fraudulenta venditione.* Emptor enim participauerat conſilium cum creditoribus fraudulenter rem vendentibus: iuſta eſt ergo cauſa reſtitutionis. Vel etſi emptor non participauerit, ſi tamen graue damnum ſenſerit minor, reſtituetur. Huc pertinet titul. Cod. ſi vendito pignore agatur. Nam plerunque maior agit de pignore à creditore dolo malo diſtracto, vt ſi mala fide venditum ſit, & dolus malus interuenerit, de quo ſub tit. Si vendito pignore agatur. Additur exceptio in l. 2. hîc. Quod enim diximus minorem reſtituendum eſſe aduerſus venditionem pignoris, intelligitur cum hac exceptione, niſi cum eo ſit contractum, cui minor hæres extitit: quia tunc demum minor reſtituitur, ſi ipſe cum alio contraxerit: ſecus ſi minor non contraxerit, ſed alius cui ipſe ſucceſſit, quia tunc minor reſtituetur. Et hoc ad illos contractus pertinet, qui fiunt cum his quibus minores hæredes exiſtunt: veluti ſi creditor diſtraxit rem obligatam non à minore, ſed à patre eius cui minor ſucceſſerat. Prætor in edicto de minoribus ſic loquitur: *Quod cum minore vigintiquinque annis, &c.* Ergo ita demum reſtituere pollicetur, ſi cum ipſo minore quid geſtum fuerit: ex quo ſequitur, ſi cum alio fuerit quid geſtum, minori non eſſe ſuccurrendum. Huc pertinet quod dicitur in l. apud Iulianum. infrà ex quibus cauſis in poſſeſſ. eat. Titius rem communem cum patre pupilli habuit, mortuo patre cum pupillo

pupillo communi diuidundo egit: cum pupillus non defenderetur, volebat mitti in poſſeſſionem: quærebatur, an pupillo eſſet ſuccurrendum. Recitatur ibi Iuliani ſententia, quam notat Marcellus, & ait rationem ætatis non habendam. Rationem adfert, videlicet periniquum eſſe expectari pubertatis tempus ab eo qui cum pupillo non contraxit, ſed cum eius patre. Quibus verbis ſignificat, non eſſe ſuccurrendum pupillo. Eodem pertinet l. Æmilius. 38. ff. de minor. in qua recitatur ſpecies, de qua Imperat. decreuit, quæ eſt ex Pauli lib. 1. Decretorum. Decreta autem ſunt quæ principes ſoli decreuerunt cognoſcendo, quo tempore cognoſcere principes ſolebant. Sic decretum accipitur, quod princeps vel magiſtratus decreuit. Species huius legis hæc eſt: Æmilius quidam fundum certum emit ab alio quodam Ouinio nomine, lege commiſſoria, id eſt, ea lege, vt ſi precium non ſolueretur intra certum tempus, res eſſet inempta. Nam tunc dicitur fundus lege commiſſoria emptus, quia precio non ſoluto lex committitur, id eſt, receditur à venditione. Sic lex committi dicitur, ſtipulatio commiſſa, ſi conuenerit, vt promiſſor ſoluat precium intra duos menſes: quia ſi non ſoluat, dicitur commiſſa eſſe lex. Huius legis commiſſoriæ magna vis eſt: nam aliàs valet venditio, etſi precium non ſoluatur. Lex commiſſoria dicitur, quaſi pactio commiſſoria: igitur inepte dicitur pactum legis commiſſoriæ. Æmilius igitur fundum illum emit, data parte pecuniæ, & conuenit, vt ſi intra certum tempus reliquum pecuniæ non ſolueretur, fundus inemptus eſſet. Aemilius emptor deceſſit antequam id tempus lapſum ſit, relicta puella pupillaris ætatis, quæ intra tempus definitum non ſoluit precium, ſicque commiſſa lex eſt, ea autem petit reſtitutionem. De hac reſtitutione lis mota eſt, cum apud prætorem, tum apud præfectum vrbi. Nam apud prætorem victa puella prouocauerat ad præfectum vrbi, qui erat eo tempore maior prætore. A præfecto prouocauit ad Imperatorem. In conſiſtorio principis cum conſuleretur Paulus, dicebat bene iudicatum. Mouebatur hac ratione, quia pater eius, non ipſa contraxerat. *Quod*, inquit, *pater eius, non ipſa contraxerat*. Sed certis motus rationibus Imperator, pronunciauit in integrum minorem reſtituendam eſſe. Putabat contra Paulus ei denegandam reſtitutionem, hac ratione, quia pater puellæ, non ipſa contraxerat. Pater enim puellæ emerat fundum lege commiſſoria. Hoc eſt conſentaneum his quæ diximus, minorem vti iure defuncti non ſuo in his quæ ex contractu defuncti deſcendunt. Igitur ſententiam Pauli adduximus ad confirmandum id quod diximus, minorem vti iure defuncti; atque hinc apparet Pauli dicto iuuari noſtram ſententiam. Cui nihilominus decretum Antonini non eſt contrarium, quamuis Antoninus pronunciauerit puellam reſtituendam. Nam ita decreuit propter varias circunſtantias, cauſasve, quæ ſuaſerunt hanc puellam reſtituendam. Ideoque in decernendo Antoninus rationem Pauli non improbauit, qui dixerat videndum, an pater, an puella contraxiſſet. Sed melius hæc legendo intelligimus. *Putabam*, inquit Paulus, *bene iudicatum, quod pater eius, non ipſa contraxerat*. Refert Paulus quid acciderit in tota ea diſputatione: nec enim oſtendit Paulus, male iudicatum eſſe, ſed oſtendit quid primo, quid ſecundo ei in mentem venerit in hoc negotio, & iudicio. Et huiuſmodi plura ſunt in libris noſtris ſcripta, ad memoriam eius, qui ſcribit, non vt ederentur. Hoc genus ſcribendi indicat in hoc loco. Recte igitur Paulus ſentit, bene ſcilicet iudicatum fuiſſe: ſed aliæ erant circunſtantiæ, quas ſpectare oportebat. Ideoque Imperator ita reſpondet. Quamuis pater contraxerit, non pupilla, tamen quia dies committendi, id eſt, tempus ei conceſſum, quo ſoluere debuit precium, incidit in tempus pupillæ, & factum eſt negligentia ſua & tutoris, ne precium ſolueretur, æquum videtur ei ſuccurri. Hac ratione motus fuit Antoninus, neque tamen hac vnica fuit contentus (hæc enim ſola non ſuffeciſſent) ſed & aliis, ſicut fieri ſolet in rebus iudiciariis: quia quæ non proſunt ſingula, multa iuuant. Quamuis enim hæc ratio ſola non poterat eam iuuare, tamen coniuncta cum aliis, multum ei profuiſſet. Sequitur, *Dicebam poſſe magis*, inquit Paulus, *ea ratione reſtitui eam, &c.* Oſtendit Paulus ſibi non diſplicere quod Imper. putauit, alia ſpectanda eſſe. Hoc autem ſecundò venit in mentem Paulo. Quamuis enim non videbatur poſſe reſtitui pupilla, quia pater, non illa contraxerat, tamen alia ratione poſſe eam reſtitui docet. Nam venditor qui legem dixit venditioni, poſt diem quo placuerat eſſe commiſſum, petiuit precium, & petendo precium, videtur receſſiſſe à lege commiſſoria: videtur enim ab ea eo conſilio petere, ne vtatur lege commiſſoria. In hac igitur hypotheſi non ſine cauſa hoc ſpectandum eſt, cum quæritur de reſtitutione. Iuſtiſſima cauſa eſt reſtitutionis, cum poſt duos menſes offert puella precium, perinde ac ſi nihil eſſet factum contra legem commiſſoriam. Nam venditor poſt diem legis commiſſoriæ finitam, denuntiando tutori vt ſolueretur precium, videtur à lege commiſſoria diſceſſiſſe. hæc enim contraria ſunt, exercere legem commiſſoriam, & petere precium: quia tunc exercetur lex commiſſoria, cum venditor vult contractum nullum eſſe. Addit Paulus, *Non me moueri quod dies poſtea tranſiſſet, &c.* Ad rationem Imperatoris reſpondet Paulus, & ait, ſe ea minime moueri, non magis quam ſi creditor pignus diſtraxiſſet poſt mortem debitoris, die ſolutionis finita. qui ſenſus eſt l. 2. quam nunc interpretamur. Si enim creditor pignus diſtraxerit poſt mortem debitoris, ſolutionis die finita: id eſt, ſi dies ſolutionis intra quam pecuniam ſoluere debuit debitor, finita ſit poſt eius mortem, & pignus ſit diſtractum à creditore, minor qui ſuccedit defuncto, non poteſt reſtitui prætextu ætatis. Cum enim in pignoris venditione hoc ſit receptum, cur non idem dicemus in lege commiſſoria, ſi dies legis commiſſoriæ finita ſit poſt mortem patris, & inciderit in tempus pupillæ? Sequitur: *Quia tamen lex commiſſoria diſplicebat ei, &c.* Princeps rationem adduxit, cui reſpondit Paulus. Sed Imperator dixit legem commiſſoriam ſibi videri odioſam, & duram, non in venditione, ſed in pignoribus. l. vlt. C. de pact. pig. Mouit etiam Imperatorem, quod tutores ſuſpecti eſſent pronunciati, quia fraude eorum dies committendi tranſierat. Quibus omnibus concurrentibus æquitas poſtulat, vt puella reſtituatur. Itaque addit, *Pronunciauit in integrum reſtituendam.* Expendite rationes omnes quibus motus eſt Imp. ad hanc reſtitutionem faciendam. Prima ratio eſt, quia dies committendi incidit in tempus pupillæ, quæ ratio cum aliis coniuncta aliquid ponderis habet. Secunda, quod renunciatum fuerit legi commiſſoriæ, dum venditor petiit precium: quæ ratio videtur grauiſſima. Tertia durities legis commiſſoriæ, nam ſi humanitatem ſpectes, videtur ſufficere ſi precium petatur. Poſtrema quod fraude tutorum factum ſit, vt dies committendi tranſierit. Hæc ratio ſola non ſufficeret, vt dicitur l. 2. hic. Nam poſſet eo nomine agere contra tutores: ſed in rebus iudicandis quæ non proſunt ſingula, multa iuuant. Hic igitur ad æquitatem reſpexit Imperator: quia omnis reſtitutio ad æquitatem pertinet: & multa videbat eſſe expendenda in hac reſtitutione. Vnde in ſpecie de qua hic cœpimus diſputare, videlicet de reſtitutione in integrum aduerſus venditionem pignoris, vulgo receptum eſt, quod & mihi probatur, reſtitui poſſe minorem, etſi à defuncto contractum ſit, cui hæres extitit, ex iuſta cauſa, vt ſi cum ætate concurrat probabilis cauſa, veluti iuſta ignorantia, quemadmodum dixi in l. cum filiusfam. infra de verb. oblig. Sic poteſt intelligi dictum Pauli ſent. lib. 1. tit. 9. ad fin. Minor aduerſus diſtractiones eorum pignorum & fiduciarum, quas pater obligauerat, ſi non ita vt oportuit à creditore diſtractæ ſint, reſtitui in integrum poteſt. vtrumque igitur verum eſt, poſſe reſtitui minorem, & non poſſe reſtitui contra venditionem pignoris. nam plerunque in alia ſpecie incipit ratio, vt æquum ſit minorem reſtitui, vt in caſu d. l. Æmilius. & in eo cuius mentionem feci l. 2. C. de prædiis mino. ſi creditor minoris vendidit dolo prædium minoris, & emptor particeps fuerit fraudis. Ergo quod hic dicitur in l. 2. non haberi rationem minoris ætatis, cum hac exceptione eſt intelligendum, niſi præter ætatem ſuadeat probabilis cauſa, reſtituendum eſſe minorem in integrum. Sed occurrit quædam difficultas, & difficilis quæſtio. In primis ex eo quod dicitur in l. cum filiusfam. §. in hac. de verb. oblig. ille enim locus obiicitur aduerſus id quod diximus, cum obligatio naſcitur ex contractu defuncti, tunc minoris ætatis haben-

Ad l. Aemilius. ff. de min.

dam non eſſe rationem: quia in d. §. in hac. ratio habetur minoris ætatis. In eo ſtipulatio ita concepta eſt, *Neque per te, neque per hæredem tuum fieri*. explicatur à Paulo, & ab Vlpiano in l. in illa. eo. tit. de verb. oblig. quæ quidem ſimplex abnutiuum continet. d. l. in illa. infrà de verb. oblig. ſed promiſſor tenetur ex illa ſtipulatione ad factum: vnde in negligendo committitur: quamuis aliter vulgò diſtingui ſolear. Sed indubie in illa ſpecie negligendo committitur ſtipulatio: ſi enim promiſſor deceſſerit, & hæres neglexerit, committitur hæc ſtipulatio: niſi pupillus, inquit, fuerit: tamen proponitur contracta non cum pupillo, ſed cum patre eius, adeo vt non videatur rationem haberi debere ætatis. Vulgò diſtingui ſolet, vt dixi & admonui in d. §. in hac. eam obligationem non eſſe hæreditariam, neque habere initium à defuncto, ſed incipere à perſona pupilli, non à perſona defuncti in ipſum pupillum transferri: quia ſcilicet facta ſit mentio hæredum, & quaſi duæ ſunt ſtipulationes. *Neque per te, neque per hæredem fieri*. Obligatio igitur qua hic tenetur pupillus, ab ipſo pupillo incipit, non à perſona defuncti. Idem dicitur de ſtipulatione vſusfructus. poteſt enim quis ſtipulari vſumfructum ſibi & hæredi: nec tamen ideo hæreditarius eſt vſusfructus: niſi quod alius quodammodo videtur vſusfructus in perſona hæredum. Sed hoc plenius dixi eo loco. Alia difficultas naſcitur ex l. poſt diem. infrà de lege commiſſo. vbi dicitur poſt diem legis commiſſoriæ venditorem ſi petat precium, receſſiſſe à lege ſua videri, & legi commiſſoriæ renunciare. Si intelligatur venditor renunciare legi commiſſoriæ: ergo iure communi ſuccurritur emptori, vel hæredi eius, & ex contractu poteſt agere: ſi ex contractu poteſt agere, ergo reſtitutio ceſſabit, ſecundum l. in cauſæ. ſicque tantum abeſt, vt reſtitutio denegari poſſit in caſu l. Æmilius, vt ne quidem vllo modo reſtitutio poſſit locum habere: tamen Imperator ait reſtitutioni locum eſſe. Variæ ſolutiones reperiuntur in gloſſis Accurſianis. Non igitur inaniter perdam tempus, eas ineptias recitando: ex his enim quæ dicemus, facile intelligetis, quæ cauſa erroris fuerit. Dicunt illi, quia poteſt conſuli ordinario remedio minori, ideo locum non eſſe reſtitutioni in integrum. hæc eſt maior. Minor eſt, quod puella poteſt agere ex defuncti contractu: ergo reſtitutio eo caſu ceſſare debet, cum aliud remedium competat. Sed iam ſæpe oſtendi maiorem propoſitionem eſſe falſam, nec recte explicari vulgò l. in cauſæ. 2. de minorib. Reſtitutio enim in integrum concurrit cum aliis remediis, vt exemplum eſt d. l. in cauſæ. in qua etſi dicatur condictio ſine cauſa competere minori, tamen reſtituitur. Sic in l. etiam. ff. eo. minor reſtituitur, & tamen actio tutelæ ei competit. Nos igitur dicimus hæc ita intelligenda, vt cum ipſo iure munitus eſt minor, tunc ceſſet reſtitutio. Et quod ad ius ipſum ciuile attinet, ſi nullius eſt momenti, quod cum eo actum eſt, tunc multò magis reſtitutio ceſſat. Quomodo enim poteſt reſtitui quod ſemper in eodem ſtatu manſit? Sed fieri poteſt vt actio teneat ex contractu ipſo iure, & detur nihilominus reſtitutio. Exempli gratia, vt in caſu d. l. poſt diem. fundus eſt venditus lege commiſſoria: deceſſit emptor intra diem præfinitum legi commiſſoriæ: reliquit pupillam hæredem, quæ intra tempus non ſoluit. poſt diem lapſum venditor à pupilla exigit precium: quod priuſquam offerret pupilla, venditor pœnitentia ductus recipere noluit, quod iam legem commiſſam eſſe diceret: quæritur an poſſit pupilla reſtitui? Videamus qua ratione ei poſſit conſuli, & an ipſo iure munita ſit. Non eſt ſane ipſo iure munita, quia valet ipſo iure quod geſtum eſt. Ponamus ergo pupillam velle poſt tempus elapſum offerre precium venditori, & quod intereſt, an audienda ſit? Excipiet venditor, legem commiſſam eſſe, eamque non poſſe agere, quia fundus inemptus eſt, propter legem commiſſoriam. Replicatione vtetur puella, quod etſi ſummo iure ſit lex commiſſa, tamen venditorem petendo precium videri à lege commiſſoria diſceſſiſſe. Videtis per replicationem puellam, & non ipſo iure eam munitam eſſe: nititur enim pacto, quod tacite pepegiſſe videatur venditor, ne exerceat legem commiſſoriam. Pacta conuenta ipſo iure nullam vim habent, ſi ius ciuile inſpiciamus. l. ſi vnus. §. pacta. ſupra de pactis. Stipulatio per ſtipulationem

Explanatio l. poſt diem de leg. commiſſ.

tollitur, non autem per pactum ipſo iure. Seneca, Nulla lex eſt, inquit, lata Romæ, quæ non ad præſtandum alliget. Igitur in hac ſpecie exceptione puella iuuatur, id eſt, replicatione, nec eſt munita ipſo iure, ideoque poteſt reſtitui in integrum. Sic videtis nihil obeſſe dictam l. poſt diem. His intellectis facile erit refellere quod ab aliis ſcribitur ad explicationem huius antinomiæ. Alia eſt quæſtio de præſcriptione, an tempus legis commiſſoriæ, de qua hic agitur, currat ipſo iure, an non? Hæc quæſtio à nobis tractabitur l. vlt. C. in quib. cauſis reſtit. in integ. non eſt neceſſ.

IN TIT. XXX. LIB. II. COD. SI ADVERSVS *donationem, &c.*

AIt Prætor in edicto de minoribus: *Quod cum minore viginti quinque annis geſtum eſſe dicetur, &c.* Quæritur an hæc verba Prætoris ad donationem pertineant? Et breuiter dicendum eſt, vt ſummatim complectamur quicquid hoc titulo continetur, cum donatio valet ipſo iure, minorem reſtituendum eſſe aduerſus donationem, ſi captus ſit. Hæc enim verba continent quicquid his duabus conſtitutionibus cautum eſt, ſi minor ſit qui donauit, ſi captus ſit, & ipſo iure valeat donatio. Tres igitur caſus hic notandi ſunt. Primus eſt cum donatio non valet ipſo iure: quia tunc reſtitutio ceſſat, cum nihil actum ſit quod reponi poſſit. Secundus, cum valet donatio, ſed captus eſt minor in donatione, vt tunc reſtitutioni locus ſit. Tertius, cum valet quidem donatio, ſed captus non eſt, vt tunc reſtitutioni locus minime ſit. His intellectis ſpecies huius tituli facile intelligentur. Minor vigintiquinque annis res quaſdam dedit propter nuptias ſuæ ſponſæ, accedente tutoris præſentis auctoritate: quæritur an poſſit reſtitui aduerſus donationem? Et aiunt Impp. obtentu ætatis minorem non reſtitui, ſi congruente moderatione res donauit. Hinc duo notanda ſunt. Vnum, quod minor donare poteſt propter nuptias, & donatio tenet. Exceptio hæc eſt l. ſi quando. C. ſi maior factus vend. fact. ſine decret. Olim autem dicebatur ante nuptias donatio quæ iam propter nuptias dicitur. l. vlt. de dona. ante nupt. Alterum eſt, quod quamuis teneat donatio propter nuptias, tamen poteſt minor reſtitui in integrum, ſi donatio modum exceſſerit: ſin moderatione congruenti donatum ſit, non reſtituitur. Idem de ſimilibus cauſſis dicendum eſt, veluti in l. cum plures. ff. de adminiſt. tut. & l. 1. de tutel. & ration. diſtrahen. Tutor non poteſt donare res minoris, niſi ex cauſa, videlicet, ſi è re pupilli ſit, quia tunc tenebit donatio. Huc pertinet l. vlt. de curat. furioſi, vbi dicitur, curatorem furioſi non poſſe donare, niſi ex magna furioſi vtilitate. In ſecunda lege huius tit. diſtinctio eſt rerum donatarum. Sunt quædam res quæ non poſſunt donari ſine decreto, cuiuſmodi ſunt res ſoli: aliæ ſunt quæ ſine decreto donari poſſunt, vt res mobiles. Si igitur quid donatum ſit ſine decreto, ad quod tamen opus eſt decreto, de quibus rebus agit l. lex quæ tutores. C. de adminiſtr. tut. eo caſu opus non eſt reſtitutione, quia ipſo iure non valet donatio: ſed ſi res fuerit, quæ ſine decreto poteſt donari, valet donatio, niſi modum quis exceſſerit in donando: quo caſu reſtitutione in integrum opus eſt: quia tenet ipſo iure donatio. Et obiter notandum eſt, quod ſicut minor non poteſt ſine decreto donare: ſic nec poteſt conſentire donanti. Nam hic proponitur ſpecies de eo qui conſentit donanti. Quia ſicut non poteſt alienare ſine decreto, ita nec patri poteſt conſentire alienanti, cum ipſo iure alienatio non valeat.

IN TIT. XXXI. LIB. II. COD. SI ADVERSVS *libertatem.*

HIc quoque locus ad interpretationem edicti pertinet, cum ait Prætor: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur.* Quæritur .n. an ad libertatem & ad manumiſſionem ſerui hoc quoq; pertineat. Duob. modis poteſt

poteſt hæc quæſtio intelligi. Primò cum minor manumiſit ſeruum, aut dedit alii vt manumitteretur, quia tunc quæri poteſt, an poſſit reſtitui in integrum minor aduerſus illam manumiſſionem. Secundò, cum in cauſa liberali pronuntiatum eſt pro libertate: veluti ſi in cauſa de ſtatu ſerui, cum quæreretur an ſeruus eſſet, an non, contra minorem pronuntiatum eſt non eſſe ſeruum: an minor poſſit reſtitui? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi ex cauſa. §. vlt. & legib. duabus ſequentib. ff. de minor. aduerſus libertatem non ſuccurritur minori, licet verba generalia ſint in edicto, quia magnus eſt libertatis fauor. Ex magna tamen cauſa princeps reſtituit aduerſus libertatem, non prætor. Prætoris non eſt reſtituere, niſi in cauſis ciuilibus & legitimis: ſed Princeps ex quacunque cauſa reſtituit. Et quamuis vterque reſtituat, & Princeps & Prætor, tamen multum intereſt inter vtriuſque reſtitutionem. Prætor enim non reſtituit niſi ex cauſis edicti: ex aliis cauſis poteſt reſtituere Princeps, l. 1. de poſtul. Ideoque vulgò diſtinguimus literas iuſtitiæ à literis gratiæ. Literæ iuſtitiæ ſunt, vt cum minores reſtituuntur, quæ impetrantur à Cancellario: literæ verò gratiæ ſunt quæ ab ipſo Principe impetrantur: cuiuſmodi eſt reſtitutio aduerſus libertatem. Addit Iuriſconſul. in d. l. niſi ex magna cauſa, quia Princeps non niſi ex magnis cauſis ſolet reſtituere. Ex his quæ diximus quæſtio oritur: cum enim aduerſus libertatem non reſtituatur minor, quæritur quomodo poſſit ei conſuli. Et ait Vlpianus in l. verum. in prin. ff. de minorib. ſi minor ſit captus in manumiſſione, dari doli actionem aduerſus eum qui dedit manumittendum, vel aduerſus manumiſſum, ad id quod intereſt minoris ſeruum manumiſſum non eſſe, vt diximus l. & eleganter. ſuprà de dolo. Interdum etiam vtilis in factum actio datur, vt diximus ſub tit. de dolo malo. Sic enim locus hic in d. l. verum. legendus eſt. *verũ vel de dolo, vel vtilis actio erit in id quod minoris interfuit non manumitti:* vt eſt in Pandect. Flor. Male in Norico, & peius in vulgaribus libris legitur. *De dolo vtilis, &c.* Conſequitur autem minor id quod eius intereſt non manumitti. Datur etiam actio ad exhibendum minori, & rei vindicatio ad vindicandas res, quas ſeruus manumiſſus interuertit. Certum autem eſt ex eo quod ſeruus fecit, poſt manumiſſionem eum non teneri, de quo tit. Cod. an ſeruus ex ſuo facto poſt manumiſ. conue. Sequitur in d. l. verum. *Quid ſi minor vigintiquinque annis.* Hic tractatur alia quæſtio. Minor vigintiquinque annis, ſed tamen maior annis viginti, vendidit ſeruum hac lege, vt manumittatur: vult reſtitui: an poſſit? Si is ſeruus iam manumiſſus ſit, ait Vlpianus non poſſe reſtitui minorem aduerſus libertatem iam datam ipſi: ſed ſi nondum ſit manumiſſus, aduerſus contractum, quo conuenit vt manumitteretur, poterit minor reſtitui. Ideo ait, ſe propoſuiſſe in hac quæſtione minorem viginti quinque annis, & maiorem viginti annis, quia ita ſcripſerit Scæuola. Quod eo factum eſt, quoniam ex ſententia conſtitutionis D. Marci ad Aufidium Victorinum, manumiſſio eo caſu valere videbatur: ſed ait eam conſtitutionem minorem viginti annis non complecti. Conſtitutio enim Diui Marci vult ipſo iure liberum eſſe eum qui ita venditus eſt, vt certo tempore manumitteretur. de qua l. 2. C. ſi mancip. ita fuerit alienat. vt manumit. ſed ea non pertinet ad minorem viginti annis, qui lege Aelia Sentia non poteſt manumittere. §. eadem lege. Inſtit. quibus ex cauſis manumit. De minore igitur viginti annis dubitatum fuit, & ideo vtitur diſtinctione. Hoc admonere volui, vt intelligi poſſit non fruſtra quæſtionem hanc fuiſſe propoſitam, de minore vigintiquinque annis, & de maiore viginti annis: in qua vtitur Iuriſcon. diſtinctione, vt ſi quidem libertas nondum data ſit, poſſit minor vigintiquinque annis reſtitui, ſi verò iam libertas data ſit, non poſſit reſtitui aduerſus libertatem iam competentem. Sequitur in ea l. verum. *Item quæri poteſt ſi is qui emit hac lege, minor ſit, an poſſit reſtitui.* Quæſtio ſuperior eſt de minore, qui vendidit ea lege ſeruum vt manumitteretur. Sequens quæſtio eſt de emptore minore, qui emit ea lege vti manumittat, in qua quæritur, an poſſit reſtitui. Et ſimiliter diſtinguit Vlpianus, vt in ſuperiori ſpecie. Sed hic occurrit antinomia ex l. is qui. §. nihil autem intereſt. infrà de manumiſſ. vbi dicitur non ſpectari ætatem emptoris, ſed liberum fieri eum qui ea lege emptus eſt vt manumittatur: cum tamen hic dicatur ætatis rationem haberi, vt ſi manumiſſus nondum ſit, tum demum reſtituatur minor, ſi verò manumiſſus ſit, non habeatur eius ratio. Sed diuerſæ ſunt ſpecies in vtraque lege. in l. is qui. tractatur de ſeruo qui nummis ſuis eſt redemptus, vt manumittatur. Quæritur enim an ſi redemptus ſit ab eo, qui nomen ſuum tantum accommodauit, tunc debeat eum manumittere. Et cum conſtitutio diuorum fratrum cogit ad manumittendum: nec ſi minor ſit qui compararit, ait Iureconſultus eum eſſe reſtituendum: quia eius non intereſt. Eſt enim tantum imaginarius emptor, & tantum accommodat nomen ſuum: ideoque non poteſt dici captus eſſe. Sed quæſtio hic proponitur de eo, qui verus emptor eſt, & qui ſuis nummis emit, non nummis ſerui. Multum igitur intereſt inter has ſpecies: ideoque diſtinctio eſt notanda, cum quæritur, an minor ſit reſtituendus aduerſus libertatem. Diſtinguendum enim eſt, an libertas iam data ſit, quo caſu non poteſt reſtitui: an verò nondum ſit data, quia tunc poteſt reſtitui. Et ſecundum hanc diſtinctionem accipite, quod dicitur in l. minor. 48. §. 1. de minori. *Habebit actionem minor aduerſus emptorem quanti ſua intereſt, ſi ab eo fraudatus eſt.* Datur enim actio illi aduerſus emptorem propter fraudationem. nam intelligendum id eſt ſecundum diſtinctionem quam diximus, vt ſemper reſtitui poſſit minor, ſi manumiſſus nondum ſit ſeruus: contra autem reſtitui non poſſit minor. Hac diſtinctione intellecta, facilis erit explicatio legum quæ ſub hoc titulo deſcriptæ ſunt.

IN LEGEM PRIMAM

ORta fuerat controuerſia de libertate relicta per fideicommiſſum ſeruo. Cuidam enim ſeruo cum relicta fuiſſet libertas ſub conditione, de qua quæſtio fuit in iudicio, Prætor fideicommiſſarius pronuntiauit libertatem deberi: quæritur an minor poſſit reſtitui aduerſus prætoris ſententiam? & ait Imp. *Si manumiſſus non eſt, &c.* Hoc conſentaneum eſt diſtinctioni quæ traditur in d. l. verum. A prætore fuit pronunciatum deberi ſeruo libertatem: poteſt reſtitui in integrum minor, antequam libertas ſit data, nec oberit ſententia, licet Prætor fideicommiſſarius pronunciauerit libertatem ei deberi: quod ſi libertas iam data ſit, non poteſt reſtitui, ſed actione negotiorum geſtorum à curatoribus recuperabit, quod eo nomine damnum paſſus eſt: nam aduerſus curatorem habet negotiorum geſtorum actionem, ſicut aduerſus tutorem actionem tutelæ, ſi dolo tutoris ſit captus. Notandum autem obiter quod de Prætore hic dicitur. loquitur enim de Prætore fideicommiſſario, qui pronuntiabat de fideicommiſſis, de pecunia & aliis rebus per fideicommiſſum relictis, de quibus Prætor vrbanus niſi extra ordinem non cognoſcebat. Hanc differentiam alibi notaui, & extat apud Vlpianum tit. de fideicom. in fragmen. Inſtit. Fideicommiſſa, inquit, non petuntur per formulam, vt legata: ſed cognitio eſt Romæ quidem Conſulum, aut Prætoris qui fideicommiſſarius vocatur. Aditur quidem Prætor vrbanus, qui dat iudicem. Deinde obſeruandum eſt, quod iam diximus de decreto. Decretum eſt ſententia vel prætoris, vel principis. l. ſi prætor. infrà de iudic. & ſimilibus locis. cum enim princeps pronunciat, vel magiſtratus, tunc dicuntur decernere: quod eſt quaſi iure poteſtatis & imperii pronunciare. Iudex autem delegatus non dicitur decernere. Sequitur in eadem lege: *Ætas tua litis inſtaurationem admittit.* Id eſt propter ætatem tuam potes reſtitui aduerſus ſententiam Prætoris, & ita reſtitui, vt lis inſtauretur. Notandum autem eſt, quod hic dicitur de litis inſtauratione, ex quo intelligimus quomodo ſit minor reſtituendus aduerſus rem iudicatam. Prætor qui reſtituit, non cognoſcit de cauſa, ſuper qua iudicatum eſt, id eſt, an male, an bene iudicatum ſit, ſed litem tantummodo inſtaurat. Ideoque in reſtitutionibus de cauſa ſententiæ non cognoſcitur, ſicut ſuper cauſa appellationis. l. eos. C. de appel. ſed ſuper cauſa reſtitutionis. Si quis igitur impetrauit literas reſtitutionis à principe, princeps litem inſtaurat: is autem qui iudicauit, ad quem minor remittitur, reponet litigantes in priſtinum

ſtatum,in quo ante ſententiam fuerant:ſed an iuſte an iniuſte ſit iudicatum non pronunciabit,ſicut in appellationibus.

IN LEGEM SECVNDAM

DIximus aduerſus libertatem minorem non reſtitui: quid ſi minor ſit dolo ſerui quem manumiſit circunſcriptus, an poteſt reſtitui? Reſcribit Gordianus, ne hoc quidem caſu poſſe reſtitui minorem, quamuis aduerſus ſeruum habeat actionem. Nec ſine cauſa dicit, *In concilio manumiſiſti.* Non enim aliter valeret manumiſſio: quia minor ſi velit manumittere,cauſa cognita debet manumittere, titul. ff. de manumiſ. vindict.& C.de vindi.& apud concil.manu. eius enim capiti qui manumittebatur,vindicta, id eſt, virgula à lictore prætoris imponebatur. Hinc illud Perſii,

Vindicta poſtquam meus à prætore receſſit.

Vide tit.Inſtit.ex quib.cauſis manumit.§.eadem lege. & ibi Theophilus. Semper tamen ſalua manet actio minori aduerſus eum qui manumiſſus eſt.

IN LEGEM TERTIAM.

HOc capite admonet nos Valerianus, quod iam ſæpe à nobis dictum eſt,ineptam eſſe reſtitutionem, cum ipſo iure quod geſtum eſt non valet,l.in cauſæ.ff.de minoribus. Vnde ſi proponamus ſeruum manumiſſum à minore viginti annis non in concilio, fruſtra quæritur de reſtitutione, quia actus nullus eſt ipſo iure, quod ad ius ciuile attinet, propter legem Æliam Sentiam: ideoque omnia ſunt in eo ſtatu,in quo eſſent, ſi non manumiſiſſet. Poteſt ergo minor vindicare ſeruum, quia nulla eſt manumiſſio. Nam ſi obiiciatur manumiſſio, minor allegabit nullam eſſe manumiſſionem,quæ ſine decreto ſit facta,quia via nullitatis hic admittitur. Et notandum eſt, nullum actum eſſe tam fauorabilem,quin via nullitatis aduerſus eum admittatur.quod ex hoc loco facile colligitur. Nihil enim eſt fauorabilius libertate: tamen via nullitatis admittitur aduerſus libertatem. ſicque reſtitutio non habet locum. Nam petimus tantum pronunciari nihil actum eſſe: quia hoc caſu libertas data eſſe non intelligatur. Sequitur, *Si tamen in ea re,culpa,ſeu fraude, &c.* Idem hic repetitur quod ſupra diximus. Conſulitur enim minori aduerſus eum, cuius dolo eſt fraudatus, non quidem vt libertas data tollatur, ſed vt conſequatur id quod ſua intereſt. Et notandum eſt hic, non tantum dari actionem tutelæ aduerſus curatorem,ſi eius circumſcriptione ſeruum ſuum manumiſerit minor, ſed etiam extra ordinem puniri curatorem. Additur, *Liberti, eiuſdemque curatoris.* Mentionem facit liberti.quia propoſitum fuit, eundem fuiſſe & libertum,& curatorem minoris.

IN LEGEM VLTIMAM.

HIc proponitur ſententiam dictam eſſe in cauſa liberali. Ea autem ſententia quæ pro libertate lata eſt, reſcindi non poteſt prætextu minoris ætatis. Hoc videtur contrarium l.i.hic.vtraque enim lex loquitur, ſi ſententia pro libertate lata ſit. In priori dicitur reſtitui minorem, in poſteriori non reſtitui. Sed diuerſa hæc ſunt. Prior loquitur de ſententia qua pronuntiatum eſt libertatem deberi: poſterior verò de ſententia qua pronunciauit Prætor liberum eſſe eum,de cuius ſtatu quærebatur. Inter vtrunque multum intereſt, videlicet an pronuntietur aliquis liber eſſe, an verò pronuncietur alicui deberi libertatem. Cum enim pronunciatur, libertatem alicui deberi, non ſtatim ſequitur eum liberum eſſe. nam ſi iudex pronunciat rem mihi deberi, non ſequitur rem meam eſſe. In liberali autem cauſa neceſſe eſt pronunciari vel ſeruum, vel liberum eſſe. Huic ſimile eſt quod alibi dicitur, multum intereſſe an iudex pronunciet bona publicanda eſſe, an vero pronunciet bona publicata eſſe. nam ſi pronunciat publicanda eſſe bona, vt ſit in cauſa læſæ maieſtatis, vel hæreticæ impietatis, in iure pontificio, cap. cum ſecundum. de hæret. in 6. non ſtatim eorum in fiſcum dominium transfertur. Si vero pronunciat bona publicata eſſe, ſtatim transfertur eorum dominium in fiſcum etiam ſine vlla traditione, à tempore ſententiæ. Nam publicata bona ſine traditione in fiſcum tranſeunt. l. commiſſa. de public. & vectigal. ſed cum pronunciatur publicanda eſſe bona, non ſtatim acquiritur dominium fiſco earum rerum, ante traditionem vel apprehenſionem. Sequitur, *Sine appellatione poſſe reſcindi.* Hic videtis à ſententia appellari, quæ pro libertate lata eſt, quamuis reſtitutio non concedatur. Nec id mirum videri debet. Nam iniquum eſt libertatem alicui dari cum iniuria alterius,& iniquitate. At de iniquitate ſententiæ conqueri ſolemus per appellationem,l.1.de appel. Sed qui cupit reſtitui, non conqueritur de iniquitate ſententiæ,ſed proprii erroris ac ſimplicitatis ſuæ veniam petit,l.præfecti.de minoribus.cuius prætextu abſurdum eſſet reſcindi libertatem iam competentem. Cum igitur is qui petit reſtitui aduerſus ſententiam, alleget vel ſuam ſimplicitatem,vel dolum aduerſarii: admittitur recte appellatio aduerſus ſententiam,ſi pro libertate ſit lata ſententia, neq debet admitti reſtitutio.

IN TIT. XXXII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS TRANSACTIONEM VEL DIVISIOnem in integrum minor reſtitui velit.

HIc titulus ad edictum pertinet; ſicut & alii, Ait enim Prætor, *Quod cum minore geſtum eſſe dicetur.* quę verba ad omnem contractum pertinent. Itaque ſi cum minore tranſactum ſit,quia tunc geſtum quid cum eo dicitur, vel ſi diuiſio ſit cum eo facta, vt quia res eſſent communes, & velit reſtitui, quæritur an ſit audiendus? Et ſummatim dicendum eſt loco argumenti totius huius tractatus, minorem, quoties in tranſactione vel diuiſione circunſcribitur, poſſe reſtitui, ſi diuiſio vel tranſactio ipſo iure valeat: tunc enim cum tranſactio ipſo iure nulla eſt, non datur reſtitutio, quia nihil mutatum eſt, quod reſtitui poſſit. Exempli gratia, ſi tranſactum ſit cum eo de prædio ruſtico vel vrbano, quod ſine decreto prætoris non poteſt alienari, nec ſine cauſæ cognitione, tranſactio nulla eſt ipſo iure: ideoque reſtitutio non dabitur. Prædiorum enim alienatio eſt prohibita ſine decreto. l. 1. ff. de rebus mino. ſine decreto.l.lex quæ tutores.C.de adminiſt.tuto. Et de tranſactione locus eſt expreſſus in l. non ſolum. C. de præd. minor.nam ſicut minor cum vendit fundum, ſine cauſæ cognitione, vindicare illum poteſt: ſic cum de fundo tranſegit ſine cauſæ cognitione, vindicare illum poteſt. Quod ad ius attinet, omnino non valet, quod actum eſt. ideoque ſatis ei conſulitur, quod iure ciuili nihil geſtum eſt. Hinc annotandum eſt, quoties lex prohibet alienare ſine decreto, ne prætextu quidem litis, aut tranſactionis, in alium transferri poſſe dominium: aliàs facile lites fingerentur, & alienationes fierent in fraudem. l. cum hi. §. ſi cum lis. de tranſactio. vbi alimentorum nomine tranſactio non valet. lis enim erat mota de alimentis: ſed ne eo quidem prætextu poteſt valere tranſactio ſine prætore. Etenim facile circumuenirentur minores, vt prætextu litis res alienarent. Res ergo quæ prohibetur alienari ſine decreto, ne prætextu quidem litis, aut tranſactionis poteſt alienari ſine decreto: vt ſi decretum ſit neceſſarium in alienatione, idem ſit quoque neceſſarium in tranſactione. Hoc non ſolum pertinet ad tutores & curatores: ſed & ad eccleſiæ adminiſtratores. Extat enim tit. in Decretalibus de rebus eccleſ. alienan. vel non. Sed obiici poteſt quod dicitur in l. præſes. C. de tranſact. vbi dicitur, adminiſtratores ciuitatis poſſe tranſigere de rebus ad ciuitatem pertinentibus, ſed gratis remittere non poſſe id, quod ad ciuitates pertinet. nullam enim habent facultatem donationis cauſa remittendi: tranſigere autem poſſunt. Idem ſi lis eſt incerta & dubia: nam de re dubia proprie dicitur tranſactio, l. 1. C. de tranſact. Sed quod dicitur in d.l. præſes.cum hac exceptione eſt intelligendum, modo decretum interueniat in his cauſis in quibus neceſſarium eſt: vt ſi tranſigant de prædiis minorum, adhibere debent formam legitimam: in aliis vero rebus, valebit quidem tranſactio ſine decreto. Eſt enim ea diſtinctio adhibenda, quam tradit l. lex quę tutores. C.

de admin. tut. quæ in tranſactione, venditione, & alienatione ſeruanda eſt. Idem autem de diuiſione rerum ad minores pertinentium dicendum eſt. Cum enim quæritur an minor ſit reſtituendus aduerſus diuiſionem, inſpiciendum eſt, quæ res diuiſæ ſunt, an res mobiles, an immobiles. Nam ſi res immobiles, ſiue ruſticæ, ſiue vrbanæ ſine decreto ſint diuiſæ, dicendum eſt diuiſionem ipſo iure non valere: ſi decretum fuerit interpoſitum, diuiſio valebit, nec ſuccurretur minori, niſi per reſtitutionem. Si vero res mobiles & ruſticæ ſint, & ſine decreto ſint diuiſæ, dicendum eſt non valere diuiſionem ipſo iure: ſi vero decretum fuerit interpoſitum, diuiſio valebit, nec ſuccurritur minori niſi per reſtitutionem. Videndum autem quis author fuerit diuiſionis. de qua l. 1. infrà de rebus eor. nam in diuiſione qua minor alium vult prouocare, debet ſenatus decretum interponi: in alia verò, qua alius minorem prouocat ad diuiſionem, non eſt neceſſarium decretum. Cum quæritur ergo an diuiſio ipſo iure valeat, habenda eſt tũ ratio rerum quæ ſint diuiſæ, tum perſonarum, vter prouocauit ad diuiſionem. nam ex eo iudicabitur, an ipſo iure valeat diuiſio necne: quia ſi interuenerit decretum, in quibus cauſis opus eſt decreto, valet diuiſio, ſed minor reſtituetur in integrum, ſi doceatur captus. Ex his intelligitur verum eſſe quod diximus, minorem reſtitui aduerſus tranſactionem, ſi in tranſactione fuerit circumſcriptus. Hinc naſcitur quæſtio quæ tractatur l. 1. hic. ſi minor ſit reſtitutus aduerſus tranſactionem aut diuiſionem, an aduerſario quoque proſit reſtitutio, vt actionibus ſibi competentibus vtatur, perinde ac ſi nulla diuiſio interueniſſet, & nulla tranſactio. In qua dicit Imper. *Tu quoque actionibus, quas pridem habuiſti, vteris.* Hæc verba, neceſſe eſt vt referantur ad aduerſarium, qui trãſegit cum pupillo, aduerſus quem pupilla impetrauerat reſtitutionem. Is enim audita minoris reſtitutione Imperatorem Seuerum conſuluit, an actionibus veteribus vti poſſet: qui reſcripſit, eum vti poſſe actionibus priſtinis. Sed incidit hic difficultas & antinomia ex leg. cum minor. 28. de minoribus. qui locus eſt difficilis. Minor eſt reſtitutus aduerſus ſententiam, in qua victus fuerat tutelæ iudicio directo: lis eſt inſtaurata, & cœpit agere contra tutorem, perinde ac ſi iudicatum non fuiſſet: volebat tutor experiri rurſus contrario tutelæ iudicio, in quo antea victor fuerat, quærebatur an poſſet. Ait Celſus non poſſe. In hac tamen huius prioris legis ſpecie reſtituto minore aduerſus tranſactionem, reſtituitur quoque actio, quæ competebat aduerſario. Hæc videntur magnopere pugnantia. Reſcribit enim Imperator aduerſarium eiſdem actionibus vti poſſe, quas habebat ante tranſactionem, cum in dict. l. cum minor. tutori prior actio denegetur. Sed animaduertendum eſt reſcriptum eſſe, non legem, ſeu conſtitutionem generalem: inter quæ multum intereſſe ſæpe monui, cum reſcriptum in certis cauſis reſcribatur, conſtitutio autem ſit generalis, generaliterque intelligatur: hodie tamen omnia authoritatem legum habent. Sed in interpretatione multum refert an ſit reſcriptum, an lex. Apparet autem hoc reſcriptum eſſe, quia ait Imper. *Tu quoque actionibus.* & adeo perſonale, vt ſit incertum, & omnes Accurſiani dubitauerint, an hæc verba ad minorem ſint referenda, an ad aduerſarium. Sed contextus ſatis oſtendit, de aduerſario eſſe intelligenda. At obſcuritas ex eo naſcitur, quod deeſt hic libellus in quo erat deſcripta ſpecies, ad quam hæc ſunt reſcripta. nam olim in libellis deſcribebantur ſpecies, ſicut hodie deſcribuntur ſpecies, quibus ſubſcribunt iudices. Hodie quidem principes non conſuluntur de iure vt olim, ſed libellus illis offertur. Quibus ergo tale reſcriptum occurrit, fingenda eſt ea ſpecies quam veriſimile eſt conuenire poſſe reſcripti verbis & rationi iuris, ab eaque non abhorrere. Videamus ergo an ſpecies ſit quæ poſſit conuenire huic reſcripto, & rationi iuris, vt non pugnet cum l. cum minor. Et facile eſt ſpeciem proferre huiuſmodi. Minor quidam fundum petiit, & tandem ſuper ea actione & lite mota tranſegit, aduerſus illam tranſactionem vult reſtitui in priſtinam actionem, quæritur an poſſit? Reſcripſerunt Imperatores minorem poſſe iure vti iiſdem, quas prius habuit actionibus, ſed eo aduerſus hanc tranſactionem reſtituto, aduerſarius quoque eius reſtituitur, etiam ſi in tranſactione ſtipulatio Aquiliana interuenerit, atque acceptilatio: idque fiet iudicis officio. Quod verum eſſe patet. Nam in l. cum minor. diximus plerunque accidere, vt reſtitutio minoris aduerſario proſit, vbi adduximus exemplum l. etiam. §. 1. eod. cum ſpecies ſunt connexæ, & ſeparationem non recipiunt. Vnde idem dicendum eſt, cùm actio aliqua competebat aduerſario, contra quem reſtitutio eſt impetrata, & actio ea eſt per tranſactionem, aduerſus quam reſtitutio eſt impetrata, amiſſa. Reſtituto enim minore aduerſus tranſactionem, neceſſe eſt actionem quoque reſtitui aduerſario. nam ſi aduerſarius agens contra minorem tranſegit & remiſit actionem, tranſactione eius actio amiſſa eſt. minor igitur cum reſtituitur, neceſſe eſt actionem quoque reſtitui aduerſario. Non enim poteſt aliter res in priſtinum ſtatum reponi, quam ſi actio quoque detur aduerſario amiſſa tranſactione. Si verò talis eſſet actio, quæ non eſſet amiſſa tranſactione, non ſtatim reſtituto minore reſtitueretur aduerſario amiſſa actio, neque prodeſſet ei reſtitutio, vt in d. l. cum minor. Iuriſconſ. enim hanc ſpeciem adducit: Minor agebat contra tutorem directa actione tutelæ: victus eſt, tutor agit contraria actione tutelæ, petens ſibi ſumptus reddi: victus eſt & ipſe. Hæc iudicia ſunt ſeparata. Minor impetrauit reſtitutionem aduerſus ſententiam quæ fuit lata in actione tutelæ directa. Hoc iudicium nihil habet commune cum contrario iudicio: nec tutor amiſit actionem contrariam tutelæ per ſententiam contra minorem latam, ideoque reſtituto minore in directo iudicio, non reſtituitur tutor in contrario iudicio. Sed in caſu noſtro amiſſam ponimus actionem, quæ competebat aduerſario per tranſactionem, aduerſus quam eſt impetrata reſtitutio. Reſtituto igitur minore, neceſſe eſt vt reſtituatur actio aduerſario, quam per tranſactionem amiſit. Hæc diſtinctio magnam habet æquitatem, & verbis legis non repugnat, ſecundum quam hæc facile conciliari poſſunt. Nos ita poſſumus fingere ſpeciem, quaſi actione vti poſſit aduerſarius, quam amiſerat propter tranſactionem, aduerſus quam minor fuit reſtitutus. Alia quæſtio naſcitur ex l. 2. Diximus reſtituto minore reſtitui quoque interdum actionem aduerſario, quam propter tranſactionem amiſerat: ſed quæritur quæ actio poſſit competere aduerſario, ſi propter eam tranſactionem, ſuam actionem amiſerit? Cum auctor tranſegit cum reo, & lite ceſſit accepta pecunia, ſi quæratur qua actione ei ſubueniatur, ſi reus nolit tranſactionem ſeruare? diſtinctio ſeruanda eſt, quæ eſt in l. ſiue apud. & l. vt reſponſum. l. cum mota. C. de tranſact. Videndum enim eſt, an acceptilatione actio ſit ſublata: nam ſi tunc aduerſarius nolit conuentis ſtare, non ideo poteſt actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt. l. qui res. §. aream. de ſolut. dicta l. vt reſponſum. C. de tranſact. ſed aliter conſulitur actori, videlicet actione ex ſtipulatu, vel præſcriptis verbis. d. l. cum mota. C. de tranſact. Si verò pactum ſit ne peteretur ſine acceptilatione, ſi debitor nolit conuentis ſtare, tunc actor poteſt agere prima actione. Nam pacto non tolluntur obligationes. Si enim obiiciatur exceptio pacti, replicatione elidetur exceptio, quia replicabit actor in factum, fidem quoquo ab eo non ſeruari. l. ſiue apud. & l. ſi pro fundo. de tranſact. In ſpecie quam propoſui, is qui tranſegit, ceſſit actione ſibi competente, ita vt eo nomine obſeruet tranſactionem reus: qua actione poteſt agere? Et ait Imp. ſi acceptilatione non eſt extincta actio, poteſt agere veteri actione: ſed ſi eſt perempta acceptilatione: ex inſtauratione inquit negotii, aget adhuc priori actione: ſine reſtauratione enim non poterit agere priori actione. nam etſi reſtituitur minor, & actio ipſo iure ſit extincta, tamen poteſt agere actione reſtitutoria, vt diximus ad tit. de dolo. & tit. de min. vel reſciſſoria, quæ ei competebat ante tranſactionem.

IN TIT. XXXIII. LIB. II.

COD. SI ADVERSVS SOLVTIOnem *à tutore, vel à ſe factam.*

VERBVM geſtum, quod eſt in edicto Prætoris, latiſſime patet, & non tantum ad contractus pertinet, ſed & ad diſtractus. Geſtum enim latius accipimus

quam contractum, vt diximus l. ait Prætor. continet enim & diſtractus, vt eſt ſolutio. nam ſolutione diſſoluitur obligatio, non contrahitur. §. 1. Inſtit. quibus modis tolli. oblig. Ergo ſiue contractum ſit, ſiue diſtractum cum minore, reſtitutioni locus erit. Duo autem ſunt loci præcipui huius tit. vnus eſt de ſolutione facta minori: alter eſt de ſolutione facta à minore: de vtroque ordine videamus. Ac de primo quidem, vt ſi minori debitor pecuniam ſoluerit, an ſit reſtituendus minor. Et dicitur in l. 1. hic, minorem reſtitui intra tempus legitimum, ſiue minori, ſiue eius curatori ſit ſolutum. Exemplum hic eſt: quamuis debitor pupilli curatori ſoluens liberetur, tamen minor poteſt reſtitui, ſi captus ſit. (hoc enim ſemper eſt intelligendum, nunquam reſtitui minorem, niſi captus ſit) vt ſi pecuniam acceptam inutiliter conſumpſerit, vt dicitur d. l. ait Prætor. Hinc notandum eſt, eum qui curatori minoris ſoluit, liberari ipſo iure: quod & dicendum eſt, etſi ſolutum ſit minori ipſi, ſi fortè curatorem non habeat. l. 3. C. de in integ. reſtit. Nam etſi minor non habeat curatorem, ipſo tamen iure ratum eſt quod cum eo geritur, licet poſſit reſtitui, ſi captus ſit. Hæc diſtinctio traditur in d. l. 3. Ergo ſi minori ſolutum ſit curatorem non habenti, liberatur ſoluens ipſo iure. De pupillo aliter dicendum. Simpliciter enim dicitur non liberari ipſo iure qui ſoluit pupillo. l. pupillo. infrà de ſolu. l. contra iuris ciuilis regulas. de pactis. ſiue curatorem habeat, ſiue non: ſed tamen ſi locupletior factus ſit pupillus ea ſolutione, vel non pauperior, & is denuo agat, repellitur exceptione doli, d. l. pupillo. infrà de ſol. Sed nos hic de adulto loquimur, cuius curatori ſolutum eſt. Et certum eſt liberari ſoluentem, & tamen reſtitui minorem poſſe. In cauſæ cognitione ſpectabitur an captus ſit necne. Vnde Vlpian. in l. ait Prætor. ait, adhibendum eſſe curatorem, cum ſoluitur pecunia à debitore minoris, nec cogendum debitorem ſoluere ſine curatore, ne forte eam pecuniam minor conſumat, qua conſumpta velit reſtitui. Ideo conſultiſſimum eſt vt adhibeatur curator, qui eam pecuniam accipiat. Ideoque ſi minor agat aduerſus debitorem, iuſta eſt poſtulatio debitoris, ſi petat ei curatorem dari, ſi nullum habeat. Nam etſi liberetur ipſo iure, tamen quia periculum eſt, ne eam perdat, melius eſt vt petat ei curatorem dari. Si autem habeat curatorem minor, ſoluet debitor minoris curatori, quem veriſimile eſt non ita perditurum pecunias. Poteſt etiam debitor eiuſmodi pecuniam obſignatam deponere in ædem ſacram, ſecundum priſcum morem, de quo dixi l. qui Romæ. §. Seia. infrà de verb. obl. vel in loco publico, vt l. acceptam. C. de vſur. De qua ratione ſignandi eſt l. vlt. infrà de lege commiſ. *Et ſacculum, inquit Scæuola, cum pecunia ſignatorum ſignis obſignauit.* Sed dixerit quis, an ita poſſit ſatis conſuli debitori, vt omnino tutus ſit & ſecurus, & nunquam minor poſſit reſtitui aduerſus ſolutionem? Reſpondet Vlpia. d. l. ait prætor §. 1. eum poſſe ſecurum eſſe, ſi interuenerit iudicis auctoritas, & decretum. Hoc enim decreto tollitur omnis reſtitutio in integrum: quamuis in venditione rerum minoris aliud ſit dicendum. Nam etſi decretum interuenerit in venditione rerum minoris, nihilominus tamen poteſt reſtitui. l. ſiquidem. C. de præd. min. Sed in ſolutione rerum minoris eſt vis huius decreti, idque vtilitas exigit: quoniam agitur de ſolutione pecuniæ, quam cogitur debitor ſoluere: contrahere enim nemo cogitur cum minore. Igitur ſi accedat auctoritas & decretum iudicis ſolutioni, pleniſſimam ſecuritatem conſequetur debitor. Sequitur in d. l. ait prætor. *Qui tamen ſi Prætor decernat ſoluendam pecuniam minori ſine curatoribus, &c.* Si prætor iuſſerit ſolui, ſiue curatori, ſiue minori, minor non eſt audiendus ſi velit reſtitutionem petere. Sed notandum eſt quod hic dicitur. Si enim contradicat minor, & intercedat, dicens ſibi ſolui debere: tunc ſe opponet debitor, qui iuſſus à Prætore ſoluerit, & dicet ſe ſoluiſſe conpulſum auctoritate iudicis, & ideo nihil eſſe imputandum, nec reſtitui debere minorem. Et de hac re plenior eſt conſtitutio Iuſtiniani l. ſancimus. C. de admin. tut. quæ eſt vna ex nouis conſtitutionibus ad emendationem veteris iuris edita. Facta autem eſt Conſſ. Lampa. & Oreſte, & inſerta eſt Codici poſt primam eius editionem, & compoſitionem Pandectarum. Ait igitur ibi Iuſtinianus, licere debitoribus pupillorum vel adultorum ad eos ſolutionem facere, ſi prius ſententia iudicialis ſine omni damno celebrata hoc permiſerit. Iureconſulti autem decretum vocant, quod hic ſententiam iudicialem Iuſtin. Ex his verbis in eadem lege additis, *Sequitur huiuſmodi cauſam pleniſſima ſecuritas:* vulgaris diſtinctio ineptiſſima nata eſt, Plenæ, Plenioris, & Pleniſſimæ ſecuritatis: ſicut finxerunt doctores diſtinctionem culpæ, propter l. quod Nerua. infrà depoſi. latæ, latioris, & latiſſimæ. Addit ibidem Iuſtinia. exceptionem, niſi ſit ſolutum aliquid minori ex penſionibus domorum conductarum, & ex reditibus, qui ſoluuntur quotannis minoribus. Eſſet enim hoc caſu moleſtum debitoribus quotannis adire iudicem, vt ſuum decretum interponeret. Decreti igitur neceſſitatem in his tantum requiri vult Iuſtinia. quæ ex fœneratitia cautione minoribus debentur: adeò vt ſi pecuniam fœneratus ſit minor, & ei ſoluatur ex ea cauſa, debitor non conſequatur plenam liberationem, niſi iudicis auctoritas acceſſerit. Huius rei exemplum eſt l. 1. hoc tit. ex qua colligi poteſt, ſi tutor pecuniam debeat ex adminiſtratione tutelæ, & curatori minoris ſoluat, tunc non ſequi pleniſſimam ſecuritatem, niſi hoc fiat decreto iudicis interpoſito. Idem dicendum eſt de ſimilibus cauſis. Hodie id etiam obſeruari videmus in Gallia. Tutor enim à quo petitur pecunia, non cogitur ſoluere niſi iuſſus à iudice: ſi tamen velit, ſoluere poteſt. Licet enim ex forenſibus quidam putent ſoluere eum non poſſe ſine iudicis auctoritate, hoc tamen falſum eſt. Poteſt enim ſoluere, vt dixi, ſed id periculoſum erit: quia periculum eſt ne reſtituatur minor. Hæc de priori huius tituli parte, nunc ad ſecundæ partis explicationem accedamus.

Secundus locus eſt de ſolutione facta à minore. Ad hunc locum pertinet l. 2. hic. Si enim minor ſoluit pecuniam alicui tanquam debitor, poteſt reſtitui aduerſus ſolutionem: veluti ſi ſoluit legatum indebitum, tanquam ſi fuiſſet debitum. Sed hoc ita eſt intelligendum, ſi valeat ipſo iure ſolutio, quæ facta eſt ab eo: nam niſi valeat ipſo iure, non eſt locus reſtitutioni. Exempli gratia, ſi minor ſoluerit prædium vrbanum vel ruſticum ſine decreto prætoris, nullius momenti eſt hæc ſolutio. tunc enim non eſt ſolutio, ſed alienatio. l. magis puto. §. ſi pupillus. de reb. eorum. quia omnis actus per quem dominium transfertur, alienatio eſt. l. 1. C. de fundo dot. Omnis autem alienatio prædiorum minorum interdicitur Senatuſconſulto. l. 1. infrà de reb. eorum. Sed obiicitur à quibuſdam non poſſe hoc caſu locum eſſe reſtitutioni, quia condictio locum habet. Si enim ſoluerit per errorem & repetere poteſt, quid opus eſt reſtitutione? Sed ſæpe dixi, & cogor repetere, quia ſæpe occurrit, condictionem indebiti, & alias actiones concurrere cum reſtitutione. Exemplum eſt in l. cauſæ. tunc enim tantum ceſſat reſtitutio, cum quis ipſo iure tutus eſt: at qui indebitum ſoluit, non eſt tutus ipſo iure: quia dominium rei ſuæ amiſit, igitur non ceſſat reſtitutio. Præterea condictio indebiti hoc caſu non competit, cum quid per errorem iuris ſoluitur. Igitur reſtitutio locum habeat neceſſe eſt. Condictio enim indebiti locum tunc habet, cum per errorem facti indebitum ſolutum eſt. l. error. C. ad legem Falcidiam. l. cum quis. C. de iuris & facti ignor. Quomodo autem ſint diluenda quæ obiiciuntur, docui ſub tit. de condict. indeb. hæc enim ſententia noſtra vulgo recepta non eſt. Obiicitur etiam l. interdum. de condict. indeb. vbi ait Vlpianus condictionem indebiti dari interdum propter perſonam, cum videlicet perſona locum facit condictioni, vt ſi minor ſoluerit. ſed eodem modo quo ſuprà reſpondendum eſt. Et præterea dicendum eſt locum habere quod dicitur in d. lege interdum. cum minor ſoluit ſine tutoris auctoritate. ſic enim loquitur d. l. interdum.

Mos priſtinus deponendi pecunias minorũ in æde ſacra.

Quæ actiones concurrant cum in integrum reſtitutione.

IN TIT. XXXIV. LIB. II.

Cod. ſi aduerſus dotem.

Hic locus refertur ad Prætoris edictum de minoribus, ſicut omnes alii tituli præcedentes. Geſtum enim ad dotis dationem & conſtitutionem refertur: nam ſi mulier dotem dederit, & in ea datione capta ſit, reſtituitur, quaſi cum ea aliquid geſtum ſit. Hæc autem reſtitutio aduerſus dotem locum habet, ſi duo concurrant, ſi capta ſit minor in dote danda, & valeat dotis datio, vtrunque enim eſt neceſſarium.

teſſatium, ſicut alibi diximus in aliis reſtitutionum capitulis. Hi igitur loci diligenter notandi ſunt. Hac autẽ ratione etiam maiori mulieri ſuccurritur: multo ergo magis minori. nam mulier maior decepta in dotis datione, poteſt reſtitui. leg. iure ſuccurſum. infrà de iure dot. idque probat hac ratione Iuriſconſ. quia id æquum & bonum eſt. Id æquum eſt, quia iniquum eſt alium cum alterius damno locupletiorem fieri. Atque id quidem mihi videntur addidiſſe Iureconſulti, quia ſemper ſpectatur in cauſa dotis quod æquius melius. Vnde cum dos metu eſt promiſſa, dicitur nullam eſſe promiſſionem. l. ſi mulier. §. ſi metu. ſuprà de eo quod metus cauſ. Sed quando dicatur mulier in dote danda circumſcripta, quæritur. Quæſtio hæc tractari ſolet hoc loco. Exemplum hîc eſt de muliere, quæ in dotem omnia bona dedit: ſimile eſt in l. ſi ex cauſa. §. 1. de minorib. ſi dederit totum patrimonium. Vulgò tamen dicitur, non ſufficere vt reſtituatur mulier, etſi totum patrimonium dederit. Adducitur l. nulla. C. de iure dot. in qua dicitur, nulla lege prohibitum eſſe, quominus vniuerſa bona fœmina marito in dotem det. Sed ea lex mihi ad rem non videtur pertinere: nam etſi nulla lex prohibet ne mulier omnia ſua bona in dotem det, non idcirco tamen prudenter facit mulier, quæ omnia bona in dotem dat. Videndum enim quid mulier prudens faciat, nõ quid ei permiſſum ſit. Sequitur igitur, mulieri non ſuccurri, ſi omnia bona ſua in dotem marito dederit. hoc nego. Sed dixerit quis, vtitur iure communi, quia lex hoc permittit. Minimè verò hoc eſt vti iure communi. Is enim rectè dicitur vti iure communi, qui ita ſe gerit in negotio adminiſtrando, vt patremfamil. diligentem & prudentem decet. l. verum. §. ſciendum, de minorib. Verum quidem eſt non reſtitui eum, qui iure communi vtitur. l. vltim. Cod. de reſtit. mino. ſed mulierem quæ omnia ſua bona in dotem dat, iure communi rectè vti non dicitur. Dicendum ergo mulierem tunc circumſcribi, ſi omnia bona ſua in dotem dederit.

Vtitur iure communi, qui ita ſe gerit in negotio adminiſtrando, vt patrẽfam. diligentem & prudentem decet.

Alterum quod diximus eſſe neceſſarium, vt ſit locus reſtitutioni, hoc eſt, vt ſcilicet valeat dotis datio. Oportet enim primùm mulierem eſſe circumſcriptam: deinde valere dotis dationem: quia non ſuccurritur ei per reſtitutionem in integrum, qui ipſo iure munitus eſt. Exempli gratia: Prædia ruſtica & vrbana ſine decreto in dotem data ſunt, conſtitutio dotis ipſo iure nulla eſt. Alienatio enim quædam eſt, præſertim ſi pactum ſit interpoſitum de dote lucranda, vt ſit: alienatio autem prædiorum minoris eſt prohibita ſine decreto, vt admonuimus. Sed tunc locus eſt reſtitutioni, cùm alia bona ſua, vtpote pecuniam in dotem dedit, vel cum decretum prætoris interceſſit. Ergo dixerit quis, prædia ruſtica vel vrbana in dotem dari poſſunt? Sunt qui dubitent. Et quæſtio de his mouetur in gloſſis Accurſianis in dict. l. nulla. Cod. de iure dot. Ego non dubito quin de prædiis quoque hæc verba, *vniuerſa bona*, intelligenda ſint. Id eſt expreſſum in leg. lex quæ tutores. Cod. de adminiſtrat. tutor. Sed difficultas naſcitur ex leg. ob æs alienum. Cod. de præd. mino. vbi dicitur: Ob æs alienum tantùm minorum prædia diſtrahi permittitur. Ergo ob cauſam dotis non alienabuntur. Sed hîc ambiguitas naſcitur ex collocatione verborum. nam dictio tantùm, ad ſequentia verba, non præcedentia eſt referenda, argum. l. in ambigua. ſuprà de legib. ad hæc ſcilicet verba, *cauſa cognita*. Idcirco autem dicit, *ob æs alienum*, quia fortè conſulti fuerint Impp. de ære alieno, quæ ſpecies frequentiùs incidit. Similis locus eſt in leg. ſi quidem. in fin. de prædiis mino. ſine decret. quæ multum confert ad huius antinomiæ explicationem, vbi ait Imper. *cauſa tamen cognita*, quibus verbis remouetur omnis ambiguitas, quæ naſcitur ex collocatione verborum dic. l. ob æs alienum. Hæc igitur verba, *vniuerſa bona*, etiam de prædiis poſſunt intelligi, ſi cum decreto ſint data in dotem. At non ſit mentio decreti, & in dotem data ſimpliciter dicuntur. Fateor id quidem, nec opus fuit, nec diuinare hoc eſt. mentio enim non ſit decreti, quia de eo nulla fuit quæſtio. Reſcriptum tantùm eſt ad conſultationem. In conſultatione enim ea tantùm exprimebantur, de quibus dubitabatur. Ergo intelligamus dotem ita datam, vt valeat dotis datio. Hîc alia naſcitur difficultas. Dos enim repeti poteſt, ſoluto matrimonio: ergo reſtitutione non eſt opus: quia ſatis conſultum eſt hæredi mulieris per actionem ex ſtipulatu, qua dos repetitur. Sed iam ſæpius demonſtraui, hanc actionem reſtitutionis in integrum concurrere cum aliis actionibus. Præterea fieri poteſt, vt pactum de dote lucranda fuerit interpoſitum, quo caſu cum dos repeti non poſſet, neceſſaria erat reſtitutio. Id autem expreſſum non fuit, quia de eo non fuit Imperat. conſultus. Alia difficultas etiam oritur. Atqui videtur ipſo iure nulla eſſe huius dotis conſtitutio: ergo ceſſat hîc reſtitutio. Hæc quæſtio eſt difficilis. Adducitur in hanc rem l. ſiue generalis. infrà de iure dot. vbi dicitur: Si amplius doti promiſſum ſit, quàm facultates mulieris patent, quamuis tutore interueniente, ipſo iure promiſſio & conſtitutio dotis nulla eſt, quia lege rata non habetur auctoritas, dolo malo facta. Si nulla eſt dotis promiſſio ipſo iure, & reſtitutio nullum habeat locum neceſſe eſt. l. in cauſæ. ff. de minor. Sed reſpondendum eſt fieri poſſe, vt mulier non ſit ipſo iure tuta, quamuis ſit circumuenta in dote danda. Sanè ſi interuenerit dolus malus, nulla eſt ipſo iure dotis conſtitutio, nec rata eſt. Id enim cautum fuit lege Lectoria, cuius meminit Cicero lib. 3. Offic. quia ſi adoleſcentes eſſent dolo malo circumſcripti, ea lege eis ſuccurrebatur. In cæteris cauſis dolus non vindicabatur ante formulam Galli Aquilij. Cum igitur lege rata non ſit auctoritas dolo malo facta, ipſo iure promiſſio tutore interueniente facta, qui dolum adhibuerit, non valet. Ex hoc Ciceronis loco ſatis colligitur quid ſit ipſum ius: quem locum aliàs adduxi in commentario ad titul. de in lit. iurand. Dixi enim ipſum ius eſſe, ius pop. Roma. & ἐμφατικῶς de legibus Romanis intelligi, ad differentiam iuris prætorij, & eius quod naſcitur ex interpretatione prudentum: quod etſi ius dicatur, tamen id ſit abuſiuè. Ergo ipſo iure non valet, quod lege ratum non eſt, vt auctoritas tutoris dolo malo facta, & conſequenter quod in dote danda ab eo vltra vires patrimonij conſtitutum fuerit. Sed ſi dolus non interuenerit, & ſimplicitate tantum ſua, vel lubrico ætatis ſit decepta mulier in dote conſtituenda, non dicemus, eam nihil omnino egiſſe, etſi omnia ſua bona in dotem dederit, ſed eſſe opus reſtitutione, quia ipſo iure non eſt tuta. Et ſic intelligendum eſt, quod hîc dicitur, ipſo iure non valere dotis conſtitutionem vltra vires patrimonij à curatore promiſſam.

Expoſitio l. ob æs alienum. Cod. de præd. mino.

Lex Lectoria.

IN TIT. XXXV. LIB. II. COD.

SI ADVERSVS DELICTVM *ſuum.*

VIDENDVM eſt, an verbum Geſtum ad delicta quoque pertineat. De contractibus & quaſi contractibus nulla eſt dubitatio. Quæſtio igitur eſt de delictis, an in iis reſtituatur minor. Hîc dicitur in delictis non eſſe locum reſtitutioni. Sed vt commodius hic tractatus explicetur, notandum eſt duplicem hic eſſe quæſtionem, vnam de minore reo contra quem agitur: alteram de minore actore & accuſante. quæ quidem ſeparandæ ſunt, vt vitetur confuſio. Et primò quidem videamus de minore contra quem ex delicto agitur, ſi teneatur, an poſſit reſtitui. Et dicendum eſt, minorem ita teneri ex delicto, vt non ſuccurratur ei per reſtitutionem. l. 1. & 2. hic. In reſtitutione enim, vt diximus ſæpe, petitur venia erroris proprij. l. præfecti. de mino. nam minor ad impetrandam reſtitutionem in integrum, allegat proprium errorem, aut ſe facilitate & lubrico ætatis deceptum eſſe: cuius cauſa petit reſtitui. at impudens eſſet, ſi peteret delicti veniam, & ob dolum, & maleficium reſtitutionem. Ideoque ita eum teneri dicimus ex delicto, vt extraordinario auxilio ei non ſubueniatur. Simile eſt, quod dicitur in l. auxilium. 37. de minorib. In delictis, inquit Tryphoninus, minor annis vigintiquinque non meretur in integrum reſtitutionem, vtique atrocioribus: niſi quatenus interdum miſeratio ætatis ad mediocrem pœnam iudicem produxerit. Hanc exceptionem adiecit Iuriſconſultus, vt oſtendat in pœnis infligendis in delinquentes nonnunquam rationem haberi ætatis, ſicut ratio habetur aliarum circumſtantiarum. l. aut facta. infrà de pœnis. Vnde dicimus pœnas eſſe arbitrarias. l. hodie. ff. de pœnis. Hocque vulgare eſt in foro:

Interdum miſeratio ætatis [illegible] pœn. pera.

quamuis enim legibus publicis certæ ſtatutæ ſint pœnæ, tamen in earum legum interpretatione, aiunt Iuriſconſulti paſſim licere vel minuere, vel augere pœnas pro varietate circumſtantiarum & perſonarum. Sed & hodie videmus eas humiliores duriori ſupplicio affici: quemadmodum olim pœna legis Cornel. in liberos erat deportatio, in ſeruos vltimum ſupplicium. §. item lex Cornelia. Inſtit. de publ. iudi. In hoc arbitrio ſtatuendi pœnam iudex habet rationem ætatis. Vnde dicitur: *Niſi quatenus miſeratio ætatis, &c.* Minori ergo non ſubuenitur in delictis atrocioribus per reſtitutionem in integrum. Exempla ſunt in d. l. auxilium. de minor. quod vt alia quædam punit lex Iulia de adult. *Nec ſi quid eorum commiſerit, quæ pro adulterio eadem lex punit: veluti ſi adulterii damnatam ſciens vxorem duxerit, &c.* Hæc ſunt præcipua capita legis Iuliæ de adulteriis: ideoq; hic locus notatu dignus eſt, pertinens ad tit. legis Iuliæ de adulter. ſub quo hæc capita explicantur.

Alia exempla ſunt in l. ſi ex cauſa. §. nunc videndum. de minor. Nihil autem refert an minor deliquerit in contrahendo, an ſine contractu, vt locum habeat quod hîc dicimus, & ei denegetur reſtitutio. Exempli gratia, depoſui rem apud minorem, & dolum admiſit in ea re: mihi tenetur, & agam ex contractu aduerſus eum actione depoſiti. Nihil enim refert, ex qua cauſa ob dolum ſuum conueniatur, an ex dolo admiſſo in contractu, an extra contractum, & an ciuiliter, an criminaliter. Cùm agitur actione furti, agitur ciuiliter: cum ex lege Iulia de adulteriis, criminaliter agitur: in his nũquam reſtituetur in integrum. Simile eſt in d. l ſi ex cauſa. §. ſi mulier. Si vxor à marito, vel contrà maritus ab vxore cum culpa diuertat, an poſſit reſtitui, ne amittat dotem? Hæc enim pœna eſt diuortij. l. conſenſu. C. de repud. non poteſt, quia deliquit. nam aduerſus leges facit, qui ſine cauſa diuertit.

Pœna diuortii eſt dotis amiſſio.

Aliud exemplum eſt, ſi minor dolo malo non ſoluerit vectigal mercis nomine, quia merx committitur. l. commiſſa. ff. de publ. & vectig. nec aduerſus commiſſum reſtituetur in integrum minor. Quamuis autem nihil referat, an ex dolo admiſſo in contractu, an ex dolo admiſſo extra contractum quis conueniatur: multum tamen refert ſcire cuius ætatis ſit minor. Poteſt enim eſſe impubes, poteſt eſſe infans. Vnde quæritur, ſi ſit impubes, aut etiam infans, an locum habeat quod hîc dicitur. In hoc ſequenda eſt diſtinctio, quæ traditur in l. infans. infrà ad legem Iuliam de ſicar. l. impuberem. de furt. l. impunitas. Cod. de pœn. l. pupillum. de regul. iur. & ſimil. Diſtinguitur impubes, qui doli capax eſt, & proximus pubertati, ab eo, qui doli capax non eſt. Impubes, qui doli capax eſt, tenetur: ſi verò doli capax non eſt, quia longè abeſt à pubertate, non tenetur, nec ei vlla reſtitutio eſt neceſſaria. Nam perinde eſſet, ac ſi diceremus pecudem teneri. d. l. infans. infrà de ſicar. Fruſtra ergo quæritur, an reſtitutio ſit concedenda, cùm perſona ſit huiuſmodi, quæ non tenetur ex delicto. Sed hîc de minore loquimur, qui doli capax eſt, & pubertati proximus.

Hæc ſententia, etſi vera ſit, multas tamen habet cautiones. Quid enim ſi delictum admiſſum ſit ſine dolo & culpa, ſed tantum negligentia, & non ex animo? Durum eſſet hoc caſu denegare reſtitutionem, vt dicitur in l. 1. hîc. id eſt, ex dolo & conſilio, & ex propoſito. Delictum certè poteſt eſſe ſine propoſito, & ſine dolo. l. perſpiciendum. §. delinquitur. infrà de pœnis. ergo tunc ſubuenietur minoribus. Sequitur: *Etiamſi pœnæ cauſa pecuniæ damnum irrogetur.* Pœnæ cauſa pœna pecuniæ irrogatur, ſi quis culpa tantùm deliquerit, imò & ſi caſu quis tantum deliquerit. Lex enim eſt, inquit Papinianus, delictorum quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio. l. 1. ſuprà de legib. Vel, vt dicit Demoſthenes in orat. aduerſus Ariſtogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων. Exemplum aliud eſt in l. 2. hîc Senatuſconſulto Tertulliano mater excluditur ab hæreditate filij, ſi ei tutorem non petierit dari. l. matres. C. ad Tertullia. Hic maximus rigor obſeruatur. Nam niſi tutorem ei petierit dari, ne prætextu quidem iuris ignorantiæ excuſatur ab hac pœna. l. vlt. C. qui pet. tut. quamuis alioqui mulier iuris ignorantia excuſatur. Sed hoc eſt intelligendum de muliere maiore vigintiquinque annis. Si verò minor ſit mulier, reſtituitur, vt admittatur ad filij ſui hæreditatem. Creditur enim ex leuitate quadam mulieris magis quàm ex malitia id actum eſſe. Itaque facilè ignoſcitur mulieri. Huc pertinet l. ferè. infrà de reg. iur. Ferè, inquit Paulus, in omnibus pœnalibus iudiciis ætati & imprudentiæ ſuccurritur.

Exemplum eius regulæ ſumendum eſt ex edicto de in ius vocando, quod multa capita continet. Vnum eſt de filio ſine decreto vocato: is non venit: petitur quinquaginta aureorum pœna. Quid ſi minor ſit, an ea pœna exigetur? Minimè verò, quaſi dolo non fecerit: quia, inquit, ætati & imprudentiæ ſuccurrendum eſt. Idem dicendum eſt in edicto, quo cauetur: *Ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat.* Si enim, qui exemerit, minor ſit, videtur quoque reſtituendus. Et hæc ratio eſt, quia hæc edicta ferè in dolum concipiuntur. vnde cum aduerſus edictum minor quid admiſit, facilè creditur iuuenili ætate id admiſiſſe, quàm malo animo, niſi dolus eius arguatur. Ideoque ait Paulus: *Ferè in omnibus pœnalibus iudiciis, &c.* Hæc exempla adduxi ex tit. de in ius vocan. & titul. ne quis eum, qui in ius vocat. &c. quia Paulus ad interpretationem illorum edictorum ea ſcripſit. Inſcriptio enim eius regulæ eſt, Paulus lib. 4. ad edictum, in quo explicauit Paulus tit. de in ius vocan. & ſequen. tit. qui ferè eandem interpretationem habent.

Ex his igitur locis colligenda ſunt exempla eius regulæ: & ſic in ſimilibus faciendum, quæ aliàs intelligi non poſſunt ſub titu. de regul. iur. vt aliàs admonui. Addendæ ſunt plures exceptiones ex d. l. ſi ex cauſa. §. nunc videndum. Quarum hæc prior eſt. Ait enim minorem reſtitui aduerſus inficiationem actione legis Aquiliæ. damnatus eſt in duplum ob inficiationem. Nam inficiationis pœna eſt duplum. l. inde Neratius. infrà ad leg. Aquil. an poſſit reſtitui? Quæſtionem facit, quod dicitur ex delicto minorem non reſtitui. Sed Vlpianus ait eum reſtitui hactenus, vt pro confeſſo habeatur, & non teneatur ob inficiationem ad pœnam dupli. Non igitur reſtituitur aduerſus delictum, ſed aduerſus inficiationem, qua in iudicio vſus eſt.

Minor cõuenietur actione legis Aquiliæ.

Sed nonne delictum eſt inficiari ſe damnum dediſſe iniuria? Delictum quidem eſſe poteſt, & poteſt inficiatio dolo malo fieri: quia tamen in minore creditur ex temeritate id potius proficiſci, quàm ex dolo, facilè ei ignoſcitur, niſi euidens dolus arguatur. Et id eſt, quod vulgò dicitur hoc loco, diſtinguendum aduerſus dolum præſumptum quidem reſtitutionem dari: ſed aduerſus dolum verum non reſtitui. Hoc non ineptè dictum eſt. In id enim recidit quod nos diximus, tunc fauendum ætati, & reſtitutionem procedere, cùm aliqua tantùm ſuſpicio doli eſt: non tunc cum euidens eſt dolus.

Alia eſt exceptio d. l. ſi ex cauſa. §. ergo & ſi. Cum minor furti teneatur, potuit decidere cum aduerſario ſuo, & pœnam vitare, qua fur actione furti tenetur dupli, ſcilicet, vel quadrupli. nam ſi id non eligit, reſtituitur. Hoc eſt diligenter notandum. Exempli gratia: Paratus erat aduerſarius cum minore tranſigere, ſi voluiſſet rem reſtituere: maluit tamen iudicium ſubire minor: quæritur an poſſit reſtitui? Aduerſus delictum quidem non reſtituitur minor, ſed tamẽ aduerſus tranſactionem omiſſam poterit reſtitui, vt negotium pro tranſacto habeatur, quod tranſactum non eſt, & de quo tranſigere potuiſſet, niſi fuiſſet circumuentus.

Hinc notandum eſt, quàm vtile ſit minori, tractatum habere & ſermonem cum aduerſariis de decidendo negotio, vel tranſigendo. nam tunc ſi paratus ſit aduerſarius decidere cum eo, & maluerit minor ſubire iudicium, & condemnatus fuerit, poterit reſtitui. Ideoque, qui habent litem cum minoribus, diligenter cauere debent, ne quid eis offerant, vel cum eis tranſigere inſtituant. nam ſi poſtea minores eo neglecto condemnati fuerint, poterunt ad id reſtitui.

Hæc eſt cautela Cæpolica, quæ diligenter eſt menti tenenda. Hæc autem ſpecies ſimilis eſt ſuperiori: vt enim illic non reſtituitur minor omnino contra delictum, ſed inficians pro confeſſo habetur: ita hîc non omnino reſtituitur contra furtum, ſed habetur negotium pro tranſacto, hactenus vt vitet pœnam tripli, vel quadrupli. Sequens locus eſt de minore ex delicto agente, an reſtitutio in eo locum habeat. De hac verò quæſtione videte l. auxilium. D. de mino. in Florentinis Pandect. ſic legitur: *Auxilium in integrum reſtitutionis executionibus pœnarum paratum non eſt.* quæ vera eſt lectio. In C. Norico, pro *executionibus*, legitur *exceptionib.* cum dictione, *in*, corruptè. Quomodo autem id ſit accipiendum, docet Iuriſconſ. exemplis.

Cautela contra minores.

exemplis. Sequitur enim: *ideòq́ iniuriarum iudicium ſemel commiſſum repeti non poteſt.* Iniuriarum actio omiſſa eſt pacto fortè, vel diſſimulatione eſt abolita: vt ſi quis cum eo potauerit quem iniuria affecit. §. vlt. Inſtitut. de iniur. vel expreſſa remiſſione. Ponamus igitur omiſſum iudicium iniuriarum à minore, quæritur an poſſit reſtitui? negat Tryphoninus poſſe. *Executionibus .n. pœnarum*, inquit ille, paratum nō eſt auxilium in integrum reſtitutionis. Id eſt, Cum minor perſequitur quod ſua intereſt, tunc enim ſubueniri poteſt: ſed hoc remedio non ſuccurritur ei qui pœnas exequitur. Exequi quid ſit, conſtat ex l. in executione. infrà de verborum obligat. quod non intelligens fortè Haloander, mutauit hoc verbum *executionibus*, & repoſuit, *in exceptionibus.* Legendum ergo *executionibus*, ſine voce *in*. Hoc igitur auxilium non eſt paratum executionibus pœnarum. Cum enim quis ea actione agit, qua pœnam perſequitur, vt eſt iniuriarum, rem ipſam non perſequitur nec quod ſua intereſt, ſed pœnam tantùm, & meram vindictam. leg. prætor. §. ſi dicatur. infrà de iniur. vbi ait Iuriſconſul. eum qui agit iniuriarum, non petere ſibi damnum ſarciri, ſed vt vindicetur contumelia illata. Sic euidens eſt differentia inter actionem iniuriarum, & actionem legis Aquiliæ. Exemplum huius differentiæ eſt in l. ſi ſeruus. §. cæterum. ad leg. Aquil. Si quis ſeruum meum vulnerauerit, datur actio legis Aquiliæ, quia damnum mihi dederit: ſi quis autem percuſſerit ſeruum meum, & iniuria affecerit, non datur actio legis Aquiliæ: quia non deterior eſt factus ſeruus, nullumq́ue eſt mihi damnum datum. Ideoq́ue datur actio iniuriarum, qua peto, vt iniuria vindicetur. Igitur actio Iniuriarum nudam vindictam perſequitur, non tantùm pœnam. Quædam enim ſunt actiones, quæ etſi ad vindictam pertineant, tamen damnum etiam perſequuntur. hæc verò damnum non perſequitur, ſed meram pœnam, vt diximus. Igitur aduerſus eam actionem omiſſam non reſtituitur minor. An de pœna furti, & de aliis actionibus idem ſit dicendum quod de actione iniuriarum, hîc quæri ſolet. nam inter actionem iniuriarum, actionem furti, & actionem vi bonorum raptorum, multum intereſt, quamuis omnes ſint pœnales: quia, vt dixi, actio iniuriarum ad vindictam tantùm pertinet: hæ verò ſunt, quibus rem perſequimur. Mihi tamen probabilius videtur, idem dicendum de aliis actionibus, quę meram pœnam perſequuntur, ſicut actio de furto, quæ quadruplum perſequitur, & actio vi bonorum raptorum. Mouet me, quod Tryphoninus generaliter loquitur. Ex eo enim id infert, & colligit in iniuriarum actione: illius regulæ vnum adducens exemplum, à quo cætera non diſtinguuntur.

Hominis intereſt, hominem beneficio affici.

Neque enim illud vnicum exemplum eò appoſuit: quod id tantum locum habeat in actione iniuriarum. Et magna videtur ratio in aliis pœnis, vt pœna furti. Pœnæ enim executio odioſa eſt. l. ſeruus ea lege. infrà de ſeruis export. Seruum vendidi, ne in Italia commoraretur puniendi ſerui cauſa, eoq́ue nomine promiſſa eſt pœna ab emptore, ſine ſtipulatione: ſi id non factum ſit, non poſſum agere, ſed ſi conueniſſet, vt manumitteretur, id eſt, de eo quod vſui eſt homini, ſi factum non ſit, dabitur eo nomine actio, quia hominem affici beneficio intereſt hominis. Non tam benignè interpretamur leges pœnales, quàm eas quæ fauorem aliquem continent.

Minori ſi abolitionem non impetrauerit, ignoſcitur.

Hîc obiicitur l. 1. §. accuſationem. infrà ad Turpil. vbi dicitur, ſi deſtiterit minor ab accuſatione, non impetrata abolitione, ignoſcitur ei, quominus puniatur pœna S. C. Turpil. Ea pœna eſt quinque aureorum, cuius mentio eſt in loco ſingulari. l. 3. infrà de præuaric. Si enim quis non impetrauerit abolitionem, pœna hæc ei infligitur: quam tamen minori remittit Iuriſconſultus. Cur igitur hic dicimus in accuſationibus minorem non reſtitui? Hæc diuerſa ſunt. Aliud enim eſt pœnam perſequi, & aliud petitio pœnæ exemptionis. Cùm igitur minor vult reſtitui, vti pœnæ eximatur, datur ei reſtitutionis auxilium: cum verò vt pœnam perſequatur, denegatur reſtitutio, cùm auxilium huius reſtitutionis regulariter non ſit paratum pœnis. De pœnis conuentionalibus hic etiam quæri ſolet, videlicet an ſit hoc intelligendum de pœnis, quæ ex contractu minori debentur, & ab eo omiſſæ ſunt, & an in iis poſſit minor reſtitui. Si hæreamus verbis Iuriſconſulti, omnino minor excluditur. Sed ratio non patitur, vt de pœna conuentionali hoc intelligatur. Mouet me quod dicitur in l. ait prætor. in princip. D. de minor. vbi ait Iuriſconſ. Geſtum generaliter accipi, ſiue conuentum ſit, ſiue aliud quid contigerit. Neque refert an de damno, an de lucro agatur, vt dic. l. ait prætor. §. hodie. Agitur autem de lucro, non de damno, cum de pœna agitur. Et ſanè tota hæc noſtri Iuriſconſ. Tryphonini diſputatio ſatis oſtendit, ea verba de delicto eſſe accipienda, & cum quis ex delicto pœnam perſequitur, non autem cum ex conuentione.

IN TIT. XXXVI. LIB. II. COD.

SI ADVERSVS VSVCAPIONEM.

DICTVM prætoris, in cuius interpretatione verſamur, ad vſucapionem pertinet, ſicut ad aliud quodcunque genus alienationis. Ideoq́ue minor reſtituitur aduerſus vſucapionem. Hæc autem reſtitutio ideo eſt neceſſaria, quia vſucapione dominium acquiritur poſſeſſori, & minor amittit rei ſuæ dominium. De pupillo quæritur. Et dicitur in l. bonæ fidei. infrà de acquir. rer. dom. non poſſe rem pupilli vſucapi, ideoq́ue reſtitutio in integrum non eſt neceſſaria. Sed diuerſum eſt in minore. Nec verò refert, an res mobilis, an immobilis, vt fundus, vſucapta ſit: nam etiam aduerſus vſucapionem fundi neceſſaria eſt reſtitutio. Nec audiendi ſunt, qui hæc verba tantùm de rebus mobilibus interpretantur, quaſi immobiles res non vſucapiantur. Aiunt dominium vtile, non directum vſucapione acquiri. Hæc ſunt commenta Bartoli, quibus obſcurauit iuriſprudentiam. Omnes enim res vſucapiuntur, vt eſt in princ. tit. Inſtit. de vſucap. & l. 3. D. eod. in prin. & ego aliàs docui. Ergo cum dicitur fundus vſucapi, vt crebrò dicitur, neceſſe eſt intelligamus fundi dominium acquiri poſſeſſori. Hinc illud Horat.

Quædam ſi credas conſultis, mancipat vſus.

Mancipare enim eſt dominium transferre. Ergo intelligamus tam res ſoli, quàm res mobiles vſucapi poſſe. Sed dixerit quis, in alienatione prædiorum minoris neceſſarium eſt decretum, alioqui non valet alienatio. Cum autem alienatio non valet, non eſt opus reſtitutione in integrum. leg. in cauſæ. D. de minor. At vſucapio eſt alienatio. leg. alienationis verbum. infra de verbo. ſignific. l. 1. C. de fundo dota. Si alienatio rerum minoris ſine decreto prætoris nulla eſt: ergo ſine decreto vſucapio rerum minoris nulla eſt. Sed certum eſt vſucapionem valere etiam fundi, & prædii quod minoris eſt: nec locum habet quod dicitur de alienatione facta ſine decreto, titul. de rebus eor. & ſimil. nam ad vſucapionem non pertinent: nec alienationem in eo loco ita debemus intelligere. Quod enim ſcripſit Paulus in dict. leg. alienationis verbum. de verbor. ſignificat. non ſcripſit ad hanc rerum alienationem minorum, ſed ad edictum de rei vindicat. quòd facilè ex inſcriptione capitum animaduertimus. Ea enim lex habet inſcriptionem Pauli lib. 21. ad edictum, quam etiam inſcriptionem habent, quæ ex Paulo leguntur ſub titul. de rei vendic. Ergo hoc à Paulo ſcriptum eſt, cum de rei vindicatione diſſereret. Rei autem vindicatio dicitur competere domino, qui rem ſuam alienauit. Ideoq́ue poſſeſſori, qui vſucepit rem, competit rei vindicatio, non ei, cuius res vſucapta eſt. Quia igitur videbat Paulus eandem rationem eſſe in venditione, quam in vſucapione, ſic interpretatus eſt verbum alienationis, atque ita receſſit à proprietate verborum. Sed ſub tractatu de rebus eorum, qui ſub tutela, vel cura ſunt, &c. hoc verbum non ita accipitur. Eſſet enim ineptum quærere, an decretum in vſucapione deberet interuenire. Ergo quod hic dicitur de rebus minoris, de quibuſcunque rebus accipi debet: quia etiam vſucapiuntur prædia minoris. Et regula vulgatis eſt, quæ traditur in leg. quæ ſub conditione. §. fina. infrà de conditio. inſtitut. Non eſt neceſſe adire prætorem in his, quæ lex permittit. In executione legis non eſt decretum neceſſarium prætoris. Hic obiter notandum eſt exemplum reſtitutionis, quæ in rem datur, de qua diximus in leg. in cauſæ. §. interdum. de minoribus. Vbi admonuimus, quomodo hoc ſit

accipiendum, non quod in rem ſit ſcripta hæc actio, vt Bartol. & alij exiſtimauerunt: ſed quia ita reſcinditur interdum negotium, vt detur actio in rem, interdum actio in perſonam. Si amiſerit actionem in rem, reſtituetur ei actio in rem: ſi actionem in perſonam, reſtituetur actio in perſonam. Et ſi quis hac executione vti velit, diplomate impetrato vti poterit, vt hodie fit, ſi quæratur quo in loco ſit agendum, ſequemur naturam actionis, quæ reſtituta eſt, vt ſi actio in rem reſtituta ſit, actor experiatur ea. leg. vltim. vbi in rem actio. tunc enim dabitur actio actori, vt agat, vel vbi domicilium habet reus, vel vbi res ſita eſt. Si verò in perſonam actio eſſet reſtituta, agendum eſſet, vbi reus habet domicilium. Hinc quæritur l. etiam. 2. de minorib. de eo qui priuſquam naſceretur, vſucaptum amiſit. Cœpit, exempli gratia, poſſideri res Titij, qui decedens reliquit vxorem prægnantem: perfecta eſt vſucapio, dum eſſet prægnans mulier: quæritur an poſſit pupillus aduerſus vſucapionem reſtitui. Quod hic dicitur non caret dubitatione: quia dicitur rem pupilli vſucapi non poſſe. leg. bonæ fidei. infrà de acquiren. rer. domi. dicta autem l. etiam. loquitur de eo, qui minor eſt quàm infans. Cùm igitur res non vſucapiatur, non videtur locus eſſe reſtitutioni, iuxta l. in cauſæ. At mihi videtur duplici ratione reſtitutionem hîc locum habere. In primis, quia vſucapio non fuit cœpta contra pupillum, ſed contra patrem, cui hæres extitit. Neceſſe enim eſt, intelligamus vſucapionem cœptam antequam natus & conceptus eſſet hic minor. nam non potuit tanto tempore in vtero fuiſſe: ideoque quia non fuit cœpta vſucapio contra eum, ſed contra eius deceſſorem, datur reſtitutio. Secundò, quia nondum natus erat, & erat adhuc in vtero. nam d. l. bonæ fidei. loquitur de pupillo, non de eo, qui adhuc erat in vtero. Scio haberi pro natis eos, qui in vtero ſunt quoad eorum commodum attinet. l. qui in vtero. ſuprà de ſtatu hominum. non tamen ideo ſequitur tunc eum haberi debere pro nato. Nam mero iure multum differunt à natis hi qui adhuc in vtero ſunt, cum de ipſorum commodo & incommodo agitur. l. vlt. infrà de collat. bono. vbi dicitur non eſſe in poteſtate patris eum, qui nondum eſt editus: ſed tamen benigniore interpretatione intellige natum eum, qui adhuc in vtero eſt. Occurrunt quædam aliæ quæſtiones de præſcriptionibus, de quibus dicemus in l. vltim. Cod. in quibus cau. in integ. reſtit. non eſt neceſ.

IN TIT. XXXVII. LIB. II.

Cod. si adversus Fiſcum.

Fiſcus quid.

QVIA multa ſingularia habet fiſcus, ideo quæritur, an minor ex edicto prætoris contra fiſcum ſit reſtituendus, & quatenus. Multa ſingularia in cauſis fiſcalib. eſſe neceſſe eſt, propter vtilitatem, vt fiſcus ſcilicet augeatur, ſine quo ſtatus Reipublicæ conſeruari non poteſt. Fiſcus eſt pecunia publica, inquit Aſconius Pedia. ſiue illa principis ſit, ſiue imperij. Ærarium dicitur populi apud Plinium in Panegyrico: fiſcus autem principis. Sed in iure ciuili his verbis promiſcuè vtimur, quia idem ius principis eſt in omnes. l. bene à Zenone. Cod. de quadr. præſcript. Fiſcum autem vocamus per metonymiam, eum qui adminiſtrat res fiſci, vt hîc, ſi aduerſus fiſcum. Eſt tit. lib. 1. D. de offic. procurat. Cæſa. id eſt, de eo qui res Cæſaris adminiſtrat, qui etiam Rationalis dicitur, vt & à Lampridio in Alexan. & l. 2. C. de modo mulcta. vbi ait Imperat. Alexan. Rationalem non habere poteſtatem mulctæ dicendæ. Dicitur etiam curator Cæſaris, l. vltim. de offic. procur. Cæſar. Et etiam procurator priuatæ rationis. l. procurator. C. de eden. Seuerus Imperat. vocat diſpenſatorem ſuum. l. 1. hîc. Diſpenſare, curare, procurare, eundem ſenſum habent. ἴδιος λόγος dicitur apud Strabonem lib. 1. Dicitur etiam procurator priuatæ rationis. l. 7. Cod. de eden. & ex eo quod ſcribitur tit. de offic. procu. Cæſar. & ration. & præfectus fiſci. Apparet autem hunc procuratorem eodem munere functum, quo procurator priuatorum hominum, licet quædam ei attributa fuerit iuriſdictio, vt ſcribit Cornelius Tacitus lib. 12. Sueton. in Claud. & Dion in Tyberio, quàm primùm ab Imperatore Claudio fertur accepiſſe. Hodie iuriſdictionem habent, quoties lis eſt inter priuatum & fiſcum, vt explicatur l. 1. C. de iuriſdict. omn. iudic. & toto tit. C. vbi cauſæ fiſca. & colligitur ex omnibus legibus huius tit. & præſertim ex l. 1. Sed vt ad quæſtionem propoſitam redeamus, videndum an minor reſtituatur contra fiſcum? Et dicendum eſt eum reſtitui, l. 1. hîc. ſi captus ſit, ſi longè minori pretio contraxerit. Fiſcus enim, inquit Seuerus, Iuris publici ſequetur auctoritatem. Publicum ius, commune vocat, per ἀκυρολογίαν, quia nonnunquam ab eo diſtinguitur, l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ſuprà de pact. hoc eſt quod dicitur vulgò, fiſcum vti iure priuatorum, vt l. item veniunt. §. in priuatorum. infrà de petit. hæred. Igitur ſingularia tributa fiſco diligenter ſunt notanda.

Ærariū quid.

Rationalis quis.

Contra fiſcum igitur minor captus reſtituitur. Huc pertinet l. in fraudem. §. vlt. infrà de iure fiſci. vbi dicitur prædia fiſci non debere minoribus locari, ne fortè eis poſtea ſubueniatur ætatis beneficio: ideoque è re fiſci non eſt, vt contrahat cum minore. Huc pertinet l. ſi ex cauſa. §. ſi in commiſſum. D. de minor. Quia minor non ſoluit vectigal, quod mercis nomine peteretur, dicitur in commiſſum incidiſſe. Confiſcatur enim merx propter non ſolutum vectigal. leg. commiſſa. infrà de publ. ob minorem tamen ætatem ſubuenitur ei, niſi dolus eius interuenerit. Nam aduerſus dolum non reſtituitur minor, vt iam diximus. De hac autem reſtitutione quis cognoſcat inter fiſcum & minorem, traditur in l. 2. hîc. vbi Imperat. Alexan. ait, patronum fiſci, qui dicitur etiam rationalis. l. vltim. hîc, & procuratorem Cæſaris vnà cum præſide de ea cognoſcere. Hinc quæſtio naſcitur, quæ tractatur l. 3. vbi diſtinctio ponitur, quæ magnopere huc pertinet, qua cognoſcitur cauſa huius reſtitutionis. Explicandæ huius quæſtionis gratia, quædam prius ſunt intelligenda. In primis cum minor reſtituitur aduerſus fiſcum, cum quo contraxit, multum refert qua ex cauſa & quomodo cum fiſco contraxerit. Contingit aliquando, vt fiſcus rem aliquam vendat vt propiam, quæ tamen ſua non eſt: aliquando vt rem alienam vendat non vt propriam, ſed vt alienam, quia debitor fiſci non ſoluerit. Cum rem vendit vt ſuam, ſequendum eſt id, quod conſtitutum eſt variis Imperatorum conſtitutionibus, quarum meminit Iuſtinianus tit. de vſucap. in Inſtit. Meminit in primis edicti cuiuſdam D. Marci, cui ſucceſſit Zenonis conſtitutio, deinde alia Iuſtiniani. Videamus quid his conſtitutionibus caueatur. Edicto D. Marci cautum eſt, vt ſi fiſcus rem alienam alicui vendat vt ſuam, poſt quinquennium, ſi ea res vindicetur, emptor exceptione ſubmoueat agentem. Nam ſi dominus rei velit rem à poſſeſſore vindicare, poterit equidem, ſed poſt quinquennium ſummouebitur exceptione. §. vltim. de vſucap. Inſtitut. Hoc edicto excipiuntur minores, quibus ſuccurritur beneficio ætatis, vt poſt quinquennium reſtitutione impetrata poſſint agere, vt d. l. vlt. hic ſignificatur. Dum enim dicit Imperat. *Edicto diui Marci res minorum excepta, nihil tuum adiuuāt deſiderium.* ſignificatur, minori ſuccurri, ſi aduerſus emptorem & poſſeſſorem agere & rem vindicare potuerit ex edicto D. Marci. Deinde facta eſt conſtitutio de eadem re ab Imperatore Zenone, quæ extat l. omnes. C. de quadrien. præſcript. qua ſimulatque fiſcus rem aliquam, vt ſuam vendidit, ſtatim fit emptoris, etſi aliena fuerit res. Hoc admodum ſingulare eſt, & reſpicit ad ſingularem fiſci vtilitatem, vt alliciantur homines facilius ad res fiſci emendas, cum intelligunt ſe ſtatim ſecuros, nec poſſe inquietari: iure communi ſi rem meam quis vendit, ego eam vendico à poſſeſſore: ſed hic tantum conſulitur domino rei venditæ, vt agat aduerſus fiſcum, ad pretium rei ſuæ. De domino nihil poteſt amplius quæri, ſed quadriennij præſcriptione ſummouetur. Intra hoc tamen quadriennium non pretium, ſed ipſam rem vindicare poteſt. Secuta eſt alia conſtitutio, qua hæc Zenonis lex eſt producta ad omnes res, quæ ſunt principis, vel Auguſtæ. hac enim cautum eſt, nil referre, an quid priuatum an proprium ſit principis, quod nos vocamus *Domaine*, an vero fiſci. Ea enim omnia intelliguntur principis, quia in ea fiſcus habet imperium. Non quod omnia ſint principis, etiam priuatorum res, vt quidam ineptiſſime intellexerunt. Hæ igitur conſtitutiones locum habent, cum fiſcus vendit rem alienam, vt ſuam, &

hoc

hoc caſu ſuccurritur minori, ne noceat minori præſcriptio quadriennij. Edicto autem Diui Marci, cum eſſent excepti minores, vt hîc dicitur, idem intelligendum eſt in aliis conſtitutionibus ſecutis Diui Marci edictum, vt minores ſcilicet excipiantur, ne noceat præſcriptio minoribus. Exempli gratia, publicata ſunt bona cuiuſdam propter crimen perduellionis, atque interea prædium cuiuſdam minoris, cum damnatus eſſe crederetur, captum eſt à fiſco, & diſtractum: quæritur an minor ſit ſummouendus exceptione, ſi lapſum ſit quadriennium? Et dicendum eſt, ei beneficio ætatis ſuccurri aduerſus fiſcum, non aduerſus poſſeſſorem. At ſi fiſcus rem alienam vendit non vt ſuam, ſed fortaſſis propter debitum, vt fit aliquando, cum fiſci debitor non ſoluit, & ideo in bona eius miſſio facta eſt, quod nos dicimus *Saiſine*, an aduerſus illam bonorum diſtractionem minor ſit reſtituendus, quæritur? Et dicendum eſt, ſi ſubhaſtationis ſolennibus ſeruatis ſit facta venditio bona fide, minorem non eſſe reſtituendum. l. quæcunque. Cod. de fide & iure haſtæ fiſca. & de adie. nam ob omiſſam ſolennitatem in ſubhaſtatione, vel dolum malum interpoſitum, ſuccurritur non ſolum minori, ſed etiam maiori. Quibus perceptis facilè intelligemus quæſtionem tractatam in l. vltim. hic. Minor adiit Imperatorem, apud quem expoſuit, à fiſco rem ſuam venditam eſſe: petiitque ab eo, vt poſt quinquennium lapſum agere poſſet, & ei præſcriptio quinquennij non obſtaret. Mouebatur minor edicto D. Marci, quo excipiuntur minores, vt ſuprà demonſtrauimus. Sed Diocletianus reſpondet: *Nihil tuum adiuuant deſiderium, edicto Diui Marci res minorum exceptæ.* Edictum enim D. Marci pertinet ad res quas fiſcus vt ſuas vendidit. At in hac ſpecie proponitur fiſcum non vendidiſſe res vt ſuas, ſed vt debitas propter æs alienum, ſcilicet non ſolutum. nec enim quæritur de præſcriptione quinquennij ex edicto D. Marci. Sequitur tamen: *Sed quoniam per colluſionem, ſiue fraudem tunc temporis procuratoris noſtri, &c.* Quia enim proſpexit Imperator, ita exprimi ſpeciem oblato libello ſibi, quaſi dolo fiſci fuiſſet circumſcriptus minor: pronuntiat, etſi minori propter ætatem non ſuccurratur, nihilominus tamen ob ſimplicitatem ſuam, ſi dolus procuratoris fiſci interuenerit, & venditio bona fide non ſit facta, reſtitutionem in integrum minori competere. Adde etiam propoſitum fuiſſe, ſolennitatem haſtæ hic non fuiſſe ſeruatam. Quæ diſtinctio facilis eſt, his perceptis quæ iam diximus.

IN TIT. XXXVIII. LIB. II. COD. SI ADVERSVS CREDITOREM.

QVOD dicitur in edicto prætoris, *ſi quid geſtum, &c.* diximus ad omnes contractus pertinere, nec tantum ad contractus, ſed & ad quoſcunque actus, & negotia quæ cum minoribus geruntur. vnde ſi quis negotium cum minore geſſerit, non eſt dubium, quin reſtitutio habeat locum. Sic enim Vlpianus interpretatur verba edicti in l. ait prætor. vbi admonui in l. Labeo. infrà de verb. ſignifi. referri tantùm Labeonis ſententiam: aliàs nec mutuum quidem contractum eſſe dicemus: cum dicat Labeo, contractum vltro citroque obligationem eſſe: in mutuo autem non fit mutua obligatio. Sed quia prætor generaliter loquitur, docuimus etiam edictum ad mutuum pertinere: quod vel maximè apparet ex hoc titu. Si aduerſus creditorem. nam etſi crediti appellatio ſit generalis, tamen contrahitur plerunque, & accipitur pro mutuo. l. ſingularia. l. in creditum ire. infrà de reb. cred. l. creditorum. de verbor ſignificatio. Vt autem ſignificationem huius verbi ita reſtringamus, argumento ſunt ſuperiores tituli huius libri. Apparet enim ex illis voluiſſe Imperatorem hic tractare generaliter de his, quibus ex quacunque cauſa debetur: ſed ex cauſa mutui debetur: ergo minor aduerſus mutui obligationem ex edicto reſtituitur. Duo tamen ſunt neceſſaria, vt hæc reſtitutio locum habeat. Primũ eſt, quod teneat contractus ipſo iure: aliàs enim ceſſaret reſtitutio, vt diximus in l. in cauſę de minorib. Nihil enim eſſet, quod poſſet reponi in priſtinum ſtatum. Minor autem obligatur ex mutuo, ſecundum diſtinctionem l. 3. C. de in integr. reſtit. vt ſi tutorem habeat, & acceſſerit auctoritas tutoris, tunc quamuis ipſo iure valeat mutui obligatio, captus poſſit reſtitui: ſi verò non acceſſerit tutoris auctoritas, ipſo iure non valeat contractus. Sin tutorem non habeat, & mutuum contraxerit, ipſo iure nullus ſit contractus. Alterum eſt, quod captus ſit minor, nec enim ideo reſtituitur minor, quod minor ſit: ſed quod lubrico ætatis ſit captus: vt ſi in rem ipſius pecunia verſa non ſit, vt oſtendunt leges huius tituli. Oportet igitur pecuniam creditam in minoris vtilitatem non eſſe verſam, vt ſit locus reſtitutioni. Huc pertinet l. patri. 27. §. 1. de minor. Meminit autem hic Caius Iuriſconſultus Proconſulis, quia hoc fuit ſcriptum ad edictum prouinciale, quod ſcilicet proconſul propoſuerat in prouincia. Ergo ſi totam pecuniam amiſit minor, nihil reddet. Quid ſi minor egenti viro dedit pecuniam acceptam mutuo, aduerſus quem inanis eſt actio, damnabitur minor non vt reddat pecuniam, ſed vt actionem quæſitam cedat creditori ſuo, aduerſus eum cui pecuniam illam credidit. Huc ſpectant quęcunque extant ſcripta in eo loco. Hactenus omnia ſunt perſpicua. Sed magna eſt quæſtio, vtri incumbat probatio, an minori, an creditori, cum quæritur, an minor ſit locupletior factus, & an minor debeat docere eam pecuniam in ſuam rem verſam non eſſe, an creditor, in eius rem verſam eſſe, docere cogatur. Ex vtraque lege huius tituli nihil aliud colligi poteſt, quam creditori onus probationis incumbere. Dicit enim l. 1. Imper. Antoninus: *Nec doceri potuiſſe prætorem ex eo contractu locupletiorem eam eſſe factam.* Ergo onus probationis in creditorem transfertur, vt probet minorem locupletiorem factum. Sed contrà multa obiiciuntur. Inprimis l. minoribus. Cod. de in integrum reſtitur. Minoribus, inquit Imperat. competit reſtitutio, in quibus ſe captos probare poſſunt. eodem pertinet l. nam poſtea. §. ſi minor. infrà de iureiur. Expendenda ſunt diligenter verba huius legis. Dicit enim Vlpianus: *Nec enim vtique qui minor eſt ſtatim & circumſcriptum ſe docuit.* Ex quibus apparet minorem docere debere ſe ſcriptum eſſe. Difficultatem auget l. ſi prædium. Cod. de prædiis mino. ne quis fortè eò confugiat, vt mutuum diſtinguat ab aliis contractibus, & has duas leges de mutuo intelligat, alias autem leges de aliis contractibus, nam d. l. ſi prædium. Cod. de præd. minor. loquitur de venditione. In ea tamen ait Imperat. aduerſarium docere debere minorem locupletiorem factum. Quæſtio enim eſt de venditione prædij minoris, non de mutuo, & cogitur probare emptor eſſe conuerſum pretium in rem minoris: alioqui pretium amittit. Videndum igitur eſt, quomodo hic nodus ſoluendus ſit. Quatuor variæ ſolutiones apud Accurſium referuntur: cæteri alias adducunt, quas excutiat qui otio abuti volet. Mihi ſic videtur diſtinguendum, ex ſententia eorum, qui ſanioris ſunt iudicij in hac diſputatione. Et in primis, quia hic locus omnino tractat de probatione, & pertinet ad titulum de probatio. meminiſſe oportet vulgaris regulæ l. 2. de probat. ex qua dependet deciſio noſtræ quæſtionis. Ait enim Paulus: *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.* Non dicit reo aut actori, ſed ei qui dicit, ſiue ſit actor, ſiue reus. nam vterque dicit, & vterque negat plerunque. Aliquando reus dicit excipiendo, & probare debet exceptionem. Et exemplum eſt appoſitum l. ſi minorem. Cod. de in integrum reſtitutione. Minor implorat reſtitutionem, & ait, ſe minorem fuiſſe cum contraheret. Obiicit aduerſarius eum tempore excluſum: intra quod tempus debuit reſtitutio impetrari, vtri incumbat probatio? Videndum eſt vter eorum dicat: & quia vterque dicit, vtrique incumbit probatio. Minor enim, dum ait ſe fuiſſe minorem quo tempore contraheret, illud debet probare. Aduerſarius autem dum dicit minori tempus lapſum eſſe, id quoque probare debet. Nec poteſt adferri commodius exemplum eius regulæ. Cum ergo quæritur vtri incumbat probatio, in ſpecie, de qua hic diſſerimus, ſemper videndum, vter neget, vter intendat. nam modò minor ait, modò negat, iuxta varietatem negotiorum: quæ diligenter in ſingulis ſpeciebus conſideranda eſt. id quoque ſpectatur in quaque ſpecie. Quod vt commodius explicetur, vtar diſtinctione, vulgò re-

cepta. Plerunque contingit, vt contractus nullus ſit ipſo iure, propter quem minor vult reſtitui : plerumque vt valeat, ſed aduerſus eum minor reſtitutionem deſideret. Hinc dependet explicatio totius huius diſputationis. Huius diſtinctionis pars prima eſt, cum ipſo iure nullus eſt contractus initus à minore: quo pertinet d. l. ſi prædium. C. de præd. min. vbi proponitur prædium ruſticum vel vrbanum, ſine prætoris decreto venditum, ex quo apparet nullam eſſe venditionem, ex l. 1. infrà de reb. cor. ideoque ipſo iure nihil eſt actum : & perinde minor vindicabit prædium ſuum, atque ſi nihil actum eſſet. Ponamus ergo emptorem hoc caſu petere ſibi reddi pretium quod ſoluit minori eius prædij nomine. Ait Imperat. dari emptori exceptionem doli aduerſus minorem prædium repetentem ad pretium recipiendum, ſi minor ſit locupletior factus ex eo pretio. Nam licet ipſo iure deficiat auxilium, tamen propter æquitatem datur exceptio, ſi minor ſit locupletior factus, arg. l. nam hoc. infrà de condict. indebi. Si quæratur, vtri incumbat probatio, minori an aduerſario: videndum eſt quis dicat. Et certum eſt onus probandi hîc aduerſario incumbere, cum is dicere debeat, minorem eſſe factum locupletiorem, quia id dicit, & id intendit. Minor non intendit ita agendo, eam pecuniam eſſe in rem ſuam verſam. Neceſſarium enim id non eſt in rei vindicatione : in qua ſatis eſt, ſi dicat fundum ſuum eſſe. Sed emptor, contra quem agit minor, non poteſt ſe aliter tueri. Nam etſi dicat venditum ſibi prædium fuiſſe, & pretium ſe tradidiſſe, nihil aget, quia venditio ipſo iure nulla eſt. ergo propter æquitatem datur ei exceptio, quia non patitur æquitas, vt pretium retineat minor ex quo eſt factus locupletior, & recipiat prædium. ideoque cogitur docere minorem locupletiorem factum ex ea pecunia, quia id dicit. Hoc exemplum pertinet ad contractus, qui ipſo iure non valent. Videamus de aliis contractibus initis cum minoribus, qui ipſo iure valent : vt ſi prædium ſit venditum decreto prætoris. tunc enim valet venditio, ſed tamen ſi captus ſit minor, poteſt reſtitui ex bono & æquo. Sed ſi de pretio quæratur, an ſit locupletior factus minor, vtri incumbat probatio. Sequenda eſt regula noſtra, ei incumbere probationem, qui dicit. videndum enim, an ita intendat actor, idemque minor, vt dicat ſe eam pecuniam amiſiſſe, & non eſſe verſam in rem ſuam, an quid aliud alleget. Id exemplis declarandum eſt. Ponamus minorem velle reſtitui, quod dicat ſibi vtile non fuiſſe prædium venditum eſſe quocunque pretio. Iuſta eſt cauſa reſtitutionis, ſi non expediat minori fundum ſuum alienari. De pretio nihil dicit, nec quod ſit factus locupletior, ſed ait tantùm, non expediſſe ſibi, ſuum prædium vendi. Repetitur igitur ab emptore prædium, reſtituto minore in integrum. Aduerſarius tamen vult recipere pretium, vel vult retinere prædium, donec ſibi reddatur pretium. Ait enim minorem locupletiorem factum ex pecunia, quod minor negat. proculdubio incumbit probatio aduerſario, quia ita ſe tuetur aduerſus minorem, vt dicat eum locupletiorem factum. Sed quia contingit aliquando, vt non ideo petat reſtitutionem minor, quod captus ſit in venditione, ſed quod locupletior non ſit factus ex pretio, vt ſi fortè obvrgens æs alienum, cui aliunde ſatisfieri non poterat, expediebat minori prædium vendi, modò iuſto pretio venderetur. nihil enim in hac ſpecie aliud poteſt cauſari minor, quàm eam pecuniam in eius cauſam, rem & vtilitatem verſam non eſſe : vtri incumbet probatio. Et certè, ſi minor dicat ſe locupletiorem factum non eſſe : aduerſarius contrà inſtet, minori incumbet probatio : quia dum hoc dicit, nihil aliud intendit, quàm quod ea pecunia in ſuam rem verſa non ſit. Et ſic intelligendum eſt, quod dicitur l. minoribus. Cod. de in integrum reſtitut. l. nam poſtea. §. ſi minor. de iureiuran. & ſimi. Sed huic diſtinctioni aduerſatur l. 2. hîc, cuius hæc eſt ſpecies, & qua hîc tractatur quæſtio. Quidam mutuam pecuniam dedit minori : obligatus eſt eo mutuo minor, quia acceſſit curatoris auctoritas : creditor agit ex mutuo, & petit ſibi id reddi. Minor ita ſe tuetur, vt dicat ſe non locupletiorem factum ex ea pecunia, & ſe eam pecuniam amiſiſſe. Secundum regulam noſtram videtur minori incumbere probatio, quia hoc dicit : & tamen verba legis noſtræ oſtendunt, aduerſario incumbere probationem. *Dicit enim Imper. Si (vt allegas) minor annis pecuniam fœnori accepiſti, nec ea in rem tuam verſa eſt.* Quibus verbis oſtēditur hoc à minore propoſitum fuiſſe, eam pecuniam in rem ſuam verſam non fuiſſe. Sed ab eo quod diximus, mutuum eſt accipiendum. nam quoties aduerſus mutuum petitur reſtitutio, onus probandi ſemper incumbit aduerſario, minorem factum eſſe locupletiorem ex pecunia numerata. Vtilitatis enim & æquitatis gratia hoc conſtitutum eſt, propter fraudem, quæ interueniebat in mutuo, cùm multis documentis eſſet expertum, damnoſum eſſe minori credere pecuniam. Argumento eſt S. C. Macedonianum. Obligatur enim filiusfamiliâs ex omni contractu. l. filiusfamilias. infrà de obligat. & actio. Ex mutuo tamen non poteſt obligari, propter ſenatuſconſultum Macedonianum, in odium eorum, qui pecuniam mutuam dant filiisfamilias. Hoc enim ſenatuſconſultum ad mutuum tantùm pertinet, non ad venditionem. Ratio eſt l. 1. & 3. infrà ad ſenatuſconſul. Macedon. Nam obruti ære alieno filiifamil. inſidiabantur morti paternæ. Hoc experientia rerum docuit, maiora damna ex mutuo, quàm ex aliis contractibus minores conſequi. Et tamen ſenatuſconſultum Macedonianum pertinet ad alios contractus, ſi in fraudem ſenatuſconſulti ſint initi à minore. Hoc igitur in mutuo, ſingulari iure conſtitutum eſt, vt incumbat aduerſario probatio. Ex quo intelligitur quàm ſit periculoſum credere minori pecuniam, vel credere etiam filiofamilias : quia filiusfamilias ex mutuo non obligatur, etiam ſi maior ſit vigintiquinque annis. Nec ergo minori, nec filiofamilias, tutum eſt pecuniam credere. Quod ſi minor ſit, & filiusfamilias, periculoſum eſt & temerarium, & nihil magis aduerſatur vtilitati publicæ. Igitur puniuntur grauiter apud nos creditores. Vnde ſæpè iudicatum fuit etiam S. C. Curiæ Pariſienſis, ne mercatores filiisfamilias vel minoribus pecuniam mutuam dent, vel merces ad tempus : idque conſtitutum eſt ſub pœna amiſſionis mercium, vel etiam mulctæ arbitrariæ. Sunt qui dicant de mutuo fœneratitio hác legem intelligendam, in odium fœneratorū, & aliam cauſam eſſe mutui ſimplicis. Ego exiſtimo cum aliis quam plurimis, nihil referre, an ſub vſuris, an ſine vſuris credita ſit pecunia minori, & ſemper creditori onus probandi incumbere. argumen. eſt quod dicitur in leg. ſed Iulianus. §. ſiue autem. infrà ad ſenatuſconſul. Macedon. nam etſi Senatus de fœnore locutus eſt, quia frequentius accidebat, vt ſub vſuris crederet, qui eam ſubibat aleam credendi filiisfamil. ideoque de fœnore ſit factum ſenatusconſultum, ita tamen Iulianus eſt interpretatus Senatuſconſultum, vt ad mutuum quoque ſimplex pertineat. Quod ad l. 2. huius tituli attinet, quæ de fœnore loquitur, nihil ad rem facit. nam hoc reſcriptum eſt ad ſpeciem Imperatori propoſitam, & reſcriptum perſonale eſt, quia ex facto ita inciderat. Sed quæritur, quomodo probabit creditor pecuniam creditam verſam eſſe in rem minoris. Eſt ſanè difficilis probatio : ideoque eo periculoſius eſt minoribus credere. Sed puto ſequendas eſſe coniecturas, quæ traduntur leg. vlt. de exerc. actio. De ciuitate & eccleſia, hîc quæſtiones tractantur, quæ non ſunt huius loci. De ciuitate videte leg. ciuitas. infrà de reb. credit. De eccleſia videte quod eſt in Nouel. 120. de alien. & emphy. rerum eccle. §. ſi verò quod. Aget enim ſemper creditor aduerſus adminiſtratores, non aduerſus eccleſiam vel ciuitatem, niſi docere poſſit in rem illarum verſam eſſe. Sed de his ſuis locis.

IN TIT. XXIX. LIB. II. COD.

SI MINOR AB HÆREDITATE *ſe abſtineat.*

QVod ait prætor in edicto, Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur, &c. pertinet non tantùm ad contractus, ſed ad aliud quodcunq; negotium, quamuis contractus non ſit, veluti ſi minor ſit obligatus ex quaſi contractu. latiſſimè enim patent hæc verba : Vnde etſi ſe minor hæreditati immiſcuerit, reſtituitur, quia ex quaſi contractu obligatur, per aditionem hæreditatis ad ſol-

ad ſoluenda legata, & ad id quod defunctus debebat, quaſi tacite ſe legatariis & creditoribus obligauerit. §. hæres. de obligat. quæ ex quaſi cont. naſ. Dicitur etiam teneri vltra modum hæreditatis, ſi ſine inuentario eam adierit. l. vltim. C. de iure delib. quod ſi minor ſit qui ſe immiſcuerit hæreditati, certum eſt eum obligari, ſecundum diſtinctionem l. 3. C. de in integr. reſtit. id eſt, ſi auctoritate tutoris interueniente adierit, ſi tamen captus ſit reſtituetur. ſed ſi curatorem ipſe habens adierit ſine eius auctoritate, ipſo iure non erit obligatus. Si autem non habuerit, & adierit, obligatur ipſo iure: ſed captus reſtituetur. Et ſic ſi de pubere loquamur, ſequenda eſt diſtinctio d. l. 3. Si vero de impubere loquamur, aliud ſtatuendum. nam impuberibus etiam ſine reſtitutione præſtatur à Prætore abſtinendi facultas, quæ diſtinctio planior eſt in leg. neceſſariis. infra de acquir. hæred. Quod ad filium attinet, qui ſuus hæres dicitur, is non obligatur niſi immixtione. Ipſo quidem iure hęredes ſunt ſui hęredes ſine aditione. §. ſui autem Inſtitut. de hæred. qualitat. & differ. l. in ſuis. infra de libe. & poſthum. l. 1. §. qui ſunt. infra ſi quis omiſ. cauſ. ſed vt obligentur, neceſſaria eſt immixtio, propter beneficium prętoris, quo eis conceditur ſe abſtinendi poteſtas ab hæreditate. d. §. ſui autem. de hæred. qualitat. & differ. ideo vulgare illud Diui Pauli, *Filius eſt, ergo hæres*, non habet hic locum, propter beneficium prætoris. Cum igitur minor hæreditati ſe immiſcendo, obligatur, neceſſaria eſt ei reſtitutio, ſi captus eſt. Et ſic interpretatur Vlpianus edictum l. ait Prætor. §. non ſolum. de minor. & nominatim exemplum adfert, de eo qui hæreditatem adiit. Quomodo autem captus eſſe dicendus ſit, tractatur in leg. verum. §. ſciendum. & §. ſeq. de minor. veluti ſi minor adiit hæreditatem in qua erant multæ res mortales, nam inconſulto facit adeundo hæreditatem, quam bonus & prudens paterfamilias non adiiſſet. Vel ſi hæreditatem adiit implicitam multis litibus. l. minoribus. 6. de mino. & ſi alias ſatis ſit locuples hæreditas. ex his enim cauſis minor reſtituetur. Reſtituitur autem cauſa cognita: & hoc generale eſt in omnibus reſtitutionibus. leg. in cauſæ. §. cauſa. de minoribus. Si ſine cauſæ cognitione reſtitueretur minor, deterior eſſet minorum conditio, quam maiorum, quia nemo cum eis vellet contrahere, dict. leg. verum. §. ſciendum. Et quia in his cauſæ cognitio neceſſaria eſt, oportet creditores hæreditarios præſentes eſſe, eiſque denunciandum eſt quorum intereſt, vt adſint, alias quod geſtum erit ipſis abſentibus eis non nocebit. leg. etiam. §. vltim. de mino. & leg. 1. C. de prædiis minor. Ratio autem denunciandi & conuocandi creditores traditur Nouella 119. vt ſponſa. lar. §. ad hęc. & relata eſt ab Irnerio vetere iuris interprete, in hunc tit. Ait igitur illa conſtitutio, ſi ſint in ciuitate creditores, denunciandum eſt eis, vt adſint: Sin abſint, ſolenniter citandi ſunt Hinc orta eſt magna diſputatio inter doctores, an mittendus ſit nuncius ad eos, an voce præconis ſint citandi. Si inſpexiſſent Græcam conſtitutionem non incidiſſent in has altercationes. Loquitur enim dicta Nouella de conuocatione creditorum, quæ fit à Prætore, διὰ τῶ συνειθισμένων κηρυγμάτων id eſt, per conſuetas citationes: κήρυγμα enim præconium ſignificat, vel edictum quod proponitur. Igitur dubium non eſt, quin abſentes recte vocentur edictis propoſitis, vel per præconem: tamen conſuetudo cuiuſque loci eſt ſequenda, & omnes euocandi ſunt, quorum intereſt. Nam poteſt intereſſe creditorum, quia forte poſſunt oſtendere hæreditatem eſſe ſoluendo, nec eſſe cauſam reſtitutionis. Et notandum eſt, vno ex creditoribus non vocato, nihilominus valere ſententiam: quod pleriſque imperitis viſum eſt falſum: nam etſi creditorum quis non ſit vocatus, tamen ſententia valet, licet ei non præiudicet: idque ſatis eſt expreſſum in d. l. etiam. §. vlt. de minoribus.

Addendum eſt ſupradictis, ſi minor poſtquam ſe immiſcuerit hæreditati, aliquid geſſit ſine dolo, vel ſoluit: deinde reſtitutus eſt, quod interim geſtum fuit, ratum manere. Id enim vtilitas exigit, quamuis ſtricto iuri videatur repugnare. Quod autem dixi, expreſſum eſt in leg. quoties, infra, de acquirenda hæreditate. Sed quod ex ea adminiſtratione peruenit in rem minoris, ei reſtituere debet minor, ad quem pertinent hæreditaria bona. leg. ait Prætor. §. non ſolum. de minoribus. vt ſi vendidit rem hæreditariam, & precium accepit, debet id reddere ei, ad quem commoda hæreditaria pertinent. De eo tamen, ex quo nõ eſt factus locupletior, minor non tenetur. Exemplum eſt in leg. in integrum. 22. de minor. Minor legata ſoluit quibuſdam legatariis, vel ſeruos manumiſit ex teſtamento, ex quorum manumiſſione precia ad eũ peruenerunt: quia tamen nihilo eſt factus locupletior, non tenetur ad reddendum: ideoque ſi legata ſoluit ex teſtamento, rata manet ſolutio, ſi tamen hæreditas ſoluendo non eſſet, condictio indebiti daretur, ad repetendum, quod ſolutum eſt legatariis. Datur autem condictio indebiti, non minori, ſed ei, ad quem hæreditas pertinet. Exemplum igitur eſt condictionis, quæ competit alii quam ei qui ſoluit, l. 5. de condict. indebiti. Similis locus eſt in l. ſi mulier. 31. de minor. Mulieris hic facit mentionem, quia ſpecies ita inciderat. Eſt ex libris reſponſorum Papiniani: Si mulier manumiſerit ſeruuos hæreditarios, rata eſt manumiſſio.

Dubitatio oritur ex eo, quod alibi ſcriptum eſt, de reſciſſione teſtamenti inofficioſi, l. Papinianus. §. vltim. infra de inoffic. teſtam. Reſciſſione teſtamenti inofficioſi facta, exigitur interdum precium viginti aureorum pro libertate, teſtamento relicta à ſeruis hæreditariis retinenda. Sed ſi ſoluta ſit pecunia aliquibus ex creditoribus, aliis non, nec poſtea omnibus creditoribus poſſit ſatisfieri ex bonis hæreditariis, tamen alii creditores petant ſibi communicari id, quod aliis fuit ſolutum, non audientur, ſed erit melior cauſa eorum, qui occuparunt. Recte enim ſolutio facta exiſtimanda eſt, nec poterit reuocari quod ſolutum eſt. Cum ergo minor reſtituitur in integrum, vt abſtineat hæreditate, omnia in priſtinum ſtatum reponuntur, perinde ac ſi hæres non fuiſſet. Excipiendus eſt hæres neceſſarius, vt dicit l. ait Prætor. §. non ſolum. quamuis ſuus ſit. Sed ſi aliquis ſit omnino ex neceſſariis, vt ſeruus, non reſtituitur ſimpliciter. Notandum eſt ſeruum qui eſt hæres neceſſarius, reſtitui non ſimpliciter, ſicut cæteri hæredes, ſed ita vt habeat ſuorum bonorum ſeparationem. Exemplum autem ſeparationis bonorum, de qua titulus eſt lib. 42. Pandectarum, eſt d. l. ait Prætor. §. non ſolum. Diſcretio bonorum & ſeparatio, variis ex cauſis permittitur. Et hoc exemplum refertur ſub eo. tit. de ſeparatione bonorum, l. 1. §. vltim. Seruus impetrauit reſtitutionem, ſed eatenus vt ſeparatio bonorum fiat: ſcilicet vt defuncti bona ſeparentur ab ipſius bonis, ſi bona acquiſierit poſt mortem domini, à quo ei libertas eſt relicta. Et huic ſimile exemplum eſt in prin. tit. Inſtitut. de hæred. quali. & differ. non igitur cogitur ſatisfacere creditoribus hæred. ex ſuis bonis, ſed ex defuncti.

IN TIT. XL. LIB. II. COD. SI VT OMISSAM HÆREDITATEM, VEL BO*norum poſſeſſionem, vel quid aliud acquirat.*

SICVT minor qui adiit hæreditatem, reſtituitur vt eam repudiet, ſic is qui omiſit hæreditatem, reſtituitur in integrum, vt eam adeat. non enim tantum in propriis bonis reſtituitur, ſed & ſi omiſerit lucrari, l. ait Prætor. §. hodie. de minor. veluti ſi quid lucratus non fuit ſua ſocordia & deſidia. Alia exempla adfert Vlpianus dict. §. hodie. Verbi gratia, legatum quid minori fuit: id repudiauit: petit reſtitui vt poſſit id conſequi, Iuriſconſultus ait reſtitui eum poſſe. Habetur igitur ratio lucri cuiuſuis omiſſi: vnde inſcribitur hic titulus, *Si vt omiſſam hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem, vel quid aliud acquirat.* His verbis ſignificatur, ſi quid omiſerit minor quod potuit acquirere, aduerſus negligentiam ſuam reſtitui. Bonorum poſſeſſio eſt prætoria. Quandoquidem cum vocat Prætor aliquem ad ſucceſſionem, dicitur quidem illum bonorum poſſeſſorem facere, non autem hæredem facere. Non enim lex eam defert, ſed Prætor, cum aliquem ad bonorum poſſeſſionem vocat Prætor: Is enim non dicitur hæres ſed bonorum poſſeſſor, nec ea hæreditas dicitur, ſed bonorum poſſeſſio: non quod vocatus à prætore ad bonorum poſſeſſionem reuera poſſideat, ſed

eſt quædam poſſeſſio iuris. Quod autem hic dicimus, de omiſſa hæreditate acquirenda, Scæuola ait accipiendum eſſe, ſi omnia in integro ſint, l. quod ſi minor. 24. §. Scæuola. de minor. Scæuolæ ſententia fuit, ſi minor hæreditatem delatam omiſit, quæ delata eſt ad ſubſtitutum, & vult reſtitui aduerſus ſuam repudiationem, reſtitui poſſe, ſi res adhuc integra ſit. Sed huic ſententiæ aduerſatur l. vlt. C. de repud. hæred. Ait enim ibi Iuſtinianus, ſi hæreditariæ res ſint diſtractę, cum adhuc eſſet minor, tunc eum reſtitui integrum, vt eas res recuperet. Hæc videntur mirabiliter pugnantia: & ſeptem variæ ſolutiones apud Accurſium referuntur. Ego dupliciter reſpondeo: In primis apud Paulum l. quod ſi minor. id eſt, apud Iuſtinianum: quia omnia hæc ei attribuenda ſunt, vt videre eſt ex leg. 2. §. tanta autem. C. de vet. iure enucl. recitatur ſententia Scæuolæ. Scæuola noſter, inquit, aiebat: Videtis Paulum, vel potius Iuſtinianum nihil definire, ſed referre tantum Scæuolæ ſententiam. Cum hic ergo Iuſtinianus tantum referat ſententiam Scæuolæ, & in alio loco definiat, quid ipſe de ea re ſentiat, quomodo poteſt contraria ſcripſiſſe dici Iuſtinianus?

Aliter reſponderi poteſt: Etſi Iuſtinianus l. quod ſi minor, probaſſet Scæuolæ ſententiam, tamen ab eo poſtea reuocata eſt. Nam dict. lex vltim. eſt noua conſtitutio, qua ius antiquum emendatum eſt. Nam certum eſt eam inſertam fuiſſe Codici, poſt alteram codicis editionem: quod hæc inſcriptio ſatis indicat, Poſt Coſſ. Lampadii & Oreſtis. Renouatus enim fuit Codex poſt compoſitionem Pandectarum, vt patet ex hiſtoria Romana. Atque ideo mirum videri non debet, nec abſurdum, ſi derogetur per dictam leg. fin. dict. lex quod ſi minor. §. Scæuola. cum prioribus conſtitutionibus derogetur per poſteriores, l. vltim. de conſtitut. principum. Non voco poſteriores & priores conſtitutiones, quæ à diuerſis Imperatoribus ſunt editæ. Nam quæ ſunt editæ cum prima editione Codicis, perinde accipiendæ ſunt, ac ſi ab eodem Imperatore eſſent editæ: ſed de iis quæ ſunt editæ in ſecunda repetitione Codicis, aliud eſt dicendũ aliàs: & de nouellis idem quoque iudicandum eſſet. Hinc variæ quæſtiones exiſtunt. Vna eſt in l. ait Prætor. §. reſtitutus. Si quis petierit reſtitui vt adiret hæreditatem: ſi petat rurſus reſtitui, vt ſe ea abſtineat, ait Iureconſultus audiendum eſſe. Videtur obſtare l. 1. C. ſi ſæpius in integ. reſtitut. vbi Imp. ait, minorem qui remedium in integrum reſtitutionis non obtinuit, non aliter ſubueniri vt rurſus ea quæſtio agitetur, quam per appellationem. Sed hæc quomodo debeant accipi, dicemus eodem titulo.

Alia quæſtio eſt in eadem leg. ait Prætor. §. ſed quod Pap. Duplex eſt quæſtio in hoc §. ad ſubſtitutionem pertinens, & ſimul ad reſtitutionem: nam tractatur quæſtio duplex apud Vlpianum, ad quas ſententias duas Papiniani refert, & reprehendit. Prior quæſtio eſt, cum minore non adeunte hæreditatem, ſeruus qui ſubſtitutus ei erat, adiit hæreditatem. Deinde minor eſt reſtitutus vt adiret. Minor eſt inſtitutus in primo gradu, noluit adire hæreditatem, eamque repudiauit: delata eſt hæreditas ad ſeruum ſubſtitutum, qui eam adiit. Minor pœnitudine ductus, & videns è re ſua fore aditionem hæreditatis, petiit reſtitui: reſtitutus eſt. Papinianus conſultus reſpondit, hoc caſu, quo pupillus non adiit hæreditatem, ſed eam repudiauit, ſeruum liberum manere: idque fauore libertatis. Quæritur enim in hac ſpecie an ſeruus liber maneat, & an etiam hæres. Papinianus exiſtimat ſeruum liberum manere. Non putauit quod ei libertas data auocetur. Hanc ſententiam ita probauit Vlpianus, quod dicat non tantum ſeruum hunc liberum manere, ſed & hæredem: nec Prætorem facere poſſe, quominus hæres maneat. Nam iure ciuili delata eſt ei hæreditas, licet quod ad effectum hæres non ſit. Sicut enim dicitur Prætor hæredem facere non poſſe: ſic nec poſſe facere, quominus is, cui delata eſt hęreditas teſtamento, non ſit hæres ipſo iure. Nec fortaſſis aliter ſenſit Papinianus. Altera quæſtio eſt, cum minor adiit hæreditatem, & poſtea abſtentus eſt ab hæreditate, & ſeruus ſubſtitutus hæreditatem adiit, an ſeruo ſubſtituto acquiratur hæreditas, & locus ſit reſtitutioni, de qua eſt videnda l. poſt aditam. C. de impub. & aliis ſubſtitutio. in qua hęc refertur regula: ſimulatque adiit minor hæreditatem, videri omnino extinctam vulgarem ſubſtitutionem, quam ſecutus eſt Papinianus. Sed tamen ab hac ſententia Papiniani recedit Vlpianus, qui etiam ait huic ſubſtitutioni locum eſſe, ſi non ſit ſoluendo hæreditas. Idem de quouis extraneo debet dici, vt videre eſt ex l. ex contractu. de re iudicata.

Ratio eſt, quia reſtitutio facit, vt non videatur adiiſſe. Et quamuis hæres in primo gradu ſit inſtitutus, quia tamen reſciſſum fuit quicquid ab eo geſtum eſt, perinde eſt ac ſi nunquam adiiſſet. de quo plene dicemus in tractatu de ſubſtitutionibus. Alia quæſtio eſt in l. 2. tit. ſuperioris. Aui hæreditas cuidam delata eſt, omiſit eam: Delata ei eſt hæreditas paterna, eam adiit: peccatum eſt in duobus, in eo quod hæreditatem repudiauit aui, quæ erat lucroſa: deinde quod adiit hæreditatem patris, quæ erat damnoſa: vult autem ita reſtitui vt hæreditatem patris quam adiuerat repudiet, & adeat auitam: dicitur reſtitui poſſe. Quomodo hoc ſit accipiendum dicam in l. qui ſe patris. C. vnde liberi.

IN TIT. XLI. LIB. II. COD. IN QVIBVS CAVSIS IN INTEGRVM *reſtitutio neceſſaria non eſt.*

IN titulis ſuperioribus varias cauſas deſcripſit, ex quibus poteſt quis reſtitui, quæ omnes referuntur ad verba edicti: *Quod cum minore viginti-quinque annis geſtum eſſe dicetur, &c.* eius enim tantum ſunt exempla. Exemplum vidimus de re iudicata, tranſactione, diuiſione & aliis. Docet nunc Iuſtinianus in quibus cauſis reſtitutio non habeat locum. Nec mirum videri debet, quod in peculiares titulos hæc non digeſſit, vt cum quæritur an minor ſit reſtituendus, ſi tempore excluſus ſit. videtur enim adiicere debuiſſe, peculiarem titulum, ſed poſiti ſupra tituli ſingularum cauſarum nomine ideo fuere, propterea quod in his cauſis neceſſaria ſit reſtitutio quæ non habet locum, cum ipſo iure munitus eſt minor. Vidimus exempla in leg. in cauſæ. & tit. ſi aduerſ. vendit. & aliis. Huius rei demonſtrandæ gratia quædam exempla hic deſcribit. Nos ordine ſingula capita huius tituli explicabimus. Primum exemplum eſt in primo capite huius tituli.

Ad legem primam.

SI mortem defuncti parentis non vlciſcatur hæres, ei adimitur hæreditas tanquam indigno. Hic locus pertinet ad tit. de his quibus vt indignis. Si occiſus ſit is cui hæres extitit alius, nec vltus eſt necem defuncti, hæreditas ei aufertur, ex Senatuſconſulto Silaniano. Sed tamen excipitur minor. l. minoribus. C. de his quibus vt indign. qui etſi mortem parentis vltus non fuerit, non tamen repellitur ab hæreditate vt indignus: nec hic reſtitutione opus eſt: quia ipſo iure eſt ſatis munitus. Veriſimile eſt lege ipſa aliquid exceptum fuiſſe de minoribus. Sic autem interpretati ſunt veteres legem illam, quæ de morte defuncti vlciſcenda erat promulgata, quaſi ad minorem non pertineret. Vnde dicitur, Ipſa lege, id eſt, ex verbis legis: ſicut in leg. Aquilia dicitur, Ipſa lege cauetur, id eſt, ex verbis legis. Præterea hoc fortaſſis mouit Iureconſultos, vt ita interpretarentur edictum, in quo minorum non fuerat facta mentio, quod videbant odioſam eſſe legem, qua hæreditas aufertur indigno, & fiſco vindicatur. Nihil poſſum probabilius adferre.

Odioſè videtur illa lex, qua hæreditas aufertur indigno, fiſcoque vindicatur.

Ad legem ſecundam.

ALiud exemplum eſt. Ad querelam inofficioſi teſtamenti inſtituendam conceſſum eſt quinquennium, l. Papinianus. §. vlt. de inoffic. teſta. opponi enim debet intra quinquennium: poſt quinquennium vero non eſt audiendus, qui volet queri de inofficioſo teſtamento. Sed hoc tempus non currit minori, nam ſatis munitus eſt ipſo iure. Et eſt veriſimile aliquid fuiſſe exceptum de minoribus, & aliquid adſcriptũ, ex quo intelligebatur, eos ipſo iure munitos eſſe. Ait Impe. *Nõ integratio amiſſæ cauſæ his datur, ſed integra ipſa cauſa ſeruatur.* Id eſt, reſtitutio, per periphraſin. Sic reſtitutionẽ

definit

definit Paulus lib. 1. ſententiarum. de minor. reſtitut. integra ipſa cauſa ita minoribus ſeruatur, vt nihil opus ſit reſtitutione. Nec tantum eſt dicendum, non eſſe reſtitutionem neceſſariam, ſed nec ei locum eſſe. Obiicitur l. 1. C. de in integ. reſtit. vbi Alexander conſultus de querela inofficioſi teſtamenti, cui erat renunciatum, an poſt renunciationem poſſit reſtitui: de minore quodam loquitur, in cuius perſonam illud cadere non poſſe, auxilium quod illi ætati impertitur, (vt inquit) oſtendit: de auxilio autem reſtitutionis in integrum loquitur. Reſtitutio enim vocatur auxilium, l. auxilium, ſupra de minor. Significat igitur auxilio reſtitutionis in integrum locum eſſe: & tamen loquitur de eo qui diſſimularat, & tacite renunciauerat, veluti ſi quis paſſus ſit labi quinquennium. hic autem dicitur, non integratio cauſæ amiſſæ his datur, ſed integra cauſa ſeruatur. Sed ea verba vt alii admonuerunt, poſſunt etiam aliter intelligi, videlicet vt non loquatur Imperator de temporis lapſu, ſed de renunciatione tacita, quæ reipſa ſine verbis fit. Poteſt enim quis palam renunciare querelæ teſtamenti inofficioſi, videlicet pacto, cõuentione, reipſa: vt ſi quis ſe quodam modo pro hærede geſſerit, vel aliquo modo iudicium defuncti comprobauerit, vt dicitur l. Papinianus. §. ſi conditioni. l. vltim. infra de inoff. teſta. Si hæres ſcriptus parere iuſſus conditioni, dederit legatum ei qui querelam poteſt mouere, & id acceperit, videtur agnouiſſe iudicium defuncti, nec poteſt inſtituere querelam inofficioſi teſtamenti. Is enim qui accepit ex teſtamento, probare teſtamentum videtur, quia non niſi rato teſtamento, poteſt quid ex eo accipere, ideoque præcludit ſibi viam accipiendo ex teſtamento ab omni querela inofficioſi teſtamenti, vt eam inſtituere poſtea non poſſit. Igitur neceſſaria eſt hic reſtitutio.

In legem tertiam.

ALiud exemplum eſt. Quæſtio eſt, ſi minor debitorem ſuum non interpellauerit, vt quod vel ex teſtamento, vel contractu debebat, ſolueret, quo caſu poſt moram conſequeretur vſuras & alias acceſſiones, an ſit reſtituendus aduerſus hanc ceſſationem. Aiunt Impp. non eſſe neceſſariam ei reſtitutionem. Sic enim hoc eſt accipiendum, vt conueniat huic titulo, in his quæ moram deſiderant. Mora enim dicitur fieri in minoris perſona ſine interpellatione re ipſa: quamuis alias interpellatio ſit neceſſaria, vt quis ſit in mora, l. mora. inf. de vſuris. Et hic ergo dicitur moram fieri quaſi res ipſa interpellet pro homine. Sic loquuntur Iureconſulti l. cũ vero. §. apparet. infr. de fideicom. libert. l. 5. ſupr. de minorib. Quorum verborum ſenſus petendus eſt ex ſuperiori capite, in quo dicitur ſeruum minorem, ſi ſit in poteſtate domini, nõ reſtitui. Nulla enim cauſa ſuadet ſeruo minori ſuccurri. Nam quicquid gerit, domino gerit, cui eſt imputandum quod minori negotia ſua commiſerit. Si tamen, inquit, ſeruus fuerit cui fideicommiſſaria libertas præſens relicta eſſet, & is captus fuerit, Prætor ei ſuccurret. Nam ſi ei fideicommiſſaria libertas eſſet relicta, poſt moram conſequitur ſine vlla manumiſſione libertatem, idq; conſtitutionibus multorum Principum cautum eſt, præſertim d. l. cum vero. de fideico. libert. Ergo hic dicitur re ipſa moram fieri, cum pure libertas ei relicta eſt. Quod autem dicitur ſeruum non reſtitui ex eo quod geſſit, ad hunc caſum non pertinet. Nam hic non poteſt dici cum ſeruo geſtum, ſed cum libero, qui poſſet liber iam eſſe, cum per eum non ſteterit quominus liber eſſet. Aiunt Impp. *In bonæ fidei contractibus.*

In bonæ fidei enim contractibus vſuræ ex mora debentur, l. mora. infr. de vſuris. debentur etiam ex teſtamento, legatis & fideicommiſſis, quæ etſi non ſint bonæ fidei, tamen fere ſunt eiuſdem naturæ, vt diximus. *Moram.* Moram igitur interpretamur ex perſona minorum, etſi nulla ſit facta interpellatio: ideoque Imperatores reſcripſerunt, ad petendas vſuras, non eſſe neceſſariam reſtitutionem. Ipſum ius eſt ꝙ moribus receptum eſt: Ius receptum ipſum, quod de minoribus receptum eſt. Sic diſtinguitur ius à Gell. lib. 12. c. 4. nec enim hic interpretor receptum ius, quod moribus introductum eſt. Sed plerunque contingit, vt quod de minoribus dicitur, ad maiores quoque producatur in bonæ fidei iudiciis, & quoties id bona fides exigere videtur, vt l. curabit.

Varia iuris ſignificatio.

C. de act. empt. Vendidi tibi fundum, & tradidi, non ſoluiſti partem precii: illam peto actione ex vendito: non tantum partem illam precii, ſed & vſuras precii ſolues, etſi de vſuris nihil inter nos conuenerit. at vſuræ non debentur, niſi ex mora, & hic nulla mora interueniſſe dicitur. Sed moram nihilominus intelligimus interueniſſe etiam ſine interpellatione, in bonæ fidei iudiciis, cum tanta eſt in re æquitas, vt em ptor intelligere debeat ſe ſoluere debere: & certe cum fructus ex fundo vendito percipit, æquitas ſuadet vt ſoluat vſuras & acceſſiones. in iudiciis enim bonæ fidei debet æquitatis huius ratio haberi. Additur in eadem l. curabit. *Et minoris ætatis fauor.* Duabus enim de cauſis præſtantur vſuræ in hac ſpecie: primo propter fructus perceptos: ſecundo propter fauorem ætatis. Igitur non tantum propter minorem ętatem, ſed etſi nulla mora interceſſerit, quia tamen re ipſa mora interceſſit, peti poſſunt, non ſoluto precio, vſuræ. quod etiam expreſſum eſt l. Iulianus. §. ex vendito. infr. de actionibus empti & venditi.

In bonæ fidei contractibus vſura ex mora debentur.

Ad legem quartam.

ALiud exemplum eſt de ſententia aduerſus tutorem, qui non haberet tutelæ adminiſtrationem. Quæ ſententia dicitur ipſo iure nulla eſſe, adeo vt non ſit opus reſtitutione. Quod enim geritur à tutore, qui non habet legitimam adminiſtrationem, nullum eſt ipſo iure. Tunc autem dicitur non habere adminiſtrationem, cum non ſatisdedit rem pupilli ſaluam fore. Sic enim eſt intelligendum quod hic dicitur: Qui pro tutelari officio non cauerat. nam tutor qui non ſatiſdedit, non habet adminiſtratione rerum pupillarium: præterquam in exceptis caſibus, vt ſi tutor teſtamento datus ſit. Inſtit. de ſatiſd. tut. in prin. Alias vetatur res adminiſtrare. l. 3. C. de tu. & curat. qui non ſatiſd. Secundo dicitur non habere poteſtatem adminiſtrandi, qui verum repertorium non fecit, l. tutor, qui repertorium, infr. de admin. tut. & l. vlt. C. arbit. tut. Dicitur autem repertorium, vel inuentarium. Vnde ſequitur, ſi tutor agat nomine pupilli aduerſus alium, tria eſſe probanda ab eo, ſi aduerſarius id poſtulet: primum ſe eſſe tutorem: deinde ſe ſatiſdediſſe rem pupilli ſaluam fore: tertio deſcriptionem certam rerum pupillarium conſcripſiſſe. alias iuſta eſt allegatio rei conuenti, ſi nolit eum admitti ad agendum. Et hæc omnia in initio litis probare debet tutor. Vnde dicendum eſt, nihil referre, an quis tutor non ſit, an non habeat tutelæ adminiſtrationem: quod ex hoc loco & aliis colligitur. Is igitur qui tutor eſt, cũ non habeat adminiſtratione, perinde repellitur, ac ſi tutor non eſſet: ac proinde irritum eſt, ꝙ cum eo geritur. Et hæc produci debent ad ſimiles caſus, & vbi eadem eſt ratio. nã idem dicendum de iudice, qui non habet facultatem iudicandi propter ſimilitudinem rationis, vel quia nondum fuerit introductus in poſſeſſionem iuriſdictionis, vel quia ſuſpenſus à magiſtratu, tempus iuriſdictionis nondum venit: quia nihil refert an iudex non ſit, an facultatem non habeat iudicandi. Non tamen loquor de eo iudice quẽ iudicem fecit error cõmunis, de quo l. Barbarius. ſup. de off. Prætor. vt ſatisfaciam his quæ aduerſus hæc adducuntur. Sed in hoc caſu eſt notandum, valere ſententiam pro minore latam, ſi ipſam ratam habeat. Cum enim dicimus non valere ſententiam aduerſus tutorem latam, intelligimus ſi minori præiudicet: ſed ſi pro minore lata ſit, vel pro tutore agente nomine pupilli, etſi nondum haberet adminiſtratione receptum eſt ab omnibus valere, quod geſtum cum tutore & minore. Nam vtilitas exigit, vt id recipiamus in minoribus idq; ſatis expreſſum eſt, l. nõ eo minus. C. de procur. Vbi ſentẽtia aduerſus minorem lata eſt nulla ipſo iure, ſed pro minore valet. De procuratore an idem dicendum ſit, & quouis alio adminiſtratore, quæſtio eſt iuris controuerſi, id eſt, an ſi falſus procurator litigauit in iudicio, & vincat, proſit domino pro quo lata eſt ſententia. Sed hæc quæſtio huius loci non eſt, pertinet enim magis ad tit. de proc. & l. licet. C. de proc.

Tria à tutore nomine pupilli agẽte probanda, ſi aduerſarius id poſtulet.

Ad l. fin.

HIc attendite: maior enim eſt difficultas huius capitis quam ſuperiorum. Hac conſtitutione ſummatim continetur, ex quibus cauſis olim minores reſtituebantur aduerſus temporariam præſcriptionem, hodie nihil eis nocere prẽſcriptionem, & aduerſus eos non currere. Ante hanc enim

conſtitutionem currebat præſcriptio contra minorem, in exceptione non numeratæ pecuniæ, cuius exemplum hic refert Iuſtinianus, quæ poſt biennium non poteſt obiici agenti, Inſtit. de literarum obligatione. & tit. C. de non num. pecu. Sed tamen Iuſtinianus ante hanc conſtitutionem videtur conſtituiſſe, præſcriptionem huius biennii non obſtare minori: vtque ius minoris maneret illæſum, vel curſus temporis ei non noceret. quod hoc loco producit longius ad omnes temporarias præſcriptiones, præterquam ad præſcriptionem triginta, vel quadraginta annorum. Ait igitur: *Fauore imperfectæ ætatis.*

His verbis ſignificat ſe motum eſſe fauore ætatis, vt hoc ſtatueret. Sed videtur hic nulllus fauor eſſe ætatis, nullumque commodum minori accedere, ſed incommodum. Id oſtendere quidã nituntur hac ratione: ſecundũ ius antiquum, poſtquam minor maior factus erat, quadriennium habebat ad petendam reſtitutionem, l. vltim. C. de tempo. in integ. reſtitut. Sed ſecundum hanc conſtitutionem loco quadriennii, habet biennium. Exceptio enim non numeratæ pecuniæ opponitur intra biennium. nam pone maiorem factum opponere intra biennium, audietur: ſi poſt bienium opponat, non audietur: ergo nullus eſt fauor ætatis, nullum accedit ex hac conſtitutione commodum minoribus. Sed reſpondendum eſt, ad commodum & ad fauorem minoris nihilominus pertinere, tametſi non habeat quadriennium, ſed biennium ad opponendam exceptionem non numeratæ pecuniæ. Longe eſt enim vtilius minori ius integrum ſemper habere, quam reſtitui in integrum. quod Iuſtinianus his verbis oſtendit, *Melius enim eſt intacta eorum iura ſeruari, quam poſt cauſam vulneratam remedium quærere.* Nam magnum incommodum in eo verſatur, quod reſtitutio tantum cognita cauſa datur, & conceditur tantum his præſentibus quorum intereſt. leg. in cauſæ. §. cauſa cognita. ff. de minor. & ſimilibus. Sed cum integra eſt cauſa, perinde eſt, ac ſi nihil eſſet geſtum, illibataque ei omnia manent, nec cauſæ cognitio eſt neceſſaria. & præterea parum tuta ſunt, quæ ex iudicantium pendent arbitrio. Ideoque maxime conſultum eſt minoribus hoc caſu, cum multo ſit conſultius minori actionem ſeruare, quam actionem repetere à Prætore, vt hic dicitur. Ergo ex hac conſtitutione notandum eſt, aduerſus temporariam præſcriptionem reſtitutionem minori non eſſe neceſſariam. Sequitur, *Sed humanius eſt, latius eandem legis interpretationem extendere, &c.* Videtur initio eſſe legendum, *Sancimus*: nam videtur interpretatione oſtendere Iuſtinia. quod ante ſtatuerat alia conſtitutione. Ideoque addit, *In omnibus caſibus in quibus vetera iura, currere quidem temporales præſcriptiones aduerſus minores conceſſerunt.*

Longe vtilius eſt minori, ius ſemper integrum habere, quã reſtitui in integrum.

Hæc verba diligenter ſunt obſeruanda, quibus oſtendit Iuſtinian. conſtitutionem ſuam tantum ad eas præſcriptiones temporarias pertinere, quæ olim currebant minoribus, in quibus tamen ſubueniebatur eis per reſtitutionem. Nam iure antiquo ante hanc conſtitutionem pleræque huiuſmodi erant præſcriptiones, quæ currerent aduerſus minores, in quibus tamen eis non ſubueniebatur per reſtitutionem, vt leg. auxilium. de minoribus. & l. 1. C. ſi aduerſ. delict. Sed & ſi quis intra annnum non agat iniuriarum, non poteſt poſtea agere & aduerſus eum currit præſcriptio, nec reſtituitur. At huiuſmodi præſcriptiones non pertinent ad conſtitutionem Iuſtiniani. Nam loquitur tantum de his præſcriptionibus, quæ olim currebant minori, ſed aduerſus eas dabatur reſtitutio. Addit Iuſtinianus, *Eas ipſo iure non concurrere.*

Hoc exemplo poteſt demonſtrari in quadriennii præſcriptione, l. omnes. C. de quadrien. præſcrip. & l. vlt. Diximus etiam in l. 3. ſupr. ſi aduerſus fiſcum, Si fiſcus rem alienã, vt ſuam vendiderit, dominum rei agere intra quadriennium poſſe contra emptorem. Hæc præſcriptio non curret minori, adeo vt nec reſtitutio ei ſit neceſſaria. De aliis igitur quæ non currebant iure antiquo, non eſt intelligendum. Simile exemplum eſt ẽt in l. ſi mater. C. ne de ſtatu defunct. poſt quinqu. de matre quæ vt ingenua communi opinione vixerat, à cuius obitu quinquennium exceſſerat.

Sed quæritur, quare illæſi conſeruantur minores aduerſus has præſcriptiones temporales magis, quam aduerſus contractus? Diximus aduerſus venditionem, tranſactionem & alios contractus, opus eſſe reſtitutione: cur idem de temporaria præſcriptione non dicemus? Mihi ratio videtur hęc eſſe, tametſi alii aliam adducere ſoleant, quia hæ præſcriptiones temporariæ cum ex quodam iuris rigore proficiſcantur, & odioſæ quodammodo ſunt, contra has non eſſe opus reſtitutione, ſed contra has illæſos ſeruari minores. Durum enim eſt quempiam ſolo temporis lapſu iure ſuo priuari. Itaque rectius conſulitur minori, cum de contractu agitur, quàm ſi de alio negotio. His explicatis veniendum eſt ad antinomias, quæ hic difficiles & obſcuriſſimæ reperiuntur. In primis obiicitur quod dicitur tit. ſi aduerſ. vſuca. ſup. ſi quis longo tempore rem aliquam minoris poſſederit, eamque vſuceperit, neceſſaria eſt ei reſtitutio. Et tamen hic dicitur in temporaria præſcriptione locum non eſſe reſtitutioni in integrum. Vulgo dicitur, legem illam de vſucapione intelligendam, quæ cum defuncto non cum minore eſt contracta. Sed ſomnium eſt: nullum enim eſt verbum, ex quo hęc diſtinctio poſſit colligi, quia ſimpliciter dicitur, reſtitutionis auxilium decerni minoribus, ſi vſucapione dominium rerum minorum ſit acquiſitum. Ego igitur aliter puto diſtinguendum. Cauſa tamen huius erroris mihi videtur fuiſſe, quod exiſtimatum ſit præſcriptionem vſucapionem eſſe, nec ſatis ſit intellectum diſcrimen. Vſucapio eſt acquiſitio dominii. l. 3. infra, de vſucap. Præſcriptio autem eſt exceptio, vt tit. de except. ſeu præſcrip. Pręſcriptio igitur eſt exceptio temporis: quod & colligi poteſt ex ſerie titulorum. nam ponitur titulus de temporalibus præſcrip. poſt generalem titulum de exceptionibus. Exempli gratia: Ego poſſedi rem longo tempore, vel longiſſimo tempore ceſſaſti: ego me tueor exceptione temporis, ego allego tantum temporis pręceſſiſſe. Præſcribere igitur non ſignificat vſucapere: vel vſu rei dominium acquirere, nec quiſquam latine eo ſenſu vſurpauit. Barbari tamen ita loquuntur, & ex vſu barbarorum hoc deſcendit in forum. Sed ſi quis rem vſuceperit cum bona fide, non tantum præſcriptionem habet, id eſt, exceptionem ſi conueniatur, ſed & dominium habet: veluti ſi quis rem immobilem decem annis inter præſentes, vel viginti inter abſentes poſſederit, non tantum præſcriptionem, id eſt, exceptionem acquirit, qua agens remouetur, ſed acquirit quoque dominium, l. 1. ſi aduer. vſucap. Fauorabilior autem eſt vſucapio, quam præſcriptio propter bonam fidem. Vnde mirum non eſt, ſi opus ſit reſtitutione aduerſus vſucapionem, propter fauorem eius vſucapionis: ſed de præſcriptione temporaria non idem dicemus, ſi quis longo tempore non egerit, cum actio ei competeret. Multum ergo intereſt inter præſcriptionẽ, & vſucapionem. Et ſic accipienda eſt lex etiam 45. de minoribus. nam reſtituitur minor aduerſus vſucapionem. Verũ tamen eſt, aduerſus pupillum rem non vſucapi, propter rationem quam adduximus alio loco.

Quæſtionis obſcuriſſimæ ſolutio.

Vſucapio & præſcriptio quid differant.

Diſtinguendæ igitur ſunt leges, quæ de vſucapionibus loquuntur, ab his quæ de præſcriptione temporaria. Rurſus obiicitur l. Æmilius. 38. de minorib. in qua dicitur minorem reſtitui aduerſus præſcriptionem temporariam, quod videtur contrarium ei quod dicimus hic, reſtitutionem in integrum non eſſe neceſſariam, nam in leg. Æmilius. cum venditus eſſet fundus lege commiſſoria, id eſt, ea lege, vt is eſſet inemptus niſi emptor ſolueret preciũ intra duos menſes: poſt duos mẽſes agenti minori obiicitur lapſus tẽporis: quæritur an poſſit reſtitui. Diximus ſi cum minore ſit contractus initus eum eſſe reſtituendum: at in caſu leg. Æmilius. contracta proponitur venditio non cum minore, ſed cum patre. Quo caſu iure communi non videbatur competere reſtitutio, quia cum defuncto erat contractum: ſed tamen Imper. motus variis circumſtantiis pronunciauit eſſe reſtituendum minorem. Ergo reſtituitur minor, & ipſo iure currit contra eum tempus: hic tamen dicimus reſtitutionem non habere locum. Facillimum eſſet elabi, ſi diceremus hanc conſtitutionem derogare iuri antiquo. Eſt enim vna ex nouis conſtitutionibus: quod & ſubſcriptio eius ſignificat. Verum aliter concilio hæc capita. nam lex Æmilius. loquitur de præſcriptione, quæ ex conuentione contrahentium naſcitur, quæ longe eſt fauorabilior, quam ea quæ ex ſolo rigore iuris proficiſcitur. Æquum enim eſt ſeruare ꝙ conuenit inter contrahentes. Vnde vulgo diſtinguitur præſcriptio conuentionalis

à legali.

à legali. Conuentionalis enim eſt, ſi fundum emerim ea lege, vt niſi ſoluerim intra duos menſes, is ſit inemptus: ſi poſt duos menſes offeram precium, remouebor conuentionali præſcriptione, qua conuenit vt res ſit inempta ſi intra duos menſes precium non ſoluerim. Legalis autem eſt quæ à rigore ipſo legis proficiſcitur. Sed hic nos loquimur de ea præſcriptione quę ex ſolo rigore iuris proficiſcitur, quæ odioſa eſt cũ ea quæ ex conuentione oritur, fauorabilior ſit: ideoque mirum non eſt, ſi minori hæc currat.

Et idem de ea dicendum, quæ ex teſtamento oritur, de qua exemplum eſt in l. 3 §. & ſi hæres. ff. de minorib. Hæres eſt inſtitutus filiusfamilias ſub conditione, Si emancipatus eſſet in diebus centum. Is non effecit vt emanciparetur: & ideo cum non eſſet emancipatus, amiſit hæreditatem, reſtituitur nihilominus in integrum: quia naſcitur ea præſcriptio ex teſtamento, & fauor teſtamenti exigit, vt defuncti voluntas ſeruetur. Sed noſtra conſtitutio pertinet ad exceptionẽ, quæ ex ſolo rigore iuris proficiſcitur. In hac autem conſtitutione excipitur præſcriptio longiſſimi temporis, id eſt, triginta vel quadraginta annorum. Et hoc apertius declaratur l. ſicut. C. de præſcriptione triginta vel quadraginta annor. Graue enim viſum eſt actionem ſaluam manere poſt tantam ceſſationem & negligentiam. & ideo in d. l. ſicut. dicitur eam præſcriptionem aduerſus minorem currere, non aduerſus pupillum, qui tutorum auxilio regitur. Si igitur minor ceſſarit agere aduerſus debitorem ſpatio triginta vel quadraginta annorum, currit aduerſus eum præſcriptio, nec reſtituitur in integrum, niſi ex magna cauſa.

Alia exceptio eſt in l. properandum. §. vlt. C. de iudic. de tempore triennii, quo finitur inſtantia litis, qua cautum eſt vt citius finiantur lites, ne extendantur vltra triennium, vbi etiam dicitur non facile reſtitui minorem in integrum, niſi in ſubſidium. Publica enim vtilitas, quæ ad lites finiendas ſpectat, ſuadet, vt minoribus hic non faueatur, ſicut in aliis præſcriptionibus: imo nec reſtitui quidem poſſint niſi omni auxilio deſtituantur, veluti cum omnis actio inanis eſt aduerſus tutores, vel curatores. De his præſcriptionibus, quæ ſpecialiter legibus cuiuſcunque ciuitatis ſunt introductæ, magna eſt quæſtio, & quotidie vſitata in foro. Quædam enim præſcriptiones certis legibus ſunt introductæ.

Exemplũ retractus linearis Exemplum vnum eſt de retractu lineari, quo ſi quis vendidit prædium, proximi gentiles ius habent intra annum & diem retrahendi illud prædium, poſt id tempus opponitur præſcriptio. Hoc ſpeciali iure eſt introductum. An hæc præſcriptio minori currat? Certe in iure pontificio eſt expreſſum reſtitutionem eſſe neceſſariam, nec poſſe poſt illud tempus offerri precium, cap. conſtitutus. de in integrum reſtit. in Decret. Sed an noſtra conſtitutio ad huiuſmodi præſcriptionem pertineat? Certe verba conſtitutionis oſtendunt, illam non pertinere ad has præſcriptiones, cum ait, *In omnibus caſibus in quibus vetera iura, &c.* Referuntur enim hæc verba ad præſcriptiones, quæ veteri iure ſunt inductæ. Ergo non poteſt intelligi de his quę nouo iure, & ſtatutis, vel conſuetudinibus poſtea ſunt introductę.

IN TIT. XLII. LIB. II. COD. QVI ET ADVERSVS QVOS IN INTEGRUM reſtitui non poſſunt.

VIDIMVS quibus ex cauſis reſtitutio in integrum concedatur: nunc videndum quando denegetur minori reſtitutio, ita vt nullo modo ei ſuccurratur. Diximus ſupra certis ex cauſis ceſſare reſtitutionem, non quod minori non ſuccurratur, ſed quod neceſſaria non ſit: ſed variis ex cauſis ita plerunq; denegatur reſtitutio, vt nullo modo ei ſuccurratur. De his titulis ſequentibus tractatur. Hoc autem contingit plerunque propter conditionem perſonarum. Exemplum eſt de conditione eius qui petit reſtitui, l. prim. Si enim minor qui petit reſtitui in integrum, prudens, ſagax, & cautus eſſe dicatur, & quamuis iuuenis ſit, dicatur tamen ſenilis prudentiæ, tunc ei deneganda eſt reſtitutio. In cauſæ enim cognitione, quam diximus eſſe neceſſariam in reſtitutione, hoc eſt inſpiciendum, leg. in cauſę. §. ex cauſa. de minoribus. Hoc eſt quod vulgò dicitur, prudentiam ſupplere ætatem: ſicut dicitur, malitiam ſupplere ætatem, l. ſi alterius. infra. tit. ſeq. Induſtria igitur iuuenilis ætatis defectum ſupplet. Aduerſus hanc ſententiam argumentatur Accurſius ab enumeratione partium. Aut minor probat ſe captum eſſe, & reſtituitur: aut non probat, & non reſtituitur: ergo non poteſt incidere ſpecies in qua quæratur, an fuerit diligens paterfamilias. Eſt enim minoris probare ſe circumuentum eſſe, leg. nam poſtea. infra de iureiur. leg. minoribus. de in integ. reſtit. In quo igitur caſu erit ſpectandum quod dicimus an fuerit diligens paterfamil. Sed ego exemplo demonſtraturus ſum id quod ab Imp. ſcriptum eſt, ex quo vſus huius reſcripti intelligi poterit: minor reſtitui vult in integrum aduerſus venditionem prædii: docet ſibi non fuiſſe vtile prædium diſtrahi, aut viliori precio eſſe diſtractum. Hæc iuſta cauſa eſt reſtitutionis in integrum, ex his quæ diximus, quia ſibi non expediebat vendi prædium, petit reſtitui, quaſi captus ſit ea venditione. Sed aduerſarius obiicit ei, non eſſe captũ lubrico ætatis, & inconſulta facilitate, allegat eũ induſtriũ eſſe patremfam. & Iuriſperitum, & forte cauſidicum, qui in foro verſetur, & aliis cauere ſoleat. Hac allegatione aduerſarius elidit minoris petitionem, nam etſi minor oſtendat læſionem, tamen aduerſarius oſtendit non eſſe peccatum lubricæ ætatis, ſed talem læſionem eſſe, quæ in quemcunque cadat, & in qua prudentiſſimus quiſque paterfamilias peccet in rerum ſuarum alienatione. Videmus quidem reſcindi venditionem propter læſionem. leg. 2. C. de reſcin. ven. etſi non ſit minor 25. annis. Cum igitur minor læſionem probat, quia non expediebat fundi venditio, vel quia viliore precio eſt diſtractus, præſumitur quidem inconſulta facilitate læſus, niſi contrarium probetur, veluti ſi contrariis coniecturis nitatur aduerſarius, vt qui aſſerat eum fuiſſe diligentem & induſtrium patremfam. cuius prudentia erat cognita in actibus publicis: tunc enim iuſta eſt cauſa denegandæ reſtitutionis. Illud autem aut probat minor, aut non probat ſe captum, nihil pertinet ad rem: quia non eſt ſufficiens partium enumeratio. Feri enim poteſt, vt probet læſionem, ex qua præſumatur inconſulta ætas: ſed hoc verum eſt, niſi contrarium probetur, eum non eſſe captum lubrico ætatis: quod ſit, vbi eius induſtria probatur publice. Vnde hodie ei, qui ſe Iureconſultum profitetur, ac de iure reſpondet, non ſubuenietur prætextu ætatis. Sequitur, *Propter hoc ſolum velut præſcriptione à ſolito auxilio remoueri non debet, &c.* Extat hic alia quæſtio: Si minor probet ſe læſum eſſe in venditione, & aduerſarius dicat eum nõ eſſe captum lubrico ætatis, quia inquit decurionem eum creatum eſſe, vel liberos ſuſcepiſſe: an hac præſcriptione ſit ſubmouendus minor, quæritur. Ait Imp. nõ eſſe ſubmouendum, nec ei denegandam reſtitutionem. Nam ex eo ꝙ decurio eſt creatus, nulla eius arguitur vel prudentia, vel induſtria. Plerunque enim neceſſitate ita vrgente, & inopia ciuium, hi decuriones creantur, qui per ætatem ſibi non poſſunt ſuccurrere, l. 2. C. qui ætate vel profeſſ. ſe excuſ. Apud nos plures huiuſmodi exiſtunt, ſed cæteris non prudentiores: ſunt igitur illiuſmodi allegationes impertinentes, quas vocat cauſidici: quia etſi liberos ſuſceperit, non ideo eſt doctior, quia forte liberis magis, quam libris operam dedit. Et ſic hæc intelligenda ſunt.

Ad l. 2.

ALiud exemplum eſt in hac lege, in qua inſpicitur conditio eius, contra quem petitur reſtitutio: in ſuperiori exemplo ſpectatur conditio eius, qui petit reſtitui. Interdum enim ob conditionem eius, contra quem petitur reſtitutio denegatur, vt ſi filius petat reſtitui contra parentem, libertus contra patronum. Hæc conſtitutio vna eſt ex nouis conſtitutionibus Iuſtiniani. Refert initio opiniones veterum Iuriſconſultorum. Diſtinguebant enim veteres variis modis ſuper hac quæſtione, ſed ſanxit Iuſtinianus, ſine diſtinctione, denegandam eſſe reſtitutionem filio contra parentem, liberto contra patronum, ob reuerentiam huiuſmodi perſonis debitam, vt diximus leg. non debet. ſupra de dolo. Quidam enim putabant diſtinguendum eſſe, an allegaretur dolus malus parentis, contra quem reſtitui quis poſtulabat, & hoc caſu reſtitutionem denegandam: an vero alle-

garetur tantum ſimplicitas eius, qui vult reſtitui, & hęc cauſa concedendam. Diximus enim ita actionem cum parente & patrono eſſe temperandam, vt non doli, ſed bonæ fidei mentio fiat, dict. leg. non debet. & vt ſic pareatur honori parentis vel patroni. Sed Iuſtinianus hic oſtendit hac ratione non ſatis conſuli honori patris, vel patroni. *Cum proculdubio ſit*, inquit Imp. *etiam ipſas perſonas cauere, nequid ſuæ opinioni contrarium exiſtat.* Actio famoſa aduerſus parentem vel patronum non debet intendi, ſed temperanda eſt verbis: ſed vtcunque temperetur, ſemper tamen oneratur exiſtimatio patris apud bonos & graues viros, quamuis iure non infametur. quod vitandum eſt. Sicque puto accipienda eſſe verba poſtrema huius conſtitutionis, *Ne quid ſuæ opinioni contrarium exiſtat.* Quamuis non negem hæc non Latine, nec commode ſatis ſcripta, vt pleraq; alia Iuſtiniani reſcripta. Ergo aduerſus patrem vel patronum omnino non datur reſtitutio. Sed hic occurrunt antinomiæ, quæ totam hanc diſputationem difficilem reddunt. Vna ex l. 2. C. ſi aduerſ. rem iud. aliæ ex l. 2. C. ſi aduerſ. donat. ex l. vlt. de bonis quæ lib. & l. nõ debet. de dolo mal. Sed animaduertendum eſt hanc conſtitutionem eſſe vnam ex nouis deciſionibus quæ inſerta eſt Codici poſt primam eius editionem, cuiuſmodi pleręque iuri antiquo derogant. Ideoque facile poteſt dici, ſi quid contrarium vel in Pandectis, vel in Codice reperiatur, id correctum eſſe. Sed videndum eſt an quæ adducuntur, ſint pugnantia. Excutiamus omnes locos qui obiiciuntur. In primis dict. leg. 2. C. ſi aduerſ. rem iud. Quæſtio inter patrem & filiam orta eſt de ſtatu filiæ. Dicebat illa ſe emancipatam: pater contra: pronuntiatum eſt contra filiam: quæritur an poſſit reſtitui, & dicitur reſtituendam. Filia hic agit contra patrem: damnata eſt, & eſt reſtituta aduerſus patrem. Vulgo dici ſolet, ibi reſtitutionem concedi non contra factum patris. ſed iudicem potius, qui aduerſus minorem pronunciauit. Et ſane conſtitutio noſtra loquitur de facto patris, idque principium eius indicat: *Quaſi non rite in eos verſatos.* Ergo conſtitutio intelligenda eſt cum de facto patris quæritur: is enim qui petit ſe reſtitui aduerſus rem iudicatam, non conqueritur de facto eius cum quo litigauit, ſed iudicis, qui inique iudicauit. Hæc opinio eſt ſpecioſa, ſed vix eſt quin arguatur factum patris, qui agit aduerſus filiam, quæ petit reſcindi rem iudicatam. Igitur rectius dicendum puto, hanc legem abrogatam eſſe conſtitutione noſtra. Opponitur quoque dict. l. 2. C. ſi aduer. donat. Pater donauit prędium filio. Deinde conſentiente eodem filio idem prædium alii donauit. In hoc conſenſu filius et circumſcriptus: ideoque vult reſtitui. Nam ſicuti minori ſuccurritur qui captus eſt per donationem, ſic ſuccurritur ei, ſi conſenſit alii donanti, vt in ea lege diximus. Hic locus eſt reſtitutioni, etſi petatur contra patrem, qui proponitur alienaſſe fundum filii conſenſu. Vulgo ita reſpondent, hic dari reſtitutionem contra factum patris, ſed non contra patrem: reſcinditur enim factum patris, alienatio, & donatio patris. Proponitur enim pater donaſſe filio, & deinde alii: poterit ergo reſcindi poſterior donatio: quæ proculdubio eſt factum patris. Sed non petitur reſtitutio contra patrem. In priori exemplo reſtitutio petitur contra patrem, non contra factum patris. Poterit ergo reſtitui minor contra donationem patris, qui poſſeſſor eſt fundi donati. Verum eſt peti contra id, quod à patre factum eſt, & contra eius donationem: ſed cum reſcinditur id quod factum eſt à patre, vix poteſt dici quin petatur contra patrem reſtitutio, idque præſertim cum neceſſarium ſit patrem intereſſe reſtitutioni. Scio reſtitutionem in rem ſæpe peti. l. in cauſæ. §. interdum. de minoribus, ſi poſſideatur res quæ alienata eſt: ſed fieri non poteſt, vt non contra vnumquemque agatur. Sed aiunt id fieri in conſequentiam. Ego concedo. Huius poſterioris membri exemplum eſt appoſitum l. vlt. §. ſin autem. C. de bonis quæ liber. Delata eſt hæreditas aduentitia filio minori: noluit eam hæreditatem adire, quam pater adiuit: pœnitentia filius ductus, vult reſtitui. Et ait Imp. reſtitui eum poſſe, ita vt auferat hæreditatem à patre. Perinde enim erit ac ſi eſſet hæres, pater nunquam adiiſſet, & filius nunquam repudiaſſet. Non petit ſe reſtitui contra patrem, nihil enim poteſt dici geſtum inter eum & patrem: quia repudiauit tantum hæreditatem, nihilque cũ patre geſſit. Et ſane cũ ſe petit reſtitui, nihil ea res habet commune cum patre. Igitur quod dicitur in dict. leg. vlt. C. de bon. quę lib. non poteſt dici eſſe emendatum noſtra cõſtitutione: cum & noua ſit conſtitutio, & vtraque miſſa ad eundem præfectum, vt inſcriptio indicat: ſed in ſuperioribus exemplis videtur idem dici non poſſe. Ideoque diſſimilitudo eſt. Rurſus aduerſus hanc conſtitutionem obiicitur l. non debet. ſupr. de dolo, & l. ſi ſuperſtiterit. C. eo. In vtraque lege dicitur, ſi pater filium ſuum circumuenerit dolo, ita eſſe in factum verbis temperandam de dolo actionem, vt bonæ fidei mentio fiat: ita vt filius dicat bona fide factum, quod factum eſt à patre, ſed tamen ſe eſſe læſum in ea re. Hanc diſtinctionem veterum Iuſtinia. in hac conſtitutione improbauit, & conſtituit, ſine diſtinctione denegandam eſſe actionem. Vulgo receptum eſt d. l. non debet. & d. l. ſi ſuperſtiterit. eſſe accipiendas de reſtitutione, quæ iure actionis petitur, cum quis per actionem reſtituitur: ſed hic loquimur de reſtitutione, quæ fit officio prætoris, ſine actione. Verum quidem eſt reſtitutionem non fieri per actionem à prætore datam, ſed per prætoris cognitionem. l. minor. & l. quod ſi minor. §. vlt. de minorib. totum hoc pendet ex officio prætoris. Ipſe enim prætor cognoſcit, non dat formulam, ſiue iudicem, & iudicis officio minor non reſtituitur. Sed cum quis dolo alterius dicit ſe eſſe circumſcriptum, prętor ita eum reſtituit, non vt ipſe cognoſcat, ſed vt det formulam, & iudex cognoſcat. Sic aliæ leges de actione intelligendæ ſunt. Hæc de cognitione prætoria. Vtuntur vulgo aliis verbis; nam loco iudicii à prætore dati, dicunt per viam actionis. Certum quidem eſt hęc eſſe diuerſa, ſed recte ratio diuerſitatis non apparet. Quid enim refert quod ad parentis, patroniue honorem attinet, an per cognitionem prætoris, an per actionem filius reſtituatur? quia ſemper reſtitutio eſt. Reſtitutionis genus eſt, cũ datur actio de dolo, cum iure ipſo valet quod geſtum, ita vt neceſſaria ſit doli actio. Certe cum Iuſtinianus voluerit conſulere honori parentum & patronorum, probabilius videtur, quod dicitur in vtraq; lege, hac conſtitutione eſſe emendatum.

Parendũ in omnib. & parcẽdũ eſt honori parẽtu & patroni.

Dicendum eſt igitur, quoties prætoris auxilium extraordinarium petitur; aduerſus patrem, vel paronum non audiendum eſſe filium, vel libertum. Et licet Iuſtinianus tantum de minoribus loquatur, tamen mihi eadem eſſe videtur ratio maiorum: & vtile tantum minorum ibi mentionem fieri pro exemplo, ſed idem videri dicendum, ſi maior aduerſus patrem vel patronum velit reſtitui: quia eadem eſt ratio.

IN TIT. XLIII. LIB. II. COD. SI MINOR SE MAIOREM DI-*xerit.*

SEQVITVR alia cauſa, ob quam denegatur reſtitutio in integrum, nec minori ſuccurritur. Diximus ſuperiori titulo, propter conditionem eius, qui vult reſtitui, interdum denegari reſtitutionem. Hic alia cauſa eſt, cum minor ſe maiorem eſſe dixerit. Sed hoc eſt intelligendum cum diſtinctione, quæ ex variis capitibus huius tituli colligitur. Quare vt ſummatim complectamur quicquid ſub hoc titulo tractatur, diſtinguendi ſunt tres caſus. Primus eſt ſi minor dolo malo ſe maiorem eſſe dixerit, vt induceret alium ad contrahendum: & tunc ei non ſuccurritur: veluti ſi minor fingat ſe maiorem eſſe, cum minor eſſet, de quo leg. ſecund. hoc tit. Cum enim quis vellet contrahere cum aliquo, & dubitaret an maior eſſet, an minor: ſi dolo minor affirmauit ſe maiorem eſſe, non ſuccurretur minori, ſi captus fuerit. idem eſt in leg. 3. in qua conſtituunt Impp. minorem non reſtitui, ſi aliquem circumueniendi cauſa ſe maiorem dixerit. vbi etiam locus eſt communis & obſeruatione dignus, de dolo in his verbis, *Malitia ſupplet ætatem*: ſicut ante diximus, prudentiam ſupplere ætatem. Notandum autem eſt, non eſſe facile præſumendum aliquid dolo factum, niſi probetur. Eſt enim quæſtio magis facti, quam iuris, & controuerſi iuris. Sed verius eſt & receptius, dolum non eſſe præſumendum ſecundum vulgarem regulam, leg. quoties. §. qui dolo. infra de probat. Qui enim, inquit Vlpianus, dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admiſſum debet. Si igitur appareat

circumueniendi alterius cauſa eum minorem ſe finxiſſe, non debet reſtitui. Quod autem diximus minorem non eſſe reſtituendum, intelligendum eſt cum exceptione, quæ traditur in l. minor vigintiquinque. ff. de minor. l. de tutela. de in integrum reſtit. Minor falſo probauit coram iudice ſe perfectæ ætatis eſſe, cum tamen minor eſſet: deinde ſoluta ei eſt pecunia à debitore: eam pecuniam perdidit: quæritur an tutores teneantur?

Ait Paulus, ſi curatores ſciuerint eum eſſe minorẽ, quamuis falſo in iudicio ſe maiorem eſſe probauerit, reſtituitur minor aduerſus eos: ſed ſi ignorauerint, & fidem habuerint iudici, non reſtituitur. Hinc ergo colligitur quod diximus, ſi minor alterius circumueniendi cauſa ſe maiorem affirmauerit, non eum reſtitui, niſi aduerſus curatores ſuos, qui eum ſciuerunt minorem eſſe. Simile eſt in l. de tutela. Cod. de in integru. reſtitut. Hic proponitur minor falſo ætatem probaſſe, cum tamen curator nõ eſſet ignarus ætatis eius, nec eſſet credibile eum eius ignarum eſſe, cum eius curam ipſe gereret. Ea res, vt vult Imp. non releuat curatorem, quominus reſtituatur minor.

Secundus caſus, ſi tantum dolus aduerſarij arguatur, de quo l. vlt. hic. Si aduerſarius cum minore contracturus, induxit eum, vt affirmaret ſe maiorem eſſe, ſperans fore, vt nullus poſtea aditus eſſet ad reſtitutionem, & appareat hoc dolo aduerſarij factum, ſubuenietur minori, vt reſtitutionem impetrare poſſit.

Tertius caſus, Si neutrius dolus arguatur, nec minoris, nec aduerſarij, ſed minor ſimplicitate ſua forte dixerit, ſe maiorem eſſe. Et certum eſt eum reſtituendum eſſe hoc caſu, quia non præſumitur dolus, niſi probetur, de quo l. 1. hic. *Tabulu quæ ſunt tuarũ profeſſionum.* Quid ſit profeſſio, docui ſub titulo de probationibus. Parentes olim profitebantur liberos ſibi natos in æde Saturni. Hæc profeſſio proderat ad probandam ætatem, de qua l. etiam. infra, de probat. l. cum de ætate. eo. Huiuſmodi profeſſio fit hodie cum baptiſantur pueri. In his omnibus caſibus, cum minor ſe dixit maiorem ſine vlla fraude, ſuccurritur minori, propter ſimplicitatem. Hoc eſt tamen intelligendum cum diſtinctione quæ eſt in l. 3. hic. vtrum in inſtrumento per ſacramenti religionem maiorem ſe aſſeuerarit: vel ſe tantum maiorem falſo probauerit. Multum enim refert, an quod geſtum eſt cum minore, iureiurando ſit confirmatum, & quomodo ſit iuratum. Nam ſi non tantum adfirmarit, ſed iurauerit ſe maiorem eſſe non reſtituetur, niſi palam ex inſtrumentis, non ex teſtium depoſitione, docuerit ſe minorem fuiſſe. Neceſſe eſt igitur vt profeſſione, & tabulis probet, ſe minorem fuiſſe, non teſtibus prolatis. Sed cur non teſtibus? Nonne eandem habent vim, & depoſitiones teſtium, & fides inſtrumentorum, leg. in exercendis. Cod. de fide inſtrumen. Hoc verum eſt: ſed non tamen perpetuo. Nam pleraque ſunt, in quibus maiorem vim habent inſtrumenta, quam teſtes, vt in ætatis probatione, quæ facile excidit. Eſt hic locus communis de probatione teſtium, & fide inſtrumentorum. Similem locum de iureiurando à minore præſtito vidimus leg. 1. ſupra, ſi aduerſus vendit. Si iureiurando fuerit confirmata venditio, non facile ab ea recedi. Subiicit poſtea, *Sacramento corporaliter præſtito.* Multum refert an iuratum ſit ſimpliciter, an corporaliter præſtitum ſit ſacramentum. Hoc quid ſit, docui ſupra ſub titul. ſi aduerſus vendit. Tactis euangeliis iurare, eſt corporaliter iurare, Nouel. 9. Hoc autem ita conſtituitur, quia magis ſerium eſſe iudicatur, quod cum tanta ceremonia geritur, maiorque eſt impietas, & contemptus religionis. Hoc autem admonuimus ita conſtitutum, ne via periuriis aperiatur. Si enim reſtitueretur minor, qui ſe maiorem eſſe iurauerit, probata ætate, aperiretur via periuriis, ſemperque diceret, ſe putaſſe eſſe maiorem. Atque ita facile eſt reſpondere leg. ſi ex falſis. Codic. de tranſact. quæ pro contraria hic adducitur, de qua dixi leg. 1. Codic. ſi aduerſ. venditio. nam in dict. leg. ſi ex falſis. ait retractari contractum iureiurando confirmatum prætextu ætatis, & hic ait non retractari. Sed dicta lex ſi ex falſis. loquitur de eo, quod contractum eſt dolo malo: quoniam eo caſu nullus eſt metus periurij. Cum enim quis dolo inductus eſt vt tranſigat, & prolatis falſis inſtrumentis iurat ſe non receſſurum à tranſactione, etſi recedat, non dicitur peierare, quia ineſt tacita conditio in eo iureiurando, ſi inſtrumenta vera ſint: aliàs iuraturus non fuiſſet, niſi dolo fuiſſet circumuentus. Sed in hoc caſu noſtro non eſt idem dicendum, quia loquitur de eo, qui nullo aduerſarij dolo fuit inductus. Incertum ſiquidem eſt, an dolo, an ſimplicitate ſua inductus ſit minor. Cautum igitur eſt hac conſtitutione, ne facile reſtituantur minores hoc caſu, ne via periuriis aperiatur, facileque inducantur minores, vt dicant ſe iuraſſe, quia exiſtimaſſent maiores ſe eſſe.

IN TIT. XLIIII. LIB. II. COD.

SI SÆPIVS IN INTEGRVM RE- *ſtitutio poſtuletur.*

HIc ſubiicitur alia cauſa denegandæ reſtitutionis in integrum, ſi ſæpius in integrum reſtitutio poſtuletur. Iuſta enim eſt cauſa reſtitutionem denegandi, ſi quis ſemel petierit reſtitutionem, & in ea cauſa non obtinuerit, quod Gallice dicimus, *S'il a eſté debouté*, id eſt, ſi pronuntiatum fuerit aduerſus cauſam reſtitutionis, atque ea de cauſa velit iterum reſtitui. Exemplum eſt in leg. 1. hic. Quidam damnatus fuit ſententia proconſulis, voluit reſtitui: cum lis eſſet agitata in iudicio, tandem eſt pronuntiatum, eum non eſſe reſtituendum aduerſus ſententiam: vult reſtitui aduerſus hanc poſteriorem ſententiam, quaſi aliquid omiſerit, & non omnia allegarit: & dicitur reſtitutionem ei denegandam: aliàs res in infinitum abiret, nec eſſet vllus litium finis. nam ſi diceremus aliquem ſæpius eſſe audiendum, modus reſtitutionum nullus eſſet: itaque optima ratione eſt conſtitutum, vt ſemel denegata reſtitutione vel aduerſus rem iudicatam, vel aduerſus contractum, amplius non audiatur. Aduerſus hanc ſententiam adducitur l. ait prætor. §. reſtitutus. de minor. Quidam ſe abſtinuit ab hæreditate, reſtitutus eſt vt eam adiret, deinde voluit reſtitui, vt eam repudiaret, quia pœnituit eum reſtitutionis impetratæ.

Ait Iureconſultus Vlpianus eum denuo reſtituendum. Videtis igitur, ſæpe obtineri & peti reſtitutionem. Sed notandum eſt non ſimpliciter nos dicere ſæpius reſtitutionem peti non poſſe. Verum quidem eſt titulum eſſe generalem, ſed in legibus ſub hoc titulo dicitur tantum, ſi quis petierit reſtitutionem, quæ cognita cauſa ei ſit denegata, tunc eum amplius non eſſe audiendum, ſi velit reſtitui aduerſus eam pronuntiationem. Itaque nihil aduerſatur d. §. reſtitutus. Non enim ait poſſe eum iterum audiri, cui denegata eſt reſtitutio: ſed loquitur de eo, qui petiit ſemel reſtitutionem, eamque obtinuit, ſed poſtea pœnituit eum reſtitutionis, petiitque reſtitutionem aduerſus præcedentem reſtitutionem: neque enim petit ſe reſtitui aduerſus reſtitutionem denegatam. Itaque magna diſſimilitudo & diuerſitas eſt: nam quæſtio non eſt de eo, qui petiit reſtitutionem, quæ ei denegata eſt, verum de eo, qui variauit in reſtituendo. Et ait Iuriſconſultus eum audiendum eſſe, licet ſemel iam fuerit reſtitutus. Sed ſi cauſa cognita ei denegata fuerit reſtitutio, aduerſus eam pronuntiationem non poteſt reſtitui. Quod autem diximus, non poſſe minorem reſtitui, ita eſt intelligendum, ne reſcindatur ea ſententia, qua ei denegata eſt reſtitutio: ſed tamen reſtitui ita minor poteſt, vt ab ea ſententia appellare poſſit. Eatenus igitur reſtituitur, vt ei liceat appellare. Multo minus eſt reſtitui ad appellandum, quam reſtitui ad vniuerſam cauſam, leg. vltim. ſupra, de in integrum reſtitut. Inter hæc enim duo multum intereſt in effectu: quia cum reſtituitur ſimpliciter aduerſus rem iudicatam, perinde habetur, ac ſi nihil eſſet iudicatum: hoc enim eſt reſtitui, ſed cum reſtituitur ad appellandum aduerſus ſententiam, ſententia firma manet, donec iudex appellationis pronuntiauerit male iudicatum eſſe.

Currunt ea tempora, quæ data ſunt ad appellandum. quæ minime currerent, ſi reſtitutus eſſet in priſtinum ſtatum. Quamobrem, ſi tempus appellationis præterierit, ipſo iure ei amplius permiſſum non eſt appellare, ſed

reſtitui poteſt ad hanc appellationem omiſſam. Ex hoc igitur loco obiter notandum eſt tempora appellationis currere minori. Tempora ſunt, veluti decem dierum, de quibus Nouella de appellat. vel biennij, &c. Cod. de tempor. appellat. quamuis aliàs præſcriptiones non currant minori, l. vltim. in quibus cauſis reſtit. de in integrum neceſſ. Simile adduximus ex l. properandum. §. vltim. C. de iudic. vbi minori currit tempus præſtitutum finiendis litibus, neq; reſtituitur aduerſus inſtantiam litis, niſi curator ſoluendo non ſit. Ergo minor, denegata ſemel ei reſtitutione, non reſtituitur. Addenda eſt exceptio, niſi ex noua cauſa reſtitutio poſtuletur, vt l. 2. & 3. hic. Idem dicitur in iure pontificio cap. vltim. extra de in integrum reſtitut. Si qua enim noua defenſio ſuperuenerit, poteſt peti in integrum reſtitutio, quamuis ſemel fuerit denegata. Nam tunc non videtur quæri de eadem re: ſicut dicitur de exceptione rei iudicatæ, leg. cum quæritur. de exceptio. rei iudica. Etſi eadem res petatur, tamen ſi ob aliam cauſam petatur, non dicitur eadem cauſa eſſe. Sed hic non ſatis eſt aliam cauſam eſſe, ſed nouam. Exemplum ſumi poteſt ex dict. leg. properandum. §. vltim. Cod. de iudic. ſi litis inſtantia ſit perempta lapſu triennij culpa curatoris, minor ita poteſt reſtitui, ſi curator non ſit ſoluendo, ſi vero ſit ſoluendo, non quidem reſtituetur ei litis inſtantia, ſed aget aduerſus curatorem ſuum, quanti eius interſit litem non eſſe peremptam.

Pone igitur, minorem non egiſſe aduerſus curatorem, ſed maluiſſe petere reſtitutionem pro inſtantia litis amiſſa recuperanda: cognita autem cauſa quod reſtitutio ei denegata fuerit, & pronuntiatum ſit aduerſus eum, quoniam videbat iudex litem non eſſe reſtituendam, cum intelligeret tutorem eſſe ſoluendo: deinde curator facultatibus lapſus ſit, & actio inanis reddita ſit minori: ſi vult reſtitui minor, dicitur reſtituendus. Poteſt enim ex ea cauſa reſtitui, quia ſuperuenit noua cauſa, ex qua æquum eſt eum reſtitui. Hoc exemplo illuſtrata eſt lex 2. & 3. cum loquantur de noua cauſa.

IN TIT. XLV. LIB. II. COD. DE HIS QVI VENIAM ÆTATIS *impetrauerunt.*

SED & hic proponitur alia cauſa, propter quam reſtitutio denegatur, ſi minor veniam ætatis à principe impetrauerit. Si enim permiſerit ei princeps, vt res ſuas adminiſtret, ac ſi maior eſſet, tunc ſi velit reſtitui, deneganda eſt ei reſtitutio, ne quis principali auctoritate circumſcriptus eſſe videatur, vt dicitur in l. 1. hic. Sed vt vim huius veniæ cognoſcamus, de ea per locos communes tractabimus. Videndum igitur eſt, qua ex cauſa minor petat hanc ætatis veniam: Deinde quid conſequatur hac impetratione. Hæc ſunt neceſſaria cognitu, vt diplomata poſſimus concipere, quæ hoc nomine ſolent impetrari. Diploma enim continet cauſam permiſſionis, & alia huiuſmodi de quibus dicemus. In primis igitur cauſa huius veniæ, & reſtitutionis denegandæ, eſt grauitas morum, prudentia, honeſtas vitæ, quæ in minore requiritur: quãquam raro id fiat, vt dicitur l. 2. Ingenium & prudentia velox ante pilos, vt Perſius ait. Hanc veniam Caſſiodorus lib. 7. Variarum, vocat glorioſam ſupplicationem.

Altera cauſa eſt, ætas: non enim paſſim conceditur minoribus, ſed certæ tantum ætatis. In maſculo requiritur ætas viginti annorum, in fœmina octodecim: non quod prudentiores ſint, vt inquit Accurſ. ſed quod mala herba citius creſcat. Sed tamen apud nos qui valent gratia, ſolent hanc veniam ante hos annos impetrare. Memini quendam in curia principis impetrauiſſe veniam hãc, cum tantum eſſet decem & ſeptem annorum. Ex his quæ diximus, conſtat cauſæ cognitionem eſſe neceſſariam in hac impetratione, & probationem eorum omnium, ob quæ diximus hanc veniam concedi, & ab eo fieri, qui hanc veniam impetrat, vt dicitur in leg. 2. Hæc autem probatio exigitur coram iudice, non coram principe: quia princeps facile hanc veniam concedit ſine vlla examinatione.

Sed deinde literæ ſunt examinandæ apud iudicem, & tunc probatio exigitur eorum, quæ reſcripto continentur. Intimatio eſt neceſſaria, vt eam vocat l. ea quæ. C. de tempor. in integ. reſtit. Intimationem autem vocamus *enterinement*. Debet igitur ille qui veniam impetrat, reſcriptum exhibere coram iudice competenti, & ibi examinabuntur cauſæ, & probatio exigetur.

Et notandum in hoc iudicio præſentiam eius, qui petit veniam, eſſe neceſſariam, nec ſufficere procuratorem, vt dicitur in l. 2. Excipit fœminas, quibus tametſi venia concedatur, tamen reſcriptum poſſunt intimare per procuratorem. In hac autem cauſæ cognitione non requiritur vocatio cuiuſquam, ſicut diximus in reſtitutione in integrum vocandos eſſe quoſcunque, quorum intereſt, l. in cauſæ. §. cauſa, de minoribus. quia nullius hoc intereſt.

Si quis velit reſtitui aduerſus id quod contraxit, ratio exigit vt eo audito, cum quo contraxit, reſtituatur, quoniam aduerſarij intereſt: ſicut in quauis cauſa audiendi hi ſunt, quorum intereſt, leg. de vnoquoque. de re iudic. l. Nam ita diuus. de adopt. Atque ideo dicimus hic cauſæ cognitionem requiri ſine vllius vocatione, quia nullius intereſt, minorem ætatis veniam impetrare, quia tantum reipublicæ intereſt, reſtitui minorem. Præſentiam procuratoris fiſci, vel regij, hodie requirimus, ſed nullius priuati præſentia requiritur, quia nullius intereſt. Non enim poteſt vllius, ſed ius publicum, lædi.

Sed cur præſentia minoris requiritur? Cur non liceat per procuratorem hoc tractare? Reſpondeo, ideo neceſſariam eſſe præſentiam, quod exploranda ſit conditio perſonæ, ne obrepſerit principi, ex ſermone, vultu, geſtu. Poterit enim iudicium fieri morum, prudentiæ, & ætatis, ne obrepſerit principi in perſequenda hac glorioſa ſupplicatione, vt Caſſiodorus ait in loco iam ſuperius adducto. Hactenus de cauſis huius veniæ, ex quibus intelligimus quomodo ſit concipienda formula, qua petitur hæc venia. Sequens vero locus eſt de eo, à quo hæc venia impetranda eſt. Et dicendum hanc veniam tantum à principe impetrati, leg. 1. & 2. Et formula, quæ legitur apud Caſſiodorum, concepta eſt principis nomine. Huc pertinet quod dicitur l. 3. de minor. in princip. vbi eſt quoque mentio huius veniæ, quamuis rara ſit in libris Digeſtorum. Nam cum conſules & præſides permittebant minoribus adminiſtrare res ſuas, & veniam ætatis concedebant, principes interpretati ſunt ea decreta eſſe ambitioſa, id eſt, in fauorem & gratiam conceſſa, vt dicitur leg. ambitioſa. infra de decreto ab ordine faciendo. Quamobrem conſulibus atque magiſtratibus hoc denegatur, & ſoli principi permittitur. Vnde hodie quoque à cancellario non impetratur hæc venia, ſed adeundus eſt princeps, vel præfectus libellorum, qui ſimilis eſt prætoribus: quamuis diplomata concipiantur ſemper regis nomine. illi tamen literas gratiæ concedunt.

Poſtremus locus eſt atque præcipuus huius tituli, Quid conſequatur minor hac venia ætatis impetrata: nam vtrumque ſciendum eſt, & quare detur, & quid ea venia conſequatur. Hac autem veniæ impetratione conſequitur minor, vt rem ſuam ſibi liceat adminiſtrare, perinde ac ſi maior eſſet, & vt cum quouis poſſit contrahere, leg. 1. hoc titul. Itaque ſi quid geſtum ſit cum eo, qui hanc veniam impetrauit, non erit vllus locus reſtitutioni, vt dicitur leg. 1. Sed quæſtio eſt controuerſi iuris, an poſſit minor reſtitui aduerſus hanc impetrationem veniæ. Minor, verbi gratia, qui veniam ætatis impetrauit, quandam rem ſuam alienauit, an poterit reſtitui non aduerſus alienationem, ſed aduerſus impetrationem veniæ, ſi leuitate aliqua hanc veniam impetrauerit? In primis videtur ſpectandum quod dicitur in edicto prætoris, *Quod cum minore viginti quinque annis geſtum erit.* Hic enim cum minore aliquid geſtum eſt, cum impetrat veniam: ergo videtur reſtituendus. Sed poteſt etiam obiici, quod minor habetur pro maiore: deinde quod ſolemnia interuenerint, & cauſa cognita hæc venia ſit impetrata: quamobrem denegandam ei videri reſtitutionem in integrum. Et ego exiſtimo aduerſus talem impetrationem veniæ non niſi ex magna & graui cauſa minorem reſtituendum eſſe, l. Diuus, ſupra, de in integrum reſtit. & leg. ſi ex cauſa. de minoribus. Etſi nihil facile ſit mutandum ex ſolemnibus,

bus, tamen ex magno damno minori poteſt reſtitutio concedi, ſi magna æquitas id poſtulet. Minor ergo impetrata venia ætatis ſuam rem gerit, ſicut quiuis maior, nec reſtituitur niſi magna æquitas id ſuadeat. Hoc tamen ita eſt intelligendum, vt prædia non poſſit alienare ſine decreto, leg. 2. hic. Permittitur ei quidem alienare, ſed ita, vt interponatur decretum. Et hoc eſt in formula Caſſiodori libr. Variarum 7. Quod de alienatione dictum eſt, Iuſtinianus producit ad hypothecam, leg. 3. hic. Memini hanc quæſtionem agitatam fuiſſe, an minor poſt veniam ætatis impetratam poſſit eſſe in iudicio, & in iudicium deducere, cum quæſtio eſt de re immobili, id eſt, quam ſine decreto non poteſt alienare? Verbi gratia, cum lis eſt de prædio in iudicio. Plerique putant poſſe: & vtranque legem intelligunt de alienatione prædiorum minoris. Memini tamen iudicatum, vbi lis eſt de prædio minoris, aut de poſſeſſione eius, quæ non poteſt alienari ſine decreto, minorem non poſſe ſine curatore rem deducere in iudicium. Nam generaliter notandum eſt, eum qui rem non poteſt alienare, non poſſe eam in iudicium deducere, leg. iuſiurandum quod ex conuentione. §. ſi tutor. infra, de iureiuran. Sed ex his naſcitur quæſtio tractata in leg. vltim. hic. ſi in teſtamento facta fuerit legitimæ, aut perfectæ ætatis mentio, veluti, Lego Titio centum, cum perfectæ fuerit ætatis, quo ſenſu erunt accipienda hæc verba, & an perfectæ ætatis verbo intelligamus eum quoque, qui veniam ætatis impetrauit. Dubitatio ex eo naſcitur, quod dicitur eum, qui veniam ætatis impetrauit, perinde habendum eſſe, ac ſi eſſet legitimæ ætatis. Ergo videtur in eo legato hunc quoque contineri, qui veniam ætatis impetrauit. Sed tamen Iuſtinianus ait hæc verba, cum quis fuerit legitimæ ætatis aut perfectæ ætatis, non eſſe accipienda de eo, qui veniam ætatis impetrauit, niſi id actum ſit, & ex venia quoque ætatis id procedat, nam in teſtamentis ſequimur proprietatem verborum, nec aliter ab ea recedimus, niſi euidenter appareat aliter teſtatorem ſenſiſſe, vt dicitur in l. non aliter 69. de legat. 3. vnde cum dicitur, cum legitimæ ætatis fuerit, legitimam ætatem accipimus, quæ legibus eſt definita. Ergo ſi quis veniam ætatis impetrauerit, non intelligimus eum fuiſſe legitimæ ætatis. Eſt tamen quæſtio voluntatis, de qua copioſa eſt diſputatio in leg. cum filio. infra, de legat. 3. quæ ad hunc locum maxime pertinet, in qua quæritur in primis, quid teſtator ſenſerit, vt ſi id non appareat, ſequi debeamus proprietatem verborũ. Ideoq; addit Imper. *Niſi ſpecialiter quiſquam addiderit ex venia ætatis velle aliquid procedere.* Si enim ſpecialiter id fuerit expreſſum in teſtamento, res non habet dubitationem, quia cum in verbis nulla ambiguitas eſt, non debet admitti voluntatis quæſtio. l. ille aut ille. 25. infra, de l. 3. Hic mihi videtur ſenſus huius conſtitutionis. Annotant alij, verba eſſe accipienda naturaliter, & proprie non ficte, neque ciuiliter. Sed hæc ſunt brocardia & quolibetica relinquenda doctoribus brocardicis: qui ſimiles ſunt pleriſq; magiſtris noſtris, qui theologiam exacte ſe profitentur noſſe, & neque nouum, neque vetus teſtamentum didicerunt.

IN TIT. XLVI. LIB. II. COD.

SI MAIOR FACTVS RATVM *habuerit.*

Hic alia ſubiicitur cauſa, denegandæ reſtitutionis in integrum. Iuſta enim eſt cauſa denegandæ reſtitutionis, ſi maior factus ratum habuerit, quod cum eo minore geſtum fuerit. Nam ſi quis in minori ętate contrahendo ſit captus, & maior factus id comprobauit, perinde eſt ac ſi maior id negotium contraxiſſet, de quo quæritur, & aduerſus quod vult reſtitui. omnis enim ratihabitio retrotrahitur, & confirmat ea, quæ ab initio ſubſecuta ſunt, leg. vltim. Cod. ad Macedonia. Nihil aliud continetur his capitibus, quæ breuiſſima ſunt. Si quis ergo ratum habuerit, quod geſſit cum adhuc minor eſſet, fruſtra petit reſtitutionem, dummodo ſine dolo ratihabitio facta ſit. Nam qui ratum habet, quod geſtum eſt, non videtur ratum habere, quod dolo factum eſt, niſi nominatim etiam ratum habuerit, quod dolo cum eo geſtum eſt, quia videtur id ratum habere, ſi maior factus id comprobauerit. Exemplum eſt in leg. tres fratres. ſupra de pactis. leg. cum Aquiliana. ſupra, de tranſact. Cum diuiſio ſit inter hæredes, & pactio generalis ſit, non pertinet ad ea, quæ dolo cohæredis ſubrepta ſunt, quia non eſt veriſimile contrahentes de eo ſenſiſſe, quod dolo factum eſt. Sed ſi quis ſciens, & prudens remiſerit, quod dolo geſtum eſt, & expreſſum comprobauerit, dubiaque non ſit eius voluntas, certe talis ratihabitio ei nocet. Sic eſt intelligenda lex Aurelio. §. Gaius. infra. de liberatione legat. vbi curatores liberatos de dolo tantum poſſe conueniri refert Modeſtinus. Addendum eſt hanc ratihabitionem quoque confirmare, quod ita geſtum eſt cum minore, vt ipſo iure non valeat, non tantum ſi valeat contractus, aduerſus quem vult reſtitui: vt ſi fundus ſine decreto ſit venditus, quo caſu non valet ipſo iure venditio: & tamen ſi ratihabitio acceſſerit, confirmatur quod geſtum eſt. Quo pertinet alius titulus Cod. lib. 5. Si maior factus alienationem factam ſine decreto ratam habuerit. Ratihabitione igitur etiam confirmatur fundi alienatio ſine decreto facta, quamuis ipſo iure nulla ſit. Eſt autem ille titu. ſub lib. 5. Codic. poſitus. quia non pertinet ad reſtitutiones in integrum, quia alienatio ſiue contractus eſt ipſo iure nullus: Sed titul. de quo hic ſit mentio, pertinet ad reſtitutiones in integrum, & tunc locum habet quando alienatio valet. In his verbis nulla alia eſt difficultas. Sed difficultas magna naſcitur ex antinomia leg. 3. §. ſcio. de minor. Nam nihil fere obſcurius in hoc tractatu habetur, & de quo frequentior ſit quæſtio in foro. Minor adiit hæreditatem, qui maior factus à debitoribus hæreditariis aliquid exigit: vult reſtitui: obiicitur ei quod maior factus ratam habuerit aditionem hæreditatis, quia maior factus exegit nomina à debitoribus hæreditariis: quæritur an ei deneganda ſit reſtitutio. Et videtur deneganda ex his quæ diximus, quia maior ratum habuit, quod minor geſſerat. Exigendo enim à debitoribus paternis, vel hæreditariis videtur ratam habuiſſe aditionem, vel immixtionem hæreditatis. Ratum enim habemus non tantum verbis, ſed & re, leg. non ſolum. alias. leg. Paulus. infra, rem ratam haberi. Ait tamen Vlpianus, ſe putaſſe reſtituendum minorem initio inſpecto. Credidit Vlpianus ſpectandum eſſe initium, aditionem nempe quo tempore ſe minor immiſcuit hæreditati. Quare ait: *Initio*? Initium ſpectari voluit, quia quæſtio fuit propoſita de contractu, qui incidit in tempus quo quis maior factus eſt. Ait prætor in edicto: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur.* Cum igitur quæritur, an minor ſit reſtituendus, videndum an eo tempore, de quo quæritur, minor fuerit. In his enim actibus, qui non habent tractum temporis, facile iudicatur an quid cum maiore, an minore ſit geſtum: ſed in his, qui tractum habent temporis, id non facile eſt iudicare: vt ſi quis aduerſus iudicatum petat reſtitui. Nam iudicium plerunque habet magnum tractum: quia fortaſſe cœptum eſt cum minore, ſed finitum cum maiore: an ergo dicemus cum minore geſtum, quia cum eo cœptum eſt, an cum minore, quia cum eo finitum? In hac ſpecie videbatur de eo quoque iudicari. Nam vnus & idem videtur actus, qui initium habet & finem, aditio hæreditatis & exactio debitorum. Sunt quidem duo actus, ſed quia poſterior actus eſt prioris acceſſio, ſequitur quod videatur idem actus, cum & initium & finem ſpectare debeamus. An ergo initium, an finẽ ſpectabimus? Sententia Vlpiani eſt, initium eſſe ſpectandum: ſed ita tamen vt videamus, vtrum ratihabitio interuenerit: quaſi dicat, niſi ex fine facti appareat, maiorem ratum habuiſſe id, quod cum ipſo minore geſtum eſt. Vnde Vlpianus in propoſita quæſtione, ſtatim ſubiicit: *Quaſi maior factus, &c.* Quaſi dicat, ſi proponatur talis ſpecies, in qua appareat poſtea maiorem probaſſe, quod cum eo minore geſtum fuit, ceſſabit reſtitutio.

Duæ autem ſunt ſpecies apud Vlpianum, quæ ex facto inciderunt. Vna qua dicit finem eſſe ſpectandum: altera qua initium. Videamus de poſteriore ſpecie, quæ magis ad rem noſtram pertinet: inde aliam tractabimus. Quoties ergo idem actus eſt potius quam diuerſus, tunc debemus magis initium quam finem inſpicere: quod eſt intelligendum

niſi ratihabitio interceſſerit, eius quod cum eo geſtum fuit, vt ego exiſtimo.

Exemplum eſt in l.2. Cod de his quæ vi metuſve cauſa geſt. Maior metu impulſus cauit ſe quid ſoluturum: Is poſtea ſponte, nec coactus id ſoluit: non reſtituitur. videtur enim ratum habuiſſe, quod cum eo geſtum fuit. Cur non idem de minore quoque dicemus, vt ſi minor quid geſſerit, maior comprobauit non reſtituatur, quia id poſtea ratum habuit? Nam idem de minore videretur dicendum. Exempli gratia, ſi minor lubrico ætatis ſe obligauerit, & maior factus ſciens prudenſque ſoluerit, vt non reſtituatur in integrum. Ratihabitio enim ei nocere deberet, quamuis tacita, quia euidenter apparet eum ratum habere quod geſtum eſt. Cur igitur idem in hoc caſu non dicemus, cum minor adiit hæreditatem, & maior factus exegit à debitoribus hæreditariis nomina: nam videtur ratam habere aditionem antecedentem? Certe is videtur adire hæreditatem, qui exigit aliquid à debitoribus hæreditariis. nam & ſi nondum adiiſſet hæreditatem, tamen hoc ſolo facto videretur adire, quia non tantum verbis fit aditio, ſed etiam facto, & pro hærede gerit, tunc dicendum eſt, quoties quis accipit, quod citra nomen & ius hæredis accipere non poteſt. l. pro hærede. §. Papinianus. infra, de acquir. hæred. Et certe non videtur exigi poſſe à debitoribus hæreditariis, niſi iure hæreditario. Quid igitur dicemus? Reſponde, hic præſumptionem eſſe & ſuſpicionem ratihabitionis aditæ hæreditatis, ſi exegit à debitoribus paternis quaſi animum habuerit adeundæ hæreditatis, & comprobarit mixtionem: ſed tamen non adeo eſt certa hæc coniectura, ac ſi ſoluiſſet maior factus quod minor promiſerat. Tunc enim indubitatum eſt eum comprobare, quod cum eo geſtum fuerat. Sed de eo, qui à debitoribus hæreditariis exegit, idem dici non poteſt. Potuit enim alio animo exigere, vt ſi aduerſarius non conſentiat, & eam pecuniam retineat: & præterea fauor ætatis exigit, vt in re obſcura benignius interpretemur. Hac re motus mihi videtur Vlpianus, vt ita reſponderet in ſpecie dict. §. ſcio. Huc pertinet, quod Paulus ſcribit lib. 1. ſententiarum. titu. de minoribus. *Si maior factus, res quas minor egit, pacto vel ſilentio comprobauit, aduerſus hoc quoque in integrum reſtitui fruſtra deſiderat.* Ergo vult pactum interuenire, vt vel ſaltem huiuſmodi ſit actus, vt non poſſit dubitari de voluntate, & animo eius, qui vult reſtitui. Si pactum ſit nominatim interpoſitum de comprobatione eius, quod geſtum eſt cum minore, nulla eſt dubitatio: Si etiam talis ſit actus, vt appareat eum ita ſenſiſſe. Paulus in dicto loco ait, *Silentio*. quod addidit propter conſtitutiones, quibus cautum eſt, vt lapſu certi temporis intelligatur minor probaſſe, quod ſecum geſtum eſt. Extat conſtit. quæ eſt vlt. ſub tit. ſi maior factus alienat. ſine decret. fact. rat. qua cauetur, Si minor maior factus alienationem factam ſine decreto, per quinque annos continuos non retractarit, tunc non poſſe obiicere, contractum eſſe nullum, propter decretum prætoris omiſſum: quia lapſu quinque annorum intelligitur comprobaſſe id quod geſſit. Ergo ſilentio poteſt ratum haberi, quod cum minore geſtũ eſt, propter lapſum certi temporis: quia tunc interpretamur minorem ratum habuiſſe, quod geſtum eſt.

Sed quomodo ſit accipienda ea conſtitutio, plenius tractaturi ſumus, cum diſputabimus de temporibus in integrum reſtitut. Ad alteram quæſtionem, quæ proponitur in eadem leg. 3. §. 1. accedendum nunc eſt, vt intelligamus quid interſit inter priorem & poſteriorem ſpeciem. nam, vt diximus, in dict. leg. 3. proponitur duplex quæſtio. Vna eſt, & prima, cum minor vigintiquinque annis actionem tutelæ inſtituit aduerſus hæredem tutoris, & lata eſt ſententia quo tempore maior factus eſt: vtrum pro hærede ſententia lata locus ſit reſtitutioni. Altera quæſtio eſt ea quam abſoluimus. In poſteriori ſpecie, vbi minor maior factus exigit à debitoribus hæreditariis, ait ſpectandum eſſe initium: in priori ait ſpectandum eſſe finem, & tempus rei iudicatæ. Hæc videntur eſſe pugnantia apud Vlpianum: nec hoc facile quis aſſecuturus eſt, niſi diuerſitatis rationem intelligat. De poſteriori ſpecie diximus: in priore vt diximus, minor agit aduerſus tutores, vel eius hæredes: maior factus, lata eſt ſententia aduerſus eum: & in ea quæritur an poſſit reſtitui. Hic nulla eſt quæſtio de ratihabitione: quod eſt diligenter notandum. Contractus enim hic proprie non eſt, ſed quaſi contractus, ſcilicet iudicium. leg. 3. §. idem ſcribit. infra, de peculio. Hic ergo quaſi contractus, ſiue iudicium incidit in vtrunque tempus: cœptum eſt cum minore, finitum cum maiore. An igitur principium, an finem ſpectabimus? Ex his quæ diximus videtur initium ſpectandum. Sed Iureconſultus ait initium non eſſe ſpectandum, niſi appareat calliditate aduerſarij factum eſſe, vt ſententia in id tempus protraheretur quo maior eſt factus: tunc enim certum eſt poſſe eum reſtitui. In priori ergo ſpecie minor non reſtituitur, quia finis inſpicitur: in poſteriori ſpecie initium. Mirabilis eſt diuerſitas. Sed notandum eſt in hac ſpecie recte eſſe reſponſum, minorem non eſſe reſtituendum aduerſus ſententiam, quæ lata eſt tempore maioris ætatis. Intelligere præterea debemus minorem implorare reſtitutionem aduerſus rem iudicatam: ideoque inſpiciendum, an quo tempore lata eſt ſententia, maior fuerit. Nihil ad rem facit, quod quo tempore eſt cœptum iudicium, minor fuerit: non enim petit ſe reſtitui aduerſus id, quod actum eſt in iudicio cum minor eſſet, ſed aduerſus rem iudicatam. nam proponitur ſpecies, quæ ex facto inciderat. tum vero quia in materia reſtitutionis aduerſus rem iudicatam inſpici debet tempus quo eſt res iudicata. leg. 1. Cod. ſi aduerſus rem iudicat. Ergo denegari debet reſtitutio, ſi res iudicata ſit, cum iam maior quis eſſet factus. Si vero proponeretur velle reſtitui aduerſus ea, quæ male ab eo geſta ſunt in iudicio, vt puta quia forte omiſiſſet allegationem, vt leg. minor. 36. de minor. tunc certe poſſet reſtitui, quia allegatio eſt omiſſa quo tempore erat minor. Hic autem cum quæratur de ſententia, aduerſus quam minor vult reſtitui, & conſtet ſententiam latam eſſe tempore maioris ætatis: dubium eſſe non debet, denegandam eſſe reſtitutionem, niſi dolus aduerſarij interuenerit, vt hic dicitur. ſic videtur intelligenda vtraque ſpecies apud Vlpianum in dict. leg. 3. §. 1. prior de re iudicata, poſterior de exactione à debitoribus hæreditariis. Sed obiicitur leg. liberis. §. ſi quis minor. 2. infra de liber. cauſ. Ibi ait Vlpianus, ſi quis minor vigintiquinque annis venundari ſe paſſus ſit, ad pretium participandum, ea venditio non nocet eius libertati, quamuis noceret maiori vigintiquinque annis, vt dicitur leg. ſi ex cauſa. §. Papinianus. de minorib. Minori igitur non nocet, nec ideo in ſeruitutem redigitur. Addit exceptionem, niſi pretium partiretur cum venditore, poſtquam maior factus eſt. Nam ait eam participationem pretij ei nocere. Hæc ſpecies videtur ſimilis quam tractat Vlpianus dict. leg. 3. §. 1. de eo, qui adiit hæreditatem minor, & maior exegit debitum à debitoribus hæreditariis. Hic enim minor paſſus eſt ſe vendi, & maior factus participauit pretium: id eſt, exegit maior factus pecuniam ab eo, cum quo pactus fuerat minor. Videndum quo modo hic nodus debeat ſolui. & diuerſitas vtriuſque ſpeciei eſt cognoſcenda. in dict. leg. liberis. §. ſi quis minor. non nocet ratihabitio libertati. nec enim ideo dicitur libertatem eum amittere, quod ratum habuerit pretium participando, ſed nocet ei turpitudo facti. Inſpexerunt Iureconſulti maxime pretium, quod accepit eo nomine. nam ſeruile quidem eſt & abiecti animi, pati ſe venundari, & redigi in ſeruitutem: ſed turpiſſimum eſt, & indigniſſimum pretio accepto, & mercede de ea re paciſci. Videte de hac re l. 1. infra, quibus ad libertat. proclam. non licet. Non igitur tantum ſpectandum eſt an quis pactus ſit, ſed an pretium participauerit. Eſt enim indigniſſimum eius rei nomine pretium accipere, & pretio libertatem vendere. Ita vt non dicendum ſit denegari ei libertatis proclamationem debere, ſi poſtquam maior factus eſt in ſeruitute durauit: ſed ſi pretium acceperit. Ex quo apparet Iuriſconſultos eos non habuiſſe rationem ratihabitionis: quia tunc ſatis fuiſſet, ſi manſiſſet in ſeruitute: ea enim ratione ſatis oſtendiſſet quis ratam ſe habere ſeruitutem: ſed præcipue participationis pretij: quo facto nihil eſt fœdius, nihilque turpius. Atque ita conciliianda venit lex liberis. §. ſi quis. de liberali cauſa. cum dict. leg. 3.

IN

IN TIT. XLVII. LIB. II. COD.

VBI ET APVD QVEM COGNITIO *in integrum reſtitutionis agitanda ſit.*

SEQVITVR alius locus, qui eſt de foro competenti: de quo nonnulla ſupra ſub tit. de minoribus diximus, & dicemus fuſius ſub titul. de iudiciis. Quæritur enim, in quo loco cauſa in integrum reſtitutionis ſit agitanda, & apud quem magiſtratum. Sic hic duplex eſt quæſtio, vna de loco, altera de perſona iudicantis. Ad primam quæſtionem pertinet lex 2. hic. Quidam volebat reſtitui aduerſus tranſactiõnem, in qua aliquid dederat, ex eius cauſa volebat id per reſtitutionem repetere, quærebatur in quo foro hæc quæſtio eſſet examinanda. Reſpondent Impp. Præſidem domicilij eorum, qui conueniuntur, adeundum. Hinc ergo colligitur, ſicut in aliis cauſis, forum rei actor ſequi debet, vt leg. iuris ordinem. Cod. de iuriſdict. omn. iudic. ita in hac cauſa, vt quo in loco reus contra quem petitur reſtitutio, domicilium habet, in eo foro examinetur hæc cauſa. Hinc obſeruare poſſumus, non eſſe hanc cauſam agendam in loco contractus, ſicut dicitur in leg. hæres abſens. infra, de iudic. Nam id accipiendum ita eſſe hic locus nos admonet, quoties agitur vt is contractus ſeruetur: ſed ſi agatur, vt ab eo contractu recedatur, aliud eſt dicendum, vt hic dicitur. Si igitur petatur reſtitutio contra contractum, in eo loco eſt petenda, in quo domicilium habet reus. Sed hic quæritur, quid ſi res de qua lis eſt, alio in loco ſit ſita: veluti ſi agatur de fundo, & prædio, quod eſt in alieno agro, quam in quo domicilium habet reus, vbi agatur hæc cauſa reſtitutionis. Hæc quæſtio proprie de re immobili eſſe videtur: nam ſitam eſſe rem cum dicimus, intelligimus de re immobili. Sunt qui exiſtiment locum domicilij ſemper ſpectandum eſſe, propter verba huius reſcripti. Sed non animaduertunt reſcriptum eſſe ad certam cauſam & perſonam, & reſcriptum conueniens eſſe huic ſpeciei. in ea enim propoſitum erat, rem in eo loco ſitam eſſe, in quo reus habebat domicilium: ideoque reſcriptum eſt, vt præſes domicilij adiretur: quia res ipſa ſita erat in eo loco. Alij putant, vbi res ſita eſt, exercendam eſſe quæſtionem reſtitutionis, per leg. vltim. vbi in rem actio. in qua dicitur, in rem actionem exerceri vbi res ſita eſt. Alij putant electionem actoris eſſe, qui reſtitutionem petit, vt agat vel in loco in quo domicilium habet reus, vel vbi res eſt ſita. Alij aiunt reſtitutionem in rem ſcriptam eſſe. Quæ verba ita intelligunt, vt exiſtiment reſtitutionem tam in rem, quam in perſonam eſſe, & partim habere naturam perſonalis actionis, partim realis: ideoque actorem habere electionem. idque colligunt ex eo, quod dicitur in l. in cauſæ 13. §. interdum. de minorib. Sed admonui in eo loco, eos non intellexiſſe ſenſum dict. §. interdum. Actiones quædam in rem ſcriptæ dicuntur, vt hæ, in quibus non exprimuntur perſonæ in edicto, vt eſt actio, Quod metus cauſa, l. metum. §. vlt. ſicut pactum in rem ſcriptum eſſe dicimus, cum paciſcitur quis, ne petat, non expreſſa perſona, leg. iuriſgentium. §. pactorum. ſupra, de pactis. Hoc non poteſt dici de reſtitutione, quæ nec actio quidem eſt, nec ad rem pertinet. nam etſi Iuriſconſultus in dict. §. interdum. reſtitutionem quandoque fieri dicat dato in rem iudicio, non tamen in rem eſſe dicit. Et certe ſi quis minor amiſerit vel ſimplicitate ſua vel dolo aduerſarij actionem in perſonam, reſtituitur ei actio in perſonam, quæ fuit amiſſa: ſi vero actionem in rem, dabitur ei actio in rem, vt dicitur in dict. §. interdum. Sed & ſi quis ſimplicitate ductus acceptilatione liberauerit aduerſarium, reſtituetur ei actio in perſonam, quæ fuerat extincta, & ea reſtituta experietur, quæ dicitur reſtitutoria aut reſciſſoria. Sin autem amiſerit dominium rei ſuæ metu, dolo, vel circumuentione, actio in rem ei reſtituetur, vt poſſit eam rem vindicare, quam non poſſet vindicare ſummo iure. Cuius rei exemplum eſt in §. interdum. Vendidi tibi rem meam, quam alij vendidiſti: æquum eſt me reſtitui, vt dominium rei meæ mihi reſtituatur. Et datur actio in rem quam agam non tantum aduerſus te, ſed & aduerſus poſſeſſorem. Is eſt verus ſenſus dict. §. interdum. Et quod ab aliis adfertur, omnino alienum eſt à ſenſu huius loci. Hinc facile eſt intelligere, quid ad propoſitam quæſtionem ſit reſpondendum, ſi quæratur, quo in loco ſit agendum. Duæ ſunt regulæ, quæ diligenter ſunt notandæ. Aut enim amiſſa eſt actio in perſonam, aut in rem. Si actio in perſonam ſit amiſſa, videndum vbi reus domicilium ſuum habeat: ſi vero in rem actio ſit amiſſa, poteſt actor etiam agere, vbi res ſita eſt. leg. vltim. Codic. vbi in rem actio. Ergo in propoſita quæſtione, videndum eſt quam actionem ſibi petat reſtitui minor, an actionem in perſonam, an in rem. Si in perſonam actionem ſibi reſtitui petat, ſequemur quod dicitur in leg. in cauſæ. §. interdum. de minoribus. & leg. hæres abſens. §. vltim. infra de iudic. Si actionem in rem, ſequemur quod eſt in dict. leg. vltim. C. vbi in rem actio exerc. deb. Sic mihi videntur hæc concilianda & intelligenda, de quibus magna eſt controuerſia in vulgarium doctorum commentariis. Hic tractari ſolet quæſtio de eccleſia. Si eccleſia reſtituatur aduerſus venditionem alienationemve rei ſuæ, (reſtituitur enim vt ciuitas, vel minor) in quo loco ea cauſa ſit agitanda, an in foro eccleſiaſtico, an in foro ſeculari. Et ex diſtinctione ſuperiori facile poteſt intelligi quid ſequendum ſit, ſecundum mores & conſuetudines. Nam apud nos nec clerici, nec eccleſia in actione in rem vllo priuilegio fori vtuntur. Magna tamen pugna eſt apud pontificios an vtantur priuilegio fori in actionibus in rem. Sed apud nos indubitatum eſt, quicquid ſentiant pontificij, nullo priuilegio eos vti in actionibus realibus: in his enim magis res, quam perſona videtur conueniri. Sed tanta eſt pontificiorum πλεονεξία, vt omnia ad forum ſuum trahant. vnde facile ſciri poteſt, quid in his ſequendum ſit: vt ſi eccleſia petat reſtitutionem actionis in rem, in foro ſeculari petat: ſi autem actionis in perſonam, in foro eccleſiaſtico, capit. cum ſit, de foro competenti.

Altera eſt quæſtio de perſona cognoſcentis in foro, in quo ſunt varij magiſtratus. Nam & ſi conueniat de foro, adhuc quæritur de iudice. Et dicendum eſt, cauſam reſtitutionis tractari apud prætorem, vel præfectum prætorio, vel alium magiſtratum, qui iuriſdictionem habet. Hoc adieci, quia reſtitutio eſt imperij magis quam iuriſdictionis. Eſt enim imperij mixti. leg. ea quæ. infra ad municipal. ideoque magiſtratus municipales non poſſunt reſtituere. Nos ergo intelligimus magiſtratum populi Romani, qui imperium habet. Nam ea quæ imperij ſunt, non competunt magiſtratibus municipalibus: cuiuſmodi ſunt quos Scabinos vocamus. Et certe quæ dicuntur de magiſtratibus populi Romani, fere ad magiſtratum municipalem haudquaquam pertinent. Exemplum eſt in titu. ſi quis ius dicenti non obtempera. omnibus enim magiſtratibus conceſſum eſt auctoritatem ſuam defendere pœnali iudicio, non tamen duumuiris. Duumuiri autem ſunt magiſtratus municipales. De magiſtratibus, qui in integrum reſtituendi ius habent, eſt diſtinctio obſeruatione digna. in leg. in cauſæ. §. vltim. & leg. præfecti. & leg. ſequ. de minoribus. Dubitatum fuit de præfecto prætorio, vtrum aduerſus eius ſententiam poſſit peti reſtitutio. Nam à præfecto prætorio nõn licet appellare, leg. 1. ſupra de offic. præfect. prætor. Et ait Hermog. poſſe. Sic videtis etiam hodie dari reſtitutionem aduerſus curiam parlamenti, à qua tamen non poteſt appellari. Deinde docet rationem diuerſitatis. Appellatio continet iniquitatem ſententiæ. nam qui appellat, dicit inique iudicatum: is autem, qui petit reſtitui in integrum, non contendit iniquam ſententiam, ſed allegat errorem ſuum, & ſimplicitatem. Subiicit magiſtratus poſſe reſtituere, tam aduerſus ſuam, quam aliorum ſententiam. Hoc eſt intelligendum, niſi minor magiſtratus contra maioris ſententiam velit reſtituere: quia id non permittitur. Sed quid ſi princeps ſententiam dixerit, num alius magiſtratus poterit reſtituere? Minime vero. nam tunc ſolius erit principis reſtituere. Non docet an reſtituere poſſit, an non: id enim eſſet diſputare de poteſtate Principis, quod ſacrilegio proximum eſſet, l. 2. C. de crim. ſacril. Adfert deinde Vlpia. exempla, in quibus cauſis non permiſerint Imperatores reſtitui minorem in auditorio ſuo, & in quibus permiſerint. Cum quis enim dixiſſet ſententiam aduerſus minorem, & is appellaſſet ad principem: princeps autem de-

diſſet iudices, qui de cauſa huius appellationis cognoſcerent: pronuntiarunt iudices, vice principis. (Solebant enim principes cauſas appellationis delegare examinandas certis iudicibus,Nouel.de appellat.) quæſitum fuit, petita reſtitutione aduerſus huiuſmodi ſententiam,quis reſtituere debeat. Reſpondet Vlpia. neminem niſi ipſum principem, aduerſus horum iudicum ſententiam reſtituere poſſe. Sicut dicimus de priuato conſilio regis,noſtris moribus. Huc pertinet l. 1. hic. Dixi ſub tit. Codic. ſi aduerſ. ficum. Si inter fiſcum & priuatum res ſit iudicata, neminem aduerſus hanc ſententiam reſtituere, niſi principem. Quod non videtur percepiſſe Accurſ.cum ait: Procurator Cæſaris habet cognitionem inter priuatum & fiſcum, quare Imperator hoc loco vult, ſi quid à procuratore ſuo ſit iudicatum inter priuatos & fiſcum, & petatur reſtitutio, ſolius principis eſſe hanc concedere reſtitutionem. Eſt ius ſingulare de fiſco quod eſt notandum,nec eſt alia ratio requirenda. Sed hic quæſtio eſt, an hæc reſtitutio minoris poſſit mandari, vel delegari, & an etiam iudices compromiſſarij, vel delegati poſſint cognoſcere. Extat hac de re Conſtitutio Iuſtiniani leg.vltim.hic. Meminiſſe autem oportet eorum, quæ diximus de mixto Imperio: vbi & diximus hanc reſtitutionem eſſe mixti Imperij, ex leg. ea quæ.infra ad munici. Ideoque dubitandum non eſt,quin poſſit mandari, ſicut alia, quæ ſunt mixti imperij, quāuis Accurſius & alij aliter ſentiant. Aiunt, ea quæ imperij ſunt non competere iure magiſtratus: ergo cum iuriſdictione mandata non tranſire. Hanc ſententiam confutauimus ſub titulo de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict. vbi oſtendi delegantem, ſicut iuriſdictionem mandat, ſic & imperium quod ei coniunctum eſt. mandatur enim generaliter iurisdictio, & cum ea tranſferuntur in eum, cui eſt mandata, ea quæ cohærent iuriſdictioni, leg. 1. & vltim. de offic. eius. Tale eſt imperium mixtum,quod conſiſtit in danda bonorum poſſeſſione, in mulcta dicenda, in mittendo in bonorum poſſeſſionem. Sed in hac quæſtione eſt diſtinctio ſequenda, quam Iuſtinianus tradit in hac leg. vltim. Hæc conſtitutio eſt ſubobſcura his,qui non animaduertunt ἀκυρολογίαν,nec propriè locutum Iuſtinianum. Docui ſuprà quid inter prætorem & iudicem interſit, & quid ſit iudex datus, & quid pedaneus. Dixi eum qui iudex datus eſt, ne iuriſdictionem quidem mandatam habere: & hoc intereſt inter iudicem datum, & eum qui habet iuriſdictionem. in hac autem conſtitutione Iuſtinianus vocat iudices etiam hos, quibus eſt mandata iuriſdictio, cum veteres iuris auctores iudices vocent, iudices priuatos, & delegatos. Sed hic ideo receſſit à forma loquendi veterum, quia tempore Iuſtiniani exoleuerat ille mos iudicum dandorum. Vocat autem iudices datos, quia dari videntur,cum eis mandatur iuriſdictio. Hac ἀκυρολογία animaduerſa, nihil erit obſcuri in hac conſtitutione. Magiſtratus iuriſdictionem habent: Is vero qui datus eſt iudex,iuriſdictionem non habet.His aut verbis:*Sed & apud eos iudices, &c.* Significat delegari poſſe non tantum à ſe, ſed etiam à magiſtratu, cognitionem reſtitutionis. Hoc eſt quod iam diximus, quæ mixti imperij ſunt, mandari poſſe. videtur enim ipſe cognouiſſe qui mandauit. Sequitur:*Sic etenim non difficilis erit cauſarum examinatio.* His verbis oſtendit hoc ſe conſtituiſſe, vt facilior eſſet harum cauſarum expeditio,ſi poſſet magiſtratus reſtitutionis cognitionem mandare. Addit deinde,*Sed ne quis ita diffuſè, &c.* Quia dixit delegati poſſe cognitionem reſtitutionis in integrum, addit diſtinctionem qua ſignificat cognoſcere poſſe iudices eos,quibus mandata fuerit iuriſdictio: non autem eos,qui dati fuerunt iudices ad iudicandum.Quaſi dicat: datus iudex non reſtituit, ſed is cui mandata eſt iuriſdictio, quia reſtituere eſt iuriſdictionis. Ergo ſi quis tantum notionem vel iudicandi facultatem habet, non iuriſdictionem,non poteſt reſtituere, nec cauſas reſtitutionis examinare. Is mihi ſenſus videtur verborum Iuſtiniani, licet aliis verbis vtatur. Cum autem dicit:*Qui propriam iuriſdictionem non habent.* Qui,id eſt, qui iudices dati propriam iuriſdictionem non habent. Alij alio referunt,& aiunt intereſſe,an ordinarius magiſtratus habeat adminiſtrationem,an non. Quidam etiā aliter intelligunt,dicuntque referre an is, qui delegat mandatam, habeat iuriſdictionem, an non: & ita interpretantur c. pen.extra, de in integr. reſtit. Sed apparet eam conſtitutionem hauſtam eſſe ex fœce commentariorum iuris ciuilis, vt ſunt aliæ multæ in iure pōtificio.Ego aliter intelligo,& refero relatiuum hoc qui, ad datum iudicem, non ad eum qui dedit. Obiicet fortaſſis quis,pōtificem errare non poſſe,iuxta c.1.de conſtitut.in 6. Ego ſic reſpondeo, & ſic interpretor: Habet quidem omnia iura in ſcrinio pectoris pontifex, id eſt, fingitur habere propter vtilitatem: ſed Gregorius forte cum illa ſcribebat, multa bona iura habebat in ſcrinio pectoris ſui, id eſt,ventris ſui,vt accidit bonis patribus,cum bene pranſi ſunt. Sequitur:*Vel ab his fuerint dati, &c.* Dati ſcilicet cum iuriſdictione,vt ex ſuperioribus colligitur. Poſtremo dum ait: *Sed ne quid penitus, &c.* His poſterioribus verbis oſtendit, nihil referre, an ſpecialiter, an generaliter ſit mandata hæc iuriſdictio. Nam omnia, quæ mixti imperij ſunt, generaliter tranſferuntur,ſicut ſupra diximus, tit.de offic. eius cui mandat. eſt iuriſdict.

IN TIT. XLVIII. LIB. II. COD.

DE REPVTATIONIBVS, QVÆ *fiunt in iudicio in integrum reſtitutionis.*

HVNC locum breuiter perſtringemus, quia iam ſatis eum expoſuimus in interpretatione horum verborum edicti prætorij: *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum eſſe dicetur,vti quaque res erit,animaduertam.* His enim verbis prætor oſtendit omnia ſe reſeruare cognitioni ſuæ. nam cum prætor videret multa eſſe, quæ non poſſent definiri, & quæ penderent ex boni viri arbitrio, ſubiicit,ſe omnia ſuæ cognitioni reſeruare. Vnde fit vt cum reſtituitur minor, ſubueniatur quoque eius aduerſario, & plerunque reputationes fiant,id eſt, computationes, & compenſationes. Et certe ſi minor repetat fundum, quem forte vendidit, & quid ex pretio ad minorem peruenerit, ex quo locupletior ſit factus, æquum eſt id compenſari & deduci, quod reputare vocant Iuriſconſulti. Æquitas enim exigit, vt ſuccurratur aduerſario, ita vt omnia in priſtinum ſtatum reſtituantur. Ideo ait Imper. *Qui reſtituitur in integrum, ſicut in damno morari non debet, ita nec in lucro.* Huiuſmodi multos locos adduximus,in tit.ff.de minorib.vt l.quod ſi minor.§. reſtitutio. leg. tutor.§.vltim. & alias. Obiicitur l. ſi iudex.ff.de minor.quam explicauimus in dict. tit.de minorib. Obiicitur etiam l.ſi per vim.Codic. de his quæ vi metuſve.quam etiam explicauimus eodem titul. Sicut igitur æquum eſt minorem damno non affici, ſic cum damno alterius non debet locupletior fieri. Igitur compenſatio eatenus admittitur, quatenus aliquid ad eum peruenit.Sequitur,*Sed et ſi interceſſor minor vigintiquinque annis interuenerit.* Eſt caſus obſeruandus, hic enim non tantum deducitur, quod peruenit ad minorem, ſed quod ad aliquē extraneum, vt cū actio contra veterem debitorem reſtituitur. Exempli gratia,Titius debebat centum. Minor interceſſit animo nouandi, quod eſt notandum:atque ita liberatus eſt Titius. Minor eſt reſtitutus. Quo modo mihi ſuccurretur aduerſus debitorem meum veterem? Reſpondet Imperat. reſtituetur tibi actio. Idque æquitati maxime eſt conſentaneum. Quod & videmus fieri in Senatuſconſulto Velleiano. nam ſi agat quis aduerſus mulierem, quæ interceſſit: actor quidem ſummouetur, ſed ei reſtituitur actio aduerſus veterem debitorem.leg.prima,ad Velleianum. Sed hoc intereſt inter Senatuſconſultum Velleianum, & hanc reſtitutionem, quod ſine reſtitutione beneficio Senatuſconſulti Velleiani ſuccurritur mulieri, hic non ſine reſtitutione. Ideo debemus intelligere hic nouationem eſſe factam.Sed difficultas naſcitur ex §.præterea.Inſt.quib.mod. toll.obligat. vbi ait,ſi perſona,in quam per nouationem obligatio eſt tranſlata, pupillus ſit, non teneri, & tamen liberari eum, à quo fuit in pupillum tranſlata obligatio. Sed magna diſſimilitudo conſiſtit in his duobus. Primum eſt, quod hic dicimus reſtitui actionem aduerſus veterem debitorem: quibus verbis ſignificat, non teneri ipſo iure veterem debitorem: nam alias ipſo iure non teneretur vetus debitor. Præterea ille §. præterea. loquitur de pupillo, in quem nulla cadit

cedit obligatio, non de minore. Hæc multum diuerſa ſunt. nam ſi in pupillum ſit translata vetus obligatio per nouationem, certe pupillus non eſt obligatus, & tamen liberatus eſt vetus debitor: ſed ſi ponas minorem eſſe, tenet obligatio poſterior ipſo iure, ſed reſtituitur. Vis autem reſtitutionis eſt, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur, & omnia reſtituantur non tantum ex minoris, ſed ex aduerſarii quoque parte. Sed cum non tenet obligatio poſterior ipſo iure, non poteſt ſubueniri creditori aduerſus veterem debitorem, quia ipſo iure iam liberatus eſt, neque datur reſtitutio, qua ſuccurratur ei qui interceſſit, cum ipſo iure tutus ſit. Sic per conſequentiam vetus debitor manet liberatus, cum non detur reſtitutio qua omnia poſſint reſtitui in priſtinum ſtatum. Aliud eſt vbi ipſo iure tenet obligatio poſterior: quia tunc cum detur reſtitutio, omnia in priſtinum ſtatum reponuntur, & per conſequens obligatio in veterem debitorem. Ergo hæc facile conciliari poſſunt.

IN TIT. XLIX. LIB. II. COD. ETIAM PER PROCVRATOREM CAVSAM IN INTEGRVM RE-*ſtitutionis agi poſſe.*

Hic ſequitur alius locus de reſtitutione in integrum, pertinens ad cauſæ cognitionem, quæ requiritur in reſtitutione, qui & pendet ex edicto Prætoris in expoſitione horum verborum, *Vti quaque res erit animaduertam.* Diximus enim cauſæ cognitionem eſſe neceſſariam, & reſtitutionem concedi cum cauſæ cognitione. Vnde quæritur an minore tantum poſtulante, ac præſente, an etiam eius procuratore petente, detur reſtitutio. Et dicitur hic hanc cauſam reſtitutionis etiam per procuratorem agi poſſe. Hic igitur præſentia perſonæ non eſt neceſſaria, ſicut diximus in impetratione ætatis veniæ, ex l. 2. C. de his qui veniam ætatis imp. Æquiſſimum enim ſic eſt, præſentem eſſe eum qui veniam ætatis impetrat, in cauſæ cognitione, vt ex ſermone eius & geſtu poſſit æſtimare iudex an mereatur veniam ætatis. In hac autem cauſæ cognitione præſentia eius, qui reſtituitur non eſt neceſſaria, & ſufficit per procuratorem id agi. Procuratorem autem eum debemus accipere, qui ſpeciale mandatum habet: quia procurator habens liberam omnium bonorum adminiſtrationem, & generale mandatum non ſufficeret, l. illud. §. ſi talis. ff. de mino. Si minor procuratorem habeat generaliter conſtitutum cum omnium bonorũ adminiſtratione, quamlibet plenam habet adminiſtrationem, non tamen poterit reſtitutionem petere minori, quamuis alias lites poſſit mouere nomine domini, nec requiratur ad eas ſpeciale mandatum. Nam quamcunque actionem poteſt inſtituere eius nomine à quo eſt procurator inſtitutus. De actionibus ordinariis hoc eſt ſatis expreſſum in l. ſed etſi vnius. §. procuratorem. infra de iniur. vbi ait Vlp. procuratorem accipi eum cui generaliter eſt conceſſa adminiſtratio omnium bonorum. Sed in hoc auxilio extraordinario, quod datur contra ius ciuile, vt dicitur in l. in honorariis. infra, de oblig. & actio. non eſſet audiendus is procurator qui non haberet ſpeciale mandatum à domino. ſubiicit Paulus in c. ſeq. d. tit. de mino. quæſtionem. Pone enim, dubium eſſe an mandatum ſpeciale habeat procurator, an non, & probatio non ſit firma, an deneganda erit procuratori reſtitutio, an in dubio ſit audiendus. Ait iureconſ. eum audiendum, ſed exacta cautione de rato. Idque etiam alias obſeruatur, cum dubitatur de mandato procuratoris, l. 1. Co. de procur. Hinc naſcitur quæſtio de coniunctis perſonis, ex l. patri. 37. de minorib. coniunctæ enim perſonæ, & neceſſariæ, plerunque abſque mandato admittuntur ad agendum, l. ſed & hæ. ſupra, de procur. Quæritur igitur an in petenda reſtitutione, hæ perſonæ coniunctę ſint audiendæ? Sed dicitur eas non eſſe audiendas, excepto patre. Inter coniunctas enim perſonas ſolus pater admittitur ad petendam reſtitutionem, etiam ſine mandato, & nolente & inuito filio. Duplex eſt huius iuris ratio: Vna, quia pater eſt legitimus adminiſtrator bonorum filii: à legitimo autem adminiſtratore non exigitur mandatum, l. præſes. C. de tranſact. l. mandato generali. ſupra, de procur. quia legitimam adminiſtrationem habet. Eadem eſt tutoris ratio, qui à lege datur, ne mandatum ab eo exigatur, idque vulgo eſt receptum. Sed ratio firmior eſt, quia patris intereſt filium reſtitui in integrum. Periculum enim eſt, ne ſi non fuerit reſtitutus filius, executio rei iudicatæ fiat in peculio, quod alias patris eſt, & quod alias pater retineret in ſubſtantia ſua. Sic eſt intelligendum quod hic dicitur, ne aduerſetur l. 3. §. ſed vtrum. de minorib. vbi dicitur, reſtitutionem non prodeſſe patri, quam impetrat filius. Non enim prodeſt patri, ſi de peculio conueniatur, quia minor velut pater conuenitur: aliud eſt cum pater petit non ſe reſtitui, ſed filium. Hæc enim reſtitutio prodeſt patri, ſi nihil aliud ſit vnde poſſit mandari ſententia executioni. Sed ſi agatur de peculio aduerſus patrem, non poterit pater ſe vlla exceptione tueri. Alia exceptio eſt, in qua mandatum non exigitur, veluti ſi petatur reſtitutio minoris, ex eo quod luxurioſus ſit adoleſcens, vt merito ei debeat interdici bonorum adminiſtratione, tunc enim audiendi ſunt cognati, etſi nolit filius. Cum his igitur exceptionibus intelligendum eſt quod hic dicitur procuratorem non admitti ad petendam reſtitutionem in integrum ſine ſpeciali mandato. Sed quæri ſolet an idem dicendum ſit, ſi incidenter petatur reſtitutio, & principaliter filii nomine requiratur reſtitutio. Cautum quidem eſt ſpeciale mandatum requiri: ſed ſi in aliam litem hæc quæſtio de reſtitutione incidat, an idem dicendum ſit? Vulgo receptum eſt, idem non eſſe dicendum: quam ſententiam ſequor. Exempli gratia, datus eſt procurator ad certam actionem: in ea lite aliquid eſt commiſſum, quod nocet minori, vtpote aliqua allegatio eſt omiſſa. Petitur reſtitutio: an neceſſarium eſt mandatum ſpeciale? Non videtur eſſe neceſſarium, quoniam is qui procuratorem dedit, videtur omnia permiſiſſe ſine quibus non poteſt iudicium peragi, l. ad legatum. & l. ad rem immobilem. ſupra, de procuratorib. Hæc ſententia ratione nititur, & æquitate, & cum hac exceptione hoc eſt intelligendum, quod dicitur in hac lege.

IN TIT. L. LIB. II. COD. IN INTEGRVM RESTITVTIONE POSTVLATA NE QVID *noui fiat.*

Hic locus ſpectat ad effectum reſtitutionis: quia hæc vis eſt reſtitutionis, vt omnia in priſtinum ſtatum reponantur. Igitur cauendum eſt, ne quid noui fiat pendente cauſa reſtitutionis. Exemplum id oſtendi poteſt. Ponamus enim ſententiam latam contra minorem, aduerſus quã minor vult reſtitui, & interim ille pro quo ſententia lata eſt proſequatur ſententiã executioni mandari: an interim mandanda erit ſententia executioni? Et dicitur interim ceſſare executionem: ſic enim eſt intelligendum quod hic dicitur. Ex quo perſpicuum eſt, ſimilem eſſe reſtitutionem in hac re appellationi, licet in aliis multum interſit. Eſt enim tit. Ne quid appellat. pendente innouetur, id eſt, vt ne quid attentetur (vt vulgo loquimur) donec cognoſcatur de cauſa appellationis. Huc pertinet l. ſi cauſa cognita. C. de tranſactio. Poſt rem iudicatam non valet tráſactio, niſi inquit Imp. reſtitutione in integrum vel appellatione executio ſententiæ dilata ſit. Ergo non minus ſuſpenditur ſententia per reſtitutionem, quam per appellationem. Solet addi exceptio, quæ ex decretalibus conſtitutionibus ſumitur, c. ſuſcitata. extra de in integ. reſtit. quæ diligenter notanda eſt, videlicet niſi ex circumſtantia cauſæ æquum videatur, ſententiam pendente cognitione reſtitutionis, interim eſſe exequendam, quod iudicis arbitrio committitur. Exemplum eſt, ſi cauſa reſtitutionis requirat longiorem inquiſitionem, & non ſtatim poſſit docere is qui petit reſtitutionem, id quod aduerſus ſententiam propoſiturus eſt. Inſpicere ergo debet iudex an ſtatim poſſit docere iuſtã cauſam eſſe reſtitutionis, an vero res requirat altiorem inquiſitionem, & in qua non facile queat expediri negotium. Huc pertinet l. ſi is à quo, vt in poſſeſſ. legat. Videndum etiam eſt, an malitioſe petatur reſtitutio, & cauſa remorandæ executionis ſententiæ: veluti, ſi veriſimiliter appareat diploma reſtitutionis per malitiam impetratum fuiſſe, & de induſtria vt impediatur executio:

nunc enim ratio exigit, vt interim ſententia mandetur executioni. Hæ circumſtantiæ & aliæ huiuſmodi mouere debent iudicem vt hoc caſu mandet ſententiam executioni, modo is, ſecundum quem lata eſt ſententia, cautionem idoneam præſtet, ſe rem reſtituturum, ſi obtineat minor in reſtitutione petenda. Hæc exceptio nititur ſumma æquitate. Conſtitutionem hanc Pontificis vberius multo interpretamur moribus noſtris: nempe vt cum petitur reſtitutio aduerſus ſententiam, aut publicum inſtrumentum, non differatur eius executio prætextu reſtitutionis petitæ. Hodie enim vſu eſt notum frequenter accidere, vt reuocandæ ſolutionis, & executionis cauſa, hæ impetrationes fiant: ideoq; vt eiuſmodi fraudibus occurreretur, receptum eſt apud nos, vt nunquam differatur executio ſententiæ, aut publici inſtrumenti propter reſtitutionem. Hoc ius noſtrum præter conſtitutionem Pontificiam, etiam comprobatur argumento ducto ex leg. ſatis aperte. C. ad leg. Cornel. de falſ. Si quis ex chirographo conueniatur, quod arguatur falſi ab aduerſariis, interim cogitur ſoluere is aduerſus quem inſtrumenta proferuntur. nam *ſolinit per prouiſionem*, vt dicitur in foro, ſalua accuſatione falſi, ne morandæ ſolutionis cauſa facile comminiſcantur litigatores quod moretur executionem. Ergo etiam hodie damnatus, non obſtante appellatione, aut in integrum reſtitutione, cogitur ſoluere. Nec tantum hoc iure vtimur, ſi de ſententia queratur, ſed etſi reſtitutio petatur aduerſus quemcunq; contractum. Is enim contra quem reſtitutio petitur, poteſt petere vt interim contractus ſeruetur, *que le contract ſoit entretenu*. Imo præſcriptione remouetur à petenda reſtitutione. Nam debet præſtare quicquid conuenit in eo contractu, contra quem petit reſtitui, idque antequam admittatur ad cauſam reſtitutionis, alias repellitur, *par fin de non receuoir*. Hocque eſt vſitatiſſimum. Ex quo apparet, moribus noſtris à iure ciuili multum receſſum, propter vtilitatem. His titu. lib. 2. C. abſolutis redeundum nobis eſt ad reliquorum titulorum explicationem primæ partis Digeſtorum, ſeu Pandectarum, quæ ad τὰ πρῶτα.

IN TIT. V. LIB. IIII. DIGEST. DE CAPITE MINVTIS.

CApitis minutio, ſiue mutatio ſtatus, inter cauſas reſtitutionis in integrum refertur, l. 2. ſupra, de in integrum. reſtitu. Ordo igitur poſtulat, vt nunc de ſtatus mutatione & capitis minutione tractemus, propter quam impetratur reſtitutio. Sed antequam ad edictum Prætoris quod de hac capitis minutione hic extat, accedamus, videndum eſt, quid ſit capitis minutio, & quotuplex. Gaius in l. 1. hic ita definit: Capitis diminutio eſt ſtatus imminutio, ſeu mutatio. Quid ſit autem ſtatum mutare, poteſt intelligi ex diuiſione, quæ traditur in l. vlt. hic. mutare enim ſtatum dicitur, qui vel libertatem, vel ciuitatem, vel familiam amittit. nam ſic ſtatus in hoc loco accipitur: licet alias latius accipiatur, vt tit. de ſtatu hominum, videlicet pro ſexu, dignitate, & pleriſque aliis. Ergo ſtatus, de quo hic loquimur, in tribus conſiſtit, in libertate, ciuitate, vel familia, & tunc dicitur aliquis ſtatum mutaſſe, & capite eſſe minutus, cum vnum horum amiſit. Sic omnes veteres loqui conſueuerunt. Diuiſio hæc quæ tradita eſt in d. l. vlt. ſumitur ex Pauli libris. Eadem plenius deſcribitur lib. 1. Inſtit. titu. de capit. diminut. Capitis ergo diminutio hinc triplex conſtituitur, maxima, media, & minima. Maximam vocant, cum libertas, ciuitas, & familia amiſſa eſt, mediam, cum ſolum ciuitas, minimam, cum ſola familia amittitur. Videamus de maxima capitis diminutione. illa eſt, vt dictum eſt, cum amittitur libertas, ciuitas, & familia, & cum non tantum ciuitas, ſed & libertas, nec tantum definit quis cognatus eſſe, ſed etiam ciuis, nec tantum ciuis, ſed & liber: deniq; cum quis ex libero homine in ſeruitutem redigitur. Exempla ſunt in Inſtitutionib. eod. tit. veluti cum quis ſe venundari paſſus eſt, ad pretium participandum. Redigitur enim tunc in ſeruitutem. §. pen. de iure perſon. l. liberis. §. ſi minor. infra de liber. cau. l. ſi ex cauſa. §. Papinianus. de minor. Item ſi libertus propter ingratitudinem commiſſam aduerſus patronum pœna legitima ſit affectus, & redactus in ſeruitutem. Hæc enim eſt

Quid ſit capitis diminutio & quotuplex.

pœna ingratitudinis, l. non ſolum. & l. ſeq. de reſtitu. in integ. Aliud exemplum, cum ſerui pœnæ quidam efficiuntur atrocitate ſententiæ, vt cum damnantur in metallum. §. pœnæ. quibus mod. ius patriæ poteſt. Inſtit. Addicuntur enim fodiendis metallis, qua pœna adimitur libertas. Aliud etiam exemplum eſt in his qui vltimo ſupplicio damnantur iure veteri, l. qui vltimo. infra, de pœnis, ita vt ante executionem ſententiæ ſerui ſint. Hoc ius eſt mutatum Nouel. de nupt. §. quod autem. qua conſtituit Iuſtinianus vt ſtatum quis non mutet, ſi ingenuus fuerit, & libertatem non amittat per vltimum ſupplicium. Alia capitis minutio eſt, quæ media dicitur, vt cum contingit vt libertatem quis nõ amittat, ſed ciuitatem. Exemplum eſt in Inſtitut. de eo cui aqua & igni interdicitur, vel qui deportatur in inſulam. Deportatus enim amittit ciuitatem, & ex ciue efficitur peregrinus. Sic loquuntur Iureconſ. l. ſed etſi. ſupra, de in ius vocan. & l. 1. Cod. de hæredib. inſtit. Accurſius non intellexit quid eſſet peregrinus, nec eo loco peregrinum opponi ciui. ex teſtamento enim tantum capiunt ciues, quia eſt publici iuris. Hinc in l. falcidia ita ſcriptum eſt, *Qui ciui Romano legare volet*. Cicero in Topic. Quod defertur iure ciuili, ad peregrinos non pertinet. Igitur cum teſtamenti factio ſit publici iuris, & iure ciuili ex teſtamento capiatur, merito ex teſtamento nihil capere poteſt peregrinus. Exemplum eſt in l. amiſſione. §. nunc reſpiciendum. hoc titu. Qui deficiunt ad hoſtes, etiam capite minuuntur, de quibus videnda eſt l. poſtliminii. infra, de capt. & poſtli. reuerſ. Quos inquit Paulus hoſtes Senatus iudicat, ii in numero peregrinorum ſunt, ſiue etiam lata lege à populo factum id ſit. Quod Neroni & pleriſq; Imperatorib. accidit, vt hoſtes declararetur populi, vel à ſenatu, vel à lege. Qui autem hoſtes iudicati ſunt, ciuitatem amittunt. Lex vero ibi dicitur quæ de certa perſona & refertur, nec dubium eſt legem ita ſæpe vſurpari. Nam ſic dicitur lex Manlia, quę de Pompeio lata eſt. Alias dicitur priuilegium in eo ſenſu. Hic difficultas incidit ex l. cognitionum. infra, de extraord. cognit. in qua explicanda hic breuis ero, quia de ea quid ſentiam docui c. 9. lib. 1. Diſput. Diximus mediam capitis diminutionem eſſe non maximam, cum quis ciuitatem tantum amittit, non libertatem. Atqui in d. l. cognitionum, Calliſtratus vocat magnam capitis diminutionem, cum quis libertatem amittit: quod in perſona deportatorum venire ait. Hæc videntur valde pugnantia inter ſe. Ego tamen hæc vt conciliarem admonui, à veterib. diuidi capitis diminutionem in duas ſpecies, vt vna dicatur magna, altera minor. Et magnā quidem vocare, quæ & maxima & media dicitur, quia vtraq; magna eſt: & ſic accipitur l. 1. infra ad Tertul. Siue quis ante delatam, ſiue poſt delatam capite minuatur, ad legitimam hęreditatem admittetur, niſi magna capitis minutio interuenerit, quæ vel ciuitatem adimit: vt puta ſi deportetur. Reuera autem magna eſt vtraque reſpectu minimæ capitis diminutionis, quæ ex emancipatione venit. Quod ad ſecundum attinet, reſpondi libertatem adimi, cum ciuitas amittitur, id eſt libertatem minui, non quod omnino auferatur: eadem ratione, qua ſenecta admere vires dicitur, id eſt diminuere, non penitus auferre. Tam multa enim ſunt propria ciuium, vt liber vere pleneque dici non poſſit, qui ciuitatem amittit. Sed locus Ciceronis ex Oratione pro Cecinna quem eo in loco adduxi, facile confirmat noſtram ſententiam: quo lecto nemo facile de his dubitaturus eſt. Iam videndum eſt de minima capitis diminutione. Minima igitur dicitur: cum familia tantum mutatur, ſalua libertate, & ciuitate, l. vlt. hoc tit. Veluti cum quis definit agnatus eſſe alicuius familiæ, manet tamen liber & ciuis, dicitur minui capite, ſed minima capitis minutione. Minima enim capitis minutio agnationem tantum tollit, ciuitatem, aut libertatem non tollit. §. vlt. de legiti. agnat. tut. vt ſi emancipatus quis ſit, dicitur agnationem amittere. Familia enim, & agnatio, quiddam ciuile eſt magis, quam naturale. Sunt autem agnati qui per virilem ſexum coniuncti ſunt. Qui vero cognati ſunt, etſi per virilem ſexum deſcendant, inter ſe tamen non agnoſcuntur, nec dicuntur agnati. Argumento eſt, quod idem nomen non retineant: Ciuile quiddam hoc eſt. Natura enim non diſtinguit eos, qui per fœmineum ab his qui per maſculinum ſexum coniunguntur: ita vt hoc nomen iuriſperitis tantum ſit notum. Qui enim ſint cognati, omnes idiotæ norunt: qui vero ſint agnati, tantũ iuriſperiti. Igitur minima capitis diminutio dicitur, per quã agnatio tollitur,

Similitudo capitis diminutionis & ſenectutis.

quamuis retineatur & libertas & ciuitas. Exemplum eſt in arrogato & emancipato. l. 3. hoc titu. Is enim qui arrogatur, in alienam familiam adſciſcitur, tanquam eius ſit filius, qui eum arrogat. Emancipato etiam hoc manifeſte accidit: *cum emancipari nemo poſſit*, inquit Paulus, *niſi in imaginariam ſeruilem cauſam deductus*. Ea erat ratio temporis Pauli, cur filiuſfamilias minueretur capite per eius emancipationem, quia non poterat emancipari, niſi imaginaria quædam venditio intercederet. Huius imaginariæ venditionis ritum deſcribit Caius lib. 1. Inſtit. Mancipatio, inquit, eſt manus traditio, & quædam ſimilitudo venditionis eſt: quia & in emancipationibus præter illum, hoc eſt certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur. Ergo iſte naturalis pater filium ſuum fiduciario patri mancipat, hoc eſt, manu tradit, à quo fiduciario patre naturalis pater vnum aut duos nummos, quaſi in ſimilitudinem pretii accipit, & iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. Hoc ſecundo & tertio fit, & ſic de patris poteſtate exit. Plenius hæc traduntur apud Theophil. §. præterea. quib. mod. ius patriæ poteſt. ſoluit. Hic autem titus originem traxit ex lege duodecim tabul. cuius mentio eſt apud Vlpian. titu. 10. in fragment. his verbis: *Si pater filium ter venundedit, filius à patre liber eſto*. Scribit Dionyſius, Halicar. plus iuris patrem habuiſſe in filium, quam dominum in ſeruum. Quia ſi dominus ſemel ſeruum vendidiſſet, & fuiſſet manumiſſus ab emptore, non poterat recidere in poteſtatem veteris domini: ſed filius vſque ad tertiam venditionem recidebat in poteſtatem patris, ſi vendidiſſet eum emptori, qui eum manumiſiſſet. Hunc ergo ritum excogitarunt veteres emancipandi filios, quaſi conuenientem legi duodecim tabul. Sequitur in d. l. 3. *Aliter atq; cum ſeruus manumittitur*. Cum ſeruus manumittitur, non dicitur capite minui, ſicut filius cum emancipatur. Ratio eius diuerſitatis liquida eſt. Cum enim capitis minutio, ſit ſtatus mutatio, vt diximus, quæ conſiſtit in libertate, ciuitate, & familia: horum autem nihil habeat ſeruus: ſequitur non poſſe dici ſeruum capite minutum. Ergo & is qui dignitatem mutat, non ideo minui dici poteſt capite, Inſtit. de cap. minut. Ordine enim ſenatorio motus, non dicitur capite minutus, etſi ordine motus ſit. Admonui enim paulo ante ſtatum non tam late hic accipi, quam tit. de ſtatu hominum. Ex his igitur quæ diximus apparet, hoc ius, quod ad capitis diminutionem pertinet, ſubtilitate quadam niti. Hodie vero nulla eſt huiuſmodi venditio, & ne imaginaria quidem, propter conſtitutiones Principum, de quibus dixi tit. de emancipa. Sufficitque ſi voluntas patris coram magiſtratibus declaretur ex l. iubemus. & l. vlt. Co. de emancip. Sed etſi hodie non vtamur huiuſmodi imaginaria venditione, tamen ius idem retinemus, quod olim in emancipationibus. Et hoc quidem productum eſt vſque ad arrogationem. De emancipatione enim nulla fuit dubitatio tempore horum Iuriſconſ. ſed hoc productum fuit vſque ad arrogatos, quia in familiam aliam tranſeunt. Ex hac autem ſubtilitate iuris multa ſequuntur. Vnum eſt de quo dixi, quod quæ iuris ciuilis ſunt, facile tolluntur hac capitis diminutione quæ ciuilis eſt, velut agnatio, obligatio & actio ciuilis. Siue enim emancipatus obligatus fuerit alteri, ſiue alter ei fuerit obligatus ex ſtipulatione, poſt emancipationem deſinit teneri, propter capitis diminutionem. l. 2. hic. Ita enim ſublata eſt ea ciuilis obligatio, vt conueniri non poſſit iure ciuili. Si etiam actio aliqua ciuilis ei competierit, iure ciuili ea non poterit exerceri. nam certis ex cauſis permittitur filiofamilias agere, quamuis non ex omnibus, de oblig. & act. l. filiusfamilias. 39. Tolluntur ergo tantum obligationes ciuiles, naturales non item: quia hæc capitis diminutio nullum aliud habet fundamentum, quam ſubtilitatem iuris antiqui. Et certe, inquit Imp. ciuilis ratio ciuilia iura corrumpere poteſt, naturalia non vtique. §. vlti. de legit. agnat. tutel. Inſtit. Ideoque ait Vlp. l. 2. hic. *Hi qui capite minuuntur, ex his cauſis quæ capitis diminutionem præceſſerunt, manent naturaliter obligati*. Id eſt, manet naturalis obligatio in ſuo ſtatu. Eodem pertinet l. eas. hic. Actio ex ſtipulatu tollitur hac capiits diminutione: Actiones quæ præſtationem naturalem habent non amittuntur: quia ciuilis ratio non corrumpit ea quæ ſunt iuris naturalis. Nullum eſt aliud fundamentum huius diſputationis. Sequitur in d. l. eas. *Itaque de dote actio, quia in bonum & æquum concepta eſt, nihilominus durat etiam poſt capitis diminutionem*. Actio de dote naturalem habet præſtationem, vt mulier quæ dotem dedit eam repetat ſoluto matrimonio. Igitur merito durat poſt capitis diminutionem. Ideoq; addit Paulus: *Vt quandoq; emancipata agat*. Id eſt, etſi filia quæ dotem dedit, fuerit emancipata, vt nihilominus poſſit de dote agere. Obligationes igitur naturalem præſtationem habentes, in ſuo ſtatu manent, nec amittuntur per capitis diminutionem: ſed ſi ex ſtipulatione aliquid debeatur poſt emancipationem, dicitur ſublata obligatio & actio. Quod autem dicitur actionem tolli, intelligendum eſt de actione quæ ex contractu naſcitur, non autem ſi ex delicto. Quod enim hic dicimus, non pertinet ad actionem, quæ ex delicto deſcendit, ſiue ipſe de delicto quid debeat, ſiue ei quid debeatur. nemo enim, inquit Vlpian. delictis exuitur, quamuis capite minutus ſit. l. 2. §. nemo. hic. Id enim æquum non eſt, vt actio quæ ex delicto naſcitur, tollatur. Eodem pertinet l. tutelas. §. iniuriarum. eod. Etſi enim quis fuerit capite minutus, tamen obligationes ex delicto deſcendentes, quemcunque ſtatum perſona acceperit, cum capite ambulant: ſicut dicimus de actione noxali. Quod autem dicimus amitti hac capitis diminutione quæ iuris ciuilis ſunt, hoc eſt accipiendum cum hac exceptione, niſi ad iura publica pertineant. Iura enim publica non tolluntur capitis diminutione, quæ ſalua ciuitate accidit. l. amiſſione. §. vlt. & l. ſeq. nam ſi filiusfamilias ſenator vel magiſtratus, ſit emancipatus, non deſinit eſſe ſenator vel magiſtratus. quia abſurdum eſſet iura publica interuerti actis priuatorum hominum. vnde diximus amitti tãtum quæ ſunt iuris ciuilis, modo ea ad publicum ſtatum non pertineant, ſed ad ciuilem priuatorum. Quæſtio eſt de tutelis, an eæ finiantur ſi tutores ſint capite minuti, hæc tractantur in d. l. tutelas. Et breuiter dicendum eſt, legitimam tutelam quæ agnatis defertur, perire hac capitis diminutione, cæteras non item. Idem dicitur in §. vlt. Inſtit. quib. mod. tutel. finia. Verba ſunt notanda apud Iuſtinianum: quia Pauli verba in hoc loco ſunt ſubobſcura. Legitimæ igitur tutelæ quæ agnatis deferuntur, pereunt capitis minutione. Et ratio ex iam dictis eſt perſpicua: nam deſinit in familia eſſe is, qui capite minutus eſt. Cum ergo deſinat agnatus eſſe, neceſſe eſt eam tolli, agnatione ſublata. Cæteræ tutelæ, quæ teſtamento deferuntur, non pereunt per hanc capitis diminutionem, ſicut nec aliæ, quæ vel lege, vel ſenatuſconſulto deferuntur, vt ea quæ patri, vel matri defertur: quia hæ perſonæ in lege naturaliter deſignantur. nam pater, & mater nomina ſunt naturalia, ſed agnatus nomen tantum ciuile eſt. Cum igitur agnatio ex iure ciuili tantum naſcatur, ideo hæc tantum tollitur. Sequitur in d. l. tutelas. *Exemplis his quæ in iure alieno perſonis poſitis deferuntur*. Varia eſt huius loci lectio. In quibuſdam libris legitur, *Exceptis his quæ in iure alieno poſitis perſonis deferuntur*. Et ſic legitur in Pandect. Florent. in aliis eſt negatio, & legitur, *Exceptis his quæ in iure alieno poſitis perſonis non deferuntur*. Apparet lectionem eſſe corruptam: ſed ex his quæ ſequũtur ſenſus eſt facilis. Nam Paulus diſtinguere videtur tutelas legitimas, quæ agnatis deferuntur, quæque deſignantur ciuili nomine ab aliis. Vult igitur eos qui tutores teſtamento vel lege, vel ſenatuſcon. dantur, nihilominus eſſe tutores. Lex enim permittit patri filiis tutores dare. Ideoque ſi pater filiis ſuis tutorem teſtamento dederit, & is capite minutus ſit, nulla eſt cauſa, cur finiatur ea tutela: quia etſi agnationem amittat, tamen agnatione non eſt opus in hac tutela. Eadem eſt diſtinctio hæreditatum in l. capitis. infra. de ſuis & legitimis hæredibus. Legitima enim hæreditas vt ait ibi Pompon. quæ agnatis defertur ex lege duodecim tabularum tollitur capitis deminutione: aliæ quæ naturali nomine deſignantur, & ex legibus nouis, aut ſenatuſconſulto veniunt, non tolluntur. Legitimæ igitur tutelæ ex lege duodecim tabularum tolluntur, quia agnatis deferuntur: qui vt inquit Paul. d. l. tutelas. (ſic enim eo in loco legendum, vt in Pand. Flor. non quia) deſinunt eſſe familia mutati. Sed non eæ, quæ ex nouis legibus deferuntur, in quibus naturaliter perſonæ deſignãtur. Exempli gratia, cum Senatuſconſultum Orficianum & Tertullianum defert matri hæreditatem filii: nam mater & filius nomina naturalia ſunt, & quæ deſignãtur naturali nomine: agnatorum vero nomen magis ciuile eſt. Hodie autem ob cõſtit. Nouel. de hæredit. ab inteſt. hæc differentia eſt ſublata, inter agnationem & cognationem. Statuit enim eo in loco Iuſtinianus nullam eſſe habendam rationem veteris huius

Iura publica non tolluntur capitis diminutione: quæ ſalua ciuitate accidit.

diſtinctionis nec in tutelis, nec in hæreditatibus. Hac igitur conſtitutione derogatum eſt iuri veteri. Quæſtio alia eſt de vſufructu, & de eo quod in annos ſingulos relictum eſt, quæ tractatur in l. legatum. hic. Si vſusfructus ſit relictus, vel habitatio, ſe : in ſingulos annos aliquod legatum, an capitis diminutione id pereat. De vſufructu fuit dubitatio inter veteres Iureconſultos: quia vſusfructus eſt nomen iuris ciuilis: ſed noua conſtitutio Iuſtiniani extat edita Lampadio & Oreſte coſſ. qua conſtituit non amitti vſumfructum hac capitis diminutione, l. corruptionem. & l. pen. ad fin. C. de vſufruct. §. finitur autem. de vſufruct. in Inſtit. Sed quid de eo quod eſt relictum in ſingulos annos? Hæc quæſtio non eſt huius tractatus: nam hoc legatum non amittitur capitis diminutione: quia hoc legatum in facto magis, quam in iure conſiſtit, id eſt, legatū hoc iuris ciuilis non eſt. Nam quæ ciuilia ſunt magis quam naturalia, tantum tolluntur hac capitis diminutione: ciuilis autem ratio tollere iura naturalia non poteſt. Et certe multum intereſt inter vſumfructum & legatum in ſingulos annos, l. in ſingulos. infra, de annuis legat. Nam non ideo dicitur vſusfructus, etſi quid mihi ſit legatum in ſingulos annos. Vſusfructus enim eſt nomen ciuile, legatum in ſingulos annos, eſt nomen naturale. Quid ſit legatum in ſingulos annos idiotæ intelligunt, ſed non intelligunt quid ſit vſusfructus, ſed tantum iuriſperiti. In iure enim quodam vſusfructus dicitur conſiſtere, & ciuile quiddam magis eſt quam naturale. Deniq; hoc intereſt inter vſumfructum & legatum in ſingulos annos, quod inter agnationem & cognationem. Ideoq; dicit Modeſtinus d. l. legatum. Quia tale legatum in facto potius, quam in iure conſiſtit. Modus eſt loquendi apud Iureconſultos veteres vſitatus, quoties in eo de quo quæritur nudum factum eſt, ſine vllo iure: ſicut de pactis dicitur. l. ſi vnus. §. pact. ſupra de pact. In ſtipulationibus ius contineri, in pactis factum verſari. Hoc enim intereſt inter hæc duo ſtipulari & paciſci, quod inter agnationem, & cognationem. Nam ſtipulari eſt iuris ciuilis, paciſci eſt naturalis. Pactum nō confirmatur legib. Romanis, & ideo præter factum nihil eſt ciuile. ſic factum accipitur l. nec ſeruus. infra de pecu. Sic eſt intelligendum quod hic dicitur. quid inter legatum vſusfructus, & hoc legatum in ſingulos annos interſit, plenius, ſi dederit Deus, dicemus ſub tit. de vſufruct. Hactenus de his quæ amittuntur capitis diminuutione minima: nunc videndum quid reſtituatur edicto Prætoris: neceſſaria enim eſt reſtitutio ad ea quæ ſunt amiſſa. De reſtitutione igitur edictum quod propoſitum eſt à Prætore, pertinet tantum ad minimam capitis diminutionem. Nam reſtitutio in eo locum non habet quod eſt amiſſum maxima & media

Reſtitutio tantũ pertinet ad minimam capitis diminutionem.

capitis diminutione. Edictum eſt, aut ſaltem pars edicti Prætoris, vt ego puto in l. 2. hoc tit. ſub his verbis: *Qui quæve poſteaquam quid cum eis actum contractumve ſit, capite deminuti deminutæ eſſe dicentur, in eos eaſve perinde quaſi id factum non ſit, iudicium dabo.* His enim perſonis prætor actionem quandam reſtitutoriam proponit. Nam ſi actio ſit amiſſa aduerſus aliquem propter emancipationem, Prætor perinde in eum emancipatum dat actionem, ac ſi capite nunquam minutus fuiſſet. Hæc fuit viſa iuſta cauſa reſtitutionis in integrum. Vlpianus enim in initio huius capitis admonet edictum hoc pertinere ad eam capitis diminutionē, quæ ſalua ciuitate contingit, qualis eſt ea quæ fit per emancipationem. Et credibile eſt aliquid in edicto de hac re fuiſſe expreſſum. Si cui vero alia contingat capitis diminutio, videlicet ſi damnatus ſit in metallum vel in inſulā deportatus, non reſtituitur actio amiſſa. Ait enim Iureconſultus hos non poſſe penitus cōueniri, cum bona eorum confiſcata ſint in fiſcum, igitur ei qui ſucceſſit dabitur actio, ſed aduerſus eum qui dānatus eſt, actio non reſtituetur. Huc pertinet quod dicitur l. tutelas. §. pen. & vlt. Hic n. loquitur Paulus de eo, qui redactus eſt in ſeruitutem, in quē ait non reſtitui actionē quę prius competebat, quia non pōt eſſe actio cum eo, qui ſeruus eſt: ſed in dominum vtilē actionem. Sequitur, *Item cum ciuitas amiſſa eſt.* Exemplum eſt mediæ capitis diminutionis. Hic cōſtendit Paulus cur in deportatum non reſtituatur actio, vt poſſit cōueniri: quia iniquum eſſet eum qui cogitur inuitus exulare, adhuc conueniri: ſed dabitur actio aduerſus eos, ad quos bona eius peruenerunt. Hoc igitur edicto proponitur actio reſtitutoria, ſiue reſciſſoria. Sed ēt actio emancipato reſtituetur, quamuis nihil ſit de eo expreſſum in edicto. Itaq; ſuſpicor multa in eo deſiderari. Et certe apparet iuriſconſultos interpretari particulam edicti in l. eas obligationes. hic. Ait enim Gaius emancipatam filiā poſſe agere de dote. Cum igitur quæritur in hoc edicto an reſtitui debeat actio filiofa. diſtinguendæ ſunt actiones ciuiles ab his quæ præſtationē naturalē habent, vt iam diſtinximus. Nam ſi ciuilis eſt actio, & ex cōtractu deſcendat, reſtituitur actio: ſi vero naturalis, aut ex delicto deſcendat, non reſtituitur, quia non tollitur. De natura autē huius actionis duo ſunt notāda. Primo, ꝙ hæc actio nō datur in ſolidum, ſed quatenus facere pōt emancipatus, l. 2. C. quod cum eo qui in aliena poteſtate. hocq; eſt intelligendum de alia parte edicti. Boni. n. cōſulere debet creditor, qui mero iure amiſerat actionē, ſi obtinere poſſit actionem in id quod facere poteſt emancipatus. Deinde ꝙ hæc actio dicitur perpetua, & hæredi & in hæredē cōpetere, l. 2. §. vlt. non enim videbatur perpetua eſſe debere, & in hæredē & hæredi cōpetere, quod reſtitutio contra ius ciuile concedatur: cum aliæ actiones Prætoriæ habeāt præfinita tēpora. Nam actio quod metus cauſa, intra annū tantū datur in quadruplum aliæ intra certa tēpora. Tum vero maxime, ꝙ contra ius ciuile hæc actio detur. Sed prætori viſum eſt hoc cōſtituere, nullūq; præfinire tēpus, quia hac actione emendatur tantū mera iuris ciuilis ſubtilitas. Nihil enim poteſt cauſari emancipatus, quominus ſoluat, quam iuris ſubtilitatem. Sed ſi quis contraxerit, aliud eſt, quia poteſt cauſari vel dolum, vel ſimplicitatem. Poſtremū eſt hanc actionē denegari, cum ratio aliqua id poſtulat, vt l. 2. §. ei qui debitorē. Si. n. quis debitorē ſuum arrogarit, amittit quidē actionē. d. §. ei qui debitorē, ſed ſi emancipauit eum, quæri poteſt an ei reſtitui debeat actio. Videtur reſtituenda ex edicto: quia conſtat debitorem fuiſſe ante capitis diminutionem, & reſtituitur capite minutus. Sed alia ratio eſt cur non reſtituatur, quia conſenſu creditoris amiſſa eſt ea actio, & tacito conſenſu arrogato remiſiſſe videtur actionem.

IN TIT. VI. LIB. IIII. DIGEST.

EX QVIBVS CAVSIS MAIORES VIGINTIQVINQVE ANNIS IN INtegrum reſtituuntur.

HIc ſubiicitur ea cauſa reſtitutionis, quæ pertinet ad abſentiam, propter quam maioribus etiam ſuccurritur. Sub titulo generali de reſtit. diximus varias eſſe cauſas reſtitutionis, metū, dolum, ætatem, & abſentiam. De hac abſentia ſub hoc titulo tractatur, & de aliis quibuſdam cauſis, ob quas non tantum minoribus, ſed & maioribus ſuccurritur. Huic titulo reſpondent tres alii tituli in C. tit. de reſtit. milit. & eorum qui reip. cauſa abſunt. tit. de vxorib. milit. & tit. quib. ex cauſ. maiores in integr. reſtit. Argumentum totius huius tractatus continetur edicto Prætoris quod extat in l. 1. hic. his verbis: *Si cuius quid de bonis, cum is metu, aut ſine dolo malo reipublic. cauſa abeſſet: inve vinculis, ſeruitute, hoſtiumq; poteſtate eſſet, ſiue cuius actionis eorum cui dies exiſſe dicetur: item ſi quis quid vſu ſuum feciſſet, aut quod non vtendo amiſit conſecutus, &c.* Hoc igitur ſummatim continetur hoc edicto, ſi læſum ſit ius alicuius propter eius abſentiam vel caſum, vel impedimentum aliquod, vt puta, propter ſeruitutem & captiuitatem, ei ſuccurritur per reſtitutionem, ſi forte ex eius bonis quid vſucaptum ſit, ſiquid de bonis eius exierit, aut ſi dies actionis exierit (de vtroque enim loquitur Prætor) id eſt ſi dominium amiſerit rei ſuæ, per abſentiam, vel quia actio erat temporaria, quam intra diem conſtitutam non inſtituit. Ita enim læditur ius abſentis propter abſentiam: & iuſtiſſima cauſa reſtitutionis eſt, cum ius abſentis propter caſum aliquem læditur. Deinde ſi læſum ſit ius alicuius præſentis propter abſentiam alterius: vt quia non potuit agere propter abſentiam aduerſarii contra quem volebat agere. Hæc fere continentur edicto prætoris. Suſpenditur autem ſententia totius contextus edicti vſque ad finem edicti. Cuius actionis, id eſt, alicuius actionis. Eorum cui, id eſt, alicui eorum. Deinde verbum reſtituendum eſt ſub finem edicti, *Earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi poteſtas erit: item ſi qua alia mihi iuſta cauſa eſſe videbitur, in integrum reſtituam.* Nam poſtrema verba ad ſuperiorem locum referuntur, & ſententia hucuſq; ſuſpenditur. Totum enim hoc edictum eſt vna periodus. Hoc ſit veluti argumentum totius diſputationis. Duo autem ſunt

præcipua

præcipua capita huius edicti, vt ex eius recitatione animaduertiſtis. Priore capite ſuccurritur abſentibus vel aduerſo caſu laborantibus, ſi læſum ſit ius eorum vel propter abſentiam, vel propter caſum aliquem: poſteriore ſuccurritur contra eos quorum abſentia nocuit, & ius aliorum læſum eſt. Hæc capita diſtinguemus, vt omnia commodius explicentur. Videamus de abſentibus.

De abſentia.

VT igitur reſtitutio detur ex hac parte edicti, duo ſunt neceſſaria. Vnum eſt abſentia eius qui petit reſtitutionem, aut caſus, aut impedimentum: alterum eſt damnum ex ea re contingens. Hæc duo ſunt diligenter notanda & obſeruanda, ob diplomata. & reſcripta quibus petitur reſtitutio. Nam oportet vtrumque allegare, & abſentem fuiſſe, vel aliquid caſu eueniſſe ei, tum quoque damnum ei contigiſſe. Summatim hoc continetur non tantum edicto, ſed & l. 2. C. de reſtit. milit. Si quid de bonis eorum, qui reip. cauſa abſentes ſunt, deminutum eſt, actioneve qua competente eis aliquis liberatus fuit, in integrum reſtitutio perpetua iuriſdictione intra annum vtilem permittitur. Nihil potuit breuius dici, multoque hoc caput eſt breuius quam edictum Prætoris, & multo clarius. Hic tamen loquitur de abſentibus Reipub. cauſa, quia ſpecies inciderat de huiuſmodi abſentibus. *Si quid de eorum bonis deminutum.* In Prætoris edicto idem dicitur, de bonis deminutum. Et quod ſubiicit *actioneve qua competente, &c.* idem eſt quod in edicto prætoris, ſi actionis dies exiiſſe dicetur. Cum autem ait, *Perpetua iuriſdictione.* Id eſt edicto perpetuo prætoris, cuius mentio eſt in l. 1. hic. Edicta enim proponebantur perpetuæ iuriſdictionis cauſa, de quo diximus l. ſi quis id quod. ſupra, de iuriſdict. Duo ergo ſunt neceſſaria vt ex hoc capite reſtitutio impetretur, vel abſentia eius qui petit reſtitutionem, vel abſentia alterius. Videamus de priori. Exempla varia ſunt, tam ex edicto ipſo, & ex interpretatione prudentum, quam etiam ex reſcriptis Principum. In primis in edicto dicitur, *Cum is metu abeſſet.* Primum ergo exemplum eſt, cum quis metus cauſa abfuerit: non dico, ſi quis metu compulſus fuerit quid dare de bonis ſuis, ſed ſi metu abfuerit à domo ſua, forte imminente bello, & ob eam cauſam ſit forte ius eius læſum, & dies actionis exierit, in integrum reſtituetur. Hæc autem verba interpretantur Iuriſconſulti l. 2. §. vlti. & l. 3. hic. vbi quomodo metum accipere debeamus docet, & diximus ſub tit. quod metus cauſa. Affectum ridicule interpretatur Accurſius defectum. Affectus πάθος eſt Græcis. Nam an quis metu abfuerit intelligitur ex eius affectu, id eſt quo animo, qua opinione abfuerit. Metus eſt (inquit Cic.) affectus ex opinione magni mali impendentis. ſubiicit poſtea in d. l. 3. *Sed non ſufficit quolibet terrore abductum timuiſſe, &c.* Tota igitur inquiſitio huius rei iudicis relinquitur arbitrio, quia pendet ex coniecturis, nec poteſt in vniuerſum definiri, quando ſit danda reſtitutio. Alterum exemplum eſt in eodem edicto, de eo qui abeſt ſine dolo reipublicæ cauſa. Hæc verba interpretantur iuriſconſulti in l. 4. & ſeq. Tria ergo hic requiruntur: primum quod abfuerit: alterum quod Reip. cauſa: tertium, quod ſine dolo malo. Oportet enim abfuiſſe, nec ſufficit eum Reip. cauſa occupari, vt dicitur in l. ſeq. Magiſtratus enim qui ius Romæ dicebant, etſi reipub. operam darent, tamen non habebantur pro abſentibus. Aliud in militibus eſt conſtitutum iure ſingulari, vt habeantur pro abſentibus. Qui autem dicantur abeſſe docet Iuriſconſultus in l. abeſſe, hic. Solet ſæpe tractari quæſtio de præſentia & abſentia in vſucapionibus. Aliquando eſt probabiliter dubitatum: cum dicitur vſucapio locum habere decennio inter abſentes, triennio inter præſentes, an præſentes ſint qui in eadem vrbe ſunt, an qui in eadem prouincia. id definitur in l. vlt. Cod. de præſcript. longi temp. vbi ait Iuſtin. hoc de prouincia eſſe intelligendum. Præſentes enim ſunt qui in eadem prouincia ſunt. Sed aliter hic hoc verbum interpretamur quam in vſucapione: nec mirum. Nam verba debent capi pro materia ſubiecta. Inſpiciendum enim eſt quid ſpectarit, vel quid voluerit Prætor, vel iuris author. In vſucapionibus ratio exigit, vt ita interpretemur abſentem: quia eadem eſt ratio eius, qui ab vrbe profectus eſt, & eius qui prouincia exceſſit. Aliud eſt in reſtitutione: quia eum abeſſe hic intelligimus, qui iam in ea cauſa eſt, vt non poſſit incommodum & læſionem vitare, quæ accidit ſi ab vrbe profectus ſit, licet adhuc ſit in prouincia: quia ſuccurritur his, qui non potuerunt cauere ne ius ſuum læderetur. Ergo reipublicæ cauſa dicuntur abeſſe qui abſunt prouinciæ alicuius adminiſtrandæ cauſæ, legationis cauſa, militiæ cauſa, vt hic leg. pen. & tit. Cod. de reſtit. militum. Et locus apertus de militibus. leg. 3. Cod. de reſtit. mil. Et hic poſſunt obſeruari loci communes de militibus, & iure militari. Deinde dicitur, *Si quis abfuerit reip. cauſa, ſine dolo malo.* Doli mali facta eſt mentio plenioris declarationis cauſa, vt oſtendit l. 4. hic. nam ſi cum quis abeſſet legationis cauſa, commodi alicuius captandi gratia tardius rediit, quam oportebat: vult Iuriſcon. ei non eſſe ſuccurrēdum quaſi dolo malo abfuerit: quia qui ſui commodi gratia abeſt, non abeſt reip. cauſa. Hoc igitur addidit Prætor ne quis cauillari poſſet edicti verba. Reipub. autem cauſa eos ſolos abeſſe intelligi vult Vlpian. qui non ſui commodi cauſa, ſed coacti abſunt, l. reipublicæ. 36. idem in leg. non vere. 42. ideoque cum aliqua dubitatio eſſet de his qui re vera reipub. cauſa ſunt profecti, ſed diutius manſerunt ſui commodi cauſa, Prætor hæc verba addidit, *Sine dolo malo.* Idem dicitur de eo qui data opera hoc affectauerit, etiam ſi forte non captandi lucri cauſa diutius manſerit in legatione, vt hoc caſu ei non ſuccurratur. Et eſt locus communis de affectato munere, puta de affectione. Affectatum munus nemini prodeſt. & ſimile dicitur in l. 2. §. vlt. ſupra ſi quis cau. Si quis iudicio ſe ſiſtere non potuerit, quod à magiſtratu retentus ſit, datur exceptio contra pœnam petentem, ex ſtipulatione iudicio ſiſti. Sed ſi hoc affectauerit, non dabitur ei exceptio. Simile de affectata tutela. l. ſpadonem. §. vlt. infra de excuſ. tutor. & §. idem tria. Inſtit. de exc. tut. Sed & ei qui litis vitandæ cauſa militiam appetierit, non ſuccurritur, ſi læſus ſit: de quo l. 1. C. qui militare poſſ. lib. 12. Poſſet tamen hoc in loco, pro litis cauſa, legi, dicis cauſa, vt alias monui: quod quid ſit, videte in l. Iuriſgentium. §. dolo. ſupra de pact. & libr. 1. Diſputa. cap. 47. Deinde dicitur in edicto Prætoris, *In vinculis,* Si quis cum in vinculis eſſet, ius ſuum amiſerit, iuſta eſt cauſa reſtitutionis. Hæc verba interpretantur Iureconſ. in l. ſuccurritur. & l. ſeq. Illa autem verba, *In vinculis,* eſſe latius accipienda refert Calliſtratus, & fere de cuſtodia publica intelligi, ſicut & tit. de cuſto. reo. Carceres enim priuati legibus vetiti ſunt, l. vn. C. de priua. carceri. Cuſtodia autem militaris eſt, cum conſules in prouincia milites ſuos cuſtodiendos dabant. Conſules enim in prouincia ſuos habebant milites, vt alias monui: quia fungebantur magiſtratu militari. Sed notandum eſt, cuſtodiam, quæ ſpecies eſt carceris, non ad puniendos, ſed ad continendos homines haberi debere, vt l. aut damnum. §. ſolent. infra, de pœn. quamuis iure Pontificio pœna ſit carceris. c. quamuis. de pœnis. in 6. Sed vinculorum nomen latius accipimus, vt tam priuata quam publica vincula ſignificet, l. vinculorum. infra, de verb. ſigni. Vincti dicuntur, qui quoquomodo detinentur, ne poſſint diſcedere, etiam ſi nullis ſint compedibus ligati: tamen pro vinctis habentur, qui in latumiis ſunt. Addit Vlp. in eadem cauſa eſſe eos qui à militibus ſtatoribuſque, vel à municipalibus miniſteriis adſeruantur. In interpretatione huius edicti non tantum ea ſunt obſeruanda, quæ pertinent ad abſentes, ſed exempla interpretationum ſunt etiam obſeruanda: & ſi in his exemplis fuerimus attenti, magis nos iuuabunt, quam regulæ ab Accurſ. doctoribus excogitatæ. Aliquando ſequuntur Iuriſconſ. verborum vim & proprietatem: aliquando quod ſcriptum eſt in lege producunt longius, cum id eadem æquitas & ratio ſuadent, & credibile eſt Prætorem idem fuiſſe dicturum. De his igitur qui in his locis agunt, ex quibus diſcedere non poſſunt, idem videbatur dicendum quod de his qui in vinculis detinentur, vt illi quoque reſtituantur. Municipalia autem miniſteria ſunt hi, quos Sergentes vocamus. Hinc igitur colligitur, videndum eſſe an potuerint hi qui abſunt ſupereſſe, an aliquod fuerit impedimentum, vel aliquod paſſi fuerint detrimentum, per quod non potuerint cauere, ne dies actionis exiret. Et quoties id perſpicitur ex aliqua ſpecie, id ſequi debemus: & ſi verbis minus fuerit expreſſum, tamen interpretatione id conſequemur. Sequitur, *In vinculis autem etiam eos accipimus, qui ita alligati ſunt, vt ſine dedecore in publico parere non poſſint.* Eſt aliud exemplum interpretationis extenſiuæ, cum deficiunt verba: vt is qui ita

omnibus ſuis veſtimentis eſt exutus, vt ſine dedecore non poſſit apparere, dicatur vinctus eſſe, & ſi forte non contineatur locis: nam quia honeſte non poteſt apparere, dicitur apparere non poſſe. Et eſt locus communis, *vt ea facere non poſſe dicamur, quæ honeſte facere non poſſumus.* de quo l. filius. infra de condit. inſti. Sequitur in edicto, *In ſeruitute.* Horum verborum interpretatio eſt in l. ei quoque. & l. ſeq. Si enim liber homo deducatur in ſeruitutem, & quis contendat eum ſeruum eſſe, quamuis forte ſeruus non eſſet, iuſta cauſa eſt ei ſuccurrendi per reſtitutionem in integrum. Hoc autem edicto non continetur, qui de ſtatu ſuo litigat. Nam poſtquam lis eſt ordinata, habetur pro libero, l. ordinata, infra de lib. cauſ. l. lite. C. eo. vbi ea de re eſt plena diſputatio. Additur in edicto, *In hoſtium poteſtate.* Interpretatio eſt in l. item ei. 14. Non admodum fuit neceſſaria hæc adiectio: quia ſufficiebat dixiſſe in ſeruitute. Capti enim ab hoſtibus fiunt ſerui hoſtium, vt admonet Iureconſ. hac lege. Nec vero ait omnibus qui apud hoſtes ſunt eſſe ſuccurrendum, ſed captis tantum, non autem transfugis. De transfugis diximus in l. amiſſione. § vlt. ſuperio. tit. Cum autem addit Iuriſconſ. in d. l. item ei ſuccurritur: *Poterant tamen qui in hoſtium poteſtate eſſent, illa parte edicti contineri, &c.* Admonet hos captos potuiſſe contineri huius edicti parte. Sed etſi poſtliminio ſit quis reuerſus cum ab hoſtibus eſſet captus, ei ſuccurritur, cum aliis ſupraſcriptis ſubueniatur, & ſi potuerint habere procuratorem: vt & iis qui ibi ſunt mortui, cum multo maior ſit ratio his ſuccurrendi, qui procuratorem habere non potuerunt, vt ſcribitur in l. ab hoſtibus. hic. Hoſtium potiri autem, quo genere loquendi hic vtitur Vlpia. eſt in poteſtate eſſe hoſtium: quod & vſurpauit Plaut. in Aulul. quod Budæus non animaduertit in annot. Hæ cauſæ ſunt expreſſæ edicto Prætoris, propter quas reſtituitur quis ex priori parte edicti: aliæ ſunt cauſæ variæ, quæ continentur generali clauſula edicti, *Si qua alia mihi iuſta cauſa videbitur, in integrum reſtituam,* inquit Prætor. quæ quidem clauſula ad vtrumque caput edicti refertur, & ad primum, quo propter abſentiam ſuccurritur, & ad ſecundum quo ſuccurritur his quorum ius læſum eſt ob abſentiam aliorum. Huius clauſulæ mentio eſt in l. ſed & ſi per Prætorem. §. vlt. & ll. ſequen. in quibus docent Iuriſcon. variis exemplis, quid contineatur generali edicti clauſula. Primum eſt, ſi quis abſit pro ciuitate ſua, non continetur verbis edicti: quia non dicitur reip. cauſa abeſſe. Nam in legibus, & edictis Prætorum rempub. intelligimus pop. Rom. non rempub. cuiuſuis populi, & cuiuſuis municipij, l. eum qui vectigal. infra de verb. ſignif. & nos remp. ita in hoc loco accipimus. Sed tamen ſi quis legatione fungatur pro ſua ciuitate, æquitas ſuadet eum eſſe reſtituendum, d. §. vlt. Alia ſunt, veluti ſi teſtimonij cauſa quis abfuerit, vel appellationis. Et generaliter, aiunt Iuriſc. quoties quis ex neceſſitate, non ex voluntate abfuerit, ſuccurrendum eſt ei. Hæc verba ſunt diligenter notanda. Exempla ſunt de Prætore, ſed idem de aliis dicendum. Addit Vlp. in l. necnon. in princ. poſſe eſſe cauſam tam probabilem abſentiæ, vt etiam quis reſtituatur, & ſi cauſa neceſſaria non ſit. Et de hac cauſa deliberare debet Prætor, an ei ſuccurrendum ſit. Exempli gratia, ſi ſtudiorum cauſa quis abfuerit. Studiorum enim cauſa non eſt neceſſaria, ſed iuſtior & probabilior nulla eſſe poteſt, & vtilior reipublicæ. Eſt locus communis de fauore ſtudiorum, & de abſentia ſtudiorum cauſa. Edictum autem Prætoris de his loquitur qui in vinculis ſunt: ſed quid ſi quis promiſerit non recedere à loco, quo ſiſti iuſſus eſt, & fideiuſſorem dederit eo nomine, & vterque ad pœnam eſt obligatus? hic dicitur etiam ei ſuccurrendum per reſtitutionem: quod colligitur ex clauſula generali. Ad hunc locum pertinent alia exempla in l. abeſſe. 32. l. inter eos. l. qui mittuntur. & ll. ſeq. Sed quid de fiſci patrono? Fiſci quidem patronus non continetur priori parte edicti: quia is non dicitur recte reip. cauſa abeſſe qui cauſa fiſci abeſt, vt ſupra docui tit. ſi aduerſus fiſcum: ſed tamen ſuadet generalis clauſula edicti vt reſtituatur, d. l. inter eos. Sed qui notis ſcribunt acta, qui dicuntur notarij, non dicuntur abeſſe reip. cauſa, quia operam dant ſcripturæ: & ex vrbe non remittuntur cum conſulibus, & Præſidibus, ſed eis dant operam ob mercedem aliquam, nec ſunt relati in commentarium Principis, vt dicitur in d. l. abeſſe. Alij referebantur in commentarium Saturni, qui dicebantur Principis commentarij, & hi dare operam Reipub. dicebantur. Succurritur tamen militum medicis, vt & ipſis militibus. Aliud exemplum de his qui operas in publicum dant quod cauſa vectigalium locatum eſt, vt reip. cauſa abeſſe non dicatur. l. miles. de quibus tit. de public. & vectigalib. & qui quare ſic dicantur docuit Budæus in annot. Exempla autem quæ ſequuntur, lectionem tantum deſiderant. Nunc videndum de vxoribus militum.

IN TIT. LII. LIB. II. COD.
DE VXORIBVS MILITVM.

ALIVD exemplum generalis clauſulæ, ſub hoc tit. continetur, ſi vxor militis cum marito reipub. cauſa peregrinata ſit, & excluſa fuerit temporaria actione, nam ſicut ipſe miles reſtituitur. Hoc notare debent hi quibus res eſt futura cum militibus Germaniæ, quos vocamus *Les Landſquenets.* Quædam alia non difficilia ſunt in eod. tit. Obiicitur quod dicitur in l. obſeruare. de offi. proc. melius eſſe proconſulem ſine vxore proficiſci, quod difficile non eſt. Non enim vetat quo minus proconſules ducant vxores ſuas, ſed ait melius eſſe, ſi non ducant: tamen eas ducere poſſe, modo præſtent factum vxorum ſuarum, ex S. C. quod factum eſt Cotta & Meſſala conſulibus. Huius S. C. mentio eſt apud Cornel. Tacit. lib. 3. & lib. 4. Hæc autem exempla demonſtrant vim effectumque huius clauſulæ. Alia exempla crebra occurrunt in iure ciuili, quæ debent obſeruari, vt l. 1. §. ſi quis propter. inf. de itin. actuque priuat. l. Pannonius. infra de acqui. hæred. l. Piſces. C. de appel. Alij caſus quotidie occurrunt, qui non poſſunt ſigillatim tradi, in quibus ſequenda eſt regula quæ hic traditur. l. ſed & ſi. §. vlt. vt quoties æquitas reſtitutionem ſuggerit, ad hanc clauſulam generalem ſit deſcendendum. Eſt ſimilis regula in l. Diuus. ſupra de in integ. reſtit. vbi aliud eſt exemplum huius reſtitutionis, de eo qui citatus per præconem non adfuit, ſed confeſtim adiit Prætorem pro tribunali ſedentem: cui per reſtitutionem ſuccurri ait Iuriſconſ. Hinc quæſtio difficilis & obſcura naſcitur de eo qui procuratorem habuit, vel habere potuit. Dicimus abſenti ſuccurri: ex mente Vlpiani. Exempli gratia, erat abſens quis, vel in vinculis, qui dimiſit procuratorem, vel dimittere potuit. Poteſt enim ei obiici: potuiſti agere & interrumpere vſucapionem per procuratorem quem habuiſti, vel habere potuiſti. Variant iura in hoc caſu. nam in quibuſdam locis videtur permitti reſtitutio, vt relegato in l. ſed & ſi. §. 1. nam quia procuratorē potuit relinquere quem non reliquit, putabat Pomp. ei non ſuccurrendum. Vlp. tamen exiſtimat, ei ex magna cauſa ſuccurri poſſe: & recedit à ſententia Pomp. Similis locus eſt in ea l. ſed & ſi. §. vlt. de eo qui legatione pro ciuitate ſua functus eſt. nam ſiue procuratorem habuit, ſiue non reliquit, tamen ei ſuccurri debere, & eum reſtitui in integrum ſcribit Vlp. in aliis locis videtur denegari reſtitutio ei qui procuratorem habuit, vel habere potuit, vt l. is qui. 39. de eo qui reipub. cauſ. abfuturus erat, & procuratorem reliquit. Quibus verbis nihil videtur clarius. Ei tamen aduerſatur l. ſed etſi. §. vlt. Et ſimile eſt in l. Papinianus. ſupra de minoribus. Quidam cum in exilio eſſet, amiſit tempus ſtatutum reſtitutionib. in integrum: abſentia hæc eſt neceſſaria. Papinianus ſubiicit, non ſuccurri ei, quia procuratorem habere potuit. Hæc ſunt valde difficilia explicatu, nec nodus eſt difficilior in hoc tractatu. Pro cuius tamē explicatione diſtinguenda ſunt genera abſentiæ. Etſi enim abſentibus læſis ſuccurratur, tamen non omnib. ex quacunq; cauſa abfuerint. Nam abſentia alia fauorabilior eſt alia, vt abſentia reip. cauſa. Fauor enim reip. ſuadet vt abſenti reip. cauſa ſuccurratur plenius, quam ei qui propter carcerem, aut exiliū abeſt. Vnde cum loquimur de abſentib. reip. cauſa, dicendum eſt eis ſuccurri ſine diſtinctione, ſiue procuratorem habuerint, ſiue nō, vt dicitur in l. ſed & ſi. §. vlt. Imo & ſi quis ob ciuitatem ſuam abſit tantum, tamē fauorabilior eſt eius reſtitutio, quam aliorum. Et hoc ait Iuriſconſ. conſtitutum. Nam quia videbat hunc non abeſſe reip. cauſa, qui ſuæ ciuitatis cauſa abeſt, voluit confirmare ſententiam ſuam authoritate conſtitutionū. Nam cum late accipimus rempub. etiam poſſunt dici reip. cauſa abeſſe hi qui abſunt in legatione ciuitatis ſuę cauſa. Sed magnum negotium faceſſit d. l. is qui. 39. Nos tamen hoc caput cum pleriſque aliis ita interpretari ſolemus, vt id referamus ad

poſterio

poſteriorem partem edicti, non ad eam partem quam nunc interpretamur. Dum enim ait Paulus: *Is qui reipublicæ cauſa abfuturus erat, ſi procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum volens reſtitui non audietur*: perinde eſt ac ſi dicat, ſi is qui reipub. cauſa abeſt, reliquit procuratorem, non audietur qui cupiet aduerſus eum reſtitui. Diſtinxi enim duo cap. edicti: priori dixit ſuccurri abſentibus qui reipub. cauſa abſint, &c. altero præſentibus quibus nocuit aliorum abſentia. Exempli gratia: Res vſucapta eſt, quia non potuit aduerſarius conueniri propter abſentiam ſuam: æquitas ſuadet vt reſtituatur. Hoc intelligitur, niſi procuratorem reliquerit, quem potuit conuenire is, cuius res vſucapta eſt. Alij dicunt ſyntaxin non pati hanc interpretationem: quibus non aſſentior. Hæc interpretatio colligitur ex leg. item ait Prætor. ſed quia pertinet ad poſterius caput edicti, & plenius ibi dicturi ſumus, non vlterius perſequemur. Abſentibus igitur reip. cauſa ſuccurritur, ſiue procuratorem habuerint, ſiue non: quia plenius eis ſuccurritur propter fauorem reipub. Cæteris non ſuccurritur, ſi procuratorem habuerint, ſiue habere potuerint, vt dicitur leg. Papinianus. ſupra de minor. Hoc tamen eſt intelligendum, niſi ex magna aliqua cauſa eis videatur ſuccurrendum. Hæc exceptio colligitur ex leg. ſed & ſi. §. 1. hic. *Ex cauſa*, inquit Vlpian. *puto ipſi ſuccurrendum*, Non. n. improbat ſententiam Pomponij, ſed ait aliquando ex cauſa ei poſſe ſuccurri. Id exemplo ſum demonſtraturus, vt facilius res intelligatur. Si grauis ſit cauſa quæ pręſentiam domini maxime requirat: (*Non facile enim ſuccedunt, quæ oculis geruntur alienis*, inquit Liuius lib. 20.) Tunc æquum eſt ei ſuccurri, etſi procuratorem reliquerit, vel habere potuerit. Ergo ſi relegatus, vinctus, incarceratus procuratorem habuerit, aut dimiſerit, vel dimittere potuerit, nec dimiſerit, ſi læſus petierit reſtitutionem, ſuccurretur ei in graui cauſa. Sic ex Germania conſultus reſpondi pro illuſtriſſimo Principe Landgrauio Haſſiæ cum eſſet in vinculis. Quærebatur. n. an poſſet reſtitui aduerſus rem iudicatam. quia res erat iudicata eo tempore quo erat in vinculis. Dicebatur potuiſſe habere procuratorem. Sed ego conſultus reſpondi ei ſuccurrendum, quia cauſa erat magni ponderis. Nam cum potens ei eſſet aduerſarius, Comes Naſſouiæ, gratioſus apud Principem, iniquiſſimum fuiſſet ei denegare reſtitutionem, & ſi forte ob delictum fuiſſet in vinculis. Nam hoc de relegatis dicitur, & tamen ex cauſa eis ſuccurrendum eſſe dicitur. Sic eſt intelligendum quod dicitur in l. nec non. hic, de eo qui ſtudiorum cauſa abfuit. Intelligenda. n. ſunt hæc omnia, cum hac diſtinctione, & reuocanda ad æquitatem. Æquitas & ratio naturalis eſt in conſilium adhibenda, ſecundum regulam quæ traditur in l. ſed & ſi. §. 1. vt quoties æquitas ſuggerit, reſtitutionem eſſe concedendam. In hac autem cauſa æquitas ſuggerit, vt reſtitutio detur: quæ quidem æquitas facile iudicatur ex circumſtantiis: nam quæ in æquitate poſita ſunt, non poſſunt definiri, l. de acceſſionibus. de temp. præſcrip. & ideo committuntur boni viri arbitrio. His addendum eſt, vt quãuis reſtituatur is, qui habuit procurarem, ex cauſis, de quib. diximus, tamen in ratione reſtituẽdi multum intereſt, an procuratorem habuerit, an non, l. vlt. de reſtit. in integ. Si. n. abſens reip. cauſa procuratorem reliquerit, & tandem damnatus ſit, nihilominus reſtituitur, ſed eatenus vt ei permittatur appellare. Multum autem refert, an ad totam cauſam reſtituatur, an ad appellandum: ſi ad appellandum tantum, manebit res iudicata, nec reſcindetur ſententia: ſi reſtituatur ad totam cauſam, tota ſententia reſcindetur, & hoc intereſt inter minores, & eos qui abſunt reip. cauſa: ex quo intelligimus fauorabiliorem eſſe cauſam minorum quam eorum etiam qui abſunt reip. cauſa. Hactenus de abſentia aut impedimento, vel caſu, propter quem maior debet reſtitui. Admonui enim duo ſpectanda eſſe cum quæritur, an maior ſit reſtituendus ex hac parte edicti: primum an abſens fuerit, vel alio caſu impeditus, deinde an ius ſuum læſum ſit, propter illum caſum. Vtrunque colligitur ex verbis edicti, l. 2. Et ſimile eſt de reſtitutione minorum. l. nam poſtea. de iureiur. Sic non ſufficit aliquem abſentem fuiſſe, ſed oportet eum quid amiſiſſe quod ei ſit reſtituendum. Exemplum. Si quid de bonis exierit, vt ſi res eius poſſeſſa longo tempore, vſucapta ſit, & eius dominium eſt acquiſitum, ſic enim de bonis aliquid exiit: vel cum dies actionis exiit, & debitor liberatus eſt tempore, quia creditor actionem non inſtituit intra tempus præfinitum, nam tunc dicitur ius ſuum læſum, ideoque reſtituetur. Proprie autem dicitur quid de bonis exire, cum id amittitur, quod in dominio noſtro eſt: ſed tamen late porrigitur etiam ad obligationes, vt dicitur in l. bonorum appellatio. de verb. ſignfi. Sed tamen ea proprie dicuntur eſſe in dominio, vel quaſi dominio, quæ in bonis noſtris ſunt, non obligationes. Et viſum eſt Iureconſulto hæc ſeparare melioris interpretationis cauſa, ita vt poſterior hęc ad obligationes referatur, prior ad bona corporalia. Deinde hæc verba ſic interpretantur Iureconſulti, vt permittant etiam reſtitutionem in integrum, ſi lucrari quis deſierit, nam producunt etiam ad lucrum hæc verba, quamuis de damno videantur potius accipienda: quia ſi quis deſierit lucrari, nõ videtur ex bonis eius exiiſſe. Sed tamen ita accipiuntur verba prætoris, vt pertineant quoque ad lucrum. l. & ſi ne. 27. Idem dictum eſt à nobis de minoribus, l. ait Prætor. §. hodie, de minorib. Exemplum huius rei habetis in l. Iulianus. l. 37. Si quis velit reſtitui ob legatum in ſingulos annos relictum. agitur enim hic de lucro, non de damno, & tamen propter hoc lucrum omiſſum reſtituitur. Siue igitur quid è bonis exierit, ſiue quid lucrari quis deſiit, reſtituitur. Hoc autem eſt intelligendum, niſi quis lucrari velit ex alterius pœna, vel damno. leg. ſciendum. 18. quia tunc non audietur. De pœna ſimile vidimus l. auxilium. de minoribus. vt ſi minor velit iniuriarum agere & furti, & non perſequatur rem, ſed pœnam, non reſtituetur. Auxilium enim reſtitutionis perſecutionibus pęnarum non eſt paratum. Sic intelligo illa verba leg. auxilium, vt propter abſentiam ad maiores quoque pertineant. De damno exempla ſunt in leg. ſciendum. l. deniq;. & l. nec vtilem. vbi ſunt hæc verba, *Auferre domino*. Sic eſt legendum, vt in Florentinis. Nota in l. denique. non reſtitui ea quæ facti ſunt, ſed ea quæ iuris. Ergo tota reſtitutio ex æquitate pendet, & quoties quid alienum videtur ab æquitate, denegatur reſtitutio, vt ſi de lucro acquirendo, cum damno alterius agatur. Eſt tamen alia ratio cur hic non poſſet reſtitui aduerſus hanc vſucapionem, de qua ſuo loco dicemus.

IN TIT. LI. LIB. II. COD.

DE RESTITVTIONE MILITVM, ET EORVM QVI *reip. cauſa abſunt.*

ALIA exempla varia reperiuntur ſub hoc titul. Cod. vt in l. 1. Quod miles cui bonorum poſſeſſio delata erat, non petierat bonorum poſſeſſionem, nunc cauſatur abſentiam ſuam. Dicitur eum poſſe reſtitui, quia ius ipſius læſum eſt: nam acquiſiſſet ſibi hæreditatem. igitur enim reſtitui oportet. Vnde notandum, tempora bonorum poſſeſſionis currere abſenti reip. cauſa, ſed tamen eum reſtitui. Simile exemplum eſt in l. hoc. tit. De hac præſcriptione dixi tit. ſi aduerſus fiſcum. & l. omnes. Cod. de quadriennij præſcrip. Aduerſus hanc præſcriptionem reſtituitur non tantum minor, ſed & maior. Hic notandum aduerſus fiſcum etiam abſentem reip. cauſa reſtitui. Aliud eſt exemplum in l. 6. ſi vendita ſint pignora, & debitor cauſetur abſentiam ſuam Reip. cauſa, ob quam factum ſit, vt pignora ſua non liberarit, reſtituitur. De hac reſtitutione dixi tit. C. ſi aduerſus fiſcum. Exempla hæc ſufficiunt in arte tradenda. Infinitum enim eſſet omnia tradere. In hac igitur priori edicti parte quod interpretamur, diximus duo eſſe neceſſaria. Primum eſt quod oportuit eum fuiſſe abſentem qui reſtitutionem petit, vel alio quouis modo fuiſſe impeditum, deinde oportet eum aliquo affectum fuiſſe damno, alias non reſtituitur. His igitur duobus concurrentibus, locum habet reſtitutio. Quod tamen ita eſt accipiendum, ſi damnum ob eam abſentiam ei contigerit. Nam hæc duo poſſunt concurrere, abſentia ſcilicet & damnum eius, qui vult reſtitui, ita tamen, vt damnum ex ea abſentia non ſit conſequutus: quo caſu tunc non reſtituitur. Intelligimus enim reſtitutionem, cum ex bonis eius quid exiit. Huc pertinet l. is qui. 44. Lęſus eſt abſens reip. cauſa, quo tempore aberat, in qua re etſi non abfuiſſet reip. cauſa, damnum

ramen erat paſſurus, vel caſu, vel etiam ipſius culpa, non reſtituetur, quia damnum non accepit propter abſentiam. Et ſimile eſt quod diximus de minoribus. l. verum. §. ſciendum. de minor. oportet enim minorem vt reſtituatur circumſcriptum eſſe lubrico ætatis, non tantum captum eſſe. nam ſi in re captus eſt in qua aliquis prudens fuiſſet captus, non reſtituetur. Ergo idem de maiore dicemus: quia non ſufficit quem abſentem fuiſſe, damnum paſſum, ſed damnum paſſum propter abſentiam: nam alias non reſtituitur. Et hoc eſt exprimendum diligenter in formula diplomatis, in qua impetratur reſtitutio. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, an ob damnum poſt abſentiam contingens quis reſtituatur ex hac parte edicti. nam hic diximus ſuccurri abſentibus quorum ius læſum eſt. Quid igitur ſi abfuerit quis reipubl. cauſa, & ius eius ſit læſum, poſtquam reuerſus eſt, an reſtituetur? Quæſtio naſcitur ex eo quod reſcriptum fuiſſe Vlpian. ait, in edicto Prætoris. leg. ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. Interpretatur Iureconſ. hoc verbum, *Poſteave*. in editione Norica legitur, *Poſteaue*. in hac priori edicti parte. Quibus verbis ſignificat Prætor, non tantum ſuccurri ei, ex cuius bonis quid exiit cum abſens eſſet, ſed & ſi poſteaquam exierit è bonis eius. Hoc verbum in vulgaribus codicibus qui impreſſi ſunt, ante editionem Haloandri non legitur, ſed legitur *Siue*. In editione Norica, non legitur *Siue*, ſed *Poſteave*. Hoc *Poſteave* ne in Florentino quidem Codice legitur, ſed *Siue*. Sed manifeſtum eſt, in edicto legendum eſſe, in aliqua parte, *Poſteave*. In omnibus Codicibus ita legitur in hac lege, ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. Prætor edixit, *Poſteave*. Ego puto vtrumque verbum legendum, & *Poſteave*, & *ſiue*, hoc ſenſu, *poteſtate eſſet, poſteave, ſiue cuius act. &c.* Hæc videtur verior lectio, hoc ſenſu, Si quid exierit cum quis abeſſet reipub. cauſa, vel poſteaquam abeſſe deſiit, ſiue dies actionis exierit. Nam ob vtramque cauſam datur reſtitutio, ſiue quid ex bonis exierit, ſiue actionis dies exierit. Sed ad quæſtionem propoſitam hic reſpondet Vlpianus dict. leg. ab hoſtibus §. ſed quod ſimpliciter. Si poſtquam quis abfuit reip. cauſa, aliquid è bonis eius exiit, an ſit reſtituendus: Cum ait Prætor, *Poſteave*, videbatur ſimpliciter accipiendum: ſed quia abſurdum eſſet, generaliter interpretari quod ſimpliciter Prætor dixit, adfert Vlpianus interpretationem de modico tempore, ſicut diximus hanc vocem accipiendam eſſe, *Pluriſve*. Hæc res eſt tanti, pluriſve. Hæc enim adiectio ad modicam ſummam pertinet. l. hæc adiectio. de verbor. ſigni. Ergo hoc loco ſuccurritur ei qui dum abſens eſſet Reipub. cauſa, læſus eſt, poſteave, quod ad modicum tempus eſt referendum. Id demonſtrat exemplo Vlpianus: Pone rem meam mobilem poſſeſſam eſſe non triennio integro, ſed ſupereſſe modicum tempus, puta diem vnum, aut alterum, dominus eius rei ab hoſtibus eſt reuerſus, completa eſt vſucapio. Reuerſus petit reſtitui, quæritur an poſſit? Ait Vlpianus eum poſſe reſtitui, & hoc tempus modicum, quo præſens fuit, pro tempore abſentiæ accipiendum. Nec tam præciſè acipiendum, quod hic dicitur, ſed debet accipi ἐν πλάτει, vt Iuriſconſulti loquuntur. Sed interpretatur Iureconſultus verba Prætoris. *Quandoque*. Sic legitur in Florentinis, & apud veteres ſignificat, *Quandocunque*. Dicit igitur Vlpian. *Sed ita demum ſi intra modicum tempus quam redit, &c.* Hoc adiecit vt oſtenderet, quod ſimpliciter à Prætore adiectum eſt, cum moderatione eſſe accipiendum, & cum ea interpretatione ex eo quod principaliter fuit propoſitum Prætoris, ſuccurrere neceſſitate impeditis, non negligentibus. Hæc verba in ipſo edicto interpretabimur, quia hoc tempus non expreſſum, nec præfinitum in edicto, & committitur Prætoris arbitrio, ſicut de tempore dicitur quod ad deliberandum adeundæ hæreditatis cauſa datur, leg. 1. de iure deliber. vt exempli gratia: Si poſſeſſa fuerit res biennio, & annus ſupererat ad implendam vſucapionem, redit ex legatione, toto anno neglexit agere aduerſus poſſeſſorem, ait Vlpianus ei non ſuccurrendum, quia tantum impeditis rerum neceſſitate ſuccurritur. Hæc exempla adduxi vt rem magis illuſtrem. Sed magna quæſtio eſt, an illud biennium ſaltem deducendum ſit, an poſſit reſtitui aduerſus illud biennium quo abfuit reipubl. cauſa, & ſi anno præſens fuit, de quo l. quod tempore. Cod. de reſtit. milit. Nos hanc quæſtionem tractabimus in ſequenti cap. huius edicti. Ex his quæ dicta ſunt intelligimus: Si quis propter ſuam abſentiam ius ſuum amiſerit, eum reſtituendum. Hoc tamen eſt intelligendum, ſi modo per leges & edicta id liceat. Hoc eſt expreſſum generali huius edicti clauſula, quæ quidem ad vtrunque caput edicti pertinet. Quod adiecit Prætor, vt oſtenderet ſe neminem contra leges velle reſtituere. Dum autem dicit, *Et edicta*, edicta ego intelligo Principum. Principes enim aliquando diſcernunt, vt dixi l. 1. de conſtit. Princip. & Theophil. tit. de iure natu. gent. & ciuili. in Inſtit. Nam Prætor nunquam iura populi Romani auſus eſt abrogare, l. cum ſponſus. de publiciana in rē actione. Prætor dicitur iuris ciuilis cuſtos, apud Cic. Adiuuat Prætor, & ſupplet quod deeſſe videtur iuri ciuili interpretatione, l. ius autem. de iuſtit. & iure. vbi viua vox dicitur iuris ciuilis. hoc non eſt legem tollere, quamuis corrigere legem dicatur. Vocat Ariſtoteles ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου, quod cuiuſuis non eſt, ſed tantum Iuriſperiti: leges etiam cupiunt vt iure regantur. Nam temperantur leges interpretatione ex bono & æquo, vel vt ait Philoſophus, ἐκ τῆς ἐπιεικείας. Ait ergo Prætor, *Quod eis per leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta, decreta Principum licebit*. Exemplum huius clauſulæ non poteſt ab aliis reperiri: vnum videor repeperiſſe ſub hoc tit. l. 38. Cætera quæ ab aliis adferuntur, non ſunt conuenientia huic tit. Iuriſconſultus in leg. nec non. in interpretatione huius clauſulæ oſtendit, Prætorem hac clauſula ſupplere, ſi ita res exigat, quod deficit in legib. & Principum Decretis: ſe tamen non velle reſtituere, cum nominatim prohibent, ſed cum non prohibent leges. Exemplum eius quod lex prohibet eſt in leg. ſi cui in prouincia. lege cautum eſt, ne quis in prouincia ſua aſſideat, l. 3. de officio aſſeſſoris, & leg. in conſiliariis. de aſſeſ. l. vlt. C. de cri. ſacrileg. Hoc eſt intelligendum niſi Princeps id alicui permiſerit. Pone aliquem aſſediſſe in prouincia ſua ſpeciali permiſſu Principis, an reſtituetur ſi ob eam cauſam ſit captus? In edicto Prætoris cautum eſt vt ita reſtituatur, ſi leges non prohibeant. Hoc autem legibus omnino vetitum eſt. Igitur non reſtituitur.

Prætor iuris ciuilis cuſtos.

ALTERA PARS EDICTI,

De reſtitutione in integrum maiorum.

HActenus de priori parte edicti quod interpretamur: iam ad alteram partem edicti accedendum eſt. Inter vtrunque autem caput edicti Prætorij hoc intereſt, quod primo capite ſuccurritur abſentibus, ſi quid ex bonis eorum exierit propter abſentiam. Poſteriori vero his, quibus abſentia aliorum nocuit. Succurritur præſentibus contra abſentes. Propoſitum hoc fuit Prætoris, vt abſentibus non noceat abſentia ſua, nec proſit cum alieno incommodo. leg. 1. §. item ſi quid. ſi ius præſentis læſum ſit, propter abſentiam alterius, quia non defendebatur. Veluti: Quidam abſens Reipub. cauſa poſſidebat rem meam, non poteram cum eo agere ad vſucapionem impediendam, quia neminem reliquit procuratorem. Non eſt æquum vt abſentia ſua ei proſit cum meo damno & fraude. Hoc tractat Vlpianus l. item ait Prætor. Dicit igitur, *Non vtendo amiſit*. Hoc pertinet ad ſeruitutes quæ non vtendo amittuntur. tit. quemadmod. ſeruit. amit. Abſens tenebatur mihi temporaria actione, dies eius actionis exiit, iuſta eſt cauſa reſtitutionis aduerſus hunc abſentem, ne ei proſit ſua abſentia. Eſt autem notandum quod ait, *cum abſens non defenderetur*. Erat abſens vel præſens, ſed in vinculis, vel erat magiſtratus, non licebat eum inuitum in ius vocare, l. 2. de in ius vocand. Idem & ſi per ipſum Prætorem ſtetit quo minus ius mihi diceretur, reſtitutio mihi competit. Hac igitur in parte edicti ſuccurritur non abſenti, ſed contra abſentem, ei qui abſens non fuit. nec vllo priuilegio vtitur is qui abſens fuit Reipu. cauſa. Nam aduerſus eum reſtituitur is, qui propter abſentiam eius læſus eſt, non minus quam aduerſus quemuis alium abſentem. Hinc ratio colligi poteſt l. vlt. quæ non ſatis vulgo intelligitur. Duo erāt abſentes reipub. cauſa, vnus aduerſus alium vult reſtitui, quaſi hæc ſpecies ſit ſimilis ſpeciei l. verum. §. vlt. de minor. vbi quæſitum eſt, an minor aduerſus minorem reſtituere-tur, ſed non eſt ſimilis. Hic nulla eſt difficultas. Is qui nullo priuilegio vtitur, nec abeſt Reipu. cauſa, reſtituitur aduerſus alium, qui abeſt Reip. cauſa, vt ex iam dictis apparet: ergo mul-

go multo magis ſuccurretur ei, qui abeſt Reip. cauſa aduerſus alium qui abeſt itidem Reip. cauſa. Exempli gratia. Quidam erat legatus in Germania, alter in Anglia. Legatus Angliæ rem legati Germaniæ poſſidebat longo tempore, eamque vſucepit: alius vult reſtitui. Quæritur an poſſit. Et dicitur reſtitui in integrum legatum Germaniæ poſſe. Nec ad rem pertinet, quod vterque ſit priuilegiatus. Non inſpicimus, an priuilegio nitatur alteruter. Prætor voluit conſulere his quibus abſentia aliorum nocet. Cum eſſet propoſitum Prætoris ſuccurrere abſentibus Reipub. cauſa, voluit ita abſentibus ſuccurrere, vt eorum abſentia nemini foret pernicioſa. In hac autem parte edicti explicanda & obſeruanda ſunt ea de quibus ante admonui: nempe ſicut in priori parte duo ſunt neceſſaria vt reſtituatur aliquis ex illa parte edicti, abſentia videlicet eius qui petit reſtitui, & damnum quod ex ſua abſentia percepit: Sic in hac parte edicti itidem duo eſſe neceſſaria dicendum eſt, primo abſentiam, vel vt in vinculis fuerit, vel in contumacia, vel magiſtratus, is contra quem petitur reſtitutio. Secundo oportet quid ex bonis eius exiſſe, qui petit reſtitutionem, & exiiſſe de bonis ob eam abſentiam, vt iam admonui: quia ſcilicet abſens aduerſarius erat, vel in vinculis, vel quia magiſtratus erat. His intellectis facilius aſſequemur mentem Iureconſultorum ad hanc partem edicti quæ incipit ad leg. item ait Prætor. Dicit igitur Vlpian. *Vt quemadmodum ſuccurrit ſupraſcriptis perſonis.* Hoc eſt quod dicitur in leg. 1. in princ. vbi dicitur abſentibus reip. cauſa ſuccurri, & aduerſus eos. Hæc verba expungenda ſunt, *Qui vel abſentes reipublic. cauſa fuerint, vel apud hoſtes detenti.* Nam in hac poſteriore edicti parte continentur omnes, qui non abfuerunt, vt cum eis agi poſſet, ob quamcunque cauſam abfuerunt: in priore parte non generaliter loquitur Prætor. Et certe non ſine delectu Prætor debuit enumerare perſonas in priori parte. Oportet enim probabilem vel neceſſariam eſſe cauſam abſentiæ, vt quis reſtituatur. Sed cum aduerſus abſentem petitur reſtitutio, nihil intereſt qua de cauſa abſit, vel agi cum eis non poſſit: ſufficit enim cum eis agi non poſſe. Sed cum Prætor ita edixit, *Cum abſentes non defenderentur.* merito hoc adiecit, quia & ſi quis abſens fuit, non ideo conceditur reſtitutio aduerſus eum, ſi modo potuerit defendi à procuratore: veluti ſi forte procuratorem domi reliquerat. Non enim potes dicere, te mecum agere non potuiſſe, ſi reliqui procuratorem. Nam etſi mecum agere non potuiſti, tamen habebam procuratorem, quem poteras conuenire. Ex hoc loco intelligimus leg. is qui reipub. 39. de qua iam mota eſt quæſtio. Habetur valde obſcura & difficilis lex, & reperiuntur ſex vel ſeptem opiniones apud Accurſium. Sed iam admonui hanc legem ad poſterius caput edicti referendam eſſe. Quo colore poſtulabit reſtitutionem in integrum aduerſus hunc abſentem reipub. cauſa, cum procuratorem dimiſerit per quem defendi potuit is qui reip. cauſa abfuturus eſt? Nemo aduerſus eum reſtitui volens audietur. Hæc interpretatio maxime conuenit cum his quæ hic dixit Prætor in hac parte edicti. Satis apparet abſentem reip. cauſa ambiguam eſſe orationem, & poſſe referri tam ad eum, qui præſens læſus eſt ob abſentiam alterius, quam ad abſentem, cui ſua abſentia nocuit, ſed ſequenda eſt regula iuris de interpretatione legum ambiguarum, leg. in ambigua. de legibus & ſenat. In ambigua oratione ſequendam eam interpretationem quæ vitio caret. Id eſt quoties ambiguitas in lege reperitur, is ſenſus eſt accipiendus qui vitio caret. Diximus ſuperius eum, qui abſens eſt reipub. cauſa, poſſe reſtitui. Ergo neceſſe eſt intelligi hæc verba de abſente, cuius abſentia ius alterius læſum eſt. Nec me mouet quod de ſyntaxi dicitur: quia ſine incommodo ita poteſt conſtrui: Si is qui reipublicæ cauſa erat abfuturus, procuratorem reliquerit, non audietur is, qui volet aduerſus eum reſtitui in integrum. Sed loquitur (dicet aliquis) de abſente qui reipub. cauſa abeſt, cum iam dictum ſit in ea parte edicti, nihil referre qua de cauſa quis abſit, vt aduerſus eum detur reſtitutio? Dico hoc exempli gratia eſſe adiectum. Hic mihi videtur planus ſenſus huius legis, & receptus vulgo. Si quis requirat cur in poſteriori parte edicti diſtinguatur, an is, qui abeſt reipub. cauſa procuratorem habeat an non, in ſuperiori parte num diſtinguatur, dico, in priore parte edicti non diſtingui, an abſens reip. cauſ. procuratorem reliquerit an non, quia magna cauſa eſſe poteſt, vt ſuperius diximus, ſed tamen in hac parte nihil refert an mecum agas, an cum procuratore meo, in poſteriori enim parte edicti reſtitutio petitur, contra abſentem. Non potes obiicere tam conſultum tibi non fuiſſe cum procuratore experiri, quam cum domino. ideoque merito hæc diſtinctio adhibetur. Extat tamen Iuſtiniani conſtitutio leg. vt perfectius. Codic. de annali exceptio. qua plenius conſulitur præſentibus, contra eos qui abſentes ſunt, quam edicto Prætoris. Nam inuenta eſt ratio aditionis iudicis, quo ſit, vt præſcriptio nullo modo currat nec noceat alterius abſentia, & ſi quis abſit quocunque modo, non curret præſcriptio, ſed manet ius meum illæſum, quia poſſum adire iudicem eius loci cum proteſtatione, & cum forma quæ ibi proponitur, & ſic omne ius ſaluum manet, nec opus eſt reſtitutione. Ideoque non facile quis reſtitueretur in integrum propter abſentiam alterius. Nam & ſi quis abſens ſit, poteſt tamen ſibi conſulere, dicta leg. vt perfectius. C. de annali exceptio. quæ vna eſt ex nouis conſtitutionibus, quibus ius antiquum emendatum eſt. Ideoque ei, qui propter abſentiam alterius ſe læſum contendit, imputandum eſt, quod iudicis aditione, quæ ibi proponitur, ius ſuum illæſum non ſeruarit.

Diximus igitur in hoc ſecundo & poſteriore capite edicti prætorij, quo reſtitutio datur præſentibus aduerſus abſentes, eum qui propter abſentiam alterius læſus eſt, reſtituendum eſſe in integrum, quacunque ex cauſa is abſens fuerit, ſufficit abſentem fuiſſe, nec defenſum ab alio, quamuis referat in priori parte edicti abſentem fuiſſe, ex neceſſaria, vel probabili cauſa. Hic autem ſufficit abſentem fuiſſe, vt dicitur in leg. item ait Prætor. §. 1. quam cœpimus explicare ſuperius. In eadem lege, item ait Prætor. §. vltim. ſequitur locus de defenſione, Ait Prætor in edicto, *Si abſens non defendatur.* quod ait Prætor, ſi non defendatur, non ita hæc verba concipienda ſunt, ſi nemo ſe vltro offerat defenſioni, ſed potius ſi nemo requiſitus ab alio, velit defendere. Requiſitio eſt neceſſaria, ſi quis rem meam poſſideat, & vereor ne vſucapiat, requirere debeo rei amicos, vt defendant eum, ſi tunc nemo velit eum defendere locus erit reſtitutioni, ait enim Prætor, ſi non defendantur abſentes. Sequitur in ea. leg. ait Prætor. 23. *inve vinculis.* Interpretatur Iureconſultus verba edicti ſequentia, Prætor ait, Cum abſens non defenderetur, inve vinculis eſſet. Hæc particula merito eſt adiecta, fieri poterat vti quis eſſet præſens, & tamen poteſtatem nemo haberet cum eo agendi, cum quis eſt in vinculis. Præſens etiam poteſt eſſe in vinculis vel publicis, vel priuatis. Deinde ſequitur in edicto (ſecumve agendi poteſtatem non faceret) ſi non ſit poteſtas agendi cum eo, vt vſucapionem poſſit interrumpere. Iureconſul. ait eam clauſulam pertinere ad eos qui apud hoſtes ſunt, non agit hic de vinculis, ſed tamen continentur hac clauſula, hi qui apud hoſtes ſunt, & de his loquitur Iuſtinia. §. rurſus. de act. in Inſtitut. vbi ſummatim complectitur Iuſtinia. hanc poſteriorem edicti partem, quia cum illis quoque poteſtas agendi nõ eſt, ſed tamen ratio iuris videtur aduerſari, quia captus ab hoſtibus non videtur vſucapere poſſe, quia poſſidere non poteſt. leg. ſiue poſſeſſioni. de vſuca. l. homo liber. ad ſi. de acquir. rerum domin. vſucapio per poſſeſſionem impleri debet. leg. 3. de vſucap. ſed docet Iureconſultus, eum poſſe vſucapere, ſi ſeruus eius ex peculiari cauſa rem poſſederit, aliter autem non poteſt vſucapere. l. iuſto. §. vltim. de vſucap. l. neque ſeruus, de vſucap. *Hi plane qui fuerunt in poteſtate.* Captiui puta, ſerui. Poteſt qui captiuus eſt ab hoſtibus per ſeruos vſucapere, modo in cauſa peculiari, tunc erit æquum vt reſtituatur aduerſus captum is, cuius res vſucapta eſt. *Sed etſi dies actionis.* His verbis docet, quomodo ad captiuos edictum pertineat, dictum eſt pertinere ad captiuum, ſi quid vſucaptum ſit per ſeruos, imo etſi ſeruos nullos habeat captiuos, poteſt vſucapere ſi præſcriptionis dies lapſus eſt: actio pœnalis competebat aduerſus captum ab hoſtibus: liberatus eſt præſcriptione temporis, quia actor non poterat agere, dum captiuus abeſſet. Hæc reſtitutio locum habet aduerſus captiuum, quia non habuit poteſtatem agendi cum eo actor. Sed quid intereſt inter priorem & poſteriorem caſum? Per ſeruum tamen vſucapere poteſt

captiuus, quia neceſſaria eſt poſſeſſio ad vſucapionem, ſed in poſteriori caſu non eſt opus poſſeſſione. Nulla eſt neceſſaria poſſeſſio. Nam tantum negligentiæ meæ nomine præſcriptionis commodo excludor, non aliqua poſſeſſione. Deinde ſequentibus verbis docet Vlpianus, aduerſus eum dari reſtitutionem, qui non patitur ſecum agere ſiue ex iuſta cauſa ſiue iniuſta id fiat. non enim inſpicimus, an iuſta de cauſa id faciat: nam non ideo datur reſtitutio, quod aliquid iniuſte abſens fecerit, ſed quod aduerſarius cum eo agere non potuerit, *Nec enim ſemper ſufficit.* Occurrit obiectioni tacitè. Poteſt obiici reſtitutionem locum non habere: quia actori conſulitur ex edicto Prætoris, *Quibus ex cauſis in poſſeſſ. eatur.* Sed ait Iureconſultus edictum illud Prætoris locum tantum habere aduerſus latitantem, & ſpeciem eſſe poſſe, in qua locum non habeat, leg. Fulcinius. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eatur. vbi adducuntur multæ ſpecies in quibus locum habet reſtitutio: igitur reſtituitur: quia etſi non latitet, ſed poteſtatem faciat ſui, leg. ſed ad eos, etſi tergiuerſetur, ne lis poſſit cum eo conteſtari, vel fruſtretur, ne cum eo agi poſſit, reſtituetur: ſed tamen poſterioribus conſtitutionibus plerumque ſola litis conteſtatione interrumpitur vſucapio. leg. ſicut. de præſ. 30. vel 40. anno. Præterea iam dixi aliud remedium eſſe comparatum. leg. vt perfectius. Cod. de annali except. *Quod quidem ſimili modo.* Hoc eſt quod dixi nihil referre, an ex cauſa iuſta, an ex iniuſta poteſtatem agendi ſecum non fecerit: ſatis eſt non licere aduerſario cum eo agere, etiamſi ſteterit per Prætorem, quia Prætor ius non dixit, cum eſſet appellatus, ſi dies actionis exierit, tamen reſtitutio concedetur. leg. ſed etſi. §. 1. & ſe. Aduerſus relegatum etiam ex hac clauſula poteſt reſtitutio dari, quia non fecit ſecum agendi poteſtatem: & poteſt vſucapere rem quia manet ciuis. Differentia eſt in titul. de interdict. & relegat. inter relegatos, & deportatos. Etiam datur reſtitutio aduerſus eos, quos ſine fraude non licebat in ius vocare: de quibus in titul. de in ius vocando, cetera ſunt facilia vſque ad leg. ſed etſi. §. ſed etſi. dum. ſi actio ſit alicui exempta reſtituitur, hoc eſt intelligendum, niſi actio ſit exempta dum non obtemperat Prætori, non reſtituitur. Hunc locum ſum interpretatus ſupra in edicto, ſi quis ius dicenti non obtemper. Dixi enim eum litis damno affici. vt dicitur in leg. contumacia. de re iudi. id eſt, perditione cauſæ: hic dixi legem illam, ſi quis ius dicẽti non obtemper. eſſe accipiendam ſiue reus, ſiue actor fuerit. de reo propoſitum fuit edictum, quia frequentius accidit, vt ipſe non obtemperet decreto Prætoris, ſed tamen de actore quoque accipiendum eſt. & Labeo de actore loquitur, ſi non obtemperauerit, denegatur ei iuriſdictio, ſcilicet vt prætor ei non det iudicem, non det actionem: hoc enim eſt denegare iuriſdictionem. Afficitur damno litis vterque, ergo damno litis afficitur & reus & actor: ſic eſt intelligendum quod hic dicitur. Hæc ſententia Labeonis recitatur in hoc loco & d. titul. ſi quis ius dicenti non obtemper. *Si feriæ extra.* Si per magiſtratum factum fuerit, quominus ius ſuum actor perſequi potuerit, nominatim reſtituendus eſt. Exemplum adfert de feriis, quas magiſtratus extra ordinem inducit. & diſtinctio hæc feriarum notanda eſt inter ordinarias & extraordinarias ferias. hæ ſunt cauſæ reſtitutionis hac parte edicti expreſſę. Addenda eſt generalis clauſula, *Si qua mihi alia iuſta cauſa videbitur, in integrum reſtituam.* Nam admoui eam clauſulam ad vtrumque edicti caput pertinere. Addenda eſt & alia clauſula, *Si quod eius, per leges, plebiſcita, ſenatuſconſulta, edicta decreta principum licebit.* Dixi. n. vtramque clauſulam ad vtrumque caput edicti pertinere, alias maior non reſtituitur. Nam cum quæritur ex quibus cauſ. reſtituatur maior, dicendum eſt ex his cauſis ex quibus æquitas ſuadet eſſe reſtituendum. l. ſed etſi. §. vltim. officio iudicis maiori ſuccurritur interdum ſine reſtitutione, nempe in contractibus bonæ fidei. l. 3. §. eo. iniquitas corrigitur & emendatur. In actionibus bonæ fidei ſpectamus id quod æquum & bonum eſt, quod bonæ fidei conuenit. §. in bonæ fidei, de actio. l. conſenſu. C. de obli. & actionib. l. quia. de neg. geſt. & Cic. lib. 3. offi. Exemplum vnum vide in l. ſocietatem. pro ſocio, Si duo ita coierint ſocietatem, vt Titius partes ſocietatis conſtituat, ſequendum eſt illud arbitrium, quia bonæ fidei iudicium eſt, ſed hoc fit ſine reſtitutione, propter bonam fidem, & officium iudicis, quod eſt latiſſimum in bonæ fidei iudicis. Quod autem dicitur ex aliis cauſis non reſtitui. l. Reipub. C. eod. quæ hic de maiore dicuntur, de rep. non ſunt intelligenda. Nam reſpublica vtitur iure minorum, intelligimus autem remp. Romanam. leg. eum qui vectigal. de public. in rem actione. Quæſtio eſt an aliæ ciuitates poſſint reſtitui: ego puto idem dicendum de quouis municipio: moueor in primis l. legatus. leg. ſed etſi per procuratorem. §. vltim. Et nos latius edictum Prætoris interpretamur, & in lata ſignificatione publicum dicitur, quod etiam ad municipium pertinet. Si ſuccurratur legatis municipiorum, multo magis eodem edicto municipiis ſuccurritur. Deinde mouet me l. remp. C. de iure reip. Nam animaduertendum eſt tractari eo. tit. de ciuitatibus. Diſcutite omnes leges eius tituli & videbitis. eo iure etiam hodie vtimur. ſed quid de fiſco dicemus? Magna eſt quæſtio in fiſco. hærent plerique, quia aiunt nihil reperiri conſtitutum de fiſco, niſi de ſententia aduerſus eum lata. Eſt titulus in Codic. de ſententia aduerſus fiſcum retract. De contractibus non loquitur ille titulus, arbitror tamen idem de fiſco eſſe dicendum, moueor quod dicitur rempub. reſtitui. Fiſcus autem pars eſt reip. ſcio inter vtrumque intereſſe, vt docui tit. ſi aduerſus fiſcum. ſed fiſcus eſt pecunia reipub. vel perſona, quæ adminiſtrat pecuniam reipublicæ. Ergo cum dicimus remp. vti hoc iure, cur non dicemus fiſcum eodem iure vti, argumento à toto ad partem? nec aptius exemplum poteſt adferri huius legis, quæ de repub. loquitur, quam cum fiſcus læſus eſt: igitur itidem reſtituitur. procuratores regij vel fiſci ſolent ſæpe reſtitui. Quęritur de eccleſia, de qua nihil reperitur cautum iure ciuili quod ad reſtitutionem attinet, ſed tamen videmus eccleſiam reip. comparari. l. vltim. de ſacroſanc. eccleſ. Ergo ad eam quoque produci debet quod de repub. dicitur, ſed in iure pontificio ſatis id expreſſum eſt toto tit. de in integr. reſtit. in 6. & in decretalibus. Hactenus igitur de cauſis ex quib. maiorib. reſtitutio in integrum cõceditur, vel denegatur, ſequens locus eſt in quo quæritur quid reſtituatur, & quomodo: & hic locus pertinet ad interpretationem horum verborum edicti, *earum rerum actio.* Valde vtilis eſt hic locus & neceſſarius poſtquam cauſas reſtitutionis cognouimus, vt intelligamus formam diplomatis, & reſcripti. edictum oſtendit actionem reſtitui, actio quæ amiſſa eſt ob cauſas quas dixi, reſtituitur hoc edicto, vt perinde poſſim agere ac ſi nunquam actio fuiſſet amiſſa, ſi dies perſonalis actionis exiit, actio in perſonam reſtituitur, perinde ac ſi nihil geſtum eſſet. §. rurſus. de actionibus in Inſtit. & leg. in honorariis. de obliga. & act. Vſucepiſti rem meam, ago reſtitutoria aduerſus te, reſcindetur vſucapio: reſciſſa vſucapione ita rem peto, vt dicam non vſucepiſſe eum qui vſucepit. Ex quo concludit Accurſius. Ergo Prætor permittit mentiri: ſed hoc ineptum eſt, quia prætor reſcindit quod geſtum eſt, ſi plenam iuriſdictionem inſpiciamus, & perinde eſt ac ſi res vſucapta non ſit, quamuis iure ciuili ſit vſucapta. Permittitur ei rem ita petere, perinde ac ſi non eſſet vſucapta. ſi ius ciuile ſpectemus, res eſt amiſſa, ſed tamen reſpectu iuris prætorij habetur res perinde, ac ſi ſemper in bonis manſiſſet, nec eſſet vſucapta. hinc dicitur actio reſciſſoria, quia datur reſciſſo eo quod geſtum eſt. l. nec non. §. pen. & vltim. Sic in l. ab hoſtibus. de capt. & poſtlim. reuerſ. reſciſſoria non poteſt aliter competere. Poteſt etiam dici reſtitutoria, vt in l. 3. de eo per quem factum eſt. quia reſtituta eſt ei actio, qui eam amiſerat. Reſciſſoria dicitur, quia agatur reſciſſo eo, quod geſtum eſt. Dicitur etiam vtilis actio. l. necnon. hic. l. vl. C. eo. quia directa actio non poteſt dari, ſi quis vſuceperit rẽ meam, directo iure non poſſum agere, ſed reſciſſa vſucapione mihi datur vtilis actio deficiente directa. Prætor non poteſt tollere ius ciuile, vt ſæpe dixi. ideoque non poteſt directa competere. hinc quæritur de remedio reſcindente, & reſciſſoria, de quo dixi titulo, de in integrum reſtitut. Breuiter repetam quod dixi titu. de in integrum reſtit. Eſt enim magna digladiatio de hac re, cum Prætor actionem reſtituit. ex hoc edicto diſcernitur officium Prætoris à iudicis officio, qui cognoſcit ſecundum veterem iudiciorum formam & ritum: huius reſtitutionis cauſa adeundus eſt prætor qui reſcindit vſucapionem, reſciſſa vſucapione dat actionem vtilem, perinde ac

Officium iudicis in bonæ fidei iudiciis eſt latiſſimũ.

Fiſcus eſt Reipub. pars.

Fiſcus eſt reipu. pecunia. Vel perſona quæ eam adminiſtrat.

de ac

de ac ſi ea res vſucapta non eſſet. Deinde adeundus eſt iudex qui cognoſcit de vindicatione rei. Sic diſtinguitur iudicis dati officium à Prætoris officio. Hæc remedia diſcernuntur ſæpe ſecundum veterum iudiciorum morem. Sed poſtquam exoleuit ritus ille, exoleuit quoque differentia illa inter officium Prætoris & iudicis, & eadem opera petebatur reſciſſorium,& reſcindens remedium, adibatque prætorem ſi quis volebat reſtitui. Exempli cauſa, cum abeſſem, vſucapta eſt res mea. Peto rem meam, mihique ſuccurri, id eſt, Peto vſucapionem reſcindi, & vindicatione vtili repeto rem meam eadem opera: ſic vtrumque remedium & reſcindens & reſciſſorium concurrebat. Hodie videmus in Gallia veterum morem iudiciorum, qui vſitatus erat ante tempora Iuſtiniani vſurpari. Non enim idem reſtituit & cognoſcit de actione vtili. Cancellarius reſtituit, & actionem dat apud iudicem perſequendam. De hac re diximus titul. de in integrum reſtit. reſtituuntur igitur actiones. Notandum tamen interdum contingere vt in hac reſtitutione magis noua actio detur quàm vt vetus reſtituatur. hoc fit in quibuſdam ſpeciebus, quod eſt notandum. Exemplum eſt in leg. ſi quis ſtipulatus, 43. hoc titul. Stipulatus ſum centum in ſingulos annos, quibus annis eſſem in Italia: ego abfui ab Italia propter rempubli. volo reſtitui. quomodo reſtituer? Non dicendum eſt mihi reſtitui actionem. nullam enim habebam, igitur ita ſuccurretur mihi vt magis inſtituatur actio, quàm vt à Prætore eo caſu reſtitui poſſim, id eſt, dabitur vtilis actio inſtituta magis, quàm reſtituta à Prætore. Simile exemplum eſt de teſtamento in leg. ſi quis Titio. & leg. Iulianus, 17. §. vltim. Simile quiddam eſt ad Senatuſconſultum Velleianum. leg. quamuis. §. ſi cum eſſem, ſi mulier intendit pro alio, & transferat in ſe obligationem alienam, iuuatur Senatuſconſulto Velleiano, nec damnatur ad ſoluendum, ſed ſenatuſconſulto reſtituitur actio in veterem debitorem, accidit tamen aliquando vt magis inſtituatur, quàm reſtituatur actio. dict. leg. quamuis, §. ſi cum eſſem. Mulier ſe ream conſtituit, cum tecum volebam contrahere, ſuccurritur mihi, vt cum eodem cum quo volebam contrahere mihi inſtituatur noua actio, quæ nunquam competiit. Diximus reſtitui actionem amiſſam, ſiue in rem ſit, ſiue in perſonam, vel quia perpetua eſt actio, vel quia temporaria. Et dicitur reſciſſoria vel reſtitutoria actio. Tametſi autem detur actio reſciſſoria vel reſtitutoria, tamen quibuſdam perſonis ſine hac actione extra ordinem ſubuenietur. leg. 2. cuius verba ſunt obſcura his qui non nouerunt veterum morem iudiciorum. Sed dicendum eſt contingere aliquando, vt non reſtituatur actio omiſſa, puta rei vindicatio: ſed vt ipſe prætor extra ordinem cognoſcat. Cum enim ipſe prætor cognoſcit non datur actione ſecundum ſolennem modum dandarum actionum. titul. de extraordin. cognit. leg. 1. veluti cum profeſſores liberalium artium ſuum ſalarium petunt, Prætor extra ordinem cognoſcere dicitur, non ſeruato ordine iudiciorum dandorum, quem ſeruat cum reſtituit actionem amiſſam. Diximus. n. Prætorem reſtituere actionem amiſſam, deinde ea actione agendum coram iudice dato, ſic non receditur à ſolenni ritu dandorum iudiciorum, ſed cum non dat iudicem, ſed ipſe cognoſcit extra ordinem. *Ex ſenatuſconſ. & principalib.* Quibuſdam forte Senatuſconſultis cautum fuit, vt ſi miles ius ſuum amiſerit propter abſentiam, Prætor ipſe ſubueniat. Similis locus eſt in l. 1. de migrando. qui locus eſt inſignis & vix vnquam ſine eo intellexiſſem quod hic dicitur. Interdictum de migrando datur inquilino, ſi res ſuas exportare impediatur, ſi nulla iuſta cauſa ſit earum rerum retinendarum: ſed infrequens eſt interdictum illud, inquit, quia ei etiam extra ordinem ſubueniri poteſt, id eſt, non datur interdictum, quia cum datur interdictum, datur iudex qui inter duos litigatores de poſſeſſione pronuntiet. Sed fauor cauſæ poſtulat, cum inquilinus perſoluit penſionem, & velit exportare res ſuas, vt Prætor ipſe cognoſcat extra ordinem: vnde infrequens eſt, inquit, illud interdictum: ſic ex cuiuſque loci collatione facile vtrumque interpretabimur. Similis Prætoris cognitio etiam eſt in reſtitutione minorum. l. quid ſi minor. §. vltimo. Nam in reſtitutione minorum non datur actio ſicut in hoc edicto, ſed ait, vti quæque res erit animaduertam, ſignificans ſe cogniturum, ſi videtur. Et eſt hæc cognitio extraordinaria.

Locus inſignis & notādus in l. 1. de migrando.

Apud nos hæc cognitio extraordinaria non habet locum, cum reſtitutiones impetrantur ab eo, qui de re non agnoſcit, puta à Cancellario, vel magiſtris libellorum: ſed locum habere poteſt ſecundum morem iudiciorum vſitatum. Tempore Iuſtiniani quo magiſtratus cœperunt cognoſcere de reb. pecuniariis, & tempore Iureconſultorum, extra ordinem tantum cognoſcebant magiſtratus fauore certarum perſonarum, & cauſarum. Præterea non tantum actio datur, ſed & exceptio, quamuis tamen Prætor de actione loquatur. ſed Iureconſulti in huius edicti interpretatione aiunt, non tantum actionem, ſed exceptionem quoque dari. leg. nec non. §. exemplo. 29. Hic appellatione actionis exceptio quoque continetur, vt diximus tit. de dolo malo. Cui enim actionem damus, multo magis exceptionem competere dicendum eſt. leg. 1. de ſuperficieb. Ergo ſi quis nactus ſit poſſeſſionem rei ſuæ, quam quis vſucepit, & petat is, qui eam vſucepit, dabitur ei exceptio, qui eius poſſeſſionem nactus eſt. Simile exemplum eſt in leg. ſi is cuius. 31. Sed quæritur an reſtitutio ſit neceſſaria, vt quis hac exceptione vtatur aduerſus vindicantem. Quidam vſucepit rem meam, dum abeſſem reipub. cauſa: ego eius nactus ſum poſſeſſionem, is eam vindicat, ego me tueor exceptione, ſed an reſtitutione opus ſit ad hanc exceptionem opponendam? & hic locus ſatis mihi videtur oſtendere opus eſſe reſtitutione, ideò agitur reſciſſoria, ergo reſtituitur quod amiſſum eſt, & deinde datur actio. Cum ergo Iureconſultus ait exemplo reſciſſoriæ dari exceptionem, hoc intelligi debet, vt reſtitutio prius impetretur. Id autem alibi ſatis expreſſum eſt, ne quis de eo dubitet, præſertim in leg. exceptiones. de except. leg. nam poſtea. §. ſi minor. de iureiurand. In dict. l. exceptiones, ait Iureconſultus, quaſdam exceptiones eſſe rei, quaſdam perſonæ. Cum circumſcribitur minor, exceptio poteſt eſſe rei, poteſt etiam eſſe perſonæ: cum dolo eſt circumſcriptus, exceptio non eſt perſonæ, ideoque competit fideiuſſori eius, quia etiam maiori daretur ea exceptio, nec datur propter perſonam minoris. Sed ſi nullus dolus interuenerit, ſed re ipſa captus ſit, dicitur perſonæ eſſe exceptio: tunc, inquit, non ipſe habebit auxilium niſi reſtitutus fuerit. ſic enim legendum eſt, vt in Florent. Opus eſt reſtitutione ſi ſine dolo alterius captus fuerit, quia ea exceptio datur propter perſonam. Hoc quoque ſatis colligitur ex dicta leg. Nam poſtea. §. ſi minor. de iureiurando. Minor detulit iuſiurandum aduerſario, aduerſarius iurauit ſe non debere, & ita incipit ei competere exceptio iuriſiurandi. Minor agit denuo aduerſus eum, aduerſarius vtitur exceptione iuriſiurandi, vult ſummouere minorem illa exceptione, ſed minor replicatione vult elidere illam exceptionem aduerſarij. Ego, inquit, inconſulta facilitate detuli iuſiurandum, cum non deberem, an dabitur ei replicatio? Pomponius dixerat ei ſimpliciter dandam, ſed Vlpianus ait neceſſariam eſſe reſtitutionem vt replicatione vti poſſit. Hæc cognitio quoque, ſtatutum tempus vnius anni, poſt 25. annos ſecundum ius antiquum, vel quadriennium, ſecundum Imperatorum conſtitutiones non debet egredi. Aliæ exceptiones fere ſunt perpetuæ. Hæ autem temporariæ. leg. exceptio. de except. leg. pure. §. vltim. de dol. mal. except. Ergo neceſſaria eſt reſtitutio, vt poſſit agi actione neceſſaria. Hæc autem exceptio vulgo dicitur in modum contradictionis poſſe proponi, idque verum eſt. Reſtitutio interdum petitur principaliter, interdum per modum defenſionis ſicut querela inofficioſi. l. Papinianus. §. ſi filius. de inoffic. teſt. vbi ait principaliter interdum intendi querelam, interdum vero per modum defenſionis ſeu contradictionis, ſi filius exhæredatus iam obtineat poſſeſſionem hæreditatis, & hæres ſcriptus aduerſus eum agat, is opponendo querelam ſeu exceptionem inofficioſi teſtamenti, ſe tuebitur in modum contradictionis: ſic hoc loco reſtitutio aliquando impetratur à Prætore principaliter: ſed ſi minor vel alius poſſideat res, quas amiſerat, per modum defenſionis poterit implorare reſtitutionem. Apud nos non poteſt ita peti, quia is, à quo impetratur reſtitutio, non ſolet cognoſcere: is enim reſcindit quod geſtum eſt, & reſtituit actionem, deinde alius iudex cognoſcit. Sic hodie ſi minor, vel maior qui abfuit reipub. cauſa, nactus ſit poſſeſſionem rei, poterit exceptionem opponere cōtradicto-

rie, non apud eundem iudicem, ſed impetrandum erit diploma, quod nomine principis concipietur. Princeps reſtituit ei exceptionem, ſic apud nos non impetratur per modum defenſionis, licet in aliis locis, vbi ſeruatur ius Romanum, id obſeruari poſſit. Ex his intelligitis actionem competere, vel exceptionem ſi rem poſsideat. Præterea cognitionem extraordinariam interuenire poſſe. Deinde notandum reſtitutionem ex hoc edicto non tantum in perſonam, ſed in rem quoque competere: vt diximus l. in cauſæ. §. interdum. de minori. Exemplum eſt in l. Iulianus. Species hæc eſt: Militi cum abeſſet militiæ cauſa, delata eſt hæreditas, quam non adeunte eo, alius adiuit, res hæreditarias poſſedit, exegit, deinde vendidit. Emptor poſſidet, miles vult reſtitui, quæritur an aduerſus emptorem qui res iam vſucepit, ſit reſtituendus, an aduerſus venditorem? Ait Iureconſultus aduerſus emptorem reſtitui, id eſt, ita reſtitui, vt poſſit rem perſequi, tanquam ſuam, hoc enim eſt in rem reſtitui, ſic enim agi diximus vt petat actor reſciſſa vſucapione, poſſeſſorem non vſucepiſſe rem, quam vſucepit. Secundum iuriſdictionem Prætoriam, quæ reſcindit vſucapionem, recte dicitur, nunquam vſucapta fuiſſe res, ſemperque in bonis manſiſſe. Igitur hæc reſtitutio datur in rem, ſi minoris rem aliquis vendiderit, & emptor vſuceperit, miles propter abſentiam hæreditatem omiſit, eamque poſſeſſor interea vendiderit: miles reuerſus agnouit hæreditatem, tunc demum datur reſtitutio in rem, ſi non agnouerit, rata eſt vſucapio emptori. ſimile eſt quod dicitur in l. cum miles. §. ſi is qui, 30. Quidam abſens reipubli. cauſa me præſente vſucepit rem meam. Ait Iureconſultus me reſtituendum, vt non tantum aduerſus eum qui vſucepit, ſed & aduerſus eum qui alienauit, poſt vſucapionem reſtitutio detur. Ex iam dictis conſtat, cum quæritur de reſtitutione, ex hoc edicto reſtituitur quod amiſſum eſt, & quatenus ius læſum eſt, eatenus reſtitui. Videndum quis fuerit ſtatus rei, antequam læſus eſſet: in eum enim ſtatum res reponenda eſt. id enim eſt reſtituere, quod eſt notandum, leg. minori. de minor. vnde etiam fructus reſtituendi ſunt. l. nec non. §. vltim. Abſens reipublic. cauſa rem meam poſſedit & vſucepit toto eo tempore, quo aberat. Non poteram interrumpere vſucapionem, quia non defendebatur. Actio eſt mihi reſtituta, ſed præter actionem etiam fructus eius temporis, quo non potui cum eo experiri, ſunt reſtituendi. latam enim ſignificationem habet verbum, *Reſtituendi*. l. videamus. §. in Fauiana. de vſuris. & de minore id eſt expreſſum l. quod ſi minor. §. 1. de minor. ſiue quis aduerſus militem ſit reſtitutus, ſiue quis militis abſentia rem vſuceperit. ergo videndum quatenus cuiuſque ius læſum ſit, vt eatenus reſtitutio fiat. Alia eiuſdem rei exempla in l. ſed & ſi. §. ſi feriæ. & §. quoties. Quidam poſſedit rem mobilem ſpacio triennij minus vno die: vnus dies ſupererat, ad tempus triennij computandum. eo die volui interrumpere vſucapionem. Prætor indixit ferias eo die, vel ego cœpi abeſſe reipub. cauſa. Ergo eo die reſtituitur actio, quia eo exempta fuerit, ſed cuius diei reſtitutio fiet? vnius diei tantum, quia facto magiſtratus, vel mea abſentia, ſiue aduerſarij, id tantum mihi exemptum eſt. Id ſatis clarum eſt in exemplo noſtro. eo tamen die agere volui. ſimile exemplum de abſentia. ſequitur ſimile in l. vltim. de minor. Aliud exemplum in l. ſi quis Titio. 4. Quidam abſens reipub. cauſa eſt hæres inſtitutus cum onere legatorum, ſi reſtituatur ad hæreditatis petitionem, reſtitui eum intelligendum eſt cum onere legatorum: nam quatenus quis læſus eſt, eatenus reſtituitur, quia in priſtinum ſtatum reponitur, in quo manſiſſet, ſi non abfuiſſet reipublicæ cauſa, atqui legatorum onus illud ſubiiſſet, ergo reſtitutio hæreditatis intelligenda eſt cum onere illo reſtituta: ait enim (reſciſſio) hæc ſunt verba Iuliani. Deinde ſunt notæ Marcelli. Marcellus notas ſcripſit in Iulianum. Hinc naſcitur quæſtio quam cœpimus tractare in l. ab hoſtibus. §. ſed quod ſimpliciter. 25. Martinus & Burigarius quorum de hac re diſſenſio eſt apud Accurſium, varie ſentiunt: dixi ſi quis abfuerit reipublicæ cauſa, & res eius ſit vſucapta dum rediit, ſi modico tempore, poſtquam rediit, fuerit vſucapta, modicum illud tempus habetur pro tempore abſentiæ. quid ſi modicum tempus non ſit, ſed abfuit reipublicæ cauſa biennio? res etiam poſſeſſa

Quæſtio de reſtitutione militis propter abſentiā.

eſt, rediit cum ſupereſſet annus vnus integer, ad perficiendum triennium, toto illo anno non egit aduerſus poſſeſſorem, vult reſtitui. ait Iureconſultus non debere reſtitui: quia negligentibus non ſuccurritur. Hoc edicto Burigarius & quidam Burganiani putauerunt, hoc ita eſſe intelligendum, vt non reſtituatur tempus quo ille abſens fuit. Et cum hac exceptione intelligendum, quod dicitur dicto §. ſed quod ſimpliciter. Alij autem nihil omnino eſſe reſtituendum, ſed reſtitutionem ſimpliciter denegandam. quam ſententiam probo. Mouet me quod Vlpianus ait, *Simpliciter non eſſe audiendum poſt longum tempus.* Si præſens fuerit, non modico tempore, id eſt, quod bonus & prudens iudex æſtimauerit longum tempus. Cum ait nullo modo reſtituendum, oſtendit, nec tempus illud quo abfuit reſtituendum. Ratio quoque id ſuadet, quia potuit agere, ex quo rediit, & ei eſt imputandum, quod non egerit. Præterea ſi rem recte perpendamus, dicitur læſus præſens, non abſens. Hoc edicto ſuccurritur vel his, qui præſentes læſi ſunt propter abſentiam alterius, vel his, qui propter ſuam abſentiam læſi ſunt. Hæc læſio intelligitur in præſentia eius, ante finem eius triennij, quo res vſucapi poteſt, vere & proprie non poteſt diei læſus eſſe. Non poteſt dici læſus eſſe in biennio & triennio, ſed anno poſteriore illo præſens fuit, igitur eo anno læſionem vitare potuit, nec danda eſt ei reſtitutio triennij, cum eo læſus non ſit. quoties enim ſuccurritur alicui, eatenus ei ſuccurrendum eſt, quatenus læſus eſt. Sed aduerſus hanc ſententiam quædam obiiciuntur à Bulgarianis. Primum dicunt, Pœna non debet eſſe maior delicto. At hic negligentia vnius anni perinde nocet, ac ſi pro triennio abfuiſſet, hîc pœna eſt maior delicto, cum negligens vno tantum anno fuerit, in eo tantum ei anno debet nocere, non in eo quod proceſſit. Iniquum eſt ei nocere negligentiam vnius anni, quantum ei nocere poſſet negligentia trium annorum. Sed reſpondeo, id ideo non eſſe viſum iuris authoribus, quia diligentia ſua potuit toto tempore poſtremi anni ſibi conſulere, & vitare, ne vſucapione amitteret rem ſuam. Hoc eſt quod aiunt Iureconſulti, Impeditis rei neceſſitate ſuccurri hoc edicto: igitur modicum ei concedere viſum eſt tempus, ne iniuria aliqua afficeretur. Sed ſi poſt modicum tempus non egerit, noluerunt eum omnino excludi. Ratio oſtendit non eſſe alienum ab æquitate, vt ei tantum noceat negligentia vnius anni quàm triennij. Aliud argumentum priori ſimile eſt. Læſus hîc reſtituitur hoc edicto, ne officium ſuum damnoſum ſit cuiquam, vt dicitur l. videlicet. 27. Et hæc eſt ratio ad quam reſpexerunt Iureconſulti. At hoc officium damnoſum eſſe deprehenditur in hac ſpecie, quia abbreuiatum eſt tempus propter abſentiam. Habebat triennium propter abſentiam: ei eſt exemptum triennium, igitur damno aliquo affectum conſtat propter officium ſuum. Sed reſpondeo, hoc non eſſe viſum iniquum iuris authoribus. Nam longo temporis ſpacio poſt reditum potuiſſet ſibi conſulere, & vitare hoc damnum. Simile eſt quod dicitur l. ab hoſtibus. §. ſi damni. Si damni infecti nomine non cauerit miles, & præſente eo rem iuſſerit Prætor poſſideri, non reſtituetur. Quia hoc eo præſente accidit. Inſpicitur poſtremus actus, potuit miles hoc damnum vitare, cauendo damni infecti. Et ſimile eſt quod dicitur in hac ſpecie: dicunt eandem eſſe rationem temporum & rerum, ſed ſi quis negligens fuerit circa rem vnam, eam negligentiam non obeſſe in re alia quo minus reſtituatur rei alterius nomine: ſed hoc eſt argumentum ſophiſticum. Ergo idem de tempore eſt dicendum, vt etſi negligens fuerit vno tempore tantum, reſtituatur circa aliud tempus, nec noceat ei negligentia circa vnum tempus. Sed reſpondeo, hæc argumenta ſunt à ſimili, vbi eſt eadem ratio, verum eſt, & ius idem fuiſſe, ſed hic non eſt par ratio. Eſt magna diſſimilitudo & in rebus & in temporibus. Neque poſtremo anno poteſt corrigi quod peccatum eſt ſuperiori tempore. Capta eſt vſucapio, dum abeſſet reipublicæ cauſa, ſed diligentia adhibita poſteriori anno poteſt corrigere, quod amiſſum eſt ſuperiori anno, idem in rebus non poteſt euenire. Et hoc argumentum à re ad tempus nihil ad rem facit. Si poſt alicuius abſentiam vſucapio fuerit completa, an ſaltem reſtitutio fieri debeat, pro eo tempore, quo quis abſens fuit: abſens fuit biennio, cum

ſupereſſet annus ad vſucapionem, rediit, toto tertio anno non egit ad interrumpendam vſucapionem, an ſaltem biennium ei ſit reſtituendum, quoniam ſimpliciter dicitur, eum non audiendum, dict. §. ſed quod. nec ratio ſuadet, quia læſis tantum ſuccurritur, & non poteſt excuſari à culpa quod toto anno potuerit purgare quod neglexit. id non fecit. Ad ea quæ obiiciunt alii cœpimus reſpondere. ſequamur nunc cætera. Rurſus obiicitur lex ſed etſi per prætorem. §. quoties. Ego toto triennio neglexi fundum petere, cum ſupereſſet vnus dies eius triennii, abeſſe cœpi reipublicæ cauſa poſt abſentiam meam vſucapio eſt impleta. Ait Iureconſultus reſtitui mihi tempus vnius diei. Quia eo die abeſſe cœpi reipub. cauſa. Reſtitutio fiet tantum vnius diei, quo non poteſt mihi negligentia imputari. Hinc ita argumentantur. Reſtituitur ad eum diem quo non negligens fuit, etſi toto alio tempore negligens fuerit, ergo idem in noſtra ſpecie dicendum. Proponitur abſentem aliquem fuiſſe biennio reipub. cauſa, ſed præſentem fuiſſe vno anno, ideo videtur, etſi non totum triennium ei ſit reſtituendum, tamen tempus biennii ei eſſe reſtituendum. Hoc argumento vtuntur, quod parum me mouet. nam parum eſt noſtræ ſpeciei ſimile. In noſtra ſpecie vſucapio eſt impleta, eo præſente, & certum eſt abſentiam præcedentium temporum non excludere reſtitutionem, ſed ſequentis temporis tantum: vt quidam præſens fuit toto fere triennio, vltimo die cœpit abeſſe republic. cauſa, is reſtituitur aduerſus eam vſucapionem. Nec ei poteſt obiici ſuperioris temporis negligentia, quod vſucapionem non interruperit toto eo tempore, clariſſime id conſtat ex dict. §. quoties. leg. nec non. §. ſi quis. ſed ſequentis temporis abſentia non nocet, vt dicitur in dict. §. ſed quod ſimpliciter. Ratio diuerſitatis hæc eſt, Is qui abeſſe cœpit vltimo die triennii, forte non cogitauit fore vt abfuturus eſſet vel ipſe, vel eius aduerſarius reipublic. cauſa: ideoque non putabat neceſſariam eſſe interruptionem vſucapionis. Sperabat ſe vel poſtremo die eius vſucapionis acturum: ſed ſi de antecedente tempore loquamur, quo abeſſe cœpit reipub. cauſa, aliud dicendum eſt. Is qui biennio abfuit reipub. cauſa, & rē ſuam poſſeſſam eſſe ab alio ſciebat, reuerſus cogitare debet vſucaptam eſſe poſt annum rem ſuam. Ideoque diligens eſſe debet in interrumpenda poſſeſſione, & niſi id fecerit ei imputandum eſt, quod non emendarit, quod biennio antecedente neglexerit: ſic accipienda eſt lex, nec non. §. ſi quis. 28. Dixi iam, tantum temporis reſtituendum quanto tempore læſus eſt, vt dicitur dict. §. quoties. Si quis temporis lapſu damno ſit affectus, ſi vno anno læſus eſt, vnus annus ei reſtituendus eſt: ſi vno anno abſens fuit, alio præſens, ait Iureconſultus hæc tempora coniungenda, & videndum quantum temporis ex eo colligi poſſit, & totum illud tempus reſtituendum eſt. Sed hoc ita eſt intelligendum ſi vſucapio eſt impleta tempore abſentiæ. Nam poſt abſentiam nihil reſtituetur, niſi poſt modicum tempus ſit impleta. Præterea opponitur lex ſecun. quod tempore. Cod. de reſtitut. militum. Sed facile eſt hoc obiectum diluere, ſufficit eius explicatio ad ſolutionem. Nos ita interpretamur impletam fuiſſe vſucapionem, præſente milite, non abſente. Quamuis poſſeſſionis verbum ſit ambiguum, quia non exprimitur quanto tempore ſit poſſeſſum. tamen ita eſt accipiendum ne quid abſurdi occurrat, ſicut in omni ambigua oratione. leg. in ambigua. de leg. & Senatuſconſultis. Propoſitum fuit poſſeſſum fuiſſe, quia non erat de ea re quæſtio. Nihil aliud dicit quam ſi tempore militiæ reipublic. cauſa res ſit poſſeſſa, poſſe reſciſſa vſucapione rem peti intra annum. Nam iuſta eſt cauſa militis reſtituendi, reſtitutionis beneficium intra annum petentis, non intra quod cœpit poſſidere. Deinde poſtquam rediit, vſucaptam eſſe rem: nam nec hoc quidem expreſſum eſt. Obiicitur etiam lex præſcript. C. quibus non ob præſcript. long. tempo. Sed illa lex ad rem non pertinet. Quamuis bona fide poſſidens acquirat præſcriptionem, tamen tempus, quo abſens fuit reipublicæ cauſa deducendum eſt. Nos non negamus, quin deducendum ſit. Deducitur illud tempus, ſi præſens fuit modico tempore. leg. ſed etſi. §. quoties. leg. nec non. §. ſæpe. Si tempus non modicum ſit lapſum poſt reditum, tunc non admittitur reſtitutio, ſed ſi quis eo tempore non egerit, non audietur. Nos autem loquimur de præſente, qui habuit commodum tempus ad interrumpendam vſucapionem. Obiicitur etiam lex cum miles. de qua mox dicemus ſequenti capite, ex quo intelligetur ſolutio huius nodi. Ex iam dictis intelligimus, quid hoc edicto reſtituatur, nunc quædam pertinentia ad hanc actionem reſtitutoriam tractanda ſunt. In primis quæritur de hæredibus, & dicendum dari hæredi & contra hæredem: idque generaliter de reſtitutione dicitur, non ſolum de reſtitut. in integrum. Hinc naſcitur quæſtio. leg. cum miles. *Quaſi iuncta deſcendit.* Sic legendum eſt vt in Pandect. Florent. Miles cũ abeſſet reipub. cauſa cœpit rem vſucapere. Hæres eius impleuit vſucapionem, poſtquam miles cui ſucceſſit deceſſerat. Quæritur an reſtituendum ſit quod geſtum eſt, & contra hæredem danda ſit reſtitutio. Dixi contra hæredem dandam, ſed aliud hic dubitationem adfert. Proponitur enim cum hærede non cum milite defuncto impletam vſucapionem, præſens contra præſentem vſucapionem impleuit. Igitur non videbatur reſtitutio locum habere, quomodo præſens contra præſentem reſtituetur? Ex edicto Prætoris præſentem contra abſentem reſtituitur. Sed præſens erat hæres vt hic proponitur. Ergo videtur non eſſe reſtituendum in integrum. Hinc argumentum ducunt aduerſus noſtram ſententiam. Aiunt reſtitui, quamuis poſt mortem militis ſit impleta vſucapio, ſed ſingularis hic eſt ratio, propter quam reſtituitur. Animaduertendum eſt igitur vſucapionem cœptam à defuncto poſſe compleri ab hærede, vel ab hæreditate, etiam ſine apprehenſione, ſiue poſſeſſione. leg. captam. de vſucap. leg. nunquam. §. vacuam. eodem. Hæreditas non dicitur poſſidere, in his quæ facti ſunt, hæreditas perſonæ vice non fungitur. leg. prim. §. Scæuola. ſi quis teſtam. lib. Quamuis in his quæ iuris ſunt, in illis perſonæ vice fungitur hæreditas. l. hæreditas. de acquirendo rerum domi. Sed hic nos fingimus poſſideri hæreditatem, quæ non tenetur vtilitatis cauſa, propter complendam vſucapionem. Idem etſi hæres hæreditatem adierit. dict. le. nunquam. §. vacuam. de vſucap. In hac ſpecie ſine vlla apprehenſione hæreditatis, eſt adimpleta vſucapio. Sic intelligere debemus. Si quis tunc obiiciat præſentem fuiſſe vtrumque, & eum qui compleuit, & eum aduerſus quem res vſucapta eſt, ergo reſtitutio locum non habet. Reſpondeo, æquum eſſe hunc reſtitui, ſecundum verba edicti videbatur non poſſe reſtitui, quomodo potuiſſet interrumpere vſucapionem? leg. officium. de rei vindic. Sed etſi fingatur rem poſſidere, non ideo poteſt rei vindicatio aduerſus eum competere. Ergo quamuis fingatur poſſidere rem, ciuili fictione, propter impletam vſucapionem, non ideo competit aduerſus eum rei vindicatio. Hinc datur reſtitutio, cum res vſucapta ſit, quamuis hæres non defunctus impleuerit vſucapionem. *Quaſi iuncta de ſe.* Oſtendit his verbis non veram eſſe vſucapionem, ſed fictionem quandam. Et notandum poſſeſſionem defuncti tranſire ad hæredem. Quod longius à noſtris productum eſt: nam moribus noſtris *Le mort ſaiſit le vif.* Mortuus non tantum iura, ſed & poſſeſſionem transfert in hæredem, nec opus eſt apprehenſione, quamuis id ſit neceſſarium iure ciuili. leg. cum hærede. de acquiren. poſſ. Niſi in quibuſdam cauſis propter implendam vſucapionem. At noſtris moribus non eſt opus poſſeſſione, & datur illis interdictum. Deinde quæritur, an hæc actio ſit perpetua, an temporaria. Et certum eſt temporariam eſſe, quia datur intra annum. l. in honorariis. de oblig. & actio. quamuis ea rem perſequamur non pœnam, tamen ideo viſum eſt tantum intra annum eam dare, quia contra ius ciuile datur. ea enim reſcinditur actio, quæ contra ius ciuile eſt, & perinde vindicat, ac ſi nunquam eſſet vſucapta: id quia durum eſt, ideo ſtatuerunt annum, & merito. l. vltim. C. eod. Verum de hoc tempore plenius dicemus, Deo opt. max. iuuante, tit. ſequenti.

Poſſeſſio defuncti tranſit ad hæredem.

IN TIT. LII. LIB. II. COD.

DE TEMPORIBVS IN INTEgrum reſtitutionis tam minorum quam aliarum perſonarum quæ reſtitui poſſunt, quam etiam hæredũ eorum.

HIc titulus pertinet tam ad minores, quam ad maiores qui reſtituuntur. Sub hoc tit. quæritur intra quod tempus debent reſtitui minores, & maiores, item hæredes eorum, ſub tit. de mino. nihil de tempore attigimus, quia locus aptior erat dicendi de ea re hoc in loco. Magna autem hic diſſenſio eſt inter iuris interpretes. Et non ſine ratione, conſtitutionibus regum noſtrorum aliud eſt ſtatutum, ſiue minores ſiue maiores ſint, qui reſtituantur. Videndum eſt de hoc tempore quantum detur tam minoribus, quam maioribus. Hoc tempus definitum eſt conſtitut. Imperat. l. vltim. Hic ſtatutum eſt quadriennium, loco vtilis anni, qui dabatur iure veteri. Igitur abrogantur hac conſtitutione quæ de anno vtili dicuntur, tam in Pandectis quam in Codice. Multæ ambages reperiebantur circa annum vtilem priſcis temporibus. Quæ res magnam difficultatem pariebat in iudiciis. Annus vtilis differt à continuo, in vtili dies tantum continentur quibus agere licet. In continuo omnes dies, etiam feriati, quibus non licet agere. Eſt locus notandus de hac re leg. pri. de diuerſis & tempor. præſcript. Docet ibi Vlpianus quid ſit annus vtilis, quid continuus: vtilis eſt quo experiundi facultas eſt. Si quid accidat propter quod non poteſt agere, illa dies non poteſt dici vtilis. Ergo cum datur annus vtilis, intelligimus dari 365. dies, qui forte non reperiuntur in totis triginta annis ſicut olim accidebat, & inde maxima incommoda ſequebantur. Ideo viſum eſt & hæc abrogare, & loco vtilis temporis continuum ſubſtituere. Loquitur igitur de anno vtili, qui dabatur olim. Nunc datur quadriennium continuum. Huius vtilis anni mentio ſæpe fit, vt in ipſo edicto Prætoris. tit. de minoribus. leg. vltim. C. eo. l. quo tempore. C. de reſtitut. milit. De anno vtili, qui dabatur minoribus. l. interdum l. intra vtile. & ſimilibus. Sed notandum hic eſt tempus accipiendum, intra quod reſtitutio petenda eſt. Quadriennium continuum datur, intra quod reſtitutio petatur. His verbis multa complectimur. Ex quo apparet conſtitutionem illam quæ eſt l. ſi quando. C. ſi maior fact. ratam hab. non huc pertinere, nec abrogatam eſſe hac conſtitutione. In ea conſtitutione præſcribitur vel quadriennium, vel ſpacium decem vel viginti annorum. Si minor alienauerit prædium ſuum, & deinde maior factus, & lapſum ſit tempus quinque annorum, quæritur an poſſit venditum prædium petere. Ait ſi venditum ſit, non poſſe petere, ſi donatum ſit, poſſe in integrum reſtitui. Ego contendo dict. leg. hac conſtitutione non eſſe abrogatam, quamuis hæc conſtitutio ſit poſterior. Illa eſt edita Conſule Decio, hæc Lampadio & Oreſte conſulibus, quia diuerſa ſunt quę vtraque lex continet. l. ſi quando. ad reſtitutionem non pertinet. Ideoque compoſitores Codicis recte fecerunt qui eam non inſeruerunt 2. libro Codicis. Sæpe dixi cum ſine decreto venditur prædium minoris nihil eſſe mutatum, nec reſtitutionem locum habere. Nihil eſt quod poſſit reſtitui, manſit ea res eius qui vendit. Ergo non quæritur de reſtitutionibus. Reſtitutioni petendæ quadriennium eſt præſtitutum. Sed quæritur in ea lege non vt reſtituatur quis in integrum, ſed vt vindicanti rem ſuam quale tempus ſit præſtitutum. Et tunc videndum an maior factus ratum habuerit. Nam ſi ratum habuerit, vel maior factus, vel lapſu temporis alicuius, non auditur. Sed vtilitatis cauſa certo lapſu temporis fingitur ratum habuiſſe, quod egit, ita vt non poſſit hoc colore, quod decretum non interuenerit, reſtitutionem petere. igitur non intelligitur hac conſtitutione correcta dict. lex ſi quando. Nam hæc conſtitutio pertinet ad tempus quo quis petit reſtitui in integrum. Quod dicitur dict. leg. per Prætorem. §. quoties. non pertinet ad hanc legem. dixi in §. quoties. Poſſeſſa eſt res quædam vſque ad finem triennii, vnus dies tantum ſupereſt illius triennij. Diximus tamen vnius diei reſtitutionem faciendam: id non abrogatur hac conſtitutione. Diximus hanc conſtitutionem pertinere non ad tempus reſtitutionis, ſed ad petitionem reſtitutionis, dictus autem §. pertinet ad tempus reſtitutionis. Reſtituitur tantum temporis in quanto læſus ſit, ſi diceremus quadriennium, ridiculum eſſet. Duo in eo §. ſunt ſpectanda, primo, tempus quod petit reſtitui, quia eſt vnus dies. Deinde quæritur intra quantum tempus petat reſtitutionem. Dico, intra quadriennium petet reſtitutionem, licet alii diſſentiant, & petere ſibi reſtitui diem vnum. Ergo diſtinguendum tempus quod quis petit ſibi reſtitui, & tempus intra quod quis ſibi petit reſtitui. Neceſſe igitur eſt vt petat intra quadriennium: nam vtriſque datum eſt quadriennium continuum, loco anni vtilis, qui veteri iure dabatur. Ea enim conſtitutio Iuſtiniani derogauit iuri antiquo. Hinc quæritur an hoc tempus in actione reſciſſoria locum habeat, an idẽ tempus definitum ſit actioni reſciſſoriæ. Quæſtio eſt iuris controuerſi. Sunt qui putant, & receptum eſt reſtitutionem in integrum, ad reſcindendum quod geſtum eſt, intra quadriennium continuum petendam, & ſic accipiendam eſſe conſtitutionem de quadriennio, actionem autem reſciſſoriam quæ intenditur impetrata reſtitutione intendendam intra annum vtilem, quaſi in ea nihil ſit mutatum. Diſtinguitur ab illis remedium reſcindens & reſciſſorium. Aiunt intra annum vtilem remedium reſciſſorium intendendum: Reſcindens autem intra quadriennium. Sed probabilius mihi videtur, vtrique quadriennium definitum, & remedio reſcindenti & reſciſſorio. Quia autem eſt obſcura hæc quæſtio, breuiter dicam quid ſentiam. Exiſtimo vtrique remedio quadriennium præſtitutum. Primum moueor quod ſeparata non eſſent hæc remedia, tempore Iuſtiniani, id eſt, officium Prætoris, qui reſtituit actionem, & officium iudicis, qui de reſtituta actione cognoſcit. Ante Iuſtinianum vero hæc erant ſeparata, & officium Prætoris & Iudicis, id eſt, remedium reſcindens, & reſciſſorium. Ille mos actionum tempore Inſtiniani in deſuetudinem abierat. Deinde perpendendum eſt, quod dicitur in conſtitutione Iuſtiniani dict. leg. vltim. quadriennium dari non tantum ad mouendum litem, ſed & ad eam faciendam, vt fuſius poſtea explicabimus. Ergo cum eadem opera reſcindat Prætor, & cognoſcat de reſtituta actione, ſatis ea res oſtendit, vtrique quadriennium præſtitutum. Pręterea mouet me quod in edicto prætoris de actione reſciſſoria & reſtitutione maiorum tantum vnius anni, non duorum ſit mentio. Inſpicite leg. prim. hic, videbitis vnius anni tantum mentionem fieri. *Earum*, inquit, *actionem intra annum inſtituam.* Ait ſe reſtituturum intra annum, non inquit, & dabo actionem reſtitutoriam intra alterum annum, quod non fuiſſet omiſſum à Prætore. Ergo cum de anno ſit mentio, vt leg. in honorariis, de obligationibus & actionibus. de eodem anno debemus intelligere non de duplici. Nullum inueni locum in quo diſtinguatur annus reſtitutionis ab anno reſciſſoriæ actionis, ſed de eodem anno loquuntur non de duplici. Sic Iuſtinia. loquitur §. rurſus. de act. Inſtitut. tam de reſciſſa actione, quam de reſciſſoria actione inſtituenda, ſic loquitur d. l. in honorariis. Idem ergo de hoc quadriennio dicemus. Cum dicat Iuſtin. ſe inſtituiſſe quadriennium loco vtilis anni, ſic accipiendum eſt, vt retineat eius vtilis anni naturam, niſi diſcrimen ſit inductum per conſtitut. Iuſtinian. Datur ergo tempus quadriẽnii ad petendam reſciſſionem vſucapionis. Deinde ad intendendam actionem ad finiendam litem. Intra illud quadriennium eſt petenda reſtitutio, reſciſſa vſucapione, eſt petenda actio reſciſſoria. Id enim eſt expreſſum conſtit. Iuſtiniani. *Ad interponendam conteſtationem finiendamque litem.* Non ſufficit reſciſſa vſucapione rem vindicare petere, ſeu litem cõteſtari, ſed oportet litem finire. Sunt qui exiſtimant tantum ad litem mouendam, non ad finiendum quadriennium hoc concedi. Mutant vt acumen ſuum oſtendant verba Iuſtiniani, putant legendum, *ineundamque litem*, ſed refragantur huic lectioni omnes Codices. Deinde etiam eodem verbo vtitur Pontifex, de ea re loquens in Cle. 1. de reſtitut. in integrum. ſed certiſſimum eſt hanc lectionem veteribus quoque legibus conſentire. Annus vtilis dabatur non tantum ad incipiendam ſed ad finiendam litem, vt merito idem de quadriennio ſit dicendum, quod anno vtili ſucceſſit. Huius rei exemplum eſt in leg. ea quæ. 5. nec veriſimile in tot locis erratum eſſe. Et aliis quoque locis idem probari poteſt, veluti leg. intra vtile. de minor. l. petendæ, hoc tit. Ex vtriuſque loci declaratione facile intelligemus, quod nunc dicimus annum vtilem datum fuiſſe non tantum ad ineundam litem, ſed & ad eam finiendam. Ex his quæ diximus quæſtio naſcitur, ex le. intra vtile. 39. de mino. & dict. leg. petendæ. Quidam minores apud Præſidem petierant reſtitutionem intra

Quod tẽpus præſtitutum ſit vindicanti rẽ ſuam.

annum

annum vtilem. Dicebant ſe captos cum contraherent, & probata eſt ætas, & pro ætate pronunciauit Præſes. Ita enim Præſides ſolebant pronunciare. Aduerſarii appellarunt ad Imperatorem à præſide, donec iudicatum eſſet ab Imperatore. Præſes pendente appellatione, cætera cognitionis diſtulit. Deinde finita appellationis cognitione pronuntiauit Imperator male appellatum, & recte iudicatum. Interim lapſum eſt tempus præfinitum reſtitutioni, ſcilicet annus ille vtilis, quæritur an ſit reſtituendus. Quæſtio ex eo naſcitur, quod tempus illud videbatur datum ad finiendam litem, interim lapſum erat tempus, nec finita erat lis, vnde non amplius videbatur audiendus is, qui petebat reſtitutionem. De eo dubitatum non fuiſſet, niſi tempus illud fuiſſet datum ad finiendam litem. Nihil aliud continetur hac leg. quod ad reſtitutionem attinet. Eſt tamen locus communis de appellatione à ſententia interlocutoria, de qua l. ante. C. quorum appellat. non recip. Alius locus eſt in leg. petendæ. Ex iis quę diximus de temporibus, naſcitur quæſtio, quæ verſatur circa dilationes quæ dantur ſiue actori ſiue reo in cauſa reſtitutionis. Quæritur de actore, an ei danda ſit dilatio, ſi forte huiuſmodi dilatio petatur, quæ excedat annum vtilem, ſecundum ius vetus ante Iuſtinianum, vel quadriennium continuum, ſecundum ius nouum: ait Iuſtinianus non dandam, quia lis non poſſet finiri intra tempus illud vtile. Et imputandum eſt actori, qui arctare debuerat intra metas temporis reſtitutioni præſtitutas, & iudicium ſubire, ne dilatio iſta excederet ſpatium definitum reſtitutioni. l. oratione. & leg. vltim. de feriis. & l. 1. C. de dilat. Facilius dabitur reo dilatio, quia nihil poteſt reo imputari. Reus non potuit intelligere quando conueniretur ab actore: dilatio poteſt ei concedi, etſi excedat tempus legitimum. Ideoque eo caſu tempus illud prorogabitur, ſed eo caſu poterit etiam actor probare, & dilatione à reo impetrata vti, qui per ſe non potuiſſet dilationem impetrare. Eſt locus communis de dilat. & cui non eſt ſimilis in tit. de dilationib.

Si confinio legitimi. Id eſt ſi prope finem anni vtilis vel quadriennii petantur. *Quod ſi defenſor rei dilationis ſuffragium.* Nunc de reo tractat. Si reus petierit dilationem ad probandam exceptionem ſuam, non eſt in poteſtate rei, quando conueniatur, ſed in poteſtate actoris. ideo actiones fere ſunt temporariæ, exceptiones perpetuæ. l. licet. de except. l. pure. §. vltim. de doli except. Hoc ſingulare eſt quod ſequitur. Denegatur actori non reo dilatio, ſed ſi fuerit conceſſa reo intra idem tempus, vtetur actor eadem dilatione. Hoc imperitis in foro notum eſt. Dilationes ſunt communes vtrique parti, vnde quæritur ſi reo ſit conceſſa dilatio, & renuntiare ei voluerit reus, an & actori nocebit ea renuntiatio. Si ius aliquod quæſitum eſt, non tantum reo, ſed & actori, quia cœpit eſſe commune, hoc beneficium vtrique nocebit. Sed reus ait ſe velle renuntiare beneficio, actor dicit ſe nolle renuntiare, quia commune eſt factum non reo tantum, ſed & actori, quæſtio eſt, an poſſit renuntiare reus inuito actore. Puto probabilius eſſe renuntiare poſſe. Et argumentum ducitur ex l. ſi iudex. de minoribus. Venditum erat prædium minoris, & in venditione erat circumuentus minor, petiit ſe reſtitui. Pronuntiatum eſt reddi debere prædium, reddito emptori pretio. Hac ſententia vtrique ius quæſitum eſt, minor contemnit ea quæ decreta ſunt, non vult ea ſententia vti: ſed mauult retinere pretium, relicta in integrum reſtitutione, quæritur an aduerſarius poſſit pretium petere, ex ea ſententia? ait non poſſe. Igitur nec hic actor dilatione vti poterit, cum ei reus renunciauerit. ſcio multa adduci poſſe ad hanc ſententiam refellendam, ſed hic locus pertinet ad tit. de dilationibus. Igitur ſatis ſit ea delibaſſe. Ex his intelligitur quadriennium dari ad reſtitutionem in integ. & ad finiendam litem. Hodie in Galliis loco huius quadriennii habemus decennium continuum, legib. regiis tam minorib. quam maioribus. Quod decennium computandum eſt, ex quo finita eſt minor ætas. Et datur hoc tempus continuum ad petendam tantum reſtitutionem. Sufficit intra illud tempus litem conteſtati. Id longius eſt productum morib. noſtris decennium pertinere ad contractus qui non valent ipſo iure, quod eſt diligenter notandum propter l. ſi quando. C. ſi maior factus vendit. rat. hab. Dixi legem illam accipiendam de contractib. qui non valent ipſo iure. Conſtitutione regia comprehenduntur etiam illi contractus. Ita vt etſi decretum non interceſſerit venditioni prædii minoris, poſt decem annos, ratus maneat ille contractus. Quod tamen iure Romano cautum eſt. Et notandum quia ea conſtitutio regia ad pleraque negotia non pertinet. Ad præterita enim negotia non pertinet l. lege. de legibus. Quæ ante eam conſtitutionem contracta ſunt, iure Rom. deciduntur. Tametſi vere diximus intra quadriennium poſſe peti reſtitutionem tantum, notandum eſt actionem reſciſſoriam, quę temporaria eſt, interdum perpetuam fieri. Non dico litis conteſtatione, quia non perpetuatur per litis conteſtationem. l. petendæ. hic. Datur illud quadriennii tempus ad finiendam litem, alia tempora dantur tantum ad mouendam litem, & tunc actio litis conteſtatione perpetuatur. Hæc autem non perpetuatur litis conteſtatione, ſed perpetuatur apprehenſione, leg. ſi is cuius. 31. ff. ex quib. cauſ. maio. Similis locus eſt in l. cum notiſſimi. §. imo. C. de præſcrip. 30. vel 40. ann. vbi dicitur, *Poſſeſſionem rei imitari litis conteſtationem*, ſicut litis conteſtatione interrumpitur vſucapio, ſic poſſeſſione. Nihil enim ei imputari poteſt, qui rē tenet, cur nō agat. Cetera quę huc pertinent diximus l. nec non. §. exemplo. tit. ſup. Sequens locus eſt in quo quęritur, quando incipiat hoc tempus quadriennii currere. Id docet Iuſtinianus l. vltim. hic. Minoribus currit à primo die *26.* anni. Maioribus autem poſt abſentiam, vel aliud impedimentum finitum, ob quod reſtitutio petitur. Quandiu enim quis minor eſt, nunquam ei currit hoc tempus. Item quandiu abfuit, non curret abſenti. Dixerit aliquis, ergo non eſt continuum hoc tempus, ſed vtile. Quia dicitur iis qui ſunt impediti, non currere. Tempus vtile eſt, quo quis facultatem habet experiundi. Continuum currit, etſi nullam habeat agendi facultatem. Et tamen dicitur continuum hoc quadriennium. Sed ideo dicitur hoc eſſe continuum quadriennium, quia vbi cœpit currere, ſemper continuatur nec interrumpitur, etſi dies inciderit quo nō liceat experiri. Et propterea vulgo dicitur continuum vtile eſſe in initio, ſed continuum eſſe in progreſſu, & non currit niſi ex quo cœpit habere facultatem experiundi is qui abeſt reipublicæ cauſa. Ex eo tempore nos inſpicimus an facultatem experiundi habuerit, cum impedimētum ob quod petitur reſtitutio, ſublatum eſt. Hinc dicitur ſi vtraque cauſa reſtitutionis in eandem perſonam incurrat, & ætatis, & abſentiæ, vtriuſque cauſæ rationem habendam. Si minor ſit, & abſit reipublic. cauſa, quomodo incipiet currere quadriennium? Duo concurrere debent, vt ei tempus incipiat currere, & vt deſierit abeſſe, & factus ſit maior. l. 1. 2. 3. & 4. hic ſunt exempla eiuſdem rei. Tempus quadriennii ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, poſtquam maior factus eſt, non ſtatim incipiet currere, ſed ex die quo miſſus erit in militiam. Notandæ ſunt quædam exceptiones in quibus currit hoc tempus ante ætatem 26. ann. vna eſt cum minor veniam ætatis impetrauit, tunc enim curret ex quo venia fuerit impetrata, & iudici intimata, ſeu admiſſa à iudice: locus eſt in leg. ea quæ. in princip. Si impetrauerit veniam ætatis, incipiet ei currere tempus non ex quo impetrauit veniam, ſed ex quo iudici fuerit intimata. Dixit tit. ſi minor veniam ætat. impet. ſup. vt quis poſſit veniam impetrare ætatis, vti debet literis publicis apud iudicem, tunc habetur pro maiore. Alia eſt exceptio, ſi delatum fuerit tempus quadriennii, aduerſarii culpa, & fruſtratione, tunc etiam poſt quadriennium poteſt lis cœpta finiri. leg. intra vtilem. de minoribus. Non eſt credendum dict. leg. intra. hac conſtitutione Iuſtiniani eſſe correctam. Poſteriores leges ad priores trahendæ ſunt, leg. non eſt nouum. de legibus & ſenatuſconſul. vt intelligamus poſteriorem legem, cum exceptione ſumpta ex dict. leg. intra vtilem. Niſi fruſtratione aduerſarii factum ſit, vt tempus protelatum ſit. Circa hoc tempus quæſitum eſt de hæredibus, quando hæres petat reſtitutionem. Reſtitutio datur etiam hæredibus, vt diximus l. non ſolum. de reſtitut. in integ. Sed multum intereſt an hæres petat, an is qui captus eſſe dicitur, quod ad tempus attinet. Quæſtio eſt in leg. interdum. de minor. Edictum Prætoris dat annum vtilem minori, ad reſtitutionem petendam. Si hæres minoris petat, interdum vltra annum ei datur. Fortaſſis minor ſucceſſit alii minori, ex cuius defuncti perſona reſtitutionem petat. Tunc minor

Quomodo poteſt quis veniam ætatis impetrare.

habet quadriennium, non tantum ex quo adiit hæreditatem minoris defuncti, ſed ex quo 25. annum impleuerit: nam tantum tempus ætatis minoris ei deducetur, id eſt dabitur ei quadriennium, poſt 25. annum. In eo enim captus eſt, quod intra tempus defuncto ſtatutum non potuerit reſtitui, ſed ex quo ſucceſſor maior fuerit factus, tantum ei tempus dabitur quantum habuiſſet defunctus, ſiue maior fuerit ſiue minor, id eſt, ſiue defunctus annum vtilẽ, vel quadrienniũ iam fuerit ingreſſus, ſiue non. Sed planior eſt diſtinctio in leg. ea quæ. §. ſi quando. Extat tamen Conſtitutio Iuſtiniani Nouella 100. de exceptio. dotis non numeratæ. 100. Inſcribitur de temp. dot. non ſolut. Quæ conſtitutio multa habet ſingularia, quæ non conueniunt cum his quæ diximus, quia ſingularia ſunt. l. in his. & l. quod vero. de legib. & ſanatuſconſul. Sed ea ad hanc diſputationem non pertinent, vt mirum ſit Irnerium eam ſub hunc tit. collocaſſe.

IN TIT. II. LIB. IIII. DIGEST.

ET TIT. LV. LIB. II. COD. DE A- *lienatione iudicii mutandi cauſa facta.*

HIc ſubiicitur ſexta cauſa reſtitutionis in integrum. Proponitur edictum quoddam reſtitutorium, ſicut ſub aliis tit. de metu, de dolo, de minor. de capit. dimi. & aliis. Vnde mirandum non eſt, quod hic tit. ſit hic collocatus, nempe in tractat. de reſtit. in integ. Continetur autem hoc tractatu ſummatim, quod ſi quis rem aliquam alienauerit ante iudicium, dolo malo, mutandi iudicii cauſa vt duriorem efficiat cauſam aduerſarii, eo nomine datur actio in factum, ad id quod intereſt, niſi in priſtinam cauſam ea res reſtituatur. Hanc puto expreſſam fuiſſe edicto Prætoris, quamuis in integr. non ſit: ſed eius particula extat hic l. ex hoc edicto, §. 1. Sed quod dixi colligitur partim ex titu. Digeſt. & C. l. 1. ff. hic, & l. 1. C. eod. Gaius proconſulis edictum interpretatur, non Prætoris. Nam ſicut prætoris vrbani Romæ proponebant edicta: ſic Proconſules in prouincia. Vlpian. & Paulus edictum vrbanũ interpretantur, Gaius prouinciale. leg. prim. *omnibus modis proconſul id agit*, &c. Oſtendit quomodo hic tit. cum ſuperioribus cohæreat. Primum, ſicut in ſuperioribus reſtitutio fit propter metum, fauorem, & abſentiam alterius ex alieno facto: ſic in hoc edicto reſpexerunt Prætores, ne ex alieno facto alterius cauſa deterior redderetur, vt ſi quis alienaſſet rem ſuam, vt duriorem cauſam aduerſarii redderet. Id declarabo exemplo ſumpto ex l. 1. C. eo. Is qui poſſidebat rem meam, eam vendidit: ne poſſet à me conueniri, tranſtulit eam in potentiorem hominem. ſperabat me non auſurum eum conuenire, vt iudicium hoc eluderet rem alienando, & duriorem aduerſarium mihi opponendo. Quæritur quæ actio mihi danda ſit. De emptore non eſt dubium, quin teneatur rei vindicatione, quæ actio rem ſequitur: ſed aduerſus venditorem, qui alienauit rem iudicii mutandi cauſa, petitur ex hoc edicto id quod intereſt, rem alienatam non eſſe: niſi in priſtinam cauſam reſtituerit eam rem. In ſpecie propoſita duplicem actionem habet is, cuius res alienata eſt. In primis habet actionem contra emptorem qui rem poſſidet. Deinde habet actionem ex hoc edicto propter alienationẽ factam iudicii mutandi cauſa. Hoc eſt argumentum totius tractatus. Nunc de actione huius edicti dicendum per locos communes. Videndum ex quibus cauſis detur, & quid veniat in eam. Cauſæ huius actionis colliguntur ex ipſo Prætoris edicto, ex ea particula quæ extat hoc tit. in l. 8. Ex hoc edicto. In primis vt locus ſit huic actioni, oportet vel alienationem, vel ceſſionem rei, aut actionis factam eſſe, vel ceſſiſſe iuri ſuo, de quo controuerſia erat futura. Vnde I.C. interpretantur hoc verbum variis in locis, quid vocetur alienatio in edicto. Et producunt quod dicitur de alienatione ad alios actus propter ſimilitudinem: vt exempla oſtendunt. Alienatio autem dicitur tranſlatio dominii. l. 1. C. de fund. dot. Duo ergo ſunt neceſſaria vt quis rem ſuam alienaſſe proprie dici poſſit, vt teneatur ex hoc edicto, dominium rei ſuæ admittere, & dominium eius in alium transferre. l. 4. item ſi res fuerint. §. 1. verſic. poteſt autem. hoc tit. Nec alterutrum ſufficiet. Nam alienationis verbum proprie tranſlationem dominii ſignificat. l. Alienatum. de verbor. ſignif. Non quiſquis vendit, alienare dicitur. dominii tranſlatio per traditionem fit. l. traditionib. C. de pact. Ab hac verbi proprietate recedunt I.C. in interpretatione edicti Prætoris. d. l. 4. item ſi res fuerint. §. Pedius. lib. 9. &c. alias eſt l. 6. Non ſolum. In aliis lib. legitur. *Etiam ſi res.* Si quis poſſeſſionem, non dominium tranſtulerit an teneatur hoc edicto? Si ſpectemus propriam verbi ſignificationem, non tenetur. nam non transfert dominium. Sed quia eſt eadem ratio, in eo qui poſſeſſionem transfert, ad eum quoque verbum hoc producimus, alioqui non tenebitur is, in quem translata eſt poſſeſſio, ab eo, qui tenebatur actione in rem, quod eſſet iniquum. Rei vindicatio tantũ datur aduerſus poſſeſſorẽ. l. officium. de rei vin. Si igitur is, cũ quo actione in rẽ agebatur, ceſſiſſet poſſeſſione, ſequeretur eum nõ teneri. Ergo hoc verbum latius interpretantur Iureconſ. & eſt exemplum interpretationis obſeruandum. I.C. enim aliquando propter æquitatem verbis inhærent, aliquando ab illis recedunt. Iuriſconſ. qui hoc ſcripſit, ſatis ſciebat propria alienationis appellatione cõtineri dominii translationem: ſicut Vlpianus, qui ſcripſit l. alienatum. de verb. ſignif. Sumptum eſt hoc caput ex edicto de litigioſis, quod magnam habet affinitatem cum hoc, vt mox dicemus. Sed dubitandum non eſt, quin in interpretatione eius edicti, alia ſubiecerit, quæ hic non leguntur. Nam l. alienatum. habet inſcriptionem Vlpian. lib. 77. ad edict. Eadem inſcriptio c. 1. tit. de litigioſ. vt dubium non ſit, quin ex eodẽ loco ſit deſumptũ. Aliud exemplum in d. l. ex hoc edi. in §. *Alienare &c.* Sic eſt legendũ, qui alienam rem vendit, non transfert dñiũ nec quidẽ transferre poteſt, & tamen alienare intelligitur, & is qui alienam rem vendit. Nam etſi rem non faciat accipientis, nec transfert dominium, tamen nocet aduerſario, quia poſſeſſionem transfert, & facultatem vſucapiendi. Præterea alienationis appellatione continẽtur iura incorporalia: vt dicitur d. leg. non ſolum, §. ad iura. hic. Et tamen ſi proprietatem verbi ſpectemus, hæ res non dicuntur poſſe alienári, neque etiam tradi. l. ſeruus. §. incorporalia. de acquir. rer. dom. ſed latius id verbum accipimus, ex ſententia Prætoris, qui noluit alicuius cauſam deteriorem fieri: quod hic fieret. Præterea, porrigitur edictum Prætoris ad ſerui manumiſſionem. leg. 3. §. 1. Si quis manumiſerit ſeruum quem eram vindicaturus, non poteſt dici proprie alienatio. Nam dominium in alium non transfert, quod eſt neceſſarium, vt dicatur alienaſſe. Sed quia eſt eadem ratio, idem de manumiſſione ſerui dicimus, quod de vera alienatione. Idem de ceſſione actionis dicendum, vt cum quis conſtituit procuratorem in rem ſuam. Ponamus eum, cum quo mihi lis erat futura, rem non alienaſſe, ſed ceſſiſſe actionem de qua erat controuerſia futura, edictum hoc ſimiliter locum habere dicitur. Id colligitur ex dict. leg. 4. §. item ſi res fuerint. ad leg. non ſolum ad dominii, &c. §. ſi quis autem. Si quis litem tranſtulerit in alium ob iuſtam cauſam, valet tranſlatio. Sed inde colligitur hanc actionem competere, etiam ſi iniuſta fuerit cauſa. Quod autem de ceſſione actionis diximus, id mirum videri non debet, quia edictum pertinet tam ad rem, quam ad actionem. Exempla frequentiora ſunt de reo: ſed tamen ſunt etiam exempla de actore, vt hic. in leg. 11. Cum miles poſtulabat: vbi loquitur de actore, cuius eſt experiri, & agere. quidam alienauit rem militi, vt miles eam rem perſequeretur: ſic videtis alienationem ex parte actoris huc quoque pertinere, quamuis plura exempla de reo hic reperiantur. Ex his intelligitis, vt locum habeat hæc actio, rem oportere alienatam eſſe. Secundo alienatio mutandi iudicii cauſa fieri debet, vt detur hæc actio, id exprimitur dict. leg. 8. ex hoc edicto. & in ipſo tit. hoc verbum interpretatur Paulus. dict. leg. 8. §. ait Prætor. in fin. ibi. *Futuri iudicii cauſa.* His verbis oſtendit iudicium iam cœptum ſit, & res ſit iam facta litigioſa, ad hoc edictum non pertinere. Pertinet enim ad tit. de litigioſ. Videte l. 2. & l. 3. C. de litigioſ. Rem religioſam alienare prorſus non licet, & alienatio ipſo iure non valet. Hodie tamen licet reſcripta impetrare ad alienandam etiam rem litigioſam, nec cuique denegantur: ſed iure Romano id nulli conceditur. Ergo hoc edictum pertinet ad alienationem factam futuri iudicii mutandi cauſa. nõ eius quod iam cœptum eſt. Et quamuis

Prætor

Prætor id non expreſſerit: tamen Iureconſul. interpretatur ex ſententia Prætoris edictum, vt litigioſa res non noceat aduerſario. Ait prætor, *Dolo malo.* Certum eſt hoc expreſſum fuiſſe edicto. dict. leg. 4. Item ſi res fuerit. §. ſi quis autem ob valetudinem. Hoc igitur addendum eſt verbis edicti, quæ ſunt in dict. leg. 8. ex hoc edicto. Ergo neceſſe eſt alienationem factam eſſe dolo malo, & oportet conſilium interueniſſe, litem magis transferendi, quam rem: licet non erat conſilium transferendi rē, ſed litem potius. Hoc enim edicto cōtinetur is qui hoc conſilio rem alienauit, vt litem magis transferret quam rem, ſic loquuntur I. C. in l. 4. & l. cum miles. hic. voluntas eius eſt, vt rem habeat non tantum litem. ſic in dict. leg. cum miles. ſic dolum malum accipimus in hoc edicto. idque eſt, quod Caius ait in l. 1. Exempla quæ ſequuntur in l. 1. 2. & 3. id declarant. in d. l. 1. in fi. Gaius ait, *Alterius prouinciæ hominem*, &c. Si enim aduerſarium qui alterius ſit fori oppoſuerit, durum eſt cum eo experiri in ſeq. l. *Aut alium &c.* vt vafrum aliquem cauſidicum, & ſubdolū. l. 3. quia ſi cū eo, &c. ibi, *Potentioribus pares eſſe non poſſumus.* Tanta poteſt eſſe aduerſarii oppoſiti nobis potentia, vt pares ei non eſſe poſſimus. Quod ſumptum eſſe videtur ex Heſiodo. Hodie hoc ſæpe fit in ceſſionibus, quæ fiunt ſcholaſticis, vt durior fiat cauſa aduerſarii, & pleriſq; regiis conſtitutionibus, huic fraudi occurritur quæ ſunt notæ in foro. Aliud exemplum adfert Gaius in d. l. 3. § 1. in quo durior fit conditio aduerſarii propter alienationem. Sed &, inquit, *Si hominem quem petebamus manumiſerit*, noſtra conditio fit durior, quia Prætores fauent libertati. reſtitutio nō admittitur aduerſus libertatem donatā. tit. C. ſi aduerſ. liberta. Quod ſequitur in § 2. *Item ſi locum &c.* pertinet ad tit. quod vi aut clam. ad tit. de aqua plu. arc. & ad tit. de oper. no. nunt. Hinc intelligimus, quibus ex cauſis aduerſarii conditio fit deterior, vt actio ex hoc edicto habeat locum ꝙ ad potentiam attinet, hodie non eſt opus hac actione ob conſtit. Imp. Nam ſi actor ſit formidoloſus, ob potentiam ſuam, huic rei plenius perſpectum eſt conſtitutione ti. C. ne liceat potent. Qua conſtit. cauetur, ſi quid translatum ſit in potentiorem dolo malo, nulla ſit translatio vel alienatio. Ergo ſi quis hoc animo rem alienauerit, dicitur dolo malo alienaſſe. Hic dolus arguitur ex coniecturis. quem ex indiciis perſpicuis probari conuenit. C. de dolo. l. quoties. § qui dolo. ff. de prob. Ex facto intelligitur, an quid dolo factum ſit, vt dicitur l. 1. de doli except. Quoties igitur dolus ceſſat, tunc hæc actio locum non habet. Exemplum eſt in d. l. 4. item ſi res. § ſi quis autem. Si quis ea valetudine ſit adfectus, vt ſuam cauſam non potuerit perſequi in iudicio, atque ideo ceſſerit ſuam actionem, non tenebitur hoc edicto: quia dolo caret. Aliud exemplum eſt in d. l. 4. Poteſt autem aliquis, &c. Si quis cum lites abhorreret, maluerit rem donare, non eſt improbandū eius conſilium verecundum, nec poterit conueneri hoc edicto. *Verecunda cogitatio.* Sic legendum eſt, vt in Floren. non *Verecundiæ.* Si generaliter intelligeremus edictum, quoties quis transfert iudicium, iniquum eſſet omnib. caſib. dari hanc actionem. Aliud exemplum eſt in l. ex hoc edicto. § vlt. & ll. ſeq. Ex his cauſis edicto expreſſis, datur hæc actio. Addendū eſt, & ſi vere deterior cauſa aduerſarii facta ſit. Verbis edicti ſignificatur tantum conſilium fraudis: ſed addendum, etſi re vera fraudatus ſit aduerſarius ob illā alienationem. Nam plerunque conſilium fuit fraudulentum: & tamen euentus non nocuit, quo caſu non datur hæc actio. Sic interpretatur edictum leg. 2. Exemplum in l. 8. Ex hoc edicto. § ſi quis alienauerit. Pone aliquem mutandi iudicii cauſa alienaſſe rē quandam, deinde eam rem recepiſſe, an tenebitur? Si verba ſpectemus magis, quam mentem Prætoris, dicemus teneri, ſed dicendum eſt non teneri, vt ibi dicitur. Simile eſt in l. 3. § vlt. Exemplum eſt ſuperiori ſimile omino. Pone aliquem alienaſſe iudicii mutandi cauſa, deinde paratum ſe oſtendiſſe ſubire iudicium rei vindicationis, & obtuliſſe ſe liti: tunc non intereſt actoris, qui vult hac actione experiri, cum hic ſe liti offerat perinde, ac ſi rē adhuc teneret. Aliud exemplum eſt in l. 4. item ſi res. l. Non ſolum. § vlt. ſi res non fuit actoris, nihil intereſſe eius poteſt rem non eſſe alienatam. Similiter ſi res, quę alienata eſt, perierit ſine culpa venditoris, non tenebitur, quia eo caſu nec malæ quidem fidei poſſeſſor teneretur. l. item ſi. ff. de eo ꝙ cert. cauſ. hæ igitur ſunt cauſæ ex quib. datur hęc actio in factum ex alienatione iudicii mutandi cauſa facta, quę actio ex hoc edicto conceditur in id quod intereſt. Ex quo apparet hāc actionem ex delicto dari ex dolo malo. l. 7. hic, quia pertinet. Dolus enim malus delictum eſt. Itaque hæc actio in perſonam eſt, quia datur aduerſus eum, cuius perſona ex delicto obligata eſt.

Sequenti loco quæritur, *Cui & contra quem detur.* Et notum eſt ex iam dictis hanc actionem dari ei, in cuius fraudem res alienata eſt, aduerſus eum qui alienauit. Eſt enim in perſonam. Datur autem aduerſus eum qui alienauit dolo malo: non datur aduerſus eum, cui res alienata eſt, quia non eſt in rem, non perſequitur rem, ideo in perſonam eſt actio. & quæ habent huiuſmodi naturam, ex § omnium. Inſtit. de act. contendimus perſonam tueri ex dolo ſuo, ex delicto ſuo. Hinc quæritur ſi tutor pupilli, vel curator rem alienauerit iudicii mutandi cauſa, an detur actio ex hoc edicto? Quæſtio eſt hic in leg. 10. Nam etſi, § ſi tutor. Reſpondet I. C. directam actionem non competere aduerſus pupillum vel furioſum: quia actio datur aduerſus eum qui dolo alienauit. nam pupillus & furioſus carent dolo: ſed ob vtilitatem datur etiam aduerſus eos actio. Quod eſt intelligendum cum diſtinctione, quæ eſt in l. hęre. l. ſed & ex dolo. ff. de dolo. Extat ēt tit. Quādo ex facto tut. vel curat. &c. Hinc quæritur, an hæc actio detur hæredibus & contra hæredes? Quæſtio eſt in dict. leg. 4. § vltim. In hæredem eius qui alienauit non datur. nam rei perſecutoria eſt ex perſona agentis. Ideo dicitur hæredi dari quamuis ex delicto detur. ex parte enim eius, qui alienauit, eſt ex delicto, ideo contra hęredem nō dabitur, ſed de hoc dicemus ſeq. c. Sequens locus eſt, *Quid veniat in hanc actionē.* Hac actione petitur id, quod noſtra intereſt, vt dicitur dict. l. 1. & 4 § pe. Agitur hac actione in factum, id eſt, verbis conceptis in id, quod factum eſt: quia hæc actio nullum proprium nomen habet, ſicut ſtipulatio: ſed agitur verbis conceptis in id quod factum eſt, vt ſæpe diximus. Quia plura ſunt negotia, quam vocabula: nec poſſunt ſingulæ res ſuis vocabulis denotari. l. 2. & l. 3. de præſcript. ver. Idem dicitur l. 4. § pe. datur ad id, quod intereſt, ideo ſpectandum an interſit actoris, vt ſi non interſit, non admittatur ad agendum. Exempli gratia, ſi res non fuit actoris, non datur actio ex hoc edicto. quia etiam ſi alienata res non fuiſſet, non poſſet eam vindicare actor, quia eius rei dominus non eſt. Vnde dicitur rei perſecutoria. l. 4 § vltim. Is qui agit, perſequitur id, quod ſibi abeſt. Sic eſt intelligendum, quod dicitur de actione pœnali, & rei perſecutoria. § pœnales. de act. in Inſtit. Pœnalis actio proprie dicitur, cum pœnalis eſt ex parte vtriuſque vt actio furti, cum peto, quod mihi abeſt, nec alii adeſt. Sed aliquando eſt rei perſecutoria ex parte actoris, pœnalis ex parte rei: vel contra, cuiuſmodi eſt hæc actio. Non eſt enim mere pœnalis. Is qui agit, perſequitur id quod ſua intereſt, alium aduerſarium datum eſſe. Ideo hæredi actio dabitur: ſed in hæredem non dabitur iuxta regulam, quæ traditur in § non autem. de perp. & tem. act. in Inſti. Quia petitur quod ei non adeſt. Pœna eſt ex parte rei, contra quem agitur. Hinc intelligitis quid petetur hac actione, nempe id, quod intereſt rem alienatam non eſſe iudicii mutandi cauſa. Si hoc verum eſt, dixerit quis, cur reſtitutio dicitur hoc edicto permitti? Id enim dicitur l. 1. C. *Permittitur*, inquit, *reſtitutio in integrum.* Quid ergo reſtituitur? Non reſcinditur quod geſtum eſt, vt diximus in tit. de reſtit. & aliis. Hic nulla talis eſt reſciſſio. Sed ideo hoc edictum dicitur reſtitutorium: quia actor reſtituitur, vt hac actione Prætoria vti poſſit, cum iure ciuili nullam habeat actionem aduerſus eum qui rem non poſſidet, nulla datur iure ciuili rei vindicatio. Hac de cauſa dicitur reſtitutio concedi hoc edicto. id expreſſum eſt l. 3. § vlt. hoc tit. Quod diximus ex his verbis ſatis eſt perſpicuum. Reſtituit proconſul eum in cuius fraudē res alienata eſt, vt poſſit petere, quod ſua intereſt. Sic in actione de dolo & aliis quæ propter reſtitutionem dantur, de quib. diximus ſuperiorib. tit. Actio de dolo ſępe datur ad id, quod intereſt, etſi nō reſcindatur, quod geſtum eſt: ſed reſtituitur actio ei, qui captus eſt, vt poſſit de dolo agere. Sic actio quod metus cauſa ad quadruplum dicitur reſtitutoria: quia reſtituitur actor, vt ea actione agat, cum iure ciuili omni actione careat, vt in actione de reſtit. maior. Exemplum eſt in l. Iulianus. Ex quib. cau. maio. in integ. Cum quis reſtituitur, vt legatum capiat. Legatum eſt alicui, ſi in Italia maneat, non fuit in Italia: reſtituitur, non vt veteri a-

M 3

ctionē agat, quæ ei nunquam competiit. Aget ex teſtamento, ex beneficio Prætoris. Sic hoc edictum reſtitutorium eſt: quia actor reſtituitur, vt poſſit agere ad id quod intereſt, cum alias iure ciuili non poſſit agere. Præterea reſtitutio quædam priſtini iudicii petitur. Petit enim actor ſe reſtitui, vt agere poſſit ad id, quod ſua intereſt rem non alienatam eſſe: ſed ſub conditione, niſi aduerſarius arbitratu iudicis priſtinam iudicii cauſam reſtituat. d. l. 8. §. vlt. Simile eſt in l. 2. de eo, quod met. cauſ. vbi cauetur damnari in quadruplum reum, niſi rem metu ablatam reſtituerit arbitrio iudicis. l. item ſi cum exceptione. de eo quod metus cauſa. in his actionibus, & aliis, quarum mentio eſt in §. Præterea quaſdam actiones arbitrarias. de act. in Inſtit. Arbitratur iudex antequam ſententiam ferat quomodo actori ſatisfiat & reum obtemperantem abſoluat, non obtemperantem condemnet. Ab eo arbitrio dicuntur actiones arbitrariæ. Talis eſt hæc actio, vt apparet ex d. l. 8. Ex edicto. & l. 4. §. vl. hic. Vnde rem arbitrio iudicis reſtituens in priſtinam iudicii cauſam, abſoluitur. non ſatis eſt enim rem exhibere, ſed oportet in eodem ſtatu exhibere, alias non dicitur priſtina cauſa iudicii reſtituta. Similis reſtitutio locū habet in act. ꝙ metus cauſa. & act. de dolo, vt diximus d. tit. ſupra.

Proxima quæſt. eſt, intra quod tempus danda ſit hęc actio. Et dicitur l. 6. hoc titu. Hanc actionem poſt annum non dari. Idem dicitur de hac actione, in l. poſt venditionem. de aqua plu. arcen. *Euitandi iudicii cauſa.* Vocat ibi Pompo. quod hic nos mutandi iudicii cauſa. Sed vtilem annum hic accipere debemus, vt in omnib. reſtitutionib. quamuis alii diſſentiant, l. 1. ex quibus cauſ. maior. l. intra vtile. de minor. l. item ſi de eo. quod met. cauſ. Semper datur annus vtilis ad petendam reſtitutionem, cur igitur idem de hac reſtitutione non diceretur? Sed an hodie detur quadriennium ex l. vlt. C. de temp. reſtit. Dixi iam ante in tit. ſuperiori, omnib. reſtitutionib. præfinitum eſſe quadriennium continuū, loco vnius anni vtilis. Loquitur. n. generaliter de omnibus reſtitutionibus, quibus erat annus vtilis præſtitutus. Ergo dubium non eſt, quin ea cōſtitutio etiam ad hoc edictū pertineat. De actione de dolo, aliud ius erat conſtitutum. Nā ei erat biennium conſtitutum: ſed loquor de reſtitutione minoris, & aliis. Rationes etiam alias adduxi aliis locis, quibus probauimus Iuſtiniani conſtitutionem pertinere ad edicta, quibus datur actio conſtitutoria: & non tantum pertinere ad remedium reſcindens.

Poſtremus locus de aliis remediis & iudiciis cum hac actione concurrentibus. Sunt enim aliæ actiones, & exceptiones, quę cum hac actione concurrunt. In primis datur rei vindicatio aduerſus poſſeſſorem rei alienatæ, ex quacunque cauſa eam poſſideat. titu. C. eo. Poſſidebas rem meam: quia verebaris, ne eam vindicarem à te, eam alienaſti cuidam potentiori vt duriorem aduerſarium mihi opponeres; etſi mihi detur actio in factum aduerſus te ex hoc edicto ad id, quod intereſt: tamen poſſum rem vindicare à poſſeſſore. Nō enim ideo dominium transferre potuiſti, etſi eum vendideris. Siquidem eius dominus non eras. Ergo nihil prohibet me eam rem vindicare, tanquam dominus. Electionem habet dominus rei harum actionum, vt agat vel aduerſus poſſeſſorem rei, vel aduerſus eum, qui alienauit. Agit autem ex edicto in factum, ſi velit, nec ei poteſt obiici, quod aliam habeat actionem: quia potentiorem habeat aduerſarium. Hoc eſt intelligendum, niſi res vſucapta ſit ab eo, cui fuit alienata, d. l. 4. in princ. Si quis vendiderit rem meam, tametſi dominium non transferat, vſucapiendi tamen facultatem transfert: vnde ſi bona fide longo tempore poſſederit emptor, tunc rei vindicatio amplius non competit aduerſus eum: quia datur tantum aduerſus poſſeſſorem domino. At ex poſſeſſore factus eſt dominus, ſi rem vſuceperit. Ergo eo caſu in rem actio non dabitur aduerſus eum, cui res alienata eſt: ſed ſupererit hæc ſola actio ex edicto aduerſus eum, qui rem alienauit. Præterea aduerſus eum, qui alienauit, datur in rem actio vtilis: quia dolo deſiit poſſidere. Directa actio datur aduerſus eum, qui rem poſſidet. Et in leg. officium. de rei vindica. dicitur dari rei vindicatio aduerſus quemcunque rei detentorem: ſed aduerſus eum, qui rem deſiit poſſidere, non datur. l. vltima. de rei vindic. Sed tamen ſi dolo deſiit poſſidere, perinde tenetur, ac ſi rem adhuc poſſideret, neque vnquam alienaſſet. l. parem eſſe conditionem. de reg. iur. l. qui dolo. eodem. l. ſin autem. §. ſed ſi is. de rei vindic. l. ſed etſi lege. §. proinde. de petit. hære. Sed hic incidit magna & difficilis quæſtio, cur detur hæc actio ex hoc edicto, cum actor poſſit agere in rem, perinde ac ſi res alienata non eſſet. Dicimus competere hanc actionem in factum eo edicto ad id, quod intereſt rem alienatam non eſſe: ita vt quoties non intereſt ceſſat hæc actio, vt iam diximus. Sed cum in rem actio detur aduerſus eum, qui alienauit dolo, quomodo poteſt dici intereſſe actoris rem non eſſe alienatam? Ideo dicitur intereſſe actoris rem non eſſe alienatam: quia potentior forte ei aduerſarius eſt oppoſitus, cum quo ei neceſſe eſt cum potentiori contendere: ſed hic neceſſe non eſt contendere cum eo, cui res alienata eſt: imo poteſt experiri cum eo ipſo, qui alienauit rem, perinde ac ſi rem adhuc poſſideret. Quid enim refert, an dolo deſierit poſſidere, an rē adhuc poſſideat? Non datur hæc actio aduerſus eum, qui alienauit rem niſi dolo malo deſierit poſſidere. At quoties dolo alienata eſt res, datur in rem actio aduerſus eum, qui alienauit, perinde ac ſi rem adhuc poſſideret. Ergo non poteſt dici concurrere cum vtili actione in rem, actio ex hoc edicto. Ego exiſtimo horum iureconſultorū tempore, & prætorum, à quibus edicta hæc ſunt propoſita, nullā fuiſſe actionem aduerſus eum proditam, qui dolo deſierit poſſidere. Rei vindicatio dabitur aduerſus eum, qui rem poſſidebat. Hoc edicto aduerſus eum, à quo dolo malo fuerat quid alienatum, actio erat propoſita. Nulla igitur ex legib. vel edictis Prætorum actio vtilis in rem competebat aduerſus eum, qui alienauerat rem, qui poſſeſſionem tranſtulerat, etſi dolo fecerat: ſed interpretatione magiſtratuum & Iureconſultorum factum eſt tandem vt vtilis actio daretur aduerſus eum, qui dolo deſiit poſſidere. Omnes fatentur directam actionem non dari, idque ſatis etiam colligi poteſt ex l. 3. §. vlt. Vtile, neque directo iure, neque ex lege, neq; ex verbis edicti talis actio datur. Sed nullus locus id apertius oſtendit, q̃ Pauli in l. ſin autem. §. Sed & is. de rei vindi. Iureconſul. his verbis ſatis oſtendit, edicto quo ſpecialis in rem actio eſt propoſita, id non fuiſſe expreſſum, vt daretur in rem actio aduerſus eū, qui dolo deſiit poſſidere. In Senatuſcon. de petitio. hæredita. id fuerat expreſſum, ſcilicet vt non minus teneretur is, qui dolo deſierat poſſidere, quam qui poſſideret. Non fuit abſurdum, inquit, ad ſpecialem actionem id ꝓducere, q̃ dicitur rei vindicatio: ſed oſtēdit nullo ſenatuſconſulto, nullis legib. id expreſſum fuiſſe. Ideoq; dicitur vtilis actio, quamuis nullis legum verbis detur: tamen ex interpretatione iuriſconſult. datur, quia datur deficiente directo iure, propter vtilitatem aliquam ex interpretatione prudentum. Vnde mirum non eſt, ſi Prætor ꝓpoſuerit hanc actionem, quaſi maxime intereſſet actoris ſibi aduerſarium non oppoſitū, quaſi actio nulla eſſet ꝓpoſita, edicto aliquo, vel lege. Tempore horum Iurecon. nondū certum erat actionem vtilem competere. Actiones vtiles erant, quæ nullis legibus dabantur: ꝙ oſtendi in explicatione l. cum filiusfa. de verb. oblig. & in explicatione antinomiæ l. ſi fideiuſſor. de dolo malo. & d. l. cum filiusfa. de verb. oblig. vbi in vno loco dicitur, actionem vtilem dari: in alio actionem de dolo. Vnde dicitur ob hanc cauſam in l. 3. §. vlt. ꝙ ſi hoc caſu ſubire paratus ſit reus vtile iudicium in rē: nihil intereſt actoris hac actione ex edicto experiri. Igitur denegandam actori actionem. Quare ait, *Quo caſu velit reus ſubire iudicium vtile.* Quia certi iuris nondum erat, nec ꝙ de actionib. vtilibus ſcriptum erat, nihil certo iure ſtatutum erat. Igitur inquit, *Si velit reus ſubire vtile iudicium.* quia forte non poterat cogi: ſed ſi reus velit ſubire vtile iudicium, denegabitur hęc actio ex edicto actori, quia tunc nihil intereſt actoris, alium aduerſarium oppoſitū ei eſſe: tunc certe ob hanc cauſam deneganda eſt ei hęc actio. Ergo, dixerit quis, huic actioni ex edicto locus hodie nō erit: quia certū hodie eſt vtili actione in rē poſſe agi aduerſus eum, q̃ dolo poſſidere deſiit, quamuis tempore horū iureconſ. incertum illud eſſet. Reſp. huic quæſtio. videndum eſſe an aliquo caſu poſſit actoris intereſſe, re iudicii mutandi cauſa alienata hac actione ex edicto experiri: ſi poſſit ēē caſus, in quo nō cōſulatur actori hac vtili in rem actione, locus erit huic actioni ex edi. Puto reperiri talē caſū poſſe, veluti, ſi ponamus ex parte actoris alienationē factā. Dixi hoc edictū pertinere ad alienationē ex parte actoris, nō minus q̃ ex parte rei l. 10. cū miles. hic. quāuis crebriora exēpla occurrant de reo. Si

is, qui

is qui acturus erat aduerſus me propter controuerſiã de re aliqua, eam actionem alienauerit militi. d.l. cum miles. adhuc eſt confugiendum ad hãc ex hoc edicto actionem. Ponamus me poſſidere rem alicuius, in cuius fraudem res eadem alienata eſt. Poſſidenti non dabitur rei vindicatio: ſed aduerſus poſſidentem. Controuerſia erat futura inter me, & te. tu eras rem vindicaturus à me: ſed iudicij mutandi cauſa ceſſiſti militi, aut potentiori actionem, quam tibi dicebas aduerſus me cõpetere, vt aduerſarium mihi potentiorem opponeres: ſi mea intereſt aduerſus te ſaluam actionem eſſe, qua actione agam? Nulla mihi actio in factum ex hoc edicto eſt. Directa rei vindicatione non agam: quod rem ipſe poſſideam. Rei vindicatio enim denegatur ei, qui poſſidet: ſed tamẽ mea intereſt actionem à te non eſſe alienatam, qui oppoſuiſti mihi potentem aduerſarium, qui mihi plurimum negotij eſt exhibiturus. Igitur neceſſaria erit actio in factum. Denique quoties caſus inciderit, in quo intererit actoris, vel rei hanc actionem eum ſaluam habere, ea experiri poterit, cuiuſmodi caſus multi effingi poſſunt, & occurrere. Addendum eſt etiam actionem competere ob eandem cauſam, partim ex lege Licinia, partim ex prætoris edicto. l. vlt. hic. leg. Licinia cautum eſt, vt ſi quis vitandi iudicij communi diuidundo cauſa rem alienauerit, non experiatur commu. diuid. iudicio. Exemplum hoc adfert ibi Martianus, Si quis habens rem communẽ vendiderit partem ſuam potentiori, vt is ſuperior ſit in licitatione. Sæpe enim vni ex ſociis adiudicatur tota res. Tota res adiudicatur ei, qui maius pretium adfert. Hic igitur vendit partem ſuam potentiori, vt ſuperior eſſet in licitatione, vt aduerſarius non auderet contra licitari. In fraudem igitur proponitur hæc alienatio facta: & lis magis, quam res translata. Cautum igitur eſt lege Licinia, vt ei, qui alienauit partem ſuam iudicij mutandi cauſa, denegetur actio: & ſi agat commu. diuid. iud. exceptione ſummouetur. Lex Licinia vetat experiri eum, qui alienauit iudicii mutandi cauſa. De eo, qui alienauit, nulla eſt dubitatio: ſed de eo, cui ceſſa eſt actio, poteſt quæri. Et ait Martianus, ex hac parte edicti vetari agere eum, cui res alienata eſt, ſed non lege Licinia. Lex Licinia aufert tantum actionem ei, qui alienauit actionem iudicij mutandi cauſa. in verſ. Sed ipſe. ſic legendum eſt ex Florent. in aliis libris legitur: ſed & ipſe. Multum enim intereſt inter vtranque lectionem. Videtur partim ex lege Licinia denegari actionem, partim ex edicto Prætoris dari exceptionem ei, cui ceſſa eſt actio. Exemplum non diſſimile eſt in d.l. cum miles. Si donata ſit res militi iudicij mutãdi cauſa ab eo, qui acturus erat: qui erat rem petiturus, & miles litigare velit vel agat, ſubmouebitur exceptione, alter nõ ſubmouebitur. Hoc enim non pertinet ad legem Liciniam: ſed pertinet ad edictum prętoris. Aliud remedium eſt in tit. C. ne lic. potentio. de quo etiam diximus. Qui in potentiorem trãsfert actionem, damno litis afficitur. Præterea potentior ille, in quem translata eſt, punitur arbitrio iudicis ſeuera ſententia. l. 1. C. ne liceat potent. Et idem iure Pontificio expreſſum eſt. c. vltim. de alienat. iudic. mutan. cauſa facta. In Gallia ſunt conſtitutiones Principum noſtrorum, ad eundem locum pertinentes. Vna eſt Caroli Quinti vulgo nota, quæ idem fere continet quod duo leges C. Addit ea conſtitutio expreſſionem perſonarum rectarum, ne dubitetur quæ ſint potentiores huiuſmodi. exprimit autem ſcholaſticos, & eos, qui officio funguntur in republica. Sed notandum eſt eam conſtitutionem loqui tantum de ceſſa actione. ſicut vtraque lex C. ne liceat potent. de translatione actionis loquitur, de ceſſione actionis, non de alienatione rei. nec eſt intelligenda de alienatione rei. Edictum vero quod interpretamur, loquitur non tantum de ceſſione ſed de alienatione: duæ leges Codicis tantum de ceſſione loquuntur. Ergo ad alienationem rei non debet produci pœna, quæ illis conſtitutionibus ſtatuitur in eum, qui cedit. Alia pœna eſt earum legum, quam huius edicti. Edicti pœna eſt actio in factum: earum autem legum eſt damnum litis, & iactura cauſæ. Ergo ſi quis hodie rem alienauerit potentiori, non punitur earum legum pœna, nec conſtitutionis Gallicæ. Ideoque ſtatutum eſt in curia Parlamenti 1543. cum de ea re magna eſſet controuerſia. Memini in foro aliquando tractatum fuiſſe circa interpretationem illarum conſtitutionum & legum C. ne lic. pot. an potentior ſit iudicandus reſpectu cedentis: an eius, contra quem ceditur, potentia eſſet ſpectanda. Fieri enim poteſt vt reſpectu eius, qui cedit, ſit potentior. Rurſus potentior poteſt eſſe reſpectu eius, cui ceſſum eſt. Memini etiam hoc dubitatum in foro. Exempli gratia: Ruſticus cedit actionem aduocato contra iudicem, vel magiſtratum eiuſdem vrbis. Quærebatur an ceſſio eſſet facta potentiori. Certum eſt aduocatum cui ceſſit, eſſe potentiorem ruſtico. Rurſus etiam aduocatum non eſſe æque potentem, atque magiſtratum. Iudicatum eſt haberi rationem non tantum cedentis: ſed etiam eius, contra quem ceſſa eſt actio, quod rationi eſt conſentaneum. Eo enim ſpectãt conſtitutiones Principum, ne opprimantur humiliores & leuiores. Alia conſtitutio Ludouici 12. eodem pertinet, qua derogatum eſt conſtitutioni Caroli Quinti. Permittitur ea conſtitutione cedere actione quacunque ſine dolo & fraude ſcholaſticis in certis caſibus. Prior conſtitutio Caroli Quinti omnino vetat ceſſionem: hæc permittit in certis caſibus cedere actionem ſcholaſtico: vt cum pater filio, frater fratri permittit agere. Hoc ſummatim continetur ea conſtitutione. Notandum igitur eſt, ſcholaſticis tantum hoc priuilegium eſſe conceſſum. Sunt alij priuilegiarij in aula regia: ſed dubium non eſt, quin in propriis cauſis poſſint ad iudices ſuos vocare quomodocunque: ſed ſi ceſſio eis facta fuerit actionis, non valebit ceſſio. Ne his quidem caſibus patrem filio cedere poſſe. ſic iudicatum eſt anno 1538. quia conſtitutio tantum de ſcholaſticis loquitur. Sunt aliæ quæſtiones circa conſtitutiones illas, an idem ſit dicendum de matre, quod de patre, de auo & nepote. Et receptum eſt ad eos caſus producendam eſſe conſtitutionem. quod non eſt difficile argumẽtis multis probare. Sunt aliæ multæ quæſtiones: ſed vna eſt, de qua dubitari poſſit, an ſi frater fratri ceſſerit, num pertineat hæc ceſſio ad ſororis maritum. Et conſtitutum eſt non pertinere: quia tantum de fratre lex loquitur: non autem de marito ſororis, qui impropriè tantum frater dicitur.

IN TIT. VIII. LIB. IIII. DIGEST. DE RECEPTIS, QVI ARBITRIVM RECEPERVNT, VT *ſententiam dicant.*

ARGVMENTVM totius huius tractatus, *De receptis arbitris*, duo præcipue continet. Vnum, ſi quis arbitrium receperit, eum cogendum eſſe iudicare, ſi iudicare nolit, auctoritate prætoris, ſi iuſtam non habeat excuſationem. Deinde quæritur de officio arbitri, & ſententiæ ab eo latæ vi. Nam aut arbiter vult iudicare, aut non vult. Si non vult iudicare, eſt cogendus. ſi vult iudicare, quæritur quod ſit eius officium, quid ſequi debeat, & quæ authoritas ſit ſententiæ eius ſi iudicauerit. Cur hic titulus ponatur inter τὰ πρῶτα, facile eſt iudicare. Prima pars Digeſtorum continet præparatoria iudiciorum, vt reſtitutiones. Plerunque ante iudicium, litigatorum conſenſu arbiter eligitur, veluti domeſticus diſceptator. Ideoque hac prima parte de his tractatur. Quod autem de receptis inſcribitur, ſic eſt accipiendum, vt ſequentes titulos iſte complectatur titulus. Edictũ proponitur de nautis, cauponibus & ſtabulariis vt recepta reſtituant. Vt ſi quid receperint, niſi id reſtituant, ea actione teneantur. Sequitur diuiſio huius tractatus, de arbitris, in locos cõmunes. Primus locus eſt de arbitro nolente iudicare. Propoſitũ eſt edictum à prætore. Edicti verba hæc fuerunt: *Qui arbitrium, compromiſſa pecunia, receperit, eum iudicare cogam.* His verbis conceptũ fuit edictũ, vt colligitur partim ex l. 3. partim ex aliis legib. *Qui arbitrium pecunia compromiſſa*, ſic eſt legendũ, vt in Pandectis Florentinis legitur. Eadẽ verba repetũtur l. litigatores. Quid ſit arbitriũ recipere, interpretantur Iureconſulti in aliis locis. Vnde apparet in edicto hoc verbũ ita accipiendum eſſe. l. 13. Pomponius. Deinde ſequitur in edicto: *Hunc iudicare cogam.* id colligitur ex l. 15. licet. Hoc capite videtis nullam proponi actionẽ: ſicut in aliis edictis, ſed tantum coercitio quædã eſt. Prætores edictis interdũ proponũt actionẽ, idq; frequẽtius. aliquãdo ita proponunt edicta, vt nullam dent actionem: Exemplũ eſt in l. quod ſi minor. de minor. Proponũt interdũ cautiones, cogunt cauere. Si domus ruinoſa ſit, cogit Prætor

Arbiter eſt inſtar alicuius domeſtici diſceptatoris.

cauere damni infecti. His igitur edictis comprehenduntur non tantum quæ ſunt iuriſdictionis, vt ſunt actiones: ſed quæ imperij ſunt, vt ſunt coercitiones. Vt cum Prætor cogit iudicare, cauere. Exemplum eſt imperii mixti, quod cohæret iuriſdictioni. Cur autem propoſitum ſit edictum, docet Vlpianus l. 3. quæ verba lectionem tantum deſiderant. His verbis oſtendit Vlpianus, magna ratione fuiſſe hoc edictum propoſitum, licet enim ratio non permittat, vt quis cogatur recipere arbitrium, tamen cogitur ſententiam dicere, ſi receperit. Hic obiter notanda eſt differentia iudicis, & arbitri. aliæ plures in hoc titulo differentiæ occurrunt. Nemo cogitur arbitrium recipere: ſed ſi receperit, cogitur arbitrium dicere. Sed iudex cogitur iudicare, & ſi non receperit iudicium. l. 1. §. iudicandi neceſſitas. de munerib. & honorib. diximus in l. cum, qui. ſupra de iuriſdict. Nunc accedamus ad ſingulorum verborum edicti interpretationem. Iureconſulti hoc titulo ſingula verba interpretantur, ad quam interpretationem debemus maxime reſpicere. In eo enim conſiſtit iuriſprudentia, quæ eſt pars boni & æqui, & ars, quæ nos docet qualcunque conſtitutiones interpretari ex bono & æquo, cuius exercitio valde neceſſaria, vt noſſe exempla Iureconſultorum veterum, qui artem boni & æqui nouerunt. Ait Prætor in edicto, *Qui arbitrium, pecunia compromiſſa, receperit, ſententiam dicere cogam.* Ait prætor, *Qui.* Hæc eſt prima vox edicti circa quam multæ quæſtiones tractantur de perſonis. l. 3. §. vlt. Non diſtinguit perſonas Prætor, conditionem, vel ſtatum earum. Vnde dubitari poteſt quomodo ea verba debeamus accipere. Et quidem arbitrum cuiuſcunque dignitatis accipere debemus. Cum igitur Prætor ait, *Qui*, nos accipimus cuiuſcunque dignitatis ſit, etſi conſularis ſit. Sed quid ſi conſul ſit? quid ſi magiſtratu fungatur? Si Prætor arbitrium receperit, non cogetur ſententiam dicere. Quamuis enim generaliter Prætor loquatur: tamen conſtat hunc excipiendum eſſe. nam ratio non permittit vt complectatur conſul aut Prætor: quia cogi non poſſunt ab alio magiſtratu. Par enim in parem non habet imperium. l. ille à quo. § vlt. ad Senatuſ. Trebel. Sed inferiores cogi poſſunt. Hæc Prætor non expreſſit edicto, non enim erat neceſſe. Intelligebat eſſe eruditi cuiuſque cum hac exceptione eſſe intelligendum. Ex eodem edicto oritur quæſtio de filiofamil. l. 5. hic. Quid ſi ſit filiusfa. qui arbitrium receperit, an cogatur ſententiam dicere? ait Iureconſ. cogi. Ergo nihil refert an ſit filiusfam. an paterf. Hoc eſt quod alibi dicitur filiumf. in publ. cauſ. locum patrisfa. obtinere. l. filiusfam. ſupr. de his, qui ſunt ſui. Idem l. ait Prætor. §. vlt. de iudiciis. Simile l. nam quod. ad Senatuſc. Trebell. Publicam cauſam hic intelligerem iudicium, aut publicum munus. l. in priuatis. & l. ſeq. de iudic. Cum ergo de iudicio agitur, filiusfam. habetur loco patrisfam. Addidit Gaius hic l. 6. Quinetiam & de re patris dicitur filiumfam. arbitrum eſſe poſſe. nam & iudicem eſſe poſſe pleriſq; placere. Dubitatio tamen naſcitur ex eo, quod dicitur l. pen. hoc tit. Non poteſt quiſquam arbiter eſſe de re ſua: ſed cur conſenſu non poteſt eſſe iudex in re ſua? Ratio, inquit ibi Martianus, non permittit ſe facere iubere. Vnde videbatur idem de patre & filio dicendum: quia pro eadem perſona habentur. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit. Sed reſpondent non haberi pro eadem perſona, in his, quæ ſunt pub. iur. Ius patriæ poteſtatis non habet locum in his, quæ ſunt publici iuris. Huc pertinet dic. l. in priuatis. de iudiciis. vbi dicitur, in priuatitis negotiis patrem filius, vel contra, iudicem habere poteſt. Senſus eſt horum verborum vt ſæpe docui, quamuis negotium ſit priuatum, de quo agitur, non publicum: tamen iudicare eſt munus publicum: & muneris pub. vt colligitur ex l. vlti. §. iudicandi. de munerib. In his autem, quæ ſunt publici iuris non ſpectamus patriam poteſtatem. Ideoque non perinde habendum, ac ſi vna ac eadem perſona eſſet. Simile eſt in l. ille à quo. §. vlt. ad Senat. Trebel. Ego in interpretatione huius loci, docui ante multos annos id ita accipi: niſi ſuſpectus ſit filius in cauſa patris. Nam ſi aduerſarius eum ſuſpectu n habeat, poteſt eum recuſare iudicem. Iudices enim recuſantur ſi ſuſpecti ſint. Magnifici quidam obiiciunt noſtram ſententiam non poſſe defendi, quia, inquiunt, de hac re nemini dubium eſt, ſuſpectum iudicem recuſari poſſe. Interpretantur d. l. in priuatis. id eſt, in domeſticis. Sed ſic interpretari delirare eſt. Cauſa dubitationis erat, etſi conſenſerit aduerſarius in talem iudicem, tamen non videbatur valere iudicium, vel arbitrium, quia iudex non poteſt quis eſſe in cauſa ſua. leg. penult. hic. Ratio non patitur vt pro ſe, vel contra ſe ſententiam dicat. Idem videbatur dicendum ſi ſit iudex in cauſa patris, qui habetur pro eadem perſona, vt cum patri iubet, ſibi videtur iubere. Sed reſpondet iudicandi munus publicum eſſe. Et dubitatum fuit de arbitro, qui conſenſu litigatorum ſemper eligitur. Cur ergo non dubitatum de iudice fuiſſet? Et ſemper admonui duplicem eſſe quæſtionem, quam vulgo perperam confundunt. Vna quæſtio eſt, an iudex poſſit eſſe filiusfam. in cauſa patris. Altera eſt, an poſſit recuſari ſi ſuſpectus ſit, & ſic interpretor dict. l. in priuatis. vt poſſit eſſe iudex: ſed recuſari poſſe. l. qui iuriſdictioni præeſt. ſupra de iuriſdict. Interpretatus ſum ſupra quæ hic obiiciuntur. Ait Prætor in edicto, *Qui arbitrium.* Inde quæritur de conditione perſonarum, an nihil referat cuius conditionis ſint arbitri. Quæritur de famoſo, de ignominioſo. l. 7. Pedius. In pleriſq; rebus refert, an quis ſit libertus, an ingenuus. C. ad leg. Viſcel. De famoſo certum eſt ei non patere aditum ad dignitatem. l. 2. C. de dignitati. Inde dubitatum eſt, an cogatur ſententiam dicere. Hoc ſit propterea quod conſenſu legatorum eliguntur arbitri. Nihil refert cuius conditionis ſint arbitri. Hinc differentia colligitur iudicis & arbitri, nihil enim refert, an arbiter ſit infamis an non: in iudice multum refert. l. Cum Prætor. de iudiciis. l. 5. de ſenato. De ſeruo quæritur. & certum eſt ſeruum non poſſe arbitrum eſſe, vt dicitur in dict. l. Pedius. §. in ſeruum. Sed quæſtio eſt, ſi in ſeruum & liberum ſit compromiſſum, an valeat? Iuliani ſententia eſt, ſerui arbitrium nullum eſſe. Sed an etiam liberti? Iureconſulti dicunt non valere arbitrium, ſed cur ita? Vulgo dicimus, vtile per inutile non vitiari. Doctores brocardici non poſſunt ſe expedire: & hunc locum tractant ad l. 1. de verbo. oblig. Hic vtile per inutile vitiatur. Duo ſpectantur hoc loco: vnum eſt vtile: alterum inutile. Compromiſſum in Titium eſt vtile, & tamen vitiatur propter arbitrium ſerui. Ergo fallax eſt regula brocardica & quolibetica. Semper ſpectanda eſt ratio in qualibet ſpecie: ſicut hæc ſpecies nos admonet. Cur vtriuſque arbitrium non valet? Litigatores elegerunt duos arbitros, ſeruum & liberum. De ſeruo non eſt dubitatio: ſed liberti arbitrium an non valeat quoque. Et iniquum id eſſet, quia ſolus forte non recepiſſet arbitrium. Sæpe quis arbitrium recipit cum alio, quod ſolus nunquam vellet recipere. Recipit cum alio, qui non poteſt iudicare propter conditionem ſuam: ſi ſolus cogeretur iudicare, afficeretur iniuria. Imo ne quidem volens ſolus iudicare poteſt. Ratio eſt, quia litigatores forte ſe non ſubieciſſent eius ſolius arbitrio: forte non elegiſſent Titium ſolum. Hoc plerunque accidit vt ſi ſententiam ſolus cogeretur dicere, afficeretur iniuria. Diximus hanc voculam *Qui*, ſic accipiendam eſſe, vt de perſonis idoneis tantum intelligatur. Sunt enim quos cogere non licet ad iudicandum. Alij, qui nec iudicare poſſunt. De his prætoris edictum intelligi non poteſt, cuiuſmodi quædam exempla adduximus. Aliud exemplum eſt in l. 9. Sed & ſi in ſeruum compromittatur. §. 1. hic, de pupillo, ſurdo, muto, furioſo, & ſimilibus, qui iudicio carent: in eos non recte compromittitur, tantum abeſt, vt cogantur iudicare. Simile eſt in leg. cum Prætor, de iudici. vbi dicitur, has perſonas prohiberi iudicare: quia iudicio carent. Dubitari poteſt de minore vigintiquinque annis, qui pubes eſt. hic enim de pupillo loquitur. Et dicendum, ſi receperit arbitrium, arbitrij receptionem valere: ſed reſtitui poteſt, ne cogatur iudicare. l. 41. Cum lege. Si minor ſit vigintiquinque annis, ait nullum eſſe compromiſſum, argumentum ducit ex l. Iulia iudiciaria. Producit ad arbitrium quod de iudice ſcriptum eſt l. Iulia. Hæc eſt lex Iulia, de qua attigimus nonnihil in l. 2. de iudic. Mentio huius legis ſit apud Gellium lib. 14. c. 2. Si minor annis viginti iudicium receperit, valet iudicium, niſi reſtitutionem impetrauerit. *Auditorium.* Hoc verbum plerumque refertur ad iudicia. l. lecta. de rebus credit. Addendum eſt id, quod de muliere ſcribitur in l. vlt. C. eo. Compromiſſum non tenet cum mulier recepit arbitrium. de hoc alio loco dicemus. Quęritur etiam de eo, qui iudex eſt, qui cognoſcit de re aliqua, an arbitrium poſſit recipere? d. l. Sed & ſi in ſeruum. §. Sed ſi quis iudex. hic. ſed eadem lege Iulia iudiciaria prohiberi arbitrium recipere, nedum dicere ſententiam Vlp. ait: hoc enim non conuenit iudicis officio. Quęſtio eſt apud Gell. lib. 14. c. 1. an conueniat iudicis officio iudicis perſonam

Par in parem non habet imperium.

nam

nam deponere, & pacificatoris perſonam ſuſcipere. Quæſtioni huic apud Fauonium facile reſpondetur, pacificatoris perſonam ſuſcipere poſſe: ſed non arbitri. id etiam expreſſum eſt Nouella Iuſtiniani, vt differ. iud. & dicemus ſequenti cap. Sequitur in edicto, *Qui arbitrium receperit.* Hæc verba interpretatur Vlpi. in l. 13. Pomponius §. Recepiſſe. hic. Is demum arbitrium recepiſſe dicitur, qui iudicis partes ſuſcepit. Cum litigatores adeunt aliquem, & ille ſuſcipit arbitrium, & pollicetur ſe ſententia ſua finem controuerſiæ impoſiturum: tunc demum partes ſunt Prætoris, vt cogat eum ſententiam dicere, alias non creditur arbitrium ſuſcepiſſe. Ergo fungitur iudicis officio, qui arbitrium ſuſcipit, & ideo iudex arbitrarius dicitur. l. cum antè. Cod. eod. Igitur non eſt credendum aliquem arbitrum eſſe: niſi polliceatur ſe controuerſiam finiturum. leg. Societatem. §. Arbitriorum. Pro ſocio. Non ſufficit conſenſiſſe. Duo coeunt ſocietatem, non conuenit de partibus, volunt partes ſocietatis conſtitui arbitrio Neruæ. Eſt aliud arbitrij genus, quod huc non pertinet. Ponamus conſenſiſſe eum in cuius arbitrium res collata eſt, non pertinet ad hoc edictum. Nam loquitur de eo arbitro, qui iudicis partes ſuſcipit. Valde inepta eſt diuiſio eorum qui diſtinguunt arbitrum ab arbitratore. Vterque enim recte dicitur arbiter. Arbitrorum duo ſunt genera. Vnus, in quem compromittitur, qui ad hoc edictum pertinet. Sed ſi duo rem aliquam committant arbitrio Neruæ, non ideo Nerua ſuſcipit partes iudicis etſi conſentiat, nec vlla eſt inter eos lis. Verba ſequentia, inquit, oſtendunt edicti verba eſſe accipienda de arbitro, qui officium iudicis ſuſcipit, cum prætor loquitur de eo, qui recipit arbitrium, nec eſt intelligendum de eo, qui interuenit inter eos. Sequitur in edicto, *Pecunia compromiſſa*, ſic eſt legendum in edicto, in aliis legitur, pœna. Ait Prætor, compromiſſa pecunia: non ait ſimpliciter coacturum eum ſententiam dicere, qui arbitrium recipit, ſed qui recipit compromiſſa pecunia. l. litigatores. Sed cur hęc addidit Prætor? Quãtum interſit, an pecunia ſit compromiſſa, an non, colligitur ex leg. 3. §. 1. vbi Iureconſultus oſtendit conſilium Prætoris, qui edictum propoſuit. Ergo duplex eſt ratio huius edicti, quia, inquit, ſtudet lites finiri, quia videt hoc maxime pertinere ad publicam vtilitatem vt lites finiantur. Breuiter Prætoris officium eſt velle lites finiri. l. quidam. de rebus creditis. Item quia non debent decipi hi, qui eum tanquam virum bonum inter ſe elegerunt: ſed ratio ceſſat in eo, qui recipit arbitrium, nulla pœna compromiſſa. Quia ex ſentẽtia arbitri non naſcitur actio vel exceptio l. 2. hic. Sententia arbitri eſſet eluſoria, ſi damnatus parere nolit. Lites non finirentur: ſed augerentur. Hoc fuit conſilium Prætoris vt finiantur lites. Vnde Prætor exiſtimauit ad curam ſuam pertinere, vt cogat ſententiam dicere eum, in quem compromiſſum eſt. Merito igitur addidit Prætor, *Qui arbitrium receperit, pecunia compromiſſa.* Hæc verba Iureconſulti interpretantur in l. litigatores. & legib. ſeq. & ita interpretantur, vt omnia ad hunc ſcopum referant, ne ſit inefficax, ne ſit eluſoria. Ob rationem, quam dixi, in iudicibus datis hoc non ſpectatur, vt dixi in l. eum, qui. ſupra de iuriſdict. cogit iudicem dicere ſententiam Prætor, & eius ſententiam exequitur. l. à Diuo Pio. de re iudic. Exemplis demonſtratur. l. 11. litigatores. & leg. ſeq. Iureconſulti interpretantur verba edicti. Ait Prætor, *pecunia.* Quid ſi fundum, aut equum promiſerit? Ait Iureconſultus nihil referre an pœna nummaria, an alia ſit res promiſſa loco pecuniæ. Pecunia plerunque nummos ſignificat. leg. pecuniæ verb. de verb. ſigni. Sed late accipimus hoc verbum in edicto, ita vt prætoris ſententiam, ad quam ſpectauit, nobis proponamus. in d. l. litigatores. §. 2. verſ. Proinde & ſi alter rem, alter pecuniam promiſit, &c. Hic diſtinguitur res à pecunia, quamuis rei appellatio generalis ſit. l. rei appellatio latior eſt, quam de verb. oblig. ſicut in l. naturalis. de præſcr. verb. Nihil etiam refert, an maior, an minor pœna promiſſa ſit, quam res eſt de qua quæritur. Præterea nihil refert, an certa ſit, an incerta pecunia quæ compromiſſa eſt. Litigatores adeunt arbitrum, compromittunt pecuniam incertam ſe ſoluturos, quanti intereſt, niſi arbitrio paruerint, valet compromiſſum, de quo tamen dubitari potuit: multo firmius eſt compromiſſum, cum certa quantitas promittitur quam cum incerta. Cum enim promittitur, quanti intereſt, cogitur docere intereſſe, cuius difficilis eſt probatio. l. vlt. de præto. ſtip. Sed tamen quia poteſt peti quod intereſt, ideo plenum eſſe viſum eſt compromiſſum. Sed quid ſi ſimpliciter promiſerit ſtare ſententiæ, an cogatur arbiter arbitrari? Quæſtio difficilis. l. 47. die proferre. hic. Si litigatores elegerint arbitrum, nulla pœna compromiſſa, ait Iureconſultus fore incerti actionem aduerſus eos: & petit id, quod intereſt. Id enim incerti actione petitur. l. vlt. ſi quis in ius vocat. Si quis factum promiſerit, perinde habetur ac ſi id, quod intereſt promiſiſſet. l. ab alio. de re iudicata. Ex hoc loco colligo, ſi promiſerint litigatores ſimpliciter ſine expreſſa certa pœna, vel pecunia, vel eo quod intereſt, ſtare ſententiæ arbitri, & arbitrum cogendum ſententiam dicere. Hoc enim ſatis exprimitur hoc loco: ambiguum tamen eſt quod hic dicit Vlpianus. poteſt dixiſſe hoc, vt oſtendat valere ſententiam eo caſu: ſed cogi non poſſe. Sed mihi videtur probabilius interpretatione producendum, vt cum Prætor ait, *pecunia compromiſſa*, ſic interpretemur non tantum ſi pœnam, ſed & id quod intereſt promiſerit. Idem ſi promiſerit ſtare ſententiæ: quandoquidem qui promiſit ſtare ſententiæ, creditur id quod intereſt promiſiſſe. Facti enim obligatio cõtinet id quod intereſt. Diſſentiunt autem quidam eruditi, atque inquiunt ſe moueri quod de pœna loquatur prætor: Verum fefellit eos editio Norica: in libris enim Florentinis legitur in edicto, *pecunia compromiſſa.* ſane poteſt pecunia tanquam pœna promitti: & poteſt promitti tanquam id, quod intereſt. *Sed ſi pœna.* Iureconſultus animaduertit locum non eſſe dubitationi, cum pœna vtrinque compromittitur: ſed etſi id, quod intereſt promittitur, valet compromiſſum. Deinde eo ventum eſt, vt nihil interſit an expreſſim promittatur id quod intereſt, an tacite: nam ad id, quod intereſt ſemper obligatur, qui factum promittit, ſecundum regulam, quę traditur, in obligationibus facti ſuccedere id, quod intereſt. Ait Prętor in hoc edicto *Compromiſſa*, an hoc de pacto intelligendum ſit? Ait Iureconſultus de ſtipulatione accipiendum: ſic plerunque accipitur promiſſum. §. ſi ſcriptum. De inutilib. ſtipula. Inſtit. Pollicemur vltro, promittimus rogati, inquit Donatus in Terentium. Producitur autem longius, quamuis de ſtipulatione intelligatur. Idem enim de quacumque conuentione dicendum eſt. Eadem vis eſt, & non debemus verbis inhærere: ſed ſententiam ſemper ſequi. l. Non aliter. de legat. 3. Quoties apparet eandem vim pacti eſſe, quæ eſt ſtipulationis. Plerumque par eſt vis pacti, atque ſtipulationis in hac re. Cum tres litigatores eſſent promiſſuri. 100. aureorum ſummam, tandem conuenit, vt ſi quis non paruerit ſententiæ arbitri, alter ab altero non petat 100. aureos, quos ei debet. Ait Iureconſ. cõgendum eſſe arbitrum, vt ſentẽtiam dicat. Dicitur enim compromiſſum pacto, quod ſtipulationis vim habet. ſic videtis à verbis recedi propter mentem legislatoris. Dixi facilem eſſe explicationem edicti his, qui ſpectant ſcopum, ad quem reſpexit Prætor in hoc edicto proponendo. Si enim cogantur metu pœnæ arbitrio ſtare, vel pecuniæ, hic proſpectum eſt ſatis ei rei, cum alter alterius eſt debitor. Si promiſſa ſit ſub conditione pecunia, non eſt certum efficacem fore ſententiam, propter conditionem: quia ſuſpenditur pœna. ſemper videndum ne inefficax ſit ſententia. Idem in alio exemplo diſtinguitur. l. 32. Non diſtinguemus. §. Si mulier. hic. Mulier non efficaciter intercedit. & ideo ſi alieno nomine compromiſerit, non tenebit compromiſſum. Deinde ait Prætor, *compromiſſa*, non ait promiſſa. ſignificat vtrinque promittendam eſſe pecuniam. ſic interpretatur d. l. litigatores. § Quod ait prætor. & §. Idem Iulianus ſcribit. Si vnus promiſerit pœnam, alter non, ait non cogendum eſſe arbitrum ſententiam dicere. Poſſet enim is, qui non promiſit, non parere ſententiæ, & Prætor non interponit authoritatem, niſi metu pœnæ parere compromiſſum ſit. Hinc quæſtio naſcitur tractata in leg. Pomponius. §. 1. Quæſtio eſt difficilis & ſubtilis. *Ego ſi de meis ſolis*, id eſt de meis ſolis actionibus, quæ mihi competebant aduerſus te: de tuis aduerſus me non compromiſſum eſt. Item à te ſum ſtipulatus pœnam: tu non à me, quæritur an valeat compromiſſum? *Videndum*, &c. Refert Vlpian. verba Pomponij, quibus oſtendit ſe exiſtimare non eſſe compromiſſum. *Sed cui rei moueatur.* Hæc addidit Pomponio Vlpianus, diſputans de eo edicto Pomponij. Cui Pomponius exiſtimauerit compromiſſum non eſſe, an quia tantum de meis compromiſſum eſt, nulla eſt ratio: quia de vna re licet compromittere. Licet enim mihi de controuerſiis meis compromittere.

Facti obligatio continet id quod intereſt.

Eius quod intereſt difficilis probatio.

Ergo ob hanc rationem Pomponius non recte dixit, compromiſſum non eſſe. *Si vero ideo, quia ex altera.* Si Pomponius eo motus eſt, quod vnus eſt ſtipulatus pœnam, alter non eſt ſtipulatus. ratio eſt, *Quamquam ſi petitor ſit qui ſtipulatus eſt.* Hæc diſputandi gratia adiiciuntur. Quæritur, an in ſpecie Pomponij ideo non ſit compromiſſum, quia vnus tantum compromiſit. Eſt, inquit, ratio, quia prætor agit de pecunia compromiſſa ex parte vtriuſque. Poteſt tamen dici, inquit, *Si petitor ſit qui ſtipulatus ſit, &c.* Exempli gratia: Peto 100. ex cauſa mutui, lis eſt inter nos, eligimus arbitrum. ſtipulor à te pœnam, ſi non parueris arbitrio. tu à me non ſtipularis, ſed paciſceris de non petenda pecunia, quam mihi debes. Si ego arbitrio non paruerim, probabiliter dici poteſt plenum eſſe compromiſſum. In primis petitori conſulitur, ſi reus non paruerit: quia habebit actionem ad pœnam ex ſtipulatu. Reo vero conſulitur per exceptionem pacti. Nam cum peto centum ex cauſa mutui, & conſentio in eam pecuniam, video tacite conſentire, vt ea pecunia non petatur ſi reus fuerit abſolutus. *veluti, pacti.* ſic eſt legendum vt in Florent. in Norico deeſt, veluti. In hac ſpecie videtur ſatis eſſe, ſi actor tantum ſtipuletur pœnam. Conſulitur enim reo per exceptionem, ſi ab actore denuo poſt abſolutionem conueniatur. actor enim habebit actionem ex ſtipulatu ad pœnam, ſi reus arbitrio non paruerit. *Sed id verum eſſe non puto.* Hic concludit, verum eſſe non puto, id eſt, non puto plenum eſſe compromiſſum in hac ſpecie: cum vnus tantum pœnam ſtipulatus eſt. *Neque enim ſufficit, &c.* Non obſtat quod dicitur, reum habere exceptionem aduerſus actorem, quia hoc non ſufficit, vt agi poſſit arbiter ad ſententiam dicendam. Nam Prætor requirit ſtipulationem pœnæ vtriuſque, & pecuniam vtrinque compromiſſam eſſe. Sed difficultas naſcitur ex eo, quod per hanc exceptionē pacti, perinde reo conſulitur, atque actori per ſtipulationem pœnæ. & hoc videtur reo ſufficere. Quid ergo nocet in hoc caſu, quod plenum non ſit compromiſſum? Et auget difficultatem d. l. litigatores. §. Interdum. Duo litigatores pacti ſunt, ne alter ab altero petat. pactum tantum prodeſt ad exceptionem: & tamen ait valere compromiſſum. Quid eſt ergo quod Vlpianus ait exceptionem hoc caſu non ſufficere? Hæc videntur mirabiliter pugnantia. Dicam breuiter quod ſentiam. In hac ſpecie, quam tractamus, l. Pompon. ideo compromiſſum non valet, quia nulla eſt pœna ex parte actoris: Prætor vult vtrinque pœnam promitti: hic reus tantum actori pœnam promiſit: non actor reo. Edictum pertinet ad finiendas lites, vt metu pœnæ cogantur litigatores ſententiæ ſtare. Periculum eſt ne is, qui pœnam non promiſit, non ſtet ſententiæ arbitri. In dicta leg. litigatores. §. interdum. vere pœna eſt. Non eſt quæſtio, an pœna hinc inde interuenerit: ſed de pacto eſt quæſtio. In edicto dicitur, *Pecunia compromiſſa. &c.* Vult Prætor pœnam compromitti hinc inde per ſtipulationem: quia dixi hoc verbum *Promittendi,* ad ſtipulationem pertinere. Vnde duplex eſt quæſtio in hoc loco. Prima, an hinc inde ſit pœna compromiſſa. Deinde an per ſtipulationem, an per pactum ſit promiſſa. In dicto §. interdum, conſtat vtrinque eſt pœnam, ſed quia pactum tantum interuenit, dubitatur an valeat compromiſſum. Species hæc eſt: Duo elegerunt arbitrum, agebant de compromittenda pecunia, tandem in mentem illis venit alium alij mutuo debere. Sic autem pecuniam illam, quam alter alteri debebat, pacti ſunt ne petant. loco pœnæ, factum eſt pactum de non petenda pecunia. Erant ambo mutuo debitores. Pactum eſt interpoſitum de pecunia debita non petenda. Videtis vtrinque eſſe pœnam amiſſionem pecuniæ: ſed pactum eſt conuentum ne eo nomine detur actio. Quæritur, an valeat compromiſſum. Ait valere: quia pactum eandem vim habet, quam habet hæc ſtipulatio. Quid enim refert, an ſoluam pecuniam, quam debeo, an mihi remittatur? Igitur ex ſententia edicti magis, quam ex verbis dicitur hic eſſe compromiſſum. Non quod ſine pœna valeat compromiſſum: ſed quod nudo pacto hic promiſſum eandem vim habeat, quam haberet ſi ſtipulatio interceſſiſſet. Sed dixerit quis, ſatis eſſe conſultum reo, in leg. Pomponius. per exceptionem pacti. Si id ita ſit, quid opus eſt ſtipulatione pœnæ? Ego reſpõdeo, & ex eo quod iam dicam, pendet explicatio huius difficultatis. In hoc edicto inſpicimus an lis ita finita ſit, vt litigatores cogantur ſtare ſententiæ metu pœnæ, non inſpicimus an alter alteri debeat, an non: ſed an ſit lis acceptura finem. Propoſitum eſt hoc edictum tollendarum litium cauſa. dict. l. litigatores. §. 1. & l. 41. quamuis. hic. Inſpicimus an lis ſit finem acceptura, vt cogatur is, qui victus erit, ſententiæ parere arbitri, metu pœnæ. Fieri poteſt vt ita fiat compromiſſum, vt is pro quo ſententia fertur, nihil debeat effectu, quia forte habeat exceptionem pacti: ſed non ideo dicitur lis finita. Is qui habet exceptionem iudicati, habet exceptionē litis finitæ. Galli noſtri vocãt, *Fin de non recepuoir.* quod nõ poſſumus dicere de exceptione pacti. Multum enim intereſt inter exceptionem pacti, & exceptionem rei iudicatę. Loquitur hic Iureconſ. de exceptione pacti, quæ nõ poteſt dici lis finita. Ergo inſpicimus, an lis veriſimiliter ſit finem acceptura, ſaltẽ metu pœnæ. Conſiderauit Prætor cogi litigatores metu pœnæ ad obtemperandũ ſententiæ arbitri, neceſſitate conditionali, quam cauſatiuam vocamus. Igitur reſpõdeo, per exceptionem pacti, de qua loquitur lex noſtra, Prætoris edicto non eſſe ſatisfactum. Tametſi reus habeat exceptionem pacti: non ideo lis finita eſt. Non poteſt reus ſummoueri ab agendo, perinde ac ſi eſſet exceptio rei iudicatæ. Non eſt pœna aliqua, cuius metu poſſit deterreri à lite actor. Id quod facile ex mente Prætoris colligemus. Quæſtio pendet ex interpretatione verborum edicti. Si inſpiciamus quodnam fuerit conſilium Prætoris, facile nos explicabimus non ſimpliciter velle Prætorem pœnam promitti: ſed hinc inde. Hinc dico ex ſententia Prætoris, ſi hinc inde interuenerit ſtipulatio ſine pœna, non valere compromiſſum. Et ſi alter alteri promiſerit ſoluere pecuniam, de qua lis eſt, ſi ſententiæ non ſteterit, non valet compromiſſum. Prætor enim vult pecuniam tanquam pœnam promitti. Si promiſerit quis ſimpliciter ſtare ſententiæ arbitri, valet quidem compromiſſum, quia tenebatur ad id, quod intereſt: ſed cum nihil aliud in compromiſſum deducitur præterquam id, quod agitur, non valet compromiſſum. Nam Prætor vult pecuniam tanquam pœnam compromitti, & ſic mihi videntur hæc concilianda eſſe. Vnde colligendum in hac ſpecie, apud Pomponium arbitrum non cogi dicere ſententiam. An autem valeat ſententia ab eo vltro dicta? Quæſtio eſt alterius loci, de qua dicemus ſeq. cap. Nos quærimus tantum, an cogi poſſit à Prætore inuitus ſententiam dicere. Sequitur in edicto, *Sententiam dicere.* Hæc verba ſumpſimus ex leg. 21. qualem. hic. Paulus Iureconſ. interpretatur verba illa edicti. Quid ſi arbiter non recte pronunciauerit, an poſſit cogi aliter pronunciare? Ait cogendum non eſſe ſecundò ſententiam dicere. Idque ex edicto ſatis colligitur. Prætor non ait: ſecundum ius, ſecundum leges ſententiam dicere cogam, ſed ſimpliciter ſententiam dicere cogam. Ergo quocunque modo pronunciauerit arbiter, non poterit amplius cogi à Prætore ad ſententiam dicendam. Si duo litigatores compromiſerint in arbitrum, vt certam ſententiam dicat, nullum eſt compromiſſum: niſi ita ſit compromiſſum, vt liceat ei pronunciare quod ipſi videbitur. Opponitur lex, ſi conuenerit. de re iudic. vbi dicitur, ſi conuenerit inter litigatores, quam ſententiam debet pronunciare, iudex aliter pronunciare non poteſt, debet enim ſequi voluntatem litigatorum. Cur idem de arbitro dici non poteſt? Difficultas hæc non ſatis explicatur ab Accurſianis. Sed ratio perſpicua mihi videtur diuerſitatis inter iudicem & arbitrum. Nam fruſtra itur ad arbitrum, cum conuenit inter litigatores. Quid commodius poteſt litigatoribus afferri ex ſententia arbitri, quam ex ſuo conſenſu? Sententia arbitri non parit actionem, neque habet executionem vt poſtea dicemus: ſententia iudicis habet executionem. Igitur conſultiſſimum eſt vti, & ſi conueniat inter litigatores, tamen petere vt iudex de eo pronunciet: quia ea ſententia iudicis habet executionem: ſed alia cauſa eſt arbitri. Admonui iam vos non vti Prætorem hac extraordinaria coercitione, cum cogit arbitrum pronunciare: niſi quatenus faciat ad lites finiendas: ſed hic non cogitur partes ſuas interponere, quia ad lites finiendas non pertineret. Conuentiones non habent executionem iure ciuili. Igitur prodeſt ſententia iudicis ad executionem. Et vulgo adduci ſolet l. minor. 40. de minorib. vt oſtendatur ius Romanum à noſtris morib. diſſentire. Inſtrumenta publica habent executionem moribus noſtris paratam, quæ iure Romano non habent executionem. Vnde ſi minor cauerit ſe recepiſſe pecuniam, ex cauſa iudicati, quam non accepit, & debitor eidem cauerit, quaſi ex cauſa mutui eam à minore

hore acceperit, aduerſus cautionem poteſt reſtitui. Obligatio noua poſt iudicatum non habitura eſt executionem, ſed per reſtitutionem oportebit denuo agere in iudicio, & ad ſententiam rurſus peruenire. *Dicere autem ſententiam.* Interpretatur Iureconſ. edicti verbum, *ſententiam.* Proprie ſententia dicitur qua negotium finitur. ſic accipitur Cod. titu. de ſenten. & interloc. Antequam ergo totum negotium finiatur, Prætor cogit dicere ſententiam, cum de pluribus rebus eſt arbitrium cœptum: ſed de vna tantum eſt ſententia dicta. Et ait non videri ſententiam dictam. Hoc ſubiicit vt oſtendat quando ſit cogendus arbiter ſententiam dicere. Cum dicimus iudicem ſententiam ſuam mutare non poſſe, intelligimus de ſententia diffinitiua, ſi late accipiamus ſententiam, poſſet intelligi de interlocutione, quæ dicitur ſententia, late ſententiam accipiendo. Videmus interdum iudices dilatione vna data, aliam dare, & ſtandum eſt poſteriori ſententiæ. Hic locus pertinet ad rem iudicatam. l. quod iuſſit. de re iud. In ſententiis nihil poteſt mutare iudex. Quod autem dicitur de arbitro, qui vetuit, & qui mox iuſſit, adduxi aliquando exemplum in explicatione eius legis. Quod iuſſit de re iudic. ex l. 10. de Prætor. ſtipulat. Cum Prætor vtitur imperio ſuo, vetando, iubendo, ſi cauere iuſſerit intra certum diem, mox iuſſerit intra alium diem. Hæc de ſententia arbitri. Quæſtiones hæ latius tractantur in ſequen. cap. Hinc notandum, pronuntiationem arbitri recte dici ſententiam: Barbari ineptiſſime aliter vocant, cum à veteribus Iureconſ. vbique ſententia vocetur. Prætor in edicto ait, *Cogam.* Ex hoc verbo apparet nullam actionem contineri edicto: ſed coercitionem. Quæ coercitio eſt imperij, atque ideo Vlpianus in edicti interpretatione in l. 3. litigatores. §. vltim. & l. ſequen. ſic accipit verb. cogi, pro coercitione extraordinaria. Varia ſunt autem genera coercitionum. Huiuſmodi eſt dictio mulctæ, apud Paulum in l. 32. Non diſtinguemus. §. ſi arbiter. Poteſt Prætor mulctam dicere, quod his competit, qui habent iuriſdictionem, vt dicitur in l. 2. §. vlt. de iud. Ex his cauſis, de quibus diximus, cogitur arbiter ſententiam dicere. Sed tamen id perpetuum non eſt. Variæ ſunt exceptiones Iureconſultorum, ex quibus poteſt ſumi exemplum interpretationis quæ dicitur reſtrictiua. Vna eſt inſignis & difficilis in l. 9. ſed ſi in ſeruum. §. pen. de quo aliquid attigimus ſupra. Si quis iudex ſit eius rei, de qua lis eſt, non cogitur arbiter eſſe. Lex enim Iulia iudiciaria prohibet compromitti in arbitrum, qui eius rei de qua lis eſt, iudex eſt. Sed videtur Cæſarum conſtitutionibus, & Pontificum, huic iuri derogatum, Nouella 86. vt different. iudices. Vbi dicitur ſi in ſuſpicionem venerit magiſtratus, adiungendum eſſe Epiſcopum ciuitatis. Permittit Imp. pacificatione quadam negotium tranſigere. idem in bullis Pontificum. cap. cum tempore. c. cum olim. de arbitris. Primum conuenit inter omnes, iudicem poſſe pacificationis partes ſuſcipere, & velut communis amici perſonam: ſed non arbitri. Et poteſt hactenus experiri inter litigatores, vt a lite diſcedant. leg. Pomponius. §. recepiſſe. hic. nec eſt arbiter. Arbiter eſt enim qui interuenit finiendæ litis cauſa, qui pollicetur ſe finem impoſiturum controuerſiæ. Sic intelligunt noſtras conſtitutiones Iuſtiniani & Pontificis. Ego vero puto hunc locum Vlpiani de iudice dato, non de Prætore, aut magiſtratu intelligendum, cum ait, de quo iudex eſt. Iureconſulti veteres iudicem appellant eum qui datus eſt iudex, & diſtinguitur aperte à Prætore in leg. 5. de verbo. obligationibus. Mouet me quod ait, *eiuſdem rei.* Satis enim ſignificat, quod ſit tantum iudex eius rei, de qua datus eſt à Prætore. Præterea lex Iulia iudiciaria, de variis iudicibus loquitur. licet videre legem cum leg. 41. Non loquitur de ætate magiſtratuum. leg. quidam conſulebant. de re iudicata. Nam poteſt cuiuſcunque ætatis magiſtratus dari. Tertia ratio eſt, quæ eſt magnæ diuerſitatis inter iudicem datum & magiſtratum. Iudex datus non poteſt à formula recedere, à Prætore ſibi data, ſecundum formulam iudiciorum veterum: quod tamen contingeret ſi poſſet iudex datus iubere in ſe compromitti, vel ſi in arbitrium eius compromitteretur. Huc pertinet quod dicit Seneca, Melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad arbitrum, quam ſi ad iudicem eatur. Loquitur de iudice, qui adſtrictus eſt formulæ. Eodem pertinet quod dicit Cic. in Orat. pro Comœdo, Ad iudicem hoc modo imus, vt aut totum habeamus, aut totum amittamus: non ita ad arbitrum. Ergo non eſt mirum ſi prohibeatur iudex in ſe compromitti, vt non poſſit recipere arbitrium: ne hoc prætextu recedat à præſcripto formulæ Prætoriæ, quæ eum includit certis cancellis. Quartum & præcipuum argumentum id quoque eſt, quod in leg. 4. de tutoribus vel curatoribus dat. ab iis, qui ius dandi hab. &c. vbi Prætor, ait Vlpianus, ipſe ſe tutorem dare non poteſt: ſicuti nec pedaneus iudex, nec compromiſſarius ex ſua ſententia fieri poteſt. Quibus verbis oſtendit Iureconſultus Prætorem poſſe compromiſſum accipere: non quod cogat litigatores ad compromittendum. Poteſt, inquit, recipere arbitrium, ſed ex ſua ſententia non poteſt. Non hoc adderet, ſi non poſſet alias arbitrium ſuſcipere. Vnde alias cõſtitutiones, quæ videntur repugnare, de magiſtratibus intelligimus. Quid enim incommodi eſt in ea re, ſi is, qui dicitur ordinarius, iubeat litigatoribus compromittere, & eligere communem amicum: aut ſi tanquam communis amicus recipiat arbitrium? Sed quod dicitur in hac l. 9. de iudicibus datis intellige, qui dabantur certa formula præſcripta. & ita etiam hodie obtinuit.

In primis igitur dicendum, arbitrum non cogi ad ſententiam dicendam, ſi compromiſſum non valeat. nam nulla poteſt iuſta eſſe cauſa. Diximus hoc ad curam ſuam reuocare Prætorem vt lites finiantur. Igitur ſi compromiſſum non valet, quomodo lites finiri poſſunt? Adduximus in ſuperioribus exemplum de arbitro, qui recepit arbitrium eius rei, cuius iudex erat. d. l. 9. §. ſi quis iudex. Ex his, quæ diximus poſſunt alia exempla adduci ex interpretatione edicti: nos alia exempla perſequemur. Vnum eſt in l. 17. item ſi vnus. §. item Pomponius. Exemplum eſt in quo non valet compromiſſum, ſi electus ſit arbiter Seius vt pronuntiet quod placuerit Titio diſceptatori. Cur non valeat compromiſſum rationem ſubiicit, quod in eo libera facultas arbitri ſententia futura non ſit. Quomodo poteſt arbiter dici, qui non habet liberam facultatem pronunciandi? Diſceptare eſt cognoſcere, arbitrari, iudicare. Sic accipitur apud Cic. libr. 3. de legibus. *Prætor iuris ciuilis diſceptator eſto.* Sic & apud Iureconſ. l. 3. §. 1. l. ſed & ſi compromiſſum. hic. leg. cum hi. §. ſi cui. de tranſact. Si ergo eſt compromiſſum vt Seius pronuntiet quod Titio placuerit diſceptatori, recte Iureconſult. ait tale compromiſſum non valere. Simile adduximus ex leg. 21. qualem. hic, ſi conuenerit inter litigatores, vt certam arbiter ſententiam dicat, nulli poteſt eius ſententia vſui eſſe. Igitur notandum eſt, & eſt locus communis, quoties libera pronuntiandi facultas adimitur per compromiſſum, compulſum non valere. Hinc vulgo quæritur, ſi ita ſit compromiſſum, vt conſilio alicuius arbiter pronuntiet, an valeat, & expreſſum eſt cap. cum olim. de arbit. valere, & recte. Nam libera facultas hoc compromiſſo non aufertur. Vis eſt horum verborum, vt conſilio vtatur eius cuius facta eſt mentio in compromiſſo. Aliud dicitur in noſtra ſpecie, cum arbiter pronunciare iubetur, quod placet Titio: aliud eſt conſilio alterius pronunciare, & quod alteri placet pronunciare: & idem expreſſum eſt iure ciuili. l. quidam decedens. §. Papinianus. de adminiſt. tut. Non ideo arbitrandi & pronunciandi facultas adempta. Hinc alia quæſtio naſcitur in d. l. item ſi vnus. §. ſed ſi ita. arbitratu Titii fieri quod diceremus in hac ſpecie. Controuerſia erat inter duos rem reſtitui arbitratu Titij, vel Sempronij ſub alternatione, an valeat compromiſſum? dubitationem facit quod incertum ſit, vter debeat arbitrari. Ait valere. Multum enim differt à ſuperiori ſpecie. Hic vterque dicitur ſub alternatione arbiter: ſupra non, quia in ſuperiori ſpecie iubetur pronunciari quod alteri placet: hic vero non. Item interrogantur à Prætore litigatores, vtrum vellent arbitrium dicere: & in quem conſenſerint, eum coget Prætor dicere ſententiam. ſic hic locus eſt ſatis apertus ita intelligendo. Aliud exemplum eſt in d. l. item ſi vnus. §. ſi in duos. Duo arbitri ſunt electi ita, vt ſi diſſentiant, tertium aſſumant. Quia facile poſſunt diſſentire. Putauerunt litigatores ſatis cautum eſſe, ſi tertium aſſumant. An hoc caſu videatur vtile compromiſſum? Ait Iureconſult. ſi certam perſonam expreſſerint, valere arbitrium: ſed ſi nominatim expreſſerint, inutile eſſe. Duo arbitri poſſunt diſſentire, & ita res non eſt habitura exitum: quod non poteſt fieri ſi certum aſſumant: ac ita debet arbitrium fieri vt certum ſit litem habitura exitum. Idem expreſſum eſt in cap. innotuit. de arbit. Ex his, quæ diximus,

videtur nunquam valere compromiſſum in duos, quos fruſtra cogeret Prætor ad iudicandum ſi diſſentirent. Hoc videtur ſequi ex his, quæ diximus: ſed tamen ſubiicit Vlpianus in duos poſſe compromitti, & vt occurratur incommodo, de quo dixi, cogit eos Prætor certam tertiam perſonam eligere, d.leg.item ſi vnus, &c.quæ ſic habet: *Et debet Prætor cogere arbitros, ſi non conſentiant, tertiam certam perſonam eligere, cuius authoritati pareatur.* Poſtrema verba probabiliter dici poſſunt referri ad ſuperiorem ſpeciem, de qua diximus, ſi duo ſunt arbitri electi, ſi diſſentiant, poſſe tertium eligere. Profert ſententiam Vlpian.receptum tamen eſt ad poſtremum tantum pertinere. Ratio diuerſitatis adfertur, quia in ſuperiori ſpecie duo arbitri non ſimpliciter eliguntur: ſed ita vt ſi diſſentiant, eligant tertium. Sed in poſtrema ſpecie eliguntur duo arbitri ſimpliciter. Ergo iubebit Prætor tertium eos aſſumere, cuius authoritati pareatur. Sed in ſuperiori ſpecie relinquere nolunt voluntati Prætoris: quia ſi Prætor cogeret eos aſſumere tertium aliquem, videretur eos contra mentem contrahentium cogere. Hocq; eſt conſentaneum dict. capit.innotuit. Aliud exemplum eſt in leg. 32. alias 36. non diſtinguemus §.Iulianus.In hac ſpecie dicitur nõ valere compromiſſum propter rem de qua compromittitur. de cauſis tantum pecuniariis compromittitur: de aliis quæ ad remp. pertinent, non compromittitur de cauſa ſtatus, de lib. cauſ. quæ per magiſtratus maiores exercentur. Sed obiicitur nobis lex, quid ergo. §. ex compromiſſo, de his, qui notan. infam. vt oſtendatur etiam de delicto famoſo compromiſſum valere. Edictum Prætoris de his qui notantur infamia, habet locum in ſententia. fruſtra hoc à Iuriſcon. dictum fuiſſet, ſi ad arbitrum de delicto famoſo non poſſet iri. Hoc præſupponitur, & præterea valere ſententiam, quamuis non notatur infamia. Animaduertendum eſt hic Paulum referre Iuliani ſententiam, quam non probat, nec improbat. Ideoque cum quæritur, an ſit probanda Iuliani ſententia an non, ſequenda eſt diſtinctio l.quid ergo §. ex compromiſſo.de his, qui not. infra. Et hoc receptum eſt vulgo, vt eatur ad arbitrum in cauſa criminali. Dixi alias ciuile iudicium eſſe, cum quis petit aliquid ad ſuum commodum pertinens. Cum autem non agit ad ſuum commodum ſeu vtilitatem, ſed ad vindictam publicam, vt coerceatur is, contra quem agitur: tunc dicitur criminale iudicium. Hinc obiter notandum eſt, quod dicitur vetare Prætorem: ſicut Prætor cogit ſententiam dicere: ita plerunq; vetat ſententiam dicere. Exemplum eſt mixti imperii, quod cõiunctum eſt cũ iuriſdictione. Qui differunt de iuriſdictione, magnam habent diſſenſionem in exemplis, ſed certum eſt hoc mixti imperii, non iuriſdictionis, quæ conſiſtit in iudicis dandi licentia. Sed imperium mixtum cohæret iuriſdictioni, quod in quadam coercitione conſiſtit. Aliud exemplum eſt in dict. leg. non diſtinguemus. §. ſi ſeruus. Si ſeruus non poteſt ſiſti in iudicio: ſic in eius arbitrium compromitti non poteſt. leg. ſeruus. Codic. de iud. l. certis ex cauſis. de iudiciis. Item de pupillo dicitur leg. 35. alias 39. ſi pupillus. hic. Quia efficax non eſt aduerſus eum ſententia. Diximus in titul. de minoribus ſupra. Ex his cauſis videtis compromiſſum non valere. Et ideo Prætorem non cogere ſententiam dicere. Idem dicendum eſt, & ſi poſtea ſit ſolutum compromiſſum. dict. l. non diſtinguemus. §. 2. ſumma rei eſt, Prętor, &c. Breuiter Paulus in d. §. ſumma rei, &c. in fi. docet, quibus ex cauſis ſoluatur compromiſſum. Die inquit, ſoluitur compromiſſum. Adde l. 21 Quid tamen. §. vlt. alias. l. 26. Si cum dies. §. intra quantum. Ita eſt compromiſſum, vt iudicet intra Calend. Auguſt. Poſt Calend. Auguſt. finitum eſt compromiſſum. Hinc quæritur dict. leg. quid tamen. §. Papinianus. alias eſt d. l. ſi cum dies. Si dies cõpromiſſi finita eſt, nec iudicauit arbiter, litigatores vero prorogarunt tempus, an cogetur arbiter ſententiam dicere? diſtinguitur ſi per eum ſteterit quominus intra ſtatutum diem ſententiam diceret, cogendum eſſe: alias non. ſi enim per eum non ſteterit, ſed per litigatores, ſoluitur. inquit, compromiſſum. Soluitur etiã acceptilatione. d. §. Summa rei. & leg. 13. Pomponius. hic. Nam ad eum caſum venit compromiſſum, vnde non potuit initium capere. Exemplum etiam aliud eſt in leg. 30. alias 34. quis rem. hic. Si ab arbitro, quẽ elegerunt, litigatores prouocarint ad iudicem, compromiſſum dicitur ſolui, & pœna committitur, quaſi non ſeruetur compromiſſum: alias faci-le quiſque eorum ad iudicium vocaret aduerſarium. Ideoque pœna committitur, quaſi non ſit paritum arbitrio, & ſi ab arbitro ad iudicem prouocarint. Idem dicitur de pacto. Nihil refert, an quis pactus ſit cum aduerſario, ne petat. Simile exemplum eſt in dict. l. non diſtinguemus, §. 1. hic. Sed mirum eſt quod hic dicitur. In quibuſdam libris legitur: *Niſi pœna compromiſſa ſit.* Hæc lectio eſt expedita. Diximus enim pœnam eſſe compromittendam, vt valeat arbitrium. In aliis libris & Florentin. legitur, *Si pœna compromiſſa ſit.* Hanc lectionem probo. eſt exemplum eius regulæ, quam tradidimus ſoluto compromiſſo non cogi arbitrum ſententiam dicere. Arbitrium ſoluitur, cum pœna eſt commiſſa. Exemplum l. 34. alias 39. Si duo rei credendi. Committitur pœna ſimul atque non paritum eſt ſententiæ. Forte ante diffinitiuam ſententiam arbiter iuſſit eos adeſſe in certo loco, vnus nõ adfuit: pœna eſt cõmiſſa. Sed an toties cõmittatur pęna, quoties vnus nõ paruit ſententiæ? ibidẽ Paulus. §. ſemel cõmiſſa, &c. ait ſemel tantum committi, niſi aliud conuenerit. Hoc ſi verum eſt ſoluetur, ſi pœna ſit commiſſa, quia impune paretur ſententiæ arbitri, qui poſtea vult arbitrium dicere, cum iam ſolutum ſit arbitrium. Ergo ſic recte legitur, vt in Florentin. Aliquando ceſſant Prætoris partes in cogendo: quia non valet compromiſſum. Aliquando, quia compromiſſum ſolutum eſt, & ſi conſtiterit. Aliquando & ſi valeat, & non ſit ſolutum: tamen non cogitur dicere ſententiam. Idque poſtremum variis ex cauſis accidit, propter perſonam arbitri. Exemplum eſt in l. 9. ſed ſi in ſeruum. §. vltim. Alia exempla in leg. non diſtinguemus. §. ſacerdotio. propter neceſſitatem ſacerdotis. Eſt locus communis de ſacris, & de Deo obſeruatione dignus. Sed ſi ſacerdos iam arbitrium ſuſceperit, cogetur dicere ſententiam non à Prætore, ſed ab epiſcopo ſuo. Et contrarium non reperitur cautum iure Pontificio. Aliquando propter factum, aut caſum litigatorum, vt in dict. leg. 9. §. vltim. & leg. 5. licet. hic. Iuſta eſt excuſatio arbitri, ſi dicat ſe infamatum eſſe conuitiis litigatorum. Is qui arbitrium recepit, amici communis perſonam ſuſcipit. Si igitur conuitiis ſit apetitus, ceſſabunt partes iudicis. Idem dicitur dicta leg. licet, vbi ſummatim Paulus complectitur cauſas, ob quas arbiter non cogitur ſententiã dicere. *Edicat.* Sic legitur in Florentin. Prætor enim edicit, cum proponit edictum. Idem dicitur in leg. 17. alias 18. Item ſi vnus. §. 1. hic. Compromiſſum eſt in arbitrum ſine die certo, poſt decem annos ad eundem arbitrum reuerſi ſunt. Iureconſultus ait dicto §. 1. non eſſe cogendum arbitrum dicere ſententiam, quia elegerunt arbitrum ſimpliciter, non expreſſo die. Facile ſuſcepit arbitrium, quia putauit ſtatim adituros eſſe litigatores, videbat ſe eo tẽpore iudicare poſſe: alias non fuiſſet recepturus arbitrium, quia ei forte per ocium non licuiſſet. Igitur non eſt cogendus ſententiam dicere. Aliud exemplum eſt in dicta l. item ſi vnus. in principio. Duo litigabant: elegerunt arbitrum: non cogetur ſententiam dicere, ſi vnus ex litigatoribus bonis ceſſit. non poteſt enim conueniri ob hanc ceſſionem. Ideoque non poterit cogi arbiter vt ſententiam dicat. Eſt locus communis, de ceſſione bonorum.

Dixi variis ex cauſis accidere vt arbiter iudicare non cogatur, vel quia compromiſſum valet: vel quia compromiſſum ſolutum eſt. Interdum, & ſi compromiſſum ſolutum non ſit, tamen non cogitur dicere ſententiam, veluti propter caſum aliquem litigatorum. Adduximus exemplum ex dicta l. item ſi vnus. in principio. quia vnus ex litigatoribus bonis ceſſit, non cogitur arbiter ſententiam dicere, quia qui bonis ceſſit, neque agere, neque conueniri poteſt. Hæc ratio pendet ex his, quæ diximus. Dixi ideo cogi arbitrum, vt lites finiantur, vtque arbitrio ſatisfiat metu pœnæ. Quod non contingeret in eo, qui bonis ceſſit. Eſt obiter locus communis animaduertendus de ceſſione bonorum. Is qui ceſſit bonis, neque agere, neque conueniri poteſt. Agere non poteſt quia cum bonis cedit, etiam actione cedere intelligitur, quæ comprehenditur nomine bonorum. l. bonorum appellatio. de verborum ſignificationibus. Actio quidem remanet directa apud cedentem: ſed inanis eſt. Obiicitur lex is qui bonis. de ceſſione bonorum. §. vlti. Inſtit. de actionibus. Sed hæc pugnantia non ſunt: ſed generi per ſpeciem derogatur. Vna lex ait, Is qui bonis ceſſit, conueniri non poteſt: altera ait, conueniri poſſe: ſed ita demum, ſi quid poſtea acquiſierit,

quiſierit. Sic ergo interpretabimur, vt generi per ſpeciem derogetur. Quod ſæpe fieri ſolet in iure ciuili. l. in toto. de regul. iur. Vtrunque autem, & regula noſtra & exceptio, comprehenditur in l. 3. Cod. de bon. auct. indic. Conueniri autem eum, qui bonis ceſſit, accipimus, propter exceptionem: ipſo enim iure poteſt conueniri. l. 1. C. de his, qui bon. ced. poſ. Hoc igitur exemplo demonſtratum eſt aliquando contingere ob factum litigatorum, vt arbiter non poſſit cogi ſententiam dicere. Aliud exemplum eſt in d. l. non diſtinguemus. §. item ſi quis Romæ. & §. ſeq. Hoc caput obſcurum eſt, vti alia Pauli pleraque, ſed explicatio pendet ex his, quæ diximus l. 2. de iud. de iure domum reuocandi, quod legati habent, & aliæ perſonæ, non coguntur Romæ iudicium accipere. Idem de arbitrio hîc, quod ibi de iudiciis. Non cogetur ſe defendere coram arbitro, in quem compromiſſum eſt: nec arbiter cogitur ſententiam dicere, quia fieret cum iniuria eius, qui habet ius domum reuocandi. Et eſt hic obiter notandum, exceptionem declinatoriam fori, coram arbitro allegari poſſe. quod mirabile eſt: quia arbiter eſt priuatus diſceptator. Subiicit Paulus ad finem cap. Si velit legatus ſententiam ab arbitro dici, eum audiendum eſſe: quia hoc ipſius gratia conſtitutum eſt, ſi poſtulat Romæ ſententiam dici: ſed cogetur Romæ ſe quoque defendere. Compromiſſum enim ordinariæ actioni, in hac parte, comparatur. de qua l. 2. §. Sed ſi agant, compelluntur. de iud. Hic locus videtur probare mutuam conuentionem eſſe apud arbitrum, quod alij negant: & id ſatis eſt expreſſum in c. cum dilectus. de arbit. Et hoc ſatis colligitur ex l. Pomponius. §. idem Pomponius. hîc. & tamen hic contra videtur dicere in fi. Paulus ait, *Quam ſi ſe hic defendat.* Idem hîc videtur dicere, quod de iudiciis. d. l. 2. §. ſed ſi agant. de iud. Sed animaduertendum eſt Paulum dicere, ſi ſe defendat. Non autem dicit, ſi ſe defendat, apud arbitrum cogetur ſe defendere: ſi non petierit iudicari apud arbitrum, quem elegerit, conuenietur coram iudice competente, cogetur ſe defendere non coram arbitro, ſed corã iudice, & ita intelligo d. l. 2. §. ſed ſi agant, vt cogantur ſe defendere coram iudice non coram arbitro. Aliud exemplum eſt in d. l. non diſtinguemus. §. ſi is faciat controuerſiam. Is, qui compromiſit cum defuncto, perſequitur litem coram arbitro aduerſus defuncti hæredes, petitione hæreditatis. Ait Iureconſul. arbitrum non eſſe cogendum, imo prohibendum dicere ſententiam. Erat fortè quæſtio de proprietate fundi cuiuſdam: compromiſſum fuerat. Hoc compromiſſum non eſt ſolutum morte. Sic enim eſt intelligendum quod dicitur in d. l. diem proferre. Conuenitur hæres petitione hæreditatis. Ait Paulus non eſſe cogendum ſententiam dicere, ne præiudicium fiat hæreditati. Nam ſi damnaret reum: damnaret hæreditatem. Omnes aliæ lites cedunt petitioni hæreditatis: quia centumuirale eſt iudicium. l. ſi quis. de pet. hæredit. Omnes aliæ lites debent ceſſare, quæ poſſunt præiudicium facere hæreditati. Præiudicium quid ſit, explicaui in tit. de iudic. l. ſi per minorem. ſic accipitur in l. fundo. de exercit. act. l. Prætor. de iniuriis. l. 2. C. quand. criminali act. ciuilis actio præiud. Hinc ergo notandum, ſicut omnibus iudiciis ſuperſedetur, nec præiudicetur hæreditati: ſic & in compromiſſo. Hoc eſt, quod dixi in ſuperiori ſpeciei tractatione, arbitrium ſimile eſſe ordinariæ actioni. Hæc igitur de facto ſeu caſu litigatorum ſufficiant, ob quem arbiter non cogitur ſententiam dicere. Alia cauſa eſt ob quam non cogitur arbiter iudicare, ſi iudicare non valeat: vellet quidem iudicare, ſed non poteſt: id variis ex cauſis accidit, veluti propter impedimentum, aut caſum aliquem. exempla ſunt in l. 16. licet. & ſeq. Licet Prætor dixerit ſe coacturum: tamen æquitas non patitur, vt ſi quis ſit impeditus aut valetudine, aut alio impedimẽto, vt iudicare cogatur. Sic in edicto procuratorio ſimiles exceptiones adducuntur. & ſimile diximus in l. ſi longius. de iud. quamuis iudicandi munus ſit publicum. l. vlt. & §. iudicandi. de muneribus tamen excuſatio iuſta eſt admittenda. Id eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem l. vlt. de vacat. muner. Dixi d. l. longius. de iud. & l. vlt. de vacat. munerũ, eiuſdem auctoris eſſe, & eſſe coniugendas, alioqui non poſſe intelligi. & ideo hîc quoque coniungendæ ſunt in quæſtione de arbitris. Præter hæc nihil eſt in hoc capite, præterquam quod hinc annotari ſolet à brocardicis Doctoribus: vbi lex non diſtinguit, nos tamen diſtinguere. cum tamen contrà dici ſoleat: vbi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debere. Adduci ſolet l. de pretio. de publicia. in rem act. ab his, qui brocardis delectantur. Doctores brocardici multum temporis impendunt in his theſibus explicandis: ſed fruſtra. Facile eſt enim iudicare homini cordato, quando exceptio ſit adhibenda. ſed in vniuerſum definiri non poteſt propter tempus, quia fortè dies feriata eſt. l. 13. Pomponius. §. vlt. hîc. Diebus feriatis non cogitur ſententiam dicere, argumento ducto à iudice ad arbitrum. Quid ſi conſenſerint litigatores? Diſtinguendæ ſunt tunc feriæ diuinæ ab humanis. l. ſi feriatis. de feriis. Si feriæ ſint diuinæ, vt dominicæ diei, nulla habetur ratio conſenſus litigatorum: ſin humanæ, cogetur ſententiam dicere. Quæritur quid de arbitratore ſit dicendum. Dixi iam arbitratorem dici, qui non recipit arbitrium, vt lites finem accipiant: ſed qui interuenit tanquam communis amicus. d. l. Pomponius. §. recepiſſe. hîc. Dixi eum arbitrum dici poſſe: ſed non recepiſſe dicitur arbitrium. Nam recepiſſe dicitur arbitrium in edicto, qui ſe adſtringit ad ſententiam dicendam. ſed qui pacificatoris perſonam obtinet, non adſtringit ſe ad ſententiam dicẽdam, quæ finem faciat liti, ſed tamen vt dixi, arbiter dici poteſt. Arbiter etiam dicitur, cuius arbitrio contractus initur. l. ſocietatem. §. arbitrorum, pro ſocio. Quid igitur dicemus? Et certum eſt poſſe eum interuenire diebus feriatis. Veteres tantùm voluerunt lites ceſſare diebus feriatis. l. vlt. de feriis. Permittitur autem cuique tranſigere de quocunque negocio. Hic de quo loquimur, pacificatoris tantùm perſonam tenet & non iudicis, coram quo lites exerceantur. Sed ſi Prætor iuſſerit arbitrum iudicare, quæſtio eſt, an danda ſit exceptio. Hic locus à nobis tractabitur ſequenti ca. Eſt autem hic locus communis de feriis, obſeruatione dignus. Poſſem hic multa adducere de feriis, tam iure ciuili prodita, quàm canonico: ſed mihi videtur hic inanis labor. Hic ergo exemplum, in quo non poteſt iudicare arbiter: ideoque non cogitur. Aliud exemplum eſt in l. Pomponius. §. vlt. Prætor vult cogere eum, qui recepit arbitrium, ad ſententiam dicendam, is negat ſibi liquere. Prætor ei defert iuſiurandum, vt iuret ſibi non liquere: & ſi iurauerit, ſibi non liquere, tunc abſoluendus eſt, vel ei ſpatium datur ad pronunciandum. Sed cur ait, *Proinde &c?* Quia argumentatur à iudice ad arbitrum. De iudice expreſſum eſt in l. Pomponius. de re iud. Abſoluitur à iudicandi munere ſi iurauerit ſibi non liquere. ita ſolebant pronuntiare apud veteres: ſicut docent veteres auctores. nam Aſconius Pedia. apud Ciceron. refert notas literarum A, per quod abſolutionem ſignificabant, C. per quod condemnationem, vel N L. quod ſignificabat, ſibi non liquere. Sed quare in l. Pomponius, de re iud. omnino abſoluitur: hic autem ſpacium datur ad pronunciandum? Dico, quia hic iurat ſibi non liquere. Si dicat ſe nondum ſatis deliberaſſe, tunc ſpacium dabitur: ſed ſi præciſa omni ſpe deliberandi, plane iuret ſibi non liquere, abſoluetur. ſicut Gellius lib. 4. cap. 2. ait ſe abſolutum. ſic hic locus videtur accipiendus. Quando autem dicitur non liquere? Accurſiani hic ratiocinantur, vt oſtendant nunquam dici poſſe, nondum liquere iudici. Nam aut probauit actor quod intendit, & tunc reus damnatur: aut non probauit, & tunc reus eſt abſoluendus. Sed quomodo hoc ſit accipiendum diximus in l. admonendi. de iureiur. vbi in eandem difficultatem Bart. & alij inciderunt. Diximus iuſiurandum deferri ob cauſam dubiam, quod Accurſiani interpretantur ſemiplenam probationem. Aiunt, nunquam deferri iuſiurandum, ob dubitationem. Nã inquiunt, vt iam dixi, aut actor probat quod intendit, & tunc condemnandus eſt reus: aut non probat, & tunc eſt abſoluendus. Qui dicunt dubiam eſſe cauſam, cùm ſemiplena eſt probatio, ita ratiocinantur: & deferunt iuſiurãdum cùm quis vnum teſtem tantùm habet. Sed admonui hoc eſſe alienum ab æquitate: nec vſus forenſis hoc admittit, vt ſcripſi lib. 2. Diſput. Dico ob ſemiplenam probationem non eſſe deferendum iuſiurandum: puta ſi actor vnum teſtem habuerit, hoc caſu ſine magna iniquitate poſſe deferri reo iuſiurandum: ſed iniquum eſſe retractari, cum ſine probatione potuiſſet abſolui, ſic magnam iniquitatem continet. Sed dubia cauſa non eſt, vbi eſt ſemiplena probatio: ſed certum eſt abſoluendum reum, vbi vnum teſtem tantùm habet actor. l. qui accuſare volunt. C. de eden. Sed interdum fit vt probationes vtriuſque ſint ſimiles, & teſtes totidem, vt neſciat in quam partem vertere iudex ſe debeat: ſic dubia cauſa dicitur, l. non puto. de iure fiſci. & dubia cœna apud Terent. Sic etiam poſſumus intelli-

gere quod dicitur; ſi nondum liquere ſibi arbiter iurauerit, tempus illi dandum eſſe. Sed cum incertum eſt in quam partem ei ſit inclinandum, vt in exemplo à me adducto,& talia multa excogitari poſſunt. Præterea non poteſt iudicare arbiter propter compromiſſum. l. item ſi vnus. §. item ſi plures. Tres arbitri ſunt electi ad iudicandum. Prætor vnum vult cogere: non poteſt cogere propter formam compromiſſi. Electi ſunt enim tres, vt omnes dicant ſententiam. Rationem adduxi in l. Pedius. hic. Dixi cum in liberum & ſeruum eſt compromiſſum, arbitrium non valere. nam Titius liber non poteſt dicere ſententiam. Dixique, ſi cogeretur ſententiam dicere, fieret ei iniuria qui arbitrium recepit. Plerunq; enim quis cum alio recipit arbitrium, qui ſolus nunquam hoc onus obiiſſet. Vnde ſi cogeretur ſolus ſententiam dicere, iniuria afficeretur. Præterea & ſi maxime ſolus vellet dicere ſententiam, id fieret cum iniuria litigatorum. Hæc ſcripta ſunt à iuris auctoribus vt conſuetudini & moribus hominum conuenientia. Ideoque, ſi quæratur ratio legis, hęc inueſtiganda fuit, non mathematica ratio inquirenda. Sufficit talem rationem adferre quæ debeat monere hominem politicum. Videmus hæc maximè conuenire hominum moribus, vt vnus ſolus non cogatur ſententiam dicere abſque cæteris in quos ſimul compromiſſum ſit. Idem de iudicibus dicitur. l. duo ex tribus. de re iudic. Hoc tamen eſt intelligendum: niſi aliter conuenerit. l. non diſtinguemus. §. cum in plures. Bonifacius tamen hoc abrogauit conſtitutione ſua. c. vlt. de arbitr. in 6. & fatetur iuri ciuili eſſe contrarium. Sed, ne quem fallat, ait, Si legitime vocati fuerint alij, in quos ſimul fuit compromiſſum: & ſi non adfuerint, vnum poſſe ſententiam dicere, ſed tamen non ait, cogi vnum poſſe ad dicendam ſententiam: ſed ſi velit, non prohibebitur. At veriſimile eſt litigatores, qui elegerunt plures arbitros, non ſe ſubiec'iſſe arbitrio duorum: niſi ſperaſſent fore vt omnes ſimul iudicarent. Ideoque videtis maiori æquitate niti, quæ ſunt ſtatuta à veteribus iuris auctoribus, in quibus ars boni & æqui diſcenda eſt, non ex aliis quibuſcunque auctoribus.

De officio arbitri.

EDictum de arbitris, quod ad cogendum arbitrum pertinet, interpretati ſumus: nunc videndum eſt de officio arbitri, qui iudicare vult, vel iudicare cogitur à Prætore, vel quomodo ſit cogendus. Et hoc in primis ponendum veluti fundamentum totius diſputationis: Officio iudicis fungi arbitrum: d. l. Pomponius. §. recepiſſe. Quæ igitur de officio iudicis alibi ſunt ſcripta tenere oportet, quia multum conferunt ad intelligendum officium arbitri. Cognoſcit ergo ferè vt iudex, niſi ſi quid exceptum reperiatur: oſtendemus exemplis, ſicubi ſit differentia: ſed ſemper tenendum arbitrum fungi iudicis officio: hoc eſt quod dicitur l. 1. hic. Non eſt propriè iudicium: neque de proprietate verborum, ſed de re ipſa agitur. Scio ſæpe arbitrum dici iudicem. Et ipſe Cic. pro Murena oſtendit idem eſſe: ſed tamen in iure intereſſe inter iudicem & arbitrum. Circa rationem cognoſcendi notandum. Si plures ſint arbitri, omnes debere ſimul cognoſcere, vt diximus. l. item ſi vnus. §. item ſi plures. & §. vlti. al. eſt l. 20. ſi in tres. Si tres arbitri ſunt electi, duo non poſſunt cognoſcere vno abſente: ſi tamen omnes præſentes eſſent, ſententia duorum præualeret. idque ſcriptum eſt etiam de iudicibus. l. duo ex tribus. de re iudicata. Obiicitur vulgaris regula. Quod nobis inuitis ſit, multo magis nobis abſentibus fieri poſſe. l. qui poteſt. de regul. iur. l. 4. §. illud. de fideicommiſſ. lib. Sed non puto talem regulam extare in iure ciuili. Nam regula ſic habet: Qui poteſt alienare nobis inuitis, idem nobis abſentibus poteſt. Idem dicit d. l. 4. Sed inde conflarunt theſin: cum tamen Iuriſconſulti non tam generaliter locuti ſunt. Erant veteres prudentiores: quia videbant omnem diffinitionem in iure eſſe periculoſam. l. omnis diffinitio. de regul. iur. Nihil eſt alienius à regula quàm ſi in vno ſit vitioſa. l. 1. de reg. iur. Videbat Iureconſul. rationem ſuadere, vt qui inuito aliquo poſſet alienare, poſſet etiam eo abſente. Si quis colligat inde ſic. Ergo ſi quid poteſt fieri inuitis nobis, idem nobis poteſt & abſentibus. non eſt bona conſequentia. Sed ſi quis ita collegerit: Si quis inuitis nobis ſententiam poteſt dicere: ergo & nobis inuitis dicere arbiter ſententiam poteſt. eſſet bona argumentatio: quia ſimilia non ſunt alienatio, & arbitrium. Rationem adducit: quia potuit præſentia vnius eos trahere in aliam ſententiam, vt aliter pronunciarent. Igitur magna eſt diuerſitatis ratio. Et hoc eſt, quod dicitur de electione nocere abſentiam vnius. vocari enim omnes neceſſe eſt in electione canonicorum: quia ſi is, qui abſens fuit, adfuiſſet, potuiſſet eius contradictio nocere. Deinde notandum eſt, arbitrum, cauſa cognita & præſentibus litigatoribus, cognoſcere & iudicare debere, exemplo iudicis, de quo dicitur l. de vnoquoque. ff. de re iud. Et ſententia non valet, aliquo litigatorum abſente lata. l. diem proferre. 37. §. ſi quis, hic. Hoc eſt intelligendum, quod ſingulare eſt, & ſi litigator ſit contumax. quod eſt diligenter not. Non poteſt dicere ſententiam aduerſus eos: niſi adfuerint. Hoc differt arbiter à iudice. Iudicis ſententia plerunque profertur in abſentem, cum eſt eremodicium, vt dixi in l. properandum. de iud. Ratio diuerſitatis eſt: quia cum non adeſt litigator, iuſſus adeſſe, ſtatim pœna committitur, ſimulatque incipit non parere arbitro, vt dixi in l. non diſtinguemus. §. vlti. hic. Hoc eſt dignum obſeruatione. in ea enim re facile erratur. Non poterit pronuntiari ſententia, niſi in compromiſſo hoc conuenit expreſſe. Quod autem dicimus, arbitrum eorum litigatoribus debere ſententiam dicere, videamus quomodo ſit accipiendum. Id docet Vlpian. in l. diem proferre. §. coram autem. Coram videtur præſentiam corporalem requirere: ſed aliter interpretantur hoc verbum. Nam nihil refert, an abſens quis ſit corpore, vel animo. l. cum Prætor. de iud. Idem dicitur in l. coram. de verbor. ſignifi. & eſt locus communis de præſentia & abſentia. Deinde officio arbitri conuenit litigatores iubere adeſſe, exemplo iudicis. l. 21. quid tamen. al. l. ſi cum dies §. ſi arbiter. Prolixa hic eſt quæſtio: ſed difficultatem non habet, quo in loco debeant adeſſe litigatores iuſſu iudicis. Summa eſt, iubere debet eos adeſſe in loco, de quo actum eſt in compromiſſo, ſi id actum eſſe appareat. Si nihil de eo conuenerit, & expreſſe, & tacite poterit iubere eos adeſſe, in quocunq; loco, modo is honeſtus ſit. Hinc notandum in d. § ſi arbiter. in verſ. *Impune dicitur*, *&c.* Quemadmodum vulgo dicitur, vbi citatio nulla eſt, impune non parebitur. & idem de iudiciis dicitur l. ſi locus. de iud. facere enim non poſſumus, quæ honeſte facere non poſſumus. l. filius. de cond. inſtit. De magiſtratib. quæri ſolet, in quo loco iudicare debeant. Et certum eſt in eo loco eos debere iudicare, in quo ſolitum eſt iudicari more maiorum. l. pen. de iuſtit. & iure. Sequendus eſt mos maiorum. Hinc collige, ſi iudex domum vocauerit, vt pronuntiet ſententiam: ibi in inuitum nihil poſſe decernere, quia non eſt mos maiorum, nec fieri poteſt, ſalua imperij ſui maieſtate. Ex his quæ diximus arbitros poſſe iubere litigatores adeſſe, naſcitur quæſtio d. l. non diſtinguemus. §. ſi domini, qui inuicem. *Procuratores.* Sic eſt legẽdum: in lectione Norica legitur: *Per curatores.* ibi, *Si velint adeſſe coram arbitris.* Neque enim cogi poſſunt. l. 1. de procur. Ego puto de procuratorib. ſine incommodo intelligi verbum, *Ipſos.* ſed tamen ſi adfuerint procuratores eorum, non committitur pœna. Sed melius eſt de procuratorib. intelligi: quia maior de eo fuit dubitatio, ſi apparet eos procuratores ad litigandum dediſſe, vtraq; interpretatio poteſt defendi, ſi hæredum facta ſit mentio in compromiſſo, poteſt cogere etiam hæredes adeſſe. Quia diximus morte ſolui compromiſſum. l. diẽ proferre. hic. poteſt hæredes iubere adeſſe, *Pour reprendre le proces.* Non enim ſufficeret per procuratorẽ vocare: niſi voluerint per procuratores litigare. Solet quæri de teſtibus, qui teſtimonij cauſa producuntur, an poſſit eos iubere adeſſe, ſi nolint poteſtatẽ ſui facere. In teſtes nõ habet poteſtatem arbiter, ſicut in litigatores. Igitur nõ poteſt eos cogere adeſſe: ſicut videmus in pleriſq; locis. Hoc videtur conuenire officio Prætoris. Recurritur ad officium Prætoris, cum deficit arbitri poteſtas. ſic teſtes non ab arbitro, qui nullam in eos habet poteſtatem, ſed à Prætore cogendi ſunt. Addendũ eſt, arbitrũ iubere poſſe adeſſe, etiã per nuncium, aut epiſtolã. Nam quod ſuprà diximus, nõ ita accipiendum eſt, vt ipſe arbiter eat, & cogat venire: ſed poteſt per epiſtolã, aut nuncium efficere. Indecorũ eſſet eum ad litigatores proficiſci, quem vt iudicẽ elegerunt. Huiuſmodi interlocutio proferri poteſt abſentibus litigatoribus, &c. hodie ſolent vti nuntiis publicis: olim in iudiciis primis vtebantur alia forma: vocatio fiebat ab aduerſario ſiue apparitore, vt docui lib. 11. Diſput. cap. 1. deinde arbiter iubere debet

adeſſe

adeſſe litigatores intra diem compromiſſi. l. quid tamen. §. ſi intra. Electus eſt arbiter, vt iudicet intra Calend. Auguſti: non poteſt iubere eos adeſſe intra Calend. Decemb. quo tempore ſolutum eſt arbitrium. Abſurdum eſſet, quo tempore finita eſt eius poteſtas, vocare litigatores. Si vnus litigatorum abfuerit, alter adfuerit, committitur pœna, quaſi non paruiſſet arbitrio. l. diem proferre. §. 1. Hoc eſt intelligendum, ſicut dicitur l. 40. arbiter Calend. hîc, ſi expediebat ei, qui vocatus eſt ab arbitro adeſſe, ſi adfuiſſet mortuo arbitro, non potuiſſet dici ſententia. Si ipſi litigatores adſint, arbiter verò non; pœna committetur. Nam hic contumacia non eſt. Nam etſi adfuiſſet, tamen arbitrium non fuiſſet dicturus: quia diximus arbitrum non poſſe vltra diem iubere adeſſe. Quæritur an poſſit diem proferre? Et dicendum eum poſſe diem proferre, volentibus litigatoribus: & ſi hoc ei permiſerint litigatores. l. 33. Arbiter ita ſumptus. hic. Solet hoc in compromiſſo exprimi. Huc pertinet quod eſt in l. non diſtinguemus. §. vlt. qui locus eſt obſcurus: ſed puto ita intelligẽdum, litigatorum non eſſe diem proferre, ſed arbitri. Arbiter pronunciat de die proferenda: ſed hoc ait, voluntate compromittentium fieri, ſi permiſerint litigatores: proferre autem poteſt per nũcium, aut epiſtolam. l. diem proferre. in prin. id eſt, quod dixi, poteſt iubere adeſſe per nuncium, vel per epiſtolam. Hoc dubitationem habuit: quia ſententia proferri per epiſtolam non poteſt. C. de ſenten. ex ſcrip. recit. Sed viſum eſt iuris auctoribus has interlocutiones proferri ſine ſolennitate, vt in emptione & locatione. l. 1. de contrah. empt. Et tamen non contrahitur per nuntium, vel epiſtolam. l. 1. de verbor. oblig. Quid ſit per nuntium gerere negotium, docui in l. ſi ita ſtipulatus fuero. §. Chryſogonus, de verb. oblig. Dicitur per liberam perſonam nullam acquiri obligationem: ſed datur actio mandati, vt cedat actioni, quæſitum eſt in l. poſſeſſio. de acq. poſſ. Sed ſi quis abſens per nuntium vendiderit, aut emerit, ſibi acquirit non nuntio. Diſtinctio colligitur ex l. & licet. & l. eum qui. de conſtit. pecu. Nuncius officio tantum fungitur denuntiantis, & admonentis, non vt vendat aut emat, ſed vt ſignificet me velle emere, aut vendere. Nuncio vtor tanquam organo, id eſt, miniſtro: ſic & epiſtola. Nuncius eſt veluti loquens epiſtola. Si quis per epiſtolam emat, non dicitur per epiſtolam emere. id declaratur exemplo. Nuntius ita loquitur, Dominus me huc miſit, vt tibi nuntiarem, ſe velle ex te fundum emere. ſi reſpondeat ſe velle vendere, venditio intelligitur contracta cum domino, & concipietur in verba domini. Procurator non ita loquitur, eſt enim conſtitutus ad emendum: ipſe emit, vendit, & contractus verba concipiuntur in eius perſona. n. l. eum qui. de conſt. pec. Et ita intelligendum eſt, quod dicitur, ex contractu per liberam perſonam nobis non acquiri. Verum enim eſt de contractu inito à perſona libera: ſed epiſtola & nuntius, non contrahunt. Addendum eſt iſtis, ſi quis officium arbitri ſummatim complecti velit, omne arbitri officium pendere ex ipſo compromiſſo. Inſpiciendum eſt enim compromiſſum, & videndum eſt quæ poteſtas ei data ſit. d. l. non diſtinguemus. §. de officio. Videndum eſt de qua re, & quo ſit modo compromiſſum. Aliquãdo generaliter eſt compromiſſum de omnib. controuerſiis: aliquando de certa lite. Pleni compromiſſi mentio eſt in l. 12. l. quid tamen. §. plenum. vocat ibi Iuriſconſ. plenum compromiſſum, quod ad omnes controuerſias pertinet. ſic interpretamur compromiſſum & alias omnes ſtipulationes, vt nihil in id veniat, niſi de quo actum eſt. l. quicquid. de verb. oblig. Huc pertinet l. 43. al. 47. de rebus. hic. vt intelligamus actum eſſe de controuerſiis, quæ ſuperuenerint, inſpicimus quid cautum ſit compromiſſo. Qui compromittunt de omnib. controuerſiis, non videntur cogitaſſe de futuris controuerſiis. Igitur de illis non cogitur ſententiam dicere. Idem de iudice dicitur d. l. non poteſt. de iud. Quatenus igitur compromiſſum eſt, ſententiam dicit arbiter. Eſt autem arbitri, ſententiam dicere arbitrio ſuo qualem velit. l. 19. qualem. Dicit ſententiam arbitrio ſuo: inde etiam arbiter dicitur, imò non valet ſententia dicta alterius arbitrio. d. l. qualem. ſicut & iudex, imò magis, iudex, niſi in bonæ fidei iudiciis. Nam latiorem habet poteſtatem, quàm iudex in aliis iudiciis, quæ non ſunt bonæ fidei, valet igitur ſententia ab arbitro dicta de re, de qua compromiſſum eſt. Cum excedit fines poteſtatis ſibi datæ à compromittentibus, impune ei non paretur. Ideo ſiue de re dixerit ſententiam, de qua non eſt compromiſſum, ſiue aliter dixerit quàm eſt compromiſſum, non valet ſententia. l. non diſtinguemus. §. de officio. §. quæſitum. vbi exemplis hoc oſtenditur. vbi, *Non quamlibet*, eſt legendum, vt in Florent. Vnde ſi pronuntiauerit, quod ad litem non pertineat, non valet ſententia, vt oſtendit exemplis, ſi remittat eos ad iudicem, non valet ſententia; quaſi ad alium arbitrum eos remittat, impune non paretur. Nam parendum eſt eius ſententiæ, quæ valet, & cuius nomine compromiſſum eſt, ac recepit ſe finem impoſiturum controuerſiis. l. Pomponius. §. recepiſſe. igitur non conuenit eos ad aliũ arbitrum mittere. Ergo ſententia tunc dicta erit ab arbitro, cum lis eſt finita, vel cauſa præparata ad finiendam litem: ſed non cum eos ad aliud iudicem remittit. Igitur non ſatis eſt interlocutum eſſe, vel cauſam præparaſſe, vt verè dici poſſit eum ſententiam dixiſſe, quamuis ſententia interdum pro interlocutione accipiatur. l. qualem. Aliud exemplum eſt in l. 15. Labeo. hoc tit. Hoc expreſſum eſt compromiſſo, vt arbiter eodem die de omnib. controuerſiis ſententiam dicat. Hinc dicitur non rectè fungi officio ſuo. Receſſit enim à compromiſſo ſuo, ex quo omnis eius poteſtas dependet. De quibuſdam enim reb. dixit ſententiam: de quibuſdam diem protulit. Simile exemplum eſt in l. 1. C. eo. de arbitro, qui vltra diem ſtatutum dixit ſententiam compromiſſo expreſſum. Expreſſum erat compromiſſo, vt ſententiam diceret intra Calend. Auguſti, iudicauit poſt Calend. Auguſti, non rectè iudicauit, quia aliud compromiſſo continetur. aliud exemplum eſt in dict. l. quid tamen. §. ſi intra. Datus eſt arbiter vt iudicaret intra Calend. Auguſti, iuſſit adeſſe litigatores coram ſe Cal. Septembris: exceſſit fines compromiſſi: latiorem tamen diem poteſt ſtatuere. d. l. quid tamen. § ſolutioni. quod videtur repugnare d. §. ſi intra. Nam compromiſſo cautum eſt, vt iudicet arbiter intra Cal. Auguſti: dixit ſententiam, ſed iuſſit ſolui pecuniam Cal. Aug. Quæritur, an ita poſſit ſententiam dicere? Ait Iuriſconſ. poſſe, ſed non poteſt iubere adeſſe litigatores. Hæc diuerſa ſunt, & diſſimilia. Quæritur, an iubere poſſit adeſſe litigatores, & an poſſit iubere litigatores ſoluere certo die. Si iuberet eos adeſſe poſt diem compromiſſi, non fungeretur officio ſuo arbiter: ſed cum intra diem ſententiam dicit, & differt ſolutionem, fungitur officio ſuo. quia poteſt ſententiam ſuam dicere de minore, vel maiore, ſic poteſt differre diem ſolutionis. Simile exemplum eſt in l. quid tamen. §. item ſi arbiter. Quæ omnia huc ſpectant, vt intelligamus ita demum valere ſententiam, ſi ſententiam dixerit de eo, de quo compromiſſum eſt, de pœna nihil compromittitur, pœna committitur vt ſententiæ pareatur: ſed de pœnis non compromittitur. Igitur recedit à forma compromiſſi, ſi de pœna non petenda pronuntiet: præterea arbiter debet certam dicere ſententiam vt & iudex. vulgare hoc eſt de iudice. l. ait Prætor. de re iudic. l. 1. C. de ſen. quæ ſine certa quanti. § præterea. Inſtit. de actio. Idem de arbitro hic dicimus: d. l. quid tamen. §. Pomponius. hic. Sed obiicitur quod dicitur eadem l. §. 1. Arbitri ſententia valere debet, ſi ita pronuntiauerit, *Nihil videri Titium debere Seio.* Hæc ſententia videtur incerta. hic tamen fuit mos ſententiarum pronuntiandarum, *ſibi ita videri*, vt docet Cic. lib. 4. Academicarum quæſt. volens oſtendere morem maiorum Academicorum: & teſtes ita dicere ſolitos eſſe teſtimonium, ſibi ita videri. Ita enim omnia incerta eſſe in rebus humanis: vt nemini facilè liceat dicere, ſibi conſtare. vt oſtendit in oratione pro Fonteio. Exempla huius veteris moris pleraque reperiuntur in iure ciuili. Vnum eſt in l. diui fratres. de lib. cauſa. & l. 1. de ventre inſpic. Nec tunc incerta eſt ſententia, quia exprimit certam quantitatem, quod viſum fuit iuris auctorib. ſufficere. Mutare autem aut corrigere non poteſt. l. qualem. & l. ſeq. quod & de iudice dicitur. l. iudex. de re iudic. Ex his intelligitur quod ſit officium arbitri. Poſtremus locus eſt de effectu ſententiæ arbitri.

Omnia ita incerta ſunt in rebus humanis, vt nemini facile liceat dicere ſibi conſtare.

De effectu ſententiæ ab arbitro latæ.

CErtum eſt valere ſententiam eius. ſententiam vocant Iureconſulti, licet non per omnia pro ſententia habeatur. l. quid ergo. §. ex compromiſſo. de his, qui not. infa. Damnatus fuit arbiter: non notatur infamia, etſi ex cauſa famoſa ſit damnatus. Sæpe occurrunt exempla hoc tit. & aliis locis, in quibus non per omnia pro ſententia habetur arbitrium. Ex eo igitur quod vocat ſententiam, apparet ſimile eſſe pronun-

tiationi iudicis.vt dicitur l. 2. hoc titul. Hinc duo memorabilia colliguntur ex l.cum antea. C. eod. Vnum eſt de interruptione temporis. Sicut enim lite cœpta coram iudice interrumpitur tempus.l.mora. de rei vindic. ſic lite cœpta coram arbitro. Alterum eſt nihil referre quid geſtum eſſe in iudicio, an coram arbitro. Ea enim quæ geſta ſunt coram arbitro, valent coram iudice. Sicut acta iudiciaria valent, ſic acta coram arbitro facta valent in ordinario iudicio. Quod eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem l.vlt. C.eod. Pronuntiatio igitur arbitri comparatur ſententiæ iudicis: ſed non per omnia ſententia eſt. Sententia arbitri damnatus non notatur infamia, etſi de re famoſa compromiſerint litigatores. Simile exemplum eſt in l.ſi dictum. §. ſi compromiſero.de euict. vbi Paul. ait, Si compromiſero, & contra me data fuerit ſententia: nulla mihi de euictione actio danda eſt aduerſus venditorem. Rationem adfert, quia ſciens illud iudicium ſubiit. Mihi liberum erat me ſuo non ſubiicere arbitro: atque ideo non damnari. Iudicium etiam in inuitum fertur. l.inter ſtipulantem. de verbor. oblig. Idem aliis exemplis demonſtratur, quod ſententia arbitri non ſit ſimilis ſententiæ iudicis. l.2. hoc tit. & l.1. C. eo. Ex ſententia iudicis naſcitur exceptio rei iudicatæ ex parte rei, ex parte actoris habet actionem. Ex ſententia autem arbitri non datur exceptio iudicati, ſed pœnæ petitio. l. 2. hic. & l. 1. Cod. eo. Sed exceptio pacti videtur naſci. ſic intelligo l. 13. Pomponius ſcribit. §. ſi de meis. Quia videtur hoc inter eos agi tacite, vt pareatur, ſi reus abſolutus vel condemnatus fuerit. Sed ſicut inter actionem ex ſtipulatu, & actionem ex iudicato eſt differentia: ita inter exceptionem rei iudicatæ, & exceptionem pacti Sententia iudicis habet executionem. l. à Diuo Pio. de re iud. Exceptio rei iudicatæ, impedit ingreſſum litis. Is qui nititur exceptione rei iudicatæ, non vult agere cum aduerſario. non cogitur conteſtari litem & reſpondere: *& tend a fin de non receuoir.* Aliud eſt, ſi quis exceptionem pacti habet. Is enim nihilominus reſpondere cogitur. c. de litis conteſt. in 6. ait omnino aduerſarium non eſſe admittendum ad litis conteſt. Obiicitur exceptio rei iudicatæ. Is autem qui pactus eſt ne peteret, cogitur reſpondere. Notandum tamen eſt ſententiam arbitri habere executionem, & vim rei iudicatæ, in certis cauſis, quæ explicantur l.4. & 5. C. eo. Vult in primis Iuſtinianus arbitri ſententiam habere executionem, ſi ſit iuſiurandum interpoſitum: ſed Nouella quædam huic iuri derogauit, qua vetuit iuſiurandum exigi: ſed pœnam tantum compromiſſi, propter metum periurij. Addidit, arbitri ſententiam valere ad executionem, ſi acceſſerit conſenſus litigatorum tacitus, vel expreſſus, ſi acceſſerit ὁμολογία, id eſt, ſi litigatores ſententiæ ſubſcripſerint. Nec refert quomodo conſenſerint, quamuis ſubtilitas quædam apud veteres fuerit obſeruata. Idem enim de tacita approbatione dicitur, de ſpacio decem dierum. Tunc habet arbitrium actionem iudicati, & exceptionem rei iudicatæ, vt ſententia iudicis. Poſterior conſtitutio derogat iuri antiquo, quia eſt edita conſulib. Lampad. & Oreſte. Deinde notandum eſt, quamuis ex compromiſſo nec actio nec exceptio naſcatur: tamen pœnæ perſecutionem dari ex compromiſſo. Ideo pœna adiicitur. quia alias non poſſet cogi ad obtemperandum ſententiæ is, qui victus eſt. Sic dixi ſupra coactionem hanc eſſe conditionalem, vulgo vocant coactionem cauſatiuam. Non idem eſt in ſententia iudicis. Cic. vocat neceſſitatem, quæ habet adiunctionem. lib. 2. de Inuentione. igitur intereſt inter ſententiam iudicis & arbitri. Quod diximus de pœnæ exactione, eſt intelligẽdum etſi pœna ſit iniqua. l. diem proferre. §. ſtari. Hoc videtur alienum à ratione eſſe: imputãdum ei eſt, qui pœnam compromiſit, qui talem elegit arbitrum. Eodem pertinet l. ſocietatem. §. arbitrorum. pro ſocio. Vnum genus eſſe arbitrij ait, cui parendum eſt, etſi æquum, vel iniquum ſit. Diſtinguit ibi Iuriſconſ. duo genera arbitrorũ: alterum eſt, de quo hic loquimur. Alterum, inquit, eſt huiuſmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat &c. Plerunq; alterius arbitrio quid committitur, etſi in eum non compromittatur. vt ſi duo ſocietatem inierint, de partibus, quas Titius arbitraretur, hic non cogitur pronuntiare. In d. §. ſtari. in fi. Vlpian. ait, *Nam & diui Pii reſcripto adiicitur, vel minus probabilem ſententiam æquo animo ferre debet.* Ratio eſt, de qua diximus in l. ſi quis arbitratu. de verbo. oblig. Quia iudicium pro ſocio bonæ fidei eſt. In bonæ fidei iudiciis ſpectamus quod æquum eſſe videtur, nec dubitandum, quin æquum ſit id emendari, ſi contra bonam fidem lata ſit ſententia. Huic autem arbitrio ſtipulatio intercedit & ad lites finiendas pertinet, & fauor litium finiendarum id maxime poſtulat, vt etiam iniquæ ſententiæ ſtari debeat, ex quo conſequens eſt à ſententia arbitri non appellari. Appellatio datur ad oſtendendam iniquitatem ſententiæ. l. 1. de appel. De appellatione hoc eſt expreſſum l. 1. hic. Non appellatur à ſententia arbitri, etſi ſententia ſit: quia actio iudicati ex ea non naſcitur. Sic eſt intelligendum quod hic dicitur, in quo Accurſ. & cæteri hæſitant. In Gallia tamen appellatur à ſententia arbitri. Vt, ſi arbiter iniquam dixerit ſententiam, ad ordinarium iudicem appellatur: nec poterit pœna exigi, donec ille iudex pronuntiauerit. ſed pœna exigetur, poſtquam iudex ordinarius pronunciauerit, etſi etiam à iudice ordinario ſit appellatum. Addendum eſt etiam tunc peti pœnam, ſi non interſit aduerſarij ſententiæ arbitri pareri, vt dicitur in l. 38. cum pœna. hic. Ponamus eum qui vicit coram arbitro, petere pœnam: quia aduerſarius noluit parere ſententiæ arbitri. obiicitur ei, quod illius non intereſt. Exceptio hæc ſæpe obiicitur in foro: ſed non recipitur, cum conuenit de certa pœna quæ petitur. nihil enim refert tunc an interſit, an non. ratio eſt in l. vlti. de præto. ſtipul. Pœnam ſtipulamur propter difficilem probationem eius, quod intereſt. l. quatenus. de reg. iur. Igitur prudentes homines ſemper pœnam ſtipulantur. Hinc non quæritur quatenus interſit: ſed tantum conditio ſtipulationis inſpicitur. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verb. oblig. eius rei hic exemplum eſt, alias ea verba obſcura ſunt. In ſtipulatione pœnali eſt quantitas ſub conditione promiſſa: ſi non paruero, promitto decem. Duo inſpicienda ſunt, quæ quantitas promiſſa, & quæ conditio ſit. Vt ſciamus, an extiterit conditio, an poſſimus petere: tunc non inſpicimus, quę ſit pœna: ſed quæ conditio. Sed quid ſi pœna non ſit compromiſſa? tractatur in l. diem proferre. §. 1. ait ibi Iuriſcon. dari incerti actionem. Dixi dari actionem ad id, quod intereſt. tunc enim dicitur agi incerti. Dixi in edicto prætoris mentionem eſſe factam pecuniæ, in Florentinis libris legitur *pecunia*, non *pœna*. Is, qui pecuniam promittit, id quod intereſt promittit. Sic is, qui promittit, ſtare ſententiæ, quia factum promittit, cui ſuccedit id, quod intereſt. l. ſi quis ab alio. de re iudic. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, Si plures arbitri diuerſas ſententias dixerint, an committatur pœna, ſi quis litigatorum, non paruerit. Quæſtio tractatur in l. diem proferre. §. ſi plures. Ergo quod dicitur pœnam committi, ſi non pareatur ſententiæ, eſt intelligendum, niſi plures arbitri diuerſas ſententias dixerint. in d. §. ſi plures. ibi, *Sed ſi maior pars, &c.* Diuerſum eſt in iudicibus datis, qui diuerſas ſententias dicunt. Hic difficultas incidit ob diuerſitatem iuris. In quibuſdam legib. dicitur, ſi iudices diuerſas ſententias dixerint, eam valere, quæ fauet reo. l. inter pares. de re iudic. Alibi dicitur expectandam eſſe iudicis competentis confirmationem. l. duo iudices. eo. tit. Hic dicitur parendum eſſe: ſed quia variæ res ſunt, varium ius reperiri mirum non eſt. Loquitur enim hic de ſententia arbitrorũ: in aliis locis fit mentio iudicis. Sed mirum eſt, quod dicitur in vna lege, fauendũ eſſe reo: in altera competentis iudicis cõfirmationem expectandam. Romanus Pontifex pauciſſimis verbis hoc interpretatur. c. vlti. de ſenten. & re iudic. Arbitri ſentẽtiam nullam eſſe: quia compromiſſum nõ ſeruaretur. Quod ad iudices attinet, diſtinguit datos iudices, ab ordinariis. Si dati ſint, expectatur confirmatio iudicis competentis. De eo loquitur l. ſi duo iudices. de re iudicata. Si iudices ſint ordinarij, qui ſuperiorem non habent: niſi cum accuſatio interponitur, ſequimur quod dicitur l. inter pares. de re iudic. fauorabilior eſt cauſa rei, vt & Ariſt ait in Proble. *Si maior.* Aliquando maior pars conſentit in vnam ſententiam. Quando vnus iudicum condemnauit in quinq;, alius in decem, alius in quindecim, ſententia in quinq; valebit. idq; eſt, quod vulgo dicitur, maiori ſummæ minorem ineſſe. diximus l. 1. §. ſi ſtipulanti. de verbo. oblig. Alia quæſtio ex ſupradictis exiſtit. Si ſtipulati ſint non tantum pœnam ſibi inuicem, ſed alteri pœnam dari, puta fiſco, an poterit fiſcus pœnam petere, ſi nõ paritum fuerit arbitrio? Quæſtio eſt in l. 42. arbiter. Cõpromiſſum eſt factum, vt arbiter poſſit damnare litigatores ad pœnam fiſco pendendam, niſi damnatus rem reſtitueret. Et præterea niſi parerent arbitrio, inuicem compromiſerunt pœnam: Fiſco ex ea ſententia nihil acquiritur; ſed pœna in compromiſ-

Fauor litium finiendarũ maxime poſtulat, vt etiam iniqua ſtetur ſentẽtiæ.

ſum

ſum deducta committitur. Si paritum non ſit ſententiæ arbitri, committatur ea pœna, quam ſibi ipſis pendere promiſerint: ex eo verò nihil poterit acquiri fiſco, vt ne priuato cuiquam. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verb. obli. Solebant plerunque veteres pœnam ſtipulari fiſco pendendam. Simile exemplum eſt in l. ea quidem. C. ſi mancip. ita ven. Quod confert ad interpretationem l. mulcta. de cond. & demonſt. vbi quod de mulcta dicitur, de ea mulcta accipiendum eſt, quam ſolebant veteres fiſco ſtipulari. Ex his quæritur, quando arbitri ſententiæ parere quis dicatur. Tractatio huius loci valde eſt neceſſaria. Si quid iuſſerit arbiter alteri litigatorum, aut vetuerit, res eſt expedita, ſi quis contra fecerit, quam iuſſus fuerit: ſed ſæpe nihil aperte iubet, aut vetat arbiter, & multæ aliæ difficultates ex pronuntiatione arbitri oriuntur, de quibus videndum, & omnia exemplis illuſtranda ſunt. Vna ſpecies eſt in l. 44. inter Caſtellianum. hoc tit. Orta eſt controuerſia de finibus regendis, cum alter alterius fines inuaderet, arbiter eſt electus finium regundorum cauſa: ſententiam dixit, de finibus ponendis nihil iuſſit, nihil vetuit. Quęritur an pœna committatur? Forte vnus litigatorum terminos exemit, an committatur pœna? Scæuola reſpondet hic, more ſuo, non ſatis exprimens, quod ad factum pertinebat, ſed tamen oſtendit hoc caſu pœnam committi. Executus eſt id in quod compromiſſum fuerat: pœna committitur terminis motis ab alterutro. Id enim actum apparet. Non refert, an nominatim quid iuſſerit, aut vetuerit, an aperte appareat, quid voluerit. Simile exemplum eſt in l. 21. quid. §. ſi arbiter. hic. Arbiter ita pronunciauit, *ſibi videri illum Titio debere, &c.* nihil prohibuit, nihil iuſſit. Mera cauillatio eſt, ſi quis diceret, non feci contra ſententiam: quia non feci contra ſententiam: quia non vetuit me eam pecuniam petere: ſi non tantum verba ſpectemus, ſed mentem arbitri: cum euidenter appareat, id actum eſſe. Quod etiam in ſtipulatione locum habet. l. quicquid aſtringendæ. de verb. obli. Alia quæſtio eodem pertinés eſt in l. 29. Aduerſus ſententiam. hic. Certum eſt ſi petatur ab eo, à quo arbiter peti vetuit, pœnam committi. ſed an idem dicendum ſit, ſi à fideiuſſore eius petatur? Nos non interpretamur hic fideiuſſorem acceſſiſſe compromiſſo: ſed alter compromittentium habebat fideiuſſorem: pronunciauit arbiter, ne petatur ab eo: an ab eius fideiuſſore peti poſſit? Ait ibi Vlp. non poſſe: & ſi petat compromiſſum committi. nam τῇ δυνάμει & effectu à reo petitur, quod à fideiuſſore exigitur: quia habet actionem negotiorum geſtorum, vel mandati aduerſus reum. Et eſt locus communis de reo & fideiuſſore. In ea lege, ibi, *Sed ſi cum fideiuſſore, &c.* eſt ſpecies controuerſa. Poſuimus ſupra compromiſſum cum reo principali: hic cum fideiuſſore compromiſſum: an vetitus petere à reo, poſſit petere à fideiuſſore? Ait poſſe: niſi interſit fideiuſſoris à reo peti. Repetit à reo: ſed id non accidit, cum à reo petitur. Igitur notandum, pœnam committi compromiſſi, ſiue directo, ſiue indirecto contra arbitri ſententiam aliquid fiat. Simile eſt in l. 34. ſi duo rei. in princ. hic. Exemplum eſt de duobus reis debendi, vel ſtipulandi. Cum duo vna atque eadem obligatione tenentur, ſi vnus compromiſit, an ſententia de vno lata, poſſit porrigi ad alterum correum. Et ait idem dicendum, ſi ſocij ſint. Effectu, qui ab vno petit, ab altero petit, ſi ſocij ſint bonorum. Hic multæ incidunt difficultates ex l. ſi vnus. in princip. de pact. ſupra. ſed hæ ad titul. de pact. petinent. Alia quæſtio eſt in l. 37. Quamuis arbiter. hic. Duo litigatores compromiſerunt, arbiter vetuit alterum ab altero petere, de hærede nihil eſt dictum. Quæritur, an ſi ab hærede petatur, pœna committatur? Ait ibi Celſus, committi. Si prohiberetur tantum petere is, contra quem ſententia eſt pronuntiata, non finiretur lis, poſſet enim ab hærede peti. Non eſt credibile tantum de eo actum eſſe, qui compromiſit. quia ad arbitrum imus finiendarum litium cauſa. Obiicitur l. 27. diem proferre. §. 1. hic. ait ibi Vlpi. ſolui compromiſſum morte, ſi non fuerit hæredum facta mentio. Si igitur duo compromiſerint ſine mentione hęredum, ſoluitur compromiſſum vno eorum mortuo: & tamen dicimus tranſire in hæredem actionem ad exactionem pœnæ. Sed hæc valde diſſimilia ſunt. Diuerſum ius eſt, quia res ſunt omnino diſſimiles. Ergo ſic diſtinguendum eſt. Cum vnus litigatorum moritur ante finitam litem, ſoluitur compromiſſum: quia facta non eſt mentio hæredis in compromiſſo. Sed ponamus in hoc caſu, latam eſſe ſententiam, antequam moreretur litigator, deinde hæredem eius contra ſententiam feciſſe: an committatur pœna? eſt quæſtio multum diuerſa à priore quæſtione. Vna quæſtio eſt, an morte finiatur compromiſſum: altera multum diuerſa, an pœna exigi poſſit ab hærede, ſi ſententia lata ſit aduerſus defunctum. Et certum eſt committere pœnam. rationem adfert Celſus in d. l. quamuis arbiter. non enim, inquit, differendarum litium cauſa, ſed tollendarum, ad arbitros itur. Alia quæſtio eſt in l. 43. De rebus controuerſiisque, &c. hic. Plenum compromiſſum factum eſt de omnibus controuerſiis: electæ ſunt quædam ſpecies coram arbitro, quędam omiſſæ ſunt per errorem. De his diſputatum eſt apud arbitrum, quæ in petitionem deducta ſunt: non eſt pronuntiatum de illis ab arbitro: ſed de his, quæ omiſſa ſunt per errorem, nihil pronuntiauit. Quæritur ſi petat eas ſpecies, quæ in procedendo per errorem omiſſæ ſunt, an committatur pœna? Ait Scæuola peti poſſe eas ſpecies omiſſas, quaſi contra ſententiam non faciat. quia ſententia non pertinet ad eas, quæ per errorem ſunt omiſſæ. Diſtinguunt an per errorem, an maligne omiſerit. Si malignitate omiſerit, poterit eas petere: ſed ſubiugabitur pœnę propter petitionem: ſed ſi per errorem omiſerit, poterit impune eaſdem ſpecies petere. Alia quæſtio eſt in l. 23. Celſus ait. §. pen. hic. Vnus litigatorum iuſſus eſt dare centum alteri Calend. Auguſti: aduerſarius propter valetudinem non potuit accipere, Poſtea cum paratus eſſet accipere, noluit is ei dare qui damnatus erat, an hoc caſu compromiſſum committatur? Refert Celſus veterum Iureconſul. opinionem. Dura fuit ſententia Proculi: ſed Celſus putat, cum arbiter iubet intra Calendas dare, duo quodammodo præcepta eſſe. Vnum eſt pecuniam dare: alterum pecuniam dare intra Calendas. Quod ad hoc, non ſtetit per eum, quominus ad Calendas daret: ſed quod ad alterum recte dicitur per eum ſtetiſſe, quod nõ dederit. Nam quamuis non potuerit dare intra Calend. tamen potuit dare. in ea. l. verſ. Idem ait, &c. Hæc ſunt diligenter notanda. docet ſummatim quando dicatur pareri ſententiæ arbitri. Debet, inquit, facere quantum in ipſo eſt, vt arbitri ſententiæ pareatur. Ex his emplis, quæ hic Celſus refert, facile intelligimus, quando quis ſit dicendus compromiſſo arbitri parere. Sequitur alius locus, in quo varij caſus explicantur: & variæ cauſæ, propter quas pœna non exigitur. Reperiuntur enim caſus aliqui in quibus reus ſe tuetur aduerſus eum, qui agit. eſt locus communis de reo, qui exceptionẽ habet. De exceptione rei, dixi ſupra ſententiæ arbitri parendum eſſe, & ſi iniuſta ſit, nec appellationem recipit. Sed loco appellationis datur doli. l. nõ diſtinguemus. §. cum quidam arbiter. Duo litigatores elegerunt arbitrum, vt communem amicum. Deinde inimicitiæ ortæ ſunt inter vnum litigatorum & arbitrum: is noluit eum ſententiam dicere, conteſtatione de ea re facta, nihilominus arbiter ſententiam dixit, ſpreta forte denuntiatione litigatoris. Imperator Anton. reſcripſit poſſe eum vti doli exceptione, ſi arbiter poſt eam denuntiationem ſententiam dixerit. ſi petatur ab eo pecunia, poteſt doli exceptione agentem à pœnæ petitione ſummouere. Exceptio, eſt appellandi ſpecies: & ſpeciem inſtar & ſimilitudinem habet appellationis. ſic accipitur ſpecies in l. 2. de iureiur. Speciem gloriæ habent, &c. apud Cic. Ideoq; male ab aliis tractatur omne remedium quo quicquid reſcindi poteſt appellationem eſſe: ſed hic eſt ſenſus huius l. 2. Iuſiurandum ſpeciem tranſactionis continere, id eſt, ſimilitudinem. Aliud exemplum eſt in l. 31. Ita demum hic, in quo datur exceptio doli, ſi ſtipulantis dolus malus interuenerit: ſi forte dolo aduerſarij corruptus arbiter ſententiam dixerit, committitur ſtipulatio, & eſt locus communis de dolo. In omni negotio cauetur, ne lucrum quis faciat doli ſui, ſicut ſupra, locus communis de inimicitiis. Et idem l. 3. C. eo. de ſordibus & corruptione, ob quam datur exceptio doli. Aliud exemplum eſt in quo datur reo exceptio, ſi damnatus ſententia, moram ſuam purgarit, iuſta eſt cauſa defenſionis, aduerſus petentem pœnam. d. l. quid tamen. §. vlti. & duabus legibus ſeq. hic. Eſt locus, quo nullus eſt notatu dignior de mora. de quo fuſiſſime tractatur in l. ſi inſulam. de verb. obli. Arbiter quid iuſſit dari ſine die, non expreſſit diem quo dari debuit. Ineſt modicum tempus, quo peti poſſit, poſt cuius lapſum committitur pœna; & tamen inquit, poſt eius temporis lapſum audiendum eſſe, qui purgare volet moram, vſque ad litem conteſtatam. Aliud dicendum eſſet ſi arbiter expreſ-

Mos Scæuolæ in ſuis reſponſis.

Exceptio eſt ſpecies appellationis.

ſiſſet certum tempus. l. Celſus. infra eo. Hæc videntur contraria: ſed non ſunt. Videmus eſſe diuerſas ſpecies. In priori, obligatio non habet certam diem. Iuſſit arbiter ſolui ſimpliciter. In poſteriori certa dies eſt adiecta, veluti intra Calend. Septemb. Cum dicit, intra Calend. Septemb. ideo purgatio moræ non admittitur: quia ſemper verum eſt intra Calend. datum non eſſe. Atque vere idem de altera ſpecie dicendum videtur, verum eſſe intra illud tempus datum non eſſe, quod ineſt, ſicut in poſteriori ſpecie. Oſtendam breuiter quæ ſit diuerſitas. Inſpiciendum, an conditio extiterit, an non. Conditio quędam ineſt, ſicut in ſtipulatione, quæ certam habet diẽ: ideoque à forma conditionis eius recedendum non eſt. l. qui hæredi. de cond. & demonſt. At cum ſtipulatio nullam certam habet diem, nec apparet quando ſtipulator ſibi dari voluit: facile producimus tacitum tempus, quod ei ineſſe tantum iuris interpretatione creditur, vt præterito eo tempore, moram eius purgare poſſit, & offerendo quod promiſſum eſt liberari, & euitare pœnam. Addendum eſt, ſi arbiter ſentẽtiam dixerit, nullam eſſe pœnæ perſecutionem. hoc conſtat ex his, quæ diximus l. quid tamen. §. vlt. Naſcitur hinc quæſtio, quæ tractatur in l. 36. ſi feriatis dieb. hic. Diximus impune arbitro non pareri, ſi feriato die dicat ſententiam. ſed quid ſi prætor eum coegerit ſententiam dicere die feriato? Ait ibi Vlpi. exceptionem locum non habere: quia coactus à prætore ſententiam dixit. Deinde ſequitur, *Niſi alia lege &c.* Sic legendum eſt, vt in Florent. Haloander legit *aliqua lege*, non intelligens, vt opinor, huius loci ſenſum. Sed quid eſt, niſi alia lege? Quidam legem pro pacto interpretantur, vt plerunq; accipitur. l. legem. C. de pact. Animaduertẽdum eſt pro explicatione huius loci, hanc legem cõiungi debere cum l. ſi feriatis. de feriis. ſupra. nec aliter intelligi poteſt Vlpi. in eodem loco. vtrumq; enim ſcripſit. Inſcriptio huius capitis eſt, lib. 77. ad edict. ſic enim ſcribi & emendari debet, vt in Florent. eadẽ eſt inſcriptio d. l. ſi feriatis. de feriis. in qua ait, *Si feriatis dieb. fuerit cautum lege*, ſic enim legendũ eſt, vt in Florent. Apparet hinc manifeſtiſſime Vlpianum referre cuiuſdam antiquæ legis verba. Refert quandam legem de feriis. Ad interpretationem eius legis Vlpianus tractauit quæſtionem de qua cœpimus loqui, an ſi arbiter, cogente prætore feriatis dieb. iudicauerit, parendum ſit ei ſententiæ: & ait parendum eſſe. Lex de iudice tantum loquitur, quam Vlpianus refert, ad arbitrum ergo non pertinet. Ergo Vlpianus ſic ait, *niſi alia lege*, interpretatur legem quandam, & refert verba antiquæ legis, in d. l. ſi feriatis. ſed addidit, *niſi alia lege*, ſcilicet alia quam interpretamur. ſcilicet ſi forte tales ſint feriæ, vt per legem aliquam eo tempore non liceat arbitrari. Forte dies aliqua poteſt eſſe excepta alia lege: quia non tantum non iudicare, ſed ne compromiſſa quidem exercere poſſumus. Hic videtur ſenſus eſſe horum verborum, quæ aliter intelligi non poſſunt. Vnde apparet legem pro pacto hic non accipi. Alius caſus eſt ſi litigator non adfuerit, iuſta de cauſa impeditus, & ob eam abſentiam, agatur aduerſus eum ad pœnam. l. quid tamen. §. ſi quis. Dixi compromiſſum committi, ſi quis non paruerit arbitrio, & ſi arbiter non definierit negotium: puta, ſi noluerit parere arbitro iubenti adeſſe: quia per eum ſtat quominus ſententiam dicat arbiter: ſed hic ait ei ſuccurrendum, ſi iuſta de cauſa abfuerit, dabitur ei vel exceptio, vel denegabitur actio aduerſus eũ. Sic Iureconſ. plerumque loquuntur, cum ius eſt incertum, actionem ex eo non competere: tunc denegatur actio. Interdum datur actio: ſed additur exceptio propter æquitatem. Quoties de iure dubitant Iureconſ. quod non eſt certum dicunt ſemper eſſe dandam exceptionem vel actionem denegandam. ſic loquitur Vlpian. in l. qui ſeruum. de oblig. & act. Tertius eſt conſtitui iudicem, vt addatur exceptio. idque explicaui in l. iuriſgentium. de pactis. Alius caſus eſt, in quo exceptio datur quæ latiſſime patet, ſi quid iuſſerit arbiter extra compromiſſum. Cœpimus iam de eo dicere ante, quod omnis eius poteſtas pendet ex compromiſſo. l. 50. arbiter ex compromiſſo. hic. Huc pertinet l. 39. non ex omnib. Exempla ſunt in l. non diſtinguemus. §. quæſitum. Si iuſſerit quid ſolui, de quo eſt controuerſia: vel operam præberi, & iuſſerit litigatores adeſſe: ſic enim operam præbere accipiunt Iuriſconſ. vt Iabolenus in d. l. non omnib. qui locus eſt notandus. Non tantum ſi quis non ſoluerit pecuniam, de qua eſt dicta ſententia: ſed ſi operam non præbuerit, vt diceretur ſententia, id eſt, iuſſus non adfuerit: ſicut dicimus operam præbere præceptori, id eſt præceptorem audire; cum docet, ei adeſſe. In d. l. non omnib. ver. *Idem contumaciam, &c.* Hunc locum peruertit Haloander, cum non intelligeret quid eſſet. Idem in Florent. legitur. *Idem* hoc eſt referendum ad inſcriptionem Iaboleni ex Caſſio. Apparet eum referre verba Caſſii. verba ſunt Iaboleni ex Caſſio, & idẽ Caſſius ſcripſit, quæ ſequuntur. Arbiter extra compromiſſum nihil facit: ſed tamen contumaciam litigatoris punire poterit, ſi non paret arbitrio. Hoc quidam intelligunt de iureiurando in litem, quæ ſententia videtur carere incommodo. Nã defertur, cum aduerſarius non vult rem reſtituere, nec dicitur arbiter fines compromiſſi excedere. ſi de mẽte intelligamus, neceſſe eſt ita intelligamus, mulctam eũ debere dicere, ſi conuenerit inter litigatores, contumacem dicitur punire ſecundum ſententiam Caſſij. Subiicit enim non habendum eſſe cõtumacem, cum non paret arbitro iubẽti exhiberi teſtium nomina. Hunc locum interpretatur Harmenopul. lib. 1. tit. 4. Ait teſtiũ nomina non edenda in initio litis conteſtatæ: ſicut diem non cogitur edere. l. 1. §. Editiones, de edendo. l. 2. §. diem autem. Quemadmod. teſt. aper. Nomina autem teſtium edere non cogitur. ſic recte interpretatur Harmenopulus, meo iudicio. Alius locus eſt, cum arbiter ſententiam dicit compromiſſo ſoluto, tunc non recte pœna exigitur. Hunc locum fuſiſſime tractauimus d. l. 34. nõ diſtinguemus. §. 1. huc pertinet l. ſi duo. §. 1. hic. Cum litigator adeſſe iuſſus non paruit, pœna eſt commiſſa, & ſolutum compromiſſum: nec poterit amplius committi, ſi non adfuerit iuſſus adeſſe, niſi hoc conuenerit vt in ſingulas cauſas committatur pœna. Quædam ſolent obiici aduerſus hanc ſententiam, quæ docuimus l. ſi ſic. de verbo. oblig. vnde peti poſſunt. Sunt & aliæ exceptiones, quæ ex ſuperioribus capitibus facile colliguntur.

IN TIT. IX. DIGEST. LIB. IIII. NAVTÆ, CAVPO. STABVL. VT RECEPTA RESTITVANT.

IN primis argumentum exponam: deinde diuiſione vtar per locos communes, more meo. Edictum proponitur ſub hoc titulo, ex quo duplex actio proponitur aduerſus nautas, caupones, & ſtabularios. Prior actio datur propter receptionem rerum in nauem, cauponam, ſtabulum, vt ſi perierint res receptæ, eo nomine teneatur nauta, caupo, ſtabularius. Agitur ergo aduerſus eum vel ad res reſtituendas, vel ad æſtimationem rerum. Hæc eſt prior actio. Altera actio ex edicto naſcitur, & datur his, qui in naue ſunt aduerſus dominum nauis. Et competit in duplum. Huius actionis mentio eſt in pleriſq; capitib. huius tit. l. licet. & l. ſeq. Et eſt alius titulus in alia parte Digeſtorum, Furti aduerſ. nautas. Cur propoſita ſit edicto vtraque actio, docet Vlpi. l. 1. hic. Non ſine magna vtilitate has actiones propoſuit prætor. Quia neceſſe eſt hominib. in caupona cauponum, in nauib. nautarum fidem ſequi. Ideo magis eis eſt conſulendum, qui coacti fidem alienã ſequuntur. Simile eſt in l. 1. depoſiti. Actio depoſiti datur in ſimplũ: ſed ex certis cauſis datur in duplum, cum quis coactus depoſuit. Et Cic. docet ea peccata maxime animaduertenda, quæ vitari nõ poſſunt. Neceſſitatem huius actionis demonſtrat Vlp. l. 3. quamuis videantur aliæ actiones competere ex locato, ex cõducto: poteſt depoſitum eſſe, ſi quis deponat res ſuas, apud nautam, poteſt eſſe actio depoſiti. Poteſt eſſe locatio, ſi merces interuenerit. Vnde videbatur hæc non eſſe neceſſaria, ſed reſpondet Vlp. l. 3. Plenius multo conſultũ eſt hac prætoria actione, quam actione depoſiti, vel locati: vt videbitur. Hoc eſt argumentum totius huius tractatus. Sequitur huius tractatus diuiſio, per locos communes. In primis de cauſa huius actionis dicemus. Eſt enim cauſa præcipuus locus cuiuſq; actionis. Cauſa huius actionis ex verbis edicti cognoſcitur: quia omnia fere ad cauſam huius actionis pertinent. Singula igitur verba edicti interpretabimur. In primis ait Prætor, *Nautæ.* Hæc igitur actio datur, ſi nauta ſaluam rem fore receperit illatam in nauim. Sed quis ſit nauta videndum. Vlp. id docet l. 1. hic. Nautæ appellatio eſt generalis, & continentur nautæ appellatione omnes etiam remiges, αὐφύλακες, dietarij, ſed tamen de illis prætor non ſenſit. Prætor aduerſus ipſum exercitorem voluit actionẽ dari, & aduerſus eũ ad quẽ quæſtus ſingulorũ dierum

peruenit,

peruenit ex naue, vt dicitur d.l. 3.§. Exercitorem. de exercitor.act. ſiue is dominus ſit, ſiue non. Nos vocamus, *Le patron*, ſi receperit ille exercitor merces, vel alius, quem officio alicui in naui præpoſuit, aduerſus exercitorem danda eſt actio. Ergo non aduerſus alios interpretabimur. Vocabula hic ſunt nautica, Μεσοναύτης, qui in media naui operam præſtat. Quidam ſunt ναυφύλακες, cuſtodes nauis, qui ſi quid receperint cuſtodiendo, exercitor nauis tenebitur, quia exercitor huic negotio eos propoſuit. Χειρέμβολος eſt etiam verbum Græcum nauticum, & cum ſignificat, qui manu res apprehendit. Extēditur etiam ad lintrarium, quod eius eadem ſit ratio. eſt exemplum interpretationis reſtrictiuæ, cū de nauta locutus eſſet prætor: tamen de exercitore debet accipi. Sequitur in edicto, *Caupones*. Hi ſunt qui tabernam meritoriam exercent. Vulgo diuerſoria publica vocantur. Mulier Latine dicitur caupona, quæ exercet tabernam apud Virgil. Qui igitur exercent diuerſoria publica caupones ſunt, nec recte dicuntur hoſpites & hoſpitia: vt apud veteres. Et differentia refertur apud Cic. lib. 1. de diuinat. Hoſpites erant, qui gratis excipiebant. Locus eſt Senecæ: Nemo cauponem, hoſpitem vocat ſuum. lib. 1. c. 4. de beneficiis. Nullum cum eo ius habet hoſpitii. Caupo & tabernarius pro eodem accipitur, ne quis dubitet: quamuis inter doctos de ea re aliquando controuerſia fuerit, an caupo, tabernarius diceretur. Tabernarii pro vilibus perſonis accipiuntur, vt dicitur in l. humilem. C. de inceſtis nupt. Senatores vetantur tabernarii filiam ducere vxorem. Memini à me quæſitum, an quos hoſpites vocamus, viles ſint perſonæ, cum quidam caupo electus eſſet huius ciuitatis conſiliarius, contra ſtatutum, quo vetantur eligi viles, & mechanici. Quidam putabant caupones, non eſſe tabernarios: ſed id verum non eſt. Nā indifferenter accipiuntur, caupona & taberna, eodem ſenſu. l. quæ adulterium. C. ad l. Iul. de adult. Viles erant apud veteres, quia digniores apud hoſpites diuertebant. Sed an ſint viles, exiſtimatione cuiuſq; populi eſt iudicandum, quoties id ex facto incidit. Eſt enim quæſtio facti. Iſocrates in Areopagit. (referens Athenienſis Reip. formam) ait, ne frugi quidem ſecum in caupona edere, vel bibere ſolitum, adeo id fœdum habebatur. Sequitur in edicto *Stabularii*. Hi ſunt, apud quos ſtabulantur equi. Stabularii & caupones, fere pro eodem accipiuntur: quia homines & equi excipiebantur. vt apud Apuleium lib. 10. De Aſino aureo. & alios auctores. Sequitur in edicto, *ſaluum fore receperit*. Hæc verba interpretatur Vlp. l. 1. §. vlt. Recipere, eſt promittere apud veteres Latinos. qui recipit, promittit rem ſaluam fore, ac recipit in ſe rei periculum. Sed etſi verbis expreſſis non ſuſceperit periculum: tamen ſi rē receperit, tenetur, quaſi periculum diſerte receperit. l. 1. §. 1. Si ei tradita res fuerit, & paſſus ſit inferri in nauim, eo nomine tenetur. Hoc eſt intelligendum: niſi nauta, vel caupo prædixerit, ſe non præſtiturum damnum, vt dicitur in l. vlt. §. 1. Quod eſt diligenter notandum. Si nauta dixerit, ſe damnum nō pręſtiturum, non tenebitur: ſed ita ſi conſenſerint hi, qui rem ei tradunt. Si non conſenſerint, hic locus apertiſſime oſtendit nihilominus cuſtodiam omnino ad eum pertinere. Imputandū eſt ei, qui patitur res inferri: & vtilitas publica ſuadet hoc, ne hominib. detur occaſio cum furibus coeundi, vt dicitur in l. 1. in prin. *Ne quem, &c.* In quibuſdam libris legitur, *ne quemquam*, quaſi ſit in arbitrio eorum, ne hoſpitem recipiant. In Flo. legitur, *ne quemquam*. Non enim coguntur quemquam recipere. Eſt etiam in arbitrio eorum, ne res recipiant, & dicant, patiar te hic eſſe: ſed res tuas non recipiam. Quæſtio eſt de eo, qui dedit claues cubiculi: Sæpe hoc accidit, vt caupo claues tradat ei, qui apud eum diuertit: an periculum rei à ſe dimoueat claues tradendo? Hæc quæſtio mihi videtur facti eſſe, & ex coniecturis facilis erit explicatu. Si quis intelligere velit quid iuris ſit, duo ſpectanda ſunt. Vnum eſt, ſi prædixerit caupo ſe nolle rerum cuſtodiam recipere. Alterum eſt, vt conſentiat prædictioni cauponis: alias periculum eſt eius qui paſſus eſt inferre. Ex traditione clauium poteſt iudicari, quid actum ſit. ſi eo animo appareat traditas eſſe claues, vt periculum non præſtaret caupo, eoque animo ab eo acceptas, actio non dabitur: ſed alias dabitur: quia traditio clauium hoc non arguit, accipientem in ſe tranſtuliſſe periculum: poſſunt alio animo tradi, nempe vt liberius vtatur cubiculo, cum volet: non vt periculum in ſe recipiat. Eſt igitur quæſtio facti, & ex circumſtantiis iudicanda, ſi appareat eo animo claues eſſe traditas, & acceptas, vt periculum in ſe ſuſcipiat, non datur actio. Nec ad rem pertinet l. clauib. de contrah. empt. Poſſunt claues eo animo tradi, vt transferatur vel cuſtodia, vel poſſeſſio: ſed ex coniecturis hoc pendet. Hoc edictum pertinet ad tractatum de receptis arb. ideo Iulianus compoſitor edicti eadem parte complexus eſt arbitros & nautas: ſicut arbiter cogitur iudicare, ſi receperit arbitrium: ſic nauta ſi receperit. ſed addendum eſt, ſi receperit exercendo cauponam. l. 3. §. eodem modo. Alias non tenebitur: ſed alia fortaſſis actione tenebitur, ſi receperit non exercendo cauponam, vel negotium ſuum. Proximus locus eſt in quo quæritur, cui, & contra quem detur actio. Et certum eſt dari ei qui res ſuas immiſit in nauim, cauponam, ſtabulum: & aduerſus eum, qui cuſtodiam recepit, vt dicitur in edicto. Datur autem ei cuius intereſt res ſaluas eſſe, & ſi earum rerum dominus non ſit. l. 1. §. pen. Res enim alienas cogitur reddere ei, qui depoſuerit. Quæſtio eſt hic de patre, & de domino. l. 3. §. ſi filiusfam. Si filiusfa. vel ſeruus receperit, res ſaluas fore: & tenetur dominus, vel pater de peculio filii, vel ſerui tantum: ſed ſi voluntas patris, vel domini interuenerit, in ſolidum datur actio. Deinde dicitur, *hæredi & in hæredem competere*, vt dicitur in l. 3. §. hæc autem rei perſecutionem, &c. de quo poſteà. Nunc videndū quid petatur hac actione. Ex prætoris edicto id facile colligi poteſt, illis verb. *Niſi reſtituant in eos, &c.* Petitur reſtitutio rei quam ſaluam fore recepit: aut niſi reſtituat, æſtimatio. Hæc eſt ratio agendi. Hinc dubitarunt aliqui, an hæc actio ſit arbitraria, ſicut actio, quod metus cauſa. Et certum eſt ex his, quæ diximus tit. De eo, quod met. cau. non eſſe arbitrariam. In hoc edicto, arbitrii nulla eſt mentio: ſicut in l. item ſi cum exceptio. §. quatenus. de eo ꝙ met. cau. Non dat actionē, niſi reſtituere noluerit. Itaq; in actionib. arbitrariis oportet arbitriū interponere ante ſententiā diffinitiuam. §. præterea. Inſti. de act. Hæ tantum ſunt arbitrariæ actiones, in quib. arbiter ex æquo & bono, tanquā pacificator interuenit. Hæc actio igitur nō eſt arbitraria: quia nō neceſſariū eſt vt arbitrium iud. præcedat antequā condemnet. Eſt autē hæc actio reſtitutoria. l. 3. §. hæc autē. Non eſt pœnalis: perſequitur ꝙ ſibi abeſt, vel æſtimationem rei. Ideo nō finitur tēpore. Perſequitur rē, quā reus ſaluam fore recepit. Addendū eſt & rē nos perſequi hac actione, quę accedit receptæ rei. l. 1. §. ait Prætor. & l. 4. §. vlt. Tradidi tibi merces meas, periculū ad te pertinet, & aliarum quoq; quæ eis accedunt. Deinde rē alienā quoq; hac actione perſequimur, vt dixi l. 1. §. idem Pomp. Res erat mihi obligata iure pignoris, nauta eam recepit: datur mihi hæc actio quanti mea intereſt, rem ſaluam fore. Etenim nobis magis, quam quorum ſunt debent ſolui. Ex his verbis oritur difficultas, propter, leg. Bona fides. inf. depoſiti. quæ videtur huic contraria: quia ſi quis rem alienam poſſideat, magis eam debet reddere deponenti, quam domino. In leg. bona fides ait Iuriſc. reddendam domino. adfert hāc ſpeciem, Dominus vindicat rē contra ſpoliatorē, qui depoſuit, quamuis bonæ fidei conueniat reddi ei, qui depoſuit: tamē æquius eſt reddere ei, cuius res fuerit: nō ei, qui depoſuit. Atqui hic dicitur reddi debere magis ei qui immiſit, quam domino. Sed ego aliquando oſtēdi apud Triphoninum ſpeciem eſſe multum diuerſam ab hac. in l. ſi alienam. ſolut. matr. & extat ea de re commentarius noſter. oſtendi diſſimilitudinem magnam eſſe inter vtrunq; locum. In d. l. bona fides. proponitur eum, qui depoſuit & eum, qui dominus eſt, ſimul petere: hic Vlpia. non loquitur de domino petente: ſed de eo tantum, qui in cauponam aut nauim immiſit. Præterea etſi ponamus vtrumq; petere, magna eſt diſſimilitudo. Hic Vlp. de eo loquitur, qui ius habet in rem, propter quod ipſius intereſt rem ſibi reſtitui, etſi alius ſit dominus. In l. bona fides. proponitur is, qui latro eſt, & ſpolia abſtulit, rem depoſuiſſe. Deinde Triphoninus loquitur de iudiciis bonę fidei. in quib. tanta eſt vis, vt etiam ad alias perſonas extraneas pertineat, inter quas non eſt contractum, vt dicitur in d. l. bona fides. Cōgruit bonæ fidei, vt depoſitum reddatur deponenti: ſed æquius eſt reſtitui domino vindicanti, quod ſuum eſt. Sed hoc plenius tractatur d. l. ſi alienam. ſolut. mat. in d. leg. 3. §. ait Prætor, *niſi reſtituant*. Ergo ſi perierit res, tenebitur nauta ad eius æſtimationem, ſiue culpa eius perierit, ſiue ſine culpa, vt dicitur d. l. 3. hic. nihil refert quo modo perierit, quia recepit eam ſaluam fore. in d. §. 1. in fi. *Non eſſe iniquum exceptionem ei dari.* In edicto Prętoris videtur teneri fortuiti caſus nomine.

ait enim ſimpliciter, *niſi reſtituant, in eos iudicium dabo.* Qui rem ſaluam fore recepit, videtur omne periculum recepiſſe etiam fortuiti caſus: ſed quia hoc diſerte non exprimitur, ideo ex benignitate quadam ſuccurritur, propter caſum fortuitum, alias autem, ſi res non perierit caſu fortuito, tenetur etiam ſi ſine eius culpa pereat: ſed quomodo ſine eius culpa perire poteſt, niſi fortuito caſu? Culpam ſolam vocant Ireconſulti leuem culpam. l. ſi vt certo. §. nunc videndum. commod. Sed culpa alia eſt, quæ leuiſſima dicitur, cuius non niſi vna eſt mentio in l. in lege Aquilia. ad l. Aquil. Quomodo gradus culpæ diſtinguendi ſint ſcripſi in l. ſi mora. ſol. matri. & l. in actione. de in lit. iurand. Cum quis in eo peccauit quod diligentiſſimus vir potuiſſet vitare, leuiſſimam culpam admiſiſſe dicitur, furtum vir diligentiſſimus potuiſſet vitare, culpa ſimpliciter pro leui culpa accipitur. Ideoque omnem culpā præſtare dixit, modo caſus fortuitus non ſit, vt intelligamus culpæ leuiſſimæ nomine eum teneri: culpa autem inter culpam & damnum fatale eſt, igitur leuiſſimam vocamus. Poſtremus locus eſt de concurſu actionum, & certum eſt concurrere cum actione ex locato, & conducto. d. l. 3. §. ex hoc edicto. Conductio contrahi poteſt inter cauponem & eum qui diuertit: ſed ſi merces non interuenerit, depoſitum erit, & dabitur actio ex locato. Sed hæc actio in factum prætoria erit vtilis. vocant actionem in factum, quia nullum aliud nomen proprium habet. Aliæ actiones ciuiles proprium nomen habent ex locato, ex conducto. Dubium autem non eſt, quin vna actio per aliam tollatur. Nam vtraque rei eſt perſecutoria, vt dixi in l. qui ſeruum. de oblig. & actio. Huc pertinet l. 5. nauta & caupo. hic. Ex eo, quod diximus, naſcitur dubitatio. Nauta accipit mercedem pro eo, quod traiiciat vectores: cur igitur tenebitur cuſtodiæ nomine? ſic caupo mercedē accipit, vt patiatur diuerti viatores. Reſpondet huic obiectioni, pro receptione mercedem accipiunt: ſed hac actione cuſtodiæ nomine tenentur. Præterea concurrit cum actione furti & actione legis Aquil. d. l. 3. §. vlt. idem in l. 4. §. vlt. Dicimus dari actionem aduerſus eum, qui recepit rem ſaluam fore: ſed non eſt dubium, quin furtum committat, ſi contrectādæ rei cauſa, rem retineat: vel dolo culpave rem corruperit, actio legis Aquiliæ dabitur: ſed vna per alteram tollitur. d. l. 3. §. vlt. in ea. l. 3. §. vlt. in fi. Sed magis eſt vt vel officio, & cætera. De eo dubitatio fuit, quia cum vna actio eſt rei perſecutoria, altera pœnalis: vna alteram non tollit. Vnde merito hic dubitandum fuit de actione furti, quæ pœnam perſequitur: & de hac actione qua perſequimur rem, ſed tamen ait alteram per alteram tolli, vel officio iudicis, vel doli exceptione. Hoc videtur conuenire officio iudicis, vt ſi vnam elegerit actor, alterum ei deneget, vel ſaltem doli exceptione. Hoc addit, quia periculum eſt, ne non tam late porrigatur officium iudicis, vt deneget actionem. Ideoque opus ſit vt addatur exceptio à prætore in iudicio conſtituendo, quia non eſt iudicium bonæ fidei. Igitur vel officio iudicis, vel doli exceptione addita, tolletur ea actio. Sunt veſtigia veteris ritus iudiciorum dandorum, quem Accurſius, Bart. & alii non intellexerunt. Sed cur alterutra contentus eſſe debet, cum vna ſit rei perſecutoria: altera pœnalis? Exiſtimo hanc rationem poſſe defendi: quia durum eſt eum, qui omne periculum præſtat, hac actione magis, quam in depoſito, vel conducto, adhuc pœnam præſtare. Hæc actio prætoria eſt, ideo æquitate niti debet: ſicut videmus in bonæ fidei iudiciis non facile admitti pœnæ perſecutionem, cum admiſſa eſt rei perſecutio. l. ſi merces. §. culpæ. locati. Hactenus de prima actione aduerſus nautas, caupones, ſtabularios. Iam videndum eſt de aliis actionibus. Diximus enim varias actiones ex hoc edicto competere. Præter hanc, de qua iam diximus, duæ aliæ dantur, actio ſcilicet de damno, & actio furti. Hanc diſtinctionem actionum didici ex inſcriptione capitū ex Floren. Pand. quam ante non poteram percipere, & eſt certum omnes eruditos viros valde hallucinatos eſſe, qui has actiones non potuerunt diſtinguere, niſi per nebulas. In 1. cap. & 2. inſcriptio eſt Vlpia. lib. 13. ad edict. in c. 3. eſt eadem inſcriptio, vſque ad l. 6. in l. 6. inſcriptio eſt Pauli lib. 18. ad edictum. Haloander in c. 6. ſcripſit, Paul. lib. 13. ad edictum in c. vlt. ſcripſit, lib. 13. ad edictum, quia videbat in ſuperiorib. eandem inſcriptionem eſſe, & videbat hoc ordini congruere. In ſuperiorib. libris eſt inſcriptio, lib. 12. in aliis 13. 14. Igitur facile adductꝰ eſt Haloander ad hanc inſcriptionem variandā. Hæc autem inſcriptio, quæ in Florent. eſt, nos admonet I. C. loqui de damno dato, ex quo datur actio legis Aquil. vel actio in factum, ad exemplum legis Aquil. ſub tit. l. Aquil. hę inſcriptiones reperiuntur, Paulus lib. 32. ad edictum. Vlp. lib. 18. ad edictum, & l. Aquil. interpretati ſunt ſub tit. de l. Aquil. Edictum propoſitum fuit à Prætore, quo dat actionem directam ex lege Aquilia, propter damnum datum. Dat etiam actionem in factum ex mēte legis Aquil. l. quia. de præſcrip. verb. Sed propoſuit eodem edicto prætor actionem aduerſus nautas, caupones, ſtabularios propter damnū datum ab illis, quos nauta in naui, vel caupo, vel ſtabularius in domo habuit, quaſi nauta & caupo durum factum præſtare cogantur. Sed quia Triboniano viſum fuit hęc magis actioni in factum de recepto conuenire, magis hic collocata ſunt. Ergo hæc omnia ex comment. I. C. ſumpta ſunt ad leg. Aquil. & hic collocata. Hæc igitur eſt prima actio de damno dato, præter hanc de recepto. Altera eſt de furto facto ab his, qui in naui ſunt aduerſus eos, qui res in nauem receperunt: & de his titulus eſt ſpecialis poſt tit. de furtis. furti aduerſus naut. cau. ſtab. vbi inſcriptio eſt, Vlp. lib. 38. ad edictum. Tribonianus non tranſtulit ex loco ſuo, quod erat ſcriptum de furto: ſicut tranſtulit ea, quæ de damno ſunt, ex comment. ad l. Aquil. Hæc autem coniungenda ſunt: & ſic facilius intelligentur. Igitur duæ actiones, præter primam, ſicut proditæ, vna de damno dato: altera de furto. Sicut actio directa leg. Aquil. datur aduerſus eum, qui damnum dedit: ſit hæc actio aduerſus nautas, caupones, ſtabularios, ſi damnum datum ſit miniſtris eorum, qui in nauem res receperunt. Et animaduertendum eſt Iureconſ. in c. 6. hic loqui de damno dato: ſicut in l. vlt. Quod magno argumento eſt ex tit. l. Aquil. ea in hunc locum tranſlata. Vtrumq; edictum Iuſtinianus eſt complexus. §. vlt. de oblig. quæ ex quaſi delicto naſc. qui §. eſt veluti argumentum ſequentis diſputationis. Ait enim ſi in caupona, ſtabulo, vel naui, damnum datum ſit iniuria ab his qui in ea ſunt, eo nomine datur actio vel in cauponem, vel in nautam, qua actione tenentur quaſi ex maleficio. Imputandum enim eſt eis, cur tales homines in familia habeant. Igitur ex quaſi maleficio tenentur. Tractandum eſt de his actionib. per locos communes. Si cauſam harum actionum quis requirat: vtriuſq; actionis cauſa facile conſtat ex his, quæ diximus. Cauſa eſt damnum datum, vel furtum factum à miniſtris, & his, qui in naui ſunt. Cauſa vero non eſt receptio rei. Igitur debet actor probare damnum datum, & furtum factum: ſicut ſupra debet probare recepiſſe res nautam. Ex quo differentia ſuperioris actionis, & huius, de qua loquimur, cognoſcenda eſt. Addendum eſt ab his, qui in naui ſunt, exercendæ nauis cauſa, damnum datum eſſe oportere. l. licet. §. vlt. hic. l. vlt. in princ. quod eſt diligenter notādum. Dixi præſtare hac actione nautam, cauponem, ſtabulariū factum eorum, quos adhibuit nauis, vel ſtabuli exercendi cauſa, non præſtat factum eorum, qui apud eum diuertunt: ſed ob damnum tantum ſuorum tenentur. In ſuperiori actione factū etiam præſtat viatorum: quia recepit rem ſaluam fore, & ex contractu ſuo tenetur: hic non agitur ex contractu eius: ſed quaſi ex delicto, quia ei eſt imputandum quod tales homines elegerit. Igitur factum viatorum non poteſt præſtare: quia viatores non elegit, ſed miniſtros elegit, hic nulla eſt eius culpa, ſi à viatoribus damnum datum, vel furtum factum ſit. Ratio etiam ſumitur ex d. §. vlt. de oblig. quæ ex quaſi delict. Inſti. Hinc fit vt ne ſeruorum quidem ſuorum factum præſtet: quod ſingulare eſt. liberorum hominum factum præſtat, ſed non ſeruorum ſuorum. noxam quidam præſtat: ſed non duplum: tenebitur quidem ſeruorum alienorum nomine, quos adhibuerit. l. vlt. §. ſeruorum. hic. Aliis verbis expreſſius idem ſignificat Vlp. l. 1. furti aduer. naut. caup. ſtab. Hinc intelligimus quid interſit, inter primam & has duas actiones. Dixi primam dari ſi res receperit, ſi cuſtodiam non præſtet. Hæ autem actiones dantur ob culpam miniſtrorum nautæ, etſi res non receperit cum periculo. Ideoq; ſi prædixerit nauta his, qui in naui ſunt, vt res ſuas ſeruent, hæc prædictio nō prodeſt. l. vlt. §. 1. niſi conſentiant: quia contractus eſt inter eos initus: quia non conuenitur his duabus actionibus propter periculum, quod ſuſcepit nauta: ſed propter factum miniſtrorum

ſuorum,

ſuorum, quia eorum miniſtrorum opera vtitur. In ſuperiori actione videtur prædictio ſufficere, vt amoueat à ſe periculum. Poſtquam rem omnem expendi, ea me vehementer exercuit, eſt res difficilior quam quiſquam credat: nec poteſt intelligi, niſi diſtinguatur ab his, quæ ſcripta ſunt ad hunc titulum. In ſuperiori actione agitur aduerſus nautam, quia recepit rem ſaluam fore. Ideoque non tenebitur nauta, ſi prædixerit: niſi appareat tacito conſenſu eum periculum ſuſcepiſſe: ſed hic tenetur ſuorum miniſtrorum nomine, etſi prædixerit ſe nolle cuſtodiam præſtare. Ideoque non ſine cauſa id, quod de prædictione dicitur, ſcriptum eſt in hac parte. Dixi ab hac l. licet, vſque ad finem, omnia ad interpretationem edicti de lege Aquil. pertinere, & ſcripta eſſe ad actionem in factum ob damnum datum, quæ datur ex lege Aquil. nec pertinet ad ſuperiorem actionem. Prædictio igitur non prodeſt nautæ, cauponi, ſtabul. quominus teneatur, ſi damnum datum fuerit à miniſtris: quia ei ſemper imputandum eſt, quod malorum hominum opera eſt vſus. Prædictio tantum prodeſt, ne videatur cuſtodiam ſuſcepiſſe: ſed hic non conuenitur propter cuſtodiam & periculum quod ſuſcepit, ſed propter maleficium miniſtrorum. Ideoque prædictione non liberatur nauta, niſi conſenſerint vectores. Ex his intelligere licet, quibus ex cauſis detur hæc actio, & quid interſit inter hanc actionem & ſuperiorem. Sequens locus eſt, cui & contra quem detur. Datur ei, cui furtum factum eſt, vel damnum datum ab his, qui in naui ſunt, aduerſus nautam, cauponem, ſtabularium. Quod ſi plures ſint nautæ, aduerſus ſingulos pro parte datur. l. vlt. §. plures. Obiicitur aduerſus hoc l. 1. §. vlt. l. 2. de exerci. act. vbi dicitur in ſolidum aduerſus ſingulos actionem exercitoriam dari. Sed res diuerſæ ſunt: exercitoria datur, quia contraxit cum exercitore, ideoque in ſolidum datur, ne in plures aduerſarios diſtinguatur, qui cum vno contraxit. hæc ratio hic ceſſat. Hic agitur cum quis contraxit cum nauta: ſed veluti ex maleficio: quia malos homines naui ſuæ præpoſuit, & in familiam adſciuit. Hæc actio non datur in hæredem. l. vlt. §. pen. Hæc iudicia, tam actio in factum ob damnum datum, quam actio in factum propter furtum non dantur in hæredem, quia dantur ex delicto. Accurſius hinc ſe expedire non potuit, propterea quod pœnales actiones ex maleficio in hæredes non dantur. Superior, quæ de recepto eſt, datur aduerſus hæredem: quia non eſt pœnalis: ſed æſtimationis perſecutoria. Nam quamuis ſpeciali titulo diſſeruerit de actione furti aduerſus nautas, caup. ſtabula. tamen de hac quoque intelligitur, quæ ob damnum datur. Petitur autem non tantum res: ſed & pœna, ideoque in duplum eſt. l. vlt. §. Hæc actio. hic. Item in l. 1. furti aduerſus naut. cau. ſtab. ſuperior actio eſt rei perſecutoria: quia non datur propter maleficium, ſed quia res non reſtituitur, datur ad æſtimationem. Concurrunt hæ cum aliis actionibus. vt dicitur in l. licet. §. in factum. ſicut diximus actionem de recepto cum aliis concurrere: ſic & de hiſce dicendum. Quidam ex miniſtris cauponis damnum dedit, poſſum agere ex lege Aquilia: ſed vt magis conſulatur hominibus, quorum res ſunt ſurreptæ, datur hæc actio, aduerſus nautas, caupo. & ſtabular. qui tales miniſtros præpoſuerunt. Igitur conſultius eſt, vt aduerſus dominum actio detur, quia facile poſſunt huiuſmodi leues homines effugere, ſed vna tamen per alteram tollitur.

FRANCISCI DVARENI IVRECON.

IN LIB. V. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM COMMENTARIVS.

IN TIT. I. DE IVDICIIS, ET VBI QVIS AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT.

IVSTINIANVS in hac ſecunda parte Digeſt. & in aliis partib. ſequentibus, tractaturus de ſingulis actionibus, præponere voluit hunc tit. generalem de iudiciis, vt & in aliis quibuſdam locis, ab eo factum & obſeruatum eſt. Nam cum de contractib. ſpecialiter diſputaturus eſſet, qui ex rebus creditis oriuntur, præpoſuit generalem titu. de rebus creditis. Sic ſub hoc titu. generaliter diſſeritur de iudiciis, de his quæ ad iudicia ſpectant: & ſpecialiter de foro competenti, vbi quiſque agere & conueniri debeat. Huius enim inſcriptionis duo ſunt capita, prius eſt de iudiciis, poſterius vbi quis agere, vel conueniri debeat. Habet autem magnam adfinitatem hic tit. cum ti. de iuriſdictione, de quo iam diximus. vnde nobis vtile viſum fuit à iuriſdictione incipere. Adfinitatem autem hanc indicant inſcriptiones capitum ſingulorum huius tit. atque capitum tit. de iuriſdict. cum ex eo. lib. capita huius tit. & quæ ſub illo tit. de iuriſdict. extant, deſumpta ſint. A iuriſdictione tamen iudicium differt: etſi enim imperiti putant non differre, non parum tamen differunt. Differentiam arguit diuerſitas tractatuum. Iuriſdictio autem eſt magiſtratus vel eius, cui prætor iuriſdictionem dat. Iudicium eſt etiam priuatorum, qui nullo magiſtratu funguntur. Vnde obſeruauimus aliquando hæc differre inter ſe, in iudicio eſſe, & in iure, in iudicium vocare, & in ius vocare. in iure aliquid fieri, & in iudicio aliquid fieri, vt docuimus lib. 1. Diſput. c. 1. & annotauit Budæus noſter in l. vlt. §. iudicandi. ff. de mune. & honor. In ius vocari eſt ad prætorem vocari: in iudicium vocari, proprie eſt ad iudicem qui datus eſt à prætore: quamuis plerunque hæc differentia confundatur. *Iudicium quid ſit.* Si quis forte quærat quid ſit iudicium, poſſumus non male reſpondere, eſſe litigatorum apud iudicem vel coram iudice diſceptationem. Ego ſcio variam huius verbi ſignificationem eſſe: nam aliquando pro actione accipitur, aliquando pro ſententia: alias quoque ſignificationes habet, quarum explicatio non eſt huius loci. Hic autem pro litigatorum diſceptatione accipitur, quæ fit coram iudice. Accurſiani ſophiſtæ ſine modo de hac ſignificatione argutantur. Memini me aliquando integrum annum conſumpſiſſe in hac definitione explicanda, cum aliquot diuiſionibus: ſed tandem has nugas valere iuſſi. Solet quæri quando incipiat iudicium eſſe, à qua parte litis, an à vocatione in ius, an à litis conteſtatione: & verius eſt (meo iudicio) tunc proprie dici iudicium cœptum eſſe, cum lis conteſtata eſt. idque colligitur ex l. 1. C. de lit. conteſtatio. Tunc lis dicitur conteſtata, cum iudex cœpit audire cauſam per narrationem negotii, cum expoſitum eſt negotium à litigatoribus. Non eſt autem litis plena narratio facta, antequam vterque actor & reus auditus fuerit. Poſtquam vero intentionem ſuam propoſuit actor, & inficiatus eſt reus, tunc lis conteſtata eſt, & res in iudicium deducta: aliter res in iudicium deducta non dicitur: id enim colligitur ex l. 15. amplius. ff. rem ratam hab. Stipulatio enim amplius non peti tunc committitur, cum lis conteſtata eſt. Hinc dicitur iudicium accipi cum lis conteſtatur. Iudicii accepti frequens eſt mentio apud Iuriſconſ. vt l. cum fundus. 31. ff. de reb. cred. & modo iudicium acceptum, modo litem conteſtatam dicunt. Cur autem dicatur lis conteſtata, docet Feſtus Pompeius lib. 3. quod ſcilicet ordinato iudicio litigatores dicunt, iudices eſtote, teſtes eſtote, Deo inuocato. Verum quidem eſt antequam lis conteſtetur, quædam geri inter litigatores, à quibus initium actionis habeatur. §. vlt. Inſti. de pœna tem. litig. vt in ius vocatio, & ſatisdatio iudicio ſiſtendi cauſa. ſunt enim quædam veluti procœmia & præparatoria iudiciorum. De quibus omnibus in prima parte Digeſt. tractatum eſt, quæ Iuſtinianus τὰ πρῶτα vocat. Hæc eſt propria ſignificatio huius verbi de qua hic loquimur, à quo nonnunquam recedimus. Significat enim interdum iudicium fieri antequam lis conteſtata ſit: ſed hic proprie accipimus, vt & apud iuris auctores accipitur. De diuiſione iudiciorum multa hic traduntur ab aliis: ſed vna mihi ad inſtitutum noſtrum videtur pertinere, nempe

de ciuilibus & criminalibus. Aliud dicitur iudicium ciuile, aliud criminale: quæri ſolet quid ſit iudicium ciuile, quid criminale. Ego diſputaui de hac re lib. 1. Diſput. aduerſus quoſdam, qui putant quoties quis condemnatur ad pecuniam, iudicium ciuile eſſe: quod mihi eſſe falſum videtur. Scripſi ciuile eſſe iudicium, cum quis ita agit, vt petat id, de quo quæritur, ſibi adiudicari: cum enim proprii commodi cauſa & priuati iudicium inſtituitur, tunc ciuile iudicium eſt, vt commodatum, mutuum, & huiuſmodi actiones: idem de actionibus quæ oriuntur ex delicto, vt actio furtiua & ſimiles, quæ actiones ciuiles dicuntur, cum actor ad propriam vtilitatem agit, non ad mulctam publicam, vt in reum animaduertatur. criminale autem dicitur, quod ad vindictā publicam inſtituitur, vt extra ordinem animaduertatur. Hæc diſtinctio & diuerſitas agendi traditur in l. locatio. 9. alias incip. licitatio. §. quod illicite. ff. de pub. & vectiga. Nonnumquam extra ordinem puniuntur, cum poſtulat vtilitas, vt quod ablatum eſt reſtituatur cum pœna. Alterum eſt vt publicæ diſciplinæ gratia puniatur. Tametſi autem pecuniaria conſequatur condemnatio: non ideo tamen dicendum eſt iudicium ciuile eſſe. Nam plerunque infligitur pœna pecuniaria extra ordinem, & infertur fiſco, non actori, ideoque non dicitur quod pœna ſit pecuniaria: non inſpicimus quid in condemnationem veniat, ſed quorſum, & ad quem finem illa condemnatio ſequatur. Si pœna ſequatur & reſpiciat priuatum commodum actoris, tunc dicetur ciuile: ſed ſi fiſcum reſpiciat ad coercendū delictum, dicitur criminale iudicium eſſe. Non recte igitur colligitur, quoties pecuniaria condemnatio eſt, ciuile iudiciū eſſe: nam ciuile iudicium ſiue pecuniarium eſt, cum principaliter ad proprium & peculiare commodum agitur. Hæc de iudicio ciuili & criminali breuiter à nobis perſtricta ſunt, quia alterius ſunt loci. In hac parte Digeſt. præcipue de ciuilibus iudiciis tractatur, non de criminalibus, criminalia ad ſeptimam Digeſt. partem pertinent. De hac ſignificatione verborum hactenus: iam incipiamus tractare de iudiciis. Et quia iudiciū (vt iam admonui) conſiſtit iudice & litigatoribus, hoc eſt, actore & reo, de ſingulis nobis eſt agendum.

De iudice.

VIdendum in primis quid ſit iudex in hoc tractatu, quomodo hoc verbum accipiatur. Vlp. in l. pen. huius titu. vtitur diſtinctione, quæ eſt diligenter obſeruanda. Oſtendit enim eſſe iudicem, qui iuriſdictioni præeſt, vel à principe poteſtate aliqua præditus eſt, vel datus eſt ab eo, qui ius dandorum iudicum habet. Hæc omnia ſeparatim tractanda ſunt, & breuiter. Primum qui iuriſdictioni præeſt dicitur iudex eſſe. Iuriſdictioni præeſt prætor vrbanus. dixi ſub tit. de iuriſdictione, officium prætoris vrbani eſſe Romæ iuriſdictioni præeſſe, & proprie dicitur eius iuriſdictio. l. qui iuriſdictioni. 10. de iuriſdi. Prætor vrbanus, qui iuriſdictionem exercet, vel prætor, proconſul in prouincia, qui parem poteſtatem & imperium habet, hic dicitur iudicare & iudex eſſe, quia plerūque extra ordinem iudicat. Dixi ſub tit. de iuriſdict. prætorem eſſe, qui præeſt iuriſdictioni, quamuis ſoleat dare iudices potius, quam iudicare: tamen extra ordinem cognoſcit, & ideo dicitur iudex. Exemplum eſt in l. ſi prætor. 75. huius tit. Quāuis hoc verbum, iudex, apud iuris auctores, de iudice dato accipitur, tamen de prætore dicitur, cum extra ordinem cognoſcit. Prætorem pronuntiare, & qua ratione id fiat, alias diximus. Sequitur in d. leg. pen. qui neque à principe poteſtate aliqua præditus, id eſt, qui magiſtratu aliquo fungitur. l. eum qui iudicare. 13. de iuriſdict. *A principe.* Quia magiſtratuum creatio ad principem pertinet. l. vnic. ad leg. Iul. de ambi. Non igitur is tantum, qui iuriſdictioni præeſt, iudicat, ſed alii quoque magiſtratus, qui à principe dati ſunt cum poteſtate. Id autem intelligendum eſt de minorib. magiſtratibus, qui tribunalibus non præſunt: ſunt tamen iudices. l. 1. ff. hoc tit. cuius legis nō intellexit Accur. verba illa, *Cuiuſuis iudicis.* Quomodo ea accipienda ſint docet Aſconius Pedianus in Cice. in Verrem. Ait enim Prætores & maiores magiſtratus pro tribunali ius dicebant, minores magiſtratus in ſubſelliis conſedebant, non in tribunalib. vt tribuni, quæſtores, & huiuſmodi alii. itaque Vlpia. de magiſtratib. loquitur, tam de minoribus, quam maioribus, qui tribunali præſunt, vel aliam iuriſdictionem habent. Accurſiani nugantur de chartulariis iudicibus ac ſomniant. Sequitur in ea l. pen. hic. *Iudex datus.* Hic eſt iudex ſpecialis pedaneus, de quo nunc dicturi ſumus, de quo etiam diximus ſub tit. de iuriſdict. & de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict. Deinde ſequitur, *Nec ex compromiſſo datus.* Iudex etiam ex compromiſſo dicitur iudex: Arbiter enim iudex compromiſſarius dicitur. Rurſum ibi, *Ex aliqua lege.* Hæc verba paulo obſcuriora ſunt cæteris. Quomodo diſtinguemus eos qui lege aliqua confirmati ſunt, à ceteris de quibus dictum eſt? Mihi videntur hæc verba accipienda eſſe de eo cui mandata eſt iuriſdictio: hic enim differt à iudice dato, vt mirum non ſit eos ab Vlpia. ſeparatos eſſe. Hanc interpretationem noſtram confirmat ſupra de iuriſdict. l. 6. illis verbis: Sed confirmat mandatam. Loquitur enim de eo cui mandata eſt iuriſdictio. Is, inquit, qui mandatam iuriſdictionem habet, non poteſt mandare: quia nec principaliter, id eſt, non eſt poteſtate aliqua præditus à principe, vt magiſtratu fungi poſſit, nec lex ei defert: ſed confirmat mandatam iuriſdictionem, lex permittit proconſuli mandare iuriſdictionem, vel alii magiſtratui: quia cum ſic ei mandata eſt, dicitur lege confirmata. Hæc mihi videtur plena interpretatio horum verborum: nam iudex eſſe non poteſt, niſi qui horum aliquo præditus ſit magiſtratu. Præterea iudicis appellatio ad eos, qui cauſas tam ciuiles, quam criminales cognoſcunt, & iudicant, pertinet. Dixi quoddam iudicium ciuile eſſe, quoddam criminale eſſe. Sic magiſtratus quidam ſunt ciuiles, quidam criminales. Sic olim Prætores octodecim Romæ ius reddebant: ſed alii præerant iudiciis pecuniariis: alii animaduertebant in facinoroſos homines: alii iuriſdictioni præerant: alii de fideicommiſſis cognoſcebant. l. 1. de orig. iur. Prætor cui hic magiſtratus ſorte contigerat, dicebatur Prætor vrbanus, vt docet Cicero pro Murena Exemplum vnum eſt huius cognitionis hic in l. ſolemus. §. latrunculator. Hæc vox, quæ alibi non eſt à me lecta, indicat latrunculatorem eſſe, qui animaduerſionem habet in latrones. Ex quo animaduertendum eſt eum, qui iudex criminalis dicitur, apud nos de re pecuniaria non iudicare, nec de ciuilibus cauſis cognoſcere. Deinde notandum eſt iudices quoſdam ciuiles eſſe, quoſdam militares, vt C. lib. 1. tit. 47. vt omnes iudi. tam ciui. quam milit. &c. Militares quidem iudices erant, qui inter milites cognoſcebant & iudicabant. Vnde magiſtri militum dicti ſunt. l. magiſteria. C. de iuriſdict. omn. iud. Cuiuſmodi ſunt apud nos iudices militares, Conneſtabilis, qui dicitur ſummus magiſtratus, Mareſchalli, & Baliui, hi omnes ſunt militares iudices, licet imperiti ſint. De his intelligendum eſt, quod dicitur in l. certi iuris. C. de iudic. Videtur enim permiſſum eſſe militaribus hominibus iudicare, quamuis periti non ſint, vt dixi ſub tit. de iuris magiſtr. quia plerunq; imperiti fuerunt aſſeſſores. ff. de aſſeſſor. leg. 1.

De iudicibus datis.

IVdices dantur à magiſtratibus, qui ius dandi habent. hi iudices dati, vt alias ſæpe admonuimus, proprie iudices dicuntur apud Iureconſultos. Nam prætor & magiſtratus Romani ſolebant iudices dare magis, quam iudicare, tametſi iudicarent extra ordinem nonnunquam, ſed iudicum datorum munus erat cognoſcere & iudicare de cauſa iniqua. Iudices autem dati erant à magiſtratu: vnde diſtinguitur iudex à prætore, & officium prætoris ab officio iudicis. l. 5. de verb. oblig. At enim ibi Pomp. quaſdam ſtipulationes eſſe prætorias, quaſdam iudiciales. Prætoriæ ſunt quæ ex nullo prætoris officio proficiſcuntur, quaſi prætor iudex non ſit, quaſi ſeparetur & diſtinguatur à iudice delegato, in ea diuiſione. Dicitur hic etiam iudex arbiter. Aliquando enim dicitur pro ſocio, arbiter familiæ herciſcundæ, arbiter communi diuidundo, id eſt iudex datus à prætore in actione pro ſocio, pro communi diuidundo, pro iudicio familiæ herciſcūdæ. Sic accipimus in l. à diuo Pio. de re iudic. Magiſtratus pop. Rom. qui iudices dabant, ſententiam à dato iudice latam exequebantur, iudex datus exequi non poteſt. imperium enim non habet, ſed notionem tantum, & iudicandi facultatem. l. ait prætor. eo. tit. Hic iudex, modo delegatus, modo pedaneus, modo iudex datus, modo arbiter, promiſcue dicitur à Iuriſconſultis. Cicero pro Murena ait, mirum eſſe Iuriſconſul-

Iuriſconſultos tot annos definire non potuiſſe, vtrum iudicem an arbitrum dicere oporteat. Exagitat more ſuo Iureconſultos, vt cauſæ ſuæ inſeruiant. Dicuntur à Iuſtiniano iudices δικασταὶ. Nouel. 82. de iudic. id eſt, arbitri, qua in re Latini videntur Græcos imitari. Dicitur iudex ſimpliciter vel arbiter, aliquando iudex datus, iudex delegatus, iudex ſpecialis. Exemplum eſt vnum in l. vltim. de offic. prætor. l. 5. de offic. præſid. Dicuntur ſpeciales iudices, qui dantur ſpecialiter & delegantur, vt de certa cauſa cognoſcant. ſic accipitur iudex in illis locis. Diciturque recuperator apud Theoph. Inſtitu. quib. de cauſis manumit. non lic. Et apud Cicero. quod à nobis alibi explicatum eſt.

Pedaneus iudex.

Pedanei iudices dicuntur, de quibus eſt tit. C. lib. 3. de pedan. iudic. Pedanei iudices accipiuntur pro iudicibus datis, non pro magiſtratibus municipalibus, non pro defenſoribus magiſtratuum, vt Accurſius & Accurſiani omnes male intellexerunt. Horum pedaneorum iudicum non tantum apud Iuſtin. ſed & apud Iureconſultos fit mentio, qui iudices dicunt pedaneos. Exemplum eſt in l. prætor. 4. ff. de tut. & curator. dat. ab his. Prætor inquit, nec tutorem dare ipſe poteſt: ſicut nec pedaneus iudex. Vlpia. ibi his verbis idem ſignificat, quod aliis verbis in l. vlt. de offi. præto. vbi vocat ſpecialem iudicem, quem in illa l. prætor. vocauit pedaneum iudicem. Alius locus eſt in l. 3. ne quis eum vi exi. qui in ius voc. Eſt enim propoſita actio prætoris edicto aduerſus eum, qui eximit vi, & manibus eripuit eum, qui in ius vocatur, ſecundum veterem morem ducendi in ius. Vnde quæritur, ſi quis vocaretur ad pedaneum iudicem, an locus ſit edicto. Iureconſultus ait edictum ad eum non pertinere, quem vocant pedaneum iudicem. Ratio eſt quia loquitur prætor in eo edicto de eo, qui exemptus eſt cum in ius vocaretur. Proprie autem in ius vocari dicitur, qui vocatur ad magiſtratum. Exempla adduximus ex Cicerone, aliud eſſe in ius ire, aliud in iudicium: aliud apud iudicem eſſe, aliud apud Prætorem. Alius locus eſt in leg. 1. §. remouet. ff. de poſtul. in quo publico iudicio damnatus remouetur à poſtulando, etiam apud pedaneos iudices. Prætor aliter dixit & inhibuit quibuſdam perſonis ne in iure apud ſe poſtularent, is autem qui poſtulat apud iudicem pedaneum, non continetur verbis edicti: ſed poſtea factum eſt ſenatuſconſultum, cum edictum in ea re deficeret. Similis locus eſt in l. ſi quis aliquid. 38. §. iudices pedanei. ff. de pœnis. Iudices pedanei amouentur à præſide, ſi pecunia corrupti eſſe dicantur: quia dantur à præſide. Ille totus locus ſumptus eſt ex Paulo lib. 5. Sentent. tit. ad legem Iuliam repet. vbi eadem verba leguntur, cum interpretatione cuiuſdam non omnino ineruditi, qui pedaneum iudicem interpretatur (vt nos) qui ex delegatione cauſas audit. Sunt ergo hi iudices dati. Animaduertendum eſt horum iudicum deſcriptas olim curias fuiſſe, quibus iudices ſumerentur, quoties viſum erat magiſtratibus cauſas aliquas iudicandas delegare. Gellius lib. 14. c. 2. id ſatis oſtendit, ſc. prætorem ſolitum fuiſſe in eaſdem curias legere & adſcribere viros probatos peritiæ & induſtriæ nomine, quibus delegaret cauſas cognoſcendas, quoties delegare iudicem opus eſſet. Et certum eſt eos non cognouiſſe, ne tempore quidem Iuſtiniani, niſi ex delegatione, vt ſatis apparet ex leg. vlt. C. de iudic. Officium autem horum deſcribitur à Iuſtiniano Nouell. 82. & Nouell. 60. vt defun. ſeu funera eorum. & vocantur ab eod. Iuſtiniano χαμαιδικασταὶ, voluit enim Græce exprimere, quod Latini pedaneum dicunt. χαμαιδὴς enim idem ſonat ac humilis iudex priuatus tantum, qui nullo magiſtratu fungitur; quod nullam iuriſdictionem habeat, vt diximus. Ex quo apparet cur pedanei iudices dicti ſunt, nempe à vilitate: nec vt quoſdam ſenatores pedanei, quod pedib. irent: ſed quod cum non veherentur, vt alii. Theoph. in ti. de interdict. etiam hoc verbo vtitur χαμαιδικαστής. Cum ergo quæritur quid iudex ſit, & in hac diſputatione de iudiciis, quomodo iudex accipiendus ſit, non tantum qui præeſt iuriſdictioni, ſed etiam qui delegatus eſt, iudex dicitur. De his autem iudicibus datis, quæſtiones hic tractantur, ſed loci quidam ſunt præcipui. vnus locus eſt in quo quæritur, qui poſſint iudices dare: alius, qui iudices dari poſſint. Quod ad primum attinet, notanda eſt hæc diſtinctio, quæ traditur in l. cum prætor. 12. hoc tit. Iudicem dare poſſunt, quib. lege, vel ſenatuſconſulto, vel more maiorum conceditur. Proconſul iudicem dare poteſt in prouincia, quam regit. Is quoque, cui mandata eſt iuriſdictio, & alii Romani magiſtratus, quibus id more conceſſum eſt, propter vim imperii, quod habent. Sed difficultas naſcitur ex leg. 1. ff. de offi. eius cui mand. eſt iuriſd. vbi dicitur, ea quæ l. vel ſenatuſconſulto, vel conſtitutionibus principum ſpecialiter deferuntur, non poſſe mandari nec transferri in eũ cui mandatur iuriſdictio. At iudicis dandi facultas lege defertur, ergo videtur non poſſe mandari. Hoc quidam fatentur his verbis adducti, ea quæ ſpecialiter lege deferuntur, non transferuntur mandata iuriſdictione: hic autem ait Iuriſconſ. lege concedi Proconſuli. Qui in ea ſunt hæreſi, vt defendant mandatam iuriſdictionem non transferri, dicunt ſpecialiter deferri Proconſuli. Ergo differens de iuriſdictione, docui quemadmodum hic nodus eſſet explicandus, & dixi, plus aliquid eſſe ſpecialiter deferri lege, quam ſimpliciter aliquid lege alicui tribui. Obſeruandum eſt diligenter quod Papinia. ait in d. l. 1. de offi. eius cui mand. eſt iuriſdict. non enim ait: ſimpliciter deferuntur lege, ſed ſpecialiter, id eſt, quodam iure ſpeciali, cuiuſmodi eſt tutoris datio, quæ non competit iure magiſtratus. Cum creatus eſt prætor & alii, nulla eis data fuit facultas tutores dandi, pupilli erant in tutela agnatorum ſuorum. l. 6. ex 12. tabu. legibus decemuiralibus. Deinde latæ ſunt leges, vt pupillis tutores darentur, & ſpecialiter quibuſdam magiſtratibus hoc eſt conceſſum lege Attilia & Iulia, de quibus mentio eſt Inſtitu. lib. 1. de Attilia. tut. Vnde dicitur in l. Muto. §. tutoris datio. ff. de tutel. Tutoris dationem neque imperii, neque iuriſdictionis eſſe, ſed ei ſoli competere, cui nominatim hoc dedit vel lex, vel ſenatuſconſultum, vel princeps. Hæc igitur quæ ſpecialiter lege deferuntur, diſtinguenda ſunt ab aliis quæ competunt iure magiſtratus: nam pleraque competunt iure magiſtratus, quæ lege deferuntur: ſed tamen non ſpecialiter. Exempli gratia: Creatus eſt Romæ prætor iuriſdictionis cauſa, & more maiorum conſtitutum eſt vt iudices daret, interdum ipſe cognoſceret, deinde lata eſt lex, vt proconſul ea faceret quæcunque Romæ magiſtratus exequebatur. Lex eam poteſtatem transfert in Proconſulem, nihil vero ei ſpecialiter tribuit: ſed quod more maiorum competebat magiſtratibus Romanis. Exemplo quoque id oſtendi poteſt, moribus noſtris accommodato. Præfecti Mareſchallorum (vt à nobis vulgo dicuntur) primum ſunt inſtituti, vt animaduerterent in homines vagabundos. Deinde lege quadam regia tributa eſt eis iuriſdictio in venatores. ſpeciale quiddam hoc eis delatum eſſe, & ſpecialiter hæc iuriſdictio poteſt dici eis attributa: quamuis enim quidam magiſtratus regii habeant iuriſdictionem aliquam, non tamen ſpecialem habent ſinguli hanc facultatem, ſicuti Præfecti Mareſchallorum in hac ſpecie. Sic in iure Romano, magiſtratus non habent merum imperium, & tutoris dationem: quia veterib. legibus non dabantur tutores pupillis: ſed poſtea ſpecialiter lege deferri cœptum eſt. Sic legis actiones, de quibus magna quæſtio & difficultas eſt in l. 2. & ſeq. ff. de offi. procon. dicitur emancipari non poſſe, nec manumitti apud legatum proconſulis: quia apud eum non eſt legis actio. idem in l. 1. ff. de offi. iurid. Alex. lata fuit lex tempore Auguſti, cuius meminit Cornelius Tacitus, qua permiſſum erat, vt equeſtris ordinis homines, qui præſiderent Ægypto, lege agerent, vt actus legitimi coram eis agi poſſent. Si quis velit intelligere qui ſint actus legitimi, quæ ſint legis actiones, poteſt id cognoſci ex vno loco in lib. Topic. Cicer. apud Boetium ibi, Emancipatio fiebat certo ritu, diſcutit Caius illum ritum, & ſubiicit vocari legis actionem. Huiuſmodi eſt quoq; adoptio, quæ inter legitimos actus refertur. gl. in leg. actus. ff. de regu. iur. Magna ſolennitas erat in emancipationibus, vt habetur apud Theophil. Inſtit. lib. 1. quib. mod. ius pat. pot. ſol. vbi Iuſtinia. ait emancipationem conſtitutam fuiſſe olim ſub legis actione. in Nouel. 8. conſti. quæ de dign. Cur non recipiunt diem, quæ ſolennitas erat legibus introducta, ſi quis addat, iam ſolennitatem illam mutat? Dicuntur ergo actus legitimi, vel legis actiones ob eam cauſam, & vt dicuntur verba legitima. leg. vlt. C. de teſta. tutel. & l. directas. C. de teſta. manu. quæ etiam ciuilia verba dicuntur. l. verbis ciuilibus. ff. de vulgar. Sublata eſt autem illa ſolennitas paulatim propter vtilitatem. Erat ſolennitas quædam & ritus

Verba legitima, & Verba ciuilia.

introductus legibus. Sic mihi videtur accipiendum quod dicitur in l.nemo.ff.de reg. iur. Nemo alieno nomine agere poteſt lege, id eſt, actus legitimi illi, illæ legis actiones non poſſunt exerceri per procuratorem, cum ſolennitas quædam ſit, & actus legitimus & ritus legis, ſi mutetur perſona, vel aliquid ex ea formula & ſolennitate, nihil dicitur actum eſſe. Ideoque cum in legibus fiat mentio prætoris, vel proconſulis, quoties iure nulla alia perſona agere poteſt, nec valet quod agitur. vnde dicitur, apud legatum proconſulis non eſſe legis actionem, & ſi quis apud eum manumiſerit, nihil agit. Igitur legis actio refertur ad ea, quæ non competunt iure magiſtratus, ſed ſpecialiter lege competunt. Magiſtratus ergo ius dandorum iudicum habent, iudex autem datus iudicem dare nõ poteſt, niſi à principe datus ſit. l. à iudice. C. hoc tit. Iudex à prætore datus iudiciario tantum munere fungitur, & iudicandi tantum facultatem habet, nec eſt translata in eum iuriſdictio eius, qui eum iudicem dedit: atque ideo iudicem dare non poteſt. Ego dixi ſub tit. de iuriſdict. multum intereſſe inter eum, cui mandata eſt iuriſdictio, & qui iudex datus eſt. Iudicem enim datum tantum cognitionis munus habere. l.ait prætor.§.ff.de re iudic. At is cui mandata eſt iuriſdictio, iuriſdictionem habet, & iudicem dare poteſt: iudex vero datus iuriſdictionem non habet, quare nec iudicem dare poteſt. excipitur à principe datus iudex.

De iis qui iudices dari poſſunt.

HVc pertinet diſtinctio d.leg.cum Prætor.12.§.vl.hoc tit. Natura comparatum eſt & hominib. inſitum, licet nulla lege expreſſum eſſet, vt qui iudicio carent, ad iudicandum non admittantur, cuiuſmodi eſt furioſus & impubes. De furioſo autem cum diſſerimus, ſequenda eſt diſtinctio quæ traditur hic in leg. cum furioſus. 39.& leg. iudex datus. 46.vt licet furioſus, qui iudicio caret, non ſit idoneus ad iudicandum: ſi tamen iudex datus ſit, non ideo nulla eſt eius datio, cum in iudicis datione iudicio opus non ſit, ſed tantum in iudicando. *Cum furioſus additur.* Sic videtur legendum in d.leg.cum furioſus. quamuis alias legatur, adiicitur. quia veteres dicebant addere, pro dare. vtebantur enim compoſito pro ſimplici, iudex additur, id eſt datur. Quæritur de cæco homine, qui luminibus orbatus eſt, quid dicendum ſit. Dicitur in l.6.hoc tit. Cæcum iudicandi officio fungi. Nihil breuius dici poteſt. Accurſ. & Accurſiani omnes ſic interpretantur, quaſi cæcus non poſſit iudex dari, ſed ſi in cæcitatem inciderit poſtquam datus eſt iudex, iudicem manere. Sic interpretantur illud ſextum caput, contra vim verborum & ſententiam iuris auctorum. Ad hanc diſtinctionem confugit Accurſius, cum non intelligeret differentiam magiſtratus & iudicis, quæ traditur ab Vlpia.in leg.1.§.caſum.ff. de poſtul. Prætor, inquit, cæcum repellit à poſtulando: quia inſignia magiſtratus videre & reuereri non poteſt, ſed ſenatorium ordinem retinet, & iudicandi officio fungitur. Eadem ſunt verba, quæ leguntur in hoc c. 6. quod interpretamur. Deinde Vlpi. explicata quæſtione de iudice, tranſit ad quæſtionem de magiſtratibus ſed melius eſt, inquit, vt cæcum quidem retinere dicamus iam acceptum magiſtratum: adſpirare autem ad nouum prohiberi. Hæc verba ad magiſtratus pertinent non ad iudicem. Accurſiani cum non intelligerent quid interſit inter magiſtratum & iudicem, putabant hoc caput ad iudicem pertinere. Ego igitur ſentio cæcum iudicem recte dari. Extat diſputatio noſtra in lib.1. diſpu. vbi multis argumentis oſtendi, cæcum recte iudicem dari, quamuis magiſtratu fungi minime poſſit. Quid aliud requirimus in iudice, quam iudicium? Etſi enim non poſſit album à nigro ſeparare & ſecernere: tamen iniquum ab æquo ſecernere poteſt. imo quadam cæteris præcellunt vi iudicii cæci, quod carent oculis. In magiſtratu aliud requirimus, ſpectamus enim decorem aliquem & ſplendorem.d.l.1.ff.de poſtul. Oſtendit enim Vlpian.eo loco quod inſignia magiſtratus reuereri non poſſit. Deinde ſequitur in d.l. cum prætor. lege impeditur, qui ſenatu motus eſt, quidam prohibentur lege iudices dari, vt qui ſenatu motus eſt.l. Caſſius.ff. de Senatorib. & l. Iulia repetundarum. nominatim expreſſum eſt. Moribus receptum eſt, vt fœminæ iudices non recipiantur.l.fœminæ.ff.de reg.iur. Quæſitum eſt etiam de patre & filio, diximus nihil referre, an pater in cauſa filii, an filius in cauſa patris ſit iudex. ſic intelligendam eſſe l.in priuatis, hoc tit. quamuis de eo probabiliter dubitatum fuit. quia nemo ſibi ipſi imperare poſſit. At pater & filius eadem perſona eſſe videntur, ſed eius in publicis muneribus non habetur ratio.l. nam quod.ff.ad Trebel. Si tamen aduerſarius noluerit iudicem admittere patrem tanquam ſuſpectum, diximus habendam eſſe rationem huius ſuſpicionis. De viatore quæritur in l. vlt. hoc titu. Magiſtratus vnum ex viatoribus ſuis non debent delegare, vt cognoſcat cauſas priuatas, niſi re vrgente forte talis cauſa poteſt eſſe, vt non ſit magni momenti, & neceſſitas vrgeat, vt non dubitent magiſtratus viatorem ſuum iudicem dare. Videndum eſt autem ne magiſtratus iudicem dent eum, qui nominatim ab altera parte petitus eſt. l.obſeruandum.hoc titu. Probabilis eſt enim cauſa ſuſpicionis, & cum reſcriptis expreſſum eſt, vt talis iudex non detur: niſi repugnet auctoritas & dignatio eius qui petitus eſt iudex, vt maxime pertineat ad verecundiam eum non remoueri à iudicando: ſed tamen princeps de ea re adeundus eſt, vt ea. l. obſeruandum.in fin. Curare igitur debet magiſtratus, vt eum iudicem det, qui ſuſpicione careat, cuiuſmodi non poteſt dici is, quem nominatim altera pars petit. Sed & notandum eſt, quiſquis iudex datus fuerit a magiſtratu, vel à principe, ſi ſuſpectus ſit, eum poſſe recuſari.l.apertiſſimi.l.vlt.God.eo. Dicebam nuper eam l.apertiſſimi.loqui de iudice dato.nam prætor & alii iudices, qui dicuntur ordinarii, non ita poſſunt recuſari, vt iudex datus: nam ſocius eis adiicietur, vt epiſcopus. auth.ſi vero contigerit.Cod. eo. quamuis receſſum ſit ab hac conſtitutione iure Pontificio, quo poſſunt non tantum iudices dari: ſed & magiſtratus & epiſcopi ipſi ſuſpicionis cauſa recuſari. Corrupti enim mores epiſcoporum fecerunt, vt alii mores introducerentur. Viſum eſt itaque ſi quis iudex datus ſit, ſiue à principe, ſiue ab alio magiſtratu, intelligendum dari ſaluo iure recuſationis, & (vt vulgo loquimur) ſaluo iure partis. Rationem huius recuſationis docet Imperator in d. l.apertiſſimi.& l.vlt. vbi notandum, non eſſe neceſſarium allegare cauſas & probationem ſuſpicionis, ſi quis putauerit ſuſpectum eſſe iudicem: quia eo caſu datur arbiter. Hæc forma iuris ciuilis, qua arbitri eliguntur, contracta eſt iure pontificio.cap.ſuſpicionis.de offi.dele.c.ſi ſpecialiter. de appel. Alia forma eſt in Gallia, quæ peti poteſt ex conſtitutionibus Regiis, & aliis locis: ſed prouinciam non ſuſcepi referendi quid quibuſcunque in locis obſeruetur moribus & conſuetudinibus. ſufficiet vt inſtructi & periti artis boni & æqui ex his quæ diximus progreſſu temporis eſſe poſſitis. ſic enim Vlpianus definit ius. ff. de iuſti. & iure. vultque vt leges ex æquo & bono interpretemur. Neq; vero poſſunt, inquit Iulia. ita leges ſcribi, vt omnes caſus, qui quandoque inciderint comprehendantur. Sic enim natura comparatum eſt, vt res plures ſint, vnde peccatum eſt in rei ipſius natura magis, quam in legumlatoribus. Hinc ars fuit neceſſaria, quæ nos docet hoc vitium emendare. Nunc quædam attingenda ſunt, quæ in dandis iudicibus obſeruantur, partim neceſſaria, partim vſitata, partim recepta. Ac in primis certum eſt cum datur iudex, aliquod nomen ei exprimendum eſſe: vt, Caſſius iudex eſto. Vnde quæritur ſi erratum ſit in nomine iudicis, quem iudicem datum eſſe intelligemus? l.ſi in iudicis.80. hoc tit. Si nominatus ſit Caſſius pro Mæuio, aut contra, quæritur quis iudex datus intelligatur. Ait lex illa: Si iudex ex conuentione ſit additus, id eſt datus, vt iam ſupra dixi, error in nomine nihil obeſt: ſed eum datum intelligemus de quo litigantes ſenſerint. Inſpiciemus itaque quid actum eſt inter litigantes, & de quo ſenſerint veriſimiliter. Sed etſi non ex conuentione litigatorum datus ſit, ſed ex voluntate prætoris: & in nomine eius errauerit, videndum eſt etiam tunc, de quo prætor ſenſerit: ſicut ſpectatur voluntas litigatorum cum ex eorum conſenſu datus eſt iudex. Eſt locus communis de errore in nomine, vt non noceat, modo conſtet de re, in qua erratum eſt. Error autem in corpore iudicis noceret in dando iudice.l.ſi per errorem.ſupra de iuriſdicti.& l. 2.hoc tit. Præterea in dando iudice præſtituitur tempus intra quod iudicare debeat iudex datus, vt intra tres menſes, intra biennium, & hoc tempus ei definitur à magiſtratu vt celerius & maturius cognoſcat, iudicet, & litem dirimat, ita vt poſt lapſum tempus eius nullam poteſtatem iudicandi habeat:

ſolutum

ſolutum eſt eius officium, niſi conſenſu litigatorum illud tempus prorogatum ſit, de quo fuſius poſtea. Præſcribitur etiam interdum locus, in quo iudicare debeat. l. ſi locus. 59. hoc tit. Magiſtratus iudicem dedit, & iuſſit eum iudicare in certo loco, is in alio loco iudicare non poteſt, excederet enim fines formulæ ſibi præſcriptæ à magiſtratu, à quo omnem poteſtatem ſuam habet. Sed ſi locus non præſcriptus nec expreſſus ſit, tunc eodem loco iuſſiſſe videtur, quo ſolet iudicari ſine incommodo litigatorum. Commodiſſimus eſt autem locus, in quo magiſtratus ipſe ius reddit, ſalua maieſtate imperii, ſaluoque more maiorum. leg. penultim. in fin. ff. de iuſtit. & iure. Inſpicimus enim, in quo loco iudicari ſoleat ſecundum morem maiorum, & in eo tutiſſimum eſt iudicem datum iudicare, ſi expreſſus non ſit locus. Saltem oportet locum eſſe commodum litigatoribus, in quo ſcilicet litigatores commode & honeſte conueniri poſſint. l. ſi cum dies. 36. §. ſi arbiter. ff. de arbitr. Deinde aliquando definitur certa quantitas, ad quam vſque iudicetur. leg. de qua re. 74. §. primo. hoc tit. Cum lis eſſet inter duos de variis rebus, datus eſt iudex à prætore, qui cognoſceret inter eos vſque ad ſummam centum aureorum: eam ſummam excedere non poteſt iudex, niſi inter litigatores conueniat, & in maiorem ſummam conſenſerint. hoc eſt, quod vulgo dicitur iuriſdictionem prorogari de re ad rem, vt de loco ad locum. ſed de hac re poſtea ſuo loco dicturi ſumus. Hæc ſunt, quæ in iudice dato vſitata ſunt & recepta. Iam videndum eſt de mutatione iudicis, ſicut iudex datur à prætore, ita iudex ex cauſa datus remouetur, & contingit interdum vt remoto iudice, alius ſufficiatur in eius locum, & ſic mutatio iudicis fit. Huc pertinet quod dicitur in leg. 58. iudicium ſoluitur. hoc tit. Variis modis volente eo, qui iudicare iuſſit, is qui iudex datus eſt, remouetur. Nam is, qui iudicare aliquem iubere poteſt, eundem vetare iudicare poteſt. Cuius eſt enim dare, eius eſt etiam reuocare, ſicut quodlibet mandatum reuocatur voluntate eius, qui mandauit. l. & quia. de iuriſdict. Non tantum is, qui iudicare iuſſit, poteſt vetare ne iudicetur: ſed & qui maior eſt eo, qui iudicare iuſſit, vetare poteſt, vt ſi prætor iudicare iuſſit, non tantum ipſe prætor poteſt vetare, ſed & maior prætore, vt præfectus prætorio. Præterea ſi is qui iudicare iuſſit, ex priuato factus ſit prætor, vel eiuſdem magiſtratus, cuius erat is, qui iudicare iuſſit, finitur iudicium. Hinc naſcitur quæſtio in leg. cum prætor. 12. hoc tit. Prætor duos iudices dedit, deinde vnum ex his iudicare prohibuit, quæritur, an ſolutum ſit iudicium. Quæſtio naſcitur ex eo, quod diximus ſolui iudicium etiam vetante eo, qui iudicare iuſſit, ſed cum prohibuit vnum tantum ex his iudicare, non omnes, probabiliter de eo dubitatum fuit. Videbatur enim ſolutum eſſe iudicium, & alterum non poſſe iudicare, cum ſimul eos dando videantur eo iure fuiſſe, vt ſimul iudicarent, vt firmius eſſet iudicium. Sed quamuis ſolutum eſſe videatur iudicium, tamen tacite videtur denuo alterum committere, & ſolum dare iudicem. Non idem dicendum ex, cum vnus ex iudicibus datis eſt mortuus, alter vero eſt ſuperſtes. nam ſuperſtes tantum non poteſt cognoſcere. Idem enim expreſſum eſt iure pontificio. capit. vno delegatorum. 42. de offic. iudic. deleg. Sed cum vni vetitum eſt iudicare, alter cognoſcere poteſt: nam, vt dictum eſt, cum prohibuit vni, videtur alterum denuo iubere iudicare prætor, & eidem negotium committere quem non prohibuit. Ex his intelligitur, quibus ex cauſis iudicium ſoluatur propter perſonam iudicis, & quibus ex cauſis iudex deſinat eſſe is, qui iudex datus eſt. Aliæ cauſæ ſunt, de quibus paſſim ſub hoc titul. exempla reperiuntur, vt cauſa ſuſpicionis, de qua exemplum eſt in leg. Iulianus. 17. hoc titulo. Cum duo litigare vellent, datus eſt eis iudex à prætore, vnus ex litigatoribus deceſſit relicto hærede eo, qui iudex datus fuerat, ait Iuriſconſultus iuſtam eſſe cauſam mutandi, & remouendi eius iudicis, & alterum in eius locum ſubſtituendi. Rationem adfert, quia iniquum eſt aliquem rei ſuæ iudicem fieri: hic autem iudex eſſet in cauſa ſua: ſicut enim ab initio in propria eius cauſa non potuiſſet iudex dari: ſic dicendum eſt, cum res poſtea eius propria facta eſt. Quod eſt intelligendum etſi res poſtea ad iudicem pertinet propter communionem fortaſſe, vt ſatis colligitur ex verbis antecedentibus, vel ex eo, quod ante diximus, neminem poſſe in ſua cauſa iudicem eſſe, hoc eſt vulgare, & veluti principium in iuriſprudentia, & à multis imperitis, ſcilicet, contemnitur, tanquam indubitatum atque vulgatum, ſed eruditi homines intelligunt horum principiorum cognitionem neceſſariam eſſe in iuriſprudentia, ſicut in aliis omnibus artibus. Similis cauſa ſuſpicionis colligi poteſt ab aliis, vt leg. prætor. ff. de iuriſdict. Prætor mandat iuriſdictionem ſuam vel totam, vel partem vnam, vel in certas perſonas, vel ad vnam ſpeciem, & plerunque ex iuſta cauſa mandat, veluti propter ſuſceptam ante magiſtratum aduocationem, vt ſi ſuſceperit aduocationem cauſæ, qui magiſtratus eſt, is cognitionem debet mandare & iuriſdictionem ſuam, nec tantum iudicem dare. Ea agitari ſolet quæſtio in caſu dict. leg. Iulianus. an iudex qui hæres factus eſt ab vno ex litigatoribus, poſſit alium iudicem dare? Videtur quibuſdam poſſe. argumen. dict. leg. prætor. ſupra de iuriſdict. vbi dicitur, iuſtam eſſe cauſam mandandi: ſed illi non cogitant leg. prætor. loqui de prætore, qui mandare poteſt iuriſdictionem: hic vero tractari de iudice dato, qui non poteſt iudicem dare. leg. à iudice. C. eodem hoc tit. Alia eſt cauſa propter quam mutatur iudex, & in locum iudicis remoti alius ſubſtituitur, ſi iudex datus non poſſit iudicio operam dare. l. ſi longius. 18. hoc titu. Datus eſt iudex, qui propter longam peregrinationem, propter aliquam occupationem non poteſt iudicio operam dare an ſit cogendus iudicare, an remouendus? Certum eſt prætorem eum, ſi excuſationem non habeat, cogere iudicare. leg. vltim. §. iudicandi quoque neceſſitas. ff. de muner. & hono. & leg. prætor eos. §. qui autem non habet excuſationem. ff. de vaca. & excuſ. mune. Iudicandi enim munus numeratur inter publica munera & perſonalia. dict. §. iudicandi. Sed poteſt iuſtam excuſationem habere. exemplum vnum eſt in dicta leg. ſi longius, vt ſi forte aliqua occupatio nõ patiatur iudicẽ iudicio operam dare. Si quis velit plene hunc locum intelligere, addenda eſt diſtinctio, quæ traditur in leg. prætor. ff. de vac. & excuſ. Dubium autem non eſt, quin olim iſta capita coniuncta fuerint. Interdum tamen debet iudex expectari ad aliquod tempus, ſi ſpes ſit eius reditus, vel ſanitatis. melius enim eſt expectare ad aliquod tempus, quam eum remouere, & alium ſufficere. Exemplum eſt in leg. iudex datus. 46. hoc tit. quamuis furioſus non recte iudex detur: ſi tamen ſanæ mentis aditus, id eſt, datus ſit, & poſtea furere cœperit, idem manet: quia ab initio recte datus fuit, morbus tamen ſonticus ei iudicandi neceſſitatem remittit, & alius in eius locum ſubſtitui debet. leg. quæſitam. 60. ff. de re iudic. Igitur intelligitis quibus ex cauſis iudex remoueatur, vel mutetur. Sed animaduertendum eſt amoto iudice dato, an idem iudicium eſſe intelligatur. Non ideo eſſe diuerſum iudicandum iudicium, quod iudex mutatus ſit: quod in locum mortui, vel remoti iudicis alius datus ſit. Verum eſt iudicium ſolui ex his cauſis: ſed poſtquam alius in eius locum ſubſtitutus eſt, nos interpretamur idem non diuerſum iudicium eſſe. Id expreſſum eſt & declaratum in leg. proponebatur. 76. hoc tit. Dati ſunt tres iudices, vnus eſt excuſatus à vocatione huius muneris, datus eſt alius in eius locum, an idem ſit iudicium? Ait ibi Alphenus non modo ſi vnus, aut alter mutatus ſit, vt proponitur in hac ſpecie, ſed & ſi omnes mutati ſint, & alii ſubrogati, dicendum eſſe, idem iudicium manere. Multa & ſimilia exempla adfert, vt oſtendat rationi conuenire, vt idem iudicium eſſe exiſtimetur. Si inquit, ideo dicamus diuerſum eſſe iudicium, quia iudices mutati ſunt, nos etiam dicemus hominem non eundem eſſe, qui ab hinc anno fuit, propterea quod, vt philoſophi dicunt, ex quibus particulis minimis conſiſtimus, eæ quotidie ex noſtro corpore decedunt, aliæque extrinſecus in earum locum accedunt, & certe potus & cibus hac de cauſa ſunt neceſſarii. De hac philoſophorum opinione, locus eſt animaduerſione digniſſimus apud Sene. lib. 8. epiſt. 59. Nemo, inquit, idem eſt in ſenectute, qui iuuenis fuit: nemo eſt mane qui fuit pridie, corpora rapiuntur fluminum more. Citat illud dictum Heracliti, in idem flumen nemo bis deſcendere dicitur, nos tamen eundem hominem dicimus, & idem flumen. Sed qui paradoxis delectantur, dicunt non idem eſſe flumen: nec eundem hominem, qui heri fuit. Sed quid refert, dixerit quiſpiam, idem

eſſe, an aliud & diuerſum iudicium? videtur enim inanis diſputatio & λογομαχία: ſed certe non eſt inanis nec friuola. Nam re & effectu multum intereſt, an vnum & idem iudicium eſſe dicatur, an duo & diuerſa iudicia. Id facile demonſtratur ex leg. mortuo. 60. hoc titu. In locum mortui iudicis datus eſt & ſubditus alius, prior iudex cœperat cognoſcere, quæritur, an nouus iudex in eius locum ſubditus, debeat denuo cognoſcere: an ſequetur quod à priori actum eſt & inceptum. Si dixerimus diuerſa eſſe iudicia, æquum eſt, vt dicamus non debere ſequi, quod ab alio inceptum eſt. Sin idem (vt re vera eſt) iudicium ſit, ſequi oportere quod prior fecit, id eſt, ex iiſdem actis iudicem poſteriorem oportere iudicare, ex quibus qui mortuus eſt iudicare debuit. Huc referenda eſt quæſtio, de qua in leg. ſi iudex. 32. Datus eſt à prætore iudex, vt infra certa tempora cognoſceret & iudicaret, puta intra annum, aut biennium: hic iudex datus deceſſit, alius ſubditus eſt in eius locum, de tempore nihil dictum eſt, quæritur intra quod tempus iudicare debeat? Certum eſt tempus videri repetitum, quod expreſſum fuerat in prioris delegatione iudicii. Sed quæritur an integrum tempus habeat, an vero tempus quod ſupereſt computandum ſit cum altero, an idem tempus præſtitutum ſit quod ſupereat, cum prior iudex deceſſerat. Iuſſus fuerat iudicare intra duos annos fortaſſe, & erat lapſum tempus cum prior deceſſerat, nouus iſte iudex an habebit id ſpacium duorum, an vero vnius anni? Ait Paulus in allegata leg. mortuo. habere duos annos integros, quamuis ſuperſit tantum annus eius temporis, cum prior iudex deceſſit. Videbatur tamen contra dicendum eſſe: ſicut enim alter cogebatur iudicare intra annum: ſic videbatur ſecundus cogendus eſſe, vt intra eum annum iudicaret. Sed vtilitatis cauſa conſtitutum eſt, integrum ei tempus dandum eſſe. Viſum eſt enim nihil in ea re incommodi eſſe: nam ſpacio aliquo temporis ei opus eſt, non tantum ad iudicandum: ſed etiam ad deliberandum de his rebus, quæ à priore factæ ſunt. Et ne quid videatur abſurdi inde ſequi, ſubiicit: ita tamen ne legitimum tempus excedat. tempus autem legitimum, quod excedi non debet, expreſſum eſt in leg. properandum. C. de iudic. ſcilicet triennium. addita eſt hęc expoſitio ne facile elidatur illa lex, & lites diutius, quam par ſit protelentur. Exempli gratia, fingamus iudicem datum, vt iudicet intra triennium, prope finem triennii deceſſiſſe, & alium datum eſſe in eius locum: ſi habet hic integrum triennium, vſque ad ſex annos illa lis protelari poſſet, & adhuc contingere poſſet, vt illo mortuo prope finem triennii, alius etiam ſufficeretur, & protraheretur lis in nouem annos: vnde plurimum incommodi ſequi poſſet.

De litigatoribus.

DIximus iudicium conſiſtere ex iudice & litigatoribus. Litigatores autem vocamus actorem & reum, ſine quibus iudicium non conſiſtit. leg. inter litigantes. 61. hoc tit. In omni iudicio oportet vnum eſſe, qui actoris partibus fungatur, alterum qui partes rei ſuſtineat. Si vterque diceret ſe reum eſſe, & ſic neuter velit ſuſcipere onera probationum, lis expediri non poſſet. Vnde quæritur plerunque vter ſit reus, vter actor, vter poſſideat. leg. prim. ff. vti poſſide. nam non probante actore reus abſoluitur. C. de eden. leg. qui accuſare. Sed hæc dubitatio maxime oritur in duplicibus iudiciis: vt interdicto vti poſſidetis, in iudiciis familiæ erciſcundæ, communi diuidundo, finium regundorum. quæ iudicia duplicia eſſe dicuntur, in quibus vterque actor eſt, vterque reus, nec poteſt diſcerni actor à reo, ex eo quod vterque petit à communione recedi, vterque rem diuidi petit, vterque ſe tuetur aduerſus alterum. Sed neceſſe eſt, vt lis procedat, alterum ex his eſſe qui actoris, alterum qui rei partibus fungatur. Qua in re Iuriſconſulti noſtri dicunt, inſpiciendum eſſe vter prior ad iudicium alterum prouocarit: nam is actor
Actor quis ſit. cenſendus eſt, quod dicitur in leg. qui prior. 29. hoc tit. Sed ponamus ambos eos ad iudicium prouocare: vt ſi ſint duo hæredes, & petant vt res propter hæreditatem communes diuidantur: quodnam eſt futurum iudicis officium? neuter horum prouocauit prior: ſed ambo prouocauerunt. Sorte res diſcerni poteſt per taxillos, inquit Accurſ. in leg. ſed cum ambo. 14. hoc titu. Hæc lex ſuffragatur iudici Pantagruelino, qui omnia forte dirimebat, citans hanc legem. Sed tamen nunquam exiſtimaui, illam tam late producendam eſſe: ſed cum quæſtio facti eſt, non iuris, nec eſt res magni momenti, nec poteſt lis aliter expediri. Exemplum eſt in leg. vlt. C. commu. de leg.

Qui poſſint agere vel conueniri.

DE quibuſdam perſonis quæritur, de quibus probabilis eſſe poteſt dubitatio, veluti de patre & filio. Quæritur itaque an pater à filio, an filius à patre conueniri poſſit. Et ait iuriſconſul. litem nullam nobis eſſe poſſe cum eo quem habemus in poteſtate. leg. lis nulla. 4. hoc tit. Filius ergo, qui eſt in poteſtate patris, nec patrem conuenire, nec à patre conueniri in iudicio poteſt. Res ipſa impedimento eſt: nam ſi pater cum filio agat, perinde eſt ac ſi ſecum ipſe agat ac litiget. habentur enim pro vna & eadem perſona. Hoc autem pertinet tam ad filium adoptiuum, quam ad filium naturalem. Sicut igitur pater naturalis non poteſt conuenire filium in iudicio nec conueniri à filio: idem dicendum eſt de patre & filio adoptiuo, vt iudicium ab initio non poſſit conſiſtere inter patrem & filium adoptiuum. Ergo ſoluitur iudicium, ſi res in eum caſum inciderit. leg. ſi à me. 11. hoc tit. Eodem pertinet quod dicitur in leg. adoptiuum. ff. de in ius vocand. De emancipato filio idem dici non poteſt: ad emancipatum enim pertinet edictum prætoris de in ius vocando, vt emancipatus patrem in ius vocare poſſit permiſſu prætoris, venia à prætore impetrata. Et hoc intereſt inter edictum prætoris de in ius vocando, & ius quod nunc interpretamur, quod edictum de in ius vocando ad emancipatum pertineat. Hoc autem verum non eſt in his, qui in poteſtate ſunt: nam ſimpliciter dicendum eſt non poſſe filium agere aduerſus patrem, emancipatum autem venia impetrata poſſe agere, & conuenire patrem permiſſu prætoris. dict. leg. adoptiuum. de in ius vocand. Vbi Iuriſconſul. filium ait, qui eſt in poteſtate patris, magis iure patriæ poteſtatis, quam edicto prætoris prohiberi in ius vocare patrem. Sed quæritur, an filiusfamilias ſaltem aduerſus alium extraneum qui pater non eſt, poſſit agere in iudicio? Et certum eſt filiumfamil. non poſſe agere, niſi ex cauſa: alias nullam habet in iudicio actionem. leg. filiusfamil. 8. ff. de obligatio. & actio. Actio enim datur patri, non filiofamilias ex eo, quod acquirit filiusfamilias: ſed ex cauſa propter vtilitatem aliquando ei permittitur agere extra ordinem cauſa cognita, vt expreſſum eſt in leg. cum filiusfamil. 17. ff. de rebus cred. vbi oſtendit Iuriſconſul. ordinarias actiones patri deferri: ſed tamen permittendum eſſe filium extra ordinem experiri, vt in caſu de quo ibi, & aliis de quibus in leg. ſi longius. 18. §. ſi filiusfamilias. hoc tit. cum ſcilicet vtilitas exigit, vt permittatur filio agere: ne dum pater eius expectatur, magno incommodo filius adficiatur, aut impunita maneant delicta, cum forte furtum paſſus eſt filiusfamil. nec pater venturus ſit, vel cum is qui commiſit, ſe ſubtrahit. Quod autem Iuriſconſul. ibidem ait, filium vtili iudicio agere poſſe, vtile iudicium vocat quod dicitur extraordinarium. dict. leg. cum filiusfamil. ff. de reb. cred. Vtiles actiones extraordinarię ſunt, nõ ex legibus, quę nõ ex iure directo proficiſcuntur: ſed ex vtilitate, æquitate, & benigniore quadam interpretatione. Eodem pertinet quod dicitur in leg. in factum. 12. ff. de obligat. & act. filiumfamil. poſſe exercere actiones in factum, quæ non ſunt directæ, nec legitimæ, nec ordinariæ: ſed propter vtilitatem dantur in factum extra ordinem, & præſcriptis in factum verbis concipiuntur. Sic ego interpretor hæc tria verba eandem ſignificationem habentia, vtilem actionem, extraordinariam, & in factum. quamuis hæc ſingula ſuas quaſdam proprias ſignificationes aliis in locis habeant. Sed an aduerſus filiumfamilias actio datur? Certum eſt eum, ſi quod negotium contraxerit, ſi quid admiſerit, ex eo conueniri poſſe, vt patremfamilias. leg. 57. tam ex contractibus. hoc tit. Qui autem cum filiofamil. contraxerit, duos debitores habet. l. ſi quis cum filiofamil. 45. ff. de pecul. ſed mortuo filio poſt litis conteſtationem, inſtantia iudicii tranſit in patrem de peculio, & quod in rem patris verſum eſt, & inſtantia dicitur tranſire, vt in

hære-

hæredem, ſic in patrem. eſt enim velut hæres. l. 2. ff. de pecul. Quæſtio eſt de ſeruo. Seruus non poteſt eſſe in iudicio, nec poteſt agere, nec conueniri. Iudicium enim nullum eſt aduerſus eum actum. leg. ſeruus. C. de iudic. & leg. non idcirco. 44. §. vltim. hoc. tit. Excipiuntur tamen certi caſus, in quibus licet ſeruo conſiſtere in iudicio, & etiam contra dominum agere. leg. vix certis. 53. ff. hoc titu. Pertinet & hoc ius ad monachos noſtri temporis, quos ſeruis comparare poſſumus, cum nec in iudicio conſiſtere, nec agere, nec conueniri poſſint. Multi enim non abſunt à ſeruitute. Alia quæſtio eſt de magiſtratibus, de qua extat reſcriptũ imperatorium in leg. pars literarum. 48. hoc tit. Loquitur enim lex illa de magiſtratibus. ἄρχοντας enim magiſtratus interpretamur, quos ait non poſſe conueniri quo tempore magiſtratu funguntur: ſed hoc eſt intelligendum ſecundum definitionem, quæ traditur in leg. 2. de in ius voc. & leg. nec magiſtratibus. 32. ff. de iniur. Hoc caput ad maiores magiſtratus pertinet. Maiores autem poſſunt vocari, Conſul, Proconſul, & alii, qui imperium habent, qui non poſſunt conueniri, qui habent ius in vincula coniiciendi. Minores poſſunt conueniri etiam cum ſunt in magiſtratu: ſed de magiſtratib. noſtri temporis idem dici non poteſt: quia perpetui ſunt non temporarii, vt Romæ erant. Et ſatis apparet iſtis omnibus capitibus, agi de magiſtratibus temporariis, cum poſtquam defuncti ſunt magiſtratu, conueniri poſſint. Abſurdum autem & iniquum eſſet magiſtratus noſtri temporis non poſſe conueniri, ſicut diximus de rebus creditis in leg. præſidis prouinciæ. 34.

De variis iudiciorum præceptis.

SEquitur tertius locus huius diſputationis noſtræ, in qua præcepta quædam de iudiciis tradituri ſumus, quę diſperſa habentur ſub hoc tit. Incipiemus autem à generalibus præceptis de officio iudicis. Præcepta quædam generalia traduntur de officio iudicis, de quibus meminit Gellius lib. 14. c. 2. vbi meminit de lege Iulia iudiciorum, & de libris Tuberonis, de officio iudicis. complectebantur autem lex & libri Tuberonis ea, quæ ad ordinem iudiciorum pertinerent, & quid in quacunque re iudicem ſequi oporteret: & maxime quæ ad ordinandam litem ſpectant, quod paucis libris facile comprehendi potuit. Huius legis Iuliæ fit mentio hoc tit. in leg. 2. paulo poſt princip. verſic. conuenire, ibi Lex Iulia iudiciorum ait, quo minus inter priuatos conueniat. Vocant enim Iuriſconſulti legem Iuliam iudiciorum, legem iudiciariam. Ea lex continebat, quæ ad ordinem iudiciorum pertinebant, tam ad iudicia priuata, quam publica. Primum præceptum eſt de officio iudicis, quod generaliter iudices oportet ſecundum leges iudicare, & in iudicando non poſſe à iure recedere. id colligitur ex leg. rem non nouam. 12. C. de iudi. In ea lege deſcribitur formula iuriſiurandi, quod exigitur à iudicibus: verboſa lex eſt, & nihil aliud continet quam iuſiurandum exigi à magiſtratibus: ſicut plerunque fiebat à iudicibus Romæ. iurati enim iudices cognoſceban: & iudicabant. Eodem pertinet Nouel. Iuſtinia. 8. Iuſiurandum, quod præſtatur ab his, qui adminiſtrationem ſuſcip. quæ conſtitut. formulam continet iuramenti, quod exigitur à magiſtratibus: iurant enim ſe iudicaturos ſecundum quod iuſtum & æquum eis videbitur, id eſt, ſecundum ius & leges, vt ego interpretor. Quoties autem ius ſcriptum æquitati repugnare videbitur, iudicis eſt æquitatem magis, quam ſcriptum ius ſequi: vt dicitur in leg. placuit. 8. C. eodem. Æquitatem præferri rigori eſt vulgare dictum, quod ex eo ca. ſumitur. Quid ſit autem æquitas, quam ſequi debet iudex, breuiter nunc explicandum eſt. Æquitas igitur, vt aliquando docuimus, eſt benignior quædam, & humanior interpretatio legis ſcriptæ, quæ æquitas ſcripto comprehenſa eſt. Sic definit Ariſtot. ἐπιείκειαν lib. 5. Moral. quam nos vel æquitatem, vel æquum & bonum vocamus. Oſtendit Ariſtote. eo loco ſicut Iuriſconſulti ſub tit. ff. de legibus. l. neque leges. l. non poſſunt. non omnia poſſe definiri legibus, de quibus aliquando controuerſia poteſt incidere. Non enim poſſunt omnia venire in mentem legislatoris, cum infinita ſunt negotia, quæ inter homines contrahuntur: vt exprimere, ſcribere, & mandare literis res omnes, de quibus homines quandoque litigant, non poſſint. Bonis & prudentibus viris permittitur interpretatio legis, cum verba legis deficiunt, quod videtur legis ſententiæ, & menti legislatoris maxime conuenire. Interpretatio eſt, quam Ariſtot. vocat ἐπιείκειαν, nos æquitatem, vel æquum & bonum. De ea intelligendum eſt, quod ait Vlpian. in leg. prim. de iuſtit. & iure. ius eſſe artem æqui & boni. Ius igitur noſſe eſt, eam artem noſſe, qua poſſumus quamcunque legem, quodcunque reſcriptum principis, ciuitatis, Reipubl. interpretari ex bono & æquo, & ad æquitatem reducere. hoc proprium eſt Iuriſconſultorum munus. Eo nomine laudantur à Cicerone Philip. 9. Seruius Sulpitius & alibi Gallus Aquil. quod in interpretatione ciuili omnia ſemper ad æquitatem retulerint. Dubitandum non eſt, quin aliqua arte opus ſit ad iudicandum, & æquum & bonum explicandum, & ad interpretationem legum ex æquo & bono faciendam. & ad hanc ἐπιείκειαν interpretandam, ſunt qui ſolam naturam ſufficere putant. Quid, inquiunt, opus eſt tot libris, ſi hoc natura nobis eſt inſitum? ſi æquitatem natura hominibus perſuaſit? Certum eſt eam ortum habere à natura: & quo quiſque eſt natura prouectior, eo magis aptus eſt ad iudicandam æquitatem, ſed ars quam profitemur, maxime naturam iuuat, vt aliæ artes. Ars enim numerandi eſt omnibus inſita, & tamen ars Arithmetica non inutilis hominibus: nam qui eam artem norunt, multo facilius numerant, quam qui non norunt. Sic ad interpretationem legum ex bono & æquo, opus eſt arte, ſtudio, vſu, & exercitatione. Artificis eſt, id eſt, Iuriſconſulti, qui eam didicerit artem, tractare bonum & æquum. Vnde Celſus iunior dicebat perniciose plerunque errari ſolere, ſub auctoritate iuris, cum forte quis prætextu iuris ſcientiæ, quam profitetur recedit ab eo, quod bonum & æquum eſt. leg. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur. ff. de verborum obligat. vnde in leg. ſcire leges. ff. de legibus. admonemur, ſcire leges non eſſe earum verba tenere, ſed vim & poteſtatem. Leges enim omnes Imperatorum Romanorum, Regum noſtrorum, aut cuiuſque ciuitatis memoria complecti hoc non eſt Iureconſultum eſſe. Qui putant his libris nihil aliud contineri, quam leges Imperatorum, falluntur. Continetur enim ars ipſa boni & æqui, ac reperiuntur multa præcepta ad æquitatem ac bonum & æquum pertinentia, ad legum interpretationem, de quibus nihil à principibus traditur, nullæ leges præſcribi ab Imperatoribus ſolent. Huiuſmodi ſunt fere, quæ in libris Pandectarum leguntur, in quibus conſtitutiones & reſcripta interſeruntur. Hac de cauſa exempla valde vtilia ac neceſſaria, quotidie vobis ob oculos pono Vlpiani, Plauli, & aliorum, qui edicta & leges interpretantur. Non poſſumus commodius exemplum requirere de interpretatione huius æquitatis, quam quod vidimus de interpretatione albi corrupti. in leg. ſi quis id quod. ff. de iuriſdictio. & de interpretatione edicti aduerſus eum, qui ius nouum impetrauit. ff. quod quiſque iuris in alt. &c. His præceptis atque exemplis continetur ars æqui & boni, quam ius nos appellamus. Itaque dubitandum non eſt, quin lectio horum titulorum ſit vtilis etiam his, qui propriis moribus reguntur, licet Romanis legibus non vtantur. Hi, qui dicunt ſe Romanis legibus non vti, non putant hæc ſcripta leges eſſe: ſed velut philoſophica quædam præcepta, quibus quęuis conſtitutio emendatur, Ariſtoteles vocat ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου. Mirum ergo non eſt, quod dicitur id ad iudicis officium pertinere, vt iuſtitiam atque æquitatem præſcripto iuri præferat. Sed faceſſit nobis negotium quod in dic. leg. placuit. Cod. de iudic. dicitur æquitatis ſcriptæ præcipuam eſſe rationem. Nam ſi verum eſt, quod diximus ex Ariſtotele & Iuriſconſultis, æquitas non ſcripta, eſt æquitas, & diſcernitur à iure ſcripto. Et enim interpretatio iuris ſcripti, quæ interpretatio iure non eſt comprehenſa. Multa comminiſcuntur non tantum iuris interpretes, ſed & Philoſophi & Theologi, vt explicent id quod hic dicitur, & hoc excuſare poſſint. Quædam alia adduxi eodem pertinentia, & in eo laboraui antequam in codices emendatos incidiſſem, in quibus hæc vox, ſcriptæ, deeſt, & quidem in vetuſtis etiam codicibus deficit, vt admonui lib. prim. Diſputat. Non dubito quin ita ſine dict. *ſcriptæ*, legendum ſit. Vox autem illa vi-

detur ex commentatione aliqua addita ab his, qui non potuerunt conciliare caput leg. prim. Cod. de legibus. & leg. placuit. Videbant enim contraria & repugnantia, cum Imperator dicat in dict. leg. prim. Cod. de legibus. inter ius & æquitatem, interpretationem nobis ſolis & oportet, & licet inſpicere. Quibus verbis adimere videtur iudicibus poteſtatem interpretandæ legis. quoties de iure ſcripto & æquitate quæritur. At vero in leg. placuit. ait iudicem in iudicando præcipuam debere æquitatis quam iuris ſcripti rationem habere. Aliter enim intelligi non poſſe viſum eſt huiuſmodi caput: nihil autem facilius fuit, quam hoc verbum addere: æquitatis ſcriptæ. Æquitas enim, quæ ſcripta non eſt, non poteſt prçferri iuri ſcripto. dict. leg. prim. & ſic euaſi ſunt. Sed nihil neceſſe fuit eo confugere. rectius accipienda fuit dict. lex prim. C. de legib. vt alias docui in interpretatione huius tractatus. Interpretatio enim legis ex bono & æquo, non ſolius eſt principis, ſed & magiſtratus, iudicis, & Iuriſconſulti. Nec ea res vllum incommodum habet, ſi æquitatem ita accipiamus, vt iam à nobis dictum fuit. Nam hoc non eſt à legibus recedere: ſed leges potius ſequi, & legibus ſententiam ſuam accommodare. Siquidem ſententia legis, magis lex dicenda eſt, quam verba legis. leg. non dubium C. de legibus. Sed ſi interdum accidat, vt certa non ſit legis ſententia, vt non poſſit colligi ex eo, quod ſcriptum eſt in lege, id de quo iudicandum eſt: tunc ceſſant iudicis partes, & princeps neceſſario adeundus eſt. Sic intelligendum eſt, quod dicitur in leg. prim. C. de legibus. Cum ait Imper. inter ius & æquitatem, interpretationem, &c. Sic ego intelligo, quod dicitur in le. neque leges. 9. & l. non eſt nouum. 25. & leg. ſed &. 27. ff. de legib. Idem dicendum eſt, & cum quis ita interpretatur, vt perpetuum ius conſtituat. id enim ſolius principis eſt. Sed æquitatis interpretatio, quam nos ἐπιείκειαν dicimus, non ſolius eſt principis, ſed & cuiusſuis magiſtratus & iudicis, qui de re aliqua cognoſcit. Et ideo non ſolum ſupremas curias, ſed & inferiores magiſtratus ex æquo & bono iudicare poſſe non dubito. Quod itaque vulgo dicitur in Gallia, ſupremas curias ex bono & æquo iudicare poſſe: inferiores curias & magiſtratus non poſſe, ſed tantum ſecundum leges, hoc ex errore natum eſt. Nam ſi ſpectemus vim boni & æqui, fatendum eſt non ſolum ſupremos iudices, ſed & inferiores ex bono & æquo iudicare poſſe. nam ſi dicamus eos ex bono & æquo iudicare non poſſe, idem eſt ac ſi diceremus, non poſſe eos ſententiam legis ſequi, ſed oportere eos verba legis ſequi, quod abſurdum eſt & iniquum. conuenit igitur officio iudicis leges ſequi in iudicando, qui contra leges non poteſt iudicare. Si quis contra facit, legem offendit. leg. non quicquid. 40. §. iudex. ff. hoc tit. Sed multum refert, vt cognoſcamus vtrum iudex aliquid ſecundum leges, an contra leges faciat, quomodo ſit concepta lex. Aliquando enim ita eſt concepta, vt neceſſitatem imponat iudici: aliquando ita eſt concepta, vt eius facultatem relinquat arbitrio. Si dicat lex, iudicem oportet, ei neceſſitatem imponit. Si ita dicat, facere poteſt, permittit ei facultatem. Sic intelligenda eſt dict. lex non quicquid. in princip. hoc titu. & lex prim. Cod. quomodo & quando iud. Sic intelligendum eſt, quod dicitur iudicem interdum gratiam facere poſſe. cap. conſuluit. de offic. & poteſta. iud. delegat. Ex eo loco colligunt iudicem poſſe gratiam facere. Sed quomodo hoc accipiendum ſit, ſatis perſpici poteſt ex his quæ diximus. cum lex permittit, nec imponit neceſſitatem, poteſt gratiam facere, vt cum de dilationibus temporum, & aliis quibuſdam aliquid ſtatuit, ſicut etiam de ſorte, qua diximus poſſe quaſdam lites dirimi. Dictum iam eſt quædam prçcepta eſſe circa rem iudiciariam, quorum alia generalia ſunt, alia ſpecialia. Generale præceptum eſt, de quo dicere cœpimus, ne iudex contra legum præcepta quidquam fiaciat. Quid ſit contra leges facere, quid ſecundum leges, etiam docuimus. Addendum eſt quid ſit contra ius conſtitutionis aliquid facere, aut contra ius litigatoris pronunciare, vt dicitur in leg. prim. quæ ſententia ſine appell. reſcind. Dicitur in dict. leg. 1. ſi contra ius expreſſe aliquis pronunciauerit, ſententiam nullam eſſe, adeo vt neceſſe non ſit prouocare. Cum autem iudex de iure pronunciauit, non contra ius conſtitutionis, ſed contra ius litigatoris, ipſo iure ſententia non eſt nulla: ſed opus eſt appellare. *Si de iure litigatoris pronunciauerit.* Hæc verba obſcura ſunt his, qui non intelligunt morem veterum in pronunciandis ſententiis. Dixi capite 41. lib. 1. Diſputa. tunc iudices ſolitos fuiſſe de iure pronunciare, cum quæſtio iuris eſſet, cum ſtatus cauſæ eſſet iuridicialis. De facto autem pronunciabant factum eſſe, cum quæſtio facti eſſet, vt ſi quis allegauerit numerum liberorum aut ætatem pro excuſatione muneris, & iudex pronunciauerit neque ætatem, neque numerum prodeſſe ad excuſationem. Hoc quod expreſſe dicitur in dict. leg. prim. quæ ſentent. ſine appellat. reſcind. de iure pronunciare, & contra ius. Quia vero ſecundum ius, prodeſt ad muneris excuſationem, numerus liberorum, hoc eſt, quod dicitur, ſententiam continere expreſſum errorem iuris. Poteſt etiam fieri, vt iudex inique iudicet: ſed non ſit error in iure, quia de iure nihil pronunciat: & hoc caſu eſt appellatione opus. Aliquando igitur de iure conſtitutionis iudex pronunciauit, non de iure litigatoris. Idem eſt in leg. ſi expreſſum. ff. de appellatio. & aliis ſimil. quas adduxi in dic. lib. prim. Diſputat. cap. 41. Iudex ergo contra conſtitutiones nihil facere debet: quod ſi fecerit, litem ſuam facere dicitur, & eo nomine datur aduerſus eum in factum actio ei contra quem iudicatum eſt. Cuius actionis mentio eſt in titu. de obligat. quæ ex quaſi delict. §. prim. in Inſtitut. Hæc obligatio naſcitur quaſi ex maleficio: quia per imprudentiam male iudicauit, non per dolum, vnde ex delicto non naſci dicitur, ſed ex quaſi delicto. De hac actione alius eſt locus in leg. vltim. ff. de var. & extraordinar. cognit. Hodie tamen hoc iure non vtimur: ſed à more maiorum noſtrorum receſſimus. Olim iudex, qui male iudicauerat, cogebatur dicere cauſam apud iudicem appellationis, & dies dicebatur iudici: veſtigia eius rei manſerunt in nominibus, quamuis res ſit mutata. Cum enim impetrantur hodie diplomata, quæ vocant *lettres des reliefz.* declaratur parti, ſecundum quam iudicatum eſt, vt adſit, quod *adiourner* vocant, quod ad perſonam iudicis refertur, *interiner* appellant. Hic incidit difficultas & velut antinomia ex leg. ſi filius famil. 15. §. prim. hoc titu. Diximus iudicem litem ſuam facere, cum per imprudentiam iudicat, etſi dolus nullus arguatur, & ideo teneri quaſi ex maleficio, ſed in dict. leg. 15. dicitur, tunc iudicem facere litem ſuam, cum dolo malo in fraudèm legis ſententiam dixerit. requirit ibi Iurisconſul. dolum malum in iudice, vt litem ſuam faciat, & in aliis locis ait iudicem teneri ob imprudentiam. dict. §. prim. Inſtitutio. de obligat. quæ ex quaſi delicto, & dict. leg. vltim. Hæc videntur pugnantia, & Budæus ea vt contraria annotauit. Sed animaduertendum eſt in dict. leg. ſi filiusfamil. 15. §. pri. non ſimpliciter dici dolum malum requiri, vt iudex litem ſuam facere dicatur: ſed vt veram litis æſtimationem præſtet. Sed ſi is, qui per imprudentiam contra ius iudicat, litem ſuam facere dicitur: multo magis is, qui dolo iudicat. Hoc enim intereſt inter eum, qui male iudicat per imprudentiam, & eum qui dolo: quod is, qui iudicat dolo malo, ad veram æſtimationem litis teneatur, vt in dicto loco ad finem dicitur, & in leg. vltim. de pœn. iudic. qui male iudic. Qui vero per imprudentiam male iudicauerit, non tenebitur ad veram æſtimationem litis: ſed quatenus religioni iudicis viſum fuerit, vt dicitur in dict. leg. vltim. de extraordinar. cognit. In interpretatione edicti cuiuſdam Vlpian. ſcripſit iudicem, qui dolo malo iudicauit, litem ſuam facere, vt æſtimationem veram præſtet. Sic eſt intelligendus Vlpiani locus, nec ſane captanda ſunt eius verba. Dicitur litem ſuam facere, cum veluti in perſonam ſuam transfert litem, & is incipit teneri propter dolum, aut imprudentiam ſuam, cum alter litigantium teneretur. Nunc intelligitis quid veniat in hanc actionem, & quid hac actione petatur. Addendum eſt ex eodem Vlpian. in leg. ſeq. Iulianus. 16. hoc tit. hanc actionem non transferri in hæredem iudicis, licet Iuliani ſententia fuerit, eam transferri in hæredem: ſed hæc ſententia notata eſt à multis ratio videtur, & quia ex maleficio, vel quaſi maleficio datur, & pœnam quoque continet. Iam accedendum eſt ad præcepta rei iudiciariæ ſpecialia: generale enim præceptum eſt quod iam diximus. Præcepta ſpecialia multa ſunt ſub hoc tit. quæ partim ad litigatores, partim ad rem quæ petitur, partim ad rationem exercendi iudicii pertinent.

De iure litigatoris pronunciare quid ſit.

[illegible] litem [illegible] facere.

nent. Hac diſtinctione opus eſt, vt aperte intelligamus, quæ hoc titu. continentur. Videamus primum de perſonis, quæ rem in iudicium deducunt. In primis certum eſt, vt conſiſtat iudicium, opus eſſe actore & reo, vt diximus ſupra. Vnde cum iudicium conſiſtere non dicatur cum homine mortuo, ſi cum mortuo ſit cœptum iudicium, qui viuere putabatur, non tenet ſententia. quod ſi deceſſit forte reus, qui putabatur viuere, & ſententia lata eſt, & condemnatus fuit: ſententia nulla eſt, nec ad eam infirmandam appellatione opus. leg. pen. ff. quæ ſenten. ſine appellat. reſcind. leg. in ſumma. §. vltim. de re iudic. Simile dicitur de beneficio principis. leg. Neratius. ff. de reg. iur. Cum princeps dedit beneficium ei, qui putabatur viuere, id beneficium eius hæredi non datur. Hinc oritur quæſtio in leg. 74. de qua re. §. vltim. hoc tit. Species hæc eſt, de qua eo loco tractat Vlpian. Cum quidam litem mouere vellet aduerſus Titium amicum meum, defendere eum volui, & litem ſum conteſtatus, cum is iam mortuus eſſet, & eum viuere putarem, tandem condemnatus fui, & ſolui. Hæc eſt hypotheſis, ex qua multæ quæſtiones oriuntur. In primis, an hæres ſit liberatus mea ſolutione, dubitatio naſcitur: quia ſolutio facta à quocunque liberat debitorem. l. ſoluendo. 41. ff. de neg. ge. & tamen dicitur hic hæredem non liberari. Iudicium nullum eſt, quod ſuſceptum eſt à defenſore, mortuo eo cuius nomine iudicium ſuſcepit, ideoque ſolutum eo nomine nō poteſt prodeſſe hæredi, ſi ſtrictum ius inſpiciemus, vt poſtea dicam. Altera quæſtio eſt ex hac hypotheſi, an ego, qui defendi, & ſolui condemnatus, poſſim repetere quod dedi? & ait non poſſe repetere: quia ex cauſa iudicati ſolui. Nam etſi nullum ſit iudicium, tamen cum quis putat iudicium valere, non poteſt repetere. Simile eſt in leg. cum putarem. 37. famil. erciſc. Deinde quæritur ex eadem hypotheſi, an ego, qui ſolui ex cauſa iudicati, & non poſſum repetere ab eo cui ſolui, habeam actionem aduerſus eum pro quo ſolui? Hic dicitur actionem negotiorum geſtorum me habere: quia eius negotia vtiliter geſſi, ſi debitor erat, quod verum eſt: quia ſi ab actore conueniatur, poteſt eum remouere exceptione doli mali, & ideo vtiliter negotia eius geſſi. Datur itaque actio negotiorum geſtorum, etſi quis ſtricto iure liberatus non ſit, l. ſi rem. quæ eſt vltim. ff. de neg. geſt. Sequens quæſtio eſt de procuratore, an procurator rem in iudicium recte deducat? Et certum eſt recte deducere. leg. ſi mater. §. hoc iure. ff. de except. rei iudic. toto tit. ff. de procur. ſi verus procurator ſit, ſi mandatum habeat: alioqui non valet iudicium, niſi is, qui agit, verus procurator ſit. l. licet. C. de procur. Quod adeo verum eſt, vt in quacunque parte iudicii opponi poſſit, quod falſus procurator ſit: quia mandatum non habeat à domino. Hoc autem intelligendum eſt, niſi dominus rei ratum habuerit, quod à procuratore falſo geſtum eſt, dict. leg. licet. Hoc eſt, quod vulgo dicitur ratihabitionem comparari mandato. l. vltim. C. ad ſenatuſconſul. Macedo. Vnde exiſtimo, & magis receptum quoque eſt, quod dicitur in dict. leg. licet etiam locum habere, etſi ſententia lata ſit aduerſus falſum procuratorem. Nonnulli tamen putant, ſi pro eo lata ſit ſententia, tunc tantum confirmari iudicium ratihabitione. Sed ego puto accipiendum eſſe, etſi contra procuratorem ſit pronuntiatum. Vlpian. enim generaliter loquitur. Deinde mouet me, quod iam diximus de poteſtate ratihabitionis: nam comparatur mandato, vt dictum eſt. Vnde videndum eſt in hac poteſtate, ſi mandatum interceſſiſſet, quid eſſet iudicandum? Certe ſi mandatum interceſſiſſet, dubium non eſt, quin iudicium conſiſtat, ſiue pro eo, ſiue contra eum lata eſſet ſententia: idem ergo de ratihabitione dicendum. Quæritur nunc de tutore & curatore. Extat tit. vnus lib. 3. C. qui legit. perſo. ſtan. in iud. hab. Leges continet duas ille tit. quæ loquuntur de pupillis, & eorum curatoribus. Tutor & curator rem pupilli recte deducunt in iudicium: non autem recte pupilli ſine tutore. Excipitur tamen iudicium poſſeſſorium, in quo minores legitimam perſonam ſtandi habent. Actio in qua agitur tantum de poſſeſſione vel recuperanda, vel amittenda, vel acquirenda, dicitur actio momentariæ poſſeſſionis, in qua non agitur de proprietate: quaſi momentaria vero dicitur, quaſi breui tempore duratura ſit, donec lis finiatur de proprietate. Sine tutore igitur poteſt pupillus de poſſeſſione ſuſcipere iudicium, quod id non videatur magni momenti eſſe. Ex his apparet, vt conſiſtat iudicium, opus eſſe præſentia litigatorum actoris & rei. Inde naſcitur quæſtio in leg. non idc rco. 44. hoc titulo. Si aduerſus plures mota ſit controuerſia, & aliqui ſunt abſentes, aliqui ſunt præſentes, an iudicium aduerſus præſentes conſiſtat, an expectandi ſunt alii? Ait Iuriſconſultus non idcirco iudicis officium impediri. Hoc eſt diligenter notandum: quia eſt tritum, & frequenter in iudiciis allegatur, etiam ab imperitis iuris, non differri ſuſceptum iudicium cum pluribus, etſi quidam cœperint abeſſe. Addit id Iuriſconſultus: Cum præſentium, & eorum qui non defenduntur adminiſtratio diſcerni & æſtimari poſſit. His verbis admonemur hoc locum habere, cum res, de qua agitur, eſt huiuſmodi, vt diuiſionem recipiat, & hoc caſu ꝙ perſonæ ſunt, tot erunt cauſæ, & quod cauſæ ſunt, tot erunt lites. Idcirco propter abſentiam vnius litigantium, de alterius tamen cauſa recte interea iudicabitur: ſin tanta eſt communio cauſæ, vt res diuiſionem non recipiat, tunc dicendum eſſe iudicium propter abſentiam aliquorum. Hactenus de præceptis, quæ ad perſonas litigatorum ſpectant: alia ſunt præcepta ad rem, quæ in iudicium deducitur, pertinentia. In primis notandum eſt, ſi plures hæredes ſint vnius creditoris, vnum hæredem non poſſe rem totam in iudicium deducere: cum res tantum, quæ debetur, in iudicium deducitur. Deduco enim tantum in iudicium, quod mihi debetur: quod cohæredi debetur, deducere in iudicium non poſſum in eius præiudicium. leg. ſi prætor. 31. hoc titu. Ea lex in fin. ſic habet: *Nec enim quiſquam, &c.* Ratio eſt, cur cohæredi præiudicare non poteſt is, qui ſolus agit, leg. ſæpe. ff. de re iudica. Quod autem adducitur in leg. ſecund. Cod. de conſor. eiuſdem lit. non multum ad rem pertinet. Dicitur in ea lege, vnum ex conſortibus litis poſſe agere de vna re, & cautione exacta de ratihabitione. Quamuis enim alias nemo poſſit ſine mandato agere, tamen hic poteſt agere. Sed hoc nihil obſtat noſtræ ſententiæ: nam vnus hæres non admittitur ſolus in præiudicium ſui cohæredis, ſed cum cauet de rato, cohæredes id ratum habituros, interim admittitur, cum cautione illa exacta: ſic intelligi debet dict. lex ſecun. de conſort. eiuſdem lit. Hinc oritur quæſtio difficilis exiſtimata ex leg. etſi reſtituatur. 28. §. vltim. Species hæc eſt: Quidam paterfamil. mortuus eſt relicto filio & vxore prægnante: filius vult agere aduerſus hæreditarios debitores: quæritur pro qua parte agere poſſit? Dubitatio naſcitur ex eo, quod ſolus hæres non eſt. Nam partus naſcituri ratio habetur, partus enim naſciturus futurus eſt ei cohæres, & incertum eſt quod naſcituri ſint ex vxore, ſed interim ſi velit agere, quotam partem in iudicio deducet? Ait Iuriſconſultus partem dimidiam eum non poſſe deducere in iudicium, & recte non dici partem dimidiam deductam in iudicium, etſi vnus tantum natus fuerit. De hoc tamen conſtat fuiſſe dubitationem inter veteres: ſed in illam ſententiam itum eſt, vt ne pro dimidia parte quidem recte rem in iudicium videatur deducere. Poterunt enim plures naſci: ſaltem incertum fuit, an plures naſcerentur quam vnus vt ex illa leg. vet. Sed & Sabinus Caſſius dicunt. &c. Quæritur ergo, quam partem debeat in iudicium deducere? aiunt partem quartam peti debuiſſe. Hæc ſententia obtinuit inter Iuriſconſultos, qui ſentiunt quatuor naſci poſſe: & probatur aperte in leg. antiqui. ff. ſi pars hære. pet. quę valde notanda eſt. Sed difficultas naſcitur ex leg. cum quidam. 30. §. ſuum hæredem. ff. de acquir. hæred. & leg. ſi pater. 36. ff. de ſolut. quæ antinomia habetur difficilis. Qua in re in primis mihi videretur ſequendum, quod eſt aperte expreſſum in dict. leg. 28. §. vltim. & in dict. leg. antiqui. Nam in dict. leg. cum quidam. referuntur tantum opiniones, & in dict. leg. ſi pater. Iulianus in nota ſua ad Vrſeium oſtendit ſe dubitare, non enim affirmat quot naſci poſſint: quia putat hoc magis philoſopho, quam Iuriſconſulto conuenire, ideoque cum non affirmet, ſed dicat quartam, vel quintam: alii autem iuris auctores ſtatuant ac definiant quartam partem peti debere, ego non dubito, quin ſequenda ſit eorum ſententia: quia definiunt quod dicitur in dict. leg. cum quidam. & in dict. leg. ſi pater. Huius autem lectio in Norico non eſt emendata, legendum enim eſt, vt in Florentinis, Iulianus no-

tat, quaſi hęc Iulianus notet ad ſcripta Vrſei ferocis. Præmittit enim Vrſei verba, deinde ſuam ſententiam ſubiicit, in qua dubitat, nihilque definit. Ideoque ſequendum eſt, quod in dict. leg. 28. definitum eſt, & in dict. leg. antiqui. Addendum eſt, quod non debetur, non venire in iudicium, quamuis futurum ſit aliquando vt debeatur. leg. non quemadmodum. 35. hoc tit. vbi Iuriſconſul. ait: Si quis experiatur in iudicio aduerſus aliquem, & petat eum condemnari eius rei nomine, de qua futura eſt obligatio, non poteſt ita conſtitui iudicium, quod in pendenti eſſet. Poteſt quidem obligatio in pendenti eſſe, ſed in iudicio id receptum non eſt. Si quis promiſerit mihi ſe pecuniam daturum, poteſt accipi fideiuſſor eius obligationis nomine, quę futura eſt: futuræ enim obligationis, quæ nondū contracta eſt, fideiuſſor accipi poteſt. dict. leg. non quemadmodum. 35. hoc tit. & tunc fideiuſſor obligabitur, cum accepta fuerit pecunia. ſed idem de iudicio dici non poteſt: non enim ſic iudicia in pendenti eſſe poſſunt, vt obligatio fideiuſſoris, quæ pendet ex futuro, iudicium autem non poteſt ita pendere. Quid enim pertinet ad iudicium futuri temporis tractus? leg. prim. §. 1. ff. de vſuris. Eodem pertinet lex, non poteſt. 23. ff. hoc tit. Si quis pecuniam mutuam dederit, & ſtipulatus ſit vſuras, ſi petat & ſortem & vſuras: vſuræ quidem, quæ debentur cum accipitur iudicium, petuntur: aliæ vero peti quidem poſſunt, ſed alio iudicio, alia interpellatione opus eſt, non enim interrumpitur curſus vſurarum per litis conteſtationem. leg. prim. C. hoc tit. & l. lite conteſtata. 35. ff. de vſu. Sed dixerit aliquis ſi obligatio quæ in pendenti eſt, non poteſt deduci in iudicium ſi quid igitur annuatim debeatur, non videretur poſſe peti ad præſtationem ſingulorum annorum: quod iniquum eſt, & iuri contrarium. Nam ſi quis mihi debeat reditum annuum, poſſum petere, vt condemnetur non tantum ad præſtandum reditum temporis, quod effluxit, ſed & futuri temporis poſſum petere vſuras, id ſatis eſt expreſſum in leg. prim. Cod. de fideicomm. Sed expectamus quod ait Iuriſconſul. in dict. leg. 35. in fin. hoc tit. *Antequam aliquid debeatur &c.* In hac ſpecie de annuo reditu aliquid debetur, tunc cum iudicium accipitur: nos autem ponimus nihil deberi, nihil in obligatione eſſe: ſed tamen inſtitui iudicium ex eo, quod futurum eſt in obligatione, quamuis nunc nihil debeatur. Ex his, quæ diximus, quæritur. Quidam eſt obligatus ad mihi dandum in diem, aut ſub conditione: ante diem aut conditionem non poſſum petere, quia nihil debetur. Sed quia male vtitur ſubſtantia ſua, peto vt caueat ſe ſoluturum cum dies aduenerit, an recte inſtituatur iudicium aduerſus eum? Hæc quæſtio tractatur in leg. in omnibus. 41. hoc titu. qua cauetur, vt licet quod nondum debetur in iudicium non veniat, tamen ad interponendam cautionem poteſt agi, ſi periculum ſit, ne non ſoluendo ſit. Idem dicitur in leg. ſi creditores. 15. ff. de priuileg. credit. vbi locus eſt apertior. Exemplum ſimile de legatis, de quibus tit. vt leg. vel fideicomm. nomi. cauea. vbi cum legatum ante diem, vel fideicommiſſum, non poſſit peti, ex cauſa exigi poteſt cautio ab hærede. Hoc igitur receptum eſt in bonæ fidei iudiciis, & in legatis, & fideicomiſſis, quæ naturam bonæ fidei imitantur. leg. in minorem. Cod. in quibus cauſis reſtitut. in integrum non eſt neceſ. Aliud exemplum eſt in leg. ſolemus. 61. hoc tit. ſi petitio generaliter concepta eſt, ad omnia pertinet, quę ſpecialiter inter litigantes non ſunt excepta. id eſt, non eſt neceſſe id actum eſſe, vt omnia veniant, de quibus ſpecialiter à litigantibus nihil eſt cautum. Hæc ſententia refertur in c. cum eccleſia. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. Exemplum eſt in actione negotiorum geſtorum, & ſimilibus iudiciis, quæ vniuerſalia dicuntur, idem de actione tutelæ, & petitione hæreditatis. In hæc enim iudicia veniunt, quæ nominatim excepta non ſunt, de quibus ſpecialiter nihil cautum eſt inter litigantes ne venirent, non de quibus ſpecialiter actum eſt inter contrahentes vt venirent. Hinc naſcitur quæſtio tractata in leg. 2. Cod. hoc titul. cuius hæc eſt hypotheſis, pupillus finita tutela, egit actione tutelæ aduerſus tutorem ſuum: petiit rationem ſibi reddi tutelæ generaliter: eius adminiſtrationis variæ erant ſpecies: is enim pecuniam exegerat à debitoribus pupilli: prædia comparauerat, multa alia geſſerat, quæ diuerſa ſunt. De vna tantum ſpecie, puta de exactione pecuniæ, actum eſt in iudicio, eam tantum ſpeciem perſecutus eſt, nec eſt habita mentio aliarum rerum: eadem abſolutus eſt tutor. Agit denuo pupillus eadem actione, & proſequitur aliam ſpeciem. Obiicitur ei exceptio rei iudicatæ, quæritur an obſtet? Ex his quæ iam diximus, videtur non poſſe agere, videntur enim veniſſe in iudicium (ſecundum regulam à nobis traditam) omnia, niſi de quibus nominatim actum eſt ne venirent: hic nihil exceptum eſt. Ergo hæc quoque ſpecies in iudicium venit, ergo ſi venerit, dicendum eſt eum, qui denuo agit aduerſus tutorem, per exceptionem rei iudicatæ ſummouendum eſſe, quia eadem res in iudicium deducitur. leg. cum quæritur. de exceptione rei iudica. Tamen in dict. leg. ſecund. dicitur, aduerſus exceptionem rei iudicatæ, dandam eſſe replicationem doli minori pupillo, qui actionem tutelæ denuo inſtituit aduerſus tutorem, id enim viſum eſt æquum: quia proſecutus fuerat tantum vnam ſpeciem adminiſtrationis, cum variæ adminiſtrationis ſpecies eſſent. Quamuis eius petitio generaliter concepta fuiſſet. Verum quidem eſt merum ius obeſſe pupillo: ob æquitatem tamen ad replicationem doli admittitur. Alia ſpecies in leg. ſi cum tibi. 4. Cod. eodem, in qua dicitur ius huic contrarium. In actione tutelæ quæſtio mota erat de prædiis comparatis à tutore minoris, is volebat imputare pretium minori, de eo iudicatum eſt, ſed de cauſa euictionis nihil actum eſt. Nam emendo prædia pupilli nomine, conuenerat cum venditore, ne teneretur euictionis nomine, atque ita de euictione cautionem remiſerat, ideo male geſſerat tutelam: de eo tamen nihil actum erat. Quæritur an reuocari poſſit ea ſpecies in iudicium: ſicut diximus ſuperius? Ait dict. lex 4. non poſſe, ſed diuerſitas vtriuſque hypotheſeos facit, vt diuerſum ius ſtatuatur. In priori hypotheſi exponitur plures ſpecies adminiſtrationis fuiſſe, quarum vna deducta fuerat in iudicium, altera non proſecuta fuerat: & vulgo dicimus, ſeparatorum ſeparatam eſſe debere rationem. In hac vero ſpecie proponitur tantum vnam adminiſtrationem eſſe, videlicet circa comparationem prædiorum. Quod autem dicitur de euictione, ſeparatum non eſt: accedit enim comparationi prædiorum: cum quid vero in iudicium venit, nos intelligimus id venire cum acceſſionibus & appendicibus ſuis. Cum itaque ſpecies ſeparatæ ſunt, licet denuo agere, & aduerſus exceptionem rei iudicatæ opponere replicationem doli, vt diximus. Hactenus de re, quæ deducitur in iudicium: præcepta quæ ſequuntur, pertinent ad rationem iudicii exercendi, & ad officium iudicis in exercendo iudicio. Primum præceptum eſt, vt iudex det operam ne lis protelетur, vt primo quoque tempore finiatur: præſtitutum autem eſt tempus certum intra quod lis quæque finiri debet. leg. properandum. C. eod. quæ ciuiles cauſas vult definiri intra triennium, criminales intra biennium, quod & antea conſtitutum extat lib. 9. C. tit. vt intra certum tempus quæſt. crimin. termi. Lites omnes ſeu ciuiles, ſeu criminales vltra triennium non debent protelari, niſi in certis cauſis, quæ recenſentur in dict. leg. properandum. puta fiſcalibus. Litem hic vocamus inſtantiam, non quod actio ſalua non maneat. Nam denuo agi poteſt, ſed inſtantia periiſſe dicitur. Quamuis autem verbum hoc ſit de tempore præſcripto ad lites finiendas: tamen ob iuſtas cauſas ſuſtinetur iudicium cauſa cognita. Exempla ſunt in leg. interdum. 36. hoc tit. vbi ſi litigator inſtrumenta litis alleget apud eum eſſe, qui reipublic. cauſa abeſſe dicitur, tunc ſuſtinetur iudicium. Hac ratione impetrantur diplomata regia, quæ apud nos vſita ſunt, *Letres d'eſtat* vulgo vocant. Milites ſolent huiuſmodi literas impetrare: quod Reipub. cauſa abeſſe cogantur, & in iudicio adeſſe non poſſunt: literis illis princeps mandat, vt eodem ſtatu cauſa maneat, donec abeſſe deſierint.

Militum priuilegium.

Aliud præceptum eſt in leg. ſi debitori meo. 21. ff. hoc titulo. Cum reus vocatus eſt ad iudicem, multum intereſt an confiteatur, quod actor intendit, an inficietur. Si inficietur, tunc probatio eius, quod inficiatur, neceſſario ab actore proficiſci debet: & procedendum eſt obſeruato ordine iudiciorum vſque ad ſententiam. Si vero confiteatur ſe debere, & paratum ſe dicat ſolue-

ſoluere, audiendus eſt, non cogendus iudicium ſuſcipere. *Omnia iudicia dicuntur abſolutoria eſſe.* Omnia enim iudicia dicuntur abſolutoria eſſe.§.vltim.Inſtit. de perpet.& temp. Si paratus ſit reus ſoluere id quod ab eo petitur, prodeſt reo magis bonam fidem agnoſcere eo ſoluto quod petitur, quam iudicium expectare propter notam infamiæ, quæ plerunque ſententiam ſequitur.leg.ſi reus.73.de procur. Hoc eſt quod leg. proinde.25.ff.ad legem Aquil. nullas eſſe partes iudicis in confitentem. Videtur hoc contrarium his eſſe quæ in d. l.ſi debitori,21. dicuntur, quod ſcilicet iudex dare poteſt aliquod tempus confitenti. Nam ſi ita ſit, ergo ſunt aliquæ iudicis partes in confitentem: Sed verum eſt, quod ait dicta lex proinde.iudicis partes non eſſe quicquam iudicare, id eſt, ceſſat omnis iudicatio, non quod non poſſit diem dare confitenti, accepta cautione ad ſoluendum, imo in ipſa leg. proinde. æſtimat iudex, non iudicat: partes autem æſtimantis, non ſunt iudicantis. Ait dict.lex 21.ſi debitori. in fin. *Modicum autem tempus, &cæt.* De tempore quod poſt condemnationem reis indultum eſt, videnda eſt l. 2.ff.de vſur.rei iudic. quæ ait tempus eſſe quatuor menſium, quod non ſeruatur hodie apud nos. Aliud præceptum eſt in leg.quoties.3.Codic.eo. Ait enim, cum incidit quæſtio aliqua in iudicium eius rei de qua cogniturus eſt iudex, de ea cognoſcere poteſt, etiam ſi ad eius cognitionem non pertineat. Fingamus eſſe pedaneum iudicem, qui de cauſa ſtatus cognoſcere non poteſt.leg.placet.Cod.de peda.iudic. *Quæſtio incidens, & principalis.* ſi tamen hæc quæſtio inciderit, de ea cognoſcere poteſt. Rurſum ſi agitur de hæreditate petenda, & obiicitur de ſtatu hominis, quod ſeruilis ſit conditionis: prius quærendum eſt an ſeruus ſit, & apud eum pedaneum iudicem de ea re agendum, quamuis de ea re principaliter nō poſſit cognoſcere, quod ideo ſic eſt ſtatutum, quia principalis quæſtio non poteſt iudicari, niſi prius de illa cauſa quæ incidit, cognitum fuerit. Locus ſimilis eſt in l.1.Codic.de ord.iudic. quæ rationem adfert, quod tunc iudex qui de cauſa ſtatus cognoſcit, de ea non pronuntiat, ſed ſi deprehenderit eum ſeruum eſſe, pronuntiat eum hæredem non eſſe. Simile exemplum eſt de quæſtione ciuili & criminali. nam iudices quidam de ciuilibus, alii de criminalibus cognoſcunt. Sic enim hæ cognitiones diſtinctæ ſunt, vt hodie apud nos iudex ciuilis de criminalibus non poſſit cognoſcere, vel contra. dict.leg.ſolemus.§. latrunculator. ff. hoc titul. Sed tamen iudex ciuilis, ſi quæſtio criminalis incidit apud eum, de ea cognoſcit, & condemnat vſque ad ſummam pecuniariam.id colligitur ex dict. leg.quoties.3.Codic. hoc titul.& leg.1.Cod.de ord.iudic. Aliud præceptum eſt in leg.nulli.10. Codic.hoc titul. Quæſtio eſt de poſſeſſione & proprietate cuiuſdam rei, forte prædii, ſi alius iudex de poſſeſſione, alius de proprietate pronunciat, diuiditur continentia cauſæ: continens vocamus quod coniunctum eſt, vt ædificia vocamus coniuncta, ædificia continentia.leg.2. vt Alphenus.87.ff.de verb.ſign. Quæ igitur cōtinentia ſunt in iudicio, ea ab eodem iudice iudicari debent, nec debet diuidi continentia cauſæ. Notandum tamen eſt, quod ea leg. nulli.dicitur, ſi cauſa vno & eodem iudicio terminari poterit. Sed hoc non obtinet apud nos in beneficiis eccleſiaſticis, quia vtraque quæſtio de poſſeſſione & petitione apud eundem finiri non poteſt, cum iudices regii de ſola poſſeſſione cognoſcant. Aliud præceptum eſt in leg.ſi de vi.37.ff.hoc titul. Species eſt huiuſmodi: cū poſſiderem prædiū, poſſeſſionē ve quandam (nam prædium aliquando poſſeſſio vocatur) quidam me vi expulit. Ago aduerſus eum interdicto vnde vi, recuperandæ poſſeſſionis cauſa. allegat ſe dominum eſſe fundi. Quæritur, an de dominio & proprietate prius cognoſcendū? Iuriſconſ.reſpondet, prius de vi & poſſeſſione, quam de proprietate eſſe cognoſcendum. non enim idem eſt quod de ſuperioribus quæſtionibus: nam nihil quæſtio dominii habet coniunctum cum interdicto. Cogendus eſt primum poſſeſſor reſtituere, quia alium ſpoliauit, quanquam alter dominus ſit forte prædii, nec poteſt quæſtio mota aliter finiri: ideo non quæritur in hoc interdicto, an dominus ſit, an non, is qui alium ſpoliauit: ſed quæritur id tantum an deiectus ſit necne is, qui poſſeſſor fuerit. Similis locus extat in leg.qui cœtu. 5.§. ſi de vi & poſſeſſione. ff. ad legem Iuliam de vi public.vbi eadem ſunt propemodum verba. Prædium vocat poſſeſſionem: quamuis poſſeſſio alias à dominio ſeparetur: tamen interdum prædium pro poſſeſſione accipitur leg.interdum.78.de verb.ſignific. Aliud eſt præceptum de præiudicio.in leg.per minorem.54.ff.hoc titul.vbi Iuriſconſ. Maior quæſtio, inquit, minorem ad ſe trahit. Breuis eſt hic aphoriſmus, ſed obſcurus. Exemplum valde oppoſitum eſt in l.prætor edixit.7.§.ſi dicatur.ff.de iniur. vbi ſi ſeruus iniuria occiſus fuit, competit actio iniuriarū quæ ciuilis eſt, & criminalis ex lege Cornelia de ſicariis. Præiudicium dicitur hic iudicium: non eſt enim in hoc argumento actio, ſed exemplum quod adfertur iudicaturis quod ſequantur, vt in 1.act. in Verrem Pædianus ait. Si dicam præiudicium factum eſt tibi, aliud ſignificatur, & pro actione accipitur. In illo vtroq; iudicio & ciuili & criminali de eadem re cognoſcitur, & ob eandem rem condemnatur reus, ob occiſum ſcilicet iniuria reum. Ponamus reum condemnatum eſſe actione iniuriarum, quia ſeruum occidit: deinde agi ex lege Cornelia de ſicariis. Durum eſt per priuatum iudicium, præiudicium fieri iudicio publico. Simile exemplum eſt apud Ciceron.lib.2.de Inuent. Denegabit ergo prætor actionem iniuriarum, propter præiudicium quod fieret iudicio criminali legis Corneliæ. Hoc tamen locum habet cum vnus agit ad id quod ad rem familiarem pertinet, alter ad vindictam publicam.leg.2.§.1.ff.vi bon.rapt.& eſt titul.Codic. quando ciuil.actio.crimin.præiud. Sed cum agitur ad id quod priuatim intereſt, poteſt vtroque iudicio agi & ciuili & criminali, nec habetur ratio præiudicii, vt fit in actione legis Aquiliæ. Tu ſeruum meum occidiſti iniuria, ego actione legis Aquiliæ, qua peto quod intereſt mea: potero te quoque conuenire lege Cornelia ſe ſicariis: quia vna ad rem familiarem, altera ad vindictam pertinet. In actione vero iniuriarum eadem res dici non poteſt: quia licet inſtituatur ciuiliter, vel criminaliter, ſemper tamen vtroque modo perſequimur vindictam, nec petimus quod noſtra intereſt, etiamſi nullum damnum datum ſit. Et hoc intereſt inter actionem legis Aquiliæ, & actionem iniuriarum: quod ſi quis ſeruum vulnerauerit, & ita damnum mihi datum eſt, ago actione legis Aquiliæ, quia damnum accepi. Sed ſi quis alapam dederit ſeruo meo, nullum damnum eſt: ſed contumelia facta: ego actione iniuriarum perſequar vindictam, vt mihi damnetur ad pœnam aliquam arbitrio iudicis, vindicandæ contumeliæ cauſa. Si ago criminaliter, perſequor etiam vindictam, non poſſum vtroque iudicio experiri. dict. leg. prætor.§. ſi dicatur.ff.de iniur. Ergo in aliis iudiciis poſſumus vtroque iudicio agere, cum vno priuatum commodum perſequimur, altero publicam vindictam. Sic accipiendum eſt quod dicitur in dict.leg.per minorem. Cœpimus explicare præcepta iudicii exercendi, huiuſmodi eſt illud quod ſequitur, Plenam cauſæ cognitionem in iudiciis neceſſariam eſſe: feſtinandum.n.iudici non eſt, vt cauſam plenè audire non poſſit. leg.iudices.9. Codic.eo.quia plena debet eſſe cognitio rei de qua iudicatur. Ideoque monentur ea lege iudices, vt ſæpius interrogent vtramque partem: & poſtquam vtraque pars dixerit ſe nihil amplius velle producere, & concluſerit in cauſa, vt vulgo loqui ſolent, tunc poterit iudex ſententiam dicere. *Summaria iudicia quæ.* Quæ autem dilationes dentur & requirantur, expreſſum eſt Nouel. 115. vt cum de appell.quæ relata eſt in hunc titul. & incip. iubemus, vt ſi. Quod autem diximus plenam rei inquiſitionem in iudiciis neceſſariam eſſe, vt verum eſt, ita non perpetuum: ſed excipiuntur nonnulla iudicia, vt quæ ſummaria dicuntur. Quædam enim ſunt ſummaria iudicia, in quibus plena inquiſitio non requiritur. Id accidit cum iudicium non maximum præiudicium adfert, vt iudicium de poſſeſſione, & actio ad exhibendum. leg.3.§.ſciendum. ff. ad exhib. & aliæ huiuſmodi actiones, quæ non magnum præiudicium adferunt: nam ſi quid ſit quod requirat plenam cognitionem cauſæ, reiicitur in aliud iudicium, & res interim exhibetur, vel in poſſeſſionem mittitur. Aliud præceptum eſt in leg. de qua re.74. ff. hoc titul. Si iudex de aliquo negotio cognouerit, & nolit pronunciare, is cogi poteſt. Certum eſt iudicem datum cogi iudicare ab eo, qui iudicem eum dedit, vt diximus ſupr.de iuriſdict. Additur exceptio, niſi iudex datus iurauerit ſibi non liquere de cauſa: tunc enim alius iudex dabitur, nec is iudicare cogetur. leg. Pomponius.36. ff. de re iud.

Is mos erat veterum, vt vel abſoluerent, vel condemnarent, vel dicerent ſibi non liquere. Erant quædam notæ, quibus hoc ſignificabant, vt cum abſoluebant, cum condemnabant, cum iurabant ſibi non liquere, vt Gellius ſcribit li. 14. capit. 2. Quod autem dicimus iudices cogi pronuntiare & iudicare, hoc eſt intelligendum ſecundum morem veterum, qui nõ eſt vſitatus apud noſtros. Solebant enim iudices à magiſtratu dari, cum quæſtio erat iudicialis referre ad magiſtratum, & magiſtratus ad principem, qui de iure ipſis reſcribebat. l. eum quem. 79. §. 1. ff. hoc tit. Exempla ſunt varia, & continentur libris C. Iuſtini. quæ nihil aliud ſunt, quam relationes eorum qui principi offerebant libellos, & principem conſulebant, & princeps conſultus reſpondebat & ſubſcribebat. & hæc illa ſunt reſcripta, diplomata principalia & perſonalia, quæ hodie vim legis habent. De hac ratione referendi, ego ſcripſi cap. 41. li. 1. Diſputat. De quæſtionib. iuris præſides reſpondere, de quæſtionibus facti non reſpondere dixi. Quæſtio facti eſt, cum ſtatus cauſæ coniecturalis eſt. Aliud præceptum eſt in l. ſi quis intentione. 66. ff. hoc tit. Iudex cum condemnare vult vel ſententiam ferre, ſi quid ambiguitatis ſit in actoris intentione, interpretatio debet fieri ſecundum actorem, quod videtur abhorere à iuris ratione: ſed & regula iuris dictat reos eſſe fauorabiliores quam actores. l. fauorabiliores. ff. de reg. iur. & in dubio aduerſus petitorem fit interpretatio. leg. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ff. de verb. oblig. & l. cum quæritur. ff. de reb. dub. Sed tamen quod intentio actoris ſequenda ſit, etiam dicitur in leg. inter ſtipulantem. 83. §. ſi Stichum. ff. de verb. oblig. vbi traditur differẽtia ſtipulationis & iudicii. Stipulatus ſum à te Stichum, cum de vno ſentirem, tu de alio: nam duo erant eiuſdem nominis Stichi. Hæc ſtipulatio eſt inutilis, in ſtipulatione .n. requiritur mutuus conſenſus. Ariſto idem ſentiebat de iudiciis: ſed illius ſententiam non probat Vlpian. alioqui facile eliderετur iudicium. ſemper enim reus diceret, ſe de alio ſenſiſſe cum duo eſſent eiuſdem nominis Stichi, & vnum peterem. Itaque optima ratione dicendum ait Vlpian. in dict. §. ſi Stichum. eum videri petitum de quo actor ſenſerit. Sed cur non fauetur reo? Dixi in dict. leg. inter ſtipulantem. §. ſi Stichum. nullam captionem hic rei eſſe: quia requiritur eadem probatio ex parte actoris, quæ ẽt requireretur, ẽtſi nulla inter eos diſſenſio eſſet. In ſtipulatione autẽ opus eſt mutuo cõſenſu: in iudicio nõ eſt opus cõſẽſu quia iudiciũ redditur in inuitũ, ſed oportet actorẽ ꝓbare de quo ſenſerit, alioqui actore non probante, reus abſolueur. leg. vlt. Cod. de re vindic. & leg. qui accuſare. C. de eden. Hæc fuſius & explicatius dixi in dict. leg. inter ſtipulantem. Aliud præceptum eſt in leg. 79. eum, quem temere. in princ. ff. hoc titul. quod is qui vincitur in iudicio, ad ſumptus litis per iudicem damnandus eſt. Ea lex loquitur de actore: ſed idem de reo dicendum. Eadem enim eſt cauſa rei, vnde lex properandum. §. ſiue autem alterutra. C. eodem. loquitur de vtraque parte. vulgare dictum eſt, victum victori ad ſumptus litis condemnandum eſſe. id etiam expreſſum eſt iure Pontificio in capit. finem litibus. de dolo & contumac. Multæ exceptiones obſeruantur ab aliis. vna mihi obſeruanda videtur, niſi probabilis fuerit ratio litigandi l. qui ſolidum 80. §. etiam Reſpub. ff. de leg. 2. Sed hoc magis expreſſum eſt in Nouel. conſtit. 82. de iudicib. §. oportet. vbi ait Imper. propter varietatem negotii omitti condemnationem ad ſumptus litis, ſed ait in ſententia id à iudice exprimendum eſſe, cur ad expenſas litis non condemnet. id ve etiam fieri ſolet à iudicibus hoc tempore. Dicunt enim noſtri, *ſans deſpens & pour cauſe*, idq; ſumptũ eſt ex d. §. oportet. Solet hic tractari quando videatur probabilis cauſa litigandi: ſed hæc quæſtio facti eſt, & ex omnibus circũſtantiis iudicanda. Forte docet actor ſibi pecuniam debitam eſſe teſtibus: hi teſtes reiecti ſunt propter ſuſpicionem aliquam: ſi nullius poſſit temeritatis qui egit argui, condemnatio ad impenſas litis non ſequetur. nõ enim ſimpliciter dicit Iuriſcon. victũ victori, &c. ſed qui temere litigauit, & victus eſt, ad impenſas condemnandus eſt. Aliud præceptum eſt in l. non à iudice. 64. ff. hoc tit. propter dolum eius contra quem agitur, cõdemnatio fit quanti aduerſarius in litem iurauerit. Eſt locus communis de in litem iurando, de quo diximus in leg. in actionibus. ff. de in lit. iuran. Ergo etſi forte non interſit actoris, nec poſſit probare ſua intereſſe, tantum damnabitur reus ob dolum & contumaciam ſuam, quantum actor in litem iurauerit. Dicta lex exempla adfert de prædone, qui agit depoſiti actione, vel commodati, vel quacunque alia actione: non enim inſpicitur an eius interſit, quamuis fortaſſe poſſit intereſſe, quia prædo ad rem reddendam tenetur: tamen quamuis non interſit, condemnabitur aduerſarius propter dolum ſuum: ſic viſum eſt iuris auctoribus dolum punire. Deinde notandum eſt, ſententiam parere actionem iudicati. Sententia enim quæ dicta eſt ſeruato ordine iudicario, parit actionem iudicati, & executionem habet. extat de hac re mentio in l. ſi prætor. 75. ff. hoc titul. vbi dicitur eum, qui de iudicato cognoſcit, non debere de prætoris ſententia cognoſcere. Hoc præceptum eſt diligenter notandum iis, qui exequuntur ſententiam iudicis: nam etſi iniqua etiam videatur, nihilominus eam exequi debent: alioqui eluſoria eſſent iudicia, ſi liceret executori cognoſcere de iniquitate ſententiæ, cum res iudicata pro veritate habeatur. Addit tamen Iuriſconſultus duabus ex cauſis poſſe iterum de iudicato cognoſci, & retractari iudicatum, duo exempla adfert, ſi ex falſis allegationibus, vel ex falſis teſtimoniis. Si ex falſis inſtrumentis ſit iudicatum, reſcinditur iudicatum, & ſimiliter de aliis dicendum eſt, extat titul. Codic. ſi ex falſis inſtru. & eſt l. Diuus. 33. ff. de re iud. ſunt & alii loci ſimiles. An reſtitutio neceſſaria ſit, an non, docebimus ſub titul. de reſtit. & explicabimus hunc locum de reſtitutione aduerſus rem iudicatam: deinde ſi lata ſit ſententia aduerſus eum, qui morbo impeditus in iudicio adeſſe non potuit, vel qui reipub. cauſa aberat, ex his & ſimilibus cauſis. Et in hoc quidem impetrantur, quæ his rationibus fundantur, diplomata regia *Requeſtes ciuiles, Lettres ciuiles*, Galli vocant, quod hodie vſitatum eſt. Si quis enim intendat dolo aduerſarii factum eſſe, ſi dicat teſtes falſos eſſe, ob huiuſmodi cauſas impetrantur diplomata à Rege. ſed de his, vt iam monuimus, dicemus ſub tit. de integr. reſtit. Poſtremum præceptum eſt de ratione procedendi aduerſus abſentem: nam quæ hactenus dicta ſunt, locum habent cum vterque litigator, vel procurator vtriuſque præſens eſt. Nunc de abſente videndum eſt. Hæc quæſtio noſtra pertinet ad eos qui abeſſe cœperunt iudicio cœpto, & lite cõteſtata, vt intelligamus quomodo perueniri poſſit ad ſententiam definitiuam. Nam iure Romano ad ſententiam definitiuam non poteſt ante litis conteſtationem, vt ff. qu. b. ex cau. in poſſeſ. eat. extat etiam tit. in Decret. vt lite non conteſta. De hac re lex properandum. Codic. hoc titul. loquitur expreſſim. hodie tamen hoc iure non vtimur in Gallia: moribus enim receptum eſt, & conſtitutionibus Regiis confirmatum, vt abſentes contumaces etiam in dicta cauſa condemnentur, etſi non cœptum ſit iudiciũ, modo actor præſens ſit, & probauerit ſibi deberi, & inſtet vt abſentes contumaces condemnentur. Sed de iure Rom. aliquid attingendum breuiter. Et primum explicaturi ſumus quod dicitur opus eſſe edicto peremptorio, vt perueniatur ad definitiuam ſententiam aduerſus abſentem. Id edictum peremptorium antecedunt quædam alia edicta, primum ſcilicet & ſecundum, deinde peremptorium impetratur quod perimit cauſam & totum negotium, ex quo peremptorium dicitur, nec permittit abſentem tergiuerſari. Mos erat vetus vocandi abſentem, non quod ſi quis velit alium diem dicere, ita vocari debeat: ſed iudicio cœpto, ſi abſens eſſe cœperit, cum ei præſenti dicta dies fuerat, his edictis vocabitur: alioqui non procedit quod dicitur in leg. contumacia. §. 1. ff. de re iud. & in leg. 1. §. item cum ex edicto. ff. quæ ſent. ſine appel. reſcin. quo iure hodie non vtimur. Diximus antequam impetretur peremptorium edictum, aliis quibuſdam edictis opus eſſe: ſubdit tamen Iuriſconſul. in dict. leg. contumacia. nonnunquam tot edicta non requiri: ſed æſtimare eum qui cognoſcit debere, quot edictis opus ſit, vt edictum pro omnibus aliquando ſufficiat, non vtique cum dies cognitionis venerit. Dixi alias quod ſignificet abſentem citari quod Accurſiani non recte interpetantur. Dicitur citari reus cum in foro pro tribunali voce præconis euocatur; citare non eſt diem dicere. *adiourner*, hic alio modo accipitur *chicaner:* eſt cũ in die cognitionis vocatur. l. diuus. 8. ff. de in integ. reſtit. Ab-

Mos veterum in pronuncianda ſententia.

Victus victori ad ſumptus litis condemnandus eſt.

Peremptorium edictum quid, & cur ita vocetur.

ſtit. Abſurdum eſt hic accipere pro diem dicere: nam peremptoriũ edictum non eſſet, ſi alia citatione opus eſſet. ſcripſi lib.1. Anniuerſar. diſpu. vocatis ipſa die cognitionis, feretur ſententia ſecundum eum, qui bonam cauſam habet. Poteſt enim melior cauſa eſſe abſentis. Si poſtquam omnia impetrata ſunt, de quib. iã diximus, edicta aduerſus reum abſentẽ, actor abſit, circumducendum eſt edictum, extinguendum vel delendum, noſtri vulgo dicunt *rabattre le defaut*: circumducto edicto peremptorio: inſtantia perimitur non actio.

Inſtantia quid

Inſtantia dicitur exercitium iudicii à litis conteſtatione vſque ad ſententiam. lis vtrumque ſignificat, & actionem & inſtantiam. Hæc ratio procedendi aduerſus contumacem abſentem traditur à veteribus Iureconſultis, & de ea re multa edicta ſunt à Iuſtin. in dict. leg. properandum. quæ Græcè ſcripta eſt, & parum fœliciter verſa in Latinum. Statuit ſub principii fine, vt omnes lites intra triennium terminentur. Deinde docet rationem procedendi aduerſus abſentem. Et primum incipit ab actore, docetque actorem eſſe vocandum, & formam tradit ſi ille abeſſe cœperit iudicio cœpto, parte fugiente, ſic enim verſio habet, hoc eſt, reo hoc requirente. Hic locus oſtendit ab homine imperito verſam eſſe hanc conſtitutionem: nam vertit, fugientem: cum reum dicere deberet. dicitur enim Græce φεύγων, id eſt reus. docet in §. & ſiquidem pars actoris & cæt. quodnam ſit iudicis officium, cum actor ipſe abeſt, & ſui copiam non facit. Iudex, inquit, debet acta inſpicere, & videre an ex actis poſſit apparere, vter meliorem cauſam habeat, vt ſi non appareat, tunc abſoluat reum ab obſeruatione iudicii, vt non cogatur amplius iudicium iudicis obſeruare. Sin apparet ex actis, quis meliorem cauſam habeat, tunc ſententiam diffinitiuam feret ſecundum eum, qui meliorem cauſam habet. Addit exceptionem impenſarum, ne alioqui melior ſit conditio abſentis, quam præſentis, vt ideo qui abfuit condemnetur ad ſumptus. Deinde docet ſi reus abfuerit, quomodo aduerſus eum procedendum. Dixi hanc conſtitutionem quædam addere iuri antiquo, & quædam mutare ex eodem. Alia eſt conſtitutio Nou. 1[illegible]. de litigioſis, vulgo citatur auth. qui ſemel. C. quomodo & quando iud. ſent. profer. deb. Duo præcepta hic notanda ſunt: primum eſt, non admitti reum contumacem niſi refuderit omnes impenſas. l. ſancimus. C. hoc. tit. vocatus eſt reus, non comparuit: cum videret tempus inſtare ſententiæ adfuit. ait lex eum non eſſe audiendum, niſi prius impenſas refuderit. noſtri vulgo vocant, *les deſpens preiudiciaux*. Alterum præceptum eſt, quod nunquam auditur contumax verus ſi appellet. leg. & poſt edictum. 73. §. vltim. idem dicitur in l. ex conſenſu. 23. §. vlt. ff. de appell.

De foro competenti, vbi quiſque agere vel conueniri debeat.

HActenus quæ pertinent tam ad iudicem, quam ad litigatores, & ea quæ obſeruanda ſunt in iudicio exercendo: ſequitur altera pars huius tractationis, vbi quiſque agere, vel conueniri debeat: quæ eſt altera pars tit. ff. de iud. In hac itaque parte de qua nunc dicturi ſumus, tractatur vbi quiſque agere vel conueniri debeat. ſic enim legendum eſt, vt in Pandect. Florentinis. Huic parti reſpondet C. lib. 3. tit. 13. de iuriſd. om. iud. & de foro compet. cui etiam ſimilis eſt in Dec. lib. 2. titul. 2. de foro compet. Cum ergo quæritur, vbi quiſq; agere vel conueniri debeat, in primis hoc ponendum eſt, reum apud iudicem ſuum, & competentem conueniendum eſſe, vel vt aliis verbis exprimamus, in foro competenti. Eſt enim forum ſuum vel competens, in quo quiſque conueniri debet, vnde dicitur, actorem forum rei ſequi debere. l. 2. & 5. C. eo. de iuriſd. Non tantum autem in ciuilibus cauſis & pecuniariis hic ordo ſeruatur: ſed & in criminalibus, vt accuſator forum accuſati ſequatur. idem dicitur in l. actor. C. vbi in rem actio exerc. deb. &c. Exempla vulgaria ſunt, & facile à quouis excogitari poſſunt. vt ſi ciuis quidã huius ciuitatis velit conuenire aliquem Pariſienſem, debet eum corã iudice Pariſienſi conuenire. Si Aurelianenſem, coram iudice Aurelianenſi. Sed exempla quædam ſunt explicãda de quib. mentio eſt ſub hoc tit. vt in l. magiſteriæ. 6. C. de iuriſd. om. iud. Si quis litẽ habeat cũ milite, eũ conuenire debet coram magiſtro militum, ſiue is miles ſit qui agit, ſiue priuatus, vt lex illa vocat, cum alias dicatur paganus à Iuriſconſultis, qui miles non eſt: de quo meminit Iuuenal. Satyr. vltim. Et hoc non ſolum ſi cauſa ſit militaris: ſed & ſi ciuilis. Exemplum aliud eſt in l. vltim. C. eo. Si qui iudices conſtituti ſint inter negotiatores, vel artifices aliquos, qui de his iudicent, quæ ad artificium eorũ & negotiationem pertinent, neceſſe eſt coram illis iudicibus eos conuenire, quicunque eius ſunt profeſſionis & artificii, ſiue negotiationis. Quod adeo verum eſt, vt ne iure quidem ac prætextu militiæ is qui coram eo iudice cõuenitur, forum declinare poſſit. Ego d. l. vlt. C. de iuriſd. verba illa, Iudicum ad quos earundem profeſſionum, ſeu negotiationum cura pertinet, ſic interpretor, & aliter quam vulgo fieri ſoleat, communem ſcilicet iudicem priuatos homines facere non poſſe, id eſt eorum, qui iure municipali conſtituuntur, de his iudicaturi, quæ ad aliquod opificium vel profeſſionem aliquam, vel negotiationem pertinent. Alii intelligunt à negotiatoribus vel opificibus hos iudices conſtitui, quaſi priuati homines iudicem poſſint conſtituere, quod mihi videtur eſſe falſum, & à ratione iuris alienum. repugnat. n. l. priuatorum. 3. C. eo. de iuriſd. om. iud. Qui tuentur contrariam opinionem, excipiunt vniuerſitatem negotiatorum, vel opificũ. Sed ex verbis huius legis vl. ex quibus id vulgo colligitur, puto id colligi non poſſe, ſi recte & diligenter illa verba expendantur, *Ad quos earundem profeſſionum*. Non enim vult lex dicere, quod cura illa, illud munus illis mandetur & iniungatur à negotiatoribus, aut artificibus: ſed à ciuitate, à municipio, à Repub. in qua illa prouincia, illud munus exercetur. Non enim dubito quin lex municipalis poſſit iuriſdictionem dare de his, quæ ad negotiationem pertinent. Exemplum vnum eſt in l. 1. C. eo. Quod autem adducitur ex l. vl. ff. de colleg. & corpor. illici. non multum mihi videtur ad rem pertinere. Ait enim ſodales, qui eiuſdẽ collegii ſunt, quibuſcunq; legibus & pactionibus ſe obſtringere poſſe, & ſtatuta facere, quæ velut leges ſint inter eos. l. nam & Demoſthenes. ff. de legib. modo nihil aduerſus leges publicas faciant: ſed de his tãtum ſtatuant, quæ videntur ad negotiationem ſuam pertinere. Sed iuriſdictio publici iuris eſt, ideo nõ videtur eis permitti, vt iuriſdictionem cuiquam tribuant: id enim nominatim exceptum eſt. Nam priuati homines ſunt: vtcunq; enim eis permittatur communio, & concedatur collegium facere, & pacta, priuati tamen homines ſunt: ac priuato homini iuriſdictio tribui non poteſt ab eo, qui priuatus eſt. Vnde ſcholaſticos non poſſe iudicem facere eum, qui non eſt de vniuerſitate ſcholaſtica, quod adducitur ab Accurſio, & Accurſianis nihilo magis nos mouet. Nã alia eſt ratio vniuerſitatis ſcholaſticorum, qui ſuos habent magiſtratus, ſuos iudices, de quib. eſt mentio ad finem proœmii Digeſt. & in auth. habita. quæ eſt Imp. Frid. C. ne fil. pro pat. Subſunt enim iuriſdictioni magiſtrorũ ſuorum, in quorum locum hodie ſucceſſit conſeruator priuilegiorum Regiorum. Ratio non patitur, vt hoc ad opifices extendamus, vtcunque hoc receptũ ſit in pleriſq; locis.

De conſeruatore priuilegiorum.

Et quidem vbi moribus receptum eſt, ſequi id oportet: nã certum eſt iurisdictionem tribuere conſuetudinem, l. vlt. C. de emancip. liber. Ex his exemplis ſatis arbitror oſtenſum, quod vulgo dicitur, actorem ſequi forum rei debere, & in foro competenti conueniendum eſſe, & quomodo id accipiendum ſit. Hoc eſt intelligendum, niſi quis ſe ſubiecerit iuriſdictioni eius, qui tamen alias iuriſdictionem habet, vt expreſſum eſt in l. 1. ff. hoc tit. vbi iuriſdictio dicitur cuiuſuis iudicis, etſi alias is iudex inter eos, qui eius iuriſdictioni ſe ſubiiciunt & conſentiunt, iuriſdictionem non habeat: ſiue maior ſit magiſtratus, ſiue minor.

Conſuetudo tribuit iuriſdictionem.

Hæc enim verba ſic interpretanda eſſe ſupra oſtendi ex Aſconio Pediano, & maiores magiſtratus ius dicere pro tribunali ſolitos fuiſſe: nam quod de iudicibus chartulariis adducitur ab Accurſio ad huius leg. 1. interpretationem, ridiculum eſt & nugatorium. Simile eſt quod dicitur in leg. 1. C. eo. Procurator Cæſaris iuriſdictionem habet, & de his cauſis cognoſcit, quæ mouentur inter fiſcum & priuatum, ſed inter priuatos homines non cognoſcit nec iudicat. Si quis itaque priuatus litem habeat cum fiſco, huius litis iudex eſt hic procurator fiſci: ſin vterque tam actor quam reus priuati homines ſint, non iudicat. Sed tamen ſi ſe ſubiecerint eius iuriſdictioni, & conſenſerint illi ho-

mines priuati, inter ſe litigare volentes, in procuratorem Cæſaris eius erit iuriſdictio, & iudicabit, qui alias iuriſdictionem habet, licet in eos non habeat. Verum quidem eſt priuatorum conſenſum non poſſe iuriſdictionem tribuere, ſed intelligendum eſt ei, qui iuriſdictionem nullam habet. at hic procurator fiſci iuriſdictionem habet, quamuis non in eos. Hinc vulgare dictum eſt iuriſdictionem poſſe prorogari à perſona ad perſonam, à re ad rē, à loco ad locum. Cū quis itaq; iuriſdictionem habet in certas perſonas, in alias non habet, poteſt tamen eius iuriſdictio prorogari, id eſt, extendi. Sic vulgo loquuntur, ipſe vero nunquam reperi hunc modum loquendi apud Iuriſconſ. Bene quidem tempus prorogari, vt leg. 2. §. ſi & iudex ff. hoc tit. Si iudex, inquit Vlpian. datus ſit ad tempus, poſſunt illa tempora, intra quæ iuſſus eſt litem dirimere, ſi omnes litigatores conſentiant, prorogari. ſic dicunt tempus prorogari, ſed iuriſdictionem prorogari non memini me legiſſe: nos tamen eo verbo abutimur, & dicimus prorogari de loco ad locum iuriſdictionem, de tempore ad tempus, de re ad rem. ſed nos de verbis multum ſolicitos eſſe non oportet, modo rem intelligamus. Hodie moribus noſtris quibus effectum eſt, vt iuriſdictiones patrimoniales ſint, & feudales, hæ iuriſdictionum prorogationes non poſſunt ſine conſenſu domini fieri, vaſallo non licet conſentire in alium iudicem ſine conſenſu domini ſui: quia id faceret cum iniuria domini ſui, in cuius patrimonio eſt ea iuriſdictio. Hoc moribus inductum eſt præter ritum exercendorum iudiciorum apud Roma. De clericis & ſacerdotibus hic ſolet agitari quæſtio, an poſſint prorogare iuriſdictionem? Ego dico breuiter & ſummatim quid cautū ſit, tam diuino, quam ciuili iure & Pontificio. Et inprimis certum eſt iure diuino eos ſubeſſe regibus, principibus, & magiſtratib. quibuſcunq; & illis qui creantur à Regibus, vel ab aliis qui poteſtatem habent. Nam vt inquit Paulus ad Rom. capit. 13. Omnis anima ſublimioribus poteſtatibus ſubdita ſit. Atque ita veteres ſenſerunt, vt conſtat ex can. magnam. 11. q. 1. & l. cum clerici. l. omnes. leg. iubemus. §. vltim. Codic. de epiſc. & cler. Sic imperator illo loco generaliter loquitur, vt neminem excipiat. Conſtitutiones autem Imperatoriæ conſentaneæ ſunt iuri diuino. Decretalibus Pontificum aliud eſt inſtitutum. c. ſi diligenti. ca. ſignificaſti. de foro compet. Cautum eſt enim, vt clerici conueniantur non coram magiſtratib. ſecularibus: ſed coram iudicibus eccleſiaſticis, vt epiſcopis ſuis, nec iuriſdictionem aliorum prorogare poſſint: vt ne in illos conſentientes quidem poſſit ius dicere magiſtratus ciuilis. Deinde hoc productum eſt, & moribus conſtitutum, & pertinet ad clericos coniugatos, quamuis illi priuilegia aliqua clericorum amittant. c. vnic. de cle. coniug. lib. 6. De actionibus realibus magna eſt diſputatio, & magna pars Doctorum exiſtimat in actionibus realibus poſſe clericum coram iudice ſæculari conueniri. Canoniſtæ diſſentiunt: ſed magis placet, & id receptum eſt, vt coram ſæculari iudice conueniri poſſint. Nam actionem in rem eſſe ſatis eſt, vt magis res, quam perſona conueniri videatur. leg. Imperatores. ff. de pub. & vect. Et ideo dicitur actio in rem, quia conuenio te, non quod mihi ſis obligatus: ſed quia ego ſum dominus rei, quam mihi aſſero. §. omnium. Inſtit. de act. l. obligationum genera. ff. de oblig. & act. Vlpian. in l. 1. hoc tit. loquitur de cōſentientibus in iudicem, qui illorum iudex non eſt. in leg. 2. eo. docet quid ſit conſentire, qui videantur conſenſiſſe in iudicem non competentem. Non conſentiunt autem qui errant. hoc eſt quod diximus in l. ſi per errorem. ff. de iuriſdict. errantis non eſt verus conſenſus. In dict. l. 2. ibi, *alium eſſe prætorem aditum pro alio*, ſic legendum eſt, vt in Florentinis. Et ibi, *viribus præturæ*. ſic quoque legendum eſt, vt in Florentinis. Ibi *conuenire autem vtrum inter priuatos ſufficiat, an vero ipſius prætoris conſenſus neceſſarius ſit*. hæc verba oſtendunt prius legendum eſſe *præturæ*, non *præfecturæ*. De lege Iulia iudiciorum, de qua ibidem poſtea mentio eſt, dixi, non diu eſt, vbi adduxi locum ex Gellio lib. 14. c. 2. Ea lege Iulia, ordo, forma, ritus exercendorum iudiciorum, tam priuatorum, quam publicorum continebatur. in d. l. 2. ſequitur, *Quo minus inter priuatos conueniat. &c.* Sic erat concepta fortaſſe lex illa Iulia iudiciorum, & illius fuerunt verba, aut ſimilia: ſic nihil prohibet quominus ſi conſenſerint litigatores in iudicem, is iudex ſit in quem conſenſerint. Ducit igitur argumentum Vlpia. ex verbis legis Iuliæ ad confirmandam ſuam ſententiam, iudicis conſenſum neceſſarium non eſſe: quia lex diſerte loquitur de conſenſu neceſſario priuatorum. Hinc naſcitur quæſtio in leg. non videtur. 33. ff. hoc tit. Si quis vocatus ad iudicem non competentem, poſtulauerit ſibi edi genus actionis, an videatur conſenſiſſe in eum iudicem, & eum approbaſſe, vt nulla poſſit vti præſcriptione? Ait ibi Iuriſconſul. non videri in iudicem conſenſiſſe. Quid ſit edere genus actionis, habetis in l. prim. §. edere. ff. de eden. & in leg. edita. C. eod. non ergo in iudicem conſenſiſſe videtur, qui poſtulauit ſibi edi actionem, vt deliberet, an debeat forum declinare, & vti præſcriptione fori, an coram eo iudice litigare. Ex his intelligitis apud iudicem ſuum, id eſt, apud iudicem competentem quemuis conueniri debere: apud alium vero non debere, nec cogi litigare, niſi ſe ſubiecerit eius iuriſdictioni. Vnde illud quæritur, ſi quis ex aliena iuriſdictione vocetur à prætore, an adeſſe debeat coram prætore, an vero contemnere vocationem omnino & eius iuriſdictionem, quod intelligat ſe non eſſe ſubiectum iuriſdictioni eius? Et videtur non eſſe cogendum. Diximus in leg. vltim. ff. de iuriſdi. & eodem pertinet l. non videtur fruſtrandæ. 3. ff. hoc tit. vbi, qui ex aliena iuriſdictione eſt præſens, non poteſt cōpelli iudicium ſuſcipere. Ergo non videtur cogendus abſens comparere coram magiſtratu non ſuo. Hæc quæſtio tractatur in leg. ſi quis ex aliena. 5. ff. hoc tit. & dicitur etiam ſi contendat eius iuriſdictioni ſubiectum ſe non eſſe, eumq; competentem iudicem non eſſe, ad prætorem tamen venire debere, & coram prætore comparere. nam tuum non eſt, qui vocaris ad prætorem, æſtimare an iuriſdictio eius ſit, an non ſit: ſed potius prætoris eſt æſtimare, an ſua ſit iuriſdictio. Nam & legati ipſi, quos Ambaſiatores vocamus, qui tamen habent magna priuilegia, adeſſe debent coram prætore priuilegia ſua allegaturi. Simile eſt quod dicitur in leg. 2. in princ. ff. ſi quis in ius vocatus non ier. in §. exceptiones quædam ſunt. Si igitur non compareat vocatus, poteſt coerceri. dict. leg. 2. §. 1. ff. ſi quis in ius voc. Quod de prætore, vel iis, qui iuriſdictioni præſunt, non aliis accipi debet: vt ex illis legibus apparet. Poſſunt itaque hi quidem quibus mandata eſt iuriſdictio mulctam irrogare, vt diximus ſub tit. de off. eius cui mandata. quia ea iuriſdictione vtuntur quam habet is qui mandauit. funguntur enim vice eius qui iuriſdictionem habet, quiq; mulctam dicere poterat. Sed pedanei iudices nullam mulctam dicere poſſunt: quia nullam iuriſdictionē habent: ſed tantum notionem. l. ait prætor. 5. ff. de re iud. Sed quid reſpondebimus ad d. l. 3. ff. hoc tit. quæ ait, eum, qui ex aliena iuriſdictione vocatur, præſentem non cogi iudicium accipere? Multa hic comminiſcuntur Accurſiani pro conciliatione huius loci. *Qui iudices mulctam dicere poſſunt.* Ego breuiter omiſſis eorum nugis, dicam quod verius & probabilius mihi eſſe videtur. Nō ait Vlp. in d. l. 3. quod ad Prætorem venire non debeat, qui præſens ſuſcipere iudicium nōn compellitur: ſed ait, nō videri fruſtrandæ actionis cauſa latitare. Ad hoc, & illud non pareri impune ei, qui iuriſdictionem non habeat, diuerſa ſunt. Dico ad prætorem vocatum venire debere, etiam ſi is ſit, qui præſens iudicium ſuſcipere non compellatur: non tamen videtur actionis fruſtrandæ cauſa latitare. Cur ita? quia cum quæritur de genere coercitionis, quo iudex aduerſus eum vti poteſt, qui vocatus non adeſt: multum refert, an eum dicamus fruſtrandæ actionis, ac fruſtrandæ iuriſdictionis cauſa latitare, an non. Id ſic oſtendo: Decreto prætoris mittitur in bonorum poſſeſſionem aduerſarius abſentis, ſi latitet fraudationis & fruſtrandæ actionis cauſa. Hoc igitur pertinet ad illud edictum de mittendo in poſſeſſionem. Magnum iuris rigorem, magnam acerbitatem continet illud edictum, vt propter deſertum vadimonium propter abſentiam, mittatur aduerſarius in bonorum abſentis poſſeſſionem, non tantum in poſſeſſionem eius rei de qua lis eſt: ſed omnium bonorum, & vt teſtatur Cicero in Orat. pro Quintio. Deinde ſecundo decreto venduntur bona, & hoc eſt grauius, quam mulcta eius, qui non venit in iudicium: ſed hoc quia fruſtrandæ actionis cauſa videtur latitare. idem dicitur in leg. Fulcinius. 7. ff. quib. ex cau. in poſſ. eat. Vnde quæſitum fuit, an ita à prætore coercendus is ſit, qui latitat, cum

non

non à ſuo iudice vocatur, qui præſens ſuſcipere iudicium non compellitur. Quæſtio hinc pendet, an videatur fruſtrandæ actionis cauſa latitare. & ait Iuriſconſul. in dict. l. non videtur. 3. & cæt. Nam videtur dolo carere, quamuis non careat culpa aliqua & temeritate, qui ad prætorem vocatus non venit, ſed quia conſiderat ſe ex aliena iuriſdictione ad prætorem vocari, atque ſe, etſi præſens eſſet, non poſſe cogi ſuſcipere iudicium, non accedit ad prætorem; & ideo non dicitur videri fruſtrandæ actionis cauſa latitare. Si quis vellet inde concludere, ergo non cogitur venire in iudicium ad prætoré: non ſequitur, ſed bene ſequeretur, ergo non poteſt mitti in omnium eius bonorum poſſeſſionem aduerſarius, ſed alio genere coercitionis & mulctæ coerceri debet, valeret conſequentia iuxta dict. l. 2. ſi quis in ius voca. non ier. Non enim ſimpliciter dicitur in edicto prætoris, in abſentis bona mitti: ſed eum, qui fruſtrandæ actionis cauſa latitat, hãc miſſioné pati, ad l. vlt. ff. de iuriſd. facilis eſt reſponſio. Dicitur ibi, impune non pareri ei, qui iuriſdictionem non habet, ergo vocatus ad prætorem venire nõ debet. nego conſequentiam. Vocatur enim ad prætorem, vt ius dicatur ei. Docui quid ſit ius dicere: tunc autem ius non dicitur, cum quis vocatur ad prætorem: ſed quis vocatur ad prætorem, vt ius ei dicatur, & cum venerit ad pretorem, tunc ſi velit prætor ei ius dicere, impune ei non parebitur. Ex ea l. ſi quis ex aliena. 5. ff. hoc tit. manauit in forum mos pronuntiandi, cum iudex dicitur incompetens eſſe, cumque iudicis declinatur forum, vt is pronuntiet ſe iudicem competentem, aut non competentem eſſe. prætoris ſiquidem eſt æſtimare an ſua ſit iuriſdictio. Si quis obiiciat iudicem hac ratione in cauſa propria iudicem conſtitui: reſpondeo non eſſe propriam cauſam. Si quis velit ſcire quid ſit propria cauſa, videat in l. 1 §. in propria. ff. quando appell. ſit. Propria cauſa dicitur, cum vel commodum, vel incommodum ad aliqué pertinet. Commodum autem ad iudicem non pertinet: nam cõmodum eſt litigatorum: ergo nihil impedit quominus pronuntiet iuriſdictionem ſuam eſſe, vel non eſſe. Docuimus iam quomodo ſit accipiendum quod dicitur in l. 2. C. de iuriſdict. om. iud. actorem ſequi forum rei. Diximus etiam ſi quis conueniatur coram iudice nõ competenti extra forum ſuum, poſſe vti eum præſcriptione fori, & forum illius declinare, vt vulgo loquimur. Notandum eſt hanc exceptionem opponendã eſſe initio litis, vt dicitur in l. vlt. C. de excep. & præſc. Dicitur autem præſcriptio fori, qua forum declinatur, cum quis petit ad iudicem ſuum remitti, cũ quis allegat in iudicio, ſe coram iudice non ſuo conueniri. In principio itaq; litis à litigatoribus opponi debet. Vnde videre debet qui vult declinare forum, ne quid alleget, ne litem conteſtetur antequam declinet forum. Vlpianus in l. ſed & ſi ſuſcepit. 52. ff. hoc titul. loquitur de quadam præſcriptione, qua hæres vtitur aduerſus fideicommiſſarium, ſi petatur ab eo fideicommiſſum, & ait eum non cogi litigare, niſi vbi maior pars hæreditatis eſt, & ſubdit intra diem eſſe opponendam hanc præſcriptionem. Eodem pertinet quod dicitur in l. vbi cœptum. 30. ff. hoc titul. vbi quis litem conteſtatus eſt, ibi litigare vſq; ad finem litis debet, neq; poſſe declinatoriam opponere. Cœptum iudicium intelligitur per litis conteſtationem. & cum dicitur opponendas eſſe has exceptiones, nos ita intelligimus, quaſi lite conteſtata præcludatur via huius exceptionis opponendæ, vt poſt litem conteſtatam non poſſit opponi. l. nemo. 4. Cod. de iuriſdict. vbi ſic dicitur: *Nemo poſt litem conteſtatam ordinariæ ſedis declinet examen.* quæ verba accipio de præſcriptione fori, non de recuſatione iudicis, vt vulgo ſolet, vt cum iudex ſuſpectus eſt, dicunt poſt litem cõteſtatam iudicem ſuſpectum non poſſe recuſari. Sed dixi in l. apertiſſimi. 14. C. hoc tit. non ita recuſari magiſtratũ iudicem ordinarium propter ſuſpicionem, vt datum iudicem. Sed illi adiungetur epiſcopus. etenim ordinarius remoueri non poteſt hoc iure. auth. ſi contigerit. hoc tit. præterea hæc verba, *ordinariæ ſedis*, ſatis oſtendunt forum declinari, non iudicem. De iudice quoque hæc intelligi non poſſunt, cum loquantur de ſede ipſa, de foro. at forũ ipſum declinatur propter incõpetentiam, vt loquimur. Nos ergo initium litis accipimus litem conteſtatam, intelligimus etiam per actum quoque conſenſum eſſe in iudicem, vt non tantum excludatur præſcriptione fori litigator per litis conteſtationé: ſed & per actum quo conſenſit in iudicem, vt ſi quid egerit, ſi quid expoſuerit ei quo appareat, eum iudicem approbaſſe: etſi enim nondum lis conteſtata ſit: non tamen poterit iudicem declinare. Huc pertinet l. non videtur. 33. hoc tit. de qua diximus ſupra. Certum eſt enim eum iuriſdictioni eſſe ſubiectum iudicis cuiuſuis, qui ſe ei ſubiecerit & conſenſerit, ſiue tacite, ſiue expreſſe. Sed qui petit ſibi genus actionis edi, videtur id facere, vt deliberet an debeat agere, an forum declinare: non vt in iudicem conſentiat. Ait itaque Iuriſconſ. in dicta l. 33. eum non conſenſiſſe, & ideo poſſe forum declinare. Hinc oritur quæſtio de in ius vocatione in l. ſi quis poſtea. 7. ff. hoc tit. an poſteaquam quis in ius vocatus eſt, poſſit forum declinare. Ait hic Iuriſconſ. in ea cauſa eſt, vt ius reuocandi forum non habeat, quaſi præuentus. ex quo videtur excludi hac præſcriptione fori ſola in ius vocatione, cum præuentus eſſe dicatur is, qui in iudicio vocatus eſt, vt coram eo iudice finem lis accipere debeat. Sed alio ſenſu hoc intelligendum eſt quod hic dicitur: perpendendum eſt enim quod ait Iuriſconſ. ſi miles, vel alterius fori eſſe cœperit. In hac ſpecie præuentus intelligitur per ſolam in ius vocationem, ſi poſtquam in ius vocatus eſt, miles eſt factus, vel alterius fori eſſe cœperit. Hic proponimus conuentum eſſe coram iudice ſuo & competente, quem alioqui declinare nõ poterat, vnde nihil ei prodeſt milité factum eſſe, vel alterius fori, propter hanc præuentionem, licet lis conteſtata non ſit. Ciuis cuiuſdam ciuitatis vocatus eſt ad ſuum iudicem, quem declinare non poteſt: deinde poſt vocationem miles factus eſt. vult ſe remitti ad magiſtrum militum. leg. magiſteriæ. C. de iuriſd. an remittendus ſit? ait Iuriſconſ. in hac l. ſi quis poſteaquam. hoc tit. non eſſe remittendum: nam præuentus eſt hac vocatione in ius, quia vocatus eſt coram iudice ſuo, quem declinare non poteſt, & ita nihil prodeſt ei poſtea militem factum eſſe: quia præuentus eſt hac vocatione. De hac re diximus ſub tit. de iuriſd. in l. cum quædã puella. Nunc quoniã actor, vt diximus, forum rei ſequi debet, videndum eſt quodnam ſit forum cuiuſque proprium: vt intelligamus forum in quo quiſque conueniri debeat. Dicendum eſt reum conueniri debere vbi domicilium habet: vel vbi contraxit, ſi agitur contra eum ex contractu aliquo. Poteſt enim litigator reus conueniri in loco domicilii, vel vbi contraxit. hæc colliguntur ex leg. hæres abſens. 19. hoc titul. vbi multa exempla ſunt de contractu & domicilio. & l. prætor ait. 4. §. ſed ibi quis. ff. de eden. & leg. 1. & 3. ff. de reb. auct. iud. poſſ. Sed cur mentio defenſionis ſit in dict. leg. hæres abſens. cur non dicit vbi conueniendus eſt hæres, ibi aduerſus eum agendum eſſe? Ego animaduerti hunc locum eſſe ſumptum ex commentar. Vlpian. ad edictum de in poſſeſſionem mittendo. ff. ex quib. cau. in poſſ. eat. nam inſcriptio huius c. hæres abſens. id aperte oſtendit, quæ habet ex lib. 60. ad edictum. n. eandé inſcriptionem inuenio in leg. ſi diu. 8. ff. ex quib. cau. in poſſ. eat. vbi extat edictum quod interpretatur Vlpian. vt ſi non defendatur reus abſens, mittatur in poſſeſſionem aduerſarius bonorum eius qui abeſt: ſi defendatur recte, boni viri arbitrio non pati hanc coercitionem. Oportet enim ad iudicium reũ adeſſe, vel vt defendatur. l. recte defendi. 63. ff. hoc titul. Huc pertinet, quod ſi quis velit abſentem defendere, ſatiſdare debet ſe iudicatum ſoluturum, alioquin non recte defendere dicitur, vt expreſſum eſt edicto prætoris. Totus hic ergo locus ex Vlpian. ſumptus eſt ad edictum de in poſſeſſionem mittendo, quod propoſitum fuit aduerſus abſentes: quia tamen ad præſentes etiam pertinet, viſum eſt Triboniano caput hoc, hæres abſens, collocare etiam ſub hoc tit. vbi quis agere, vel conueniri debeat. Diximus ergo conueniendum eſſe reum, vel vbi domicilium habet, vel vbi contraxit. De domicilio nulla eſt dubitatio. Eſt autem mentio de domicilio in dict. l. hæres abſens. §. vltim. Domicilium intelligimus, quod reus vel habet, vel tempore contractus habuit, etſi poſtea tranſtulerit. l. 2. C. de iuriſd. Domicilium vero dicitur quis ibi habere, vbi facultates ſuæ ſunt: vbi ſedem fortunarum ſuarum conſtituit. vt Codic. libr. 10. titul. 39. de inco. l. ciues. 7. Hic in conſtitutione domicilii hoc notandum eſt, licere cuique domicilium ibi facere, vbi voluerit, ideoque domicilium poſſe transferri. Eodem pertinet quod dicitur in l. 2. C. vbi ſenat. vel clariſſ. conuen. Nunc videndum eſt de contractu, quomodo hic accipiamus contractum. Hoc ver-

Nomen contractus quomodo accipiatur.

bum latam ſignificationem habet hoc loco, vt dicitur in l.omnem.20.ff.hoc tit. Contractus aliquando dicitur vltro citroq; obligatio.l. Labeo.19.ff.de verb.ſign.vt emptio, locatio, ſed hoc ſenſu hic non vſurpatur: latius hic accipitur pro quocunque contractu, quoties quis alicui aliqua cauſa obligatur. Præterea contractum intelligimus quaſi contractum, vt ex negotiis geſtis, vel ex tutela, ſi quis tutelam, vel negotium geſſerit. Exempla varia ſunt in d.l.hæres abſens. vt ſi non defendatur quis eo in loco in quo contraxit, vbi tutelam, vel negotia geſſit, miſſionem in poſſeſſionem patiatur. In d. l.hæres abſens.§.ſi quis tutelam.in fin.dicitur, bona poſſideri. hæc verba ſatis oſtendunt hoc pertinere ad illud edictum de in poſſeſſ.mittendo.ex quo hæc ſumpta ſunt. Itaque docet ibi in §.proinde & ſi merces, &cæt. quomodo accipiendum ſit quod dicitur, vbi quis contraxit, ibi eum conueniendum eſſe. Addit deinde tamen in ver.at. ſi quis ab eo. &c. exceptionem, quam propter vtilitatem neceſſe fuit addere, Si quis reperiatur in eo loco, in quo ne domicilium quidem habet, imo nec officinam: ſed tantum præternauiget, certe duriſſimum eſt eo in loco ſe cogi defendere, & niſi defendatur, pati miſſionem in poſſeſſionem bonorum. Quod diximus de contractu, intelligimus ſiue dominus per ſe contraxerit, ſiue per ſeruum ſuum: nam ſi ſeruus contraxerit, dominus ibi ſe cogetur defendere. d. leg. hæres abſens.§.apud Labeonem. Gum autem dicimus in quo quiſque loco contraxerit, in eo conueniendum eſſe, intelligimus actorem electionem habere conueniendi, vel in loco contractus, vel in loco domicilii. Sed an intelligimus locum vbi contractus initus eſt, vel vbi conuenit vt ſoluatur, ſi contractum ſit in hac ciuitate, & conuenit vt ſoluatur Lugduni? Ambiguum non eſt hoc verbum, non enim poſſumus intelligere locum, in quo contractum eſt negotium, in quo ſcriptum eſt inſtrumentum, ſed eum in quo conuenit vt ſolueretur. Si igitur hoc contractum eſt, vt ſoluatur Lugduni, ille locus poteſt dici contractus locus. H c in d.l.hæres abſens.§.vltim.appellat locum contractus, de quo conuenit vti ibi ſoluatur. Sic eſt accipiendum quod dicitur in leg. 20.contraxiſſe. ff. de oblig. & act.& in leg.3.ff.de bon.aucto.iudic.poſſid. Sin nihil conuenerit, in dubio locus accipiendus eſt, in quo contractum eſt negotium. Quæſtio iuris eſt, an eo remittendus ſit actor ad eum locum vbi contraxit, ſi non inueniatur ibi debitor vbi agit? Et receptum eſt, nullam remiſſionem fieri, vt conſtitutum dicitur in cap.Romana.§.contrahentes. de foro competenti.lib.6. Reus igitur conueniendus eſt in loco domicilii, vel vbi contraxit. Addendum eſt etiam in quo loco res eſt, de qua quæritur, reum conueniri poſſe, ſi in rem agatur. Quod ad hanc rem attinet, multum intereſt inter actiones in rem, & in perſonam. In actionibus in perſonam locum habet quod iam diximus. Sed in actionibus in rem, ſi res de qua agitur, hic ſit, hic conuenietur, etſi alibi domicilium habeat. Non eſt hoc ita accipiendum, vt iam dixi, quaſi in loco domicilii non poſſit conueniri, ſed quod poſſit conueniri, vbi res eſt. Huc enim pertinet quod dicitur in l. quod legatur.38.ff. hoc tit. Quærebatur, vbi legatum petendum eſſet? Iuriſconſul. ait referre actione in perſonam, an in rem peteretur. ſi actione in perſonam, vt ex teſtamento: ait ibi dari debere, vbi eſt, ſi in rem, vbi res eſt. Extant quæſtiones aliquæ, & varii tit.C.vbi quiſque vel agere vel conue. deb. Quæritur de eo, qui certo loco dare promiſit, vbi conueniendus ſit? Et dicendum, ſi non ſatisfecerit vbi promiſit, eum arbitraria actione alio loco poſſe conueniri, vt C.lib. 3.tit.18. vbi conueniatur qui certo loc.l.3. De hoc mentio eſt in l.cum qui inſulam.43.ff.hoc tit. Ego plene dixi in interpretatione tit. de eo quod cert.loc. Eſt & alia quæſtio, vbi fideicommiſſum peti oporteat, de qua C.lib.3.tit.17. vbi fideicom.&cæt. leg. vnic. eſt etiam de hac quæſt. mentio in l. fideicommiſſum.50.ff. hoc titul. vbi ius quoddam diuerſum eſt in hac fideicommiſſaria petitione: nam etſi dicamus electionem actoris eſſe, vt petat vel in loco domicilii, vel vbi res eſt: tamen ſi maior pars hæreditatis ibi non ſit, vbi conuenitur hæres, vteretur præſcriptione. Addit Iuriſconſul. exceptionem, niſi appareat teſtatorem certo in loco fideicommiſſum præſtari voluiſſe. ſequenda eſt enim voluntas teſtatoris: hic docet variis exemplis ſequendam eſſe voluntatem teſtatoris, non ſolum cũ expreſſa eſt, ſed etſi ex conuentione appareat. Mentio eſt quoque hac de re in leg. ſed etſi ſuſcepit.52.§. ſi libertis. In eo §.notanda ſunt verba illa, *teſſeras frumentarias.* illæ enim teſſeræ frumentariæ Romæ ſolum comparari ſolent, ideo facile apparet, voluiſſe teſtatorem Romæ hæredem conueniri. de his teſſeris frumentariis videte annotationes Budæi. Adducit aliam exceptionem, ſi hæres litem conteſtatus ſit. Quæſtio eſt etiam de dote, vbi peti debeat? Hęc quæſtio tractatur in leg. exigere.65. ff. hoc titul. Quærebatur, ſi contractus dotis certo in loco celebratus ſit, & inſtrumenta confecta, an in eo loco petere dotem mulier debeat, ſecundum ea, quæ diximus debere conueniri in eo loco, vbi contractus initus eſt. Sed aliter ibi Iuriſconſ. reſpondet, ne minus dotata ſit mulier, eam aduerſus maritum agere debere, vbi maritus domicilium habet, quo loco non ſolum maritus, ſed & mulier domicilium habet. nam & mulier, inquit, forum mariti ſequitur. hoc etiam probatur in leg. cum quædam puella. 19. ff.de iuriſdict. & in leg vltim. de incol. Codic. lib. 10. titul. 39. Ius hoc itaque ſingulare eſt in cauſa dotis: licet quidam diſſentiant. Dubium autem non eſt quin hæc ſcripta fuerint ſub titul.de iure dot. vbi capita eandem inſcriptionem habent, lib. 34. ad edictum. Aliæ quæſtiones agitantur C.poſt titul.de iuriſdict. Et titul. 14.tractatur, quando Imperator inter pupillos, vel viduas, vel alias miſerabiles perſonas cognoſcat, & ne exhibeantur, vbi vnica eſt conſtitutio, qua duo continentur. Vnum eſt ne pupilli, viduæ, & aliæ huiuſmodi miſerabiles perſonæ cogantur extra prouinciam litigare: ſi extra prouinciam ſuam cogantur exulare ad principis comitatum & aulam, prohibentur de his euocationes (vt vocant) quæ nimium vſitatæ ſunt apud nos. Aulici ſolent huiuſmodi literas euocationum impetrare, vt torqueant miſeros, & qui non tam gratia valent apud principes. Hic igitur vetat Imperator ſpeciali iure ne literæ contra pupillos, viduas, & alias perſonas miſerabiles impetrentur. Dubium enim non eſt quin principes quancunque cauſam poſſint euocare: ſed ſpecialiter hoc conſultum eſt, in gratiam miſerabilium perſonarum. Eſt autem alia conſtitutio Iuſtiniani multo generalior, pertinens ad omnes perſonas. Nouel.86. vt differ. iud. vnde ſumpta eſt auth. qua in prouincia.Cod. vbi de crimi. agi opor. vbi vetat, ne cogatur quis ſe ſiſtere extra prouinciam in aula principis, niſi ſubſit cauſa grauiſſima. Alterum eſt quod continetur ea conſtitutione, vt tamen miſerabiles perſonæ poſſint has literas impetrare ex cauſa, cum potentiam alicuius exhorreſcunt: nec reiiciuntur hæ literæ, vt inciuiles, hoc eſt, vt contrariæ iuri ciuili, quas non debent ſequi iudices, niſi ſecundo princeps reſcripſerit. Alia quæſtio eſt, vbi de criminibus agi oporteat. Et breuiter dicendum eſt, eum, qui deliquit, conueniri non tantum vbi habet domicilium: ſed & vbi deliquit.l.ſi cui crimen.7.§.pen.& §.vltim.ff.de accuſ.id etiam colligitur ex leg. 1.Cod.vbi de crimi.agi oport.ſed mihi videtur, vt qui rei criminis perhibẽtur, conueniantur vbi deliquerunt, vel vbi cœptum eſt iudicium, vel in quocunque alio loco vbi reperiuntur, etiam ſi ibi domicilium non habeant, vt dict. leg.1. Euocatio autem in his cauſis prohibita eſt, vt de hac re memorabilis eſt conſtitutio Iuſtiniani 68.vt omnes obed.iud.prouin. vbi ſtatuit, ſi quis diploma impetret, ne ei obtemperetur: cum ſit paratior & probationum & teſtium copia in delicti commiſſi loco: & probationis facultas facile peritura, ſi longe aliqui euocãdi ſint. Similis ratio eſt in l.2.C.vbi de rat. agi oport. Notandum eſt igitur reum criminis remittendum eſſe ad eum locum vbi deliquit. Rationem huius remiſſionis docet Iuſtinia. in Nouel. 134. vt nullus iud.§. ſi quis vero. & hodie reperitur in auth. ſi vero criminis. Cod. ad leg. Iuliam de adulter. ait enim iudicem loci in quo quis deliquit, debere mittere epiſtolam ad iudicem vbi domicilium habet, vt remittat eum puniendum in eo loco vbi deliquit. Qui tamen in foro verſantur, dicunt aliud obſeruari hodie, & remitti aiunt ad locum domicilii: quia iuriſdictiones ſunt patrimoniales moribus noſtris, vt alias dixi: vnde ſi peccauit vaſallus, debet remitti ad iudicem ſuum, cuius eſt vaſallus. Quod quidem vulgo dicitur abrogatum in prouincia: tamen qui ſubtiliores ſunt in foro, negant, quibus facile aſſentior. Nam prouinciam intelligimus, quæ late patet: non

enim

enim ciuitatem, aut territorium aliquod ciuitatis, vocatur prouincia, nec hoc conuenit Romano iuri. Prouinciam nos accipimus pro territorio cuiuſque curiæ Parlamenti vnius, vel alterius: & hoc magis accedit iuri Romano. Ergo ſi quis deliquerit hic, vel Lugduni, remittetur ad domicilium, quia eſt eiuſdem Parlamenti Pariſienſis: quod ſi deliquerit Tholoſæ, vel Rhotomagi, non remittetur, ſed ibidem punietur, quia eſt alia prouincia. Superioribus locis docuimus quod ſit forum cuiuſque, in quo loco quiſque conueniri debeat. Diximus in quo quiſque loco domicilium habet, in eo eum conueniendum eſſe, vel in quo loco quis contraxit, vel in quo loco res ſita eſt, quæ vindicatur. Addendum eſt & Romæ conueniri poſſe eum, qui ex orbe Romano eſt. Roma enim communis noſtra patria eſt. l. Roma. 33. ff. ad municip. Cicero in Orat. 2. de lege Agra. contra Rullum vocat Romam communem omnium patriam, & iiſdem verbis vtitur quibus Iuriſconſul. noſter Vlpian. cum ait: in orbe Romano qui ſunt, ciues Romani ſunt. leg. in orbe Romano. 17. ff. de ſtatu hominũ. Vnde dicitur eum, qui ex orbe Romano eſt, ſi Romæ inueniatur, Romæ conueniri poſſe. nos hanc exceptionẽ, ſi Romæ inueniatur, addidimus ſuperioribus dictis, cum de eo, qui in loco contraxit diſſeruimus: nam ex eo non poterit alio remitti, etiam ſi ex orbe Romano ſit, niſi ibi inueniatur, non enim debet ex eo loco trahi. leg. hæres abſens. ff. hoc tit. id ſumitur etiam multis ex locis iuris. colligitur præſertim ex leg. ſecun. §. leg. at s. § & ſeq. ff. hoc tit. Sed animaduertendum eſt multum referre quam ob cauſam quis ibi ſit, vbi diximus conueniri poſſe, vel in loco contractus, vel etiam Romæ, ſi ibi inueniatur. Docet Iuriſconſul. in dict. leg. 2. ff. hoc titu. de legat. ſi ob neceſſariam cauſam ibi reperiantur, non cogi ſe defendere, veluti ſi legatus ſit Romæ, ne ab officio ſuſceptæ legationis reuocetur, neceſſaria eſt hæc ſuſceptio, non voluntaria. Idem ſit teſtimonii dicendi cauſa ibi reperiatur. Iudicandi quoque munus neceſſarium eſt. refertur enim inter munera perſonalia. leg. vltim. §. iudicandi neceſſitas. ff. de muner. & honor. & hoc nemo poteſt iudicandi munus detrectare, niſi priuilegium aliquod habeat. Sed de legatis prolixior eſt diſputatio quam de cæteris, qui vel teſtimonii, vel iudicandi cauſa ibi reperiuntur. Legatis maxime fauetur, vt & iis, qui reipublic. cauſa abſunt. leg. 1. C. ex quibus cauſis mai. in integ. reſtitut. Rationem adfert huius priuilegii Iuriſconſul. in l. non alias. 24. ad fi. ff. hoc. ti. ne legatus, qui Romæ cogitur litigare, litibus implicatus ab officio ſuſcepto legationis auocetur: vtilitas enim facit, vt ibi conueniri non poſſit, licet ibi reperiatur. Et hæc maxime expendenda eſt ratio, ad quam velut ad ſcopum, omnia quæ hic dicuntur referenda ſunt. Nos igitur de legatis quædam dicemus breuiter & ſummatim, & ea tantum quæ in hoc tit. de his reperiuntur perſtringemus. In primis hic dicitur legatos non cogi iudicium ſubire, etiamſi in eo loco reperiantur, in quo alias conueniri poſſent. quod adeo verum eſt, vt ne iurare quidem cogantur. leg. ſed etſi is. Si non cogantur iudicium ſubire, ergo nec iurare quidem: quia iuſiurandum in locum litis conteſtatę ſuccedit. leg. nam poſteaquam. 9. §. ſi is qui temporali. Probabiliter tamen de hac re dubitatum fuit, quamuis non multum negotii ſit de ea re: quia ſic poſſent auocari à ſuſcepto legationis officio, & malint rem teſtibus probare, quam iureiurando, voluerunt ad iuſiurandum eos cogi non debere, vt diximus ſub titu. de iureiurand. Hoc autem quod dicimus de legatis, intelligendum eſt cum aliquibus exceptionibus. Vna eſt in dict. leg. ſecun. §. de legatis. ff. hoc titu. ſi legatus conueniatur ob contractum in legatione ipſa initum. Eodem pertinet quod dicitur in dict. leg. non alias. 24. ff. hoc tit. Dicitur in leg. ſi quis in legatione. 8 ff. hoc tit. eum, qui in legatione eſt, ſi conſtituat, quod ante debuit, non cogi ibi iudicium pati, vbi conſtituit. ſed obiicitur ff. de conſtitut. pecu. l. eum qui. 5. §. 1. Licet hæc iura videantur contraria, tamen quo modo ſint intelligenda, docuimus ſuperioribus locis in tit. de conſtitut. Deinde in dict. leg. non alias. 24. ſic dicitur: legati ex delictis in legatione commiſſis coguntur iudicium Romæ pati: ſiue ipſi admiſerint, ſiue ſerui eorum. Si ergo conueniantur actione noxali, coguntur Romæ iudicium pati. Quæſtiones autem ſuperiores pertinent ad actionem perſonalem, quæ oritur ex contractu, vel ex delicto. Quid ſi in rem agitur (Caſſius, vt Paul. in d. l. non alias. §. ſed etſi &c. refert, diſtinguebat vt videndum ſit, an hac vindicatione miniſterio legationis auocetur, quia non poteſt ea re diu carere, & non debere concedi actionem, ſed ſi ex multis ſeruis de vno agatur, ſi aliquib. ſeruis poſſit carere ſine magno incommodo, vindicationem nō eſſe denegandã. Iulianus vero ſine diſtinctione dicebat denegandam eſſe actionem, quam ſententiam Paulus probat. Sed exceptio dicitur in leg. ſi legationis. 25. ff. eo. ſi legationis tempore cœpit rem poſſidere ex aliqua cauſa, quæ mobilis eſt, & in alium locum transferri poteſt, ſi ab eo vindicetur, iniquum non eſt eum cogi ibi ſe defendere: vtilitas enim hoc exigit, ne prætextu priuilegii res alienas domum auferant, cum à nemine conueniri poſſint. Sed quæſtio eſt de eo, qui adiit hæreditatem, qui dicitur quaſi contrahere cum legatariis & creditoribus, an Romæ conueniri poſſit. Quæſtio hæc tractatur in leg. de eo autem. 26. ff. eod. Multum refert an quis emerit, vel adierit hæreditatem, cum legato autem qui adiit hæreditatem tempore legationis, non poteſt agi, tamen poteſt ab eo peti ſatiſdatio, vt legatorum nomine caueat, id eſt, ſe ſoluturum cũ dies legati venerit, & niſi ſatiſdedit, mittentur legatarii in rerũ hęreditariarum poſſeſſionem. quid enim prohibet, ait Iulianus leg. ſeq. 27. ff. eo. legatum publico munere fungi, & actorem in poſſeſſione rerum hæreditariarum eſſe? Ego ſupra admonui hanc eſſe rationem ne legati ab officio ſuſcepto reuocentur Ad hunc igitur ſcopum referenda ſunt hæc omnia, ſi non poteſt eo nomine impediri à ſuſcepto munere legationis. Idem de eo cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas. leg. ſed etſi reſtituatur. 28. ff. eo. vt non magis conueniatur qui adiit hæreditatem, quam cui eſt reſtituta hæreditas ex Trebelliano. Sed ſi legatus reſtituerit rem hæreditariam, actio in fideicommiſſarium competit. eſt enim perſonale hoc beneficium. Quæritur de cauſa damni infecti. in d. l. 28. §. ædium. dicitur, eum qui legationis cauſa Romæ abeſt, domum habet ruinoſam, & vicinus petit eum de damno cauere cogendum eſſe vt caueat. Hic eadem eſt ratio, quæ & in ſuperiore quæſtione: quia nihil prohibet legatum publico munere fungi. præterea hæc res deſiderat celeritatem, vt dicitur leg. prim. ff. de dam. infe. Alia eſt exceptio qua conueniri poteſt legatus, in dict. l. ſed etſi. 28. §. ſed et ſi dies. vbi dicitur cogi iudicium accipere ſi actio temporalis eſt, quæ finitur anno: æquum eſt enim vt ſuſcipiat iudicium: non tamen vt litem ſuſtineat vſque in finem: ſed litem conteſtari cogitur, & lite ſic conteſtata in prouinciam transferatur. Alius caſus eſt in l. ſi vxor 42. ff. hoc tit. ſi vxor diuertit Romæ à marito legato, & petat ibi dotem, ibi legatus cogitur iudicium accipere ob fauorem dotis. ſemper enim cauſa dotis eſt præcipua. l. 1. ff. ſolu. mat. Alius caſus eſt in l. 2. §. ſed ſi agant. ff. hoc tit. ſi ipſe egerit Romæ legatus, & ibi reconueniatur, & ſi agant legati contra aliquem, mutuo aduerſus eos agetur tempore eorum functionis, id eſt recõuenientur ab eodem. Huc pertinet quod generaliter dicitur: qui non cogitur in aliquo loco propter priuilegium aliquod, iudicium pati: ſi tamen ipſe prior agat ibi eum cogi iudicium quoq; ſuſcipere. l. qui non cogitur. 22. ff. eo. Eſt locus vulgaris, quem adduximus in interpretatione l. ſi idem cum eodem. ſupra de iuriſd. & non tantum ad legatos, ſed ad quoſcunque pertinet. Subiungit Iuriſcon. in d. §. ſi agant. Nō tamen ſi iniuriam ſuã proſequantur &c. Exceptio eſt, ſine qua quod ante dictum eſt, magnam iniquitatẽ haberet. Deinde illis verbis, *Alioqui aut impune* &c. adfert illius exceptionis rationem, ne ſcilicet lædantur, ne detur occaſio iniuriæ eis faciundæ: nam ſi dum ſe vindicant, cogantur ſe alio contrario iudicio defendere, iniuria afficerentur. Ex his apparet quibus ex cauſis, in quo loco legati tempore legationis iudicium ſubire cogantur: & ex quibus cauſis nō cogantur. Notandum tamen eſt eos cogi ad prætorem, ad quem vocati ſunt, venire, & priuilegium ſuum allegare. l. ſi quis ex aliena. 5. hoc tit. Accedunt itaq; legati ad tribunal prætoris allegaturi priuilegium ſuum, vt cognoſcat prætor an ſua ſit iuriſdictio. totus ille locus ſuperius à nobis explicatus eſt. Quid ſi dubitetur, an ius domum reuocandi habeant; quæſtio hæc tractatur in d. l. 2. §. ſed ſi dubitetur. ff. hoc tit. Et hæc quæſtio pertinet generaliter ad omnes de quibus ante diximus, qui vel teſtimonii cauſa, vel iudicandi, vel lega-

tionis cauſa euocati ſunt. certa forte & explorata cauſa non eſt legationis, certum non eſt eos euocatos eſſe, forte cauſantur hæc ne conueniantur. Debet itaque prætor cauſa cognita de ea re ſtatuere, quod ſi verum compererit, curabit vt iudicio ſiſti caueant, ſtatuetque in quem diem promittant, vt eo die ſcilicet ſe ſiſtant, quo promiſerint. Cautionis autem verbum generale eſt, & pertinet non tantum ad ſatiſdationem, & ſtipulationem, ſed & ad nudam tantum promiſſionem. l. ſancimus. C. de ver. ſign. & l. 1. C. de ſatiſdat. Vnde cum dubitari poſſet, an de ſola promiſſione, an de ſatiſdatione accipiendum eſſet hoc verbum, ſubiungit Iuriſconſ. in verſ. ſed vtrum. de ſola promiſſione accipiendum eſſe. Qui enim peregrinatur, non facile fideiuſſorem inuenturus eſt, alioquin compelletur ſuſcipere iudicium, quam inuenire qui pro ſe fideiubeant. hoc eſt, potius compelletur iudicium accipere, aut leuius erit iudicium accipere. ſic in eo verſic. ſed vtrum. verba vltima debent accipi. vide Anto. Auguſtinum Emendat. lib. 4. cap. 8. in prin. vbi dict. leg. 2. §. ſed ſi dubitetur. & ſeq. §. ſed vtrum. quomodo legi debeant, refert. Hactenus de legatis, & aliis huiuſmodi perſonis, quibus datur ius domum reuocandi. Sequens quæſtio oritur ex his, quę diximus, in quo loco aliquis agere vel conueniri debeat. Si forte quis vendiderit rem alienam, & eam vindicet dominus ab emptore, & denuntiet emptor venditori vt ſe defendat: quæritur vbi hoc iudicium ſit exercendum. Quæſtio tractatur in leg. venditor. 49. ff. hoc titu. & in leg. 1. 2. & vltim. C. vbi in rem act. exer. deb. & in cap. quoniam frequenter. §. vltim. vt lite non conteſt. Hæc quæſtio quotidiana eſt, & notanda. Quidam mihi vendidit rē aliquam vt ſuam, dominus huius rei mihi venditæ, eam vindicauit à me, conuenit me in foro meo apud iudicem meum: actor enim forum rei ſequitur. fortaſſe eram ciuis huius ciuitatis: conuenit me coram præfecto huius vrbis, ego denūtio venditori meo, qui forte Lugdunenſis eſt, vt iudicium pro me ſuſcipiat. Is vocatus à me ait ſe huius fori non eſſe, ſe in hoc loco non eſſe cogendum ſubire iudicium: ſed Lugduni. Quæritur, an hoc loco cogendus ſit iudicium ſubire? Ex his quæ diximus, videtur non cogendus: quia actor ſequitur forum rei. Contra eum ago, vt cogatur me defendere, vel vt condemnetur quanti mea intereſt rem à me euictam non eſſe. hæc eſt enim forma agendi. An igitur cogendus ſim cum eo litigare Lugduni? Ego peto ab eo: ille reus eſt. Paulus eo loco ait venditorem emptoris iudicem ſequi ſolere. Quod ait priuilegium, idem intelligere debetis, etſi non vtatur priuilegio, vel etiam ſi non habeat priuilegium. Sed cur mentionem fecit priuilegii? quia ex facto inciderat quæſtio. Rationem ſatis reddit ipſa inſcriptio, ex lib. 4. reſpon. Sæpe admonui ad has inſcriptiones diligenter reſpiciendum eſſe: ſecus ſi de edicto vel interpretatione edicti, vel legis alicuius inſcriptum eſſet, niſi per interpretationem produci poſſet ad id quod ſcriptum non eſt, niſi quatenus id quod ſcriptum eſt corrigitur aliqua interpretatione: ſed in libris Reſponſorum aliud eſt. Hic igitur proponitur ſpecies vt inciderat, idem itaque dicendum eſt de alia. Oſtendit autem Paulus vſu ac moribus comparatam eſſe, vt venditor emptoris iudicem ſequatur, cum dicit id fieri ſolere. Ratio præterea ita exigit, de qua diximus in leg. nulli. Cod. eod. Hæc enim continentia ſunt, nec ſine incommodo ſeparari poſſunt, & ratio quoque ſuadet, vt vbi cœptum eſt iudicium ibi finiatur, nec reuocetur emptor ad iudicem venditoris. Eodem pertinet quod dicitur in leg. prim. & 2. C. vbi in rem act. exerc. deb. actionem ſcilicet in rem ſequi poſſeſſorem. Poſſeſſor, ait lex, vocat auctorem ſuum venditorem, *ſon garend*, & petit vt rem defendat, vel ſoluat quanti intereſt emptoris: hanc vocant in foro requeſtam formalem. Ego non dico illi qui vendicat, vt agat contra auctorem meum, id eſt, venditorem. Nam ego poſſideo, & contra poſſeſſorem datur actio illa, ſed ego dico: me velle vocare auctorem meum, nempe eum, qui mihi vendidit. In dict. leg. 2. C. vbi in rem actio. eſt conſtitutio diligenter notanda & obſeruanda, ex qua intelligimus quomodo auctorem ſuum emptor vocare debeat, & quæ ſit ratio agendi in hoc iudicio. Ait enim ſtatim in iudicio nominandum auctorem, id eſt, antequam lis conteſtata fuerit: hæc enim defenſio ex numero earum eſt, quæ declinatoriæ dicuntur, quæque ante litem conteſtatam opponi debent. leg. ſed etſi ſuſceperit. 62. ff. hoc tit. & leg. vltim. C. de exceptio. Sed dicet aliquis in ea leg. C. vbi in rem actio exerce. debe. Conſtantinus Impe. loquitur de in rem actione, ergo non poterit qui conuenitur actione in perſonam, auctorem ſuum vocare. Dico in actionibus quoque in perſonam auctorem ſuum quemque poſſe vocare: idque expreſſum eſt in Nouel. vt omnes obe. &c. eſt auth. qua in prouincia. C. vbi de crimi. agi oportet. Exempli gratia, Seruus alicuius, iuſſu domini ſui alienas arbores incidit, cum crederet eas domini ſui eſſe, & is ex lege Aquilia à domino arborum conuenitur: dabitur ei dilatio, vt vocet dominum ſuum, cuius mandatu id fecit. Verum itaque eſt in actione in perſonam auctorem vocari poſſe, & eandem dilationem ei, qui conuenitur, ad vocandum ſuum auctorem dari. Eſt tamen differentia inter vtramque actionem, quod diligenter notandum eſt. Si conueniatur actione in rem, propter rem quam emit ab eo quem exiſtimabat dominum eius, & hic vocat auctorem ſuum, vt ipſe iudicium ſuſcipiat, *& qui, il ſoit mis hors de cour, & de proces*, vt noſtri loquuntur. Si nominatus velit ſuſcipere iudicium, is qui eum nominauit, non cogetur iudicium ſubire. Imo vt iidem noſtri loquuntur, *eſt mis hors de cour & de proces.* In aliis autem actionibus in perſonam non idem accidit: nam is ſeruos qui incidit arbores alienas iuſſu domini ſui, poteſt quidem ſuum vocare dominum, vt doceatur à domino quomodo ſe defendere debeat: non tamen abſoluetur nec remittetur; nam ipſe eſt qui admiſit damnum, & quæritur de facto ſuo, ex delicto ſuo conuenitur: perſona conuenitur, non eſt res obligata, & ideo neceſſe eſt vt iudicium ipſe ſubeat. At qui conuenitur in rem actione, non ideo dicitur conueniri, quia obligatus ſit: ſed quia rem poſſideat, res ipſa magis videtur conueniri. Vnde qui auctorem ſuum vocat in actione in rem, vt abſoluatur omnino, & iudicium transferatur in auctorem ſuum: quia declinatoria eſt huiuſmodi exceptio, eam ante litem conteſtatam debet opponere ſtatim. Alius, qui in perſonam conuenitur, in quacunque iudicii parte opponere poteſt. verum eſt quidem eum liberari, ſi aduerſarius conſentiat. leg. ſolutionem. 23. ff. de ſolut. Aduerſario autem non conſentiente non liberatur, licet dominus eius nomine iudicium ſuſcipere velit. Notanda eſt igitur diligenter hæc diſtinctio & forma, quæ in dict. leg. ſecund. Cod. vbi in rem act. exerc. traditur. Quæſtio eſt, an quod hic dicimus venditorem cogi ſequi forum emptoris in hac actione, locum habeat ſi res iam iudicata ſit inter emptorem, & petitorem. Magna eſt quæſtio inter eos, qui verſantur in foro. Tractat hanc quæſtionem quidam Imbertus, qui forenſes inſtitutiones ſcripſit. Cum vindicat aliquis à me emptore, pendente eo iudicio antequam res iudicata ſit, dubium non eſt ſi denuntiem auctori meo, quin eodem in foro cogatur is meus auctor iudicium ſubire, ne continentia cauſæ diuidatur. Ponamus autem me denuntiaſſe auctori meo, vt me defendat, & eum non defendiſſe: ſed dixiſſe, *Ie me garderay de meſprendre*, vt ſolet: & tandem lata ſit ſententia inter me emptorem, & dominum rei, & res euicta eſt: deinde ago quanti intereſt mea. Quæritur, an ego cogar ſequi forum rei. Quidam putant idem dicendum eſſe, & deducunt duas leges, quæ tamen ad rem mihi non videntur pertinere. leg. minor. 39. ff. de euictionibus. Minor vendidit fundum Titio, Titius Seio eundem vendidit, reſtitutus eſt minor aduerſus vtrunque: nam reſtitutio in rem impetratur. Ablatus eſt fundus à Seio ſecundo emptore, reſtitutione ſiquidem in integrum impetrata omnia reſtituta ſunt. ibi Iuriſconſultus inquit, Seium impetrare debere ab eodem prætore, vtilem aduerſus Titium actionem. Ergo, inquiunt, apud eundem prætorem litigandum erit. argumento ducto à contrario, quod valde infirmum eſt. Præterea lex loquitur de prætore qui iudicem dat, non de iudice cognoſcente, qui iudicabat. Prætores enim non fungebantur eo munere, quo hodie iudices noſtri, ſed potius munere Cancellarii. nihil ergo ad rem pertinet quod adducitur ex illa leg. Adducitur etiam lex cum vendente. 8. C. vbi cauſæ fiſcales. ſed illa lex ius fiſcale, ius ſcilicet ſingulare continet: in fiſci enim cauſis ius ſingulare eſt, quod idcirco non eſt producendum:

nam

nam ſingulari iure conſtitutum, non eſt producendum ad conſequentiam.

IN TIT. II. LIB. V. PANDECT.

DE INOFFICIO. TESTAMENTO.

C A P. I.

IN hac ſecunda parte Digeſtorum, vt iam ſæpe diximus, poſt tractatum generalem de iudiciis ſubiiciuntur ſingulæ actiones: ſicuti in prima parte continentur ea quæ iudicium antecedunt: & quæ ad præparationem iudicii pertinent, quam partem Iuſtinianus vocat τὰ πρῶτα. Poſt titulum generalem de iudiciis, ſingula iudicia, ſequuntur, & ſingulæ actiones, tam in perſonam, quam in rem, & incipit Iuſtinianus ab actionibus in rem, cuiuſmodi eſt petitio hæreditatis, rei vindicatio, & aliæ. Prima eſt petitio hæreditatis, de qua hic dicere inſtituimus. Titulum autem de petitione hęreditatis antecedit titulus de inoffic. teſtamento, quia plerunq; accidit, vt hæreditas peti non poſſit, niſi prius reſciſſo teſtamento, per querelam inofficioſi teſtamenti. petitio hæreditatis datur hæredi ex teſtamento, vel ab inteſtato aduerſus eum qui poſſidet res hæreditarias, pro hærede: qui enim agit petitione hæreditatis, contendit ſibi delatam eſſe hæreditatem ex teſtamento, vel ab inteſtato, & petit ſe declarari hæredem, & res hæreditarias ſibi reſtitui. Sed plerunque neceſſaria eſt querela inofficioſi teſtamenti. Oportet enim prius reſcindere teſtamentum tanquam inofficioſum, vt poſſit hæreditas peti: vnde hic tractatur de querela inofficioſi teſtamenti ante petitionē hæreditatis, id ego apertius veluti quodam huius tractatus argumento declarabo, & quod tracturus ſum, ſummatim proponam.

C A P. II.

Argumentum huius tractatus.

POnamus filium à patre exhæredatum eſſe teſtamento, & eodem teſtamento extraneum hæredem eſſe inſtitutum: filius niſi habeat hanc querelam, quæ dicitur inofficioſi teſtamenti, excludetur omnino ab hęreditate paterna, non poterit petere hæreditatem paternam, actione quæ dicitur petitio hæreditatis. Primum non petet ex teſtamento, quia non eſt hæres inſtitutus teſtamento, ſed extraneus potius. deinde non petet ab inteſtato, quia valet teſtamentum, & locus eſt ſucceſſioni ex teſtamento. l. quandiu. de acquiren. hæred. & leg. quandiu. de reg. iu. teſtamentum ipſo iure valet. Sic videtis niſi proſpiciatur aliquo remedio extraordinario, filium excludi ab hæreditate paterna, quod iniquum eſt. Introducta eſt igitur hæc quæſtio inofficioſi teſtamenti, qua vtitur filius aduerſus teſtamentum patris, in quo exhæredatus eſt, vt teſtamentum tanquam factum contra officium à patre reſcindatur, & eo reſciſſo teſtamento, hæreditatem filius conſequatur per petitionem hæreditatis. Hinc perſpicue intelligitur, cur querela inofficioſi teſtam. introducta ſit, & quam habeat vtilitatem: ex quo etiam apparet contra ius ciuile hanc querelam comparatam eſſe ad reſcindendum teſtamentum, quod ipſo iure valet. Quæri ſolet an hæc querela ſit prætoria an ciuilis. Ego puto ex iuriſdictione prætoria ortam non eſſe, nec ex veteribus legibus, ſed ex conſtitutionibus forte quibuſdam principum. Ex veteribus legibus non eſſe ortam ſatis oſtendit Vlpianus in leg. non putauit. de bono. poſſeſſ. contra tabul. Non putauit prætor exhæredatos ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittendos eſſe. qui nec iure ciuili turbant teſtamentum, ſane querela inofficioſi teſtamenti eis deneganda non eſt. Non eſt igitur querela inofficioſi teſtamenti ex iure ciuili. in leg. inter fideiuſſores. infra de fideiuſſoribus, Epiſtola diui Adriani quæ eſt conſtitutio principis, diſtinguitur ab ipſo iure ciuili, à veteribus legibus. Hinc etiam cognoſci poteſt cur hæc querela inofficioſi teſtamenti dicatur vltimum adiutorium à Iuſtiniano in leg. maximum vitium. Cod. de liber. præter. cum enim nullum aliud remedium, nullum auxilium ſupereſſet filio exhæredato, introducta eſt hæc querela. Solet quæri, vt magis ac magis originem huius querelæ intelligamus, an ſit actio, & an diſtinguatur à petitione hæreditatis. variæ ſunt opiniones interpretum. Ego breuiter dicam, quidquid mihi probabilius & verius videtur. Cum filius exhæredatus paterno teſtamento petit hæreditatem, agens petitione hæreditatis, dicit inofficioſum eſſe teſtamentum patris. Hancque affert cauſam petitionis & intentionis ſuæ quod immerito exhæredatus ſit à patre, & contra officium pietatis. Non ergo diſtinguitur nec ſeparatur querela inofficioſi teſtamenti à petitione hæreditatis, quamuis res diuerſæ ſint, ſed coniunguntur. Cauſa enim petitionis eſt inofficioſum teſtamentum. Sicut cum inſtitutus eſt hæres teſtamento, vel cum nullo facto teſtamento delata eſt hæreditas ab inteſtato, & petit hæreditatem, hanc affert cauſam petitionis ſuæ, quod hæres inſtitutus ſit teſtamento, vel cum nullum ſit factum teſtamentum, quod ei delata eſt hæreditas ab inteſtato. Sic exhæredatus cum agit petitione hæreditatis, hanc adfert cauſam petitionis ſuæ, quia cum filius ſit teſtatoris, indigneque & contra officium pietatis ab eo exhæredatus ſit, petit, reſciſſo teſtamento, ſe declarari hæredem, & ſibi res hæreditarias reſtitui. Non ſunt igitur ſeparanda hæc iudicia, querela ſcilicet inofficioſi teſtamenti, & petitio hæreditatis, ſed ſimul ſunt coniungenda. Intellectu quidem ſeparantur, non re, ſimul certe vtrumq; inſtituitur. Huc pertinet quod dicitur in leg. qui de inofficioſo. 20. hic. Eodem pertinet quod dicitur in leg. ſi quis filium. 34. C. eod. hæreditatis petitio inſtituitur, propterea quod teſtamentum inofficioſum eſt, propterea quod filius exhæredatus eſt indigne teſtamento paterno, ſic varia iudicia dicuntur eſſe de petitione hæreditatis. l. diuus. §. vltim. de petit. hæred. hic locus oſtendit ea omnia iudicia data eſſe de petitione hæreditatis ex iure ciuili, fideicommiſſaria hæreditatis petitio, & poſſeſſoria hæreditatis petitio. Si quis enim bonorum poſſeſſionem petat à prætore, agit petitione hæreditatis poſſeſſoria. Si cui relicta ſit hæreditas per fideicommiſſum, agit fideicommiſſoria hæreditatis petitione. Si quis autem indigne à patre exhæredatus ſit, agit petitione hæreditatis, & querela inofficioſi teſtamenti. Ideo dicitur querela inofficioſi teſtamenti, quia is qui petit hæreditatem, quæritur de teſtamento patris, tanquam inofficioſo. Et aliquando dicitur accuſare, veluti in leg. poſthumus, quia accuſat tacite impietatem patris ſui: dicitur etiam nonnunquam actio, dubitatur tamen cur dicatur actio. Hoc verbo ſæpe vtuntur Iureconſulti, vt in leg. ſecun. hic. & §. pri. de inofficio. teſtam. Inſtit. dicunt agere de inoffic. teſtamento. Sic in leg. quemadmodum. 7. dicitur actio. hic quæritur an hæc actio ad hæredem tranſmittatur, quam dicimus querelā inofficioſi teſtamenti. is certe qui agit querela inofficioſi teſtamenti, petit ſe declarari hæredem, quod immerenter à patre exhæredatus ſit. Simile eſt in actione reſciſſoria, de qua diſſeruimus diu & accurate ſub tit. de reſtitut. & ſub tit. de mino. quæſtio eſt de remedio reſcindente, & remedio reſciſſorio. Prætor reſcindit quod metu, vel dolo geſtum eſt, & dat actionem, remedium illud quo reſcindit, vocant interpretes reſcindens, alterum reſciſſorium appellant. Id ex eo manaſſe diximus, quod olim diſtinctū erat prætoris officium, à iudicis dati officio. Sed quo tempore ipſi prætores cœperunt iudicare, magis quam iudicia conſtituere, hæc remedia non erant ſeparata. Nam prætor ſimul reſcindebat quod metu geſtum erat &, admittebat eum agendum, qui metu coactus erat, quamuis res ipſæ ſeparatæ eſſent, tamen coniungebantur experiendo. Sic dicendum eſt de querela inofficioſi teſtamenti, & petitione hæreditatis. Sed nunquam ſeparata fuerunt hæc iudicia, vt ego exiſtimo, propter cognitionem centumuirorum. Centumuiri enim cognoſcebant de petitione hęreditatis, itaque petitio hęreditatis dicitur centumuiralis actio. leg. vltim. C. de petit. hæredit. Iidem centumuiri cognoſcebant etiam de inofficioſo teſtamento. Cicero libr. 1. de Oratore docet, de quibus cauſis cognoſcerent centumuiri, & adiicit eos de rupto teſtamento, vel rato cognouiſſe, Exempla ſunt apud Valerium Maximum lib. 7. tit. 8. Apud centum viros quærebatur an teſtamentum iuſtum eſſet, an inofficioſum, an ruptum, an ratum. Plerunque pronunciabant ratum eſſe,

aliquando irritum, & ſimul pronuntiabant de hæreditate. Argumento ſunt huic rei inſcriptiones variæ capitum huius tituli de centumuiralibus iudiciis. In leg. tum mater. 38. Paulus lib. ſingulari de centumuiralibus iudic. In l. is cui. 31. eadem eſt inſcriptio & in leg. 7. cur enim Paulus tractaſſet de hac querela in libro de centumuiralibus iudiciis, niſi huius querelæ cognitio eſſet centumuirorum? Diuerſæ ſunt tamen inſcriptiones in Pand. Florentinis, ſed puto illic erratum eſſe. huc pertinet quod dicitur in leg. Titia. 13. hic. Centumuirale iudicium vocat in ius, in quo quæritur de inofficioſo patris teſtamento, & ſic legitur in hoc capite in Pand. Floren. ſed erratum eſt in inſcriptionibus: itaque hoc ſit veluti argumentum totius huius tractatus. Iam ſinguli loci diſtinctius & accuratius explicandi ſunt.

CAP. III.

Ex qua cauſa competat querela inofficioſi teſtamenti.

CAuſa huius querelæ eſt exhæredatio, vel præterito filii, aut parentis contra officium patris facta. his pauciſſimis verbis complectimur magnam fere partem huius tituli. Hæc colliguntur ex leg. 2. & legibus ſequentibus, hic. & ex tit. Inſt. eo. Ex his locis id ſumpſi quod iam dixi cauſam huius querelæ eſſe exhæredationem, vel præteritioné. Cum autem dicimus exhæredationem vel præteritionem eſſe cauſam huius querelæ, nos exhæredationem accipimus à patre factam. Nam ob præteritionem à matre, vel ab his qui ex linea paterna ſunt, vel materna, filio præterito non competit querela inofficioſi teſtamenti. Sed ſi filius à patre præteritus ſit, aut nullum eſt teſtamentum, aut reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas: quod ſi filius ſit in poteſtate patris, nullum eſt teſtamentum ob præteritionem. l. inter cæteras. infra de liber. & poſthum. rationem alias adduximus, quia pater creditur filium omiſiſſe per obliuionem, cum eius nullam in teſtamento mentionem facit. Sed cum nominatim exhæredat, videtur iuſta cauſa indignatus, eum exhæredaſſe. Huc pertinet quod ſcribit Apuleius in ſecunda ἀπολογία loquens de muliere quæ excluſit filium ab hæreditate. Reliquit, inquit, ei rem viliſſimam, vt non videretur oblita eum præteriiſſe. Si igitur filius à patre præteritus ſit, non datur hæc querela quæ inofficioſi eſt teſtamenti, quoniam vel nullum eſt teſtamentum, vel reſcinditur per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, ſi filius emancipatus à patre præteritus ſit. Cauſa igitur huius querelæ eſt exhæredatio patris, non præteritio. Vnde naſcitur quæſtio tractata in le. ſi proponas. 23. hic. vbi diſtinguitur aperte pręteritio ab exhæredatione. Si ponamus filium emancipatum præteritum queri de inofficioſo teſtamento patris, non poterit. Sed ſpecies eſt quæ alias circumſtantias habet. Huc pertinet titulus de coniungendis cum emancip. liber. filio emancipato, qui iure ciuili non admittitur ad hæreditatem, tamen vocatur à prætore ex iuriſdictione prætoria, datur bonorum poſſeſſio contra tabulas, & ea bonorum poſſeſſione petita reſcinditur teſtamentum, quamuis is emancipatus non fuerit in poteſtate. Quod ſi is filium habeat & nepotem teſtatoris, eundemque in poteſtatę aui hæredem inſtitutum, quia viſum eſt iniquum eum bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, & eum excludere nepotem teſtatoris filium ſuum, ideo cautum eſt edicto Prætoris, vt coniungantur liberi cum patre, qui accepit bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Diuiditur enim inter eos hæreditas paterna. Dimidiam ſiquidem partem accipit filius, aliam dimidiam accipiunt nepotes. Cauſa igitur huius querelæ eſt vel præteritio materna, vel exhæredatio paterna. Si filius præteritus ſit in teſtamento matris, tunc etiam poteſt quæri de inofficioſo teſtamento. Nos dicimus præteritionem matris pro exhęredatione habendam eſſe. §. vlt. de exhęredat. lib. Inſtitut. Non enim propterea nullum eſt matris teſtamentum, quamuis pręterierit filium, cum tamen nullum ſit, cum filius qui in poteſtate patris eſt, pręteritus eſt à patre. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. ſi inſtituta. hic. Sed cur hęc pręteritio materna habetur pro exhęredatione? Rationem adduxi ſub tit. de lib. & poſthum. dixi ea iuris parte, qua requiritur inſtitutio, vel exhęredatio, vt valeat teſtamentum, proſpectum eſſe ſuis hęredibus tantum. leg. inter cætera. de liber. & poſthum. ita vt hoc ad emancipatum non pertineat. Sui dicuntur quaſi domini hæreditatis paternæ, quibus quaſi ſuo iure hæreditas debetur. leg. in ſuis. infra de liber. & poſthum. hac Inſtitut. hoc ſatis perſpicuum eſt ad matris teſtamentum non pertinere. Nam mater liberos non habet in poteſtate. Nec poteſt quiſquam ſuus dici, ſi in poteſtate. non ſit. Perinde igitur valet teſtamentum in quo præteritus eſt filius à matre, ac ſi exhæredatus nominatim eſſet. Mater nuntium accepit de morte filii: (in bello forte erat) inſtituit extraneum hæredem, filius reuerſus de inofficioſo matris teſtamento queri poteſt, quia à matre ſua præteritus eſt. Exemplum huius rei extat in leg. ſequen. Quæ ſequuntur in eo capite aliquid difficultatis habent, ſed alio in loco à nobis explicabuntur, Deo iuuante. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. cum filium. 15. Cod. eod. titul. Idem dicendum eſt & ſi filius præterierit matrem, vt dicitur in leg. cum filium. Nam hæc querela inofficioſi teſtamenti competit, etiamſi filius exhæredauerit patrem vel matrem. Idque nos poſtea dicemus. præteritio matris habetur pro exhæredatione: dicimus ſi præterierit filium mater: quid dicemus ſi filius præterierit matrem? nullus eſt alius locus in iure ciuili qui id explicet quam iſte. Idem conſtitutum eſt de filio præterunte matrem, quod de matre prætereunte filium ſuum. Et aliquando, quod maius eſt, præteritio matris habetur pro inſtitutione. Vnus caſus eſt in leg. 3. Cod. eod. titul. Mater tres habet filios, ex his duos inſtituit, tertium præteriit in teſtamento ſuo, quem tanquam poſthumum ſuſcepit facto teſtamento, non tamen ob id mutauit teſtamentum ſuum, ita vt præteritus reperiatur in eo teſtamento: quæritur quomodo huic poſthumo ſuccurratur: nam poſthumus etiam dicitur qui poſt factum teſtamentum natus eſt. l. 3. de iniuſto rupto teſtamen. an dabitur ei querela inofficioſi teſtamenti? Hic diſtinguit Antoninus Imperator, & ait, intelligendam eſſe voluntatem matris teſtatricis ex coniecturis. Mater facto teſtamento, & poſt teſtamentum ſuſcepto filio ſatis habuit temporis ad mutandum teſtamentum, & inſtituendum filium quem poſtea ſuſceperat: tunc ergo non ſuccedet filius niſi per querelam inofficioſi teſtamenti. Hæc ſane præteritio matris iuſtam habet cauſam exhæredationis, ſed ponamus matrem poſt factum teſtamentum deceſſiſſe in puerperio, & non potuiſſe teſtamentum ſuum mutare, hic quæritur quomodo ſuccurratur huic poſthumo aduerſus teſtamentum matris, quomodo poterit ad ſucceſſionem matris aſpirare? Hoc eſt admirabile, quod præteritio matris hic habeatur pro inſtitutione, ex cõiectura maternæ pietatis, vt credibile ſit matrem, ſi licuiſſet ei mutare teſtamentum ſuſcepto iam filio, de quo non cogitauerat tempore facti teſtamenti, eum hæredem inſtituturam eſſe. Dicitur ergo inſtitutus, & habetur hic filius pro inſtituto, ex coniectura maternæ voluntatis, ſicut diximus id pro expreſſo habendum eſſe, non tantum de quo cogitauit legislator, ſed quod reſponſurus eſſet, ſi interrogatus eſſet. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. Lucius. §. Titius. infr. de liber. agnoſcend. eſt locus communis de voluntate matris notatu digniſſimus. Diximus igitur querelam inofficioſi teſtamenti competere propter exhæredationem patris, vel propter præteritionem matris, ſi pater exhæredauerit filium ſuum, vel mater præterierit teſtamento ſuo. Nam pręteritio matris vim exhæredationis habet, ne reſcindatur teſtamentum, vt iam ſæpe diximus, propter præteritionem. Adiecimus præteritionem matris non tantum haberi pro exhæredatione, verum etiam interdum pro inſtitutione. Is qui præteritus eſt matris teſtamento, plerumque habetur pro inſtituto etiam ſine querela inofficioſi teſtamenti. leg. ſi mater. 3. Cod. eod. exemplum tale eſt: Cum mater duos filios inſtituiſſet, facto teſtamento alium ſuſcepit, non potuit inſtituere hæredem mutato teſtamento, quia deceſſit in puerperio. Hic dicitur filium, qui natus eſt poſt factum matris teſtamentum, perinde haberi ac ſi inſtitutus in eodem teſtamento eſſet, atque ideo petere poſſe hæreditatem ex teſtamento. Duo in ea ſpecie inſpicienda eſſe diximus, voluntatem matris, & fauorem teſtamenti. coniectu-

ra ve-

ra voluntatis ex eo inſpicitur, quod mater proponatur inſtituiſſe duos filios, quos habebat tempore facti teſtamenti, & facto iam teſtamento alium peperiſſe: ex eo quod illos duos filios quos habebat inſtituit, credibile eſt eius fuiſſe eandem mentem & voluntatem, de eo qui poſtea naſciturus eſt: ſi de eo cogitatum ab ea fuiſſet, quem ſuſcepit facto teſtamento, idem dicturam eſſe. Vnde dicimus ex coniectura maternæ voluntatis, hunc hæredem inſtitutum eſſe. Huiuſmodi exempla pleraque occurrunt, veluti in leg. Lucius. §. Titius. de liber. & poſthum. Si quis inſtituerit partum qui erat in vtero vxoris, hæc inſtitutio porrigitur ad partum iam editum, quem tamen ignorabat iam editum eſſe teſtator. Imo etiam in contractibus ipſis hoc locum habet, quamuis teſtamenta nos plenius & fauorabilius interpretemur, quam contractus. Exemplum eſt in leg. Tale pactum. §. vltim. de pact. Si quis dederit dotem filiæ ſuæ, & pactus ſit, ea pactio pertinet ad filios quos habuit præter ſpem hæredes. Secunda coniectura eſt, quia proponitur deceſſiſſe in puerperio & teſtamentum mutare non potuiſſe. Hic certe negligentia non poteſt imputari matri, cur non inſtituerit filium. nam ea cogitare non potuit de eo inſtituendo, quem in priore teſtamento præteriiſſe dicitur. Sed hic obiicitur à quibuſdam, quod mulier in hac ſpecie potuit partum, qui erat in vtero, inſtituere. Ergo credibile eſt, eam noluiſſe eum ſibi hæredem fore. Nam non minus licet nobis inſtituere poſthumum naſciturum, quam eos qui iam nati ſunt, quamuis id aliqui negent, quia non poſſunt aliter hoc obiectum diluere. Sed certum eſt poſthumum poſſe hæredem inſtitui, vt ex multis legibus colligitur tituli de liberis & poſthumis hæredibus inſtituendis. Quid ergo eſt quod hic diſtinguuntur duo caſus? Videtur inepta eſſe hæc diſtinctio. Sed quod hic diximus diſtinguendum eſſe, an mater mutare teſtamentum potuerit, an non potuerit, ratione non caret. Et quod obiicitur matrem potuiſſe hæredem poſthumum inſtituere, ad rem non pertinet. Non enim quæritur an potuerit poſthumum hæredem inſtituere, ſed an potuerit filium iam natum inſtituere. Et cum quæritur de voluntate matris, alia eſt cauſa poſthumi, alia eius qui iam natus eſt, quia antequam pepererit, forte dubitat mulier an ſit paritura, & quid, quot, an marem, an fœminam, an vnum, an plures. In hac incertitudine mater abſtinet à teſtamento faciendo: expectat enim euentum partus qui naſcetur, non quod nolit eum ſibi hæredem eſſe qui naſcetur, ſed quia expectat vt dixi, euentum. Sic videtis ex eo non poſſe contrariam voluntatem matris colligi, quod potuerit poſthumum hæredem inſtituere. Ergo hi caſus ita diſtinguendi ſunt, vt priorem caſum intelligamus, cum mulier iam nato filio potuit mutare teſtamentum, alterum vero caſum cum ſuſcepto iam filio non potuit mutare teſtamentum. Cum enim ponimus iam natum eſſe filium, non potuit dubitare an natus ſit mas, an fœmina, & quot ex eo nati ſint partu.

Ex his igitur quæ diximus illud conſequitur, ſi contraria matris voluntas probetur, in hac ſpecie, de qua diſſerimus, tunc locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, & eum, qui præteritus eſt à matre, non habendum eſſe pro inſtituto. hęc conſtitutio imperatoria nititur coniectura voluntatis. Et in his quæ incerta ſunt, locus eſt coniecturis. Quoties vero apparet voluntas certa & manifeſta teſtatoris, nunquam amplius eſt locus coniecturæ. leg. continuus. §. cum ita. de verborum obligation. Idem dicendum eſt in omnibus aliis facti quæſtionibus. Exempli gratia, ſi mulier in puerperio admonita ſit, vt inſtitueret partum, vel iam natum, vel qui breui naſciturus eſſet, & dixerit ſibi curæ non eſſe, nec velle mutare teſtamentum, tunc dubium non eſt, quin hic filius præteritus pro exhæredato habeatur, & locus ſit querelæ inofficioſi teſtamenti. Ergo contra hanc præſumptionem & coniecturam probatio contrarię voluntatis admittitur. Præterea dixi in hac ſpecie ſuadere fauorem teſtamenti materni, ne teſtamentum matris rumpatur per querelam inofficioſi teſtamenti. Fauor enim teſtamenti ſuadet, vt has coniecturas potius ſequamur in hac ſpecie. Itaque quod hic dicimus, in teſtamento paterno locum non haberet. Conſtitutio noſtra intelligenda eſt de matre. Propoſitum enim eſt matrem teſtamentum feciſſe, & ſecundum id quod propoſitum ei fuit, reſcripſit Imperator. Rationē vtriuſque præteritionis & paternæ & maternæ docui ſupra, & cur præteritio materna pro exhæredatione habeatur non paterna, idem eſt de inſtitutione. Nam ſicut præteritio materna habetur aliquando pro exhæredatione, non ita habetur præteritio patris pro inſtitutione. Ex his intelligitis quid reſpondendum ſit ad id quod alii adducunt ex §. poſthumi. de inoffic. teſtamento, in Inſtitutio. Teſtamentum rumpitur agnatione poſthumi, quare ergo hic habetur pro inſtituto? Sed id intelligendum eſt, de teſtamento paterno, ſi poſthumus natus ſit, qui futurus erat in patris poteſtate. titu. de liber. & poſthumis hæredibus inſtituend. Ex his quæ dicta ſunt, intelligitis cauſam huius querelæ inofficioſi teſtamenti, de qua loquimur eſſe exhæredationem vel præteritionem. Addendum eſt exhæredationem contra officium pietatis factam eſſe oportere, vt competat hæc querela inofficioſi teſtamenti. l. 3. hic, cum nulla iuſta cauſa fuit filium excludendi ab hæreditate. Nam ſi fuerit ingratus in parentes, vt merito ab eis exhæredatus, vel præteritus ſit, tunc ceſſat inofficioſi teſtamenti querela, quia tunc pater nihil facit alienum ab officio pietatis, cum filium ingratum & male de ſe meritum repellit ab hæreditate ſua. Hinc variæ ſpecies tractantur de cauſa exhæredationis ſub titulo eodem Codicis, vbi quæritur an ſit iuſta cauſa exhæredandi an non ſit, veluti in leg. Cum te 18. Ante nouellam Conſtitutionem Iuſtiniani, quæ eſt 115. cauſæ propter quas filius poterat exhæredari nondum ſatis expreſſæ erant & diffinitæ, & plerunque de his cauſis oriebatur quæſtio, & dubitatio. Iuſtinianus eas omnes cauſas expreſſit & definiuit ſua conſtitutione. Vnde hic quærebatur: filia ſuadente patre noluit diuertere à marito ſuo: nam licet diuortium permiſſum ſit legibus, & liceat coniugi à coniuge diuertere ſiue ſit maritus, ſiue vxor, id tamen nunquam honeſtum fuit habitum, imo fœdum & turpe. ideo ſi ea re offenſus pater filiam exhæredauerit, tamen filia querelam inofficioſi teſtamenti habebit. Simile exemplum eſt in leg. filia. 20. & in leg. teſtamenti. 23. Cod. eod. Vna eſt iuſta cauſa & legitima ſi prohibuerit matrem vel patrem teſtari, & poſtea teſtatus fuerit, ob eamque cauſam exhæredauerit, iuſta eſt cauſa eum exhæredandi. Et hæc cauſa refertur à Iuſtiniano in d. Nouel. Iuſtiniani. §. aliud. Exemplum eſt in leg. ſi filiam. Iuſta eſt exhæredandi cauſa turpitudo vitæ, & refertur in dict. Nouella conſtitutione. Additur & altera: ſi nupſerit filia ſine conſenſu patris. Additur exceptio, ſi filiafamilias poſt 25. annum peccauerit, quam pater neglexerit tandiu in matrimonium collocare. Hic tamen quæri ſolet, an hoc caſu ſecundum ius canonicum exheredari debeat, quo iure fere vtimur, vbi de matrimonio agitur. Ego hanc quæſtionem explicaui ſub tit. de ritu nuptiarum. Quod ad ius ciuile attinet, & veteres canones Gratiani, non poteſt nubere filia, vel filius vxorem ducere, ſine conſenſu patris. Vulgo enim receptum eſt, non poſſe diſſolui matrimonium, & ſi inuito patre contractum ſit. Sed quæritur, an ſaltem in his caſibus pater filium exhæredare poſſit. Quidam dicunt non licere, quia id permittit ius canonicum, & adducunt illud vulgare: Quod ſit permittente lege pœnam non meretur. ſed contrariam ſententiam defendi cum ſanioribus. Ius enim Pontificium non adimit facultatem exhęredandi filii, ius canonicum vult ratum manere matrimonium, ne maius inde ſcandalum oriatur. Nec nouum eſt multa facta rata eſſe quæ tamen fieri prohibentur, etiam in iure canonico. Exemplum eſt in cano. aliter. 30. quæſt. 5. Vetat ille canon contrahi matrimonium ſine ſolennitatibus, aliter tamen contractum matrimonium valet, & liberi ex eo matrimonio ſuſcepti legitimi ſunt. Puniuntur tamen, qui contra legem aliquid admiſerunt, & excommunicantur. Cur idem hic non dicemus, vt quamuis ratum maneat matrimonium, quod inuito patre contractum eſt, nihilominus poſſit puniri filius pęna legitima, qui ſine conſenſu patris matrimonium contraxit? Itaque hæc ſententia nec repugnat rationi, nec ęquitati, vt facile apparet.

Ex his tamen quæ diximus naſcitur quæſtio, vtri incumbat probatio an hæredi ſcripto in teſtamento, an vero filio, cum quæritur de cauſa ęxhæredationis, cum quæritur de ingratitudine filii in patrem. hæc quæſtio tractatur in leg. li-

beri.28. Onus probandi incumbit filio, vt non aliter audiatur filius ad querelam inofficioſi teſtamenti petendam, quam ſi docuerit ſe immerentem, & indigne præteritum eſſe, niſi malit hæres probare eum indigne non eſſe exhæredatum. leg. 3. & 5. hic. ſed huic iuri derogatum eſt noua conſtitutione Iuſtiniani 115. Statuit Iuſtinianus ea conſtitutione vt hæres cauſam ingratitudinis, & exhæredationis probet, & niſi eam probauerit, obtineat filius in querela inofficioſi teſtamenti. An autem dict. lex omnimodo. contraria ſit huic legi, nos poſtea videbimus. ſed certum eſt nouellam Iuſtiniani derogare huic legi, & onus probationis omnino in hæredem tranſire. ſed omnes cauſæ propter quas exhæredari poteſt filius à patre, vel pater à filio, ſunt expreſſæ à Iuſtiniano in nouella 115. Hac igitur conſtitutione derogat Iuſtinianus iuri antiquo, cum illo iure antiquo cauſæ expreſſæ non eſſent: certo iure eas ea conſtitutione definiuit, deinde addidit vt pater exhæredans filium teſtamento ſuo, aliquam ex his cauſis exprimat. Deinde ſi dubium ſit in iudicio an ea cauſa expreſſa, ſit vera an non, vult onus probationis incumbere hæredi, alias autem vult irritum eſſe teſtamentum, vt vulgo creditur. Atque ita ſcripſit Iureconſultus in authentica, ex cauſa. Cod. de liberis præteritis. Vult irritum eſſe teſtamentum, niſi obſeruata fuerint ea de quibus diximus. Hinc naſcitur magna & difficilis quæſtio, & maxime agitata inter omnes iuris interpretes, an querela inofficioſi teſtamenti ſublata ſit per eam conſtitutionem Iuſtiniani. Quidam volunt probare ſublatam eſſe omnino, argumento ab enumeratione partium. Aut cauſa incerta eſt, aut certa. Si certa ſit, non rumpitur teſtamentum. ſi incerta cauſa eſt, & iniuſta eſt, & non eſt ex cauſis enumeratis à Iuſtiniano, non valet teſtamentum. Si iuſta eſt, & certa, & ea eſt ex cauſis enumeratis à Iuſtiniano, aut probatur, & tunc valet teſtamentum, aut non probatur ab hærede, & non valet. Alii dicunt poſſe aliquo caſu locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, in qua quæritur an vera ſit ea cauſa, an non ſit. Sed omnis quæſtio pendet ex interpretatione conſtitutionis nouellæ Iuſtiniani, in ea parte, in qua dicitur teſtamentum irritum eſſe vel reſcindi, vel nullam vim habere, vtitur verbis Græcis. In vno loco ait (duo enim loci ſunt in quibus de reſciſſo vel irrito tractatur teſtamento) irritum vel infirmatum teſtamentum. In alio loco dicit ſubuerſo, id eſt reſciſſo teſtamento, idque poſſet intelligi per querelam inofficioſi teſtamenti. Sed ſubiicit ſe velle nullam vim habere teſtamentum: Quæſtio pendet ex interpretatione horum verborum. Ego puto locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti ſecundum Iuſtiniani conſtitutionem, ſiue cauſa expreſſa ſit teſtamento, ſiue non ſit. Docet Iuſtinianus in hac conſtitutione quid præſtandum ſit ab hærede, vt ſit ſuperior in querela inofficioſi teſtamenti. De querela inofficioſi teſtamenti abroganda, aut tollenda nihil conſtituit. Vult in primis Iuſtinianus cauſam exhæredationis exprimi à teſtatore, eamque iuſtam, & vnam ex cauſis à ſe enumeratis. Vult eam cauſam probari ab hærede, & niſi eam hæres probauerit, vult reſcindi teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. Si omnia hæc obſeruata fuerint, vincet hæres. Olim vincebat hæres, & ſi hæc obſeruata non fuiſſent, cauſæ non erant definitæ: deinde non cogebatur probare hæres, deinde etiam neceſſe erat teſtatorem vnam ex his cauſis exprimere teſtamento ſuo. Vnum adducam ad hanc ſententiam meam confirmandam, ſi hæc obſeruata fuerint, id eſt, ſi cauſa expreſſa ſit teſtamento, & probata ab hæredibus. Si hæc obſeruata non fuerint, hoc referendum eſt ad ſuperiora, id eſt, ſi neque cauſa expreſſa ſit teſtamento, neque probata ab hærede, quomodo poſſet aliter intelligi? Poſt probationem enim non quæritur an competat querela an non, nam probatio non recipitur niſi lite iam conteſtata. Non ideo id ita accipiendum eſt, vt poſſit querela inofficioſi agi ſi cauſa expreſſa non ſit, nec probata ab hærede.

Cap. IIII.

Cui & aduerſus quem detur querela inofficioſi teſtamenti.

VLpianus noſter in leg. 1. hic, omnibus tam parentibus, quam liberis competere ait, præterea cognatis quibuſdam. Querela igitur inofficioſi teſtamenti datur primum liberis, deinde parentibus, poſtremo quibuſdam etiam cognatis, ſiue pater filium exhæredauerit immeritum, ſiue filius patrem, alteri aduerſus alterum datur querela inofficioſi teſtamenti. Vterque enim receſſiſſe dicitur ab officio pietatis. Si frater fratrem exhæredauerit immerentem, alteri aduerſus alterius teſtamentum, datur etiam querela inofficioſi teſtamenti. Parentes generaliter excipiuntur, & intelliguntur omnes aſcendentes ſurſum verſus in infinitum. Liberi autem vocantur omnes deſcendentes in infinitum. leg. 4. ſupra de in ius vocan. & leg. liberorum. de verb. ſignific. Cognatio nomen generis eſt & ſpeciei. Cognati dicuntur vno ſenſu omnes qui ſanguine coniuncti ſunt. altero ſenſu dicuntur qui coniunguntur ex latere tantum, & ſpecialius diſtinguuntur agnati & cognati. Agnati dicuntur quibus familiæ alicuius nomen commune eſt. Cognati dicuntur, qui coniunguntur per fœminini ſexus perſonas: nam fœminæ familiæ nomen non retinent. Sed nobis viſum eſt commodius cognationis lineas, & gradus cognationis hic explicare, tametſi extra rem eſſe quodammodo videatur, è re tamen futurum eſt, & plurimum vtilitatis allaturum rudioribus præſertim. Ego ideo lubentius ſuſcepi hoc conſilium, ſuaſit vtilitas huius rei propter hæreditates, tutelas, matrimonia & alia huiuſmodi. Sequor autem hic methodum & viam veterum Iureconſultorum, eorumque ſimplicitatem in hac re explicanda hic imitaturus ſum quatenus fieri poterit. Hodie certe vir eruditus, & methodicus vna vocula plenius & efficacius obſcuriſſima & difficillima quæque docebit, quam barbari doctores ſuperioris ſæculi infinitis commentationibus ſuis. Huius rei hic ſpero me fidem facturum eſſe. Barbari certe hic comminiſcuntur infinitas regulas quibus nihil eſt ineptius ad docendum, & ſi conueniat inter nos de computatione graduum. Sed nemo eſt qui rationem eius doctrinæ percipere poſſit, hic mos eſt ſophiſtarum, & barbarorum, vt non addant lucem rebus obſcuris, ſed clariſſima quæque obſcurent commentationibus ſuis.

Cap. V.

De computatione graduum.

IN primis animaduertendum eſt, vt via & ratione procedat diſputatio noſtra, triplicem eſſe ordinem cognatorum, vt nos cognationem generaliter accipimus. Caius in leg prim. de gradibus eam ita diuidit, & Iuſtinianus in Inſtitut. titul. de gradibus, in initio. Theophilus aliquanto fuſius, & dilucidius hanc diſtinctionem explicat. Alii ſunt aſcendentes, alii ſunt deſcendentes, alii ex tranſuerſo coniuncti ſunt. Aſcendentes, inquit Theophilus in titu. de legitim. agnat. ſucceſſ. dicuntur qui nos genuerunt, vt pater, auus, &c. Deſcendentes dicuntur, qui ex nobis naſcuntur, vt filius, nepos, pronepos &c. Cognati ſpeciali quadam ſignificatione dicuntur hi qui coniunguntur à latere, id eſt, qui neque nos genuerunt, neque à nobis geniti ſunt: vt frater, patruus, conſobrinus & alii huiuſmodi. Si quæratur cur frater coniunctus ſanguine dicatur, nõ reſpõdebimus, quia me genuit, aut quia à me genitus eſt, ſed ideo mihi coniunctus dicitur, quia communem parentem habemus. Et horum duo ſunt genera, quidam ſunt cognati, quidam ſunt agnati. In primis igitur tenenda eſt hæc diuiſio cognationis, de qua diximus, hincque eſt incipienda computatio noſtra, de ratione enumerandi gradus cognationum. Si quis velit oſtendere, aut intelligere quoto gradu quis diſtet à cognato aliquo ſuo, facienda eſt deſcriptio quædam totius cognationis: quæ ſit cognatio, ego iam dixi, & triplicem eſſe ordinem cognatorum. Supra eum, de cuius cognatione quæritur, conſtituendus eſt pater, auus & alii aſcendentes, à quibus genitus eſt. Infra eum de cuius cognatione quæritur conſtituendi ſunt deſcendentes, veluti filius, nepos, & cæteri in recta linea, à latere autem deſcribi debent lineæ quæ pendent ex ſuperiori limite, quæ ex auo pendent deſcendentes debent conſtitui

conſtitui in linea, quæ ex auo pendeat. l. Stemmata. infra de gradibus. Qui deſcendunt à patre dicuntur mihi coniuncti eſſe ex latere, id eſt, ex tranſuerſo faciẽda eſt deſcriptio totius cognationis, vt diximus. Fratrem meum ponam in linea, quæ pendet ex patre, cõſobrinum patruelem ponam in linea quæ pendet ex auo, facta hac deſcriptione incipienda eſt cõputatio & enumeratio ab eo de cuius cognatione quæritur. ſemper enim aliquem fingimus de cuius cognatione quæritur. Quæritur enim an alicui hæreditas delata ſit, an tutela ſit, an matrimonio coniungi cum alio poſſit, eſt igitur ſemper aliquis de cuius cognatione quæritur. Hæc eſt regula tradita à veteribus Iureconſultis, in leg. Iuriſconſulto. de grad. non ab Acccurſianis doctoribus, non à barbaris, non à ſophiſtis. Eſt vtilis & etiam facilis regula, qua poſſumus commode & ſine vlla difficultate peruenire ad cognitionem cuiuſque cognationis. Incipiendum eſt, inquit, ab eo de cuius cognatione quæritur. Quæritur quoto gradu diſtet Mæuius à Seio defuncto, vt intelligamus an ab inteſtato eius hæreditatem petere poſſit. Hic de cuius cognatione quæritur, nullam propriam appellationem habet, ſed tota cognatio deſcripta in tabula ad eum refertur, neque dicitur pater neque filius, à barbaris dicitur Petrucius, per me licet vt Petrucius dicatur. Incipiendum ergo eſt ab eo qui fingendus eſt medius inter has cognationes quo progredimur. Nos progredimur computando omnes generationes. Generatio eſt gradus, gradus qui generant, ii progredi quodammodo dicuntur ſobolem propagando. Alii requirunt definitionem gradus qui oſtendunt ineptiam ſuam. Eſt enim hic metaphora. Mirum eſt quod barbari non addiderint pedes his gradibus, quemadmodum veſtitum dixerint pactum, cum reperirent nudum pactum appellari. In Digeſtis hæ ſunt ineptiæ barbarorum. Generationum autem computatio non eſt difficilis. Titius genuit Mæuium, Mæuius genuit Seium, in limite recto ſuperiores & inferiores ordines aſcendentium, & deſcendentium ſtatuendi ſunt, nihil expeditius eſt: progrediendum, eſt ab eo de cuius cognatione quæritur. Quæritur enim quoto gradu diſtet Titius à proximo ſuo. Et is de cuius cognatione quæritur, cum proximo ſuo generationem facit. Generatio enim conſtat ex duabus perſonis, ex perſona generante & perſona generata. Cum autem dicimus gradum intelligimus generationem vnam. Ergo is de cuius cognatione quæritur, cum eo qui proximus eſt, veluti cum patre ſuo dicuntur vnam generationem efficere. Ideo diſtat Titius à patre ſuo, vno gradu, ab auo ſuo duobus gradibus: & ſic de ſingulis dicendum, ſurſum verſus aſcendendo in infinitum. Nam vnaquæque perſona quæ generata eſt, adiecta faciet vnum gradum. Vulgaris ſimilitudo mihi videtur, nec mala nec inepta eſſe de ratione conſtituendarum feneſtrarum. Si quis velit feneſtram conficere duabus columnis opus eſt, & tamen ſi quis duas feneſtras velit facere, ſufficiet vnam trabem adiicere. Videtur tamen cum duabus trabibus opus ſit in vna feneſtra conficienda, quatuor opus eſſe in conficiendis duabus feneſtris. Sed non ita eſt, vna trabs media ſeruit duabus feneſtris. Idem de cognatione dicendum eſt. In linea enim inferiori, ſi quis quærat quoto gradu diſtet is de cuius cognatione quæritur, à nepote incipienda eſt computatio ab eo, de cuius cognatione quæritur. Videndum eſt quis proximus ei ſit: filius ei proximus eſt, & filius cum eo vnum gradum facit, adiectus nepos facit ſecundum gradum, pronepos tertium: is igitur à nepote diſtat tribus gradibus, nihil poteſt dilucidius demonſtrari. Accedentibus ſingulis creſcit numerus. Hoc eſt vnaquæque perſona generata adiecta facit gradum. Videamus de linea trãſuerſali & computandæ ſunt generationes, ſicut in limite directo gradum pro generatione accipimus in ima linea. Cum quæritur, quoto gradu diſtet is de cuius cognatione quæritur, à patruo vel conſobrino, computandæ ſunt generationes. Sed dicet aliquis, quomodo computabimus generationes? generatio quidem reperitur in linea ſuperiori & inferiori aſcendentium, & deſcendentium. Nam is de cuius cognatione quæritur, genitus eſt à patre, vel genuit filium ſuum, ſed frater non genuit fratrem. Quid ergo eſt quod dicimus gradum nihil aliud eſſe quam generationem? Aliam regulam tradit Paulus in leg. Iureconſultus. in linea tranſuerſa, & nihil aliud quærendum eſt. Idem quod iam diximus faciendum eſt, id eſt, incipiendum eſt ab eo de cuius cognatione quæritur. Sic nodus hic expeditur, & diluitur, quod à nobis adiectum eſt diſputando de generatione. alias non poſſemus reperire generationes. Alius locus eſt eiuſdem Pauli in eodem capite. Dixi fratres ideo coniunctos dici quod communem parentem habeant, ideo videndum eſt quænam perſona ſit propter quam fratres dicuntur coniuncti, eſtque pater. Auus autem eſt propter quem patrueles conſobrini dicuntur coniuncti. Exempli gratia, quæritur quoto gradu diſtet frater à fratre. Computandæ ſunt generationes: prima generatio eſt patris & filii. Aſcendendum eſt ab eo de cuius cognatione quæritur ad patrem, deinde deſcendendum erit ad fratrem, (Tabulam enim præſumo deſcriptam eſſe, ſicut deſcribendam diximus) ſic frater à fratre diſtat duobus gradibus. Ponamus aliud exemplum de conſobrino patrueli. Conſobrinus patruelis ideo coniunctus dicitur, quod communem habeant originem, id eſt, communem habeant auum. Ergo ab eo de cuius cognatione quæritur, aſcendendum erit ad auum. Titius pater eum genuit, auus genuit patrem, & facit aliam generationem: Iam duo ſunt gradus, iam flectendum eſt ad fratrem aui, qui genuit conſobrinum illum, & hic reperitur alia generatio, & iam tertius erit gradus: à patruo enim veniendum eſt ad filium patrui: eſtque alia generatio, & quartus gradus. Is ergo de cuius cognatione quæritur à conſobrino patrueli diſtat quatuor gradibus. Hæc exempla rem ſatis illuſtrant, niſi fallor, hæc eſt vera ratio enumerandorum graduum. Supereſt explicemus rationem computandi, ſecundũ ius pontificium. vulgo enim dicitur pontifices & pontificios ex duobus gradibus vnum efficere. Magnum eſt miraculum ex duobus hominibus vnum hominem efficere, quos ponimus in ſecundo gradu, illi ponunt in primo: ſed quomodo hoc fieri poteſt? Eſt vulgatiſſimus canon, c. ad ſedem. 35. q. 5. vbi dicitur fratrem in primo gradu, & conſobrinum in ſecundo gradu eſſe. Hoc videtur euertere rationem omnem computandi, quæ à nobis tradita eſt. Ego ſcripſi ſatis clare & aperte hac de re quid ſentiam, ſub titul. de rit. nupt. in commentario noſtro ſolut. matri. Et ego admonui pontificios videri aliquanto rectius ſenſiſſe quam elocuti ſint in can. ad ſedem, propter caliginem illius ſæculi: hæc certe hauſerunt ex barbarorũ commentariis. Sed ſi quis ciuiliter, & ſine cauillatione, quod ab eis ſcriptũ eſt, velit interpretari, deprehendet nobis conuenire, cum illis canoniſtis, nec in ratione computandi quicquam intereſſe inter veteres Iureconſultos & pontificios. In iure ſiquidem pontificio quæritur de gradibus cognationum propter nuptias contrahendas, propter matrimonia, quia nuptiæ in certis tantum gradibus permiſſæ ſunt, nec tam quæritur quot gradibus diſtent Titius & Mæuius, de quorum nuptiis agitur, quam quot gradibus diſtent à communi parente, propter quem coniuncti dicuntur, propter cuius parentis reuerentiam matrimonium inter eos prohibetur. Soror & frater communem parentem habent, & dicitur vtrunque diſtare à patre vno gradu, non inter ſe: nam inter vtrumque & patrem vnus tantum gradus reperitur, ſed inter ſe diſtant duobus gradibus. Sic conſobrinus, & is de cuius cognatione quæritur, à communi parente ſcilicet auo diſtant duob. gradibus. Sic eodem recidunt ius canonicum & ciuile: nec Vlp. nec Paul. nec Caius negaſſent conſobrinum ab eo, de cuius cognatione quæritur, diſtare duobus gradibus reſpectu eius qui origo cognationis dicitur, ſcilicet aui. Nec etiam pontificii negaſſent conſobrinum, & eum de cuius cognatione quæritur, inter ſe diſtare quatuor gradibus. Sed obiicitur nobis regula ex c. vltim. de cõſanguinit. vbi dicitur, quoto gradu diſtant aliqui à communi ſtipite, tanto diſtant inter ſe, quaſi nihil referat an computemus diſtantiam quę inter eos eſt inuicem, an vero diſtantiam, quæ inter eos eſt reſpectu communis parẽtis & originis. Sed ea regula fictionis cauſa introducta eſt, quod homines imperiti aſſequi non potuerunt.

Diximus igitur querelam inofficioſi teſtamenti competere non tantum liberis, ſed etiam parentibus, & præterea quibuſdam cognatis certis, de cognationis gradibus dixi-

mus, & quomodo computatio graduum facienda ſit, & quomodo ſinguli gradus cognationis diſtingui debeant. Nũc ſeparatim & diſtincte de ſingulis videndum eſt, ac primum de liberis dicendum eſt.

C A P. VI.

De liberis quibus competit querela inoffic.

PRæcipua cauſa eſt liberorum in querela inofficioſi teſtamenti, vt Iuſtinianus ait in Inſtitutionibus eod. titul. §. 1. & Vlpianus in l. 1. huius tit. Liberos autem, vt à nobis dictum eſt, intelligimus omnes deſcendentes in infinitum, nepotes, pronepotes, abnepotes, & ceteros huiuſmodi. Appellatione liberorum hi omnes continentur. leg. liberorum. infra de verbo. ſignif. Liberos hic intelligimus etiam emancipatos, ad exemplum bonorum poſſeſſionis contra tabulas. Bonorum poſſeſſio contra tabulas, data fuit emancipato, vt reſcindatur teſtamentum, in quo præteritus eſt à patre ſuo. leg. 1. de bon. poſſeſſ. contra tabul. Sic datur filio emancipato, ſi fuerit exhæredatus, querela inofficioſi teſtamenti, vt dicitur in leg. ſi ponas. 23. hic. Hinc conſequens eſt, querelam inofficioſi teſtamenti nepoti ex filio emancipato competere. Si filio emancipato competit hæc querela, multo magis competet nepoti, cum eum habeat auus in ſua poteſtate. leg. Neptem. Codic. eodem. Dubitatio ex eo naſcitur, quod videtur extra familiam eſſe per emancipationem. *Quamuis pater.* Cum pater ipſe emancipatus ſi exhæredetur habeat hanc querelam, multo magis nepos habebit ſi exhæredatus ſit. Præterea filios hic accipimus non tantum legitimos, ſed etiam naturales tantum, ſpurios, vulgo quæſitos, & alios huiuſmodi, ſecundum diſtinctionem quæ hic traditur in leg. ſi ſuſpecta. 29. hic dicitur ſpurius habere querelam inofficioſi teſtaméti aduerſus teſtamentum parentum ſuorum quo ſunt exhæredati. Spurii autem dicuntur quorum pater incertus eſt. Sed quæritur de matris teſtamento: quia mater ſemper certa eſt, an filio ſpurio competat querela inofficioſi teſtamenti, aduerſus teſtamentum matris. Et dicitur ſpuriis aduerſus teſtamentum matris, hanc querelam competere, quia ab inteſtato ſuccedere poſſent matri ſuæ vulgo quæſiti. matri ſuæ ſuccedunt ab inteſtato, quod vel inſtitutionibus ipſis cognoſcitur. §. nouiſſime. Inſtitut. de Senatuſconſul. Orfic. Senatuſconſulto Orficiano admittitur filius vulgo quæſitus ad matris hæreditatem: in hac querela inofficioſi teſtamenti maxime inſpicimus, an qui de inofficioſo teſtamento queritur, ſit ſucceſſurus ab inteſtato, an non. licet hoc perpetuum non ſit, quia per querelam inofficioſi, res reducitur ad cauſam inteſtati. Hinc etiam facile intelligitur, non de omnibus naturalibus hoc eſſe accipiendum, & diſtinctionem adhibendam eſſe, quæ tradita eſt ab Imperatore variis in locis, de ſucceſſione legitima, de ſucceſſione ab inteſtato. Ac primum in leg. ſi qua illuſtris. Codic. ad Senatuſconſul. Orficianum. vbi dicitur, ſi illuſtris fœmina filios vulgo ſuſceperit, ad eius hæreditatem ab inteſtato non admitti, ſi alios habeat liberos legitimos. Maior enim pudicitia exigitur à fœminis illuſtribus, quam à vulgaribus & vilibus. Et propterea ſtatutum eſt ſpurium matri illuſtri non ſuccedere, ſed non prohibetur ex eius teſtamento capere, ſi alios liberos non habeat. In ea tamen conſtitutione Imperator diſtinguit ſpurios, & vulgo quæſitos, ab eis qui ſuſcepti ſunt ex concubina. Nã hi qui nati ſunt ex concubina, ſuccedunt. quippe quia antiquitus concubinatus permiſſus erat. leg. 3. ff. de concub. leg. Maſſurius Sabinus, infra de verb. ſignificatione. Cõcubina olim dicebatur amica: honeſtius nomen concubinæ erat quam amicæ. Imo veteribus canonibus permiſſum fuit concubinam habere, canon. Chriſtiano. 34. diſt. Vnde naturales filii tantum qui ex concubina ſuſcepti ſunt diſcernuntur à ſpuriis, & vulgo quæſitis, & multo facilius admittuntur, non modo ad legitimam hæreditatem matris, ſed ẽt patris. Nouella conſtitutione Iuſtiniani, quib. mo. natural. effici. legiti. Naturales etiã diſtinguuntur ab aliis qui ex inceſto cõcubitu procreati ſunt. Sed ſepe admonui nos hoc iure vti in Gallia, vt nulli mere naturales habeantur, & omnes ex nefario concubitu ſuſcepti & procreati eſſe videãtur. & nec immerito, cum concubinatus improbatus ſit. Hodie omnis concubitus extra matrimonium illicitus habetur, & ideo hodie his legibus non vtimur. Plura hic dicenda eſſent, ſi vellemus omnia complecti, quæ ad hoc propoſitum pertinent: ſed diſputatio eſt paulo alienior ab hoc tractatu, & melius eſt, vt ea in ſuos locos reiiciamus. Hactenus igitur de ſpuriis, & naturalibus filiis. Sed quæritur de adoptiuis filiis, an filius adoptiuus querelam inofficioſi teſtamenti habeat. & Iuſtinianus in Inſtit. ait. §. iam autem. eodem. tit. non tantum naturales habere hanc querelam, ſed & adoptiuos. quo in loco naturales opponit adoptiuis. huc pertinet quod dicitur in leg. ſi ſuſpecta. 29. hic. Ex hoc loco colligitur quod dicimus de adoptiuis filiis, intelligendum eſſe ſi adoptio teneat. Nam ſi mater aliquem in filium ſuum adoptauerit ſine iuſſu principis, querelam hic habiturus non eſt. Nam fœmina non poteſt aliquem adoptare ſine iuſſu principis. Sed totus hic locus de adoptiuis, plenius explicabitur poſtea à nobis in explicatione l. Papinianus. §. ſi quis impubes. ibi videbimus quomodo intelligendum ſit, quod dicitur filium adoptiuum admitti ad querelam inofficioſi teſtamenti. Quæſtio eſt de filio poſthumo in leg. 6. hic. Quæritur an filius poſthumus poſſit dicere teſtamentum inofficioſum patris vel matris, in quo exhæredatus eſt. *Quibus ſuus hæres.* hoc refertur ad patrem. Poſthumus poteſt ſuus hæres eſſe patri, ſi naſcatur, aliis autem parentibus poteſt legitimus hæres eſſe, ſed tamen ſi talis eſt, vt aliquando natus in poteſtate ſit futurus, poteſt queri de inofficioſo teſtamẽto. *Sed & cognatorum.* Admittitur ad querelam inofficioſi teſtamenti, non tantum aduerſus teſtamentum eorum quibus potuiſſet ſuus hæres exiſtere, ſed etiam aduerſus teſtamentum cognatorum. Rationem adfert Iuriſconſultus, cum quæritur an quis admittatur ad querelam inofficioſi teſtamenti non tantum aduerſus teſtamentum eorum, quibus potuiſſet ſuus hæres exiſtere, ſed etiam aduerſus teſtamentum cognatorum inſpiciendum eſt, an potuiſſet acquirere ſucceſſionem ab inteſtato, quamuis hoc perpetuum non ſit. Nam plerique admittuntur ad ſucceſſioem ab inteſtato, qui non admittuntur ad hanc querelam, ſed tamen hoc plerunque accidit. Et videmus etiam Iureconſultum hanc rationem adducere, vt hic locus oſtendit. *Quid ergo*: quæ ſequuntur difficilia ſunt & obſcura, & de his non conuenit inter iuris interpretes. Ego dicam quod ſentiam. Breuiter legendum eſt, quid ergo?, vt in Pandect. legitur Florentinis. Franciſcus Conanus, vir eruditus ſic interpretatus eſt hæc verba, quid ergo? ei imputetur cur quaſi inteſtatus decedat is, qui poſthumũ inſtituit hæredem. Nam non poteſt adire hæreditatem. Goueanus ſequitur eandem interpretationem. Ego vero puto alium eſſe ſenſum horum verborum, *Quid ergo?* occurrit obiectioni, ex eo quod dixit, *Quia & cognatorum*. Oritur dubitatio. videtur imperitis, Vlpiano, cum hanc rationem adduxit, debuiſſe cognatos inteſtatos decedere. Diſputando ait: quid ergo dicimus admitti poſthumũ ad querelã inofficioſi teſtamenti, aduerſus horum teſtamentum? imputas ergo eis quod teſtamentum fecerunt? Videtur eis iniqua hæc ratio eſſe, ſed non eſt eis imputandum quod teſtamentum fecerint. libera enim vnicuique teſtamenti eſt factio. Quare dixit aduerſus horum teſtamentum querelam inofficioſi teſtamenti admitti. Quia horum ab inteſtato poſſet petere ſucceſſionem. Non ideo dixit quod teſtamentum non debuerunt facere, ſed quia in eo teſtamento, quod fecerunt, hunc poſthumum hæredem non inſtituerint: potuerunt ſiquidem libera teſtamenti factione, quæ iure permiſſa eſt, vti inſtituendo hæredem pro portione legitima. Nam portio legitima, vt mox dicemus, excludit querelam inofficioſi teſtamenti: imputatur eis quod poſthumum, qui erat in vtero tempore teſtamenti, hæredem non ſcripſerint. Potuit enim etiam non natus mitti in bonorum poſſeſſionem ex edicto de ventre in bonorum poſſeſſionem mittendo. Et natus potuit accipere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Nihil ergo impedit quo minus poſthumus querelam inofficioſi teſtamenti habeat, qui poteſt ſuccedere ab inteſtato, & inſtitutio poteſt ei vtilis eſſe, ſiue naſcatur, ſiue non naſcatur. Hæc de liberis, qui habẽt querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamentum patris. de parentibus aliquid videndum eſt.

Cap VII.

De parentibus quibus datur querela inoffic. teſtamenti.

PArentibus quoque datur querela inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamentum filiorum ſuorum, vt dicitur in l. nam etſi is. hic. Præcipua eſt cauſa liberorum, quam parentum in querela inofficioſi teſtamenti, ſicut in ſucceſſione legitima. Poſt liberos admittuntur parentes, deinde alii qui coniunguntur ex latere. Sed cur potior cauſa eſt liberorum, quam parentum? Hoc docet I. C. in hoc loco, & Pomponius in leg. ex ſcripto. ff. vnde liberi. non ſic vt parentum hæreditas debetur liberis, ſic liberorum hæreditas parentibus debetur. Optant omnes parẽtes filios ſuos ſibi ſuccedere, ſibi ſuperſtites eſſe, alias turbaretur ordo mortalitatis. At quamuis maiore ratione liberis parentum hæreditas deferatur, tamen pium eſt parentes non excludi à ſucceſſione liberorum ſuorum, propter miſerationem quandam ad ſucceſſionem admittuntur. hoc eſt intelligendum, etiam ſi filius exierit ex poteſtate patris. l. aduerſus. 30. hic. ſicut diximus filio emancipato cõpetere querelam inofficioſi teſtamenti, aduerſus teſtamentum patris, ita etiam dabitur patri aduerſus teſtamentum filii emancipati inofficioſi querela teſtamenti. Hoc eſt intelligendum, etiamſi pater præteritus ſit teſtamento filii. l. pater filium. 14. hic. In hac ſpecie proponitur patrem præteritum eſſe à filio. *Ad querelam*: alii intelligunt ad querelam, id eſt, ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas. propter l. 1. ſi quis à parente manumiſ. fuer. Vnde colligenda eſt exceptio, addenda his, quæ diximus ſuperioribus diebus de querela inofficioſi teſtamenti.

Diximus enim, ſi quis præteritus ſit teſtamento, ei non competere querelam inofficioſi teſtamenti, niſi præteritus ſit filius teſtamento matris. Præteritio enim matris habetur pro exhæredatione. Hoc igitur eſt intelligendum, cum præteritus eſt filius à patre: ſed cum præteritus eſt pater à filio, pater poteſt vti vtroque remedio & querela inofficioſi teſtamenti, & bonorum poſſeſſione contra tabulas, ex leg. 1. ſi quis à parent. manu. Habet enim bonorum poſſeſſionem contra tabulas propter manumiſſionem, ad exemplum eius, quæ datur patrono aduerſus teſtamentum liberti, ſed bonorum poſſeſſio, quæ datur ex eo edicto, non tam plene conſulit patri, quã querela inofficioſi teſtamenti. Et hanc ſententiam nominatim confirmat, quod dicitur in leg. 1. ad finem, vbi dicitur hanc bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari patri, vt manumiſſori, ſicut patrono datur, ſed hunc locum plenius tractabimus infra ſuo loco.

Cap. VIII.

De fratribus, an frater aduerſus teſtamentum fratris habeat querelam.

VLpianus in leg. 1. huius tituli oſtendit fratri competere querelam inofficioſi teſtamenti. *Cognati qui ſunt vltra.* Cæteri cognati, qui ſunt in remotiori gradu quam frater, non admittuntur ad querelam inofficioſi teſtamenti. Id tamen certo iure definitum non erat tempore horum Iureconſultorum. Et propterea dicit I. C. *Melius facerent, &c.* Nam eo tempore iudices non facile admittebãt alios cognatos ad querelam inofficioſi teſtamenti præterquam fratres. Sed hodie certæ ſunt conſtitutiones de ea re in Codice Iuſtiniani. veluti in l. fratris. 21. vbi dicitur nemo eorum. nihil potuit apertius dici, & nominatim Iuſtinianus loquitur de fratre & ſorore in Inſtit. §. ſoror. eodem. Hoc tamen eſt intelligendum cum diſtinctione, quæ traditur in alia lege, veluti in l. fratres. 27. Codic. eodem tit. Diſtinguuntur fratres germani & conſanguinei ab vterinis. Vterini ſunt, qui ſunt ex eodem vtero, ex eadem matre, non ex eodem patre. Conſanguinei ſunt qui tantum ex eodem patre. Germani vero, qui ex eodem patre ſunt, & ex eadem matre. dicta autem lex fratris. trahenda eſt ad dict. leg. fratres. & intelligenda eſt cum huius exceptione. leg. in toto. de regulis iur. & leg. non dubium. ſupra de legibus. Vterini igitur non ſunt ex eadem familia. Maior certe ratio eſt in conſanguineis & germanis, quam iis qui vterini ſunt, quod ſimpliciter dicitur in dicta l. fratris. admitti querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus teſtamentum fratris: hic additur exceptio, hoc ita intelligendum eſt, niſi turpem inſtituerint perſonam: nec hæc contraria ſunt. Nam generi per ſpeciem derogatur, non tantum ſi inſtitutæ ſint perſonæ, quæ notantur à prætore infamia, ſed & ſi grauata ſit eorum exiſtimatio apud bonos & graues viros, & vel leui macula ſint aſperſi. Alciatus & alii quidam addunt negationem, ſed non vident eam negationem ad omnia ſequentia referri.

Ex his quæ diximus naſcitur quæſtio, an pater filii nomine poſſit agere de inofficioſo teſtamento. hæc quæſtio tractatur in leg. Papinianus. in principio, hic. vbi dicitur, Papinianus & cæt. Quæſtio eſt cum filius poſſit agere de inofficioſo teſtamento, an eo inuito & non conſentiente pater de inofficioſo experiri poſſit. Quæſtio hæc & dubitatio ex eo naſcitur, quod actiones quæſitæ filio competunt patri etiam inuito filio. l. vlt. C. de bonis quæ liber. quicquid enim acquirit filius, id acquirit patri, in cuius eſt poteſtate. Vnde videtur pater poſſe agere de inofficioſo teſtamento inuito etiam filio, ſed tamẽ Papinianus id negat. *Ipſius. n. iniuria.* In iuria quędã fit filio cum exhæredatur teſtamento eius, à quo inſtitui debuit. iniuriam vocat I. C. in leg. 4. huius tituli. Non enim eſt conſentiendum: ſed hæc iniuria, inquit Vlpianus, ipſius filii eſt, non patris: atque ita non poteſt ob hanc iniuriam pater experiri inuito filio. Sed mirum hoc videtur Accurſianis & aliis, cum ob iniuriam factam filio pater agere poſſit, leg. ſed ſi vnus. §. ait prętor. & §. ſi filiofamil. hic. Mala eſt hęc ratio, inquit Accurſius & ceteri, & aliam rationem conantur adferre. Ratio autem Papiniani vera eſt, ſed male ab eis intelligitur. *Ipſius enim iniuria eſt.* Iniuria hic aliter accipitur, quam in edicto prætoris de iniuriis. vbi accipitur pro contumelia. Ipſius enim iniuria eſt, id eſt, hæc iniuria non redundat in patrem ſicut cõtumelia quæ fit, veluti ſi quis filium vocet latronem. hæc enim iniuria redundat in patrem. Et ideo mirum non eſt, ſi permittatur ob hanc contumeliam factam filio patri agere. Iniuria enim de qua hic loquimur, non pertinet ad patrem. Sed cum actiones filio competentes acquirantur patri, & eas exercere poſſit inuito filio, cur non aget inofficioſi teſtamenti querela pater ipſo inuito filio? Nos dicimus agere de inofficioſo teſtamento, nihil aliud eſſe quam petere hæreditatem, quia inofficioſum eſt teſtamentum. Sed certum eſt genus extraordinarium eſſe actionis, & quodãmodo odioſa eſt querela qua euertitur teſtamentum, maxime ſi aduerſus teſtamentum patris agatur. §. ſed ita. Inſtitut. eodem titulo. Vnde videmus pleroſque admitti ad ſucceſſionem legitimam, qui tamen repelluntur à querela inofficioſi teſtamenti. Et aperta diſtinctio eſt in leg. in arenam 10. Codic. eodem Arenarius quamuis notetur infamia, tamen admittitur ad ſucceſſionem legitimam ab inteſtato, ſed ſi parentes fecerint teſtamentum, in quo alium inſtituerint hæredem, filio exhæredato, qui arenarius erat, non poterit agere inofficioſi querela teſtamenti. Præterea illud etiam animaduertendum eſt, actionem de inofficioſo teſtamento in petitionem hæreditatis, quæ datur propter factam exhæredationem in teſtamento, ita demum competere, ſi filius queri de teſtamento velit, id eſt, ſi oſtendat ſibi non eſſe gratum factum patris, eo non volente queri, nulla eſt quæſita actio. Et ideo mirum non eſt, ſi dicatur actio patri non competere. Simile exemplum adducam ex leg. ſi filio. infra de iniuſto, rupto & irrito. Filio præterito, qui eſt in patris poteſtate, teſtamentum dicitur nullum eſſe, ſed hoc ita accipiendum eſſe ait Iureconſultus, ſi de eo teſtamento conqueratur is filius, qui præteritus eſt: eius enim voluntas inſpicitur, qui præteritus eſt. Sic etiam ſi ponas hæreditatem delatam eſſe filio familias, niſi velit adire, nulla ei quæſita eſt actio. Quod diximus actionem acquiri patri, hoc eſt intelligendum de actione ordinaria, non de hoc genere actionis extraordinario. Sequens quæſtio eſt, an hæc querela inofficioſi teſtamenti competat hæredi, ſicut actiones fere tranſeunt in hæredem. hæc quæſtio tractatur in leg. 6. Poſthumus. hic. In ſumma hoc capite continetur & ſequenti. Si is cui competit querela inofficioſi teſtamenti, quia exhęredatus eſt teſtamento paterno, cœperit mouere litem de inofficioſo, ante mortem ſuam

vel præparauerit litem, aliquid fecerit ex quo appareat eum hanc iniuriam noluiſſe condonare defuncto, ſed potius voluiſſe eam perſequi, & petere teſtamenti reſciſſionem, ſi quid tale ab eo factum ſit, etiam ſi lis non fuerit conteſtata, hæc actio tranſit ad heredem, quod cœptum eſt poterit perficere hæres, aliàs non poterit: ſic videtis hoc genus actionis ſingulare eſſe. *Si poſt agnitam bonorum poſſeſſionem contra.* Bonorum poſſeſſio contra tabulas non conceditur, cum querela inofficioſi teſtamenti. Hæc querela ei datur, qui exhæredatus eſt à patre, vel præteritus eſt teſtamento matris, quid ergo eſt quod dicitur de bonorum poſſeſſione contra tabulas? hæres ſuccedit in accuſationem. huius bonorum poſſeſſionis mentio eſt in quibuſdam alijs locis huius tractatus, veluti in leg. Papinianus. §. 1. hic. & leg. 2. Cod. eodem titul. in dicta leg. Papinianus. dicitur cauſa litis ordinandæ, agnoſcitur hæc bonorum poſſeſſio, vt lis ordinetur de inofficioſo teſtamento. Sunt reliquiæ veterum formularum, nec intelligendum eſt hic Iureconſultum loqui de bonorum poſſeſſione contra tabulas. Sed de quodam genere bonorum poſſeſſionis, quod pertinet ad ordinandam litem, ſicut is qui petit hæreditatem ex prætoria iuriſdictione, quia præteritus eſt teſtamento paterno, & vult reſcindi teſtamentum bonorum poſſeſſione contra tabulas, oportet eam agnoſcere vt lis ordinetur, & ea ordinata petitur hæreditas. Sic etiam hic cum velit petere hæreditatem, quæ non datur niſi hæredi, aut ei qui hæredis loco eſt, vt videatur hæres eſſe, agnoſcere debet bonorum poſſeſſionem cauſa litis ordinandæ. Quoddam huiuſmodi adfertur in Inſtitutionibus, vnde dicitur in leg. quemadmodum, hic. hanc bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ cauſa non eſſe neceſſariam ſuis. Aditio hæreditatis non eſt neceſſaria ſuis ipſo iure, hæredes ſunt, niſi ſe abſtineant expreſſim & nominatim. leg. ſi ſuis. de legitim. hæredibus. Sed ſi emancipatus filius exhæredatus ſit teſtamento paterno, ſicut aditio neceſſaria eſſet, ſi vellet petere hæreditatem via ordinaria nempe petitione hæreditatis, ita etiam ei bonorum poſſeſſio erit neceſſaria litis ordinandæ cauſa. Sed ſi neque lis mota fuerit, neque præparata, hæc actio ad hæredem non tranſibit. Huc pertinet quod dicitur de hac bonorum poſſeſſione, quæ litis præparandæ cauſa agnoſcitur. leg. 2. Cod. eodem. bonorum enim poſſeſſio eſt ſucceſſio prætoria, ſed de eo plenius dicemus ſub titulo de poſſeſſoria hæreditatis petitione. Quãuis autẽ querela de inofficioſo teſtamẽto niſi lis cœpta fuerit, vel præparata, ad hæredem non tranſeat, tamen ſi competat ea querela liberis deſcendentibus ex noua Iuſtiniani conſtitutione, tranſit ad poſteros, & alios deſcendentes, etiam ſine vlla præparatione, vt dicitur in leg. ſi quis filiũ. 34. Codi. eodem. Supplet Iuſtinianus quod deerat iuri antiquo. Nam ſecundum ius antiquum quod retulimus, adiicit teſtatorem dereliquiſſe nepotem. Recte enim dicimus cum filius litem de inofficioſo mouit teſtamento, ſed nos &c. Eſt locus communis de tranſmiſſione hæreditatis, de quo diximus ſuperiori anno. Extat conſtitutio, ſi quis ante apertas tabulas. & §. his ita. Codic. de caduc. tollend. Dicimus hæreditatem non aditam ad hæredes non tranſmitti. Hoc verum eſt niſi is cui delata eſt hæreditas, ex liberis ſit. Si quis inſtituerit hæredes liberos ſuos, vel ſi liberis ab inteſtato delata ſit hæreditas, & antequam adierint, deceſſerint, nepotes, pronepotes & liberi deſcendentes in infinitum poſſunt petere hæreditatem. Tranſmittitur ſiquidem ad eos hæreditas, in extraneis autem non habet locum hæc tranſmiſſio.

Sequens quæſtio de ſucceſſorio edicto, an edictum ſucceſſorium locum habeat in querela inofficioſi teſtamẽti. Et dicitur locum habere in leg. ſi is cui. 31. & leg. Pater filium. Ego dixi vobis, querelam inofficioſi teſtamenti competere liberis, parentibus, & interdum etiam cognatis, ſed ordo aliquis hic ſeruandus eſt. Non enim ſimul omnibus dabitur & liberis & parentibus & cognatis, ſed ſe primum dabitur aduerſus teſtamentum defuncti liberis, id eſt, potior eſt liberorũ cauſa eius qui defunctus eſt, deinde parentũ, deinde cognatorum. hoc eſt ſucceſſorium edictum. Hoc continetur ſucceſſorio edicto, de quo extat titulus in Codice & in Digeſtis. §. Cum agitur. Inſtitut. de bonorum poſſeſſ. Succedunt ordine. Hos ordines ſeruare debemus in ſucceſſorio edicto. Huic ſucceſſorio edicto locus eſt in querela inofficioſi teſtamenti. Edictum ſucceſſorium pertinet ad bonor. poſſeſſ. quæ proficiſcuntur ex iuriſdictione prætoria, non pertinet ad querelam inofficioſi teſtamenti. Sed tamen viſum quoque eſt Iureconſultis ad querelam inofficioſi teſtamenti, hoc edictum producere. huc pertinet lex Pater filium. hic Potior eſt cauſa liberorum, quam parentum: excluſis filiis admittetur pater volens inſtituere querelam de inofficioſo teſtamento. Sed magna quæſtio eſt, an ſucceſſio hic admittatur, nõ tantum de capite in caput, ſed etiam de gradu in gradum, Nam de capite in caput ſucceſſio eſt. ſucceſſio de capite in caput eſt, veluti, Vnde liberi: in caput vero ſucceſſio eſt Vnde agnati. In ſingulis his ordinibus ſunt varii gradus, vt in ordine liberorum: ſunt enim liberi, nepotes, pronepotes, &cæt. Sic etiam inter agnatos & cognatos. An in ſingulis ordinibus admittetur ſucceſſio de gradu in gradum, ita vt omnes liberos veluti filios, nepotes, pronepotes & gradatim excludi oporteat antequam cognati admittantur? Sed hanc quæſtionem alio in loco nos tractaturi ſumus. Ex his intelligitis cui detur hæc querela inofficioſi teſtamenti, nunc videndum eſt,

Cap. IX.

Contra quem detur hæc inofficioſi teſtamenti querela.

Ex iam dictis perſpicuum eſt hanc inofficioſi teſtamenti querelam competere contra hæredem ſcriptum in teſtamento, in quo quis exhæredatus eſt, vel præteritus. Hoc intelligendum eſt, ſi ſcriptus hæres adierit hæreditatem, quod diligenter notandum eſt. Nam ſi probetur non adiiſſe hæreditatem, non poterit querela inofficioſi teſtamenti inſtitui. leg. Papinianus. §. ſi conditioni, hic. *Quoniam ante aditam.* Antequam hæres inſtitutus in teſtamento adierit hæreditatem, ex eo teſtamento is, qui contendit ſe indigne exhæredatum aut præteritum, non poteſt agere querela inofficioſi teſtamenti, quia exhæredatio nulla eſt, ſi ex teſtamento in quo quis exhæredatus eſt, non fuerit adita hæreditas. leg. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bonorum poſſeſſ. contra tabulas. Et notandum eſt, quoties ex teſtamento non aditur hæreditas, nihil eorum valere, quæ in eo teſtamento ſcripta ſunt. leg. ſi nemo, infra de regulis iuris. & leg. ſi nemo. infra de teſtament. tutel. Idem colligitur ex leg. ſi quis filium. Cod. eod. & leg. ſi pars. §. illud, hic. Qualis autem hæres ſit, nihil plane refert cuiuſcunque conditionis ſit hæres ſcriptus in teſtamẽto. Datur aduerſus eum querela inofficioſi teſtamenti. leg. ſi is cui. Nihil refert an quis perſonam aliquam ſingularem inſtituerit, an municipium, etiam ſi Imperator inſtitutus ſit, vt dicitur in leg. Papinianus. §. ſi Imperator. hic. hinc etiam vulgo annotatur, etiam ſi quis Deum inſtituerit hæredem, locum eſſe querelæ inofficioſi teſtamenti, vt leg. 1. infra ad Senatuſconſultum Trebellian. veluti cum quis inſtituit eccleſiam hæredem, vel aliquod hoſpitale. Non licet inſtituere eccleſia, indigne præterito vel exhæredato filio. Et adducitur locus ex Auguſtin. apud Accurſ. & inter decreta Gratiani reperitur 17. quæſt. 4. can. vltim. Ex eo quod diximus hanc querelam competere contra hæredem, colligendum eſt, & contra fideicommiſſarium quoque competere poſſe qui hęredis loco eſt. Nos enim hic late hæredem accipimus, vt complectamur hæredem fideicommiſſarium. Et de fideicommiſſario conſtitutum eſt in leg. 1. Codic. eodem. Quidam inſtituit hæredem, & fidei eius commiſit, vt reſtituat hæreditatem ſuam alicui, reſtituta hęreditate omnia iura tranſeunt in fidecommiſſarium tam paſſiue, quam actiue: non eſt proprie hæres, atque ideo dubitatum fuit: eſt tamen hæredis loco. Et ideo vtiles tantum actiones ei dantur, non directę, ſicut is qui bonorum poſſeſſionem accepit. l. ſi filius. §. 1. Quod cum eo, qui in aliena poteſt. ſed tamen effectu hæres eſt, & aliquando iudicatum eſt in Gallia, quod dicitur poſſeſſionem transferri in hæredem à defuncto ſine vlla apprehenſione, idem de fideicommiſſario dicendum eſſe. More Galliæ defunctus hæredem ſuum in poſſeſſionem rerum hæreditariarum inducit, ſine vlla apprehenſione. Addendum eſt ſupradictis hanc querelam inofficioſi teſtamenti competere contra hæ-

redem

redem hæredis ſcripti, quamuis non competat hæredi eius, qui exhæredatus eſt, niſi præparata ſit lis, vt dixi. Et nota eſt hæc differentia. l. poſthumus. §. vlt. & l. quemadmodum. hic: ſi ſcriptus hæres in teſtamento in quo filius exhæredatus eſt, deceſſerit, aduerſus eius ſucceſſorem dabitur hæc querela. Ratio diuerſitatis ſatis manifeſta eſt ex his quæ diximus. Diximus hanc querelam inofficioſi teſtamenti non competere, niſi conſtet teſtamentum ingratum ei eſſe cui iniuria facta eſt. Oportet eum aliquo facto declaraſſe ſibi non placere factum defuncti. Imo dicendum eſt dari etiam contra fiſcum, qui plerunque loco hæredis eſt. leg. ſi hæredem [illegible] hic. Quintilianus ſcripſit hæredem in teſtamento ſuo exhæredatis filiis, ea bona fiſcus occupauit, quaſi vacantia: dicitur aduerſus fiſcum qui ſucceſſit, actionem hæredibus dari. Ex eo quod dubium non eſt, ſcilicet, hanc querelam inofficioſi teſtamenti dari aduerſus hæredem hæredis, colligitur aduerſus fiſcum dari, quia hæredis loco fiſcus habetur. Eſt locus communis de fiſco notandus. Notandum hinc eſt fiſcum haberi loco hæredis, & conueniri poſſe ficut hæredem. Sed tamen fiſcus non tenetur vltra vires hæreditatis, niſi quatenus hæreditas ſoluendo eſt. leg. 1. §. in bona, infra de iure fiſci. ſed alius hæres extraneus priuatus tenetur etiam vltra vires hæreditatis, leg. quæ dotis. infra ſolut. mat. niſi ſub beneficio inuentarii adierit hæreditatem. Bonorum quæ fiſco vindicatur deſcriptio publice fit per magiſtratum, ſecundum eam deſcriptionem cogitur fiſcus ſatisfacere omnibus creditoribus hæreditariis. Vidimus de cauſa propter quam detur querela inofficioſi teſtamenti, docuimus etiam cui & aduerſus quem detur querela inofficioſi teſtamenti. Nunc reliqua ſuo ordine pertractanda ſunt.

Cap. X.

Quid petatur hoc iudicio, quomodo petatur, intra quod tempus petatur, & quo in loco.

ET in primis dicendum eſt, hoc iudicio peti, vt reſciſſo teſtamento vel in totum, vel pro parte reſtituatur hæreditas agenti. Cum filius dicit (exempli gratia) patris teſtamentum inofficioſum, petit in primis reſcindi teſtamentum, & ſibi hæreditatem reſtitui quaſi ab inteſtato, iure legitimo ipſi deberetur hæreditas, perinde ac ſi nullum teſtamentum factum eſſet. De reſciſſione teſtamenti dubitandum non eſt, ſæpe occurrit ſub hoc titul. reſciſſionis mentio, veluti in in leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. & leg. filio. Reſtituitur hęreditas etiam cum fructibus per querelam inofficioſi teſtamenti. Et ſupra dixi hoc iudicium genus quoddam eſſe petitionis hæreditatis, & ſimul peti hæreditatem, & reſciſſionē teſtamenti, ſimul coniungi iudicio, quo petitur reſciſſio teſtamenti, & quo petitur hæreditas. is qui agit de inofficioſo hæreditatem petit, & cauſam petitionis ſuæ hanc adfert, quia indigne & contra officium pietatis exhæredatus eſt. Sic videtis & reſciſſionem teſtamenti & reſtitutionem hæreditatis coniungi, & eodem iudicio proponi, eſt veluti reſciſſio petitio hæreditatis, ſicut diximus in plerıſque ſimilibus exemplis ſub titul. de eo quod met. cauſa. ſub titul. de minorib. & ſub titul. ex quib. cauſ. maior. Actio reſciſſoria eſt, quæ reſciſſo eo quod geſtum eſt, datur. leg. necnon. ex quibus cauſ. maior. Reſciſſo teſtamento quod valet ipſo iure, datur petitio hæreditatis, & permittitur ei, qui exhæredatus eſt paterno teſtamento, qui hæres non eſt ipſo iure, nec poteſt eſſe, ita agere ac ſi teſtamentum nullum factum eſſet. hic dicitur petitio hæreditatis de inofficioſo. l. ſi quis filium, hic. Sed obiicitur hanc coniunctionem admitti non poſſe, rationemque iuris impedire quominus querela inofficioſi teſtamenti coniungatur cum petitione hæreditatis. & ſic ratiocinantur, aiunt, has petitiones pugnantes eſſe & contrarias. Ideoque earum coniunctionem admittendam non eſſe. Is qui agit petitione hæreditatis, dicit ſe hæredem eſſe, aduerſarium autem aut poſſidere, vel pro hærede, vel pro poſſeſſore, vt dicemus ſub titul. de petit. hæred. is autem qui agit de inofficioſo teſtamento, dicit aduerſarium hæredem eſſe, dicit ſe exhæredatum eſſe, ſe hæredem non eſſe, hæc pugnantia ſunt. Quomodo igitur poteſt admitti accumulatio harum petitionum, vt quis ſimul queratur de inofficio teſtamento, & petat hæreditatem? Huic obiectioni ita reſpondendum eſt: quod obiicitur verum eſt, ſi de ordinaria & directa petitione hæreditatis loquamur. Ordinaria & directa petitio hæreditatis datur hęredi, aduerſus eum qui poſſidet res hæreditarias pro hærede, vel pro poſſeſſore, ſed hoc genus petitionis hæreditatis, iam ſupra admonuimus extraordinarium eſſe: quaſi vtilis magis, quā directa datur petitio hæreditatis ex hac cauſa, ei qui vere hæres non eſt, ſed tamen habetur pro hærede. Itaque ei datur bonorum poſſeſſio, à prætore litis ordinandæ cauſa, tanquam pro hærede habeatur. Sic videtis poſſe vtilem hæreditatis petitionem competere ei, qui hæres non eſt. Poſſeſſoria hæreditatis petitio ei datur, qui bonorum poſſeſſionem accepit à prætore, quamuis hæres non ſit, nempe emancipatus filius, qui exhæredatus eſt, ſed loco hæredis habetur propter bonorum poſſeſſionem quam accepit à prætore. Cur idem non dicemus de eo, qui exhęredatus eſt à patre: ſi ius ipſum ſpectemus non poſſe eum petere hæreditatem, ſed hoc genus actionis eſt extraordinarium, is petit hęreditatem, non quod hæres ſit, ſed quod debebat ei hæreditatem relinquere: ſic hęredis loco eſt, & datur ei bonorū poſſeſſio cauſa litis ordinandę ſicut hęredi. Et ſic mihi videtur facile dilui poſſe, quod ab aliis adducitur, qui putant hæc iudicia coniungi non poſſe. Ex his intelligitis quid petatur hoc iudicio quod dicitur querela inofficioſi teſtamenti, quo reſciſſionem teſtamenti petimus: & reſciſſo teſtamento petimus hæreditatem, vt in totum, vel pro parte. Sed quæſtio eſt, ſi impubes ſit, qui negetur filius, an interim pendente iudicio, mittendus ſit in bonorum poſſeſſionem ex edicto Carboniano? hæc quæſtio tractatur in leg. qui de inofficioſo. 20. Cautum eſt edicto Carboniano, cuius auctor fuit prætor quidam, nomine Carbo, vt cum petit filius bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quia ſit præteritus teſtamento paterno, cauſa cognita deferatur quæſtio ſtatus in tempus pubertatis, ſi impubes ſit, & negetur filius eſſe teſtatoris. Sed Scæuola hic ait, bonorum poſſeſſionem ex edicto Carboniano hic dandam non eſſe. Et certum eſt ex leg. 1. & l. cum fine. de Carbon. edicto, hanc bonorum poſſeſſionem ex Carboniano edicto exhæredato non dari. Datur ei Carboniana bonorum poſſeſſio, qui ſi filius eſſe non negaretur, hæreditatem caperet, ſed hic exhæredatus eſt. Ego tamen puto ex cauſa poſſe filium interim petere ſibi aliquid decernī alimentorum nomine per modum prouiſionis. Et hoc expreſſum eſt de eo, qui obtinuit in iudicio, vt pendente appellatione ex bonis defuncti alatur. leg. ſi inſtituta. hic, de quo nos poſtea dicemus. Ergo ſi ſit inops, & careat alimentis is, qui agit de inofficioſo teſtamento, ita concipiet intentionis ſuæ formulam, vt petat hæreditatem ſibi reſtitui, & interim pendente iudicio per modum prouiſionis ſibi alimenta decerni, ex bonis defuncti.

Notandum tamen eſt, querelam interdum proponi in modum defenſionis, & contradictionis. non enim ſemper proponitur in modum petitionis. leg. Papinianus. §. ſi filius exhæredatus. Et hoc eſt quod vulgo dicitur: *Cui damus actionem, multo magis damus exceptionem.* leg. 1. §. quod autem. de ſuperficiebus. Petitione hæreditatis agimus, vt nobis reſtituantur res hæreditariæ. At ſi poſſideo iam res hæreditarias, & ſcriptus hæres agat, defendam me querela inofficioſi teſtamenti. Simile eſt quod diximus ex leg. nam poſtea. §. ſi minor. de iureiuran. de reſtitut. minorum. Reſtitutio in integrum minorum petitur, aliquando agendo, aliquando in modum defenſionis, & exceptionis. Exemplum eſt in d. §. Si minor. Minor detulit iuſiurandum: aduerſarius iurauit, agitur aduerſus eum, is opponit ſe captum fuiſſe, ad eludendam exceptionem aduerſarii, oportet eum reſtitui in integrum. Is petit ſe reſtitui in integrum. Et hæc querela inofficioſi teſtamenti magnam affinitatem habet cum reſtitutione, vt iam dixi. Præterea animaduertendum eſt, in hoc iudicio audiendos eſſe eos quorum intereſt, tametſi hoc iudicio experiatur is qui exhęredatus eſt, aduerſus ſcriptum hæredem. & hi duo principales ſunt litigatores in hoc iudicio. Tamen ſi ſunt alii quorum intereſt, non ſunt repellendi à iudicio, ſed audiendi. Exemplum eſt huius rei in leg. ſi ſuſpecta, de legatariis. Reſciſſio enim teſtamenti nocet legatariis. Nam cum reſcinditur teſtamentum, legata eo teſtamento relicta intercidunt, an hoc mutatum ſit conſtitutione

Iuſtiniani quæritur. De hac re dicam poſtea, & quia intereſt legatariorum, non reſcindi teſtamentum, colludente forte ſcripto hærede & exhæredato, poſſunt legatarii adeſſe, *Ils ſe peuuent ioindre au proces.* ſi apparet, horum intereſſe qui cupiunt ſe adiungi liti, & cauſæ. hic locus ſatis oſtendit eos audiendos eſſe. Eſt ergo locus communis notandus de his, qui petunt ſe adiungi liti, quamuis principales litigatores nō ſint: allegandæ tamen ſunt eorum allegationes, & admittendæ eorum probationes, de quo tamen hic quæritur. Sed ego non dubito quin eorum probatiōnes recipiendæ ſint, etiam litigatoribus principalibus inuitis, inuito eo qui agit de inofficioſo teſtamento, qui exhæredatus eſt inuito etiam hærede ſcripto, contra quem agitur de inofficioſo teſtamento, cum aliter non poſſint tueri voluntatem defuncti legatarii. Hic autem locus oſtendit eos poſſe tueri voluntatem defuncti. Alia paſſim exēpla reperiuntur, de his qui petunt ſe adiungi, quod ſua interſit, veluti in l. Titia. ſolut. matrimon. Aliud exemplum eſt in l. principaliorem. C. de liberali cauſa. Manumiſi ſeruum meum: ius patronatus habebam propter manumiſſionem, alius neſcio quis contendit eum ſeruum ſuum eſſe: ego vereor ne colluſio quædam fiat in perniciem meam, volo oſtendere ſeruum meum fuiſſe antequam manumiſiſſem: allegatio mea & probatio admittenda eſt. Aliud exemplum eſt in l. 1. §. 1. & authen. de litigioſis. Quidam rem litigioſam legauit teſtamento ſuo, de qua lis erat mota ante factum teſtamentum, quæritur quid debeatur legatario. Et Iuſtinianus ait, ſi hæres vicerit in iudicio, quod cum defuncto cœptū fuerat, eam rem debere legatario: ſi vero victus fuerit, nihil debere legatario reddere. Nam teſtator euentum litis legaſſe videtur, & ideo ſi ſuſpecta ſit ei fides, & diligentia hæredis, poteſt petere ſe admitti ad eam litem defendendam, quia ipſius intereſt. Hic ſubiicit Vlpianus permiſſum eis eſſe appellare, ſi contra teſtamentum pronunciatum ſit, non tantum exhæredato contra quem pronunciatum eſt, verum etiam legatariis quorum intereſt quod videtur à ratione iuris alienum, cum aduerſus eos lata non ſit ſententia. Sed tamen quia eorum intereſt, audiuntur. Similis locus eſt in l. ſi perluſorio. de appellationib. Hæc ſunt exempla quæ occurrunt in iure ciuili. Simile exemplum eſt in iure pontificio in cap. Cum ſemper. de re iudic. vbi dicitur illum tertium adiunctum, ſi docuerit ſua intereſſe, etſi forte litigator principalis non fuerit, eum ſuperiorem fore in iudicio, ſi id quod intendit, probauerit. Sed vnum hic notandum eſt, quod eſt hodie receptum in foro. Cum quis petit ſe adiungi liti, in eo ſtatu admittitur in quo lis reperitur. Et ideo ſi forte principalis litigator excluſus ſit probandi facultate, hos producere teſtes amplius non poterit. In iure pontificio illud expreſſum eſt, in cap. 2. vt lite pendente. in *6*. Ego tamen ſcio & memini plerunque accidiſſe, vt iudices ex cauſa, ſuadente aliqua vtilitate, hos adiunctos ad probationē admitti pronuntient, refuſis ſumptibus in lite factis: hoc pendet ex æquitate iudicis. Ex his quæ diximus intelligitis, quid petitur hoc iudicio. Nunc aliquid breuiter videndum eſt de tempore.

CAP. XI.

Intra quod tempus agatur de inof. teſtamento.

ET certum eſt præſtitutum eſſe tempus quinquennii ad agendum de officioſo teſtamento. l. ſi quis filium. ad finem Codic. eod. Hæc actio de inofficioſo teſtamento inſtituenda eſt intra quinquennium. Hoc quinquennium currit à die aditæ hæreditatis, poſtquam ſcriptus hæres in teſtamento adiit hæreditatem, hæc querela competit adita hæreditate, ante aditam hęreditatem non competit. leg. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bonorum poſſeſſ. contra tabul. leg. Papinianus. §. ſi conditioni, hic. & hoc expreſſum eſt in leg. ſcimus. hic. Hinc quæritur, quid ſi hæres ſcriptus nolit adire hæreditatē, & differat longo tempore aditionē hæreditatis, quo remedio cōſuletur exhæredato, qui vult mouere quęſtionē inofficioſi teſtamenti? Hic dicitur quod cogitur adire hæreditatē vel intra ſex menſes, vel intra annū ſecundum diſtinctionē quæ hic traditur, alias hoc tempore elapſo excludetur. Hoc igitur tempus non currit, niſi ex quo tempore adita eſt hæreditas. Addendum eſt etiam, hoc tempus non currere minoribus. leg. 2. Codic. in quibus cauſis in integrum. vbi fit mentio huius quinquennii. Præterea generaliter dicendum eſt hanc præſcriptionem non currere, niſi ceſſanti & negligenti. Exemplum vnum eſt in leg. contra maiores. *16*. Cod. eod. duplex actio mouebatur aduerſus teſtamentum, vna dicebatur, nullum eſſe teſtamentū, dubium erat an teſtamentū iure factum eſſet, an non. Præterea, an teſtamentum eſſet inofficioſum, de vtroque lis erat, lis agitata eſt, de ſolennitate teſtamenti, in qua quæſitum eſt, an iure factum eſſet teſtamentum. Tractum temporis habuit ea lis: lapſum eſt forte quinquennii tempus, quod diximus præſtitutum eſſe ad mouendam querelam inofficioſi teſtamenti. Quæritur ſi forte poſt quinquennium pronunciatum ſit teſtamentum iuſtum eſſe, an poſſit moueri querela inofficioſi teſtamenti. Hic dicitur hanc præſcriptionem non obeſſe, non modo minori, ſed nec maiori. Eſt vulgare dictum: Non negligenti præſcriptionem non currere. Pręſcriptiones temporales currunt tantum negligentibus, hactenus de tempore. Sequitur alius locus huius tit. in quo tractatur de effectu iudicii de inofficioſo teſtamento.

De effectu ſententiæ huius iudicii. CAP. XII.

ORdo poſtulat, vt de effectu ſententię huius iudicii de inofficioſo teſtamento nunc dicamus. Hic autem tres caſus diſtinguendi ſunt. Primus cum iudicatur contra teſtamentum, alter cum iudicatur pro teſtamento. Tertius caſus eſt cum iudicatur partim pro teſtamento, & partim contra teſtamentum. Cum variæ ſunt iudicum ſententiæ, & vna ſententia reſcinditur teſtamentum, altera teſtamentum confirmatur, videamus primum

De ſententia qua infirmatur teſtamentum.

HVius ſententiæ quæ contra teſtamentum lata eſt, magna vis eſt; hac enim ſententia dicitur reſcindi teſtamentum. leg. Papinianus. § ſi ex cauſa. in fin. hic ipſo iure reſciſſum eſt. His verbis ſignificat Iureconſultus ita reſcindi teſtamentum hac pronunciatione iudicis, vt ne nomen quidem hæredis retineat is, qui ſcriptus fuit hæres in teſtamento. Nam plerunque accidit, vt infirmato teſtamento nomen hæredis maneat, quod tolli non poteſt, vt cum ex iuriſdictione prætoria teſtamētum reſcinditur per bonorum poſſeſſionē contra tabulas. l. & ſi fine. de minor. 25. annis. §. reſtitutus. & §. quos autem inſtit. de bon. poſſeſſ. Querela inofficioſi teſtamenti introducta non eſt ex iuriſdictione prætoria quāuis non habeat originem ex veteribus legibus, ſed ex conſtitutionibus quibuſdam. Huc pertinet quod dicitur in leg. qui repudiantis. 17. §. vltim. Hic duo notanda ſunt ex hoc loco, vnum eſt cum contra teſtamentum vt inofficioſum iudicetur agitur, dicendum eſſe, defunctum teſtamenti factionem non habuiſſe, & intelligi teſtamentum perinde irritum eſſe poſt ſententiam, & pronunciationem iudicis, ac ſi defunctus teſtamenti factionem non habuiſſet, veluti homo furioſus. *Qui reſciſſo.* His verbis Iureconſultus idem ſignificat quod dicitur in §. ſi ex cauſa. Teſtamentum reſcindi ſententia: Deinde notandum eſt ſententiam ius facere. Sed refert an præſente hærede in iudicio iudicatum ſit, an vero eo abſente, ſententia eo præſente lata ius facit, ſi eo abſente ius non facit. Et hic notandum eſt quod dicitur ſententiam ius facere, quia non ſemper ius facit ſententia. Res enim inter alios iudicata aliis non nocet: ſed tamen aliquando ius facit, ſicut in leg. 3. de liberis agnoſc. cum iudex pronunciauit filium eſſe. huic ſimile eſt, quod dicitur in leg. *6*. §. ſi quis ex his. vbi dicitur inteſtatum patremfamilias hanc ſententiam facere, cum reſcinditur teſtamentum, & cum quis obtinet in querela inofficioſi teſtamēti, perinde eſt ac ſi inteſtatus deceſſiſſet paterfamilias, & nullum omnino teſtamentum feciſſet, quia ad cauſam inteſtati res recidit. Hinc conſequitur victori hæreditatem eſſe reſtituendam, ſi victoria in hoc iudicio faciat inteſtatum defunctum, dubium non eſt quin victori hæreditas ſit reſtituenda, quia inofficioſum eſt teſtamentum. Ego dixi ſupra, hanc querelam inofficioſi teſtamenti cum petitione hæreditatis cōiungi ſolitam fuiſſe. leg. ſi quis filium. Codic. eodem. Itaque dicendum eſt hæreditatem reſtitui debere, vt oſtendit Vlpianus in ſpecie, quæ ali-

quæ aliquam obſcuritatem videtur habere. l. filio. 16. §. contra. hic. Quidam filius emancipatus à patre præteriit patrem ſuum, exhæredauit filiam ſuam, aduerſus hoc teſtamentum filia habet querelam inofficioſi teſtamenti. Pater autem habebat bonorum poſſeſſionem contra tabulas iure manumiſſionis, id eſt, emancipationis, habebat etiam iure paterno, vt ego dixi ſupra. Dixi enim etſi præteritus ſit pater, eum tamen habere querelam inofficioſi teſtamenti, quamuis à patre filio querela non detur. l. pater filio. hic. In hac ſpecie pater poterat agere querela inofficioſi teſtamenti, ſed voluit agere vt manumiſſor bonorum poſſeſſione contra tabulas. l. 1. infra, ſi quis à patre manumiſ. Hic notandum eſt patrem egiſſe non querela, ſed bonorum poſſeſſione, tanquam manumiſſorem filii ſui, ex illo edicto ſi à pat. quis manumiſ. In eo enim iudicio obtinuit pater inſcia & ignorante filia, deinde agit filia querela inofficioſi teſtamenti, hic quæritur an ſit reſtituenda hæreditas filiæ: quæſtio & dubitatio ex eo naſcitur, quod pater iam egerat aduerſus teſtamentum, ideoque videatur ea ſententia ius facere, ſed non ita eſt. Non enim egit querela inofficioſi teſtamenti pater, ſed petiit bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ datur iure prætorio. Illa autem bonorum poſſeſſione contra tabulas filii ſui, quam pater, vt manumiſſor accepit, teſtamentum ad irritum recidit. Nam ſi obiiciatur filiæ agenti de inofficioſo res iudicata, reſpondebit, an teſtamentum inofficioſum eſſet an non, in eo iudicio quæſitum non fuiſſe. Ius autem teſtamenti accipere debemus, vt conueniat titulo. Ius etiam teſtamenti accipimus, an inofficioſum ſit an non. Ideoque cum filia patris teſtamentum vult dicere nullum, hoc iudicium ei obeſſe non poteſt. Quæſitum eſt tamen cum de iure paterno non egit, vt manumiſſor, ſi egiſſet de inofficioſo teſtamento vt parens, aliud dicendum eſſet. hinc igitur notandum eſt, victori in hoc iudicio reſtituendam eſſe hæreditatem, ſi is qui agit querela inofficioſi teſtamenti obtineat. Hinc etiam colligimus actiones confuſas reſtitui, vt dicitur in l. eum qui, §. vlt. hic. Pone defunctum inſtituiſſe extraneum hæredem creditorem ſuum, & exhæredaſſe filium, deinde filium egiſſe de inofficioſo teſtamento, & obtinuiſſe, ſcriptus hæres cogetur reſtituere hæreditatem huic filio, ſed actio, quæ competebat ei aduerſus defunctum, quæ eſt extincta propter confuſionem, reſtituetur. Nam adeundo hæreditatem amiſerat actionem, quæ ei competebat aduerſus defunctum: quippe qui idem non poteſt eſſe creditor & debitor. Sed cum aditio illa nulla ſit, reſtituitur ei actio amiſſa: nullam vim habet, nullum effectum ea aditio, poſtquam teſtamentum pronunciatum eſt inofficioſum in ſpecie propoſita. Hæres ſcriptus à quo euicta eſt hæreditas, aget aduerſus eum qui obtinuit in querela inofficioſi teſtamenti ea actione, qua egiſſet aduerſus defunctum. Similis ſpecies eſt in l. ſi maritus. 22. C. eo. Maritus inſtituit vxorem ſuam hæredem, exhæredauit filiam ſuam, filia agit de inofficioſo teſtamento, auocat hæreditatem à matre, mater à qua euincitur hæreditas, experitur aduerſus filiam, quæ amiſit hæreditatem, eadem actione quæ competebat aduerſus maritum, ſi quid forte maritus ei debebat. Quod autem diximus reſcindi teſtamentum, hoc intelligendum eſt reſcindi, vel in totum vel pro parte. Aliquando enim accidit, vt pro parte reſcindatur, pro altera parte ratum maneat. Quamuis in regula iuris dicatur neminem poſſe pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum decedere. l. ius noſtrum. infra de reg. iur. hic tamen accidit vt quis teſtatus, & inteſtatus decedat. duo exempla hæc ſunt: vnum eſt in l. nam etſi. §. filius. Filius exhæredatus eſt à patre, cum duo hæredes eſſent inſtituti, paterno teſtamento egit filius aduerſus vtrunque diuerſis iudiciis, aduerſus vnum obtinuit, ab altero ſuperatus eſt. Hic certe pro parte teſtamentum reſcinditur, pro altera firmum manet: is erit pro parte hæres, ab inteſtato habebit cohæredem pro altera parte ex teſtamento. hoc videtur contrarium illi regulæ quam nunc adduximus. Sed hoc receptum eſt in querela inofficioſi teſtamenti, & in alis quibusdam ſimilibus iudiciis ſæpe accidit ex poſtfacto, vt rupto vel irrito facto teſtamento, teſtamentum pro parte valeat, & pro altera parte reſcindatur. Sed ab initio hoc fieri non poteſt, niſi qui teſtamentum facit miles ſit, vt poſtea dicemus. Vnde hæc hæreditas partim eſt teſtamentaria, & partim legitima. Similis ſpecies eſt in l. circa. 24. hic. frater egit de inofficioſo teſtamento aduerſus teſtamentum fratris, duo erant ſcripti hæredes teſtamento fratris, quorum vnus notatus erat infamia. dixi competere fratri aduerſus teſtamentum fratris, querelam inofficioſi teſtamenti: ſi frater inſtituerit teſtamento ſuo turpem perſonam. l. fratres. C. eo. pone ergo fratrem inſtituiſſe vnum ex hæredibus honeſtum hominem, alterum autem turpem & notatum aliqua turpi macula, vincit vnum ex his hæredib. ab altero autem vincitur, ſicque frater partim teſtatus, partim inteſtatus deceſſiſſe videtur. Huc pertinet quæſt. tractata in l. mater, hic. Eſt ſpecies obſcura & difficilis, vt multæ ſunt aliæ huiuſmodi, Pauli. hæc lex inter damnatas leges enumeratur. Obſcura autem & difficilis eſt, his qui phraſin & rationem loquendi huius auctoris non ſatis perceperunt. Ego admonui ſuperiori anno in interpretatione l. inter ſtipulantem. §. ſacram. & l. quidam cum filium, ſi quis legat. d. l. quidam cum filium. & d. §. ſacram. ſi ſic alicuius iudicii facile intelliget eiuſdem auctoris eſſe, etſi inſcriptionem non viderit. Sæpe videtur Paulus affirmare, cum tamen hoc dicat diſputando. Mater habebat duas filias: vnam præteriit, alteram inſtituit ex quadrante, ex maiore parte, nempe ex dodrante, hæredem inſtituit extraneum. Dubitandum non eſt quin filiæ præteritæ competat querela inofficioſi teſtamenti. Nam præteritio matris habetur pro exhæredatione. §. vlt. Inſti. de exhæred. liber. hæc filia præterita de inofficioſo egit & obtinet. Nos proponimus vnam ex filiabus ſcriptam fuiſſe hæredem ex quadrante, quæritur quomodo ei ſuccurrendum ſit. Quæſtio ex eo naſcitur, quod videtur omnino infirmatum eſſe teſtamentum, quomodo igitur ei ſuccurretur? non enim æquum eſt eam fraudare. Non eſt æquum, vt hæc filia reſciſſo teſtamento per querelam inofficioſi teſtamenti totam conſequatur hæreditatem. hoc enim iudicio res ad cauſam inteſtati reducitur, id eſt, perinde eſt ac ſi paterfamilias inteſtatus deceſſiſſet. quod ſi mater inteſtata deceſſiſſet, hæc filia præterita ſemiſſem tantum hæreditatis conſecutura eſſet. Ergo non plus conſequetur, quam ſi mater inteſtata deceſſiſſet. diſputat. dici poteſt. In ſpecie propoſita videtur ideo filia præterita, ſi petat totam hæreditatem, & obtineat in querela inofficioſi teſtamenti, quaſi omittere ab inteſtato. Ea quæ ex teſtamento adiit hæreditatem, non poteſt petere ab inteſtato. Nam videtur omittere hæreditatem ab inteſtato. ſi etiam petat ex teſtamento, non poteſt, quia teſtamentum reſciſſum eſt. *Præterea dicendum eſt.* non eſt ſimilis omittenti, quæ adiit hæreditatem, putans ſe ex teſtamento hæredem eſſe, non eſt intelligendum velle hæreditatem ab inteſtato habere. *Et ideo.* hic quæ egit de inofficioſo teſtamento ſemiſſem conſequetur, filia inſtituta alterum ſemiſſem conſequetur. *Licet quaſi inofficioſa.* Et ſic teſtamentum pro parte ratum manet, & pro altera parte reſcinditur: pro ea parte, reſcinditur, quam fuiſſet conſequutus extraneus, qui hæres inſtitutus eſt. *Licet quaſi.* his verbis diluit obiectionem, fieri non poteſt, vt non valeat teſtamentum pro parte, & valeat pro parte cum furioſæ ſit teſtamentum, ſed hic Iuriſconſul. addit, *quaſi,* inquit, *videatur prope ad dementiam accedere is, qui tale teſtamentum fecit.* Sententia Pauli eſt, vt puto hic teſtamentum pro parte infirmari, & pro parte ratum manere. Ceterum & ſi quis putauerit totum teſtamentum infirmari, quid obeſt quin filia inſtituta petat hæreditatem? Nam vtraque filia potuiſſet petere hæreditatem ab inteſtato. Hoc exemplo admonemur, quod à nobis dictum eſt reſcindi teſtamentum hoc iudicio, ſic intelligendum eſſe, reſcindi vel in totum vel pro parte. Itaque hic duo præcipui loci conſiderandi ſunt. Quibus prodeſt hoc iudicium, & quibus nocet iudicium contra teſtamentum. Quæritur quibus proſit hæc ſententia, deinde quibus noceat. de his duobus videndum eſt ordine & ſigillatim.

Cap. XIII.

De his quibus prodeſt ſententia contra teſtamentum lata.

Hic locus valde obſcurus eſt, propter difficiles antinomias iuris, quæ hic reperiuntur. In primis dicitur in leg. 6. §. ſi quis ex his. hic. Si quis de inofficioſo egerit, cum ei querela de inofficioſo non competeret, & obtinuerit. Aduerſa-

rius contendebat in iudicio eum non poſſe ab inteſtato ſuccedere defuncto: is nihilominus obtinuit, quæritur quibus proſit hæc ſententia. Et dicitur ei non prodeſſe, ſed iis tantum, qui ab inteſtato poterant ſuccedere. Diuerſum eſt, quod dicitur in l. filio. 16. & l. ſi non mortis. §. vlt. In d. l. filio. mater præteriit filium, & filiam ſuo teſtamento, filius egit querela inofficioſi teſtamenti contra teſtamentum matris, filia non egit, vel non obtinuit. Ibi dicitur in hæreditatem legitimam fratri non concurrere: nunc dicimus victoriam vnius aliis prodeſſe, qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent, ſed ſi mater inteſtata deceſſiſſet, potuiſſet ab inteſtato filia ſuccedere.

Aliud eſt in l. ſi non mortis. 25. §. vlt. hoc videtur magnopere pugnare cum §. ſi quis ex his. nam in hoc §. dicitur victoriam eius, qui non poterat queri, quia non erat filius, vel pater vel frater, & obtinuit, quia nemo eum repulit, ei non prodeſſe huiuſmodi ſententiam, ſed aliis, qui ab inteſtato ſucceſſuri erant defuncto. hic dicitur victoriam prodeſſe. Dixi in hac querela locum eſſe edicto ſucceſſorio, & liberos præcedere parentes, & parentes præcedere cognatos. hic dicitur, ſi pater obtinuerit, quem tamen præcedebat filius, excludere præcedentes perſonas, & admitti ad hæreditatem. hæc valde pugnantia ſunt. Ego non conteram tempus in recitandis aliorum opinionibus. Mihi videtur hunc, qui vicit, non fruſtra videri viciſſe, ſed per conſequentiam etiam ceteris, qui ab inteſtato ſucceſſuri eſſent, prodeſſe, ſi teſtamentum non eſſet factum à defuncto. hic locus hoc ſatis probat, in l. ſi mortis. §. vlt. ſed nos torquet explicatio d. §. ſi quis ex his. Ego ſolitus ſum ſic interpretari: *Non ei proficit victoria*, id eſt, non tantum ei proficit victoria, ſed etiam aliis, qui ſucceſſuri eſſent ab inteſtato. Non dubito quin hoc durum videatur iis, qui non ſunt exercitati in formula loquendi iuris auctorum. Vnum ſimile exemplum eſt in l. lex Cornelia. §. domum. infra de iniuriis. Domum accipimus non proprietatem, ſed etiam habitationem, id eſt, non tantum proprietatem. Sic accipimus quod dicitur in l. 1. infra de aqua quoti. & æſtiua. hoc maxime conſentaneum eſt iis quæ diximus, in l. mater. In ſpecie huius legis mater obtinuit, & victoria eius non tantum ei prodeſt, ſed etiam ſorori, & ſoror poteſt etiam petere ab inteſtato. Ad l. filio. in princ. d. l. filio, non obſtat. egit pro parte, inquit, prodeſt ſententia iis, qui repudiarint. l. qui repudiantis. 17. l. ſi proponas. §. vlt. Hoc proprium eſt huius iudicii. hoc iudicium multa ſingularia habet, quæ non reperiuntur in aliis actionibus ordinariis. *Cum facerent inteſtatum.* Sic legendum eſt: in aliis libris legitur: *Cũ facerent teſtamentum.* Quod hic dicitur de centumuiris à nobis ſupra explicatum fuit, dixi hoc iudicium eſſe centumuirale. l. vlt. C. de petit. hæred. & l. Titia. hic. huic ſimile eſt, quod dicitur in l. ſi proponas. §. vlt. *Victoria vnius prodeſt alteri.* niſi repudiauerit. Ad mouendam querelam inofficioſi teſtamenti, dixi præſtitutum eſſe quinquennium. Dixi duo hic quæri circa hunc locum. Quibus proſit ſententia contra teſtamentum diximus. Nunc ad cetera, quæ ſequuntur, progrediamur.

Cap. XIV. *De his quibus nocet hæc ſententia.*

SEntentia quæ contra teſtamentum datur, non tantum nocet ſcripto hæredi, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis, quibus in teſtamento aliquid relictum eſt, etiam ſi Libertas relicta ſit. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. hic. Adeo verum eſt, quod diximus infirmari teſtamentum, vt ne legata quidẽ aut fideicommiſſa quæ relicta ſunt eo teſtamento valeant. Simile eſt quod dicitur in l. repudiantis. §. vlt. Diximus res inter alios actas, aliis non nocere. l. ſæpe. de re iud. Sed aliquando ſententia ius facit etſi inter alios dicta ſit. veluti ſi quid ſine colluſione vlla, parte præſente iudicatum ſit. Et hoc receptum eſt in quæſtione nobilitatis, ſicut dicitur in quæſtione ſtatus, cum quæritur an aliquis ſit liber, an ſeruus, an paterfamilias, filiusfamilias. l. 3. de liber. agnoſ. Hoc intelligendum etiam ſi clauſula codicillaris adſcripta ſit teſtamento. Quæſitum etiam fuit de effectu ſententiæ, quæ fertur in querela inofficioſi teſtamenti. Et diximus diſtinguendos eſſe tres caſus. Nam aliquando ſententia fertur contra teſtamentum, aliquando pro teſtamento, interdum etiam variæ ſunt iudicum ſententiæ, vna eſt pro teſtamento, altera contra teſtamentum. De ſententia, quæ datur contra teſtamentum dicere cœpimus. Et diximus eam ſententiam non tantum nocere ſcriptis hæredibus, qui ſunt in eo ſcripti teſtamento, ſed etiam legatariis, & fideicommiſſariis: imo etiam iis, quibus relicta eſt libertas, quamuis alias libertas maxime fauorabilis ſit. hæc enim ſententia ius facere dicitur, etſi alias res inter alios iudicata aliis non præiudicet. l. ſæpe. de re iudic. Hinc quæritur, ſi adiecta ſit clauſula codicillaris teſtamento, an legata & fideicommiſſa & libertates relictæ debeantur? hæc quæſtio tractatur in l. Titia. 13. Proponitur huiuſmodi ſpecies, de qua conſultus Scæuola reſpondit. Mater quædam cum duas filias haberet, alteram inſtituit, alteram præteriit ſuo teſtamento: filio autem ſuo legata dedit. Ex hoc teſtamento dubium non eſt, quin competat querela inofficioſi teſtamenti filiæ præteritæ, nam præteritio matris, vt diximus, pro exhæredatione habetur. Sed dubitatio & quæſtio naſcitur ex clauſula quam adiecit mater teſtatrix ſuo teſtamento. *Volo*, inquit, *hæc omnia præſtari ab omni hærede meo.* Etiam ſi quis mihi ſucceſſerit ab inteſtato. hæc eſt clauſula codicillaris, quæ magnam vim habet ad confirmationem legatorum, & fideicommiſſorum. l. vlt. C. de codicil. l. ex teſtamento. l. eam quam. C. de fideicom. l. ex ea ſcriptura. ff. de teſtam. l. ſi patroni. 55. §. vlt. ad ſenatuſconſ. Trebel. quamuis alias teſtamentum non valeat, quia omiſſa eſt ſolennitas in faciendis teſtamentis neceſſaria, vel quia adita non eſt hæreditas, nihilominus propter hanc clauſulam debentur legata, quia voluit teſtator ea legata præſtari ab omni hærede, etiam qui ſucceſſurus eſt ab inteſtato. Vnde probabiliter quæſitum fuit apud Scæuolam in propoſita ſpecie, cum reſcinditur teſtamentum, tanquam inofficioſum, propter filiam præteritam vt diximus, an legata debeantur propter hanc clauſulam adiectam, quæ alias non deberentur. Subiicitur ad finem huius capitis nota quædam Pauli. *Paulus notat ac probat.* vult Paulus in propoſita ſpecie non deberi legata, aut fideicommiſſa ab inteſtato, etiamſi teſtator expreſſerit, ſe velle à quocunque hærede ſuo, etiam legitimo ſuccedente ab inteſtato, legata relicta præſtari. Demens non magis codicillos facere poteſt, quam teſtamentum. l. 2. & l. diui. §. codicillos. ff. de iure cod. Ergo clauſula codicillaris non poteſt facere, vt teſtamentum conditum à demente valeat, etiam in vim codicillorum. Sanitas mentis neceſſaria eſt in codicillis faciendis, ſicut in teſtamento faciendo. *Quaſi à demente.* His verbis Iuriſconſultus ſignificat, quod dicitur in leg. 3. hic. ſanum mentis eum non eſſe, qui indigni & innocentem filium excluſit ab hæreditate ſua, cum in hac re idem fecerit, quod quiuis demens faceret ſine cauſa: excludere filium ab hæreditate ſua, dementiæ eſt. Hæc ſententia Pauli eſt Scæuolam notantis. Nam Paulus notas ſcripſit ad reſponſa Scæuolæ. Sed conſiderauit Scæuola, non continuo dementem eſſe, qui immerentem ab hæreditate ſua excluſit, qui exhæredauit. Et multum intereſt inter teſtamentum factum ab homine demente, & teſtamentum factum ab homine ſanæ mentis. Sed probabilis eſt ſententia Pauli quam hic ſequi debemus. Quidam ex eruditis noſtri temporis, inter quos Franciſcum Conanum honoris cauſa nomino, cuius præclara monumenta magnam gloriam auctori ſuo pepererunt, exiſtimauit Scæuolam hic inepte reſpondiſſe ad quæſtionem propoſitam. Ego autem alias de hoc genere reſpondendi veterum Iureconſultorum maximeque Scæuolæ ſcripſi, edito de hac re nominatim libello. Scripſi hic non ad propoſitam quæſtionem reſpondiſſe Scæuolam. Scæuola hic ius certum reſpondet more veterum Iureconſultorum. Reſpondet Scæuola, quod certi iuris eſt, ſicut in leg. à teſtatore. infra de conditio. & demonſtrat. reſpondet poſſe quem committere fidei eorum, quos ab inteſtato ſibi ſuccedere ſperat, non tantum eorum fidei quos inſtituit hæredes in teſtamento ſuo, vt legata & fideicommiſſa præſtent. Et ſic exiſtimauit Scæuola in propoſita ſpecie, nihil eſſe, cur ab illo certo iure recedendum eſſet. Non inepte igitur hoc ab eo reſponſum eſt. Paulus tamen ab eius ſententia receſſit motus alia probabiliori ratione, quod videatur quaſi ab homine demente hoc teſtamentum factum eſſe. vt in lege tertia, hic. quia propoſita fuerat generaliter quæſtio. Conſultor non ſatis expreſſerat id, de quo dubitaret, quia videbat eum non ſatis exprimere id, de quo conſulebatur, ideo dicit: ſi

hoc

hoc quæratur. Ideo mirum non eſt, ſi reſponderit ſub conditione. De centumuirali iudicio, non eſt neceſſe hic plura dicere, quamuis Accurſius centumuirale iudicium à centumuiris, id eſt, ſenatoribus dictum eſſe putet. Centumuiri erant, qui de petitione hæreditatis, & de inofficioſo teſtamento iudicabant. Quod autem diximus ſententiam, in querela inofficioſi teſtamenti latam, contra teſtamentum nocere legatariis ac fideicommiſſariis, aut iis quibus libertates relictæ ſint teſtamento, hoc intelligendum eſt cum aliquot exceptionibus.

Vna eſt in l. cum mater. quæ eſt ex libro ſingulari Pauli, de centumuirali iudicio. In hac ſpecie de qua cognoſcens decreuit Adrianus Imperator, teſtamentum rumpitur quantum ad inſtitutionem attinet, ſed legata & libertates nihilominus præſtantur. In qua ſpecie expendendum eſt & conſiderandum, non poſſe factum matris argui, quaſi ea receſſerit ab officio pietatis, cum falſo mater audiſſet filium in militia deceſſiſſe, & alios hæredes in teſtamento inſtituiſſet. Hoc caſu credibile eſt, ſi mater intellexiſſet filium ſuum viuere, eum hæredem inſtituturam eſſe. Viſum eſt Adriano ſatis eſſe, ſi querela inofficioſi teſtamenti ita rumpatur teſtamentum, vt partem ſibi competentem filius conſequatur, quæ ſibi debetur ab inteſtato, ſed tamen quod ad legata, ratum ac firmum teſtamentum maneat. Quæ ſequuntur in eodem capite multum obſcuritatis habent. Illud annotatum eſt, *Nam cum inofficioſum.* Sunt qui ita interpretentur hæc ſequentia verba, quaſi Paulus reprehendat notetque quod Adrianus decreuit de libertatibus & legatis, vt legata & libertates præſtentur, quaſi hac ratione nitatur, qua decretum illud Adriani Imperatoris quaſi abſurdum ſit, ex eo teſtamento quod inofficioſum arguitur, legata & fideicommiſſa præſtare. In hanc ſententiam video deſcendere eruditos quoſque noſtri temporis, quibus vix aſſentiri poſſum. Mouet me ambiguitas huius orationis, & quod ſuperius tradidimus, locum communem tractantes de interpretatione iuris ex titu. de legibus, & ſenatuſconſul. l. in ambigua. Dixi in ambigua oratione accipiendam eſſe eam interpretationem, quæ vitio caret. Hanc autem quam ſequimur non poteſt dici, meo iudicio, carere vitio. vix enim credibile eſt Paulum tantum ſibi arrogaſſe, vt decretum principis, quodque legis vim habet, auſus fuerit notare & reprehendere. Sæpe quidem accidit, vt alii aliorum ſcripta notent & reprehendant. Ex Iuriſconſ. videmus Paulum aliquando reprehendere Scæuolam, aliquando notare Papinianum. Sed magna temeritas & audacia hæc fuiſſet, decretum principis reprehendere & notare, quod vim & auctoritatem legis habet. Cum igitur hoc dubium ſit, mihi ita videtur accipiendum eſſe, vt non reprehendatur reſcriptum principis. Nihil enim viſum eſt dignius notatu & ſingularius in reſcripto principis, quam id quod dicitur de legatis & libertatibus. Ergo hoc merito annotari debuit, quod adiicitur in decreto Adriani principis. Hæc interpretatio, pace aliorum dixerim, mihi videtur longe probabilior & melior eſſe. Quod quæritur vtrum in hac ſpecie rumpatur teſtamentum, quantum ad inſtitutionem attinet, certum eſt filium præteritum non poſſe rumpere teſtamentum, niſi per querelam inofficioſi teſtamenti. l. præcedente. §. vlt. ſed nobis faceſſit negotium l. 3. C. eod. eam legem iam nos interpretati ſumus, ſed vt eius ſententia melius intelligatur, & vt facilius conciliari poſſint, quæ videntur diſſentire, aliquid de ea re repetendum eſt in d. l. 3. C. eod. Eadem ſpecies proponitur vt videtur, & tamen conſtitutum eſt præteritionem matris haberi pro inſtitutione, perinde eſſe ac ſi mater inſtituiſſet filium quem præterierat, ignorans ſe eum filium habere. hic autem præteritio matris habetur pro exhæredatione, & neceſſaria eſt querela inofficioſi teſtamenti ad rumpendum teſtamentum, alias ad hæreditatem aſpirare non poteſt filius præteritus: ſic dicitur in l. 3. C. eod. ſi modo fecerit teſtamentum, duoſque filios quos habebat inſtituerit, aliumque poſt teſtamentum factum ſuſceperit, deceſſeritque nulla eius facta mentione, eum haberi pro inſtituto, ſi ei non licuerit poſt partum mutare teſtamentum, puta quia in puerperio deceſſit: ſed in ea hypotheſi, vt ego docui in eius legis interpretatione, aliæ ſunt circumſtantiæ ob quas reſcripſit Imperator. filium præteritum à matre perinde habendum eſſe, ac ſi inſtitutus hæres eſſet. In primis fauor teſtamenti id poſtulat. Secundo proponitur mater non potuiſſe mutare ſuum teſtamentum, & deceſſiſſe in puerperio, deinde alios filios hæredes inſtituiſſe. hæ circumſtantiæ ſuadent pleniſſime fauendum eſſe eius teſtamento. Credibile eſt eam ſimul inſtituturam eſſe hunc, ſi ei licuiſſet mutare teſtamentum. His igitur circumſtantiis, quæ multæ & variæ ſunt, adductus Imperator ita reſcripſit. Hæ ſpecies multum diſſimiles ſunt, quæ tamen imperitis & rem non ſatis expendentibus ſimiles eſſe videntur. Hoc accidit iis, qui diligenter exercitati ſunt in quaque arte, cum alii videantur plane cæcutire, qui res diſtinguere, aut diſcernere non poſſunt. Reſciſſo ergo teſtamento per querelam inofficioſi teſtamenti, legata & fideicommiſſa, imo etiam libertates relictæ non debentur. Inde quæritur quid ſi teſtamentum pro parte tantum reſciſſum ſit: hac enim querela variis modis teſtamentum reſcinditur, vt teſtator habeat teſtamentarios hæredes, & legitimos ſimul. l. circa. hic. Quid igitur ſi teſtamentum reſciſſum ſit pro parte, quid dicemus de legatis & fideicommiſſis? hæc quæſtio tractatur in l. cum duobus. C. eod. vbi dicitur, legata, quæ diuiſionem recipiunt, pro parte præſtari, ſi teſtamentum pro parte reſciſſum ſit, quæ vero non recipiunt diuiſionem, ea in ſolidum præſtari debere.

Quæſtio eſt etiam de repetitione legatorum ſolutorum, vel fideicommiſſorum ſi ſoluta ſint. hæres ſcriptus in teſtamento inofficioſo legata & fideicommiſſa ſoluit, & libertates præſtitit: reſciſſum eſt teſtamentum querela inofficioſi teſtamenti, quæritur an poſſit repeti quod ſolutum eſt? hac quæſtio tractatur duob. in locis. in l. Papinianus. §. ſi ex cauſa, & l. eum qui. §. item quæſitum. hic. In vna lege dicitur repetitionem ei dare, qui teſtamento exhæredatus eſt, vel ei qui ſoluit. In alia lege dicitur: Si ſciens ſoluerit non poſſe repetere, & hunc locum tractaui infra ſub ti. de condic. indeb. ad l. 6. vbi dixi non mirum eſſe, vt quod quis ſoluit, alius repetat. hæc quæ diximus, locum habent ſecundum ius antiquum, quod in Pandectas relatum eſt. Hodie autem per nouellam conſtitutionem Iuſtiniani, quando per querelam inofficioſi teſtamenti teſtamentum reſcinditur, legata & fideicommiſſa debentur, & quæcunq; teſtamẽto relicta ſunt, firma & rata manent, reſcinditur teſtamentum tantum, quantum ad inſtitutionem attinet, Nouella conſtit. 115. in Norica editione vulgo inſcribitur, vt cum de appel. Hac de re tamen magna controuerſia eſt, nec mirum eſt eos in tantam controuerſiam incidiſſe, cum dubitarint. an querela inofficioſi teſtamenti per eã conſtitutionẽ ſublata ſit. hæc quæſtio plene tractata fuit à nobis: Ego dixi nunquam veniſſe in mentẽ Iuſtiniano, vt querelam inofficioſi teſtamenti tolleret, ſed Iuſtinian. vult ſi quis egerit querela inofficioſi teſtamenti, non aliter vincere ſcriptũ hæredem in teſtamento, quã ſi obſeruata fuerint ea, quæ cõſtituta ſunt ea conſtitutione. Oportet primum, vt filius exhæredatus ſit, ob iuſtam cauſam, & ea expreſſa ſit à teſtatore in teſtamento. Deinde quod probet hæres ſcriptus veram eſſe cauſam. Si hæc obſeruata nõ fuerint, vult Iuſtinianus poſſe reſcindi teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti. hæc continentur Iuſtiniani conſtitutione, ſi eam non cauillemur. Tenendum ergo eſt Iuſtinianum ea noua conſtitutione iuri antiquo derogare, quod iam recitauimus, & hodie in querela inofficioſi teſtamenti, ſi reſciſſum fuerit teſtamentum, nihilominus legata & fideicommiſſa deberi. Sic decretum illud Adriani proxime ad ius hoc nouum accedit. Et forte exemplum huiuſmodi decreti vtilitate eius percepta mouit Iuſtinianum, vt latius produceret vtilitatis cauſa. hic eſt effectus ſententiæ, quæ datur contra teſtamentum in querela inofficioſi teſtamenti. Sed animaduertendum eſt, ſuperius dicta intelligenda eſſe, ſi appellatum non ſit à ſententia. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Nam ſi prouocatum fuerit ab ea ſententia contra teſtamentum, ſuſpenditur interim effectus ſententiæ. Eſt locus communis de effectu appellationis. l. 1. ad ſenatuſcon. Turpill. vbi dicitur prouocationis remedio ſententiam extingui. l. 2. §. vlt. infra de pœnis. Damnum enim non intelligimus, qui appellauit à ſententia aduerſus eum lata. Vnde omnia manere debent in eodem ſtatu, ſi appellatum ſit à ſententia, quæ aduerſus teſtamentum lata eſt.

Notandum tamen eſt victori ex cauſa, in hoc caſu, decerni interim alimenta. Et de hac re eſt locus obſeruatione digniſſimus in l. ſi inſtituta. §. de inofficioſo. hic. Sententia lata fuit contra teſtamentum. hic dicitur: ſcriptus hæres appellauerat, quamuis regulariter appellatione pendente nihil innouandum ſit, tamen in hoc caſu æquum viſum eſt, vt victori decernantur alimenta, vſque ad finem litis. hic magna æquitas, & magna ratio ſuadet, vt interim victori prouideatur, propter magnas circunſtantias. hic expendendæ ſunt circunſtantiæ, propter quas hoc placuit imperatorib. Conſiderat in hac ſpecie in primis filium eſſe cui prouidetur, proponitur pupillus eſſe. Ætas etiam ſuadet vt ei conſulatur, proponitur inops eſſe, ita vt aliter ſe tueri nequeat, proponitur etiam lata eſſe pro eo ſententia, non contra eum, quod diligenter conſiderandum eſt. Suſpenditur quidem effectus ſententiæ, propter appellationem, dum pendet appellatio, ſed interim tamen præſumitur pro ſententia. l. Herennius. §. Caio. infr. de euict. ne propter moram iudicii egeat pupillus, filius inops, vt hic proponitur. Igitur non immerito placuit ei alimenta pro modo facultatum decerni dum pendet appellatio. Hoc exemplum ſecuti videntur eſſe Pontifices in abbatibus & monachis ſuis. c. ex parte. de accuſat. Si monachus litiget contra abbatem ſuum, lite pendente, interim cogetur ei abbas alimenta præſtare, ne bis forte moriatur, qui alioqui connumeratur inter mortuos. Hęc de ſententia, quæ datur aduerſus teſtamentum.

CAP. XV.

De ſententia pro teſtamento lata.

ET in primis dicendum eſt, ſicut ſententia lata contra teſtamentum ipſum teſtamentum reſcindit, ita etiam ſententia lata pro teſtamento ipſum teſtamentum infirmat, ex loco à contrario ſumpto ex l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Deinde addendum eſt, & hic eſt alius effectus huius ſententiæ, quod qui ſuccumbit in hoc iudicio, cum ſententia fertur pro teſtamento, perdit quicquid relictum eſt ſibi eo teſtamento, id ei aufertur tanquam indigno, & fiſco vindicatur. l. Papinianus. §. meminiſſe. Si quid forte ei legatum ſit teſtamento, is non poteſt petere, hac pœna plectitur propter improbam accuſationem, & querelam ſuam, idque ablatum vt indigno, fiſco vindicatur, ſicut alia quæque quæ indignis auferuntur, quod notandum eſt. nullibi enim tam aperte expreſſum eſt, vt quæ indignis auferuntur, fiſco vindicentur. Et eſt locus communis de legatis, quæ vt indignis auferuntur. Studioſi eſt diligenter hæc notare, & in indices referre: hoc autem interpretatur Vlpianus in verbis ſequentibus: ſi quis perſeuerauerit in lite, quam improbam vocant, vſque ad ſententiam, hac plectitur pœna: deinde addit Iuriſconſ. ſi abſente eo pronunciatum fuerit, ſecundum partem præſentem, nihilominus eum conſecuturum, quod ei teſtamento relictum eſt. Quod diximus auferendum eſſe legatum, vt indigno ei qui falſo accuſauit teſtamentum, & fiſco vindicandum, intelligendum eſt, ſi lata ſit ſententia pro aduerſario, eo præſente: ſi vero lata ſit eo abſente, non plectetur hac pœna. Simile eſt quod dicitur in l. ſi ideo. infra de euict. Si lata ſit ſententia emptore abſente, non habebit actionem de euictione, ſed habebit ſi lata ſit eo præſente, & contradicente. *Cæterum ſi id rogatus.* hoc pertinet ad interpretationem, dicimus eum amittere legata, &c. Quid ſi legata ſit ei pecunia & fideicommiſſa eius, vt eam alii reſtituat, an illud legatum amittet? Et dicitur, quia eius emolumentum ad eum non pertinet, id legatum non vindicari fiſco. tota enim hæreditas non vindicabitur fiſco, ſi hæres inſtitutus, qui iuſſus eſt alteri hæreditatem reſtituere, non obtinuerit in querela inofficioſi, ſed id tantum quod per legem Falcidiam potuit detrahere. Diximus ſupra, hanc querelam dari tantum exhæredato, nonnunquam præterito, vt ſi filius fuerit præteritus à matre, ſed inſtituto non competere. Sed hic dicitur inſtitutus eſſe, & his verbis innuit eum poſſe querela inofficioſi teſtamenti experiri. Sed cum dicimus, inſtituto non poſſe querelam inofficioſi teſtamenti competere, id eſt, qui emolumentum ex hæreditate percepturus eſt, non intelligimus inſtituto denegandam eſſe querelam, qui rogatus eſt reſtituere, nudum tantum nomen habet hæredis, quamuis lex Falcidia ei permittat quartam partem deducere.

Ex his quæ diximus, naſcuntur variæ quæſtiones: eas hic tractaturi ſumus: vna eſt in l. etiam. 11. hic. varia eſt lectio huius loci. In codicibus quibuſdam ita legitur, *etiamſi in querela inofficioſi non obtinuit.* & ſic legit Haloander in aliis, at in Florentinis deeſt negatio. Secundum Noricam lectionem, quæ eſt Haloandri, quæritur, ſi is qui agit querela inofficioſi teſtamenti, non obtinuerit, quia ſententia lata eſt pro teſtamento, an quod ei derogatum eſt, inter viuos, qui egit querela inofficioſi, ſit ei auferendum? Et dicitur ei non eſſe auferendum. vt exempli gratia, ſi dedit aliquid filiæ ſuæ in dotem, & ea egerit querela inofficioſi teſtamenti, & non obtinuerit, quod ei dotis nomine datum eſt, non auferetur. Huic conſentaneum eſt, quod dicitur in l. poſt legatum. infra de his quib. vt indignis. §. qui mortis. Cum dicimus eum, qui ſuccubuit in querela inofficioſi teſtamenti, amittere, quod eo teſtamento ei relictum eſt, hoc non pertinet ad id quod ei donatum eſt, extra cauſam teſtamenti. Sed aliter in Pandectis Florentinis legitur. deeſt negatio. Secundum hanc lectionem, non ponimus ſententiam latam eſſe contra teſtamentum, reſciſſum eſſe teſtamentum, ſic inſtitutus in teſtamento poterit ex hoc teſtamento petere. reſciſſo teſtamento per querelam inofficioſi teſtamenti, omnia quæ eo teſtamento relicta ſunt, ſed ei auferentur: ſed quod ei donatum eſt non auferetur ei: vtraque lectio iuri conueniens eſt. *Quæ viuus ei, &c.* eſt particula reſponſi Modeſtin. ei ſcilicet, de quo conſultus fuerat, de quo quærebatur. ſumptum eſt tantum id, quod pertinere videbatur ad hunc titulum, reliquum omiſſum eſt. Ego idem alias obſeruaui in leg. curent. 22. ff. de teſtibus. cum eum locum interpretarer aduerſus aliorum ſententiam. Alia quæſtio eſt in l. filius. vel potius aliæ quæſtiones.

Prima quæſtio eſt de patre, qui egit querela inofficioſi teſtamenti iure filii. filius exhæredatus erat, egit forte pater conſentiente filio, ſi non obtinuerit in accuſatione, & ſententia feratur ſecundum teſtamentum, an quod patri datum eſt, fiſco vindicetur & publicetur? dubium non eſt quin legatum relictum filio publicetur. Sed quid dicemus de legato patri relicto? Hic reſpondet Iuriſconſultus, parat filio non ſibi victoriæ commodum. In hac cauſa nihil agitur de officio patris, ſed de meritis filii, id eſt, an filius merito exhæredatus ſit, an non ſit. Pater agit querela inofficioſi teſtamenti, non ſuo, ſed filii iure. Et perinde eſt ac ſi filius ageret, filio agente de inofficioſo non æquum eſt patrem amittere quod ſibi eo teſtamento relictum eſt, propter accuſationem filii.

Alia quæſtio eſt in eadem lege. Filius exhæredatus eſt à patre, me hæredem inſtituit mota iam lite aduerſus teſtamentum patris, ego perſecutus ſum eam litem: pro teſtamento pronunciatum eſt, quæritur an amittam legatum mihi eo teſtamento relictum? Certum eſt me egiſſe iure meo, & ſucceſſiſſe in querela inofficioſi teſtamenti. Non tamen amittam illud legatum, mihi eo teſtamento relictum, quia egi iure hæreditario, non autem tanquam exhæredatus. Et multum refert an quis nomine proprio, an vero nomine hæreditario agat. Hæres ſuſtinet duplicem perſonam, & eius cui ſucceſſit, & ſuam. Amittit igitur is illud tantum legatum quod perſequitur iure hæreditario.

Item ſi arrogaui. Alia eſt quæſtio, ſpecies obſcuritatem non habet, iis intellectis quæ iam diximus. Hic obiter obſeruandus eſt locus communis de bonis maternis, quoniam alii cōmodum victoriæ parat. Pater enim agens nomine filii de inofficioſo teſtamento, non ſibi, ſed filio commodum victoriæ parat, etiam hoc iure, quod in Pandectas relatum eſt. Alia acquiruntur filio præter caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe peculium. De caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi nulla dubitatio eſt, & hic locus oſtendit etiam hæreditatem maternam acquiri filio. l. 1. C. de bonis maternis, ſed huius rei diſputatio alio reiicienda eſt.

Alia quæſtio eſt. Legatum eſt aliquid tutori vel curatori in eo teſtamento, in quo pupillus præteritus eſt vel exhæredatus. Tutor pupilli ſui nomine egit de inofficioſo teſtamento, non obtinuit, in ea lite ſententia fertur ſecundum teſtamentum, quæritur an amittat tutor quod ſibi legatū eſt eo teſtamento. Iuriſcon. ait ſecutus reſcriptum D. Antonini non amittere. Nam tutor cogitur velit nolit competentes actiones pu-

nes pupillo exercere. neceſſitas enim officii ſui eum excuſat. l. tutore. infra de iis quib. vt indignis. Sed quomodo valet legatum cum teſtamentum pronunciatum eſt inofficioſum? Nam ſententia nocet legatariis. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Reſpondet Bar. ſi teſtamentum pronunciatum ſit inofficioſum, legatum relictum tutori nihilominus præſtari, quamuis alias non præſtetur, ſed non animaduertit vir bonus hic agi de ſententia lata pro teſtamento, ſed contra teſtamentum. Cum ſententia fertur pro teſtamento, ſi nihil aliud impediat, cur non valebunt legata & fideicommiſſa? Verum eſt ad puniendum eum, qui litem improbam mouit, & ad finem in ea perſeuerauit: auferri ei legatum vel fideicommiſſum relictum tanquam indigno & fiſco vindicari. Sed fefellit Bartolum & alios confuſio & perturbatio horum capitum, quibus multū lucis adfert diuiſio qua vtimur.

Ex his quæ diximus, apparet magnum eſſe effectum ſententiæ, quæ fertur pro teſtamento, in querela inofficioſi teſtamenti. Diximus primum eam confirmare teſtamentum, deinde puniri eum, qui de inofficioſo teſtamento egit, & non obtinuit. Nec dubitandum eſt, quin ſubmoueatur exceptione rei iudicatæ, is qui egit de inofficioſo teſtamento, cum abſolutus eſt hæres ſcriptus in ea querela. Sed quæſtio eſt an poſſit alia ex cauſa teſtamentum impugnare, quod teſtamentum falſum ſit, & quod teſtamentum iure perfectum non ſit: hæc quæſtio tractatur in l. eū qui. hic. Is qui egit de inofficioſo teſtamento, & non obtinuit, ſi denuo agat ſubmouebitur exceptione rei iudicatæ. Quid ſi velit impugnare teſtamentum vt falſum, non autem vt inofficioſum? hic dicitur non eſſe ſubmouendum exceptione rei iudicatæ. Et idem de eo dicitur, qui dicit nullum eſſe teſtamentum. l. contra maiores. C. eod. Ratio eſt, quia ex diuerſis cauſis agitur de falſo & de inofficioſo, quamuis vtraque actio ad eundem finem ſpectet, nempe vt patremfamilias inteſtatum faciat, vt ad cauſam inteſtati res omnino recidat, tamen alia eſt & diuerſa cauſa agendi, vtroque iudicio. Is enim qui agit de inofficioſo teſtamento, dicit defunctum teſtamentum feciſſe contra officium pietatis, & videri parum ſanæ mentis feciſſe, qui indigne & immerentem præteriit, vel exhæredauit filium ſuum, deinde petit vt perinde reſtituatur hæreditas, atque ſi inteſtatus deceſſiſſet. In accuſatione falſi alia cauſa eſt. Is qui falſum eſſe teſtamentum contendit, non dicit teſtatorem aliquid feciſſe alienum ab officio patris, ſed accuſat vitium hæredis. Idem petit, quaſi teſtamentum nullum ſit, quod re vera nullum eſt, vt ſibi reſtituatur hæreditas. Is etiam qui dicit teſtamentum nullum, dicit ſolennia defuiſſe. Ideo exceptio rei iudicatæ non præiudicat in alio iudicio, non videtur eadem quæſtio in iudicium deduci. Et notanda eſt regula huc pertinens, in l. cum quæritur. infra de except. rei iudic. Cum quæritur an eadem quæſtio deducatur in iudicium, videndum eſt an eadem res petatur, an ex eadem cauſa, an inter eaſdem perſonas. Hæc omnia concurrere debent, vt obſtet exceptio rei iudicatæ. Aliqui argutias hic comminiſcuntur non admodum vtiles, aiunt: Hac querela inofficioſi teſtamenti petitur hæreditas. Petitio hæreditatis eſt in rem actio. Ergo videntur omnia deducenda eſſe in iudicium, vt nocere debeat exceptio rei iudicatæ, quacunque ex cauſa poſtea quis velit agere aduerſus teſtamentum. Aiunt actiones in rem differre ab actionibus in perſonam, in hac re is qui agit in rem, videtur omnem rem in iudicium deducere, dicit ſe dominum: Quacunque igitur ex cauſa poſtea agat, ſummouebitur exceptione. Alias ego dixi ſub titulo de exceptione rei iudica. actiones in rem ab actionibus in perſonam non multum hac in re differre, ſed in vtriſque actionibus videndum eſſe, quod traditur in l. cum quæritur. de excep. rei iudic. Atque ita diſtinguitur in l. ſi mater. §. 1. & §. eadem. de except. rei iudic.

Ad argumentum propoſitum reſpondendum eſt. Petitio hæreditatis in rem actio eſt, verum eſt. Is qui agit de inofficioſo teſtamento petit hæreditatem, affertque hanc cauſam petitionis ſuæ, quod exhæredatus ſit contra officium pietatis, verum quoque illud eſt. Ergo videtur omne ius ſuum in eam deducere. Sed facile eſt reſpondere ex his quæ diximus. Is qui agit querela inofficioſi teſtamenti, non dicit ſimpliciter ſe hæredem eſſe: ſed dicit ſe hæredem eſſe, quia indigne eſt exhæredatus à patre, ſi poſtea contendat ſe hæredem quod teſtamentum nullum ſit: quia ſolennitates in teſtamentis faciendis neceſſariæ omiſſæ ſunt, aliam cauſam adfert petitionis ſuæ. Hactenus de ſententia, quæ fertur pro teſtamento. Poſtremus locus huius diſputationis eſt de ſententiis diuerſis in querela inofficioſi teſtamēti, quem pauciſſimis verbis explicabimus.

Cap. XVI.

De Diuerſis ſententiis.

Dixi cum quæritur de effectu ſententiæ in querela inofficioſi teſtamenti, videndum eſſe, an ſententia feratur contra teſtamentum, an pro teſtamento, an vero partim pro teſtamento, & partim contra teſtamentum, quia diuerſæ ſunt iudicum ſententiæ. Si igitur diuerſæ ſint iudicum ſententiæ, quæritur quid dicendum ſit. Hæc quæſtio tractatur in l. ſi pars. 10. hoc tit. Ergo notandum eſt inter pares numero iudices, qui diuerſas ſententias tulerunt, ſequendam eſſe eam ſententiam in dubio, quæ pro teſtamento lata eſt. Hoc exigit fauor teſtamenti. Simile eſt quod dicitur in l. inter pares. de re iudic. Inter pares numero iudices, qui diuerſas ſententias tulerunt, ſequenda eſt ſententia ſecundum libertatem lata. Et hinc illud annotandum eſt, de fauore teſtamenti. Mirum eſt quod magis fauetur teſtamento, quam filio exhæredato. videtur filii cauſa debere eſſe fauorabilior, ſed tamen fauorabilior eſt cauſa teſtamenti. l. 1. Cod. de ſacroſ. eccleſ. hoc humanitas ſuggerit, vt id defunctis præſtemus.

Addendum eſt quod dicitur in l. 2. C. de edict. Diui Adriani tollen. Hæres ſcriptus eſt in teſtamento extraneus, is petit ſe mitti in poſſeſſionem rerum hæreditariarum, ex eo edict. l. vlt. C. eod. tit. de edict. Diui Adria. toll. Eſt remedium poſſeſſorium, filius contradicit: ait vel inofficioſum, vel nullum eſſe teſtamentum patris, quęritur an interim mittendus ſit in poſſeſſionem. Et dicitur interim mittendum eſſe contra teſtamentum. hic non fauetur filio, qui ſe exhæredatum eſſe dicit, ſed potius teſtamenti conſeruationi. Et propterea dicitur hæc querela odioſa eſſe, quia per eam querelam reſcinditur teſtamentum. Addit Marcellus exceptionem, niſi aperta & euidens ſit iniquitas alterius ſententiæ. Et cum hac exceptione intelligenda eſt d. l. inter pares. de re iudic. & alia huiuſmodi. Cum dicimus ſententiam præualere in dubio, quæ ſecundum dotem lata eſt, ſecundum libertatem, ſecundum teſtamentum, hoc eſt intelligendum; niſi appareat euidens iniquitas ex actis forte ipſis iudiciariis ſententiæ, quæ pro dote, libertate & teſtamento lata eſt.

In hac diſputatione de inofficioſo teſtamento, poſtremus locus eſt, qui continet exceptiones quaſdam, eorum quæ iam diximus. Sunt quidam caſus excepti in quibus ceſſat querela inofficioſi teſtamenti, atque hinc poterunt colligi defenſiones rei contra quem agitur querela inofficioſi teſtamenti.

Cap. XVII.

Exceptiones reo competentes in querela.

Prima exceptio eſt in pupillaribus tabulis. l. Papinianus. §. ſed nec impuberis, hic. Aduerſus inſtitutionem pupillarem non habet locum querela inofficioſi teſtamenti, ſi pater ſubſtituerit filio ſuo impuberi pupillariter. l. 2. de vulgar. & pupil. & tit. eod. Inſtit. hoc teſtamentum dicitur patris & filii eſſe. l. patris & filii. infra de pupil. ſubſtitut. dicitur patris teſtamentum, quia illud pater facit. Sed quia filio non ſibi teſtamentum facit, dicitur teſtamentum filii impuberis, in hoc teſtamento pupillari ceſſat querela inofficioſi teſtamenti, nec mater nec frater impuberis poteſt queri de eo teſtamento, quamquam inofficioſo, etiam ſi exhæredatus ſit: de patre dubium non eſt, quin non poſſit queri: quia hoc fecit pater, quia patris teſtamentum non poteſt facile argui. Is autem, qui agit querela inofficioſi teſtamenti, factum patris arguit. Quid dicemus de fratre patris, qui patruus eſt filii impuberis, an poterit queri de eo teſtamento vt inofficioſo? Non poterit queri, quia teſtamentum eſt filii. non poteſt queri mater impuberis, quia teſtamentum eſt mariti, & mater non poteſt queri de teſtamento mariti. Non poteſt etiam queri auus, quia nepotis eſt teſtamentum, non patris. Et patruus non poteſt queri de teſtamento nepotis, nec frater impuberis, quia non po-

teſt accuſari factum filii, quia pater ei hoc fecit. Rupto enim teſtamento paterno, rumpitur etiam pupillare, cum rumpitur omnino, non autem cum rumpitur pro parte. Rumpitur enim querela teſtamentum aliquando pro parte. ſi rumpatur teſtamentum paternum omnino, rumpitur etiam omnino pupillare, quia pupillare teſtamentum eſt acceſſorium.

Secunda exceptio eſt, ſi quis agnouerit iudicium defuncti. Si is qui exhæredatus eſt aut præteritus, agnouerit teſtamentum, & iuſtam non habeat cauſam, de eo teſtamento querendi, variæ ſpecies hic extant tractatæ, vnde hoc colligitur, eas breuiter perſequar. Vna eſt in l. Papinianus. §. ſi conditioni. Teſtator inſtituit hæredem extraneum quendam ſub conditione, *ſi decem dederit filio ſuo exhæredato*, filius ſciens id ſibi dari, conditionis implendæ cauſa quæ adiecta erat teſtamento, accepit, hic dicitur eum excludi querela inofficioſi teſtamenti, quaſi videatur comprobare teſtamentum defuncti. *Idem eſt, etſi.* Alia exempla ſunt in l. ſi pars. 10. §. illud. hic. Is qui legatum accepit ex teſtamento, quaſi ex teſtamento debitum proculdubio agnoſcit, & comprobat iudicium defuncti, accipit tanquam ſibi debitum ex teſtamento, comprobat ergo teſtamentum, quia niſi valeret teſtamentum, hoc non deberetur ex teſtamento. Sed ſi forte quis acceperit legatum, vt alii poſtea reſtitueret: non ideo excluditur à querela inofficioſi teſtamenti: is enim iudicium defuncti agnoſcere videtur, qui aliquid capit ex teſtamento defuncti, hic re vera non capit aliquid ex teſtamento defuncti, qui alii poſtea reſtituturus eſt. Alia exempla ſunt in leg. nihil intereſt. Filio exhæredato nihil relictum eſt, ſed aliquid relictum eſt eius filio, vel ſeruo quem habebat in ſua poteſtate, is agnouit quod relictum eſt filio vel ſeruo ſuo, quæritur an repellatur à querela inofficioſi teſtamenti? Iuriſconſultus ait eum repelli: quia nihil refert an quis capiat per ſe, an vero per alium ex teſtamento tanquam ex teſtamento debitum. Contingit etiam aliquando, vt & ſi quis nihil percipiat ex teſtamento, is tamen comprobet. leg. ſi proponas. 23. Filius exhæredatus emit hæreditatem ſciens ab hærede ſcripto, is videtur comprobare iudicium defuncti cum emit ab eo hæreditatem, qui ſcriptus eſt hæres à teſtatore, fatetur eum hæredem eſſe. Non poteſt hæres eſſe, niſi ratum ſit & firmum teſtamentum. Ergo hic dicitur comprobare teſtamentum. Breuiter quotieſcunque approbat, aut tacite aut expreſſim, filius exhæredatus iudicium defuncti, id eſt, teſtamentum in quo eſt exhæredatus, is excluditur à querela inofficioſi teſtamenti. Quæſtio autem facti eſt, an agnoſcat, an non agnoſcat. Alia ſimilia exempla reperiuntur in leg. Papinianus. & l. pen. & vlt. hic.

Tertia exceptio eſt. Si is qui mouit querelam inofficioſi teſtamenti, poſtea diſtulerit ab ea accuſatione. l. Papinianus. §. ſi quis poſt rem, hic. Idem dicitur in l. nam & ſi is. §. 1. hic. Vt tranſeat querela ad hæredem oportet litem motam eſſe vel præparatam, & eum qui eam mouit in ea perſeueraſſe. Hoc eſt intelligendum niſi quis fraude, vel dolo aduerſarii ſui motus deſtiterit ab accuſatione inofficioſi teſtamenti. l. eum qui. 21. hoc tit. hæres ſcriptus in teſtamento perſuaſit filio exhæredato, vt deſiſteret à querela inofficioſi teſtamenti, & eam derelinqueret, ſibi fideicommiſſum eſſe perſuaſit, vt ei tertiam partem hæreditatis reſtitueret, filius nimium credulus ſtatim dereliquit eam litem: hic dicitur, quia perſuaſus fraude aduerſarii fuit, eum poſſe denuo cauſam inofficioſi agere. Idem eſt & ſi fidem eo nomine datam non ſeruauerit aduerſarius, l. ſi inſtituta. §. 1. hic. filius exhæredatus mouit querelam inofficioſi teſtamenti aduerſus ſcriptum hæredem, hac lite mota ſecuta eſt tranſactio litis, conuenit vt deſiſtat filius exhæredatus ab ea lite, & certam ei pecuniam det ſcriptus hæres, eo nomine, poſtea deſtitit ab ea lite filius, ei fidem non ſeruauit ſcriptus hæres. quæritur, an poſſit rurſus agere querela inofficioſi teſtamenti? Et dicitur eum poſſe agere. Pacto non tollitur actio ipſo iure. §. pacta. Inſti. de except. Poteſt denuo agere querela inofficioſi. Et ſi aduerſarius obiiciat eum pepigiſſe, ne ageret, replicabit aduerſarium fidem ſibi non ſeruaſſe. Sed obiicitur l. cum mota. C. de tranſact. vbi dicitur querelam ſemel ſopitam reſuſcitari non poſſe, etiam ſi fides data ſeruata non fuerit, ſed agi poſſe præſcriptis verbis, vel ex ſtipulatu, ſi ſtipulatio interceſſerit, ad id quod intereſt. ſed in leg. cum mota. ſpecies proponitur, non de eo qui deſtitit ab accuſatione, agere volente, ſed de hærede eius. Ego dixi ſupra hanc querelam non tranſmitti ad hæredes niſi fuerit lis mota, aut ſaltem præparata à defuncto, ſed in ſpecie dic. leg. cum mota. non videtur mota eſſe, quia deſtitit, oportet eum perſeueraſſe, & perinde eſt ac ſi non egiſſet, & id facile interpretamur, quod odioſa ſit hæc querela inofficioſi teſtamenti. d. leg. ſi pars, 10. hic. quoniam per eam reſcinditur & infirmatur teſtamentum.

Quarta exceptio eſt, ſi miles fecerit teſtamentum. Nam aduerſus militis teſtamentum non competit querela inofficioſi teſtamenti. l. ſi inſtituta. 27. §. de inofficio. hic. nec etiam ſi miles ſit, qui exhæredatus ſit militis teſtamento, dicere inofficioſum militis teſtamentum. Teſtamenta enim militis multa priuilegia habent. Idem dicitur in l. de inofficioſo. 9. C. eod. l. teſtamentum. 24. eodem. Idem dicendum eſt & de his qui milites habentur. de quibus in l. vlt. C. eod. Militare dicuntur aduocati & profeſſores. Imaginaria quædam eſt militia, & quod acquirunt dicitur quaſi caſtrenſe peculium, ad ſimilitudinem eius peculii, quod acquirit miles, in armata militia degendo. Milites armatæ militiæ duo priuilegia habent. Vnum eſt, quia poſſunt teſtamentum facere, non ſeruatis iuris ſolennibus. Alterum, quod ceſſat querela inofficioſi teſtamenti aduerſus eorum teſtamenta. Alii autem milites imaginarii non poſſunt, non ſeruatis ſolennitatibus iuris teſtamentum facere, ſed hoc priuilegium habent, quod ceſſat aduerſus eorum teſtamenta, querela inofficioſi teſtamenti. l. aduocati. C. de aduoca. diuerſo. iudic. & hac l. vlt. filiifamilias, milites & aduocati poſſunt facere teſtamentum de ſuo peculio, quamuis ſint in patris poteſtate: alias autem non poſſunt, etiam ſi id pater eis permittat. Alia cauſa eſt veterani, qui miſſus eſt e militia. leg. Papinianus, §. Papinianus. hic. Hoc autem quod hic dicitur correctum eſt per nouas conſtitutiones Iuſtiniani, aduerſus horum teſtamentum. hodie querela inofficioſi teſtamenti locum habet authent. de ſanctiſſ. epiſcop. Querela etiam admittitur aduerſus ſacerdotum & clericorum teſtamentum, qui milites etiam habentur. §. ſed hæc, Nouella 115. niſi legitima portio relicta ſit filiis, vel aliis qui poſſunt impugnare teſtamentum. Quæſtio tractatur de eo cui princeps permiſit liberam teſtamenti factionem, an idem dicendum ſit. Hæc quæſtio eſt in l. ſi quando. 35. C. eod. Etſi quis impetrauerit à principe liberam teſtamenti factionem, non ideo minus poterit queri de inofficioſo teſtamento, ſi aliquis indigne ſit eius teſtamento exhæredatus. Eſt locus communis de interpretatione reſcripti. Si reſcriptum impetratum ſit à principe contra ius, vel ſi ſit obſcurum, ita debemus interpretari, vt iuri non ſit contrarium, ſi quis velit impetrare à principe, vt querela inofficioſi teſtamenti non poſſit impugnari eius teſtamentum, oportet vt id exprimatur apertiſſime reſcripto. Sed obiicitur vt contraria lex, etiam. §. 1. ff. de bonis libert. vbi dicitur non poſſe expugnari liberti teſtamentum, ſi natalibus reſtitutus ſit. Idem & ſi liberam teſtamenti factionem impetrauerit. Sed hæc conſtitutio derogat iuri antiquo, vna eſt ex his conſtitutionibus, quæ inſertæ ſunt Codici poſt primam Codicis editionem. Itaque mouere nos non debet, quod dicitur in illa lege, etiam. de bon. lib.

Quinta exceptio eſt, ſi aliter poſſit exhæredatus peruenire ad hæreditatem, quam per querelam. §. tam autem. Inſti. eo tit. Hæc enim querela non datur niſi quoties aliter conſuli non poteſt exhæredato. exempla à nobis ſupra adducta id oſtendunt. Teſtamentum in quo præteritus eſt filius, vel exhæredatus, valet ipſo iure, non poteſt hæreditatem petere ab inteſtato quandiu teſtamento locus eſt. l. quandiu. de acquir. hæredit. & l. quandiu. infra de reg. iur. Neceſſaria ergo eſt ad infirmandum teſtamentum querela inofficioſi teſtamenti, quia nulla alia via peruenire poteſt filius exhæredatus ad hæreditatem. Ergo ſubſidiaria eſt hæc querela. Ego tamen dixi concurrere aliquando querelam inofficioſi teſtamenti cum bonorum poſſeſſione contra tabulas. l. pater filiam. hic.

Sexta exceptio eſt, ſi exhæredatus habeat quartam partem hære-

hæreditatis ex iudicio defuncti, hoc enim caſu nõ poteſt queri de inofficioſo teſtamento. l. Papinianus. §. ſi quis mortis. & §§. ſequentibus. ſi erat ſolus ab inteſtato, erat habiturus totam hæreditatem, ſi quartam partem totius hæreditatis ei reliquerit teſtator, ceſſat inofficioſi teſtamenti querela: ſi erant duo, habituri erant ſemiſſem ab inteſtato, ſi quartam partem hæreditatis habeat, nõ poterit impugnare teſtamentũ defuncti. Videte ſpecies vos ipſi quæ tractantur & naſcuntur ex eo ꝙ iam dixi in eadem lege. in §. quarta. & l. ſi impubes. & l. ſi non mortis cauſa. Et ſimile eſt ꝙ dicitur in l. cũ quæritur. & l. parentibus. C. eod. Quarta pars debetur filio legib. quæ quarta aucta eſt conſtitutione Iuſtiniani, olim erat quarta pars eius partis, quam habiturus erat filius ab inteſtato, ſed nunc eſt tertia pars, vel ſemis ſecundum numerum liberorum teſtatoris, ſupra habent ſemiſſem. Extant apud Accurſium vulgati verſus de hac legitima. Nouel. Iuſtiniani 22. de triente & ſemiſſe. Legitimum eſt de quo aliquid lege cautum eſt. l. lege obuenire. de verb. ſignifi. & l. legitima. de pact. Sed certum eſt hanc portionem proficiſci à falcidia. Nam ad exemplum legitimę falcidię factum eſt ſenatuſconſultum Trebellianum, & dicitur falcidia in Auth. de immenſ. donat. §. hinc nobis cura. de triente & ſemiſſe. Aucta eſt falcidia vſque ad tertiam partem, vel ſemiſſem ſecundum numerum liberorum, hoc reperietis in Græca conſtitutione, vel in translatione Haloandri: in vulgari conſtitutione, nulla eſt mentio. Sed ibi falcidia accipienda eſt pro portione quæ debetur filiis. Quo autem titulo relinqui debeat hæc legitima, quæritur in authentica de triente & ſemiſſe. Expreſſum nihil referre quo titulo relinquatur, ſiue titulo donationis, ſiue titulo inſtitutionis, ſiue legati. Sed hoc nouella conſtitutione 115. §. illud quoque capitulum. abrogauit Iuſtinianus, vbi ait non licere exhæredare filium ſine cauſa, etiam ſi alio titulo veluti legati habeat legitimam portionem, alias reſcindetur teſtamẽtum per querelam inofficioſi teſtamenti. Sed ſi inſtituerit eum in legitimam, puto eum non poſſe queri de inofficioſo. Nam cum inſtituitur quis, magis honoratur quã cum ei legatum, vel fideicommiſſum relinquitur. Nam hęredẽ exiſtere eſt perſonam defuncti repræſentare: hæreditas iuris interpretatione habet, l. Iulian. ſi quis omiſſ. cauſa teſt. Et ſi nulla reperiantur corpora in hæreditate, hæreditas tamen eſt. Non poteſt igitur quis maiori honore alium afficere, quã eum inſtituendo hæredem. Ex his quæ dximus nõ poſſe querela inofficioſi agi, ſi alio modo poſſit aſpirare ad hęreditatẽ, manet conſtitutio Iuſtiniani quæ eſt ſub tit. C. l. omnimodo. ea conſtitutione cautũ eſt, vt ſi quid relictum ſit titulo inſtitutionis: ſic enim legendũ eſt, vt ceſſet querela: ſed poſſit agi vt ſuppleatur, quod legitimæ portioni deeſt. Mentio huius conſtitutionis eſt Inſtit. vbi Iuſtinianus ait, ad verecundiam naturæ eam conſtitutionem à ſe latam eſſe, omnino contraria non eſt iuri veteri. poſteriores leges ad priores trahi debent, ſicut priores ad poſteriores. l. non eſt nouum. de legibus & ſenat. & ſic abſoluta eſt grauis iſta diſputatio de hoc legitimę ſupplemento, deque ipſa legitima.

FRANCISCI DVARENI IVRECON.

IN LIB. OCTAVI DIGESTORVM, TIT. I. DE SERVITVTIBVS.

VERBVM hoc, ſeruitus, variam ſignificationem habet. Nam in primis pro ſtatu & conditione eorum hominum accipitur, qui dominio & poteſtati alienæ ſubiiciuntur l. 4. ff. de ſtatu homi. Quo ſenſu tabularios à veterib. ſeruos publicos dici exiſtimo. l. non aliter. 18. ff. de adopt. l. 2. ff. rem pupil. ſal. fore. Nam ſerui cuiuſque ciuitatis, aut Reipubl. huic muneri olim ſolebant adhiberi, antequam id Arcadij & Honorij lege vetitum eſſet. l. generali. Cod. lib. 10. tit. 69. de tabul. Poſt cuius tempora, qui de iure ciuili ſcripſerunt, non ſeruos, ſed perſonas publicas ipſos vocare cœperunt. l. orphanotrophos. 30. C. de epiſc. & cler. §. cum autem. Inſtit. de adop. Eſt & genus quoddam colonorum, qui idcirco ſerui à iuris auctoribus dicuntur, quod nunquam liceat eis agrum eum, cui colendo ſeſe addixerunt, dominis inuitis deſerere: illis, meo iudicio, non abſimiles, qui apud Lacedæmonios εἵλωτες, apud Athenienſes θῆτες, aut quos Galli hodie manus mortuæ homines vulgo appellant. C. libr. 11. tit. 47. de agric. & cenſit. & tit. 51. de colo. Thracenſ. Nam licet horum ſit alia conditio, quam captiuorum: tamen ſpecies quædam eſt ſeruitutis à certo loco non poſſe recedere. Vnde Chryſippus, auctore Seneca, perpetuũ mercenarium ſeruum eſſe dicebat. Reperitur & tertia huius verbi ſignificatio. Nam ſeruire dicitur res vel alteri rei, vel perſonæ, cum certis modis, de quibus poſtea dicemus, obnoxia ſubiectaque redditur. Quo ſenſu in hoc & ſuperiore lib. paſſim accipi debet. Hanc ſeruitutem diuidit Martianus in 1. cap. huius tractatus. Hæc de homonymia huius vocabuli. Quibus facile poteſt interpretum error conuinci, qui tres ſeruitutum ſpecies eſſe, aſſerunt, vnam perſonalem, quæ debetur à perſona perſonæ. Alteram, quę à perſona rei, vel à re perſonæ debetur. Cum enim ſeruitus verbum ſit πολυσήμον, id eſt variæ ſignificationis, vt diximus, ſatis perſpicuum eſt, quam inepta ſit illa diuiſio, ac eis omnino ſimilis, quas peritiſſimi dialecticorum merito improbarunt, vt, taurorum alius eſt mons, alius ſydus, alius animal.

De diuiſione ſeruitutum.

RES ſeruiens, aut perſonæ, aut rei alteri, veluti prædio, ſeruit: hinc ſeruitutes dicuntur à Martiano l. 1. partim perſonarum, partim rerum eſſe: perſonarum, vt vſus, & vſusfructus, Eſt autem vſusfructus, ius alienis reb. vtendi, fruendi, ſalua earum ſubſtantia. l. 1. ff. de vſufruct. Nec dubium eſt, quin hæc ſit propria & magis vſitata apud iuris auctores huius verbi ſignificatio. Vſusfructus tamen dicitur pars dominij, quaſi dominium ex proprietate & vſufructu cõſtet, & pro ea commoditate vtendi & fruendi, quam dominus habet in eo, proprie vſurpetur. not. in l. 4. ff. de vſufruct. in l. recte. 25. ff. de verb. ſignifi. Cicero ad Curionem ait id eſſe cuiuſq; proprium quo quiſque fruitur atque vtitur. Vnde vſusfructus diuiſio in formalem & cauſalem orta, & ab interpretib. conficta eſt. Vſus ab vſufructu in quo differat, tractatum eſt ſuperiore lib. tit. de vſu & habit. Verum ſeruitutes ſunt veluti iter, actus via, & cæteræ ſeruitutes, tam ruſticorum, quam vrbanorum prædiorum, quas & ſimpliciter ſeruitutes nonnunquam appellari animaduertimus. l. 4. ff. hoc tit. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. ff. de verb. oblig. & §. vlt. Inſt. de vſu & habit. vt conſtet ſeruitutem, ſicut adoptionem tum generis, tum ſpeciei nomen eſſe. atque ita accipi in iſto probabile eſt, cum perſonales ſeruitutes ſuperior liber contineat. Nec vero hic ſeruitutem naturalem illam intelligimus, propter quam aquæ pluuiæ arcendæ actio datur. Eſt enim hæc inferiorum prædiorum conditio, vt ſuperioribus ſeruiant, & natura profluentem aquam excipiant: niſi lex fundo dicta, vel temporis vetuſtas repugnet. l. 1. & 2. ff. de aqua pluuia arcenda. Et quoties naturalis ille curſus aquæ, opere aliquo manufacto impeditur, & nocet, ſuperioris agri dominus ea actione experiri poteſt: nam ſeruitus de qua hic loquimur, naturalis nõ eſt: ſed impoſititia, nec aliter competit, quam ſi agro impoſita fuerit. leg. de pupillo. 5. §. Sextus Pædius. ff. de noui operis nuntiat.

De definitione ſeruitutis impoſititiæ realis, & eiuſdem diuiſione.

HVius ſeruitutis hæc nobis videtur commoda definitio, nec multum à vulgari diſcrepans: Seruitus eſt ius prædiis inhærens, quod vnius vtilitatem reſpicit: ſed alterius libertatem minuit. In hac definitione, generis locũ ius obtinet. Seruitus enim omnis, res eſt incorporalis, & in iure conſiſtens. l. 1. ff. de ſeruit. ruſt. præd. l. 1. ff. de rer. diuiſ. & Inſti de reb. corp. & incorp. Dicitur in eadem definitione, prædiis: quia ſine

duobus prædiis, ſeruiente ſcilicet & dominante, acquiri non poteſt ſeruitus. l. 1. ff. commun. præd. l. via. 23. §. ſi fundus. ff. de ſeruit. ruſtic. præ. Dicitur inhærens: quia fundum vtrumq; ſequitur ad quemcunque tranſierit. Ex his perſpicuum eſt, cur ſcripſerit Papinia. ſeruitutem non perſonæ, ſed prædio deberi. leg. vnus ex ſociis. 34. ff. de ſerui. ruſti. prædio. Nam etſi perſonæ deberi non male dicatur. l. 2. ff. ſi ſeruit. vindic. tamen quia non niſi gratia prædij conſtitui poteſt, eundemque perpetuo comitatur, figurata locutione dicitur prædio deberi magis, quam perſonæ. Cui ſimile eſt quod alibi Papirius inquit, in vectigalibus ipſa prædia, non perſonas conueniri: & vno defendente cauſam communis aquæ, dari prædio ſententiam. l. 7. Imperatores. ff. de public. l. 37. qui aliena. §. vlt. ff. de negot. geſt. Poſtrema verba ſumpſimus ex Vlpiniano. d. l. de pupillo. 5. §. Sextus. ff. de operis noui nuntiat. verſi. Impoſititiam. &c. Ius, inquit, ſuum minuit, alterius auxit, qui ſeruitutem ædibus ſuis impoſuit. Hæc ſeruitus in vrbanam & ruſticam diuiditur, de quibus infra proprij & ſpeciales extant tit. Huc pertinet quod ſeruitutes alias in ſolo, alias in ſuperficie conſiſtere, Paulus ait. l. 3. ff. de ſeruit. Nam quæ in ſolo conſiſtunt dicuntur ruſticæ, quę in ſuperficie, id eſt ædificio, dicuntur vrbanæ. Quandoquidem vrbana prædia omnia ædificia vocamus. l. ſeruitutes quæ. 19. ff. de ſeruit. vrban. prædio. ſed de his poſtea dicemus fuſius. Non me latet eam Pauli diuiſionem aliter accipi ſolere, ſed hæc mihi aptior videtur commodiorque interpretatio, quam & Harmenopulus probat lib. 2. προχείρ. νόμ.

In l. 2. hoc tit. 1. de ſeruit. quæ ſic habet: Vnus ex dominis communium ædium ſeruitutem imponere non poteſt.

IS demum, qui dominus eſt prædij, ſeruitutem imponere poteſt. l. 1. ff. commun. præd. Quod ſi plures ſint domini, conſenſus omnium eſt neceſſarius. l. per fundum. 11. ff. de ſerui. ruſtic. præd. l. vlti. ff. commu. præd. vnus vero ex pluribus dominis eam nequit imponere, vt hac l. ſi vnus. 2. Quia ſi in ſolidum & toti fundo imponat, manifeſta eſt iniuria, quam ſocius infert, eius partem, quæ libera eſt, onerando ſeruitute. Sed etſi pro parte tantum ſua imponat, nihil agit: quia ſeruitus non recipit diuiſionem. l. ſtipulationes non diuiduntur. 71. ff. de verb. oblig. Excepto tamen vſufruct. l. 5. ff. de vſufru. nam cum partes ſingulorum incertæ ſint, & per totum prædium ſint diffuſæ, vt nulla ſit vel minima gleba, in qua ſinguli partem non habeant: qui fieri poteſt, vt vnam partem abſque alia quiſpiam attingat? Itaque cum fundus regionibus diuiſus eſt, parteſque certæ, ac ſeparatæ ſingulorum ſunt, vni ex eis, ab eo qui dominus eſt, ſeruitutem imponi nihil vetat. l. certam. 6. infra eo. l. ſi quis duas. 6. §. ſi quis partem infra commun. prædiorum.

In l. 3. Seruitutes prædiorum aliæ in ſolo, aliæ in ſuperficie conſiſtunt.

SEruitutes in ſolo dicuntur conſiſtere, quæ à domino ſoli, aliæ in ſuperficie, quæ à ſuperficiario imponuntur. Nam licet ſuperficiarius vere dominus non ſit: quia tamen quaſi dominus eſt, & agit in rem vtiliter ad exemplum domini, conſequens eſt ſeruitutem eum conſtituere poſſe. l. 1. ff. de ſuperficie. l. ſuperficiario. 74. ſupra de rei vindi. Poteſt & hæc diuiſio de ſeruitutibus ruſticis & vrbanis intelligi. l. ſeruitutes, quę 19. infra de ſeruit. vrba. præd. verum ea ſeruitus perempto iure ſuperficiei euaneſcit atque extinguitur, ne plus iuris habeat is qui accepit, quam qui dedit. l. lex vectigali. 31. infra de pigno.

In l. 4. Seruitutes quidem ipſo iure.

SEruitutes prædiorum cauſas habere perpetuas Paulus ſcribit. l. foramen. 27. infra de ſeruit. vrb. præd. Proinde non videbatur ex tempore, aut ad tempus ſub conditione, aut ad certam conditionem ſeruitus conſtitui poſſe, idque iure ciuili vetuſto inductum erat, quod ipſum ius ἐμφατικῶς vocari, alias docuimus in commenta. de in litem iurando. Attamen hac ſubtilitate neglecta placuit prudentibus, ſi is cui conſtituta eſt ſeruitus alio tempore, quam de quo actum eſt, ea vti velit, confeſſoriaque actione experiatur, eum exceptione ſummouendum eſſe. Æquiſſimum enim viſum eſt quod conuenit ſeruari, vtcunque ſtricta ratio diſputandi repugnet. l. 1. in pr. ſupra de pact. l. ſi ita vulneratus. 52. §. fin. infra ad leg. Aquil. Denique in plæriſque caſibus hoc animaduerti poteſt. l. certo generi. 13. infra de ſerui. ruſtic. præd. l. obligationum fere. ff. de oblig. & act. §. ſi ita. Inſtit. de verb. oblig.

In §. Modum adiici.

NOn tantum generaliter poteſt & indefinite concedi ſeruitus aliqua, velut actus, de quo hic Papinianus loquitur, id eſt ius agendi iumentum vel vehiculum, quodcunque illud ſit, & quacunque ex cauſa agatur: verumetiam præſcribi poteſt modus & certa ratio vtendi ea ſeruitute: vt in exemplis hic adductis videre eſt. Contractus enim ex eo quod conuenit, legem accipiunt, auctore Vlpiano in l. 1. §. ſi conuenit. infra depoſiti.

In §. Interualla quoque.

QVamuis in hac conſtituenda ſeruitute conuenerit, vt ea certis diebus tantum & ſuis horis vti liceat, non continuo tamen dicenda eſt ex tempore & ad tempus conſtitui, quaſi ſint plures ſeruitutes, quarum ad tempus aliæ, aliæ ex tempore conſtitutæ videantur. Eſt enim vna atque eadem ſeruitus, cuius quidem vſus propter modum ſeu legem dictam conſtitutioni intermittitur. Nam & curator furioſo datus habenti dilucida quædam interualla ſanæ mentis, nomen curatoris in omne tempus habere dicitur, & effectum quoties morbus redierit, idque Iuſtiniani conſtitutione expreſſum eſt. l. 6. cum aliis. Cod. de cura. furio. Quod eſt accipiendum ſi ſemel & eodem tempore conſtituta fuerit ſeruitus. ſi enim prius nocturnæ aquæ, deinde alia ceſſione diurnæ quoque ductus fuerit conceſſus, duplex eſſe ſeruitus intelligitur. l. ſi prius nocturnæ. 17. infra de aqua plu. arcen. qua de re latius in l. ſi ſic conſtituta. 7. infra quemadmo. ſeruit. amit.

In l. 5. Via, iter, actus, aquæductus eiſdem fere modis conſtituuntur, quibus & vſumfructum conſtitui diximus.

QVibus modis vſusfructus conſtituatur, ſupra docuit Caius, nempe contractu & teſtamento. l. omnium. 3. & l. vſusfructus. 6. ſupra de vſufruct. Nunc iiſdem modis conſtitui ſeruitutes prædiorum ait: ſed animaduertendum eſt, licet ex ſtipulatione acquiratur actio perſonalis, qua promiſſor ad id quod intereſt conueniatur, non aliter tamen actione in rem confeſſoria, quæ aduerſus quemlibet alium impedientem vti ſeruitute comparata eſt, experiri poſſe, quam ſi fuerit ei quaſi poſſeſſio tradita. quod quemadmodum fiat, poſtea dicemus in l. quoties via. 20. infra eod. Illud quoque ſupradictis adiiciendum eſt, ſeruitutem largo vſu acquiri poſſe, quamuis de titulo acquiſitionis non conſtet. l. ſi quis diuturno. 10. infra, ſi ſeruit. vindice. Sed cur hic additum eſt à Caio iiſdem fere modis &c. Quia pro parte indiuiſa poteſt conſtitui vſusfructus. l. 5. ſup. de vſufruct. Seruitutes prædiorum non item, vt alias omittam differentias, quas ex hoc & ſuperiore libro cuiuis obſeruare facile eſt.

In §. vſus ſeruitutum temporibus ſecerni poteſt.

IDem, ſed aliis verbis, hic repetitur quod ſupra ſcriptum eſt ex Papini. l. ſeruitutes. 4. in fi. ſupra hoc tit. Nec quemquam moueat quod à Pomponio dicitur, *vſum ſeruitutum indiuiduum eſſe.* l. viæ. 17. infra eod. quaſi inter ſe hæc pugnantia ſint. Nam in partes pro indiuiſo non poteſt diuidi ſeruitus, vt ſupra diximus, & poſtea exactius diſputabitur, ſed certis modis, puta temporibus, aut menſuris, ſeruitutem diuidi nihil prohibet: cum hæ partes ſint certæ, nec vllum ex huiuſmodi partitione naſcatur incommodum. l. ſi diuinarum. 2. infra de aqua quotid. & æſtiu. & l. arbor. 19. infra commun. diuidundo.

In l. 6. Ad certam partem fundi ſeruitus, tam remitti, quam conſtitui poteſt.

QVoniam hic Paulus de impoſitione ſeruitutis, & eiuſdem remiſſione loquitur, vt tota res explicetur commodius,

modius, ſeparatim de vtraque eſt videndum. Igitur communium ædium dominus pro parte illi parti, quæ incerta eſt & pro indiuiſo, non poteſt ſeruitutem imponere. leg. 2. ſupra eod. Eſt enim coniuncta & confuſa cum partibus aliorum ſociorum, vt ab eis nequeat diſcerni. Itaque is, cui conſtituta eſt ſeruitus, ea vti non poteſt, niſi in ſolidum, id eſt, pro parte cæterorum quoque, idque cum ipſorum incommodo & iniuria, qui eiuſmodi conſtitutioni non conſenſerunt, ſed cum diuiſus eſt fundus inter eos, qui communem habebant, cœperuntque certas partes pro incertis habere, liberum eſt ſingulis, quamcunque ſeruitutem voluerint parti ſuæ imponere. Poteſtque hoc caſu is, cui conſtituta eſt ſeruitus in ſolidum ea vti abſque alterius incommodo, cum eius partem non attingat. l. ſi quis duas. 6. §. ſi partem. infra commu. prædio. Eadem eſt ratio cognitionis ſeruitutis, quæ & impoſitionis. Nam vnus ex eis communium ædium ſeruitutem illis acquirere non poteſt. l. pro parte. 11. infra eod. & l. ſi vnus. 19. & 34. infra de ſeruit. ruſt. prædio. Nec enim pro ea parte, pro qua dominus eſt, quæ ſcilicet eſt indiuiſa, dari ei poteſt, quia ſeruitus in eiuſmodi partes diuiſionem non recipit. d. l. 2. ſupra eod. nec in ſolidum, quia alteri acquireret, nempe ſocio contra regulam iuris. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de verbor. obligat. Certæ vero parti & pro indiuiſo, vt loquimur, nihil impedit quo minus ſeruitutes acquiramus. Nam diuiſo fundo regionibus, non iam pars fundi, ſed fundus dici debet. l. ſi quis duas. §. ſi partem. Quod ad remiſſionem ſeruitutis attinet, ſic dicendum eſt: Si duo ſint domini communis fundi, cui debeatur aliqua ſeruitus, vnum ex his remittendo ſeruitutem nihil agere: quia cum diuiſionem non admittat, per partes remitti non poteſt. Itaque non impedietur alter ſocius in ſolidum, vt prius, ea ſeruitute vti, alioqui vti non poſſet. l. vnus. 34. infra de ſeruit. ruſtic. prædio. Similiter ſi vni tantum ex dominis fundi communis ſeruitutem fundo meo debitam remiſero, libertas nulla hoc modo adquiritur, ne aut diuiſio ſeruitutis fiat, aut alteri acquiratur, contra iuris rationem. d. l. viæ. infra eod. & d. §. alteri. At ſeruitus quæ conſtituta eſt ad fundi certam partem, & pro indiuiſo, recte ab eis domino remittitur. Eodem modo ei, qui certæ parti, quam poſſidebat, ſeruitutem impoſuit, remiſſio facta valet, vt ex iam dictis facile colligitur.

In l. 7. Vt pomum decerpere liceat.

OBſcura admodum eſt huius Paulinæ ſententiæ ratio, cum certiſſimum ſit hæc iura non voluptatem modo, ſed etiam vtilitatem adferre poſſe. Huc accedat quod voluptatis quoque & amœnitatis gratia ſeruitus recte conſtituitur. l. hoc iure. 3. infr. de aqua quotid. l. competit. infra quod vi aut clam. Itaque probabile eſt ſeruitutem pro reali tantum hic accipi: vt ſupra annotauimus in cap. 1. interpretatione. Quod genus ſeruitutum perpetuam continuamque cauſam habere debet: eſtque earum conditio & natura, vt nullo non tempore liceat eis vti. d. l. foramen. infra de ſeruit. vrb. præ. l. 1. §. hoc interdicto. infra de iti. fact. l. 1. §. loquitur. ff. de aqua quoti. Seruitutes autem perſonarum, quamuis carentes proprie nomine, fortaſſis hæc iura recte quis dixerit. Proinde vbi ſemel conſtitutæ fuerint, à quocunque vindicari poterunt, & ſimul cum perſona extinguentur. l. pecoris. 4. & l. ſeq. l. Lucius. 37. infra de ſeruit. ruſtic. l. Mela. 14. infra de alim. & ciba. legat. de qua re extat Longouallij copioſa diſputatio.

In §. Si prædium tuum mihi ſeruiat.

SEruitutem adquiri per partes non poſſe hic dicitur: itaque ſi habeam vnum fundum tecum communem & alterum proprium, inutiliter paciſcimur, vt fundus meus proprius communi, aut communis proprio ſeruiat. l. ſi quis duas. 6. §. fi. infr. commun. præd. Nam alioqui aut diuiſionem reciperet ſeruitus, aut res mea alteri rei meę ſeruiret, quod fieri non poteſt: cum ſeruitus in re aliena tantum ſit. l. in re communi. 25. infra de ſeruit. vrb. præd. l. vtifrui. 5. ſi vſusfruct. petat. Receptum tamen eſt vtilitatis cauſa, vt ſi poſt conſtitutam ſeruitutem communicatum fuerit alterutrum ex prædiis, aut etiam vtrumque, nihilominus manet ſeruitus: quamuis ſtricta ratio, ſubtilitaſq; repugnet: quoniam ſine incommodo & iniuria cuiuſquam hoc fit. l. ſi quis ædes. 29. infra de ſeruit. vrban. præd. l. 140. infra de verbor. oblig. Nec nouum eſt, vt eorum quæ iam perfecta ſunt conſeruandorum gratia, iuris ſubtilitas aliquando negligatur, cum initiorum habeatur ratio. l. patre furioſo. 8. ſupra de his, qui ſunt ſui vel alieni iuris.

In l. 8. Ius cloacæ immittendæ ſeruitus eſt.

FAllitur quiſquis exiſtimat in numero ſeruitutum ea tantum haberi, quæ propriam appellationem ſortitæ ſunt, vt itineris, actus, viæ, aquæductus, altius tollendi, & aliæ eiuſmodi innumerabiles ſunt. Nec enim vno proprio nomine omnes poſſunt deſignari: cum vere dicatur plura negotia eſſe, quam vocabula. l. 4. infr. de præſc. verb. Quare dubitandum non eſt, quin cloacæ immittendæ ſeruitus ad prædiorum vtilitatem recte conſtituatur, quæ an ruſtica, an vbana ſit, poſtea videbimus in l. 2. infra de ſeruit. ruſtic. præd.

In l. 9. Si cui ſimpliciter.

CVm ſimpliciter, id eſt, nulla definita certa parte, ceſſa eſt alicui, vel legata via per fundum, facultas eſt debitori per quam partem fundi velit conſtituere ſeruitutem, modo abſque damno & captione creditoris id fiat. l. ſi via. 26. infra de ſeruit. ruſtic. prædio. Nam ſi locum parum idoneum, aut modum definire velit inuito creditore, adeundus erit arbiter, qui hanc controuerſiam dirimat. l. certo generi. 13. §. 1. de ſeruit. ruſt. præd. Quod ſi ſeruitus abſque loci determinatione fuerit conſtituta, liberum eſt ei per quamlibet fundi partem ire, ciuiliter tamen. Nam per vineas, ſegetes, per mediam denique villam tranſire, cum alia ſint loca non minus idonea, inciuile eſt. l. ſi mihi conceſſeris. 21. & l. ſed quæ. 22. infra de ſeruit. ruſt. præd. & l. fi. infra de aqua quotid. Verum enimuero vbi ſemel partem vnam fundi elegerit creditor, non licebit ei mutata voluntate, per aliam partem ire aut agere, vt hic Celſus ait. Diuerſum ius eſt in vſu domus alicui conceſſo, ratioque diuerſa. Expedit enim vſuario prout temporis conditio exigit, modo in hac, modo in illa domus parte habitare. l. diuus, §. licet. ſupra de vſu & habit. Sane domino fundi ſeruientis, à quo conſtituta eſt ſeruitus, deſtinata certa parte per quam eatur, mutandæ voluntatis facultas non eſt adimenda, quod ſine fraude & incommodo alterius fiat. l. 2. ad fin. de relig. & ſump. fun.

In l. 10. Si iter legatum ſit, quà niſi opere facto ire non poteſt, licere fodiendo, ſubſtruendo iter facere, Proculus ait.

TAmetſi is, cui iter debetur per certum fundum, in eo ędificare prohibeatur. l. ſi eo loco. 9. infr. ſi ſeruit. vin. quodcunque tamen opus in eo facere ei licet, ſine quo ſeruitute vti non poteſt. Itaque ſi eius rei gratia arbores inciderit, aut vias complanarit, lege Aquilia, quaſi de damno iniuria dato, non tenebitur. l. ſeruitutes. 19. §. ſi domo. infra de ſeruit. vrbano. l. Quintus. 15. de ſeruit. ruſtic. l. refectionis. 12. infra commu. prædio. l. ſi prius. 17. §. placuit. infra de aqua pluuia arcenda.

In l. 11. Pro parte domini ſeruitutem acquiri non poſſe vulgo traditur.

VNus ex dominis communis fundi, ſtipulando ſeruitutem ei fundo, nihil agit. l. ſi vnus. 19. infra de ſerui. ruſt. l. proprium. 5. infra commun. prædi. Nam pro ea parte qua dominus eſt, nempe indiuiſa, non poteſt ei dari, nec conſtitui. pro qua parte dominus eſt ſolum, non poteſt vti ſeruitute, ſed in ſolidum. Nam ſi dominus eſſet in ſolidum fundi dominantis, quomodo alter ea vteretur, qua ſe pro parte vti aſſerit? Actus enim corporalis quo vtitur in hac re integer ac ſolidus eſt. Ideoque neceſſe eſt vt ſinguli ſtipulentur, aut ſeruus communis ſingulorum nomine. dict. l. ſi vnus. At enim in ſolidum & toti fundo adquiretur, cum in partes diuiſionem non recipiat. Fortaſſe obiecerit quiſpiam, ſed impedit alia iuris ratio quo minus id fiat. cum inutiliter alteri ſtipulemur, idque quam ob rem iure conſtitutum ſit, non ita pridem docuimus in tractatu de verborum obligat. in l. ſtipulatio iſta. §. alteri. Nec aduerſatur huic ſententiæ, quod alibi dicitur, proprietarium poſſe, non conſentiente vſufructuario, fundo ſuo ſeruitutem adquirere. l. 33. & ſi quid. ſupra de vſufruct. nam fructuarius ne pro parte quidem vlla dominus eſſe intelligitur. l. recte dicimus. 25.

infra de verborum ſignific. idque ſupra in primo cap. annotauimus.

In §. Et ideo ſi quis fundum habens, viam ſtipulatur & partem fundi ſui poſtea alienet, corrumpit ſtipulationem in eum caſum deducendo, à quo ſtipulatio incipere non poſſet.

HOc ita accipiendum eſt, cum ante conſtitutam ſeruitutem, & quaſi poſſeſſionem traditam, ſecuta eſt partis alienatio. l. ſi ſub vna. 136. §. ſi qui viam. infra de verbor. oblig. Nam ſeruitus ſemel acquiſita fundo, quæcunque pars eius poſt fuerit alienata, ſiue certa, ſiue pro indiuiſo, eam partem ſequitur. l. via. 23. §. quæcunque. l. ſi partem. 25. infra de ſeruit. ruſtico. Vnde ſeruitus conſtituta prædio, per partes retineri dicitur. Nam quamuis promiſſa ſit ſeruitus, ſi nondum quæſita ſit prædio, fieri non poteſt, vt ipſum ſequatur. l. vt pomum. §. 1. ſupra eod. Quid igitur ſi poſt ſtipulationem interpoſitam, totum prædium alienauerit ſtipulator? Sane multo magis dicendum eſt euaneſcere ſtipulationem, cum ſatis conſtet multo minus fundo prorſus alieno ſeruitutem adquiri, quam ſi pro parte tantum alienus eſſet. leg. ſi quis duas. 6. §. duas. l. ſi cum duas. 9. infra comm. prædior.

In §. Pro parte quoque, neque legari, neque adimi via poteſt: & ſi id factum ſit, neque legatum, neque ademptio valet.

VNus ex dominis communis prædij parti ſuæ ſeruitutem teſtamento imponere non poteſt, ac legatum eiuſmodi inutile eſt. l. 2. ſupra eo. Is quoque qui fundo, cuius eſt in ſolidum dominus, ſeruitutem imponit: deinde adimit pro parte, non in ſolidum, nihil agit: quia ſeruitus non recipit diuiſionem. l. legata inutiliter. 14. §. vlti. infra de adim. leg.

In l. 12. Non dubito, quin fundo municipum per ſeruum recte ſeruitus acquiratur.

HOc caput ad locum referri debet de perſonis, quæ ſeruitutem adquirere poſſunt, quæque non poſſunt: quod enim dicitur neminem fundo ſeruitutem adquirere poſſe, niſi eiuſdem dominus ſit. l. 1. infra commu. prædio. non de ſingulari tantum perſona, verum etiam de municipio, ciuitate, ac vniuerſitate accipiendum eſt, vt ſcilicet prædiis ſuis per ſeruos ſuos ſeruitutem adquirere poſſint. l. 1. & 2. infr. de acquir. poſſeſſ. l. ſi ſeruus reipub. 3. infra de ſtipu. ſeruo.

In l. 13. Si tam anguſti loci demonſtratione facta.

VIa, ius eſt eundi ambulandi hominis, & agendi iumentum, ſiue vehiculum. l. 1. infra de ſeruit. ruſt. Cuius latitudo eſt octo pedum in porrectum, ſedecim in anfractum. l. viæ latitudo. 8. infra de ſeruitut. ruſtic. Niſi vel latiorem vel anguſtiorem contrahentibus forte placuerit. l. certo generi. 13. l. 23. infra de ſeruit. ruſtic. prædio. Quid igitur, ſi cui per locum adeo anguſtum conceſſa ſit via, vt neque iumentum, neque vehiculum per eam duci poſſit? Sane videtur ne iter quidem hac conceſſione contineri. quoniam, vt eleganter Paulus ait: qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox ſignificat, quia id non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur. l. 3. infra de reb. dubi. Sed hoc dictum Pauli de rebus omnino diuerſis eſt accipiendum, via autem iter continet: & qui viam exprimit, iter quoque ſignificat, vt tanquam plus & minus ſolum differre videantur, ſicut nauis & ſcapha. l. fi. inf. de fundo inſtr. & inſtr. le. Quare, vt actus magis valeat, quam pereat, conceſſa via per locum nimis anguſtum, iter debebitur. l. quoties. 12. infra de reb. dub. Nam in eo quod plus eſt, certi iuris eſt minus contineri. l. 1. §. ſi ſtipulanti. infra de ver. oblig. l. cum furti. infra de in lit. iuran.

In l. 14. Seruitutes prædiorum ruſticorum, etſi corporibus accedunt, incorporales tamen ſunt.

SEruitutes omnes tam vrbanorum prædiorum, quam ruſticorum eius ſunt naturæ, vt non poſſint vſucapi. l. ſequitur. 4. §. fin. l. ſi aliena. 10. §. 1. infra de vſucapio. Non poſſunt enim poſſideri cum res ſint incorporales. l. ſeruus. 43. §. incorporales. infra de acqui. rer. dom. At ſine poſſeſſione, eaq; continuata, nulla eſt vſucapio. l. 3. l. ſine poſſeſſione. 25. infra de vſucap. vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt tempore & diuturno vſu adquirantur. l. ſi quis diuturno. 10. inf. ſi ſerui. vind. l. 1. & 2. C. de ſer. & aqua. Nam vſus earum, poſſeſſionis loco eſt. l. quoties. 20. infra eo. Theophil. lib. 4. Inſtit. de interdict. Vnde eiuſmodi acquiſitio, tametſi proprie vſucapio non ſit. l. 3. infra de vſucap. tamen pro vſucapione habetur, & quaſi vſucapio quædam eſt, vtriſque actio eo nomine competit. d. l. ſi quis diuturno. Et quaſi ſeruitus dicitur acquiſita. l. 1. §. vlti. infra de aqua plu. arcen. Tempus autem hoc non aliud eſſe puto, quam quod rerum immobilium adquiſitione inſtitutum eſt. l. 2. C. de ſeruit. & aqua. id eſt, decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes. l. 1. C. de vſucap. transform. l. vlti. C. de præſcrip. longi temp. Idque generaliter accipiendum eſſe de omnibus ſeruitutibus, tam iis quarum vſus aliquando intermittitur, vt itineris & viæ, quam aliis quibuſcunque, contra Accurſ. Bartol. & aliorum omnium ſententiam contendit Longouallius. Cuius opinio ſic veterum Iuriſconſul. auctoritate nititur, vt nullis cauillationibus eam conuelli poſſe exiſtimem. l. 1. §. vltim. infra de aqua plu. arcend. l. apparet. 5. infra de itin. actuque priua. cum aliis ſupra citatis. Nam cum ſcribit Pomponius ductum aquæ, cuius origo hominum memoriam exceſſerit, iure conſtituti loco habendum eſſe: non certe negat breuiori tempore adquiri poſſe. l. hoc iure. 3. §. ductus aquæ. infra de aqua quotidia. vel dicendum Pomponium loqui & intelligi de vſu ſeruitutis abſque titulo. In hac enim vſucapione titulus eſt neceſſarius, vt poſtea dicemus. d. l. ſi quis diuturno. infra ſi ſerui. vindic. Cæterum quod in eiuſmodi aquiſitione ſit titulus neceſſarius, aut ſcientia eius contra quem vſucapit, alius eſt magis idoneus diſputandi locus.

In §. Seruitus itineris ad ſepulchrum priuati iuris manet, &c.

QVamuis adquirere nemo poſſit ſeruitutē, niſi prędij dominus: tamen iure ſingulari conſtitutum eſt, vt religioſo loco, qui in dominio commercioque noſtro non eſt, ſeruitus adquiratur. l. 1. commu. præd. Nam ſepeliendi ius, & mortuum inferendi in eum locum, dominij cuiuſdam loco habetur. Quod vſque eo probatum eſt religionis fauore, vt iter ad ſepulchrum non habenti vicinus iuſto pretio cogatur præſtare. l. ſi quis ſepulchrum. 12. infra de relig. & ſumpt. funer. v. q; ea ſeruitus nunquam non vtendo amittatur. l. iter ſepulchro. 4. infra quemadmodum ſerui. amit.

In §. Publico loco interueniente, vel via publica, hauſtus, ſeruitus imponi poteſt: aquæductus non poteſt, à principe autem peti ſolet, &c.

QVod ante diximus, ſine duobus prædiis, quorum vnum ſeruiat, alteri vero ſeruiatur, ſeruitutem non conſtitui, d. l. 1. commun. prædio. non eo pertinet, vt quodcunque prædium quamlibet remotum & longe diſtans ab altero, ipſi obnoxium ſeruumque reddi poſſit, ſi forte alia quædam prædia intercedant. l. ſi ędes meæ à tuis. 37. & l. ſeq. infra de ſeru. vrba. præd. Sed cum quæritur an medius fundus impediat ſeruitutis adquiſitionem, videndum eſt, an abſque vſu fundi intermedij ſeruitus conceſſa, prædio vtilitatem adferre poſſet. l. ſeq. quoties. 15. hoc titul. Nam ſi fundus ille medius impediat vſum ſeruitutis conceſſæ, inutiliter conſtituitur, ſi non impediat contra, id quod exemplis demonſtrare nullius negotij eſt. l. vlt. infr. eod. l. ſi prius. 17. §. via. infr. de aqua pluuia arcen. l. qui ſella. 7. §. vlt. & l. vlt. infr. de ſeruit. ruſtic. l. in tradendis. 8. §. interpoſitis. infr. commun. præd. l. loci. 4. §. vlt. cum l. ſeq. infr. ſi ſerui. vindi.

In l. 15. Quoties nec hominum, nec prædiorum ſeruitutes ſunt, &c.

SEruitus ita demum impoſita prædio valet ſi vtilis ſit, id eſt, ſi natura ſui poſſit alicui prædio eſſe vtilis, licet prædio cui adquiſita eſt, vtilitatem forte nullam adferat. Nam ſi

quis

quis mihi conceſſerit ius aquæ ducendæ ad fundum quempiam meum, cui irrigando, aqua opus non eſt, nihilominus debetur ſeruitus ei fundo. l. 19. infr. eo. Si vero vſui nunquam eſſe poſſit, nec ſoleat, inutiliter conſtituitur, vt exempla Pomponij hic demonſtrant. Atque idem de pacto reſponſum eſt, ſi quod conuenit paciſcentis fieri non intereſt. l. penult. nemo, ſupra de pactis. l. vlt. C. de pactis inter emptorem. Pacta enim & conuentiones eum in finem iure introducta ſunt, vt vnuſquiſque id ſibi adquirat, quod ſibi ſuiſque vſui eſſe poſſit. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. infra de verb. oblig.

In §. Seruitutum non ea natura eſt, vt aliquid faciat quis, veluti, &c.

SEruitus res quædam eſt, licet incorporalis, quam fundi ſeruientis dominus à ſe in alium transfert, & hac translatione liberatur non aliter, quam rei alicuius corporalis venditor aut promiſſor, eam dando, vel tradendo emptori ſiue ſtipulatori liberaretur. Sicut enim venditor tradita re vendita deſinit omnino eſſe obligatus, niſi poſtea euicta fuerit, nec vlla actione magis conueniri poteſt, quam quiuis extraneus, ſi dominus poſſeſſionē nanciſcatur: ita & de eo qui ſeruitutem venditam aut promiſſam conſtituit, dicendum eſt. Recte igitur Pomponius hic ait, ſeruitutum non eam eſſe naturam, vt aliquid faciat quis &c. Vnde quis ſe obligat ad præſtandam ſingulis annis certam fructuum quantitatem ex prædiis ſuis, nullam ſeruitutem eis imponit, nec vllum ius reale in creditorem transfert: ſed perpetuo manet obligatus. l. vlti. infra de contrahen. emp. l. fundi Trebatiani. 38. infra de vſufruct. lega. not. in l. ſi quis ita. 23. ſupra de vſufruct. Atque hinc etiam annotare poſſumus eum, qui ſeruitutem imponit fundo ſuo, nullos ſumptus eo nomine cogi facere, excepta ſeruitute oneris ferendi. l. ſi iter. 10. ſupra eo. l. eum debere. 32. infra de ſeruit. vrba. l. etſi forte. 6. §. etiam. & l. ſicuti. 8. §. 1. & 2. infra ſi ſeruit. vindic.

In l. 16. Ei, qui pignori fundum accepit, non eſt iniquum vtilem petitionem ſeruitutis, ſicut &c.

SI cui fundus oppigneratus ſit, cui ſeruitus debeatur, directa ſeruitutis vindicatio ei non dabitur, cum fundi dominus non ſit: ſed vtilis tantum. l. creditori. 9. infra de operis noui nunt. Nam nec fundum ipſum directo vindicare poteſt: ſed actione tantum hypothecaria quæ ad ius ciuile relata vtilis dicitur. argu. §. namque. Inſtit. de actionibus. Idem iuris eſt in eo, qui fundum vectigalem accepit, cui ſimiliter in rem vtilis actio datur, quamuis dominus nō ſit. l. 1. §. qui in perpetuum. ſupra ſi ager vectig. Idem putat dicendum Longouallius, cuius opinio probabilis eſt, de vſufructuario, qui tametſi directam non habeat ſeruitutis vindicationem: l. 1. ſupra ſi vſuſfr. pet. actione vtili eam petere poteſt. l. 1. ſupra de remiſſ. l. apud. 5. §. vlt. l. ſi vſuſfructus. 22. infra de aqua plu. arcen.

In l. 17. Viæ, itineris, actus, aquæ ductus, pars in obligationem deduci non poteſt.

POſt varia exempla, quibus eſt demonſtratum ſeruitutes indiuiduas eſſe: tandem ſubiicitur ratio: quia vſus eorum indiuiſus eſt. Cum enim ſeruitutis nulla omnino ſit vtilitas, niſi ex vſu ipſo, puta itione, aut ambulatione: cum quæritur, an ſit diuidua necne, merito ad vſum ipſum reſpicimus, qui in partes pro indiuiſo non poteſt diuidi: cum ea diuiſio fiat intellectu tantum. Vti autem ſeruitute non poſſumus niſi corpore, vtcunque ius ipſum ſeruitutis animo & intellectu diuidamus. l. ſeruus communis. 5. infra de ſtipul. ſeruo. Quare ſi ſeruitutis pars in ſtipulationem deducatur, inutilis eſt ſtipulatio, tanquam id continens, quod natura fieri non poteſt. Eademque ratio eſt omnium hominum factorum, quæ Raphael viſibilia appellat, nos corporalia aptius vocari poſſe alias docuimus. l. ſtipulationes non diuiduntur. 71. infra de verb. oblig. l. libertus. 15. infra de ope. liber. Iudicio autem familiæ herciſcundæ, communi diuidundo non prohiberet ſeruitutis vſum diuidi, menſuris ſcilicet aut temporalibus. l. ſeruitutes ipſo quidem iure. 4. §. vlt. & l. ſeq. ſupra eo. Sed hic locus de diuiſione non in partes certas, ſed pro indiuiſo accipi debet, cum de acquiſitione in commune loquatur, in qua eiuſmodi intellectualis, vt ita dicam, diuiſio locum habet. l. non poſſumus. 7. ſupra ſi pars hæred. peta. Et appellatione partis pars pro indiuiſo intelligitur. l. ſi quis duas ædes. 6. §. ſi quis partem ædium. infra commun. prædio. l. 25. infra de verbor. ſignifi.

In l. 18. In omnibus ſeruitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt, &c. alias incipit, Papinianus notat.

SEruitus extinguitur & confunditur, cum idem vtriuſque prædij dominus eſt, ſiue contractu, ſiue teſtamento. l. 1. infra quemadmod. ſeruit. amit. l. ſi quis ædes. 29. infra de ſeruit. vrba. l. quicquid. 11. infra commun. prædio. Nec enim res mea mihi ſeruire poteſt. l. in re communi. 25. infra de ſerui. vrban. Quid igitur ſi fundi ſeruientis dominus eundem legauerit alteri domino ſuperioris dominantiſque fundi hærede ſcripto? Paulus hic reſpondet, ſeruitutem quidem aditione extinctam eſſe, cum hæres vtriuſque fundi dominus eſſe cœperit: ſed ſi legatarius fundum petat, exceptione doli oppoſita, ad imponendam denuo ſeruitutem cogi. Verum hoc ita eſt accipiendum, niſi fundus pure legatus eſſe proponatur: quia tunc aditione dominium eius non acquirit hæres: ſed recta via tranſit in legatarium. l. à Titio hærede. 66. infra de furt. Cum autem ſub conditione legatur, ante eius euentum hæres interim dominus eſt. l. 1. §. ſerui appellatione. infr. ad ſenatuſconſ. Syllan. & Claud. Cum enim pure quidquam eſt legatum, intelligimus teſtatorem nullo modo legatam rem voluiſſe fieri hæredis, ſecus eſt vbi conditione ſuſpenditur. Nam non exiſtente conditione, teſtator voluit in hæredis dominio legatum manere.

In l. 20. Quoties via.

ADmonuimus ſupra ſeruitutem rem quandam eſſe incorporalem, quæ in alium ita transfertur, vt quaſi eius dominus effectus, eam poſtea à quocunque vindicare poſſit. l. quoties. 15. ſupra eo. Nunc quæritur quo modo in alium transferri queat. Labeo Antiſt. exiſtimabat, ſtipulatione ſiue cautione opus eſſe per te non fieri &c. Quæ ſententia Priſco Iaboleno non immerito diſplicuit: quoniam nulla res ſtipulatione acquiritur, ſed tantum actio in perſonam, quæ fundi poſſeſſorem non ſequitur. l. 1. §. ſi hæres. infra ad Senatuſcon. Trebel. Ratio igitur huius rei in alium transferendæ eſt duplex, vna vt inducatur in fundum, cui impoſita eſt ſeruitus, determineturque locus ab eiuſdem domino, per quem ire, vel agere poſſit. l. 3. ſupra de vſufruct. l. 1. infra de ſeruit. ruſtic. præd. Altera vt ſi in fundum inducere nolit, vel non poſſit, patiatur eum iure ſibi conceſſo vti. l. 1. & l. 3. §. dare. ſupra de vſufruct. l. ſi ego. 13. ſupra de public. in rem action. Nam eiuſmodi vſus, cum aduerſarij patientia, vim traditionis habet. Itaque interdicta, quæ iudicia tantum poſſeſſoria ſunt, vt alibi diximus, ſeruitutum nomine, quaſi poſſideantur, competere domino, vt de itinere actuque priua. & vti poſſidetis pro vrbanis ſeruitutibus. l. fin. infra vti poſſid. Quæ quidem interdicta ab actione confeſſoria non parum differunt, vt poſtea videbimus. l. 2. §. Pomponius. infra, ſi ſeruit. vindic.

In l. 21. in Pandect. Florent. eſt l. 1. tit. ſequen. de ſeruitutibus vrba. præd. & incip. Si intercedat ſolum publicum, vel via publica, &c.

HOc cap. ſupra interpretati ſumus in l. 14. §. publico. Quanquam quod hic dicit de ſtillicidiorum ſeruitute, pugnare videatur cum noſtris moribus.

In §. ſi vſuſfructus tuus ſit, ædium proprietas mea.

QVamuis actio confeſſoria in rem ſit, nec aliter agi poſſit aduerſus eum, qui ſeruitutem conſtituit, quam contra alium poſſeſſorem, ſiue impedientem ageretur, vt diximus ſupra l. quoties. 15. tamen quia oneris ferendi ſeruitus hoc habet ſingulare, vt non ad patientiam tantum teneatur dominus fundi ſeruientis: ſed ad faciendum quoq; contra regulam ſeruitutum. l. etſi forte. 6. infra ſi ſerui. vind. poterit ſane aduerſus eum agi, vt quod debet faciat. Quæ actio vſque adeo eius perſonam ſequitur, vt ne fructuarius quidem ea recte conueniatur: nec ideo hæc perſonalis actio iudicanda

eſt, cum dominus rem derelinquendo ea teneri deſinat. d. l. 6. etſi forte. ſi ſeruit. vindic.

In L. I. II. & III.
DE SERVITVTIBVS VRBANORVM PRÆDIORVM.
TITVLVS II.

EXempla quædam vrbanorum ſeruitutum, id eſt, quæ ædificiis debentur, hic recenſet Caius, vt altius tollendi, & officiendi luminibus vicini, &c. Dubium enim non eſt, quin ſeruitus dicatur hoc ius à Iuriſconſul. l. 2. infra de ſeruit. ruſt. l. in tradendis. 8. §. interpoſitis. infra commun. præd. §. æque. Inſtit. de actio. Quod tamen falſum prima ratione videtur eſſe, cum liberum ſit cuique altius tollere ædes ſuas. l. altius. C. de ſerui. & aqua. etiam ſi vicini luminibus noceatur. l. cum eo. 8. infra eod. Sed animaduertendum eſt id non adeo liberum eſſe, vt formam antiquorum ædificiorum, & vſitatam altitudinem excedere, aut ventum purgando frumento neceſſarium, ab area vicini excludere nobis liceat, niſi ſeruitus conſtituta fuerit. l. qui luminibus. 10. infra eod. l. 1. Cod. de ædific. priua. l. vlt. C. de ſerui. & aqua. Stillicidium auertendi in aream, aut tectum vicini, ſeruitus æque neceſſaria eſt. Nam non cogitur pati vicinus, vt per tegulas domus meæ caſitet aqua in ipſius ſolum, ſed cogere me poteſt ad canalem imponendum, per quem collecta ex tegulis aqua in viam publicam defluit. l. ſeruitutes, quæ. 19. infra eod. Stillicidij non auertendi ſeruitutus eſt, cum paciſcor tecum, vt tibi non liceat auertere ſtillicidium tuum in areã meam, cum forte ius auertendi habeas contractu aliquo tibi comparatum, vt Theoph. interpretatur §. 2. Inſtit. de actio. Accur. Bar. & cæteri huius notæ ſcriptores, ne verbum quidem in toto hoc cap. percepiſſe mihi videntur. Seruitutes immittendi, proiiciendi, protegendique, quænam dicantur, alibi docet Iabolenus, l. malum. 242. infra de verb. ſigni. de quibus etiam vide Budæum in annotationibus. Seruitus luminis eſt ius habendi feneſtram verſus alienas. Nam abſque conſtituta ſeruitute, lumen à nobis immiſſum non cogitur vicinus excipere. l. eos qui ius. 39. infra eod. Cui conſentaneum eſt, & quod Xenocrates dicebat, Nihil referre, occulo ſne, an pedes in alienum inferas. Plutarchus in lib. περὶ πολυπραγμοσύνης. Qui hanc ſeruitutem debet, non prohibetur altius ædificando obſcurare ædes vicini, aut proſpectum eius offendere, modo lumen totum non auferat: & propterea huius vitandi gratia incommodi perutilis eſt ſeruitus, ne luminibus aut proſpectui officiatur, de quibus plenius in l. inter ſeruitutes. 14. infra eod.

Nihil refert oculos ne an pedes in alienum inferas.

In l. 4. Inuitum autem in ſeruitutibus &c.

HOc verbum, inuitus, non ſimplicem habet ſignificationem. Nam in primis pro eo, qui contradicit ac reſiſtit, accipitur: vt cum Paulus ait, neminem cogi inuitum res ſuas vendere. l. non enim. infra de actio. rer. amot. Inuitus is dici quoque poteſt qui non conſentit, ac fortaſſis ignorat quod agitur: vt cum Vlpia. ſcribit inuitum procuratorem non dari. l. 8. filiusfam. §. inuitus. l. in cauſæ. 27. ſupra de procur. & l. qui vas. 49. §. vetare. Sic accipiendum eſſe monet hic Paulus, quod in cap. præcedente dictum eſt, ius non eſſe vicino inuitis nobis, altius ædificare. Non enim, inquit, ad factum hæc verba referuntur, id eſt nullo opus eſt facto noſtro, puta contradictione, vt nobis inuitis altius eſſe dicatur, ſed referuntur ad ius ſeruitutis: id eſt ſufficit me ius ſeruitutis habere altius non tollendi, vt me inuito altius ædificatum dici poſſit. Et hæc ſententia noſtra eſt, de loci huius obſcuri interpretatione, quem Accurſ. minime intellexit.

L. 5. alias 6. Hæc autem iura ſimiliter vt ruſticorum præd. certo tempore &c.

SEruitutes omnes tam vrbanæ, quam ruſticæ certo tempore non vtendo pereunt & amittuntur. infra quemadmodum ſeruit. amit. Certum autem tempus hic accipe ex conſtitutione Iuſtiniani, decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. quamuis iure veteri non reperiatur definitum. l. 13. ſicut. C. de ſeruit. & aqua. Inter has tamen eſt aliqua diſſimilitudo. Nam ad earum quæ ruſticæ ſunt amiſſionem ſufficit eum, cui debentur non vti. l. 4. ſequitur §. ſi viam. infr. de vſuca. in vrbanis autem præterea facto aliquo opus eſt aduerſarij, quo libertatem veluti poſſideat, eamque vſucapere poſſit, vt hæc exempla Caij ſatis aperte oſtendunt.

In l. 6. alias 7. Quod autem ædificio meo &c.

QVi tempore conſtituto feneſtras ſuas obſtruxit verſus eas ædes, quæ ſeruitutem debebant altius non tollendi, vel luminibus non officiendi: ita demum amittit ſeruitutem, ſi adverſarius interim ædes ſuas altius ſublatas habuerit: vt dictum eſt in cap. præced. Quid ſi arborem eodem in loco habuerit ſitam? Aliud dicendum eſt. hæc enim arboris eſt natura, vt in eodem loco & ſtatu non maneat, ſicut paries: ſed vi ventorum ſubinde agitetur, moueaturque. Itaque cum perpetuo non officiat per ſtatutum tempus, nulla poteſt vſucapio locum habere: quia æſtimationem temporis poſſeſſionis requirit. l. 3. infra de vſucapio. Quibuſdam fortaſſis videbitur motus naturalis hic accipi, vt apud phyſicos pro tranſmutatione rei, & vna forma in aliam. Præterea, quod arbor pro tempore anni in aliam atque in aliam formam mutari ſoleat. Verum ego priorem interpretationem magis probo, cum hęc à Iuriſconſultorum phraſi paulo videatur alienior.

In l. 7. alias 8. Parietem, qui naturali &c.

PAries ædificatus in ſolo communi ad onera vicinorum ferenda, ratione quadam naturali communis eſt. l. adeo. §. cum quis. infra de acquir. rer. dom. Itaque vnus ex dominis, altero inuito, eundem demoliri & reficere non poteſt: quod eſt accipiendum, niſi refectio neceſſaria ſit. l. ſi ædes. 7. infra commu. diuid. l. in parietis. 35. infr. de damno infect. Quo caſu etiam ſumptus in eam rem factos cogetur refundere ſocius, aut lapſis quatuor menſibus, partis ſuæ dominium amittet. l. 4. C. de ædific. priua. l. cum duobus. 52. alias eſt l. ſi fratres. 53. §. idem reſpondet. infra pro ſocio. de pariete communi aliquot in locis aliis iterum diſſeremus. l. quidam. 12. l. ſi fiſtulam. 18. l. hoc quod dictum. 24. l. eos. 39. infra eod.

L. 8. alias 9. Cum eo, qui tollendo obſcurat.

CVius eſt ſolum, eius eſt vſque ad cœlum, vt vulgo loqui ſolet. Nam cœlum quod ſupra meum eſt ſolum, mihi liberum eſſe debet. l. vlt. ſupra de ſerui. alias eſt l. 1. huius titul. de ſeruit. vrban. præd. Itaque altius extollere ædes ſuas ſi nullam debeant ſeruitutem, & vicinas obſcurare cuique licet. l. 8. altius. Cod. de ſerui. & aqua. hoc ita accipiendum eſſe nonnulli crediderunt, niſi forte talis elatio non proſit ædificanti, & vicino noceat. Quam ſententiam propter æquitatem & humanitatem amplector. l. 1. §. denique infra de aqua pluuia. l. in fundo. 39. ſupra de rei vindi. Quomodo accipi debet quod eſt in l. vlti. §. cum autem. C. de ſeruitu. & aqua. ne huic capiti aduerſari putetur.

In l. 9. alias 10. Gaurus Marcello S.

TEſtator qui legat ædes, vel ædium vſumfructum alicui, videtur grauare hæredem ſuum, vt alias hæreditarias ædes, quæ vicinæ ſunt, non ita extollat, vt illas omnino obſcuret & inutiles reddat. Itaque hic caſus excipitur à cap. præced. vt ſeruetur teſtatoris voluntas, quem inutile legatum relinquere voluiſſe credibile non eſt. Itaque idem de omnibus aliis ſeruitutibus eſt dicendum, ſine quibus nullus rei legatæ vſus eſſet. l. ſeruum filij. 49. §. vlti. infra de leg. 1. l. damnas. 15. §. 1. infra de vſu & vſufruct. In contractu autem venditionis & aliis eiuſmodi locum non habet quod hic dicitur: nec fundo vendito iter, aut via debetur: tametſi fundus abſque ea ſeruitute nullam emptori vtilitatem adferat. l. in vendendo. 66. infra de contrah. empt. Nam defunctorum voluntates plenius interpretamur. l. in teſtamentis. 12. infra de reg. iur. Cur ergo, dixerit quiſpiam, in contractu locationis diuerſum ius reperitur? l. ſi merces. 28. §. ſi vicino. infra loca. Quia hæc præſtare debet locator, vt conductori liceat vti re locata, quod abſque ea ſeruitute non contigit: vnde in vſufructua-

fructuario idem quod in conductore dicendum videtur. l. ſed & ſi quid. 25. ſupra. de vſufructu.

In l. 10. alias 11. Qui luminibus vicinorum.

ITa permittitur cuique altius ædes ſuas tollendo, obſcurare alienas: vt tamen contra formam & ſtatum antiquorum ædificiorum nihil faciat, nec vſitatam altitudinem excedat. l. 1. C. de ſeruit. & aqua. l. 1. C. de ædific. priua. De qua ſi dubitetur exiſtatque controverſia inter vicinos, ad arbitrum recurrendum eſſe admonet Vlpia. Hinc apparet ad quem vſum conſtituatur ſeruitus altius tollendi, de qua diſſeruimus in 1. cap. enarratione.

In l. 11. alias 12. ædificia quæ ſeruitutem patiuntur.

QVi imponit ſeruitutem ædibus ſuis, ne quid ex eis altius tollat, non prohibetur quocunque alio modo officere ædibus vicini: tametſi ad hunc finem ſit talis ſeruitus conſtituta, vt lumina non obſcurentur vicinarum ædium. Sed ſi generaliter fuerit conſtituta ſeruitus, vt ne luminibus, aut proſpectui officiatur, quocunque modo quis offecerit, ſiue ædes extollendo, ſiue quid aliud faciendo, contra ſeruitutem impoſitam facere intelligitur. l. inter. 14. & l. 16. ſi arborem. infra eodem.

In l. 12. alias 13. Quidam Hiberus nomine, qui habet poſt horrea mea, &c.

IN pariete communi, aut iuxta parietem communem nihil facere vni ex ſociis licet, quod ipſum corrumpat & deteriorem reddat, puta parietem proprium ſuperædificare, tubulos iuxta eum admotos habere, per quos ad calcefaciendum balneum flamma aſcendat: item tepidarium ſeu vaporarium habere, quod aſſiduum humorem habeat: & ſic de ſimilibus. Si quid vero ſit quod noceat, vt pingere, l. fiſtulam iunctam. 18. infra eod. incruſtare, modice humectare, non aſſidue, id vicino permittitur. Quinimo & quod nocet interdum facere poteſt, ſi ad eum vſum ſcilicet parietem extructum eſſe appareat. l. arboribus. 13. §. nauis. ſupra de vſufru. Et hac diſtinctione nullo negotio diffiniri poteſt, quod hic vulgo tractari ſolet, An liceat vicino caminum ignis faciendi cauſa, iuxta communem parietem habere, ne rem illicitam faciat. Ex his etiam verbis colligit vulgus interpretum eſſe appellandum debitorem ac monendum à creditore, antequam in ius vocet. §. appellamus. Inſtitu. de actio. Verum ex inſcriptione apparet, atque ex toto contextu, Proculi Iuriſconſ. verba hæc non eſſe: ſed amici cuiuſdam potius & familiaris eiuſdem, qui per epiſtolam ipſum rogabat, vt Hiberum quendam admoneret rem illicitam eum facere, ſperans fore, vt Iuriſconſ. authoritas hominem moueret, cui reſpondet Proculus, ſuperuacaneam fore hanc admonitionem, cum de ea re Hiberus quidem non dubitet. Quid ſit tectorium, quid incruſtatio, de quibus hac lege, §. vlt. mentio ſit, docet Budæus ex Vitruuio in annot.

In l. 14. alias 15. inter ſeruitutes, ne luminibus officiatur.

OBſerua diſcrimen ſeruitutum, ne luminibus officiatur, & ne proſpectus offendatur, de quibus etiam aliquid ſupra attigimus. Ex verbis illis vltimis, Opus quoque nouum ei nunciari poteſt, &c. obſerua eſſe fauorabiliores vrbanas ſeruitutes, quam ruſticas: vtpote quæ magis neceſſariæ ſunt: nam pro ruſticis nouum opus nunciari non poteſt. l. qui viam. 14. infra de oper. noui nunt. Simile quiddam legitur in l. 5. ſupra eod. & infra ſub tit. de pigno. in l. ſed an viæ. 12. Qua de re extat Zaſij diſputatio in lib. ſing. intellect. & Alciati in lib. parerg. 24.

In l. 15. alias 16. Lumen, id eſt, vt cœlum videatur, &c.

DIfferentiam inter ſeruitutes, ne luminibus officiatur iuxta ædes vicinas, & ne proſpectus offendatur, hic latius explicat Paulus. Quod vel ex c. ſequen. ſatis perſpicuum eſt, & præſertim ex inſcriptione. Eadem enim eſt, quæ c. præcedentis. Igitur in proſpectu ideo quis plus habere dicitur, quia proſpectus, inquit Paulus, non tantum ex ſuperioribus, verum etiam ex inferioribus locus eſt. Lumen ex cœlo tantum & ſuperiori loco eſt. Proinde qui debet ſeruitutem ne luminibus officiatur, iuxta ædes vicinas quiduis facere poteſt, modo lumen ex cœlo veniens non impediat.

In l. 16. alias 17. Si arborem.

SEruitus luminibus non officiendi latius patet, quam altius ædes non tollendi, vt annotauimus in l. ædificia. 11. ſupra eod. Nam contra hanc ſeruitutem is facit, qui quoquomodo nocet luminibus: vtputa qui arborem ponit lumen impedientem. Tametſi non tantum qui altius ædes ſuas non tollat, ſolem tamen heliocamino, vel ſolario neceſſarium aufert, quamuis ædes non obſcuret: ſed & qui deprimit ædes ſuas, nonnunquam contra hanc ſeruitutem facere dici poteſt, ſi forte ex eis per refractionem, quam hic Vlpia. ἀνταναάκλασιν vocat, in ædes vicinas lumen deuoluatur. De heliocamino & ſolario, de quibus hic, vide Budæum in annotat.

In §. Hæc lex traditionis, &c.

CVm lege 12. tabular. ſatis eſſet in vendendis prædiis ea præſtari, quæ lingua nuncupata eſſent, quæ qui inficiatus eſſet dupli pœnam ſubiret, à Iuriſconſ. etiam reticentiæ pœna eſt conſtituta, vt auctor eſt Cicero lib. 3. Offic. Nam qui ſeruitutem, exempli cauſa, cui venditus fundus obnoxius eſt, celat emptori, actione ex empto tenetur, tametſi nominatim conuenerit, vt ſi quæ ſeruitutes debeantur, non poſſit eo nomine conueniri: quia cum ſciat deberi ſeruitutem, admonere emptorem debet, l. 1. & l. quæro. 40 ff. de act. empti. vt in illa nobili controuerſia inter Gratidianum & Sergium orta, dicebat Antonius, cuius meminit Cicer. Hæc autem admonitio, & pronuntiatio perſpicuis verbis, & minime ambiguis fieri debet à venditore, alioqui tenetur ex empto actione, vt in hoc exemplo, Ædium venditor in mancipio & traditione hanc legem dixerat, ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint. Demum vicino ſeruitutem ſtillicidij vindicante, quam ædes venditæ debebant, egit emptor contra venditorem, contendens ea de re certiorem ſe factum non fuiſſe. Contra venditor dicebat ſe his verbis eum admonuiſſe, ſtillicidia vti nunc ſunt, vt ita ſint. Replicabat emptor, obſcura ea eſſe verba, ac ſe aliter intellexiſſe, nempe quaſi venditor admonuiſſet domum vicinam ædibus venditis ſeruitutem ſtillicidij debere. Hanc controuerſiam dirimit hoc in loco Vlpia. & ait venditorem teneri emptori. Nec eam exceptionem, quæ obſcura eſt & ambigua, quicquam ei prodeſſe. l. cum in lege venditionis. 33. infra de contrah. empt. Quod autem eum dicimus teneri, ſic accipiendum, quanti intereſt emptoris liberas ædes venditas fuiſſe, quas ſeruitutem debere vicinis poſtea compertum eſt. Vt autem ædes vicinæ venditis ſeruiant, præſtare non tenebitur, cum id diſerte & ſpecialiter expreſſum non fuerit. leg. quod ad ſeruitutes. 75. infra de euict.

In l. 17. alias 18. Si fiſtulæ, per quas aquam ducas, &c.

HVius loci explicandi gratia ſic diſtinguendum eſt. Si ob ſeruitutem aquæ ducendæ quoquam, quam vicino conceſſum, damnum patiar, idque naturaliter eueniat, nulla mihi actio aduerſus eum datur. l. ſi mihi. 20. §. ſeruitus. infra de ſeruit. ruſtic. nec eo nomine damni infecti cauere cogendus eſt. l. fluminum. 24. §. vitium. infra de damno infecto. Sin eius culpa id acciderit, tenetur actione in factum ſubſidiaria legis Aquiliæ. §. vlti. Inſtitut. de leg. Aquil. nec damni infecti cautio locum habebit. d. l. fluminum. §. præterea. Si operis vel loci vitio, pro damno quidem præterito non poteſt agi, ſed pro futuro, cautioni damni infecti locus eſt. l. damni. 10. & dicta l. fluminum. §. vitium. infra de damno infect.

In l. 19. alias 20. Seruitutes.

OBſerua eas ſeruitutes, quæ in ſuperficie conſiſtunt vrbanarum poſſeſſionum, eſſe continuas, licet in ruſticis contra. l. ſeruitutes. 14. ſupra de ſeruit. Nam quandiu ti-

gnum, exempli cauſa, vel ſtillicidium immiſſum manet, tamdiu quis dicitur vti ſeruitute, tametſi corpore ſuo nihil faciat.

In §. Si domo mea altior area tua eſſet.

OBſerua regulam admodum vtilem, cuius permulta paſſim hic exempla leguntur. Cui conceditur ſeruitus, ei quoque omnia videri conceſſa ſine quibus ea vti non poteſt. l. ſi iter. 10. ſupra de ſeruit. l. item ſic. 3. §. qui habet. & l. Quintus. 15. infra tit. ſeq. de ſeruit. ruſtic.

In §. Si ſublatum ſit ædificium.

SEruitutes vrbanæ remoto ædificio cui debentur, non pereunt: ideo enim dicuntur in ſuperficie conſiſtere, quia non in ſolo tantum vt ruſticæ, ſed & in ædificio, id eſt, in ſolo ſimul & ſuperficie conſiſtunt.

In §. Si ſeruitus ſtillicidij. cum ſeq.

DOminus prædij ſeruientis nihil in eo poteſt facere, quod ſeruitutis vſum impediat: ſicut vice verſa, ſuperioris prædij domino, nihil in eo facere licet, quod vicini reddat conditionem deteriorem, vt exemplis aliquot eleganter & dilucide hic demonſtrat Paulus.

In l. 20. alias 21. Si domus tua.

CVi conceditur ius altius tollendi, is quamlibet alte poteſt ædificare in præiudicium concedentis, modo ſic ædificando contra aliam ſeruitutem non faciat, puta ſtillicidij non recipiendi. Nam ius vnum ex pluribus ſibi competentibus remittens, eatenus id facere intelligitur, vt ſalua atque illæſa maneant cætera. l. ſi mihi eodem. 20. infra tit. ſeq. Quidam ita hoc intelligunt, niſi ius illud remiſſum ita dependeat ab alio, vt abſque eo prorſus inutile futurum ſit. leg. 2. ſupra de iuriſd. Itaque remiſſa ſeruitute ſtillicidij, ſeruitutem quoque altius non tollendi remiſſam videri cenſent. Quam ſententiam ita probo, vt tamen hoc exemplum omnino reiiciendum putem. Poteſt enim is, cui conceditur ius ſtillicidij non recipiendi, eo iure vti: quamuis altius ædificare prohibeatur, agendo nempe vicinum ad imponendum canalem, per quem ex tecto decidens aqua alium in locum defluat, vt ſupra diximus.

In l. 21. alias 22. & 23. Qui ædificium habet.

QVæſitum fuit, an ſeruitus luminibus non officiendi, ædibus impoſita, de futuris quoque luminibus intelligatur. Et ita diſtinxerunt veteres. Si nominatim & diſerte ſit cautum, ne luminibus, quæ nunc ſunt, vel poſtea erunt, officiatur, nullam res dubitationem habet. Si vero ita lumina, quæ nunc ſunt, vt ita ſint: æque indubitatum eſt, de futuris luminibus nihil actum eſſe: quia verba præſentis temporis ſunt, quæ ad futurum non referuntur. l. ſi ſtipulatus fuerim. 76. l. 89. ſi à colono. leg. cum ſtipulamur. 125. infra de verborum obligat. Quod ſi ita ſit cautum indefinite ac generaliter, ne luminibus officiatur, omne lumen tam futurum, quam præſens continebitur, cum id ſuadeat ſermonis proprietas. l. cum lege. 26. infra de teſtamen. Atque ita in ſpecie non diſſimile cenſuit Liuius Decad. 3. lib. 1. In fœdere Romanorum Carthaginenſiumque fuerat cautum, vt neutri alteris eorumve ſociis bellum inferrent. Saguntinis poſtea in populi Romani ſocietatem adſcitis bellum intulere Carthaginenſes. Quærebatur, an id contra fœdus ab eis factum eſſet. De qua re ita pronuntiat, ſatis cautum erat Saguntinis, ſociis vtrorumque exceptis. Nam neq; additum erat, his qui tunc eſſent, neque qui poſtea aſſumerentur, & cum aſſumere nouos liceret ſocios, quis æquũ cenſeret, aut ob nulla quemquam merita in amicitiam recipi, aut receptos in fidem non defendi?

In §. Futuro quoque ædificio, quod nondum eſt, vel imponi, vel adquiri ſeruitus poteſt.

QVod dicitur ſeruitutes vrbanorum prædiorum ædificiis inhærere, ideoque ſine ædificiis conſtitui non poſſe. §. prædiorum. Inſtit. de ſeruit. ita interpretatur hic Pomponius, ſine ædificiis præſentibus aut futuris. Adde l. Labeo. 10. infra tit. ſeq. & l. vlt. infra ſi ſeruit. vindic.

In l. 23. alias 24. Cuius ædificium iure ſuperius eſt, ei ius eſt in infinito ſupra ſuum ædificium imponere, &c.

HVius capit. mihi videtur hic germanus ſenſus eſſe, licet alij aliter interpretentur. Liberum eſt cuique ædificium ſuum, quod iure ſuperius eſt, extollere, aut ſupra id quamcunque voluerit rem imponere, tametſi vicino officiat. l. altius. 8. C. de ſerui. & aqua. & l. cum eo. 7. ſup. eodem. Dummodo ædificia vicina quæ inferiora ſunt, & ius prohibendi non habent, grauiore ſeruitute non oneret, id eſt, modo vſitatam altitudinem modumque non excedat. Id quod etiamã nobis paulo ante annotatum fuit. l. qui luminibus. 10. ſupra eod. l. 1. C. de ædific. priuat.

In l. 24. alias 25. Hoc quod dictum eſt, &c.

QVod dictum eſt (à Sabino forte ad quem Pomponius hæc ſcripſit) poſt ſeruitutem immittendi conſtitutam licere vicino immittere tignum in ædes ſeruientes, ita accipiendum eſt, vt ei tantum liceat trabem aliquam ex ædibus ſuis in alienas immittere. Nam aliter, ſi generaliter intelligeremus, vt quiduis immitteret, ad quemcunque vſum concedatur, iniquum id eſſet & abſurdum: etenim ſuper ædes ſeruientes liceret ei alias extruere, præſertim cum appellatione tigni omnis materia ad ædificandum idonea contineatur. l. tigni. 62. infra de verborum ſignif. Pro communi interpretatione vide l. ſicuti autem. 8. infra ſi ſeruit. vindic. Nemo autem ſupra alienum ædificium ſuperius habere poteſt.

In §. Si ex tribus ædibus in loco impari poſitis, &c.

QVi debet ſeruitutem altius non tollendi ædes ſuas, ita demum contra ſeruitutem impoſitam facere intelligitur, ſi quid ipſe altius extulerit. Nam qui parietem communem cum eo habet, altius eum tollere non prohibetur, quia ſeruitutem non debet, nec aliter ſocio inuito illi parieti ſeruitutem imponere potuit. l. 2. ſupra tit. præced.

In l. 25. alias 26. In re communi nemo dominorum iure ſeruitutis neque facere quicquam inuito altero, &c.

HYpotheſis hæc eſt: Domus tua ſeruitutem mihi debet altius non tollendi: ea mihi pro parte acquiſita eſt: tu eam altius tollere vis: an iure ſeruitutis id prohibere poſſim? Et Paulus hic poſſe negat, quod ea res, quæ ſaltem pro parte mea facta eſt, mihi ſeruire non poſſit. l. vti frui. 5. ſup. ſi vſusfruct. peta. Quorſum igitur ſeruitutem in hac ſpecie retineri ſupra diximus, cum ea vti non liceat? l. vt pomum. 7. ſupra titu. præced. l. ſi quis ædes. 29. infra eod. Reſpondeo id eſſe vtile, quia tametſi manente communione, vti ea non liceat, tamen cum ab ea fuerit receſſum, tunc licebit, quod vtique non fieret ſi eiuſmodi communicatione ſeruitutem tolli confundique diceremus: ſed eam denuo imponi eſſe neceſſe. Quamquam autem in propoſita hypotheſi non poſſit vnus ex ſociis quicquam facere, aut prohibere inuito altero iure ſeruitutis ſibi debitæ: tamen iure ſocietatis & communionis per communi diuidundo actionem id conſequetur, ſi modo non ipſi, ſed ſocietati id expediat. lege, Sabinus. 28. infra commu. diuid. leg. actione. 66. infra pro ſocio.

In l. 26. alias 27. Sed ſi inter me & te communes ſint, &c.

VNi ex dominis facere quicquam non licet in re communi iure ſeruitutis, vt diximus in ſuperiori cap. Alioqui alteri domino aduerſus eum actio negatoria dabitur, qua intendet ſeruitutem ei non competere in re communi videlicet, vt hic dicitur. Notandum ex illis verbis, *Aut remperdere*, quod immittitur in meum, id eſt, quod ita imponitur, vt in imo hæreat & requieſcat. l. 2. infra, ſi ſeruit. vindic. §. æque. Inſtitut. de actio. propria auctoritate deſtruere, & perdere conceſſum eſſe. Sed hoc ita accipiendum, ſi non

modo

mod) eius loci, in quem immittitur dominus, verumetiam poſſeſſor ſim: ſuam enim poſſeſſionem tueri cuique conceſſum eſt, alienam inuadere non item, vt alibi docuimus. l. malum. 142. infra de verbor. ſignifi. Quod ſi quid in meum propendeat tantum, nec requieſcat, fas non eſt propria auctoritate illud deſtruere. l. 1. C. de interdict. & l. 1. C. vnde vi. & l. quemadmodum. 29. §. 1. infra ad legem Aquil.

In §. Si in area communi ædificare velis, ſocius, &c.

CVm ex duobus dominis, vnus in re communi aliquid efficere vult, alter vero prohibet, melior eſt prohibentis conditio. l. Sabinus. 28. infra communi diuid. niſi forte eius operis gratia res ſit in communi poſita l. ſi ædes. 12. infra communi diuid. l. cum duobus. 53. alias ſi fratres. §. item Mela. infra pro ſoc. Aut niſi alterius nihil ſocij interſit. l. quidam. 12. §. parietem. ſupra eo.

In l. 27. alias 28. Foramen in pariete, &c.

QVamuis ſeruitutum vſus non ſit continuus, nec continua poſſeſſio. l. ſeruitutes. 14. titu. præced. omnes tamen cauſas perpetuas habere debent, id eſt, eiuſmodi res ipſa, in qua ſeruitus conſiſtit, eſſe debet, vt quoties libuerit ſeruitute vti liceat. l. 1. §. 1. & §. loquitur. infra de aqua quoti. l. 1. infra de fonte. Itaque neque ex lacu, neque ex ſtagno ſeruitus aquæ ducendæ poteſt conſtitui. l. lacus. 12. infra de acquir. rer. domi. niſi forte habeant aquam perennem. l. via. 23. §. ſi lacus. infra titu. ſequen. l. 1. infra vt in flumi. pub. Sed nec ſtillicidij immittendi ſeruitus recte conſtituitur, ſi cauſa perpetua non ſit, id eſt, ſi aqua ſit quæ non perpetuo, nec naturaliter defluat, ſed opera manuque hominis in alienum ſolum deriuetur, vt hic Paulus ait. Vnde dicebat Sabinus, Si quis foramen habeat in triclinij pariete, proluendi pauimenti cauſa, id eſt, per quod proluto permundatoque pauimento aqua defluat, & emittatur in aream vicini, ſeruitutem non eſſe. Ideoque tempore ſtatuto ad ſeruitutum acquiſitionem minime adquiri. Quam ſententiam Paulus cum hac exceptione probat, ſi eum in locum nihil ex cœlo aquæ veniat. Quod enim ex naturali cauſa ſit, perpetuo fieri intelligitur, & quaſi habet perpetuam cauſam, quamuis aſſidue non fiat. Alioqui nec ſtillicidij quidē immittendi ſeruitus recte diceretur: quæ ergo naturalis eſt, eadem & perpetua cauſa eſſe intelligitur: non autem ſi ex manu & opera hominis conſiſteret.

In l. 28. alias 29. Si quid igitur.

HOc cap. intelligendum eſt ſecundum diſtinctionem traditam in enarratione l. ſi fiſtulæ. 17. ſupra eod. Nam de damno quod iam datum eſt, actione in factum agi poterit.

In l. 29. alias 30. Si quis ædes, quæ ſuis ædibus ſeruirent, &c.

HOc caput ſatis ſumus interpretati ſupra titu. præced. l. vt pomum. 7. l. 11. pro parte. l. 18. In omnibus, alias Papinianus not.

In l. 30. alias 31. Si teſtamento damnatus hæres ne officeret, &c.

CVm hæres damnatur teſtamento ne altius tollat ædificium, luminibuſque officiat vicini: diruto veteri ædificio non videtur prohiberi poſſe à vicino, ne altius nouum ædificium tollat, cum aliud reuera ſit, quam id de quo teſtator cauit ſuo teſtamento. Tamen vtilitas exigit, vt idem eſſe ædificium interpretemur, idcirco vtilis actio eo nomine legatario competit. leg. ſeruitutes quæ. 19. §. ſi ſublatum. ſupra hoc titu.

In l. 31. alias 32. Si ædes meæ.

SI dominus ſeruientium ædium petierit, obtinueritque à vicino, vt ſibi altius ædificare liceat, idque precario, id eſt, quandiu placuerit vicino. l. 1. infra de precar. aduerſus eum non poteſt libertatem vſucapere. l. ſi quis diuturno. 10. infra ſi ſeruit. vindi. Sed tamen aduerſus alium, cui eandem debeat ſeruitutem, nec idem beneficium impetrauit, poteſt. cum enim hic duplex ſit ſeruitus, vnam amitti, altera manente, nihil prohibet.

In §. libertas ſeruitutis vſucapitur, ſi ædes poſſideantur.

LIbertatem ſeruitutis vſucapi poſſe, eamque demum vſucapionem lege Scribonia ſublatam eſſe, qua ſeruitus acquireretur, Paulus ſcribit. leg. ſequitur. 4. §. vlti. infra de vſucap. Verum vt hæc vſucapio procedat in ſeruitutibus vrbanis, de quibus hic loquitur Vlpianus, duo neceſſaria ſunt. Vnum, vt ædes, quibus libertatem volumus adquirere, ſtatuto tempore poſſideamus. Alterum, vt eas altius ſublatas habeamus, aut alias quicquam à nobis fiat, quod ſeruituti contrarium ſit. l. 5. §. hæc autem iura. ſupra eod. In ruſticis autem ſeruitutibus his omnibus nihil opus eſt, ſed dominum dominantis ædificij per ſtatutum tempus non vti ſeruitute ſufficit, vt libertas vicinis ædibus adquiratur. dicta l. ſequitur. §. ſi viam. infra de vſucap. Si quo autem modo dominus prædium alienauerit, id tempus quo poſſidet, ei proderit, ad quem tranſlata eſt poſſeſſio. l. id tempus. 14. infra de vſucap.

In l. 32. alias 33. Eum debere columnam reſtituere.

SIngulare ius eſt in ſeruitute oneris ferendi, vt qui debet columnam vel parietem oneri ferendo neceſſarium, reficere cogatur. leg. etſi forte. 5. §. etiam. infra ſi ſeruit. vindic. tametſi natura ſeruitutum hæc ſit, vt tantum quis patiatur, vel non faciat. l. quoties 15. §. ſeruitutum. ſupra tit. præce. Et quamquam in traditione ædium, quas tradens ſibi ſeruire voluit, hæc lex dicta eſt: Paries oneri ferendo vti nunc eſt, ita ſit, vel in perpetuum ſit: nihilominus parietem reſtituere cogetur is, qui ſeruitutem debet: etiam hæc verba ad certum parietem, qui nunc eſt, referre per quam eſt abſurdum, cum ſit corruptioni obnoxius, nec poſſit æternus eſſe. Nec obſtat quod ante diximus hæc verba, lumina quæ nunc ſunt, vt ita ſint: ad futura non pertinere. l. ſi ſeruitus. 22. ſupra eo. & ea contra venditorem accipienda eſſe. l. ſi arborem. 16. ſupra eo. Nam & hic verborum præſentis temporis ſignificationem ſequimur. eſtque legis dictæ ſenſus talis: Quiſpiam paries, qualis iſte eſt, hoc in loco perpetuus ſit. nec vlla ſane in his verbis reperietur ambiguitas, niſi quis velit cauillari: alioqui interpretatio contra venditorem fieret. d. l. ſi arborem. §. hæc lex. ſupra eo.

In l. 33. alias 34. Et qui duas areas, &c. & ſeq. l. Si binarum ædium.

RES propria cum nemini ſeruiat, vt ante diximus l. in re communi. 25. ſupra eod. is, qui tradit aream, vel domum ſuam, quam vendidit alteri, non videtur, vt ea ſibi ſeruiat, legem dicere poſſe. Verum æquitas vtilitaſque euidens exigit, vt neglecta hac ſubtilitate, talem conuentionem in mancipio & traditione rei factam admittamus: quandoquidem in id tempus confertur vſus ſeruitutis, quo tradita res eſt, propriaque ipſius futura non eſt. leg. ſi quis duas. 6. infra com. prædio. Quod ſi ita conuenerit in vendendo, ſcilicet in traditione ipſa per errorem mentio fuerit omiſſa ſeruitutis, duplex venditori aduerſus emptorem eo nomine competit actio, nempe actio ex vendito, quoniam id bonæ fidei congruum eſt: & condictio incerti, quia cum pluſquam debuit præſtiterit, merito id condicere & repetere poteſt. l. 22. ſed etſi me putem. §. cum iter. infra de condict. indeb.

In l. 35. alias 36. binas quis ædes habebat, &c.

SI is, qui duos domos habebat vna contignatione tectas, ita vt tigna vtriuſque in alteram protenderentur, quaſi vna domus eſſet, Titio vnam, Sempronio alteram legarit, hoc videtur actum vt eodem in ſtatu maneat contignatio. Proinde vni eorum non licet aduerſus alterum agere, hoc prætextu quod ius tigni immittendi in ſuas ædes non habeat, abſque conſtituta ſeruitute, tigna autem ſingulorum erunt dominorum pro regione cuiuſque domus, quamuis alias mobilis res, quæ rei non cohæret immobili, pro certa parte nequeat poſ-

ſideri, l. Pomponius. 8. ſupra de rei vindic. l. arbor. 19. infra commu. diuid.

In l. 36. alias 37. Idemque eſſe, etſi duobus ædes ceſſerint.

CEſſerint. lege non ceſſerit, id eſt, ſi in diuiſione, puta hæreditatis vna domus Titio, altera Sempronio obtigerit. hæc enim eſt huius verbi ſignificatio. l. cum eſſent. 33. infra tit. ſequen.

In l. 37. alias 38. Si ædes meæ. & l. ſeq. Nemo enim propriis, &c.

HOrum autem duorum c. quæ fragmenta quædam ſunt, non plane perfecteque iuris auctorum ſententiam ſatis arguunt de ſeruitute, ne proſpectui aut luminibus officiatur, hic agi: nam cum medius eſt mons, vel ingens locorum interuallum, eam inutiliter imponi conſtat, itaque in ſeruitute aquæ ductus aliiſque ſimilibus, quod hic dicitur, locum non habere, cum pleriſque crediderim.

In l. 39. alias 40. Eos qui ius immittendi luminis.

HOc cap. variis in locis interpretati ſumus. l. quidam, 12. ſupra eod.

In l. 40. alias 41. ſiue vlt. Olympico.

SI cui legata ſit habitatio domus, per quam ſolebat ad quendam hortum legato non comprehenſum aditus eſſe: ob teſtatoris præſumptam voluntatem legatarius hæredi aditum præſtare cogetur. Seruitus autem hæc tranſeundi facultas ideo dicenda non eſt: quia rei hoc modo legatæ dominus eſt hæres non legationis, nec res ſua vlli ſeruire poteſt. l. in re communi. 25. ſupra eo. Quid dicendum ſit ſi domus proprietas legata eſſe proponatur, poſtea diſſeremus in l. pen. teſtatrix fundo. infra ſi ſeruit. vindic.

In §. Lucius Titius aperto pariete domus.

IAnuam in publico aperire, ſicut & in eo ſtillicidium habere cuique licet: modo id abſque vicinorum incommodo fiat. l. 2. §. merito. infra ne quid in loco pub. quod priſcis temporibus Romæ permiſſum non fuiſſe, argumento eſt, quod Plinius ſcribit lib. 36. cap. 15. vbi ait, cum bene meritis de Republica Imperatoribus publice decernerentur aræ ad ædificandas domos, ſummum honorem fuiſſe, adiici decreto, vt fores extra aperirentur, & ianua in publicum reiiceretur. *Quatenus ſtillicidii rigor.* Hoc accipitur quatenus habitur aqua per protectum, antequam incipiat vergere & flecti deorſum. Nam rigidum flexo opponitur apud Latinos auctores. Hinc rigorare verbum, quo Plinius vtitur. Quod autem hic refert Scæuola Lucium Titium quatenus ſtillicidij rigor, & tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuiſſe, non ita accipiendum eſſe arbitror, vt vulgus putat, quaſi ob ſtillicidium vel protectum id ei licuerit. Nam de ſtillicidio hic non minus dubitatur, quam de ianua: ſed quod non vltra protectum ſolerent veteres ianuas ſuas in publicum reiicere: veriti ſcilicet ne pluuiæ & aeris intemperie corrumperentur.

DE SERVITVTIBVS PRÆDIORVM RVSTICORVM.

TITVLVS III.

In L. I.

IN huius cap. explicatione quæri ſolet, qui fieri poteſt, vt via, iter, & actum in ſe contineat, cum is, qui actum habet, iter quoque habere dicatur: ideoque tam late videatur patere actus, quam via, quæ hic definitur, ius eundi & agendi eſſe? Verum his omiſſis, quæ præter omnem rationem vulgo hac de re dicuntur, ſic reſpondendum cenſeo, ſi proprietatem verborum ſpectemus, quæ vel ex etymo ipſo cognoſcitur, iter ius eundi ſignificat, vel cum equo, vel ſine equo. l. inter actum. 12. infra eod. non autem agendi, ſiue ducendi. Actus ius agendi, tantum, non etiam eundi, vel ambulandi. Via tam agendi, quam ambulandi, itaque via actum, & iter, merito continere dicitur. At enim ius eundi etiam ſine iumento habere dicitur is, qui actum habet, fateor: ſed ex præſumpta mente paciſcentium, non ex vi & proprietate verbi, cum ſit veriſimile eum, qui agendi iumenti, aut vehiculi ius concedit, eundi quoque, quod minus eſt, concedere. Idem in donatione & alienatione animaduertere licet, vt ſimul exemplum eius rei elucidandæ gratia adducamus. Nam tametſi alienatio verbum generale ſit, donationem & venditionem complectens. l. 1. in fin. inf. de fundo dota. tamen qui ius habet donandi, eundem quoque vendendi ius habere conſtat. l. cui ius eſt donandi. 124. Atque ita effectu & poteſtate plus non continet hic alienatio, quam donatio, ob præſumptam contrahentium voluntatem, licet quantum ad verborum proprietatem attinet, ſecus dicendum ſit. Quidam idcirco viam plus continere, quam actum aiunt, quod viam habens, non eundi modo & agendi, ſed trahendi quoque lapidem, aut tignum, & præterea haſtam rectam deferendi ius habeat, quod quamquam verum ſit, l. qui ſella. 7. infra, eo. tamen hoc Vlpianum reſpexiſſe obſcurum non eſt.

In §. Traditio plane & patientiæ ſeruitutum, &c.

HVnc locum, quem non recte explicant interpretes, nos ſic interpretabimur, poſt enumeratas & definitas ſeruitutes legitimas, & quæ ipſo iure conſtituuntur: eiuſmodi ſunt, iter, actus, via, aquæ ductus, quod harum omnium, vt exiſtimo, expreſſa in legibus 12. tabu. eſſet mentio: ſubiicit in ruſticarum ſeruitutum numero alias quaſdam eſſe, vt hauſtum aquæ, &c. ſed ne videatur eas omnino aliis comparare, addit: traditio plane, &c. id eſt, harum ſeruitutum nulla quidem eſt in veteribus legibus mentio, proinde videri poſſit inter ſeruitutes numerari non debere. Sed vtcunque ſit, ſi quis eas tradiderit alteri, vel quem vti paſſus fuerit, tueri eas debet officio ſuo prætor, vt ſi minus ipſo iure valeat, at certe per tuitionem prætoris, id quod alibi de vſufructu ſcriptum extat. l. 1. quibus mod. vſusfruct. l. qui vſumfructum. 3. ſupra ſi vſusfruct. pet. Et aliquid attigimus in commentario de in litem iurando. Quomodo autem traditio ſeruitutum fiat, ante docuimus. l. quoties. 20. ſupra tit. 1. de ſeruit.

In l. 2. Ruſticorum etiam prædiorum.

IVs altius tollendi & officiendi luminibus vicini, item protectum habendi, & alia huiuſmodi, non tantum vrbanorum prædiorum ſeruitutes ſunt, vt diximus in 1. cap. ſuperioris tractatus, ſed etiam ruſticorum. Nam ſemper eius prædij habenda hic ratio eſt, non quod, ſed ad cuius vſum & commodum ſeruitus conſtituitur, vt ſi vrbanum ſit prædium, vrbana; ſi ruſticum, ruſtica ſeruitus dicatur. Itaque quod hic dicitur, licere altius tollere, &c. de tugurio, caſa, & eiuſmodi ædificiis ad rerum ruſticarum cuſtodiam, aut ſtabulo ad continendos greges comparato, accipiendum eſt, quæ vrbana prædia non ſunt: quia ad vſum perſonarum rerumque vrbanarum conſtructa non ſunt. l. eodem iure. 4. inf. in quibus cauſ. pign. taci. contrah. & l. tugurij. 180. infra de verborum ſignif. quod alias annotauimus in tractatu, ſupra de pact. Litem quia. 4.

In §. Aquæductus, vel hauſtus aquæ.

PEr eundem locum poteſt aquæ ductus concedi pluribus, non tantum vt diuerſis, ſed etiam vt iiſdem diebus, vel horis vtantur. lege, Lucio. 4. infra de aqua quotidiana. l. 16. qui per incertum. infra commu. præd. Modo omnibus aqua ſufficiat. leg. per quem. 14. infra eo. leg. in concedendo. 8. infra de aqua pluuia arcen. & leg. aquam, 4. C. de ſeruit. & aqua.

In l. 3. Item ſic poſſunt ſeruitutes imponi.

NOn tantum ea iura de quibus iam diximus, ruſticæ ſeruitutes ſunt, verumetiam innumerabilia alia quæ nomine proprio, veluti ius boues paſcendi in vicino agro, &c. quæ recenſet hic Vlpianus. Ac vt ſummatim omnia complectamur, quoties prædij vnius libertas minuitur ad vſum

vſum ſeu vtilitatem alterius prædij ruſtici, ſeruitus ruſtica rectè dicitur, vt ſcripſimus in interpretatione c.1. ſupra de ſeruit. Quod vtique eſt accipiendum, modo perpetua ſit cauſa. leg. foramen.26. ſupra tit. præced. & l.1. infra de fonte. cum ſimil.

In §. Qui habet hauſtum, iter quoque &c.

HInc colligi poteſt regula, quam & ſupra attigimus l. ſeruitutes quæ.19.§. ſi domo mea. ſupra titu. præced. conceſſa aliqua ſeruitute, aliam quoque conceſſam videri, ſine qua vti ea non licet, idque ex præſumpta mente conſtituentium. Adnotandum hic quoque aliud eſt, quod vulgo pro regula recipitur, Vna re conceſſa, id quoque conceſſum intelligi, ſine quo eius rei vſus omnino inutilis & otioſus eſſet. l. quamuis. 15.C. de fideicomm.

In §. Ad flumen autem publicum.

CVm flumina publica priuatorum non ſint, fruſtra ex flumine publico hauſtus aquæ ab homine priuato conceditur. l. quominus.2. infra ne quid in flumi. &c. Adeo vt ne aditus quidem ad flumen publicum tali conceſſione contineatur.

In l.4. Pecoris. & l.5. Ergo ſecundum eum. & l.6. veluti ſi figulinas haberem.

EArum ſeruitutum, quas prædiorum vel rerum dominus imponit, hæc propria ſunt. In primis vt ad quemcunque fundi poſſeſſorem tranſeant, ſiue is emptor, ſiue hæres fuerit. l. via.23.§. ſi fundus. infra eod. & l.3. infra quemadmod. ſerui. amit. niſi aliud in ſeruitute conſtituta actum ſit. Quod cum ex verbis conſtituentium, tum ex coniecturis & argumentis deprehenditur. l. Lucius.37. infra eod. l. patet filiæ.6. infra de ſeruit. leg. Secundo proprium eſt harum ſeruitutum, vt vindicari poſſint, vt hic dicitur l.2. infra ſi ſeruit. vindic. Nam alia iura perſonalia, quæ ſeruitutes non ſunt, minime vindicantur: ſed aduerſus perſonam ipſam obligatam tantum agi poteſt l. vlt. infra de contrah. empt. l. fundi Trebatiani.38. infra de vſufru. leg. Tertio, vt prædiorum vtilitatem reſpiciant. Non enim aliter poſſunt adquiri prædiis hæc iura, quam ſi vtilia ipſis, & quatenus vtilia fuerint. l. quoties.15. ſupra de ſerui. Quod ſi ad commodum ſuum magis, quam prædij, ius aliquod reale acquiſierit quiſpiam, ſeruitus tantum perſonalis erit, vſufructui nempe, vel vſui ſimilis: quæ licet hæredem non ſequatur, tamen vindicari poteſt, vt hic Vlpia. ſcribit. l.2. infra ſi ſeruit. vind. Sequentia capita vſque ad vndecimum, ſatis ſuperque iam explanata ſunt.

In l.11. Per fundum, qui plurium eſt.

SEruitutem prædio imponi non poſſe ab vno ex pluribus dominis ſupra non ſemel demonſtratum eſt, l.2. ſup. de ſeruit. l. vnus.34. infra eod. Sed hoc planius declarat Celſus dicens, ita conſenſum omnium neceſſarium eſſe, vt tamen omnes ſeparatim conſentire poſſint: nec pariter & eodem tempore eos cedere ius ſuum oporteat. Quod & Paulus infra tit. ſequen. ſcriptum reliquit. l. vlt. infra commu. præd. *Quamſi omnes cedant.* In his quæ communia ſunt pluribus vt ſingulis, quod fit à maiore parte ratum non eſt, præterquam in caſibus exceptis. l. & ſuum hæredem, alias l. iuriſgentiū.7.§. vlt. ſupra de pactis. & l. fi. C. qui bon. cede. poſſ. At in his, quæ communia ſunt pluribus, vt vniuerſis, maioris partis conſenſus ſufficit. l. quod maior.19. infra ad municip. & l. aliud.121.§. refertur. infra de regul. iur. l. nulli.3. ſupra. quod cuiuſque vniuerſi. nom. *Vetari vti ceſſo iure non poſſe.* Videbatur nullum eſſe, quod ab vno geſtum eſt abſque aliorum conſenſu, atque idcirco negatoriam actionem ei nihilominus competere, qua vti volentem iure ceſſo prohibeat, l.7. quemadmodum. C. lib. 11. titu.47. de agric. Sed hoc verum non eſt: nam eiuſmodi ceſſionem & promiſſionē nullius momenti nō eſſe, vel ex eo liquet, quod ex ea ad id quod intereſt naſcitur actio. l. fundum, cuius.46.§. ſi per alienum. infra de euictio. Quamuis ad translationem iuris realis efficax non ſit, vt hic dicitur. l.1. infra commu. prædio. Nec ſane dicenda eſt hæc ſtipulatio rem impoſſibilem continere, ideoque inutilis eſſe, cum ſeruitutem fundo conſtitui non ſit impoſſibile, tametſi ab eo, qui dominus non eſt, fieri nequeat. l. continuus.138.§. ſi ab eo. infra de verb. oblig.

In l.13. Certo generi agrorum.

CVm quis iter, vel actum ad vineas ſuas ſtipulatur, videtur ſeruitus acquiri nō poſſe: propterea quod extirpatis vitibus deſinit eſſe vinea, nec ſeruitus rectè ad tempus conſtituitur. l.4. ſupra de ſeruit. Iabolenus tamen vtilem eſſe hanc ſeruitutem hic oſtendit: quia non tam ſuperficiei, id eſt, vitibus, quam ſolo ipſi debetur. Nam vinea, ſolum etiam, ſiue fundum vitibus conſitum ſignificat. Vnde ſi colonus ad certam pecuniam fructuum vineæ ſingulis annis domino præſtandam obligarit ſe, ac deinde nucem arborem, vt fit, in media vinea plantauerit, eius fructus quoque pro parte præſtabuntur, idque vulgo receptum eſt. Nam & contractus de re principali initus ad acceſſoriam porrigitur. l. nomen debitoris,33. infra de legat.3. & quicquid ipſi rei poſtea accreſcit continet. l. inter ſocerum.26.§. cum inter. infra de pact. dotal. *Doli mali exceptio erit neceſſaria.* In hac quæſtione, quæ facti magis, quam iuris, illud eſt inſpiciendum, num forte actum ſit inter contrahentes, vt vitibus tantum, non etiam ſolo ſeruitus debeatur: quo caſu ſublatis vitibus, ſeruitutem petens exceptione doli ſummouebitur, licet ipſo iure ſeruitus non poſſit ad tempus conſtitui. d. l.4. ſupra de ſeruit. Æquiſſimum enim eſt ea ſeruari, quæ in contrahendo conuenerunt.

In l.16. Diuus Pius aucupibus.

VT liceat venari vel aucupari in agro alieno, ſeruitus vtiliter conſtituitur. Nam tametſi venatio Romanis ſolenne viris opus, vt Horatius ait, Romano iure omnibus permiſſa ſit, etiam in fundo alieno. l.3. infra de acq. rer. domi. §. feræ. Inſtit. de rer. diuiſ. fundum tamen ingredi alienum domino prohibente non licet. Dubiumque non eſt, quin ingrediens actione iniuriarum teneatur. l. iniuriarum,13.§. ſi quis me prohibeat. infra de iniur. Verum nihilominus feram captam effici capientis plærique opinantur, quibus aſſentior, quod non captio illa prehenſioque, ſed ingreſſus tantum aduerſus legem fieri intelligatur. d. l.3. infra de acquir. rer. domin. & l. nō dubium. C. de legib.

In l.17. Imperatores Antoninus & Verus.

AQuam ex flumine publico cuiuis ad ſuum vſum ducere conceſſum eſt, niſi flumen nauigabile ſit. l. quominus. 2. infra de flumi. l. ſi autem.10. infra de aqua pluuia. Aquam autem publicam, id eſt, quæ in vſu publico eſt, ducere non licet, niſi permiſſu principis. l.1.§. permittitur. infra de aqua quotid. & æſtiua. Qua de re videnda ſunt, quæ in tractatu de aqua pluuia, ſcripſimus.

In l.18. Vna eſt via.

TAmetſi per plures fundos ſuos ius eundi mihi concedat aliquis, non continuo plures erunt ſeruitutes, ſed vna tantum, quæ ita demum amittetur, ſi nullo ex fundis toto ſtatuto tempore itinere vſus fuero: nam qui per partem itineris, & anguſtiore itinere vtitur, totū ius retinet. l. ſi eo.9.§. vlt. inf. ſi ſeruit. vind. l. ſtillicidij.8.§. vlt. inf. quemad. ſeru. amit. Quod quemadmodum ſit accipiendum, aliquanto plenius infra diſſeremus. l. nam ſatis.6. infra quemadmodum ſerui. amitta.

In l.19. Si vnus ex ſociis ſtipuletur.

VIDE l. pro parte.11. & l. viæ.18. ſupra de ſeruit. ſeruus communis vtrique domino acquirit.

In l.20. Si mihi eodem tempore.

VIDE l. ſi domus.20. ſupra de ſeruitu. vrba prædio.

In §. Seruitus naturaliter.

VIDE l. ſi fiſtulæ.17. ſupra de ſeruit. vrb. præd. pro damno naturaliter dato non competit actio.

In §. Si fundo Seiano confinis.

VIDE l. ſeruitutes prædiorum.14.§. publico loco interueniente. ſupra de ſeruit.

In §. Hauriendi ius, non hominis, ſed prædij eſt.

Vide l. 3. & 4. ſupra eo. hæc enim ſeruitus prædiorum gratia conſtituta eſt.

In l. 21. Si mihi conceſſeris. & l. ſeq. 22.

Vide l. ſi cui ſimpliciter. 9. ſupra de ſeruit.

In l. 23. Via conſtitui.

Vide l. 13. ſi tam anguſti. ſupra de ſeruit.

In §. Si laicus perpetuus in fundo tuo eſt.

Vide l. foramen. 27. ſupra de ſeruitutib. vrba. prædio.

In §. Si fundus ſeruiens.

Vide l. 4. ſupra hoc tit.

In §. Quæcunque ſeruitus.

Seruitus ita debetur fundo, cui eſt adquiſita, vt nulla ſit minima in eo gleba, cui non recte deberi dicatur. Itaque alienato particulatim fundo, licet mille partes ſint, ſingulis debebitur ſeruitus. Ac tametſi hoc pacto reddatur fundi ſeruientis cauſa deterior, tamen ſibi imputare debet, qui euenturum proſpicere potuit. l. cum fundus. 13. infra titu. ſeq. & l. alienatio. 67. infra de contrah. empt. Nec refert an pars fundi certa, an pro indiuiſo vænierit: quoniam vtroque caſu ſeruitus emptorem ſequitur. l. ſi partem. 25. infra eo. *Si tamen fundus, &c.* Sicut in venditione nunquam intelligitur ſeruitus conceſſa, niſi id expreſſum fuerit à contrahentibus. l. in vendendo. *66.* infra de contrahen. empt. ita in diuiſione inter plures ſocios facta, quæ ſimilis eſt venditioni. l. 1. C. commun. vtriuſque iudicii.

In l. 26. Si via, iter, actus, aquæductus.

Vide l. ſi cui ſimpliciter. 9. ſupra de ſeruit.

In l. 27. Si communi fundo.

Vendito fundo toto ſeruiente vni, vel pluribus dominis alterius fundi, cui ſeruitus debetur, confunditur atque extinguitur ſeruitus. l. 1. infra quemadmodum ſeruit. amit. Nec enim intereſt vnus in ſolidum eius fundi dominus ſit, an plures ſocij eum communiter poſſideant, cum pro vna perſona habeantur, & quantum iuris habuerunt ſinguli in eo fundo, tantum habere incipiunt in redempto. Non idem dicendum eſſe, Iulianus hic ait, cum fundus ſeruiens à duobus redimitur nullum habentibus fundum communem, cui ille ſeruiat, quandoquidem hæc ratio ceſſat: nec tantum iuris habent ſinguli &c. Sin autem fundi ſeruientis dominus eius partem duntaxat vendiderit, (nam & de totius fundi venditione hic loquimur) hac communicatione ſeruitus minime extinguitur, vt ſupra annotauimus. l. pomum. 7. §. 1. ſupra de ſeruit. l. vnus ex ſociis. 34. inf. eo. Is etenim retinet partem, in qua ſeruitus poteſt conſiſtere.

In l. 28. Itinere ad prædium.

Quamuis legata ſeruitus ſtatim adquiratur legatario. l. ſi partem. 19. infra quemadmodum ſeruit. amitt. l. à Titio. *66* infra de fur. nec ſit neceſſaria traditio, vt in iis, quæ ex contractu debentur. l. quoties. 40. ſupra de vſufruct. Tamen cum iter ad prædium commune duorum legatur, qui de loco itineris non conſentiunt, atque ita ſe mutuo impediunt, ſeruitus non adquiritur. d. l. ſi partem. & l. 2. §. cum ſingulis. ſupra quibus modis vſusfruct. amit. Itaque interim nec deperire, ſeu amitti per ſtatutum tempus non vtendo poteſt, cum nondum eſt adquiſita.

In l. 31. Tria prædia.

Quemadmodum tribus prædiis, quæ ſunt continua, ſummo, medio, & imo, non poteſt imi fundi dominus ex ſummo aquæ ad imum ducendæ ſeruitutem adquirere: niſi per medium eiuſdem aquæ ducendæ ius habeat. l. qui ſella. 7. §. 1. ſupra eod. ita redemptione ſummi tantum, non etiam medij, ſeruitutem non amittit, tametſi alioqui ſeruitus extinguitur, cum is, cui debetur ea, ſeruientis fundi dominus eſſe incipit. l. 1. infra quemadm. ſeruit. amit. l. ſi ædes. 31. ſupra de ſeruit. vrb. Sic enim accipiendum eſt, cum vnum tantummodo prædium ſeruit: nam ſi plura ſeruiant, omnium adquiſitio neceſſaria eſt. l. ſi mihi. 20. §. ſi fundo. ſupra eo.

In l. 32. Fundus tecum mihi communis eſt.

Seruitutem per partes acquiri non poſſe ſupra diximus. l. pro parte. 11. ſupra titu. 1. de ſeruit. Itaque ſi fundum vnum habeam proprium, & alium tecum communem, non licet paciſci, vt proprius communi ſeruiat. l. vt pomum. 7. §. 1. ſ. de ſeruit. Si tamen fundi partem illius tecum communis tibi vendam, in traditione hoc pactum interpoſitum valet, quamuis tunc meus ſit vterque ſaltem pro parte: quia in id tempus collatum intelligitur vtilitate ſuadente, quo meus eſſe deſinit. Et perinde vtilis eſt hæc ſeruitutis impoſitio, ac ſi primum tradita res eſt, deinde ſeruitus eidem adquiſita ſit. Adde ea, quæ annotaui in c. 33. tit. præced.

In l. 33. Cum eſſent mihi & tibi fundi.

Eadem ratione id quoque pactum vtile eſſe dicitur, quo conuenit inter ſocios in diuiſione fundorum communiũ, vt fundus communis vni cedens alteri ſeruiat, quamuis eo tempore adhuc communis ſit.

In §. Per plurium prædia aquam duci quoquo modo impoſita ſeruitute, &c.

Is, qui ius ducendæ aquæ habet, non poteſt hauſtum, id eſt, ſeruitutem hauſtus ex riuo cedere: quia ſeruitutis ſeruitus non eſt. l. 1. infra de vſufruct. leg. Nec ſeruitus ab eo recte conſtituitur, qui dominium prędij non habet. l. 1. inf. tit. ſeq. & l. 2. infra ſi ſeruit. vindic. Et licet hæc conceſſio inutilis omnino non ſit, vi tamen ſeruitutis & effectu caret. Verum ſi in ſeruitute aquæ ductus conſtituenda hoc nominatim cautum ſit inter eum, ex cuius fundo hauritur aqua, & eum cui debetur aquæ ductus, vt ei liceat haſtum alteri cedere, valebit ſeruitus hauſtus, tamquam ab eo conſtituta, non qui ceſſit, ſed qui eam cedere permiſit.

In l. 34. Vnus ex ſociis fundi communis.

Quod ſeruitus per partes non imponatur, nec acquiratur, ſed tamen per partes retineatur, ante à nobis demonſtratum eſt l. 2. l. ad certam. *6.* l. vt pomum. 7. l. 11. pro parte. l. viæ. 17. ſupra tit. 1. de ſeruit. Hic adiicit Papinia. ſeruitutem iam acquiſitam nec per partes quidem remitti poſſe. proinde ſi alterutrum ex prædiis, quæ ſeruiunt, aut vtrumque fuerit communicatum inter eum qui debet, & cui debetur ſeruitus, vnus eam alteri remittens nihil agit: quia non tam remitti, quam prædio ipſi, quod effectum eſt commune, deberi intelligatur: nec ſane ratio patitur, vt ius quod rei alicui communi ineſt, vnus dominorum ſolus remittat, idque totum. Nam cum ſeruitus non recipiat diuiſionem, remiſſio hic fieri pro parte non poteſt.

In §. Si fons exaruerit ex quo ductum.

Qui per conſtitutum tempus ex eo fonte aquam non duxit, qui exaruerat, aquæ ductum amittit. Nam licet ei, qui iure prohibetur re ſua vti, non currãt præſcriptionum tempora, l. 1. §. 1. C. de annali except. tamen ſi caſu aliquo impediatur quis abſque culpa ſua, ius ſuum quidem amittit: ſed ex æquo & bono reſtituitur in integrum à prætore, ob clauſulam edicti generalem, ſi qua alia iuſta cauſa eſſe videbitur. l. 1. in fi. ſupra ex quib. cau. mai. Ceterum quod hic de fonte dicitur areſcente, ſic accipi debet, ſi caſu aliquo fons, cuius erat perennis aqua, exaruerit. Nam ex ea quæ tempore æſtiuo ſolet areſcere, ſeruitutem æquæ ductus concedi non poſſe, docuimus in l. foramen. ſupra de ſeruit. vrba. præd.

In l. 36. Cum fundo, quem ex duobus.

Aquæ ductus eſt ex numero realium, non perſonalium ſeruitutum. l. 1. ſupra eod. Itaque vendito fundo, cui ſemel adquiſita eſt ea ſeruitus, emptorem ſequitur: id quod verum eſt, etſi in ea adquiſitione interpoſita ſit huiuſmodi ſtipulatio, quæ vulgaris atque vſitata eſt: per te non fieri, quominus mihi aquam ducere liceat, etſi contra factum fuerit, nomine pœnæ centum dare ſpondes. leg. 2. §. item ſi in facto. infra de verbor. obligat. Non enim ea ſtipulatio, quæ acceſſoria eſt, quamuis ſit perſonalis, nec ad aliam perſonam

ſonam tranſeat. l. ſed etſi quis. 19. alias l. adhuc. 30. §. ſi operas. ſupra de vſufruct. efficere poteſt, vt ſeruitus conceſſa perſonalis ſit, non realis. Quare in hac ſpecie emptor ſecundus actione confeſſoria vtetur: actione vero ex ſtipulatu ita demum, ſi ab auctore ſuo ei ceſſa fuerit.

In l. 37. Λύκιος. Τίτιος.

TAmetſi aquæ ducendæ ſeruitus in numerum ſeruitutum realium referatur: interdum tamen poteſt perſonalis eſſe, ſi ita actum eſſe appareat, vt annotauimus in l. pecoris. 4. ſupra eod. veluti ſi concedens his verbis vſus fuerit: Permitto tibi ex fonte meo aquam ducere in domum tuam, aut quocunque volueris. Quibus aperte oſtenditur, non ad vtilitatem prædii alicuius eum reſpexiſſe, ſed ad perſonæ illius commodum duntaxat. l. ergo. 5. ſupr. eo. l. 1. §. præterea Labeo. infra de aqua quotidia. Quamobrem finietur cum perſona, nec ad hæredem tranſmittetur. l. 6. pater filiæ. infra de ſeruit. lega.

In l. 38. quæ eſt vlt. Flumine interueniente.

SI flumen publicum inter prædium ſeruiens & dominans intercedat, impedit ſeruitutem viæ conſtitui, ſi pontonibus & nauiculis traiiciatur, nec vado nec ponte poſſit tranſiri. not. in l. ſeruitutes. 14. §. publico loco. ſupra tit. 1. de ſeruit. Quia tunc cauſa ſeruitutis perpetua eſſe non videtur, vt ea liceat quoties libuerit vti, contra naturam ſeruitutum. l. vt pomum. 7. ſupra de ſeruitu. l. foramen. 27. ſupra de ſeruit. vrb. l. ſi prius. 17. §. via publica intercedente. ſupra de aqua plu. arcen. Quod ſi inter prædia ſeruientia medium ſit flumen, ſiue ea prædia vnius & eiuſdem ſint domini, ſiue diuerſorum, ſeruitus rite conſtituitur: quoniam nihil prohibet, quominus ea cum libuerit vtamur ſaltem pro parte, quod ſufficit, vt ſcripſimus in l. vna eſt via. 18. ſupra eo. *Diſpiciamus ne nihil vetet a te mihi, &c.* His verbis Iuriſconſ. aliquando ſententiam exprimere ſolere alias annotauimus in tractatu de pactis. *Quia vi i cõſummari ſolet.* Hæc eſt dubitationis cauſa, pro qua vide cap. vltim. infra de loc. & itin. publi. *Quod ſi eſt.* id eſt, ſi idem iuris eſt in plurium prædiis dominorum, quod in vnius domini.

COMMVNIA PRÆDIORVM, TAM VRBANORVM QVAM RVSTICORVM.

TITVLVS IIII.

L. 1. AEdificia.

PRædium vrbanum quid ſit, quomodo accipiendus ſit hic locus, alias docuimus in tractatu de pactis. l. itẽ quia. 4. *Niſi qui habet prædium.* Addenda hic ſunt quæ ſupra variis in locis ad huius capit. explicationem conferentia annotauimus l. non dubito. 12. l. ſeruitutes. 14. §. ſeruitus ſupra de ſeruitutibus. l. 22. ſi ſerui. §. futuro. de ſeruit. vrbanorum. Cæterũ in vulgatis codicibus, qui ante Haloandrum impreſſi ſunt, hæc verba ad finem huius capitis leguntur. Nec quiſquam debere, niſi quia habet prædium: quorum illa, nec quiſquam debere, vt & adulterina reiicere oportet. Seruitutem promittere poteſt, qui fundum non habet, & promittens per fundum alienum, veluti proprium obligatur, tametſi ſeruitus ab eo acquiri non poſſit. l. hæredes eius. 26. §. an ea ſtipulatio. infra famil. erciſcun. l. fundum cuius. 46. §. ſi per alienum. infra de euictionib.

In l. 2. De aqua per rotam tollenda ex flumine.

VT aqua ex fundo alieno ducatur, dubium non eſt, quin ſeruitus recte conſtitui poſſit, vt autem hauriatur vel per rotam, & organa hydraulica tollatur, cuius tollendæ rationem docet Vitruuius lib. 10. capit. 9. & 10. vel ex caſtello ducatur, non ex capite ſeu fonte, videbatur non poſſe conſtitui, propterea quod de his iure veteri (quod ipſum ius appellatur) nihil cautum eſſet. l. ſeruitus. 9. ſupra tit. præced. Sed eo ventum eſt interpretatione prudentum, vt omnia iura quæcunque prædiis vtilia ſunt, & perpetuam cauſam habent, ſeruitutes cenſeantur. Et quamuis ipſo iure non valeant, tamen ex æquo & bono per prætoris tuitionem efficaces ſint, & hæc noſtra interpretatio confirmari poteſt iis, quæ ſcripſimus in l. 1. §. traditio. ſupra de ſeruit. ruſti. præd.

In l. 3. Duorum prædiorum dominus ſi alterum &c.

VIDE l. & qui duas. 34. ſupra de ſer. vrb. præd.

In l. 4. Caueri ad certam altitudinem.

QVamuis loco religioſo ſeruitus adquiri poſſit. l. ſeruitutes. 14. §. ſeruitus. ſupra de ſerui. l. 1. infra ſi ſeruit. vindic. tamen ei imponere ſeruitutem non licet, niſi antequam religioſus effectus fuerit. leg. quod ſi locus. 11. infra de religio. Proinde ſi quis in eadem ædicula Dominicanorum, exempli gratia, ius ſepulchri ædificandi, & mortuum inferendi habeat, ac demum cum Dominicanis de numero ſepeliendorum, aut de ædificii magnitudine paciſcatur, talis pactio ipſi non oberit, vt recte à quibuſdam hic obſeruatum eſt. Sed eſt animaduertendum, ſi contra decorem aliquid moliatur, nec iure ſibi conceſſo vtatur, ciuiliter prohiberi poſſe l. ſi cui. 9. ſupra de ſeruit.

In l. 5. Proprium ſolum vendendo.

QVi ſtipulatur alteri, eum inutiliter ſtipulari certi iuris eſt, niſi ſua interſit. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. ff. de verb. oblig. Quod minuendarum litium cauſa conſtitutum fuiſſe alias docuimus: inutiliter igitur fundum meum vendendo, mihi & vicino ſeruitutem excipio. Atque hoc caſu mihi adquiritur tota ſeruitus, non vicino. Nec ideo ius accreſcendi hic locum habere dicendum eſt, quod in vltimis voluntatib. nõ in cõtractib. obſeruari ſolet. l. ſi mihi & Titio. 110. infra de verb. oblig. Sed ius non decreſcendi potius cũ ne fieri quidem poſſit, propter indiuiduitatẽ ſeruitutum, vt quicquam decreſcat aut minuatur. De eo quod in fin. cap. Iabole. adiicit, *Quia per vnum ſocium communi ſolo &c.* vide l. pro parte. 11. ſupra tit. 1. de ſeruit.

In l. 6. Si quis duas ædes habeat.

VIde l. 2. l. ad certam. 6. l. pro parte. 11. ſupra de ſeruit. & l. in re communi. 25. l. & qui duas. 33. ſupra de ſeruit. vrba. prædio. & l. ſi communi. 27. ſupra de ſerui. ruſtic. prædio.

In §. Item ſi duo homines binas ædes communes.

AD finem huius §. Haloander ita legit, ſeruitutem vel acquirere vel imponere non poſſe. Verum Antonius Auguſtinus admonet in Pandectis Floren. negationem deſiderari, quam idcirco expungendam cenſeo.

In §. alias eſt l. 7. Si in venditione quis dixerit, ſeruas fore ædes &c.

VEnditor ędium ſeruitutem excipere volens, dixit eas ſeruas fore, vtiliter excepiſſe videtur, nec cogetur liberas ædes tradere. Sed aut ſibi, aut cuiuis alii ſeruas facere poterit, cum lex venditionis in futurum tempus concepta ſit. Quid ergo ſi non ſeruas fore ædes: ſed quod amplius eſt ſeruire eas Titio dixerit: Pomponius hic reſpondet, ita legẽ accipiendã eſſe, vt ſeruitus Titio vendi, vel in traditione imponi illis ædibus poſſit, quod eſt accipiendum, niſi venditor ideo hanc legem dixerit, quod vereretur, ne Titio aliqua deberetur ſeruitus, quo caſu nihil exceptum eſſe intelligitur. l. ſi quis legauerit. 75. infra de leg. 1. Cæterum qui vendit fundum, eum præſtare liberum non cogitur, niſi id expreſſerit. l. cum venderes. 59. infra de contrah. empt. l. quod ſeruitutes. 75. infra de euictio. l. qui vti optime. 90. infra de verb. ſignifi. Verum ſi ſeruitutem deberi ſciuit, nec emptorem ignarum admonuit: quia dolo carere non videtur, quanto minoris empturus fuit, conueniri potuit ab emptore. l. 1. & l. quæro. 40. infra de actio. empt.

In l. 7. Si in venditione, & l. 8. & 9. ſeq.

HAc tria capita ſatis ſupra expoſuimus.

In l. 10. Quicquid venditor.

GEneralis exceptio ſeruitutis non ſufficit, vt ſupra dictum eſt. l. in tradendis. 8. ſupra eo. ſed genus ſeruitutis eſt exprimendum. Quapropter his verbis ædium venditioni adſcriptis. *Quibus ſeruitus eſt, vtique eſt,* non ſatis venditori cautum videtur. Sic enim legendum eſt, & omnes codices emendandi, vt intelligamus, vtique, non vnam dictionem ſed duas eſſe. Ac ſimile erratum eſt in edicto prætoris De minoribus. quod ita admonet legendum eſſe Auguſtinus, vti quæque res erit animaduertam, &c. l. 1. ſupra de minorib. Sicut & edictum quoque de aleæ luſu. infra l. 1. Porro confundi ſeruitutem conſtat, quando idem eſt, & dominantis & ſeruientis fundi dominus.

In l. 13. alias 14. Venditor fundi.

SI quis vnum ex duobus fundis ſuis vendat ea lege vt contra alterum, quem retinet certum genus piſcationis in mari, quod ei fundo proximum eſt, non exerceatur ab emptore, nulla ſeruitus hoc modo conſtituta eſſe dicitur, nullum ſiquidem eſt emptoris prædium, quod ſeruiat. l. 1. ſupra, eo. Sed hoc pactum in traditione rei appoſitum, nihilominus valebit. l. in traditionibus. 49. ſupra de pactis. proderitque ad obligationem perſonalem, non ad ius reale transferendum in venditorem. Idemque de ſimilibus pactis eſt dicendum, vt ſi quis mecum paciſcatur, ne per viam publicam eat. Verum hoc ita accipiendum eſt, ſi paciſcentis interſit, quod vberior ſit ei futura piſcatio, aut tranſitus per publicum commodior & expeditior, alioqui non daretur actio. l. quoties. 15. ſupra de ſeruit. l. nemo. 62. ſupra de pact. & l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de verb. obligat. *Aut in ius eorum ſuccedentium.* Hoc verbum de hæredibus intelligendum eſt, qui vniuerſales ſucceſſores dicuntur. l. nihil aliud. 24. infra de verb. ſignif. l. flaminum. 24. §. adiicitur. infra de damn. infect. nam ad ſingularem ſucceſſorem, cuiuſmodi eſt emptor, donatarius, legatarius, obligatio perſonalis non tranſit. l. 1. §. ſi hæres. infra ad ſenatuſconſ. Trebel. l. vlt. ſupra de contrahen. empt. l. quoties. 9. de hæred. inſtit.

In §. Si conſtat in tuo agro lapidicinas eſſe.

LApidis cædendi aut eximendi ſeruitutem conſtitui poſſe nemo eſt qui neſciat. l. veluti. 6. ſupra tit. proxi. Quæ ſi non conſtituta fuerit, lapidem cedere in alieno cuiquam non eſt permiſſum, ſiue priuato nomine, ſiue publico, id eſt Reipub. aut ciuitatis nomine id fiat. Nam diſtinctio dominiorum iuriſgentium eſt, & quod noſtrum eſt, abſque facto conſenſuve noſtro in alium transferri non poteſt. l. ex hoc iure. 5. ſupra de iuſti. & iure. l. id quod noſtrum 11. infra de regul. iuris. l. vltim. infra de nat. reſtitué. Quod adeo verum eſt, vt ne principi quidem id liceat, qui dominus rerum cuiuſque priuatarum non recte dicitur. Locus autem Vlpiani de agro militibus adſignato, l. item ſi verberatum. 15. ſupra de rei vindic. vulgo non recte intelligitur. De agro ſiquidem capto ab hoſtibus ibi loquitur Vlpian. cuius pars tantum militibus aſſignata fuerit, altera pars relicta poſſeſſori, idque honoris cauſa, cum adimi totus ager ei potuiſſet. l. Lucius. 11. infra de euictio. l. hoſtes. 24. infra de capti. Minus me mouet, quod in Iuſtiniani conſtitutione legitur, omnia principis intelligi eſſe, &c. l. bene à Zenone. 3. Cod. de quadrien. præſcrip. Nam ſenſus eſt, omnia tam quæ ipſius propria ſunt, id eſt, quod vulgo dominium vocant, quam quæ ſunt fiſci, hæc apud nos dicuntur regni diadematis, ſeu coronæ nomine ad principem pertinere, vt verba præcedentia & ſequentia ſatis oſtendunt. Non inficior tamen, neceſſitate publica vrgente, nonnunquam magiſtratum poſſe, nedum principem, vſum aut etiam dominium rei ſuæ cuipiam adimere, ſed id cauſa cognita, & pretio vel mercede exoluta fieri oportet. l. ſi locus. 14. infra quemadmod. ſeruit. amit. l. vltim. infra de pigno. actio. l. 2. C. de ſeruis qui præmio liber.

In l. 14. alias 15. Iter nihil prohibet ſic conſtitui.

VSus ſeruitutum temporibus ſecerni poteſt, vt diximus l. 4. & 5. ſupra de ſeruit. Proinde non tantum generaliter & indefinite poteſt conſtitui ſeruitus itineris, verumetiam vt interdiu tantum ire liceat. *Neceſſarium eſt.* Neceſſitatem hic intelligo non ſimplicem & abſolutam: ſed conditionalem, quam vulgus interpretum cauſatiuam, Cicero neceſſitatem cum adiunctione, vocat, de Iuuent. lib. 2. ad fin. Eſt enim neceſſarium in prædiis vrbanis ita conſtitui ſeruitutem itineris, non ſimpliciter, & vt loquimur, præciſe: ſed niſi malumus pati, vt aduerſarius etiam noctu eat per domum noſtram: quod vix ſine maximo noſtro incommodo fieri poteſt. Atque hinc efficitur, licere ei, cui debetur ſeruitus itineris, per locum ſeruituti obnoxium, quolibet tempore, & quidem nocturno ire, modo ciuiliter id faciat. l. ſi cui. 7. ſupra tit. 1. de ſeruit.

In l. 15. alias 16. Qui per certum.

VIDE l. 2. ſupra de ſeruit. ruſtic. prædio.

In l. 16. alias 17. Poteſt etiam in teſtamento.

VIDE l. 5. ſupra de ſeruit.

In l. 17. alias 18. Si precario.

SI cui precario conceſſero, vt maceriem in meo extruat, id eſt, quandiu voluero extructam habeat. leg. 1. infra de precar. nec is me volente, aut poſtulante, auferre velit, mihi eam domoliri ac deſtruere licet. l. ſed ſi inter me & te. 26. ſupra de ſerui. vrban. prædio. l. quemadmodum. 29. infra ad l. Aquil. Puto etiam præſcriptis in factum verbis aduerſus eum agi poſſe, ne alioqui opera & ſumptibus domini demolitio fiat. l. permiſiſti. 17. infra de præſcrip. verb. Interdictum autẽ quod precario non competit, quantum aduerſus eum datur qui habet rem aut dolo malo deſiit habere. l. 2. infra de precar. Contradicendum eſt, ſi non in meo maceriem extruxerit: ſed in ſuo fundo potius, qui ſeruitutem mihi debebat. *Cum ædificium ſoli conditionem ſecutum, inutilem faciat intentionem.* Hinc annotandum eſt, quod vulgo dicitur, ædificium ſolo cedere. leg. 2. C. de rei vindicat. in maceria quoque locum habere, id eſt in muro ſine calce, aut alia compactione facta. l. quantum. 157. infra de verb. ſignifi. & hoc eſt quod ait hic Vlpian. ædificium ſoli conditionem ſecutum. Notandum etiam ex illis verbis, *Neque libertas vſucapietur.* quod precario poſſidens ab alio, aduerſus eum vſucapere non poteſt. l. ſi ædes. 31. ſupra de ſeruit. vrbano. l. ſi quis diuturno. 10. infra ſi ſeruit vindic.

In l. vlti. Receptum.

TAmetſi omnium fundi dominorum conſenſus neceſſarius ſit ad impoſitionem ſeruitutis, tamen ſinguli ſeparatim cedere poſſunt, nec omnes pariter & eodem tempore id facere neceſſe eſt, vt diximus l. per fundum. 11. ſupra de ſerui. ruſt. præd. Nam poſteriore ceſſione, ſuperiores omnes confirmantur. quaſi eo die quo nouiſſimus ceſſit, omnes ceſſerint. Nam illa ceſſio non retrotrahitur vt ratihabitio. l. vlt. C. ad ſenatuſconſ. Macedo. Cum hoc non ſit propoſitum cedentis, vt quod ab aliis geſtum eſt comprobet, & velut proprium efficiat negotium. Itaque mortuo eo, qui primus ceſſit inutiliter, poſtea alius cedit, quantum ad illius primæ ceſſionis confirmationem attinet: ſed poſtrema ceſſio in pendenti eſt, donec hæres defuncti conſenſerit, cuius conſenſu ea, quaſi nunc prima exiſtens, confirmatur. Quod ſi quis obiiciat hæredem & defunctum pro vna atque eadem perſona haberi. authentic. de iureiur. à morien. præſti. §. 1. l. hæreditas. 34. infra de acquir. rer. domin. ideoque ad id obſeruandum quod defunctus promiſit obligatum eſſe quaſi ipſemet promiſiſſet: Reſpondeo, quamuis ad id faciendum obſtrictus ſit, fieri tamen poſſe, vt litis æſtimationem ſoluere malit quã ſeruitutem conſtituere. Quo caſu non poſſet ſeruitus conſtitui ab alio, quæ diuiſionem non reciperet.

SI SERVITVS VINDICETVR, VEL AD ALIVM PERTINERE NEGETVR.

TITVLVS V.

In l. I. & II.

PRO

PRo ſeruitute vindicanda, ſicut pro aliis rebus quæ ſunt corporales, in rem datur actio, quæ cõfeſſoria appellatur: quia confitetur actor, id eſt aſſerit, ſiue contendit ſibi ſeruitutem competere. §. æque. Inſtit. de actio. Et hęc actio tantum prædij domino, non alij datur, vt hic Vlp. ait. Quod eſt accipiendum, vt non in vno loco docuimus. l. ſeruitutes. 14. §. ſeruitus itineris. & l. ei, qui. 16. ſupra de ſerui. l. 4. ſupra commu. prædio. Ac ſicut pro ſeruitute, ita etiam pro libertate vindicanda actio contraria à iuris auctoribus prodita eſt, quæ idcirco negatoria eſt, & dicitur, quod agens libertatem prædii ſui vindicet, ſeruitutemque neget aduerſario deberi. l. ſicuti. 8. in prin. infra eo. dicto §. æque. Inſti. de actio. Obſeruandum hic eſt, poſſe actorem ita formulam ſuæ intentionis concipere, vt ſeruitutem ſibi competere dicat. Nam licet fundo potius, quam perſonæ debeatur, l. vnus ex ſociis. 34. ſ. de ſeru. ruſtic. l. qui in aliena. 33. §. vlt. ſupra de nego. geſtis. tamẽ & perſonæ quoq; ipſi, propter fundum debita non male dicitur.

In §. Recte Neratius ſcribit, ſi medij loci &c.

VIDE l. binas. 35. & l. ſi quis. 29. ſupra de ſeruit. vrbanorum.

In §. Pomponius dicit.

QVamuis fructuario actio confeſſoria non detur, ſaltem directa, quia ius ſeruitutis nõ habet, cuius dominus non ſit: tamen de itinere actuque priuato interdicto experiri poteſt, in quo de vſu tantum & poſſeſſione, non etiam de iure ſeruitutis quæritur. l. 1. infra de itinere actuque priua. Sed de ſucceſſore quoq; eiuſdem, tam ſingulari quam vniuerſali hoc interdictum competet. Porro quærere de iure, eſt quærere ſitne ei vel teſtamento, vel conuentione conſtituta ſeruitus, qui eam vindicat: quærere de facto, eſt quærere, fueritne proximo anno in poſſeſſione ſeruitutis.

In l. 4. Loci corpus non eſt dominij ipſius, cui &c.

QVi actione confeſſoria experiri vult, fundi ſeruientis ſe dominum eſſe non recte intendit. Seruitus enim pars dominij non eſt, ſed ius quoddam à dominio longe diuerſum. Huius tamen iuris dominus non inepte dici poteſt is, cui debetur. l. recte. 25. infra de verb. ſig. l. 3. ſupra ſi vſusfr. pet.

In §. Qui iter ſine actu &c.

PRo ſeruitute actus ſine itinere, tam confeſſoria, quam negatoria actione experiri non poſſe Vlpianus hic ſcribit. Contra tamen dicendum videbatur, cum qui habet actum, iter quoq; eum habere diſſeruimus ſupra de ſeruit. ruſtic. prædio. l. 1. Verum id ita accipiendum eſt, niſi actum ſit in conſtituenda ſeruitute, vt non aliter per fundum ire liceat, quam ſi iumentum, aut vehiculum ducatur. l. 4. §. modum. ſupra de ſeruit. Quæ enim ſic nominatim cauta ſunt, ſeruari debent.

In §. In confeſſoriam actionem, quæ de ſeruitute mouetur, &c.

SEruitutis nulli fructus proprie eſſe intelliguntur, cum fructus appellatione id demum contineatur, quod naturaliter ex ipſo corpore naſcitur. l. vſuræ. 121. infra de verb. ſignifi. Sed nihilominus fructuũ reſtitutionem in actione confeſſoria & negatoria καταχρηστικῶς, locum habere dicimus, ſicut in aliis in rem actionibus. l. ex diuerſo. 36. §. vbi alienum. Id eſt commodum quod haberet actor, ſi iure ſuo vti prohibitus non eſſet. l. & ſi forte. 6. §. vlt. infra eo. Id enim loco fructuum habetur: ſicut in rerum corporalium vindicatione, mercedes colonorum, vecturæ nauium, & alia id genus. leg. 39. ſupra de petit. hæred. l. ſi nauis. 63. ſupra de rei vindi. l. vindeamus an in omnibus. 19. ſupra de vſur.

In §. Si fundus, cui debetur iter.

ACtio confeſſoria ſi fundus dominans ſit plurium, ſingulis in ſolidum competit, quia ſeruitus res indiuidua eſt, quæ pro parte peti præſtarique non poteſt. Nec ideo dicetur per vnum ſeruitus acquiri contra rationem iuris. l. viæ. 17. ſupra de ſeruit. l. 2. §. ex his igitur. infra de verb. oblig. Quia per ſententiam non adquiritur ſeruitus: ſed iam adquiſita declaratur. l. pro parte. 11. ſupra de ſeruit. Ac vnius victoria prodeſit omnibus ſociis, licet minime litigarint: cum ſententia ipſa prædio detur, cuius res domini ſunt. l. 8. ſicuti. §. ſed ſi quęratur. infra eo. non nocebit tamen ſociis condemnatio, vt infra dicemus. l. ſi de communi. 19. infra eo. Alia cauſa eſt litis æſtimationis, ſeu eius quod intereſt, ſi forte adiudicandum ſit petitori. Nam quod agentis tantum, non etiam quod cæterorum intereſt, hic ſpectabitur, cum res diuiſionem accipiat, & hac ratione ſine vllo incommodo ipſius deſiderium impleatur. l. 2. §. item ſi in facto. & l. 3. infra de verb. oblig.

In §. Si quis mihi itineris.

ACtio confeſſoria datur aduerſus eum qui impedit aliquem vti ſeruitute: ſiue controuerſiam ſeruitutis ei faciat, ſiue non faciat, veluti ſi viam non reficere patiatur. Nam videtur is ſeruitutis poſſeſſionem quodammodo eripere aduerſario, vnde tanquam poſſeſſorem eum conueniri neceſſe eſt. In rebus autem corporalibus ex his cauſis rei vindicatio non daretur, ſed interdictum vti poſſidetis. l. 1. §. hoc interdictum. infra vti poſſid.

In §. Competit.

ACtio negatoria, quæ ſimiliter in rem eſt, competit qui libertatem prædij vindicat, negatque ſeruitutem aduerſario deberi. In hac igitur actione illud tantum inſpicitur, an prædium ei cum quo agitur ſeruitutem debeat, necne: non an liberum omnino ſit. Itaque agens non poterit alieni iuris exceptione ſummoueri, contendens alij prædium, de quo agitur, ſeruire: quamuis in rei vindicatione hæc allegatio intentionem agentis excludat: quia neceſſe eſt dominum eſſe. l. vlt. C. de rei vindic. ſed hic locus à nobis alias tractatus fuit in l. non abs re. Cod. vnde vi.

In §. Si cui. & l. 5. Et ideo ſi inter meas. & l. 6. Et ſi forte.

ACtio confeſſoria datur ei, cui ſeruitus debetur altius non tollendi, etiamſi vlteriores ædes habeat. Nam medium prædium hic ſeruitutis non impedit conſtitutionem, vt crebro diſſeruimus. l. ſeruitutes. l. 14. §. publico. ſupra de ſeruit. & leg. ſi ædes. 31. ſupra de ſerui. vrba. præd. Et hic notandum eſt actionem confeſſoriam verbis negatiuis concipi, contra Placentini opinionem. Non enim tam refert quibus verbis vtamur, quã ex qua cauſa agamus. Vt ſi ideo quis agat, quod ſibi competere ſeruitutem dicat, actio ſit confeſſoria. Sin vero cauſam ſuæ intentionis exprimat, quod prædium ſuum nullam debeat ſeruitutem aduerſario, negatoria. §. æque. Inſtit. de actio.

In dictam l. 6. Et ſi forte. §. Sciendum tamen.

ACtio confeſſoria pro ſeruitutibus vindicandis, quamuis in rem ſit: tamen datur poſſeſſori. l. pen. ſupra ſi vſuſtruct. pet. & l. ſicuti. 8. §. ſed ſi quæratur, eo. Quod & in ipſa rei vindicatione nonnunquam contingit, ſi aduerſarius contineat rem, & reſtituendi facultatem habeat. l. officium. 9. ſupra de rei vindi. *Poſſeſſor eſt.* Hoc ita accipe, ſi prohibui aduerſarium vt altius non ædificaret, & poſt eam prohibitionem nihil ab eo eſt innouatum, ſed domus eius ſemper depreſſa manſit, tunc enim poſſeſſionem adipiſcor, cuius continuatione ſeruitus altius tollendi, licet debita non fuerit, acquiri poteſt. leg. ſi quis diuturno. 10. infra eodem. Sed ſi abſque vlla prohibitione mea vicinus ab extollenda domo ſua abſtinuerit, non continuo poſſeſſionem eius ſeruitutis dicor adeptus, vt longo tempore eam mihi acquirere liceat. idque vulgo receptum eſt. leg. cum eodem. 8. & leg. qui luminibus. 11. ſupra de ſeruit. vrban. leg. altius. 8. Codic. de ſeruit. & aqua.

In verſic. Idem etſi lapilli iactu impedierit.

QVi nouum opus nuntiat, aduerſarium facit poſſeſſorem, qui lapillo manu iacto impedit ne ædificet, non item. l. de pupillo. 5. §. meminiſſe. infra de oper. noui. nunt. Qua de re videnda ſunt, quæ in tractatu de operis noui nuntiatione annotauimus.

In §. Etiam de ſeruitute, quæ oneris ferendi cauſa impoſita erit, &c.

Vide l. vlt. ſupra de ſeruit. l. eum debere. 52. ſupra de ſeruit. vrban. prædiorum.

In §. Veniunt fructus in hac actione.

Vide l. 4. ſupra hoc tit.

In l. 7. Harum actionum.

FRagmentum hoc eſt ex lib. Pauli. 21. ad edictum. vt in 5. cap. huius tractatus, quorum eadem eſt ἐπιγραφὴ, ſed à Triboniano interiecta ſunt Vlpia. verba. Proinde quod hic Paulus ait, Harum actionum &c. exiſtimo non tantum de ſeruitute oneris ferendi, ſed etiam non tollendi altius, accipiendum eſſe. De quibus ſimul, vt credibile eſt, in eo lib. diſſeruerat. In earum igitur ſeruitutum petitione, ſeu vindicatione, auctore Paulo, modo res cum cautione, modo cautio tantum præſtatur officio iudicis, prout negotij de quo agitur, natura flagitat. idque arbitrio iudicis commmittitur, qui ante ſententiam arbitratur, quemadmodum ex bono & æquo ſatisfieri actori oporteat. Nam hæ actiones ex numero arbitrar. actionum ſunt. l. qui reſtituere. 69. ſupra de rei vind. & §. præterea. Inſtit. de actio. De his libellum huic loco interpretando perneceſſarium alias edidimus. Res actione oneris ferendi, id eſt, idoneus paries præſtari debet. In ea, quæ de ſeruitute altius non tollendi eſt, cautio locum habet, cum eius quod in non faciendo conſiſtit, nulla alia ſit executio. l. Mutianæ. 7. infra de condit. & demonſt. *De reficiendo pariete cauere.* Hoc exemplum refertur ad actionem de ſeruitute oneris ferendi, in qua res ſimul cum cautione exigitur. *Neque ſucceſſores ſuos.* Hoc exemplum pertinet ad actionem de ſeruitute altius non tollendi, in qua præter cautionem nihil præſtari poſſe iam diximus. Quod ſi quis de ſeruitute potius tigni immittēdi, de qua Vlpian. diſſerit in ſeq. cap. Paulum hic loqui contendat, magnopere repugnabo. Verum hæc verba, ſi accurate conſiderentur, ſeruituti altius non tollendi magis conueniunt.

In l. 8. Sicuti autem refectio parietis ad vicinum pertinet.

RVrſus hic loquitur Vlpia. cuius ſermo interruptus fuerat. docet autem fulturam ædificiorum vicini ſuperioris, cui ſeruitus debetur oneris ferendi, ad inferiorem non pertinere, licet parietem cogatur reficere. Verum dum reficiatur paries ab inferiore, fulcire debet ædificium ſuum ſuperior, aut deponere ne interim corruat, & inferiori noceat. Nec hoc ironicum (vt cenſet Accurſ.) conſilium eſt, ſed præceptum potius neceſſarium.

In §. Competit mihi actio aduerſus eum, qui ceßit mihi talem ſeruitutem.

SIcut pro ſeruitute oneris ferendi, ita etiam tigni immittendi confeſſoria datur actio. Differentia autem, quam hic docet Vlpia. ex vi & proprietate verborum facile perſpici poteſt, quibus vtraque ſeruitus conſtituitur, Onus tuum ferre promitto, & tignum immittere in parietem meum tibi permitto, &c.

In §. Sed ſi quæratur, quis petitoris partes ſuſtineat, &c.

IN actione confeſſoria pro ſeruitute tigni immittendi poſſeſſoris partibus fungitur actor, ſi tigna immiſſa ſunt, aut foramen nondum obturatum, per quod alias immiſſa fuerant. l. hæ autem ſeruitutes, quæ in ſuperficie. 19. ſupra de ſeruit. vrba. præd. Sufficitque vna immiſſio ad poſſeſſionis adquiſitionem: ſicut & in aquæ ductu ſemel aquam duxiſſe ſatis eſt l. 1. §. quod autem. infra de aqua quotid. Itinere autem triginta diebus vſum fuiſſe oportet eum, qui ſe poſſeſſorem contendit. l. 1. infra de itine. actuq; priua. Quia qui ſemel, aut iterum per fundum alienum ambulat, iure facultatis cuiuſdam omnibus communis hominibus magis, quam ſeruitutis alicuius id facere intelligitur. §. ferę. Inſtit. de rer. diuiſ. Exiſtimo autem cum plæriſque aliis, hanc poſſeſſionem non tranferre onus probandi in aduerſarium: cum ei præſumptio iuris opitulatur, ſed quæ eſt, declarari. l. ſiue poſſidetis. 16. C. de prob. & c. 2. de reſt. ſpol. li. 6. In rem actiones intenduntur, vt iudex pronuntiet dominium eſſe petitoris, vel ius aliquod reale ipſi quæſitum eſſe. l. ex diuerſo. 36. §. vbi alienum. ſupra de rei vindic. l. Pomponius. 40. ſupra de procura. l. licet. 10. de petit. hæred. Non vt aduerſarium ad dandum aliquid, vel faciendum compellat, quod proprium eſt actionum in perſonam. §. omnium. Inſti. de actio. Sed hoc accipiendum eſt, niſi pendente lite dolo malo rei ius reale amiſſum ſit. l. ſi poſt acceptum. 18. ſupra de rei vindic. & §. ſi ad exhibendum. Inſtit. de officio iudic. Huius rei exemplum hic eſt de ſeruitute, quæ inter moras non vtendo extincta eſt. Eam enim reſtitui, id eſt, iterum conſtitui & cedi, ſeu imponi oportet.

In §. Ariſto Cerellio Vitali reſpondit, non putare ſe ex taberna, &c.

HVius loci explicandi gratia, qui ob rerum antiquarum ignorationem non recte ab interpretibus intelligitur, ſciendum eſt, Romæ, & in Italia hanc olim fuiſſe caſei conficiendi rationem, vt fumo ex malignis viridibuſque lignis, aut culmis facto, colorarent deficcarentque, vt auctor eſt Plinius lib. 11. cap. 42. & Columella lib. 7. cap. 8. Ex caſearia igitur taberna, in qua fumigantur caſei, in ædificium alienum, quod ſuperius eſt fumum immittere non licet, niſi fuerit nominatim conſtituta ſeruitus, alioqui vicino dabitur in rem actio negatoria, cui ita nocetur. Quod ſi animo iniuriæ faciendæ id fiat, iniuriarum quoque agi poterit. leg. penult. infra de iniur. Sed prohibitus à vicino, ſi eam tabernam in id cōduxerit, aduerſus locatorem, eo nomine recte experietur, cum in eum vſum locata ſit. l. ſi merces. 28. §. ſi vicino. infra locati.

In verſic. ſed & interdictum vti poßidetis, poterit locum habere, &c.

INterdictum vti poſſidetis hic non datur pro re incorporali, vt plærique falſo opinantur: ſed pro ædibus. Cum enim dominus prohibetur arbitrio ſuo illis vti, controuerſiam poſſeſſionis pati intelligitur. l. ſi duo. 3. §. hoc interdictum. infra vti poſſidetis.

In §. Apud Pomponium dubitatur.

FVmum in foco ſuo facere, qui vicino noceat, tametſi grauis non ſit, minime permittitur. itaque vtilis eſt huius ſeruitutis impoſitio: ſed eo nomine non poteſt agi confeſſoria ſicut pro aliis ſeruitutibus: idq; exēplo cuniculi: per quem vapor qui non adeo grauis eſt, ex balneo ad vicinum vſque manat comprobatum eſt. Nā de huiuſmodi cuniculo habendo, ſeruitutem conſtitui poſſe placuit. de his autem quæ leuiter quidem officiunt vicino, & cuiuis iure conceduntur, cuiuſmodi hæc ſunt, in ſuo ignem facere, ſedere, lauare, inutiliter ſeruitus conſtituitur, & actio confeſſoria non competit. leg. quoties. 15. ſupra de ſeruit. Ad fin. huius cap. legendum eſt, in Vrſi Iul. id eſt, in domum Vrſi Iulij, vt Antonius Auguſtinus annotauit.

In l. 10. Si quis diuturno.

QVod ſupra dictum eſt in actione confeſſoria de iure tantum quæri, non de facto, id eſt, eam actionem ei tantum dari, qui ſeruitutem ſibi competere docuerit: nec vllam vſus, ſed longæ poſſeſſionis rationem haberi, leg. 2. §. vltim. ſupra eod. ſic accipiendum eſt, niſi diuturna hæc fuerit poſſeſſio; nempe decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, vt diximus l. ſeruitutes. 14. ſupra de ſeruit. Hoc vtique verum eſt, dummodo cætera concurrant ad vſucapionem ne-

nem neceſſaria, ſcilicet titulus, & bona fides. leg. nullo. 24. Cod. de rei vindic. leg. Celſus. 26. infra de vſucap. Nam qui longæ poſſeſſionis hanc prærogatiuam habet, non cogitur docere de iure, quo ſeruitus conſtituta eſt, vt hic ait Vlpian. id eſt, vt ego interpretor, non cogitur probare ſibi adquiſitam eſſe ſeruitutem iis modis, quibus ciuili iure adquiritur: puta à domino prædij venditam, aut donatam fuiſſe. l. 5. ſupra de ſeruit. l. 3. ſupra de vſufru. Hanc enim adquiſitionem quæ iure ipſo non ſit, tuetur prætor, vtilemque actionem dando, vt quaſi ſeruitus adquiſita eſſe intelligatur iure ſcilicet prætorio. l. 1. §. fi. infra de aqua pluuia arcē. l. apparet. 5. infra de itin. actuque pri. Quod autem Accurſ. & cæteri omnes ius pro titulo accipiunt, mihi non probatur, cum longe amplius & maius ſit ius, quam titulum habere. Atque ita paſſim eo verbo vſos fuiſſe veteres comperimus. l. 2. §. fi. ſupra eo. dicta l. 1. §. fi. de aqua pluuia arcen. l. apparet. de itine. actuque priua. in qua deſideratur apud Haloandrum negatio. Hoc quoque mihi probabilius videtur, in rebus incorporalibus acquirendis titulum neceſſarium eſſe, præſertim cum nulla ſatis firma ratio ſit, cur à iuris regula de rerum vſucapione recedamus. d. l. nullo. C. de rei vindi. Nec enim verum eſt, quod pro ratione vulgo adfertur, res non magni momenti ſeruitutes prædiorum à iuris auctoribus habitas eſſe, cum nullus in iure ciuili locus maiori cura & ſtudio ab eiſdem tractatus reperiatur, & conſtat ex Cicerone cauſas in quibus hæc prædiorum iura verſarentur, olim centumuirales, & inter grauiſſimas numerari ſolitas fuiſſe. lib. 1. de Orat. In eodem errore verſantur, qui putant præter vſum ſeruitutis, ſcientiam quoque ſeruitutis neceſſariam eſſe ad longi temporis prȩſcriptionem. Nam ſufficit aduerſariũ pati, id eſt, non impedire, nec eius ſcientia aut præſentia requiritur. l. fi. C. de præſcript. longi tempo. & l. etſi forte. 6. §. 1. ſupra eod. Quod autem alibi ſcriptum eſt eum, qui vtitur ſeruitute longo tempore eam adquirere, verum eſt, nec ſententiæ noſtræ contrarium. Præterea hæc præſcriptio decem annorum, aut viginti, bonam quoque fidem exigit, vt ſatis oſtendit hoc in loco Vlpia. quæ ſemper adeſſe præſumitur, donec mala fides probata fuerit. l. merito. 51. infra pro ſocio. Verum ſi triginta annorum præſcriptio opponatur, malam fidem non obeſſe verius eſt. l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. anno. Illud quoque ad hanc acquiſitionem ſeu prȩſcriptionem neceſſarium eſt, vt quis ſeruitute tanquam ſua vtatur, alioqui vti non intelligitur. l. fi. infra quemadmo. ſerui. amit. l. 1. §. Iulianus. & l. vlt. infra de itin. actuque priu. Nam vt Theophilus ait, poſſidere proprie eſt, rem aliquam animo dominantis detinere. vide Inſtit. libr. 3. tit. quibus modis re contrahitur oblig.

In l. 11. An vnus ex ſociis.

VIDE l. ſed ſi inter. 26. §. 1. ſupra de ſeruitutib. vrban. prædiorum.

In l. 12. Egi, ius illi &c.

VIDE l. harum. 7. ſupra eodem. vbi plurima adnotauimus.

In l. 17. Si quando inter ædes binas paries eſſet, qui.

CVm paries ita vētrem facit, vt in vicini domum procumbat, aduerſus parietis dominum datur actio negatoria. l. ſi cum meus. 14. ſupra eod. Nec habet locum damni infecti cautio, cum damnum præſens ſit, niſi quis forte ideo quoque exigit hāc cautionē quod parietis caſum & ruinā vereatur. An autem propria auctoritate eiuſmodi parietem diruere liceat, ſupra diſputatum eſt. l. 26. ſupra de ſeruit. vrba. prædiorum.

In §. Cum in domo Caij Seij.

IN ſpecie, de qua hic diſſeritur, contra ſeruitutem impoſitam facit, qui in loco ſeruiente ſyluam ſerit, labraque, crateras, & cucumelas, quæ vaſa ſunt ad excipiendā ex fonte manu facto aquam, idonea illic poſita habet. Nam tametſi hæc omnia ad voluptatem & amœnitatem pertineant, officere tamen intelliguntur ei, qui talium rerum delectatione non capitur. arg. l. vlt. ſupra de vſu & habit.

In l. 18. Is cuius familia vicinum.

DE officio iudicis aduerſus abſentem, qui fraudationis cauſa latitat, antequam lis cōteſtata fuerit, in his iudiciis, quæ pro ſeruitutibus comparata ſunt, hic tractat Iulianus. Nam aduerſus eum non poſſe definitiuam ſententiam ferri alias docuimus ſub titu. quib. ex cauſ. in poſſ. ad quem locum recurrat quiſquis plane intelligere cupit. Sed eius contumacia variis modis coercetur, quos tum ex hoc Iuliani loco, tum ex aliis obſeruare licet. Conuentus enim actione confeſſoria pro ſeruitute, puta altius non tollendi, ſi nondum ædificatum ſit, ex poſſeſſore petitor effici dicitur, cogiturq; cauere ſe non ante ædificaturum, quam vltro egerit ius ſibi eſſe ædificare. leg. ſi priuſquam. 15. infra de operis noui nunt. Si vero iam ædificatum ſit, transfertur in aduerſarium præſentem poſſeſſio, ac niſi intra certum tempus cauerit reus, diruitur ædificiũ. l. à quo. 45. infra de damno infecto. Quam legem ex Pandectis Florentinis reſtituit & emendauit Auguſtinus. Poteſt etiam aduerſarius præſens in poſſeſſionem bonorum abſentis mitti cito. infra, tit. quibus ex cau. in poſſeſ. eatur. & l. is, cui legatorum. 5. infra vt in poſſ. legat. Quod remedium cæteris longe vtilius, ac magis neceſſarium videtur. Nam cætera ei demum proſunt, qui poſſeſſor non eſt, vt onus probandi in aduerſarium transferatur. Hoc autem poſſeſſori eſt vtile, cui actionem quoque confeſſoriam competere ſupra diximus. l. etſi forte. 6. §. ſciendum. ſupra eod. ſed etſi forte nolit cauere contumax ſe non ædificaturum donec egerit &c. ad hoc profecto ſubſidium neceſſario erit confugiendum, quo aduerſus non cauentem damni infecti nomine Prætor vtitur. l. prætor ait. 7. infra de damno infect. *Ius aquæ ducendæ reſtituiſſet.* Quēadmodum in rebus incorporalibus, in quas non cadit vera poſſeſſio (l. ſeruus, qui. 43. §. incorporales. infra de acqui. rer. domin.) is pro poſſeſſore ſiue detentore habetur, qui alium vti ſeruitute prohibet, ideoque aduerſus eum datur in rem actio. l. ſi quis diuturno. 10. ſupra eo. Ita etiam reſtituere ſeruitutem intelligitur is, qui impedire deſinit. Quod facere cogitur in hac ſpecie contumax, licet actionem & ius ſuum non ideo amittat. Hactenus enim plectitur, vt de poſſeſſore petitor efficiatur. Alij non, reſtituiſſet, ſed conſtituiſſet. hic aberrauit. quæ lectio magnas contentiones peperit.

In l. 19. Si de communi ſeruitute quis.

VIDE l. loci. 4. §. ſi fundus. ſupra eo.

In l. 20. Teſtatrix fundo quem legauerat.

VIDE l. binas. 9. & l. vlt. ſupra de ſerui. vrb. præ.

In §. Plures ex municipalibus.

CVm plures communem ſaltum emant, vt ius compaſcendi habeant, idque ad diuerſorum prædiorum vtilitatem, quæ ſingulorum propria ſunt, hoc ius merito ſeruitus eſſe dicitur, & idcirco prædia ipſa ſequitur, quiſquis eorum poſtea dominus effectus fuerit. leg. via. 24. §. ſi fundus. & §. quæcunque. ſupra de ſeruit. ruſticor. Nec me mouet quod res propria, aut cum alio communis nemini ſeruire poſſit. leg. in re communi. 25. ſupra de ſeruit. vrba. præd. Nam in propoſita ſpecie hoc agitur inter ſocios, vt ſaltus ipſorum communis ſit, non tanquam ſingulorum, ſed tanquam vniuerſorum, adeo vt nulli eorum liceat alios ad diuiſionem prouocare.

In l. fi. Si qua aqua.

VIDE l. 22. ſi ſeruitus. §. vlti. de ſeruit. vrba. prȩ. & l. Labeo. 10. de ſeruit. ruſtic. prædiorum.

QVEMADMODVM SERVITVTES AMITTANTVR.

TITVLVS VI.

OMNE ius aut in adquirendo, aut in retinendo, aut in amittendo conſiſtere, Vlp.ait.l.fi.ſupra de legib. Cum igitur de acquirenda ſeruitute ſub primis quatuor ſupra titulis aliis huius libri tractatum ſit de ſeruitute acquirenda, & de ea retinenda ſub ti.ſi ſeruit.vindic. merito hic locus ſubiicitur, quemad.ſerui.amit.

In l.1.Seruitutes prædiorum.

PRimus modus amittendæ ſeruitutis eſt confuſio, de qua ſatis ante dicimus.l. vt pomum.6.& l. Papinianus.18.ſupra de ſeruit.l.in re communi.25.& l.ſi quis ædes.19.ſupra, de ſeruit.vrban.l. ſi mihi.20. §. ſi cum fundo.l.tria prædia.31.de ſeruit.ruſtic.præ.l.quicquid.11.ſupra commu.præd.

In l.2.Qui iter & actum.

HVnc Pauli locum de actu tantum conceſſo neceſſe eſt intelligi, ſub quo tacite continetur iter, vt adnotauimus in l.1.ſupra de ſeruit.ruſtic.prædio.idque poſtrema verba ſatis indicant. Nam ſi iter, & actum ſeparatim ceſſiſſe quem proponamus, duplex erit ſeruitus, nec vna non vtendo, amittetur altera.l.ſi prius.17.infra de aqua pluuia. Porro quod hic dicitur non periiſſe actum, ita eſt accipiendum ſi eam ſeruitutem ſibi competere non ignorans, id fecerit.l.is qui vſumfructum. ſupra quib.mod.vſusfr.amit. Quod autem pro regula obſeruatur, ſeruitutes non vtendo amitti, ita accipiendum eſt, ſi nemo prorſus vſus eſt: nam per quemuis vtentem retinetur ſeruitus. neque enim ita vſucapi libertas poteſt.l. qui fundum. 12.infra eo.

In l.3.Iura prædiorum morte.

SEruitutes prædiorum prædiis ipſis hærent, non ſicut vſusfructus perſonæ.l.pecoris.4.& l.34.vnus ex ſociis.ſupra de ſeru.ruſti. præd. Proinde morte eius cui debentur, aut capitis diminutione nō extinguuntur, vt vſusfructus & aliꝫ ſeruitutes, quæ perſonarum ſunt.ſupra toto ti.quib. ex cauſ.vſusfru.

In l.4.Iter ſepulchro.

SIngulare ius eſt in ſepulchro, vt ſeruitus itineris ad ipſum debita, non vtēdo nunquam amittatur. Ideo fortaſſis quia contingere poteſt, vt toto ſtatuto tempore nemo ex familia moriatur, quem in ſepulchrum inferre neceſſe ſit. l. ſeruitutes.14.§.ſeruitus.ſupra de ſeruit.l.caueri.4. ſupra commu. præd.

In l.6.Nam ſatis eſt fundi nomine itum eſſe.

QVisquis itinere, aut alia huiuſmodi ſeruitute vſus fuerit, licet non eius nomine, cui debebatur: ſed ſuo potius, ea non amittitur.l.vſus retinetur.20.cum l.ſeq.infra eo. Verum neceſſe eſt eo iure tanquam ſeruitute fundo debita vſum fuiſſe, vt hic dicitur, & l.vlt.infra eo.

In §.1.Si ego via, quæ nobis.

DVplex hic tractatur quæſtio. vna eſt, ſi fundus cui debetur ſeruitus, inter plures dominos diuiſus fuerit in partes certas, an vnus eorum vtens ſeruitute, alteri eam conſeruet. Et hoc negat Celſus: ante diuiſionem vero vna tantum ſeruitus eſt, quæ diuiſionem non recipit, ideoque vna vtente duntaxat, tota retinetur, vt dictum eſt.l.ſeruitus.5.ſupra eo. Altera quæſtio eſt de fundo ſeruiente, an ſcilicet poſt eius diuiſionem, ſi fundi ſuperioris dominus per partem tantum, quæ obtigit vni, iuerit, an alteri parti impoſita ſeruitus amittatur. Et diſtinguit Celſus multipliciter, in qua diſtinctione obſcurum fere nihil eſſe videtur, eo excepto quod de diuiſione fundi per longitudinem viꝫ, aut latitudinem dicitur: hoc autem ita accipiendum eſſe arbitramur, cum per latitudinem viꝫ fundus diuiditur, vtens via per partem vnus ex ſociis pro ea parte tantum fruſtra ſeruitutem retinere diceretur, cum medium prædium, id eſt per alterius intercedens, impediat ſeruitutem.l. qui ſella.7.ſupra de ſeruit. ruſtic. præd. Quamobrem dicitur vna ſeruitus eſſe, quam totam retinet. Quæ ratio ceſſat, cum per longitudinem viæ fit diuiſio.

In l.7.Si ſic conſtituta.

CVm vſus ſeruitutis non eſt continuus, ſed interruptus annorum aut menſium interuallo volūtate contrahentium legitimo tempore, id eſt biennio, non amittitur ſeruitus non vtendo, ſed duplicatur tempus, ac in locum biennii ſuccedit quadriennium. Verum, quia dubitari poterat, cum loco biennij ad amittendam ſeruitutem, conſtitutum ſit tempus decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes, l.ſicut.14.C.de ſeruit.& aqua.an id quoque duplicetur. Et Iuſtinianus non vſquequaque duplicandum ſanxit, ſed Romanorum tempus tam inter præſentes, quam abſentes ſtatuit.l. fi. Cod. de ſerui. & aqua. *Vna ſeruitus eſt.* Adeo breue hoc eſt temporis interuallum, quo vſus ſeruitutis interrumpitur, vt vnus atque continuus eſſe videatur. Seruitus enim hic pro facto & vſu, non pro iure accipitur, vt alibi non raro.l.1.§.1.infra de aqua quotidi. & æſtiua. Nam in ſuperiore quoque caſu vna atque eadem ſeruitus eſt.l.1.ſupra de ſeruit.leg.cum vſusfructus.13.infra de vſufru.legat.

In l.8.Stillicidii.

IS, qui ius ſtillicidii immittendi in aream vicini habet, permittendo in ea ædificare, ſtillicidij ſeruitutem amittit. Nam alioqui otioſa & inutilis eſſet ea permiſſio, cum abſque eo vicinus ædificare non prohibeatur, modo ſtillicidium non impediat.l.1.infra ad municip.leg.ſi quando.112. infra de lega.1. Sed cum permittenti non tantum ea ſeruitus competit, ſed etiam altius non tollendi, hactenus id permittere intelligitur, vt officiatur tantum luminibus ædificando, non etiam vt ſtillicidium nō recipiatur.l.ſi domus.20.ſupra de ſerui. vrb.præd.

In §.Is qui. & l.9.Si in partem.

VIDE l.2.& l.6.ſupra eo.

In l.10.Si communem fundum.

QVamuis non vtens ſeruitute per legitimum tempus, eam amittat: pupillus tamen non amittit, cuius res lōgo tempore non vſucapitur.l.bonæ fidei.48.infra de acqui.rer.dom. Hinc efficitur, vt ſi quis cum pupillo fundum habeat communem, cui debeatur ſeruitus, & neuter eorum vſus ſit, maiorem natu propter pupillum retinere ſeruitutem. Nota ad l.1. C.ſi vnus ex plurib.appel.

In §.Si is qui aquam.

AD retinendam ſeruitutem, ea vti oportet per modum & tempus, vt Iuſtin.ait.§.1.Inſt.de vſuf. Nam ſi quis tempore legitimo vſus fuerit, non tamen per modos, qui expreſſi ſunt in eius conſtitutione, amittitur.leg.4.§.modum.ſupra de ſeruit.

In l.11.Si is, cui via.§.Hæres.

QVamuis hæres fundi ſub conditione legati ſit dominus ante euentum conditionis, ideoque ei ſeruitutem imponere non prohibeatur: tamen exiſtente conditione, quæ retrotrahitur, euaneſcit ſeruitus. Hinc vulgare illud, extincto iure concedentis, extinguitur ius accipientis.l. ſi fundum à teſtatore.104.infra, de condi. & demonſt. de quo in ſecundum cap.ſupra aliquid adnotauimus. Cæterum in codicibus Haloandri in l.lex vectigali.31.infra de pigno. mendoſus hic locus eſt, videturque aliorum ſincerior lectio, in quibus eſt negatio.

In l.12.Qui fundum alienum.

HVnc locum ſupra iam attigimus cap.5.Ratio autem iſtius iuris hæc eſt: Quia quandiu prædium non manet liberum, non vſucapitur libertas, quocunque modo impediatur.

In l.13.Si quis ex fundo.

Hoc cap.variis in locis iam interpretati ſumus.

In l.14.Si locus.§.cum via.

QVoties per viam publicam populus iter facere non poteſt, iuſta cauſa eſt, cur vicinus proximus viam præſtare cogatur per fundum proprium, vt ſcilicet ex priuato fiat locus publicus eorum auctoritate, qui publicandi ius habent. l. 2. §. viam. infra ne quid in loco public. Quo caſu ex ærario publicum pretium rei exoluetur. l. 2. Cod. quib. ex cauſis ſerui pro præmi. lib. accipi. idemque dicendum, ſi ob eãdem cauſam cuipiam priuato ad viam præſtandam & conſtituendam adigatur. l. ſi quis ſepulchrum. 12. infra de relig. & ſumpt. funer. pro temporario autem tranſitu pretium petendum non arbitror, quod vſu receptum eſt.

In l. 15. Si cum ſeruitus.

VIDE l. tria prædia. 31. ſupra de ſeruit. ruſticorum prædio.

In l. 16. Aquam, quæ oriebatur.

MVltum refert, an vni & eidem fundo duorum communi, an diuerſis fundis ſingulorum propriis debeatur ſeruitus. Priore caſu vna ſeruitus eſt, quę aut tota retinetur aut tota amittitur. Poſteriore duę ſunt ſeruitutes, vnde vnã amitti retenta altera, nihil prohibet, vt ſupra dictum eſt, cap. 6.

Ad verſic. item ſi quis eorum &c. ibi, nihil iuris accreuit.

CVm nulla hic coniunctio inter riuales eſt, id eſt, qui per eundem riuum aquam ducunt, merito ceſſat ius accreſcendi. leg. huiuſmodi legatum. 86. §. pe. infra de lega. 1. Non quod in contractibus locum non habeat, vt aliqui opinantur. l. ſi mihi & Titio. 10. infra de verb. oblig. vt mittam quod in vltima voluntate pars vni ſemel adquiſita, demum admiſſa non accreſcit alteri, præterquam in vſufructu, in quo ius ſingulare eſt. l. 1. §. vlt. ſupra de vſufr. accreſ.

In l. 17. Labeo ait, ſi is, qui hauſtum.

IVs adeundi ad fontem ſeruitutis hauſtus acceſſio quædam eſt. l. 3. §. qui habet. ſupra de ſerui. ruſtic. præd. Quare amiſſo iure hauriendi, non vtendo per legitimum tempus, adeundi quoque ius amittitur, tametſi eo tempore ad fontem ierit. l. cum principalis cauſa. 139. infra de reg. iur. In ſeruitute itineris, quæ actui ineſt, aliud dicendum eſt, quia non eſt acceſſoria, ſed æqualis. Etenim actum habens, iter habet etiam ſine iumento. l. 1. ſupra, de ſer. ruſtic. præd. Qui vero habet hauſtum, non ſimpliciter ius itineris, vel ſeruitutem ad fontem eundi, aquam tamen hauriendi gratia habet, dicta l. 3. §. qui habet. ſupra de ſerui. ruſtico. prædio. Negatio expungenda eſt, & legendum, ierit ad fontem. vt Anguſt. etiam monet.

In l. 18. Si quis alia aqua.

VIDE l. ſi communem. 10. §. 1. ſupra eo.

In l. 19. Si partem fundi.

SEruitus quæ ceſſit alicui contractu venditionis, vel alio, antequam fundo adquiſita fuerit per traditionem, & vſum, vt docuimus in l. quoties. 15. ſupra de ſerui. non amittitur longo tempore: quia verum eſt nondum competere ſeruitutem, ſed actionem tantum perſonalem, qua ſeruitus dari petitur. Alia cauſa eſt ſeruitutis, quæ teſtamento legatur. Nam eius, vt ita loquar, dominium abſque vlla traditione ſtatim transfertur, ſicut & rerum corporalium. l. ſi tibi homo. 88. §. cum ſeruus. infra de leg. 1. & l. à Titio. 66. infra de furt. Itaque non vtendo per legitimum tempus amittitur, ẽtſi ignorantia legatarii in cauſa fuerit. Verum hoc caſu reſtitutio in integrum à prætore impetrari poterit. l. 1. ſupra ex quib. cau. maio. l. itinere. 28. ſupra de ſer. ruſt. præ.

In l. 20. Vſus retinetur.

VIDE l. 5. ſupra eod.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XII. DIGESTORVM TIT. II. DE IVREIVRANDO.

CAP. I.

Quid ſit iuſiurandum, & quotuplex ſit.

IVSIVRANDVM, quod & ſacramentum dicitur, affirmatio quædam religioſa eſt, vt ait Cicero lib. 3. Officio. Quiſquis enim iurat, etiam ſi Dei mentionem non faciat, tamen deuouere ſe & ſacrare intelligitur, ac ſe vltioni diuinæ quaſi ſubiicere, ſi ſciens fallat. Et hoc fit etiam ſine expreſſa inuocatione Dei, vt cum quis per ſalutem ſuam aut caput ſuum vel filiorum ſuorum iurat. l. 3. l. qui per ſalutem, hoc tit. Quo genere iuriſiurandi ſanctiſſimi quique homines vſi fuiſſe leguntur, vt poſtea dicemus. c. 11. ne quis putet hoc quaſi impium ſuperſtitioſumve improbandum eſſe. Itaque reiicienda eſt ſuperſtitio eorum, qui iureiurando prorſus interdicunt hominibus quaſi re impia atq; illicita, qualis videtur fuiſſe neſcio quis philoſophus, cuius celebratur hæc ſententia, ὅρκω μὴ χρῶ. Sed fortaſſe voluit homines deterrere à conſuetudine iurandi, eoſque admonere nec temere & leui de cauſa iurarent ſicut præcipit Iſocrates ad Demonicum. Et Fabius Quintil. lib. 9. Iurare inquit, niſi vbi neceſſe eſt, graui viro parum conuenit. Quod & diuino præcepto conſentaneum eſt. Laudanda eſt igitur prudentia veterum Romanorum, qui animaduerterunt iuſiurandum retinendum eſſe, vt vinculũ maximum policiti ordinis, euiuſque vſum variis ex cauſis receperunt. Colebatur enim apud eos magnopere fides ac religio, quæ ſi apud aliquas gentes contemnatur, ibi nullus poteſt eſſe vſus iuriſiurandi, nec vtile eſt iureiurando lites dirimi, vt docet Plato lib. 12. de legibus. Nobis quidem Chriſtianis hominibus, nihil antiquius eſſe debet iuriſiurãdi religione, & maxime ad nos pertinet, quod Paulus Apoſtolus ait, ad Hebr. capit. 6. Iuſiurandum omnis controuerſiæ finem eſſe. Variis autem ex cauſis præſtatur iuſiurandum Romano iure, veluti ob litis æſtimationem, ob purgationem calumniæ, ob teſtimonii dictionem, ob iudicandi munus. Sed neceſſe non eſt ſingulas cauſas enumerare. Duæ ſunt præcipuæ & magis vſitatæ, de quibus nunc eſt dicendum. Vna eſt cum ad fidem adſtringendam & contractum aliquem confirmandum iuratur, verbis in futurum tempus conceptis. De quo genere iuriſiurandi Cicero ita ſcribit lib. 3. Offic. Nullum vinculum ad aſtringendam fidem, iureiurando maiores noſtri arctius eſſe voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis ſacratæ, indicant fœdera, quibus etiam cum hoſte deuincitur fides. Indicant notiones & animaduerſiones cenſoriæ. Verum de hoc iureiurando nullus eſt proprius titulus in iure Ciuili, & pauca admodum exempla reperiuntur. l. ſi duo §. vltim. hic. Nam obligationem nullam parit iure Ciuili, niſi libertus patrono domum, munus, operas ſe daturum iurauerit, vt author eſt Caius lib. 2. Inſtit. de oblig. leg. iuriſiurandi. de oper.

lib.l. ſi quis pro eo.de fideiuſſ. Iure tamen Pontificio, is qui ſe aliquid facturum iurauit, neceſſitate faciendi propter religionem obſtringitur. toto tit. de iureiur. in Decretal. Pontifices enim iuriiurando vim tribuunt maiorem, quam iuris Ciuiles authores, & regula eſt iuris Pontificij, ſeruandum eſſe iuſiurandum omne, quo Deus non offenditur, aut quo ſalus æterna non amittitur. cap. cum contingat. eo. tit. Alterum genus iuriſiurandi ad finiendas lites pertinet, vt cum quis deferente aduerſario, vel iudice iurat ſe dare non oportere, aut ſibi dari oportere. Et hoc iuſiurandum Caius maximū remedium eſſe ait litium expediendarum. leg. 1. hic. Paulus finem omnis controuerſię vocat. De hoc autem iureiurando edictum à Iuliano compoſitum eſt, cuius tria mihi videntur capita fuiſſe, tametſi in veterum prætorum edictis quædam alia fuerint, vt oſtendit Gellius lib. 10. cap. 15. Sed quomodo fuerit compoſitum ante Iulianum, non multum noſtra refert. Nos enim edictum Iuliani, quæque ad aliud edictum ſcripſerunt Vlpianus, Paulus & alii veteres conſulti, hic perſequimur. Ex horum igitur ſcriptorum variis locis colligimus hæc capita, vt fontes apetiantur huius diſputationis, quæ ad edicti interpretationem potiſſimum ſpectat.

Quando ſeruandū ſit iuſiurandum.

Cap. II.

De cogendo eo cui iuſiurandum defertur, iurare aut ſoluere, aut referre ex edicto prætoris.

VNum caput edicti, in hæc verba conceptum fuiſſe videtur: Eum à quo iuſiurandum petetur, ſoluere aut iurare cogam, niſi aduerſario iuſiurandum referre maluerit. leg. 34. §. ait prætor. hic. l. delata. Cod. eod. Cuius edicti æquitas quanta ſit, ex eo apparet, quod manifeſtæ, vt ait Paulus, turpitudinis ſit, nolle nec iurare, nec iuſiurandum referre. l. manifeſtæ. 38. hic. Vt enim modeſte facit qui aduerſarium ſuum cauſæ & litis iudicem conſtituit. l. 1. quarum rerum actio. ita impudens iudicandus eſt, qui talem conditionem ſibi oblatam recuſat. At enim dixerit aliquis, hanc neceſſitatem iurandi nimis duram & iniquam videri, cum reperiantur nonnulli adeo timidi ac ſuperſtitioſi, vt malint iniuriam pati quam iurare, exemplo Cliniæ illius Pytagorei, cuius meminit Baſilius. Nec videtur huic ſatis conſultum, quod poſſit referre iuſiurandum aduerſario fortaſſis impio & perfido homini, ac facile peieraturo. Verum publica vtilitas quæ in dirimendis litibus verſatur, ſuadet, ne hominum ſuperſtitionis ratio hic habeatur, cum præſertim rara ſit ea ſuperſtitio. In edicto autem prætoris quo remittitur conditio iuriſiurandi, l. quæ ſub conditione. de condit. inſtit. non immerito ſuperſtitioni hominum indulgetur, quia iurari nullius intereſt, modo teſtatoris voluntati aliter pareatur.

Cap. III.

De officio tam prætoris quam iudicis cum defertur iuſiurandum, aut refertur aduerſario.

[illegible] hac parte edicti apparet poſſe eum cui defertur iuſiu[illegible]dum, vel id ſuſpicere, vel deferre aduerſario, vel recuſare. Ac in his omnibus caſibus quodnam ſit officium prætoris aut iudicis, Vlpia. docet cap. 34. hic. Nam officium prætoris hic diſtinguitur ab officio iudicis, quod ab interpretibus animaduerſum non eſt. Officium enim prætoris in hac re verſatur, cum nulla eſt adhuc lis, nullum iudicium acceptum. Exemplo id demonſtrari poteſt. Titius mihi debet centum ex mutuo, interpello eum vt ſoluat, negat ſe debere, peto vt iuret, ne id quidem vult. Adeo prætorem, & poſtulo vt cogat eum iurare vel ſoluere, iudicium aut iudicem non poſtulo. In hac ſpecie prætor fungitur partibus ſuis, & cogit iu[illegible] ſoluere, vt Vlpianus docet. Ratio autem cogendi hæc [illegible] non iurante pignora capiantur. l. ſi pignora veneāt. [illegible]ctionibus &c. Si vero actor non iuret, denegetur [illegible]um. Eſt enim vſitata hæc prætoria coercitio. l. ſed et[illegible] prætorem. quibus ex cauſis maio. Totum igitur hoc [illegible]r in iure apud prætorem, antequam vllum ſit iudicium. Eſt autem locus officio iudicis magis, quam prætoris. cum iudicium iam acceptum eſt formula à prætore data, ſed eo tandem ventum eſt, vt alter alteri deferat iuſiurandum. Sic enim interpretor hæc verba: cum res in iuſiurandum demiſſa eſt, apud Vlpianum, vbi res pro lite accipi videtur vt alibi ſæpe. Iudex igitur vel abſoluit vel condemnat, ſecundum diſtinctionem traditam ab Vlpiano. Sic diſtinguitur officium prætoris & iudicis dati. Nec diſſimile eſt quod Pomponius ait de communi ſtipulatione, quæ modo proficiſcitur ex officio prætoris, modo ex officio iudicis. l. 5. de verb. obligat. Sed hæc ſatis eſt: leuiter nunc eſt attingere de vtriuſq; officio, quæ alibi fuſius à nobis declarata ſunt. Quod proprium eſt huius loci, quæritur quomodo iudex pronuntiare debeat. Et certum eſt iudicem non recte pronuntiare, vt iuretur ſimpliciter. l. cum iudex. Cod. de ſenten. & interloc. Debet enim declarare quid fieri velit, cum iuratum fuerit aut recuſatum. Ac videtur commoda ratio pronuntiandi ſub conditione, quæ apud veteres in vſu fuit. d. l. ſi quis iuſiurandum. C. de reb. cre. Cuius exemplum eſt apud Senecam lib. 4. controuer. c. 13. Nec vero ſequenda eſt eorum opinio, qui putant hunc morem immutatum eſſe conſtitutione Iuſtiniani, l. generaliter. hic. cum in ea apertiſſime teſtetur ſe nihil derogare iuri antiquo. Verba eius conſtitutionis hæc ſunt: Omne igitur iuramentum, ſiue à iudicibus, ſiue à partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipſa definitiua ſub ipſo iudice detur, non expectata vel vltima definitione vel procurationis formidine. Etſi autem hæc conſtitutio aliquid habeat obſcuritatis, & videatur perſcripta ab homine parum diſerto: tamen puto hunc eſſe ſenſum, vt cum fuerit pronuntiatum, ſtatim iuretur ſub eodem iudice: etiam ſi forte alius iudex ſuperior fuerit appellatus, item ſi de eo quod incidit, iurandum ſit, vt definitio cauſæ non expectetur. Quod autem paulo poſt ſequitur in eadem conſtitutione, vt liceat ſacramentum recuſare, minime contrarium eſt edicto prætoris, de quo iam diximus, vt aliqui opinantur. Non enim prætor cogit ſimpliciter iurare, ſed iurare aut ſoluere, niſi iuſtam recuſandi cauſam habeat.

Cap. IIII.

Neceſſitatem iurandi variis ex cauſis remitti, idq; ex ſententia edicti prætorii.

AIt prætor in edicto, *Iurare cogam:* nec perſonam vllam excipit. Quod enim olim ſcriptum erat de ſacerdote Veſtali & flamine diali, id ſublatū à Iuliano veriſimile eſt, Sacerdotem Veſtalem & flaminem dialem in omni mea iuriſdictione iurare non cogam. Gellius lib. 10. ca. 15. Quamuis autem prætor diſtricte dicat ſe iurare coactutū, tamen ex iuſta cauſa interdum remittenda eſt hæc iurandi neceſſitas. Scriptū enim temperandum eſt ἐπιεικείᾳ, ne alias fiat ſummum ius, ſumma iniuria, vt dicitur. Nam & edictum quo arbiter cogitur ſententiam dicere, ſic interpretatur Vlpia. l. licet. de recept. arbit. Nec credendum eſt prætorem aliter ſenſiſſe, quamuis edicti verba deficiant. Iuſta autem cauſa quæ ſit huius remiſſionis, difficile eſt in vniuerſum diffinire, cum totum hoc poſitum ſit in æquitate. l. de acceſſionibus. de diuer. temp. præſc. l. ſed etſi. §. vltim. ex quibus cau. maio. Attingemus tamen præcipuos quoſdam locos, quibus declaratis, facilius poterit de his caſibus, qui quandoque inciderint, iudicari. l. neque leges. de legib.

Scriptum ius temperandum æquitate

I. Primus eſt, cum is cui defertur iuſiurandum, id ignorat de quo iurandum eſt, aut de eo dubitat. l. iuſiurandum. 34. in prin. Quod & Fabi. Quintil. ſenſit, lib. 5. capit. 6. Quod ergo ait prætor, iurare cogam, ſic interpretamur ex bono & æquo, niſi is, cui defertur, probabilem habeat cauſam ignorantiæ aut dubitationis. Quid enim ſi Stichi promiſſor putat Stichum deceſſiſſe, atque ideo non poteſt liquido iurare? Nec tutus erit per relationem, inquit Vlpia. quia dicet forte actor, nihil aliud ſe ſcire, niſi Stichum promiſſum eſſe, & ſe ignorare an deceſſerit. Nam ſi actor iurauerit ſibi dari oportere Stichum, qui non eſt in rerum natura, non prodeſt ei iuſiurandum, nec deferenti nocet. leg. eum qui. §. 1. hic. Alii

ſed hæc interpretatio minus incommodi habere mihi videtur, quam aliorum.

II. Remittitur hæc neceſſitas iurandi propter perſonam eius, cui defertur: vt ſi forte pupillus ſit, nondum habilis ad iurandum.l.iuſiurandum.§.pupillo.hic. Nec dubitandum eſt quin ita ſenſerit prætor, cuius verba ſic interpretamur; quaſi dixerit, iurare cogam, niſi perſona idonea & habilis non ſit. Prodeſt tamen pupillo iuſiurandum ab eo ſponte præſtitum, vt poſtea dicemus.l.qui iuraſſe. Sed nec procurator aut defenſor iurare cogitur. d. l. iuſiurandum. quia iniquum eſt de alieno facto alium iurare, vt Vlpianus ait, ſub tit. de actio. rerum amo. ex quo loco ſumptum eſt 38. c. huius tit. vbi dicitur, manifeſtæ turpitudinis, &c. Eadem cauſa videtur tutoris quæ procuratoris. Sed tamen conſtitutum eſt, tutorem cogendum eſſe. l. cum etiam. C. de rebus cred. ideo fortaſſis, quia quamuis procuratore non iurante cogatur iurare dominus atque ita ſatis conſulatur deferenti. l. generaliter.§. his de præſentibus. tamen tutore non iurante non poterit cogi pupillus, idque graue erit aduerſario, qui rem decidi iureiurando cupit. Cur autem tutor non cogatur iurare in litem, dicemus ſub tit. de in litem iuran.

III. Recuſatur iuſiurandum propter perſonam deferentis, qui idoneus non eſt ad iuſiurandum deferendum: veluti pupillus, prodigus, & alij qui ad hoc habiles non ſunt.l.tutor.§.1. hic. Nam edicti verba interpretamur addita hac exceptione, idque ſuadet euidens æquitas, quia tale iuſiurandum non nocet deferenti, atque ideo tutus non eſt is, qui iurauit. Poſſunt tamen hi omnes deferre iuſiurandum, tutore vel curatore authore.l.17.§.1.hic. & eſt ratum iuſiurandum eis deferentibus præſtitum, quamuis reſtituantur in integrum ſi capti fuerint. l.ſi curatorem.C. de in integrum.reſtit.

IIII. Remittitur iuſiurandum, quia aduerſus eum cui defertur non poteſt agi. Et cum hac exceptione verba edicti accipienda ſunt, nec aliter cogitur quis iurare, quam ſi agi cum eo poſſit. Exemplum eſt, ſi legatus prouincialis Romæ conueniatur.l.tutor.§.vlt.hic. Nam quia non cogitur Romæ iudicium accipere, ne iurare quidem cogitur. Iuſiurandum enim pro iudicio accepto, & lite conteſtata habetur. l. ſed etſi reſtituatur.§.1.de iudic. Aliud exemplum eſt, ſi parens aut patronus conueniatur famoſa actione. l. ſi patronus. Nam hi coguntur iurare, cum propter rem defertur iuſiurandum, non propter calumniam aut aliud delictum, niſi res petatur famoſo iudicio.l.quoties.hic. Recuſatur iuſiurandum, ſi is qui defert, nolit iurare de calumnia.l.iuſiurandum.34.hic. Hac enim ratione temperatur rigor edicti, quod ſuperſtitioſis hominibus paulo durius videri ſolet.l. quæ ſub conditione. de condit. inſtit. vt ſi forte quis vereatur ne aduerſarius calumnioſe deferat iuſiurandum, cogat eum calumniam purgare exacto iureiurando. Sed hoc iuſiurandum remittitur patrono & parenti.l. iuſiurandum.34. hic. propter honorem ac reuerentiam quæ eis debetur.l.honori.de obſeq. Turpe enim eſt parentem à filio in calumniæ ſuſpicionem vocari, aut patronum à liberto. Addunt aliqui, filio quoque ac liberto remittendum id eſſe, vt ſeruetur æqualitas. Verum hæc æqualitas maxime inæqualis eſt, cum reuerentia, de qua dixi, non ſit mutua, nec reciproca. Proinde quamuis contra patronum famoſo iudicio non agatur, tamen licet patrono aduerſus libertum famoſo iudicio experiri. Scio quid de beneficiariis patronis atque clientibus conſtitutum ſit, titul. de conſuet. rect. feud. Sed ius beneficiarium quod ſingulare eſt, non facile ad alias perſonas produci debet.

V. Iuſta cauſa eſt recuſandi, ſi non recte concipiatur iuſiurandum ab eo qui defert. Qua de re ſolet eſſe controuerſia inter litigatores, quæ iudicis arbitrio dirimitur.d.l.iuſiurandum. 34.§.ſi de qualitate.

VI. Cauſa recuſandi iuſta eſt, ſi is qui detulit iuſiurandum id reuocauerit, ac rurſus deferre velit. l. ſi quis iuſiurandum. Hæc enim variatio, qua lites augentur, non eſt admittenda, ſed modus ei ſtatuendus in iureiurando, quod litium finiendarum cauſa comparatum eſt.

CAP. V.

Quibus ex cauſis non debeat iuſiurandum delatum referri.

DIximus ſi cui deferatur iuſiurandum, referre id licere aduerſario ſi iurare nolit, idque edicto prætoris cautum fuiſſe.d. l. iuſiurandum. 34. Verum hæc pars edicti etiam exceptiones habet, vt ſuperior quam interpretati modo ſumus. Vna eſt ſi conuenerit inter aliquos, vt iureiurando vnius res decidatur: iniquum enim eſſet ab ea conuentione recedere. Atque ſic interpretamur hæc Pauli verba, iuſiurandum quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non poteſt.l. 17. Nec ignoro quid alij plerique ſentiant. Sed hæc interpretatio mihi videtur, non tantum verbis, ſed etiam rationi & æquitati conuenire. Altera exceptio eſt, cum furti agens vel rerum amotarum propter ſuſpicionem forte aliquam iuſiurandum reo defert. Ratio enim non permittit, vt referatur actori: cum ęquius ſit reum de facto proprio & ſibi cognito, quam actorem de alieno & incognito iurare. l. Marcellus.§.vlt. de actio.rer.amot. Et hæc æquitas locum habet quoties quis defert iuſiurandum de facto alterius, aut de re ſibi non comperta. Sic enim ait Vlpia. interpretans edictum de actione rerum amotarum. Si quis delatum ſibi iuſiurandum referre velit, nō videtur prætor permiſiſſe. Deinde Paulus ait: Non magis quam ſi quis ei qui furti agat, iuſiurandum referat, an ipſe fur ſit. Hoc autem videtur Paulus ſcripſiſſe, addens exceptionem regulæ. cap. 38. huius titu. vbi dicitur, manifeſtæ turpitudinis &c. Nam inſcriptiones oſtendunt ea capita apud Paulum coniuncta fuiſſe. Multum ergo refert, an quis agat furti, vt fere fit propter ſuſpicionem, non quod ſciat furem eſſe reum, an vero quis intendat certam ſe pecuniam credidiſſe. Atque id obſeruatur plærumque in delatione ipſa iuriſiurandi, quod hic dicimus de relatione, vt is qui incertus eſt, non cogatur delatum ſuſcipere.d. l.iuſiurandum.34. vt ante diximus.

CAP. VI.

Duplex ſcripti & ſententiæ quæſtio ad interpretationem edicti.

QVæri ſolet ſi actor nihil omnino probauerit, an nihilominus iurare aut ſoluere cogatur reus edicto prætoris. Eſtque ſcripti ac voluntatis hæc quæſtio, in qua opinionum varietas reperitur, ac plæriſque videtur edictum prætoris ita accipiendum, ſi reus aliqua ſaltem coniectura aut præſumptione nitatur, quaſi addenda ſit exceptio ex bono & æquo, idque propter vulgatem regulam, actore non probante reus abſoluitur. l. qui accuſare. C. de eden. Alij quod ſcriptum eſt tuentur, nec patiuntur addi eam exceptionem, quibus ego magis aſſentior. Mouet me ipſius edicti ratio de qua iam diximus. l. manifeſtæ. Manifeſta enim hic eſt turpitudo iuſiurandum recuſantis, cum iudex conſtituatur in cauſa ſua.l.1. quarum rer.act. non dat. Nec reſtringi debet edictum interpretatione, niſi cum iniquum aut inutile eſt ſcriptum ſimpliciter ſequi, vt in ſuperioribus exemplis. Adde quod in re dubia vincere debet vtilitas publica quæ in dirimendis litibus verſatur. Mitto vulgares locos qui ab aliis citantur ſententiæ huius confirmandæ gratia.l.tutor.35.hic.l.vlt.C. de fideicom.l.vlt. §.licentia.C. de iure deliberan. l. cum de indebito.de probat. Regula autem de actore non probante cedere debet edicto, & intelligi cum hac exceptione, niſi actor iuſiurandum deferat propter vtilitatem & litium expeditionem. Ac quoties occurrit talis ἀντινομία κατ' ἀντίστασιν, id ſequimur, quod æquius atque vtilius videtur, vt oſtendimus ſub tit. de legibus. Altera quæſtio eſt ad interpretationem edicti pertinens, an is cui defertur iuſiurandum, iurare cogatur, etiam ſi probare malit quam iurare. Nec diſſimilis eſt hæc quæſtio ſuperiori, quia de ſcripto & ſententia quæritur, & eſt non tantum à conſultis, ſed etiam à rhetoribus tractata. Nec minor eſt diſſenſio & diuerſitas opinionum quam in ſuperiore quæſtione. Et quia certi iuris hoc non eſt, ſed dubij atque controuerſi, quod æquius & vtilius eſt hic quoque ſpectandum erit, arbitrioque iudicis relinquetur. Ac ſicut apud Ariſtophanem inferorum iudices Æſchyli & Euripidis verba in lancibus poſita examinant, vtra ſint magis tragica, ſic actoris & rei argumenta ac rationes ponderandæ à nobis ſunt. Qui iuſiurandum recuſat, contendit ſe nolle cuiquam dubium relinquere an peierarit: quæ ratio viſa eſt probabilis Fab. Quintilia.lib.5.c.6. Alter ait ſe moleſtia litis quamprimum defungi velle, idque ſine vlla

aduerſarij iniuria, qui cauſæ ſuæ iudex fiat delatione iuriſiurãdi. Ex quo facile eſt homini prudenti iudicare, quanto iuſtior ac publice vtilior ſit huius allegatio, quam alterius qui iuſiurandum recuſat. Nam, vt iam dixi, exceptio non eſt addenda edicto, niſi euidens id æquitas atque vtilitas exigat. l. 1. At in hac ſpecie quod affertur pro recuſante, tametſi vtcunque ſit probabile, tamen cauſa deferentis coniuncta eſt cum publica vtilitate, cuius maxime habenda hic eſt ratio. Ac ſi paria eſſent rationum momenta, ſeruiendum eſſet verbis edicti. l. 1. §. ſi is qui nauem. de exercit. act. Itaque is cui defertur iuſiurandum, etſi onus probationis ſuſcipere malit, nihilominus cogetur iurare aut ſoluere edicto prætoris, vt non immerito iuſiurandum dicatur maximum remedium expediendarum litium eſſe. l. 1. hic. Illud ſane fatemur quod Iure pontificio expreſſum eſt. l. 2. de probat. eum qui iam probauit quod intendebat, iurare non cogi. Eſt enim iuſta eius recuſatio, & eo magis, quia ad litem protelandam non ſpectat. Sed nos de eo qui nondum probauit, ſed probare paratus eſt, hic diſſerimus. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ conſtitutio Iuſtiniani de non numerata pecunia: in qua dicitur, ſicut poſt biennium non poteſt opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, ita nec iuſiurandum deferri poſſe. l. in contractibus. §. de illo. hic. Non enim reiicitur iuriſiurãdi delatio propter actoris probationem, ſed quia opponi exceptio poſt biennium non poteſt. Sic paulo ante diximus, eum qui conueniri non poteſt, iuſte iuſiurandum recuſare. l. ſi patronus. l. tutor. hic.

Cap. VII.

An is qui iurare cogitur debeat ad iudicium iuraturus adeſſe.

DVbium non eſt quin præſentia requiratur eius, qui iuraturus eſt in iudicio, idque Iuſtinianus conſtituit, etiam ſi per procuratorem lis ventilata ſit. l. generaliter. Cod. de reb. cred. Non enim alieno nomine iurare permittitur Iure ciuili, quamquam id receptum video. cum ſpecialiter mandatur procuratori, qui iurare in animam Domini vulgo dicitur. c. præſentium. de teſti. in 6. Itaque is cui defertur iuſiurandum ipſe ad iudicem venire, & ſe in iudicio ſiſtere debet. d. l. generaliter. niſi ſit egregia perſona ad quam iudex debet non ire, ſed mittere domum ad iurandum, vt Paulus ait. l. ad perſonas, hic. Id enim ſuadet honeſtatis ratio, ad quam reſpiciunt plærunque Iuris authores, cuius præceptum vnum eſt honeſte viuere. l. iuſtitia. de iuſtit. & iur. Quæ ſint autem egregiæ perſonæ non facile eſt diffinire, ſed ex cuiuſque dignitate, amplitudine, exiſtimatione, & celebritate bonus ac prudens iudex id æſtimare poterit. Nam quæ non poſſunt diffiniri in vniuerſum, ea iudicis arbitrio æſtimanda relinquuntur. l. 3. de teſtib. l. quod dicitur. de impen. in res dot. fact. Exemplis tamen hoc declarari poteſt. Ac de epiſcopis quidem nemo dubitat propter conſtitutiones quæ vetant eos teſtimonij cauſa in iudicium perduci. l. nec honore. C. de epiſc. & cler. & authent. de ſanctiſ. epiſc. Id enim religioni tributum eſt ab Imperatoribus Chriſtianis, cum ante eorum tempora ſacerdotij in hac re ratio non haberetur. Teſtis eſt Cornelius Tacitus 2. Annalium, cuius hæc verba ſunt: Cæterum Virgulianæ potentia adeo nimia ciuitati erat, vt teſtis in quadam cauſa, quæ apud ſenatum tractabatur, venire dedignaretur. Miſſus prætor qui domi interrogaret, cum virgines veſtales in foro & iudicio audiri, quoties teſtimonium dicerent, vetus mos fuerit. Accurſ. aliud exemplum affert de doctoribus Iuris, quia lex vetat eos in iudicium deduci aut exhiberi. l. medicos. C. de profeſſ. Excipit quoque Paulus eos qui valetudine impediuntur. d. l. ad perſonas. Et ſimilis eſt conſtitutio pontificia, in qua etiam ſit mentio ſenum & pauperum, qui non poſſunt ad iudicium venire. c. ſi quis teſtium. de teſtib. Hoc enim fit propter neceſſitatem, non propter reuerentiam, vt aliqui putant, qui de honore ſenibus exhibendo hic diſſerunt ineptiſſime. Mulieres quoque vetantur protrahi in publicum. leg. 1. Codic. de off. diuer. iud. Quare dici poteſt mittendum eſſe ad eas iuriſiurandi cauſa. Verum hoc magis conuenit moribus Italorum quam noſtris, id eſt Gallorum, apud quos mulierem in publicum prodire alienum non habetur à pudore muliebri. Itaq; vix poſſet obtineri in iudiciis noſtris, vt mulier ad iudicem non veniat, niſi forte matrona ſit, ea quæ inter egregias & illuſtres perſonas numerari debeat.

Cap. VIII.

De exceptione competente reo, qui actore deferente iurauit ex edicto prætoris, & quomodo accipiendum ſit reum iuraſſe in eodem edicto.

DE capite illo edicti prætorii ſatis diximus, quod aduerſus iurare nolentes propoſitum fuit à prætore. Nunc declaranda ſunt alia capita quibus cõtinetur vis & vtilitas iuriſiurandi, & ex quibus cognoſcitur non abs re prætorem de iureiurando edicere, ac detrectantem cogere & coercere. Alterum igitur caput conceptum eſt in hæc verba: Si is cum quo agetur conditione delata iurauerit, aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit, eius rei de qua iuſiurandum delatum fuerit, neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet, actionem dabo. l. 3. & 7. hic. Hoc capite denegatur actio aduerſus reum, qui deferente actore iurauit ſe non debere. Sed hoc quemadmodum accipiendum ſit, ſingulorum verborum explicatio docebit. Ait prætor, Si is cum quo agetur: quibus verbis ſignificatur reus. l. 3. hic. Nec diſtinguit prætor cuius ætatis ſit. Vnde dubitari poteſt, an debeat reſtringi interpretatione & exceptione hac addita, modo ſit habilis ad iurandum. Nam ita interpretati ſumus primum caput edicti. Sed Paulus ait, nihil referre cuius ætatis ſit is qui iurauit, idque propter conſenſum deferentis quo iurantis perſona approbata eſt. l. qui iuraſſe. 26. vt merito iuſiurandum prodeſſe debeat pupillo qui iurauit, aliàs pupillus non eſt habilis ad iurandum, nec peierare poteſt, quia ſciens fallere non videtur. His enim verbis vtitur Paulus ad veterem, vt opinor, iuriſiurandi formulam alludens: Si ſciens fallo. Cice. lib. 4. Acade. quæſt. Cur autem verba edicti prope eadem, modo ſimpliciter intelliguntur, modo reſtringuntur exceptione adiecta, in cauſa eſt æquitas & ratio ad quam omnis interpretatio Iuris reuocari debet. Quid ſi alius iurauit quam reus? non prodeſt hoc iuſiurandum reo, nec ei competit exceptio, quia prætor de reo iurante loquitur. Quod eſt accipiẽdum niſi ſit ſeruus aut filius l. ſi ſeruus. & l. ſequent. quia per has perſonas nobis acquiritur iure ciuili. Ac tametſi ſeruus cum quo nullum eſt iudicium, non videatur idoneus & habilis ad iurandum, tamen ratum eſt iuſiurandum propter conſenſum aduerſarii qui detulit, vt de pupillo dictum eſt. Eſt etiam receptum vtilitatis cauſa vt procuratorem aut defenſorem iuraſſe ſufficiat. l. nam poſtea. §. pe. l. vlt. §. vlt. hic. Quid enim refert, an ego iurem, an alius nomine meo?

Cap. IX.

Nihil referre qua actione conueniatur reus, modo ciuilis ſit actio, non criminalis.

AIt prætor, *agetur*. quod verbum hic generalem ſignificationem habet. l. actionis verbo. de oblig. & act. idque variis demonſtrat exemplis Vlpianus. l. 3. hic. quæ obſcuritatem non habent. Nam & ſi de ſtatu aut conditione perſonæ agatur, locus eſt edicto. d. l. 3. l. cum proponas. C. eo. quamuis de tali cauſa compromitti in arbitriũ non poſſit. l. non diſtinguemus. §. de liberali. de recept. Idem videtur dicendum de cauſa matrimonii, in qua etiam agi dicitur de ſtatu & conditione perſonæ, vt puta ſi quis iurauerit ſe maritum non eſſe. Sed receptum eſt hoc iuſiurandum quod contra matrimonium eſt, non prodeſſe iuranti, propter conſtitutiones pontificias. capit. lator. de re iudic. c. fraternitatis. de frigid. & malefic. Pro matrimonio vero ratum eſt iuſiurandum, veluti ſi quis iurauerit ſe maritum eſſe. De ſtatu monaſtico tractatur ab aliis. Sed de fæce, vt dicitur, nimium haurire nolim. Ad populare actionem venio in qua vtiliter iuratur, modo id bona fide & abſque colluſione fiat. l. eum qui. §. in popularibus. hic. vt copioſius demonſtrabimus c. ſeq. An idem dicemus de criminali iudicio? Varie diſtingui ſolet ab interpretibus. Sed verba prætoris de ciuili iudicio intelliguntur, tametſi actio criminalis abuſiue interdum dici ſoleat. leg. 1. de crimine ſtellio. Codice, quando ciuilis actio præiudi. cri.

quæ

quæ magis proprie dicitur accuſatio. Theoph. Inſtit. de interdict. Ideo auté prætor loquitur de actione in edicto ſuo, quia iudicio tantum ciuili ſolebat iuſiurandum deferri. Nec vllum reperi exemplum apud veteres iuriſiurandi delati in iudicio criminali, ſaltem quo lis decideretur. Deinde etiam publicæ vtilitatis ratio exigit, ne cauſæ huiuſmodi iureiurando decidātur. Cũ enim agitur ad vindictã publicã, vt fit iudicio quocunq; criminali, publice intereſt certa probatione controuerſiam finiri magis, quam iureiurando. l. ſciant. Cod. de probat. Proinde quod alibi Vlpianus ait, innocentiam rei iureiurando approbari, l. furti. de his qui notan. infa. de iudicio ciuili intelligitur non de criminali. vt verba antecedentia ſatis oſtendunt.

Cap. X.

Iurandum non eſſe niſi deferatur iuſiurandum, & quis deferre poßit.

AIt prætor, *delata cond tione*, vt intelligamus iuſiurandum deferendum eſſe ab aduerſario. Nam ſi reus iurauit nemine iuſiurandum ei deferente, prætor iuſiurandum non tuebitur. Alioqui facile erit cuiuis iurare volenti ſe omni obligatione liberare, vt Vlpianus inquit l. 3. hic. Itaque proderit iuranti hoc iuſiurandum, quamuis interdum ei nocere poſſit. l. ſi legatarius. de dolo. Sed aduerſarium hic accipe, qui habilis ad deferendum ſit, licet prætor ſimpliciter loquatur. Eſt enim hæc tacita, ſed certa tamen exceptio edicti prætorii, quia credendum non eſt, prætorem de inhabili ſenſiſſe. Proinde ſi pupillus ſine tutore detulerit, non eſt locus edicto. leg. 17. §. 1. & l. 4. Cod. eo. Eademque eſt cauſa adulti curatorem habentis, qui ſimilis eſt pupillo. l. ſi curatorem. Codic. de in integr. reſtit. Ideoque legitimam perſonam non habet in iudicio. l. in vniuerſis. Cod. qui dari tuto. l. acta. §. vltim. de re iudic. Idem eſt dicendum de prodigo, furioſo, & aliis huiuſmodi, qui ius adminiſtrandi non habent. l. tutor. §. 1. hic. Atque hinc poteſt intelligi, cur his deferentibus non cogatur aduerſarius iurare, vt ſupra declaratum fuit. Tutor aut curator recte defert ſi aliæ probationes deficiant, idque Paulus διὰ τῆς ἐπαγωγῆς probat hoc modo. Poteſt res alienare, poteſt ei ſolui, poteſt rem in iudicium deducere, poteſt igitur iuſiurandum deferre. leg. iuſiurandum. 17. hic. Et verius eſt ratum eſſe hoc iuſiurandum, etiam ſi de prædio ruſtico aut vrbano agatur, quod lex prohibet alienari ſine decreto. l. lex quæ. Codic. de adminiſt. tutor. Nam iuſiurandum hoc defertur iudicio quaſi authore iudice. l. 1. quarum rer. act. non dat. nec aliter quam cum deficit alia probatio. l. tutor. hic. Pupillo igitur tunc nocet exceptio iuriſiurandi, ſed ſi captus ſit in integrum reſtituitur à prætore, nec vllum aliud ei ſupereſt remedium. l. nam poſtea. §. ſi minor. hic. Procurator iuſiurandum poteſt deferre, ſi liberam vniuerſorum bonorum adminiſtrationem habeat, aut ſi id nominatim ei mandatum ſit, aut in rem ſuam procurator ſit. Sed ita demum procurator vniuerſorum bonorum defert, ſi cauſa ſit dubia & probationes deficiant, vt de tutore diximus. argu. l. præſes. Cod. de tranſact. Is autem qui datus eſt ſimpliciter ac generaliter procurator abſque libera bonorum aminiſtratione quę ſpecialiter eſt concedenda, vt mox dicemus, non poteſt deferre iuſiurandum, quia nec tranſigere poteſt, vt Paulus ait. l. mandato generali. de procurat. Nec id ſolum intelligimus de tranſactione quæ fit diminuendi & quaſi donandi cauſa: id enim eſt indubitatũ. l. Lucius. §. vltim. de adminiſt. tutor. ſed etiam de ea quæ fit cauſa decidendi. Nam particula etiam mihi videtur hanc vim habere apud Paulum, cum ait mandato generali non contineri etiam tranſactionem decidendi cauſa interpoſitam. His caſibus exceptis procurator deferens non eſt audiendus, ne poſtea reus qui ſemel iurauit à domino conueniatur. leg. alias. hic. Nec admittitur cautio de rato in hoc negotio, quia per eam non ſatis conſulitur reo. leg. qui ita. §. 1. ad Trebell. nam ſi dominus agat, non proderit reo iuraſſe, niſi liquido, id eſt, vere ſe iuraſſe docuerit. Si vero iam victus à domino, agat aduerſus procuratorem ex ſtipulatione de rato, neceſſe habebit de periurio ſuo docere, cum famæ & exiſtimationis ſuæ detrimento, id eſt, docere ſe victum à domino qui ſibi debere probauerit. Sic enim alias interpretatus ſum locum hunc Vlpiani ſubobſcurum, & extat declaratio noſtra lib. 1. diſput. c. 2. vbi oſtendi quid ſit liquido iurare ex optimis quibuſque authoribus Latinis. Non inficior tamen hoc verbum aliter accipi plærunque, vt cum dicimus liquido probare. l. ſi prætor. de iudic. cum ſimi. Quæ varietas obſeruanda eſt diligenter in authorum interpretatione. Defenſor municipii ſiue ſyndicus, id eſt, qui ad cauſam Reipub. agendam vel defendendam conſtituitur. l. vltim. §. defenſores. de muneribus, non poteſt deferre niſi ſpeciale mandatum habeat. l. iuſiurandum. 34. §. defenſor. Non enim eſt ſimilis tutori aut procuratori vniuerſorum bonorum, niſi maior poteſtas fuerit ei nominatim conceſſa, ſed potius procuratori ſimpliciter & generaliter facto, de quo iam diximus. Seruus & filius non nocent domino aut patri. l. nec filius. Codic. niſi habeant liberam peculii adminiſtrationem. leg. ſeruus. 20. hic. Quo caſu ſimiles ſunt quadantenus procuratori vniuerſorum bonorum. Et hæc libera adminiſtratio ſpecialiter concedenda eſt ſeruo aut filio. leg. quam Tuberonis. de pecul. Sicut & procuratori quem non ſufficit generaliter ac ſimpliciter conſtituere ad gerenda negotia, vt ante diximus.

Cap. XI.

Iurandum eſſe ex delatæ conditionis præſcripto, & quam varia ſit ratio iurandi.

QVod ait prætor, *Iurauerit*, ſic accipe, ſi ex conditionis delatæ præſcripto iurauerit. l. 3. §. vltim. leg. qui per ſalutem. hic. Sic enim interpretantur Iureconſulti verba prætoris vtilitate ſuadente, id enim publice vtile eſt, & ad finiendas lites pertinet. Qua in re etiam indulgetur hominum ſuperſtitioni, vt commodius lites expediantur. Sunt enim plærique ea ſuperſtitione, vt proprium aliquod ac peculiare genus iuriſiurandi vſurpent, vt puta per ſalutem, aut caput ſuum, vel filiorum ſuorum, dict. leg. 3. hic. Sicut Nero per Druſillam iurabat, Alexander per Hepheſtionem. Demoſthenes per eos qui in Marathone occiderant. Ac vtilitas exigit plerunque, vt ratũ habeatur hoc iuſiurandũ: quia creduntur non tam facile peieraturi, qui hac ſuperſtitione ducuntur, quam ſi iureiurando communi & vſitato vterentur. Sic eſt accipiendum quod Vlpianus ait leg. 5. hic, iureiurando ſtandum quod propria ſuperſtitione iuratum eſt. Commune autem & vſitatum eſt iuſiurandum per Deum. Et diuinum eſt præceptum vt iuretur per nomen Dei. Deuteron. cap. 6. & 10. Iuratur enim per ſacra Euangelia more recepto. Et ſæpe legimus iurari propoſitis vel tactis ſacroſanctis Euangeliis. leg. generaliter. §. vlt. hic. l. rem non nouam. Codic. de iudic. Quod & vſitatum hodie eſt. Epiſcopi ſoli iurant propoſitis tantum non ẽt tactis Euangeliis, vt conſtitutum eſt Iure pontificio. capit. vlti. de iura. calum. haud ſcio an myſtica aliqua ratione. Nam Epiſcopis noſtris, vt ſunt mores ſæculi, ſufficit iuxta ſe poſita habere Euangelia, etiam ſi non legant ea, nec attingant quidẽ. Hoc autem genus iuriſiurandi non omnino improbandum eſt, in quo expreſſim non inuocatur nomen Dei, cum reſpectu diuini numinis iuretur. d. l. qui per ſalutem. hic. vt dixi in initio huius tractatus. Nam & Ioſephus in ſacris bibliis iurat per vitam & ſalutem Pharaonis. Geneſ. c. 42. c. monet. 22. q. 1. & alij plærique ſanctiſſimi patres eodem modo iuraſſe leguntur, & quidem nonnulli eorum addito ſigno aliquo puta admota manu femori, vel ſublata in cœlum. Quo exemplo qui hodie iurant in iudicio ſolent manum tollere in cœlum, ſignificantes ſe teſtem Deum inuocare. Illicitum iuſiurandum vt puta improbatæ publicæ religionis non tuetur prætor. d. l. 5. hic. vt ſi quis per Chriſtum iuraſſet, Vlpiani qui hoc ſcripſit tẽpore. Tunc enim Chriſtiana religio publice improbata erat, ſicut hodie Turcica aut Mahumetana. Nam qui defert iuſiurandũ, aut iurat per Mahumetem, eã religionẽ probare videtur. Quare vetat lex diuina iurare per deos alienos. Deuter. c. 6. c. monet. 22. q. 1. quia cum iuſiurandum ſpecies quædã ſit cultus diuini, ita iurandum eſt, vt vni Deo honos tribuatur. Verum ſi res ſit cum Mahumetano homine, plerique putant iurari poſſe per Mahumetem vtilitatis cauſa, quod is iuſiurandum noſtrũ facile cõtẽpturus ſit, nec ideo aduerſarius qui iuſiurandum defert, religionem Mahumetanam probare intelligatur. Hinc Martialis in Verpum lib. 11.

Ecce negas iuraſque mihi per templa tonantis,
Non credo iura Verpe per Anchiatum.

Eſt & aliud exemplum illiciti iuriſiurandi, per caput, aut capillos Dei &c. Blaſphemia vulgo dici ſolet, & tam legibus quã canonib. Eccleſiaſticis improbatur & vindicatur. Nouel. 77. vt non luxurien. can. ſi quis per capillum. 22. q. 1. Eius eſt ergo qui defert iuſiurandum formam eius præſcribere, modo licitum ſit, vt diximus. Quod ſi inter litigantes dubitatio aliqua ſit, ac controuerſia de conceptione iuriſiurandi, arbitrio iudicis concipietur. l. 34. §. ſi de qualitate. Quod autem dicitur formam delatæ conditionis ſequendam eſſe, adeo verum eſt, vt ſi de eo iuratum ſit quod non erat in iudiciũ deductum, nihilominus edicto locus ſit. leg. ſi quis cum debitore. Conditionem namque ab aduerſario delatam eſſe ſufficit. Exempli loco: Lis erat de certa pecunia credita: conuenit ne petatur, ſi reus iurauerit ſe Capitolium non aſcendiſſe. An ſi iurauerit competat ei exceptio iuriſiurandi, dubitatur. Videtur enim iurare debere de pecunia de qua lis erat, idque ex verbis edicti, Eius rei & de qua &c. Sed tamen Iulianus ait, competere exceptionem propter conuentionem quæ iuſta eſt. Cum enim propter pecuniam controuerſiam ita iuratum ſit, & eo iureiurando contentus fuerit actor, perinde habendum eſt, ac ſi de pecunia ipſa iuratum eſſet. Nec nos mouere debet quod obiicitur de conditione iuriſiurandi improbata alio prætoris edicto. leg. quæ ſub conditione. de condit. inſtit. Non enim omnino improbatur conditio iuriſiurandi, ſed ea tantum quæ adſcribitur teſtamento, & in futurum tempus concipitur. dict. leg. quæ ſub condit. ea vero quæ concipitur in præteritum tempus nullo Iure improbata, reperitur ne in teſtamentis quidem. Nam hic intereſt noſtra iurari vt tollatur incertitudo ac dubitatio, vt in ſpecie Iuliani & aliis ſimilibus. l. ſi cum patruo. commu. vtriuſque iudic. Sed hæc diſputatio non eſt propria huius loci, & magis pertinet ad tit. de condit. inſtit.

C a p. XIII.

Iurandum eſſe ſtatim vt delata eſt conditio, & ante reuocationem.

QVod ait prætor, *Iurauerit*, ſic accipimus, ſi ex continenti iurauerit poſtquam conditio delata eſt. l. 5. & 6. nam ex interuallo iurare nihil prodeſt. Ratio huius interpretationis hæc videtur eſſe, quia actor ideo fortaſſis defert reo iuſiurandum, quod eum ita affectum videat, vt ex tempore nõ facile ſit peieraturus, poſtea vel ſuaſu alterius vel alia de cauſa conſilium mutare poſſit. Idem dicendum eſt, & ſi actor qui detulit iuſiurandum, id re adhuc integra reuocauerit. Eſt enim cautum noua Iuſtin. conſtitutione vt liceat ei qui detulit reuocare iuſiurandum, donec res iudicata fuerit. l. ſi quis iuſiurandum. Codic. de reb. cred. Sed dubitatur ſi accepta ſit conditio ab aduerſario qui etiam nunc iurare paratus ſit, an ſit locus conſtitutioni. Quod videtur admittendum eſſe propter eius verba, à quibus cur recedatur nulla ſatis idonea firmaque ratio eſt. Nam & æquitate aliqua nititur is qui detulit, quia forte ſuperuenit ei noua & inſperata probatio. At ſi aliter conſtitutionem interpretemur, fruſtra permitteretur reuocatio vſque ad ſententiam, ſi ex interuallo, vt ſit, ſententia pronuncietur, quia niſi ſtatim iuretur pro eo haberi debet, ac ſi delatum non eſſet iuſiurandum. Extat tamen exemplum centumuiralis iudicii, quo admiſſa non fuit reuocatio poſt acceptam conditionem, quamuis ſerio & vere delata non videretur: apud Senecam controuer. lib. 4. cuius verba hic adſcribemus propter raritatem exempli. Nam in quodam iudicio centumuirali, cum diceretur iuriſiurandi conditio aliquando facta ab aduerſario, induxit eiuſmodi figuram, qua illa omnia crimina irrogaret. Et placet, inquit, ibi rem iureiurando tranſigi? Iura, ſed ego iuſiurandum dabo. Iura per patris cineres, qui inconditi ſunt. Iura per patris memoriam. & executus eſt locum, quo perfecto ſurrexit. *Lu. Aruntius*, ex diuerſo ait: Accipimus cõditionem, iurauit. Clamabat Albutius, non detuli conditionem, ſchema dixi. Aruntius inſtabat, centumuiri rebus iam vltimis, ſeparabãt. Albutius clamabat, iſta ratione ſchemata de rerum natura tolluntur. Aruntius aiebat, tollantur: poterimus ſine illis viuere. Summa rei hæc fuit. Centumuiri dixerunt dare ipſos ſecundum aduerſarium Albutii ſi iuraret ille.

C a p. XIIII.

De remiſſione iuriſiurandi.

AIt prætor: aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit. Nam credibile eſt ita conceptum fuiſſe edictum, cuius verba interpretari Paulus & Vlpianus videntur. l. 5. & 6. hic. Si igitur actor videns reum promptum & paratum eſſe ad iurandum, ei iuſiurandum remittat, ne ſit author periurii, perinde habendum eſt, eſt, ac ſi iuratum eſſet. dict. leg. 5. & 6. l. ſi non fuerit. hic. Ex quo perſpicuum eſt remiſſionem iuriſiurandi à reuocatione, de qua iam diximus, multum differre. Nam ſi deferentem pœnituerit re integra & nondum ſuſcepto iureiurando, quia forte probationis copiam poſtea nactus eſt, delatio reo nihil proderit. Sed ſi cum paratus eſſet iurare reus, gratia iuriſiurandi ei facta ſit, perinde habebitur ac ſi iuratum eſſet. Hæc ita facile diſcernuntur ac declarantur, quamuis inter vulgares interpretes controuerſia ſit. Nihil autem refert an præſens præſenti remittat, necne, cum inter abſentes id fieri poſſit. l. Labeo hic. Quod autem inquit prætor, Remiſſum fuerit, accipe ſi à perſona idonea & habili fuerit remiſſum. Nã aliter non poteſt reo prodeſſe, vt puta, ſi pupillus remiſerit iuſiurandum quod forte tutor detulerat, aut pupillus ipſe tutore authore. Hinc enim non magis remittere quam deferre poteſt, cum adminiſtrationem rerum non habeat. l. iuſiurandum. 17. hic. & res ſit magni momenti ac ponderis, ex qua victoria cauſæ ſequatur. De tutore quæritur. Et Accurſ. ait, cui aſſentiuntur cæteri, eum non poſſe remittere, quaſi ſpecies quædam donandi ſit, quæ tutori non debeat permitti. l. cum plures. de adminiſt. tut. Et hoc differre putant delationem iuriſiurandi à remiſſione, quia tutor defert ex cauſa, ſcilicet, deficiente probatione. l. tutor. hic. at nulla poteſt eſſe iuſta cauſa huius remiſſionis. Ego vero puto tutorem debere bonam fidem agnoſcere, ſi poſt delatum iuſiurandum compererit reum non debere. l. quoties. §. ſicut. de adminiſt. tut. Pone tutorem petiiſſe pecuniam quam pater pupilli mutuam dederat, nec apparebat ſolutam fuiſſe, deinde cum paratus eſſet reus iurare, tutorem incidiſſe in rationes quaſdam defuncti, in quibus perſcriptum erat ſolutam fuiſſe pecuniam. Nonne iuſta cauſa eſt remittendi iuriſiurandi? Quid facit hic tutor alienum ab officio boni viri & boni adminiſtratoris?

C a p. XV.

Exceptionem ei competere non tantum qui de re tota, ſed etiam de parte iurauit.

QVod prætor ait, Eius rei, ſic accipiendum ait Vlpianus, ſiue de tota re, ſiue de parte ſit iuratum. l. 7. hic. Quod maxime pertinet ad interpretationem edicti, nec videtur omnino verbis conuenire. Nam ſi petitor fundi iuſiurandum deferat reo, & reus iuret partem dimidiam ſuam eſſe, dubitari poteſt an ei proficere debeat iuſiurandum. Pro actore faciunt verba edicti, eius rei de qua iuſiurandum delatum fuerit &c. Nam delatum eſt iuſiurandum de fundo non de parte fundi. Sed huic verborum ſubtilitati præualet mens & ſententia edicti: & quod ſcriptum eſt de re, extenditur ad partem rei κατὰ συλλογισμὸν, cum ſit eadem ratio & analogia. Sicut enim iurans totum ſuum eſſe, totum obtinet, ita iurans partem ſuam eſſe eam obtinere debet. Hinc vulgo dici ſolet, totius & partis eandem rationem eſſe. l. quæ de tota. de rei vind. Et Paulus de verborum ſignificatione ait, appellatione rei etiam partem contineri. l. appellatione. 72. de verb. ſign. Quo in loco interpretatur formulam ſtipulationis prætoriæ. Eam rem recte reſtitui cui rei dolus malus aberit. Eſt enim id ſumptum ex tractatu de prætoriis ſtipulationibus, vt inſcriptio oſtendit, & nos aliàs fuſius declárauimus. Ac ſimiles interpretationes ſæpe occurrunt in iure ciuili. l. 3. §. ſi quis tabulas. de ſenatuſc. Silan. l. ſi quis cum totum. de excep. rei iud. Vnde regula Iuris antiqui, in toto pars continetur. l. in toto. de regulis iuris.

C a p. XVI.

Exceptionem iuriſiurandi competere non tantum ei qui iurauit, ſed aliis etiam ad quos res pertinet.

Ait

AIt prætor, Neque in ipſum, neque in eum ad quem ea res pertinet. Ex quo apparet, exceptionem iuriſiurandi competere ipſi qui iurauit. Addendum eſt: Aut cuius nomine filius, ſeruus, procurator iurauit, vt dictum fuit cap. 8. Hic enim propter euidentem rationem & æquitatem paulum à verbis recedimus. Præterea competit hæc exceptio iis ad quos pertinet. Quæ verba Vlpia. & Paulus ſic interpretantur, vt de omni ſucceſſore accipiantur, ſiue ſit hæres qui in vniuerſum ius, ſiue emptor, donatarius, legatarius, qui in rem ſuccedat. l. 7. & 8. hic. Sed & alias omnes perſonas quarum intereſt, & ad quas res pertinet, prætor his verbis complectitur. Atque hinc naſcuntur variæ quæſtiones. Vna eſt, ſi pater conuentus pro filio iurauerit, an iuſiurandum proſit, non tantum patri, ſed etiam filio. Et Paulus ait, referre quomodo iuratum ſit. l. qui iuraſſe. §. ſi pater, hic. Nam ſi iurauerit filium dare non oportere, vtrique dabitur exceptio, quia ſublata obligatione principali qua tenetur filius, tollitur etiam obligatio patris quaſi acceſſoria. ar. l. cum filius. de verb. obli. Si vero pater iurauerit in peculio nihil eſſe, exceptio non dabitur filio qui ob peculium non tenetur. Pater autem non poterit conueniri niſi eius peculij nomine quod poſtea acquiſitum fuerit. Alia quæſtio eſt de reis promittendi. Et Paulus ait, ſi alter iurauerit, alteri quoque prodeſſe debere. l. in duobus. §. ex duobus. hic. Nec refert an ſocij ſint vt plærique exiſtimauerunt. Eſt enim ea natura huius obligationis vt ſolutio facta ab vno proſit alteri, ergo & iuſiurandum quod vim ſolutionis hic habet. d. l. in duobus. Qua ratione iuſiurandum fideiuſſoris prodeſt reo non minus, quam iuſiurandum rei prodeſt fideiuſſori. dicta l. in duobus. §. 1. hic. Itaque nihil ad rem pertinet quod obiicitur de pacto conuento. l. fideiuſſoris. de pact. cum vis & effectus iuriſiurandi maior ſit quam pacti conuenti. De reo & fideiuſſore quæritur, d. l. in duobus. §. 1. hic. Et dubium non eſt quin iuſiurandum rei proſit fideiuſſori, ſi de ipſo contractu iuratum ſit. Vt puta, ſi iurauerit pecuniam creditam non eſſe. Nam ſoluente reo liberatur etiam fideiuſſor, quamuis forte animo donandi fideiuſſerit. Idem eſt igitur dicendum de iureiurando quod in locum ſolutionis ſuccedit. Contra ſi iurauerit fideiuſſor, id etiam proderit reo, quia reus ſoluente fideiuſſore liberatur. Quod eſt accipiendum, vt dixi, ſi de ipſo contractu & de re non perſona ſua iurauerit. d. l. in duobus. Nam ſi iurauerit ſe non fideiuſſiſſe, iuſiurandum reo non proderit. l. vlt. §. ſi fideiuſſor. hic. Eſt autem ineptum & ſophiſticum quod colligunt plærique ex iam dictis, fideiuſſorem qui iurauit poſſe pecuniam repetere à reo, perinde ac ſi eam ſoluiſſet, quia iuſiurandum loco ſolutionis eſt. Sed quia extra rem eſt hæc quæſtio, non eſt opus, vt de ea hic plura dicamus. Ex ſuperioribus exemplis cognoſcitur, quæ ſint perſonæ ad quas res pertinet: quibuſque prodeſt iuſiurandum. Nam cæteris non prodeſſe dicendum eſt, vt ſit locus regulæ qua dicitur, iuſiurandum alterius alteri neque prodeſſe neque nocere. l. 3. hic, niſi ad eum res pertineat, vt iam dixi.

Cap. XVII.

De officio prætoris in actione deneganda, aut danda exceptione.

AIt prætor, Actionem non dabo: quæ verba interpretatur Vlpianus c. 6. Nam poſteaquam iuratum eſt, inquit, denegatur actio. Aut ſi controuerſia erit, id eſt, ſi ambigitur an iuſiurandum ſit datum, exceptioni locus eſt. Verum ij non intelligunt Vlpianum, qui veterem morem dandorum iudiciorum non norunt, de quo ſcripſimus alibi ad l. iuriſgentium. de pact. Ego autem puto hoc eſſe officium prætoris, vt deneget actionem ſi conueniat inter litigatores iuratum fuiſſe, vt nulla ſit de facto controuerſia. Si vero controuerſia ſit inter eos, an iuratum ſit, prætor qui de facto non cognoſcit, ſed iudicem cogniturum dat, ita iudicium conſtituit, vt exceptionem addat, extra quam iuratum ſit. Ac ſimile quiddam alias annotaui in edicto prætoris de teſtamento aperiendo. lib. 2. diſp. cap. 34. Et obſeruandum hic eſt prætorem ſimpliciter denegare actionem, quamuis competat iure ciuili. Nam ipſo iure non tollitur obligatio iureiurando. §. æque. Inſtit. de except. excepta naturali obligatione. l. Stichum. §. naturalis. de ſol. Sed vtilius id eſt viſum, cum hoc ius certum propter authoritatem prætoriæ iuriſdictionis, & iam longo vſu inueteratum confirmatumque eſſet. Nec ſane multum refert, an actio non competat ipſo iure, an per exceptionem infirmetur. l. nihil intereſt. de reg. iur. Atque idem animaduertere licet in Senatuſconſulto Macedoniano & Velleiano, quibus Senatuſconſultis cautum eſt, ne actio detur, cum tamen actio competat ipſo iure. arg. Inſtit. de fideicom. hæredit. §. 1. Et plerunque dicatur dari eo nomine exceptio. Verum nihil refert, vt iam dixi, vtrum horum fiat, quamuis olim ſcrupuloſiores eſſent in ea re prætores propter auctoritatem legum. Hinc facile eſt intelligere quid iudicandum ſit de exceptionibus litis finitæ (ſic enim vocant interpretes) quæ opponi dicuntur ad impediendam litis conteſtationem, vt cautum eſt iure põtificio, & forenſi vſu receptum, cap. 1. & 2. de litis conteſtat.

Cap. XVIII.

Omnem actionem denegari, qua eadem res in iudicium deducatur.

QVod ait prætor, ſe actionem non daturum, id accipiendum eſt, non de ea modo ſuper qua iuratum eſt, ſed etiam de quacunque alia qua res eadem in iudicium deducatur. Idque colligitur ex his verbis edicti, Eius rei de qua iuſiurandum, &c. Quibus oſtendit prætor non referre an eadem actio inſtituatur, ſed an eadem de re agatur, eademque ſit cauſa agendi. l. in duob. §. exceptio. & ſequen. l. ſi actor. l. cum quæritur. de except. rei iud. Huius rei varia hic ſunt exempla. Sed vnum præ ceteris obſeruandum, cum quis iurat, ſe furtum non feciſſe. Nam is nulla actione propter id furtum conueniri poteſt. l. ſi duo. §. idem Iulianus, hic. Tamen propter furtum eius cui hæres extitit, nihil prohibet eum conueniri, cum in iudicium non reuocetur eadem quæſtio. Itaque dabitur aduerſus furis hæredem condictio ſine exceptione, ac, vt Vlpianus ait, quaſi μονομερής, quod ad verbum ſonat, vnius partis. Fortunatianus rhetor & conſultus μονομερεῖς eſſe ait, cum cauſa ex vna tantum parte conſtat, nec quicquam ex ſecunda afferri poteſt, lib. 1. Rhetor. l. vlt. ad Trebellia. Quod autem obiicitur, ſi pro fure damnum ſit deciſum, furti actionem tolli non deciſionem, id declarabimus ſub titu. de condict. furt. l. ſi pro fure. hic.

Cap. XIX.

Cui deneganda ſit actio ex hac parte edicti.

Ratio & æquitas in omni iuris interpretatione dominatur.

AIt prætor, *Actionem non dabo.* Quæ verba cum imperſonalia ſint, quæritur cui deneganda ſit actio aduerſus eum qui iurauit. Et dicendum eſt ei tantum denegandam actionem eſſe qui detulit, quamuis id non ſit expreſſum edicto quod habemus. Id enim ratio & æquitas exigit, quæ dominatur in omni interpretatione Iuris, cum nihil ſit æquius, quam quod dicitur iuſiurandum alterius alteri neque prodeſſe neque nocere. l. 3. hic. Nec vero refert an ego detulerim, an alius nomine meo, puta tutor aut procurator, qui poteſtatem habuerit deferendi, vt ſupra diximus. Hoc enim ſufficit, vt quis ſummoueatur exceptione iuriſiurandi. Quid ergo dicemus ſi iuſiurandum delatum ſit ab vno ex reis ſtipulandi? An alteri nocebit delatio qui non detulit? Paulus ait nocere. leg. in duobus. in princ. & merito. Nam hi habentur loco vnius propter vnitatem, vt ita loquar, obligationis. Nec contrarium eſt quod dicitur pactum vnius non nocere alteri. l. ſi vnus. in princ. de pact. quia maior eſt vis iuriſiurandi, quam pacti conuenti. Ac iuſiurandum dicitur habere vim ſolutionis. d. l. in duobus. Nec dubium eſt, quin recte vni eorum ſoluatur. Quæritur de eo qui agens populari actione detulit iuſiurandum, an noceat aliis qui non detulerunt. Paulus ait nocere, ſi bona fide & ſine colluſione exactum fuerit, quia forte non poterat reperiri idonea probatio omni diligentia adhibita. l. eum qui. §. in popularibus. Nam cum totius populi vice fungatur actor, perinde habendum eſt hoc iuſiurandum, ac ſi à populo ipſo delatum eſſet. Quod ſi præuaricatus ſit actor, non prohibetur alius agere. l. 3. de liber. homi. exhib.

Cap. XX.

De actione competente actori qui reo deferente iurauit ex edicto prætoris.

Declarata eſt ea pars edicti, qua conſulitur reo qui deferente actore iurauit: ſequitur altera qua proſpicitur actori, qui iurauit reo deferente, & datur ei actio. Nam etſi caput hoc edicti deſcriptum hic non extet, tamen dubium non eſt, quin de ea re prætor edixerit. Ac variis ex locis id colligitur. l. nam poſtea. §. 1. in l. duobus. §. vlt. l. eum qui. in princ. hic. l. actor. C. eod. §. item ſi quis poſtulante. de actio. Inſtit. Deſcripſimus autem, vt probabile eſt, conceptum fuiſſe ab ipſo prætore, imitantes exemplum ſuperioris capitis, & locos Iuris authorum de hac actione diligenter expendentes & conſiderantes. Si actor petitorve conditione delatâ iurauerit, aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit, eius rei, de qua iuſiurandum delatum fuerit, actionem ei, in qua hoc ſolum quæretur an iurauerit, dabo. In huius capitis enarratione eædem quæſtiones occurrunt, quæ in priore capite, veluti de perſonis & ratione deferendi ac iurandi. Sed hæc magna ex parte iam ſunt declarata & ſuperuacanea eſſet repetitio. Plenius enim deſcripta & tractata ſunt, quæ ad exceptionem pertinent quam quæ ad actionem, quia ſæpius accidit, vt actor deferat reo quam reus actori. Solet decurri ad iuſiurandum cum deficit probatio, idque neceſſe eſt actori, qui nihil aliud agere poteſt. Reo autem id non eſt neceſſe, qui abſoluitur actore non probante, etſi nihil præſtiterit. l. qui accuſare volunt. C. de edend. Quæ igitur propria ſunt huius capitis, non exequemur.

Cap. XXI.

Quæ actio detur ex iureiurando.

Quod ait prætor, ſe actionem daturum, ita accipiendum eſt quaſi noua introducatur actio quæ iure ciuili non competat. Sic enim accipitur interdum actionem dare, vt alibi annotaui l. iuriſgentium. de pact. Ac certum eſt mero Iure & ciuili ex iureiurando non naſci nec tolli actionem. §. æque. Inſtitu. de except. Proinde numeratur hæc actio inter prætorias à Iuſtiniano in Inſtitutionibus. §. item ſi quis poſtulante. Inſtit. de actio. Agitur autem præſcriptis in factum verbis ex hac cauſa, cum actio nullam propriam appellationem propriumque titulum habeat. l. ſed etſi poſſeſſori. hic, l. actori. C. eod. Sed ſi cauſa certa ſit ex qua iuratum eſt, puta emptio, venditio, aut alius contractus, vtilis quoque actio ex eo contractu dabitur. l. ſi duo. §. ſi quis iurauerit. hic. Ideo autem dicitur vtilis actio quæ datur ex hac cauſa non directa. l. ſed & ſi. §. vltim. l. ſi duo. §. Iulianus. hic. quia directa datur ei qui re vera emit, aut qui eſt hæres. Sed vtilitatis cauſa eſt receptum, vt perinde agatur, ac ſi verum id eſſet, cum iuſiurandum pro veritate habeatur. Et ſane omnis actio ex hoc edicto recte dicitur vtilis reſpectu Iuris ciuilis. l. quod ſi iurati. 29. hic. argu. §. namque. Inſtit. de act. Ceterum videndum eſt an cauſa illa de qua hic loquimur, ad dandam actionem ſufficiat. Nam qui furtum ſibi factum iurauerit, non continuò agere poteſt condictione furtiua, quæ nõ niſi domino competit. l. in duobus. §. pen.

Cap. XXII.

Potior ne ſit cauſa actoris an rei, cum vterque iurauit altero deferente, & de concurſu iuriſiurandi & præſcriptionis temporalis.

Diximus actionem competere ei qui iurauit ſibi deberi, ſicut exceptio competit ei qui iurauit ſe non debere. Inde naſcitur quæſtio, ſi tam actor quam reus iurauerit, alter ſibi dare oportere, alter ſe dare non oportere, an actori danda ſit actio, an reo potius exceptio? Et reſpondendum eſt potiorem eius cauſam eſſe, qui poſterior iurauit. leg. in duobus. §. vlt. non aliter ac nouiſſima quæque pacta maxime ſeruanda eſſe dixim. l. pacta nouiſſima. C. de pact. Nec ideo præiudiciũ fiet periurio alterius, vt ei noceat forte in iudicio criminali, quia non ideo poſterioris dicitur cauſa potior eſſe, quod vere iurauerit, ſed quod iurauerit tantum, & poſterior iurauerit. Huic affinis eſt queſtio de concurſu iuriſiurandi cum præſcriptione lõgi temporis: cum videlicet vnus nititur præſcriptione temporis, alter iurerando. Nam non minus tempore quam iureiurando finitur lis ac dirimitur. l. vlt. pro ſuo. Cic. pro Cec. Et Iulianus ait eum, qui iurauit fundum ſuum eſſe, poſt longi temporis præſcriptionem, id eſt, vt ego interpretor, poſtquam aduerſario quæſita eſt longi temporis præſcriptio ſiue exceptio, etiam vtilem actionem habere debere. Hic enim poſterioris melior conditio eſt: ſicut & cum iuſiurandum actoris & rei concurrunt, vt iam diximus. Non ignoro ſubobſcurum eſſe hunc locum propter amphiboliam, quæ oritur ex varietate diſtinctionis, ſed in ambigua oratione accipienda eſt ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambiguis. de legibus. l. quoties idem. de reg. iur.

Cap. XXIII.

Contra quem detur actio ex iureiurando.

Prætor ait ſe actionem daturum, nec exprimitur edicto cõtra quem detur. Sed ratio iuris exigit vt dicamus actionem competere aduerſus eum qui detulit, quia non debet alij nocere quod inter alios actum eſt. l. nam poſtea. §. vltim. & l. ſequent. Datur etiam aduerſus ſucceſſorem, vt Vlpianus ait dicta l. nam poſtea. §. vltim. Quod ſi accipiamus de hærede, qui ſuccedit in ius vniuerſum, res dubitationem non habet. Sed dubitatur de eo qui ſuccedit in rem, qualis eſt emptor aut donatarius: quia hæc actio in perſonam eſt, quæ rem non ſequitur. l. 1. §. ſi hæres. ad Trebell. Ac tametſi exceptio competat ei qui in rem ſuccedit. l. ait prætor. 7. hic, tamen videtur alia cauſa actionis eſſe quam exceptionis. Verũtamen probabilius eſt, contra eum qui ſuccedit in rem poſt iuſiurandum actionem dari ei qui iurauit rem ſuam eſſe, vt verba Vlpiani, quæ generalia ſunt, de quocunque ſucceſſore intelligantur. Sed contra alium poſſeſſorem non dabitur hæc actio, cum non debeat alij nocere quod inter alios actum eſt, vt iam dixi. Nec mirum eſt hanc actionem, quæ ſuccedit in locum actionis in rem, imo vtilis in rem eſt, aliquid retinere ex eius natura. Non tamen per omnia iudicandum eſt de ea vt de aliis in rem actionibus, ne inde ſequatur iniquitas, & iuſiurandum noceat ei qui nec detulit, nec in deferentis locum ſucceſſit. l. ſed & ſi. §. vlt. & l. ſequen. hic. Eadem, vt puto, ratione dicitur publiciana competere ei qui iurauit rem ſuam eſſe, ſed aduerſus eum tantum qui detulit. l. eum qui. §. ſi petenti. de pub. in rem act. quamuis alias publiciana quæ in rem actio eſt, detur contra quemuis poſſeſſorem. §. ſed iſtæ. Inſtit. de actio. Ac ſi quis forte dixerit, cum iuſiurandum ſit iuſta cauſa traditionis, publicianã contra omnes competere ex edicto prætoris. l. 1. de pub. reſpondeo hanc cauſam vſquequaque iuſtam non eſſe, quia iuſiurandum non debet alij nocere. Quare non eſt viſum vtile Vlpiano edictum de publiciana referre ad iuſiurandum, niſi cum ea moderatione & exceptione, de qua diximus. Nec vero ſimile eſt iuſiurandum emptioni & aliis huiuſmodi cauſis quæ ſunt iuris ciuilis, ex quibus datur publiciana contra quemuis poſſeſſorem, tametſi alias conuentio inter alios facta aliis non noceat. l. ſi vnus. §. ante omnia. de pact. Ex iam dictis apparet actionem ex iureiurando dari aduerſus eum qui detulit. Addendum eſt interdum ei qui detulit competere aduerſus eum qui iurauerit. l. ſi duo. §. ſi quis iurauerit, hic. Quod videtur prima facie mirum & παράδοξον. Sed hoc facit natura obligationis quæ mutua & reciproca eſt. l. Labeo. de verborum ſignific. Nam ſi quis iurauerit me rem vendidiſſe centum, non modo aget ex empto aduerſus me, ſed ego etiam viciſſim aduerſus eum ex vendito agere potero.

Cap. XXIIII.

Quæ ſit vtilitas huius actionis.

Ait prætor, *In qua hoc ſolum quæretur.* Sic enim edictum concepimus, cuius edicti verba referre videtur Iuſtinianus Inſtitu. §. item ſi quis poſtulante. de actio. l. actori. C. de reb. cred. In hoc autem conſiſtit vtilitas huius actionis, quia non quæritur an debeatur, ſed an iuratum ſit, l. non erit. §. dato. Hinc dicitur iuſiurandum quæſtionem omnem perimere. l. quod ſi. hic. Item poſt rem iureiurando deciſam

nihil

nihil quæri.l.poſt rem.ff.de re iudic. Quæ ſententia eſt Vlpiani ſumpta ex hoc loco, & poſita ſub tit.de re iudic. vt facile cognoſcitur ex inſcriptione. Proinde hæc actio ſimilis eſt actioni iudicati: in qua hoc ſolum quæritur an iudicatum ſit.d.l.actori. Hoc autem eſt ita accipiendum, vt nulla recipiatur allegatio qua iuſiurandum impugnetur, quaſi verum non ſit quod iuratum eſt. Nam aliæ exceptiones ac defenſiones admittuntur, quæ non ſunt contrariæ iuriiurando, ſicut in actione iudicati.l. Neſennius.§. vlt.de re iudic. Idque exemplis demonſtrare facile eſt: Iuraui me rem emiſſe, ago vt eã tradas, excipis de pretio tibi non ſoluto.l. ſi duo.§. ſi quis iurauerit.hic. Aliud exemplum.iuraui me ob decem pignori dediſſe tibi fundum, obiicis decem ſoluta non eſſe.d.l.ſi duo.§.Marcellus. Aliud, peto à te vſumfructum, quem iuraui meũ eſſe, ais amiſſum eſſe capitis diminutione.l. ſed etſi.§.ſi iurauero.hic. Aliud: iuraui Stichum mihi dari oportere qui periiſſe dicitur.l.eum qui.§.ſi iurauero.hic. Aliud, peto decem quæ dedi in dotem, excipit reus, ne ſolidum à ſe exigatur, ſed quatenus facere poteſt.dicta l.eum qui.§.ſi mulier.hic. Aliud, peto vſumfructum quem iuraui dari mihi oportere, poſtulat reus vt caueam.d.l.eum qui.§.vlt. His exceptionibus ac defenſionib. adhuc locus eſt poſt iuſiurandum, vt iã diximus. Deinde etiam quæritur an recte & rite iuratum ſit, nec mirum eſt hanc quæſtionem admitti, cum tunc minime iuratum eſſe intelligatur.arg.l.4.§.condemnatum.de re iud. Sed quæ neceſſaria ſint, vt recte iuratum dicatur, ſupra expoſuimus.

Cap. XXV.

Quid veniat in hanc actionem.

EX iam dictis perſpicuum eſt, idem venire in hanc actionẽ, quod in eam ſuper qua iuratum eſt. Nihil enim aliud quæritur, niſi an iuratum ſit, & iuſiurandum ſic accipimus, ac ſi verum eſſet quod iuratum eſt.dicta l.ſed & ſi.hic.itaq; ſi iurauero rem meam eſſe, etiam fructuum & aliarum huiuſmodi acceſſionum fiet reſtitutio.dicta l.ſed etſi. Quia ſi vere mea eſſet, fructus deberentur.l.videamus.de vſur. Atque hinc poteſt cognoſci, an pœnalis ſit, an rei perſecutoria. Nam ſi de eo iuratum ſit, ex quo pœna exigi poteſt, hac quoque actione pœna peti poterit, vt ſi quis iurauerit ſibi furtum factum eſſe.l.in duobus.§.pen.hic. Inde quæritur, ſi quis iurauerit damnum ſibi datum iniuria, an debeat conſequi duplum. Quod videtur admittendum eſſe. Nam actio legis Aquiliæ ob damnum iniuria datum competit in duplum aduerſus inficiantem.l.inde Neratius.§. hæc actio. ad l.Aquil. At hic reus inficiatur qui iuſiurandum defert. Paulus tamen ait ſimplum hac actione peti non duplum.l. eum qui.hic. Idque propter æquitatem qua τὸ ῥηθὸν temperandum eſt. Ideo enim aduerſus inficiantem dupli fit condemnatio in iudicio legis Aquiliæ, quia onerat actorem probandi neceſſitate. Quod nequaquam hic accidit. Deinde quod Paulus ait, Cum omiſſa hac parte edicti, &c. ſic accipe: edicti vnam partem eſſe qua datur actio ei qui iurauit.dicta leg. in duobus.§. vlt.& hac parte duplum peti non poſſe, quamuis ea omiſſa poſſit peti, ſcilicet actione principali. Et poteſt dici in hoc iudicio non quæri, an damnum datum ſit, ſed an iurauerit actor, vt iuſiurandum eius conſeruetur. Ex iam dictis pendet etiam alia quæſtio, an hæc actio famoſa ſit. Nam ſi damnetur quis famoſo iudicio, propter iuſiurandum ſine alia probatione is famoſus efficitur.l.nam poſtea.§. ſi damnetur. Nec eadem ratio eſt in ſuperiore ſpecie de lege Aquilia. Pœna enim dupli ſtatuitur in negantem propter onus probationis quod incumbit actori. Quo onere leuatur, delato iureiurando ab aduerſario. Pœna infamiæ ob eam cauſam non eſt ſtatuta, ſed damnatus notatur infamia, licet confeſſus ſit.

Cap. XXVI.

Iuſiurandum ad lites finiendas pertinere & ſimile eſſe tranſactioni & rei iudicatæ.

QVæ ſit vis ac poteſtas iuriſiurandi, quanquam ſuperior tractatio magna ex parte oſtendit, tamen propria diſputatio de hac re non erit inutilis. Colligemus enim varios effectus iuriſiurandi qui nondum ſatis declarati ſunt, ne quis putet nudam anacephalæoſin hic contineri. Ac in primis finitur lis iureiurando.l.1.hic. Vnde ſpeciem tranſactionis habere dicitur.l.2.hic. id eſt, inſtar & ſimilitudinem. Quo ſenſu plærunque accipitur hoc verbum apud veteres authores.l. non diſtinguemus.§.cum quidam.de recept. l.ſi legationis.de iud. Nam tranſactio finem litibus imponit ſicut iuſiurandum.l. fratris.C.de tranſact. Eadem ratione dicitur iuſiurandum habere vim rei iudicatæ.d.l.actori. imo maiorem authoritatem habere quam res iudicata.l.2.hic. Plus namque eſt aliquem ſuo conſenſu quam inuitum damnari. Sicut maioris auctoritatis dicitur conſuetudo propter conſenſum ciuium, quam ius quod ex neceſſitate proficiſcitur.leg.imo.de legibus. Inde quæritur an iuſiurandũ habeat executionẽ ſicut ſententia. Et plærique negant quaſi ſententia iudicis requiratur poſt iuſiurandum.l.iuſiurandum.34.§.vlt. Sed contraria opinio recepta eſt fere, eaque mihi magis probatur. Mouet me, quod dicitur, poſt rem iudicatam aut iureiurando deciſam nihil quæri.leg.poſt rem.de re iudic.& actionem in factum dari ad exemplum actionis iudicati.l. actori. C.de rebus cred. Item iuſiurandum maiorem habere auctoritatem, quam rem iudicatam.l.2.hic.& alia huius generis. In quibus locis aperte diſtinguitur ſententia à iureiurando. Alias nulla eſſet actio ex iureiurando, nulla exceptio, ſed tantum actio iudicati, & exceptio rei iudicatæ. Deinde iuſiurandum dicitur vim habere non probationis tantum, ſed etiam iudicii.leg.tutor.hic. Nec verum eſt ſententiam neceſſariam eſſe, cum ſæpenumero iuretur ſine iudice, quod iuriſiurandi genus voluntariũ dici ſolet. Plærunque tamen ſolet ferri ſententia cum iuſiurandum defertur in iudicio. Quo caſu de officio iudicis quæritur.dicta l.iuſiurandum.§.vlt.

Cap. XXVII.

Cauſam iureiurando deciſam non eſſe retractandam prætextu periurii, & quid de cauſa teſtamenti.

EX iis quæ diximus conſequitur cauſam deciſam iureiurando prætextu periurii non poſſe retractari, vt Imperator Antoninus reſcripſit.l.1.C.de reb.cred. Quanquã de hoc fuit controuerſia inter veteres.l.quod ſi deferente, de dolo. Nam Labeo putabat de dolo agendum quaſi deficiente alia æquum ſit eam actionem dari. Sed contraria Pomponii ſententia obtinuit exiſtimantis tranſactum videri per iuſiurandum quod ſpeciem tranſactionis habere dicitur.l.2.hic. Nam is qui iuſiurandum defert quaſi decidens & tranſigens cum aduerſario, cedit ei liti ſub conditione, ſi iurauerit, non ſi vere iurauerit. Addit Antoninus in reſcripto: niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur. Nam variæ exceptiones ſunt regulæ, de quibus nunc dicemus. Vna eſt ex noua conſtitutione Iuſtiniani, cum quis teſtamento non apparente iurauit ſibi legatum eſſe, deinde reperto teſtamento periurium eius detegitur. Quo caſu retractatur iuſiurandum. Eſtque hoc ius ſingulare in teſtamento, vt plæraque alia. Nam & idem receptum eſt tranſactione quæ non aliter rata eſt, quam ſi fiat inſpectis cognitisque verbis teſtamenti.leg.de his. de tranſact. Quare non immerito Caius oſtendit magnam eſſe rationem edicti de teſtamentis aperiendis. leg. 1. quemadmo. teſtamen. aperian. Nam primum rei non poteſt exquiri veritas apud iudicem ſine teſtamento. Ac ſi quis velit ex teſtamento aliquid petere, expedit teſtamentum edi ac proferri fidei faciendæ cauſa. Deinde difficile eſt ſine iudice tranſigere de re omnino incomperta. Imo id tutum non eſt, cum tranſactio talis rata non ſit, & facile ſit ab ea recedere, ſi quis forte cauſetur ſe errore ductum tranſegiſſe, non inſpectis videlicet nec cognitis verbis teſtamenti. Quod autem ait Iuſtinian. dubitatum fuiſſe apud antiquos, mirum videri non debet. Nam alii, vt credibile eſt, hærebant regulæ de iureiurando. Alii conſiderabant de teſtamento agi, cuius verba non fuiſſent inſpecta, nunc veritatem apparere, & elucere ex ipſa inſpectione teſtamenti, qua nil poteſt eſſe certius. Deinde de tranſactione idem conſtitutum eſſe, quæ non ſit diſſimilis iuriiurando. Et in horum ſententiam inclinat Iuſtinianus, atque ita veterem decidit controuerſiam.

Cap. XXVIII.

Minorem reſtitui in integrum aduerſus delationem iuriſiurandi.

EST alius caſus in quo retractatur iuſiurandum, cum minor detulit & captus eſt. leg. nam poſtea. §. ſi minor. hic. Dupliciter autem ei ſuccurritur. Nam datur ei vetus actio quæ adhuc manet poſtquam iuratum eſt. §. æque. Inſtitu. de except. & contra exceptionem iuriſiurandi opponitur replicatio. Præterea prætor ipſe poteſt cognoſcere ſi velit, nulla data actione vel exceptione. Reſtitutio enim pendet ex arbitrio prætoris, qui vt quæque res eſt, animaduertit. l. 1. l. quod ſi minor. §. vlt. de minorib. Sed quomodocunq; prætor ſubueniat minori, & eum reſtituat ſiue cognoſcendo de toto negotio, ſiue dando actionem cum exceptione & replicatione, tempus ſtatutum non debet egredi. dicto §. ſi minor, id eſt, tempus quatuor annorum. l. vlt. C. de tempore in integ. reſtit. Nec nos mouere debet quod exceptiones ſunt perpetuæ. leg. pure. §. vltim. de doli except. l. licet. C. de except. Non enim hoc eſt accipiendum de hac exceptione, vt ita dicam, reſtitutoria, quæ non competit ſine reſtitutione. l. exceptiones. 7. de except. Nam ſibi proſpicere poteſt petita reſtitutione, poſt quam impetratam, exceptio futura eſt perpetua.

Cap. XXIX.

Iuſiurandum reuocari quod delatum eſt fraudandorum creditorum gratia.

SI iuſiurãdum delatum ſit fraudandorum creditorum gratia, id creditoribus obeſſe non debet, vt Vlpian. ait l. nam poſtea. §. ſed & ſi quis. hic. Eſt autem ſpecies duplex apud Vlpianum. Vna cum quis iurauit ſe non debere, cum videlicet reus eſſet. Altera cum quis iurauit ſibi deberi, contendens falſo ſe creditorem eſſe. Succurritur ergo creditoribus fraudatis vel exceptione vel replicatione data. Et notandum eſt hic agi Pauliana actione, qua reuocantur ea quæ geſta ſunt in fraudem creditorum. §. item ſi quis in fraudem. Inſtitu. de actio. licet plærique diſſentiant, qui argumentis mouentur ineptis, nec animaduertunt hanc actionem quæ reſtitutoria ſiue reſciſſoria eſt, dicto §. item ſi quis. Inſtit. de actio. eam ipſam actionem eſſe ſuper qua iuratum fuit, ſed vtilem. leg. vlt. Cod. ex quib cauſ. maio. vt ego alias fuſius diſputaui ad §. turſus. Inſtit. de actionibus.

Cap. XXX.

De iureiurando quod à iudice defertur in dubiis cauſis, & neceſſarium dicitur.

EXcipitur quoque iuſiurandum neceſſarium, quod non à litigatoribus ſed à iudice defertur. Nam edictum prætoris pertinet ad iuſiurandum, quod alter litigatorum defert alteri, vt ipſius edicti verba oſtendunt. Eſt autem aliud genus iuriſiurandi de quo nunc loquimur, deferri ſolitum à iudice ipſo propter inopiam probationis, & neceſſarium dici ſolet, quia non ex conſenſu litigatorum iuratur, nec recuſari aut referri poteſt. Solent enim, vt Caius ſcribit, iudices in dubiis cauſis exacto iureiurando ſecundum eum iudicare qui iurauerit. Sed permittitur ex integro cauſam agere, ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quib. nunc ſolum vſurus ſit. l. admonendi. hic. Quæ verba ſic interpretantur vulgo, quaſi velit Caius ob ſemiplenam probationem deferri hoc iuſiurandum, vt puta cum quis vnum teſtem habet. Sed ego iamdudum refutaui hanc opinionem, & ſcripſi quid ſentiam. lib. 2. diſpu. capit. 34. Oſtendi cauſam dubiam eſſe, cum iudici non liquet abſolute an condemnare debeat, vt quia par eſt forte probatio ex vtraque parte, vt ſæpe accidit, nec facile poteſt diſcerni vtrius probatio melior an certior ſit. leg. ſi duo. ff. vti poſſid. Citaui locos ex veteribus authoribus ex quibus apparet, eam eſſe huius verbi ſignificationem. Demonſtraui etiam æquitatem & rationem exigere, vt ſic interpretemur. Sed vſus forenſis ac conſuetudo quæ dicitur optima legum interpres, pro nobis facit. leg. ſi de interpretatione. ff. de legibus. Verum opponitur nobis reſcriptum Diocletian. vbi loquitur non de dubia cauſa, ſed de inopia probationum. Verba ea eius hæc ſunt: in bonæ fidei contractibus, necnon etiam in ceteris cauſis, inopia probationum per iudicem iureiurando cauſa cognita res decidi oportet. leg. in bonæ fidei. Cod. de reb. cred. Sed reſpondeo in ambigua oratione accipiendam eſſe eam interpretationem quæ vitio caret. leg. in ambigua. ff. de legib. l. quoties idem. de regul. iur. Alioqui dicemus, iuſiurandum deferri cum actor ne vnum quidem teſtem habet, quia tunc maxime inops eſt probationum. Verius eſt igitur interpretationem petendam eſſe ex Caio, cum probationum copia non ſuppetente recte & vere dicatur dubia cauſa eſſe. dicta l. admonendi. hic. Quæ autem dubia ſit cauſa non poteſt in vniuerſum diffiniri, ſed committitur iudicis arbitrio. l. 3. ff. de teſtib. præſertim in iudiciis bonæ fidei, in quibus eſt latior iudicis poteſtas. dicta l. in bonæ fidei. Quod autem dicitur permitti ex integro cauſam agere, ſic accipiendum eſt, vt contra exceptionem rei iudicatæ detur replicatio. Nam & hoc ſcripſit Caius differens de exceptione rei iudicatæ, vt inſcriptio capitis oſtendit lib. 30. ad edictum prouinc. Neceſſariam vero non eſſe reſtitutionem in integrum, alibi docuimus l. diuus. de re iudic.

Cap. XXXI.

Variorum effectuum iuriſiurandi breuis enumeratio.

DEclarato effectu primo ac præcipuo iuriſiurandi, reliquos ſtrictim percurremus.

1. Iuſiurandum pro veritate & probatione habetur. l. 5. §. dato. l. ſed & ſi. §. idem ſi iurauero, & ſeq. Condemnatur tamen reus interdum ad pęnam propter actoris probationem, ad quam iurante eo non condemnatur, vt ſupra diximus. leg. eum qui. hic.

2 Iuſiurandum habet vim pacti conuenti. l. tutor. §. 1. hic. Vnde dicitur obligatio naturalis iureiurando tolli ſicut pacto conuento. l. Stichum. §. naturalis. de ſolut.

3 Iuſiurandum nouationis loco accipitur. leg. qui iuraſſe. §. vlt. hic. Quod ſic eſt accipiẽdum, vt cũ actor iurat, veteri obligationi noua accedat obligatio remanẽte veteri obligatione, ſicut & cum ſententia fertur pro actore. ad leg. 1. Cod. de iudi.

4 Iuſiurandum loco ſolutionis eſt. leg. iuſiurandum. 27. l. tutor. §. 1. Hinc tollitur obligatio iureiurando ſaltem naturalis, vt iam dixi. Hinc liberatur tam reus quam fideiuſſor, l. in duobus. §. 1.

5 Iuſiurandum habetur inſtar iudicii. l. qui iuraſſe. §. vlt. l. tutor. §. 1. Hoc tamen dupliciter accipi poteſt, in primis vt habeatur pro re iudicata. l. 2. hic. vt habeatur pro lite conteſtata. leg. nam poſtea. §. ſi is qui temporali. Proinde ſicut lite conteſtata perpetuatur obligatio & actio, quæ alias eſt temporalis, vt actio iniuriarum, & aliæ huiuſmodi. l. vltim. C. quando libel. princ. dat. l. cum notiſſimi. C. de præſcript. 30. anno. l. 1. C. de annali except. Ita etiam perpetuatur iureiurando. l. ſed etſi reſtituatur. §. ex quibus. de iudic.

6 Iuſiurandum ſimile eſt acceptilationi, vt Iulianus ait. leg. iuſiurandum. 40. hic. Non eſt tamen vſquequaque ſimile, atque ideo Iulianus ait, perpetuam certe exceptionem parit. Nam naturalis tantum obligatio tollitur iureiurando, non etiam ciuilis. §. æque. Inſtit. de excep. quam certum eſt acceptilatione tolli. §. item per acceptilationem. Inſtit. quib. mod. tol. oblig.

Cap. XXXII.

Iuſiurandum alterius alteri neque nocere, neque prodeſſe.

QVamuis magnam vim habeat iuſiurandum, vt ex iam dictis intelligitur, tamen hæc vis ad alias perſonas non porrigitur. Itaque recte dicitur iuſiurandum alterius, alteri neque nocere neque prodeſſe. l. 3. hic. leg. eum qui. §. ſi petenti. de public. in rem act. Hinc naſcitur quæſtio quam tractat Vlpianus ſubobſcure cap. 13. Duo erant patroni eiuſdem liberti Titius & Mæuius: Titius litigat aduerſus hunc libertum vel de toto iure patronatus vel de parte, nihil refert. *Exemplum.* Mæuius interim tacitus expectat euentum iudicii Titiani, ſperans fore, vt Titio victo ſolus patronus ſit. Tandem Titius detulit iuſiurandum reo: iſque iurauit ſe libertum

eius

eius non eſſe. Mæuius compotem ſe voti eſſe putat excluſo Titio, & hæreditatem defuncti iam liberti petit quaſi ſolus ſit patronus. Offerunt ei hæredes liberti dimidiam partem quaſi non ſolus patronus ſit, ſed cum Titio. Mæuius obiicit iuſiurandum liberti, quo hæc lis videtur deciſa eſſe. Quæſtio eſt, an illud iuſiurandum ei proſit. Vlpianus ait, non prodeſſe, quia res inter alios acta, &c. Nam etſi iuſiurandum liberti qualemqualem inducat præſumptionem & coniecturam pro Mæuio, tamen in cauſa Mæuiana pro veritate & probatione non habebitur. l. à ſententia. de appel. l. ſæpe. de re iudic. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſtam. Quod autem hic obiicitur de iure accreſcendi quomodo accipiendum, declarauimus l. 1. de iure accreſc. c. 17.

De periurio. CAP. XXXIII.

PEriurus eſt, qui ſciens & ex animi ſententia falſum iurat. l. qui iuraſſe. hic. Hinc formula illa iuriſiurandi, Si ſciens fallo: de qua diximus ſupra. Et hoc accidit ſiue quis iuret aliquid ita eſſe aut non eſſe, ſiue iuret aliquid ſe facturum aut nõ facturum decipiendi animo. Non ergo quiſquis falſum iurat, peierare dicitur: recteque Chryſippus hæc duo diſtinxit ἐπιορκεῖν καὶ ψευδορκεῖν, ſicut Nigidius Figulus mẽtiri & mendacium dicere. Gell. lib. 11. c. 11. Qui mentitur, inquit, ipſe non fallitur, ſed alium fallere conatur: Qui mendacium dicit, ipſe fallitur. vir prudens præſtare debet, ne mentiatur: prudens ne mendacium dicat. Ex quo intelligitur, eum peierare, qui aſtute violat iuſiurandum, quia ſciens fallit. d. l. qui iuraſſe. hic. c. quacunque. 22. q. 5. Vt captiuus ille Romanus qui cum iuraſſet ſe in Pœnorum caſtra rediturum, paulo poſt quam erat egreſſus è caſtris, rediit, quaſi aliquid eſſet oblitus: & Romæ poſtea remanſit. Cic. lib. 3. Offi. Cui non diſſimile exemplum eſt apud Clementem Alex. lib. Stroma. 2. de eo qui Laidem promiſit ducere in ciuitatem ſuam: Deinde latebram periurio quærens, imaginem eius Laidem à ſe vocatam collocauit in ciuitate. Callidum ſane & veteratorium id eſt: & ea fraus, vt ait Cicero, diſtringit magis quam diſſoluit periurium. Non poteſt autem abſolute diffiniri, quomodo verba iuriſiurandi accipienda ſint, ſed quacunque in ſpecie vir bonus, pius, religioſus & prudens facile interpretabitur. Quæſtio difficilis eſt, & magnopere agitata de eo, qui incidit forte in latrones, & mortis metu coactus iurauit ſe daturũ eis certam pecuniam. Et Theologi fere cenſent iuſiurandum ſeruandum eſſe propter præceptum diuinum, Reddes DOMINO iuramenta tua. Matth. cap. 5. Et idem reperitur in quibuſdam conſtitutionibus pontificiis, cap. ſi vero. de iureiur. in Decretal. Non patiuntur hi exceptionem addi verbis præcepti diuini. Et hoc ſuadere videtur religio erga Deum, quaſi ꝙ Deo promittitur aut inuocato Deo, & quaſi teſte adhibito, id maiore cũ religione & reuerentia ſeruandũ ſit. Et ſane vir pius & religioſus mallet rem ſuam amittere quam hoc iuſiurandum violare. Et extant etiam ethnicorum veterũ, qui nefas hoc eſſe duxerunt. Gell. lib. 7. cap. 18. Vnum eſt memorabile apud Cicero. lib. 3. Offic. de Manlio Torquato: quod ipſius verbis referam. L. Manlio Auli F. quum dictator fuiſſet, M. Pomponius Trib. pleb. diem dixit, quod is paucos ſibi dies ad dictaturam gerendam addidiſſet: criminabatur etiam quod Titium F. qui poſtea eſt Torquatus appellatus, ab hominibus relegaſſet, & ruri habitare iuſſiſſet. Quod cũ audiuiſſet adoleſcens filius negotium exhiberi patri, accurriſſe Romã, & cum prima luce ad Pomponij domum veniſſe dicitur. Cui quum eſſet nuntiatum, quod illum iratum allaturum ad ſe aliquid contra patrem arbitraretur, ſurrexit è lectulo, remotiſque arbitris, ad ſe adoleſcentem iuſſit venire. At ille vt ingreſſus eſt, confeſtim gladium diſtrinxit, iurauitque ſe illum ſtatim interfecturum, niſi iuſiurandum dediſſet, ſe patrem miſſum eſſe facturum: iurauit hoc terrore coactus Pomponius, rem ad populum detulit, docuit cur ſibi cauſa deſiſtere neceſſe eſſet, Manlium miſſum fecit. Tantum temporibus illis iuſiurandum valebat.

Iure autem ciuili ratum non habetur hoc iuſiurandum: quia reſcinditur quod metu geſtum eſt edicto prætoris. l. 1. de eo quod met. cauſ. Nam æquum viſum non eſt prætori, ratum id haberi, quod ex voluntate coacta magis quam libera proficiſcitur. Qua de re diſſerit Ariſt. lib. 5. Ethic. Hæc ratio politica eſt, & obſeruatur in foro, vtcunque diſputent de hac re Theologi. Pontificij quadamtenus imitati ſunt exemplum Iuris ciuilis, & fatentur eum qui iurauit, teneri iureiurando, ſed gratiam ei faciendam eſſe à Pontifice. cap. verum. de iureiur. c. alius. c. nos ſanctorum. c. authoritatem. c. iuratos. 15. quæſtio. 6. Sicut impetratur reſtitutio à prætore vel etiam à principe. l. Imperatores. ff. ad municip. An autem periurium Romano iure puniatur ſicut alia fere delicta, dubitatur. Sed verius mihi videtur, puniri extra ordinem, quod & alias defendi lib. 2. diſp. cap. 37. Nec vere dicitur Romanos vltioni diuinæ hoc admiſſum relinquere voluiſſe, quaſi Deum vindicem eſſe ſufficiat. Nam cenſores Romæ animaduertebant in periuros: nec vlla de re iudicabant diligentius quam de periurio, vt ait Cicero. Ac plæraque leguntur exempla talium animaduerſionum apud Ciceronem, Valerium, Gellium, & alios authores. Et loci ſunt multi apud Iureconſultos noſtros de hac pœna. Vnus eſt apud Vlpianum de eo qui iurauit per genium principis, & peierauit: qui fuſtibus caſtigatur. l. ſi duo. §. vlt. hic. At tametſi facile concedam hoc genus pœnæ ſtatutum non eſſe aduerſus eum, qui per Deum iurauit: tamen contendo pœna extraordinaria puniendum eſſe, vt ex aliis locis quos mox proferam apparebit. Alius locus eſt de eo qui pignora ſua eſſe iurauit, & propter periurium ad tempus exulat. l. vlt. de crim. ſtellio. Nam ſtellionatui, cuius pœna certa non eſt, ſed extraordinaria & arbitraria, accedit crimen periurij. Itaque ſtatuitur pœna exilij temporarij. Alius eſt locus Pauli, vbi ait non retractari iuſiurandum prætextu periurij, ſed ſufficere periurij pœnam. Quibus verbis oſtendit Paulus, iudicio meo, agi poſſe non ciuiliter, vt cauſa deciſa retractetur, ſed criminaliter, vt periurium vindicetur. Nam quod Accurſius interpretatur de vltione diuina, mihi videtur ineptum eſſe. Et animaduertendum eſt loqui Paulum de eo qui iurauit ſimpliciter, nec diſtinguere an per DEVM, an per principem iurauerit. Nam & alibi idem Paulus aperte oſtendit, videndũ eſſe ne in iudicio ciuili præiudicium fiat iudicio criminali, in quo de periurio quæratur. l. in duobus. §. vltim. hic. Quem Pauli locum ego ſupra declaraui. Non inficior ſane legem de pœna periurij Romæ latam non eſſe: ſed dico cenſores qui præfecti erant moribus, notari ſolitos fuiſſe periuros, quod perſpicerent nihil bonis moribus magis contrarium eſſe. Hinc Cicero lib. 2. de legib. ait, Periurij pœnam humanam eſſe dedecus, id eſt, ignominiam & notam quæ inuritur à cenſore. Deinde ſublatis cenſoribus, magiſtratus quorum de criminibus erat cognitio, cœperunt extra ordinem periuros coercere & punire, cum pœna certa ſtatuta non eſſet. Sic iudicium de dolo paulatim venit in vſum poſt C. Aquilium Gallum, cum dolus malus legibus non vindicaretur. Quod autem ait Alexander Imperator, periurium ſolum Deum vltorem habere, quomodo accipiendum ſit, declarauimus lib. 2. diſp. c. 13.

IN TIT. III. DE IN LITEM IVRANDO.

Paradoxa quædam quæ in hac διατριβῇ defenduntur, publice diſputata Biturigibus, anno 1539.

1 *IVſiurandum in litem, cur in certis tantum iudiciis deferatur, vera tradita ratio, quæ adhuc ab interpretibus animaduerſa non fuit.*

2 *In iis tantum actionibus, quæ ad reſtituendum, non autem ad dandum, tradendumve competunt, in litem iurari.*

3 *In actione vi bonorum raptorum, quia arbitraria non eſt, in litem non iurari.*

4 *Si nummi depoſiti non reſtituantur, cur iuſiurandum in litem iudex non deferat.*

5 *Intellectus verus l. nummi. de in litem iuran.*

6 *Intellectus l. 1. ff. de contrah. empt.*

7 *Obſcurum non eſſe, quamobrem in actione de dolo in litem iuretur, licet recentiores in ea re multum hæſitauerint.*

8 *Noua ratione confirmata cõmunis D. opinio exiſtimantium, in iureiurando in litem, nõ vtilitatem modo ſpectatam eſſe, verumetiam affectionẽ, quæ ſingularem vtilitatẽ excedat.*

9 *Accurſ. Barto. Bal. Pau. Alex. Iaſon. cum plerìſque aliis in intellectu l. ſi per alium. §. in eum. ff. ne quis eum qui in ius voca. toto cœlo erraſſe.*

10 *Verus ſenſus l. videamus, in princ. de in litem iuran.*

11 *Cur in actione ad exhibendū, quæ ad reſtituendum non competit, in litem iuretur.*

12 *Bonæ fidei vocabulum, quid ſignificet apud Iureconſultos.*

13 *Iudicia ſtricta, ac bonæ fidei, cur ſic appellata.*

14 *Cur veteres certa tantum iudicia bonæ fidei eſſe voluerunt, allata probabilis ratione ea, quæ Alciati eſt, reiecta ac confutata.*

15 *Explicata defenſaque Bar. opinio aſſerentis, contractum bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, ipſo iure nullum eſſe, præter communem omnium interpretum ſententiam.*

16 *Declaratus obiter vulgatiſſimus §. pactus ne peteret. leg. ſi vnus, de pactis.*

17 *Vnde exceptionis appellatio emanarit.*

18 *Stipulatio dolo inita, cur ipſo iure nulla non ſit, noua ratio.*

19 *Cur apud veteres Iureconſultos, doli, itemque pacti exceptio bonæ fidei iudiciis ineſſe dicatur.*

20 *Bonæ fidei verbum quam vim, & ſignificationem habeat, Curtium non intellexiſſe.*

21 *Locus Ciceronis explicatus lib. 3. de offic. 9.*

22 *Albericum & Fulgoſium exiſtimantes in actione ex empto in litem non iurari, rectius, veriuſq́; ſentire, quam ceteros.*

23 *Iaſonis Mayni cauillationes ſubmotæ, quibus illorum argumenta refellere conatur.*

24 *Hæc duo, Quanti intereſt, & Quanti in litem iuratum fuerit, multum differre.*

25 *In iis tantum bonæ fidei iudiciis, quibus ad reſtituendum agitur, in litem iurari.*

26 *Diſſolutus nodus ex l. ei, apud quem ff. depoſ.*

27 *In infinitum iurare apud Vlpianum quid ſit.*

28 *Taxationem iudicis in iureiurando in litem duplum veræ æſtimationis excedere, contra Bart. & ceteros.*

29 *An iudex in litem iuſiurandum deferre cogatur.*

30 *Iudicem regulariter iuſiurandum in litem ab actore præſtitum ſequi debere, pro Fulgoſio contra communem.*

31 *Cuius doli gratia in litem iurandum ſit.*

32 *Aduerſus hæredē ob defuncti dolum nōnunquā in litē iurari.*

33 *Culpa lata, leuis, & leuiſſima, quo ſenſu in iure accipi debeāt.*

34 *Sicut ob dolum, ita etiam ob culpam latam in litem iurari.*

35 *Lata culpa in quibus caſibus dolo comparetur, vulgo ab interpretibus intellectum non eſſe.*

36 *Recitata breuiter vulgaris doctrina de actionib. arbitrariis.*

37 *Quatuor regulas Bart. in l hoc edicto. de public. falſas, vnaq́; litura omnes circumducendas eſſe.*

38 *Quod D. ſomniant ex cōtemptu iudicis arbitrium quoddam naſci, quo iudex in litem iuſiurandum deferre, aut ad certam pecuniam condemnare poteſt, tam alienum à vero eſſe, quam eſt vulgo receptum.*

39 *Falſam eſſe vulgarem regulā, qua traditum eſt, omnes actiones, quibus ad reſtituendum agitur, arbitrarias eſſe: quia iudex, &c.*

40 *Confutata interpretum deliramenta, in enarratione horum verborum, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat. in §. præterea, de actio.*

41 *In actionibus arbitrariis iudicem nihil contra ipſarum naturam arbitrari.*

42 *Quo ſenſu accipiendum ſit, quod à Iuſtiniano ſcriptum eſt, omnia iudicia abſolutoria eſſe.*

43 *Rei vēdicationem ex numero actionum arbitrariarum eſſe.*

44 *Explanatio l. qui reſtituere. de rei vendic.*

45 *Actio, qua id, quod certo loco promiſſum eſt, alibi petitur, an in numerum arbitrariarum referenda ſit.*

46 *Athenienſium, Romanorumque veterum ritus in ferendis ſententiis.*

47 *An actiones noxales ſint arbitrariæ, & verba §. præterea, de actio. eo pertinentia vero ſuo, germanoq́; ſenſui reſtituta.*

48 *Arbitrariæ à ſtrictis et bonæ fidei actionib. quomodo differāt.*

49 *In ſtrictis iudiciis quando iuſiurādum in litem deferendū ſit.*

50 *Declarata l. ſi quando. C. vnde vi.*

51 *Declarata item l. ne quid. de incend. ruin. & naufr.*

52 *An abſq́; probationis difficultate in ſtrictis iudiciis in litem iuretur, & conciliata ll. ſemper. §. in hoc interdicto. ff. quod vi aut clam. l. qui tabularum, de furt. & l. argentarius. §. cum autem. de eden.*

53 *Si pecunia in ſacculo ſignato depoſita ſit, eumq́; reſignatum depoſitarius reddat, an deponentis iuriiurando ſtandum ſit, &c.*

54 *Intellectus l. ſi duo. §. ſi. ff. de iureiur.*

55 *Actionem ex teſtamento bonæ fidei non eſſe, & inibi quædam de natura ſtrictarū, & bonæ fidei actionum cognitu digna.*

56 *Cur actio funeraria, & ſimiles actiones in bonum & æquum concepta, bonæ fidei non ſint.*

MARTIANVS LIB. IIII. REGVLARVM.

IN actionibus in rem, & in ad exhibendum, & in bonæ fidei iudiciis, in litem iuratur, ſed iudex poteſt præfinire certam ſummam, ad quam vſque iuretur. Licuit enim ei à principio nec deferre. Item etſi iuratum fuerit, licebit iudici vel abſoluere, vel minoris condemnare. Sed in his omnibus ob dolum ſolum in litem iuratur, non etiam ob culpam: hęc enim iudex æſtimat. Plane interdum & in actione ſtricti iudicij in litem iurandum eſt, veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus deceſſerit: quia iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem, quæ non extat.

PAVLVS LIB. XXVIII. AD EDICTVM.

ALIAS ſi ex ſtipulatu, vel ex teſtamento agatur, non ſolet in litem iurari.

In actionibus in rem.

QVOD Martianus de actionibus in rem generaliter hic ſcribit, ex vi verborum apparet, non de rei vendicatione tantum, verumetiam de actione Publiciana, hypothecaria, confeſſoria & negatoria accipiendum eſſe: idque plæriſque aliis Iurecōſultorum reſponſis expreſſum eſt. l. qui reſtituere, de rei vindic. l. Neſennius. §. fundum. de re iud. l. eum, qui. de pub. leg. ſi fundus. §. in vendica. de pigno. l. harum. ſi ſer. vindic. Sed cur in his potius, quam in ex ſtipulatu actione, aut ex teſtamento, quæ in perſonam ſunt, in litem iuratur? l. noſtra. in fi. cum ſeq. An quod cum in rem actione experimur, non perſonam nobis obligatam eſſe, vt in aliis, ſed nos in re petita ius aliquod habere contendimus: ideoque in ea probabilior affectio noſtra eſſe videtur? Quod Curtius, & Decius exiſtimauerunt. Mihi autem paulo diligentius hæc conſideranti, ſane quam infirma, & leuis hæc ratio ſemper viſa eſt. Nam ſi mihi ſtipulanti rem aliquam promiſerit aliquis, quæ maiorum meorum quondam fuit, exempli cauſa, vel in qua ipſi ſepulti ſunt, aut domum, in qua ſum educatus, is quanti in litem iurauero, non condemnabitur. Ob eas tamen cauſas, l. ſi in empt. ff. de mino. leg. 1. §. & alias. ſi quid in fraudem patr. aut alias huiuſcemodi iuſtam affectionem eſſe dicimus. Item hoc iuſiurandum ſemper ad iurantis affectionem referri neceſſe non eſt, vt recte nonnulli contra receptam vulgo ſententiam opinati ſunt. Firmianus in repertorio. Nam poteſt actor, qui fortaſſis nulla affectione vtilitatem rei excedente ducitur, quantum ſibi re vera ſua re non carere expediat, iureiurando declarare. l. videamus. verſic. non enim. ſupra eod. l. pen. in fin. eod. l. 3. §. in hac, commod. Vt igitur ipſe quod ſentio aperiam, ratio in primis attendenda mihi eſſe videtur, quamobrem hoc iuſiurandum, de quo diſputamus, comparatum eſt.

1 Quæ quidem, cum in aliquot Iureconſultorum Reſponſis extet, iiſque minime obſcuris, mirum eſt ab interpretibus adhuc eam aut non intellectam omnino, aut certe parum animaduerſam fuiſſe. Ait enim Marcellus lib. 18. Digeſtorum,

l. ſi

l. ſi tutor. infra eo. *Si tutor rem adulti, quam poſſidet, reſtituere nolit, non æquum eſſe pretio, id eſt, quanti res eſt, litem æſtimari, cum & contumacia punienda ſit, & arbitrio potius domini rei pretium ſtatuendum ſit, poteſtate petitori in litem iurandi conceſſa* Sed & Pomponius ad Sabinum ait, l. ſi cum dos. §. fin. cum l. ſeq. rerum amot. *Si mulier res quas amouerit, non reddat, æſtimari debere reſpondit, quanti in litem vir iurauerit: quod non ſit æquum inuitum ſuo pretio res ſuas vendere.* Ex quibus locis perſpicuum eſt, huius Iuris duplicem rationem eſſe: Vnam, quod contumacia eius, qui iudicis præcepto non paret, rem petitam reſtituere iubentis, pœnam mereatur. Alteram, quia cum venditiones liberæ, voluntariæque eſſe debeant, ſicut reliqua genera rerum contrahendarum, eaque libertas duabus in rebus maxime cernatur, nempe vt ne quis inuitus rem ſuam cogatur vendere, l. nec emere. C. de iure deliber. vtque liberum ſit venditori pretium rei ſuę definire quodcunque voluerit: æquiſſimum eſt, vt venditori, cui ob aduerſarii contumaciam imponitur vendendi neceſſitas, l. eius rei. de rei vendic. ſaltem pretii ſtatuendi arbitrium relinquatur.

2 Hanc vero rationem quis non videt in actione ex ſtipulatu, aliiſque locum non habere, quæ ad dandum, tradendum, faciendum ve competunt? ſed in iis tantum, quibus ad rei reſtitutionem agimus, ſiue ea res corporalis, ſiue incorporalis ſit. dicta leg. harum. Nec multum refert, actio in rem, an in perſonam ſit, qua rem nobis reſtitui petimus: vt eleganter Vlpianus lib. 2. ad edictum ſcribit. dict. le. qui reſtituere. Proinde in actione Fauiana, l. tenetur, ſi quid in frau. patro. & rerum amotarum, dicta leg. ſi cum dos. licet vtraque perſonalis ſit, in litem iuratur. Antequam tamen huic iuriiurando locus ſit, neceſſe eſt, actionem, quæ intenditur, ex numero arbitrariarum eſſe, de quibus infra ſuo loco diſſeremus. Idque eiuſdem Vlpiani verba aperte indicant, cum ait dict. l. qui reſtituere. *Hæc ſententia generalis, ſiue interdicta, ſiue actiones, & ſiue in rem, ſiue in perſonam ſint, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur, locum habet.* Non hoc iuſiurandum, ad puniendum eius contumaciam, qui arbitrio, ſeu præcepto iudicis non paret, quod ante condemnationem interponitur maxime, comparatum eſt.

3 Quapropter exiſtimo in actione vi bonorum raptorum, & aliis ſimilibus, quæ arbitrariæ non ſunt, licet ad rei propriæ reſtitutionem dentur, in litem non iurari.

4 Ex iam dictis conſequitur, Si nummi depoſiti non reſtituantur, non ideo iuſiurandum in litem à iudice deferendum eſſe l. nummis. ſupra eo. non tam quod nummorum nulla ſit probabilis affectio, vt Accurſius, & cæteri vulgo crediderunt (iam enim confutata eſt eorum opinio, qui hoc iuſiurandum ad affectionem ſolum referri volunt) quam quod (vt Vlpianus ait) certa ſit nummorum æſtimatio. Cum enim non alius ſit huius iuriſiurandi finis, quam vt dominus rei ſuæ pretium ſtatuat, clarum eſt, ad eas res tantum id pertinere, quarum pretia incerta ſunt, & ſecundum locorum, temporumque varietatem mutabilia. l. pretia rerum. §. fin. ad legem Falcidiam.

5 Quod autem de nummorum æſtimatione Vlpianus ſcribit, dict. leg. nummis. quantum negotii interpretibus exhibuerit, ex ipſorum commentariis intelligi poteſt. Nos vero rem non adeo obſcuram, aut difficilem iudicantes, arbitramur, earum rerum, quæ in mercis numero habentur, æſtimationem incertam, & mutabilem eſſe, eamque pecunia numerata fieri: quoniam, vt Ariſtoteles ait, μετρεῖται πάντα νομίσματι. *At nummi* (quod Iabolenus ſcribit. l. ſi ita fideiuſſorem. de fideiuſſo.) *merce nequaquam æſtimantur, eorumque certa, perpetua, & immutabilis eſt æſtimatio, quæcunque ſemel publice conſtituta fuerit.*

6 Huc pertinent elegantiſſima Pauli verba de emendi, vendendique origine diſſerentis. l. 1. de contrah. empt. *Electa*, inquit, *materia eſt, cuius publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret, eaque forma publica percuſſa, vſum, dominiumque præbet, non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate: id eſt, publica illa æſtimatione, qua quanti localis ſit, intelligitur.* Ariſtoteles li. 1. Politi. c. 6. l. quæ extrinſecus. de verb. oblig.

7 Sed de nummis, quod ad noſtrum inſtitutum attinet, ſatis. Nunc videndum eſt, cur in actione de dolo, quæ in rem non eſt, in litem iuratur. Qua in re Curtius addubitans reſpondit, hanc actionem, cum actione, quod metus cauſa, tantam affinitatem habere, vt cum vna mere perſonalis, altera vero in rem ſcripta ſit, vix vlla ratio tantæ diuerſitatis appareat. Bart. in l. ſed ſi ex dolo. ff. de dolo. Quia ergo in actione, quod metus cauſa, in litem iuratur, conſequens eſſe, & in hac quoque in litem iurari. At cum inter has actiones diſſimilitudinem eſſe non neget quidem, ſed diſſimilitudinis rationem non eſſe ſibi perſpectam fateatur, aliunde quæſitis argumentis eum impetere, qui ſuo (vt aiunt) mucrone conficitur, ſuperuacaneus labor eſſet. Itaque reſpondeo, non aliam rationem eſſe, quam quod hæc actio inter eas recenſetur, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur. Nam in his actionibus in litem iurari, nos paulo ante admonuimus. Idque oſtendunt Vlpiani verba libro ad edictum 11. l. arbitrio. de dolo. *Arbitrio iudicis in hac quoque actione reſtitutio comprehenditur. Et niſi ſequatur reſtitutio, ſequitur condemnatio quanti ea res eſt.* Ac tametſi hac actione non rem meam, ſed quæ mea aliquando fuit, reſtitui petam: eadem ratio tamen, aut etiam maior, & hic in litem iurari ſuadet. Nam ſi in cæteris contumacia tantum eius punitur, qui rem fortaſſis antea ſine dolo poſſeſſam non reſtituit: quanto magis in hac actione iurabitur, in qua non huiuſmodi tantum contumacia, ſed etiam admiſſus iam inde ab initio dolus arguitur? Et ita quoque Curtius ipſe poſtea ſenſiſſe mihi videtur. Hinc perſpici poteſt, quam late pateat in hac diſputatione ratio iam à nobis commemorata.

8 Sed & eadem ratione alia quæſtio à recentioribus agitata, niſi fallor, decidi poteſt. Vtrum in hoc iureiurando vera rei æſtimatio, ſiue vtilitas, an vero iurantis affectio ſpectanda ſit? Et ſane multa in vtranque partem probabilia adducuntur, quæ fuſius in hoc loco tractari non eſt neceſſe. Tantum dico, hoc iuſiurandum mihi videri ſic ad iurantis vtilitatem referendum, vt ipſius quoque affectio nonnunquam attendenda ſit. Nam, vt aliorum argumenta prætermittam, quod dicitur, In venditione pretium rei, arbitrio domini ſtatuendum eſſe: dubium non eſt, qui generaliter accipiendum ſit, adeo vt ſi rem à domino emere volens, præter iuſtum, & commune pretium grandem ei pecuniam offerat, ad compenſandum id quod intereſt ipſius re ſua non carere, affectioni venditoris nihilominus indulgendum ſit, quæ quidem in equis, canibus, rebuſque aliis non ita valde neceſſariis, aut vtilibus, immodica plerunque conſpicitur: ac qui modus eſt in his rebus cupiditatis (vt ait Cicero) id & æſtimationis eſſe ſolet. Nihil etenim Iure cautum reperitur, quo libertas ea in rerum venditionibus minuatur, reſtringaturve. Quod cum ita ſit, idem in hoc iureiurando vtique obſeruabitur: niſi forte quatenus Iudex nimiam illam iurantis affectionem, taxatione adiecta, moderandam eſſe arbitratus fuerit. Concludendum eſt igitur, in his tantum actionibus in litem iurari, quibus ad rem reſtituendam agimus. Cui aduerſari videtur quod Vlpianus ſcribit l. pen. §. 1. ne quis eum qui in ius voca. *Aduerſus eum, qui in ius vocatum vi exemerit, in factum iudicium dari, quo non id continetur quod in veritate eſt: ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, de qua controuerſia eſt.* Quod enim ipſe *Quanti ea res eſt, &c.* Accurſius, Bart. Bald. Paul. Alex. & Iaſ. cum pleriſque aliis de iureiurando in litem interpretantur. Atqui fieri poteſt, vt qui eo iudicio experitur, de reſtitutione rei non contendat, ſed pecuniam, aut rem aliam ſibi dari, tradiue poſtulet. Verum ea interpretatio quam abſona ſit, & à puritate, elegantia, & perſpicuitate Vlpiani verborum aliena, obſcurum non eſt. Quandoquidem non de re æſtimanda, ſed quæ iam æſtimata eſt, aperte loquitur Vlpianus. Vnde apparet ea verba, ſalua ratione recti ſermonis, de iureiurando in litem accipi non poſſe. Verior eſt itaque Fulgoſii ſententia, ſecundum quam hoc tantum Vlpianus ſenſit, pœnam in ius vocatum eximentis hanc eſſe, vt ad id, quod re vera debebatur actori, ab eo, qui exemptus eſt, non condemnetur: verum conſiderata tantum actoris aduerſus eum petitione, ſummam eam Iudicio in factum præſtare cogatur, quæ ab actore in libello petita eſt: licet vocatus eam forte non debuerit. Hoc enim ſignificant & ſequentia eiuſdem verba. Hoc enim additum eſt. *Vt appareat etiamſi calumniator quis ſit, tamen hanc pœnam eum*

perſequi. Cæterum quia pletiſque perſuaſum eſt, in omni cauſa pupillari in litem iurandum eſſe, etiam ſi ex ſtipulatu, aut ex teſtamento agatur, quod ſupradictæ concluſioni noſtræ contrarium eſt: paucis hunc errorem labefactare viſum eſt & Vlpiani verba l. videamus. in princip. ſupra eod. interpretari, quæ ſi illi perpendiſſent accuratius, in eum errorem nunquam incidiſſent.

10 *Videamus*, inquit, *in cauſa tutelari quis iurare, & aduerſus quem poſſit. Et quidem ipſe pupillus, ſi impubes eſt, non poteſt:* &c. quę ſequuntur. Cauſam tutelarem in eo loco pupillarem interpretantur: quod vt à proprietate ſermonis alienum eſt, ita ſequentibus verbis minime conſentaneum. Ea igitur verba de actione tutelæ, quæ aduerſus tutorem, aut eius hæredem intenditur, accipienda eſſe exiſtimo: in qua actione in litem iurari dubium non eſt. toto tit. de in litem iur. Cod. & l. tutor. infra eo. Quod ſi quis forte obiiciat, ſenſum verborum expoſcere, vt actorem potius, quam reum tutorem hic intelligamus: Reſpondeo, contingere poſſe, vt tutor nomine pupilli actione tutelæ aduerſus contutorem ſuum experiatur, remotum videlicet ſuſpicionis cauſa, vel ob cauſam legitimam excuſatum, quibus modis tutela finiri ſolet. §. fin. Inſtitut. quibus modis tut. finia. Vnde quod poſtea ſequitur, *Autoritatem iuris non refragari, quo minus iudicio, quod inter ipſos acceptum eſt*, &c. commode ſic intelligi poteſt: Inter ipſos, ſcilicet tutorem nomine pupilli agentem, & eum, qui ſuſpectus remotus eſt, vel ob iuſtam cauſam excuſatus. Sed & noſtram ſententiam confirmat, quod paulo poſt idem Vlpianus ſcribit: *Non enim ad ſuam vtilitatem iuriſiurandi referenda æſtimatio eſt, ſed ad domini, cuius nomine tutelæ ratio poſtulatur.*

Et in ad exhibendum.

Hæc actio perſonalis eſt. l. 3. §. eſt autem. ff. ad exhibend. neque ea ad reſtituendum datur, cum exhibitio à reſtitutione multum differat. l. plus eſt. de verb. ſignifi. in ea tamen in litem iurari poteſt, vt hic Martianus ait: idemque Vlpianus non vno in loco ſcripſit. l. 1. §. præterea. & l. Celſus. ad exhibend. Quod vtique accipiendum eſt, ne ab iis, quæ iam diximus, diſſideam, cum ab eo intenditur, qui in rem acturus eſt. d. §. eſt autem. quique non poteſt aliter rem ſuam à poſſeſſore vendicare, quod non raro contingit. l. gemma. eo tit. Nam hæc actio propter vindicationes maximè inducta eſt l. 1. ff. eo tit.

11 In hoc autem caſu non minus ſane æquum eſt, in litem iurari, quam ſi quis rem ſuam ſibi reſtitui petat. Cum enim res non niſi exhibita vindicari poſſit, reus in hac actione contumax, viã actori ad rem ſuam vindicandam præcludit. Quare ſi veram litis æſtimationem ſoluendo liberetur, actor iuſto pretio rem ſuam ei cogetur addicere.

Et in bonæ fidei iudiciis.

12 Poſtulat hic locus, vt re paulo altius repetita, de ſtrictis, & bonæ fidei iudiciis diſſeramus, quo facilior, atque expeditior ſit horum verborum explanatio. Nam & ad cognoſcendas arbitrarias actiones de quibus poſtea dicturi ſumus, id magnopere neceſſarium eſt. Vt igitur ea, quæ vulgus interpretum, quam erudite non dico, certe parum vtiliter in hanc rem ſcripta reliquit, ſilentio prætereamus, in primis admonendi ſumus, verbum hoc, bona fides, πολύσημον eſſe, eoque interdum ſignificari quidquid à dolo, fraude, calliditate alienum eſt. Quo ſenſu nos bonam fidem pręſtare. l. ſi cum fundum. de contrah. empt. bona fide poſſidere, l. bonæ fidei. de verbo. ſignific. Negotium bona fide contractum. l. res bona. de contrah. empt. & l. vbi. de reb. dub. Rem bona fide venditam, dicimus. Rectiſſime ergo dictum eſt, in omni negotio contrahendo bonam fidem neceſſariam eſſe. l. bonam fidem. C. de actio. cum ab omni contractu dolus malus abeſſe debeat. Nonnunquam & pro eo vſurpatur, quod Græci ἐπιείκειαν dicunt, nos bonum, & æquum appellamus. Vnde Tryphon. lib. 9. Diſputationum, l. bona fides. ff. depoſi. *Bona fides*, inquit, *quæ in contractibus exigitur, ſummam æquitatem deſiderat.* Et Caius, l. ex maleficio. de actio. & oblig. de actione negotiorum geſtorum, tam directa, quam contraria loquens. *Hæ action.*, ait, *inuicem experiri poſſunt, de eo quod alterum alteri ex bona fide præſtare oportet.* Hinc illa fideiuſſionis formula apud Paulum lib. 5. Reſponſorum, l. quęro. locati. *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua eſſe iubes?* Inde etiam iudicia bonæ fidei appellata, in quibus iudex ex Prætoria formula, liberam iudicandi facultatem habet, quod ſibi æquum viſum fuerit. Nam olim Romæ cauſas priuatas Prætores non iudicare, ſed litigatoribus tantum iudices petentibus dare ſolebant, qui recuperatores vocabantur. Ac in iudiciis quibuſdam Prætor in ea fere verba formulam concipiebat, quibus contrahentes ſimul vſi eſſent, aut alias ſecundum rei, de qua agebatur, naturam anguſtis ſtrictiſque finibus iudicis poteſtatem ſic includebat, vt fas ei non eſſet vel latum vnguem ab eius præſcripto recedere, tametſi forte id æquũ eſſe iudicaret.

13 Ob eamque cauſam ſtricta iudicia, ſeu ſtrictæ actiones ſunt appellatæ. Etenim ſtricti iuris actio aut iudicium, nuſquam in veteribus, emendatiſque codicibus, qui manuſcripti ſunt, legitur, ſed actio ſtricta potius, ſtrictum iudicium, actio ſtricti iudicii. l. 3. §. in hac. commod. Sed plæroſque locos corruperunt vel diligentiſſimi quique typographi noſtri temporis, vt de Theophili Inſtitutionum paraphraſtis interpretibus taceam, apud quem actiones in ſtrictas, & bonæ fidei diuiduntur, in Græco codice, non in translatione Latina, quæ vulgo circumfertur. In aliis autem multo laxiorem, libetioremque poteſtatem formulæ ipſæ tribuebant iudicibus: vt ecce in eo contractu quem veteres Fiduciam appellabant, vſitata erat hæc formula, *vt inter bonos bene agier oportet, & ſine fraudatione.* In rei vxoriæ actione. *Quod æquius melius.* Cuius non tantum Cicero, ſed Proculus quoque, & Iabolenus Iureconſulti meminerunt. Cicero lib. 3. de offic. l. ſi cum Cornelius. de ſolut. l. pen. ſolut. matrimon. In emptione, venditione, locatione, conductione, & quibuſdam aliis contractibus, *Ex bona fide*, formulæ adſcribebantur, idque Ciceronis locus in Topic. ad Trebatium Iureconſultum oſtendit: In omnibus, inquit, iis iudiciis, in quibus *Ex fide bona* eſt additum, plurimus cauſarum vſus eſt, id eſt, vt Boetius interpretatur, in quibus ita iudices dantur, vt non ſtrictas inter litigantes ſtipulationes, ſed bonam fidem quærant. Vnde tractatum eſt

14 Cur iuris authores certa tantum iudicia bonæ fidei eſſe voluerint. Et nonnulli crediderunt, quod emptionis, venditionis, locationis, conductionis & ſimilium contractuum frequens ſit, & quotidianus vſus, id vtilitatis cauſa conſtitutum fuiſſe. Faber in §. actionum. de action. argumen. l. iuſto. de vſucapio. Quod ſi verum eſt, ſtipulatio vtique in eum numerum videtur referri debuiſſe, cum ſit contractus inter omnes frequentiſſimus. Et parum me mouet, quod quidam recentiores Alciato in leg. bona fides. depo. reſpondent, Stipulationis vſum, cum Iure tantum ciuili, id eſt, Romano introducta ſit, non tam late patere, quam cæterorum contractuum, qui iuris gentium ſunt, & in vſu omnium gentium verſantur. Nec enim ad rem multum pertinere arbitror, quam frequens apud cæteras gentes, ſed quam aſſiduus Romæ ſtipulationum vſus fuerit. Et ſane veriſimile eſt, priſcos illos Romanos, in conſtituenda forma, & ritu iudiciorum exercendorum, non tam attendiſſe, quid aliis gentibus, quam quid ciuitati ſuæ vſui eſſet futurum. arg. l. pen. ſupra de iuſti. & iure. Itaque probabilius eſt, ad neceſſitatem contractuum magis, quam ad frequentiam eos reſpexiſſe: & ita ſenſiſſe veteres, licet parum elocuti ſint, facile mihi perſuadeo. Siquidem huiuſmodi contractuum adeo neceſſarius eſt vſus, vt ſine his humana ſocietas ne conſiſtere quidem poſſit: ad cuius conſeruationem referenda ſunt omnia, quæcunque tot, tantiſque iuris voluminibus continentur. Neque aliud locupletius huius rei teſtimonium requirendum eſt, quam Scæuolæ illius Pontificis Maximi, qui, vt autor eſt Cicero, maximam vim eſſe dicebat in iis arbitriis in quibus adderetur, *Ex bona fide*: Fideique bonæ nomen exiſtimabat manare latiſſime, idque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiduciis, rebus emptis, venditis, locatis, conductis, quibus vitæ ſocietas contineretur. Et hæc quidem hactenus de actionum diuiſione in ſtrictas & bonæ fidei, pro iis, quæ ab interpretibus aliis non ſolum multo

verbo-

verboſius ſcripta, verum etiam ſpinoſius & confuſius diſputata, hodie in ipſorum commentariis vulgo leguntur. Quæ quidem omnia tametſi iuris & bonarum literarum ſtudioſis iuuenibus magna ex parte ſatisfactura non diffidam, è re tamen ipſorum eſſe exiſtimaui, ex vulgaribus aliorum opinionibus in eam potiſſimum inquirere, quæ cæteris inſignior, atque adeo probabilior eſſe mihi viſa eſt. Ea autem eſt Curtij iunioris, non obſcuri memoria noſtra legum profeſſoris, qui bonam fidem hoc in loco, aliiſque conſimilibus, ſecundum priorem illam ſignificationem, quam ſuprà expoſuimus, intellexit. Ait enim, bonæ fidei actiones dictas eſſe, quod licet dolus ab omni contractu abeſſe, ac bona fides vbique adeſſe debeat, tamen in iis contractibus, qui bonæ fidei ſunt, magis neceſſaria ſit, & ad eorum ſubſtantiam pertineat.

15 Nam contractus bonæ fidei, cui dolus cauſam dedit, ipſo iure nullus eſt. leg. & eleganter. de dolo. leg. in cauſæ. de minor. Stricti iudicij non item. leg. dolo. Codic. de inutil. ſtipul. Sed hæc opinio quam lōge à vero abſit, haudquaquam erit intellectu difficile, cum quid ſit, contractum dolo initum ipſo iure nullum eſſe, veluti παρέργως explicauerimus. Cuius rei cognitio ad declarandos plæroſque iuris ciuilis locos, tenebroſa alioqui & obſcura, magnam lucem (vt opinor) eſt allatura. Itaque in primis animaduertendum eſt, Ius ciuile vetuſtius veteres Iureconſultos ad differentiam iuris Prætorij ἐμφατικῶς ipſum ius vocare ſolitos fuiſſe, quod à pauciſſimis animaduerſum eſſe ſcio. Prætor enim, qui iuris ciuilis cuſtos dicebatur, tollendi quidem, aut abrogandi ius ciuile & P. R. leges ius non habebat. leg. 1. de fer. leg. 1. ex quibus cauſ. maio. leg. cum ſponſus. de public. ſed interpretatio, emendatioque illa, quæ ex bono & æquo fit, quam Ariſtoteles ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου δικαίου vocat, ipſi permittebatur. l. ius autem. de iuſt. & iur. Quod igitur emendando illo veteri iure hoc modo ſtatuerat, licet ius diceretur, tamen quia legibus & iure ciuili erat inferius, & quaſi vox quædam viua, interpretatioque iuris ciuilis, ius illud primarium, ex quo Prætorium originem ducit, exprimere volentes Iureconſulti, ipſum ius appellarunt. Quod & Græcus auctor Harmenopulus aperte oſtendit lib. 1. tit. 9. Sed & merum ius. l. in cauſæ. de minor. aut ſtrictum. leg. pen. de conſtit. pecu. vel ſolenne. l. nec ex Prætorio. de regul. iur. nunquam etiam ius ſimpliciter, & ſine adiunctione ab eiſdem dici ſolet. leg. vbicunque. de fideiuſſor. Vnde Vlpianus interpretans edictum de ſuperficiebus, *Seruitutes*, inquit l. 1. §. fi. de ſuperfic. *Prætorio quoque Iure conſtituuntur, & ipſæ ad exemplum earum, quæ ipſo Iure conſtitutæ ſunt, vtilibus actionibus petuntur.* Idem l. 1. ff. quod falſo tut. *Si Prætor decreuerit ratum ſe habiturum id, quod his autoribus geſtum eſt, tunc valebit per Prætoris tuitionem, non ipſo iure.* Idem l. 1. quib. mod. vſusfr. amit. *Parui refert, vtrum Iure ſit conſtitutus vſusfructus, an tuitione Prætoris.* l. ſi vſusfructus. ff. vſufr. quemad. cauea. Idem: *Illud ſciendum, ſiue ipſo Iure quis vſumfructum habeat, ſiue per tuitionem Prætoris, nihilominus cogendum eſſe fructuarium cauere, aut actiones ſuſcipere.*

16 Eodem pertinet quod Paulus lib. 3. ad Edictum, ſcribit, leg. ſi vnus. §. pactus. de pact. *Prius pactum per poſterius ipſo iure non elidi, ſicut ſtipulatio tollitur per ſtipulationem.* Non enim vt de ſtipulationibus, ita etiam de pactis conuentis quicquam legibus Romanis vnquam cautum fuiſſe legitur. Nam quæ lex (inquit Anneus Seneca) ad id præſtandum nos, quod promiſimus alligat: Sed Prætor æquitate motus, & iuris ciuilis aſperitatem in ea parte corrigens, pacta tuetur. Valent ergo non ipſo iure, ſed per tuitionem Prætoris. Huius rei fidem faciunt hæc Ciceronis verba: Pacta quædam ſine legibus obſeruanda ſunt, quæ iam ita iuſta putantur, vt iuri præſtare dicantur. Iuri autem ideo dicuntur præſtare, quia cum Prætor exceptione data, eum, qui iure ciuili obligatus eſt, tueatur. §. 1. Inſtit. de except. apparet, actionem Iure ciuili competentem, inutilem, & inefficacem remanere. l. nihil intereſt. de reg. iur. Hinc crebro legimus, Iure ciuili obligatum eſſe eum, qui iure Prætorio, id eſt, per exceptionem non debet. leg. quod ſi maritus. de conſti. pecu. Nam ſi quis Iure ciuili obligatus eſſet, verbi gratia, ex ſtipulatione, non ideo Prætor actionem ſtipulanti denegare poterat, quod promiſſorem dolo inductum fuiſſe ad promittendum, aut metu coactum à ſtipulatore intelligeret; quàmuis iniquum eſſet, eum condemnari. Prætori enim legem interpretari, non tollere, conceſſum erat, vt iam diximus. Itaque iudicium ex ſtipulatu ſecundum legem dabat: non tamen purum, aut ſimplex, ſed conditione, l. exceptio. de except. ſeu exceptione adiecta, quæ legis aſperitatem mitigaret, in hunc videlicet modum: *Si paret Titium Sempronio ſtipulanti centum promiſiſſe, Mæuius iudex eſto, extra quam ſi dolo inductus, aut metu coactus promiſerit.*

17 Vnde exceptiones dictæ. Qua de re alibi copioſius à nobis diſputatum eſt. Porro ſciendum eſt, olim apud priſcos Romanos, contractum dolo initum efficacem fuiſſe, doloque admiſſi apud iudicem nullam rationem haberi ſolitam, niſi in bonæ fidei iudiciis, aut niſi minor quiſpiam circumſcriptus eſſet.

18 Ad quod comprobandum, cuius auctoris potius teſtimonio, quam eiuſdem Ciceronis vtar? qui Offic. lib. 3. Atque iſte dolus malus (inquit) etiam legibus erat vindicatus, vt tutela XII. tabulis, & circumſcriptio adoleſcentium lege Lectoria, & ſine lege iudiciis in quibus *Ex fide bona*, additur. In cæteris vero iudiciis omnino impunitus erat dolus, ante quam Aquilius Iureconſultus, formulas quaſdam edidiſſet, quas in iudiciis aduerſus doloſos conſtituendis Prætores ſequerentur. Idem eo. libro, Stomachari, inquit, Cannius: Sed quid faceret? Nondum enim Aquilius collega, & familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas. Idem li. 3. de natura Deorum. Inde tot iudicia de fide mala, tutelæ, mandati, pro ſocio, fiduciæ, reliqua, quæ ex empto aut vendito, aut conducto, aut locato contra fidem fiunt. Inde iudicium publicum rei priuatæ lege Lectoria. Inde euerriculum malitiarum omnium, Iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noſter protulit, &c. Ex his locis apparet dolum iure ipſo, id eſt, ciuili, in bonæ fidei iudiciis vindicari: in cæteris iure tantum Prætorio, ſcilicet per actionem, vel exceptionem doli. Id quod ſane luculenter exprimit idem auctor libr. de Offic. 1. dicens: Iam illis promiſſis non ſtandum eſſe, quis non videt, quæ coactus metu, aut dolo deceptus quis promiſerit, quæ quidem plæraque iure Prætorio liberantur, nonnulla legibus.

19 Hinc colligere licet, in bonæ fidei iudiciis non conſtituendis ſuperuacaneum eſſe, doli exceptionem adiicere, tametſi in aliis id omnino ſit neceſſarium. Cuius ſententiæ Vlpianum, Iulianumque auctores laudo, qui exceptionem doli, omnibus bonæ fidei iudiciis ineſſe ſcribunt. leg. huiuſmodi. §. qui ſeruum de lega. 1. l. ſed & ſi ideo. ſol matr. Idemque de exceptione pacti. l. 3. de reſcin. vendit. ab eodem Iuliano reſponſum eſt. Sed eo reuertamur, vnde hęc noſtra declinauit oratio. Vtcunque igitur verum ſit: quod Curtius de dolo in contractibus admiſſo ſcribit, tamen latius patet bonæ fidei vocabulum, ad eoſque contractus etiam pertinet, in quibus contrahentium dolus minime arguitur. Huiuſque rei exempla in eo Tryphon. loco dilucida extant, cuius paulo ante meminimus, d. l. bona fides. Sed & Vlp. quoque ſcribit l. 1. §. hanc actionem. depoſ. *In actionem depoſiti fructus, & omnem cauſam venire: quoniam bonæ fidei eſt: Fideiq; bonæ congruit, ad omnes huiuſmodi acceſſiones depoſitarium condemnari.* Huic diſſimile non eſt, & quod Paulus ait, leg. ſi mandauero. §. Iulianus. mand. *Si pluribus hæredibus vendentibus vni mandauero, vt rem hæreditariam mihi emat, etiam pro ea parte, pro qua hæres ſit, mandati actione mihi obligatum eſſe, & ſi propter hoc rem extraneo non addixerit, quod mandatum ſuſceperat, ex bona fide eſſe, præſtare ei pretium quanti vendere poterat.*

20 In his exemplis, & ſexcentis aliis, quæ in eandem rem adduci poſſent, clarum eſt, nihil aliud bonam fidem ſignificare, quam iuſtitiæ, & æquitatis quandam (vt ita dixerim) medullam, quæ in his iudiciis conſideranda eſt, etiam ſi de dolo malo inter contrahentes admiſſo controuerſia nulla ſit. Et in ſumma in his iudiciis, vt Vlpian. ait. l. ſi fideiuſſor. §. quædam. mand. de apicibus iuris diſputandum non eſt, ſed de eo tantum, quod æquitati, & bonæ fidei eſt conſentaneum. Quod quidem diiudicare cuiuslibet iudicis non eſt, cum in boni, & æqui diſputatione, plærunque ſub auctoritate iuris ſcientiæ (quæ ars boni & æqui eſt) l. 1. de iuſti. & iure. pernicioſe errari ſoleat. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. de verb. oblig.

21 Vnde & Q. Scæuola Pontifex Max. dicebat, *in iis magni eſſe iudicis ſtatuere, præſertim cum in pleriſque eſſent iudicia contraria*, id eſt, cum Iudices ipſi varie iudicarent, & aliud alij Iudici æquum videretur, quid quenque cuique præſtare oporter. Quæ verba inter recentiores iuris interpretes quidem eruditiſſimus Alciat. in leg. bona fides. depo. perabſurdè ad alium ſenſum detorſiſſe mihi videtur: perinde, quaſi ea Scæuolæ verba de contrariis, & directis actionibus intelligantur: de quibus (niſi ego vehementer fallor) ne per ſomnium quidem vnquam cogitauit. Sed hæc hactenus. Iam ad verborum interpretationem veniamus. Ait Martianus: *In bonæ fidei Iudiciis in litem iurari, veluti ſi actione commodati*, l. 3. §. in hac. ff. commod. *depoſiti*, leg. 1. §. in depoſi. ff. depo. *tutelæ*, l. tutor. infra eo. *Ex locato*, leg. ſicut locauero. ff. loca. *ex ſtipulatu pro dote*, l. ſi filio. §. maritum. ff. ſol. mat. *petitione hæreditatis*, l. ſed etſi lege. §. hæc verba. & l. ſi poſſeſſor. §. fina. de petit. hæred. *ad rei ſuæ reſtitutionem quis agat.* Et hoc de directis actionibus intelligendum eſt: quoniam in contrariis manifeſtum eſt, in litem non iurari. l. ei apud. depo. An autem in actione, Ex empto in litem iuretur, tractari ſolet. Et Hugolinus credidit, his Martiani verbis, cum generalia ſint, actionem ex empto contineri. At Azo contra, eo potiſſimum motus, quod Vlpianus ſcribit, *Si res vendita non tradatur in id, quod intereſt emptoris, agendū eſſe*. l. 1. de actio. emp. Cui conſentaneum eſt & quod Alexan. Imperator Pomponio reſcripſit, l. qui tibi. C. de hæred. vel actio. vend. *Si venditor hæreditatis emptori res hæreditarias non tradat, eaſq; rurſus alteri vendat, quia contractus fidem frangit, ex empto actione conuentum id, quod intereſt, præſtare cogendum eſſe.* Et hanc poſteriorem ſententiam Bart. veriorem eſſe non negat, ſi venditor rei tradendæ facultatem non habeat. Alioqui ad puniendam contumaciam, & dolum non tradentis iuſiurandum in litem deferendum eſſe ait.

22 Fulgoſius autem ne hoc quidem caſu iurādum eſſe contendit, cum venditor, rei tradendæ facultatem habet. Mouetur Dioclet. reſcripto, cuius verba ſubiecimus, l. ſi traditio. C. de actio. empt. *Si traditio rei venditæ iuxta emptionis contractū procacia venditoris non fiat, quanti intereſſe compleri emptionem fuerit arbitratus Præſes prouinciæ, tantum in condemnationis taxationem deducere curabit.* Hæc verba quin de eo accipienda ſint, qui rei tradēdæ facultatem habet, dubiū non eſt. Quis enim procacem eum dixerit, qui rem venditam in poteſtate ſua non habet, ideoque eam tradere non poteſt? Sed & quod poſtea ſequitur in reſcripto, *Quanti intereſſe fuerit arbitratus, &c.* id de iureiurando in litem intelligi non poſſe Fulgoſius exiſtimat, ſed de eo tantum, quod emptoris intereſt, cuius æſtimatio iudicis arbitrio committitur. Contra Iaſon duplici argumento ſubnixius diſſeruit. Nam licet Iudici æſtimandi, ſeu arbitrandi facultas concedatur, inquit, non ideo conſequens eſt, in litem iurandum non eſſe, cum & ipſius iuriſiurandi delationem arbitrio Iudicis committi videamus. leg. videamus. §. ſi. ſupra eod. Item ſcribit Iuſtinianus, *In actionibus arbitrariis, in quibus in litem iurari explorati Iuris eſt, Iudicem ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.* §. præterea. de actio.

23 Sed quam futilibus argumentis, ac plumbeo (vt ita dicam) gladio Fulgoſium inuaſerit, planum faciam. Multum enim refert, an lex æſtimationem eius quod intereſt, arbitrio iudicis committat, quo caſu iuſiurandum in litem ceſſare debet (Iuriſconſulti namque hæc duo, *Quanti intereſt, & Quanti in litem iuratum fuerit*, tanquam res diuerſiſſimas diſiungere ſolent. leg. non à iudice. ff. de iudic.) an vero committat iuriſiurandi delationem: tunc enim perſpicuum eſt, ob tale arbitrium iudici conceſſum, iuſiurandum in litem non excludi.

24 Sed nec me mouet, quod *In actionibus arbitrariis iudici ex bono & æquo æſtimare permittitur, &c.* Id enim in condemnatione non fit, in qua iuſiurandum in litem deferri ſolet, ſed in eo iuſſu, ſeu arbitrio quod ante ſententiam interponitur, vt poſtea declarabimus. Hinc fit, vt ego Azonis, Fulgoſiique ſententiæ magis accedens, cenſeam in ex empto actione nunquam in litem iurari. Argumento id quoque eſſe poteſt præter, ea, quæ iam diximus, quod in tractatu emptionum ac venditionum (qui titulos permultos complectitur) huius iuriſiurandi nulla à Iuriſconſultis mentio facta reperitur. Cui & illud accedit, quod ratio, propter quam hoc iuſiurādum comparatum eſt, iis tantum conuenit actionibus, quibus ad reſtituendum, non autem ad dandum tradendumve agimus, vt in commentarij huius veſtibulo docuimus.

25 Et ſi quæ leges aut Iureconſultorum reſponſa reperiantur; in quibus ſpecialiter expreſſum ſit, in quibus bonæ fidei iudiciis in litem iuretur, obſeruauimus, earum tantum actionum ſpecialem mentionem fieri, quæ ad reſtituendum competunt, quales ſunt commodati, depoſiti, & cæteræ, quas paulo ante recenſuimus. Quo fit, vt facile mihi perſuadeam, in iis tantum bonæ fidei actionibus, quæ iſtius generis ſunt, in litem iurari. Nec vero huic ſententiæ aduerſantur generalia hæc Martiani verba, quæ fortaſſis hac interpretatione nimium contrahere ac reſtringere videmur. Nam ſicut Iureconſulti, cum aiunt, *In bonæ fidei actionibus ex mora fructus & vſuras deberi*, non hoc ſentiunt, nullam eſſe actionem bonæ fidei, in quam fructus & vſuræ ex mora non debeantur, id enim perquam abſurdum eſſet: ſed hoc ſignificant, cum iudicis poteſtas in illis actionibus quam latiſſime pateat ſi æquum eſſe viderit, vt fructuum nomine condemnatio fiat, aut etiam vſurarum, ſecundum actionis propoſitæ naturam, id ei permiſſum eſſe. Similiter & hæc verba interpretari debemus, quaſi hoc tantum velit Martianus, ſi quando æquitas ſuadeat, iuſiurandum in litem deferri in bonæ fidei iudiciis (quod vtique tum accidit, cum ad reſtituendum agitur) hanc facultatem iudici denegandam non eſſe. Alioqui neceſſario fatebimur, in actione depoſiti, leg. nummis. ſupra eo. qua nummi petuntur, in actione ex vendito, quæ ad pretium rei venditæ competit, in actione Præſcriptis verbis, quæ ex permutatione naſcitur, l. naturalis. §. 1. de præſcrip. verb. item in actionibus nō modo directis, ſed etiam contrariis. d. l. apud quem depo. in litem iurari. Quorum omnium nihil eſt, quod iure vllo, aut ratione defendi queat. Quod autem dictum eſt, In his tantum actionibus in litem iurari, quibus ad reſtituendum agitur: id ſophiſticis quibuſdam argutiis, aut verius ſycophanticis, nonnulli labefactare conantur. Cum enim Vlpianus ſcribat, *In iudicio depoſiti contrario in litem non iurari, quoniam de fide rupta non agitur.* leg. ei, apud quem. depo. hinc effici aiunt: vbicunque de fide rupta agitur, in litem iurandum eſſe. Quod genus argumentandi ſi nos admittamus, permulta ex eo abſurda conſequi neceſſe eſt. Vt ecce, Non male dixerit quis, ſtipulationem inutiliter per epiſtolam contrahi, quod verba non interueniant, aut Teſtamentum iure non valere, quod ſeptem teſtes non adfuerint. Quod ſi inde concludas, Vbicunque contrahendo verbis vtimur, ſtipulationem recte confici: aut, quoties in teſtamento ſeptem teſtes adhibentur, id validum eſſe.

26 Talem collectionem mendoſam, falſamque eſſe, dubium non eſt: cum tamen in ſtipulatione contrahenda, quam in faciendo teſtamento quædam alia ſint neceſſaria. Itaque cum Vlpianus in litem non iurari ſcribit, quia de fide rupta non agitur, nihil aliud intellexiſſe mihi videtur, quam, reum in reſtituenda re depoſita contumacem non eſſe, ideoque non iurari: quaſi dicat, tantum abeſt, vt in rei depoſitæ reſtitutione contumax ſit, vt ne vllo quidem modo fidem frangat. Nam ex negatione generis, ſpeciei negationem inferri neceſſe eſt. Et ita ego ſentio, licet alij aliter hunc nodum explicare nitantur.

Sed iudex poteſt præfinire certam ſummam, ad quam vſque iuretur.

Cum enim lex in infinitum iurare permittat: id eſt, modum iuriſiurando nullum definiat, poteſtas iudici datur taxationem adiiciendi, ne inde arrepta occaſione in immenſum iuretur: vt eleganter Vlpian. ſcribit. l. videamus. §. iurare. ſupra eo.

27 Nam in infinitum iurare, apud eundem (vt obiter id explicemus) aliud eſſe, quam in immenſum iurare, ipſius verba ſatis oſtendunt. Quod & Philippus Decius, à cæteris diſſentiens, exiſtimauit. Ac tametſi nonnunquam infinitum id ſignificet quod Græci ἄπειρον dicunt, leg. hæc adiectio. de verb.

de verb. ſign. l. apertiſſimi. Cod. de iudic. apud Ciceronem tamen, ac Iureconſultos veteres, pro eo fere accipitur, quod certum, ac definitum non eſt. Theophil. in §. 1. Inſtit. de exhæred. lib. idque à Græcis ἀόριστον appellatur. Cic. in Topicis, Quæſtionum duo ſunt genera, inquit, alterum infinitum, alterum definitum. Martianus l. conditionum, quæ in futurum. de condit. & demon. Quędam ſunt conditiones, quæ certum, aliæ, quæ infinitum tempus comprehendunt, &c. Celſus l. ſi cui. de ſeruit. Si cui ſimplici vſu, via per fundum cuiuſpiam cócedatur, in infinito videlicet, per quamlibet eius partem ire agere licebit. Vlpia. l. qui bona. §. fi. de damno infect. Huic ſtipulationi debet dies eſſe inſertus, intra quem ſi quid damni contigerit, cautio locum habet: neque enim in infinitum obligatus eſſe debet ſtipulatione. Sed an huiuſmodi taxatio veræ æſtimationis duplum egredi poſſit, tractatum eſt. Et Bartolus, cuius receptior eſt opinio, non poſſe reſpondit: ea Iuſtiniani conſtitutione motus, qua id quod intereſt, in caſibus certis dupli quantitatem non excedere cauetur. l. vnica. C. de ſent. quæ pro eo, quod intereſt. Atque hæc ſententia ita probatur à cæteris, vt hæc Reſponſa Iureconſultorum à Iuſtiniano corrigi arbitrentur. Quod vtique affirmare non auſim. Nam, vt Alberici, Fulgoſij, ac Alciati contra ſentientium argumenta prætermittam, conſtat ex his, quæ iam diximus, in his tantum actionibus in litem iurari, quibus rem ſibi reſtitui quis petit. Quæ ſi non reſtituatur à poſſeſſore, petitoris iurantis arbitrio, pretium rei ſtatuitur: neque enim cogitur inuitus rem ſuam iuſto pretio addicere.

28 Quod ſi Bartolo, & eius ſectatoribus aſſentiamur, fateri neceſſe eſt, reum ad rem ſuam vendendam, ſi minus iuſto pretio, at certe duplo iuſti pretij compelli poſſe. Quod quidem iniquum eſſe ſupra teſtati ſumus. Hinc apparet, Iuſtiniani conſtitutionem ad hunc caſum non pertinere, maxime cum de eo, quod intereſt, loquatur, quod ab eo, de quo nunc diſſeritur, plurimum diſtare aſſeueramus. dic. l. non à iudice. cum ſimilib.

Licuit enim ei à principio nec deferre.

Quod ſupra dixit Vlp. l. videamus. §. deferre. ſupra eo. *in arbitrio iudicis eſſe, deferre necne iuſiurandum velit:* id aliis verbis, ſed idem ſignificantibus, hic repetitur. Hinc Paulus, & quidam alij colligunt, liberum eſſe iudici, reo deferre iuſiurandú, aut denegare, ideoq; ab eius ſententia appellari non poſſe, ſi denegauerit. Quæ enim iudicis poteſtati, l. non quicquid. de iudic. committuntur, non continuo ſubiiciuntur Iuris neceſſitati.

29 Alij neceſſitate iuriſiurandi deferendi iudicem adſtringi malunt, ſi pro negotij, quo de agitur, natura, id rationi & æquitati congruum ſit. Huius rei argumentum afferunt, quod Vlpianus ſcribit, *Eum qui dolo fecerit, quo minus poſſideret, condemnandum eſſe, quanti aduerſarius in litem iurauerit.* d. l. qui reſtituere. Et hæc ſentētia meo iudicio, probabilior eſt. Cum enim iudicis arbitrio aliquid ſimpliciter committitur, id non in meram voluntatem collatum, ſed quaſi viro bono potius ei commiſſum eſſe intelligendum eſt. l. ſi ſic legatú. de leg. 1. l. ſi libertus. de ope. liber. quanquam aliud dicendum videtur, cum lex iudicem aliquid poſſe ait, d. l. non quicquid. vt aliquibus Imperatorum reſcriptis continetur. l. ſæpe. de offic. præſid. l. 1. C. quomodo & quando iud. Arbitrio namque iudicis ea relinquuntur, quæ in facto conſiſtunt, quæque propter varietatem τῶν πεισμάτων non ſat commode poſſunt legibus diffiniri. l. mora. de vſur. l. 3. de teſta. l. continuus. §. cum ita. de verb. obli. Quod cum neceſſitate quadam impellente fiat, vt videlicet legis quodammodo vicem obtineat iudex, eiuſque defectum ſuppleat, credendum non eſt, ipſum ſupra id, quod bonum & æquum eſt, quicquam poteſtatis habere. Quare ſi actione in rem conuentus, contumax fuerit in reſtituenda re aliena, ac iuſiurandum deferre iudex neglexerit, non video cur ab eius ſententia prouocari non poſſit. glo. cap. ſuper his. de acc. Bartol. in l. ſi qua pœna. de verb. ſignifi. Felin. in c. exceptionem. de excep. Et ita Alexandro, aliiſque non paucis viſum eſt.

Item & ſi iuratum fuerit, licebit Iudici vel abſoluere, vel minoris condemnare

Hæc poteſtas nouiſſima Iuſtiniani conſtitutione iudici adempta eſſe videtur. §. oportet. authen. de iudic. qua ſancitum eſt, poſt iuſiurandum præſtitum de expenſis in lite factis, non licere iudici in minorem ſummam, quam iuratum eſt, condemnare. Sed hoc receptum non eſt. Nam in interpretando iure ſi forte occurrat antinomia, non paſſim, nec facile eo confugere debemus, vt iuris noſtri, legumque conditores pugnantia ſcripſiſſe fateamur. l. 2. C. de vete. iure enucl. cap. cum expediat. de elect. in 6. Crebrior igitur opinio eſt, verbis Martiani conſtitutionem non obſtare, eamque de eo tantum iureiurando loqui, quod de veritate præſtatur: quo præſtito, ſi minoris condēnatio fieret, iurātis periurium detegeretur: non idem in hoc iureiurando, quod de affectione eſt, contingere poſſe, cum iudex minoris condemnando, non iurantis periurium, ſed immodicam eius affectionem arguat. At hæc ſententia neque Fulgoſio, neque Iaſoni probatur, quibus ego accedo. Nam vt hoc iuſiurandum demus ad affectionem tantum referri, quod ſupra falſum eſſe admonuimus, tamen fieri non poteſt, quin iudex reum abſoluendo, actoris detegat periurium, licet forte minoris condemnando, idem non faciat. Sed & periurium in hoc caſu detegi poſſe ex eo colligimus, quod Paulus reſpondit. leg. fi. infra eod.

30 *De periurio eius, qui in litem iurauit, non facile quæri ſolere.* Itaque probabilius eſt, quod idem Fulgoſius cum Iaſone cenſuit, Regulariter Iudicem præſtitum iuſiurandum ſequi debere, ſiue de ſumptibus in lite factis, ſiue in litem de rei æſtimatione, aut vtilitate iuratum. Quod autem Martianus noſter ait, *Iudicem abſoluere poſſe, &c.* nos Vlpianum, dict. leg. videamus. §. fin. ſequuti, ſic accipiemus, vt non niſi ex magna cauſa, & poſtea repertis probationibus poſſit. Et hoc etiam modo generalia conſtitutionis verba reſtringenda ſunt. d. §. oportet.

Sed in his omnibus ob dolum ſolum in litem iuratur.

31 Dolus hoc in loco pro contumacia eius accipitur, qui rem poſſeſſam non reſtituit. l. tutor. infra eod. aut quam dolo deſiit poſſidere. Hæc enim paria ſunt, quantum ad hoc iuſiurandum attinet. l. qui reſtituere. & l. ſed et ſi lege. §. hæc verba. de petir. hæred. Merito igitur aduerſus eum in litem iuratur, qui rem mala fide poſſeſſam vendidit, licet ab emptore eam recipere nequeat, l. ſi poſſeſſor. §. fin. de pet. hær. Etenim dubitandum non eſt, quin dolo poſſidere deſierit, rem eam diſtrahendo, cuius ſe dominum non eſſe intelligebat. Alia cauſa eſt eius, cui res dolo malo tradita eſt, ſi forte ea deinde abſque eius dolo perierit. leg. arbitrio. §. non tamen. de dolo. quia dolum ab initio commiſſum hic non conſideramus, ſiue actione bonæ fidei, ſiue quacunque alia agatur, vt Fulgo. Alexan. Iaſ. & Curtius recte cenſuerunt, licet Bart. Angel. Paulus & Dec. contra.

32 Vnde tractatum eſt, An ob defuncti dolum iuſiurandum hoc aduerſus hæredem deferendum ſit. Et conſtat, ex contractu, aut quaſi contractu, ob dolum malum defuncti hæredem in ſolidum teneri. l. fi. C. eod. l. ex depoſiti. & leg. ex contractib. ff. de act. Non ideo tamen in litem iurandum eſſe crediderim, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit. l. fi. ff. de fideiuſſ. tutor. & is dolus admiſſus ſit propter quem poterat contra defunctum ipſum in litem iurari, & hoc ita Gordia. reſcripſit. l. alio iure. C. eod. Alias autem ſi quis ob dolum alterius conueniatur, aduerſus eum in litem non iurari conſtat, quod Bart. ex Pompo. annotauit. l. 1. & ibi Bart. quando ex facto. tut.

Non etiam ob culpam.

33 Hæc verba Accurſius de leui, ac leuiſſima culpa intelligi poſſe ſcribit, idque dubitationem non habet. Culpam autem leuem craſſiore Minerua ſic accipere debemus, cum quis eam diligentiam in re poſſeſſa non adhibet, quam diligens paterfamilias in ſuis rebus ſeruandis adhibere ſolet. Quid enim ſi ſeruus per inſidioſa loca à poſſeſſore miſſus perierit, aut nauis aduerſo tempore nauigatum miſſa naufragio perempta ſit? leg. qui petitorio. de rei vindic. Et hoc ita accipiendum eſt, dum neque omnino diſſoluta ſit negli-

gentia, neque doli, fraudiſve ſuſpicionem aliquam habeat: alioqui lata potius, quam leuis culpa diceretur. l. latæ. de verb. ſignifi. l. quod Nerua. ff. depoſi. Leuiſſimam vero cum quis communi hominum more diligẽtiam quidem mediocrem, & probabilem præſtat, ſed tamen in eo peccat, quod vir ſagaciſſimus, & diligentiſſimus, præcauere potuiſſet. l. in lege. ad leg. Aquil. l. in rebus. ff. commo. §. fi. Inſti. de ſociet. Finge exempli loco, rem poſſeſſam à furibus interuerſam eſſe. Sane hic caſus cum ab homine diligentiſſimo præuideri potuerit, caſibus fortuitis non annumeratur, licet quam proxime ad eos accedat. l. cum duobus. §. damna. ff. pro ſocio. l. nauta. ff. nautæ, caupo. ſtab. Illud prætermittendum non eſt, quod ex veteribus nonnulli annotauerunt, cum lex diligentiam, aut cuſtodiam ſimpliciter exigit, id verbum ſic à culpa ſeiungi ſolere, vt rem omnino diuerſam ſignificare intelligatur. l. 1. §. ſæpe. depoſ. l. contractus. de reg. iur. l. ſi cum venderet. §. fi. de pign. act. l. ſi vt certo. §. nunc videndum. ff. commo. l. cum res. §. culpa. ff. de legat. 1. Quo argumento negligentiam (quæ diligentię contraria eſt) aliud quam culpam eſſe quibuſdam fortaſſis videbitur: quibus cum nõ magnopere contendo, modo vt viciſſim mihi dent, quod negari non poteſt, confundi plærunque apud Iureconſultos ſubtilem hanc culpæ cuſtodiæque differentiam, & culpæ, negligentiæque vocabulo promiſcue nonnunquam eos vti. l. eum, qui. §. an pater. de furtis. d. l. quod Nerua. l. qui petitorio. §. 1. de rei vendic. Qua de re alibi opportunius culpam quoque latam his verbis contineri idem Accurſius autor eſt: quę ſententia plurimorum conſenſu comprobatur: Alciat. in leg. magna. de verb. ſignific. Itaque quod dicitur, latam culpam dolo comparari, leg. 1. ſi menſor fal. mod. dix. locum hic non obtinet: quoniam graue, & acerbum nimis eſſet, ob ſolam culpam, aduerſarij arbitrio reum puniri. Nam & illud generaliter plærique tradiderunt. Bartol. in dict. leg. quod Nerua. vbicunque lex pœnam ſtatuens, expreſſam doli mentionem facit, eam de lata culpa non intelligi. Idque colligunt ex eo, quod Vlpianus Prætorij edicti verba, *Si quis dolo malo fecerit, quo minus quis permiſſu meo in poſſeſſione bonorum ſit*, &c. ad eum non pertinere ſcribit, qui poſſeſſionem ſuam vel ſibi obnoxiam eſſe putabat. leg. 1. ff. ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem. Huc etiam pertinet, quod in lege Cornelia de ſicariis, latam culpam pro dolo non accipi Paulus reſpondit. l. in lege. ad leg. Corn. de ſicar. idque, vt veriſimile eſt, propter pœnæ aſperitatẽ, quæ ea lege infligitur. Proinde cum homicidia lege municipali capite puniri iubẽtur, extra quam ſi ſe defendendo hominẽ occiderit, vulgo receptum eſt eum non teneri, qui lata tantum culpa deliquerit. Signo. conſil. 27. Cui conſequens eſt, & cum ſententia iudicis, ignominia cuipiam irrogatur, latam culpam non ſufficere, quod ea pœna morti par eſſe videatur. l. iuſta. de manu. vindic. Vnde quod Iuſtinianus ait, *Suſpectum tutorem remotum ob culpam, famoſum non eſſe*, §. ſuſpectus. Inſtit. de ſuſpect. tuto. ſic vulgo intelligunt, vt ne ob latam quidem culpam vlla notetur infamia. Et hæc quidem eſt omnium fere interpretum ſententia, quam, vix eſt, vt ego probare poſſim. Sicut enim lex, cum dolum nominat, vel adiecta dictione taxatiua, latam culpam minime excludit. gl. & Dec. in l. contractus. de regul. iur. ita & culpæ mentio in lege facta leuem tantum, non etiam latam complectitur. dict. l. contractus. & l. ſi mora. ſolu. matri. glo. l. in venditione. §. ſi quis fructus. ff. de bon. auctor. iudi. poſſid. Alexan. conſ. 45. in 1. vol. Vt, ecce cum iureconſulti menſorem agrorum. l. 1. ſi. men. falſum mod. dixe. depoſitarium. l. 1. §. ſi quis ſeruum, depoſiti. l. 3. nautæ, caupo. dict. leg. contractus. aut eum, qui rem aliquam precario accepit. leg. quæſitum. §. eum quoque. de precar. dolum duntaxat præſtare dicunt, ob latam tamen culpam eos teneri non negant. Id quod in his etiam edictis animaduertere licet, quibus pœna aliqua in dolo malo delinquentes ſtatuitur. leg. 1. ſi quis teſta. lib. eſſe iuſſ. vtcunque Bartol. aliter cenſuerit. Nec aduerſatur huic ſententiæ, quod ſupra dictum eſt, Verbis edicti eum non teneri, qui poſſeſſionem ſuam eſſe putabat, &c. Siquidem in eo caſu, aliiſque ſimilibus. l. 2. §. hac actione. vi bono. rapto. leuem potius, quam latam culpam eſſe cum Decio exiſtimauerim.

34 Quæ cum ita ſe habeant, facile aſſentior Fulgoſio, ſicut ob dolum, ita etiam ob latam culpam, quæ dolo proxima eſt, in litem iurandum eſſe. Pro qua ſententia & Antonini reſcriptum leg. is, qui. Codic. eodem titul. magnopere facit, cum ait, *Aduerſus hæredem tutoris non iurari, ſi neque dolus eius, neque lata culpa conuincatur*. Nec audiendos eos eſſe puto qui ſpeciali fauore id in actione tutelæ conſtitutum eſſe aſſerunt, cum nulla probabilis ratio tantæ diuerſitatis appareat.

35 Et hinc infertur deciſio quæſtionis à recentioribus tractatæ, An ob dolum præſumptum in litem iuretur? Quod Corneus lib. 4. Reſponſo. Corne. conſi. 81. in 4. vol. Deciuſque negant. Sed cum ob latam culpam iurari poſſe oſtenſum ſit, quæ verus dolus non eſt, ſed tantum præſumptus: l. ſed etſi lege. de pet. hæred. not. in dict. l. magna. diuerſam opinionem veriorem eſſe arbitrarer, idemque Curtio videtur. Quod autem de ſuſpecto tutore ſupra dictum eſt, id iiſdem argumentis refelli poſſet, quibus & cætera nunc à nobis confutata ſunt. Vnde apparet hæc verba Imper. lib. 1. Inſtitutionum. dicto §. ſuſpectus. *Suſpectus autem remotus, ſiquidem ob dolum, famoſus eſt, ſi ob culpam, non æque*: ſic accipienda eſſe vt remotus ob dolum, aut latam culpam, infamis ſit: ob leuem vero, aut leuiſſimam, non item. Huiuſque rei argumentum eſt, quod in actione d. l. quod Nerua. depoſiti, furti. l. ſi is, qui rem. §. Iulianus. & l. ſi is, qui pigno. de fur. & quibuſdam aliis non tantum doli, ſed & culpæ nomine fit condemnatio. At Prætor in edicto ait, *His iudiciis damnatos infamia notari*. l. 1. ff. de his qui notan. infam. Quæ verba generaliter intelligi neceſſe eſt, quacunque ex cauſa quis damnatus fuerit. Sed & quod ait ipſe Prætor, *Infamia notari, qui ſciens vxorem duxerit, intra id tempus, quo virum elugere moris eſt*: ita interpretatur Vlpianus, vt ne ob iuris quidem ignorantiam excuſetur. l. liberorum. §. notatur. de his notan. infam. quam conſtat latæ culpæ adſcribendam eſſe. Barto. in dict. leg. quod Nerua. leg. regula. §. pen. de iuris & facti igno. Alciat. in l. cedere. §. fin. de verb. ſigni. Neque vero hic multum referre arbitror, an iudicis ſententia quis notetur, necne, quod nonnulli crediderunt: quandoquidem ea diſtinctio omni ratione caret. Nam ſi lex, (quæ homine mitior, leg. ſi Celſus. de recep. arbit. eſſe dicitur) infamia eum notat: qui culpæ tantum affinis eſt, quanto magis à iudice eum notari par eſt? Ac ne illud quidem noſtrę opinioni refragatur, quod paulo ante obiectum eſt, in capitalibus iudiciis latam culpam dolum non repræſentare, ex quo idem & in cauſa exiſtimationis dicendum eſſe videbatur. Nam vt hoc verum eſſe fateamur, quod quidem ipſum ſcrupulo non caret, & recentioribus quibuſdam non vſquequaque probatur, Zazius in intellectib. ſing. non continuo tamen ad ea, quibus infamia irrogatur, iudicia porrigendum eſt. Siquidem ea pœna, vt morte minus acerba eſt, ſic inter pœnas capitales recenſeri non ſolet. l. capitalium, de pœnis. leg. licet de verb. ſign. tametſi inficias non iuerim, in quibuſdam caſibus, præſertim vbi de libertatis fauore agitur, famæ, vitæque periculum eiuſdem poteſtatis eſſe. l. iuſta. de manumi. vind.

Nec enim iudex æſtimat.

In quo verſetur iudicis arbitrium, de quo ante diſſeruimus, poterat forte quiſpiam dubitare. Quod Martianus hic explicat. Cum enim plærunque talis ſpecies incidat, vt dolum à culpa, aut latam, ab ea, quæ leuis, ac leuiſſima eſt, diſcernere facile non ſit, cumque nulla extet certa iuris regula, qua in vniuerſum hi gradus diſtingui inter ſe, ac diiudicari poſſint, merito tota huius rei æſtimatio iudicis arbitrio committitur. l. ſemper. §. culpam. ff. quod vi aut clam. l. videamus. ſupra. Et hæc quidem interpretatio mihi viſa eſt his verbis conuenire. Sed videndum eſt ne aliquanto rectius ita legatur, *Hic enim iudex*, ἀπορρηματικῶς ſcilicet, vt ſit ſenſus, ob culpam à iudice æſtimationem faciendam eſſe.

Plane interdum & in actione ſtricti iudicij in litem iurandum eſt.

Superiori regulæ, qua dictum eſt, *In actionibus in rem, & in ad exhibendum, in litem iurari*, annectitur & alia ex libro Pauli ad edictum XXVIII. nempe, *In actionibus ſtricti iudicii, vt ex ſtipulatu, & ex teſtamento, in litem non iurari.* A qua

Martia-

Mattianus noſter excipit caſum, quem mox ſumus explicaturi.

36 Hinc à veteribus annotatum eſt, actiones arbitrarias, cuiuſmodi actiones in rem ſunt, ſtricti iudicij non eſſe. Verum hæc opinio ideo recepta non eſt, quod iuris noſtri auctores ſic videantur actiones diuiſiſſe, quaſi omnes aut ſtricti iudicij ſint, aut bonæ fidei. §. actionum. de actio. Cum ergo has bonæ fidei non eſſe conſtet: l. in fideicommiſſi. §. in iis quoque. ff. de vſur. relinquitur, vt ſtricti iudicij eſſe dicantur. Ego ſane vereor, ne communis hæc ſententia defendi non poſſit: cum arbitraria iudicia à ſtrictis & bonæ fidei plurimum differre oſtenſurus ſim. Quod quidem ipſum vt commodius demonſtrari queat, non omnino ἀπροσδιόνυσον erit, licet locus fortaſſis alienus videatur, de iudiciis arbitrariis in tranſcurſu hic differere: quando & à reliquis huius loci interpretibus idem factitatum eſſe videmus. Principio actionem arbitrariam eſſe vulgo traditum eſt, Barto. in l. vnica. C. vbi. conu. qui certo loco dar. pro. in qua propter aduentitiam aliquam cauſam iudici ex bono, & æquo arbitrari licet, præter naturam actionis, quæ intenditur. Quapropter hæ tantum arbitrariæ eſſe poſſunt, quarum natura ab hoc iudicis arbitrio prorſus abhorret, quales ſunt ſtricti iudicij, non bonæ fidei actiones. Cæterum iudicia variis ex cauſis arbitraria effici volunt, quas Barto. (quem cæteri fere ſequuntur) quatuor regulis complectitur. in l. hoc edicto. de public. Ac primum omnium, cum quis certo loco pecuniam ſibi dari ſtipulatus, eam alibi petit: quo caſu iudex in condemnatione, quantum interſit pecuniam in eo loco ſolui, arbitrabitur. Locus enim ſtipulationi adiectus efficit, vt contra ſtrictæ actionis naturam, arbitrandi facultas iudici permittatur. l. 2. de eo, quod certo loco. In actionibus quoque in rem tam taxatio quantitatis, quam iuriſiurandi delatio iudicis arbitrio relinquitur. l. hac lege. & l. videamus. ſupra eod. ſed ita demum, ſi reſtituere iuſſus, præcepto iudicis non pareat. Contumacia enim, ſeu contemptus iudicis actionem reddit arbitrariam. Quod vſque adeo interpretibus placuit, vt inde generaliter proditum ſit, omnem actionem, quæ ad reſtituendum competat, ſiue in rem, ſiue in perſonam ſit, hoc modo arbitrariam effici poſſe. Barto. hic, & Faber in §. præterea. de actio. per l. qui reſtituere. Porro, arbitrium ob eiuſmodi contumaciam iudici conceſſum, non tantum in deferendo in litem iurciurando, ſed & nonnunquam in alia pœna imponenda verſari credunt: velut quadrupli, in actione, quod metus cauſa, quæ idcirco inter arbitrarias recenſeri dicitur. l. ſi cum exceptione. ff. quod met. cau. Ex quo intelligi poteſt, in actionibus in rem, quod metus cauſa, & aliis ſimilibus, duplicem à iudice ferri ſententiam: in ea vero, qua id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur, vnicam condemnationem ſufficere. Sed & noxales actiones alia ratione arbitrarias dici cenſent, quia iudex ante condemnationem reum interrogat, vtrum litis æſtimationem ſoluere malit, an ſeruum noxæ dedere. Quod ſi ſe dediturum reſponderit, mox à iudice iuſſus id præſtare nolit, condemnandus eſt quanti actor in litem iurauerit. Et hoc ſenſu accipiendum putant, quod Iuſtianus ait, *Niſi ex noxali cauſa ſeruum dedat.* §. præterea. de actio. licet Accurſ. aliter interpretetur. Et hæc quidem adeo recepta ſunt, vt magna me admiratio teneat, cur in tanta ſcriptorum præſertim recentiorum turba, inuentus adhuc ſit nemo, qui pedibus in eam ſententiam non iuerit: quam & ego tantiſper ſequutus ſum, dum à veritate eam plurimum abeſſe intellexi. Mouit me, vt à cæteris diſſentirem, quod Iuſtianus harum actionum dignoſcendarum gratia regulam tantum vnam tradit, cuius exempla ſubiiciens, actiones eas nominatim recenſet, quas arbitrarias eſſe dicimus. Ex quo apparet, ipſum omnes actiones arbitrarias in eam definitionem includere voluiſſe.

37 Quod ſi ſatis accurate Bar. & cæteri perpendiſſent, nunquam tot regulas, à ſententia Iuſtiniani prorſus alienas, tam temere confinxiſſent. Nam quod iſti ſentiunt, in actione, qua certo loco promiſſum petitur, protinus fieri condemnationem, eamque nihilominus arbitrariam eſſe, id per abſurdum, nec ſupradictæ regulæ conſentaneum eſt. Nec quenquam mouere debet, quod iudex id, quod intereſt, arbitratur, & æſtimat, quoniam in plæriſque aliis actionibus idem fieri animaduertimus, quas nemo dixerit ob eam cauſam arbitrarias eſſe. Bart. in l. vnica, ad finem, de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt. l. ſi id quod ex Pamphilo. de lega. 2. l. continuus. §. cum ita. de verbo. oblig. Eodemque argumento refutare poſſumus, & quod ab eiſdem ſcriptum eſt, actiones in rem, & alias eiuſdem generis, ideo arbitrarias eſſe, quod iuriſiurandi delatio, ac taxatio quantitatis, ex iudicis arbitrio pendeat. Arbitrium enim, de quo hic diſputamus, interlocutio quædam iudicis eſt, ſententiam diffinitiuam antecedens. Placent. in ſumma, tit. de recept. arbit. C. quam Theoph. μεσιτείαν appellat: non libera illa deferendi, aut non deferendi iuriſiurandi facultas, quæ in ipſa condemnatione iudici conceditur: id quod Placentinus aliquanto diligentius cæteris, non vno in loco conſideraſſe mihi viſus eſt in lib. de rerum vind. tit. de rei vind. & in ſumma tit. de actio. Inſtit. Ex eodem errore natam eſſe regulam eam contendimus, qua generaliter proditum eſt,

38 Omnem actionem, quæ ad reſtituendum competat, arbitrariam eſſe, quod reus præceptum iudicis contemnens, condemnari à iudice poſſit, quanti actor in litem iurauerit.

39 Neque enim verum eſt, in his omnibus, quibus ad reſtituendum agitur, in litem iurari, vt ſupra oſtendimus: neque ab ea iuriſiurandi delatione, tametſi arbitraria ſit, actiones arbitrariæ denominantur.

40 Supereſt vt de noxalibus actionibus videamus, in quibus iudex electionem rei interrogati ſequutus, ipſi iubere dicitur, vt ſeruum noxæ dedat. Quod vt merum commentum eſt, & à verbis ſenſuque Iuſtiniani penitus alienum, ita ſpeciem nullam rationis habere mihi videtur. Officium namque iudicis eſt, in actione noxali ſub alternatione dominum condemnare, aut ad litis æſtimationem, aut noxæ dedere. §. 1. Inſtit. de offic. iudic. & ſecundum communes regulas, ſolius noxæ deditionis iudicium nullum eſt. l. miles. de re iudic. Proinde officio ſuo recte fungi is dici non poteſt, quiſquis iudicando formam à lege præſcriptam non ſeruat. Etſi quis forte obiiciat, vbicunque iudicem æquitas mouerit, interrogationem in iudicio fieri oportere. l. vbicunque. de interrogat. act. Item officio eius contineri in interdictis quibuſdam noxalibus, vt voluntate domini primum explorata, ſeruum noxæ dedere iubeat, & ſic non parentem condemnet, idque ex Pauli reſponſo. dicta l. finali. de interdictis. ff. cuius auctoritate ne noſtri quidem adverſarij nos oppugnant. Reſpondebo, Iniquam, captioſamque huiuſmodi interrogationem eſſe, per quam reus facultatem ſibi à lege conceſſam amittit, cap. indultum. de regul. iur. noxæ dedendi videlicet poſt condemnationem, donec iudicati conueniatur. l. item veniunt. §. idem recte. de petit. hæred. Ac tametſi reo prætextu iſtius interrogationis ſaluum videatur legis beneficium remanere, re vera tamen ipſi adimitur. Non enim dominus, à quo huiuſmodi reſponſio per iudicem extorquetur, ante latam ſententiam intelligere poteſt, an litis æſtimationem ſufferre, an vero ſeruum noxæ dedere ſibi magis expediat: cum tamen hæc dedendi facultas vſque ad executionem ſententiæ non alia ratione concedatur, quam quod iniquum ſit nequitiam ſeruorum dominis ſupra ipſorum corpora damnoſam eſſe. §. 1. Inſtitut. de noxa. actio. Neque ergo officio iudicis congruit, vt dominum interrogationi factæ nolentem reſpondere cogat, neque vt ſeruum noxæ dedere iubeat, niſi fortaſſis vltro ſeſe aduerſario ſatisfacturum negauerit. Quid igitur de actionibus arbitrariis cenſendum? Et iam admonui, nulla melius, neque commodius eſt, quam Iuſtiniani, regula totam hanc rem explicari poſſe. Itaque verba ipſa hic adſcribere viſum eſt, vt ſubiecta interpretatione noſtra, verum, germanumque eorum ſenſum facilius oſtendere poſſimus. *Præterea quaſdam actiones arbitrarias,* id eſt, *ex arbitrio iudicis pendẽtes, appellamus, in quibus niſi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſoluat, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat, condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem, quam in perſonam inueniuntur. In rem, veluti Publiciana, Seruiana, de rebus coloni*

Quaſi Seruiana, quæ etiam hypothecaria vocatur: in perſonam, veluti quibus de eo agitur, quod vi, aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt. Item cum id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris ſimilibus, permittitur iudici ex bono & æquo ſecundum cuiuſque rei, de qua actum eſt, naturam æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

41 Cum igitur in iudiciis regulariter iudici liceat, cauſa cognita, protinus ſententiam diffinitiuam ferre, quamlibet reo grauis, duraque ſit futura condemnatio: eſt tamen genus quoddam actionum, in quibus humanius, benigniuſque cum reo agendum eſt. In his enim iudex priuſquam negotium diffiniat, velut interceſſor quidam, & beneuolus conciliator, arbitratur & æſtimat, quemadmodum ex bono & æquo actori ſatisfieri oporteat. Reum vero ita demum condemnat, ſi arbitrio non obtemperans in contumacia perſeueret vſque ad ſententiam. Et hæc eſt propria, ſpecialiſque harum actionum natura, vt Theophili verba oſtendunt, διὰ τὸ εἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῦτα ταῖς ἀγωγαῖς, licet alij vulgo diuerſum ſentiant, Barto. in l. in bonæ fidei. de eo quod certo loco. Nam & Iuſtianus ipſe de actione, §. item actionum. Inſtit. de actio. Quod metus cauſa loquens: *Eius natura*, inquit, *tacite continetur, vt qui iudicis iuſſu ipſam rem actori reſtituat, abſoluatur.* quod in cæteris caſibus non eſt ita, ſed omnino quiſque in quadruplum condemnatur, quod eſt & in furti manifeſti actione. l. qui ea mente. de furt. l. non prodeſt. vi bono. rapt. Neque enim furi neque raptori prodeſt, ad euitandam pœnam, ſi ante condemnationem, rem raptam, aut furto ſubtractam reſtituerit, cum iſtæ actiones in numerum arbitrariarum non referantur.

42 Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ quod dicitur, *Omnia iudicia abſolutoria eſſe.* §. fi. Inſtit. de perpet. & temp. actio. Sic enim id accipi debet, cum reus ſatisfacit actori, id eſt, omnino eius deſiderium adimplendo. l. 1. ff. qui ſatiſd. cogan. ſiue rem petitam, ſiue pœnam exoluit. Quod plærunque in famoſis iudiciis vtilitatem adferre poteſt. l. ſi reus paratus. de procur. At in his actionibus non actoris voluntate, ſed iudicis arbitrio fieri ſatisfactionem oportere dicimus. Inde conſequitur, non omnes actiones ob contumaciam rei arbitrarias dici poſſe (quod quidam falſo exiſtimauerunt: Barto. & alij hic. & nos ſupra attigimus) ſed eas tantum, quæ in hoc contextu recenſentur, & quæ cum his ſimilitudinem habent. Et has quidem actiones omnes huic regulæ, ſeu diffinitioni optime conuenire dubium non eſt, cum in his arbitrio iudicis ſatisfaciens abſoluatur, non ſatisfaciens condemnetur. Quod vel maxime perſpicuum eſſe poteſt in actione, quod metus cauſa, & de dolo, ne perſequendis omnibus exemplis ſim proxilior. Nam edicti, de eo, quod metus cauſa geſtũ eſt, alterum caput in hæc verba conceptum fuiſſe ſcio. d. l. ſi cum exceptione. §. quatenus. verſic. ſin autem. *Si res metu ablata ſit, neque ea res arbitrio iudicis reſtituatur, intra annum in quadruplum, poſt annum vero in ſimplum iudicium dabo.* In cuius interpretatione Vlpia. lib. ad Edictum 11. d. l. ſi cum. §. 1. cum ſequen. *Si quis non reſtituat*, inquit, *in quadruplum in eum iudicium pollicetur. Satis enim clementer cum reo prætor egit, vt daret ei reſtituendi facultatem, ſi vult pœnam euitare.* Et paulo poſt: *Nec cuiquam iniquum videatur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari: quia non ſtatim quadrupli eſt actio, ſed ſi res non reſtituatur.* Hæc autem actio cum arbitraria ſit, licentiam habet reus ab arbitrio dato, vſque ad ſententiam, reſtitutionem rei facere. Quod ſi non fecerit, iure meritoque quadrupli condemnabitur. Non adeo diſſimilibus verbis edictum de dolo malo, à Prætore promiſſum fuiſſe credibile eſt. Cuius edicti quoddam caput idem Vlpianus eodem lib. enarrans, l. arbitrio. in princ. de dolo. *Arbitrio iudicis*, inquit, *hac quoque actione reſtitutio comprehenditur. Et niſi fiat reſtitutio, ſequitur condemnatio quanti ea res eſt.*

43 Plane cum rei vindicationis mentionem hic nullam fecerit Imperator, an inter arbitrarias ea numeranda ſit, dubitari poteſt. Quod probabilius eſſe exiſtimo. In eo ſiquidem iudicio arbitrium, ſeu iuſſus, condemnationem ſolet præcedere, cui parens reus abſoluitur, non parens condemnatur. l. & ex diuerſo. l. ſi vero. l. qui reſtituere. de rei vind. Idemque in actione confeſſoria, & negatoria, quæ pro ſeruitutibus competunt, aliiſque ſimilibus dicendum eſt. l. harum. ſi ſeruit. vindic. Qui vero contra ſentiunt, in rei vindicatione aiunt nonnunquam arbitrio prætermiſſo rem à poſſeſſore manu militari auferendam eſſe, ideoque eam ex iudicis arbitrio non pendere. Qua in re non ſimplex eorum error mihi eſſe videtur. Nam in primis conſtat in actione, quod metus cauſa, & quibuſdam aliis, plærunque iudicis arbitrium ceſſare. l. arbitrio. §. non tamen de dolo, quas vtique arbitrarias eſſe inter omnes conuenit. Hoc amplius in Publiciano iudicio, aliiſque eiuſdem generis, rem à poſſeſſore auferri non minus quam in rei vindicatione crediderim. Idque Vlpiani verbis ad edictum ſatis perſpicue demonſtratur.

44 *Qui reſtituere iuſſus*, inquit, l. qui reſtituere. *iudici non paret, contendens ſe non poſſe reſtituere, ſi quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo poſſeſſio transfertur, & fructuum duntaxat, omniſq; cauſæ nomine condemnatio fit. Si vero non poteſt reſtituere, ſiquidem dolo fecit, quo minus poſſit, is quantum aduerſarius in litem ſine vlla taxatione in infinitum iurauerit, damnandus eſt. Si vero nõ põt reſtituere, nec dolo fecerit, quo minus poſſit, non pluris quam quanti res eſt, id eſt, quanti aduerſarii interfuit, condemnandus eſt.* Deinde ſubdit: *Hæc ſententia generalis, &c.* Quibus verbis ſignificat, præcedentem ſententiam de executione manu militari facienda, ac de in litem iurando, generalem eſſe, & ad omnes actiones pertinere, ex quibus arbitratu iudicis quid reſtituitur. Cum enim generali verbo vſus fuerit, *Qui reſtituere iuſſus*. merito adiicit, ſe non rei vindicationem modo, ſed & plæraſque alias actiones, quibus ad reſtituendum agitur, complecti voluiſſe. Eodem pertinet, & quod alibi idem Vlpianus ait, *In Publiciana actione, eadem omnia, quæ in rei vindicatione, obſeruanda eſſe.* l. etſi res. §. in publiciana. ff. de publi. Sed & cum Neratius ſcribit, l. fin. eod. tit. *Publicianam actionem non ideo comparatam eſſe, vt res domino auferatur:* an non aperte indicat, ab eo poſſeſſore, qui dominus non eſt, auferri poſſe?

45 De ea autem, qua certo loco promiſſum petitur, maior dubitatio eſt, cum in arbitrium iudicis ob id referri dicatur, quod æſtimatio eius quod intereſt, arbitrio ipſius commiſſa ſit. l. ideo. & l. centum. de eo quod certo loco. Huc accedat, quod Theophilus harum actionum exempla diligentiſſime perſequutus, hanc omnino prætermiſit, id non facturus (vt credibile eſt) ſi ad hunc tractatum eam pertinere intellexiſſet. Idque eo probabilius eſſe videtur, quod ſpeciali vocabulo hæc actio arbitraria à Iureconſultis appellari ſolet. l. 2. & toto fere tit. de eo quod certo loco. l. ſi duo. de conſtitut. pecun. §. loco. Inſtitut. de actio l. vnica. vbi convenia. qui cer. loco. cum hic verbum ARBITRARIA, non actionis, ſed cuiuſdam actionum qualitatis nomen ſit. Sed fortaſſis tutius eſt, hanc à reliquis non ſeparare, quod & Latinorum exemplarium fides id ſuadeat, & ab earum natura, de quibus hic loquimur, aliena non ſit. Poteſt enim (exempli cauſa) huic actioni addictus iudex arbitrari, vt ſatiſdet reus de pecunia ibi ſoluenda, vbi promiſſa eſt: qui ſi dicto audiens fuerit, abſolutionem conſequetur. Et ita Vlpianus diſerte reſpondit. l. quod ſi Epheſi. §. interdum. de eo, quod certo loco. Et huic ſane non abſimilem iudicandi morem apud veteres olim fuiſſe accepi.

46 Nam Athenis iudices primis ſententiis ſtatuebant duntaxat, damnarent reum, an abſoluerent. Deinde interrogato eo, ſi fraus capitalis non eſſet, quam quaſi æſtimationem commeruiſſe ſe maxime fateretur, pœnam, ſiue mulctam irrogabant. Cicero lib. 1. de Orat. Sed & vetuſtiſſimo quoque iure Quiritum, ſi is, qui membrum alicuius ruperat, iudici talionem imperanti non parebat, neque interim cum aduerſario paciſcebatur, æſtimata lite iudex hominem pecuniæ damnabat, vt Sext. Cæcilius Iureconſultus auctor eſt. Gellius lib. 20. Noct. Att. Scopulos iam prætereuecta eſſe videtur inſtituta diſputatio, faciliſque reliquus curſus oſtenditur, niſi forte nos actiones noxales remorentur, quæ aliquando mihi hæc commentanti magnum exhibuerunt negotium: tametſi res admodum expedita, vt nunc quidem ſentio, minimeque obſcura ſit.

47 Et ſane ineptiſſima ſemper hæc quæſtio mihi viſa eſt, An actiones noxales ſint arbitrariæ: quoniam, vt ſupra dixi, hoc

xi, hoc vocabulum non actionis nomen, ſed qualitatis cuiuſdam, certis actionibus inhærentis, ſignificat. §. ſunt autem. Inſtitut. de noxa. actio. Qui igitur quæſtionem hanc proponunt, nihilo ſtultius eos facere iudicandum eſt, quam ſi de actionibus perpetuis, aut temporalibus, pœnalibuſve, aut rei perſequutoriis idem quærerent. Itaque ſic ſtatuo, earum actionum, quæ hic recenſentur, hanc eſſe naturam, vt reus ante ſententiam arbitrio iudicis ſatisfaciens condemnari debeat, ſi modo ſuo nomine conueniatur. Nam ſi ex noxali cauſa, noxæ deditio pro ſatisfactione habenda eſt, exempli loco, actionem quod metus cauſa, & de dolo, quæ arbitrariæ ſunt, non tantum aduerſus aliquem ſuo, ſed & ſerui nomine intendi poſſe conſtat. l. quod diximus. de eo quod met. cauſ. l. ſi olcum. §. fin. de dolo. Quid ergo ſi qua harum actionum noxaliter conuentus ſit dominus, iſque reſtituere iuſſus à iudice, arbitrio non pareat? an noxæ dedendo perinde condemnationem vitabit, ac ſi arbitrio ſatisfaceret? Quæſtionem faciunt verba edicti, d. §. quatenus. *Si res arbitrio iudicis non reſtituatur.* Ad hanc dubitationem eximit Imperator his verbis, ſupplens quod edicto Prætoris omiſſum fuit, *Niſi arbitrio iudicis ſatisfaciat, vel ex noxali cauſa ſeruum dedat.* Vnde ad quæſtionem propoſitam reſpondeo, actiones, quæ in hoc contextu recenſentur, veluti quod metus cauſa, & de dolo, ſiue contra aliquem ſuo nomine, ſiue noxaliter intendantur, arbitrarias eſſe. Furti vero actionem, legis Aquiliæ, iniuriarum, vi bonorum raptorum, quamuis ex noxali cauſa agatur, non eſſe. Et hoc παράδοξον cum non multis ante annis in frequenti hominum doctiſſimorum corona, de iure reſpondendo defenderemus, memini, quendam noſtri ordinis virum ſane acutum, ſed quem φιλονικία plærunque à veri cognitione abduceret, magnopere obluctatum fuiſſe, adeo vt ſponſione facta, tandem coacti fuerimus Anſouinum Medicem Iureconſultum clariſſimum, qui & ei diſputationi præfuerat, eius controuerſiæ honorarium arbitrum eligere.

48 Vt autem ex diuerticulo velut in viam redeamus, facile eſt ex iam dictis colligere, quantum arbitraria iudicia à ſtrictis, & bonæ fidei differant iudiciis. Nam in ſtrictis, cum iudicis poteſtas formulis adſtricta, & tanquam incluſa ſit, liberum ei nõ eſt ante ſententiam quicquam clementius arbitrari, quam formula ipſa præſcribat. in his vero, quæ bonæ fidei ſunt, quia latiſſima iudicis poteſtas eſt, & minime formulis alligata, vt ſupra diximus, poteſt & neglecto arbitrio, ſi ita viſum ei fuerit, protinus ſententiam ferre.

Veluti ſi promiſſor Stichi moram fecerit, & Stichus deceſſerit.

Quoties veræ æſtimationis, aut damni dati, ſiue eius, quod intereſt, probationem difficilem reddit dolus aduerſarij, in hoc iureiurando ſtricta ſint, an bonæ fidei iudicia, nihil intereſt. Quod ſi commune, & iuſtum rei pretium iudici facile probari queat, in his nihilominus iurandum eſt, quibus ad reſtituendum agitur, vt ſupra diximus. Quandoquidem æquum eſt, vt domini arbitrio pretium rei ſtatuatur, quam iuſto pretio non cogitur vendere.

49 Hinc annotant interpretes, In actione ex ſtipulatu, aliiſque ſtrictis actionibus, vt in litem iuretur, duo eſſe neceſſaria. Primum eſt, dolus aduerſarij. Dolum autem accipere debemus ex his Martiani verbis, non, vt ſupra expoſuimus, ſed veluti moram in re danda, tradendave factam, quam dari tradive oportuit. Nam & ceſſationem eam dolum eſſe, aut culpam certe dolo proximam, vulgo dici ſolet. Alex. in l. ſi mora. ſolu. matri. not. in l. quod te. ſi cert. pet. Idem in furto quoque dicendum puto: quia dolo non caret fur, & ſemper moram facere videtur. l. in re furtiua. ff. de condict. furt. In violentia vero illata, non tantum eius rei, quam deberi probatum eſt, æſtimatio actoris iuriurando committi debet, vt in his caſibus, ſed & hoc amplius Zeno reſcripſit. l. ſi quando. C. vnde vi.

50 Si is, qui vim ſuſtinuit, ſingula, quæ perdidit, comprobare non potuerit, probationis loco iuſiurandum ei delatum ſufficere: tametſi alioquin neque teſtimonium vnius ad fidem faciendam valeat. d. l. iuriſiurandi. C. de teſtib. neque in cauſa propria ad teſtimonium dicendum quiſquam admittatur. l. omnibus. eod. tit. Neque adeo multum refert, an exturbando aliquem de fundo, ædibuſve ſuis, an bona eius mobilia abripiendo, an alio modo vim admiſſam eſſe dicamus, vt Fulgoſius, Salicetus, Faber, Panorm. Iaſon, & alij non pauci recte opinantur. Quid enim ſi probabili, & iuſto metu territus, licet non deiectus, è domo ſua quis aufugerit? Quid ſi præpotentis domini, tyrannive iniuriam metuens, aut ab eodem non iure proſcriptus, ſolum vertat? Quid ſi ob eas cauſas abſentis, fugitiuique compilata domus, direptaque bona ſint? Et in huiuſmodi caſibus reſcripto locum eſſe, dubitandum non eſt. Alexand. conſil. 103. in 1. volum. not. in d. l. ſi quando. & in cap. fin. de his, quæ vi met. cum ſit par ratio, & ipſius reſcripti verba ab hac interpretatione non abhorreant. Sunt qui de furto idem quod de vi illata dicendum eſſe cenſeant: in quam ſententiam licet frequentius itum ſit, mihi tamen videtur Zenonis conſtitutio, per quam tot regulis communibus derogatum eſt, d. l. iuriſiurandi. & l. omnibus. non temere ad hunc caſum porrigenda eſſe. Nam licet odio digni fures ſint, delinquunt tamen longe atrocius, qui per vim rapiunt, aut alium poſſeſſione ſua deſpoliant. l. 3. §. in hac actione. vi bono. rapt. Adde, quod cum ab homine vigilantiſſimo furtum præcaueri poſſit, ideoque inter caſus fortuitos non numeretur, niſi à domeſticis admiſſum ſit, aliiſve, quibus erat confidendum, æquius videtur ei ſuccurrendum eſſe, cui vis illata, quam cui res aliqua clam ſurrepta eſt. Sed admonendi ſumus, in quibus caſibus hoc iuſiurandum, vice probationis recipitur, de violentia, aut delicto admiſſo plenam fidem iudici faciendam eſſe. d. l. ſi quando. in ver. patefacta. Vnde legem municipalem, qua cautum eſt, ſi à ſcholaſtico interuerſa res ſit, quantum ad damni dati æſtimationem ipſius iuriiurando ſtandum eſſe, ita accipiendam Barto. ait, ſi furtum admiſſum eſſe iudici probatum fuerit. Porro quod hic de iureiurando dicimus, ſi quis ex delicto alieno conueniatur, locum non obtinere idem Barto. auctor eſt, in l. 1. quando ex facto tuto. Quod & nos verum eſſe ſupra defendimus.

51 Quapropter in hac ſpecie, ſpoliato per vim à latronibus in oppido aliquo forte, aut vico, lege munipali damnum ab incolis reſarciri iubetur: ſi vis illata eſſe oſtenditur, ſed rerum ablatarum quantitas non probatur: prudentioribus placuit, incolas omnino abſoluendos eſſe: licet Iacobus ab Arena, edicto quodam Hadriani apud Calliſtratum relato, l. ne quid. ff. de incen. ruin. & naufra. motus, diſſentiat: quod tamen recte (vt opinor) intellectum, eius ſententiæ ne tantillum quidem ſuffragatur. Præcipitur enim eo edicto, *vt direpta naufragia dominis reſtituant, qui iuxta litora maris poſſident, licet ipſi non diripuerint.* Sed hoc diſerte edicto eodem expreſſum eſt, *vt quicquid probauerint ademptum ſibi naufragio, a poſſeſſoribus recipiant.* Quibus verbis & noſtra confirmatur opinio, & contraria haud dubie ſubuertitur. Sed & quod poſtea ſequitur, quo facilior ſit probatio, *permitti eis adire Præfectos, & apud eos teſtari,* &c. ſic accipe, ne probationis gratia neceſſe ſit, teſtes ad præſidem, de eo negotio cogniturum ducere, qui fortaſſis longe abeſt, permittendum eſſe apud Præfectos teſtari: id eſt, teſtibus productis maleficium admiſſum oſtendere. l. capite quinto. ad leg. Iuliam de adult. Nam & Cicero, literis (inquit) publicis teſtata ſunt omnia: id eſt, quod Græci dicunt μαρτυρηθέντα. Præfectos autem huiuſmodi Præſidibus inferiores fuiſſe, ex Sexto Pomp. liquet, quod eius loci interpretibus non ſatis cognitum fuiſſe videtur.

Quia iudex æſtimare ſine delatione iuriſiurandi non poteſt rem, quæ non extat.

52 Hinc colligitur ab interpretibus, alterum ex his, quæ ad iuſiurandum hoc deferẽdum neceſſaria eſſe diximus, nempe probationis difficultas. Difficultatem autem Barto. ac reliqui fere ſic accipiunt, cum res petita aut periit omnino, vt hic, aut nuſquam comparet. l. cum res. §. penul. de legatis 1. licet ea forte in rerum natura eſſe non deſierit. Enimuero in bonæ fidei iudiciis plærique dolum aduerſarij ſufficere, nec difficultatem huiuſmodi neceſſariam eſſe putant: argumentoque eſſe, quod Vlpianus ſcribit, l. nummis. ſupra eod. *Nummis depoſitis in litem non iurari, niſi de eo quis iuret, quod ſua interfuiſſet, nummos ſibi ſua die redditos eſſe. Quid enim,* inquit, *ſi ſub pœna pecuniam debuit, aut ſub pignore, quod quia pecunia ei depoſita denegata eſt, diſtractum eſt?* Nam pecuniam ſub pignore debitam, pignuſque diſtractum probare, non magni

negotij eſſe videtur. Verum quia in interdicto, *quod vi aut clam,* id, quod intereſt, per iuſiurandum in litem æſtimatur. l. ſemper. §. in hoc. ff. quod vi aut clam. vix eſt, vt ego hanc diſtinctionem inter ſtricta, & bonæ fidei iudicia vſquequaque probem. Quapropter huius nodi diſſoluendi gratia difficultatem παχυμερέστερον hic accipiendum eſſe arbitror, vt cum de eo, quod intereſt, quæritur, cuius probationem difficilem eſſe ſcribit Venuleius. l. fin. de pacto. ſtipula. iuſiurandum in litem iudici deferre liceat. Etenim vbi incertum eſt, quanti actoris interſit, officio iudicis id æſtimari debet, vt recte Barto. ex Vlpia. annotauit. Bart. in l. vnica. C. de ſentent. quæ pro eo, quod intereſt. ar. d. §. in hoc. Quid igitur mirum ſi iudex, cui etiam lex id, quod intereſt, per ſuam ſubtilitatem requirere iubet. d. l. vnica, veritatis eliciendæ gratia iuſiurandum in litem deferat, præſertim cum non niſi præcedente taxatione id fieri ſolitum ſit? Quod dictum tamen non ita accipi velim, quaſi iudex hac iuriſiurãdi delatione omnem probationem deficientem ſuppleat, ſed tunc demum, cum ita factum probatum eſt, vt eius, quod intereſt, æſtimatio iniri queat. Itaque in interdicto, *quod vi aut clam,* ſi ſeruitutes amiſſas eſſe, vſumue fructum interiiſſe. §. in hoc. aut in depoſito. d. l. nummis. propter moram depoſitarij pignus diſtractum eſſe probatum fuerit, quanti ob eam rem interſit, aut officio iudicis, aut per iuſiurandum in litem æſtimabitur. Sin autem quis ob rationes non editas, cautionemue ſurreptam, aut corruptam, ad id, quod intereſt agat, oſtendere debet, ſe, ſi eas rationes, cautionemue habuiſſet, vincere potuiſſe: alioqui iudex id, quod intereſt, æſtimare non poterit. l. quidam tabularum. de fur. l. argentarius. §. cum autem. de edendo. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ quod Martianus hic ſcribit, cum exempli gratia id ab eo dictum eſſe appareat. Atque hinc non recte infertur, extra hunc caſum in litem iurari nullo modo poſſe, ſed vt plurimum id fieri non ſolere, vt ex Paulini Reſponſi fragmento apparet, quod his Martiani verbis attexuit Tribonianus, quodque ego ſic interpretor, quamuis non ſoleat iurari, nonnunquam tamen poſſe, cum videlicet iuſta aliqua cauſa iudicem mouerit. Neque enim ad certos aliquos caſus iudicis poteſtatem alligari cõtendo, quandoquidem iuſiurandum deferre velit necne, in ipſius arbitrio ſitum eſt. Sed nec Zenonis reſcriptum d. l. ſi quando. nos mouet, quo rerum amiſſarum probatio actori remittitur, iudexque ipſius iuſiurandum ſecutus condemnat. Nam id ſpecialiter in eo caſu conſtitutum eſt, tum quia vim illatam hac pœna dignam exiſtimauit Legiſlator, tum etiam quia in his actibus, (qui vt plurimum probari nequeunt,) qualemqualem probationem admitti, æquum eſt. l. conſenſu. C. de repud. l. non omnes. §. à barbaris. de re milit.

53 Vnde ſi pecunia in ſacculo ſignato depoſita ſit, eumque reſignatum depoſitarius reddat, tractari ſolet, an deficiente probatione deponentis iuriiurando ſtandum ſit, ſi pecuniam ex eo ſubtractam eſſe quæratur. Et variæ extant conſultorum opiniones, aliis τὸ ῥητὸν, aliis æquitatem defendere ſatagentibus. Scriptum vrget Anton. Butrig. in dicto cap. fin. quod Zenonis conſtitutione aduerſus eum tantum in litem iurare permittatur, qui vim intulit. Pro æquitate pugnant cæteri, quæ paribus in cauſis paria iura deſiderat, legemque de violentia loquentem, ad hoc grauiſſimum non ſolum furti, ſed etiam perfidiæ crimen trahunt. Quam ſententiam, ſi quidem dolus perfidiaque depoſitarij detegatur, tanquam humaniorem ſequi iudicando ac reſpondendo non dubitarent, idque multo procliuius, ſi apud cauponem, ſiue hoſpitem ponamus rem depoſitam fuiſſe. Cum enim viatores neceſſitate quadam exigente id faciant, tutiore loco res ſuas collocaturi, creſcit perfidiæ crimen, quod tanto ſeuerius eſt vindicandum, quanto communi vtilitati magis contrarium eſt, in huiuſmodi caſu fidem frangere. argu. l. 1. §. 1. ff. depoſi. Merito igitur reprehenſa eſt eorum opinio, qui putabant, res omnes ſacco incluſas cauponi patefaciendas eſſe, neque aliter eum teneri, quam ſingularum rerum recepta cuſtodia. Durum enim atque inhumanum eſt, ad pandendum ſui patrimonij ſecretum quenquam cogi, vt Alexandri, ac Theodoſij reſcriptis continetur. l. 2. C. de aliment. pupil. præſt. l. 2. quando & quibus quar. Adde, quod rem familiarem ſic explicare nonnunquam periculoſum eſt, quod ea re latrones ad ſtruendas viatoribus inſidias, eoſque iugulandos extimulari ſoleant. Nam & Candauli Lydorum regi idem accidiſſe memoriæ proditum eſt, cum eximia pulchritudine vxorem Gygi ſodali nudam demonſtraſſet. Sed quæritur, ſi reſignatus, apertuſque ſaccus reddatur, neque aliis probationibus conuincatur depoſitarij dolus, an idem, quod in ſuperiori caſu, dicendum ſit? Et vulgo receptum eſt, in hoc quoque caſu ſimiliter iurandum eſſe. Quod an verum ſit, dubito. Huiuſmodi namque iureiurando ita demum locum eſſe diximus, ſi maleficium plene probatum fuerit: quod & Bart. parum ſibi conſtans alibi cenſuit. Neque vero talis apertura, aut reſignatio ſola ad arguendum depoſitarij dolum ſufficit. argum. not. in l. neque. C. de probationibus, & in l. non hoc. C. vnde legit. quem perſpicuis indiciis, coniecturiſque probari neceſſe eſt. l. dolum. C. de dolo. Quid enim ſi famulus citra conſcientiam heri, ſignacula remouerit, aut ea (vt fit plerunque) ſui natura deciderint? Nam etſi factum ſuorum præſtet dominus, ſi tamen eo nomine conueniatur, in ea cauſa eſt, vt aduerſus eum in litem iurari non poſſit: quod ſupra à nobis demonſtratum eſt. Sed nec vulgaris regula, qua *Duorum ſpecialium prohibetur concurſus*, patitur, vt in hoc caſu & iuſiurandum legitimæ probationis loco ſuccedat, & dolus ſine euidentioribus argumentis interueniſſe præſumatur. Itaque communem ſententiam ita coarctandam eſſe opinor, cum ex conditione perſonarum, aliiſque coniecturis, depoſitarius in dolo eſſe deprehenditur. Qua in re plurimum iudicis arbitrio tribuendum eſt. Conſequenter tractat Bartol. An poſt hoc iuſiurandum præſtitum iudex vel abſoluere, vel minoris cõdemnare poſſit? quaſi vero hic ſpecies iuriſiurandi quædam ſit, ab eo, de quo ſupra diſputauimus, diſtincta. Et non poſſe reſpondet: cui reliqui omnes paſſim aſſentiuntur, ne hoc iudicis facto detegatur iurantis periurium. Sed hæc ſententia ſatis, ſuperque ante à nobis confutata eſt, quia non Martiani noſtri verbis modo aduerſatur, verumetiam Pauli. l. fin. infra eod. qui quidem ſatis aperte innuit, de periurio eius, qui in litem iurauit, quæri aliquando ſolere. Et quia in axiomatis noſtris ſolenni more defendendis, cum Paulinum id reſponſum interpretaremur, de eo Imperatoris reſcripto controuerſia incidit, quo periurus fuſtibus cædi iubetur, & ei ſuperindici προπετῶς μὴ ὄμνυε. l. ſi duo. §. fin. de iureiur. non inutile forſitan, neque otioſum erit, quid de eorum verborum ſenſu, ex tempore tum reſponderimus, aperire.

54 Igitur ſciendum eſt, hunc morem apud veteres fuiſſe, vt cum de damnato homine ſupplicium ſumerent, in loco ſupplicij conſpicuo ἐπιγραφὴν, ſeu, vt vocant, titulum affigerent, quo breuiter admonitus populus, pœnæ à reo expetitæ cauſam intelligeret, eoque exemplo à ſimili facinore perpetrando cæteri auocarentur. Tranquillus in Fla. Dominitiano, Patremfamilias, inquit, quod Thracem Mirmiloni parem dixerat, canibus obiecit, cum hoc titulo, Impie locutus parmularius. Similem inſcriptionem cruci quoque Seruatoris noſtri Ieſu Chriſti impoſitam fuiſſe in Euangelio Matthæi, ac Lucæ ſcriptum eſt. Sed & ſine ſcriptura quandoque per præconem id factum fuiſſe legimus. l. fuſtibus. C. ex quibus cauſis irrogat. infam. Lampridius in Alexand. Seuer. Clamabat ſæpius, quod à quibuſdam ſiue Iudæis, ſiue Chriſtianis audierat, & tenebat, idque per præconem, cum aliquem emendaret, dici iubebat, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.* Similiter & ei, qui per genium principis iuraſſet, fuſtibus cæſo ſuperindicebatur, προπετῶς μὴ ὄμνυε. vt omnibus innoſceret, eum ob temerarium, petulanſque iuſiurandum plecti. Huius rei meminit & Euſebius lib. 5. Eccleſiaſt. hiſtor. cap. 3.

PAVLVS LIBRO XXVIII. AD EDICTVM.

Alias ſi ex ſtipulatu, vel ex teſtamento agatur, non ſolet in litem iurari.

55 Actio igitur ex teſtamento, ſtricti iudicij eſt, meritoque in numerum bonæ fidei iudiciorum à Iuſtiniano non refertur. §. actionum. de actio. Natura enim bonæ fidei iudiciorum hæc eſt, à reliquis multum diuerſa, vt ad id iudex condemnet, quodcunque ex bono & æquo præſtare oportet, etiam ſi nihil de eo nominatim conuentum ſit, vt ſupra diximus.

mus. Quod in hac actione non obſeruatur. Si enim vt quod ex teſtamento debes, mihi reddas, pecuniam dederim, eam repetere per hanc actionem non potero, licet in bonæ fidei iudiciis contra. l. fin. de condictio. ob turpem cauſ. Item ſi quid ex teſtamento ab hærede certo loco præſtandum ſit, hac actione non poterit alibi peti, ſed arbitraria. l. ſi hæres. de eo, quod certo loco. Quod ſi vendendo, aut locando, vt certo loco quid detur, conuenerit, ex vendito, aut locato ſufficiet. l. in bonæ fidei. eo. tit. Iure enim veteri in bonæ fidei iudiciis, ſi quid iſto modo permiſſum eſſet, quo minus id quocunque loco peteretur, nihil prohibebat. Ex quo apparet, arbitrariam actionem ad id ſupplendum, quod ſtrictis tantum iudiciis deeſt, à Prætore comparatam fuiſſe. At enim, dixerit aliquis, Iudex huic actioni additus, non ſolum ad pecuniam teſtamento relictam condemnat, verumetiam ad vſuras ex tempore moræ. l. in minorum. C. in quibus cauſis. quod bonæ fidei iudiciis peculiare eſt. l. mora. §. in bonæ fidei. de vſuris. Reſpondeo, id commune eſſe huic actioni cum iis iudiciis, in quibus *Ex fide bona*, additur, quia ſpecialiter iure conſtitutum. Neque ideo bonę fidei iudiciis annumeratur, alioqui de actione ex ſtipulatu, omnibuſque ſtrictis actionibus idem dicendum eſſet, in quibus hodie iudex compenſationis rationem habet, ſicut in bonæ fidei iudiciis, quod olim ante Iuſtiniani conſtitutionem non licebat, §. in bonæ fidei. Inſtitut. de actio. Iudicem enim formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, vt inquit Anneus Seneca, & nos ſupra attigimus. Adde quod plæraque iudicia eſſe videmus, in quibus aliquid ex bono & æquuo ſtatuendi poteſtas iudici conceditur, eaque nihilominus ſtricta non bonę fidei eſſe dicuntur. Cuiuſmodi ſunt actio funeraria. l. at ſi quis §. nec actionibus. de religioſis, & ſum. funer. l. non ſolũ. §. iniuriarum. de iniuriis. condictio indebiti. l. hæc condictio. de condictio. indebit. de ſepulchro violato. l. quæſitum. de ſepul. viol. in factum. de deiectis & effuſis. l. ſi vero. §. hæc autem, de his, qui deiece. in factum aduerſus iudicem, qui per imperitiam male iudicauit. l. fin. de extraor. cognit. & aliæ ſimiles actiones, quas vel ex bono & æquo oriri, vel in bonum & æquum conceptas eſſe dicimus. Non enim in his, *Ex bona fide*, eſt additum, quod nomen (vt Scæuola inquit) latiſſime manat, & infinitam prope poteſtatem iudici tribuit, nulliſque aliis finibus, præterquam æquitatis circumſcriptam.

56 Quapropter in funeraria, & aliis eiuſdem generis, ſtante iure veteri, iudex compenſationem non admitteret. Sed nec ea actione hodie quis vti poteſt, ad id repetendum, quod vt pecuniam ſibi debitam reciperet, dedit: ſed condictione ob turpem cauſam experietur, tametſi in actione ex vendito, cæteriſque bonæ fidei, aliud dicendum ſit. Fortius dico, nullam adeo ſtrictam, anguſtamque actionem eſſe, in qua iudex interdum ex bono & æquo quicquam non arbitretur. Id non tantum in actione ex ſtipulatu. d. l. continuus. §. cum ita. ſed etiam ex teſtamento perſpici poteſt. Pone, maritus libertis legauit, ſi ab vxore ſua non receſſerint: cum ea aſſidue proficiſcatur, an ſequi eam liberti debeant, quæritur? Scæuola l. Mæuia. §. vxore. de ann. leg. putat, non poſſe abſolute reſponderi, cum multa oriri poſſint, quæ pro bono ſint æſtimanda: ideoque huiuſmodi varietatem viri boni arbitrio dirimendam eſſe. Itaque eleganter à Caio dictum eſt in l. his. de condit. & demon. In iis, quæ extra teſtamentum incurrunt, id eſt, in caſibus inopinatis, qui à teſtatore non ſunt expreſſi, res ex bono & æquo interpretationem capere. Ex quo annotandum eſt, bonum & æquum, ſeu, vt Ariſtoteles vocat, τὸ ἐπιεικὲς, non ad legum modo interpretationem, verumetiam teſtamentorum, contractuum, aliarumque diſpoſitionum pertinere. Et ita regulã antiqui iuris interpretor qua dictum eſt, l. in omnibus. de reg. iur. In omnibus quidem, maxime tamen in iure, æquitatem ſpectandam eſſe.

FRANCISCI DVARENI IVRIS-
CONSVLTI IN LIB. XXII.
DIGESTORVM TIT. III.
DE PROBATIONIBVS COMMENTARIVS.

De vtilitate huius tractatus. Cap. I.

HIC tractatus, quem aggredimur, longe vtiliſſimus eſt iis, qui in foro verſantur, & iudiciis. Nam omnis quæſtio, quæ inter litigantes mouetur, aut iuris eſt, aut facti. Quæſtio iuris eſt cum conſtat factum eſſe id, de quo lis eſt, ſed quæritur de iure, & ſtatus cauſæ iuridicialis dicitur: & hæ iuris quæſtiones proprie ſunt iuriſconſultorum, & pertinent maxime ad iuris ſcientiam. Alia eſt quæſtio facti, cum non conſtat, an id factum ſit, de quo lis orta eſt: puta, cum vnus dicit, alter inficiatur: conſtitutio huius cauſæ dicitur coniecturalis. Quæſtiones autem facti, proprie ad iuriſconſultos non pertinent, ſed ad oratores potius. Nec veteres iureconſulti ſolebant de his reſpondere. Aquilius Gallus remittebat conſultores ad Ciceronem. Oſtendi lib. 1. diſputat. c. 41. & fuſius in libro quem inſcripſi Scæuolam. Iudicis tamen eſt, de his cognoſcere, & iudicare: latius quippe eſt iudicis, quam iure conſulti officium l. 1. D. de iuriſd. Nec vero quicquam eſt frequentius in iudiciis, quam hæ quæſtiones, in quibus probatio requiritur. Non enim poteſt obtinere is, qui agit, ſine probatione. l. qui accuſare. C. de eden. Hinc illud, non ius deficit, ſed probatio, l. duo ſunt Titii. D. de teſtam. tutel.

Tametſi autem quæſtiones facti recte dicantur non pertinere ad ius: tamen legiſlatoris eſt, præſcribere aliquid de forma, & ratione probãdi. Ciuilis enim ſcientia eſt ἀρχιτεκτονική, vt ait Ari. l. 1. Ethic. quaſi cæteris ſciẽtiis imperet, & dominetur.

Non definiunt leges rationem omnem faciendæ fidei, & probandi, neque id quidem poſſunt: tametſi de ea ratione probandi præſcribunt multa vtilia, ac neceſſaria: Quis probare debeat, quot teſtes ſint neceſſarii, & alia huiuſmodi.

Sed & præcepta quædam continentur libris noſtris, non diſſimilia Rhetorum pręceptionib. ſed horum cognitio magnopere vtilis eſt ac neceſſaria.

De definitione probationis. Cap. II.

INcipiendum eſt à declaratione vocabulorum, quid ſit probatio, item quid præſumptio. Non definiunt Iuriſconſulti, nec etiam opus his eſt definitione dialectica. Recte Galenus ait, non eſſe opus definitione dialectica in initio diſputationis alicuius, cum res aliter declarari, ac intelligi poteſt, ac inſectatur vehementer medicos quoſdam, qui nimis erant ſuperſtitioſi, ac moroſi in definitionibus tradendis. Hoc vitio (quod rite vocat φιλοριστίαν) laborant noſtri interpretes. Si quis enim eorum ſcripta legat de finitione probationis, non poterit non ridere, & admirari eorum ineptias. Si quis mihi non credat, is velim euoluat commentationes cuiuſdam recentioris vulgo noti, quæ ſunt editæ annis ab hinc quatuor, aut quinque. Huius ego mentionẽ facio, quia cæteris habetur elegantior & διδακτικός.

Ad rem, videamus quid ſit probare. Soleo ita definire quo modo poſſum, & vt mihi videtur ſufficere ad declarandum id de quo agitur. Probare, eſt rei controuerſæ teſtibus aut tabulis iudici fidem facere. Qua de re ſcripſi lib. 1. diſput. c. 27.

Huius definitionis verba expendenda ſunt, atq; declaranda. Dixi fidem facere, vt declararem homonymum. Probare interdum ſignificat experiri rem, & tentare, vt probare amicos: habet & alias ſignificationes.

Fidem facere minus habet ambiguitatis, & ſumptum à me eſt ex Quintil. l. 5. vbi idem ait, probationem idem eſſe, quod Græci πίστιν dicant, id eſt, fidem, ſi verbum verbo reddere velis. Dixi rei controuerſæ, quia quæ certa ſunt, ac confeſſa, non requirunt probationem, vt cum aduerſariis reſpondet confitendo in iure, id eſt, in loco in quo ius redditur pro iudicato eſt, quia quodammodo ſua ſententia damnatur. l. 1. de confeſ. De quo mox dicturi ſumus.

Item hoc verbum oſtendit diligenter animaduertendum eſſe, quid controuerſum ſit: & ad hoc maxime reſpiciunt pragmatici in foro Id declarãdum eſt exemplis. Vnum eſt: Quod alienauit libertus dolo, & in fraudem patroni, reuocatur. l. patronus. 6. hic. facit l. 1. §. alienatio. ff. ſi quid in fraud. patro. Duo igitur probanda ſunt, alienatio ſcilicet, dolus ſiue fraus liberti. Qui alterum tantùm probat, nihil agit, cum de vtroque ſit controuerſia.

Aliud eſt exemplum in l. ante omnia. 23. vt ſi agatur hypothecaria actione contra tertium poſſeſſorem, reus ſimpliciter inficiatur. Duo actori probanda ſunt, vnum quod inter agentem & debitorem conuenit, vt res pignori, hypothecæve ſit ſuppoſita: alterũ quod pignoris tempore res ad debitorem pertinuerit. Qui alterum probat, nihil agit, quia de vtroque eſt controuerſia.

Deinde dicitur iudici, quia ſic loquuntur Iuriſconſulti, vt Celſus in l. quinquaginta. 12. hic. Petitor cum duas ſcripturas oſtẽdit, & hæres poſteriorem inanem eſſe dicit, id iudici probare debet. Similis eſt locus apud Imperatorem Anto. l. 1. C. de condict. ob turp. cauſ. ibi, interpoſitam cautionem ob turpem cauſam ei, qui ſuper ea re cogniturus eſt, probaueris, abſolutio ſequetur: & alius apud Imper. Alex. l. 1. C. de reb. alie. non alien. ſi præſidi prouinciæ probatum fuerit. Similis item eſt apud Paulum, ſi filium meum ſe eſſe iudici probauerit, hæres mihi eſto. l. Lucius. ff. de condi. & demonſtrat. Hoc igitur poſui in definitione, primo, quia video Iuriſconſultos ita loqui: ſecundo, quia etymologia huius verbi rectè cognoſci poteſt, qui probat quod intendit, probat iudici, id eſt, facit vt iudici probum id rectumq; videatur. Cic. 6. in Verrem. Non vereor ne hoc officium meum Seruilio iudici non probem. Ac fortaſſis ita ſenſit Placent. apud Accur. tametſi ineptè loquitur in rubr. C. de probat. A probè aduerbio (inquit) probatio dicitur: quia probè facit, qui probat, quod intendit.

Deinde dicitur, teſtibus, aut tabulis. Quoniam omnis probatio his duobus conſtat. Quamuis enim multa ſint probationum genera, tamen quæcunque ſit probatio, ſemper aliquid oportet teſtibus, & fide tabularum probare, iuxta ſententiam Iſidori c. forma. de verb. ſign. in decret. Hic, id eſt, in noſtro titulo generaliter tractatur de probatione, deinde in ſubſequenti, de probatione, quæ fit per teſtes, poſt, de ea quæ fit per inſtrumenta. Ex hac definitione colligitur, iudicem ſequi non debere, quod ſibi verum, rectumq; videtur, ſed quod probatum eſt legitimis modis, teſtibus nimirum, aut inſtrumentis. l. illicitas. §. veritas. D. de offic. præſid.

Latiſſimè tamen patet iudicis arbitrium in hac probatione aſtruenda. Nec quidem ad vnam probationis ſpeciem debet iudex ſtatim alligari, ſed ex animi ſui ſententia ęſtimabit, quid aut credat, aut parum ſibi probatum opinetur. l. 3. D. de teſti. Et iudex quippe motum animi ſui ex argumentis, & teſtimoniis, quæ & rei aptiora, & vero proximiora eſſe compererit, confirmabit, vti tradit Arcadius in l. ob carmen. in fi. D. eo. Hæc de definitione probationis ſatis ſuperque. Ex qua quidẽ intelligi poteſt, quid dicendum ſit de confeſſione. Solet enim quæri, an ſit probatio. Cum quis non inficiatur, ſed confitetur in iudicio, nulla eſt opus probatione, cum probentur ea quæ controuerſa ſunt, atq; incerta: alias non poteſt iudex pronuntiare. Confeſſus autem habetur pro iudicato, & condemnato. l. 1. D. de confeſſ. neque probatio, neq; ſententia neceſſaria eſt. Non probat quidem cõfeſſus, ſed exoneratur probandi neceſſitate. Ergo confeſſio non eſt probatio. Argumento eſt etiam quod titulus de confeſſ. non ponitur in hac parte, ſed alia in parte valde remota ab hoc tractatu de probationibus. Si quis tamen appellare voluerit probationem, quod vim probationis habeat, cum eo nulla eſt mihi contentio, modo id intelligamus per abuſionem: ſed nos de proprietate verborum hic loquimur. Et hæc intelligenda ſunt, cùm reus confitetur in iudicio quod intendit actor: quo caſu nulla requiritur probatio. Aliquando inficiatur reus, quod intendit actor, tamen dicit actor eum confeſſum fuiſſe, & hoc teſtibus, & inſtrumentis probari debet. An probatio ſit, ex iis quæ poſtea dicturi ſumus, manifeſte apparebit hanc nõ eſſe plenam probationem.

De iureiurando ſimilis eſt quæſtio, an ſit probatio. Iurare deferente parte, non eſt fidem facere teſtibus, aut tabulis. Cum enim quis iurat deferente aduerſario, non probat, ſed exoneratur probandi neceſſitate. d. l. eum qui, ff. de iureiur. Perinde eſt ac ſi probatum eſſet, cum iuſiurandum pro veritate habeatur. l. ſed etſi poſſeſſori. §. vlt. eo. Aduerſarius reo volente iurauit ſibi deberi pecuniam, & initum pactum eſt, vt is vincat, qui in iudicio iurauerit. Vim ſanè probationis habet hoc iuſiurandum, cum teſtis ſit atque iudex in cauſa ſua. l. 1. quarum rerum actio non dat. l. vlt. de fideicom. C. Sed abuſiue quidem nos de proprietate loquimur. Abſolutus eſt primus locus diſputationis huius.

C a p. III.

De diuiſione probationis.

DIximus quid ſit probatio. diximus etiam nec confeſſionem aduerſarij, nec iuſiurandum probationem eſſe, ex definitione noſtra. Vtrumque tamen vim probationis habet, facitque ne qui aliquid dicit, probare cogatur: & cum aduerſarius iurauit, altero deferente, nulla eſt neceſſaria probatio. Nec nos mouere debet Quintilianus libr. 5. inſtitut. orat. qui ponit iuſiurandum inter probationum genera. Nam latius accipitur verbum probatio, apud Rhetores, quam apud Iuriſconſultos. Ponunt enim res iudicatas (quas Fabius præiudicia vocat) in numero probationum, item leges ipſas: vocantque probationem, confirmationem eius quod dicimus, ſiue in iure id conſiſtat, ſiue in facto: & in omni ſtatu ſeu conſtitutione, ſiue coniecturali, ſiue iuridiciali, vtuntur probatione. Lis enim nulla eſt, (inquit Quintil.) cui probatione opus non ſit. Et ſane cum de iure quæritur, ſolet diſputari de eo inter litigantes: ac multa afferuntur, vt probetur aliquid iure eſſe factum, aut non eſſe. Nos probationem ita accipimus, quaſi ad conſtitutionem coniecturalem tantum pertineat, cum quæritur de facto, non de iure. Rata ſunt exempla eius probationis quæ ad ius pertineat, apud Iureconſultos noſtros. Sed de hac re poſtea aliquantò plura dicemus, ad l. ab ea parte. hic. Iam ſequitur probationum diuiſio valde vtilis in hac diſputatione. Ariſtoteles quidem, Cice. Quintil. & alii diuidunt probationem in artificialem, & inartificialem: illa ἔντεχνος, hæc ἄτεχνος dicitur, nos artificialem, & inartificialem vulgo dicimus. Atque ita loquitur Quintilian. Ariſtotelem interpretans, lib. 5. cap. 1.

Iam diximus probationem apud eos latius patere, & pertinere etiam ad quæſtiones iuris: apud Iuriſconſultos non itidem. Itaque ab eorum via nonnihil deflectimus & diuidimus probationem, quæ ad factum tantum pertinet, & quæ teſtibus, aut tabulis conſtat. nam ſolam probationem agnoſcimus inartificialem. Eſt apud nos genus, quæ ſpecies apud Rhetores: dicimus igitur probationem aliam directam, aliam obliquam. Directam vocamus, cum idipſum continetur tabulis aut teſtimoniis, quod intendimus, ſiue probare volumus. Exemplum, aio me tibi pecuniam certam credidiſſe, profero inſtrumentum, produco teſtes, qui adfuerunt numerationi. Hæc probatio eſt directa, quia directo probatur ex ipſis inſtrumentis, & teſtimoniis. Et eſt hæc probatio verè ἄτεχνος & inartificialis, & quidem rectius ac verius inartificialis, quam quę à Rhetoribus ita vocatur, quia eſt omnino artis expers, nec vlla opus eſt arte ad fidem faciendam. Obliquam vocamus, cum directo non probatur tabulis aut teſtibus id quod intendimus, ſed id ex eis colligitur argumentando. Et hæc poteſt dici artificialis, quia ex arte cognoſcimus quæ quibus præpoſitis ſint conſequentia, Dialectica videlicet, atq; etiã Rhetorica. Eſt enim Rhetorica Dialecticę ſimilis, & vt Ariſt. ait ἀντίστροφος: vtraq; organum quoddam eſt iuriſprudentiæ noſtræ. De directa nunc plura non ſunt dicenda. Dicendum eſt de ea quam vocamus obliquam & indirectam. Vtimur his verbis demonſtrandi cauſa, quæ ſatis latina ſunt, & ad docendum accommodata. Non enim grata eſt nobis nouatio verborum ſine vtilitate.

C a p. IIII.

De ſubdiuiſione probationis obliquæ, & de ea quæ neceſſaria dicitur.

HVius probationis obliquæ ſcilicet, tria ſunt genera, ſiue gradus quis appellare malit, neceſſaria veriſimilis, & leuis: Quintil. non repugnante vocat. Neceſſaria & certa, cum id quod intendimus, colligitur neceſſario ex inſtrumentis ipſis, aut teſtimoniis. Exempli gratia: ſi peperit mulier, neceſſe eſt, cum viro concubuiſſe. Partus probatur teſtibus.

Alterum.

Alterum autem colligitur, ex ipſis teſtimoniis neceſſario: quia non poteſt non ita eſſe, vt ea mulier quæ peperit, cum viro cum concubuerit. Exemplum eſt igitur huic probationi aptum: ſicuti cum dicimus, qui Athenis fuit certo aliquo die, eodem non fuiſſe Romæ. Si igitur Athenis illo die aliquid feciſſe arguatur, debebit ſuum alibi probare. l. optimam. Cod. de contrahen. & commit. ſtipul. Aliud exemplum Vitruuii de corona aurea, adduxi in lib. quem inſcripſi Scæuola. Aliud exemplum peti poteſt ex Plutarcho, in Alcib. ad reuellendos teſtes illos qui aiebant: Alcibiadem ſtatuas fregiſſe, & hoc illum facientem vidiſſe ſe noctu: ille ait eo tempore nouilunium fuiſſe, noctem illunem & obſcuram fuiſſe, nec potuiſſe videri noctu. Sunt hæc ſigna certa & indubitata quæ Ariſtotel. vocat τεκμήρια. Itaque valet hæc probatio ad condemnationem. l. vltim. Cod. hoc titu. & etiam in criminali iudicio, vt poſtea dicemus.

Cap. V.

De veriſimili probatione.

SEcunda eſt veriſimilis, ſeu credibilis, cum ex tabulis, aut teſtimoniis colligitur, quod intendimus non naturali & neceſſaria, ſed probabili ratione. Hæc diſtinguitur aliquando à probatione, & præſumptio dicitur in rubrica ipſa: præſumere dicitur quaſi prius ſumere: quia id animo, & cogitatione ſumitur, antequam certum aliquid allatum fuerit. Præſumpta opinio dicitur à Quintil. libr. 2. Inſtit. orat. Præſumpta ſuſpicio apud Tacitum ita accipitur. Noſtri dicunt præſumptionem, quod verbum vix reperias apud veteres auctores. Oritur ergo ex ratione aliqua probabili, veriſimili, credibili, non certa, non neceſſaria. Quid autem credibile ſit, aut non ſit, non poteſt in vniuerſum definiri. Quintil. lib. 5. cap. 10. id ex communi intellectu induci ait. Communes ſunt quædam animi conceptiones (quas Græci κοιναὶ ἔννοιαι vocant) inſitæ nobis natura, quæ multum valent ad hoc iudicandum, iuuant etiam plurimum in hac re mores hominum, vſus, experientia, & oportet hominem πολύπειρον eſſe, qui ad hæc iudicanda ſit idoneus. Conferunt Ariſtotelis præcepta in libr. 2. Rhetor. quibus docet, qui ſint hominum mores, quid cuique rei accidat, quid conueniat homini cum quaque re. Proderunt etiam Iuriſconſult. exempla de quibus nunc dicemus. Magis enim vtuntur exemplis, quam præceptis Iuriſconſulti.

Exemplum probationis veriſimilis, ſiue præſumptionis, vnum eſt vulgare de mutatione voluntatis apud Vlpianum in l. eum qui. 22. hic. Voluntas præſumitur non eſſe mutata: ideo qui mutatam dicit, probare debet, & qui heri aliquid voluit, creditur & hodie idem velle, niſi aliud appareat. Poteſt tamen aliter ſe res habere, cum homines ſæpe conſilium ac voluntatem mutent. Homo quippe eſt εὐμετάβολον ζῶον, vt ait Plato in quadam epiſtola: ſed in dubio præſumitur manere in eadem voluntate, & ex præteritis ſolent æſtimari præſentia, inquit Quintilia. libr. 5. cap. 10. Ex communi ſenſu hoc æſtimatur. Ecce cum dubitatur, an Titius aliquid velit, quiſquis intellexerit eum id heri voluiſſe, facilius credet, & hodie velle. Sic dicimus eum qui recte valet, peruenturum eſſe in craſtinum, apud eundem Quintilia. ſic iudicamus, quamuis incertum ſit. Dubitatur an Titius viuat hodie, nemo eſt, qui non ſit propenſus ad credendum eum viuere, vbi intellexerit, eum heri recte valuiſſe. Huic præſumptioni maxime locus eſt, ſi non magnum ſpatium temporis interceſſerit. Non eſt enim facile quemquam ſtatim mutare, ac corrigere quod fecit. l. non ad ea. ff. de condit. & demonſtrat. Poſt longum tempus facilius præſumeretur mutatio. Huc pertinet quod traditum eſt ab Vlpian. in l. fideicommiſſa. §. ſi rem. D. de legat. 3. de teſtatore qui rem alienam legauit: alienauit (inquit) forte coactus neceſſitate: & nihilominus debetur legatario, niſi probetur, ei adimere teſtatorem voluiſſe. Probatio autem mutatæ voluntatis, ab hæredibus eſt exigenda, cum non præſumatur mutata voluntas, niſi probetur. Poteſt autem probari contraria voluntas aliis coniecturis. vt ſi quis teſtamentum poſterius fecerit, non creditur reliquiſſe legatum prioris teſtamenti, ſi nullam fecerit mentionem in poſteriore. Totum enim prius teſtamentum reuocatur ipſo iure & rumpitur. §. poſteriore. Inſtitut. quibus mod. teſtam. infir. Quod eſt intelligendum, niſi aliqua probabilis ſit coniectura non mutatæ voluntatis. Adducit & in hoc exemplum tale Papinianus in l. 3. hic. Quidam fecit teſtamentum, in quo inſtituit hæredem, & fideicommiſſum reliquit homini non capaci, & cui relinqui non poterat, veluti homini cœlibi contra legem Papiam, cuius meminit Iuſtinianus in Inſtitutionibus. Nam cœlebs legatum capere non poteſt ex teſtamento iure veteri. l. 1. Cod. de infir. pœn. cœlib. &c. Itaque hoc legatum fiſcus vendicare poteſt. l. 3. D. de iure fiſci. cum ſit relictum in fraudem legis. Deinde poſterius teſtamentum factum eſt, in quo idem hæres ſcriptus fuit, qui in priori teſtamento: fiſcus petit id, quod relictum fuit contra legem: negat hæres quicquam fuiſſe relictum in fraudem legis: quæritur hic, cui incumbat onus probandi? ait hic probationem mutatæ voluntatis incumbere hæredi. Et rationem adfert, quia ſecreti ſuſcepti ratio plerunque rerum dominis perſuadet, eos ita hæredes ſcribere, quorum fidem elegerunt. In ſecundo enim teſtamento præſumitur teſtator tacuiſſe quod ſecretum eſſe voluit, atque occultum, ne fiſcus id intelligens vindicaret. Et credibile eſt, eundem inſtitutum hæredem quod ſecretum eſt, ſuſcepiſſe, cum eius fides prius electa fuerit.

Aliud exemplum huius præſumptionis eſt ex Celſo in hanc ſpeciem in l. quinquaginta. hic. quidam teſtamento quinquaginta legauit, idem ſcriptum eſt in codicillis poſtea, legatum duplicare voluiſſe creditur. Proinde hæredi probatio incumbit, non voluiſſe duplicare. Coniectura eſt, quia duæ ſcripturæ proferuntur, ideo conſulendum eſt iudicium, ſenſuſque communis. Nemo eſt ſenſu communi præditus, qui non præſumat, prima facie duplicem ſummam legatario deberi, niſi forte hæres contrarium probauerit. Huic aduerſatur Vlpian. albi in l. plane. §. eadem res. C. de legat. 1. Vbi hoc in caſu legatario probationem incumbere aſſerit, non hæred. De hac antinomia quid ſentiam, ſcripſi libr. 1. de iure accreſc. cap. 7.

Aliud exemplum huius præſumptionis ex Modeſtino profertur, de cancellatione inſtrumenti, qua liberatio præſumitur, quamuis non neceſſario conſequatur. l. ſi chirographum. 24. huius tit. Nam caſu aliquo potuit chirographum cancellari, non vt liberetur reus. Sed tamen in dubio creditur in cauſam liberationis id factum: quia ita fieri vt plurimum ſolet. Et quia non eſt firma nec plena probatio, poteſt contrarium probari. Et hoc generale eſt in omnibus huiuſcemodi præſumptionibus, vt qui contra probare velit, debeat apertiſſimas probationes opponere. Vlpianus in l. non veriſimile. D. de eo quod metus cauſa.

Aliud etiam exemplum producitur ex Celſo in hanc formam: quiſque præſumitur hæredibus ſuis conſulere, quoniam hæredes noſtros eodem loco habemus, quo & nos ipſos, vt qui vicem noſtram teneant, noſtram repræſentent perſonam, & per quos nomen noſtrum conſeruetur. leg. 9. hic. l. mortuo. de fide inſtrumen. l. hæres quandocunque D. de acquir. hæredi. Hic ergo ſpectandum eſt quod eſt in hominum more poſitum. Quare ſi quis ſibi paciſcatur, & hæredibus ſuis paciſcitur. Eſtque hæc probatio veriſimilis non plena. Proinde probari poteſt voluntas contraria. coniungenda eſt hæc lex cum l. auus. D. de pact. eadem eſt enim inſcriptio vtriuſque capitis, vbi etiam conſulere hæredi conceſſum eſt contra regulam Pauli, in l. quo tutela. de reg. iur. D. nec tantum hæredi conſulere permittitur, ſed etiam in dubio præſumitur.

Aliud exemplum profert Paul. hoc modo, in l. ſi filius. hoc titu. Filius præſumitur eſſe in poteſtate patris: filius eſt Titii, ergo eſt in poteſtate Titii. Argumentum eſt probabile, licet non neceſſarium. Poteſt enim eſſe emancipatus, vel alio modo à patria liberatus poteſtate. Hoc intendo ex communi intellectu poſſe hanc præſumptionem æſtimari: Si quis cognouerit filium eſſe in patris poteſtate iure Romano, & talem naſci filium quemcunque. Non enim ſui iuris naſcitur, qui patre viuo naſcitur. l. nam ciuium. D. de iis qui ſunt ſui vel alie. iur. Inſtitut. de pat. poteſt. in princip. In re igitur dubia facilius credimus filium eſſe in poteſtate patris, quam emancipatum. Proinde ſi ad libertatem proclamet filius, prior docere iubetur, ſe eſſe patria poteſtate ſolutum.

d.l. ſi filius.& l. liberis.in fin.D. de libe.cau. Eſt & aliud exemplum eiuſdem Celſi in hunc modum: qui pauper eſt hodie, præſumitur & prius pauper fuiſſe, niſi contrarium probetur.l.non eſt neceſſe. hic. Sed an ſit hæc vna cauſa, cur probet magiſtratus, dicam poſtea. Nam plærique contendunt, id non recte colligi ex ea lege, ſed de his loquor, quaſi ex communi ſenſu æſtimentur ſiue lege. Ecce cum dubitatur, an quis fuerit diues duobus aut tribus ab hinc annis, facilius præſumitur fuiſſe diues, ſi etiam modo diues ſit: & facilius inops, ſi nunc inops ſit. Si igitur pupillo magiſtratus fideiuſſorem dederit, qui nunc pauper, & minime ſoluendo ſit, facit pro pupillo præſumptio. Ideo magiſtratus probare debet, fuiſſe ſoluendo eo tempore, quo datus eſt ille fideiuſſor. Non eſt admodum grauis coniectura hæc, ſed tamen coniectura eſt.

Aliud exemplum eſt ex Paulo, in l.cum de indebito.25.hic. Nemo (inquit) præſumitur ſuum donare, & effundere, nec quiſquam tam reſupinus eſt, vt ſuas temere iactet pecunias & indebite effundat. Itaq; agens condictione indebiti probare debet indebitam fuiſſe pecuniam, quam ſoluit. Coniectura hæc oritur ex communi hominum natura, & conſuetudine. Sed de ea plenius infra dicturi ſumus. Aliud extat huc translatum exemplum ab Vlpiano in l.filium.D.de iis qui ſunt ſui vel alieni iuris. Natus eſt ex vxore mea conſtante matrimonio, ergo eſt filius meus, quod tamen non neceſſario colligitur, præſertim in iis ciuitatibus, in quibus multi ſunt ſacerdotes, & monachi. Sed tamen præſumptio ſeu coniectura veriſimilis, & probabilis eſt, ſuadetq; honeſtas matrimonii, vt ita præſumamus, cum præſertim coniecturis plærunq; ſequamur quod honeſtum eſt.l. Quintus Mutius. D. de donat. inter vir.& vxor. l. etiam. C. eod. Ideo cum in controuerſiam venit, vnde ad mulierem quid peruenerit: ex bonis mariti quæſitum eſſe tempore matrimonii æſtimatur, vt videtur turpis quæſtus ſuſpicio.

Aliud exemplum de confeſſione facta extra iudicium abſente parte, non enim eſt plena probatio, nec ſequitur, confeſſus eſt ſe feciſſe, ergo fecit. Miles glorioſus iactat ſe verberaſſe hominem, durum eſſet, huius confeſſionem temere, ac leuiter factam pro plena probatione recipi. Sed tamen magnam inducit præſumptionem. Vnde vulgo dicitur ſemiplena probatio ex conſtitutione pontificia. in cap. vltim. de ſucceſ. ab inteſta.

Cap. VI.

De leui probatione.

Tertium genus probationis eſt, quam leuem dicimus, aut non repugnantem: ſic enim loquitur Fabius Quintilianus lib. 5. quæ nititur leui aliqua ſuſpicione, & opinione. Exemplum apud eundem Quintilia. furtum factum ab eo, qui domi fuit. Et ſimilia quædam hic obſeruamus. Similia apud noſtros reperiuntur argumenta. Vnum hoc eſt Pauli Iuriſconſulti in l. 4. hic. Seruum qui aufugit ab emptore, fugitiuum prius fuiſſe, coniectura eſt hic aliqua pro emptore, ſed leuis, quæ non transfert onus probandi in aduerſarium. Cum dubitatur, an quis fugerit ante annum, aut biennium: facile credemus eum fugiſſe, ſi nunc fugit. Sed leuis eſt, vt dixi, nec eius magna habetur ratio. Ideo nunc fugit fortaſſe, quia nouum dominum ferre non poteſt, cui nondum aſſuetus eſt. Notiſſimum quodque malum, id maxime tolerabile. Aliud exemplum eſt in hoc titu. de profeſſione matris in leg. penultim. hic. irata mater grauida, & à marito repudiata, abſente marito filium enixa eſt, quem ſpurium in actis profeſſa eſt. Antiqui enim liberos ſibi natos profitebantur apud acta. Marcus Philoſophus inſtituit, vt fieret ea profeſſio, auctore Capitolino. Hæc igitur coniectura leuis admodum eſt, cum præſertim repudiata à viro, atque adeo irata proponatur: ſed de profeſſione plenius infra dicemus. Aliud eſt hoc exemplum Scæuolæ in l. qui teſtamentum. hic. Confeſſio, inquit, debiti facta à teſtatore vim habet legati, ſi forte non debebatur.l. Lucius.§. quiſquis. D. de legat. 2. Sed non ſufficit ad probandum debitum, ſi forte capax non ſit legati, vt ſi deportatus, vel cœlebs ſit, qui legatum petere non poteſt, niſi vt ſibi debitum: ideo non ſufficit hoc caſu teſtatoris confeſſio. Ea tamen probationem inducit qualemcunque, ſed leuem, & infirmam, quæ facile leui alia præſumptione eliditur: quia facile præſumitur facta in fraudem legis. Et ſolent homines huiuſmodi confeſſionis prætextu plærumque leges violare.

Aliud eſt exemplum Galleni Imper. ad Iſidorum in l.neque natales. Cod. de probatio. Pater ingenuus, ergo filia ingenua. Leuis eſt hæc probatio: cum nihil prohibeat, & patrem ingenuum eſſe, & filiam ancillam, cum præſertim partus matris conditionem ſequatur.l. partus. Cod.de rei vindic. Facit ad hoc vulgo tritum thema, non probat hoc eſſe, quod quandoque contingit abeſſe. Aliud & ſimile eſt exemplum Imperatoris in l.ad probationem ſeruitutis. Cod. eod. Mater, fraterque ſeruilia fecerunt miniſteria, non propterea ſeruus cenſendus ſum, cum neque ingenuorum conniuentia coniunctis neceſſitudine præiudicet, neque de ſeruis ex eadem matre natis vnus libertatem adipiſci prohibeatur. Eſt & aliud conſimile exemplum Philippi Imper. in l. inſtrumenta.C.eo. *Inſtrumenta domeſtica* (inquit) *ſeu priuata teſtatio, aut annotatio, ſi non aliis quoque adminiculis adiuuentur, ad probationem ſola non ſufficiunt.* Hæc autem æſtimantur arbitrio iudicis, nec poſſunt certa regula definiri. Ideo iudex in eis ſequitur, quod maxime ſibi credibile videtur.l. cum de ætate. 13. hic. leg. 3. D. de teſti.

Cap. VII.

De fama.

Diximus de triplici probatione; veriſimili, neceſſaria, leui; Retulimus multa, & varia exempla ſingularium. De quibuſdam aliis exemplis dubitatur, de quibus nunc dicemus, ac in primis quæritur de fama, an aliqua fides ei ſit habenda, & quanta. Eſt locus communis apud rhetores pro fama, & contra famam. Contra famam dicitur ſermo diſperſus, cui malignitas initium dedit, credulitas incrementum, quod nulli non etiam innocentiſſimo poteſt accidere fraude inimicorum falſa vulgantium. Quintilian.lib. 5.cap.3.& notus Vergilii verſus: Tam ficti prauique tenax, quam nuncia veri. Quare æquum non videtur ob famam hanc quemquam damnari: cum nemo ſit tam innocens, qui poſſit maledicorum hominum ſermones vitare. Cicero pro Lælio, quotus quiſque famam effugere poteſt in tam maledica ciuitate? hæc contra famam fere dicuntur. Pro fama dicitur conſenſus ciuitatis, & publicum teſtimonium. Quintil. lib. 5. cap. 7. Cicero in Topicis vocat multitudinis teſtimonium. Iouis nuntia dicitur ab Homer. Διὸς ἄγγελος. Heſiodus vocat Deam. Æſchines multa huiuſmodi affert pro fama in oratione contra Timarchum. Ex his autem omnibus famæ non omnino fidem habendam, nec eam omnino contemnendam eſſe conſtat. Et poteſt referri ad eam, quam dicimus leuem probationem, ac ſuſpicionem. Huc pertinet quod Vlpian. ait in l.3.D. de teſtibus. Conſentiens fama confirmat rei de qua quæritur, fidem. Cum aliæ ſunt coniecturæ, fama his accedens prodeſt ad confirmandam fidem. Ob ſolam autem famam condemnare aliquem valde iniquum eſt, ac inciuile: hinc illud Dioclet. Vanæ populi voces non ſunt audiendæ. l. decurionum. Co. de pœnis. Nec enim vocibus illis credi oportet, quando aut noxium crimine abſolui, aut innocentem condemnari deſiderant. Proſunt tamen interdum ad illuminandam veritatem, vt verbo vtar Vlpiani in l. de minore.§. tormenta. D. de quæſtio. Nam (inquit) & ex ſermone, & ex eo qua quis conſtantia, qua trepidatione, quid dicit, vel cuius æſtimationis quiſque in ciuitate ſua eſt, ad illuminandam veritatem pertinet. Quaſi dicat, cum aliæ ſunt coniecturæ, ex quibus veritas apparet, ſed obſcurior adhuc eſt fama, & æſtimatio valet ad eam illuminandam, vt ſit clarior, & illuſtrior: hinc ſit, vt interdum excuſetur is, qui famæ fidem habens aliquid fecit: vt ſi mulier audiens maritum deceſſiſſe, alii nupſit, non punitur pœna legis Iuliæ. leg. miles. §. penultim.D. ad leg. Iul. de adult. Nam etſi falſis rumoribus inducta fuit, pœnam non meretur. Non laudatur quidem nec probatur factum eius, quæ nimis credula fuit: ſed excuſatur quaſi aliqua miſeratione digna. Solet enim vulgus facile aſſentiri famæ, & rumori, qui plærunque fallax eſt, fictus & commentitius. Vulgo dicitur: Et partem veri fabula quæque tenet.

De fuga.

Cap. VIII.

De fuga.

ALia quæſtio eſt de fuga, ſi conuentus in iudicio, aut delatus fugerit, an ob id damnari debeat, quaſi tacita ſit quędam confeſſio admiſſi, quod ſane iniquum eſſet, nec id illo iure cautum reperitur: ſuſpicio quidem inde oritur, ſed leuis, ac tenuis: vt quæ per ſe ad condemnationem non ſufficiat. Solet fugere etiam innocentes, quod exitum iudicii reformident, nec immerito: inde illud Alcibia. apud Plutarchum: ἐξὸν φυγεῖν, μὴ ζήτει δίκην, εὐήθη εἶναι τὸν δίκην ἔχοντα, ζητεῖν ἀποφυγὴν ἐξὸν φυγεῖν. id eſt, ſtultum eſſe qui accuſatus, quum liceat fugere, quærat abſolui & liberari. Huius exemplum ſequi debuerant veſtri commilitones, qui nunc ſunt in vinculis. Sed ille Græcus, hi ſunt Galli, & Gallico ingenio. Olim Gallis nihil turpius videbatur, quam fugere. Scribit Deli. lib. 12. variæ hiſtor. exiſtimaſſe eos adeo ignominioſum fugere, vt ne ex ędibus quidem ruentibus, aut ardentibus effugerent. Idem ſcribit Ariſtot. lib. 3. Ethic. & Stob. ſermo. 7. Sed fuga plerunque & honeſta eſt, & ſalutaris, præſertim in bello. Vox iſta turpitudinis aliquid videtur habere, & cedere quidem honeſtius putatur. Cicero in quadam epiſtola ad Brutum: Cedebas Brute, cedebas: quoniam Stoici noſtri exiſtimant turpe eſſe fugere. Et Pontigonius cedens hoſtibus dicebat, non fugio, ſed vtilitatem, quæ retro eſt, perſequor. Idem & in iudicio vſurpatur interdum. Ac ne quis dubitet, quin ob fugam non debeat quis damnari, locus eſt apertus de hac re in iure. l. vnica. C. de rapt. virg. ſi raptor virginis aufugerit, ac poſtea apprehenſus fuerit, poſt legitimas ac iuri cognitas probationes punietur. Conſimile eſt alibi exemplum in auth. vt iud. ſine quoquo ſuffra. §. neceſſitatem. col. 1. qui adminiſtrationem rexit, & faſces depoſuit, debet in prouincia per quinquaginta dies commorari, publice ſe monſtrare, & ab omnibus ſuſcipere conuentiones. Quod ſi ante aufugerit, ac captus ſit, omne quidquid furatus ſit, cauſa cognita reddet. Ex quibus notandum eſt pro conuicto quidem non haberi eum qui aufugit, niſi alia adſit probatio. Alia tamen eſt ratio eorum, qui effracto carcere aufugerunt: quos ait Calliſtratus puniendos eſſe, & ſi innocentes inueniantur ex eo crimine, propter quod impacti ſunt in carcerē. l. in eos. D. de cuſto. & exhib. reor. Nam effractura ipſa per ſe, delictum eſt. Aduerſus eum autem qui aufugit, non effracto carcere, nulla pœna ſtatuta eſt, ſi reperit fores apertas. Peccatum eſt veniale, nec ideo habetur pro conuicto, vt qui fortaſſis fugerit tędio carceris, aut cupiditate libertatis magis, quam conſcientiæ ſceleris alicuius. huc pertinet & illud: Qui fugit cum in carcere, vel ſub cuſtodia eſſet, in numero deſertorum non computatur: quia cuſtodiæ refuga, non militiæ deſertor eſt. Is tamen qui carcere effracto fugerit, capite punietur. l. miles agrum. §. eius fugam. D. de re milit.

Cap. IX.

De præiudiciis.

ALia eſt quæſtio de præiudiciis, id eſt, de rebus ante iudicatis, de quibus docte ſatis edifferit Quintilianus lib. 5. cap. 2. Quæſtio hic proponitur de iudice, qui pronunciauit de facto inter alias perſonas. At certi iuris eſt, res inter alios iudicatas, aliis non præiudicare. l. ſæpe conſtitutum. D. de re iudic. Verbi gratia, ſi iudex pronuntiauit rem quæ mea non eſt, meā eſſe, ſententia non nocebit vero domino, inducit tamen ſuſpicionem aliquam & præſumptionem. l. à ſententia. D. de appell. Et illa ſententia pronior eſt iudex ad me adiuuandum. l. ſi duo patroni. in princ. D. de iureiur. Excipiuntur aliqui caſus, vt ſi quis ingenuus pronunciatus ſit coram contradictore. l. ingenuum. D. de ſtatu homin. Vel ſi ex cauſa de inofficioſo cognouerit iudex, & contra teſtamentum pronuntiauerit pro hærede, oberit hæc ſententia legatariis, fideicommiſſariis, & aliis id genus. l. Papinianus, §. ſi ex cauſa. D. de inoffic. teſta. Dixi plenius in d. l. ſæpe conſtitutum.

Cap. X.

De vi præſumptionum in criminalibus.

ALia eſt quæſtio, an ex præſumptionibus damnari quis poſſit criminali iudicio, & vulgo dici ſolet non poſſe. l. abſentem. D. de pœnis. Non enim æquum eſt, ſuſpicionibus aliquem damnari. l. 1. §. ſed etſi incertum. D. de ventre in poſ. mitten. Conuenit autem inter omnes, poſſe quæſtionem haberi, ſi ſuſpicionibus vrgeatur. l. vlti. D. de quæſtionib. Quod ita accipiendum puto, ſi indicia ſint luce meridiana clariora, & ad fidem indubitata. Nam ex his indiciis plena oritur probatio. l. ſciant cuncti. C. de probat. Indicia voco etiam quæ probabilia ſunt, non neceſſaria: de probabilibus quæ Græci σημεῖα vocant, loquitur lex, non de neceſſariis quę τεκμήρια dicuntur. Nam quæ neceſſaria ſunt, hoc eſt, quæ aliter haberi non poſſunt, vix pertinere ad præcepta artis videntur: & vbi ſignum, ſiue indicium eſt indiſſolubile, ibi ne lis quidem eſt, vt coiiſſe eam cum viro quæ peperit. Conſimilia alia referūtur à Quintiliano lib. 5. cap. 9. Ex quibus emanat ἀπόδειξις, id eſt, euidens & inexpugnabilis probatio. Cæterum concurſus non neceſſariorum indiciorum facit, vt certiſſima & indubitata habeantur, vt in l. ſi qui adulterii. C. de adult. Verbi gratia, adulterii accuſati intentata depulerunt proximitatis obtentu: hi ſi poſtmodum in nuptias ſuas contuberniumque conuenerint, facinus illud in quo fuerunt accuſati, manifeſta fide, atque indiciis euidentibus publicabunt. Euidens probatio dicitur etiam illa, quæ gignitur ex coniecturis. l. ſi quis locuples. D. de manumiſ. teſtam. l. licet Imperator. D. de legat. 1. Quæ enim non proſunt ſingula, multa iuuant. Bart. in d. l. licet Imperator. Confirmat hoc Vlpia. his verbis, in l. 1. §. idem Cornelio. D. de quæſtionib. Vbi non in vnius quidem ſerui quæſtione fides rei conſtituitur, argumentis cauſa examinanda eſt. Idem etiam intendit Imperator Conſtantinus de falſitatis crimine detegendo diſputans, tunc (ait) acerrima fieri debet indago, argumentis, teſtibus ſcripturarum collatione, aliiſque veſtigiis veritatis. l. vbi falſi. C. ad l. Cornel. de falſis. Conſimile eſt, quod alibi tradit Arrius Menander Iuriſconſultus in l. non omnes. §. à barbaris. D. de re milit. Præterea noſtram ſententiam confirmant pręcepta rhetorum Ariſtot. Cice. Quintilia. Item orationes Ciceronis, ex quibus perſpicuum eſt, id olim Romæ vſitatum fuiſſe. Quare multum diſſentio ab iis, qui putant non poſſe quemquam condemnari ex coniecturis quantumlibet vrgentibus. Vnde ait Cicer. lib. 7. in Ver. bonum iudicem non eſſe, qui certa ſuſpicione nō mouetur, veluti homo dicitur occiſus à Titio, illius erat capitalis inimicus, minatus ei fuerat, atque inſidiatus, viſus eſt eodem loco, & tempore perturbatus & iratus cum gladio cruento, fugit metu perterritus, apprehenſus & interrogatus, nihil reſpondit: deprehenſa eſt in eo inconſtantia, trepidatio & alia huiuſmodi. Hæc ſigna euidentia ſunt, & quaſi tacita quędam teſtimonia, vt ait Cicer. in Partitionibus Oratoriis. Non dubitarem hunc carnifici tradere, ſi iudex eſſem.

Cap. XI.

Cui incumbat probandi onus.

DIximus de variis probationum generibus. Sequitur alius locus, in quo quæritur, quis probare debeat. Non enim poteſt iudicium exerceri, niſi vnus probationis onus ſubeat. & ſolent de eo magnæ eſſe contentiones. §. retinendæ. Inſtitut. de interdict. Nam eo non probante, cui id onus incumbit, vincit aduerſarius. Ergo definiendum eſt aliquid de hac re, & quædam traduntur regulæ à Iureconſultis noſtris, quas nunc explicabimus. Prima eſt in l. 2. hoc tit. ei qui dicit non qui negat, probatio incumbit. Quod eſt accipiendum, ſiue ſit actor, ſiue reus: nam reus non ſemper negat, atque inficiatur, ſed interdum aliquid dicit pro defenſione ſua. Et cum vnus tantum dicit, res eſt expedita, aut cum nihil eſt controuerſum, niſi quod vnus dicit. Exempli gratia, aio me tibi pecuniam crediſſe, negas ſimpliciter, mihi tantum incumbit probatio, cum ſolus dicam, & affirmem. Aliud exemplum: Pecuniam tibi certam credidi: fateris, ſed te ſoluiſſe ais. Vterque aliquid dicit, ſed quod dicit alter, non eſt cōtrouerſum. Probandum erit ergo id tantum, quod reus dicit, & eius eſt probare, quia dicit. Aliud exemplum: Pecuniam tibi credidi, fateor (inquis) ſed pactus es, ne petas: verum eſt (inquam) ſed metu compulſus, aut dolo inductus: nihil eſt hic probandum niſi metus, aut dolus. Et probabit actor, quia dicit replicando. In his quæſtionibus nulla eſt difficultas cum vnus tantum dicit, aut cum id tantum eſt controuerſum, quod vnus dicit. ſed

plærunque accidit, vt vterque dicat, atque ideo probare debeat, quia dictum vtriuſq; eſt controuerſum. Transfugiſti ad hoſtes, non transfugi, ſed ab hoſtibus captus & remiſſus ſum: vterque dicit, & probare debet. l. omnes. § à Barbaris. D. de re milit. Item difficile eſt plærunque diſcernere, vter dicat, & vter negat: videturque interdum eſſe negatio, quæ affirmationem habet, aut contra. Inde naſcuntur magnæ difficultates, & perplexitates, ſed pro declaratione huius rei referemus exempla, quibus hic vtuntur Iuriſconſulti, & ex ea explicabimus. Vnum eſt Papiniani in l. 1. hic. Cum quæritur an gentem, ſiue gentilitatem quis habeat, an genus tantum: & qui hoc allegat probare debet. Genus autem dicitur eorum, qui eiuſdem nominis ſunt, familiæ, agnationis, & qui ab ingenuis oriundi ſunt. De quibus Cicero multis in locis agit, in Topic. & lib. 1. de Ora. & ad Heren. lib. 1. cap. 26. Vnde videntur gentiles homines dici noſtro tempore. Sic accipitur in lege decemuirali. l. pronuntiatio. D. de verborum ſignificatio. Ex lege 12. Tabul. agnatis, & gentilibus defuncti hæreditas defertur. Genus vero latius accipitur, & pertinet non tantum ad agnatos, ſed etiam ad cognatos, ſed hæc differentia confunditur ſæpe, & vnum pro altero in iure vſurpatur, ſed nihil refert in hac diſputatione. Hoc autem eſt accipiendum, cum is allegat gentem, aut genus, vt Papiniani verba oſtendunt, forte petit hæreditatem, & dicit ſe gentilem eſſe. Sufficiant hæc de expoſitione legis primæ tituli noſtri.

Aliud exemplum eſt Diocle. & Max. Imperat. in l. cum te. Cod. de probat. de minoris ætatis probatione, quæ incumbit ei, qui dicit, ſiue agendo, ſiue excipiendo. l. ſi minorem. C. de in integr. reſtit. Aliud eſt exemplum Pauli de actione redhibitoria in l. 4. hic. Cuius interpretatio, & intellectus peti poteſt ex Vlpiano Iuriſconſulto quis ſit fugitiuus, diffiniente in l. quis ſit fugitiuus. D. de ædilitio edict. Cauſa actionis redhibitoriæ eſt, quia vendidit quis ſeruum fugitiuum, probatio incumbit actori, idem iudicatur de patrono qui reuocare vult, quod eſt alienatum à liberto ſuo: duo dicit, nempe alienatum eſſe, & in fraudem ſuam alienatum, vtrumque probare debet patronus. l. patronus. 6. hic. Conſimile eſt, quod Martianus de actione hypothecaria ſcripſit in l. ante omnia, hic. Cui non eſſe locum ait, niſi duo probata ſint: nempe rem obligatam eſſe, & tempore obligationis fuiſſe eius, qui eam obligauit. De eo qui excipit, aut replicat, exempla ſunt clara, & varia in hoc tractatu. Nec dubium eſt, quin Paulus aſſerens, eius eſſe probare, qui dicit, in l. 2. hic. ſenſerit etiam de exceptione: quia loquitur generaliter. Argumento vel illud eſt, quod ſcriptum id eſt in tractatu de exceptione, vt inſcriptio oſtendit. lib. 69. ad edictum. Qui igitur aliquid dicit, ſiue agat, ſiue excipiat, probare debet quod dicit, cum reus excipiendo actoris partibus fungatur. l. 2. & l. in exceptionibus. hic. l. 1. C. eod. Aliud exemplum hoc eſt, ſi teſtator ſciens rem alienam legarit, eam hæres præſtare legatario debet, ſecus ſi ignorans. l. ſi res. D. de legatis 1. Legatarius contendit fundum quempiam ſibi eſſe legatum, hæres dicit eſſe alienum, & ignorantem teſtatorem eum legaſſe: vtrius erit probare, teſtatorem ſcientem alienum fundum legaſſe? Martianus reſpondit, legatario id probandi onus incumbere, in l. verius, hic.

Aliud eſt exemplum Vlpiani in hoc titulo de mutatione voluntatis in l. eum qui. 22. hic. non præſumitur voluntas mutata, vt ſupra dixi. Proinde qui aliquid voluit, & præſumitur nunc velle, niſi probetur voluntatem mutaſſe. Aliud exemplum eſt Celſi in 12. cap. hic. Legata ſunt bis quinquaginta, teſtamento, & codicillis. Legatarius ait, ſibi centum eſſe legata, nempe quinquaginta ex teſtamento, totidemque codicillis: hæres fatetur hoc legatum fuiſſe, ſed contendit alterum legatum inane eſſe, & teſtatorem repetiiſſe in codicillis illa quinquaginta, quod oblitus fuerat, ſe quinquaginta in teſtaměto reliquiſſe, & alteram ſcripturam inanem eſſe ait. Quod quidem probare debet hæres: cum iure fauorabiliores ſint legatarii, quam hæredes: atque ideo mutatæ voluntatis probatio ab hæredibus exigenda ſit. l. fideicommiſſa. §. ſi rem ſuam. D. de legat. 3. Aliud exemplum eſt eiuſdem Celſi in cap. 17. huius titu. Cuius ſpecies hæc eſt: Legatarius dicit, aio centum mihi legata eſſe, hæres ſic excipit, at locus eſt Falcidiæ, quia legata excedunt dodrantem, probare debet hæres quod intendit.

Aliud eſt exemplum Pauli in 5. cap. hic, cuius hæc eſt ſpecies: accuſas me facinoris alicuius, puta falſi, dico te prohibitum eſſe ſpecialiter accuſare: quia ſcilicet miles ſis aut infamis, aut filius, aut libertus meus es, vel mulier, vel pupillus, vel propter alias cauſas, de quibus egit Marcellus in l. qui accuſare. D. de accu. Si id neges, debeo probare, non ius, ſed factum ipſum, quod allego: ius quippe certum eſt, & notum, vnde nec probationem requirit. l. 2. Cod. de iuris & fact. igno. Ideo vix defendi poteſt vulgaris opinio interpretum, qui dicunt negationem iuris hic eſſe. Iam dixi ſupra, probationem apud Iuriſconſultos noſtros referri ad ſtatum coniecturalem, quamuis Rhetores latius accipiant. In hac igitur ſpecie reus ait prohibitum eſſe ſpecialiter, quia generaliter permittitur cuiuis ex populo accuſare. Inſtit. de pub. iud. in princip.

Aliud eſt exemplum de emancipatione, quod poſtea declarabitur, cum de negante diſſeremus. Dixi probationem eius eſſe qui dicit, ſiue agendo, ſiue excipiendo, & id demonſtrari variis exemplis. Addendum eſt aliud exemplum ex Imp. Dioc. & Max. in l. ſiue poſſidetis. Cod. hoc tit. Duplex proponitur ſpecies, prior nullam habet difficultatem. Emancipatus agit aduerſus fratrem, eundemq; poſſeſſorem: contenditque ſibi à patre prædium eſſe donatum: dubium non eſt quin donatum probare debeat. Altera ſpecies, cum emancipatus poſſidet donatum prædium, & ait lex, eum adhuc probare debere. idque ſecundum regulam, quia dicit hęres agens petitione hæreditatis, ita loquitur: Sum hæres patris, cuius tu fundum poſſides, tu illum mihi reſtitue: emancipatus ſic reſpondet fateor, ſed mihi à patre donatus fuit. hic probat donatum reus, quia id dicit ſcilicet excipiendo: regula igitur noſtra, ei qui dicit, &c. intelligenda eſt, niſi præſumptio iuris transferat onus probandi in aduerſarium. Exemplum eſt in l. ſi chirographum. hic. Creditor petit pecuniam ſibi debitam ex mutuo, fatetur reus, ſed ſe ſoluiſſe contendit, in cuius rei probationem profert chirographum cancellatum, quod non ſufficit ad probationem: ſed tamen nulla alia probatio exigitur ab eo, propter præſumptionem iuris: nec ideo tamen abſoluitur, ſed datur facultas actori contrarium probandi, caſu ſcilicet aliquo deletum eſſe, aut cancellatum, aut ab alio, quam à ſe eſſe deletum, & cancellatum. Sic eliditur præſumptio certiore probatione, illa tamen iuris præſumptio transfert onus probandi in actorem. Eadem eſt ratio huius exempli: metu illato me coegeſti rem meã dare, ſic ait actor, cui reus: ſed ſponte dediſti, nulla coactus neceſſitate, in vrbe inquam dediſti, vbi erant magiſtratus quos adire, & inuocare potuiſti, quo vtque te vim pati prohiberent. Reus quidem non probat, propter præſumptionem, ſed actor potius, qui huiuſmodi præſumptioni debet apertiſſimas probationes violentiæ opponere. l. vltim. in princip. D. de eo quod met. cauſ. Abſque hac præſumptione dubitari poteſt, vter debeat probare, nam vterque aliquid dicit, de quo poſtea dicetur. Sed vtcunque ſit, manifeſtior probatio exigitur ab actore, propter præſumptionem qua iuuatur reus. Huc pertinet etiam, quod de condictione indebiti dicitur, vter probare debeat: actor intendit, ſe indebitum ſoluiſſe, reus contra, debitum fuiſſe. Vterque hic dicit aliquid, vnde naſcitur difficultas. Ego ſolui indebitum (inquit actor) iure debitum recepi (ait reus) vterque probare poteſt, quod dicit. Cum occurrit talis ſpecies, ſequimur quod æquius videtur, ita tamen vt reo magis faueamus, cum præſertim nemo tam reſupinus ſit, vt ſua temere iactet, & effundat. c. quia veriſimile. de præſumptio. extra. l. cum de indebito. hic. Igitur Paulus in d. l. cum de indebito. ait, actorem probare, niſi aliqua euidens ratio, & æquitas ſuadeat contrarium. veluti cum reus negauit ſolutum, & conuictus eſt mendacii, vel ſi actoris ea ſit perſona, vt veriſimile ſit, eum indebitum ſoluiſſe, puta ſi minor, miles, ruſticus, mulier, &c. Hoc caſu reus ſubit onus probandi, & præſumptio cedit præſumptioni, debitor ſcilicet fortiori & efficatiori. Sed quid ni probet, dixerit aliquis, cum reus debeat probare ſuam exceptionem? Non poteſt dici mera exceptio hæc eſſe, quia vtrumque dicit actor, & ſolutum, & indebitum. Sed modo probat reus, modo actor, prout æquum

videbitur, ex omnibus negotii circumſtantiis: ſi enim pupillus totam ſolutam pecuniam indebitam fuiſſe dicat, debitam probare debebit reus: ſi minus, partem tantum indebitam ſolutam eſſe profiteatur, veluti cum tibi deberem centum, ducenta ſolui: peto igitur mihi centum reddi, vt indebita: Paulus ait, actorem in hoc caſu cuiuſcunque qualitatis, ſiue ætatis fuerit, probare debere. Magna quippe præſumptio eſt contra eum qui fatetur ſe partem debuiſſe: addit, id etiam dicendum eſſe, ſi actor fateatur ab initio debitum fuiſſe quod ſoluit, ſed obligationem fuiſſe ſublatam contendat ſolutione, vel pacto de non petendo. *Debita*: in Pandectis Florentinis legitur debita, in aliis indebita. Ego lectionem P. Flor. probo, & ſequor. Senſus eſt: tutus exceptione pacti ſi conueniatur à creditore, eam probare debet: item reus conuentus qui allegat, ſe ſoluiſſe debitum, probare debet ſolutionem. Mirum igitur non eſt, ſi repetens ſolutum probare debeat, ſublatam fuiſſe obligationem ſolutione, vel pacto de non petendo. *In omnibus autem, &c.* Is cui incumbit probatio, iuſiurandum aduerſario deferre poteſt, de quo alibi diſputaui ad l. manifeſtæ turpitudinis. D. de iureiur. Quamuis quidam diſſentiant ſecundum regulam l. qui accuſare. Cod. de eden. Sed ea eſt accipienda cum exceptione, niſi iuſiurandum detulerit ex edicto prætoris. l. iuſiurandum. §. ait prætor. dicto titu. de iureiuran. Sed quia id plene declaraui, non nunc repetam: quæ de cautione ſequuntur pertinent ad titu. de fide inſtrumen. de quibus ibi dicemus. Ex iam dictis apparet, præſumptionem iuris multum valere, ad exonerandum aliquem probatione, vt quæ probandi onus in aduerſarium transferat, hoc eſt, non eam quidem vim habet, vt ex ea ſtatim quis abſoluatur, cum eius contrarium probari poſſit, niſi forte aliud iure conſtitutum ſit, vt ſi maior quantitas fuerit deſcripta inuentario publice confecto ex confeſſione tutoris vel curatoris, nihil aliud eſt inſpiciendum, quam quod inſcriptum eſt, ſed ſecundum vires eiuſdem ſcripturæ patrimonium pupilli, vel adulti exigitur. Neque enim ſic homo ſimplex, imò magis ſtultus inuenitur, vt in publico inuentario ſcribi aliquid contra ſe patiatur, ideo non admittitur contraria probatio, leg. vltim. Codic. arbitri. tutel. Ius hoc certum eſt, fundatum in coniectura & conſuetudine. Hæc enim communis eſt hominum natura & conſuetudo, vt ſua non temere iactent, & ad ea ſolet adaptari ius, quæ & frequenter & facile, non quæ caſu aliquo accidunt. l. ex iis. & l. nam ad ea. D. de legib. Hanc præſumptionem vulgus doctorum vocat præſumptionem iuris, & de iure, inepte & barbare, quæ nimirum in ſe habeat aliquid iuſtitiæ, & à iure conſtituta, ac introducta eſt, contra quam non admittitur probatio. dict. l. vltim. C. arbit. tutel. ſecus de præſumptione iuris tantum, contra quam admittitur probatio. Non idem eſt dicendum de fictione iuris, quæ multum differt à præſumptione iuris: nam contra fictionem iuris non permittitur probatio, vt lex fingit, eum qui ab hoſtibus captus eſt, deceſſiſſe ab eo tempore quo captus fuit. §. ſi ab hoſtibus. Inſtit. quib. mod. ius pat. poteſta. ſol. Et præſumptioni quidem locus eſt in incertis, fictioni in certis. l. continuus. §. cum ita. D. de verb. oblig.

Cap. XII.

Quando actori atque etiam reo incumbat probatio, & quando is qui negat probare debeat.

DIximus in vltima quæſtione, ei qui dicit in iudicio incumbere onus probationis. Docuimus quomodo ea regula accipienda ſit: ſequitur altera, qua dicitur probationem non incumbere ei, qui negat. l. 2. hic. l. fruſtra. & l. actor. Cod. eod. cuius rei ratio hæc redditur: quia per rerum naturam factum negantis nulla probatio eſt. Siquidem teſtis nullam certam poteſt afferre rationem, quæ iudicem adducat ad credendum quid non eſſe factum. Exempli gratia, aio me tibi certam pecuniam credidiſſe, inficiatis ſimpliciter, quid dicet teſtis, quo mouere poſſit iudicem ad credendum, non eſſe à me tibi pecuniam creditam? dicet ſe non adfuiſſe, cum tibi numerarem: at hoc non ſufficiet, cum teſte illo abſente, potuerit pecunia à me tibi numerari, idque natura ipſa notum eſt, & iudicatur ex ſenſu communi. Idem clarum reddunt Diocletianus & Maxi. Impp. in l. aſſeueratio. Cod. de non nume. pecu. Cum quid affirmatur, facilis eſt probatio per rerum naturam: & teſti facile eſt, rationem reddere quæ iudicem moueat ad credendum. Simile eſt quadantenus quod ait Cicero in partit. orat. Nemo (inquit) eius quod negat factum, rationem aut poteſt, aut debet, aut ſolet reddere. At cum quis factum fatetur, poteſt rationem reddere, cum id iure fecerit. Oreſtes fatetur ſe occidiſſe matrem, ſed ait ſe iure feciſſe: quoniam (inquit) patrem meum illa occiderat. hoc habetur apud Ciceronem libr. 1. Rheto. ad Herennium, ad fin. Sed ſi ponamus Oreſtem inficiari, quod ei obiicitur, an rationem afferet, qua probet ſe id non feciſſe? minime quidem: quia id per rerum naturam fieri non poteſt, vt dixi. Hinc illud vulgare apud Accur. Plus credi duobus affirmantibus, quam mille negantibus. Et hoc eſt intelligendum de ſimplici negatione. Nam plerunque affirmatio eſt, quæ videtur negatio eſſe: & an ſit affirmatio, an negatio, magis ex re ipſa quam ex verborum conceptione apparet. l. inter ſtipulantem. de verb. oblig. l. ſi prius. D. de operis noui nunt. Quod quidem facilius intelligi poteſt, quam declarari. Exemplum eſt ad hoc clarum Pauli Iuriſconſulti in 8. cap. titu. huius: aio, te in poteſtate mea eſſe, quia filius meus es, ego (inquit reus) in tua poteſtate non ſum, ſed mei iuris, & emancipatus. Affirmatio hic quædam eſt, quæ probari poteſt per rerum naturam, & incumbit probatio filio, & id quidem conuenit pietati quam debet patri. Item præſumptio eſt pro patre, cum filius fateatur, ſe filium eius eſſe. Conſimile eſt illud Martiani in l. verius. 21. hic. teſtator ſciens legauit rem alienam, imo (reſpondet reus) ignorans legauit, hic vterque dicit aliquid, & poteſt vterque probare, ſed in dubio probare debet is qui agit: magis enim fauendum eſt reo, quam actori. l. fauorabiliores. ff. de reg. iur. l. Arrianus. D. de oblig. & action. Simile eſt etiam illud exemplum, quod ſupra de mutatione voluntatis attuli, aio mihi fundum legatum, (at reſpondes) mutata eſt voluntas, imo (replico) manſit eadem voluntas: in hac ſpecie vterque aliquid dicit, quod per rerum naturam probari poſſit, ſed reus probare debet mutationem voluntatis: quia præſumptio iuris eſt pro legatario, vt ſupra demonſtraui. Aliud exemplum eſt in l. non omnes. §. à Barbaris. D. de re iudic. tu es transfuga, imo ego captus ab hoſtibus fui: vtrumque poteſt probari, ſed hoc iudicari poteſt ex coniecturis: ſi autem deficiant coniecturæ, in dubio videtur eſſe fauendum reo, vt iam dixi. Aliud pariter exemplum eſt Pauli in cap. 5. huius titu. aio me emancipatum eſſe, &c. At non fuit iure facta emancipatio, non enim fuit facta coram iudice. §. præterea. Inſtitut. quib. modis ius patriæ poteſt. ſol. Hic affirmatio quædam eſt: imo etiam ſi quis dicat, nego emancipationem iure factam, nego ita eſſe, id eſt, dico ita non eſſe, apud Cicer. & alios. Cicer. de Amicitia, negat quemquam eſſe virum bonum, niſi ſapientem. Inde negatoria actio dicta eſt. l. 2. D. ſi ſeruit. vindi. §. æque. Inſtitut. de actio: Aio, tibi ius non eſſe, vtendi, fruendi, eundi, agendi, &c. Hic eſt quædam affirmatio, ſed etiam negatio dicitur, & negatoria, vt opponatur alteri actioni, qua quis ſibi aſſerit deberi ſeruitutem. Res igitur hic magis ſpectanda eſt, quam verborum conceptio. Simile eſt exemplum Imper. Dioclet. & Maxim. in leg. nec codicillos. C. de codicil. Cuius hæc eſt ſpecies: peto legatum ex codicillis, hæres negat & contendit, codicillos non eſſe iure factos ab eo, qui furioſus eſſet & non ſanæ mentis: hæredi incumbit probatio. eſt enim affirmatio quædam, quæ ſpeciem habet negationis. Extat & aliud exemplum Vlpiani in edicto de ventre inſpiciendo. l. 1. D. de ventre inſpic. qui dicit mulierem non eſſe prægnantem, ſpeciem habet negationis: cum tamen inſit quædam affirmatio, quæ probari poteſt. Nam qui dicit prægnantem non eſſe, vacuo ventre eſſe dicit, quod vt probet, obſtetrices ſolet adhibere. Simile eſt cum dicitur vulnus lethale non eſſe & ſanari poſſe. Simile exemplum eſt in l. cum de lege. 17. hic. legatarius petit legatum ex teſtamento, hæres ait tantum in bonis defuncti non eſſe, quantum legatum eſt detracta Falcidia, debet hæres quod intendit probare. Quod tametſi ſpeciem negationis habet, tamen reuera affirmatio eſt, quæ probatur. Alia poſſent adduci exempla, ſed his intellectis non difficile erit de cæteris iudicare. Cum autem mera negatio facti eſt, recte dicitur eam non

poſſe probari, ſaltem directa probatione. Hoc ideo adieci, quia qui negat, quid à ſe factum eſſe, poteſt purgari coniecturis & argumentis: hoc eſt, poteſt reus, quod ſibi obiicitur, diluere coniecturis. Quod faciunt Cice. Demoſthen. & alii oratores, reos defendentes. Cice. pro Roſcio multis argumentis oſtendit non eſſe veriſimile Roſcium occidiſſe matrem: ad hoc multa quidem affert argumenta, & inter cætera hoc vtitur, quod vulgare eſt, ſi quis probet ſe alibi fuiſſe, probare ſuum alibi debet. l. optimam. Cod. de contrah. & commit. ſtipul. Quæ probatio eſt efficaciſſima: nam qui certo die fuit Athenis, non potuit eodem die Romæ hominem occidere. Id igitur quod dicit reus, probat: deinde ex eo colligitur id, quod negatur. Non diſſimilis eſt Alcibiadis obiectio aduerſus teſtes, de qua diximus: nox erat obſcura, & illunis: nempe in nouilunio: proinde non potuiſſe videre teſtes, quis ſtatuas fregerit. Et hæc de reo ſimpliciter negante. Quid ſi actio ipſa, vel exceptio contineat in ſe negationem, hoc eſt, ſi actor agendo aliquid neget, an hoc caſu ei incumbit probatio, vel ei qui excipiendo negat? id ſane exemplis declarandum eſt. Vnum eſt Pauli de mera negatione in hunc ſenſum in l. in illa ſtipulatione. D. de verbor. obligat. Si calendis Stichum non dederis, decem dabis? poſt calendas decem à te peto: ratio eſt, quia non ſoluiſti Stichum calendis. Puto ſequendam eſſe regulam, ne probet is, qui negat. Eſt enim mera negatio quam probare non poteſt actor, incumbit ergo probatio reo qui dicit. Ait enim ſe Stichum dediſſe, & ita interpretari debemus quibuſcunque verbis vtatur. Simile eſt exemplum Vlpiani de pœna iudicio ſiſtendi cauſa promiſſa, in l. 2. D. ſi quis caution. pœnam promiſiſti, ſi iudicio non ſiſteres, iudicio non ſtitiſti, pœnam ergo, &c. Simile exemplum eſt & illud Iuſtinian. in leg. 2. Cod. de iure emphyteut. Aio caducam eſſe emphyteuſim, quia canonem non ſoluiſti, videtur mihi incumbere probationem, quod tamen mera eſt negatio, quæ probari non poteſt. Emphyteuta enim intelligitur dicere ſe ſoluiſſe. Aliud exemplum in exceptione non numeratæ pecu. Poſſunt aliæ exceptiones addi, ac diſtinctiones, ſed facile colligi poſſunt ex iam dictis. Diximus eum qui negat, probare non debere, &c. etiam ſi neget, aliquid agendo vel excipiendo: tu non dediſti Stichum, tu non ſoluiſti penſionem, tu non ſtitiſti in iudicio: intentio hæc continet quandam negationem, quam reus diluere adnititur affirmatione ei contraria, vt cui nimirum reſpondeat reus ſe Stichum dediſſe, penſionem ſoluiſſe, iudicio ſtitiſſe: itaque probare debet reus non actor ſecundum regulam: plærique tamen diſſentiunt, & Bartolus regulam hanc facit: quoties negatio (inquit) cauſſa eſt intentionis, actor eam probare debet, id colligit ex leg. hoc iure. D. de verbor. obligat. Si Titius ante calendas non venerit, decem dare ſpondes? non ante agere poſſum, quam exploratum fuerit, eum ante calend. non veniſſe, aut non poſſe venire, quia ſcilicet mortuus ſit. Idem dicitur in leg. ita ſtipulatus. §. quod ſi ab initio. eod. ſed profecto locus ille non pertinet ad probationem, ſed oſtendit Iuriſconſultus quando poſſit agi, non autem quis debeat probare. cum ergo quæritur in lege, hoc iure. de verborum obligationib. vter probare debeat, id iudicandum eſt ex iis quæ iam docuimus.

Diximus omnino id definiri non poſſe, ſed committi arbitrio iudicis: debetque bonus & prudens iudex inſpicere, quid iuſtius & æquius ſit ex negotii circumſtantiis. In dubio tamen ſequenda eſt regula, quæ magna ratione & æquitate nititur. Abſurdum ſane eſt cogere actorem ad id probandum, quod probare non poteſt. In ſpecie l. hoc iure. videtur durum, vt imponatur reo onus probandi, quod Titius in Italiam venerit ante calend. quia hoc factum perſonam eius non reſpicit, nec ad eum pertinet. in l. in illa. facilius hoc admittitur, quia is ipſe cum quo agitur, decem dare debet, ſed tamen puto idem dicendum in vtraque ſpecie, ſi Titius non venerit, &c. Si fatetur reus ita contractam à ſe ſtipulationem, recte dicitur, id factum ad ipſum pertinere. Videturque hoc actum eſſe, vt reus oſtendat Titium veniſſe, &c. Nec eſt credibile hoc actum eſſe, vt ita promiſſor det decem, ſi ſtipulator probauerit non veniſſe ante calend. quia ea difficilis eſt probatio, eaque ſemper eſt accipienda ſignificatio, vt actus valeat, non pereat. l. quoties. & l. vbi. D. de rebus dub. l. quoties in ſtipulationibus, D. de verb. oblig. Nec vero contrarium eſt noſtræ ſententiæ, quod dicitur ab Vlpiano de eo qui factum allegat, quo minus in iudicium quem produceret. in l. penultim. §. docere autem. D. ne quis eum qui in ius voca. vi exim. cum ducerem hominem in ius ad prætorem, eum mihi vi exemiſti, prodita eſt mihi actio aduerſus te, & duo probare debeo: primum, quod per vim exemptus eſt, alterum quod productus non eſt in iudicium. Reſpondeo, ideo probare actorem in eo caſu, quia facilis eſt ea probatio non ſimilis ei quæ per rerum naturam probari nequit. Per ductores enim & alios, qui aderant, id probari poteſt. Item ex actis ipſis poterit cognoſci, an fuerit in iure, aut iudicio. Sic etiam qui dicit aliquem non fuiſſe defenſum in iudicio, id probat. l. ergo D. ex quib. cauſ. maio. &c. quia facile id probari poteſt ex actis. Quare in ſpecie l. in illa, ſi quæratur, an Titius venire poſſit ante calend. &c. interdum poterit probatio exigi ab actore, poteſt enim probare eum mortuum eſſe, aut carcere incluſum, aut in loco tam remoto eſſe, vt venire non poſſit ante calendas. Idem puto dicendum, cum quæritur, an reus principalis ſit ſoluendo, vt poſſit conueniri poſſeſſor pignorum, aut fideiuſſor, auth. de fideiuſſ. §. ſed neque. auth. hoc ſi debitor. C. de pign. Actor namque probare poteſt, ſoluendo non eſſe excuſſis facultatibus. Et ſane hæc non eſt mera negatio: nam qui dicit ſoluendo non eſſe, dicit eſſe pauperem, lapſum eſſe facultatibus, tantum in bonis poſſidere, quod poteſt agnoſci & probari.

Cap. XIII.

Quando poſſeſſor probare debeat, vel non, & de quodam commodo poſſeſſionis.

POſſidenti non incumbit probatio. l. 2. Cod. eod. l. vltim. Cod. de rei vendicat. & in eo præcipue verſatur commodum poſſeſſionis, vt ni aduerſarius probarit, obtineat poſſeſſor, etiam ſi nihil præſtiterit. §. commodum. Inſtitut. de interdict. l is qui deſtinauit. D. de rei vendic. Interdicta comparata ſunt poſſeſſionis cauſa, vel retinendæ, vel adipiſcendæ, & vtile eſt, qui petit poſſeſſionem, interdicto vti, & compellere aduerſarium ad probandi onus. hinc manauit frequens illud apud nos interdictorium iudicium. Regula eſt ergo, poſſeſſori onus probandi non incumbere. Exemplum ſumi ſolet ex Modeſtino in cap. 15. huius titu. cuius hæc eſt ſpecies: habitus pro filio defuncti geſſit ſe pro hærede, apprehenditque res hæreditarias, ſoluit fideicommiſſa fratribus defuncti, qui cauerunt ei tanquam filio & hæredi: nunc reſciuerunt eum filium non eſſe, at quis probabit, an filius opinatus & habitus, quia dicit ſe filium, an vero fratres eum eſſe filium negantes? & Modeſtinus ait, fratres probare debere, & merito: quia filius ille habitus poſſidet res hæreditarias, habitus eſt ab eis pro filio, receperunt ab eo fideicommiſſa, adeo vt vix contrarium dicentes audiantur. Ratio obſcura non eſt iis, qui diligenter expendunt vtramque ſpeciem: qui enim petit hæreditatem, probare debet quod intendit, non ipſius hæreditatis poſſeſſor, qui nunquam cogitur probare. l. cogi. Cod. de petit. hæred. Et ea quidem eſt negatio quæ probari poſſit. Poterunt enim fratres probare illum filium non eſſe. l. filium. D. de iis qui ſunt ſui vel alieni iur. Aliud eſt exemplum Vlpiani in leg. circa. 14. hic. Cum quæritur, an quis ſit libertus, an ingenuus, ſolet & quæri, cui incumbat onus probandi, an ei qui dicit ſeſe patronum, & hunc eſſe ſuum libertum, an ei qui dicit ſe ingenuum eſſe, & ait Vlpianus videndum eſſe, vter poſſideat: qui enim eſt in poſſeſſione ingenuitatis, non cogitur ſe eſſe ingenuum probare, patroni igitur eſt hunc eſſe libertum docere. Si autem eſt in poſſeſſione libertinitatis, debet ſe ingenuum eſſe probare: patroni enim poſſeſſio in aduerſarium onus probandi transfert. Poteſt tamen poſſeſſor vltro ſuſcipere onus probandi ſe verum eſſe rei controuerſæ poſſeſſorem, quod hodie vſitatum eſt propter metum falſi teſtimonii: at ſi conferantur teſtimonia, is obtinere ſolet, qui melioribus & locupletioribus nititur teſtimoniis. *Mos ei gerendus eſt*, id eſt, ei obtemperandum eſt. Phraſin hanc non intellexerunt Accurſ. & Placenti. interpretantur enim morem gerere, conſuetudinem iudicio-

rum ſeruare, quod ineptum eſt. Dictum eſt hoc eſſe commodum poſſeſſionis, vt probare minime compellatur is qui poſſidet. huic regulæ opponitur lex, ſiue poſſideris. Cod. eod. Defunctus pater reliquit filium quendam in poteſtate ſua hæredem, fundum donauit alteri filio emancipato: qui eius fundi apprehendit poſſeſſionem, qui probare debet, ſibi donatum eſſe fundum, & tamen is proponitur poſſeſſor eſſe fundi hæreditarij: facilis eſt huius difficultatis ſolutio in ſpecie l. ſiue poſſideris. Filius emancipatus fatetur actorem eſſe heredem, & defendens excipit fundum ſibi eſſe donatum: debet igitur probare ſuam exceptionem: nam ſicuti actor intentionem probare debet, ita & reus exceptionem ſuam. leg. 1. Cod. hoc titul. Dixerit aliquis, nonne in leg. circa. poſſeſſor dicit, & tamen probare non cogitur? Reſpondeo, in leg. circa. vtrunque dicere, tu es libertus, ego ſum ingenuus. at in leg. ſiue poſſideris. cum quæritur, an donatus ſit fundus, mera eſt negatio ex parte actoris, quam probare non poteſt per rerum naturam, nec eſt quæſtio, an actor ſit hæres, cum id illi concedatur. Abſurdum eſſet igitur, actorem cogi probare, quod probare non poteſt: at in leg. circa. vterque poteſt probare, quod dicit. ſic in leg. ſi filius. hic, vterque dicit, tu es in poteſtate, ego ſum emancipatus, tu es ſeruus, ego ſum liber: inſpicitur ergo vter ſit in poſſeſſione. ſic videntur conciliandæ & declarandæ duæ leges, ſiue poſſideris, & circa. Quid ergo dicemus, ſi quis vindicet fundum vt dominus, reus reſpondeat ſe dominum? vterque hic dicit, & probare poteſt, vt in leg. circa. & quod vterque dicit, verſatur circa idem: hic nulla eſt exceptio quæ ſeparetur ab actione. Reſpondeo probabiliter dici poſſe, idem ius eſſe, cum non ſit diuerſa ratio. leg. illud. D. ad leg. Aquil. Cum vterque ſe eſſe dominum contendit, vterq; probare debet, & ſecundum eum iudicari ſolet, cuius potior eſt probatio. Non poſſunt enim duo in ſolidum eſſe domini eiuſdem rei. leg. ſi vt certo. §. nunc videndum. D. commod. Commodum fuerit hic nonnihil dicere de §. æque. Inſtit. de actio. Quæſtio eſt, an is qui poſſidet rem, poſſit eam vindicare ab eo, qui non poſſidet. Dubitatio quidem non eſt, quin poſſit, & debeat quis vindicare rem ab eo qui poſſidet. leg. officium. D. de rei vindic. Si enim reus non poſſideat, nihil erit hoc iudicium. leg. vnica. Cod. de alien. iud. mutan. cauſa fact. ideo admonet Caius eum qui petitorio iudico vult vti, ne fruſtra experiatur, vt prius requirat, an is, cum quo actionem inſtituit, poſſideat. l. qui petitorio. D. de rei vindic. Ex §. æque, naſcitur dubitatio. vbi docet Iuſtinian. in ſeruitutibus eum etiam agere qui poſſidet, quæ actio eſt negatoria. dict. l. 2. D. ſi ſerui. vindic. Sic interpretantur aliqui, quorum eſt in numero Bald. vt Iuſtinianus velit non ſimpliciter dicere, actionem ei competere, per quem neget rem actoris eſſe, id eſt, eius non eſſe, quem prius actorem dixerat, ſed etiam ſic agere, vt dicat ſe dominum eſſe. Aliàs dixi ad l. naturaliter. §. nihil commune. D. de acquir. poſſeſſ. poteſt tamen agere poſſeſſor contra eum qui tenet, dict. leg. officium. quo caſu Vlpianus ibi ait, eum quamuis poſſideat, probare debere, & in actorem non omne tranferri probandi onus. Omiſſa igitur diſputatione de rebus corporalibus, videndum eſt de incorporalibus. De ſeruitutibus prodita eſt actio, tam confeſſoria, quàm negatoria: confeſſoria intendit quis ſibi ſeruitutem competere & deberi. leg. 2. & leg. ſi quis diuturno. §. agi autem. D. ſi ſeruit. vindic. Negatoria negat quis ſe ſeruitutem debere, vt ſi dicam, te ius non habere eundi per fundum meum, hæc actio mihi competit, quamuis fundum poſſideam. Theophilus ait, hanc actionem effectu confeſſoriam eſſe quamuis verbis ſit negatoria. Perinde enim eſt, ac ſi dicerem, fundum meum immunem ac liberum eſſe à ſeruitute, vtilitas exigit, vt ita permittatur agere. In rei corporalis autem vindicatione diuerſa ratio eſt: à te vindico, quia tu poſſides, & tamen dominus non es, & dico me dominum eſſe, aut aliquod ius habere. l. is qui ſe obtulit. & dicta l. officium. de rei vindic. Itaque de ſuo non de alieno iure quenquam agere oportet. l. vti frui. D. ſi vſusfruct. pet. tamen in rerum corporalium vindicatione is tantum agit, qui non poſſidet. dicto §. æque. Sed in ſeruitutibus idem eſt petitor & poſſeſſor. leg. & ſi forte. §. ſciendum. D. ſi ſeruit. vindic. Vnde quæritur, an poſſeſſor releuetur onere probandi, an vero aduerſarium probare cogat. Exempli gratia, ago confeſſoria, dico ſeruitutem tigni immittendi mihi competere, & tigna immiſſa habeo, ideoque ſum ego poſſeſſor, an debeam probare ſeruitutem mihi competere, an vero aduerſarius debeat libertatem probare, quæſtio eſt? & vulgo dici ſolet, actorem probare debere ex ſententia Accurſij, quem alij fere ſequuntur. Mouentur hoc argumento. quia præſumptio eſt pro libertate, & pro naturali ſtatu rei. leg. altius. Codic. de ſeruit. & aqua. leg. cum eo. D. de ſerui. vrba. præd. Sed hæc ratio friuola eſt, cum præſumptio ſit etiam pro poſſeſſore. & idem dicendum eſſet in l. circa. hic. Cur enim non præſumetur liber & ingenuus, potius quam ſeruus, aut libertinus? item, etſi fateamur, præſumptionem aliquam eſſe pro libertate prædij: tamen præſumptio contraria eſt pro poſſeſſore, & hoc videtur ſatis eſſe expreſſum ab Vlpian. leg. ſicuti. §. ſed ſi quæratur, D. ſi ſerui. vindic. Poſſeſſoris partes ſuſtinet (ſiquidem tigna immiſſa ſunt) is qui ſeruitutem ſibi deberi ait: ſi vero tigna immiſſa non ſunt, is poſſeſſor cenſetur, qui negat. At poſſeſſoris partes ſuſtinere, eſt onere probandi releuari, & petitoris partes ſuſtinere, eſt onus probandi ſubire. leg. is qui deſtinauit. D. de rei vindicat. l. ſi prius. D. de noui oper. nunt. Ergo nihil refert, an de ſtatu hominis agatur, an de iure prædij. &c. ſed quomodo probabit reus (dixerit aliquis) ſeruitutem non deberi? Eſt enim negatio, quæ non videtur poſſe probari. Poterit quidem probari dominium fundi, ſed hic non agitur de probando dominio, de quo forte conſtat. Sed de probanda prædij libertate. At ego iam dixi, affirmationem hic contineri ex ſententia Theophili. Nimirum dico, prædium ſeruitute liberum eſſe. Poterit quidem probari diuturnus fundi vſus cum libertate. leg. 1. Codic. de ſeruit. & aqua. Nec alia ratio eſt liberi hominis probandi. Errant igitur, qui putant ſatis eſſe, ſi probetur dominium fundi, & libertatem ex eo ſatis probari, quia non probatur ſeruitus. §. ſed ſi quæratur. quaſi libertas probari non poſſit. Qui hoc aſſeuerant, ducunt argumentum ex leg. ſi prius. de noui oper. nunt. Vbi agitur de actione negatoria, qua quis contendit, ſeruitutem non competere, vbi reus qui ſe non defendit, cogitur partes petitoris ſuſtinere, ergo ſi ſe defendat, poſſeſſoris partes ſuſtinet. Hoc non diceret Aphricanus, ſi libertas probari non poſſet ab eo, qui negat ſeruitutem deberi, ſed tunc probare cogitur, vt iam dixi, cum non poſſidet. Quod dixi de poſſeſſione, nempe ei qui poſſidet, non incumbere onus probandi, hoc ita eſt accipiendum, ſi violenta non ſit. l. ſi quis libertum. 20. hic. l. vis eius. C. eo. idem ſi dolo quis poſſideat. l. liberis. §. vltim. de lib. cauſ. idem in interdicto Vti poſſidetis. vterque probat. l. ſi duo. vti poſſid. & multi alij caſus poſſunt obſeruari in iure. Additur alia exceptio ex iure Pontificio, cum quis diu poſſedit decimas, quæ ad eccleſiam ſpectant, iure communi probare debet. c. ad decimas. de reſtit. ſpol. in 6. Hinc poteſt intelligi verum eſſe, quod Iuſtinian. ait in §. æque. ibi, *Sane non vno caſu*. Quidam affirmant, in veteribus quibuſdam codicibus ita legi, & ea lectio mihi placet. Non vno caſu, id eſt multis caſibus, videturque corruptus locus ab iis qui non intelligebant phraſin Latinam, qui legere volunt, vno caſu: ea fuit ineptia & caligo ſuperiorum ſæculorum. Hoc igitur vult Iuſtinianus vt quamuis poſſeſſor non agat, &c. tamen pro actore interdum habeatur, & probationis onus ſubeat. dd. ll. ſi prius. & is qui deſtinauit. Scio Theophilum legiſſe vno caſu, ſed non multum eius me mouet auctoritas, vt quæ rationi repugnet.

Cœpimus oſtendere quis probare debeat, actor an reus, is qui dicit, an qui negat, is qui poſſidet, vel non poſſidet. Nunc videndum eſt de præiudiciis, & cui illorum probatio incumbit: ſed quia vulgo non intelligitur quid ſit præiudicium, prius declaranda eſt eius verbi ſignificatio. Eſt autem ſignificatio varia, eaque varietas confuſionem parit, ac errorem in hac inducit diſputatione. Primum accipitur pro re iudicata, quæ affert exemplum iudicaturis quod ſequitur Aſconius Pedianus in diuination. quia par cauſa eſt, & videtur idem iudicandum eſſe, ſed verum eſt, quod vulgo dici ſolet, non exemplis, ſed legibus eſſe iudicandum. l. nemo. Cod. de ſentent. & interlocut. l. ſæpe conſtitutum. D. de re iudic. Item cum pronuntiatum eſt ad

eandem cauſam in alio fortaſſis iudicio. Quintil. libr. 5. c. 2. Ponunt rhetores hæc præiudicia inter probationes, quod recte declaraui ſupra: item ſignificat interdum interlocutionem, quæ ſententiam antecedit, vt in Codice Theodoſij, titul. de appel. & tit. quorum appel. non reci. Aliquando refertur hoc verbum ad exceptionem. l. fundum. & l. fundi. D. de except. quæ exceptio opponitur, ne præiudicium maiori cauſę per minorem fiat. l. per minorem. D. de iudic. Exempli gratia, mota eſt quæſtio de proprietate fundi, nempe vindicatio, ſi agatur confeſſoria de ſeruitute illi fundo debita, opponetur exceptio, ne præiudicium maiori cauſæ per minorem fiat. dict. l. per minorem. Cum enim iudicatur ſeruitutem ei deberi, ſimul iudicatur fundum eius eſſe, alias non debetur ſeruitus. Ego de hac re dixi plene & copioſè ad titul. de iudic. & ad l. edita. Cod. de eden. Præterea præiudicium accipitur interdum pro actione. l. actionis verbo. D. de obligat. l. 1. D. de rei vendic. l. 3. D. de liber. agnoſc. alias dicitur præiudicialis actio. §. præiudicialis. Inſtitut. de actio. Quænam ſit hæc actio, nunc declarandum eſt: eſt enim hoc præiudicium, de quo nunc quæritur. Cætera de quibus diximus ſupra, ad rem noſtram non multum pertinent. Iuſtinianus ponit exempla huius præiudicij, ex quibus poteſt vtcunque intelligi ſignificatio: in quibus quæritur, an quis liber ſit, an libertus, item de partu agnoſcẽdo. Theophilus ita diffiniuit: præiudicium, inquit, eſt formula ex ſola intentione conſtans, quæ non habet in ſe condemnationẽm. Quidam docti fatentur ſe non intelligere, nec ſuſpicari quidem poſſe, quid ſibi velit Theophilus, dicens intentionem ſine condemnatione. Ego diffinitionem Theophili declaraui lib. 2. diſput. cap. 2. quæ etiam videtur ſatis intelligi ex ipſis exemplis quibus vtitur in d. §. præiudiciales. Pone, libertus meus detractat operarum præſtationem, quas mihi debet, ago præiudiciali actione aduerſus eũ, & peto eum pronuntiari eſſe meum libertum, & de operis nihil exprimo: deinde vbi apparuerit meum eſſe libertum, potero operas petere, ſi mihi viſum fuerit, idque reſeruo in aliud tempus, in quo forte alio iudicio agam vt operas præſtet. prius illud iudicium dicitur: quia aliud iudicium antecedit. In hoc iudicio animaduertere licet intentionem ſine condemnatione. Nam condemnatio eſt formula, qua cogitur quis ad aliquid dandum vel faciendum. Illa autem præiudiciali actione non condemnatur reus, id eſt, libertus ad aliquid faciendum, quibus Theophili diffinitio abſurda viſa eſt. Hi ita illum accipiunt, quaſi velit Theophilus, inquiſitionem iudicis eſſe ſine pronuntiatione, ſed errant. Hoc namque genus agendi extraordinarium eſt, in quo petitur pronuntiari libertus, etiam ſi non exprimatur, quando fiat intentione: non enim cogitur afferre cauſam, cur petat quis libertum ſuum quem declarari. l. vltim. D. ſi liber ingen. eſſe dicatur. Sed hoc genus actionis eſt receptum certis in cauſis tantum, d. §. præiudiciales. in aliis cauſis non facile admitti debet. Memini aliquando me conſultum eſſe, an liceat de nobilitate generis in hunc modum experiri. Conuenio te & peto me declarari nobilem: hoc genus agendi poſſet eſſe captioſum. Ideo prius volo cognoſcere, an ad me pertineat vel non, an mea interſit vel non. Simile eſt ſi quis petat, ſe pronuntiari alicuius eſſe agnatum, quod fit propter retractum linearum. Galli vocant *Retraict lignagier*. Sunt autem hæ actiones ſimiles actionibus in rem. d. §. prę iudiciales. Ad quęſtionem propoſitam quęri ſolet, quis debet probare. Vlpianus docet hic in l. circa. videndum eſſe, vter poſſideat, refertque exempla præiudicij, de quo loquimur. Sed reperitur antinomia ex l. quoties. hoc titul. vbi dicitur patronum probare debere, licet poſſeſſor ſit. Item alibi dicitur, in l. vltim. D. ſi lib. ingenu. eſſe dicat. & in l. generaliter. D. de except. Quidam ſic reſpondent: cum principaliter quæritur de ſtatu hominum, videndum eſt, quis ſit in poſſeſſione, d. l. circa. Sed plerunque accidit vt principalis actio ſit de operis, & incidit quæſtio ſtatus, hoc caſu non eſt inſpiciendum quis ſit in poſſeſſione, vel non: tunc enim patronus probare debet, qui eſt actor in principali iudicio. Hæc opinio prima facie videtur probabilitatis aliquid habere, ſed iam ſatis demonſtraui, quomodocunque hæ quæſtiones moueantur, ſemper poſſeſſorem exonerandum eſſe probatione, idque etiam diximus locum habere in ſeruitutibus prædiorum. leg. ſicuti. §. ſed ſi quæratur. D. ſi ſeruit. vindic. Deinde Vlpiani verba repugnant in l. vltim. ſi liber ingen. eſſe dica. vbi legendum puto: ſiue nulla cauſſa interueniat, ſic legitur in Florentinis Pandectis, nec vllum vidi codicem manuſcriptum, in quo diuerſa ſit lectio. Qua veteri lectione ſalua, (quam puto veram eſſe & certam) illa quidem opinio defendi non poteſt. in quibuſdam impreſſis legitur, ſine vlla cauſa. Sed veriſimile eſt, ita ſcriptum ab iis, quibus abſurdum videbatur, actionem dari ob nullam cauſam. Non intelligebant diffinitionẽm præiudicij, quam retulimus ex Theophilo. Quærenda eſt igitur alia huius nodi diſſolutio. Et iam dixi cum apparet, vter ſit in poſſeſſione, eum probare debere, qui non poſſidet. dict. leg. circa. Nec referre puto, quomodo ea quæſtio moueatur, an principaliter, an vero incidenter: loquitur Vlpianus generaliter in dicta leg. circa. & l. liberis. §. vltim. D. de liber. cauſ. Nam poſſeſſor ſemper exoneratur probatione, modo ſine dolo & vi poſſideat. dict. leg. liberis. & l. ſi quis liberum. hic. Quid ſi non apparet, vter ſit poſſeſſor, hæc quæſtio non deciditur ab Vlpiano in dicta l. circa. Tamen poteſt accidere, vt neuter probet, aut vterque non probet. leg. ſi duo. D. vti poſſid. Dicendum igitur eſt, hoc caſu eum probare debere, qui intentionem habet. leg. generaliter. D. de except. quamuis vterque aliquid dicat, tamen intentio eſt vnius, depulſio alterius. Dico te meum libertum eſſe, tu contra ais, te ingenuum eſſe, mea eſt intentio, tua depulſio. Sic intentio accipitur apud veteres auctores. Cicero libr. 1. de Inuen. Quintilian. libr. 3. c. 6. Fortunatus lib. 1. Quæſtio (inquit) conſtat ex intentione & depulſione. Poteſt etiam eſſe intentio ex parte rei, cum excipit: eſt enim actor in exceptione ſua reus. leg. 1. D. de except. Vtroque igitur aliquid intendente, vel dicente, inſpici debet, vter prior appellarit, & dixerit, & hic probare debet. leg. qui prior. D. de iudic. Sic intelligo dictam l. generaliter. cui adiungenda eſt l. vltim. ſi liber ingen. eſſe dic. cum eadem habeant exempla. Patronus operas petit, aut obſequium deſiderat, quia forte famoſa actione conuenitur ab eo, quem libertum ſuum eſſe intendit, aut in iudicium vocatur ſine permiſſu, qui conuenitur, negat ſeſe libertum, & ſeſe liberum aſſerit, probare debet patronus, qui actor eſt, & intentionem habet. dd. ll. vltim. & generaliter. Nec refert, an præiudicium reddatur ob aliquam cauſam, an cauſa nulla interueniente. dicta l. vltim. Excipe, niſi is qui intendit, poſſideat. dicta leg. circa. Lex quoties, non loquitur de præiudicio, ſed de actione ex ſtipulatu, qua operæ petuntur: nimirum docere debet, ſeſe patronum, quia hoc dicit.

Cœpta fuit diſputatio de præiudiciis, cui incumbat probatio, cum vterque dicit: dixi, ſi non apparet, vter ſit in poſſeſſione, eum cuius eſt intentio, probare. leg. generaliter. de except. Ego ſum patronus (inquit actor) at ego ſum ingenuus, reſponderet reus. Hæc reſponſio nihil aliud eſt, quàm intentionis depulſio. Quod enim dicit reus, contrarium eſt intentioni actoris: quare patronus debet probare. Exempla in ſuperioribus retulimus, in quibus patronus fungitur actoris partibus, quia intendit agendo, aut excipiendo, cum intentio non tantum ſit actoris, ſed etiam aliquando rei, vt dictum eſt. Hæc ſententia Cornelij Celſi apud Quintilian. libr. 3. c. 7. occidiſti hominem, non occidi, mera eſt depulſio & inficiatio. Occidiſti, occidi, & iure, quia defendendi mei cauſa, quia me aggreſſus eſt, & interficere voluit. Hæc depulſio eſt intentio, nec mirum, cum reus dicatur actor in ſua exceptione. dicta leg. 1. de excep. Atque ita accipiendum eſt hoc verbum apud Vlpianum in dicta leg. generaliter. Sed cur ait Vlpian. ſecundum id quod intendit? difficile hoc viſum eſt plæriſque eruditis. nec immerito: puto hoc additum, ne quis arbitretur, eum qui aliquid intendit, probare debere omnia, de quibus in iudicio oritur quæſtio. Actor enim probat quod intendit, non quod intendit reus excipiendo. Reus quidem probat, quod intendit, excipiendo, non quod actor replicando. Exemplo id declarandum eſt, dico te libertum meum eſſe, quia te manumiſi, at (inquit reus) ego pronuntiatus ſum ingenuus, proinde non amplius libertus. l. ingenuus. de ſtatu homi. Actor ſic replicat, at id per colluſionem factum eſt: ideo nullius eſt momenti ſententia. l. 1. de iure aureo. ann. l. 3. D. de colluſ. deteg. hæc triplex eſt inten-

eſt intentio, prima actoris, ſecunda rei, tertia actoris: actio, exceptio, replicatio. Si negaret reus, ſeſe libertum, mera depulſio eſſet, & probare cogeretur actor, ſed non negat, imo fatetur, ſed aliud intendit, ſe ſcilicet eſſe manumiſſum. Item ſi negaret actor ſententiam latam eſſe, id probaret reus, quia intendit, hæc eſt eius intentio, ingenuus pronuntiatus ſum, quod non negat actor, ſed aliud intendit replicando, puta colluſum eſſe: id vero negat reus: eius eſt ergo probare, qui intendit, id eſt, actoris. Is igitur qui intendit, probat, ſed quatenus intendit, & ſecundum id quod intendit. Simile eſt exemplum in l. ſed ſi hac. D. de poſtul. Intendo te libertum meum eſſe, ſic excipis, at iuraui me eſſe ingenuum te deferente: actor ſic replicat, at eram pupillus, cum detuli iuſiurandum. Poſſunt & alia exempla afferri, ſed vnum oſtendiſſe & declaraſſe ſufficit. Sic interpretamur legem generaliter, quæ vulgo difficilis & obſcura habetur. Obiicitur nobis l. quoties. hic. qua videtur omnino euerti noſtra diſtinctio, qui petit operas vt patronus, probat, licet poſſeſſor ſit in præiudicio, ergo male conciliauimus l. circa. cum l. vlt. ſi liber inge. eſſe dica. ſed in hac l. eſt ambiguitas. nec ſatis exprimitur, an agatur de probatione iuris patronatus, an de præſtatione operarum promiſſarum, & probabiliter dici poteſt, de operis eſſe intelligendum, cum operæ non debeantur niſi promiſſæ. l. operis. D. de oper. liber. Nec ſufficit patronum eſſe, vt debeantur: ideo qui operas petit, duo dicit, & ſeſe patronum, & operas ſibi eſſe promiſſas. Proinde licet ſit in poſſeſſione iuris patronatus, probare tamen debet operas ſibi eſſe promiſſas. Sed de præiudiciis hactenus.

CAP. vlt.

Quo tempore probandum ſit, & vter prior probare debet.

POſtremus locus eſt, quo quæritur, quo tempore probandum ſit: iure receptum eſt, quibuſdam in caſibus actorem prius probare debere, quod intendit, poſt reum exceptionem ſuam: exceptionem intelligo dilatoriã, quæ ab initio ante litis conteſtationem opponi debet. l. exceptionem. C. de proba. Secus habetur de peremptoria exceptione, quæ ad ſententiam vſque diffinitiuam opponi poteſt. l. peremptorias. Cod. ſentent. reſcin. non poſſ. ſed hoc commune eſt, quod vtraque probari debeat. leg. emptor. C. de præſcr. longi tempo. Quod ſatis perſpicuum eſt ex Pauli ſententia in l. cum de indebito. hic. qui docet, eum qui agit condictione indebiti, duo comprehendere ſua intentione: ait namque ſe pecuniam ſoluiſſe & eam indebitam: reus inficiatur ſe vllam pecuniam accepiſſe: hoc actor probare debet, ſcilicet numeratam fuiſſe pecuniam. Quod cum probatum fuerit, reus nullum aliud refugium habet, quam quod dicit, eam ſibi debitam fuiſſe, ideoque recte ſolutam, vel aduerſarium pactum eſſe ne peteret. Quod genus defenſionis non improbandum eſt tam in ciuilibus, quam in criminalibus iudiciis, vt occidiſti, non occidi, & ſi occidi, iure id feci. Si enim intentionem actoris probatione deficere confidas, nulla tibi opus eſt defenſione, ſed ſola & pura ſufficit negatio. Si autem dubites, an actor probauerit, vel non probauerit, negando aliquid excipere & expedit, & vtile eſt. leg. ſiquidem. Cod. de excep. Vnde Fabius lib. 4. c. vlt. ait, duplicem eſſe defenſionem, non feci, & ſi feci, iure feci: mera eſt inficiatio cum dico, non feci. At cum aliqua profertur exceptio, ſecus eſt: nam qui exceptione vtitur, de intentione aduerſarii confiteri non exiſtimatur, vt ait Marcellus in leg. non vtique. D. de excep. Cæterum in concipienda exceptionum formula hæ plerunque opponuntur conditiones, ſi iuratum non ſit, ſi non conuenerit. Vnde exceptio aliquando pro conditione accipitur. leg. exceptio. de excep. Ideo dictum eſt, neminem prohiberi, vti pluribus exceptionibus. leg. nemo. de excep. Hodie autem vſitata non eſt hæc formularum conceptio. Ex ſuperioribus liquet, iure non aliter probandam eſſe exceptionem, quam ſi actoris intentio probata ſit. Sed moribus noſtris vterque probat, nulla habita temporis ratione, vt citius lites expediantur, ſoletque iudex interlocutione vtrique probandi onus iniungere, *appoincter contraires*. Plura de exceptione dici poſſent, ſed non ſunt huius loci.

IN TIT. DE FIDE INSTRVMENTORVM ET AMISſione eorum.

QVÆDAM capita ſunt à nobis explicata ſub tit. de proba. quæ partim pertinent ad tit. de fide inſtru. partim ad tit. de teſtib. Hic initio videndum eſt, quid ſit inſtrumentum, & quot modis accipiatur: hoc enim verbum variam habet ſignificationem. Aliquando dicitur id, quo aliquod opus efficitur, & hæc eſt vulgaris ſignificatio, & omnibus nota. Dicitur aliquando apparatus rerum, quo fundus, vel alia res inſtruitur, de quo extat D. li. 33. tit. 7. de inſtruct. & inſtr. lega. Pro eo etiam accipitur, quo inſtruitur cauſa, quicquid enim pertinet ad inſtructionem cauſæ alicuius, id inſtrumentum eſſe dicitur. hoc modo accipitur hoc tit. lex, 1. vbi non ſolum teſtationes, id eſt, ſcripturæ dicuntur inſtrumenta, ſed & teſtes ipſi: quia inſtruunt cauſam. Similis eſt locus in l. notionem. 99. §. inſtrumentorum. D. de verb. ſigni. vbi Iuriſconſultus interpretatur quomodo ſit accipiendum, quod dicitur inſtrumentorum cauſa dilationem dari, ſuprà de feriis & dilationib. l. 7. oratione quidem diui Marci. §. illud. & C. de dilatio. l. 1. Alia autem ſpecialior & anguſtior eſt ſignificatio, cum pro tabulis & ſcriptura accipitur, vt rei, de qua agitur, facilior ſit probatio: ſic accipitur ſub hoc titul. Hoc ſenſu diſtinguuntur teſtes ab inſtrumentis, vt plane titulorum ipſorum diuerſitas oſtendit, ſed hic ſtatim initio in leg. 1. vt oſtenderetur homonymia vocabuli, poſitum eſt inſtrumenta pro teſtibus accipi, quibus cauſa inſtrui poteſt. Nunc de diuiſione inſtrumentorum dicamus, quæ vtilis eſt ad ſequentem diſputationem de fide inſtrumentorum. Inſtrumentum aliud eſt publicum, aliud priuatum. hæc diuiſio colligitur multis ex locis, præſertim ex leg. ſcriptur. 11. C. qui potio. in pigno. Acta omnia & monumentaria, ſunt publica inſtrumenta, quæ à perſona publica, v. actuario, vel à iudice fiunt, & vocantur forenſia. leg. comparationes. 19. C. de fide inſtru. fortè quod eis in foro, in quo ius redditur, vtamur. Ratio conficiendorum inſtrumentorum traditur à Iuſtiniano in Nouel. 47. vt nomen Imp. præpo. Publicum autem non eſt ita accipiendum in hoc tractatu, vt alibi plerunque accipitur, vt publicum dicitur, quod populi eſt. Publicum tunc differt à priuato, quod publica ſint populi, & dicantur quaſi populica, ſed inſtrumenta licet publica dicantur, ſunt tamen hominum priuatorum, & in eorum patrimonio, ſi in eorum gratiam conſcripta ſunt. Vnde tractatur quæſtio in leg. vlt. hoc tit. cui ſupplendæ ſunt circumſtantiæ, quæ traduntur in leg. ſi quæ ſunt cautiones. 5. ſuprà famil. erciſ. Hæc igitur duo capita ſunt coniungenda, cum quæritur apud quem ſint deponenda inſtrumenta, quod ſi omnia paria ſunt, ſorte res decidetur, vt in leg. ſed cum ambo. 14. ſuprà de iudic. Ex his intelligitur quid ſit publicum inſtrumentum, quid priuatum. Inde facile quoque intelligi poteſt ſi inſtrumentum publicum eſt, quod nititur auctoritate publica, vel à perſona publica ſit, dicendum priuatum inſtrumentum eſſe, quod nulla publica auctoritate nititur, & ſit à perſona priuata. Si quis ſcripſerit apocham, dicitur priuatum inſtrumentum confeciſſe. Publicum ſit per actuarium, vel iudicem, vel tabellionem, vt in l. orphanotrophos. 30. C. de epiſc. & cler. Sunt autem orphanotrophi, vt id obiter dicamus, quos vulgo hoſpitales vocamus, hi quaſi tutores & curatores habentur. Obiter notandum eſt cautionem, quam præſens præſenti dat, epiſtolam etiam dici, quia hæc cautio olim concipiebatur more epiſtolæ. leg. Publia. 26. ſuprà depoſi. Salutatio enim præponebatur, huiuſmodi eſt apocha, de qua frequens eſt mentio in iure ciuili. Apocha eſt ſcriptura & cautio de pecunia ſoluta, ſic accipitur in leg. qui tabulas, vel cautiones. 27. §. apocha. infra de furt. vbi dicitur, ſi quis apocham ſuſtulerit, furti aduerſus eum agi poſſe. Similis eſt locus de apocha in leg. vlt. §. Titius. ſuprà de condict. indeb. Similis etiam locus eſt in l. ſi accepto latum fuerit. 19. infra de acceptil. Eſt & antapocha, de qua mentio eſt in leg. plures apochis. 18. C. de fide inſtru. quorſum fiat antapocha docetur d. l. plures apochis. Debitor eſt quia antapocham creditori dat &

vocatur Gallicè *quittance double.* Aliud exemplum inſtrumenti priuati eſt in rationibus, quas negotiatores conficiunt. l. rationes. 6. C. de probat. & diſtinguuntur à rationibus, quæ fiunt ab argentariis: nam hæ publicæ ſunt. l. argentarius. 10. ſuprà de eden. vbi dicitur argentariorum officium ac miniſterium olim publicam habuiſſe cauſam. idem vt apparet ex l. filiæ. 89. ǰ. de ſol. quoties aliquid erat emendum, aut vendendum, id per argentarios fiebat: cumque erat pecunia fœneranda, ea erat deponenda apud argentarios, ac de adminiſtratione ſua & actu rationes conficiebant. Vidimus quæ ſunt inſtrumenta publica, quæ priuata. Cum quæritur quæ inſtrumenta fidem faciant in iudicio, in primis nulla dubitatio eſt de publicis, quin fidem faciant. hoc colligitur præſertim ex l. 11. ſcripturas. Cod. qui potio. in pig. & Nouel. Iuſtiniani, De inſtru. caut. & fid. Si inſtrumenta facta ſunt publice & recte, plenam fidem faciunt. c. 2. extrà de fide inſtrum. idque etiam ſi teſtes deceſſerint, qui nominati ſunt in inſtrumento publico, modo ſit authenticum, & vt loquuntur, originale, d. c. 2. extra hoc tit. nam exemplum fidem non facit. vulgus noſtrum vocat *vn vidimus*, idque expreſſum eſt conſtitutione Pontificia, cap. 1. de fide inſtrum. in antiq. Decretal. Idem dicitur de reſcripto principis. l. ſancimus. C. de diuer. reſcrip. Et quamuis fiſcus multa habeat priuilegia, tamen non tantum ei indulgetur, vt aliquem poſſit ex indice conuenire. Idem dicendum eſt, etſi in eo inſtrumento fiat obiter alterius inſtrumenti mentio. authen. ſi quis in aliquo documento. Cod. de eden. huc pertinet l. vlt. huius tit. Notandum tamen eſt poſſe contra publicum inſtrumentum admitti probationem, ſi quis contendat vera non eſſe, quæ in inſtrumento continentur. l. cum precibus. 18. C. de probat. Nunc de priuatis inſtrumentis eſt dicendum. Hæc quæſtio eſt multiplex, poteſt etiam dubitari, an pro tertio, an contra tertium valeant ad probationem. In primis dicendum eſt fidem non facere pro eo, qui ſcripſit: quod adeo verum eſt vt ne fiſco quidem hoc tribuatur. l. exemplo. 7. C. de probat. De rationibus idem cenſendum eſt. l. rationes. 6. C. de probat. Alia quæſtio eſt de inſtrumento priuato, quod profertur aduerſus eum qui ſcripſit. Maior certe dubitatio eſt in hac quæſtione, in qua diſtinguendum eſt: nam is aduerſus quem profertur inſtrumentum, cautio, aut chirographum, vel negat ſe ſcripſiſſe, vel fatetur: Si neget, quæritur an aduerſus eum fidem faciat? Reſp. Imperatores Phil. A. & Phil. Cæſ. Sertorio. ne aduerſus eum quidem qui ſcripſit, non ſufficere ad probationem, niſi aliis adminiculis adiuuetur. l. inſtrumenta domeſtica. 5. Cod. de prob. iuuaret hoc autem caſu litem, ac cauſam vnus teſtis. Notandum tamen eſt ſi inſtrumenta priuata ſubſcriptionem habeant trium teſtium fide dignorum, non minus valere ad fidem faciendam, quam inſtrumenta publica & forenſia. l. ſcripturas. 11. Cod. qui potio. in pigno. hab. hoc tamen non intelligitur receptum conſtitutione illa Pontificia, c. 2. de fide inſtru. Quod autem diximus hæc inſtrumenta priuata non facere plenam fidem aduerſus eum qui ſe ſcripſiſſe dicit, ſi ſe neget ſcripſiſſe: nos ita intelligimus, vt ne ad comparationem quidem valeant, ſi proferantur ad ſtabiliendum fidem alterius inſtrumenti: quia dubitatur, an ſcriptum fuerit ab eo à quo ſcriptum eſſe dicitur. Hæc comparatio rurſum non poteſt fieri niſi ex inſtrumento publico. l. comparationes. 19. C. de fide inſtrum. Quid ſi confiteatur is aduerſus quem cautio priuata profertur? vt, fatetur quidem ſe ſcripſiſſe, negat autem ſe debere. conſtat ſcilicet chirographum ab eo ſcriptum, adeo vt non inficietur, an valeat ad plenam probationem: certum eſt valere: nec auditur, qui ſe negat debere, cum ſe debere ſcripſerit, & manum ſuam agnouerit, *recognu ſon ſeing*: niſi aliud oſtendatur. Sunt loci vulgares, qui adduci ſolent in l. Publia. 26. §. vlt. ſuprà depo. in l. vlt. cum tabernam. §. 1. ſuprà de pign. Sed hoc intelligendum, modo ſit in cautione cauſa expreſſa debiti & obligationis. l. cum de indebito. 25. ſupr. de proba. Sic intelligenda eſt lex, nuda ratio. 26. infrà de donat. hocque plenius eſt expreſſum in c. ſi cautio. extra de fide inſtr. quod videtur ſumptum ex dict. l. cum de indebito. Alia quæſtio eſt, an hæ rationes priuatæ, quæ publice conſcriptæ non ſunt, fidem faciant pro tertio, aut contra tertium. Hæc quæſtio tractabitur à nobis in l. ſola. 3. C. de teſtib. De rationibus numulariorum non eſt dubium, quin faciant fidem contra tertium. aliis enim proſunt quibus hæ ſcriptæ non ſunt, & aliis plerunque nocent, nec priuatæ ſcripturæ habentur: quia munus eorum publicam cauſam habet, vt dictum eſt, atque ideo dicitur probatio rerum geſtarum his rationibus contineri. l. argentarius. 10. & leg. quædam. 9. §. numularios. ſuprà de eden. Idemque dicendum eſt de profeſſione natalium, de qua etiam ſupra aliquid diximus. Ideo non mirum ſi exempla plæraque reperiantur in quibus hæc profeſſio fidem faciat, vt l. etiam. 16. ſupra de proba. & ſimil. Quod vero ſupra dictum eſt de inſtrumentis, tam priuatis, quam publicis, intelligendū eſt, niſi falſa ſint, ſuſpecta, aut calumnioſa, quo caſu non valent ad fidem faciendam. l. 2. verſi. cæterum. D. hoc titul. quinimo qui tale inſtrumentum profert, puniendus eſt tanquam falſarius. l. iubemus. 24. C. de proba. l. vbi falſi examen. 22. C. ad leg. Corne. de falſis. Sed & qui inſtrumentum falſum profert in iudicio, illud debet probare falſum non eſſe, nec adulterinum, & ab vtraque parte probatio exigitur. Sed animaduertendum eſt, moribus noſtris, aduerſus inſtrumentum, quod publicum eſt, non admitti probationem, ſi quis contendat falſum eſſe, ſi inſcriptio deſit: alias qui accuſat falſum inſtrumentum, punitur pœna calumniatoris, niſi docuerit falſum eſſe. Qui autem falſum inſtrumentum profert in iudicio, non punitur, ſi eo non vtatur, quod eſt aduerſione dignum. Licet enim is, qui vtitur falſo inſtrumento, non minus puniatur pœna falſi, quam is, qui inſtrumentum falſum conſcripſit, tamen deſiſtenti ignoſcitur. l. ſi aduerſarius tuus. 3. C. hoc tit. Notanda eſt differentia quæ traditur in l. ſi falſos. 8. C. ad leg. Cornel. de falſis. Falſum autem non tantum committitur in publicis, ſed etiam priuatis inſtrumentis. l. 3. D. hoc tit. vbi Paul. ait, Si repetita die cautio ſcripta ſit, falſum eſſe commiſſum: ſed inter eos, qui in hoc conſenſerunt. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, ſi quis inſtrumento de quo alius falſi conuictus eſt, vti velit, an falſarius dicendus ſit? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi vteris. 2. C. hoc tit. vbi dicitur non noceri ei, qui in iudicio profert inſtrumentum, ſi ſententia falſi de eo inſtrumento prius aduerſum alium, qui illud protulerat, lata ſit: ratio eſt, quia hoc inter alios geſtum fuit. l. pen. ſæpe. D. de re iud. Hinc exiſtit alia quæſtio, quæ tractatur in l. vlt. C. eo. ex qua notandum eſt quod ab aliquibus eſt obſeruatum, & vſitatum eſt in foro, exemplum ſcilicet inſtrumenti, quod eſt prolatum in iudicio, regiſtratum & deſcriptum in actis, fidem facere, nec exigitur authenticum ipſum, niſi quoties aduerſarius vult accuſationem falſi inſtituere: nam tunc inſtrumentum regiſtratum non valet ad fidem faciendam. & alius locus eſt in l. chirographis. 56. D. de adminiſt. tuto. Hactenus de falſis inſtrumentis quibus fidem non eſſe habendam diximus: nunc videndum eſt de ſcripturis diuerſis aut contrariis quæ proferuntur in iudicio. Sæpe accidit vt proferantur in iudicio ſcripturæ, quæ diuerſæ, aut contrariæ, aut repugnantes ſunt. Si quis ergo huiuſmodi ſcripturas protulerit in iudicio, quæritur an fidem faciant. Hæc quæſtio tractatur in l. ſcripturæ. 14. C. hoc tit. Cum apertè ſunt contrariæ ſcripturæ, nulla dubitatio eſt eas fidem non facere. leg. vbi pugnantia inter ſe. 188. D. de reg. iur. Sed vbi ſcripturæ ſunt diuerſæ, ſi tamen ita diuerſæ ſunt, vt fidem ſibi inuicem derogent, non proſunt ad fidem faciendam, alias iudex debet ſpectare quid credibilius ſit, vt dicemus in l. 3. de teſtib. Ex his intelligitur quibus inſtrumentis hæc fides adhibenda ſit & quibus non. Nunc videndum eſt de effectu fidei inſtrumentorum. Effectus autem hic eſt, quod inſtrumenta quæ fidem faciunt, quæ vera ſunt, aut ſuſpicioſa, ad ſubſtantiam rei geſtæ non pertinent, ſed ad probationem tantum: nam etiam ſine inſtrumento quod geſtum eſt valet, ſi modo poſſit probari vel teſtibus, vel aliis probationibus. l. in re hypothecæ nomine obligata, 4. D. hoc tit. Eſt locus communis de ſcripturis & inſtrumentis notandus, non ideo contrahi ſcriptura, quod contractus non valeat ſine ſcriptura. Vnde in pleriſque capitibus tit. Cod. multa reperiuntur exempla, in quibus valet probatio per teſtes, etſi nullum exemplum conſcriptum ſit. vnum eſt in leg. aliud. 1. in leg. illatæ, & leg. ſicut. 5. C. eod. Vnde cum inſtrumentum amiſſum eſt, tamen de re geſta teſtes poſſunt teſtari. dict. l. ſicut. Eodem

pertinet

pertinet quod dicitur in l. 4. proprietatis dominium. & l. cum res. 12. C. de proba. & l in exercendis. 15. C. hoc tit. Sed contrarium videtur in l. 10. cenſus. D. de proba. vbi dicitur, cenſus & monumenta publica potiora teſtibus eſſe. Dixi, inſtrumenta non ideo dici publica, quia reipublicæ ſint: ſed ideo, quia nituntur auctoritate publica, & a perſona publica conſcripta ſunt, ſed monumenta aliquando dicuntur publica: quia publicè cuſtodiuntur, & reipublicæ ſunt, & publicè approbata, ideo Marcellus in d. l. cenſus. dicit ea potiora eſſe teſtibus. Si quid itaque perſcriptum ſit auctoritate publica, Reipublicæ gratia, ad perpetuam memoriam, maior eſt eorum monumentorum auctoritas, vt mirum non ſit ſenatum cenſuiſſe potiora eſſe ad fidem faciendam, quam teſtes. olim illi cenſus ſolebant publice cuſtodiri. Eſt autem cenſus æſtimatio bonorum cuiuſque. D. tit. de cenſib. Ratio referendi in cenſum traditur in l. forma cenſualis. tit. eo. hic non eſt intelligendum de forma cenſuali. l. cenſualis. 7. C. de donat. quæ omnia videntur alias contraria eſſe. Quod vero diximus inſtrumenta, ſeu ſcripturam non ad ſubſtantiam rei geſtæ pertinere, ſic eſt accipiendum, niſi actum ſit inter contrahentes ante contractum initum, vt in ſcriptis redigatur: id enim conſtitutum eſt à Iuſtiniano in l. contractus. 16. C. hoc tit. eiuſque conſtitutionis meminit idem Inſtit. de emptio. & vendi. in §. 1. vbi ait oportere inſtrumentum eſſe perfectum, Galli vocant *eſtremis au net*, quod in omnibus contractibus locum ſibi vendicat. Notandum autem eſt inſtrumenta publica apud nos executionem, & vim rei iudicatæ habere aduerſus eum qui eſt obligatus, quod valde alienum eſt a iure Romano, quo prius agendum eſt, quam exequendum. l. 1. C. de execu. rei iudic. Sed tamen mos conficiendorum inſtrumentorum poteſt dici in quibuſdam locis conuenire iuri Romano: quia condemnationem continent, quaſi iuriſdictionem quandam voluntariam exerceat. l. 2. D. de offic. proconſ. & lega.

IN TIT. XXII. Cod. lib. 4.

PLVS VALERE QVOD AGITVR, QVAM QVOD SIMVLATE CONCIPITVR.

HIc titu. pertinet ad titu. præcedentem de fide inſtrument. In inſtrumentis enim plerunque aliud ſcribitur, aliud ſimulatur. Et cum dicimus fidem facere inſtumentum, hoc eſt accipiendum, niſi appareat aliud eſſe in inſtrumento, & aliud ſimulatum inter contrahentes: tunc enim præualet veritas rei geſtæ. l. 1. hoc tit. C. Vt autem commodius explicemus quæ ad hunc locum pertinent, ſciendum eſt duobus modis contingere poſſe, vt aliud ſcribatur in inſtrumento, aliud ſimuletur. Id enim contingere poteſt per errorem, poteſt etiam contingere cum nullus error interuenit. De errore primum videamus. exemplum huius rei eſt in l. cum precibus. 18. C. de proba. aliud eſt in l. vlti. hic. Aliquando aliud agitur, aliud ſcribitur in inſtrumento, idque fit per ſimulationem contrahentium, nullo errore interueniente: ſed ipſis qui contrahunt conſentientibus. Cum autem quæritur quid in hac re ſequendum ſit, diſtinguendum eſt ita: Aliquando accidit vt ſimulatio reſpiciat contractum, aliquando vt reſpiciat perſonam. Sæpe accidit, vt ſimulatio reſpiciat contractum, vt pro vno ſcilicet contractu, alius contractus exprimatur. exemplum eſt C. hoc tit. in l. 3. Emptione pignoris cauſa facta &c. apertiſſimum quoque eſt exemplum in l. 2. C. de pign. actio. In hoc ergo caſu non quod ſcriptum eſt, ſed quod eſt geſtum inſpicimus, ſi apparet quid geſtum ſit inter contrahentes. c. 4. illo vos credimus. de pign. in antiq. Decretal. & in cap. ad noſtram. de emp. & vendit. Aliquando ſimulatio reſpicit perſonã. exemplum eſt Cod. hoc tit. in l. 2. & l. 4. tunc inſpicimus magis quod certum eſt, quàm quod ſimulatum eſt. Eſt autem quæſtio facti, quæ per iudicem examinabitur. Vt, ſi quis nomen ſuum accommodauerit in negotio contrahendo, vt loquitur Vlpianus in l. is qui ſuis nũmis. 4. in fin. princ. D. de manumiſſ. Quod diximus valere id, quod agitur, eſt ita accipiendum, vt admonuimus, ſi appareat quid actum ſit. Aliquando nihil omnino agitur, vt hic. C. in exemplo. l. vlt. Id contingit etiam aliqua ex cauſa. Exemplum eſt in l. ſi ſponſus. 5. §. circa venditionem. D. de donat. inter vir. & vxo. Deinde ſi voluerint contrahentes vnum contractum in alium transferre, & modus ſit idoneus ad transferendum, tunc non dicitur proprie ſimulatio, nec locum habent quæ diximus. Exemplum vnum eſt in l. ſi ex pretio. 6. C. ſi cer. pet. De his dixi in l. rogaſti. & l. ſingularia. D. ſi cer. pet. & in l. qui negotia. D. mandati.

IN TIT. DE TESTIBVS.

tam ex Pandectis, quàm ex Iuſtiniani Cod.

PRimvs locus eſt in hoc tractatu de teſtibus, in quo quæritur qui teſtes eſſe poſſint. Hic locus valde vtilis eſt, & pertinet ad rationem refellendorum teſtium in iudicio. Eſt res vſitata ob quas cauſas teſtes refelli poſſint in iudicio. Et in primis notandum omnes admitti in iudicio, quibus id lege non interdicitur. hæc regula traditur in l. 1. § 1. D. hoc titul. Supereſt ergo vt inquiramus quibus interdictum ſit teſtimonium, & quibus interdictum non ſit. Ego ſolitus ſum hoc complecti ſummatim, & vti diuiſione, quæ traditur in l. 3. §. vltim. D. hoc tit. Ait Iuriſconſultus ibi, quibuſdam interdici teſtimonium propter notam & infamiam: alios repelli à teſtimonio ob affectionem aliquam: alios propter inopiam conſilij & iudicij. Videamus primum de his, qui ob ſcelus aliquod repelluntur à teſtimonio. hi recenſentur in dict. l. 3. D. hoc titu. Qui iudicio publico damnati ſunt, præterea notantur infamia l. infames. D. de public. iud. Exemplum ergo eſt eorum, quibus interdicitur teſtimonium ob notam & infamiam. in l. ſcio. 14. & l. repetundarum. 15. D. hoc titul. Ergo neque hi in iudicio teſtes eſſe poſſunt, neque in teſtamento. Aliud exemplum eſt in l. quæſitum ſcio. 13. D. hoc titul. de eo, qui damnatus eſt cauſa calumniæ in iudicio publico. de eo maior fuit dubitatio, quàm de aliis, nam ibi Papinian. ait, nihil lege Rhemmia lata aduerſus calumniatores cautum fuiſſe, ob ſimilitudinem tamen rationis quod de aliis iudiciis dicitur producendum eſſe. Aliud exemplum eſt in l. ob carmen. 21. in princip. Lex quidem Iulia, cuius mentio eſt in dict. l. 3. §. penult. loquitur de his, qui ſunt damnati publico iudicio. Idem dicendum de eo, qui damnatus eſt ob carmen famoſum: quamuis non dicatur iudicio publico damnatus, qui ob carmen famoſum eſt damnatus. Inteſtabilis autem quandoque dicitur ob carmen famoſum damnatus, vt neque teſtamentum facere, neque teſtimonium dicere poſſit. l. is cui lege bonis. 18. §. ſi quis ob carmen. D. de teſtam. Aliud exemplum eſt in l. quoniam liberi teſtes. 10. C. eod. de his, qui ſunt ſocij & participes eiuſdem criminis. Iuſtiſſima igitur cauſa refellendi teſtis eſt, ſi ſocius dicatur & particeps eiuſdem criminis: neque enim vnius ſocij criminis teſtimonium aduerſus conſocium recipitur, præterquam in caſibus quibuſdam exceptis. Ex his conſequitur non quoduis delictum ſufficere, vt repellatur quis à teſtimonio, quia opus eſſet nominatim de his caueri legibus, veluti Iulia & Rhemmia. & hoc iure vtimur, præterquam in foro Pontificio, vbi quoduis delictum ſufficit ad refellendum teſtem. can. infamis. 6. quæſt. 1. Apud nos autem in foro regio non ſufficit delictum obiicere, ſed oportet condemnationem ſubſecutam eſſe, & hic vſus omnino contrarius eſt pontificiis conſtitutionibus. Sunt autem duæ conſtitutiones Pontificiæ de eo in Decret. ſub titul. de teſtibus in c. 13. ſuper eod. & c. 54. teſtimonium. Ergo ſufficit, vt videntur innuere ad repellendum aliquem à teſtimonio, notam infamiæ obiicere: ſed male intelligunt, meo quidem iudicio, iſtum locum. nam in dict. leg. 3. §. lege Iulia. D. eod. ſubiecta ſunt illa verba poſt legis Iuliæ verba recitata. hic breui epilogo continetur quod eſt in lege Iulia. In lege autem Iulia mentio facta eſt de impuberum teſtimonio, ideoque dicitur ibi quoſdam repelli ob lubricum ætatis, alios repelli propter notam vel infamiam vitæ, veluti eum, qui eſt damnatus publico iudicio, atq; ita intellexit Accurſius, qui mihi

Qui à teſtimonio repellantur.

videtur rectius hunc locum intellexiſſe, quàm Canoniſtæ. Diximus igitur de nota infamiæ, nunc videndum de aliis cauſis propter quas teſtis repellitur. Teſtimonium alicuius non recipitur propter adfectionem aliquam veriſimilé, quæ poſſit impedire veritatem. Oportet enim eum à quo teſtimonium requiritur, omni perturbatione vacuum eſſe, aliàs idoneus teſtis non habetur. Id docetur ſequentibus exemplis. In primis dicimus neminem in propria cauſa teſtem eſſe poſſe. l. nullus. 10. D. hoc tit. l. omnibus. 9. C. eod. Nam natura comparatum eſt, vt homines ament ſe & ſua. vnde fit, vt nemo teſtis admittatur in cauſa propria. Cice. pro Roſcio. Hoc autem adeo certum eſt & indubitatum, vt fruſtra videatur admoneri à Iuriſconſ. Et ideo ex his alia multa ad conſequentiam trahuntur. Cum dicitur in propria cauſa neminem idoneum eſſe teſtem, hinc illæ quæſtiones quæ ſit propria cauſa, aut aliena. Exempli gratia quæritur in cauſa euictionis, an venditor ſit idoneus teſtis? & certum eſt eum legitimum teſtem non eſſe: quæ ſit propria cauſa docet Iuriſcon. in l. 1. §. in propria. D. quando appel. ſit. vbi cauſam propriam ait eſſe, ex qua commodum quis aut incommodum percipit. Superioris quæſtionis argumentum eſt l. ab executore. §. 1. de appel. Hinc naſcitur quæſtio de cauſa vniuerſitatis, aut corporis alicuius, an ſinguli, ex quibus ea vniuerſitas conſtat, idonei teſtes ſint. Et ex eo pendet, an cauſa eius propria ſit iudicanda, an aliena. Si cauſa eius propria ſit, dicendum eſt idoneum teſtem non eſſe, & vulgo receptum eſt idoneum teſtem eſſe in cauſa vniuerſitatis, niſi ea cauſa ad eius commodum, aut incommodum pertineat. Cauſa vniuerſitatis non videtur cauſa ſingulorum, ex omnibus enim vniuerſitas coaleſcit & conſiſtit. l. in tantum. §. vniuerſitatis. D. de rerum diuiſ. Aliud igitur eſt rem eſſe vniuerſitatis, aliud rem eſſe ſingulorum, ſed tamen videndum eſt an etiam cauſa, quæ nomine vniuerſitatis mota eſt, ad ſingulorum vtilitatem pertineat. Et hoc caſu dici poſſet ſingulorum cauſam eſſe, & ſingulos à teſtimonio dicendo repelli: nam iam diximus eos repelli, ad quos nómine ſuo res quoquo modo pertinet. Et hæc diſtinctio vulgo recepta, probabilis mihi videtur. Aliud exemplum eſt in patre & filio, in l. teſtis idoneus. 9. D. hoc tit. vbi pater filio teſtis eſſe non poteſt, nec in cauſa filij teſtis idoneus cenſetur. Et hoc producitur longius ad omnes aſcendentes & deſcendentes in infinitum. l. parentes & liberi. 5. C. eod. Communi autem parentis appellatione continentur omnes in infinitum. l. quique litigandi. 4. §. 1. D. de in ius vocan. Sic liberorum appellatione continentur omnes qui ex nobis deſcendunt. l. liberorum. 220. D. de verbo. ſignific. Nihil tamen prohibet patrem & filium in eadem cauſa teſtes adhiberi. l. pater & filius. 17. D. hoc tit. Hîc oritur quæſtio ex eo quod dicitur de profeſſione parentum, ſi agatur de ætate filij probanda, aut filij natalibus, vtrum profeſſio parentum admittenda ſit? Et certe admittitur. l. cum de ætate. 13. l. etiam matris profeſſio. 16. l. Imperatores. 29. D. de probat. Et tamen diximus in cauſa filij, patris teſtimonium recipiendum non eſſe. Hæc repugnantia viſa ſunt Accurſio & cæteris, qui non intellexerunt quid ſit profeſſio, ſed docui ſub titul. de proba. quid profeſſio differat à teſtimonio. Quæſtio agitari ſolet de fratre, an ipſe in cauſa fratris, teſtis ſit idoneus, an ſit hæc iuſta cauſa refellendi fratris, quod ſit frater? Dicitur vulgo, nulla lege fratrem repelli à teſtimonio dicendo, quamuis aliqui excipiant cauſam criminalem, ſed aliàs defendi libro 1. Diſputat. cap. 28. fratris teſtimonium legibus interdictum eſſe. ſic interpretatus ſum domeſticum teſtimonium in l. 2. Cod. hoc titul. Domeſtici enim non tantum dicuntur, qui in eadem domo morantur, vt in leg. reſpiciendum. 11. §. furta domeſtica. D. de pœn. ſed etiam dicuntur, qui eiuſdem familiæ ſunt. Sic interpretatur Theophil. Inſtit. titul. de teſtam. Ergo domeſticum teſtimonium iure improbatur. ſed hoc intelligendum eſt cum exceptione, niſi agatur de probando eo, quod domi geritur, quod non poteſt niſi per domeſticos probari, leg. conſenſu. Cod. de repud. Quæri poteſt de amico, an teſtis idoneus ſit, an cauſa ſit iuſta refellendi teſtis, quod is amicus ſit & familiaris ei à quo teſtis producitur? Certum eſt teſtimonium amici non tantum ponderis habere, idque ſatis colligitur in l. 3. in princip. D. eod. Sed quæſtio eſt, an interdicatur teſtimonium, an omnino recipiatur. Quidam enim ſunt quorum teſtimonium multum ponderis non habet, & hoc committendum eſt iudicis arbitrio, vt inſpiciat quanta fides eis habenda ſit, ſed tamen non interdicitur eis teſtimonium, quoties eorum fit mentio in lege Iulia. dicta l. 3. §. in lege Iulia. D. hoc titulo. Quid ergo dicemus de amico? Exiſtimo ſi ſit magna aliqua & non vulgaris amicitia, quæ vix hodie reperitur, eam iuſtam cauſam eſſe interdicendi teſtimonij. hæc enim amicitia coniunctioni ſanguinis comparatur: vulgaris autem amicitia quæ contrahitur aliqua notitia, à teſtimonio non repellit. de hac in leg. latæ culpæ. 223. §. amicos. D. de verborum ſignific. Aliud exemplum eſt de patronis cauſarum, procuratoribus, hi enim idonei teſtes non ſunt. leg. vltima. D. hoc titul. Nihil autem legibus hac de re cautum eſt, ſed de mandatis quæ dabantur præſidibus, cum mittebantur ad prouincias regendas. horum mentio eſt in Nouella Iuſtiniani de manda. princip. Eadem eſt cauſa executorum. dict. l. vltim. D. hic. de his exemplum eſt videndum in Inſtit. titul. de actio. §. ſi quis agens. Quod hic dicimus de patronis cauſarum, pertinet ad omnes procuratores & patronos. capit. vltim. hoc titul. libr. 6. De his, quos ſolicitatores vocant, quæſtio eſt agitata. Ego puto conſtitutionem illam d. capit. vltim. ad eos pertinere: nam aduocatorum nomen, de quo ibi, generale eſt, & complectitur omnes, qui operam cauſis præſtant & litibus. leg. 1. §. aduocatos. D. de variis & extraord. cognit. Hæc exempla demonſtrant idoneos teſtes non eſſe eos, qui adfectione aliqua probabili mouentur erga eum, à quo teſtes producuntur. l. non ſolum. 67. §. primo. D. de ritu nuptia. Præterea ob eandem rationem, quam diximus, inimicus repellitur à teſtimonio. l. ſi quis teſtibus. 13. Cod. hoc titu. Exemplum eſt in l. licet autem. 15. D. de arbitr. Inimicitias autem hîc non quaſuis, ſed capitales intelligimus. De amico vero an poſſit cogi vt teſtimonium dicat contra amicum: dicendum eſt non poſſe: deinde veriſimile eſt eum verum non dicturum. argumen. leg. qui cum maior. 14. Propter paupertatem autem non omnino repellitur teſtimonium, nec tamen pauperi tanta fides habetur, quanta locupleti. leg. 3. D. hoc titul. Repellitur etiam quis à teſtimonio propter infirmitatem conſilij. dict. l. 3. §. vltim. D. hoc titu. vbi teſtis repellitur à teſtimonio propter lubricum ætatis & conſilij, vt impubes, cuius fit mentio in lege Iulia, & l. inuiti. 19. D. hoc tit. Ex magna tamen & graui cauſa, aliquando impuberes interrogantur, vt in cauſa maieſtatis, l. de minore. 10. in princip. D. de quæſt. Dicitur etiam teſtimonium impuberis prodeſſe ad aliquod iudicium, quamuis plenam fidem non faciat. Rhetor quidem apud Senecam libr. 4. controuerſiarum, dicit puero nihil eſſe certius ad teſtimonium dicendum. Sed hæc ſententia merito reprehenſa eſt ab aliis. experimur enim quotidie quam ſit lubricum teſtimonium pueri. magna enim huius ætatis inconſtantia, magna inopia conſilij. Quid dicemus de eo, qui pubes eſt, ſed minor eſt 25. ann. an teſtis idoneus eſt? Mouet quæſtionem quod infirmum eſt huius ætatis conſilium, vnde auxilio curatorum, minores regi ſolent, ſed tamen conſtitutum eſt eum idoneum eſſe teſtem in ciuili iudicio: in criminali ita demum ſi maior ſit viginti annis. leg. in teſtimonium. 20. D. hoc titul. Quæritur quid de muliere dicendum? Magna eſt eius ſexus fragilitas & infirmitas conſilij. Sententia tamen Iuriſconſ. noſtrorum eſt, mulierem in iudicio teſtem eſſe poſſe. argum. l. Iuliæ. de adult. l. ex eo quod prohibet. 18. D. hoc titul. quod caput ſumptum eſt ex libr. 2. ſentent. Pau. tit. ad leg. Iul. de adult. In teſtamento tamen mulier teſtis adhiberi non poteſt. l. qui teſtamento. 20. §. mulier. D. de teſtam. §. teſtes autem. Inſtit. eo. Quæritur etiam de hermaphrodito quid dicendum ſit, an teſtis in teſtamento eſſe poſſit? Paulus ait qualitatem ſexus incaleſcentis oſtendere. l. repetundarum. 15. §. 1. Eſt enim incertum an ſit mas, an fœmina: tamen eius ſexus exiſtimandus eſt, qui in eo præualet, vt ait Vlpianus l. quæritur. 10. D. de ſtatu hom. Hactenus de his, qui teſtes eſſe poſſunt, vel non poſſunt: nunc de his qui cogi poſſunt ad dicendum teſtimonium. Hæ quæſtiones à nobis ſunt ſeparatæ docendi cauſa, hæc etiam ſeparat Iuriſconſul. in l. 1. D. Ergo de teſtibus duplex eſt quæſtio: vna eſt, an teſtis idoneus ſit, an lege aliqua interdicatur teſtimonium. Altera quæſtio eſt, an excuſationem aliquam habeat à dicendo teſtimonio, vt cogi non poſſit.

hanc

hanc quæſtionem tractaturi ſumus. Aduertendum eſt teſtem inuitum cogi teſtimonium dicere, niſi ſit ex perſonis exceptis: nam quædam perſonæ excipiuntur, de quibus dicemus. Regula eſt, cum teſtis adhibetur ad teſtimonium dicendum, cogendum eſſe, ſi nolit teſtimonium dicere. hoc colligitur ex l. ſi quando. 15. Cod. eod. Simile eſt quod dicitur in l. locum. 3. §. hoc interdictum. verſi. exhibere autem. D. de tab. exhib. Notandum tamen in hac re maxime ſpectandam conſuetudinem cuiuſque fori, vt admonet Iuriſconſultus in leg. 3. §. vlti. D. hoc titu. In his quæ pertinent ad ordinationem litis, certum eſt ſpectandam eſſe eius loci conſuetudinem in quo agitur: aliud eſt in his, quæ pertinent ad deciſionem cauſæ, & adducitur l. ſi fundus vænierit. 6. D. de euictio. Quædam autem perſonæ excipiuntur, quæ non poſſunt cogi ad teſtimonium dicendum, vt parentes & liberi, qui inuicem aduerſus ſe, vt teſtimonium dicant, cogi minime poſſunt, imo nec volentes ad teſtimonium admittendi ſunt. l. parentes. 4. Co. hoc titu. & l. teſtis. 9. D. eo. Hoc enim inhumanum viſum eſt Iuriſconſultis, cum ſpectant quid honeſtati conueniat. Scio maiorem partem iuris ad alia duo præcepta referri, vt ſuum cuique tribuatur, & vt nemo lædatur, ſed nonnunquam etiam reſpiciunt ad illud præceptum honeſtatis. Idem de patrono & liberto conſtitutum eſt, l. libertorum. 11. eo. Simile eſt quod dicitur de accuſatione in l. penult. & vltim. Cod. de his qui accu. non poſſ. vbi idem de domeſticis. Aliæ perſonæ excipiuntur, vt ſenes valetudinarii, de quibus in l. inuiti. 8. D. hoc tit. Quod autem ibi dicitur de abſentibus, ideo dictum eſt, quia teſtes adeſſe ſolebant, vt l. 3. D. eod. Simile eſt quod dicitur in l. 2. §. ſi quis iudicio. D. ſi quis caut. Hodie autem non requiritur vſquequaque præſentia teſtium, ideo quod dicitur, nos interpretamur, vt non cogantur ad iudicium venire teſtimonii dicendi cauſa propter valetudinem, aut aliam cauſam: quia is mos mutatus eſt, vt non tam teſti, quam teſtimonio credatur. Quid ergo fiet, ſi iuſta cauſa quis impeditus eſt, vt non poſſit venire teſtimonii dicendi cauſa? In primis iudex poteſt ad eum ire, vel mittere hominem idoneum, qui interroget eum. arg. eſt quod dicitur in l. ad perſonas egregias. 14. D. de iureiur. De hac re eſt conſtitutio Pontificia in c. 8. ſi qui teſtium. de teſtib. in antiq. Decretal. De committendo hoc negotio etiam iudici, in cuius territorio teſtes degunt, tractatur in l. iudices. 17. Cod. de fide inſtrum. vbi etiam de inſtrumentis deſcribendis, Gallice *faire extraicts*. Excipitur tamen criminalis cauſa. in Nouel. conſt. 90. Iuſtin. de teſtib. §. & quoniam ſcimus dudum factam legem, &c. vbi iubet iudices ipſos non alios in criminali iudicio teſtes interrogare debere: quoties ergo aliqua neceſſitas id exigit, iudex ipſe debet interrogare teſtem, vt ſi forte extraneus ſit teſtis. Ex his intelligimus quæ perſonæ ſunt, quæ excipiuntur à teſtimonio dicendo, nec poſſunt cogi teſtimonium dicere. Sed de his qui magiſtratu funguntur, oritur quæſtio, de qua in l. ob carmen. 21. §. 1. D. eod. Huc pertinet quod dicitur in l. curent. 22. D. eo. titu. Dixi aliquando hunc locum non eſſe accipiendum de his qui teſtamentum faciunt: ſed de his qui teſtimonium dicunt. Teſtari eſt in tabulas aliquid redigere memoriæ cauſa, multaque adduxi, vt oſtenderem veram eſſe hanc verbi ſignificationem. Hæ atteſtationes olim fiebant de quibuſcunque negotiis & contractibus, quo tempore in vſum nondum venerant tabelliones. l. ad teſtium. 22. D. de teſti. l. hac conſultiſſima. 21. Cod. eod. Proximus locus eſt de numero teſtium, & quot ad probationem ſufficiant. Et quidem vnius teſtimonium cuiuſcunque dignitatis ſit, etſi fuerit ordinis ſenatorii, non ſufficit. l. iuriſiurandi. 8. Cod. eod. Duo autem teſtes ſunt neceſſarii, vt dicitur in l. vbi numerus. 12. Et quidem oportet teſtes de eadem re conuenire, alioquin pro vno plures teſtes habentur, nos eos vocamus ſingulares teſtes. Vulgo dici ſolet: multi teſtes ſingulares tantum probant, quantum vnus. De his ſingularibus teſtibus locus eſt in iure Pontificio in c. licet cauſam. 9. de probat. ſed iure ciuili de his nihil cautum eſt. Quoties tamen inſtrumentum factum eſt de aliquo contractu: & is quidem, qui pecuniam accepit numeratam, contendit ſe ſoluiſſe ſcripto aliquo, ſed vult producere teſtes vt ſolutionem probet: hoc caſu dicitur duos teſtes non ſufficere, ſed proferre ſcripturam aliquam debet, vel cogitur probare quinque teſtibus ſe ſoluiſſe. l. teſtium facilitatem. 14. Cod. hoc titu. Alii loci & caſus explicantur ab Accurſio, quos vide. Vnum eſt hic notandum, ſuperfluam teſtium multitudinem non eſſe in iudicio recipiendam. l. 1. in fin. D. eod. In Gallia hoc relictum non eſt moderationi iudicis, vt iure ciuili. extat enim de numero teſtium adhibendorum conſtitutio regia, quæ vult in ſingulos articulos denos teſtes proferri.

Quomodo teſtes produci, interrogari, teſtificari debeant, & quo tempore.

IN primis teſtes vocati ad iudicium teſtimonii dicendi cauſa, iureiurando adiguntur, ne ante recedant, quam teſtimonium dixerint, hoc iureiurando ita obſtringuntur, vt quindecim dierum ſpatium iudices obſeruare debeant: poſt quindecim vero dies, datur eis recedendi facultas. hæc omnia continentur in l. ſi quando inuitos. 15. Cod. hoc titu. de teſtib. Si ſponte velint fideiuſſores dare, recipiuntur: fideiuſſores autem dare non coguntur, nec ideo coniiciuntur in carcerem, quod ſatiſdare non poſſint, aut nolint. Interim autem ſumptus competentes eis teſtibus dandi ſunt, nec coguntur ſuo ſumptu ad iudicem accedere teſtimonii dicendi cauſa. Et ſolet quæri, an debeat eis ſumptus repræſentari ex pecunia, an ſufficiat eis mandare poſtquam dixerunt teſtimonium? Receptum eſt eis dandos ſumptus antequam è domo pedem extulerint: idq; ſatis colligitur ex l. quoniam liberi. 10. C. hoc tit. quæ vult ſumptus dari ad iudicem venturis, idq; maxime in criminalibus cauſis. Quod autem diximus teſtibus, non teſtationibus credendum eſſe, hoc eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem, quam tradidimus ex l. iudices. 17. Co. de fide inſtrum. Diximus teſtium interrogationem aliquando delegari poſſe, vt in pecuniariis cauſis. Hinc quæritur, an geſta ab arbitro compromiſſario fidem faciant in iudicio, ſi forte arbiter deceſſerit, cum nondum arbitratus eſſet? Hæc quæſtio tractatur in l. vlt. cum apud compromiſſarios. C. hoc tit. de teſtib. & ait diſtinguendum eſſe, vt ſi deceſſerit arbiter, & ſuperſtites ſunt teſtes, denuo interrogentur: ſin minus vtriq; deceſſerint, quod geſtum eſt fidem facere. Arbiter enim eſt quidam iudex, etſi enim aliquid interſit inter arbitrum & iudicem: arbitraria tamen ad ſimilitudinem iudiciorum redacta ſunt, l. 1. D. de arb. Vnde teſtes creduntur à iudice interrogati. idem dicitur in l. pen. cum ante. C. de rec. arb. & in cap. 50. de teſtib. in antiq. Decretal. Sed quomodo interrogabuntur? Ratio interrogandi eſt, vt exigatur ab eis primum iuſiurandum de teſtimonio vero dicendo. l. iuriſiurandi. 8. C. eo. Cautum tamen eſt Pontificia conſtitutione hoc iuſiurandum poſſe remitti à parte aduerſa. cap. 39. tuis quæſtionibus. eod. titu. in Decretal. antiq. Sed quæritur, an præcedere debeat iuſiurandum teſtimonii dictionem? Receptum eſt, & ſi ſequatur valere, hoc conſentaneum eſt inſtituto Athenienſium, qui poſt dictionem teſtimonii ad aras teſtes ducebant, vt iurarent. meminit huius inſtituti Cicer. in orat. pro Balb. Ego tamen vtilius eſſe puto, vt prius iuſiurandum exigatur, quam teſtimonium dicatur, ne retractet teſtis quod dixit. Deinde interrogari teſtes debent parte præſente aut ſaltem vocata. l. ſi quando. 15. Cod. hoc titul. Ad hæc teſtis debet teſtificari quod ſcit, quodque ipſe percepit oculis vel alio ſenſu corporeo, ita vt appareat ei compertum eſſe id de quo teſtificatur. hoc vulgo dicitur receptum, quamuis id certi iuris non ſit, ſed illud. arg. l. teſtium. 14. verſic. ſub præſentia ſua debitum, &c. Oportet enim teſtem dicere ſe vidiſſe, nec ſatis eſt quod dicat ſe credere, aut quod arbitretur: quo caſu vulgo dicitur teſtis de credulitate. Ait Cicero fuiſſe morem veteribus in iudicio, vt iurarent teſtes ſe ſcire non arbitrari. Et hæc diligenter ſunt notanda, vt intelligamus quomodo teſtes debeant teſtificari, & eorum teſtimonia valeant. Ideoque vafri, litigioſi, & cauti homines, qui ſolent plauſtrum exacuere teſtibus, diligenter eos admonent, vt dicant ſe vidiſſe, hocque iure vtimur, vt nullus teſtis ex auditu admittatur. licet de hac re nullum aliud ius extet, excipiendus eſt tamen caſus in quo teſtimonium huiuſmodi valet, cum facti operis extare memoria dicitur. l. 28. D. de proba. iſque locus eſt diligenter notandus. Sed quæritur, an teſtem ſufficiat vidiſſe ſalu aliquo obiter, & quod interfuit, an rogatum eſſe

oporteat? Quæſtio eſt vtilis, de qua in l. ad fidem. 11. D. de teſtibus. vbi dicitur ad fidem faciendam etiam non rogatum teſtem idoneum eſſe. Reperiuntur tamen exceptiones in iure ciuili in quibus rogatum eſſe teſtem oportet, vt in teſtamentis l. hæredes palam. 21. D. de teſtam. & auth. rogati. C. hoc tit. de teſtib. Alia eſt exceptio apud Iuſtinianum No. 90. de teſtib. De tempore quæritur, an lite conteſtata teſtes interrogentur? Et hoc expreſſum eſt magis iure Pontificio, quam ciuili. eſt etenim tit. in antiq. Decretali. vt lite non conteſt. non procedatur ad teſtium recept. nihil autem aperte expreſſum iure ciuili eſt, ideo opinor, quia de eo nulla dubitatio erat. Aliquando tamen ante conteſtationem litis teſtes examinantur certis de cauſis, vt ſi decrepitæ ſint ætatis teſtes, quod apertiſſime expreſſum eſt iure Pontificio ſupra relato, vt lit. non conteſta. cap. 5. quoniam frequenter. eſt tamen aliqua huius rei mentio in Nou. illa de teſti. & in auth. ſed & ſi quis. C. eo. Deinde notandum eſt teſtes non examinari poſtquam teſtimonia perſpecta ſunt, id cautum eſt Nou. illa Iuſti. conſt. de teſt. §. ſi vero dicatur. Sed quæritur, an teſtes qui refelluntur, debeant examinari à iudice? Diſtinguitur in d. §. ſi vero dicatur. hodie autem mos & conſuetudo fori ſpectanda eſt, & ſecundum eã teſtes examinari, vel omnino reiici ſolent. l. 3. §. vlt. D. eod. Poſtremus locus eſt in quo quæritur quanta fides ſit adhibenda teſtib. Calliſtratus. in l. 3. D. hoc tit. ait, non poſſe definiri in vniuerſum, & refert reſcripta Imperatorum de hac re quibus committitur hæc quæſtio arbitrio & religioni iudicis. hunc locum Cicero eleganter explicat in oratione pro Fonteio. Soleo autẽ dicere tria expendenda eſſe à iudice: primum perſona teſtis, ſecundo modus teſtimonii dicendi, tertio teſtimonium ipſum. hæc ſunt veſtigia inquirendæ veritatis, quib. aliquo modo inſtruitur iudex. Circa perſonam eius, qui teſtimonium dicit, ſpectantur mores, conditio, fortuna, & adfectio. vt ſi amicus ſit vel inimicus. hoc colligitur ex l. 2. & 3. D. eo. Modum teſtificandi docet Calliſtratus in d. l. 3. D. hoc tit. Videndum eſt enim, an teſtis ex tempore reſpondeat, an vero cunctanter. hinc enim intelligitur quanta fides teſti adhibenda ſit, vt etiam colligitur ex l. de minore. 10 §. tormenta. D. de quæſtionib. Et id diligenter inquiſitores in ſuis actis perſcribere ſolent. Poſtremo teſtatio ipſa diligenter conſideranda eſt, an rei de qua agitur conueniens ſit, & credibilis. l. ob carmen. 21. §. vlt. Inquiſitio igitur tota committitur arbitrio iudicum. Non ſolum autem aduerſus teſtimonia, ſed & aduerſus teſtes obiici poteſt, obiectaque admitti ſolent. & ſi iudex deprehenderit falſo vel varie teſtes aliquid dixiſſe, eos ſeueriſſime punit. atque in hac animaduerſione nullum recipitur fori priuilegium, nulla præſcriptio: ſed teſtes ab eo iudice puniuntur, cuius aures offenderint, varie vel falsò teſtimonium apud eum dicendo. l. nullum penitus. 12. C. eod.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XXIIII. DIGESTORVM COMMENTARIVS.

IN TIT. SOLVTO MATRIMONIO DOS quemadmodum petatur.

SOLENT qui hanc ἐπιγραφὴν, ſiue titulum interpretantur, multa præfari de continuatione (vt loquuntur) tituli de appellatione Infortiati, de Ablatiuorum abſolutorum natura, aliiſque id genus ineptiis. Quo genere docendi nihil eſt corruptius, ac pernicioſius. Et ſi non ignorem, ſubtiliter iſta ab iis tractari ſolere, vt vel inexplicabilia nonnullis videantur. Sed (vt inquit Poeta)

Turpe eſt difficiles habere nugas:
Et ſtultus labor eſt ineptiarum.

Nos ergo qui ſimplicitatem amamus in Iuris interpretatione, non fucum, non oſtentationem inanem, non argutias inutiles: pro huiuſmodi nugis, titulos librorum ſuperiorum, nempe 23. & 24. breuiter percurremus, è quibus hic titulus omnino dependet, nec totius tractatus hoc initium eſt. Qua in re, ſat ſcio, plæraque leuia & vulgaria quibuſdam viſum iri, qui fortaſſis ad diſſoluendos Iuris nodos plus acuminis, & vſus habent, quam cæteri. Sed æquum eſt profecto nobis veniam ab iis dari: tum quia rationem, ac viam in omnibus tradendis diſciplinis vſitatam & neceſſariam ſequimur, à leuiſſimis quibuſque ad grauiora, ſubtilioraque ſenſim progredientes: tum etiam quia rudioribus non minus, quam iis qui multum promouerunt in iuris ſtudio, conſulere nos oportet. Interim tamen & mediocriter quoque eruditos nonnihil (vt ſpero) iuuabit hæc noſtra proluſio. Igitur (quod fœlix fauſtumque ſit) de Sponſalib. primum: deinde de Nuptiis, de Dotibus, ac dotium iure dicemus. Titulos librorum ſuperiorum vſque ad hunc titulum, & eos, qui lib. 5. C. Iuſti. continentur, ſummatim explicantes.

DE SPONSALIBVS.

Hic titulus quatuor præcipuos locos habet, quos ſigillatim perſequemur.

1 *Quæ ſint Sponſalia.*
2 *Quomodo Sponſalia fiant.*
3 *Quales perſonas eſſe oporteat, quæ Sponſalia contrahunt.*
4 *Quæ ſit vis & poteſtas Sponſaliorum.*

I. Quæ ſint Sponſalia.

SPonſalia (inquit Florentinus l. 1. hic.) *ſunt mentio, & repromiſſio futurarum nuptiarum.* Ex qua diffinitione colligitur differentia inter nuptias, & ſponſalia. Aliud eſt enim nuptias contrahere, aliud ad nuptias contrahendas ſe obligare, ſicut mutuam pecuniam dare, & promittere ſe mutuam pecuniam daturum, multum differunt. l. ſi pœnam. de verb. oblig. Nuptiæ ergo fiunt verbis in præſens tempus conceptis, vt *Accipio te in virum: Accipio te in vxorem.* Sponſalia verbis in futurum tempus conceptis contrahuntur, &c. Dicta autem ſunt ſponſalia, quia moris fuit veteribus ſtipulari, & ſpondere ſibi vxores futuras: quamuis hodie ſtipulatio non ſit neceſſaria. l. 1. & 2. de ſponſa. Nam ſponſio (vt alias docuimus) non ſimplicem promiſſionem ſignificat, ſed ad ſtipulationem refertur. l. ſponſio. de verbo ſignifi. Quo ſenſu in Theodoſii conſtitutione de ſuffragio, lib. 4. C. Iuſtin. hoc verbum accipiendum eſt, quam vulgus doctorum iuris non recte interpretatur. Quamuis enim *Stipulari, & Spondere* diuerſa ſint, l. 1. de duo. re. tamen tota illa conceptio verborum, quæ conſtat ex ſtipulatione & ſponſione, id eſt, ex interrogatione & promiſſione, modo ſtipulatio, modo ſponſio appellatur. Idemq; in emptione & venditione animaduertere licet. Sed & Seruius Sulpitius apud Gel. libr. 4. c. 4. Qui vxorem (inquit) docturus erat, ab eo vnde ducenda erat, ſtipulabatur eam in matrimonium ductum iri: qui daturus erat, itidem ſpondebat. Is contractus ſtipulationum ſponſionumq; dicebatur *Sponſalia.* Tunc quæ promiſſa erat, Sponſa appellabatur: qui ſpoponderat ducturum, Sponſus.

II. Quomodo Sponſalia fiant.

Contrahuntur ſponſalia ſolo conſenſu ſine ſtipulatione, aut ſcriptura. Nec inter præſentes tantum, ſed etiam inter abſentes per nuntium, aut epiſtolam. l. 47. & vltim. de ſponſa. Ex quo conſequitur furioſum contrahere ſponſalia non poſſe, licet iam contracta furor interueniens non infirmet. l. furor. eod. titu. Conſenſum autem accipimus eorum in primis, de quorum coniunctione agitur, deinde eorum etiam, in quorum poteſtate ii ſunt. Parumque refert expreſſe,

an ta-

an tacite, id eſt, non contradicendo conſentiant, modo conſenſus omnium adſit. l. ſi puellæ. l. in ſponſalibus. l. ſed ea. l. filiafamilias. eod. tit.

III. Quales perſonas eſſe oporteat, &c.

De qualitate perſonarum ſponſalia contrahentium illud obſeruandum eſt, prohibito matrimonio inter aliquas perſonas, ſponſalia quoque prohibita intelligi. l. ſi quis tutor. de ritu nupt. Vnde & vulgo regulam colligunt: *Cum quid prohibetur, omnia prohibita intelligi, ſine quibus ad illud perueniri non poteſt.* Nec quicquam ſcriptum extat in iure ciuili, vnde aliqua huiuſmodi regula non conficiatur. Placetque adeo hic mos quibuſdam noſtri temporis profeſſoribus haud obſcuris, vt vel libris editis confirmare non dubitent, in eo artem omnem æqui & boni ſitam eſſe. Quod fortaſſis tolerabile eſſet, ſi modum in ea re adhiberent, quem in illis merito deſideramus. Sed cum ſine modo ac iudicio omnia ad huiuſmodi theſes nullo exemplo reuocent, ferendos nequaquam eos eſſe exiſtimo. Cum enim nihil periculoſius ſit in iure, quam aliquid definire, dubium non eſt quin huiuſmodi regulæ fallaces ſint, nihilque firmi, ac ſolidi habeant. Itaque ſtudioſis omnibus auctor ſum, vt multum operæ in his regulis aut colligendis, aut ediſcendis non ponant. Ac ſi quis diſſerendo (vt fit) aliquam huiuſmodi regulam pro lege & auctoritate adducat, equidem ei reſpondere non verebor, id in iure ſcriptum non reperiri. Nam & ſi quæ in legibus ſcripta ſunt, ad negotia, de quibus lex nihil definiat, plærunque porrigantur, tamen hunc morem regulas ex quaque hypotheſi conficiendi non probo, ſed magis placet, vt ſpecies ipſa proferatur, ac recitetur, ex qua argumenta à ſimilitudine, à conſequentibus, ab antecedentibus, aliiſque huiuſmodi locis ducantur. Vitabitur enim facilius proplexitas illa ſumma, & obſcuritas, quam eæ regulæ aliæ ſuper alias coarceruatæ pariunt. Sed vt eo redeamus, vnde digreſſi ſumus: Prohibito matrimonio, ſponſalia quoque prohibita intelliguntur. Quod ſic accipiendum eſt, ſi ſit eadem ratio prohibitionis. Cuius rei exemplum eſt in Senatoribus, qui prohibentur libertinam vxorem ducere, ne dedecoretur ordo Senatorius tali coniunctione. Nam & ſola deſponſatio aliquam turpitudinem habet. Ceſſante igitur ratione ceſſat quoque legis prohibitio: veluti in muliere, quæ intra annum luctus nubere prohibetur, propter turbationem ſanguinis. Nullum enim periculum eſt, ne ſponſalia ſola turbationem ſanguinis afferant. l. ſolet. de his, qui notan. infam. Item qui officium in aliqua Prouincia adminiſtrat, vxorem ibi ducere non poteſt, quamuis ſponſare non prohibeatur. l. ſi quis offi. de ritu nupt. quia poſt depoſitum officium liberum eſt ei nuptias non contrahere: ideoque nullus metus, aut impreſſio nocere ei poteſt, nec vlla eſt alia prohibitionis ratio. Quæri ſolet, cur lex prohibens tutorem pupillam ſuam vxorem ducere, interpretatione ad ſponſalia porrigitur. l. tutor. de ſponſal. l. ſi quis tutor. de ritu nupt. cum finita tutela facultatem ſponſalia diſſoluer la puella habeat? Qua de re poſtea diſſeremus ſub titu. de ritu nupt. Hoc autem inter nuptias & ſponſalia intereſt, quod in ſponſalibus contrahendis ætas definita non eſt, vt in nuptiis. Proinde impuberes contrahunt ſponſalia, modo infantes non ſint. d. l. in ſponſalibus. Vnde ſi puellam nondum annos duodecim natam quis vxorem duxerit nuptiæ non conſiſtunt, ſed tunc legitimam fore vxorem Pomponius ait, cum apud virum impleuerit duodecim annos. l. 4. de ritu nup.

IIII. De poteſtate, & effectu ſponſaliorum.

Sponſaliorum non ea eſt vis & poteſtas, vt aduerſus eum qui ſpopondit, vlla competat actio. Quanquam olim actionem ex ſponſo dari, litemque pecunia æſtimari ſolitam, auctor eſt Seruius Sulpitius apud Gellium. Liberum ſiquidem eſt alterutri renuntiare, & cum alio quouis matrimonium contrahere. l. 1. C. de ſponſ. Et hoc genus renuntiationis repudium appellatur. l. inter ſtuprum. l. inter diuortium. de verb. ſign. quod à patre pro filio, vel filia, quam habet in poteſtate, fieri poteſt: à tutore pro pupillo, aut pupilla non poteſt. l. in poteſtate. l. ſi puellæ. de ſponſal. l. 4. Cod. eod. titul. Nec infamia notatur cum alio poſtea contrahens, quaſi bina ſponſalia eodem tempore conſtituta habeat, diſſolutis nempe per huiuſmodi renuntiationem prioribus ſponſalibus l. 1. l. quid ergo. de his qui notan. infam. Sed nec pœna vlla, quamuis promiſſa, eo nomine peti poteſt, nec id quod intereſt, niſi forte dolus nuntium remittētis arguatur, quo caſu de dolo agi æquum eſt. l. Titia. de verb. obliga. l. 2. C. de inutili ſtipul. l. 1. de dolo. Verum ſi datæ fuerint arræ ſponſalitiæ, per eumque ſtet, qui dedit, quo minus negotium peragatur, eas amittit. Sin autem per eum ſtet, qui recepit duplum, aut ſi ita conuentum fuerit, quadruplum is reſtituere cogetur. l. ſi quis officium. de ritu nupt. l. 3. l. vltim. Cod. de ſponſ. Quod ſi iuſtam cauſam renuntiandi habuerit alteruter, hæc pœna ceſſat. l. 2. l. vltim. Cod. de ſponſal. l. 1. Cod. ſi nuptiæ ex reſcript. pet. Arras autem vocamus annulos, aut alias huiuſmodi res quæ in hoc dantur, vt veluti argumentum ſint negotii contracti. *Arra quid.* Sponſalia nonnunquam à iuris auctoribus eas dici animaduertimus. l. 1. Cod. ſi nupt. ex reſcript. pet. vt tit. de ſponſ. in Cod. Theodoſ. in quo Codice extat etiam hic titulus: *Si prouincia rector, vel ad eum pertinentes ſponſalia dederint.* Qui aliter in Cod. Iuſtin. legitur, ſed mendoſam eſſe eam lectionem, vel ex epitome Azonis perſpicuum eſt. Et hæc quidem omnia Iuri ciuili, quod Iuſtinianus ſcriptum nobis reliquit, conſentanea ſunt. At ius Pontificium, quo in dirimendis huiuſmodi controuerſiis fere vtimur, repudium non permittit, ſed de eo iure tam ſponſus quam ſponſa coguntur matrimonium contrahere. c. ex literis. de ſponſ. Quidam tamen caſus excepti reperiuntur, in quibus diſſoluuntur ſponſalia: veluti cum vterque contrahentium conſentit huic diſſolutioni. cap. 2. de ſponſ. cum in lepram, paralyſim, aut alium huiuſmodi morbum incidit alteruter, vel corporis vitium, quod magnam deformitatem afferat. cap. vltim. de coniug. lepro. cap. quemadmodum. de iureiur. Cum affinis eſſe cœpit alter alteri poſt contracta ſponſalia. cap. 2. cap. fraternitati. cap. ex literis. de eo qui cog. conſan. Cum alter eorum peregre profectus eſt, & per triennium abfuit. cap. de illis. de ſponſa. l. 2. C. de diuor. Cum is, qui impubes ſponſalia contraxit, factus tandem pubes ea dirimi poſtulat. cap. de illis. cap. à nobis. de deſponſa. impub. Cum poſt ſponſalia conſtituta nuptiæ cum alia perſona contractæ ſunt, verbis ſcilicet in præſens tempus conceptis. cap. ſicut. cap. ſi inter. de ſponſa. cap. 1. de ſponſ. duo. Quod eſt accipiendum, niſi ſponſalia interim ſecutus fuerit concubitus. cap. is qui fidem. de ſponſal. In ſumma, quia non poſſunt omnes caſus ſigillatim enumerari, dicendum eſt, quoties iuſta aliqua ratio ſuadet è re ipſorum contrahentium non fore coniunctionem, veluti quia periculum eſt forte ne perpetuum inter eos odium, atque diſſidium ſit, iudex ad diſſoluenda ſponſalia, quam ad eos matrimonio iungendos, propenſior eſſe debet. Et ita Lucii Pontificis reſcriptum accipiendum puto, de cuius vero ſenſu inter iuris profeſſores non conuenit. cap. requiſiuit. de ſponſa. dicto cap. ex literis. Quod autem de arris ſponſalitiis ſupra dictum eſt, id iure pontificio non eſt immutatum. Itaque in foro pontificio ſeruandum eſt, quoties culpa alterutrius dirimuntur ſponſalitia.

DE NVPTIIS.

Præcipui loci huius tituli hi ſunt.

1 *Quæ ſint nuptiæ.*
2 *Quomodo nuptiæ contrahantur.*
3 *Inter quas perſonas contrahantur.*

I. Quæ ſint nuptiæ.

HActenus de ſponſalibus, nunc tractandum eſt de nuptiis, ſiue matrimonio, propter quod ſponſalia contrahuntur. *Sunt autem nuptiæ, viri & mulieris coniunctio, indiuiduam vitæ conſuetudinem continens,* vt definit Iuſtinianus tit. de patria poteſta. libr. 1. Inſtit. In qua definitione verbum *coniunctio*, oſtendit nuptias à ſponſalibus differre, quibus nulla coniunctio, ſed coniunctionis tantum ſpes inducitur, vt diximus. Reliqua verba ſignificant, vt vulgo creditur, in perpetuum coniuges ſimul viuere, & conuerſari debere, & hoc conſilio eos matrimonium contrahere, quamuis poſtea

forte diuortium ſequatur. Itaque hæc verba concubinatum à matrimonio diſcernere, ac ſeparare dicuntur. Sed mihi videtur Iuſtinianus his verbis communionem quandam ac ſocietatem inter coniuges ſignificare. Et hanc interpretationem adiuuant verba Modeſtini, cap. 1. de ritu nupt. cum ait: *Nuptiæ ſunt coniunctio maris, & fœminæ, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio.* Nulla eſt enim res, ſiue diuini ſiue humani iuris, quam alter alteri non communicet, & cuius inter eos promiſcuus vſus non ſit. Quod & Plutarchus ſenſit in præceptis connubialibus, cum ait: *Prohibitam legibus donationem inter coniuges, non vt alter ab altero nihil accipiat, ſed vt omnia inter ſe communia eſſe ducant.* Hinc Paulus cap. 1. titu. rerum amo. *Societas*, inquit, *vitæ vxorem quodam modo dominam facit*, &c. Et Gordianus, *vxorem rei humanæ atque diuinæ domus ſociam eſſe ait.* l. aduerſus. Co. de crimin. expil. hæred. Ac fortaſſis Modeſtinus, quem conſtat Ethnicum fuiſſe, de ſacris priuatis, ac domeſticis ſenſit, quorum meminit Cicero lib. 2. de leg. Plautus in Capriuis. Plinius in Panegyrico. & Valerius lib. 2. cap. 1. Vnde fit, vt qui in domum & familiam alicuius aſciſcitur, in ſacra tranſire dicatur. Valerius lib. 7. cap. 7. titu. de teſtam. quæ reſciſſ. ſunt. de Anci filio loquens, qui à Suffenate adoptatus fuerat, Anci filius (inquit) in Suffenatis familiam, ac ſacra tranſierat. Quem loquendi morem imitati ſunt noſtri iuris auctores non vno in loco. Nam de filiis, qui adhuc in familia & poteſtate patris ſunt, loquentes, eos dicunt, in ſacris parentum conſtitutos. l. vlt. C. de inoffic. teſtamen. l. vlt. C. de cura. furio. l. vlti. Cod. ad Tertul. l. cum oportet. C. de bonis quæ liber. In ſacris poſitos. l. in coniunctione. C. de nupt. In ſacris manere. l. filiæ. Cod. de collat. l. penult. Cod. de adopt. In ſacris retineri. l. 3. C. de bonis mater. In ſacris eſſe. l. 2. Cod. de bonis quæ liber. Eos vero, qui per emancipationem aut alias exiuerunt è familia & poteſtate patris, dicunt Sacris vinculis exolui. l. 1. C. de offic. præt. E ſacris paternis dimitti. l. quidam. C. de fideicom. A ſacris paternis abſolui. l. de emancipatis. C. de leg. hæred. l. 1. C. de an. excep. Atque hinc ſatis apparet quid inter matrimonium & concubinatum (qui iure ciuili permittitur) interſit. titul. de concu. infra l. Maſſurius. de verb. ſignif. Nam etſi conſuetudine quis vtatur concubina, non ideo tamen in familiam eius, & ſacra tranſit concubina. Proinde filii ex ea ſuſcepti, tanquam alieni à familia paterna, ipſi, vt cæteri liberi non ſuccedunt, tit. de nat. lib. C. Quæſierit aliquis, An matrimonio contracto ſocietas aliqua inter coniuges coita eſſe intelligatur? Reſpondeo, ſocietatem veram, legitimamque non eſſe, qualis deſcribitur à iuris auctoribus ſub titu. pro ſocio: quamuis id veteribus Romanorum legib. conſtitutum fuiſſe Dionyſius ſcribat libr. 2. Sed moribus comparatum eſt fere in Gallia, vt mobilia inter coniuges communicentur, & ea quæ conſtante matrimonio quæſita ſunt. Quæ conſuetudo proculdubio iuri Romano contraria eſt, cum eo iure cautum ſit, nec pro marito vxorem, nec pro vxore maritum teneri. l. vxorem. C. de decurio. l. 1. C. ad leg. Iuliam de vi publi. & tit. C. ne vxor pro mari. Sed & Vlpiani verba aperte id indicant, cap. 1. de ſenatuſcon. Sillan. *Neque viri ſerui* (inquit) *proprie vxoris dicuntur, neque vxoris proprie viri, ſed quia commiſta familia, & vna domus eſt, ita iudicandum atque in propriis ſeruis Senatus cenſuit.* Huc accedat quod Diocletianus reſcripſit: *Ex pecunia etiam dotali fundum a marito comparatum vxori non acquiri.* cap. ex pecunia. C. de iure dot. Et viceuerſa idem de muliere dicendum eſt, ſi quid ipſa acquiſierit, quamquam in dubio præſumitur quicquid habet à viro ad eam perueniſſe. l. Quintus. de donat. inter vir. Poterat ſane bonorum ſocietas coiri inter coniuges, idque olim fieri ſolitum fuiſſe oſtendit Scæuola. l. alimenta. §. vltim. de adimen. leg. l. ex diuerſo. hic. verum citra conuentionem nulla ſocietas locum habebat. Cur ergo (dixerit quiſpiam) conſuetudo & communicatio vitæ indiuidua hic eſſe dicitur, ſi liberum ſit vtrique facultates ſuas ab altero ſeparare? Verborum ſiquidem proprietas repugnare videtur, cum indiuiduum id ſit, quod diuidi non poteſt. Sed captanda non ſunt Iuſtiniani verba, alioqui ne amicus quidem proprium quicquam habere diceretur, quod veteri prouerbio, amicorum omnia habeantur communia. Senſit enim, ſalua honeſtate coniugii, nihil indiuiſum inter coniuges, ſed promiſcuum rerum omnium vſum eſſe oportere, licet nulla ſit obligatio, qua alter alteri ad hanc communicationem obſtringatur. Deinde hoc verbum *Indiuiduum*, plærunque accipitur non pro eo, quod diuidi non poteſt, ſed pro eo quod commune adhuc & indiuiſum eſt. Sic enim *Indiuidua hæreditas* dicitur à Modeſtino. l. ſi fine. de adminiſtrat. tuto. & à Paulo *Indiuiduum curæ officium*. l. Lucius Titius. eod. titu. Occurrit hic quæſtio, an vxor in poteſtate viri ſit iure Romano? Nam vſu, moribuſque receptum eſt in Gallia, vt viri poteſtati omnino ſubiiciatur, nec vllum negotium abſque conſenſu & auctoritate mariti ſui contrahere poſſit. Sed quæritur an ea conſuetudo Romano iuri conſentanea ſit? Et non videtur eſſe, cum vxor mariti ſocia dicatur, vt iam docuimus: *Proinde filiafamilias, quæ nupta eſt, non deſinit eſſe in patris poteſtate*, vt clare Vlpianus ait. l. 1. de liber. exhib. Idemque iuris eſt in filiofamilias. l. inter liberas. leg. marito. leg. filiumfamil. de adulter. Nec vero dubium eſt, quin res ſuas vxor marito non conſentiente, arbitrio ſuo alienare poſſit. Quod & Diocletianus reſcripſit. l. velles. Cod. de reuocan. donat. leg. ſi vxor tua. Cod. de pigno. Ac tametſi rerum dotalium adminiſtrator, dominuſque ſit maritus, tamen in res cæteras niſi vxore permittente poteſtatem non habet, idque Theodoſii conſtitutione expreſſum eſt. l. hac lege. Cod. de pact. conuen. Ex quo apparet iſtam poteſtatem, quæ moribus noſtris recepta eſt, Romano iuri non conuenire, quanquam vxor, quæ materfamilias eſt viro, & conuenit in manum viri, & poteſtati eius ſubiicitur iure veteri Romanorum, vt Boetius ait in Topic. Cice. & Vlpianus in Inſtitut. titu. de tutel. titu. qui hære. inſtit. poſſ. titu. quemadmodum teſtam. rump. titu. de bon. liber. Ne illud quidem inficiari poſſumus, maritum auctoritate aliqua in vxorem legibus Romanis vti. Quod & naturali rationi conſentaneum eſt. Nam vxor non modo reuerentiam. l. alia. hoc titu. §. cum autem. Cod. de rei vxor. action. ſed etiam obſequium ei, officiumque debet. l. ſicut. de oper. libe. Ac vulgo traditum eſt, vxorem à marito coerceri, caſtigarique poſſe. not. in leg. ſed etſi quencunque. ad l. Aquiliam. cano. duo ſunt. 23. quæſtio. 4. Idque olim Romæ fieri ſolitum fuiſſe indicat Liuius libro nono, de bello Maced. quo loco de Bacchanalibus loquitur. Præterea forum, ac domicilium ſequitur mariti, & conditionis eiuſdem cenſetur. l. cum quædam. de iuriſdictio. l. exigere. de iud. l. mulieres. Cod. de dignitat. Adde quod ea eſt in vxorem mariti auctoritas, vt eam adulterii accuſare, atque adeo interdum eo nomine interficere poſſit. l. Gracchus. Cod. de adulter. cum tamen ei aduerſus maritum adulterum nulla competat accuſatio. leg. 1. Cod. de adulter. Sed vt ad noſtram conſuetudinem reuertamur, videndum eſt, qua ratione introducta ſit. Eſt enim crebro agitata hæc quæſtio. & mirum eſt tam clari apud Gallos inſtituti rationem adeo obſcuram eſſe, vt de ea inter ſupremarum curiarum iudices non conueniat. Quidam ad commodum mariti conſuetudinem reſpicere cenſent, vt cum vxoris facultatibus omnibus fruatur, conſtante matrimonio nihil in eius præiudicium vxor faciat. Quorum opinio ſi vera eſt, ſoluto matrimonio poterit mulier ex contractu à ſe inito, vel ipſius hæredes conueniri. argumen. leg. rem alienam de pigno. actio. leg. cum vir. de vſucap. Alii arbitrantur eo conſenſum & auctoritatem mariti requiri, quod vxor propter fragilitatem ſexus, & imbecillitatem ingenii ſub mariti poteſtate, quaſi tutoris cuiuſdam, aut curatoris, cuius conſilio regatur, eſſe debeat. Et ſecundum hanc opinionem vxores minoribus recte comparantur, qui abſque tutorum auctoritate inutiliter contrahunt, adeo vt ipſis maioribus effectis contractus non conualeſcat. Suffragatur huic ſententiæ, quod ſcribit Cicero in oratione pro Murena: Mulieres omnes propter infirmitatem conſilii olim in poteſtate tutorum fuiſſe. Et Boetius in Topica Ciceron. Mulieres, inquit, iure antiquo perpetua tutela continebat. Recedebant vero à tutoris poteſtate, quæ in manum viri conueniſſent. Et Liuius libro quarto belli Macedon. Maiores noſtri ne priuatam quidem rem agere fœminas ſine auctore voluerunt. Hinc Plautus in Aulularia de mulieribus loquens: Quarum animis, inquit, auidis, atque inſatiabilibus neque lex, neque tutor eſt, capere qui poſſit modum. Meminit & Cicero huius tutelæ in oratione pro

Cecin.

Cæcin. & in Topic. Meminit Vlpianus in fragmentis Inſtitutionum. Sed & iure quoque Athenienſium tutores fœminis olim dari ſolitos fuiſſe conſtat ex Demoſthene, & quibuſdam aliis ſcriptoribus Græcis, à quibus videtur Romanorum inſtitutum, vt à Romanis noſtrum profluxiſſe. Verum illud nobis ſcrupulum iniicit, quod nuptis tantum mulieribus libertas adimitur moribus noſtris: nam reliquæ nullius viri auctoritate reguntur, ſi iuſtæ ætatis ſint. Ex quo perſpicuum eſt, noſtræ conſuetudinis auctores infirmitatem conſilij, quæ in mulieribus eſt, hic non omnino ſpectaſſe. Alioqui innuptas mulieres ſub auctoritatem tutorum redigere eos oportuit, quæ nuptis minime ſagaciores, prudentioresque ſint. Itaque exiſtimo maiores noſtros nihil aliud ſpectaſſe, quàm vt vxorem viro obnoxiam, ſubiectamque redderent, & ea in quandam velut ſeruitutem redacta, nihil aliud cogitaret, quàm vt marito omnibus in rebus obſequeretur. Et hæc quidem poteſt mihi videtur patriæ poteſtati, quæ legibus Romanis introducta eſt, perquam vicina ſimiliſque eſſe, licet ab ea nonnihil differat. Nam ſi quæratur, exempli gratia, quamobrem filiusfamilias teſtamentum facere prohibeatur, nemo dixerit, opinor, id in gratiam patris fieri, cum ne patre quidem permittente teſtari poſſit, aut quia tam firmo conſilio iudicioque non ſit vt paterfamilias, ſed ad conditionem & ſtatum filij, qui ſui iuris non eſt, reſpexiſſe legislatorē non male dicetur. Sic vtile viſum eſt maioribus noſtris, ingentem marito poteſtatem in vxorem concedere, vt in eam conditionem redacta, quæ ſeruilis ſit, aut non multum à ſeruili diſtet, obſequentior ei, tractabiliorque redderetur. Ne quis autem id nos comminiſci putet, Cæſar libr. 6. de Bello Galli. de Gallis loquens, Viri, inquit, in vxores ſicut in liberos, vitæ, neciſque habent poteſtatem. Quæ poteſtas paulatim ita deminuta eſt, vt tamen veſtigia eius minime obſcura ſuperſint. idemque apud Romanos in patria poteſtate accidit. Cum igitur ob perſonam ipſam, quæ ſeruilis quodam modo conditionis eſt, veretur mulier bona ſua alienare non conſentiente marito, conſequens eſt contractum ab ea initum ſoluto matrimonio non conualeſcere, ſicut & de teſtamento, quod filiusfamilias condidit, iure conſtitutum eſt. l. 1. de leg. 3.

II. Quomodo nuptiæ contrahantur.

Nuptiæ conſenſu contrahuntur, abſque vllo actu venereo. leg. nuptias. de reg. iur. leg. cum fuerit. de conditio. & demon. l. cum hic ſtatus. §. ſi mulier. de donatio. inter vir. Itaque inter abſentes, non minus quam inter præſentes contrahi poſſunt, per procuratorem ſcilicet, qui ſpeciale mandatum habeat. l. denique. l. generali. de ritu nupt. Illud ſingulare eſt in hoc procuratore, quod poſt reuocationem inutiliter matrimonium contrahit, quamuis de ea certior factus non fuerit. c. vl. de proc. in 6. An autem ſit neceſſaria ſponſæ deductio in mariti domum, controuerſi iuris eſt quæſtio. Nam ideo *abſentem mulierem per nuntiu, aut epiſtolam nubere non poſſe Pomponius ait, quia deductione opus eſt in domu mariti.* l. mulierem. de ritu nup. Et Vlpianus *conditionem nubendi tunc videri impleta* ait, *cum vxor ducta fuerit*, l. cum fuerit. de condict. & demon. Item Iuſtinianus diſerte ait, *Conditionem nuptiaru impleri non poſſe, niſi ipſa nuptiarum accedat feſtiuitas.* l. ſancimus. C. de nup. quod de ſolenni deductione & pompa intelligi debet. Aurelianus quoque Imperator cum de donatione conſuleretur, quæ dicebatur nuptiaru die facta, & dubitaretur an à ſpōſo, an à marito res donata eſſet, reſcripſit, *Ita demum videri à marito donatum eſſe, ſi in ſponſi domo facta fuerit donatio.* l. cum in te. C. de donat. ante nup. Quibus verbis oſtendere videtur, non aliter nuptias, quam per ductionem in mariti domum, perfectas intelligi. Sed verius eſt, deductionem hanc neceſſariam non eſſe, ſufficereque mutuum conſenſum, vt diximus. Quod & Scæuola apertiſſime reſpondit, lib. 9. Dig. l. Seia, de donat. inter vir. & Theodoſiana conſtitutione ſatis comprobatur, qua pompæ celebritatiſque nuptiarum omiſſionem matrimonij firmitati non obeſſe conſtitutum eſt. leg. ſi donationum. Cod. de nupt. Nec vero difficile admodum eſt obiecta diluere, ſi vim, ſenſumque verborum, & Iuriſconſultorum mentem paulo diligentius, & omni cauillatione ſummota expendamus. Nam certum eſt, ſolennes quaſdam ceremonias moribus olim receptas fuiſſe, quibus non ſeruatis matrimonium fere contrahi non ſoleret, vt ex Catullo, Plinio, Plutarcho, Lactantio, Chryſoſtomo, & aliis didicimus. c. priuſquam. 27. q. 2. d. l. Seia. Itaque quod Pomponius ait, puto, de his accipiendum eſſe, qui ſola conuentione non contenti, ritum illum ſolennem obſeruare volunt, quem minime neceſſarium eſſe reſcripſit Theodoſius, dict. leg. ſi donationum. Cum enim quidam ſuperſtitioſior cum abſente muliere matrimonium inire vellet, nihilque ex ſolennibus prætermittere dubitabat, an deductio, quæ maxima pars ritus ac ſolennitatis erat, in mulieris ipſius domum ſufficeret. Et ait Pomponius, *non ſufficere, quod contra vſitatam ceremoniam id fiat.* Non igitur docet Pomponius quomodo nuptiæ contrahi debeant, alioqui nudum conſenſum ſatis eſſe diceret, ſed rationem, ac formam deductionis tantum demonſtrat. Nec nos vel tantillum mouet, quod Vlpianus ait, conditionem nuptiarum tunc impletam eſſe, cum vxor ducta eſt: quoniam id μεταφορικῶς ab eo dictum eſſe conſtat. Conſtitutio vero Iuſtiniani feſtiuitatem nuptiarum exprimit, quod perraro abſque ea feſtiuitate, & pompa eo tempore matrimonia inirentur. Idemque proculdubio dicturus fuit de matrimonio, quod ſolo conſenſu celebratur. Ac obiter adnotandum eſt, celebritatem illam, feſtiuitatemque nuptiarum à Iuriſconſultis nuptias aliquando appellari, vt cum Caius libr. 1. Inſtit. ait: *Nuptias legitimas eſſe, cum Romanus Romanam nuptiis interuenientibus, vel conſenſu, vxorem ducit.* Supereſt Aureliani reſcriptum, quo illud tantum oſtenditur, cum incertum eſt, an poſt nuptias, an ante eaſdem res donata ſit, ex deductione in domum mariti, nuptias iam perfectas præſumi. Ac ſi in ſpecie propoſita conſtitiſſet, quo tempore mutuo conſenſiſſent coniuges, non fuiſſet neceſſe ad hanc coniecturam recurrere. Ex iam dictis concludendum eſt, nec concubitum, nec deductionem, aliumve ritum ſolennem ad perficiendas nuptias iure ciuili neceſſarium eſſe. Iure tamen Pontificio benedictio ſacerdotis cum ſacra oblatione & precationib. adhiberur. c. aliter. 30. q. 5. & in titu. de clandeſt. deſpon. Idque conſtitutionibus quibuſdam Leonis & Alexij, qui poſt Iuſtinianum Romano præfuerunt imperio, cautum fuiſſe auctor eſt Harmenopulus in Prochiro.

Sequens quæſtio eſt, Quorum conſenſus in matrimonio contrahendo neceſſarius ſit. *Secunda quæſtio.* Et certum eſt, non modo coniugum ipſorum conſenſum requiri, ſed etiam parentum, in quorum poteſtate ſunt. l. 2. de ritu nupt. Et Iuſtinianus ait lib. Inſtit. 1. tit. de nupt. *Neque naturalem, neque ciuilem rationem permittere, vt abſque parentum conſenſu filius nuptias contrahat.* Sed qui non contradicit, conſentire intelligitur. l. ſi vt proponis. C. de nup. *Proinde iuſtæ alioqui nuptiæ non ſunt, nec iuſti, legitimique liberi qui inde procreantur*, vt Paulus reſpondit ſub tit. de ſtatu hom. l. Paulus reſpondit. Quanquàm in eo Sententiarum libro, qui titulo Pauli circumfertur, ſcriptum eſt: *Huiuſmodi nuptias non ſolui propter vtilitatem publicam, &c.* Quod non ita accipiendum eſt, quaſi ratum ſit matrimonium, quod ſine voluntate parentum contractum eſt. l. Paulus reſpondit. de ſtatu homi. ſed ſi volente patre contractum ſit, non ideo poſtea diſſoluetur, quod pater in ea voluntate non perſeuerauerit. l. diſſentientis. C. de repud. l. cum hic ſtatus. §. ſi ſocer. de donat. inter vir. Emancipatus ſane filius conſenſum patris non expectat. leg. filius emancipatus. de ritu nupt. ſed is tantum, qui in poteſtate eſt. Interdum vero filiusfamilias abſque patris conſenſu nuptias recte contrahit, vtputa ſi pater furioſus ſit, captus ab hoſtibus, aut abſens, &c. quæ res difficultatem non habet. l. ſi nepos. & leg. ſeq. de ritu nupt. l. ſi furioſi. C. de nupt. §. 2. Inſtit. de nup. Quid igitur ſi pater filio conſentire nolit? Inuocabit Magiſtratus officium filius. l. qui liberos. de ritu nupt. Non enim ex voluntate patris tantum pendet hoc negotium, ſed filij quoque, adeo vt cogi à patre non poſſit. l. non cogitur. de ritu nupt. l. nec filium. l. viduæ. l. in coniunctione. C. de nupt. Si tamen patre imperante filius contradicere non auſus vxorem duxerit, quam alioqui ducturus non erat, matrimonium valet. l. ſi cogente. de ritu nupt. Sed hoc ita eſt accipiendum, niſi minis eum terruerit pater, & metum intulerit, propter quem merito reſcindi quod geſtum eſt debeat. leg. ſi mulier. ſupra de eo quod met. cauſ. cap. cum locum. de ſponſal. Quæſitum eſt,

An iure pontificio idem, quod iure ciuili de hoc parentum conſenſu ſtatutum ſit: Sed dubium non eſt, quin veteres canones & decreta pontificum, quæ in collectaneis Gratiani hodie leguntur, iuri ciuili conſentiant. Extat enim Euariſti Pontificis decretum in hæc verba: *Aliter legitimum non ſit coniugium, niſi ab his, qui ſuper ipſam fœminam dominationem habere videntur, & a quibus cuſtoditur, vxor petatur, & à parentibus & propinquioribus ſpōſetur, & legib. dotetur, &c.* can. aliter. 30. quæſtione 5. Eſtque aliud huic non diſſimile Leonis decretum, 32. quæſt. 2. Quo in loco refert etiam Gratianus Ambroſij verba ex lib. de Patriar. quæ ſequuntur: *Honorantur parentes Rebeccæ muneribus, conſulitur puella non de ſponſalibus: illa enim iudicium expectat parentum. Non eſt enim virginalis pudoris eligere maritum, ſed iam deſponſata viro, de profectionis die conſulitur: nec immerito dilationem non attulit. Iure etenim properare debuit ad maritum. Vnde illud Euripidæum, quod mirantur pleriq; vnde translatum ſit, manifeſtum eſt. Ait enim in perſona mulieris, quæ tamen volebat maritum relinquere, & ad alias petebatur nuptias: Sponſaliorum meorū pater meus curam ſubibit. Hoc enim non eſt meum. Ergo quod & ipſi Philoſophi mitati ſunt, ſeruate virgines, & non ſolum virgines, &c.* Verſus autem quos citat Ambroſius ex Euripide, hi ſunt in Andromacha.

Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
Μέριμναν ἕξει, κ' οὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε.

Sed recentiora Pontificum decreta nobis obiiciuntur, ex quibus vix vnum reperitur quod multum ad rem pertineat, ſi quis ea commode & abſque calumnia interpretari velit. Huiuſmodi eſt Nicolai decretum 27. quæſt. 2. *Sufficiat ſolus ſecundum leges conſenſus eorum, de quorum coniunctione agitur, qui ſolus ſi defuerit, cætera etiam cum ipſo celebrata fruſtrantur, &c.* In quo decreto dictio, *ſolus*, adiicitur ad excludendum concubitum, non etiam conſenſum aliarum perſonarum. Multum enim intereſt, an dicamus *ſufficere ſolum conſenſum eorum, &c.* an vero *ſufficere conſenſum eorum tantum, de quorum coniunctione agitur.* Ac tametſi mentionem non faciat Nicolaus parentum, dubium tamen non eſt, quin verba eius ita accipienda ſint: cum præſertim ſecundum leges conſenſum requirat. Non enim de qualitate perſonarum quærebatur, nec proponebatur filium familias eum eſſe, qui matrimonium contrahere volebat, ſed de eo tantum dubitabatur, an præter conſenſum concubitus quoque requireretur. Itaque cum ſcribit Nicolaus, *ſufficere conſenſum eorum, &c.* intellige niſi ſint in parentum poteſtate, quorum conſenſu ad eam rem opus eſt. Nec diſſimilis eſt reſponſio ad Innocentij decretalem epiſtolam, ſub titul. de ſponſalib. & matrim. cum ait, *Matrimonium contrahi per legitimum viri, & mulieris conſenſum*, cap. tuæ. Quæſitum enim fuerat ab eo, quibus verbis matrimonium contraheretur, & an mutus matrimonium contrahere poſſet. Et reſpondet, *Matrimonium contrahi per legitimum viri & mulieris conſenſum, &c.* Cum igitur nulla fuiſſet tum mota quæſtio de qualitate perſonarum, quæ forte non erant in parentum poteſtate, aut conſtabat parentes non diſſentire, curioſi nimium hominis fuiſſet in eo reſcripto mentionem parentum facere. Adde quod non ſimpliciter conſenſum requirit, ſed legitimum, id eſt talem, vt legibus, quæ de parentum conſenſu latæ ſunt, aliiſque non repugnet. Quod adfertur ex quibuſdam aliis Pontificum reſcriptis de libertate matrimoniorum, adeo leue, friuolumque eſt, vt reſponſione indignum videatur. cap. cum locum. Quid enim aliud Romanæ leges hac de re ſtatuunt, à quibus nihilominus conſenſus parentum requiritur? cap. gemma. de ſponſa. Vnum Lucij pontificis reſcriptum, ſub tit. de rap. negotium nobis faceſſit. cum enim orta fuiſſet quæſtio de muliere, quam miles quidam inuitis parentibus vxorem duxerat, cum eaque concubuerat, reſcripſit, *Eam a marito ſuo recedere non poſſe.* l. 2. C. de inutil. ſtipulat. l. Titia. de verborum obligation. Sed verba reſcripti oſtendunt ſeparationem, ac diſſolutionem matrimonij duram Lucio viſam fuiſſe propter concubitum, qui interuenerat. cap. cum cauſa. Itaque veteres canones hoc Lucij reſcripto abrogati omnino vere dici non poſſunt, ſed exceptione tantum addita immutati correctique, vt ita locum habeant, ſi matrimonio coitus non acceſſerit. Vt tamen libere dicam quod ſentio, mihi ſatis æqua, iuſtaque non videtur ea conſtitutio, quamuis humanitatem aliquam præ ſe ferat. Nam & ſi duram, acerbamque huiuſmodi ſeparationem eſſe non negem, tamen ſi ius ciuile, vetereſque canones diligenter obſeruentur, id eſt, ſi impunitam non relinquant talem audaciam Magiſtratus ac iudices, quorum eſt cognitio, aut nunquam, aut certe perraro contingat, vt ea ſeueritate vtendum ſit. Sed nec iuri diuino (vt exiſtimant nonnulli) conſentanea videtur huiuſmodi coniunctio. Cum enim leges ſint ordinatio Dei, eos demum coniungere recte & vere Deus dicitur, qui ſecundum præcepta legum coëunt.

Hinc exiſtit quæſtio, An quo caſu matrimonium non diſſoluetur ſecundum conſtitutiones pontificias, filius à patre ob eam cauſam exhæredari poſſit? Et vulgo receptum eſt, non poſſe, quod iure permittente matrimonium ita contrahatur, ideoque impunitum eſſe debeat. l. Gracchus. C. ad leg. Iuliam de adult. Verum ego diſſentientium opinionem, licet numero pauciorum, magis ſequor. Nam Pontifices manere volunt matrimonium, ne maius inde ſequatur ſcandalum, non quod filij audaciam, & inobedientiam probent, quæ diuino præcepto contraria procul dubio eſt: *Honora patrem & matrem &c.* Nec nouum eſt, plæraque tum ciuili Iure, tum canonico prohiberi, atque adeo puniri, quæ tamen facta effectum habeant. No. in c. vlt. de ſecun. nupt. c. aliter. 30. q. 5. Proinde melius erit conſtitutiones pontificias ſic interpretari, vt quam minimum à natura & lege diuina recedant: & lex Imperatoria quæ exhæredandi facultatem concedit, ſalua atque illibata maneat. Nouel. 155. tit. vt cum de app. cognoſ. §. ſi vero. Poſtrema quæſtio eſt de curatorum conſenſu. Sed certi iuris eſt, horum conſenſum in nuptiis contrahendis neceſſarium non eſſe: quia rei tantum familiaris adminiſtrationem habent. l. ſciendum. de ritu nuptia. l. in copulandis. C. de nuptiis. *Tertia quæſtio.*

III. Inter quas perſonas contrahantur.

Longum profecto eſſet, & ab inſtituto noſtro alienum, omnia ſigillatim ac diffuſè perſequi, quæ ad hunc locum pertinent. Nos ergo præcipua tantum, & inſigniora hîc attingemus, de perſonis differentes, inter quas connubium non eſt (vt verbis vtar Vlpiani) in Inſtit. id eſt, *inter quas nuptiæ contrahi non poſſunt.* Cognitis enim huiuſmodi perſonis, difficile non erit de cæteris iudicium. In primis inter eos, qui ſanguine coniuncti ſunt, prohibetur matrimonium idque in infinitum, ſi ex numero aſcendentium & deſcendentium ſint. l. nuptiæ. leg. vltim. de ritu nupt. Sin autem ex latere ſint coniuncti, inter ius ciuile, pontificiumque aliquid diſcriminis reperitur, quia pontifices matrimonium inter eos prohibent qui quarto gradu diſtant à communi illo parente, qui cognationis cauſa & origo eſt: Iuris autem ciuilis prohibitio non tam late diffunditur, vt mox dicemus. c. non debet. de conſang. & affi. l. nemini. C. de nupt. Ac tales nuptiæ inutiles inceſtæque merito habentur, tit. Cod. de inceſt. nupt. nec à Principe confirmari ſolent. l. ſi adulterium. ad leg. Iuliam de adult. licet nonnunquam ex cauſa ſtatus liberorum confirmetur. l. qui in prouincia. §. diuus. de ritu nupt. Huius autem prohibitionis multiplex eſt ratio. Nam in primis inter parentes, ac liberos pudor quidam natura hominibus inſitus hanc coniunctionem prohibet. leg. adoptiuus. de ritu nupt. Hinc Xenophon lib. 4. ἀπομνημονευμάτων, hanc legem à diis poſitam eſſe ſcribit, ne liberi parentibus miſceantur, aut parentes liberis. Ius ſi quidem naturale recte diuinum appellatur, quod à Deo humanis mentibus inditum, inſcriptumque ſit: *Nam & bruta quædam animantia hunc coitum auerſantur*, vt Iuſtinianus ait, leg. Nouel. 12. tit. de inceſt. & nefar. nupt. & in veteribus tum Græcis, tum Latinis auctoribus multa huiuſmodi exempla leguntur. Altera ratio eſt, charitas hominum ac neceſſitudo, quæ hoc pacto in plures familias manat, ac diſpergitur, authore Plutarcho in Problemat. Quam rationem Theologis quoque noſtris, & Pontificibus placuiſſe video. Auguſt. lib. 15. de ciuit. Dei c. 16. Chryſoſt. in 1. ad Corint. epiſt. homil. 34. c. cum igitur. 35. quæſt. 1.

Tertia ratio eſt, Ne cognationis nomina confundantur, ac fra-

ac frater, paterque idem fiat, eiuſdemque ſit vxor, & mater, vt Iſychius Hieroſolymitanus in Leuiticum ſcribit. Cuius rei etiam Harmenopulus de affinitate diſputans, meminit in Prochiro. Vt autem intelligatur intra quot gradus cognationis prohibitæ ſint nuptiæ, valde neceſſarium eſt, rationem horum graduum ſupputandorum noſſe. Sed eius rei plena tractatio huius loci non eſt, & titulo de gradibus cognationum magis conuenit. Dicam tamen ſummatim quod de ea re mihi videtur, idque quanta maxima potero ſimplicitate, & quam minimum à veſtigiis priſcorum iuris auctorum deflectendo, qui facilem & expeditam viam, qua ad horum graduum cognationem poſſumus peruenire, nobis demonſtrarunt. Nam regulas à ſcholaſticis, vulgaribuſque doctoribus excogitatas, quæ obruunt verius, quam docent, libenter miſſas facio. Triplex eſt igitur cognatorum ordo, aſcendentium, deſcendentium, & eorum, qui à latere coniunguntur. leg. 1. de grad. Aſcendentes dicuntur, qui nos genuerunt, puta, pater, auus, proauus, &c. Deſcendentes, qui ex nobis geniti ſunt, vt filius, nepos, pronepos, abnepos. Coniuncti à latere, ſiue ex tranſuerſo dicuntur, qui neque nos genuerunt, neque ex nobis ſunt geniti, ſed ex eodem parente orti ſunt, & ſtirpem, radicemque communem nobiſcum habent, puta frater, patruus, conſobrinus, &c. Theophil. titu. de legi. agnat. ſucceſſ. Itaque ſi quis cognoſcere velit quoto gradu ſinguli cuiuſpiam cognati ab ipſo diſtent, deſcribendæ ſunt perſonæ ei coniunctæ, ita vt ſupra ipſum omnes ponantur aſcendentes, deſcendentes infra collocentur. Nam directum limitem Paulus ait in duas lineas ſeparari, quarum altera ſuperior eſt, altera inferior. l. χήματα. de gradibus cogn. Eorum vero, qui communem habent originem, deſcriptio ita facienda eſt, vt quædam lineæ tam in ſiniſtro, quam in dextro latere à recti limitis ſuperiore linea pendeant. Hac deſcriptione perfecta, incipienda eſt enumeratio, vt Paulus ait, l. Iuriſconſultus. eo. ab eo, de cuius cognatione quæritur, qui inter lineam ſuperiorem, atque inferiorem recti limitis medius conſtituitur, nec vllam cognationis propriam appellationem in ea deſcriptione habet. Non enim aut pater, aut filius, aut frater dicitur, ſed tota cognatio, quæ deſcripta eſt, ad eum referri debet. Is igitur, de cuius cognatione quæritur, cum eo qui proximus ipſi eſt, vnam generationem, vnumque gradum efficit. Gradus enim aliud nihil eſſe hic intelligitur, quam generatio, conſtatque generationem omnem ex duabus conſtare perſonis, vna generante, altera generata: vt exempli gratia: Si quæratur quoto gradu Titius diſtet ab aliquo ex aſcendentibus, ſpectandus eſt numerus generationum à Titio ſurſum verſus progrediendo: & quia Titius à patre genitus eſt, recte dicemus patrem vno gradu, ſeu (quod idem eſt) vna generatione ab eo diſtare. Deinde computandæ ſunt perſonæ generatæ. Nec dubium eſt, quin totidem reperiantur generationes, quot huiuſmodi perſonæ. Sicut enim Titius à patre genitus eſt, ita pater ab auo, auus à proauo, proauus ab abauo, abauus ab atauo, atauus à tritauo. Pater ergo in primo gradu eſt, auus in ſecundo, proauus in tertio, abauus in quarto, atauus in quinto, tritauus in ſexto. Eademque ratio eſt inferioris ordinis, qui deſcendentium appellatur. Nam incipiendo à Titio, de cuius cognatione quæritur, & deorſum tendendo, apparebit Titium, & eius filium vnam generationem conficere, quia Titius filium genuit, & quot præterea accedunt perſonæ generatæ, totidem generationes, ſeu gradus numerari. Vnde filius in primo gradu eſſe dicitur, nepos in ſecundo, pronepos in tertio, abnepos in quarto, atnepos in quinto, trinepos in ſexto. In tranſuerſis autem lineis ſimiliter ad numerum generationum reſpiciendum eſt: vt ſi quæratur quoto gradu Titius ab aliquo tranſuerſorum, puta fratre, aut conſobrino, diſtet, videndum eſt, quot inter vtroſque ſint generationes, & ſimiliter incipiendum eſt ab eo, de cuius cognatione quæritur, vt in directo limite dictum fuit. Sed quomodo computabuntur generationes? (dixerit aliquis) cum nec frater fratrem, nec conſobrinus conſobrinum genuerit, &c. Verum huius computationis rationem hanc tradit Paulus, vt à Titio, de cuius cognatione quæritur, ad patrem, aut auum progrediamur, aliumve ex deſcendentibus, qui cognationis cauſa & origo ſit: deinde ad tranſuerſam lineam deſcendamus, ſingulas generationes enumerando, vt ecce: Si quæratur quoto gradu Titius à fratre diſtet, animaduertendum eſt, à Titio ad patrem, qui communis parens eſt vtriuſque, reperiri vnum gradum, vnamque generationem: à patre vero ad fratrem deſcendendo reperitur altera. Ex quo efficitur, Titium à fratre duobus gradibus diſtare. Verba Pauli hæc ſunt, in dict. l. Iuriſconſultus. *Frater ſecundo gradu eſt: quoniam patris vel matris perſona, per quos coniungitur, prior numeratur.* Et paulo poſt. *Non aliter* (inquit) *peruenitur ad eum, de quo quæritur, niſi per eos tranſitum fuerit, ex quibus naſcitur.* Itaque ſi de fratre incidat quæſtio, ita ingrediendum eſt, vt per patrem tranſeamus, propter quem fratres cognati dicuntur. Si de patruele, aut conſobrino quæratur, progrediendum erit ſurſum verſus vſque ad auum, qui cognationis cauſa eſt, & origo: & ab eo rurſus deſcendendum per lineam obliquam, vſque ad patruum, ex quo naſcitur patruelis, &c. Et hæc computatio indicabit Titium à conſobrino quatuor gradibus diſtare: quandoquidem à Titio ad auum duæ ſunt generationes, & totidem ab auo ad conſobrinum, ſiue patruelem. Diſtat ſiquidem à Titio pater vno gradu, auus ſecundo, patruus tertio, patruelis quarto, & ſic de reliquis eſt dicendum. Pontifices autem creduntur, hanc ſupputandi rationem in linea tranſuerſa immutaſſe, vt quos in ſecundo gradu ponimus, illi collocent in primo. Verum alius forte eorum ſenſus hac de re fuit, quamuis non ſat proprie, & clare elocuti ſint. can. ad ſedem. 35. quæſtione quinta. Non enim ex duobus gradibus vnum, *Ad ca. ad ſedem 35. quæſt. 5.*
aut ex quatuor gradibus duos efficere potuerunt, quod ſane perabſurdum eſſet, ſed cum de matrimonii coniunctione agitur inter ordinis tranſuerſi cognatos, illud ſpectandum eſſe voluerunt, quantum ambæ perſonæ, de quarum matrimonio quæritur, diſtent, aut quantum remotior diſtet à communi illo parente, qui cognationi ipſorum cauſam præſtitit, non autem quot gradibus inter ſe diſtent. cap. vltimo, de conſanguinitate. Quandoquidem propter reuerentiam communis illius parentis prohibitum inter eos matrimonium eſſe videtur. Si ergo quæratur quoto gradu diſtent frater & ſoror à patre communi, recte quis dixerit vno gradu eos diſtare, licet inter ſe diſtent duobus gradibus. Et regula, quæ eos vno gradu inter ſe diſtantes eſſe ait, non ſecundum veritatem, ſed fictionem iuris potius accipienda eſt. Quo enim gradu diſtant à communi ſtipite, eodem à ſe inuicem diſtare finguntur. Eadem eſt cauſa conſobrinorum, vt exemplis dilucidior res fiat. Conſobrini namque diſtant inter ſe quatuor gradibus, ſed ab auo, vnde communem ducunt originem, duobus tantum gradibus diſtant. Nec aliter reſponſurus fuit, opinor, Paulus, aut alius quiuis ex veteribus iuris auctoribus, ſi de ea re conſultus fuiſſet. Et hac (vt conijcio) ratione conſobrini ſiue patrueles in ſecundo gradu à pontificibus eſſe dicuntur. dic. can. ad ſedem. Verum (vt ex diuerticulo in viam redeamus) cum de prohibitione matrimonii quæritur, animaduertendum eſt inter aſcendentes ac deſcendentes matrimonium prohiberi, tam iure ciuili, quam pontificio: idque in infinitum ſine vlla graduum diſtinctione. leg. nuptiæ. & leg. vltim. de ritu nupt. Inter eos autem, qui ex latere coniunguntur ad certum gradum, certamque generationem prohibentur nuptiæ, ſed iure ciuili aliter quam pontificio, licet in pleriſque inter vtrumque conueniat. Nam in primis inter fratrem ac ſororem vtroque iure prohibetur matrimonium, ſicut inter patruum ſiue auunculum, & fratris vel ſororis filiam. l. nemini. Codic. de nupt. Ac de fratris quidem filia non ducenda, promulgatam olim fuiſſe legem à Nerua Imperatore, Dion auctor eſt: ante cuius tempora id moribus receptum potius, quam certo iure, legibuſque definitum erat, ideoque à tali matrimonio plærique non abſtinebant. Illud etiam forte quoſdam mouebat, quod Senatuſconſulto Claudii temporibus facto matrimonium huiuſmodi permiſſum fuiſſe intelligerent. Sic enim de Claudio ſcribit Tacitus libr. 12. qui Agrippinam fratris filiam ducere cupiebat: Nec Claudius vltra expectato, obuium apud forum præbet ſe gratantibus, Senatumque ingreſſus decretum poſtulat, quo iuſte inter patruos fratrumque filias nuptiæ etiam in poſterum ſtatuerentur. Neque tamen repertus eſt, niſi vnus talis matrimonii cupitor, Talledius Seuerus eques Romanus, quem plærique Agrippinæ gratia impulſum ferebant.

Præterea ſicut fratris, vel ſororis filiam vxorem ducere non licet, ita ne neptem quidem fratris vel ſororis quis ducere poteſt. dict. leg. nemini. *Cuius enim filiam vxorem ducere non licet, neque eius neptem permittitur*, vt Iuſtinianus ait libr. 1. Inſtitut. titu. de nupt. Idem dicendum videtur de omnibus fratris, ſororiſve liberis in infinitum, ſicut in linea recta: quoniam patruus vel auunculus his omnibus liberis loco parentis eſt. l. ſororis. de ritu nupt. Inter conſobrinos iure ciuili prohibitum non eſt matrimonium. §. duorum. Inſtitut. de nupt. quamuis Tacitus libr. 12. innuat olim Romæ id permiſſum non fuiſſe. Nec deſunt exempla apud priſcos auctores huiuſmodi coniugiorum. Sed ius pontificium hanc coniunctionem vetat, permittitque tantum iis, qui vltra quartum gradum diſtant à communi illo parente, qui caput eſt, & origo cognationis, vti iam diximus. cap. vltim. de conſang. & affin. Sed & quorundam Imperatorum legibus idem quod iure pontificio, de conſobrinis conſtitutum aliquando fuit. Cuius rei vel Sext. Aurelius teſtis eſt, qui Theodoſium ait tantum continentiæ & pudori tribuiſſe, vt conſobrinarum nuptias vetuerit. Cur autem ſororis neptem ducere, perinde ac conſobrinam non liceat iure ciuili, quæri poteſt. Nam pari gradu diſtat vtraque ab eo, de cuius cognatione quæritur, nempe quarto. Et ſatis conſtat ex iam dictis, neptem ſororis filiæ loco eſſe fratri, conſobrinam conſobrino non æque. Fratres enim parentum noſtrorum nobis vice parentum ſunt. Qua ratione materteram magnam iure ciuili prohibemur vxorem ducere, quamuis ea quarto gradu à nobis diſtet, non minus quam conſobrina. §. item amitam. Inſtitut. de nupt. l. per adoptionem. de ritu nupt. Ex quo conſequitur, regulam pontificiam non ſimpliciter accipiendam eſſe: *Quoto gradu remotior differt a communi ſtipite, &c.* cap. vltim. de conſang.

Ad c. vlt. de conſang.

Quæ regula oſtendit, cum ii, de quorum coniunctione agitur, inæqualiter diſtant ab eo, qui cognationis caput eſt, ſufficere, ſi vnus eorum quinto gradu diſtet, quamuis alter in quarto, aut tertio, ſecundove gradu ſit. Ea ſiquidem regula mihi videtur ita accipienda eſſe, niſi alter tam propinquus ſit communi parenti, vt vno tantum gradu ab eo diſtet: quo caſu abſtinere debet ab eorum nuptiis, quorum veluti parens quodam modo eſſe intelligitur, vt ante admonuimus. Non enim videtur canon pontificius, vtcunque verba eius generalia ſint, hunc caſum, in quo ſpecialis quædam, ac ſingularis ratio eſt, complecti. Quod & Hoſtienſis clari nominis Iureconſultus reclamantibus fere cæteris, cenſuit. in cap. quod dilectio. de conſang. & affinit. Quod ſi verum eſt, non minus abneptem ſororis meæ, quam filiam, aut neptem eius ducere prohibeor iure pontificio, tametſi abneptis à patre meo quinque gradibus diſtet. Idemque de abamita mea, aut abmatertera dicendum eſt, quas ego vxores ducere nequeo, quod matrum loco mihi ſint, & inter me, qui ſum remotior, & atauum, qui noſtræ cognationis origo eſt, interuallum quinque gradum intercedat. Nam canon pontificius ſicut de parentibus ac liberis non intelligitur, ita nec de his, qui parentum, liberorumque locum tenent. De aliis vero cognatis omnibus à latere coniunctis accipi debet. Quod ſi quis forte contendat latius patere canonis verba, quam vt interpretationem hanc, exceptionemque admittant, is velim conſideret, pontificem, qui regulæ auctor eſt, in eadem conſtitutione de quarto gradu loqui, vt vel hinc appareat, regulam de eo tantum gradu accipiendam eſſe, aut alio gradu, in quo ſit eadem ratio, puta tertio, aut ſecundo. Nam ſi vnus eorum, de quorum coniunctione agitur, in primo ſit gradu tranſuerſo, alter in quinto, ratio longe diuerſa eſt, vt ſatis perſpicuum eſt ex iis, quæ iam à nobis dicta ſunt, Nec vero hominis eſt recto iudicio præditi, ſi quid parum commode ſcriptum alicubi deprehendat, id calumniari, & ad ſenſum aliquem abſurdum, & à mente ſententiaque auctoris alienum detorquere. Alioqui ne reprehenſionem quidem Iuſtiniani regula poterit effugere, ſub tit. de nupt. libr. Inſtitut. 1. *Cuius filiam ducere vxorem non licet, nec eius neptem permittitur.* Filiam etenim aui mei mihi ducere non licet, at eius neptem, quæ conſobrina mea eſt, licet. Verum Iuſtiniani mentem magis, quam verba eiuſdem intueri debemus, qui hoc proculdubio ſenſit: Si cuius filia mihi filiæ loco ſit, vt eam ducere non poſſum, nec eius neptem ducere potero. Suadent ergo verba conſtitutionis pontificiæ, vt regulam interpretatione reſtringamus: ſuadet & ratio, ne alioqui ius ciuile mitius quam pontificium in prohibendis cognatorum nuptiis comperiatur, cum luce clarius ſit, pontifices nihil aliud hic ſpectaſſe, quam vt iuris ciuilis immoderatam (vt quidem erat eorum opinio) nuptias contrahendi licentiam cohiberent, & temperarent. dic. cap. ad ſedem.

De affinitate.

Hactenus de conſanguinitate, propter quam prohibetur matrimonium: nunc de affinitate, quæ matrimonium quoque impedit, videndum eſt. §. affinitatis. Inſtitut. de nupt. Nec alia videtur prohibitionis ratio in affinitate, quam in cognatione. *Affines autem* (inquit Modeſtinus) *ſunt viri & vxoris cognati*, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diuerſæ inter ſe ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit. l. non facile. de gradib. Hinc affinitas à Theophilo lib. 2. Inſtitut. titu. de nupt. diffinitur, *Propria quædam perſonarum qualitas, quæ citra cognationem nobis per nuptias coniunguntur.* Nam viri & vxoris cognati, licet inter ſe nullo cognationis vinculo colligati ſint, tamen altera cognatio alteri affinis, id eſt, vicina, contermina, proximaque eſt. Quod igitur Modeſtinus ait: *Affines eſſe viri & vxoris cognatos*, de omnibus cognatis hinc inde accipiendum eſt: quos inuicem affines eſſe qui negant, verba Modeſtini violant, atque corrumpunt verius, quam interpretantur. Inter eos autem prohibetur matrimonium etiam iure ciuili, qui parentum, liberorumque loco habentur, cuiuſmodi ſunt ſocer, ſocrus, gener, nurus, vitricus, priuignus, nouerca, dict. l. non facile. dict. §. affinitatis. eademque eſt aliarum huiuſmodi perſonarum ratio. Sicut enim nouercam prohibemur vxorem ducere, id eſt, patris vxorem, ita etiam aui, proaui, aliorumve aſcendentium. l. adoptiuus. de ritu nupt. Et quod de ſocru dictum eſt, id eſt, vxoris matre, idem de vxoris auia intelligimus, & ceteris in infinitum, ex quibus vxor deſcendit. Similiter prohibito cum nuru, id eſt, filii vxore, matrimonio, cum nepotis, pronepotis, aliorumque deſcendentium vxore prohibitum intelligitur. Sed & cum nepte aut pronepte vxoris meæ non minus, quam cum eius filia, quæ priuigna mea eſt, matrimonium prohibetur. dic. l. adoptiuus. l. Ariſto. Quid de leuiro, id eſt, mariti fratre, aliiſve huiuſmodi affinibus dicemus? Et ſane in Pandectarum libris interdictas eſſe tales nuptias non reperio, ſed inter eos tantum, qui parentum, liberorumque loco habentur: dict. l. non facile. dict. §. affinitatis. ſed legibus quorundam Imperatorum, quæ in Codicem Iuſtiniani relatæ ſunt, ea coniunctio prohibetur. l. fratris. l. penult. & vltim. Cod. de inceſt. nupt. Nec vltra eum gradum extenditur prohibitio iuris ciuilis in tranſuerſo gradu. Et animaduertendum eſt, inter cognatos vxoris, & cognatos mariti matrimonium interdictum non eſſe. Vnde inter priuignos matrimonium recte contrahitur. l. Titia. de verbor. obligat. leg. generali. de ritu nupt. dict. §. affinitatis. Sed iure pontificio clarius aliquanto id expreſſum eſt. cap. quod ſuper his. de conſanguin. Non tamen recte quis inde collegerit, cognatos vxoris, mariti cognatis affines non eſſe. Alioquin e cognati quidem noſtri dicerentur vltra eum gradum à nobis diſtantes qui matrimonium non impedit. Nec vero aliter locuti ſunt iuris ciuilis auctores, quamuis ceteri à proprietate verborum recedere ſibi permiſerint. Ius autem pontificium à ciuili iure hoc differt, quod iure ciuili per iuſtas tantum nuptias contrahitur affinitas: dict. l. non facile. iure pontificio ſolus coitus abſque matrimonio ſufficit. titu. de eo, qui cogno. conſanguin. vxo. Nec eo mouemur, quod liberis parentum ſuorum concubinas ducere non licet iure ciuili. l. 4. Cod. de nupt. Huius enim prohibitionis cauſa non eſt affinitas vlla, ſed honeſtas potius, quæ in matrimoniis maxime ſpectari ſolet. l. ſemper. de ritu nupt. Præterea affinitas, quæ contrahitur per eorum nuptias, qui à latere nobis coniunguntur, iure ciuili vltra ſecundum gradum nuptias non impedit. dict. l. fratris. Cod. de inceſt. nupt. At iure pontificio inter affines, ſicut & inter cognatos vſque ad quartum gradum nuptiæ prohibentur. cap. non debet. de conſang. & affinit. Quod autem ait Modeſtinus: *affinitatis nullos gradus eſſe*, dic. l. non facile. videtur Paulo aduerſari ſub eodem titulo, qui *Iuriſconſulti eſſe ait cognatorum gradus & affinium noſſe.* leg. Iuriſconſultus.

Verum ita accipiendum eſt dictum Modeſtini, *nullos eſſe affinitatis gradus*, ſcilicet alios quam cognationis, ſeu conſanguinitatis. Nam ſi quæratur quoto gradu affinis ſit Titio Sempronius, qui vxoris Titii cognatus eſt, inſpiciendum eſt quoto gradu cognationis diſtet ab vxore, vel quoto gradu vterque diſtet à communi parente. Nec alius inter ipſum, ac maritum affinitatis gradus erit. Itaque frater vxoris meæ affinis eſt mihi in ſecundo gradu, conſobrinus eiuſdem in quarto: quia totidem gradibus diſtant ab vxore: idque ſecundum computationem iuris ciuilis, de qua ante diſſeruimus. Nam quia frater iure pontificio dicitur eſſe in primo gradu cognationis, eo quoq; iure in primo gradu affinitatis eſſe dicetur, ſicut & conſobrinus in ſecundo. Illud inter vtrunque ius conuenit, quod ſponſalia ſola plærunque matrimonium impediunt, licet nullus acceſſerit concubitus, ac ne nuptiæ quidem contractæ fuerint. Et hoc impedimentum publicæ honeſtatis vulgo dicitur. §. ſi vxor. Inſtit. de nupt. c. ſponſam. de ſponſ.

Frater an prohibeatur iure diuino vxorem fratris ducere.

Sed quæſtio eſt, an iure diuino prohibeatur frater vxorem fratris ducere? Quam ſuperioribus annis diſputatam meminimus in celebrioribus Galliæ noſtræ gymnaſiis, poſtulante id Henrico VIII. Anglorum rege. Is enim Catharinam vxorem ſuam, quæ Ferdinandi Hiſpaniarum regis erat filia, dimittere, ac repudiare volebat, hoc prætextu quod prius Arcturo fratri ſuo nupta fuerat. Conſulebatque eruditos Theologiæ, & iuris doctores num id ſibi liceret, & an iuris diuini ea ſit prohibitio, contra quam pontificis Romani auctoritas non valeat. Ac Ioannes quidem Baptiſta increpaſſe legitur Herodem, quod fratris ſui vxorem haberet. Sed eam à marito adhuc viuo & ſuperſtite abduxerat, vt plærique exiſtimant. Matth. cap. 14. Lex moſaica ait: *Eum qui vxorem fratris ſui ducit, rem illicitam, ac nefariam facere.* Leuitic. cap. 20. eadem lex vult: *Si frater deceſſerit ſine filio, vxorem eius fratris ſuperſtiti nubere, vt demortui ſemen ſuſcitet.* Deuter. 25. Quæ duo capita confligere videntur, ſed ea ſic interpretantur Theologi, vt generi per ſpeciem derogetur: quod & in iure ciuili plærunque accidit. Verum legi Moſaicæ tanquam iuri diuino hodie non ſubiicimur, niſi quatenus præceptum aliquod naturale continet, cuiuſmodi non videtur hoc præceptum eſſe, ſed politicum potius: cuius gratiam facere poſſunt ob magnam aliquam vtilitatem vel neceſſitatem, quorum de ea re auctoritas eſt. Nam alias nullo caſu hanc coniunctionem Moſes permiſſurus fuit.

De cognatione per adoptionem.

De cognatione per adoptionem contracta, quam legalem vocant, tractant iuris ciuilis auctores, docentque quemadmodum ob eam matrimonium interdicatur. leg. adoptiuus. leg. per adoptionem. de ritu nupt. & extat titulus in volumine Decretalium de cognatione legali, ſed ea res alibi plenius à nobis tractata eſt.

De cognatione ſpirituali.

Eſt & aliud genus cognationis, quam ſacram ſpiritualemque appellant, quæ propter ſacrum bâptiſterium contrahitur. Hanc ſcio Theologis recentioribus parum probari, ſed ea præter veteres canones legum noſtrarum auctoritate confirmatur, & matrimonium impedit, leg. ſi quis alumnam. C. de nupt. Ac fortaſſis hæc prohibitio antiquitus in vſum venit, quod magnum quoddam vinculum neceſſitudinis videretur ſolennis illa ſuſceptio in ſacra ablutione, idque propter ingentem affectum erga religionem, qui fere in priſcis hominibus conſpiciebatur. Itaque mirum videri non debet, ſi cauſa propagandæ ac diſſeminandæ charitatis inter homines matrimonia cum iis vetita ſint, qui iam ſatis magna, arctaque neceſſitudine coniuncti credebantur, vt de naturali cognatione ſupra diximus. Sunt & aliæ perſonæ, inter quas nuptiæ inutiliter contrahuntur, veluti impuberes: leg. minorem. de ritu nupt. quos tamen ius pontificium coniungi permittit, pacis & publicæ quietis cauſa, vt fere fit inter principes hoc tempore. cap. 2. de deſponſ. impub. Nam grauiſſimi cuiuſque belli, ſicut comœdiæ, exitum eſſe aliquod matrimonium quotidie videmus, & experimur. Cum peregrinis quoque nuptiæ prohibitæ ſunt. §. 1. Inſti. de nup. Itaque cum ancillis non conſiſtit matrimonium iure ciuili. l. cum ancillis. C. de nupt. ſed iure pontificio ratum habetur. cap. 1. de coniug. ſeruo. Præterea inter tutorem, curatoremque & pupillam, ſiue adultam oratione Diui Marci, quæ Senatuſconſulto confirmata eſt, prohibitum eſt matrimonium. Periculum enim eſt, ne circumſcribatur puella ab iis, qui rationes reddere compelluntur. l. libertum. leg. ſi quis tutor. de ritu nupt. Non eſt igitur matrimonium, quod ita contractum eſt, & præter infamiæ notam, quam ſubit tutor, vel curator, extra ordinem etiam coercetur. l. non eſt. leg. libertum. de ritu nup. Et notandum eſt, *ne tutela quidem finita, rationibuſque redditis poſſe tutorem tale matrimonium contrahere ante conſtitutum tempus ætatis*. vt Papinianus ait, l. quanquam. de ritu nup. *Eſtque hoc tempus 27. annorum*, vt apud Paulũ legitur in iis codicibus, qui emendatiores habentur. l. non eſt. de ritu nuptiarum. Sed Valerianus reſcripto quodam ſuo tempus 25. annorum cum vtili anno definiuit. l. ſi patris. C. de interdi. matrim. Itaque mihi ſuſpecta eſt ea Pauli lectio. Nam & ab ea diſcrepat exemplar Florentinũ, niſi nos fefellerint typographi, in quo legitur 26. &c. Quæſitum eſt, an oratio, quæ de minoris curatore loquitur, ad curatorem ventri boniſque datum pertineat? Et Tryphoninus propter ſimilitudinem rationis hoc admittendum eſſe ait. Nam hic quoque rationem reddere debet. l. pen. de ritu nupt. Qua ratione hæredi etiam tutoris, quamuis extraneo, huiuſmodi nuptiis interdicitur. l. libertum. de rit. nup. Hinc etiam perſpicuum ſatis eſt, cur eadem oratione, ſiue Senatuſconſulto prohibeatur tutor, vel curator puellam filio ſuo iungere. d. l. non eſt. Id enim S. C. expreſſum eſt, quod iuris interpretatione ad nepotem quoque tutoris porrigitur. l. ſenatuſconſulto. Nec valde obſcurum eſt, hac ratione percepta, cur tutor filiam ſuam pupillo collocare nõ prohibeatur. d. l. libertum. Puella ſi quidem poteſtati mariti quodammodo ſubiicitur, vt vix iuris ſui eſſe videatur, maritus non ſubiicitur vxori, nec eam reformidat. Sciendum autem eſt, perpetuam non eſſe prohibitionem Senatuſconſulti, ſed quædam ab eo propter bonum & æquum excipi, veluti cum filia à patre tutori vel curatori deſponſata, vel teſtamento deſtinata eſt. leg. tutor. l. non eſt. de ritu nupt. l. ſi patris. C. de interdi. matrim. Item cum à principe citra ſubreptionem vllam venia impetrata eſt. l. ſi tutor. Cod. de interd. matr. Nam conſtitutio de nuptiis ex reſcripto non petendis tunc locum non habet. Cod. ſi nupt. ex reſcript. pet. Addendum & illud eſt ex Tryphonino: *Si auus tutelam gerat neptis ex filio emancipato natæ, eam nepoti ex altero filio collocare eam poſſe, quoniam paris affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amouet*. leg. non ſolum. de ritu nupt. Plæraque alia ad orationem hanc pertinentia extant ſub tit. de ritu nupt. & C. de interd. matrim. dict. l. non ſolum. l. ſi quis tutor. Sed non adeo difficilem ea explicationem habent. Similis eſt tutori vel curatori is, qui in prouincia, officio, ſeu magiſtratu fungitur, nec poteſt mulierem prouincialem domum ducere, aut decenti filio conſentire. l. ſi quis officium. l. qui in prouincia. de ritu nuptia. Quod ſi vi, errore, ac minis vſus in ea re deprehendatur, pœna aduerſus eum ſtatuta eſt cõſtitutione Theodoſiana, qua vel conatus ſolus plectitur, licet res effectum non habuerit. tit. Cod. ſi qua præd. poteſt. Hinc conſequens eſt, matrimonium non tenere, quaſi aduerſus legum præcepta initum ſit. l. præfectus. de ritu nupt. Quod eſt accipiendum, niſi poſt depoſitum officium in eadem voluntate perſeuerent. l. eos qui. de ritu nup. l. & ſi contra. C. de nup. Veterem tamen ſponſam in prouincia, quam quis adminiſtrat, vxorem ducere poteſt. dict. leg. ſi quis officium. de ritu nuptia. Nec filias ſuas in eadem prouincia collocare prohibetur, propterea quod veriſimile non ſit, filiam inuito obtrudere velle, apud quem male accipiatur, ac velut in quandam ſeruitutem redigatur. dict. l. ſi quis officium. Ac tametſi tribuni, militeſque hac prohibitione legis contineantur, tamen qui in patria ſua militant, ex eadem prouincia recte vxorem ducunt. leg. eos, qui. de ritu nupt. Sed quæritur an ſi maritus, qui talem vxorem duxit, quicquam ei legauerit teſtamento, id ab ea auferendum, & fiſco vindicandum ſit, necne. Qua in re videtur Papinianus à Scæuola diſſentire. Verum inter eos nullum omnino reperitur diſſidium, ſi vtriuſque verba paulo accuratius expendantur. Nam Scæuola ſub titulo de vſufructu legato generaliter tradit: *Si eorum, qui illicitum matrimonium contraxerunt, alter alteri quidpiam legauerit, inutile legatum eſſe*. l. vxori. Nam in pœnam eorum conſtitutum eſt, vt tanquam indignis ademptum id legatum fiſco acquiratur. At Papinianus cum aliquot aliis prudentibus

id ius ex bono & æquo ſic interpretatus eſt, vt in iis locum non obtineat, qui vetitas nuptias contrahendo nihil delinquũt, vt puta puella, quæ tutori aut prouinciæ administratori minime auſa contradicere nubit. leg. præfectus. de ritu nup. l. 1. de his, quib. vt indig. l. vltim. de lega. 1. l. qui contra. Cod. de inceſt. nupt. In matrimoniis quoque contrahendis nonnunquam dignitatis, & ordinis perſonarum habetur ratio. Vnde ampliſſimi, clariſſimique viri, humiles, abiectaſque fœminas ducere vxores prohibentur. leg. humilem. Cod. de inceſt. nupt. Ac vetus de ea re extat lex de maritandis ordinibus, vulgo à iuris auctoribus dicta, quæ ad ſenatorum nuptias maxime pertinet, l. lege Iulia, de ritu nupt. quam aliquot in locis Iureconſulti interpretãtur, ſub titul. de ritu nupt. l. oratione. l. ſenatoris. l. à diuo. l. obſeruandum. l. palam. Notandum ſane eſt, tale matrimonium hodie ratum iudicari à pontificibus, ſicut & inter tutorem ac pupillam, aliaſque huiuſmodi perſonas, de quibus ante diximus: inter quas non canones Eccleſiaſtici, ſed conſtitutiones ciuiles ob ciuilem aliquam rationem matrimonium prohibent. Panor. in rub. de cogn. leg. Item is, qui vxorem vnam habet, aliam ducere prohibetur. Hæc enim polygamia & prætorum edictis, & Imperatorum noſtrorum legibus improbatur. l. 1. de his, qui notan. infam. l. 2. C. de inceſt. nupt. l. eum, qui. C. de adul. Meminerunt tamen hiſtoricorum nonnulli, legis cuiuſdam à Valentiniano quondam latæ, qua vxores duas ſimul ducere permittebat. Socrates in hiſtori. eccleſi. Sed & Suetonius ſcribit Iulium Cæſarem aliquando legem ferri iuſſiſſe, vt vxores liberorum quærendorum cauſa, quas, & quot quiſque vellet, habere liceret. Adde quod moribus multarum gentium, populorumque polygamia hæc recepta, probataque eſt, idque multis exemplis demonſtrat Tiraquellus noſter in legibus connubialibus. Nec dubium eſt, quin ſanctiſſimi quique patres quondam apud Iudæos polygami fuerint. c. recurrat. can. obiiciuntur. 32. quæſt. 4. Ac plæriſque placet, Paulum noſtræ religionis anteſignanum, hanc libertatem epiſcopis tantum adimere voluiſſe, cum epiſcopum vnius vxoris virum eſſe oportere ſcribit. Quod ſi verũ eſt, imitatus eſt in ea re more Ægyptiorum videri poteſt, apud quos plures habere vxores liberum cuique erat, exceptis ſacerdotibus, vt Diodorus auctor eſt. Sed de ea re quid cenſendum ſit, loco magis idoneo tractaturi ſumus. Certe noſtri legislatores, qui ſe Chriſtianos profitebantur, hanc polygamiam magnopere ſemper execrati ſunt. Ac vehementer eis placuit illud Euripideum:

> Οὐδέποτ᾽ ἂρ δίδυμα
> Λέκτρ᾽ ἐπαινέσω βροτῶν,
> Οὐδ᾽ ἀμφιμάτορας κόρους.

Et illud:

> οὐδὲ γὰρ καλὸν,
> Δυοῖν γυναικοῖν ἄνδρ᾽ ἕν᾽ ἡνίας ἔχειν.

Tametſi autem poſterius matrimonium pro nullo habeatur, vt iam diximus, tamen ob errorem iuſtum, & bonam fidem alterius coniugum, filij ex eo matrimonio ſuſcepti cenſentur iuſti ac legitimi, conſtitutione pontificia. cap. ex tenore. qui fil. ſint leg. Poſtremo loco de iis qui a nuptias iterãt, videndum eſt. Et ſatis conſtat nec ſecundas, nec tertias nec vlteriores nuptias, iure, quo vtimur ciuili, pontificioque interdictas eſſe. c. quid ſi. 31. q. 1. Verum Harmenopulus cuiuſquam Imperatoriæ Conſtitutionis meminit, qua quartæ nuptiæ damnantur, prohibenturque hoc colore, quod legi diuinæ repugnent. lib. 4. tit. 7. Sane mulier quæ intra annum luctus ſecundo nupſit, iure ciuili non modo notatur infamia, l. 1. l. liberorum. de his qui not. infa. Ac veteris cuiuſdam legis de ea re meminit Plutarchus in Antonio: quo loco de nuptiis Antonij & Octauiæ, quæ ſoror erat Cæſaris, loquitur. Ea vero, quæ liberos ſuſtulit ex priore marito, ne exacto quidem lugubri anno impune nubit. Nam in primis quicquid à priore marito quacunque ex cauſa percepit, id filiis prioris matrimonij in integrum ſeruare cogitur. l. fœminæ. Cod. de ſecun. nup. Item ſecundo viro amplius dare ei non licet, dotis vel cuiuſcunque donationis nomine, quàm vni filiorum primi matrimonij, cui minor portio data vel relicta eſt: idque etiam in viro ad ſecundas nuptias tranſeunte conſtitutum eſt. leg. edictali. C. de ſecun. nup. Sed quia magna legũ, conſtitutionumque varietas hic reperitur, diligenter euoluenda ac inſpicienda ſunt, quæ hac de re Iuſtinianus, tam in Codice ſuo, quàm in volumine τῶν νεαρῶν ſcripta reliquit. Nobis enim ad alia properantibus hæc leuiter attigiſſe, atque indicaſſe ſatis eſt. Illud tamen prætermittendum hic non videtur, quod vulgo traditum, receptumque eſt, pœnam infamiæ, & alias huiuſmodi iure pontificio mulieri condonari ac remitti, ſed eas, quæ ad filiorum commodum reſpiciunt, ſaluas manere. c. vlt. de ſecun. nupt.

Duas vxores ſimul ducere olim permiſſum.

De iis qui nuptias iterant.

DE DOTIBVS ET DOTIVM IVRE.

Huius tractatus præcipui loci hi ſunt:

1 *Quid ſit dos.*
2 *Quomodo dos conſtituatur.*
3 *A quibus conſtituatur.*
4 *Quis ſit effectus dotis conſtitutæ.*

CAP. I.
Quid ſit dos.

HVIVS verbi ſignificatio varia eſt. Nam & dotes animi, corporiſque vulgo dicimus, & dotes prædiorum non ſemel vocant Iureconſulti noſtri. l. 2. de inſtrum. lega. l. amiſſi. de fideiuſ. Hîc autem peculiarem ſignificationem habet dos: atque ita diffiniri poſſe nobis videtur: *Pecunia, quam vxor dat marito pro oneribus matrimonii, vt perpetuo apud eum ſit, eiuſque dominus fiat.* Pecuniæ verbum hîc generale eſt, omnemque rem ſiue mobilem, ſiue immobilem complectitur. l. pecuniæ. de verb. ſign. l. 2. C. de conſtit. pecu. Alij malunt ius dotem appellare, quam pecuniam: nec ratione carent, qua ſuam tueantur opinionem. Sed hæ ſubtilitates vix dignæ profecto ſunt, in quibus nunc excutiendis immoremur. Ac memini Senecam in re non diſſimili Iuriſconſultos ridere lib. 6. de benefi. cap. 5. Iuriſconſultorum, inquit, iſtæ acutæ nugæ ſunt, qui hæreditatem negant, vſucapi poſſe, ſed ea, quæ in hæreditate ſunt, tanquam quicquam aliud ſit hæreditas quam ea, quæ in hæreditate ſunt. Nam Iuriſconſulti hæreditatem ius eſſe contendunt, vt docet Theophilus tit. de reb. eor. lib. Inſtit. 2. Cicero, & alij, qui argutias in definiendo contemnunt, pecuniam dicere non dubitant, quæ morte alicuius ad quempiam peruenit, &c. Illud inficiari nec debeo, nec poſſum, in plæriſque iuris diſputationibus nonnihil referre, an dos, ſiue hæreditas ius eſſe dicatur, an pecunia. Sed hæc ſcrupuloſitas in diffinitionibus maxime fugienda eſt, vt alias admonuimus. l. iuriſgentium. §. dolo. de pact. Vt igitur craſſius ac planius quid ſit dos explicaremus, ſatius eſſe duximus, *Pecuniæ* verbo quam *Iuris* vti, cum præſertim exemplum haberemus veterum iuris auctorũ, quod ſequeremur. Hæc enim apud eos ſunt frequentiſſima, dotem dare, dotem tradere, dotem reſtituere, quæ non niſi de pecunia dotali accipi poſſunt. Quiſnam autem ſit vſus iſtius quæſtionis ac diſputationis, aliàs docebimus. Quod in definitione dicitur: *Vxor*, ſic accipe, *vel alius eius nomine.* Quod enim alius noſtro dat nomine, id quodam modo ipſi dare videmur. Ac ſi pater pro filia dotem dederit, ea dos profectitia dicitur. l. profectitia. de iure dot. aliàs dicitur aduentitia, vt & Vlpianus in Inſtitutionibus ait. Dicitur in eadem diffinitione, *pro oneribus matrimonii*: quæ verba ex aliquot iuris noſtri locis ſumpta, l. dotis fructus. de iure dot. l. pro oneribus. C. eo. tit. demonſtrant ſine matrimonio dotem eſſe non poſſe. l. 3. de iure dot. Itaque dos promiſſa tacitam conditionem habet, ſi nuptiæ ſequãtur. l. ſtipulationem. l. dotis fructus. de iure dot. Hinc etiam illud conſequitur, dotem nullam eſſe, quæ matrimonij oneribus non ſeruiat. l. Iulianus. l. ſtipulationem. l. ſi is qui. l. ſi pater mulieris. de iure dot. deinde dicitur, *vt perpetuo apud eum ſit*, id eſt, quandiu matrimonium durauerit. Hoc enim verbũ nõnunquam ita accipitur, cum id ſubiecta materia poſtulat. l. 1. de iure do. l. 1. pro ſoc. Nam ſoluto matrimonio dos exigitur à marito, vt poſtea dicemus. In extrema diffinitione hæc verba adſcribuntur, *eiuſq; dominus fiat*, vt intelligamus maritum, quandiu matrimoniũ durat, dotalium rerum dominum eſſe. Qua de re magna quæſtio eſt, & in vtranque partem diſputari ſolita. Nam

ta. Nam plærıſq; videtur vxorem potius conſtante matrimonio dominam dici debere, propterea quod dos proprium ipſius patrimonium dicatur.l.deniq;. de minor.nec liceat marito dotem diſſipare, aut aliter ea vti quam frugi hominem, bonumq; patremfamilias deceat.l.ſi cum dotem.§.ſin autem. hoc tit.Hinc maritus, qui theſaurum inuenit in dotali fundo, in alieno magis, quam in ſuo inueniſſe intelligitur.l.fructus. §.ſi fundum.infra hoc tit.Pro marito autem hæc faciunt, quę ſequuntur.

1 Quod Iuſtinianus li.Inſt.2.ti.quib.alie.lic.diſerte ait: *Maritum prædii dotalis dominum eſſe, quamuis id alienare nō poſſit.*

2 Quia Diocletianus de muliere loquens, quæ dotale prædium vendiderat: *Eam non potuiſſe dominium auferre marito* reſcripſit.l.ſi prædium.C.de iur.dotium, Paulus ſub ti.ad municip.c.23.aperte ait:

3 *Conſtante matrimonio dotem in bonis mariti eſſe.*l. Lucius. Conſtat, maritum res dotales vindicare, non vxorem.l.doce. C.de rei vind. nec dubium eſt, quin rei vindicatio competat domino.l.in rem.de rei vind.

4 His addi poſſent & alia quædam huiuſmodi. Verum huius nodi expediendi gratia ſic dicēdum eſt: Quamuis re vera dominium ab vxore non recedat, tamen vtilitatis cauſa maritum dominum eſſe intelligi, vt ſcilicet vindicare, & alia quædam exequi poſſit, quæ dominorum propria ſunt. Hinc Tryphoninus: *Quamuis* (inquit) *in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt.*d.l.quamuis.de iure dot. Nam re vera vxor domina eſt, ſed quia maritus quaſi quidam dominus eſt, & pro domino plærunq; habetur, iuris fictione res dotales in bonis eius eſſe dicuntur. Ea ſiquidem in bonis etiam noſtris numerantur, quorum domini non ſumus, ſed in quæ ius quoddam aliud nobis competit.l.bonorum. de ver.ſig. Et hæc quidem pugnātium veluti locorum conciliatio ex Iuſtiniani conſtitutione ſumitur, cuius hæc verba ſunt: *In rebus dotalibus, ſiue mobilibus, ſiue immobilibus, ſeu ſe mouentibus, ſi tamen extiſtant, ſiue æſtimatæ, ſiue inæſtimatæ ſint, mulierem in iis vindicandis omnē habere poteſtatem poſt diſſolutum matrimoniū iubemus, & neminem creditorum mariti, qui anteriores ſunt, poſſe ſibi potiorem cauſam in iis per hypothecam vindicare, cum eadem res, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanſerint dominio. Non enim quod legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimoniū mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confuſa eſt. Volumus itaq; eam in rem actionē, quaſi in huiuſmodi rebus propriis habere, & hypothecariā omnibus anteriorē poſſidere, vt ſiue ex naturali iure eiuſdem mulieris res eſſe intelligantur, vel ſecundū legum ſubtilitatem ad mariti ſubſtantiam perueniſſe, per vtranq; viam, ſiue in rem, ſiue hypothecariam, ei pleniſſime conſulatur.* Ex iam dictis planum ſatis ac perſpicuum eſt, parapherna, id eſt, quæ præter dotem vxor in mariti domum infert, & ea recipit, vt M. Cato legem Voconiam ſuadens, dicebat, à dote multum differe, licet eorum adminiſtrationem interim habeat maritus, dum vxor ea repetere voluerit. l. ſi ego. de iure dot. l. hac lege.l.vlt. C.de pactis conuen.l.maritus.ad leg. Falcid.

CAP. II.

Quomodo conſtituatur dos.

COnſtituitur autem dos non tantum ſtipulatione, ſed etiam conuentione, quæ conuentio lege confirmata parit actionem ob fauorem dotis.l.ad exactionem.C.de dotis promiſ. Itaque ea in numerum legitimarum conuentionum referri poteſt.l.legitima.de pactis. Olim promiſſio, ſtipulatioque erat neceſſaria, nec dotem dicere ſimpliciter ſufficiebat, niſi ipſa mulier dotem conſtitueret, &c. Itaque oſtendit Vlpianus in Inſtit.tit. de dot.& Caius lib.2.Inſti. tit.9. Mentio quoque eſt in C.Theodoſiano lib. 3.tit.de inceſt.nupt. Nec refert an certam quantitatem quis promittat, an generaliter quodcunque arbitratus fuerit.l.3. Cod.de dot.promiſ. Nam tunc in boni viri arbitrium collata dotis conſtitutio intelligitur.l.in perſonarum.§.generaliter.de reg.iur.l.Thais.§.ſorore.de fideicommiſ.liber.l.hæc venditio.de contrah.empt.l.ſi in lege.loca.l. ſocietatem.§. arbitrorum. pro ſocio.l.ſi libertus.de oper.liber. Quod ſi mulier dotem ſimpliciter promittat detracta arbitrij mentione, nulla eſt promiſſio, vt Alexandri reſcripto continetur.l.1. C.de dotis promiſ. Idemq; ſi extraneus promiſerit, dicendum puto, cum ſit eadem ratio: diuerſum ius eſſe in patre pro filia dotem promittente, Papinianus reſpondit.l.cum poſt.§.gener.de iure do.hac (vt arbitror) ratione, quia officium patris eſt dotare filiam pro modo facultatum ſuarum, & dignitate mariti, niſi de certa quantitate cōuenerit, vnde incerta prorſus non eſt promiſſio, ſed ex iure & legibus certitudinem accipit. Verum nullus præfinitus eſt legibus modus nomine dotis, ad quem mulier citra conuentionem teneatur. Quare viliſſimam rem, & nullius pretij dando liberaretur, ſi eam tali promiſſione obligari diceremus. Atq; ita videtur ſenſiſſe Harmenopulus lib. 4.tit. 8. & nos id aliàs demonſtrauimus.lib. 1.diſput.anniuerſ.c.56.

Præterea (vt paucis perſtringam) conſtituitur dos traditione, l.quemadmodum.de iure dot.acceptilatione, l. promittēdo.l.licet.ſimplici remiſſione debiti, l.ſi ſponſalibus.l. nuptura.delegatione.l.ſi extraneus.l.debitor mulieris. Nec pure tātum, ſed etiam ſub conditione, & ad diem, l.ſtipulationem.l. tali ſtipulatione. eod.tit. modo in tempus quo mortua fuerit vxor, non conferatur.l.Iulianus.l.ſi pater.eo.tit.

CAP. III.

A quibus conſtituatur dos.

QVod ad perſonas attinet, à quibus dos conſtituitur, notandum eſt, nihil referre, an ipſa mulier, an alius quiuis dotem pro ea ſponte conſtituit: inuitus vero exceptis quibuſdam perſonis, nemo compellitur. Ac in primis excipiuntur pater, auuſq; paternus, ſi nuptiis conſentiant, aut iuſtam contradicendi cauſam non habeāt.l.qui liberos.de rit.nup.l.profectitia.§.vl.de iure dot.l.dedit.de colla.bono.l.vl.C.de dot. promiſ. Si tamen filia locuples ſit, verius eſſe arbitror, patrem ad dotandam eam minime teneri, cum ne alimenta quidem ei præſtare cogatur.l ſi quis à liberis.infra, de liber.agnoſc. Ratio tamen ea parum mihi probatur, qua hanc ſententiam nōnulli confirmare nituntur, quia *officium paternum eſt, dotare filiam, &c.*l.vlt.C.de dot.promiſ. Aiunt enim officium in eo verſari, quod ex liberalitate magis, quam neceſſitate proficiſcitur. Alciat.lib. Parerg. 8.c.3. Verum hoc verbum aliter nōnunquam accipi in iure argumento ſunt tituli de officio prætoris, de officio præſidis, de officio proconſulis, & alij, qui libro Pandectarum primo legūtur. Sed & officium iudicis, tutoris, & aliarum huiuſmodi perſonarum pro munere neceſſario frequenter accipitur. Mitto quod de filia dotanda nullo modo id dici poteſt, cum auctoritate publica ad id pater compellatur, vt iam ſupra à nobis demonſtratum fuit.l. qui liberos.de ritu nup.not.in §.fuerat.Inſt.de act. Tutoris quoque officium eſt, pupillam dotare pro modo facultatum, & natalium digni ate, eademq; eſt curatoris ratio.l.cum poſt.l.quæro.de iure dot.l.tam dementis.C. de cura. furio. Item frater ſorori dotem cogitur dare, modo ſit germana aut conſanguinea. Nam de vterina tantum vix hoc recipitur.l.cum plures. de admin.tut.l.1. de tut.& ratio.diſtrah. Mater vero filiam, niſi certis ex cauſis, dotare cogenda non eſt.l.neque mater.C. de iur.dot.l.cognouimus.de hæred.

CAP. IIII.

Quis ſit effectus dotis conſtitutæ.

DOtis conſtitutæ effectus ſunt varij. Nam ex promiſſione etiam ſimplici, & nuda naſcitur actio, leg. ad exactionem.C.de dot.promiſ.non tantum ad rem promiſſam petendam, ſed quaſcunque etiam acceſſiones poſt moram, quæ cōmittitur iure ſingulari per lapſum biennij abſque vlla interpellatione.l.vlt §.vl. C.de iure dot. Traditione vero acquiritur dominium, ſi tradens dominus ſit, l.doce.C.de rei ven.l.3. l.de iis. C.de iure dot. ſed hoc quemadmodum accipiendum ſit, paulo ante docuimus. Sin autem is, qui tradit dominium non habeat, euictionis nomine datur actio, ſecundum diſtinctionem, quæ Veri & Antonini reſcripto exprimitur. l.quoties.l.non ſolum.de iur.dot.l.1.C.eo.ti. Soluto matrimonio aliū effectum habet dotis conſtitutio, qua mulier eam repetere poteſt, non tantum actione ex ſtipulatu, ſed etiā hypothecaria, & rei vindicatione.l.in reb.C.de iure do. & C.de rei vx. act. Conſtante autem matrimonio ita demū repetitur, ſi maritus rem familiarē diſſipet ac profundat.l.vbi adhuc.C.de iu. do. In qua repetitione non tantū doli in rebus dotalib. à marito ad miſſi, ſed etiā culpæ habetur ratio.l.in rebus.ſ. de iu.d. Quod ſi proponamus, abſque culpa mariti res periiſſe, aut diminutas eſſe, multū refert, an æſtimatæ fuerint marito data,

an ſine æſtimatione. Priori caſu, mariti periculum eſt, cum is pecuniam debeat. l. plærunque. ſupra de iure dot. leg. quoties. leg. cum dotem. C. de iure dot. l. incendium. C. ſi cert. pet. niſi aliud actum eſſe appareat. l. ſi inter virum. Cod. de iur. dot. Poſteriori caſu periculum eſt mulieris, dict. l. plærunque. l. ſi ex legati cauſa. de verbor. obligat. niſi pondere, numero, vel menſura res dotales conſtent. l. res in dotem. ſupra de iure dot. Ex eo autem quod diximus, maritum ſoluto matrimonio ad reſtituendum dotem teneri, exiſtit quæſtio, an fideiuſſor eo nomine acceptus conueniri poſſit? Et vulgo receptum eſt, fideiuſſorem non teneri, quod Iuſtinianus ſatiſdationem vt bonis moribus contrariam prohibere videatur hac inſcriptione: *Ne fideiuſſores vel mandatores dotium dentur.* Quæ inſcriptio lib. 5. Cod. legitur, titul. 20. Sed cur bonis moribus contraria ſit ea ſatiſdatio, ſiue fideiuſſio, nemo ſatis adhuc explicaſſe mihi videtur. Alciatus lib. parerg. 4. cap. 16. rationem prohibitionis hanc eſſe ait, quia alioqui periculum eſt, ne maritus vt inueniat fideiuſſorem, eius erga vxorem amori indulgeat, ſi forte fructum hunc promiſſionis ſuæ aduentitium capere velit. Sed hæc ratio tam leuis, friuola, ac ridicula eſt, vt refutationem nullam magnopere deſideret. Ceteri nihilo probabiliora hac de re ſcribunt: quanquam Molinæus noſter bonas ſe rationes alicui tradidiſſe ſcribit, ſed eius de ea re commentationes nondum, opinor, exierunt. Equidem arbitror, fideiuſſorem, qui à marito volente datus eſt, obligari, ac conueniri poſſe, quamuis fideiuſſorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primum, quod omni obligationi poteſt accedere fideiuſſor. leg. 1. de fideiuſſor. nec vlla lex eſt, quæ hanc fideiuſſionem prohibeat, aut ratio, propter quam prohiberi debeat, vt mox dicemus. Præterea cum certi iuris ſit, *pignus vxori a marito pro dote dari poſſe*, l. quod autem. §. ſi vxor. de donat. inter virum & vxor. cur fideiuſſor non dabitur? Fideiuſſio namque pignoris dationi par ſimiliſque eſſe videtur. leg. promiſſor. §. vltim. de conſtit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiuſſor pro muliere dotem promittente intercedens teneatur. leg. cũ dotis. de iure dot. ex quo conſequens eſt, & pro marito intercedentem obligari, cum nulla ratio diuerſitatis, niſi perquam inepta, nugatoriaque afferri poſſit. Et ſane inter omnes conuenit, ſoluto iam matrimonio, ſatiſdationem hanc vtilem, atque efficacem eſſe. leg. ſi conſtante. §. quoties. infra. l. exceptiones. de exceptio. §. cum autem. Cod. de rei vxoriæ actione. ſed conſtante matrimonio fideiuſſorem vtiliter dari negant. Ego vero fideiuſſionem valere contendo, quocunque tempore data fuerit. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ inſcriptio illa ſiue titulus: *Ne fideiuſſores dotium dentur.* quem ego prohibitorium eſſe nego: verba enim ea ambigua ſunt, & poſſunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiuſſores dare, vel vt ne volens quidem dare poſſit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio eſt, quæ vitio caret, non quæ rationi, & iuri contraria eſt. leg. in ambigua. de legi. Præterea duæ tantum leges ſub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi poteſt. Prioris etenim legis hæc verba ſunt: *Siue ex iure, ſiue ex conſuetudine lex proficiſcitur, vt vir vxori fideiuſſorem ſeruandæ dotis exhibeat, tamen eam iubemus aboleri.* Quibus verbis abrogantur leges ac conſuetudines, quibus maritus ad dandum fideiuſſorem cogebatur. Poſterior lex clare, & aperte loquitur de fideiuſſionis exactione, non de ea, quæ à volente præſtatur, vt ſatis conſtet vel ea lege, tituli ſeu inſcriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur ſenſus earum legum eſt, atque adeo tituli ipſius, maritum vxori ad dandum fideiuſſorem dotis nomine cogendum non eſſe. Nam etſi plærunque cautiones huiuſmodi interponi ſoleant, maxime in bonæ fidei iudiciis. leg. in bonæ fidei. ſupra de iud. tamen indignum viſum eſt eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iuſtiniano proditam in lege poſteriore. Noſtræ huic ſententiæ Harmenopulus adſtipulatur lib. 4. proch. tit. 1. cuius hæc verba ſunt: μετὰ τὸ συστῆναι τὴν μνηστείαν οὐ δύνανται οἱ τῆς κόρης γεννήτορες ἀναγκάζειν τὸν μνηστῆρα παρέχειν ἐγγυητὴν, καὶ λαμβάνειν τὰ προῖκα, & quæ ſequuntur. Nihil autem in priſcis auctoribus iuris noſtri extare putamus, quod noſtræ interpretationi refragetur, niſi forte quis obiiciat neſcio quam Theodoſij con[illegible]tionem, quæ legitur in Theodoſiano Codice, lib. 3. tit. 15. [illegible]a eius conſtitutionis verbis nihilo minor eſt, quam in titulo illo Iuſtiniani (cuius modo fecimus mentionem) ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodoſij titulo & nomine inſcribitur, valde mendoſus eſt. Nec Theodoſij Codex eſt, ſed Alarici Gottorum regis potius, qui in Theodoſij conſtitutionibus multa immutauit.

DE DONATIONE PROPTER NVPTIAS.

PRoxima eſt, atque affinis doti, donatio propter nuptias. Nam ſicut vxor dat viro dotem tam ante, quam poſt nuptias, ita maritus etiam contracto iam matrimonio ad compenſandam dotem, quam ab vxore accepit, recte donat. l. vltim. C. de donat. ante nupt. §. eſt & aliud. Inſtitut. de donat. Nec oratione D. Antonini prohibetur hoc genus donationis. l. 3. de donat. inter virum & vxor. quia ob cauſam eſt, non ſimplex donatio. Vnde antipherna à Græcis dicuntur, quæ ita donantur. d. l. vltim. An autem hæc donatio doti æqualis eſſe debeat, & quænam ſit eius æqualitatis ratio, ſæpe quæſitum eſt, nec adeo explicatu facilis eſt quæſtio. Sed varietatem legum, quæ hac de re à variis Imperatoribus editæ ſunt, conſiderantes & expendentes, multo commodius hæc explicaturi ſumus. Prima lex eſt Leonis, & Anthemij, qui ſexaginta, & eo amplius, annis ante Iuſtinianum imperauerunt. leg. ex morte. Cod. de pact. conuen. nec aliquid de ea re antiquius in iuris auctorum monumentis reperitur. Nam ne tempore quidem Iureconſultorum, ex quorum libris confectæ ſunt Pandectæ noſtræ, hoc genus donationis cognitum erat, tametſi apud Gallos tempore Iulij Cæſaris vſitata fuerit quædam donatio, quæ dotis compenſandæ gratia fiebat, vt conſtat ex libr. 6. comment. de bello Gall. Sed ea huic donationi, de qua loquimur, vſquequaque ſimilis non erat. Ea igitur lege, pacta, quæ inter virum & vxorem fiunt de lucranda dote, aut rebus propter nuptias donatis, ad æqualitatem primum redigi cœperunt. Eſt enim à Leone conſtitutum: *Non vt maiorem quantitatem dotis nomine non accipiat maritus, quam donet vxori, aut contra, ſed vt quantam partem ſtipulata fuerit mulier, ſibi lucro cedere ex ante nuptias donatione poſt mortem mariti, tantam maritus ex dote partem ſibi ſtipuletur mortua vxore.* Sed hæc æqualitas in partibus eſt, non in pecuniæ quantitate. Nam etſi vterque tertiam, vel quartam partem ſtipuletur, inæqualis nihilominus erit quantitas, ſi donatio propter nuptias doti æqualis non ſit. Secunda lex eſt Iuſtiniani, qua emendauit quadamtenus Leoniam conſtitutionem, ſuppleuitque quod ei deeſſe videbatur. l. lege. C. de pact. conuent. Hoc enim addidit Iuſtinianus: *Si pacta lucrorum paria non eſſe contingit, vt maior lucri pars ad minorem deducatur, & eo modo vterque non maiorem partem, ſed minorem potius lucretur.* Tertia lex eſt eiuſdem Iuſtiniani, l. vltim. Cod. de donat. propter nupt. qua ſtatutum eſt, vt ſi maritus vxori conſtante matrimonio propter nuptias donare voluerit, ea donatio quantitatem dotis minime excedat. Nam alioqui fraus Senatuſconſulto fieret, quo inter maritum & vxorem donatio prohibetur. Quarta lex eſt eiuſdem Iuſtiniani in volumine τῶν νεαρῶν Nouel. 22. titu. de his, qui nupt. iterant. qua Leonis conſtitutionem de pactis lucrorum cum ſua ad eam legem declaratione confirmat. dict. leg. ex morte. l. lege. Quinta lex eſt eiuſdem Iuſtiniani in eodem τῶν νεαρῶν lib. Nouel. 97. tit. de æqual. dot. qua Leonis conſtitutionem, quam prius comprobauerat, tanquam à ratione alienam damnat, & ſtatuit, vt non tantum in pactis, & ſtipulationibus æqualitas ſeruetur, ſed etiam in ipſa præſtatione, aut promiſſione tam dotis, quàm rerum propter nuptias donatarum. Additque rationem, ne alioqui alter alterum circumſcribat, quod in plæriſque aliis negotiis commerciiſque permiſſum eſt. l. in cauſæ. de minor. l. item ſi pretio. loca. Sexta lex eſt Leonis cuiuſdam recentioris apud Harmenopulum libr. 4. proch. titul. 8. & 10. qua poſtremæ Iuſtiniani conſtitutioni derogatum eſt, & nominatim cautum, vt dos hypobolon tranſcendat, ſic enim vocat donationem propter nuptias. Additum eſt præterea, vt mortuo marito vxor ſuperſtes, non dotem modo ſuam petere poſſit, ſed etiam hypobolon, tametſi de eo nihil conuenerit, idque definitum eſt vſque ad trientem pecuniæ,

pecuniæ, quæ in dotem datur. Ex quo apparet, hoc hypobolon non adeo diſſimile eſſe ei, quod moribus noſtris vxori acquiritur mortuo marito: nos doarium, ſeu dotalitium vulgo appellamus. c. plerunque. de dona. inter vir. & vxor. Porro notandum eſt adeo ſimilem eſſe doti donationem propter nuptias, vt res propter nuptias donatæ non minus, quam & ipſa dos, repetantur ſoluto matrimonio. l. vl. C. de donat. propter nupt. Nouel. 98. neque virum. & c. vl. de donat. inter vir. in Decret. Non tamen matrimonio conſtante fructus rerum propter nuptias donatarum percipit vxor: alioqui fruſtra daretur dos marito, vt ſeruiret oneribus matrimonij. l. pro oneribus. C. de iure dot. Vnde poteſt dubitari, an huius donationis aliquis vſus, vtilitaſue ſit. Nam ſi quæ iam dicta ſunt tantum intueamur, videtur hæc donatio mulieri prorſus inutilis eſſe. Sed non ita eſt. Mulier ſiquidem domina interim eſt rerum donatarum, eaſque interdum vindicat. l. vbi adhuc. C. de iure dot. §. illud. auth. de æqual. dot. Ac ſi res mobiles ſint, poſſidere eas, & cuſtodire poteſt pro ſecuritate dotis ſuæ, ſi forte maritus eam conſumpſerit, ac perdiderit. Idque multo commodius eſt mulieri, quam ſi hypothecaria actione aduerſus emptores, poſſeſſoreſque rerum à marito alienatarum experiatur. Adde quod ſi immobilia propter nuptias donata ſint, eorum alienatione interdicitur marito, quamuis mulier conſentiat. Nouel. 61. titul. vt immob. ante nupt. Proinde magis proſpicitur mulieri hac donatione, quam hypotheca in bona mariti, cum viri hypothecæ mulier facile ad renunciandum inducatur, nec ea renuntiatio prohibita ſit. l. etiam. l. iubemus. C. ad Velleian. Præterea non minima huius donationis commoditas in diuortiis perſpicitur, cum videlicet maritus abſque iuſta, & legitima cauſa ab vxore diuertit. Sicut enim vxor ſine cauſa diuertens dotem, ita maritus res donatas amittit ex conſtitutione Theodoſij. l. conſenſu. Cod. de repud. Verum alia conſtitutio poſtea à Iuſtiniano edita eſt, qua proſpicitur vtrique, ſi matrimonium abſque dote, ac donatione contractum fuerit. l. iubemus. C. de repud. Deinde vtilitas huius donationis in eo conſiſtebat olim, quod pactum de lucrandis rebus donatis, aut earum parte fere interponi ſolebat. l. ex morte. C. de pact. conuen. cum aliis ſimil. Itaq; quod ſupra dictum fuit: *Res donatas repeti ſoluto matrimonio*, cum hac exceptione accipiendum eſt, *niſi pactum interuenerit, &c.* Pactum enim huiuſmodi ſeruandum eſt à marito, ſi mulier dotem promiſſam dederit, qua fruitus ſit maritus conſtante matrimonio. Nouel. 91. ti. vt exact. inſtant. dot. Poſtremo notandum eſt, hanc donationem propter nuptias ſpecialem contractum eſſe, & ab aliis donationibus multum differre. Proinde inſinuationem non requirit quantæcunque quantitatis donatio ſit. Sic enim eſt accipienda noua Iuſtiniani conſtitu. 119. tit. vt ſponſa. larg. quam vulgaris interpres è Græco in Latinum male conuertit, cum ἡ διὰ τοὺς γάμους δῶρεα, non ſponſalitiam largitatem, ſed potius donationem propter nuptias ſignificet, vt recte Haloander intellexit.

DE SPONSALITIA DONATIONE.

ALIVD genus donationis eſt, quę dicitur ſponſalitia: quia inter ſponſos tantum fit, non inter coniuges: nec eam doti æqualem eſſe neceſſe eſt, cum ea propter dotem non detur. Itaque dubium non eſt, hanc donationem à donatione propter nuptias differre: id quod ſatis arguit titulus ille Codicis Iuſtinianei, *De donationibus propter nuptias, & ſponſalitiis.* Nam & hęc donatio vera, perpetuaque eſt, quæ niſi ob ingratitudinem non reuocatur, vt ceteræ donationes, ac diſſoluto matrimonio firma manet. l. ſi mater. Cod. de donat. propter nupt. Tacitam tamen habet conditionem, ſi nuptiæ ſequantur. l. 1. infra, de donat. Quare ſi per alterum ſteterit, quo minus matrimonium perficiatur, res donatæ ab eo condici poterunt. l. cum veterum. C. de donat. ante nupt. Quod ſi mors interuenerit, propter quam ſponſalia irrita manſerint, idem eſt dicendum, niſi quod ſponſa, cui oſculum à ſponſo datum eſt, ob eam cauſam rerum donatarum dimidiam partem lucretur. l. ſi à ſponſo. C. de donat. ante nupt. Crediderunt enim veteres vel oſculo ſolo pudicitiam mulieris delibari, cum ſit proximum coitui, ac inter lineas quinque amoris quarto loco conſtituatur. Donatus in Eunuchum Terentij. Vnde Ouidius:

Oſcula qui ſumpſit, ſi non & cætera ſumpſit,
Hæc quoque quæ ſumpſit, perdere dignus erat.

Huc etiam pertinet, quod ſcribit Valerius Mæuium quendam ciuem Romanum in libertum, charum admodum ſibi, animaduertiſſe, quia filiæ ſuæ nubilis iam ætatis oſculum dediſſe animaduerterat.

DE PACTIS DOTALIBVS.

PACTA tam ſuper dote, quam donatione propter nuptias interponuntur. De quibus extant duo tituli in Digeſtis, & Codice Iuſtiniani, & nos ſupra aliquid attigimus. l. ex morte. l. lege. C. de pact. conuen. Ac pro quodam veluti fundamento hæc regula traditur: *Omne huiuſmodi pactum valere*, l. in traditionibus. de pact. Quod ita accipi debet, vt non modo ad exceptionem, verumetiam ad actionem proſit. Nam etſi verum ſit, ex pacto actionem non naſci, id eſt, ex ea conuentione, quæ non tranſit in proprium nomen contractus, tamen quia hic ſolum pactum non eſt, ſed cum datione rei coniunctum, merito actionem parere dicitur. Tunc enim pactum actionem non parit, cum ſolum, ſiue nudum eſt: id eſt, cum neque traditio, neque ſtipulatio ei accedit, propter quam iuſtum ſit actionem dari. Contractus vero, qui tranſeunt in proprium nomen, veluti emptio, venditio, & ſimiles, ſoli ac nudi, id eſt, ſimul atque perfecti ſunt, actionem pariunt, quamuis nihil aliud extrinſecus ipſis accedat. l. 1. C. de pact. conuen. l. legem. C. de pact. Nudum autem aliud in hoc loco nihil ſignificat, niſi ſolum. Ac veteres iuris auctores eo verbo aliquando vſos fuiſſe comperimus: vt cum Scæuola *Tranſactionem ſolo pacto factam dicit*. l. qui Romę. §. Seia. de verb. obligat. Et Diocletianus: *Solum pactum conuentionem tueri, &c.* l. maior. C. de pigno. Quod genus loquendi ſi vbique vſurpaſſent illi, non dicam rectius, aut commodius elocuti fuiſſent, ſed barbaris, ineptiſque hominibus noua comminiſcendi vocabula forte non præbuiſſent occaſionem, qui pacta ſic diuidere ſolent, vt quædam nuda, alia vero veſtita eſſe dicant. De qua diuiſione quid ſentiamus, libris iamdudum editis teſtati ſumus. Sed quorundam pertinacia facit, vt non modo ſæpius eadem repetere: verum etiam ſi quid paulo obſcurius fortaſſis traditū ſit à nobis, id declarare cogamur. Ab eo autem quod diximus, pacta ſuper dote inita valere: excipiuntur pacta, quæ iuri, aut bonis moribus contraria ſunt. l. 5. de pact. dot. l. hæreditas. C. de pact. conuen. Item ea, quæ mulieri adhuc ſuperſtiti dotem adimunt. l. 2. de pact. dot. l. 3. C. de pact. conuen. aut quæ conditionem eius deteriorem reddunt. l. Pomponius. l. de die. & ſequen. de pactis dot. Idem dicēdum eſt de eo pacto, quo conuenit, vt vir fructus dotis non lucretur, & aliis quibuſdam ſimilibus. l. 4. de pact. dot.

DE DOTALI FVNDO.

POST pacta dotalia de dotali fundo tractemus. Nā tametſi rerum dotalium dominus ſit maritus, tamen fundum dotalem fruſtra alienat. §. 1. Inſtitut. quib. alien. non licet. Id enim prohibitum eſt lege Iulia, cuius hæc verba fuiſſe videntur: *Fundum Italicum dotalem maritus ne alienet inuita vxore, ac ne ipſa quidem conſentiente obliget.* Quod autem ait lex, *Maritus*: id ad ſponſum porrigitur, propter ſimilitudinem rationis. l. 4. ſ. de fun. dot. l. non ſine C. de bon. quæ lib. Quod ait, *alienet*, id de quocunq; actu non ſolum quo dominium transfertur, l. 1. C. de fundo dot. verum etiam quo aliquid de fundo ipſo diminuitur, l. vlt. C. de reb. alien. non alienan. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis forte. ſ. de verb. obliga. ſiue ſeruitutem amittendo, imponendoue. l. 5. & ſeq. ſupra de fun. dot. ſiue vſucapi fundum ſinendo. l. alienationis. infr. de verb. ſignifi. niſi ante dotis conſtitutionem cœpta ſit vſucapio. l. ſi fundum, ſupra de fundo dot. Sed animaduertendum de alienatione tantum voluntaria, non etiam neceſſaria legem accipiendam eſſe. l. 1. ſupra, de fun. dot. l. 2. C. eod. tit. Deinde ait lex, *fundum*, vt intelligamus rei mobilis

non eſſe prohibitam alienationem, ſi maritus ſoluendo ſit. l. 1. C. de ſeruo pig. da. ma. Nam prohibita rerum mobilium alienatione plurimi deciperentur, ac maximum inde ſequeretur incommodum: qua ratione moribus noſtris hypotheca rerum mobilium contra tertium poſſeſſorem locum non habet. Quod ait lex, *Italicum*, emandatum eſt conſtitutione Iuſtiniani, vt in prouincialibus prædiis idem iuris ſit. Cod. de rei vxor. act. §. & cum lex. Ait lex, *dotalem*, quod verbum interpretantur Iureconſulti ſub tit. de fund. dot. l. ſi marito. l. dotale. Ait lex, *inuita muliere*: itaque ſoceri conſenſus non ſufficeret. d. l. etiam. eo. tit. Hodie ne conſentiente quidem muliere valet alienatio. §. 1. Inſt. qui. al. non lic. niſi iuſiurandum interuenerit, idque iure pontificio. c. cum contingat. de iureiu. Alterum legis caput his perceptis obſcuritatem non habet.

DE DONATIONE INTER VIRVM ET VXOREM.

HACTENVS de dote, donatione propter nuptias, ac ſponſalitia, quæ genera donationum permiſſa ſunt. Nunc de aliis quibuſdam donationibus videndum eſt. Et eſt in primis notandum, donationem inter coniuges prohibitam eſſe. Cuius prohibitionis has afferunt rationes Iureconſulti, ne ob mutuum amorem ſe inuicem ſpolient: ne alter ditior, alter pauperior fiat: ne concordia maritalis pretio conciliari videatur. l. 1. 2. 3. de donat. inter virum & vxorem. Alia etiam additur ratio ex Plutarchi Problemat. vt omnia inter ſe communia iudicent. Ac de huiuſmodi quidem donatione extat Antonini Caracallæ Imperatoris Oratio, quę duo capita continet: vnum de donationis prohibitione. l. 3. eo. tit. alterum de confirmatione eiuſdem. l. cum hic ſtatus. de quibus ordine dicendum eſt. Priore igitur capite ius moribus receptum de prohibitione donationis comprobat Antoninus. Quod de ſponſo, & ſponſa accipiendum non eſt: cum de marito & vxore eius loquatur. l. ſi ſponſus. Nec refert an vxor fuerit deducta ſolenniter in domum mariti: quia conſenſu perficitur matrimonium. l. Seia. vt ſupra in tractatum de ritu nuptiarum annotauimus. Proinde cum aduerſus legum præcepta contrahitur matrimonium, ſtricto quidem iure non prohibetur donatio, attamen ratio ſuadet, eam ratam eſſe non debere, ne melior ſit delinquentium conditio. l. 3. Hinc etiam colligi poteſt, concubinæ factam donationem valere. d. l. 3. l. donationes. l. affectionis. infra de donat. Excipitur tamen concubina militis, quam Antoninus in reſcripto quodam ſuo Focariam appellat. l. 3. C. de dona. inter virum. Id enim militaris diſciplina pati non videtur, ne focariarum ſuarum blanditiis, & adulationibus milites ſpolientur. Focaria autem dicitur mulier, quæ foci & interioris domus curam gerit. l. 12. & 15. de inſtru. leg. l. 3. C. de condi. inſer. Quo ſenſu & ſerui quidam focarij appellantur. l. 1. ſupra nau. caupo. ſtab. Sed verecundius, opinor, viſum fuit Antonino, Focariam militis, quam concubinam appellare: quamuis alioqui honeſtum habeatur nomen Concubinæ à iuris auctorib... l. Maſſurius. de verb. ſignifi. Eadem oratione prohibetur tantum donatio, non etiam venditio aut locatio, aliiue huiuſmodi contractus, niſi per ſimulationem donationis cauſa fiant. l. quod autem l. ſi ſponſus. §. circa. l. ſi vir vxori. eod. tit. Quamuis autem generalia ſint orationis verba, ſubiecta tamen ratio efficit, vt eam duntaxat donationem interdictam eſſe interpretemur, quæ donantem pauperiorem, accipientem vero locupletiorem reddit. Quare ſi horum alterum deſit, donatio conſiſtet. l. ſi ſponſus. §. conceſſa. l. quod autem. eod. tit. & C. eo. l. maritus. Sed nec talis quidem donatio vſquequaque prohibita eſſe intelligitur, multæque exceptiones orationi adduntur à Iureconſultis, veluti, Si donauerit alter alteri mortis cauſa. l. ſi eum. §. vlt. & l. ſeq. eod. tit. Si in caſum diuortij vel exilij. l. ſed interim. §. vlt. l. vitricus. l. inter. Item ſi maritus quod vxori in diem debet, ei repræſentauerit. l. ſi vir. §. quod vir vxori. Si quid annuum præſtiterit, quod dotis quantitatem non excedat. l. ex annuo. eod. tit. & C. eo. l. ſicut. Si vectigal in itinere pro ea ſoluerit. l. ſi quis pro vxore. Si alter alterius ſeruis, veſtimentis, aut ædibus gratis fuerit vſus. l. ſi vir. l. ſi id quod. Si alter alteri ad refectionem combuſtæ domus pecuniam erogauerit. l. quod ſi vir. Si alter alteri pecuniam dederit, vt eam in dotem pro communi filia daret. l. ſiue vxor. Si vxor marito pro honore aliquo, aut dignitate adipiſcenda aliquid largita fuerit. l. quod adipiſcendæ. Denique excipiuntur donationes inter principem, eiuſque coniugem factæ, quæ legis vicem obtinere dicuntur à Iuſtiniano. l. penult. Cod. de donatio. inter virum. Quorundam eſt opinio, mutuam quoque donationem inter coniuges valere: quam ego veram non puto. Ea ſiquidem donatio reuocatur, licet compenſationi locus ſit inter virum & vxorem, ſi vnus rem ſibi donatam ſeruauerit, alter conſumpſerit. l. quod autem. §. ſi vir. l. cum hic ſtatus. §. proinde. His igitur caſibus exceptis reuocatur donatio, ſed quatenus ex ea factus eſt donatarius locupletior. l. ſi mulier. leg. quod autem. Et vindicantur res donatæ, ſi extent: ſed quia cauſam poſſidendi donatio præſtat, contra non reſtituentem in litem non iuratur. l. ſi donatæ. In dubio autem quod ad vxorem peruenit conſtante matrimonio, præſumitur ex mariti bonis habuiſſe, vt turpis quæſtus vitetur ſuſpicio. l. quintus. eodem titu. l. etiam. Cod. eodem. quamuis alioqui talis præſumptio locum habere non ſoleat. l. ſi defunctus. Cod. arbitr. tutel. Poſteriore capite orationis Diui Antonini, confirmatur donatio inter coniuges facta, ſi ea nondum reuocata donator deceſſerit. leg. cum hic ſtatus. Quod eſt accipiendum, non modo, ſi rem alter alteri tradiderit, verum etiam ſi nuda tantum interuenerit ſtipulatio. dict. l. cum hic ſtatus. l. ſi ſtipulata. idque ſatis aperte oſtendit Vlpinianus, cum ait: *Ita confirmari donationem, vt obligatio ſit ciuilis*. dict. l. cum hic ſtatus. leg. ſi ſtipulata. Nec verum eſt, quod nonnulli opinantur, ea verba intelligi non de ſtipulatione, quæ in futurum tempus confertur, ſed de donatione, quæ verbis in præſens tempus conceptis (vt puta, *dono tibi talem rem*) ſine ſtipulatione contrahitur. Nam tempore, quo Vlpianus ea conſcripſit, ex tali donatione nulla naſcebatur ciuilis obligatio. leg. ſi quis argentum. Cod. de donatio. Fuerat quidem alia ante hanc, de qua loquimur, oratio Seueri, qui Antonini huius pater fuit, de confirmandis donationibus inter virum & vxorem. Quam orationem recte putauit Papinianus ad rerum ſiue corporum donationem tantum pertinere. leg. Papinianus. non etiam ad ſtipulationes, quæ donationis cauſa contrahuntur. Nam de his tantum locutus fuerat Seuerus, quæ vxoris cauſa ſunt comparata, vt ex Vlpiani verbis colligitur. dict. leg. cum hic ſtatus. Sed plenior eſt poſterior oratio, nempe Antonini, & ad omnia, quæ donationis cauſa geruntur, pertinet. Nec dubium eſt, quin ſtipulatio donationis cauſa recte fieri dicatur, quamuis à donatione corporis, id eſt, qua traditur corpus aliquod, diſtinguatur. l. 3. ſciendum, hic. l. in ædibus. de donatio. Ac ſi poſt illam Papiniani ſententiam ſtatim à Triboniano ſubiectus fuiſſet locus de Antonini oratione, nulla hic difficultas reperiretur, ſicut in locis quibuſdam aliis factum fuiſſe animaduerti. l. in tantum. §. vltim. & l. ſequen. de rerum diuiſ. Quid enim incommodi in eo eſt, quod recitatur in vno capite ſententia Papiniani de Seueri oratione: deinde alio capite additur Antonini oratio, quæ priorem orationem nonnihil ſupplet ac emendat? Et, ne quid diſſimulem, ſatis probabile mihi videtur, Papinianum, qui ab hoc Antonino interfectus fuit, hæc ſcripſiſſe, antequam oratio poſterior in Senatu recitata, & S. C. confirmata eſſet. *Mors Papinia Iuriſc.* Itaque inanis opera minime iudicanda eſt, quam in his centonibus diſponendis digerendiſque ponimus. Ex hac enim diſpoſitione, ac collocatione rerum obſcuriorum fere pendet explicatio. Dubitandum autem non eſt, quin ſtipulatio confirmetur oratione Antonini, l. cum hic ſtatus. idque oſtendit hoc verbum, *obligatio ciuilis*. Nam ſi quis ita dixerit, *dono illi hanc rem*, non naſcitur ciuilis obligatio, ſecundum ius Pandectarum. Quod ſi quis dicat, inductam eſſe eam obligationem oratione Antonini: Reſpondeo, Antoninum non confirmaſſe donationes, quæ non recte contractæ ſunt ſecundum iuris regulas, ſed quæ ob eam ſolum cauſam non valent, quia factæ ſunt inter coniuges. Antoninus id impedimentum, quod ex nuptiis oritur, tollere tantum voluit, non etiam nouum genus obligationis inducere, veluti ex pacto nudo, &c. Morte igitur donatoris confirmatur hæc donatio, nec multum intereſt, quomodo mortem obierit. Nam etſi ob

ſcelus

ſcelus aliquod damnatus, ſummoq; ſupplicio affectus ſit, valebit donatio. Idem dicendum, & ſi condemnatione adempta fuerit ei libertas.l.res vxoris. C. eod. Si quis tamen mortem ſibi conſciuerit ob ſceleris conſcientiam, aut ſi cuius memoria poſt mortem damnata ſit, non confirmabitur donatio. d.l.cum hic ſtatus.§.ſi maritus. Item non confirmatur morte donatio excedens ſummam quingentorum aureorum, niſi inſinuata, & in actis publicata fuerit.l.donationes.C.eodem. Sed nec ea donatio confirmatur, quæ ante donatoris mortem expreſſim, vel tacite reuocata eſt, vt ſi pœnitere ſe donator declarauerit, in eaque pœnitentia perſeuerauerit, vſque ad mortem, d.l.cum hic ſtatus. §. 1. Si rem donatam in pignus dederit, vendiderit, donauerit, alienauerit, nec aliud actum eſſe appareat.d.l.cum hic ſtatus.§.ſi maritus.l. ſi maritus tuus. C. eod. Si ſecutum fuerit diuortium. Si prior deceſſerit is, qui donum accepit.l. cum hic ſtatus. §. ſi diuortium.l. à marito. C. eod. tit.

DE DIVORTIIS.

HÆc præfati de matrimonio contrahendo, ſupereſt, vt de eodem diſſoluendo aliquid dicamus. Matrimonium in primis ſoluitur morte alterutrius.l. 1. ſupra de diuor. & repu. Itaque ſuperſtiti licet ſtatim cum alio matrimonium contrahere, niſi quod mulier intra annum lugendo marito præſcriptum, nubere prohibetur.l.liberorum. de his qui notan.infam. l.1. Cod. de ſecund.nupt.quæ tamen pœna remittitur ei iure pontificio. c. vlt. de ſecund. nupt. Secundo diſſoluitur captiuitate.d.l.1.de diuor.l.in bello.§. medio. infra de capti. Verum ei, qui remanet in ciuitate, nihilo magis permittitur ad ſecundas nuptias tranſire, niſi incertum ſit ei, an captiuus deceſſerit, necne, eumq; per quinquennium expectauerit.l.vxores.eod.tit.§.ſed etiam.in authen.de nupt. 22. Cui iuri derogatum eſt iure pontificio. c. in præſentia. de ſponſ.& mat. Quod ſi alter ex coniugibus abſit, militiæ cauſa fortaſſis, nec ſit captus ab hoſtibus, præſtituit primum Conſtantinus quadriennium.l.vxor.C.de repud. deinde Iuſtinianus decennium.§. nouimus, authen.de nupt. Nouel. 22. qui tandem & Conſtantinianæ legi, & ſuæ derogans, tantiſper abſtinendum eſſe à ſecundis nuptiis conſtituit, dum præſens abſentem deceſſiſſe exploratum habuerit. §.quod autem nobis.in authen.vt lic.mat.Nouel.117. Tertio ſoluitur matrimonium ſeruitute, ob aliam cauſam, quam captiuitatis, contingente. l. 1. de diuor. vt ſi libertus ingratus in patronum ſuum redactus fuerit in priſtinam ſeruitutem.§.ſi vero decretum.in auth.de nupt. Damnatione vero in metallum, licet iure veteri ſolueretur, l.res vxoris.C. de donat. inter vir. & vxor. tamen hodie nemo tali ſententia libertatem amittit.§.quod autem ponis.in authen. de nupt. 22. Quod ſi verum eſt, multo minus deportatione dirimetur matrimonium.l.1.Cod. de repud. Quarto matrimonium mutuo conſenſu viri & vxoris ſoluitur.l.ſi conſtante. C.de repud. Quod Iuſtinianus ita interpretatur, ac reſtringit, ſi caſtitatis & vitæ cælebis amore id fiat. §. quia vero ex conſenſu, in authen.vt lic. matr. Nouel. 117. Sed iure pontificio omnes huiuſmodi pactiones improbatæ ſunt.cap.vlt.de tranſactio.in decre. Quinto ſoluitur matrimonium, diuortio.d.l.1.l.inter ſtuprum.l.inter diuortium. infra de verbor. ſignificat. Fit autem diuortium certa forma ac ritu, non conſenſu ſolo, ac voluntate diuertentis.l. 2. l.nullum.l.ſi pœnituit. ſupra de diuort.l. conſenſu. Cod.de repud. Conſenſus tamen neceſſarius eſt, animuſque perpetuam diuiſionem conſtituendi.l. 3. ſupra eodem tit. Itaque furioſus diuortij libellum mittere non poteſt.l.Iulianus.eodem tit. Porro certæ ſunt cauſæ legibus expreſſæ, ob quas diuortium impune permittitur. cap.conſenſu. l. in cauſis.l.vlt.C.de repud. Diuertens autem abſque legitima cauſa, ſi vxor ſit, dotem, ſi maritus, donationem propter nuptias amittit. d. l. conſenſu. Quod ſi matrimonium abſque dote aut donatione propter nuptias contractum fuerit, quartam bonorum ſuorum partem alter dare cogitur, niſi centum libras auri ea pars excedat. l.iubemus.C.de repud. Verum iure pontificio, quo nunc fere in huiuſmodi cauſis vtimur, matrimonium, quod ab initio recte contractum eſt, & perfectum, conſummatumque concubitu (quem pontifices carnalem copulam vocant) nunquam diſſoluitur, ſed ſeparatio thori permittitur, eaque ob vnam ſtupri cauſam.cap.2.de coniug.lepro ſo.can.dixit dominus.32. quæſt.1.c.ſi vxorem.32.quæſt.5.can.1.32.quæſt.7. Ceſſante vero coitu dirimitur omnino matrimonium, ſi alter coniugum natura ad coeundum aptus non ſit. c.ex literis. de frigid. & mal. Hęc ſunt, quæ in iure pontificio hac de re ſcripta comperimus à iure ciuili multum diſcrepantia: quæ an diuino iuri conſentiant, non immerito dubitari poteſt. Non enim videtur homo, ſed Deus ipſe potius coniuges ſeparare: cum ob iuſtas legitimaſque cauſas auctoritate publica diuertunt.c.quos Deus.33.quæſt. 1. Nec veriſimile eſt tempore Iuſtiniani, qui hæc nobis ſcripta reliquit, locum Euangelij quo vno pontifices nituntur, aliter à Theologis intellectum fuiſſe: cum is ſe Chriſtianum vbique profiteatur. Ac memini me aliquando conſtitutiones quaſdam Caroli Magni, Ludouici, & Clotarij Chriſtianiſſimorum principum euoluiſſe, in quibus eædem fere diuortiorum cauſæ continebantur, quæ legibus Iuſtiniani expreſſæ ſunt.

IN TIT. SOLVTO MATRIMONIO QVEMADMODVM DOS PETATVR.

I. POMPONIVS LIB. XV. AD SABINVM.

DOTIVM cauſa ſemper & vbique præcipua eſt. Nam & publice intereſt, dotes mulieribus conſeruari, cum dotatas eſſe fœminas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis ciuitatem, maxime ſit neceſſarium.

QVoniam multa paſſim in hoc de re vxoria, & dotibus tractatu ſingularia, & à iure communi aliena reperiuntur, ne cui mirum id videatur, in ipſo initio poſitum eſt hoc Pomponij caput, quo edocemur, *dotium cauſam ſemper & vbique præcipuam eſſe*, id eſt, *fauorabilem præ cæteris eſſe*. Cuius rei Pompon. hanc affert rationem: *Quia publice intereſt, dotes mulieribus conſeruari, &c.* Idemque à Paulo fere ſcriptum eſt ſub tit. de iure dot. ſupra c.11. *Reipublicæ* (inquit) *intereſt, mulieres dotes ſaluas habere, propter quas nubere poſſint.* Hinc ergo ſatis cognoſcimus noſtri iuris auctores magnam curam procreationis liberorum habuiſſe, nec quicquam aliud magis ſpectaſſe, quam vt ciuitates hominibus replerentur. Vnde Hadrianus reſcripſit: *Se malle hominum adiectione quam pecuniarum copia imperium ampliari.* leg. cum ratio. de bon. damna. Et Vlpian.cap.1.tit.de ventre in poſſeſſ.mit. *Fauendum eſſe partui*, ait, *vt in lucem educatur: quia non tantum parenti, ſed etiam Reipublicæ naſcitur.* Quare conditio viduitatem indicens alicui, veluti publicæ vtilitati contraria, legibus improbatur.leg. hoc modo.infra de condit. & demonſtrat. Inde etiam videmus, præmia non vulgaria liberos habentibus tribui, quæ cæteris non conceduntur. Verum hæc de re fuſius diſſeruimus lib. 1. Diſputat.anniuerſ. Obiecerit forte quiſpiam ſine dote matrimonium recte contrahi, ideoque dotes propter matrimonia contrahenda tanto fauore dignas non videri. Meminit Iuſtinianus in lib. τῶν νεαρῶν conſtitut. XXI. conſuetudinis cuiuſdam in Armenia, qua mulieres indotatæ nubebant, quã conſuetudinem conſtitutione ſua ſuſtulit, & abrogauit. Et Cornelius Tacitus in libro de moribus Germanorum, aut quiſquis eſt alius eius libri auctor, ait, in Germania mulieres viris dotem non dare. Quinimo ne matrimonium quidem neceſſarium eſt ad liberorum procreationem: quoniam ex quoquo coitu liberos procreari poſſe conſtat. Sed reſpondendum eſt, vagos concubitus, qui natura turpes, ac inhoneſti ſunt, iure prohibitos eſſe, nec vllum concubitum, niſi inter coniuges honeſtum haberi. Quod & Horatius oſtendit in arte Poetica his verſibus:

—Fuit hæc ſapientia quondam
Concubitu prohibere vago, dare iura maritis, &c.

Et Catullus ad Hymenæum:

Nil poteſt ſine te Venus.

Fama quod bona comprobet,
Commodi capere: at poteſt
Te volente. Quis huic Deo
Compararier auſit?

Quare ne fieri quidem poſſe dicitur, quod honeſte fieri non poteſt. l. filius. de condi. inſtit. Et quod ad dotes attinet, licet abſque eis matrimonium iure conſiſtat, tamen quia non facile vxor indotata ducitur, idq; frequentius ita accidit: non aliter ius de dote conſtitutum eſt, quam ſi mulier abſque dote maritum omnino inuenire non poſſet. Id enim facere non poſſe dicimur, quod ſine incommodo non poſſumus. l. nepos. de verb. ſignif. Singularia autem præcepta, quæ circa rem vxoriam reperiuntur, ab aliis verboſiſſime deſcribi, & in hunc congeri locum ſolent, ſed non ſatis (vt mihi videtur) appoſite, niſi quod ad Pomponij ſententiam illuſtrandam nonnihil exempla conducunt. Itaque breuiter ea hic percurram, quæ aliis in locis aliquanto commodius explicari poterunt. Primum, ius ſingulare eſt, quod ad dotis actionem ſoluto matrimonio ex ſtipulatu actio datur, quamuis nulla ſit eo nomine contracta ſtipulatio. Nam ſi per imperitiam forte, aut obliuionem aliquam fuerit omiſſa ſtipulatio, propter fauorem dotis ea interueniſſe fingitur. titu. Cod. de rei vxor. act. Secundum, hæc actio inter bonæ fidei iudicia recenſetur, quamuis alioqui ſtipulatio ſtricti iudicij contractus ſit. §. fuerat. Inſtit. de actio. & C. de rei vxor. act. Tertium, quamuis hypotheca conſenſu, & conuentione contrahatur, l. 1. de pigno. act. tamen mulier pro dote ſua abſque conuentione vlla tacitam hypothecam in omnia bona ſui mariti habet. C. de rei vxor. act. Quartum, in actione hypothecaria mulier cæteris creditoribus anteponitur, licet tempore priores ſint, contra regulam iuris, idque Iuſtiniani conſtitutione expreſſum eſt. l. aſſiduis. Cod. qui pot. in pig. §. fuerat. Inſtit. de act. Sed verba conſtitutionis oſtendunt de creditoribus priuilegiariis, id eſt, tacitam hypothecam habentibus, non expreſſam, id accipiendum eſſe. Nam ne fiſcus quidem iis, qui prius hypothecam contraxerunt, præfertur. l. ſi pignus. qui potio. in pigno. Hoc autem beneficium prælationis ad hæredem extraneum mulieris non transfertur. d. l. aſſiduis. & Cod. de priui. dot. Quintum, compenſatio quæ magna ratione & æquitate nititur, §. in bonæ fidei. Inſtitut. de actio. mulieri dotem exigenti obiici non poteſt. §. taceat. C. de rei vxor. act. Sextum, donatio, quæ inter patrem & filiumfamilias non valet, ſi dotis cauſa fiat, vtilis eſt. l. frater à fratre. de condi. indeb. propter fauorem dotis. l. Pomponius Philadelphus. fam. erciſc. l. 2. §. quod ſi in patris. infra. Septimum, mulier, quæ alioqui pro alio intercedens, iuuatur S. C. Velleiano, tamen pro alio dotem promittens obligatur: idque verum eſt, etſi nulla interceſſerit ſtipulatio, contra rationem iuris. l. vlt. C. ad Velleian. Octauum, Si pater, qui bona filiæ aduentitia poſſidet, eam dotauerit: ex bonis propriis magis, quam filiæ, eam dotaſſe intelligitur. l. vlt. Cod. de dot. promiſ. cum tamen alias nemo ſuum donare præſumitur. l. cum de indebito. de proba. Nonum, fundus dotalis, ne conſentiente quidem muliere, à marito alienari poteſt. ſupra de fun. dot. ſicque facultas arbitrio ſuo res ſuas alienandi, quæ iure communi cuiuis permittitur, tam marito, quam mulieri, hic adempta eſt. Sed hac de re ſupra diſſeruimus. Decimum, res quæ obnoxiæ ſunt reſtitutioni fideicommiſſariæ, & alias prohibentur alienari, ob cauſam dotis nihilominus alienari poſſunt. authen. de reſtitut. 39. Vndecimum, actio de dote competens patri, mortuo patre ad hæredem non tranſit, contra regulam iuris, ſed datur filiæ, licet hæres non ſit. §. videmus. Cod. de rei vxor actio. Duodecimum, quamuis alteri ſtipulari non poſſumus: l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verbor. obligat. tamen ſi auus maternus ſibi, aut nepti ſuæ dotem reddi ſtipuletur, ex ea ſtipulatione vtilis actio nepti competit, propter fauorem nuptiarum, vt Paulus reſpondit. l. Caius. infra hoc tit. Decimumtertium, pactum, quo dotis conditio fit deterior, nullius momenti eſt: veluti ſi conuenerit, vt dos non tempore legibus ſtatuto, ſed vlteriori reddatur. l. de die. l. Attilicinus. de pact. dot. Id enim contra iuris rationem fauore dotis conſtitutum eſt. Eadem eſt cauſa pacti, propter quod vxor indotata maneret. l. 2. de pact. dot. l. quamuis. Cod. de pactis conuen. Decimumquartum, in ambiguis pro dotibus reſpondendum, ac iudicandum eſt. l. in ambiguis. ſupra de iure dot. l. in ambiguis. de regul. iur. vt puta ſi quo die tabulæ dotis conſcriptæ ſunt, & res mariti pro dote vxori obligatæ, eodem die alius marito hypothecam contraxerit. Quamuis enim neuter altero prior, ac par cauſa vtriuſque videatur, tamen pro dote, quæ præcipua eſt & fauorabilior, iudicabitur. Addunt aliqui & promiſſionem dotis incertam valere. l. cum poſt. §. gener. ſupra de iure dot. Quod an verum ſit, ante à nobis declaratum fuit. Sed & multa alia conſulto hic prætermiſimus, quod ea vel ante explicauerimus, vel poſtea loco magis idoneo tractari debere videantur. Quod autem hic dicitur: *Semper & vbique dotium cauſam præcipuam eſſe, &c.* non ita accipiendum eſt, quaſi in hoc iudicio, nunquam ius commune ſeruari debeat, quod ſane perabſurdum eſſet. Hoc enim ſenſit Pomponius, ſingularia quædam præcepta de dotibus paſſim in iure ciuili reperiri, vt exempla iam à nobis recitata demonſtrant. Fit enim aliquando, vt non ſolum ius commune obſeruetur in dotis iudicio, ſed etiam, vt à iure communi contra dotem recedatur, vt puta ſi conueniatur maritus, qui ſoluendo non eſt. Non enim ab eo ſolidum exigitur, ſed tantum quatenus facere poteſt. leg. maritum. infra. Honeſtatis enim & maritalis reuerentiæ maior quam commodi muliebris, hic ratio habetur. Item, ſi Primipilus, id eſt, Centurio, qui annonæ inter milites diſtribuendæ præficitur, propter adminiſtrationem ſuam conueniatur, fiſcus non tantum in eius bona, ſed in bona etiam vxoris hypothecam habet. l. 4. in quibus cauſis pignus tacite contraha. Eſt enim ea Primipilaris cauſa admodum fauorabilis, propter periculum ingens, quod mala eius rei adminiſtratio habet. Quod tamen in fiſco extra hanc cauſam Primipilarem locum non habet, cum fiſci cauſa potior non ſit cauſa dotis, ſed vtraque eodem iure cenſeatur. l. 2. Cod. de priuileg. fiſci. l. 1. Cod. de iure fiſci. Nec verum eſt, quod plærique aſſerunt, *in dubiis quæſtionibus contra fiſcum iudicandum eſſe*, quamuis reſponſum ſit: *Eum non delinquere, nec vt criminis reum teneri, qui contra fiſcum reſponderit.* leg. non puto. ſupra de iure fiſci. Id enim ideo reſponſum eſt, quia plectebantur olim, qui fiſco parum fauere videbantur, cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono principe, vt Plinius in panegyrico ad Traianum ſcribit. Præterea funeraria actio in qua de ſumpto in funus facto agitur, dotis cauſa potior, fauorabiliorque viſa eſt, ne contra omnem humanitatem inſepulta cadauera iaceant. leg. impenſa. de relig. & ſumpt. Vt autem eo reuertamur, vnde digreſſi ſumus, ex eo quod dictum eſt: *Dotis cauſam præcipuam eſſe*: vulgo annotari ſolet: *Vtilitatem publicam priuatorum commodis anteponendam eſſe*: id quod Iuſtinianus conſtitutione ſua expreſſit de reſtitutionibus. Et huc pertinere verſus Heſiodi arbitrantur Græci enarratores eiuſdem auctoris. lib. 2. ἔργ.

Μηδὲ ποτ᾽ οἰνοχόην τιθέμεν κρητῆρος ὕπερθεν
Πινόντων· ὀλοὴ γὰρ ἐπ᾽ αὐτῷ μοῖρα τέτυκται.

Nam (vt Liuius ait) Deca. 3. libro 6. Reſpublica incolumis, & priuatas res facile ſaluas præſtat, publica prodendo, tua nequicquam ſerues. Eſt enim Reſpublica naui perſimilis, cuius conſeruationi non minus quam rerum propriarum, quæ in ea naui ſunt, ſtudent vectores. Sed quæritur, quomodo ad publicam vtilitatem dotium conſeruatio pertinet, cum mulierum tantum intereſſe videatur? Non enim ſtatus publicus in ea re conſiſtit, *ſed in Sacris, Sacerdotibus, & Magiſtratibus*, vt Vlpianus ait, l. 1. de iuſtit. & iure. Verum vtilitas publica non vno modo conſiderari debet. Nam quæ ad ſtatum publicum pertinent, ea publice vtilia vere ac proprie dicuntur, cuiuſmodi ſunt Magiſtratus & ſacra: item vectigalia & tributa, quæ nerui Reipublicæ dicuntur. l. 1. §. in cauſa, de quæſtio. Quædam priuatim vtilia ſunt principaliter, nec ad ſtatum publicum tuendum ſunt inſtituta: tamen periculum eſt, ne eorum contemptus paulatim in grande aliquod damnum, atque exitium Reipublicæ vergat. Ideoque ad Reipublicæ vtilitatem ea quoque ſpectare dicuntur. Quo ſenſu Reipublicæ intereſſe dicimus, vt dotes mulieribus conſeruentur: quoniam abſque ſobolis procreatione ciuitates & Reſp. ſubuertuntur. Quamobrem Muſonius recte & ſapienter ita ſcribit apud Gnomologos:

ὥστ

ὥστε ὁ ἀναιρῶν τὸν ἐξ ἀνθρώπων γάμον, ἀναιρεῖ δὲ πόλιν, ἀναιρεῖ δὲ σύμπαν τὸ ἀνθρώπειον γένος. οὐ γὰρ ἂν διαμένοι, μὴ γενέσεως οὔσης, οὐδ' ἂν γένεσις εἴη, μὴ γάμου ὄντος, ἤγε δικαία καὶ νόμιμος. Et antipater: ὃν τρόπον τε ποιμένη ἐπιγονὴν μὴ ἔχουσα, οὐ καλὴ οὐδὲ βουκόλιον εὐθηνοῦν. πολὺ μᾶλλον οὐδὲ πόλις, οὐδ' οἰκία· ταῦτα δὲ κατανενοηκὼς ὁ εὐγενὴς, καὶ ὡς φύσει πολιτικὸν γενόμενον, συναύξειν τὴν πατρίδα δεῖ. καὶ γὰρ οὐκ ἂν ἄλλως δύναιντο αἱ πόλεις σώζεσθαι, εἰ μὴ αἱ βέλτιστοι τῇ φύσει τῶν πολιτῶν ἢ τῶν γενναίων παῖδες, τῶν προτέρων καταπερεὶ φύλλων καλοῦ δένδρου, ἀπομαραινομένων καὶ ἀπορρεόντων, οὗτοι καθ' ὥραν γαμοῖεν, καταςορεὶ τινας γυναῖκας βλαστοὺς διαδόχους τῇ πατρίδι καταλιπόντες, οἳ θάλλειν αὐτὴν ἀεὶ ποιοῖεν, καὶ τὴν ἀκμὴν ἀΐδιον φυλάττοιεν, καὶ ὅσον ἐφ' ἑαυτοῖς μηδέποτ' εὐεπίθετον τοῖς ἐχθροῖς, &c. Nam & quoties multitudo priuatorum hominum periclitatur, huic incommodo occurri publice intereſt: cuius rei exemplum eſt in donatione prohibita inter coniuges: in tranſactione de alimentis: in rerum pupillarium alienatione: in lege commiſſoria pignorum, & aliis id genus. Quæ vero ita priuatis hominibus vtilia ſunt, vt ſine eis, nullum aut quam minimum accipiat damnum Reſpublica, ea nullo modo ad Rempublicam ſed ad commodum priuatorum tantum dicuntur pertinere, tametſi re vera nihil ſit priuatim vtile, quod publice vtilitatem aliquam non afferat, nec contra. Quanquam autem publica vtilitas priuatorum commodis longe antiquior nobis eſſe debeat, vti iam diximus, tamen ob graue damnum priuatorum mediocris vtilitas Reipub. facile contemnitur, ſicut magnum pondus æris pluris quam parua auri lamina æſtimatur, quamuis aurum alioqui ære ſit pretioſius. l. 1. §. ſunt qui putant. ne quis in flum. pub.

II. VLPIANVS LIB. XXXV. AD SABINVM.

Soluto matrimonio ſolui dos mulieri debet.

Qvamuis ſupra dictum ſit, ***dotis cauſam perpetuam eſſe, & eam perpetuo apud maritum manere***, l. 1. ſupra de iure dot. tamen ea reſtitui debet mulieri ſoluto matrimonio, ſiue morte, ſiue diuortio ſolutum ſit. l. cum quærebatur. de verb. ſignifi. Nam perpetuum varie accipitur pro ſubiecta materia, nec ſemper id, quod æternum eſt, quodque finem non habet, ſignificat. l. 1. ſupra pro ſocio. Immobilia autem ſtatim, mobilia intra annum reſtituuntur. §. exactio. Cod. de rei vxo. quamuis aliud tempus iure veteri definitum eſſet, de quo tempore poſtea dicemus. Sed cui reſtituenda ſit, quæritur. Et Vlpianus hic ait, mulieri reſtituendam eſſe. Quod eſt accipiendum, niſi dos profectitia ſit, quo caſu non tantum filiæ, ſed etiam patris eſt, vt paulo poſt docebimus. Sed & ſi extraneus qui dotem dedit, eam ſibi reddi pactus, ſtipulatuſue fuerit, ipſi potius quam mulieri reddetur. §. accedit. Cod. de rei vxor. act. Sed aliqui caſus ſunt, in quibus dotis exactio ceſſat ſoluto matrimonio, quos breuiter perſtringemus, quod alia ſint loca ſingulis tractandis, & excutiendis magis idonea.

Primus caſus eſt, cum pactus eſt maritus in dote conſtituenda, vt ea ſibi lucro cedat. l. ſi dotali. infra. Nam hoc caſu dotem lucratur, niſi aliud impediat, vt puta ſi dotis lucrandæ cauſa vxorem occiderit. l. ſi ab hoſtibus. infra. Sed notandum eſt, ita hoc pactum valere, ſi vxor marito non ſuperuixerit. Id enim iure ſingulari inductum eſt, ne vxor indotata maneat Nec referre videtur plæriſque an à patre, an alio quouis extraneo dos data, & pactum factum fuerit. l. 2. ſupra de pact. dot. l. quamuis. C. de pact. conuent. Aliis vero hoc non placet, quod dicant liberum eſſe ei, qui rem ſuam donat, paciſci, vt ea res poſt aliquod tempus alij reddatur. l. quoties. Cod. de donat. quæ ſub mo. Sed fruſtra rationem iuris adducimus aduerſus ea, quæ contra ius propter vtilitatem aliquam, & fauorem recepta ſunt. l. in iis. l. ius ſingulare. ſupra de legibus. Verum quia nullum de extraneo certum ius reperitur, melius eſt, regulam communem hic ſequi. Etſi enim Papipianus reſpondit, huiuſmodi pactum non valere, tamen credibile eſt, eum de extraneo non ſenſiſſe, de quo nihil in eius reſponſo expreſſum eſt. Adde quod ſi extraneo licet paciſci, vt ſibi dos reddatur, non mulieri: §. accedit. Cod. de rei vxor. actio. eadem ratione paciſci poſſe videtur, vt maritus dotem retineat. De donatione propter nuptias agitatur quæſtio. Et ſane fauor nullus impedit pactum de lucro huius donationis valere, ſi maritus vxori ſuperſtes fuerit: & ratio dotis, ac donationis propter nuptias hic longe diuerſa eſt. Verum quia Iuſtinianus donationem propter nuptias doti exæquauit, authen. de æqual. dot. ratione & æquitate nuda, contra ſcriptum, ac certum ius non eſſe pugnandum fortaſſe quiſpiam exiſtimauerit. argum. l. proſpexit. infra qui & à quib. manu. lib. Ego autem ideo hanc ſententiam non facile probo, quia diſpar ratio eſt vtriuſque. Et quod dicitur, ***donationem propter nuptias doti exæquatam eſſe***, non ita eſt accipiendum, quaſi præcepta omnia dotis ſingularia ad donationem hanc pertineant. idque multis exemplis facile eſt oſtendere, quæ ex iam dictis obſeruari poſſunt.

Secundus caſus eſt, cum ob mulieris adulterium, aliamue culpam ſolutum eſt matrimonium. l. Lucius. infra. c. plærunque. de donat. inter vir. Qua de re nos infra copioſius diſſeremus. l. viro. l. cum mulier. Idem exiſtimant nonnulli de ea, quæ ſoluto iam matrimonio ſtuprum admiſit, quod ea quoque virum iam defunctum iniuria afficiat. argu. l. 1. de iniur. Verum huic ſententiæ aduerſatur Iuſtiniani conſtitutio de Reſtitutionib. & ea quæ parit in vndecimo menſe, quæ aliis quibuſdam pœnis mulierem ſubiicit: nec eam dote ſua priuat, quamuis ea intra annum luctus (quod longe grauius eſt) ſtuprum perpetrauerit. Non enim noſtrum eſt, pœnas legitimas augere, cum præſertim eadem ratio huius ſtupri non ſit, & adulterij, quod manente adhuc matrimonio committitur.

Tertius caſus eſt, cum maritus ſoluendo non eſt, & reddita dote nihil ei ſuperfuturum eſt, vnde ſe tueatur. Sed de hoc infra plenius, l. maritum.

Quartus, cum poſt moram mulieris, quæ dotem ſibi oblatam accipere noluit, aut alias ſine culpa viri res dotales perierunt, quo caſu æſtimationem earum præſtare non cogitur maritus, l. ſemel mora. infra.

Quintus, cum ob res donatas, aut amotas, vel ſumptus in dotem factos opponitur compenſatio. l. fructus. §. ob donationes. infra. Sed huic iuri conſtitutio Iuſtiniani derogauit. §. taceat. C. de rei vxor. act. vt infra demonſtrabimus.

Sextus, ſi pendente iudicio mulieris agentis ius peremptum ſit, quod reintegrato matrimonio contingit. l. ſi mulier. infra.

Septimus, ſi maritus dotem conſtante matrimonio, idque ob iuſtam & legitimam cauſam ſoluerit. l. quamuis, infra. l. mutus. §. manente. ſupra de iure dot. Nam abſque cauſa legitima dos manente matrimonio inutiliter mulieri reſtituitur, adeo vt ***marito liceat vxore mortua ab eius hæredibus fructus dotis repetere***, vt Theodoſius ait. C. ſi dos conſtan. matr. ſolu. Eſt enim donatio inter virum & vxorem iure prohibita, quæ ideo reuocari poteſt. Quam conſtitutionem Theodoſij non ſatis perpendentes quidam ex recentioribus magni nominis mirantur, cur ea donatio morte non confirmetur. Iaſon & Zaſius hic. Sed clarum eſt, atque indubitatum, morte tamen donatoris confirmari huiuſmodi donationem, non mulieris, cui donatum eſt. l. cum hic ſtatus.

Octauus caſus, cum bona mulieris publicata ſunt: tunc enim fiſco, non mulieri dos redditur. leg. ſi conſtante. §. vlt. infra.

Nonus, cum res dotalis euicta eſt ſine culpa mariti. l. Mæuia. §. vlt. infra.

Decimus eſt, cum maritus dotem non recipit, nec per eum ſtetit, quo minus reciperet. l. maritus dotem. infra. l. ſi extraneus. ſupra de iure dot. Poſtremo hic annotandum eſt, ***Ante dotem exigi non poſſe, quam ſolutum matrimonium fuerit.*** Sed hoc intelligendum eſt cum aliquot exceptionibus, quæ poſtea à nobis explicabuntur. l. ſi conſtante. infra l. 1. C. de repu. l. quemadmodum. ſupra de iure dot.

Nec cogitur maritus alii eam ab initio ſtipulanti promittere, niſi hoc ei nihil noceat. Nam ſi incommodum aliquod maritus ſuſpectum habet, non debere eum cogi alii, quam vxori, promittere dicendum eſt: Hæc ſi ſui iuris mulier eſt.

Maritus accepta dote ab vxore ſua cogitur ei promittere

ſe eam redditurum ſoluto matrimonio, ſicut venditor emptori promittere compellitur. l. ex empto. ſupra de actio. empti. Nam & tabulas, ſiue inſtrumentum de negotio, quod cum aliquo contractum eſt, ab eo exigere poſſumus. l. ſicut datam. Cod. de liber. cauſ. l. plures. Cod. de fide inſtrum. An autem maritus alij promittere cogatur, cui forte eum vxor delegare voluerit, quæri poterat. Nam certum eſt, delegationem debitoris abſque eius conſenſu fieri non poſſe. l. 1. l. nec creditoris. Cod. de nouat. Et hic Vlpianus ait: *Ita demum cogi maritum, ſi hoc ei nihil noceat.* Nihil eſt enim tam naturale, quam vt præſtare alij cogamur, quod nobis non noceat, ipſique prodeſt, vt diſputat Cicero lib. de Offic. 1. l. 2. §. item Varus, de aqua pluuia arcen. l. reſcripta. Cod. de precib. Imperat. offer. l. in creditore. ſupra de euictio. Sed quia vtile non eſt, id perpetuo cuſtodiri, tametſi natura æquum ſit, caſus iure expreſſi diligenter obſeruandi, nec temere ad res alias producendi ſunt. Non enim quæcunque honeſta ſunt, ad neceſſitatem iuris redacta eſſe alias admonuimus. in l. 1. ſupra de pact. Si igitur maritus incommodum aliquod ſuſpectum habet, inuitus ad promittendum adigendus non eſt. Quid enim ſi is, cui delegare eum vult mulier, callidus, & rixoſus homo ſit, cum quo negotium habere non expediat: aut adeo potens, vt nihil non à marito extorquere poſſit? argumen. l. 1. de alien. iudic. mut. cauſ. Adde quod plæraſque exceptiones mulieri petenti opponere poteſt maritus, quæ aduerſus alium non competerent. l. doli. infra de nouat. vt poſtea docebimus, l. ſi prior. infra.

Quod ſi in patris poteſtate eſt, & dos ab eo profecta ſit, ipſius & filiæ dos eſt. Denique pater non aliter, quam ex voluntate filiæ, petere dotem, nec per ſe, nec per procuratorem poteſt. Sic ergo & promittendum Sabinus ait. Ei ergo promittendum erit, cui vterque iuſſerit. Cæterum ſi pater ſolus iuſſit, dotis actio filiæ non erit adempta, quandocunque ſui iuris filia fuerit facta. Item ſi voluntate ſolius filiæ promittatur, remanebit dotis actio integra patri.

Actio de dote communis eſt patri & filiæ, ſi duo concurrant. Primum eſt, quod filia in poteſtate patris ſit. Nam licet dos, quam pater nomine filiæ emancipatæ conſtituit, non male dicatur profectitia, quod à patre proficiſcatur. l. profectitia. §. ſi pater. ſupra de iure dotium. tamen pater in eam dotem nihil iuris habet, ſi eam ſibi reddi non fuerit ſtipulatus. l. pater filiæ. ſupra de euictio. §. videamus. C. de rei vxor. actio. Secundum eſt, quod dos à patre profecta ſit, vt hic Vlpianus ait. Nam ſi filia, quæ in poteſtate patris eſt, dotem aduentitiam habeat, quæ à matre puta, aut auo materno obuenerit, actio mulieri eo nomine, non patri, datur. l. Caius. infra. Vlpianus tamen in fragmentis Inſtitutionum nuper editis, dotem aduentitiam à profectitia hic non diſtinguit. Qua de re infra aliquid dicturi ſumus, d. l. Caius. Inde quæritur, an in hoc iudicio patris conſenſus neceſſarius ſit? Et puto non minus in dotis exactione, quam reliquorum bonorum, quæ aduentitia ſunt, patris conſenſum requiri, cum dos excepta non reperiatur. l. vlt. Cod. de bonis quæ liber. & pater dotis aduentitiæ vſumfructum, vt ceterorum bonorum habeat, quamuis plurimi ab hac opinione diſſentiant. Nam conſtitutio noua Iuſtiniani de æqualitate dotis, non permittit mulieri filiæfamilias dotem exigere, ſiue à patre, ſiue à matre profecta ſit. Excipiturque tantum vnus caſus, cum videlicet patris tanta eſt pertinacia, & (vt verbo eius vtar) ἀπεθία, vt nullo modo ad dotem exigendam adduci poſſit, & periculum eſt, ne mulier dotem, qua interim abutitur maritus, amittat. Tunc enim poteſt ipſa experiri, idque neceſſarium eſt, quoties dos adeo magna eſt, vt non ſatis conſultum ſit mulieri, ſi actionem forte inanem, quam aduerſus maritum habet, cum fratribus ſuis conferat. §. vlt. authen. de æqual. dot. Non me mouet quod Iuſtinianus ad finem diſputationis ſuæ loquitur de patre tantum. qui dotem dedit: ἀλλ' εἰ μὲν ὁ πατὴρ ἐπὶ τῶν τούτων θεμάτων ἐπιδοίη τὴν προῖκα, καὶ περὶ τῆς αὐτοῦ περιουσίας ἐλπίζεσθαι ταύτῃ συνεισφορᾶς μέλλοι τὸ ἐπικρατεῖν. Nam initio propoſita fuit quæſtio non de patre tantum, ſed etiam de matre, vt conſtat ex his verbis: ἐπιδέδωκε γὰρ προῖκα πατὴρ, ἢ μήτηρ τυχόν: quibus oſtendit Iuſtinianus totam quæſtionem ad vtrunq; parentem ſpectare, quamuis poſtea in tractanda ea pro exemplo, tantum patris mentionem faciat. Alias Iuſtinianus quæſtionem de matre indeciſam relinqueret, cum filiæfamilias non permittat dotem petere ſine conſenſu patris: & quoſdam caſus excipiens, hunc penitus omittat. His igitur duobus concurrentibus, dotis actio communis eſt patri, & filiæ: ita vt pater actionem exerceat, ſed accedente mulieris voluntate. Eſt autem hoc ius ſingulare, & contra rationem iuris communis, vt videlicet donatio à patre in filiumfamilias collata valeat. l. donationes. Cod. de donat. inter vir. leg. Pomponius Philadelphus. ſupra famil. ercisc. vtque per filiamfamilias quæſitum ipſius ſit, non patris. l. 1. ſi à paren. quis fuer. Itaque non tam anxie, quam vulgo fieri ſolet, hic inquirendum eſt, An hæc communio inter patrem & filiam, quam omnino à iure communi alienam eſſe videmus, cohæredum communioni, aut collegatariorum, aut ſociorum, aut reorum ſtipulandi comparari debeat. Hic enim ita ſimiles non ſunt pater & filia, vt non magna diſſimilitudo, differentiaque reperiatur. Nam hic vnus rem in iudicium deducere, aut nouare non poteſt, quod in duobus ſtipulandi reis locum habet. leg. ſi rem. infra de nouat. Et cum in aliis non ſuccedat vnus alteri mortuo, tamen mortuo patre omne ius in filiam, quamuis hæres non ſit patris, continuo transfunditur. Cod. de rei vxor. actio. §. videamus. Vnde pater & filia in hac communione actionis ſocij vere non ſunt, ſed quaſi ſocij dicuntur à iuris auctoribus. l. qui hominem. §. ſi gener. de ſolut. Ceſſat tamen hæc communio in quibuſdam caſibus, ac fit interdum, vt agat pater ſine conſenſu filiæ, vt puta, ſi iam inde ab initio ſtipulatus fuerit dotem ſibi reddi. l. quoties. infra. aut ſi filia iuſtam contradicendi cauſam non habeat. l. dotem. infra. l. ſi vt proponis. Cod. de nup. Aliquando filia ſola ad agendum admittitur, veluti ſi pater in vnum caſum ſtipulatus ſit dotem ſibi reddi, puta mortis, vel diuortij, & altero caſu matrimonium ſolutum fuerit. l. ſi cum dotem. in princ. infra. ſi pater furioſus, aut turpis, aut abſens ſit. dict. l. ſi cum dotem. l. filiusfamilias. ſupra de procurat. Sed hæc omnia accuratius poſtea tractabuntur.

Sed vtrum vt agat ſolus, an vt adiuncta quoque filiæ perſona experiri poſſit? Et puto, nec eam actionem amiſſam, quam adiunctæ filiæ perſona poteſt habere.

Cum voluntate ſolius filiæ dos promiſſa eſt, dubium non eſt, quin ſalua ſit actio patri, poſſitque pater ſolus, & ſuo nomine dotem petere. Sed non videbatur adiuncta filiæ perſona, quæ ius ſuum remiſit, experiri poſſe. Quomodo enim poteſt nomine non tantum ſuo, ſed etiam filiæ pater experiri, cum ipſi filiæ nulla competat actio, ſi ſui iuris facta fuerit? Verum hic Vlpianus ait: *Nec eam quidem actionem patrem amiſiſſe, quam adiuncta filiæ perſona poteſt habere.* Tametſi enim filiæ, ſi efficiatur ſui iuris, omnis agendi via præcluſa ſit, tamen patris intereſt, filiæ quam adhuc in ſua poteſtate habet, conſulere: nec magnum ob eam cauſam aduerſario præiudicium adfertur, qui quomodocunque agat pater, dotem ei cogitur reddere. Quod autem Pomponius ait, pactum filiæ patri nullo modo nocere, niſi adiecta quoque filiæ perſona experiatur, leg. cum dos. ſupra de pact. dot. eo pertinet, vt pactum aliquando noceat patri, licet actio ei ſalua maneat. Nec repugnantia hæc ſunt, actionem patri ſaluam manere, & pactum nihilominus ei nocere. Quid enim, ſi eo pacto aliquid ſe daturam, aut facturam promiſerit mulier? Quid ſi pœnam promiſerit in negotio contrahendo eius confirmandi gratia? Nam pater dotem petens adiuncta filiæ perſona, ſi reconueniatur, filiam defendere in ſolidum debet. Solus vero agens, & ſine perſona filiæ ad eam defendendam minime cogetur. l. 3. §. vlt. infra, rerum amot. l. non ſolum. de procurato. Et hæc eſt noſtra, de antinomia perquam difficili, opinio, quam & veterum interpretum nonnullis placuiſſe videmus.

Quod ſi ſui iuris fuerit facta filia, nocebit ei iſta ſtipulatio.

Stipulatio de dote alteri reddenda, quæ voluntate ſolius filiæ facta eſt, etſi non noceat patri, ac ne filiæ quidem ipſi, quandiu

quandiu eſt in patris poteſtate, ſi pater adiuncta ipſius perſona experiri, ac dotem exigere velit, tamen ſui iurisfacta, dotem petere non poterit. Pactum ſiquidem de non petenda dote à filiafamil. factum valet, non modo ſi conferatur in id tempus quo ſui iuris effecta fuerit, l. & hæredi. §. filia. ſup. de pact. ſed etiam ſi ſimpliciter paciſcatur ne petat, vt ex horum verborum contextu facile colligitur: id enim tacite intelligitur: quamuis expreſſum non fuerit. Quod tamen ita accipiendum eſt, modo tali pacto, vel ſtipulatione dotis conditio non reddatur deterior. leg. de die. ſupra de pact. dot. Pacta enim de lucranda dote, & alia huiuſmodi, ſi deteriorem conditionem dotis non reddant, ſeruanda ſunt. l. 2. ſup. de pact. dot.

Voluntatem autem filiæ, cum pater agit de dote, vtrum ſic accipimus, vt conſentiat, an vero, ne contradicat filia? Et eſt ab Imperatore Antonino reſcriptum, filiam, niſi euidenter contradicat, videri conſentire patri. Et Iulianus libro decimoſeptimo Digeſtorum ſcripſit, quaſi ex voluntate filiæ videri experiri patrem, ſi furioſam filiam habeat. Nam vbi non poteſt per dementiam contradicere, conſentire quis eam merito credet? Sed ſi abſens filia ſit, dicendum erit, non ex voluntate eius id factum: cauendumque à patre, ratam rem filiam habituram. Vbi enim ſapit, ſcire eam exigimus, vt videatur non contradicere.

Quod dictum eſt, *Voluntate filiæ patrem experiri debere*, &c. hic interpretatur Vlpianus & ait nihil referre, an voluntatem ſuam verbis exprimat filia, an vero ſilentio factum patris comprobet. Sed quia tres præcipui loci hic ſunt, melius erit eos diſtinguere, ac ſeparatim explicare. Primus locus eſt de filia præſente, quæ ſanæ mentis eſt, quam hic Vlpianus ſcribit, niſi euidenter contradicat, videri conſentire patri, vt & Antoninus reſcripſit. Nam *tacens pro conſentiente habetur*, vt vulgo dici ſolet: quod quemadmodum accipiendum ſit, in vniuerſum hic non definiemus, quod alterius ſit loci hæc diſputatio. not. in leg. ſæpe. infra de re iudic. nec nos mouere debet, quod Africanus ait, *Patrem ita demum ad agendum admitti, ſi doceat filiam conſentire*. leg. Titia. infra. Satis enim conſentit ea, quæ patri non contradicit. Sunt qui putent filiam, quæ iuſtam aliquam contradicendi cauſam habet, non ideo conſentire iudicandam eſſe, quod taceat, veluti ſi pater turpis perſona ſit, &c. leg. ſi cum dotem. §. eo autem tempore. infra. Sed hanc ſententiam, quæ vulgo recepta eſt, non probo: quia nec certo iure vllo, nec ſatis firma ratione nititur: tametſi ea, quæ ſine iuſta, probabilique cauſa patri reſiſtit, actionem impedire non poſſe vere dicatur. leg. dotem. infra. Probabilius mihi videtur, tunc filiam pro conſentiente non haberi, cum ob pudorem, reuerentiamque paternam contradicere auſa non fuit, idque euidenter apparet dicta leg. ſi cum dotem. §. ſed ſi latitet. Nam veritati præſumptio cedit. leg. non eſt veriſimile. ſupra de eo quod met. cau. l. continuus. §. cum ita. de verbo. oblig. & in hoc iudicio quod bonæ fidei eſt, æquum & bonum maxime ſpectamus. Secundus locus eſt de filia furioſa, ſeu demente, cuius taciturnitas, ac patientia hic quoque ſufficit. Non enim requirit Antoninus, vt filia conſentiat, ſed ne contradicat. Ac certum eſt, furioſam ne contradicere quidem vllo modo poſſe. Sed mirum pleriſque hoc videtur, cum voluntas nulla ſit furioſi, nec expreſſa, nec tacita. leg. furioſi. de reg. iur. vnde finito tempore locationis, quamuis patientia locatoris ad locationem redintegrandam valeat, tamen ſi interim furere is cœperit, locatio nulla contracta intelligitur. leg. qui ad certum. ſup. loca. Idemque videbatur hic dicendum eſſe, cum ratio diuerſitatis non appareat. Et ſane abſurdum videtur, nullum conſtituere diſcrimen inter furioſum, & eum qui ſanæ mentis eſt, cum vnus conſentire poſſit, alter non poſſit. Sed animaduertendum eſt inter filiam, quæ ſanæ mentis eſt, & furioſam, multum intereſſe in ſpecie propoſita, nec aliter ſenſiſſe Vlpianum arbitror. Nam filia, quæ ſanæ mentis eſt, tacendo conſentire præſumitur, niſi probetur diſſenſiſſe, vt ante diximus. At lex fingit furioſam, quæ non contradicit, conſentire: & hæc fictio à præſumptione multum differt: quoniam ſuper re certa, & minime dubia fit, nec aduerſus eam probatio admittitur. Sicut enim lex fingit eum, qui ab hoſtibus redit, captum non fuiſſe, contra veritatem: ita lex filiam conſenſiſſe fingit vtilitatis cauſa, quæ tamen propter furorem non conſentit, ne tacite quidem. Neceſſaria autem ideo videtur iſta fictio eſſe, quoniam aliter filiæ conſuli commode non poteſt. Non enim ei poteſt curator dari, cuius voluntatem pater requirat, cum pater filiæ, quam habet in poteſtate, loco curatoris ſit. leg. vlt. in prin. C. de curato. furi. Suadet tamen æquitas (cuius potiſſimum hic habenda ratio eſt) vt officio Iudicis ſuccurratur in hoc caſu filiæ, ſi pater is ſit cui dotem reddere non expediat. argu. d. leg. ſi cum dotem. Tertius locus eſt, de filia abſente, quæ ſanæ mentis eſt, & hæc admoneri debet, vt videatur tacendo non contradicere: cum furioſa, quæ iudicio omni caret, fruſtra admoneatur, vt ante dictum fuit. Nam alias furioſus non ſemper abſenti comparatur. leg. 2. de procu. l. 2. de iure codicil. Hinc Vlpianus ait, *Si pater abſente filia experiri velit, quia incertum eſt, an eius voluntate id fiat, eum cauere de rato cogendum*. l. 1. de procu. Non enim pater cauſam propriam vſquequaque agit, vt ab eo non videatur exigenda ſatiſdatio. §. ſed hodie. Inſtit. de ſatiſ. Sed cur non ſimiliter cauet pater, qui filiam furioſam habet? Reſpondeo, patrem loco curatoris eſſe. leg. vlti. de curat. furio. ideoque filiam pro abſente non haberi, cuius veluti curator adeſt. Non igitur quiſquam eo moueri debet, quod alibi dicitur, *Si pater furioſus ſit, filiam, quæ dotem in iudicio petit, cauere de rato*. leg. ſi cum dotem, §. ſi ſoluto. infra. quia non vt pater filiæ vice curatoris eſt, ita etiam filia patri. Alia cauſa eſt actionis iniuriarum, quam pater ob iniuriam filio illatam inſtituit, cum in ea actione cautio ratihabitionis à patre non exigatur. leg. non ſolum. ſup. de procura. Nam ob illatam filio iniuriam duæ naſcuntur actiones: quarum vna competit patri, altera filio. d. l. non ſolum. Nec eſt vna actio, quæ inter ipſos communis ſit. Item hanc iniuriarum actionem pater ſolus inſtituere, imo vero iniuriam prorſus remittere, ac condonare poteſt, l. ſed ſi vnius. infra, de iniur. Quare non immerito, vt propriam cauſam agens ad cauendum non compellitur.

III. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

NOn ſolum autem in exigenda, ſed etiam in ſoluenda dote, quæ communis eſt & patri & filiæ, vtriuſque voluntas exquiritur, nec alter alterius conditionem deteriorem facere poteſt. Sed ſi pecunia ad patrem peruenit, quam filia accepit, actio de dote vtriuſque tolletur.

Sicut pater ſine filia, aut filia ſine patre dotem communem exigere non poteſt, ita ſolutio, quæ ſponte facta eſt vni abſque conſenſu alterius, non nocet alteri. Paulus tamen ait, *Solutione facta filiæ, actionem omnino tolli, ſi pecunia, quam accepit filia, ad patrem poſtea peruenit*. Idemque dicendum eſt, & ſi filiæ ob iuſtam aliquam, legitimamq; cauſam ſolutum fuerit. leg. quamuis. leg. ſi cum dotem. §. 1. infra. Sed & ſi filiafamilias ex peculio, cuius liberam adminiſtrationem habebat, ſe ipſam dotauerit, recte ei ſoluitur. leg. ſi filia. ſupra de iure dot.

IV. POMPONIVS LIB. XV. AD SABINVM.

SI cum pater ſine conſenſu filiæ dotem à viro exegiſſet, & eandem alij viro eiuſdem filiæ nomine dediſſet, mortuo patre, filia cum priore viro agat, doli mali exceptione repellitur.

Quod dicitur, dotem, quæ patri & filiæ communis eſt, patri non recte ſolui, ita accipiendum eſſe docet Pomponius, niſi ea dos poſtea in rem filiæ verſa ſit. Nam voluntate filiæ dos fingitur recepta, quoties filia iuſtam cauſam contradicendi non habet. leg. dotem. infr. Annotant vulgo tam ex hoc capite, quam præcedenti theſin huiuſmodi: *Qui non*

poteſt petere in iudicio, non poteſt rem ſponte ſolutam recipere. Sed alias admonui, huiuſmodi theſes perquam fallaces eſſe, & magnam perplexitatem, atque confuſionem in iuris diſputationibus parere, vt vel hinc facile perſpici poteſt. Nam ei qui ſolutionis cauſa adiectus eſt ſtipulationi, recte ſoluitur, quamuis nullam actionem ad petendum habeat. leg. eum, qui. §. qui ſibi. de verborum obligat. Item procuratori, litis gratia dato, qui rem in iudicium deducere poteſt, non recte ſoluitur. leg. hoc iure. infra de ſolut. Alia tamen cauſa eius eſt, qui non ſimpliciter ad agendum, ſed ad exigendum potius procurator datur. leg. non abſtulit. C. de nouatio. l. inductum. Cod. de ſolutio. Sed ne nimium à propoſito euagetur oratio noſtra, libenter hæc miſſa facimus. Annotant præterea quidam, coniunctis perſonis (cuiuſmodi ſunt parentes, liberi, & cæteri affines) non recte ſolui. Nam quæ maior coniunctio, ac neceſſitudo eſt, quam patris & filiæ? Quamuis enim huiuſmodi perſonis agere ſine mandato permittatur, leg. ſed & hæ. ſupra de procurator. non ideo tamen procuratores habendi ſunt. leg. 3. infra iudic. ſolui.

V. VLPIANVS LIB. XXX. AD SABINVM.

D*E diuiſione anni eius, quo diuortium factum eſt, quæritur, ex die contracti matrimonij, an ex die traditi fundi maritus ſibi computet tempus? Et vtiq; in fructib. à viro retinẽdis, neq; dies conſtituta dotis, neque nuptiarum obſeruabitur: ſed quo primum dotale prædium conſtitutum eſt, id eſt, tradita poſſeſſione.*

Tametſi maritus ſingulorum annorum, quibus ſtetit matrimonium, fructus lucretur, ſi onera matrimonii ſuſtineat. leg. ſi is qui Stichum. ſupr. de iure dot. leg. pro oneribus. C. eo. titulo. tamen ſi nondum eo anno finito, quo contractum eſt matrimonium, ſoluatur, morte, puta, vel diuortio, eius anni integros fructus non retinebit maritus, ſed pro portione temporis duntaxat, quo matrimonii onera ſuſtinuit: vt ſi fructus illius anni ſint XII. aureorum, & matrimonium, quod contractum eſt Calendis Ianuarii, ineunte Maio ſolutum fuerit, tertiam partem, id eſt, quatuor aureos iure ſuo retinebit maritus, reliquas duas partes, id eſt, octo aureos conſequetur vxor, vel hæredes vxoris. leg. fructus. §. ex contrario. infra. Idemque dicendum eſt, & ſi pluribus annis ſteterit matrimonium, ſed anno vltimo nondum finito diremptum fuerit. §. ſed & nouiſſimi. C. de rei vxo. actio. In fructuario diuerſum ius eſt. Nam fructus perceptos acquirit omnino ſibi, tranſmittitque ad hæredem ſuum quacunque parte anni fruitus ſit. leg. defuncta. ſupra de vſufruct. Non enim vſusfructus pro oneribus ferendis competit, &c. Verum quod diximus pro parte temporis, qua matrimonium ſtetit, fructus marito acquiri, ita accipiendum eſſe Vlpianus hic ait, ſi eodem tempore & contractum matrimonium, & dos data fuerit. Nam ſi poſt matrimonium contractum dotalis fuerit effectus fundus, id eſt, traditus, leg. dotale. ſup. de fundo dotal. ex tempore traditionis tantum fructus lucrabitur maritus: percepti vero medio tempore inter matrimonium, & traditionem ſecutam dotem augebunt. Ratio enim ſuadet, vt non ante fructus fundi lucretur, quam is fuerit dotalis effectus. Vt, exempli gratia, ſi matrimonium Calend. Ianuarii contractum, fundum dotalem Calend. Decembris traditum, matrimonium finito decembri ſolutum, & fructuum æſtimationem duodecim eſſe aureorum proponamus, maritus retento vno aureo, vndecim vxori reddere compelletur: quia vno tantum menſe poſt traditionem dotis ſtetit matrimonium. Quod videtur quibuſdam ideo iniquum eſſe, quia maritus vndecim menſium ſpatio onera matrimonii ſuſtinuit. Sed hoc accipiendum eſt, niſi per mulierem ſteterit, quo minus dotem daret. Nam ſi abſque mora, aut culpa vxoris, hæc fortaſſis mariti conſenſu vel expreſſo, vel tacito fuerit ſolutio dilata, nulla hic iniquitas reperietur. Per mulierem autem ſtare videtur, ſi interpellata à marito non ſoluerit. Dubium enim non eſt, quin habeatur ratio fructuum à tempore in hoc iudicio, ſicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. Et eo magis quod cum in cæteris olim adderetur, *ex fide bona*, in hoc addebatur, *Quod æquius melius*, auctore Cicerone, idque alias docuimus in cõmentario, de in litem iurando. leg. pe. inf. l. ſi cum Cornelius. de ſolu. Quare & ſi mulier fortaſſis ne interpellata quidem ſit, tamen ſi iuſtam cauſam habeat credendi marito ſe dotem exoluere debere, à quo interim ſe ali videt, adhuc per eam ſtare dici poteſt, modo commode dotem ſoluere poſſit. Id enim bonæ fidei, cuius hic maxime habenda ratio eſt, conuenit, arg. leg. Iulianus. §. ex vendito. ſupra, de act. l. curabit. C. eo. Itaque non multum ad rem pertinet quæſtio hic vulgo agitata, An actio competens marito ad dotem ab vxore petendam, ſit bonæ fidei, an ſtricti iudicii. Cui quæſtioni anſam præbuerunt ſubobſcura conſtitutionis verba. C. de rei vxo. act. §. ſed & ſi non ignoramus. Æque aliena à propoſito eſt illa quæſtio, An ad mulierem in mora conſtituendam opus ſit interpellatione, an vero ſine interpellatione re ipſa mora fieri dicatur? leg. vlt. C. de iure dot. l. videamus. 2. ſupra de vſur. Nam licet actionem, quæ competit marito, ſtricti iudicii eſſe fateamur, tamen conuenit inter omnes hoc iudicium bonæ fidei eſſe. §. fuerat. Inſtit. de act. Cum igitur in eo agatur de fructibus reddendis, ac etiam diuidendis ſoluto matrimonio, æquitatem ac bonam fidem tam ex parte rei quam actoris hic ſpectamus: nec vlla certior regula, quam hic Iudex ſequatur, dari poteſt. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. leg. ſed & ſi ideo. infr. Quod & Boetius in Top. Cic. de hoc iudicio loquens ſcribit.

VI. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

S*I ante nuptias fundus traditus eſt, ex die nuptiarum, ad eundem diem ſequentis anni computandus annus eſt: idem in cæteris annis obſeruatur, donec diuortium fiat. Nam ſi ante nuptias traditus ſit, & fructus inde percepti, hi reſtituendi ſunt quandoque diuortio facto, quaſi dotis facti.*

Quod dictum eſt in ſuperiori capite, *Maritum fructus lucrari, ex quo prædium datum eſt, &c.* ſic accipiendum eſt, niſi ante nuptias datum ſit: nam cum dos ante nuptias nulla ſit, conſequens eſt, eos fructus tanquam rei dotalis maritum capere non poſſe. Itaque dotem augent, & vxori matrimonio ſoluto redduntur. Idem dicendum videtur, & ſi matrimonium iure non conſiſtat, quia contra leges contractum ſit: vt, ſi quis peregrinam, aut ancillam, aut minorem XII. annis domum duxerit. Talis enim matrimonii nulla ratio haberi ſolet, ac perinde eſt, ac ſi contractum omnino nõ eſſet. l. ſi concubina. rer. amot. leg. 1. C. de condictio. ob cau. leg. 1. vnde vir & vxor. l. de iure. ad mun. l. ſi vxor. de adul. Quod quemadmodum accipiendum ſit poſtea docebimus l. ſi cum dotem. § vlt. Cenſuerunt tamen nonnulli, eum, qui onera hic ſuſtinuit, quaſi matrimonii cuiuſdam ad fructus reddendos cogendũ non eſſe. Quæ ſententia ſpeciẽ æquitatis habet, ſed eam ita probo, ſi iuſtus error interuenerit, & fructus bona fide percepti in onera mulieris conſumpti ſint, vt Pomponius reſpondit, l. in inſulam. §. 1. infra.

VII. VLPIANVS LIB. XXXV. AD SABINVM.

FRVCTVS *eſſe conſtat, qui deducta impenſa ſupererunt.*

Cum agitur de diuidendis fructibus inter coniuges ſoluto matrimonio, quod tum accidit, cum anno nondum finito ſolutum eſt, & dotem maritus non extimatam accepit. §. ſed & nouiſſimi. C. de rei vxor. actio. ante omnia ſumptuum in fructus quærendos factorum fit deductio: iiſque deductis reliquum pro rata temporis parte diuiditur. Nam (vt Vlpianus, aut forte Sabinus ait,) *fructus ſunt, qui deducta impenſa ſuperſunt.* Quæ regula locum habet in omni fructuũ exactione. l. 1. C. de fructibus & lit. expen. l. quod in fructus.

ſup. de vſur. l. fundus. ſup. fam. ercif. etiam ſi à malæ fidei poſſeſſore petantur. l. ſi à patre. §. vltim. ſupra, de peti. hæred. leg. domum. C. de rei vind. Sed & ſi de fructibus integris quæratur, ſumptus deducendos eſſe verius eſt. §. Papinianus. infra. leg. 1. C. de his, quib. vt indig. Nec multum referre exiſtimo, an lex huius verbi mentionem faciat, an vero ab homine proferatur, licet plærique diſſentiant. l. quoties. §. ſi colono. ſupra de vſufru. Nam ſi Princeps imperet quartam partem fructuum fiſco ſuo dependi, impenſas ante omnia deducere poſſeſſoribus licebit, argum. leg. non amplius. infra, de lega. 1. Verum hæc regula ſic accipienda eſt, *niſi aliud actum eſſe appareat*, quod vel ex verborum ſignificatione, vel ex coniecturis deprehendi poteſt, vt in cæteris facti quæſtionibus. Huius rei exemplum eſt in colono partiario. l. cum duob. §. ſi in coeunda. ſupra, pro ſoc. Cum enim in ſocietatem nihil conferat præter operam, induſtriamque ſuam, ſatis conſtat dominum portionem ſuam fructuum ſine deductione ſumptuum conſequi debere. Nam qui operam debet, eam præſtare gratuitam cogitur. l. ſuo victu. de ope. lib. A regula excipitur etiam decimæ ſolutio, quæ miniſtris Eccleſiarum quotannis pendi ſolet. Ea ſiquidem ex fructibus omnibus collectis abſque vlla ſumptuum, aut ſeminis deductione ipſis tribuitur iure pontificio. ca. tua nobis. de deci. Sed hoc ius ad vectigalia publica, tributaque mihi producendum non videtur, niſi aliud actum eſſe appareat, non quod odioſa hæc ſint (vt quidam falſo exiſtimant) ſed quia hoc ius, quod ſingulare eſt, ad alia porrigi non debet. leg. ius ſingulare. ſup. de legi. Sed reſponſum Modeſtini non recte ab eis percipitur, qui odioſa eſſe hæc vectigalia inde colligunt. leg. non puto. de iure fiſc. vt ſupra in caput primum annotaui. Cum enim ob neceſſitatem publicam indicuntur, maximo ſunt digna fauore, ac merito nerui Reipu. dicuntur. leg. 1. infr. vt in flu. pub. nauig. lic. l. 1. §. in cauſa. inf. de quæſtionibus. In cauſa autem ſunt δημοσῶροι, vt nihil odioſius vulgo haberi ſoleat.

Quod Scæuola, & ad mariti, & ad mulieris impenſas refert. Nam ſi mulier pridie vindemias doti dedit, mox ſublatis à marito vindemiis diuertit, non putat ei vndecim duntaxat menſium fructus reſtitui, ſed & impenſas, quæ ante, quam portiones fructuum fiant, deducendæ ſunt. Igitur ſi & maritus aliquid impenderit in eundem annum, vtriuſque impenſæ concurrent.

Quod dictum eſt, *Fructus intelligi deductis impenſis*, dubium non eſt, quin de ſumptibus à marito factis recte accipiatur, ſi in fructus quærendos facti ſunt. Nam quæ ad perpetuam agri vtilitatem fiunt, cum fructibus non computantur, vt poſtea dicemus. §. impendi. infr. & titu. de impenſ. in res dota. Ad vxoris etiam impenſas hoc dictum, quod Sabini eſſe videtur, referri poteſt, autore Scæuola, idque exemplo Vlpianus declarat. Si mulier ante vindemias fundum fructibus plenum dederit marito, & vno tantum menſe ſteterit matrimonium: primum enim mulier impenſas à ſe factas ex fructibus deduceret: deinde reliqui fructus ita diuidentur, vt maritus duodecima parte retenta, vndecim partes mulieri reſtituat. Quod ſi ab vtroque in eandem vineam ſumptus facti ſint, quia neceſſe fuit marito in vindemiam aliquid impendere, vtriuſque impenſæ concurrent, & ab vtraq; parte deducentur.

Et ita, ſi impenſarum à muliere factarum ratio habeatur, cum plurimis annis in matrimonio fuit, neceſſe eſt, primi anni temporis computari, quod fuit ante datum prædium.

Si verum eſt dictum Scæuolæ de impenſis à muliere factis, hinc conſequens eſt, mulierem impenſas quoque deducere, ſi plurimis annis ſteterit matrimonium, nedum ſi ante finem anni diſſolutum fuerit. Nam impenſæ factæ à muliere primi anni tempore, quod dationem prædii dotalis anteceſſit, ei reſtituentur.

Papinianus libro vndecimo quæſtionum, diuortio facto, fructus diuidi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, eumque vir ex Calendis Nouembribus primus fruendum locauerit, menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere virum & vindemiæ fructus, & eius anni, quo diuortium factum eſt, quartam partem mercedis, æquum eſt.

Matrimonium contractum eſt tempore vindemiæ, Calendis videlicet Octobris, id enim eſt fere tempus vindemiæ, Plin. lib. 18. leg. 2. C. de fer. data eſt in dotem vinea, ex qua maritus ſtatim fructus percepit, & ex Calend. Nouemb. alicui colono eandem vineam locauit, deinde Ianuarii poſtremo die ſolutum eſt matrimonium diuortio: quæritur, quomodo fructus totius anni inter maritum & vxorem diuidi debeant? Et videbatur diuiſio ita fieri debere, vt maritus primum omnes vindemiæ fructus à ſe perceptos menſe Octobris retineat: deinde tantum ex mercede à colono præſtanda capiat, quanto tempore poſt contractam locationem ſtetit matrimonium, id eſt, quartam partem, cum quarta parte anni ſtetiſſe proponatur. Verum id à ratione prorſus alienum eſſe demonſtrat Papinianus, quia non tantum ex die locationis, ſed etiam contracti matrimonii, dotiſque traditæ fructuum diuiſio facienda eſt, vt pro parte temporis, qua ſtetit matrimoniũ, fructus retineat maritus. Quod autem hic dicitur, *Non ex die locationis*, &c. locutio frequens eſt apud Iureconſultos, ſubauditurque dictio tantum, de qua & ab aliis quoque aliquid annotatum eſt. Porro tametſi locationis hic fiat mentio, tamen idem dicendum erit, & ſi nulla locatio interuenerit. Quæſtio enim ac dubitatio omnis, ex eo naſcitur, quod matrimonium in finem vnius anni & initium alterius incurrit. Proinde & ſi nullam eſſe factam à marito locationem proponamus, adhuc dubitabitur an fructus integros prioris anni retinere debeat maritus, & præterea fructus poſterioris anni capere, pro rata parte temporis, qua eo anno durauit matrimonium. Annum ſiquidem hic intelligimus, quo ager colitur fructuum quærendorum cauſa, & fructus colliguntur: quamuis aliter hoc verbum accipiatur plerunque pro ſubiecta materia.

Alioquin ſi coactis vindemiis, altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit.

Si ex die locationis dicamus diuiſionem faciendam eſſe, abſurdum inde conſequi ait: quia ſi ſtatim à percepta vindemia ſolueretur matrimonium, integros vindemiæ fructus perciperet, ac lucraretur maritus: quod tamen non fatebitur is, qui diuiſionem hanc ad geometricam analogiam exigi debere intellexerit. Nam locatio ſequentis anni minime efficit, vt diuerſum ius eſſe debeat.

Itaque ſi in fine menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit, vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Concludit in ſpecie propoſita, vt in diuiſione ſeruetur æqualitas, & proportio, de qua iam diximus, fructus vindemiæ anni præteriti, & quartam partem mercedis inſtantis præſentiſque anni confundi debere, vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. Quorum verborum obſcuritas multum negotii omnibus huius loci enarratoribus exhibuit. Et vulgo receptum eſt, fructus omnes vindemiæ confundendos & commiſcendos eſſe cum quarta parte mercedis, vt maritus tertiam partem eius pecuniæ confuſæ, atque commiſtæ retineat: veluti ſi ponamus XII. aureorum eſſe fructus vindemiæ, totidem aureorum eſſe mercedem locationis: quia quarta eius mercedis portio cum fructibus coniuncta & confuſa, XV. efficit, maritus quinque aureos ex ea ſumma capiet. Sed alias oſtendi, c. vlt. Diſput. anniuer. ideo iniuſtam & iniquam eſſe hanc computationem: quia cum tertia tantum parte anni ſtetiſſe proponatur matrimonium, tertia reditus annui parte contentus eſſe debet maritus. Ac ne huius quidem ſententiæ auctores inficiantur, æqualitatem ac proportionẽ hic non ſeruari. Verum id aliquo colore, & ratione excuſant, ſed adeo leui, friuolaque, vt eam relatu indignam omnino exiſtimem. Videtur autem hic error ex linguæ Latinæ igno-

ratione profectus,quaſi nihil referat an *eius pecuniæ* dicamus, an *ex ea pecunia*, &c. cum tamen inter hæc duo multum intererſit. Non enim ait Papinianus tertiam partem eius pecuniæ confuſæ marito relinquendam eſſe, ſed ex ea pecunia tertiam portionem, ſcilicet reditus annui. Nam in tota hac diſputatione, de ea portione ſemper agitur, vt neceſſe hic non fuerit aliter eam exprimere. Fit autem hæc confuſio fructuum cum quarta parte mercedis, ne alteruter in hac diuiſione afficiatur incommodo, ſi hanc tertiam reditus annui partem, vel ex ſola mercede locationis, vel ex ſola fructuum quantitate metiamur. Ita ergo confunduntur, vt neque mercedis ſolius neque fructuum tantum habeatur ratio,ſed ſimul & fructuum, & mercedis. Fructuum, inquam, à tempore contracti matrimonii vſque ad tempus locationis, mercedis vero à tempore locationis, vſq; ad finem matrimonii.Exemplo id facilius demonſtrari poterit. Pone x i i.aureorum eſſe mercedem locationis, fructus vindemiæ perceptos à marito aureorum x x i i i i. Habita ratione mercedis ſolius aureos quatuor auferet maritus, quæ tertia pars eſt x i i. aureorum. Habita vero fructuum ſolummodo ratione, aureos octo percipiet, cum eorum æſtimationis tertia pars hæc ſit. Verum confundi debent fructus cum quarta parte mercedis,ita vt præter quartam illam partem,fructuum quoque habeatur ratio prorata parte temporis, qua ſtetit matrimonium ante locationem. Itaque in noſtra hypotheſi quinque aureos capiet maritus,nempe tres aureos pro quarta parte mercedis,quæ eſt x i i.aureorum,& duos aureos pro duodecima parte fructuum, quam diximus quatuor & x x. aureorum eſſe. Fieri namque poteſt, vt longe amplius ſit in fructibus, quam in mercede locationis aut contra: cum vnius anni prouentus vberior eſſe ſoleat, quam alterius. leg. pretia rerum, ad legem Falcid. Quo caſu ſi ex mercede locationis tertiam hanc partem metiamur, damnoſum id quidem erit marito,lucro vero vxoris cedet. Sin autem ex fructibus,contra. Verum nulla ratio eſt, cur ex fructibus ſolis, aut mercede locationis ſola, tertiam hanc partem ſumamus, cum vno atque eodem anno minime ſteterit matrimonium, ſed in finem prioris anni, cuius ſunt fructus,& in poſterioris initium, cuius eſt locatio,incurrerit. Itaque huius incommodi vitandi gratia, vtilem excogitauit rationem Papinianus, qua vtrique proſpiciatur,& neuter iuſtam querendi cauſam habeat. Quod ſi vulgarem receptamque interpretationem ſequamur, pro quinque aureis, quos diximus marito deberi,nouem is aureos retinebit. Nam quarta pars mercedis (quæ trium aureorum eſt) commiſta cum fructibus (quos diximus vigintiquatuor aureorum eſſe) ſeptem & viginti aureorum ſummam efficiet, ex qua ſumma tertiam partem auferens maritus, nouem aureos conſequetur.Itaque multum à noſtra diſcrepat hæc computatio. Sed nec Alciati ſententia cum hac noſtra vſquequaque conſentit, tametſi prudenter animaduerterit, non de tertia parte illius pecuniæ confuſæ, ſed integri reditus annui Papinianum loqui.Ait enim lib. Parad.3. c. 1. dandam marito quartam partem mercedis, & præterea ex fructibus vindemiæ tantum ei ſupplendum eſſe,quantum ad tertiam partem mercedis conficiendam ſufficiat.Hoc igitur inter noſtram, eiuſq; ſententiam intereſt, quod in hac hypotheſi ille quatuor aureos tantum, nos quinque marito dandos eſſe contendimus. Nec aliter fieri abſque manifeſta iniquitate & iniuria poteſt, id quod à nobis ante demonſtratum eſt, & paulo poſt aliquanto dilucidius explicabitur. Sane ſi eiuſdem æſtimationis eſſe vtriuſque anni prouentum, id eſt, mercedem locationis, & fructus vindemiæ perceptos à marito proponamus, talis computatio neutri coniugum damnoſa futura eſt, ac ne vlla quidem confuſio tunc erit valde neceſſaria. Proinde hypotheſes illæ, quibus fingitur vtriuſque anni reditus æqualis eſſe, ad huius confuſionis rationem explicandam ineptiſſimæ ſunt. Rationem enim excogitare voluit Papinianus iniquitatis vitandæ, quæ ex varia fructuum quantitate, & æſtimatione vtriuſque anni oritur, ſi mercedis ſolius, aut fructuum haberetur ratio. Quæ varietas in fructibus crebro accidere ſolet, vt experientia quotidie edocemur.d.l.pretia rerum. Tractatur hic quæſtio difficilis vulgo exiſtimata. Si matrimonium non ſuprema die Ianuarii, ſed Septembris potius ſolutum fuerit, ſicque anno integro durauerit, quantam fructuum portionem retinere debeat maritus. Paulus Caſtrenſ.& quidam alii putant eum præter integros fructus vindemiæ, penſionem etiam totam locationis lucrari, nec quicquam vxori reddere cogendum eſſe. Alii hæſitantes cogitandum id nobis relinquunt. Quare ſi hæc Pauli opinio vera ſit,in ſpecie propoſita x x x v i. aureos conſequetur maritus, nempe x x i i i i. pro antecedente anno, & x i i.pro anno ſequente. Nec eo ſe moueri Paulus ait, quod cum vno tantum anno ſteterit matrimonium, maritus tamen duplicis anni fructum obtinere hac ratione videatur:*fructus enim*(inquit)*hi tanquam vnius anni habendi ſunt,qui reliquis annis fertilior fuerit.* Verum à Geometrica proportione, quam hic ſpectandam eſſe diximus, valde aliena eſt hæc ſententia. Itaque reſpondeo in propoſita quæſtione maritum vnius tantum anni fructus, ac reditus lucrari debere, cum vno tantum anno ſteterit matrimonium. Nec dubium eſt, quin fructus,de quibus hic quæritur, duorum annorum fructus ſint: quia non eius ſolum temporis, quo percipiuntur, ſed etiam, quo curantur, habenda eſt ratio.§.non ſolum,infra. In ea ergo hypotheſi, de qua hic agitatur quæſtio, ratio poſtulat, vt maritus pro vndecim menſibus poſterioris anni, quibus durauit matrimonium, nempe ab initio Nouembr. vſque ad finem Septembr.ſequentis, x i, aureos obtineat: pro primo autem illo menſe,id eſt,Octobr.qui finis fuit prioris anni, i i. aureos habebit, quæ x i i. pars eſt fructuum eius anni.Proinde ſumma integra totius annui reditus erit x i i i. aureorum. Atque hinc conſequi videtur, ſi quatuor menſibus ſteterit matrimonium, maritum tertiam eius ſummæ partem, nempe i i i i.aureos, cum tertia parte vnius aurei lucrari debere. Quod noſtræ computationi maxime aduerſatur, qui pro quatuor menſibus maritum quinque aureos integros retinere dicimus. Et exiſtimant aliqui valde abſurdum eſſe, vt maritus pro tertia parte anni habeat quinque, pro anno vero integro non quindecim, ſed tredecim tantum habeat. Vt enim ſe habet annus ad quindecim aureos, ita ſe habent quatuor menſes ad quinq; aureos. Sed hanc rationem computandi fallacem eſſe deprehendimus, etſi aliquam veritatis ſpeciem habeat, eaque nos ipſos aliquando fefellerit. Nam in hac computatione ſeparatim habenda eſt ratio vtriuſque anni, in quem incidit matrimonium,nec aliter proportio,& æqualitas ſeruari poteſt. Exempli gratia: in noſtra hypotheſi maritus duos aureos retinet pro menſe Octobr. qui vltimus menſis eſt prioris anni: quia ſi eo anno integro ſtetiſſet matrimonium, vigintiquatuor aureos habiturus fuiſſet. Sicut enim ſe habet annus ad vigintiquatuor aureos, ita ſe habet menſis ad duos aureos. Item pro tribus menſibus ſequentis anni, ideo retinet maritus tres aureos, quia pro eo anno integro duodecim aureos conſequeretur. Nec dubium eſt, quin ſit eadem vnius anni ad duodecim aureos, quæ trium menſium ad tres aureos, proportio. Aliter autem computando in multas abſurditates incideremus, veluti ſi ponamus matrimonium contractum eſſe Calendis Auguſti, & finitum ſuprema die Nouembris, pro quatuor illis menſibus, ſeptem habebit aureos maritus, cum tamen in tertia parte fructuum, quos maritus haberet, ſi pridie Calendas Auguſti finitum eſſet matrimonium, ſeptem aurei minime reperiantur. Verum ſeparatim inſpiciendo, & computando vtriuſque anni fructus,ratio computationis hic erit expeditiſſima, nec à proportione & æquitate (quæ hic ſeruanda eſt) vel latum vnguem recedetur. Quod ſi forte quiſpiam obiiciat, nos hic ſeparare fructus duorum annorum, contra iureconſulti mentem, qui *fructus confundendos eſſe* ait, &c. huic reſpondeo,nos fructus duorum annorum confundere ex ſententia Iureconſulti, cum trientem marito debitum ex fructibus vtriuſque anni capimus, pro modo ſcilicet temporis, quo vtroque anno ſtetit matrimonium. Et hæc quidem attigeramus in libr. Diſput. anniuerſ. qui iam dudum editus eſt, ſed paucis ea à nobis perſtricta,nec tam diffuſe expoſita fuerant. Quæ res forte effecit, vt non ſatis perciperetur noſtra interpretatio à viris eruditis, qui eam poſtea reprehenderunt: quorum obiecta nobis diluere perfacile eſt. Eguinar. Baro, de benefic.

ſic. Nam in primis obiiciunt nimis exacte, & præfracte, nos cõtra morem veterum Iuris auctorum proportionem Geometricam ſequi. Verum etſi intelligam, Iuris auctores, Geometricæ proportionis rationem non ſemper habere, cum videlicet ex ea aliquod ſequi incommodum vident, tamen non dubito, quin ad eam hic reſpiciendum eſſe voluerint. Id enim ab eiſdem ſatis exprimitur, cum aiunt, pro rata parte temporis fructus diuidendos eſſe. §. ex contrario. infra. Nec vlla res impedit, quo minus ad hanc proportionem diuiſio fructuum de qua hic loquimur, ſeruandæ æqualitatis cauſa inter coniuges commode exigi poſſit. Deinde obiiciunt, noſtram interpretationem verbis ſiue Vlpiani, ſiue Papiniani in hoc loco non conuenire, cum ait fructus confundendos ſimpliciter, ac generaliter. Nos enim dicimus, *Non omnes fructus vindemiæ præcedentis anni maritum lucrari, ſed pro rata parte temporis*, &c. Sed reſpondeo, Papinianum, aut ſi mauis Vlpianum, nequaquam ſimpliciter dicere fructus confundendos eſſe, ſed ita confundendos, vt ex ea confuſione trientem reditus annui habeat maritus. Et confundere fructus cum mercede, nihil aliud hic ſignificat (meo iudicio) quam ſimul habere rationem fructuum, & mercedis in hac diuiſione. Illi perinde verba Iuriſconſulti accipiunt, ac ſi dixiſſet, maritum fructus vindemiæ retinere ſiue lucrari, cum quarta parte mercedis, &c. Sed cur non certa pars fructuum prioris anni, vt mercedis locationis hic exprimitur? Reſpondeo, apud Vlpianum ſpeciatim tractatum non fuiſſe de quantitate fructuum prioris anni, quam perciperet maritus: ſed quæſitum fuiſſe generaliter, an fructus percipere poſſet eius temporis, quod locationem anteceſſit. Quare ſatis viſum fuit ei ſimpliciter reſpondere, ex fructibus etiam prioris anni maritum capere poſſe. Ac tametſi ex verbis eiuſdem ſubobſcuris ſatis colligatur, quantum ex illis fructibus capere debeat maritus, tamen veriſimile eſt, eum, ſi de eo proprie quæſitum fuiſſet, clarius aliquanto, & apertius id demonſtraturum fuiſſe. Quartam vero partem mercedis ideo expreſſit, quia nulla dubitatio erat quin ea deberetur, conueniebatque inter omnes, ex die ſaltem locationis, fructus diuidendos eſſe. Senſus igitur horum verborum eſt, Fructus, & quartam partem mercedis, ita confundi, & commiſceri debere, vt præter quartam partem (de qua dubitatio nulla eſt) tantum ſumatur ex fructib. vindemiæ, quantum ad tertiam partem reditus annui conficiendam ſufficit. Poſtremo contendunt noſtram opinionem in his verbis repugnare. *Ex ea pecunia*. Cum enim dicimus, Non omnes fructus maritum retinere, ſed pro rata parte temporis quo ſtetit matrimonium ante locationem, nos omnem eam pecuniam marito relinquendam eſſe intelligimus, non ex ea pecunia portionem, &c. Exiſtimo autẽ à verborum proprietate, quibus vſus eſt hic Iureconſultus, noſtram interpretationem non abhorrere, ſi abſq; cauillatione accipiatur. Quid enim refert, an maritus trientem ſuum capere ex ea pecunia, quæ confuſa eſt, an vero eam pecuniam capere pro ſuo triente dicatur? Sed multo facilius id aſſequetur, & intelliget quiſquis veterum Iuris auctorum lectioni aſſueuerit, & in eo ſcribendi genere conciſo & ſubobſcuro, quo fere vſos eſſe eos videmus, tritus ac longo vſu exercitatus fuerit. Illud autem male habet pleroſque, quorum de ea re mecum fuit ſermo, quod nullus ſit reditus annuus, cuius hæc quinque aureorum ſumma, de qua loquimur, tertia portio dici poſſit. Verum conſiderandum eſt, Iureconſultos cum viderent quatuor menſibus ſtetiſſe matrimonium, qui tertiam anni partem conficiunt, animaduertiſſe in primis, maritum tertiam partem annui reditus conſequi debere. Sed quia matrimonio in duos annos cadente, dubitabatur, vtrius anni fructuum tertiam partem conſequeretur: nec pateretur æquitas vnius anni potius, quam alterius rationem haberi, eo ventum eſt, iniquitatis vitandæ cauſa, vt maritus quartam partem fructuum poſterioris anni, & prioris duodecimam obtineat, idque pro tertia parte, quam lex ei attribuit, quæque certi reditus annui tertia pars re vera eſſet, ſi vno atque eodem anno conſtitiſſet matrimonium. Vtilitas igitur æquitaſque poſtulat, imo flagitat, vt has partes coniunctas, quartam ſcilicet ac duodecimam, pro tertia parte accipiamus, quamuis ſubtiliter diſputando, nullius annui reditus tertia portio hæc pecunia vere dicatur.

Ex contrario quoque idem obſeruandum eſt. Nam ſi mulier percepta vindemia, ſtatim fundum viro in dotem dederit, & vir ex Calendis Martiis eundem locauerit, & Calendis Aprilibus primis diuortium ſecutum fuerit, non ſolum partem duodecimam mercedis, ſed pro modo temporis omnium menſium, quo dotale prædium fuit, ex mercede, quæ debebatur, portionem retinebit.

Alio exemplo docet Vlpianus, quod ante dictum fuit, non ex tempore locationis ſolum, ſed contracti potius matrimonii fructus diuidendos eſſe inter coniuges ſoluto matrimonio. Eſtque hoc exemplum ſuperiori diſſimile, ac contrarium: quandoquidem in ſuperiori exemplo poſitum eſt: Vxorem ante vindemiam fundum plenum fructibus in dotem dediſſe, & fructus à marito perceptos eſſe. Hic autem percepta iam vindemia, nempe Calend. Nouemb. fundus in dotem datus eſt, ſed poſtea à marito locatus eſt Calen. Martii. Et quia quinque menſibus ſtetit matrimonium, maritus quinque partes totius mercedis annuæ lucrabitur. Nec vlla confuſio hic neceſſaria eſt vt in ſuperiori hypotheſi, quia hoc matrimonium in duos annos non incidit, ſed in vnum tantũ, quo ager locatus fuit, vt marito ſolius mercedis hic habeatur ratio. *Sed pro modo temporis.* Hic obſerua quod nullibi clarius expreſſum eſt, in hac fructuum diuiſione ſeruari proportionem Geometricam, in qua Ariſtoteles verſari iuſtitiam ait. Nam ſicut ſe habet annus (exempli gratia) ad duodecim aureos, ita ſe habent quinque menſes, ad quinque aureos. Atque ideo æquum eſt, vt maritus, qui pro anno integro duodecim aureos haberet, pro quinque menſibus quinque aureos retineat. *Portionem retinebit.* Alia cauſa eſt fundi venditi, qui prius locatus fuerat, vt hic vulgo ab aliis annotatum eſt, qui tamen huius diuerſitatis rationem non ſatis explicant. Nam ſi fundus locatus venditus ſit, die locationis nondum cedente, non venditor, ſed emptor mercedem accipere debet, vt Paulus de fundo à Cæſare vendito loquens lib. 3. decretorum ait. l. vlt. infra de iure fiſci. Nec vlla inter ipſos fit diuiſio, quocunque tempore anni fundus venditus fuerit. Fructus enim huiuſmodi, aut mercedes, pars fundi eſſe intelliguntur, ac idcirco vendito fundo in emptorem tranſeunt. Sed hic diuiduntur fructus pro rata parte temporis: quia dos pro oneribus matrimonii ſuſtinendis datur, vt iam ſæpe dictum eſt. l. pro oneribus. C. de iure dot. Verum quod Paulus ait, emptorem eius anni penſionem accipere, d. l. vlt. cum diſtinctione Vlpiani conuenire non videtur, qui fructus quidem maturos emptori cedere ait: ſed ſi ager locatus ſit, penſiones ei cedere, qui locauerit, id eſt, venditori. l. Iulianus. §. ſi fructibus. ſup. de actio. emp. Itaque Pauli dictum ita interpretamur, vt emptor mercedem accipiat, non à colono, ſed à venditore. Non enim aduerſus colonum actionem emptor habet, ſed aut exactam à venditore mercedem petit, aut cogit eum vt ſuis actionibus cedat, quoniam id æquitati & bonæ fidei conſentaneum eſt. l. Iulianus. §. in iis autem. l. ſi cum fundum. ſup. de contrah. empt. Quinimo emptor fundi ante venditionem locati, poteſt fructus percipere expulſo colono, ſi mercede locationis contentus forte non ſit. l. arbores. ſupra, de vſufr. ita tamen vt ſalua maneat actio conductori aduerſus locatorem, quod ei frui non liceat. Sed in quæſtione à Paulo tractata Imperator ipſe fundum vendiderat, & quia periculum erat, ne ſi à colono fructus auferret emptor, eo nomine Imperator conueniretur à colono, vtilius viſum eſt, propter fauorem fiſci, vt emptor non fructus, ſed mercedem tantum accipiat. d. l. vltim. Solent autem & alii caſus annotari, in quibus fructuum diuiſio non fit pro modo temporis, &c. quod ratio aliqua id faciendum non eſſe ſuadeat: veluti cum vſufructuarius nondum finito anno moritur. Is enim fructus totius anni ad hæredes ſuos tranſmittit, nec proprietatis dominus aliquid ex eis capit. l. defuncta. ſuprà de vſufruct. modo fructus à defuncto percepti fuerint. leg. ſi fur. ſupr. de vſufruct. l. qui ſcit. infra, de vſufr. Non enim pro onere aliquo ſuſtinendo eos fructus lucratur vſufructuarius, ſicut maritus pro onerib. matrimonii rei dotalis fructus acquirit. Vſufructuario comparantur morib. noſtris ſacerdotes beneficiarii. gl. pragm. Sed iure pontificio nullos

fructus ad hæredes ſuos transferunt, c. ad hæc. c. relatum. de teſta. & vſuarii magis, quam vſufructuarii, habentur. c. epiſcopus. 10. q. 2. c. epiſcopus. 12. q. 1. Panor. in c. cum eſſes. de teſta. Qua de re accuratius in iuris pontificii commentariis diſputaui. De clientibus noſtri temporis, qui vaſalli dicuntur, extat in Hortenſii rhapſodia conſtitutio, quam qui volet, inſpiciat. §. his conſequenter. tit. hic ſi. leg. De ſtipendiis & ſalariis Magiſtratuum, Doctorum, & aliorum huiuſmodi quæſtio aliis in locis aptius aliquanto & opportunius tractatur. l. diem functo. ſupra de offi. aſſeſſo. l. qui operas. §. item cum quidam. l. ſed addes. §. vlt. ſupra loca. l. poſt duos. C. de aduoc. diuer. iud. l. matriculam. C. de agen. in reb. Illud præterea quæſitum eſt, Si maritus vxori annuum reliquerit, & ea nondum finito anno deceſſerit, an hæredib. eius integrum legatum debeatur? Et l. 5. de ann. lega. Modeſtinus reſpondit deberi. Nam & initio anni cedit dies huius legati, quamuis in ſtipulationibus diuerſum ius ſit. l. 1. C. quando dies lega. ced.

Item ſi meſſes eius anni, quo diuortium factum eſt, colonum ex forma locationis ſequantur ante vindemiam ſoluto matrimonio: nihilominus pecunia meſſium in computationem cum ſpe futuræ vindemiæ veniet.

Hic oſtendit Vlpianus in hac diuiſione fructuum nihil referre, an tempore, quo fructus percepti ſunt, matrimonium ſteterit, necne, modo eo anno, cuius ſunt fructus, ſteterit. Non enim fructus eius temporis ſunt, quo colliguntur, ſed totius antecedentis temporis, quo curantur, vt paulo poſt dicemus. §. non ſolum. Pone ergo ita contractam eſſe fundi dotalis locationem, vt meſſes colonum ſequantur, ſed eo nomine locator ab eo pecuniam accipiat. Deinde nondum finito anno matrimonium ante vindemiam ſolutum eſſe. Hic duplex oritur quæſtio: vna de vindemia, quæ nondum percepta fuerat tempore ſoluti matrimonii: altera de fructibus, qui coloni ſunt, ideoque non videntur in computationem venire. Sed Vlpianus hic ait, tam vindemiam, quam meſſes in computationem venire. Licet enim meſſes colonum ſequantur, tamen eo nomine pecuniam pendit, quæ etſi fructus vere non ſit, tamen pro fructu habetur, vt poſtea dicemus. l. mercedis. de peti. hæred. Nec eo moueri debemus, quod matrimonium ante collectam perceptamque vindemiam ſolutum ſit, propter rationem, quæ iam adducta fuit.

Apparet igitur ex his, illos fructus, quos mulier percepit, antequam nuberet, non debere in contributionem venire.

Ex his quæ iam dicta ſunt, apparet, fructus à muliere perceptos ante matrimonium, in contributionem non venire, ſed mulieri integros acquiri. Cum enim poſitum fuiſſet, vxorem vindemia iam percepta nupſiſſe, & fundum poſtea à marito locatum fuiſſe, dictum fuit, ſolam mercedem locationis diuidi, nec fructuum ante perceptorum vlla mentio facta eſt. Sed quæſierit forte quiſpiam, Cur poſt matrimonium potius, quam ante percepti fructus diuiduntur? Nam cum vtrique matrimonio non conſtante percipiantur, non videtur diuerſum ius eſſe debere. Ratio autem diuerſitatis hæc eſt, quia non ſicut fructus percepti totius antecedentis anni fructus eſſe intelliguntur, ita etiam anni ſequentis, vt ſupra admonuimus.

Ob donationes, item ob res amotas ex his fructibus, qui poſt diuortium percepti ſunt, compenſationes fieri poſſunt.

Quamuis maritus vxori reddere debeat fructus, qui poſt diuortium percepti ſunt (vt iam diximus) tamen ſi quid viciſſim ei ab vxore debeatur, ob res puta donatas, aut amotas, compenſatio fiet. Hoc tamen accipiendum eſſe vulgo creditur, cum hinc inde quantitas & pecunia debetur: quia forte fructus conſumpti ſunt, ac etiam res amotæ, quarum petitur æſtimatio. Aiunt enim ita demum compenſationi locum eſſe, ſi quantitas, non ſpecies, aut corpus aliquod petatur. l. ſi conuenerit. de pig. act. Sed quantopere verbis Vlpiani repugnet hæc interpretatio, nemo non videt. Nam nec verum illud eſt, quod apud ipſos velut axioma certiſſimum, atque indubitatum habetur: *ſpeciei cum quantitate compenſationem non admitti*: idque præter hunc Vlpiani locum (qui tamen clarus ac perſpicuus eſt) aliis rationibus, & argumentis probari facile poteſt. Ac in primis Iuſtinianus officiũ iudicis demonſtrans in iudiciis bonæ fidei generaliter tradit, *Si quid actorem inuicem præſtare oporteat, eo compenſato, eum cum quo agitur, in reliquum condemnari oportere.* §. in bonæ fidei, Inſtit. de actio. Quod profecto non videtur ita poſſe accipi, vt nunquam locum habeat, niſi quantitas vltro citroque petita fuerit: idque paulo poſt apertius docebimus. Mouet me præterea Iuſtiniani conſtitutio, quæ compenſationem admitti vult in omnibus tam in rem, quam in perſonam, actionibus, l. vlt. C. de cõpen. cum ſit certiſſimum, ſpecies & corpora vindicari ſolere, non pecuniam, niſi vt ſpecies magis, quam vt quantitas petatur. Sed & eadem conſtitutione excipitur is, qui poſſeſſionem alienã per vim occupauit. Quod fruſtra fieret, ſi poſſeſſionis, id eſt, prædii compenſatio non admitteretur. Hoc enim verbum pro prædio accipi, notius eſt, quam vt probari debeat. l. interdum. de ver. ſig. l. 2. C. de prob. Excipitur quoq; is, qui rẽ depoſuit. d. l. vlt. l. ſi quis. C. depoſ. Ac nominatim loquitur conſtitutio depoſitum excipiens, tam de re, id eſt, ſpecie ſeu corpore, quam de pecunia depoſita. Quod proculdubio nunquam excepiſſet Iuſtinianus, niſi ſpeciei cum quantitate compenſatio alias reciperetur. d. l. ſi quis. Eodem pertinet quod Seneca, lib. 6. de benef. de compenſatione loquens, corporũ quoq; meminit. Non tantum, inquit, inter creditorem & debitorem iudex ſedet, qui dicat, Pecuniam credidiſti? Quid ergo? pecus abegiſti, ſeruum eius occidiſti, argentum, quod non emeras, poſſides, æſtimatione facta debitor diſcede, qui creditor veneras, &c. Nec deſunt exempla apud Iuris auctores, eorum contractuum, in quibus compenſationis huius habetur ratio, ne quis verba Iuſtiniani, quorum ante meminimus, de quantitate tantum, non etiam de ſpecie accipienda putet. l. ſi quis rem. de acq. poſſeſ. l. ſi is, qui rem. l. creditoris. §. vlt. de fur. Cum enim commodatarius rem commodatam petit à commodatario, poteſt commodatarius rem commodatam velut pignoris loco retinere, donec pecunia ſibi debita ſoluatur. d. l. ſi quis rem. Nec eo moueri debemus, quod retentionis, non compenſationis, mentio fiat, quoniam Iuriſconſulti de his contractibus loquentes promiſcue his verbis vtuntur. l. in rebus. §. vlt. commo. l. 1. C. rerum amotarum. & hoc §. Noſtram quoque ſententiam iuuat, quod Scæuola ſcribit: *Si debeas decem, aut hominem, vtrum aduerſarius volet, ita debiti compenſationem admitti, ſi aduerſarius palam dixiſſet, vtrum voluiſſet.* l. ſi debeas. ſupr. de compen. Nam vtrumcunque dixerit ſe velle, Scæuola ei compenſare permittit: quamuis dictum Scæuolæ perperam cæteri ad ſuæ opinionis confirmationem detorqueant. Nolim tamen inficiari, quod ad effectũ compenſationis attinet, inter quantitatem, ac ſpeciem aliquid intereſſe: quia cum hinc inde quantitas debetur, ipſo iure alter ab altero liberatur. l. ſi conuenerit. de pign. actio. quod hæ res functionem in genere ſuo recipiant. l. 2. §. mutui datio. de reb. credit. adeo vt conuentus coram iudice ſeſe iam liberatum recte contendat. At in obligatione ſpeciei, non ſtatim ſit liberatio, ſed poſtulat à iudice reus conuentus, vt compenſationem admittat: proinde vere dictum eſt, commodatarium prætextu debiti reſtitutionem rei commodatæ recuſare non poſſe. l. vlt. C. commod. quia res commodata, in pecunia, ſiue quantitate non conſiſtit. Verum nihilominus poterit is à quo ſpecies petitur, in iudicio poſtulare, vt iudex compenſationis rationem habeat. Ac iudicis officium in huiuſmodi iudiciis tale mihi videtur eſſe, vt rem iubeat retineri pignoris loco, donec aduerſarius ſoluerit, aut inita rei æſtimatione litigatores inuicem liberatos, vſque ad concurrentem quantitatem, dimittat. Et hac compenſatione Iuſtinianus ipſo iure minui quaſcunque actiones conſtituit. l. vlt. C. de compen. Quod vtique ſic accipiendum eſt, non vt ipſo iure, ac ſine iudice alter ab altero liberetur, alioquin inter quantitatem, ac ſpeciem nulla eſſet differentia: ſed vt neceſſarium non ſit, doli exceptionem opponere. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. Nec illud quidem prætereundum eſt, quod Iuſtinianus ex ſententia Papiniani ſtatuit. *Non ſolum iudicem de abſolutione rei iudicare, ſed & ipſum actorem, ſi e contrario fuerit obnoxius inuentus, condemnare.* leg. cum Papinianus. C. de ſenten. & interlocut. Quanquam non ignoro

hanc compenſationem, de qua loquimur, à mutua petitione, quam recõuentionem vocamus, differre. Licet enim mutuæ actionis ſpecies quædam ſit compenſatio, l. neque. C. de compenſat. tamen poteſt mutua actio abſque compenſatione reperiri, vt puta, ſi is, vnde petitur, debitum non confiteatur, ſed viciſſim aduerſus actorem experiatur. Nam opponens compenſationem, bonam fidem agnoſcit, confiteturque debitum; ſed inſtat apud iudicem vt pecuniæ ſibi debitæ ratio quoque habeatur. Poſtremo notandum eſt, hoc ius conſtitutione Iuſtiniani abrogatum eſſe: adeo vt ob eas cauſas, de quibus iam diximus, nulla admittatur compenſatio. §. taceat. Cod. de rei vxo. actio. verba eius hæc ſunt de actione rei vxoriæ loquentis; *Taceat in ea retentionum verboſitas. Quid enim opus eſt inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex moribus introducto? vel ex qua cauſa ob res donatas retentio introducatur? cum ſit donatori facultas per actionẽ in rem directam, vel per vtilem, vel per condictionem ſuo iuri mederi. Sed nec retentio ob res amotas neceſſaria eſt: cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium, &c.* Quibus verbis maniſeſtiſſime oſtendit Iuſtinianus, ſe ius antiquum emendare & abrogare. Nec vllum ius de ea re, quod corrigere potuerit, hoc excepto, reperitur. At enim affirmat Iuſtinianus in ſuis libris nullam antinomiam, aut contrarietatem extare. Quod fortaſſis non male dicitur ab eo de iis, quæ eodem tempore in libros iuris ciuilis ab eo relata ſunt. Sed conſtat ex ſubſcriptione conſtitutionis ipſius, eam poſt Codicis, atque Pandectarum editionem, Codici inſertam fuiſſe. Eſt enim ſubſcripta Lampadio, & Oreſte Conſulibus, cum Decio Conſ. Codex primum editus ſit. Ac tametſi data fuerit ea conſtitutio ante Pandectarum compoſitionem, tamen quia nondum ea promulgata, propoſitaque fuerat, non dubitarunt Pandectarum conſcriptores, ius antiquum de compenſatione dotis in eos libros referre. Sed in poſtrema editione, & emendatione Codicis, quæ Pandectarum editionem ſecuta eſt, nempe Theodoro Paulino Conſule, eam conſtitutionem adſcribi curauit Iuſtinianus, cum ius illud vetus de compenſatione adhuc in Pandectis remanſiſſe intelligeret. Itaque ferendus minime eſt eorum error, qui exiſtimant Iuſtinianum in ea conſtitutione de retentione tantum, non etiam de compenſatione loqui, quaſi aliud compenſatio hic ſit, quam retentio. Nam retineri res dicuntur ob compenſationem. l. 4. ob negotium. ſup. de compen. Ac Iuriſconſulti de dote loquentes, promiſcue his verbis vti ſolent. l. 1. C. rerum amo. l. dote. de dot. præleg. §. propter retentionem. Inſti. de actio. Vlp. quoque in fragmentis Inſtitutio. tit. de dot. *Retentiones* (inquit) *ex dote fiunt, aut propter liberos, aut propter mores, aut propter impenſas, aut propter res donatas, aut propter res amotas.* Sed de aliis retentionum cauſis poſtea dicemus. l. rei iudicatæ. §. vlt. Nihilo probabilior eſt eorum opinio, qui putant dotem quidem compenſari, ac retineri non poſſe, fructus autem dotis poſſe. Quoniam exploratiſſimum eſt, huiuſmodi fructus dotem augere, nec de iis aliter, quam de ipſa dote, quam vxor dedit, marito iudicandum eſſe. l. ſi marito. §. ſi fundum. infra.

Quod in anno dicitur, poteſt dici & in ſex menſibus, ſi bis in anno fructus capiantur: vt eſt in locis irriguis: ſed & in pluribus annis idem dici poteſt, vt in ſylua cædua. Item ſi locatio agri talis ſit, vt ſuper annuam mercedem quinquennio quoque aliquid amplius præſtaretur: in eo enim quod amplius eſt, tempus ad quinquennium computamus.

Cum dicimus, *Eius anni fructus, quo ſoluitur matrimonium, diuidendos eſſe inter coniuges pro modo temporis, &c.* ideo anni mentionem faciamus, quod crebrius accidat, vt vnius anni cultura ad fructuum productionem neceſſaria ſit. Itaque ſi bifera terra ſit, ex qua bis in anno fructus capiantur, ſemeſtre tempus pro vno anno computabitur, eiuſque temporis fructus ſolum diuidentur: ſequentium vero ſex menſium fructus integri redderentur vxori. Eademque eſt ratio quinquennii, ſi forte quinto quoque anno fructus percipiantur: velut ex ſylua cædua. Nam fructus totius quinquennii diuidentur pro rata parte temporis, quo matrimonium non vltimo anno, ſed quinquennio ſtetit. Quod ſi locatus ſit ager in quinquennium, vt veterum mos fuit. leg. ſi in lege. §. colonus. l. item quæritur. §. vlt. ſupra loca. l. ſi quis nec cauſam. ſupra de rebus cred. & conuenerit vt non ſolum annis ſingulis centum pendantur locatori, ſed vt quinto quoque anno aliquid amplius, puta decem præſtentur, quocunque tempore eius luſtri matrimonium ſolutum fuerit, illa decem inter maritum & vxorem diuidentur, quod quinque annorum fructus ſint. Vt igitur ſummatim omnia complectamur, eius temporis in hac eſt diuiſione habenda ratio, cuius temporis fructus eſſe videbuntur, ſiue annus ſit, ſiue aliud tempus anno, aut breuius, aut productius. Quod autem diximus: integri anni tempus non ſpectari, cum bis in anno fructus capiuntur, ſic accipiendum eſſe arbitror, cum eiuſdem generis fructus terra profert, puta tritici, aut hordei. Cuius rei exemplum refert Plin. lib. 17. cap. 4. In Chalcia, inquit, Rhodiorum inſula locus quidam eſt in tantum fœcundus, vt ſuo tempore ſatum demetant hordeum, ſublatumque protinus ſerant, & cum aliis frugibus metant. Proinde & ſi demeſſo tritico ſtatim ſeratur milium, (vt apud nos fieri conſueuit) non ideo ſolum bis in anno producere fructus recte dicetur. Nec puto biferam terram eo ſenſu veteres accepiſſe. Argumento eſt Virgilii locus, lib. 4. Geor. *Biferique Roſaria Pæſti.* & quod Grammatici in eum locum annotarunt. Adde quod cum locorum irriguorum hic meminit Vlpianus, ſatis demonſtrat de eiſdem fructibus hoc intelligendum: quandoquidem in locis nec irriguis nec admodum fertilibus poſt demeſſum frumentum, aliæ quædam fruges eodem anno capiuntur. Præterea fructus illos ſecundarios, non ſex menſium, ſed breuioris temporis eſſe videmus: cum tamen hic Vlpianus ſemeſtris temporis mentionem faciat, quaſi vtrique fructus tanto tempore producantur, ac binæ æſtates eodem anno ſint. Plin. lib. 6. cap. 17. Sed verba Plinii, quæ hunc locum illuſtrant, hic adſcribere præſtat ex lib. 18. cap. 22. Ciuitas Africæ in mediis arenis, petentibus Syrteis Leptinque magnam, vocatur Tacape, felici ſuper omne miraculum riguo ſolo. Ternis fere mille paſſ. in omnem partem fons abundat largus quidem, ſed certis horarum ſpatiis diſpenſatus inter incolas. Palmæ ibi prægrandi ſubditur olea, huic ficus, fico punica, illi vitis, ſub vite ſeritur frumentum, mox legumen, demum olus, omnia eodem anno, omniaque aliena vmbra aluntur. Quaterna cubita eius ſoli in quadratum, nec vt à porrectis metiantur digitis, ſed in pugnum contractis, quaternis denariis venundantur. Super omnia eſt, biferam vitem, bis anno vindemiare. Et niſi multiplici partu exinaniatur vbertas, pereunt luxuria ſinguli fructus, &c. Quæri poteſt, Si arua alternis ceſſent (quod fieri præcipit Maro) quemadmodum diuiſio fructuum fieri debeat? Et cenſent plerique, biennium in diuiſione pro anno computandum eſſe. Quæ ſententia non caret ratione: idemque non male dici poteſt, ſi vno anno frumentum feratur, altero lupinus, vicia, aut aliæ huiuſmodi fruges, quæ propter alia obiter ſeruntur, vt terram efficiant lætiorem Plin. lib. 18. cap. 14. 15. 21. Verum de iis rebus agricolas, & rei ruſticæ peritos conſulere oportet, quoties iudicandum, ac pronuntiandum erit: memineritque ſemper iudex in hac diuiſione, *Quod æquius, melius,* ſpectandum eſſe. l. penul. infra. Sufficit autem Iuriſconſulto, ſi ad eum referatur, quaſi de iure aperto reſpondere: Fructus diuidendos eſſe inter coniuges pro modo totius temporis, quo curantur, & colliguntur, ſiue annus, ſiue breuius aliquod, longiu'ue tempus ſit. Quanto vero temporis ſpatio fructus quærantur, ad Iuriſconſulti munus non magnopere pertinet, vt nos in reſponſum Scæuolæ demonſtrauimus. cap. 122. tit. de verb. oblig. Ex his autem facile apparet cur Paulus dixerit *Quod in ſem[illegible] tem erogatur, ſi non reſponderint meſſes, ex vindemia deducendum eſſe, quod totius anni vnus fructus ſit.* l. ſi fundus. §. vlti. infra. Nam licet illi fructus non eodem tempore colligantur, tamen quia eo tempore curantur, eiuſdem temporis fructus habendi ſunt. §. non ſolum. infra.

Non ſolum autem de fundo, ſed etiam de pecore idem dicemus, vt lana ouium, fœtuſque pecorum præſtetur. Quare enim ſi maritus prope partum oues doti acceperit, item proximas tonſuræ, poſt partum, & tonſas oues protinus diuortio facto, nihil reddat? Nam & hic fructus toto

tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, rationem accipere debemus. In ſeruo quoque anni ratio habetur: vt ſi in annum forte operæ eius locatæ ſint, præteriti temporis ad maritum, poſt diuortium autem, ad mulierem operæ pertineant.

Hic docet Vlpianus, verbum fructus, late accipi, cum diximus: *Inter coniuges matrimonio ſoluto fructus diuidendos eſſe.* Non enim eo verbo fruges tantum, quas terra fert, ſignificantur, ſed etiam fœtus pecorum, lana ouium, & alia huiuſmodi, quæ fructus extraordinarii dicuntur à Varrone in lib. 2. de re ruſt. c. 2. Item operæ ſeruorum, penſiones prædiorum, &c.

Quo curantur. Obſerua hanc rationem, quæ veluti regula quædam eſt, ad quam hæc diſputatio de diuiſione fructuum exigi debet. Plurimæ etenim quæſtiones hic agitari ſolent, quæ hac ratione animaduerſa non multum difficultatis habituræ ſunt.

De penſionibus quoque prædiorum vrbanorum idem eſt, quod in fructibus ruſticorum.

Mercedes habitationum proprie fructus non ſunt: quia non naturaliter ex re proueniunt. l. ſi nauis. ſup. de rei vindic. l. vſura. infra de verbo. ſignif. fructuum tamen loco habentur: ac ſicut fructus rei dotalis in cõtributionem veniunt, leg. mercedes. ſupra de pet. hær. l. prædiorum. ſupra de vſur. Itaque vulgo ciuiles fructus non inepte appellari ſolent, quod non naturaliter proueniant ex re, ſed tamen ciuili quadam ratione pro fructibus habeantur.

Si fundum viro vxor in dotem dederit, iſque inde arbores deciderit, ſi hæ fructus intelligũtur, pro portione anni debent reſtitui. Puto autem, ſi arbores cæduæ fuerint vel cremiales, dici oportere in fructum cedere: ſi minus, quaſi deteriorem fundum fecerit, maritum teneri. Sed ſi vi tempeſtatis ceciderint, dici oportet pretium earum reſtituendum mulieri, nec in fructum cedere, non magis, quam ſi theſaurus fuerit inuentus. Non enim in fructu computabitur, ſed pars eius dimidia reſtituetur, quaſi in alieno inuenti.

Cæduarum arborum, & cremialium, fructus recte dicuntur: ideoque quod ex eis cæditur, in contributionem venit. Alias autem arbores marito cædere non licet, nam in fructu non ſunt, ſicut nec cuicunque aut colono, aut vſufructuario. l. in fraudem. §. conductor. de iure fiſci. l. item ſi fundi. l. ſed ſi grandes, de vſu. Qua ratione Antiſtites noſtri temporis, qui prædiorum ſacrorum arbores cædunt quotidie, ac ingentem inde pecuniam corradunt, non ſe adminiſtratores eorum bonorum, aut vſufructuarios, ſed compilatores, ac depopulatores eſſe oſtendunt, niſi ob iuſtam legitimamque cauſam id ab eiſdem fiat. Nec dubium eſt, quin huius dilapidationis nomine conueniri poſſint, & quicunque præterea ipſis hæredes extiterint: idque à nobis demonſtratum eſt in iuris pontificii commentariis. *Cremiales.* Cremia à cremando dicuntur, vt quibuſdam placet. Suntque ſurculi tenues, ac aridi, qui facile comburuntur, leg. ligni. infra de leg. 3. Columel. lib. 12. cap. 19. vnde cremiales arbores dictæ. Alii gremia, & gremiales legunt, cenſentque ſic dici, quod à ruſticis gremio deferri ſoleant. *Si theſaurus.* Theſaurus in aliquo loco inuentus, cuius ſit, quæri ſolet. Nec difficilis eſt quæſtio, ſi aut in proprio fundo, aut in alieno ab aliquo inuentum eſſe proponamus. Inuentus enim in proprio fundo acquiritur inuentori: in alieno inuentus inter dominum fundi, & inuentorem diuiditur. §. theſauros. Inſti. de rer. diui. Maior dubitatio eſt de eo, quem quis in loco ſacro, religioſoue inuenit, propter conſtitutiones reſcriptaque Imperatorum, quæ contraria ac pugnantia reperiuntur: nempe Hadriani, & M. Antonini, ac L. Veri Fratrum, quos Calliſtratus Diuos Fratres vocat. Hi namque ſtatuiſſe dicuntur, vt theſaurorum in locis ſacris, aut religioſis repertorum, dimidia pars fiſco vindicetur. leg. 3. §. ſi in locis, inf. de iure fiſci. Contra Hadrianus, vt inuentori omnino acquirantur. §. theſauros. Inſt. de rerum diuiſio. Quanquam hoc caput non commemorat Spartianus, qui loco huius reſcripti meminit in Hadriani vita. Sunt qui negationem addant Calliſtrati verbis, veterum (vt aſſerunt) codicum fidem ſecuti. Quibus non temere aſſentiendum eſt, ſed illud Epicharmi potius retinendum: Neruos, atque artus ſapientiæ eſſe, *Non temere credere.* Exiſtimo autem hæc duo reſcripta adeo pugnantia eſſe, & contraria, vt nulla ratione conciliari queant. Nec ideo inſimulandus eſt Iuſtinianus, quaſi falſo ſcripſerit, nullam in libris ſuis antinomiam reperiri. leg. 2. C. de vete. iure enucl. Eſt enim vtrobique narratio quædam hiſtorica, ac idcirco pugnantia loqui exiſtimandus non eſt, qui nihil conſtituit, ſed ab aliis ante conſtituta, quanquam ſibi inuicem diſſidentia, refert. Difficultas autem ex eo oritur, quod variis in locis hæc deſcripta ſunt, vt videri poſſit Iuſtinianus vtrunque reſcriptum à ſe recitatum probare, cui nec addere quicquam, nec detrahere voluerit. Sed iam ſæpe admonui, locos huiuſmodi, vt recte commodeque explicentur, perinde accipiendos eſſe, ac ſi vno atque eodem loco deſcripti eſſent. Cuius rei exemplum eſt apud Papinianũ, cum ait, *Orationem Diui Seueri ad rerum donationem pertinere.* l. Papinianus. ſup. de don. inter vir. Qua de re ſupra ſatis fuſe diſſeruimus. Si igitur quis velit ea, quæ ſic diſſipata & diſiecta ſunt in iure ciuili, de theſauri inuentione diſponere, ac digerere (vt nos plerunque facimus, ac in poſterum nos facturos ſperamus) tametſi is de ſuo nihil omnino addiderit, nihil prorſus difficultatis reperietur, quæ quemquam remorari queat. Pone Iuſtinianum ita ſcripſiſſe: Hadrian. naturalem æquitatem ſecutus, theſaurum inuentum conceſſit inuentori. Sed Diui fratres conſtituerunt, vt media pars fiſco vindicetur. Quis tam ſtupidus eſt, vt non videat, quid ſequendum eſſe hic Iuſtinianus voluerit? Cum enim vtramque conſtitutionem referat tantum, nec quicquam immutet, dubium non eſt, quin prior conſtitutio poſteriori cedere debeat. l. vlt. ſupr. de conſti. prin. Itaque hanc ſententiam Federicus Imp. conſtitutione quadam ſua poſtea confirmauit. tit. quę ſint regal. vt iam obſcurum eſſe non poſſit, quid iudicando ſequi debeamus.

Quaſi in alieno inuenti. Obſerua, fundum dotalem mariti proprium non eſſe, ſed vxoris. Sed quemadmodum hoc accipi debeat, ante declaratum fuit.

Si vir in fundo mulieris dotali lapicidinas marmoreas inuenerit, & fundum fructuoſiorem fecerit, marmor, quod cæſum, neque exportatum eſt, mariti eſt, & impenſa non eſt ei præſtanda: quia nec in fructu eſt marmor: niſi tale ſit vt lapis ibi renaſcatur: quales in Gallia, & in Aſia. Sed ſi cretifodinæ, vel auri, vel cuius alterius materiæ ſint, vel arenæ, vtique in fructu habebuntur.

Dubium non eſt, quin maritus, ſicut quicunque vſufructuarius, lapicidinis & fodinis omnibus fundi dotalis fruatur. leg. item ſi fundi. de vſufru. l. ſi fundus. inf. Nam licet proprie dicantur fructus, qui producuntur e terra, & ſublati, perceptique redeunt per interualla, ac renaſcuntur: tamen in fructu habentur quoque, & quodam modo renaſci videntur, quæ ita abundant, vt deficere non poſſint: aut non cito, nec facile poſſint, cuiuſmodi ſunt lapides, & metalla. Proinde marito licet lapicidinam dotali fundo aperire, modo fundum deteriorem non faciat: marmorque ab eo cæſum conſtante matrimonio ipſi acquiritur, vt hic Vlpia. ait d. leg. item ſi fundi.

Fructuoſiorem fecerit. Cum videret maritus valde ſterilem eſſe fundum dotalem, diligenter ſcrutando, fodiendoque lapicidinas tandem marmoreas inuenit. Itaque vberior cœpit eſſe reditus fundi propter marmoris pretium, quamuis fortaſſe non renaſceretur. Nec aduerſatur huic interpretationi Priſci Iaboleni ſententia, ſi quis verba eius ſine cauillatione acceperit. leg. vlt. de fundo dota. Licet ex ea nonnulli colligant, aperta lapicidina, & cæſo lapide fundum ſemper deteriorem reddi, niſi lapis renaſcatur. Quod cum plane falſum ſit, & à communi ſenſu abhorreat, non iam dubiæ ſanitatis Priſcus (vt Plinius de eo ſcribit lib. 6. epiſt.) ſed demens omnino iudicandus eſſet, adeo temere reſpondens non de iure, ſed de eo, quod ruſtico cuiuis perinde notum eſſe poteſt, ac peritiſſimo Iureconſulto. Cum enim ait

Priſcus

Priſcus, *Non putare ſe fundum deteriorem eſſe, ſi tales ſunt lapicidinæ, in quibus lapis creſcere poſſit*, non negat profecto aliter contingere poſſe, vt fundus deterior non fiat.

Cæſum neque exportatum. Sufficit cæſum eſſe, quamuis exportatum & reconditum non ſit, vt acquiratur marito. Quod & de fructuario alibi dicitur. leg. ſi vſufructu. ſupra quibus mod. vſusfruct.

Mariti eſt. Diuerſum ius eſt in ea arbore, quæ nec cædua, nec cremialis eſt (vt ante diximus) cum tamen arbor huiuſmodi renaſcatur. Sed quia cædi marmor ſolet, in eoque verſatur marmoris vſus, & vtilitas, id ita conſtitutum eſt. Arbores grandiores ſalubritatis, voluptatis, ornatus cauſa ſolent in multos annos conſeruari. Inter lapidem autem & theſaurum ratio diuerſitatis obſcura non eſt.

Impenſa non eſt ei præſtanda. Impenſa hæc vtilis eſſe videtur. Alioqui falſo dictum eſſet, fundum fructuoſiorem factum eſſe. Quare mirum eſt, cur non præſtetur ab vxore, cum ea impenſa dotem minuat. toto tit. de impen. in reb. dot. fact. infra. Sed arbitror hunc locum accipiendum eſſe de ſumptu fructus quærendi cauſa tantum facto: quamuis ex ea re fortaſſis fundus in perpetuum redditus ſit fructuoſior. Conſtat enim huiuſmodi impenſam non repeti: vt poſtea docebimus. §. impendi. infra. Si quis obiiciat nobis Iabolenum exiſtimantem in eadem ſpecie impenſas vtiles præſtandas eſſe. leg. vlt. de fund. dot. Reſpondeo, Iabolenum de iure aperto, & generaliter reſpondere, quaſi regulam quandam tradendo de impenſis vtilibus, &c. Quæſtionem autem facti attingere ei viſum non fuit in ea ſpecie, in qua quæri poteſt quo conſilio ſumptus facti ſint. Sed Vlpianus ad conſilium ſumptum facientis reſpicere voluit (vti iam diximus) & vtiles intellexit, quæ ob perpetuam fundi vtilitatem principaliter factæ ſint, nec aliter Iabolenum ſenſiſſe credendum eſt.

Quia nec in fructu. Occurrit Vlpianus (niſi fallor) tacitè obiectioni. Poterat enim probabiliter quiſpiam obiicere, lapides cæſos in fructu eſſe, & in diuiſionem, contributionemque venire: de qua ante diximus: atque ideo ſaltem deduci poſſe has impenſas, quamuis non repetantur. Sed Vlpia. ait, marmor in fructu non eſſe, niſi renaſcatur. Quibus verbis oſtendit, fructus proprie non dici, qui non renaſcuntur: nec in iis locum eſſe aut diuiſioni, aut impenſarum deductioni. Hoc enim commodum, quod fructus proprie non eſt, ſed pro fructu aliquando habetur, eius ſolum temporis eſt, quo percipitur, non anni antecedentis, ſicut fructus, de quibus ſupra locuti ſumus. Quare quod dictum eſt, *Rationem haberi fructuum quo tempore curantur, &c.* §. non ſolum. huic fructuum generi non poteſt conuenire, ſed aut mariti ſemper ſunt, aut mulieris. Ac idcirco de ſumptibus deducendis hic quærendum non eſt. Ex his conſequitur ſuperioris dicti hanc rationem ſolam non eſſe, *quia in fructu, &c.* Quod & vocula, *nec*, mihi ſignificare videtur.

Renaſcatur. In fructu ea proprie eſſe dicuntur, quæ perceptione ipſa non minuuntur: renaſcentibus videlicet aliis, & in perceptorum locum ſuccedentibus. Sed latius hoc verbum accipimus plerunque vtilitatis cauſa, vt referatur ad ea, quæ forte reparantur, licet renaſci nequeant, vt Senecæ verbis vtar, libro Epiſtolar. 18. & ex quibus aliquid commodi percipitur, ſalua quoquo modo rei ſubſtantia. Notandum ſane eſt, arbores, de quibus ſupra locuti ſumus, tametſi creſcant, ac renaſcãtur, in fructu non eſſe, quia perfectionem ſuam nõ aſſequuntur, niſi longiſſimo temporis ſpacio: eademque cauſa lapidum, metallorum & rerum huiuſmodi aliarum eſſe videtur. §. ſi fundum. ſup. Sed quid inter arbores, ac lapides interſit, attigimus ſupra.

In Gallia & in Aſia. Non ſolum in Gallia & in Aſia de quibus hic loquitur Vlpianus, ſed & in locis aliis lapides creſcere didicimus ex veterum lectione, idemque de metallis, ſale, aliiſque eiuſdem generis memoriæ proditum eſt. Plinius libro 36. cap. 18. Idem Theophraſtus, & Mutianus eſſe aliquos lapides qui pariant, credunt. Idem eodem lib. capit. 15. Et inter plurima alia Italiæ miracula, ipſa marmora in lapicidinis creſcere author eſt Papirius Fabianus naturæ rerum peritiſſimus. Exemptores quoque affirmant compleri ſponte illa montium vlcera. Quæ ſi vera ſunt, ſpes eſt nunquam defuturam luxuriam, &c. Strabo lib. 5. Geogra. τοῦτο δὲ παράδοξον ἡ νῆσος ἔχει, καὶ τὸ τὰ ὀρύγματα ἀναπληροῦσθαι πάλιν τῷ χρόνῳ τὰ μεταλλευθέντα, καθάπερ τοὺς πλαταμῶνας φασὶ τοὺς ἐν ῥόδῳ, καὶ τὴν ἐν πάρῳ πέτραν τὴν μάρκαρον, καὶ τοὺς ἐν ἰνδοῖς ἅλας, ὥς φησι κλείταρχος.

In fructu habentur. Hæc igitur omnia, quorum proprie fructus non eſt, niſi renaſcantur (vti diximus) tamen propter vtilitatem receptum eſt, vt habeantur in fructu: eiſque fruatur is, qui vſumfructum habet, leg. item ſi fundi. ſupra de vſufruct. Eademque ratio eſt aliarum huiuſmodi obuentionum. leg. vſufructu legato. ſupra de vſufr. leg. vxori meæ. de vſufr. lega. Illud animaduerſione dignum eſt, ſub alieno agro actis cuniculis, metalla effodi poſſe, ſi alias abſque domini vel fructuarii incommodo id fiat. Hoc enim ob publicam vtilitatem conſtitutum eſt. leg. cuncti. leg. quoſdam. C. de metallar. etſi ratio iuris nonnihil repugnare videatur. leg. altius. Cod. de ſeruit. l. Proculus. de dam. infect. Sed hoc ius ſingulare, ad res alias, in quibus non ſimiliter publica verſatur vtilitas, facile producendum non eſt. leg. quod vero. de legibus. Cetera, quæ ad huins capitis explanationem pertinent, paulo poſt tractaturi ſumus, leg. ſi fundus. infra.

Interdum marito de fructibus à muliere cauetur, & nihil retinebit, ſi fructibus ſtantibus fundum mulier recipiet: interdum retinebit totum maritus, & nihil reſtituet: id eſt, ſi non plus erit, quam proportione eum retinere oportet: interdum vero reddet, ſi plus percepit, quam eum retinere oportet, eadem conditio erit, & ſi cum ſocero, vel cum hærede alterutrius de dote agatur.

Subiicitur hic velut ἀνακεφαλαίωσις quædam ſuperius dictorum, cum aliqua tamen acceſſione. Nam interdum maritus fundum dotalem omnino reſtituit cum fructibus, cum videlicet fructus pendentes ſunt, qui pars fundi eſſe intelliguntur. leg. fructus pendentes. ſupra de rei vind. ſed exigitur à muliere, cui reſtitutio fit, cautio de ea portione fructuum reddenda, quæ competit marito, poſtquam percepti fuerint. Interdum maritus totum retinet, nec fructuum nomine quicquam reddit vxori, nempe cum integro anno ſtetit matrimonium, vel tantum impẽdit in dotem, vt nihil vxori præſtare debeat. Interdum vero partem retinet, & partem reddit, cum nondum finito anno ſolutum eſt matrimonium.

Cauetur. Hæc iudicialis cautio præſtatur marito, ab vxore ſecuritatis ſuæ cauſa, ſicut & viceuerſa maritus aliquando vxori cauet. leg. ſi filiofamilias. §. vlt. infra. Sed quæritur, An de ſatiſdatione debeat accipi, an de nuda tantum repromiſſione? Et verius eſſe exiſtimo, nudam repromiſſionem ab vxore exigi, non etiam dationem fideiuſſoris. Nam tametſi aliquando inter coniuges ſatiſdationi locus ſit. leg. ſi conſtante. §. quoties. infra. tamen in hoc caſu nec verba legis, nec ratio patitur, vt exigatur ſatisdatio. Cautionis enim appellatione nuda ſtipulatio ſignificatur. leg. ſancimus. C. de verb. ſign. niſi aliud adiectum ſit. leg. ſi mandato Titii. §. vlt. ſupra mand. l. 4. infra de fideicom. lib. vel niſi mens contraria euidenter oſtendatur. leg. in omnibus. vbi not. ſupra de iudi. Præterea ſocietas, & coniunctio, quæ eſt inter coniuges. leg. 1. ſupra de ritu nupt. ſuadet, vt benignius hoc verbum interpretemur, quod & inter ſocios factum à Iuriſconſultis animaduertimus. leg. verum. ſupra pro ſocio. Exiſtimant aliqui, ſaltem obligationem bonorum, & hypothecam requiri. l. filio, infra vt lega. nomi. cau. quod certi iuris non eſſe mihi videtur. Verum in hoc iudicio in quo maxime ſpectatur æquitas, id admitti poſſe, & ad iudicis officium pertinere arbitror, cum ea obligatio marito vtilis, nec vxori oneroſa, grauiſque ſit. Eademque æquitas poſtulat vt hæc cautio interdum remittatur vxori, & maritus fundum retineat: veluti ſi appetat meſſis, aut vindemia, ac fructus proxime non ſint colligendi. arg. l. ſi is à quo. infra, vt in poſſ. lega. Item ſi vxor fundum relinquere malit viro, quam vllo ſe vinculo cautionis obſtringere. l. hac edictali. C. de ſecun. nup. l. de bonis. §. qui pupillo. infra de Carbo. edict. Nam licet æquum bonumque ſit, quod hic Vlpianus ait, tamen in his ſpeciebus longe æquius ac melius eſt non caueri. Et huiuſmodi æquitatis com-

paratio ſemper in hoc iudicio locum habere debet, leg. pen. infra. Cic. lib. 3. Offi. Dubitatum eſt apud Accurſium, & reliquos Doctores ſcholaſticos, cum hoc iure fundus dotalis non ſtatim redderetur vxori, ſed annua, bima, trima die, quorſum exigatur à muliere cautio? Si enim id verum eſt, marito, donec collecti fuerint fructus, fundum retinere licet. Sed falſum id eſt, verbiſque conſtitutionis Iuſtiniani, qua ius antiquum emendatur, contrarium. §. exactio. C. de rei vxo. act. Nam veteri iure iis exceptis, quæ conſtabant pondere, numero, aut menſura, res dotales ſtatim reddebantur. l. cum in fundo. §. ſi fundus. ſupra de iure dot. Quod & Vlpianus aperte exprimit in fragmentis Inſtitutionum, ti. de dote. Maior quæſtio eſt de compenſatione, quam Doctores vulgares hic mirantur, locum non habere. Videtur enim maritus iure compenſationis fundum retinere poſſe, pro fructibus, qui ſibi debentur. Sed illi abſurdum eſſe aiunt, vt res principalis pro acceſſione aliqua retineatur. Hincque colligunt, eum, qui ad recuperandam arcem nomine alterius ſumptus fecit, tamen eam retinere non poſſe, dum ſumptus refundantur. Ad quam ſententiam confirmandam, leges ad rem nihil pertinentes, ridicule admodum citant. leg. mater. l. ſi mancipium. C. de rei vend. l. in ciuile. C. de furt. Ego vero non dubito, quin compenſatio in huiuſmodi caſibus recipi debeat. l. ſumptus. l. in fundo. ſupra de rei vendic. idque ſatis perſpicuum eſt ex his, quæ ſupra diſſeruimus. §. ob donationes. Ideo autem hic non eſt locus compenſationi, ac retentioni fundi: quia per mulierem non ſtat, quo minus partem ſuam auferat maritus.

Impendi autem fructuum percipiendorum cauſa Pomponius ait, quod in arando, ſerendoque agro impenſum eſt: quodque in tutelam ædificiorum, ægrumve ſeruum curandum: ſcilicet ſi ex ædificio, vel ſeruo fructus aliqui percipiebantur. Sed hæ impenſæ non repetuntur, cum maritus fructum totius anni retinet, quia ex fructibus prius impenſis ſatisfaciendum eſt. Plane ſi nouam villam neceſſario extruxit, vel veterem totam ſine culpa ſua collapſam reſtituit, erit eius impenſæ petitio. Simili modo & ſi paſtinum inſtituit. Hæ enim impenſæ, aut in res neceſſarias, aut inutiles cedunt, pariuntque marito actionem.

Hic explicat Vlpianus quod ante dictum fuit, *In fructuum diuiſione ſumptus deducendos eſſe.* hac lege, in principio. Ait enim, impenſas, ſiue ſumptus hic accipi, qui fructuum gratia fiunt. Nam ſi quid impenſum ſit in rem dotalem, non propter fructus, ſed ob perpetuam rei vtilitatem, id non compenſabitur cum fructibus, ſed repetetur ab vxore, eoque nomine actio marito dabitur. Vtilius autem eſt marito repetitionem fructuum habere, quam compenſationem, ſiue deductionem: quia fieri poteſt, vt nullos fructus producat ager, aut fructuum quantitas ſumptibus minor ſit. Ac certum eſt, ex fructibus alterius anni ſequentis nihil deducendum eſſe. leg. ſi fundus. §. quod in ſementem. infra. De ſumptib. autem, qui in fructus fiunt, duo notanda ſunt. Vnum eſt, hos ſumptus compenſari cum fructibus ac fructus minuere, quatenus probabilem modum non excedunt. leg. inter quos. §. vlt. infr. de damno infect. Id enim æquitati conſentaneum eſt, & veterum de re ruſtica præceptionibus, qui nihil minus expedire dicebant, quam agrum optime colere. Alterum eſt, ſi per obliuionem aliquam, erroremve dos reſtituta abſque ſumptuum deductione fuerit, condictionem, repetitionemque marito competere, vt recte mihi Zaſius ſenſiſſe videtur. arg. leg. ſed ſi me putem. ſupra de cond. inde.

In tutelam ædificiorum. Hoc exemplum videtur conuenire ſumptibus, qui ad perpetuam rei dotalis vtilitatem fiunt, quoniam abſque hac tutela & curatione res dotalis ſalua eſſe non poſſet. Sed & exemplum de paſtinatione (quod poſtea ſequitur) ad fructus quoque quærendos pertinere dici poteſt: vt mirum ſit hæc exempla ab Vlpiano confundi. Sed animaduertere debemus ſæpenumero contingere, vt ob impenſas fructuum quærendorum cauſa factas, ager fructuoſior ac vtilior reddatur, & viceuerſa, vt impenſæ in fundum ipſum principaliter factæ ad fructus quærendos profint. Nec dubium eſt, quin ſpectare debeamus, quod principaliter actum eſt, l. vlt. infra, de impen. in reb. dot. Quod ſi id non appareat, ex genere, & magnitudine impendiorum æſtimabitur. leg. pen. infra de impen. in reb. dot. fact. Vt (exempli gratia) modicam refectionem ædificii ad fructus quærendos factam interpretabimur. Ideoque talis impenſa ex fructibus tantum deducetur. Magna vero impenſa in extructionem villæ facta repetetur ab vxore, ac dotem minuet, dicta l. pen.

VIII. PAVLVS LIB. VI. AD SABINVM.

SI fundus in dotem datus ſit, in quo lapis cæditur, lapicidinarum commodum ad maritum pertinere conſtat, quia palam fit, eo animo dediſſe mulierem fundum, vt is fructus ad maritum pertineat, niſi contrariam voluntatem in dote danda declarauerit mulier.

Fundo in dotem dato, in quo lapicidinæ ſunt, marito licet inde lapides cædere, quamuis non renaſcantur forte, atque ideo in fructu eſſe non proprie dicantur, vt ſupra annotauimus. §. ſi vir. Nam omne emolumentum, commodumque ſolitum ex re capi, pro fructu habetur, & ad maritum pertinet. l. item ſi fundi. ſupra de vſufruct.

Quia palam fit. Credibile eſt, mulierem, quæ ſimpliciter, & abſque vlla declaratione voluntatis fundum dat in dotem, in quo lapides cædi ſolent, velle vt maritus lapides cædendi ius habeat. Quo caſu dicuntur fructus eſſe benigniori interpretatione: alias in fructu non habentur. Ac idcirco recte Pomponius ait, nummos ex venditione huiuſmodi lapidum dotis fieri. l. ſi ex lapicidinis. ſupra de iure dot. Nam Pomponius loquitur aperte de lapidibus, qui fructus non ſunt, vt & in hac ſpecie contingit, & in pleriſque aliis: veluti ſi lapides cæſi ſint, ante dotem conſtitutam, &c.

Mulier. Pactum quo conuenit inter coniuges, vt vir lapides non cædat ex lapicidinis, valet: quia poteſt forte maritus alios fructus ex dotali fundo percipere. Si vero nihil aliud in dotem datum eſſet, vnde onera matrimonii ſuſtinere poſſet maritus, ratum non eſſet hoc pactum. leg. 4. de pact. dot.

Quod in ſementem erogatur, ſi non reſponderint meſſes, ex vindemia deducetur: quia totius anni vnus fructus eſt.

Impenſa deducitur ex fructibus totius anni confuſe adeo, vt quod in vnam ſpeciem fructuum impenſum eſt, ex aliis quoque recte deducatur. Quod ſi duorum annorum fructus ſint, huic confuſioni locus non erit. Idemque dicendum & in duorum ſemeſtrium fructibus, ſi bis in anno ager fructus ferat. Quo caſu ſingula ſemeſtria pro ſingulis annis computantur, vt ſup. diximus. §. quod ſi in anno. Nihil autem referre puto an vnius, an diuerſorum prædiorum fructus ſint: cum iuris noſtri auctores hac diſtinctione nuſquam vſos eſſe comperiam. Et ſi enim diuerſa ſint prædia, dos tamen vna, fructusque vnus eſt. leg. 1. de dote prælega. Nec eadem ratio prædiorum eſt, atque annorum: vt quidam hic cenſuerunt, tametſi receptior ſit contraria opinio. Adde quod hæc ſententia æquitati magis conuenit, & ad æqualitatem, quæ inter coniuges in hac diuiſione obſeruari debet, magis accedit: *Quod enim æquius, meliuſque eſt,* in hoc iudicio ſequimur. leg. pen. inf.

IX. POMPONIVS LIB. XIIII. AD SABINVM.

SI mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum duntaxat in ea re, non etiam culpam, maritus præſtare debet: ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur. Fructus tamen, qui perueniſſent ad virum, redduntur.

Tametſi maritus dolum, & culpam in rebus dotalibus præſtare debeat, leg. etiam. §. 1. infra: tamen ſi per mulierem ſteterit, quo minus dotem recuperet, maritus ob culpam, & negligentiam non tenebitur. Nam ſi negligere fundum

dotalem

dotalem impune ei non liceret, colonus mulieris perpetuus quodam modo eſſe cogeretur. Eſtque hic locus communis de mora creditoris obſeruatione dignus, de quo & in locis aliis tractatur. leg. ſi per emptorem. ſupra de peri. & commo. rei vend.

Quominus dotem reciperet. Hæc mora interpellationem & oblationem mariti requirit, ſi vel prius mulier ab eo petiit dotem, vel lapſum eſt tempus, quo ſolui debuit. leg. magnam. C. de contrahen. & commit. ſtipula. leg. 2. C. de iure emphyteu. Sed quæritur, An ſufficiat, verbo offerre & profiteri ſe paratum eſſe quod debetur ſoluere. Et vulgo traditum eſt, rem, quæ debetur, offerendam ac præſentandam eſſe creditori. Id enim verbum Offerre, hic ſignificat. leg. qui decem. §. idem reſpondet. infra de ſolutio. leg. parui. ſupra de condict. fur. Quod eſt accipiendum ſi talis res ſit, quæ præferri ad creditorem, & ei præſentari poſſit. Nam ſi fundus debeatur, aut alia res huiuſmodi, quam ſe paratum ſoluere debitor teſtetur, mora per creditorem facta intelligitur. Nouel. 91. authen. vt exact. inſtan. dot. Idem dicendum eſt & cum certa liquidaque non eſt pecunia, quæ debetur, pendetque certitudo ex rationum computatione inter debitorem & creditorem. Quo caſu ſi debitor ſoluere paratum ſe dicat, quod deberi apparuerit, arbiter, apud quem computatio fiat, dabitur. leg. ſi reſiduum. C. de diſtract. pign. Cum igitur res ea eſt vt ad creditorem perferri queat, nec vlla incertitudo oblationem impedit, verba nuda non ſufficiunt, quibus ſoluere ſe velle debitor fateatur, niſi forte appellatus creditor reſpondeat, eam rem (ſi ad ſe perferatur) accepturum non eſſe, vt plerique hic ſentiunt, quorum opinio æquitate magis, quam certo iure nititur. Adde, ne oblationem quidem rei ſufficere videri, niſi eam inſpicere poſſit creditor, & omnino intelligere quid ſibi offeratur. Itaque receptum eſt, pecuniæ numerationem eſſe neceſſariam, ſi pecunia debeatur, nec liberari creditorem, ſi in folle aut ſacco incluſam offerat. leg. cum ſeruus. de condit. & demonſtr. leg. 1. §. ſi ciſta. ſupra, depoſi. Tractari ſolet, an præter oblationem rei debitæ, depoſitio eiuſdem ſit neceſſaria? Et certum eſt, eam neceſſario ad plenam liberationem requiri. leg. obſignatione. Cod. de ſolu. leg. acceptam. Cod. de vſur. Nam ſi rem ſibi oblatam accipere noluerit creditor, ita demum debitor liberatur, ſi poſt eam oblationem res amiſſa ſit. leg. qui decem. in princ. infra de ſolut. Proinde ſi velit debitor omnino liberari, neceſſe eſt, vt rem, quæ oblata eſt, obſignatam ſignis, & annulis ſignatorum, in loco ſacro, aut publico deponat. leg. vltim. ſupra de lege commiſ. dicta leg. acceptam. Conſtat tamen, ſi fundus, aut alia res immobilis debeatur, hac ſolenni depoſitione opus non eſſe, quæ in rebus ſoli locum habere non poteſt. Nouel. 91. titu. vt exactio. inſtan. dot. Itaque ſi agrum dotalem fuiſſe hic ponamus, vt ex verbis Pomponii ſatis apparet, maritum omnino liberari non male dici poteſt, ſimulatque ſe velle fundum vxori reſtituere teſtatus fuerit: quia nihil amplius efficere poteſt. Nec me mouet, quod adhuc conueniri poteſt, ſi dolum malum admiſerit, aut fructus perceptos detineat: quia ne depoſitio quidem illa ſolennis ita debitorem liberat, vt ex huiuſmodi cauſis non conueniatur. dicta leg. acceptam. de vſu. Quod ſi ſpecies alia, quæ mobilis ſit, aut pecunia, in dote eſſe dicatur, ſola quidem oblatione non liberabitur omnino maritus, ſed ita demum, ſi poſt oblationem res amiſſa ſit. Qua in re ſolet diſtinctio adhiberi. Sed longius à propoſito euagari nolumus. An autem oblatio ſimplex pecuniæ debitæ, abſque depoſitione, & obſignatione, de qua iam diximus, curſum vſurarum ſiſtat, quæſtio eſt iuris controuerſi, de qua nos alio in loco magis idoneo diſſeremus. leg. qui Romæ. §. Seia. de verb. oblig.

Non etiam culpam. De culpa lata non poſſunt hæc verba accipi: quia cum ea culpa dolo compararetur, quiſquis dolum præſtat, eam quoque præſtare debet. leg. 1. ſupra, ſi men. fal. mod. dixe. l. quod Nerua. ſupra, depoſi. Dicitur autem culpa quædam lata eſſe, alia leuis, alia leuiſſima, de quibus tractatum eſt à nobis fuſius in commentario de in litem iurando. Culpa lata dicitur (vt craſſius aliquanto, ſed apertius rem explanemus) cum quis non ad eum modum, quem communis hominum natura deſiderat, diligens eſt, dicta leg. quod Nerua. & in eo peccat, atque errat, quod omnes homines vulgo intelligunt: leg. latæ. de verborum ſignifi. vt ſi quis rem ideo amiſerit, quod nocturno tempore, eam dimiſerit in via publica, & cauſetur, ſe non putaſſe quenquam ablaturum eſſe. Hæc enim culpa, licet machinatio non ſit, fraudandi, decipiendique alterius cauſa adhibita, ideoque à dolo diſtingui ſoleat. leg. 1. de dolo ma. tamen adeo diſſoluta, ac intolerabilis eſt, vt merito comparetur dolo malo, & æque ac dolus malus, præſtetur. Et quia à communi hominum natura abhorret, vix creditur fraude, & malo animo carere, qui huius culpæ arguitur. Sed ſi appareat, ex coniecturis dolum malum abeſſe, vt (exempli gratia) ſi forte nihilo diligentior eſſe ſoleat in ſuis rebus, &c. quamlibet lata negligentia pro dolo non habebitur. dicta leg. quod Nerua. Leuis culpa dicitur, cum quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias vitare potuiſſet, licet tam perdite negligens forte non ſit, vt à communi hominum more, & ratione viuendi, alienus omnino videatur, veluti ſi rem pretioſam, & quæ facile intercipi poterat, non condiderit in arca, ſed in media domo cuiuis expoſitam dimiſerit. leg. cum res. §. culpa. de lega. 1. l. quicquid. Cod. arbi. tute. Leuiſſima culpa eſt, cum mediocrem quis diligentiam adhibuit, ſed culpam admiſit, in quam vir diligentiſſimus non incidiſſet: vt, ſi rem in arca reconditam, & occluſam, arte aliqua fur abſtulerit. Nam furtum inter fortuitos caſus non numeratur, ſi quoquo modo id effugere licuerit. leg. cum duobus, §. damna. ſupra, pro ſoc. Fortuiti enim caſus ſunt, quos nullum humanum conſilium præuidere poteſt. leg. 2. de admi. rerum ad ciuit. perti. Hi autem gradus culpæ docendi cauſa ſic à nobis diſtinguuntur, cum tamen certiſſimum ſit, nulla certa iuris diffinitione eos comprehendi poſſe, ſed iudicis arbitrio relinquendos eſſe potius, qui pro re nata grauitatem, & magnitudinem culpæ ex circumſtantiis æſtimabit. arg. leg. mora. de vſur. Circa hanc culpæ diuiſionem argutantur ſcholaſtici Doctores, conanturque omnia hæc culpæ genera exacte diffinire. Verum inanis eſt, atque inutilis hic labor, cum res aliter commode explicari, atque intelligi poſſit. Sed de hoc vitio, quod Galenus *φιλοεἰστιαν* vocat, opportunius alio in loco dicturi ſumus. Vt igitur eo redeamus, vnde digreſſi ſumus, maritus à culpa non lata, quæ dolo proxima eſt, ſed leui tantum hic excuſatur. Quod de negligentia accipiendum eſſe inter omnes conuenit, cum marito poſt moram mulieris fundum negligere liceat. Nam ſi quid damni dederit maritus in re dotali, quamuis leui culpa tantum, aut etiam leuiſſima, dubitandum non eſt, quin actione legis Aquiliæ vt quiuis alius extraneus, conueniri poſſit. leg. in lege Aquilia. ſup. ad leg. Aquil. Quæ actio ad fructum tantum, non etiam ob negligentiam competit. leg. ſi cuius. §. denique. ſupra de vſufruct. Quod autem obiiciunt quidam ex Paulo, *Venditorem fundi, etiam antequam emptor in mora fuerit, impune fundi culturam negligere*, id proculdubio huic Pomponii dicto aduerſaretur, ſi verum eſſet. Nihil enim refert, an res mea ſit, an mihi debita tantum, quam alius negligit, vt falſo nonnulli opinantur. l. ſi ſeruum. in prin. inf. de verborum obl. Sed quia Paulus de venditore aperte loquitur, cuius nulla culpa arguitur, ſatis oſtendit vel in mora fuiſſe emptorem, vel aliam fuiſſe iuſtam cauſam, cur venditor fundi culturam omitteret. l. venditor ex hæreditate. ſup. de hæredi. vendi.

Fructus tamen. Maritus ad fructus tenetur, non tantum quos percepit, ſed etiam quos percipere potuit. not. in leg. videamus. de vſu. Verum propter moram mulieris, eos demum reſtituere cogitur, quos percepit. Alia cauſa eſt hæredis, à quo petitum fideicommiſſum non eſt, quandoquidem fructus, quos interim percepit, culpa non petentis fideicommiſſarii, non cogitur ei reſtituere. leg. mulier. §. ſi hæres. infra ad Trebel. Hæres enim interim dominus eſt, adeo vt ne reſtituta quidem hæreditate, hæredis nomen amittat. Vxor autem eſt domina rei dotalis, præſertim poſt ſolutum matrimonium, nec quicquam iuris in dotem habet maritus. l. in rebus. C. de iure dot.

X. IDEM LIBRO XV.

AD SABINVM.

SI ab hoſtibus capta filia, quæ nupta erat, & dotem à patre profectam habebat, ibi deceſſit: puto dicendum, perinde omnia obſeruanda, ac ſi nupta deceſſiſſet, vt etiam ſi in poteſtate patris non fuerit, dos ab eo profecta, reuerti ad eum debeat.

Cum filia emancipatur à patre, dos profectitia, quæ communis erat ei cum patre (vt ſupra diximus) l. 2. §. ꝙ ſi in patris. ipſius propria efficitur. leg. ſi cum dotem. §. eo autem tempore. infra. At ſi patri ſuperſtes fuerit, dos in ipſam (quamuis hæres forte non ſit) omnino transfertur. Idque ius ſingulare eſt, propter fauorem dotis. §. videamus. Cod. de rei vxo. actio. Quid igitur dicemus, ſi filia ab hoſtibus capta apud eos deceſſerit? quo caſu & Pomponius ait dotem reuerti ad patrem debere, quamuis filia tempore mortis in poteſtate patris non fuerit. Fingit enim lex Cornelia eam, quæ apud hoſtes deceſſit, ante captiuitatem deceſſiſſe. leg. Cornelia. infra de teſta. Quod tametſi vere dicatur, tamen puto vel ſola veritate inſpecta dotem patris eſſe. Nam filia à patris poteſtate liberata non eſt, cum ius liberorum adhuc pendeat, § ſi ab hoſtibus. Inſtitu. quib. mod. ius pat. poteſt. ſol. & ſui iuris per hanc captiuitatem minime fiat. Itaque nulla hic ratio eſt, cur à communi iure recedamus, quo dos à patre profecta, poſt mortem filiæ ad patrem reuertitur. l. dos à patre. C. ſolu. mat.

Si vir vxorem ſuam occiderit, dotis actionem hæredibus vxoris dandam eſſe, Proculus ait, & recte. Non enim æquum eſt, virum ob facinus ſuum dotem lucri facere. Idemque & ex contrario ſtatuendum eſt.

Maritus dotem lucratur aliquando, nec cogitur eam reſtituere ſoluto matrimonio, veluti ſi pactum de ea re factum fuerit. l. ex morte. C. de pact. conuen. quod eſt accipiendum, niſi hac ſpe fretus vxorem interfecerit. Interfeciſſe autem videtur, & qui infirmam neglexit, & qui aut nullum fortaſſis, aut malum, imperitumque adhibuit medicum, cum bono, probatoque vti non incommode poſſet. leg. ſi ſeruum. de verborum oblig. l. 3. infra, de iis quibus vt indig. leg. quod ſi nolit. §. ſi mancipium. ſupra de ædil. edict. leg. necare. de lib. agnoſc. Nec multum refert an vxor in adulterio deprehenſa ſit à marito, necne, quoniam vxorem adulteram impune non occidit maritus, quamuis ob iuſtum dolorem, quo ad eam occidendam concitatur leuius, mitiuſque puniri ſoleat. leg. ſi adulterium. § Imperatores. ad legem Iuliam de adult. Itaque verius exiſtimo, ſi lex municipalis, aut vetus conſuetudo vxorem adulteram interficere marito permittat. vt in Italia, Germaniaque, eum nihilominus dotem omnimodo lucrifacere. Idque ſatis demonſtrant Pomponii noſtri verba: *Non enim æquum eſt virum ob facinus ſuum dotem ſperare lucrifacere.* Nullius enim facinoris, ac ne culpæ quidem argui poteſt, qui lege permittente hominem interficit. l. Gracchus. Cod. ad l. Iuliam de adulte. Et quod nonnulli aiunt, ſi maritus ex pacto, & conuentione dotem lucretur, ideo hoc lucrum ob cædem vxoris ei auferendum eſſe, quod veriſimile non ſit, mulierem, cum paciſceretur, ita ſenſiſſe, cuius mentem ac voluntatem hic ſpectare debemus, argum. leg. non omnis. ſupra de rebus credit. id me à ſententia mea abducere non poteſt. Nam ſi coniecturis verum quærere hic volumus, in dubium præſumenda eſt mulieris voluntas iuri conſentanea. Nec veriſimile eſt, mulierem, ſi in mentem ei veniſſet, id exceptitam, quod ſine turpitudine, & affectati ſperatique adulterii ſuſpicione, excipi non potuit: quodque pudica, caſtaque mulier, & nullo vnquam probro ſe contaminatura, exceptum nollet. Sed nec magis nos commouet eorum ratio, qui dicunt, maritum vxorem interficiendo, ac ius quodam modo ſibi dicendo, dotis lucrum remiſiſſe videri, idque eius exemplo, qui poſtquam furem ad magiſtratum deduxit, furti amplius agere non poteſt ex Iuliani ſententia. leg. interdum fur. §. qui furem. infra de furt. Vereor etenim, ne Iuliani ſententia non recte ab eis percepta ſit. Itaque quia ſub difficilis eſt ille Iuliani locus, nec ab vllo adhuc explicatus, meo iudicio, libenter feci vt meam hic opinionem exponerem. Ait Iulianus: *Qui furem deducit ad Præfectum vigilibus vel ad Præſidem, exiſtimandus eſt elegiſſe viam qua rem perſequeretur. Etſi negotium ibi terminatum eſt, & damnato fure recepta eſt pecunia ſublata in ſimplum, videtur furti quæſtio ſublata: maxime ſi non ſolum rem furtiuam fur reſtituere iuſſus fuerit, ſed amplius aliquid in eum Iudex conſtituerit. Sed et ſi nihil amplius quam furtiuam rem reſtituere iuſſus fuerit, eo ipſo quod in periculum maioris pœnæ deductus eſt fur, quæſtionem furti ſublatam eſſe.* Cum igitur quis furem apprehendit, eumque deducit ad Magiſtratum, & conqueritur de furto ſibi facto, quæritur primum, An videatur ciuiliter agere, an criminaliter? id eſt, an ad proprium commodum, an ad vindictam publicam, vt docui lib. 1. Diſput. c. 35. Nam pro furto vtroque modo poteſt agi, nempe ciuiliter ad repetendam rem condictione furtiua, & actione furti ad pœnam dupli, vel quadrupli. Criminaliter vero accuſatione extraordinaria, vt in furē animaduertatur extra ordinem. l. vlt. de furt. l. vlt. de priua. edict. Ad quæſtionē igitur propoſitā reſpondet Iulianus, eum, qui furem deducit ad Præfectum vigilib. cuius erat de furibus cognitio. leg. 3. ſupra de offic. præfect. vigil. vel ad Præſidem, qui in prouincia omnium Romæ magiſtratuum partibus fungitur, d. leg. de omnibus. l. omnia. l. illicitas. §. vlt. de offic. præſid. exiſtimandum eſſe elegiſſe viam, qua rem perſequeretur, id eſt, non qua vindictam publicam animaduerſione extraordinaria, ſed priuatum commodum potius perſequeretur. Alioquin ciuiliter agere poſtea non prohiberetur tit. C. quando ciui. actio crimin. præiud. leg. vlti. de furt. Non enim in crimen ſubſcribit, nec accuſationis ſolennia ſeruat. dicta leg. vlt. de priua. delict. ſed de furto ſibi facto querimoniam defert apud Magiſtratum, &, vt plerunque ſolet, ius ſibi reddi poſtulat Magiſtratus arbitrio. Deinde quæritur, damnato fure à Magiſtratu: & recepta pecunia ſublata in ſimplum tantum, non etiam in duplum aut quadruplum, an actio furti ad pœnam recte intendatur? Dubitationis hæc eſt cauſa, quia qui condictione furtiua rem ſuam conſecutus eſt, poſtea non prohibetur actione furti pœnam legitimam perſequi. leg. ſi pro furto. de condict. furt. Tamen hic Iulianus ait, damnato fure apud Magiſtratum quæſtionem furti ſublatam eſſe, id eſt, de furto amplius quæri non poſſe, & maxime ſi præter rei furtiuæ reſtitutionem, aliquid amplius in furem iudex conſtituerit. Quod ſi nihil amplius à fure exactum eſt eo iudicio, furti quoque quæſtionem in hoc caſu ſublatam eſſe Iulianus ſcribit, quia ius omne ſuum coram Magiſtratu deduxiſſe videtur is, qui furem detulit, & totum negotium arbitrio Magiſtratus ſubieciſſe, qui nulla formula adſtrictus fuit, ſed aut mitius, aut acerbius furem punire potuit. Alia cauſa eſt eius, qui iure ordinario apud iudicem experitur, condictione ſcilicet furtiua, in quo iudicio non omne ſuum deducit, ac ne id quidem poteſt propter formulam, quam iudex additus huic iudicio à Prætore accipit. Proinde nihil impedit quo minus rem ſubreptam conſecutus, formulam, atque iudicem, pœnæ quæ ſupereſt, nomine impetret. Hæc noſtra eſt de Iuliani dicto ſententia, ex qua ſatis apparet nihil ad rem, de qua hic diſputamus, id pertinere.

Hæredibus vxoris. Mirum videtur pleriſque quod hic Pomponius dicat, vxoris interfectæ hæredibus, dotis actionem competere. Videbatur enim potius dos fiſco vindicanda eſſe, qua ſe indignum præſtitit maritus, vxorem interimendo. Nam cum maritus vxoris ab alio interfectæ mortem non vlciſcitur, dotem ei, tanquam indigno, ablatam vindicat fiſcus, vt Seuerus reſcripſit. leg. ei, qui mortem. infra de his, quibus vt indi. leg. cum mortem. de iure fiſci. Sed meminiſſe debemus Iureconſultos veteres, Ius ſingulare quod præſertim fiſci locupletandi gratia contra rationem Iuris conſtitutum eſſe intelligebant, interpretatione ſua extendere, & ad conſequentiam producere ſolitos non fuiſſe, vt mirum non ſit, ſi in hac ſpecie Pomponius rationem iuris, quam reſcripti Principalis exemplum ſequi maluerit. leg. quod vero. leg. ius ſingulare. ſupra de legibus. Inuidioſæ ſiquidem erant huiuſmodi conſtitutiones, ac iuris prudentibus non immerito diſplicebant, vt ſatis colligitur ex conſtitutione Iuſtiniani de caducis tollendis, & nos poſtea docebimus tit.

quand.

quand. dies lega. Itaque ſingulos caſus iure expreſſos, in quibus fiſco res vindicantur, obſeruare debemus, nec à certo iure prætextu æquitatis, aut humanitatis alicuius iudicando recedere. l. 1. C. de legibus. Quamuis enim durum id fortaſſis videatur, tamen ita ſcriptam eſſe legem ſufficit, vt Martiani verbis vtamur. l. proſpexit. infra qui & à quibus ma. libe. Verum ſi ſpecies noua occurrat, quamuis forte ei, de qua lex loquitur, ſimilis videatur, tamen iuris communis rationem nos iuri ſingulari anteponere non dubitabimus. Hinc Modeſtinus ait, *ſe non putare, eum delinquere, qui in dubiis quæſtionibus contra fiſcum reſponderit.* l. non puto. infra de iure fiſc. Et animaduertimus cum de lucrorum nuptialium amiſſione agitur, modo ea ſimpliciter vindicari fiſco, vt cum maritus vxoris mortem vltus non eſt: d. l. ei, qui mortem. modo hæredibus omnino acquiri, vt cum quis vxorem ſuam interfecit: interdum fiſco quidem ea vindicari, ſed cum aliqua moderatione & exceptione, veluti cum mulier intra annum luctus nubit. l. 1. de ſecund. nupt. Cæteri qui hunc locum ante nos interpretrati ſunt, varias diſtinctiones comminiſcuntur, ſed in luto (vt vulgo dicitur) hærent.

Ex contrario. ſi vxor maritum occiderit, vt rem ſibi propter nuptias donatam obtineat.

XI. IDEM LIB. XVI.

AD SABINVM.

SI alienam rem ſciens mulier in dotem dederit, reddenda ei eſt, quaſi ſuam dediſſet, & fructus quoque pro portione anni, quo diuortium factum eſt.

Mulier dotalem rem petens ſoluto matrimonio, non ideo minus eam conſequetur, quod alius quiſpiam eius rei dominus eſſe dicatur. Non enim in hac rei vxoriæ actione, vel ſi mauis, ex ſtipulatu de dominio rei quæritur, ſed mulier rem ſibi reddi poſtulat, quam marito in dotem dedit. Aliud dicendum videtur, ſi mulier dotem ſuam à marito, vt poſſeſſore, vindicet. l. in rebus. Cod. de iure dot. Cum enim agens in rem mulier ſe dominam eſſe dicat, dubitandum non eſt, quin reus alienam rem eſſe contendens, intentionem eius excludat. l. vlt. Cod. de rei vendi. Quandoquidem fieri non poteſt, vt duo eiuſdem rei domini ſint in ſolidum. l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ſupra, commoda. Contingit tamen aliquando, vt rem vindicans dominium probare non cogatur, nec aduerſarius audiatur, docere volens petitorem dominum non eſſe, vt puta cum quis ſpatio longiſſimi temporis poſſedit rem, nec ab initio bonam fidem habuit. Nam licet alias eam à poſſeſſore non poſſit vindicare, ſed tantum retinere, ac tueri ſi poſſideat, tamen aduerſus violentum poſſeſſorem recte agit, nec poteſt ei obiici quod dominus non ſit. l. ſi quis emptionis. §. ſed hoc de illis. Cod. de præſcrip. long. tempo. Sed miſſas faciamus in rem actiones, quæ ad rem noſtram non ita valde pertinent, & de in perſonam actionibus videamus. In quibus illud quæritur, An is, qui ab alio cauſam habet, eum agentem ſummouere poſſit, ſi vel ſe, vel quemuis alium eius rei, quæ petitur, dominum eſſe contendat? Et receptum eſt in primis in iis contractibus, in quibus translatio dominij neceſſaria eſt, & dantem dominum eſſe oportet, huiuſmodi exceptione agentem ſummoueri poſſe. Exemplum eſt in mutuo, ad cuius ſubſtantiam res accipentis fieri debet. l. 2. ſupra, de rebus credi. Nam ſi quis mutuam mihi pecuniam dederit, quam à me repetat, poſſum ei obiicere pecuniam non eius, ſed meam, aut alterius cuiuſpiam eſſe, ſicut in rei vindicatione fieri diximus. Hoc tamen inter vtramque actionem intereſt, quod in rei vindicatione petitor ſe dominum eſſe probat, quoniam id intendit. At in actione ex mutuo, actor pecuniam ſuam eſſe non cogitur docere, ſed aduerſario excipienti incumbit probatio, iuxta vulgarem de probationibus regulam. l. 2. l. in exceptionibus. ſupra de probat.

Obiecerit forte aliquis reſcriptum Imperat. Diocletiani, in quo dicitur, *Non vnde originem pecunia, quæ mutuo datur, habet, requirendum eſſe.* l. non vnde originem. Cod. ſi certum peta. Cui reſpondeo, non cogi petitorem, originem rei, dominiumve oſtendere: ſufficit enim ei docere, ſe pecuniam quaſi propriam numeraſſe, tametſi aduerſarius non agentis propriam fuiſſe, ſed potius alienam probare poſſit, vt iam diximus. Sane in quibuſdam caſibus mutuum de aliena pecunia contractum poſtea conualeſcit, veluti ſi conſumpta ſit, aut vſucapta. l. nam etſi fur. ſupra de rebus credi. l. indebiti. §. ſed etſi nummi. ſupra de condi. indeb. Sed alienior eſt ab inſtituto noſtro hæc diſputatio. Ad alios contractus tranſeamus, in quibus, eum, qui dat, minime dominum eſſe oportet, cuiuſmodi ſunt, locatio, commodatum, depoſitum, pignus, &c. Dicendum igitur eſt, eum, qui rem à ſe traditam repetit, & ex huiuſmodi contractibus experitur, non ideo ſummoueri poſſe, quod res, quæ petitur, aliena eſſe dicatur. Nam & furi, & prædoni tales actiones dantur. l. commodare. l. ita vt ſi fur. ſupra commod. l. 1. §. ſi prædo. ſupra depo. l. non à iudice. de iudic. Quamobrem mulier, quæ rem dedit alienam marito in dotem, merito eam repetit, nec exceptione repellitur à marito, vt hic Pomponius ait. De pignore dubitari poteſt, quod res aliena in pignus dari non poſſe videatur. Verum nihilominus debitor à creditore ſoluta pecunia recte pignus, quamuis alienum ſit, repetet. l. ſi pignore. §. ſi prædo. ſupra de pign. actio. l. nec creditores. Cod. eod. titu. Nam tametſi verum ſit, rem ipſam, quæ datur, quia aliena eſt, non obligari, nec eo nomine hypothecariam actionem competere, tamen inter dantem & accipientem contrahitur obligatio, quæ pignoratitiam actionem vltro citroque parit. Quod autem diximus in his contractibus quæſtionem dominij admittendam non eſſe, id de dominio alieno accipiendum eſt. Nam alia quædam ratio poſtulat, vt reus dominij proprij quæſtionem obiiciens audiatur: quia videlicet hi contractus non conſiſtunt, cum res, quæ traditur, non dantis. ſed accipientis eſt. l. qui rem. ſupra depoſ. l. qui rem. Cod. de loca. neque pignus, neque depoſitum, neque commodatum rei ſuæ eſſe poteſt. Idemque de dote dicendum eſt, ſi forte maritus rem ſuam eſſe, quæ in dotem data eſt, allegat. Ac certum eſt, in depoſito id quoque locum habere. l. bona fides. ad fin. ſupra depoſi. Nec id conſtitutioni Iuſtiniani contrarium eſt, quæ compenſationem, deductionemve in iudicio depoſiti, tantum admitti vetat. l. ſi quis. Cod. depoſiti. Quod mirum eſt, ab recentioribus animaduerſum non fuiſſe. Curtius in l. bona fides. Ex iam dictis conſequitur, quo caſu huiuſmodi contractus valeret, exceptioni locum non fore, vt ſi quis rem ſuam vtendam ab alio acceperit, propterea quod eius rei poſſeſſio penes alium erat. l. ſi aliquam rem. infra de acq. poſſeſ. Quamuis autem verum ſit, aduerſus eum qui rem ſuam conduxit, actionem ex locato non competere, dict. l. qui rem. ſupra, depoſi. tamen ſi locator rem neget conductoris eſſe, interim ei reſtituenda eſt poſſeſſio. l. ſi quis conductionis. Cod. de loca. Quod reſcriptum vulgo intelligitur, non de actione ex locato, ſed de actione, qua condicitur poſſeſſio. vt patet ex Pauli Iureconſ. ad Sabi. reſponſo à Trib. in Pandect. relato, vt leg. indebiti. §. ſed ſi nummi. de cond. indeb. item l. 2. de tri. act. Sed quid opus eſt, generale reſcriptum hac interpretatione reſtringere, quod cum aliis legibus ita, vt dicimus, intelligendo congruit? Extat quidem Iuſtiniani conſtitutio de colonis & cenſitis, diuerſum ius continens, ſed ea ad hos conductores, qui liberæ omnino ſunt conditionis, nihil pertinet. l. litibus. Cod. de agric. & cenſi. illud quæſitum eſt, Si res depoſita, aut commodata ſit ab eo, qui dominus non eſt, eamque ſimul petant & dominus, & is, qui depoſuit, alter rei vindicatione, alter actione depoſiti, vel commodati, vtri potius reddenda ſit? Et eſt ſpecies tractata apud Triphoninum, de latrone, qui ſpolia depoſuit, quæ à domino abſtulerat. Aitque Triphoninus, *Domino potius, quam latroni reddenda eſſe.* l. bona fides. depo. Contra Vlpianus ſcribit, *Res alienas, quæ in nauem illatæ ſunt, iis, qui intulerunt, ſi ipſorum interſit, potius, quam dominis reddendas eſſe.* l. 1. §. pe. nau. caup. Verum has ſpecies multum diſſimiles eſſe facile perſpiciet, quiſquis non oſcitanter eas expenderit, ac conſiderarit. Nam Triphoninus loquitur de domino tantum, qui rē ſuam petit. Et aperte ait, domino non petente, reſtituendā eſſe rem ei, qui depoſuit. Apud Vlpianum vero nulla petitionis mentio reperitur.

Deinde & ſi ponamus in vtraque ſpecie dominum petere, adhuc non minima deprehēdetur diſſimilitudo. Loquitur enim Triphoninus de latrone, Vlpianus autem de eo, qui ius aliquod habet, puta pignoris, propter quod ipſius intereſt. Latronis autem tametſi intereſſe videatur, quod teneatur domino. l. 1. §. ſi prædo depo. tamen domino ipſo petente & rem auferente per iudicem, ipſius intereſſe dici non poteſt, cum amplius à domino conueniri eo nomine nequeat. Neque igitur Vlpiani ſententia latroni, neque ea, quæ Triphonini eſt, creditori pignus habenti conuenire poteſt. Præterea diſputatio tota Triphonini, ad iudicia bonæ fidei ſpectat, cuius tanta vis eſt, vt ad alias perſonas extrinſecus plerunque pertineat, in ſtrictis vero iudiciis, cuiuſmodi eſt actio in factum ex edicto de cauponibus, non tam facile à perſonis, inter quas negotium geſtum eſt, receditur. Sed de his iudiciis alibi plenius à nobis tractatum eſt. l. in actionibus. de in litem iurando.

XII. VLPIANVS LIB. XXXV. AD SABINVM.

Maritum in id, quod facere poteſt, condemnari, explorati iuris eſt.

A debitoribus fere ſolidum exigi ſolet iure ciuili, adeo vt iudicati ſi non ſoluerint, in carcerem coniiciantur. l. ſi victum. inf. de re iud. l. 1. C. qui bo. cedere poſ. Verum maritus ab vxore conuentus actione dotis hoc beneficio vtitur, vt non condemnetur, niſi quatenus facere poteſt. Id enim ſuadet honeſtas, ad quam plærunque reſpiciunt Legiſlatores, licet ad iuſtitiam frequentius leges referantur. l. iuſtitia. ſupra, de iuſtit. & iure. Hoc autem eo pertinet, vt intelligamus, humanitatis cuiuſdam, & miſerationis gratia, hoc beneficium marito tribui: ſed eum nihilominus in ſolidum teneri. Nam & ab eo exigitur cautio. §. cum autem. C. de rei vxo. actio. & ſoluens non repetit per condictionem indebiti. l. quod nomine. ſupra de condi. indeb. ſed quia indignum, atque inhoneſtum viſum eſt, fortunis omnibus exui maritum ab vxore, voluerunt Iuris autores, ipſius rationem habendam eſſe, ne egeat. l. in condemnatione. de regul. iur. l. ſunt qui in id. infra de re iudicata. Quatenus autem facere quis poſſit, id in facto magis, quam in iure conſiſtit, vt de eo, quod intereſt, & de mora dici ſolet. l. quatenus. de reg. iur. l. mora. de vſur. Nec vlla Iuris conſtitutione in vniuerſum id definiri poteſt, ſed iudicantis arbitrio relinquitur, cuius eſt æſtimare non ſolum quas opes habeat maritus, ſed etiam cuius artis ac profeſſionis ſit: item cuius dignitatis, & familiæ. l. tutor ſecundum dignitatem. de admin. tut. l. ſi quis a liberis. §. ſed ſi filius. infra de l. b. agn. Nec refert an maritus bona mobilia, aut immobilia, an actiones ſiue nomina habeat. l. facere. l. 3. ſi maritus. hic. Sed & mulieris quoque habenda eſt ratio, ſi inopia laboret, eiuſque potior tunc cauſa eſſe videtur, quam mariti. l. aſſiduis. C. qui pot. in pign. hab. l. verum. §. vltim. ſupra de minor. In ſumma iudex quicquid æquius & melius eſſe exiſtimauerit, in hoc iudicio id ſequi debet: in quo veteres, *Quod æquius melius* addere ſolebāt. l. pe. infra. l. ſi cum Cornelius. de ſolutio. quod ſatis intelligerent, nullis certis præceptionibus iudicis religionem hic alligandam eſſe. Itaque fruſtra quæſtiones pleræque hic tractantur à vulgaribus Doctoribus, quæ non minus à quouis prudente homine, quam à Iuriſconſulto aliquo decidi poſſunt. Illud certi iuris eſt, maritum, cum hanc exceptionem opponit mulieri, æs alienum deducere non poſſe, ſi forte maritus alios creditores habeat. Id enim ei tantum conceſſum eſt, qui ex ſua liberalitate conuenitur. l. maritus. hic. Nunc videndum eſt in quibus caſibus hanc exceptionem maritus non habeat. Et in primis conſtat, ſi dolo mariti factum ſit, ne facere poſſit, ſolidam dotem eum exoluere cogi. l. etiam. §. 1. hic. Nam & alias ex delicto conuentus maritus hac exceptione non vtitur. l. ſi reum. infra de re iudic. argum. l. ſed hoc ita. eo. tit. Item ſi poſt diuortium negotia vxoris geſſerit, tanquam voluntarius procurator eiuſdem: & cum id temporis ſoluendo eſſet, à ſe dotem non exegerit, in ſolidum conuenietur. Atque ita reſpondit Scæuola. l. diuortio. ſupra de neg. geſt. Nos enim hic loquimur de actione dotis, quæ aduerſus maritum iure ciuili prodita eſt. Faceſſat tamen hic nobis negotium Diui Pij conſtitutio apud Modeſtinum, qua marito hoc beneficium tribuitur, ſi ex alio contractu conueniatur ab vxore, l. nō tantum. infra, de iudi. Et vulgo receptum eſt, de contractibus initis conſtante matrimonio, conſtitutionem accipiendam eſſe. Quam ſententiam probo: quoniam Scæuola de negotiis geſtis poſt diuortium loquitur. Nam quoties occurrunt leges contrariæ, facilis & expeditiſſima ratio eſt earum conciliandarum, ſi vna generalis, altera ſpecialis ſit, vt docet Cicero lib. 2. de inuentione Rhetoric. Cui conſentaneum eſt, quod Papinianus ait, *In toto iure generi per ſpeciem derogari, & illud potiſſimum haberi quod ad ſpeciem directum eſt.* l. in toto. de regulis iuris. Qua ratione capita aliquot tituli de euictione alias conciliari poſſe oſtendimus, quæ alioqui valde pugnantia inter ſe videbantur. l. venditor hominis. l. naue. l. ſi prægnans. ſ. de euictio. Notandum tamen hic eſt, ſi maritus dotem, quam vxori debet, ſe ſoluturum conſtituerit, aut promiſerit, beneficium Iuris eum non admittere, quamuis hoc negotium ſoluto iam matrimonio contrahatur. l. quod ſi maritus. ſupra de conſtit. pec. quoniam hæc obligatio in locum prioris obligationis ſuccedit, ac naturæ eiuſdem eſſe intelligitur. An idem dicemus de marito, qui creditori mulieris delegatur, quod de eo, qui mulieri ipſi promittit? Reſpondeo, Maritum vxoris creditori, qui delegatus eſt, in ſolidum teneri, nec poſſe exceptionem obiicere. l. Neſennius. de re iudic. l. ſi certam quantitatem promiſerit. Nam ſi dos, quam vxori debet, ſimpliciter in ſtipulationem deducta fuerit, priuilegium non amittet. l. ſi prior. hic. quia effectu deberi id nōn videtur, quod ab inuito exigi non poteſt. Quid ſi res dotalis extet, cuius reſtituendæ facultatem habeat maritus? Et puto hoc etiam caſu marito exceptionem competere. Nam & olim in rei vxoriæ actione habebatur ratio facultatum mariti, quæcunque res in dotem datæ eſſent, eiuſque actionis natura in actionem ex ſtipulatu, qua nunc dos petitur, transfuſa eſt, conſtitutione Iuſtiniani. §. cum autem. C. de rei vxor. actione. Et male interpretantur conſtitutionem, qui ex ea colligunt, in rebus tantum, quæ in pondere, numero, menſura conſiſtunt, hanc exceptionem locum habuiſſe. d. §. cum autem. Nam & hic Vlpianus generaliter loquitur: nec aliud eſt ius antiquum, ad quod Iuſtiniani conſtitutio referatur. Nec eo moueri debet quis, quod *Pater filiifamilias mariti, conuentus actione de peculio, in ſolidum condemnatur, ſi reſtituendi facultatem habeat*, vt Vlpianus ait, l. in bonæ fidei. ſup. de pac. quia non loquitur Vlpianus de eo, qui ſoluendo non erat, ſed qui tantum in peculio non eſſe contendebat, vt ad ſolutionem dotis ſufficeret, & rem dotalem interim retinebat. Itaque in dolo eſſe videbatur, quod de marito hic dici non poteſt. Tractatur quæſtio de marito, qui actione in rem conuenitur. Et exiſtimo, cum pleriſque aliis, ſi caſu aliquo vxor rem dotalem ſibi redditam poſſidere deſierit, eiuſq; poſſeſſionem nactus ſit maritus, eum vt quemuis alium poſſeſſorem, damnandum eſſe. Quod de donatore expreſſum eſt. l. Neſennius. §. fundum. infra de re iudic. Si vero mulier dotem ſibi nondum redditam à marito vindicet, omiſſa dotis in perſonam actione, exceptionem marito denegandam non eſſe arbitror: quoniam hæc vindicandi facultas quæ olim non competebat, l. 1. de fundo dota. l. quædam. de acquir. rer. domi. ita conceditur mulieri conſtitutione Iuſtiniani. l. in rebus. C. de iure dot. vt marito Iuris beneficium non adimatur. Quod vtique accideret, ſi prætermiſſa dotis actione, vxori in rem agere in ſolidum liceret.

Sed hoc hæredi non eſſe præſtandum.

Hæc verba non de quouis hærede accipienda ſunt: quia filiis ex eo matrimonio, de quo agitur, ſuſceptis hoc beneficium tribuitur. l. etiam. infra. l. ſciendum. de re iudic. Quidam hic legunt, *hæredi extraneo*: ſed vetera exemplaria refragantur. Hæres ſane mulieris, quicunque is fuerit, ſolidum non exiget à marito, ſed quatenus facere poteſt. Quod & in fiſco quoq; mulieri ſuccedente locum habet. l. ſi maritus.

XIII. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

QVIA tale beneficium perſonale eſt, & cum perſona extinguitur.

Paulus

Paulus libro ſingulari de repetitione dotis, *In omnibus* (inquit) *cauſis id obſeruatur, vt vbi perſona conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat: vbi vero genus actionis id deſiderat, ibi ad quemuis perſecutio eius deuenerit, non deficiat ratio auxilii.* l. in omnibus. de regul. iur. Quem Pauli locum ex hoc tractatu ſumptum eſſe inſcriptio ſatis indicat. An autem beneficium perſonæ ſit, an rei, ſiue actionis, facile non eſt in vniuerſum diffinire: nec de eo magnopere laborandum eſſe puto, quoniam ex quaque re, & ſpecie id commodius ęſt mari poterit. l. 1. §. permittitur. de aqua quotidia. l. forma. §. quanquam. de cenſib. Huc pertinet, quod Vlpianus ſcribit, an pacta in rem, an in perſonam ſint, non ſolum ex verbis, ſed etiam ex mente paciſcentium iudicari. l. iuris gentium. §. pactorum. de pact. Eſt enim facti magis, quam iuris quæſtio, quæ tota ex iudicantis arbitrio pendet.

XIIII. VLPIANVS LIB. XXXVI. AD SABINVM.

Alia cauſa eſt defenſoris, quem placet ſufficienter videri defendiſſe, ſi tantum vxori præſtet, quantum conſequeretur, ſi ipſum maritum conueniſſet.

Ait prætor, in edicto de procuratoribus: *Cuius nomine quis actionem ſibi dari poſtulabit, is eum viri boni arbitratu defendat.* l. ſeruum. §. ait prætor. ſupra de procur. Hic igitur defenſor videtur ſatis maritum defendere, ſi vxori præſtet quantum mariti facultates patiuntur: quia non ſuo nomine, ſed mariti potius rem in iudicium deducit. l. ſi cum procur. infra de re iudi. Alia cauſa eſt fideiuſſoris, qui ſuo nomine conuenitur, non mariti, ac idcirco ſolidum ab eo exigitur, quod & à marito poſtea repetit. l. & ſi fideiuſſor. de re iud. Exceptiones enim, quæ perſonæ cohærent, & ratione tantum habita perſonæ, competunt reo, ad fideiuſſorem non tranſeunt. l. exceptiones. infra de excep. §. vlt. Inſti. de replicat. Itaque vulgares Doctores ita cenſent cauendum marito, vt ipſe mota aduerſus fideiuſſorem lite, oſtendat iudici ſua intereſſe, fideiuſſorem non damnari in ſolidum: quia fideiuſſor pecuniam à ſe exactam poſtea repetere poſſet à marito. l. idemque. §. generaliter. mand. Verum hæc cautio nec certo iure vllo, nec ſatis bona ratione nititur, & diſtinctionem exceptionum, de qua iam diximus omnino euertit. d. l. exceptiones. de excep. d. §. vlt. de replicat. Quod autem dicunt hac ratione ſolidum à marito exigi, parum me mouet, cum id ab eo non exigat vxor, ſed à fideiuſſore, & ignorat fortaſſis an id repetiturus ſit fideiuſſor à marito. argu. l. quod dictum. de pact. Atqui nihil refert vtra via marito beneficium iuris adimatur. Imo vero plurimum refert, quod in altera maior ſit turpitudo, atque indignitas. Et extant quædam exempla non adeo huic diſſimilia, in quibus beneficio iuris ceſſante, ſolidum à marito exigitur. l. Neſennius. de re iud. l. diuortio. de neg. geſt.

Eleganter quærit Pompo. lib. XV. ex Sabino, ſi paciſcatur maritus, ne in id, quod facere poſſit, condemnetur, ſed in ſolidum: an hoc pactum ſeruandum ſit? Et negat ſeruari oportere: quod quidem & mihi verum videtur. Namque contra bonos mores id pactum eſſe, melius eſt dicere: quippe cum contra receptam reuerentiam, quæ maritis exhibenda eſt, id eſſe appareat.

Pactum, quo conuenit inter coniuges, vt maritus in ſolidum condemnetur, ſeruandum non eſt, quia contra bonos mores eſt, & contra receptam reuerentiam, quam maritis vxores exhibere debent. Quod ita accipiendum eſt, vt marito, ſi id ſeruare nolit, pactum non noceat. Nam alioqui maritus ſponte ſoluere poteſt. l. quod nomine. ſupra de condi. indeb. præiudicatque ſibi, ſi conſenſu ſuo damnatus à iudice, & ſolidum ab eo exactum ſit. l. ſi conuenerit. de re iud. Nulla enim contumelia in volentem, ac conſentientem infertur. Ac mulier tunc demum contra reuerentiam marito debitam facere videtur, cum ab inuito, & repugnante exigit, qui fortaſſis à pacto conuento recedere vult. l. quamuis. de in ius voc. Exiſtimant nonnulli, pactum hoc valere, ſi ſoluto iam matrimonio fiat. arg. l. diuortio. ſup. de negot. geſt. Sed nullam ſatis firmam, idoneamque rationem video, cur à verbis Vlpiani, quæ generalia ſunt, hic recedatur. Quid enim refert, an pactum ſoluto iam matrimonio fiat, an eo adhuc conſtante, ſed in tempus ſoluti matrimonij conferatur? argu. l. in tempus. de hæred. inſtit. Quocunque enim tempore pactum huiuſmodi factum fuerit, nullas vires ante, quam matrimonium ſoluatur, habere poteſt. Nec verum eſt vſquequaque in contractibus ſoluto matrimonio initis, nullam reuerentiæ erga maritum rationem haberi, ſed ſolidam ab eo dotem exigendam eſſe, vt ex iam dictis ſatis perſpicuum eſt. l. quod ſi maritus. ſupra, de conſti. pecu.

Contra bonos mores. Idem dicendum in omnibus aliis pactis, quæcunque contra bonos mores interpoſita fuerint. l. pacta, quæ contra. Cod. de pact. Quod adeo verum eſt, vt ne iureiurando quidem confirmari poſſint. l. non dubium. C. de legi. c. non eſt obligatorium. de regul. iur. in 6. De quibuſdam pactionibus hic quæri ſolet, an contrariæ ſint bonis moribus necne, veluti, Si conuenerit vt creditor debitorem propria authoritate prehendere poſſit, vt debitor in vincula coniiciatur donec ſoluerit, vtque bonis cedere non poſſit. Et variæ leges adducuntur, quæ non multum ad rem pertinent. Nam ſi de huiuſmodi rebus latæ leges eſſent, fruſtra quæreretur, an bonis moribus contrariæ eſſent huiuſmodi conuentiones: quia certum eſt, pacta contra leges facta nullius momenti eſſe ex edicto Prætoris. l. iuris gentium. §. prætor. de pact. Nam boni mores vel de iure naturali, & gentium intelliguntur. l. quidam. infra de donatio. vel de conſuetudine, & inſtitutis cuiuſque ciuitatis, quæ ſcripta non ſunt. l. item apud. infra, de iniur. Proinde nihilo maioris erit ponderis, quod ex lege aliqua argumentum ducetur, quam Philoſophi dictum, qui de moribus præclare ſcripſerit, aut teſtimonium alicuius de ciuitatis inſtituto & recepta conſuetudine. Cum igitur in prima quæſtione videam, pactionem Iuri gentium repugnare, quo Magiſtratus ad coercendos improbos & contumaces conſtituti ſunt: ne ſi vnuſquiſq; ius ſibi dicat, pernicioſi Reipub. motus ex ea re, & ſeditiones oriantur: non dubito quin ea pactio, vt contraria bonis moribus, merito improbetur. l. non eſt ſingulis. de regu. iuris. In ſecunda quæſtione aliter reſpondeo, quod nec à gentium Iure abhorreat debitoris incarceratio, & conſuetudine vulgo recepta ſit. cap. ex reſcripto. de iureiur. Nam quæ leges in eam rem citantur, eas alium ſenſum habere alibi oſtendimus. l. ob æs alienum. C. de act. & oblig. Tertia quæſtio ex ſecunda pendet: quia ſi bonorum ceſſio non admittatur, quo minus in carcerem debitor coniiciatur, nihil prohibet. l. 1. C. qui bon. cedere poſſunt.

XV. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

Rei iudicatæ tempus ſpectatur, quatenus maritus facere poteſt.

Tempus rei iudicatæ ideo hic ſpectandum videtur, quia ad agendum, inſtituendamque actionem, nihil refert, facere poſſit maritus, necne, ſed ad minuendam exactionem moderandamque executionem ſententiæ. l. verum. §. tempus. ſupr. pro ſoc. Cum autem negotia pupilli abſque tutoris auctoritate geſta ſunt, quoniam ita demum competit negotiorum geſtorum actio, ſi locupletior factus fuerit, merito litis conteſtatæ tempus inſpicitur. l. litis. de negot. geſt. l. in pupillo. de excep. l. in pupillo, de ſolut. l. quod autem. de dona. inter vir. Sed & ſi poſt ſententiam fuerit factus locupletior maritus, adhuc ſolidum ab eo recte exigi poterit: quia hoc beneficio Iuris in perpetuum non liberatur: ſed ſuſtinetur exactio tantiſper, dum ſoluendo effectus fuerit. l. nec maritus. C. ſolut. matr. §. cum autem. C. de rei vxor. actio.

Hæredi mariti, licet in ſolidum condemnetur, compenſationes tamen, quæ ad pecuniariam cauſam reſpiciunt, proderunt, vt hoc minus ſit obligatus: veluti ob res donatas, & amotas, & impenſas: morum vero coercitionem non habet.

Quod dicitur, hæredem mariti in ſolidum condemnari, ſic accipiendum eſt, vt facultatum eius ratio non habeatur (vt iam diximus) non vt compenſationes ad minuendam condemnationem ipſi non proſint. Poteſt enim compenſationem ob res donatas, & amotas, & ob impenſas opponere. l. fructus. §. ob donationes. Sed hæ compenſationes ſublatæ ſunt conſtitutione Iuſtiniani de rei vxor. actio. §. taceat. quod fauor dotis poſtulet, vt primo quoque tempore dos reddatur, deinde maritus, ſi velit, competentibus ſibi actionibus experiatur, idque à nobis ſupra annotatum fuit. d. l. fructus. §. ob donationes. Quod ad impenſas tamen neceſſarias attinet, Iuri antiquo non videtur derogaſſe Iuſtinianus, ſi verba eius recte expendantur. d. §. taceat: quia cum impenſæ neceſſariæ minuant dotem ipſo iure, dotem retinere non videtur, qui tantum retinet, quantum impendit.

Morum vero coercitionem non habet. Pauli tempore licebat marito dotem retinere ob mores vxoris. l. viro. infra. Et ſcribit Vlpianus in fragmentis Inſtitutionum, tit. de dotibus. *Morum grauiorum nomine ſextas retineri, leuiorum vero octauam:* docetque idem quemadmodum etiam mariti mores punirentur. Huc pertinet locus Plinij lib. 14. cap. 13. cuius verba hæc ſunt: Cn. Domitius iudex pronuntiauit, mulierem videri plus vini bibiſſe, quam valetudinis cauſa, viro inſciente, ac dote mulctauit. Sed hoc iudicium de moribus, retentioque ſublata eſt, & antiquata Principalibus conſtitutionibus. l. vltim. C. de repud. §. taceat. C. de rei vxo. actio. Tametſi autem alter alterius mores incuſare poſſit, tamen hæredibus eorum id non permittitur contra regulam vulgarem, qua dicitur, *Eodem iure vti hæredem, quo defunctus vti debuit.* l. hæredem. de regulis iuris. Hinc Conſtantinus in Cod. Theodoſiano, lib. 3. tit. 12. *De moribus actio* (inquit) *vltra perſonam extendi non poteſt, nec in hæredem habetur, nec tribuetur hæredi. Odioſa enim hæc iudicia ſunt, quæ ad vindictam quandam comparata videntur, ideoq; ad hæredem non tranſeunt.* Quod animaduertere licet in actione iniuriarum, & in pleriſque aliis ſimilibus. l. 1. de priuat. deli. l. 1. & vltima. C. de reuo. don. l. 1. §. vltimo, de Senatuſconſ. Silan. l. omnimodo. Cod. de inoffi. teſta. Qui enim conqueſtus non eſt in vita ſua, is remiſiſſe iniuriam, ac condonaſſe intelligitur. Eſtque iuris præſumptio, aut fictio potius, contra quam probatio non admittitur. Itaque ſi ponamus marito, dum ſuperſtes erat, mores vxoris cognitos non fuiſſe, non ideo hæredi mulierem incuſandi facultas dabitur: quod veriſimile ſit maritum, ſi ſciuiſſet, diſſimulaturum non fuiſſe, quamuis ita vulgo traditum ſit, & plerunque, vbi vtilitas, & æquitas id flagitat, defunctorum voluntatem ita interpretemur. l. vtilitatem. infra de confir. tut. Nec me mouet quod dicitur, *Neminem præſumi ius repudiare quod ſibi competere ignorat.* l. mater. ſupra, de inoffic. teſta. Non enim ratio legis eſt, præſumpta tantum defuncti voluntas, ſed odium iſtius iudicii, propter quod perinde habetur maritus, qui conqueſtus non eſt, ac ſi omnino vxori ignouiſſet. Nec puto quenquam adeo auerſum à vero eſſe, vt actionem iniuriarum hæredi competere affirmet, ſi defunctum eam iniuriam non remiſiſſe appareat. Cui actioni hoc iudicium comparari poſſe iam admonuimus.

Socero quoque, cum quo nurus de dote agit, idem honor habetur: vt in id damnetur, quod facere poteſt.

XVI. POMPONIVS LIB. XVI. AD SABINVM.

Quia parentis locum ſocer obtinet.

Eandem reuerentiam debet vxor ſocero ſuo, quam marito, eique velut filiæ loco eſt, quamuis in neutrius ſit poteſtate, ſed patris potius, ſi quem habeat, nec dum emancipata ſit, vt ante docuimus ſub titulo de ritu nuptiarum. Nec id mirum videri debet, cum nec in matris poteſtate ſit, cuius vere filia eſt, §. fœminæ. Inſtit. de adopt. cuique non minorem debet reuerentiam, quam patri. l. honori, infra, de obſeq.

XVII. PAVLVS LIB. VII. AD SABINVM.

Ex diuerſo, ſi ſocer ex promiſſione à marito conueniatur, ſolet quæri, An idem honor ei habendus ſit? Neratius libris membranarum, & Proculus ſcribunt, hoc iuſtum eſſe.

De ſocero vxoris iam dictum eſt: nunc quæritur de ſocero mariti, id eſt, patre vxoris, ſi ex promiſſione dotis conueniatur. Et Paulus Neratij ſententiam refert, exiſtimantis iuſtum eſſe, *Vt idem honos ei habeatur, &c.* Idem tamen Paulus lib. 6. ad Plautium, alio iure nos vti teſtatur, ex eiuſdem Neratij ſententia. l. ſicut. infra de re iudi. Sed hæc nos conturbare non debent, quæ pugnantia, aut contraria non eſſe, ſatis perſpicuum eſt ex iis, quæ de antinomiis alio in loco ſcripſimus. l. Papinianus, ſupra de don. inter vir. l. fructus. §. ſi fundi. ſupra, hoc tit. Nam hiſtorica hic quædam narratio eſt, quæ ita accipi debet, ac ſi vno & eodem in loco deſcripta eſſet. Ac difficultas ex eo oritur, quod male conſuti ſunt hi centones à Triboniano, nec vllus ordo, aut diſpoſitio in eis conſarcinandis adhibita eſt. Itaque accidit ſæpenumero vt ſola diſpoſitio, & collatio rebus alias obſcuriſſimis magnam lucem adferat: tametſi nihil, ne minimum quidem ex verbis ipſis immutemus. Coniungamus igitur hæc duo capita, vt quaſi ex duobus vnum fiat, hoc modo, *Neratius, & Proculus ſcribunt, hoc iuſtum eſſe, ſed alio iure vtimur, vt Neratius ſcribit.* Quæſo, quæ difficultas lectorem hic remorari poteſt? Equidem fateor, ſi quis hoc caput ſolum legerit, ita intellecturum eſſe dictum Pauli, quaſi ſocer beneficio Iuris non vtatur. *Sed inciuile eſt, niſi tota lege perſpecta, aliquid iudicare, vel reſpondere.* l. inciuile. ſupra de leg. Totum enim hoc iuris ciuilis corpus, quaſi magna quædam lex habenda eſt, cuius plurima ſint capita, ſed confuſe & abſque ordine vllo in vnum locum coaceruata, quæ diſpoſitionem, ordinem, & methodum deſiderent, nec aliter ſatis commode explicari poſſint. Porro locum Pauli iam citatum ex lib. 6. ad Plautium, ſequitur dictum Pomponij, quo additur exceptio. Quod enim dixerat Paulus, *Hoc iure nos vti, vt ſocer mariti in ſolidum condemnetur,* ſic interpretatur Pomponius, *Si dos ex promiſſione petatur ſoluto matrimonio, quo tempore ceſſat affinitas.* Itaque dictum Pauli à Pomponio velut exceptione quadam corrigitur. Nec cuiquam hoc durum videtur, propterea quod continenter exceptio illa & correctio adſcripta eſt. Quod ſi alium forte in locum coniecta fuiſſet illa Pomponij ſententia, crederetur Pomponius Paulo contrarius eſſe. Tantum momenti eſt in ordine, & collocatione rerum, quæ iure ciuili continentur. At rurſus huic Pomponij dicto alius Pauli locus aduerſari videtur, in quo dicitur, *Si dirempto matrimonio petatur dos, ex cauſa, & perſona tribuendum eſſe ſocero, vt quatenus facere poteſt condemnetur.* l. pen. ſupra de iure dot. Sed cum alter plus, alter minus ſcribat, pugnantia ſcripſiſſe dici profecto non debent. Coniungendus eſt igitur vterque locus, vt quod vni deeſt, ex altero ſuppleatur, in hunc modum, *Sed hoc ita accipiendum eſt, ſi à ſocero dos ex promiſſione petatur ſoluto matrimonio. Nam ſi dirempto matrimonio petitur, ex cauſa & perſona id tribuendum, &c.*

Item ſi mulier ex promiſſione conueniatur, magis placuit, defendendam eam per exceptionem. idem & Proculus ait. Sicuti enim cum ſocia fuerit, ſic dabitur ei exceptio, quamuis iure ciuili ſit obligata. Si in iudicio dotis iudex ignorantia iuris lapſus, condemnauerit maritum in ſolidum: Neratius & Sabinus doli exceptione vti oportere aiunt, eaque tutum fore.

Et ſi maritus vxori nullam reuerentiam debeat, tamen à marito conuenta, hoc beneficio vtitur, cum inter ſocios locum habeat, eaque mariti ſocia recte dicatur, vt ante oſtendimus ſub titulo de ritu nuptiarum. Sed quæritur an paciſci poſſit cum marito, vt in ſolidum condemnetur? Eademque quæſtio tractari poteſt de aliis omnibus perſonis, quibus hoc beneficium lex tribuit. l. ſunt qui. infra, de re iudi. Et exiſtimo, rationem perſonarum habendam eſſe, & inſpiciendum, an pactio bonis moribus contraria ſit necne. Vnde maritus, parens, patronus inutiliter paciſcuntur, vt quatenus facere poſ-

ſunt,

ſunt, condemnentur, propterea quod iure gentium, & receptis moribus, his perſonis honos & reuerentia debetur. l. alia. §. eleganter. ſupra. Sed nec militis pactum vtile eſſe videtur, cum publice interſit, fortunis omnibus ſuis non exui: & ius publicum pactionibus priuatorum mutari nequeat. l. ius publicũ. ſupra de pact. Quo minus autem ſocius vtiliter de ea re paciſcatur, non video. Eademque eſt ratio aliarum huiuſmodi perſonarum.

Si in iudicio. Iudicis officium eſt in hac dotis actione, vt non ſimpliciter condemnet maritum ad ſoluendum quod petitum eſt, ſed quatenus facultates eius patientur: id quod in executione rei iudicatæ perſpici poterit. Sic enim iudex in actione noxali, ita condemnat reum, vt noxæ dedendi facultatem ei non adimat, ſed excipiat potius, ac reſeruet. §. 1. Inſti. de offi. iudi. l. miles. infra de re iudic. Intelligit nanque iudex hanc noxæ dedendi facultatem domino competere, lata iam ſententia, donec iudicati conueniatur. l. item veniunt. §. idem recte. ſupra, de pet. hære. Itaque exiſtimo, etſi maritus in iudicio non allegauerit iudici inopiam ſuam, nihilominus iudicem cum hac exceptione ſententiam pronuntiare debere: quia licet marito poſt condemnationem hoc allegare. l. Neſennius. §. vlt. infra, de re iudic. Quod generaliter locum habet in omnibus exceptionibus, ac defenſionibus, quæ ſententiam non impugnant: ſed ad moderandam executionem ſententiæ, & exactionem obiiciuntur. l. ſi fideiuſſores. infra de fide. Expedit autem marito plerunque, paupertatem ſuam tegere interim, & diſſimulare, dum intellexerit, quantum in condemnationem deductum fuerit, & an commode id exoluere poſſit. Nec me latet, iudicem ſupplere non ſemper debere, quod à litigatoribus petitum non eſt. no. C. vt quæ deſunt aduoc. l. 4. §. hoc autem. infra de damno infect. Patrocinari enim hoc eſſet, non iudicare, vt Phauorinus apud Gellium ait. Sed hoc de iis accipi non debet, quæ poſt ſententiam opponi poſſunt. d. l. miles. cuiuſmodi eſt hæc exceptio, licet Doctores recentiores diſſentiant. Zaſ. in reſpon. ſingu. Ex his ſatis perſpicuum eſt, iudicem ignorantia iuris labi, ſi maritum ſimpliciter condemnet ad ſoluendum quod petitur, non ſub exceptione, ſi facere poſſit, aut quatenus facere poſſit. Non ideo tamen maritus hoc beneficium amittit, ſed impetrat exceptionem doli, qua ſummouet agentem, ſi facere non poſſit. Cum enim hæc exceptio in dotis iudicium deducta nondum ſit, nulla ratio eam opponi vetat. Proinde dicendum eſt, ſi maritus in iudicio dotis eam exceptionem oppoſuerit, nec eius exceptionis ratione habita iudex eum condemnauerit in ſolidum, de ea amplius quæri non poſſe, quaſi iudex ex iuſta cauſa id fecerit. Eadem etenim quæſtio bis in iudicium deduci, & reuocari non poteſt. l. duobus. infra, de excep. rei iudic. l. quod in diem. §. ſi rationem. de compenſ. l. ſin autem. §. vltimo. de negot. geſtis. Nec vlla eſt inter maritum, & ſocium, aliaſue huiuſmodi perſonas, quod ad hanc rem attinet, differentia. dict. l. Neſennius. Rationes & argumenta eorum, qui contra ſentiunt, partim friuola, nugatoriaque ſunt, partim his, quæ iam diximus, ſatis refelluntur.

Ignorantia iuris. Iuris error in hac pronuntiatione expreſſus non fuit: alioqui ſententia eſſet nulla. l. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſ. & exceptio quæcunque marito ſalua maneret, l. 4. §. condemnatum, de re iudic. Fuit enim hic mos veterum Romanorum in ferendis ſententiis, vt cum quæſtio iuris erat, non facti, aut (vt Rhetores loquuntur) conſtitutio cauſæ iuridicialis erat, non coniecturalis, de iure pronuntiarent, ac veluti ius quoddam ſententia ſua conſtituerent, vt copioſe oſtendimus lib. 1. Diſputatio. Qua in re ſi erratum à iudice eſſet, ſententia ipſo iure nulla erat, adeo vt prouocatione ad eam infirmandam opus non eſſet. l. ſi expreſſum. de appellat.

Doli exceptione. Hæc exceptio doli cum qualibet alia in factum exceptione concurrit. l. 2. §. & generaliter. infra, de excep. dot. Eſt autem hæc exceptio non perpetua, & peremptoria, ſed temporalis potius, & dilatoria, quia perpetuo agenti non obſtat, ſed donec reus locupletior euaſerit. §. cum autem C. de rei vxor. actio. Itaque mirum videri non debet, ſi hac exceptione, quamuis fauorabili, rurſus ſolutum non repetat. l. quod nomine. l. qui exceptionem. ſupr. de condit. inſtit. l. ſi fideiuſſor. §. quædam. ſupra mand. Sed qui fit vt hæc exceptio opponatur poſt rem iudicatam cum ne peremptoria quidem opponi poſſit? l. exceptionem. C. de probat. l. peremptorias. C. ſenten. reſcin. non poſſe. Reſpondeo, idcirco id fieri, quia hæc exceptio (vt iam diximus) non contra rem iudicatam opponitur à reo, quaſi ad rem, quæ debita non eſſet, exoluendam, inique & iniuſte condemnatus ſit, ſed vt executor rei iudicatæ propter beneficium iuris damnato competens, exactionem moderetur.

XVIII. POMPONIVS LIB. XVI. AD SABINVM.

ETIAM filios mulieris, qui patri hæredes extiterunt, in id quod facere poſſunt, condemnandos Labeo ait.

Pomponius ab eo, quod ante dictum fuerat de hæredibus, l. maritum. filios excipit ex eo matrimonio, de quo agitur, ſuſceptos, & procreatos. Quod cum diſerte expreſſum ſit ab eodem, mirum ſane eſt, quoſdam adhuc quærere, ac dubitare an de filiis alterius matrimonii id quoq; accipiendum ſit. Probabilius forte de nepotibus dubitari poteſt. Sed profecto modus in his priuilegiis, quæ non ſine alieno incommodo conceduntur, extendendis ac producendis, ſeruandus eſt. Itaque à verborum propria ſignificatione non temere hic recedendum eſſe arbitror, cum præſertim exemplum habeamus, quod ſequi poſſumus in hac interpretatione. Apud Modeſtinum id extat, cum de priuilegio veteranis conceſſo loquitur, vt à tutela excuſentur, niſi aliorum veteranorum filiis tutores dati ſint. l. ſed & milites. ſupra, de excuſ. tut.

Licet in dotalibus rebus non ſolum dolũ, ſed & culpam maritus præſtet: cum tamen quæritur in iudicio de dote, an facere poſſit, dolus duntaxat comprehenditur: quia in rerũ ipſius adminiſtratione nõ erat culpa ab eo exigenda. Quanquam eum duntaxat dolum ei nocere putem (ſi facere non poſſit) quem propter vxorem adhibuit, ne ei ſolidum ſolueret, non propter quemlibet alium. Ofilius tamen aiebat, ſi dolo mariti res dotales interiiſſent, & alioquin ſoluendo non eſſet: quamuis nihil dolo feciſſet, quo minus ſoluendo eſſet, perinde tamen eum damnandum eius rei dotalis nomine, in qua dolum feciſſet, atque ſi dolo eius factum eſſet, quo minus facere poſſit. Cæterum ſi circa interitum rei dotalis dolus malus, & culpa mariti abſit, actiones ſolum, quas eo nomine quaſi maritus haberet, præſtandas mulieri, veluti furti, vel damni iniuriæ.

Beneficium iuris de quo hic loquimur, ita competit marito, vt condemnetur quatenus facere poteſt, niſi dolo malo ſuam diminuerit ſubſtantiam. §. cum autem. Cod. de rei vxo. act. Quamuis ergo culpa negligentiaque ſua defierit ſoluendo eſſe, non continuo beneficium amittet, tametſi cum ſoluendo eſt, nec quæritur quatenus facere poſſit, non modo dolum, ſed etiam culpam in rebus dotalibus præſtet.

Dolus duntaxat comprehenditur. Qui dolo malo fecit ne facere poſſet, indignus eſt beneficio Iuris, & in ſolidum condemnatur. Quod generaliter locum habet in iis omnibus perſonis, quibus hoc beneficium tribuitur. l. verum. §. tempus. ſupra pro ſoc. Sed & propter falſam calumnioſamque inficiationem in hoc iudicio maritũ beneficio Iuris priuari vulgo dicitur. ar. l. ſed hoc ita. infra de re iud. Verum id opportunius alibi diſcutietur. De iis, qui in ſolidum conueniuntur, ſi quid dolo admiſerint, an beneficium ceſſionis bonorum amittant, non immerito quæritur. Et ſane iuſtum eſt, eos propter dolum ſuum hoc beneficio carere, vt iudicati in carcerem detrudantur. l. 1. C. qui bon. cede. poſ. vt puta, ſi dolo malo bona ſua diſperdiderit debitor, ne vſquam inueniri à creditoribus poſſent. argu. l. vlti. §. vlt. ff. de his quæ in fraud. credit. Item ſi mentiens ſe locupletem, decipiendi alterius gratia, pecuniam acceperit, aut negotium contraxerit. l. pen. ſupra de iure dot.

Culpa ab eo exigenda. Culpa in rerum propriarum adminiſtratione præſtari fere non ſolet: quia *licet vnicuique re ſua arbitrio ſuo vti.* l. in re mandata. C. mand. Sæuitia tamen in ſer-

uos nimia culpatur & reprehenditur. l. ſi conſtante. §. ſi maritus. infra. l. 1. ſupra de iis qui ſunt ſui vel alieni iur. idque ſuadet humanitatis ratio, quod homines ſint. l. ſeruus ea lege. ſupra de ſeruis expor. & *Corpora eorum & noſtra, materia conſtent eadem, partibuſq; elementis*, vt Satyric. ait. Præterea in re empta, quæ redhibetur, emptor culpam præſtat iudicio redhibitorio. l. ædiles etiam. §. Pædius. ſupra de ædil. edict. Sed hos caſus nũc perſequi, nimis à propoſito noſtro alienum eſt.

Quemlibet alium. Maritus non ſimpliciter ob dolum admiſſum in rebus propriis beneficium hoc amittit, ſed ſi fraudandæ mulieris conſilium habuerit, ne ſcilicet ei ſolidum exolueret. Quid enim ſi bona ſua perdidit, atque conſumpſit, in cuiuſpiam alterius creditoris fraudem? Quid ſi certis rebus conſumptis, reliqua bona ad ſolutionem dotis ſuffectura exiſtimabat? Nec me mouet, quod alibi ſcriptum eſt, de eo, cui in fraudem creditorum debitor bona ſua vendidit, nempe eum teneri Pauliana actione creditori, quem fraudatum iri à debitore neſciuit, modo alium quemuis ex creditoribus debitorem fraudare voluiſſe intellexerit. l. ait prætor. §. illud. infra de his quæ in frau. credit. Nam ibi requiritur dolus malus debitoris in creditorem ipſum, qui Pauliana experitur, non in quemuis alium admiſſus, quemadmodum & hic dicitur, quamuis participatio fraudis ex parte emptoris, & poſſeſſoris bonorum, contra quem agitur, aduerſus quemlibet ex creditoribus ſufficiat. Si cui igitur libeat argumentum à ſimilitudine ducere, ad impugnandam Pomponij noſtri ſententiam, vt ſophiſtæ hic faciunt, debitor qui bona ſua alienat, ſimilior marito, quam eorum bonorum emptor, iudicandus eſt. Hic autem locus ſatis oſtendit (niſi fallor) maritum ob latam culpam in rebus ſuis adminiſtrantibus beneficium non amittere: tunc enim lata culpa dolo comparatur, cum lex ſimpliciter dolum requirit. l. quod Nerua, ſupra depo. l. 1. ſupra ſi men. fal. mod. dixe. Sed hic requiritur conſilium fraudandæ certæ perſonæ, quod detegi non poſſe videtur, quin dolus malus appareat.

Offilius autem. Si res dotales dolo malo mariti perierint, licet non eo animo vt facere non poſſet, mulierique noceret, beneficio nihilominus priuabitur. Et hoc inter res mariti proprias, atque dotales intereſt. Proinde latam culpam recte pro dolo hic accipiemus.

Cæterum. Supra dictum fuit, maritum in rebus dotalibus culpam præſtare. Quod quemadmodum accipiendum ſit, alibi diximus. l. ſi Nerua. ſupra. Hic autem Pompo. ait, quamuis non niſi ob culpam ſuam teneatur maritus, tamen ſi quas actiones eo nomine habeat, eas mulieri præſtandas eſſe, cum talis præſtatio, nullum ei incommodum afferat. l. quod debetur. ſupra de pec. l. in creditore. ſupra de euict.

XIX. VLPIANVS LIB. XXXVI.

AD SABINVM.

SI mulier diuerterit, & iudicio de dote conteſtato, reuerſa fuerit in matrimonium, reintegrato matrimonio expirat iudicium, & omnia manent in ſtatu priſtino.

Quæ poſt diuortium iterum nubit, marito dotem renouare intelligitur, quamuis id expreſſum non fuerit. l. dotem. l. diuus Seuerus. ſupra de iure dot. Proinde eam exigere non poterit à marito, tametſi ante poſterius matrimonium per iudicem petierit, litemque conteſtata ſit. Nam perempto iure agentis pendente iudicio, expirat iudicium. l. vlt. infra rer. amo. l. ſin autem. §. 1. ſupra de rei vin. l. tigni. ſupra ad exhib. l. ſi ſeruus furtiuus. ſupra, de cond. fur. Notandum tamen eſt, ſi filia, quæ in patris poteſtate eſt, ad maritum redeat, abſque conſenſu patris, dotem à patre nihilominus exigi poſſe. l. ſi vt proponis. C. de nupt. Sed & ſi extraneus dotem dederit, poſtea in matrimonium reuerſa muliere, dos minime repetita intelligitur. l. in inſulam. §. vlt. infra l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. Sed videndum eſt ne iurgium potius, quam diuortium interuenerit, & mulier ad virum breui reuerſa fuerit. Quo caſu nec pater, nec extraneus dotem recte petent, quod nondum ſolutum ſit matrimonium. l. plerique. de ritu nupt. l. 3. de diuort.

XX. PAVLVS LIB. VII.

AD SABINVM.

QVamuis mulier non in hoc accipiat conſtante matrimonio dotem, vt æs alienum ſoluat, aut prædia idonea emat, tamen vt liberis ex alio viro egentibus, aut fratribus, aut parentibus cõſulat, vel vt eos ex hoſtibus redimat (quia iuſta & honeſta cauſa eſt) non videtur male accipere: & ideo recte ei ſoluitur, idque & in filiafamilias obſeruatur.

Scripſerat forte Sabinus recte ſolui dotem vxori conſtante matrimonio, vt æs alienum ſoluat, aut prædia idonea emat. Sed adiicit Paulus, ex aliis ſimilibus cauſis ſolui quoque poſſe, veluti vt liberis, aut fratribus, aut parentibus conſulat. Sed & alia exempla apud eundem referuntur libro ſecundo Sententiarum. l. mutus. §. manente. ſupr. de iure dot. Extra has cauſas igitur maritus conſtante matrimonio reddens dotem vxori, non liberatur, & quaſi rem lege prohibente donatam repetit, vt Theodoſius conſtituit. C. ſi dos conſtan. matri. ſol. Videtur autem ad plenam liberationem mariti ſufficere, datam eſſe dotem vxori, vt in eas res de quibus diximus, impendat. l. ſi cum dotem. §. 1. infra. Sed dotem præterea in id conſumptam conſtare oportet, vt Scæuola reſpondit, eiuſque rei probatio incumbit marito. l. vlt. ſupra de iure dot.

Iuſta & honeſta cauſa. Generaliter ergo dicendum eſt, quoties honeſta aliqua ratio ſuadet, dotem impendendam eſſe à muliere, recte maritum ei ſoluere. Hæc enim exempla rei demonſtrandæ gratia hic adducuntur, non vt in aliis caſibus, in quibus eadem videbitur ratio, ſolui dos non poſſit.

Idque & in filiafamilias. Tametſi alias non recte ſoluatur dos filiæ familias ſine patre, vt ante diximus. l. 3. tamen ex his cauſis ſoluens liberatur. Hæc autem verba, ſi ad præcedentia referantur, de ære alieno, oſtendere videntur filiam cogi, æs alienum patris exoluere, contra rationem iuris. tit. C. ne filius pro pat. l. ſi quis à liberis. §. parens. de liber. agnoſ. In qua difficultate hæſitatum eſt à quibuſdam. Verum hic non ſpectamus quid mulier facere cogatur legibus & iure ciuili: ſed an pia, honeſtaque cauſa ſit erogationis, propter quam maritus excuſari debeat, quod nondum finito matrimonio dotem reddiderit.

XXI. VLPIANVS LIB. III.

DISPVTATIONVM.

SED & ſi ideo maritus ex dote expendit, vt à latronibus redimeret neceſſarias mulieri perſonas, vel vt mulier vinculis aliquem de neceſſariis ſuis vindicaret, reputatur ei id, quod expenſum eſt, ſiue pars dotis ſit, pro ea parte: ſiue tota dos ſit, actio dotis euaneſcit. Et multo magis idem dicendum eſt, ſi ſocer agat de dote, debere rationem haberi eius, quod in ipſum impenſum eſt: ſiue ipſe maritus hoc fecit: ſiue filiæ, vt faceret, dedit. Sed & ſi non pater experiretur, ſed poſt mortem eius filia ſola de dote ageret, idem erit dicendum. Cum enim doli exceptio inſit de dote actioni, vt cæteris bonæfidei iudiciis, poteſt dici (vt & Celſo videtur) ineſſe hunc ſumptum actioni de dote: maxime, ſi ex voluntate filiæ factus ſit.

Hic docet Vlpianus, Nihil referre, an maritus ipſe ob cauſas iam dictas dotem conſumat, an mulieri conſumpturæ eam reddat.

Ex vinculis vindicet. Pium honeſtumque eſt, captiuos liberare, id eſt, eos, qui ab hoſtibus, latronibuſue capti detinentur. l. ſi quis pro redemptione. C. de donat. l. ſancimus. C. de ſacroſanct. eccl. c. ſacrorum. 12. q. 2. Idemque videtur hic Vlpianus ſentire, de his, qui ob delictum in vincula cõiecti ſunt,

quos

quos miſericordia proſequi, licet nocentes, hominis eſt, præſertim Chriſtiani. c. non ſatis. 86. diſt. Nam etſi male meritus, publice debeat egeſtate laborare, vt Triphoninus ait; l. bona fides. ſupra depo. tamen id de pœna, quæ publice per Magiſtratum infligitur, accipi debet; id eſt, de publicatione bonorum. Vtcunque ſe res habeat, Vlpianus non quaſcunque perſonas, ſed neceſſitudine coniunctas tantum è vinculis liberari, vindicarique vult. Quamobrem aliorum nomine non ſatis tuto fortaſſis dos impenderetur.

Doli exceptio. Quo modo inſit exceptio doli bonæ fidei iudiciis, vulgus Doctorum non explicat. Ego ante multos annos id docui in commentario de in litem iurando. Deinde in commentario de pactis accuratius, & fuſius rem omnem tractaui, & morem ac ritum veterum iudiciorum apud Romanos, qui ante paucis cognitus erat, pateſeci, & illuſtraui, adeo vt iam vulgaria hæc, protritaque inter iuris ſtudioſos habeantur.

Maxime ſi voluntate. His verbis innuit Vlpianus, maritum poſſe in eas res, de quibus hic loquimur, dotem conſumere, quamuis mulieris voluntate id non fiat. Cum enim hoc iudicium bonæ fidei ſit, non auditur conquerens mulier, quod in tam honeſtum ac pium opus, dos à marito conſumpta ſit. arg. l. 1. §. 1. infra de tute. & ratio. diſtrah. Arbitror tamen, inuita & contradicente muliere, factum in eas res ſumptum, ipſi imputari à marito non debere. leg. vltim. C. de nego. geſt.

XXII. IDEM LIB. XXXIII. AD EDICTVM.

SI cum dotem daret pater, vel extraneus, pro muliere in vnum caſum pepigit, vel in diuortium, vel in mortem, dicendum eſt, in eum caſum, in quem non pepigit, eſſe mulieri actionem.

Cum dos pro muliere datur à patre vel extraneo, ita demum filiæ dos eſt ſoluto matrimonio, ſi is qui dat, eam ſibi reddi pactus, ſtipulatuſue non fuerit, vt ſuprà in caput ſecundum annotauimus. Vnde oriuntur quæſtiones de vi, & poteſtate pactorum, & ſtipulationum, quæ in dote conſtituenda interponuntur. Ac olim dubitatum fuit, an is, qui ſtipulatur ſoluto matrimonio dotem ſibi reddi, finito per mortem matrimonio dotem petere poſſit. Et pronuntiatum eſt à Tito imperatore, hoc verbum, *Soluto matrimonio, non modo diuortium, ſed etiam mortem continere.* l. cum quærebatur. de verb. ſignificat. Quid ergo? Si quis vnum caſum, puta mortis, ſtipulatus, pactuſue ſit? Vlpianus hic ait, altero caſu contingente, nempe diuortii, mulieri actionem competere: quia conuentio in vnum caſum concepta, ad alium non porrigitur. Quod & in vltimis voluntatibus locum aliquando habet l. commodiſſime. infra de liber. & poſthum. vt loco magis idoneo fuſius demonſtraturi ſumus. l. vltim. C. de poſthu. hæred. inſtit. Fit tamen interdum, vt eo caſu, qui omiſſus eſt, contingente, dos nihilominus ſtipulanti reddenda ſit, vtputa, ſi cum pater ſtipulatus eſſet ſub hac conditione, Si filia in matrimonio deceſſerit, & ea dolo malo, fraudandique patris gratia à marito diuerterit. l. filiæ. inf. l. ſi filia. ſupra de diuort. Sed & ſi alter ex coniugibus in caſum mortis alterius lucrum ſtipuletur, altero ingrediente monaſterium, & monaſticum inſtitutum profeſſo, ſtipulanti lucrum acquiritur, vt eſt à Iuſtiniano conſtitutum. l. vltim. C. de epiſ. & cler. Notandum autem eſt, has quæſtiones facti, & voluntatis eſſe, & in coniecturali ſtatu conſiſtere. Quare in primis ſpectandum eſt, quid veriſimiliter actum ſit. Nam contingere poteſt, vt ex voluntate contrahentium dos nec patri, nec filiæ reddatur, ſed apud maritum remaneat. Cuius rei exemplum eſt apud Papinianum, de quo ingens altercatio eſt in aliorum commentariis. Zaſ. lib. ſingul. reſponſ. *Inter patrem puellæ, & generum conuenit, vt in matrimonio ſine liberis, defuncta filia, dos patri reſtituatur.* quæritur, Si liberis ſupeſtitibus filia defuncta ſit, vtri dos acquiri debeat? Et Papinianus ait, *id actum inter contrahentes intelligi, vt dos retineatur.* l. inter ſocerum. §. cum inter. de pact. dot. Itaque nec patri reddetur, nec filiæ, ſed eam maritus retinebit. Voluntas enim patris, qui dotem dat, ex verbis colligitur, qui non ſimpliciter dotem ſibi reddi ſtipulatur, defuncta in matrimonio filia, ſed ſi in matrimonio ſine liberis deceſſerit. Quorſum enim mentionem hic facit liberorum, niſi vt oſtendat, ſe velle maritum dotem retinere, quo liberos facilius, & commodius alere poſſit? Nulla ſiquidem alia coniectura capi poteſt. Quamobrem mulieris hæredibus, propter præſumptam, aut euidentem potius paciſcentis voluntatem, dos non reddetur, ſed eam maritus retinebit. Nec locus ille Papiniani, huic aduerſatur, cum in ea quoq; hypotheſi, ſi ponas diuortio matrimonium diremptū eſſe, mulieris proculdubio futura ſit actio, vt hic dicitur. Quęſtio namq; apud Papinianum non eſt, de eo caſu, quem penitus omiſit ſtipulator, puta diuortii, ſed de eo potius, quem expreſſit, id eſt, mortis. Eſt enim ille caſus ita expreſſus, vt ex pactione dos & ad patrem reuerti, & apud maritum remanere poſſit. Ad patrem, inquam, ſi ſine liberis defuncta fuerit filia. idque ex conuentione expreſſa. Liberis vero ſuperſtitibus marito, pro eorum educatione acquiratur ex conuentione tacita. Et ſane de eo tantum caſu, qui omiſſus eſt à ſtipulatore, hic loquitur Vlpianus. De caſu enim expreſſo nulla videbatur eſſe dubitatio, vt certe nulla eſt, ſi is caſus ſimpliciter expreſſus ſit. Sed quia in ſpecie Papiniani liberorum mentio facta fuerat, inde orta eſt quæſtio voluntatis, vt iā diximus.

Pepigit. Hoc verbum cum ad patrem refertur, neceſſe eſt vt non de nudo, ſimplicique pacto id accipiamus, ſed de eo potius cui ſtipulatio acceſſit: quia pater nudo pacto dotis actionem in ſe transferre non poteſt, licet extraneus id poſſit. l. auia. C. de iure dot. Verum id poſtea clarius explicabitur. l. quoties.

Mulieri eſſe actionem. Si nulla à patre ſtipulatio interpoſita eſſet, mulieri non competeret actio, ſed communis eſſet patris & filiæ, eamque actionem pater inſtitueret, non filia, vt ante diximus. leg. 2. §. quod ſi in patris. Proinde non videtur rationi congruum eſſe, vt eo caſu contingente, qui paciſcendo expreſſus non fuit, ea communio tollatur. Sed quia pater ſtipulatur in vnum caſum, ſic interpretamur eius voluntatem, quaſi deficiente conditione, quam adiecit ſtipulationi, omne ius ſuum remittere videatur. Quam præſumptionem & fauor mulieris, & patris affectio veriſimilis adiuuant. arg. l. Caius. infra.

Si poſt ſolutum matrimonium filiafamilias citra patris voluntatem exactam communem dotem conſumat: patri, & viua ea, & mortua, actio ſupereſt, vt dos ipſi ſoluatur, quod ita verum eſt, ſi perdituræ ſoluatur. Cæterum ſi non perdituræ, & ex iuſtis cauſis ſoluta ſit, non ſupererit actio, ſed mortuo patre, nec etiam hæredes agent, nec mulier.

Viuo patre dos profectitia non recte ſoluitur filiæ, ſoluto matrimonio. Itaque ea ſolutione actio competens patri non tollitur conſumpta dote, niſi iuſta fuerit cauſa ſoluendi. leg. quamuis. ſupra eod. leg. mutus. §. manente. ſupra de iure dot. Quod ſi dos ad patrem peruenerit, liberatur omnino maritus, quamuis patri non ſoluerit. l. non ſolum. ſupra eo.

Si non perdituræ, & ex iuſtis cauſis. Admonuimus ſupra, ad mariti liberationem nō ſufficere, ſi pecuniam dederit mulieri, vt prædia idonea emat, ſed prædia empta eſſe oportere, vt ex reſponſo Scæuolæ colligitur. l. vltim. ſupra de iure dot. Quod mihi videtur difficultatem non habere, ſi manente adhuc matrimonio dos reddatur vxori. l. quamuis. ſupra. quod marito ſubiecta ſit, & rerum eius curam, adminiſtrationemque habeat maritus. Soluto autem matrimonio non idem fortaſſis dicendum erit. Sed maritum mulieri non perdituręex cauſis iuſtis ac legitimis dotem dediſſe ſufficiet, cum nullam diffidendi mulieri cauſam haberet. l. eum qui. §. vltim. & l. ſeq. l. argentum. ſupra commod. l. ſi à bonę fidei. ſupra de rei vindic.

Sed mortuo. Quamuis non liberetur maritus, qui dotem dedit mulieri conſumpturæ, vt iam diximus, tamen ſi pater poſtea deceſſerit, dotem quæ iam forte conſumpta eſt, nec petēt hęredes patris: quia omne ius eſt acquiſitū mulieri. §. videamus. C. de rei vxo. actio. nec ipſa mulier, cui ſoluta eſt: quia bis idem exigi æquum non eſt. l. bona fides. de reg. iur. l. 2. ſupra eo. Non enim recte pupillo comparatur mulier, qui rem ſibi ſolutam abſque tutoris auctoritate iterum petit,

ſi ex ea non fuerit factus locupletior. §. at ex contrario. Inſtit. quib. alien. l. ait prætor. de mino. l. in pupillo. de ſol. Nam ſoluens pecuniam debitam creditori, qui pupillus non eſt, licet conſumpturo, liberatur, niſi ſciens, prudenſque ei ſoluerit, vt ſcorto daret, aut in aleam, vel rem aliam turpem, atque inhoneſtam impenderet. l. ſi quis cum ſciret. infra pro empto. l. ſi vero. §. ſi adoleſcens. ſupra mandat.

Si mulier, ſoluto matrimonio, egentem reum dotis per nouationem decepta accipiat: nihilominus actio dotis ei manebit.

Bonum nomen facit creditor (vt Paulus inquit) *qui admittit debitorem delegatum, licet is ſoluendo non fuerit.* l. inter cauſas. §. abeſſe. ſupra manda. Quare (niſi aliud actum ſit) tale nomen accipere videtur, quale in obligatione fuerit. l. promittendo. §. ſi à debitore. ſupra de iure dot. Nam & qui nomen vendit, locupletem eſſe debitorem præſtare non cogitur. l. ſi nomen. de hæred. vel actio. vend. Quod ſi creditor dolo debitoris deceptus fuerit, actio de dolo ei dabitur: quia ipſo iure nulla liberatio non eſt. l. ſub prætextu. C. de tranſact. Arbitror & propter iuſtam aliquam probabilemque ignorantiam creditori ſubueniendum eſſe, tametſi dolo debitoris circumſcriptus non fuerit. l. 1. l. ſed etſi. §. vltim. ex quib. cauſis maior. Et quanquam hæc vera ſint, tamen fauor mulieris ac dotis ſuadet, vt ſi mulier decepta, & ignorans, egentem reum dotis per nouationem accipiat, ſalua nihilominus ei maneat actio.

Si pater, filia abſente, de dote egerit, & ſi omiſſa ſit de rato ſatiſdatio, filiæ denegari debet actio: ſiue patri hæres extiterit, ſiue in legato tantum acceperit, quantum dotis ſatis eſſet. Sed & Iulianus in pluribus locis ſcribit, compenſandum ei in dotem, quod à patre datur, lucroque eius cedere ſi tantum ab eo conſecuta ſit, quantum ei dotis nomine debebatur à marito, qui patri ſoluit.

Quod dicitur, ſolutione dotis facta patri abſque conſenſu mulieris, maritum non liberari, ſed actionem mulieri ſaluam manere: hoc ita accipiendum eſt, niſi hæres patri extiterit mulier, vel tantum in legato acceperit, quanta erat dos à marito debita. Diuerſum tamen ius de marito vxori ſuæ aliquid legante conſtitutum eſt à Iuſtinian. §. ſciendum. C. de rei vxor. actio. Eſtque huius diuerſitatis ratio ſatis perſpicua, quam huius loci enarratores non ſatis expendiſſe mihi videntur. Nam ſi maritus, qui ſoluendo patri ſe liberare voluit, denuo ſoluere cogeretur, id contra bonum, & æquum fieret: quod maxime hic ſpectandum eſſe, crebro iam admonuimus propter vim huius iudicii, in quo iudex, *quod æquius & melius eſt* ſequitur. l. pen. infra. l. bona fides. de regu. iur. Cum autem maritus legat vxori, quamuis & legatum ſimul, & dotem conſequatur vxor, ex conſtitutione Iuſtiniani, tamen quia ſecundum mariti voluntatem id factum intelligitur, nec bonæ fidei, nec æquitati contrarium dici poteſt. d. §. ſciendum. Alii debitorem voluntarium à neceſſario hic diſtinguunt, ſed eam diſtinctionem, quæ abſque ratione excogitata eſt, miſſam facimus.

Lucroque eius cedit. Dos, quam accepit à marito pater, lucro patris hic cedit, & pater eam retinet iure quodam compenſationis, vt Iulianus ait. An autem pater, qui dotem debet filiæ, animo compenſandi legare ei videatur, facti magis eſt, quam iuris quæſtio: quæ alibi tractatur à iuris auctoribus. l. Titia. §. qui inuita. l. cum pater. §. qui dotale. de lega. 2. l. huiuſmodi. §. cum pater. de lega. 1. Ac generaliter de quocunq; debitore creditori ſuo aliquid legante quæri ſolet. l. creditorem. de lega. 2. Verum his quæſtionibus in præſentiarum omiſſis, quæ ad hunc locum non proprie pertinent, illud mihi conſiderandum in primis videtur, non eandem eſſe cauſam patris, & mariti, cæterorumq; debitorum, qui creditoribus ſuis legant, cum pater vſquequaq; debitor non ſit, ſed ius aliquod in dotem habeat. Itaque ratio & æquitas poſtulat, vt voluntatem obſcuram & incertam benignius, atq; humanius pro eo interpretemur.

Si patri propter condemnationem Romæ, vbi dos petatur, eſſe non licet, filiæ ſatis dotis fieri oportet: ita tamen, vt caueat ratam rem patrem habiturum.

Idem dicendum, & ſi pater ob quamcunque aliam cauſam abſit, vt reuerti facile nequeat. l. filiusfamil. §. ſed & filia. ſupra de procur.

Eo autem tempore conſentire filiam patri oportet, quo lis conteſtatur. Secundum hæc, ſi filia dicat, ſe patri conſentire, & ante litis conteſtationem mutauerit voluntatem, vel etiam emancipata ſit, fruſtra pater aget.

Dictum fuit ſupra ad agendum de dote, conſenſum filiæ neceſſarium eſſe. l. 2. §. vltim. Addit Vlpianus, tum conſentire eam oportere, cum lis conteſtatur, nec id immerito, cum de litigando hic agatur, liſque & iudicium à conteſtatione incipiat. l. amplius. infra rem ratam hab. qua de re ſupra aliquid annotatum eſt, l. rei iudicatæ.

Nec non illud quoque probamus, quod Labeo probat, nonnunquam patri denegandam actionem, ſi tam turpis perſona patris ſit, vt verendum ſit, ne acceptam dotem conſumat. Ideoque officium iudicis interponendum eſt, quatenus & filiæ, & patri competenter conſulatur.

Interpretatur quod ante dictum fuerat, ita communem eſſe actionem de dote patri, & filiæ, vt pater actionem inſtituat, ſed conſenſu filiæ. d. l. 2. d. l. filiusfamilias. Nam ita demum patri hoc permittitur, ſi probatæ ſit vitæ, vt veriſimile non ſit, eum dotem conſumpturum, & perditurum eſſe.

Sed ſi latitet filia, ne tali patri conſentire cogatur: puto dari quidem patri actionem, ſed cauſa cognita. Quid enim ſi filia verecunde per abſentiam patri contradicat? Cur non dicamus, patri non eſſe dandam actionem? Quod ſi is pater ſit, cui omni modo conſentire filiam deceat, hoc eſt, vitæ probatæ: filia leuis mulier, vel admodum iuuenis, vel nimia circa maritum non merentem: dicendum eſt, patri potius adquieſcere Prætorem oportere, dareque ei actionem.

Quid iuris ſit, cum filia coram reſiſtit patri agere volenti, & ei turpitudinem obiicit apud iudicem, iam dictum eſt. Nunc quæritur, quid ſi latitet filia, vt eius abſentiam nihil aliud quam verecundam diſſenſionem, & contradictionem eſſe appareat.

Si maritus, vel vxor, conſtante matrimonio, furere cœperit, quid faciendum ſit, tractemus. Sed illud quidem dubio procul obſeruatur, eam perſonam, quæ furore detenta eſt (quia ſenſum non habet) nuntium remittere non poſſe. An autem illa repudianda ſit, conſiderandum eſt. Et ſi quidē interuallum furor habet, vel perpetuus quidā morbus eſt, ferendus tamen his, qui circa eam ſunt: tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, ſciente ea perſona, quæ cum compos mentis eſt, ita furenti (quemadmodum diximus) nuntium miſerit, culpa ſua nuptias eſſe diremptas. Quid enim tam humanum eſt, quam fortuitis caſibus mulieris maritum, vel vxorem viri participem eſſe? Si autē tātus furor eſt ita ferox, ita pernicioſus vt ſanitati nullæ ſpes ſuperſit, ita circa miniſtros terribilis, & forſitan altera perſona velit, vel propter ſæuitiam furoris, vel quia liberos non habet, procreandæ ſobolis cupidine tanta, dirimere: licentia erit compoti mentis perſonæ furenti nuntium mittere, vt nullius culpa videatur eſſe matrimonium diſſolutum, neq; in damnum alterutra pars incidat. Si autem in ſæuiſſimo furore muliere conſtituta, dirimere maritus quidem matrimonium calliditate non vult, ſpernit autem infelicitatem vxoris, & non ad eam flectitur, nullamque competentem curam inferre manifeſtiſſimum eſt, ſed abutitur dote: tunc licentiam habeat vel curator furioſæ, vel cognati, adire iudicem competentem, quatenus neceſſitas imponatur marito, omnem talem mulieri ſuſtentationem

ſuffer-

ſufferre, & alimenta præſtare, & medicina ei ſuccurrere, & nihil prætermittere, quorum maritum vxori adferre decet, ſecundum dotis quantitatem. Si vero dotem ita eum diſsipare manifeſtum eſt, vt hominem non frugi, oportet dotem tunc ſequeſtrari, quatenus ex ea mulier competens habeat ſolatium, vna cum ſua familia: pactis videlicet dotalibus, quæ inter eos ab initio nuptiarum inita fuerunt in ſuo ſtatu durantibus, & alterius expectantib. ſanitatem, aut mortis euentum.

Furor alterius coniugum iuſta diuertendi cauſa non eſt, vt pœna vitetur legitima, quæ eſt dotis amiſſio, aut rerum propter nuptias donatarum. l. conſenſu. C. de repud.

Participem eſſe. Caue putes hic ius quoddam generale conſtitui de participatione infortunii, quod alterutri coniugum accidit. Nam & ſi humanum ſit quod hic dicitur, non tamen ſemper ad hanc humanitatem reſpicimus l. ſi conſtante. infra. l. res vxoris. C. de donat. inter vir. Hoc enim ab Vlpiano adſcriptum eſt, vt oſtenderet quod dicitur, ob furorem non dirimi matrimonium, id humanitate, & naturali quadam ratione niti. Ac ſimile quiddam apud eum legitur, in interpretatione edicti Prætorii de pactis conuentis, cum ait, *eius edicti æquitatem naturalem eſſe, quod congruum ſit humanæ fidei, ea, quæ placuerint inter homines, ſeruari.* l. 1. ſupra, de pact. Nemo ſiquidem ea verba quaſi generalem legem recte interpretabitur, qua homines ad id, quod promiſerunt, obſeruandum cogantur. Non enim æquitatis tantum naturalis, ſed & publicæ vtilitatis in iure ciuili habetur ratio. l. 1. de vſucapio. Atque hinc fit, vt ex ſimplici, nudoque pacto actio non detur. Quod alias fuſius & accuratius à nobis explanatum eſt.

Secundum dotis quantitatem. Modum enim alimentorum ex quantitate dotis plerunque metimur. Non ſunt autem hęc verba ſic accipienda, quaſi maritus vxorem indotatam alere non debeat. Nam etſi iuris certi hoc non ſit, tamen multæ grauiſſimæque rationes ſuadent, tam maritum ab vxore, quam vxorem à marito alendam eſſe, ſi alter inops, alter diues, & copioſus ſit. l. quod ſi nulla. ſupra de relig. l. quod in vxorem. C. de neg. geſt. Eſt enim inter coniuges communio quædam rerum, de qua diximus ſub titulo de ritu nuptiarum. Vnde videmus alterum alteri non condemnari, niſi quatenus facere poteſt. l. maritum. ſup. Item alteri mortuo, alter plerumque ſuccedit, accepta bonorum poſſeſſione, quæ dicitur, *Vnde vir & vxor.* tit. vnde vir & vxor. infra. Monet nos parentum, filiorumque exemplum, de quo ſub titulo de liberis agnoſcendis, tractabimus.

Sequeſtrari. Sequeſtratio hic fit propter malam adminiſtrationem mariti, ne aliter dos pereat. l. Imperatores. inf. de app. Sed cur non reddatur dos mulieri, cum matrimonio conſtante ob huiuſmodi cauſas exigi ſoleat, poſtea dicemus. l. ſi conſtante.

Item pater furioſæ vtiliter intendere, ſibi, filiæue ſuæ reddi dotem, poteſt: quamuis enim furioſa nuntium mittere non poteſt, patrem eius tamen poſſe, certum eſt.

Licet nec filia furioſa, nec eiuſdem curator nuntium mittere poſſit (vt dictum eſt) tamen ſi mulier filiafamilias ſit, pater nuntium mittere non prohibetur. l. Iulianus. ſup. de diuort. In codicibus quibuſdam antiquis hæc verba deſiderantur, tamen ad ſuperiorem explicationem haud dubie pertinent.

Si ſoluto matrimonio pater furioſus ſit, curator eius voluntate filiæ dotem petere poterit: aut ſi curatoris copia non ſit, agere filiam permittendum erit, cauerique oportebit de rato. Item dicendum eſt, & ſi ab hoſtibus captus ſit pater, puellæ dandam actionem de dote repetenda.

Hæc fuſius ſupra in caput ſecundum tractata ſunt.

Tranſgrediamur nunc ad articulum hunc, vt quæramus, aduerſus quos competat de dote actio. Et aduerſus ipſum maritum competere, palam eſt, ſiue ipſi dos data ſit, ſiue alii ex voluntate mariti, vel ſubiecto iuris eius, vel non ſubiecto. Sed ſi filiusfamilias maritus ſit, & dos ſocero data ſit, aduerſus ſocerum agetur. Plane ſi filio data ſit, ſiquidem iuſſu ſoceri, adhuc abſolute ſocer tenebitur. Quod ſi filio data ſit, non iuſſu patris, Sabinus, & Caſsius reſponderunt, nihilominus cum patre agi oportere: videri enim ad eum perueniſſe dotem, penes quem eſt peculium. Sufficit autem ad id eum damnari, quod eſt in peculio, vel quod in rem patris verſum eſt. Sin autem ſocero dotem dederit, cum marito non poterit experiri, niſi patri hæres extiterit.

Voluntate mariti. *Nihil refert an alicui res detur, an alii ipſo conſentiente.* l. nihil. Cod. de ſolutio. Quod de iis, qui ſui iuris ſunt, accipiendum eſt. Nam ſi ſeruus ex re peculiari mutuum dederit, creditor ei ſoluens liberatur, non alii, eo mandante. l. fugitiuus. infra de ſolut. Nã hæ perſonæ, quamuis recte eis ſoluatur, tamen nouare non poſſunt. l. cui recte. l. non ideo. infra, de nouat.

Quod eſt in peculio. Tenetur pater hac actione, nõ tantum quatenus eſt in peculio, ſed quatenus ipſius dolo aduerſarius captus, fraudatuſque eſt. Proinde rebus dotalibus extantibus, quas dolo malo non reſtituit, in ſolidum condemnabitur. l. in bonæ fidei. ſupra de peculio. Sed hic quæritur, an pater pro filio ducere vxorem volente, ad dotem reddendam ſeſe obligare cogatur? Sunt qui patrem cogendum eſſe putent. Quam ſententiam probare non poſſum: quia nunquam pater pro filio tenetur, niſi certis ex cauſis, quæ legibus expreſſæ reperiuntur. C. ne filius pro pat. Et extat exemplum huic non diſſimile de filio Decurione, pro quo pater inuitus non obligatur. l. honores. de decurio. Reſcriptum autem Hadriani de filiofamilias tutore dato, ad rem non pertinet. l. vlt. infra de ſuſpect. tuto. Non enim dicitur in reſcripto, cogendum eſſe patrem cauere pro filio: quoniam id inciuile videbatur: ſed eum ſimul cum filio tutorem dandum eſſe: quia non minus ad tutelæ onus ſubeundum cogi poteſt, quam filius, ſi iuſtam excuſationem non habeat. Itaque reſcriptum illud non poteſt huic ſpeciei, quam tractamus, conuenire. Nam ſi quis ex eo reſcripto vellet argumentum ducere, tanquam à ſimilitudine, dicendum eſſet, maritandum eſſe patrem ſimul cum filio, ſi cauere nolit. Quod quam abſurdum ſit, nemo non videt. Nec me mouet, quod pater vt dotare filiam, ita & filio propter nuptias donare compellitur, ne alias matrimonium contrahere liberi non poſſint. l. vlt. C. de dotis promiſ. quia ratio alia iniri poteſt, qua dotem danti conſulatur, ſi filio familias eam fortaſſis committere non auſit. Quod vel ex Pontificia conſtitutione colligitur. c. per veſtras. de donat. inter vir.

Si mulier in conditione mariti errauerit, putaueritque eſſe liberum, qui ſeruus eſſet: concedi oportet quaſi priuilegium in bonis viri mulieri: videlicet vt ſi ſint & alii creditores, hæc præferatur circa actionem de peculio: vt tamen ſi domino aliquid debeat ſeruus, non præferatur mulier, niſi in his tantum rebus, quæ vel in dotem datæ ſunt vel ex dote comparatæ quaſi & hæ dotales ſint.

Mulier, quæ ſeruo per errorem nupſit, quia non conſiſtit matrimonium, quod dotis nomine dedit, condicere poteſt. l. auunculo. ſupra, de condict. ſine cauſ. & ei aduerſus dominum ſerui de peculio actio competit.

Quaſi priuilegium. Priuilegia conceſſa mulieri propter veram dotem, locum habent & in hac dote opinata. Sic enim Latine dici poteſt, quam vulgo putatiuam vocant. Nam fauor nuptiarum, qui ad publicam vtilitatem pertinet, non minor hic eſt, quam ſi matrimonium conſiſteret, & dos rei vxoriæ iudicio repeteretur: quia ſi mulier quod dedit amittat, alii commode nubere non poterit. l. 2. 3. de priuileg. cred. l. ſi ſponſa. ſupra de iure dot. Itaque maritus hic opinatus pro vero iuſtoque non vſquequaque habetur in hac condictione, propterea quod fauor iſte mulierem tantum reſpiciat. l. 1. C.

de condict. ob cau.l.in inſulam.§.fructus.infra.Eadem ratio efficit, vt tunc demum faueatur mulieri, cum de dote, quam dedit, repetenda quæritur, non etiam ſi de rebus amotis,&c. l.ſi concubina.infra rerum amota. Sed & ſi mulier deceperit virum, conſtat, eam nullo hic priuilegio vti poſſe. l. à diuo. ſupr.de rit.nupt.l.pen.§.vlt.inf.quod fal.tut.aucto.

Etſi forte domino. Peculium eſt, quod ſeruus, domini permiſſu ſeparatum à rationibus dominicis habet, deducto inde ſi quid domino debetur. Quare ſi huiuſmodi deductio non fieret,non peculii fini,ſed vltra peculium condemnaretur dominus.l.depoſiti.ſupra de pecul.

Dotales ſint. Res empta ex pecunia dotali, minime dotalis eſſe intelligitur.l.ex pecunia.C.de iure dot.l. vlt. Cod.de ſer. pig. dat. man. Et quod Paulus ait, *Res ex dotali pecunia comparatas dotales eſſe videri*,l.res quę.ſupra de iure dot.ſic accipiendum eſt,modo eo nomine emptæ ſint,& conſenſu mulieris id factum ſit.l.ita conſtante.l.ſi ex lapicidinis.ſupra, de iure dot.l.ſi mulier.ſupra de pactis dotal.

XXIII. PAVLVS LIB. XXXVI. AD EDICTVM.

ET ſi quid in eam dotem impenſum eſt,nec à muliere reddatur, per doli mali exceptionem ſeruabitur.

Quamuis impenſæ neceſſariæ, cum vera dos eſt, eam ipſo iure minuere ſoleant, tamen in hac opinata dote repetenda, neceſſaria eſt exceptio doli.l.dote.ſupra de ritu nupt. Nec alio iure hic vtitur maritus hic opinatus, quam quiuis alius bonæ, aut malæ fidei poſſeſſor.l.domum.C.de rei vind.

XXIIII. VLPIANVS LIB. XXXIII. AD EDICTVM.

SI conſtante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet: vnde exactionem dotis initium accipere ponemus?Et conſtat,exinde dotis exactionem competere, ex quo euidentiſſime apparuit, mariti facultates ad dotis exactionem non ſufficere.

Edicto fortaſſis aliquo expreſſum erat propter inopiam mariti, licere mulieri de dote agere, quamuis adhuc ſolutum non ſit matrimonium.Cuius edicti verba Vlpianus hic interpretari videtur. Non enim exiſtimabant iuris auctores cautione ſatis conſultum mulieri, quæ alias ante diem ſolutionis exigi ſolet. l. in omnibus. ſupra de iud. fragiles ſiquidem huiuſmodi cautiones non immerito habentur.l. qui ita.§.1. ad Trebel. & plerunque lites pariunt, vt longe conſultius ſit rei ipſi incumbere. §. furti. Inſtit. de oblig. quæ ex delict. l.plus cautionis.de re iudi. Sed nec ſequeſtratio ita mulieri vtilis eſt, vt hæc reſtitutio, quæ tamen locum habet, cum furioſæ mulieris dotem diſſipat maritus,vt ante diximus.l.ſi cum dotem. §.ſi autem. Quid enim furioſæ intereſt, an ſibi reddatur dos, an apud ſequeſtrum deponatur? Animaduertendum autem eſt, conſtitutionem Iuſtiniani de iure dot. multa huic iuri per Vlpianum relato adieciſſe.l. vbi adhuc. Nam ea non tantum de dote exigenda, ſed etiam de paraphernis, & rebus donatis à marito propter nuptias loquitur. Addit præterea horum omnium nomine hypothecariam actionem habere mulierem,& cæteris creditoribus anteponi. Poſtremo ſubiicit,non omnino adimi dotem marito, ſed ita ab eo exigi, vt mulier interim ex ea ſe, familiamque ſuam, & maritum quoque ipſum tueatur,& alat.

Mariti. Tametſi lex de mariti inopia loquatur,tamen de ſocero idem videtur dicendum eſſe,quo caſu dotem reſtituere cogitur. Eſt enim hoc ius fauorabile,& ad dotiũ conſeruationem (quæ publice vtilis eſt)ſpectat: ac ideo interpretatione adiuuandum & extendendum eſt.l. hoc modo.de conditi. & demon. Nam quod alibi Vlpianus ait, *Legem Iuliani, quæ de viro loquitur, ad ſocerum producendam non eſſe*, qua ratione dictum ſit,poſtea declaraturi ſumus.l.ſi vero.§.de viro.infra.Quod ſi maritus ſimul cum ſocero obligatus ſit ad dotem reddendam, nec melius nec æquius eſt ob alterius inopiam de dote agi, ſi alter ſoluendo ſit. Addo & ſi alter rebus ſuis abutatur, eaſque profundere incipiat, idem dicendum eſſe, quia ob prauos vnius mores in ſuſpicionem alter venire non debet.Quod Accurſius non recte animaduertit.Sed hæc planius paulo poſt explicabuntur.

Mulier. Tractantur hic quæſtiones de dote, quæ à patre profecta, aut ab aliquo extraneo, mulieris nomine data eſt. Quæ moroſe nimis apud alios diſputantur, ſed non adeo difficilem explicationem habent, ſi quis omnia ad dotis conſeruationem,& fauorem mulieris,velut ad ſcopum referat. Qua in re prudentiam quorundam, & iudicium, qui in hunc locum ſcripſerunt, deſidero.

Ad dotis exactionem non ſufficere. Hæc ſententia Vlpiani iniuſta à pleriſque exiſtimatur: & aiunt eam conſtitutione nouiſſima de æqualitate dotis, antiquatam eſſe.§.vlt.auth.de æqual. dot. Nouel.97.Non enim videtur eis, ſatis conſultum eſſe mulieri, ſi dotis exactionem tantiſper differat, dum conſtiterit facultates mariti non ſufficere. &c.ne veteri prouerbio locus ſit, μετὰ τὸν πόλεμον ἡ συμμαχία. Ego vero hanc interpretationem Vlpiani longe æquiſſimã,& iuſtiſſimam eſſe arbitror, nec Iuſtiniani conſtitutione (quæ ius antiquum proculdubio refert,atque intepretatur) abrogatam eſſe. Vlpianus enim loquitur de eo ſimpliciter, qui bona & ſubſtantiam ſuam amiſit calamitate aliqua fortaſſis,& infortunio,aut quia à patre exhæredatus eſt, vt verba ſequentia ſatis oſtendunt. Quænam autem iuſtior huius defenſio eſſe poteſt aduerſus mulierem, quam ſi bona quædam ſua amiſiſſe ſe fateatur, ſed quæ ſuperſunt ad dotis ſolutionem idonea eſſe contendat? quare Papinianus de eadem re loquens ait, *ita marito dotem deberi conſtante matrimonio, ſi maritus ſoluendo non ſit*.l.ſeruum dotalem.de manu. Conſtitutio vero Iuſtiniani de eo loquitur, qui male vtitur ſubſtantia ſua, id eſt, qui per luxum, nequitiam,& ἀσωτίαν res ſuas conſumit,&profundit,aut propter temeritatem, ac ſtultitiam res ſuas, aut etiã dotales male adminiſtrat.Aduerſus quem recte aget mulier, antequam certum ſit, eius facultates non ſufficere.Cum enim diſſolute viuat,aut alias parum prudenter rem familiarem adminiſtret, non ſine cauſa veretur mulier, ne talis eſſe perſeueret, & reliquam ſubſtantiam perdat. Quæ ratio in prodigo tantum, aut ſtulto, temeratioque homine locum habet, non in eo, qui frugaliter viuens, caſu aliquo, abſque culpa ſua, facultatibus labitur. Cuius infortunium participare mulierem æquum, honeſtumque eſt. Non enim temere de mariti moribus, & prudentia ex euentu iudicare nos oportet: cum plerunque accidat, vt frugi homines, & diligentiſſimi quique patresfamilias fortunis ſuis euertantur. Animaduertendum tamen eſt quod hic dicitur, *dotis actionem competere, ex quo apparuerit, &c.* ſic accipiendum eſſe, vt facultatum etiam earum ratio habeatur, quæ ad victum mariti neceſſariæ ſunt: quoniam eatenus dos exigitur ab eo, quatenus facere poteſt. l.maritum.ſupra.

Si exhæredata marito mulier agat: magis eſt, vt ex die aditæ patris hæreditatis, incipiat ei dotis exactio.

Variæ extant huius loci interpretationes in vulgarium doctorum commentariis. Sed non dubito quin exemplum hic ab Vlpiano ſubiectum ſit, ad ſuperioris capitis explanationem. Quamuis enim à marito, quem pater exhæredauit, non iniuſte dos repetatur, conſtante matrimonio, ſi alia bona non habeat, tamen ante aditam hæreditatem hic dicitur agi non poſſe, quod nondum euidenter appareat, eum inopem eſſe. Nam ita demum efficax eſt exhæredatio, ſi hæreditas adita fuerit.l.filium.§.ſed cum exhæredatio.de bon.poſ. contra tabu.

Quoties mulieri ſatisdandum eſt de ſolutione dotis poſt certum tempus, ſi maritus ſatiſdare non poſſit: tunc deducto commodo temporis, condemnatio reſidui repræſentatur. Sed ſi cum maritus ſatiſdare poſſet, nollet in ſolidum eum condemnandum, Mela ait, non habita ratione commodi temporis. Iudicis igitur officio conuenit, vt aut ſatiſdatione interpoſita abſoluat maritum, aut habita ratione repræſentationis eum condemnet. Quod quidem hodie magis vſurpatur: nec ferenda eſt mulier, ſi dicat, magis ſe vel-

ſe velle dilationem patri, quam in repræſentatione deductionem.

Quęſtio hic tractatur de officio iudicis in rei vxoriæ actiode, ſi maritus non ſatiſdet mulieri, cum ſatiſdandum eſt, &c. Verum quia non docet Vlpianus, ex qua cauſa ſatiſdandum ſit, de eo aliquid videndum eſt. Et illud in primis eſt animaduertendum, cum iuſta cauſa ſuſpicionis eſt, ſolere ſatiſdationem exigi, præſertim in bonæ fidei iudiciis. l. in omnibus. ſupra de iud. l. ſi creditores. de priui. credi. Nec facile poteſt hoc aliter diffiniri, ſed iudicis arbitrio relinquitur. arg. leg. mora. de vſucap. Si igitur, exempli cauſa, oſtendat iudici mulier maritum ſibi ſuſpectum eſſe, ne cum dote aufugiat, quia dos conſiſtit in nummis, nec maritus immobilia poſſidet, ea res mouere debet iudicem, vt ſatiſdari iubeat. Sed ſi conuenerit inter coniuges, vt maritus poſt certum tempus dotem reddat præſtita ſatiſdatione, idem dicemus. Nam ea conuentio aliquando vtilis eſt. l. licet. ſup. de pact. dot. Poſſunt & aliæ huiuſmodi cauſæ incidere, ſed theoremata vniuerſalia cum aliquot exemplis ad rem demonſtrandam ſufficiunt. Hæc cum ita ſe habeant, mirum videri non debet, quod ante à nobis dictum eſt, cautionem nudam ſine ſatiſdatione aliquando inter coniuges locum habere: veluti cum mulier fructibus ſtantibus fundum recipit, & marito cauet, &c. l. fructus. §. interdum. ſup. Non enim ob ſuſpicionem aliquam mulier cauere iubetur marito, quæ forte diues eſt, & immobilia poſſidet, ſed vt fructibus perceptis à muliere maritus aduerſus eam ex ſtipulatu agat. In ſumma, Bonum & æquum, quod in hoc iudicio maxime ſpectamus, modo cautionem ſiue promiſſionem ſimplicem, modo fideiuſſoris dationem exigit. Quæſierit forte quiſpiam, Cur hic dicatur maritus cogi ſatiſdare, cum Imperatoria conſtitutio vetet pro dote ſatiſdationem exigi? C. ne fideiuſſo. dot. dent. Cui reſpondeo, tunc conſtitutioni locum eſſe, cum matrimonium ſolutum non eſt. Nam ſoluto matrimonio ex iuſta probabilique cauſa ſatiſdatio exigitur. l. exceptiones. de exce. Sed de hoc genere ſatiſdationis accurate diſſeruimus ſupra ſub tit. de iure dotium.

Satiſdare non poſſit. Ei, qui fideiuſſorem inuenire non poteſt aliquando remittitur ſatiſdatio. Nouel. de litig. §. ad excludendas. l. cum non facile. inf. ſi cui plus quam per leg. Falci. ſed quia hac repręſentatione, atque deductione, ęque conſulitur mulieri & marito, vtile viſum non eſt iuris auctoribus, marito ſatiſdationem remitti in hoc iudicio, in quo boni & ęqui maxime habenda ratio eſt.

Deducto commodo. Commodum temporis hic deducit maritus propter repræſentationem. Quod de vſuris pecuniæ dotalis recte accipitur, quam non ſtatim, ſed annua, bima, trima die, ſecundum ius antiquum, vel præterito anno ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani reddere cogitur. §. exactio. C. de rei vxo. act. De fructibus immobilium idem dici non poteſt, quia maritus ea ſoluto matrimonio confeſtim reddit, fructuſq; reſtituit à die ſoluti matrimonii. d. §. exactio. Si qua tamen ſpecies forte occurrat, in qua maritus dilationem habeat ad reddenda immobilia, præſtita ſatiſdatione, puta ex pacto, fructuum quoq; deductio fiet propter ſimilitudinem rationis.

Repræſentatur. Caue putes, eum, cui in diem debetur, poſſe ante diem exigere deducto commodo temporis. l. ſi mandauero tibi. ſupra manda. Hic enim repræſentare cogitur maritus, non modo quia in diem debet, ſed quia etiam ſatiſdare debet ante diem, nec ſatiſdat.

In ſolidum. Tametſi æquum ſit, ac bonum, commodum temporis deduci à marito, qui repræſentare cogitur, tamen æquius, ac melius eſt, nihil ab eo deduci, qui per contumaciam ſatiſdare non vult, cum id facere commode poſſit.

Nec ferenda. Cum mulier egit aduerſus maritum vt ſatiſdaret, ſi maritus ſatiſdare non poſſit, repręſentare iubetur deducto commodo temporis, vt iam diximus: idque etiam inuita muliere, quæ forte mauult omnino nihil repræſentari, quam deductionem fieri. Per hanc enim repræſentationem deductionemque ęqualitas inter coniuges ſeruatur, quæ maxime æquitati huius iudicii conſentanea eſt.

Siue autem mariti, ſiue vxoris periculo dos fuit, nihilominus legitimo tempore debet ſoluere maritus.

Legitimum tempus reddendæ dotis ſecundum ius antiquum, cui Iuſtinianus nonnihil derogauit, eſt annua, bima, trima dies, in rebus, quæ conſtant pondere, numero, aut menſura, in cæteris eſt tempus ſoluti matrimonii, vt auctor eſt Vlpianus in fragmentis Inſtitutionum, tit. de dotib. Quid igitur dicemus, ſi ſpecies aliqua data ſit marito in dotem, vt periculum ſit mariti, & ad pecuniam tantum obligetur? leg. plærunque. de iure dot. Vlpianus hic ait, *legitimo tempore ſoluendum eſſe, quod res marito data magis quam mariti obligatio, ſpectari debeat.*

Si vir voluntate mulieris ſeruos dotales manumiſerit: ſiquidem donare ei mulier voluit, nec de libertatis cauſa impoſitis ei præſtandis tenebitur. Quod ſi negotium ab eo geſtum eſt, vtique tenebitur, vt officio iudicis caueat, reſtituturum ſe mulieri quicquid ad eum ex bonis liberti, vel ex obligatione perueniſſet.

Si ſeruus dotalis manumiſſus ſit à marito voluntate vxoris, valet manumiſſio: atq; ideo ſeruus ipſe in reſtitutionem non venit. Sed propter ius patronatus, quod marito ob eam manumiſſionem acquiſitum eſt, cautio præſtatur, niſi mulier animo donandi conſenſerit, &c. Qua de re plura dicemus infra, l. quod ſi. & lege ſeq.

Donare ei voluit. Valet donatio manumiſſionis cauſa inter coniuges, quamuis alias prohibita ſit. l. quod autem. §. vltim. ſup. de do. inter vir. l. maritus. C. eo. tit.

Caueat. Hæc iudicialis cautio interponitur loco reſtitutionis, propter commodum omne, quod ex iure patronatus oritur. Cuiuſmodi ſunt operæ, ac hæreditas liberti. Valet autem hæc pactio, quæ de aliena hæreditate eſt, quia iuſta probabiliſque cauſa eſt paciſcendi, quæ prauam omnem ſuſpicionem diluit. Nam alioqui alter ab altero iniuria afficeretur. Eſtque ſimile exemplum ſup. tit. de actio. empt. l. ſi quis ſeruus. Alias de hæreditate aliena paciſci non licet. l. vltim. C. de pact.

Si maritus ſæuus in ſeruos dotales fuit, videndum, an de hoc poſſit conueniri? Et ſi quidem tantum in ſeruos vxoris ſæuus fuit, conſtat eum teneri hoc nomine. Si vero & in ſuos eſt natura talis: adhuc dicendum eſt, immoderatam eius ſæuitiam hoc iudicio coercendam. Quamuis enim diligentiam vxor eam demum ab eo exigit, quam rebus ſuis exhibet, nec plus poſſit: attamen ſæuitia, quæ in propriis culpanda eſt, in alienis coercenda eſt.

Maritus, ſi ſæuierit in ſeruos dotales, ideoque perierint, aut deteriores redditi ſint, eo nomine tenetur, etiam ſi eadem ſæuitia in ſuos vti ſolitus fuerit: quia forte iracundus natura, & ſæuus erat.

Rebus ſuis exhibet. Maritus etſi dolum & culpam præſtet in re dotali: l. etiam. §. 1. ſupr. l. ſi vt certo. §. nunc videndum. commod. tamen exactiſſima, diligentiſſimaque cuſtodia ab eo non exigitur, ſed ea diligentia, quam rebus ſuis adhibet. l. in rebus. ſupra de iure dot.

Coercenda eſt. Ob ſæuitiam in ſeruos proprios culpatur, & coercetur dominus, not. in l. etiam. ſupra. ob negligentiam non æque. Quare mirum non eſt, ſi maritus ſæuitiæ nomine magis, quam negligentiæ, damnari hic dicatur. Cum enim ſæuitia hæc, pœna omni modo digna ſit, an talis natura fuerit dominus, nec aliter ſeruos ſuos accipere conſueuerit, inquirendum non eſt.

Si vxor viri rem commodauerit, eaque perierit, videndum eſt, an compenſationem hoc nomine patri poſſit? Et puto, ſiquidem prohibuit eam maritus commodare, ſtatim deductionem fieri. Si vero non prohibuit eam commodare, arbitrio iudicis modicum tempus ei indulgeri, cautionem præbendi.

Vxor res mariti nec largiri alteri, nec commodare poteſt, vtcunque indiuidua ſit inter eos vitæ conſuetudo, & conſor-

tium omnis vitæ,vt ſupra annotaui ſub tit.de ritu nuptiarum. Sed cum quæritur an in iudicio dotis eo nomine compenſatio, deductioque admittatur, ſequenda eſt diſtinctio quam Vlpia. noſter hic tradit, *& quod æquius ac melius* eſt ſpectandum, ſicut & vbique alias in rei vxoriæ actione.

Deductionem fieri. Hodie nulla compenſatio aduerſus mulierem oppoſita, dotis exactionem moratur,vt ante diximus. l.fructus.§.ob donationes.

Cautionem præbendi. Cauebit mulier ſe reſtituturam marito ſi minus rem, ſaltem pretium,& æſtimatiónem eiuſdem. Nam poſitum hic fuit, rem commodatam petiiſſe, vt intelligeremus,maritum eam vindicare non poſſe, nec aliter ei conſuli quam repetendo,ac deducendo, vt hic dicitur.

Si bona mulieris pro parte ſint publicata, ſupereſt mulieri reliquæ partis dotis exactio, plus puto, & ſi poſt litem conteſtatam publicata ſit pro parte dos, ſufficiet arbitrium Iudicis ad partis condemnationem faciendam. Quod ſi tota dos publicata ſit, expirabit iudicium.

Publicatis bonis vxoris, actio de dote publicata quoque intelligitur. l.bonorum appellatio.infra de verb.ſignific.

Poſt litem conteſtatam. Extincto iure agentis pendente iudicio, extinguitur iudicium,vt ſupra annotauimus.leg.ſi mulier.

Arbitrium iudicis. Hæc actio cum ſit bonæ fidei. §.fuerat. Inſtit. de actio.iudici datur facultas arbitrandi, quemadmodum ex bono & æquo ſatisfieri oporteat. §. in bonæ fidei. eo. ti. Quod in aliis iudiciis in quibus non additur, *ex fide bona*, locum non habet. Nam in illis iudiciis ita pronuntiat Iudex ex formulæ præſcripto, vt actor quod petit, aut totum conſequatur, aut totum amittat. Cicer. Pro Roſ.Com.Senec.libro. 3.de benefic.

Expirabit iudicium. Quantum ad mulierem attinet, vt nihil ei adiudicetur. Non extinguitur tamen ita hoc iudicium, vt ad fiſcum quaſi hæredem quendam inſtantia non transferatur.l.ſi cum hominem.infr.de fideiuſ.l.ſi in rem actum ſit. ſupra de rei vind. l. ſi petitor.de iudi. Qua de re ingens eſt doctorum altercatio & varietas opinionum, adeo vt vere illud dici poſſit, *Quot capita, tot ſententiæ.* Verum interpretatio noſtra, quæ & quorundam veterum fuit, nihil incommodi habere nobis videtur. Nam etſi Vlpianus ſimpliciter dicat expirare iudicium, tamen quia nulla hic erat quæſtio de lite inter fiſcum & maritum, ſed inter maritum potius & vxorem, non video cur hæc verba ad mulierem referri non poſſint.

XXV. PAVLVS. LIB. XXXVI. AD EDICTVM.

SI filiofamilias dos data ſit iniuſſu patris, de peculio quidem agetur, ſed ſiue propter impenſas à filiofamilias factas, ſiue propter res donatas à filiofamilias, vel amotas ab vxore, res peculiares hoc ipſo, quod habet actionem pater ex perſona filii, maius peculium fit: & ſic totum eſt præſtandum mulieri quod in peculio eſt: modo adhuc ſit, quod vxori debeatur.

Hypotheſis: Mulier filiofamilias marito abſque iuſſu patris trecenta in dotem dedit. Soluto matrimonio egit aduerſus patrem, qui ad centum ei danda condemnatus eſt: cum ea tantum ſumma reperiretur in peculio. Mox cum pater ob res amotas peteret ab vxore ducenta, poſtulabat ea, vt compenſarentur cum aliis ducentis, quæ ſibi adhuc deberentur dotis nomine. Quæritur an iure id poſtulet? Paulus ait, æquam eius poſtulationem eſſe, quod ea actio in peculio ſit filiifamilias mariti. l. quam Tuberonis. §. in peculio. ſupra. & ſecundum peculii modum & quantitatem pater teneatur. Et notandum eſt, compenſationem, de qua hic loquitur Paulus, conſtitutione Iuſtiniani ſublatam non videri, cum ad mulieris commodum & fauorem reſpiciat. §. taceat. Cod.de rei vxor.actio.

Maritum in reddenda dote, de dolo malo, & culpa cauere oportet. Quod ſi dolo malo fecerit, quo minus reſtituere poſſit, damnandum eum, quanti mulier in litem iurauerit: quia inuitis nobis res noſtras alius retinere non debeat.

Vtilis eſt hæc cautio in iudicio dotis, ſi forte dubitet mulier an res, quæ in reſtitutionem venit, dolo vel culpa mariti deterior ſit reddita. Eſtque hoc exemplum ſtipulationis iudicialis, de qua alibi diſſeruimus.

In litem iurauerit. In omnibus actionibus, quibus rem noſtram nobis reſtitui petimus, in litem iurari ſolet,& arbitrio domini pretium rei petitæ ſtatui. Quod quam æquum, iuſtumque ſit, edito ante duodecim annos libello, *qui de in litem iurando* inſcribitur, demonſtrauimus.

Si poſt diuortium res dotales deteriores factæ ſint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnino detrimentum ipſe præſtabit.

Tametſi dos periculo ſit mulieris, ſi ęſtimata non ſit &c.L. plærunque. ſupra de iure dot. maritus tamen poſt moram ſuam omnimodo, & ſine exceptione periculum ſubit. An idem dicendum ſit, ſi res eodem modo peritura fuerit penes vxorem, quæri hic ſolet. Sed hanc quæſtionem ſatis diligenter, ac diffuſe tractauimus ſub tit.de verb.oblgat.l.ſi ex legati cauſa.nec huius loci eſt ea diſputatio.

Si qui dotalium ſeruorum in fuga erunt, cauere debebit maritus, ſe eos viri boni arbitratu perſecuturum, & reſtituturum.

Exemplum hic eſt cautionis, quæ interponitur arbitratu iudicis in dotis reſtitutione, non diſſimile ſuperioribus, atq; ideo iudicialis dici ſolet. Nec vero vſquam frequentius occurrunt ſtipulationum iudicialium exempla, quam in hoc tractatu. Quæ omnia diligenter obſeruanda ſunt pro explicatione vulgaris ſtipulationum diuiſionis in Prætorias, & Iudiciales.l. 5. de verb.oblig.

Si vir in quinquennium locauerit fundum, & poſt primum forte annum diuortium interuenerit: Sabinus ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam cauerit: ſi quid præter vnius anni locationem maritus damnatus ſit, id ſe præſtituram eſſe. Sed & mulieri cauendum, quicquid præter primum annum ex locatione vir conſecutus fuerit, ſe ei reſtituturum.

Exemplum aliud eſt cautionis, quæ in hoc iudicio de dote officio iudicis interponi iubetur. Nec horum verborum difficilis admodum eſt explanatio. Illa quæſtio ſubdifficilis eſt, quam hic omnes interpretes tractant, An ſi maritus fundum dotalem locauerit conſtante matrimonio, vxor eodem diſſoluto locationi ſtare cogatur, an vero conductorem expellere poſſit? Paulus hic ſenſiſſe videtur, ratam manere locationem debere, nec mulieri licere aut colonum expellere, aut contra locationis legem aliquid facere. Alioqui iniquum eſſet à muliere hanc cautionem exigere, qua ius coloni expellendi eidem adimeretur. Et conſtat, ſtipulationes olim interponi ſolitas fuiſſe, de iis, quæ vel ſecundum naturam contracti negotii in obligatione eſſent, maioris videlicet certitudinis, cautioniſque gratia: idque alio in loco annotauimus in leg.prim.de pactis. Verum nobis ſcrupulum iniicit, quod idem Paulus hic ait, *Cauendum eſſe marito ſi damnatus ſit, &c.* Quibus verbis ſignificat, maritum, conductore, qui ab vxore expulſus eſt, agente, damnari poſſe. Quod contingere non poſſet, niſi per iudicem expulſo colono. Si enim per vim expulſus fuerit colonus, licet merces locationis ob eam cauſam remittatur, tamen nulla actio, qua damnari poſſit locator, id eſt, ad id, quod intereſt, competit conductori.l.ſi fundus quem.ſupra loc. Itaq; ſequor opinionem eorum, qui exiſtimant non ſimpliciter cogendam eſſe mulieré ſtare locationi, ſed cum hac exceptione, niſi malit damnum omne marito ſuo reſarcire, quo caſu maritus colono agente ex conducto damnatus fuerit. Nam ei, qui ſuccedit in rem, quem ſingularem ſucceſſorem vulgo appellamus, licet à conductione recedere, vt mox dicemus; ſed cõmunio, ſocietaſq; vitæ coniugum facit, vt in mariti damnum id mulieri non permittatur.

Quod

Quod ſi verum eſt, mulier colonum impune expellet, marito conſentiente, nec vlla ſe exceptione tueri poterit aduerſus eam colonus, tametſi actionem ex conducto eo nomine aduerſus maritum, eundemque locatorem habeat. Sed vereor ne huic Pauli noſtri dicto in hac tantum ſpecie locus ſit, in qua ponitur in quinquennium fundus locatus eſſe. Non enim fruſtra hic videtur quinquennij facta mentio. Quod ſi ponamus in annum factam locationem eſſe, fortaſſis rata manere omnimodo debebit locatio, quaſi maritus, cui mulier fundum dedit in dotem, in annum locandi facultatem ab ea acceperit. Mulier enim, quæ fundum dat fruendum marito pro oneribus matrimonij, omnia ei cõcedere videtur, quæ ad fructuum perceptionem ſpectant. Cuiuſmodi eſt locatio in annum facta. Non enim in breuius ſpatium temporis vtiliter fundus locatur. Quare nihil eſt quod vitio verti queat marito, tametſi nonnunquam reprehendi poſſit, ſi in longius tempus, puta quinque annorum, locauerit. Id enim fit contra veriſimilem vxoris voluntatem, quæ fundi vſumfructum ita marito conceſſiſſe creditur, vt tota eius in ea re geſtio & adminiſtratio tempore vſus fructus concludatur, nec illud tempus niſi ex neceſſaria cauſa excedat. Eadem fere cauſa eſt vſufructuarij, niſi quod locato in longius tempus, puta quinquennium, fundo, & poſt mortem vſufructuarij expulſo conductore, nulla ei aduerſus hæredes fructuarij competit actio, ſi tanquam fructuarius locauerit. l. ſi quis domum. loca. De ſacerdotibus beneficiariis noſtri temporis, qui vſufructuariis comparari ſolent, videnda eſt Pontificia conſtitutio, cap. vlt. ne præl. vic. ſup. cuius explicationem hic omittimus, ne à propoſito nimium euagetur noſtra oratio. Sane qui maritum in hac re comparant tutori, vel curatori, mihi rem non ſatis expendiſſe videntur. Nam etſi lata ſit mariti poteſtas, adeo vt pro domino interdum habeatur, l. doce. C. de rei vin. tamen ad tempus perceptionis fructuum reſtringitur, vt iam diximus. At poteſtas tutoris fructus non reſpicit, ſed ad proprietatem quoque rerum pertinet, modo adminiſtrationis terminos non egrediatur. Proinde locationem factam à tutore in quinquennium à pupillo diſſolui non poſſe arbitror. argu. l. ſi tutelæ. de admi. tuto. Emptor quidem fundi locati, quin expellere colonum poſſit, dubium non eſt. Nec ideo tenetur venditori, niſi id nominatim inter eos conuenerit. l. emptorem. Cod. de loca. l. ſi merces. §. 1. ſupra loca. Sed cur locatio facta à tutore, firmior, efficaciorque eſt, quam à venditore, cum venditor dominus ſit tempore contractus? Reſpondeo, Multum referre an is ſuccedat in rem cuius nomine locatio facta fuit à tutore, puta, vel alio adminiſtratore, an is, cuius nomine nihil geſſit locator, nec ab eo vllam poteſtatem habuit. Quod in emptore ac venditore animaduertere licet. Adde ſupradictis quod venditor fundi eum locando ante venditionem perſonam tantum ſuam obligat, non rem locatam conductori. Itaque emptor poſtea effectus dominus, eius rei colonum, qui in rem nullum ius habet, facile expellit. Eademque ratio eſt hæredis, & eius, cui teſtator fundum à ſe locatum teſtamento legauit. l. nihil proponitur. de lega. 1. Ex his illud efficitur, Si conductori ius in rem acquiratur ex conductione, cuiuſmodi eſt ſuperficies, aut pignus, conductorem ab emptore expelli non poſſe. arg. l. 1. §. quod autem. de ſuperfic. Qua de re plenior eſt alibi diſputatio. leg. ſi creditor. §. vltim. de diſtr. pign. Emptori diſſimilis eſt miſſus in poſſeſſionem ex decreto Prætoris, & ideo ſtare locationi cogitur, quia dominus non eſt, ac ne poſſeſſor quidem, ſed rei cuſtos tantum, & obſeruator, leg. in venditionem. §. 1. de bonis author. iud. l. 3. §. genera. de acquiren. poſſ. Quod autem diximus de emptore, locum non habet in eo, qui à fiſco emit: id enim conſtitutum eſt fauore fiſci, ne colono aduerſus eum agente ex conducto damnari poſſit. l. vltim. infra, de iure fiſci. Hæc de ſuccedentibus in rem breuiter à nobis dicta ſunt, vt diſputatio hæc noſtra de marito, & vxore apertior ex collatione, dilucidiorque fieret. De iis, qui non in rem, ſed in ius vniuerſum ſuccedunt, id eſt, hæredibus, nulla dubitatio eſt, quoniam omnis actio, obligatioque in ipſos tranſit. l. viam. C. de loca. l. hæredem. l. ex qua perſona. de reg. iur. l. cum à matre. C. de rei vindic.

XXVI. IDEM LIB. XXXVII. AD EDICTVM.

Semel mora facta, ſi ſeruum dotalem poſtea offerente marito, mulier accipere noluerit, & ita is deceſſerit, nõ debebit pretium eius maritus, vel hæres eius, ne damnum ſentiat, quod poſtea offerente eo, mulier accipere noluit.

Quod ſupra dictum eſt, periculum rei dotalis poſt moram eſſe viri, non vxoris. l. ſi filio. §. ſi poſt. ſic accipiendum eſt, niſi maritus poſtea offerendo vxori, moram ſuam emendauerit. Hinc vulgare illud emanauit. *Poſterior mora nocet.* l. illud. de petic. & commo. l. ſi per emptorem. ſupra de actio. empti. Extat ſane conſtitutio Imperatoria, qua cautum eſt, *Militem qui annonam ſibi oblatam non accepit, nihil amplius petere poſſe.* l. nulli. C. de erog. mil. anno. Sed vtilitas publica exigebat, vt diſciplina militaris ita conſtitueretur. Ceterum hæc moræ purgatio facit, vt maritus non culpam, ſed dolum tantummodo præſtet in re dotali. l. ſi mora. ſupra hoc tit. Sed de moræ purgatione alibi plenius.

XXVII. CAIVS LIB. XI. EDICTVM PROVINCIALE.

Si poſt diuortium mortua muliere hæres eius cum viro, parenteve eius agat, eadem videntur de reſtituenda dote interuenire, quæ ipſa muliere agente obſeruari ſolent.

Nihil refert an mulier ipſa, an eius hæres à marito dotem petat, vt quatenus facere poteſt conueniatur. Indecorum enim atque inhoneſtum eſt, maritum ſiue ab vxore ſiue ab alio vxoris nomine fortunis ſuis omnibus ſpoliari. Sed multum intereſt, an aduerſus maritum, an eius hæredem agatur, vt ſupra diximus l. maritum.

XXVIII. VLPIANVS LIB. I. INSTITVTIONVM.

Facere poſſe maritus etiam id videtur, quod à muliere conſequi poteſt, ſcilicet ſi iam ei aliquid abſit, quod pro muliere vel expendit, vel mandatu eius præſtitit. Ceterum ſi nondum ei abeſt, vtputa ſi ſub conditione obligatus eſt, nondum videtur facere poſſe.

Cum quæritur an maritus facere poſſit, l. maritum. ſupra. non tantum ſpectamus res, quas poſſidet, ſed etiam eas quæ ipſi debentur, & ad quas petendas actionem habet l. bonorum appellatio. de verb. ſignificat. Exempli gratia, Si maritus centum aureos habeat, totidemque ei debeantur à Titio, facultates eius ducentorum eſſe intelliguntur, ac ſi centum ei forte opus ſit ad victum, reliquos centum vxori reddere, aut certe actionem mandare debebit. l. ſi maritus in id. infra. Hinc naſcitur quæſtio, in iudicio dotis mutua quædam petitio eſt viri & vxoris. Nam vxor petit centum, quæ in dotem dedit. Maritus viciſſim centum, quæ expendit pro vxore, vxor compenſari vult, quod tantum ſibi debeatur, quantum debet. Maritus negat, quod facere non poſſit, & centum, quæ accepit in dotem, ſibi neceſſaria ſint ad victum. Itaque contendit maritus non tantum mulieris dotem, id eſt, centum ſe retinere poſſe, ſed etiam alia centum ſibi ab vxore reddenda eſſe. Sed hoc obtinere non poteſt, ſecundum hanc Vlpiani ſententiam: quia eatenus dicitur facere poſſe, quatenus actionem habet aduerſus mulierem: ac idcirco non centum in bonis, ſed ducenta habere intelligitur. Quare centum retentis pro victu ſuo æquum eſt, vt reliqua centum veluti ſoluat vxori compenſatione admiſſa. Compenſatio enim ſpeciem quandam ſolutionis habet. l. dediſſe. de verb. ſignifi. Quid igitur dicemus, ſi maritus in bonis nihil habeat, præter eam actionem, quæ aduerſus mulierem competit? Quidam exiſtimant maritum exceptione compenſationis repelli poſſe: ſecun-

dum quam opinionem maritus beneficium iuris amittit, & ſolidum ab eo exigitur. Sed illi aiunt vxorem facilius retinere poſſe quod petit ab ea maritus, quam à Marito petere, ac exigere. argum. l. 1. de extraord. cogn. Verum nullam ſatis probabilem rationem hic video, propter quam marito beneficium iuris auferatur. Et aduerſus hanc ſententiam oppono regulam, *Quacunque per exceptionem perimi poſſunt, in compenſationem non veniunt.* l. quæcunque. de compen. Nam ſi maritus eam pecuniam poſſideret, exceptione tueretur ſe aduerſus mulierem, quia non poteſt ab eo exigi, niſi quatenus facere poteſt. Ea igitur petenti à muliere compenſatio non obiicietur.

Ceterum nondum. Hæc generaliter dicta ſunt de eo marito, qui ſub conditione obligatus eſt. Quamuis enim id abeſſe cuique videatur ad quod præſtandum obligatus eſt, l. ſi quis mandato Titij. de nego. geſt. tamen de eo, qui obligatus eſt ſub conditione, non recte id dicitur: cum ante conditionis euentum nulla naſcatur obligatio. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. oblig.

XXIX. IDEM LIB. III. DISPVTATIONVM.

QVOTIES *pater dotem dat, & ſtipulatur, ita demum in ſuam perſonam de dote actionem transfert, ſi ex continenti ſtipuletur. Ceterum ſi interpoſito tempore ſtipulari velit, nō niſi conſentiente filia poterit, quamuis in poteſtate ſit: quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non poteſt, niſi conſentiat. Plane ſi ante nuptias dotem dederit, poterit ex interuallo (ante nuptias tamen) ei citra voluntatem filiæ ſtipulari. Si quis pro muliere dotem dederit, conueneritque, vt quoquo modo dirempto matrimonio, ipſi ſolueretur, poſtea maritus vxori dotem dederit, rectiſſima dicetur, exactionem nihilominus ei, qui dedit, contra maritum competere.*

Dictum fuit actionem de dote, patri & filiæ communem eſſe. l. 2. §. quod ſi in patris. cui dicto exceptionem hic adiicit Vlpianus: *Niſi pater ſtipulatus ſit, eam ſibi reddi, &c.* §. accedit. C. de rei vxo. actio. Quod autem hic dicitur, interpoſito tempore patrem ſtipulari poſſe, quomodo accipiendum ſit, poſtea docebimus, l. poſt dotem.

Conueneritque. Hoc verbum ſi de pacto intelligamus (vt fere accipi ſolet) non de ſtipulatione, l. lecta. ſupra de rebus credi. extraneum hic dotem promiſiſſe ponendum eſt. Nam pater dotem pro filia conſtituens ſolo pacto, abſque ſtipulatione, actionem de dote in perſonam ſuam transferre non poteſt, vt reſcripto Alexandri continetur. leg. auia. C. de iure dot. Vnde Vlpianus in ſuperiore reſponſo de patre loquens ſtipulationis vbique meminit, non pacti. Huiuſque diuerſitatis ratio hæc eſſe videtur, quia neceſſaria eſt datio dotis, quæ à patre fit non voluntaria, cum pater filiam dotare cogatur Magiſtratus officio. l. qui liberos. ſupra de ritu nup. l. vlt. C. de dot. promiſ. Quod autem dicitur ex pacto actionem naſci, cum in re tractanda interponitur. l. legem. C. de pact. l. rebus. C. de rer. permut. l. legem. C de don. l. ſi dominus ſeruum. ſupra de præſcrip. verb. tunc verum eſt, cum nulla coactus neceſſitate rem ſuam quis tradit alteri. Eſt enim æquiſſimum vt ei, qui ſponte ſua rem ſuam alicui dat, quamcunque voluerit legem dicere, liceat. l. in traditionibus. ſup. de pact. Sunt & alij caſus, in quib. ſtipulatio in traditione rei propriæ neceſſaria eſt, nec ſufficit pactum ad quærendam actionem. Sed de his alias opportunius. l. 3. C. de vſur. l. 2. C. de euict. l. quod ſi locus. ſupra de religioſ.

XXX. IVLIANVS LIB. XVI. DIGESTORVM.

NVPTA *non impeditur, quo minus cum priore marito de dote experiatur.*

Mulier, quæ ſoluto matrimonio alij nupſit, dotem nihilominus ſuam petere poteſt. Qua tamen in re probabilis fuit dubitatio: quia fauetur mulieri in dote, vt nubere ac liberos procreare poſſit. l. 1. ſupra eo. non enim facile maritum inuenit mulier, quæ dotem non habet. Quæ ratio ceſſat in nupta muliere. Sed viſum eſt vtilius iuris noſtri authoribus, hoc ius vniuerſo mulierem generi attribuere, tametſi eas nec nubere, nec liberos ſuſcipere interdum contingat. Quod & de quinquagenaria muliere vulgo traditum eſt, quæ liberos procreare amplius nequit. l. ſi maior. C. de legit. hæred.

Quoties culpa viri accidit, ne dos à ſocero, aut à quolibet alio, qui mulieris nomine promiſerat, exigeretur: ſi aut in matrimonio filia deceſſerit, aut materfamilias facta, eum, qui dotem repromiſerat, hæredem inſtituerit: ſatis conſtat, nihil amplius virum præſtare debere, quam vt eos obligatione liberet.

Maritus ſoluto matrimonio dotem vxori reddere cogitur, ſiue receperit eam, ſiue culpa, & negligentia ſua eam non exegerit, cum promiſſa eſſet. l. ſi extraneus. ſup. de iure dot. Si tamen is qui eam promiſerat, ſiue pater ſit, ſiue extraneus, aduerſus maritum mortua vxore agat, velut hæres aut ſucceſſor eiuſdem, maritus ei reſtituere non cogetur quod non accepit. Nam iniquum eſt, vt is culpam mariti obiiciens audiatur, cuius lucro eam culpam ceſſiſſe conſtat. Quod & in muliere dotem petente obſeruatur, cum ipſi negligentia mariti profuit. l. cum in fundo. §. 1. ſupra de iure dotium.

XXXI. IDEM LIB. XV. DIGESTORVM.

SI *marito publico iudicio damnato, pars aliqua bonorum eius publicetur, fiſcus creditoribus eius ſatisfacere neceſſe habet, inter quos vxor quoque eſt.*

Quoties bona mariti ob maleficium publicantur, ſiue confiſcantur, liberatur à præſtatione dotis ſoluto matrimonio, aut alterius cuiuſcunque debiti. leg. 1. C. de fideiuſ. Actiones autem creditoribus competentes in fiſcum tranſeunt, veluti ſucceſſorem vniuerſalem. l. tutoris. C. ad leg. Iuliam de vi priua. l. ſi quis poſthac. Cod. de bonis proſcr. Quod ſi ex alia cauſa, puta venditionis, fuerint bona fiſco acquiſita, creditoribus hæreditariis maritus adhuc obnoxius manebit. l. mulier bona. ſupr. de iure dot. l. 2. C. de hære. vend. l. pacto ſucceſſorum. C. de pactis.

Si pater, cum ducenta filiæ ſuæ nomine dotis promiſiſſet, pactus fuerit, ne amplius, quam centum à ſe peterentur, & ſoluto matrimonio egerit: centum, de quibus conuenit, ne peterentur, nec intelliguntur dotis eſſe: quod ſi mortuo patre cum hærede eius maritus agere cœperit, iſta quoque pecunia in dotem erit.

Qui ducenta promiſit dotis nomine, & centum ſolutis, marito pactus eſt, ne reliquum à ſe peteretur, id eſt, centum, matrimonio ſoluto, centum duntaxat, quæ dedit, petet: quamuis reliqua centum prima ratione quaſi ſoluta propter pactum habeantur. Sed hac de re infra plenius, leg. pen. §. ſi vir.

Mortuo patre. Hoc pactum, quia perſona expreſſa eſt, præſumitur in perſonam magis, quam in rem. l. qui in futurum, ſupra de pact. Proinde maritus, qui cum patre pactus eſt, ne dotem ab eo petat, exprimendo perſonam patris, petere ab eius hærede non prohibetur, niſi aliud actum ſit. Idque ſupra à nobis diſputatum eſt. l. iuriſgentium. §. pactorum. de pact.

Si voluntate filiæ procurator à patre datus, litem de dote conteſtatus fuerit, & re ſecundum eum iudicata, pater deceſſerit, iudicati actionem filiæ potius, quam hæredibus patris dari oportebit.

Actio de dote, quæ communis eſt patri, & filiæ, mortuo patre ad filiam tranſit, licet hæres inſtituta non ſit, eiuſque propria efficitur. §. videamus. Cod. de rei vxor. actio. Nam quamuis actio competens defuncto, tranſeat ad hæredem

iure

iure communi: tit. de perpet.& temp.actio. lib. Inſtit. 4. hoc tamen præcipuum, & ſingulare habet dotis cauſa. l. 1. ſupra. Nec refert an patre dotem petente res iudicata ſit, & iudicati actio quæſita, necne, cum actio iudicati actioni de dote accedat, nec eam ita nouat vt perimat.l.aliam.inf.de nouat. Si vero dos iam exacta, & ſoluta ſit, plærique exiſtimant ad patris hæredem träsferri, vt res alias, quæ in ipſius patrimonio ſunt, l.vlt. C. commu. vtriuſque iudic. Sed conſtitutio Iuſtiniani, quam pro firmamento ſuæ opinionis afferunt, rationem tradit diuidendæ dotis, quæ propter legem vel ſtipulationem ad patrem reuerſa eſt. Quod poteſt variis modis contingere. Itaque dos, quæ ad patrem non reuertitur, cuiuſmodi hæc eſt, de qua nunc diſſerimus, ad eam conſtitutionem pertinere non videtur.

Cum patri dos data eſt, & ei filius ex aliqua parte hæres ſub conditione inſtitutus fuerit, & pendente conditione cohæredes eius dotem pro ſua portione mulieri ſoluerint: hoc minus ex dote filius præſtare debebit, quoniã nullam actionem eius pecuniæ recuperandæ gratia aduerſus cohæredes habet.

Si ſocer dotem accepit à muliere, maritus non tenetur mulieri ſoluto matrimonio, niſi quatenus patri hæres extiterit. l.ſi cum dotem.§.tranſgrediamur.ſupra. Tenentur ergo, mortuo ſocero, hæredes eius, ſed ita vt ſi qui eorum inſtituti ſint ſub conditione, interim ceteri conueniri poſſint, non in ſolidum, ſed pro parte hæreditaria. l. ſi maritus. famil. ercil. Exiſtente vero cõditione pars ab eo exigitur, cui conditio adſcripta fuerat.

Quoniam nullam. Quamuis matrimonio adhuc conſtante, maritus in ſpecie propoſita à cohæredibus dotem repetere poſſet, præſtita cautione (vt alibi dictum eſt) l. ſi filia. §. hoc amplius.famil. erciſc. tamen ſoluto matrimonio actio aduerſus cohæredes ei denegatur. Solutum autem fuiſſe matrimonium hic accipere debemus, vt hoc caput tractatui conueniat.

Si fundum dotalem recepiſſet mulier non habita ratione fructuum pro portione anni, quo nupta non fuiſſet, nihilominus de dote agere poteſt: quia minorem dotem recepiſſet. Hoc enim ad dotis augmentum pertinet, quemadmodum ſi partum ancillarum non recepiſſet, aut legata, vel hæreditates quæ poſt diuortium per ſeruos dotales acquiſitæ marito fuiſſent.

Quamuis acceſſiones, quæ non ſunt in obligatione, ſed officio iudicis præſtantur, poſtquam res iudicata, aut ſors ſoluta eſt, peti non poſſint.l.4. C.depo.l.qui per colluſionem, ſupra de actio.emp.l.centum Capuæ.ſup.de eo quod certo loco da. tamen fructus dotis recte petuntur: quia non tanquam acceſſio, ſed tanquam dotis ipſius pars in iudicium deducuntur, nec minus ſunt in obligatione, quam quod à muliere in dotem datum eſt. Idq; in vniuerſalibus locum habet, quibus non res ſingulares, ſed vniuerſitas aliqua petitur, veluti dos, hæreditas, &c.leg. 1.de dot.præle.l.item veniunt.§.fructus.de petit. hæred.

XXXII. IDEM LIB. II. AD VRSEIVM FEROCEM.

SI prior maritus poſteriori, dotis nomine, tanquam debitor mulieris, dotem promiſerit, nõ plus, quàm facere poſſit, dotis futurum eſt.

Prior maritus promittens ſe daturum poſteriori, quod vxori quondam ſuæ nomine dotis debet, hac promiſſione, vltra id, quod facere poteſt, ſeſe obligare non intelligitur: quia verum eſt, ſaltem effectu, & τῇ δυνάμει amplius eum non debere.l.maritum.ſupra.l.Mœuio.§.à me.de leg.2. Quod ſi proponamus priorem illum maritum certam quantitatem ſimpliciter promiſiſſe in dotem, poſtea conuentus à ſtipulatore, beneficio iuris vti non poterit. *Nam exceptio, quæ obſtat deleganti, aduerſus eum, cui facta eſt delegatio, non recte obiicitur.* l. doli.infra de nouat.l. Neſennius. infra de re iudi.l. pure.§.ſi eum.infra de doli excep. Atq; ita accipiendum eſt quod Paulus Neſennio Apollinari reſpondit ſub tit.de re iudica.l. Neſennius. Quamuis enim in epiſtola Apollinari ſcriptum ſit, *Tantum marito dotem promiſſam eſſe*, tamen vt valeat dotis promiſſio, neceſſe eſt, aliter conceptam eſſe promiſſionem, quam in hoc loco, & dotis modum, quantitatemque expreſſam eſſe.

XXXIII. APHRICANVS LIB. IIII. QVÆSTIONVM.

QVæ dotis nomine certam pecuniam promiſerat, quoſdam adhibuerat, qui ſtipularentur partem dotis diſtracto matrimonio ſibi ſolui: ea nulla data dote obierat, eodem marito ſuo hærede relicto, is damnoſam hæreditatem eius adierat: nihilominus ſtipulatoribus teneri, quoniam adeundo hæreditatem debitricis intelligeretur ſe compenſaſſe. nec ad rem pertinere, quod ſoluendo non eſſet hæreditas, quando cæteris etiam creditoribus teneatur.

In hac ſpecie maritus cogitur ſtipulatoribus dotem reddere ſoluto matrimonio, quam nunquam accepit. quod quanquam mirum videtur, ac plene παράδοξον, tamen ratione non caret. Nam adeundo hæreditatem, quæ morte vxoris ſibi delata eſt, intelligitur ſe compenſaſſe, ac veluti dotem ſibiipſi ſoluiſſe, cum vxoris factum præſtare debeat cui hæres extitit. l.cum à matre.C.de rei vindic. Fuit autem vxor ei ad dandam dotem obligata, actionemque ſibi competentem aduerſus eandem mandare debuit ſtipulatoribus hæreditate non adita.l.ſi ſocer.infra. Cum igitur hæreditatem adeundo, eam actionem propter confuſionem amiſerit, l.debitori. C.de pactis.feceritque quo minus eam mandare poſſit, æquum eſt vt ſtipulatoribus, perinde ac ſi dos ei ſoluta fuiſſet, teneatur. Et huc pertinet quod alibi dicitur: *Aditionẽ hæreditatis vim poteſtatemque ſolutionis habere.* l.ſi debitori creditor.de fideiuſſor. l.Stichum.§.aditio.de ſolutionib.

Tenebitur. Actio datur ſtipulatoribus ex hac ſtipulatione ſoluto matrimonio. Nam etſi expreſſum hic non ſit, ex qua cauſa ſtipulatio fuerit contracta, tamen intelligendum eſt, eam vtilem fuiſſe, vt ex ea agi potuerit. De vtilitate enim ſtipulationis hic nulla erat quæſtio, ſed an marito prodeſſe deberet ad abſolutionem, quod dotem non acceperat. Ac forte creditores erant mulieris, ii, qui ad ſtipulandum adhibiti ſunt, ita vt eos adhibendo conditionem ſuam deteriorem non fecerit, & actio ſtipulatoribus quæſita ſit. Quam interpretationem recte admittunt Aphricani verba, eamque ſophiſtarum cauillationibus minime obnoxiam.

Soluendo non eſſet. Hæres obligatur creditoribus hæreditariis, tametſi hæreditas ſoluendo non ſit. Quod eſt intelligendum ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, niſi rerum hæreditariarum publice facta deſcriptione, quam inuentarium vocant, hæreditatem adierit. Cuius deſcriptionis formam & rationem ea conſtitutio continet.l.vlt.C.de iure delib.

XXXIIII. IDEM LIB. VIII. QVÆSTIONVM.

TItia diuortium à Seio fecit. hanc Titius in ſua poteſtate eſſe dicit, & dotem ſibi reddi poſtulat. Ipſa ſe matrẽfamilias dicit, & de dote agere vult. Quæſitum eſt, quæ partes iudicis ſint? Reſpondi, Patri, niſi probet filiam non ſolum in ſua poteſtate eſſe, ſed etiam conſentire ſibi, denegandam actionem, ſicuti denegaretur, etiam ſi conſtaret eam in poteſtate eſſe.

Dotem profectitiam pater ſoluto matrimonio ita demum petere poteſt, ſi filia in eius poteſtate manſerit, & patri agenti conſentiat.leg.2.§. quod ſi in patris.ſupra.§. videamus.C.de rei vx.actio. Quare dubium non eſt, quin filia contradicens patri, & ſe matremfamilias, ac ſui iuris dicens, audienda ſit. Eſt autem hoc vſitatum, vt mota inter duos litigãtes cõtrouerſia, alius, cuius intereſt, ad iudiciũ adſit, & qualcunq;

voluerit exceptiones ac defenſiones, in medium adducat. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſta. l. ſæpe. de re iud. l. à ſententia de appel. l. 2. C. de neg. geſt. cap. veniens. de teſtib. cap. cum ſuper. de re iudic.

XXXV. MARTIANVS LIB. X. INSTITVTIONVM.

Liberta, quæ voluntate patroni deceſſit, de dote cum eo agere poteſt, quam ei dedit.

Lex Iulia, & Papia, de maritandis ordinibus, vetat libertæ quæ nupſit patrono ſuo, ne ab eo inuito diuertat, & actionem de dote ei adimat poſt diuortium. l. vl. ſup. de diuor. Sed ea lex ad libertam, quæ diuertit volente patrono, non pertinet.

XXXVI. PAVLVS LIB. II. DE ADVLTERIIS.

Si maritus minus facere poteſt, & dos publicata ſit, in id, quod facere poteſt, & fiſco maritus condemnandus eſt, ne in perniciem mariti mulier punita ſit.

Fiſco in locum mulieris ſuccedente, & dotem publicatam exigente, maritus beneficio iuris vtitur. l. maritum. l. ſi poſt. ſupra. Nam fiſcus vtitur iure communi priuatorum, maxime cum priuati alicuius ſucceſſor eſt. l. item veniunt. §. priuatorum. ſupra de petit. hær. l. cum quidam. §. fiſcus. ſupra de vſur.

XXXVII. VLPIANVS LIB. II. RESPONSORVM.

Dotem voluntate filiæ videri patrem recepiſſe cum cauſas contradicendi ei filia non haberet: maxime, cum ab eo poſtea ampliore ſumma dotata ſit.

Quia dictum fuit ſupra, patrem de dote agere non poſſe, ſine voluntate filiæ. l. 2. §. quod ſi in patris. videbatur nihil referre, iuſtane voluntas eius fuerit, an iniuſta: ſed tantum hoc ſpectandum eſſe, velit, an nolit filia. Sicut & cum legatum, vel fideicommiſſum in volūtatem alicuius confertur à teſtatore. l. cum quidam. C. de lega. 2. l. fideicommiſſa. §. quamquam. de lega. 3. Verum has verborum anguſtias contemnere debet iudex in hoc iudicio, & ad id, *quod melius & æquius eſt*, ſemper reſpicere, vt iam ſæpe à nobis dictum eſt. Cum igitur ex facto proponeretur, patrem recepiſſe dotem ſine voluntate filiæ, ſed ita vt vtilis ei fuerit ea receptio, nec contradicendi cauſam habuerit, merito Vlpia. reſpondit, perinde habendum id eſſe, ac ſi vere conſenſiſſet filia.

XXXVIII. MARCELLVS LIB. SINGVLARI RESPONSORVM.

Lucius Titius, cum eſſet filiusfamilias, voluntate patris vxorem Mæuiam duxit, & dotem pater accepit. Mæuia Titio repudium miſit. Poſtea pater repudiati abſente filio, ſponſalia cum eadem nomine filij ſui fecit. Mæuia denuo repudium ſponſalibus miſit, atque ita alij nupſit. Quæro, ſi Mæuia ageret cum Lucio Titio quondam marito, & à patre hærede relicto de dote, & probetur culpa mulieris matrimonium diſſolutum, an poſſit maritus propter culpam mulieris dotem retinere? Marcellus reſpondit, etiam ſi vt hæres inſtitutus à patre Titius conueniretur: tamen ſi ſponſalibus non conſenſiſſet, culpam mulieris mulctandam eſſe.

Si matrimonium culpa vxoris diſſolutum fuerit, ea dotem amittit. l. conſenſu. C. de repud. Sed reintegrato poſtea matrimonio, aut contractis inter eoſdem ſponſalibus, culpa omnis condonata, remiſſaque intelligitur. l. ſi vxor. §. vl. ad leg. Iuliam de adul. Aliud dicendum eſt de ſponſalibus à patre mariti contractis, abſente atque ignorante, ideoque, non conſentiente marito, vt hic Marcellus ait. Patris enim non eſt, pœnam hanc remittere, quamuis alias iniuriam filio factam remittere poſſit. l. ſed ſi vnius. §. filiofamilias. de iniur. Nec ad rem pertinet, quod à filio tanquam patris hærede dotem exigit vxor in ſpecie hic propoſita, vnde videbatur filius ratum habere quod à defuncto geſtum eſt, debere. l. cum à matre. C. de rei vindic. l. ex qua perſona. de reg. iur. Nam ſi pater ipſe adhuc ſuperſtes conueniretur à muliere, & ei culpam obiiceret, ſicut hic dicitur, dotis retinendæ cauſa mulier prætextu horum ſponſaliorum tueri ſe non poſſet, quaſi condonata ſibi, remiſſaque ab eo culpa, cum ea remiſſio ex patris voluntate, poteſtateque non pendeat.

XXXIX. PAPINIANVS LIB. XI. QVÆSTIONVM.

Viro atque vxore mores inuicem accuſantibus, cauſam repudij dediſſe vtrunque pronuntiatum eſt, Id ita accipi debet: vt ea lege, quam ambo contemſerunt, neuter vindicetur. Paria enim delicta mutua penſatione diſſoluuntur.

Facto diuortio inter coniuges, vtrius culpa factum eſſet, quærebatur, & vterque alterius mores incuſabat, quod olim erat permiſſum, iudicio de morib. in id comparato, de quo ſupra aliquid diximus. l. rei iudicatæ. §. vltim. Maritus ob malos mores vxoris cupiebat retinere dotem: vxor ob malos mores mariti volebat dotem ſibi præſentem reddi, aut aliter puniri maritum, vt mox dicturi ſumus: tandem quia vterq; probauit quod intendebat, pronuntiauit iudex, vtrunque cauſam repudij dediſſe. Iam dubitatur de vi & poteſtate huius pronuntiationis. Et Papinianus ait, eam ita accipiendam eſſe, vt neuter ob mores ſuos puniatur, & delictorum compenſatio quædam fiat. Cui non diſſimile eſt, quod alibi ſcriptum extat, de interdicto vti poſſidetis, nempe vtroque probante ſe poſſidere, neutrum vinci. l. ſi duo. vti poſſide. Hinc mihi videtur ſenſus horum Papiniani verborum eſſe, quæ alij aliter interpretantur. Sed locus Vlpiani in Inſti. ti. de dotib. rem dotalem magnopere illuſtrat, cuius verba hic ſubiecimus: *Morum nomine, grauiorum quidem, ſextæ retinentur, leuiorum item octaua. Grauiores mores ſunt, adulteria tantum, leuiores omnes reliqui. Mariti mores puniuntur, in ea quidem dote, quæ a die reddi debet. Ita propter maiores mores præſentem dotem reddit: propter minores ſenūm menſium die. In ea autem, quæ præſens reddi ſolet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote quadriennio redditur.*

XL. IDEM LIB. XXVIII. QVÆSTIONVM.

Poſt dotem datam, & nuptias contractas ſtipulatus eſt pater, voluntate filiæ, diuortio facto dotem dari: ſi conditio ſtipulationis impleatur, & poſtea filia ſine liberis deceſſerit, non erit impediendus pater, quo minus ex ſtipulatu agat: viua autem filia, ſi agere vult, exceptione ſubmouendus erit.

Hoc caput Papiniani eſt, perquam difficile, & obſcurum vulgo creditur, adeo vt decem, aut duodecim variæ interpretationes extent vulgarium Doctorum, in quibus recitandis fruſtra tempus non conteram. Præcipua autem difficultas in eo eſt, quod ſtipulationem conſenſu filiæ factam Papinianus filiæ non nocere hic oſtendit, contra Vlpiani ſententiam, de qua viſum fuit ſuperius cap. 30. Quod igitur probabilius mihi videtur in tantis tenebris, quibus hæc circumfuſa ſunt, id breuiter dicturus, & Vlpianum cum Papiniano, quantum in me erit, conciliaturus ſum. Ac in primis animaduertendum eſt, licere patri dotem pro filia danti actionem de dote in ſe transferre, quæ alioqui patri, & filiæ communis eſſet. l. quoties. 5. Idque contingit, ſiue pater ex continenti ſtipuletur, ſiue interpoſito tempore, ſi modo filia conſentiat, atque acquieſcat voluntati paternæ. Cum ergo certum eſt id actum eſſe inter patrem & filiam, dubitandum non eſt, quin actio patri competat. Atque ita dictum Vlpiani accipiendum eſſe verba eiuſdem ſatis aperte (niſi valde hic hallucinor) demonſtrant. Poteſt autem incertum eſſe quid actum ſit inter eos, vt puta ſi in tabulis illud tantum ſcriptum reperiatur, *patrem voluntate filiæ ſtipulatum eſſe, dotem diuortio facto dari, &c.* Nam fit aliquando vt conſentiat filia patri ſtipulanti, non in patris gratiam vt aliquid ei donet,

ſed

ſed in ſuam potius, vt pater quaſi procurator filiæ, & negotium eius gerens ſtipuletur.l.idemque.§.ſi cui mandando, ſupra manda. l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. Itaque ſi non conſtet, filiam patris gratia conſenſiſſe, Vlpiani dicto (de quo iam diximus) locus eſſe non poteſt. Sed ſequenda eſt hæc Papiniani ſententia, ſecundum quam ſtipulatio filię non nocet. Quãdiu enim viuit filia, pater ex ſtipulatu agens ſummouetur exceptione.

Filiæ voluntate. Obſcuritas & ambiguitas horum verborum dubitationis cauſa fuit in hac ſpecie. Eſtque huic non diſſimilis quæſtio apud Vlpianum, de marito, qui voluntate vxoris ſeruos dotales manumiſit: quam nos ſupra attigimus. l. ſi conſtante.§.ſi vir.

Sine liberis deceſſerit. Tametſi maritus ex hac ſtipulatione agens exceptione repellatur viua filia, tamen ea mortuo agit tanquam ſucceſſor filiæ. Cur autem addidit Papinianus, ſine liberis? Vlpiani verba oſtendunt in Inſtit. titu. de dotib. *Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis penes virum.* Sed de eadem re quædam alia fortaſſis infra dicturi ſumus. l. ſi dotali.

XLI. IDEM LIB. XXXVII. QVÆSTIONVM.

SI pater ignorans filiam diuertiſſe dotem ex cauſa promiſſionis numerauerit, non per indebiti condictionem, ſed de dote actione pecunia petetur.

Cum pecunia numerata fuerit ſoluto iam matrimonio, videtur dos nõ eſſe, ideoq; nec de dote actio competere. l.3. ſupra de iure dot. Verum vt dos ſit, matrimonium contractum fuiſſe ſufficit.

Non per indebiti. Si ponamus hic dotem eſſe communem patri, & filiæ, æquum eſt, actionem de dote magis, quam condictionem indebiti competere: ne alias mulier iniuriam patiatur. Si vero dos reddenda ſit patri ex ſtipulatione forte, cur non ſit locus condictioni, non video. Nec aliena erit à verbis hæc ſententia, particulam, non, pro non ſolum accipiendo. Quod genus loquendi crebrum, atq; vſitatum eſt apud iuris auctores. Nam indebitum rectè hic dicitur, quod ſolutum eſt à patre, propter exceptionem ei competentem, ſi maritus ab eo poſt diuortium dotem petat. l. dolo. de doli except. l. qui exceptionem. de condi. indeb.

XLII. IDEM LIB. IIII. RESPONSORVM.

IN inſulam patre deportato, qui pro filia dotem dedit, actio dotis ad filiam pertinet, poſt diuortium quoque patre damnato, qui dotem, conſentiente filia non petierat, æq; dotis actio mulieris eſt.

Sicut mortuo patre actio de dote, quæ vtriq; communis erat, efficitur filiæ propria: §. videamus. C. de rei vxo. actio. ita etiam eo in inſulam deportato, cum pro mortuo habeatur, amiſſa ciuitate. l. 1. infra de bono. poſſ. contra tab. & filia ſui iuris fiat. Nec multum intereſt conſtante adhuc, an ſoluto matrimonio deportatus fuerit. Ideo autẽ hoc ius competens patri nõ tranſit in fiſcum, quamuis fiſcus bonis publicatis ei ſuccedat. l. ſi marito. ſupra, quia hæreditarium non eſt, nec hæredi patris, niſi ſit filius, acquiritur. Ea enim fiſcus vindicat, quæ ad quoſuis hæredes etiam extraneos pertinerent.

Fructus ex prædiis, quæ in dotem data eſſe videbantur, bona fide perceptos, & in mulieris oneribus ante cauſam liberalem abſumptos: quamuis ſeruam fuiſſe poſtea conſtiterit, peti non poſſe placuit.

Cum verum iuſtumque matrimonium, veraque dos eſt, maritus lucratur fructus pro oneribus matrimonij. l. pro oneribus. C. de iure dot. Alia cauſa eſt opinati matrimonij, dotiſque opinatæ, vt puta, ſi matrimonium per errorem cum ancilla contractum ſit. l. cum ancillis. C. de inceſt. & inutil. nupt. Dos enim opinata pro vera dote tunc habetur, cum ad mulieris commodum id ſpectat, vt ſupra annotauimus. l. ſi cum dotem. §. vlt. Mulieris autem non intereſt, vt hos fructus vir lucretur. Conſumptos tamen fructus reddere non cogetur, ne minus ei tribuatur, quam cuiuis alij bonæ fidei poſſeſſori. §. ſi quis à non domino. Inſtit. de rer. diuiſ. Nec multum referre arbitror, an in mulieris tutelam, an in alium quemlibet vſum conſumpti ſint, quamuis onerum mulieris hic mentio fiat. In reſponſis enim Iureconſultorum ſolent ea deſcribi, quæ acciderunt, licet ad rem non adeo multum pertineant: in aliis iuris auctorum ſcriptis non æque.

Sumptus vero neceſſarios, & vtiles, in prædia, quæ dotalia videbantur, factos, compenſatis fructibus perceptis ad finem ſuperflui ſeruari conuenit.

Sumptus neceſſarij, & vtiles in rem dotalem facti non cõpenſantur cum fructibus, vt ante à nobis dictum fuit, ſed eos vir omnino recuperat à muliere. l. fructus. §. impendi. ſupra. Verum quia non vera dos, ſed opinata hic fuit, compenſatio dicitur locum habere, vſque ad finem ſuperflui, id eſt, vſque ad ſumptus, qui fructuum quantitatem excedunt. Quod genus loquendi explicauimus lib. 1. Diſput. Compenſatur enim fructus cum ſumptibus vſque ad concurrentem quantitatem (vt vulgo loquimur) & quod ſuperfluum eſt, viro redditur.

Vſuras autem numeratæ dotis ex ſtipulatu, pater, in matrimonio defuncta filia, ſi petat: gener, qui reſiduæ dotis promiſſæ fœnus ſtipulatus eſt, ita demum ad finem vice mutua debitæ quantitatis compenſationem opponere iuſte videtur, ſi propriis ſumptibus vxorem ſuam exhibuit, alioquin ſi patris ſumptibus exhibita ſit, inanis vſurarum ſtipulatio compenſationi non proderit.

Quamuis pater pro filia dotem conſtituens vſuras tardius exolutæ dotis promittat, niſi tamen maritus vxorem interim exhibuerit, id eſt, educauerit, inanis eſt ea ſtipulatio. Cum enim dos pro oneribus matrimonij detur; l. pro oneribus. C. de iure dot. huiuſmodi vſurarum ſtipulationi ineſt hæc conditio, *Si vxorem aluerit &c.* Hoc intellecto ſpecies quæ hic tractatur, difficilem explicationem non habet.

Ad virum vxore poſt diuortium reuerſa, iudicium acceptum ex ſtipulatione, qua extraneus qui dotem dedit, ſtipulatus fuerat, non diſſoluitur, nec officio iudicis abſolutio continebitur.

Dictum eſt ſupra, reintegrato matrimonio iudicium à muliere cœptum dotem exigente perimi, ac diſſolui. l. ſi mulier. Aliam cauſam eſſe extranei, qui dotem pro muliere datam cœpit exigere, hic ſcribit Papinianus: quia conſenſus mulieris extraneo nocere, & actionem ei quæſitam non poteſt adimere, niſi is quoque conſenſerit. l. ſtipulatio. ſupra de iure dot. l. cum maritus. ſupra de pact. dot. Et huic quidem differentiæ tum locus eſt, cum poſt longum temporis interuallum matrimonium renouatum eſt. Alioquin cum vnum, atque idem matrimonium eſſe intelligatur, l. plerique. ſup. de ritu nupt. inter mulierem & extraneum nihil videtur intereſſe.

XLIII. SCÆVOLA LIB. II. QVÆSTIONVM.

SI maritus in id, quod facere poteſt, condemnatus ſit, & nomina ſint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit, mandare actiones debet.

Varietas lectionis hoc caput ſubobſcurũ reddit. In Codice Norico ita legitur: *Si maritus in id, quod facere poteſt, cõdemnatus ſit, & nomina ſint ad dotis quantitatem, neque amplius habebit, mandare actiones debebit.* Secundũ quam lectionem hoc Scæuolę dictum, vtilem ſententiam habet. Vult enim Scæuola vt quemadmodum maritus, qui condemnatus eſt iudicio dotis in id, quod facere poteſt, ſi pecuniam ſufficientem habeat, cogitur eam mulieri ſoluere, ita etiam ſi nomina, actioneſve habeat ad dotis quantitatem, id eſt, quæ ſufficiant ad dotem exoluendam, deducto mariti victu neceſſario, eas actiones debeat mandare vxori. Altera lectio eſt, in qua

extat negatio, eaque poteſt defendi, hoc modo Scæuolæ dictum accipiendo. Maritus, qui centum accepit ab vxore in dotem, nullam pecuniam habet: ſed centum in nominibus, ſiue actionibus. eas actiones non cogetur vxori mandare, quia ſi tantum haberet in numerato, id ab eo exigi non poſſet, cum victus ſit ei relinquendus, &c. l. maritum. ſupra. Hæc igitur verba, quæ ambigua ſunt, & nomina ſint ad dotis quantitatem, vtrique lectioni, velut cothurnus vtrique pedi aptantur. Si quis emendatiores nactus fuerit codices, veriorem forte ſenſum, ac ſinceriorem afferri aliquando poterit. Ego interim enarratoris non mali officio functus fuiſſe videor, quando vtraque interpretatio noſtra verbis auctoris ſatis conſentit, veramque & vtilem ſententiam vtraque certe continet.

XLIIII. PAVLVS LIB. V.

QVÆSTIONVM.

SI ſocer à genero hæres inſtitutus, adierit hæreditatem, quandoque mortuo patre cum hærede eius filiam de dote acturam, Nerua & Cato reſponderunt, vt eſt relatum apud Sextum Pomponium, ab Ariſtone lib. 5. vbi idem Ariſtoni conſenſit. Ego dicerem, etſi emancipaſſet pater filiam, ipſum quoque conueniri poſſe.

Cum actio de dote communis eſt patri & filiæ aduerſus maritum, & marito hæres exiſtit pater, videtur extincta eſſe obligatio, propter confuſionem, quaſi creditor debitori ſuccedat. Quod tamen hic non accidit, quia non ſolus creditor erat pater mariti, cui ſucceſſit, & iniquum eſſet hac ſucceſſione ius mulieri quæſitum adimi. arg. leg. Vranius. de fideiuſſ. Actio igitur de dote ſalua manet mulieri aduerſus hæredem mariti, eundemque patrem, quam actionem poterit aduerſus eum exercere, ſi forte ab eo emancipata fuerit, aut aduerſus hæredem patris, &c. Sed quandiu manet in poteſtate patris, ratio iuris non permittit ei cum patre agere. l. lis nulla. de iudic. Hic mihi videtur planus, atque apertus horum verborum ſenſus, quæ non ſatis commode vulgo explicari ſolent.

Lucius Titius filiæ ſuæ nomine centum doti promiſit Caio Seio: interque Caium Seium, & Lucium Titium patrem mulieris conuenit, ne dos à viro viuo Lucio Titio peteretur. poſtea culpa mariti diuortio facto, ſolutum eſt matrimonium: & pater mulieris decedens alios hæredes inſtituit, filia exhæredata. Quæro, an ab hæredibus ſoceri maritus exigere poſſit dotem, cum eam mulieri redditurus ſit? Reſpondi, cum filia, aliis à patre hæredibus inſtitutis, actionem de dote ſua recuperanda habere cœperit, neceſſe habebit maritus, aut exactam dotem, aut actiones ei præſtare, nec vllam exceptionem habebunt ſoceri hæredes aduerſus eum: cum abſurde dicatur, dolo videri eum facere qui non ipſi, quem conuenit, ſed alij reſtituturus petat. Alioquin etſi poſt mortem patris diuertiſſet, nondum exacta dote, excluderetur actione dotis maritus: quod non eſt admittendum. Sed etſi ex parte filia hæres patri ſuo extiterit, debebit maritus cohæredes eius pro parte virili exigere, & mulieri reddere, aut actiones ei præſtare.

Vxor matrimonio ſoluto agit de dote contra maritum ſuum, vt eam reddat, vel actiones præſtet ſibi competentes aduerſus promiſſorem. Proinde maritus à promiſſore dotem exigit, nec ſummouetur exceptione, quaſi dolo faciat, eam rem petens quam ſtatim redditurus eſt. leg. dolo. infra de doli except. leg. in condemnatione. §. vltim. infra de reg. iur. Non enim id ei redditurus eſt, à quo petit, ſed alij, nempe vxori. Hinc igitur duo annotanda ſunt. Vnum eſt eum dolo facere, qui petit quod redditurus eſt ei vnde petitur. Eſt tamen interdum iuſta cauſa petendi, nec doli exceptio datur, vt in interdicto quod legatorum, & aliis huiuſmodi caſibus. l. 1. quod legat. Alterum eſt, eum dolo non facere, qui petit quod alij eſt redditurus, non ei, contra quem agitur. Sed ex iuſta cauſa plærunque competit exceptio doli, vt puta ſi tertius ille ei vnde petitur reddere debeat. l. ſi donaturus. §. vlt. ſupra de condi. cau. data cau. non ſec.

XLV. IDEM LIB. VI.

QVÆSTIONVM.

CAius Seius auus maternus Seiæ nepti, quæ erat in patris poteſtate, certam pecuniæ quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, & in inſtrumento dotali huiuſmodi pactum & ſtipulationem complexus eſt: Si inter Lucium Titium maritum, & Seiam diuortium ſine culpa mulieris factum eſſet, dos omnis Seiæ vxori, vel Caio Seio auo materno redderetur, reſtitueretur que. Quæro, Cum Seius auus maternus ſtatim vita defunctus ſit, & Seia poſtea ſine culpa ſua diuerterit, viuo patro ſuo, in cuius poteſtate eſt: an, & cui actio ex hoc pacto & ſtipulatione competat? Vtrum hæredi aui materni, an nepti? Reſpondi, in perſona quidem neptis, videri inutiliter ſtipulationem eſſe conceptam, quoniam auus maternus ei ſtipulatus proponeretur. Quod cum ita eſt, hæredi ſtipulatoris (quandocunque diuerterit mulier) actio competere videtur: ſed dicendum eſt, Seiæ dotem poſſe ſolui, quamuis actio ei directo non competat, ac ſi ſibi aut illi dari auus ſtipulatus eſſet. Sed & permittendam eſſe nepti ex hac auita conuentione, ne commodo dotis defraudetur, vtilem actionem: fauore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum, ad hoc decurrendum eſſe.

Qui ſtipulatur alij, in cuius poteſtate non eſt aliquid dari, nihil agit. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. inf. de verb. oblig. quantum ad obligationem attinet. Nam cum quis ſtipulatur ſibi aut Titio dari ex ea ſtipulatione ſibi vni acquirit obligationem. Titij vero perſona ſolutionis cauſa tantum adiecta videtur. l. eum qui. §. qui ſibi. de verb. obl. l. Stichum. §. quæſitum. infra de ſolut. Tamen ius ſingulare eſt in eo, qui ſtipulatur ſibi, aut nepti dotem reddi, &c. vt mulieri ex ea ſtipulatione vtilis quæratur actio.

In cuius poteſtate eſt. Dos igitur aduentitia filiæfamilias eſt, eoque nomine agit ſine patre, iure in Pandectas relato, quod & ſupra attigimus. l. 2. §. quod in patris. Quod videtur accipiendum de actione vtili, non directa. Nam directam exiſtimo patri competere ex ſententia Vlpiani in Inſti. tit de dotib. *Si mulier* (inquit) *in poteſtate patris ſit, pater adiuncta filiæ perſona habet actionem re vera, nec intereſt aduentitia ſit dos, an profectitia.*

XLVI. IDEM LIB. XIX.

QVÆSTIONVM.

QVi dotem ſtipulanti vxori promiſerat, eidem teſtamento quædam legauerat, ita tamen, ne dotem ab hæredibus peteret: ea, quæ legata erant, vxor capere non potuerat. Reſpondi dotis actionem mulieri aduerſus hæredes non eſſe denegandam.

Cum maritus rem aliquam vxori legat, ea legatum ex teſtamento, & dotem ex ſtipulatu actione conſequi poteſt. §. ſciendum. Cod. de rei vxor. actio. niſi nominatim cauerit, vt rem legatam pro dote ſua habeat, quo caſu alterutro contenta eſſe debet, ipſiusque eſt electio. l. cum ab vno. infra de legat. 2. nec vno electo alterum petere poteſt, niſi forte rem legatam errore decepta maluerit, eamque capere non poſſit, vt hic dicitur.

XLVII. SCÆVOLA LIB. XIX.

QVÆSTIONVM.

CVm mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinet. Cur enim improbet ma-

ritus mores, quos ipſe, aut antè corrupit, aut poſteà probauit? Sed & ſi ex mente legis ſumat quis, vt nec accuſare poſſit, qui lenocinium vxori præbuit, audiendus eſt.

Quod in lege dicitur, *Maritum ob adulterium vxoris dotem retinere poſſe*: ſic accipiendum eſt, niſi lenocinio mariti adulterata ſit. l. ſi vxor. §. iudex. infra ad leg. Iuliam de adult. Hac enim allegatione eliditur accuſatio mariti. Nam & cum accuſatio mutua eſt, vt ſup. vidimus apud Papinianum, neuter lege vindicatur. l. viro.

Ex mente legis. Lex de marito incuſante mores vxoris in iudicio dotis, vel de moribus, dotis retinendæ cauſa loquitur. Sed ob ſimilitudinem rationis ad eum producitur, qui lege Iulia de adulteriis, mulierem ſolenniter accuſat. In ea autem accuſatione Vlpi. ait, *Lenocinium mariti mulierem non excuſare.* l. 2. §. ſi publico. ad leg. Iuliam de adult. Cuius dicti ſenſum aperuimus in tractatu de adulteriis.

XLVIII. CALLISTRATVS LIB. II. QVÆSTIONVM.

SI dotali inſtrumento ita ſtipulatio interpoſita ſit, vt liberorum nomine dos apud maritum reſideat, nepotum quoque nomine dos retinebitur.

Tractatum fuit apud Calliſtratum lib. 2. quæſtio. An appellatione liberorum nepotes, & alij deinceps contineantur. Cuius diſputationis particula hoc caput eſt: maior verò pars eſt ſub tit. de verb. ſignif. c. 220. à Triboniano collocata, quod cum hoc capite coniungendum eſt commodioris explicationis gratia. Eadem eſt enim vtriuſque inſcriptio in codicibus emendatis. Sententia igitur Calliſtrati eſt, appellatione liberorum nepotes & cæteros, qui ex iis deſcendunt, contineri. l. liberorum. de verb. ſignif.

Liberorum nomine. Agitata eſt quæſtio, & propter auctorum nobilium diſſenſionem magnopere celebrata, An mortua muliere, dos à patre profecta liberis extantibus reddi debeat patri, ſi nulla eo nomine ſtipulatio interpoſita ſit. Nam ſi nulli ſint liberi, mortua in matrimonio filia, patri reddendam eſſe inter omnes conuenit. l. dos à patre. C. ſolu. matr. l. iure. §. de iure dot. l. vlt. inf. rem rat. hab. Verum Vlpianus in Inſtit. tit. de dot. hanc controuerſiam, quæ tot præclara ingenia miſere torſit, quam pauciſſimis verbis dirimit, ita vt nulla ſanæ mentis hominibus reliqua ſit dubitatio. *Mortua* (inquit) *in matrimonio muliere, dos à patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in ſingulos liberos in infinitum relictis, penes virum.* Itaque pacta, & ſtipulationes de dote retinenda ſuperſtitibus liberis vtiles ſunt, quoniam alias liberorum nomine totam dotem maritus retinere non poteſt. l. ſi pater dotem. l. inter ſocerum. §. cum inter. ſup. de pact. dotalibus. Conſtitutio autem Iuſtiniani de rei vxoriæ actione huic iuri nihil derogauit. Suſtulit enim Iuſtinianus retentionem dotis, quæ fit liberorum nomine culpam mulieris: cum ipſa mulier adhuc viuens dotem petit. De qua retentione Vlpianus paulo poſt ita ſcribit: *Propter liberos retentio fit, ſi culpa mulieris, aut patris (cuius in poteſtate eſt) diuortium factum ſit. Tunc enim ſingulorum liberorum nomine ſextæ retinentur ex dote: non plures tamen quam tres ſextæ in retentione ſunt, non in petitione.* Nec diſſimilis huic eſt locus Pauli lib. Inſtit. 2. tit. de dotib. quem refert Boethius in Topic. Cic. De hoc autem retentionis genere loqui Iuſtinianum in ea conſtitutione, verba ipſius non obſcure indicant. *Sileat ob liberos retentio, cum ipſe naturalis ſtimulus parentes ad liberorum ſuorum educationem hortetur, ne varium genus culpæ mariti circa vxores excogitent, vt poſſint eadem retentione circa eas vti: cum iam & Imperialibus conſtitutionibus ſtatutum ſit, ſi culpa mulierum diſſolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat.*

XLIX. PAVLVS LIB. II. RESPONSORVM.

MÆuia marito ſuo inter alias res dotis, etiam inſtrumentum ſolidorum decem tradidit: quo Otacilius eidem Mæuiæ cauerat, daturum ſe (cum nuptum ire cœpiſſet) decem, ex eo inſtrumento maritus nihil exegit: quia nec potuit. Quæſitum eſt, ſi dos à marito petatur, an compellendus ſit etiam illam ſummam, quæ inſtrumento contineatur, refundere? Reſpondi, potuiſſe quidem eum, cui actiones mandatæ ſunt, debitorem conuenire: ſed ſi ſine dolo malo, vel culpa exigere pecuniam non potuerit: neque dotis nomine eum conueniri poſſe, neque mandati iudicio.

Nomine in dotem à muliere dato, periculum mariti non eſt, ſi dolo, culpaque omni vacet. Quod vtique intelligendum eſt, de nomine, quod inæſtimatum datur. Nam ſi æſtimatum ſit, vt ſi mulier, exempli gratia, pro centum aureis id ſe marito dare profiteatur, quia æſtimatio hæc venditio quædam eſt, periculum tranſit in maritum. l. plerunque. ſupra de iure dot. l. ſi nomen. ſupr. de hæred. vel actio. vend.

Debitorem conuenire. Inſtrumento vel chirographo ex cauſa venditionis, donationis, legati, dotis traditio, actio mandata creditur. l. ſeruum filij. §. eum, qui chirographum. de leg. 1. l. qui chirographum. de lega. 3. l. 1. C. de donatio. In hac enim quæſtione, quæ facti eſt & ex coniecturis pendet, cauſa dandi præſumptionem inducit. Nam alias vel debiti remiſſio, vel adminiſtrationis conceſſio præſumitur. l. Labeo. ſupra de pact. l. vlt. C. de pact. conuent.

Fundus æſtimatus in dotem datus à creditore antecedente ex cauſa pignoris ablatus eſt. Quæſitum eſt, an mulier, ſi æſtimationem dotis repetat, exceptione ſubmouenda ſit? Ait enim, propterea ſe non teneri, quod pater eius dotem pro ſe dedit, cui hæres non extiterit. Paulus reſpondit, Prædio euicto ſine dolo, & culpa viri pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obeſſe. Conſequi enim eam pretium fundi euicti, euidens iniquitas eſt: cum dolus patris ipſi nocere debeat.

Ablato fundo dotali per hypothecariam actionem à marito, quem pater ei æſtimatum dederat, nec eum alij obligatum eſſe admonuerat: ſi mulier ſoluto matrimonio æſtimationem petat, ſummouebitur exceptione doli à patre admiſſi: quamuis ei hæres minime extiterit, ideoque factum eius præſtare cogi non videatur. Nam is, qui ſuccedit in rem magis, quam in vniuerſum ius, ob dolum auctoris ſui tenetur, ſi ex lucratiua cauſa gratuitaque ei ſucceſſerit. l. apud Celſum. §. ſi quis autem. de doli except. Dotis autem cauſa, quod ad mulierem attinet, lucratiua. l. vlt. §. 1. infra de his quæ in fraud. cred. & C. de impo. lucrat. deſcri. quamuis maritus eam ex cauſa oneroſa habere dicatur. l. ex promiſſione. inf. de act. & obli. Filia etenim dotem à patre profectam eius liberalitati acceptam ferre debet, tametſi interdum ex cauſa filiam dotare pater cogatur, cum videlicet alias nubere non poteſt. l. qui libero. ſupra de ritu nupt.

L. SCÆVOLA LIB. II. RESPONSORVM.

AEſtimatis rebus in dotem datis, pactum interceſſit, vt ex quacunque cauſa dos reddi deberet, ipſæ res reſtituerentur, habita ratione augmenti & diminutionis, viri boni arbitratu. Si quæ verò non extarent, æſtimatio earum. Quæſitum eſt, Cum res quædam, quas maritus vendiderat, extarent: an ſecundum pactum & hæ ad mulierem pertinerent? Reſpondit, Res, quæ extant, ſi neque volente, neque ratum habente muliere veniſſent, perinde reddendas, atque ſi nulla æſtimatio interueniſſet.

In hac ſpecie ideò res alienatæ reſtituuntur, nec liberatur maritus æſtimationem dando, quia verum eſt, eas adhuc extare, & in rerum natura eſſe. Sed cur marito res huiuſmodi alienare non licet, cum æſtimatæ in dotem datæ ſint, & æſtimatio venditionem faciat, atque idcirco dotales eſſe non videantur, ſed pecunia potius, id eſt, earum æſtimatio? Reſpon-

deo, ex verbis paciſcentium ſatis apparere, hoc actum eſſe, vt res ipſæ reſtituantur. Et quamuis æſtimatio hæc ſi nihil aliud actum ſit, velut venditio quædam ſit. l. plærunque, ſupra de iure dot. tamen hoc in primis ſpectandum eſt, num alio fortaſſis conſilio æſtimatio rerum inita ſit. l. inter virum. C. de iure dotium.

Neque volente. Iure in pandectas relato, quod fere ad legem Iuliam refertur res dotalis, conſentiente muliere alienari poteſt à marito. l. vlt. ſupra de pact. dot. Sed conſtitutione noua Iuſtiniani, hoc ius immutatum eſt. §. & cum lex. C. de rei vxor. actio. §. 1. Inſtit. quibus alien. licet. vt diximus ſupra ſub tit. de fundo dota.

LI. HERMOGEN. LIB. II. IVRIS ΕΠΙΤΟΜΩΝ.

Aeſtimatæ res, vſu etiam mulieris, periculo mariti deteriores efficiuntur.

Quod dicitur, res æſtimatas periculo mariti deteriores fieri. l. plærunque, de iure dot. generaliter accipiendum eſt, etiam ſi mulieris vſu deteriores factæ ſint, vt puta ſi mulier veſtes quaſdam ſuas in dotem dedit marito, quæ vſu poſtea detritæ ſint, permittente marito. Non enim ideo minus dotem reddit maritus vxori, quod eam ex dote aluerit, cum pro oneribus huiuſmodi dos detur. l. pro oneribus. C. de iure dot.

LII. TRIPHON. LIB. VII. DISPVTATIONVM.

Maritus dotem, quam non accepit, ſi poſt diuortium per errorem ſoluit, repetet: quaſi non numeratam pecuniam cauerit, exigi enim ab eo non potuit.

Cum maritus, qui promiſſam dotem non accepit, iuſtam exceptionem habeat, ſi dos ab eo repetatur, conſequens eſt, eum, ſi per errorem ſoluerit, quaſi debitam vxori, condicere, ac repetere poſſe. l. qui exceptionem. de condict. indeb. Competit autem exceptio marito, etſi pecuniam numeratam cauerit intra tempus legitimum. l. vlti. C. de dot. cau. non nu. Nouel. 100. de tempo. non ſol. pec. ſup. dot.

LIII. IDEM LIB. XII. DISPVTATIONVM.

Si filiofamilias data eſt dos, ipſe quidem dotis actione tenetur, pater autem eius de peculio. Nec intereſt, in peculio rem, vel pecuniam dotalem habeat, necne: ſed quatenus facere poteſt, hic quoque condemnandus eſt. Intelligitur autem peculiotenus facere poſſe, quod habet rei iudicatæ tempore. Et quidem ſi cum patre agatur, deducetur ex peculio, quod patri, vel ſubiectis ei perſonis filius debet. At ſi cum ipſo filio agatur, alterius debiti non fiet detractio, in computatione quantum facere poſſit filius.

Cum dos datur patri, ipſe tenetur ad eam reddendam ſoluto matrimonio, l. ſi cum dotem. §. tranſgrediamur. ſupra. cum vero datur filio, tenetur filius in ſolidum, pater duntaxat de peculio. l. ſi quis cum filio. ſupra, de pec. l. ſi dubitetur. §. vlt. infra, de fideiuſſ.

Nec intereſt. Conuenitur filius dotis actione, tametſi forte rem dotalem in peculio non habeat: quia id non permiſit ei pater: obligatur enim accipiendo, ſicut quiuis paterfamilias. l. filiusfamilias. inf. de actio. & obli. l. tam ex contractibus, ſ. de iud. nec obligatio, quamuis ſemel obſtrictus eſt, amiſſa poſſeſſione rei perimitur. l. vlt. ſup. de contrah. empt.

Sed quatenus. Quod dicitur, *filium teneri in ſolidum*, id verum eſt, quantum ad ſubſtantiam obligationis: ſed quia maritus eſt, beneficio iuris vtitur, *ne vltra quam facere poteſt, &c.* l. maritum. ſupra. pater autem ſupra modum peculij nullo modo obligatur.

Hic quoque. ἐπιῤῥηματικῶς accipiendum id eſt. *In hoc iudicio.* Nam deterioris conditionis non debet eſſe maritus, quod filiusfamilias ſit, quam ſi ſui iuris eſſet.

Intelligitur autem. Quamuis peculium ſit reuera patris, liceatque patri, cum voluerit, filio id adimere: tametſi non ademerit, pro debito filij capitur: nec per omnia patris eſſe intelligitur, vt cætera, quæ in ipſius patrimonio ſunt. l. 3. §. ſed vtrum. ſupra de mino. l. & ſi cōdemnatus. ſupra de noxa. actio. l. cum & filij. C. qui bon. cede. poſſ.

Peculiotenus. Filiusfamilias in ſolidum condemnatur, etiam ſupra quantitatem peculij, coniiciturque in carcerem, donec iudicatum fuerit, niſi bonis ceſſerit. l. 1. l. cum & filij. C. qui bon. cede. poſſ. ſed hic facultatum eius ratio habetur, quia tanquam maritus conuenitur, &c. Ceterum quod hic dicitur, peculiotenus, ſic accipe, ita vt ei relinquatur, vnde ſe tueri poſſit. dicta l. maritum. ſup. l. in condemnatione. de reg. iuris.

Rei iudicatæ. Tempus rei iudicatæ magis, quam conteſtatæ litis, inſpiciendum hic eſſe ſupra admonuimus. l. rei iudicatæ.

Deducetur ex peculio. Nam peculium dicitur deducto eo, quod patri debetur. l. depoſiti. ſupra de pecul. l. ſi cum dotem. §. vlt. hic.

Nam fiet detractio. Maritus condemnatur non deducto ære alieno, vt in proximo capite dicitur. Quare non ſpectatur an patri debeat, necne. Nec ad rem pertinet, quod peculium, quod habet filius, non dicitur, niſi deducto ære alieno: quia hæc bona non capiuntur tanquam peculium, nec actione de peculio exiguntur, ſicut cum aduerſus patrem agitur.

LIIII. PAVLVS LIB. SINGVLARI DE IVRE SINGVL.

Maritus facere poſſe creditur, nullo deducto ære alieno: item ſocius, item patronus parenſue. At is, qui ex donatione conuenietur, omni ære alieno deducto facere poſſe intelligitur.

Fauorabilior viſa eſt iuris auctoribus donatoris conditio, quam parentis, patroni, mariti, aliarumve huiuſmodi perſonarum, quæ quatenus facere poſſunt, conueniuntur, cum hi æs alienum non deducant, ille deducat. Verum de his alias opportunius. l. inter eos. l. exhæredatum. inf. de iud.

LV. IDEM LIB. V. AD PLAVTIVM.

Cum mulier de dotis repetitione poſt ſolutum matrimonium agit: cauere debet marito, qui ædium nomine damni infecti cauit, ſi velit eam recipere, vt periculum marito amoueatur.

De cautionibus ſiue ſtipulationibus iudicialibus, quæ in hoc iudicio inter maritum & vxorem interponuntur, ante diximus. l. ſi filiofamilias. ſupra. Ceterum hic obſeruandum eſt, eum, qui propter rem aliquam ſe ad dandum aliquid, faciendumve obligat: quamuis poſtea deſinat eam rem poſſidere, eum nihilominus obligatum manere. l. vlt. §. vlt. ſupra de contrah. emp. Qua ratione maritus in hac ſpecie non fruſtra cautionem ab vxore ſua exigit.

LVI. IDEM LIB. VI. AD PLAVTIVM.

Si quis ſic ſtipuletur à marito. Si quo caſu Titia tibi nupta eſſe deſierit, dotem dabis? hac generali commemoratione & ab hoſtibus capta ea committetur ſtipulatio: vel etiam ſi deportata fuerit, vel ancilla facta: hac enim conceptione omnes hi caſus continentur. Plane quantum veniet in ſtipulatione: vtrum quaſi mortua ſit, an quaſi diuortium fecerit? ſed humanius quis id competere dixerit, quod propter mortem conuenit.

Is qui dotem dat, ſi ſtipuletur in caſum mortis dotem ſibi reddi, eam non poterit in caſum diuortij petere, nec contra. l. ſi cum dotem. ſupra. Qui igitur in omnem caſum ſibi dotem reddi vult, vt omnes caſus exprimere ſpecialiter debet, vel ſaltem generali commemoratione vti, quæ caſus omnes comprehendat, vt hic dicitur: vt puta mortis, diuortij, captiuitatis, deportationis, &c. Sed quibus modis matrimonia diſſoluantur, ante à nobis demonſtratum fuit ſub tit. de diuort.

Plane

Plane. Hæc verba, quæ ſententiam obſcuram habent, de ſtipulatione generali accipi non poſſunt, de qua iam dictum fuit. Nam propter mortem aliquid conueniſſe, & caſum mortis expreſſum fuiſſe, Paulus manifeſte oſtendit. Itaque coniectura ducti ſic interpretamur, quaſi ſtipulator plus vel minus in caſum diuortij, quam mortis, ſtipulatus ſit, & alios omnes caſus per obliuionem, & incogitantiam omiſerit. Si igitur caſus ſeruitutis fuerit omiſſus, exempli gratia, humanius eſſe ait Paulus hunc caſum morti, quam diuortio comparari, vt id competat, quod propter mortem, non quod propter diuortium conuenerit. Exiſtimo autem in ſpecie aliqua, quæ apud Plautium tractata, & aperte deſcripta fuerat, humanum id Paulo viſum fuiſſe. Hæc enim ſcripſit Paulus, quaſi breues annotatiunculas ad Plautianos libros, quæ abſque illis libris vix percipi poſſunt: idque inſcriptio ſatis indicat in vetuſtis codicibus. Hinc ergo colligemus in huiuſmodi ſpecie, quod humanius videbitur ſequendum, & ex negotio quoque id æſtimandum eſſe, vt caſus omiſſus non tantum morti, ſed etiam diuortio interdum ſi id humanitas exigat, comparetur.

LVII. MARCELLVS LIB. VII. DIGESTORVM.

VSufructu in dotem dato, ſi diuortium interuenerit, nec proprietas rei apud maritum, vel mulierem ſit: eam dotis eſſe reſtitutionem, vt maritus caueat, quandiu vixerit, paſſurum ſe vti frui mulierem, hæredemque eius: id an verum ſit circa adiectionem hæredis, dubito. Sed intereſt, quemadmodum ſit vſusfructus in dotem datus: vt ſi cum haberet mulier vſumfructum, viro cuius erat proprietas fundi, vſumfructum ceſſit: nihil mulier hæredi ſuo relinquat. Debebatur enim ei vſusfructus, qui ad hæredem non ſolet tranſire. Quod ſi fundi ſui fructum mulier viro ceſſit, reſtitui is à viro debet: cum proprietate enim ad hæredem eius tranſiiſſet, ſi vir in reddendo eo non feciſſet moram. Si vero alienata ſit proprietas, aut aliquis fundi ſui vſumfructum mulieris iuſſu, viro eius dederit in dotem, inſpiciendum eſt primum, quemadmodum mulieri poſſit reſtitui. Poteſt autem vel cautionibus interpoſitis, vt (ſicut poteſt) vir iure ſuo cedat mulieri, fruique eam patiatur: vel ſi ſe accommodauerit dominus proprietatis, volente eo, mulieri conſtituatur vſusfructus. Nam aut fructum fundi ille mulieri poterit cedere, aut aliquid videlicet pro eo (prout inter eos actum fuerit) dare. Nam finge hoc ipſum mulierem poſſe proprietatis domino vendere, quo caſu non inique etiam mulieris hærede agente, vir facere cogetur: quippe ſi moram non feciſſet, pretium fructuum mulier hæredi ſuo reliquiſſet. Quod ſi facultatem vſusfructus vendendi proprietatis domino mulier non habuerit, patientiam percipiendi fructus, quam præſtari ipſi debuit, & hæredi eius præſtet.

Quæſtio eſt, Si vſusfructus in dotem datus ſit, qui incorporeus eſt, & vſufructuarij perſonæ cohæret, quæ ſit ratio dotis reſtituendæ, & an hæredi quoque mulieris reſtitui debeat? Et Marcellus inquit, *Intereſſe, quomodo ſit vſusfructus in dotem datus.* Ex eo enim pendet ad propoſitam quæſtionem reſponſio. Et quia variis modis in dotem datur vſusfructus, eos modos hic Marcellus perſequitur.

Si cum haberet. Primus modus dandi in dotem vſusfructus eſt, cum fundi alicuius vſumfructum mulier habet, vir proprietatem, & mulier vſumfructum cedit viro dotis cauſa. Hac enim ratione coniungitur vſusfructus cum proprietate, incipitque plenior eſſe proprietas viri, quam prius erat. §. finitur. Inſtit. de vſuf. Soluto autem matrimonio, ita reſtitutio fiet, vt vir in eodem fundo, mulieri vſumfructũ conſtituat, quem per ceſſionem amiſit. Hinc Triphoninus, *Cum in fundo,* inquit, *mariti habens mulier vſumfructum, dotis cauſa marito eum dedit, quamuis ab ea vſusfructus deceſſerit, maritus tamen non vſumfructum habet, ſed ſuo fundo quaſi dominus vtitur, conſecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non ſeparatam ab vſufructu, nec eſt quod non vtendo maritus amittat. Diuortio autem facto conſtituet in eodem fundo vſumfructum mulieri.* l. cum in fundo. ſupra de iure dot. *mortua autem muliere, nihil in hæredem transfertur.* Eſt enim vere hic vſusfructus in perſona mulieris: ideoque morte eius finitur, quemadmodum ſi nunquam fuiſſet in dotem datus, finiretur.

Quod ſi fundi. Alter modus eſt vſusfructus in dotem dandi, cum mulier plenam proprietatem habet alicuius fundi, id eſt, non ſeparatam ab vſufructu, & viro dotis cauſa, eius fundi vſumfructum cedit. Quo caſu maritus vere vſumfructum habet, id eſt, ius aliena re vtendi, l. 1. de vſufr. Nam ius quod habet dominus vtendi, ac fruendi re ſua, vt in ſuperiore caſu, proprie non dicitur vſusfructus. l. vti frui. ſi ſeruit. vind. l. recte dicimus. de verb. ſignific. quamuis nonnunquam ita accipiatur. l. 4. de vſufruct. Sed hac de re plenior eſt apud Triphoninum diſputatio, ſub tit. de iure dotium. d. l. cum in fundo. §. quod ſi mulier. vbi etiam traditur modus dotem ſoluto matrimonio reſtituendi, his verbis: *Ipſius autem reſtitutio ita fiet, vt habenti mulieri fundum, vſusfructus cedatur, & ita cum proprietate conſolidetur.* Nec ſolum mulieri fit reſtitutio, ſed etiam hæredi eius. Idque his verbis ſignificat Marcellus noſter, *Reſtitui is à viro debet.* Cum enim quæſitum ſit in initio diſputationis de hærede, hæc verba quamuis ſimpliciter prolata, de hærede accipere debemus. Sed cur in hoc potius, quam in ſuperiore caſu hæredi fit reſtitutio? Reſpondendum eſt ex ſententia Marcelli, Si in ſuperiore caſu maritus in reddendo non feciſſet moram, id eſt, ſi ſtatim diuortio facto, & ante mortem vxoris dotem ei reſtituiſſet, ea nihil reliquiſſet hæredi ſuo, ſed finitus fuiſſet eius morte vſusfructus, vt iam dictum eſt: in hoc vero caſu diuerſum contigiſſet, quia vſusfructus conſolidatus cum proprietate ad hæredem tranſit: & poſt conſolidationem deſinit vſusfructus eſſe, quomodo proprie vſumfructum accipimus.

Si vero alienata. Tertius modus eſt, cum proprietas plena cuiuſpiam tertij eſt, qui vſumfructum marito in dotem dat mulieris nomine, quo caſu maritus vere & proprie vſumfructum habet. Et huic ſimilis eſt ſecundus modus, de quo iam diximus, ſi ponamus mulierem dote conſtituta proprietatem alienaſſe. Nam quod ad reſtitutionem attinet, non multum intereſt, an proprietas ab initio fuerit tertij, an poſt conſtitutam dotem eſſe cœperit.

Ratio igitur reſtitutionis faciendæ varia & multiplex eſt. Nam in primis maritus, qui vſufructuarius eſt, poteſt pati mulierem vti frui, hæredemve eius, ſi forte mulier iam deceſſerit, & huius patientiæ nomine poteſt interponi cautio, de qua in initio Marcellus noſter loquitur, cum ait: *Maritum cauere quamdiu vixerit, paſſurum ſe vti frui mulierem hæredemque eius.* Nec poteſt obiici quod vſusfructus hic ſit, quem vſufructuarius cedere non poſſit extraneo. §. finitur. Inſtit. de vſufruct. Nam licet vſufructuarius ipſum ius in alienum non poſſit transferre, in cuius perſona hæreat, cuiuſque morte finiatur, tamen poteſt perceptionem fructuum, quamdiu vixerit, alij concedere. §. 1. Inſtit. de vſu & habit. l. arboribus. ſupra de vſufruct. Id enim proprietatis domino non nocet. Vnde Pomponius, *Quidam,* (inquit) *remedij loco recte putauerunt introducendum eſſe, vt vel locet hunc vſumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo vno, vt ipſum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad hæredẽ pertineat.* l. ſi vſusfructus. de iure dot. Itaque mirum videri non debet, quod hic dicitur, perceptionem fructuum, quæ quidem ab vſufructu multum differt, ad hæredem pertinere. l. neceſſario. §. vlt. de per. & com. rei vend. Poteſt & aliter reſtitui hic dos mulieri, nempe conſtituendo vſumfructum in ipſius perſona, volente domino proprietatis, quo caſu finiretur morte mulieris, nec ad hæredem eius tranſiret. d. §. finitur. Præterea poteſt maritus ita vſumfructum cedere domino proprietatis, vt dominus pro eo mulieri pretium det. Ac ſi de eo conueniat inter dominum & mulierem, decedatque mulier ante, quam maritus ceſſerit vſumfructum domino, poterit eius hæres hanc ceſſionem à marito petere. Si enim ſtatim ceſſiſſet vſumfructum ante mortem mulieris, nec moram feciſſet maritus, mulier hæredi ſuo pretium reliquiſſet. In ſuperiore caſu, cum vſusfructus mulieri conſtitutus eſt, volente domino proprietatis, idem dici non poteſt. Nam ſi mulieri conſtitutus, ſtatim

eſſet vſusfructus, non ideo ad hæredem eius transferretur. Ergo hæres poſt eius mortem cogere maritum ad cedendum vſumfructum non poterit. Hæc noſtra eſt de huius capitis interpretatione ſententia, quod vulgo per obſcurum eſſe creditur. Ac memini quendam noſtri ordinis hominem, cuius extant non condemnandæ lucubrationes in Ius ciuile, cum me ſuperioribus annis Lutetiæ agentem conſuleret, affirmare nullum in Pandectis locum æque ſibi obſcurum videri.

LVIII. MODESTINVS LIB. SINGVLARI DE HEVREMATI.

SEruus dotalis hæres ab aliquo inſtitutus, mariti iuſſu, vel adire, vel repudiare debet hæreditatem, ſed ne maritus aut facile repudiando, vel temere ſuſcipiendo, incognitam ſucceſſionem dotis iudicio vxori ſuo obliget: conſulendum eſt, mulierem coram teſtibus interrogari, vtrum velit omittere, an acquirere hæreditatem. Et ſi repudiare ſe dixerit, facile mariti iuſſu repudiabit. Quod ſi hæreditatem agnoſcere maluerit, reddendus eſt à marito ſeruus vxori, ea conditione, vt cum iuſſu eius adierit, rurſum marito retradatur. Ita & mariti ſolicitudini conſuletur, & vxoris deſiderio parebitur.

Quia maritus conſtante matrimonio adminiſtrator, ac dominus eſt rerum dotalium, l. in rebus. C. de iure dot. conſequens eſt, ſi ſeruo dotali hæreditas ſit delata, eum iuſſu mariti vel adire, vel repudiare debere. Verum ea hæreditas adita auget dotem, & reſtituitur mulieri ſoluto matrimonio: quoniam in fructu non eſt. l. aditio. de acquir. hæred. niſi appareat teſtatorem voluiſſe eam marito acquiri. l. ſi legato. ſupra de iure dot. l. hinc quæritur. §. poteſt. de pecul.

Sed ne maritus. Hoc conſilium, cautioque Modeſtini vtilis eſt, non tantum marito, ſed aliis etiam, qui negotia aliena gerunt, vt in talibus negotiis, quæ pericuLoſa captioſaque ſunt, domini voluntas, conſenſuſque requiratur.

Reddēdus eſt a marito. Hęc temporaria ſerui redditio, quam excogitauit Modeſtinus, videtur nec iuri nec rationi ſatis conuenire. Dos enim conſtante matrimonio non recte ſoluitur. C. ſi dos conſtan. mat. Et qui rem aliquam ſic dat, vt ſtatim reciperet, dominium non transfert in accipientem. l. qui ſic. ꝟ. de ſolut. Sed hoc adinuentum eſt vtilitate ſuadente, contra ſubtilitatem iuris, quod hac ratione ſine incommodo cuiuſquam conſulatur marito. Ac veriſimile eſt, multas huiuſmodi cautiones in libris περὶ τῶν εὑρηματικῶν à Modeſtino congeſtas fuiſſe. Cuiuſmodi libros nonnulli ex barbaris Doctoribus conſcripſerunt, ſed commentis partim frigidis, ac ineptis, partim vafris, atque veteratoriis refertos, vt eos ſtudioſorum lectione prorſus indignos cenſeam.

LIX. IVLIANVS LIB. II. AD VRSEVM FEROCEM.

FIliæ meæ emancipatæ, & ægræ vir in hoc repudium miſit, vt mortua ea dotem potius hæredibus eius, quam mihi redderet. Sabinus dicebat, vtile mihi eius dotis recuperandæ iudicium dandum eſſe.

Tametſi cum pater dotem ſtipulatur, mortua in matrimonio vxore, ſibi reddi, facto diuortio, dotis actio mulieris ſit. l. ſi cum dotem. ſupra: tamen cum ideo fit diuortium ægrotante muliere, vt ne in matrimonio decedat, ſicq; pater dote fraudetur, vtilis ex ſtipulatu actio propter æquitatem danda eſt. l. dubium. C. de repud. Quod exemplum & Pontifices ſecuti ſunt c. 2. de renunt. in 6.

LX. PROCVLVS LIB. V. EPISTOLARVM.

SI filiafamilias nupta deceſſerit, & pater funus ei fecerit: tametſi ei dotem poſt aliquod tempus gener reddere deberet, tamen continuo ſocer agendo conſequitur, vt impenſam funeris præſentem recipiat: cetera dotis ſtatuto tempore ſoluantur.

Actione funeraria conuentus maritus à patre ob funus filiæ ſuę, ſumptum cogitur ſtatim refundere ex dote filiæ, quam habet. l. in eum. cum ſeq. ſup. de relig. & ſump. quamuis aliàs ante tempus legitimum dos ab eo exigi non poſſit. §. exactio. C. de rei vxo. actio.

LXI. PAPINIANVS LIB. XI. QVÆSTIONVM.

DOtalem ſeruum vir inuita vxore manumiſit: ſolus vir hæres à liberto inſtitutus, portionē hæreditatis, quam vt patronus conſequi potuit, ac debuit, reſtituere debet: alteram vero portionem dotis iudicio, ſi modo vxor manumittendi refragatur.

LXII. VLPIANVS LIB. XXXIII. AD EDICTVM.

QVod ſi vir volūtate mulieris ſeruos dotales manumiſit, cum donare ei mulier ſeruos voluit: nec de libertatis cauſa impoſitis ei præſtandis tenebitur.

LXIII. PAVLVS LIB. II. AD LEG. IVL. ET PAP.

ET deſinit ſeruus in dote eſſe: quia cui manumittendi cauſam donare liceret, ei quodammodo donaret, quod permitteret manumittere.

LXIIII. VLPIANVS LIB. VII. AD LEG. IVL. ET PAP.

SI vero negotium gerens mulieris non inuitæ, maritus dotalem ſeruum voluntate eius manumiſerit, debet vxori reſtituere, quicquid ad eum peruenerit. Sed & ſi quid libertatis cauſa maritus ei impoſuit, id vxori præſtabit: Plane ſi operæ fuerint marito exhibitæ, non æſtimatio earum: non erit æquum, hoc nomine vxori maritum quidpiam præſtare. Sed & ſi poſt manumiſſionem aliquid fuerit ei liberto impoſitum, id vxori præſtandum eſt: ſed & ſi reum maritus acceperat, expromiſſoremve, æque aduerſus ipſum obligationem debet præſtare. Item quicquid ad eum ex bonis liberti peruenerit, æque præſtare cogetur, ſi modo ad eum quaſi ad patronum peruenerit. Ceterum ſi alio iure, non cogetur præſtare. Nec enim beneficium, quod in eum libertus contulit, hoc vxori debet, ſed id tantum, quod iure patronatus adſequitur, vel adſequi potuit. Plane ſi ex maiore parte, quam debet, hæres ſcriptus fuerit: quod amplius eſt, non præſtabit. Et ſi forte, cum ei nihil deberet libertus, hæredem eum ſcripſit, nihil vxori reſtituit.

Hic incipit diſputatio de ſeruo dotali manumiſſo, quæ his quatuor capitibus continetur. Nam quia permittitur marito tanquam domino ſeruum dotalem manumittere: l. ſeruum dotalē. de manu. l. & ſi dotis. C. de iure dot. l. 1. C. de ſer. pign. dat. manu. quæritur an eo nomine aliquid reſtituendum ſit mulieri ſoluto matrimonio? Tres autem caſus conſiderandos hic eſſe Papinianus, Paulus, atque Vlpianus docent. Primus caſus eſt, Cum vir vxore inuita, & refragante ſeruum dotalem manumiſit. Quo caſu non modo pretium ſerui reddere cogetur vxori, ſed præterea quicquid ad eum ex ea manumiſſione, vel ob eam quacunque ex cauſa peruenerit. Quare ſi hæres inſtitutus ſit ex aſſe à liberto, non ſolum tertiam partem, quæ debetur ei tanquam patrono, §. ſed noſtra. Inſtitu. de ſucceſſ. liber. ſed reliquam etiam vxori reſtituet. Quamuis enim libertus totam hęreditatem ei non debuerit tanquam patrono, libertus tamen intelligitur ideo hæreditatem totam ei reliquiſſe, quod patronus ipſius, & dominæ maritus eſſet. Secundus caſus eſt, cum mulier conſenſit manumiſſioni donationis cauſa. Quo caſu nihil reſtituitur vxori. Nam ob hanc cauſam valet inter coniuges donatio, vt ante diximus. l. ſi conſtante. §. ſi vir. Tertius caſus eſt, cum maritus negotium

tium

tium gerens mulieris, manumittit ſeruum permittente muliere. Quo caſu reſtituit maritus vxori, quod ad ſe quaſi patronum peruenerit. Sic enim lex Iulia & Papia à prudentibus accepta eſt.

Dabit autem (vt ait lex Iulia) quod ad eum peruenit: Perueniſſe accipimus, ſiue iam exegit, ſiue exigere poteſt: quia actio ei delata eſt. Adiicitur in lege, Et ſi dolo malo factum ſit, quo minus ad eum perueniat. Si filium exhæredauerit patronus, vt ad eum bona liberti pertineant: videndum eſt, an hæres hoc nomine teneatur, & cum nihil, neque ad ipſum, neque ad hæredem eius perueniat: quomodo fieri poteſt, vt hoc nomine teneatur?

Verba legis Iuliæ, & Papiæ, hæc videntur fuiſſe, tum ex hoc loco, tum ex aliis quibuſdam. l. filius emancipatus. §. vlt. ad l. Corn. de falſ. *Si quid ex bonis liberti ad virum hæredemve eius peruenerit, aut dolo malo eius factum ſit, quo minus perueniat, quanta pecunia erit, tantam pecuniam dato vxori.* Ex quibus verbis apparet, ita demum reſtitutioni locum eſſe, ſi quid ad virum peruenerit, vel eius hæredem, &c. Proinde vt hæres mariti teneatur, ad filium qui à patre exhæredatus eſt, perueniſſe non ſufficit, quia lex de hærede loquitur.

De viro, hæredeque eius lex tantum loquitur: de ſocero, ſucceſſoribuſque ſoceri, nihil in lege ſcriptum eſt: & hoc Labeo quaſi omiſſum adnotat. In quibus igitur caſibus lex deficit, non erit nec vtilis actio danda.

Sicut non ſufficit aliquid perueniſſe ad filium patroni, vt patroni hæres teneatur, ſed oportet vel ad patronum ipſum, vel ad hæredem eius perueniſſe (vt iam diximus) ita ſi quid peruenerit ad ſocerum, id eſt, patrem mariti ac patroni, non continuo patronus tenebitur. Nam lex ita demum teneri patronum vult, ſi quid ad ipſum, non ſi quid ad alium peruenerit. Itaque ſi ponamus ad maritum, qui dotem accepit, & ſeruum manumiſit, nihil perueniſſe, ſed ad ſocerum, deficit lex Papia, adeo vt ne vtilis quidem actio danda ſit mulieri. Ex ſententia autem legis tunc videtur teneri ſocer, quatenus ad eum peruenit, cum ipſe dotem accepit, ſeruumq; manumiſit: quia lex Iulia, quæ fauorem mulieris, & dotis reſpicit, ad ſimilia producitur interpretatione. l. fructus. §. interdum. ſup. At cum ponimus ad ſocerum quidem aliquid perueniſſe, ſed patronum eum non eſſe, nec iudicio dotis teneri, hic caſus diſſimilis eſt ei, qui lege Iulia exprimitur. Nec patiuntur verba legis, ac ne ſententia quidem, vt vel maritus, vel ſocer hoc caſu teneatur. Alia eſt huius loci interpretatio vulgo probata receptaque. Sed hæc longe æquior, probabiliorque nobis viſa eſt.

Quod ait lex, Quanta pecunia erit, tantam pecuniam dato: oſtendit æſtimationem hæreditatis, vel bonorum liberti, non ipſam hæreditatem voluiſſe legem præſtari: niſi maritus ipſas res tradere maluerit. Et hoc enim benignius admitti debet.

Pecuniæ verbum variè accipitur. l. pecuniæ. de verbo. ſigni. l. talis ſcriptura. de lega. 1. l. ſed Iulianus. §. mutui dationem. ad ſenatuſconſ. Macedo. Sed benignius eſt, pro pecunia numerata, & æſtimatione rerum hic accipi. Sic enim fauetur mulieri in hoc iudicio, vt benigne, & humaniter cum marito agatur. Ac boni conſulere debet mulier hanc æſtimationis præſtationem, cui fauore quodam ſingulari agere in hoc caſu permittitur, cum ius patronatus in æſtimationem venire non ſoleat. l. naturalis. §. vlt. de præſcr. verb. §. ſi ergo plane. l. 2. §. vltim. de lega. 1. l. 2. quib. ad liber. procla. l. nemo prædo. de reg. iur.

Maluerit. Qui quantitatem debet loco ſpeciei, & velut ſpeciei æſtimationem, dando ſpeciem liberatur. l. fideiuſſor. infra de doli excep. quamuis alias aliud pro alio ſolui non poſſit. l. 2. ſupra de reb. cred. Hoc amplius in propoſita ſpecie, interitu rerum liberaretur maritus, propter eandem rationẽ. l. Titiæ textores. §. vlt. inf. de lega. 1. tametſi debitor quantitatis nullo caſu fortuito liberetur. l. incendium. C. de reb. cred. l. in ratione. §. incertæ. ad legem Falcidiam.

LXV. SCÆVOLA LIB. SINGVLARI QVÆSTIONVM PVBLICE TRACTATARVM.

HAEc actio, etiam conſtante matrimonio mulieri competit.

Actio de dote, vt ante diximus, manente adhuc matrimonio competit propter inopiam mariti. l. ſi conſtante. ſupra in quam actionem non minus veniunt bona liberti ex lege Iulia, quam ſi ſoluto iam matrimonio ageretur. l. proxi. ſup.

LXVI. IABOLENVS LIB. VI. EX POSTERIORIBVS LABEONIS

IN his rebus, quas præter numeratam pecuniam doti vir habeat, dolum malum, & culpam præſtare eum oportere, Seruius ait, eaque ſententia & Publij Mutij eſt. Nam is in Licinnia Gracchi vxore ſtatuit: quod quæ res dotales in ea ſeditione, qua Gracchus occiſus erat, periiſſent (quia Gracchi culpa ea ſeditio facta eſſet) eas Licinniæ præſtari oporteret.

Res dotales, quæ in pecunia numerata non conſiſtunt, periculo non ſunt mariti, ſed vxoris. l. plærunque. l. res in dotem. ſupra de iure dot. Sed in his rebus maritus culpam præſtare debet. l. etiam. §. 2. ſup. vt reſpondit P. Mutius pro Licinnia Gracchi vxore, cuius vulgo nota eſt hiſtoria.

Quia Gracchi culpa. Niſi ergo culpa Gracchi facta eſſet ea ſeditio, ob factum inimicorum non teneretur ſecundum Mutij ſententiam. Atque hinc colligi poteſt interpretatio vulgaris dicti, *damnum, quod quis patitur ab inimicis ſuis, culpa ſua pati intelligitur.* l. ſi merces. §. culpæ. ſupra loca. Sic enim accipiendum, id eſt, ſi eius culpa ſuſceptæ ſint inimicitiæ. Nam alioquin factum alienum, quod vitare non potuit, à quoquam præſtari, durum & iniquum eſt. l. ad eos. ſupra commod. l. ſed & de damno. ſupra loca. & cond. Itaque τὸ ῥηθὲν, quamuis generale ſit, tamen hac exceptione temperari ac mitigari debet, nec cum ſententia auctoris pugnet.

Seruis vxoris, vir nummos in veſtiarium dederat: quo peracto, deinde intra annum diuortium interceſſerat. Placuit Labeoni & Trebatio, qualia veſtimenta poſt diuortium eſſent, talia viro reddi. Idem iuris futurum fuiſſe, ſi ipſa veſtimenta vir emiſſet, & ſeruis dediſſet. Quod ſi veſtimenta non redderentur: tunc virum pretium in dotem compenſaturum.

De ſeruis dotalibus intelligi hic locus poteſt, quos in vſu ſuo habet maritus: ideoque cogitur eis victum, veſtitumque ſuppeditare. l. in rebus. §. poſſunt. ſupra commo. Quare totam pecuniam quam dedit, repetere non poteſt, cum ſuum magis, quam alienum, id eſt, negotium vxoris geſſerit. Quoniam autem proprium eius negotium eſt, pro eo duntaxat tempore, quo conſtat matrimonium, veſtimenta, quæ in longius tempus comparata erant, ſtatim ſoluto matrimonio reddentur: ſed ita vt ſi vſu detrita ſint, & deminuta eorum æſtimatio, id damnum compenſet maritus cum operis ſeruorum, quibus eſt vſus, vtive potuit conſtante matrimonio. De famulis noſtri temporis, qui liberi homines ſunt, quæri ſolet, ſi ante tempus locationis finitum recedant ab hero ſuo, an veſtimenta reddere cogatur, & an hero, quaſi manu iniecta, eoſdem exuere liceat. Qua in re ſemper quid actum ſit, ſpectandum eſt, & an herus dominium amiſerit veſtimentorum, an ea tantum vſus temporarij cauſa conceſſerit. l. id veſtimentum. ſupra de pecul. Si enim veſtimenta manſerint in heri dominio, videtur ea retinere iure ſuo, & famulo adimere poſſe. argu. l. ſi ſeruus. C. quod cum eo. Alias actione experiri, non ius ſibi dicere debet. l. extat. de eo quod met. cauſ. niſi forte ſuſpecta ſit fuga, vt plerunque accidit. l. ait prætor. §. ſi debitorem. inf. de his, quæ in fraud. cred. Alia quæſtio hic tractatur, quæ toties agitata eſt apud ſcholaſticos doctores, vt vix quiſquam crediturus ſit, tam multas, variaſque eorum opiniones, reſponſa, conſilia, extare, niſi cui ea lege contigerit, An veſtimenta, ornamentave vxori conceſſa à marito, vxor ſoluto matrimonio reddere debeat? Et ſane quatenus iuris eſt hæc

quæſtio, nec difficilis admodum, nec obſcura mihi videtur. Nam ſi ponamus, maritum vxori non donaſſe, ſed precario tantum dediſſe, vt cultior ornatiorque apud ſe eſſet: l. ſi vt certo. §. interdum. commod. conſtat, eas res mariti ſemper manere, atque ideo ab vxore reddendas eſſe. Si vero ponamus donaſſe maritum, ſequendum eſt ius de donationibus inter coniuges conſtitutum, de quo diximus ſub tit. de donat. inter virum & vxor. Plærumque autem valet huiuſmodi donatio, vt *Si immodica non ſit, &c.* l. ex annuo. eodem titu. Aliquando rata non eſt iure ciuili, ſed morte donantis confirmatur, niſi ante mortem reuocata ſit. l. cum hic ſtatus. eod. tit. Si vero dubium incertumque ſit an maritus donauerit, necne quæſtio facti eſt magis, quam iuris, quæ ex coniecturis decidenda eſt. l. vtrum. de donat. inter vir. Nec ad Iuriſcon. magnopere pertinet, ſicut nec aliæ huiuſmodi, quæ in ſtatu coniecturali verſantur, de quibus in Scæuola copioſe diſſeruimus. Sed ſi obſcuritas hæc nullis coniecturis poſſit explicari, donationem interueniſſe credendum non eſt. l. ſed ſi vir. l. mortis ſuæ cauſa. eod.

Compenſaturum. Hodie nulla compenſatio oppoſita, dotis ſolutionem impedire poteſt, vt Iuſtinianus antiquum ius emendans conſtituit. §. taceat. C. de rei vxor. actio.

Filiafamilias diuortio facto, dotem patri reddi iuſſerat. Deinde parte dotis perſoluta, pater deceſſerat: reliquam partem, ſi necdum delegata, nec promiſſa nouandi animo patri fuiſſet, mulieri ſolui debere, Labeo *&* Trebatius *putant. Idque verum eſt.*

Dos, quæ profecta eſt à patre, communis eſt patri & filiæ, quamdiu manet in poteſtate patris, ſed mortuo patre, propria filiæ eſt, quamuis hæres non extiterit patri. §. videamus. C. de rei vxor. actio. Idque locum habet, etſi filia dotem iuſſerit patri ante, quam moueretur, reddi, modo nulla nouatio interceſſerit. Qua de re aliquid attigimus ſupra l. ſi marito. §. ſi voluntate.

Mancipia in dotem æſtimata accepiſti: pactum conuentum deinde factum eſt, vt diuortio facto, tantidem æſtimata redderes: nec de partu dotalium ancillarum mentio facta eſt. Manebit (inquit Labeo) partus tuus: quia is pro periculo mancipiorum penes te eſſe debet.

Partus ancillarum non lucratur maritus, quia in fructu nō ſunt. l. in pecudum, de vſu. l. vetus, de vſufruct. ſed eos omnes reddit vxori ſoluto matrimonio, niſi ancillarum periculum ſuſceperit, qui eas in dotem æſtimatas accepit, vt hic dicitur. Sed aduerſari videtur huic ſententiæ reſcriptum Antonini, cuius hæc verba ſunt: *Dubium non eſt, poſt æſtimationem dotis, pactione vel ſtipulatione interpoſita, vt ipſæ res diſſoluto matrimonio extarent, vxori reddantur, & ancillas cum partu ex ſtipulatu iudicio reſtitui oportere.* l. 1. Cod. ſolut. matrimonio. In hoc enim reſcripto æſtimata dos fuit, vt periculum viri eſſe videatur. l. plærumque. de iure dot. ſed nihilominus reſtituitur partus ancillarum mulieri. Verum ita reſpondit Antoninus ſecundum ea, quæ proponebantur, vt ſæpe ab aliis, qui de iure conſulebantur, factitatum eſt. Nihil enim ei propoſitum fuit, cur maritus partum retinere poſſe contra ius commune videretur: quia non ſufficit, ancillas æſtimatas eſſe, vt periculum ſit viri: ſed videndum eſt quo conſilio æſtimatæ ſint. l. æſtimatis. ſupra eo. titu. l. ſi inter. C. de iure dot. Conuenerat enim vt res, quæ extarent, vxori redderentur, ſcilicet quales tunc reperirentur, niſi culpa mariti periiſſent, deterioreſve redditæ eſſent, ac ideo fortaſſis inita fuerat æſtimatio earum, vt eis culpa viri deperditis, vel diminutis, æſtimationem probare mulieri neceſſe non eſſet. In hoc autem capite perſpicuum eſt, ita factam fuiſſe æſtimationem rerum, vt viri periculo eſſent, non mulieris.

Mulier, quæ centum dotis apud virum habebat, diuortio facto ducenta à viro errante ſtipulata erat, Labeo putat, quanta dos fuiſſet, tantam deberi: ſiue prudens mulier plus eſſet ſtipulata, ſiue imprudens. Labeonis ſententiam probo.

Mulier, quæ centum in dotem dedit marito, vtiliter ab eo ducenta ſtipulatur. l. ſi diuortio. inf. de verb. obli. niſi maritus per errorem ea promittat. l. ſi per errorem. ſup. de iuriſd.

Siue imprudens. Error conſideratur ex parte promittentis tantum, non etiam ſtipulantis, nec quicquam refert, ſciuerit ſtipulator, an ignorauerit. Alia cauſa eſt eius, qui pecuniam accipit ab alio, cum ſimulans ſe creditorem eſſe, accepta pecunia furti ſe alliget. l. quoniam. ſupra de condict. furt. l. falſus. infra de furt.

Vxor, diuortio facto, partem dotis receperat, partem apud virum reliquerat, deinde alij nupſerat, iterum vidua facta ad priorem virum redierat, cui centum doti dederat: neque eius pecuniæ quæ reliqua ex priore dote erat, mentionem fecerat: diuortio facto, reliquum ex priore dote iiſdem diebus virum redditurum ait Labeo, quibus reddidiſſet, ſi ſuperius diuortium inter eos factum non eſſet: quoniam prioris dotis cauſa in ſequentem dotis obligationem eſſet translata: & hoc verum puto.

Dotis conſtitutio, ſi matrimonium ſolutum, & denuo contractum fuerit, inter eoſdem repetita, ac renouata intelligitur. l. ſtipulatio. l. dotem. l. diuus Seuerus. ſupra de iure dot. idque etiam tunc locum obtinet, cum interim mulier alij nupſit, aut cum aliæ res in redintegrando matrimonio in dotem datæ ſunt, ex quo naſcebatur quæſtio, quam hic tractat Iabolenus.

Si vir ſocero, iniuſſu vxoris, manente matrimonio, dotem acceptam feciſſet: etiam ſi id propter egeſtatem ſoceri factum eſſet, viri tamen periculum futurum, ait Labeo, & hoc verum eſt.

Cum maritus, cui dos promiſſa eſt, paciſcitur ne eam petat, ea mente id facere intelligitur, vt gratis ſubeat onera matrimonij, & hactenus debitori gratificetur, non vt ſoluto matrimonio, quod nunquam accepit, reddat. l. ſi marito. §. 1 ſupra. l. vlt. de pactis dot. Cum autem acceptilatione liberat debitorem, aliud dicendum eſt: quandoquidem acceptilatio, ſolutio quædam eſt, & qui acceptum facit quod ſibi debetur, id perinde haberi vult, ac ſi re vera acceptum ab eo eſſet. §. item per acceptilationem. Inſtitu. quib. mod. tolli. oblig.

Si quis pro muliere dotem viro promiſit, deinde hærede muliere relicta deceſſit: qua ex parte mulier ei hæres eſſet, pro ea parte dotis periculum, quod viri fuiſſet, ad mulierem pertinere, ait Labeo: quia nec melius, nec æquius eſſet (quod exigere vir ab vxore non potuiſſet) ob id ex detrimento viri mulierem locupletari. Et hoc verum puto.

In hac ſpecie mulier non videtur agens ſummoueri debere, cum duplicem perſonam ſuſtineat, & tanquam vxor experiatur aduerſus maritum, ab eo autem non tanquam vxor, ſed tanquam hæres promiſſoris conuenire debuerit. Sed hac ſubtilitate reiecta hic admonet Iabolenus, in hoc iudicio æquitatem maxime ſpectandam eſſe, in quo ſolebat olim addi à prætore, *Quod æquius melius.* vt auctor eſt Cicero lib. 3. Officio. idque ex hoc loco, & aliis quibuſdam facile perſpici poteſt. l. ſi cum Cornelius. infra de ſolut.

LXVII. POMPONIVS LIB. XX. EPISTOLARVM.

IN partem dotis reddendæ erit id, quod mulieri ex peculio ſerui reſtitui debebit. Et ideo & dolum & culpam in eo peculio, vel acquirendo, vel conſeruando maritus præſtare debet: & fructus ex eo percepti, quomodo cuiuslibet rei dotalis, ad maritum pertinebunt.

Si quid ſeruus dotalis acquiſierit, non ex re mariti, nec opera ſua, id peculium marito non acquiritur, ſed dotem auget. l. hinc quæritur. de pecul. Proinde quæ de dote conſtituta ſunt, ad hoc peculium, tanquam dotis portionem, pertinere dicuntur.

FRAN-

FRANCISCI DVARENI IVRIS-CONSVLTI IN LIB. XXVI. DIGESTORVM.

IN TILVLVM I. DE TVTELIS.

MIRATVR Accurſius cur titulus de tutelis titulo de concubinis ſit ſubſcriptus, ex quo apparet eum non intellexiſſe ordinem quem Iuſtinianus dixit ſe ſecuturum in Epiſtola ad iuris doctores miſſa, quos anteceſſores vocat. Nam ipſe actiones propoſuit, & de his diſſeruit à titulo de iudiciis. Et cum de actione dotis dixerit ſubiicit materiam tutelarum. De tutela diſſeruimus per locos communes. Primus locus huius diſputationis eſt,

Quid ſit tutela. CAP. I.

TVtela vt Iuſtinianus definit in l.1.hic.eſt vis, & poteſtas in capite libero iure ciuili data ac permiſſa, ad tuendum eum qui ſe per ætatem tueri non poteſt. Singula huius definitionis verba explicaturi ſumus breuiter.

In primis dicitur vis & poteſtas. hæc duo verba coniungere ſolent Iureconſulti vt in l.1.hic. cum τὴν δύναμιν exprimere volunt. l.Scire leges. ſupra de legib.§.ſequitur.Inſtit.de interd. Deinde dicitur, in capite libero. Hæc verba referunt interpretes ad tutores, melius eſt referre ea verba ad pupillum: hæc verba ſignificant caput non minui ob tutelam. Præterea dicitur in definitione, iure ciuili data, ac permiſſa. Quidam enim tutores lege dantur, quidam lege non dantur, ſed permittuntur tantum. Deinde dicitur, ad tuendum eum. Hoc verbum, ad tuendum, oſtendit pupillo dari tutorem, ad tuendum, vnde tuitores vel tutores dicuntur. l.1. hic. Hinc colligitur ſi non tuetur, tutorem non eſſe. Tutor autem, qui non tuetur, punitur etiam extra ordinem. l. patronus. & l.eos.hic. Deinde dicitur, eum, hoc verbum emphaſim habet ad tuendam perſonam. Hinc apparet manifeſte differentia inter tutores & curatores. Nam tutor proprie ad tuendam perſonam pupilli datur. l.qui à perſona. infrà de teſta.tutel. Curator vero potius rei, quam perſonæ. l. in copulandis. Cod. de nupt. Curator ſolam rei familiaris, vt inquit Imperator, ſuſtinet adminiſtrationē. Præterea dicitur in definitione, qui per ætatem ſe tueri non poteſt. Hæc verba ſignificant, quid interſit inter tutorem datum pupillo, & datum furioſo. Nam curator furioſo quidem datur ad tuendam perſonam, non tamen propter ætatem.

CAP. II.
Quis poſſit tutorem dare.

VLpianus in l. muto.§.tutoris datio.hic.ait ius dandorum tutorum iure magiſtratus nō cōpetere, imperii, aut iuriſdictionis. Non enim quiuis magiſtratus poteſt tutorem dare, quamuis imperium, aut iuriſdictionem habeat, niſi cui id lex nominatim tribuit. Multa ſunt quæ magiſtratus facere poſſunt, etiam ſi illis ea iure magiſtratus non competant. l.1. ſupra de offic.eius cui mandat.eſt iuriſdictio. Alia etiam habent ſpecialiter ſibi conceſſa. l.1. infra de tutor. & curat. dat. ab his qui. Recenſentur etiam aliquæ perſonæ quibus ius dandorum tutorum eſt conceſſum. Alius autem nec tutorem dare poteſt, nec mandare tutelæ dationem. l. nec mandante. infra de tutorib. & curato.dat.ab his. vbi hunc locum, qui ſtrictim explicatur, fuſius explicabimus. Sequitur,

CAP. III.
Quis poſſit tutor dari.

DE quibuſdam perſonis dubitatum fuit veluti de muto, ſurdo, furioſo, &c. Et in primis certum eſt mutum & ſurdum tutores dari non poſſe. l.1.§.fi.hic. Furioſus etiam prohibetur tutor dari. l.furioſus.hic. Qui tamen ſi datus ſit vtiliter, nihilominus datus intelligitur, cum ſuæ mentis eſſe cœperit, cum remiſſus fuerit furor. Idem dicitur in l.ſi hæreditas. §.ſi furioſus. ℐ. de teſta.tut. Simile eſt ꝙ dicitur de furioſo iudice dato in l. cum furioſus. ſupra de iudiciis, cū ſcilicet furor fuerit remiſſus. Quæritur de eo, qui eiuſdem municipii non eſt, an poſſit tutor dari? De hac quæſtione vide l. ēt non municeps.hic. In quibuſdā exemplarib. deeſt negatio, nō, ſed receptior eſt negatio, quod & h probant, qui inſpexerunt Florentinas Pandectas, quem errorem peperit difficultas. l.ius rentinas Pandectis, quurator.datis ab his, vbi dicitur ius dādi tutores conceſſum eſſe omnibus magiſtratibus, modo einſdem municipii ſint, qui tutores dantur. tamen neque Cod. qui tu ores, vel curator.dat.poſſ. videtur aduerſari. nam in dicta l.etiam, dicitur dari poſſe tutorem etiam non municipem. Sed interpretatio & cōciliatio harum legum mihi videtur petenda ex l.diuus. infra de tutor. & curator. datis ab his, qui ius dandi. Verum eſt municipem eſſe debere tutorem, ſed ſi magiſtratus non reperiat idoneum tutorem in ſuo municipio, ex vicinis municipiis idoneū eliget, & nomina eorum, qui ſibi idonei eſſe videbuntur, ad Præſidem mittet. Quæſtio etiā eſt de mulieribus, an mulieres dari poſſint tutrices? hæc quęſtio tractatur in l.vlt. & l.tutela.hic. Et extat tit.in C. quando mulier tutor.officio fungi poſſ. Nouel.de hæ.ab inteſtat. quę tutela ſaltem defertur matri & auiæ, cæteræ fœminæ excluduntur: vnum ſingulare eſt in l.2.C.quando mulier tut. off. Si quis duxerit vxorem, quæ tutrix fuit filiorum ſuorum, pro adminiſtratione tutelæ eius, omnia bona mariti ſunt obligata. Quæritur etiam de filiofamilias, an tutor dari poſſit. hæc quæſtio tractatur in l.ſi filiusfā.hic. ex qua notandum eſt patrem ſi conſenſerit tutelæ, filiifamilias nomine conueniri in ſolidum, pro male adminiſtrata tutela. Si vero non agnouerit, pater tenebitur ſaltem de peculio: hoc locum non habet in tutore teſtamentario. l.Lucius.de adminiſt.tut.

Quibus tutores dentur. CAP. IIII.

ET reſpondendum eſt tutores dari impuberibus etiam inuitis. l.2.hic. & non petentibus. Curator vero petenti datur, niſi in quibuſdam caſibus exceptis, ſi impubes furioſus ſit, dabitur ne ei tutor vel curator? hæc quæſtio tractatur in l.3.hic. & dicitur tutorem potius dandum eſſe, quam curatorem: habenda enim eſt ætatis ratio potius quam tutoris, aut dementiæ. Idem de muto & ſurdo quod de furioſo diximus dicendum eſt. l.muto.in princi. & §.ſurdi.hic.

Quæritur etiam de eo cuius pater ab hoſtibus captus eſt, an ei dari tutor poſſit? hæc quæſtio tractatur in l.Muto.§.fi. hic. vbi Iuriſcon.ait, tutorem ei non dari propter ius poſtliminii, & ſpem reditus, non enim eſt ſui iuris pupillus, ſed ius liberorum interim pendet.§.ſi ab hoſtib.Inſtit.quib.mod.patr. pot.ſoluit. Expectabitur ergo reditus paternus, & interim curator datur, ne conſilio pupillus egeat. Præterea dicitur tutorem habenti, tutorem non dari, quod verum eſt. ſed hoc perpetuo verum non eſt. Nam quidam caſus excipiuntur in leg. quæſitum. l.ſolet. l.penul.hic. dator potius curator quam tutor. datur tamen & tutor aliquando. Extat titulus in C. quib. caſibus tutorem habenti tutor detur.

CAP. V.
Quomodo tutor detur.

ET certum eſt tutorem à Prætore dari debere pure, non etiam in diem, à die, aut ſub conditione: huc pertinet lex, Muto.§.ſub conditione. Idem dicitur in l.actus. infra de regul.iuris. Conditiones, quæ tacite inſunt, etiam ſi expreſſæ non ſint, non reddunt negotium conditionale, nec nocent, velut, tutor dandus eſt pure, ſed tamen conditio hæc ſi ſatiſdederit ſubauditur. Quę conditio ideo nō nocet, quia admonet tutorē officii ſui. Sed his quæ diximus aduerſari videtur l. ſi ſub conditione. infra de teſtamenta. tutela, vbi dicitur tutorem in teſtamento ex die & in diem tutorem dari poſſe. Idem dicitur in §.ad certum. Inſtit. qui teſtam. tuto. dar. poſſ. Sed dicendum eſt quod hic dicitur, intelligendum eſſe de legitimis tutoribus, & à prætore datis. Quod vero dicitur in d. l.ſub conditione, de tutoribus teſtamento datis. Ratio huius iuris eſt, quia cum teſtamento pater tutorem dat, ex die, vel in diem, idcirco fit, quod ſperet prætorem conſulturum ſuo filio finita die, aut ſi extiterit condi...

ſed hæc ratio ceſſat in prætore qui ſtatim dicitur proſpicere pupillo. Alius locus ſequitur, in quo quæritur,

Quomodo tutela finiatur. Cap. VII.

Hic locus explicatur in l. quęſitum. l. ſi arrogati. l. ſi quis tutor. hic. & eſt titulus in Inſtit. quib. mod. tut. finiatur. & in C. Quando tutor vel curator eſſe deſinat. Pauca etiam ſub hoc titulo traduntur. Primum igitur pupilli deportatione ex arrogatione perimitur tutela. Poteſt. n. impubes, vel pupillus deportari. l. ſi arrogati. hic. de impubere pôt ſupplicium ſumi, ſi doli capax ſit, & proximus pubertati. l. excipiuntur. de ſenatuſ. Silla.

IN TIT. II. LIB. XXVI.

PANDECT.

DE TESTAMENTARIA TVTELA.

Cap. I.

Quid ſit teſtamentaria tutela.

Teſtamentaria tutela eſt, quæ teſtamento datur à patre liberis. Et hęc differt à datiua & legitima. Et ideo de teſtamentaria prius hic tractatur, quã de datiua, & legitima, quia alias tutelas antecedit, & deficiẽte demũ teſtamẽtaria, deferatur tutela proximis agnatis, quibus omnibus deficientibus locum habet datiua. Ex l. 1. hic, colligitur quæ ſit hæc tutela. Legib. duodecim tabularum licebat teſtamento tutores dare. l. verbis legis. de verbo. ſignific. eius legis meminit Iuriſconſ. Nam verbum legaſſit de quauis re generaliter vſurpatur. Sed cur hæc tutela dicitur teſtamentaria, non legitima, cũ lege duodecim tabularum conceſſa ſit? Verum quidem eſt propterea hanc tutelam teſtamentariam, legitimam dici. l. obuenire. hic. Sed ad diſtinguendum, ea legitima dicitur teſtamentaria. Legitima autem lege tantum defertur, vt de adoptione dicitur. Nam adoptio alia eſt arrogatio, alia adoptio ſcilicet tantum. Cum autem dicimus teſtamentariam tutelam eam quæ teſtamẽto data ſit idem accipiendum eſt de codicillis teſtamẽto confirmatis. l. 3. hic. Sed accipiendũ eſt hoc ꝙ de teſtamento dicitur, ſi ex eo hæreditas adita fuerit. l. ſi hæreditas. l. ſi nemo. hic. & l. ſi nemo. ff. de regul. iur. Sed ſi adita ſit hæreditas ex eo teſtamento, quo tutor datus eſt, retrotrahitur aditio ad id tempus quo mortuus eſt teſtator. l. Tutoris. hic. vt à teſtatore ipſo ꝓtinus & immediate tutela proficiſcatur, non ab hærede. Argumento eſt quod ipſe hæres teſtamento tutor dari poſſit. Sed quid ſi teſtamentum ruptum ſit agnatione poſthumi, an valebit tutoris datio? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi pater. hic. vbi dicitur eoſdem tutores dari commodius eſſe, licet re vera ruptũ ſit teſtamentũ. In l. Iure. §. vlt. hic tractatur quęſtio de inofficioſo teſtamento. Sed hãc quæſtionẽ alibi tractauimus. Idem dicitur in l. ſeq. de eo, qui dicit falſum eſſe teſtamentum.

Cap. II.

Quis teſtamento tutorem dare poſſit & cui.

Inprimis parentes liberis ſuis impuberibus quos habent in poteſtate ſua tutores dare poſſunt. l. 1. hic. Quod de liberis diximus de poſthumis etiam intelligendum eſt, quia poſthumi in numero liberorum ſunt, præſertim cum de eorum commodo agitur. l. qui in vtero. ſupra de ſtatu homi. Poteſt & auus teſtamento tutorem dare nepoti, ſed ita demum valebit tutoris datio, ſi filius ante auum deceſſerit, ne auo mortuo, filius recidat in patris ſui poteſtatem. Et quamuis multa ſingularia habeant milites, idem tamen nec militi licet. l. 2. hic. Idem dicitur in l. ſi hæreditas. §. qui filium. hic. Quid autem cautum fuerit lege Vellea, cuius mentio fit in d. §. qui filium, dicemus ad l. Gallus. ff. de liber. & poſthumis. hęc inſtit. Quod ad poſthumos autẽ attinet, notandum eſt eum qui poſthumo datus fuerit tutor, antequam poſthumus editus fuerit, tutorem nõ eſſe leg. ſi nemo. hic. Sed potius negotiorum geſtor dicetur. Mater filiis ſuis teſtamento tutorem dare nõ pôt. l. 4. hic. Imo nec pater poteſt liberis quos in poteſtate ſua non habet dare. l. 1. hic. Pater filio ſuo tutorem dare poteſt etiam exhæredato. Poteſt enim & exhæredato ſubſtituere vulgariter, vt videbimus in l. 2. infra de vulgari & pupill. ſubſtitut. Mater inſtituto tantum filio tutorem dare poteſt teſtamento ſuo, quaſi rei tutorem det potius quam perſonæ. Deinde inquiri debet tutor datus à matre, ſine inquiſitione autem admittitur tutor, quem teſtamento pater liberis ſuis dedit. Ex his notari poſſunt duæ differentiæ inter patrem & matrem, qui liberis ſuis tutorem dant teſtamento ſuo, ex l. 4. hic. Patronus quoq; teſtamẽto fruſtra dat tutorem impuberi liberto. l. qui tutelam. §. ſi. hic. Alius locus ſequitur huius tituli in quo quæritur,

Cap. III.

Quis tutor detur.

De quibuſdam perſonis quæſtiones tractantur, de quib. probabiliter dubitari potuit. Veluti de furioſo, an furioſus tutor teſtamento dari poſſit. Hæc quæſtio tractatur in l. ſi hæreditas. §. ſi furioſus. hic. Et ſimpliciter datus tutor furioſus intelligitur datus ſcilicet vbi furere deſierit. De ſeruo proprio tutore dato hic reperitur antinomia. ex §. 1. qui teſtam. tut. dar. poſſ. & l. etſi non adſcripta. C. de fideicommiſ. libert. In d. §. dicitur, ſi ſeruus alienus pure datus fuerit, tutor inutiliter dari, ſed ſi ſub hac conditione ſi liber erit, recte dari idẽ non obtinenti ſeruo proprio, ſi nulla mentio libertatis facta fuerit. Nam ſi ſine libertate tutor datus eſt, tacite directam libertatem conſequitur. At in d. l. etſi. non dicitur fideicommiſſariam libertatem ei relictam videri. Ego autem ſæpe dixi, cum in vna lege plus eſt ſcriptum quam in altera, non propterea eſſe pugnantes. dict. l. & ſi minus dicit. d. §. 1. plus dicit. ſi in d. l. etſi, diceretur non directam libertatem, ſed fideicommiſſariam relictam, eſſet antinomia. ſed d. §. plus adiicit. d. leg. etſi. Hoc autem intelligendum eſt, niſi teſtator errauerit. Nã per l. ſi quis tutorem. hic. ſi quis dederit tutorem ſeruum quẽ putabat liberum, nec tutor ſeruus erit, nec liber. Idem in l. qui tutelam. §. 1. eo. oportet ergo liberum eſſe tutorem. Notandum tamen eſt ſeruum prius liberum eſſe poſſe, quam tutor ſit. Huc pertinet l. quæro ad finem tituli. §. Lucius. vbi antequam ad iuſtam ętatem perueniat & tutor ſit, liber nihilominus eſt ſeruus. Nemo enim ante iuſtam ætatem tutor eſſe poteſt. d. l. quæro. §. Lucius.

De ſeruo alieno quæſtio tractatur in d. l. ſi hæreditas. §. ſeruus alienus. hic. quæ lex repugnat cum titulo inſtit. qui teſtamẽ. tutor. da. poſſ. Nam ibi dicitur conditionem adiici debere ſi liber erit. At in d. leg. ſi hæreditas. dicitur etiam pure valere hanc tutoris dationem. Sed quod ego ſæpe admonui, & hic faciendum eſt, vt quæ de ſeruo alieno dicuntur in Inſtit. ſimul & coniunctim, & vno contextu legantur cum d. §. ſeruus alienus. & nulla omnino erit difficultas, aut repugnantia. Præterea tutor incertus dari non poteſt. l. tutor incertus. & l. duo ſunt Titii. hic. quia teſtator certo cõſilio debet proſpicere poſteritati ſuæ. Ex d. l. duo ſunt Titii. locus communis notandus eſt de iure & facto. Quæritur de matre an ea poſſit teſtamẽto tutrix dari? Hæc quæſtio tractatur in l. Iure noſtro. hic. vbi dicitur, dari non poſſe, quod noua Iuſtiniani conſtitutione emendatum eſt. Nouel. de hæred. ab inteſtato. Præterea is cum quo teſtamenti factio non eſt, ſcilicet paſſiue, tutor dari non poteſt. l. teſtamento tutores. hic. Minor etiam tutor dari non poteſt. d. l. quæro. §. Lucius. hic.

Deinde quęritur de eo qui eiuſdem municipii non eſt, in d. l. quæro. in principio. Et Paulus reſpondet dari poſſe. Hoc tamen cum exceptione intelligendum eſt. Non enim intelligimus neminem excuſandi habere facultatem, qui teſtamento tutor dari poteſt. Imo poteſt quis ſe excuſare, vt videbimus infra ſub titulo de excuſat. tutor. Nam lege duodecim tabularum excuſationes à tutela permittũtur. l. tutor. eo. Vnum hic notandum eſt quod qui ſe excuſant, quod nolint ſuſcipere onus tutelæ ſibi iniunctæ teſtamento, legata ex eo teſtamento omnia amittunt. l. qui tutelam. eo. imo & quæ legata ſunt filiis eorum, in honorem patris.

Cap. IIII.

Quomodo teſtamento tutores dentur.

Hic locus explicatur in l. ſi quis filiabus. & aliis legibus. hic. ex quibus apparet multum intereſſe, quibus verbis fiat hæc tutoris datio in teſtamento. Nam ſi quis liberis tutores dederit, & nepotibus etiam dediſſe videtur. Si vero filiis dederit non item. Liberorum enim appellatio latius patet quam filiorum. l. liberorum. infra de verbo. ſignific. & leg. ſi quis

quis ita.hic. Et hinc notandus eſt locus communis de legum interpretatione tam extenſiua, quam reſtrictiua, vt loquuntur vulgo. Tutor autem teſtamento datur non tantum pure, ſed & ſub conditione ex die & in diem.l.pen.eod.l. tutor datus.§.vlt.eod.vbi dicitur in tutoris datione nouiſſimam conditionem ſpectandam eſſe, vt in legatis non leuiſſimam, vt in libertate. Huc pertinet l.quod traditur.l.ſub diuerſis.infra,de condit.& demonſtrat. Quod diximus intelligendum eſt ſi plures ſeparatim conditiones adſcriptæ ſint. Nam ſi coniunctim, omnibus parendum eſt.Sub conditione autem tutores dari à Prætore non poſſunt, vt diximus ſupra ex l. mutuo.§.1. ſupra de tutelis. Hinc quæritur ſi tutor datus fuerit ſub conditione, & nondum conditio extiterit, quomodo proſpicietur pupillis? l.ſi quis ſub conditione.ſ. hic.vbi dicitur pendente conditione à prætore dari poſſe interim tutorem pupillo. Hic Iuriſconſultus meminit Senatuſconſulti cuiuſdam quod hodie non extat. Tractatur etiam quibus verbis teſtamento tutor dari poſſit. Hęc quæſtio tractatur in l.vlt.C.eo.vbi dicitur licere ẽt verbis Gręcis tutorem teſtamento dare,nõ minus quam verbis legitimis,id eſt,Latinis & directis. Idem dicitur de libertate in l.directas.C.de manu.teſtam.Ex his duobus locis ſumpſi aliquando interpretationem l. verbis. infra. de vulgari & pupill,ſubſtit.quæ male vulgo accepta eſt,etiam ab Alciato,de verbis ciuilibus,legitimis,directis,precatiis,diſſerenti. Prætetea tutor teſtamento certæ rei aut certæ cauſæ dari non poteſt.l.certarum.hic. Tutor enim perſonæ potius datur quam rebus. Curator autem rebus.l.in copulandis.C. de nupt.Sed hoc ita accipiendum non eſt, quaſi tutor rebus non detur, ſed potius perſonæ.Nam deductis rebus inutiliter tutor datur. Quamuis autem tutor certæ rei non detur, ſed perſonæ,tamen ſi pupillus in diuerſis prouinciis bona habeat veluti in Syria & Africa, poterunt ei plures tutores dari,quorum alter curam habeat rerum Syracuſarum, alter Africarum:quamuis ambo ad perſonam regendam dati ſint.leg.Titium & Mæuium.§.tutores.infra de adminiſtrat.tutor.

Cap. V.

Quot modis teſtamento tutor dari poßit.

TVtores teſtamento tripliciter dantur, adminiſtrationis cauſa, honoris cauſa,& notitiæ cauſa.Notitiæ cauſa dantur qui alios inſtruunt. Qui honoris cauſa dantur, ipſi nihil adminiſtrant, ſed ſunt cuſtodes, & obſeruatores aliorum qui adminiſtrant.In l.ſi plures.l.3.de adminiſt.tut.& in l. quod ſi forte.infra de ſolut.horum honorariorum tutorum fit mentio, quibus & recte ſoluitur. Nam & ipſi quoq; tenentur niſi alios diligẽter obſeruauerint.In l.1.C.de periculo tutor.mẽtio fit tutorum qui dantur notitiæ cauſa,& in l.quæro,hic.De honorariis mentio eſt,etiam in l.Iure noſtro §.1.hic.tractatur quæſtio, an recte tutor detur, ſi ſe quis adſcripſerit in alieno teſtamento tutorem pupillo?Hæc quæſtio oritur ex eo quod dicitur eum qui ſibi adſcripſit legatum in teſtamento alieno puniri pœna falſi.l.1.§.vltim.infra ad l.Cornel.de falſ.Pœna autem falſi, vel quaſi falſi eſt deportatio, vel confiſcatio bonorum. Extat titulus in Codice, de iis qui ſibi adſcrib.in teſt. Quid igitur dicemus de tutela,& de eo qui ſe tutorem adſcripſit in alieno teſtamento? Et Iuriſconſultus in l. ex ſententia. hic.ex ſententia Senatuſconſulti Liboniani ait,ſibi videri non eſſe cogendum tutelam gerere, nec debere puniri pœna falſi, vt is qui ſibi legatum adſcripſit. Tutelam enim gerere onus eſt, & nemo præſumitur affectare tutelam alienam, vt legatum.Poſtremus locus huius tituli eſt,

Cap. VI.

De effectu tutelæ teſtamentariæ.

EFfectus huius tutelæ teſtamentariæ eſt quod teſtamento tutor datus ſatiſdare non cogitur,alii coguntur. Hoc ideo fit quod eius fidem, & diligentiam teſtator probauit. Inſtit. de ſatiſdat.tutor.l.teſtamento.eod.Si quis tamen tutor teſtamentarius paratus ſit ſatiſdare, in geſtione tutelę cæteris præfertur, niſi iidem etiam ſatiſdare parati ſint. Quod autem dicitur ſatiſdationem ab his nõ eligi,id cum cauſæ cognitione ſtatuendum eſt, vt dicitur in d.l.teſtamento.Cum autem ab homine locuplete,& non ſuſpecto ſatiſdatio exigitur,contumelia afficitur,vt hic dicitur.& datur ei actio iniuriarũ.l.ſi creditores. ad ſi.de priuil.cred.vulgo alius ẽt locus citatur in l. ſi vero §.vlt.qui ſatiſ.cogant.ſed hoc bene nõ ꝓbat, vt lex à nobis citata.

TIT. III. LIB. XXVI.

PANDECT.

DE CONFIRMANDO TVTORE.

QVia tutores aliquando inutiliter dantur teſtamento, ideo neceſſe eſt eos confirmari à Prætore. Sunt autem hic tres caſus diſtinguendi. Primus eſt de his qui dantur à patre,& hi confirmantur à prætore, ſine diſquiſitione vlla, aut ſatiſdatione,puta ſi pater nõ iure teſtamentum fecerit,l.1.hic. Eſt lex Modeſtini Græca quæ perperam traducta eſt.Male legitur *nihil amplius*.legendum eſt *nihil plerunq;* in l.3.hic.idem dicitur & in l.ſi filio.hic.Excipiendi ſunt duo caſus in quib.inquiſitio neceſſaria eſt. Inprimis ſi pater dederit tutorem filio ſuo naturali,vel ſpurio.Nam quod ſupra dictum eſt,intelligitur de patre qui teſtamẽto nõ iure facto,legitimo filio tutorẽ dedit. Alter caſus eſt,etſi legitimo filio tutor à parente etiam ſolẽniter datus ſit,ſi dubiũ ſit an durauerit patris volũtas. l. in confirmando.hic. Eſt hic locus communis de ſeruanda voluntate teſtatoris, & non ſeruanda. Secundus caſus eſt cum à matre datus eſt tutor teſtamento,is enim confirmatur à prætore,ſed cum inquiſitione.l.2.hic.Non exigitur tamen ab eo ſatiſdatio, ſed tantum præcedet inquiſitio. Idem dicitur in l. 1.C.eo.& l.pater hæred.tit.præcedenti.

Tertius caſus eſt ſi extraneus teſtamento tutorem dederit, quæritur an is confirmari poſſit à prætore. Et dicitur non debere confirmari à Prætore, niſi extraneus ille qui tutorem dedit pupillo eundem inſtituerit hæredem.l. ſi patronus. hic. Hoc enim eius affectui tribuitur. Neceſſaria tamen eſt ſatiſdatio, vel inquiſitio.l.5.hic.

De effectu huius confirmationis, ſiue ſatiſdationis pauca dicenda ſunt. Et præcipuus eius effectus eſt, quod datio tutoris inutilis omnino eſt,ſine hac confirmatione. Hinc conſequuntur duo alii effectus.Primus eſt,quod excuſatio neceſſaria non eſt antequam fuerit confirmatus, nec currit ei tẽpus 50.dierum,quia inutilis eſt datio.l.1.& 2.C.eo.Alius effectus eſt quod ante hanc confirmationem alius tutor dari poteſt l. 3.C.eod.& is tutor erit qui interim tutor datus erit.

TIT. IIII. LIB. XXVI.

PANDECT.

DE LEGITIMIS TVTORIBVS.

Cap. I.

ADmonvi ſupra, cum tutor nullus datus eſt teſtamento, legitimæ tutelæ locum eſſe. Nam lex defert deinde eam proximis agnatis. Diciturque hæc tutela legitima, quia ipſo iure tutores fiunt per legem ſine vlla dationę aut cõfirmatione Prætoris, quos lex tutores eſſe voluit.leg.inteſtato,& leg.ſi plures. eod. Frater præfertur patruo, quia prior eſt agnatus.Idem habetur in l.ſi reliquero.hic. Hæc autem computatio graduum quomodo facienda ſit docui ſupra ſub titulo de ritu nuptiarum. Quæritur qui agnati ſint, in l. ſunt autem agnati. hic. Agnatio nomen iuris ciuilis eſt, vt dicitur ſub tit.de legitima agna.ſucceſ.in Inſtit. Agnati ſunt, qui nobis iuncti ſunt per virilem ſexum, qui & nomen retinent. Hinc ſoror mea licet mihi ſanguine coniuncta ſit,non tamen mihi eſt agnata,ſed tranſit in aliam familiã. Hoc ergo iure tutela non defertur cognatis. Hoc iure nouiſſimo immutatum eſt Nouella conſtitutione Iuſtiniani, de hæredit.ab inteſtat. ſublata eſt differentia inter agnatos,& cognatos.Excipiuntur fœminæ agnatæ,licet proxime ſint in gradu. l.1.& l. agnatæ. Eſt enim virile officium tutelam gerere. Dicitur autem hæc tutela legitima, quod eam lex deferat proximis agnatis.l.1.& l.legitimos.hic. Oportet autem eos eſſe & agnatos & conſanguineos , quibus hæc tutela defertur. leg. 1.hic. Nam cognatio nomen eſt iuris naturalis , & agnatus eſſe poteſt etiam qui non eſt conſanguineus , vt frater adoptatus.

Excipiuntur etiam minores qui perfectæ ætatis non ſunt, qui tutores legitimi eſſe poſſunt. leg. vltim. C. de legit. tutor. Et alia tutela legitima quæ defertur patronis, cuius mentio eſt in l. 3. hic Iuſtinianus in Inſtitutionibus ſub titul. de legitima patronorum tutela, docet cur hæc tutela patronorum legitima dicta ſit, quam tamen lex duodecim tabularum non introduxit. Dicta eſt legitima, quod Iureconſulti itia ſunt interpretati legem duodecim tabularum quaſi idẽ de patronis ſtatuerit, quod de agnatis conſtituit, quod æquum ſit ad eos onus tutelæ pertinere, qui ſpem ſucceſſionis habebant. Alio autem capite lex duodecim tabularum defert hæreditatem liberti patrono, ſi libertus impubes deceſſerit. Merito ergo etiam ad eos hæc tutela pertinere debet. Verbum autem legis accipiendum eſt, non tantum verbum legis, ſed mens. arg. l. non dubium. Codi. de legib. leg. nominis & rei. §. verbum legis. infra de verbo. ſignifi. Eſtque hic locus communis de interpretatione, quam vulgo extenſiuam vocant. Alia eſt legitima tutela parentum, cuius mentio eſt in leg. 3. §. vltim. hic. & Inſtit. de leg. parent. Hæc legitima tutela dicitur quod exemplo tutelæ quæ patronis defertur, introducta ſit interpretatione prudentum. Non quod ex lege duodecim tabularum deſcendat. Si parens emancipauerit filium ſuum, eius legitimus tutor eſt. Sed dixerit aliquis, agnatus eſt patri filius. Sed quia emancipatus eſt filius, agnatus amplius non eſt. Nam capitis diminutione etiam minima ius agnationis tollitur. §. vlt. Inſtit. de legit. agnat. tutel. Nam agnatio nomen iuris ciuilis eſt. Ciuilia erga iura ciuilibus tolluntur. Eſt enim & emancipatio nomen iuris ciuilis. Præterea qui emancipatur, in aliam familiam tranſibat, & quaſi redigebatur in ſeruitutem, exibat de familia patris. Agnati autem ſunt qui eiuſdem familiæ ſunt. De more emancipationis & familiæ emptore vide Theophilum lib. 1. Inſtit. Semper autem parens contracta fiducia videtur emancipaſſe, de quo olim dubium erat. §. vltim. Inſtit. de legitima agnat. ſucceſſio. Theophilus etiam aliam rationem adfert, cur exemplo patronorum, & quomodo hęc patronorum tutela introducta ſit. Eſt & alia tutela, quæ dicitur fiduciaria, cuius mentio fit in leg. 4. hic. quæ quia ex lege non deſcendit, legitima non dicitur, ſed fiduciaria, ſi frater emancipati fratris tutelam gerat. quæ igitur fiduciaria dicitur quod maior fides attribuatur fratri in tutela fratris impuberis, cuius ante parens defunctus tutelam geſſerat: nec autem per interpretationem quidem hæc tutela legitima dici poteſt, vt patronorum & parentum, quia ceſſat ratio legis: illic ſuccedunt patronus liberto, pater filio, frater autem fratri emancipato non ſuccedit, iure digeſtorum. Sed hæc omnis differentia de emancipatione, & patria poteſtate ſublata eſt Nouella Iuſtiniani conſtitutione de hæred. ab inteſt. Cuius Nouellæ reſpectu etiam legitimi tutores fratres dici poſſunt. Inſtit. de fiduciaria tutela, vbi mentio fit non ſolum fratrum ſed etiam filiorum fratris, vel ſororis &cæt. Hoc Theophilus exemplis declarat, quomodo frater nanciſcatur tutelam fratris eiuſque liberorum, ſi is defunctus eſſet, quorum pater vel reſpectu horum nepotum auus tutelam antequam defunctus eſſet geſſit, aut gerere potuit. In quibuſdam autem vetuſtiſſimis exemplaribus in Inſtitut. hæc verba, *& cæterorum*, non leguntur. Et ea lectio mihi ſemper ſuſpecta viſa eſt, quia ratio quam ſubiicit Iuſtinianus ibidem, conuenit ſaltem fratribus, non etiam liberis fratrum. Et inſtitutionibus quæ editæ ſunt à Ferreto hæc verba deſiderantur, quanquam eam lectionem ſecutus ſit Theophilus: nec ratione caret, quamuis verbis ſequentibus non conueniat. Quæſtio eſt de fratre emancipato an tutor legitimus ſit an fiducarius? Hæc quæſtio tractatur in l. 4. C. de legitima tut. Et dicitur eum legitimum tutorem eſſe. Quod autem dicitur in d. l. 4. non conuenit cum iure digeſtorum, quod certum eſt. Sed quia eo tempore admittebantur fratres ad fratrum ſucceſſionem. quæſtio d. l. 4. edita eſt. Iure quoq; legitimus tutor frater erit, ſublata differentia emãcipationis & patriæ poteſtatis. Tutor fiduciarius aliter accipitur apud Vlpianum in Fragment. Inſtit. quę nuper edita ſunt, refert ad veterem vitam & morẽ. Qui liberum, inquit ſub tit. de tutelis, caput emancipatum ſibi, vel à parente vel à patrono manumiſit, per ſimilitudinẽ patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutor appellatur. Huius iuris quod attinet ad tutelam nulla reperio veſtigia. Verum quidem eſt, quod manumiſſor ille fiduciarius omnino non ſit imaginarius, quia ſuccedebat etiam emancipato, ſi duæ perſonæ quæ illi præferebantur, non admittebantur ad bonor. poſſeſſionem. tit. Inſtitut. de bon. poſſeſ. Huius tutelæ legitimæ de qua hic loquimur, hoc proprium eſt, vt omnium tutelarum legitimarum, quæ capitis diminutione perimuntur. l. legitimos. §. vl. & l. 2. hic. l. tutela. ſupra de cap. dimin. Cæteræ tutelæ minima capitis diminutione non tolluntur: hæc autem tollitur. Et ratio eſt, quia hæc defertur agnatis. Agnationis autem nomen ciuile eſt, & hæc eſt tutela delata tanquam agnato. Agnatio perimitur emancipatione. Mirum ergo nõ eſt quin & capitis diminutione perimatur. quod in aliis tutelis non obtinet. Pater enim & frater nomina ſunt naturalia, & licet frater vel pater emancipetur, non tamen deſinunt eſſe qui fuerunt, pater ſcilicet & frater, & propterea emancipatione no tolluntur. Iura enim naturalia non tolluntur ciuili ratione §. vltim. de legit. agnat. tutel. §. naturalia. de iure nat. gent. & ciuil.

NI TIT. V. LIB. XXVI. PANDECT.

DE TVTOR. ET CVRAT. DATIS AB HIS QVI.

CAP. I.

DICENDVM eſt in primis, qui ſint hi datiui tutores. Datiui tutores dicuntur, qui à prætore dantur, & hoc nomine vtuntur & Iurecon. nec eſt à nobis confictum vocabulum. l. datiuus tutor. ĵ. tem pupill. ſaluam. for. Et quia hi datiui tutores à prætore dantur, prætorii & dici poſſunt. Huic autẽ tit. reſpondet alius tit. C. Qui dare tutores poſſint. & Inſt. de Attiliano tutore. Hos omnes tit. explicaturi ſumus.

CAP. II.

Quis tutorem dare poſſit.

SVpra titulo generali de tutelis hunc locum attigimus in nterpretatione leg. muto. §. tutoris datio. ſupra de tutel. tutoris datio neque imperii neque iuriſdictionis eſſe dicitur. Nam quod quis imperium habeat tutorem dare poteſt, niſi hoc ei ſpecialiter ſit attributum. Exempla autem reperiuntur in l. 1. eodem. hic. vbi recenſentur omnes quib. lege conceſſum eſt, tutores dare in l. 3. hic, tractatur quæſtio de magiſtratibus municipalibus. Qui magiſtratus municipales ſint vulgo non intelligitur. ego vero ſic de his ſentio. In municipiis populo Romano ſubiectis erant quidam magiſtratus Romani à populo, aut à principe ad regendas prouincias miſſi, qui præfecti dicebantur, quorum meminit Pomponius Feſtus. Præter hos magiſtratus Romanos ſunt etiam quidam alii magiſtratus municipales, vt duumuiri, decuriones, & quos municipes ex ſuo municipio eligebant, vt hodie in Gallia paſſim nulla eſt ciuitas, vbi non ſint magiſtratus regii, & præter hos ſint decuriones. *Les Eſcheuins.* Decuriones autem dicebantur olim ſenatores ciuitatum ad exemplum Romanæ vrbis leg. pupillus. §. decuriones. de verb. ſig. Alii erant etiam magiſtratus qui defenſores ciuitatum appellantur, de quibus titulus eſt in Codice, de defenſo. ciuit. Si velimus comparare magiſtratus, Præfectos prouinciarum comparabimus Conſulibus Romanis, decuriones ſenatoribus, defenſores autem tribunis plebis. In §. Attilianus tutor. recitatur ius Antiquum, quod lege Attilia ſtatutum erat. & cur Attiliani tutores dicti ſint, in leg. nec mandante. eod. hic dicitur non poſſe mandari à Præſide tutoris dationem. Quæ enim ſpecialiter lege, ſenatuſcon. &cæt. competunt mandari non poſſunt, nec mandata generali iuriſdictione, hæc tutoris datio tranſit. Quæritur de decurionib. an poſſint tutores dare l. vbi abſunt. eod. & quomodo & quando eis liceat, ibidem docetur. Contingit aliquando, vt eidem pupillo, & Prætor Romæ, & Præſes prouinciæ dent tutores. l. pupillo, circa finem. Quomodo autem hic locus accipiẽdus ſit, docui ſub titulo de tutelis, ſupr. Curator datur certæ rei, cauſæ, negotio, patrimonio. Tutor autem perſonæ datur, & tamen hic tutor datur alter rebus Italicis, alter prouincialibus. Dixi ſub illo titulo omnes hos tutores dari perſonæ, potius quam rei, quamuis diuidatur inter eos adminiſtratio. Citaui textum in l. Titium, & Mæuium.

infra

infra de adminiſtratio. Præfectus vbi adhibitis decẽ perſonis ex Senatu, & Prætore tutelari, illuſtrib. perſonis, tutores dat. C. de tuto. & curat. illuſt. perſ. & clariſſimar. perſ. Hæ omnes perſonæ tutorem dant, ita demum ſi ſanæ mentis ſint. l. nec mandante. §. 1. eo.

C a p. III.

Qui dare tutores poſſint: & qui non poſſint.

QVædam perſonæ tutores dari non poſſunt, quibus cognitis, quæ dari poſſint facile erit cognoſcere: de his igitur perſonis videndum eſt. In primis mulier tutrix dari nõ poteſt. leg. ſcire oportet. hic. quia tutela officium virile eſt. Excipitur tamen mater pupilli, & auia. Nouella & titul. Inſti. de hæred. ab inteſt. & titul. quando mulier tutor. off. fungi. poſ. Præterea Modeſtinus in d. l. ſcire oportet. quæ Græca eſt, & male verſa, ait legatum prouincialem Romæ tutorem dari non poſſe, vbi legendum eſt *ſi prouincialem hominem*, & legẽdum eſt, *præterea Romanus magiſtratus*, non *Princeps Romanus*. Princeps enim tutores non dabat. Præterea in d. l. ſcire. Si parentes aliquem tutorem eſſe noluerint, ſi is datus fuerit tutor non erit, ſalua tamen eius exiſtimatione. in l. ſeq. quę eiuſdem Modeſtini eſt, vbi *conſiliarios* βυλευτας vertit interpres, legendum eſt *decuriones*. Etiam qui decuriones non ſunt, tutores eſſe poſſunt, filiorum decurionum. Quęſtiones aliquot tractantur de cęco milite colono ſub tit. C. qui dari tuto. poſſ. in l. 3. dicitur cæcum tutorem dari nõ poſſe, nec miles etiã dari tutor poteſt. l. 4. C. eo. de ſeruis eſt l. in ſeruili. de colono & cæteris, videte l. vlt. C. eo. tit. Quæſtio vtilior tractatur de debitore & creditore pupilli, an poſſit tutor eſſe? vide l. creditorem. C. eo. tit. vbi dicitur dari poſſe. Hoc tamen quia periculoſum erat, immutatum eſt, vt qui ſe res minor. oblig. & vbi cautum eſt ne debitor aut creditor tutores ſint. Quod ſi erunt, puniuntur. Alia quęſtio tractatur de prætore, & alio magiſtratu, an prætor, aut alius magiſtratus ſe tutorem dare poſſit? Et dicitur non poſſe. Dari tutor etiam is non poteſt, qui alterius municipii eſt. l. 2. hic. Idem dicitur in l. neque. C. eo. qui dari tutor. vel curato. poſſint. Ergo oſtendi quomodo accipięnda ſit l. etiam. ſupra de tuelis. vbi dicitur: etiam non municeps tutor dari poteſt. Cuius legis interpretationem dixi ſumendam eſſe ex l. diuus. eo. hic. Et dixi prætorẽ aut Præſidem prouinciæ, hac de re admonendum. Abſens etiam tutor dari poteſt. l. 5. hic. Eſt enim hoc munus publicum quod etiã inuito iniungitur. Hoc tamen denuntiandum eſt abſenti, vt mox dicemus. Alia quæſtio tractatur de filiofamilias, an is recte tutor detur patri? Quidam putant dari non poſſe, quod id indecorum ſit. Tamen conſtitutum eſt, filium patri recte tutorem dari, id eſt, curatorem, loquimur enim hic promiſcue. Idem dicitur in l. 1. infra, de curat. furio. Præterea magiſtratus collegam ſuum tutorem dare poteſt. l. vbi abſunt. hic. Libertus recte tutor datur nec poteſt ſe excuſare à tutela, ſi modo liberi ſint ei patroni futuri. l. libertus. eod. hic. Nã contingit aliquando libero patroni iura patronatus amittere. Alius locus huius tituli ſequitur in quo quæritur,

C a p. IIII.

Quibus perſonis detur tutor vel curat.

IMpuberi tutor tantum datur. Nam puberi inutiliter tutor datur. l. Seiæ. ad finem tituli. Et hoc adeo verum eſt, vt tutor neceſſe non habeat ſe excuſare. Abſenti quoque vt præſenti tutor dari poteſt. l. 1. C. eo. Ventri autem aut partui tutor dari non poteſt. curator poteſt. l. ventri. hic. Extat tit. de ventre in poſſ. mitten. Seruo tutor dari non poteſt præterquã in exceptis caſibus. Tutela quæ lege defertur eſt iuris ciuilis, quę autem iuris ciuilis ſunt, ad ſeruos omnino non pertinent. Excipiuntur quidam caſus in quibus datur etiam ſeruo tutor, vt ſi de ſtatu ſuo litiget. l. ei qui eo. hic. l. 1. C. eo. Idem in l. ſi impuberi, quæ eſt Papiniani obſeruatione digna. Præterea notandum eſt tutorem ei tantum dari, qui eiuſdem municipii eſt vel prouinciæ, ciuitatis. l. 1. hic. l. etiam. ſupra de tutel. Etiam non municeps tutor dari poteſt, modo ei qui eiuſdem municipii ſit detur. Hinc contendunt quidam pupillo clerico magiſtratum regium, tutorem dare non poſſe, ſed hæ ſunt quæſtiones canoniſtarum. Præterea habenti tutorem non recte datur tutor. l. 2. hic. l. ſoror. & l. tutor. hic. huc pertinet titulus C. in quib. cauſis habẽti tutorem tut. dari põt. Sed ibi ſunt exceptiones noſtræ regulæ. Cui detur curator quæritur, curator datur puberi, furioſo, prodigo, ventri, partui non edito. l. nec mandante. §. vlt. hic. l. & ventri. l. is cui. §. diuus Pius. hic. vbi locus eſt notatu dignus in leg. curator. & l. in omnem. l. curatorem. hic. dicitur aliquando etiam imputari curatorem dari. & in l. ventri. dicitur curatorem habenti curatorem dari, quamuis tutorem habenti tutor non recte detur.

C a p. V.

De officio magiſtratus in dando tutore.

IN primis videre debet magiſtratus, vt tutorem det perſonę, non rei certæ aut cauſæ ſeu negotio, vt dicitur in l. impuberi. hic. niſi in exceptis caſibus, qui magni momenti ſunt, vt in adeunda hæreditate. l. cum in vna. de appellat. & dict. l. impuberi. hic, matrimonium ſine tutore pupillus contrahere omnino poterat. Vlp. in fragmentis Inſtit. titul. de tutel. Curator autem certæ rei datur, aut cauſæ. l. non tantum. hic. Die feriata tutor dari poteſt. l. nec mandante. hic. Debet etiam ex inquiſitione tutor dari à Prætore. l. in dando. eodem. Et quidem in omnes inquiritur. Poſtremum eſt, vt ſi abſentem tutorem dederit Prętor hoc ei ſignificet intra triginta dies. l. vlt. hic. vt ſcire poſſit an gerere tutelã debeat, an vero potius ſeſe excuſare is qui abſens tutor vel curator datus eſt.

TIT. VI. LIB. XXVI.

PANDECT.

QVI PETANT TVTORES VEL CVRAT. ET VBI PET.

C a p. I.

DVæ ſunt partes huius tituli, vt videtis: priorem partem diuidemus in tria capita. Qui petant tutores, quidam enim tutores pupillis petere coguntur, aliis permittitur petere, aliis prohibetur.

C a p. II.

De his qui coguntur tutores pupillis petere.

EX eo numero in primis eſt mater, quæ filiis impuberibus cogitur tutores petere. l. 2. hic. Mulier quæ ex ſenatuſcõſulto Tertilliano admittitur ad ſucceſſionẽ filii ſui impuberis defuncti, ab hac hæreditate repellitur, ſi tutorem ei non petierit. Idem dicitur in leg. 2. §. ſi mater. infra ad ſenatuſconſul. Tertil. Cuius ſenatuſconſulti magnam partem hic explicaturi ſumus: legendum autem eſt in d. l. 2. hic: *quæ defunctorie petit*, ita enim hoc verbo vtitur Vlpianus in dict. l. 2. §. ſi mater. ad Tertil. Hoc autem accipiendum eſt non tantum de filio legitimo, ſed etiam de naturali. Nam & ad huius quoque hæreditatem mater admittitur. §. vlt. ad Tertil. vide leg. vlt. C. qui pro tut. vbi dicitur naturali filio etiam matrem tutorẽ cogi petere, etiam vulgo quæſitis. Nec excuſatur mulier iuris ignorantia. Eſſe enim quaſi iuris ignorantiam ſcripſit Accurſius, quem plærique omnes ſequuntur. Mihi videtur ignorantia iuris poſitiui. Poteſt enim non negligere filium mater, & tamen ei tutorem non petere. Iure enim naturali mater nõ cogitur liberis tutores petere, ſed iure ciuili ſeu poſitiuo: hic autem ignorantia iuris non prodeſt mulieri, quia de commodo, & lucro eius agitur. l. error. & l. iuris. ſupr. de iuris & facti ignor. Nam alias in damnis amittendæ rei ſuæ iuris ignorantia excuſat. d. l. error. niſi ſit craſſa & intolerabilis ignorãtia. Vt ſi edictum promulgatum ſit, non excuſatur is, qui ſe ignorare dicit, quod omnes ſcire debent. Exempli gratia promulgatum eſt edictum, ne quis in æde ſacra deambulet, excuſatur tamen alienigena. l. vlt. de decret. ab ord. facien. quia abfuit forte tẽpore quo edictum fuit promulgatum: ſed quid dicemus de confirmatione tutoris, ſi pater teſtamento ſuo inutiliter tutorem dederit, an mater cogetur petere confirmationem tutoris? Et dicitur cogi tutoris confirmationem petere debere. leg. vltim. hic. Quæritur etiam an mater cogatur curatorem petere? hæc quæſtio tractatur in leg. 1. vbi dicitur, quod matris ſollicitudo in tutoribus petendis filiis requiritur non autem in curatoribus, niſi in iis caſibus à quibus petitur curator impuberi, adultis curatores non petẽtur. Præterea ſenatuſconſultum Tertillianum loquitur tantum de tutorib. petendis impuberibus. Quando autem impuberi curator detur, diximus ſupra ſub tit. proximo. Idem dicitur in l. 2. § ꝑ curatores. ad ſenatuſc. Tertillia. vbi locus cõ-

munis eſt de interpretatione legis, verbis legis deficientibus. Mater autem legata relicta à matre impuberis, eodemq; marito non ideo amittit, ſi liberis ſuis impuberibus tutores non petierit. Senatuſconſultum loquitur tantum de hęreditate filii impuberis defuncti. l. fina. hic. Notandum eſt aliquos eſſe caſus, in quib. excuſatur mater, quæ filio etiam impuberi tutorem non petierit: hos caſus hic recitabimus.

Primus caſus eſt, ſi mater minor erit vigintique annis. l. 2. C. ſi aduerſ. delictum. lib. 2.

Secundus caſus eſt ſi filius pubes deceſſerit. l. 3. C. ad ſenatuſcon. Tertil. ſenatuſconſultum enim loquitur de hæreditate eius, qui impubes deceſſit. Idem dicitur §. vltim. Inſti. de ſenatuſcon. Tertil.

Tertius caſus eſt, ſi interſit pupilli & impuberis, tutores ei non peti. l. 2. §. tractant. infra ad Tertull. Exempli gratia, relictum eſt impuberi fideicommiſſum ſub hac conditione, ſi tutores non habuerit: intereſt hoc caſu pupilli tutorem non habere, ne deficiente cõditione amplum forte fideicommiſſum impubes petere non poſſit, & hoc quoque caſu mater excuſatur: nullum exemplum magis idoneum haberi poteſt de interpretatione legum, quam in d. l. 2. ad Tertill.

Quartus caſus eſt, ſi mater pręuenta fuerit ab alio, qui tutorem petierit, qui filiis ſuus datus ſit. l. 2. hic. alias fruſtra mater peteret. Hodie procurator regius apud nos ſolet pupillis & impuberibus petere tutores. Si igitur is anteuerterit matrem, ea excuſari debet. Mater enim debet petere tutores filiis ſuis, qui indigeant, l. cum iure. 9. C. qui petant tutor.

Quintus caſus eſt, ſi caſu aliquo impedita ſit mulier, quo minus tutorem peteret. tunc enim excuſari debet, nec repelletur ab hæreditate impuberis. l. cum à matribus. Cod. eo. vbi locus eſt inſignis de caſu fortuito. Alium ſimilem habemus in l. Præſes prouinciæ. Cod. de appellat. Hactenus de matre quæ tutorem cogitur petere filio ſuo.

Ex eodem genere eſt libertus, qui cogitur etiam petere tutorem filiis patroni ſui. l. 2. hic. Atque grauior eſt cauſa liberti, quam matris, quia ille etiam extraordinem punitur. Hæc autem ab hæreditate tantum repellitur

Cap. III.

De his quibus permittitur tutores petere ſi velint, licet non cogantur.

HI numerantur in l. 2. in principio, hic conſanguinei, educatores &c. in l. auita. C. eo. & in l. ſciant. C. de legit. hæred. vbi dicitur eos non prohiberi petere tutores, quod niſi fecerint repelluntur ab hæreditate. Idem igitur de his dicitur quod de matre hic. Nos autem hic dicimus eis permitti petere tutores, eos tamen nõ cogi. Ego hunc locum intelligo cum pupillus matrem habet, quæ ei ſucceſſura eſt, per ſenatuſconſ. Tertullianum, quæ quia præcedit in ſucceſſione omnes conſanguineos, ea cogitur petere tutores. d. l. ſciant. debet intelligi de his, quæ ſuccedunt pupillo, ſublata iam è medio matre. Et queadmodum mater repelleretur ab hęreditate ſi tutorem nõ petiiſſet, ſic etiam hi qui ſuccedent. Alius locus huius tituli eſt in quo tractatur

Cap. IIII.

De his qui tutores petere prohibentur.

HI continentur in l. auita. D. eo. & l. 3. §. ſi quodam. hic. vbi excipitur creditor, quod poſſit tutorem petere. Vnde colligitur alios eſſe, qui petere vetantur. Hoc autem ea ratione fit, quod iuris authoribus ſemper ſuſpecti fuerint, qui tutores petierunt, aut ſe ingeſſerunt tutelæ. l. ſcire oportet. §. vlt. ſupra titul. præced. voluerunt iuris authores præcludere viam, ne omnes ambirent tutelas aliorum, quod id ſui commodi, & quæſtus gratia facere viderentur. licet ergo conſanguineis tantũ tutores petere impuberib. Nunc videndũ eſt de curatorib. hic. n. huius tractatus ordo id expoſcere videtur.

De curatoribus. Cap. V.

DE curatoribus pauca hic dicemus, quia certum eſt curatorem dari tantum petenti. §. item inuiti. Inſtit. de curator. l. 3. l. curatorẽ. hic. Curatores ergo petẽt ipſi adulti, ſi præſentes ſint, vel ſi abſentes ſint procuratores eorũdem. Excipitur caſus cũ quis litem habet cum adulto. tunc enim & inuitus cogitur adultus curatorem accipere. d. ll. 2. à nobis citatis.

Cap. VI.

Vbi petantur tutores.

DE hac re titulus eſt ſpecialis in Codice Iuſtiniani. Vbi tutor. petan. eſt lex vnica. A magiſtratib. eius loci vnde pupilli ipſi originem habent per conditionem patris, vel eius loci vbi ſunt eorum facultates, peti & & dari debent tutores. In alio autem loco vbi morantur, ſi inde oriundi nõ ſint, nec ſuas facultates habent, non accipent tutores. Quid ſi in vno loco originem habeant, in alio loco facultates ſuas? Quidam putant vtrobique tutorem dari debere. Ad id probandum citant l. pupillo. ſupr. tit. præcedenti. Sed tamen eſt alia lex, quæ videtur cõtraria in l. propter litem. §. vlt. infra de excuſat. tut. quæ explicat quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in d. leg. pupillo. dicitur neminem vltra centeſimum lapidem cogi tutelam gerere, niſi in eadem prouincia pupilli ſit, licet datus tutor, inquit, ad vniuersũ patrimoniũ datus intelligatur, tamẽ ſe excuſare põt ne vltra centeſimum lapidẽ tutelam gerat, niſi in eadem prouincia pupilli patrimonium ſit, alias illarum rerum præſides dabunt tutores in illa prouincia.

TIT. VII. LIB. XXVI. PAND.

Cap. I.

De administrat. & periculo tutor. & curat.

QVius rubricæ ſunt plures partes, & in C. Iuſtiniani tres ſunt tituli huic noſtro reſpondentes. Primus de adminiſtrat. tutor. Secundus de pericul. tutorum. Tertius ſi ex pluribus: nos confuſionis vitandæ gratia, quæcunque ſcripta ſunt ſub hoc titulo, in hæc tria capita diuidemus.

Cap. II.

De adminiſtratione tutorum.

CVm autem de adminiſtratione tutorum quæritur, primum conſideranda ſunt ea, quæ ipſam adminiſtrationẽ antecedunt. Sunt enim veluti quædam procemia adminiſtrationis tutelaris, de quibus nunc videndum eſt: poſtea de his tractabimus quæ ad ipſam adminiſtrationem pertinent.

Cap. III.

De his quæ ipſam adminiſtrationem præcedunt.

ILlud in primis adminiſtrationem præcedit, quod tutor ſimulatq; datus eſt vel in teſtamento à patre, vel à magiſtratu, vel à lege, ſi nolit gerere tutelam, cogitur extraordinẽ gerere, & adminiſtrare. Quid autem ſit extra ordinem gerere ſæpe alias dixi. In iudiciis ſolitum erat, vt iudices à Prætoribus darentur qui cauſas cognoſcerẽt, ſed ſæpe hoc ordine prætermiſſo ſolebat Prætor authoritate ſua exequi, & cognoſcere, cũ fauor cauſæ aut perſonarum id ſuadebat. Sunt ergo quædam extraordinaria auxilia, quib. licet vti aduerſus tutorem contumacem. Primum poterit Prætor iubere eius pignora capi. Eſt enim hoc genus vnum quo tutor coercetur ad adminiſtrationem tutelæ ſuſpiciendam. tit. de admi. tut. Huc pertinet quod dicitur in l. ſi quis magiſtratus. de munerib. & honorib. ſi quis magiſtratus in municipio creatus munere ſibi in iuncto fungi detractet, per præſidem munus agnoſcere cogẽdus eſt, iis remediis quibus tutores quoq; ſolent cogi ad munus: quod iniunctum eſt cognoſcendum. Prætor igitur aliquando mittit in poſſeſſiionem, de qua re eſt titulus, Ex quib. cauſ. in poſſ. eatur. huius rei exemplum eſt in cautione damni infect. Hęc extraordinaria auxilia, quibus vtitur Prætor. Deinde prehenditur tutor detrectans munus tutelæ, & in vincula cõiicitur. l. ob fœnus. 29. hic. & l. 3. de ſuſpect. tuto. Solet etiam dici eius domũ poſſe poſſideri, ſed hoc quõ ſit accipiendũ, docui aliquãdo ſub tit. com. diuid. Cum igitur aliquis tutor datus eſt pupillo extra ordinem, cogi poteſt ſubire tutelam.

Secundo tutor antequã tutelã ſibi iniunctã gerere poſſit, ſatiſdare cogitur. ante ſatiſdationẽ. n. nihil agere aut adminiſtrare põt. l. muto. §. 1. ſupra, de tut. Cogitur autẽ ſatiſdare rem pupilli ſaluã fore. Hæc ſtipulatio numeratur à Iuriſconſul. inter cões, id eſt, inter eas quæ nõ tantũ ſunt prætoriæ, ſed ẽt iudiciales. l. 5. ℐ. de ver. obli. Poteſt enim proficiſci non tantũ ex prætoris, ſed ẽt ex iudicis officio. Exẽpli gratia, cũ prætor tutorem dat, is cogitur ad ſatiſdandum. Hoc ſit prætoris officio qui tutorem

torem dedit, aliquando id fit etiam officio iudicis à prætore dati quando res aliter expediri non poteſt, veluti tutor datus aliquem nomine pupilli conuenit, reus conuentus obiicit ſe non recte ab eo conueniri, quod tutor non ſit. Res, id eſt, lis expediri non poteſt. Neceſſe ergo eſt vt iudex qui datus eſt à prætore hanc litem dirimat. Iudicis ergo officio tutor cogetur ſatiſdare, de hac tutorum ſatiſdatione extat titulus in Inſtit. & in C. de tutor. & curat. qui non ſatiſd.

Excipiuntur nonnulli tutores qui non coguntur ſatiſdare, vt tutor teſtamentarius: eius enim fides probata eſt à teſtatore, & ideo non cogitur ſatiſdare. Item is qui ex inquiſitione datus eſt. l. teſtamento. ſupra, de teſtam. tutel.

Tertio tutor datus antequam adminiſtret, inuentarium ſiue repertorium omnium rerum pupillarium conficere debet. l. tutor qui repertorium. hic. & l. tutores. Cod. eod. forma conficiendi inuentarii traditur in leg. vltima. Cod. de iure delib. Et quamuis ea conſtitutio loquatur de conficiendo inuentario rerum hæreditariarum, tamen poteſt ex ea colligi quomodo debeat à tutore confici inuentarium rerum pupillarium, cum eadem ſit ratio. l. 5. §. tutores. infra de ſuſpect. tut. vbi dicitur, niſi tutor confecerit inuentarium, in vincula coniiciendum eſſe. *Neceſſaria & iuſtiſſima cauſa.* Exemplum eſto, ſi forte pater, qui tutorem teſtamento dedit, vetuit confici inuentarium rerum pupillarium. id enim aliquando prodeſt pupillo, matrimonium eius tenue forte detegatur, vt dicitur in leg. 1. C. de aliment. pupil. præſtan. hocque conſtitutũ eſt, vt hac in re voluntati teſtatoris pareatur. iuſtiſſima etiam cauſa eſt, cum tanta eſt inopia pupillorum, vt inuentarium confici non poſſit, nec eo nomine tutor vel magiſtratus conueniri poteſt, argumento eſt, quod dicitur in l. Mediterraneæ. C. de ann. & tribu. huius autem inuentarii magnus eſt vſus & effectus, præterea quæ nota ſunt ſatis, & quæ poteſt vnuſquiſque ſatis aſſequi per ſe, præter iam dicta duo ſunt præcipui effectus. Primus eſt, quod debitores pupillorum poſſunt conueniri ex inuentario, ſi tabulæ, quæ ſcriptæ ſunt inuentarii, incendio, vel alio caſu perierint. l. chirographis, 57. hic. Alius effectus eſt, quia ſi in inuentario quicquam deſcribere curauerit tutor, etiam ſi poſtea contendat non tantam eſſe quantitatem patrimonii pupillaris, is non audietur, quamuis hoc probare velit. l. vltim. C. arb. tutel. Et hoc eſt introductum propter fauorem pupillorum: eſt præſumptio iuris, contra quam nulla admittitur probatio. Confecto enim inuentario, cogitur tutor tutelam gerere. Si tamen plures ſint tutores, vel vni decerni poteſt adminiſtratio, vel tutela inter eos diuidetur. l. 3. hic. Spectatur enim quid vtilius ſit futurum, an vt decernatur vni adminiſtratio, vel diuidatur inter eos tutela: de hac diuiſione dicemus ſuo loco. hæc ſunt procemia adminiſtrationis: nunc videndum eſt de ipſa adminiſtratione.

CAP. IIII.

De his quæ ad curam & adminiſtrationem tutoris pertinent.

IN primis ad adminiſtrationem tutoris pertinet, cura morum pupilli, vt eum recte inſtituat. l. Cum plures. 12. §. cum tutor. hic. Idem habetur in l. qui filium. vbi pupil. edu. debeat.

Secundo ad curam tutoris pertinet maxime ſalus, & incolumitas pupilli poſt eius morum inſtitutionem. l. conſilio. ſupra de tutor. & curator. dat. ab his. huc pertinet, quod dicitur de alimẽtis pupillo præſtandis, & vbi pupillus educari debeat.

Tertio, tutor curam habere debet rerum & patrimonii pupilli ſui. Nam vt ſub titulo de tutelis dictum eſt, tutor principaliter perſonæ datur, ſed in conſequentiam etiam rebus ipſius dari intelligitur. Cum enim tutor poteſtatem habeat in perſonam ipſam, æquum eſt etiam, vt in res eiuſdem poteſtatem habeat. Huc pertinet quod dicitur in l. generaliter. hic. quotieſcunque generaliter non fit nomine pupilli, quod quiuis paterfamilias idoneus faceret, non videtur defendi. Siue igitur ſolutionem, ſiue iudicium, ſiue ſtipulationem detrectet, non videtur defendi. Idem dicitur in leg. tutor qui tutelam. hic. tutor qui tutelam gerit, quantum ad prouidentiam pupillarem attinet, domini loco haberi ſolet. Ex his igitur regula quædam confecta eſt, ex qua multæ conſequuntur. Primum eſt, tutorem debitores pupilli conuenire poſſe, imo debere. l. ſi tutor. hic. & l. debitoribus. C. eodem. Addendum eſt & ſi tutor victus fuerit in iudicio, in cauſa pupillari eum à ſententia appellare debere, ſi bonam cauſam habeat. l. ſi bonam. Cod. eod. tit. Nec ſufficit appellare, ſed appellationem perſequi oportet: id tamen facere non cogitur procurator inuitus. l. inuitus. Cod. de procura. vbi dicitur quod nemo inuitus procurationem ſuſcipere cogitur, nec eandem vltra prouocationis cauſam extendere. Sed nec defenſionem abſentis ſubire compellitur, cum fidem ſuſceptam implere ſufficiat. Ratio igitur eſt diuerſa procuratoris & tutoris. Procurator enim non datur ad litem generaliter, niſi aliud expreſſum ſit, & ſpecialiter ei mandatum. Si datus eſt ad litem quandam inſtituendam, poſt ſententiam non cogitur amplius defendere, niſi hoc ei ſpecialiter fuerit mandatum. Alia eſt cauſa tutoris. Nam tutor non tantum prouocare debet à ſententia, quæ iniuſte contra eum lata eſt, ſed etiam proſequi: non enim datur pupillo, vt litem exerceat, aut inſtituat, ſed ei datur pleniſſima poteſtas, in his omnibus, quæ ad perſonam pupilli, vel eius rem pertinent. vide l. ſi actor. Cod. de appellat. & in iure pontificio. cap. non iniuſte, ext. de procur. Addendum eſt etiam tutorem cœptam litem perficere debere, ſi nondum rationem adminiſtrationis reddiderit. l. ita autem. §. fin. hic. Sed quæſtio eſt an ſatiſdare debeat tutor, cum aliquem in ius, aut in iudicium vocat pupilli nomine? Hæc quæſtio tractatur in leg. 24. hic. vulgo hic dicitur eum non debere ſatiſdare, niſi forte incertum ſit, tutor ſit, nec ne.

De procuratore dubium non eſt, quin ab eo exigatur cautio ratihabitionis, ſi incertum ſit an ei mandatum ſit necne, vt agat. l. non ſolum. §. qui alieno. ſupra de procurat. & l. 1. Cod. eodem tit. de procurat. De tutore loquitur etiam l. tutores. & l. vltim. §. defenſionem. Cod. de adminiſtratione tutorum. Idem de procuratore conſtitutum eſt, ſi diligenter inſpexerimus verba legum. Nam ſi certum ſit procuratorem mandatum habere, non cogitur ſatiſdare. & huc pertinet tit. C. de ſatiſdat. & Inſtitut. de ſatiſd. in leg. Si is qui procuratorem. de procurator. dicitur, ſi quis apud acta conſtituerit aliquem procuratorem ſuum, non exigi ſatiſdationem à procuratore, quia certum eſt eum procuratorem eſſe, ſed quoties dubium id eſt, ſatiſdatio exigitur. leg. prim. Cod. de procur. leg. & ſi pupilli. ſupra, de neg. geſt. Quid ſi tutor victus fuerit omnino, non tantum à iudice ordinario, à quo appellatum eſt, ſed etiam à iudice, ad quem prouocauit, an actio & in ipſum tutorem danda ſit, an vero in ipſum pupillum? Et breuiter dicendum eſt, ſententiam latam in cauſa pupillari, aduerſus tutorem, aut pro tutore prodeſſe, aut nocere ipſi pupillo, non ipſius tutori. Nam quamuis tutor rem in iudicium deducat, id tamen non tam ſua cauſa facit, quam pupilli, & ideo actio iudicati datur pupillo, & aduerſus pupillum. leg. 2. hic. vbi notandum eſt, quod dicitur litigatorem condemnare. Idem in leg. 4. infra, de re iudi. vbi dicitur tutor quoque vel procurator, in eadem conditione ſunt, vt nõ debeant videri ſe liti obtuliſſe, & idcirco denegari in eos debet iudicati actio, niſi ſcientes, & prudentes actionem calumnioſam inſtituerint. l. non eſt ignotum. C. de adminiſtrat. tuto. Tutor autem non tantum debet exigere ab extraneis debitoribus, ſed etiam à ſeipſo. l. quoties. hoc titulo primo. hic quæritur an ſoluens tutori liberetur? Et vt recte ſoluatur pecunia debita pupillo, & vt plena ſit ſecuritas ſoluentis, conſultum eſt, vt præter tutoris authoritatem accedat etiam decretum Prætoris. huc pertinet l. ait Prætor. ſupra de minorib. & §. pen. Inſt. quib. alien. lic. vel non licet. & leg. 1. C. ſi aduerſus ſolut. reſtit. huc quoque pertinet l. conſtitutionem. l. ſancimus. C. eo. Et eſt conceptio in d. l. ſancimus. hoc enim non eſt intelligendum de reditibus, qui quotannis penduntur.

Secundo ſi pupillus conueniatur, tutor eum defendere & tueri debet. l. tutoris, hic. idem dicitur in l. vltim. C. eod. ſed quæritur vter ſuſcipere iudicium debeat, an tutor an pupillus? hæc quæſtio tractatur in leg. 1. hic. & dicitur tutori licere vtrum mallet, aut iudicium ſuſcipere, aut pupillum exhibere, qui eo authore iudicium ſuſcipiat: ita tamen vt pro his, qui fari non poſſunt, vel quia abſunt, ipſi tutores iudicium ſuſcipiant. Pro his autem qui ſupra ſeptimum ætatis annum ſunt, & præſto erunt, authoritatem præſtent. Ex hoc loco obiter

notandum eſt, eum qui fari non poteſt, id eſt, infantem opponi ei, qui ſeptimum annum ętatis habet, quamuis videamus eos, qui nondum attigerunt annum ſeptimum loqui. Sed ego alias dixi in interpretatione cuiuſdam legis de verborum obligatione, infantem definiri eum, qui nondum eſt ſeptem annorum, verum quidem eſſe, quod infantes loquantur ante annum ſeptimum, ſed tamen oportuiſſe certum tempus definiri, ſicut etiam certum tempus definitum eſt pubertati. Et in huiuſmodi temporibus definiendis Iureconſulti noſtri maxime eius rationem habuerunt, quod plurimum accidit. Tutor autem conuentus pro pupillo bonam fidem agnoſcere debet, ſi videat iure peti, & debitum eſſe, ꝙ ab eo nomine pupilli petitur, non recte fungitur officio ſuo, ſi non ſatisfecerit. l. quoties, §. ſicut. hic. & l. ſi tutoris. C. eod. Addendum eſt etiam tutorem ipſum ſibi ſoluere poſſe, ſicut enim bonam fidem agnoſcere debet circa alias perſonas, ita etiam quod ſibi debetur, id ſibi ſoluere debet & poteſt. Alias ſi forte ſit debitum vſurarium ſibi imputare debet, ſi non à ſe ipſo acceperit.

Quarto ad officium & adminiſtrationem tutoris pertinet, ex pecunia pupilli prædia comparare, ſi eius pecunia ad eam rem ſufficiat. l. ita autem. hic. Alioqui eam collocare, & fœnori dare debet. Et eſt in ea lege locus communis notandus de quæſtionibus facti. Et ideo hoc neceſſarium viſum eſt iuris authoribus, vt iubeant coerceri tutorem, qui in hanc rem pecuniam pupilli non impendit. dict. leg. ob fœnus. l. tutor, qui repertorium. l. niſi. C. eod. Si autem tanta pecunia non ſit, vt ſufficiat ad prædii comparationem, ad vtilitatem pupilli fœnori danda eſt. l. ſi tutor. l. cum plures. cum ſeq. hic. Ex multis aliis locis idem facile colligi poteſt. exempla ſunt infinita, ſed tamen hoc abrogatum eſt noua Iuſtiniani conſtitutione 72. vt quiſ e res minor. obligat. Ea enim lege conſtitutum eſt, ne tutor cogatur pecuniam pupillarem fœnori dare. Experientia enim docuit id non ſemper vtile eſſe pupillis, quia fiebat nonnunquam, vt hominibus non idoneis illorum pecunia mutua daretur, & ita perderetur. Sed hoc iure, quod in Pandectas relatum eſt, cogitur tutor pecuniam pupilli fœnori dare. Imo poteſt tutor ipſe veluti quiuis extraneus, à pupillo mutuo accipere. l. non exiſtimo. hic. hoc tamen intelligendum eſt, modo palam, & bona fide id ab eo fiat. Nec obſtat dict. lex, ob fœnus. quia ſi id faciat palam, id ſibi vitio verti non poteſt. Huius ſtipulationis forma & conceptio cum pecunia pupillaris creditur, docetur in leg. quoties. hic.

Quinto ad officium tutoris pertinet res pupilli non donare, nam quamuis domini loco habeatur, vt ſupra diximus: non tamen ei permittitur res pupilli perdere & diſſipare. l. cũ plures. hic. Idem dicitur in leg. 1. infra de tutel. & ratio. diſtr. huc pertinet l. tutor. §. vltim. hic. & l. non omni. C. eod. tit.

Sexto, tutor non poteſt vendere res pupillares. Sed hoc quomodo accipiendum ſit docet Conſtantinus Imperator in l. lex quæ tutores. C. eod. qua derogat orationi D. Seueri, cuius mentio eſt in l. 1, de rebus eorum, qui ſub tutel. Ea oratione prohibebatur tãtum alienatio prædiorum ruſticorum: vrbanorum autem admittebat. de hac venditione loquitur etiam l. vlt. C. eod. quæ lectionem tantum deſiderat.

Septimo, tutor non tantum ipſe gerere debet pro ſua virili parte, ſed etiam ſi videat contutorem ſuum male verſari in adminiſtratione tutelæ, eum accuſare debet ſuſpecti, alias tenetur. l. etiam. hic. & l. actus. eod. tit. Nam quamuis à contutore ſuo non poſſit rationem actus ſui exigere, tamen poteſt, imo debet, eum ſuſpectum facere.

Octauo, conſilium tutor requirere debet eius cuius conſilio teſtator tutelam geri voluit. l. quidam decedens. 4. hic. in aliis libris eſt l. ita autem. §. Papinianus. eo. huc quoque pernet l. Titium & Mæuium. hic.

Nono & vltimo, ad officium tutoris pertinet poſtquam finita eſt tutela, admonere pupillum ſuum, vt curatorem ſibi dari petat. d. l. ita autem. §. ſi tutor. hic. hæc pertinent ad adminiſtrationem pupillarem.

CAP. V.

De periculo tutorum vel curat.

PEriculum tutoris vel curatoris in eo eſt, quod actio tutelę aduerſus eum detur, ſi quid fecerit, vel prætermiſerit aduerſus ea, quæ iam diximus. Et notandum eſt eum conueniri ex eo tempore, quo ſciuit ſe tutorem datum, & iuſſus fuerit tutelam ſubire. l. prima. hic. idem dicitur in leg. quidam. §. vltimo. l. qui iuſſus. & l. tutor. hic. hæc autem omnia accipienda ſunt, ſi appareat culpam tutoris interueniſſe. Non enim hoc generaliter & indiſtincte accipiendum eſt, ſi damno aliquo affectus ſit pupillus: ſed intelligendum eſt, ſi culpa interuenerit tutoris, alia enim damna præſtare non cogitur tutor. l. ſi ſine. l. à tutoris l. tutores. l. qui poſt. l. cum poſt. hic. Sed qua culpa hoc accipiendum ſit, quæritur, nec ſatis de eo conuenit inter iuris interpretes. Et breuiter dicendum eſt tutorem præſtare omnem culpam, non tantum latam, ſed & leuem. l. quicquid. C. arb. tutel. Sunt tamen duo loca, quæ videntur contraria, vnus eſt in l. tutor, qui repertorium. §. competit. hic. alter in l. 2. C. arbit. tutel. Ego ſæpe iam vos admonui in antinomiis explicandis videndum eſſe, an lex vna generalis ſit, altera ſpecialis, quia per ſpeciem derogatur generi. d. l. quicquid. generaliter loquitur. dict. lex. tutor qui repertorium, ſpecialiter. propterea nulla hic dicenda eſt antinomia. Verum ita vnam legem hic interpretari debemus, vt exceptio ſit alterius legis. l. in toto. de regulis iur. Ratio autem huius exceptionis magna eſt, & eo omnia referenda ſunt, vt tutor ea præſtet quæcunque ad bonum patremfamilias pertinent. In his autem duobus caſibus leuis culpa bono patrifamilias imputanda non eſt. hic tractatur quæſtio huiuſmodi an tutor honorarius ſubeat periculum tutelæ? Et dicẽdum eſt excuſſis aliorum facultatibus eum teneri. l. 3. hic. Idem dicendum eſt de eo tutore, qui notitię cauſa datur. Quęritur etiam de patre an pater pro filio tutore dato teneatur? hæc quæſtio tractatur in l. Lucius. hic. vbi dicitur patrem actione de peculio & de in rem verſo teneri, nec multum videri in hoc caſu facere patris ſcientiam, & conſenſum ad obligandum eum in ſolidum, niſi forte contutore, vel quo alio volente eum facere ſuſpectum interceſſiſſet, & quaſi in ſe periculum recepiſſet. Sed huic ſententiæ contraria videtur l. ſi filiusfamilias. ſupra de tutelis. vbi dicitur: Si filiusfamilias tutor à Prætore datus ſit, ſi quidem pater tutelam agnouit, in ſolidum eum teneri debere: ſi non agnouerit, duntaxat de peculio. Sed dicendum eſt dictam l. Lucius. loqui de tutore teſtamentario. dict. l. ſi filiusfamilias. de datiuo tutore, quem Prætor dedit.

Caſus igitur diuerſi ſunt, ſed an ratio quoque diuerſa ſit? Satis mihi videtur probabilis diuerſitatis ratio. fides & diligentia eius tutoris quem pater teſtamento dat liberis ſuis, probata videtur iudicio teſtatoris, vnde etiam videmus nullam ab eo exigi ſatiſdationem. In datiuo autem tutore aliud conſtitutum eſt. hæc diſtinctio Bartoli eſt & recepta, nec mihi videtur reiiciẽda. alius locus huius diſputationis eſt, in quo quæritur,

CAP. VI.

Quid veniat in hoc iudicium tutelæ.

SI intelligamus quid præſtet in hoc iudicio tutor, facile intelligemus quomodo actionis formula concipienda ſit.

Primum in hoc iudicium venit, vt rationem reddat tutor adminiſtratæ tutelæ, & reliqua reddat ſi quæ reliqua ſint. l. tutorem. Cod. arbit. tutel. Quæſtio eſt de fructibus rerum pupillarium, an tutor reddere debeat fructus? Et certum eſt eum cogi ad fructus reddendos. leg. ſi ſine. hic. Et quod magis eſt, dicitur non tantum cogi ad fructus reſtituendos, qui percepti ſunt, ſed etiam ad eos fructus, qui percipi potuerunt. Sed quid de vſuris dicemus? Et dubium etiam non eſt, quin debeantur, & peti poſſint iure ciuili. l. tutor, qui repertorium. hic. vbi eſt prolixa de his diſputatio, & locus communis notandus. Huc pertinet titulus Codicis de vſuris pupilla. & coniungendus cum dicta leg. tutor, qui repertorium. Alia quæſtio tractatur de ſumptibus à tutore factis, an ſumptuum à tutore factorum ratio habeatur in hoc iudicio? Et dicendum eſt, ſi tutor ſumptus fecerit, vt ſe aleret, eorum non haberi rationem, eos non reddi. excipitur tamen vnus caſus niſi ſalarium ei conſtitutum ſit. Qui locus oſtendit tutelæ officium non eſſe gratuitum, ſi magna ſit inopia tutoris. l. à tutoribus. §. vltim. hic. alias non eſt dubium, quin ſumptuum in adminiſtratione rerum pupillarium factorum ratio habeatur,

beatur, vt docebimus infra ſub titulo de tutel. & ration. diſtrahend.

Hæc actio ceſſat ſi teſtator prohibuerit rationem à tutore exigi. l. ita autem. §. quidam decedens. hic. An autem teſtator poſſit hoc cauere teſtamento ſuo, controuerſi iuris eſt apud interpretes, ſed tamen in dicta lege dicitur teſtatorem id prohibere. Ea tamen voluntas teſtatoris non eſt tantæ poteſtatis, ſi conſtiterit tutorem male verſatum eſſe in adminiſtratione tutelæ, vt non poſſit eo nomine conueniri, ſed tantum prohibetur ſcrupuloſa ratio. Huc pertinet, quod dicitur in leg. ſi ſeruus. de legat. 1. Simile eſt etiam, quod dicitur in leg. Aurelio. §. vbi. de liber. legat. Alia quæſtio huc pertinens tractatur pro qua parte tutores teneantur. Et animaduertendum eſt in primis, ſi plures tutores dati ſint pupillo, eos ipſo iure teneri in ſolidum, niſi diuiſa ſit inter eos adminiſtratio à magiſtratu, vel à teſtatore. l. tres tutores. & l. ſi duo. hic. Ex bono tamen & æquo ſi vnus conueniatur in ſolidum pro alio, etiam ſi non fuerit diuiſa adminiſtratio, datur exceptio. Harum autem exceptionum tria ſunt genera.

Prima ordinis dicitur, ſi vnus ex tutoribus conueniatur in ſolidum, poterit hanc exceptionem opponere, quæ ordinis dicitur, cum nihil geſſit & nihil gerere debuit, quia tutor honorarius tantum fuit. l. 3. hic. de hac re extat titulus in Codice Iuſtiniani, Si tutor vel curator non geſſ.

Secunda exceptio diuiſionis appellatur, quæ deficiente prima exceptione opponi ſolet. hæc autem exceptio cōpetit cum omnes ſoluendo ſunt, vt diuidatur inter eum, qui conuenitur in ſolidum, & alios qui ſunt ſoluendo, actio. l. 2. C. de diuid. tute. l. 1. § nunc tractemus. infra de tutel. & ratio. diſtrah. l. ſi plures. hic.

Tertia exceptio dicitur exceptio cedendarum actionum, exempli gratia, nulli fuerunt honorarii tutores, aut cæteri ſoluendo non ſunt, tunc in ſubſidium hæc ei ſupereſt exceptio, ſcilicet cedendarum actionum. Ille petit, vt ante omnia ei cedatur & præſtetur actio competens aduerſus contutores ſuos. l. 2. Cod. de diuid. tut. hæc exceptio eſt magni vſus, quia niſi cedat aduerſarius eam actionem, non condemnabitur tutor in ſolidum: huius ceſſionis mentio eſt in l. ex pluribus. hic. Notandum etiam hic eſt: Cum non ceſſerit actionem ſuam pupillus forſan, quia id ab eo petitum non fuerit, tamen ex bono & æquo viſum eſt tutori à quo ſolidum eſt exactum actionem in factum vtilem dari. l. 1. §. nunc tractemus. infra, de tutel. & ratio. diſtrah. de prima & ſecunda parte huius tituli diximus, nunc videndum eſt de tertia.

CAP VII.

De agentibus & conueniendis vno vel plur.

HVic parti rubricæ reſpondet titulus Codicis, Si ex pluribus tutorib. vel curator. omnes, vel vnus: & qui pendet ex titulo de pericul. tutorum. Certum eſt autem vnum ex pluribus tutoribus poſſe conueniri pro pupillo. l. Decreto. §. vltim. hic. Cum diuiſa eſt tutela, non eſt dubium, quin vnus agere vel conueniri poſſit, ſed tamen benigne permiſſum eſt vni tutori agere, ſi duobus ſimul tutela permiſſa ſit. Dicit autem lex benigne, quod id ob vtilitatem, & fauorem pupillorum receptum ſit, quod rigore iuris non admitteretur. Hinc quæſtio tractatur in leg. Inter tutores. 36. hic. Vnus ex pluribus tutorib. inter quos eſt diuiſa tutela, agit aduerſus debitorem pupilli, qui conuentus eſt, is obiicit compenſationem pecuniæ debitæ à pupillo ob adminiſtrationem alterius tutoris: tutor qui agit dicit ad ſe hoc non pertinere. quæritur an compenſatio locum habeat. Et Papinianus dicit locum habere compenſationem, quod pupillus ipſe agere videatur cum pupilli nomine agitur. Pupillus autem etiam pecuniam debet, ergo merito compenſatio locum habere debet. Diuiſio autem tutelæ iuris non eſt, quia omnes tutores in ſolidum ſunt tutores, ſed eſt iuriſdictionis; & venit à prætore qui tutelam diuidit.

TIT. VIII. LIB. XXVI.
PANDECT.
DE AVTHORIT. TVTORVM.

CAP. I.

HIc titulus particula quædam eſt & appendix tituli præcedentis. Nam magna pars adminiſtrationis eſt authoritas, ſed quia hæc res pleniorem tractationem requirebat, ſeparatim hic titulus conſcriptus eſt. Habet autem hic titulus tres præcipuos locos. Primus eſt in quo quæritur,

CAP. II.

Quid ſit authoritas tutoris.

AVthorare dicitur tutor, cum approbat ꝙ geritur cū pupillo. l. etiam. hic. videndum autem eſt quomodo authoritas interponatur in leg. 2. huius titul. Iuriſconſultus ait nullam eſſe differentiam, an authoritas tutoris non interuenerit, an perperam interpoſita ſit. In primis vt tutor authorare dicatur, eius conſenſus neceſſarius eſt. leg. prim. §. vltim. hic. Nam ſi tutor per vim retentus ſit, non ideo conſentire intelligendus eſt. leg. non multum. hic. Præter hunc conſenſum oportet in ipſo negotio pupillo tutorem authorem fieri. l. obligari. §. vltim. hic. qui locus oſtendit non ſufficere ſolum conſenſum tutoris. Nam alias tutor poſſet per nuntium id facere, quod hic negatur. Alias conſenſus non requirit præſentiam in ipſo negotio. l. Labeo. ſupra, de pact. l. 1. de contrah. empt. videtur tamen aduerſari l. ſi quis bona. §. iuſſus. de acquiren. hæreditat. vbi dicitur iuſſus eius qui alium in poteſtate habet, non eſſe ſimilis tutoris authoritati, quæ interponitur perfecto negotio: ſed præcedere debet. Sed quando dicimus in ipſo negotio, non dicimus tutorem non poſſe conſentire ſtatim contracto negotio: & hoc tantum dicitur ad excludendum conſenſum abſentis, qui per nuntium voluntatem ſuam declarare volebat. Ergo poteſt etiam incontinenti poſt contractum negotium author fieri præſens tutor. Quæ enim incontinenti fiunt, negotiis ipſis vel contractibus inſunt. leg. lecta. ſupra, de rebus credit. leg. iuriſgentium. §. quinimo. ſupr. de pact. in leg. obligari. §. vltim. hic. dicitur non requiri neceſſario præſentiam eius, qui cum pupillo contrahit. Præterea notandum eſt hanc authoritatem pure interponendam, nec admittere conditionem. l. & ſi conditionalis. hic. l. Actus legitimi. de reg. iur. licet non recenſeatur in dict. leg. actus. tutoris authoritas, addenda tamen eſt. Illic enim actus legitimi non recenſentur omnes in dict. leg. Iuris regula. Nec dicam ibidem omnes actus legitimos conditionem non admittere, ſed eos actus legitimos qui non recipiunt conditionem adiecta conditione vitiari, quia quæri poterat an conditiones iis actibus adſcriptæ pro non ſcriptis habeantur, an eos omnino vitient. Deinde quæritur an neceſſaria ſit conſignatio & ſubſcriptio tutoris authorantis. Hæc quæſtio tractatur in leg. inter pupillos. hic. vbi dicitur aſſignationem tutoris neceſſariam non eſſe, vbi obiter nota modum reſpondendi Scæuolæ. Hinc quæritur in leg. accipientis. hic. an idem tutor datus duobus pupillis, ſi vnus aduerſus alterum agere velit, & è contra, quia opus habent tutoris authoritate, poſſit vtrique author eſſe, & ei qui agit & ei qui conuenitur? Et ibi dicitur vtrique fieri authorem, vulgo exiſtimant duo iudicia eſſe, non idem. ſed verba d. l. refragantur omnino, vbi alter dicitur edere iudicium, alter pupillus accipere. Idem autem tutor dicitur duplicem perſonam ſuſtinere hoc caſu intelligi. Sed aiunt, quomodo iurabunt de calumnia? Poteſt, ſi factum incertum ſit & probatio pendeat ex teſtimoniis, quę non nota & incognita ſint tutori, & vna hoc caſu ſufficit authoritas & vtrique applicatur pupillo. Alius locus huius tituli eſt,

CAP. III.

De perſonis quæ authorare poſſunt.

TVtor & curator poſſunt authorare, quod ex rubrica hic ſatis intelligitur. in leg. 4. huius tituli dicitur vnius tutoris authoritatem ſufficere, ſi forte plures tutores eidem pupillo dati ſunt. Hæc autem quæſtio plenius deciditur in leg. vltim. C. de autho. præſt. quæ conſtitutio eſt edita ad ius vetus emandandum, cuius mentio eſt apud Vlpianum in fragmentis Inſtitutionum. Excipit autem Iuſtinianus in d. l. vlt. vnum caſum niſi tale negotium geratur quod tutelæ finem imponat, cuiuſmodi eſt arrogatio. Hoc enim caſu omnium tutorum authoritatem requiri, & interuenire debere conſtituit. Præterea notandum eſt eos qui non gerunt tutelam non poſſe authores eſſe ſuis pupillis. l. 4. hic. Nec obſtat lex

pupillum.infra,de acquiren.hæred.quæ vt contraria d.leg.4. huius tituli opponitur: in illa enim lege dicitur etiam eos qui non gerunt tutelam, poſſe authores eſſe pupillo. Sed ego intelligo d.l.4. huius tituli, de honorariis tutoribus, vel datis notitiæ cauſa, quod hi non poſſint authores eſſe, quibus non eſt conceſſa adminiſtratio. In d.l.pupillum.dicitur eum, qui tutelam non gerit, poſſe etiam authorem eſſe. Longe diuerſa eſt ratio vtriuſque legis. Quidam enim gerere non poteſt, cui tamen non eſt denegata adminiſtratio.

Alia quæſtio tractatur de curatore impuberis in leg. curatorem. hic. vbi dicitur curatorem etiam impuberi dari poſſe. Sed ad ea quæ ſolennitatem iuris deſiderant explicanda, authoritatem tutoris requiri. in leg.cum in vna.infr.de appell. exemplum eſt de ſolennitate iuris, ad adeundam hæreditatem non poteſt curator impuberis author ei eſſe, ſed dandus eſt ad eam rem tutor, quia hæc maiorem ſolennitatem requirunt, vt & ad nuptias contrahendas neceſſario dandus eſt impuberi curator, vt Vlpianus in fragmentis etiam notat. Cæcus etiam poteſt author eſſe.l.etiam.hic. ſed quæſtionem, & dubitationem facit l. luminibus. Cod.qui tutor.dar.poſſ.vbi dicitur cæcum tutorem dari non poſſe, verum eſt non prodeſſe pupillo cæcum habere tutorem, tamen ſi poſt acceptã tutelam factus fuerit cæcus, nihil obſtat quominus autor fieri poſſit, quia cæcitas non adimit iudicium. Ego contra omnium ſententiam in diſputationibus anniuerſariis cap. 23. docui & oſtendi cæcum etiam iudicem dari poſſe. Quæritur an tutor cogendus ſit authorari ſi forte author eſſe nolit? Hæc quæſtio tractatur in leg. tutor.& in l.ſi tutor.& dicitur tutorem cogendum non eſſe. Si tamen ſine iuſta cauſa authorare recuſauerit, actio tutelæ pupillo dabitur in ipſum tutorem.

Cap. V.

De vſu & effectu huius authoritatis.

MAgna eſt vtilitas & magnus effectus huius authoritatis. Primum, nulllum negotium recte contrahitur ſine hac authoritate, ex quo obligetur pupillus.l.obligari.hic. ſtipulando tamen pupillus poteſt ſibi acquirere etiam ſine tutoris authoritate: huius rei multa exempla ſequuntur ſub hoc titulo.l. impuberis. & l.poteſt. hic. De iudicio criminali quæri poteſt vtrum tutor quoque author pupillo ſuo eſſe debeat. Et in l. Clarum.C. de authorit.præſtand.dicitur in his etiam iudiciis tutoris authoritatem requiri, ſiue pupillus accuſetur, ſiue alium accuſet. Ea tamen conſtitutio apud nos antiquata eſt moribus noſtris. Non enim obligatur pupillus ſine tutoris authoritate, niſi locupletior factus ſit.l.pupillus. §.pupillus, hic. Hinc oritur quæſtio: quid ſi ipſo tutore authore contraxerit pupillus cum tutore ſuo? Et dicitur in le.1.hic authoritatis interpoſitionem hoc caſu valere, ſi adeundo hęreditatem pupillus fiat debitor tutoris. Idem dicitur in l. pupillus.hic. An autem pupillus naturaliter obligetur accipiendo pecuniam. Ex his quæ diximus tractatur alia quæſtio in l. defendente.hic.vbi eſt exemplum conficiendorum actorum. Aliud habetis in l. proxime. infra. de his quæ in teſta.delent. *faciat indicata.* Hinc moris eſt apud nos, vt poſt ſententiam fiat præceptum condemnato, cui niſi pareatur, procedatur ad executionem. Ex hoc etiam loco notandum eſt pupillum non adiiſſe hæreditatem tutore authore: qui nouellus curator dixit, abſtineo pupillum. Vnde etiam Scæuola reſpondit pupillum proponi abſtentum.

TIT. IX. LIB. XXVI. PANDECT.

QVANDO EX FACTO TVTORIS VEL CVRAT. MINORES.

Cap. VI.

DVo ſunt loci præcipui huius tituli qui pendent ex generali titulo de adminiſtrat.tuto. Primus eſt quando ex facto tutoris minor agere poſſit. alter eſt quando ex facto tutoris minor poſſit conueniri.

Cap. VII.

Quando ex facto tutoris minor agere poſſit.

NOtandum eſt & pro regula firmiſſima habendum, ex negotio contracto, à tutore nomine pupilli, vtilem actionem pupillo competere, non directam.l.2.& l.tutor.hic. Idque ideo, quia regula & ratio iuris repugnant. Nemo enim alteri actionem acquirit.l. ſtipulatio iſta.§.alteri.de verbor. oblig. Inuentæ ſunt ſtipulationes vt vnuſquiſque ſibi acquirat, non alteri: vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt hoc caſu detur actio vtilis pupillo contra ſtrictam rationem & iuris regulam, aduerſus eum, qui cum tutore aut curatore contraxit. Si igitur tutor contraxerit aut ſententiam obtinuerit nomine tutorio, actio ex eo contractu, aut iudicati non tutori aut curatori dabitur, ſed ipſi pupillo.l.1.C.eod.hæc de priori loco.

Cap. VIII.

Quando ex facto tutoris minor conueniri poſſit.

ET in primis certum eſt minorem ex facto tutoris, id eſt, ex contractu conueniri poſſe.l.poſt mortem.l.tutori.l.1. C.eod. & l. vltim. hic. eadem ratio eſt partis quæ totius. Tutor qui erat cohæres pupillo cauit in totum, & ei aduerſus ipſum pupillum actio dabitur pro parte pupilli. Quæſtio hic tractatur ad hunc locum maxime pertinens, an ex dolo tutoris minor conueniri poſſit? Hæc quæſtio tractatur variis in locis huius tituli, & aliorum titulorum iuris. Sed breuiter ſciendum eſt, ſi dolus extra rem pupilli admiſſus ſit, eo nomine pupillum non conueniri. Abſurdum enim eſſet ob quemcunque dolum, in quacunque re admiſſum, à tutore pupillum conueniri.l.4.hic. Si in adminiſtratione tutelæ tutor dolum admiſerit, dicendum eſt pupillum teneri, ſi modo locupletior factus ſit. Huc pertinet l.3.huius tituli. Alia quæſtio tractatur, an pupillus conuentus ex contractu cum tutore ſuo inito poſſit illum tutorem vocare vt authorem? Gallice dicimus *appeller à garand*. An vero vt adſit cauſæ, Gall. *ſommer à garand*. Quidam exiſtimant tutorem poſſe vocari à pupillo ſuo non vt authorem, ſed vt adſit tantum cauſæ, & ſuſtineat cum pupillo litem: non vt teneatur tutor pupillum indemnem omnino præſtare, & remouere omnino à lite.

Secundo tenetur pupillus ex dolo ſui tutoris, ſi rem ſuam ab ipſo tutore ſeruare poſſit, ſi idoneus ſit & ſoluendo.l.1.hic. vbi caſus eſt de iureiurando in litem, vbi iuriiurando in litem non eſt locus, alias ob dolum poſſeſſoris iuratur in litem.l.in actionibus. de in litem iurando. Sed ob dolum tutoris in litem non iuratur in infinitum contra pupillum, viſum eſt iuris authoribus, ſi detur actio aduerſus pupillum, ne perueniatur ad iuſiurandum in litem. Damnatur ergo pupillus ob dolum tutoris, ſi rem ſuam à tutore ſeruare poſſit. Si vero hæc duo non concurrant, eatenus tenebitur vt cedat actionem ſibi competentem aduerſus tutorem: & ea ratione liberatur.l. vltim. ſupra de adminiſt. tuto. Sed aduerſari videtur l.neque interdicto. infra de regul. iur. ſed ego puto hanc legem loqui de dolo tutoris qui extra rem pupilli admittitur, non de dolo admiſſo in re pupilli: ille enim interdum nocet.l.4.hic. ſed quomodo nocebit pupillo dolus? In libera poteſtate tutoris dolus non continetur.l.creditor.ſupra mand.l.ſi pater.de his quæ in fraudem creditor.l.in peculio.ſupra de pecul. Cum alicui datur adminiſtrandi poteſtas non conceditur illi vt dolum admittat. verum eſt, ſed nihilominus pupillus tenetur dictis caſibus ex dolo tutoris. Sed ipſe tutor tenetur pupillo quemadmodum procurator, qui dolum admiſit tenetur domino actione mandati, ſi propter eius dolum damno afficiatur dominus: non enim hoc mandaſſe videtur, licet generaliter mandauerit.

IN TIT. X. LIB. XXVI. PANDECT.

DE SVSPECT. TVTOR.

HVIVS tituli octo ſunt loci præcipui. Primus eſt in quo quæritur, Vnde deſcendat ſuſpecti poſtulatio ſeu accuſatio. Et Iuriſconſultus in leg.1.hic.oſtendit eam deſcendere ex lege duodecim tabularum: vnde ciuilis

& le-

& legitima dicitur. Crimen autem vocatur quia actio ciuilis non eſt, ſed potius accuſatio quædam, & ſic criminale potius iudicium quam ciuile. Extra ordinem enim punitur tutor ſuſpectus, & irrogatur ei infamia, hoc iudicio non agimus ad commodum priuatum vt in ciuilibus iudiciis fit. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis poſtulet ſuſpectum, aut tutorem ſuſpectum faciat.

HÆc accuſatio quaſi publica eſt. l. 1. §. conſequens, hic. Cuilibet ex populo competit, licet coniunctæ perſonæ facilius admittantur quam extraneæ. l. 1. §. notandum. hic. & l. pietatis. C. eo. tit. quaſi publicam diximus, quoniam ea iudicia publica dicuntur quorum accuſatio cuilibet patet. §. 1. Inſtit. de public. iudic. quamuis aliquando docuerim hanc non eſſe definitionem publicorum iudiciorum, ſed etymologiam tantum. publica enim iudicia ſunt quæ ex certis & publicis legibus deſcendunt, quorum iudiciorum ordo conſtitutus eſt totius cognitionis & proceſſus. l. Ordo. de public. iudic. vt qui teſtes admittendi, qua pœna plectendi rei, quæ dilationes dandæ, non quod ſingulorum ex populo accuſatio eſſet. Olim animaduerſio in facinoroſos homines erat populi: ſed quia illorum criminum vindicatio maxime ad publicum ſtatum pertinebat, publica dicuntur: quæ ergo illis legibus attribuuntur, publicis iudiciis non conueniunt ſuſpectis tutoribus, niſi hoc vnum quod cuilibet pateat hæc accuſatio. Separatus erat ordo in ſingulis iudiciis, non eſt ergo accuſatio ſuſpecti tutoris publica, quod ex hoc apparet: nam remotus non ob dolum infamia non notatur. l. infamem. infra de public. iudi. Varie appellatur hoc iudicium: aliquando appellatur accuſatio, aliqn crimen, aliquando actio. Vocabulum actionis latiſſime accipitur, vt actio perduellionis apud Ciceronem ꝓ accuſatione. Rarius apud Iureconſultos pro accuſatione accipitur: ſolent enim accuſationes ab actionibus diſtinguere: ſed quæſtio eſt an impuberibus hæc accuſatio competat. Et Iuriſconſultus in l. impuberibus. ait, impuberibus non competere. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis ſuſpectus poſtuletur.

ET ex l. 1. §. oſtendimus. hic, apparet nullum eſſe tutorem cuiuſcunque generis ſit qui non poſſit ſuſpectus accuſari etiam teſtamentarius, cuius tamen fidem teſtator ſecutus eſt, ſuſpectus poſtulari poteſt. l. 3. & 4. hic. Alius locus eſt huius tituli in quo quæritur,

Apud quos hæc accuſatio inſtituatur.

HIc locus explicatur in l. 1. §. damnis. hic. & l. cognitio. ſupra de officio eius cui mand. eſt iuriſdict. ſuſpecti tutoris crimen quod ſpecialiter lege defertur, iure magiſtratus non competit. leg. 2. §. ſuſpecti. infra ad Turpill. vnde videtur hæc cognitio non poſſe mandari, vel mandata iuriſdictione non tranſire cum iuriſdictione. dict. leg. prim. de officio eius cui mandata. Sed tamen mandata iuriſdictione generaliter in legatum hæc ſuſpecti tutoris cognitio tranſire dicitur. dict. leg. cognitio. qua autem ratione id fiat apparet ex verbis eiuſdẽ, l. propter vtilitatem pupillorum. Vlpiano ergo viſum eſt à ratione iuris recedendum eſſe propter vtilitatem pupillorum, hæc cauſa, vtilitas pupillorum hoc poſtulat, vt celerius & facilius remoueatur tutor: vt ſi forte præſes grauioribus negotiis implicitus non poſſit huic cognitioni operam dare. Hæc autem ſuſpecti tutoris cognitio non competit iure magiſtratus, ſed lege ſpeciali competit, quoniam merum imperium non tranſit. Ergo neque mandatur niſi propter vtilitatem pupillorum. Alius locus huius tituli eſt,

De officio magiſtratus apud quem hæc accuſatio inſtituitur.

MAgiſtratus de hac accuſatione pro tribunali cognoſcere debet non de plano. leg. 1. §. ſuſpecti. infra ad Turpil. eſt enim grauiſſima cauſa cum agitur de fama tutoris & pupilli vtilitate. Deinde ad officium magiſtratus qui de hac accuſatione cognoſcit pertinet, vt ſuſpectum tutorem remoueat pendente hac accuſatione, quãdiu pendet hoc iudicium, & ei interdicat adminiſtratione tutelæ, ne amplius graſſetur. l. eum quem. hic. Alius locus huius tituli eſt in quo tractatur

De cauſis ob quas competit hæc actio.

HIc locus explicatur in leg. 3. §. nunc videamus. hic. Et tota diſputatio hoc in ſumma habet, quod propter fraudem negligentiam & deſidiam ſuſpectus tutor remoueatur. Item facultatum aliquando ratio habetur, quæ tamen conſideratio tanta non eſt, quanta eſt morum, vt propter paupertatem ſtatim quis vt ſuſpectus remoueatur, ſicut & in teſtibus. l. 3. de teſtibus. l. ſuſpectus. l. impuberib. l. ſuſpectum. hic. l. 3. & l. poſtulantis. C. eo. Alius locus huius diſputationis eſt in quo quæritur,

Quando hæc accuſatio inſtituatur.

HÆc accuſatio inſtituitur manente & durante adhuc tutela. l. 1. C. eo. poſt finitam autem tutelam nimis ſero inſtitueretur. Vnde ſi cœpta ſit hæc accuſatio, & pendente lite finiatur tutela, ſoluitur quoque hæc accuſatio: adeo vt nulla ſequatur condemnatio. l. poſt finitam, hic. Alius locus ſequitur,

De pœna quæ in hoc iudicium venit.

PRIMVM remouetur tutor ſuſpectus, eſtque hic præcipuus finis huius accuſationis, deinde ſi quid atrocius admiſerit tutor extra ordinem coercetur. l. 1. §. vltim. & l. 2. hic. quo caſu remittitur ad præfectum puniendus ſeuerius, cuius poteſtas eo tempore maior erat quã prætoris. Præterea hoc iudicium & ſententia inurunt infamiam ſi ob dolum ſuſpectus ſit tutor. l. 3. §. vltim. hic. & §. ſuſpectus. Inſt. eod. ſi ob negligentiam aut culpam remotus ſit, infamia non notatur. An autem remotus tutor ob latam culpam infamia notetur quæritur? Et dicitur non notari, licet alias lata culpa dolo cõparetur, & ita interpretamur dict. §. ſuſpectus. hoc docui in tractatu de in litem iurando.

Ego vero puto latam culpam etiam dolo hic comparari, & intelligo dict. §. ſuſpectus. de leui culpa. latæ enim culpæ dolus eſt adeo proximus vt nihil ſupra. l. quod Nerua. depoſi. l. 1. ſi menſor falſ. mod. dix. Pœna ergo eſt vt remoueatur ſuſpectus tutor. Excipiuntur coniunctæ perſonæ quæ non facile remouentur: ſed adiungitur iis tutor vel curator vitandæ ſuſpicionis cauſa. l. ſi tutor, hic.

TIT. I. LIB. XXVII. PANDECT.

DE EXCVSATIONIBVS tutorum.

HVIVS tractatus præcipui quidam loci ſunt quos ordine recitabimus. Primus eſt in quo quæritur,

Quomodo fiat excuſatio.

FOrma huius excuſationis hæc eſt. In primis profeſſio huius excuſationis fieri debet apud tribunal, apud magiſtratum, vel apud acta, vt dicitur in le. ſcire oportet. hic. Modeſtinus Græce ſcripſit, cuius ſcripta omnia male verſa ſunt, melius ergo eſt ipſum Græcum authorem conſpicere. Deinde qui vult ſe accuſare, poteſt libellos dare, id eſt, per libellum ſe accuſare apud magiſtratum. Aduerſari tamen videtur quod dicitur in leg. excuſare. hic. vbi Iuriſconſultus ait tutorem datum non poſſe ſe excuſare per libellos. Sed hoc ita accipiendum eſt vt totum hoc negotium non poſſit peragi per libellum, vt ei libello ſubſcribat ſtatim magiſtratus. Sic accipitur libellus in pleriſque locis iuris noſtri, veluti in leg. nec quicquam. §. vbi decretum. ſupra de offic. proconſul. & dict. leg. excuſare. hic. per hanc legem poteſt explicari, quod vulgo male intelligitur. Poteſt ergo tutor per libellos ſe excuſare, ſed non vt ſtatim ſubſcribat ei libello magiſtratus. id enim tantum fit cum cauſæ cognitione. Poſtquam profeſſus eſt tutor nolle ſe tutelæ onus ſubire, cauſaſque excuſationis protulerit, ſi cauſa cognita admiſſa ſit eius excuſatio, liber

erit ab omni periculo. l. ſi tutor. C. eo. quid ſi eius qui male electus & nominatus eſt tutor excuſatio non admittatur? Prouocare poterit. l. ſcire oportet. in principio. hic. & l. tutores. C. eod. Idem dicitur in leg. 1. infra, quando appell. ſit.

Quando ſe excuſare debeat tutor.

CAuſæ excuſationis allegandæ ſunt intra quinquaginta dies, vt dicitur in d. l. ſcire oportet. hic. & leg. quinquaginta. C. eod. Hoc autem tempus 50. dierum incipit cedere ex quo ſe tutorem eſſe datum ſciuit: quid ſi tutor ſit datus qui aberat? Et ſi quis abſens datus ſit tutor cum abeſſet centum miliaria ab vrbe, ei numerabuntur viginti miliaria in ſingulos dies: & poſtquam in vrbem peruenerit, alios triginta dies habebit ad probandam ſuam excuſationem: ad perſequendam autem ſuam excuſationem poſtquam cauſæ excuſationum propoſitæ ſunt, dantur quatuor menſes. d. l. quinquaginta. hic. Præterea notandum eſt hoc tempus cedere ex quo quis datus eſt tutor pure ſine conditione aut die. Nam ſi quis tutor datus ſit ſub conditione aut die, quod fieri teſtamento poteſt, vt ſupra docuimus, tempus hoc non cedit antequam conditio aut dies aduenerit. l. Titius. hic.

De cauſis excuſationum.

IN primis excuſatio admittitur propter ſtatus pupilli & tutoris diſparitatem, ſi alter ingenuus ſit, alter vero libertinus. l. 1. & l. cum ex oratione. hic. l. 3. Cod. eo. hæc quæ hic dicuntur ſequuti ſunt, qui mores noſtros introduxerunt, quibus nobiles ſe excuſare poſſunt ſi dentur tutores plebeiis, quod ſcio receptum eſſe.

Secundo excuſatur tutor propter matrimoniũ aut ſponſalia. l. 1. & l. 4. hic. Puta ſi vir vxori ſuæ datus ſit tutor aut curator, is excuſationem habet. l. maritus. C. qui dari tutor. poſſunt.

Tertio, ætas excuſat à tutela. l. 2. hic. quod eſt intelligendum de ætate ſeptuaginta annorum, de qua ætate titulus eſt in Cod. Iuſtiniani, qui ætate ſe excuſant. Locus autem communis notatu dignus eſt in dict. leg. 2. de ætatis probatione. Ego id declaraui ſupra ſub titulo de probat. quomodo per natales ætas probetur.

Quarto, numerus etiam liberorum à tutela excuſat. leg. 2. hic. Huc pertinet titulus Cod. qui numero liberorum ſe excuſa. Vacatio munerum olim concedebatur apud Romanos vt allicerentur homines ad liberos procreandos. quia putabatur hoc maxime pertinere ad reipublicæ vtilitatem: quod ego latius declaraui lib. 1. diſput. de iure trium liberorum. addenda eſt etiam l. bello. hic.

Quinto numerus quoque tutelarum excuſat à tutela, ſi quis tres tutelas non affectatas habeat, excuſatur à tutela l. 2. 3. 4. 5. 6. l. ſpadonem. l. ſi quis inter. leg. non tantum. l. ſi quis tres. hic. Huc pertinet tit. C. qui muner. tutel. ſe excuſ. vbi eſt de hac re copioſa diſputatio.

Sexto, propter profeſſionem quis excuſatur à tutela. l. ſi duas. & l. 6. hic. vt ſunt grammatici, rhetores, ſophiſtæ &c. vbi etiam numerus profeſſorum qui vacationem habent recenſetur. Vnde notandus eſt locus communis de priuilegiis profeſſorum, ſed hoc eſt intelligendum de his profeſſoribus qui profeſſionem ſuam exercent. l. generaliter. de epiſco. & cleri. & l. qui ſub prætextu. C. eodem. Idem dicitur de clericis, vt iis tantum clericis priuilegia concedi intelligatur qui ſunt in miniſterio eccleſiæ.

Septimo, adminiſtratio reipublicæ iuſtam tribuit excuſationem à munere tutelæ. l. Athletæ. & l. non tantum. hic. Sed ſciendum eſt d. legem non loqui de iis magiſtratibus qui in magiſtratu ſunt, ſed de his qui aliquando adminiſtraturi ſunt. Adde l. adminiſtrantes. hic.

Octauo, ob inimicitias quis excuſatur à tutela. d. l. Athletæ. hic. & Inſtit. eo. titul. vbi dicitur hoc ſimpliciter accipiendum non eſſe.

Nono, iuſta eſt excuſatio à tutela, ſi quæſtio ſtatus mota ſit inter pupillum & tutorem, modo id per calumniam aut fictionem factum non ſit. l. 2. hic.

Decimo, ruſticitas & literarum imperitia excuſat. l. 2. §. ſimiliter. & Inſtitut. eodem. Sed videtur lex 1. huius tituli contraria eſſe. Ego alias docui cap. 3. diſputat. anniuerſ. quid ſit literas neſcire, aliter quam hactenus explicatum ſit. Sed vt conciliemus hæc duo loca, notandum eſt exceptionem addi reſcripto Diui Seueri ex dict. leg. 1. hic, ſi modo expers negotiorum non ſit. Poteſt etiam aliter conciliari hæc antinomia vt ſi hæc reſponſa ſibi mutuo coniungantur, quia narratio tantum eſt & hiſtoria: ita conciliamus plures leges.

Vndecimo, excuſat etiam à tutela paupertas, ſi quis adeo inops ſit vt conſtet eum imparem oneri iniuncto. vt dicitur in leg. paupertas. & l. poſt ſuſceptam. hic. quando autem quis pauper iudicandus ſit non poteſt certa regula definiri, quamuis aliquando in certis caſibus in iure reperiatur expreſſum, vt pauper eſſe definiatur, qui non habet quinquaginta in bonis, vbi pauper accuſare prohibetur. Hoc caſu & aliis exceptis nulla certa regula definiri poteſt an quis pauper ſit. Iuſtinianus autem ait pauperem hoc caſu eſſe qui impar ſit oneri iniuncto.

Duodecimo, militia quoque & miſſio militaris à tutela excuſat. Huc pertinet titu. de excuſat. veter. & l. ſed & milit. hic. à conueteranorum tamen tutela non excuſantur veterani. Vnum hic notandum eſt quod dicitur de milite impubere in dict. leg. ſed & milites. §. qui autem. hic. Poteſt ne impubes miles eſſe? Et reperitur in iure ciuili mentio non tantum militum impuberum, ſed etiam impuberum tribunorum. Quidam putant, hoc negligentia imperatorum accidiſſe, qui permiſerint ad hos honores impuberes peruenire. habetis hac de re textũ expreſſum in leg. vltim. C. de milit. teſtamen. & §. iam vero. dict. leg. ſed & milites. ſed ego alias dixi illum locum & alia ſimilia accipienda eſſe de ſimulata militia ex Suetonio in Claudio, quæ militia titulotenus militia erat. Huius militiæ mentio eſt in Epiſtolis Ciceronis libro ſeptimo, ad Trebat. cum ait: Sum admiratus cur Tribunatus commoda dempto præſertim labore militia contempſeris.

Decimotertio, abſentia reipublicæ cauſa excuſat à munere tutelæ. l. non ſolum. & l. adminiſtrantes. hic. Huc pertinet titulus C. ſi tutor reip. cauſa abſuer. quibus ex legatione reuerſis annus vacationis tribuitur horum munerum.

Decimoquarto, aduerſa valetudo aut vitium corporis, ob quod non poſſit quis huic oneri ſupereſſe, excuſat etiam à tutela. l. non ſolum. & l. poſt ſuſceptam. hic. huc pertinet tit. C. qui morb. ſe excuſ. qui autem morbi ſint qui excuſent à tutela, ſcire poſſumus, ex titulo de ædilit. edicto ſupra. Hinc quæſtiones aliquot tractantur de quibuſdam perſonis veluti de ſpadone: an ſpado excuſetur à tutela. Et Iuriſconſultus reſpondet in l. ſpadonem. hic. non excuſari. Idem de capto vno lumine dicendum eſt. hic enim non excuſatur. l. frater. Cod. eodem.

Decimoquinto, priuilegium & immunitas à principe conceſſa excuſat etiam à tutela. leg. non tantum. hic, Hæc priuilegia ſolebant olim concedi nobilibus à ciuitatibus. l. Iuriſperitos. §. pen. l. adminiſtrationis. §. vlt. & l. vlt. hic.

Decimoſexto, lis eſt iuſta cauſa excuſationis, ſi quis litem habeat cum minore pupillo. l. propter litem. hic. Idem dicitur in le. ſi vt allegas. C. de excuſa. tut. Sed notandum eſt Nouella Iuſtiniani quæ inſcribitur, vt hi qui obligat. habere ſe perhib. huic iuri derogatum eſſe: hac enim conſtitutione plectitur graui pœna, qui celauit ſe debitorẽ eſſe pupilli cum tutor daretur. Huic ergo iuri locus eſſe non poteſt, niſi poſt ſuſceptam tutelam tutor pupilli debitor factus, ſit: tunc enim poteſt petere ſine pœna ſe liberari onere tutelæ iam ſuſceptæ. Quod de lite diximus obtinet etiam ſi quis vereatur ne litem cogatur inſtituere nomine pupilli cum coniuncta ſibi perſona. l. humanitatis. C. eod. tit. Ex ea lege colligitur interpretatio edicti prætoris de poſtulando, *Hic qui aduocatos non habebunt, ego dabo.* Nam certæ ſunt perſonæ quæ poſtulare prohibentur niſi contra certas perſonas, & pro certis quibuſdam perſonis.

Decimoſeptimo, diſtantia locorum iuſtam præſtat excuſationem à tutela. l. propter litem. §. licet. hic. & l. 2. Cod. eod. titul.

Decimo-

Decimooctauo, munus etiam à principe iniunctum excuſat à tutela, Gallicè *vne commiſſion du Roy*. veluti cum ad tempus à principe alicui munus aliquod iniunctum eſt, interim is excuſatur. l. Geometræ. hic. non loquitur de magiſtratu. *car c'eſt vne autre choſe*. Idem habemus in l. iuriſperitos. & in l. adminiſtrantes. hic. Vnde quidam perperam colligunt officia publica perpetua eſſe debere, & ad hoc probandum citant hāc legem: ſed Iureconſultus noluit dicere eum honorem non poſſe finem accipere, ſed dicit tempus præfinitum non eſſe, inter quæ magna eſt differentia.

Decimonono, munus publicum excuſat à tutela. l. menſores. hic. & l. exactores. C. eod. tit.

Vigeſimo, exilium perpetuum non temporarium excuſat quoque à tutela. l. plane. hic. Exilium autem hic accipiendum eſt, quod fit ſalua ciuitate, vt ego docui in diſput. ann. c. 37. de crimi. dixi exilium variam habere ſignificationem, vt exul aliquando dicatur etiam, qui ciuitatem nō amiſit, vt Ouidius:

Quippe relegatus dicor non exul ab illo,
Parcaq; fortunæ ſunt tibi verba meæ.

In eadem ſignificatione reperitur etiam in iure ciuili. veluti in l. ſed & ſi quis. ſupra ſi quis caut. & l. exilium. infra de interdict. & releg.

Vigeſimoprimo, is etiam qui domicilium non habet in eo loco vbi tutela gerenda eſt, excuſatur à tutela. l. vlt. & l. iuriſperitos. §. vlt. hic. & l. Idem Vlpianus. §. vlt. quæ lex male verſa eſt, in ea legendum eſt, vtrunque, vbi interpres vertit alterutrum. Ex huiuſmodi cauſis, & aliis ſimilibus, volui tantum præcipuos attingere. Excuſatur tutor vel curator à tutela, vel cura. Ex ſupradictis naſcitur quæſtio quæ tractatur in d. l. ſpadonem. §. qui iure. hic. an coaceruatæ aliquot ſpecies imperfectæ quas recenſuimus excuſationem à tutela præſtent. Diximus ætatem ſeptuaginta annorum excuſare, numerū trium liberorum, numerum trium tutelarum. Ponamus quendam ſexaginta annorum eſſe, eundem duos liberos & duas tutelas habere, an excuſabitur à tutela? Videtur hoc caſu excuſatio competere ſecundum illud vulgare dictum, quæ non proſunt ſingula multa iuuant: & tamen dicitur in d. §. qui iure. ob tales ſpecies imperfectas excuſationem non competere. Notandum eſt præterea quamuis ob dictas cauſas excuſetur tutor, tamen ſi ob tutelam alicui, qui teſtamento datus eſt tutor, aliquid legatum ſit à teſtatore, ſi ſe excuſauerit à tutela, legatum non debere conſequi. l. legatarius. & l. ſeq. l. neceſſarios. & l. amiciſſimos. hic. quod tamen cum exceptionibus in dict. l. expreſſis accipiendum eſt. hactenus de cauſis excuſationum, ſequens locus huius tituli eſt

De his qui ſe excuſare non poſſunt.

EX eorum numero eſt libertus, ſi libertus tutor datus ſit à pattono liberis ſuis, ſe excuſare non poteſt, habet tamen hic caſus plures diſtinctiones. l. liberum. l. nequaquam. l. iuriſperitos. §. vlt. l. Titius. §. vlt. hoc tit. Is etiam qui promiſit patri liberorum ſuorum ſe tutelam ſuſcepturum, id munus detrectare non poteſt, etiam ſi alioqui iuſtam exceptionem habeat. l. ſpadonem. §. 1. hic. In Codice Iuſtiniani ſequitur titulus, ſi tutor aut curator ex falſis allegationibus excuſat. ſit, de quo hic aliquid dicemus.

TIT. LXIII. LIB. V. C.
SI TVTOR AVT CVRATOR.

EX hoc titulo notandum eſt, ſi tutor ex falſis allegationibus excuſatus fuerit, eum nihilominus tutelæ periculum ſuſtinere. Ipſo enim iure excuſatus non eſt. Notandum eſt etiam, hoc ius ſingulare eſſe. Nam alias cum ob falſas allegationes, inſtrumenta, teſtimonia & religio iudicantis ipſa ſententia lata ipſo iure nulla non eſt: & ideo opus eſt aduerſus eum in integrum reſtitutione. l. diuus. infra de re iudic. Et ita intelligendus eſt totus ille titulus Iuſtiniani, ſi ex falſis inſtr. iudic. ſit.

TIT. II. LIB. XXVII.
PANDECT.
VBI PVPILLVS EDVCARI VEL MORARI DEBEAT.

HIc titulus duo capita complectitur. Primus locus vbi pupillus educari debeat, alter eſt de alimentis pupillo præſtandis. In Codice Iuſtiniani extant duo tituli, huic noſtro reſpondentes. hos omnes hic explicaturi ſumus, quod ad primum attinet,

Vbi pupillus educari debeat,

CVm quæritur vbi pupillus educari debeat, id à prætore cauſa cognita ſtatuendum eſt. l. 1. C. eo. Id decretum prętoris locum etiam habet, quamuis pater pupilli hac de re aliquid ſuo teſtamento ſtatuerit. Poteſt enim prætor ab eius voluntate iuſta ex cauſa recedere. l. 1. hic. In hac cauſæ cognitione habenda eſt ratio ſuſpectarum perſonarum, ne apud eos educetur. l. ſi diſceptetur. hic. Inter has autem perſonas, de quibus quæri poteſt apud quas poſſint aut debeant pupilli educari, præferenda eſt mater ceteris. l. 1. C. eo. tit. modo mater vitricum non induxerit, vt ibidem dicitur. quid ſi nolit onus ſuſcipere is, apud quem educandus eſt pupillus? A prætore cogendus eſt, l. 1. §. quantus. hic. & l. 1. C. eo. Alius locus huius tituli eſt

De alimentis pupillo præſtandis.

IN primis notandum eſt tutorem cogi ad alimenta pupillo ſuo præſtanda. l. 1. C. eod. tit. modo ſufficientes facultates habeat pupillus: pupillum enim de ſuo alere tutor non cogitur. l. 3. §. vlt. hic. Quid ſi abſens ſit tutor & interim conqueratur pupillus apud prætorem de alimentis, quid ſtatuendum erit? Id traditur in l. vlt. huius tituli. Eſt & mirabilis in ea lege ratio. Ratio decernendi aduerſus abſentem eſt paulo alienior à iure communi. Hinc igitur notandus eſt locus communis de abſentibus conueniendis & damnandis, quod exigit vtilitas pupillorum contra rationem iuris communis: ſumptus autem factos in alimenta pupilli tutor imputabit in ratione reddenda adminiſtrationis ſuæ in iudicio tutelæ. l. 2. & 4. hic. Idem dicitur in l. 2. & l. vlt. C. de aliment. pupillo præſtandis. Audiendus autem videtur pupillus, ſi dicat, ſe alitum non fuiſſe, quod tamen probare debet. l. vlt. C. eod. Decretum autem prætoris tutorem tutum reddit, vt non ſit diſceptandum an patrimonij pupillaris facultates exceſſerit tutor necne: tutius ergo eſt tutorem adire prætorem, cum de modo alimentorum quæritur, modo is prætori non obrepſerit. l. 2. hic. Nec patris quidem voluntas excuſat tutorem dolo malo verſatum. d. l. 2. hic. & l. 2. C. eod.

IN TIT. III. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE TVTELÆ ET RAT. DISTRAHEN.

HIc titulus tres habet partes, prima eſt de tutelę actione, ſecunda de actione rationū diſtrahendarum, tertia de vtili actione curationis cauſa. Videamus primum de actione tutelę directa, prima parte huius ti.

De actione tutelæ directa.

HVic primæ parti reſpondet titulus Codicis, arbitrium tutelæ. Arbitrium autem tutelæ, vt id intelligant tyrones pro actione, & iudicio tutelæ accipitur. dabatur enim arbiter vel iudex tutelæ iudicio. Hinc Cicero inſectatur Iureconſultos in oratione pro Murena, quod tot ſeculis definiri non potuerint, vtrum rem vel litem, arbitrium vel iudicium dicere oporteret. Primus igitur locus huius actionis eſt,

Quid veniat in hoc iudicium tutelæ.

IN primis in hoc iudicium venit, vt tutor rationem reddat pupillo adminiſtrationis ſuæ adminiſtratæ, vel neglectę tutelæ. l. 1. hic. Deinde in hoc iudicium venit dolus & culpa, nec lata tantum, ſed etiam leuis. l. quicquid. C. arbit. tute. Ego tamen excepi duos caſus ſub ti. de admini. tut. In rationibus exigendis, & prædiis ex pecunia pupillari comparandis leuem culpam non præſtat tutor. l. 2. C. arbit. tut. & l. qui repertoriū. ſupra de adminſtr. tut. quia in prædiis comparādis, & rationibus exigendis prudentiſſimus quiſque falli poteſt. Non ergo ob leuem culpam hoc caſu tutor damnandus eſt.

Hoc etiam iudicio petitur, vt tutor reddat pupillo rationes actus ſui, rationes ipſas ſeu codices rationum & actionum. l. 1. §. offic. hic. Tutor enim tabulas ſeu codices cōficere debet actus ſui, & finita tutela pupillis ſuis illas reddere. Sed ad q̃d proſunt pupillis hæ rationes, ſiue codices rationum? Conducunt pupillo, vt ex iis cognoſcere poſſit, quantum à tutore ſit reddendum ſibi ex ea adminiſtratione, ex his bonis, quæ adminiſtrauit tutor. Modus enim patrimonij ex inuentario perſpicitur. l. 1. & l. vlt. C. arbit. tutel.

In hoc etiam iudicium veniunt res depoſitæ & commodatę. l. ſi tutor. hic. Si pater pupilli antequam decederet, res quaſdam depoſuerit apud tutorem vel curatorē, aut ſi quid commodauerit, id reſtituere hac actione tutor tenetur: ſed qua ratione tutor tenetur propterea actione tutelæ cum contraxerit cum patre pupilli, cum tutor nondum eſſet? Actio tutelæ bonæ fidei eſt. Quid autem æquius eſt, quid bonę fidei magis conueniens eſt, quam vt tutor pupillo ſuo reddat quod accepit à patre, & quæ poſſidet quauis actione repeti? Nam ſponte reſtituere tutor debet, quæ ſpectant ad commodum pupilli: idem dicendum eſt, ſi pecuniam acceperit, vt redderet res apud ſe depoſitas & commodatas. d. l. tutor. poſſet etiam condictio ob turpem cauſam competere pupillo aduerſus tutorem, ſi ſtricti iuris actio eſſet, quæ tamen actio ſeu condictio ineſt bonæ fidei iudiciis. argum. l. vlt. ſupra de condict. ob turpem cauſ. Quæritur an geſta poſt pupertatem in hoc iudicium veniant? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi tutor. hic. vbi dicitur eum non teneri niſi de his, quæ ita connexa ſunt priori adminiſtrationi, vt diſſolui non potuerint. Idem dicitur in l. Tutor. C. arbit. tutel. Alia quæſtio hic tractatur. Pupillus agit tutelæ actione. is contendit omnia bona ſua retineri à tutore, ſibi nullam pecuniam ſupereſſe ad litis ſumptus, an audiendus ſit pupillus, ſi petat interim ſibi ſumptus miniſtrari? & in l. Imperatores. hic, dicitur tutores hoc caſu non debere cogi miniſtrare ſumptus pupillis ſuis niſi forte plane conſtiterit eos debere. Hodie alio iure vtimur, ſi monachi contra abbatem ſuum conquerantur. cap. ex parte. extra de accuſat. ſed alia ratio eſt pupilli & tutoris, quia monachus alendus eſt ex bonis monaſterij, pupillus autem ex ſuis tantum bonis alitur. hæc de primo loco huius actionis.

Cui & aduerſus quem detur hæc actio.

HÆc actio datur pupillo aduerſus tutorem: datur etiam hæredibus ipſius pupilli in hæredes tutoris. leg. tutela. C. arb. tutel. Huc pertinet titulus C. de hæred. tutor. ex cuius tit. l. 1. 2. & 3. ius ſingulare notandum eſt, quod quamuis tutor cogatur præſtare culpam leuem, hæredes tamen eius latam tantum culpam præſtare coguntur, niſi forte aliquid ad eos peruenerit, alias autem regulariter obligationis cauſa & conditio hæredum gratia non immutatur. l. 2. §. ex his. de ver. obligat. Datur autem hæc actio in plures tutores in ſolidum: quod tamen intelligendum eſt, vt diximus ſupra ſub ti. de adminiſt. tut. cum exceptionibus, ſi vnus conueniatur nomine plurium perſonarum. datur enim exceptio diuiſionis, ordinis & cedendarum actionum, quo te remitto: de quibus omnibus loquitur hic Vlpianus in l. 1. §. nunc tractemus. hic. Non eſt hac de re alius locus in iure notatu dignior, vbi legendum eſt: *Si ſoluendo tutores ſint*, & delenda negatio *non*, in nouis exemplaribus. Alius eſt locus hic pertinens in l. ſi ex duobus. hic. l. interdictæ. C. arb. tutel. Vnum hic notandum eſt, cum ab vno pupillo plures tutores conueniuntur, licet diuerſa ſint domicilia, corám vno iudice omnes conueniri debere. l. omnes. C. arbit. tute. & huc pertinet titulus, ex quib. cauſ. ad eundem iudicem eatur. Ratio autem huius iuris ſumitur ex l. cognitio. infra de libe. cau. ne diuerſa iudicia ex eadem cauſa oriantur. Quæritur de filiofam. an hæc actio detur aduerſus filiumfamilias. & l. C. in l. 1. & 2. huius tit. oſtendit etiam aduerſus filiumfamilias hanc actionem dari, quia ſicut paterfa. ita filiuſfamilias ex omni obligatione tenetur. l. filiusfam. de oblig. & act. niſi in quibuſdam caſibus exceptis. Pater autem quatenus in peculio eſt tantum tenetur. dd. ll. Ex quibus autem cauſis teneatur diximus ſupra ſub tit. de adminiſtr. tuto.

Quando competat hæc tutelæ actio.

ET certum eſt ante tutelam finitam non dari. l. niſi. & l. ſi tutor Reip. l. ſi pupillus. l. cum adhuc. hic. Ceteræ tamen actiones interim poſſunt intendi. d. l. ſi tutor. §. vlt. hic. Quæſtio tractatur de præſcriptione temporis, an præſcriptio obſtet agenti actione tutelæ? & dicitur non obeſſe. l. tutores. C. arb. tut. & l. neque. quib. non obſt. longi tempo. præſcr. Hæc actio in quibuſdam caſibus ceſſat. In primis ſi ab vno ex tutoribus ſolutum ſit. l. ſi ex duobus. hic. quamuis tranſactio cum vno facta alteri neque proſit neque noceat, ſolutio tamen ab vno ex tutoribus facta ceteros liberat ab hac actione. l. 2. C. de tranſact. Secundus caſus eſt, ſi probatum ſit nomen à nouiſſimo curatore. l. ſi probatum. hic. exempli gratia, Tutor in collocanda pupilli pecunia non elegit idoneum nomē, id eſt, idoneum fęneratorem. finita tutela curator probauit hoc nomen. Hoc caſu iuſta eſt defenſio tutoris, ſi is conueniatur finita tutela à pupillo huius rei nomine. Exiſtimarem tamen poſſe ſuccurri pupillo per reſtitutionē in integrū, ſi aliter rem ſuam ſeruare à ſuo curatore non poſſit. Nam non tantum minoribus, ſed etiam maioribus ob iuſtam cauſam ſuccurritur hoc beneficio reſtitutionis in integrum ex generali clauſula edicti prætoris: Ex quib. cau. maio. *Et ſi qua alia iuſta cauſa mihi eſſe videbitur*. De prima parte huius tit. vidimus: nunc videndum eſt de ſecunda.

De actione rationum diſtrahendarum.

HÆc quoque actio datur pupillo aduerſus tutorem ſicut & ſuperior, ſed differt actione tutelæ, vt ſpecies à genere. generaliter enim actio tutelæ competit ob adminiſtratam tutelam, vel neglectam. Hæc vero actio ita demum datur, ſi tutor interceperit aut interuerterit bona pupilli. l. 2. hic. *Rationes diſtrahere*, verbum eſt iuris antiqui opinor, quod tamen alibi non legi. Rationes autem diſtrahere idem eſt, quod rationes diſpungere, quod frequenter in iure ciuili reperitur. Hæc actio etiam in eo differt ab actione tutelæ, quod hæc in ſimplum detur, illa vero pœnalis eſt, & in duplum. l. 2. §. vlt. hic. Et in hoc duplo de rationibus diſtrahendi, rei etiam perſecutio continetur.

Præterea hæc actio datur hæredibus, non autem in hæredes. l. 1. §. vlt. hic. quia pœnalis eſt. l. 1. §. rationibus, vſque ad finem. hic. ſequitur tertia pars huius tit. in qua tractatur

De vtili actione curationis cauſa.

HÆc eſt tertia actio, quæ dicitur vtilis curationis cauſa. in rubr. hęc actio eſt negotiorum geſtorum, quæ datur minori aut furioſo, aduerſus curatorem. l. niſi. hic. Sed cur vtilis actio competere dicatur non directa? Directa actio negotiorum geſtorum non competit aduerſus curatorem nec curatori, l. curatoribus. C. de negot. geſt. quia actio negotiorum geſtorum ex edicto prætoris ei datur, qui vltro aliena negotia geſſit, nec puto prætoris edictum perfectum eſſe. l. 1. ſupra de neg. geſt. Et in eo edicto de neg. geſt. loquitur de eo, qui gerit abſentis negotia, curator vero vt plurimum gerit negotia minoris præſentis. Cum ergo nulla actio propoſita eſſet ob adminiſtrationem curatoris, viſum eſt iuris auctoribus ſufficere actionem vtilem neg. geſt. idque propter vtilitatem non directam, quæ ex mente, non verbis edicti naſcatur. Aliud exēplum huius actionis eſt in l. Poſthumo. ad fi. huius tituli.

TIT. IIII. LIB. XXVII. PANDECT.

DE CONTRARIA TVTELÆ, &c.

IN quibuſdam libris ita legitur, de contraria & vtili actione tutelæ, ſed in noua editione melior eſt lectio. Sub hoc igitur tit. agitur de actione tutelæ contraria, quæ datur tutori aduerſus pupillum ex his cauſis, de quibus hic loquitur Vlp. in l. 1. *Quia contra*, id eſt, viciſſim datur. De hac actione videndum eſt. Primus locus huius actionis eſt, in quo quæritur,

Ex quibus cauſis hæc actio contraria competat.

IN primis hæc actio contraria datur tutori aduerſus pupillum, propter ſumptus à ſe factos in adminiſtrationem tu-

telæ

telæ.l. 1. hic. Petit etiam tutor vſuras & acceſſiones.l.3. hic. Quid ſi ſumptus à tutore facti excedant facultates ipſius pupilli? Hoc caſu nihilominus refundentur tutori, ſi modo tutor iuſtam cauſam illos faciendi habuerit.d.l.3. hic. Hinc tractatur quæſtio vulgo agitari ſolita. Quid ſi tutor cum nomine pupilli ageret, ſuccubuerit, an expenſas litis repetere poſſit à pupillo, hac actione contraria tutelæ? hic diſtinctione vtendum eſt. Si tutor iuſtam litigandi cauſam habuerit, certum eſt eas expenſas repetere poſſe: nec obeſt ei quod ſuccubuerit: ſufficit eum bona fide egiſſe. Huc pertinet l. quoties. §. ſicut. ſupra de adminiſt.tut.l.3.§.ſufficit.hic.l.ſumptus. C. de adminiſt.tut. Sufficit quod vtiliter geſſerit, licet effectum non habuerit.l.ſed an vltro.§.1.de neg.geſt. Alia quæſtio naſcitur ex ſupra dictis: quid ſi res in quam ſumptus fecit tutor perierit, in rerum natura non ſit? Et nihilominus dicitur pupillum illos ſumptus refundere tutori debere. d.l.3.§. ſufficit. hic. Hæc prima cauſa ob quam hæc actio datur tutori aduerſus pupillum.

Altera cauſa eſt, ſi tutor obligauerit ſe, aut bona ſua pro pupillo, vt liberetur.l.vlt.& l.3.§. contrarium. hic. Aliud dicendum eſt, ſi tutor aliquid ſoluerit pro contutore ſuo. Nam hoc iudicium contrarium tutori non competit huius rei nomine aduerſus pupillum.d.§.contrarium l.1.C.de contra. tut. iudic. Et quod magis eſt, hoc iudicio tutelæ contrario non poteſt cogi pupillus ad cedendam actionem, nec pupillus etiam id poteſt facere, etiamſi id maxime velit, vt oſtendit Modeſtinus in l. Modeſtinus. infra de ſolut. Si quis ſoluerit pro ſuo correo, vel contutore, debet in ipſa numeratione petere ſibi cedi actionem: poſt ſolutionem autem id facere non poteſt, quia ſolutione facta nulla actio ſupereſt, quę cedi poſſit. Nam per ſolutionem vnius ſublata eſt omnis obligatio: vterque liberatur ea ſolutione. Quomodo igitur ſuccurretur tutori, qui pro ſuo contutore ſoluit? Datur ei vtilis actio, qui ſolidum ſoluit. Hoc eſt intelligendum niſi is dolo malo ſolidum ſoluerit, vt dicitur in l.1.§. nunc tracte. ſupra tit. præcedenti. Notãdum eſt in ſumma, ſi ex alia cauſa qua tutelæ aliquid debeatur à pupillo tutori, eum non poſſe hoc iudicio illud conſequi.l.1.§.hoc iudicio. hic. Niſi forte tutor exactionem debiti ſui diſtulerit ob tutelam, ne eſſet moleſtus pupillo: hæ ſunt cauſæ, & ſi quæ ſint ſimiles ob quas datur hæc actio, non enim omnes recenſuimus. Alius locus eſt huius tituli, in quo tractatur

De qualitate huius actionis.

HÆc actio dicitur prætoria, argum. l. 1. his verbis prætor contrariam induxit actionem, &c. Præterea hæc actio eſt perpetua.l.3.§. vlt. hic. eſt enim rei perſecutoria. Hæc de contraria actione tutelæ directa. Quædam de vtili dicendum eſt, vt rubricæ ſatisfaciamus.

De vtili contraria actione tutelæ.

ACtio contraria tutelæ competit in primis tutori aduerſus pupillum, vt diximus, l.1.§.hæc actio.hic. Competit etiam ei qui pro tutore negotia geſſit & curatori. Ego autem hic complector ſub contraria actione etiam actionem vtilem tutelæ.

Hæc contraria vtilis negotiorum geſtorum actio competit minori, furioſo, &c. contra curatorem. Finito officio tutelæ aut curatelæ hæc actio competit.l.1.§.finito.& l.4. hic.

TIT. V. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE EO QVI PRO TVT. PROVE-CVRAT. NEGOT.

SVb hoc tit. tractatur de actione, quę dicitur protutelæ actio. Videndum igitur in primis de perſonis. Deinde ſimul videbimus de cauſis.

Cui detur hæc actio.

HÆc actio datur impuberi cuius negotia geſta ſunt, ab eo qui pro tutore geſſit, vel per errorem, vel finxit ſe tutorem eſſe. Quia hoc caſu actio tutelæ cõpetere nõ potuit, opus fuit hac actione. l. 1. hic. Hæc igitur actio datur impuberi.l.1. §.ſi quis quaſi. Oportet autem eum eius ætatis eſſe, qua poteſt ei tutor dari, vt ei hæc actio detur, aliàs non ei dabitur, ſed alia actio, ſcilicet actio negot. geſt. Deinde hæc actio datur aliquando aduerſus verum tutorem, ſi is ſe tutorem eſſe ignorauerit, & nihilominus in eo errore tutelam geſſerit. l. quæro. hic. Quemadmodum in conditionibus implendis requirimus ſcientiam.l.2. de condit.& demonſt. ita & hoc caſu ſcientiam requirimus. Præterea in l.1.C.eod. dicitur, & aduerſus mulierem hanc actionem competere, quæ tutelæ capax non eſt. Quid ſi ſeruus tutelam geſſerit? Et ſi ſeruus ipſe tutelam geſſerit, Iuriſconſultus in l.1. hic, ait. §.1. hanc actionem dari aduerſus dominum.

Quando hæc actio detur.

HÆc actio datur etiamſi nondum finita ſit tutela, cuius rei ratio eſt, quia re vera nulla tutela eſt. l.1. §. cum vero. hic.

Quæ in hanc actionem veniant.

IN hoc iudicium veniunt ea omnia, quæ in iudicium tutelæ venire ſupra diximus.l. 1.§. vlt. & l. penult. hic. Quamuis quod diximus verum ſit, tamen repetitur duplex differentia inter hunc protutorem & verum tutorem. Prior differentia eſt, quia is qui pro tutore negotia gerit, non poteſt rem pupilli vendere, quæ à vero tutore vendi poteſt.l.2. hic. Deinde rem in iudicium deducere non poteſt protutor, quod poteſt verus tutor.l.1.C.eod.

TIT. VI. LIB. XXVII.
PANDECT.
QVOD FALSO TVTORE AVCTORE.

HOc edicto his proſpicitur, qui à falſis tutoribus falluntur: duplex autem remedium competit ei, qui falſi tutoris auctoritate accedente cum pupillo contraxit. Primum eſt reſtitutio in integrum ex tribus cauſis. In primis ſi ignorauerit eum faſum tutorem eſſe.l.1. hic. Secundo ſi ſciuerit quidem, ſed pupillus vel minor fuit. Tertia cauſa eſt, ſi compulſus fuit à prætore, vel alio magiſtratu cum pupillo contrahere.

Secundum remedium eſt actio in factum, quæ ei datur aduerſus falſum tutorem, ſi dolo malo ſe tutorem eſſe mentitus eſt.l.nouiſſimo.hic. Si autem abſit dolus à falſo tutore, hęc actio aduerſus eum non datur, ſed recurrendum eſt ad reſtitutionem in integrum.l.falſis.hic.

Eſt etiam alia actio, quæ datur aduerſus eum cuius dolo malo tutor falſus auctor factus eſt, licet aduerſus tutorẽ falſum hoc caſu actio non detur, cum dolo careat.l. huius actionis, hic. ex l.2. huius tit. obiter notandum eſt hæc duo ipſo iure & per tuitionem prætoris, plærunque opponi.

TIT. VII. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE FIDEIVSSORIBVS ET NOMINATORIB. TVTORVM.

HIc titulus duas partes habet, prior eſt de fideiuſſoribus & nominatoribus tutorum. Poſterior eſt de hæredibus tutorum. Ad priorẽ partem quod attinet, notandum eſt, fideiuſſorem non minus quam tutorem obligari, etiamſi de vſuris quæratur. l. 3. hic. nec refert, an per ſtipulationem legitimo iure conceptam fideiuſſor obligatus ſit. l. cum oſtendimus.§. vlti.hic. Eſt ius ſingulare propter fauorem pupillorum. Fideiuſſor enim non aliter obligatur quam per ſtipulationem legitime conceptam.l. 5. §. ſatiſdatio. infra de verb. oblig.& l.blanditus. C.de fideiuſſoribus. Et tamen hic obligatur, ſi nominatus ſit à teſtatore & non contradixerit. Eadem cauſa eſt affirmatorum, ſed dubium non eſt, quin hi affirmatores obligentur, vt fideiuſſores ipſi: quamuis per omnia hæc obligatio non ſit ſimilis fideiuſſoriæ obligationi. Nam fideiuſſor ſemper tenetur, & affirmator non tenetur, ſi idoneus fuerit principalis tempore affirmationis, vel in eo falſus, vel malus dolus non fuerit. Hic locus diligenter notandus eſt de affirmatoribus: alius ſimilis eſt in l. & elegan-ter.§.vlt.& l.ſequenti, ſupra de dolo. Nominator etiam con-

ueniri,poteſt,qui idoneos non nominauit.l.2.hic.De his nominatoribus aliquid etiam dicemus infra ti.ſequenti, De magiſtratibus conueniendis.

De his fideiuſſoribus notandum eſt, eos ita demum conueniri debere,ſi excuſſæ fuerint prius facultates tutoris. Huc pertinet Conſtitutio Nouella Iuſtiniani de fideiuſſoribus eſt Nouel. 4. Hodie moribus noſtris ſolet in obligationum inſtrumentis adiici clauſula, qua beneficio ſuo fideiuſſor, ſcilicet,beneficio diuiſionis renunciat.

Deinde animaduertendum eſt,reo ſoluente,tutore ſcilicet fideiuſſorem liberari. l.2. C. eod. Quid ſi plures fideiuſſores ſint,an ſinguli in ſolidum conueniri poterũt,an vero pro parte quiſque ſua teneatur? Hæc quæſtio tractatur in l. pupillus. hic. vbi ius ſingulare: quia plures fideiuſſores in ſolidum conueniri poſſunt. Diuidetur tamen inter eos actio, ſi omnes ſoluendo ſint,vt dicitur in l.ſi fideiuſſores. infra de fideiuſſor. Idque continetur oratione Diui Adriani: ſed hic ius ſingulare eſt. *Quod non niſi ex perſona*.Hæc verba obſcura ſunt,ſed dilucidius explicantur in l.vlt.infra rem pupil. ſal. fore. Diuiditur igitur inter eos actio: alias in ſolidum conueniuntur. Altera pars huius tit.eſt

De hæredibus tutorum.

DE hac re ſunt ſinguli tituli in Codice Iuſtiniani. Licet autem tutela mortuo tutore ad hæredes eius non tranſeat, eo tamen mortuo hæredes eius tenentur.l.curatoris.C.de negot.geſt.ſicut & curatoris hæredes tenentur. Sed quomodo teneantur tutoris hæredes quæritur. Hic diſtinguendum eſt. Nam in primis ſi lite conteſtata cum pupillo tutor deceſſerit, hæredes eius eodem modo tenentur, quo tutor ipſe defunctus ſine vlla diſtinctione.l.vlt.hic.idem dicitur in l.alio.C.de in litem iurand. Si vero lis conteſtata non fuerit cum tutore defuncto,& conueniatur hæres tutoris ob adminiſtrationem tutelæ, hoc caſu ob dolum defuncti & latam culpam hæres tenetur,non autem ob leuem culpam.l.1.C. de hære.tutor.idem dicitur in l.curatoris. C.de neg.geſt. Quid ſi hæres ipſe culpam admiſerit quid dicemus? & Iuriſconſulti in l. 1. & leg. cum oſtendimus.hic.aiunt,hæredem tutoris ob dolum ſuum, & culpam conueniri poſſe.

TIT. VIII. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE MAGISTRATIB. CONVEN.

SVB hoc titulo tractatur de actione, quæ iure prodita eſt,aduerſus magiſtratus, qui tutores idoneos non dederunt,vel ſatiſdationem non exegerũt: magiſtratus enim municipales hoc nomine tenentur,& ita accipi debet §. vlt.Inſtitut.de ſatiſdation.tutor.Quod hic dicitur de magiſtratibus, non debet intelligi de maioribus magiſtratibus, ſed de minoribus.Non enim datur actio aduerſus prætorem, aut præſidẽ, &c.ſed aduerſus magiſtratus municipales tantum,qui hanc ſatiſdationem exigere ſolent, licet non ſemper tutores dent, & hoc recte explicat Theophilus in Inſtitutionibus, in d. §. vlt. Idem dicitur in l.magiſtratus.C.eod.

Nominatores autem ſunt,qui nomina eorum, qui tutores eſſe poſſunt, ad prætorem aut præſidem, aut alios magiſtratus qui ius dandi tutoris habent, detulerunt. Et hoc caſu datur aduerſus eos nominatoris actio. Idem dicitur in l.Æmilius.ſupra de adminiſt. tut. De hac actione per locos communes tractandum eſt,

Cui & aduerſus quem detur hæc actio.

HÆc actio in primis eis competit, qui in tutela vel curatione fuerunt,& eorum hæredibus. l. 1. §. non tantum. hic. Quæritur an hæc actio detur ei, qui ſolidum ſoluit pro contutore ſuo. Et Iureconſultus in l. proponebatur, hic. ait non dari: quia hoc ſenatuſconſultum pertinet ad fauorem pupilli,alias durum eſſet pupillum teneri. At hic ille fauor ceſſat. mirum ergo non eſt, ſi dicatur eo caſu magiſtratum conueniri non poſſe.Hæc actio datur aduerſus magiſtratus municipales,vt dicitur in §.vlt.Inſtit. de ſuſpect.tut.licet decretum prętoris interponant.Soli autem magiſtratus tenentur non fideiuſſores, qui rem pupilli ſaluam fore promittunt, vt dicitur in l.1.hic. Decuriones autem dicti ſunt, quod publici conſilij gratia, decimus quiſque cooptabatur in ſenatum, vt mihi videtur.l.pupillus.de verb.ſign. Sed quid ſi plures magiſtratus ſint,an cõtra omnes in ſolidum dabitur hæc actio? Hæc quæſtio tractatur in l. magiſtratus. hic, ſi plures fuerint in dolo, in ſolidum tenentur, ſi in culpa tantum, dicitur aduerſus eos diuidendam eſſe actionem.idem dicitur in l. 5.C.eo.ti. Quid ſi conuenerit inter eos, vt vnus periculũ ſuſcipiat? Iureconſ.in l.1.§.ſi inter. hic ait, hanc conuentionem non obſtare quominus in ſolidum conueniãt ſinguli eorum. eſt enim hic ius publicum,quod priuatorum pactis immutari non debet.l.ius publicum.ſupra de pact. Hinc igitur notandus eſt locus communis de iure publico.Quid dicemus de hæredibus magiſtratuum? an idem dicemus quod de tutorũ hæredibus diximus? Iureconſ.in l.4.hic.& l.Imperator.in l.2.C.eod.oſtendunt idem dicendum eſſe de hæredibus magiſtratuum,vt ob dolum tantum & latam culpam teneantur. Alius locus huius actionis eſt,in quo quæritur,

Quæ ſit cauſa & finis huius actionis.

PRimum datur hæc actio aduerſus magiſtratus, qui neglexerunt tutorem idoneum dare.l. 1. §. magiſtratibus, hic. ſed ita demum tenentur magiſtratus, ſi moniti non dederint. d.l.1.hic.Secundo ſi ſatiſdationẽ non exegerint.d.l.1.§.magiſtratibus.hic.Finis autem huius actionis eſt,vt damnum quod ſubiit pupillus ei ſarciatur.d.l.1.§.magiſtratibus.hic.

De qualitate huius actionis.

ACtio tutelæ vtilis dicitur in l.vlt.hic. Eadem actio in magiſtratus datur quæ in tutores, ſed vtilis tantum, vt dicitur in l.1.C.eo.de magiſtratib.conuen. quia directa actio hoc caſu competere non poteſt. Deinde hæc actio dicitur ſubſidiaria,quia non datur niſi prius excuſſis facultatibus omnium tutorum,fideiuſſorum,& nominatorum.l.aduerſus. C. eod. Excipiuntur tamen tutores, quod diligenter notandum eſt, qui ſoluendo non ſunt,vt dicitur in l.1. §. vſque adeo.ſupra de tutel. & ratio. diſtra. Obiter hic duo notanda ſunt ex l. 1.§.1. hic.de ſtipulatione ſiue cautione,quę à tutoribus exigitur,pupillus ipſe ſtipulabitur,ſi fari poſſit,ſi vero fari nequeat,ſeruus eius ſtipulabitur.qui ſi deſit, adhibebitur ſeruus publicus: ſi & is deſit,magiſtratus pupilli nomine ſtipulabitur. Eſt locus cõmunis de ſtipulatione alteri facta contra iuris communis regulas propter pupilli vtilitatem.l.ſtipulatio iſta.§. alteri. infra de verb.oblig. Deinde notate ex l.vlt.C. eod.actionem dari aduerſus tabularios, ſi quid ab iis quod ad damnum pertineat eius,pro quo ſcriptum eſt inſtrumentum omiſſum erit,alias ſi dolus malus eorum interuenerit, dabitur aduerſus eos actio falſi:falſum enim ſine dolo committi non poteſt.l.nec exemplo.C.ad l.Cornel.de fal.

TIT. IX. LIB. XXVII.
PANDECT.
DE REBVS EORVM QVI SVB TVTELA,&c.

SVB hoc titulo extat ſenatuſconſultum,quod interpretantur Iureconſulti. Pertinet autem hoc ſenatuſcõſultum ad alienationem rerum pupillarium, quæ prohibetur niſi decretum prætoris cum cauſæ cognitione interuenerit. Verba ſenatuſconſulti extant in l.1. hic. De his autem orationibus principum, quæ pro ſenatuſconſultis habentur, alias diximus. Quod autem pertinet ad hoc ſenatuſconſultum,ego in certa capita,& locos congeſſi,quos ordine videbimus.

Quæ alienatio prohibita ſit.

IN primis dubium non eſt, quin alienationis vocabulo intelligatur venditio: nam ſenatuſconſultum proprie intelligitur de diſtractione, intelligitur etiam de donatione vt ea etiam prohibeatur, adeo vt non valeat donatio propter nuptias.l.prædia.C.de prædiis & aliis reb.mi.ſine decret.

Prohibetur etiam ſeruitutis impoſitio & remiſſio. Eſt

enim

enim ſpecies alienationis.l.3.&l.vl.C.de reb.alien.non alien. l.3.§.pen.hic.

Alienationis etiam appellatione continetur permutatio & tranſactio.l.4. C.eo.tit. Idem dicendum eſt de datione in ſolutum.l.ſi minor.C.eo. Alienationis etiam verbo continetur repudiatio legati.l.magis.§.fundum.hic.Et generaliter quod de alienatione dicitur in ſenatuſconſulto,de quacunque promiſſione accipiendum eſt, qua quis ius ſibi in fundo competens remittit,vt dicitur in l.7.ſi ad reſoluendam.C.eod. Alienatio tamen neceſſaria hic non prohibetur, quæ non pendet ex voluntate eorum qui alienant, ſed ad quam etia n inuiti adiguntur.l.1.§.ſi cōmunis, hic. vbi Iureconſultus loquitur de diuiſione. Diuiſio autem eſt ſpecies alienationis. Res enim vel pars eius,quæ mea nō fuit, diuiſione mihi acquiritur,nam ante diuiſionem fundi pars ſocij mei in toto confuſa erat, & mea in toto. Præterea fieri poteſt aliquando, vt tota res vni adiudicetur qui condemnetur, deinde ad tātundem præſtandum.

Minor alium ad diuiſionem prouocare non poteſt, ipſe autem prouocatus recte diuidet: aliud igitur eſt exemplum alienationis, quæ non prohibetur ſenatuſconſulto, veluti neceſſaria.d.l.1.hic.& l.inter omnes. C. eod. Vnde conſequens eſt,ſi vterque minor ſit,neutrum alterum prouocare ad diuiſionem poſſe.l.ſi pupillorum. hic. Prædium quoque minoris in pignus dari non poteſt.l.1.§. vlt.l.2. & 3. hic, niſi reſcripto principis pignoris obligatio confirmetur. Valet etiam cum fiſco facta hæc pignoris obligatio.dd.ll.

Quarum rerum alienatio prohibita ſit ſenatuſconſulto.

CErtum eſt prædiorum ruſticorum & ſuburbanorum alienationem prohibitam eſſe, quorum fit mētio in ſenatuſconſulto,hic.l.1.& l.ſi prædium. C.eo.ſenatuſconſulto nō eſt prohibita alienatio prædiorum vrbanorum, quia iuris auctores videbant prædia vrbana & ædificia oneri plærunque eſſe,ruſtica vera vſui.Sed tamen lex à Iuſtiniano edita eſt, qua prohibetur alienatio rerum vrbanarum. l. lex quæ. C. de adminiſt.tut.Quæſtio eſt de rebus emphyteuticariis, vectigalibus & vſufructu, an hæc prædia poſſint obligari aut alienari. hæc quæſtio tractatur in l.3. ad fin. hic. quo te remitto. de his prædiis vectigalibus loquitur quoque l.etiam.C.eo.

Quæritur etiā de lapicidinis, & ſalinis, an alienari poſſint? Et Iureconſultus in l.3.4.& 5.hic ait, nec eas quoque alienari poſſe.in d.l.5.§.1.hic quæſtio tractatur de rebus bona fide poſſeſſis.& Iureconſultus ait alienari eas res non poſſe.

Quid dicemus de rebus datis in pignus minori: an hæ res obligatæ alienari poterunt à tutore?minime.Cur ita?quia pupilli non ſunt.d.l.5.hic.hoc tamen eſt intelligendum cū exceptione,quæ ibidem traditur, niſi pupillus ius dominij à principe impetrauerit.

Alia quæſtio tractatur de rebus communibus in l.neque.§. pen.hic. vbi dicitur eas alienari non poſſe.

Quibus perſonis interdicatur hæc alienatio?

HÆc alienatio interdicitur tutoribus,curatoribus, & aliis huiuſmodi perſonis, vt ſenatuſconſulto continetur: id autem explicatur fuſius à Iureconſulto in l. neque in primo. hic.& in l. 2.C.de curat.furio. Quæritur de patre qui tutor aut curator datus eſt filio ſuo,an is alienare poſſit res ipſius filij? Et Imperator in l.3.C.eo.reſcripſit ne patrem quidem alienare poſſe bona filij ſui. Notandum tamen eſt, ſi pater pupilli eiuſdemq; tutor velit diſtrahere prædium aliquod filij ſui,prætorem debere propenſiorem eſſe ad conſentiendum diſtractioni,quam alia perſona eſſet.l.ſi pupillorum.§. ſi pater. hic. Alius locus huius tit.eſt in quo tractatur

De effectu huius prohibitionis

TAntus eſt effectus huius prohibitionis, vt alienatio aduerſus eum facta ipſo iure nulla ſit & irrita, vt nō quærامus,an ſit circumſcriptus minor necne.l.2.l.ſi quidem.C.eo. Idem etiam dicendum eſt, etſi alienatio facta ſit ſecundum ſolennitatem ſenatuſconſulto requiſitam:ſit tamē obreptum prætori.hoc expreſſum eſt l.1.hic.Idem dicitur in l.etſi præſes C.eod. Animaduertendum autem hic eſt,ſi minor,qui vendidit prædium ſuum,locupletior factus ſit ex illa alienatione, & velit vindicare rem alienatam, eum ſubmoueri poſſe exceptione doli.d.l.pupillorum.§.vlt.hic.Et aliquando non pecuniam tantum, ſed etiam vſuras præſtare debet minor. Huius rei exemplum eſt in l.ſi fundus.§.vltim. hic. Poſtremus locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Ex quibus cauſis concedatur hæc alienatio.

ET in primis permittitur prædij minoris alienatio, ſi pater pupilli teſtamento ſuo cauerit, vt prædia alienentur: hoc enim expreſſum eſt ſenatuſconſulto. Vnum hic diligenter notandum eſt,quod in l.vltim.huius tituli dicitur,ſi teſtamentum quo pater voluit diſtrahi prædium minoris, factum ſit irritum,poſſe nihilominus tutores prædium illud alienare. Quamquam enim teſtamentum irritum factum ſit,voluntatem tamen teſtatoris probat, & ad id ſolet hic locus adduci. Non hic loquimur de teſtamento iniuſto non ſolenni: ſed de teſtamento quod irritum factum eſt, diminutione aliqua capitis.

Secunda cauſa eſt, æs alienum. Si ære alieno oneratus ſit minor,prædia eius alienari poſſunt,vt ære alieno liberetur, id etiam ſenatuſconſulto expreſſum eſt. Idem dicitur in l.ob æs. C.eod.Sed hoc fit cauſa tantum cognita,oportet enim decretum prætoris cum cauſæ cognitione, quæ deſcribitur in l.magis.§.non paſſim, hic.interuenire. hoc etiam caſu huc pertinet l.ſi pupillorum, hic,& l.minorum. C. eo. vbi dicitur hoc per libellum fieri non poſſe, qui locus maxime prodeſt ad interpretationem l.nequicquam.in prin.de offic. proconſul. & legati.

Tertia cauſa eſt, ſi id permiſerit princeps. hic enim reſcriptum vim habet decreti prætoris.l.2.C.quando decreto opus non eſt.

TIT. LXXIIII. LIB. V. C.

SI MAIOR FACTVS ALIEN. FAC.

HIc titulus appendix eſt præcedentis,& propterea coniungendum putaui. Diximus venditionem prædiorum pupillarium nullius eſſe momenti, niſi ex iuſta cauſa facta ſit, & cauſa cognita decretum prætoris interuenerit: hic dicimus valere venditionem etiam ſine decreto prætoris factam,ſi maior factus qui minor erat,venditionem ratam habuerit. Sed quæritur quis ſit effectus huius ratihabitionis? Et diſtinguendum eſt: eſt enim quædam ratihabitio expreſſa, quædam tacita quæ per lapſum temporis inducitur.Expreſſa hunc effectum habet, vt confirmet alienationem,quæ ſine decreto facta eſt,perinde ac ſi decretum interceſſiſſet,vt dicitur in l.1.hic. Notandum igitur eſt,hac ratihabitione nullum alium defectum ſuppleri niſi decreti prætoris.Nam ſi minor deceptus in ea venditione, hac ratihabitione non efficiet quominus recedi poſſit à tali contractu.l. 2.C. de reſcin. ven.

Aliud eſt genus ratihabitionis,quæ inducitur lapſu temporis,cuius mentio eſt in l.vlt.hic,celebratiſſima. Cui conſtitutioni repugnare videtur,quod dicitur in l.vlt. C.de tempo.reſtit.in integ.pet. vbi conſtituitur quadriennium continuum. Sed hic nos loquimur de alienationibus inutilibus, quæ nullius momenti ſunt.d.l. vlt. loquitur de tempore quod conſtituitur pupillo ad reſtitutionem in integrum petendam, quod facile ex verbis dictæ legis colligitur.Hodie in Gallia nō ſeruatur hæc conſtitutio,vbi præſtituitur tempus decem annorum tam ad reſtitutionem impetrandam,quam ad promouendum contractum eſſe nullum.

TIT. X. LIB. XXVII.

PANDECT.

DE CVRATORIBVS FVRIOSO, PRODIGO ET ALIIS, &c.

TOTVM hunc tractatum in quinque locos partiemur. Primus eſt in quo quæritur,

Quibus detur curator.

TITVLVS ipſe ſatis oſtendit, minoribus vigintiquinque annis curatores dari: huius enim ætatis eſt imbecillitas tanta, vt ei curatore opus ſit. l. 1. ſupra de minoribus. Mirum autem viſum eſt

quod ibi dicitur non committi eis ante vigeſimumquintum annum adminiſtrationem rerum ſuarum: idque contrarium videatur quod dicitur ſub tit. de curatorib. in Inſtit. non poſſe eis inuitis curatorem dari. Budæus putauit hæc pugnantia eſſe, quod ego tamen nō puto. Cum enim dicitur, eis inuitis curatorem non dari, nō eſt intelligēdum, quod ideo rerum ſuarum adminiſtrationem habeant. Dantur ergo curatores minoribus petentibus non inuitis, excepto milite, vt dicitur in l. 3. C. ſi curator.

Secundo, furioſo, prodigo, muto, ſurdo, mente capto, & generaliter his omnibus, qui ſe regere non poſſunt, datur curator, vt dicitur in l. 2. huius tituli. Olim furioſi in poteſtate agnatorum & gentilium erant: nam lege duodecim tabularum agnati iis legitimi curatores erant. Hodie tamen prætores eis curatores dare ſolent ex inquiſitione, etiam ſi agnati non ſint. idem dicitur in l. 1. C. eod. Quæritur de filiofamilias, quid ſi filiusfamilias inciderit in furorem, dabiturne ei curator à prætore? hæc quæſtio tractatur in l. vlt. in prin. C. eod. vbi dicitur quod curator ei non datur, ſed pater ſit ei legitimus curator. Quæritur etiam de prodigo, quid ſit prodigus? id docet Vlpianus in l. 1. hic. & in l. Et mulier. eod. de prodigo tractabimus in lectione publica in explicatione l. is cui bonis. de verbor. obligat. Ventri etiam curator datur. l. bonorum. hic. Curator etiam datur bonis hæreditariis. l. 3. hic. de hoc curatore titulus eſt infra de curat. bon. dand. vbi hæc ſuo loco tractabimus, *Commiſſaire aux biens* Galli vocant. Item bonis diſtrahendis nobilium perſonarum. l. 5. hic. nec & aliarum perſonarum bonis diſtrahendis datur. Secundus locus huius tituli eſt, in quo quæritur,

A quibus detur curator.

DIximus iam prætorem Romæ vel præſidem in prouincia ex inquiſitione dare ſolere curatores, tametſi olim ag atis & tutela, & cura deferretur, vt apparet ex §. furioſi. Inſtit. tut. de curat. l. ſæpe. hic. & l. vltim. §. ſin autem. Cod. eod. De hac datione obſeruandum eſt, quod cautio interuenire debeat, & ea quidem pleniſſima. Quæſtio tractatur de fratre emancipato in leg 5. Cod. eod. vbi dicitur eum legitimum curatorem eſſe ſorori furioſæ, licet iuris ratio contraria omnino videatur, cum emancipatione tollatur agnatio. Quæritur de patre, an poſſit filio ſuo dare curatorem? hæc quæſtio tractatur in l. ſi furioſo. hic. Alius locus huius tituli eſt in quo quæritur,

Quis detur curator his perſonis.

CVm quæritur quis detur curator his perſonis, de quibus locuti ſumus, dicendum eſt hunc locum plene non tractari ſub hoc tit. ſed in titulis ſuperioribus explicatum fuiſſe. quæritur in l. 1. hic, an filius poſſit dari patri furioſo curator? hæc autem quæſtio tractatur in l. 1. 2. & 3. hic. & l. is qui. ſupra de tuto. & curat. dat. ab his qui ius dand. tuto. In quibus omnibus locis dicitur poſſe dari, quamuis ratio naturalis repugnare videatur, quia iniquum eſt patrem à filio regi. Tamen viſum eſt Iureconſultis, filio potius curationem permittēdam quam extraneo alicui. Alia quæſtio tractatur de marito & vxore, an maritus vxori furioſæ curator dari aut conſtitui poſſit? & in l. virum. hic. & l. 2. C. qui dar. tutor. poſſ. id prohibetur, ne forte propter affectionem vxoris erga maritum non auſit ille repetere curationis ſuæ rationem. Alius locus eſt huius tituli in quo tractatur

De officio & poteſtate huius curatoris.

HIc locus etiam hic nō plene tractatur propter rationem quam ſupra adduximus in loco præcedenti. A curatore qui his perſonis datur, exigitur ſatiſdatio. l. 1. §. 1. hic. l. vlt. §. ſed cum antiquitus. C. eo. de hac ſatiſdatione dictum eſt ſupra ſub tit. de adminiſt. tut. Omnia quæcunque ad furioſum ſpectant, hic curator procurat & adminiſtrat. l. Iulianus. & l. pignus. hic. l. 2. C. eo. hæreditatem adit, pignori dat, dominium transfert. l. vlt. §. ſin autem. Cod. eod. Donare tamen hic curator non poteſt nec manumittere: quia ea res ex adminiſtratione non eſt. l. ab agnato. hic. Recte quoque ei ſoluitur. l. conſilio. §. vltim. hic. ſi intermiſſus ſit furor & dilucida habeat interualla, poterit furioſus res ſuas gerere dum ſapit. l. cum aliis. C. eod. Non tamen interim mutatur curator, nec deſinet eſſe, neque tamen agit interim.

De officio eius curatoris qui bonis datur, loquitur Iurecōſultus in l. cuius bonis, hic: vbi ait eius officium ad hæredes eius non tranſire, & eo mortuo dandum eſſe alium curatorem bonis. Poſtremus locus huius tit. eſt, in quo quæritur,

Quando finiatur hæc cura.

HIc locus pauciſſimis verbis explicatur in l. 1. hic. vbi dicitur hanc curam finiri cum furioſus ſanitatem aut bonos mores recuperauerit. Intermiſſo tantum furore non deſinit eſſe curator, vt iam diximus ex d. l. cum ex aliis. C. eod.

Hic finitur tractatus de tutelis, & ita totius quartæ partis Pandectarum.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XXVIII. DIGESTORVM TIT. I.

QVI TESTAMENTA FACERE POSSVNT.

Hinc incipit quinta pars Digeſtorum de Teſtamentis.

IVSTINIANVS libros Digeſtorum partitus eſt in ſeptem partes. Prima pars, quam τὰ πρῶτα vocauit, incipit ab initio Digeſtorum. Secunda incipit à tractatu de iudiciis. Tertia à tractatu de rebus creditis. Quarta à tractatu de pignoribus & hypothecis. Quinta ab hoc tractatu. Sexta à titulo de bonor. poſſeſſ. Septima à tit. de verbor. obligat. De hac quinta parte loquens Iuſtinianus C. de veteri iure enucle. in l. ſecunda. vbi de confirmatione Digeſtorum tractat, his verbis vtitur. Quintus exoritur Digeſtorum articulus, in quo de teſtamentis & codicillis, tam priuatorum, quam militum, omne quicquid antiquitus dictum eſt, inueniat quis repoſitum, qui de teſtamentis appellatur. Et certe verum dicit: eſt enim copioſiſſime & fuſiſſime deſcripta hæc pars, vt per ſingula capita & titulos legendo oſtendemus. Quod ait hanc partem de teſtamentis appellari, inſcriptio eſt totius huius partis. Titul. autem primus huis partis eſt, qui teſtamenta facere poſſunt, & quemadmodum teſtamenta fiant. Hic titulus duas habet partes. Prior pars eſt de perſonis, quæ teſtamenta facere poſſunt. Poſterior eſt, quemadmodum teſtamenta fiant. Antequam de ſingulis partibus dicamus, de quibus dicemus ſeparatim, videndum eſt

Quid ſit teſtamentum.

DEfinitio teſtamenti extat hic in leg. 1. ex Modeſt. lib. 2. Pandect. ſic enim legendum eſt. Alia eſt definitio Vlpiani huic non diſſimilis. Inſtit. titu. 10. de teſtam. ſed pars definitionis tantum eſt apud Vlpian. ſumpta à verbi ἐτυμολογία. Nos autem Modeſtini definitionem hic explicaturi ſumus, ſingulaque eius verba declaraturi. In primis dicitur in definitione, teſtamentum eſſe ſententiam. Sententia, genus eſt in hac definitione. Sententia enim dicitur non ſolum teſtatoris, ſed etiam legiſlatoris, item Senatuſconſulti. leg. ex ſententia. 29. de teſtam. tur. Idem ſignificat teſtatio mentis apud Iuſtinianum, & conteſtatio mentis apud Vlpian. ſententia volun-

voluntatis, & teſtatio mentis, vel conteſtatio idem ſunt. Grãmatici rident Iuſtinianum admodum ridiculè, quòd dixerit teſtamentum eſſe teſtationem mentis, ſed nihil eſt in Iuſtiniano quod reprehenſione dignum ſit. verum enim eſt, teſtamentum teſtationem eſſe mentis. Si dixiſſet Iuſtinianus teſtamentum eſſe teſtationem voluntatis, nullam anſam reprehenſionis reliquiſſet Grammaticulis. fortè dixit Iuſtinianus mentis potius, quàm voluntatis, quòd hæc paronomaſia aliquid venuſtatis haberet. Dicitur in diffinitione, ſententia voluntatis. non ſatis viſum fuit Modeſtino dicere ſententia: ſed addidit, voluntatis. Ego hic percurram paulò ſcrupuloſius ſingula verba, nec hæc erunt inutilia. His verbis oſtendit Modeſtinus teſtamentum non eſſe, quocunque modo ſententia noſtra exprimatur, ſed cùm ſignificamus nos velle aliquid fieri, vt ſequentia verba oſtendunt, de eo, quod poſt mortem noſtram fieri, &cæt. ſententia eſt noſtræ voluntatis. Cum quis decernit ſe aliquid velle fieri, tunc dicitur teſtamentum eſſe, atque hinc vulgò dicitur, verba enunciatiua non eſſe apta ad teſtamentum faciendum. Dialectici vocant enunciatiuam orationem, qua aliquid affirmatur, aut negatur eſſe. Oportet autem verbis diſpoſitiuis vti, vt vulgò vocantur. Exempla ſumuntur ex variis locis, ex l. Titia cùm teſtamento. 35. §. Caius. infra de leg. 2. l. ex his verbis. C. de teſtam. mili. l. ex hac ſcriptura. de donat. l. verba. de teſtam. Hæc igitur verba idonea non ſunt ad teſtamentum faciendum, licet ex coniectura voluntatis benignius interpretando voluntatem teſtatoris, pro diſpoſitiuis accipiantur. Hinc notandum eſt, abſque voluntate nullum eſſe teſtamentum. harum rerum cognitio in docendo eſt maxime neceſſaria. hæc enim ſunt fundamenta maximarum cognitionum. Verum eſt quod Galenus ſcribit quodam in loco eum, qui exercitatus eſt in his, quæ confeſſa ſunt & certa, multo certius iudicare de dubiis, quod eſt verum in iuris ciuilis tractatione. id nunc ego oſtendam exemplo. Ex eo quod diximus, ſine voluntate non conſiſtere teſtamentum, quæſtio hic tractari ſolet ſi quis metu coactus fuerit, vt teſtamentum faceret, an teſtamentum ſit nullum ipſo iure, an vero valeat? Et quidam exiſtimant nullum eſſe teſtamentum ipſo iure, propter metum qui videtur voluntatem excludere, ſed non ita eſt. Nam id quod metus cauſa geſtum eſt, ipſo iure valet, quamuis propter prætoris auxilium ratum non ſit quod reſcindit, quod metus cauſa geſtum eſt: non enim exiſtimauit prætor æquum eſſe, vt ratum habeatur, quod metu compulſus quis fecit. Quamuis enim voluntas rectè dicatur interueniſſe, hæc tamen voluntas libera non eſt, ſed coacta: dicitur tamen voluntas interuenire, quia principium agendi eſt in eo, qui metu coactus eſt, nec poſſit dici omnino inuitus facere. l. ſi patre cogente. 22. ſupra de ritu nupt. Ariſtot. lib. 3. Moral. ait, quod metu geſtum eſt, nec eſſe voluntarium, nec inuoluntarium, ſed mixtum eſſe, & magis voluntarium: quoniam principium agendi in nobis eſt. Ego hoc obiter attingere volui, vt oſtenderem vim verborum, quibus Modeſtinus in hac definitione vſus eſt. Hæc quæſtio pertinet ad edictum prætoris de eo quod metus cauſa. Præterea dicitur in definitione, *voluntatis noſtræ*, hæc verba emphaſim quandam videntur habere. Hoc verbo oſtendere videtur Modeſtinus ad ciues tantum Romanos pertinere teſtamenti factionem. Sententia eſt, quod ſentimus nos, qui ſumus ciues Romani. factio teſtamenti ad ciues tantum Romanos pertinet, id ſatis oſtendunt verba legis Falcidiæ. deinde quod ait, noſtræ, videtur voluntatem alterius excludere, quaſi teſtamentum in voluntatem alterius non debeat conferri, vt dicitur in l. illa inſtitutio. 32. de hære. inſtit. Hoc enim genus inſtitutionis hæredum improbatur, Ego tales hæredes inſtituo, quos Sempronius voluerit. ratioque hæc adfertur: quia certum debet eſſe conſilium teſtantis, ideoque legitimum teſtamentum non dicitur, quod pendet ex alieno arbitrio. Quidam adducunt l. captatorias. 70. de hæred. inſti. ſed hic non eſt captatoria inſtitutio, de eoque dicemus poſtea fuſius. *Iuſta*. Iuſtam ego interpretor legitimam, ſolennem, quæ certam formam legibus & iure præſcriptam habet. Hæc interpretatio colligitur ex l. 1. de iniuſto rupto. vbi dicitur teſtamentum non iure factum, in quo ſolennia iuris deſunt. Solenne igitur teſtamentum dicitur vbi ſolennia iuris interuenerunt, idque apertius expreſſum eſt in definitione Vlpiani Inſti. d. tit. 20. de teſta. in prin. vbi ait, in id ſolenniter factum, vt poſt &cæt. ne quis dubitaret quomodo accipiendum eſſet verbum iuſta, in hac definitione poſitum. ſic differt teſtamentum à codicillis. differentia teſtamenti & codicillorum ſatis manifeſta eſt ex diſtinctione titulorum. l. ſi idem. Cod. de codicil. hoc argumento vtitunr Imper. in. d. l. ſi idem. hæc definitio ſic explicata non conuenit codicillis. Codicilli poſſunt quidem definiri, ſententia voluntatis noſtris de eo quod poſt mortem noſtram fieri volumus. hæc omnia verba conueniunt codicillis: tamen non eſt iuſta, legitima & ſolennis ſententia. Sed cur non dicitur ſolennis & iuſta ſententia codicillorum? Solet afferri hæc ratio: quia codicilli nullam ſolennitatem deſiderant. hoc ait Iuſtinianus in Inſtit. Sed obiicitur huic ſententiæ. l. vlt. C. de codicil. vbi dicitur, quinque teſtes neceſſarios eſſe in codicillis conficiendis. Solennitas quædam eſt adhibere quinque teſtes, cum ad probationem ſufficiant duo, nec ſufficit dicere ideo non eſſe iuſtam hanc ſententiam, quia non tantam ſolennitatem adhiberi neceſſe eſt, quantam deſiderat teſtamentum. nam obiici poteſt plenam eſſe in ſuo genere: itaque aliter reſpondendum eſt meo iudicio. Igitur reſpondeo, iuſtã, in hac definitione ſignificare legitimam, ſicut iuſta hæreditas dicitur pro legitima. l. 3. §. de illo. ſupra pro ſocio. Iuſta ætas etiam dicitur. Ius plerumque accipitur pro lege, tametſi & ad ius prætorium & ad reſponſa prudentum nonnunquam referatur: in codicillis nihil legitimum eſt, ex legibus non proficiſcuntur, non ſunt introducti legibus Romanis. Ante Auguſtum nullus erat codicillorum vſus. Inſtitut. de codicil. ſed moribus receptus eſt non aliqua lege lata à populo Romano, ſic interpretamur hic iuſtam. Certum eſt hæc verba definitionis teſtamenti codicillis non conuenire. Dixerit aliquis, ergo hic non definitur genus, ſed tantum ſpecies teſtamenti. Dicitur teſtamentum quoddam iuſtum, aliud iniuſtum, vt infra tit. de iniuſto rup. & irri. teſtamen. Reſponſio ſatis expedita eſt ex eo quod dicitur in l. 2. infra quemadmo. teſtam. aper. qui locus confirmat, quæ à nobis dicta ſunt de interpretatione huius verbi, vbi dicitur iniuſtum teſtamentum non eſſe proprie teſtamentum, ſed abuſiue dici teſtamentum. Merito igitur definitur teſtamentum à Modeſtino, hoc modo, quæ ſint hæc ſolennia nos in altera parte huius tituli docebimus. Forma teſtamenti conficiendi deſcribitur aliquot capitib. huius ti. Inſtitutio hæredis etiam interuenire debet. l. proxime. infra de his quæ in teſtam. delen. Si teſtator habeat filium in ſua poteſtate, eum heredem inſtituere, aut nominatim exhæredare debet. Si enim præteritus ſit, rumpit teſtamentum. l. inter cætera. infra de lib. & poſthum. Hinc tractatur quæſtio ab aliis, de filio exhæredato à patre ſine iuſta cauſa, an teſtamentum nullum ſit? Cenſent nonnulli teſtamentum nullum eſſe, adducunt conſtitutionem Iuſtiniani, vt cum de appel. cog. hanc quæſtionem tractaui ſupra in tit. de inoffi. teſtam. Ex noſtra interpretatione ſatis colligitur quantum aberrent, qui exiſtimant nullum eſſe teſtamentum. Querela enim inofficioſi teſtamenti neceſſaria eſt, vt reſcindatur teſtamentum contra officium patris factum. Hinc tractatur quæſtio, an teſtamentum ſit iuris ciuilis, an iuriſgentium? Ex his quæ diximus, videtur iuris ciuilis eſſe. dicitur enim iuſta ſententia, & eam interpretamur legitimam. Eodem pertinet, quod dicitur in l. 3. hic. hoc refertur ad legem duodecim tab. ex l. verbis legis. 120. infra de verb. ſign. Alii diſſentiunt, & contendunt iuriſgentium eſſe. Mouentur auctoritate Theophili, Inſt. de iur. natur. gen. & ciui. vbi ait, apertum teſtamentum eſſe iuriſgentium. vt breuiter dicam quod ſentio, hi mihi verbis magis videntur diſſentire, quam re. Hic mihi Modeſtinus teſtamentum ciuile & legitimum definire videtur. voluit enim definire teſtamentum, quod apud Romanos vſitatum eſt: quoniam alia teſtamenta nullam vim habebant apud Romanos. Sic obligatio definitur apud Iuſtinianum in Inſtitut. tit. de obligatio. in princip. Ibi enim videtur legitimam & ciuilem tantum obligationem definire, quoniam videbat eam tantum obligationem confirmatam eſſe legibus Romanis, & eam tantum ad agendum valere, quamuis naturalis obligatio dicatur obligatio. Poſſet ergo latius definiri teſtamentum, ideo non eſt credendum, Gallos nullum teſtamentum facere,

quamuis non faciant teſtamentum ſecundum formam iure ciuili præſcriptam, alias teſtamentum dicitur iuriſgentium eſſe: quoniam vſitatum fuit teſtamentum apud alias gentes. Cicero quodam in loco, docens nos debere curam poſteriorum habere, dicit ex hac affectione teſtationes morientium natas eſſe. Deinde dicitur in definitione Modeſtini hic, *De eo, quod quis fieri, &c.* Hoc verbo admonemur ſufficere conſenſum eius, qui teſtamentum facit, ad teſtamentum faciendum, ſic intelligitur differre à contractu. leg. 1. §. conuentionis, ſupra de pactis. ideo recte dicimus appellatione teſtamenti non contineri contractum, nec appellatione contractus contineri teſtamentum. l. verba contraxerunt, 20. infra de verbor. ſignificat. quamuis ſoleat argumentum duci à teſtamentis ad contractus, & contra. *Poſt mortem.* Senſus horum verborum eſt, quod quis fieri velit, ita vt poſt mortem ſuam valeat. Hanc interpretationem collegi ex definitione Vlpiani à nobis iam recitata. Hoc eſt, quod alibi dicitur, ambulatoriam eſſe & reuocabilem teſtatoris voluntatem vſque ad mortem. leg. 4. de adimen. lega. Hinc etiam dicitur morte confirmari teſtamentum, eſt dictum Pauli relatum in capite cum Marthæ. de celeb. miſſa. in antiquit. Decret. Vnde ſi in vendendo pactum interuenerit, vt aliquid poſt mortem fiat, non dicetur teſtamentum, quia id ſtatim ratum eſt, quamuis eius executio differatur poſt mortem. Nam vis huius conuentionis nõ differtur. l. ſcrupuloſam. C. de contrahen. ſtipulat. & C. vt ab hæredi. & in hæred. Hic quæritur, an hæc verba ſint accipienda de morte naturali, an de morte ciuili? Quæſtio & dubitatio naſcitur ex eo, quod plerunque deportatio ſerui comparatur morti. Dicitur mors quædam ciuilis eſſe, interpretatione quadam ciuili. leg. prima & vltim. infra de bonor. poſſeſ. contra tabul. ſed certum eſt hæc verba de morte naturali eſſe accipienda. Ego aliquid attigi hac de re in leg. ex ea parte. 121. §. 1. de verb. obliga. Hunc locum accuratius tractaturus ſum ad l. Gallus. 29. infra de liber. & poſthu.

Explicauimus definitionem teſtamenti, quæ traditur à Modeſtino in leg. 1. huius tit. ex quo poteſt cognoſci quid ſit teſtamentum, & quomodo accipiendum ſit hoc verbum, vbicunque reperitur in iure ciuili: ſed animaduertendum eſt hic reperiri homonymiam, ſicut & in aliis pleriſque vocabulis. Teſtamentum diximus eſſe declarationem, ſeu conteſtationem voluntatis noſtræ, &c. ſed aliquando accipitur pro ſcriptura, pro tabulis, pro codice ipſo, in quo teſtamentum conſcribitur per hypallagen. Quomodo enim aliter poſſet accipi quod dicitur teſtamentum apertum, teſtamentum ſurreptum? l. Paulus reſpondit. 16. ad leg. Cornel. de falſ. & l. 1. quemad. teſtam. aper. Teſtamentum apertum dicimus, tabulas ipſas in quibus deſcripta eſt voluntas teſtatoris: ſed alia eſt ſignificatio teſtamenti, cum dicimus teſtamentum eſſe declarationem noſtræ voluntatis, &c. nec poteſt aliter accipi in leg. vnum teſtamentum. 24. hoc tit. Si quis deſcripſerit teſtamentum, voluntatem ſuam vltimam in multis tabulis, & multis exemplaribus, non ſunt tot teſtamenta, quot ſcripturæ, ſed vnum teſtamentum. Sic vocatur iuriſcon. teſtamentum iudicii teſtatio, quæ deſcribitur pluribus tabulis. vnum eſt enim tamen teſtamentum, cum teſtamentum accipitur pro ſcriptura. ſic accipitur etiam pactum in leg. iuriſgentium. §. quod fere. ſupra de pact. ibi, pactorum, id eſt, inſtrumentorum, quibus pacta deſcribuntur. Sic Cicero in orat. part. dicit. ſcriptorum aliud eſt publicum, &c. Quem autem vſum & vtilitatem habeat hæc quæſtio de homonymia huius vocabuli, docuerunt qui in hunc locum ſcripſerunt. Exemplis vulgaribus ſpectanda ſemper eſt mens & voluntas proferentis, veluti legislatoris. ſic facile iudicabimus quam ſignificationem ſequi debeamus, & an hoc verbum pro conteſtatione iudicii & voluntatis, an pro ſcriptura accipere debeamus. Veluti ſcriptum eſt, vt in ſingula teſtamenta certum vectigal pendatur, cuiuſmodi ſunt ſtatuta in Italia. Pone deſcriptam eſſe pluribus exemplis eiuſdem voluntatem vltimam, an pro ſingulis huiuſmodi ſcripturis vectigal exigetur, an ſufficiet ſemel tantum vectigal pendere? Hic ſequemur propriam teſtamenti ſignificationem, & dicemus ſemel tantum vectigal pendendum eſſe, quaſi vnum tantum ſit teſtamentum. Quid ergo, ſi ſtatutum ſit, vt tabelliones pro ſingulis teſtamentis certam mercedem operæ ſuæ gratia accipiant? Nos pro ſcriptura ipſa tunc accipiemus teſtamentum. Hæc exempla demonſtrant, quid de ſimilibus iudicandum ſit, quoties occurrit in edicto aliquo, ſtatuto, vel lege aliqua, hoc vocabulum.

De his, qui teſtamentum facere poſſunt, aut non poſſunt.

SIc enim inſcribitur hic titulus noſter, Qui teſtamenta facere poſſunt, & quemadmodum teſtamenta fiant. Separati ſunt hi tituli lib. 6. C. Iuſtiniani, & præcedit tit. qui teſta. fac. poſſ. & à perſonis incipiendum eſſe admonet Caius. l. ſi quæramus. 4. hoc tit. Hæc verba Caii non ſunt intelligenda, vt vulgo Doctores intelligunt, de ordine & modo cognitionis in iudicio, ſed de ordine docendi & diſputandi de teſtamentis. Aiunt vulgo in iudicio, ſi proferatur teſtamentum, & is contra quem prolatum eſt teſtamentum obiiciat, eum qui teſtamentum fecit, non habuiſſe teſtamenti factionem, prius hanc quæſtionem decidendam eſſe, quàm quæratur de ſolennitate & ordinatione teſtamenti, quia prius, inquiunt, de perſonis eſt inquirendum, ſecundum hanc Caii ſententiam, & hoc longius producunt ad perſonam iudicis & procuratoris, ſi dicatur iudex competens non eſſe: & ſi quis velit iuriſdictionem declinare alicuius, tanquam iudicis non competentis, prius cognoſcendum eſt an iudex competens ſit, an non ſit. Sed alius eſt horum verborum ſenſus. Hic enim agitur de ordine docendi. Si quis velit dicere de teſtamentis, ordo exigit, vt de perſonis quæratur in primis, deinde de ſolennitate teſtamenti. Mouet me quod hoc caput ſumptum ex lib. 2. Inſtit. Caii ſit. Caius in Inſtitutionibus ad inſtituendos iuuenes eam methodum ſequi voluit, quam videbat ad docendum accommodatiorem eſſe. Si ex libro Reſponſorum alicuius Iuriſconſul. hoc ſumptum eſſet, multo facilius admitterem vulgarem interpretationem: ſed ſatis apparet ex inſcriptione ipſa, quomodo ſcripſerit Caius, de perſonis prius inquirendum eſſe. Quid ſit teſtamenti factionem habere, notent tyrones ex titu. de hæred. qualitat. & differ. in Inſtit. l. filiusfamil. 16. hoc tit. Teſtamenti factio actiuam & paſſiuam habet ſignificationem, teſtamenti factionem habere dicuntur, qui teſtamentum facere poſſunt, & hi quibus aliquid teſtamento relinqui poteſt. De his igitur perſonis videamus. Et notandum eſt in primis & pro regula ponendum, omnibus permiſſam eſſe teſtamenti faciendi facultatem, niſi id quibuſdam interdictum ſpecialiter reperiatur. Lex duodecim tabularum generaliter permiſit omnibus ciuib. Romanis teſtamentum condere, & lex quoque Falcidia. l. verbis legis. de verbor. ſignifi. Sed certis ex cauſis interdicta eſt teſtamenti factio. Hæ cauſæ diligenter notandæ ſunt & obſeruandæ: quoniam vbi nihil tale prohibitum eſſe reperitur, ſemper dicendum eſt permiſſam eſſe teſtamenti factionem. Hæ cauſæ collliguntur partim ex hoc tit. partim ex tit. Cod. & Inſtitut. quib. permiſſ. non eſt fac. teſtamen. Exempli gratia, Quidam prohibentur facere teſtamentum propter inopiam iudicii & conſilii, cuiuſmodi ſunt impuberes. Impubes enim teſtamentum facere non poteſt: quia iudicio caret, aut ſaltem infirmum habet conſilium. l. ſi frater. C. qui teſtamen. fac. poſſ. Addendum eſt, ne tutore quidem auctore impuberem facere poſſe teſtamẽtum, quamuis alia negotia gerere & contrahere poſſit cum auctoritate tutoris ſui, hoc ſatis expreſſum eſt in leg. prim. §. 1. de tut. & ratio. diſtrah. & ratio ſolet adduci ſatis probabilis, quia vis teſtamenti confertur in id tempus, quo futurus non eſt tutor: morte pupilli finitur tutela, & deſinit tutor eſſe. At nullam vim habet teſtamentum ante mortem: morte teſtatoris confirmatur teſtamentum. l. 4. infra de adimen. lega. Addendum eſt, teſtamentum quod factum eſt ab impubere non conualeſcere, licet poſtea pubertatem ſit aſſecutus, idque expreſſum eſt in Inſtitut. quib. non eſt permiſ. fac. teſtam. §. præterea teſtamentum, &c. quia ab initio nullam vim habuit, ideoque ex poſt facto non poteſt conualeſcere. Addendum eſt, ne militem quidem, qui impubes eſt, poſſe teſtamentum facere. l. vl. C. de teſt. mili. Hac Iuſtinianus noua conſtitutione (eſt enim vna ex nouis deciſionibus, quæ inſertæ ſunt Codici poſt primam C. editionem) derogat iuri veteri. Sed quæritur quomodo æſtimanda ſit pu-

bert

bertas? Hæc quæſtio tractatur dicto hoc tit. l. à qua ætate. 5. ſic .n. eſt legendũ, vt in Florent. legitur. Pandectis. ibi verſ. verius eſt in maſculis, &cæt. his verbis vtitur Vlpianus quoniam id controuerſum erat ipſius temporibus, idque ſatis conſtat ex iis quæ ſcripſit Vlpianus ipſe in Inſtit. titul. de tutel. ad fi. Refert Vlpianus opiniones contrarias Caſſianorum & Proculianorum: fuerunt enim ſectæ diuerſæ Iuriſconſul. Proculus & Proculiani exiſtimabant eſſe ætatem quatuordecim annorum, alii ex habitu corporis iudicandum eſſe. Iuſtinianus autem voluit pubertatem maſculorum eſſe in decimoquarto anno: ſed Proculianos ſequuntur pontifices in cap. puberes. de deſpon. impu. c. cum igitur, de matrimonio. ſed viſa eſt Iuſtiniano inuerecunda huiuſmodi corporis inſpectio. l. vltim. Codic. quando tutor. vel curat. atque ideo ſtatutum eſt certũ tempus, definitumque eſt tempus quatuordecim annorum in maſculis, & duodecim in fœminis. quamuis alii aliis tardius vel citius pubeſcant: ſed iura conſtituuntur de iis, quæ vt plurimum accidunt. leg. iura. ſupra de legib. & ſenatuſconſul. Sed cur diſtinguuntur maſculi à fœminis, cur idem tempus non ſtatuitur in fœminis quod in maſculis? Quidam vir eruditus ex recentioribus, de teſtamentis ſcripſit, & dixit nullam rationem eſſe cur diſcrimen ſtatuatur in teſtamentis inter maſculos & fœminas. Ait, cum de matrimonio quæritur, quia citius pubeſcit mulier, & citius apta eſt ad generandum, recte præſtitutum eſſe tempus quatuordecim annorum in maſculo, ſed cum quæritur de teſtamenti factione, nullam ait rationem eſſe. Quoniam, inquit, fœmina duodecimo anno non eſt ſagacior, quam puer eiuſdem ætatis, ideo videtur carere ratione, vt fœminæ permittatur duodecimo anno facere teſtamentum, maſculo autem non, niſi decimoquarto. Sed animaduertere debuit, mulierem citius perfectionem ſuam conſequi ſexui ſuo congruentem, tam animi quam corporis, quam maſculum. citius enim creſcit, perfectionem etiam animi ſui citius aſſequitur congruentem ſexui, citius aſſequitur prudentiam, quæ deprehenditur in mulieribus, quam vir aſſequatur iudicium & conſilium, quod ſolet eſſe in viris. Simile eſt quod dicitur in leg. 2. Codic. de his qui veniam ætat. vbi citius impetrat veniam ætatis mulier, quam maſculus. In venia ætatis hoc diſcrimen obſeruatur inter mulierem & maſculum. In reſtitutione in integrum tempus vigintiquinque annorum in vtriſque ſtatutum eſt leg. 1. ſupra de minor. x x v. ann. Ex hoc autem loco obſeruandum eſt mulieres habere teſtamenti factionem, licet infirmum ſit mulierum conſilium: tamen non eſt viſum vtile eis interdici teſtamenti factionem. Nihil in hoc iure reperitur quod adimat teſtamenti factionem mulieri. Olim mulier erat ſub perpetua tutela, ſed nihil tale reperitur in hoc iure, quod nobis reliquit Iuſtinianus. Sed quæſtio eſt de ætate, quæ ſic à nobis explicata eſt. Nunc quæritur, quando fœmina dicatur eſſe duodecim annorum, & maſculus quatuordecim, vt teſtamentum facere poſſit? Hæc quæſtio tractatur in dict. leg. à qua ætate. & dicitur non eſſe neceſſe, vt maſculus exceſſerit decimumquartum annum. Ex eo quod in eiuſdem leg. fin. dicitur, *poſt ſextam horam noctis, &cæt.* apparet ſufficere vltimi diei aliquod momentum attigiſſe: poſt ſextam horam noctis dies vltimus cœptus eſt. Ergo ſufficit diem cœptum eſſe vltimi anni, etiam ſi quis non exceſſerit vltimum annum. Valet itaq; eius teſtamẽtum, quod fecit trecenteſimo ſexageſimo, & aliquo momento ſexageſimiquinti diei: tot enim diebus conſtat annus. leg. cum hæres. 4. Stichus ſi hæredi meo anno ſeruierit. infra de ſtatu liber. & leg. ita vulneratus. 15. ff. ad leg. Aquil. Hic igitur notandum eſt diem cœptum pro completo haberi, etſi completus non ſit, quod ſuadet fauor teſtamenti: ſicut & in plæriſque aliis cauſis nihil eſt fauorabilius quam teſtamenti factio. leg. prim. de ſacroſanct. eccleſ. leg. in teſtam. 12. ff. de reg. iur. Id ego declaraturus ſum aliquibus exemplis. Vnum exemplum eſt in leg. in vſucapionibus. 6. ff. de vſucap. Quidam poſſedit rem alienam ex cauſa venditionis bonam fidem habens, exiſtimans eam eius eſſe propriam, qui eam vendidit, poſſedit triennio, ita vt ſupereſſet vltima dies tertii anni, quæritur an dicatur poſſediſſe triennio? Quæſtio ex eo naſcitur, quod non eſt completus vltimus dies. Ait ibi Iuriſconſ. perfectam eſſe vſucapionẽ, & rem ei acquiſitam eſſe. Fauorabilis eſt hæc vſucapio, fauorabilis eſt is, qui poſſedit rem aliquam iuſtum titulum habens cum bona fide, & alias fauor reipublicæ verſatur, quod res incultæ desererentur. Igitur hic fauorabilius interpretamur tempus, & interpretamur completum eſſe triennium, quamuis vltimus dies eius triennii cœptus tantum ſit, non etiam perfectus. Similis locus de vſucapione eſt in leg. vltima, de diuerſis & temporalibus præſcript. vbi idem dicitur. Simile exemplum eſt in leg. 1. de manum. eſt locus pertinens ad interpretationem legis Æliæ Sentiæ. Lex enim Ælia Sentia vetuit minorem viginti annis manumittere ſeruum. Sed quæritur quomodo accipere debeamus minorem viginti annis? Ait Iuriſconſul. eum habendum eſſe pro minore viginti annis, vt manumittere poſſit, qui peruenit ad vltimum diem viceſimi anni, quamuis eum non exceſſerit. Exigit fauor libertatis, vt manumiſſio ſerui valeat, quæ alias nõ valeret propter legem Æliam Sentiam. Sed difficultas naſcitur ex leg. 3. §. minorem. ff. de minor. vbi Iuriſconſul. ſic interpretatur hæc verba edicti prætorii: *Quod cum minore vigintiquinq; annis,* vt computatio fiat à momento ad momentum, vt vltimus dies cœptus non habeatur pro completo. Sed hoc etiam fauor & vtilitas minoris ſuadet. hic enim Iuriſcon. reſpexit ad vtilitatem, & fauorem minorum. Cum itaque quæritur, an minor reſtitui poſſit in integrum, quia negotiũ aliquod cum eo geſtum eſt, in quo captus eſſe proponitur: ſi forte quid contraxerit cum aliquo vltimo die viceſimi quinti anni, Iuriſconſ. dicit, eum reſtitui poſſe, hoc exigit fauor. Sic eſt intelligendum quod dicitur in dict. §. minorem. contra in leg. ad rempublicam. 8. ff. de munerib. & honor. vbi cum lex ait ante viceſimumquintum annum neminem ad rempublicam adminiſtrandam admittendum eſſe, viginti quinque annorum eum eſſe accipimus, qui cœpit viceſimumquintum annum. Sed ibi Iuriſconſul. ait in honoribus hoc ita accipi fauoris cauſa, qui non habent adminiſtrationem Reip. alioqui nullus fauor eſſet minoribus committere adminiſtrationem Reip. res eſſet odioſa & interpretatione potius reſtringenda, quam extendenda. Et notandum eſt apud Vlpianum in interpretatione edicti prætorii de minoribus, hæc ita fuiſſe diſtincta vt diximus: hæc diſtinctio integra erat apud Vlpianum, ſed hæc ſunt diſtracta & collocata ſub diuerſis titulis à Triboniano. Eadem eſt inſcriptio trium legum, quas adduximus leg. in vſucapionibus. leg. ad remp. & dict. leg. 3. §. minorem. In præſcriptionibus autem temporalibus ſpectamus ſingula momenta. leg. in omnibus. ff. de oblig. & actio. vbi Iuriſconſ. ait, omnibus temporalib. actionibus, niſi totus nouiſſimus dies compleatur, non finit obligationem. Non enim repellit præſcriptio temporis, niſi totus nouiſſimus dies completus fuerit: hoc enim intereſt inter vſucapionem & præſcriptionem temporis, quod hæc præſcriptio nullum fauorem habet. Quæritur de pubere, qui minor eſt vigintiquinque annis, an poſſit facere teſtamentum? Certum eſt eum facere poſſe teſtamentum ex hoc loco. & leg. ſi frater. Codice qui teſta. fac. poſſ. Additur ibi, licet vigoris, &cæt. id eſt, licet eius prudentiæ & iudicii non ſit, vt idoneus videatur ad rerum ſuarum adminiſtrationem, tamen ei permittitur teſtamentum facere: imo dicendum eſt, etſi curatorem habeat, nec acceſſerit curatoris auctoritas, tamen eius teſtamentum ratum & firmum eſſe. leg. cum pater. 77. §. curatoris. de legat. 2. leg. Aurelio. 20. §. Caius. de liber. legat. Poteſt minor legare liberationem curatori ſuo, niſi dolus acceſſerit, & hoc intereſt inter teſtamenta & contractus. Nam ſi minor vendiderit, vel aliud negotium contraxerit, cum curatorem haberet, ſine curatoris auctoritate, nullum eſt ipſo iure quod geſtum eſt. leg. 3. Cod. de in integr. reſtitut. Sed teſtamentum poteſt reuocare quoties voluerit, quod non licet in contractibus, nec minor reſtituitur aduerſus teſtamentum: nam teſtamentum nullam vim habet ante mortẽ eius. hoc exprimitur in l. Labeo. & leg. verba contraxerunt. de verbor. ſignificat. vbi Iuriſconſ. ſic ait: Verba contraxerunt & geſſerunt, non pertinent ad ius teſtandi. Sed notandum eſt ſi minor dolo inductus ſit ad teſtandum, & extraneum inſtituerit, relictis legitimis, ſaltem legitimis ſuccurri per actionem de dolo. Hæc eſt natura actionis de dolo. datur enim quoties dolo alicuius in alterius pernicem aliquid factum eſt, nec

alia competit actio, & hoc ſatis expreſſum eſt in l. Lucius. 88. §. Sempronia. ff. de legat. 2.

Diximus teſtamenti factionem quibuſdam interdictam eſſe, propter inopiam conſilii & iudicii: cuius generis eſt impubes, de quo ſatis dictum fuit: Idem dicendum eſt de furioſo, aut mente capto homine. Furioſus, aut mente captus teſtamenti factionem non habet. In teſtamenti factione requiritur integritas & ſanitas mentis. leg. 2. ff. hoc titul. An ſit integer corpore, & ſanus, nihil refert, ſed ſanitas tantum mentis requiritur. Is qui graui morbo eſt correptus, vel ſenio, poteſt facere teſtamentum, ſi ſanæ ſit mentis. l. ſenium. C. & l. in aduerſa. ff. eod. item in §. furioſi. Inſtit. quib. non eſt permiſ. facere teſtamen. Et hic notandum eſt, non tantum nos loqui de furioſis, ſed de dementibus, & breuiter de omnibus in quibus ſanitas mentis deſideratur. De eo qui demens eſt, ſatis eſt apertus locus in l. 2. de inoffic. teſtam. vbi dicitur nullum eſſe dementis teſtamentum. Solet quæri, quid dicendum ſit de homine fatuo? Quæſtionem facit, quod fatuo datur curator, ſicut furioſo. leg. 2. de poſtulan. vnde videtur idem quod de furioſo dicendum eſſe. Sed obiici poteſt adoleſcenti minor curatorem quoque dari, quamuis factionem teſtamenti is habeat.

Diximus adoleſcentem minorem vigintiquinque annis poſſe teſtamentum facere, etſi curatorem babeat: nec curatoris auctoritas acceſſerit. Non igitur efficax ſatis eſt argumentum quod ducitur à fatuo ex leg. 2. de poſtul. Exiſtimo in hac quæſtione illud inſpiciendum eſſe, an iudicio & mente careat is de quo loquimur. Si talis ſit is, dicendum eſt factionem teſtamenti non habere: quia ſanitas mentis requiritur in eo, qui teſtamentum facit. Sed ſi homo ſimplex ſit ἐυοιθὴς, paulo ſtupidior & imperitus, non ideo dicitur teſtamenti factionem non habere: nam videmus teſtamenti factionem permitti minoribus vigintiquinque annis iis, qui exceſſerunt decimumquartum annum vel duodecimum, ſecundum diſtinctionem, quæ à nobis proxime tradita eſt, licet infirmum ſit eius conſilium: furioſi igitur aut dementis nullum eſt teſtamentum. Notandum tamen eſt, ſi factum eſt teſtamentum ab homine ſanæ mentis, ſuperueniente furore vel dementia, non infirmari teſtamentum, idque expreſſum eſt in Inſtit. §. furioſi. quib. non eſt permiſ. fac. teſt. Idem dicitur in l. 1. §. ſi quis autem. de bonor. poſſeſſ. ſecun. tab. ff. Quod autem dicitur teſtamentum à furioſo factũ non valere, hoc eſt intelligendum, niſi ſit aliqua furoris intermiſſio, & intermiſſo furore teſtamentum fecerit. l. furioſum. Cod. eod. Si habuerit interualla aliqua & intermiſſum furorem, modo ſint clara interualla, vt facile appareat ad mẽtis ſanitatem rediiſſe, & furorem intermiſiſſe. Nam etſi aliquando quieſcat furor, quia eſt furoris inumbrata quies, non ideo dicitur ad ſanitatem priſtinam mentis rediiſſe. Idem dicitur de furioſo iudice dato. leg. furioſus. de iudic. Inde exiſtit quæſtio, ſi furioſus homo, vel mente captus teſtamentum fecerit, & in eo teſtamento bona ſua reliquerit filiis ſuis ſiue amicis bene merentibus, ſi ita teſtatus ſit, vt vir ſapiens &, prudens teſtaretur, an valeat hoc caſu teſtamentum? Et vulgo receptum eſt, hoc teſtamentum valere paucis diſſentientibus: quoniam, inquiunt, à ſenatoribus Romanis ita fuit iudicatum, vt eſt apud Valerium lib. 7. capit. 8. vbi loquitur de centumuiris, quos putant ſenatores centum eſſe. Centumuiri ratum habuerunt teſtamentum hominis, cuius nota eſſet inſania, quod more prudentis hominis teſtatus fuiſſet quamuis cauſa non fuiſſet, cur teſtamentum illud ratum haberetur. Centumuiri cognoſcebant de teſtamentis: ſed hoc me non multum mouet, hoc forte ab eis ita iudicatum eſſe, quod certum ius de ea re tunc conſtitutum non eſſet. Hodie autem certum ius eſt, quod requirit in eo qui teſtamentum facit, mẽtis ſanitatem, nec teſtamentum ex euentu ratum habendum eſt, vt ab homine ſano factum, id forte caſu ita euenit. Nulla igitur ratio eſt, cur ab eo quod dicitur furioſi hominis teſtamentum nullum eſſe, hunc caſum excipiamus. Ex euentu tamen poſſe æſtimari fateor, an factum fuerit teſtamentum tempore intermiſſi furoris, an non ſit: qua de re plærique dubitant, ſi ſit furioſus quidam, qui habeat tempora intermiſſi furoris dilucida. Hæc quæſtio quia facti eſt, pendet ex coniecturis & ex euentu, ſicut ex aliis coniecturis poteſt hoc æſtimari: inſpiciendus erit tenor teſtamenti, videndum erit, an more ſane prudentis hominis teſtatus ſit, an aliqua ſuperſint veſtigia furoris in teſtamento, an aliquid ſit in teſtamẽto quod furoris ſpeciem redoleat. hæc coniectura cum aliis valet ad probationem. Non eſt autem præſumendum quem furioſum eſſe, niſi id probetur. leg. nec codicillos. Codic. de codicill. ſed quomodo probabitur furor? In hac re nihil poteſt certi definiri, quæ facti ſunt, relinquenda ſunt iudicis arbitrio videnda & examinanda. leg. 3. ff. de teſtib. & leg. mora. 35. ff. de vſur. Exempla tamen coniecturarum, quæ reperiuntur apud noſtros auctores, iudicem vtcunque inſtruunt, & ſunt obſeruanda, veluti in leg. ob quæ vitia. 4. ff. de ædil. edict. Solet alius locus adduci ex leg. quidam in ſuo. 27. de condit. inſtitut. de eo qui iuſſit reliquias ſuas cadauer ſuum proiici in mare poſt mortem ſuam: hoc enim teſtamentum facile creditur inſani hominis eſſe & dementis, ideoque Iuriſconſultus ait, perſpicuis rationibus hanc ſuſpicionem amouendam eſſe: quod niſi perſpicuis rationibus hæc ſuſpicio amoueatur hæredi, qui reliquias teſtatoris non proiecit in mare, nullo modo legitimus hæres controuerſiam de hæreditate facere poterit. & vulgare illud dictum eſt in can. legimus 93. diſtin. Fatuum fatua loqui. Solet adduci exemplum à noſtris Doctoribus de quodam Patauino doctore, qui iuſſit cadauer ſuum efferri ſine luctu, ſed adhiberi voluit tibicines cũ choreis & tripudiatione. Sed vt ego admonui, coniecturæ ſunt, quæ vtcunq; iudicẽ inſtruunt, fallaces tamen ſunt. Sæpe furor ſimulari ſolet, vt de Vlyſſe dicitur, & de Solone apud Plutarchum, & alios. Iudicis ergo maxime verſatur prudentia in huius rei cognitione. Mihi etiam quod dicitur placet medicos in hac re adhibendos eſſe. & ſolet adduci lex, ſemel. cauſatia. Codic. de re milit. lib. 12. Cum miles petit remiſſionem propter vulnus, ob quod dicit ſe futurum non eſſe bello idoneum, medici adhiberi debent. Solet etiam adduci lex prim. ff. de ventre inſpic. vbi cum quæritur, an mulier prægnans ſit, an non, iudicio obſtetricum hæc lis dirimenda dicitur. Hactenus de furioſis, mente captis, & dementibus. Aliud exemplum eſt de prodigis, quibus eſt interdictum bonis: hi teſtamenti factionem non habent, poſſunt tamen teſtamentum facere antequam eis interdictum ſit bonis, & valebit teſtamentum. leg. is cui lege. 18. Idem dicitur in §. item prodigus. Inſtitut. quib. non eſt permiſſ. facere teſtamen. Sed mirantur aliqui qua ratione hoc conſtitutum ſit: nam prodigus iudicio non caret vt furioſus: natura adimit teſtamenti factionem furioſo, non etiam prodigo, & ſi quis diſſipet & profundat bona ſua, non ideo dicendus eſt iudicio carere. Cur ergo ei non licet teſtamentum facere? Minor vigintiquinque annis, quamuis non habeat rerum ſuarum adminiſtrationem, ſed plærunque curatorem habeat, non tamen ei interdicitur teſtamenti factione. Qua igitur ratione conſtitutum eſt, vt prodigus non habeat teſtamenti factionem? Conanus vir doctus hanc quæſtionem mouet, ex qua tamen non potuit ſe expedire. Sed reſpondendum eſt, ideo prodigum teſtamentum facere non poſſe: quia ei interdicta eſt bonorum adminiſtratio. l. prim. ff. de curat. furio. In adminiſtratione bonorum eſt teſtamenti factio, Res enim ſuas teſtamento relinquere, vel hæredi, vel legatario, hoc eſt res ſuas adminiſtrare. Merito igitur dicitur is, cui bonis interdictum eſt, teſtamentum facere non poſſe, & quod dicitur prodigum non carere iudicio, & ſimilem eſſe adoleſcenti, qui tamen habet teſtamenti factionem, id verum non eſt: nam magis eſt ſimilis furioſo, quam adoleſcenti qui exceſſit annos pubertatis. Furioſo ſimilem eſſe oſtendit Iuriſconſul. in leg. prim. ff. de curat. furioſo, & al. vbi ait prodigum ſanos mores non habere. Et alio loco ait, prodigos quod ad ipſorum bona attinet, furioſum facere exitum. leg. his qui in ea cauſa ſunt. 12. §. Diuus. ff. de tuto. & curat. dat. ab his & cæt. eſt locus obſeruandus. Moribus ergo ſimilis eſt prodigus furioſo. Adoleſcentia autem non ſtatim arguit prodigalitatem. Prodigus eſt is, qui diſſipat omnia bona ſua. d. l. 1. ff. de curat. furioſ. Ergo cum dicimus prodigo interdictum eſſe adminiſtratione bonorum ſuorum, id eſt, quem conſtat his moribus eſſe: de adoleſcente non idem eſt: quamuis enim magna ſit leuitas eius ætatis: ta-

tis: tamen nonnulli prudentes reperiuntur, & nihil minus, quam bonorum profuſores. Furioſi, & eius qui prodigus eſt, nulla eſt voluntas, id eſt, pro nulla habetur eorum voluutas. leg. furioſi. 41. ff. de reg. iur. Quædam alia adduci ſolent, ſed ea tractaui ſub tit. de verborum oblig. ad l. is cui bonis. Dixi quoſdam prohiberi teſtamentum facere, propter infirmitatem cõſilii & iudicii, vt ſunt impuberes, mente capti & prodigi. Nunc videndum eſt de his, qui prohibentur teſtari, quod ſui iuris non ſint, cuiuſmodi ſunt filii familias & ſerui. leg. qui in poteſtate. 6. ff. hoc tit. Idem in leg. ſeruum. C. eod. hi ſunt qui in poteſtate ſunt parentum vel dominorum. Idem dicitur Inſtit. qui. nõ eſt permiſ. fac. teſta. in princ. quod adeo verum eſt, vt etſi teſtamentum fecerit filius familias, & poſtea emancipatus ſit, teſtamentum non conualeſcat. l. filiusfamilias. idem dicitur in leg. 1. §. 1. ff. de legat. 2. Addit Iuriſconſ. in hac leg. qui in poteſtate. & Inſtit. quib. non eſt permiſ. fac. teſtam. etiam ſi pater filiofamilias permittat teſtamentum facere, nihilominus tamen iure teſtari non poſſit. Sed huius iuris ratio inquiri ſolet, quæ obſcura eſt, præſertim cum accedit patris voluntas & conſenſus. Vlpian. in Inſtit. tit. de teſtam. rationem adfert, quoniam filiusfamilias nihil ſuum habet, vt de ſuo teſtari poſſit. Quicquid enim acquirit filius, patri ſuo acquirit. l. ſi quis à parente. 1. & leg. placet. 79. de acquir. hæredit. Hæc ratio vera quidem eſt fortaſſis ſed certe vera non eſt. Nam alioqui filius patre conſentiente & permittente, teſtamentum facere non prohiberetur. Oportet igitur id duplici ratione conſtitutum eſſe: ideo ceſſante ratione Vlpiani non ceſſat ius, cum duplex ſit ratio. Solet adduci §. affinitatis. Inſtit. de nupt. ceſſat quidem vna, ſed altera manet. Ego igitur tametſi non improbo quod Vlpian. ait nempe ideo conſtitutum eſſe, quoniam filius nihil ſuum habet vnde teſtari poſſit: tamen mihi aliam videtur rationem fuiſſe huius prohibitionis, ne alias cogamur fateri ſaltem patre permittente, filium teſtari iure poſſe, quod tamen hic negatur Ego ſolitus ſum hanc rationem adferre, quam attigit Accurſius & alii, qui rem omnem non ſatis explicant, quia teſtamenti factio publici iuris eſt. leg. 3. hic. ff. Priuatum ius dicitur, quod ad ſingulorum vtilitatem pertinet principaliter. leg. 1. §. huius ſtudii. ff. de iuſtitia, & iure. Publicum, quod ad publicam vtilitatem pertinet magis, quam ad vtilitatem ſingulorum, cuiuſmodi eſt teſtamenti factio. Teſtamenti factio non tantum ad rationem & formam conſcribẽdi teſtamenti, ſed ad perſonarum quoque conditionem, quæ teſtamentum facere poſſunt, pertinet. Exempli gratia, lex ait: *Ciui Romano permitti facere teſtamentum*, quibus verbis concepta eſt lex Falcidia, credibile eſt mentionem factam fuiſſe ciuium Romanorum, vt his verbis excludantur ſerui, qui ciues non ſunt. Et cum patrumfamilias mentio fit, excluduntur etiam filiifamilias qui patresfamilias non ſunt, quique ſui iuris non ſunt. Pone ita ſcriptam eſſe legem, an dicemus pertinere ad ius priuatum, an ad publicum? Non dicemus ſerui factam eſſe interdictionem teſtamenti, propter dominũ: nã permittente domino, ſeruus poſſet teſtamentum facere quia quæ priuati iuris ſunt, poſſunt priuatorum conſenſu tolli & mutari, quæ vero publici ſunt non poſſunt. leg. iuriſgentium. §. vltim. ff. de pact. leg. ius publicum. eod. Sed quia id publici iuris eſt, ad homines ſeruilis conditionis, vel qui alienæ poteſtati ſubiecti ſunt, viſum eſt indecorum permittere. Idem puto dicendum de filiofamilias, quod de ſeruo. Plinius lib. 8. epiſtola quadam ad Rufinum filiosfamilias vocat mancipia, quia ſunt in manu & poteſtate parentum. Filiusfamilias autem donare cauſa mortis poteſt volente patre, etſi teſtamentum facere non poſſit. leg. tam is. 25. ff. de donat. cauſa mort. Ceſſat enim ratio, de qua diximus in donatione cauſa mortis. Donatio enim cauſa mortis non eſt iuris publici. Excipitur miles in §. vltim. Inſtit. quib. permiſ. non eſt facere teſtam. de eo dicam ſub titul. de milit. teſtam. Idem dicendum eſt de aduocatis, de doctoribus, de magiſtris, qui quaſi caſtrenſe peculium habent: aduocati enim quaſi milites dicuntur. leg. fori. & leg. aduocati. Codic. de aduoca. diuer. iudic. dicuntur & milites eſſe togatæ militiæ. leg. vltim. C. de inoffic. teſta. Idem dicitur etiam de presbyteris, & aliis eccleſiarum miniſtris. l. ſacroſanctæ. Cod. de epiſ. & cler. Quæſtio hic eſt, an filiusfamilias poſſit teſtamentum facere hodie de bonis aduentitiis? Tempore horum Iuriſconſ. filiusfamilias bona tantũ profectitia habebat, quaſi ꝓfecta à patre: quicquid. n. acquirebat, acquirebat patri, excepto caſtrẽſi peculio. Sed conſtitutionibus Imperatorum factum eſt, vt aliqua bona aduentitia ſibi, vel à matre, vel ex alia ſimili cauſa habeant, eorumque tantum habeant proprietatem, pater vero vſumfructum. leg. vltim. C. de bon. quæ lib. & l. 1. Cod. de bon. mater. præter quoſdam caſus exceptos in quibus nec vſumfructum habet pater bonorum aduentitiorum: vt ſi contra dicente patre filius adierit hæreditatem, vel ſi quid relictũ ſit filiofamilias, ita vt nihil patri ex eo acquiratur. auth. vt liceat matri & auiæ. Quæſtio igitur eſt, an filius qui habet aduentitia bona de his ſaltem teſtari poſſit? videtur teſtari poſſe, ſi vera ſit aut ſimplex tantum ratio Vlpiani, ſed dixi alteram fuiſſe rationem huius prohibitionis, præter eam, quam adfert Vlpia. & dicendum eſt, ne de aduentitiis quidem bonis teſtari poſſe. leg. nemo. C. qui teſtam. fac. poſſ. diximus in certis caſibus aduentitiorum bonorum plenam proprietatem eſſe filiifamilias, quæritur an ſaltem de his bonis teſtari poſſit? De hac re ſolet diſputari in vtramque partem. Ego puto ne hoc quidem caſu poſſe. d. l. nemo. vna eſt ex nouis conſtit. emendat. l. vlt. C. de bon. quæ lib. quæ lex videtur permitti in hoc caſu filiisfamil. teſtamentum facere. Ergo hic ſequemur ius antiquum, & rationem iuris antiqui. Non obſtat Nouella Iuſtiniani, vt liceat matri & auiæ. Videtur enim Iuſtinianus ibi permittere filiisfamilias teſtamentum facere, ſi bona huiuſmodi habeant, quorum habeant plenam proprietatem, quorum vſumfructũ nõ habeat pater. Ibi. n. dicitur diſponere eos poſſe, ergo & teſtamentum facere, ſed in Græca conſtitutione legitur διοικεῖν non διατίθεσθαι: ſed διοικεῖν ſignificat adminiſtrare, non diſponere. Hæc ſententia mihi videtur his argumentis ſatis probata.

Diximus filium qui eſt in poteſtate patris, non poſſe teſtamentum facere, etiam ſi pater id ei permiſerit: quia quod iure conſtitutum eſt de conditione perſonarum, quæ teſtamẽtum facere poſſunt vel non poſſunt, id non ad priuati alicuius commodum, ſed ad publicum ius pertinet. Hinc quæri ſolet, ſi in piam cauſam aliquid legauerit filius teſtamento, an valeat eius teſtamentum ſine conſenſu patris, vel patre cõſentiente? Iure noſtro id non videtur definitum, ſed extat conſtitutio pontificia Decret. lib. 6. titul. de ſepult. c. licet. §. vltim. vbi Bonif. conſtituit, filium ſine conſenſu patris ſepulturam ſibi eligere poſſe, pro anima autem non iudicare poſſe, niſi conſentiat pater, aut niſi caſtrenſe peculium habeat. Hac igitur conſtitutione derogatur iuri ciuili: quia permittit iudicare, id eſt, teſtari pro anima, ſi conſentiat pater. Quidam ſcribunt hoc verbum alibi non reperiri, ſed tamen legitur in conſtitutionibus Imperatorum eiuſdem temporis quæ ſunt in lib. feud. in titul. de prohib. feud. alien. Iudicium vero nos aliquando vocamus teſtamentum. Solent autem pontifices fauere teſtamentis, quibus eccleſiæ, id eſt, ipſis miniſtris eccleſiæ relinquitur, fauor etiam eccleſiæ id aliquando ſuadet. Denegabant ſepulturam mortuis, qui inteſtati deceſſiſſent, aut cogebant eos dare quinque ſolidos curioni parochiali, ſed hic abuſus ab hinc decem annis auctoritate ſenatus Pariſienſis correctus eſt. Alia etiam quæſtio hic tractari ſolet, an filiusfamilias à patre poſſit emancipari ad faciendum teſtamentum, vt cæteris in rebus in poteſtate maneat. Nullum ius certum eſt de hac re, ſed ducuntur argumenta in vtranque partem ex variis locis, ſicut ex l. 2. ad Macedonia. ex leg. 1. §. hoc autem. ad ſenatuſconſul. Trebel. Nulla ratio iuris videtur prohibere, quominus ad teſtamentum faciendum emancipetur filius à patre, & in ceteris rebus maneat in patris poteſtate. Nam videmus in quibuſdam rebus, veluti in caſtrenſi peculio filiofamil. haberi pro patrefamilias. dict. leg. 1. §. hoc autem, ad Senatuſconſul. Trebel. in aliis pro filiofamilias. Sed de hac quæſtione nos plenius dicturi ſumus alio in loco, hęc de filiofamilias quem diximus factionem teſtamenti non habere, quia ſui iuris non eſt, ſed in poteſtate parentis. Aliud exemplum eſt de ſeruo. Seruus dicitur ob eandem rationem factionem teſtamenti non habere. l. ſi filiusfamilias. hoc titul. Alia ratio prohibitionis poteſt adduci: quia cuiuis non eſt, cum ne liber quidem ſit. At cum tantum permittatur teſtamenti factio iure ciuili, in-

ilijfa- irman- pia di- untur.

quit Boetius, nihil agi niſi inter ciues poteſt. Peregrinus ergo teſtamentum facere non poteſt. ad id probandum ſoleo adducere verba legis Falcidiæ in leg. 1. & 2. infra ad l. Falcid. vnde fit, vt hodie in Gallia, qui dicuntur Albini, teſtamentum non faciant. Albini autem videntur dici, quaſi alibi nati. Iure Romano reſcripto etiam ab Imperatore impetrato, peregrinus teſtamentum facere non poteſt. Mores tamen noſtri indulgentiores ſunt in hac re, quam ius Romanum. Nam ſi Albini liberos reliquerint, ſuccedunt eis ab inteſtato, & excludunt fiſcum, & literas naturalitatis impetrant à Rege, vt perinde habeantur, ac ſi nati eſſent in regno noſtro. Seruus igitur teſtamentum facere non poteſt, & quia ciuis non eſt, & quia eſt in domini poteſtate. Addendum eſt, ne domino quidem permittẽte eum facere poſſe teſtamentum, vt ſuperius diximus de filiofamilias. Prohibetur enim facere teſtamentum propter decus publicum. Solitus ſum huius rei confirmandæ gratia adducere locum ex lib. 2. Plinii. Poteſt quidem dominus voluntati ſerui parere, & curare eam vltimam voluntatem ſerui ſui executioni mandare, ſed teſtamentum legitimum non erit. Propterea dicit Plinius, tanquam legitima teſtamenta ſeruo, & cæt. & ille locus oſtendit non eſſe aliis perſonis permiſſum legare, vel teſtari, niſi ciuibus. Seruis ciuitas quædam eſt domus. Ex his quæ diximus, ſequitur eũ qui captus eſt in bello ab hoſtib. teſtamentum apud hoſtes facere non poſſe. l. eius qui. 8. hic. Serui enim fiunt capientium, hoc iure tamen non vtimur in orbe Chriſtiano, niſi aduerſus Turcas, & alios infideles. Cum bella geruntur inter Chriſtianos, nulla captiuitas eſt, quæ ſeruitutem inducat, hoc vulgo receptum eſt, & ſolet hac ratione confirmari. Inter Chriſtianos, bella tantum ciuilia ſunt. Eccleſia Chriſtianorum communis quædam ciuitas eſſe intelligitur, cum ſunt eiuſdem ciuitatis ciues, bella quæ geruntur ſunt ciuilia. At in bellis ciuilibus captiuitas nulla eſt, quæ ſeruitutem inducat, idque expreſſum eſt leg. ſi quis ingenuam. 19. infra de capt. & poſtlim. reuer. Notandum tamen eſt, ſi is qui captus eſt ab hoſtibus teſtamentum fecerit ante captiuitatem, id teſtamentum confirmari lege Cornelia, ſi apud hoſtes deceſſerit, vt hic leg. 12. leg. Cornelia. ſi vero redierit ab hoſtibus, confirmatur iure poſtliminii. leg. retro. infra de capt. & poſtlim. Is qui rediit ab hoſtibus fingitur ſemper ciuis manſiſſe, quamuis re vera ex ciue peregrinus factus fuerit, ſed propter ius poſtliminii quod vtilitatis cauſa conſtitutum eſt perinde habetur, ac ſi nunquam ab hoſtibus captus fuiſſet. Lege etiam Cornelia fingitur is, qui deceſſit apud hoſtes, propter conſeruationem teſtamenti deceſſiſſe antequam caperetur. At certum eſt, ſi deceſſiſſet antequam caperetur, teſtamentum eius ratum fore. Sed obiicitur in leg. in bello. §. codicill. infr. de capt. & poſtlim. vbi dicitur codicillos, quos apud hoſtes quis fecerit, cum ab illis captus eſſet, confirmari, & tamen diximus confirmari id quod factum eſt ante captiuitatem, non autem id quod factum eſt apud hoſtes. Sed Iuriſconſul. oſtendit codicillos confirmari, cum ante captiuitatem factum eſt teſtamentum, quaſi pars quædam ſit, acceſſio & ſequela teſtamenti. l. 2. §. codicillorum. infra de iure codicil. de hoc plenius dicemus ſub tit. de iure codicil.

Albini qui.

Lege Cornelia. Locus eſt communis de iure ſui, quod vulgo ius ſuitatis vocatur, de quo dicam ſub titul. de hæred. inſti. quæ diximus de iis qui capti ſunt ab hoſtibus, eadem intelligenda ſunt de obſidibus. Obſides teſtari non poſſunt, niſi eis permittatur à principe. leg. obſides. 11. hoc titul. Obſides non videntur eſſe liberæ conditionis, cum obſides dantur ſi non fides data ſeruetur ab eo qui eos dedit, poteſtas datur, in eos ſæuiendi. Princeps eis permittere poteſt, & indulgere vt teſtamentum faciant, ſed de his obſidibus videndus eſt locus in l. Diuus. & ſeq. infra de iure fiſci. vbi dicitur bona eorum ſicut captiuorum in fiſcum cogi. Addit tamen exceptionem Iuriſconſul. niſi accepto vſu togæ Romanæ pro ciuibus Romanis habiti ſint. Ergo quod diximus de obſidibus, intelligendum eſt cum duplici exceptione, niſi hoc eis nominatim princeps permiſerit, vel niſi eis vſus togæ Romanæ conceſſus fuerit. Vſus togæ Romanæ non conceditur peregrinis; ſicut nec eis quibus aqua & igne interdictum eſt, vel deportati ſunt. leg. ſed ſi hac leg. ſupra de in ius. voc. & l. 1. de hære. inſtit. Hic enim pro peregrinis habentur. Hodie apud nos hæc omnia obſoleta ſunt: nam ſi capti ab hoſtib. non fiunt ſerui capientium, multo minus obſides in ſeruitutẽ rediguntur. Sed quia hoc crebra mentio eſt hoſtium, videndum eſt quomodo hoſtes hic intelligamus. Dicitur in l. qui à latronibus. 13. hic, eos qui à latronibus capti ſunt, poſſe facere teſtamentum, ſed cur hoſtes non dicuntur latrones? Iureconſulti hoſtes à latronibus diſtinguunt. l. hoſtes. de capt. & poſtlim. & l. hoſtes. 18. de verb. ſig. Dicuntur hoſtes quibus ſolenni ritu bellum indictum eſt, ceteri prædones ſunt, etiam ſi ſpeciem aliquam hoſtium habeant. Ex ead. leg. qui latronibus. ibi, Item quia apud exteros. &c. notandum eſt legatos apud hoſtes conditionem ſuam non mutare. Hæc de ſeruis & de his qui ſpeciem aliquam ſeruorum habent. Inde quæſtio oritur, quid ſi quis ſeruus non ſit, ſed tamen dubitet, an ſeruus ſit, vel putet ſe ſeruum eſſe, an poſſit facere teſtamentum? Mirum eſſe videtur, quod expreſſum eſt duobus capitibus huius tit. l. qui teſtamento. 14. & l. 15. de ſtatu. vbi dicitur hunc non poſſe facere teſtamentum. Manummiſſus quidam teſtamento domini ſui: cum procul abeſſet, ignorabat deceſſiſſe dominum, ignorabat aditam eſſe hæreditatem: cum itaq; aliter non conſequatur libertatem, quam ſi deceſſerit dominus, & adita ſit hæreditas, non poterat teſtamentum facere. Rationem ſolitus ſum adferre, quia hic videtur deficere voluntas quæ neceſſaria eſt in teſtamento faciendo: non eſt autem certa voluntas eius, qui tum dubitat de ſtatu ſuo, cum teſtamentum facit: ignorat enim an valiturum ſit teſtamentum. Sic intelligo quod dicitur in dict. leg. qui teſtamento. in fi. *Certam legem, &c.* Eius rei arg. eſt, quod dicitur in l. an inutilis ff. de accept. vbi quæritur, an acceptilatio inutilis habeat vtile pactum. In pacto quidem ſufficit conſenſus duorum: hic videtur conſenſus eſſe. Ait itaque ibi Iuriſconſ. valere id pactum, niſi deficiat conſenſus. Poteſt enim deficere conſenſus, ſi vnus eorum putet hoc ioci gratia & ludi fieri. Deinde fuit occurrendũ audaciæ ſerui, qui cũ putat ſe ſeruum eſſe, aut dubitat an ſeruus ſit, an liber, non dubitat facere teſtamentum, quod non ignorat propriũ eſſe ciuium.

Sequitur aliud membrum diſtinctionis iam à nobis traditæ. Diximus quoſdam prohiberi facere teſtamentum propter inopiam iudicii & conſilii, alios prohiberi quod ſui iuris non ſint. Addendum eſt quoſdam alios prohiberi facere teſtamentum, quod ſenſu aliquo corporis deſtituti ſint: cuiuſmodi eſt mutus, ſurdus, quorum fit mentio in leg. qui in poteſtate. 6. §. 1. & l. ſi mutus. 7. hic. exceptio eſt ſuperioris dicti. Surdus & mutus facere teſtamentum non poſſunt, niſi permiſſu principis. hæc intelligenda ſunt ſecundum diſtinctionem, quæ traditur in leg. diſcretis. Cod. qui teſtam. facere poſſ. In ea conſtitutione, quæ eſt vna ex nouis deciſionibus Iuſtinia. additur exceptio iis, quæ dicta ſunt de muto & ſurdo, in primis ſi diſcreta non ſint hæc vitia. Si quis igitur mutus & ſurdus ſit natura, ita vt non poſſit ſcribere & loqui, non poterit facere teſtamentum. Sed ſi diſcreta ſint hæc vitia, vt poſſit vel ſcribere vel loqui, poterit facere teſtamentum, & valebit. Hoc igitur obſeruandum eſt, mutum & ſurdum ſimul natura non poſſe teſtamentum facere. Addendum eſt teſtamentum ab eo factum etiam in piam cauſam nõ valere. Inter pias cauſas numeratur cauſa libertatis. leg. 1. Cod. de commun. ſeruo man. & tamen teſtamentum factum à muto & ſurdo natura ſimul, quo libertas relinquitur, non valet. Si non natura ſit mutus, aut natura ſurdus, & didicerit pingere & ſcribere, poterit facere teſtamentum. Quæ igitur ſcripta ſunt in iure veteri in d. l. 6. & 7. huius titul. & Inſtit. quib. non eſt permiſ. fac. teſtamen. accipienda ſunt ſecundum hanc diſtinctionem. Dixerit aliquis, is qui ſurdus eſt natura, poteſt voluntatem ſuam nutu ſignificare: ſed receptum eſt nutum ad teſtamentum faciendũ, non ſufficere: ad teſtamentum enim faciendum opus eſt voce, & voce articulata. id colligi ſolet ex leg. iubemus. C. de teſtamen. Exemplum eſt, quod ex facto incidit aliquando. Quidam patrem ſuum ægrotum in lecto iacentem moribundum ita alloquebatur: ſi vis me hæredem tuum eſſe, manum meam preme, & ille manũ eius premebat, tamen nõ eſt teſtamentum: nam opus eſt voce. De codicillis quæſtio eſt, an nutu fieri poſſint codicilli. quæſtio pendet ex leg. nutu. 21. de lega-

Notandum hic de manu compreſſione.

lega. 5. hæc quæſtio eſt paulo alienior à propoſito noſtro. de ea dicemus alio in loco. Quæſtio eſt, an hæc conſtitutio Iuſtiniani locum habeat in milite. Si miles ſit natura mutus aut ſurdus, quæritur an ei licebit facere teſtamentum? Quidam exiſtimant militem exceptum eſſe: & hoc ſumunt ex l. iure militari. 4. infra de milit. teſtamen. quinimo & mutus. Inſtit. eod. Quæſtio eſt, an id quod dicitur in dict. leg. 4. debeat intelligi de eo qui eſt ſurdus & mutus natura. Ego vt breuiter dicam quod ſentio, exiſtimo conſtitutionem Iuſtiniani de qua loquimur, ad militem quoque pertinere: nam ius ſingulare non facile induci debet interpretatione, niſi verborum ſignificatio id ſuadeat. Si verborum ſignificatio aperta ſit, ius ſingulare interpretatione induci poteſt, alias non poteſt. l. quod vero. ſupra de legibus. ſed nulla lex eſt, nulla conſtitutio quæ ſignificet milites exceptos eſſe. Ante conſtitutionem Iuſtiniani mutus aut ſurdus non poterat facere teſtamentum, nihilque excipiebatur. hoc ſcribunt Iuriſconſulti ſine exceptione vlla. Quid igitur ſi mutus poſſit ſcribere teſtamentum? Quid ſi ſurdus loquendi facultatem habeat? Iure antiquo non licebat: ſed quoties ſurdus habebat facultatem loquendi, vel mutus ſcribere poterat, adibat Principem, & Princeps ei permittebat, & ſic intelligitur quod dicitur in dicta l. 4. Excipiebantur milites qui poterant facere teſtamentum, ſi vel ſcribere, vel voce exprimere voluntatem ſuam & ſupremum ſuum iudicium declarare poterant, nec erat eis neceſſe adire Principem. Sic poteſt commode intelligi quod dicitur in dicta leg. 4. de aliis qui à principe reſcriptum impetrarunt teſtamenti faciendi cauſa, cum muti & ſurdi natura ſint, quæritur quam vim habeat hæc diſpenſatio? Quidam dicunt hoc abſurdum eſſe, vt adeatur Princeps, vt ab eo impetretur quod natura negat. l. 3. ſupra de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſu. Sed ego puto hic videndum eſſe, an ſenſu omnino careat, vt non differat ab infante & furioſo. Ratio non permittit vt teſtamentum eius, etiam ſi Principis authoritas acceſſerit, vllam vim habeat: ſed tamen fieri poſſe exiſtimo, quamquam raro id fiat, vt qui tale vitium habeat, poſſit tamen nutu declarare voluntatem ſuam. Mutus & ſurdus poteſt contrahere matrimonium. capit. cum apud. de ſponſal. in Decretal. quod tamen non contrahitur ſine conſenſu, & diſtinguuntur hi ab his qui iudicio carent. l. ſeruo inuito. 65. §. ſi pupillo. ad ſenatuſconſultum Trebell. l. ſurdi. 10. infra de manu. vindi. eſt vnus locus qui adduci ſolet corruptus ex l. 1. qui & à quib. manu. vbi ſolet ſic legi in vulgaribus exemplaribus, mutum ſurdum ita natum manumittere poſſe ait, videtur enim loqui Iuriſconſul. de eo qui mutus & ſurdus eſt natura. In Florent. legitur motus, loco mutus.

Superius diximus quoſdam prohiberi teſtamentum facere: quia ſenſu aliquo corporeo diminuti ſunt: cuiuſmodi ſunt ſurdus & mutus, ſecundum diſtinctionem quæ à nobis tradita eſt. Ad hunc locum refertur quæſtio de eunuchis, quæ tractatur in l. eunuchis. 5. Cod. qui teſta. facere poſ. Si quæritur ergo, an eunuchus teſtamentum facere poſſit, an idem dicemus quod de muto, de ſurdo, & aliis huiuſmodi qui ſenſu corporeo carent? Eunuchus tametſi perfecto corpore non ſit, & neceſſaria maxime corporis pars ei abſit: ideoque morboſus dicatur. l. ſin autem. 7. ſupra de ædil. edict. tamen non ideo prohibetur teſtamentum facere, cum eſt integer mente & iudicio. nec enim ea corporis imperfectio eſt eiuſmodi, vt propter eam teſtamentum facere non poſſit. Non male dicimus non poſſe eum contrahere matrimonium: quia liberos procreare non poteſt. l. ſi ſerua. 39. §. ſpadoni. ſupra de iure dot. & eum non poſſe poſthumum hæredem inſtituere. l. 6. ſed eſt quæſitum. §. ſpadonem. infra de liber. & poſthum. Sed quænam fuit ratio hac de re dubitandi apud veteres, vt neceſſe fuerit hoc ius, quod à nobis recitatum eſt ex Conſtantio Imp. ita conſtitui? Ridiculum eſt quod ait ibi Accurſius, Eunuchum non poſſe facere teſtamentum, quia teſtes non habet, & teſtes in teſtamento faciendo neceſſarij ſunt. Sed omiſſis iocis, aut nugis potius: probabile eſt de eo dubitatum fuiſſe, quod lex puberibus tantum factionem teſtamenti permiſit, vt iam à nobis ſupra oſtenſum fuit. Lex enim vult puberes tantum teſtamentum facere, impuberibus illud non permittit: at eunuchi non pubeſcunt, ideoque non videntur habere teſtamenti factionem. Ne videar hoc comminiſci, locus eſt hac de re Pauli libr. 3. Sentent. titul. de teſtamen. Intelligit Paulus ſpadonem non pubeſcere, ſed quo tempore alij qui ſpadones non ſunt, pubeſcunt, poteſt facere teſtamentum. Hæc ſententia Pauli ex veterum opinione non proficiſcitur, de qua diximus ſupra hoc titul. ad interpretationem l. à qua ætate. De ea re diſſenſio fuit inter Proculianos & Caſſianos. Quidam iudicabant puberem iudicandum eſſe ex inſpectione habitus corporis, alij indecoram eſſe illam inſpectionem iudicabant. Addendum eſt & hoc, alia quoque ratione videri in dubium vocatum fuiſſe à veteribus: quoniam credebantur eunuchi, nec viri, nec mulieres eſſe. Lampridius in Alexandro ſcribit Alexandrum tertium genus hominum eſſe eunuchos dixiſſe: quod nec viri, nec mulieres eſſent. Idem ſcribit Valerius Maximus cap. 7. lib. 7. decretum fuiſſe à quodam prætore Vrbano in cauſa cuiuſdam Genutij Romæ, qui bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas petebat. Quædam hac de re attigi libr. 4. de benefic. capit. quarto. Quod de eunucho dictum eſt, idem dicendum eſt de eo qui manus amiſit. l. qui manus. 10. hic. Non idem dicemus de eo qui manus amiſit, quod diximus de eo qui loqui non poteſt. Poteſt enim fieri teſtamentum per nuncupationem, in quo manus neceſſaria non eſt. in l. iubemus. C. de teſtam. dicitur poſſe eum qui non poteſt ſcribere, alium deſcriptorem adhibere. ideo etſi non poſſit ſcribere, tamen non prohibetur teſtamentum facere. Huic ſimilis eſt quæſtio de cæco, an teſtamentum facere poſſit. & de eo extat conſtitutio Iuſtiniani in l. hac conſultiſſima. Cod. de teſta. §. cæcus. Inſtit. quib. permiſſ. non eſt facere teſta. Recepta autem eſt maior ſolennitas in hoc teſtamento, quam in aliorum hominum teſtamento qui cæci non ſunt. Tanta ideo ſolennitas requiritur in teſtamento cæci, ne quid falſitatis admittatur. hanc rationem adducunt ex Iuſtiniano in l. penult. Cod. de fideicomm. Quæ ſit forma & ſolennitas in hoc teſtamento faciendo adhibenda, diſerte exprimit Iuſtinianus in dicta conſtitutione ſua. in ea lectione tantum opus eſt. Eſt autem hæc forma eo diligentius à nobis nunc obſeruanda, quod nec moribus nec conſtitutionibus Pontificiis abrogata eſſe dicitur. Forma quæ præſcripta eſt in iure ciuili ad faciendum teſtamentum, hodie vix vnquam obſeruatur. Derogatum eſt huic ſolennitati partim conſtitutionibus Pontificiis, partim etiam moribus cuiuſque prouinciæ, in cap. cum eſſes. de teſta. Vult Pontifex ſufficere duos teſtes cum curione parochiali ad faciendum teſtamentum. non ideo tamen dicemus abrogatam eſſe formam, quam Iuſtinianus hic præſcripſit in teſtamento cæci. Non dico, quin poſſit tolli ſtatuto aliquo, aut moribus, ſi manifeſta ſit lex aliqua huic ſolennitati contraria: hoc facile concedam. Sed ſi vel moribus receptum ſit, vel lege aliqua municipali cautum, vt poſſit quis facere teſtamentum adhibitis duobus teſtibus: non ideo dicemus ſufficere duos teſtes in teſtamento cæci, quia leges priores ad poſteriores trahuntur, ſicuti etiam poſteriores ad priores, niſi manifeſte leges ſint contrariæ. l. non eſt nouum. ſupra de legibus. Si aperta & manifeſta ſit legum contrarietas, fateor poſteriores leges prioribus derogare. leg. vlti. de conſtitut. princip. Sed hæ leges non ſunt contrariæ. Pugnantia ſiquidem hæc non ſunt, tot teſtes adhibendos eſſe in teſtamento hominis cæci, & adhibitis duobus teſtibus poſſe teſtamentum fieri, vna lex eſt generalis, altera ſpecialis. Itaque ita has leges interpretabimur, vt vna alteri deroget, & vna cum exceptione alterius legis intelligatur, vt dicamus poſſe fieri teſtamentum adhibitis duobus teſtibus, niſi ab homine cæco faciendum ſit. Hactenus de his qui prohibentur teſtamentum facere: quia diminuti ſunt aliquo ſenſu corporeo, alij prohibentur facere teſtamentum ob crimen.

Nunc videndum eſt de iis qui prohibentur teſtamentum facere ob crimen aliquod, aut pœnam. Huius generis eſt damnatus pœna capitali, qui à ſententia qua damnatus eſt non appellauit. l. qui à latronibus. 13. §. ſi quis capitali. hoc titul. Duo obſeruanda ſunt ex capite. Vnum eſt, ſi quis damnatus pœna capitali non appellauerit à ſententia, teſtamentum ab eo factum non valere. Alterum eſt, ſi prouocauerit, interim eum poſſe facere teſtamentum. Exempla ſunt

in l. eius qui apud. 8. §. ſi cui. Si quis deportatus ſit in inſulam. hæc enim eſt pœna capitalis. l. 2. de pœnis. Hi quibus aqua & igni interdictum eſt, amittunt ciuitatem. Atqui ciuis non eſt, qui peregrinus eſt. De his quibus aqua & igni interdictum eſt, Dion ſcribit in Tyberio conſtitutionem quandam Tyberij fuiſſe ne factionem teſtamenti habeant; quod hic ſatis eſt expreſſum in d. §. ſi cui. ibi, nec id quod poſtea. Ergo ſi quis ante condemnationem fecerit teſtamentum, id teſtamentum ratum habendum eſt, etiam ſi poſt accuſationem & in reatu fecerit teſtamentum. l. ſi quis poſt. 9. vbi ſi quis cum in cuſtodia eſſet, teſtamentum fecerit ante condemnationem, valet eius teſtamentum, multo magis ante accuſationem poteſt. l. poſt contractum crimen capitale. 15. ff. de dona. Sed difficultas naſcitur ex l. qui pœnæ. 8. de manumiſſ. ibi dicitur, eos qui capitalium criminum rei ſunt, non poſſe ſeruos manumittere. ergo non poſſunt de rebus ſuis diſponere, cum etiam magnus ſit fauor libertatis. Sed quod ibi dicitur, reos capitalium criminum non poſſe ſeruos ſuos manumittere, verba ſequentia ſatis oſtendunt, quomodo id accipiendum ſit, id eſt, cum dolo malo ſeruos ſuos manumittunt, ſatis proſpicientes futurum vt condemnentur. Et ſic eſt intelligendum quod iam diximus, niſi in fraudem fiſci diſponant de rebus ſuis & dolo malo: hæc fraus ex variis coniecturis colligitur, quas alij tractant. Fraus enim ex coniecturis arguitur. l. dolum. 6. Cod. de dolo malo. His quæ diximus, addendæ ſunt quædam exceptiones. In primis excipitur crimen læſæ maieſtatis. is enim qui accuſatus eſt læſæ maieſtatis, de bonis ſuis diſponere non poteſt: interdicta enim eſt ei alienatio facultatum ſuarum, non tantum poſt accuſationem, ſed etiam poſt admiſſum crimen. l. donationes. 32. §. vlti. ff. de donatio. leg. ex iudiciorum. 20. ff. de accuſat. Simulatque quis hoc crimen admittit, ſtatim eius bona fiſco acquiruntur, etiam ſine vlla accuſatione & condemnatione. in aliis autem criminibus ſententia neceſſaria eſt. Idem de crimine hæreticæ impietatis dicendum eſt, idque eſt expreſſum iure Pontificio in cap. cum ſecundum. de hæretic. lib. 6. Ait tamen Bonifacius in ea conſtitutione non poſſe occupari bona ante ſententiam, qua iudex pronunciet bona confiſcata eſſe. Præterea excipitur is, qui ſibi mortem conſciuit ſceleris conſcientia & metu ſupplicij. l. 2. Cod. eod. Similis diſtinctio eſt in l. ſi quis filio exhæredato. 6. §. eius. infra de iniuſto rup. de publicatione bonorum in l. vlti. de bonis eorum qui mor. Præterea ad hunc locum pertinet qui inteſtabilis eſt. Inteſtabilis eſt, qui teſtamentum facere non poteſt: cuius mentio eſt duobus in locis ſub hoc titul. in leg. is cui lege. 18. vltim. & l. cum lege. 26. veluti ſi quis damnatus ſit ob crimen famoſum. l. ob crimen. ſupra de teſti. Inteſtabilem eſſe, eſt non poſſe teſtari. Teſtari eſt teſtamentum facere, teſtari etiam dicitur is, qui teſtimonium dicit. Hinc annotandus eſt locus communis de interpretatione iuris. Creditur à pleriſque in legibus pœnalibus extenſionem & interpretationem extenſiuam non recipi, quod tamen falſum eſſe admonui in pleriſque locis, aduerſus quos ſolet obiici dict. lex, is cui. & l. cum lege. ſed non mirum eſt Iuriſconſul. tam late interpretari verba legis, quam late patet eorum verborum ſignificatio. Extenſio eſt, cum id quod ſcriptum eſt lege aliqua, preducitur ad id, quod ſcriptum non eſt, interpretatione, quod plerunque neceſſe eſt. leg. non poſſunt. ſupra de legibus. & leg. ſi quis id quod. ſupra de iuriſdictio. Aduerſus hanc interpretationem quædam obiici ſolent. In primis obiicitur quod diximus de filiofam. Diximus filiumfamilias non poſſe teſtamentum facere, ſed poteſt adhiberi teſtis in teſtamento. l. ad teſtium. hic. vbi qui ſunt in poteſtate, poſſunt adhiberi teſtes cum patre in teſtamento faciendo. Filij autem ſunt qui in poteſtate patris ſunt, ergo poſſunt adhiberi teſtes in teſtamento faciendo. Alio ſimili argumento impugnatur hæc ſententia, ſumpto ex l. quoniam. Cod. de hæret. Hæretici non poſſunt facere teſtamentum, & tamen adhibentur teſtes in alieno teſtamento, male ergo dicitur eum, qui inteſtabilis eſt, non poſſe adhiberi teſtem in teſtamento faciendo. Variæ opiniones reperiuntur in gloſſ. Accurſ. Quid igitur dicemus? Ego reſpondeo ad vtrumque, nec filiumfamilias, nec hæreticum homines inteſtabiles eſſe. Nulla lex eſt quæ dicat filiumfamilias, aut hominem hæreticum inteſtabilem eſſe. Filiusfamilias quidem non habet teſtamenti factionem. l. qui in poteſtate. 6. ſupra eod. nec hæreticus: ſed non dicitur inteſtabilis. Si velles dicere, teſtamentum facere non poteſt, ergo teſtis adhiberi non poteſt in teſtamento alieno, nego conſequentiam. non enim recte concluditur. Sed ſi ita diceres, Filiusfamilias inteſtabilis eſt vel hæreticus, ergo non poteſt teſtis adhiberi in alieno teſtamento, bona eſſet concluſio, ſed antecedens falſum eſt, atque ita hoc argumentum diſſoluitur. Quod dicitur de hæreticis, non ſimpliciter intelligendum eſt, ſed cum diſtinctione, quæ traditur in dicta leg. quoniam. Cod. de hæretic. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, an infamis poſſit facere teſtamentum? Infamia notatur quis ob delictum ſuum, an igitur poſſit facere teſtamentum? Conuenit inter omnes, infamibus teſtamenti factionem non eſſe interdictam. Ad impugnandum teſtamentum non poteſt obiici, quod aliquando infamia notatus & aſperſus fuerit teſtator. Primum enim nulla lex reperitur, quæ prohibeat infamem teſtari, ergo infami permiſſam eſſe teſtamenti factionem dicendum eſt. Diximus enim ſupra, omnibus permitti teſtamentum facere, niſi quibus nominatim teſtamenti factio interdicta eſſe reperitur. Præterea argumentum etiam aliud eſt ex l. eius qui apud. 8. §. ſi cui aqua. ſupra eod. vbi relegatus nec libertatem amittit, nec ciuitatem: & tamen relegatus notatur infamia, vt videtur pleriſque. Adducitur l. cognitionum. ff. de extraord. cogn. vbi dicitur, alicuius minui exiſtimationem, quoties manente libertate circa ſtatum dignitatis pœna plectitur, vt cum relegatur. Sed tamen animaduertendum eſt, quod Iuriſconſultus ait minui eius exiſtimationem, non dicit eum notari infamia: nec ego verum eſſe puto, quiſquis relegatur in inſulam, eum infamia notari. Sæpe accidit, vt alicuius grauetur opinio apud bonos & graues viros, nec tamen infamia notetur. Qui notantur infamia enumerantur in edicto prætoris. ff. de his qui notan. infam. Sed ego moueor quod Iuriſconſul. in d. l. eius. tam anxie & ſcrupuloſe docet, & demonſtrat variis exemplis, qui ob pœnam & crimen, vel conditionem amittant teſtamenti factionem: & tamen non meminit eorum quibus infamiæ nota inuritur, argumento eſt enim infamem teſtari poſſe. Sed aliud argumentum eſt ex l. 1. C. de ſecun. nup. vbi dicitur mulierem, quæ intra annum luctus ſecundo nupſit, infamem fieri, idque etiam expreſſum eſt edicto illo Prætoris, tit. de his qui notan. infa. ff. Et ait dict. l. 1. verſic. præterea &c. hac pœna plecti, vt vltra tertiam partem bonorum ſuorum, non poſſit marito ſecundo teſtamento relinquere. manifeſte ille locus oſtendit eam poſſe teſtamentum facere, modo non excedat tertiam partem bonorum ſuorum legando. Eſt vulgaris quæſtio de vſurario, an poſſit facere teſtamentum? Eſt hac de re conſtitutio Pontificia in c. quanquam. de vſur. in 6. Ea conſtitutione prohibente non poteſt vſurarius facere teſtamentum, ſi manifeſtus ſit vſurarius, & eius teſtamentum nullum eſſe dicitur, niſi ſatisfecerit, vel idoneam cautionem dederit. Igitur duo neceſſaria ſunt: oportet enim manifeſtum eſſe, deinde non ſatisfeciſſe, vel idoneam cautionem non dediſſe. Quæritur etiam de excommunicato. & vulgo receptum excommunicato non eſſe interdictam teſtamenti factionem: quia nullo iure id expreſſum reperitur, & ſæpe leui ex cauſa & fere nulla, quis excommunicari ſolet, qua ratione abſurda eſſet eiuſmodi interdictio, nec poſſet obſeruari ſine vllo incommodo.

Cœpimus diſputare de his qui teſtamenti factionem habent, aut non habent. Totum hunc locum quatuor capitibus concludimus. Diximus enim quoſdam prohiberi facere teſtamentum propter infirmitatem conſilij & iudicij: alios quia ſui iuris non ſunt: alios quia ſenſu aliquo corporeo diminuti ſunt: alios quia damnati ſunt, vel aliqua infamia notati. his quatuor capitibus concludimus locum de perſonis, quæ teſtamenta facere poſſunt: ideoque notandum eſt omnibus aliis permiſſam eſſe teſtamenti factionem, qui prohibiti non reperiuntur, cuiuſmodi ſunt plerique, de quibus olim dubitatum fuit, & de quibus extant conſtitutiones Imperatorum, veluti ſocij omnium bonorum, cohæredes. l. 1. C. eo. Duo coierunt ſocietatem omnium bonorum, vel duobus

delata

delata eſt hæreditas quædam, quæ nondum eſt diuiſa inter cohæredes, vnus vult facere teſtamentum de bonis communibus, quæritur an poſſit? Quæſtio naſcitur ex eo, quod bona eius propria non ſunt, ſed communia. Ideoque non videtur ſine iniuria ſocij poſſe de his bonis diſponere: tamen hic dicitur, poſſe hos facere teſtamentum: ſocietatem & communionem non impedire, quominus de his rebus teſtamentum faciant. Nam quæ nobis communia ſunt cum aliis, noſtra ſunt pro parte. Ideoque de ea parte dubium non eſt quin poſſimus diſponere arbitrio noſtro. Idem conſtitutum eſt de venditione rerum communium, l. falſo. C. de commun. rer. alienat. Et hoc eſt, quod vulgo dicitur, quod commune eſt, meum dicere poſſum. l. ſerui electione. 5. §. 1. infra de legat. 1. Locus eſt communis, quem quia alienus eſt à propoſito noſtro, nos nunc omittemus. De aliis fuit dubitatio apud veteres, an teſtamenti factionem haberent. Si quis inſtituerit principem in ſuo teſtamento, dubitatum fuit an poſſit aliud teſtamentum facere & alium hæredem inſtituere? quæſtio eſt in l. ſi quis imperatorem. 6. Cod. eo. Propter principis authoritatem & poteſtatem alium hæredem inſtituere non licere videtur. Sed princeps priuatorum iure vtitur in teſtamentis. l. ex imperfecto. C. de teſtam. Propterea dubitatum fuit an Imperator, & an Auguſta, quæ eſt Imperatoris vxor, poſſit teſtamentum facere. l. cum hæredes. 7. C. eo. licet Imperatori, ſicut hominibus priuatis teſtamentum facere, idque de propriis fatultatibus, non de rebus imperij, ne ſucceſſori eius id graue ſit.

Hic tractatur quæſtio difficillima totius huius tractatus & diſputationis, cuius temporis habenda ſit ratio, cum quæritur de ſtatu & qualitate teſtatoris & conditione. Oportet teſtatorem eſſe ſanæ mentis, oportet eſſe ſui iuris, & ciuem Romanum: ſed quo tempore hæc qualitas ineſſe ei debet, an tempore teſtamenti oporteat talem eſſe, an vero tempore mortis? valde difficilis eſt hæc quæſtio. In l. 2. hic dicitur, in eo qui teſtatur eius temporis, quo teſtamentum fecit, integritas mentis non corporis ſanitas exigenda eſt. hinc aperte exprimitur teſtamenti faciendi tempus. Simile eſt quod legitur in l. qui in poteſtate. 6. §. ſurdus. ſupra eod. Quidam loquendi facultate, vel audiendi præcluſus erat tempore facti teſtamenti, poſt factum teſtamentum factus eſt ſurdus, vel mutus, valet eius teſtamentum: ſed locus eſt contrarius in leg. 1. §. exigit. de bono. poſſ. ſecundum tabul. vbi ſi quis petat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcriptas à teſtatore, oportet vt teſtator cuius bonorum poſſeſſio datur, habuerit ius teſtamenti faciendi, etiam tempore mortis ſuæ. locus difficilis eſt, ſed mihi videtur ita diſtinguendum eſſe pro explicatione dict. leg. 1. in §. exigit. Duo caſus conſiderandi ſunt, vnus eſt cum ob mutationem ſtatus, aut qualitatis, ſiue conditionis teſtamentum fit irritum: & hoc caſu res expedita eſt. Nam certum eſt vtriuſque temporis rationem habendam eſſe, vt ſi teſtator capite minutus fuerit: nam capitis minutio teſtatoris teſtamentum irritum efficit. l. ſi quis filio. §. irritum. de iniuſto rupto & irr. teſta. & Inſtitut. quemadmod. teſtam. infirm. vt ſi fuerit deportatus in inſulam, ſi fuerit damnatus in metallum, ſi amiſerit vel libertatem, vel ciuitatem: hoc caſu dicitur minui capite. Exemplo illud oſtendam: pone tempore facti teſtamenti teſtatorem liberum & ciuem fuiſſe, ſed tempore mortis fuiſſe ſeruum aut peregrinum factum per deportationem forte, an valeat teſtamentum? Et certum eſt non valere teſtamentum: nam capitis hac diminutione irritum conſtituitur teſtamentum. E contrario ſi ponamus ſeruum fuiſſe, aut peregrinum tempore facti teſtamenti, & tempore mortis fuiſſe ciuem & liberum, nec hoc caſu valebit teſtamentum. Vtrumque ergo tempus exigitur, & tempus facti teſtamenti, & tempus mortis. In hoc igitur caſu verba Vlpiani in dict. §. exigit. nullam difficultatem habent, nec vlla lex eſt, quæ huic ſententiæ noſtræ aduerſetur. Non enim aduerſatur l. 2. huius titul. nec lex, qui in poteſtate. eo. nam l. 2. huius titul. loquitur de ſanitate mentis. Si quis fuerit ſanæ mentis tempore facti teſtamenti, & poſtea furere cœperit, non ideo irritum fit teſtamentum. de quibus iam diximus, puta cum caput minuitur. Alius caſus eſt cum mutato ſtatu, aut qualitate teſtatoris, irritum non fit teſtamentum, ſicut dicitur in leg. 2. & l. qui in poteſtate. ſupra eod. Ergo licet ſanæ mentis non fuerit tempore mortis, nihilominus valet eius teſtamentum. & hoc expreſſum eſt in l. 1. §. ſi quis autem. de bono. poſſeſſ. ſecundum tabul. Non enim ex huiuſmodi cauſis irritum conſtituitur teſtamentum. hoc eſt intelligendum, cum proponitur aliquem fuiſſe idoneum tempore teſtamenti tantum. Cum vero proponitur aliquem fuiſſe idoneum tempore facti teſtamenti, tunc vnum tempus exigitur. Sed cum proponitur idoneum tantum fuiſſe tempore mortis, tunc recte Vlpianus ait, Prætorem exigere duo tempora; etiam ſi non loquatur de mutatione ſtatus, propter quam irritum fit teſtamentum. In §. exigit. proponitur eum qui teſtamentum fecit fuiſſe ſanæ mentis tempore mortis tantum: nam conſtat tempore facti teſtamenti eum furioſum fuiſſe: proponitur præterea eum ſanos mores recepiſſe tempore mortis ſuæ: erat tamen ei interdictum bonis, vt prodigo tempore facti teſtamenti. Prætor hoc caſu hoc tempore non contentus requirit tempus facti teſtamenti. Sic videtis verum eſſe quod Vlpianus ait nonnunquam exigi duo tempora: nam præter hoc tempus mortis quo teſtamenti factionem habuiſſe dicitur teſtator, aliud exigitur. Si quis velit argumentari, dicit prætorem non requirere vtrumque tempus, quod non requiratur tempus mortis. ſed hoc eſt calumniari. Sententia Menandri vulgo nota eſt, Bonas leges eſſe: ſed qui eas nimis exacte inſpiciant, ſycophantas eſſe. huc pertinet lex 1. ad exhiben. hunc ſenſum verba ſequentia oſtendunt in dict. §. exigit. verſic. proinde ſi impubes &c. Impubes erat tempore facti teſtamenti, vel furioſus: deinde erat pubes factus, vel ſanæ mentis tempore mortis: quæritur an bonorum poſſeſſio peti poſſit? Ait ibi Vlpianus poſſe peti, quia Prætor exigit vtrumque tempus: nam hic proponitur teſtatorem, de cuius teſtamento quæritur, habuiſſe teſtamenti factionem tempore mortis, non etiam tempore teſtamenti. Prætor hoc tempore non contentus, quamuis hoc tempus non ſit neceſſarium, exigit aliud tempus. Ratio loquendi non repugnat huic interpretationi. ego id oſtendam ſimilitudine. Pone Iuriſconſultum aliquem interrogari de teſtamento, quod factum eſſe dicitur ab eo, qui erat ſanæ mentis tempore tantum mortis, non etiam tempore teſtamenti, an hoc tempus ſufficiat? Recte Iuriſconſul. reſpondebit interroganti non ſufficere, ſed vtroque tempore oportere teſtatorem ſanum eſſe: non enim prodeſt ſanum eum fuiſſe tempore mortis, ſed præter illud tempus exigitur ſanitas mentis tempore facti teſtamenti, hoc eſt quodammodo exigere ſanitatem mentis vtroque tempore. & teſtamenti & mortis tempore. Sic abſoluta eſt prior pars tituli noſtri. Diximus duplicem eſſe diuiſionem huius tituli, vt inſcriptio ipſa indicat, eamque ſecuti ſumus, & ſententiam quoque Caij Iuriſconſul. in l. ſi quæramus. 4. ſupra eod. Nunc videndum eſt quæ ſit obſeruatio neceſſaria in teſtamento faciendo, vt ſecundum iuris regulas quis teſtatus eſſe dicatur.

De teſtamentis ordinandis.

IN primis animaduertendum eſt, tria olim fuiſſe teſtamentorum genera vſitata apud Romanos, quæ hodie obſoleuerunt. horum meminit Iuſtinianus in Inſtit. titu. de teſtam. in princip. Gellius lib. 15. c. 27. Vnum erat, quod fiebat calatis comitiis in concione populo calato, id eſt, conuocato per cornicinem, & teſtator rogabat populum. Alterum genus teſtamenti dicebatur procinctum, hoc teſtamentum fiebat à militibus in procinctu, cum in prælium exituri eſſent, propter imminentis periculum mortis: mentio eſt huius generis teſtamenti frequens apud veteres. Tertium genus teſtamenti fiebat per æs & libram, imaginaria quadam venditione: adhibebatur enim libripens & emptor familiæ, & alia huiuſmodi quæ à Theophilo tractantur in Inſtitut. titul. de teſtamen. & ab aliis. Plutarchus hunc ritum ſolennem ridet in libr. de his qui ſero à numine puniuntur. vbi inter leges ridiculas & improbandas meminit huius legis, qua lege alius vnum hæredem relinquit, alij bona vendit. Clemens Alexandrin. libro quinto Antinomatum, hunc ritum nō ridet, ſed meminit vt rei ſeriæ, oſtendere volens

quanta ſit vis ſymbolorum: ait etiam in grauioribus cauſis Romanos vſos fuiſſe ſymbolis, veluti in teſtamentis, in adoptionibus, in emancipationibus Huius ritus meminit vt ſymbolici, vt oſtendat non eſſe nouum multa huiuſmodi ſymbolica reperiri in ſacris ſcripturis. Theophilus docet cuius neceſſitatis & vtilitatis cauſa comparatum fuerit hoc teſtamenti genus tertium. Alia duo teſtamenta non fiebant ab omnibus. Teſtamentum calatis comitiis non fiebat omni tempore. Si quis forte ægrotus vellet facere teſtamentum, expectanda erant comitia, quod erat graue: hac ratione fiebat vt plerique inteſtati decederent. Teſtamentum procinctum tantum fiebat à militibus, ac ne omni quidem tempore, ſed in procinctu ab in prœlium exituris: quia vero hæc genera teſtamentorum omnino exoleuerunt, de iis nihil amplius dicturi ſumus hic de teſtamentis differendum eſt quæ abrogata non ſunt. Duplex eſt genus teſtamenti quod abrogatum non eſt: vnum quod fit per nuncupationem, & dicitur nuncupatiuum. Aliud eſt quod dicitur in ſcriptis. Videamus primum de teſtamento nuncupatiuo.

De nuncupatiuo teſtamento.

Huius teſtamenti per nuncupationem facti mentio eſt in l. hac conſultiſſima. §. per nuncupationem. C. de teſtam. & §. vltim. Inſtit. de teſta. Oſtendit Imp. ibi quid ſit teſtamentum per nuncupationem fieri: nempe cum ſine ſcriptura, voce & lingua exprimit teſtator voluntatem ſuam, dicitur per nuncupationem teſtamentum facere. Hoc enim eſt nuncupare. Nuncupata dicebantur expreſſa oratione in duodecim tabulis. In hoc teſtamento quod fit per nuncupationem, quædam neceſſaria ſunt vt valeant: ea nos ordine explicaturi ſumus. Primum ſeptem teſtes intereſſe debent. d. leg. hac conſultiſſima §. per nuncupationem. Septem teſtes ſunt neceſſarij ſicut in teſtamento, quod fit in ſcriptis: de quo prius locutus fuerat Imperator. Horum ſeptem teſtium mentio quoque eſt in Inſtitut. titul. de teſtamen. ordin. §. vltim. Secundo coram his ſeptem teſtibus palam teſtator nuncupare debet hæredes ſuos, & voluntatem ſuam exprimere, vt dicitur in l. hæredes palam. 21. hoc titu. Palam, id eſt, audientibus teſtibus, qui adhibiti ſunt. Sine igitur nominatione, aut alio actu, qui nominationis vim habeat, non valet teſtamentum quod per nuncupationem dicitur, de quo dicemus ſub titu. de hæredibus inſtitu. Docebimus ibi, quibus verbis hæredes inſtitui debeant. tunc dicitur ſatis nuncupari hæres, cum ita declaratur, vt de eo ſatis conſtet, alias non dicitur hæres nuncupatus eſſe: vt ſi forte, exempli gratia, tradidit annulum ſuum. Scio hunc morem fuiſſe veterum, vt hæredi à ſe relicto annulum traderent: cuiuſmodi exempla ſunt apud Valerium lib. 8. c. 16. Annuli traditio non ſufficit. poteſt enim tradere annulum cuſtodiæ cauſa, non quod hæredem ſuum eſſe velit. l. cum pater. 79. §. pater pluribus. de lega. 2. Hoc refertur ad morem veterum, cuius meminit Valerius Maxim. Obſerabant enim annulis ſuis arcas, in quibus pretioſiſſimæ res reponebantur. l. ſignatorius annulus. 73. de verborum ſignificatione. Tertio, teſtes debent eſſe in conſpectu teſtatoris. l. ſi non ſpeciali. 9. C. de teſtam. ita vt mutuo ſe conſpicere poſſint & teſtator & teſtes. Lege aliqua municipali poteſt relaxari hæc obſeruatio teſtamenti, vt poſtea dicemus. Ergo non ſufficeret teſtatorem, qui forte decumbit in lecto ægrotus, audire, ſed oportet videre: nec teſtimonium admittitur eorum, qui dicunt ſe audiuiſſe teſtatorem loquentem: quia poteſt quis facile ſimulare vocem alterius & effingere. Cynus in dictam l. ſi non ſpeciali. hac de re aliquid ſcribit. Quinto, rogati teſtes eſſe debent, vt valeat teſtamentum, non ſufficit ſeptem teſtes interfuiſſe, ſed oportet eos rogatos eſſe & admonitos, vt interſint teſtamenti factioni. d. l. hæredes palam. §. in teſtamentis. hic. Hoc ſingulare eſt in teſtamento faciendo: nam in contractibus non eſt neceſſe teſtes rogatos eſſe. leg. ad fidem. 11. ff. de teſtibus. Si à tranſeunte aliquid intellectum ſit, is idoneus teſtis eſt: quamuis adhibitus aut rogatus non ſit, vt illic intereſſet. Sed certe teſtes rogati vt intelligant quid geratur, teſtimonij poſtea perhibendi cauſa, maiorem auctoritatem habent, & propterea in teſtamentis conſtitutum eſt, rogatos eſſe debere teſtes.

Superius cœpimus oſtendere, quæ neceſſaria ſunt in teſtamento faciendo, quod fit per nuncupationem, quod vulgo dicitur nuncupatiuum: his quæ iam diximus addenda ſunt quæ ſequuntur. In primis addendum eſt vno contextu teſtamentum fieri debere, vt dicitur in dict. leg. hæredes palam. §. vltim. Quæ diximus de teſtibus, de rogatione teſtium, & aliis huiuſmodi, ſic intelligimus vt fiant vno contextu, ſine vlla intermiſſione: nam ſi quis cœperit facere teſtamentum adhibitis aliquot teſtibus: deinde ex intermiſſione cœptum teſtamentum perficere voluerit, nullum eſt teſtamentum: quia vno contextu actionis perfici debet, vt hic dicto §. vlt. Iuriſconſul. ait. Quid ſit vno contextu actionis teſtamentum facere, ibi docet. Eſt autem nullum alienum actum teſtamento immiſcere. Si alienus actus, id eſt, qui non pertinet ad teſtamentum immiſceatur, non dicitur vno contextu fieri teſtamentum: ſic aliquando diximus de ſolennitate ſtipulationis, actus alienus vitiat ſtipulationem. l. 1. §. cum præſens. & l. continuus. 137. de verb. oblig. Excipitur tamen neceſſitatis cauſa, vt dicitur in duabus Imperatoriis conſtitutionibus, l. caſus. & l. cum antiquitas. C. de teſtam. Si qui forte ex teſtibus aliquò abfuerint propter contagionem morbi, propter periculum aliquod impendens, non ideo vitiatur teſtamentum. Aliquid hic de iure relaxatur, ſed plenior eſt aliena conſtitutio in l. cum antiquitas. Exemplis enim ſatis perſpicuis demonſtrat quod diximus, ſi potio ſumenda fuit à teſtatore ægrotante, non ideo vitiatur teſtamentum. Excipitur ergo cauſa neceſſitatis, vel in perſona teſtatoris, vel in perſona teſtium adhibita. Si enim ex cauſa neceſſitatis contingat intermitti quod gerebatur, nihilominus valet teſtamentum. Quæſtio hic tractatur, ſi contractus aliquis initus fuerit in teſtamento, an is vitiet teſtamentum, an vero nihilominus teſtamentum valeat? Quæſtio pendet ex his quæ iam diximus, an actus ſit alienus, an vero ſit pertinens ad teſtamentum: nam propter alienum actum intermixtum vitiatur teſtamentum: non item ſi ſit actus ad teſtamentum pertinens. Vulgo receptum eſt contractum, qui ad teſtamentum quoquo modo pertinet, & qui cito expeditur, ſi intermixtus fuerit, non vitiare teſtamentum. Hanc ſententiam vt probabiliorem & veriorem ſequor: tametſi magna ſit diſſenſio & magna opinionum varietas. Si contractus videatur tanquam pars vltimæ voluntatis teſtatoris, tanquam ad ſupremum eius iudicium quoquo modo pertinens, non vitiatur teſtamentum. Argumenta ducuntur variis ex locis. In primis ex l. 1. §. aſſignare. de aſſig. liber. In teſtamento aſſignat libertos liberis ſuis teſtator quibus voluerit, hæc aſſignatio non videtur ex teſtamento eſſe magis, quam venditio, locatio, aut alius contractus. Aſſignatio libertorum nec eſt inſtitutio hæredis, nec legatum, nec fideicommiſſum: & tamen ea teſtamentum non vitiat. Cur ergo idem non dicemus de venditione, locatione, & aliis huiuſmodi contractibus? Præterea pignus dicitur conſtitui teſtamento. l. non eſt mirum. 26. ſupra de pign. actio. Pignus contractus eſt, & tamen conſtituitur teſtamento, & ſæpe huiuſmodi obligationes ſolent conſtitui teſtamento. Exempli gratia, teſtator inſtituit hæredem ſuum, iubet ei vt reſtituat, vt ſoluat certam pecuniam illi, vel illi, & eo nomine obligat omnia bona ſua, pignus acquiritur teſtamento. Addunt aliqui & hæreditatis aditionem, quæ quaſi contractus quidam eſt, fieri poſſe teſtamento, hoc ſumitur ex l. ſi auia. 6. C. de iure deliberan. Quidam me inſtituit hæredem ex duabus vnciis in ſuo teſtamento, hæreditatem non adij: feci teſtamentum, in eo teſtamento volo Titium ex iiſdem vnciis mihi ſuccedere. Hoc teſtamento videtis hæreditatem ex illo teſtamento adiri, quandiu hæreditas ſolo animo aditur. l. pro hærede. 20. de acquir. hæred. Sic videtis aditionem hæreditatis fieri teſtamento, quæ quaſi quidam contractus eſt. Ergo idem de aliis contractibus eſt dicendum. Idem eſt dicendum, & ſi quis ſuum teſtamentum faciens, alicui locet prædium, vel vendat: venditio, locatio eſt, ſi quidem accedat conſenſus eius, cui teſtator ſe vendere aut locare velle dicit: nam in locatione vel venditione conſenſu duorum opus eſt. l. 1. §. conuen-

conuentionis. de pactis. Hi actus non videntur alieni à teſtamento eſſe. Teſtator qui ſe vendere dicit, aut locare illi, aut illi, declarat voluntatem ſuam de eo, quod poſt mortem ſuam fieri vult. teſtamentum igitur eſt ex definitione teſtamenti. Quomodo igitur hic actus dicetur alienus, nec pertinens ad teſtamentum? hoc ego attigi in explicatione definitionis. Dixi teſtamentum eſſe ſententiam vnius, contractum eſſe duorum. Dixi ſic accipienda eſſe ea verba, *quod quis voluerit*, vt ſufficiat conſenſus ſolius teſtatoris. Poteſt accedere conſenſus legatariorum, vel hæredis: ille conſenſus adhibitus non nocet teſtamento, quamuis etiam eo conſenſu interueniente aliquis contractus ineatur, velut contractus venditionis, aut locationis. Præterea in teſtamento faciendo per nuncupationem, vnum eſt neceſſarium: cuius meminit Vlpianus in dict. leg. hæredes palam. §. ſi quid. hoc titul. Si quid mutare, inquit, placuerit, omnia ex integro facienda ſunt. Quidam adhibuit teſtes ad faciendum teſtamentum ſuum præſentibus teſtibus, cum teſtes eſſent in eius conſpectu, is inſtituit hæredem illum, vel illum, cætera diſpoſuit, quæ ad ſupremum illius iudicium pertinent, vt videbantur: deinde ſtatim pœnitentia ductus, voluit alium hæredem ſcribere, vel aliquid immutare ex teſtamento à ſe facto, quæritur an mutare ei liceat, & ſi quid mutarit, an valebit teſtamentum? Ait Iuriſconſult. ita demum valere teſtamentum, ſi omnia de quibus iam diximus, ex integro repetierit. hoc eſt intelligendum poſt perfectum teſtamentum. Nam ſi teſtamentum perfectum non fuerit, omnia ex integro repetenda non ſunt. Sic eſt intelligendum quod dicitur in leg. ſi ita ſcriptum. 14. infra de legat. 1. *Et hoc ante impletum.* Sed hic incidit difficultas quæ multis plurimum negocij exhibuit: ex eo quod dicitur in Inſtit. titul. de adimen. legat. in §. primo vbi dicitur: Si quis teſtamento ſuo aliquid legauerit, & codicillis poſtea factis ademerit, valere ademptionem legati: Igitur relictum teſtatoento, codicillis recte adimitur. Hic autem dicitur, nihil mutari poſſe, niſi omnia ex integro fiant. hæc videntur contraria eſſe. Significant autem illa verba, *Niſi omnia ex integro.* id eſt, niſi ſolenne fiat teſtamentum. Codicilli verò multum differunt à teſtamento. cum teſtator ſcribit codicillos poſt teſtamentum, non omnia repetit ex integro, quæ neceſſaria ſunt ad teſtamentum faciendum. Hæc antinomia mihi videtur non admodum difficilis, ſi quis expendat quid ſit mutare aliquid ex teſtamento. In hoc loco ait Vlpianus, *Si quid poſt factum &c.* omnia ex integro facienda ſunt. Mutare teſtamentum, eſt aliud facere teſtamentum, quam factum fuit. Exempli gratia: Quidam aduocauit teſtes teſtamenti faciendi cauſa, præſentibus teſtibus nominauit hæredem ſuum Seium: ſic abſolutum eſt teſtamentum. Deinde cum teſtes abirent, rurſus vocauit eos, & dixit ſe velle idem teſtamentum manere, ſed tamen loco Seij ponere Sempronium, quaſi eo teſtamento tantum ſcriptus fuerit Sempronius, non Seius. Hic vult mutare teſtamentum, quæritur an valeat teſtamentum? Ait ita demum valere teſtamentum, ſi omnia ex integro repetita fuerint, quia mutauit quod ad ſubſtantiam teſtamenti pertinet, & quod primum in ſuo teſtamento non ſtatuerat, hoc eſt velle teſtamentum renouare, ſicut dicitur contractus venditionis reuocari in leg. iuriſgentium. §. adeò autem. ſupra de pact. Sed quod dicitur de codicillis, nihil ad rem pertinet. Qui enim ſcribit codicillos, non mutat teſtamentum. Vult idem teſtamentum manere, quod prius fecerat. hic autem vult reuocari teſtamentum ſuum, & loco eius hæredis, quem ſcripſerat, alium ſcribi vult, quaſi eo teſtamento quod prius fecerat, nominatus eſſet alius hæres. Eius qui facit codicillos poſt factum teſtamentum alia eſt voluntas. Deinde ſequitur apud Vlpianum in dict. leg. hæredes palam. §. ſi quid ibi, *Quod vero quis obſcurius.* Hic oſtendit quomodo intelligendum ſit quod dictur aliquem quid mutare ex teſtamento. Si quis enim declarauerit, quod erat obſcure expreſſum in ſuo teſtamento, hic non dicitur mutare teſtamentum ſuum: ideoque ſolennia repetenda non ſunt. Eſt locus communis de declaratione. Vulgo dicitur, qui aliquid declarat ſe feciſſe aut dediſſe, nihil facere, aut dare videri: ſed datum ſignificat, vt inquit Iuriſconſult. Poſtremo in hoc teſtamento faciendo teſtes idoneos adiberi oportet, cum quibus teſtamenti factio ſit, id eſt, qui inteſtabiles non ſint. Sed de teſtibus proprius eſt locus infra. nos de teſtibus, tam qui adhibendi ſunt in ſcripto teſtamento, quam in nuncupatiuo, plenius dicemus. Nunc videndum eſt de teſtamento quod fit in ſcriptis.

De teſtamento in ſcriptis.

TEſtamentum aliquando fit non tantum per nuncupationem, quamuis aliqua nuncupatio ſit neceſſaria, ſed etiam in tabulis, in ſcriptis, & ita inſcribitur hic titulus, vt ne teſtes quidem intelligant, qnid in eo teſtamento contineatur. Forma autem huius teſtamenti traditur in leg. 21. hac conſultiſſima. Codice de teſtament. ordin. Expedit interdum teſtatori ſecretum eſſe, quod ſuo teſtamento continetur, ſi forte timeat inſidias captatorum: ne forte quis inſidietur morti eius, ſperans eius hæreditatem ſibi obuenturam eſſe. Vtile igitur eſt nemini notam eſſe teſtatoris voluntatem, quid, quemve ſcripſerit in teſtamento ſuo hæredem. Teſtator ergo tabulas clauſas & complicatas tenet, oſtendit eas, & exhibet teſtibus præſentibus obſignandas. Hæc eſt, inquit, vltima mea voluntas, quam ego his tabulis deſcripſi, hoc eſt meum teſtamentum, rogo vos vt veſtris ſigillis obſignetis. Teſtes obſignant id teſtamentum, quamuis non intelligant quid contineat. Formam vſitatam in conficiendo hoc teſtamento refert Vlpian. in fragmentis ſuarum Inſtitut. Meminit Iſidorus quoque in libro ſexto ἐτυμολογ. capit. 4. quem certum eſt ex eo loco, libros Vlpiani eum habuiſſe. Perſequamur ergo ſingula, quæ in eo teſtamento faciendo neceſſaria ſunt: ſicut à nobis factum eſt de teſtamento, quod per nuncupationem fit. Ac inprimis hoc teſtamentum ſcribi oportet, quamuis in eo ſit aliqua nuncupatio. Nuncupare enim eſt voce aliquid exprimere. Sed alterum genus teſtamenti vocatur nuncupatiuum, quia fit tantum per nuncupationem, ſine ſcriptura. Ergo hoc teſtamentum ſcribi oportet, idque expreſſum eſt in dict. leg. hac conſultiſſima. Addendum eſt, nihil referre in qua materia deſcribatur teſtamentum, vt Iuſtinianus in Inſtitut. de teſtamentis. §. nihil intereſt, &c. ait, ſiue in charta, ſiue in membrana ſcriptum fuerit, valere hoc teſtamentum. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. 4. chartæ. de bon. poſſ. ſecun. tabul. vbi de opiſthographo mentio eſt, in quo veteres ſolebant in membranis deſcribere & teſtamenta ſua, & libros, inſtrumenta, acta publica, ſicut hodie in membranis deſcribuntur. Dicebantur volumina, à voluendo, quia ita voluebantur notis, tamen ſcriptum teſtamentum non valet. quia notæ, literæ non ſunt. leg. 6. ſed cum patrono. §. vltim. infra de bonor. poſſeſſ. Nam ſingulæ notæ aliquando ſignificant ſyllabas, aliquando dictiones. An teſtamentum à milite notis recte ſcribatur, nos dicemus ad interpretationem l. Lucius. 11. infra de teſtam. milit. Igitur teſtamentum ſcribi oportet. Nihil autem refert an latinè, an græcè ſcribatur, vt Theodoſius ait, d. leg. hac conſultiſſima. §. vltim. Olim verba quædam erant ſolennia in teſtamentis, quæ dicebantur legitima & ciuilia: quia legib. & iure ciuili prodita erant. Cautum erat ſiquidem quibus verbis teſtamentum fieret, quibus verbis hæres inſtitueretur, quibus verbis quid cuique legaretur teſtamento. Hæc verba erant latina, vt docet Vlpianus Inſtitut. titul. de fideicommiſſ. Legari græce non poteſt, ſicut poteſt fideicommitti. Legatum actus eſt legitimus. itaque verbis legitimis oportet vti legando. leg. vltim. de teſtament. tut. ſupra, & l. directas. Cod. de teſtamen. manumi. Hæc tria capita olim coniuncta fuerunt. Hoc quod interpretamur, & hæc duo: horum trium capitum eadem eſt inſcriptio. Nec dubium eſt, quin hæc ſeparata fuerit à Triboniano, quia diuerſis titulis congruere videbantur. In eadem conſtitutione, hac conſultiſſima. conſtituit Theodoſius poſſe tutorem dari teſtamento græcè, poſſe etiam libertatem dari, & poſſe teſtamentum fieri. Et valebunt hæc omnia perinde ac ſi latinè ſcripſiſſet teſtator, in l. verbis ciuilibus. ſupra de ſubſtit. vulga. verba ciuilia & legitima eadem ſunt. Item verba formalia in vſu eſſe deſierunt, nec obſeruantur hodie l. 15. quoniam. & l. 26. in teſtamentis. C. de teſta. ordi.

Verba formalia Imperator vocat, quæ pro forma quadam & ſolennitate obſeruabantur.d.l. in teſtamentis.nempe quæ introducta ſunt pro ſolennitate actus.Similis locus eſt in dict. l. quoniam. modo enim ex verbis teſtatoris appareat quem heredem ſibi eſſe voluerit, talia verba formalia non ſunt neceſſaria. Similis etiam locus eſt in l. omnes. Cod. de contrahen.& commit. ſtipul. Verba erant ſolennia, Spondes? ſpondeo. & non poterat olim aliis verbis concipi interrogatio & reſponſio, ſed viſum eſt ſatis eſſe, ſi vtantur talibus verbis, quæ voluntatem & promittentis, & ſtipulantis declarent.

Superiori loco oſtendimus quomodo teſtamentum in ſcriptis fiat, ſi teſtator ſola nuncupatione contentus non ſit. Diximus quædam neceſſaria eſſe, vt valeat hoc teſtamentum, quorum primum eſt, vt ſcribatur. Diximus, nihil referre, quibus verbis conceptum ſit teſtamentum. Nam verba formalia hodie in vſu non ſunt, quæ olim pro forma & ſolennitate introducta fuerant. Addendum eſt, etſi errauerit teſtator in aliquo nomine & appellatione, non ideo vitiari teſtamentum, vt dicitur Cod. eod. in l. 4. ſi in nomine. & l. 7. errore. Sufficit teſtamentum his verbis conceptum eſſe quibus voluntas teſtatoris ſignificetur, etſi erratum ſit in nomine. Si nominatus ſit Titius, pro Sempronio, aut contra, valet teſtamentum. Iſque intelligitur ſcriptus hæres eſſe, de quo teſtator ſenſit. Eſt locus communis de errore, qui alibi à nobis explicatus eſt. Idem dicendum eſt de errore ſcribentis in d. leg. 7. vbi ſi librarius errauerit in teſtamento ſcribendo, error librarij teſtamentum non vitiat. eſtque etiam locus communis in l. 93. ſi librarius. ff. de regu. iur. in l. Imperator Titius, de ſtatu hom. vbi ob tenorem teſtamenti male concepti Imperator reſcripſit non vitiari ſtatum liberorum. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 24. Ambiguitatis. Cod. eod. Vnum hîc notandum, ſi dolo, aut negligentia, vel culpa librarij aliquid peccatum ſit, ideoque damno aliquis affectus ſit, vel hæres, vel legatarius, eo nomine dari actionem ad id quod intereſt aduerſus eum, qui ſcribendo peccauit.& hoc expreſſum eſt in l. vltim. C. de magiſtr. conuen. Addendum eſt etiam quod vulgò dicitur, errorem præſumi in ſcribente magis, quam dolum, aut malitiam. Ad id probandum adducitur l. penultim. C. de his qui ſibi adſcrib. vbi ei, qui ſibi adſcripſit legatum in alieno teſtamento, imperator remittit pœnam legis Corneliæ, in quam ait, credo te magis errore, quam malitia incidiſſe. Sed ineptiſſimi ſunt, qui hæc annotare ſolent ex eo capite. Reſcribit enim cuidam militi Galieno, & fit quoque mentio commilitonis. Error facilius præſumitur in milite, quam in aliis, & facilius etiam ignoſcitur militi propter errorem. l. Regula. ff. de iuris & fact. ignorantia. Ideo cum quæritur an error, an malitia præſumenda ſit, dicendum eſt quæſtionem eſſe facti, quæ ex variis coniecturis definienda ſit. Oportet igitur teſtamentum de quo loquimur ſcribi. Nihil autem refert quis ſcribat, an teſtator ipſe, an quiuis alius iuſſu teſtatoris. d. l. hac conſultiſſima. poteſt igitur ab alio ſcribi teſtamentum iuſſu teſtatoris, nec neceſſe eſt, vt ab ipſo teſtatore teſtamentum deſcribatur. Similis locus eſt in l. 28. ſeruus. hoc tit. vbi ſeruus, qui iuris ciuilis communionem non habet, l. 20. qui teſtamento. hic. poteſt alterius teſtamentum ſcribere. Hinc quæritur, an ſaltem teſtator debeat manu ſua ſcribere hæredum nomina? Eſt ea de re conſtitutio Iuſtiniani in l. iubemus. 29. C. eod. vbi ſtatuit vt teſtator ipſe nomina hæredum deſcribat propria manu, vel nuncupet præſentibus teſtib. Apertiſſima ſunt verba huius conſtitutionis Iuſtiniani: hoc tamen ius emendatum eſt alia conſtitutione poſteriore eiuſdem Iuſtiniani in Nouel. vt ſponſal. largit. §. quia verò, ante hanc, &c. qui locus non requirit interpretationem accuratiorem, opus tantùm eſt lectione. Deinde teſtamentum quod dicitur in ſcriptis, poteſt in pluribus exemplis deſcribi. l. vnum. hic. Addenda eſt exceptio ex Iuſtiniano in Inſtitut. de teſtamen. §. ſed & vnum. modò ſolennitas fuerit in omnibus exemplis obſeruata, alioqui non habebuntur pro teſtamentis. Ego ſupra docui, quando vnum teſtamentum dicitur, & quando plura, cum pro ſcriptura teſtamentum accipitur. Hactenus de ſcriptura.

Secundo vt valeat hoc teſtamentum, idoneos teſtes adhibere debet teſtator, de quibus diximus, cum diſputaremus de teſtamēto nuncupatiuo, & huiuſmodi teſtes eſſe debent, quibus non ſit interdictum teſtimonium. §. teſtes. Inſtit. eod. de teſta. ordin. ſed de conditione teſtium proprius erit locus infra, qui à nobis explicabitur.

Tertio, ſubſcriptio teſtium hic neceſſaria eſt, ego ſuperius dixi, hoc teſtamentum ita fieri. Teſtator tabulas clauſas complicatus offert teſtibus præſentibus & à ſe vocatis, vt eas tabulas obſignent, & illis tabulis ſubſcribant. d. leg. hac conſultiſſima. Subſcriptio hic neceſſaria eſt ad formam & ſolennitatem huius teſtamenti. idque expreſſum eſt dict. leg. hac conſultiſſima. Huius ſubſcriptionis quoque mentio eſt in leg. penul. hic. Et ex his verbis colligitur ratio ſubſcribendi: Ego Titius hoc meo chirographo Sempronii teſtamento ſubſcripſi, &c. & id teſtamentum obſignaui.

Quarto præter ſubſcriptionem teſtium obſignatio quoque neceſſaria eſt, vt dicitur in dict. leg. hac conſultiſſima. Signare teſtamentum, eſt ſignum imprimere teſtamento, vt fieri ſolet. Hæc obſignatio olim fiebat annulis, qui dicebantur ſignatorii. 2. leg. ſignatorius. 73. ff. de verborum ſignificatione. Vnde dicitur ornamentorum appellatione non contineri annulum ſignatorium. Geſtari enim ſolet in digitis, ad quaſcunque res obſignandas, ad obſignanda teſtamenta, contractus, ciſtas quoque in quibus res aliquæ repoſitæ ſunt cuſtodiæ cauſa. De his ſignaculis intelligendum eſt, quod dicitur in hoc loco. Rationem obſignandi docet Paulus libro 3. Sentent. Et eum locum adduximus libro ſecundo Diſput. Teſtationem vocabant hanc rationem teſtandi, de qua hic loquimur. Teſtatio eſt veluti teſtimonium eorum, qui interfuerunt rei geſtæ, in ſcripturam redactum. Nam non olim vſitatus erat mos tabellionum. Hæc ratio ſignandi ex iure prætorio orta eſt, vt ait Iuſtinianus in §. ſed cum paulatim. Inſtitut. de teſtament. Iure ciuili veteribus legibus adhibebantur teſtes, qui ſubſcriberent: de obſignatione tamen nihil cautum erat. hoc à Prætore adinuentum fuit. Hinc variæ quæſtiones ortæ ſunt. Quæſtio eſt, an eodem ſignaculo poſſint omnes teſtes obſignare, an poſſint non tantum proprio, ſed alieno teſtes vti? Et dicitur nihil referre an vno annulo, an pluribus, an proprio, an alieno quis vſus ſit. §. poſſunt. Inſtitut. de teſtament. Fieri poteſt vt teſtes annulum ad manum non habeant: ideo vtilitatis cauſa receptum eſt, vt poſſint etiam alieno annulo obſignare. Huius obſignationis mentio eſt in leg. ad teſtium. 22. hoc titulo: vbi etiam variæ quæſtiones hac de re tractantur. Etiam annulo teſtatoris ſignari poteſt teſtamentum. In ea. leg. ad teſtium. §. ſignum autem. vtrum annulo tantum impreſſo &c. Hæc quæſtio eſt paulo difficilior, an poſſit quis quouis alio ſigno vti in obſignatione teſtamenti, non annulo: Probabilius eſt, vt annulo tantum ſignet, non etiam ſigno, modo habeat annulus characterem. Sed mirum eſt quod Iuriſconſult. hanc ſubtilitatem probat ſine magna, vt videtur, ratione. Quorſum hic requiritur impreſſio annuli, potius quam ſigni alterius, modo ſit aliquis character? Hac ratione quidam adducti exiſtimauerunt inemendatum eſſe hunc locum: & auſi ſunt addere negationem. Sane hæc lectio nonnihil mihi ſuſpecta eſt. Fortaſſis ita non malè poſſet legi, Nihil refert, an quis annulo, an ſigno obſignet, modo illud ſignum habeat aliquem characterem: ſed quia hoc valde incertum eſt, nihil de eo adfirmare auſim. Puto autem probabilem rationem adferri poſſe, licet quidam ex recentioribus magni nominis exiſtiment, nihil certi hic poſſe tradi. mihi videtur hæc eſſe probabilis ratio, quia character annuli, qui geſtari ſolet in digitis, notior eſt amicis eius qui teſtamentum facit, & ideo facile recognoſci poteſt. Vtilius eſt ergo ad fidem faciendam, ſi quando de eius fide dubitetur: nam poteſt vacillare teſtamentum, ſi ignotus ſit character. Vtilitatis igitur cauſa, vt facilior ſit & expeditior probatio, ſi quando characteris fides in dubium vocetur, probabile eſt hoc ita conſtitutum fuiſſe. Ego hoc probabilius, aut veriſimilius nihil poſſum hic adferre: neceſſariæ rationes à iuriſconſultis exigendæ non ſunt. An noctu, an interdiu obſignari debeat teſtamentum nihil referre, ait idem Iuriſconſult. in dict. leg. ad teſtium. §. poſſe & nocte.

Quinto

Quinto ſubſcriptio teſtatoris neceſſaria eſt in hoc teſtamento faciendo. d. l. hac conſultiſſima. hoc eſt intelligendũ ex alia Iuſtiniani conſtitutione, niſi totum teſtamentum manu ſua teſtator ſcripſerit. Si teſtator non alij teſtamentum deſcribendum mandauerit, ſed ipſe ſcripſerit, ſubſcriptio eius non eſt neceſſaria. l. cum antiquitas. 28. §. vlt. C. eod. Eſt noua conſtitutio Iuſtiniani: eſt enim hæc conſtitutio facta à Iuſtiniano poſt primam Codicis editionem. id ſubſcriptio declarat. Hæc conſtitutio eſt edita ad emendationem l. hac conſultiſſima. & quod dicitur d. l. hac conſultiſſima. intelligendum eſt cum hac exceptione.

Sexto, hoc teſtamentum & quæcunque pertinent ad hoc teſtamentum, debent perfici vno contextu actionis: ſicut nuncupatiuum teſtamentum. d. l. hac conſultiſſima. Quomodo ſit intelligendum vno contextu actionis fieri debere teſtamentum, nos ſupra oſtendimus.

Septimo, illud etiam notandum eſt, quod ſupra obſeruauimus de mutatione teſtamenti, poſtquam perfectum eſt teſtamentum. Nos diximus, ſi poſt perfectum teſtamentum quid voluerit mutare teſtator, omnia ex integro agenda eſſe. Hoc pertinet ad vtrunque genus teſtamenti. d. l. hæredes. §. ſi quid ſupra. eod. tit. vbi his verbis, Quod vero quis obſcurius in teſtamento vel nuncupat, vel ſcribit, &c. oſtendit Iuriſconſul. ſe de vtroque teſtamento loqui. Sola enim voluntas non poteſt mutare quod tam ſolenniter factum eſt. §. ex eo. Inſtit. quib. mod. teſta. infir. Fruſtra adhiberetur tanta ſolennitas in condendis teſtamentis, ſi duobus teſtibus poſſet mutatio teſtamenti probari: facile duo teſtes corrumperentur, qui dicerent, poſt factum teſtamentum aliquid ab eo mutatum eſſe. Quomodo ſit intelligendum quod dicitur de codicillis in §. 1. Inſt. de ademp. leg. nec ego id repeterem, niſi à quodam admonitus eſſem, ſe non intelligere quod diximus. Loquitur hic Iuriſconſultus de eo qui mutare vult teſtamentum, qui codicillos ſcripſit, quamuis aliquid reperiatur in codicillis contrarium teſtamento, non mutat teſtamentum, ſicut de mutatione ſententiæ, l. actorum. ff. de re iudic. vbi iudici ſententiam mutare non licet. Mutare tamen & corrigere teſtamentum, & codicillos conficere, quibus forte aliquid contrarium teſtamento deſcribatur, non ſunt contraria. Cum enim quid ex codicillis petitur, non petitur ex codicillis, ſed ex teſtamento mutato & emendato. & poteſt teſtator ſi velit, non repetitis ſolennibus teſtamenti facere codicillos, & relictum aliquibus legatum adimere. Sed qui corrigit, non habet animum faciendi codicillos, nec teſtamentum imperfectum valet in vicem codicillorum. l. vlt. C. de codicil. & l. ex ea ſcriptura. 29. hoc tit. Hæc eſt forma & obſeruatio neceſſaria in vtroque genere teſtamenti.

De teſtibus in teſtamento idoneis.

Ego dixi teſtes idoneos eſſe oportere, qui adhibentur in teſtamento vtroque faciendo. Qui teſtes idonei ſint non explicaui, ſed reieci in hunc locum, quod hoc commune ſit vtrique teſtamento. Videamus igitur qui teſtes idonei ſint in teſtamento. Et in primis ſequenda eſt regula quæ traditur in l. 1. ff. de teſtib. omnes teſtimonij dicendi facultatem habere, quibus nominatim interdictum non eſt: vnde ſi quis velit aliquem repellere à teſtimonio dicendo, oportet proferat aliquam legem, quæ ei interdicat teſtimonium: vnde videndum eſt quibus interdictum ſit teſtimonium, in teſtamento faciendo. Hi omnes ad quoſdam locos facile videntur mihi poſſe referri: ſicut & teſtes qui producuntur in iudicio ad fidem faciendam, quamuis inter hos & teſtes teſtamentarios multum interſit. Plerique enim teſtes ſunt idonei in aliis negotiis, qui tamen in teſtamentis non ſunt idonei. Primum igitur quidam prohibentur teſtes eſſe propter infirmitatem conſilij, cuiuſmodi ſunt impubes, furioſus, mulier. Inſtit. de teſta. §. teſtes autem. hi etiam enumerantur in l. qui teſtamento, 20. hic. Impubes, qui iudicio ſatis firmo non eſt, non habetur idoneus teſtis. De furioſo idem dicitur in d. l. qui teſtamento. §. nec furioſus. Huius generis eſt mulier. In aliis tamen negotiis mulier poteſt teſtis eſſe, idque probatur argumento ex lege Iulia de adulteriis. nam adulteram damnatam adulterij dicere teſtimonium vetat lex Iulia: ſatis ergo ſignum eſt mulierem adulterij non damnatam poſſe teſtem produci. d. l. ad teſtium. §. mulier. hoc titu. Solet hic quæri, cur mulier teſtimonij dicendi facultatem in teſtamento non habet? Recentiores qui hac de re ſcripſerunt, homines magni nominis fatentur ſe neſcire hoc, nec poſſe rationem huius iuris perſpicere. hæc ratio mihi videtur homini politico non admodum obſcura. Non enim exiguntur rationes à iuris interpretibus, quales à mathematicis. Ciuiles & probabiles rationes hic exiguntur non neceſſariæ: ideoque nos non admodum ſuperſtitioſos eſſe oportet in his rationibus inquirendis, alias multa eorum quæ certa ſunt, ſubuerterentur. l. non poſſunt. ſup. de legib. & Senatuſconſul. Animaduertendum eſt igitur hanc rationem ſubtilem introductam eſſe, ne quid falſi in teſtamentis admittatur. Falſa teſtamenta frequenter Romæ fiebant: & ſæpius quid falſi in teſtamentis admittebatur, quam in aliis actibus. Lex Cornelia de falſis, ideo teſtamentaria dicitur, quia præcipue introducta eſt ad puniendos falſarios, qui aliquid falſi in teſtamentis admittunt. In condendis legibus ſolent perſpicere iuris prudentes ad ea, quæ vt plurimum accidunt. l. 3. iura conſtitui oportet. ſup. de legi. Ideo ſtatutum eſt vt maſculi tantum adhiberentur. Olim mulieres inteſtabiles erant, niſi quibus erat id permiſſum. Hinc apparet nugatoriam eſſe eorum ſententiam, qui dicunt mulierem nec admitti debere ad teſtimonium: quia non adhibetur in teſtamentis.

Superius cœpimus tractare de his, qui idonei teſtes non ſunt in teſtamento. Addendum eſt iis, quæ iam diximus, quoſdam repelli à teſtimonio in faciendo teſtamento ob delictum aliquod, ob damnationem, ob interdictionem. Exempla ſunt in d. l. qui teſtamento, & aliis quibuſdam. In d. l. qui teſtamento. §. eum, qui. dicitur repetundarum damnatum ad teſtamentum admitti non poſſe, quoniam in iudicio teſtis eſſe vetatur. idem dicitur in leg. Seio. ff. de teſtib. & l. repeduntarum. eod. titu. in Pand. Flor. in d. §. eum, qui. non additur negatio. Ego receptam lectionem probo, quia alias antinomia inexplicabilis eſſet. Nam in l. repeduntarum. dicitur, quoniam repeduntarum damnatus eſt, ad teſtimonium admitti non poſſe. Deinde d. §. eum, qui. ſequentia verba, quoniam in iudicio teſtis eſſe vitatur, id ſatis demonſtrant. Damnatus autem repeduntarum vetatur teſtis eſſe in iudicio, ergo multo magis vetatur in teſtamento teſtis eſſe. Quiſquis enim vetatur in iudicio teſtis eſſe, multo magis in teſtamento. In teſtamento teſtes maioris auctoritatis & ponderis adhibebantur quam ad quiduis aliud probandum in iudicio. vt ſup. dixi. ſi legeremus vt in Pand. Flor. *Adhiberi poſſe exiſtimo: quoniam in iudicio teſtis eſſe vetatur.* bona non eſſet hæc ratio. Verum eſt quod ſpeciem aliquam veritatis habet, non ſatis rem expendenti. Lex vetat in iudicio eum teſtem eſſe, de teſtamento non loquitur: ſed ratio ſuadet, vt qui in iudicio teſtis eſſe vetatur, in teſtamento teſtis non adhibeatur. hic obiter obſeruanda eſt regula: Qui non poteſt teſtis eſſe in iudicio, multo minus in teſtamento. Affirmatiue tamen non ita colligitur: Poteſt teſtis eſſe in iudicio, ergo poteſt eſſe teſtis in teſtamento. Exemplum eſt in muliere, quæ poteſt teſtis eſſe in iudicio, & tamen in teſtamento teſtis eſſe non poteſt.

Ad hunc locum pertinet prodigus, cui bonis interdictum eſt. Pertinet etiam is, qui improbus inteſtabiliſque eſt ob crimen aliquod. d. l. is, cui lege. & l. cum lege. hic. Sed vtrunque caput iam à nobis explicatum eſt. Si quis ob crimen famoſum damnetur, Senatuſconſulto cautum eſt, vt inteſtabilis ſit. Huius verbi hæc vis eſt, vt nec poſſit teſtamentum facere, nec eius teſtimonium in teſtamento recipiatur. Alij prohibentur in teſtamento teſtes eſſe, quia ipſorum res agi videtur. Idoneus teſtis nemo eſt in re ſua, vt dicitur in l. nullus. ff. de teſtib. & l. omnibus. C. eo. In horum numerum refertur is, qui in poteſtate eſt teſtatoris. d. l. qui teſtamento. in prin. & Inſt. eo tit. §. pater. Negocium hoc eſt teſtatoris, vt Iuſtinianus ait, in Inſtit. §. ſed neque hæres. de lega. Cum enim negocium ſit teſtatoris, dicendum eſt etiam negotium eſſe filij, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Nam filius qui eſt in poteſtate, & pater qui eum retinet in ſua poteſtate, vna atque eadem perſona eſſe cenſentur. l. vlt. de impub. & aliis ſubſtit. C. & §. ei vero, de inutil. ſtipu. Inſti. Hæc ratio ex ſubtilitate artis profecta eſt, vt mox oſtendam. Quid poteſtatis verbo ſignificetur docet Iuriſc. In primis hoc verbum ad liberos, qui ſunt in poteſtate parentum, refertur. alia eſt igitur filij emancipati cauſa. Poteſtatis verbum late patet. l. 215. poteſtatis verbum.

ff.de verb. ſignifi. Non ſolum poteſtatis verbum ad ſeruos & filios noſtros refertur: ſed & ad alios quoſdam, veluti ad eum quem quis redemit captiuum. l. ſenatus. 43. §. qui ab hoſtibus. infra de leg. 1. & l. 2. l. 6. mulier. ff. de capt. & poſtlimi. reuerſ. l. Titio centum. de cond. & demon. Eadem ratione repellitur hæres à teſtimonio. Hæres ſcriptus in teſtamẽto alicuius idoneus teſtis non eſt, quia res ipſius agitur. d. l. qui teſtamento. hic. Idem ait Iuſtinianus de eo, qui in poteſtate hæredis eſt. in d. §. ſed neque hæres. Inſtit. de teſta. ord. Ratio traditur à Iuſtiniano in eo loco, quia hoc totum negotium quod ad teſtamentum ordinandum pertinet, inter teſtatorem & hæredem agi videtur. his verbis vtitur Iuſtinianus ibi, quia hoc totum, &c. Olim hæres quidem idoneus teſtis erat in teſtamento faciendo: ſed repellebatur à teſtimonio familiæ emptor, vt eo loco ait Iuſtinianus. Cum teſtamentum fiebat per æs & libram, adhibebatur familiæ emptor. Teſtator vendebat familiam ſuam, facultates ſuas cuidam emptori. hic emptor familiæ, negotium quoddam contrahebat cum hærede. ideoque ſecundum hanc obſeruationem & ſolennitatem non videbatur refellendus hæres eſſe à teſtimonio dicendo. Sed quia ſucceſſit hęres in locum familiæ emptoris, in deſuetudinem abiit ea ſolennitas, & ea imaginaria venditio, hodie creditur totum hoc negotium inter teſtatorem & hæredem agi. in d. §. Sed neque, ait Imper. creditur, quia re vera nullum negotium inter teſtatorem & hæredem contrahitur. Teſtamentum eſt declaratio voluntatis de eo, quod teſtator poſt mortem ſuam fieri vult. Hic ſolus teſtator declarat voluntatem ſuam, non adhibet alios, nec hæredem, nec legatarium: non ſicut in contractibus interuenit duorum conſenſus. l. 1. §. conuentionis. de pact. Sed quadam interpretatione iuris, videtur totum hoc negotium agi inter hæredem & teſtatorem, quia ſucceſſit hæres in locum familiæ emptoris. Alia ratio æque ſubtilis colligitur ex verbis Iuſtiniani in §. legatariis. Inſti. eo. quia hæres iuris ſucceſſor eſt. Hæreditas eſt ſucceſſio quædam iuris. Cum dicimus Titium hæredem extitiſſe Sempronio, non hoc ſignificamus, ad eum bona perueniſſe, quæ erant Sempronij. Nam & ſi quis nulla relicta bona reperierit: tamen poteſt hæres eſſe. Hæredem eſſe, eſt tenere eum locum quem defunctus tenebat: hæreditas eſt, etſi hæres nulla corpora hæreditaria reperierit. l. 50. hæreditas. ſupra de pet. hære. Alias ſi nihil reperiret in bonis defuncti, diceret hæres ſe non teneri creditoribus hæreditariis. Imo hæres eſt, & ſi nihil ſit hæreditarium. Si quæ ſint bona, in ea quoque bona ſuccedit. Seneca & alij rident iureconſultos, quod diſtinguant hæreditatem à bonis hæreditariis: ſed oſtendunt ſe iuris ciuilis imperitos eſſe. Cum ſuccedat hæres in locum defuncti, & eadem perſona habeatur, in eo negotio quod geſſit defunctus non poteſt teſtis eſſe. Nam interpretationẽ & iuris intellectu eſt eadem perſona. Alia cauſa eſt legatarij & tutoris, vt Vlpianus ait dicta l. qui teſtamento. hic. legatarius poteſt teſtis eſſe in eo teſtamento, quo aliquid ei relinquitur. Tutor etiam in eo teſtamento, in quo tutor datus eſt, teſtis eſſe poteſt: hoc enim negotium non intelligitur agi inter legatarium & teſtatorem: ſicut inter hæredem & teſtatorem. Legatarius non ſuccedit in ius: ſicut hæres ſuccedit in rem, vt dicitur à Iuſtiniano in dict. §. legatariis. Hæc ſubtilitas mouit veteres iuris noſtri auctores, vt legatarium ad teſtimonium admitterent in teſtamento faciendo, hæredem autem repellerent. Sed hic occurrit difficultas. Cum dicimus legatarium idoneum eſſe teſtem in teſtamento, in quo legatum ei relictum eſt: qui fieri hoc poteſt, cum ſecundum regulam à nobis traditam, nullus idoneus teſtis ſit in re ſua? Hic autem res legatarij agitur. Intereſt legatarij propter legatum quod ipſi relictum eſt. Veriſimilis eſt affectio legatarij in rem legatam: veriſimile eſt eum propenſum fore ad teſtimonium dicendum pro teſtamento, vt legatum ſibi relictum in eo teſtamento conſeruet. Hæc affectio videtur eum repellere debere à teſtimonio in teſtamento faciendo. Ego ſcio quid vulgo reſpondere ſoleant. Solet dici legatarium teſtem eſſe idoneum inter hæredem & alios: vbi controuerſia eſt de teſtamento, in cauſa teſtamenti idoneus teſtis eſt, non in cauſa legati. Si petat legatum, non erit idoneus teſtis in ea cauſa: ſed ſi controuerſia ſit inter hæredem & alium, erit idoneus teſtis, quia non agitur de legato: ſed an teſtamentum ſit iure factum, an non. Nam, vt ipſi dicunt, poteſt valere teſtamentum, etſi non valeat legatum: hæc nihil habent commune inter ſe: oportet probare legatum teſtamento relictum eſſe. Sed quo ſe vertunt? Semper hic profecto res legatarij agitur, tametſi non de legato quæratur in ea cauſa: ſed de vi teſtamenti tantum: tamen certo ſcit legatarius ſe non alioqui peruenire poſſe ad legatum, quam ſi teſtamentum valeat, quamuis certo non ſciat, & ſi valeat teſtamentum, ſe legatum ſibi relictum conſecuturum. Facile hæc affectio in rem ſuam poteſt eum impellere ad teſtimonium dicendum pro teſtamento. Non igitur illud ſatis eſt reſpondere ad id, quod obiecimus neminem eſſe idoneum teſtem in re ſua. dicta l. nullus. & l. omnibus. Cauſa propria cuiuſque eſt, in qua commodum vel incommodum ad aliquem ſuo nomine pertinet. l. 1. §. in propria. ff. quando appell. ſit. Certum eſt ex hac cauſa, ſi victus fuerit hæres in teſtamento, aliquod incommodum pertinere ad legatarium. Quidam ex veteribus cenſuerunt, quod dictum eſt à nobis de legatario, eum ſcilicet idoneum teſtem eſſe, hoc accipiendum eſſe de ſcripto teſtamento, non autem de eo teſtamento, quod fit per nuncupationem. Hæc ſententia ratione non caret, ceſſat enim veriſimilis affectio, & corruptio, de qua diximus. Quia cum teſtamentum in ſcriptis fit, legatarius ignorat quid in eo teſtamento contineatur: teſtamentum factum eſt in ſcriptis, ſecundum formam ſupra à nobis traditam, ita vt teſtator ſolus ſciat quid eo teſtamento contineatur. d. l. hac conſultiſſima. Nihil prohibet legatarium teſtem adhiberi, cum aperitur teſtamentum ſecundum formam edicti prætorij. ff. quemadmo. teſta. aper. Is ſine periculo poteſt chirographum ſuum recognoſcere, ignorans an ſibi aliquid teſtamento relictum ſit, an non ſit. Nullum eſt igitur periculum ne corrumpatur, & pro teſtamento teſtimonium dicat. Hæc ratio videtur quibuſdam & in hærede locum habere, quem tamen conſtat idoneum teſtem non eſſe in teſtamento. Verum eſt eandem eſſe rationem in hærede: ſed alia ratione quadam repellitur hæres à teſtimonio dicendo in teſtamento, quia hoc totum negotium inter teſtatorem & hæredem agi videtur, & quia eſt iuris ſucceſſor, & quia locum tenet defuncti. Hac ratione vſus eſt Iuſtinianus: quia videbat eam non pertinere ad legatarium. Quidam ex recentioribus audacter & acriter inuehitur in hanc ſententiam veterum, more ſuo, quæ tamen probabiliter defendi poſſe mihi videtur. In primis citat locos quoſdam ex veteribus iuris authoribus, in quibus ait eos loqui generaliter de teſtamento, atque ideo generaliter hoc eſſe accipiendum tam de teſtamẽto, quod fit per nuncupationem, quam de eo quod in ſcriptis fit. Expendamus diligenter omnes hos locos. Primus eſt in Inſtit. d. §. legatariis. In eo loco Iuſtinianus ait legatarios in teſtamento idoneos teſtes eſſe, nec diſtinguit teſtamentum quod per nuncupationem fit, ab eo quod in ſcriptis cõficitur. Sed reſpondeo Iuſtinianum in eo loco loqui de teſtamento ſcripto, non de eo quod fit per nuncupationem. id ſatis contextus ipſe oſtendit. Iuſtinianus in initio tit. de teſta. eo. tradit formam teſtamenti conficiendi in ſcriptis, & perſequitur vſque ad §. vlt. in d. §. vlt. loquitur tantum de teſtamento nuncupatiuo, idque arguit §. vlt. vbi, Sed hæc, ait, de teſtamentis, quæ ſcriptis conficiuntur, ſufficiunt. ſi quis autem ſine ſcriptis, &c. quibus verbis oſtendit aperte quicquid ante ſcripſit, ad teſtamenta quæ fiunt in ſcriptis pertinere, non autem ad ea quæ per nuncupationem fiunt. Ergo quod dicitur in d. §. legatariis. id neceſſario eſt intelligendum de eo teſtamento, quod fit in ſcriptis. Alter locus eſt in l. 15. ſi quis ita. infra de reb. dub. Idem teſtis eſt & legatarius in hac ſpecie, ex quo apparet legatarium idoneum teſtem eſſe. Sed mirum eſt ab eo, cum tam acutus & perſpicax ſibi videatur, non eſſe animaduerſa Martiani verba, *Teſtamentum ſignauerunt*, ait Martianus hæc verba ſatis oſtendunt Iuriſcõſ. loqui de eo teſtamento, quod in ſcriptis conficitur, non de eo quod fit per nuncupationem. Teſtamentũ quod fit per nũcupationem non ſignatur. Quæſtio erat, an hoc legatum valeret, quod videretur relictum in certis perſonis. Incertis enim perſonis inutiliter relinquitur. §. incertis. Inſtit. de lega. vnde dubitatum fuit, an propter incertitudinem perſonarum vitiaretur hoc legatum. Addit ibi Martianus, *teſtibus adhibitis*. Certæ ſunt perſonæ, quæ teſtamentum ſignant, licet certas perſonas non expreſſerit teſtator verbis teſtamenti ſui,

ſed ideo

ſed ideo non obſtat noſtræ ſententiæ ille locus, quia loquitur de eo teſtamento, quod fit in ſcriptis. Alius locus eſt in l. dictantibus. 22. C. de teſta. vbi teſtator teſtibus adhibitis ad teſtamentum faciendum relinquere non prohibetur. Idem eſt & teſtis & legatarius in hoc caſu: & tamen imperator ſimpliciter loquitur de teſtamento, quod fit in ſcriptis. Ergo legatarius idoneus teſtis eſt in quocunque teſtamento, etiam in teſtamento quod nuncupatiuum dicitur. Ego reſpondeo, in ea lege quæri an valeat teſtamentum, non autem quibus teſtibus probari poſſit teſtamentum. Mirum eſt quod omnes quicunque hac de re ſcripſerunt, cum oſtendere volunt legatarium idoneum teſtem eſſe, recurrunt ad illam l. dictantibus. Illa quæſtio nihil habet commune cum noſtra. Si quis adſcripſerit ſibi legatum, inutile eſt legatum, & punitur pœna falſi. l. 6. ſi quis, in princ. ff. ad legem Cornel. de falſis. & C. de his, qui ſibi adſcrib. in teſtamen. vnde hic quæritur, ſi teſtibus legatum ſit adſcriptum, an puniendi ſint pœna falſi? Et dicitur eos non eſſe puniendos: hic autem quæritur, an ſint idonei teſtes. Fieri enim poteſt vt ſint idonei alij teſtes, propter numerum eorum, quibus legata relicta ſunt. Alius locus eſt in dict. l. qui teſtamento. ſupra eod. quem adducit aduerſus hanc ſententiam. Hic locus maius exhibuit negotium iis, qui hanc tueri opinionem volunt, quam alij omnes iam adducti. Sed ego ita reſpondeo, aiunt, hic Iuriſconſ. loquitur de teſtamento generaliter, nec diſtinguit teſtamentum, quod fit per nuncupationem ab eo, quod in ſcriptis conficitur: verbum inſtituere, quo vtitur Vlpianus ambiguum eſt. Si enim diceret, qui teſtamento hæres ſcribitur, vel nuncupatur, nihil ambiguitatis eſſet. & ſic Iuriſconſulti plerique ſolent diſerte loqui, vt in d. l. hæredes palam. Inſtitui dicitur & is, qui ſcribitur, & is qui nuncupatur. In ambigua oratione ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret, vt dicitur in l. ambigua. ſupra de legib. Itaque videtur hoc verbum accipiendum eſſe de teſtamento ſcripto. Deinde verba illa ſequentia id oſtendunt, in eo qui tutor ſcriptus eſt: nam hoc verbum etiam refertur ad legatarium. Deinde ego animaduerti à Iuſtiniano mentionem fieri cuiuſdam conſtitutionis ſuæ ea de re, quæ deſideratur in d. §. legatariis. Inſtit. de teſtamen. ordi. ait enim ſe permiſiſſe ea conſtitutione legatarios teſtes eſſe, ſi ea conſtitutio extaret, ea omnem controuerſiam finiret. Hæ ſunt coniecturæ noſtræ, quæ ſi cui non placeant, ſequatur communem opinionem. Qui eam tuentur reſpondent ad regulam traditam in d. l. nullus. ff. de teſtib. & d. l. omnibus. C. eo. non dicere legatarium teſtimonium de legato ſibi relicto: ſed in cauſa tantum teſtamenti. verum eſt autem prodeſſe in conſequentiam: ſed dicunt quædam permitti in conſequentiam, quæ principaliter non permitterentur. Adducunt l. 1. ſupra de aucto. tut. Tutor in re ſua in negotio, quod pupillus cum ipſo contrahit, auctor eſſe non poteſt pupillo: ſed tamen id ei permittitur in conſequentiam. Hoc fuco ſolent hanc opinionem tueri & tegere, quæ mihi non placet: ſed probabilius eſt, meo iudicio, quod diximus, accipiendum eſſe de teſtamento quod fit in ſcriptis.

Dicere cœpimus de teſtibus, quia admittuntur in faciendo teſtamento. Diximus variis ex cauſis interdictum eſſe teſtimonium in faciendo teſtamento. Addendum eſt quoque quoſdam remoueri à teſtimonio, quia ciues non ſunt. lex enim requirit ciues eſſe. d. l. hac conſultiſſima. C. de teſta. ord. teſtamenti factio iuris ciuilis eſt. l. hic. 3. mirum igitur non eſt, ſi qui communionem non habent iuris ciuilis, teſtes idonei non eſſe dicantur. Itaq; ſeruus idoneus teſtis non eſt in teſtamento faciendo. §. teſtes autem. Inſtit. eo. & d. l. qui teſtamento. §. ſeruus, hic. Seruus iuris ciuilis communionem no habet. nam quod attinet ad ius ciuile, ſerui pro nullis habentur. l. quod attinet. 33. ff. de reg. iur. Addidit Iuriſcon. in d. §. ſeruus. &c. ſeruum ne prætorij quidem edicti communionem habere. quia ius prætorium ſubſequitur ius ciuile in teſtimonio dicendo. l. Seio. 14. ſupra de teſtib. Teſtamentum igitur in quo ſeruus teſtis eſt adhibitus, nullum eſt, quod tamen accipiendum eſt, niſi tempore teſtamenti, communi exiſtimatione habitus fuerit liber. Tunc enim dicitur valere teſtamentum ex æquitate quadam & vtilitate exigente, aduerſus ſubtilitatem iuris. l. 1. C. eo. Huius reſcripti mentio eſt apud Iuſtinianũ Inſti. §. ſed cum aliquis. eod. titu. de teſta. ord. vbi Iuſtinianus ait ex quadã liberalitate hoc inductũ fuiſſe: vtilitas hominum ſuaſit, vt à ſubtilitate & rigore iuris hic paululum recederetur: vtilitas enim hominum exigit vt ignoſcatur communi errori hominum. Eſtque locus cõmunis de cõmuni errore: vtilitas autem hominũ exigit vt venia detur publico errori. l. 3. de ſupel. lega. l. Barbarius Philippus. ſupra de offi. præto. l. 2. & 3. ſupra, ad Macedo. Sicque ea, quæ Barbarius Philippus geſſit in prætura, rata habita ſunt. Eo tempore ſerui ſolebant obrepere ad honores. Dion in Auguſto ſcribit, Maximũ quendam, cum ad quæſturam promotus eſſet, tandem agnitum à domino ſuo in ſeruitutem redactum eſſe. Aliud eſt exemplum quod attigi ad l. 3. ſupra ad Macedo. Si quis filiofamilias mutuã pecuniam dederit, qui publice exiſtimabatur paterfamilias eſſe, tunc ceſſat exceptio Senatuſc. Macedoniani. Sed hic quæritur, an requiratur omnium exiſtimatio, vt teſtamentum firmum habeatur? Quidam hærẽtes verbis reſcripti, exiſtimant omniũ exiſtimationẽ neceſſariam eſſe. ait enim l. 1. C. eo. cum omniũ conſenſu liberorũ loco habiti ſint. Quid ergo ſi vnus, aut alter ex ciuibus ſciat ſeruum eſſe eum qui ab aliis creditur liber, an nihilominus valebit teſtamentum? Quæſtio tractatur ex verbis d. l. cum enim dicat omnium conſenſu, nullum excipit. Sed quod dicit omnium conſenſu, ideo videtur dictum eſſe, quia conſenſus maioris partis in ciuitate aliqua, pro omnium conſenſu habetur. l. quod maior. ad municipalem. eſtque etiam locutio vſitata, & hyperbole: ideo dictum eſt omnium cõſenſu, quia ita accidiſſe proponebatur. Reſcriptum illud eſt perſonale: ſcriptum eſt in certa cauſa, & ad certas perſonas cum ex facto conſultus eſſet Imperator. Reſcriptum autem nõ eſt conſtitutio generalis, quamuis hodie reſcripta vim generalium conſtitutionum habeant. In hac cauſa, de qua quæritur, propoſitum erat omnium conſenſu, nullo excepto ſeruum habitum eſſe liberum, qui adhibitus eſt ad teſtimonium in teſtamento faciendo. nõ ideo tamen concludendum eſt omnium conſenſum, nullo excepto, neceſſarium eſſe, vt teſtamentum valeat. Sic ego hunc locum interpretor, quamuis aliqui diſſentiant, & requirant conſenſum ſingulorum ciuium. His capitibus continentur ſummatim & generatim ea, quæ pertinent ad teſtium conditionem, qui adhibentur teſtamenti faciendi cauſa. Alij quibus non interdicitur nominatim teſtimonium, idonei teſtes ſunt, propterea quod teſtamentum ſcripſit, recte dicitur idoneus teſtis eſſe in eo teſtamento. l. 27. Domitius Labeo. hic. non ideo prohibetur teſtis eſſe in teſtamento, quod tabulas teſtamenti ſcripſerit. Si expendantur omnia, quæ à nobis dicta ſunt de his, qui prohibentur teſtes eſſe in teſtamento, nihil reperietis cur idoneus teſtis non ſit, qui ſcripſit tabulas teſtamenti. Nam forte alia ratio monebat Domitium Labeonem cur quæreret, an is idoneus teſtis eſſet. Forte hoc mouit Domitium, quia videbat rogatum eſſe vt tabulas ſcriberet, non autem ad teſtimonium. Teſtes autem rogatos eſſe oportet. d. l. hæredes palam. §. in teſtamentis. hoc tit. Hinc exiſtit quæſtio difficilis & vulgo agitata, quo tempore conditio teſtium inſpicienda ſit? Ego nihil reperi difficilius in hac diſputatione. Dicimus teſtem debere eſſe ciuem, liberum hominem, ſanæ mentis, &c. Ponamus tempore teſtamenti teſtem fuiſſe ciuem, ſanæ mentis, deinde tempore mortis fuiſſe ſeruum, & furore correptum. Duo ſunt loci hac de re, vnus eſt in d. l. ad teſtium. §. 1. Si liber homo erat, quo tempore ſignauit teſtamentum, & mortis tempore fuerit redactus in ſeruitutem, nihilominus valet teſtamentum. Alius locus eſt in d. l. 1. C. eod. eo tempore, quo teſtamentum ſignabatur, &c. Oportet liberos homines eſſe quo tempore teſtamentum ſignabatur, vel ſaltem habitos fuiſſe publice liberos, quamuis liberi non eſſent. Huic ſimile eſt quod diximus hic de conditione teſtatoris. in l. 1. §. exigit. infra de bonorum poſſeſ. ſecund. tab. & l. 2. & 6. qui in poteſtate. hic. In eo qui teſtatur ſpectamus ſanitatem mentis, quo tempore teſtamentum facit. Sed hic incidemus in difficillimum nodum, & quem doctiſſimus quiſque & maxime exercitatus in iuris ciuilis ſcientia vix expedire poteſt. Videtur enim ratione defendi non poſſe quod diximus, valere teſtamentum, etſi mutata fuerit teſtis conditio poſt factum teſtamentum: vt puta ſi effectus fuerit ſeruus ex libero homine. Ego ſic oſtendo. nam teſtamentum per ſeruum probari non poteſt. Si controuerſia oriatur de teſtamento inter ſcriptum hæredem & legitimos hæredes forte: quomodo poterit per liberum hominem probari? Si non poſſit probari, inane & inutile eſt teſtamentum,

quod non poteſt per ſeruum probari. Id etiam probatur hac ratione: quia in iudiciis ſpectamus tempus, quo teſtimonium dicitur, cum quæritur de conditione teſtis : hoc vulgo receptum eſt, & adducunt l. 10. quoniam liberi. C. de teſti. quæ ad rem non multum pertinet. Adducunt etiam l. 3. §. duæ. infra de Carbo. edic. vbi dicitur, quæſtionem de ſtatu ex Carboniano edicto non ſemper differri. Finge teſtes eſſe, qui eandem fidem poſt temporis interuallum non ſint habituri: vt ſi ex libero ſeruus factus fuerit, vt interpretantur. Sed hoc aliter etiam poteſt intelligi de eo, qui propter ſpatium longi temporis non recordans rei geſtæ, non eſt habiturus eandem fidem. Adducunt alium locum, qui magis hanc ſententiam iuuat in l. 3. ſupra de teſti. vbi dicitur, iudicis officio inquirendum eſſe, cuius conditionis ſit teſtis. Ergo id ſit quo tempore teſtimonium exigitur. Adducunt etiam l. notionem. 99. §. inſtrumentorum. ff. de verb. ſign. vbi dicitur dilationem dari in præſentia eius, qui teſtimonium dicturus eſt de actu ſuo in ſeruitute geſto. Ego puto verum eſſe quod vulgo dicitur, tempus quo teſtimonium dicitur inſpiciendum eſſe, cum quæritur de conditione perſonarum: quamuis enim id nullo certo iure definitum ſit, tamen id ratio ſuadet: fides maxime neceſſaria eſt in teſte, cum teſtimonium ab eo exigitur. Si ex viro probo corruptus moribus euaſerit, quod plerunque accidit. Homo, vt ait Plato, eſt animal facile mutabile: facile deprauatur & corrumpitur. *Si fidem non faciet.* Si hoc verum eſt quod dicitur, vt verum eſt, in iudiciis ſpectandum eſſe qualis fuerit teſtis, cum teſtimonium ab eo exigitur, non qualis fuerit ante iudicium: fruſtra id dicitur ſpectandum eſſe tempus teſtamenti. Cur igitur hic ſpectatur tempus teſtamenti, ſi non poſſit probari per teſtes in iudicio? Hoc videtur inane eſſe & illuſorium, ſi controuerſia oriatur de teſtamento. Hæc quæſtio valde difficilis eſt, extantque de ea variæ opiniones interpretum, in quibus referendis multorum dierum labore opus eſſet, nec id maxime neceſſarium eſt. Ego breuiter dicam quod ſentio, more meo. Partim hic recedam à quorundam opinione, partim etiam aliorum diſſentientium opiniones conciliabo. Animaduertendum eſt, hic iuris noſtri auctores loqui de teſtamento ſcripto : non autem de teſtamento, quod ſit per nuncupationem. in d. l. 1. teſtes, &c. C. eod. dicitur, *teſtamentum ſignabatur*. Hæc verba oſtendunt Adrianum loqui de teſtamento, quod in ſcriptis conficitur : non de eo, quod ſit per nuncupationem. Teſtamentum quod ſcriptum eſt tantum obſignabatur : factum per nuncupationem non obſignabatur. : iiſdem vtitur verbis Iuriſconſul. in d. l. ad teſtium. Hoc igitur obſeruandum eſt, quod hic dicitur de conditione teſtium inſpicienda, ad teſtamentum ſcriptum pertinere. Quare hoc quod ſcriptum eſt de teſtamento ſcripto, producimus ad teſtamentum nuncupatiuum. Hoc igitur teſtamentum, quod in ſcriptis conficitur, valet ſi teſtes idonei fuerint tempore facti teſtamenti: nec aliud tempus requiritur, puta tempus mortis. Sed cuius vtilitatis eſt, dixerit aliquis, cum orta lite de teſtamento in iudicio, teſtes quorum mutata eſt conditio, non ſint idonei ad teſtimonium dicendum in iudicio? Ego reſpondeo, in primis ſi quæſtio ſit tantum de ſolennitate teſtamenti, non de veritate, veriſſimum eſſe, atque ideo certum quod hic dicitur, ſcilicet ſpectandum eſſe tempus teſtamenti. De teſtamento oritur controuerſia inter ſcriptum hæredem & legitimos hæredes. Legitimi hæredes contendunt, non quidem falſum eſſe teſtamentum, ſed non ſolenniter factum. Hic quæſtio eſt de obſeruatione & ſolennitate teſtamenti, non de veritate. Aiunt non ſolenniter eſſe factum, quia in teſtamento debent adhiberi ciues & liberi homines. At hi, qui fuerunt adhibiti ad faciendum hoc teſtamentum, ſerui ſunt non liberi: quæritur, an ratum debeat eſſe hoc teſtamentum? Hæc res nullam habet dubitationem. Non hic quæritur de veritate teſtamenti quam ſit neceſſe probare teſtibus, ſed quæritur de ſolennitate. quæritur an ſufficiat ad ſolennitatem teſtamenti hos teſtes, de quibus quæritur, idoneos fuiſſe tempore teſtamenti, cum poſtea eorum conditio mutata ſit : an vero ideo teſtamentum inutile ſit? Et dicendum eſt nihilominus valere teſtamentum, & conditionem teſtium inſpiciendam eſſe, quo tempore ſignabatur teſtamentum. Et ſi quid poſtea contigerit in perſona teſtium, non id nocet teſtamento. Quod autem dicitur in iudiciis conditionem teſtium inſpiciendam eſſe, quo tempore teſtimonium dicunt, hoc nihil ad rem pertinet: conuenit enim eos liberos fuiſſe tempore teſtamenti, quamuis ſerui nunc ſint: conuenit etiam ab iis ſignatum fuiſſe teſtamentum. Quæſtio nunc eſt iuris, an valeat teſtamentum ſignatum à libero homine, qui ſeruus eſt quo tempore exigitur teſtimonium. Et eadem eſt ratio teſtamenti nuncupatiui, quamuis de ſcripto loquantur Iuriſcõſulti. Quid ſi quæſtio ſit de veritate teſtamenti magis, quam de teſtamento? Dicendum eſt nihil nocere mutationem ſtatus ſi teſtamentum ſcriptum ſit, quod diligenter notandum eſt. Nam loquitur Imperator de teſtamento ſcripto in d. l. 1. C. eod. & Iureconſultus in d. l. ad teſtium. Sed ſpectatur tempus iudicij, cum agitur de probatione teſtamenti. Sed in hoc iudicio animaduertendum eſt quæri de ſubſcriptione & obſignatione teſtamenti : non autem de eo quod teſtamento continetur. Ponamus teſtamentum factum eſſe in ſcriptis, adhibitos teſtes eſſe cum ſubſcriptione & obſignatione. Illud teſtamentum profertur in iudicio, vocatur in dubium fides teſtamenti, quid opus eſt probare? Opus eſt probare ſubſcriptionem & obſignationem, ſi poſſit fides fieri harum rerum, certe vincit ſcriptus hæres in iudicio. At dixerit aliquis, hi teſtes quorum cõditio mutata eſt, ne idonei quidem erunt ad probandam ſubſcriptionem, vel obſignationem, ſi de ea lis ſit, ſecundum regulam à nobis traditam. Dicimus non recipi teſtem in iudicio, qui idoneus non ſit tempore, quo teſtimonium ab eo exigitur. Si hoc verum eſt, intercidet teſtamentum. Cum aperitur teſtamentum, vocantur teſtes vt recognoſcant ſigilla ſua. Non ſunt autem idonei ad recognoſcendum ſigilla ſua, quia mutata eſt eorum conditio: eſt enim ſuſpecta eorum fides propter mutatam conditionem, quamuis olim fide digni habiti ſint. Sunt qui exiſtiment teſtes, quorum conditio mutata eſt, poſſe recognoſcere ſubſcriptionem ſuam: quia hoc facti eſt, non iuris. Hanc ſententiam nullo iure probare poſſum, & verum eſt quod dixi, & vulgo receptum eſt conditionẽ teſtis inſpiciendam eſſe, quo tempore ab eo dicendum eſt teſtimonium. Scio interrogari poſſe in iudicio ſeruum, ſi alias non poſſit veritas erui. l. ſerui. 7. ſupra de teſtib. & l. interrogari. 15. C. de quæſtionib. ſed hoc non prodeſt ad fidem faciendam. ergo inane & eluſorium eſt, quod hic dicitur, valere teſtamentum, quia ſpectatur tempus teſtamenti, non aliud tempus. Sed quamuis idonei teſtes non ſint propter mutatum ſtatum, reſpondeo, non ideo intercidere teſtamentum: quia poterit aliunde probatio ſumi, poterit comparari ex ſcripturis: non enim ſolum requiritur obſignatio, ſed etiam ſubſcriptio teſtamenti. Ita autem teſtes ſubſcribunt, Ego Titius hoc teſtamentum Seij obſignaui annulo meo. Cum vocantur ſignatores ad recognoſcenda ſigilla ſua, hoc intelligendum eſt, ſi idonei ſint, vel ſi viui ſint, quia poteſt aliunde probari ſubſcriptio. Scio quoſdam exiſtimare, cum vnus teſtis mortuus eſt, corrumpi teſtamentum. l. 4. eum ab initio. & l. 5. vel negare. inf. quemadmo. teſta. aper. & l. 2. C. eo. Sed poſtea contrarium oſtendam, hac enim ratione incerta eſſent omnia teſtamenta. Hoc igitur quod diximus magnam rationem habet, ſic interpretando vt nos interpretati ſumus de teſtamento ſcripto: non autem de eo, quod ſit per nuncupationem. Hoc ego produco longius propter ſimilitudinem rationis. Quoties quis teſtatione ſolenni ſibi cauit, quæ teſtatio veluti conditionem quandam teſtium habet, eum tutum eſſe arbitror, etſi poſtea mutata fuerit teſtium conditio, vt aliquando accidit in perſona teſtium. Nec hoc puto ſingulare eſſe in teſtamentis, idem puto dicendum in quocunque alio actu, in quo eadem eſt ratio. Teſtationes olim fiebant à quibuſcunque perſonis de quacunque re id docui, & veterum multis authoritatibus comprobaui libro 1. Diſputationum, cap. 30. vbi docui quid ſit teſtari. Hodie his teſtationibus non vtimur: ſed ſi receptæ eſſent apud nos, idem dicendum eſſet, quod de teſtamento. Poteſt fides fieri, ſi vocetur in dubium id, quod geſtum eſt, poteſt probari vel per literarum comparationem, vel per coniecturas, alias etſi forte teſtes adhibiti ad eas tabulas conſcribendas, tunc non ſint idonei. Id docebo exemplo. Hi, quos hodie vocamus notarios, eodem hodie funguntur officio, quo olim hi ſignatores, qui erant homines priuati. Hodie igitur ponamus admiſſum eſſe tabellionem ad tabulas conſcribendas de venditione, de locatione, vel de quocun-

quocunque alio contractu, poſtea eum damnatum eſſe lege Cornelia de falſis, an ideo illius inſtrumenta corrumpentur, tanquam à falſario notario confecta? Non puto: quoniam conditionis mutatio non debet ei nocere, qui tabulas ab eo conſcribi curauerit. Inſpicimus ergo tempus quo tabulæ conſcriptæ ſunt, nec mutatio ſtatus ei officit: aliud dicendum eſt cum nulla teſtatio ſolennis facta eſt. Hic loquitur Iuriſconſ. de teſtamento ſcripto. & ſi producamus ad alia negotia id intelligendum eſt de negotiis de quibus teſtatio facta eſt. Sed obiicitur vulgaris locus ex lib. 2. de feud. titu. 19. Cum quæſtio oritur de beneficij conceſſione, cum quis contendit feudum ab alio ſibi conceſſum eſſe, probare id neceſſe eſt, non per quoſuis teſtes, non per extraneos: ſed per pares curiæ, per eos qui eiuſdem patroni clientes ſunt. Sed nihil nocet inueſtitura, ſi pares eſſe deſierint. Sufficit pares fuiſſe tempore inueſtituræ, vt eod. loco, & tamen eius temporis habetur ratio, quo eſt facta inueſtitura. Illo quidem loco ait auctor huius rei varias fuiſſe opiniones, & tamen hanc receptam eſſe, quæ etiam ratione & vtilitate non caret. Nam propter eam mutationem non ideo ſuſpecta eſt fides teſtium: non ideo ſuſpecta eſt fides teſtis, quod extraneus ſit. Non idem dicimus vt de eo, qui corruptus moribus eſſe cœpit, vel ſeruus effectus eſt, id etiam poteſt habere locum in nuncupatorio teſtamento. Pone ad teſtamentum faciendum adhibitos eſſe teſt s ciues Romanos, quendam ſine culpa ſua deſiiſſe ciuem eſſe, an ideo minus fidem faciet? Non mutatus eſt quidem eius ſtatus: ſed ob eam mutationem ſtatus non poteſt dici ſuſpecta eius fides eſſe. Extraneos non remouent à teſtimonio dicendo Romanæ leges. Non eſt neceſſe ciuem Romanum eſſe teſtem. In teſtamento vero hoc requiritur, maioris cautionis gratia. Subtilitas quædam & obſeruatio neceſſaria eſt in teſtamento faciendo, ne quid falſi admittatur, quia plerunque Romæ contingebat, vt falſa teſtamenta fierent. In iudicio cum quæritur de probatione, non poſſunt reiici teſtes tanquam fide non digni: quia ſunt extranei.

Superiori loco diſſeruimus de his, quæ ad teſtamentorum ordinationem pertinent, quæ forma, quæ ſolennitas neceſſaria ſit in vtroque genere teſtamenti, & eo quod per nuncupationem, & in eo quod in ſcriptis conficitur. Nunc de vi & effectu dicendum eſt, vt intelligamus quem vſum, quam vtilitatem habeat ſuperior diſputatio & tractatio de ſolennitate & obſeruatione teſtamenti

De effectu ſolennitatis ſeruatæ in teſtamento.

IGitur duo in primis notanda ſunt. Vnum eſt, hac forma de qua iam diximus, non ſeruata, teſtamentum nullum eſſe, nec peti quicquam ex eo teſtamento poſſe. l. ſi vnus 12. C. de teſta. ord. dicitur in ea lege, vel coram teſtatore, &c. quia debent eſſe teſtes in conſpectu teſtatoris, vt ſupra dixi. huc pertinet quod dicitur in l. 13. teſtandi. C. eo. teſtamenti factio, de qua locuti ſumus, publici iuris eſt, itaque non poteſt mutari voluntate, aut arbitrio teſtatoris. Nam quæ publici iuris ſunt, priuatorum hominum voluntate mutari non poſſunt. Quod ibi etiam dicitur iuri publico derogari nemini permiſſum eſſe, hoc eſt quod dicitur in l. nemo poteſt. 55. de legat. 1. nemo poteſt facere ne leges in ſuo teſtamento locum habeant. Quod idem dicitur in eadem lege, non iuriſdictionis formam mutare licere. Iuriſdictionem vocat prætorium edictum, quod perpetuæ iuriſdictionis cauſa propoſitum eſt. ſic accipiunt Iuriſconſ. in pleriſque aliis locis, vt in l. quamuis. ſupra de in ius vocan. Quamuis prætor ſimpliciter dixerit ſe pœnalem actionem daturum aduerſus eum, qui in ius parentem vocauerit: tamen moderanda eſt iuriſdictio prætoris. Sic accipitur in l. poſtquam. 5. §. Imperator. vt legat. nomi. cau. Edicta proponebantur à prætore perpetuæ iuriſdictionis cauſa. l. ſi quis id, quod. ſupra de iuriſdict. non poteſt teſtator mutare formam, quæ proficiſcitur ex edicto prætoris. Ego iam dixi ſupra ſolennitatem, quæ obſeruatur in teſtamentis magna ex parte ex iuriſdictione prætoria natam eſſe, præſertim teſtium ſignatio, & obſignatio. §. ſed cum paulatim. Inſtit. de teſta. Ex his legibus notandum eſt hanc formam & obſeruationem non tantum ad probationem, ſed etiam ad ſubſtantiam teſtamenti pertinere, & neceſſariam eſſe. Quod dicitur ſeptem teſtes puberes & ciues Romanos adhibendos eſſe, non tantum pertinet ad probationem, ſed etiam ad ſubſtantiam, vt ſine eo ſubſiſtere non poſſit teſtamentum, etiam ſi alias forte conſtet de voluntate teſtatoris. Exempli cauſa, ſi forte confiteantur legitimi hæredes, inter quos & ſcriptos hæredes controuerſia eſt, ita voluiſſe teſtatorem: non ideo tamen hoc teſtamentum conualeſcit hac confeſſione eorum, quamuis confeſſio videatur idonea eſſe ad probationem inter eos, cum de voluntate teſtatoris controuerſia ſit inter eos, & ſcriptos hæredes, ſatis eſt ſolennitatem, quæ iure publico introducta eſt, non fuiſſe obſeruatam. Id colligitur ex dicta l. ſi vnus. ſi hoc tantum requiratur ad probationem, non ad ſubſtantiam teſtamenti, non dixiſſet Imperator ibi, iure deficiet teſtamentum. his enim verbis ſignificat teſtamentum ipſo iure nullum eſſe, hic non deficit ius, ſed probatio tantum, vt ait Iuriſconſ. in l. duo ſunt Titij. ſupra, de teſta. tutel. Duo ſunt Titij, Titius datus eſt tutor, quæritur vter datus ſit tutor? Et dicitur eum datum eſſe tutorem de quo ſenſit teſtator, quod ſi ignotum ſit de quo ſenſit teſtator, ius non deficit, ſed probatio. Ex eodem loco obſeruandum eſt, etiam ſi quid vel minimum & leuiſſimum omiſſum ſit, nihilominus intercidere teſtamentum, etiam ſi vnus tantum de teſtibus defuerit, ſi omnes non ſignauerint in eodem loco, iure deficit teſtamentum. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. cum hi. 8. §. ſi prætor. de tranſact. ait Iuriſconſ. Si in decreto interponendo, prætor de quibuſdam inquiſierit, de aliis non inquiſierit, tranſactionem non valere. Sed obiiciet aliquis quod dicitur in l. 1. §. vlt. verſic. quale eſt enim, &c. ſupra de ventre inſpiciendo. ex quo loco colligere volunt, ſi quid leue omiſſum ſit, non ideo iure nullum eſſe, quod geſtum eſt. In inſpiciendo, cum mulier dicit ſe prægnantem eſſe, certa ſolennitas neceſſaria eſt: tamen ibi dicitur, ſi quis omiſſum ſit ex his, quæ leuia ſunt, non ideo iure deficere, quod geſtum eſt. Sed ego reſpondeo, hic nihil eſſe quod non magni ponderis & momenti ſit, nihil eſſe quod leue & contemnendum ſit. Vnum ſiquidem ex ſeptem teſtibus deeſſe, leue non eſt: vel teſtes coram teſtatore non fuiſſe: hoc enim maxime pertinet ad veritatem teſtamenti & rei geſtæ cognoſcendam. Poteſt ſupponi alius qui decumbat in lecto, & voluntatem & vocem ementiatur, & ſimulet. In inſpectione ventris multa reperiuntur ſatis leuia, & non magnopere neceſſaria, veluti quod dicitur de tribus luminibus in eadem lege. §. tria lumina. vbi Iuriſconſ. ait tria lumina adhibenda eſſe. Quid ſi tertium lumen defuerit? non debet nocere partui. d. l. 1. in fin. deinde animaduertendum eſt quod Iuriſconſ. in d. l. 1. §. vlt. ait, ſi quid per ruſticitatē omiſſum ſit, ignoſcendum eſſe ruſticitati: nam his verbis oſtendit etiam ea, quæ leuia ſunt non eſſe omittenda, quamuis ruſticitati venia detur, ſi quid forte per ruſticitatem omiſſum ſit. Quinimo in teſtamento neceſſitatis cauſa quædam omittuntur, quæ non magnopere neceſſaria videntur. Exemplum in l. caſus. 8. C. de teſta. quod exemplum ſupra à nobis explicatum eſt. Quod dicitur vno contextu actionis teſtamentum fieri debere, ſupra eo. l. hæredes palam. 21. §. vlt. non eſt perpetuum, ſi quid intermiſſum propter neceſſariam ægroti potionem: adhibetur tamen nihilominus legitimus numerus teſtium. Quod dicitur, ex teſtamento non ſolenni nihil capi poſſe, adeo verum eſt, vt ne princeps quidem ex eo teſtamento quicquam capere poſſit. l. ex imperfecto. 3. C. eo. ſi quis obiiciat Principem ſolutum eſſe legibus, l. Princeps. ſupra de legib. & ſenatuſconſul. ſi quidem Princeps olim ſolebat legibus latis, vel ſenatuſconſultis ſolui: leges ei ſubiiciebantur, vt nullis legum vinculis ſubiiceretur & adſtringeretur, vt ſcribit Dion in vita Auguſti. Sed reſpondet huic obiectioni Alexander Imperator, auctor d. l. 3. licet, inquit, lex imperij ſolennibus iuris Imperatorem ſoluerit: nihil tamen tam proprium imperij eſt, quam legibus viuere. Simile dicitur in l. digna vox. 4. Cod. de legib. Lex, quæ de imperio fertur cuiuſque Principis, dicitur lex regia. l. 1. ff. de conſtit. Princ. Reges etiam dicuntur Imperatores in pleriſque locis Cod. Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata in l. ſi quis teſtamentum. 25. hic. Quidam oſtendit ſe velle facere teſtamentum, & hæredes tam in primo, quam in ſecundo gradu inſtituere & ſubſtituere: cœpit teſtamentum ſuum, nominauit primos hæredes: ſcilicet inſtituit duos hæredes Titium & Sempronium in primo gradu; antequam autem ad ſecundos hæredes perueniſſet, mor-

tum eſt, quæritur an Titius & Sempronius, quos conſtat ab eo nominatos fuiſſe, poſſint hæreditatem petere ex teſtamento? Videtur hæreditas ad hos pertinere, quos nominauit teſtator, vel quos certum eſt eum ſcripſiſſe: quod enim cæteros omiſit, id videtur tantum eis nocere debere, non etiam eis, quos ſcripſit. Sed Iuriſconſ. ait ex hoc teſtamento, ne hæredes quidem nominatos in eo, poſſe quicquam capere. quia imperfectum eſt teſtamentum: non poteſt enim dici feciſſe teſtamentum. Hoc igitur eſt intelligendum, cum apparet eum voluiſſe ſecundos hęredes adſcribere, alias primis hæredibus debetur hæreditas ex eo teſtamento. Sed quia ratione hoc ita conſtitutum eſt, cum voluntas teſtatoris de primis hæredibus certa ſit, cur hæc imperfectio nocet hæredibus, de quibus teſtator voluntatem ſuam declarauit? Ideo nocet eis, quia conſtat teſtatorem non feciſſe teſtamentum. Et forte poſt ſecundos hæredes ſcriptos adieciſſet conditionem, ſub qua primi inſtituerentur, ſi licuiſſet ei abſoluere teſtamentum. Hæc eſt ratio cur ex teſtamento imperfecto nihil capi poteſt. Hic difficultas naſcitur ex antinomia ex l. iubemus. §. quod ſi non fuerit. C. de teſta. vbi teſtator in teſtamento faciendo nomina hæredum ſcripſit manu ſua, vel ſaltem nominauit, ſi vero neque nominauerit neque ſcripſerit manu ſua nomina hæredum, vult inſtitutionem nullam eſſe. Quid igitur ſi quoſdam nominauit: alios neque nominauit, neque ſcripſit? Hic ait Iuſtinianus pro parte valere teſtamentum, & pro parte non valere. Valet, inquit, inſtitutio eorum, qui pro parte nominati ſunt: aliorum non valet inſtitutio. Teſtamentum non valet pro parte, quo ad eos qui neque nominati ſunt, neque ſcripti. Hic autem dicimus, quia teſtator ſecundos hæredes non expreſſit: ſed tantum primos, adeo inutile eſſe teſtamentum, vt ne priores, qui hæredes nominati ſunt à teſtatore, quicquam poſſint petere. Hæc videntur mirabiliter pugnantia eſſe. Variæ ſunt opiniones in gloſſis Accurſianis. Ego dicam quod probabilius mihi eſſe viſum eſt. Diſſimilitudo magna eſt in vtraque ſpecie, tam d. l. ſi quis, cum teſtamentum, quam in d. l. iubemus. nec valde obſcura eſt diſſimilitudo iis, qui rem totam paulo diligentius expendere volunt. In l. iubemus. teſtator totam ſuam voluntatem expreſſit. conſtat enim voluiſſe hos omnes, de quibus quæſtio eſt, ſibi hæredes eſſe: ſed aliquid omiſſum eſt in forma. Dictauerat forte teſtamentum olim ſcribendum, non ſcripſerat manu ſua nomen vnius ex hæredibus. Aliquid ex forma omiſſum eſt: ſed tamen voluntas teſtatoris ab ipſo eſt declarata. Sed quæritur, quia aliquid omiſſum eſt ex forma & obſeruatione ſolenni: quia debent ſcribi nomina hæredum propria manu teſtatoris, an teſtamentum non valeat propter hanc omiſſionem? Et ait Imp. Iuſtinianus teſtamentum nullum eſſe quatenus omiſſum eſt, id eſt, quod ad eos attinet, qui non ſunt ſcripti à teſtatore. in d. l. ſi quis cum teſtamentum. teſtator non expreſſit totam voluntatem ſuam. Quos enim ſecundos hæredes ſibi habere vellet non declarauit: non abſoluit quicquid volebat complecti ſuo teſtamento. In hoc caſu forte adieciſſet conditionem aliquam inſtitutioni primorum hæredum, ſi teſtamentum totum ſuum implere ei licuiſſet. in l. iubemus. totam voluntatem declarauit, ſed hic aliquid de voluntate omiſſum eſt. Non enim conſtat de tota voluntate teſtatoris, itaque ne hæredes quidem nominati ab eo, quicquam petere poſſunt. An dicendum, & ſi quædam legata, vel fideicommiſſa omiſſa ſint, non valere teſtamentum? Dicimus quidem, ſi ſecundos hæredes ſcribere volens occubuit antequam eos nominare poſſet, non valere teſtamentum: an idem dicemus de legatis? Volebat legata quædam relinquere, is hæredibus inſtitutis mortuus eſt antequam poſſet legata relinquere. Breuiter idem dicendum puto, & hoc eſt ſatis expreſſum in l. ex ea ſcriptura. 29. hic. Idem in l. fideicommiſſa. 11. §. 1. de legat. 3. Idem vulgo dici ſolet de eo qui deceſſit antequam tabellio ei totam ſcripturam teſtamenti recitaſſet. Hodie ſolent adhiberi ad teſtamentum faciendum, qui dicuntur tabelliones. Deſcribere voluntatem teſtatoris ſolent, & hoc eſt moribus receptum, vt articulate & diſtincte recitent, vt videat teſtator an hoc ſenſerit, an aliquid adiectum vel omiſſum ſit. Quid ergo, ſi antequam totam ſcripturam recitaſſet tabellio, occubuit teſtator? idem vulgo dici ſolet. argumentum ducitur ex hac lege. Solent enim teſtatores plerunque adimere, plerunque adiicere, cum hæc ſcriptura recitatur, & forte aliquid ſuſtuliſſet, ſi notarius ei totam ſcripturam recitaſſet. id accidit ſuperioribus annis in hac vrbe. Ex his, quæ diximus, conſtat teſtamentum quod factum eſt ſolennitate omiſſa, nullum eſſe, nec poſſe quicquam ex eo teſtamento peti. Sed quidam caſus excepti repeniuntur, in quibus ex teſtamento minus ſolenni capitur: hos caſus nos ordine recitabimus. Primus caſus eſt, cum teſtamentum à milite factum eſt iure militari: valebit enim teſtamentum, etiam ſi ſolennitas vſquequaque obſeruata non fuerit: ſed de eo dicemus infra ſub tit. de milit. teſtam. Secundus caſus eſt, fideicommiſſa etiam ex teſtamento non ſolenni capiuntur, ſi fuerit adiecta vulgaris clauſula, quæ codicillaris dicitur, nempe, Si teſtamentum meum non valet iure teſtamenti, ſaltem valeat iure codicillorum. l. vltim. C. de codicil. Solet quæri an teſtamentum non ſolenne valeat vt codicilli? Et certum eſt non valere. Si forte quis teſtamentum faciens, voluerit adhibere quinque teſtes. Nam quinque teſtes ſufficiunt in codillis. l. vlt. de codicill. hoc teſtamentum non valet etiam iure codicillorum. quia non apparet eum codicillos facere voluiſſe, ſed teſtamentum. An teſtamentum an codicillos facere voluerit, eſt quæſtio facti, quæ ex coniecturis iudicatur. l. non codicillum. 14. C. de teſta. vbi ſi quis inſtituerit hæredem, & exhæredauerit filium ſuum, & adhibuerit quinque teſtes, non valet teſtamentum: quia inſtitutio & exhæredatio ſatis oſtendunt eum non codicillos, ſed teſtamentum facere voluiſſe. Nam hæreditas non poteſt adimi, nec dari in codicillis. §. dari. Inſti. de codicil. Teſtamentum imperfectum non valet etiam in vim codicillorum: niſi teſtator expreſſerit ita ſe velle, & niſi adiecerit cauſulam codicillarem. Idem dicendum eſt, etſi clauſula adſcribatur huic ſimilis, quæ eiuſdem poteſtatis ſit. Exemplum eſt in d. l. ex ea ſcriptura. 29. hic. Teſtator in faciendo ſuo teſtamento adiecit hanc clauſulam, Hoc teſtamentum meum volo valere omni iure & poteſtate. Hæc verba ſignificant ad verbum perinde ac ſi dixiſſet, Volo teſtamentum meum valere iure codicillorum, ita vt ſi inteſtatus deceſſerit, id eſt, ſi teſtamentum iure ab eo factum non ſit, nihilominus poſſint peti quæ relicta ſunt ab eo.

Cœpimus oſtendere quibus caſibus, etſi omiſſa ſit obſeruatio & ſolennitas teſtamenti, petere poteſt legatarius legatum ſibi relictum, & fideicommiſſarius fideicommiſſum. Addendum eſt ſupradictis, & hæc eſt tertia exceptio, ſi quis apud acta voluntatem ſuam declarauerit, vel Principi precibus oblatis: tunc enim valet teſtamentum, ex eoque teſtamento agitur perinde ac ſi ſolenniter & iure perfectum eſſet. l. omnium. 19. C. de teſta. ibi dicitur, quod inſertum mera fide precibus. his verbis oſtendit ſufficere declaratam eſſe voluntatem defuncti apud acta cuiuſque magiſtratus, etſi municipalis magiſtratus ſit. Nam magiſtratus municipales habent facultatem actorum conficiendorum. l. vltim. Cod. de magiſtrat. municipal. Si in actibus cuiuſuis iudicis, aut municipij, voluntatem ſuam declarauerit, valet teſtamentum, quamuis ſolennia defuerint: multo magis ſi precibus Principi oblatis defunctus voluntatem ſuam declarauerit, quaſi toto iure teſte. Is videtur declarare voluntatem ſuam, qui præſentibus Iureconſultis & conſiliariis Principis declarauit. Lampridius in Alexandro ſcribit, Vlpianum conſiliarium Alexandri & magiſtrum ſcriniorum fuiſſe. Hunc locum imitari volens Bonifacius Papa octauus lib. 6. titu. de conſtit. cap. 1. dixit pontificem Romanum habere omnia iura in ſcrinio pectoris ſui. Quid ſi precibus oblatis nihil reſcripſerit Princeps? Nihil hic neceſſe eſt quicquam à Principe reſcribi. Sufficit Principem aditum eſſe. Sufficit eum qui teſtamentum facere volebat, voluntatem ſuam Principi declaraſſe. Sufficit ſola inſinuatio. Vnde vulgo dicitur inſinuatione donationum & aliorum quorundam contractuum, nullum eſſe neceſſarium iudicis decretum, cum lex vult omnes donationes inſinuari vſque ad certam ſummam, & lex regia in Gallia ſine præfinitione ſummæ. ſufficit enim apud tribunal magiſtratus profiteri ita donationem factam eſſe. Decretum tunc demum neceſſarium eſt, vbi neceſſaria eſt cauſæ cognitio. l. nec quicquam. §. vbi decretum. ff. de officio proconſulis. Cum autem hic neceſſaria non ſit cauſæ cognitio, conſequens eſt ſufficere ſolam profeſſionem, nec neceſſarium eſſe decretum.

Quarta

Quarta exceptio eſt, cum ruſticus in rure agens teſtamentum facit. hæc enim obſeruatio, de qua diximus, tunc relaxatur propter ruſticitatem & ſimplicitatem, & alias cauſas, quæ exprimuntur Iuſtiniani conſtitutione. leg. vltim. Codic. de teſtam. Locus communis eſt de ruſticitate obſeruandus hic obiter. Statuit Iuſtinianus hanc ſolennitatem remitti, non in vrbibus & oppidis, aut etiam caſtellis, in quibus literati homines reperiuntur: ſed in aliis locis vbi non facile reperiuntur homines literati, qui hanc ſubtilem obſeruationem nouerint. Ergo ratio loci hic habenda eſt, nec tantum reſpexit Iuſtinianus ad ruſticitatem hominum, & ſimplicitatem, ſed etiam ad difficultatem, quæ accidit propter locum. Vnde facile reſponderi poteſt ad quæſtionem vulgo agitatam. Si vrbanus in vico quodam reperiatur, & ibi teſtamentum cogatur facere, an cogatur facere obſeruatis ſolennibus, an vero valeat deficientibus ſolennibus? Et dicendum eſt non valere. Duplex eſt ratio huius legis. Vrbanus igitur homo, etſi cogatur in vico facere teſtamentum, nõ ideo relaxatur quicquam de ſolennitate iuris. Prima cauſa eſt, ruſticitas. Altera eſt inopia hominum literatorum. Vt igitur teſtamentum hoc modo factum valeat, oportet vtranque cauſam concurrere. In hac conſtitutione fit mentio Digeſtorum & Inſtitutionum. Digeſta ergo & Inſtitutiones compoſitæ ſunt à Iuſtiniano ante hanc conſtitutionem: quod videtur mirum iis, qui imperiti ſunt hiſtoriæ iuris. eſtque hic locus communis de iuris interpretatione. Poſteriores conſtitutiones emendant priores, cuiuſmodi ſunt Nouellæ, de quibus nulla eſt dubitatio, ſed dubitatio eſt de Codice, Pandectis, & Inſtitutionibus. Sed cogor ſæpe repetere Codicem Iuſtiniani, Decio conſule, tertio anno imperii Iuſtiniani editum eſſe. Septimo anno imperii eiuſdem, Iuſtiniano conſule ſolo, compoſiti ſunt libri Pandectarum, & Inſtitutiones. Octauo anno imperii eiuſdem Iuſtiniani, Theodoto Paulino conſule reuocatus eſt Codex, & conſtitutiones, quædam nouæ inſertæ ſunt Codici, ex quibus vna eſt hæc lex, quam interpretamur. ſubſcriptio id ſatis oſtendit. His poſterioribus conſtitutionibus dubium non eſt, quin vetera iura emendentur, tam quæ in veteri Codicis editione, quam quæ in Pandectis & Inſtitutionibus reperiuntur. Hæc de teſtamento à ruſtico homine facto quatenus valeat. Hinc ſolet tractari quæſtio de teſtamento tempore grauiſſimæ peſtis facto non obſeruatis ſolennibus. Quæritur an idem dicendum ſit, quod de teſtamento facto ab homine ruſtico? Quæſtio eſt controuerſi iuris. Soletque diſputari in vtramque partem: & pugnandum eſt vtrinque rationibus tantum. nihil enim hac de re iure certo conſtitutum eſt. Ego opinionem eorum ſequor, qui aliquid relaxandum putant de iuris ſolennitate. Primum mouet me ratio omnibus hominibus inſita & innata, quam maxime amplecti & ſequi debemus, quando ius certum deficit. Ait Ariſto. in Rhet. cum deficit lex iudicandum eſt, τῇ ἀρίςῃ γνώμῃ. & adducitur vulgaris locus in leg. ſcire oportet. 13. §. ſufficit. ſupra, de excuſat. tuto. natura enim nos docet omnia neceſſitati cedere. Neceſſitatem ne dii quidem niſi ſuperant, vt ait Plato lib. 5. de legibus, vulgo dici ſolet neceſſitatem non habere legem. Quæ nam maior eſt neceſſitas, quam cum grauiſſima peſtis graſſatur, quo tempore non poſſunt teſtes conuocari? Deinde videndum eſt in hac re vt in omnibus ſimilibus quæſtionibus, nunquid ſimile reperiatur iure conſtitutum, vt de hoc teſtamento idem dicamus, quaſi eadem ratio, eadem æquitas, & vtilitas mouere nos debeat leg. non poſſunt. & leg. neque leges. ſupra de legibus. In iis enim quæ non reperiuntur iure definita, ius ſimile ſequendum eſt. Et quidem varia argumenta ex iure noſtro duci poſſe ad id probandum exiſtimo. Vnum eſt ex l. 1. de bono. poſſeſſ. ex teſtam. milita. ff. vbi dicitur eos, qui reperiuntur in hoſtili loco, quamuis in numerum militum non ſint relati, tamen teſtamentum facere poſſe, non obſeruatis ſolennibus: quia non poſſunt aliter facere teſtamentum. Viſum enim eſt inhumanum ob hanc neceſſitudinem adimi eis teſtandi facultatem. valebit ergo eorum teſtamentum quocunque modo voluntatem ſuam declarauerint. Deinde argumentum ducitur ex leg. caſus. Codic. vbi propter caſum & contagionem, quæ inopinato accidit, aliquid relaxatur de ſolennitate & ſubtilitate iuris, ſi forte coacti fuerint teſtes recedere & intermiſſum ſit teſtamentum, quod vno contextu actionis fieri debet, vt iam diximus. Hic caſus videtur ſufficere ad relaxandum aliquid ex iuris ſolennibus. Ratio igitur & æquitas ſuadet, & vtilitas hominum, vt idem dicamus de teſtamento, quod tempore ſæuiſſimæ peſtis factum eſſe proponitur. Quinto hæc obſeruatio & ſolennitas negligitur in teſtamento facto inter liberos. Ex imperfecto enim teſtamento inter liberos facto relicta debentur. Sed quia magna varietas iuris hic reperitur, ego oſtendam breuiter & ſummatim quid à quoquo Imperatore de eo conſtitutum ſit, vt Iuſtinianus oſtendit in Nouella. 18. & Nouella 117. de teſtam. imperfect. In primis de hac re conſtitutio extat Conſtantini in leg. vltim. Codic. famil. erciſcun. vbi dicitur valere teſtamentum inter liberos factum, quoties teſtator voluntatem ſuam declarauit, etſi voluntas eius non ſit aperte verbis expreſſa: ſed ex indiciis tantum & coniecturis colligi poſſit. id ſuadet fauor liberorum, quibus hæreditas obueniſſet, etſi pater inteſtatus deceſſiſſet. Præter ea viſum eſt in hac re patri fauendum, qui patrimonium ſuum inter liberos diuidere voluit, vt omnem litium occaſionem eis adimeret. Hanc conſtitutionem ſecuta eſt alia, quæ Theodoſii eſt, in leg. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. Codic. de teſtam. Verba Theodoſii hæc ſunt. Ex imperfecto, &cæt. niſi inter ſolos liberos. notandum eſt hanc conſtitutionem eſſe pleniorem & vberiorem. Nam Conſtantinus in dict. leg. vltim. Codic. famil. erciſcun. loquitur tantum de patre inter liberos teſtamentum ſuum faciente. Hic autem Theodoſius loquitur de vtroque parente. Aliæ duo ſunt conſtitutiones Iuſtiniani Nouellæ. Vna eſt Nouella 18. de triẽte & ſemiſ. Altera eſt Nouell. 117. quæ vulgo inſcribitur, de teſtam. imperfect. In vtraque conſtitutione multa reperiũtur conſtituta pertinentia ad teſtamentum, quod pater facit inter liberos. Emendat conſtitutiones Conſtantini & Theodoſii, & ait conſtitutionem Conſtantini veterem ſimplicitatem redolere, qui vult quamcunque voluntatem ſufficere, etſi ex ſolis indiciis colligatur. Expertus erat Iuſtinianus quot quantaque incommoda ex eo naſcerentur. Plerunque ita teſtamenta ſcribebantur à parentibus, vt opus eſſet coniectore & interprete ad ea explicanda. Statuit itaque ſcribenda eſſe nomina hæredum, & alia multa quæ lectionem tantum deſiderant. Quæri ſolet ſi cœptum ſit teſtamentum à patre, nedum abſolutum, an valeat ſaltem inter liberos? Eſt difficilis quæſtio. Exemplum vnum eſt in leg. ſi quis cum teſtamentum. 25. hic. & leg. furioſum. 9. Codic. qui teſta. facere poſſ. Cœpit pater teſtamentum facere, nominauit filios ſuos hæredes cum vellet alios hæredes adiicere, vel legatarios, furore correptus eſt, vel interiit. Diximus ſuperius non valere huiuſmodi teſtamentum: ſed quæſtio eſt an ſaltẽ valeat inter liberos, fauore liberorum? Et certum eſt non valere, quia defectus non eſt tantum ſolennitatis: ſed etiam voluntatis: vbi defectus eſt tantum ſolennitatis, teſtamentum ratum habetur, propter fauorem liberorum. Sed hic eſt defectus voluntatis. aliquid volebat teſtator, quod tamen cauere non potuit, propter ſuperuenientem furorem, vel mortem. Sic dicunt hoc accipiendum eſſe, neminem videri diſſentientem: ſed tamen vereor ne hoc poſſit commode defendi. Obſtare maxime videtur conſtitutio Conſtantini. l. vltim. Codic. famil. erc. cuius verba ſcio poſſe multis modis accipi. Sed mouet me quod vtitur eiſdem verbis, quibus Iuriſconſ. in dict. l. 25. hic. Itaque nihil videtur probabiliter defendi poſſe valere etiam teſtamentum, in hoc caſu, ſi modo fuerint obſeruata ea quæ conſtituta ſunt à Iuſtiniano in Nouella 117. Quod dicunt deficere voluntatem: reſpondeo non deficere: ſi deficeret volũtas, inutile eſſet teſtamentum. Sed hic voluntas dici quidem poteſt obſcura eſſe & ambigua: quia cum teſtator nominauerit filios ſuos hæredes, incertum eſt quid poſtea mutaturus, aut adiecturus fuiſſet, ſi ei licuiſſet teſtamentum abſoluere. Sed non eſt alienum teſtamẽtum obſcurum benignius interpretari fauore liberorum. Alia quæſtio eſt de cæco. Quæritur ſi cæcus teſtamentum fecerit inter liberos ſine obſeruatione legitima, an valeat teſtamentum? De neceſſaria ſolennitate in teſtamento cœci diximus ſupra, in leg. hac conſultiſſima. Codic. qui

teſtam.fac.poſſ. Maior ſolennitas neceſſaria eſt in teſtamento cœci, quam aliorum. quia maius eſt periculũ falſitatis. Quæritur ſi teſtamentum cęcus faciat inter liberos, an valeat eius teſtamentum, ſine ſolennium obſeruatione? Quæſtio eſt ex contrariis legibus, non quidem ipſo iure: ſed κατὰ περίστασιν. De eo genere antinomiæ dixi ſuperioribus locis. Non ſunt enim contrariæ ipſo iure, ſed caſu & euentu colliduntur. Nõ ſunt igitur pugnantia. Poteſt proponi aliqua hypotheſis, in qua hæc pugnantia reperientur: veluti ſi ponamus cœcum teſtamentum facere inter liberos, an ideo remittetur ſolennitas neceſſaria, quia pater eſt? In hac quæſtione obſeruanda ſunt ea præcepta, de quibus diximus in eo loco. Videndum eſt vtra lex ſit ſpecialis an generalis: vtra ſit lex vtilior, id vobis cogitandum relinquam.

Sexta exceptio additur ex iure Pontificio, ex c. cum eſſes. de teſtam. in eo capit. eſt conſtitutio Alexandri tertii Pontificis, qua improbat conſuetudinem quæ inualuit in quodam loco de ſolennitate adhibenda in teſtamento faciendo de ſeptem teſtibus. Conanus, qui de hac re ſcripſit, exiſtimat hoc ita conſtitutum eſſe ab Alexandro tertio, vt facile pateret via ſacerdotibus ad bona & poſſeſſiones noſtras. Et hac via ſacerdotes omnium poſſeſſiones inuaſiſſe ait. Quæſtio eſt vulgo agitata & tractari ſolita, an leges ciuiles ea conſtitutione pontificia ſublatæ ſint? Certe ſi verum eſt, quod ait Alexander in eo loco, omnes conſtitutiones emendari fatendum eſt. Ait enim, quod ſtatutum eſt legibus ciuilibus contrarium eſſe iuri diuino: quia in ore duorum, vel trium debet conſtare omne verbum. Sed in ea re oſtendit quam fuerit peritus iuris diuini. Quod allegat ex iure diuino, nihil ad rem facit. De conſuetudine quæritur, an conſuetudine poſſit ſolennitas & obſeruatio tolli? Quidam exiſtimant non poſſe tolli propter conſtitutionem Iuſtiniani in l. vltim. Codic. de teſtam. Iuſtinianus oſtendit conſuetudinem non valere, quia inualuit, vt omnis ſolennitas reiiciatur. Sed hanc ſententiam non puto veram eſſe, nec etiam ab aliis recepta eſt. Conſuetudo enim in ea conſtitutione præterita improbatur, non futura. Dubium non eſt quanta ſit vis conſuetudinis. leg. ſi non ſpeciali. 9. Codic. de teſta. & leg. 2. Codic. quomod. teſtam. aper. Sed cuius loci conſuetudo ſpectabitur? an eius loci in quo teſtamentum fit, an vero eius loci ex quo teſtator originem habet? Et probabilius eſt quod etiam vulgo receptum eſt, mores eius loci ſpectandos eſſe, in quo teſtamentum conficitur. Solet adduci lex 1. de emen. liber. quæ non ad rem multum pertinet: magis hanc ſententiam iuuat, meo iudicio, lex, ſi fundus. 6. ff. de euict. vbi cum quæritur quomodo cauendum ſit de euictione, an de dupla an de ſimpla, mos eius loci ſpectandus eſt, in quo contrahitur. Iſocr. in Ægynetico, de conſuetudine loci ſeruanda, loquitur de teſtamento facto apud Ægynetas. Hoc intelligunt vulgo niſi mos vel cõſuetudo ad perſonas ciuium referatur. Hæc eſt ſententia eorum, qui ſcripſerunt ad leg. 1. de ſumma Trinit. & fide cathol.

Superioribus locis oſtendimus quomodo accipiendum ſit, quod ſupra annotatum eſt ex teſtamento quod iure & ſolenniter factum non eſt, nihil capi poſſe. Explicauimus quaſdam exceptiones, quibus alia addenda eſt. Si quis ſua ſponte agnouerit teſtamentum non ſolenniter factum, leg. non dubium. in fi. 16. Codic. de teſtam. ſi teſtamentum factum ſit ſine legitima obſeruatione, de qua diximus, tamen is, qui agnouit teſtamentum, qui comprobauit, implendi, inquit, neceſſitatem habet. Forte ſcriptus eſt hæres is, qui ſucceſſurus eſt hæres ab inteſtato. Legata quædam ab eo relicta ſunt, is ea ſoluere non vult: quia ſolenniter non eſſe factum teſtamentum dicit: tamen ſi probetur eum agnouiſſe teſtamentum, cogetur præſtare: veluti ſi cauerit, vel aliquid præſtiterit. leg. vltim. Codic. ad l. falcidiam. Plinius in quadam epiſtola ait, Antiquiorem ſibi fuiſſe voluntatem teſtatoris, quàm leges quaſcunque. In initio huius diſputationis diximus duo annotanda eſſe. vnum, ex teſtamento non ſolenni nihil capi poſſe, de quo ſatis dictum eſt. Alterum eſt, Ex teſtamento iure facto hæreditatem, & cætera quæ in ea ſunt, vindicari. Certiſſimum eſt & vulgatiſſimum voluntatem teſtatoris ſolennem ſeruandam eſſe, imo pro lege habendam eſſe. His enim verbis vtitur Iuſtinianus in §. diſponat. in Nouell. conſtit. de nupt. alias de his qui nupt. iterant. Sed ait: diſponat ſicut dignum eſt. Itaque ſi ſecundum leges teſtamentum fecerit, eius voluntas ſeruabitur pro lege. Idem etiam cautum erat lege duodecim tabularum, cuius mentio eſt in l. verbis legis. 120. ff. de verbo. ſignifi. Imitatus eſt hac in re legem veterem in qua dicitur, ius eſto. hoc eſt intelligendum, modo conſtet de ea voluntate, alias ius non deficit: ſed probatio. leg. duo ſunt Titii. 30. ſupra de teſtam. tutel. Conſtare poteſt etiam ſi non proferantur tabulæ teſtamenti. Cõſtare poteſt ex monumentis publicis & actis in quibus inſinuatio teſtamenti & publicatio facta eſt, & ad hoc vtiliſſima eſt publicatio teſtamenti. leg. publicati. 2. Codic. Publicare teſtamentum quid ſit non ſatis vulgo intelligitur. Id docet Paulus lib. 4. ſententiarum. titul. de viceſ. Viceſima autem erat vectigal, quod exigebatur ab hæredibus, quibus hæreditas defuncti obuenerat. Ait ibi Paulus in princip. poſtquam apertum eſt teſtamentum conuocatis ſignatoribus, id obſignatum redigi in publicum archiuũ, vt ſi quando exemplum eius interciderit, ſit vnde peti poſſit. eadem fere verba ſunt Alexandri in hac leg. publicati. 3. Codic. eodem. Publicatum dicitur teſtamentum ab illo publico ſigno. Nam alia ſigna quibus obſignabatur teſtamentum, non erant publica, ſed priuatorũ hominum, vt ex iam dictis ſatis conſtat. De hac publicatione alii quidam loci ſunt ſub hoc titulo, veluti in leg. teſtamento. 18. & leg. conſulta. 23. Codic. eodem. vbi dicitur publicanda eſſe teſtamenta omnia apud cenſuale officium, vel apud magiſtrum cenſus. Apud magiſtrum cenſus fiebant inſinuationes, vt nuper dixi ad leg. vltim. de iure emphyti. Teſtamenta omnia inſinuabãtur apud magiſtrum cenſus, vt ei notæ eſſent facultates cuiuſq; quid quiſq; alteri legaſſet. Obiter notandus eſt locus de vetuſta conſuetudine, quæ dicitur, ſeruanda eſt. In dict. leg. conſulta. vetatur ne apud alios magiſtratus hæ inſinuationes fiant nec apud defenſores eccleſiarum. Inualuerat ille abuſus, vt apud defenſores eccleſiarum inſinuationes teſtamentorum fierent. Eadem ſunt verba eiuſdem auctoris in leg. repetita. 36. Codic. de epiſ. & cleric. Eſt pars huius conſtitutionis, ibique poſita eſt, quia videbatur ad officium clericorum maxime ſpectare. Hæc obiter de publicatione teſtamentorum, & breuiter. Nam proprius locus eſt ſub titul. quemad. teſtam. aper. vbi fuſius hac de re tractaturi ſumus. Quod dicitur peti ex teſtamento iure & ſolenniter facto. hoc eſt accipiendum niſi mutatum, reuocatum, aut reſciſſum fuerit teſtamentum. Itaque hic locus attingitur, ſed paucis à Iureconſultis ſub hoc titulo, vbi quæritur, quis poſſit mutare teſtamentum, & quo modo? Et certum eſt in primis nemini licere mutare teſtamentum, niſi teſtatori ipſi, qui fecit etiam ſi Princeps ſit. Principis enim reſcripto teſtamentum iure factum reſcindi non poteſt. l. ſi teſtamentum. 10. C. de teſtamen. Hic locus communis obſeruandus eſt, de poteſtate Principis. Princeps nunquam præſumitur velle vti poteſtate abſoluta, id eſt illa, quæ ſoluta eſt legibus. l. Princeps. ff. de legib. & leg. digna vox. 4. Codic. eo. & §. vlt. Inſtit. quib. mod. teſta. infir. Vnde dicitur reſcriptis, quæ contra ius impetrata ſunt, iudices obtemperare non debere. l. reſcripta. Cod. de precib. Imper. offer. & leg. 1. Cod. de pet. bon. ſubla. id enim per importunitatem creditur exortum eſſe à principe, vt ſi confiſcationem bonorum alicui conceſſerit princeps. Aliud dicendum eſt ſi motu proprio id fecerit Princeps & nemine petente. Et hæc clauſula hodie in reſcriptis adſcribi ſolet, vt fraus fiat huic legi. Vnde literæ dicuntur inciuiles eſſe, quæ impetratæ ſunt contra ius, nec eas literas exequi debent magiſtratus: niſi iterum id iuſſerit Princeps admonitus, ſe velle. Eſtque id quod vulgo dicitur exſpectandam eſſe ſecundam iuſſionem, cum iterum reſcripſerit Princeps ſe aliquid velle, non eſt dubitandum de eius poteſtate. leg. 2. Cod. de crimi. ſacril. Solius igitur teſtatoris eſt reuocare teſtamentum: nuda tamen voluntate teſtatoris ipſius, non reuocatur. §. ex eodem. Inſtit. quemad. teſtam. infir. De eo meminit Capitolinus in vita Pertinacis, vbi legem vocat hoc ſenatuſconſultum. Si ſola voluntate reuocaretur, aut mutaretur aliquid ex eo teſtamento, fruſtra adhiberetur tanta ſolennitas, quam neceſſariam eſſe in teſtamento faciendo ſupra diximus. Nam poſt ſolennem illam obſeruationem exiſte-

exiſterent facile duo, aut tres teſtes, qui dicerent ſe præſentes fuiſſe cum teſtator diceret ſe velle id teſtamentum non valere, aut ſe velle aliquid ex eo teſtamento mutare: & ſic nullius eſſet momenti tam ſubtilis obſeruatio teſtamenti. Quid ergo ſi pœniteat teſtatorem, quomodo poterit mutare teſtamentum? In primis poterit reuocare, omnia ex integro faciendo. leg. hæredes palam. 21. §. 1. hic. Deinde poterit ipſe delere quod ſcriptum eſt in teſtamento. Si deleuerit teſtamentum, id ratum habendum non eſt. leg. ſi vnus. 12. §. de his autem quæ interleta. Codic. hoc titul. Cum quid deletum eſt in teſtamento ratum non eſt habendum, ſi à teſtatore conſulto factum ſit. Si caſu id factum ſit vel fraude ab alio, aliud ſeruatur. Sed hac de re proprius erit locus ſub titul. de his, quæ in teſta. delentur. Præterea poterit teſtator ſigna teſtium & ſignacula turbare & linum incidere, & cætera huiuſmodi facere, ex quibus apparet eum mutaſſe voluntatem. leg. ad teſtium. 23. §. ſigna. hic. Extat hac de re conſtitutio Iuſtiniani in leg. noſtram prouiſionem. 30. Cod. de teſtamen. Præterea mutatum & reuocatum intelligitur eſſe teſtamentum, ſi contraria oſtendatur teſtatoris voluntas, ſimul cum lapſu decennii. leg. ſancimus. 27. Codic. eodem. vtrunque igitur neceſſarium eſt, quod declarauerit ſe nolle teſtamentum à ſe factum valere, quodque lapſum ſit tempus decem annorum. nam ſolo lapſu temporis non intelligitur mutatum teſtamentum; ſicut dicitur ſolo tempore obligationes, contractuſve non tolli. l. obligationum. fere. 43. §. placet autem. de obligat. & actio. Ex ſolo ſiquidem tempore non intelligitur voluntas alicuius mutata. leg. ter. & leg. eum, qui. 22. ſupra de probationibus. Si declarauerit ſe velle teſtamentum, quod prius fecit, non valere, idque poſſit probari duobus vel tribus teſtibus, & lapſum ſit decennium: hic lapſus temporis, cum quali quali declaratione voluntatis ſufficit ad infirmandum teſtamentum. Hic videtis quam aperte expreſſum ſit, ſola voluntatis declaratione non reuocari teſtamentum iure factū, etiamſi poſſit oſtendi vel coniecturis, vel ex teſtimoniis duorum, vel trium teſtium teſtatorem noluiſſe hoc teſtamentum valere. Hincque colligi poteſt quid reſpondendum ſit ad illam vulgarem quæſtionem. Quidam pauper alium pauperem inſtituit. Deinde poſt factum teſtamentum factus eſt locupletior, non mutauit teſtamentum. Poſt mortem eius dubitabatur, an eius teſtamentum valeret. Dicebatur credibile non eſſe eum, qui cum inops eſſet inſtituit pauperem hominem, cogitaſſe de magnis illis opibus, quas poſtea comparauit, & non eſſe credibile tantas opes illi voluiſſe relinquere. Sed dicendum eſt nihilominus valere teſtamentum. Præſumitur, inquies, mutatam eſſe eius voluntatem. Eſt quidem coniectura. Sed non ſufficit mutatio voluntatis, etſi idoneis teſtibus probari poſſit. Hinc etiam colligi poteſt, ſi quis teſtamentum fecerit inſtante periculo mortis, eo conualeſcente non reuocari teſtamentum. Et hoc intereſt inter donationem cauſa mortis, & teſtamentum. Donatio cauſa mortis, quæ fit propter periculum mortis ab infirmo ægrotante cōualeſcēte eo reuocata eſſe intelligitur, etiam ſi ea expreſſim nō reuocetur. leg. non omnis numeratio. ff. de reb. credit. Idem de teſtamento dici non poteſt, fruſtra adhiberetur tanta ſolennitas in teſtamentis ſi facile poſſet probari mutatio voluntatis. Deinde teſtamentum reuocatur alio teſtamento iure facto. §. poſteriore. Inſtit. quib. mod. teſta. infirmentur. Atque ideo cum ſit poſtea aliud teſtamentum fruſtra adiicitur clauſula, quæ adiici ſolet teſtamento poſteriori, qua declaretur teſtatorem voluiſſe omnia caſſa eſſe, quæ erant in priori teſtamento conſtituta. Sed id eſt intelligendum, niſi quid aliud expreſſum ſit priore teſtamento. leg. ſi quis. 22. in princip. de leg. 3. Ad hæc quod diximus poſteriore teſtamento reuocari prius: leg. Alumnæ. 30. §. qui filias infra de adim. leg. fieri poteſt vt teſtator poſterius teſtamentū faciat animo tantum aliquid mutandi ex priore teſtamento. Quod diximus poſteriori teſtamento prius reuocari, intelligendum eſt cum exceptione, quæ traditur in leg. 2. infra de iniuſto, rupto & irrito. & leg. hac conſultiſſima. §. ſi quis autē. Codic. de teſtam. Nam plerunque fit vt etſi poſterius teſtamentum iure factum non ſit, prius tollat propter fauorem liberorum, modo teſtes quinque interueniant, vt ſi extranei in priore, hæredes inſtituti erant, in poſteriore liberi. vult enim Iuſtinia. ibi, quinque teſtes adhiberi, nec requirit eos eſſe rogatos. aliam ſolennitatem non requirit. In codicillis etiam, qui mutari ſolent, quinque teſtes interuenire debent. Huc pertinet quod dicitur in leg. ſi duobus filiis. 12. §. ſi prius teſtamentum. de bon. poſſeſſ. contra tabulas. qui locus difficilis eſt. Quæſtio proponitur de hac ſpecie. Quidam fecit teſtamentum in quo exhæredauit filium, & inſtituit extraneum. Deinde aliud teſtamentum fecit in quo præteriit filium. Prius teſtamentum iure factum eſt, non autem poſterius; quæritur an poſſit filius bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere? Quæſtionem facit, quod teſtamentum valere debet, antequam locus ſit huic bonorum poſſeſſioni. Proponitur in hac ſpecie poſterius teſtamentum iure factum non eſſe. Ait tamen Iuriſconſ. filium hanc bonorum poſſeſſionem petere poſſe. quod videtur alienum à ratione iuris, cum teſtamentum non valeat. Sed non ſimpliciter ait Iuriſconſ. eum petere poſſe bon. poſſeſ. contra tabulas ſed addit, ſi remoto quoque filio, id eſt, ſi filius non eſſet, videndum eſt an ſcripti hæredes ab inteſtato ſucceſſuri eſſent veluti legitimi. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, Si prius teſtamentum factum ſit in ſcriptis, poſterius autem factum ſit per nuncupationem, an poſteriore teſtamento prius tollatur? Iuſtinianus in Inſtitutionibus, §. poſteriore, loquitur generaliter de teſtamento iure facto. Ergo intelligere debemus etiam de teſtamento per nuncupationem facto. Teſtamentum enim nō tantū quod in ſcriptis fit, ſed etiam quod fit per nuncupationem, dicitur iure factū. Excipitur tamē caſus obſeruatione digniſſimus in leg. nolumus. 10. Codic. de teſt. Si in poſteriori teſtamento nuncupatus ſit Princeps, aut quiuis alius ex magnatibus & potentibus, hoc caſu per poſterius teſtamētum, quod factum erat per nuncupationem, non intelligitur ruptum eſſe prius teſtamentum, quod factum erat in ſcriptis. Nam in teſtamento nuncupato facile poſſunt reperiri teſtes qui mentiantur in gratiam Principis, vel potentis hominis. At non ita fieri poteſt in teſtamento ſcripto. Animaduertebat Theodoſius Imperator quoſdam ex veteribus Principibus occupare alienas hæreditates. idque odioſum eſſe maxime populo. Exemplum vnum eſt Domitiani apud Suetonium. Is in Domitiano inquit, *Confiſcabantur alieniſſimæ hæreditates, etiam vno tantum exiſtente teſte, qui Principem hæredem eſſe inſtitutum diceret.* Circa hunc locum quædam poſſent addi: nam præcipua tantum capita attigimus. ſed commodius hæc omnia ſuis locis docentur. Dicimus ex teſtamento non ſolenni nihil poſſe peti, quid ſi proponatur teſtamentum ſubſtractum, an poterit ex teſtamento peti? Locus eſt de hac re in leg. ſi legatarius. 25. Codic. de leg. dicitur ibi, ſi legatarius ſubſtraxerit teſtamentum, non poſſe legatum petere & grauiſſima eſt accuſatio falſi, nempe ſi quis ſubſtraxerit teſtamentum. leg. Paulus. 16. ff. ad leg. Corne. de falſis. Ego ita ſentio, non poſſe eum qui ſubſtraxerit teſtamentum, quicquam petere, & nihilominus valere teſtamentum. Hæc non ſunt pugnantia, Teſtamentum quod ſubſtractum eſt valere, & nihilominus legatum peti non poſſe à legatario qui ſubſtraxit teſtamentum. Nam etſi amittat legatum legatarius, illa ſubſtractio tamen non debet nocere aliis, quibus eodem teſtamento aliquid relictum eſt. Et idem videtur dicendum de hærede, qui ſubſtraxit teſtamentum, nam quamuis hæreditate careat, id tamen aliis nocere non debet.

IN TIT. V. DE HÆREDIBVS INSTITVENDIS.

ORdo poſtulat vt poſtquam de teſtamentis diximus, nunc dicamus de inſtitutione hæredum, vel hæredibus inſtituendis. Nam teſtamenti præcipua pars eſt inſtitutio hæredis, ſine qua teſtamentum non valet. leg. proxime. ff. de his, quæ in teſta. delen. Nullum eſt enim teſtamentum, quod hæredem non habet. Ex hæredis inſtitutione teſtamentum vires capit: dicitur q; totius teſtamenti caput & fundamentum hęredis inſtitutio. Teſtamentum præterea dici non poteſt, in quo

nemo inſtitutus eſt: ſed potius codicilli.l.vltim.ff.de iure codic. Itaque poſt titulum de teſta.in Cod. Iuſtiniani ſequitur tit. de hæred.inſtit.licet hic ordo ſeruatus non ſit in Pandect. Huic titulo reſpondet alius titulus in Codice, alius in Inſtit. nempe de hæredum qualitate & differentia. Hos titulos ſimul explicabimus. In primis videndum eſt, quid ſit hæredem inſtituere, deinde per alios locos communes de hæredibus inſtituendis tractaturi ſumus.

Quid ſit hæredem inſtituere. CAP. I.

INſtituere hæredem, eſt hæredem ſcribere vel nuncupare in teſtamento eum quem quis ſucceſſorem ſibi eſſe vult.l. 1.hic.non tantum ſi quis ſcriptus ſit, ſed etiam ſi nuncupatus ſit, dicitur hæres inſtitutus eſſe. Videtur autem inſtituere hæredem dictum eſſe, quaſi ſtatuere in loco ſuo. Hæreditas dicitur eſſe ſucceſſio in vniuerſum ius defuncti.l. nihil aliud. ff. de reg.iur. Hæreditas nomen iuris eſt. & hæreditas damnoſa, dicitur etiam hæreditas.leg.hæreditatis appellatio, ſine dubio. 119.ff.de verb. ſign. hæres dicitur, quem quis ſibi ſucceſſorem facit, ſaltem hæres teſtamentarius. vnde dicitur in leg.hæreditas.50.in princ. ſupra de petit.hæred. hæreditatem eſſe etſi nulla corpora hæreditaria reperiantur.Ratio itaque exigit vt nihilominus dicatur hæres, etiam ſi dicat nihil ſe reperiſſe in bonis defuncti. Hæredem igitur inſtituere eſt ſucceſſorem collocare in loco ſuo. Exemplis demonſtrandum eſt quomodo id fiat. Exempla vulgaria ſunt & protrita in hoc tit.l.1.& leg. his verbis.veluti *Titium inſtituo hæredem meum*, quamuis de eo fuerit dubitatum apud veteres.Vlpian. in Inſtit.hoc tit.ait,recepta erant,inquit,hæc verba *Titius hæres eſto*. Hæc verba dicebantur ciuilia à iure ciuili. leg. verbis ciuilib.7.infra.de vulg. & pupil. ſubſtit. alias dicuntur formalia & legitima.leg.vltim.C.de teſta.tut.& l.directas.14.C.de teſta.manu. Hodie ſufficiunt quæcunque verba ad declarandam voluntatem teſtatoris.l.quoniam.15.C.de teſta. Hinc obiter notandum eſt, quod eſt animaduerſione dignum, morientis hominis & iam balbutientis teſtametum valere. Cum quis balbutit non eſt exigenda ab ea ſolennitas aliqua verborum, ſufficit eum his verbis vti quibus voluntatem ſuam declaret.hoc eſt intelligendum modo articulate loquatur & intelligi poſſit.Qui enim articulate nõ loquitur ſimilis eſt mortuo.leg.iubemus.29.§.ſin autem forſitan.Cod.de teſta. Sed intelligendum eſt quod hic dicitur, ſi ita loquatur, vt intelligi poſſit.

Præterea notandum eſt inſtituere hæredem eum quoque recte dici, qui ſecundum hæredem primo hæredi ſubſtituit. l.1.de vulgar.& pupil.ſubſtit. Is qui ſubſtituitur alteri primo hæredi, recte dicitur inſtitutus eſſe,quamuis ſubſtitutio nonnunquam opponatur inſtitutioni, vt cum dicitur hæredes inſtitui, aut ſubſtitui.d.l.1. Sed de eo dicemus fuſius in tit. de vulg.&pupil.ſubſtit. Ex his intelligitur ſatis quid ſit hæredem inſtituere, & quibus verbis inſtitutio hæredis fiat. Alii ſunt loci quidam præcipui huius tituli quos nunc perſequemur. Quæritur in primis de perſonis, quæ hæredes inſtitui poſſunt, vel non poſſunt. Quæritur etiam de ratione inſtituendi, id eſt quo modo inſtitui debeat hæres. Quæritur etiam de vi & effectu inſtitutionis. Nos igitur primum de perſonis dicemus.

CAP. II.
Qui poſſunt hæredes inſtitui, vel non.

DE perſonis igitur hoc in primis obſeruãdum eſt; Omnes hæredes inſtitui poſſe,cum quibus teſtamenti factio eſt. Vlpian. in Inſtit.titul.qui hæred.inſtit.poſſ.§.extranei.&ſeq. & Imp.Iuſtin.Inſtit.de hæred.qualita.& differ.Id eſt,qui poſſunt ex alicuius teſtamento capere, vel alii acquirere. Quidam enim etſi capere non poſſint ex teſtamento: tamen alii acquirere poſſunt, vt ſerui. Videndum eſt igitur quænam ſint hæ perſonæ, cum quibus teſtamenti factio eſt, aut non eſt: vt intelligamus quænam perſonæ hæredes inſtitui poſſint, vel non poſſint. De quibuſdam perſonis nominatim & ſpecialiter tractatur ſub hoc titulo, de quibus probabiliter dubitari potuit. De his quoque nos dicemus. In primis quæritur de ſeruo, an poſſit ſeruus hæres inſtitui? Ego hunc locum percurram, vt feſtinemus ad alia, quæ magis vtilia ſunt. Seruus qui iure ciuili pro nullo habetur, videtur teſtamenti factionem non habere: ſed tamen hic dicitur nihil referre, an quis liber ſit, an ſeruus, vt recte hæres inſtitui poſſit.leg. nõ minus.31.hoc tit. Nos tantum inſpicimus, an teſtamenti factio ſit cum domino ſerui, non an ſit cum ipſo ſeruo. Non enim recte inſtituitur ſeruus.leg.neque. 10. Codic. eod. Et regula eſt, quæ traditur leg. ſi mihi. 12.§.regula.de leg.1. vt quibus legare non poſſumus, ne ſeruis quidem eorum legare poſſumus. Nihil autem intereſt an proprius ſit ſeruus teſtatoris an alienus, vt valeat inſtitutio. Aliquid tamen intereſt in ratione inſtituendi. Nam proprius ſeruus poteſt ſine libertate inſtitui hæres. Ex eo enim quod hæres inſtitutus eſt, liber fit. Seruo alieno non poteſt relinqui libertas, nec hæres inſtitui poteſt, niſi ſub conditione, *Cum liber erit*.l. ſi alienum.47.in princ.hoc tit.& ſimil. Quid dicemus de ſeruo hæreditario? Seruus hæreditarius non videtur nec proprius teſtatoris eſſe, nec alienus. Non videtur eſſe in cuiuſquam dominio: ſed tamen dicitur eum hæredem inſtitui poſſe.d.l. non minus. Eſt locus communis de hæreditate. Hæreditas pro domino habetur. Res hæreditariæ ſi ſubtilitatem ſpectemus, in nullius bonis ſunt: ſed tamen vtilitatis cauſa receptũ eſt vt pro domino habeatur hæreditas.leg.hæreditas.61.ff.de acq.rer. domi. Itaq; ſeruus hæreditarius recte hæres inſtituitur. Nam acquirit hæreditati. Idẽ dicitur Inſti.eo.§. ſeruus ẽt alienus poſt domini mortem, &c. Excipitur ſeruus adulterii accuſatus.l.his verbis.46.§.interdum.hic.&§.eſt tamen.Inſt. eo. Lex Iulia de adult. vetat ſeruum adulterii accuſatum manumitti à domina ſua, cum qua adulterium admiſſum eſſe dicitur: vt poſſit quæſtio haberi de ſeruo veritatis eruendæ cauſa. Si ergo manumiſſus ſit, vt ſubducatur quæſtioni, non valet manumiſſio, quia hoc fit lege prohibente: nec etiam valet inſtitutio. Eſt locus ſimilis in l.ſi poſtulauerit.27.in princ. ff. ad l.Iul. de adult. & l.proſpexit. 12.ff. qui & à quib.manu.lib. non fi. In illis locis intra 60. dies vetatur mulier manumittere ſeruos In dict.leg. proſpexit.debemus intelligere legem Iuliam de adulteriis.eſtque eadem inſcriptio d.l.ſi poſtulauerit.ff.de adult.& illa duo capita coniungi debent vt rectius explicentur. Præterea ſerui vetantur hæredes inſtitui in fraudem creditorum lege Ælia Sentia.Si fraudandorum creditorum ſuorum gratia quis ſeruos ſuos manumiſerit, & hæredes inſtituerit, nec manumiſſio, nec hæredis inſtitutio valebit, excepto vno ſeruo hærede neceſſario futuro teſtatoris.hoc enim cautum eſt dict. l. Ælia Sentia. Et hinc multæ quæſtiones oriuntur, de quibus l. qui ſoluendo.42.& 60. & ſi is qui ſoluendo. 55.& l.ſi non lex.83. & aliis quibuſdam capitib.huius tit.Hæc ſufficiant de ſeruis. Ex eo quod dicitur de ſeruis, dubitari poteſt an idem dicendum ſit de eo, qui apud hoſtes eſt. Tractatur iſta quæſtio in leg. illa inſtitutio.32.§. 1.hic. Hic diximus eum hæredem inſtitui poſſe, qui ſibi vel aliis poteſt teſtamento acquirere. Is vero, qui apud hoſtes eſt, nec ſibi nec aliis videtur acquirere poſſe.Non poteſt ſibi,quia ſeruus eſt: nec aliis, nec hoſtibus, quia peregrinus eſt. Sed non eſt verum eum amiſiſſe omnino ciuitatem, nec verum eſt etiam eum omnimodo ciuem eſſe: ſed pendent iura ciuitatis.§.item ſi quis ab hoſtibus.Inſtit.de rerum diuiſio. Quæſtio etiam eſt de peregrino, qui ciuis non eſt, an recte hæres inſtituatur? Et certum eſt eum non poſſe hæredem inſtitui. Opponitur ciuis peregrino,id ſatis oſtendunt verba legis Falcidiæ. Teſtamenti factio iuris ciuilis eſt. Vlpianus in Inſtit. titul.qui hæred.inſtit.poſſunt, id aperte ait. Deditiorum,inquit, numero hæres inſtitui non poteſt, quia peregrinus eſt. Idem in l.1.Codic.hoc titul. Vlpianus ergo tanquam certum hoc ponit, eum qui ciuis Romanus non eſt, non poſſe hæredem inſtitui. Sed quia dubitatur cuius temporis habenda eſſet ratio, dicit ſufficere eum ciuem fuiſſe tempore facti teſtamenti, & tempore mortis: nec media tempora ei nocere. l.ſi alienum ſeruum.47.§.in extraneis.hoc tit.ff.Hinc cõſequens eſt eum, qui deportatus eſt in inſulam, non recte hæredem inſtitui. Accurſius & Accurſiani non recte interpretantur hunc locum: nec intelligunt quid ſit peregrinum eſſe. Peregrinum eſſe, eſt ciuem non eſſe. Deportatus amittit ciuitatem deportatione, & ad peregrinitatem redigitur. leg. ſunt quidam.17.ff.de pœn.& l.ſed ſi hac lege. 10.§. ſed ſi per pœnam.ff.de ius vocan. Peregrinitas opponitur ciuitati: ſicut peregrinus ciui. Excipitur vnus caſus. Nam deporta-

ci ex militis teſtamento capiunt, non ex teſtamento pagani.l. ex teſtamento.5. Codic.de milit.teſta. Si relicta ſit hæreditas deportato, an illa fiſco acquiratur? Quæſtio eſt aliena à propoſito noſtro, pertinet enim ad titul.de his quib.vt indig. Quæritur etiam an Princeps recte hæres inſtituatur? Reſpondeo Principem recte hæredem inſtitui poſſe.quoniam id prohibitum non reperitur. Omnibus ciuibus teſtamento legare licet, præterquam ſi cui nominatim prohibeatur. De Principe nihil prohibitum reperitur. Et huc pertinet quod dicitur in leg.pen.hic. Imperator litis cauſa hæres inſtitui non debet, vt opponatur durior & potentior aduerſarius. Idem dicitur in Inſtit. titul. quib. mod.teſta. infir.§. vltim. vbi Iuſtinianus oſtendit hoc manaſſe ex oratione Pertinacis Imperatoris. Ea oratione expreſſit Pertinax, ſe hæreditatem nullius admiſſurum eſſe qui litis cauſa hæredem inſtituerit Principem. Sed opponitur huic ſententiæ lex, ex hoc edicto. 8.§. ſed hæredem.ff.de alienat.iudic. mutan. vbi ait Vlpianus, edictum Prætoris de alienatione iudic.&cæt. ad hæredis inſtitutionem, aut legatum non pertinere. Quod ait Prætor, *Si quis alienauerit.* Hæc verba de venditione intelliguntur & alia huiuſmodi alienatione. Sed ſi quis hæredem inſtituerit, id ad edictum Prætoris non pertinet. Ergo non videtur eſſe inutilis inſtitutio, cum quis inſtituit Imperatorem iudicii mutandi cauſa, vt aduerſario ſuo potentiorem aduerſarium opponat. Quidam eruditus exiſtimat inſtitutionem huiuſmodi non eſſe inutilem, ſi quis inſtituerit Principem hæredem iudicii mutandi cauſa: nam Paulus in dict. leg. pen.hoc titul. ff. ait, inſtitutionem hæredis non haberi pro inutili. Admonet quidem hoc inuidioſum eſſe, ſed tamen non vetat hæredem inſtitui, ideoq; hæredis inſtitutio valet. Recepta autẽ opinio & interpretatio mihi verior eſſe videtur. Ego ſic interpretor, non licere litis cauſa hæredem Principem inſtituere. Oratione enim Pertinacis oſtenditur non admiſſam iri hæreditatem eius, qui hæredem Principem litis cauſa inſtituerit. Paulus de Principe non eſt auſus aliter loqui. Dixit autem inuidioſum eſt, modeſte: nec aliis verbis vtitur in leg. ex imperfecto. 23. ff.de lega.3.inuerecundum eſſe ait. vterque locus Pauli eſt lib.5. Sentent. Vtrunque caput eandem inſcriptionem habet, vt certum ſit eodem in loco hæc à Paulo ſcripta eſſe.& tamen fatemur non licere Principi quicquam ex imperfecto teſtamento capere. leg.3.Codic.de teſta. Sed ſupereſt vt reſpondeamus ad dict. leg. ex hoc. edicto.de aliena. iudic.mut.cauſa. Ego reſpondeo edictum quidem de alienat.iudic.mut.cauſa facta, non pertinere ad eum, qui hæredem aliquem potentiorem inſtituit, qui potentiori legauit. Sed hæc verba, de Principe non intelliguntur. Nam maior ratio eſt in Principe. Quis enim eſt qui cum Principe aut litigare velit, aut auſit? Nihil ergo aduerſatur noſtræ ſententiæ quod obiicitur ex d. leg.ex hoc edicto.Hæc à bonis Principibus ſcripta ſunt, quod malorum principum exemplum eos commoueret. Plerique principes auaros & rapaces inſtituebant hæredes: alii etiam ne bona occuparentur. Corne. Tacit.in vita Agric. Bonus parens non ſcribit hæredem Principem fraudatis liberis ſuis, niſi ſciat Principem auarum eſſe & rapacem. Sic igitur nos intelligimus quod dicitur in leg. pen.hic.

Alia quæſtio eſt de collegio, an collegium inſtitui poſſit? Tractatur hæc quæſtio in leg.collegium.8. Codi. Collegium ſocietas hominum eſt, ita contracta, vt ex pluribus perſonis, quaſi vna perſona & vnum corpus fiat. hoc collegium vocatur corpus.leg.1.quod cuiuſque vniuerſitatis.ff. Aliud enim eſt collegium, quia ſinguli ex quibus collegium coaleſcit & conſiſtit.l.in tantũ.§.vniuerſitatis.ſupr.de rer.diuiſ.Quę collegii ſunt, nõ ſunt ſingulorũ, ne pro parte quidẽ: ſicut diximus hæreditatem haberi pro perſona. leg.mortuo.de fideiuſſ. Vniuerſitas & collegium, perſona quædam eſt imaginaria. Ergo cum quæritur an collegium inſtitui poſſit, non inſpicimus an ſinguli capaces ſint hæreditatis, an ve ſinguli inſtitui poſſint, ſed an totum corpus. Ergo non ſine cauſa quæſitum fuit & dubitatum, an collegium inſtitui poſſit. Ait Imperator, Collegium ſi nullo ſpeciali priuilegio ſubnixum ſit, hæreditatem capere non poſſe dubium non eſt. dict. leg. collegium. Codic.hoc titul. Hoc idcirco dixit, quia collegia legibus Romanis interdicta ſunt, nec licet collegium conſtituere, legibus Romanis. omnes enim huiuſmodi cœtus ſuſpecti fuerunt veteribus propter coniurationem in remp. Permiſſum eſt tamen certis artificibus ſocietatem coire.quod hi magis neceſſarii viderentur ad rempub. in leg. 1. in princ. ſupra quod cuiuſque vniuerſit.leg.5 2.& 3.infra de colleg. hodie ob huiuſmodi incommoda, legibus regiis in Gallia prohibitæ ſunt, quæ φρατρίαι verbo Græco dicuntur, Confratriæ vulgo appellantur. Id recte conſtitutum eſt, quamuis aut nullam, aut minimam executionem conſtitutio habuerit. Alia quæſtio eſt, ſi quis inſtituerit extraneum hominem & ignotum, an valeat inſtitutio hæredis? Hic dicitur etiam extraneum hominem & ignotum recte hæredem inſtitui poſſe. leg. extraneum.9.Codic.eodem. Hæc verba ſubobſcura ſunt. non dubito quin ſit pars cuiuſdam reſcripti. Sic interpretor hæc verba. Quidam cum animam ageret, inſtituit extraneum hæredem, legitimi hæredes adeunt Principem, conqueruntur eum, cum iam animam ageret, inſtituiſſe hæredem extraneũ: nec veriſimile eſt defunctum prælaturum fuiſſe extraneum ſuis hæredibus: niſi animam ageret: tamen dicitur inſtitutionem valere.

Cœpimus oſtẽdere quæ perſonæ hæredes inſtitui poſſint, aut quæ non poſſint. Addendum eſt ſupradictis incertam perſonam non poſſe hæredem inſtitui. Ita ſcribit Vlpianus in Inſtit.titul. qui hæredes inſtitui poſſ. Idem Iuſtinianus ait conſtitutum fuiſſe à veteribus. Inſtit.de legat. §. incertis. vbi legata incertis perſonis, inquit, olim inutiliter relinquebãtur. Exempla huiuſmodi reperiuntur tam apud Vlpianum in Inſtit.quam apud Iuſtinianum in dict. locis. Quiſquis primus ad funus meum venerit, hoc eſt exemplum Inſtit.hæc perſona incerta eſt, quæ inſtituitur teſtamento.ideoque dicitur inutilis eſſe inſtitutio. Ratio eſt apud Vlpianum in eodem loco, quia certum eſſe debet conſilium teſtatoris. Non poteſt videri teſtamentum eſſe, quod ex certo conſilio teſtatoris non proficiſcitur. Ius eſt hoc antiquum, quod Iuſtinianus ſignificat in dict.§.incertis.& ſequenti, certo emendatum eſſe. Sed conſtitutio cuius meminit Iuſtin.in dict.§.incertis. non reperitur in Codice Iuſtiniani: ſicut & aliæ plærque, quarum meminit in Inſtit. De incertis perſonis nihil reperitur in Codice, quam quod dicitur de pauperibus & captiuis. leg. nulli. 28.& l. ſi quis ad declinandam. 37. de epiſc. & cleric. Hinc conſequens eſt non valere hanc inſtitutionem, *hæredes mei ſunto, quos Titius voluerit.* leg. illa inſtitutio. 32. in prin.ff. hoc titul. Veteres conſtituerunt per ſe firma teſtamenta eſſe debere. Cum autem inſtitutio confertur in alterius arbitrium, non poteſt certum eſſe dici conſilium teſtatoris. Certum igitur debet eſſe conſilium teſtatoris. Quomodo valebit inſtitutio collata in arbitrium alterius? Sed de hoc genere inſtitutionis dicemus in ſeq.c. Multa enim obiici ſolent aduerſus hanc ſententiam. Nos hæc obiecta diluemus ſuo loco. Pergamus. Eadem oratione municipium, ſiue municipes non recte inſtitui dicuntur. Si quis ciuitatem aliquam inſtituerit: inutilis eſt inſtitutio, ſecundum ius antiquum. Ita ſcribit Vlpianus in Inſtitut. in loco iam à nobis recitato. verſ. Nec municipia.quoniam, inquit, corpus incertum eſt. Idem teſtatur Plinius lib. 5.epiſt. in epiſtola ad Caluiſium. nec hæredem inſtitui poſſe rempublicam, nec percipere poſſe. His verbis vtitur, quaſi hoc certum fuerit tempore Vlpiani. Ille locus Plinii maxime conſentit cum verbis Vlpiani à nobis adductis. Qui ſcripſerunt in dict. §. incertis. mirantur quomodo id ſcripſerit Plinius, cum tempore Vlpiani potuerit relinqui ciuitatibus. leg.ciuitatibus.122.de leg. 1.& leg. 2. inf. de reb.dub.& leg.omnibus.26.infr.ad Senat.Treb. Ego ſcio hoc ius mutatum eſſe conſtitutionibus. Poteſt enim ciuitatibus relinqui quocunque tit.l. hæreditatis. 12. Codic. hoc titul. Eſt Leonis Imperatoris conſtitutio, qua veteri iuri derogatum eſt. Sed tempore Plinii & Vlpiani ita ius conſtitutum erat, nec quicquam reperitur in Codic. vel Digeſtis ex quo poſſit falſum argui, quod Plinius ſcripſit in ea epiſtola, cum ita legibus cautum eſſet. Dubitatum fuit de fideicommiſſis, an ſaltem per fideicommiſſum poſſit aliquid relinqui ciuitati. Dubitatum de eo erat ante Senatuſc. Apronianum, cuius mentio eſt in Pandect. dict. leg. omnibus ciuitatibus. ad Senat. Trebel. Vlpian. in Inſtit. titul. à nobis adducto, qui hæred. inſtit. poſſ. exceptiones duas addit. Poterat, in-

quit olim legati ciuitati à libertis ciuitatis. Poterat etiam per fideicommiſſum relinqui. Vnde facile reſponderi poteſt ad leg. ciuitatibus. de leg. 1. & leg. 2. de reb. dub. vt intelligamus tempore Vlpiani non licuiſſe vel Remp. inſtituere hæredem, vel ei quicquam legare extra caſus receptos. Legatum eſt verbum generale. Legare etiam dicitur, qui fideicommiſſum relinquit. Ideoque quod dicitur in dict. leg. ciuitatibus. poteſt intelligi de fideicommiſſo. Deinde quod dicitur in dict. leg. 2. ff. de reb. dub. intelligẽdum eſt quo caſu legatũ ciuitatib. relictum valet. Valet autem legatum municipibus à liberto. Non igitur mirum videri debet quod ſcripſit Plinius in ea epiſtola. cum idem ius Vlpianus ſcripſerit: & cum nihil reperiatur in Codice & Digeſt. ex quo argui poſſit eum falſum ſcripſiſſe. Addit idem Vlp. eo loco Deos quoſdam nos hæredes inſtituere poſſe, non quoſlibet veluti Iouem Tarpeium &c. Hoc redolet ſuperſtitionem veterum. Sed quod ad Deum attinet, dubitandũ non eſt quin valeat inſtitutio. l. 1. §. ad municipum. infr. ad leg. Falcid. vbi lex falcidia dicitur ad legata municipum, & ea, quæ Deo relinquũtur pertinere. Sed quem effectum habet legatum Deo relictum? Hoc interpretatur Iuſtinianus in Nouel. de Eccleſ. titul. §. ſi quis in nomine magni Dei. Ex iam dictis naſcitur quæſtio de tempore, quod ſpectari debeat, cum quæritur an cũ aliquo teſtamenti factio ſit, an non ſit: an hæres inſtitui poſſit, an nõ poſſit. l. ſi alienũ. 47. §. in extraneis. hoc tit. dicitur extraneis hæredib. ſpectãda eſſe tria tempora. Tempus teſtamenti facti, tempus mortis teſtatoris, & tempus aditæ hæreditatis. In primis igitur oportet cum eo qui hæres inſtituitur, teſtamenti factionem eſſe eo tempore, quo teſtamentum fit, tempore mortis teſtatoris, & tempore aditæ hæreditatis. Non enim valet inſtitutio ante aditam hæreditatem. Loquitur autem Iuriſconſul. de extraneis, ſed cur non idem in ſuis & neceſſariis hæredibus conſtitutum non eſt? Nam in ſuis hæredibus neceſſaria eſt aditio hæreditatis. leg. in ſuis. 11. infra de libe. & poſth. Ipſo iure ſui fiunt hæredes ſine vlla aditione. Ergo non dicemus tria tempora eſſe neceſſaria in ſuis hæredibus, ſed duo tantum, tempus teſtamenti facti & tempus mortis. Similis locus eſt in leg. ſed ſi. 6. §. ſolemus. Dicimus tria tempora ſpectari. Si igitur medio tempore, id eſt, inter teſtamentum & mortem, vel inter mortem & aditionem hæreditatis, fuerit incapax hæreditatis, is qui hæres inſtitutus eſt, quia forte redactus eſt ad peregrinitatem, hoc non nocet inſtitutioni. Similis locus eſt in leg. liber homo. 59. §. ſi hæres. hoc titul. Sed de perſonis, quæ ex teſtamento capere poſſunt, vel non poſſunt hactenus. His addendum eſt, eum cum quo teſtamenti factio non eſt, poſſe nihilominus hæredem inſtitui collata conditione in tempus, quo capax futurus eſt. l. in tempus. 62. hoc titul. Conditionalis inſtitutio hic valet: pure non valeret. Si quis inſtituerit hæredem eum qui capax non eſt: quia peregrinus eſt non valet inſtitutio, etiam ſi ex peregrino factus fuerit ciuis. Sed cum inſtitutio conditionem habet, & confertur in id tempus, quo capax futurus eſt, valet inſtitutio ſi poſtea capax reperiatur, quo tempore hæreditatem aditurus eſt. Simile eſt quod dicitur de ſtipulatione. l. ſi rem meam. & l. exiſtimo. de verb. oblig. Rem meam mihi dari ſtipulari non poſſum, vtilis erit ſtipulatio ſi eam ſtipuler ſub cõditione collata in id tempus, quo mea eſſe deſierit. Hactenus de perſonis. Sequens locus eſt,

CAP. III.

Quomodo hæredes inſtituendi ſint.

VT valeat inſtitutio hæredum, non ſufficit eum, qui inſtituitur capere poſſe, quamuis id neceſſarium ſit, ſed habenda eſt ratio inſtitutionis. Videndum eſt qua ratione inſtitui debeat hæres. In ratione hæredum inſtituendorum quædã obſeruanda ſunt, ſine quib. non valet inſtitutio. Huiuſmodi hoc eſt, quod hæredis inſtitutio fieri debet in teſtamento: non in codicillis. §. codicillis. Inſtit. de codicil. neque enim quis exhæredatur codicillis, neque inſtituitur, ne confundatur ius codicillorum & teſtamẽti, alias inutilis eſſet tanta ſolennitas quæ deſideratur in teſtamentis. leg. non codicillum. Codice de teſta. ord. Olim teſtator debebat ab inſtitutione incipere ſuum teſtamentum. idque videtur ſignificare Iureconſultus in leg. 1. hoc tit. ff. Sed hoc ius abrogatum eſt. non ſpectatur ordo ſcripturæ: nihil refert, an quis incipiat à Legato vel fideicommiſſo, an vero ab inſtitutione hæredis. §. ante hæredis inſtitutionem. Inſtit. de legatis. l. ambiguitates. 24. C. de teſta. vbi Iuſtinianus ait, Si vitio ſcriptoris ſcriptum ſit legatum vel fideicommiſſum ante hæredis inſtitutionem, nihilominus valere teſtamentum. Hæc conſtitutio loquitur de vitio ſcriptoris tantum, non de culpa teſtatoris: ſed tamen Iuſtinianus in tit. de lega. §. ante hæredis. plenius loquitur. Ait enim valere teſtamentum quocunque modo ordo teſtamenti interuerſus fuerit, forte alia conſtitutio fuit Iuſtiniani ea de re. In eo loco Iuſtinianus ait ſua conſtitutione ius antiquum emendaſſe. Ea de re nulla alia extat, quam ea, quam recitauimus. Secundo, hæres in teſtamento aut ſcribi aut nuncupari debet l. 1. hic. Oportet autem ſcribi nomen hæredis in tabulis, vel nuncupari. conſtitutio Iuſtiniani, de qua diximus, quæ eſt Codic. ſub titul. de teſt. leg. iubemus. 29. addit nominandum eſſe hæredem, vel ſcribendum à teſtatore. Quod autem dicimus de nomine, idem eſt intelligendum de demõſtratione, quæ facta ſit eo ſigno & nota, quæ nominis vice fungatur. Demonſtratio tantam vim habet, quantam nominatio. l. certã. 6. ſup. de reb. cred. & l. ſi nominatim. 34. inf. de cond. & demo. & leg. quoties. 9. §. ſi quis nomen. & leg. nemo, hic. 58. Nihil enim refert an quis ita dixerit, *Titius mihi hæres eſto*, an vero dixerit, hic mihi hæres eſto, quem digito oſtẽdo. hoc eſt quod dicit Iuriſconſ. in d. l. certum. nihil referre, an res aliqua ꝓprio nomine deſignetur, an alia nota, quæ nominis vice fungatur. falſa demonſtratio hic non nocet. Si quis errauerit in nomine, vel ſi quis falſam demonſtrationem adiecerit, non ideo inutilis eſt inſtitutio. Poteſt quis frater appellari, qui tamen frater non eſt. Quid ſi demonſtratio maledictum aliquod aut contumeliam contineat? Si quis addiderit demonſtrationis loco aliquod maledictum, an vitietur hæredis inſtitutio? De hac re l. his verbis. 48. §. vlt. & l. non ideo. 5. C.

Hic reperiuntur duo capita, quæ videntur pugnantia eſſe. vnum eſt dict. leg. quoties. §. ſi quis nomen: alterum in dict. l. his verbis. §. vltim. hic. in leg. his verbis. §. vltim. dicitur illa inſtitutio valere, Filius meus impiiſſimus & male de me meritus hæres eſto: quia pure facta eſt. in l. quoties. dicitur non valere inſtitutionem, ſi quid cõtumeliꝸ cauſa fuerit additum; ſed hæc diuerſa ſunt non pugnantia. In qua lege dicitur ſi quid contumeliæ cauſa fuerit additum, non valere inſtitutionem, hoc verum eſt, & huic conſentaneum eſt, quod dicitur in leg. turpia legata. 54. de legat. 1. In dict. leg. his verbis. dictum eſt, cum maledicto hæredem inſtitui poſſe: non autem cum contumelia. Poteſt quis maledictum alteri dicere, non tamen contumeliæ cauſa. In leg. his verbis videtur pater maledictum dicere filio admonendi & obiurgandi eum cauſa, vt quamuis is male meritus ſit de ſe, tamen eum hæredem inſtituere velit. Ergo dicendum eſt, & ſi maledictum aliquod adiectum ſit inſtitutioni hæredis, id non vitiare inſtitutionem, niſi contumeliæ cauſa adiectum ſit, tunc odio ſcribentis legatum, vel inſtitutio pro nulla haberi debet. Sic mihi videtur hæc antinomia explicari poſſe. Alii alia comminiſcuntur, ſed hæc mihi placent. Valet igitur inſtitutio hæredis, vel cum hæres appellatus eſt nomine proprio, vel cum certa nota deſignatus eſt, quæ nominis vice fungatur. Diximus autem, cum certum eſt & indubitatum ſignum. Nam ſi teſtator vſus ſit verbis adeo obſcuris, vt incertum ſit quem hæredem eſſe voluerit, ea incertitudo vitiat inſtitutionem. leg. in tempus. 62. §. quoties. hic. Teſtator duos habebat amicos eiuſdem nominis: vnum hæredem inſtituit, quia non apparet quem inſtituerit hæredem, inutilis effectu eſt talis inſtitutio. Hic ius non deficit: ſed probatio tantum. Quæritur ſi erratum ſit in corpore, an is error noceat inſtitutioni? Dicimus errorem in nomine, in demonſtratione non nocere: ſed ſi in corpore erratum ſit, ait Vlpianus nullam eſſe inſtitutionem. vt hoc titul. leg. 9. quoties. in princ. Adeo nocet error in corpore vt neque is, quem oſtendit, vel nominauit teſtator, hæres ſit, neque is de quo ipſe teſtator ſenſit, quod mirum eſt. De eo de quo errauit dubium non eſt, quia error excludit conſenſum. Sed cur is de quo ſenſit teſtator, non poteſt vindicare hæreditatem, cum voluntate

luntate teſtatoris nitatur? Voluntas autem teſtatoris in teſtamentis, magis ſpectanda eſt quam verba. Sed hic Iuriſconſ. ait neutrum hæredem fore, & rationem reddit, quia ſcriptus non eſt. Sed mirum eſt quod dicitur magis ſpectari quod ſcriptum eſt, quam voluntatem teſtatoris. Nonne voluntas teſtatoris debet eſſe potior, quam verba? Mirum ſane non eſt id nobis videri obſcurum, de quo diſſenſio fuit inter veteres Iureconſultos. Quorum autem fuit opinio non valere, eos mouit hæc ratio, quam adduxi. hæc fuit ſententia Labeonis. l. Labeo. 7. de ſupellect. lega. Videbatur hoc durum eſſe Tuberoni, cum conſtet de voluntate teſtatoris: tamen nos quod ſcriptum eſt magis ſequi. Sed tamen præualuit aliorum opinio, veluti Seruij, quem omnes poſtea ſecuti ſunt. d. l. Labeo. Cum quis errauit in propria & communi rei appellatione, credibile non eſt aliquid aliud ſenſiſſe, quam quod communi verbo ſignificatur. l. ille aut ille. 25. §. 1. infra de leg. 3. Plærunque recedimus à propria ſignificatione verborum & deflectimus ad abuſum: quia non omnes nouerunt propriis verbis vti. l. non aliter. 67. de leg. 3. & l. cum de lanionis. 18. infra de inſtr. fun.

Superius diximus de teſtatore qui errat non in nomine proprio hæredis, ſed in corpore, vt ſi quis ita dixerit, Hunc ego fratrem meum hæredem inſtituo, cum Titius in eius conſpectu eſſet, quem fratrem ſuum errore ductus exiſtimaret. Diximus inſtitutionem hanc propter errorem inutilem eſſe, & adeo inutilem, vt neuter inſtitutus eſſe intelligatur: nec is, quem demonſtrauerat teſtator, nec is de quo ſenſit. l. quoties. in princ. hic. Hinc igitur eſt perſpicuum errorem in corpore eius qui inſtituitur hæres, nocere inſtitutioni, & inſtitutionem omnino reddere inutilem. Idem dicendum eſt, & ſi quis in nomine rei errauerit, & appellatione communi. dicta lege, quoties. in princip. Idem dicitur de errore in re. l. 4. de legatis 1. Sed aduerſus hanc ſententiam obiicitur locus communis de ſententia, & voluntate teſtatoris. In teſtamentis dicitur voluntas teſtatoris, ſpectanda magis, quam verba eiuſdem. Omnes iuris auctores plurimum tribuunt voluntati teſtatoris. Aiunt voluntatem teſtatoris ſemper ſpectandam eſſe. & diximus ſupra ſub titulo de teſtam. ordin. nihil referre quibus verbis vtatur teſtator. l. quo fuit ſententia Labeonis. d. l. Labeo. de ſupellect. leg. Iiſdem verbis fere vtitur Tubero in ea re, quibus Cicero in orat. pro Cecinna. Nihil opus eſt, inquit, verbis, cum res, cuius gratia verba comparata ſunt, intelligitur. Mirum ergo videtur quod hic dicitur, ſpectari verba magis quam voluntatem teſtatoris. Nam hic proponitur conſtare de voluntate teſtatoris. Cum enim dicimus, erratum eſt, duo his verbis complectimur. dicimus, quod voluit vnum inſtituere, vel vnam rem legare: deinde, quod alterum nominauit, vel aliam rem legauit, & tamen magis amplectimur verba teſtatoris, quam voluntatem. quod videtur alienum eſſe à ratione. Atque ita viſum Tuberoni, qui fuit ſocer Seruij. l. 2. ff. de origi. iuris. Si verum eſt quod hic dicitur de voluntate, tacita voluntas tanti facienda eſſe videtur, ac voluntas expreſſa. Deinde voluntas quibuſcunque verbis expreſſa ſufficere debet. Si quis veſtem legare volens, quid refert an veſtem dixerit, an alio nomine appellauerit, modo ex coniecturis voluntas teſtatoris colligi poſſit? Quamuis hæ rationes probabiles & ſpecioſæ ſint: tamen certum ius eſt his rationibus omnino contrarium. Nihil enim apertius dici poteſt, quam neutrum inſtitutum videri, neutram rem legatam eſſe. Sed ſupereſt, vt obiecta diluamus, & refellamus ea, quæ pro Tuberone adduci poſſunt, aduerſus Seruij ſententiam & aliorum, qui Seruij ſententiæ aſſentiuntur. Quid reſpondebimus ad locum illum, qui magnopere vrget de voluntate teſtatoris, quæ videtur potior eſſe debere quibuſcunque verbis, cum de ea conſtat? Ego cogitaui aliquando poſſe hic fingi ſpeciem in qua appareat ne alterum quidem inſtitutum eſſe. Pone Titium ſuppoſitum fuiſſe, vt ſæpe partus ſupponi ſolet, deductum fuiſſe mecum, in domo paterna habitum fuiſſe fratrem. Ego teſtamentum faciens, cum eſſet in conſpectu meo, hunc ego hæredem inſtituo. Dixi ei, *Mi frater ego te hæredem inſtituo.* hic erratum eſt in corpore ipſo. certum eſt hunc propter errorem non recte inſtitutum dici: nam deficit voluntas. Quod ſi frater meus aliquis appareat, non poterit etiam petere hæreditatem: nam quædam forte erant in hoc fratre opinato, quæ non in fratre meo conſpexi. Sed hæc hypotheſis non conuenit verbis Vlpiani in d. l. quoties. Loquitur enim de eo, quem voluit hæredem eſſe. Ergo ita fingere ſpeciem debemus, vt teſtator vnum ſibi eſſe velit hæredem, & eum non ſcribat, alterum ſcribat: ſed non velit eſſe hæredem propter errorem. Alterum exemplum eſt vulgare de Iſaac & filio eius Iacob & Eſau. Iſaac cum vellet inſtituere Eſau filium ſuum, deceptus ab vxore ſua benedixit Iacob. hæc ſpecies magis conuenit verbis Vlpiani, alter deficit voluntate, alter ſcriptura. vnum inſtituit, ſed hic deficit voluntate. Alterum autem ſibi voluit hæredem eſſe, ſed hic inſtitutus non eſt. Tractemus ergo hanc ſpeciem, & videamus an ſecundum ius Romanum valeat illa inſtitutio. Conanus exiſtimauit inſtitutionem vtilem eſſe, etiam ſecundum ius Romanum, ob euidentem teſtatoris voluntatem. ait Eſau hæredem inſtitutum eſſe ſecundum ius Romanum. hic imprudens relabitur in errorem Tuberonis, quamuis forte non animaduertat id ſe facere. Tubero hac ratione mouebatur: quia vbicunque eſt euidens teſtatoris voluntas, nihil aliud quærendum eſt. Hoc igitur omnino eſt improbandum & reiiciendum: quia maxime aduerſatur verbis Vlpiani. Euidens voluntas nihil poteſt eum adiuuare, qui inſtitutus non eſt, vt hæreditatem vindicet. Loquitur hic Vlpianus de eo, quem voluit inſtituere, ergo non ſufficit euidens teſtatoris voluntas in hoc caſu. Ego igitur contra dico: nam licet & manifeſta & euidens dicatur voluntas patris, hoc non ſufficit. Ego hanc ſententiam quæ verbis perſpicuis Vlpiani nititur, argumentis & rationibus etiam confirmaturus ſum. Nam in primis in propoſita ſpecie non poteſt dici Eſau ſcriptus, aut nuncupatus hæres eſſe, ergo non poteſt inſtitutus dici. Inſtituere hæredem eſt, vel nuncupare, vel ſcribere hæredem. l. 1. hic. & l. iubemus. 29. C. de teſta. In hac ſpecie dicitur pater magis inſtituere voluiſſe, quam inſtituiſſe. hæc multum differunt. Aliud eſt inſtituere aliquem, aliud eum inſtituere velle. Aliud eſt quicquam agere, aliud agere velle. l. amplius. ff. rem ratam habe. & l. 1. ſupra de eden. Antequam lis conteſtata ſit, actor dicitur petere velle in iudicio, non petere: idque indubitatum eſt in his, in quibus ſola voluntas non ſufficit. De aliis actibus in quibus ſola voluntas ſufficit, magna eſt quæſtio. l. 1. C. de ſumma Trinit. l. ſerui electione. 5. de lega. 1. & l. ſi quis ſtipulatus. de verb. obligat. Conuenit autem inter omnes in his actibus, in quibus ſola voluntas non ſufficit aliud eſſe velle agere, aliud agere: ſicut aliud dicitur, agere velle in iudicio, & aliud in iudicio agere: hic autem ſola voluntas non ſufficit ad inſtitutionem hæredis. Oportet eum qui inſtituitur hæres, vel nuncupari vel ſcribi: oportet voluntatem aliquo modo exprimi: oportet voluntatem exprimi his verbis, quæ apta ſunt & idonea ad voluntatis declarationem. nec nouum aut mirum videri debet, quod hic dicimus ſolam voluntatem non ſufficere. Si ſola voluntas ſufficeret in teſtamentis, quorſum tanta ſolennitas adhiberetur, quantam adhiberi neceſſe eſſe diximus ſupra in tit. de teſtam. ordin. Ego igitur contendo in inſtitutione hæredis ſolam voluntatem non ſufficere: oportet voluntatem aliquo modo verbis expreſſam eſſe idoneis ad voluntatis declarationem. Exemplum huius rei luculentum eſt in l. quidam cum filium. 44. hic. Quidam voluit inſtituere filium hæredem, ſed nolebat patri ipſius eam hæreditatem acquiri: videbat, vt ſi forte ſimpliciter eum hæredem inſtitueret, hæreditatem patri acquiſitam iri: nam quicquid acquirit filius, acquirit patri. l. placet. infra de acqui. hæred. Volebat eum inſtituere ſub conditione, ſi à patre emanciparetur, ſed nolebat aſſentiri teſtatori filius, vt adderet eam conditionem, ne patrem offenderet: ſed aliam rationem iniit, qua hæreditas ad ipſum peruenire poſſit, etiam ſi à patre emancipatus non ſit. Suppoſuit amicum quendam quem hæredem inſtitueret, nihil tamen fidei eius commiſit teſtator: poſt mortem eius quæritur, an poſſit ab hoc fideicommiſſum peti? hic manifeſta eſt teſtatoris voluntas: certum eſt hoc fuiſſe teſtatoris conſilium, vt hic hæres inſtitutus hæreditatem reſtitueret filiofamilias: ſed hic dicitur non poſſe hanc hæreditatem vt fideicommiſſariam peti: quia teſtator nihil eius fideicommiſit. Voluntas ea tacita non valet ad fideicommiſſum: quia nullo modo expreſſa eſt verbis. Si ſententia Tuberonis vera eſſet, maxime hic locum haberet: nam in fideicommiſſis ſola voluntas ſpectatur. In inſtitutione hæredum, in legatis, alia ſpectantur, & tamen ait Iuriſcon-

ſultus fideicommiſſum peti non poſſe, etiam ſi manifeſtum ſit eum fidem ſuam interpoſuiſſe, & promiſiſſe filiofamilias ſe ei hæreditatem reſtituturum : quia tamen teſtator fidem eius non eſt ſecutus, nihil cogetur reſtituere. Aliud exemplum colligi poteſt ex l. vlt. eiuſdem tit. hic. Quidam ita ſcripſit in teſtamento ſuo, *Quoniam filium meum qui deceſſit, hæredem habere non potui, quem cupiebam, Titius mihi hæres eſto.* Hæc verba adiecit, quia putabat filium deceſſiſſe falſo rumore perlato : & his verbis vſus eſt, *Quia eum hæredem habere non potui, Titius mihi hæres eſto.* In hac ſpecie dubitari poteſt, an ille cuius teſtator obiter meminit in teſtamento ſuo, poſſit hæreditatem eius petere, ſi forte non deceſſerit: quia falſus rumor perlatus erat ad teſtatorem, quod ille deceſſerat. Si ſpectemus voluntatem teſtatoris, videtur inſtitutus eſſe: tamen dicitur inſtitutus non eſſe. Hæc de errore in corpore eius qui inſtituitur. idem dicendum eſt de errore in rei communi appellatione & nomine. & hoc pertinet ad aliam partem dictæ l. quoties. hic. Teſtator vult lancem relinquere, veſtem legat. nec veſtis debetur nec lanx. Idem dicitur in l. 4. de lega. 1. & l. in ambiguo. de rebus dubiis. In ambiguo ſermone non vtrunque dicimus: ſed id quod volumus. Id apertius exprimitur & declaratur in d. l. Labeo. de ſupellectile legata: vbi Seruius ait neminem videri quicquam dixiſſe, cuius proprio nomine vſus non ſit. veluti ſi quis lancem legare volens, vocet veſtem, non eſt proprium nomen quo res ſignificatur. Oportet igitur voluntatem verbis declarari, quæ apta ſint & idonea ad rei declarationem. Neque quicquam refert an quis omnino nihil dixerit, an vero is locutus ſit ea voce, quæ nullo modo apta ſit ad rem ſignificandam. Non recipimus voluntatis coniecturam aduerſus manifeſtam verborum ſignificationem. Abuſum nos aliquando recipimus pro vera & propria verborum ſignificatione, cum homines vulgo abutantur ſignificatione verbi alicuius. l. librorum. 50. §. quod tamen Caſſius. de lega. 3. d. l. nam aliter, eodem. & d. l. cum de lanionis. de inſtr. fund. Sed cum verba omnino aliena ſunt, & huiuſmodi ſunt vt non poſſint talem interpretationem recipere, coniectura voluntatis non admittitur aduerſus apertam verborum ſignificationem. Si quis forte alleget teſtatorem ita ſolitum fuiſſe loqui, hoc in more habuiſſe, vt lancem, veſtem vocaret, non eſt admittenda hæc probatio contra apertam verborum ſignificationem. Nam nullo ſenſu nec proprio, nec abuſiuo id ſignificant verba, de quo teſtator dicitur ſenſiſſe. Deinde valde periculoſum eſſet recipere voluntatis coniecturam contra apertam & propriam verborum ſignificationem. Nam facile defunctorum voluntas euerteretur, & ad nihilum recideret. Facile enim exiſterent homines, qui dicerent teſtatorem pro more habuiſſe vt bouem, aſinum appellaret: & aſinum, bouem vel equum. Sic eſt intelligendum quod dicitur in d. l. ille, aut ille. de lega. 3. Cum voluntas ambigua eſt, videndum eſt an aliquibus coniecturis poſſit explicari. Sed cum non eſt ambigua, voluntatis quæſtio non eſt admittenda. Ego igitur concludo verum eſſe, verborum proprietatem interdum magis ſequendam eſſe, quam voluntatem teſtatoris, etiam ſi de voluntate apertiſſime conſtet. idque hoc receptum eſt vulgo, ne quis me hoc confingere putet. Hinc etiam concludimus hæredem inſtituendum eſſe verbis apertis ad voluntatem teſtatoris declarandam, de quibus diximus ſupra : Titium hæredem meum facio. Titius hæres eſto. nos enim formalia verba non requirimus. Sufficit quibuſcunque verbis vti, modo ea verba apta ſint ad voluntatem declarandam. d. l. quoniam. C. de teſta. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. vlt. C. hoc tit. Quæſtio tractata fuit à veteribus, ſi quis ita ſcripſerit in ſuo teſtamento, *Sempronius Plotii hæres eſto,* an valeat hæc inſtitutio? Teſtatores non ſolent ita loqui : ſed quia accidit vt quidam teſtator his verbis vteretur, dubitatum fuit apud veteres, quomodo accipienda eſſet hæc inſtitutio. In primis videndum eſt, an teſtator acceperit hæreditatem ab aliquo nomine Plotio: ſi acceperit ab eo, ſatis manifeſtum eſt his verbis voluiſſe Sempronium inſtituere hæredem his verbis, Eſto hæres meus, & per conſequens Plotii. Hæc coniectura ſufficit ad declarandam voluntatem teſtatoris. Deinde poteſt, etiam ſi forte inſtituerat Plotium, & dixit, Plotij Sempronius hæres eſto, credibile eſt eum Sempronium ſubſtituiſſe Plotio. In nomine proprio error non nocet, quod de nomine proprio alterius intelligendum eſt. l. 4. de legat. 1. Nam non facile creditur quis in ſuo nomine proprio erraſſe. Eſt locus communis hinc notandus, de coniectura voluntatis, quomodo ambiguam voluntatem teſtatoris coniecturis explicare debemus. Si voluntas teſtatoris non poſſit vllis coniecturis explicari, dicendum eſt, nullam eſſe inſtitutionem: non quod ius deficiat, ſed probatio. vt dicitur in d. l. duo ſunt Titij. ſupr. de teſta. tutel.

Superius diximus, quæ ſit ratio inſtituendorum hæredum. Addendum eſt ſupradictis hæredem inſtituendum eſſe vel in tota hæreditate, vel in parte hæreditaria, ita vt in ius vniuerſum ſuccedere intelligatur. Is dicitur hæredem ſibi inſtituere, qui inſtituit ſucceſſorem in locum ſuum, poſt mortem ſuam. Nihil enim aliud eſt inſtituere hæredem, quam deſignare quem ſibi quis velit ſuccedere, & perſonam ſuam repræſentare. vnde dicuntur hæredes iuris ſucceſſores eſſe. d. l. 9. quoties. §. hæredes. hoc titu. vt enim ibi dicitur, ſuccedunt in ius, & ius inter ipſos diuidunt. Hæreditas eſt ſucceſſio iuris. Legatarius ſuccedit in rem legatam. Donatarius in rem donatam. Emptor in rem emptam. Hæres vero non ſuccedit in rem: ſed in ius & in locum defuncti. Itaque etſi defunctus nullam rem reliquerit in patrimonio ſuo, nihilominus dicitur hæres, qui declarauit ſe velle hæredem eſſe. Ideoque conuenietur à creditoribus hæreditariis, nec poterit allegare quod nihil reperit in hæreditate. d. l. hæreditas. de pet. hæred. & d. l. hæreditatis appellatio, ſine dubio. ff. de verb. ſignific. Vnde quæritur, ſi quis ſit inſtitutus ex re certa, an valeat inſtitutio? Si quis ita dixerit in ſuo teſtamento, *Titius mihi hæres eſto ex fundo Corneliano.* Videtur ex his, quæ diximus, hæredis inſtitutio non valere, quia hæres non ſuccedit in rem aliquam: ſed ſuccedit in ius vniuerſum : tamen benigna interpretatione recepta eſt huiuſmodi inſtitutio. d. l. quoties. §. ſi duo. l. 1. §. ſi ex facto. & l. 35. ex facto. hic. Nos hic accipimus hanc inſtitutionem perinde ac ſi teſtator nullam feciſſet fundi mentionem, perinde ac ſi dixiſſet teſtator, Titius hæres eſto. Æquitas & vtilitas ſuadet vt ita defuncti voluntatem interpretemur, ne alias quod geſtum eſt, irritum ſit & nullum. Reiicimus omnino fundi mentionem, quaſi inſtitutus eſſet ſimpliciter his verbis, Titius hæres eſto. non enim poſſumus interpretari eum hæredem eſſe & capere ex hæreditate fundum illum, cuius mentio facta eſt à teſtatore, & reliqua bona pertinere ad legitimos. Id enim alienum eſt à ratione iuris, nec id permittitur niſi militibus. l. ſi certarum. 17. ff. de milit. teſta. & l. ius noſtrum. de reg. iur. Huc pertinet quod dicitur in d. l. quoties. §. ſi duo. hic. Addendum eſt quod dicitur in d. l. ex facto. hoc tit. Proponitur ibi, duos hæredes inſtitutos eſſe. Vnum ex rebus Italicis, alterum ex Prouincialibus rebus, & quæritur an hæc inſtitutio valeat? Et dicitur huiuſmodi inſtitutionem receptam eſſe, eoſque intelligi hæredes ex æquis partibus perinde ac ſi nulla rerum Italicarum, aut prouincialium mentio facta eſſet. Non poſſunt autem dici hæredes ex rebus quas expreſſit, quia hæredem eſſe, eſt ſuccedere in locum defuncti. Sic igitur nos interpretamur has inſtitutiones valere quaſi rerum nulla facta eſſet mentio. Quod ad inſtitutiones attinet, nihil facit expreſſio rerum quod ad inſtitutiones attinet, & perinde eſt ac ſi partes expreſſæ non eſſent. Ideo æqualiter ſuccedunt, & pro partibus æquis ſuſtinent æs alienum. mentio tamen rerum otioſa non eſt in hac ſpecie. Nam interpretamur relictas eſſe ſingulis res iure prælegati. Is, qui inſtitutus eſt ex rebus Italicis, capiet res Italicas iure prælegati, tanquam ſibi prælegatas: is, qui inſtitutus eſt ex rebus prouincialibus, capiet res prouinciales iure prælegati, tanquam ſibi prælegatas. Agnoſcunt æs alienum pro æquis partibus, etſi res vna prælegata altera re pluris æſtimetur. hoc pleniſſime tractatur in d. l. ex facto. Eſtque locus communis notandus de loco, in quo quæque res eſſe dicitur. Valet igitur inſtitutio hæredis, etſi teſtator mentionem certæ rei in inſtitutione hæredis fecerit, & aliquando adiectio omnino reiicitur. Aliquando ſic interpretamur vt valeat iure prælegati. Fit tamen interdum vt qui ita inſtitutus eſt, habeatur pro legatario, nec hæres eſſe intelligatur, veluti cum vnus inſtitutus eſt ſimpliciter, vel ex parte quota, alter ex re certa, veluti ex fundo Corneliano, vt, Sempronius mihi hæres eſto : Titius mihi hæres eſto ex fundo Corneliano. Titius hic eſt legatarius. In aliis exemplis quæ adduxi ſupra, omnes inſtituuntur ex re certa, & tunc interpre-

tamur

tamur voluntatem teſtatoris, vt à nobis dictum eſt. Sed cum vnus tantum inſtitutus eſt ex re certa, alter autem inſtitutus eſt ſimpliciter, vel ex quota parte: tunc interpretamur eum, qui ex certa re inſtitutus eſt, eſſe legatarium. l. quoties. C. hoc tit. Actionibus hæreditariis conueniuntur ii, qui inſtituti ſunt vel ſimpliciter, vel ex parte certa. Is autem qui ex re certa inſtitutus eſt, legatarius eſt. idque ita interpretamur ex veriſimili mente teſtatoris. Teſtatores loquuntur aliquando abuſiue. Nam hic inſpicimus vim verborum. Ad hunc locum pertinet quæſtio l. ſi ita quis. 74. hic. Quidam ita inſtitutus eſt, Titius mihi hæres eſto, excepto illo fundo, excepto vſufructu illius fundi. Sic enim legendum eſt vt in Florent. Pand. Quomodo interpretabimur hanc inſtitutionem; an erit hæres ex reliquis bonis excepto vſufructu; ita vt hæredes legitimi hæredes ſint in eo fundo, qui exceptus eſt? Ratio iuris non patitur vt ita voluntatem teſtatoris interpretemur: quia pro parte decederet inteſtatus, & pro parte teſtatus. Nos hic interpretamur inſtitutum eſſe eum quaſi nihil exceptum ſit. Quartò notandum eſt, pluribus hæredibus inſtitutis partium diſtributionem plærunque neceſſariam eſſe: atque interdum neceſſariam non eſſe. Neceſſaria eſt cum quis plures hæredes ſibi eſſe vult inæqualiter, non æquis portionibus. Si quis velit habere hæredes æquis partibus, nihil eſt opus partium diſtributione: ſed ſi velit eos hæredes ſibi eſſe ex inæqualibus partibus, tunc neceſſaria eſt partium expreſſio. Exempli gratiâ, Titius mihi hæres eſto ex aſſe: Sempronius mihi hæres eſto ex triente. ſine hac partium expreſſa diſtributione, nunquam intelligeremus eos ita inſtitutos eſſe. §. ſi plures. Inſtit. de hæredib. inſtit. Vnde naſcitur quæſtio in l. ſi quis hæredes. 14. hoc titu. ff. in hac ſpecie quæritur quomodo hæreditas inter hæredes diuidenda ſit? Ambiguitas verborum hic difficultatem parit, an tertiam partem hæreditatis auferet Mæuius ex hac inſtitutione, ita vt reliquas partes alij hæredes habeant. Reſp. Iuriſconſ. non, ſed his verbis oſtendi primò loco hæredem inſtituere Titium, Seium ſecundo loco, Mæuium tertio. Ambiguitas hoc modo facile explicatur. Hic quæritur in quot partes hæreditas diuidenda ſit, cùm teſtator plures hæredes inſtituere vult ex partibus inæqualibus? Iureconſulti admonent vſitatam diuiſionem eſſe hæreditatis in duodecim vncias: ſed tamen plures vel pauciores partes teſtatorem poſſe adſcribere. Poteſt diuidere hæreditatem in 100. in 50. in l. 13. interdum. §. 1. & l. ſeruum. 50. §. vlti. & §. hæreditas. Inſtit. de hæred. inſtit. de vtilitate & commoditate huius diuiſionis ſolennis ſcripſi lib. 2. Diſputa. vbi adduxi locum Galeni, in quo ſcribit magnam eſſe authoritatem huius diuiſionis in 12. partes: & veteres vſos fuiſſe hac diuidendi ratione in diuiſione horarum, in diuiſione hæreditatum. Quamuis autem hæc ſolennis diuiſio ſit, tamen non prohibetur teſtator vel plures, vel pauciores partes adſcribere, vt ego dixi. ſed cum plures partes adſcribit teſtator, vel pauciores, reducitur ad aſſem hæc teſtatoris diuiſio. Facile eſt diuiſionem quam fecit teſtator ad hanc ſolennem diuiſionem reuocare, & plærumque id vtile eſt, quamuis non ſit neceſſarium, vt ſequentia exempla oſtendent. Admonet hic Iuriſconſ. facile hoc fieri poſſe. idem dicitur in §. & ſi plures. Inſtit. de hæred. inſtit. Atque ideo variæ ſpecies hic tractantur. d. l. interdum. §. 1. & ſeq. in quibus quæritur quomodo hæreditas diuidēda ſit, ſi teſtator vel plus, vel minus diſtribuerit: ſi forte exceſſerit numerum duodecim vnciarum, in diſtributione partium: vel ſi forte in pauciores partes hæreditatem ſuam diuiſerit. In primis occurrit quæſtio de eo, qui minus diſtribuit. Ait teſtator, *Titius ex quadrante hæres eſto, Seius ex quadrante hæres eſto.* hic minus diſtribuit. his enim duobus quadrantibus, totus as non continetur. Singuli quadrantes continent tres vncias, & conficiunt ſemiſſem aſſis: vnde ſupereſt alius ſemis. Sic nos interpretamur hanc inſtitutionem, quaſi ſinguli ex ſemiſſe inſtituti ſint: & ſic hæc diuiſio teſtatoris reducitur ad aſſem: & perinde eſt ac ſi dixiſſet, *Titius ex ſemiſſe hæres eſto, Seius ex ſemiſſe hæres eſto.* Ratio iuris nō patitur vt aliter interpretemur: quia alias decederet teſtator pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus, quod non eſt permiſſum niſi militibus, vt ſupra diximus. Quid ſi exceſſit in diuiſione duodecim vncias? Exempli gratia, *Titius ex duodecim vnciis mihi hæres eſto, Sempronius ex ſemiſſe hæres eſto.* Quomodo hæreditas inter eos diuidetur? Ait Iuriſconſ. æque pro rata decreſcet. Reuocabimus facile ad ſolennem & vſitatam diuiſionem hæreditatis. Nam perinde accipimus hanc diuiſionem, ac ſi vnum inſtituiſſet ex octo vnciis, alterum ex quatuor. Is qui inſtitutus fuit ex duodecim vnciis, capiet octo: is qui inſtitutus fuit ex ſex vnciis, capiet quatuor. Eadem eſt proportio ab octo ad duodecim, quæ à quatuor ad ſex. Sed opponitur huic ſententiæ conſtitutio Iuſtiniani vt contraria in l. cum quæſtio. 23. C. de leg. eſt difficilis locus. Iuſtinianus in ea lege, vbi eſt omnino eadem ſpecies, ait teſtatorem videri ſex vncias ademiſſe primo hæredi, quas adſcripſerat ſecundo. In re multum intereſt: nam ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani hæreditas diuidetur inter eos æquis partibus, ac ſi vterque ex ſemiſſe inſtitutus eſſet: ſed ſecundum ſententiam Vlpiani, diuiſio non fit æquis partibus. Qui dicunt referre, an dixerit ex aſſe vel ſemiſſe, maxime aduerſantur verbis Iuſtiniani. Ego ſemper exiſtimaui ea conſtitutione emendari ius antiquum, idque ſubſcriptio oſtendit. Lampadius & Oreſtes fuerunt conſules poſt primam Codicis editionem. Ideoque hæc conſtitutio inſerta fuit Codici poſt primam Codicis editionem. Iuſtinianus diſſentit ab Vlpiano in coniectura voluntatis. Probabilior mihi videtur ſententia Iuſtiniani: non quod ſit maioris auctoritatis: nam vſitatum erat & ſolenne, vt hæreditas diuideretur in duodecim vncias: ideo in dubiò non debemus interpretari teſtatorem à ſolenni & vſitata diuiſione receſſiſſe. Alij alias ſolutiones comminiſcuntur, ſed mihi hæc longe probabilior videtur eſſe. Vlpianus in d. l. interdum. §. ſed ſi duos. ponit exempla, in quibus modo reducitur ad aſſem diuiſio teſtatoris, modo non reuocatur. In l. Iulianus. 15. hic pluſculum eſt difficultatis. In hac ſpecie quæritur, an teſtator videatur exceſſiſſe aſſem, cum dixit, *Titius ex dimidia parte hæres eſto.* poſtea dixit, *Ex qua parte Seium inſtitui, ex ea parte Sempronius hæres eſto.* Videntur hic eſſe octodecim partes, videturque hic teſtator exceſſiſſe aſſem. Sed Iuriſconſultus ait teſtatorem hic aſſem non exceſſiſſe: quia duo coniuncti pro vno habentur, Sempronius & Seius. Sic diuiditur hæreditas inter hos, vt vnus tantum capiat, quantum alij duo hæredes. non dixit, *Ex quanta parte inſtitui Seium, ex tanta parte Sempronius mihi hæres eſto.* tunc enim exceſſiſſet duodecim vncias: ſed dixit, ex qua parte. verba teſtatoris oſtendunt voluiſſe eum hos duos in vnum ſemiſſem coniungere. In ſequen. l. 17. item quod Sabinus. eſt alia ſpecies. Diſputatum eſt de pluribus inſtitutis, quorum vnus inſtitutus eſt ſine parte, alteri partibus adſcriptis. Quæritur quomodo inſtitutus eſſe videatur? Diſtinguendum eſt. Si enim nondum aſſe completo inſtitutus ſit ſine parte: in id, quod ſupereſt ex aſſe inſtitutus videtur. nos hanc coniecturam ſumimus ex conſuetudine recepta: nam vſitatum erat apud Romanos hæreditatem diſtribuere in duodecim vncias. Quid ſi totus as completus ſit? Eſt quæſtio quæ pertinet ad diſputationem de iure accreſcendi, & ad coniunctos, de quo dicemus poſtea. Ita dixit teſtator, *Titius ex ſex vnciis mihi hæres eſto, Sempronius mihi hæres eſto ex ſex vnciis.* poſtea dixit, *Mæuius hæres mihi eſto.* Hic teſtator exceſſit aſſem Inſtituit duos ex ſemiſſe: deinde poſt completum aſſem, inſtituit Mæuium ſine parte. Quam partem capiet Mæuius? Nos interpretamur teſtatorem inſtituiſſe Mæuium in alium aſſem, quaſi teſtator in vigintiquatuor vncias hæreditatem ſuam diuiſerit, quaſi dupondium teſtator fecerit, non duodecim vncias. Deinde quæritur, quid ſi teſtator compleuerit nonum aſſem, ſcilicet dupondium, deinde Mæuium inſtituit ſine certa parte, quam partem Mæuius capiet in hac hæreditate? In ſuperiore ſpecie diximus Mæuium in alium aſſem ſuccedere, & tantum capere, quantum ii qui inſtituti fuerunt ex aſſe à teſtatore, an idem dicemus in hac ſpecie? hic dicitur idem non eſſe dicendum, & hunc tertium in quadrantem non in alium aſſem venire. Sed quid refert, an hoc caſu diuidatur hæreditas in tres aſſes, & ſingulos accipere dicimus duodecim vncias: vel hæreditatem diuidamus in aſſem, & vnumquemque capere trientem? ſed hic aſſem referimus ad ſecundum aſſem de quo in primo caſu: non ad tertium aſſem.

Superius diſſeruimus de partium diſtributione, quæ fit in inſtitutione hæredum. Oſtendimus quomodo partes diſtribuuntur. hinc naſcuntur aliquot quæſtiones: vna eſt in l. 2. huius tituli, Si quis ita inſtituerit, *Titius & Sempronius hæredes mihi ſunto ex his partibus quas adſcripſi, vel quas adſcripſero*, nec vllæ partes adſcriptæ reperiantur in teſtamento. Quæritur

quomodo hæredes inſtitùti videantur? Hæc quæſtio tractatur in l. 2. vbi dicitur referre, an teſtator verba retulerit ad præſens tempus, an ad futurum. Nam ſi teſtator ita ſcripſerit, *Ex his partibus quas adſcripſero*, referendo verba ad futurum tempus, ait Iuriſconſultus valere inſtitutionem, ſi verba concepta ſint in præteritum tempus, hoc modo, Ex his partibus, quas adſcripſi, ait inutilem eſſe inſtitutionem. Hæc verba ſatis clara ſunt & perſpicua: ſed tamen ratio quare ita conſtitutum ſit, obſcura eſt. Videndum eſt igitur qua ratione vna conſtitutio dicatur inutilis: altera vero vtilis eſſe dicatur. Ratio hæc videtur eſſe, quia cum teſtator refert verba ad futurum tempus, hoc modo, Ex his partibus quas adſcripſero, videtur teſtator dubitare an partes adſcripturus ſit, necne: & cogitare ſi forte non adſcripſerit partes, eos fore hæredes ex æquis partibus. Nos interpretamur hanc teſtatoris voluntatem, quaſi voluerit ex his partibus quas adſcripſerit, eos hæredes fore. Quod ſi nullas partes adſcripſerit, eos ex æquis partibus hæredes fore. Cum autem verba retulit in præteritum tempus, idem dici non poteſt. nec enim poteſt vlla probabilis eſſe dubitatio teſtatoris. quia poteſt noſſe an aliquas partes adſcripſerit, an non. Vnde dicitur inutilem eſſe illam inſtitutionem. Alia quæſtio eſt in d. l. quoties. 9. §. 1. ſupra eo. Si erratum ſit in parte, quam teſtator adſcribi voluit inſtitutioni hæredis, ſi per errorem adſcripta ſit minor, aut maior pars, an valeat inſtitutio? Videtur ex his, quæ diximus in d. l. quoties. non valere. Nam ſi quis in re errauerit, veluti ſi quis veſtem legare volens, legauerit enſem, inutilis eſt hæc diſpoſitio teſtatoris: inutile eſt hoc legatum, nec debetur id, quod ſcripſit teſtator, nec id de quo ſenſit. Vnde hoc videtur dicendum eſſe cum teſtator maiorem partem adſcripſit, de minori ſentiens: aut ſi minorem adſcripſerit, de maiori ſentiens. Sed Iuriſconſul. ait hunc errorem nihil obeſſe, imo ex ea parte videri inſtitutum eſſe, de qua ſenſit teſtator, licet aut minorem, aut maiorem adſcripſerit. Nec obſtat id quod dicitur de eo, qui aliud ſcripſit, quam ſenſit. hic enim non aliud ſcripſiſſe dici poteſt, quam ſenſerit, ſed plus, aut minus. Atque ita ad rem non pertinet, quod adducitur ex d. l. quoties. & d. l. 4. de legat. 1. & l. in ambiguo. infra de reb. dub. Aliæ quædam ſunt huiuſmodi quęſtiones ad eundem locum pertinentes: ſed difficultatem non habent, ideo eas omittemus.

Quinto addendum eſt cum quæritur de ratione inſtituendorum hæredum: hæredem inſtitui non tantum pure, ſed etiam ſub conditione. Sed de hoc dicemus ſub titu. de condit. inſtitut. Eſt locus proprius de conditionibus, quæ adiiciuntur inſtitutioni hæredum. Addendum eſt, quamuis ſub conditione hæres inſtitui poſſit: ex die tamen, aut ad diem non recte inſtitui. l. hæreditas ex die. 34. ff. hoc tit. & §. hæres & pure. Inſtit. eo. Ratio iuris hoc non patitur in teſtamento pagani. Hic enim decederet pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus: pro parte temporis teſtatus & pro parte temporis inteſtatus, ſi ei liceret, ad diem, vel ex die hæredem inſtituere. hæc iuris ſubtilitas negligitur in teſtamento militis. l. miles ita hæredem. 41. infra de milit. teſta. vbi miles ad diem & ex die inſtituere poteſt. Solet obiici l. 9. Extraneum. C. eo. Sed ea ita accipienda eſt vt diximus, cum quis moritur, non poſſe filium tantum inſtituere, ſed etiam extraneum.

Sexto, inſtitutio hæredis in arbitrium alterius conferri non debet. l. 32. illa inſtitutio. Inſtitutio nulla eſt, quæ confertur à teſtatore in voluntatem Titij. non eſt iuſta ſententia de eo, quod teſtator poſt mortem ſuam fieri velit, ſed de eo, quod Titius velit. Huc pertinet quod Vlpianus ait, in Inſtit. tit. qui hæred. inſtit. poſſunt. Certum eſſe debere conſilium teſtatoris. hic non eſt certum conſilium teſtatoris. ideoque dicitur nullius momenti eſſe illa inſtitutio. Obiicitur l. Si quis Sempronium. 68. hoc eo. titu. vbi ſi inſtituo Titium, ſi Sempronius in Capitolium aſcenderit, valet inſtitutio, quæ tamen videtur in arbitrium Sempronij collata eſſe: quia liberum eſt ei Capitolium aſcendere, vel non aſcendere. Sed Iureconſ. ait, multum intereſſe inter has conditiones, quos Titius voluerit, & ſi Titius in capitolium aſcenderit. Nam cum dicit, quos Titius voluerit, confert inſtitutionem in expreſſam voluntatem Titij. cum autem dicit ſi Titius in capitolium aſcenderit, non confert in eius voluntatem, quamuis pendeat ex eius voluntate. Deinde hic firmum eſt conſilium teſtatoris. Duo enim vult: vnum, Titium ſibi hæredem exiſtere. Deinde vult Sempronium in capitolium aſcendere.

Septimo. Captatoria inſtitutio improbatur. Si quis igitur inſtituerit hæredem captandæ eius hæreditatis gratia, hæc inſtitutio inutilis eſt. l. captatorias. 70. & l. ſeq. hic. Captatoria inſtitutio eſt, quæ fit captandæ alterius hæreditatis cauſa. veluti inſtituo Titium ex ea parte, ex qua me hæredem inſtituerit. turpis eſt hæc inſtitutio. Plæraque huiuſmodi in iure noſtro referuntur ad honeſtatem, quæ eſt tertium præceptum iuris. Idem dicitur de legato in l. captatoriæ ſcriptura. 64. infra de legat. 1. idem dicitur etiam de teſtamento militis. l. captatorias 11. C. de teſtam. mili. Quia cum hoc turpe habeatur, ne in teſtamento quidem militis eſt admittendum. In teſtamento militis negliguntur ſubtilitates iuris, quæ in aliorum teſtamentis ſunt neceſſariæ: ſed hoc ab honeſtate omnino alienum eſt, ideo nec in teſtamento militis tolerari debet. Intelligitis quid ſit captatoria inſtitutio, quæ male ab Accurſianis explicatur, qui captatoriam inſtitutionem eſſe dicunt, quæ in arbitrium alterius confertur. Captatoria igitur inſtitutio eſt, quæ fit captandæ alterius hæreditatis cauſa. vnde conſequens eſt, ſi duo inſtituerint ſe inuicem hæredes mutua affectione ducti, nullam eſſe captatoriam inſtitutionē: nam tunc nulla eſt talis conditio, quæ conferatur ad ſecretum alienæ voluntatis. teſtamenta autem ſecreto fiunt, vt diximus. Hinc cōſequens eſt, vt dicitur in l. illæ autem inſtitutiones. 17. hic, captatoriam non eſſe inſtitutionem cum verba referuntur ad tempus præteritum. Idem dicitur l. hoc articulo. 29. & l. clemens. 81. hoc eod. tit. Cum enim refero verba ad præteritum tempus, manifeſtum eſt me non captare eius hæreditatem. Hactenus de ratione inſtituendorum hæredum: deque his quæ obſeruanda ſunt in inſtitutione hæredum: nunc videndum eſt de effectu inſtitutionis.

De effectu inſtitutionis. CAP. IIII.

PRimus & præcipuus effectus inſtitutionis eſt, quod hæredi inſtituto acquiritur vniuerſum ius defuncti. l. quoties. 9. §. hæredes. hic. Excipiuntur quidam caſus. Vnus eſt in l. 46. quidam cum filium. hic. Si quis promiſerit ſe hæreditatem reſtituturum alteri, & hac ſpe inductus fuerit teſtator ad eum inſtituendum hæredem, cum conſilium eſſet teſtatoris, atque etiam alterius, quem volebat inſtituere hæredem teſtator, vt hic nomen ſuum accommodaret: actio mandati aduerſus eum dabitur, quod tanquam mandatu alterius hæreditatem adierit. nam teſtator non eſt ſecutus eius fidem. Fideicommiſſarius quidem ſecutus eſt eius fidem. Ego obſeruaui ex eo capite, nullius momenti eſſe voluntatem teſtatoris: niſi aliquo modo declarata ſit. idque eſt quod iactatur vulgo, nihil eſſe in intentione teſtatoris, quod non ſit in diſpoſitione. hoc itaque caſu hæreditas ex fideicommiſſo non poterit peti. Ideoque hic falcidia locum non habebit, cum non ſit fideicommiſſum.

Secundus eſt caſus. Si teſtamentum mutatum ſit ex falſa cauſa, falſo rumore perlato. l. vlti. hic. Quidam accepit falſum rumorem de eo, quem inſtituerat in teſtamento ſuo, accepit eum occiſum eſſe. ideoque mutauit teſtamentum ſuum. ſicque aliud eſt teſtamentum quod fecit hoc adiecto, *Quia hæredes non poſſum habere quos volui, inſtituo Seium hæredem.* Oritur controuerſia inter eum, qui hæres inſtitutus eſt in priori teſtamento, & eum qui in poſteriori inſtitutus eſt. Imperator cum hac de re cognoſceret, primum hæredem inſtitutum videri ait, ita tamen vt legata relicta in poſteriori teſtamento debeantur. falſa enim cauſa legata non reſpicit: ſed tantum reſpicit inſtitutionem hæredis. Hoc ita accidit ex facto. Eſt hic locus communis de falſo rumore. Falſus rumor non nocet, vt hic. idem dicitur in l. miles, qui. 11. §. mulier. ff. ad l. Iul. de adult. Sed, inquiet aliquis, Falſi cauſa non nocet, nec legato, nec inſtitutioni. l. 32. falſa demonſtratio. infra de condit. & demonſtrat. Quomodo ergo hic nocet inſtitutioni? Quod dicitur falſam demonſtrationem nocere inſtitutioni, ita accipiendum eſt: niſi alia voluntas teſtatoris eſſe appareat. l. cum tale. 70. §. falſum. infra de condit. & demon.

Tertia exceptio eſt. Cum quis eum hæredem inſtituit, quem filium ſuum eſſe, aut fratrem credebat, errore ductus. l. 4. ſi pater. & l. nec apud, 7. C. hoc tit. Quamuis enim falſa demonſtratio

monſtratio non noceat, videndum tamen eſt an errauerit teſtator. Cum his ergo exceptionibus eſt intelligendum, hæredem inſtitutum, in vniuerſum ius defuncti ſuccedere. Hoc autem ſic accipiendum eſt, vt ſtatim acquiratur hæreditas ſi pure hæres inſtitutus eſt, ſi ſub conditione, expectandus eſt conditionis euentus. Vnde fit vt cum duo ſunt gradus hæredum, vnus eſt inſtitutus, alter ſubſtitutus: non admittatur ſubſtitutus ad hæreditatem, niſi deficiat inſtitutus. l. 37. cum in teſtamento. hic. Eſt enim inſtitutus ſub conditione, veluti hoc modo, Si Primus hæres non erit, Secundus hæres eſto. ſic non concurrunt inſtitutus & ſubſtitutus. Notandum tamen eſt interdum poſſe bonorum poſſeſſionem agnoſcere, etiam ſi quis fuerit inſtitutus ſub conditione. hoc amplius ait Iuriſconſ. eum poſſe diſtrahere res hæreditarias. l. 23. Si quis inſtituatur. hic. & l. Ariſto. 5. §. vlt. infra de iure delib. Sæpe etiam accidit, vt non expectetur conditionis euentus, videlicet cum certum eſt eum hæredem futurum, qui inſtitutus eſt, etiam ſi non extiterit conditio. l. 33. ſi quis ita, hic. Circa conditionis euẽtum tractatur quæſtio. in l. Lucius Titius fratrem. 25. hoc tit. de qua dicemus ſub tit. de condit. inſtit. Fit etiam interdum vt admittatur concurſus inſtituti & ſubſtituti, quamuis ſubſtitutus videatur vocari ad hæreditatem ſub conditione. Exemplum eſt in l. ſi paterfamilias. 40. ex quo ſumptum eſt quod ſcripſit Iuſtinianus in §. vlti. de vulga. ſubſtit. in Inſti. Si quis inſtituerit ſeruum quem putabat patremfam. & ei ſubſtituerit Seium, hæreditas diuidetur inter Seium & dominum ſerui. ſed hic locus pertinet ad ti. de vulg. & pup. ſub. & ibi coniungemus alium locum l. cum proponas. 3. C. eo. Alius effectus inſtitutionis eſt circa compenſationem. l. ſi compenſationem. l. ſi compenſandi. 6. C. eo. Si quis inſtituerit creditorem ſuum hæredem animo compenſandi, tollitur omnino debitum: tunc locum habere poteſt quod ibi dicitur, cum quis pro parte hæres inſtitutus eſt. Sed cum quis ſolus inſtitutus eſt hæres, confunditur debitum cum credito. alioquin idem à ſeipſo exigeret, quod fieri non poteſt. l. ſi ab eo. 7. C. de neg. geſt. Hoc eſt intelligendum, niſi appareat teſtatorem animo compenſandi hæredem inſtituiſſe. l. ſi adulta. 6. C. de hæred. act. tuncque compenſatio locum habebit. Sed id probare oportet. non enim id præſumitur niſi appareat talis teſtatoris voluntas: & vtrunque poterit petere legatarius, & legatum & debitum. l. creditorem. 85. infr. de leg. 2. Alius effectus inſtitutionis eſt circa ius accreſcendi, cum plures hæredes inſtituti ſunt in teſtamento propter coniunctionem hæredum, qui inſtituuntur, ſæpe fit vt portio vnius deficiens accreſcat alteri. De hac coniunctione multa ſunt capita. Sunt etenim duodecim capita de hac re inſignia ſub hoc tit. Ea hic nos explicaturi ſumus, & ſimul aliquid hic dicemus de coniunctione legatariorum. nam difficile eſt ea ſeparare.

IN TIT. III.

CAP. I.

De liberis, & poſthumis hæredibus inſtituendis.

HIc titulus ſubiicitur titulo de teſtamentis. quia inſtitutio, aut exhæredatio filij, qui eſt in poteſtate, dicitur neceſſaria ad ordinationem & ſolennitatem teſtamenti. Sub tit. de teſtamentis deſcribitur forma & ſolennitas obſeruanda in faciendo teſtamento, vt ſeptem adhibeantur ciues Romani puberes: vt vno cõtextu fiat teſtamentum, & alia huiuſmodi. Sed præterea illud quoque neceſſe eſt, vt filius, qui eſt in poteſtate patris, inſtituatur à patre, aut nominatim exhæredetur. l. inter cetera. 30. ff. hoc tit. Idem dicitur Inſtit. de exhæred. lib. §. 1. Ideo autem ſeparatus eſt hic locus à tit. de teſtam. & poſitus eſt hic tit. ſeparatim de liberis & poſthumis hæred. inſtit. quia plenam tractationem requirit, & difficillimus eſt. Diuiditur autem hic titulus in duos locos præcipuos. Vnus eſt de liberis inſtituendis, qui iam nati ſunt: alter eſt, de poſthumis hæredibus inſtituendis. De his omnibus inſcribitur hic titulus, nec diſtinguuntur in hoc titulo in Digeſtis, ſed in Codice ſeparati ſunt tituli. Nos titulos omnes & Codicis Iuſtiniani & Digeſtorum & Inſtit. ſimul tractaturi ſumus. Totum hunc tractatum in hos duos locos diuidentes, de quibus ordine dicemus.

CAP. II.

De liberis, qui iam nati ſunt, inſtituendis.

DE liberis igitur iam natis notandum eſt eos inſtituendos, aut exhæredandos eſſe à patre, vt iure & vtiliter fiat teſtamentum. d. l. inter cetera. d. §. 1. Inſtit. de hæred. inſtit. vbi Iuſtinianus ait, ad ordinationem & ſolennitatem teſtamenti hoc neceſſarium eſſe. Nam quamuis pater poſſit filium ſuum ab hæreditate ſua remouere & excludere: tamen cum eius mentionem non facit in ſuo teſtamento, creditur per obliuionem id facere, propter amorem & affectũ patris in filium, qui natura patri inſitus eſt. Si pater filium ſuum omiſerit ſilentio, nos facile interpretamur ex obliuione patris id accidiſſe. Non enim credimus patrem eum voluiſſe exhæredare, cum ſilentio eum præterierit, ideo diſtinguimus præteritionem ab exhæredatione. Itaque teſtamentum in quo præteritus eſt filius, dicitur nullius momenti eſſe. Hæc ratio colligitur ex §. ſed fœminini quidem ſexus. Inſtit. de exhæred. liber. Ego ſolitus ſum ad hanc ſententiam confirmandam adducere quendam locum Apuleij ex ſecunda eius Apologia. Inſectatur quendam Pontium, quod remouerit mulierem quandam ab hæreditate ſua, & ducentos ei denarios adſcribi iuſſit, vt intelligeretur potius eam exterruiſſe iratus, quam oblitus præteriiſſe. Si nullam mentionem feciſſet eius fœminæ in teſtamento, poſſet credi eam oblitus omiſiſſe: ſed cum aliquid ei reliquerit in ſuo teſtamento, non poſſumus interpretari eam ideo omiſiſſe, quod oblitus eſſet. Sed mirum fortaſſe videbitur quibuſdam, quod dicitur hoc ad ſolennitatem teſtamenti pertinere, vt filius inſtituatur à patre vel exhæredetur. In eo non videtur conſiſtere ſolennitas & forma teſtamenti, quod tamen aperte dicitur in d. l. inter cetera. & §. 1. Inſtit. de exhæred. liber. Quod dicitur inſtituendos eſſe, aut exhæredandos filios, hoc non videtur pertinere ad ſolennitatem teſtamenti. Et ſane Papinianus in l. 1. ff. de iniuſto rupto. hæc diſtinxit: Papinianus diſtinguit teſtamentum in quo ſolennitas iuris defuit, quod ait non iure factum eſſe, ab eo quo filius præteritus eſt, quod ait nullius momenti eſſe. Sed animaduertendum eſt hoc caput eſſe ex libris definitionum Papinia. ſic enim inſcribitur, Papinianus lib. 1. Definit. Papinianus cum ex profeſſo definiret, ſubtilius & accuratius hæc diſtinxit, quam cæteri, qui hæc tractarunt paulo craſſius & rudius. Sed diſcrimen tantum eſt inter eos in ratione docendi & tractandi, in re ipſa nihil intereſt: ceteri hæc omnia adſcripſerunt ſolennitati & ordinationi: quia videbant teſtamentum nullum eſſe, niſi id obſeruatum eſſet, niſi filius inſtitutus eſſet, aut exhæredatus paterno teſtamento. Et credibile eſt lege ipſa, quæ lata eſt de teſtamentis ordinandis, hoc adiectum fuiſſe poſt deſcriptam ſolennitatem de teſtibus, & aliis huiuſmodi. Ideo hoc perinde accipimus, atque ſi ad teſtamenti ordinationem pertineret, cum tamen ſubtilius diſtinguendo hæc ſeparari debeant. Filius ergo, qui eſt in patris poteſtate, inſtitui debet, aut exhæredari à patre, alias teſtamentum nullius momenti eſt: vnde de ratione inſtituendi, & de ratione exhæredandi tractatur. De ratione inſtituendi diximus ſub tit. de hæred. inſtit. De ratione exhæredandi nunc eſt dicendum. videamus igitur, quæ ſint neceſſaria in exhæredatione filij, ne teſtamentum inutiliter factum eſſe dicatur.

CAP. III.

De ratione exhæredandi, & quæ obſeruanda ſint in exhæredatione filij.

PRimum illud eſt quod dicitur in l. 1. 2. & 3. ff. hoc titu. de liber. & poſthum. filium debere nominatim exhæredari. Non enim dicitur eſſe exhæredatus filius, niſi nominatim exhæredatus fuerit. Breuiter nominatim exhæredatus dicitur filius, cum eſt exhæredatus nomine, vel cognomine, vel prænomine expreſſo: vel adiecta demonſtratione aliqua, quæ nominis vice fungatur, ita vt dubium non ſit, teſtatorem voluiſſe eum ab hæreditate ſua remouere. *Filius meus.* vnum forte tantum filium habet, non nominat eum nomine ſuo, recte tamen eum exhæredat, ſi dicat, *Filius meus exhæres eſto.* d. l. 2. ff. hic locus eſt obſeruandus de nomine & demonſtratione, quæ vice nominis fungitur. Idem ſi is, qui vxorem habebat nomine Seiam, dixerit natum ex Seia, recte exhæredat. Simile exemplum eſt in l. 15. idem eſt, eo. tit. ff. Quia nominatim dicit

tur exhæredandum eſſe filium, d.l. 2. conſtat generalem exhæredationem non ſufficere. Si filius inter ceteros exhæredatus ſit, exhæredatio non valet. d. §. 1. Inſtit. de exhæred. liber. Inter ceteros interpretatur Theophilus indefinite, *Titius hæres eſto, Sempronius hæres eſto, alij omnes exhæredes ſunto.* Hic generaliter inter ceteros exhæredatus filius eſt, non nominatim, ideoque dicitur exhæredatio inutilis eſſe. Quod ſi ita dixerit, *Ceteri omnes filii, vel filiæ exhæredes ſunto*, valet exhæredatio, vt dicitur in l. Titius. 25. ff. eo. Hic enim non dicitur inter cæteros exhæredari, ſed nominatim & diſerte: non poteſt apertius voluntatem ſuam exprimere, quam cum mentionem facit filiorum. Cum autem dicit, *Ceteri omnes exhæredes ſunto*, credendum non eſt de filiis ſenſiſſe. ſed cum dicit, filij ceteri, non poſſumus dicere eum oblitum fuiſſe filiorum. Diximus exhæredationem factam intelligi, cum facta eſt expreſſo nomine, vel adiecta aliqua demonſtratione certa, quæ nominis vice fungatur. Formalia verba, quæ olim erant vſitata, hic neceſſaria non ſunt, non magis quam in inſtitutione hæredum. Formalia verba dicuntur in l. in teſtamentis. 26. C. de teſta. quia pro forma & ſolennitate introducta erant, nec licebat aliis verbis vti. Ab hac formalitate, vt ita dicam, merito receſſum eſt. & conſtitutiones hac de re ſunt in l. quoniam indignum. 15. C. de teſtament. vbi conſtitutum eſt ſatis eſſe ſi verbis vtatur teſtator quæ eandem vim habeant. Sic dicendum eſt in exhæredatione. Exempla ſunt ff. hoc tit. in l. 3. §. filius. Locus eſt apertior in l. 3. C. de liber. præter. Si ſequeremur formalia verba, hic diceretur præteritus eſſe. Illud autem d. l. 3. C. de lib. Cum enim manifeſtiſſimus eſt, &c. eſt locus communis de interpretatione verborum. Perinde nota eſt voluntas teſtatoris ex hac conceptione verborum ad eandem l. 3. ibi, *Alienus meæ ſubſtantiæ eſto.* Quid ſi teſtator verbis contumelioſis vſus ſit? Et certum eſt his quoque verbis exhæredationem factam valere. Et hoc intereſt inter inſtitutionem & exhæredationem. Diximus enim inſtitutionem verbis contumelioſis factam non valere: & tamen exhæredatio valet. quia non alienum viſum eſt eum conuitiis inſectari, quem quis remouet ab hæreditate ſua: ſed alia eſt ratio inſtitutionis. Nam eum proſequi conuitiis, quem ſucceſſorem nobis elegimus, hoc videtur abſurdum eſſe. Hoc eſt intelligendum: niſi appareat teſtatorem erraſſe, cum his verbis vſus eſt in exhæredando filio ſuo. Si appareat ideo teſtatorem exhæredaſſe filium ſuum: quia credebat falſo latronem eſſe, gladiatorem eſſe, tunc poterit dici exhæredatio non vtiliter facta eſſe, propter errorem teſtatoris. Error teſtatoris in hac re conſenſum eius & voluntatem excludit, l. ſi poſthumus. 14. §. vlt. hoc tit. ff. in ea l. in fin. ibi adieciſſet, &c. ſic eſt legendum. Pater cum filium exhæredauit, propoſuit elogium, exhæredauit cum elogio, cum teſtificatione quadam, quaſi adiecta cauſa exhæredationis, quia latro eſt. In Norico male legitur, vbi ſic legitur, *Cum filium exhæredare propoſuiſſet.* non enim ſic legendum eſt. Igitur duo probanda ſunt, ſi hac conceptione teſtator vſus exhæredauit, quem ſcio ex me natum non eſſe. probare debet is, qui exhæredatus eſt, ſe ex eo natum eſſe: deinde teſtatorem erraſſe. Nam forte illam cauſam adiecit ita commotus non errore. Oportet probare teſtatorem credidiſſe eum ex ſe natum non eſſe. Secundo neceſſarium eſt in exhæredatione, quod pure, ſine vlla conditione fiat. l. 3. ff. hic. filius non poteſt ſub conditione exhæredari à patre, quamuis poſſit ſub aliqua conditione inſtitui. Sed ſi quis exhæredauerit filium ſub conditione, nullius momenti eſt exhæredatio. Rationem tradit Vlpianus in l. ſub conditione. 18. ff. de bon. poſſ. contra tab. Si ſub conditione, inquit, exhæredatus ſit filius à patre ſuo, datur ei bonorum poſſeſſio contra tabulas, quaſi præterito. Non valet enim exhæredatio facta ſub conditione, & habetur pro præteritione. quoniã certo conſilio & iudicio filij à parentum ſucceſſione remouendi ſunt. Cum agitur de exhæredatione filij à ſucceſſione paterna, quod durum eſt & inhumanum, merito certum iudicium teſtatoris requiritur. Certum autem non videtur ſatis eſſe iudicium, quod ſuſpenditur in futurum euentum conditione aliqua adiecta. Addenda exceptio ex l. ſi pater. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. Vbi ſi filius inſtitutus à patre ſub conditione, ſub contraria conditione exhæredatus ſit, valet inſtitutio, & valet exhæredatio. Quamuis enim non poſſit filius ſub qualis conditione hæres inſtitui: ſed ſub ea tantum, quæ eſt in ſua poteſtate, & non poſſit exhæredari ſub conditione: tamen valet in ea ſpecie. quia in omnem euentum neceſſe eſt eum aut inſtitutum, aut exhæredatum eſſe, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit. Sed de eo dicemus ſub tit. de condit. inſtit.

Præterea vt valeat exhæredatio filij, oportet eum exhæredari ab hæreditate, id eſt, à iure vniuerſo: non autem à certa re. Si à certa re eum excluſerit pater, à certo puta fundo, non dicitur exhæredatus eſſe, ſed habetur pro præterito filius, & teſtamentum nullum eſt. Hæreditas non eſt res certa: ſed ius quoddam incorporale. Hæres ſuccedit in vniuerſum ius non in rem certam. Præterea, ſi exhæredatus ſit à certa re, nulla eſt exhæredatio, vt dicitur in l. cum quidam. 19. ff. hoc titu. Si iuſſerit exhæredem eſſe filium ſuum certi fundi. Reſpondet obiectioni. Ad hoc impugnandum quod Paulus ait, argumento vti poſſumus, quod dictum eſt ſupra de hæredum inſtit. Diximus, ſi quis fuerit hæres inſtitutus ex certo fundo, valere inſtitutionem, & perinde accipiendam eſſe ac ſi ſine re inſtitutus fuiſſet. l. 1. ff. de hæred inſtit. & l. 35. ex facto. eo. tit. Receptum enim eſt hoc inſtitutionis genus ex re certa. Vnde videtur idem dicendum eſſe in exhæredatione, cum pater exhæredat filium à certo fundo, vt intelligatur exhæredatus à tota hæreditate. Sed reſpondeo non eſſe eandem rationem inſtitutionis & exhæredationis. Inſtitutio fauorabilis eſt, benigneque accipi debet: exhæredationes non ſunt adiuuandæ interpretatione. d. l. cum quidam. vtuntur autem Iuriſconſulti verbo, adiuuare, pro extendere. l. hoc modo. 62. ff. de condit. & demonſtr. quaſi per ſe non ſufficiat ſcriptum ſine aliquo adiumento. Nos adiuuamus, quod eſt officium Iuriſconſulti. Sed quæ ſunt dura, quamuis propter aliquam vtilitatem recepta ſint, nos non adiuuamus interpretatione: ſed potius reſtringimus. d. l. cum quidam, cum vulgaribus. Eſt locus communis de interpretatione. Hinc vulgo dicimus, Odia reſtringenda, fauores ampliandos.

Quarto exhæredari debet filius à toto gradu, ſi vnus tantum ſit gradus hæredum: non ab vna perſona. & ſi ſint plures gradus hæredum, ab omnibus gradibus exhæredandus eſt. Cum filius exhæredatur, videndum eſt an ſit tantum vnus gradus inſtitutionis, an ſint plures. Si ſit vnus tantum gradus, non debet exhæredari ab vna perſona: ſed ab omnibus quicunque in eo gradu inſtituti reperiuntur. Si ab vna perſona tantum exhæredatus ſit, inutilis eſt exhæredatio. quia reperitur ab alia perſona præteritus: ſiue ita dixerit teſtator, *Filius meus exhæres eſto.* deinde duos inſtituerit hæredes ſiue inter duas hæredum inſtitutiones Titij & Sempronij eum exhæredauerit. Plærunque reperiuntur ineptæ exhæredationes, quæ non ſuſtinentur & adiuuantur interpretatione: quia ſunt odioſæ, veluti ſi teſtator dixerit, *Quiſquis mihi hæres erit, filius exhæres eſto.* vitioſa eſt exhæredatio. d. l. 3. §. filius. ff. hoc titu. Quod autem ibi ex Iuliano addit, quoniam poſt aditam, &c. Quia hoc pendet ex his quæ poſtea dicturi ſumus: dicemus non valere exhæredationem ſine inſtitutione hæredis. Ex inſtitutione hæredis pendent omnia, & legata, & fideicommiſſa, & exhæredationes, & oportet aditam eſſe hæreditatem ex teſtamento. Cum autem dicit teſtator. *Si Titius mihi hæres erit, filius exhæres eſto:* his verbis oſtendit ſe nolle filium eſſe exhæredem: niſi Titius fuerit hæres. At Titius non poteſt eſſe hæres, niſi filius exhæredatus eſt: ſed ante aditionem hæreditatis reperitur præteritus. At præterito filio, quomodo poteſt valere teſtamentum? In exhæredatione quoties poteſt aliqua ſubtilitate euerti, hoc facile fit: in inſtitutione idem non fit. Inſtitutiones enim adiuuamus interpretatione. Diximus, ſi plures gradus ſint, debere filium ab omnibus gradibus exhæredari. Eſt autem vnus gradus inſtitutorum hæredum, alius ſubſtitutorum: oportet igitur eum exhæredari ab omnibus gradibus. Ratio eſt perſpicua. quia aliquando contingit vt teſtator nolit hæredem eſſe aliquem in primo gradu, quem velit eſſe in ſecundo gradu. ideoque oportet teſtatorem filium exhæredari ab omni gradu. Nam forte ſi in mentem ei veniſſet, eum inſtituiſſet in ſecundo gradu. Sed ſit aliquando vt exhæredatio antecedat omnes inſtitutiones: aliquando ſit vt ſequatur: aliquando vt exhæredatio fiat in medio inſtitutionum & ſubſtitutionum. Si hoc fecerit, an intelligetur eum exhæredaſſe ab omnibus gradibus? Si quidem eum exhæredauerit ab initio, facile intelligetur eum exhæredaſſe ab omnibus gradibus.

Nam quod initio poſitum eſt, in ſequentibus capitibus facile repetitum eſſe intelligitur. Quid ſi poſt omnes gradus? De eo, qui exhæredauit poſt omnes gradus nihil dicitur in dict. leg. 3. ff. eod. ſed mentio eſt aliqua in l. 1. Cod. de liber. præter. Quidam exiſtimant idem dicendũ eſſe de eo, qui poſt omnes gradus exhæredauit, ex d. l. 1. C. Sed tamen oſtendit Imperator quæſtionem verſari in ſtatu coniecturali. Ideoque ſpectandam eſſe voluntatem teſtatoris. Proinde ſi quis filios inſtituit ſuos hæredes, & inuicem ſubſtituit: hic ſunt duo gradus. Deinde filiam ſuam exhæredauit. nos facile interpretamur eam exhæredatam ab omnibus gradibus. quia vna conceptione complexus eſt vtrumq; gradum inſtitutionis & ſubſtitutionis. Sed maior dubitatio eſt, ſi non ſit complexus conceptione vtrunq; gradum.

Cœpimus diſſerere de his quæ neceſſaria ſunt ad exhæredationem filii, vt valeat teſtamentum. Primum diximus nominatim exhæredandum eſſe filium. Secundo exhæredandum eſſe pure, & ſine conditione. Tertio diximus ab hæreditate exhæredandum eſſe, non autem à certa re: quamuis inſtitutio ex re certa non valeat. Quarto diximus exhæredandum non eſſe à certa perſona: idque expreſſum eſt aperte in leg. 3. §. filius. ff. hic. Idem dicitur in leg. non putauit. 8. §. ſi ab vno. ff. de bon. poſſeſſ. contra tab. Præteritus dicitur filius cum exhæredatio nullam vim habet. Exempli gratia teſtator inſtituit duos hæredes Titium & Mæuium, exhæredauit filium ſuum à Titio tãtũ: hoc modo, *Titius filio meo exhæredato hæres eſto, Mæuius hæres eſto.* Sunt duo hęredes inſtituti in eodẽ gradu, Titius & Mæuius: ab vno tantũ exhæredatus eſt filius, nempe à Titio: à Mæuio nõ eſt exhæredatus, quia exhæredatus eſt à certa perſona, dicitur vitioſa eſſe exhæredatio. Dicitur hæc exhæredatio vitioſa eſſe: ſed cur ita? Dicitur hæc exhæredatio vitioſa, ſicut cum quis exhæredatur à re certa. l. cum quædam. ff. hic. Si quis fuerit inſtitutus ex ſemiſſe, poteſtate iuris intelligitur ex aſſe inſtitutus, perinde ac ſi ſimpliciter inſtitutus eſſet. l. interdum. 13. §. 1. ff. de hęred. inſtit. Sed in exhæredatione idem non dicimus. exhæredationes interpretatione non ſunt adiuuandæ. dict. l. cum quidam. Ergo ab vna parte exhæredatio facta nõ valet. nam quod ad aliam partem attinet, præteritus reperitur. id accidit cum ab vno tãtum hærede exhæredatus eſt filius. Recte igitur hic dicitur exhæredationem factam à certa perſona non valere. Erratum eſt teſtatoris: ſed illud erratum, cum agitur de exhæredatione, quia eſt odioſa, non adiuuatur interpretatione. d. l. cum quidam.

Quintum eſt ab omnib. gradib. exhæredãdum eſſe filium, ſi plures gradus ſint. Eſt vnus gradus inſtitutorum hæredum, alter ſubſtitutorum. id expreſſum eſt in l. 3. & l. 41. ex facto. §. Lucius. de pup. ſubſtit. Cum dicimus præterito filio inutile eſſe teſtamentum, nos intelligimus præteritum, etſi ab vno gradu exhæredatus ſit, imo ẽt inſtitutus. Exempli gratia, Teſtator inſtituit Titiũ in primo gradu, & ſubſtituit ei filiũ. Certum eſt non valere teſtamentũ. d. l. ex facto. §. Lucius. Quamuis enim inſtitutus ſit in ſecundo gradu, tamẽ in primo gradu præteritus eſt. ergo non ſufficit à eũ primo gradu exhæredari, imo ne inſtitui quidem, ſecundum diſtinctionẽ quæ à nobis poſtea tradetur. Nã cum omiſit teſtator in vno gradu filium, nos interpretamur hoc per incogitantiam factũ eſſe à patre, atq; ideo nullum teſtamẽtum eſſe dicitur, quod ad illum gradum attinet. Hinc quæſtiones facti naſcuntur in d. l. 3. §. filius. ff. hoc tit. quæ à nobis iam tractatæ ſunt. Diximus, ſi exhæredatio omnes gradus præcedat, vel in medio graduum ponatur, valere exhęredationem. Sed quid dicemus ſi ſequatur exhæredatio omnes gradus? Imperator de ea quæſtione dicit in l. 1. C. de libertis præterit. Si dixerit teſtator ſe ab omnib. gradib. exhæredare nulla eſt dubitatio. l. 25. ille aut ille. §. cum in verbis. ff. de lega. 3. Idem in hac ſpecie, Quidam filios inſtituit hæredes, & inuicem ſubſtituit: poſtea exhæredauit filiam, valet exhæredatio. quia compendio ſermonis eos inſtituit, ac inuicem ſubſtituit, exhæredata filia intelligitur ab omnibus gradibus in hac ſpecie, omnes enim gradus comprehenduntur vna conceptione verborum. Si diuerſa eſſent capita, vnum caput ad exhæredationem pertinens, dubium eſſet, an exhæredatio referenda eſſet ad gradum inſtitutorum hæredum, an ad gradum ſubſtitutorum: & eſt voluntatis quæſtio, quæ ex coniecturis pendet. Sed animaduertendum eſt, cum exhæredatio præcedit omnes gradus, veriſimilius eſſe, repetitam eſſe in ſequentibus gradib. quã cum exhæredatio ſequitur omnia capita. Cum antecedit exhæredatio omnia capita, facile intelligimus repetitam eſſe omnibus ſequentibus capitibus: non ita facile cum quædam capita antecedunt. Occurrunt exempla apud Iuriſconſul. huius repetitionis. Vnum eſt in leg. auia quæ nepotem. 75. ff. de cond. & demon. Conditio adiecta inſtitutioni facile intelligitur repetita in legato, quod ſecutum eſt. Conditio igitur adiecta inſtitutioni, in legato poſtea facto repetita intelligitur. Si legatum prius factum fuerit, non facile id admittimus. & ſolet adduci locus ad improbandum, in leg. filium. 27. ff. quando dies l. ced. Teſtator inſtituit filiumfam. hæredem ex parte: deinde dedit ei fideicommiſſum. Poſtea adiecit conditionem: legato prius facto non adiecit. quæſitum eſt an videatur adiecta conditio legato, ſicut inſtitutioni. In ea. leg. ſi filium. ibi, *Si pure ſit datum*, ſic interpretatur hæc verba, quaſi reſpondeat Scæuola pure datum eſſe fideicommiſſum in hoc loco, quod verum puto. Sed tamen alius eſt ſenſus horum verborum, reſpondit enim de iure, relicta quæſtione facti, in qua quæritur de voluntate teſtatoris, an voluerit teſtator repetere cõditionem in legato. Quod erat tantum proprium Iuriſconſ. præſtitit Scæuola. Ait, *Pure fideicommiſſi relicti diem cedere.* Simile exemplũ eſt in l. teſtatorẽ. 107. ff. de condit. & demon. & l. qui Romæ. l. 122. §. Agerius. de verb. obli. Exhæredatio igitur facienda eſt ab omnibus gradibus, ſi plures gradus ſint inſtitutorum hæredum. Quod ſi ab vno tantum gradu exhæredatio facta ſit, rumpitur tantum ille gradus à quo præteritio facta eſt. dict. l. 3. §. ſi ita. ff. hoc tit. ibi præteriit eum à primo gradu, exhæredauit à ſecundo. primus ille gradus rumpitur, & teſtamentum exordium ſumit à ſubſtitutione. Idem dicitur in dict. l. ex facto. §. Lucius. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. Hinc naſcitur quęſtio in l. ſi à primo hærede. 8. ff. hic. Paterfamilias inſtituit duos hæredes. Titium in primo gradu, Sempronium in ſecundo. à primo hærede exhæredauit filiũ ſuum, à ſecundo præteriit eũ. Ergo ſubſtitutio rũpitur: alter gradus manet. Antequam locus eſſet ſubſtitutioni, interim dum deliberat Titius primus hæres, an hæreditatem adiret, deceſſit filius. Poſt mortem filii euenit caſus ſubſtitutionis, quia repudiauit primus hæres, quæritur an hæreditatem capere poſſit: Videtur capere non poſſe. ſed tamen Iuriſcõ. ait, ſubſtitutũ hęreditatẽ capere non poſſe, quia ab initio nõ valuit ſubſtitutio. Cum igitur ab initio non valuerit, poſtea conualeſcere non poteſt. Exhæredatio & inſtitutio eſt neceſſaria ad ſolennitatem teſtamenti. Idem dicitur in Inſtitut. tit. de exhær. liber. §. 1. Notandum tamen eſt interdum accidere vt gradus non rumpatur ob præteritionem. Et quod diximus eſt intelligendũ cũ hac exceptione. Exceptio eſt l. poſthumus. 14. §. ꝙ vulgo. ff. videlicet cũ inſtitutus eſt filius in primo gradu, & eſt præteritus in ſecundo, valet teſtamentum, nec rumpitur ille gradus ob præteritionem. Teſtator inſtituit filium & Titium hæredes in primo gradu: in ſecundo ſubſtituit Męuium. in hoc ſecundo gradu non inſtituit, neque exhæredauit filiũ. Ait Iuriſconſ. non ideo rumpi illum gradum: quia filius, qui exhæredatus eſt in ſecundo gradu, inſtitutus eſt in primo. ratio eſt quia nulla iniuria facta eſt, qui poteſt ſtatim ex primo gradu hæreditatem adire. Cum nos ponimus exhæredatum eſſe in primo gradu, & præteritum in ſecundo, idem dici non poteſt. vel cum ponimus eum eſſe ſubſtitutum. Nam expectandum eſſet donec excluſi eſſent hæredes inſtituti in primo gradu. Et hinc annotant quidam filium ſubſtitutioni vulgari, nullo modo oneratum eſſe: quia adeundo hæreditatem poteſt excludere ſubſtitutum. Nullam igitur iuſtam conquerẽdi cauſam habet de ſubſtitutione. Imo vero dicunt filio ſubſtitui poſſe vulgariter in legitima, cum tamen ea nullo onere grauari debeat. leg. omnimodo. 30. de inoffi. teſta. Cod. Sextũ eſt, hæredem inſtitutum eſſe oportere in teſtamẽto, vt valeat exhæredatio: & hæreditatem aditam eſſe, alias exhæredatio nullum effectum habet. Oportet inſtitutum eſſe aliquem hæredem, & inſtitutum hæredem adiiſſe hæreditatem. leg. filium 20. §. ſed cum exhæredatio. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabul. Si adita non fuerit hęreditas teſtamento, in quo filius eſt exhæredatus poteſt, petere bono-

rum poſſeſſionem contra tabulas: quia exhæredatio nullam vim habet, perinde eſt ac ſi præteritus eſſet paternis tabulis. Hoc generale eſt de omnibus quæcunque teſtamento adſcripta ſunt.leg.proxime.ff.de his quæ in teſta.delen.& leg.ſi nemo.142.ff.de reg.iur.& leg.ſi nemo.9.ff.de teſta.tute. Eodem pertinet quod dicitur in l.Papinianus.8.§.ſub conditione.ff.de inoffic.teſta. Antequam ſit adita hæreditas,querela inofficioſi teſtamenti moueri non poteſt.Hinc naſcitur quæſtio tractata in l.ſi ita ſcriptum.13.§.vltim.ff.hic. Teſtator ita dixit, *Titius poſt mortem filii mihi hæres eſto, filius exhæres eſto.* ait Iurecõſultus nullam eſſe exhæredationem.quia filius poſt mortem ſuam exhæredatus eſt,non valet exhæredatio in hac ſpecie. Vt valeat exhæredatio, oportet hæredem eſſe ex teſtamento, & aditam eſſe hæreditatem ex teſtamento. At Titius non poteſt hæres eſſe, niſi poſt mortem filii. Nam collata eſt inſtitutio Titii ad tempus quo morietur filius. Exhæredare filium poſt mortem ſuam ineptum eſt. Ergo inutilis eſt exhæredatio.Idem eſt, quod attigimus in d.l.3.§.filius. ff. hoc tit.vbi dicitur vitioſam eſſe filii exhęredationem hoc modo, *Quiſquis mihi hæres erit, filius exhæres eſto.* Filii exhæredatio non valet, niſi exiſtente hærede ex teſtamento. At hæres non eſt, niſi valeat exhæredatio. Filius ergo præteritus reperitur. Non poteſt enim dici exhæredatus eſſe niſi extiterit conditio. Non poteſt hæres eſſe, niſi exhæredatio valeat. Ponamus eum velle adire hæreditatem, non poteſt, quia interim filius reperitur præteritus. ergo teſtamentum non valet. Non enim poteſt hæreditas adiri, niſi exhæredatio valeat, hac ſubtilitate omnino euertitur exhæredatio.

Septimo. Vulgo dicitur exprimendam eſſe cauſam ingratitudinis, & probandam eſſe vt valeat exhæredatio. De eo extat Iuſtiniani conſtitutio, vt cum de appel.cogn.§.aliud quoque capitulum. Iuſtinianus in ea conſtitutione derogat iuri antiquo. Ait non licere patri filium ſuum exhæredare:niſi probatus fuerit ingratus filius: & niſi iuſta & legitima fuerit cauſa ingratitudinis: niſi cauſam ingratitudinis adſcripſerit teſtamento ſuo. Vult enim vt ex certa cauſa exhæredetur filius, quæ lege expreſſa ſit. Cauſas ingratitudinis exprimit ibidem in §.cauſas. vult autem vt ea cauſa adſcribatur à teſtatore. Poſtea vult hæredem probare eãdem ingratitudinis. Deinde ſubiicit Iuſtinianus, poſt prolixam orationem de cauſis ingratitudinis, ſi hæc obſeruata non fuerint, teſtamentum irritum eſſe, ſic verba Græca Iuſtiniani vulgo interpretantur. Vult autem ſubuerti teſtamentum quantum ad inſtitutionem attinet, legata vero & alia rata manere. Ergo exhæredatio nulla eſt, in qua hæc obſeruata non fuerunt. Vnde colligunt aliqui hodie propter illam conſtitutionem Iuſtiniani querelam inofficioſi teſtamenti locum non habere.quam quæſtionem ſupra tractaui ſub tit. de inoffic.teſt. Iure antiquo ſi pater exhæredauit filium in teſtamento, valet teſtamentum, ſed tamen datur filio inofficioſi querela, qua contendit ſe indigne à patre exhæredatum eſſe. Hodie quidam dicunt non eſſe locum querelę inofficioſi teſtamenti. Sic ratiocinantur, aut cauſa adiecta eſt & expreſſa exhæredationis, aut non expreſſa. Si expreſſa nõ eſt irritum eſt teſtamentum: ideo non eſt neceſſaria querela ad teſtamentum rumpendũ. Si eſt expreſſa, aut eſt iuſta & legitima, aut non eſt. Si nõ eſt, adhuc nullum eſt teſtamẽtum. Vult.n.ob vnam ex his cauſis quas expreſſit Iuſtinianus, exhæredari filium poſſe. Si vna eſt & probari poſſit ab hærede, iuſta eſt exhæredatio. Si non probauerit hæres, irritum eſt adhuc teſtamentum. Si teſtamentum eſt irritum, non eſt neceſſaria querela. Eſt quæſtio agitata vulgo, de qua ſupra dixi ſub tit. de inoffi. teſta. & oſtẽdi quantopere erratum ſit vulgo ab interpretibus in hac quæſtione tractanda. Ego dixi valere exhæredationẽ, etſi hæc obſeruata non fuerint, de quibus loquitur Iuſtinianus in ea conſtitutione: & ſentio competere querelam inofficioſi. Mouet me, quod nunquam ius antiquum correctum eſſe dicendum eſt, niſi id manifeſtum ſit, leg. præcipimus. C. de appel. At Iuſtiniani conſtitutio commodiorem recipere poteſt interpretationem. Verboſitas Iuſtiniani cauſa fuit, vt puto, cur non ſatis perciperetur ab interpretibus. Senſus huius conſtitutionis eſt, non licere patri exhæredare filium ſine iuſta cauſa, alias per querelam inofficioſi teſtamenti ſubuerteretur teſtamentum. Docet autem Iuſtinianus quid præſtandum ſit ab hærede, vt ſuperior ſit in querela. Non tractat quo genere actionis ſubueniendum ſit filio aduerſus patris teſtamentum, ſed docet vt obtineat hæres in eo iudicio cauſam vnam eſſe exprimendam à teſtatore ex his, quæ in conſtitutione ſua adſcripſit. Deinde vult eam probari ab hærede. quod ſi non fecerit, vult filium exhæredatum poſſe vincere in querela inofficioſi teſtamenti. Hæc conſtitutio pertinet ad emendationem iuris veteris: non vt intellexerunt alii vulgo, hoc tantum emendauit Iuſtinianus. Olim in querela inofficioſi teſtamenti vincebat hæres, etſi hæc non obſeruata eſſent. Primum non erant cauſę definitæ ingratitudinis, propter quas exhæredari poſſit filius. hæc expreſſio cauſæ non requirebatur. Cauſam ingratitudinis exprimere cogitur teſtator per conſtitutionem Iuſtiniani. Si dicatur ingratus fuiſſe filius aduerſus patrem, hoc non admittetur: quia pater non adiecit in teſtamento, ſe ob eam cauſam exhæredaſſe filium. Tertio non incumbebat ante Iuſtiniani conſtitutionem probatio hæredi: ſed probare debebat filius ſe male non eſſe meritum de patre. Itaque illa conſtitutio facta eſt, vt apparet, in gratiam exhæredatorum. Niſi hæc obſeruata fuerint ſubuerti teſtamentum ait. Sic interpretantur verba Græca, quaſi Iuſtinianus voluerit, nullum eſſe omnino teſtamentum. Verba Græca, irrito facto teſtamento, vel ſubuerſo ſignificant: quæ quidem verba ambigua ſunt: ſed in ambigua oratione, ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret.leg.in ambigua.ff.de legib. Et ſane antecedentia & ſequentia verba oſtendunt quomodo ea verba accipienda ſint. Ego efficacius argumentum ſolitus ſum adiicere. Cum ait Iuſtinianus non licere parenti filium ſuum exhæredare, niſi hæc tria fuerint obſeruata: ſubiicit irritum eſſe teſtamentum, ſi hæc non fuerint obſeruata. Hæc verba referuntur ad illa tria, id eſt, niſi legitima cauſa à teſtatore fuerit adiecta: & niſi fuerit ab hærede probata, vult teſtamentum euerti, neceſſe vt ad hæc tria referantur verba Iuſtiniani: ſed abſurdum eſt hæc verba referri ad probationem, ſi ipſo iure intelligeretur nullum eſſe teſtamentum. Stultum eſt poſt probationem quærere, an querela admittenda ſit, an non ſit. Nimis ſerum eſt id quærere: ſed quærendum eſt vter vincere debeat, quid pronuntiandum ſit. Hæc igitur verba neceſſe eſt referri ad ſententiam, non ad rationem agendi: & niſi hæc tria præſtita fuerint ſubuertitur teſtamentum. Quidam elabuntur ita, vt dicant ſuſpenſam eſſe vim teſtamenti. hoc eſt ſophiſtarum, quamuis ab iis hoc proferatur, qui dicunt ſe hoſtes eſſe ſophiſtarum. Aiunt ex euentu pendere vim teſtamenti: vt ſi probatum fuerit, valeat teſtamentum, alias non valeat. hoc perquam ineptum eſt, iudicio meo. Ineptum eſt quærere, poſtquam mota eſt querela, & poſtquam recepta eſt probatio, an competat querela, an non competat. Quid opus eſt ſubtilitatem excogitare, & hac ſubtilitate excogitata conſtitutionem Iuſtiniani interpretari, cum aliter verba Iuſtiniani commodam interpretationem recipere poſſint? Ergo vt valeat exhæredatio, neceſſe eſt hæc tria adiici, quæ ſunt in conſtitutione Iuſtiniani. Verum quidem eſt, quod in querela inofficioſi teſtamenti non obtinebitur, niſi hæc tria probata fuerint.

Superius diximus de ratione exhęredandorum liberorum, quæque neceſſaria ſint, vt valeat exhæredatio filii. Diximus valere teſtamentum, ſi recte filius exhæredatus ſit, alias propter præteritionem filii inutile eſſe teſtamentum. Et diximus quo caſu valet exhæredatio, competere poſſe querelam inofficioſi teſtamenti. Si filius ſine legitima cauſa, & legibus probata à patre exhæredatus fuerit, ante reſciſſum teſtamentum per querelam inofficioſi, nihilominus valere teſtamentum. Notandum tamen eſt, ſi exhæredatio facta ſit non mala mente, ſed vt conſuleretur filio à patre, nõ eſſe locum querelæ inofficioſi teſtamenti, non poſſe teſtamentum reſcindi: tantum abeſt, vt teſtamentum nullum ſit, vt reſcindi omnino non poſſit: nihil enim eſt de quo queri poſſit filius. Agit querela inofficioſi filius, quia contendit ſe iniuria affectum eſſe. leg. Papinianus. 8. §. 1. ff. de inoff. teſta. Huc pertinet lex, multi. 18. ff. hoc titul. Pater videns filium ſuum impuberem eſſe, & eius ætatis, vt hæreditatem ſibi debitam facile conſumpturus ſit, vel forte prodigũ, inſtituit extraneum hæredem, & fidei eius committit, vt filio

fortaſſe alimenta prębeat. Pater hic exhęredauit filium ſuum, & tamen ob hanc exhæredationem de patris teſtamento cōqueri non poteſt filius. Exhæredatio enim fit ad commodum filii, non notæ cauſa. Similis locus eſt in l. ſi patronus. 12. §. ſi quis non mala mente. & l. Paulus reſpondit exhęredationem. 47. in princip. ff. de bonis lib. Bonorum poſſeſſio contra tabulas non datur ei qui exhæredatur à patre ſuo, niſi forte non malo animo eū exhæredauerit. Idem eſt in l. eum qui. 15. ff. de annuis lega. Ego alias adduxi exemplum ex Martiali de Philomuſo, qui erat filius prodigus. In hac igitur ſpecie inſtituit hæredem, & eius fideicommittit, vt hæreditatem reſtituat filio ſuo poſtquam ad frugem bonam redierit, vel factus erit legitimæ ætatis. Hic hæres fiduciarius dicitur à iuris auctorib. l. Seius Saturninus. 46. ff. ad Trebel. Cum hæres inſtituitur quaſi contracta fiducia, nominat eum quem ſibi velit hęredem eſſe, & agit cum eo vt reſtituat hæreditatem filio. & hic verus hæres non eſt, & reſtituit hæreditatem fideicommiſſario, cum omnibus fructibus perceptis: cum alias in fideicommiſſariam hæreditatem fructus non veniant. leg. in fideicommiſſi. 3. §. cum Pollidius. de vſur. Quo argumento etiam dicitur, eum reſtituere hæreditatem, non detracta falcidia. Addendum eſt, & quod hic dicitur de exhæredatione, idem dicendum eſſe de præteritione filii. Sicut hic dicimus ob exhæredationem, quæ à patre facta eſt non malo animo, non poſſe de teſtamento conqueri filium: ſic etiam dicendum eſt, ſi conſulendi cauſa, & non malo animo præterierit filium. leg. ſi emancipatus. 16. ff. de bono. poſſeſ. contra tabu. Pater præteriit filium in ſuo teſtamento, id eſt, neque inſtituit, neque exhæredauit. Inſtituit fiduciarium quendam hæredem, & rogauit eum vt reſtitueret hæreditatem filio ſuo. id fecit conſulendi filio ſuo cauſa. Quæritur an bonorum poſſeſſio contra tabulas competet filio? Præterito enim filio datur bonorum poſſeſſio contra tabulas, etſi fideicommiſſum ei relictum ſit. leg. ita tamen. 27. §. qui rogatus. ad Senat. Trebellia. Sed hoc eſt intelligendum: niſi præterierit filium, & alium hæredem inſtituerit, vt conſuleret filio.

Nunc videndum eſt, cum dicimus liberos exhæredandos eſſe, quid appellatione liberorum hic contineatur. Dicimus, ſi liberi inſtituti non fuerint, neque exhæredati, inutile eſſe teſtamentum: quo modo hic liberos accipimus? Et certum eſt, ſi vim & conſuetudinem loquendi veterum inſpiciamus, appellatione liberorum contineri omnes quicunque deſcendunt ex eo, de quo quæritur, teſtatore. Appellatione liberorum non tantum continentur filii, ſed etiam nepotes, pronepotes, & alii deſcendentes. leg. quid ſi nepotes. 6. ff. de teſtā. tut. l. liberorum 220. ff. de verborum ſignific. & latius patet liberorum appellatio, quam filiorum propter vſum & cōſuetudinem loquendi. Nulla alia ratio poteſt adferri. Filii diſtinguuntur à nepotibus, liberi non diſtinguuntur. & videtur hoc nomen iuris ciuilis eſſe: filiorum appellatio naturalis. In ſeruitute concepti, liberi non ſunt. & proprie Iureconſulti liberos vocant qui ex ciuibus Romanis nati ſunt: imo ex iuſto & legitimo matrimonio nati. Liberi videntur dici à libertate: & ſic intelligendum eſt quod dicitur in leg. 1. ſolu. matri. intereſſe Reipublicæ ciuitatem repleri liberis. Idem dicendum eſt, & ſi ſecto ventre nati ſint. l. quod dicitur. 12. ff. hoc titul. ſed de eo plenius dicemus infra cum tractabimus de poſthu. hæred. inſtit.

Liberos accipimus de his, qui in poteſtate ſunt: non autem de emancipatis, qui ſui iuris ſunt. leg. inter cætera. 30. ff. hic. cum dicimus filio præterito, qui eſt in poteſtate, nullum eſſe teſtamentum: intelligimus eos, qui ſunt ſui, de quibus eſt locus inſignis, leg. in ſuis. 11. ff. hic. filius, qui eſt in poteſtate patris, quem nemo gradu præcedit, is dicitur ſuus hæres eſſe. §. ſui autem. Inſtit de hæred. qualita. & differen. Dicuntur autem ſui: quia viuo patre quodammodo intelliguntur domini eſſe. Et hæc duo neceſſaria ſunt, vt ſuus hæres quis dicatur. Oportet primum eſſe in poteſtate. itaque poſthumus ſuus non dicitur, quia natus non eſt ante mortem teſtatoris. leg. vltim. ff. de collat. bono. præterea oportet vt eum nemo antecedat. leg. 13. poſthumorum. de iniuſto, rupto, & irri. & dict. §. ſui. Inſtit. de hæred. qualit. Nepotes non dicuntur ſui quādiu viuunt filii, quia filii eos antecedunt. Cum ſui ſuccedunt, videtur continuari eadem hæreditas. Ergo ſi domini eſſent, non liceret eos exhæredare: ſed dicuntur quaſi domini. eſt ius ſui quod ſuitatis ius vulgo dicitur. leg. 1. §. vltim. de liberis agno. propterea ius ſui videtur continuatio quædam dominii eſſe. vnde notandum eſt, non eſſe neceſſariam aditionem hæreditatis in ſuis hæredibus. in leg. in ſuis. de ſuis & legiti. hæred. Aliis eſt neceſſaria aditio hæreditatis. leg Pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falci. & §. vltim. de hæredum qualit. & differ. Quæſtio eſt, an etiam poſſeſſio, quam habebat defunctus, continuetur in ipſos, quaſi poſſeſſores fuerint viuo patre, & poſſeſſio in ipſos transferatur morte patris? Dubitatio naſcitur ex l. cum hæredes. 23. ff. de acquir. poſſeſ. vbi dicitur poſſeſſionem non transferri, niſi corporaliter apprehenſam. Hæres inſtitutus, ſimulatque teſtatur ſe hæredem eſſe velle, et ſi non apprehenderit res hæreditarias: tamen hęres efficitur, & conſequitur dominium omnium rerum hæreditariarum: poſſeſſio autem in ipſum non transfertur. l. 1. §. Scæuola, ff. ſi quis teſta. lib. eſſe &c. Sed quæſtio eſt, an quod dicitur in dict. l. cum hæredes. de ſuis hæredibus accipiendum ſit? loquitur enim de iis, qui hæredes ſunt inſtituti. Variæ ſunt opiniones. Sed puto nihil vetare, quin poſſint dici quaſi poſſeſſores, etiam viuo patre. nihilque prohibere in ipſos continuari poſſeſſionem: ſicut nec dominium. Nam traditionib. alioqui acquiruntur dominia. l. traditionibus. C. de pact. Sed fieri non poteſt, vt duo domini ſint eiuſdem rei in ſolidum. l. ſi vt certo. 5. §. ſi duob. ff. commoda. Si igitur hoc admittitur in dominio, cur non idem dicetur in poſſeſſione? Et verba Pauli Iuriſcon. in hac l. in ſuis. ſatis oſtendunt filium non eſſe verum dominum. dicit enim Paul. eum quodammodo eſſe dominum. Nihil eſt igitur incommodi quin idem dicamus de poſſeſſione.

Moribus noſtris in Gallia res dubitationem non habet. nam certum eſt poſſeſſionem à mortuo transferri in ſucceſſorem: non tantum ſi filius ſit, ſed quiſquis fuerit legitimus hæres. Mortuus enim transfert poſſeſſionem in eum, qui ſuccedit. Ideoque quod dicitur in d. l. cum hæredes. de acquir. poſſ. apud nos non obſeruatur. Eſt quædam poſſeſſio, quæ nihil habet facti, quæ eſt ciuilis, & effectus eos habet, quos vera poſſeſſio. Dixerit aliquis, diſputationem hanc videri inutilem eſſe, cum dicamus dominum non eſſe, poſſeſſorem non eſſe: ſed quaſi dominum, & quaſi poſſeſſorem. Quid autem refert an eum vocemus dominum, an quaſi dominum poſſeſſorem, an quaſi poſſeſſorem? Non abs re Iureconſulti dominum quodammodo eſſe dixerunt filium ſubſtantiæ paternæ, viuo adhuc patre: non verum dominum. id enim magni effectus eſt. Filius viuo patre, non diſponit de ſubſtantia paterna, nec poteſt quidquam ex his bonis petere à patre: imo ne eam quidem partem, quæ vulgo legitima dicitur. Pater omnia bona ſua vendere & alienare poteſt: conſumere poteſt, quicquid in patrimonio ſuo eſt, nec poteſt à filio impediri. Dicitur in leg. 1. §. ſi impubere. ff. de colla. bono. hanc præmaturam eſſe petitionem filii, qui petit portionem ſuam hæreditatis, viuo adhuc patre. Sed dicitur quaſi dominus, propter ſpem probabilem conſequendæ hæreditatis poſt mortem patris. Nec effectu caret hæc ſpes, aduerſus tertium, qui lucratiuo titulo nititur veluti donatione. Huius rei cauſa introducta eſt querela inofficioſæ donationis. leg. 1. de inoffic. donat. Cod. Si pater contra officium patris donauerit bona ſua alicui, ita vt ne legitima quidem portio ſuperſit filio: de ea donatione poterit conqueri filius, quaſi ob eam cauſam omiſerit portionem ſuam, quæ ipſi quodammodo debebatur à patre. De venditione idem non reperitur cautum iure ciuili. Non dicitur venditio reſcindi vt inofficioſa, ſicut donatio reſcinditur. Et hac ratione fit, vt fraudentur filii ſua legitima portione ab impiis parentibus. Hoc ſenſu dicitur hæreditas propria filii & ei debita. leg. 1. §. Largius. de ſucceſſo. edict. leg. cum ratio. de bon. damnat. leg. 7. ſcripto hærede. in fi. ff. ſi tabu. teſta. nullæ extab. vnde liberi. Nouel. Iuſtin. de hæred. & falcid. & leg. vltim. Codic. de codicil. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, an filius poſſit vſucapere pro hærede? Vulgo dicitur vſucapere non poſſe pro hærede: quia inquiūt, hæreditatem non percipit non eſt proprie hæreditas: ſed eſt continuatio quædam dominii, & ad id probandū adducunt l. 2. C. pro hæred. Ea l. dicitur, nihil ꝓ hęrede poſſe vſucapi, ſuis hæ-

redibus exiſtentibus. Eſt breuis aphoriſmus, quo videtur hæc ſententia prima facie confirmari. Aiunt rationem eſſe, quia hæres non eſt: ſed hoc colligunt ex dict.leg.in ſuis. verſ. *itaque poſt mortem*.nos tamen parum mouere debet hæc ratio. Nam dicitur continuatio dominii. Quod autem dicitur in d.l.2.C.pro hærede.videtur alio ſenſu accipiendum.Videtur hic eſſe ſenſus eius legis: Cum hæredes ſui efficiuntur, nihil videtur poſſe vſucapi, id eſt, alius nihil poteſt ex rebus hæreditariis hoc titulo quicquam vſucapere. Si quis poſſideat res hæreditarias titulo pro hærede, quaſi hæres ſit, vſucapit pro hærede. Sed in ſuis hæredibus non videtur poſſe habere locum. quia ſui hæredes, mortuo patre, ipſo iure hæredes fiunt. Itaque in eis aditio non eſt neceſſaria. videtur etiam quodammodo in ipſos poſſeſſio transferri. Sicut, viuo patre, domini quodammodo erant, & poſſeſſores: ita quoque videtur poſſeſſio & dominium continuatum quodammodo. Si videntur poſſeſſores & domini rerum hæreditariarum, etiam cum non apprehenderint, qui fieri poteſt, vt alius eam rem vſucapiat? Illis autem verbis non ſignificat imperator ſuum hæredem non poſſe vſucapere pro hærede, ſed nihil poſſe vſucapi ab alio, ſuis hæredibus exiſtentibus. Et notandum eſt, quod dicit, obtinuit. Oſtendit enim hoc controuerſum fuiſſe, quamuis poſſet dici poſſeſſorem rerum hæreditariarum poſſe eas res vſucapere: non enim vere poſſidet eas ſuus hæres: ſed tamen habetur pro poſſeſſore: atque ideo obtinuit videri eas quaſi vere poſſidere. Et hic eſt effectus illius quaſi poſſeſſionis, quæ dicitur continuari. Ex his intelligitis, quomodo accipiendum ſit quod dicitur, de liberis, vel filiis exhæredandis, vt valeat teſtamentum. Addendum eſt, etſi filius familias miles ſit, idem dicendum eſſe. Si quis filium habeat in ſua poteſtate, eum debet nominatim exhæredare, aut inſtituere, etiam ſi hæres ſit ipſo iure.leg.filiusfamil.26.ff hoc titul. Cautum quidem fuerat edicto diui Auguſti ne quis filium militem exhæredaret: ſed ſublatum eſt hoc edictum diui Auguſti, vt ait Paul. in dict. l.26. quamuis igitur multa priuilegia milites habeant: vt tamen filius priuatus inſtitui à patre, vel exhæredari debet: ita & filiusfamilias miles. De eo dicemus infra ſub titul.de militari teſtamento. Quod dicitur de filio, qui eſt in poteſtate, idem dicendum eſt de eo qui recidit in poteſtatem patris facto teſtamento. l. filius à patre.18.§.1.ff. eodem. Filiusfamil. miles fecit teſtamentum, habebat filium non in ſua poteſtate: ſed in aui poteſtate. hic fecit teſtamentũ iure militari. (Nã alias filiusfamilias teſtamentum facere non poteſt.) nec inſtituit, nec exhæredauit filium ſuum: quæritur an rumpatur teſtamentum. Hic non erat in eius poteſtate: ſed in aui poteſtate. ideo non videtur rumpi teſtamentum. Nam hic loquimur de eo, qui eſt in poteſtate teſtatoris. Sed tamen Iureconſul.ait in dict.§.1. rumpi teſtamentum, quamuis multa adiiciat diſputando. Mortuo auo recidit nepos in poteſtatem patris ſui. Hinc ſequitur neceſſe non eſſe emancipatum aut inſtitui, aut exhæredari. Hoc enim & idem dicitur de eo qui captus eſt ab hoſtibus, qui captiuitate iura ciuitatis Romanæ amiſit. Sed emancipato datur bonorum poſſeſſio contra tabulas ex Prætoris iuriſdictione. leg. maximum vitium. Codi.de liber.præter. iure ciuili nullo remedio ei ſuccurritur. Bonorum poſſeſſionem dat Prætor humanitatis cauſa, filio emancipato, qui præteritus eſt paterno teſtamento. Inde quæritur, quid ſi filius præteritus ſit à matre. Mater fecit teſtamentum, in eo teſtamento non inſtituit, neque exhæredauit filium ſuum an dicendum ſit valere teſtamentum. Et dicendum eſt valere. Omnia quæcunque diximus intelligenda ſunt de paterno teſtamento. Præteritio autem matris habetur pro exhæredatione.§. vltim. Inſtit. de exhæred. lib. Sed ratio huius dicti eſt, quia mater non habet filios in poteſtate ſua, mater non habet ſuos hæredes. leg 4.§.ad teſtamenta. ff. de bono. poſſ.contra tabul. Cum dicimus, præterito filio dari bonorum poſſeſſionem, intelligimus de præterito tabulis paternis. Prætor enim eos vocat ad ſucceſſionem per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, qui ſui futuri eſſent, ſi in poteſtate manſiſſent: vocat itaque emancipatos qui non ſunt in poteſtate. cur ergo dicitur præteritio matris haberi pro exhæredatione, cum filios in ſua poteſtate non habeat? Subtilitate iuris dicũtur non eſſe in poteſtate, ſed quod ad emancipatos attinet, ſi non eſſent emancipati, eſſent in patris poteſtate. Excipitur etiam præteritio militis. ſed de eo dicemus infra ſub tit.de milit.teſta.

Cœpimus oſtendere quid appellatione liberorum contineatur cum dicimus liberos inſtituendos, aut exhæredandos eſſe, ne eis præteritis teſtamentum rumpatur. Diximus liberorum appellationem late hic patere, & pertinere ad omnes, quicunque ex teſtatore deſcendunt per lineam maſculinam, nec vlla eſt dubitatio de filiis qui ſunt in primo gradu, qui ſunt ſui hæredes patri teſtatori. Sed quæſtio eſt, quẽ filius gradu præcedit, an ſit neceſſe talem nepotem inſtituere, aut exhæredare, ne rumpatur teſtamentum. Videtur id neceſſarium non eſſe, quia ſuus hæres non eſt: quia filius eum gradu præcedit. Diximus duo neceſſaria eſſe, vt quis ſuus hæres recte dicatur: vnum quod ſit in poteſtate: alterum quod primum locum obtineat. Sed tamen dicendum eſt, & hunc inſtituendum quoque eſſe, aut exhæredandum, ne ipſo præterito rumpatur teſtamentum: nam accidere poteſt, vt ſuccedat in locum filii, ſi filius forte viuo adhuc auo moriatur. Si enim nepos qui in eius locum ſuccedit præteritus reperiatur, id eſt neque inſtitutus, neque exhæredatus, rumpetur teſtamentum.leg.3.ff.de iniuſto rupto. & Inſtit.de exhæred.liber. §.poſthumorum. Nam per legem Velleam de qua infra dicemus ad leg. Gallus.nepos ſuccedit in locum patris ſui, id eſt, in locum filii, & efficitur hac ratione ſuus hæres auo. In propoſita igitur ſpecie, cum filius deceſſiſſe proponatur. viuo adhuc auo, & nepos in eius locum ſucceſſerit, certum eſt rũpi teſtamentum in quo nepos præteritus eſt, id eſt, in quo nepos neque inſtitutus eſt hæres, neque exhæredatus: quia ſuus hæres reperitur auo tempore mortis: quamuis tempore facti teſtamenti non fuerit ſuus hæres auo: quia filius eum vno gradu antecedebat, tamen tempore mortis eum filius non præcedebat. Itaque recte dicetur ſuus hæres auo. nos autem inſpicimus tempus mortis, vt dicetur in dict. leg. 3. & d. §.poſthumorum. Sed de hac ſucceſſione nepotis in filii locum ex lege Vellea, nos fuſius dicturi ſumus ad leg. Gallus. Quid igitur dicemus, ſi filius qui nepotem præcedit gradu, mortuo iam teſtatore deceſſerit, an nepos hoc etiam caſu rumpet teſtamentum? Teſtator qui habebat filium, & ex eo nepotem, præteriit nepotem in ſuo teſtamento, poſt mortem teſtatoris filius deceſſit: mortuo filio, nepos ait ſe ſucceſſiſſe in locum filii, ideoque vult rumpere teſtamentum propter præteritionem. Quæritur an aui teſtamentum rumpere poſſit. Quæſtio tractatur in leg. ſi quis poſthumos. 9.§.ſi filium. vbi dicitur nepotem non rumpere teſtamentũ: non enim poteſt dici ſuus hæres vnquam fuiſſe auo. In hoc caſu non dicimus inſpiciendum eſſe tempus mortis teſtatoris. Tempore autem mortis filius antecedebat nepotem vno gradu: hic autem proponitur ante filium deceſſiſſe, viuo etiam auo, nec refert an filius deceſſerit ante aditam hæreditatem, an poſt aditam, non enim hic inſpicimus tempus aditæ hæreditatis, cum quæritur de iure ſui hæredis, ſed inſpicimus tempus mortis teſtatoris. Idem dicitur in leg. ſi quis filio exhæredato. 6.in prin. titul. de iniuſto rupto & irrito teſtam. vbi dicit Iuriſconſ. agnoſcendo eum rumpere teſtamentum, quem nemo præcedit mortis tempore, quo nepe tempore moritur teſtator.

In eadem l. ſi quis poſthumos. §. ſi filium. tractatur quæſtio alia de filio, qui deceſſit apud hoſtes poſt mortem aui. Teſtator habebat filium & nepotem: præteriit nepotem, vt iam propoſitum fuit. Filius, qui antecedebat nepotem vno gradu, fuit captus ab hoſtib. deceſſit apud hoſtes poſt mortem aui, an hoc caſu nepos rumpet teſtamentum? Paulus reſpondet in dict. §. ſi filium, &cæt. Diuerſum eſt. &c. Eſt varia quidem lectio in vulgaribus codicibus. Sic in Florent. legitur: nec dubito quin ita ſit legendum. rumpit enim his caſibus teſtamentum. Nos hic ponimus nepotem præteritum fuiſſe, & filium, qui eum antecedebat vno gradu, captum fuiſſe ab hoſtibus, & apud hoſtes deceſſiſſe poſt mortem aui, an nepos rumpet teſtamentum? Videtur ex his quæ diximus non poſſe rumpere teſtamentum, quia deceſſit filius poſt mortem aui, id eſt, tempore mortis aui. Igitur non poteſt nepos ſuus hæres dici auo. Sed tamen Iuriſconſ. ait nepotem rumpere teſtamentũ: & tamen in ſuperiore caſu non rumpit.

rumpit, ait itaque diuerſum eſſe in hoc caſu, cum filius captus ab hoſtibus, deceſſit in eodem ſtatu apud hoſtes. Ratio eſt, quia lex Cornelia fingit eum, qui deceſſit apud hoſtes, ante quam captus eſſet, deceſſiſſe. leg. in omnibus. 18. ff. de capti. & poſtlimi. reuer. §. vltim. Inſtitu. quibus non eſt permiſ. Si hanc fictionem legis Corneliæ accipiamus pro veritate, vt eſt accipienda, nos dicemus nepotem fuiſſe ſuum hæredem auo. tempore mortis aui filius captus ab hoſtibus proponitur, viuo adhuc auo. Lex Cornelia tunc fingit eum deceſſiſſe. Ergo dicendum eſt nepotem hic rumpere teſtamentum, quaſi, auo mortuo, fuerit ſuus hæres, quaſi mortuo auo nepotem non præceſſerit filius. mendoſa lectio ſic emendanda eſt, *Quod moriente auo ius patriæ poteſtatis ſuſpenſum erat.* Sic loquuntur Iuriſconſul. vt in §. ſi ab hoſtibus. Inſtitu. quib. mod. ius patr. pot. ſol. Cum pater captus eſt ab hoſtibus interim pendet ius liberorum, id eſt ſuſpenditur. Similis locus eſt in leg. penult. de ſuis & legit. vbi Papinianus vocat ſuſpenſi iuris conſtitutionem, quæ ad poſtliminium pertinet. Ait Paul. *rumpit his caſibus &c.* In ſuperiore caſu non pependit ius patriæ poteſtatis: ſed abſciſſum omnino fuit morte aui. Hinc quæritur, quid ſi in propoſita ſpecie hæres inſtitutus omiſerit hæreditatem? Ecce, teſtator inſtituit extraneum hæredem, exhæredauit filium ſuum, nepotem præteriit, mortuus eſt auus: deinde mortuus eſt filius, ſupereſt nepos, extraneus inſtitutus à teſtatore omittit hæreditatem, & repudiat: an hæreditas deferetur nepoti tanquam ſuo? Ex his, quæ diximus, videtur non deferri. Nam ſui hæredes primum vocantur ad hæreditatem: hic non recte dicitur ſuus hæres. hic vere non erat in primo gradu: ergo non poteſt deſtituto teſtamento, ab inteſtato ſuccedere auo. quod tamen eſt abſurdum. Sed Iuriſconſul. ait in hoc §. ſi filium. in hoc caſu non eſſe inſpiciendum tempus mortis aui: ſed tempus quo teſtamentum deſtituitur, cum teſtamentum factum eſt ab aliquo. prima cauſa eſt hæredum inſtitutorum in teſtamento. eis deficientibus hæreditas deuoluitur ad legitimos hæredes. Sed cum quærimus de conditione legitimorum hæredum, an ſui fuerint teſtatori, an non fuerint, nos tunc inſpicimus tempus non mortis teſtatoris: ſed tempus quo deſtituitur teſtamentum, id eſt tempus, quo certum eſſe incipit teſtatorem deceſſiſſe inteſtatum, cum hæres inſtitutus repudiat hæreditatem. tunc enim dicitur proprie inteſtatus deceſſiſſe. Si effectum inſpiciamus ante quam repudiauit hæres hæreditatem, dubium eſt, an teſtator deceſſurus ſit inteſtatus, an non. Sed poſtquam hæres omiſit hæreditatem, iam certum eſſe incipit inteſtatum deceſſiſſe, & nepotem ex eius teſtamento hæredem fore. Ergo ſi eo tempore nepos reperiatur in primo gradu, dicendum eſt eum tanquam ſuum hæredem ſuccedere: atque ita modo tempus mortis, modo tempus, quo deſtituitur teſtamentum ſpectamus. Si quis velit hoc plenius intelligere, videat duos locos in Inſtit. §. cum autem. de hæred. quæ ab inteſta. & §. proximus. Inſtit. de legiti. agna. ſucceſ. leg. 1. §. ſciendum. de ſuis & legit. Ex iam dictis naſcitur etiam quæſtio tractata in leg. 23. filio, quem pater. hic. ff. Quæſtio naſcitur ex eo, quod dicimus de ſucceſſione nepotis in filii locum ex lege Vellea. Duo ſunt capita in dict. l. filio, quem pater. Prior ſpecies, quæ eſt in §. vlt. pertinet ad inſtitutum hæredem, deinde arrogatum. Altera pertinet ad filium exhæredatum. Quidam inſtitutus eſt hæres. poſt factum teſtamentum arrogatus eſt à teſtatore: quæritur, an hac adoptione ruptum ſit teſtamentum? Videtur prima facie ruptum eſſe teſtamentum, propter adoptionem. l. filius à patre. 28. §. vlt. ff. hoc tit. Si quis inſtituerit hæredem: & deinde adoptauerit alium, qui reperitur præteritus, rumpetur teſtamentũ. qui tranſit in eius familiam & poteſtatem: nec eſt inſtitutus, nec exhæredatus, itaque videtur ruptum eſſe teſtamentum præteritione. Sed Iureconſultus ait, in hac ſpecie teſtamentum non rumpi. Fuit enim idem inſtitutus, qui poſtea adoptatus eſt: nec ideo rumpetur teſtamentum, quod mutauerit ſtatum ſuum ſecuta adoptione. Nam nulla ratio, nulla æquitas id patitur: tametſi ſubtiliter dici poſſit, quia propter alterius arrogationem rumpitur teſtamentum, qui hæres inſtitutus non eſt. Sed hæc ſubtilitas hic negligitur, quia proponitur idem inſtitutus in teſtamento, & poſtea à teſtatore arrogatus. Altera ſpecies eſt in princip. eiuſdem legis, de exhæredato filio. Pater filium emancipatum exhæredauit: deinde adoptauit. hac arrogatione qui erat in patris poteſtate denuo recidit in patris poteſtatem. Quæritur an teſtamentum rumpatur, an vero noceat ei facta exhæredatio? Ait Iureconſultus, ei nocere factam exhæredationem. Illa verba, *quem pater iterum arrogauit, &c.* ſic accipi debent, quem pater arrogando iterum in ſuam poteſtatem redegit. Non enim hic intelligendum eſt duplicem arrogationem interceſſiſſe. Fuerat emancipatus filius, deinde arrogatus à patre. hac arrogatione iterum recidit in poteſtatem patris. Exhæredatio facta antea ei nocet, ne rumpat teſtamentum, quamuis in filiam tranſeat per arrogationem, & ea arrogatione ſecuta, videtur rumpi teſtamentum, quaſi alius homo arrogatus eſſet. Tamen hic non poteſt dici adoptiuus filius eſſe, quia naturalis eſt filius. Cum naturalia & ciuilia iura concurrunt, præualent naturalia iura. leg. non putauit. 8. §. ſi quis emancipatum. ff. de bono. poſſeſ. contra tabul. Si quis velit hunc locum intelligere, videndum eſt illud caput. Vlpianus ait Papinianum ita ſcripſiſſe, nempe dict. leg. filio quem pater. cuius eſt hæc inſcriptio: Papinianus lib. 12. quæſt. vbi dicitur, ne imagine, &cæt. id eſt, ne veritas naturæ adumbretur aliqua imagine. Adoptio enim imago quædam eſt & vmbra naturæ. Is qui adoptatur tanquam filius, vere filius non eſt ſed pro filio habetur, quadam iuris fictione & interpretatione, imaginem potius & vmbram filii habet. Si hic filius adoptiuus diceretur, hac vmbra adumbraretur veritas naturæ, quæ tamen præualere debet. In ea leg. filio quem. ibi, *quod non translatus &c.* diligenter ſunt obſeruanda hæc verba, nihil enim ſolet redundare in reſponſis Papiniani. In hac ſpecie filius emancipatus qui arrogatus eſt à teſtatore poſt exhæredationem, non dicitur arrogatus in antiquam familiam, ſed redditus priſtinæ conditioni: quia ante emancipationem fuerat in patris poteſtate, & nihil refert, an eum in hac ſpecie arrogauerit loco filii, an loco nepotis. Quod hic dicitur, Vlpianus in dicta leg. non putauit. §. ſi quis emancipatum. ait intelligendum eſſe de filio emancipato eodem exhæredato, non autem de extraneo. Sed hic nocet exhæredatio præcedens ne rumpatur teſtamentum: extraneo autem non nocet exhæredatio. Teſtator exhæredauit extraneum qui filius eius non erat, deinde arrogauit eum, is vult rumpere teſtamentum. Quæritur an rumpatur teſtamentum, an vero noceat ei exhæredatio? Ait Vlpianus rumpi teſtamentum, & exhæredationem ei non nocere. Quæ eſt ratio diuerſa inter filium emancipatum & extraneum? Ratio certe alia eſt emancipati & extranei. Extraneus enim per arrogationem efficitur nouus filius patriſfamilias teſtatori, transfertur in eius familiam, qui in eius familia nunquam fuit. id dici non poteſt de filio emancipato: nam in familia fuit antequam emanciparetur. Vnde in hac lege dicitur reſtitutus eſſe familiæ priſtinæ, in qua familia aliquando fuit. Hæc eſt differentia, quæ traditur inter filium emancipatum, qui exhæredatus fuit antequam eſſet arrogatus, & extraneum. Quidam vulgo aliã adferunt rationem, & aiunt in extraneum ineptam fuiſſe exhæredationem, vt dictum eſt à Iuriſconſul. Paulo leg. quidam cum filium. 132. ff. de verborum obliga. Sed tamen intelligendum id eſt cum exceptione, ſi forte extraneus ſit, qui aliquando recaſurus ſit in poteſtatem teſtatoris, veluti per arrogationem, non omnino inutilis eſt hic exhæredatio. Exemplum diſſimile non eſt de quo iam diximus ſupra in leg. ſi poſthumus. 13. §. vltimo. Si quis exhæredauerit filium opinatum, qui forte creditur eius filius: quia veretur ne aſpiret ad ſuam hæreditatem, non poteſt dici omnino inepta aut inutilis eſſe exhæredatio. Sed cum quæritur, quæ ſit diuerſitas vtriuſque ſpeciei ex ſententia Papiniani, dicendum eſt id quod retulimus: quia in filio concurrunt naturalia & ciuilia iura: præualent naturalia ne imagine adumbretur veritas naturæ. Qui autem extraneum adoptat, nouum filium ſibi adiungit, quod non poteſt dici de filio emancipato, qui poſtea adoptatus eſt. Hæc de liberis iam natis: nunc videndum eſt de poſthumis.

De poſthumis.

ALtera pars eſt tituli, vt ſupra admonuimus. In primis igitur notandum eſt, filios nondum natos qui naſcituri ſunt & poſthumi dicuntur, inſtituendos eſſe aut exhæredandos: ſicut diximus de liberis iam natis, ne iis præteritis teſtamentum rumpatur. l. de iniuſto rupt. 3. & §. poſthumi. Inſtit. de exhæredat. liberorum. Poſthumi, inquit Vlpia. in dict. l. 3. per virilem ſexum deſcendentes ad ſimilitudinem filiorum nominatim, &c. De his, qui non deſcendunt per virilem ſexum, diximus ſuperius. Idem dicitur in l. 1. C. de poſthumis hæredib. inſtit. Poſthumi igitur rumpunt teſtamentum agnaſcendo. d. l. 3. in princ. Cum autem naſcuntur, dicuntur agnaſci defuncto, & natiuitate eorum rumpitur teſtamentum: & hoc intereſt inter poſthumum, & eum qui iam natus eſt. Semper dicitur rumpere teſtamentum filius iam natus, qui præteritus eſt teſtamento: ſed ſi præteritus ſit poſthumus in teſtamento, non ſtatim rumpitur teſtamentum, quia fieri poteſt vt nunquam naſcatur, & abortiat prægnans mulier: ſed tum demum rũpitur agnatione. Sed videndum eſt quomodo poſthumus accipiatur. Et quis ſit poſthumus docet Iuriſconſ. d. l. 3. Varia eſt huius verbi ſignificatio. Nam in primis poſthumi dicuntur, inquit, qui poſt mortem parentis naſcuntur, quaſi nati poſtquam humatus eſt pater. & hæc eſt propria verbi ſignificatio, quæ etymologiæ conuenit.

Alia eſt huius verbi ſignificatio. Poſthumus etiam accipitur pro eo, qui poſt factum teſtamentum naſcitur d. leg. 3. in prin. ver. ſed & hi, qui poſt teſtamentum, & cæt. Hos autem poſthumos dici argumento eſt quod dicitur in eadem leg. 3. §. nominatim. Docet rationem inſtituendorum eorum, qui naſcuntur poſt factum teſtamentum, vel mortem teſtatoris, vel eo adhuc viuo. Itaque ſi teſtator dixerit, *Poſthumus mihi hæres eſto*, his verbis inſtitutus videtur non tantum qui naſcitur poſt mortem patris teſtatoris: ſed & qui naſcitur poſt factum teſtamentum, viuo etiam adhuc teſtatore. An hæc ſit propria verbi ſignificatio, an vero extenſio & interpretatio, propter coniecturam voluntatis, ſolet hic quæri. Quidam dicunt non eſſe hanc propriam verbi ſignificationem: ſed ideo inſtitutionem valere, propter coniecturã voluntatis. quia teſtator qui his verbis vtitur, *Si quis mihi poſthumus natus fuerit, mihi hæres eſto*: videtur etiam ſentire de eo, qui naſcitur poſt teſtamentum, etiam ante eius mortem. Sed vt credam hanc eſſe propriã verbi ſignificationem, mouet me præterea, quæ iam adduximus, Caii locus in libro 2. Inſtitu. Ait enim poſthumorum duo eſſe genera. quidam, qui poſt mortem teſtatoris naſcuntur. Alii, qui poſt factum teſtamentum naſcuntur, viuo etiam parente, ex quo apparet propriam eſſe etiam hanc ſignificationem. Hæc enim ſignificatio defenditur vſu loquendi teſtatorum: & vſus maxime ſpectatur, cum quæritur de ſignificatione verborum, leg. 7. Labeo. de ſupell. legat. Alii habentur loco poſthumorum, qui tamen poſthumi non ſunt, veluti ſi quis adoptatus ſit à teſtatore poſt factum teſtamentum. leg. filius à patre. 28. §. 1. ff. hoc titul. vbi dicitur hac adoptione rumpi teſtamentum, ſi is qui adoptatus eſt præteritus ſit. Iuriſconſ. ibi, vt oſtendat diſputando, non videri hic ruptum eſſe teſtamentum, vtitur argumento ab enumeratione partium. Non eſt ei natus filius: ſi eſſet ei natus, rumperet teſtamentum: non eſt etiam adoptatus. hic igitur loco poſthumi eſt, nec rumpet teſtamentum. Interpretatio autem eſt Iureconſultorum, qua receditur à proprietate verborum, vt ſæpe accidit. Hoc etiam vulgo producitur ad eum, qui legitimus factus eſt, de quo tamen eſt magna controuerſia. Quidam habet filium naturalem, vel ſpurium: eum neque exhæredauit, neque inſtituit: præteriit eum ſuo teſtamento. Poſt factum teſtamentum, legitimat eum: vel ſit legitimus reſcripto Principis: hac legitimatione an rumpatur teſtamentum? Hoc ſimile eſt arrogationi, imo multo maior eſt cauſa, quam arrogationis. Sed hanc quæſtionem alio loco commodius tractaturi ſumus. Ex his intelligitis, qui poſthumi ſint. Igitur teſtamentum rumpitur agnatione poſthumi ſi in eo teſtamento præteritus ſit poſthumus. Sed oportet poſthumum naſci. Nam ſi natus non fuerit, non dicitur rumpi teſtamentum. Exempli gratia, ſi abortum fecerit vxor, vt dicitur in leg. 2. Codic. de poſthum. hæred. inſtitu. non dicitur nunc natus eſſe. Lex autem ait, natiuitate eius rumpi teſtamentum: igitur abortus vxoris teſtamentum non rumpit. Natus dicitur, qui viuus in lucem editus eſt, & cum ſpiritu, qui formam generis humani habet, ad monſtrum non declinans, vel prodigium. leg. quod dicitur. 12. ff. hoc tit. Nec refert an vixerit diu, au ſtatim mortuus fuerit. Is qui naſcitur ſecto ventre matris naſcitur etiam filius. Nihil autem intereſt, ſi membra aliqua in eo corpore deficiant: niſi contra formam humani generis editus ſit. leg. non ſunt liberi. 14. ff. de ſtatu hom. Eodem pertinet quod dicitur in leg. 3. Codic. de liber. præter. Poſtquam ſtatim eſt abſtractus ab hac luce, emiſſa voce quæritur an rumpatur teſtamentum? Quidam putabant rumpi. Sed Iuſtinianus ſtatuit, vt non rumpatur teſtamentum, ſiue vocem aliquam emiſerit, ſiue mortuus ſit ſtatim, nulla emiſſa voce. quia forte mutus naſcitur. Eodem pertinet quod dicitur in leg. qui mortui naſcuntur. 129. ff. de verborum ſignifi.

Qui poſthumos inſtituere poſſit.

COEpimus tractare de poſthumis hęredibus inſtituendis, docuimus qui ſint poſthumi: quomodo hoc verbum accipiendum ſit in hoc tractatu. Nunc ſuperſunt duo loci præcipui à nobis explicandi. Vnus ad perſonas pertinet, in quo quæritur, quis poſthumum inſtituere poſſit, & quem poſthumum inſtituere poſſit. Alter locus eſt de ratione inſtituendorum poſthumorum. Incipiemus ab eo quod Vlpianus ait in leg. placet. 4. ff. hoc titul. Omnis maſculus poſthumum inſtituere poteſt, ſiue iam maritus ſit, ſiue nondum vxorem duxerit. Idem dicitur de hermaphrodito in leg. ſed eſt quæſitum. 6. §. vltim. ibi, ſi in eo virilia præualeant. male in quibuſdam codicibus legitur, maxime. Sic legendum eſt *Hermaphroditus, plane &c.* Is enim pro maſculo habetur, in quo virilia præualent. leg. quæritur. 9. de ſtatu homi. Hinc colligunt nonnulli fœminas non poſſe poſthumum inſtituere: mouentur eo, quod Vlpianus ait, maſculum omnem poſthumum hæredem inſtituere poſſe: quia nominatim expreſſit maſculũ. Certe his verbis videtur excludere fœminas, quaſi fœminis nõ liceat poſthumos hæredes ſcribere. idẽ colligitur ex d. l. ſed eſt quæſitum. §. vltim. ibi, ſi virilia præualebunt. His enim verbis ſignificare videtur, ſi muliebris ſexus magis præualeat, vt pro fœmina habeatur, tunc non poſſe poſthumum hæredem inſtituere, ſed tamen conſtat ex aliis locis mulierem poſſe poſthumos hæredes inſtituere, nec quicquam intereſſe inter maſculum & fœminam in hac re, & dari querelam inofficioſi teſtamenti poſthumo aduerſus teſtamentum matris: quia potuit eum hæredem inſtituere. leg. poſthumus. 6. §. 1. ff. de inoffic. teſtam. Imputatur mulieri, quod poſthumum hæredem non inſtituerit. Huius nodi explicandi cauſa, quidam dicunt ideo mentionem factam eſſe maſculi in hac re: quia mulier non poteſt poſthumum habere. Sed hoc aperte falſum eſt, præſertim ex dict. leg. poſthumus. §. 1 ff. de inoffic. teſta. vbi Iuriſconſul Simili modo, inquit, & eum qui poſt teſtamentum matris factum exſecto ventre extractus eſt. Ego fateor id rarum eſſe, vt mulier poſthumum habeat, ſed tamen accidit aliquando. Explodenda igitur eſt hæc opinio. Cur ergo facta eſt mentio maſculorum à Iuriſconſultis in his capitibus? Ego ſemper exiſtimaui ideo hic factam eſſe mentionem maſculorum: quia fœminarum teſtamenta ad hunc tractatum non pertinent. ob præteritionem matris non rumpitur teſtamentum. Præteritio matris habetur pro exhæredatione: ideo tota hæc noſtra diſputatio, de hæredibus poſthumis inſtituendis, ad teſtamenta maſculorum tantum pertinet. Docent nos Iureconſulti ſub hoc titul. quomodo liberi, vel poſthumi inſtituendi ſint, vel exhæredandi, ne illis præteritis rumpatur teſtamentum. At præteritis filiis in teſtamento matris, non rumpitur teſtamentum. Nos igitur animaduertere debemus omnes quæſtiones quæcunque hic tractantur, eo ſpectare, ne præteritione filii, vel poſthumi teſtamentum rumpatur. Variæ ſunt quæſtiones de exhæredandis liberis aut poſthumis: variæ cautiones Iureconſultorum, ne ob præteritionem teſtamentum rumpatur. Et quia omnia ad eum ſcopum referuntur, nón eſt mirum, ſi quæſtiones proponantur de maſculis. Sed cum

quæritur,

quæritur, an maſculus poſſit poſthumum hæredem inſtituere, cur facit maſculi mentionem in hac re? Quia hic nulla quęſtio eſt, niſi de teſtamentis maſculorum. Ideo cum hic ambiguitatis aliquid oritur, ſemper ad titulum ipſum, ad quem omnia referenda ſunt, reſpicere debemus. Et vtile eſt initio tractatus totum argumentum referre. in d. l. 6. Sed eſt quæſitum in fine, de hermaphroditis, in quibus muliebris ſexus magis incaleſcit, quæſtio aliena eſt à propoſito. Cum igitur ait Vlpian. in d. l. placet. 4. ff. hoc tit. omnem maſculum poſſe hæredem poſthumum ſcribere: perinde eſt ac ſi dixiſſet quemcunque poſſe hæredem ſcribere, niſi iuris ratio prohibeat. Et dum dixit maſculum poſſe poſthumum hæredem inſtituere, hoc eſt intelligendum, ne præteritione rumpatur teſtamentum.

In d. l. ſed eſt quæſitum. 6. ff. hic. alia eſt quæſtio de eo qui generare non poteſt, an is poſſit poſthumum hæredem inſtituere? In hac quæſtione diſtinguunt ſpadonem à caſtrato. Aiunt ſpadonem poſſe hæredem inſtituere: caſtratum non poſſe. Qui ſint ſpadones, & qui ſint caſtrati, docet Theophilus in Inſtit. tit. de adopt. melius quam Accurſius & Accurſiani, quorum ineptiſſima eſt de hac re ſententia. Spadones eos eſſe, ait Theophilus, qui ob impedimentum aliquod veluti frigiditatem liberos generare non poſſunt, quo ſummoto generare poſſunt. Caſtratos eſſe ait, qui omnino per naturam generare non poſſunt. In caſtratis nulla eſt ſpes liberorum procreandorum, in ſpadonibus aliqua ſpes eſt. l. ſi ſerua. 39. §. ſpadonem. ff. de iure dot. Stultum eſſet & nugatorium inſtitui poſſe poſthumum ab eo, cui exſecta ſunt virilia, quia liberos procreare non poteſt. Is enim qui poſthumum inſtituit, inſtituit ex ſe naſciturum. Ergo cum certum ſit filium ex eo naſci non poſſe, ſtultum eſſe diceretur, eum poſſe hæredem poſthumum inſtituere. ſed in eo in quo ſpes eſt procreandi, non eſt eadem ratio. Spadonum quidem appellatio generalis eſt. l. ſpadonum. 128. ff. de verbo. ſignifi. tamen hic ſpado diſtinguitur à caſtrato. Eodem pertinet quod dicitur in l. ſi quis poſthumos. 9. in princ. vbi legendum eſt abducatur, non abdicatur forte. Si quis inſtituerit poſthumos, quos certum eſt habere non poſſe, quia caſtratus eſt: non valet inſtitutio. Sed ſi eos inſtituerit quos forte habere poteſt, inſtitutio poſthumi valet. Videndum eſt, an natura quis omnino non poſſit liberos procreare, vt eſt caſtratus. Quæſierit aliquis, quorſum hic diſſeritur de his qui generare non poſſunt, an poſthumum hæredem inſtituere poſſint, an non, cuiuſmodi ſunt caſtrati? hoc videtur nugatorium & ineptiæ plenum. Quorſum pertinet hæc quæſtio? Certum eſt neminem naſciturum ex eo, qui poſthumum inſtituit hæredem, cuius natiuitate rumpatur teſtamentum. Inutilis ergo videtur omnino hæc quæſtio, an caſtratus poſſit poſthumum inſtituere, an non poſſit. Quidam eruditi nō valentes aliter ſeſe expedire, aiunt fructū huius quæſtionis eſſe in eo, qui naturaliter non agnaſcitur teſtatori, ſed ciuiliter.

Superius iam diximus, naturaliter quoſdam agnaſcere teſtatori, vt ſunt liberi ex eo & vxore eius procreati. Hi poſthumi dicuntur, ſiue nati fuerint poſt mortem teſtatoris, ſiue mortuo teſtatore poſt factum teſtamentum. Alij poſthumi dicuntur: puta, qui arrogati ſunt poſt factum teſtamentum. Hi videntur agnaſci ciuili quadam ratione: non autem naturali, & ideo vtile eſt, inquiunt, iis qui naturales liberos procreare non poſſunt, cuiuſmodi ſunt caſtrati, poſthumos inſtituere, ne rumpatur teſtamentum hac ciuili arrogatione: ſi forte poſtea præteriti reperiantur. Sed ego puto alium fuiſſe ſcopum noſtrorum Iuriſconſultorum, cum diſſerunt de inſtituendo poſthumo, ab eo qui eſt caſtratus, in qua nulla ſpes eſt procreandorum liberorum. Volunt oſtendere Iureconſulti teſtamentum ſtatim nullum eſſe, in quo poſthumus inſtitutus eſt à caſtrato homine, ab eo, qui liberos procreare non poteſt. Ecce teſtamentum in quo hæres inſtitutus non eſt, non valet. Initium & fundamentum teſtamenti eſt hæredis inſtitutio. l. proxime. ff. de his, quæ in teſtamen. §. ante hæredis inſtitutionem. Inſtitu. de lega. Caſtratus enim, qui inſtituit poſthumum, non videtur hæredem inſtituere. igitur nullum eſt eius teſtamentum ſtatim ab initio. Cum quis igitur inſtituit filium ex ſe naſciturum, & certum eſt ex eo naſci non poſſe per rerum naturam; quia eſt caſtratus: certe recte dicitur inutile eſſe eius teſtamentum. de eo qui per rerum naturam liberos procreare poteſt, idem dici non poteſt: & ſi forte inſtituerit poſthumum in ſuo teſtamento, valet inſtitutio: quamuis forte propter valetudinem non ſit aptus ad liberos procreandos. Ideo vtilitatis cauſa receptum eſt, vt poſſit poſthumum inſtituere, & valeat inſtitutio poſthumi: & hoc intereſt inter natos & poſthumos, quod nati ob præteritionem ſtatim rumpunt teſtamentum: naſcituri non ſtatim rumpunt teſtamentum: ſed poſtquam nati fuerint. l. 3. §. ex his. ff. de iniuſto rupto. Sed in eo, qui caſtratus eſt, qui dicitur non poſſe poſthumum hæredem inſtituere, nos idem dicimus quod de eo, qui nullum hæredem inſtituit. Eo ſpectaſſe Iureconſultus oſtendunt quædam capita ſub hoc titulo; præſertim dict. l. ſi quis poſthumos. in princip. hic. Quidam fecit teſtamentum recte, ſolenniter, & legitime. Deinde fecit aliud teſtamentum in quo inſtituit poſthumum hæredem: Quæritur an hoc teſtamento poſteriori, prius teſtamentum rumpatur? Quæſtio ex eo naſcitur, quod dicitur ſpadonem eſſe, caſtratum eſſe, atque ideo inutilem eſſe inſtitutionem poſthumi. Et ait Iuriſconſul. Si is ſit qui facile non poſſit generare, natura tamen non omnino impediri generare, valere poſterius teſtamentum, & ſuperius rumpi. quia poſteriori teſtamento valido rumpitur ſuperius. ſi vero caſtratus fuerit, & inſtituerit poſthumum, illa inſtitutio nullius eſt momenti. Perinde eſt enim ac ſi Chimeram inſtitueret, quæ nōn poteſt eſſe. nam nulla ſperatur natiuitas. Igitur ſi per naturam habere non poteſt liberos, ſuperius teſtamentum non rumpit. Ex his intelligimus, quis poſſit poſthumum inſtituere, & à quo poſthumi inſtitutio facta valeat. Poſthumum autem ex quacunque vxore inſtituere licet, vt dicitur in dict. l. placet. 4. ff. eo. Et ſi forte vxorem non habeat, quia vxorem poteſt habere, valet inſtitutio: & ſi vxorem habeat, poteſt ex alia vxore poſthumum inſtituere, quia poteſt poſtea aliam vxorem habere. hoc eſt intelligendum, niſi ea mulier alij nupta ſit. Si dicat, *Inſtituo poſthumum, qui ex me naſcetur & ex Seia*, valet ita demum inſtitutio, ſi alia nupta non ſit. Si alij nupta ſit, habetur turpis illa inſtitutio. Simile eſt quod dicitur in leg. 27. poſthumum. ex qualibet vidua natum ſibi filium hæredem inſtituere poteſt. Vidua dicitur, quæ alij nupta non eſt. Igitur ex ea, quæ alij nupta eſt, non poteſt poſthumus inſtitui. Turpis eſt hæc inſtitutio: quia non poteſt ita inſtitui ſine expectatione mortis alienæ, aut diuortij. Expectatio & cogitatio mortis alienæ, eſt plena triſtiſſimi euentus. l. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram. de verb. oblig. ff. Cogitatio diuortij inter coniuges eſt inhoneſta, & contra bonos mores. l. reprehendenda. Cod. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. fact. Idem dicendum eſt de ea quam nefas eſt ducere vxorem. Idem igitur dicendum eſt, & ſi quis inſtituerit poſthumum hæredem ex ea, quam nefas eſt vxorem habere. l. ſi quis poſthumos. 9. §. ſed ſi ex ea. hic ff. Hic locus pertinet ad nuptias inter perſonas, inter quas iure nuptiæ contrahantur, aut non contrahantur. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. filius à patre. 28. §. ſi quis eo tempore. Ego inſtitui in teſtamento meo filium ex me & Titia naſciturum. Cum Titia non poſſum matrimonium contrahere: quia minor eſt, ante tempus legitimum non poſſum. Multum intereſt inter hanc ſpeciem & eas, de quibus diximus. Hic non prohibetur matrimonium. Non eſt turpis hæc coniunctio. Poteſt vxorem ducere honeſte, & expectato tempore legitimo. Hic nulla eſt triſtis expectatio, vel euentus, vel cogitatio rei inhoneſtæ & turpis: ſi quis cogitet eam ſe vxorem ducturum, & ex ea ſuſcepturum liberos poſt legitimum tempus. in aliis exemplis ſpes eſt aliqua vxoris ducendę, ſi forte alij nupta eſt, ſi forte diuerterit, vel ſi forte mortuus ſit maritus: ſed ea ſpes turpis eſt. Hæc de perſonis.

De ratione inſtituendorum poſthumorum.

MVltum momenti habet ratio inſtituendi poſthumos, ne rumpatur teſtamentum. Non ſatis eſt inſtituere poſthumum hæredem, ne natiuitate eius rumpatur teſtamentum: ſed refert quomodo inſtituatur. atque hinc variæ naſcuntur quæſtiones. Primum occurrit quæſtio de eo, qui ſub conditione inſtituitur. leg. 22. cum poſthumus. & l.

poſthuma. 24. ff. hoc titu. vbi filius non recte inſtituitur ſub conditione: niſi conditio ex eius poteſtate omnino pendeat, vt dicemus infra ſub titu. de condit. inſtitu. Pone poſthumum inſtitutum eſſe ſub conditione, qui deinde natus ſit: quæritur, an eius natiuitate rumpatur teſtamentum, quaſi præteritus ſit: quaſi pro præterito habendus ſit is, qui non pure, ſed ſub conditione inſtitutus eſt. Non enim ſufficit inſtitui filium: ſed oportet recte inſtitui. Ideoque videtur rumpi teſtamentum natiuitate poſthumi, quaſi inſtitutus non ſit, qui ſub conditione inſtitutus eſt. Adducitur tamen hac de re Iureconſultorum noſtrorum diſtinctio obſeruanda. vt in d. l. cum poſthumus. hoc tit. ff. ſi acciderit conditio, quo tempore naſcitur, inſtitutus reperitur pure. cum enim extitit conditio, perinde eſt, ac ſi nulla conditio adſcripta eſſet. Inſpicimus igitur an extiterit conditio, an non extiterit tempore natiuitatis. Eo enim ſolo tempore rumpitur teſtamentum. Et hoc intereſſe diximus inter natos filios & poſthumos, quod ſub conditione inſtituto filio nato, ſtatim rumpatur teſtamentum. Sed ſi ſub conditione inſtitutus ſit poſthumus, non ſtatim rumpitur. eodem pertinet quod dicitur in dict. l. poſthuma. 24. ff. hoc titu. Proponitur ſub conditione inſtituta filia poſthuma eſſe, & nata pendente adhuc conditione: ea certe rumpit teſtamentum. nam tempore natiuitatis reperitur præterita. Reperitur enim inſtituta ſub conditione, quæ nondum extitit: perinde eſt ac ſi præterita eſſet. Sed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt cum extiterit conditio ante natiuitatem, non rumpatur teſtamentum. Sic diſtinguenda hæc ſunt. Alia quæſtio eſt ad rationem inſtituendorum poſthumorum ſpectans, quæ tractatur in l. commodiſſime. 10. ff. hic. Si vnus tantum caſus expreſſus ſit à teſtatore, an altero caſu eueniente, rumpatur teſtamentum?

Teſtator inſtituit eum, qui naſcetur poſt mortem ſuam, non inſtituit ſi naſcetur poſt factum teſtamentum, ſe adhuc viuo, eum caſum omiſit. Altero igitur caſu eueniente, qui omiſſus eſt à teſtatore, quæritur an rumpatur teſtamentum quaſi præteritus ſit filius, an vero recte videatur inſtitutus eſſe. Ait Pomponius *Commodiſſime, &c.* Eſt cautio Pomponij Iureconſulti, qua nobis conſulit, vt ita eum, qui naſciturus eſt inſtituamus, ne præteritione eius rumpatur teſtamentum. Suadet autem vt in vtrumque caſum inſtituamus hæredem, vt ſiue viuo me, ſiue mortuo me, inſtituam hæredem: aut etiam temporis nulla facta mentione, ſi alteruter caſus omiſſus ſit, eo caſu qui omiſſus eſt. Sic enim legendum eſt vt in Floren. In aliis legitur, Eo caſu, quo omiſſus eſt. Ait igitur Pomponius, nato filio, eo caſu, qui omiſſus eſt à teſtatore, rumpi teſtamentum. Videndum eſt igitur, ne quis inſtituatur, niſi aut omnibus caſibus expreſſis, aut infinite nulla facta temporis mentione: ne altero caſu eueniente, qui omiſſus eſt, rumpatur teſtamentum. Sed huic ſententiæ multa aduerſantur. In primis aduerſatur l. Titius. 25. §. Lucius ff. hic. Lucius Titius cum teſtamentum faceret, inſtituit id quod neptis ſua in vtero haberet. exiſtimabat enim eam prægnantem eſſe. Ea iam pepererat eo ipſo die, quo teſtamentum factum eſt, inſcio & ignorante teſtatore. Quæritur an rumpatur teſtamentum ob præteritionem, quaſi natus filius ex ea nepte præteritus eſſe videatur. Si verum eſt quod hic dicimus, videtur præteritus eſſe, & ob præteritionem teſtamentum rumpi. quia vnus caſus expreſſus eſt, & alter caſus euenit. Inſtituit id, quod in vtero habebat neptis ſua: inſtituit eum, qui erat naſciturus: hic iam erat natus. non expreſſit autem vtrunque caſum. Et ſecundum hanc Pomponij ſententiam videtur ita inſtitui debuiſſe, ſiue natus fuerit, ſiue naſciturus erit, hæres eſto. Sed cum dicit, quod naſcetur ex nepte mea, non videtur hæc inſtitutio pertinere ad eum, qui iam natus eſt. Alius eſt locus contrarius in l. vlt. C. de poſthu. hæred. inſtit. In hac ſpecie exprimitur tantum caſus mortis. ibi enim teſtator inſtituit eum, qui naſcetur poſt mortem ſuam: de eo, qui naſcetur ſe viuo, nullum verbum facit: attamen aperte conſtituit Iuſtinianus, etſi teſtator expreſſerit tantummodo caſum mortis, ſi inſtituerit eum filium naſciturum poſt mortem ſuam: etſi filius, viuo teſtatore, natus fuerit poſt factum teſtamentum, valere inſtitutionem: nec teſtamentum rumpi, quaſi præteritus ſit filius. Hæc videntur mirabiliter pugnantia eſſe. Et ſane hæc conſtitutio vna eſt ex nouis Iuſtiniani conſtitutionibus, quæ inſertæ ſunt Codici, poſt compoſitionem Pandectarum, & poſt primam Codicis editionem. idque inſcriptio indicat. Ideo ſi hic contraria reperirentur, abſurdum non eſſet dicere hac conſtitutione ius antiquum corrigi & emendari. Sed melius eſt, vt dicamus ius antiquum ſuppleri veluti quadam interpretatione magis, quam abrogari. Sic enim interpretari debemus, quia omnino pugnantia non ſunt. vt priores leges ad poſteriores, & contra poſteriores leges ad priores trahantur. l. non eſt nouum. ff. de legibus & Senatuſconſul. Igitur explicandæ huius quæſtionis gratia, diſtinguendum eſt. Diſtinguendum eſt, vt concilietur ſententia Pomponij, cum ea Iuſtiniani conſtitutione, & cum Pauli reſponſ. in dict. §. Lucius. In primis verum eſt quod Pomponius ait, propter caſum omiſſum rumpi teſtamentum. Si teſtator inſtituerit in vnum caſum tantum, altero omnino omiſſo: eo caſu qui omiſſus eſt eueniente, rumpi teſtamentum verum eſt. Sed cum quæritur, an ſit omiſſus caſus, an non ſit, dico non tantum ex verbis: ſed etiam ex mente & voluntate teſtatoris id æſtimandum eſſe. Exemplum eſt in dict. l. 25. Titius. §. Lucius. ibi dicitur, Albeſcente cœlo, id eſt, ineunte die, apud Apuleium. Alij male legunt, coaleſcente. In hac ſpecie ſatis apparet, ex coniectura voluntatis teſtatoris, alterum caſum omiſſum non eſſe: tametſi verbis expreſſus non ſit. Nemo eſt cui non ſatis perſpicuum ſit, perpenſis diligenter circumſtantiis huius hypotheſis, iam fuiſſe voluntatem teſtatoris vt inſtitueret partum neptis ſuæ, ſiue iam natus, ſiue naſciturus eſſet. Ideo inſtituit quod in vtero haberet, quia nondum putabat eam peperiſſe. Eodem die paulo ante factum teſtamentum pepererat, nec longum erat Interuallum. Ideo coniectura voluntatis ſuadet, vt interpretemur caſum hunc omiſſum non eſſe. Sic itaque non aduerſatur ſententiæ Pomponij. Nos interpretamur ex ſententia teſtatoris inſtitutum eſſe eum, qui iam natus erat tempore facti teſtamenti, licet verba teſtatoris referantur ad eum, qui naſciturus eſt. Eſtque locus communis de interpretatione, obſeruatione dignus. Nos ſic interpretamur verba teſtatoris, vt quod ab eo ſcriptum eſt, ad alia producamus, de quibus ne cogitauit quidem. Tanta vis eſt huius interpretationis, quia id dicimus ex ſententia eius eſſe, quod credibile eſt eum dicturum fuiſſe, ſi de eo conſultus & interrogatus fuiſſet, vel de eo cogitaſſet. Exemplum ſimile adducitur in illis legibus. Eſt etiam ſimile in pactis. vt ff. de pactis. l. tale pactum. 40. in fi. Quid igitur dicemus in dubio? Teſtator verbis non expreſſit vtrunque caſum: & dubium eſt, an de eo caſu cogitauerit, an non cogitauerit. quomodo interpretabimur? Tunc recurrendum eſt ad conſtitutionem Iuſtiniani, in dict. l. vlt. Cod. de poſthum. hæred. inſtit. In re dubia facile creditur teſtator de alio caſu cogitaſſe. Nos benignius interpretamur voluntatem teſtatoris, ne teſtamentum rumpatur. Ergo ſi quis ita dixerit, ſi filij intra decem menſes poſt mortem meam editi fuerint, hæredes ſunto: & nati fuerint filij ante mortem eius poſt factum teſtamentum, non rumpent teſtamentum, quaſi præteriti: cum enim caſus omiſſus eſt, rumpitur teſtamentum: cum non eſt omiſſus, non rumpitur teſtamentum. Sed cum quæritur an omiſſus ſit, an non ſit, non tantum verba, ſed etiam mentem teſtatoris ſpectamus. In dubio autem dicimus non rumpi teſtamentum.

Cœpimus tractare de ratione & forma inſtituendorum poſthumorum, quomodo inſtituendi ſint poſthumi, ne eis præteritis teſtamentum rumpatur. Diximus cum plures caſus ſunt, quibus filius tanquam præteritus poteſt rumpere teſtamentum, in omnem caſum eiuſmodi eum inſtituendum eſſe, adeo vt, ſi vnus caſus omiſſus fuerit, iſque euenerit, natus poſthumus tanquam præteritus rumpat teſtamentum. Hinc quæſtio eſt in l. ſi ita ſcriptum. 13. in princip. ff. hoc tit. Ita ſcriptum eſt in teſtamento, *Si mihi filius natus erit, ex beſſe hæres eſto. ex reliqua parte vxor mea hæres eſto.* Teſtator cogitabat ex vxore ſua pręgnante poſſe naſci aut filium, aut filiam. Vnde ſi naſcatur ſibi filius, vult ſibi ex maiore parte hæredem eſſe, quam ſi filia naſcatur: & ſiue natus fuerit filius, ſiue

filia, vult vxorem ex reliqua parte hæredem eſſe. ergo ſi natus fuerit filius vxor ex quatuor vnciis hæres erit. Si vero nata fuerit filia, vxor habebit octo vncias, quia vult ſibi filiam eſſe hæredem ex triente, & vxorem ex reliqua parte. reliqua pars eſt octo vnciarum. Poſt mortem teſtatoris natus eſt filius & filia præter cogitationem teſtatoris: cogitabat enim naſciturum filium tantum, aut filiam. De vtroque non cogitabat: non ſperabat vtrunque naſciturum ex vxore ſua, quæ prægnans erat: vterque tamen natus eſt. hic quæritur an valeat teſtamentum, an potius ruptum ſit? Diximus rumpi teſtamentum eo caſu eueniente, qui omiſſus eſt. At hic caſus omiſſus eſt. Teſtator hos tantum caſus expreſſit, nempe caſum quo natus erit filius, & caſum quo nata erit filia. Caſum autem quo natus erit vterque non expreſſit. Cum igitur hic caſus euenerit, qui omiſſus erat, videtur ruptum eſſe teſtamentum. Et hic Iuriſconſul. ait ſubtilitate quidem iuris rumpi teſtamentum: ſed humanitate ſuadente, non rumpi. Cum duo enim ſimplices caſus expreſſi ſunt, coniunctus etiam videtur expreſſus. l. 2. ff. de verborum obligatio. Cum ſtipulationes Iureconſultus ait quaſdam in dando, quaſdam in faciendo conſiſtere, complectitur etiam mixtas, id eſt eas, quæ tam in faciendo, quam in dando conſiſtunt. Sed quomodo hæreditas diuidetur inter filium, filiam & vxorem defuncti, ſeruata proportione ſecundum voluntatem teſtatoris? Ait Iulianus diuidendam eſſe hæreditatem in partes ſeptem, ita vt quatuor partes habeat filius, duas habeat vxor, & filia vnam. Hoc exiſtimauit Iulianus conſentaneum eſſe voluntati teſtatoris, quod verum eſt. Teſtator, qui ita inſtituit, vt diximus, voluit filium habere altero tanto amplius, quam vxorem, quia inſtituit filium, ſi naſcatur, ex octo vnciis: vxorem autem ex quatuor. Ergo vult filium habere altero amplius, quam vxorem. Si filia nata fuerit, vult vxorem altero tanto amplius habere, quam filiam. Ait enim: *Si filia nata mihi fuerit, ſit hæres ex triente, vxor ex reliqua parte.* Secundum igitur voluntatem teſtatoris, vxor altero tanto habere debet amplius, quam filia. Coniungamus igitur hos caſus, de quibus ſeparatim cogitabat teſtator, conſentaneum erit voluntati teſtatoris, ita hæreditatem diuidere, vt filius altero tanto amplius habeat quam vxor, vxor altero tanto amplius habeat quam filia. quod fit cum ita hæreditatem diuidimus vt ex ſeptem vnciis habeat filius quatuor, duas vxor, vnam filia. Vxor igitur habet altero tanto amplius, quam filia: & filius habet altero tanto amplius quam vxor. Rectiſſime igitur & maxime ſecundum voluntatem teſtatoris in hoc exemplo hæc diuiſio hæreditatis fit. Pro exemplo Iulianus docuit diuidendam eſſe hæreditatem in ſeptem partes: in alias tamen partes poteſt diuidi, nec refert in quot partes fuerit diuiſa, modo hæc proportio ſeruetur. Vnde ſi dicamus octo partes habere filium, quatuor vxorem, duas filiam, eadem proportio eſt. Sic hæreditas diuidetur in 14. partes. hoc ſatis notum eſt iis, qui in Arithmetica exercitati ſunt. Similia exempla de hac proportione ſunt in l. clemens patronus. 89. ff. de hæred. inſtit. & l. ſi quis teſtamento Titio & Seio. 78. §. apud Iulianum. ff. de leg. 1. Ex his quæ diximus naſcitur celebris illa quæſtio de poſthumis nepotibus inſtituendis, tractata apud Scæuolam in l. Gallus. 29. ff. hoc titul. de lib. & poſthum.

Explicatio l. Gallus.

QVæſtio eſt, quomodo inſtituendi ſint poſthumi nepotes, ne quaſi ipſis præteritis rumpatur teſtamentum, poſtquam nati fuerint. Gallus oſtendit ſic eos poſſe inſtitui, ne nati rumpant teſtamentum, *Si filius meus, viuo me, &c.* Non hoc ſcripſit Gallus, quaſi ante eius tempora non poſſent poſthumi hæredes inſtitui: ſed quia vulgo non erat nota ratio inſtituendi: & volebat proſpicere & conſulere iis, qui teſtamenta faciebant, ne ipſorum teſtamenta natiuitate poſthumorum rumperentur, ſi non ſatis caute teſtamenta ſua conſcripſiſſent. Docuit itaque ſic poſſe eos inſtitui. Propoſuit formulam, quæ videtur ei commoda ad hanc inſtitutionem, ne aliquo caſu omiſſo rumperetur poſtea teſtamentum, nato poſthumo. Eſt tamen magna de hac re controuerſia. Et quidem exiſtimant non licuiſſe ante Gallum poſthumos nepotes hæredes inſtituere: id vetitum eſſe lege 12. tabularum, quæ à Gallo abrogata fuit. Sic interpretantur verba illa, Gallus ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit, quaſi hac formula Galli abrogata ſit lex 12. tabul. quæ vetabat poſthumos nepotes hæredes inſtitui. Ad ſententiam ſuam probandam id adferunt quod ait Iuſtinia. Inſtitut. de bon. poſſ. in princip. iure ciuili non licuiſſe poſthumum alienum hæredem inſtituere, & de hoc poſthumo intelligendum eſſe quod hic dicitur. Ducunt enim argumentum ex l. pen. de legat. 1. vbi dicitur obtinuiſſe ſententiam Galli, alienos poſthumos legitimos hæredes nobis fieri. Hæc ſententia mihi nunquam probari potuit. Nam primum certum eſt non fuiſſe hanc authoritatem Galli Aquilij, aut aliorum Iureconſultorum eius temporis, vt leges ferrent, aut leges iam latas abrogarent, & emendarent. reſpondebant de iure. Verum eſt eorum reſponſa vim & authoritatem legum poſtea habuiſſe. §. reſponſa. Inſtit. de iure nat. gent. & ciuil. Vis & authoritas legum eorum reſponſis poſtea attributa eſt conſtitutionibus Principum: extat conſtitutio Theodoſij in Cod. Theodoſiano, quæ vim legum reſponſis Iuriſconſul. tribuit, quæ iam in libros redacta erant. Munus Iuriſconſul. veterum verſabatur in cauendo, in reſpondendo de iure, in interpretando, vt ait Cicero ad Quint. fratrem lib. 3. Interpretabantur ius ciuile, edicta & leges, & reſpondebant plerunque ex facto conſulti. Si quid inciderat, de quo dubitaretur quid iuris eſſet, adibantur Iuriſconſul. Munus igitur eorum verſabatur in reſpondendo, verſabatur etiam in cauendo. Cauere non eſt de iure reſpondere. Reſpondebant de his, quæ iam euenerant. Sed cautiones Iuriſconſul. pertinent ad ea quæ nondum euenerant, vt ſi quis velit contractum aliquem celebrare, adit Iuriſconſ. cuius conſilio vtitur in contractu ineundo. Exempla ſunt harum cautionum apud Marcum Varronem, qua lege quid emendum, vel ſit vendendum. vnde Manilij leges, id eſt pactiones, quæ adſcribebantur contractibus. Is formulas conſcripſit de quibuſcunque contractibus. Quæ conditio adſcribenda eſſet veditioni cuiuſque rei. Et Gallus noſter præcipue deditus fuit his cautionibus conſcribendis. & extat cautio ſtipulationis, quæ Aquiliana dicitur, à nomine auctoris huius, & formula etiam de dolo malo. Quod igitur in primis me mouet illud eſt, quod non licuit veteribus Iuriſconſ. qualis fuit Gallus Aquilius, leges tollere: imo ne prætoribus quidem hoc permiſſum fuit. In edictis ſuis Prætores aliquando excipiunt leges, vt in edicto de maioribus. contra leges Prætor nihil decernit. leg. cum ſponſus. 12. §. vlt. ff. de publi. in rem act. Quod adducitur ex §. 1. de bon. poſſeſſ. in Inſtitu. parum me mouet, vbi dicitur, *Poſthumus alienus iure ciuili non poterat hæreditatem adire, quamuis bonorum poſſeſſio ei daretur a Prætore.* Loquitur Iuſtinianus de poſthumo alieno. Quod autem hic dicitur, ad poſthumos alienos non pertinet. Cautio Galli ad ſuos poſthumos pertinet. ego oſtendam alienos non eſſe, definitione, quam tradit Iuſtinianus Inſtitut. de lega. §. Poſthumus. Poſthumus, inquit, alienus eſt, qui natus inter ſuos teſtatori hæres futurus non eſt. Sic dicitur poſthumus alienus in l. extraneo. 6. ff. de ventre in poſſeſ. mitt. Qui natus, id eſt, qui cum natus fuerit, non eſt futurus inter ſuos hæredes teſtatori. Sic diſtinguenda ſunt hęc verba, quamuis hic amphibolia ſit. Alij aliter diſtinguunt. Suus futurus hæres, & inter ſuos futurus idem eſt, & promiſcue his verbis vtitur Vlpian. in l. 1. §. 1. de ventre in poſſ. mitten. *Suum hæredem naſci, & inter ſuos hæredes naſci.* Exemplum adfert Iuſtinianus, vt ex emancipato filio conceptus nepos. Pater emancipauit filium. Deinde conceptus eſt filius: ex eo filio emancipato ſi nepos ille non poteſt eſſe ſuus hæres auo, eſt extra familiam aui. quia poſt emancipationem conceptus eſt. hic eſt poſthumus extraneus: non eſt futurus hæres ſuus teſtatori poſthumus. Igitur poſthumus, de quo hic loquimur, non eſt alienus. quod ſic oſtendo ex definitione Iuſtiniani. Poſthumus alienus eſt qui quandocunq; natus fuerit, non eſt futurus ſuus hæres teſtatori. At hic de quo loquimur, ſi natus fuerit, poteſt eſſe ſuus hæres teſtatori. Exempli gratia, ſi filius qui gradu præcedit nepotem, deceſſerit viuo teſtatore, nepos poſtea natus naſcitur ſuus hæres teſtatori. Nemo enim reperitur tempore natiuitatis qui eum antecedebat. Si natus poteſt eſſe ſuus teſtatori, non recte dicitur alienus poſthumus eſſe ex illa definitione Iuſtiniani. Er-

go quod obiicitur ex illo §. 1. non pertinet ad cautionem Galli Aquilij. Atque hinc notanda eſt differentia poſthumi ſui, & alieni. Poſthumus alienus iure antiquo hæres inſtitui non poterat: poſthumus ſuus inſtitui poterat. Obſcura videtur ratio quibuſdam huius diuerſitatis: ſed ſatis colligitur ex contextu Iuſtiniani in §. incertis. & §. poſthumus. & aliis, Inſtit. de legat. præſertim ex Theophilo. Primum ſcribit Iuſtinianus incertis perſonis nihil potuiſſe relinqui iure veteri. *Quiſquis filio meo filiam ſuam deſponderit, hæres meus eſto: vel centum ei lego.* Huiuſmodi inſtitutio & huiuſmodi legata erant inutilia. Rationem adfert Iuſtinianus. quia certum debet eſſe conſilium teſtatoris. Hic certum conſilium non eſt, cum quis inſtituit, vel cum quis aliquid relinquit incertæ perſonæ. Hac ratione ne ſuis quidem poſthumis videretur poſſe quid relinqui, ſicut nec alienis: quia ſui etiam poſthumi ſunt incertæ perſonæ. Non enim ſunt in rerum natura: ſed ratio coniunctionis, quæ eſt inter teſtatorem & ſuos hæredes, ſuaſit hoc in ſuis non prohiberi: ſed tantum in alienis. Propter hanc incertitudinem, viſum eſt hactenus id prohiberi, ne quid poſthumis tantum alienis relinqueretur. Hoc colligitur ex d. §. incertis. & §§. ſequen. Et Theophilus ait alienos poſthumos ſimiles eſſe incertis perſonis. eoſque refert Iuſtinianus inter incertas perſonas. Sic iure antiquo non erat permiſſum poſthumis alienis, tanquam perſonis incertis, quicquam relinquere. Sed quo iure id prohibitum fuerit quæri ſolet. Idem Theophilus alio in Inſtitu. tit. de bon. poſſeſſ. in princip. ait hoc prohibitum eſſe legib. 12. tabularum. & ſic interpretatur, quod ait Iuſtinianus, prohibitum eſſe iure ciuili. Taurellus, vir alioqui non contemnendi iudicij, diſſentit, ductus tamen, vt mihi videtur, futili argumento. Argumentum ducit ex verbis l. 12. tabularum, his: vti quiſque legaſſet ſuæ rei, ita ius eſto. l. 120. verbis legis 12. tabular. ff. de verborum ſignifi. ſic interpretatur Taurellus ea verba legis duodecim tabularum, quaſi lex, quæ vtitur his verbis generalibus, pertineat ad quoſcunque hæredes inſtituendos etiam eos, cum quibus teſtamenti factio non eſt: ſed hoc falſum eſt. ad ciues tantum pertinent ea verba legis 12. tabul. & eos tantum, cum quibus teſtamenti factio eſt. Nihil ergo mouere nos debet, quod adducitur ex illa l. verbis legis. ff. de verborum ſignific. Non licuit igitur per legem 12. tabular. poſthumos alienos hæredes inſtituere propter rationem quam adduximus. Gallus Aquilius hac cautione, quam interpretari incipimus, eam legem non abrogauit, ſed voluit oſtendere lege 12. tabula. prohibitum non eſſe. Voluit oſtendere legem duodecim tabularum non pertinere ad hos poſthumos nepotes, quamuis ea lex vetet poſthumos alienos inſtitui. Ea enim non pertinet ad nepotes poſthumos, cum loquatur de alienis. Sed vt hæc commodius explicentur, animaduertendum eſt tria genera eſſe poſthumorum. Quidam ſunt ſui poſthumi, qui alieni eſſe non poſſunt: quandocunque nati fuerint, ſemper ſui hæredes futuri ſunt teſtatori: vt poſthumus naſciturus ex teſtatore & eius vxore, quam habet prægnantem, quandocunque naſcatur hic filius, ſuus erit. Verum eſt eum, qui non eſt in rerum natura, non eſſe in poteſtate teſtatoris. l. vlti. ff. de collat. bon. Sed dicitur ſuus propter ſpem: quia ſi natus eſſet tempore mortis teſtatoris, ſuus eſſet: quia nemo eum præcedit. & de his intelligenda eſt l. 4. placet. ff. hoc titul. Alij ſunt poſthumi, qui dicuntur alieni, ſiue extranei, qui non poſſunt eſſe ſui quandocunque nati fuerint. Et ſic interpretor definitionem Iuſtiniani in §. poſthumus, de legat. in Inſtitu. & exemplum quod affert Iuſtinianus id ſatis demonſtrat, cum loquatur de eo, qui eſt conceptus nepos poſt emancipationem filij, quandocunque is natus fuerit, non poteſt eſſe ſuus hæres auo. Hic poſthumus non recte inſtituebatur lege duodecim tabularum. Itaque iure ciuili non poterat hæreditatem adire, vt Iuſtinianus dicit in §. 1. de bono. poſſeſ. Sed tamen Prætor ei dabat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas: nec id mirum eſt. Nam Prætor dabat bonorum poſſeſ. ſecundum tabul. aliis pleriſque perſonis, quæ non admittebantur iure ciuili ad hæreditatem. Sed tandem conſtitutio edita eſt à Iuſtiniano, qua voluit alienos etiam poſthumos hæreditatem poſſe adire, cuius mentio eſt in §. 1. de bon. poſſeſſ. in Inſtit. & d. §. poſthumus. Inſtit. de legat. Sed ea non extat. veriſimile eſt eam Græce conſcriptam fuiſſe. Sed mirum eſt quod Iuſtinianus ait in d. §. poſthumus: Poſthumum alienum antea potuiſſe inſtitui, & nunc non poſſe. eſt enim antinomia. nam videtur pugnare cum eo, quod Iuſtinianus ait in §. 1. de bono. poſſeſ. Quod ait Iuſtinianus, antea poterat hæres inſtitui, referendum eſt ad ius prætorium: non enim dicit, poterat hæres inſtitui iuri ciuili: ſed dicit, poterat hæres inſtitui. Inſtitutus hæres poſthumus alienus petebat à Prætore bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas. Ergo poterat hæres inſtitui. Non negat Iuſtinianus in §. 1. potuiſſe hæredem inſtitui: ſed negat potuiſſe adire hæreditatem iure ciuili. Sed cur dicit Iuſtinianus, inutiliter antea ei legabatur? Apertam tradit differentiam inter inſtitutiones & legata. Ratio non eſt obſcura. Nam per bonorum poſſeſſionem non proſpiciebatur legatis: ſed hæreditatibus tantum. Poterat hæres antea inſtitui propter ius prætorium: quia bonorum poſſeſſionem ei dabat Prætor. de legatis idem dici non poterat. Sed tamen notandum eſt iuriſdictione prætoria hoc etiam quodammodo emendatum fuiſſe. Nam permiſſum eſt per fideicommiſſum poſthumo alieno relinquere. l. 6. quidam relegatus. in fin. cum ſeq. leg. de reb. dub. Permiſſum eſt eis fideicommiſſariam relinquere hæreditatem, & fideicommiſſum. Eſtque vna differentia inter fideicommiſſa & legata, cuiuſmodi pleræque aliæ reperiuntur apud Vlpianum in Inſtit. titu. de leg. & tit. de fideicom. de quo ſcripſi etiam lib. 2. diſput. In fideicommiſſis enim ſola voluntas ſpectabatur. l. pen. de lega. 1. Alij ſunt poſthumi, & hoc eſt tertium genus. Poſthumi nepotes, qui poſſunt naſci ſui, ſi pater eorum deceſſerit tempore mortis teſtatoris, & dubitari poterat an eſſent ſui, an alieni, an eſſet ſpectandum tempus teſtamenti, an tempus natiuitatis. Ideo Gallus ait eos poſſe inſtitui. Hi poſthumi nepotes, de quibus hic loquimur, & quorum gratia concepta eſt hæc formula à Gallo Aquilio, dubitari poteſt, an ſint ſui, an alieni, & ſic an poſſint inſtitui ſecundum legem 12. tabul. an non. Si naſcerentur tempore teſtamenti non eſſent ſui, quia filius eos præcederet: & tamen poſſunt naſci ſui, perſona filii è medio ſubducta. Sed ait Gallus poſſe eos inſtitui, collata inſtitutione in id tempus, quo ſui naſcentur: & congruit hæc ſententia Galli cum Iuſtiniani definitione. Ex definitione Iuſtiniani conſtat poſthumos nepotes pro alienis habēdos non eſſe. Nam poſſunt naſci ſui, ſi filius viuo auo moriatur. Ego hinc concludo legem tabu. 12. ad hos poſthumos, quorum gratia conſcripta eſt formula Galli Aquilii, non pertinere: & non eſſe prohibitam inſtitutionem horum poſthumorum lege 12. tabul. Non enim conſtituit legem aliquam nouam, quod ei non licebat: ſed inuenta eſt ratio vtilis & commoda inſtituendi hos poſthumos nepotes, ne alioqui inutile fiat teſtamentum. Nullus mihi vnquam occurrit locus in iure ciuili, in quo poſthumi hi nepotes alieni dicantur.

Superiori loco diximus, formulam Galli Aquilii de inſtitutione poſthumorum nepotum, ad poſthumos alienos non pertinere: & eam iuri ciuili veteri conſentaneam magis eſſe, quam contrariam. Iure veteri prohibebatur inſtitui poſthumus alienus: Gallus de poſthumis alienis non loquitur. Non enim recte dicuntur poſthumi alieni, qui nati aliquando futuri ſunt hæredes teſtatori, ex definitione Iuſtiniani in §. poſthumo. Inſtitu. de leg. Induxit igitur Gallus Aquilius rationem inſtituendorum nepotum poſthumorum non omnibus notam eo tempore. Non quod prohiberentur inſtitui: ſed quod ratio inſtituendi non erat vulgo nota: & plerunque ob ignotam rationem inſtituendi, ſic deficiebant teſtamenta, vt poſtea rumperentur. Qui dicunt ius nouum ab Aquilio inductum eſſe, & hanc cautionem Aquilianam contrariam eſſe iuri ciuili, idem forte dicturi ſunt de formula ſtipulationis, quæ à Gallo eodem auctore compoſita fuit, cuius mentio eſt ſub tit. Inſtitu. quib. mod. oblig. Sed tamen falſum eſt. Non diſſimilis eſt iſta cautio de inſtitutione poſthumorum nepotum illi Aquilianę ſtipulationi. Illa Aquiliana ſtipulatio non eſt contraria iuri ciuili, cum iure ciuili nulla tolleretur obligatio, niſi verbis contracta eſſet, & quædam obligationes contraherentur conſenſu, vel re: induxit Aquilius formulam quandam & ſtipulationem in quam conuerterentur omnes obligationes, quæcunque re, aut conſenſu

contra-

contractæ eſſent, deinde acceptilatione tollerentur. Ille qui hanc formulam induxit, nullum ius nouum conſtituit. ſed quia nondum ratio obligationum conuertendarum inſtipulationem erat vulgo nota: neque intelligebant forte id ſibi licere, eam patefecit. Idem accidit in hac formula inſtituendorum poſthumorum nepotum. Præterea, etſi alieni hi poſthumi eſſent, de quibus loquitur Gallus, & qui prohiberentur inſtitui veteribus legibus, ideo ratio iuris permittit, vt eo modo inſtituantur, quo inſtitui poſſe Gallus docuit. Is qui cum teſtamenti factio non eſt tempore facti teſtamenti, tamen inſtitui poteſt in id tempus collata inſtitutione, quo capax futurus eſt, quo tempore erit cum eo teſtamenti factio. l. in tempus. 62. ff. de hæred. inſtit. Obiicitur nobis ab his, qui diſſentiunt, l. pen. de lega. 1. Paulus ibi refert ſententiam Galli, & ait obtinuiſſe, vt poſthumi alieni legitimi nobis hæredes fierent. Ergo hæc cautio Galli de poſthumis alienis accipienda eſt, non de ſuis. Qui contrariam ſententiam tuentur, inter quos eſt Æmilius, nullum habent firmius fundamentum opinionis ſuæ, quam hoc caput Pauli. Sed mihi videtur ille locus, ſi recte intelligatur, nihil omnino ad rem pertinere. Nam certum eſt Paulum in eo capite, non de inſtitutione hæredum, non de teſtamento: ſed de legitimis hæredibus, id eſt ab inteſtato venientibus, loqui, illis verbis, *Legitimos nobis hæredes fieri.* Legitima hæreditas ea eſt proprie quæ defertur lege tantum, non etiam teſtamento. l. 3. §. de illo. ff. pro ſoc. Cum itaque Paulus dicat legitimos hæredes nobis fieri, de hæredibus ab inteſtato accipere debemus. Quidam ita legunt, *A poſthumo hærede inſtituto fideicommiſſum dari poteſt.* ſic legit Conanus, vt oſtendat hoc caput Pauli ad teſtamentum & inſtitutionem hæredis pertinere, & ait hoc ſumptum eſſe ex libro 4. Sentent. Pauli, qui hodie extat, vbi tit. de fideicommiſſ. ait, *a poſthumo hærede inſtituto fideicommiſſum dari poſſe.* nec dubitat quin ex eo libro hoc caput ſumptũ ſit. Sed hoc aperte falſum eſſe indicat inſcriptio capitis; quæ talis eſt in Pandect. Flor. Ex lib. ſingu. Pauli de iure codic. Illa igitur ſententia Pauli tametſi vera ſit, nihil habet commune cum noſtra, & aliter ſic legitur in Florent. *A fratris poſthumo fideicommiſſum dari poteſt.* Non ergo loquitur Paulus de inſtituto hærede, ſed de legitimo hærede, id eſt, de hærede ſuccedente ab inteſtato. Poſthumus enim fratris ſucceſſurus eſt ab inteſtato. Notandum igitur eſt Paulum hic loqui de hærede legitimo: nam de inſtitutione nullum eſt verbum. Deinde animaduertendum eſt de eo poſthumo, qui omnino alienus eſt, loqui Paulum. Poſthumus etenim fratris alienus eſt omnino patruo. Iuſtinianus definit poſthumum alienum, qui natus hæres teſtatori ſuus futurus non eſt, ſed fratris poſthumus, quandocunque natus fuerit, nunquam eſt futurus hæres patruo, nunquam eſt futurus in eius poteſtate. eſt ergo poſthumus fratris omnino alienus. Senſus igitur verborum Pauli, de quibus agitur, eſt: Patruus cum hæredes inſtituere nollet in teſtamento, ſed hæredes ab inteſtato habere vellet, cuiuſmodi erat poſthumus fratris, is codicillos tantum ſcripſit, & his codicillis fideicommiſit huius poſthumo (quem vxor fratris forte in vtero habebat) vt Titio centum daret, nullo facto teſtamento, ſciebat tamen eum ſucceſſurum ab inteſtato cum natus eſſet. quæritur an hoc fideicommiſſum valeat? Hoc ſcriptum eſt à Paulo lib. ſingu. de iure codicillo. quod in codicillis ſcriptum eſſet. & ait, *A fratris poſthumo fideicommiſſum dari poſſe.* Dubitandi tamen cauſa fuit duplex, an hoc fideicommiſſum valeret. In primis, quia poſthumus alienus eſt, ideoque non videtur fideicommiſſum ab eo vtiliter relinqui poſſe, ſicut nec poſthumo alieno inutiliter legabatur. Inſtitu. de leg. §. poſthumo. Deinde non videtur iure ciuili hæres eſſe poſſe. Si poſthumus alienus iure ciuili hæres inſtitui non poteſt, quomodo poteſt ab eo fideicommiſſum relinqui? Vtrique obiectioni reſpondet Paulus breuiter. Sola, inquit, voluntas ſpectatur in fideicommiſſis. His verbis diluit obiectum de legato inutiliter relicto poſthumo: hic enim non de legatis loquimur, ſed de fideicommiſſis, in quibus ſola voluntas ſpectatur. In legatis pleraque alia. In legatis ſeruabantur ſolennitates iuris. exempla ſunt apud Vlpianum tit. de legat. & tit. de fideicommiſſ. Deinde ad alteram obiectionem reſpondet, ad id quod dictum eſt de hæredibus, ſcilicet iure ciuili poſthumos alienos hæredes eſſe non poſſe. Ait Paulus: obtinuit ſententia. Cum dubitaretur, an poſthũi alieni legitimi poſſent eſſe hæredes: & eſſent variæ opiniones Iureconſultorum, obtinuit tandem ſententia Galli, alienos quoque poſthumos legitimos nobis hæredes fieri. Alieni quoque poſthumi poſſunt nobis ab inteſtato ſuccedere. De teſtamento vero Paulus non loquitur. Ideo ad hanc formulam Galli non poſſunt referri ea verba Pauli. Hæc enim cautio pertinet ad inſtitutionem poſthumorum nepotum: non pertinet autem ad hæreditatem, quæ defertur ab inteſtato. Ego ſcio hoc verbum nonnunquam referri ad hæreditatem ex teſtamento. Hæreditates enim teſtamentariæ lege confirmantur. l. lege obuenire. 130. ff. de verbor. ſignifi. facit l. 20. verbis legis. eod. titul. vbi dicitur quam late pateant verba illa, *Vti quis legaſſit rei ſuæ, ita ius eſto.* Sed ambiguitas, ſi qua ſit in his verbis, facile explicatur ex his quæ diximus. Ego oſtendi tam ex inſcriptione capitis, quam ex antecedentibus & ſequentibus verbis, intelligendum eſſe hoc cap. penulti. de lega. 1. de codicillis & de hæredibus qui ſuccedunt ab inteſtato, nullo facto teſtamento. In codicillis hæres non inſtituebatur: ergo nihil neceſſe eſt recedere à propria ſignificatione horum verborum. Et certum eſt proprie eos legitimos hæredes dici, quibus lege tantum defertur hæreditas ſine teſtamento. Hæreditas teſtamentaria lege quidem defertur: ſed non lege tantum. Et certum eſt quædam alia à Gallo Aquilio inducta fuiſſe in hæreditatibus tam ab inteſtato, quam ex teſtamento, præter hanc cautionem, de qua hic loquimur. Vnus locus eſt apertus in l. ſi ita quis hæres. 74. ff. de hæred. inſtitu. Si quis ex certa re inſtitutus ſit hæres, perinde habetur ac ſi nulla rei certæ facta mentione, ſimpliciter hæres inſtitutus eſſet, ne quaſi eo præterito rumpatur teſtamentum. Ex his intelligitis quod fuerit conſilium Galli Aquilij in hac formula concipienda de poſthumis nepotibus hæredibus inſtituendis. Nunc videndum eſt de lege Vellea.

De lege Vellea.

INterpretatio Scæuolæ, quæ continetur variis capitibus huius legis, vertitur tanquam in cardine quodam, tam in conſilio Galli explicando, quam in lege Vellea. Vnde neceſſe eſt antequam ad Scæuolæ verba veniamus explicanda, aliquid de lege Vellea dicere. Legis Velleæ duo fuerunt capita præcipua. Prius caput, cuius mentio eſt in hac lege, §. nunc de lege Vellea &c. pertinet ad inſtitutionem poſthumorum nepotum, qui naſcituri ſunt viuo teſtatore. Formula Galli Aquilij pertinet tantum ad eos poſthumos nepotes, qui naſcituri ſunt poſt mortem teſtatoris. Naſcituros autem poſthumos viuo teſtatore olim inſtituere non licebat hæredes, ante legem Velleam. idque aperte oſtendit Vlpian. in Inſtit. tit. qui hæred. inſtit. poſſ. Is qui in vtero eſt poteſt hæres inſtitui naſciturus poſt mortem teſtatoris iure ciuili. alias ſi naſcitur viuo teſtatore, ex lege Vellea. Ego dixi ſupra poſthumos qui in rerum natura non ſunt, non videri inſtitui poſſe, ſi ſubtilitatem inſpiciamus: quia lex vetat inſtitui perſonas incertas: incerta autem perſona eſt, quæ non eſt in rerum natura, ſed humanitate ſuadente receptum fuit, vt ſui poſthumi propter coniunctionem quam habent cum teſtatore, inſtituantur hæredes: teſtatore mortuo viſum eſt iniquum eos natos rumpere teſtamentum, & non poſſe inſtitui hæredes, alios autem qui naſcituri eſſent viuo teſtatore, non erat permiſſum inſtituere, etiam ſi ſui naſcituri eſſent. Sed lex Vellea tandem hoc permiſit. d. §. nunc de lege Vellea. & ſane diuerſa eſt ratio eorum, qui viuo teſtatore naſcituri ſunt, & eorum, qui naſcituri ſunt poſt mortem teſtatoris. Quod ad hanc rem attinet, non videbatur, abſque vllo incommodo & iniquitate, denegari poſſe teſtatori inſtitutio naſciturorum poſt mortem ſuam, ne eius teſtamentum rumpatur. Non eos viuos inſtituere poteſt, qui naſcituri ſunt poſt mortem ſuam. Igitur non tam hoc neceſſe fuit in his qui naſcituri eſſent viuo teſtatore, quam in iis, qui poſt mortem eius naſcituri eſſent. Ideo non proſpexit ius antiquum iis, qui naſcituri eſſent viuo teſtatore: nam teſtator poteſt expectare dum nati fuerint, & eos natos inſtituere ſi viſum fuerit. Plenior igitur eſt proſpectio leg. Velleæ, quam iuris veteris. Verba legis Velleæ referuntur in d. §.

nunc de lege Vellea. Hoc primum caput legis Velleæ permiſit teſtatori omnem maſculum inſtituere, qui ei ſuus hæres futurus erit. Hæc verba pertinent ad eum qui ſuus hæres futurus erit: nec diſtinguit eos ab his, qui naſcituri ſunt poſt mortem, ab his qui viuo teſtatore naſcentur. Ius antiquum prohibebat inſtitui poſthumum alienum, & excipiebat eum tantum poſthumum, qui naſciturus eſſet poſt mortem teſtatoris. Opus igitur fuit lege publica ad id conſtituendum, quod à nullo Iureconſultorum induci poterat. Hoc eſt primum caput legis Velleæ.

Alterum caput eſt de nepotibus natis tempore teſtamenti. Pertinet hoc caput ad inſtitutionem nepotum, qui tempore teſtamenti iam nati erant. Lex Vellea non quidem permiſit eos inſtituere: nam nullo iure prohibitum erat. Sed ſi filij deſierint ſui eſſe morte, vel alio caſu, ita demum nepotes rumpunt teſtamentum, ſi inſtituti non fuerint. id continetur altero cap. legis Velleæ, d. §. nunc de lege Vellea. & §. ſeq. Si quis ſuus hæres eſſe deſierit, vult nepotem ſuccedere in eius locum, & hac ſucceſſione vult rumpi teſtamentum ſi inſtituti non fuerint. Huius legis Velleæ mentio eſt pleriſque in locis, velut in l. poſthumorum. 13. in fine. de iniuſto rupto. & l. 2. de vulg. & pupil. ſubſtitut. Quidam habet filium & nepotem vtrunque viuum: pone eum inſtituiſſe tantum filium, & deinde filium deceſſiſſe: filio mortuo ſuccedit nepos in eius locum per legem Velleam: quia lex vult, ſi quis hæres ſuus eſſe deſierit, alium in eius locum ſuccedere. Igitur nepos quaſi agnaſcendo hac ſucceſſione rumpet teſtamentum ſi præteritus ſit. in d. §. nunc de lege. quod addit Scæuola, quæ voluit nobis viuis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum. Eſt optima interpretatio huius cap. legis Velleæ, non poteſt eſſe clarior. Exemplum inſtitutionis poteſt eſſe huiuſmodi, *Si filius meus viuo me moriatur, nepos meus hæres eſto, qui in eius locum ſucceſſurus ſit.* Hac ratione ſibi conſulit teſtator, ne ſucceſſione in filij locum quaſi agnaſcendo rumpat teſtamentum nepos, quaſi is præteritus ſit. Hactenus de lege Vellea, de qua dicemus plenius poſtea. Redeamus ad Aquilianam formulam, qua Gallus induxit nepotes inſtituendos eſſe. Si ſic ergo inſtitutio facta fuerit, non poterit rumpi teſtamentum agnatione poſthumi. ſed hic quæri ſolet, an ſit neceſſaria inſtitutio filij? Quidam aiunt neceſſariam non eſſe: nam eius, inquiunt, nulla mentio facta eſt à Gallo in formula ſua, ſed tamen inſtitutio hæredis neceſſaria eſt, alias teſtamentum non valet, præterito filio, quem teſtator habet in ſua poteſtate. Sed reſpondent his verbis tacite inſtitutum videri filium, *Si filius meus, viuo me, moriatur, nepos meus hæres eſto.* Sed hoc falſum eſt, vt oſtendam in §. in omnibus. Quæri etiam ſolet an idem ſit de exhæredatione, quod hic dicitur de inſtitutione. Nam Gallus nullam mentionem facit exhęredationis, ſed certum eſt idem de exhæredatione intelligendum eſſe. Inducta eſt enim hæc cautio à Gallo, ne præterito nepote rumperetur eius natiuitate teſtamentum. At non neceſſe eſt nec filium, nec nepotem, nec poſthumum inſtitui, ne rumpatur teſtamentum: ſed ſufficit eos nominatim exhæredare. Oportet enim eos inſtituere, aut exhæredare. ſi nominatim exhæredati fuerint, valet teſtamentum. Supereſt ſola querela inofficioſi teſtamenti, ſi ſine iuſta cauſa exhæredati fuerint. & mihi videtur hoc ſatis aperte cautum eſſe in l. 3. de iniuſto, rupto. Ergo mutatis paululum verbis formulæ Aquilianæ, nos ita concipiemus exhæredationem, *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc poſthumus exhæres eſto.* Igitur hæc formula Galli conueniet non tantum inſtitutioni, ſed etiam exhæredationi. Ad verba, *in decem menſibus, &c.* Neceſſe fuit hoc adiici formulæ: ſed ideo hoc adiectum eſt, quia legitimus partus non eſt poſt decem menſes. l. inteſtato. 3. §. poſt decem. ff. de ſuis & legit. hæred. Partus qui naſcitur poſt decem menſes à tempore mortis mariti, non ſuccedit ei ab inteſtato: & huc pertinet iudicium illud celebre Iuſtiniani in Nouella 39. de reſti. & ea, quæ par. in vndecim. menſe. Iuſtinianus damnauit eam mulierem, quæ vndecimo mēſe pepererat poſt mortem mariti ſui. Iuſtum fuit hoc iudicium Iuſtiniani, & maxime conſentaneum iuri veteri. Et mirum eſt Alciatū Paradox. lib. 3. iniuſtitiæ & iniquitatis arguere Iuſtinianum, quod eam mulierem damnauerit. Mouetur auctoritate Philoſo. & medic. Medicorum ſententia eſt & Philoſophorum poſſe naſci partum & decimo & vndecimo menſe. ideo Iuſtinianus non videtur ei recte eam damnaſſe, ſed abſoluere potius debuiſſe, exemplo decreti Adriani, quod extat apud Gellium in noct. Atti. lib. 3. cap. 16. Refert autem in eo decreto Adrianum id ita ſtatuere ſe dicere, requiſitis veterum Philoſophorum & medicorum ſententiis. Sed hęc non debuerūt mouere Iureconſultum: nam etſi incertum ſit tempus: tamen vtile fuit tempus certum definire: alioqui multa incommoda inde naſcerentur. In definiendo certo tempore ſpectandum fuit, quod vt plurimum, non quod rariſſime contingere ſolet. idque homines politici ſatis intelligunt. Sicut pubertas eſt conſtituta 14. annorum in maſculis, cum tamen alij citius, alij tardius pubeſcant. Sed iura non conſtituuntur de his, quæ rariſſime accidunt, ex ſententia Theophraſti l. 2. ff. de leg.

Ad §. Quidam recte.

SCæuola noſter in hoc cap. ſicut & in ſequentibus aliis, interpretatur formulam Aquilianam, quæ iam recitata eſt ſupra hac l. in princip. Docet Scæuola non fuiſſe nobis propoſitam hanc formulam à Gallo Aquilio, vt per omnia eius verbis ſeruiremus: ſed vt eius exemplum ſequeremur, quod nobis ab eo propoſitum eſt, vt oſtendatur eius conſilium. In hac cautione ne poſthumorum nepotum natiuitate rumperetur teſtamentum, voluit hoc exemplo conſilium ſuum nobis demonſtrare: vt hoc exemplum, quod ita nobis propoſuit, ad alios caſus accommodemus. Itaque non eſt ita accipienda hæc formula, vt nihil ex ea detrahere, aut ei aliquid addere liceat, hoc enim perquam abſurdum eſſet. Vnde ait Scæuola, Quidam recte admittendum credunt, etiam ſi non exprimat de morte filij, &c. Docuit Gallus hac formula propoſita, in quem caſum conferenda ſit inſtitutio nepotis poſthumi, & ſi non omnimodo his verbis vtamur in inſtitutione poſthumi: ſi tamen hi caſus tacite intelligantur ex verbis teſtatoris, hoc videtur ſufficere. Nec aliud fuit Galli conſilium, quamuis Accurſiani exiſtiment hic reprehendi Gallum à Scæuola. Ad illa verba,

De morte filii, &c.

HVnc caſum de morte filij expreſſit Gallus in formula ſua hoc modo, *Si filius meus viuo me morietur*, & inſtitutionem nepotis poſthumi in eum caſum confert, quo ſe viuo morietur filius. Idem ergo nos dicemus, etſi ille caſus expreſſus verbis non fuerit, ſed tantum tacite intelligatur & concipiatur ex verbis teſtatoris. Huius rei demonſtrandæ gratia varia adduci ſolent exempla. Et difficile eſt exemplum aliquod ſatis commodum & aptum reperire iudicio quorundam, in quo omiſſa ſit hæc conditio, Si filius meus viuo me morietur, & tamen tacite intelligatur ex ſententia Galli Aquilij, & valeat inſtitutio poſthumi nepotis naſcituri. Secundum cautionem Galli & conſilium, in hoc exemplo videtur recte ſequi id quod dicitur, *Filius meus hæres eſto, & ſi quis mihi ex eo nepos naſcetur, hæres eſto.* hic omittitur illa conditio, ſi filius meus viuo me morietur. Inſtitutio namque poſthumi nepotis, verbis expreſſis teſtatoris non confertur in eum caſum, quo filius morietur viuo teſtatore, ſed tamen concipi in eum caſum, colligitur ex verbis teſtatoris. Hoc tamen exemplum non videtur aptum ad inſtitutionem poſthumorum, ſecundum cautionem Galli: nam videtur teſtator filium & nepotem eodem gradu hæredes inſtituere. Nihil eſt in hac inſtitutione expreſſum à teſtatore, ex quo appareat euidenter voluiſſe alterum alteri ſubſtituere, id eſt, nepotem filio: *Filius meus hæres eſto, &c.* His verbis teſtator videtur filium & nepotem ex æquis partibus & eodem gradu hæredes inſtituere. Hoc igitur inſtitutionis genus non conuenit cautioni Aquilianæ. Aquilius ſiquidem docuit nos quomodo oporteat inſtituere nepotem naſciturum, collata inſtitutione in mortem filij. Non enim aliter inſtituitur poſthumus naſciturus. Ego vero in ſuperioribus iam oſtendi, cum olim ſubtilitas iuris minime pateretur incertas perſonas, cuiuſmodi ſunt poſthumi: tamen permiſſum eſſe inſtituere quoſdam, vtilitate hoc exigente, ac in primis poſthumos filios: deinde eo ventum eſt, vt inſtituere liceret nepotes, qui naſcituri eſſent ſui poſt mortem filij qui eos gradu

antece-

antecedit, aliter non licet naſciturum poſthumum poſt mortem teſtatoris inſtituere. Ergo cum inſtituitur ſimpliciter, non collata inſtitutione in eum caſum, non videtur recte inſtitutus eſſe. Itaque nos diximus ſupra hanc inſtitutionem nepotis naſcituri ſubſtitutionem quandam eſſe: qua in re, quamuis aliqui diſſentiant, tamen non eſt dubitandum quin ſit quoddam ſubſtitutionis genus. leg. cum in teſtamento. 37. ff. de hæredib. inſtit. ibi aperte dicitur duos eſſe gradus inſtitutionum. Nepos non inſtituitur ſimpliciter, ſed ſubſtitutus eſt ſecundus hæres non primus: nec poteſt admitti ad hæreditatem, niſi excluſo filio, ergo eſt ſubſtitutio. At hic nulla eſt ſubſtitutio, reperiuntur enim filius & nepos eodem gradu inſtituti. Hac ratione quidam moti aliud exemplum adferunt huiuſmodi, *Filius meus hæres eſto, & ſi nepos ex eo naſcatur, eum ſubſtituo.* Sed puto etiam in alio exemplo conditionem illam tacite intelligi ex natura actus, *Si filius meus me viuo morietur*, & ſubſtitutionem eſſe: nam ex natura actus videtur tacite intelligi hæc conditio, ſi filius meus me viuo morietur, ſecundum ius antiquum. Nam ſecundum ius antiquum, non aliter inſtituebatur poſthumus naſciturus nepos, quam collata conditione in id tempus, quo ſuus naſciturus eſſet. Videbatur quidem poſthumus nepos alienus eſſe, ſed tamen cenſuit Gallus, quia ſuus hæres naſci poteſt, non eſſe alienum, veluti ſi viuo teſtatore morietur filius. Secundum Iuſtiniani conſtitutionem aliud dicendum eſſet, vtcunque dubitatum fuerit à veteribus de poſthumo alieno, an poſthumus alienus poſſit hæres inſtitui, an non poſſit: ea dubitatio omnino ſublata eſt ea conſtitutione Iuſtiniani, cuius ipſe meminit in §. 1. Inſtit. de bono. poſſeſ. quamuis ea conſtitutio in Codice Iuſtiniani deſideretur. Ergo non intelligitur conditio ineſſe ex natura actus. Ecce, quod ego nunc dicturus ſum, fortaſſe videbitur nouum: Nihil hodie referre an ea conditio ſit verbis expreſſa, an tacite inſit. Tunc quærebatur, an ineſſet conditio, an verbis expreſſa eſſet, cum ſub ea conditione inſtitutio facienda erat. Sed cum hodie etiam alienus poſthumus inſtitui poſſit, non eſt laborandum de hac inſtitutionis conditione propter conſtitutionem Iuſtiniani.

Ad §. Idem credendum eſt.

Alia interpretatio eſt formulæ Aquilianæ. Docet Scæuola idem quod ſuperiori capite, non eſſe nobis propoſitam hanc Aquilii formulam, vt eius verba per omnia ſequamur, quaſi nefas ſit ab eius formulæ præſcripto recedere, ac quaſi non liceat aliis verbis vti. Exempli gratia, meminit nepotum in ſua formula Gallus, ibi, *Tunc ſi quis mihi nepos.* Quid ergo dicemus de pronepote? Si quis forte velit inſtituere pronepotem, nonne licebit, ſecundum hanc cautionem Galli, pronepotem quoque inſtituere, qui eſt naſciturus poſt mortem teſtatoris? Si verba potius amplectamur, quam ſententiam Galli, non videtur pronepos inſtitui poſſe: ſed ſpectandum eſt magis conſilium Galli Aquilii, vt docet Scæuola, quam præſcriptum formulæ eius. & quod ab eo expreſſum eſt de nepote, producendum eſt ad pronepotem, & alios omnes, qui poſt mortem teſtatoris naſcituri ſunt, in quibus eſt eadem ratio & eadem vtilitas. Dubium non eſt quin eadem ſit vtilitas in pronepote, quæ eſt in nepote, quia rupturus eſt teſtamentum ſi naſcatur ſuus: ſcilicet ſi quo tempore naſcitur, excluſi ſint filius & nepos, qui eum antecedunt. Tria autem exempla hic extant huius inſtitutionis pronepotis. Primum exemplum eſt, cum filius mortuus eſt & nepos adhuc viuit. Tunc enim verbis paululum immutatis, vt rei de qua agitur conueniat, commodiſſime inſtitui poteſt pronepos, hoc modo, *Si nepos meus viuo me morietur, tunc ſi pronepos, &c.* Alter caſus eſt, cum filius viuus eſt, & nepos mortuus, *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc ſi quis mihi pronepos, &c.* Tertius caſus eſt, cum vterque viuit tam filius quam nepos, & tunc poteſt ita inſtitutio pronepotis concipi, *Si filius & nepos me viuo, morietur, tunc ſi quis mihi pronepos naſcetur, hæres eſto.* Hic videtis verbis nonnihil immutatis ex formula Aquiliana, facile eam poſſe ad omnes caſus aptari, in quibus eadem ratio & eadem vtilitas eſt. Illa quidem verba, *Idem credendum eſt Gallum, &c.* obſcura ſunt iis præſertim, qui non intellexerunt ea quæ à nobis dicta ſunt de lege Vellea, de ſucceſſione ſcilicet, quæ fit altero capite legis Velleæ. Lege Vellea cautum eſt vt nepos, mortuo filio, vel eo definente ſuo hærede eſſe, ſuccedat in locum filii, ne ea ſucceſſione teſtamentum rumpatur, ſi nepos præteritus reperiatur. Hac igitur ſucceſſione rumpitur teſtamentum, ſi nepos præteritus ſit. hoc continetur ſecundo capite legis Velleæ. In verſic. *Quod ſimiliter admittendum eſt, ita ſane ſi prius nepos, &c.* Ait Scæuola, hoc caput ita demum verum eſſe, ſi prius nepos, deinde filius decedat. Nam ſi filius prius deceſſerit, deinde nepos, qui inſtitutus non eſt ſuccedat, hac ſucceſſione nepotis in locum filii, rumpetur teſtamentum. In hoc exemplo, *Filius meus hæres eſto. Si filius & nepos viuo me, moriantur, tunc ſi quis mihi ex eo pronepos naſcatur, hæres eſto.* Ponamus filium deceſſiſſe viuo teſtatore, deinde deceſſiſſe nepotem, quæritur an pronepotis inſtitutio valeat? Non valet. quia nepos ſuccedet ante mortem ſuam in locum filii, & hac ſucceſſione rupturus eſt teſtamentum, quia præteritus eſt nepos. Rupto teſtamento non poteſt eſſe vtilis inſtitutio pronepotis. Nam rupto teſtamento, omnia intercidunt quæcunque in eo conſtituta ſunt. Hic quidem pronepos neminem reperit, qui ipſum antecedat, & ſuus naſci videtur: ſed ruptum eſt teſtamentum, & rupto teſtamento nulla eſt inſtitutio quæcunque eo teſtamento continetur. Hoc autem non accidit, ſi ponamus deceſſiſſe nepotem ante filium, deinde filium, & poſt mortem vtriuſque natum eſſe pronepotem: tunc enim inſtitutio huius pronepotis valet, & vtilis eſt: etenim recte inſtitutus eſſe intelligitur, cum non ſucceſſerit nepos in locum filii: quia ante filium deceſſerat, & mortuo vtroque natus eſt is pronepos, qui ſi præteritus eſſet rumperet teſtamentum. Et hinc notandum eſt id de quo nonnulli dubitant, & quod iam paucis attigimus, his verbis conditionalibus formulæ Aquilianæ, *Si filius meus, viuo me, morietur*, non videri inſtitutum eſſe filium. Dixi nullam his verbis videri contineri inſtitutionem. Conſilium enim Galli tantum fuit formulam præſcribere, quæ ad nepotum naſciturorum inſtitutionem pertineret. Non enim credebat cuiquam dubium eſſe, quin hæredis inſtitutio præcedere debeat. Ideo de inſtitutione filii nihil dixit, quæ tamen neceſſaria eſt. Nam ſi his verbis conditionalibus intelligeremus inſtitutionem hæredis contineri, hac ſucceſſione, de qua loquimur, nunquam rumperetur teſtamentum, etiam ſi poneremus deceſſiſſe filium, deinde nepotem. hic dicitur ſucceſſione rumpi teſtamentum, ſi filius deceſſerit, deinde nepos, quia nepos reperit ſe præteritum, ideo rumpit teſtamentum. Si rumpit teſtamentum, apertum eſt, inſtitutionem nullam eſſe. Hic occurrit antinomia ex eo, quod diximus hac ſucceſſione rumpi teſtamentum, & reddi inutilem inſtitutionem pronepotis. Difficultas naſcitur ex l. poſthumus, 12. ff. de iniuſto, rupto. Sed intelligendum eſt hanc ſubtilitatem, cuius hic mentio eſt, temperatam eſſe variis modis iure prætorio. Loquitur enim ibi Iureconſultus de bonorum poſſeſſione: ſed quomodo id intelligendum ſit, dicemus commodius ſub titulo de iniuſto, rupto, & irrito facto teſtam. Alii coniecerunt omnia in hunc locum. ſed hæc ſuo loco explicabuntur à nobis.

Ad §. Et quia ſi tantum in mortem, &c.

Mendoſa eſt Norica lectio, vbi legitur, & quid ſi tantum in mortis filii caſum conciperet. Legendum eſt interrogatiue. Interpretatio eſt verborum formulæ Aquilianæ, ſuperiori non diſſimilis. Docet Scæuola quod expreſſum eſt à Gallo de morte in formula ſua, id tranſmittendum eſſe ad alios caſus, qui ea formula expreſſi non ſunt, in quibus eadem eſt ratio & eadem vtilitas. Non enim credendum eſt Gallum, qui mentionem fecit mortis in formula ſua, ideo id feciſſe, quod nihil ex ea formula immutare liceret. Propoſuit enim nobis exemplum, quod poſſimus ad omnes caſus adaptare, in quibus periculum ſit, ne præteritione alicuius rumpatur teſtamentum. Et hoc exemplum eſt interpretationis, in qua conſiſtit ars boni & æqui, quam nos hic profitemur. Scire enim leges non eſt verba earum tenere, ſed vim & poteſtatem. Nihil facilius eſt quam leges omnes quæcunque ſcriptæ ſunt, quacunque in prouincia, quocunque in regno, ediſcere & complecti memoria, & verborum ſignificationem ſcire: ſed non eſt hoc Iureconſultum eſſe, & artem boni & æqui tenere. Ars iuris in æquo & bono conſiſtit: quod ſcriptum eſt ſic interpretandum eſt, vt id porrigatur ad ſimilia,

in quibus eadem ratio, eadem vtilitas, & eadem æquitas. Ratio interpretandi maxime vtilis eſt. Videmus ſiquidem Iureconſultos maxime occupatos eſſe in interpretatione legum, edictorum, & formularum: quod imitari debet, qui veram iuris ſcientiam nanciſci deſiderat. Hæc igitur exempla interpretationis continentur arte boni & æqui. Plerique conantur in certas regulas redigere, quod ad artem boni & æqui pertinet: ſed ego vos ſæpe admonui hæc in vniuerſum definiri non poſſe. ſed ponenda ſunt nobis ante oculos exempla Iureconſultorum. *Quid ſi tantum.* Senſus horum verborum eſt, poſſe inſtitui poſthumum nepotem naſciturum poſt mortem teſtatoris, non tantum ſub hac conditione, Si filius morietur, verumetiam ſub aliis conditionibus ſimilibus, tametſi ea conditio expreſſa ſit verbis formulæ Aquilianæ. Poſſumus ita concipere inſtitutionem: Si filius meus, viuo me, deportabitur in inſulam: Si filius, me viuo, emancipatus fuerit: Si filius meus, viuo me, ſuus eſſe deſierit, vel alio aliquo ſimili modo, vt breuiter omnia paucis complectamur. Ad hunc enim vſum conſcripta eſt hæc cautio Galli. His igitur verbis, Si filius meus deportabitur in inſulam, tunc ſi quis nepos mihi &c. vtilis eſt inſtitutio. confertur enim in eum caſum, quo nepos ſuus naſciturus eſt. Non minus autem eſt naſciturus nepos hoc caſu, ſi filius deportabitur in inſulam, quam ſi morietur. ſubducitur enim de medio filius. Scæuola ſic interpretatur, quaſi legem aliquam, hanc formulam Aquilianam. Lex enim non eſt, ſed recepta fuit communi conſenſu pro quadam lege. Nulla vero lex tam circumſpecte poteſt ſcribi, vt omnia quæcunque ad eam pertinent, poſſint comprehendi. Non poſſunt hæc omnia in mentem Legislatoris venire: & ſi veniſſent infinita ſunt: ac multa ſunt relinquenda iudicantium arbitrio, in quo maxime verſatur ars boni & æqui. Quod ergo ſcriptum eſt à Gallo Aquilio, & expreſſum formula de morte filii, id nos in interpretanda ea formula, quaſi lege quadam, producemus ad alios caſus ſimiles. Similes ſunt caſus in hac re plures. Magna tamen eſt quæſtio, an mors ciuilis comparanda ſit naturali, quod ab aliis hic ſolet tractari. Eſt eadem certe ratio in hoc caſu. Nam quemadmodum deſinit ſuus hæres eſſe filius per mortem: ita per deportationem, per aquæ & ignis interdictionem, & per emancipationem, deſinit eſſe ſuus. & quia deſinit ſuus eſſe, nepos naſciturus rumpet teſtamentum ſi præteritus ſit. Scæuola admonet id colligi ex ſententia legis Velleæ, non ex verbis. Hic videtis non ſine cauſa nos ante de lege Vellea diſputaſſe, & oſtendiſſe quid contineretur vtroque capite legis Velleæ. Lex Vellea vult in primo capite inſtitui poſſe naſciturum nepotem viuo teſtatore, ſi filius ſuus eſſe deſierit. Inter formulam Galli & legem Velleam hoc intererat, quod formula Galli pertinebat ad nepotem naſciturum poſt mortem teſtatoris: lex Vellea pertinebat ad naſciturum viuo adhuc teſtatore. Non credebant autem veteres valde neceſſarium eſſe prouidere & conſulere inſtituere volentibus naſcituros in vita teſtatoris: ſed poſt mortem tantum. Nam dicebant, poſtquam nati fuerint poſſe eos inſtituere, ſi viſum fuerit. Sed prouidendum fuit iis qui naſcituri ſunt poſt mortem. Abſurdum enim eſſet eos non poſſe inſtituere, qui tamen natiuitate rumperent teſtamentum. Sed lex Vellea permiſit inſtituere poſthumos nepotes naſcituros viuo teſtatore. Et ſunt verba legis Velleæ pleniora & vberiora verbis formulæ Aquilianæ. Lex Vellea ait, *Si quis ſuus hæres eſſe deſierit.* quibus verbis permittit generaliter inſtituere poſthumum naſciturum, viuo teſtatore. Generaliter ſub conditione *Si filius ſuus hæres eſſe deſierit.* In formula Galli Aquilii verba non tam late patent. Formula Galli Aquilii non eſt lex, ſed exemplum tantum nobis propoſitum ad imitandum. ideo non eſt generale. Sed lex Vellea generaliter loquitur, *Si quis ſuus hæres eſſe deſierit*, vt liceat eum, qui in eius locum ſucceſſurus eſt & naſciturus, etiam viuo teſtatore, inſtitui. Hoc colligitur non ex verbis, inquit Scæuola. Imo videtur ex verbis colligi, ſed lex Vellea pertinebat ad nepotem naſciturum viuo teſtatore. Hic quærimus de inſtituendo eo qui naſciturus eſt poſt mortem teſtatoris. Secundum cautionem Galli ita inſtituebatur nepos, *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc ſi quis nepos poſt mortem meam, &c.* Duæ ſunt conditiones, vna refertur ad mortem filii: alia ad mortem teſtatoris, ad tempus quod ſequitur mortem teſtatoris. Secundum legem Velleam ita inſtituebatur, *Si filius, viuo me morietur, ſiue deportabitur, ſiue ſuus eſſe deſierit: tunc ſi quis mihi ex eo nepos, viuo me, &c.* non dicit *poſt mortem meam.* Videtis quid interſit inter inſtitutionem nepotis, quæ fit ſecundum formulam Galli Aquilii, & eam quæ fit ſecundum legem Velleam. In noſtra autem ſpecie proponitur caſus, qui nec pertinet ad verba formulæ Aquilianæ, nec ad verba legis Velleæ. *Si filius meus, viuo me, deportabitur, tunc ſi quis nepos poſt mortem meam naſcetur, hæres eſto.* Hæc enim inſtitutio non poteſt dici facta ſecundum formulam Aquilianam. quia formula Aquiliana loquitur de morte, non de deportatione. Nō conuenit etiam verbis legis Velleæ. quia lex Vellea non pertinet ad inſtitutionem eorum, qui ſunt naſcituri poſt mortē teſtatoris: ſed viuo eo. Hic autem inſtitutio fit poſt mortem eius. Quid igitur dicemus in hac ſpecie? Scæuola ait inſtitutionem in hac ſpecie videri factam ſecundum cautionem Galli: ſed in cautione Galli in qua fit mentio mortis, ſupplendos alios caſus, ex ſententia legis Velleæ. quia apparet ita Velleum ſenſiſſe. Nam cum ea lex lata ſit poſt formulam conceptam à Gallo Aquilio, credibile eſt eum ſenſiſſe, etiam in inſtitutione poſthumorum naſciturorum poſt mortem teſtatoris, de quibus conſcripta eſt formula, hos caſus pertinere. Accurſiani aliter hæc verba interpretantur. Si enim aiunt, Si teſtator mentionem mortis fecerit in inſtitutione nepotis naſcituri, ille caſus expreſſus à teſtatore, porrigitur ad alios caſus ſimiles, nempe deportationem, emancipationem, & ſimil. Et hinc colligunt hanc theſin, Prouiſionem factam à teſtatore, ad alium caſum ſimilem porrigi. Qui hoc colligunt ex verbis Scæuolæ, oſtendunt ſe hoc omnino non intelligere. In lege hoc verum eſt: ſed interpretatio legis multum differt ab interpretatione teſtamenti. Dico quod ſi teſtator expreſſerit vnum caſum, niſi appareat euidenter eum de alio caſu ſenſiſſe, non producemus ad alium caſum. veluti ſi dixerit, *Si filius, me viuo, morietur, nepos qui mihi ex eo naſcetur hæres eſto,* nam & ſi emancipatus fuerit, vel in inſulam deportatus: tamen nepos non erit hæres. Nam ſequenda eſt voluntas teſtatoris, cum manifeſta eſt. Ex hoc paruo errore, multi magni nati ſunt. Hinc collegerunt emancipatione tolli inſtitutionem, quo nihil abſurdius dici poteſt. Aiunt, quemadmodum recte dicitur inſtitutus eſſe nepos naſciturus, ſi mortuus filius fuerit: ita etiam ſi emancipatus fuerit. Sed præpoſterus eſt ordo. Dicunt, cum teſtator mentionem mortis facit, & inſtituit nepotem in caſum mortis filii, & ſi non expreſſerit deportationem filii, eſſe locum inſtitutioni, quod eſt abſurdum. De hoc eſt diſputatio Alciati Parad. lib. 3. cap. 9. Cum nepos eſt ſubſtitutus ſub conditione, *Si filius emancipatus fuerit:* verum eſt emancipationem facere locum ſubſtitutioni. & hoc ſenſit Scæuola. Ponamus teſtatorem ſub hac conditione inſtituiſſe nepotem, *Si filius emancipatus fuerit.* verum eſt emancipato filio locum eſſe ſubſtitutioni: quia hoc expreſſum eſt à teſtatore: ſed ſi filius inſtitutus ſit & nepos ſubſtitutus, ſi filius morietur, abſurdum eſt dicere, ſi emancipatus ſit filius, ſubſtitutioni locum eſſe.

Ad §. Quid ſi is, qui filium apud hoſtes.

Demonſtratum eſt variis exemplis formulam à Gallo Aquilio conſcriptam, de poſthumorum nepotum inſtitutione ad alios caſus poſſe accommodari, quam qui expreſſi ſint ipſa formula. Diximus propoſitam eſſe hanc formulam velut exemplum. non enim eſt lex. Leges, iura conſtituuntur generaliter: exempla vero proponuntur de ſingulis rebus: ſed qui nobis proponit aliquid loco exempli, hoc ſentit in aliis omnibus ſimilibus rebus idem ſequendum eſſe. Hic proponitur hypotheſis, in qua dubitari poteſt, an poſthumus recte inſtitui poſſit ſecundum cautionem Galli Aquilii: ſicuti in ſuperiori ſpecie dubitatum fuit in §. & quid ſi tantum. an poſthumus nepos recte inſtituatur, non tantum ſub conditione, Si filius morietur: ſed etiam ſub conditione, Si filius emancipatus fuerit, vel ſi filio aqua & igni interdictum fuerit, vel ſi deportatus fuerit. Similiter hic quæritur in hac ſpecie, an nepos poſthumus recte inſtitui poſſit, cum filius decedet apud hoſtes mortuo teſtatore. Si ponamus filium teſtatoris deceſſiſſe apud hoſtes, mortuo iam teſtatore, in hoc caſu nepos poſtea natus rumpit teſtamentum, & tamen huic incommodo proſpectum non eſt per Gallum Aquilium. Non poteſt fieri quin rumpatur teſtamentum hac ratione, id eſt

agnatione

agnatione poſthumi nepotis, etſi fuerit inſtitutus nepos ſecundum cautionem Galli Aquilii. Nam ſi fuerit ita inſtitutus, Si filius meus, viuo me, morietur, vt expreſſum eſt formula Galli Aquilii, non videtur recte inſtitutus eſſe, ad hoc incommodum vitandum. Nam proponitur filius deceſſiſſe apud hoſtes mortuo iam teſtatore, & inſtitutus reperitur nepos ſub hac conditione, Si filius, viuo me, morietur. Quid igitur dicemus? Scæuola noſter oſtendit, ſecundum cautionem Galli Aquilii, poſſe etiam nepotem poſthumum inſtitui in hunc caſum, ne hoc caſu eueniente rumpatur teſtamentum. Poterit, exempli gratia, ita poſthumum nepotem inſtituere teſtator, *Si filius meus apud hoſtes deceſſerit, tunc ſi quis mihi ex eo nepos, &c.* Etſi vnum caſum expreſſerit Gallus in formula ſua, caſum ſcilicet mortis, tamen vt ſupra admonuimus in §. & quid ſi tantum. idem dicendum eſt & in omnibus aliis caſibus, quibus ſuus hæres naſcitur poſthumus poſt mortem teſtatoris, & teſtamentum rumpit ſi inſtitutus non fuerit. Igitur in hoc §. quid ſi, qui filium apud hoſtes, &c. Scæuola proponit quæſtionem, quare non induxit Gallus Aquilius vt nepos non rumperet? ſic eſt intelligendum, vt nepos natus poſt mortem teſtatoris non rumperet teſtamentum, vt inſtitui poſſet collata inſtitutione in hunc caſum, *Si filius, &c.* ne teſtamentum rumperet. In formula Galli Aquilii confertur inſtitutio poſthumi in eum caſum, quo filius morietur viuo teſtatore. Cur non induxit etiam vt nepos inſtituatur, ne rumpat teſtamentum hoc caſu, collata inſtitutione in hunc caſum, *Si filius decedet apud hoſtes poſt mortem meam, nepos ex eo naſciturus hæres eſto?* Quare non hoc induxit, ſicut induxit, ne nepos rumperet teſtamentum, ſi filius viuo teſtatore mortuus fuerit, tunc deinde nepos non rumperet? Videtur Gallus hos omnes caſus debuiſſe exprimere, & non tantum dicere in formula ſua, *Si filius meus morietur, viuo me,* ſed & dicere debuit, *Si filius meus morietur poſt mortem meam captus ab hoſtibus.* nam reperietur nepos ſuus cum naſcetur, & rumpet teſtamentum. vnde videtur in hoc etiam caſu prouidere debuiſſe Aquilius, ne rumperetur teſtamentum. Nam filius, qui deceſſit apud hoſtes, fingitur deceſſiſſe antequam captus eſſet ab hoſtibus. Cur non induxit vt nepos non rumperet teſtamentum, collata conditione in hunc caſum, *Si filius deceſſerit antequam ab hoſtibus rediret?* His verbis oſtenditur eandem eſſe dubitationem de pronepote, ſicut de nepote: cum proponitur filius eſſe apud hoſtes: ita etiam dubitatur de pronepote, ſi proponatur filius & nepos apud hoſtes eſſe. Et has quæſtiones Scæuola hic ſolet coniungere. In d. §. & quid ſi tantum. diximus quod dicitur de nepote in formula Galli, idem credendum & eum ſenſiſſe de pronepote. Vnde non tantum quæritur, ſi filius apud hoſtes ſit, quomodo inſtituendus ſit nepos, ne rumpatur teſtamentum, ſi forte filius deceſſerit poſt mortem aui: Sed etiam quæritur, ſi filius & nepos capti ſint ab hoſtibus, quomodo inſtituendus ſit nepos, qui natus eſt poſt mortem aui: cur hoc non induxit Gallus in pronepote? In nepote ita debuit concipere formulam, *Si filius meus apud hoſtes deceſſerit poſt mortem meam, nepos, &c,* In pronepote, vt proponantur & filius & nepos apud hoſtes eſſe, & poſtquam deceſſerunt, mortuo iam teſtatore, natum eſſe pronepotem: cur hoc non induxit Gallus? cur non ita concepit formulam ſuam? Nam non tantum ſi filius mortuus fuerit, viuo teſtatore: ſed & ſi mortuo teſtatore deceſſerit apud hoſtes: propter legis Corneliæ fictionem rumpet teſtamentum nepos: quare non induxit, vt nepos non rumperet, vel etiam adhuc illis viuis, vel etiam filio vel nepote adhuc viuis, is qui naſcetur poſt mortem aui, ſcilicet pronepos? Qui, eſt lectio Noricæ editionis. in Florent. legitur, aui, non qui. lectio Norica mihi planior videtur & expeditior: tamen Florentina poteſt defendi. Satis acute & probabiliter defendit eam Taurellus: ſed ita vt ſatis oſtendat, quam verum illud Euripidis, *Simplex eſt veritatis oratio.* nihil enim opus eſt ambagibus ſi quis Noricam lectionem ſequatur, vel vtranque dictionem coniungat. Et videtur probabile eſſe, coniungi vtranque dictionem debere, vt & legatur aui, vt in Flor. Pandect. & qui, vt in Norico Codice. & credibile eſt hanc eſſe veram lectionem. Nam etſi, aui, non legatur: tamen ſubaudiri debet, ita ſcilicet poſt mortem aui, qui, &c. Quare non induxit Gallus Aquilius, vt vel nepos hoc caſu, mortuo filio apud hoſtes, non rumperet teſtamentum, vel adhuc viuis filio & nepote, non rumperet pronepos: quare in eum caſum non inſtituit. Nam ſi inſtituiſſet eos, non rumperent teſtamentum. Oſtendit ſe non ſine cauſa hanc quæſtionem & dubitationem propoſuiſſe, quia hic caſus ad legem Velleam non pertinet. Lex Vellea pertinet ad eos, qui naſcentur viuo teſtatore, pertinet inquam ad inſtitutionem nepotum, qui naſcentur viuo teſtatore. in hac autem ſpecie ponimus nepotem eſſe natum poſt mortem aui. Hic ergo caſus ad legem Velleam non pertinet. non ſine cauſa igitur propoſita eſt hæc quæſtio.

Ad verſ. Melius ergo eſt vt in eiuſmodi vtilitate, &c.

RESpondet hoc loco Scæuola ad propoſitam quæſtionem. Et ait, melius eſt hanc admitti interpretationem, vt recte inſtitui poſſit nepos in omnem caſum, quo nepos naſciturus eſt ſuus & rupturus teſtamentum, quaſi fuerit hoc conſilium Galli, qui formulam propoſuit. Oſtendit Scæuola quid ipſum mouerit præcipue vt ita reſponderet. Mouit eum vtilitas rei, deinde etiam lex Vellea. Vtilitas legis alicuius facit vt eam interpretatione adiuuemus, & extendamus, ſi quid non ſatis ſcriptum ſit: ſi quid non ſatis definitum ſit lege. Sic Iuriſconſul. in leg. hoc modo legato dato. 62. ff. de condit. & demonſtrat. ait legem, quæ pertinet ad ſobolem procreandam, quæ maxime vtilis eſt Reipubl. adiuuandam eſſe interpretatione. Et hoc eſt quod dicitur in leg. non poſſunt. 12. & ſeq. ff. de legibus, cum quid lege expreſſum eſt, bonam occaſionem eſſe, &c. quæ tendunt ad eandem vtilitatem vel interpretatione, vel certe iuriſdictione ſupplere. Vtilitas ea eſt, quæ dicitur boni & æqui apud Horatium. Publice autem vtile eſt conſeruari teſtamenta & vltimas voluntates defunctorum. leg. vel negare. ff. quemadmod. teſtam. aper. Hæc vtilitas ſuaſit vt hæc cautio ad teſtamentorum conſeruationem pertinens adiuuaretur interpretatione. Mouit etiam lex Vellea, quæ multos modos rumpendi teſtamenti abſtulit. Ergo ad exemplum legis Velleæ nos debemus producere ad conſequentiam per interpretationem hanc formulam à Gallo propoſitam, quamuis vnus tantum caſus ſcilicet mortis filii in ea formula expreſſus fuerit. Interpretatio dicitur peculiari vocabulo, quam vocamus extenſionem. in leg. patroni. ff. de verbor. ſignificat. vbi dicitur patroni appellatione patronam contineri, ſcilicet per interpretationem. id eſt, quod ſcriptum eſt de patrono, porrigitur ad patronam, propter ſimilitudinem rationis & æquitatis. Id fit enim per interpretationem, non ex propria vi verborum. Sic accipitur hoc loco interpretatio. Poſſunt igitur hi omnes caſus exprimi à teſtatore, *Si morietur filius, Si deportabitur, Si emancipabitur.* In omnem caſum poteſt conferri inſtitutio nepotis, qui ſuus naſciturus eſt. vt hic verſic. *Quicquid mihi liberorum natum erit.* Hoc verbum *mihi*, habet emphaſim, id eſt, quiſquis mihi natus erit ſuus. Is mihi naſcitur, qui naſcitur in poteſtate mea, & in primo gradu, qui dicitur ſuus hæres. Quamobrem ita generaliter concipi poteſt inſtitutio, *Si quis natus fuerit ſuus,* ita vt poſſit rumpere teſtamentum, ſi prætermitus ſit. Hic locus obſeruandus eſt & diligenter notandus ad conuincendum errorem vulgarem eorum, qui putant caſum vnum expreſſum à teſtatore, ad alium caſum non expreſſum produci interpretatione. Aiunt, ſi teſtator ita inſtituerit nepotem poſthumum, *Si filius, me viuo, morietur,* quamuis nullam fecerit mentionem aut deportationis, aut captiuitatis: verba tamen teſtatoris ad eos caſus produci, & hanc admittunt extenſionem non tantum in interpretatione legis: ſed etiam in interpretatione vltimæ voluntatis. Sed niſi euidenter appareat teſtatoris voluntas, non admittitur hæc extenſio, quæ in legum interpretatione recepta eſt. Hic error conuincitur verbis Scæuolæ in hoc loco. Nam ſi verum eſſet, quod illi adferunt, fruſtra diceretur inſtitutionem valere etiam in eum caſum qui à Gallo expreſſus non fuit. Cur tam curioſe quæreremus an valeret inſtitutio collata in alium caſum, quam qui expreſſus eſt à Gallo in formula ſua, ſi ille caſus ad omnes alios produceretur interpretatione? Producit Scæuola verba legis, id eſt formulæ, quæ recepta eſt pro lege, & quam veluti

legem Scæuola interpretatur. Interpretatio eſt legis, non autem verborum teſtamenti, ſi quis velit legem Aquiliam vocare. Hic difficultatem mouent nonnulli de conditione, Sub conditione non poteſt, ſuus hæres inſtitui. leg. 4. ſuus quoque. de hæred. inſtit. Quomodo ergo valet inſtitutio ſub conditione facta? Hic docet Scæuola poſthumum ſub conditione inſtituendum eſſe. Hic ſub conditione inſtituitur. & ſub ea conditione, quæ non eſt in eius poteſtate, filius non poteſt hæres inſtitui, veluti ſub conditione fortuita, vel mixta. Non mihi videntur qui hanc difficultatem mouent, ſatis expendiſſe quod dicitur in d. l. ſuus quoque. de hæred. inſtit. Suum hæredem vocant aliquando Iureconſulti, qui ſuus naſciturus eſt. l. vlt. de collat. bono. Nepos iam natus non recte & proprie dicitur ſuus, quia non eſt in primo gradu. §. 1. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. ſed tamen ſuus vocatur, quia poteſt ſuus eſſe ſublata filii perſona. Sic etiam poſthumus naſciturus, qui poteſt eſſe ſuus. Sed quomodo id accipiendum ſit nos dicemus ſub tit. de cond. inſtit. vbi etiam interpretabimur dict. leg. ſuus. cuius interpretatio omiſſa eſt à nobis interpretando titul. de hæredi. inſtituendis. quia videbatur pertinere ad tit. de conditionib. inſtit.

Ad §. *Si eius, qui filium habebat.*

Hypotheſis proponitur ad ea, quę ſuperius dicta ſunt maxime pertinens, vt magis ac magis explicetur conſilium & ſententia Galli Aquilii. Quidam filium habebat: nurus, vxor filii, capta eſt ab hoſtibus. Pater teſtamentum fecit, inſtituit nepotem naſciturum, hoc forte modo. non enim hic exprimitur à Scæuola modus inſtitutionis: ſed credibile eſt ita inſtitutum fuiſſe, *Quicquid liberorum mihi natum erit.* Nam poteſt ita inſtitui generaliter, vt diximus. Ita factum eſt teſtamentum, natus eſt nepos apud hoſtes, viuo teſtatore: poſt mortem teſtatoris rediit ab hoſtibus. quæritur an hic caſus ad Galli cautionem, an ad legem Velleam pertineat? Notandum eſt enim quod dicitur, nurum peperiſſe apud hoſtes, viuo teſtatore: ſed rediit poſtliminio nepos ille poſt mortem aui. Scæuola omittit hanc quæſtionem, vt rem ſubtilem magis, quam vtilem: quia conſtabat teſtamentum non rumpi ſi inſtitutus fuerit. receptum enim erat hoc genus inſtitutionis tempore Scæuolæ, vt apparet. *Nihil refert vtrum ex iure antiquo, &c.* His verbis oſtendit inutilem eſſe diſputationem: curioſi hominis eſſe his quæſtionibus immorari, quæ inutiles ſunt. Quæſtiones pleræque ſubtilitatem habent, & multa acute excogitata, quæ tamen nullam vtilitatem adferunt. Et eius eſt, qui ſe profitetur interpretem iuris, has quæſtiones magis ſubtiles, quam vtiles omittere. Verum eſt quod quidam ſcripſit de Philoſophia, Philoſophiæ non eſt quiduis eſculentum. Sic etiam mihi videtur dicendum eſſe de Iuriſprudentia, Iuriſprudentiæ non eſſe quiduis eſculentum. Sed quæ fuit cauſa dubitandi an hic caſus pertineret ad Galli formulam, an ad legem Velleam? Nam probabiliter dici poteſt ad vtranque pertinere hunc caſum. Poteſt pertinere ad legem Velleam, ſi veritatem ſpectemus, nam lex Vellea pertinet ad eos, qui naſcuntur viuo teſtatore. Alia ratione videtur pertinere ad Galli cautionem. quamuis enim re vera naſcatur nepos viuo teſtatore: non tamen ſuus naſcitur. nam ſuus dici non poteſt qui eſt apud hoſtes, nec eſt in poteſtate. Ideoque forte dici poteſt magis ad cautionem Galli pertinere: quia ſi ſcopum conſideremus ad quem ſpectauit Gallus, voluit inſtitui eum, qui naſciturus eſt ſuus poſt mortem teſtatoris. Sed poteſt fingi non captum eſſe ab hoſtibus eum, qui reuerſus eſt ab hoſtibus: ſicque à principio natiuitatis in poteſtate aui fuiſſe. l. retro. 16. ff. de capt. & poſtlim.

Ad §. *Forſitan addubitet quis.*

Hic quæſtio tractatur ad eos caſus pertinens, qui ad Galli formulam & cautionem accommodantur. Sic enim eſt intelligendum quod dicitur in initio, *Forſitan addubitet quis in iſtis caſibus, &c.* id eſt, in caſibus ad Galli formulam accommodatis, in quibus nepos & pronepos inſtituitur, ſi poſt mortem patris natus fuerit, ſecundum formulam. Et eſt hic quæſtio tractata, an pronepotis inſtitutio ideo non valeat, quod nepos non recte & ſecundum formulam inſtitutus dicatur. Sed eſt proponenda ſpecies, vt melius hoc explicetur. Quidam paterfamilias habet filium iam natum, nepotes & pro nepotes non habet: ſed ſe habere ſperat de filio: iſque de nepote & pronepote cogitat: facit teſtamentum. In eo teſtamento primum inſtituit filium ſuum. Deinde collata inſtitutione in tempus mortis ſuæ inſtituit nepotem, aut pronepotem naſciturum, hoc modo, *Si quis mihi nepos, aut pronepos naſcetur poſt mortem meam, eum hæredem inſtituo.* Hæc inſtitutio fit ſecundum præceptum Aquilii. Poſt factum teſtamentum nepos naſcitur viuo patre ſuo, qui ipſum antecedit: nam poſuimus teſtatorem habuiſſe filium, & nepotem ex eo filio natum adhuc viuo patre, id eſt filio teſtatoris. quod eſt notandum diligenter in hac ſpecie. Nam non naſcitur ſuus nepos, cum patrem habeat, qui eum antecedit in iure ſui. Deinde pronepos naſcitur, moritur nepos, deinde filius: poſtea naſcitur pronepos poſt mortem teſtatoris. Hic pronepos petit hæreditatem ex teſtamento. Dicitur illa inſtitutio nullius eſſe momenti. Quæritur an illa inſtitutio valeat? Obiicitur aduerſus inſtitutionem quod nepos non recte inſtitutus fuit. ideoque teſtamentum ruptum eſſe, tanquam nepote præterito. Nos poſuimus vtrunque inſtitutum eſſe & nepotem & pronepotem collata conditione in tempus mortis teſtatoris, hoc modo, *Si quis mihi nepos vel pronepos poſt mortem meam natus fuerit.* Sic fuit nepos & pronepos inſtitutus. At nepos natus fuit viuo teſtatore. Ergo non habendus pro inſtituto: ſed pro præterito potius. nam euenit ille caſus, quo non inſtitutus fuit. Ergo dicendum eſt vt in leg. commodiſſime. 10. ff. hoc tit. filium inſtitutum: eueniente altero caſu, qui omiſſus eſt à teſtatore, præteritum videri. At hic caſus expreſſus eſt mortis: euenit autem alter caſus. Nam viuo teſtatore natus eſt. Si enim rumpatur teſtamentum, quomodo inſtitutio valere poteſt pronepotis, qui recte inſtitutus fuit? ſed obeſt ei præteritio nepotis, qui in vnum tantum caſum inſtitutus, præteritus eſſe videtur, & ſi præteritus eſt, conſequens eſt nec inſtitutionem valere, rupto teſtamento. Scæuola noſter in hac ſpecie ait inſtitutionem pronepotis, qui natus eſt poſt mortem teſtatoris, valere: neque ei obeſſe nepotis inſtitutionem, quæ non videtur recte facta eſſe. Et hanc affert rationem Scæuola. Hic enim ſuus hæres eſt, & naſcitur poſt mortem. Hic pronepos, de quo hic quæritur, naſcitur ſuus hæres, & poſt mortem teſtatoris. Si naſcitur ſuus & poſt mortem teſtatoris, valet inſtitutio, nec ei obeſſe dicendum eſt inſtitutionem nepotis, quæ non recte facta dicitur. Cur autem non obeſt inſtitutio nepotis? Quid reſpondendum eſt ad id, quod obiicitur, teſtamentum ruptum videri præteritione nepotis? quia inſtitutus fuit in eum caſum, qui non euenit: & eo caſu eueniente, qui omiſſus eſt, præteritus videtur. Ex his verbis Scæuolæ facile reſponderi poteſt huic obiectioni. Nepos, de quo hic loquimur, non dicitur ſuus natus. quia proponitur natus viuo patre, & deceſſiſſe viuo patre. Ego dixi in hac ſpecie patremfamilias habuiſſe filium, & ex eo nepotem: vtrumque deceſſiſſe filium & nepotem: ſed nepotem deceſſiſſe ante filium. Itaque nullo vnquam tempore poteſt dici nepos ſuus hæres fuiſſe: cum enim natus eſt, pater eum antecedebat in iure ſui. Suus dici non poteſt, niſi qui in primo gradu eſt, ſed quo tempore mortuus eſt, adhuc habebat patrem ſuum. quia proponitur deceſſiſſe ante patrem. Quo igitur tempore poteſt dici ſuus hæres eſſe? Nepos quidem non recte inſtitutus & præteritus rumpit teſtamentum ſi agnaſcatur teſtatori, id eſt ſi ſui hæredis ius aliquando conſequutus fuerit: ſed nunquam hoc poteſt dici de nepote in hoc caſu. Ergo non poteſt dici ruptum eſſe teſtamentum. Nec obſtat inſtitutio nepotis, quæ dicitur male facta eſſe. Vnde non ſine cauſa, in propoſita hypotheſi diximus mortuum eſſe nepotem ante filium. Quia ſi contra proponeretur filium deceſſiſſe ante nepotem, ſucceſſione nepotis in locum filii rumperetur teſtamentum. vt ſupra hac eadem leg. §. idem credendum. Nam tenet primum gradum, itaque rumpet teſtamentum vt præteritus. Verum enim eſt eum eſſe præteritum, qui in vnum caſum inſtitutus eſt, cum alter caſus euenit. Sed hoc nihil obſtat. Ideoque nihil refert quomodo inſtitutus ſit hic nepos, in hoc caſu. quia etſi præteritus fuerit, hoc non poterit nocere inſtitutioni pronepotis.

Notulæ quædam ad eundem §. *Forſitan.*

Si

SI *nepos poſt teſtamentum.* Non aliter Scæuola caſus pertinentes ad formulam Galli exprimit. quos autem exprimit, hi ſunt, cum nepos ac pronepos inſtituitur poſt mortem teſtatoris. hæc breuiter & conciſe ſcripta ſunt. ideoque obſcura videntur. Hic nepos ſub conditione inſtitutus fuit, ſi naſceretur poſt mortem teſtatoris. natus eſt autem viuo adhuc patre ſuo. *Deinde ex eo concipiatur*, id eſt, pronepos ex nepote concipiatur. Diligenter hæc verba notanda ſunt. Hic ergo pronepos naſcitur, mortuo patre, & deinde auo. Patrem pronepotis intelligimus nepotem. Nepotem in hac ſpecie intelligimus patrem pronepotis. Auus pronepotis, eſt filius teſtatoris. Noricam lectionem hic magis ſequor. Moritur igitur primum nepos. Deinde poſt mortem nepotis, moritur filius teſtatoris. *Naſcatur*, id eſt poſt mortem teſtatoris. In iſtis enim caſibus hoc ſubaudiendum eſt, quamuis hoc expreſſum non ſit. Nam loquimur de poſthumo naſcituro poſt mortem teſtatoris. Idque verba ſequentia oſtendunt, vt de eo dubitandum nullo modo fuerit. *Quod minime eſt, &c.* Nullum eſt periculum, ait Scæuola, ne propter malam inſtitutionem nepotis, inſtitutio pronepotis vitietur. *Hic enim ſuus, &c.* vt valeat inſtitutio, ſufficit eum ſuum hæredem naſci, & naſci poſt mortem. Cur nepos nunquam habuerit ius ſui hæredis, ego iam dixi. *Mortuo patre, &c.* In quibuſdam libris aliter legitur: in Floren. legitur, *Viuo patre, deinde auo.* Æmilius Florentinam lectionem interpretatur: ſed non ſine fuco. Eius ſcripta qui volet legat. Norica lectio mihi videtur longe planior & expeditior, quæ conſentientes etiam alios veteres codices habet. Sequitur, *Ergo etſi pronepos admitteretur, qui natus erit, &c.* Verba hæc obſcura ſunt, & alii varie interpretantur. Hic mihi videtur horum verborum ſenſus eſſe, Si pronepos admittitur, vt ante diximus, ſi pronepos ſuccedit in locum filii. Hinc conſequens eſt, argumento ducto à ſimilitudine, eum poſſe adoptari loco nepotis, ſi pronepos admittitur, vt diximus. Ergo ſi natus erit ex nepote, id eſt, pronepos. Hoc obiter annotare voluit Scæuola, quod pertinet ad tit. de adopt. Colligit pronepotem adoptari poſſe, vt ſit nepotis loco, & verum eſt. §. Et tam filium. Inſtit. de adopt. vbi dicitur non tantum me poſſe filium alienum in nepotis locum adoptare, ſed & nepotem meum, vt ſit mihi filii loco: & pronepotem, vt ſit mihi pronepotis loco.

Ad §. In omnibus his ſpeciebus, &c.

HÆc ſubiicit Scæuola vt oſtendat, quamuis nepotis inſtitutio neceſſaria non ſit, vt diximus: tamen filii inſtitutionem neceſſariam eſſe, ſi teſtator filium habeat. In ſuperiori capite diximus, etſi nepos inſtitutus non ſit, aut non recte inſtitutus à teſtatore, nihilominus valere pronepotis inſtitutionem. Dubitari forte poterat an idem dicendum ſit, etſi filius inſtitutus non ſit, aut non recte inſtitutus ſit? Et ait Scæuola idem dicendum eſſe. *Ex aliqua.* Si teſtator, qui vult poſthumum nepotem naſciturum inſtituere ſecundum formulam Galli, habeat filium, neceſſe eſt vt filius ſaltem pro parte hæres inſtituatur. Nam præteritio filii ſemper nocet, quamuis non ſemper noceat nepotis præteritio. Nam filio præterito, nullum dicitur eſſe teſtamentum. leg. filio præterito. 17. ff. de iniuſto, rupt. &c. & leg. inter cætera. 30. ff. hoc tit. Nec conualeſcit poſtea, etiamſi viuo teſtatore deceſſerit. leg. ſi filius. 7. & §. 1. de exhæred. lib. in Inſtit. Sed de nepote idē dici non poteſt, etiam ſi quis nepotem prætererit. poteſt valere teſtamentum: poteſt etiam rumpi: ſed hoc pendet ex euentu. Nam ſi nepos natus ſuccedat in locum filii, filio fortaſſis mortuo rumpet teſtamentum. Sed contingere poteſt, vt nepos præteritus moriatur ante filium: atque ideo teſtamentum non ſit ruptum. Et ſic multum intereſt inter inſtitutionem filii & nepotis. Adiecit autem Scæuola verba illa, *Vt filius duntaxat qui eſt in poteſtate, ex aliqua parte ſit hæres:* vt excluderet emancipatum filium. Nam filii emancipati inſtitutio non eſt neceſſaria, nec rumpit teſtamentum, quamuis ei detur à Prætore bonorum poſſeſſio contra tabulas. Ad verſic. *Quod non eſt neceſſe, &c.* ibi, *ſi ibi decedat:* quia non habet iura ſui hæredis. l. pen. cum apud. ff. hic. Rurſum ibi, *Quorum.* Si liberos nepotis, aut pronepotis velimus inſtituere ſecundum formulam Galli præſcriptam, non eſt neceſſe inſtituere nepotem, aut pronepotem, vt valeat inſtitutio liberorum, qui ex eis naſcentur. Nam forte contingere poteſt, vt nepos, vel pronepos moriatur ante filium teſtatoris. Non eſt legendus hic verſic. *Quorum ſi liberi, &c.* cum parentheſi, vt in Norico libro, id eſt, nepotis & pronepotis. Nam etſi eſſent præteriti nepos & pronepos, poteſt fieri vt teſtamentum non rumpant. Ex his verbis notandum eſt: verbis formulæ Aquilianæ non videri filium inſtitutum eſſe, *Si filius meus, viuo me, morietur, tunc ſi quis nepos, &c.* Ex eo quidam exiſtimant non eſſe neceſſariam filii inſtitutionem, & ſatis videri inſtitutum his verbis filium. Ducunt argumentum ex leg. 82. ſi ita quis hæres inſtituatur. ff. de hæredibus inſtituendis. *Inſtituo te hæredem, ſi legitimus hæres non vindicauerit hæreditatem meam.* His verbis, inquiunt, legitimum hæredem inſtitutum videri. vnde dicunt & idem hic dicendum eſſe, cum poſthumus naſciturus inſtituitur, *Si filius meus, viuo me, morietur, &c.* Sed verba Scæuolæ manifeſtiſſime hunc errorem conuincunt. Requirit nominatim eum inſtitui: nec ſufficit eum tacite inſtitui. Et ad id probandum nos etiam aliis argumentis vſi ſumus ſupra. Argumentum duximus ex § idem credendum. & §. quid ſi is, qui filium. ſupra ead. hac leg. vbi docet, qua forma inſtituendus ſit filius. d. vero leg. ſi ita quis inſtituatur, nihil ad rem pertinet. Nos enim loquimur de teſtatore habente filium. nihil prohibet alium inſtitui ſub hac conditione, *Si legitimus hæres hæreditatem meam non vindicauerit.* Sed hic ponimus teſtatorem habere filium in ſua poteſtate, qui nominatim inſtituendus eſt. Et quia nominatim inſtitui debet filius, ideo dicimus his verbis, quæ tantum conditionem habent, inſtitutum recte non videri, *Si filius meus, viuo me, morietur.* Alias dicunt non poſſe defendi inſtitutionem Galli: nec poſſe fieri quin hæreditas caduca fieret. Secundum conſtitutionem Iuſtiniani hæreditas tunc caduca dicitur generaliter, cum is qui hæres inſtitutus eſt moritur viuo teſtatore. In conſtit. Iuſtiniani, Cod. de caduc. tollen. ſi hæreditas ſit caduca, & acquiritur fiſco, quomodo poteſt vtilis eſſe inſtitutio poſthumi alieni, ad quem non peruenit hæreditas? Sed hoc perfunctorie quæſierunt. Aiunt non inſtitui filium ſub conditione: ſed poſthumum. Sed illi non intellexerunt quod diximus in interpretatione tit. de hæredibus inſtit. Dixi leg. Papiam non habuiſſe locum in filiis vſque ad tertium gradum. Vlpia. in Inſtit. de caduc. & tit. ſeq. Ius antiquum ſeruatum eſt liberis. Vnde etſi filius hæres inſtitutus deceſſerit, viuo adhuc patre, non ideo fit caduca eius hæreditas per legem Papiam: ſed ius antiquum ei ſeruatur. Ad verſic. *Nam fruſtra exhæredabitur, &c.* Nam in omnibus his ſpeciebus inſtitui oportet filium, ſaltem ex parte aliqua, ſi pater nolit eum in totum inſtituere. Hoc igitur adiecit Scæuola, quia poterat dubitari, an ſufficeret filium exhæredari. Diximus ſupra, quod vt valeat teſtamentum oportet filium, qui eſt in teſtatoris poteſtate, inſtitui, aut nominatim exhæredari. ergo ſufficit exhæredatio. Quid eſt igitur quod dicimus oportere filium ex aliqua ſaltem parte inſtitui? Sed ait hic non ſufficere exhæredationem filii. Nam abſurdum eſſet filium exhæredari poſt mortem ſuam. Exhæredatio non habet vim niſi adita hæreditate ab hærede. leg. 20. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bono. poſſeſſ. contra tabul. Si hæreditas adita non ſit, exhæredatio non valet, neque quicquam eorum, quæ in teſtamento ſcripta ſunt. Abſurdum eſt aliquem exhæredari poſt mortem ſuam. Idem in hoc caſu contingeret, ſi pater exhæredauerit filium, & inſtituerit poſthumum ex filio naſciturum, poſt mortem filii, & poſt mortem ſuam, Si filius meus, viuo me, morietur. Poſthumus inſtitutus ſi filius mortuus fuerit non poteſt adire hæreditatem: niſi filius deceſſerit. *Nam fruſtra, &c.* Oportet igitur filium inſtitui ſaltem ex aliqua parte. Nam exhæredaretur poſt mortem ſuam. In hac autem ſpecie non poteſt exhæredari, in qua non proponitur alium hæredem eſſe inſtitutum à patre. Sed ſi proponeremus alium inſtitutum eſſe hæredem à patre, valeret exhæredatio. Eo enim hærede hæreditatem adeunte, adhuc viuo filio, valeret exhæredatio. Sed ſi ponamus exhæredatum eſſe filium, & nullum alium eſſe inſtitutum præter nepotem naſciturum, certe exhæredationis effectus confertur in tempus, quo morietur filius: alias autem exhæredatio filii valet. & hoc eſt expreſſum in l. vlt. de condit. inſtit. Hic non valet exhæredatio, quia abſurdum eſſet aliquem exhæredare poſt mortem ſuam. Sed vbi poſſet viuo

habere exhæredatio, aliud dicendum eſt, & ſic intelligenda eſt d.l.vlt. quæ alioqui contraria videretur.

Nunc de lege Vellea.

POſt explicatam Galli Aquilii formulam, ſequitur diſputatio de lege Vellea, de qua iam aliquid attigimus ſupra. Hæc lex voluit, vt hic ait Scæuola, viuis nobis natos ſimiliter non rumpere teſtamentum. *Similiter, &c.* Vt enim Aquilius Gallus voluit, poſthumos naſcituros poſt mortem teſtatoris non rumpere teſtamentum: ita etiam auctor huius legis non voluit nobis viuis natos rumpere teſtamentum. Vterque ergo eodem ſpectauit. vtriuſque fuit idem ſcopus & Galli Aquilii, & Vellei. Vterque enim reſpexit ad conſeruationem teſtamentorum, ne teſtamenta præteritione poſthumorum rumperentur. Sed Velleus hac lege ſua id ſuppleuit, quod in formula Galli deſiderabatur, quod formula Galli non fuerat cautum & expreſſum. Aquilii formula pertinet ad poſthumos, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris. conceptio ipſius formulæ hoc ſatis indicat: *Si filius, viuo me, morietur, &c.* De his, qui naſcuntur viuo teſtatore, nullum verbum eſt, nulla litera in formula Galli. Sed hoc ſuppleuit Velleus hac lege ſua, quæ Vellea dicitur. Dixerit aliquis, potuiſſe fortaſſis Galli formulam produci ad hunc quoque caſum. atque ideo nihil opus fuiſſe hac lege Vellea. Formula Galli Aquilii producitur ad pleroſque caſus de quibus ante diximus. Cum Gallus ait, *Si filius meus, viuo me, morietur, &c.* non idem intelligimus, etſi filius, viuo teſtatore, fuerit deportatus: quamuis quoquo modo deſierit eſſe ſuus. Deinde quod Gallus ait de nepote nos, producimus ad pronepotem, *Si filius & nepos, viuo me, &c. tunc pronepos, &c.* Cur ergo idem non dicimus in hoc caſu, vt Galli formulam producamus ad hunc caſum de his, qui naſcuntur viuo teſtatore, cum videatur eadem ratio eſſe? vt ſicut Gallus ita concepit formulam, *Si filius, me viuo, morietur, tunc, &c.* ita nos concipiamus ex mente & ſententia Galli, *Si quis mihi nepos, viuo me, naſcetur, is hæres eſto.* Quid vetat formulam Galli ad hunc caſum extendi interpretatione, & ſi hoc poterat fieri, quid opus erat Legislatore? Sed dicendum eſt, ne Gallo quidem licuiſſe illud inducere formula ſua, quod Vellea lege cautum eſt de poſthumis natis viuo teſtatore. Id Gallo non licebat, qui Iureconſultus tantum erat: qui Iureconſulti tantum officio in hac re fungebatur. non enim licuit ei contra leges aliquid conſtituere. Non licebat per legem nepotem naſciturum, viuo teſtatore, hæredem inſtituere, vt ſæpe iam ſupra diximus. Lex prohibebat quicquam relinquere teſtamento iis, qui in rerum natura non eſſent, vt dicitur in §. incertis. & §. poſthumo. de legat. in Inſtit. Excipiebat lex propter humanitatem poſthumos ſuos. Ideoque poſthumi tantum alieni prohibebantur inſtitui: ſed leg. 12. tabularum permittebatur poſthumos tantum ſuos inſtituere, de filiis poſthumis nulla erat dubitatio quin poſſent inſtitui. leg. placet. 4. ff. hoc tit. de poſthumis vero nepotibus dubitabatur, quia ſi tempore teſtamenti non ſui eſſent, videtur eorum inſtitutio prohibita eſſe. Lex 12. tabularum loquebatur de poſthumis alienis: Sed Gallus rationem excogitauit qua poſſit nepos poſthumis poſt mortem teſtatoris naſciturus inſtitui, ſalua lege 12. tabularum. quaſi pro ſuo potius, quam pro alieno habendus ſit is, qui aliquando naſciturus eſt ſuus: nempe poſt mortem filii, qui eum præcedit in iure ſui: & ſic Gallus interpretatus eſt legem 12. tabularum. Id præſtitit Gallus hac in re, quod officio Iureconſulti conueniebat: non exceſſit fines muneris ſui: id non conſtituit contra legem, ſed ex lege ipſa per interpretationem quandam induxit. De naſcituris viuo teſtatore nihil complexus eſt formula ſua, quia contra legem feciſſet. Lex non permittebat eos inſtituere. Non eſt eadem ratio eorum, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris, & eorum qui naſcuntur viuo teſtatore. Magna vtilitas exigebat, vt inſtitutio permitteretur eorum, qui naſcituri ſunt poſt mortem teſtatoris, nec poterat aliter fieri abſque iniquitate. Nam hi poſthumi, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris ſui, rumpunt teſtamentum, ſi non fuerint inſtituti, vel exhæredati. Iniquum igitur eſſet non licere inſtituere. Ergo id induxit Gallus ex lege 12. tabularum, vt inſtitui poſſent. Non eſt idem periculum eorum, qui naſcuntur viuo teſtatore: quia poteſt expectare dum nati fuerint, & poteſt eos poſt mortem ſuam inſtituere: & ſi vereatur, ne nati ſe viuo rumpant teſtamentum: ac eos quaſi præteritos poteſt poſtea inſtituere. Hac ratione factum eſt vt Gallus Aquil. nihil complexus ſit de his poſthumis formula ſua. Opus igitur fuit Legislatore ad hanc rem, in qua abroganda erat lex neceſſaria. Lex igitur lata eſt, cuius Legislator fuit Velleus, vnde nomen accepit lex Vellea.

Nunc de lege Vellea, &c. Velleus igitur non Iureconſultus fuit, vt Accurſius ait: ſed Legislator. Iureconſultorum ſententias nō ſolent iuris noſtri auctores vocare leges, quanquam Iuſtinianus abutatur hoc verbo in quibuſdam ſuis conſtitutionibus. Lex eſt quod populus conſtituit: &, vt habetur in Inſtit. tit. de iure naturali gent. & ciuili, lex fit populi auctoritate. Sententia Iureconſulti non recte lex appellatur. Ideo formula Galli non eſt lex: nec eam vocat legem Scæuola. quia ſatis intelligebat eam legem populum non tuliſſe. Et paulo poſt vocat Galli ſententiam: ſicut etiam Galli ſententia dicitur in leg. pen. ff. de leg. 1. Hanc differentiam perſpicue docet & illuſtrat locus ille Vlpiani, quem adduximus ex illius Inſtit. tit. qui hæredes inſtitui poſſunt. Si poſt mortem naſcatur poſthumus, qui ſuus futurus eſt, ex iure ciuili inſtituitur, id eſt, ex lege duodecim tabularum. Si nobis viuis naſcatur, ex lege Iulia, id eſt, ex lege Iulia Vellea, vel ex lege Iunia Vellea. Ille locus aperte oſtendit non licuiſſe ante legem Velleam poſthumos naſcituros viuo teſtatore, hæredes inſtituere: ſed eos tantum, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris. quia non poterat aliter prouideri conſeruationi teſtamentorum. quod non accidebat in natis in vita teſtatoris. Hæc de origine legis Velleæ, & de diſcrimine quod reperitur inter legem Velleam & ſententiam Galli, de qua prius diſſeruimus. Nunc de eadem lege Vellea rurſus quædam alia. Verba autem eius legis, aut ſaltem pars aliqua hic extat in d. §. nunc de lege Vellea, &c. Ad verſic. Qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, &c. Videntur addenda eſſe hæc verba, aut his ſimilia, Inſtituendi poteſtatem habeto. Vellea lex igitur dat poteſtatem inſtituendi omnis virilis ſexus, qui teſtatori ſuus futurus erit. quod non licebat ante, vt ego dixi. In hoc capite legis Velleæ non dubitatur, quin alia fuerint verba, quæ hic deſiderantur, quæ difficile eſt omninò ſupplere. Certum eſt aliquid expreſſum fuiſſe de eorum inſtitutione, qui viuo teſtatore naſcituri ſunt, de quo tamen nullum verbum hic. Si quis dixerit, hoc quoque contineri verbis illis generalibus, omnis virilis ſexus, qui ei ſuus hæres, &c. Scio his verbis contineri eos qui naſcuntur viuo teſtatore: ſed continentur hi quoque, qui naſcuntur poſt mortem teſtatoris. Cum dicat, *Omnis virilis ſexus, qui ei ſuus hæres futurus erit.* Et certum eſt non fuiſſe ea comprehenſa lege Vellea, quæ ad formulam Aquilii pertinent. hoc ſatis conſtat ex verbis §. & quid ſi tantum. Diximus ibi, Si teſtator inſtituerit poſthumum naſciturum poſt mortem ſuam ſub hac conditione, Si filius emancipabitur, Si filius deportabitur in inſulam, ex ſententia legis Velleæ per interpretationem hoc admittendum eſſe. quia legis Velleæ verba generalia ſunt. vt infra ibi, Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit. Filius enim deſinit ſuus hæres eſſe non tantum ſi mortuus fuerit, ſed etiam ſi deportabitur. Sed hoc induci non poteſt ex lege Vellea: quia pertinet ad eos, qui naſcuntur viuo teſtatore. Ergo ſi teſtator inſtituerit poſthumum ſub hac conditione, Si filius emancipabitur: hic caſus non poteſt dici comprehendi verbis legis Velleæ: quia etſi caſus deportationis comprehenſus fuerit verbis legis Velleæ: tamen verba eius legis pertinent ad eos, qui naſcuntur viuo teſtatore, non ad eos qui poſt mortem naſcuntur. Et Scæuola ait, ex ſententia tantum eſſe legis Velleæ, non etiam ex verbis. Sed quæcunque fuerunt verba legis Velleæ, Scæuola ſatis nos docet de his qui viuis nobis naſcuntur, legem à Velleo latam fuiſſe. Verba legis Velleæ hæc, *Qui teſtamentum faciet, &c.* latiſſima ſunt. Ibi, *Omnis virilis ſexus, &c.* permittit lex omnes inſtituere, qui per virilem ſexum deſcendunt. Sic enim accipienda ſunt verba legis Velleæ, ex leg. 3. ff. de iniuſto, rupto, &c. Idem eſt Inſtitut. in tit. de exhæred. libe. in princip. Permittit igitur omnes inſtituere, qui deſcendunt per virilem ſexum. Ad verſic. *Qui ſuus hæres futurus erit.* Hæc verba late patent, & multos caſus complectuntur, de quibus ante diximus. Hic tractatur quæſtio ad

eius

eius legis interpretationem pertinens, in principio. Ad verſi. *Et videtur primum caput, &c.* Quæſtio naſcitur ex verbis legis Velleæ. In hoc primo capite dicitur, *Qui teſtamentum faciet, &c. Qui ſuus, &c.* Quæritur an hæc verba referenda ſint ad tempus teſtamenti, an ad tempus natiuitatis: an ſic accipiantur, vt ita demum poſſit inſtitui naſciturus viuo teſtatore, ſi tempore teſtamenti natus eſſet ſuus: an vero etiam ſi tempore teſtamenti ſuus hæres non eſſet: quia filius eum gradu præcedit? Quidam filium habet viuum: ex eo filio forte habet nurum prægnantem, ſperatque naſciturum ſibi ex filio nepotem. ſi nepos hic naſceretur tempore teſtamenti, non eſſet ſuus. Nam pater eum præcedit in iure ſui: ſed tamen, patre mortuo, poteſt eſſe ſuus. atque ideo ne rumpat teſtamentum inſtituendus eſt ſecundum huius legis præſcriptum. Quæſtio eſt ergo hic, an ſpectandum ſit tempus teſtamenti, an vero ſufficiat ſpectare tempus natiuitatis? Et videtur Scæuola velle ſpectari tempus, quo naſcetur nepos: non autem tempus, quo teſtamentum fit. *Ergo & ſi filium, &c.* Teſtator filium habet & ex eo nepotem nondum natum: ſed naſciturum ſperat: inſtituit nepotem naſciturum. valet inſtitutio ſi inſpiciamus tempus teſtamenti. Videtur non poſſe ſuus dici. quia filius eum præcedebat in iure ſui. Sed ait Scæuola, non eſſe ſpectandum tempus teſtamenti. Ad verſi. *vt non ſolum.* verba legis Velleæ in hoc primo cap. nos ſic interpretamur, quaſi notauerit hoc primo cap. Velleus, non tantum illud. Ad verſ. *Si nepos, qui eo tempore inſtituatur.* quaſi lex voluerit non tantum inſtitui poſſe nepotem naſciturum, ſi filius iam deceſſerit tempore facti teſtamenti: verum etiam ſi filius viuo patre non deceſſerit. Ad verſic. *Quid enim neceſſe eſt, &c.* Hæc verba ſic interpretatione reſtringite, vt ad tempus teſtamenti referantur magis, quam ad tempus quo naſcentur. Verba legis Velleæ, quæ retulimus, commode hanc interpretationem recipiunt. Melius eſt vt intelligamus generaliter verba legis Velleæ, quæ generalia ſunt, vt liceat interpretari non tantum ſi filius deceſſerit, viuo teſtatore: ſed etiam ſi adhuc viuus ſit. Deinde ſequitur, *Nam & ſi ita verba ſunt. Qui teſtamentum, &c.* Eandem ſententiam confirmat argumento ducto ex ſecundo capite eiuſdem legis Velleæ. Sed de hoc capite aliquid eſt videndum priuſquam hoc argumentum exponamus. Secundum caput legis Velleæ pertinet ad inſtitutionem nepotum, qui iam nati ſunt viuo teſtatore, ante quam teſtator teſtamentum faciat. Cum teſtator habet filium & ex eo nepotem, ita vt filius totum ius ſui habeat, non etiam nepos: quia præcedit nepotem vno gradu. Verba legis Velleæ in hoc ſecundo capite ex §. ſeq. colliguntur. ex §. ſeq. Et bene &c. ibi, *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit.* Addendum eſt ex variis capitibus illud, liberi eius & cæteri in locum ſuorum hæredem ſuccedunto. Addendum etiam illud, nec minus teſtamentum ratum eſto. Si inſtituti fuerint hæredes. Velleus igitur in hoc ſecundo capite vult nepotem ſuccedere in locum filii, cum filius ſuus eſſe deſiit: & ſimiliter pronepotem ſuccedere in locum nepotis, vel filii, ſi filius, vel nepos deſierint ſui hæredes eſſe, & ita ſuccedere vt ea ſucceſſione non rumpant teſtamentum ſi inſtituti fuerint. Quid igitur, dixerit aliquis, noui induxit Velleus hoc ſecundo capite legis ſuæ? Nam ante legem Velleam licebat nepotes hæredes inſtituere. Nulla enim lex eſt antiqua, quæ prohibeat nepotes iam natos inſtitui. de his quidem, qui nondum ſunt in rerum natura, aliquid legibus prohibitum fuit: ſed de iam natis nepotibus, vt dixi, nulla eſt vnquam lex lata, quæ eos inſtituere prohiberet. *Hoc capite introducta eſt.* Hoc introduxit Velleus vt nepos ſuccedat in locum filii. Nepos enim, quem filius præcedit, ſui ius non habet. Sed hoc conſtituit, vt mortuo filio ſuccedat in eius locum: & ſui hæredis ius nanciſcatur. Idem conſtituit etiam vt hac ſucceſſione ita rumpatur teſtamentum, ſi nepos præteritus ſit: & addidit hoc iuri veteri. Iure veteri licebat inſtituere nepotem natum: ſed & licebat etiam præterire. Non rumpebatur enim teſtamentum ob præteritionem nepotis, ſi quis inſtituiſſet filium: ſed portio quædam accreſcebat nepoti. Erat quoddam genus accreſcendi iuris, de quo in l. magnum vitium. C. de lib. præter. Sed hac lege Velleus conſtituit vt nepos præteritus rumpat teſtamentum, ſi præteritus ſit: ſi vero inſtitutus ſit, non rumpat. Introducitur ergo ſucceſſio nepotis in locum filii, ſi filius deſierit eſſe ſuus hæres: & non rumpitur teſtamentum ſi inſtitutus ſit. Hæc ſucceſſio dicitur ſimilis eſſe arrogationi. leg. Poſthumorum. 13. ff. tit. ſeq. de iniuſt. rupt. & Inſtit. §. poſthumorum. de exhæredat. liberorum. Videtur enim quædam agnatio recens, cum hi ſuccedant in locum aliorum deficientium. Ex his autem verbis legis ſatis colligi poteſt forma & ratio inſtituendi nepotis, ne ſucceſſione, & quaſi quadam agnatione rumpatur teſtamentum. *Si filius meus viuo me, morietur, nepos mihi hæres eſto.* Ego mortis mentionem facio pro exemplo. Nam verba legis Velleæ latius patent. Eo caſu eueniente, quo ſuus hæres eſſe deſierit filius, nepos ſuccedit in locum filii, non rumpet teſtamentum hac agnatione, & ſucceſſione. quia recte hoc modo, & ſecundum legem Velleam inſtitutus eſt in hoc ſecundo capite. Ex his intelligitis quid fuerit cautum hoc capite ſecundo legis Velleæ: redeamus ad quæſtionem cœptam. In primo capite quæſitum fuit, an verba legis Velleæ in primo capite, cum dicit, qui teſtamentum faciet, is omnis virilis ſexus, qui ei, &c. an ea verba referenda ſint ad tempus teſtamenti? Nos diximus non eſſe referenda ad tempus teſtamenti: ſed ad tempus natiuitatis, perinde ac ſi dixiſſet Legislator, Omnis virilis ſexus, qui ei ſuus hæres futurus erit cum naſcetur. nec neceſſe eſt ita reſtringamus verba huius legis hac interpretatione. Scæuola hanc ſententiam, quæ erat dubia, & quæ pertinet ad interpretationem legis, confirmat argumento ducto ex hoc ſecundo capite. In hoc ſecundo capite, dicitur nepos ſuccedere in locum filii. nec refert in hoc ſecundo capite, quo tempore, &c. cum agatur de inſtituendo nepote iam nato. Dicit [illegible] enim inſtitutio vtilis eſſe, & ſi filius tempore teſtamenti v[illegible]s fuerit, lex vult nepotem ſuccedere in locum filii, qui poſtea defunctus fuerit. Hoc argumento certe idem dicendum eſt, vt nihil referat, cum quæritur de inſtitutione eorum qui naſcituri ſunt viuo teſtatore, an tempore teſtamenti viuus ſit filius, an non ſit, vt ſemper valeat eorum inſtitutio. *Nam & ſi ita verba, &c.* Quidam legunt vno tractu vſque ad hunc locum, & hæc coniungunt. quæ lectio non mihi diſplicet. Sed parum refert ſiue hæc coniungantur, ſiue ſeparentur. Argumentum ex eo ducitur, quod lex Vellea in ſecundo capite non vult ſucceſſione liberorum rumpi teſtamentum, ſi forte contingat filium decedere poſt teſtamentum, & nepotem ſuccedere in eius locum. *Et ita interpretandum eſt, vt etiam, &c.* Verba legis Velleæ in hoc ſecundo capite non pertinent tantum ad ſucceſſionem nepotis in locum filii: ſed ad ſucceſſionem omnium aliorum, qui per virilem ſexum deſcendunt, vt ſi vnus deſierit ſuus hæres eſſe, ſequentes in locum deficientium ſuccedant.

Ad §. videndum.

IN hoc capite legis Velleæ cautum eſt, vt ſi quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit, liberi & cæteri in eius locum ſucceduntο: nec ea ſucceſſione rumpatur teſtamentum ſi inſtituti fuerint. Hoc ego iam explicaui ſuperius. Hoc igitur caput legis ad inſtitutionem nepotum pertinet, qui iam nati ſunt, quo tempore fit teſtamentum. Nam alias periculum eſt, ne ſi quaſi agnaſcantur, præteriti rumpant teſtamentum. Eſt enim quaſi quædam agnatio, non proprie agnatio. Nam agnaſci dicuntur, qui poſt mortem naſcuntur, filioque mortuo nepos ſuccedit in eius locum & ius ſui nanciſcitur. Prouiſum eſt igitur hoc capite legis Velleæ ne hac ſucceſſione, & quaſi agnatione nepotis rumpatur teſtamentum. *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit, &c.* In his verbis ſubaudiendum eſt, viuo adhuc teſtatore. & fortaſſe id expreſſum fuit alia parte legis. Verba legis Velleæ hic nec plena, nec perfecta ſunt. Sed ex aliis locis id facile colligitur ita eſſe intelligendum, & hoc addendum eſſe, viuo teſtatore. Eſt locus apertus in l. poſthumorum. 13. ff. de iniuſt. rupt. Ratio ſatis perſpicua eſt ex iam dictis. Nam is demum rumpit teſtamentũ propter præteritionem, ſi præteritus ſit, qui reperitur in primo gradu tempore mortis teſtatoris. l. ſi quis filio exhæredato. 6. §. 1. eo. ti. de iniuſt. & leg. ſi quis poſthumos. 9. §. 1. ff. hoc tit. de lib. & poſth. Et intelligendum eſt etiam in primo capite legis Velleæ, etiam in formula Galli. alias nullum eſt periculum, ne quaſi agnatione, vel præteritione rumpatur teſtamentum, ſi forte filius, qui gradu præcedit nepotem, deceſſerit mortuo iam teſtatore. Nepos nullo caſu poteſt rumpere

teſtamentum, etſi mortuus ſit filius, qui primum gradum tenebat, quia tempore mortis teſtatoris adhuc filius eum præcedebat, adhuc ſuperſtes erat. Itaque exemplum inſtitutionis ex ſecundo capite legis Velleæ, quod vulgo traditur, huiuſmodi eſt, *Si filius meus, viuo me, morietur, nepos meus hæres eſto.* vel, *Si me viuo, filius meus deſierit ſuus hæres eſſe, tunc nepos mihi hæres eſto.* Confertur inſtitutio nepotis in eum caſum quo præteritus rumperet teſtamentum, ſi inſtitutus non eſſet nepos, ſi contingat filium mori viuo teſtatore, & nepos in eius locum ſuccedat, hac ſucceſſione rumpet teſtamentum: quia filius eum non præcedit, & fit ſuus hæres. Hinc naſcitur quæſtio tractata de eo, qui filium habet apud hoſtes. Videndum eſt, inquit Scæuola, num hac, &c. Quidam paterfamilias habet filium captum ab hoſtibus, & ex eo nepotem. Si vereatur teſtator ne filius, qui eſt apud hoſtes, ibi decedat poſt mortem ſuam, atque ita nepos præteritus rumpat teſtamentum, quomodo nepotem poterit inſtituere? Non videtur poſſe inſtituere ſecundum legem Velleam: *Si filius meus, viuo me morietur, tunc nepos mihi hæres eſto.* Ponamus filium decedere poſt mortem teſtatoris, ſed apud hoſtes. Hoc caſu etiam poterit rumpere teſtamentum. quia lex Cornelia fingit eum, qui deceſſit apud hoſtes, deceſſiſſe antequam caperetur. leg. in omnibus. 18. ff. de capt. & poſtlimi. & tamen non eſt prouiſum conſeruationi teſtamenti in hoc caſu per Velleum. quia ſecundum legem Velleam in hoc ſecundo capite Inſtitutio confertur in tempus mortis, quo mortuus fuerit filius viuo teſtatore, euenit autem caſus longe aduerſus. Nam moritur filius poſt mortem teſta[illegible]is: ſed moritur apud hoſtes. quæritur an hic caſus po[illegible] accommodari verbis legis Velleæ, vt ita dicamus vel ex verbis, vel ex ſententia legis Velleæ, *Si filius meus deceſſerit poſt mortem meam apud hoſtes, nepos hæres eſto.* Alias enim rumpet hoc caſu teſtamentum nepos, & non tantum cum filius decedit, viuo teſtatore. Nam fingitur filius deceſſiſſe antequam caperetur, propter legem Corneliam. videndum igitur quid dicendum ſit? Ad verſic. *Nihil enim addidit, quo ſignificaret: &c.* Videndum, inquit, eſt. Probabilis eſt de ea re dubitatio. Nihil enim addidit Velleus lator huius legis. Nihil eſt expreſſum lege Vellea, quo ſignificetur hoc tempus ſucceſſionis. Ideo non niſi per quandam interpretationem & extenſionem videtur induci poſſe hic caſus. De hoc caſu ſucceſſionis nihil expreſſit Velleus. Ideo non videtur ex verbis legis Velleæ hoc colligi poſſe. Ad verſic. *Niſi quod licet audenter, poſſis dicere, &c.* His verbis ſignificat Scæuola poſſe dici etiam hunc caſum conuenire verbis legis Velleæ. In hoc ſecundo capite ait lex Vellea, *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus hæres eſſe deſierit viuo teſtatore, liberi & cæteri hæredes in eius locum ſuccedunto.* Ait Scæuola, *Audenter licet.* tu potes dicere hunc caſum conuenire verbis legis Velleæ, cum ait lex, *Si quis ex ſuis hæredibus ſuus eſſe deſierit viuo teſtatore.* Nam filius in hoc caſu dici poteſt deſiiſſe ſuus hæres eſſe, viuo patre, licet poſt mortem deceſſerit. quia deceſſit apud hoſtes, & certum eſt redire eum non poſſe. Fit autem hoc propter fictionem legis Corneliæ, quæ fingit eum qui deceſſit apud hoſtes, deceſſiſſe eo momento quo captus eſt. l. lege Cornelia. 12. ff. de teſtam. & propterea ait, *licet audenter.* hoc enim audenter dictum videtur: quia ſi veritatem inſpiciamus, id dici vere non poteſt. nam re vera non poteſt dici mortuus, viuo teſtatore: ſed poſt mortem teſtatoris deſiit ſuus hæres eſſe. Nam captiuitate iura patriæ poteſtatis non ſoluuntur, ſed tantum pendent. §. ab hoſtibus. Inſtit. quibus mod. ius pat. poteſta. Hic videtis ergo verba legis Velleæ produci interpretatione ad eum caſum, qui non ſatis expreſſus eſt verbis legis. Exempli gratia, qui deceſſit mortuo teſtatore apud hoſtes, fingitur deceſſiſſe viuo teſtatore. Et ſimilis eſt interpretatio ſupra, in §. quid ſi is qui filium. vbi exemplum eſt ſimile, quod fuit adductum ad explicationem formulæ Aquilianæ. Formula Galli producitur ad hunc caſum Scæuolæ noſtri interpretatione, & ad omnem alium caſum, quo nepos præteritus rumpere poteſt teſtamentum. Sic etiam producitur lex Vellea in hoc ſecundo capite de quo loquimur.

Ad §. Ille caſus in difficili eſt.

MVltis variiſque modis proſpectum eſt conſeruationi teſtamentorum à Gallo, & Velleæ legis auctore, ne nepotes vel agnatione, vel quaſi agnatione, id eſt, ſucceſſione teſtamenta defunctorum rumpant. Hic tamen proponitur caſus, in quo non videtur ita nepos inſtitui poſſe ne teſtamentum defuncti rumpat, ſiue legem Velleam ſpectemus in vtroque capite, ſiue formulam Galli. Ideoque dicitur hic caſus in difficili eſſe. In hoc enim caſu non videtur ratio iniri poſſe, quia ita inſtituatur nepos, vt non rumpat teſtamentum. Non videtur enim ſufficere nec cautio Galli, nec lex Vellea in vtroque capite ſuo. Vnde de quo hic quæritur, eſt interpretatio. Nulla lex ſiquidem tam caute, tam diligenter, tamque circumſpecte ſcribi poteſt, vt non multa accidant inopinato, in quibus interpretatio & ἐπιείκεια non ſit neceſſaria. Exemplum eſt luculentum. *Iſque naſcatur viuo patre ſuo, &c.* Naſcitur nepos viuo patre: deinde pater decedit ante mortem teſtatoris: hic nepos rumpit teſtamentum, ſi præteritus ſit. & tamen nec ex formula Galli, nec ex cautione legis Velleæ poteſt ita inſtitui vt non rumpat teſtamentum. Hic caſus primum ad formulam Galli non videtur pertinere. Formula enim Aquilii pertinet ad eos qui ſui naſcuntur. Vult Gallus inſtitui ſecundum præſcriptum formulæ ſuæ eos nepotes, qui ſui naſcuntur. Hic non naſcitur ſuus. naſcitur enim viuo adhuc ſuo patre. Hic enim poſuimus naſci nepotem viuo patre: deinde patrem decedere in cuius locum nepos ſuccedit. manifeſtiſſime apparet formulam Galli hic non pertinere. Ad legem Velleam nihilo magis pertinet hic caſus. Ad primum caput non pertinet eadem ratione, quia diximus non pertinere ad formulam Galli. Nam Velleus in primo capite inſtitui vult eos, qui ſui naſcuntur. Et diximus ſuperius inſpici tempus natiuitatis. At hic non naſcitur ſuus, quo enim tempore naſcitur filius, eum præcedit vno gradu. Ergo non videtur ſecundum primum caput legis Velleæ inſtitui poſſe, ne rumpat teſtamentum. Ad ſecundum caput legis Velleæ non pertinet etiam hic caſus: quia ſecundo capite legis Velleæ inſtituuntur nepotes iam nati, ne ſucceſſione in liberorum locum poſtea rumpatur teſtamentum. Ergo hic caſus omnino ad legem Velleam non pertinet, nam patre mortuo, ſuccedit nepos in locum filii teſtatoris, & hac ſucceſſione rumpit teſtamentum. Tametſi ob ea, quæ iam diximus, non videatur poſſe inſtitui nepos in hoc caſu ne rumpat teſtamentum, nec ex primo, nec ex ſecundo capite legis Velleæ: tamen Scæuola ait poſſe ex duobus capitibus commixtis inſtitui ex ſententia Iuliani. Oſtendit Scæuola cur ille caſus in difficili ſit. *Non enim ſuus hæres eſt, &c.* Oſtendit nec ad ſuperius caput legis Velleæ, nec ad poſterius caput eiuſdem legis pertinere hunc caſum. Ad primum caput non pertinere: quia loquitur de his qui ſui ſunt eo tempore quo naſcuntur. Hic autem ſuus non eſt quo tempore naſcitur: quia pater præcedit eum. *Nec poſteriore capite ſuccedendo, &c.* Poſterius caput legis Velleæ prohibet rūpere teſtamentum eum nepotem, qui inſtitutus fuerit: ſed loquitur de nepote iam nato tempore facti teſtamenti. Hic autem proponimus non fuiſſe natum tempore facti teſtamenti: ſed poſtea natum viuo adhuc patre. *Denique & ſuperiore capite, vt liceat, &c.* Explicat planius & apertius quid contineatur vtroq; capite legis Velleæ. Superiori capite id permittitur, quod iure antiquo prohibitum non erat. Non erat etenim prohibitum iure antiquo, ante legem Velleam, inſtituere nepotem natum viuo adhuc teſtatore. *Qui cum naſcerentur ſui erunt, &c.* At in ſpecie noſtra nepos cum naſcitur ſuus hæres dici non poteſt: quia pater eum præcedit. ergo non poteſt dici hic caſus pertinere ad primum caput legis Velleæ. *Poſteriore capite nō permittit inſtitui, ſed vetat, &c.* Poſteriore cap. nō permittit Velleus inſtituere nepotes iam natos. Nā id prohibitum nō erat. Quid ergo facit in hoc ſecundo cap. Velleus? Vult in hoc ſecundo cap. nepotes, qui iam nati ſunt tempore teſtamenti, ſi filius, qui eos antecedit, deſierit ſuus hæres eſſe, eos ſuccedere in eius locū. Duo continentur hoc capite: Primo vt ſuccedat nepos in locū filii, filio mortuo. Secūdo vt ob hanc ſucceſſionē teſtamentū non rumpatur ſi nepos inſtitutus fuerit. *Neve ob eam rem minus, &c.* Ait nō minus ratū eſſe teſtamentū, quod ſuccedat nepos in locū filii. Si expendamus hæc duo capita legis Velleæ, non videtur hic caſus pertinere ad legem Velleam, & rumpi videtur teſtamentū. Quid enim refert an quis præteritus ſit, an inutiliter inſtitutus fuerit? Ratio inſtituēdi nepotis cōtinetur his duobus capitibus legis Velleæ. At hic caſus non conuenit rationi inſtituendi, quæ traditur capitibus eius legis. Quomodo igitur fieri poterit, ne rumpatur

patur

patur teſtamentum? Non enim ſatis eſt inſtituere: ſed oportet vtiliter inſtituere. Initio poſitum eſt nepotem nondum natum inſtitutum eſſe: ſed vtiliter non poteſt dici inſtitutus, cum inſtitutio non ſit facta ſecundum præſcriptum legis. Nullo iure poteſt nepos nondum natus in hac ſpecie inſtitui. Hoc probatum eſt argumento à diuiſione partium, nec ex primo nec ex ſecundo: & vt perfectior ſit diuiſio, poterit addere quis l. duodecim tabul. ius antiquum, quo non licebat nepotes natos inſtituere ex ſententia Vlpiani Inſtitut. Sequitur, *Iuliano tamen videtur duobus, &c.* Subtiliter diſputando hic caſus de quo loquimur ad neutrum caput legis Velleæ videtur pertinere. Et quæ hactenus à nobis dicta ſunt diſputando, eo pertinent vt oſtendamus ſubtilitatem iuris non pati, vt ſecundum legem Velleam ſiue ex primo, ſiue ex ſecundo capite nepos recte inſtituatur, vt natus non rumpat teſtamentum, Iuliano viſum eſt. *Duobus quaſi capitibus legis commiſtis, &c.* Iulianus ſic interpretatus eſt legem Velleam, quaſi duobus capitibus coniunctis, ne rumpantur teſtamenta: ſi inſtitutus fuerit in hoc caſu nepos, qui naſcitur poſt factum teſtamentum viuo adhuc patre ſuo: & poſtea patre mortuo ſucceſſerit nepos in eius locum. Quomodo commiſcentur duo capita legis Velleæ, ita vt ex eius legis præſcripto recte inſtitutio nepotis facta dicatur? Hic caſ^9 pertinet quadanten^9 ad primū caput legis Velleę, quia naſcitur nepos viuo teſtatore. Primum caput legis Velleæ pertinet ad nepotum inſtitutionem naſciturorum viuo teſtatore. In ſpecie noſtra nepos inſtituitur, naſcitur poſt teſtamentum viuo adhuc teſtatore. Ad ſecundum quoque caput accommodari poteſt hic caſus. Nam ſecundum caput legis Velleæ pertinet ad nepotem iam natum tempore facti teſtamenti, cum teſtator habet filium & nepotem iam natum. In hoc caſu nepos reperitur natus tempore ſui patris, & ſuccedit in locum patris ſui. Secundum caput pertinet ad nepotem & filium iam natos. Pertinet etiam ad ſucceſſionem nepotis in locum filii, quamuis naſcatur poſt factum teſtamentum: tamen reperitur natus viuo patre, & patre mortuo ſuccedit in eius locum: ſed quia non naſcitur ſuus, nec eſt natus tempore facti teſtamenti, ſi ſeparatim inſpiciamus hæc capita, ad neutrum caput dici poteſt pertinere, niſi ea coniungamus. Nos ita coniungimus, quaſi Velleus ita dixerit in primo capite, *Qui ſuus naſcetur, qui ſuus futurus eſt: quo tempore naſcetur, vel ſuus factus erit ſucceſſione, vel quaſi agnatione:* Sic vt primum caput recipiat interpretationem ex ſecundo capite. In primo capite ſic dicit, *Qui ſuus futurus erit, cum naſcetur.* Verba ſunt legis in primo capite, in quibus videtur aliquid deficere: ſi verba ſpectemus, interpretationem recipiunt ex poſteriore capite, quod pertinet ad ſucceſſionem. Primum caput pertinet ad eos qui agnaſcuntur, id eſt, qui naſcuntur poſt factum teſtamentum. Secundum ad eos, qui quaſi agnaſcuntur, vt quod dictum eſt in vno capite ad alterum producatur: ſicut diximus in leg. non eſt nouum. ff. de legib. vnam legem ad alteram produci. Nos itaque ita concipimus verba primi capitis legis Velleæ tam ex verbis quam ex ſententia, *Quiſquis ſuus futurus erit cum naſcetur, vel quaſi agnatione ſuus futurus erit.* Nec diſſimile eſt quod ſupra diximus in §. & quid ſi tantum. Sic nos interpretati ſumus formulam Galli, vt ex ſententia legis Velleæ multa ſumpſerimus ad ſupplendam Galli cautionem, & quod in ea deſiderabatur. Vtiliter ergo poterit inſtitui, ſecundum ſententiam legis Velleæ, nepos naſciturus in ſpecie propoſita, qui non erat natus tempore facti teſtamenti: ſed naſciturus poſt factum teſtamentum, viuo adhuc patre. Poterit ita inſtitui hic nepos, *Si filius meus, viuo me, morietur: & naſcatur nepos viuo me, ſiue naſcatur nepos adhuc filio meo viuo: etſi contingat filium meum poſteà decedere, & nepotem in eius locum ſuccedere, nepos hæres eſto.* Ex ſententia legis Velleæ poterit ita inſtitui nepos, vt ſucceſſione non rumpat teſtamentum. In caſu vero Iuliani poteſt dubitari ſi naſcatur nepos viuo patre ſuo. Ponamus nepotem viuo patre ſuo natum, emancipatum à patre. Primum quæritur an ſit ei futurus hæres, an recte videatur inſtitutus eſſe? Deinde qualis ſit hæres, an ſuus an extraneus? Hic ait Scæuola futurum hæredem eum, qui poſtea emancipatus eſt: non tamen vt ſuum hæredem neceſſarium: ſed vt extraneum. Ergo dicendum eſt in hoc caſu nepotem inſtitutum à patre manere hæredem, nec vitiari inſtitutionem propter hanc ſtatus mutationem, quamuis poſitus ſit extra familiam patris. hæc mutatio ſtatus non facit, quominus valeat inſtitutio prius recte facta. Sed non poterit dici ſuus hæres eſſe, ſed extraneus. De hoc tamen potuit probabiliter dubitari. & ideo dicit, quod magis probandum eſt. Hoc enim non caret dubitatione, quia videtur ſpectandum tempus inſtitutionis, quo tempore inſtitutus erat ſuus. Et ſi poſtea fuerit emancipatus, videtur non deſinere ſuus eſſe. Sed hic incidit difficultas in qua multi fruſtra laborant. Nam videtur ſubtiliter diſputando nepotem, qui poſtea emancipatus eſt, hæredem eſſe non poſſe: & emancipationem poſtea ſecutam obſtare inſtitutioni. Nam ſubſtituitur nepos, ne præteritus rumpat teſtamentum propter ius ſui, quod ſuitatis vocant. Rumpere teſtamentum ſui hæredis iura nactus: ſed ne hoc contingat, inſtituitur hæres. At certum eſt emancipatum non poſſe rumpere teſtamentum propter ius ſui. Emancipatus enim poteſt præteriri, nec eſt neceſſe emancipatum inſtituere hæredem, nec ob præteritionem iure ciuili poteſt rumpere teſtamentum, quamuis bonorum poſſeſſio contra tabulas ei detur à Prætore. Sed hic de iure ciuili loquimur. & hic inſpiciendum eſt propoſitum teſtatoris. Cum teſtator hunc inſtituit hæredem, ideo videtur id facere ne ſuus poſtea factus rumpat teſtamentum. Si igitur emancipatus eſt, non eſt periculum vt teſtamentum rumpat. ergo non infirmatur inſtitutio, quæ prius facta fuerat. Multæ variæque ſolutiones referuntur in ſcriptis aliorum: ſed mihi longe verius & probabilius eſſe videtur, in hoc caſu, ideo valere inſtitutionem hæredis, quod præſumatur pater pietate paterna ductus inſtituiſſe filium ſuum hæredem magisque vt ne teſtamentum ipſius rumperetur. Scio patrem hac ratione prouidiſſe conſeruationi teſtamenti ſui: quia alias rumperet teſtamentum. Sed non eſt præſumendum patrem alias non inſtituiſſe filium. Nam etſi vellet filium ab hæreditate ſua excludere, poſſet eum exhæredare nominatim, & ſic prouidere conſeruationi teſtamenti ſui. Atq; ideo quod ab aliis ſubtiliter adductum eſt, nō videtur ad rem pertinere. Poteſt igitur adire hæreditatem, nec emancipatio nocet inſtitutioni: non erit tamen habendus pro ſuo hærede, ſed pro extraneo. Itaque ſua ſponte adire poterit hæreditatem, non coactus, tanquam hæres voluntarius. Sui autem iure ciuili coguntur adire hæreditatem, quamuis iure prætorio detur eis beneficium abſtinendi.

Ad l. 16. Si filius hæres.

HActenus diximus de forma & ratione inſtituendorum poſthumorum: ſequitur quæſtio ad eundem locum pertinens, tractata in l. 16. ſi filius hæres. ſup. eod. tit. ff. Hæc lex omnium iudicio habetur valde obſcura & difficilis, adeo vt quidam magni nominis interpretes ingenue fateantur ſe eam nunquam intelligere potuiſſe, cuiuſmodi fere ſunt, quæ ſumpta reperiuntur ex quæſtionibus Africani, cuiuſmodi eſt lex, frater à fratre. ff. de cond. indeb. & l. centum Capuæ. ff. de eo quod certo loco. & aliæ complures. & vulgo dici ſolet, lex eſt Africani, id eſt, difficilis & obſcura. Dicam ſimpliciter & breuiter, diſcuſſis accurate omnium aliorum opinionibus, quod mihi probabilius viſum eſt in hac quæſtione. Incipiemus ab hypotheſi, ex qua naſcitur quæſtio & difficultas. Hypotheſis in priore parte legis hæc eſt: Quidam paterfamilias habebat filium, & ex filio nepotem: habebat etiam vxorem prægnantem, ex qua ſperabat poſthumum naſciturum. Hic paterfamilias teſtamento ſuo inſtituit filium ſuum hæredem, & nepotem ei ſubſtituit vulgariter, *Si filius meus hæres non erit, nepos hæres eſto.* Poſthumum autem præteriit, qui naſciturus erat ex eius vxore prægnante poſt mortem teſtatoris, antequam vel peperiſſet, vel abortum feciſſet vxor, quæ erat prægnans. filius deceſſit non adita hæreditate. Poſt eius mortem mulier abortum fecit. poſthumus natus non eſt. Hic eſt hypotheſis, ex qua nata eſt quæſtio apud Africanū tractata, iudicio meo. In hac ſpecie non inutiliter proponimus vxorem prægnantem fuiſſe, quæ poſtea abortum fecerit. Sic nos interpretamur hæc verba, *Poſthumo, non nato, &c.* Aliis quibuſdam placet, vacuum ventrem fuiſſe. Sed rectius ſic interpretamur. Poſthumo non nato, mulierem abortum feciſſe. his verbis ſignificat Iuriſc. aliquem in vtero fuiſſe: ſed non natum fuiſſe. Deinde ponimus etiam filium deceſſiſſe mortuo teſtatore, quod magni momenti eſt. idque indicant verba illa, quia eo tempore, &c. ex quibus neceſſe eſt, vt intelligamus mortuum

eſſe filium poſt mortem teſtatoris,& hoc debet etiam intelligi in priore parte legis. Nam inter priorem & poſteriorem legis partem nihil intereſt, niſi quod in priori parte nepos fuit ſubſtitutus: in poſteriore non fuit. Ex hac hypotheſi quæritur, quis hæres futurus ſit? Quæſtio hic eſt de hæreditate. Africanus ait, *Poſthumo non nato nepotem, &c.* his pauciſſimis verbis multa complectitur. Africanus ait nepotem futurum hæredem primum patri, & hoc dubitationem non habet iudicio meo, eſt enim futurus hæres patri ab inteſtato. Nam pater decedit inteſtatus. ideoque ei filius ſuccedere debet ab inteſtato. Deinde auo futurus eſt hæres, propter ſubſtitutionem ex teſtamento: quia aui teſtamento ſubſtitutus fuiſſe nepos proponitur, *Auo ſuum hæredem, &c.* Addit futurum hæredem ſuum vtrique tam patri quam auo, quod admirabile quibuſdam viſum eſt. Ex his verbis magna oritur quæſtio, magna difficultas, quomodo poſſit ſuus hæres eſſe auo ex hac ſubſtitutione. Multa enim obſtant, quominus poſſit ex hac ſubſtitutione ſuus hæres eſſe auo. Primum quia ſuus hæres non dicitur, niſi qui in primo gradu eſt. §. ſui autem. Inſtit. de hæredum qualitate & differ. & §. ita demum. de hæred. quæ ab inteſta. & leg. poſthumorum. 13. ff. tit. ſeq. de iniuſt. rupt. Non enim ſufficit in poteſtate fuiſſe: ſed oportet eum in primo gradu eſſe. Filius autem tempore mortis teſtatoris tenebat primum gradum. Quomodo ergo nepos poteſt dici ſuus eſſe auo? Præterea filius fuit ſuus hæres auo. quia proponitur mortuus ſtatim poſt mortem aui. Ergo ſtatim acquiſiuit hæreditatem. Nam in ſuis hæredibus aditio neceſſaria non eſt. l. in ſuis. hoc tit. 11. ff. hoc autem ius ſui videtur excludere ſubſtitutionem. Præterea ſuus hæres tranſmittit hæreditatem etiam non aditam. l. apud hoſtes. C. de ſuis hæred. Habetur autem hæreditas pro adita, vt tranſmittat eam ad hæredes. Itaque non poteſt dici nepos ſuccedere ex ſubſtitutione, ſed duo non poſſunt eſſe hæredes ſinguli in ſolidum. l. hæreditate. 17. §. pater. ff. de conſtit. pecun. Nodus difficilis eſt, & hic variæ opiniones reperiuntur. Sunt qui dicant hoc eſſe intelligendum, auo eſſe hæredem, non directo & immediate: ſed propter perſonam teſtatoris, iuxta vulgarem regulam, *Hæres hæredis mei, meus eſt hæres.* l. vlt. C. de hæred. inſtit. Sed huic ſententiæ manifeſtiſſime pugnant verba Africani, *Tam patri, quam auo ſuum hæredem, &c.* Cum tam diſerte exprimat Africanus nepotem futurum hæredem tam patri, quam auo, certe ea interpretatio conſiſtere non poteſt. Cum dicunt exiſtere hæredem nepotem patri, & per conſequens auo, à pleriſq; hæc ſententia probata eſt, quod exiſtiment aliter hunc locum intelligi non poſſe, quam quod propter ſubſtitutionem exiſtiment tolli neceſſitatem neceſſarii hæredis, & ſuitatem. Bene quidem neceſſitas tollitur ſubſtitutione, l. 1. §. ſi proponatur. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. Sed ſuitatem tolli probare non poſſunt. Eſt igitur alia quærenda diſſolutio huius nodi. Ego aliter reſpondeo, ego dico in hac ſpecie nepotem ſuum hæredem futurum tam patri, quam auo directo & immediate. Quod obiicitur de iure ſui, quod non reperitur, niſi in primo gradu, verum hoc eſt. Sed cum quæritur an hæres qui dicitur ſuus eſſe, primum locum tenuerit: an tenuerit, non eſt inſpiciendum tempus mortis teſtatoris, vt pleriſque videtur, ſed eſt inſpiciendum tempus, quo vnus gradus deſtituitur. Id explicaui ſupra ad l. ſi quis poſthumos. 9. §. ſi filium. hic. Ego dixi facto teſtamento, cum quæritur de iure ſui, inſpiciendum eſſe tempus. quo teſtamentum deſtituitur. Cum quis petit hæreditatem ab inteſtato. Si teſtamentum factum eſt à defuncto, nunquam eſt locus ab inteſtato ſucceſſioni, quandiu hæreditas adiri poteſt ex teſtamento. l. quandiu. 39. ff. de acquir. hæredi. & l. quandiu. 90. ff. de regul. iuris. Ergo expectandum eſt, dum certum fuerit neminem ex teſtamento hæredem fore, dum deſertum fuerit teſtamentum. Sic loquitur Iuſtinianus in Inſtit. §. cum autem. de hæred. quæ ab inteſta. & §. Proximus. de legit. agnat. ſucceſ. Ante non dicitur quis inteſtatus, quam eius teſtamentum deſtitutum fuerit, & antequam certum fuerit nepotem ex eius teſtamento hæredem fore, cum teſtamentum fecit. Cum teſtamentum non fecit, nulla eſt dubitatio. d. l. ſi quis poſthumos. §. ſi filium. ff. hic. Cum quæritur de ſubſtitutione, eadem eſt ratio. quia ſicut facto teſtamento nunquam eſt locus ſucceſſioni ab inteſtato: niſi certũ ſit ex eo teſtamento, quod à defuncto factum eſt, neminem fore hæredem: ita cum duo hæredum gradus ſunt inſtitutionis, nunquam locus eſt ſubſtitutioni, niſi certum fuerit ex primo gradũ neminem fore hæredem. Hic autem proponitur teſtatorem inſtituiſſe filium in primo gradu, & nepotem ſubſtituiſſe. Ergo cum quæritur an ſuus dici debeat nepos, ad quem deuoluitur hæreditas morte filii, certe inſpicimus tempus, quo deſtituta eſt hæreditas, quia certum eſt ex eo tempore filium non fore hæredem. Succedit autem ex teſtamento hic nepos, propter ſubſtitutionem, tanquam ſuus hæres: quia quo tempore cœpit poſſe adire hæreditatem, erat ſuus, & in primo gradu. Cum vero quæritur an rumpatur teſtamentum, non inſpicimus tempus mortis, vt dicitur in dicta l. ſi quis poſthumos. §. ſi filium. ego id docui ſupra in interpretatione eius capitis. Ad alterum argumẽtum reſpondendum eſt. Obiicitur nobis filium fuiſſe ſuum hæredem, habuiſſe ius ſui: atque ideo non fuiſſe opus aditione ad acquirendam hæreditatem. ipſo enim iure filium extitiſſe hæredem teſtatori. Si ipſo iure extitit hæres teſtatori, quomodo poteſt dici ex ſubſtitutione hæres eſſe? Hæc videntur pugnantia. Rectius videtur dicendum hæreditatem eſſe quæſitam filio, atq; ita excluſum eſſe ſubſtitutum, vt non ſit locus ſubſtitutioni, quæ ſub hac conditione facta fuit, *Si filius hæres erit.* nam re vera hæres fuit. Supereſt vt hoc obiectum diluamus. Ego igitur in hac ſpecie reſpondeo filium nunquam habuiſſe ius ſui hæredis. Præteritio enim poſthumi, & incertitudo natiuitatis eiuſdem impediunt ſuitatis ius. Animaduertendum eſt in hac ſpecie noſtra, quandiu vixit filius, poſthumum ſemper in vtero fuiſſe, qui poterat naſci, & rumpere teſtamentum. Quãdiu enim vixit filius, an poſthumus naſciturus eſſet, incertum ſemper fuit, an vero mulier abortum eſſet factura, quandiu incertum pariter fuit, non poterat delata dici hæreditas, ne quidem iure ſui. Hoc vero nos colligimus ex duabus legibus Digeſt. de acquir. hæredi. nempe, l. cum quidam. 30. §. ſuum. & l. 83. ventre præter. Diſtinctio hæc fere traditur in d. l. ventre. & l. cum quidem. Diſtinguunt Iureconſulti, an mulier vacuo ventre fuerit, quæ putabatur prægnans eſſe: an vero mulier aliquem in vtero habuerit, ſed tamen incertum fuerit an eſſet paritura. Aliquando contingit vt mulier prægnans eſſe putetur, quæ tamen vacuo ventre eſt. Et hic error nocet hæredi extraneo: ſuo autem hæredi non nocet, ſed ſuus hæres interim hæres eſt. Sed cum quæritur de muliere, quæ vacuum ventrem non habet: ſed incertum eſt an ſit paritura, an vero abortum factura: non diſtinguitur ſuus ab extraneo. Suus hæres non poteſt acquirere hæreditatem, non magis, quam extraneus, vt in noſtra ſpecie. Hic proponitur prægnantem fuiſſe mulierem, & incertum fuiſſe an paritura eſſet, an abortum factura. Scio enim abortu mulieris non rumpi teſtamentum. l. 2. C. hoc ti. Sed quia poſthumus ſemper in vtero fuit quandiu vixit filius, interim non poterat filius acquirere hæreditatem. Ideo non impedit ille primus gradus, qui nepos ſuus hæres recte dicatur eſſe. Hæc de priore parte huius legis: veniamus ad alteram. Ait Africanus, *Quod ſi nemo, &c.* Hæc ſpecies ſimilis eſt ſuperiori: niſi quod in hac poſteriori ſpecie nepos ſubſtitutus non fuit. Ponenda igitur ea omnia ſunt pro hypotheſi, quæcunque diximus in ſuperiori ſpecie hoc excepto. Ponendum eſt teſtatorem inſtituiſſe filium ſuum hæredem. Præterea ponendum eſt eum omiſiſſe poſthumum ex vxore ſua, quam habebat prægnantem. Ponendum eſt etiam poſt mortem teſtatoris deceſſiſſe filium, vxore adhuc prægnante, antequam ea vel peperiſſet, vel abortum feciſſet. Illud tantum excipiendum eſt quod diximus, quod in hac ſpecie non fuit ſubſtitutus poſthumus nepos: in priori ſpecie fuit. Quęritur de hęreditate, quæritur, quis hęres futurus ſit auo? Hic reſpõdet Africanus, Quod ſi nemo, &c. ipſe filius inteſtato, &c. Ait ipſum filiũ hęredem fore inteſtato auo, nõ autem nepotẽ. Ego ſcio quoſdam hoc intelligere de nepote, qui eſt filius filii: ſed hoc ineptum eſt. Dixit, ipſe, quod emphaſim habet, vt oſtenderet diſcrimẽ inter priorẽ & poſteriorẽ ſpeciem. In priori ſpecie ſuccedit nepos, & ſuccedit ex teſtamento: in hac poſteriori ſuccedit filius, & ſuccedit ab inteſtato patri. *Quia*, inquit, *eo tẽpore, &c.* His verbis ſignificat morte filii, imo vero moriẽte filio & animã agẽte, deſtitui teſtamentũ: & rem recidere ad cauſam inteſtati, perinde ac ſi teſtamentũ factũ non eſſet. Solus filius proponitur inſtitutus fuiſſe, non nepos. Ergo moriente filio, certũ incipit eſſe neminem ex eo teſtamento hæredem fore. Cum certum ſit neminẽ ex eo teſta-

mento hæredem fore, hæreditas recidit ad cauſam inteſtati. & tunc defertur hæredibus legitimis. Filius eſt legitimus hæres qui inſtitutus fuit. Deficit cauſa teſtamenti: hæres exiſtit filius, qui eſt proximus hęres ab inteſtato. *Inteſtato patri, &c.* Ipſe filius inteſtati patris hæreditatem acquirit, & eam hæreditatem tranſmittit ad nepotem teſtatoris: ſicut euenire docet ſimilitudine. Hæc ſimilitudo non multum videtur adferre lucis rei, de qua diſſerimus. videtur enim æque obſcura eſſe. Sed ſi quis velit verum huius loci ſenſum aſſequi, videnda eſt ei l. vlt. de condit. inſtit. Ait ibi Papinia. quaſdam conditiones eſſe, quæ poſſunt impleri vltimo vitæ momento: alias eſſe quæ vltimo vitæ momento impleri non poſſunt, vt hæc conditio, *Si in Alexandriam ierit, hæres eſto.* Hæc conditio pendet ex voluntate hæredis: ſed tamen quocunque tempore impleri non poteſt. Ergo cum incipit animam agere, certum eſſe incipit deficere conditionem. Aliquando talis conditio eſt, quæ poteſt impleri etiam extremo vitæ tempore: veluti, *Si decem dederit.* Is qui hæres inſtitutus eſt ſub hac conditione, non cogitur ipſe per ſe manu ſua dare alteri. nihil enim in datione intereſt, an à me, an ab alio alteri detur. In factis multum intereſt à quo quid fiat: atque ideo moriente hærede, cui adſcripta eſt hæc conditio, poteſt impleri hæc conditio.

Hinc pendet ſenſus noſtræ legis. in ea l. vlti. ibi, *Nam ſuperior quidem, &c.* id eſt, ſi Alexandriam ierit filius, quæ conditio poteſt impleri vltimo vitæ momento, etiam viuo filio deficit conditio. Rurſum ibi, *Qui ſi neminem, &c.* eſt eadem ſententia. quæ in hac lege, Filius, cui adſcripta eſt hæc conditio. Si Alexandriam ierit, ſi nullum ſubſtitutum habeat, ſimul atque incipit animam agere: quia certum eſt eum conditionem implere non poſſe, incipit legitimus hæres eſſe patri, quaſi deſtituto teſtamento, & legitimam hæreditatem ſibi quæſitam tranſmittit ad nepotem, etſi ſubſtitutus ſit nepos, tranſmittitur etiam viuo filio ex ſubſtitutione. Dixerit aliquis in primo quoque caſu huius legis idem dici poſſe, quod in hoc poſteriori, ſcil. moriente filio: certum eſt enim eum hæredem non poſſe exiſtere. Sed hoc intereſt inter priorem & poſteriorem ſpeciem, quod in primo caſu deficit inſtitutio filii, eo incipiente mori, & adhuc manet ſecundus gradus ſubſtituti nepotis, ideo non poteſt dici ab inteſtato hæres eſſe: quia quandiu eſt locus ſucceſſioni ex teſtamento, non aditur hæreditas ab inteſtato, vt dictum eſt. Sed in ſecundo, cum incipit mori, certum eſt neminem poſſe hæredem exiſtere ex teſtamento, & quia proximus hæres eſt filius, ab inteſtato tranſmittit hæreditatem ad nepotem. Sed hic incidit difficultas. Mirum eſt enim quomodo hic poſſit certum eſſe neminē fore hæredem ex teſtamento moriente filio, atque ideo legitimus auo dicatur hæres. Dicimus certum eſſe incipere nepotem ex teſtamento hæredem fore, cum filius moritur, etiam antequam exhalauerit animam, videtur hoc verum non eſſe. Nam eo moriente, mulier poteſt abortum facere. Hic proponitur prægnantem eſſe mulierem, nonne eodem momento, quo moritur filius, poteſt mulier abortum facere? abortu autem ſecuto, ceſſat impedimentum acquiſitionis hæreditatis: cur ergo non poterit acquirere hæreditatem abortu facto? ergo certum non eſt cum moritur filius, nepotem ex eo teſtamento hæredem fore. Nam poteſt ſibi acquirere hæreditatem, ſi eo momento quo moritur filius abortum faciat mulier. Eſt difficilis nodus. Quidam dicunt hoc non eſſe præſumendum. Neminem reperi, qui hunc nodum diſſoluat, & mihi ſatisfaciat. ſed aliò reſpexit Africanus. Dico, etſi abortum fecerit mulier eo momento vitæ extremo, quo filius moritur, non poſſe hæreditatem adire. Scio eum qui eſt in extremis vitæ conſtitutus poſſe donare, poſſe teſtamentum facere. vt in l. quoniam. C. de teſta. Is qui balbutit poteſt facere teſtamentum. l. Pamphilo. 37. §. 1. de leg. 3. & l. Seia. 42. §. 1. ff. de donat. cauſ. mort. & l. ſi pater. 47. §. vlt. ff. de fideicom. liber. Sed cum dicunt in extremis, eſt formula loquendi, qua ſignificare volunt eſſe moribundum, non autem eſſe in extremo illo momento. Sed Iuriſconſulti differentes de hæreditate quæ defertur, & de conditione, hæc diſcuſſerunt ἀκριβῶς. Quandiu prægnans eſt mulier, & incertum eſt an ea ſit paritura, an abortum factura, ſcio rationem iuris prohibere iuris ſui hæredis hæreditatem filio acquiri: ſed abortu facto, niſi in illo extremo vitæ momento, etſi certum ſit non poſſe impedimento eſſe præteritionem poſthumi, adhuc non poteſt adire hæreditatem illo momento. Alia difficultas eſt ex l. illud notandum. 4. §. vlt. & l. ſed etſi. 5. ff. de bon. poſſ. contra tab. Ibi dicitur filium impeditum adire hæreditatem, propter poſthumum nondum natum: quia incertum eſt an ſit naſciturus, an non, interim tranſmittere bonorum poſſeſſionem, vel ſecundum tabulas, vel contra tabul. Si hoc verum eſt, non poteſt defendi quod hic dicimus, filium vltimo vitæ momento hæredem effici ab inteſtato: quia non poteſt adire propter præteritionem poſthumi: quia incertum eſt, an mulier paritura ſit, an abortum factura. Si hoc eſt verum, bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas videtur tranſmitti ad hunc nepotem, qui hæres eſt filii: quia non potuit agnoſcere bonorum poſſeſſionem propter præteritionem. Hic dicitur ſuccedere ab inteſtato, quaſi omnino ſit deſtitutum teſtamentum. Hæc repugnantia ſunt, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas tranſmitti, & ſuccedere ab inteſtato, tanquam deſtitutum ſit omnino teſtamentum. Sed ſi diligenter expendamus verba d. l. illud. §. vlti. nihil omnino aduerſatur huic ſententiæ. Non dicit ſimpliciter tranſmitti bonorum poſſeſſionem, vel ſecundum tabulas, vel contra tabulas, ſed dicit interdum hoc decerni à Prætore, cum aliter conſultum eſſe non poteſt hæredi, ſed ad hoc extraordinarium remedium Prætoris non oportet confugere: quia filius ab inteſtato ſuccedit auo & hæreditatem ab inteſtato quæſitam tranſmittit ad nepotem, nihil opus eſt, vt hic aliquid decernatur à Prætore contra iuris regulas. Tunc id decretum à Prætore interponitur, cum aliter conſultum eſſe non poteſt hæredi, cum alias hæreditatem eſt amiſſurus hæres, cum euidens æquitas & vtilitas id exigit.

IN TIT. III. DIGEST. LIB. XXVIII. DE INIVSTO, RVPTO ET IRRITO FACTO TESTA.

CAP. I.

HIc titulus eſt veluti appendix ſuperiorum tit. de teſt. de liberis. & poſthum. Huic tit. reſpondet alius in Inſtit. nempe tit. quib. modis teſtamen. infir. In Codice nullus eſt proprius titulus de hac re, ſed quædam leges ad hunc titulum pertinentes extant ſub tit. de teſtam. quarum interpretatio ideo in hoc tempus dilata eſt. Inſcriptio autem huius tit. ſatis oſtendit tres præcipuos eſſe locos: De iniuſto, rupto, & irrito facto teſtam. Vt igitur via & ratione procedat diſputatio noſtra, de his tribus ſigillatim & ſeparatim dicturi ſumus. Primum dicemus de iniuſto teſtamento, ſecundo de rupto, tertio de irrito teſtamento.

CAP. II.

De teſtamento iniuſto.

TEſtamentum iniuſtum vel non iure factum dicitur à Iureconſultis, in quo ſolennia iuris defuerunt. l. 1. hic. quæ ſint hæc ſolennia iuris, quæ neceſſario obſeruanda ſunt in teſtamento faciendo, diximus ſub tit. de teſta. Teſtamentum enim, ait Modeſtinus, dicitur iuſta ſententia noſtræ voluntatis in l. 1. ff. de teſta. Hoc autem verbum iuſta, ad iuris ſolennia refertur. Iuſta enim ſententia non eſt, cum obſeruata non ſunt ea, quæ legibus ſunt introducta, ſed tunc dicitur iniuſtum eſſe teſtamentum. An autem iniuſtum dicendum ſit teſtamentum in quo filius præteritus eſt, quæritur? Si filius ſit præteritus qui eſt in patris poteſtate, teſtamentum nullum eſt l. inter cætera. 30. ff. de liber. & poſth. An dicendum ſit iniuſtum, probabiliter quæritur? Papinianus in l. 1. hoc tit. ff. diſtinguit ab eo quod non iure factum dicitur. non vocat teſtamentum iniuſtum, aut non iure factum Papinianus, in quo filius præteritus eſt. Diſtinguit teſtamentum in quo ſolennia iuris defuerunt, ab eo in quo filius præteritus eſt, quaſi inſtitutio & exhæredatio filii ad ſolennia non pertineant. Cæteri tamen Iureconſulti hæc craſſius tractantes, adſcripſerunt ſolennibus ordinationem teſtamenti. d. l. inter cætera. & §. 1. Inſtit. de exhæred. liber. vbi dicitur aperte & diſerte ad ordinationem teſtamenti inſtitutionem & exhæredationem filii pertinere. Hanc igitur differentiam Papiniani cæteri Iureconſulti confundunt, nec quicquam intereſt inter eos Iu-

iuriſconſult. niſi in ratione docendi. Papinianus hic diſtinguit teſtamentum, quod iniuſtum eſt ab eo, quod nullius momenti eſt, quia filius in eo præteritus eſt. Mouit forte Papinianum, quod hæc obſeruatio non eſt neceſſaria in omni teſtamento: ſed cum teſtator habet filium in poteſtate ſua. Cæteri Iureconſulti conſiderarunt hoc neceſſarium eſſe, nec minus neceſſariã eſſe inſtitutionem, aut exhæredationẽ in filii in poteſtate conſtituti, quam aliam ſolennitatem. Papinianus animaduertit non eſſe neceſſarium in omni teſtamento: ſed tunc adhibendam eſſe hanc ſolennitatem, cum pater habet filium in ſua poteſtate. Deinde admonui ſub titulo de lib. & poſthu. hoc caput ſumptum eſſe ex lib. 1. definit. Pap. hocque inſcriptionem indicare. & cum ex profeſſo ſingula definiret Papinianus, ſubtilius & accuratius hæc diſtinxit, quæ in alio opere fortaſſis non ſeparaſſet & ſecutus eſſet morem aliorum Iureconſultorum. Sed omiſſa hac controuerſia de vocabulis, conſtat vtrunque teſtamentum inutile eſſe, tam id in quo ſolennia iuris defuerunt, quam id in quo filius præteritus eſt. l. filio præterito. 17. ff. hic. Ex eo quod dicitur nullius momenti eſſe teſtamentum huiuſmodi, conſequens eſt neque hæredis inſtitutionem valere, neque legata, neque fideicommiſſa, neque quicquam eorum, quæ in teſtamento conſcripta ſunt. Nam tametſi libertas maxime ſit fauorabilis: tamen ex eo teſtamento, quod nullius momenti eſt, non debetur. d. l. filio præterito. Huic ſimile eſt quod dicitur de teſtamento reſciſſo, per querelam inofficioſi teſtamenti. l. Papinianus. 8. §. vlt. ff. de inoffic. teſta. Si reſciſſum fuerit teſtamentum propter exhæredationem filii per querelam inofficioſi teſtamenti, neque legata, neque libertates quidem, quæ eo teſtamento relictæ ſunt, valent, quamuis libertas maxime fauorabilis ſit, vt iam ſuperius à nobis dictum abunde eſt. Idem Papinia. in leg. 17. filio præterito. infra hoc tit. ait. Si præteritus, &c. & id ab eo vt exceptio quædam additur. His enim verbis oſtendit Papinianus, quamuis teſtamentum in quo filius præteritus eſt, dicatur nullius momenti eſſe, conualeſcere tamen propter æquum & bonum, ſi filius, qui præteritus eſt, abſtinuit ſe patris hæreditate. Nam quod dicimus, teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius præteritus eſt, hoc ita accipiendum eſt æquitate ſuadente, ſi præteritus à fratribus partem ſuam auocauit, ex bono & æquo voluntas teſtatoris hic tuenda eſt: quamuis ſubtilitas iuris refragari videatur. Subtilitas iuris hic refragatur, quia ſi nullum eſt, tanquam ea obſeruata non fuerint, quæ ad teſtamenti ordinationem pertinent, quomodo poteſt conualeſcere propter voluntatem teſtatoris teſtamentum? Nam quæ introducta ſunt legibus ad teſtamenti ordinationem, priuati iuris non ſunt: ſed publici. l. 3. ff. de teſta. & cum teſtamentum ab initio non conſtitit, quia ſolennia defuerunt, non conualeſcit ex poſt facto. l. 7. ſi filius eius. ſup. de lib. & poſthum. Sed tamen ait Papinianus ex bono & æquo tuendam eſſe teſtatoris voluntatem. Subtilitas iuris hic negligitur, propter euidentem æquitatem. Nam quod dicitur teſtamentum nullum eſſe, quod legibus ſit conſtitutum, teſtamentum nullius eſſe momenti, in quo filius eſt præteritus, hoc præcipue reſpicit fauorem filii, quamuis ad ordinationem teſtamenti, quæ publica eſt, pertineat. Sed præcipue hic reſpexerunt Legiſlatores ad perſonam filii præteriti, qui iniuria afficitur à patre eodemque teſtatore, cum in illius teſtamento præteritur. Itaque æquum & bonum, æquitas & humanitas exigit vt conualeſcat teſtamentum, propter voluntatem teſtatoris. De aliis ſolennibus idem dici non poteſt, vt de teſtibus, cum ad ius publicum reſpiciant omnino illa ſolennia. Sed ſi inſtitutio filii numeranda ſit inter ſolennia, certe ad filii commodum præcipue pertinet. Hic quæri ſolet à vulgaribus iuris interpretibus, & eſt quæſtio vulgo agitata, & difficilis explicatu. An quod hic dicitur de legatis, abrogatum ſit conſtitutione Iuſtin. Nouel. 115. quæ inſcribitur, vt cum de appella. cogn. Cum teſtamentum reſcinditur per querelam inofficioſi teſtamenti, certum eſt legata nihilominus deberi ea conſtitutione Iuſtiniani, qua conſtitutione ſublatum eſt ius antiquum: cuius rei à nobis mentio facta eſt in d. l. Papinianus. 8. §. vlt. ff. de inoffic. teſta. Vult autem Iuſtinianus cum reſcinditur teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti, propter exhæredationem filii, inſtitutionem quidem filii non valere, potioremque eſſe cauſam filii, quam hæredis inſtituti: tamen ea legata, quæ in eo teſtamento relicta ſunt, valere. De filio exhæredato nulla eſt dubitatio, licet inſtitutio hæredis infirmetur. Legata tamen conſeruantur, atque ita derogari iuri antiquo. Et ea conſtitutio non tantum reſpicit ad fauorem filii, ſed etiam teſtatoris, vt legata præſtentur ſecundum voluntatem teſtatoris. Ego ſcio multa inducta fuiſſe ea conſtitutione in gratiam filii exhæredati, cui competit querela inofficioſi teſtamenti: ſed reſpicit etiam ad voluntatem teſtatoris, quæ etiam fauorabilis eſt. Sed quæſtio eſt, an idem dicendum ſit de teſtamento, quod nullum eſt propter præteritionem filii, ſi præteritus ſit filius, qui erat in patris poteſtate. quo caſu hic Papinianus ait, inutilem non tantum eſſe hæredis inſtitutionem, ſed etiam legata omnino deberi: an dicemus hoc abrogatum eſſe conſtitutione Iuſtiniani? Quamuis hic reperiantur variæ opiniones: tamen receptius eſt ad præteritionem quoque filii conſtitutionem Iuſtiniani pertinere: & idem dicendum eſſe de præteritione filii, quod de exhæredatione, quaſi nihil referat, an teſtamentum reſcindatur per querelam inofficioſi teſtamenti, ob exhæredationem filii: an vero nullum ſit ob præteritionem ipſius. Qui diſſentiunt ab hac opinione eo mouentur, quod exiſtiment vbique Iuſtinianum de exhæredatione tantum loqui: non autem de præteritione, in §. ſi autem. &c. & aliis ſeq. Si loquitur de filii exhæredatione tantum, non de præteritione, ius antiquum quod ad filii præteritionem attinet, tanquam immutatum & intactum à Iuſtiniano obſeruari debet. Sed illi falluntur iudicio meo. Primum Iuſtinianus in ea conſtitutione, §. aliud quoque capitulum. loquitur tam de præteritione, quam de exhæredatione. Ait enim non licere parentibus præterire, aut exhæredare filium ſine iuſta cauſa: & niſi ea cauſa adſcripta ſit teſtamento, &c. Nec eſt recipiendum quod illi aiunt de præteritione matris hoc eſſe accipiendum. Loquitur enim de præteritione parentum ſimpliciter. Deinde in §. ſin autem hæc obſeruata, &c. vulgo ita legitur. *Sin autem euacuato, &c. Nullum exhæredatis liberis præiudicium generari.* Ille locus eos fefellit. in Græco Codice Iuſtiniani aliter legitur, & male hoc verſum eſt è Græco in Latinum. Sic vertendum erat, non ſcriptis, non autem exhæredatis. Hæredibus non ſcriptis liberis, non autem exhæredatis: hæc verba generalia ſunt, & pertinent non tantum ad exhæredatos: ſed etiam ad præteritos, ſiue ſint præteriti, ſiue exhæredati liberi, vere dicuntur non ſcripti hæredes. Hæc igitur verba referenda ſunt ad id quod ſupra dicitur in §. aliud quoque capitulum. Non licere parentibus præterire, aut exhæredare liberos ſine iuſta cauſa, eaque expreſſa. Hoc autem eſt diligenter obſeruandum: quia præcipuum eſt fundamentum contrariæ opinionis, & puto nullum vnquam diſſenſiſſe ab hac opinione, quam nunc tuemur, qui non motus fuerit verbis illis interpretis. Hæc ſententia noſtra confirmatur etiam alio argumento ducto ex verbis eiuſdem conſtitutionis, cui ego puto reſponderi non poſſe. Certius eſt eam conſtitutionem Iuſtiniani locum habere in exhæredatione, quæ eſt facta ſine cauſa, & hoc eſt certum & indubitatum: nec aduerſarii quidem hoc poſſunt inficiari. Iuſtinianus ſtatuit non licere parentibus filios exhæredare: niſi inſerta fuerit cauſa iuſta, & vna ex his cauſis quæ referuntur in ſua conſtitutione. Vbi illa verba, *Si hæc obſeruata non fuerint, &c.* ſic ſunt accipienda, id eſt, ſi cauſa exhæredationis adſcripta non ſit teſtamento, & alia non interuenerunt, nullum voluit præiudicium liberis non ſcriptis hæredibus fieri. Vult enim quantum ad inſtitutionem, teſtamentum irritum eſſe, legata autem præſtanda eſſe, quo caſu filius exhæredatus eſt non rite, non adiecta cauſa, quæ neceſſario eſt exprimenda. Conſtitutio illa Iuſtiniani de legatorum conſeruatione locum habet, cum exhæredatio non rite facta eſt: vt puta, non expreſſa cauſa. At hæc exhæredatio, præteritio quædam eſt. cum enim exhæredatio recte non fit, nihil aliud eſt, quam præteritio. Ergo de præteritione idem dicendum eſt, ſi id in exhæredatione, quæ recte non eſt facta, locum habet. Si quis hoc neget, poſſum probare multis argumentis. Vnum ſufficier ex §. ſane. de hæred. quæ ab inteſtat. deferun. Inſtitut. vbi probatur, vt ſi filio emancipato, qui præteritus eſt, datur bonorum poſſeſſio contra tabulas: ita etiam datur ei, qui rite exhæredatus non eſt. quia is præteritus eſt habendus, qui rite non eſt exhæredatus. Hæc de iniuſto teſtamento.

CAP. III.

De rupto teſtamento.

HIc obſeruanda eſt diuiſio, qua vtitur Vlpianus in Inſtitut.titul.quemadmodum teſtament.infirment.vbi dicit teſtamentum iure factum duobus modis infirmari, ſi ruptum aut irritum factum ſit teſtamentum. Aliquando dicitur non iure factum, cum in eo ſolennia iuris defuerunt, de quo iam diximus. Aliquando ſolenne eſt & iuſtum teſtamentum, & id teſtamentum duobus modis infirmari, ait Vlpianus ſi ruptum ſit: deinde ſi irritum factum ſit. Videndum eſt quibus de cauſis teſtamentum ruptum dici poſſit. Et in primis dicendum eſt rumpi teſtamentum agnatione ſui hæredis. Exempli gratia. Si poſthumus præteritus paterno teſtamento, poſt mortem teſtatoris naſcatur. Teſtamentum in quo poſthumus præteritus eſt, valet in initio, & fieri poteſt vt poſthumus non naſcatur. Non dicitur autem inutile eſſe, ſicut teſtamentum in quo filius iam natus præteritus eſt. Sed ſi contingat poſthumum naſci, rumpitur.l.3.poſthumi.ff.hoc titu. Hæc à nobis explicata ſunt ad formulam Galli, & legem Velleam. ſub titu.de libe.& poſthum. Alia eſt cauſa filiorum ſuperſtitum, alia poſthumorum. Superſtites faciunt iniuſtum teſtamentum, hi vero rumpunt ſi naſcantur, & interim antequam naſcantur valet teſtamentum.in d.l.poſthumi. 3.§. *Nominatim, &c.* Hæc etiam explicata ſunt. Difficultas tamen eſt in ea. l.3.§.vlti.& l.4.& 5. Tametſi vere dictum ſit teſtamentum rumpi nato poſthumo, qui præteritus eſt, tamen interdum euenit, vt pars teſtamenti rumpatur, & vnus gradus. Plerique fortaſſis gradus ſunt in teſtamento, gradus ſcilicet inſtitutorum & gradus ſubſtitutorum. Exemplo id docet Vlpianus in dict.l.3.§.vltim.ibi, vt puta ſi proponas.&c. Teſtator duos gradus hæredum fecit in ſuo teſtamento, ſcilicet gradum inſtitutorum hæredum, & gradum ſubſtitutorum. A primo gradu poſthumus eſt exhæredatus, à ſecundo non eſt. Docui quomodo id fiat in leg.3.§.filius.ff. de lib.& poſthumis. Primus gradus valet à quo poſthumus eſt exhæredatus. Secundus autem gradus rumpitur. Sed quid refert, dixerit aliquis, an ſecundus gradus rumpatur, cum primus valeat? quid hoc prodeſt poſthumo præterito? Hoc poteſt prodeſſe, vt ego nunc dicam. Nam fieri poteſt, vt qui inſtituti ſunt in primo gradu, repudient hæreditatem: vel moriantur ante aditam hæreditatem: ſecundi autem gradus, eis deficientibus, ruptio prodeſt poſthumo, vt ſuccedat, qui alias non ſuccederet, leg. ſi ruptus non eſſet ſecundus gradus. Itaque primus gradus valet à quo poſthumus exhæredatus eſt: ſecundus gradus ruptus eſt. Ruptio hæc non poteſt prodeſſe poſthumo, niſi deficientibus hæredibus inſtitutis, in primo gradu: quia rupto ſecundo gradu non continuo primus rumpitur, in quo primo gradu filius eſt exhæredatus. Sequitur in leg. 4. *Denique, &c.* Ex his, quæ diximus, naſcitur quæſtio, Teſtator duos fecit gradus hæredum in teſtamento ſuo, vnum inſtitutorum, alterum ſubſtitutorum. interim dum deliberabant primi hæredes, an hæreditatem adire vellent, antequam hæreditas deuoluta eſſet ad ſecundum gradum, natus eſt poſthumus. hic poſthumus præteritus fuerat in ſecundo gradu: non autem in primo. Quæritur ſi deficiat primus gradus, id eſt, ſi hæredes inſtituti in primo gradu repudiant hæreditatem, an ſecundus ruptus habendus ſit? Ait Vlpianus hæreditatem eos obtinere non poſſe. Quanquam de eo probabilior fuerit dubitatio. quia quo tempore natus eſt poſthumus, hæreditas nondum verſabatur in eo ſecundo gradu. Sic loquuntur Iureconſul.in l.non putauit 8.§.à primo. de bonor. poſſeſſ.cont.tab. Nam adhuc deliberabant primi hæredes, an hæreditatem adire deberent, interim natus eſt poſthumus. A primo gradu exhæredatus fuit poſthumus, non à ſecundo: ſed non erat locus ſubſtitutioni donec certum eſſet ex primo gradu neminem futurum hæredem. dict.l. quandiu. ff. de acquir. hæred. cum ſimil. Quomodo ergo poterit poſthumus non natus rumpere hunc ſecundum gradum, cum nondum in eo verſaretur hæreditas? Sed ait, propter ſpem dicendum ruptum eſſe illum ſecundum gradum. Sequitur l.5. *Nam & ſi ſub conditione.* Confirmat ſimilitudine quod prius dixit. *Si ſub conditione ſit hæres inſtitutus.* Ecce, qui eſt inſtitutus ſub conditione, *Si Titius hoc anno Conſul factus fuerit:* ab eo poſthumus eſt præteritus. Pendente conditione natus eſt poſthumus. hic quæritur, an natiuitate poſthumi ſit rupta illa inſtitutio? Dubium facit, quia pendente conditione, non videtur verſari hæreditas in eo gradu. Sed tamen ait, idem dicendum eſſe propter ſpem, licet hæreditas nondum verſetur in eo gradu: tamen ſpes eſt fore vt verſetur in eo gradu. In ea l.ibi, *Sed et ſi ſit ei ſubſtitutus.* Si ſit ei quis ſubſtitutus, qui fuit inſtitutus ſub conditione, quo caſu pendente conditione naſcitur præteritus poſthumus, ſiue poſtea extiterit conditio, ſiue defecerit, dicitur ruptum eſſe teſtamentum, ita vt nec ſubſtitutus à quo præteritus filius, nec exhæredatus, nec inſtitutus poſſit hæreditatem capere. Superior ſpecies pertinet ad poſthumum, qui naſcitur pendente conditione, verſatum iri in eo gradu. Et ibi, *Poſt defectum autem, &c.* Conditio erat huiuſmodi, *Si Titius hoc anno Conſul factus fuerit, &c.* Præteriit annus, & certum eſt eo anno Conſulem Titium factum non fuiſſe. Natus eſt poſthumus poſt defectum conditionis: ait Vlpianus eum gradum non rumpere, à quo præteritus eſt. quia nullus eſt gradus, quia conditio defecit, quo tempore poſthumus natus eſt. Cuius effectus hoc ſit ego mox dicam. Effectus eſt, quia non nocet ſequenti gradui: alias ſequenti gradui noceret. Hoc oſtendunt verba illa ſequentia, *Rumpendo autem teſtamentum. &c.* In ſuperiori ſpecie nos poſuimus à primo gradu exhæredatum eſſe filium, à ſecundo præteritum. Quid dicemus è conuerſo, ſi à primo præteritus ſit: à ſecundo autem exhæredatus fuerit, & ruperit agnatione primum gradum, à quo præteritus eſt, an ſubſtitutus poterit ſibi vindicare hæreditatem, an ſit totum ruptum teſtamentum? Hic ait ruptum eſſe totum teſtamentum. Cum rupit primum gradum, à quo præteritus eſt, locum ſibi facit non ſubſtituto, vt propter ruptionem primi gradus, hæreditas non deuoluatur ad ſubſtitutum. Atque adeo videndum eſt an primus gradus, à quo præteritus eſt filius, ruptus ſit, an non ſit. Vtile eſt hoc inquirere, vt ſciamus an ruptus ſit ſecundus gradus, an non ſit, à quo ſecundo forte gradu exhæredatus eſt poſthumus. Hinc vulgo illud dicitur, *Quod nullum eſt, rumpi non poteſt.* His verbis. *Quamuis filius ſequentem gradum à quo, &c.* oſtendit quid interſit inter filium iam natum, qui præteritus eſt teſtamento paterno, & poſthumum naſciturum. Eſt obſcura ratio diuerſitatis inter filium iam natum & poſthumum. Quod hic obiter dicitur de filio iam nato, plenius habetur explicatum ff.de lib. & poſthum.l. 3.§. filius. & §. vltim. vbi filio iam nato præterito à primo gradu, & exhæredato à ſecundo, teſtamentum dicitur exordium capere à ſecundo gradu. Infirmatur primus gradus, ſecundus non infirmatur: & perinde totum teſtamentum accipimus ac ſi vna tantum inſtitutio eſſet. Pro non ſcripto habetur ille primus gradus à quo præteritus eſt filius. Diuerſum tamen ius eſt in poſthumo præterito, vt hic dicitur. Ibi, *Patiatur valere.* filius, qui præteritus eſt à primo gradu, patitur ſequentem gradum valere, à quo eſt exhæredatus, nec ideo infirmatur ſecundus gradus, à quo exhæredatus eſt rupto primo gradu, à quo præteritus eſt. Sed aliud dicitur in poſthumo. Nam rupto primo gradu, à quo præteritus eſt poſthumus, rumpitur totum teſtamentum, etiam ſecundus gradus à quo exhæredatus eſt. Sed intelligenda eſt ratio diuerſitatis, eam breuiter tradam. Ratio diuerſitatis eſt, quæ colligitur ex l. 3.§. ex his hoc tit. Diximus hanc eſſe differentiam inter filium iam natum & poſthumum, cum vterque præteritus eſt, quia filio qui iam natus eſt, præterito, inutile ſtatim eſt teſtamentum. Cum autem præteritus eſt poſthumus nondum natus, valet teſtamentum ab initio. Sed ſi contingat poſthumum naſci, agnatione teſtamentum rumpetur. Ponamus filium iam natum præteritum eſſe in primo gradu, & exhæredatum à ſecundo. Dicimus perempto primo gradu, exordium capere teſtamentum à ſecundo: quia filio præterito à primo gradu, gradus ille nullus eſt. Ideoque hæreditas verſatur in ſecundo, non in primo, cum ab initio nullus fuerit.

Atqui à ſecundo gradu filius eſt exhæredatus non præteritus. Ergo non poteſt ille ſecundus gradus rumpi ob præteritionem filii, cum præteritus filius proponatur à primo gradu, non à ſecundo. Cum autem poſthumus eſt præteritus à primo gradu, exhæredatus autem à ſecundo, non eſt nullus ille gradus, à quo poſthumus eſt præteritus. Ideoque in

eo gradu hæreditas verſatur, quo tempore naſcitur illum gradum rumpendo, hæreditatem, quæ in eo gradu verſatur, auffert. Ob hanc rationem poſthumo præterito à primo gradu, totum teſtamentum rumpitur, non tantum primus gradus, ſed etiam ſecundus. nam primum gradum rumpendo facit ſibi locum, non ſubſtituto, reperitque hæreditatem in illo gradu. Ergo hæreditatem in eo gradu, ad ſe tranſmittit. Sed cum filius natus eſt præteritus in primo gradu, nunquam reperit hæredem in illo gradu. Vnde idem dicendum eſt in poſthumo præterito, quoties nullus reperitur, eſt irritus tempore natiuitatis, ille gradus in quo præteritus eſt. Exempli gratia. Si naſcatur poſt defectum conditionis, præteritus eſt à primo gradu, in quo inſtitutus fuit ſub conditione, *Si Titius hoc anno Conſul factus fuerit, &c.* defecit conditio: poſt defectum cōditionis, natus eſt poſthumus. Hic quæritur, an rumpatur ſecundus gradus à quo exhæredatus fuit poſthumus? Dico non rumpi ſecundum gradum, quia deficit conditio, nunquam hæreditas verſata fuit in eo gradu. Ideoque non poteſt eum gradum rumpere. Quoties rumpit primum gradum, rumpit & ſecundum: vt autem rumpat, oportet eum valere. Ergo ſi nullus fuerit, non rumpet. Aliud exemplum eſt huius rei in l. 1. §. ſi venter. ff. de ventr. in poſſ. mitten. Cum igitur natus eſt poſthumus, & iam deceſſerant inſtituti in primo gradu: quia tūc ille gradus eſt nullus, præmortuis hæredibus ante eius natiuitatem, nihil inuenit quod rumpat. Dico igitur in hoc caſu non rumpi ſecundum gradum, à quo poſthumus exhæredatus eſt: quia eſt eadem ratio, quæ in filio iam nato. Nam quo tempore naſcitur poſthumus, hæreditas non verſatur in eo gradu: ſed in ſecundo, à quo exhæredatus reperitur. Ergo ille gradus firmus manet, nec natiuitate poſthumi rumpitur. Ex his intelligi poteſt l. ſi poſthumus à primo. 14. ff. de lib. & poſthum. Ea lex videtur difficilis: ſed his intellectis, quæ diximus, facilis erit explicatio.

Diximus ſuperiori loco, quomodo agnatione poſthumi rumpatur teſtamentum. Docuimus quid interſit inter poſthumum & filium iam natum. ex l. huius tit. 5. & ex l. 3. §. vlti. de lib. & poſthum. Vnde ſenſum etiam diximus percipi poſſe l. ſi poſthumus à primo. 14. de lib. & poſthum. Addendum eſt ſupradictis, non tantum filij agnatione rumpi teſtamentum: ſed etiam nepotis. Nepos agnaſcens teſtatori rumpit eius teſtamentum: ſicut filius, ſi nemo eum præcedat tempore mortis teſtatoris: vt dicitur in l. ſi quis filio exhæredato. 6. in princip. ff. hoc tit. Nihil enim neceſſe fuit eum exhæredari, quem pater præcedebat. Nepos agnaſcens defuncto rumpit teſtamentum, ſi eum filius non præcedat tempore mortis teſtatoris. Tunc enim dicitur agnaſci ſuus hæres teſtatori, cum eum nemo præcedit tempore mortis. Hic inſpicimus tempus mortis in ſucceſſione ab inteſtato. Non inſpicimus tempus mortis: ſed tempus quo defertur hæreditas, cum quis ſuccedere vult ab inteſtato. Si deſtitutum ſit teſtamentum, quod factum erat, inſpicitur tempus quo ei defertur hæreditas, quo tempore hæres inſtitutus in teſtamento omittit, vel repudiat forte hæreditatem. leg. ſi quis poſthumos. 9. §. ſi filium. ff. de liber. & poſthum. In ſucceſſione ab inteſtato hoc tempus aliquando eſt tempus mortis teſtatoris, ſi nullum factum ſit teſtamentum, ſi ſtatim atque mortuus eſt teſtator, defertur hæreditas vel filio ſuo, vel proxime agnato. Aliquando non eſt tempus mortis: ſed tempus, quod ſequitur mortem. Breuiter eſt tempus illud, quo inteſtatus eſt mortuus, quo tempore deſtituitur teſtamentum. d. l. ſi quis poſthumos. §. ſi filium. In eo. §. verba illa, ſunt legis, *Si inteſtatus moritur, &c.* quibus lex vult, ſi quis inteſtatus moriatur, hæreditatem deferri vel eius liberis, vel eius agnatis. Si defunctus nullum fecit teſtamentum, hæreditas ſtatim defertur proximo agnato, quia verum eſt eum inteſtatum mortuum eſſe ſimulatque deceſſit. Si fecit teſtamentum, expectandum eſt, an hæres aditurus ſit hæreditatem, an omiſſurus & repudiaturus. Poſtquam omiſit, aut repudiauit hæreditatem, tunc certum eſt inteſtatum deceſſiſſe teſtatorem. Inteſtatus enim decedit is ex cuius teſtamento nemo adit hæreditatem. Inſti. de hære. ab inteſt. §. 1. Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata hoc titu. in l. poſthumus. 12. §. 1. Teſtator paterfamilias in teſtamento ſuo inſtituit extraneum hæredem, vxorem habebat prægnantem, poſthumum præteriit, neque enim inſtituit, neque exhæredauit. Poſthumus natus eſt viuo teſtatore, teſtator perſeuerauit in eadem voluntate: non mutauit teſtamentum ſuum. Quæritur an ſit ruptum teſtamentum? Ex his quæ diximus videtur omnino ruptum eſſe teſtamentum, nec poſſe ex teſtamento ſuccedere eum, qui hæres ſcriptus eſt. Et hoc fatetur Vlpianus ex ſubtilitate iuris eſſe. quia tamen poſthumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, licet ſi ius ciuile, de quo iam diſſeruimus, inſpiciamus, teſtamentum quia ruptum eſt, nullum effectum habeat: tamen dicitur conualeſcere propter æquitatem. Et ſi ſignatum fuerit teſtamentum, Prætor dabit ei bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. ait Vlpian. Ergo Prætor non impartitur officium ſuum bonorum poſſeſſionis ſcilicet, niſi ſolennia iuris prætorij interuenerint. Oportet enim ſolennia iuris interuenire vt hæres ſcriptus vtatur auxilio iuriſdictionis prætoriæ. Oportet ſignatum eſſe teſtamentum ſignaculis ſeptem teſtium. Hæc ſignacula teſtium ortum habent ex iure prætorio. §. ſed cum paulatim. Inſtit. de teſta. & diximus ſupra ſub tit. de teſtam. Oportet igitur ſolennia iuris prætorij interuenire, vt quis habeat bonorum poſſeſſionem à prætore: & hoc eſt expreſſum in l. 2. ff. de bon. poſſ. Nunquam datur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas: niſi teſtamentum factum ſit ſecundum formam iuris prætorij: puta ſi ſeptem ſignacula ſint adhibita. Si teſtamentum factum ſit ſine ſcriptis per nuncupationem, non niſi vtilis actio dabitur. Hic igitur notandus eſt obiter caſus, in quo neceſſaria eſt bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas hæredi ſcripto. Quibuſdam videtur admodum rarus caſus eſſe, nec poſſe reperiri, in quo neceſſaria ſit bonorum poſſeſſio ſcripto hæredi. Sed cur eſt neceſſaria? Suus hæres, imo quiuis extraneus poteſt accipere ſecundum teſtamentum bonorum poſſeſſionem: & tamen iis proſpicitur ſatis iure ciuili. Hic animaduertendum eſt bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dari ei, qui iure ciuili ſuccedere non poteſt: puta quia teſtamentum forte ſecundum formam iuris ciuilis factum non eſt. Et hoc aperte dixit Vlpianus in Inſtit. titu. de bonor. poſſeſſ. Ait enim dari bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas, etiam ſi iure ciuili deficiat teſtamentum & non valeat, ſi modo ſolennia iuris prætorij interuenerint. l. 4. ff. de Carbo. edict. *Nec eſt contra bon. poſſ.* Interdictum quorum bonorum non datur cuiuis hæredi: ſed ei tantum, qui accepit bonorum poſſeſsionem à Prætore. Formula ipſius interdicti id ſatis declarat. Interdictum igitur quorum bonorum, non datur niſi ei, qui bonorum poſſeſsionem à Prætore accepit. In hoc igitur caſu, licet ſecundum ius ciuile teſtamentum videatur omnino ruptum, dicendum eſt tamen, ſi ſit ſignatum, hæredem bonorum poſſeſsionem ſecundum tabulas accipere poſſe. Quidam dubitant, an hæres poterit adire iure ciuili, & hoc controuerſum eſt. Sunt qui exiſtiment poſſe, propter verba Vlpia. in d. l. poſthumus. 12. in princip. vbi ita legunt, *Hæreditatemque obtinebit.* Sed mendoſa eſt lectio: legendum eſt enim: *Remque obtinebit*, vt in Florent. Sed quia non intelligebant quid eſſet rem obtinere, & quorſum hoc ſcriptum eſſet ab Vlpian. mutauerunt rem, in hæreditatem. Sed quomodo hoc accipiendum ſit ſatis oſtendit aliis locis Vlpia. in Inſtit. tit. de bon. poſſeſſ. ad fin. vbi ait in fi. *Bonorum poſſeſſionem quandam eſſe cum re, aliam ſine re.* Cum ita datur bonorum poſſeſsio vt nemo poſsit aliquam rem euincere, dicitur dari bonorum poſſeſsio cum re. Sic etiam loquitur paulo poſt Vlpia. in d. l. poſthumus. in fin. princip. *Qui rem ab inteſtato auferre, &c.* Sed hic occurrunt antinomiæ, propter quas redditur tota hæc diſputatio obſcura & difficilis. Prima antinomia eſt C. de poſthum. hæred. inſti. in l. 2. ibi, Poſthumo præterito. Duo continentur his verbis, quamuis breuiſsima ſint. Vnum eſt, poſthumo præterito rumpi teſtamentum ſi natus ſit. Alterum eſt: Si poſthumus natus ſtatim decedat, ruptum teſtamentum non reſtitui: & tamen hic dicimus conualeſcere & dari ei bonorum poſſeſsionem, qui ſcriptus erat hæres. Vulgo diſtingui ſolet. Dicunt referre, an poſthumus natus deceſſerit viuo teſtatore, an vero poſt mortem teſtatoris. Aiunt, ſi decedat viuo adhuc teſtatore, reſtitui teſtamentum quod ruptum eſt & conualeſcere, dari-

ſique ſcripto hæredi bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas mortuo eo. Quod Vlpia. noſter ait in initio d. princ. ibi, viuo teſtatore, non loquitur ſimpliciter de poſthumo, qui natus decedit: ſed qui decedit viuo teſtatore. Lex autem ſecunda, Cod. de poſthum. intelligitur de poſthumo qui naſcitur poſt mortem teſtatoris, non viuo teſtatore. Et hoc caſu non reſtituitur teſtamentum. Rationem diuerſitatis hanc adducunt. quia cum adhuc viuo teſtatore poſthumus natus decedit, creditur teſtator in eadem voluntate permanere magis, quam cum decedit poſthumus poſt eius mortem. Quia in priore caſu iuſta eſt & probabilis eius voluntas, cũ videt deceſſiſſe poſthumum natum ſe viuo quem præteriit. In poſteriore ſpecie non eſt eadem voluntas. Ego vereor ne idem dicendum ſit, etſi poſt mortem teſtatoris poſthumus deceſſerit. Vlpia. noſter hic loquitur de poſthumo, qui viuo teſtatore natus decedit. Sed hoc multum mouere nos non debet: quia de vita teſtatoris hoc forte expreſſum eſt: quia ita acciderat in ſpecie propoſita. In diſputationibus Iureconſultorum quæſtiones ex facto incidentes plerunque tractantur: nec ſunt quæſtiones ab eis excogitatæ. Et cap. 12. ſumptum eſt ex lib. diſp. Vlpia. Mouet me vt diſſentiam ab aliis, atque ita hæc verba Vlpiani interpretor, quod Vlpianus ipſe in Inſtitu. tit. quemadmod. teſta. rump. ſimpliciter ait rupto teſtamento dari bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas ſcripto hæredi, ſi ſeptem teſtium ſignaculis obſignatum ſit teſtamentum. Hoc dicit, & ſi nemo rem euincere poterit. Hoc enim ita eſt intelligendum ſine vlla diſtinctione. Vlpia. ita ſcribit conualeſcere teſtamentum, quod ruptum eſt: & dari bonorum poſſeſſionem. non poteſt melior Vlpiani eſſe interpres, quam Vlpianus ipſe. Mihi itaque videntur verba Vlpiani eſſe intelligenda, non tantum ſi poſthumus præteritus deceſſerit, viuo teſtatore: ſed & ſi deceſſerit poſt mortem teſtatoris, vt detur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas ſcripto hæredi, ſi modo ſeptem teſtium ſignaculis teſtamentum fuerit ſignatum, vt iam diximus. Sed quid reſpondebimus ad d. l. 2. Ego reſpondeo verum eſſe quod dicitur in d. l. 2. ruptum eſſe teſtamentum: tamen non etiam reſtitui teſtamentum. Sed addenda eſt exceptio ex hoc Vlpiani loco: niſi ſignatum fuerit teſtamentum ſeptem teſtium ſignis: quo caſu propter ſolennitatem iuris prætorij dabitur bonorum poſſeſſio ſecundum tab. ſcripto hæredi. Si igitur nos vtramque legem interpretamur vt vni per alteram derogetur: vt per eam, quæ ſpecialis eſt, generali legi derogetur. l. in toto iure. ff. de regul. iur. Vna lex eſt ſpecialis, altera generalis. d. l. 2. generalis eſt, noſtra autem ſpecialis. Sic pugnantia hæc dici non poſſunt. Pergamus ad alias antinomias. Alia antinomia eſt ex l. qui vxorem. 15. hic. Quidam habebat vxorem prægnantem, teſtamentum fecit, & poſthumum ex ea naſciturum præteriit. Deinde in hoſtium poteſtatem peruenit. captus eſt ab hoſtibus: natus eſt ei filius apud hoſtes & mortuus. Quæritur an valeat teſtamentum, an non valeat? ait ſimpliciter Iuriſconſul. rumpi teſtamentum, etiam ſi filius ante moriatur quam pater: & tamen proponitur deceſsiſſe filius ante patrem. Ait etiam Iuriſconſul. ad nullum pertinere hæreditatem ex eo teſtamento. Hæreditas ergo deferetur legitimis hæredibus ab inteſtato. Vulgo ita dici ſolet, quamuis filius in ea ſpecie mortuus ſit ante patrem, tamen propter legem Corneliam intelligitur pater deceſsiſſe prior ante filium. Lex Cornelia fingit eum, qui deceſsit apud hoſtes, deceſſiſſe ante quam caperetur: quo tempore non erat mortuus filius, ac ne natus quidem. Sic elabuntur: ſed eadem ratione poteſt refutari hæc diſtinctio, qua & ſuperior refutata eſt: quia pro certo habent, ita diſtinguendum eſſe, an filius decedat mortuo teſtatore, an vero ante mortem teſtatoris, eo confugiunt, vt dicant ſecundum fictionem legis Corneliæ patrem deceſſiſſe videri ante filium, atque ideo mirum non eſſe, ſi teſtamentum ruptum eſſe omnino dicatur, adeo vt hæreditas ex eo teſtamento ad neminem pertineat. Quia igitur ſuperior diſtinctio à nobis refutata eſt, nec poteſt conſiſtere, nec hæc quidem quæ eam ſubſequitur defendi poteſt. Quid igitur dicemus? Idem quod in ſuperioris antinomiæ explicatione. nos dicemus rumpi teſtamentum in hac ſpecie, ſicut & in aliis. Qui interrogatus reſpondebit ruptum eſſe teſtamentum, & non reſtitui, non male reſpondebit. Conſentaneum eſt hoc iuri ciuili, nec iuri prætorio contrarium eſt: ſed hoc accipiendum eſt cum ea exceptione, niſi ſolennia iuris prætorij interuenerint: quo caſu hæres ſcriptus bonorum poſſeſſionem habebit, & rem obtinebit, ita vt generi per ſpeciem derogetur. Quod dicitur in d. l. qui vxorem. generale eſt. Generaliter dicitur ſtatim ruptum eſſe omnino teſtamentum. In ea ſpecie non proponitur ſeptem teſtium ſignaculis ſignatum eſſe teſtamentum. Nihil huiuſmodi proponitur, ſecundum id quod proponitur, recte reſponſum eſt ruptum eſſe teſtamentum. Sed quo caſu hæc interuenerint, de quibus loquitur Vlpianus, ſeptem teſtium ſigna, tunc quamuis ruptum dicatur eſſe teſtamentum iuris ſubtilitate, tamen bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas datur.

Alia eſt antinomia ex l. Gallus. 29. §. idem credendum. ff. de liber. & poſthum. vbi Scæuola ait, ſucceſſione rumpi teſtamentum, quaſi agnatione, cum nepos ſuccedit in locum filij prius mortui. Si nepos ſit præteritus patris teſtamento, vt ſi teſtator ita dixerit, *Filius meus hæres eſto: & ſi filius meus & nepos meus me viuo morientur, tunc ſi quis mihi nepos naſcetur, hæres mihi eſto.* Si nepos deceſſerit ante filium, deinde filius, tunc ſuccedet pronepos: dicitur recte & vtiliter pronepos inſtitutus eſſe: ſed ſi prius decedat filius, deinde nepos, non dicitur vtiliter eſſe inſtitutus pronepos: quia ſucceſſione nepotis in locum filii prius mortui, ruptum eſt teſtamentum: rupto teſtamento non poteſt vtilis eſſe inſtitutio pronepotis, corruunt omnia, quæ ſcripta ſunt rupto teſtamento. Ita teſtator pronepotem inſtituit, *Si filius & nepos meus, viuo me, morientur, tunc pronepos &c.* Quo caſu moritur filius, viuo teſtatore: deinde nepos ſucceſſione rumpit teſtamentum, & tamen hic dicemus, ſi viuo teſtatore natus præteritus ſit poſthumus, teſtamentum non rumpi. Sed ex his quæ diximus facile apparet diſſolutio & explicatio. Si in lege diceretur rumpi teſtamentum ſucceſſione, & in alia non rumpi diceretur, pugnantia eſſent. Sed hoc non dicit Vlpianus hic: non negat rumpi teſtamentum, ſed addit exceptionem. Ait bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dandam eſſe ſcripto hæredi, ſi ſeptem teſtium ſignis teſtamentum ſignatum ſit, non ſimpliciter dicit dandam eſſe bonorum poſſeſſionem ſcripto hæredi, ſed ita demum ſi ſolennia iuris prætorii interuenerint. Ergo eſt intelligendum quod hic dicitur, & omnia quæcunque contraria nobis obiici poſſent, quæ huiuſmodi ſunt, ita ſunt diluenda. Si quis mihi proferat centum ſpecies, in quibus dicatur, mortuo poſthumo, quia natus eſt viuo teſtatore præteritus, teſtamentum rumpi nec reſtitui: dicam non eſſe contraria, ſed omnia vera. verum eſt addenda exceptio, de qua iam diximus. dicendum tamen eſt, quo caſu iuris prætorii ſolennia interuenerint, dandam eſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hæredi. Et hoc ſemper animaduertendum eſt in conciliatione horum locorum, ſecundum illam regulam d. l. in toto iure. ff. de regul. iur. Sequens quæſtio eſt, an idem dicendum ſit in præteritione filii iam nati, quod hic ait Vlpianus in præteritione poſthumi? Magna & difficilis quæſtio eſt. Hic diximus præterito poſthumo, tamen dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas ſcripto hæredi, ſi poſtea deceſſerit: an idem dicemus ſi teſtator præterierit filium ſuum iam natum: ſi ſeptem teſtium ſignaculis ſignatum ſit teſtamentum, an dabitur bonorum poſſeſſio hæredi ſcripto? Pone præteritum eſſe filium natum in teſtamento, deinde deceſſiſſe vel viuo teſtatore, vel mortuo teſtatore. Difficilis eſt quæſtio in l. ſi filius eius. 7. ff. de liber. & poſthu. dicitur teſtamentum in quo filius eſt præteritus, adeo non valere, vt nunquam poſtea conualeſcat. & idem dicitur in Inſtitu. de exhæred. liber. §. 1. Hoc teſtamentum igitur adeo nullum eſt, vt non conualeſcat etiam ſi filius moriatur, viuo patre ſuo. Et ſane ex his, quæ iam diximus, apparet differentia, & ratio diuerſa filii iam nati, & poſthumi. l. 3. §. ex his. ff. hoc titu. Filii præteriti iniuſtum teſtamentum faciunt: poſthumi non faciunt iniuſtum, ſed rumpunt ſi naſcuntur. Leges veteres iubent filium inſtitui, aut exhæredari. vetant præteriri filium in teſtamento, ita vt exhæredatio dicatur pertinere ad ordinationem teſtamenti. l. inter cætera. ff. de liber. & poſthu. §. 1. Inſtitu. de exhæredat. liber. Hæ leges non iubent poſthu-

mum inſtitui, aut exhæredari: imo vix erat permiſſum vt is, qui nondum natus eſt inſtitueretur hæres: ſed vtilitatis cauſa hoc eſt receptum. Ideo filij nati iniuſtum faciunt teſtamentum. Teſtamentum dicitur non iuſtum eſſe, non iure factum. Hoc verbum ad veteres leges refertur, vt ſæpe dixi. Ex his, quæ diximus non videtur conualeſcere teſtamentum, in quo filius natus præteritus eſt. Sed manifeſte videtur aduerſari ſecunda pars huius l. poſthumus. 12. in princip. ver. *Idem & circa iniuſtum.* In prima parte Vlpianus locutus eſt de rupto teſtamento, cum teſtamentum ruptum eſt præteritione poſthumi. poſtea loquitur de iniuſto. Iniuſtum teſtamentum dicitur, in quo filius iam natus præteritus eſt: vt iam diximus. Ergo nihil refert in hac re an poſthumus, an vero filius iam natus præteritus ſit. Sed animaduertendum eſt, quod idem Vlpianus hic ait, *Si bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato. &c.* Si ſcriptus hæres ſit is, qui poterat ſuccedere ab inteſtato. In ſuperiori caſu nihil refert, quis hæres ſcriptus ſit, ſiue extraneus, ſiue is qui ab inteſtato rem auferre poteſt: datur enim bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Sed cum agitur de iniuſto teſtamento, in quo filius iam natus præteritus eſt, multum refert quis hæres inſtitutus ſit. Nam ſi extraneus inſtitutus ſit, non dabitur ei bonorum poſſeſſio. Sed cur hic loquitur conditionaliter? ſed cur non ſimpliciter dixit dandam eſſe ei bonorum poſſeſſionem? Mihi videtur ita hoc dictum eſſe: quia erat quæſtio de legatis, an legata præſtanda eſſent. Primum vult dari ei bonorum poſſeſſionem, qui alias ſucceſſurus erat ab inteſtato, & quo caſu bonorum poſſeſſio ei datur, vult ab eo præſtari legata. Alciatus lib. Parerg. cap. 8. aliter interpretatur iniuſtum. Iniuſtum vocat in quo ſolennia iuris non interuenerunt, & ait diſtingui iniuſtum teſtamentum ab eo, in quo præteritus eſt filius. Ego iam dixi, ſubtiliter hæc diſtingui à Papiniano, ſed tamen hanc differentiam confundi ab aliis, vt Vlpian. l. 3. §. ex his. Similis eſt locus in l. ſi quis filio exhæredato. 6. in fi. princ. ibi, nec enim &c. vbi filios præteritos ait iniuſtum teſtamentum facere. Ergo iniuſtum teſtamentum hic accipiemus, ſiue in quo filius iam natus præteritus eſt, ſiue in quo ſolennia iuris defuerunt. Quod ad filium attinet iam natum, iniuſtum eſt teſtamentum, nec conualeſcit filio mortuo teſtamentum, niſi hæc duo concurrant, ſi ſolennia iuris prætorij interuenerint: deinde ſi hæres inſtitutus ſit, qui ab inteſtato auferre hæreditatem poterat. Alterum autem ſufficit cum poſthumus eſt præteritus, ſcilicet ſufficit ſolennia iuris prætorij interueniſſe. Iam ſuperius diximus variis modis rumpi teſtamentum, quod iure factum eſt: veluti ſi poſthumus præteritus agnaſcatur defuncto. Addenda ſunt alia exempla, quæ nos ſummatim & breuiter perſtringemus. Aliud exemplum eſt, cum nepos ſuccedit in locum filij ex lege Vellea, de qua ſatis diximus ſupra. Hic dicitur quaſi agnaſci, quia iã natus erat tẽpore facti teſtamenti, ſed quaſi agnaſci. Non enim erat ſuus, quia pater eũ præcedebat tempore facti teſtamenti, ſed mortuo patre ſui hæredis iura conſequitur, & rumpit teſtamentum. Aliud exemplum eſt in adoptione, ſiue arrogatione. l. 8. verum. alias ceterum, hic. ff. Eſt alius locus de hac adoptione vel arrogatione in l. ſi quis hæres. 18. eo. Idem Inſtit. quib. mod. teſta. infir. §. 1. De hoc diximus ſupra ſub tit. de lib. & poſthum. ad l. filio quem pater. vbi hanc legem interpretati ſumus, & l. non putauit. 8. §. ſi quis emancipatum. de bon. poſſ. contra tab. Aliud exemplum extat apud Vlpianum in Inſtitu. de vxore, quæ conuenit in manum viri: quo genere matrimonii ſubiiciebatur omnino poteſtati mariti ſui vxor, non aliter, quam filius arrogatus, vel adoptiuus. ideoque efficiebatur ſuus hæres. Huius rei duobus in locis in Inſtitut. meminit Vlpia. ſcilicet ſub tit. quib. mod. teſta. rumpan. & ſub tit. qui hæred. inſtitui. Sed hoc ius omne exoleuit. Aliud exemplum eſt cum teſtamentum mutatur alio facto teſtamento. poſteriore teſtamento iure facto prius rumpitur. l. 1. hic. Oportet enim poſterius teſtamentum iure factum eſſe, ita vt hæres ex eo exiſtere poſſit. De hoc in l. cum in ſecundo. 16. hic. idem dicitur in Inſti. de teſta. ordi. §. poſteriore. Diximus ſ. ſub tit. de teſta. nihil referre, an poſterius teſtamentum factum ſit in ſcriptis, an vero ſine ſcriptura per nuncupationem. Sufficit iure factum eſſe teſtamentum, quod fit per nuncupationem: non enim minus dicitur iure factum, quam quod fit in ſcriptis. quod intelligendum eſſe diximus cum exceptione, quæ traditur in l. noluimus. C. de teſtamen. Conſtitutio eſt Theodoſij de ea re. Exiſtimauit facile Theodoſius reperiri poſſe teſtes, qui mentiantur in gratiam principis, aut magnatum aliorum. Illud animaduertendum eſt, quamuis prius teſtamentum poſteriori teſtamento iure facto rumpatur, tamen ſi teſtator expreſſerit in poſteriori teſtamento, ſe velle, quæ ſcripta ſunt in priori teſtamento, ex cauſa fideicommiſſi non iure directo valere, prius teſtamentum ratum eſſe. Quid igitur dicemus, ſi poſterius iure perfectum non ſit, teſtamentum prius ſit perfectum, an poſteriori teſtamentum prius rumpetur? Ego dixi non rumpi. Sed addenda eſt exceptio ex l. 2. hic. ff. Excipiuntur duo caſus. Prior eſt, niſi poſterius teſtamentum iure militari factum ſit. Teſtamentum enim iure militari factum, etſi in eo ſolennia non interuenerint, non minus valet, quam ſi ſolenniter factum eſſet, adhibitis omnibus ſolennibus. Secundus caſus eſt, cum in poſteriori teſtamento ſcriptus eſt is hæres, qui alias ſucceſſurus eſſet ab inteſtato: tunc enim poſterius teſtamentum quamuis iure non ſit perfectum, valet & prius teſtamentum rumpit. Hoc tamen intelligendum eſt ſi ea interuenerint, quæ conſtituta ſunt in conſtitutione Theodoſij in l. hac conſultiſſima. §. ſi quis autem. C. de teſt. vbi vult primũ Theodoſius, vt in priori teſtamento ſcripti ſint extranei, in poſteriori ſcripti ſint legitimi, qui alias ſucceſſuri ſint ab inteſtato. Deinde vult adhiberi ſaltem quinque teſtes in poſteriori teſtamento, his interuenientibus prius teſtamentum rumpitur, & valet poſterius: non quidem vt teſtamentum, ſed vt vltima voluntas inteſtati. Ex his quæ iam diximus conſtat verum eſſe, quod Iuſtinianus, ait in Inſtitu. quib. mod. teſt. infir. §. ex eod. &c. nuda voluntate teſtamentum iure factum non rumpi. Teſtamentum iure factum eſt: deinde teſtator declarauit ſe omnino id teſtamentum reuocare: hæc teſtatoris voluntas probatur duobus aut tribus teſtibus. Ait Iuſtinianus hoc non ſufficere ad reuocandum teſtamentum: fruſtra enim adhiberetur tanta ſolennitas in conficiendo teſtamento, quantam adhiberi diximus ſub tit. de teſtamen. ſi probari poſſet duobus teſtibus teſtamentum mutatum eſſe per declarationem voluntatis: tamen ſi declaratio voluntatis prohibetur teſtibus, & lapſum ſit tempus decennij, vtroque concurrente, teſtamentum intelligetur mutatum & reuocatum eſſe. l. ſancimus. C. de teſtam. Præterea inciſis vel ruptis teſtamenti tabulis, teſtamentum dicitur mutatum eſſe. l. vlti. ff. hic. Sed hic locus probatur, quo caſu ſanæ mentis fuerit, inciſis tabulis infirmari teſtamentum. Aliquid enim præter nudam voluntatis declarationem accidit, nempe inciſio tabularum. Idem dicitur, eſtque aliquanto planior conſtitutio in l. pen. C. de teſtamen.

Cap. IIII.

De irrito teſtamento.

HÆc eſt noſtri tractatus pars tertia. Vlpianus in Inſtitu. titu. quibus mod. teſtamen. rumpant. ait duobus modis irritum fieri teſtamentum. In primis irritum fit, ſi nemo ex eo hæres extiterit. itaque dicitur inteſtatus deceſſiſſe, quamuis teſtamentum fecerit, ſi ex eo adita hæreditas non ſit. Secundo irritum fit teſtamentum, cum poſt factum teſtamentum teſtator capite minutus eſt. amiſit enim libertatem, vel ciuitatem. Exempla varia ſunt in l. ſi quis filio exhæredato. 6. §. irritum. Eſt locus communis de capitis diminut. quibus modis quis minuatur capite. Inſtitu. de cap. minu. in d. l. 6. §. hi autem omnes. ff. hic. Eſt etiam locus communis de appellatione ibidem. Hæc tantum lectionem deſiderant. Quod ſequitur, paulo difficilius eſt. Quæritur an hoc teſtamentum, quod irritum eſt, conualeſcat iure prætorio: ſicut ſupra diximus teſtamentum ruptum conualeſcere? Quæſtio eſt in l. 12. poſthumus. hic. Prius dixerat Vlpianus teſtamentum, quod ruptum eſt agnatione poſthumi præteriti, conualeſcere, ſi ſignatum ſit, ſi ſolennia iuris prætorij interuenerint, & bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dari ſcripto hæredi. *Idem & circa iniuſtum & irritum.* Ait Vlpianus in dict. l. 12. propter ſolennitatem iuris prætorij conualeſcere hoc teſtamentum, cum exceptione tamen, ſi is qui

ſcriptus

ſcriptus eſt hæres, rem ab inteſtato auferre poſſit. is eſt qui alias ſucceſſurus eſt ab inteſtato. ſic multo facilius teſtamentum non iure factum confirmatur. Eodem pertinet quod Iuſtinianus ait in Inſtitu. tit. quibus modis teſtamen. infir. §. non tamen. Ait enim teſtamentum, quod irritum factum eſt, aliquando conualeſcere, ſi ſeptem teſtium ſignis ſignatum fuerit: & teſtator tempore mortis ciuis Romanus & in ſua poteſtate fuerit. Si vero ius ciuile ſpectemus, non ſufficit teſtatorem mortis tempore ciuem Romanum fuiſſe. Nam ſi poſt factum teſtamentum, medio tempore fuerit capite minutus, irritum fit teſtamentum. ſed ſi ſolennia iuris prætorij interuenerint, dicitur ad §. non tamen. ſufficere ad bonorum poſſeſſionem accipiendam, ſi fuerit ciuis mortis tempore: etſi medio tempore capite minutus fuerit, inter mortem & poſt factum teſtamentum. Sed mirum quod hæc exceptio non additur hic, & prætermittitur etiam ab Vlpiano in Inſtit. Sed animaduertere debemus, huius loci explicandi gratia teſtamentum, de quo hic loquimur, conualeſcere propter ſolennitatem iuris prætorij, duobus concurrentibus. Primum oportet defunctum ciuem eſſe tempore mortis ſuæ. Hoc quoque neceſſarium eſt, bonorum poſſeſſionem datam eſſe ei, qui ab inteſtato ſucceſſurus eſſet. Supplendum eſt ergo ex hoc Vlpiani loco, quod deſideratur apud Iuſtinianum in d. §. non tamen. Vlpianus in Inſtit. mihi videtur vtrunque expreſſiſſe, in tit. de bono. poſſeſ. in fin. Quæ bonorum poſſeſſio cum re, id eſt, cum effectu habetur, ſi nemo alius iure hæres ſit: Si nemo alius quam is, qui ſcriptus ſit, iure hæres ſit, id eſt, ſi nemo alius ſucceſſurus erat ab inteſtato. Sic interpretamur locum Vlpia. vt ſi quis forte dubitet cur Iuſtinianus hoc non expreſſit in d. §. non tamen. Mihi videtur id ſatis apparere ex his, quæ ante à nobis dicta ſunt in l. 12. poſthumus. hic. Vt detur bonorum poſſeſſio, non ſunt hæc omnia neceſſaria: ſed vt detur cum effectu, oportet eum inſtitutum eſſe, qui alias ſucceſſurus erat ab inteſtato. Ergo quod dicitur in §. non tamen. dandam eſſe bonorum poſſeſſionem, ſi tempore mortis teſtator ciuis Romanus fuerit: addendum eſt eam bonorum poſſeſſionem futuram cum re, id eſt, cum effectu, ſi hæres inſcriptus erit, qui ſucceſſurus erat ab inteſtato. hæc igitur tria ſunt coniungenda in l. poſthumus. hic. 12. ff. ſcilicet. d. §. non tamen. & Vlpianus in Inſtit. tit. quibus modis teſta. rumpan. Addendum eſt, & plerunque requiri declarationem voluntatis teſtatoris, vt conualeſcat hoc teſtamentum. l. qui ex liberis meis. 11. §. teſtamento. ff. de bono. poſſeſ. ſecund. tabul. Paterfamilias poſt factum teſtamentum, ſe arrogandum dedit: ſe tranſtulit in aliam familiam, vel cum capite fortunas quoque ſuas in familiam & domum alienam tranſtulit, vt ait ibi Iureconſultus: deinde ſui iuris effectus, declarauit ſe eodem teſtamento velle mori. ait Iureconſultus valere teſtamentum, propter declarationem voluntatis. quia declarauit ſe velle eodem teſtamento mori. Ergo dicet aliquis, præter ea quæ iam diximus, declaratio voluntatis eſt neceſſaria? Sed id verum eſt, cum teſtator capite minutus eſt per arrogationem. Poteſt autem capite minui aliis modis per ſententiam, per adoptionem. Sed cur hic neceſſaria eſt voluntatis declaratio? Ratio eſt, quia cum ſe arrogandum alteri dat, transfert ſe & omnes ſuas fortunas in alium, atque ideo videtur mutaſſe voluntatem, videtur pœnitere teſtamenti iam facti. ſed hęc coniectura ceſſat cum is declarat ſe velle eodem teſtamento mori: tunc ea voluntatis declaratio neceſſaria eſt. Et ſic intelligendum eſt, quod dicitur in d. l. qui ex liberis. §. teſtamento. alias voluntatis declaratio neceſſaria non eſt.

Cap. V.

De his, quæ in teſtamento delentur.

HIc titulus pars eſt ſuperioris tit. & ad teſtamentum ruptum pertinet: ſicut variis modis rumpi teſtamentum dicitur, ita etiam quęri poteſt, ſi deletum fuerit teſtamentum, an ruptum dicendum ſit. In hac quæſtione vtendum eſt diſtinctione ſumpta ex Vlpiano in l. 1. ff. hoc tit. Diſtinguendum eſt teſtamentum non conſummatum, ab eo quod conſummatum eſt. Vlpianus in d. l. 1. in princip. vſque ad §. ſed conſulto deleta. loquitur de teſtamento, quod nondum erat conſummatum, in quo aliquid deletum eſt. in §. ſed conſulto. loquitur de teſtamento, quod deletum eſt poſt conſummationem. Videamus de teſtamento nondum conſummato. Teſtamentum nondum perfectum erat: in ipſa confectione teſtamenti aliquid deletum eſt, quæritur, an id valeat? Vlpianus noſter hic ait, Si conſulto aliquid deletum ſit à teſtatore, pro non ſcripto eſſe: ſi inconſulto, valere, ſi legi poſſit. Et docet quid ſit poſſe legi: nam quędam poſſunt extrinſecus intelligi, ſed hoc non eſt ſcripta legi. Si quid igitur conſulto deletum ſit, id pro non ſcripto eſt: ſi inconſulto, valet, ſi modò poſſit legi: ſi non poſſit legi, non valet, etiam ſi inconſulto deletum ſit, etiam ſi extrinſecus poſſit intelligi. Sed qua ratione? videtur hæc ratio eſſe: quia teſtator videns aliquid deletum eſſe, ita vt legi non poſſit: nihilominus abſoluit & perfecit teſtamentum, videtur id probare quod non mutauerit. Ideoque id accipimus, atque ſi ab eo conſulto deletum eſſet, quamuis ab eo inconſulto deletum ſit. Si enim non probaret ea, non reliquiret deleta. Sic ſunt intelligenda quæ ſcripta ſunt vſque ad dictum §. ſed conſulto. Diſtinguit itaque ibi Vlpianus ea, qua conſulto deleta ſunt ab his quæ inconſulto. Ideo ſi teſtator adiecit, lituras fecit, hæc non videntur referri ad ea, quæ deleta ſunt inconſulto, niſi poſſit probari inconſulto feciſſe. ideo generalis hæc ſubſcriptio non eſt ſatis tuta, ſi plures ſint lituræ. Poterit enim probari aliquid caſu & inconſulto deletum eſſe, ideo tutius erit adiicere in ſubſcriptione qua in parte deletum ſit. ſed ſi vna tantum ſit litura, ſatis tuta erit. Ad verba illa, *Sed hoc ita demum, &c.* hæc omnia referuntur ad omnia antecedentia. Quicquid hactenus in dict. l. 1. dictum eſt, debet intelligi, cum aliquid deletum eſt ante conſummationem teſtamenti, cum teſtamentum ipſum conderetur. Nunc incipit diſputatio de teſtamento, quod deletum eſt poſt conſummationem. Videndum ergo eſt, quid dicendum ſit. Perfectum eſt teſtamentum, aliquid inductum eſt & cancellatum vel deletum. Quæritur an valeat? ait Iureconſul. dicendum, ſi conſulto aliquid deletum ſit, eum qui petit, exceptione ſubmouendum eſſe. Quare non dicit pro non ſcripto habendum eſſe: ſicut dictum eſt in ſuperiore diſtinctione conſulto deleta non valere? Quia ſi ſummum ſtrictumque ius inſpiciamus, poſt conſummationem teſtamenti non videtur illa inductio ſufficere ad reuocandum teſtamentum: ſed tamen exceptio datur ex veriſimili mente teſtatoris. Quid ſi inconſulto aliquid deletum ſit poſt conſummationem teſtamenti? Ait Iureconſultus inconſulto deleta peti non obſtante exceptione: etiam ſi forte legi non poſſint. Hic ſine diſtinctione ait inconſulto deleta peti non poſſe, ſiue legi poſsint, ſiue non poſsint. In ſuperiore caſu inconſulto deleta valent ſi legi poſsint. Sed quænam ratio diuerſitatis eſt? in hoc caſu ceſſat ratio ſuperioris diſtinctionis. Ego dixi in ſuperiore caſu teſtatorem videri probare id quod non mutauit, etſi inconſulto id factum ſit, conficiendo teſtamentum id videtur probare: quæ ratio ceſſat, cum teſtamentum eſt perfectum etiamſi legi non poſsint, modo intelligi poſsit extrinſecus quid adſcriptum ſit. Vnum hic annotandum eſt, cum teſtator aliquid debet, videri eum conſulto debere, niſi fauor cauſæ contrarium ſuadeat, niſi contrarium probetur. l. 3. §. vltimo. ff. hic. Cum ait Iuriſconſul. ibi fauore libertatis ita conſtitutum eſſe ab Antonino, manifeſte oſtendit in aliis cauſis idem dicendum non eſſe, puta in legatis. Sed quod dicitur de fauore libertatis, hoc ſolet produci interpretatione ad quamuis piam cauſam, vt puta ſi aliquid pauperibus legatum ſit. Ex ſuperiori diſtinctione variæ quæſtiones naſcuntur, nos eas breuiter complectemur. Continentur autem quatuor axiomatibus. his paucisſimis verbis multæ quæſtiones continentur, quæ partim ſunt facti, partim ſunt iuris. Primum axioma eſt: Deleto nomine vnius hæredis, reliquam partem teſtamenti valere. Teſtator plures hæredes ſcripſit in teſtamento ſuo, vnius nomen deleuit & induxit. Quæritur an reliqui hæredes poſsint ex teſtamento petere. Ait Iureconſul. in l. 2. hoc tit. ff. reliquam partem teſtamenti valere. Secundum eſt, Inductis nominibus omnium hæredum, propter odium vnius cæterorum inſtitutionem valere, niſi contraria teſtatoris voluntas probetur. Teſtator plures hæredes ſcripſit in teſtamento, omnium nomina

deleuit ob vnius odium. Quæritur an omnium inutilis ſit inſtitutio? hic eſt quæſtio voluntatis. nam poteſt teſtator voluiſſe odio vnius etiam cæteros excludere ab hæreditate ſua: fieri etiam poteſt, vt inducendo omnium hæredum nomina, voluerit tantum hunc, quem odio habuit, excludere. quæſtio igitur eſt voluntatis. ſed ait Iureconſultus cæterorum inſtitutionem non eſſe infirmatam in dubio, & legata valere. Tertium eſt axioma in l.3.hic.ff. nihilominus legata deberi, hanc eſſe ſententiam Antonini, qui Philoſophus dictus eſt, refert Iuriſconſul. Hinc obſeruari poteſt & diſci mos actuum conſcribendorum à notariis, qui notis ſcribebant: huiuſmodi exempla reperiuntur apud Lampridium, apud Capitolinum. In eadem l.3. ibi. *Non poteſt vllum teſtamentum*. Eſt locus communis de hæredum inſtitutione, teſtamentum non valere ſine hæredis inſtitutione: ergo inductis nominibus hæredum, legata non præſtabuntur. Pronuntiauit tamen Cæſar pro legatariis: non tamen dicit teſtamentum valere, ſed legata valere: non quod teſtamentum valeret, ſed quod teſtator videretur voluiſſe valere ab inteſtato. Quartum axioma, vno ex pluribus exemplaribus teſtamenti inciſo cætera firma manere, niſi contraria voluntas teſtatoris probetur. l. vnum teſtamentum.24. ff. de teſtamen.

IN TIT. VI.

DE VVLGARI ET PVPILLARI SVBSTITVTIONE.

CAP. I.

HVic tit. reſpondet alius in Cod. Iuſtiniani, de impub. & aliis ſubſtit. Tractatum fuit ſupra de hæredum inſtitutione generaliter ſub titu. de de hæred. inſtit. nunc ordo poſtulat, vt de inſtitutione, quæ fit in ſecundo gradu, dicamus, quæ ſpecies eſt inſtitutionis, & ſubſtitutio dicitur. Teſtatores in teſtamentis ſuis non tantum inſtituunt hæredes in primo gradu: ſed etiam in ſecundo, ne forte, primo hærede deficiente, moriantur inteſtati. Ideo ſubſtitutionem ait fieri Iuſtinianus in principio conſtitutionis ſuæ, de cadu. toll. Huc pertinet quod Modeſtinus ait in l.1.ff.hic. Contentus fuit Modeſtinus ſimplici & rudi enarratione, ſiue deſcriptione, docere volens qui ſint inſtituti, & qui ſubſtituti, ſicut & Vlpian. in Inſtitu. Qui hæred. inſtit. poſſint. iiſdem fere verbis vtitur. Ait, hæredes inſtitutos dici in primo gradu, ſubſtitutos in ſecundo, vel ſequentibus. Vulgares interpretes alias definitiones excogitant, quas exactiores putant eſſe: ſed harum quaſdam deprehendimus omnino eſſe ineptas, alias non neceſſarias ad id explicandum, de quo agitur. Cum res ipſa ſine definitione dialectica ſatis intelligitur, non eſt laborandum de definitione, inquit Galenus ſub tit. de differ. pulſuum. & notat philoſophiā medicorum ſui temporis, qui dialecticam definitionem in omnibus rebus requirebant. hoc vitium eſt noſtris interpretibus familiare. Ne tamen à conſuetudine recedere omnino videamur, nos hic trademus exactiorem definitionem, ſimplici definitione Iureconſulti. *Subſtitutio, eſt inſtitutio hæredis in ſecundo, vel vlteriore gradu facta.* Animaduertendum eſt hic, nos definire nō ſubſtitutionem generaliter & ſimpliciter: ſed ſubſtitutionem hæredis: ſicut facit Modeſtinus, qui ait in d.l. 1. ſubſtitutos eſſe eos, qui inſtituti ſunt in ſecundo, vel ſequenti gradu. Hic ergo definimus, non quamuis ſubſtitutionem: ſed ſubſtitutionem hæredis tantum. Subſtitutionis verbum æquiuocum eſt. nam ſubſtitui dicitur legatarius in locum legatarij: fideicommiſſarius in locum fideicommiſſarij: hæredis iudex in locum alterius iudicis: arbor in locum alterius arboris: pecora in locum pecorum demortuorum. Hæc homonymia explicanda eſt antequam definiamus. Nihil vnquam definiendum eſt, quod homonymum ſit: niſi homonymia prius explicata ſit, vt docet Galenus. Si quis igitur petat à me ſubſtitutionis definitionem, quia homonymum eſt verbum, & variæ ſignificationis, ego prius hanc homonymiam explicabo. Oſtendam quam varie accipiatur, vt iam à nobis dictum eſt: deinde ſingula, quæ ſignificantur hac voce, ego definiam. Definitiones ſunt rerum, inquit Galenus, non nominum. Imitabimur ergo morem Iureconſultorum noſtrorum, qui definiunt non ſubſtitutionem quamlibet: ſed hæredum tantum ſubſtitutionem. Sed cur, dixerit aliquis, mentio hæredum non fit in titulo, in inſcriptione ipſa, ſi ſubſtitutio hæredis tantum definiatur? titulus eſt ff. de vulgari & pupillari ſubſtitutione. & Cod. inſcribitur, de impub. & aliis ſubſti. In neutro loco mentio vlla fit hæredis: ſed nihilominus tamen ſubſtitutionem hæredis accipere debemus, in inſcriptione ipſa. id oſtendunt verba Modeſtini in c.1. hic. Ideo mentio hæredum facta non eſt in inſcriptione & titulo ipſo, quia id ſatis intelligi poterat ex ſuperioribus titulis. Nam in tit. de hæred. inſt. tractatur de hæredis inſtitut. non de qualibet inſtitutione. nam inſtituo, verbum non minus æquiuocum eſt, quam ſubſtituo. Nos igitur intelligere debemus de ſubſtitutione hæredis: ſicut de inſtitutione hæredis ſupra diſputatum eſt. Similia exempla occurrunt paſſim, tam in Digeſt. quam in Cod. Ego pauca adferam. & alia huiuſmodi obſeruari poterunt legendo. In tit. de magiſtrat. conuenien. qui ſatiſdationem non petierunt pupillis, cum tutores darent, hoc intelligitur ex ſupradictis. Aliud exemplum eſt in titu. de confeſſis. Titulus de confeſſis pertinet ad eos, qui confeſſi ſunt in iudicio. Aliud exemplum eſt in dicto titu. de pollicita. Tit. de pollicitationibus pertinet ad eas pollicitationes, quæ fiunt Reip. id non expreſſum eſt, ſed tamen intelligitur ex ſuperioribus tit. Superiores enim tituli pertinent ad publicarum rerum adminiſtrationem. In Codice huiuſmodi tit. deprehenduntur, veluti in tit. de verborum ſignific. qui accipiendus eſt de ſignificatione verborum, quibus teſtatores in ſuis teſtamentis vtuntur. id ex ſuperioribus tit. intelligitur. Tit. de ſatiſdat. in C. intelligitur de ſatiſdatione. quæ fit in iudiciali cauſa, in iudicio. Tit. de in lit. iuran. pertinet ad tractatum tutelarum. Animaduertendum eſt igitur in primis hic nos definire ſubſtitutionem hæredis, more Iureconſultorum, quamuis ſubſtitutio ſit alia rerum, alia perſonarum. Subſtitutionem itaque hæredis, hic definimus eſſe, inſtitutionem hæredis in ſecundo gradu, vel vlteriore factam. Singula verba huius definitionis hic explicaturus ſum: ſed ſimpliciter, more meo, omiſſis aliorum inutilibus argutiis. Dicitur in definitione noſtra, *Inſtitutio*. Inſtitutio genus eſt in hac definitione. nam inſtitutio & ſubſtitutio differunt vt genus & ſpecies. Omnis ſubſtitutio inſtitutio eſt: non tamen contra. Nec mouere nos debet quod Modeſtinus ait in l.1.hic. ff. Opponit enim ſubſtitutionem inſtitutioni, tanquam inſtitutio & ſubſtitutio ſpecies ſint diuerſæ, & ſeparatæ: & vocat inſtitutos, qui ſunt in primo gradu inſtituti: ſubſtitutos autem in ſecundo vel tertio. Sed nouum non eſt vt genus aliquando pro ſpecie ponatur, quamuis inſtitutionis verbum generale ſit nomen, & comprehendat tanquam ſpeciem, ſubſtitutionem: tamen aliquando pro ſpecie accipitur, & opponitur ſubſtitutioni, tanquam ſpecies diuerſa & ſeparata. id frequens eſt in iure ciuili. Exemplum vnum eſt in adoptione in l. 1. de adopt. Aliud exemplum eſt in cognatione in l. non facile.4. & l. Iuriſconſultus.10. ff. de gradibus. Sic etiam inſtitutio nomen generale eſt, & duas ſpecies habet, quarum altera inſtitutio dicitur, altera ſubſtitutio. Et cum dicimus inſtitutum, cum quis inſtituitur in primo gradu, nos inſtitutum tantum intelligimus: ſicut dicimus cognatos eſſe, qui per perſonas fœminini ſexus coniunguntur, intelligimus cognatos tantum. Sic etiam dicuntur legitimæ hæreditates, quæ ab inteſtato deferuntur, intelliguntur lege tantum. ſic dicendum eſt de inſtitutione & ſubſtitutione. Quamuis igitur Modeſtinus de inſtitutione locutus ſit, vt de ſpecie oppoſita ſubſtitutioni: nihilominus tamen recte dicetur ſubſtitutio inſtitutio eſſe. Inſtitutio hæredis quid ſit, docuimus ex l. 1. ff. de hæred. inſtit. Inſtituere is dicitur hæredem qui ſtatuit, quem ſibi poſt mortem ſuam velit eſſe ſucceſſorem, vt eundem locum teneat, quem defunctus poſt mortem eius. Ideo ſubſtituere dicitur quaſi ſub alio, quaſi poſt alium hæredem inſtituere. Ex his naſcitur quæſtio, an inſtitutio proprie ſignificet ſubſtitutionem? Ego proprie appellatione inſtitutionis, puto ſignificari ſubſtitutionem. Qui de ſubſtitutione loquens, vocat eam inſtitutionem, non eum improprie loqui puto. Animal hominem & brutum proprie ſignificat. has ſpecies ſub ſe complectitur. De ſubſtitutione loquentes Iureconſul. hoc verbo vtuntur. id docui in l.

in l. Gallus. ff. de liber. & poſthum. vbi *Scæuola* in principio ſtatim hoc modo loquitur, Gallus ſic poſſe inſtitui poſthumos nepotes induxit, & tamen ſubſtitutio eſt: nam filius nepotem præcedit. Huc pertinet quod dicitur in leg. mulier. 20. §. vltim. ff. de condit. inſtit. Ego te inſtitui hæredem ſub conditione, ſi me inſtitueris: quia enim dubito an me inſtitueris hæredem, addo hanc conditionem inſtitutioni, ſi me hæredem inſtitueris. Tu Titium inſtituiſti, & ei me ſubſtituiſti. Quæritur an dicatur exiſtere conditio? Iureconſultus ait conditionem extitiſſe videri. Hoc argumento probatur, appellatione inſtitutionis proprie ſignificari ſubſtitutionem. Nam in conditionibus maxime ſeruatur verborum proprietas. l. 43. qui hæredi. & l. Mæuius. 35. ff. de con. & demonſtr. Sed quæritur cum huius verbi tam varia ſignificatio ſit, quomodo accipi debeat, ſi vel in teſtamento, vel in lege, vel in alia quacunque diſpoſitione huius verbi mentio reperiatur, an intelligemus de inſtitutione, quæ fit in primo gradu: an de ea quæ in ſecundo? probabiliter enim dubitatur de qua inſtitutione id accipiendum ſit. Ego ſæpe admonui huiuſmodi quæſtiones, quæ facti ſunt, quæ in ſtatu coniecturali verſantur, nullis poſſe diſtinctionibus, aut diuiſionibus omnino comprehendi, & in vniuerſum definiri. leg. mora. ff. de vſur. & leg. pen. §. vltim. de impen. in rebus dota. fact. Cum ſpecies aliqua proponitur, non difficile eſt homini prudenti, & qui iudicio præditus ſit, & in his exercitatus non mediocriter, videre quod fuerit conſilium eius, qui meminit huius verbi. Ecce id paucis exemplis oſtendam. In dict. leg. mulier. in fin. ff. de condit. inſtitut. inſtitutionis verbum ad ſubſtitutionem pertinere dicitur. Generaliter enim accipitur, quia lata eſt huius verbi ſignificatio. Significatque tam inſtitutionem, quæ fit in primo gradu, quam quæ in ſecundo. Et cum nihil apparet cur huius verbi ſignificatio reſtringatur, nos late interpretamur etiam de ſubſtitutione. Similiter cum quis ita dicit, *Titius hæres meus eſto, & ſi hæres meus non erit, Sempronium inſtituo*: nemo dubitat, quin verbum hoc, inſtituo, de ſubſtitutione intelligatur in hac ſpecie. Vis verborum hoc ſatis oſtendit, apparet enim Sempronium inſtitui in ſecundo gradu. Ergo verbum, inſtituo, perinde accipitur, ac ſi teſtator dixiſſet, ſubſtituo.

Aliud exemplum. Lex iubet filium, qui eſt in patris poteſtate, inſtitui à patre: & eo præterito nullum eſſe teſtamentum. hic quæritur an ſufficiat filium ſubſtituere? Lex de inſtitutione loquitur, vult filium inſtitui. Dixerit forte aliquis, quia hoc verbum ſignificat ſubſtitutionem, ſufficere filium ſubſtitui, ne teſtamentum rumpatur & valeat teſtamentum. Sed tamen nos hanc legem aliter interpretamur. Interpretamur enim eam de inſtitutione in primo gradu, alias præteritus reperiretur à primo gradu. Lex vult præteritionem filii rumpere teſtamentum, imo teſtamentum nullum eſſe. Certe filius reperitur præteritus à primo gradu, ſi inſtitutus tantum ſit in ſecundo gradu. Itaque cum filius, qui eſt in patris poteſtate, ſubſtituitur, teſtamentum dicitur nullum. Sequitur in definitione verbis hæredis. Adiecimus hoc verbum in definitione noſtra, quia non quæcunque ſubſtitutio hic definitur, vt iam diximus: ſed ſubſtitutio tantum hæredis. Itaque nihil aduerſantur huic definitioni quæ vulgo obiici ſolent de legatis, de fideicommiſſis, & de donationibus cauſa mortis. Aiunt in legatis, in fideicommiſſis, &c. reperiri ſubſtitutionem, & tamen ea non eſt inſtitutio hæredis. Sed ſufficit ita reſpondere, hic non definiri quamcunque ſubſtitutionem: ſed definiri tantum ſubſtitutionem hæredis. & id conſultius eſt exprimere, & ſi expreſſum non fuerit, tacite eſt intelligendum ex ſententia Iureconſulti, atque ita facile diluuntur hæc ſophiſmata. Et certum eſt in legatis, in fideicommiſſis ſubſtitui poſſe. hoc generaliter traditum eſt in §. ſin autem. C. de cadu. tollen. *Nam non tantum.* hoc etiam expreſſum eſt in leg. vt hæredibus. de legat. 2. Eſt aliud exemplum de donatione cauſa mortis in leg. quoties. C. de donat. quæ ſub modo. Homonymum igitur eſt hoc vocabulum, & ad alias res pertinet. Reperitur mentio ſubſtituti iudicis in leg. penult. iudicat. ſolui. Pecora dicuntur ſubſtitui in locum demortuorum pecorum. l. Si grege legato. 22. ff. de leg. prim. Arbores aliæ ſubſtituuntur in locum demortuarum. leg. in fraudem. 45. ff. de iure fiſci. Item ſubſtituuntur tutores in locum aliorum tutorum. l. tutores. 38. §. in eum. ff. de admin. tuto. Hæc homonymia diligenter obſeruanda eſt in initio, vt intelligamus quid definiamus. Hinc naſcitur quæſtio, an fideicommiſſum recte dicatur ſubſtitutio? Ego Titium hæredem inſtituo, & fidei eius committo, vt reſtituat hæreditatem meam Sempronio, an Sempronius recte dicatur ſubſtitutus eſſe? Ecce ego dixi ſubſtitutionis verbum ad fideicommiſſum pertinere, vt Iuſtinia. ait in eo. §. ſin autem. Cod. de cadu. tol. Nec ego dubito, quin vere & proprie fideicommiſſarius dicatur ſubſtitui hæredi: hic eſt mos loquendi Iureconſultorum, qui ſubſtitutionis verbo etiam in hac re vtuntur. Et cum quæritur de proprietate verborum, vſus maxime ſpectandus eſt. leg. Labeo. ff. de ſupellect. leg. vnum exemplum eſt in leg. generaliter. §. cum autem. C. de inſtitut. & ſubſtitut. ſub cond. fact. Pater filium ſuum inſtituit, & iuſſit eum reſtituere hæreditatem poſt mortem ſuam. Papinianus reſpondit hanc conditionem ineſſe, etſi expreſſa non ſit, ſi deceſſerit ſine liberis. l. cum acutiſſimi. C. de fideicom. vocatque fideicommiſſariam illam inſtitutionem, ſubſtitutionem, vt dubitandum non ſit de vſu & more loquendi Iureconſultorum. Subſtituitur, quia ponitur loco hæredis: ideo dicitur recte ſubſtitutus eſſe. Subſtitutus tamen hæres non eſt, etſi fateor hoc fideicommiſſum ſubſtitutionē eſſe: fideicōmiſſarius tamen hęres non eſt l. 1. l. & poſtulante. 44. ff. ad ſenatuſcon. Trebel. ſed dicitur loco hæredis haberi propter ſenatuſcon. Trebellianum & Pegaſianum. Is qui reſtituit hæreditatem eſt hæres, qui eſt hæres, non poteſt deſinere hæres eſſe. Hac ratione fit, vt ſubſtitutio hæredis diſtinguatur à reſtitutione fideicommiſſaria, atque ita diſtinguenda ſunt, quæ aduerſus noſtram definitionem adducuntur. C. tit. de inſtitut. & ſubſtitut. ſub condit. fact. Hic animaduertunt quidam reſtitutionem opponi ſubſtitutioni, tanquam diuerſum ſit, & tanquam reſtitutio fideicommiſſaria ſubſtitutio non ſit. Sed ibi intelligere debemus de ſubſtitutionibus hæredum, idque repetendum eſt ex ſuperioribus titulis compendii cauſa. ita loquutus eſt compoſitor horum librorum: quia videbatur id ſatis intelligi poſſe ex præcedentibus titulis, vt ſupra admonuimus. Atque non diſtinguitur ſimplex ſubſtitutio à reſtitutione hæreditatis, ſed reſtitutio hæreditatis, reſtitutio fideicommiſſaria, non recte ſubſtitutio hæredis dicitur, quamuis recte dicatur ſubſtitutio eſſe. ſic accipiendus videtur locus in leg. recuſare. 6. §. Titius. ff. ad ſenatuſconſul. Trebell. qui locus aduerſus noſtram etiam ſententiam adducitur. Hic nos ſubſtitutum hæredem intelligimus: quia fuit propoſita ſpecies de hærede inſtituto. Sic eſt intelligendum quod dicitur in dict. leg. tutores. 38. §. hæres. ff. de admi. tut. hic non habuit ſubſtitutum, & tamen hic proponitur per fideicommiſſum debuiſſe hæreditatem reſtituiſſe, ſed hic intelligere debemus ſubſtitutionem hæredum. Subſtitutio compendii cauſa, in his locis dicitur ſubſtitutio hæredis, propter verba antecedentia. Verbum igitur hoc ambiguum eſt, & prout exigit ſubiecta materia accipitur, & modo pro ſubſtitutione hæredis, modo pro ſubſtitutione fideicommiſſaria accipitur. Deinde in definitione dicimus, in ſecundo: quia inſtitutio in primo gradu facta, non recte dicitur ſubſtitutio, id vocabulum ſatis ſignificat. Subſtitutio eſt alicuius poſt alium inſtitutio: vnde in ſpecie l. ſi quis ita. 82. ff. de hæredi. inſtitu. de qua eſt magna controuerſia: dicendum eſt non eſſe ſubſtitutionem, ſi legitimus hæres noluerit meam hæreditatem vindicare, Titium hæredem inſtituo. Quæri ſolet, an ſit hic ſubſtitutio? & dixi ad l. Gallus. ff. de liber. & poſthum. ſupra, his verbis non intelligi ſubſtitutionem eſſe. Titius inſtitutus intelligitur in primo gradu ſub conditione, Si legitimus hæres &c. Sed obiicitur l. ſi quis mihi bona. 25. §. ſed ſi mandauit. ff. de acquiren. hæred. Si pater mandauit filio ſuo, vt adeat hæreditatem ſibi delatam ex inſtitutione filius adire poteſt, etſi ex ſubſtitutione delata fuerit: & contra ſi mandauerit, vt ex ſubſtitutione delatam hæreditatem adiret, & delata fuerit ex inſtitutione, adire poteſt filius: vnde videtur appellatione ſubſtitutionis inſtitutionem contineri etiam eam, quæ primo gradu fit, ſed ea interpretatio non arguit eam eſſe propriam verbi ſignificationem. Hic voluit oſtendere Iuriſconſultus, quod dictum eſt à patre, produci ad inſtitutionem propter coniecturam vo-

luntatis: quia credibile eſt patrem idem ſenſiſſe de inſtitutione facta in primo gradu, quod de ſubſtitutione, & credibile eſt id ab eo dictum fuiſſe: quia credebat inſtitutum eſſe filium in ſecundo gradu. Sic quod dictum eſt de ſubſtitutione propter coniecturam volũtatis, extenditur ad inſtitutionem: nõ tamen inde recte colligeretur, ſubſtitutionem eſſe inſtitutionem factam in primo gradu. Præterea in definitione dicitur, *vel vlteriore gradu*. hoc verbum adieci, vt ſophiſtis os obſtruerem, & ne cauſam eis contendendi præberem. Hæredes inſtituti dicuntur etiam ſi in tertio, vel quarto gradu ſint ſubſtituti. Secundi hæredes dicuntur ſubſtituti à Cicerone, tamen Caius in Inſtit. ita definit ſubſtitutionem, vt ſit ſecundi hæredis appellatio: ſecundi hæredes dicuntur inſtituti in tertio gradu.

Superius docuimus quid ſit ſubſtitutio, quam definiuimus ita, Subſtitutio eſt inſtitutio hæredis in ſecundo, vel ſequenti gradu facta. Singula verba huius definitionis explicauimus. Vulgaris definitio à noſtra non abhorret. Vulgo dicitur ſubſtitutio, ſecunda inſtitutio. Non male dicitur ſecunda inſtitutio eſſe: ſicut ſecundi hæredes dicuntur, qui ſubſtituti ſunt aliis. Sic ſecundæ nuptię dicuntur omnes, quęcunque poſt primas nuptias celebrantur, etiam ſi ſint tertiæ, vel quartæ. Sed ambiguitas horum verborum præbuit occaſionem rixandi hominibus ſophiſtis. Dubitari poteſt, & eſt quæſtio apud eos agitata, an ſit ſubſtitutio in hac ſpecie, *Titius ex ſemiſſe hæres eſto, Sempronius ex ſemiſſe hæres eſto*. Videtur eſſe ſubſtitutus Sempronius ſecundum hanc definitionem. quia hic ſecunda eſt inſtitutio. eſt prima inſtitutio, & ſecunda. Sed cauillatio eſt. Cum dicimus ſecundam eſſe inſtitutionem, nos intelligimus hic ordinem ſucceſſionis, nos intelligimus vnum in locum alterius ſuccedere. Spectatur hic ordo ſucceſſionis, non modo ſcripturæ, vt verbis Vlpiani vtar in l. 2. §. vlt. hic. In definitione noſtra, verba ſunt magis ſignificantia, & magis perſpicua. Ex his naſcitur quæſtio, an ſit ſubſtitutio in hac ſpecie, cum vnus ad tempus hæres inſtituitur, alter autem inſtituitur ex tempore? Hoc genus inſtitutionis permittitur militibus. l. miles ita hæredem. 41. ff. de milit. teſta. Ego video Iureconſultos vti libere verbo ſubſtitutionis in hac re. In ea l. miles ita hæredem. Triphoninus vocat ſubſtitutum eum, qui ex tempore inſtituitur, altero ad tempus inſtituto: nec id alienum eſt à definitione noſtra. Sunt enim gradus hæredum, inſtituo Titium hæredem vſque ad decem annos: & ex illo tempore Sempronium inſtituo. Decimo anno Sempronius ſuccedit in locum Titii, qui primus inſtitutus fuit. Recte igitur ſubſtitutus eſſe dicitur in hac ſpecie. Qui diſſentiunt ab hac opinione, argumentum ducunt ex l. quærebatur. 19. §. vltim. de milit. teſta. & ex l. 73. licet Imperator. de legat. 1. Sic ratiocinantur, Legata relicta ab inſtituto præſtanda ſunt à ſubſtituto. At in hoc genere ſubſtitutionis legata relicta ab inſtituto non cogitur præſtare ſubſtitutus. In d. l. quærebatur. ait Iureconſultus, Si quis ad decem annos inſtituerit Titium hæredem: & ab eo legata quædam reliquerit, & poſt decem annos inſtituerit Sempronium, ea legata non cogetur præſtare Sempronius: & tamen ſi ſubſtitutus eſſet ea legata præſtaret Sempronius. Ego nihilominus puto hunc ſubſtitutum eſſe. & quod dicitur in l. licet. legata relicta ab inſtituto, præſtanda eſſe à ſubſtituto: ea regula locum non habet in hoc genere ſubſtitutionis militaris. In hac enim ſubſtitutione militari multa ſingularia ſunt, quæ in aliis ſubſtitutionibus locum non habent: vt poſtea dicemus ad l. centuria. 27. ff. de milit. teſta. Ergo quod dicitur in dict. leg. licet Imperator. intelligendum eſt de vulgari ſubſtitutione. In ſubſtitutione militari id locum non habet, vt cum teſtator inſtituit Titium ad tempus vſque ad decem annos, & ex eo tempore inſtituit Sempronium, quamuis Sempronius dicatur recte ſubſtitutus in hac ſpecie: legata tamen à Titio relicta non præſtabit. Ratio hæc eſt diuerſitatis: quia exiſtimo in hac ſubſtitutione militari in ſpecie l. quærebatur. §. vltim. legata deberi à primo hærede. Ideoque recte dictum eſt hæredem ſubſtitutum ad ea præſtanda non teneri. Primus hæres adeundo hæreditatem quaſi contraxit, & quaſi contrahendo ſe obligauit legatariis. l. ex maleficio. §. hæres. de oblig. & actio. & Inſtit. de oblig. quæ ex quaſi contract. Cum igitur primus hæres qui ad decem annos inſtitutus eſt teneatur ad præſtanda legata à ſe relicta, cur dicetur ſecundus hæres, qui ex eo tempore inſtitutus eſt, ad ea legata præſtanda teneri, niſi contraria voluntas teſtatoris eſſet? In ſubſtitutione vulgari Sempronius ſubſtitutus hæres non admittitur ad hæreditatem, niſi deficiente primo hærede, id eſt non adeunte hæreditatem: ſi non adiuit hæreditatem, cur legatariis obligaretur ad præſtanda legata, nihil enim contraxit. Sic mihi videtur accipienda d. lex, licet Imperator. de lega. 1. & dict. l. quærebatur. §. vlt. ff. de teſta. mili.

Alia quæſtio eſt ad eandem definitionẽ pertinens de ſubſtitutione facta filio exhæredato. Pupillariter ſubſtituere poteſt pater filiis ſuis non tantum inſtitutis hæredibus: ſed etiam exhæredatis, vt dicitur in leg. 1. §. ſubſtituere. ff. hic. Idem dicitur in Inſtit. de pupil. ſubſtit. in hac autem ſubſtitutione non videtur eſſe ſecundus gradus. quod ſi verum eſt, male definimus ſubſtitutionem eſſe inſtitutionem hæredis in ſecundo gradu factam. Cum pater ſubſtituit filio ſuo impuberi, ſi impubes decedat, & eum inſtituit hæredem, res expedita eſt: hic reperiuntur duo gradus. ſed cum teſtator filium ſuum exhæredauit, quo modo poteſt dici ſubſtitutus in ſecundo gradu inſtitutus eſſe? & tamẽ dicitur ſubſtitutus. Hanc inſtitutionem vocamus ſubſtitutionem. hoc verbo vtitur Iuriſconſultus. Hoc obiicitur ad conuellendam definitionem quæ à nobis tradita eſt. Vulgo ita dici ſolet, ſecundum hæredem in hoc genere inſtitutionis dici eum, qui datus eſt hæres filio à patre reſpectu hæredis paterni: quia ſi pater filium non inſtituit, ſed exhæredauit potius, tamen inſtituit alium hæredem. l. 2. §. quiſquis. hic. ff. nam neceſſe eſt vt primum hæredem ſibi faciat: deinde filio ſubſtituat. Ergo quamuis exhæredauerit filium, reſpectu hæredis paterni, dicitur hæres datus filio, in ſecundo gradu eſſe. *Titius hæres meus eſto, filius exhæres eſto, eique Sempronius heres eſto*. Sed vix defendi poteſt hæc ratio: nam etſi pater inſtituat ſibi hæredem cum ſubſtituit pupillariter filio ſuo, non ſunt tamen hæredes eiuſdem hæreditatis. vnus eſt hæres hæreditatis paternæ, alter eſt hæres pupillaris: per vulgarem ſubſtitutionem ſucceditur patri, per pupillarem ſucceditur filio in bonis filii. Inſtit. de pupill. ſubſtit. Præterea miles poteſt ſubſtituere filio ſuo impuberi, etſi teſtamentum non faciat. dict. leg. miles ita hęredem. § vltim. ff. de milit. teſta. Pone igitur militem ita inſtituere, *Si filius meus impubes deceſſerit, Titius heres eſto*. hæc inſtitutio dicitur ſubſtitutio pupillaris eſſe, tamen non eſt inſtitutio facta ſecundo gradu. Ex quo conſequens eſt, male definiri ſubſtitutionem, inſtitutionem ſecundo gradu factam, nec ſufficere ea quæ à nobis dicta ſunt. Ad hoc obiectum diluendũ, omiſſis nugis, exiſtimo teſtamentũ militare, ꝙ pater facit filio ſuo impuberi, ita appellatum fuiſſe, quod patres ſolerent filios ſuos inſtituere. Solebant filios ſuos inſtituere hęredes in ſuo teſtamento, non exhæredare, & deinde eis ſubſtituere: veluti *Filius meus heres eſto, & ſi impubes deceſſerit, Titius ei heres eſto*. hæc ſubſtitutio fit tantum impuberibus filiis, cauſa ingratitudinis in hanc ætatem nõ cadit, & quamuis liceret olim patri exhæredare ſine iuſta cauſa, tamẽ probabile eſt hoc non fuiſſe vſitatum. Itaque hoc teſtamentum dictum eſt ſubſtitutio pupillaris: deinde nomen quod vſitatum erat & receptum, perpetuo ſeruatum eſt: tametſi teſtando miles nullum hæredem ſibi faceret, & filium exhæredaret. abuſio eſt, quæ non eſt infrequens in iure ciuili. ſæpe occurrit vt in l. 2. quemadmod. teſtam. Teſtamentum iniuſtum, dicitur etiam teſtamentum per abuſionem, quamuis iuſta noſtræ voluntatis ſententia non ſit. Sic obligatio naturalis, dicitur obligatio abuſiue. leg. fideiuſſor obligari. §. fideiuſſor accipi. ff. de fideiuſſo. & mandator. quamuis definitio obligationis ei non conueniat. Obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringitur alicuius rei ſoluendæ. §. 1. Inſtit. de oblig. Hac ratione mihi videtur hoc teſtamentum ſemper à Iureconſultis ſubſtitutio dici, quamuis plerunque vnus tantum gradus reperiatur. Dicuntur etiam ſecundæ tabulæ. Sed de eo plenius dicemus in diſputatione de pupillari ſubſtitutione in hoc tractatu. Explicata definitione ſubſtitutionis, ſequuntur quædam diuiſiones ſubſtitutionum.

Cap. II.

Diuiſiones ſubſtitutionum.

Vſita-

VSitata eſt hæc diuiſio: Subſtitutionum quædam eſt directa, quædam obliqua, ſiue fideicommiſſaria, vel precaria. Eſt hæc vulgaris diuiſio, de qua quid ſentiendum ſit, nunc videndum eſt. Directa ſubſtitutio vocatur, cum recto iure quis hæres inſtituitur, cum quis inſtituitur verbis directis, verbis ciuilibus, verbis legitimis. hoc modo, *Titius hæres eſto, Si Titius hæres non erit, Seius hæres eſto.* Vtraque inſtitutio directa eſſe dicitur, tam prima, quam ſecunda. Vterque inſtituitur directo iure, directis verbis, iure ciuili. Recto iure inſtituere, eſt inſtituere iure ciuili. Sic loquitur Iuſtinianus in Inſtit. de fideicommiſſ. hære. §. 1. Iuſtinianus loquens de hæreditate, quæ reſtituitur, ait eum qui reſtituit inſtitui recto iure, & hęc inſtitutio fit verbis ciuilibus. Iuſtinianus vocat verba ciuilia, quæ verba iuris ciuilis ſunt. l. verbis ciuilibus. hic. ff. *Hæres eſto*, verbum ciuile eſt. His tantum verbis permiſſum eſt iure ciuili hæredes inſtituere. Et pleraque exempla reperiuntur apud Vlpian. in Inſtitut. Legitima dicuntur à legibus, ciuilia vero à iure ciuili. Legitima vocat Imperator in leg. vltim. Cod. de teſtam. tut. & l. vltim. de teſta. manum. Legitima verba erant Latina. Sed ait perinde tutoris dationem, vel libertatis valere, quæ facta eſt verbis Græcis, ac ſi Latinis facta eſſet. leg. eam quam. C. de fideicom. in l. directis. de teſtamen. manu. Ideoque dicitur directa inſtitutio & ſubſtitutio. Exemplum eſt in leg. quærebatur. de milit. teſta. Fideicommiſſaria ſubſtitutio, cum quis non recto iure hæres ſubſtituitur: ſed verbis tantum precariis hæreditas ei relinquitur. Exempla ſunt in Inſtitut. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. §. 1. Dicuntur verba precaria, quia precatur is, qui ita relinquit hæreditatem, & fideicommittit eius, quem hæredem inſtituit. Precaria verba ideo ſic dicuntur in l. cohæredi. §. filii. hic. ff. vnde etiam dicitur precaria ſubſtitutio in l. cum proponas. C. de pact. & dict. leg. quærebatur. de milit. teſtam. Sed cur fideicommiſſum non dicitur relinqui recto iure? Quia ſummo directoque iure fideicommiſſa non valent. Si enim leges veteres populi Romani ſpectemus, fideicommiſſa nullam vim habent. fideicommiſſa recepta ſunt vſu paulatim. Inſtit. de fideicom. hære. §. 1. Ex fide tantum hæredis pendebant, nec vllam habebant pręſtandi neceſſitatem. Hæres non eſt fideicommiſſarius. Itaque in eum tantum vtiles, non directæ actiones transferuntur. §. 2. Inſtit. de fideicom. hæred. Huc pertinet fideicommiſſi definitio apud Vlpian. in Inſtit. de fideicommiſſ. ibi ait, fideicommiſſum eſſe, quod relinquitur non verbis ciuilibus, ſed precariis. Nam qui alicui fideicommiſſum relinquit, non ait, hæres eſto: ſed vult ei hæreditatem reſtitui tanquam ſi hęres eſſet. Sic eſt intelligẽda vulgaris ſubſtitutionis diuiſio in directam & obliquam. Hæc diuiſio vtilis eſſe poteſt ad homonymiam, de qua diximus ſuperius, explicandam. Non enim ita accipienda eſt, quaſi ſubſtitutio, de qua diſſeruimus ſub hoc tit. ita diuidatur in ſuas ſpecies. Nam de fideicommiſſaria ſubſtitutione hîc non diſſerimus, ſed de directa tantum. Sed hæc diuiſio prodeſt ad homonymiam huius vocabuli. Fideicommiſſarius enim hæres non eſt. l. poſtulante. ad Treb. & leg. 5. ſi filiusfam. ff. ꝗ cum eo. diximus tamen ſuperius fideicommiſſum recte ſubſtitutionem dici. Et licèt magna ſit contentio de hac re: tamen vſus veterum loquendi hoc ſuadet. Adduximus l. generaliter. §. cum autem. C. de inſtitut. & ſubſtit. ſub cond. fact. vbi dicitur fideicommiſſariam ſubſtitui hæredi, quaſi ſuccedat in locum hæredis. Alibi dicitur fideicommiſſariam ſuccedere in locum fideicommiſſarii. l. Publius. 35. §. Titia. ff. de cond. & demonſt. l. 62. A filia. §. vltim. ff. ad Trebel. & l. cum proponas. C. de pact. De fideicommiſſaria ſubſtitutione proprius locus eſt ſub titu. ad Sen. Trebell. Duo ſunt tituli in Inſtit. de fideicom. hære. & tit. de ſing. reb. per fideicommiſſ. relict. ex quibus titulis ſumpta eſt illa vulgata diuiſio & recepta. Aiunt ſubſtitutionem obliquam aliquando fieri de vniuerſitate, vt cum quis rogat hęredem reſtituere hæreditatem, vel partem hæreditatis, & ad hanc ſubſtitutionem pertinet titul. de fideicommiſſ. hæred. Aliquando fit de ſingulis rebus, vt cum quis fideicommittit hæredis ſui, vt reſtituat hæreditariam rem aliquam. & ad hanc pertinet titul. in Inſtit. de ſingulis rebus per fideicom. relict. Iam videndum eſt de ſubſtitutione directa, de qua diſputatio eſt ſub tit. hoc. Explicandæ ſunt diuiſiones quædam inſigniores huius directæ ſubſtitutionis.

CAP. III.

Directæ ſubſtitutionis ſpecies.

VVlgaris diuiſio directæ ſubſtitutionis mihi ſemper ineptiſſima viſa eſt. Vulgo diuidi ſolet hæc ſubſtitutio in vulgarem, & pupillarem, exemplarem, compendioſam, & breuiloquam: conſtituunt enim quinque ſpecies. Ego aliter, docendi cauſa, diuidere ſolitus ſum ita, Subſtitutio quædam eſt vulgaris, alia eſt pupillaris, alia quaſi pupillaris alia militaris. De ſingulis videndum eſt. & in primis de vulgari.

CAP. IIII.

De ſubſtitutione vulgari.

SVbſtitutionis vulgaris mentio eſt in ipſo titulo & inſcriptione huius tractatus, & de ea proprius eſt titulus in Inſtit. de vulg. ſubſtit. vulgaris ſubſtitutio dicitur, cum ſecundus hæres inſtituitur collata inſtitutione in eum caſum, quo primus hæres non erit: quo caſu adita non fuerit hæreditas à primo hærede. Exempla ſunt in leg. 1. ff. hic. & Inſtitutis de vulgari ſubſtitutione. §. 1. Poteſt hoc exemplum adferri, Si Titius noluerit eſſe hæres, vel non potuerit. vel ſi Titius viuo me, mortuus ſit, vt in formula Aquilia. Ideo dixi in definitione, in caſum non aditæ hæreditatis. tunc dicitur ſubſtitutio vulgaris eſſe, quoties confertur in caſum non aditæ hæreditatis à primo hærede. De his caſibus dicemus tractantes de hoc genere ſubſtitutionis, poſtea ſuo loco. Hæc dicitur vulgaris quaſi communis, & vulgo vſitata: & in qua delectus perſonarum non habetur vt in aliis ſubſtitutionibus. Subſtitutio pupillaris non fit niſi à parente. Militaris non, niſi à milite. Eadem ratione videmus vulgarem formulam, vulgare pactum, & alia huiuſmodi à Iureconſultis dici. Vulgaris formula dicitur in leg. ſi ſeruus. ff. de furtis. Exceptio vulgaris in l. 36. Bebius. §. ex diuerſo. ff. de pact. dotal. Vulgaris actio in l. qui iam cum filium. 13. §. vltim. ff. de hæred. inſtit. Vulgare præmium in l. edicto. 46. §. extat. ff. de iure fiſci. Ex quibus facile intelligitur cur dicta ſit vulgaris ſubſtitutio.

CAP. V.

De pupillari ſubſtitutione.

ALterum genus directæ ſubſtitutionis eſt pupillaris ſubſtitutio. Eſt autem ſubſtitutio pupillaris, quæ fit impuberi filio ſub conditione, Si impubes deceſſerit. l. 2. hic. & eſt titul. in Inſtit. proprius de hoc genere ſubſtitutionis, de pupil. ſubſtit. Iureconſultus in leg. 2. hic. ff. Moribus, inquit receptum eſt vt parentes filiis, quos habent in ſua poteſtate, teſtamentum faciant. Filius impubes, qui eſt in patris poteſtate teſtamentum facere non poteſt, & periculum eſt ne is decedat impubes. ideoque inteſtatus, qui tamen propria bona habet. Ideo vtilitatis cauſa receptum eſt, vt pater ei teſtamentum faciat, ſi impubes deceſſerit. Ergo ſi exceſſerit pubertatem, expirat hæc ſubſtitutio. Itaque poteſt alium quemcunque voluerit hæredem ſibi inſtituere. Vnde dicitur pubertate expirare hæc ſubſtitutio pupillaris. leg. in pupillari ſubſtitutione. 14. hic. ff. ſed cur dicitur pupillaris? Pupillus dicitur reſpectu tutoris. Pupillus & tutor relatiua ſunt. Pupillus dicitur impubes, qui deſinit eſſe in poteſtate patris per mortem patris. l. Pupillus. 139. ff. de verborum ſignificatio. Cur ergo dicitur hæc pupillaris ſubſtitutio? Multa hic comminiſcuntur vulgares interpretes, huius nodi diſſoluendi gratia. Quidam dicunt ideo dictam eſſe pupillarem ſubſtitutionem: quia confertur in tempus quo non eſt amplius futurus in patris poteſtate. Pupillus autem, verbum variam ſignificationem habet. Pupillus enim, etiam dicitur is, qui eſt in patris poteſtate. l. vltim. §. pupillus. de verb. oblig. Ego id oſtendi fuſius in explicatione eius l. vltim. vnde proprie & recte dicitur pupillaris ſubſtitutio.

CAP. VI.

De ſubſtitutione quaſi pupillari.

DIctum eſt de duobus generibus directæ ſubſtitutionis, vulgari & pupillari: nunc videndum de tertio genere,

quod quaſi pupillarem ſubſtitutionem vocamus. Eſt ſubſtitutio quaſi pupillaris, quæ fit à patre filio furioſo, aut mente capto, ad exemplum & ſimilitudinem pupillaris ſubſtitutionis. Mentio vero huius ſubſtitutionis eſt in leg. humanitatis. Codice de impuber. & aliis ſubſtitu. & §. qua ratione. Inſtitut. de pupil. ſubſtitut. Sicut permittitur patri filio ſuo hæredem inſtituere ſub conditione, *Si filius impubes deceſſerit*, quia non poteſt in ea ætate facere teſtamentum: ita permittitur patri facere teſtamentum filio furioſo collata inſtitutione hæredis in tempus, quo deſierit eſſe furioſus: vt ita inſtituat hæredem & ſubſtituat ei, ſi in ea infirmitate deceſſerit, vt non poſſit ſibi facere teſtamentum. Hac ratione dicitur inducta eſſe hęc ſubſtitutio. Qua ratione excitati, &c. inquit Iuſtin. in Inſtit. de pupil. ſubſtitut. §. qua ratione. Quibus verbis oſtendit ſe hoc genus ſubſtitutionis introduxiſſe ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris. Itaque hanc ſubſtitutionem vocare ſoleo, quaſi pupillarem, quod ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris introducta & comparata ſit. Noſtri opifices verborum, fabricati ſunt ei nouum nomen: vocaruntque eam exemplarem, quoniam introducta eſt ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris. quam inepte hoc ab eis excogitatum ſit, ego docui lib. 2. Diſpu. Hac enim ratione dicendum eſſe peculium quaſi caſtrenſe, exemplare, quia ad exemplum peculii caſtrenſis receptum eſt. l. vltim. C. de inoffic. teſtam. Sed vt rectius vocatur quaſi caſtrenſe peculium: ita rectius dici poſſe videtur hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio. Id ego admonui, non quod de verbis admodum ſolicitus ſim. Oportet profeſſorem magis rerum ſolicitum eſſe, quam verborum: & magis in cognitione rerum verſari: ſed nihil vetat iuris prudentiam nitidiorem & mundiorem reddere, quæ ab ineptis hominibus obſcurata & conſpurcata eſt. De hac ſubſtitutione dicemus plenius in interpretatione leg. humanitatis. Cod. & l. ex facto. hoc tit. ff.

Cap. VII.

De militari ſubſtitutione.

Iam de quarta & vltima ſpecie directæ ſubſtitutionis, quæ dicitur militaris. Militaris ſubſtitutio vocatur, quæ fit iure militari extraneo, qui hæres exiturus eſt, quia iure militari tantum fit. Et non eſt permiſſum hoc genus ſubſtitutionis, niſi militibus tantum. Eam ſubſtitutionem voco militarem, exempla Iureconſultorum ſecutus, qui teſtamentum, quod fit à militibus, vocant militare. Militibus ergo permittitur extraneis ſubſtituere, qui hæredes exituri ſunt. l. milites etiam. 5. ff. de milit. teſtamen. Pagani ſubſtituunt iis, qui hæredes exituri non ſunt, collata inſtitutione in eum caſum, quo exituri hæredes non ſunt: ſed in eum caſum, quo hæredes exituri ſunt, non poſſunt: niſi pater filio impuberi. Sed extraneo nemo paganus poteſt ſubſtituere, in hunc caſum collata inſtitutione, *Si hæres extiturus ſit*. l. 7. verbis ciuilibus. hic. ff. vbi ſic Papinian. Verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt decimumquartum annum ætatis fruſtra fieri conuenit. Poteſt quidem pater intra decimumquartum annum ſubſtituere filio ſuo, *Si impubes deceſſerit*. poſt decimumquartum annum non poteſt verbis ciuilibus: ſed verbis precariis & fideicommiſſi hoc licet, vt dicemus poſtea ad leg. 39. cohæredi. hic. Sed militi hoc licet. Solennitates interdum, quæ introductæ ſunt iure ciuili, remittuntur militibus, quæ ſubtilitate magis quam vtilitate nituntur. Ergo miles poteſt ita ſubſtituere, *Titius hæres eſto: & ſi deceſſerit intra vigeſimumquintum annum, vel quandocunque deceſſerit, Sempronius hæres eſto.* Non confert conditionem in eum caſum, quo hæres exiturus non eſt. Aliud exemplum eſt huius militaris ſubſtitutionis. l. 41. Miles ita hæredem. ff. de milit. teſtamen. Miles vnum inſtituit ad decem annos, alium ex tempore decem annorum. militi hoc permiſſum eſt: pagano autem non eſt. hic ſubſtitutionem quandam ſuperius diximus. Reperitur enim gradus hæredum. Ego militarem hanc voco, vt dixi: ſicut militare teſtamentum dicitur à Iureconſultis, quia fit iure militari. cæteri vocant ineptiſſime compendioſam. Non minus vocant inepte compendioſam, quam ſuperiorem ſubſtitutionem dicunt exemplarem: quia compendio verborum multas ſubſtitutiones complectitur. Hoc non eſt verum. Hæc ſubſtitutio militaris poteſt fieri expreſſis formulis. Exprimi certum tempus poteſt, etiam compendio verborum poſſunt exprimi multa tempora in leg. Centurio. 27. ff. de milit. teſtamen. *Titius hæres eſto: Si Titius intra decem annos deceſſerit, Sempronius hæres eſto*: non magis eſt compendioſa hæc ſubſtitutio, quæ fit verbis, quam hæc, *Titius hæres eſto. Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* Aliquando hac ſubſtitutione multa comprehenduntur tempora hoc modo, *Quandocunque Titius deceſſerit, Sempronius hæres eſto*: poſt mortem eius hoc compendio verborũ multa tempora comprehendit, vt tempus pubertatis, tempus quod ſequitur pubertatem, & perinde hoc accipitur, ac ſi omnia hæc tempora expreſſiſſet. & ita intelligendum eſt quod dicitur in leg. 8. Precibus. C. de impu. ibi enim compendio, legitur, non compendioſa, quod ineptum eſt vocabulm. In vulgaribus libris legitur compendioſa.

Hæc ſunt quatuor præcipua genera ſubſtitutionis. Vnde mirabitur forte quiſpiam, cur inſcribatur hic tit. de duabus tantum ſubſtitutionibus, cum aliæ ſint ſubſtitutiones. Quare rectius videtur inſcriptus eſſe titulus C. de impub. & aliis ſubſtitut. generaliter, vt comprehendat omnium ſubſtitutionum genera, de quibus diximus. Sed quæ ratio mouerit compoſitores Pandectarum, non difficile eſt ex eorum dictis cognoſcere. Vulgaris & pupillaris, tempore Iureconſultorum vſitatæ erant, & ordinariæ. quaſi pupillaris ante Iuſtinianum vſitata non fuit. Introductum eſt hoc genus ſubſtitutionis à Iuſtiniano. l. humanitatis. & hoc ſatis conſtat ex leg. ex facto. hic. ff. Si quis vellet inuito filio ſubſtituere, adibatur Princeps qui hoc reſcripto ſuo permittebat. Cum Pandectę compoſitæ ſint ex libris Iureconſultorum, & tempore Iureconſultorum non eſſet vſitatum hoc genus ſubſtitutionis, merito omiſſum fuit. Quid de militari ſubſtitutione dicemus? Nihil eſt etiam expreſſum de ea in hoc titul. quia militaris ſubſtitutio videtur magis ad tit. de militari teſtamento pertinere. Miles qui facit teſtamentum iure militari, inſtituit tam in primo, quam in ſecundo gradu: quamuis obiter de ea aliquid attingatur in dict. leg. Centurio. non eſt propria huius tractatus. In Codice Iuſtiniani hæ omnes attinguntur. Illa conſtitutio Iuſtiniani fuit facta biennio ante cõpoſitionem Codicis.

Cap. VIII.

Aliæ ſubſtitutionum diuiſiones.

Sequitur alia diuiſio ſubſtitutionis, quæ traditur in leg. 1. hic. ff. *Subſtitutio aut duplex eſt, aut ſimplex.* Simplex ſubſtitutio eſt ſola vulgaris, aut ſola pupillaris. Cum autem ſimul coniungit teſtator has ſubſtitutiones & vulgarem & pupillarem: tunc dicitur ſubſtitutio duplex eſſe, aut mixta. Theophilus in Inſt. duplicem vocat vulgarem & pupillarem. Sequitur alia diuiſio ſubſtitutionis. Eſt & alia diuiſio, vt ſequitur. *Subſtitutionum quædam eſt mutua & reciproca, quædam non reciproca.* Huius ſubſtitutionis exempla ſunt in ff. hoc tit. in l. 4. Iam hoc iure. & l. 45. Lucius. & in §. ſi plures. Inſtit. de vulgari. Cum teſtator ita inſtituit, *Titium & Sempronium inſtituo, eoſque inuicem ſubſtituo*: mutua eſt ſubſtitutio. Vterque ſubſtituitur alteri, & hæc ſubſtitutio fit aliquando compendio verborum, vt in d. leg. 4. hic. ff. Aliquando expreſſis formulis verborum: vt *Titius hæres eſto, Sempronius hæres eſto: Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto. Si Sẽpronius heres non erit, Titius heres eſto.* Hæc ſubſtitutio hoc modo non fit compendio verborum. perinde eſt enim cum teſtator ſimpliciter ita dicit, eos inuicem ſubſtituo, atq; ſi has omnes formulas verborum expreſſiſſet. Quidam eam appellant inepte breuiloquam. nam non ſemper eſt breuiloqua. fit enim aliquando expreſſis formulis. Eſt & aliud maius peccatum commiſſum ab eis in ratione docendi. Nam in diuiſione facienda ſubſtitutionis, quintam ſpeciem hanc breuiloquam ſubſtitutionem faciunt. Sed debet eſſe hæc propria, & ſeparata diuiſio in reciprocam & non reciprocam, quia nulla eſt ſubſtitutio, quæ non ſit aut reciproca, aut non reciproca. Nulla eſt enim ſubſtitutio, quæ non reciproce poſſit fieri. Et ſi poneremus hoc quintum membrum, poſſem addere ſextum, vt ſit quædam duplex, & ſeptimum, vt ſit tacita: ſed hæ diuiſiones debent eſſe ſeparatæ. Alia enim eſt tacita, alia

alia expreſſa. In hac re offendunt, & oſtendunt ſe artem diſſerendi non tenere, quæ maxime neceſſaria eſt Iureconſulto.

Sequitur alia diuiſio ſubſtitutionis. *Subſtitutio quædam eſt tacita, quædam expreſſa.* Quæ ſit ſubſtitutio expreſſa, facile eſt intelligere ex iis, quæ dicta ſunt. Exempla ſunt vulgaria, *Si Titius heres non erit, Sempronius heres eſto.* Tacite exempla tria colliguntur ex l. 4. Iam hoc iure. huius tituli. Pater filio ſuo ſubſtituere poteſt in vtrunque caſum: in eum caſum quo hæres non erit inſtitutus, vel in caſum quo impubes deceſſerit. Si expreſſerit vnum caſum ita, *Si heres non erit, Sempronius heres eſto,* tacite etiam intelligitur ſubſtituiſſe in alium caſum, *Si impubes deceſſerit.* Et contra ſi ei ſubſtituerit in ſecundum caſum, Si impubes deceſſerit, intelligitur ei quoque ſubſtituiſſe in primum caſum, Si hæres non erit. & vter eorum caſus euenerit, admittetur ſubſtitutus ad hæreditatem. Hæc ſubſtitutio tacita dicitur, quia tacito iure intelligitur ſubſtitutus magis, quam ex depoſitione teſtatoris. Quæri ſolet, an ſubſtitutus recte dicatur inſtitutus ex tacita voluntate teſtatoris? Non eſt certa voluntas teſtatoris in hac tacita. Ideo dicendum eſt hanc ſubſtitutionem ex iuris diſpoſitione magis eſſe, nempe ex conſtitutione. D. Marci. Simile eſt quod diximus de iure accreſcendi. Diximus ius accreſcendi eſſe ex lege. leg. ſi in teſtamento. 5. ff. hoc titulo. Si eſſet ex certa voluntate teſtatoris, ſubſtitutio eſſet: ſed tamen lex, quæ hoc inducit, ſecuta eſt coniecturam aliquam leuem & obſcuram voluntatis. Hæc leuis coniectura adiuuatur lege, vtilitatis cauſa: propterea Iuriſconſul. in dict. leg. 4. dicit, Iam hoc iure vtimur ex D. Marci & & Veri conſtitutione. In dict. leg quarta, duplex eſt exemplum ſubſtitutionis tacitæ. Vnum eſt cum pater expreſſit primum caſum, *Si heres non erit.* Alterum eſt cum pater expreſſit ſecundum caſum, *Si impubes deceſſerit.* Tertium exemplum eſt, in verſicul. *Quod ius ad tertium quoque genus, &c.* Ius conſtitutum eſt à D. Marco de vulgari & pupillari ſubſtitutione. D. Pius ſecutus eſt exemplum D. Marci. addit tertium genus ſubſtitutionis tacitæ, vt cum habet pater duos filios impuberes, eos inſtituit hæredes, eoſque inuicem ſubſtituit. Hoc compendio verborum continetur vterque caſus in perſona vtriuſque, & caſus, Si hæres non erit: & caſus, Si impubes deceſſerit. hæc tacita dici poteſt, quia formulis non expreſſis concepta eſt. Quidam aiunt eſſe tacitam: ſed certum eſt non eſſe tam tacitam, quam cum formulæ exprimuntur in teſtamento: ſi comparetur cum ea quæ fit expreſſis formulis, merito dicenda eſt tacita. Hæc eſt rudis & ſimplex deſcriptio ſubſtitutionum. Nunc accuratius & exactius de ſingulis videndum eſt, ac in primis de vulgari ſubſtitutione. In diſputatione de vulgari ſubſtitutione quidam præcipui loci ſunt. Vnus eſt in quo quæritur quomodo fiat ſubſtitutio vulgaris, quibus verbis. Alius locus pertinet ad effectum ſubſtitutionis.

Cap. IX.

Quibus verbis fiat vulgaris ſubſtitutio.

QVod attinet ad hunc primum locum ſubſtitutionis vulgaris, quibus verbis fiat ſubſtitutio vulgaris, alii ſcrupuloſius hoc excutiunt, vt ſedulitas eorum nimis arguta mihi videatur in hac re, meritoque reprehendenda. Quot enim reperiunt exempla, tot faciunt ſpecies huius ſubſtitutionis. Qui naturam nouerit huius ſubſtitutionis, ei non erit multum laborandum in formulis & conceptionibus. Ego vobis antea aliquem guſtum dedi: nunc aliquid attingam breuiter. Cum dico, *Si Titius hæres non erit, Sempronius heres eſto,* verba hæc generalia ſunt. Multi caſus comprehenduntur his verbis teſtatoris. Specialius poteſt ita ſubſtituere, *Si noluerit Titius heres eſſe, vel ſi non potuerit, Sempronius hæres eſto.* Poteſt enim teſtator hos caſus exprimere, vt in leg. 3. cum proponas. Codice de hæredibus inſtituen. Cum quis generaliter loquitur, *Si heres non erit,* idem eſt ac ſi caſus illi expreſſi eſſent, *Si heres non potuerit eſſe, vel noluerit.* Vulgo vocant verba ſpecialia. fit etiam aliquanto ſpecialius, & ſingularibus verbis, vt illi loquuntur. Multis modis accidere poteſt, vt quis hæres non ſit. Poteſt hoc accidere morte, vt caſus vnus eſt in formula Galli, *Si filius me viuo, morietur.* Solet hic tractari ab aliis, an vnus caſus expreſſus ad alium extendatur. veluti ſi quis expreſſerit alterum tantum caſum, *Si heres eſſe noluerit.* & omiſerit alterum, *Si hæres eſſe non potuerit,* an intelligatur facile in alterum caſum ſubſtituiſſe: an extenſio fiat caſus expreſſi à teſtatore ad alium, qui omiſſus eſt? Eſt quæſtio facti. Spectanda eſt hic magis voluntas teſtatoris. ſi appareat certa teſtatoris voluntas, dubitandum non eſt, quin ea ſit ſeruanda, quo modo expreſſa. l. 44. Quidam cum filiumfamil. ff. de hæredib. inſtit. Si voluntas non apparet, ego puto caſum, qui expreſſus eſt, ad alium caſum interpretatione extendendum non eſſe. l. 10. commodiſſime, ff. de liber. & poſthum. Hæc quæſtio pendet ex diſtinctione, qua vſi ſumus ad d. l. commodiſſime. Quod obiicitur ex leg. Iam hoc iure. 4. ff. hic. dico in eo caſu hoc ſingulariter conſtitutum eſſe à Diuo Marco: non ortum ex voluntate teſtatoris, quaſi certa ſit voluntas teſtatoris. ſed id ex lege & conſtitutione eſt. Sed ſemper, vt ego dixi, ſpectanda eſt teſtatoris voluntas, ſi appareat. poteſt apparere ex coniecturis & iis, quæ in alia parte teſtamenti expreſſa ſunt planius. Animaduertendum eſt ex hac ſubſtitutione quædam verba referri ad eum cui ſubſtituitur, alia referri ad perſonam eius, qui ſubſtituitur. veluti, *hæres eſto,* referuntur ad perſonam ſubſtituti. Et notandũ eſt licere teſtatori quotcunque voluerit gradus hæredum facere. §. 1. Inſtitut. de vulg. ſubſtit. & ex hoc apparet omnem ſubſtitutionem fieri ſub conditione, ſaltem tacita. l. in ratione. 30. §. incertæ. ff. ad leg. Falcid. Vnde quidam voluerunt ſubſtitutionem eſſe conditionalem inſtitutionem. l. ſi quis ita hæres inſtituatur. 80. ff. de hæred. inſtit. ſed ibi non eſt ſubſtitutio: quia nullus eſt primus gradus, nullus eſt primus hæres in eo teſtamento inſtitutus.

Cap. X.

De effectu ſubſtitutionis vulgaris.

DE concipienda vulgari ſubſtitutione dictum eſt: nunc de eius effectu videndum eſt. Primus effectus huius ſubſtitutionis vulgaris eſt, quod exiſtente conditione ſubſtitutionis, admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem: ea non exiſtente, repellitur ſubſtitutus ab hæreditate. His pauciſſimis verbis nos multa complectimur. Duo hic præcipua conſideranda ſunt. Vnum eſt, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad hæreditatem. Iam ſuperius diximus ſubſtitutionem omnem fieri ſub conditione aliqua, vel tacita, vel expreſſa. Subſtitutus vocatur ad hæreditatem ſub conditione, ſi inſtitutus in primo gradu hæres non erit: ſi conditio illa extiterit, tunc ſubſtitutus admittetur ad hæreditatem. Quamdiu enim inſtitutus adire poteſt, ſubſtituto locus non eſt. l. 3. & l. quandiu. 68. ff. de acquir. hæred. Alterum eſt, non exiſtente conditione ſubſtitutum repelli ab hæreditate. Vnde quæritur quando conditio exiſtere dicatur, aut non exiſtere? Et hoc iudicatur primum ex verbis teſtatoris. Expendenda eſt vis verborum, quibus teſtator vſus eſt: deinde id iudicatur etiam ex mente, vel voluntate teſtatoris. Non tantum verba ſpectamus in interpretatione conditionis, ſed etiam mentem teſtatoris, quamuis vulgo dicatur à verbis teſtatoris non eſſe recedendum, voluntas teſtatoris etiam dicitur regere conditiones. leg. in conditionibus. 19. ff. de cond. & demon. Vnde dicitur hæc verba, *Si hæres non erit,* in ſubſtitutione vulgari, non tantum ad ſubſtitutum pertinere, ſed etiam ad eos, qui ex eorum perſona ſuccedent. §. vltim. Inſtitut. de vulg. l. ſi paterfamilias. 39. ff. de hæred. inſtitu. Si quis inſtituerit filiumfamil. & ſubſtituerit ei ſub hac conditione, ſi hæres non erit, nos ita hanc conditionem accipimus, *Si hæres non erit filius,* vel patrem ſuum hæredem non fecerit, in cuius eſt poteſtate, idque ex mente & veriſimili teſtatoris voluntate magis, quam ex verbis facile colligi atque intelligi poteſt. Nam teſtator in ſuo teſtamento adiiciens hanc conditionẽ, patris nullã mentionem fecit. Eodem pertinet quod dicitur in leg. ſi quis filium. 7. ff. de acquiren. hæred. Quamuis hæres non ſit filius, tamen ſubſtitutus excluditur, quia hanc conditionem nos ita interpretamur, *Si filius iſte hæres non erit, vel patri ſuo hæreditatem non acquiſierit.* Hinc multæ & variæ quæſtiones exiſtunt, quæ ex varietate cuiuſque hypotheſis naſcuntur. Ego præcipuas tantum & inſigniores hic tractabo. Prima quæſtio eſt, an pater adiens

hæreditatem filio delatam, non adeunte filio, ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, ſubſtituto præferatur? Animaduertendum eſt inter ius Digeſtorum & ius conſtitutionum Codicis aliquid intereſſe. Iure Digeſtorum filius acquirit patri hæreditatem ſibi delatam, leg. placet. de acquirend. hæred. Adiens hæreditatem iuſſu patris eum acquirit non ſibi, ſed patri. Conſtitutionibus autem quæ in Codice ſunt, acquiritur tantum vſusfructus patri, proprietas manet filii, & ſi filius nolit adire hæreditatem, pater cuius intereſt eam adiri propter vſumfructum, vt ſibi acquirat vſumfructum recuſante filio, ipſe poteſt eam adire, & adiens pater eam ſibi acquirit, perinde ac ſi ipſe, non filius inſtitutus eſſet hæres. leg. vltim. §. vltim. C. de bon. quæ liber. quod eſt etiam contra ius ciuile: nam filius non poteſt inuito patre hæreditatem repudiare. leg. is, qui hæres. §. vltim. ff. de acquirend. hæred. Iam intelligitis de quo hic à nobis propoſita ſit quæſtio. Ponamus hæreditatem delatam eſſe filiofamilias, qui erat in patris poteſtate, filiumfamilias nolle adire hæreditatẽ: patrẽ vero cuius forte intereſt adiri, propter vſumfructum adiiſſe hęreditatem. Quæritur, an pater adiens hæreditatem excludat ſubſtitutum, ſi quis ſit ſubſtitutus filio? Hic antinomia reperitur κατὰ περίστασιν, vt Hermogenes vocat, de quo aliquid diximus ſub titul. de legibus. Conflictus duarum legum hic reperitur, quæ contrariæ non ſunt ipſo iure, ſed caſu & euentu colliduntur, vt Quintilianus ait, quamuis contrariæ non ſint per ſe, tamen in hac hypotheſi videntur contrariæ eſſe. Hoc ſæpe accidit, vt per ſe contrariæ non ſint duæ leges, ſed propter hypotheſin in qua non poſſit vtraque conſiſtere. Talis antinomia videtur eſſe in hac hypotheſi. Vna lex ait, Inſtituto non adeunte hæreditatem, ſubſtitutum ad hæreditatem vocari. leg. 3. ff. de acquiren. hæred. Altera lex ait, Filiofamilias nolente adire, patrem adeuntem hæreditatem ſibi acquirere, perinde ac ſi inſtitutus eſſet. l. vlt. §. vltim. C. de bonis quæ liber. Hæ leges non ſunt contrariæ ipſo iure, ſed colliduntur in hoc caſu. Lex, quæ ait, Inſtituto non adeunte ſubſtitutum non admitti, non loquitur nominatim de filio, qui habet patrem in cuius eſt poteſtate. Poſterior lex, quæ ait, Filiofamilias nolente adire patrem adeuntem ſibi acquirere, non loquitur nominatim de eo, cui datus eſt nominatim ſubſtitutus à teſtatore. hic enim eſſent contrariæ, ſed quia concurrunt in hanc ſpeciem. & filius cui ſubſtitutus eſt aliquis à teſtatore, & pater. & videntur non poſſe ſimul hæ leges conſiſtere. Quæritur vtra cedere debeat alteri? Vel oportet intelligere de ſubſtituto loquentem legem, cum hac exceptione, niſi inſtitutus patrem habuerit, vel legem poſteriorem, quę loquitur de filiofamilias, & priorem intelligere cum hac exceptione, niſi ſubſtitutus datus ſit à teſtatore. Sed vtra lex cum exceptione accipietur? Receptius eſt & probabilius iudicio meo, in hac ſpecie patrem ſubſtituto pręferendum eſſe, idque multis & variis argumentis & rationibus confirmari ſolet: quarum aliæ ſatis firmæ ſunt, alię aliquid probabile habent. Sed quæ non proſunt ſingula, multa iuuant. Primum argumentum ducitur ex d. l. vlt. §. ſimilique modo. ibi Iuſtin. ait, patrem in hoc caſu admitti ad hæreditatem perinde ac ſi ab initio fuiſſet inſtitutus. His verbis vtitur Iuſtinianus. Expendendum eſt quod ait, perinde ac ſi inſtitutus eſſet, admittendum eſſe: nam conſtat inſtitutum præferri ſubſtituto. dict. leg. 3. ff. de acquirenda hæreditate. Ergo pater in hac ſpecie præferetur ſubſtituto. Probabile eſt magis hoc argumentum, quam neceſſarium. Nam illa lex Iuſtiniani non loquitur de filio, cui datus eſt ſubſtitutus à teſtatore: atque ideo reſpondent qui diuerſam opinionem tuentur, nullam eſſe mentionem ſubſtitutionis in ea ſpecie, de qua id conſtitutum eſt à Iuſtiniano.

Aliud argumentum ducitur ex dict. leg. ſi paterfamil. ff. de hæred. inſtituen. ex §. vltim. Inſtitut. de vulg. ſubſtit. Si quis ita ſubſtitutus ſit alteri, *Si hæres non erit*: nos ita hæc verba accipimus. *Si hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit.* Si igitur hæres inſtitutus alium hæredem fecerit, perinde excluditur ſubſtitutus, ac ſi inſtitutus ſibi hæreditatem acquiſiſſet. Diſſentientes reſpondent id verum eſſe, cum filius, vel ſeruus adit hæreditatem. nihil enim referre an filius, vel ſeruus, qui hæres inſtitutus eſt, ipſe ſibi acquirat hæreditatem, mutata conditione: an vero adeundo hæreditatem, eam acquirat ſeruus domino, vel filius patri ſuo. In hac autem ſpecie proponitur non adita hęreditas eſſe à filiofamilias, ſed repudiata potius. vnde videtur nihil ad rem pertinere, quod dicitur in dict. leg. ſi paterfamilias. §. vltim. ſed in leg. ſi paterfamilias, Iureconſultus generaliter ait: *Si hæres non erit, ſiue alium hæredem non fecerit.* Et certum eſt in ea ſpecie per filium acquiri hæreditatem patri, etiam ſi non adeat: ſed repudiet potius.

Recte igitur dici poteſt, iudicio meo, filius in hoc caſu patrem ſuum hæredem facere: & hæreditatem acquiri patri per filium. Vnde conſequens eſt perinde excludi ſubſtitutum, ac ſi ipſe filius hæreditatem ſibi acquiſiſſet. quia nihil refert ad excluſionem ſubſtituti an inſtitutus ſit hæres, an vero alium hæredem fecerit. Aliud argumentum eſt, quia pater & filius vna atq; eadem perſona eſſe cenſentur. l. vltim. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Vnde nihil refert vter eorum hæres exiſtat, vter hæres extiterit. Alter quoque interpretatione iuris hæres eſſe intelligendus eſt. In hac igitur ſpecie, etſi non adeunte hæreditatem filiofamilias, hæreditas acquiratur patri: tamen per interpretationem iuris poteſt dici hæres eſſe. Et huc pertinet quod diximus ad leg. in ſuis. ff. de liber. & poſthum. hæred. inſtitu. Diximus filiumfamilias, qui eſt in patris poteſtate, etiam viuo patre, quodammodo dominum eſſe bonorum paternorum, vnde dicitur ſuus hæres eſſe. §. ſui. Inſtitut. de hæred. qualit. & differ. Vnde in hac ſpecie, cum dicimus excludi ſubſtitutum & præferri patrem ſubſtituto, non recedimus à verbis conditionis, quam teſtator adſcripſit teſtamento ſuo, *Si hæres non erit.* Nam interpretatione iuris dicitur adhuc hæres eſſe quodammodo. His argumentis hęc ſententia defendi ſolet, quę mihi videtur eſſe probabilior.

Supereſt vt, quæ ab aliis obiiciuntur, diluamus. Nam contraria opinio ſuos defenſores & aſſertores habet. In primis dicunt abſurdum & à ratione alienum videri eum, qui vocatur ad hæreditatem, voluntate expreſſa teſtatoris, potiorem non eſſe eo, qui vocatur tacite à lege ſine expreſſa teſtatoris voluntate. Adducunt leg. vltim. Codice de neceſſ. hæred. inſtituẽ. vbi dicitur eos, quibus ex verbis teſtatoris defertur hęreditas, præferendos eſſe iis, qui à lege vocantur. & hoc vulgare eſt, teſtamentarios legitimis eſſe præferendos. Voluntas teſtatoris lex eſt, & quocunque iure potior eſt habenda. §. diſponat. in Nouell. Iuſtiniani de nupt. *Diſponat teſtator & erit lex eius voluntas.* Ad hoc argumentum reſpondendum eſt. idque non eſt difficile ex his, quæ iam à nobis dicta ſunt. Nam ſatis iam oſtendimus patrem in hac ſpecie contra voluntatem teſtatoris non omnino admitti. Imo vero ex eius volũtate, quãuis nõ admittatur ex iudicio expreſſo teſtatoris. Nos ita interpretamur verba teſtatoris, *Si hæres filius non erit*, id eſt, ſi hæres non erit, vel patrem, in cuius eſt poteſtate, hæredem fecerit. quaſi credibile ſit teſtatorem, qui inſtituit eum, quem in patris poteſtate eſſe intelligebat, ita cogitaſſe, ita ſenſiſſe.

Præterea obiicitur nobis l. cum proponas. C. de hæred. inſtit. In ea lege dicitur, Si ſeruo, qui eſt in poteſtate domini ſui, delata fuerit hæreditas, per ſeruum acquiri domino hæreditatem ſeruo non adeunte hæreditatem, non poſſe acquiri. Si ſeruus ne vi quidem vlla cogi poſſit ad adeundam hæreditatem, non poterit acquiri hæreditas domino. Non enim acquiritur ei, niſi opera & facto ſerui: ſed neceſſaria eſt aditio ſerui, eo nolente adire, & reluctante pertinaciter domino ſuo, non poteſt hæreditas acquiri domino. Vnde fit vt ſi quis ſeruo ſubſtitutus ſit, ea non acquiratur domino: ſed deferatur ad ſubſtitutum. Vnde dicendum videtur idem in noſtra ſpecie, de hæreditate, quæ filio delata eſt, & quam filius noluit adire, vt ea non acquiratur patri. Sed magna diſſimilitudo eſt & differentia fili familias, & ſerui: domini, ac patris. Ex conſtitutione illa Iuſtiniani, cuius mentio à nobis facta eſt, d. l. vlt. §. vlt. Quamuis enim aliqua ſimilitudo ſit inter filiosfamilias & ſeruos, quia vtrique ſunt in poteſtate aliena: non eſt tamen credendum, nullam eſſe diſſimilitudinem inter eos: imo aperta eſt illa diſſimilitudo in d. l. vltim. Illud eſt proprium & ſpeciale in filiofamilias, quod filiofamilias non adeunte hæreditatem, pater eius poteſt adire, ſibique hæreditatem acquirere, perinde ac ſi inſtitutus eſſet. Rurſus obiicitur

ſubſtituit nobis l. qui liberis. 8. §. hæc verba. ff. hoc tit. Teſtator in ſuo teſtamento inſtituit quendam filiumfamilias, qui erat in patris poteſtate. deinde ſubſtituit, vt teſtamentum faceret filio ſuo impuberi: *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto.* hic filius inſtitutus acquiſiuit hæreditatem fratri ſuo. Quæritur an pater intelligatur ſubſtitutus huic impuberi? Ait Iureconſultus, hæc verba: *Quiſquis mihi hæres erit, &c.* de patre accipienda non eſſe. Filium ipſum potius ſubſtitutum videri, quam patrem, qui ex iudicio teſtatoris venit. & tamen, ſi verum eſſet quod hic dicimus, his verbis videretur patrem vocari ad hæreditatem impuberis. quoniam eum pro hærede accipimus, quem hæres inſtituti hæredem facit. Sed hæc diuerſa ſunt, non pugnantia. Diſſimilitudo eſt vtriuſque ſpeciei. Diuerſæ ſunt hæ ſpecies, cum teſtator inſtituit filium, & ſubſtituit ei vulgariter, *Si hæres non erit*, vel cum ſubſtituit pupillariter, *Si filius iſte familias, &c.* vel quiſquis mihi hæres erit, idem mihi hæres eſto. In hac ſpecie noſtra dicimus, patrem ex veriſimili voluntate teſtatoris admitti. verum in ſpecie dictę leg. qui liberis. §. hæc verba. contra voluntatem teſtatoris fieret ea interpretatio, alias contingeret filium aut ſeruum, mutata conditione excludi à patre vel domino. Si ita acciperemus: *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto*, de patre cui acquiſita eſt teſtatoris hæreditas per filium, ſi decederet filius ante pubertatem, certe acquireret impuberis hæreditatem patri, etiam mutata conditione contra teſtatoris voluntatem. ſed ille locus plenius à nobis poſtea explicabitur. Ex iam dictis concludendum eſt hæc verba, *Si heres non erit*, in ſubſtitutione vulgari late eſſe accipienda. Opinio autem quam defendimus, vt vera eſt, ita cum exceptione accipienda eſſe videtur, vt aduerſariis ſatisfaciamus, niſi ex coniecturis contraria teſtatoris voluntas appareat: nam ſi ex coniecturis contraria voluntas teſtatoris appareat, quod ſubſtitutum præferri patri voluerit, dubium non eſt quin ea voluntas ſeruanda ſit. Sed in dubio non id ſequemur. §. diſponat. in Nouel. de nupt. Inde quæſtio vulgo tractari ſolet de monacho. Si monachus hæres inſtitutus fuerit, eique delata hæreditas, & ei datus ſit ſubſtitutus à teſtatore, an ſubſtitutus præferendus ſit monaſterio, an contra, monaſterium ſubſtituto? monachi acquirunt monaſterio ſuo, ſicut ſerui domino. leg. vltim. de epiſcop. & cleric. Quæſtio hinc pendet, an ſeruis, an filiisfamilias monachi comparari debeant: nam in hac ſpecie multum intereſt inter filiumfamili. & ſeruum. Quidam comparant monachum ſeruo, quidam potius filiofamilias: quia monachus non poteſt vendi, ſicut ſeruus venditur, vt ait Barto. Debuit addere Barto. nec facile emptorem reperiri poſſe huius mercis, ſi venalis forte reperiatur. Nos hanc quæſtionem monachis diſcutiendam relinquamus, ad vtiliora properantes. Alia igitur quæſtio eſt, an fiſcus excludat ſubſtitutum, cum inſtituto aufertur hæreditas tanquam indigno: quia forte mortem defuncti teſtatoris non eſt vltus. Hæc eſt quæſtio, Titius hæres inſtitutus eſt teſtamento, Sempronius eſt ei ſubſtitutus vulgari modo, *Si Titius hæres non erit, Sempronius ei hæres eſto.* occiſus eſt teſtator: neglexit inſtitutus in primo gradu vlciſci & vindicare eius mortem. Ideoque ſe indignum reddidit eius hæreditate. Fiſcus aufert hæreditatem hæredi, ſubſtitutus ait ad ſe hæreditatem pertinere. Ait enim extitiſſe conditionem ſubſtitutionis. Conditio eſt, *Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* Si Titius hæres non erit, hæc conditio ita intelligitur, ſi hæres eſſe nolit, vel non poſſit. Atqui hæres eſſe non poteſt in hac ſpecie. Indignum ſe reddidit hæreditate. Itaque videtur hæreditas pertinere ad ſubſtitutum. Hæc quæſtio magna ex parte pertinet ad leg. ſi ſequens gradus. 15. ff. ad Senatuſconſul. Sila. In hac ſpecie proponuntur duo eſſe gradus hæredum. vnus eſt gradus inſtitutorum, alter eſt ſubſtitutorum. Inſtitutus neglexit vlciſci necem teſtatoris. Ait Iuriſconſul. ibi, an prior hæreditas &c. etiam ſi ſubſtitutus vltus fuerit mortem teſtatoris: tamen hæreditas ei non acquiritur. Nam pœna inſtituti hæredis, non debet eſſe præmium ſubſtituti. Quidam intelligunt dict. leg. ſi ſequens. cum hæreditas adita fuit ab inſtituto hærede. in primo gradu adiuit hæreditatem teſtatoris, non curauit vlciſci mortem teſtatoris, & fiſcus petat eius hæreditatem: ſubſtitutus ait eius hæreditatem in ſe transferri debere, quia præſtitit id, quod inſtitutus neglexerat, id eſt, necem teſtatoris vltus eſt. In hac igitur ſpecie, inſtitutus in primo gradu adiuit hæreditatem: atque ita ſubſtitutus erat excluſus aditione. Sed quæſtio ex eo erat, an id in præmium ei concedi deberet, quod id præſtiterat, quod inſtitutus neglexit. Sed dubium eſt an ita lex accipi debeat. nam de aditione hæreditatis nullum eſt verbum in ea leg. ſed quod oporteat hæreditatem aditam eſſe, id colligi ſolet ex alio loco, nempe ex leg. neceſſarios. 5. §. Non alias. eod. titul. ibi, Adiiſſe hæreditatem. vt publicentur bona & acquiratur hæreditas fiſco. Iuriſconſ. ibi ait duo eſſe neceſſaria. Oportet occiſum eſſe patremfamilias teſtatorem, & adiſſe hæreditatem hæredem. pertinet ad aliud quoddam caput Senatuſconſ. Silaniani, vt oſtendemus ſub eodem titulo. Multa ſunt capita Senatuſcon. Silaniani. vnum eſt de eo, qui neglexit vlciſci necem defuncti, cui adimitur hæreditas, & fiſco vindicatur. Alterum caput eſt de eo, qui adiit hæreditatem antequam quæſtio habita eſſet de familia. nam quæſtio haberi debet de omnibus ſeruis, qui ſub eodem tecto fuerunt, cum dominus interfectus eſt. Hoc caput reperitur in l. 3. §. quod ad cauſam. & §. non tantum. & l. 1. §. occiſorum. eo. tit. De hoc capite loquitur Iureconſultus in dic. l. neceſſarios. 5. §. 1. Sed hoc nihil ad rem pertinet, de qua hic diſſerimus. Quomodo igitur ſuſtinebimus eam interpretationem? Ego puto interpretationem l. ſi ſequens. veriorem eſſe, quæ vulgo recepta eſt, vt intelligatur de inſtituto, qui adiit hæreditatem, & adeundo hæreditatem excluſit ſubſtitutum. Sic mihi videtur intelligenda eſſe in hac quæſtione, quæ ſcripti eſt & ſententiæ. Hoc enim non eſt ſcriptum: ſed ratio exigit, vt ita interpretemur. Ecce, ſi intelligeremus de inſtituto, qui hæreditatem non adiuit, certe abſurdum hoc & iniquum eſſet. Quæ enim æquitas eſt, pœna affici eum, qui vltus non eſt necem teſtatoris, quod eius hæreditatem adire noluerit & contemſerit? certe ratio non patitur, vt is aliqua pœna afficiatur. Non exiſtimauit tantam eſſe hæreditatem, vt accuſationem inſtituere deberet aduerſus occiſores defuncti. quid ei vitio poteſt verti? Certe non poteſt eius ad- admiſſum aliquod argui in hac re, ſed qui adiit hæreditatem, iurare debet, quod mortem defuncti vindicabit., ad quem peruenit eius hæreditas: quamuis id non ſit expreſſum verbis: tamen id intelligere debemus, quod non ſatis expreſſum eſt verbis legis, id definiendum eſt τῇ ἀρίστῃ γνώμῃ, vt ait Ariſto. Inſtitutum ergo adiiſſe hæreditatem intelligere debemus, & ſic excluſiſſe ſubſtitutum. Sed hoc intelligendum eſt, niſi inſtitutus ille repudiauerit, & non curarit adire in fraudem fiſci. Si apparet hoc in fraudem fiſci factum eſſe, vt ſubſtitutus præferatur fiſco, hanc fraudem non obeſſe fiſco ſcio: ſed hoc in dubio non pręſumitur. Huc pertinet tit. de his quæ in fraudem fiſci.

Superioribus locis diſſeruimus de effectu ſubſtitutionis vulgaris. Diximus hæc verba, *Si hæres non erit*, ſic accipienda eſſe, *Si hæres non erit, aut alium hæredem non fecerit.* id multis exemplis ſupra demonſtratum eſt. Sequitur quæſtio eodem pertinens, an hæres hæredis præferatur ſubſtituto, excludatque ſubſtitutum, in quibus caſibus hæreditas non adita tranſmittitur ad hæredem. De hac tranſmiſſione aliquid attigimus ſub tit. de hæredib. inſtit. Diximus hæreditatem, quæ adita non eſt, ad hæredem non tranſmitti, & hæc eſt regula in §. in nouiſſimo. Cod. de caduc. toll. Diximus locupletandi fiſci cauſa hoc ita conſtitutum fuiſſe veteribus legibus, vt pleraque alia. veluti quod conſtitutum eſt à Iuſtiniano in titul. de caduc. toll. in princip. quod dies non cedat, niſi ab apertura tabularum. Hoc igitur publicum eſt, ad fiſcum locupletandum pertinet, & variis conſtitutionibus eſt emendatum, ſicut pleraque ex lege Papia, quæ fiſci locupletandi cauſa conſtituta erant, quamuis omnino ſublatum non ſit. In quibuſdam igitur caſibus hæreditas, quamuis adita non fuerit, tranſmittitur ad hæredem. Primus caſus eſt in ſuo hærede. ſuus hæres tranſmittit hæreditatem ad quoſcunque ſuos ſucceſſores. l. apud hoſtes. Cod. de ſuis & legit. hæred. & l. 3. C. de iure deliber. Nec id mirum, cum in ſuis hæreditatis aditio neceſſaria non ſit. l. in ſuis. ff. de lib. & poſthu. Ideoq; non eſt mirum, ſi hæreditatem non aditam tranſmittat ad ſuos hæredes, perinde ac ſi adita eſſet. Secundò, liberi

inſtituti à parentibus, hæreditatem non aditam tranſmittunt ad eos, qui ex ſe deſcendunt. Si pater inſtituerit filium, aut mater, nihil enim refert, filius etſi deceſſerit antequam adierit hæreditatem, vel patris, vel matris, nihilominus eam ad nepotem, filium ſuum, qui ex ſe deſcendit, tranſmittit. Cod. de his, qui ante aper. tabul. l. vnic. Ea conſtitutio aliquid addidit iuri veteri. Hæc enim tranſmiſſio iure veteri locum tantum habebat in ſuis hæredibus: ſed hæc loquitur non de ſuis hæredibus tantum, ſed de quibuſcunque aliis conſanguineis. Hoc igitur facit non ius ſui, ſed ius ſanguinis. Sed hi tantum tranſmittunt hæreditatem ad deſcendentes ſuos. ſui tranſmittunt ad quoſcunque ſuos ſucceſſores. Tertio, ſi quis deceſſerit intra annum deliberationis, tranſmittit ius deliberandi ad quoſcunque ſuos ſucceſſores. l. cum antiquioribus. Codic. de iure deliberã. Mortuus eſt hæres inſtitutus, nondum effluxit annus, quem habet ad deliberandum an velit hæres eſſe. Deceſſit igitur ante aditam hæreditatem: hæres eius, vel filius, vel frater, vel alius quiuis, idem tempus habet ad deliberandum. Itaque hac conſtitutione Iuſtiniani plane conſulitur hæredibus contra leges veteres, quæ tranſmiſſionem impediebant, ita vt ius antiquum non poſſit hæredibus valde nocere, quantumuis negligentes ſint. Hi ſunt præcipui caſus tranſmiſſionum. Ad propoſitam quæſtionem redeamus. Quæſtio eſt, an hæres hæredis, ad quem tranſmiſſa eſt hæreditas, potior ſit ſubſtituto? Ponamus inſtitutum eſſe filium à patre, vel matre, nihil refert, & ſubſtitutum eſſe Titium vulgari modo, *Si hæres non erit.* Poſtea hunc filium inſtitutum deceſſiſſe hæreditate non adita. Nepos hæreditatem petit, id eſt, filius hæredis inſtituti, tanquam ad ſe tranſmiſſam. Subſtitutus quoque eam hæreditatem ſibi vindicat ex voluntate teſtatoris, ex ſubſtitutione. Quæritur vter alteri præferendus ſit? Hic reperitur antinomia ex circumſtantiis ſimilis ei, de qua ſuperius diximus in alterius quæſtionis tractatione. Hic eſt conflictus duarum legum, quæ videntur pugnantes eſſe in hac hypotheſi, itaque neceſſe eſt, vt vna alteri cedat. Prior eſt, quæ vult non aditam hæreditatem tranſmitti ad hæredem, id eſt, ad proximum hæredem, nempe filium, nepotem. Altera lex eſt, ſubſtitutum, mortuo inſtituto ante aditionem hæreditatis, admitti ad hæreditatem: concurrunt hæres hæredis & ſubſtitutus. Hæres hæredis profert priorem legem, quæ dicit hæreditatem non aditam ad hæredem hæredis tranſmitti. Alter autem profert alteram legem, quæ vult ſubſtitutum, mortuo inſtituto ante aditionem hæreditatis, admitti ad hæreditatem. hæ leges contrariæ non ſunt ipſo iure. Prior lex ſubſtitutum nominatim non excludit. Lex, quæ ait hæreditatem non aditam tranſmitti ad hæredem, non exprimit nominatim, etiam ſi datus ſit ſubſtitutus à teſtatore. Poſterior lex etiam nominatim non excludit hæredem hæredis. Lex, quæ ait ſubſtitutum, mortuo inſtituto ante aditionem hæreditatis, admitti ad hæreditatem, non exprimit nominatim etiam, in quibus caſibus hæreditas tranſmittitur. Eſſent enim contrariæ ipſo iure: ſed contrarietas reperitur in hac ſpecie. Oportet igitur vnam cum exceptione alterius intelligere, vel priorem legem, quæ loquitur de hærede hæredis, ita intelligere, niſi ſubſtitutum habeat: vel poſteriorem legem, quæ loquitur de ſubſtituto, ita intelligere: niſi hæres tranſmittat hæreditatem ad hæredem ſuum. Quæſtio igitur eſt vter potior eſſe debeat, an hæres ad quem tranſmiſſa eſt hæreditas, an vero ſubſtitutus? In hac quæſtione mihi videtur probabilior & verior opinio quæ recepta eſt, ſcilicet potiorem eſſe tranſmiſſionem ſubſtitutione. In primis mouet me, quod iam ſæpe à nobis dictum eſt, hæc verba, in ſubſtitutione vulgari, *Si hæres non erit*, ſic accipienda eſſe, aut ſi alium hæredem non fecerit. dict. leg. ſi paterfamilias. ff. de hæredibus inſtit. & §. vltim. de vulga. ſubſtit. in Inſtitu. Ad excludendum ſubſtitutum nihil refert, an hæres inſtitutus ipſe hæreditatem adeat, an vero alius cui per eum hæreditas acquiratur. Et exemplum eſt de ſeruo & filiofamilias, in dict. leg. ſi paterfamilias. & dict. §. vltim. Ad excludendum ſubſtitutum nihil refert, an ſeruo acquiratur hæreditas, an vero domino per eum acquiſita ſit. nihil refert an filio acquiratur hæreditas, an vero patri per eum acquiſita ſit. Vnde dicendum eſt idem in hac ſpecie, nihil referre an ei qui inſtitutus eſt, adquiſita ſit hæreditas, an vero hæredi ad quem hæreditas tranſit. Præterea hoc conſtitutum eſt à Iuſtiniano, ne cui hoc videatur probabili tantum ratione niti. Eſt conſtitutio Iuſtiniani hac de re, Cod. de caduc. toll. §. cum autem. ad fi. legis. quem locum adduximus ſub tit. de hæred. inſti. differentes de iure accreſcendi. Ait ibi Iuſtinianus, cum autem in ſuperiori parte legis, &c. Hoc refertur ad eam partem legis in qua Iuſtinianus de tranſmiſſione loquitur, cum §. in nouiſſimo, vbi ait hæreditatem non aditam non transferri: niſi in caſibus exceptis, de quibus iam diximus. Ibidem ſequitur, *Neceſſe eſt, &c.* Cur addidiſſet Iuſtinia. eodem loco, *niſi in quibuſdam perſonis, &c.* niſi intelligeret has perſonas excludere ſubſtitutum? quia hæreditas non tranſmittitur, inquit: ideoque ſi quis hæres non adierit hęreditatem defertur ad ſubſtitutum: quia non tranſmittitur, niſi quibuſdam perſonis. Igitur hæ perſonæ excludunt ſubſtitutum. Hoc igitur referendum eſt ad perſonas, quas Iuſtinianus excepit in eadem conſtitutione. §. in nouiſſimo. ibi, *exceptis videlicet liberorum perſonis*, de quibus Theodoſiana lex &c. Theodoſij autem eſt l. vlt. C. de his qui ante aper. tab. Excipit ergo vtrunque caſum: excipit perſonas liberorum: excipit etiam eos, qui intra annum deliberandi decedunt: quia Iuſtinianus excipit tantum duo genera tranſmiſſionis: & diximus tria eſſe: poteſt dubitari, an idem dicendum ſit de tertio, quod de tranſmiſſione ſuorum. Excipimus enim tranſmiſſionem ob ius ſuitatis. nam tametſi de ea re ſit controuerſia: tamen idem puto eſſe dicendum. Eadem enim eſt ratio. Sed cur Iuſtinianus hunc caſum non excepit? non neceſſe fuit hunc caſum tertium excipere, imo ineptum fuiſſet. Certiſſimum enim eſt regulam intelligi de hęreditate, quæ defertur extraneo non ſuo. Certiſſimum eſt aditionem non eſſe neceſſariam in ſuo hærede. Sui hæredes, ipſo iure hæredes fiunt. dict. l. in ſuis. Nullo vnquam tempore fuit dubitandum de ſuis hæredibus, quin hęreditatem tranſmitterent: nam ipſo iure eis acquiritur hæreditas, quamuis beneficium habeant abſtinendi. Sed de aliis dubitatum fuit, qui non niſi facto ſuo acquirunt hæreditatem: propterea eos caſus excipere oportuit, in quibus ad acquiſitionem hæreditatis neceſſaria non eſt aditio hæredis. Hinc concludemus, cum concurrunt hæres hæredis, ad quem ex legibus tranſmittitur hæreditas defuncti, & ſubſtitutus: potiorem eſſe cauſam ſubſtituti. Obiiciuntur nobis leuia quædam loca, de voluntate expreſſa teſtatoris, ex §. diſponat. in Nouel. de nupt. &c. de quibus ſuperius diximus. ſed hæc iam ſatis refutata fuerunt in quæſtione ſimili.

Alia quæſtio eſt, an coniunctus potior ſit ſubſtituto? Si teſtator duos hæredes inſtituerit coniunctim, & vni ſubſtitutum dederit, vter potior ſit altero, an ſubſtitutus coniuncto, an coniunctus ſubſtituto: an poterit iuuare coniunctum interpretatio horum verborum, *Si hæres non erit*, id eſt, ſi alium hæredem non fecerit? Et certi iuris eſt ſubſtitutum coniuncto præferendum eſſe, niſi teſtatoris contraria voluntas appareat. Hoc eſt expreſſum in leg. 3. §. ſi duos. de bon. poſſeſſ. contra tabul. Teſtator inſtituit Titium & Sempronium. Sempronio ſubſtituit Caium. deficiente Sempronio accreſcet pars eius Caio, nec accreſcet Titio. Coniunctus coniunctum hæredem non facit: ſicut hæres hæredem ſuum, ad quem tranſmittit hæreditatem: ſicut ſeruus dominum, ſicut filiusfamilias patrem ſuum. Ego dixi hoc accipiendum, niſi contraria teſtatoris voluntas appareat, quæ voluntas colligitur ex coniecturis. Exemplum eſt in leg. quidam teſtamento. 30. ff. hoc tit. In hac ſpecie tres ſunt gradus hæredum. Teſtator in teſtamento ſuo duos hæredes inſtituit. in primo gradu Proculum ex tribus vnciis, Quietum ex nouem vnciis: atque ita compleuit totam hæreditatem ſuam. hic eſt primus gradus. In ſecundo gradu ſubſtituit ſingulis. Quieto ſubſtituit Florum, Proculo Soſiam. hic eſt ſecundus gradus. Tertio gradu ita ſubſtituit, Si neque Florus, neque Soſias hæredes erunt, Colonia Leptitanorum ex nouem vnciis hæres eſto. Deinde inſtituit plures alios hæredes ex variis partibus. Itaque exceſſit trium vnciarum illam quantitatem in hoc gradu. Hoc continetur teſtamento. videndum eſt quid acciderit poſt factum teſtamentum. Quietus, qui inſtitutus fuit in primo gradu ex nouem vnciis, adiit hæreditatem, itaque excluſi fuerunt ſecundi & tertij ab illa parte.

parte. Proculus & Soſias viuo teſtatore deceſſerunt. Proculus, qui inſtitutus in primo gradu fuit, & Soſias ei ſubſtitutus in ſecundo gradu, deceſſerunt. Qui ſunt inſtituti in tertio gradu petunt hæreditatem, quæritur an hæreditas ad eos pertineat? an vero ad Quietum, propter ius accreſcendi? Subſtituti petunt etiam. Quæritur an ſubſtitutorum potior ſit cauſa? Reſpondet Iuriſconſultus, Expendamus verba huius ſubſtitutionis in tertio gradu, *Si neque Florus, neque Soſias hæredes erunt*. Subſtituit hos in tertio gradu, *Si neque Florus, neque Soſias hæredes eſſent, coniunctim*. Itaque videtur voluiſſe teſtator ita demum hæreditatem ad ſubſtitutos in tertio gradu peruenire, ſi tota vacauerit, at tota hæreditas non vacauit: quia Quietus adiuit hæreditatem pro parte ſua. Diſtribuit teſtator, inquit Iuriſconſul. plures quam duodecim vncias, *& iccirco, &c.* Vnde quod diximus ſubſtitutum potiorem eſſe coniuncto, & præferri coniuncto, hoc eſt intelligendum: niſi ex coniecturis appareat contraria teſtatoris voluntas, niſi appareat eum voluiſſe coniunctum præferri. In ſuperioribus exemplis hæc conditio, *Si hæres non erit*, latiſſimam recipit interpretationem, ſi hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit, idque ex mente & voluntate teſtatoris. Pergamus ad cetera, quæ ad interpretationem eorundem verborum pertinent. Hæc igitur verba, *Si hæres non erit*, interpretamur, ſi deſierit hæres eſſe poſſe. Neceſſe eſt, vt ita interpretemur. Nam & ſi quis hæreditatem non adierit, non ideo dicendum eſt ad ſubſtitutum hæreditatem pertinere, id eſt, ſi hæres non erit: ſi nulla ſpes ſit eum, qui inſtitutus eſt hæredem fore. Hæc interpretatio ſumitur ex leg. 3. de acquiren. hæred. Ergo cum dicimus, *Si hæres non erit*, nos ita interpretamur, ſi in ea cauſa ſit, vt non poſſit hæres eſſe: vel quia repudiauit, vel quia tempore excluſus eſt, vel quia capere non poteſt. Hinc quæritur, Quid ſi minor hæreditatem ſibi delatam repudiauerit, quia poteſt in integrum reſtitui, an ſit locus ſubſtitutioni? quæſtio pendet ex interpretatione horum verborum. Certum eſt minorem, qui repudiat hæreditatem, poſſe reſtitui in integrum, vt eum adeat. leg. 1. & 2. Cod. ſi minor ab hæred. Idem dicitur in l. vltim. Cod. de repud. hæred. vbi illud etiam expreſſum eſt, de quo olim magna erat quæſtio. Etiam ſi res in eodem ſtatu non ſint: tamen propter ætatem, minores poſſunt reſtitui, etiam ſi res forte diſtractæ ſint. Obiicitur pro contraria l. quod ſi minor. 24. §. Scæuola. ff. de minorib. Sed alias dixi in tractatu de minorib. 25. ann. poſteriorem eſſe conſtitutionem Iuſtiniani, & derogare iuri antiquo. eſt enim edita poſt conſulatum Lampadij & Oreſtis, & propterea in l. quod ſi minor. refert tantum obiter Vlpianus Scæuolæ ſententiam, non probans eam: ſed recitans tantum. Vnde ſequenda eſt hodie conſtitutio Iuſtiniani, quæ poſterior eſt. Sed de eo dicemus plenius ſub titu. de acquir. hæred. Ad propoſitam quæſtionem, minor repudiauit hæreditatem: ſubſtitutus eam vindicat. Quæritur, an recte hæreditas delata eſſe videatur? Videtur ſubſtitutio non eſſe delata. Nam inſtitutus poteſt in integrum reſtitui, vt adeat hæreditatem, quam repudiauit. Sed tamen receptum eſt, & hoc verius eſt, interim locum eſſe ſubſtitutioni: interim poſſe ſubſtitutum hæreditatem adire, tanquam ſibi delatam ex teſtamento, propter omiſſionem inſtituti. Et ad id, quod obiicitur, poteſt adire hæreditatem, in integrum reſtitutione impetrata: dicendum eſt eius reſtitutionis nullam haberi rationem, antequam impetrata fuerit. Non enim hic ſpectamus quod contra ius ciuile euenire poteſt extraordinario auxilio. Ipſo iure hæreditas defertur ſubſtituto, verum eſt extraordinario auxilio poſſe ſuccurri minori, qui repudiauit: ſed hoc auxilium non ſpectamus, quamuis euenire poſſit. Argumentum ſumitur ex leg. ergo quandiu. 4. ff. de fideicom. liber. & ex titul. de eo, cui lib. cauſa. in Inſtit. Si ſeruis relictæ ſint libertates in teſtamento, & nemo ex teſtamento adeat hæreditatem, vni ex ſeruis adiicitur libertas bonorum ſeruandorum cauſa: ſed tamen ſi certum ſit neminem ex teſtamento hæredem fore. Quid ergo, ſi minor inſtitutus ſit, qui repudiauit hæreditatem, an erit locus huic addictioni bonorum? Et dicitur nihilominus locum eſſe huic addictioni bonorum. §. ſi is, qui. in dict. titul. de eo cui lib. cauſ. in Inſtit. Huc pertinet, quod dicitur in l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minorib. Duplex dictum eſt Papiniani: vtrunque tamen videtur ab Vlpiano comprehendi, aut ſaltem ſupplet & explicat, vel emendat Vlpianus, quod à Papiniano dictum eſt: vel ſupplet, vel emendat, quaſi non ſatis elocutus ſit Papinianus. Duo igitur ſunt dicta Papiniani. Vnum eſt de minore, qui primum adiuit hæreditatem: deinde abſtinuit hæreditate. Alterum eſt de eo, qui non aditam hæreditatem repudiauit. De priore tantum dicendum eſt, de poſteriore dicemus in ſequenti capite. Quæſtio eſt huiuſmodi. Minor eſt inſtitutus: ſubſtitutus eſt ei ſeruus, *Si minor hæres non erit*, minor repudiauit hæreditatem. deinde reſtitutus eſt in integrum. Quæritur, quid iuris? Papinianus ait repudiante minore hæreditatem, deferri ſeruo, & libertatem quoque: minore vero poſtea reſtituto & impetrata reſtitutione, adeunte hæreditatem, Papinianus ait, ſeruum illum, qui ſe immiſcuit hæreditati, liberum nihilominus manere. Viſus eſt ſatis non dixiſſe Papinianus Vlpiano. nam an hæres maneat iſte ſeruus, non dixit Papinianus. Sed tamen videtur ſenſiſſe hæredem non manere, ſed hæredem potius eſſe minorem, qui in integrum reſtitutus eſt, & reſtitutione impetrata, adiuit. Libertatis fauor exigit, vt liber maneat ſeruus, nec obeſt hoc minori reſtituto, qui inſtitutus erat in primo gradu. Sed de quæſtione, an maneat hæres, videtur Papinianus ſenſiſſe cum dixit, liberum manere eum, hæredẽ non manere. vult tamen Vlpianus vel emendans, vel ſupplens, quod defuit in verbis Papiniani, eum remanere non tantũ liberum, ſed etiam hęredem: quamuis pupillus vtiles actiones habeat hæredis loco. Verum eſt ipſo iure hæredem eſſe ſubſtitutum per repudiationem, repudiata hæreditate ab inſtituto. Lex vult hæreditatem ſubſtituto acquiri: ideo ipſo iure hæres factus eſt ſubſtitutus, minore reſtituto in integrum: nec deſinit hæres eſſe. Prætor non poteſt facere hæredem eum, quem reſtituit in integrum, qui iure ciuili nõ eſt hæres: eſt ſubſtitutus ipſo iure hæres. Habetur quidem minor hæredis loco, & ei & in eum dantur vtiles actiones. §. quos autem ſolus. Inſtitut. de bonor. poſſeſſ. Dat ei prætor bonorum poſſeſſionem, & eum facit hæredis loco. Hoc igitur reprehendit in Papiniano Vlpianus, quod non ſatis elocutus ſit. Hæc de priore dicto Papin. de poſteriore dicemus in ſequenti capite. Nam pertinet ad explicationem l. poſt aditam. C. de impub. & aliis ſubſtit.

Cœpimus oſtendere quam vim habeant hæc verba, *Si hæres non erit*, in ſubſtitutione vulgari, & horum verborum interpretationem pertinere ad effectum eiuſdem ſubſtitutionis, & diximus ita accipienda eſſe, *Si hæres non erit*, id eſt, ſi hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit. Deinde, *ſi hæres non erit*, id eſt, ſi deſierit eſſe poſſe hæres: ita vt certum ſit eum excluſum eſſe ab hæreditate. hæc omnia variis exemplis demonſtrauimus. Alia ſunt exempla, in quibus admittitur horum verborum explicatio & interpretatio aut latior, aut anguſtior, quam verba ipſa ſignificent, propter rationem aliquam. Vnum exemplum eſt in leg. 3. Cod. eod. titul. vbi Imper. Alexander hæc verba interpretatur, *Si heres non erit*: id eſt, ſi hæres ex teſtamento non erit. hic reſtringitur interpretatio verborum propter mentem teſtatoris, *Si heres non erit*. Hæc verba videbantur late eſſe accipienda, vt quocunque modo hæres erit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, excludatur ſubſtitutus: ſed tamen contrarium dicitur in dic. l. 3. Mulier quædam inſtituta in primo gradu, cui fuerat alius ſubſtitutus ex teſtamento, omiſit hæreditatem, & adiit ab inteſtato. erat enim filia teſtatoris: & licet omittere hæreditatem ex inteſtato, & adire ab inteſtato: modo id ſine dolo & fraude fiat, & legata præſtita ſint. toto tit. ſi quis omiſſa cauſa teſta. Omiſit ergo hæreditatem ex teſtamento, & adiit ab inteſtato. Bonorum poſſeſſionem accepit, vnde liberi. Ait Alexander, *Subſtituto locum quin feceris, &c.* Omittendo igitur hæreditatem ex teſtamento, ſubſtituto locum fecit, etſi petierit bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. Hæc verba Si hæres non erit, in ſubſtitutione vulgari, ita ſunt intelligenda, Si hæres non erit ex teſtamento. Nam etſi ſimpliciter dixerit teſtator, Si hæres non erit, nec aliud adiecerit, tamen apparet ita eum ſenſiſſe. vult enim hæredem ſibi eſſe ex teſtamento: etſi hæres non erit, id eſt, ex teſtamento meo, & quamuis id expreſſum non ſit, id tamen ſatis intelligitur, & ſic ſubſtitutus excludit omnes ab inteſtato venientes. l. 3. quan-

diu.& leg.39.quandiu.ff.de acquir.hæred. Aliud exemplum eiuſdem interpretationis eſt in l. 33. alias 31. ſi mater ita.ff. hoc tit. Hic locus pertinet ad interpretationem horum verborum, *Si hæres non erit.* Si quis tres gradus faciat hæredem,& ita dixerit, *Si primus hæres non erit, ſecundus hæres eſto: Si ſecundus hæres non erit, tertius hæres eſto.* hæc verba intelligenda ſunt, *Si ſecundus hæres non erit,* id eſt, ſi neque primus, neque ſecundus erit. Primo adeunte, omnes ſequentes ſubſtitutiones expirant ex mente teſtatoris, ita hæc verba ſunt accipienda: quamuis non ſit expreſſum. Cauillatio verborum admittenda non eſt contra voluntatem teſtatoris. Si primus adierit hæreditatem in hac ſpecie, & tertius velit admitti ad hæreditatem, quod dicat extitiſſe conditionem: quia ſecundus hæres non eſt, nec quidem eſſe poſſit. eſt enim excluſus à primo adeunte hæreditatem. cauillatio eſt contra manifeſtam voluntatem teſtatoris. Idem dicitur in l.cum in teſtamento. 37. ff. de hæred. Inſtit. Eſt enim eadem ſpecies. Primo igitur adeunte ſequentes omnes ſubſtituti excluduntur. Aliquando etiam extenduntur hæc verba, propter eandem voluntatem teſtatoris. Exemplum eſt in leg. iam hoc iure.4.ff.hic. Si quis ſubſtituerit vulgari modo filio ſuo impuberi, intelligitur quoque in alterum caſum ſubſtituiſſe, ſi impubes deceſſerit. & proinde hæc verba, *Si hæres non erit*, nos accipimus, ſi hæres non erit, vel ſi impubes deceſſerit. Quomodo hoc accipiendum ſit, ſupra oſtendi. Ego dixi non ideo caſum expreſſum interpretatione extendi ad eum, qui expreſſus non eſt, quod certa ſit hac in re teſtatoris voluntas. Obſtaret enim quod dicitur in leg. commodiſſime. ff. de lib. & poſth. & l. Titius 25. §. Lucius eod. tit. Sed ex conſtitutione Seueri hoc ortum eſt magis quam ex certa teſtatoris voluntate. Iureconſulti non fuit, qui eſt interpres voluntatis teſtatoris, ita voluntatem interpretari teſtatoris, qualis qualis eſt teſtatoris voluntas, quæ lege adiuuatur. ex conſtitutione oritur, non ex iudicio certo teſtatoris. Hoc eſt intelligendum, vt dicitur in eadem lege, niſi voluntas teſtatoris refragetur, vt credibile eſt hoc expreſſum fuiſſe in conſtitutione D. Marci. Exemplum eſt in l. quamuis. 4. C. de impub. & aliis ſubſtit. vbi voluntas teſtatoris apparet contraria ex coniectura, vt in hoc caſu, *Si mihi Firmianus filius, & vxor mea Ælia, hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres eſto.* manifeſtum eſt, inquit Imperator, in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique hæredum ſubſtitui potuit. Hæc coniectura colligitur ex diſparitate perſonarum. Diſpares perſonæ ſunt, vnus enim eſt cui ſubſtitui poteſt pupillariter: alter cui non poteſt. Vxori ſuæ non poteſt ſubſtituere teſtator, *Si impubes deceſſerit.* itaque hæc verba non ita accipiemus, vt vtrunque caſum complectantur. Huic eſt ſimile, quod dicitur in l. iam hoc iure. 4. ff. hic. Si ſubſtituerit pater duobus filiis ſuis, quorum vnus eſt pubes, alter impubes: in alterum tantum caſum ſubſtitutus intelligitur etiam impuberi: quia cum coniunxerit eos, & pariter ambobus ſubſtituerit, non eſt credibile teſtatorem voluiſſe iiſdem verbis ſubſtituere vni vulgariter, alteri autem pupillariter & vulgariter. Vocatur commune verbum, non vt plerique interpretantur, quia eſt directum & obliquum: ſed quia verba quædam propria ſunt ſubſtitutionis pupillaris, quædam vulgaris. Sed cum dico, eos inuicem ſubſtituo, dicitur verbum vtriuſque ſubſtitutionis commune. Hoc itaque caſu, ſi velit pater hoc facere, vt vni ſit ſubſtitutus Titius, exempli gratia, vulgari modo: alteri autem vtroque modo & vulgari & pupillari ſubſtitutus ſit, ſeparatim debet ſubſtituere: non debet eos coniungere, & non ita dicere, *Si Seius & Sempronius hæredes non erunt. Voluntatis quæſtionem.* Conſtitutio igitur D. Marci, quæ vult expreſſa vulgari ſubſtitutione, pupillarem quoque contineri, cum quis filio ſuo impuberi vulgariter ſubſtituerit, intelligenda eſt, niſi contraria voluntas teſtatoris appareat ex coniecturis. Tunc enim is caſus, qui omiſſus eſt, non intelligitur contineri eo, qui expreſſus eſt. Aliud exemplum ſimile eſt, in quo propter coniecturam voluntatis, non intelligitur contineri pupillaris vulgari ſubſtitutione, in l. vlti. C. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. fact. Quæſtio hæc agitata fuit apud veteres Iureconſultos. Teſtator habens vxorem prægnantem, ipſam hæredem inſtituit ex parte dimidia, partum vero ex alio ſemiſſe, & ita ſubſtituit. *Si poſthumus natus non erit, Titius hæres eſto.* Hæc ſubſtitutio vulgaris eſt, *Si natus non erit.* Ego ſupra dixi ſubſtitutionem vulgarem poſſe fieri non tantum his verbis generalibus, *Si hæres non erit.* Sed ſpecialius poteſt teſtator in vnum tantum caſum ſubſtituere. Titius ſubſtitutus eſt ſub hac conditione. *Si poſthumus natus non fuerit.* Poſt mortem teſtatoris poſthumus natus eſt: ſed deceſſit impubes: Subſtitutus petit hæreditatem ex conſtitutione D. Marci Imperatoris. Ait enim illam ſubſtitutionem vulgarem porrigendam eſſe ad ſecundum caſum, ſcilicet ad pupillarem ſubſtitutionem: & perinde accipiendam eſſe, ac ſi dixiſſet teſtator, *Si non natus erit, vel ſi natus erit: ſed impubes deceſſerit.* Cum igitur illa conditio extiterit, videtur admittendus eſſe ſubſtitutus. hic tamen dicitur matrem pupilli præferendam eſſe ſubſtituto, quaſi hac ſubſtitutione vulgari, quæ expreſſa fuit à teſtatore, pupillaris non contineatur. Hic aperte conſtituit Iuſtinianus, vt dirimat eam veterum controuerſiam, potiorem eſſe cauſam matris, quam ſubſtituti: quo caſu deceſſerit, viua matre, poſthumus, vult matrem præferri ſubſtituto. Quo autem caſu mater prior deceſſerit, vult admitti ſubſtitutum ex voluntate teſtatoris. Coniecturæ voluntatis teſtatoris aduerſus ſubſtitutum obſcuræ non ſunt. Vxor teſtatoris eſt mater poſthumi. Deinde inſtituta eſt mater hæres, vt conſtet ab eo dilectam fuiſſe. Subſtitutus autem quali quali coniectura voluntatis teſtatoris nititur, quæ aliquando lege adiuuatur. Dictum fuit in initio huius diſputationis, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad hæreditatem: ea vero non exiſtente ſubſtitutum repelli ab hæreditate. Hinc orta eſt prolixa diſputatio de interpretatione verborum: ex eo quod dictum eſt in initio, conſequitur non admitti concurſum ſubſtituti & inſtituti. Inſtitutus & ſubſtitutus non concurrunt, id eſt, ſimul ad hæreditatem non admittuntur. ſed inſtitutus admittitur ad hæreditatem, & eo excluſo, ſubſtitutus: vt dicitur in leg. 3. ff. de acquiren. hæredit. & ſimil. Excipiuntur quidam caſus: ſed vnus eſt præcipuus & inſignior in §. vltim. Inſtitut. de vulga. & pupill. & in leg. 40. alias 38. Si paterfamilias. ff. de hæred. inſtituen. Species ibi proponitur, in qua inſtitutus eſt ſeruus alienus, quaſi liber homo, quem teſtator credebat liberum eſſe hominem, & ei ſubſtituit alium ſic, *Titius hæres eſto: & ſi Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* Hic hæres inſtitutus re vera ſeruus eſt alterius, qui domino ſuo acquirit, non ſibi. Hic quæritur, an domino huius ſerui inſtituti, quaſi per ſeruum ipſi hæreditas acquiratur, excluſo ſubſtituto: an vero ſubſtitutus eo potior eſſe debeat? Dicitur in vtroque loco hæreditatem diuidendam eſſe inter inſtitutum & ſubſtitutum. vtrunque ſimul admitti ad hæreditatem. Hoc ita conſtitutum eſt: quia non leues, ſed multæ non contemnendæ rationes, tam pro domino ſerui, quam pro ſubſtituto, adduci poſſe videbantur. Ego id oſtendo. id demonſtrari poteſt ex interpretatione horum verborum, *Si hæres non erit.* Si teſtator ſeruum inſtituerit, & ſubſtituerit ei, *Si hæres non erit*, cum ſcit eum eſſe ſeruum, videtur id ſentire teſtator, *Si hæres non erit*, aut dominum ſuum hæredem non fecerit. Voluntas teſtatoris hic non eſt obſcura. Cum autem inſtituit liberum, quem ſcit liberum, videtur ita ſentire, Si hæres non erit, vel ſi mutata conditione, alium hæredem non fecerit. Nam poteſt fieri ſeruus, & acquirere hæreditatem domino ſuo eam adeundo. Sed pone, vt in ſpecie propoſita, ſeruum eſſe alterius, quem teſtator putat eſſe liberum, talis eſt cogitatio teſtatoris & voluntas, Si neque hæres erit: aut, mutata conditione, alium hæredem non fecerit. Hæc eſt conditio ſubſtitutionis. hic autem non mutat conditionem, non fit ſeruus ex libero homine: ſed iam ſeruus eſt. Ergo hic non exiſtit conditio ſubſtitutionis. hac ratione ſubſtitutus vindicat ſibi hæreditatem, quaſi euenerit conditio ſubſtitutionis. nam teſtator credebat eum liberum eſſe: & eius qui inſtituit & ſubſtituit his verbis, non poteſt alia mens eſſe. Sed contra ſubſtitutum pro domino hoc etiam dici poteſt. quia teſtator acquiri voluit domino, mutata conditione eius, quem inſtituit, cum videlicet ſeruus erit: facile idem teſtator creditur contradicturus fuiſſe, eo exiſtente iam ſeruo. In hoc igitur conflictu rationum viſum eſt mediam viam Iureconſultis eligere, & ſimul dominum ſerui & ſubſtitutum admit-

admittere, vt æquis portionibus inter eos hæreditas diuidatur. Secuti ſunt Iuriſconſulti exemplum Tiberij, qui ita pronuntiauit in perſona Parthemij ſerui Cæſaris, qui ab alio inſtitutus fuerat tanquam ingenuus. leg. & hoc Tiberius. 41. ff. de hæred. inſtit. Hoc præiudicium ſecuti ſunt Iuriſconſul. in aliis ſimilibus huiuſmodi caſibus. Sunt qui dicunt hoc iudicium carere omni ratione, & ſubſtitutum præferendum eſſe, & hanc leoninam potius eſſe, vel vulpinam diuiſionem, & adducunt leg. ſi non fuerint. §. Ariſto. ff. pro ſocio. Sed credendum non eſt compoſitores Pandectarum id in hos libros relaturos eſſe, ſi id iniquum iudicaſſent. Sumpſerunt compoſitores librorum horum, quæ videbant maxime pertinere, & neceſſaria eſſe ad conſtituendam æqui & boni artem. Ferendum igitur non eſt: quod ab eis dicitur de iniquitate huius iudicij. Nec vero nouum eſt hoc partitionis genus, quod aptum eſt pacificationi, vt cum ſimiles ſunt rationes ex vtraque parte, diuidatur æqualiter tota hæreditas. & ſic eſt intelligendum quod dicitur in §. vltim. in Inſtitut. de vulg. & pupill. ſubſtitut. de parte. Theophilus hoc apertiſſime oſtendit in eius §. interpretatione. Sed difficultas hic naſcitur ex verbis Iuliani in dicta leg. ſi paterfamilias. in fin. ibi, Igitur in hoc caſu, &c. quæ verba multum negotij exhibuerunt omnibus interpretibus. Vult Iulianus ibi hæreditatem diuidi in duos ſemiſſes, & alium ſemiſſem diuidi inter dominum ſerui inſtituti & ſubſtituti, & ſubſtitutum. Vnde ſolet tractari quid de altero ſemiſſe fiet. Ego alias dixi Iulianum ſcripſiſſe alterum ſemiſſem diuidendum eſſe inter dominum hæredis inſtituti, & ſubſtitutum in ea tantum hypotheſi, de qua ei propoſita fuerat quæſtio. Circumſtantiæ eius hypotheſis hoc exigunt. Propoſitum fuit Iuliano, ſubſtitutum cohæredem inſtituto hęredi: id non Norica lectio habet, ſed alij Codices habent. Teſtatur id Alciatus ſe legiſſe in quibuſdam veteribus libris manu ſcriptis, quam lectionem probat, eamque ſequor. *Cohæredem*, non habent Florentinæ. Nos igitur ponere debemus in hac ſpecie fuiſſe ſeruum inſtitutum ex parte: Sempronium ex altero ſemiſſe: & rurſum Sempronium fuiſſe ſubſtitutum ſeruo. vnde Sempronius idem eſt & cohæres, & ſubſtitutus. Et propterea cum quæritur de ſubſtitutione, quæſtio eſt tantum de ſemiſſe: de altero ſemiſſe nulla eſt dubitatio. quia inſtitutus in primo gradu eum ſemiſſem capit. De altero itaque tantum ſemiſſe eſt quæſtio. Non me mouet quod quidā eruditi dicunt hoc repugnare verbis Iureconſulti, cum ait: *Poteſt dici Sempronium, &c.* Si verum eſſet cohæredem ſubſtitutum fuiſſe Sempronio, certum eſſet in partem eum eſſe admittendum: de parte nulla eſſet dubitatio, nec diceret Iuriſconſul. poteſt dici, quaſi dubium ſit, an ad partem admittendus ſit, an non ſit. Hoc argumento vtitur Conanus, hanc lectionem improbans. Sed quod dicit Iuriſconſ. in partem hæreditatis, de parte hæreditatis accipiendum eſt, de qua agitur, ſcilicet ſubſtitutionis. Ergo non male ita dicit Iulianus in quæſtione propoſita: etſi cohæredem ſubſtitutum eſſe ponamus. Dicendum eſt igitur hæreditatem diuidendam eſſe æquis portionibus inter dominum ſerui & ſubſtitutum. Sed in hypotheſi, de qua propoſita fuit quæſtio à Iuliano ſemiſſem tantum diuidendum eſſe inter dominum ſerui & ſubſtitutum, quia de ſemiſſe tantum quæſtio eſt. Et ſi velimus hoc ad theſin reuocare, dicendum eſt totam hæreditatem inter dominum & ſubſtitutum diuidendam eſſe, ſi agatur de tota hæreditate: vel partem hæreditatis, ſi agatur de parte. Huic ſententiæ noſtræ opponitur, velut contraria, l. cum proponas Alexādrum. Cod. de hæred. inſtit. videtur ibi eadem omnino eſſe ſpecies, quæ eſt apud Iulianum, in dict. leg. ſi paterfamil. ff. de hæred. inſtit. vbi tamen hæreditas non diuiditur: ſed tota vel inſtituto, vel ſubſtituto defertur. Erat ſeruus hic Iulianus teſtatoris & alterius: hic inſtituit eum vt libertum, vt appareat ſimilem eſſe ſpeciem illi, de qua diſſeruimus apud Iulianum. Ait Imp. in dict. leg. 3. cum proponas. *Voluntatis eſt quæſtio.* Alloquitur Vitalem militem, qui ſubſtitutus eſſe proponitur. Deinde ait: *Nam ſi credens, &c.* Hæc videntur pugnantia eſſe. Ego dicam breuiter quid ſentiam de hac re. In dict. l. cum proponas. 3. duo caſus proponuntur & deciduntur, quibus certa eſt voluntas teſtatoris. Tertius autem dubiæ voluntatis, de quo hic diſſeruimus, omnino omittitur, & proterea hæc contraria dici non poſſunt. Expendantur verba ſequentia, *nec per eum & alium.* Duos caſus hic conſiderauit Imperator. Primus caſus eſt, in quo defertur hæreditas ſubſtituto: cum videlicet teſtator proprium libertum ſuum eſſe credens, eum hæredem inſtituit, nec ad alium hæreditatem pertinere voluit. Hoc verum eſt, cum id certum eſt. Alter caſus eſt ibi, *Quod ſi verba, &c.* in quo ſubſtituto locus nō eſt: ſcilicet cum ſubſtitutionis verba hæc, *Si hæres non erit, ad iura retulit*, id eſt, ad interpretationem iuris. Nam hæc verba iuris interpretatione ita intelliguntur, *Si hæres non erit, vel alium hæredem non fecerit.* Si hæc verba ſic interpretemur teſtatoris, vt nolit ad alium, quam eum, quem inſtituit bona pertinere, ſubſtitutus non admittetur: ſi voluit ad alium pertinere, ſubſtitutus admittetur. Et hi duo caſus ſunt certi. Supereſt tertius caſus, quid ſi dubia ſit teſtatoris voluntas? non eſt ſatis certum & exploratum, quid teſtator voluerit. adducuntur rationes hinc inde tam pro domino ſerui, quam ſubſtituto. tunc ſequendum eſt iudicium Tiberij quod extat in d. l. & hoc. ff. de hæred. inſtit. eſt l. 39. al. 41.

Quæſitum fuit ſuperiori loco, an concurſus inſtituti & ſubſtituti hæredis admittatur? Diximus in quibuſdam caſibus admitti, quamuis alias inſtitutus excludat ſubſtitutum: & inſtituti potior cauſa ſit, quam ſubſtituti. Vnus eſt, quem explicauimus in l. ſi paterfamilias. de hęr. inſtit. Alius caſus eſt, in quo concurrunt inſtitutus & ſubſtitutus, in l. 41. libertus patrono. ff. de bon. libert. Libertus inſtituit patronum ſuum ſolum hæredem, cum ex lege tantum partem ei deberet. non enim cogitur ei totum relinquere. §. ſed noſtra. Inſt. de fideicom. libert. fidei eius commiſit teſtamento ſuo, vt proprium ſeruum manumitteret. Certum eſt hoc onus imponi poſſe patrono, cum inſtituitur ſolus hæres: ſi tantum ei relinqueretur pars legibus debita, non poſſet ei hoc onus imponere libertus. Sed quid ſi nolit forte patronus ſeruum manumittere, male fortaſſis demeritum, an ſit cogendus? quid ſi dicat malle ſe habere portionem ſibi legibus debitam, & reliquam partem hæreditatis repudiare? Iureconſultus ait eum audiendum eſſe, ſi ſubſtitutum habeat. Si ſubſtitutus ei non ſit aliquis, is cogetur ſeruum manumittere. hic videtis inter patronum & ſubſtitutum hæreditatem diuidi. Solet quæri, an idem dicendum ſit de portione debita filio in bonis paternis, vt ſi ſubſtitutus quiſquam ei ſit, poſſit capere legitimam illam ſuam, ita vt reliqua pars hæreditatis ad ſubſtitutū perueniat? Ego hanc quæſtionem tractaturus ſum ſub ti. de acquir. hęr. in l. 1. & 2. Non enim poteſt ſatis commodè tractari, niſi prius aliam quæſtionem explicemus, an ita diuidi poſſit hæreditas, vt filius contentus ſua legitima, reliquam partem repudiet. In his caſibus, & aliis ſimilibus concurrunt, & ſimul ad hæreditatem vocantur inſtitutus & ſubſtitutus, quamuis alias potior ſit inſtituti cauſa, quam ſubſtituti: & ſubſtitutus non admittatur ad hæreditatem: niſi exiſtente conditione ſubſtitutionis, id eſt, non exiſtente hęrede eo, qui inſtitutus eſt in primo gradu. Ex his naſcitur quæſtio, Si idem ſibi ſubſtitutus ſit, vtra potior ſit an inſtitutio, an ſubſtitutio? Naſcitur hæc quæſtio ex his quæ diximus, inſtitutum ſcilicet præferri ſubſtituto niſi in caſibus exceptis. Pone aliquem ſibi ipſi ſubſtitutum eſſe. Nam plerunque accidit, vt quis ſibi ipſi ſubſtituatur, vt valeat ea ſubſtitutio, & vterque gradus pro vno habetur. Exempla ſunt in l. 8. qui liberis. §. vltim. & l. vlt. §. Titius, hoc tit. Cum quis ſubſtituitur ſibi ipſi, valet interdum ſubſtitutio, cauſa inſtitutionis mutata: non mutata cauſa ſubſtitutionis non valet ſubſtitutio, vt dicitur in vtraque lege. Hoc eſt declarandum exemplis. Pone inſtitutum eſſe Titium ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit, & ſubſtitutum ſibi ipſi eſſe pure, valet ſubſtitutio. vt, *Titius heres eſto, ſi nauis ex Aſia venerit: & ſi heres non erit, Titius heres eſto*, id eſt, ſi defecerit conditio. Vult teſtator ſi deficiat ea conditio, vt non poſſit hæres eſſe, vt nihilominus capiat hæreditatem, tanquam pure inſtitutus. Aliud exemplum eſt in dict. leg. vltim. §. Titius. Cum ſeruus hæres inſtituitur alterius gratia, vt legatarij gratia, cui legatus eſt, & ſubſtituitur gratia ſui ipſius, vt ſit liber & hæres. Legat quis Stichum Mæuio, & inſtituit Stichum, videtur gratia Mæuij legatarij inſtitutus eſſe, vt acquirat hæreditatem Mæuio poſtquam legatarij factus fuerit. hic eſt ſecundus gradus. Ad verſ. *Si Stichus, &c.* hic ſubſtituitur ſibi ipſi: ſed mutata

cauſa ſubſtitutionis. Ideoque vtilis eſt hæc ſubſtitutio. Et iureconſ. ait in d. l. vlti. effectu vnum gradum eſſe. in ea ſpecie Stichus ſtatim, mortuo teſtatore, fit liber & hæres: nec id ius obſtat, quod à nobis explicatum eſt, de inſtituto & ſubſtituto: vt inſtitutus potior ſit, effectu hic vnus tantum gradus eſſe intelligitur. Hactenus de concurſu.

Aliud hic obſeruandum eſt, quod ex iam dictis conſequitur, hanc ſubſtitutionem vulgarem expirare adita hæreditate. Cum primum adita eſt hæreditas ab hærede inſtituto, dicitur finita eſſe ſubſtitutio vulgaris. Id conſequitur ex his, quæ à nobis dicta ſunt, Subſtitutum admitti ad hæreditatem, exiſtente conditione ſubſtitutionis. Conditio eſt, *Si hæres non erit*. Ergo excluditur omnino ſubſtitutus adita hæreditate, exiſtente hærede eo, qui inſtitutus eſt in primo gradu. Ergo expirat ſubſtitutio, vt dicitur in leg. poſt aditam. §. Codic. eodem. ſed tamen ibi his verbis, *Directæ ſubſtitutiones, &c.* excipiuntur, quæ fiunt impuberibus. Cum enim quis ſubſtituit filio ſuo impuberi, non omnino excluditur ſubſtitutus aditione hæreditatis. Nam fieri poteſt, vt is cui ſubſtituitur, decedat impubes. Cum enim ſubſtituitur quis impuberi, *Si hæres non erit*, intelligitur quoque ſubſtitutus in alterum caſum ſcilicet, *Vel ſi impubes deceſſerit*. Addenda eſt vna exceptio ex conſtitutione Nouella Iuſtiniani de hæred. & falcid. ea eſt prima Conſtitut. libri Nouellarum. Caſus eſt in ea conſtitutione, in quo ſubſtitutus admittitur ad hæreditatem, etiamſi inſtitutus eam adierit, propter contumaciam primi hæredis non parentis voluntati teſtatoris. Si cum iuſſus eſſet parere voluntati teſtatoris per contumaciam ei parere noluerit, hæreditas ei adimitur, quamuis eam ſibi aditione acquiſiſſe videtur, atque ſubſtitutum excluſiſſe: & vult Iuſtinianus eam pertinere ad ſubſtitutum, ſi quis ei ſubſtitutus ſit. Hæreditas adita in eo caſu, pro non adita habetur auctoritate eius legis. Hinc quæſtio naſcitur, Si minor vigintiquinque annis adiit hæreditatem: deinde eam repudiauit, impetrata reſtitutione in integrum, an ſit locus ſubſtitutione vulgari, an vero dicendum ſit omnino ſubſtitutionem vulgarem expirare? Dubium autem non eſt quin poſſit minor in hoc caſu in integrum reſtitui, cum eam videat damnoſam eſſe. titul. Codic. ſi minor ab hæred. ſe abſtin. leg. 1. & 2. Quæſtio igitur eſt, an ſit locus ſubſtitutioni vulgari, quaſi hæreditas pro non adita habeatur? Hæc quæſtio tractatur in leg. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor. Et ſpecies tractata eſt in eo loco de ſeruo ſubſtituto. quæſtio eſt de eo, qui minorem vigintiquinque annis inſtituit, & ei ſubſtituit ſeruum, qui eſt neceſſarius hæres. Proponitur minorem, qui inſtitutus eſt in primo gradu, adiiſſe hæreditatem. Deinde impetrata reſtitutione in integrum, eam repudiaſſe: & quæritur, an ea repudiatio faciat locum ſeruo ſubſtituto? Refertur ſententia Papiniani ab Vlpiano, qui exiſtimabat ſeruum ſubſtitutum hæredem eſſe non poſſe. Exiſtimabat Papinian. expirare ſubſtitutionem vulgarem, adita hæreditate: & quamuis reſtitutus fuerit minor in integrum, & reſtitutione impetrata, hæreditatem repudiauerit: non ideo conualeſcere ſubſtitutionem, quæ ſemel expirauerat. hoc eſt dictum Papiniani, quod Vlpian. ait eſſe verum: ſed non per omnia. Quibus verbis ſignificat Vlpian. id quamuis verum ſit, non eſſe tamen accipiendum ſine diſtinctione. Ita verum dixit, & nihilominus quædam in eo ſunt ſupplenda. Vult igitur Vlpian. hoc Papiniani dictum eſſe accipiendum cum aliqua diſtinctione & exceptione. Nam ſi hæreditas ſoluendo non ſit, hæc repudiatio minoris locum facit ſubſtituto: ſi ſoluendo ſit hæreditas, tunc non admittetur ſubſtitutus. Cum hac diſtinctione Vlpianus cenſet dictum illud Papiniani eſſe intelligendum, qui dixerat non poſſe ſeruum ſubſtitutum hæredem exiſtere. Hæc diſtinctio Vlpiani rationem habet. Nam cum hæreditas ſoluendo non eſt, humanitas ſuadet, vt admittatur ſubſtitutus: nec tantum admittatur ad hæreditatem, ſed etiam hæres eſſe cogatur. Seruus enim eſt neceſſarius hæres, ſiue velit, ſiue nolit. Hoc gratia teſtatoris fit. Humanum eſt hoc indulgere teſtatori in honorem teſtatoris, ne bona eius nomine væneant, ſed ſerui nomine, & ne iniuria afficiatur defunctus. Hæc ratio ſumitur ex §. 1. quib. manu. non licet. in Inſtit. & ex lege Ælia Sentia. Quamuis lex Ælia Sentia prohibeat manumiſſionem & inſtitutionem ſeruorum in fraudem creditorum: tamen permittit vnum ſeruum hæredem inſtituere, qui hæres neceſſarius ſit, ſi bona non ſint ſoluendo, cuius nomine vendantur bona defuncti, ne defunctus iniuria afficiatur. Sed quæritur quid in aliis caſibus dicendum ſit? Ait Vlpian. tunc locum eſſe ſubſtitutioni vulgari, cum ſeruus eſt ſubſtitutus, cumque hæreditas ſoluendo non eſt. Pone igitur non ſeruum eſſe ſubſtitutum, ſed alium, qui voluntarius tantum hæres eſt, non neceſſarius. Pone hæreditatem ſoluendo eſſe, quid dicemus, an locus erit ſubſtitutioni vulgari? In hac quæſt. mihi videtur ſecundum Vlpian. ſententiam, atque etiam Papiniani in eo loco non admittendum eſſe ſubſtitutum: etſi vulgo diſſentiant interpretes, & dicant aditam hæreditatem pro nulla habendam eſſe, propter reſtitutionem. idque obſcurum non eſt dici ab eis aduerſus ſententiam Vlpia. & Papiniani, ex his quæ à nobis dicta ſunt. Videtur enim hæc ſententia eſſe Papiniani & Vlpia. quaſi expirare ſubſtitutionem aditione hæreditatis, & ſubſtitutum excludi. Obiicitur huic ſententiæ lex, ex contractu. 44. ff. de re iud. in d. l. ex contractu, proponitur ſpecies huiuſmodi: Pupilla quædam inſtituta fuit, ei ſubſtitutus fuit alius, adiuit hæreditatem, vel immiſcuit ſe hæreditati. Deinde tutores eam abſtinuerunt à bonis paternis. hæreditas peruenit ad ſubſtitutum. Quæritur, an ſententia quæ aduerſus eam lata fuit, poſſit mandari executioni aduerſus ſubſtitutum? Ait Scæuola poſſe. Ex eo loco annotare ſolent hæreditatem ad ſubſtitutum peruenire, quæ ſemel adita fuit, ſi inſtitutus, qui adiit hęreditatem reſtitutione impetrata, abſtinuerit & repudiauerit. Nam filia, quæ damnata fuit, abſtinuit ab hæreditate, atque ita bona ad ſubſtitutum peruenerunt, non diſtinguit: ſed ait ſimpliciter bona ad ſubſtitutum peruenire. Ergo dicendum eſt, quicunque fuerit ſubſtitutus, quæcunque fuerit hæreditas, ſubſtituto ſemper locum fore, quaſi aditio hæreditatis pro nulla habeatur: propter reſtitutionem in integrum & repudiationem, quæ poſtea ſecuta eſt. Sed mihi videtur, nullum argumentum duci poſſe ex eo Scæuolæ loco, aduerſus hanc Vlpi. ſententiam. In expoſita ſpecie apud Scæuolam dicitur abſtentam fuiſſe à tutoribus ſuis puellam, & bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Deinde quæritur de vi & effectu rei iudicatæ. Non expreſſit eo loco ex qua cauſa ad ſubſtitutum bona peruenerint. ait ſimpliciter, bona ad ſubſtitutum perueniſſe. Itaque poteſt dici, perueniſſe bona ad ſubſtitutum: quia forte hæreditas non erat ſoluendo, ſecundum diſtinctionem Vlp. in l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minoribus. & hoc ſatis credibile eſt in hac ſpecie. Proponitur enim mulierem fuiſſe pupillam, habentem qui eam abſtinuerunt à bonis paternis. Boni tutoris non eſt pupillam abſtinere à bonis paternis, ſi hæreditas ſoluendo ſit. Credibile igitur eſt hæreditatem ſoluendo non fuiſſe, atque ita perueniſſe hæreditatem ad ſubſtitutum, reſtitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. nam non quærebatur, an poſſent peruenire bona ad ſubſtitutum, an non: ſed quærebatur de vi & effectu rei iudicatæ. nam ſententia lata erat aduerſus pupillam antequam ſe abſtineret. Quæſtio erat quo caſu peruenerunt bona, & ex qua cauſa peruenire potuerunt & debuerunt, an actione iudicati, quæ competebat aduerſus pupillam, poſſet agi aduerſus ſubſtitutum. Non erat quæſtio, an bona peruenire potuerint, ac debuerint ad ſubſtitutum. Conſtabat peruenire potuiſſe, ac debuiſſe. Quod igitur argumentum duci poteſt ex ea lege, ad impugnandam ſententiam Vlpian. & noſtram? nullum prorſus. Sed hinc exiſtit quæſtio non minus difficilis, an quo caſu bona non perueniunt ad ſubſtitutum, quo caſu excluditur ſubſtitutus: quia forte hæreditas eſt ſoluendo: ad quem peruenient bona teſtatoris, an ad fiſcum, an ad hæredes ab inteſtato ſuccedentes? Quid dicemus? Alciatus & quidam alij exiſtimant fiſco hæc bona vindicari, aduerſus aliorum opinionem. Eſt enim hæc noua opinio. Argumentum ſumunt ad id probandum ex l. vlt. ff. de ſucceſſor. edicto. ibi dicitur, Si vnus ex ordine cognatorum, qui iure prætorio admittitur ad hæreditatem, quibus datur bonorum poſſeſſio, &c. Si vnus ex agnatis, qui prioris gradus eſt pętierit bonorũ poſſeſſionem, & ita excluſerit eum, qui inferioris gradus eſt: deinde impetrauit reſtitutionem in integrum, vt abſtineret & repudiaret, quæritur an admittatur is, qui inferioris gradus eſt, impetrata

petrata reſtitutione? Ait Iureconſul. non admitti eum, qui inferioris gradus eſt ad hæreditatem: ſed eam quaſi vacantem fiſco vindicari. vnde videtur & idem eſſe in hac ſpecie, cum inſtitutus adit hæreditatem, adeundo excluſit ſubſtitutum. Deinde reſtitutionem in integrum impetrauit aduerſus eam aditionem, vt excluſo ſubſtituto, hæreditas fiſco vindicetur. Ego ab hac opinione tam diſſentio, quam qui maxime. Nihil me mouet reſponſum Papiniani in d. l. vlti. de ſucceſ. edict. nihil enim ad rem pertinet. Loquitur enim de ſucceſſione in ordine cognatorum: & quæritur an vnus ex cognatis alii ſuccedere debeat, impetrata reſtitutione in integrum: an vero excluſus perpetuo maneat, & fiſcus ſuccedat. Hic quæritur de inſtituto & ſubſtituto. Itaque videtis ſpecies longe diuerſas eſſe. Qui hoc argumento vtuntur, hoc opinor ſentiunt, etſi diuerſæ ſint ſpecies, eandem tamen rationem eſſe vtriuſque. Ideoque varium ius eſſe non debere. Sed mihi videntur falli in ea re idque dupliciter. Nam etſi verum eſſet eandem eſſe rationem, nec poſſe diuerſitatis rationem adferri in vtraque ſpecie: non ideo tamen hoc argumentum recipiendum eſſet in his, quæ ſingulari iure conſtituta ſunt pro fiſco. Hæc interpretatio non recipitur, quæ fit per extenſionem. quod mirum eſt ab aliis perſpectum non fuiſſe. Hoc tritum eſt, hæc rudimenta ſunt iuris. l. quod vero. ff. de legib. locum habent cætera non tantum in caſu, qui definitus eſt lege, ſed etiam in quo eſt eadem æquitas & eadem ratio. l. non poſſunt. & l. neque leges. ff. de legib. Sed quæ iure ſingulari conſtituta ſunt, veluti quæ ad fiſcum locupletandum conſtituta ſunt, non producenda ſunt ad conſequentiam. Et in his non recipitur hæc interpretatio, & argumentatio. idem ius eſſe debet, quia eſt eadem ratio. De hoc ego ſcripſi in l. ſi ab hoſtibus. 10. §. ſi vir. ff. ſolut. matrimon. Quod igitur Papinianus reſpondit in l. vlt. de ſucceſ. edict. fiſci cauſa conſtitutum eſt. Verbum *Placuit*, quo ibi vſus eſt Papinianus, mihi videtur id ſatis demonſtrare. Hoc verbo ſolent vti Iuriſconſul. cum oſtendere volunt nullam certam rationem eſſe: niſi quia ita decretum eſt, vt in l. quamuis. Cod. de impub. & aliis. *Placuit igitur hoc ita.* Non enim hoc ortum eſt ex certa voluntate teſtatoris: ſed ex conſtitutione D. Pij. Tametſi autem hoc ſingulare ſit eius fiſci cauſa: tamen id probabili ratione ſtatutum dici poteſt. Idque probare facile poſſum. Ex iis, quæ dicturus ſum, intelligetis, cur id conſtitutum ſit in ordine cognatorum. Ecce veteres iuris auctores exiſtimauerunt cognatos boni conſulere hoc ſuccedendi genus, ſecundum ius prætorium & conſtitutiones quaſdam, cum iure ciuili nullo modo admitterentur ad hæreditatem. Agnati tantum vocabantur ad hæreditatem, id eſt, qui coniuncti ſunt per virilis ſexus perſonas. Sed prætor humanitate quadam motus, dat eis bonorum poſſeſſionem: vocat eos poſt agnatos: magno igitur beneficio eos affecit prętor, quia contra ius ciuile eos admiſit ad hęreditatem, & hoc genus ſuccedendi inter eos introduxit. Magnum eſt hos admittere ad ſucceſſionem: maius eſt ſucceſſionem permittere inter eos de gradu in gradum, hoc eſt ſucceſſorium edictum, cum ſucceſſio ſit quædam de capite in caput: vt quæ fit in ordinibus, de ordine cognatorum, ad ordinem cognatorum. Sane magnum fuit hoc beneficium prætoris: non tantum cognatos vocare ad hæreditatem: ſed etiam permittere inter eos ſucceſſionem de gradu in gradum. Nam & hæc ſucceſſio olim non erat permiſſa inter agnatos. §. placebat. de legit. agna. ſucceſ. in Inſtit. ſed tamen poſtea conſtitutionibus Imperatoriis introducta eſt. Ideoque debemus hanc ſucceſſionem interpretari ſtrictius: vt ſimulatq; is, qui in primo gradu eſt, petierit bonorum poſſeſſionem: atq; ita excluſit alium, qui inferioris gradus eſt: & impetrat reſtitutionem prior cognatus, alter excludatur & fiſcus ſuccedat. Sed poteſt dubitari an excludatur ſequens ordo. Dicimus excludi inferioris gradus cognatum: ſed an ſequens ordo excludetur? Sequens ordo eſt viri & vxoris. Ex hoc reſponſo colligitur, non modo cognatum, qui in eo ordine inferioris gradus eſt: ſed & ſequentem ordinem omnino excludi. Nam dicit fiſcum excludere. Ego auſim affirmare ſequentem ordinem non excludi, quod ſuperiori anno affirmaui, interpretando edictum ſucceſſorium, & hunc locum Papiniani. Dices fiſcum ſtatim admitti: ideoque ſequentem ordinem viri & vxoris excludi. Sed expe[illegible] illum locum eſſe ex lib. reſponſ. Papiniani. forte enim in ea ſpecie, de qua conſultus fuit Papinianus, nullus erat vir nec vxor, qui poſſet admitti ad hæreditatem. Non debemus autem hoc reſponſum accipere tanquam conſtitutionem de ea re: quamuis enim reſponſa Iuriſconſul. vim legis habeant: tamen intereſt multum inter reſponſorum, & legis generalis interpretationem.

Diximus ſupra, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad hęreditatem. idque quomodo accipiendum ſit, variis exemplis, variis quæſtionibus demonſtrauimus. Nunc videndum eſt, exiſtente ea conditione ſubſtitutionis quomodo admittatur, & ad quæ bona admittatur ſubſtitutus. Hoc enim inter præcipuos effectus ſubſtitutionis vulgaris numerari debet. Et in primis animaduertendum eſt ſubſtitutum vulgariter exiſtente conditione ſubſtitutionis, capere bona teſtatoris ipſius, & ſuccedere ipſi teſtatori. Per ſubſtitutionem vulgarem ſuccedítur teſtatori, non ei cui fit ſubſtitutio: vt dicitur in §. 1. de puppil. ſubſtit. in Inſtitut. & hoc intereſt inter vulgarem ſubſtitutionem & pupillarem, quod per vulgarem ſubſtitutionem ſuccedítur teſtatori in bonis teſtatoris: per pupillarem ſubſtitutionem non ſuccedítur teſtatori, ſed pupillo, cui facta eſt ſubſtitutio. Sed negotium multis faceſſit l. 2. §. vlt. ff. hoc tit. vbi Vlpia. videtur ſentire eum, qui ſubſtitutus eſt vulgariter, ſuccedere & hæredem eſſe ei, cui facta eſt ſubſtitutio: non teſtatori. Si, inquit, ita ſcripſerit teſtator, *Si filius meus mihi hæres non erit, Seius hæres eſto. Secundo quidem gradu Seius ſcriptus eſt hæres: & ſi filius hæres non extiterit, Seius ei hæres erit, &c.* Certe hæc ſubſtitutio pupillaris non eſt: ſed vulgaris, in primum caſum facta eſt, non in ſecundum. Et tamen ait, *Seius ei hæres erit*, id eſt, filio hæres erit. Ergo vulgariter ſubſtitutus ſuccedit ei, cui ſubſtitutus eſt: non autem teſtatori. Itaque hic ſubſtitutus capiet bona filii, non teſtatoris. Variæ ſunt interpretationes huius loci. Sed ego ſuſpicor ad verba Sabini hoc referendum eſſe, quæ omiſſa videntur compendij cauſa & breuitatis. Vlpia. hæc ſcripſit ad Sabinum, id indicat inſcriptio. Et plerunque fit, vt in his, quæ ad Sabinum ſcribuntur ab Vlpia. & aliis, verba Sabini interſerantur, interdum omittantur. Cum Sabinus de hac re diſſerens, loqueretur de patre teſtatore, hæc additio eſt Vlpi. ad Sabinum, cum ita dicit, *Seius ei hæres erit*, ei, ſcilicet teſtatori intelligenda eſt, de quo mentio facta eſt: quamuis mentio facta ſit proxime filii. Hæc eſt coniectura noſtra. Alias poſſumus accipere, *Seius ei hæres erit*, id eſt, eum locum tenebit in hæreditate, quem filius tenuiſſet: quanquam hoc paulo durius forte videbitur. Per vulgarem igitur ſubſtitutionem ſuccedítur teſtatori, non ei cui fit ſubſtitutio, & ſubſtitutus capit bona teſtatoris ipſius, non eius cui ſubſtitutus eſt. Circa hanc rationem ſuccedendi quædam hic obſeruanda ſunt. Primum eſt, quod ſubſtitutus ſecundus ſecundo, idē ſubſtitutus primo intelligitur. Hinc illud vulgo dicitur, Subſtitutus ſubſtituti mei, ſubſtitutus meus eſt. Si teſtator mihi ſubſtituerit Titium, & Titio Sempronium, Sempronius mihi ſubſtitutus eſſe intelligitur. Ego & Titius ſcripti ſumus hæredes in eodem teſtamento, & mihi ſubſtitutus eſt Titius cohæres meus. Titio Seius eſt ſubſtitutus, Seius admittitur ad vtramque partem ex ſubſtitutione, & ad partem Titii & meam, ſi mea quoque pars vacauerit. l. ſi Titius cohæredi. 25. ff. hoc tit. & eo. l. 41. cohæredi. idem dicitur in Inſtit. tit. de vulg. §. ſed ſi inſtituto hæredi. Ad vtramque ergo partem admittitur ſubſtitutus, ſi vtrinque defecerit. Nam fieri poteſt, vt vtraque defecerit: & etiam vt neutra defecerit. fieri etiam poteſt, vt altera defecerit, altera vero non. Et ſic intelligendum eſt quod dicitur, ad vtramq; partem ſubſtitutum admitti. Atque hinc notandum eſt eum admitti ad vtramque partem ex ſubſtitutione, quamuis aliqui diſſentiant. Sententia quorundam eſt, ſubſtitutum ſecundo loco admitti ad partem ſubſtituti iure ſubſtitutionis: ad alteram autem partem iure accreſcendi. Sed verius eſt iure ſubſtitutionis ad vtramque partem admitti vt aperte Iureconſ. oſtendit his verbis: *In vtramque partem ſubſtitutum*. Sed quomodo dicitur in vtramque partē ſubſtitutus eſſe? Hoc fit hac ratione, quia cum teſtator his verbis vtitur, *Si Titius hæres non erit, Seius eſto*: hęc verba, *Si Titius hæres non erit*, intelliguntur tam ex prima inſtitutione, quam ex ſecunda, ex ſemiſſe, ex quo inſtitutus eſt in primo gradu, & ex altero ſemiſſe, ex quo inſtitutus eſt, licet in ſecundo gradu. Inſtitutio enim di-

citur etiam ea, quæ fit ſecundo gradu.l.20.mulier.§.vlt.ff.de cond.inſtit. Vnde etiam argumentum duci poteſt ad confirmandam ſententiam noſtram. Nam ſi ex iure accreſcendi hoc accideret, non ex vi ſubſtitutionis, nulla eſſet tanta cauſa dubitandi, vt reſcripto principis opus fuerit. Certum enim id eſt ac indubitatum: ſed de ſubſtitutione quæritur. Igitur concludendum eſt, admitti ſubſtitutum in hac ſpecie ad vtranq; partem ſubſtitutionis iure: non ad vnam partem iure ſubſtitutionis, ad alteram autem iure accreſcendi. Addendum eſt ex Papiniano in d.l.41.cohæredi.in princip.ff. hoc tit. nihil referre vter prius deceſſerit, an ſecundus, an primus hæres : aut vter prius repudiauerit. Item nihil referre, an primi inſtitutio defecerit, an tertii. Videbatur hoc probabiliter dicendum, tunc id locum habere, quod dicimus, cum primum decedit Titius, deinde Sempronius, & demum Seius: vt tunc Seius admittatur ad vtranque partem, & ad partem Titii, deinde Sempronii. Sed ait nihil referre, an ante ſubſtitutionem, an poſt ſubſtitutus ſit. Hinc exiſtit antinomia ex leg. quæ habebat.l. pen. hic. ff. ſed de ea dicemus in eo loco, qui ad pupillarem ſubſtitutionem pertinet. Loquitur enim de vi & poteſtate pupillaris ſubſtitutionis.

Secundo notandum eſt circa hanc rationem ſuccedendi, coniunctos hæredes loco vnius haberi, & tantum capere plures coniunctos, quantum vnus capit, niſi voluntas teſtatoris contraria appareat.l.ſi pater.9.hoc tit.ff. alias eſt l. qui liberis. 8.§.ſi pater. Similis fere ſpecies eſt in l. Attius fundi. 11. ff. de hæred.inſtit. de quo aliquid diximus ſupra. Cum teſtator inſtituit vnum, Titium ſcilicet, & collectiue alios quoſdam filios, cum eos complectitur & coniungit, hi loco vnius habentur, & tantum capiunt, quantum vnus caperet: ſed hoc eſt intelligendum, niſi appareat teſtatoris voluntas contraria. cuius rei exemplum eſt in l.qui cũ plures.30.ff. hic. Aduertite ad hanc ſpeciem, Teſtator plures hæredes inſtituit ex diſparibus partibus, ſcilicet Sempronium & Attium nominatim inſtituit: alias non potuiſſet eos ex diſparibus partibus inſtituere, quamuis id neceſſe non ſit, cum æqualiter inſtituuntur. Inſtituit Titium ex ſex vnciis, Sempronium ex quatuor, Attium ex duabus: ac deinde ita ſubſtituit, Si Attius non adierit hæreditatem, ſubſtituo ceteros cohæredes, & adiecit eis in ſubſtitutione cohæredem alium quendam, Seium, exempli gratia. Attius hæreditatem non adiit: itaque locus eſt ſubſtitutioni vulgari. Quæritur quam partem hæreditatis accipiet, quamque partem ſubſtitutus & Seius adiectus habere debeat. Si verum eſt quod diximus, plures adiectos haberi loco vnius, videtur Seius adiectus in ſubſtitutione tantum capere debere, quantum alii omnes. Sed tamen hic dicitur, Seium virilem, cæteros hæreditarias partes habituros. Primum, ineundus erit numerus perſonarum, quæ ſubſtitutæ ſunt, vt ſi tres ſint, tertiam partem capiat Seius: ſi quatuor, quartam partem capiat, & quod reliquum eſt, diuidetur inter eos pro portionibus hæreditariis. Sed quare hi plures coniuncti non habentur loco vnius? Hoc fit propter veriſimilem teſtatoris voluntatem: quia teſtator hos omnes hæredes inſtituit in primo gradu ex diſparibus partibus, & ſubſtituit eos ex eiſdem partibus. Ergo loco vnius non habetur, vt tantum hi capiant quantum vnus caperet, propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Coniuncti ergo loco vnius habentur, niſi refragetur voluntas teſtatoris.

An hoc ius correctum ſit conſtitutione Iuſtiniani, quæ eſt l.vlt.C.de impub.& aliis ſubſtit. quæri ſolet? Nos dicemus in interpretatione eius legis, in loco de pupillari ſubſtitutione. pertinet enim ad pupillarem ſubſtitutionem. Tertio notandum eſt de hac ſuccedendi ratione, cum plures ſubſtituti ſunt inuicem, portionem deficientem cæteris accreſcere, etiam inuitis.l.teſtamento.C. de impub. & aliis ſubſtit. Inter cohæredes enim locum habet ius accreſcendi, & accreſcit etiam pars deficiens vnius hæredis alteri inuito: nam mutua & reciproca ſubſtitutio non impedit ius accreſcendi. Cum quis ita inſtituit, *Titius & Sempronius hæredes mihi ſunto*, hæredes hi videntur quodammodo inuicem ſubſtituti, id eſt, iuris interpretatione: quoniam cum deficit vnius portio, accreſcit alteri, quaſi ſubſtitutus habetur hæres coniunctus. l.ſi Titio. 63.§.Iulianus. de leg. 2. Quamuis ſubſtitutio non ſit ne tacita quidem. Cum teſtator eos inuicem ſubſtituit, videtur exprimere quod tacite ineſt. ideoque hæc ſubſtitutio mutua & reciproca non impedit ius accreſcendi. alias autem nemo cogitur hæreditatem ex ſubſtitutione delatam inuitus acceptare. l. nec emere. C.de iure delib. Sed hic coguntur cohæredes partem deficientem cohæredum acceptare, propter ius accreſcendi: ſed habet etiam locum inter inuitos: ſed de hoc iure accreſcendi, quia plene diſſeruimus ſub titu. de hæred.inſtit. nihil aliud hic dicturi ſumus, præter vnum quod obſeruatione dignum eſt, & ad hanc ſubſtitutionem pertinet. Illud ergo obſeruandum eſt, quod dicitur in l.cum ex filio. 39.§.vlt. ff. hoc tit. Ius accreſcendi ſequitur portionem, quæ defertur alicui iure ſubſtitutionis: id apparet in hac ſpecie. Quidam quatuor hæredes fecerat, Titium Sempronium, Gaium, & Mæuium. Titio, Sempronio, & Gaio ſubſtituit Seium, Mæuio non ſubſtituit. Ille cui non erat quiſquam ſubſtitutus, deceſſit viuo teſtatore: deceſſit etiam Gaius, cui erat alius ſubſtitutus. Quæritur quantum ſubſtitutus hic capiet ex ea hæreditate? Videbatur ſubſtitutus capere partem tantum eius, cui ſubſtitutus eſt: ſed ait Iureconſultus eum capere partem vtriuſque, id eſt partem etiam eius, cui ſubſtitutus non eſt. Cuius ſententiæ ratio eſt: quia ſubſtitutus eodem iure eſt, quo inſtitutus, in cuius locum ſuccedit. At inſtitutus cui ſubſtitutus eſt, cepiſſet eam partem alterius, Gaius cepiſſet partem Mæuii per ius accreſcendi. Vnde recte dicimus ius hoc accreſcendi ſequi partem illam, quæ defertur alicui iure ſubſtitutionis. Hæc de vulgari ſubſtitutione ſufficere nobis viſa ſunt. Alii alios effectus addunt, cuiuſmodi ille eſt, qui ad vulgarem tacitam pertinet, quæ continetur ſub pupillari expreſſa, ſed de ea opportunius dicemus in c.de pupill.ſubſti. vbi interpretabimur, quod reliquum eſt ex l.4.hoc tit.ff. Alios effectus addunt, quod teſtamentum vires capit ex ſubſtitutione vulgari: nam ſæpe accidit, vt inſtitutio non valeat. ſed de hoc ſatis dictum eſt etiam ſub tit.de liber.& poſth.& ſub tit.de iniuſto rupto, &c.

CAP. XI.

De pupillari ſubſtitutione.

DIuiſio noſtra & diſpoſitio poſtulat, vt nunc dicamus de pupillari ſubſtitutione, Subſtitutio pupillaris, vt ante diximus, fit pupillo, ſeu impuberi filio ſub conditione, *Si impubes deceſſerit*: ideoque dicitur pupillaris, quia pupillo fit, id eſt filio impuberi, quem pater habet in ſua poteſtate. Sic enim accipitur & pupillus, vt ſupra diximus: tametſi aliam ſignificationem habeat.l.vlt.§.vlt.ff.de verb. obli. In primis igitur videndum eſt, quæ ſit hæc ſubſtitutio, & cur introducta ſit, quibus verbis fiat: quæ perſonæ ſubſtituant, & quibus. Et quis effectus ſit huius ſubſtitutionis. Nos de his diſſeremus per locos communes, ſicut à nobis factum eſt de vulgari ſubſtitutione.

CAP. XII.

Quæ ſit hæc ſubſtitutio.

EX iam dictis ſatis apparet, quæ ſit hæc ſubſtitutio. Ea eſt, quæ fit pupillo, ſi impubes deceſſerit. Introducta eſt autem moribus, ad vtilitatem pupillorum, in gratiam filiorum impuberum, qui in ea ætate ſunt, vt ſibi teſtamentum facere non poſſint, vt ait Iuſtinianus in tit.de pupillari ſubſtitutione. in Inſtit. Vlpianus in l. 2. hic.ff. Eſt igitur comparatum hoc ſubſtitutionis genus in gratiam impuberum, ne alias inteſtati decedant, ſi contingat eos decedere ante pubertatem. quia impubes teſtamentum facere ſibi non poteſt, vt diximus ſub tit.de teſtamentis. Hæc vtilitas pupillorum ſuaſit, vt admitteretur hæc ratio ſubſtituendi: & dicitur moribus recepta eſſe. Hoc enim non fuit legibus veteribus cautum: imo receptum eſt moribus quodammodo contra leges. Leges veteres permittebant tantum ciues Romanos puberes facere teſtamentum.l.1.ff.ad l.Falcid.& l.verbis legis. ff.de verb. ſignifi. Aliis teſtamentum facere, hæredes inſtituere non licebat: adeo vt hæredis inſtitutio, quæ confertur in alterius arbitrium, nulla ſit: vt ſi quis inſtituerit hæredes, quos Titius voluerit. Hoc igitur moribus receptum eſt contra iuris ſubtilitatem, in gratiam pupillorum, vt ego dixi. Hæc ratio ſubſtituendi probabili etiam ratione defendi poteſt, ne omnino videatur legibus contraria eſſe. Nã pater & filius, qui eſt in poteſtate patris, viden-

videntur eſſe vna perſona. l. vlti. C. de impub. & aliis ſubſtit. Hinc dicitur ſubſtitutio pupillaris, teſtamentum quod pater facit impuberi filio ſuo. Filius enim impubes non poteſt hæredem ſibi inſtituere: pater hunc defectum ſupplet, faciens ei teſtamentum, conferendo inſtitutionem in id tempus, quo non poteſt facere teſtamentum. diciturq; hoc teſtamentum eſſe filii. l. 2. §. prius. ff. hic. alias dicitur teſtamentum patris. Sic autem diſtinguitur teſtamentum filii, à teſtamento patris. Subſtitutio pupillaris dicitur teſtamẽtum filii eſſe, paulo poſt ſubiicitur vnum teſtamentum eſſe, licet diuerſarum hæreditatum. Et docet Iureconſul. in l. patris & filii. 18. ff. hic. Sed quomodo dicitur vnum teſtamentum, & quomodo plures hæreditates? vnum teſtamentum dicitur, quia vnus & idem teſtator eſt, vna forma, & vna ſolennitas, vna obſeruatio. pater vtrunque facit. non enim hic requiruntur quatuordecim teſtes, quaſi duo teſtamenta ſint, ſed ſufficiunt ſeptem teſtes. Hac ratione dicitur vnum teſtamentum eſſe, teſtamentum patris & filii, vt Vlpi. ibi ait, *etiã iure prætorio*. quia obſignationes introductæ ſunt iure prætorio. §. ſed cum paulatim. in Inſtit. de teſta. Sed quia duæ ſunt hæreditates, vna patris, altera filii, dicitur duplex eſſe teſtamentum. Ex his intelligi poteſt, cur pupillaris ſubſtitutio dicatur eſſe pars teſtamenti paterni. l. qui plures liberos. 36. §. vlti. ff. hic. Pars enim prioris teſtamenti ſunt pupillares tabulæ, etſi in diuerſis tabulis vtrunque teſtamentum ſcribatur, vt aliquando accidit, & poſtea oſtendemus: tamen poſteriores tabulæ ſunt, velut appendix & ſequela prioris teſtamenti. Sequelam prioris teſtamenti vocat Iuſtinianus in Inſtit. hoc eod. tit. Vnde fit, vt cum teſtamentum paternum non valet, ne pupillare quidem valeat. l. ſi quis cum. 14. in fi. ff. hoc tit. Ex ſuperioribus facile intelligitis, quæ ſit ſubſtitutio pupillaris, & cur hæc ſubſtitutio introducta ſit. Nunc videndum eſt, quæ ſit ratio ſubſtituendi pupillariter.

Cap. XIII.

De ratione ſubſtituendi pupillariter.

HÆc ſubſtitutio, ſicut ſubſtitutio vulgaris, fit non tantum ſpecialiter & expreſſis formulis, ſed etiam generaliter. Eſt enim quædam tacita ſubſtitutio pupillaris, quę non exprimitur à teſtatore: quædam expreſſa, quæ exprimitur ſpecialiter verbis ſpecialibus. Exemplum eſt, ſi deceſſerit impubes, vel ſi deceſſerit priuſquam in ſuam tutelam venerit. §. 1. Inſtit. eod. his verbis, aut ſimilibus concipitur ſubſtitutio pupillaris. non enim verba ſunt formalia, quæ mutare non liceat, ſed aliis verbis id ſignificantibus vti licet. Hæc ſubſtitutio fit paulo generalioribus verbis, etiam ſi quis hunc caſum non expreſſerit, *Si impubes deceſſerit*. Exemplum eſt in l. iam hoc iure. 4 ff. hic. Si quis vſus fuerit hoc verbo, *Subſtituo filio meo impuberi*, quia vſus eſt communi verbo ſubſtituo, quod vtrique tam ſubſtitutioni pupillari, quam vulgari conuenit, & commune verbum dicitur in d. l. iam hoc iure. 4. Prius hic Iureconſultus locutus fuerat de pupillari & vulgari ſubſtitutione, & hoc verbum intelligendum eſt ſecundum materiam ſubiectam. Fit etiam ſine vlla expreſſione, etiam ſi ne generaliter quidem quis fuerit complexus ſecundum caſum, *Si impubes deceſſerit*. Huius exemplum eſt in d. l. 4. vt ſi quis expreſſerit tantum primum caſum, *Si hæres non erit*, pater, vtilitatis cauſa, intelligitur in alterum etiam caſum ſubſtituiſſe, *Si impubes deceſſerit*: ineſt hæc tacita pupillaris vulgari ſubſtitutioni, quadam iuris interpretatione. Nihil autem refert, an quis ſubſtituendo filio ſuo, hæredis nomen expreſſerit in ſubſtitutione, an vero generaliter deſignauerit, ita vt ex inſtitutione præcedenti poſſit intelligi quis ab eo ſubſtitutus ſit filio, vt ſi ita dixerit: *Quiſquis mihi hæres erit, idem impuberi filio meo hæres eſto*. l. qui liberis. 8. §. hæc verba. hic. ff. Hæc verba generalia, etſi non exprimatur nomen hæredis, ſufficiunt ad hanc ſubſtitutionem pupillarem. Addendum eſt & ſubſtitui quoque poſſe eum, qui naſciturus eſt poſt mortem pupilli, nec adhuc in rerum natura eſt. l. ſubſtitui. 17. ff. hoc tit. Et quod obiicitur incertas perſonas inſtitui non poſſe, pertinet ad ti. de rebus dubiis. Addendum eſt etiam nihil referre quo gradu quis ſubſtituat. l. 11. quo gradu. ff. hic. Simile eſt quod diximus de vulgari ſubſtit. l. 34. poteſt. hic. Sicut pater ſubſtituendo vulgariter, poteſt quot gradus hæredum voluerit facere: ita etiam ſubſtituendo filio ſuo impuberi. Et quod diximus de tempore, *Si impubes deceſſerit*, idem dicendum eſt de breuiori tempore, quod continebitur ſubſtitutione, veluti intra decimum annum. l. ſi ita quis. 19. ff. hoc tit. Sed tempus pubertatis teſtator ſubſtituendo egredi non poteſt. l. verbis ciuilibus. 7. hic. ff. Hoc ſatis perſpicuum eſt ex his, quæ diximus. Eſt introducta pupillaris ſubſtitutio in gratiam impuberis, ne inteſtatus decedat, ſi contingat eum decedere ante pubertatem. Sed ſi pater egrederetur tempus pubertatis ſubſtituendo, hoc ius quod pupillorum gratia comparatum eſt, in eorum odium conuerteretur: nam eis auferretur teſtamenti factio. Deinde hæc ſubſtitutio poteſt fieri non tantùm pure, ſed etiam ſub conditione. d. l. qui liberis. in princip. hic. ff. Quomodo autem dicitur pura eſſe, quæ habet conditionem, *Si filius meus intra pubertatem deceſſerit*? vulgo dici ſolet conditionem hanc ineſſe actui, & conditionem quæ actui ineſt, non reddere actum conditionalem. hoc ita ab eis ſolet dici, ſed non ſatis acute. Inſtitutio eſt hic conditionalis, ſed ſubſtitutio eſt pura. Inſtituitur Titius non pure, ſed ſub conditione, *Si impubes filius deceſſerit*, illa conditionalis ſubſtitutio eſt. Subſtitutio, quæ conſtat ex inſtitutione & conditione, ea pura eſt. Oportet eum hebetem eſſe, qui hoc non intellexerit: & tamen non poſſunt illud diſcernere. Nullã enim conditionem habet nec tacitam, nec expreſſam ſubſtitutio: inſtitutio habet conditionem. Subſtitutio conſtat ex inſtitutione & conditione: hoc eſt igitur exemplum pupillaris ſubſtitutionis, *Si impubes deceſſerit, Quiſquis mihi hæres erit*, verba conditionalia ſunt. Præterea hæc ſubſtitutio aliquando ſimplex eſt & ſola. Aliquando mixta cum vulgari ſubſtitutione, vt dicitur in l. 1. ff. hic. Interdũ ſola & ſine vulgari ſubſtitutione. hanc diuiſionem explicaui ſupra. Cum duplex eſt ſubſtitutio, nihil prohibet vnum pupillariter, alium vulgariter ſubſtitui. l. cum ex filio. 37. §. filio. ff. hic. Teſtator inſtituit filium ſuum hæredem, & ita ſubſtituit, *Si filius meus hæres non erit, Titius hæres eſto. Si filius meus impubes deceſſerit, Sempronius hæres eſto*. Hoc modo recte fit ſubſtitutio. Hactenus de formulis, quibus concipi ſolet ſubſtitutio impuberis. His intellectis cætera non erunt obſcura. Alia quædam neceſſaria ſunt in hac ſubſtitutione, quædam partim ad perſonas, quæ ſubſtituunt, & quibus ſubſtituitur, reſpiciunt: quædam partim ad alia quædam. Sequens igitur locus eſt, in quo quæritur, quæ ſint ad pupillarem ſubſtitutionem neceſſaria.

Cap. XIIII.

Quæ ſunt neceſſaria ad pupillarem ſubſtitutionem.

VT valeat pupillaris ſubſtitutio, quædam neceſſaria ſunt, de quibus eſt videndum. Primum eſt, ſubſtituendum eſſe liberis impuberibus, & in poteſtate teſtatoris exiſtentibus. l. 2. ff. hoc titu. hoc ad perſonas pertinet. Iureconſultus non diſtinguit hic naturales liberos ab his, qui tantum legitimi ſunt: conſequens eſt igitur idem de legitimis dicendum eſſe. d. l. 2. & l. ſed ſi plures. 9. §. in arrogato. Siue igitur quis habeat naturales liberos ex ſe procreatos in legitimis nuptiis: ſiue habeat legitimos per arrogationem, poteſt eis ſubſtituere. In poteſtate vero teſtatoris, impuberem cui ſubſtituit, eſſe oportet. Vnde conſequens eſt emancipato non poſſe ſubſtitui. Ergo pater non poteſt filio impuberi ſubſtituere pupillariter, ſi emancipatus ſit. Filius enim emancipatus, & pater non habentur pro vna perſona. Eſt autem hic obſeruanda cautio Iureconſultorum, cuius mentio eſt in d. l. cum ex filio. in princip. quæ cautio habet vim ſubſtitutionis pupillaris. Excogitata enim eſt ea velut ratio quædam ſubſtituẽdi filio etiam emancipato. Quidam duos filios habebat, alterum in poteſtate, alterum emancipatum: vel duos habebat nepotes ex filio: vterque impubes erat: ſed alter erat in poteſtate teſtatoris, alter erat emancipatus. Volebat vtrunque ex æquis partibus hæredem habere: & ſi quis eorum impubes deceſſiſſet, volebat alterum ei ſuccedere. vni eorum poterat ſubſtituere pupillariter: ei, quem habebat in poteſtate ſua, facile erat ſubſtituere alterum pupillariter, Si impubes deceſſerit: ſed emancipato non poterat alterum ita ſubſtituere. Nec poterat etiam eos

inuicem ſubſtituere in alterum caſum. Si vtrunq; habuiſſet in poteſtate ſua, potuiſſet inuicem eos ſubſtituere: ſed quia alter eſt emancipatus, hoc facere non poteſt. Si tamen conſilium teſtatoris eſt & voluntas, vt vtrunque habeat ex ſemiſſe hæredem, et ſi vnus eorum impubes decedat, alter ei ſubſtitutus ſit: quæritur an poſſit hoc facere pater? Teſtator conſuluit Iureconſultos ſui temporis, qui excogitarunt hanc cautionem, quæ habet pupillaris ſubſtitutionis vim. Teſtator habet duos filios Titium & Sempronium: Titium in poteſtate ſua, Sempronium emancipatum. Inſtituit Titium, quem habet in ſua poteſtate ſolum hæredem, & legat alteri Sempronio dimidiam partem hæreditatis, cum Sempronius in ſuam tutelam venerit, id eſt, cum pubes factus erit, & ei Titio, quem habet in poteſtate, ſubſtituit emancipatum in alterum caſum, *Si impubes deceſſerit*. Hac ratione teſtator conſequitur id, quod optat, ſcilicet habere vtrunque hæredem ex dimidia parte, & alterum ſubſtitutum alteri, ſi impubes deceſſerit. Si contingat Semproninm decedere impuberem, ſuccedet ei Titius, qui eſt in poteſtate, quia is ſolus inſtitutus eſt hæres, & fidei eius commiſit, vt reſtituat hæreditatem fratri ſuo, cum pubes factus fuerit. Ergo ſi pubes factus non fuerit, non dicitur exiſtere conditio. Vult hunc retinere alteram partem, nec eam acquiri alteri: niſi in ſuam tutelam peruenerit. Quod ſi hoc fuit conſilium veterum Iureconſultorum, hæc fuit eorum cautio. Animaduertendum eſt tamen, ſi teſtator in hoc caſu vellet emancipatum adoptare, nihil expeditius eſſe; ſed forte nolebat eum adoptare. Filio adoptiuo ſiquidem non minus, quam naturali poſſumus ſubſtituere pupillariter. Ex his quæ diximus, conſequens eſt matrem non poſſe liberis ſuis ſubſtituere. Subſtituitur enim his tantum, qui ſunt in poteſtate. mater non habet liberos in ſua poteſtate. l. fœminæ. ff. de adopt. Sed difficultas oritur ex l. ſi mater. 31. in princip. ff. hoc titu. locus eſt ſubobſcurus & difficilis. Vocat ibi Iuriſconſul. Africanus (de matre ſubſtituente filio ſuo loquens) pupillares tabulas. Quid aliud his verbis ſignificatur, quam pupillaris ſubſtitutio? In eo tamen caſu ſubſtitutio vulgaris non pupillaris eſt. Ecce, ſi mater ita teſtetur, & ſubſtituat, *Meus filius cum erit annorum quatuordecim hæres eſto, & ſi hæres non erit, Titius hæres eſto.* ita ſubſtitutio concepta eſt in hac ſpecie, ſed hæc formula non conuenit ſubſtitutioni pupil. ſed vulgari. Mater hic non facit teſtamentum filio ſuo. Subſtitutio enim pupillaris eſt teſtamentum filij, quod pater facit filio. Sed cur vocat Iureconſultus tabulas pupillares? Pupillares tabulas vocat Africanus, quia hæc ſubſtitutio effectum habet non diſſimilem ſubſtitutioni pupillari, & quamuis ſubſtitutio pupillaris non ſit omnino: proxime tamen accedit ad ſubſtitutionem pupillarem, ſicut illa ſubſtitutio, quæ facta fuit ex conſilio Labeonis, Offilii, Caſſellii & Trebatii, cuius mentio eſt in d. ct. l. cum ex filio. 39. ff. hic. Ecce, eſt genus quoddam ſubſtituendi in gratiam matris, quæ vult hæredem eſſe filio ſuo, quo caſu impubes deceſſerit. Inuenta eſt ratio ita ſubſtituendi, vt hæredem habeat, quem mater vult filium ſuum habere, quo caſu deceſſerit impubes, quamuis lex non permittat matri ſubſtituere pupillariter filio ſuo: quia non habet eum in poteſtate. In hac ſpecie admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem, quo caſu tantum deceſſerit filius impubes. Expendamus paulo diligentius hanc ſpeciem. Mater ita teſtata eſt, *Filius meus cum erit annorum quatuordecim hæres eſto, & ſi hæres non erit, Titius hæres eſto.* Ponamus hunc filium deceſſiſſe impuberem: cui ita ſubſtituit mater. certum eſt ſubſtitutum ei ſuccedere, nec poteſt excludi adita hæreditate ante pubertatem: quia hæres tantum inſtituitur, cum factus fuerit annorum quatuordecim. Contulit enim mater inſtitutionem filii in id tempus, quo factus fuerit pubes. Habet igitur hæc ſubſtitutio effectum ſimilem quodammodo pupillari ſubſtitutioni. Eſt ergo ſimilis hæc cautio illi, cuius mentio eſt in d. l. cum ex filio. ff. hic. non eſt tamen intelligendum, vt quidam putant, hanc ſubſtitutionem finiri pubertate: quia ſic concepta eſt hæc ſubſtitutio, ſi factus pubes hæres erit. filio enim poſt pubertatem non adeunte, fit locus ſubſtituto. videtur itaque quoddam genus ſubſtitutionis eſſe extraordinarium partim pupillaris, & partim vulgaris.

Diximus ſubſtitutionem pupillarem fieri liberis impuberibus, qui ſunt in poteſtate teſtatoris, & hoc in primis neceſſarium eſſe, vt valeat pupillaris ſubſtitutio: nam aliis perſonis fieri non poteſt. Hinc diximus, filio emancipato patrem ſubſtituere non poſſe. Diximus etiam matrem ſuo filio non poſſe ſubſtituere, quia iis tantum ſubſtituitur, qui ſunt in poteſtate teſtatoris: excogitatum eſſe tamen genus ſubſtituendi vulgari modo, quod vim & effectum habet quadantenus ſubſtitutionis pupillaris, ſiue mater ſubſtituat filio ſuo, ſiue pater filio emancipato. ex d. l. cum ex filio. & d. l. ſi mater. hic. ff. Addendum eſt quod dicitur in poteſtate eſſe debere, intelligendum eſſe non tantum tempore facti teſtamenti: ſed etiam tempore mortis teſtatoris. hoc eſt ſumptum ex l. cohæredi. 41. §. cum filiæ. ff. hic. Si quis non fuerit in poteſtate teſtatoris propter emancipationem. Notandum igitur eſt requiri vtrunque tempus in hac re, licet aliqui diſſentiant. Exiſtimant nonnulli ſufficere tempus mortis, & valere ſubſtitutionem pupillarem, etiam ſi filius non fuerit in poteſtate tempore facti teſtamenti. Ego puto vtroque tempore oportere eſſe in poteſtate eum, cui fit ſubſtitutio, & tempore facti teſtamenti, & tempore mortis. De tempore mortis nulla eſt dubitatio. id enim expreſſum eſt in d. §. cum filiæ. de tempore teſtamenti, idem etiam ſuadet ratio iuris. Cum requiritur aliqua qualitas ad aliquem actum ratio iuris exigit, vt ea qualitas inſit eo tempore, quo actus geritur. Exemplum eſt in l. ſi alienum. §. in extraneis. ff. de hæred. inſti. & §. in extraneis. de hæred. qualit. & differen. in Inſti. vbi cum quæritur, an cum aliquo teſtamenti factio ſit, inſpicitur tempus teſtamenti, & tempus mortis, & plerunque etiam tempus aditæ hæreditatis. Nec nos mouere debet, quod dicitur in l. 2. §. ſed ſi extraneum. hic. ff. Adducitur hic locus pro firmamento contrariæ opinionis. in d. §. ſed etſi extraneum. dicitur extraneo poſſe etiam pupillariter ſubſtitui, modo teſtator poſtea eum adoptauerit. Ergo ſufficit eum adoptatum eſſe poſt factum teſtamentum, ita vt in poteſtate teſtatoris reperiatur mortis eiuſdem tempore. Sed alio ſenſu puto accipienda eſſe ea verba: non indicant enim ſi poſt ſubſtitutionem factam velit eum adoptare in locum nepotis: ſed ſi velit ei ſubſtituere pupillariter, poteſt eum adoptare antequam ei ſubſtituat. Et poſtquam eum atrogauerit, poterit ei ſubſtituere. Poſſumus enim non tantũ naturalibus, & ſed adoptiuis ſubſtituere, vt diximus ſuperius. Oportet igitur eum, cui fit ſubſtitutio pupillaris, in poteſtate eſſe. Excipitur poſthumus. Poſthumis filiis poſſumus ſubſtituere, vt hic Vlpinianus ait. Certum eſt poſthumum, qui nondum natus eſt, in poteſtate non eſſe. l. vlt. ff. de collat. bonor. ſed tamen quadam iuris ratione perinde habetur, ac ſi natus eſſet. l. qui in vtero. ff. de ſtatu hom. Ergo interpretatione quadam iuris poteſt dici in poteſtate eſſe, quamuis in poteſtate non ſit: quia de ipſius commodo agitur. In gratiam enim pupillorum comparata eſt hæc ſubſtitutio, vt diximus, ne inteſtati decedant.

Secundo, vt valeat pupillaris ſubſtitutio, liberi ita debent eſſe in poteſtate teſtatoris, vt eo mortuo, in alterius poteſtatem recaſuri non ſint. l. 2. §. 1. hoc tit. ff. vt exempli gratia, ſi auus ſubſtituat nepoti, quem habet in ſua poteſtate: ſi pater nepotem præcedat, certum eſt nepotem, mortuo auo, recaſurum in poteſtatem ſui patris: atque ita inutilis erit ſubſtitutio pupillaris. Ratio huius iuris manifeſta eſt. nam nepos in hac ſpecie, ſi pubes eſſet, non poſſet facere teſtamentum. Non enim ſufficit aliquem puberem eſſe, vt teſtamẽtum faciat: ſed quædam alia requiruntur. Oportet eum ſui iuris eſſe, l. qui in poteſtate. 6. ff. de teſta. at mortuo teſtatore, nepos in poteſtate patris ſui eſt. Teſtator ſubſtituendo pupillariter nepoti ſuo, ſupplet tantum defectum ætatis, vt diximus ſupra. Ideoq; ſubſtitutio hęc confertur in tempus, quo factus fuerit pubes. Teſtamẽtum facere filio impuberi permiſſum eſt patri, qui propter ætatem impuberem non poteſt teſtati. Si ob aliam rationem fiat pupillaris ſubſtitutio non valet. Inſpiciendũ eſt, cur introducta ſit ſubſtitutio pupillaris, de qua cauſa ſuperius diximus. Inutilis eſt ergo ſubſtitutio pupillaris, facta iis liberis, qui mortuo teſtatore recaſuri ſunt in alterius poteſtatem. Idem dicendum eſt in adoptiuo nepote. Nepoti adoptiuo, ſicut filio adoptiuo, ſubſtitui poteſt hoc genere ſubſtitutionis, ſi nõ ſit recaſurus in poteſtatem patris, mortuo teſtatore, à quo ſubſtitutio facta fuerit. & ſic videtur accipiendũ eſſe, quod dicitur in hac l. 2. §. ſed & ſi extraneũ. ibi, filio præcedente. Sic

enim

enim videtur legendum eſſe, id eſt, poterit extraneo ſubſtituere, adoptando in locum nepotis, filio præcedente, vtilis erit hæc ſubſtitutio. quia ſi filius ante non decedat, nepos recidet in eius poteſtatem, mortuo teſtatore: atque ita inutilis erit ſubſtitutio pupillaris. Hæc lectio probabilis eſt. In aliis libris vulgatibus, & in Florentinis quoque legitur, præcedente, non male. Non eſt hæc reiicienda vulgaris lectio. Viſum autem eſt quibuſdam abſurdum eſſe, quod adiectum eſt, filio præcedente. Et hæc fuit forte cauſa mutandæ lectionis, quaſi non poſſit quis aliquem ſibi adoptare, niſi filio præcedente. quod eſt falſum. Nam is, qui filium non habet, poteſt aliquem ſibi adoptare loco nepotis. §. licet. Inſtitut. de adopt. & l. adoptare. ff. de adopt. Sed cum ait Iuriſconſul. filio præcedente, non videtur hoc adiicere, quaſi neceſſe ſit filium præcedere, vt valeat adoptio loco nepotis facta: ſed quia frequentius id accidit, vt quis adoptet aliquem loco nepotis, cum filius præcedit, quam cum non præcedit. Si quis filium non habeat, & alium velit adoptare, ſolet eum adoptare loco filii: ſi habeat filium, ſolet adoptare loco nepotis. Sed quod Vlpianus dixit in locum nepotis, quorſum hoc pertinet? Nonne ſufficiebat dicere, Si eum adoptauerit filio præcedente? Quid refert an loco filii, an loco nepotis eum adoptauerit, vt valeat ſubſtitutio pupillariter facta? Nihil ſane refert. ſed hæc verba eo pertinent ad id, quod dictum eſt de nepote. Paulo ante locutus fuit Vlpianus de eo, qui vere nepos eſt & naturalis. quod de eo nepote dictum eſt, poſtea oſtendit locum habere in nepote adoptato: nec dubitandum eſſe quin idem dicendum ſit de eo, quem quis adoptauerit: ſiue enim extraneum adoptauerit loco filii, ſiue loco nepotis, poteſt ei pupillariter ſubſtituere.

Tertio, vt valeat pupillaris ſubſtitutio, neceſſe eſt filium à teſtatore patre inſtitui, vel exhæredari. l. 1. §. ſubſtituere. ff. hoc tit. & eod. tit. l. 2. §. ſed ſi eos pater, &c. non quod per ſe ſubſtitutio alias valeat: ſed quod alias non valeat teſtamentum paternum. Et cum teſtamentum paternum non valet, ſubſtitutio pupillaris euaneſcit. Subſtitutio enim pupillaris pendet ex teſtamento paterno. Hoc teſtamentum filii ſequela eſt teſtamenti paterni: nec poteſt conſiſtere, vbi teſtamentum paternum, quod principale eſt, non valet. Et certum eſt non valere id, in quo filius, qui eſt in poteſtate, nec inſtitutus eſt, nec exhæredatus, vt diximus ſub tit. de lib. & poſth. Sed quid dicemus de nepote, an nepos inſtituendus eſt, vt valeat ſubſtitutio? Vlpia. in l. 2. ſi pater, inquit, præcedat nepotes, ita demum eis ſubſtitui poteſt, ſi ſint exhæredati, vel inſtituti. Ergo vt valeat pupillaris ſubſtitutio, oportet nepotes inſtitui, vel exhæredari, ne ſuccedentes in locum patris ex lege Vellea, rumpant teſtamentum. De lege Vellea ſatis diximus ſup. ad l. Gallus. §. nunc de lege Vellea. de lib. & poſth. & ad l. poſthumorum. de iniuſt. rup. Altero capite legis Velleæ, cum pater ſubductus fuit de medio, nepos ſuccedit in eius locum, quo caſu ſi non reperiatur inſtitutus, rumpit teſtamentum. dict. l. poſthumorum. alias periculum eſt ne rumpant teſtamentum patris hac ſucceſſione: & rupto teſtamento patris, ſubſtitutio quoque pupillaris euaneſcit.

Quartum eſt, quod pater ſibi teſtamentum facere debet: ſibi hæredem inſtituere debet, quamuis non cogatur filium inſtituere: ſed ſufficiat filium exhæredare: cogitur tamen ſibi hæredem ſcribere. l. 1. & 2. hic ff. Nam ſine hæredis inſtitutione non valet teſtamentum paternum. l. proxime. ff. de his, quæ in teſtamen. delen. & cum teſtamentum paternum non valet, ne pupillare quidem valebit. In l. 1. §. cæterum, &c. ff. hic. Quæſierit forte quiſpiam cur hoc ita conſtitutum ſit, vt pater non poſſit filio ſuo impuberi teſtamentum facere: niſi ſibi teſtamentum faciat? Nam forte accidere poteſt, vt expediat teſtamentum fieri pupillo, & non expediat patri. Cur non conſulitur pupillo, vt teſtamentum ei fiat à patre, & ſi pater teſtamentum ſibi non faciat: & ſi intelligat teſtamentum tunc facere ſibi non expedire? Diximus pupillarem ſubſtitutionem gratia pupillorum comparatam eſſe, ne decedant inteſtati, ſi contingat ipſos ante pubertatem mori. Ego dicam breuiter quod ſentio. Huius rei ratio videtur obſcurior eſſe. Exiſtimo ex veteris iuris ſubtilitate hoc ius ortum habere. Ius publicum non videtur permittere, vt quis alii teſtamentum faciat, quam ſibi. l. verbis legis. ff. de verborum ſignificatio. Lex duodecim tabularum, & leges aliæ veteres permittunt nobis facere teſtamentum de re noſtra, de re aliena teſtamentum facere non permittunt. Sed moribus receptum eſt, pupillorum gratia, vt faciens ſibi teſtamentum pater, ſubſtitutionem hanc, de qua loquimur, velut appendicem quandam adiiciat ſuo teſtamento, ita vt videatur idem teſtamentum eſſe, ſed cum acceſſione huius inſtitutionis, quæ dicitur pupillaris ſubſtitutio, ne alias videretur hoc contra leges inductum eſſe. Sic viſum eſt iuris prudentibus temperandum eſſe rigorem iuris ciuilis, vt nihilominus eius iuris auctoritas ſalua maneret. Contra leges aperte hoc inducere, vt quis alii teſtamentum faciat, non fuerunt auſi veteres iuris auctores, ſed viſum eſt eis nihil repugnans, aut aduerſarium iuri publico, ſi pater teſtamentum faciens hanc appendicem adiiciat, & ſubſtituat filio ſuo, *Si hæres non erit, aut ſi impubes deceſſerit*, vt ſi forte obiiciatur contra leges hoc factum, nec licere iure publico alii teſtamentum facere, poſſit reſponderi ſibi teſtamentum hic facere patrem, vnum atque idem teſtamentum: ſed huic teſtamento paterno accedere hanc appendicem ſubſtitutionis: in ſuo enim teſtamento pater adiicit ſubſtitutionem, id eſt, inſtitutionem eius hæredis, quem vult eſſe hæredem, non ſibi, ſed filio ſuo. Hoc ſubtiliter eſt excogitatum ab eis. Vnde dicitur, patrem, qui alii facit teſtamentum, ſibi debere facere. & hinc apparet cur introducta ſit hæc ſubſtitutio pupillaris. Re vera videbatur potius inſtitutio, quam ſubſtitutio, præſertim ſi fiat exhæredato filio: ſed color eſt quæſitus. Vnde dicitur in d. §. cæterum, &c. excipiendum eſſe militem. Nam militibus in condendis teſtamentis remittuntur & relaxantur ea, quæ ſubtilitate iuris magis, quam naturali ratione nituntur: vt dicemus ſub tit. de milita. teſta. Sed quæritur, an ſimul debeat fieri vtrunque teſtamentum, an vero vtrunque teſtamentum ſeparatim factum valeat? Subtilitas exigere videtur, vt ſimul vtrunque fiat. Sed vtilitatis cauſa paulatim eo ventum eſt, vt diuerſo tempore vtrunq; teſtamentum factum valeat, ſi prius factum ſit teſtamentum paternum: deinde teſtamentum filii ex interuallo, adhuc valet teſtamentum pupillare. l. ſi quis eum. 14. §. 1. Teſtamentum patris iure perfectum eſt: poſt aliquod temporis interuallum factum eſt filio, vtrunque valet: nec poſteriore teſtamento alterum tollitur: quia diuerſa ſunt. Eodem pertinet quod dicitur in l. patris & filii. 18. ff. hoc tit. Varia erat ratio teſtamenti faciendi cum pater ſubſtitueret volebat filio ſuo impuberi. Aliquando iiſdem tabulis, eadem ſcriptura, eodem tempore, vtrunque teſtamentum conſcribebant teſtatores: aliquando diuerſis tabulis, diuerſis horis deſcribebant. §. ſui autem. Inſtit. de pupil. ſubſtit. Sed ita fiebat teſtamentum pupillare, vt prioris appendix eſſet. Oportet ita fieri, vt appareat teſtatorem voluiſſe ad prius teſtamentum referri. Sed an ſufficiat vna ſolennitas? Ecce Vlpianus in d. l. patris & filii, hic 18. ff. oſtendit vnam ſolennitatem ſufficere. Non enim ideo multiplicabitur numerus teſtium, nec pro ſeptem teſtibus adhibebuntur quatuordecim, quod teſtamentum patris & filii dicatur: ſed ſufficient ſeptem teſtes: perinde eſt enim ac ſi vnum teſtamentum eſſet duarum hæreditatum. §. igitur. Inſtitut. eod. tit. Hoc eſt intelligendum, niſi diuerſo tempore factum ſit vtrunq; teſtamentum. Nam ſi diuerſo tempore vtrunque teſtamentum ſit factum, ſolennia debent interuenire in vtroque. hoc ſatis colligitur ex l. 14. Si quis eum, quem. & l. 18. eum, quem. & l. patris & filii. hic. ff. Pater teſtamentum fecit, perfecto ſuo teſtamento, fecit teſtamentum filio ſuo, ſeruatis ſolennibus. Accidit tamen nonnunquam, vt, etſi eodem tempore vtrunque fiat, tamen propriæ quædam ſolennitates obſeruentur in teſtamento filii, cautionis cuiuſdam gratia magis, quam neceſſitatis, vt dicitur in §. ſin autem. Inſtitu. eod. tit. Si vereatur pater, qui teſtamentum fecit filio ſuo & ſibi, ne aperto teſtamento ſubſtitutus impuberi, eius vitæ inſidietur, poterit proprio lino & propria cera teſtamentum pupillare obſignare: & in ſuo teſtamento cauere, ne teſtamentum pupillare aperiatur prius, quam pupillus mortuus fuerit. Poſſet enim is, qui ſubſtitutus eſt pupillo, ei ſtruere inſidias, vt hæres eſſet. Et huic ſimile eſt, quod dicitur C. de teſta. in l. 21. hac conſultiſſima. de eo, qui teſtamentum facit in ſcriptis, ita vt ne teſtes qui-

dem intelligant, quid in eo teſtamento continetur. Hinc naſcitur alia quæſtio, an inſtitutio hæredis paterni antecedere debeat? Diximus eum, qui teſtamentum facit filio ſuo impuberi, ſibi quoque hæredem ſcribere debere, ſed an neceſſe ſit hæredis paterni inſtitutionem præcedere, an vero ſubſtitutio pupillaris valeat, ſi ante inſtitutionem hæredis paterni facta ſit? Quæſtio eſt tractata in l.2.§.prius.ff.hic.locus videtur obſcurus eſſe. Vlpianus videtur pugnantia ſcribere. Duæ ſunt partes huius capitis, quarum pars poſterior videtur contraria eſſe priori. In priori parte ait non eſſe conuertendum ordinem ſcripturæ, in poſteriori parte ait, nihilominus valere ſubſtitutionem. Deinde quæ dicuntur in priori parte, non videntur ſatis cohærere. Ait Vlpianus non eſſe conuertendum ordinem ſcripturæ, & primum hæredem ſcribendum eſſe patri deinde filio: & merito, quia conſtat vnum teſtamentum eſſe: imo videtur potius dicendum, quia vnum eſt teſtamentũ, conuertendum eſſe ordinem ſcripturæ. Vnde quidam legunt in verſi. quæ ſententia &c. improbata non comprobata. Ego de vtraque re quid ſentiam breuiter dicturus ſum. Prior pars mihi videtur plana eſſe, vt ne apex quidem mutandus ſit ex vulgari lectione. Sententia Iuliani eſt, non valere ſubſtitutionem conuerſo ordine ſcripturæ, & merito : conſtat enim vnum eſſe teſtamentum, licet duæ ſint hæreditates. Iureconſultus videtur tacitæ obiectioni occurrere, cum dicit, & merito. Si duo teſtamenta eſſent, nihil videretur referre, vtrum prius, vtrum poſterius factum eſſet. Quemadmodum enim, ſi à duobus hominibus teſtamenta fiant, nihil refert vtrum prius, vtrum poſterius fiat. Duo teſtamenta diuerſa ſunt, quæ nihil habent inter ſe commune, atque vt valeat vtrunque teſtamentum, nihil refert vtrum præceſſerit. Vnde videtur idem hic eſſe dicendum. Duo teſtamenta ſunt: vnum eſt patris, alterum filii. Reſpondet itaque Iuriſconſult. obiectioni, his verbis: *Et merito*, id eſt, quod non ſit conuertendus ordo ſcripturæ, & quod ſubſtitutio alias non valeat. *Conſtat*, inquit Vlpianus, *vnum teſtamentum eſſe, &c.* Supra docui quomodo vnum ſit teſtamentum. Vnum teſtamentum eſt quod duas partes habet. vna pars huius teſtamenti eſt ſubſtitutio pupillaris, quæ eſt pars poſterior, & pendet ex altera priori parte: eſt enim appendix & acceſſio prioris. Ea pars ſcilicet qua inſtituitur hæres filio, pendet ex altera parte, qua inſtituitur hæres teſtatori. At ratio exigit, vt præcedat ea pars, quæ principalis eſt, & ex qua altera dependet, & ſine qua altera non poteſt conſiſtere. Vult Vlpianus his verbis oſtendere vnum eſſe teſtamentum, quamuis ſit duarum hæreditatum, ſed hic locus poſtea explicabitur ad l. qui liberis. hic. ff. Hactenus de priori parte: poſterior eſt in verſ. *Sed ſi quis, &c.* Sic enim eſt legendum, particula, & expungenda eſt. hic præcedit ſubſtitutio, & ſequitur inſtitutio, & tamen Vlpianus ait, ſubſtitutionem valere, quod repugnans eſt iis, quæ dicta ſunt in priore parte. Ego alias ſuſpicatus ſum verba Sabini eſſe vſque ad hunc locum, *Sed ſi quis*, & ab eo loco verba eſſe Vlpiani notantis quod à Sabino ſcriptum fuit. Inſcriptio enim huius capitis indicat hoc ſumptum eſſe ex notis, quas ſcripſit Vlpian. ad libros Sabini, & plerunque accidit in his, quæ ſumuntur ex annotationibus Vlpiani ad Sabinum, vt verba Sabini intermiſceantur verbis Vlpiani, ita vt non facile decerni poſſint. Si ita intelligamus, res non habet difficultatem: ſed quia hoc certum non eſt, ſed eſt coniectura tantum, quæ ſolet eſſe fallax, receptam opinionem ſequor. Recepta opinio eſt, quod prius dicitur in priori parte, intelligendum eſſe cum exceptione, quæ in poſteriore parte additur. His enim verbis, *Sed ſi quis, &c.* oſtendit Vlpian. id accipiendum eſſe cum exceptione. Exceptio eſt, ſi eodem tempore & eadem ſcriptura teſtamentum fiat vtrunque. Nam vtrunque teſtamentum poteſt fieri eodem tempore, poteſt etiam fieri diuerſo tempore, & diuerſis tabulis. Si eodem tempore & iiſdem tabulis: tunc ait Iureconſul. ordinem ſucceſſionis non ſcripturæ ſpectari. Ordo ſucceſſionis hic apparet manifeſtiſſime cũ ait, *Si filius, &c.* apparet eum ſubſtituere his verbis, ita vt ordine ſucceſſionis præcedat inſtitutio hæredis paterni, & ſubſtitutio pupillaris ſequatur. *Quod igitur dictum eſt, &c.* concluſio eſt ſuperiorum. Quod dicitur ſingulis liberorum ſubſtituere, dicimus ſubſtituere: quia non eſt à teſtamento filii incipiendum: nam ſubſtituere eſt poſt alium inſtituere.

Cœpimus oſtendere quæ ſint neceſſaria, vt valeat pupillaris ſubſtitutio. Diximus neceſſe eſſe liberos, qui ſunt in poteſtate, vt hæc ſubſtitutio fiat, vt pater teſtamentum ſibi faciat, & alia huiuſmodi. Addendum eſt ſupradictis, hæreditatem ex teſtamento paterno adeundam eſſe, vt valeat pupillaris ſubſtitutio: ſicut enim neceſſe eſt aliquem hæredem inſtitutum eſſe teſtamento paterno: ita etiam neceſſe eſt aditam eſſe hæreditatem ex eo teſtamento. Nam nihil refert, an quis hæredem ſibi non inſtituerit, an is hæres hæreditatem non adierit. vtroque enim caſu dicitur inteſtatus deceſſiſſe. §.1. de hæred. quæ ab inteſta. in Inſti. & l.1. ff. de ſuis & legi. Ergo quia non adita hæreditate ex teſtamento paterno irritum fit teſtamentum paternum, ideoque neceſſe eſt pupillarem ſubſtitutionem euaneſcere, quæ ex teſtamento paterno vires capit. l.2.§.adeo. hic. ff. Hic locus magis videtur pertinere ad ſequens caput, in quo quæritur, quomodo finiatur pupillaris ſubſtitutio. ſed vulgarem diſtinctionem hic ſecutus ſum, quod videatur magis apta ad docendum id, quod inſtituimus. Et hoc eſt quod alibi generaliter traditur non adita hæreditate ex teſtamento, teſtamentum eſſe irritum. l. ſi nemo ſubiit. 142. ff. de regul. iur. & l. ſi nemo hæreditatem. 9. ff. de teſta. tute.

Hinc quæritur, ſi quis coactus fuerit adire hæreditatem ex Trebelliano Senatuſconſulto vel Pegaſiano, an ea aditio confirmet tabulas pupillares, quamuis hæres inſtitutus non cogatur alias hæreditatem adire, ſed ſponte ſua adeat. hoc enim voluntatis eſt. l. nec emere. C. de iure delib. tamen fideicommiſſarius, cui per fideicommiſſum hæreditas eſt relicta, poteſt cogere hæredem inſtitutum vt adeat: & ſi forte inſtitutus hæres, ideo nolit adire hæreditatem, quod eam damnoſam eſſe vereatur, cogetur adire periculo fideicommiſſarii. l. quia poterant. ff. ad Senatuſconſul. Trebell. Quid ergo ſi inſtitutus hæres teſtamento paterno, non ſponte, ſed coactus adierit hæreditatem, an ea aditio ſufficiat ad confirmationem pupillarium tabularum? Quæſtio eſt in l. qui plures. 36. §. 1. hic. ff. in qua recitatur veterum Iuriſconſultorum opinio. Diſſenſio fuit inter Iuriſconſ. Quintus Mutius putabat, deſtituto iure ciuili teſtamento, ſecundas tabulas non oportere reſuſcitari, ſed contraria ſententia obtinuit. Hæc diſſenſio orta eſt ex eo, quod ſuperius diximus, teſtamentum pupillare diſtingui, & ſeparari à teſtamento paterno, & duo teſtamenta dici, quorum vnum eſt patris, alterum eſt filii, ſed dicitur etiam vnum teſtamentum eſſe alia ratione. Hinc nata eſt varietas illa opinionum. Dicebat igitur Scæuola, ſecundas tabulas non oportere reſuſcitari, deſtituto teſtamento iure ciuili. Cum hæres inſtitutus dicit ſe nolle adire, deſtitutum eſt iure ciuili teſtamentum, etſi adire cogatur: aditio ea certe non facit, vt iure ciuili valeat teſtamentum. Hoc enim eſt inductum auctoritate Senatuſconſulti contra ipſum ius ciuile. Si enim cætera conualeſcunt, quæ ſcripta ſunt in eo teſtamento, conſequens erat pupillarem quoq; ſubſtitutionem conualeſcere, quæ pars eſt prioris teſtamenti. Eodem pertinet, quod dicitur in l. nam quod. 14. §. ſi quis compulſus. ff. ad Senatuſc. Trebel. aperte dicitur receptum eſſe, vt cætera valeant, quæ ſcripta ſunt in teſtamento legata, libertates, ita conſequens eſſe ſubſtitutionem pupillarem valere: quia ſubſtitutio pupillaris non minus eſt pars teſtamenti paterni, quam legatum vel fideicommiſſum, quod in eo relictum eſt. Sed quæritur an hæres paternus poſſit cogi hæreditatem adire, vt valeat ſubſtitutio? Quæſtio eſt in l.2. hic. §. interdum. Dubium non eſt, quin fideicommiſſarius poſſit hæredem cogere, qui fideicommiſſum ipſum debet, ad adeundam hæreditatem. hoc enim cautum eſt Senatuſconſulto Trebell. Sed quæſtio eſt, an is qui ſubſtitutus eſt pupillo, poſſit ſimiliter eum cogere ad adeundam hæreditatem: quoniam aliter non poteſt valere ſubſtitutio pupillaris. vel an is, cui fideicommiſſum relictum eſt à ſubſtituto pupilli. quamuis hic fideicommiſſum ſit, & videatur hic caſus pertinere ad Senatuſconſultum Trebellianum : tamen hoc fideicommiſſum non debetur ab hærede paterno. Et Senatuſconſultum loquitur de hærede, qui fideicommiſſum debet : ſed ſubſtitutio pupillaris non eſt fideicommiſſaria, nec pertinet ad Senatuſconſultum Trebell. Quid igitur dicemus? Vlpianus in d. §. interdum. non dicit ſubſtitutum pupillo, poſſe cogere pupillum ad adeundum hæreditatem, vt conua-

conualeſcat ſubſtitutio pupillaris. ſed ait vt ex ſecundis tabulis fideicommiſſum conualeſcat, eum poſſe cogere. & hoc in caſu paululum eſt receſſum à verbis Senatuſc. Nam Senatuſconſultum loquitur de hærede, qui debet fideicommiſſum. At hic hæres paternus non debet fideicommiſſum, atque hic tantum cogitur adire vt fideicommiſſum, quod relictum eſt in ſecundis tabulis conualeſcat. Ibi, *vt puta ſi iam pupillus deceſſit.* Addit Vlpia. exceptionem, vt cogatur hæres inſtitutus paterno teſtamento, adire hæreditatem, vt ex ſecundis tabulis fideicommiſſum conualeſcat, modo iam pupillus deceſſerit. pupillo enim adhuc viuo, non poteſt hæres inſtitutus paterno teſtamento cogi vt hæreditatem adeat, vt fideicommiſſum conualeſcat. Poteſt igitur fideicommiſſarius ab inſtituto petere, vt hæreditatem adeat periculo ſuo, quatenus fideicommiſſum relictum ſibi tabulis pupillaribus conualeſcat, ſi contingat pupillum decedere ante pubertatem. Sed præmature petit. Viſum eſt enim turpe ſolicitum eſſe quenquam de viui hominis hæreditate. debet ergo expectare mortem pupilli. Sed ſi iam locus ſit ſubſtituto pupillariter, mortuo eam pupillo hæres poteſt cogi adire, vt fideicommiſſum conualeſcat: & hac aditione facta confirmantur tabulæ pupillares. Huic ſimilis eſt quæſtio in eodem loco, de eo qui reſtitutus eſt hæreditatis adeundæ cauſa. Minor 25. annis inſtitutus hæres teſtamento paterno, reſtitutus eſt hæreditatis adeundæ cauſa. Is omiſerat hæreditatem, reſtitutus eſt in integrum, vt hæreditatem adiret, & adiit reſtitutus. Quæritur an hæc aditio proficiat ſecundis tabulis: an hac aditione tabulæ pupillares confirmentur? Videntur non confirmari, nec conualeſcere hac aditione. quia hæres non poteſt eſſe iure ciuili. Qui repudiauit hæreditatem, excluſus eſt omnino hæreditate. eo repudiante ſtatim delata eſt hæreditas vel ad ſubſtitutum, vel ad legitimum hæredem. l. ait prætor. §. ſed Papinianus. ff. de minoribus. Qui hæres eſt, non poteſt deſinere hæres eſſe. & duo non poſſunt hæredes eſſe in ſolidum eiuſdem hæreditatis. Sed hic Vlpianus ait proficere ſecundis tabulis hanc aditionem, vt Prætor vtiles actiones decernat ſubſtituto. His verbis ſignificat, ſi merum ius, quod directum vocatur, ſpectemus, non conualeſcere: quia non poteſt dici hæres teſtamento paterno, vt conualeſcat ſubſtitutio. Is tamen vtilitatis cauſa eſt admiſſus. quia quamuis hæres non ſit: tamen loco hæredis eſt. Vtiles actiones dantur ſubſtituto. quia præter eum, qui excluſus eſt ab hæreditate, reſtituendo in integrum, non poteſt facere hæredem. Non fuit tanta poteſtas & auctoritas prætoris, vt ſupra leges, vel contra ius ciuile, aliquid efficeret. §. quos autem. Inſtit. de bon. poſſ. Quos enim prætor vocat, habentur tantum vice hæredum. Fictitiis actionibus, inquit Vlpi. in Inſtit. tunc opus eſt. Fictitias actiones vocat, quæ dicuntur vtiles, quæ dantur vtilitatis cauſa contra ſubtilitatem & rigorem iuris ciuilis: ſicut multa propter vtilitatem recepta ſunt, repugnante iuris ſubtilitate. Ei qui vere hæres eſt, dantur directæ actiones, ei qui fingitur hæres eſſe, dantur vtiles. Huc pertinet etiam quod dicitur in l. 7. ait prætor. §. ſed quod Papin. ff. de minor. Quem locum ante accurate explicauimus. Diximus eum qui reſtituitur, quamuis hæres non ſit iure ciuili, hæredis loco eſſe. Quod autem ait Vlpianus, Ergo etiam ſi minor, &c. oſtendit hos caſus ſimiles eſſe. & primum caſum de reſtitutione in integrum, ſicut prætor hæredem facere non poteſt: ſed habet hæredis loco, quem ad ſucceſſionem admittit. ita etiam ne Senatuſconſultum quidem Trebellianum habet fideicommiſſarium, qui hæres non eſt, hæredis loco, & ei & in eum dantur vtiles actiones. l. 1. ff. ad Senatuſconſ. Trebellian. & §. 1. Inſtit. de fideic. hæredi. Ex his intelligitis neceſſariam eſſe aditionem hæreditatis ex paterno teſtamento vt conualeſcat pupillaris ſubſtitutio. Excipiuntur quidam caſus, in quibus neceſſaria non eſt aditio, & nihilominus vtilis eſt pupillaris ſubſtitutio.

Excipitur miles. l. miles ita hæredem. 41. §. vltim. ff. de milit. teſtam. Nihil enim refert an adita fuerit hæreditas ex teſtamento militis, an non, vt conualeſcat pupillaris ſubſtitutio. Ratio obſcura non eſt ex his, quæ diximus ſuperius. Quod enim dicitur, ſine paterno teſtamento non valere ſubſtitutionem pupillarem, ortum eſt ex ſubtilitate iuris. quoniam videbant veteres, ſalua legis auctoritate, non poſſe filio ſuo patrem facere teſtamentum: quia leges permittebant tantum ciuibus ſibi facere teſtamentum, excogitarunt quoddam genus teſtamenti faciendi, quod videretur à legibus non abhorrere: & vocarunt ſubſtitutionem, quamuis magis ſit inſtitutio, quam ſubſtitutio. Ea autem quæ ſubtilitate iuris magis, quam naturali ratione nituntur, remittuntur militibus, vt dicemus ſub ti. de mili. teſtam.

Secundus caſus eſt, Si hæres inſtitutus paterno teſtamento, dolo malo in fraudem omiſerit hæreditatem ex teſtamento, vt adiret ab inteſtato: quia forte eis ſucceſſiſſet ab inteſtato & ſi inſtitutus non eſſet. d. l. 2. §. adeo. ff. hic. Edicto prætoris cautum eſt, de quo dicemus ſub tit. ſi quis omiſſa cauſ. teſtam. vt ſi inſtitutus ſit hæres ex teſtamento is, qui alias ſucceſſurus eſſet ab inteſtato, & omiſſa hæreditate ex teſtamento, velit ab inteſtato adire, quo intercidunt legata, fideicommiſſa, & quicquid teſtamento relictum eſt, vt quæcunque eo teſtamento relicta ſunt, perinde valeant ac ſi hæreditas adita eſſet ex teſtamento: nam alioqui hæres inſtitutus teſtamento, ſi poſſet ſuccedere ab inteſtato, nunquam adiret ex teſtamento, & legata non deberet. Huius fraudis coercendæ cauſa, propoſitum eſt id edictum à Prætore. Quemadmodum igitur eo edicto Prætoris conſeruantur legata, fideicommiſſa, & alia, quæ eo teſtamento relicta ſunt: ita etiam conſeruatur pupillaris ſubſtitutio.

Tertius caſus eſt, cum eſt inſtitutus hæres teſtamento is, qui ius ſui habet, vel ſuitatis, vt vulgo loquimur. Cum pater inſtituit filium ſuum, quem habet in poteſtate ſua, & in primo gradu eſt, is habet ius ſui. l. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſth. §. ſui hæredes. de hæred. qualita. & differ. in Inſti. Si igitur teſtamento paterno inſtitutus ſit filius, qui ius ſui habet: aditio hæreditatis non videtur eſſe neceſſaria. Sed huiuſmodi hæredi acquiritur hæreditas ſine aditione. d. leg. in ſuis. de lib. & poſth. atque ideo hæreditatem ad ſuos hæredes tranſmittit, quamuis adita non ſit. Et quod dicitur hæreditatem non aditam non tranſmitti ad hæredem, hoc non eſt intelligendum de ea, quæ defertur filio, qui ſui ius habet. Hinc illud vulgo dicitur, exiſtentia ſuitatis confirmari tabulas pupillares. ſic loquuntur, id eſt, ſufficit exiſtere ſuum hæredem eum, qui inſtitutus eſt paterno teſtamento, vt tabulæ pupillares conualeſcant, quamuis ab eo adita non ſit hæreditas. Id ſumitur ex variis legibus: ſed præſertim ex leg. paterfa. 12. ff. de priui. cred. ex l. 10. ſi filius qui patri, hic. & locus eſt inſignior in d. l. filius qui patri. Cum quis haberet duos filios, vnum puberem, alterum impuberem: inſtituit eos hæredes, & puberem ſubſtituit impuberi, *Si impubes deceſſerit.* hæc eſt ſubſtitutio pupillaris. hic quæritur an poſſit ſeparare has hæreditates, ſi velit adire paternam hæreditatem ex pupillari ſubſtitutione, & abſtinere paterna? Ait Papinianus audiẽdum eſſe. Neceſſe eſt vt intelligantur de eo qui ipſo iure extitit hæres patri ſine aditione, tametſi beneficium abſtinendi habeat à prætore. Nam ſi adiiſſet, non poſſet paternam hæreditatem repudiare. Permittitur hic ſeparatio bonorum patris & fratris, quæ nihil habent commune. Nam per pupillarem ſubſtitutionem ſuccedi tur pupillo, per inſtitutionem teſtatori. Ius dicentem vocat Papinianus ibi, quem prius dixit Prætorem. *Non inuitos, &c.* Prætor non obeſt huic ſeparationi. Abſtenſio hæreditatis, quæ permittitur filio à Prætore, non remouet inuitum ab hæreditate paterna, quam adire cupit. Sed in hac ſpecie animaduertendum eſt, non adiiſſe hæreditatem paternam filium qui in ea inſtitutus & fratri ſubſtitutus fuit, & tamen admittitur, ad fraternam hæreditatem ex ſubſtitutione. Ergo ſine aditione hæreditatis paternæ valet ſubſtitutio pupillaris. In hac ſpecie dicitur non eſſe neceſſariam aditionem hæreditatis paternæ: quia inſtitutus eſt hæres paterno teſtamento. Is, qui ius ſui habet, & qui hæreditatem ſibi acquirit ſine aditione ipſo iure: & hoc ius ſui tantam vim habet, quam aditio ad acquirendam hæreditatem. Immo quod eſt maius, hac ſuitate confirmantur tabulæ pupillares: & ſi is, qui ius ſui habet, abſtinuerit ab hæreditate. Non eſt tanta dubitatio de eo, qui adiit, & poſtea repudiauit. Sed de eo, qui abſtinuit, fuit dubitatio. Nam iure ciuili manet hæres: ſed dicitur conualeſcere ſubſtitutio pupillaris. Sed in hac ſpecie & aliis ſimilibus (idem enim in aliis ſpeciebus dicendum non eſt generaliter) hoc ius ſui ſufficit

ad confirmationem tabularum pupillarium, in commodum & gratiam eius, qui ius ſui habet, vt poſſit ipſe ſuccedere ex ſucceſſione pupillari. Et idem dicendum eſſe omnes fatentur, ſi alius extraneus ſubſtitutus eſſe pupillo proponatur. Ego aliquando animaduerti pro explicatione huius loci, & aliorum huiuſmodi, nempe d.leg. ſi filius, qui patri. & d. l. paterfamilias. ff. de priuileg. cred. poſſe probabiliter dici, fuiſſe datum cohæredem filio in hac ſpecie. quamuis hæc interpretatio ab omnibus exploſa ſit. Cum duo hæredes inſtituti ſunt teſtamento paterno, ſufficit ab vno aditam eſſe hæreditatem ad confirmationem tabularum pupillarium. l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. ff. ad ſenatuſconſ. Trebell. Poteſt igitur fieri in hac ſpecie, vt alius fuerit hæres datus filio inſtituto in teſtamento paterno. Reiicitur hæc interpretatio: quia, inquiunt, hoc adiuuare eſt: & in hac ſpecie nulla fit mentio cohæredis dati. Sed ego ſupra admonui non ſolere exprimi ea à Iuriſconſulto, de quibus non eſt quæſtio, aut non eſt dubitatio. Quæſtio erat de ſeparatione bonorum. Si quæſtio fuiſſet, an valeret ſubſtitutio pupillaris, recte diceretur: quia hoc expreſſum non eſt, hoc pro diuinatione habendum eſſet. Quod dicimus hic, ſuperius interpretati ſumus. l. ex contractu. ff. de re iud. vbi dixi bona intelligi perueniſſe ad ſubſtitutum, ex qua cauſa peruenire potuerunt ac debuerunt. Sic hoc loco quæſtio hic proponitur de ſeparatione vtriuſque hæreditatis, tam eius quæ defertur ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione: quaſi certum ſit ſubſtitutionem valere. hoc non eſt expreſſum à conſultore: nec ab eo, qui hæc ita perſcripſit in his ſcriptis, quia de eo non dubitabatur. Atque ſic intelligi poſſet d. l. paterfamilias. ff. de priuil. credi. Sed pro recepta opinione facit quod diximus in ſuo hærede, neceſſariam non eſſe aditionem hæreditatis. huc pertinet quod dicitur in l. 30. cum quaſi abſente. §. ſed ſi quis. ff. de fideicom. liber. Vt valeat libertas fideicommiſſaria relicta ſufficit hæredem ſuum exiſtere, etſi abſtinuerit ab hæreditate. Et quanquam hoc conſtitutum in libertate: tamen generaliter ait Ireconſultus non eſſe ſine hærede eum, qui hæredem ſuum habet, quamuis ſe abſtinentem. Notanda ſunt diligenter hæc verba. Ait eum, qui ſe abſtinuit: non dicit, repudiauit: etiam ſi abſtinuerit, poteſt dici quodammodo hæres eſſe. quod prodeſt in eo caſu, ad confirmationem libertatis fideicommiſſariæ. Idem dici poteſt in hoc caſu, quod hoc ſufficit ad confirmationem tabularum pupillarium. & ſi ita quis intelligat d. l. paterfamil. ff. de priuileg. cred. & d. leg. cum quaſi. nihil erit incommodi, quamuis vtraque lex intelligi poſſit, cum datus eſt cohæres hæredi inſtituto teſtamento paterno.

Cœpimus ea explicare quæ præcipue obſeruanda ſunt & ſpectanda in ſubſtitutione pupillari vt valeat. Diximus teſtamentum à patre ſibi factum eſſe oportere: ita vt ſi pater ſibi teſtamentum non fecerit, non valeat teſtamentum filii, nec pupillaris ſubſtitutio. Et præterea diximus oportere ex eo teſtamento aditam eſſe hæreditatem: nec ſufficere factum eſſe teſtamentum: ſed oportere id teſtamentum aliquem effectum & vim habere. Effectum autem non habere abſque hæreditatis aditione, præter quam in exceptis caſibus. Addendum eſt, videndum illud eſſe, ne teſtamentum patris ruptum, aut infirmatum ſit. Nam dicendum eſt generaliter, Quoties teſtamentum patris in ea cauſa eſt, vt non habeat effectum, tunc ſubſtitutionem pupillarem euaneſcere, ſi id ex iure ciuili proficiſcatur, vt poſtea dicemus. Ideo ſi aliquo modo infirmatum ſit teſtamentum, aut ruptum, non valet pupillaris ſubſtitutio. Id autem accidere poteſt facto alio teſtamento. Si pater ſibi teſtamentum fecerit & filio ſimul, deinde ſibi fecerit aliud teſtamentum, certum eſt poſteriore teſtamento prius rumpi: & rupto priore teſtamento, non poteſt conſiſtere teſtamentum filii. hoc expreſſum eſt in leg. 14. al. 16. ſi quis eum. §. ſi ſuo teſtamento perfecto. ff. hic. Explicanda eſt hæc ſpecies, quæ videtur aliquid difficultatis habere, præſertim in poſtremis verbis. Ex eo quod diximus poſteriore teſtamento prius rumpi: quæritur, Pater ſibi fecit teſtamentum ſolenniter: alia hora fecit teſtamentum filio ſuo, an valeat teſtamentum hoc quod poſterius factum eſt? Videtur ſi ſubtilitatem ſequamur, non valere: quaſi ruptum ſit teſtamentum paternum hoc poſteriore teſtamento. Sed Iuriſconſultus ait non rumpi, & ratum patris teſtamentum manere. quia teſtamentum filii quod poſtea factum eſt, eſt velut appendix paterni teſtamenti: ſi ſibi fecit & filio teſtamentum, & poſtea ſibi fecit rumpitur teſtamentum paternum & pupillare. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. poſt legatum. 5. §. qui principale. ff. de his qui. vt indig. Cum quis accuſat teſtamentum principale, repellitur etiam ab eo quod legatum eſt ſecundis tabulis: quia cum principale teſtamentum accuſat, etiam acceſſorium accuſat. Sed contra, qui accuſat acceſſorium non repellitur ab eo, quod relictum eſt principali teſtamento. Nam principale, ſine pupillari teſtamento poteſt conſiſtere. Variæ ſunt huius loci interpretationes. Vulgo creditur obſcurus eſſe: ſed quomodo accipiendus ſit, diximus ſatis ad l. Gallus. ff. de liber. & poſthum. Cum dicimus poſteriore teſtamento rumpi prius, id verum eſt ſi poſterius teſtamentum iure factum ſit. ideoque ſi in poſteriore teſtamento filius præteritus ſit, non rumpitur prius teſtamentum. l. 7. ſi filius eius qui in poteſtate. ff. de lib. & poſthum. Id ego docui in interpretatione d. leg. Gallus. cum teſtator ita inſtituit, *Si filius meus, viuo me, morietur, Titius hæres eſto.* His verbis non videtur inſtitutio filii contineri, quamuis multi diſſentiant. Vulgus interpretum cenſet, illis verbis inſtitutum videri filium, *Si viuo me.* Sed certe hic non inſtituitur filius, nec exhæredatur, ſed præteritus eſt. ergo non rumpitur prius teſtamentum. Ego docui in formula Galli, præcedere debere filii inſtitutionem, & in ea omiſſam eſſe filii inſtitutionem: quia nulla erat de ea quæſtio, ſed de ratione inſtituendi poſthumi nepotis. Aliud exemplum eſt in querela inofficioſi teſtamenti. l. Papinianus. 8. §. ſed nec impuberis. ff de inofficioſo teſtamento. Si teſtamentum ruptum ſit per querelam inofficioſi, quaſi contra officium pietatis, filius indigne exhæredatus ſit à patre ſuo, ipſo iure teſtamentum rumpitur. d. leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. Rupto eo teſtamento, pupillare quoque teſtamentum euaneſcit. *Sufficit autem pro parte valere teſtamentum, pro parte adiri hæreditatem, vt valeat pupillaris ſubſtitutio.* Atque ita diſtinguitur in dict. §. ſed nec impuberis. Huic ſententiæ opponitur lex, ex duob. 32. §. vltim. & l. & ſi contra. 33. ff. hoc titul. filius emancipatus qui præteritus eſt à patre ſuo, alio hærede inſtituto, bonorum poſſeſſionem petiit à Prætore. ea bonorum poſſeſſione accepta, reſciſſum eſt teſtamentum. ait tamen ibi Iuriſconſul. Africanus ſubſtitutionem pupillarem valere. Hic rumpitur teſtamentum paternum: & tamen Iureconſultus ait ſubſtitutionem pupillarem valere. quod maxime contrarium eſt iis, quæ iam à nobis dicta ſunt. Sed alia cauſa eſt bonorum poſſeſſionis, quæ iuris tantum prætorii eſt: nec facit vt quis deſinat hæres eſſe. In ſuperioribus exemplis teſtamentum rumpitur ipſo iure, non auxilio Prætoris extraordinario. vt in d. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. hic non rumpitur teſtamentum ipſo iure propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas: nec hæres inſtitutus in teſtamento paterno, deſinit hæres eſſe ipſo iure. Prætor non facit hæredem: nec facit vt is deſinat hæres eſſe, qui hæres eſt iure ciuili. §. quos autem. de bonor. poſſeſſ. in Inſtit. Qui hæres eſt ex iure ciuili, certe fieri non poteſt auctoritate prætoris, vt hæres eſſe deſinat. Nunquam fuit ea Prætoris auctoritas vt quod alicui legibus conceſſum eſt, id adimere ei poſſet. Itaque bonorum poſſeſſio, ſucceſſio Prætoria dicitur, non hæreditas. Hactenus de his, quæ neceſſaria ſunt in ſubſtitutione pupillari, cum quæritur an valeat, necne: nunc de eius effectu.

Cap. XV.

De effectu pupillaris ſubſtitutionis.

HÆc ſubſtitutio pupillaris ſimilem effectum habet ſubſtitutioni vulgari, de qua prius diximus. Nam exiſtente conditione ſubſtitutionis, admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem pupilli: ea conditione non exiſtente, non admittitur. Hæc ſubſtitutio fit ſub conditione, ſicut & vulgaris ſubſtitutio. Non poteſt enim aliter fieri, niſi ſub conditione aut expreſſa, aut ſaltem tacita. Cum igitur ſub conditione vocetur ad hæreditatem, conſequens eſt, exiſtente con-

ditione

diſione, eum admitti ad hæreditatem: conditione autem deficiente, eundem repelli. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur de interpretatione conditionis. Hæ fere quæſtiones in facto & coniectura voluntatis conſiſtunt, in quibus quæritur, quid teſtator ſenſerit. Et animaduertendum eſt id, quod ſupra diximus, varias conditiones adſcribi ſolere huic ſubſtitutioni. Concipitur aliquando generaliter his verbis, *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto. Si impubes filius meus deceſſerit, &c.* vel ſpecialiter, *Si impubes filius meus deceſſerit, Titius hæres eſto.* §. ſubſtituitur. de pupil. ſubſtit. in Inſti. Sed de generali conceptione in primis videndum eſt. Cum generaliter concipitur ſubſtitutio pupillaris, hoc modo, *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto.* Videndum eſt quæ ſit poteſtas horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit.* Iureconſulti noſtri interpretantur hæc verba, ex teſtamento meo. l. qui liberis, 8. §. hæc verba. hic. ff. & d. §. ſubſtituitur. Hic reſtringitur ſignificatio verbi, propter coniecturam voluntatis teſtatoris. Nam alias appellatione hæredis continetur non tantum hæres ex teſtamento, ſed etiam ab inteſtato. Sed cum teſtator ſibi hæredem inſtituit teſtamento ſuo, & his verbis vtitur, *Quisquis mihi hæres erit,* ſatis perſpicuum eſt eum intelligere de hærede, qui futurus eſt hæres ex teſtamento, non ab inteſtato: ſicut diximus ſupra, ex l. 3. C. de impub. & aliis ſubſt. Hoc eſt intelligendum, vt ego dixi, cum quis hæredem ſibi inſtituit teſtamento: deinde his verbis vtitur. Nam alias appellatione hæredis continetur hæres ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. exemplum eſt in leg 3. ff. de iure codicillorum. Veluti de eo, qui codicillos tantum facit. Quidam facit codicillos ſine hæredis inſtitutione. Codicillis fideicommiſſum dat hoc modo, *Quisquis mihi hæres erit, eius fidei committo.* hæc verba, *Quisquis mihi hæres erit*, neceſſe eſt vt intelligantur de his, qui futuri ſunt hæredes ab inteſtato: non autem ex teſtamento. Sic varie accipitur hoc verbum: ſecundum enim materiam ſubiectam, modo reſtringitur eius ſignificatio, modo etiam extenditur. Hinc quæritur, an his, qui ex ſubſtitutione hæres extitit patri, admittatur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, propter hæc verba, *Quisquis mihi hæres erit.* Et dicendum eſt, nihil omnino referre, an quis patri extiterit hæres ex teſtamento paterno ex primo gradu, an ſecundo. Sed tamen videndum eſt, an admittatur ad hæreditatem patris ex iudicio teſtatoris, vt hic dicitur in d. §. hæc verba. Paulò poſt: ibi, *Partes quoque, &c.* Sufficit aliquem ex iudicio certo teſtatoris venire ad hæreditatem patris, vt his verbis admittatur ad hæreditatem filii, *Quisquis mihi hæres erit.* Extat hac de re ſpecies in l. ex duobus impuberibus. 32. §. filium. ff. hoc tit. Species minime obſcura eſt. Quidam inſtituit filium ſuum hæredem, & Titium: Titio ſubſtituit Mæuium: filio ſubſtituit his verbis, *Quisquis mihi hæres erit.* Titius qui inſtitutus erat in primo gradu, repudiauit hæreditatem: & Mæuius ſubſtitutus venit ad hæreditatem ex ſubſtitutione: mortuo filio, admittetur etiam ad hæreditatem pupilli. Nam venit ex teſtamento, ex certa, expreſſaque teſtatoris voluntate ad hæreditatem. Sed quid ſi deſierit poſtea hæres eſſe? Ponamus eum adiiſſe hæreditatem patris: ſed ablata eſt ei hæreditas, ſicut variis ex cauſis deſinit hæres eſſe, qui inſcriptus hæres fuit, quæritur an is, qui hæres eſſe deſiit, admittatur ad ſucceſſionem pupilli, propter hæc verba, *Quisquis mihi hæres erit?* Et dicendum eſt, ſufficere vt admittatur ad hæreditatem pupilli, eum ſemel extitiſſe hæredem teſtatori, etiam ſi forte poſtea deſierit hæres eſſe. Extant hac de re duo exempla præcipua ſub hoc ti. ff. Vnum eſt in l. 29. vel 31. in ſubſtitutione filio ita facta. Quidam hæres inſtitutus eſt paterno teſtamento: hæreditatem adiit ex teſtamento paterno: deinde mota eſt querela inofficioſi pro parte. Ait Iuriſcon. pro parte: quia ſi omnino ruptum eſſet teſtamentum per querelam inofficioſi, ſubſtitutio pupillaris non valeret, vt iam diximus. d. l. Papinianus. §. ſi ex cauſa. ff. de inof. teſta. Pro qua parte fuerat inſtitutus, ruptum eſt teſtamentum, is nihilominus eſt futurus hæres pupillo. Nam verum eſt eum hæredem fuiſſe teſtatori, quamuis deſierit hæres eſſe. Sic interpretatur Iulianus hæc verba teſtatoris, quæ ambigua ſunt propter coniecturam voluntatis. Ambigua procul dubio eſt hæc oratio, *Quisquis mihi hæres erit.* Poteſt enim intelligi, *Quisquis mihi hæres erit quandoque erit*, quaſi velit teſtator, Quandocunque quis ſit ei hæres, etiam ſi hæres non ſit tempore mortis pupilli, vt admittatur ad hæreditatem pupilli. Et forte hoc ſenſit teſtator, *Quisquis mihi hæres erit,* ita vt perpetuo hæres ſit. Et hoc ſcriptum eſt à Iuliano. Ad explicandam hanc quæſtionem ſumptum eſt hoc caput ex libro ſingular. Iulian. de ambig. Et hoc exemplo edocemur quomodo ſit explicanda ambiguitas, quæ reperitur in oratione. Et hic locus fuit explicatus à nobis ſub tit. de legibus. Sic igitur interpretatur Iuriſconſultus hæc verba ambigua teſtatoris, *Quisquis mihi hæres erit*, quatenus teſtator ita ſenſerit: vt quandocunque fuerit hæres, licet forte poſtea deſierit hæres eſſe, is admittatur ad hæreditatem pupilli, pupillo decedente impubere. Vtilitas exigit vt ita interpretemur: vt ſcilicet teſtamentum pupillare potius valeat, quam non valeat. Cum ambigua ſit oratio teſtatoris, in dubio nos amplectemur eam interpretationem, per quam ſit vt ſaluum maneat teſtamentum pupillare, vtque ſubſtitutus pupillo admittatur ad eius hæreditatem. Hinc ſolet tractari quæſtio, an ſufficiat ſemel extitiſſe conditionem? Pertinet hæc quæſtio ad locum de implemento conditionis. de quo in l. ſi hæredem. C. de inſtit. & ſubſtit. ſub cond. fact. Inſtituit aliquis puellam hæredem, ſi nupta erit. ea nupta fuit: ſed deſiit nupta eſſe. Nos de hoc dicemus ſub ti. de cond. inſtit. Sequitur in d. l. in ſubſtitutione, in ſequenti ſpecie. Vbi hæc verba, *Si hæres non erit*, aliter accipiuntur & referuntur ad impuberis mortem: in ſuperiori ſpecie ad tempus mortis non referuntur: ſed accipiuntur quandocunque hæres erit. Sed cur Iuriſprudentes ita interpretati ſunt, vt hic dicitur? Ecce in hac ſecunda ſpecie, interpretatio diuerſa accipitur: ſed propter eandem rationem, ſcilicet propter conſeruationem teſtamenti pupillaris. In ſuperiori ſpecie hæc verba, *Quisquis mihi hæres erit*, ſic accipimus, *Quisquis mihi quandocunque hæres erit*, propter conſeruationem teſtamenti pupillaris. propter eandem rationem, nos ita hæc verba accipimus, vt referantur ad mortem impuberis. *Neque mihi Gaius filius hæres erit:* quia forte fuerit factus incapax hæreditatis, tempore mortis impuberis. Eſtque alia coniectura. Nam creditur teſtator voluiſſe ſeruare ius legitimarum ſucceſſionum inter filios ſuos. Ergo etſi aliter fuerit factus incapax, admittetur ſubſtitutus. Aliud exemplum continetur in l. ex facto. 43. §. Iulianus. alias Iulius Longinus. *Quisquis mihi hæres erit*, ita ſubſtituit filiis ſuis teſtator. Quidam adiit patris hæreditatem ex teſtamento, ablata eſt ei hæreditas à fiſco, quia tacite fidem ſuam accommodauerat, vt reſtitueret eam hæreditatem incapaci. ff. de his quibus vt indignis, &c. Hic quæritur an admittetur ad hæreditatem pupilli? Quæſtio pendet ex interpretatione horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit*, hic hæreditatem quidem teſtatoris adiit: ſed deſiit hæres eſſe, quia ablata eſt ei hæreditas. Sed hæc verba nos plenius interpretamur, vt admittatur ad hæreditatem pupillarem, ſufficit quandoque eum extitiſſe hæredem etiamſi deſierit hæres eſſe. Sed obiicitur lex, ſi totam. 83. ff. de acquirend. hæred. de qua diximus ſup. ſub titul. de hæred. inſtitu. differentes de iure accreſcendi. Si rogatus ſit tacite vt reſtitueret hæreditatem non capaci, & fiſcus ademerit ei hæreditatem, tanquam indigno: ob eam cauſam ei portio deficiens non accreſcet, quaſi hæres eſſe non videatur, à quo adempta eſt hæreditas. Sed ego dixi in diſputatione de iure accreſcendi, cur hoc fiat. Natura iuris accreſcendi eſt vt portio portioni accreſcat, non perſonæ. leg. Si Titio. ff. de vſufruct. accreſcen. Inſpicimus enim quis rem habeat cum quæritur an ei portio deficiens accreſcat, an non accreſcat. Non quæritur autem an hæres ſit: ſed an rem habeat. Ergo ſi ei ablata ſit hæreditas vt indigno, portio deficiens non accreſcet. Non inſpicimus an rem habeat, an non habeat: ſed inſpicimus an hæres dici poſſit, an non. In ſumma dicendum eſt, quoties quis venit ad hæreditatem teſtatoris, ex certo iudicio teſtatoris, ex certa & expreſſa eius voluntate, his verbis admittitur ad hæreditatem pupillarem, etiam ſi ablata ei ſit poſtea hæreditas: etiam ſi deſierit hæres eſſe. Vnde Iuriſconſultus in leg. quibus liberis. 8. §. hæc verba. ff. hoc titul. ait, dominum, aut patrem his verbis non admitti ad hæreditatem pupilli, ſi filiusfamilias, vel ſeruus inſtitutus ſit, & his verbis ſubſtitutus. Sed cur non admittitur pater

ad hæreditatem pupilli? Hæreditas enim ei acquiritur, adeo vt ne momento quidem reſideat in perſona filii, l. placet. 78. ff. de acquir. hæred. Ego dixi accipienda eſſe hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, ex certa & expreſſa voluntate teſtatoris. Pater quidem admittitur ad hæreditatem propter perſonam filii, per quem acquiritur: & dominus propter perſonam ſerui: ſed non venit ad hæreditatem ex certo iudicio teſtatoris. credibile eſt enim teſtatorem potius ſenſiſſe de ſeruo & filio. Qui inſtituit ſeruum, videtur ipſius ſerui rationem habere: non autem domini. Si domini habuiſſet rationem, atque ſeruum inſtituiſſet propter dominum teſtator, nihil facilius fuiſſet ei quam inſtituere dominum hæredem: ſed rationem habet ſerui, non domini, forte quia ſperat fore vt manumittatur à domino ſuo, ideo eum inſtituit.

Quæſitum eſt in ſuperioribus locis quomodo accipienda ſint hæc verba in ſubſtitutione pupillari, *Quiſquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres eſto.* Diximus his verbis ſubſtitutos videri, qui ſcripti ſunt à teſtatore, qui certo & expreſſo iudicio teſtatoris, ad eius hæreditatem vocantur. Non enim quiſquis hæres eſt teſtatori, quacunque ex cauſa is admittitur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, vt dicitur in l. qui liberis. 8. ff. hoc titul. Vnde dicitur in ea lege, ſi hæres inſtitutus ſit filius, qui eſt in patris poteſtate: aut ſeruus, qui eſt in poteſtate domini: ita vt quæſita ſit hæreditas patri, aut domino per filium, vel ſeruum, tamen neque dominus, neque pater admittetur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione. Pater enim & dominus ad hæreditatem teſtatoris veniunt non ex certo iudicio, expreſſaque voluntate teſtatoris: ſed magis ex iuris diſpoſitione, quia hæreditas expreſſim delata eſt filio, aut ſeruo, vt hæreditas acquiratur domino, vel patri, quamuis vt his acquiratur qualis qualis ſit coniectura voluntatis, quam neceſſe eſt lege adiuuari. Cum ergo ex certa voluntate teſtatoris non admittatur ad hæreditatem pater, vel dominus, conſequens eſt eos non admitti ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione. Idem dicitur in l. 3. hic. ff. Sed pone filiumfamilias inſtitutum eſſe hæredem aut ſeruum, quis admittetur in hac ſpecie ad hæreditatem pupilli propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit?* Ego dico ad hæreditatem pupilli ipſum filiumfamilias, qui inſtitutus eſt, aut ſeruum admitti. Acquiret enim hæreditatem, ſi adhuc ſit in patris poteſtate, patri ſuo: atque ita ſuccedet per filium pater, ſi forte emancipatus ſit acquiret ſibi. Idem ſi ſeruus ſit manumiſſus, ſi alienatus ſit, acquiret nouo domino. Si vero ſeruus adhuc manſerit in poteſtate eius, tunc ex ſubſtitutione dominus effici poterit hæres. Nam acquiretur hæreditas pupilli ſeruo ex ſubſtitutione, & per ſeruum domino. Ratio eſt. Nam credibile eſt teſtatorem potius de his ſenſiſſe, quos ſcripſit hæredes, quam de patre, vel domino. Non eſt credendum niſi id oſtendatur, hanc inſtitutionem fieri reſpectu patris, vel domini. Si quis dicat, Fieri poteſt vt patris, vel domini habeatur ratio in hac inſtitutione: hoc non eſt credendum. Alioqui ſi vellet teſtator hæreditatem ſuam ad dominum, vel patrem peruenire, fruſtra inſtitueretur ſeruus hæres, vel filiusfamilias. Sed ideo creditur teſtator inſtituiſſe filiumfamilias, vel ſeruum hæredem: quia ſperat vt is manumittatur ſeruus à domino, vel emancipetur à patre filius, atque ita ſibi acquirat hæreditatem, vel vt adeundo hæreditatem, hoc officio magis ſibi deuinciat patrem filius, vel dominum ſeruus: nam nemo poteſt cogi adire hæreditatem. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. qui hæredi. 43. ff. de cond. & demon. Sed hic occurrit difficultas ex leg. ſi paterfamilias. 59. ff. de hære. inſtit. de qua diximus ſupra in diſputatione de ſubſtitutione vulgari. In ea lege, cum teſtator ſubſtituens vulgari modo his verbis vtitur, *Si Stichus hæres non erit*: hoc verbum hæres, de patre, vel domino intelligitur, perinde, ac ſi teſtator ita dixiſſet, *Si Stichus hæres non erit: aut patrem, vel dominum ſuum hæredem nō fecerit*: ita vt ſi patri, vel domino acquiſita ſit hæreditas per ſeruum, vel filium, excludatur ſubſtitutus propter hæc verba, *Si hæres non erit.* Si hæc verba, *Si hæres non erit*, intelliguntur de patre, vel de domino in ſubſtitutione vulgari, cur non ita accipiuntur in ſubſtitutione pupillari? Videtur quidem interpretatio huius verbi diuerſa eſſe in ſubſtitutione vulgari & pupillari. ſed ſi recte hæc verba expendantur, vtrobique videbitur eadem interpretatio eſſe. Ecce in ſubſtitutione vulgari cum teſtator his verbis vtitur, *Si Stichus hæres non erit*, exiſtente patre hærede per filium, vel domino per ſeruum, excluditur ſubſtitutus, quia conditio eſt negatiua. Sic etiam in hac ſubſtitutione pupillari, cum teſtator his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæres erit*, non exiſtente patre per filium hærede, vel domino per ſeruum, exiſtit conditio ſubſtitutionis, & fit locus ſubſtituto hærede exiſtente patre, vel domino, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, cum hæreditas acquiritur per filium patri, vel domino per ſeruum: nam conditio affirmatiua eſt hic. videtis non eſſe ius diuerſum. Sed quæſtio eſt, cum certum ſit locum eſſe ſubſtitutioni, propter hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*: cum quæſita eſt hæreditas patri per filium, quis admitti debeat ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari, an pater, an filius? Dubitatio ex eo naſcitur, quod etſi filius ſit ſcriptus hæres à teſtatore: tamen effectu hæres eſt pater. Sed hic Iureconſultus ait propter coniecturam voluntatis teſtatoris, de qua iam diximus, priorem eſſe filii cauſam, nec acquiri hæreditatem pupilli patri, niſi per filium, ſi forte filius adhuc ſit in eius poteſtate, & adeat. Sequitur in d. l. qui liberis. §. hæc verba, &c. ibi, *Sed neque hæredis.* Quod dictum eſt de patre & domino, ait Iureconſultus idem eſſe in hærede hæredis. his enim verbis, *Quiſquis mihi hæres erit*, non continetur hæres hæredis. Continetur is tantum qui hæres ſcriptus eſt teſtamento paterno, primiſque tabulis. Hæres hæredis non admittitur ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione, propter hæc verba. Quamuis alias lata ſit ſignificatio huius verbi hæres, vt appellatione hæredis contineatur quiuis ſucceſſor. l. in annalibus. 22. C. de legat. & l. ſciendum. 70. ff. de verbor. ſign. & l. vlt. ff. de hæred. inſtit. Sed cur non continetur hæres hæredis his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit?* Ratio eſt ex cōiectura voluntatis teſtatoris. Hæc ratio videtur facile colligi poſſe ex verbis Iureconſulti in d. leg. ſciendum. ff. de verbor. ſignif. vbi Iureconſultus hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit*, explicat, & ait his verbis, hæredem hæredis non contineri: quia incertus eſt. nec vero credendum eſt teſtatorem ſenſiſſe de incerta perſona, & eum voluiſſe inſtituere eam quæ incerta eſt, cum certa ſit illa ad quam inſtitutionis verba referri poſſint. Obiecerit forte quiſpiam, quod à nobis dictum fuit de eo qui ſucceſſit patri teſtatori ex ſubſtitutione vulgari. ex leg. ex duobus. 32. §. filium. ff. de vulg. Diximus enim nihil referre an quis exiſtat hæres teſtatori ex inſtitutione, an ex ſubſtitutione: certum eſt autem hæredem hæredis non eſſe eum, qui ſuccedit ex ſubſtitutione. Cum dicimus eum, qui ſcriptus eſt à teſtatore admitti his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit*, generaliter accipiendum eſt ſiue ſit inſtitutus in primo, ſiue in ſecundo gradu. ſufficit enim ex certo iudicio teſtatoris eum vocari ad hæreditatem. Hinc naſcitur quæſtio in l. paterfamilias. hic. 46. ff. Paterfamilias inſtituit ſibi poſthumum hæredem in primis tabulis hoc modo, *Qui naſcetur ex vxore mea, is mihi hæres eſto*: ſecundis tabulis ſubſtituit in vtrunque caſum hoc modo, *Si poſthumus, quem inſtitui hæres mihi non erit, aut intra pubertatem deceſſerit, Caius frater meus hæres eſto.* deinde adiecit, *Si Caius frater meus hæres non erit, Titius hæres eſto.* hæc eſt ſubſtitutio vulgaris. ſubſtituit enim vulgari modo, *Titiū fratri ſuo*, deinde adiecit, *Si extiterit hæres Caiꝰ frater meus, fidei eius cōmitto vt reſtituat partē hæreditatis, vel totam hæreditatem Titio.* In omnem euentum proſpexit Titio. Hoc teſtamentum ita factum eſt. Videndum eſt quid poſt teſtamentum acciderit. Natus eſt poſthumus, adiit hæreditatem patris, ſed deceſſit intra pubertatem. Itaque locus eſt ſubſtitutioni pupillari. nec dubium eſt quin admittatur Caius frater teſtatoris ex ſubſtitutione. Quæritur an fideicommiſſum debeatur Titio à Caio fratre? Quæſtio pendet ex interpretatione verborum quibus teſtator vſus eſt. Teſtator dixit, *Si hæres mihi erit.* Fideicommiſſum non deberi Titio videtur: quia relictum eſt ſub hac conditione, *Si Caius extiterit hæres teſtatori.* hic autem non extitit hæres teſtatori, ſed pupillo. Nam vt poſtea dicemus, per pupillarem ſubſtitutionem ſucceditur pupillo, non teſtatori: per vulgarem ſuccedituṙ teſtatori. Ergo non extitit conditio: & tamen hic ait iureconſultus deberi fideicommiſſum.

In verſic. *Nec aduerſari hæc verba, &c.* Reſpōdet obiectioni.

Verum

Verum eſt, Caium Seium hæredem extitiſſe teſtatori: quia extitit hæres pupillo. & pupillus extitit hæres teſtatori: quia propoſitum eſt pupillum adiiſſe hæreditatem teſtatoris. Hæreditas patris eſt coniuncta & mixta cum hæreditate pupilli, & hoc ſufficit ad implementum conditionis, vt fideicommiſſum debeatur his verbis relictum, *Si mihi hæres erit*. Sed repugnat quod diximus hæc verba non eſſe accipienda de hærede hæredis. Sed ideo admiſſa eſt hæc interpretatio, quia nititur iudicio teſtatoris. Nos diximus his verbis, *Si hæres erit, aut quiſquis hæres erit*, eum contineri, qui iudicio teſtatoris vocatur. At certum eſt Caium hunc admitti iudicio teſtatoris, nec dubium eſt iudicium teſtatoris in hac re, quamuis non immediate ſuccedat ei. Præterea certus eſt hic hæres. in l. qui liberis. ff. hic. certus non eſt hæres. Ergo propter incertitudinem non reiicietur hæc interpretatio. Sequitur aliorum verborum interpretatio, quibus vtitur teſtator. In hac ſubſtitutione pupillari diximus de vi horum verborum, *Quiſquis mihi hæres non erit*, de aliis verbis quæſtio eſt: puta, *Si impubes deceſſerit*. his verbis concipitur ſubſtitutio pupillaris, *Titius mihi hæres eſto: & ſi impubes deceſſerit, Sempronius hæres eſto*. Quæritur quomodo accipienda ſint hæc verba, *Si impubes deceſſerit*. Et certum eſt late hæc verba interpretanda eſſe, propter conſtitutionem D. Marci, cuius mentio eſt in l. 4. iam hoc iure. ff. hic. Teſtator, qui his verbis vtitur, *Si impubes deceſſerit filius*, quamuis alterum caſum nō expreſſerit: quamuis non adiecerit, *Si hæres non erit*, tamen his verbis intelligitur ille caſus contineri, perinde ac ſi expreſſus eſſet. Recepta eſt hæc verborum interpretatio, & confirmata auctoritate D. Marci imperatoris: cum ante tempora D. Marci controuerſia & contentio eſſet de ea re. non enim certa eſt teſtatoris voluntas in hac re. Is qui ad hæreditatem admittitur ob hanc tacitam vulgarem, quæ dicitur contineri ſub pupillari expreſſa, non poeſt dici venire ad hæreditatem teſtatoris ex certo eius iudicio. quod oſtendunt Modeſtini verba illa, *Iam hoc iure vtimur*, &c. Volens oſtendere hoc eſſe verum, argumentatur ab vſu & conſtitutione D. Marci. Et controuerſia fuit apud veteres in ſpecie non diſſimili, cum adhuc nullum ius certum eſſet. Mentio eſt huius controuerſiæ apud Ciceronem in multis locis in Bruto. & libro 1. de Oratore, in cauſa Curianorum. Scæuola ſcriptum defendebat, Craſſus voluntatem. Dicebat ſubſtitutum admittendum eſſe ex voluntate teſtatoris, quamuis is caſus expreſſus non eſſet à teſtatore: Scæuola contendebat ad alium caſum porrigendum non eſſe hoc ſcriptum teſtatoris, qui expreſſus non eſſet. Et ſatis probabilis fuit hæc Scæuolæ opinio, & valde conſentanea iis, quæ alibi dicuntur in leg. commodiſſime. de libe. & poſthum. ff. Craſſi ſententia quæ probabilibus rationibus nitebatur, confirmata eſt D. Marci conſtitutione. Sicut ergo cum teſtator ſubſtituit impuberi vulgari modo, *Si hæres non erit*, continetur alter caſus, *Si impubes deceſſerit*: ita etiam continetur primus caſus cum ſubſtituit teſtator pupillariter. Quidam tamen diſſentiunt. Polytus contendit ambigua eſſe hæc verba, *in alterum*, &c. & cum ambigua ſint, eam eſſe interpretationem, quæ conuenit aliis locis, veluti l. quamuis. C. eod. Sed non videntur mihi ambigua eſſe, ſed generalia, & ſignificare vtrunque in alterum, id eſt, in alterutrum. Et ſimile exemplum eſt in l. cum lege. ff. de teſta. ibi enim verb. inteſtabilis, vtrunque ſignificat, & qui teſtimonium dicere non poteſt, & qui non poteſt facere teſtamentum. Itaque ita accipimus legem, vt vtrunque caſum complectatur. Sed quæ ratio mouit D. Marcum, vt hanc opinionem probaret? Non enim hic aperta eſt teſtatoris voluntas, quam ſecutus videri poſſit D. Marcus in hac conſtitutione ſua. Ecce ego ſcio vtranque opinionem probabilibus argumentis & rationibus defendi poſſe: vt defenſa eſt olim à ſummis Iureconſultis & oratoribus: ſed opus fuit hanc opinionum varietatem dirimere aliqua conſtitutione, & ius certum conſtituere. Et cum paria ſint rationum momenta in aliqua: non magni refert plerunque vtrum certum conſtituatur, ne homines in captionem aliquam incidant, propter incertitudinem iuris. & vt dicam breui quod ſentio, probabile eſt experimentis comperiiſſe D. Marcum ſapientiſſimum hominem, qui dicitur philoſophus, hoc ad vtilitatem pertinere. Forte experiebatur homines propenſiores eſſe in ſententiam illam Craſſi, quæ ſententiam tuetur & voluntatem: & negligere ſolitos in teſtamentis alterum caſum exprimere. ideoque forte adductus eſt vt hoc conſtitueret, nec id mirum eſt. Simile exemplum eſt in l. 2. C. vt in poſſ. leg. vel fideicommiſſ. vbi ſtatim in principio ſic ait, Ipſis rerum experimentis cognouimus ad publicam vtilitatem pertinere vt ſatisdationes, quæ voluntatis defunctorum tuendæ gratia in legatis & fideicommiſſis inductæ ſunt, eorundem voluntate remitti poſſint, &c. Nec vero omnium, quæ ſunt conſtituta à veteribus, ratio reddi poteſt. l. non omnium. ff. de legibus. Alia quæſtio eſt pertinens ad aliorum verborum interpretationem, quibus teſtator vtitur in hac ſubſtitutione pupillari. in leg. 34. ex duobus. in prin. ff. hoc titul. cum teſtator his verbis vtitur, vter eorum ſupremus morietur. Quidam ſubſtituit duobus impuberibus filiis hoc modo, *Vter eorum ſupremus morietur, ei Titium ſubſtituo*, Si non eodem tempore moriantur, res expedita eſt & clara: ſed ſi ſimul moriantur, magna dubitatio eſt. Perierunt forte ambo ſimul in naue, vt expreſſum eſt in l. qui duos. 10. ff. de rebus dubiis, quæ addenda eſt ad hanc l. ex duobus. vbi plenior & diffuſior eſt hac de re diſputatio. Quæritur an ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem, & ad vtrius hæreditatem admittendus ſit? Hic Iureconſultus ait vtrique eum hæredem fore, quamuis id non videatur pati verborum proprietas & ſignificatio. Supremus enim videtur dici reſpectu eius, qui antecedit. ratio artis Grammaticæ hoc ſuadet. Si ambo igitur ſimul perierint, quomodo poteſt dici alter eorum ſupremus deceſſiſſe? Si non poſſit alter dici ſupremus deceſſiſſe, non videtur exiſtere conditio. Sed tamen ait Iuriſconſultus eum admitti, & probant hanc ſententiam, vſu receptum eſt, & conſuetudine loquendi, quæ magis ſpectanda eſt, quam ratio artis Grammaticæ: vt ſupremus, &c. Sic interpretati ſunt veteres leges 12. tabularum, vt dicitur in leg. 161. in vulgari ſubſtitutione. & l. 92. proximus. ff. de ver. ſign. Agnatum ita veteres interpretati ſunt, proximum agnatum, etiam ſi ſolus eſſet. etſi proximus dicatur reſpectu alterius, qui remotior eſt: tamen hoc ita obtinuit vſus, qui maxime ſpectandus eſt. l. Labeo. ff. de ſupell. leg. Sed quæritur, quid ſi non ſimul perierint: ſed incertum ſit vter prior perierit? poteſt enim ſic accidere. Breuiter idem dicendum eſt. & ne quis putet eſſe commentum, aut gloſſam alicuius interpretis, hoc expreſſum eſt l. 11. qui ex liberis, in princi. ff. de bon. poſſ. ſecundum tabul. quæ poteſt addi ad hanc l. ex duobus. quaſi acceſſio quædam. Sed obſtat l. 34. eum, qui. ff. ad Senatuſconſ. Trebelliani. in aliis libris incipit, ſi eius, qui. Eſt hæc valde difficilis antinomia. Quidam duos filios hæredes inſtituit, & iuſſit ei, qui nouiſſimus mortuus fuerat, reſtituere ſuam hæreditatem cuidam propinquo. Quæritur ſi ſimul perierint, an ſit reſtituenda hæreditas? Ait Iureconſultus reſtituendam non eſſe, ſi propinquus non oſtenderit quis nouiſſimus mortuus eſſet. Vultque eum cogi ad probandum quis eorum nouiſſimus deceſſerit: adeo vt ſi non probet, non admittatur propinquus, ſed mater ex Senatuſconſul. Tertul. ad vtriuſque hæreditatem. Diuerſæ ſunt hæ ſpecies. Nam vna lex loquitur de ſubſtitutione fideicommiſſaria, altera de directa ſubſtitutione, deque ſubſtitutione hæredis. Sed ratio vtriuſque cognita non eſt. Si expendamus paulò diligentius & accuratius has ſpecies, apparebit magna diſſimilitudo, & ratio diuerſitatis in vtraque ſpecie. In hac ſpecie, quæ pertinet ad ſubſtitutionem directam, in primis ſpectatur vſus & conſuetudo loquendi: ſed præter conſuetudinem loquendi ſpectatur coniectura voluntatis, cum pater duobus filiis impuberibus ſubſtituit, *Vter eorum deceſſerit impubes ſupremus*, vtrique videtur ſubſtituere, etſi contingat eos ſimul decedere. Non autem alterum eorum ſupremum mori. Vnde oriatur hæc coniectura voluntatis, ſic oſtendo neceſſario. Primi morientis hæreditas peruenit ad eum, qui nouiſſimus morietur. Minor eſt, qui non poteſt teſtamentum facere, nec alium hæredem inſtituere: ſi deceſſerit impubes ante fratrem ſuum, neceſſe eſt vt hæreditas eius perueniat ad fratrem ſuum: ſuccedit ei frater ab inteſtato, in fideicommiſſaria idem dici non poteſt: quia fideicommiſſaria fit etiam maiori in d. l. ſi eius, qui. Iuriſcon. non loquitur de minore. inſtituit teſtator filios ſuos hæredes, & fideicom-

miſſum ab eis reliquit: poteſt fideicommiſſum relinqui ab eo, qui maior eſt, maior autem poteſt alium facere hæredem. Vnde ceſſat coniectura voluntatis.

Cœpta eſt diſputatio de interpretatione verborum, quibus teſtatores vtuntur in ſubſtitutione pupillari: veluti, *Quiſquis mihi hæres erit*: aut, *Si filius meus impubes deceſſerit*. Tractatæ ſunt variæ quæſtiones ad eum locum pertinentes. Sequitur alia. Aliqua quæſtio eſt in l. cum quidam. C. de impub. & aliis ſubſtit. Quidam inſtituit duos filios ſuos impuberes, & ita eis ſubſtituit, *Si vterq; impubes deceſſerit, Titius hæres eſto*. alter deceſſit impubes, ſupereſt adhuc vnus ſuperſtes. ſubſtitutus vult admitti ad hæreditatem eius, qui iam deceſſit. Quæritur an admitti debeat? Iuſtinianus ait diſſenſionem fuiſſe de hac re inter veteres Iureconſultos, & tandem probat Sabini opinionem exiſtimantis ſubſtitutum non admitti, niſi vterque deceſſerit. Vult igitur Iuſtinianus, ſecundum Sabini ſententiam ſubſtitutum ita demum ad hæreditatem admitti, ſi vterque deceſſerit, non ſi alter tantum. Hoc ſuadet verbi proprietas. Dictio enim, vterque, vim collectiui habet, vt Priſcianus ait, diciturque nomen collectiuum. Vnde cum ait teſtator, *Cum vterque deceſſerit*, altero tantum decedente impubere, non admittitur ſubſtitutus. Multum enim intereſt, an teſtator ita dixerit, *Si vterque impubes deceſſerit*: an vero ita, *Si alter impubes deceſſerit*. Sed cum ſit hæc verbi proprietas, mirum forte videri poteſt quibuſdam, quod de eo fuerit tanta contentio inter veteres Iureconſultos. Sed videtur hæc cauſa huius dubitationis & diſſenſionis fuiſſe: quia ab hac ſignificatione plerunque recedimus propter voluntatis coniecturam. Nec deſunt exempla ſimilia in aliis locis, veluti in l. falſa demonſtratio. 32. §. vlt. ff. de condi. & demonſt. Lego Stichum & Pamphilum, ſi mei erunt cum moriar: vno exiſtente in patrimonio teſtatoris tempore mortis eius, legatum debetur. & perinde accipiuntur hæc verba, *Si mei erunt cum moriar*, ac ſi teſtator dixiſſet, *Stichum, ſi meus erit cum moriar, lego: Pamphilum, ſi meus erit cum moriar, do lego*. Hic ſermo pluralis, pro ſingularibus accipitur. Vnde videtur idem dicendum in hac ſpecie, cum teſtator ita dicit, *Si vterque deceſſerit*, vt perinde ſit ac ſi dixiſſet, *Filio meo impuberi, ſi impubes deceſſerit, Titius hæres eſto. Filio meo ſecundo impuberi, ſi impubes deceſſerit, Titius hæres eſto*. Sed viſum eſt probabi[illegible] æquitati conuenientius, verborum proprietatem hic ſequi, cum præſertim voluntatis coniectura adiuuetur, cum ſermonem pluralem dicimus accipi pro ſingularibus, & pro ſeparatis orationibus paululum recedimus à proprietate & ſignificatione verborum, propter voluntatis coniecturam: ſed cum voluntate hic concurrit voluntatis coniectura. Hoc oſtendit Iuſtinianus his verbis. Oſtendit enim Iuſtinianus cauſam non eſſe, cur recedamus à proprietate verbi, & hanc orationem coniunctam pro duabus orationibus ſeparatis non accipiamus. Credibile eſt enim patrem voluiſſe ius legitimarum ſucceſſionum conſeruare ab inteſtato inter filios ſuos, vt vno mortuo ante pubertatem, alter frater ei ſuccedat ab inteſtato: vtroque mortuo, ſubſtitutus admittatur. Charitas erga filios hoc ſuadet, ne alioqui videatur extraneum ſuis filiis antepoſuiſſe. Eodem pertinet quod dicitur ff. hoc titul. in leg. qui duos. 42. ibi, ambo mortui eſſent. Similis eſt ſpecies ſuperiori. Vult enim Iureconſultus, vt admittatur ſubſtitutus, oportere vtrunque iam deceſſiſſe, & vtroque mortuo ſuccedet vtrique effectu: quia reperit hæreditatem eius, qui prior deceſſit in hæreditate eius, qui nouiſſimus deceſſit: capit bona vtriuſque, eius qui prior deceſſit: delata eſt hæreditas ab inteſtato ſuperſtiti: factum eſt vnum atque idem patrimonium: itaque ſuccedendo ei qui nouiſſimus deceſſit, capit bona vtriuſque: quia bona prioris reperiuntur in hæreditate nouiſſimi. Sed hic occurrit antinomia difficilis ex l. hæredes mei. 57. §. cum ita. ff. ad ſenatuſc. Treb. Hypotheſis eſt. Teſtator inſtituit duos filios ſuos, poſtea dixit, *Fidei meorum filiorum committo, vt ſi quis eorum ſine liberis prior diem ſuum obierit, partem ſuam fratri ſuperſtiti reſtituat*. Deinde ſubiecit; *Quod ſi vterque ſine liberis diem ſuum obierit: omnẽ hæreditatem ad neptem meam Clodiam pertinere volo*. Hoc eſt teſtamentum: poſt hoc teſtamentum vnus ex his filiis deceſſit relicto vno filio: alter poſtea deceſſit ſine liberis: Quæritur an neptis ad hæreditatem admittenda ſit? Defuncto altero, videtur admittenda non eſſe neptis, propter verba fideicommiſſi, *Si vterque ſine liberis diem ſuum obierit, omnem hæreditatem ad neptem meam Clodiam pertinere volo*. In hac ſpecie non eſt verum vtrunque deceſſiſſe ſine liberis: alter tantum, puta nouiſſimus, deceſſit ſine liberis: prior vero deceſſit filio vno ſuperſtite. Ergo non videtur ex his, quæ diximus, hæc neptis admittenda eſſe ad hæreditatem. Et hoc Iureconſultus ait videri prima ſpecie propter conditionis verba. deinde ſubiungit, Sed cum in fideicommiſſis voluntatem ſpectari conueniat, &c. Vult igitur in hoc caſu admittendam eſſe neptem Clodiam ad hæreditatem. quamuis prima facie non videatur admittenda, propter hæc verba, *Si vterque*. Hic videtur Iureconſultus à proprietate huius verbi, vterque, recedere, & contra verbi proprietatem reſpondere in fauorem ſubſtituti, qui his verbis ſubſtitutus eſſe proponitur. Quid igitur dicemus? Dicendum eſt ſuperiorem ſententiam accipiendam eſſe: niſi appareat contraria voluntas teſtatoris, quæ ex coniecturis colligitur, vt in ſpecie d. l. hæredes mei. §. cum ita. Viſum eſt enim Iureconſulto in ea ſpecie, in qua de fideicommiſſo agitur, magis ſpectandam eſſe teſtatoris voluntatem, quam vim & proprietatem verborum. In fideicommiſſis maxime ſpectatur voluntas teſtatoris magis, quàm in inſtitutionibus hæredum & in legatis. l. 64. alias 66. cum proponebatur. ff. de leg. 2. Perinde igitur Iureconſultus accepit hæc verba, *Si vterque ſine liberis diem ſuum obierit*: ac ſi dixiſſet teſtator, *Si alter eorum nouiſſimus deceſſerit, omnem hæreditatem meam ad neptem pertinere volo*. Sed vnde colligitur hæc coniectura? Id Iureconſultus ſatis exprimit in dict. §. cum ita. ibi, *Sed cum in fideicommiſſis, &c.* vbi ait hanc coniecturam voluntatis teſtatoris eſſe. quia ſi voluit teſtator totam hæreditatem, id eſt, vtriuſque hæreditatem, & primi & ſecundi filii coniunctim (vtraque enim hæreditas eſt coniuncta & vnita vtroque moriente) ad neptem Clodiam pertinere. Abſurdum eſt eum noluiſſe vno liberorum moriente ſine liberis, ſaltem partem eius ad neptem non pertinere. Hic quodammodo argumentatur à toto ad partem. leg. quæ de tota. ff. de rei vindicatio. & leg. ſi duo. 50. ff. de adminiſt. tut. vbi eſt eadem ratio partis, quæ eſt totius. Auus teſtator voluit neptem habere omnia bona filiorum ſuorum & primi & ſecundi. *Si nouiſſimus fratris quoque portionem ſuſcepiſſet*, id eſt, ſi vno moriente, & hæreditate eius delata ab inteſtato alteri: deinde is alter mortuus ſit, in cuius hæreditate poſt mortem alterius hæreditas reperitur. Hoc certe caſu teſtator vult totum pertinere ad Clodiam neptem, vt ſi hoc contingat, totum conſequatur. Abſurdum eſt igitur ceſſante prima ſubſtitutione, nepti portionem denegari. Nam ſi poteſt in priore caſu totum capere, per conſequens eſt in hoc poſteriore caſu poſſe eam etiam capere partem. In hoc caſu bona prioris filii ad poſteriorem non deferuntur, quia rogatus eſt, *Si vterque ſine liberis decederet*. non deceſſit ſine liberis: ſed ſuperſtite filio. alienum autem eſſet à ratione, neptem non capere bona nouiſſimi, qui deceſſit ſine liberis. Sed obiici poteſt, eum qui aduerſarius eſt in hac cauſa Clodiæ nepti, nepotem quoque eſſe auo teſtatori, & pariter coniunctum eſſe teſtatori. Eſt enim filius eius, qui dicitur deceſſiſſe. In hoc caſu ille filius ſuperſtes æque coniunctus eſt auo teſtatori, ac neptis hæc Clodia, quæ vult ex ſubſtitutione admitti. Vnde videtur ex coniectura voluntatis non eſſe Clodia huic præferenda. Sed tametſi vterque æque coniunctus ſit auo teſtatori: tamen aliquid amplius habet hæc neptis, quia nominatim & expreſſe vocatur ad hæreditatem. Ille nepos ex filio iam mortuo, non fuit vocatus à teſtatore. Nos dicimus credibile eſſe voluiſſe eum conſeruare ius legitimarum hæreditatum ab inteſtato. Sed præter hanc coniecturam hæc neptis vocatur à teſtatore, & in hac ſpecie admonemur ſpectandam eſſe voluntatem, præſertim in fideicommiſſis, & propter voluntatem teſtatoris plerunque recedi à propria ſignificatione verborum. Idemque dicendum eſſe in aliis ſimilibus ſpeciebus, in quibus apparet eadem ratio, veluti propter affectum aliquem, &c. Quæri ſolet ſi teſtator his verbis vſus ſit, *Si filii mei deceſſerint impuberes, Sempronius hæres eſto*. an vno decedente impubere, ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem: an hunc quoque caſum dicemus

pertinere ad conſtitutionem Iuſtiniani: vt ſic accipiamus ac ſi teſtator dixiſſet, *Si impubes vterque deceſſerit?* Vulgo receptum eſt idem dicendum eſſe: nec ea ſententia mihi diſplicet propter voluntatis coniecturam. Sequendum eſt quod Iuſtinianus ait in d. l. cum quidam. verſic. nos eiuſdem Sabini, &c. hic enim ſermo pluralis eandem vim habet, quam illa oratio, *Si vterque deceſſerit.* vim collectiuam habet vtraque dictio. & licet ſermo pluralis reſoluatur plerunque in ſingularia, & pro ſeparatis orationibus accipiatur: in ea tamen re à ſignificatione verborum receditur. Sed quomodo hic recedimus à ſignificatione verborum? In primis coniectura voluntatis, quia credibile eſt teſtatorem voluiſſe conſeruare ius legitimarum hæreditatum ab inteſtato inter filios ſuos. l. 55. vel ſingulis. hic. ff. Nec credibile eſt eum voluiſſe extraneum præferre filiis ſuis. l. cum acutiſſimi. C. de fideicom. atque ita nihil obſtat huic ſententiæ, quod adiicitur ex dict. l. falſa. §. cum ita. ff. de condi. & demonſt. Illud etiam quæritur in hac ſpecie: an alter fratrum ſuccedat fratri ſuo ab inteſtato, an ex teſtamento? Apparet ex his quæ diximus eum ſuccedere ab inteſtato in d. l. vel ſingulis. hic. ff. cum ait Iureconſultus credibile eſſe teſtatorem voluiſſe conſeruare ius legitimarum hæreditatum ab inteſtato inter filios ſuos. Non enim ſic accipere debemus, quaſi alter alteri ſubſtitutus ſit, quaſi alter alteri ſuccedat ex teſtamento ex ſubſtitutione. Sed obiicitur l. Titia Seio teſteram. 87. §. Seia libertis. ff. de leg. 2. Illa lex de fideicommiſſo loquitur ibi, *Fideique eorum ita committo: &c. Eumque qui ex vobis vltimus deceſſerit, &c.* videtur eos ſubſtituiſſe inuicem in hoc fideicommiſſo. Ego iam dixi in fideicommiſſis magis ſpectari voluntatē teſtatoris, quam in inſtitutionibus hæredum, aut legatis. Vnde his verbis propter coniecturam voluntatis facile interpretantur Iureconſulti alterum alteri ſubſtitutum videri in fideicommiſſo, quod ideo non eſt producendum ad alias ſpecies. Hactenus de interpretatione verborum, quibus teſtatores vtuntur in ſubſtitutione pupillari: iam redeundum eſt ad propoſitum noſtrum. In initio huius d. ſputationis, cum quæreretur de effectu huius ſubſtitutionis pupillaris, diximus hunc eſſe præcipuum effectum, quod exiſtente conditione huius ſubſtitutionis, ſubſtitutus admittitur ad hæreditatem, ea non exiſtente repellitur ab hæreditate, videndum eſt quomodo hoc accipiendum ſit. Et in primis dicendum eſt ſubſtitutum admitti ad bona non teſtatoris: ſed impuberis cui ſubſtitutus eſt, vt Iuſtinianus ait in Inſtitut. tit. de pupil. ſubſtit. in princ. & hoc intereſt inter pupillarem & vulgarem ſubſtitutionem, quod per vulgarem ſuccedıtur teſtatori, per pupillarem ſuccedıtur pupillo. Subſtitutus pupillo, bona teſtatoris non capit, niſi primum effecta fuerint impuberis ante mortem. Eodem pertinet quod dicitur in l. ſed ſi plures ſint. 8. §. ad inſtitutos. Si quæ bona peruenerint à teſtatore ad impuberem, quæ impuberi quæſita ſint, ea capiet ſubſtitutus, quæ vero bona à teſtatore pupillo quæſita non ſunt, ea ſubſtitutus non capit. Capit etiam ea bona, quæ aliunde obuenerint pupillo: non tantum ex bonis paternis. Exempli gratia, inſtitutus eſt hæres à patre, adiit hæreditatem paternam, patris bona ei quæſita ſunt. Si poſtea deceſſerit impubes, ſubſtitutus capiet bona etiam patris: quia ei bona patris quæſita ſunt. Ex quo conſequens eſt mortuo pupillo ante pubertatem, excludi legitimos à ſubſtituto, qui ſuccederent ab inteſtato. l. ſi teſtamento. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Quandiu enim locus eſt ſubſtituto ex teſtamento, nunquam hæreditas defertur ab inteſtato. ſic ſubſtitutus pupillo excludit fratres pupilli, omnes propinquos & legitimos & alios, qui alias ſuccederent ab inteſtato. l. 3. de acquir. hære. Ab his, quæ diximus, miles excipitur. Miles qui ſubſtituit pupillariter filio ſuo in bonis ſuis tantum ſubſtituit. d. §. ad ſubſtitutos. Dicimus ad ſubſtitutum pertinere omnia bona, quæcunque peruenerunt filio quacunque ex cauſa: & tamen miles poteſt ita ſubſtituere filio, vt ſubſtitutus capiat ea tantum bona, quæ à ſe peruenerint ad filium: cætera bona capient legitimi hæredes ab inteſtato ſuccedentes. hoc eſt ius ſingulare. Sicut miles poteſt pro parte inteſtatus, & pro parte teſtatus decedere: atque ita poteſt velle vt partem bonorum eius capiat inſtitutus, partem capiant legitimi hæredes ab inteſtato. l. miles ita hæredem. 41. ff. de militar. teſtam. ita poteſt facere ſubſtituendo filio ſuo impuberi vt ſubſtitutus capiat partem bonorum, & partem capiant legitimi hæredes.

Secundo excipitur pater adoptiuus adrogator in eadem l. ſed ſi plures. §. in adrogato. Pater adoptiuus ſubſtituit filio in bonis tantum, quæ à ſe peruenerunt. De quarta, quæ debetur filio adoptiuo in bonis adrogatoris, dubitatum fuit. quia debetur ex lege. Ideoque videbatur non eſſe permittendum ſubſtituere ei in ea quarta: ſed contraria ſententia recepta fuit. nam ea peruenit à patre adrogato: & hæc ſubſtitutio pertinet ad commodum, non ad incommodum. Interpretatur ibi Iuriſconſul. latius quod dictum eſt, quod obuenit à patre adrogatore, in eo ſubſtitutionem factam valere: vt id intelligamus obuenire à patre adrogato, quod eius occaſione acquiſitum eſt filio in gratiam patris. Sed cur non poteſt pater adrogator ſubſtituere in omnibus bonis? Ego dixi rationem non pati, vt tantum ei permittatur, quantum patri naturali, vt dicitur l. ſi arrogator. 22. ff. de adoptio. non facile ei permittendum eſt fraudare legitimos hæredes bonis impuberis. Patri naturali quidem hoc eſt permiſſum, alij permittendum non fuit. Argumento eſt quod cum quis adoptat alicuius filium, ei cauet ſe reſtituturum bona eius ad quos perueniſſent ſi is adoptatus non eſſet. l. Non enim. ff. de adopt. fideicommiſſum onus eſt. l. cohæredi. §. cum filiæ. hic. ff. Ex iam dictis conſequitur eum, qui prohibetur ſuccedere patri, non ideo prohiberi ſuccedere pupillo: quia diuerſa eſt ſucceſſio. l. 1. ſi is, qui. ff. hoc tit. quæ lex eſt notanda. hoc pendet ex his, quæ diximus. Ponamus exemplum in ſpurio, qui non poteſt hæreditatem patris capere: niſi ad certam quantitatem, ad vnam vnciam, vel duas. Ponamus eum ſubſtitutum eſſe impuberi, poterit ſuccedere ex ſubſtitutione: ſed hoc interpretantur Iureconſulti, vt non poſſit capere, quæ ex patre obuenerunt impuberi, ſed quæ aliunde obuenerunt. Eſtque locus communis de fraude legis vitanda. l. non dubium. ff. de legib. & Senatuſcon. Huic ſimile eſt quod dicitur in dicta l. ſi is, qui. Non inſpicimus an is capax ſit, qui ſubſtitutus eſt pupillo tempore mortis teſtatoris: ſed an capax ſit tempore mortis pupilli, quia ſuccedit pupillo non teſtatori.

Diximus cum ſit locus ſubſtituto, exiſtente conditione ſubſtitutionis, ſubſtitutum admitti ad bona impuberis tantum, non etiam teſtatoris. De hac ratione ſuccedendi tractatur quæſtio in l. vltim. C. de impub. & aliis ſubſtit. Species eſt huiuſmodi, Teſtator inſtituit duos hæredes, Sempronium & Gaium, ſubſtituitque eos ſimul cum alio filio ſuo impuberi, his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, & Titius filio meo hæres eſto.* Subſtituit hos duos quos inſtituerat hæredes, & adiecit Titium, vterque hæres extitit teſtatori, deceſſit filius impubes & locum fecit ſubſtitutioni pupillari. Conſtat hos omnes admitti ad hæreditatem pupilli ex ſubſtitutione pupillari. Sed quæſtio eſt quantam quiſque eorum partem ex hac hæreditate auferat: quantam capiat Titius, & quantam alij duo hæredes inſtituti? Dubitatum fuit de hac re non ſine cauſa: quia videbatur ex his quæ à nobis tractata ſunt de iure accreſcendi, Titium tantum capere debere ex ea hæreditate impuberis, quantam alij duo: quia coniuncti loco vnius habentur. l. plane. 34. ff. de legat. 1. & l. liber homo. 57. alias 59. §. Titius hæres eſto. & l. interdum. 15. ff. de hæred. inſtit. Hi hæredes coniunctim vocati ad hæreditatem impuberis videntur his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, & Titius.* Cum quis ita hæredes inſtituit, *Titius hæres eſto, Mæuius & Sempronius hæredes ſunto:* certe Titius tantum capiet ex hæreditate, quantum alij duo. Alij duo vice vnius perſonæ habentur. hæreditas diuidetur in duos ſemiſſes. Itaque videbatur ita facienda hæreditatis diuiſio in hac ſpecie, vt duo hæredes dimidiam caperent: dimidiam alteram cohæres Titius. hic tamen dicitur hæreditatem diuidendam eſſe in hac ſpecie in tres trientes, quod tres hæredes ſint, & ſingulos hæredes ſingulos trientes capere debere. Sic diuiditur hæreditas in tres trientes, in tres partes, & viriles partes diſtribuuntur ſingulis hæredibus. Alia quæſtio huic affinis tractatur in ead. l. vlti. Cod. hoc tit. *Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius hæredes ſunto.* In hac ſpecie quæritur, quantum quiſque ex hæreditate capere debeat. Videtur ex his quæ diximus diuidendam eſſe hæreditatem in tres trientes: ita vt vnum trientem habeat Titius, alterum Sempronius, tertium habeant filij: quia his nominibus collectiuis inducitur coniunctio quædam, d. l. interdum. ff. de

hæredib.inſtit.& l.qui quartam.15.§.1.ff.de lega.1. Cum quis dicit, *Titius & fratris filij hæredes ſunto*: his verbis, *fratris filij*, habentur loco vnius propter coniunctionem. Ergo in hac ſpecie, *Titius vna cum filiis ſuis & Sempronius hæredes ſunto*, videtur Titium habere debere trientem vnum, Sempronium vnum trientem, & filios alterum trientem. hi quidem inter ſe omnes coniuncti ſunt, & alij aliis ſunt coniunctiores, vt in ſpecie d.l. interdum. Sed in hac ſpecie Iuſtinianus ait hæreditatem diuidendam eſſe in duas partes, ita vt pater cum filiis ſuis dimidiam accipiat, Sempronius cohæres alteram dimidiam. Hæ ſunt quæſtiones quæ tractantur in hac conſtitutione Iuſtiniani, de quibus nunc videndum eſt accuratius. de priore quæſtione nunc dicemus. Quæſitum eſt in hac ſpecie, an hæredes inſtituti Sempronius & Gaius, qui ſubſtituti ſunt his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit*, loco vnius haberi debeant? Certum eſt coniunctos haberi loco vnius: & difficile eſt conciliare hanc conſtitutionem Iuſtiniani cum aliis locis in quibus dicitur loco vnius haberi: & non plus hos qui coniuncti ſunt capere, quam vnum ex hæredibus, qui nominatim expreſſus ſit. Eſt hoc aperte expreſſum in l. ſi pater.9.l.qui liberis.alias 8.§.vlt.ff. hoc tit. de vulg. In hac ſpecie quæ ſimilis videtur ſuperiori, dicitur hæreditatem diuidendam eſſe in duos ſemiſſes, & coniunctos loco vnius habendos eſſe. *Si pater filio impuberi, &c.* Si quis velit hæc verba Labeonis interpretari expoſita ſpecie aliqua, videtur non poſſe commodior ſpecies proponi, quam quæ eſt in conſtitutione Iuſtiniani. Labeo ait, *Bonorum filii, &c.* Titius accipit dimidiam partem bonorum filij, cæteri hæredes communiter dimidiam bonorum habent. Mouet Iureconſultos, coniunctos pro vna perſona haberi. Conſtitutio Iuſtiniani huic iuri contraria non eſt. Non enim credendum eſt hac conſtitutione Iuſtinianum (quamuis vna ſit ex nouis conſtitutionibus, & facta ſit poſt compoſitionem Pandectarum) abrogare hoc ius antiquum de coniunctis, quod coniuncti loco vnius perſonæ habeantur. id ſatis conuincitur ex poſteriore parte eiuſdem conſtitutionis in quæſtione illa, *Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius hæredes ſunto, &c.* vbi habet, pro coniunctis. & pro vna perſona Titium vna cum filiis ſuis, & vult non tantum filios haberi pro vna perſona, ſed & Titium ipſum, ſed illa fictio nihil ad rem pertinet. idem in l. ſi quis Titio.ff. de vſufruct.accreſ.& d.l.interdum.ff.de hæred. inſtit. filij pro vna perſona habentur. Conſilium igitur Iuſtiniani non fuit ius illud quod in Pandectas relatum eſt abrogare. Quid igitur dicemus? Difficilis eſt explicatio huius antinomiæ. Sed quod dicitur de coniunctis, ego admonui in tractatu de coniunctis accipiendum eſſe, niſi voluntas teſtatoris contraria appareat, quæ iudicatur contraria, aut ex verbis teſtatoris ipſius, aut ex aliqua coniectura. Exemplum eſt in d.l. interdum. in princ. vbi Iuriſconſul. ait, cum teſtator his verbis vtitur, *Titius & fratris mei filii, æque hæredes ſunto.* Hanc dictionem æque, facere vt viriles partes habeant: vt fratris filij, vnius perſonæ vice non fungantur, tunc ſatis eſt manifeſta teſtatoris voluntas. Idem dicendum eſt, & cum teſtator his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæres erit.* Quiſquis, eſt nomen diſtributiuum, quod vim cuiuſdam partitionis ac diſtributionis habet. Ego id oſtendam ſimilitudine pro iis, qui tyrones ſunt & rudiores. Cum dico, *Hæredes mei dent Titio centum*, id eſt, hæredes ſimul dent centum, non vt ſinguli dent. Cum dico, *Quiſquis mihi hæres erit, det Titio centum.* videtur hæc eſſe voluntas teſtatoris, vt ſinguli dent centum, propter naturam huius dictionis quæ diſtribuit. Nos igitur hæc verba, *Quiſquis mihi hæres erit, filio meo hæres eſto*, perinde accipimus, ac ſi teſtator dixiſſet, *Titius & Sempronius, & Gaius.* Hoc autem caſu dubium non eſt, quin hæreditas diuidenda ſit in tres trientes, & ſinguli ſingulos trientes capiant. Quidam ita argumentantur. Hoc nomen diſtributiuum maiorem vim non habet, quam expreſſio nominum. At ſi expreſſa eſſent nomina horum hæredum, hæreditas non diuideretur in tres partes. argumentum ſumunt ex d.l. ſi liber homo.§.ſi Titius.ff.de hæredib. inſtit. vbi diſtinguuntur nomina trium hæredum, & hæreditas diuiditur in duos ſemiſſes. Ergo idem dicendum videtur, cum teſtator his verbis vtitur, *Quiſquis mihi hæris erit.* Sed hoc argumentum eſt ſophiſticum. Ego fateor hoc nomen collectiuum non habere maiorem vim, quam expreſſio nominum, quæ fit eadem oratione. Sed in ſpecie quam adferunt, nominantur hæredes diuerſis orationibus. Ergo ſi loco horum verborum exprimantur hæredum nomina, *Quiſquis mihi hæres erit*: nempe Titius, Gaius, & Sempronius, eadem oratione vocantur: igitur hæreditas diuidetur in tres trientes, propter naturam diſtributiui, & diuidenda eſt hæreditas in tres trientes. Ex his non difficile erit, vt puto, obiectum diluere ex dicta l. ſi pater. hic.ff. vbi ſic, *Si pater filio impuberi eoſdem quos ſibi, & te præterea, &c.* In hac enim lege expreſſa formula non eſt ſubſtitutionis. Hæc verba, eoſdem quos ſibi, verba ſunt Iureconſulti non teſtatoris. nulla eſt conceptio & formula ſubſtitutionis. Labeo non refert qua formula teſtator inſtituerit. Igitur nos dicemus ita accipiendam eſſe formulam, vt appareat vere coniunctos eſſe: & in vnum corpus redactos eſſe à teſtatore. veluti hoc modo, *Hæredes, quos inſtitui in teſtamento, & Titius hæredes ſunt filio meo.* hæc hypotheſis cōuenit verbis legis. in hac ſpecie inſtituit eoſdem hæredes, quos ſibi, & præterea Titium. Dubitandum non eſt, quin in hac ſpecie hæredes coniunctim ſubſtituti ſint. his enim nominibus collectiuis, aut aliis ſimilibus coniunctio inducitur. & quamuis omnes coniuncti ſint, tamen alij aliis ſunt coniunctiores, vt in d.l. interdum. His verbis *Hæredes mei*, inducitur coniunctio. Non eſt igitur neceſſe vt verba Labeonis intelligamus de his verbis, *Quiſquis mihi hæres erit, & Titius.* quia cum verba ambigua ſunt, ea interpretatio accipienda eſt quæ vitio caret, ſecundum regulam traditam de ambiguitate explicanda in l. in ambigua. ff. de legib. & Senatuſconſul. Sed aduerſus hanc diſtinctionem multa alia obiiciuntur. In primis obiicitur l.Lucius.88. alias 90.§.Lucius.ff.de lega. 2. qua lege nihil habetur difficilius in tractatu coniunctorum, & de ea aliquid ſupra diximus ſub tit. de hæredib.inſtit. Ego nunc ſententiam meam de eius loci interpretatione plenius explicaturus ſum. Lucius Titius teſtamentum fecit, in quo legat quoddam prædium ſuum his qui ex familia ſua ſunt, ne de familia exeat. & his verbis legat, Prædiolum meum dari volo libertis libertabuſque meis, & quos hoc teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ. cæterorum nomina non exprimit, præterquam Seiæ. Quæritur ex hoc legato quantam partem Seia, & quantam cæteri liberti capere debeant? Si verum eſt quod iam diximus, Seia tantum capere debet, quantum alij omnes qui nomine collectiuo vocati ſunt. hi omnes videntur loco vnius perſonæ habendi eſſe. Itaque conſultus de eo Scæuola, quærens an Seia debeat habere dimidiam partem, quaſi cæteri vnius loco habeantur: quia eius ſolius nomen expreſſum eſt: reſpondet, his verbis teſtatoris omnes ad viriles partes vocari: Seiam & omnes libertos & omnes libertas prædij huius legati viriles partes capere, nec Seiam plus auferre ex hoc legato, quam alij omnes liberti, vel aliæ omnes libertæ, quaſi certa ſit & perſpicua teſtatoris voluntas. Sed non videtur tam perſpicua eſſe ex his, quæ iam dicta ſunt: cum his verbis, vocatis libertis libertabuſque meis videantur coniunctim vocati liberti & libertæ. Variæ ſunt opiniones eorum, qui de hac re ſcripſerunt, quas facile eſſet, iudicio meo, omnes confutare & refellere. Sed ego ſpero, perſpecta & intellecta interpretatione, facile reſponderi poſſe iis omnibus, quæ ab aliis adferuntur. Verum enim eſt quod quidam ſcripſit, *Cum quis ſemel veritatem cognouit, nihil opus eſſe alia doctrina ad refellendos eos, qui à recta via aberrant.* Ego puto ita accipiendam eſſe hanc ſpeciem Scæuolæ, quaſi teſtator nullos habuerit libertos, niſi teſtamento manumiſſos: excepta Seia alumna. Manumiſerat quoſdam ſeruos ſuos teſtamento: nullos alios manumiſerat teſtamento, præter Seiam alumnam: his enim verbis teſtator vſus eſt, & quos hoc teſtamento manumiſi, & Seiæ. Hæc particula, &, geminata, mihi videtur hunc ſenſum habere, tam libertos, quos hoc teſtamento manumiſi, quam Seiæ alumnæ. hoc enim videtur additum eſſe à teſtatore, maioris explicationis cauſa, ne quis putet eum ſenſiſſe tantum de his, quos teſtamento manumiſerat. Mouet me, quod hæc verba teſtatoris apertiſſime demonſtrant Seiam hic libertam fuiſſe: quod quidam negant. Ego non dubito, quin liberta fuerit. Mouet me illud quod vetuit teſtator fundum de nomine familiæ ſuæ exire: neceſſe eſt igitur eos, quibus prædium legatum eſt, ex familia eius

lia eius eſſe. At eſt etiam legatum prædium Seiæ. Ergo Seia ex familia eius fuit. Nam certum eſt teſtatorem de toto prædio loqui, non de parte, vt Accurſius cenſet. Hoc ita cauet teſtator, quaſi his tantum, qui ex familia eius ſunt, prædium relinquat. Conſequens eſt Seiam eſſe libertam. Liberti enim olim accipiebant nomina ſuorum patronorum, à quibus erant manumiſſi. Titus Cecilius Eutychides in epiſtola quadam Ciceronis dicitur, qui manumiſſus fuerat à Pomponio Attico, Cecilius dicebatur à nomine patris adoptiui. Et propterea cum teſtator vetat, ne prædium de nomine ſuo exeat, hæc verba etiam ad liberos pertinent. Eſt locus obſeruatione dignus in l. 36. al. 38. pater filium. §. 1. ff. de legat. 3. quem locum interpretatus eſt Alciatus in Diſpunct. Nos igitur ponemus Seiam alumnam, libertam teſtatoris fuiſſe. Cum igitur conſtet eam libertam teſtatoris fuiſſe, quæro quid habeat incommodi hæc interpretatio? Lego libertis libertabuſque meis, & ne quis dubitet de quibus libertis ſentiam: quia quoſdam libertos manumiſi teſtamento. de Seia autem mentionem faciens, quamuis liberta mea ſit: eam tamen non manumiſi teſtamento, addo, & Seiæ. Igitur prior particula, &, non eſt expungenda. Igitur hi omnes vocantur in viriles portiones: quia omnes ſunt ſimul vocati, nec vnus altero coniunctior eſt. & verba illa, quæ ſubiiciuntur, & quos teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ, maioris declarationis cauſa adiecta ſunt, vt iam dixi. Ego igitur puto planum eſſe ſenſum & interpretationem huius loci hoc modo. de aliorum opinionibus refellendis ego magnopere non ſum ſollicitus. Quiſquis volet poterit noſtram opinionem & interpretationem cum aliorum opinionibus conferre.

Alia eſt obiectio aduerſus ea, quæ diximus, ex l. quidam relegatus. 6. §. vlt. cum legib. ſequen. ff. de reb. dub. Quidam fideicommiſſum reliquit Titio & poſthumo. cogitabat poſthumum ſibi naſciturum ex vxore ſua prægnante. Titio, quem nominauerat, & poſthumo iuſſit hæreditatem reſtitui. nati ſunt ex vxore duo, vel tres poſthumi. Quæritur quomodo ſuccedere debeant cum Titio? Ait Iureconſultus hæreditatem inter Titium & poſthumos quotquot nati fuerint diuidendam eſſe in viriles partes: tamen hi poſthumi videntur coniunctiores eſſe: & ideo pro vna perſona habendi. Ego reſpondeo nullam coniunctionem eſſe, nec vllum eſſe verbum collectiuum. nō enim dixit, Titio & poſthumis: ſed Titio & poſthumo: poſthumus autem nō eſt nomen collectiuum, nec collectiuo ſimile. Poſthumum dixit teſtator, quia cogitabat ſibi tantum vnum poſthumum naſciturum, vt fere accidit. de aliis non cogitabat. Sed ita voluiſſe teſtator intelligitur per interpretationem, vt ſi plures nati fuerint, videantur comprehenſi eſſe fideicommiſſo. Rurſum l. qui cum plures. ſolet obiici: nos eam ſupra interpretati ſumus.

In ſecunda quæſtione d. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit. Si quis ita inſtituerit, Titius vna cum filiis ſuis, & Sempronius hæredes ſunto. Iuſtinianus ait Titium & filios eius, pro vna perſona haberi. Solet obiici l. ſi quis Titio. vbi Paul. ait, Si quis Titio & hæredibus ſuis vſumfructum legauerit, dimidiam Titius, & dimidiam hæredes eius accipient. Proinde Titius & hæredes non habentur pro vna perſona. Quomodo ergo hic habentur pro vna perſona? Longe diuerſa eſt hæc ſpecies. In l. ſi quis Titio. cum dicit Iuriſconſ. hæredibus ſuis, non ſignificat hæredibus Titij: ſed hæredibus teſtatoris. Sic ait teſtator, Lego Titio & hæredibus meis vſumfructum. Filij autem hic virilem partem non capiunt. quia habentur pro vna perſona. Titius, cui ego lego & hæredes mei, nihil habent commune: In d. conſtitutione Iuſtiniani legatur patri & filiis eius. Et hæc ratio mouit Iuſtinianum, quod pater & filius habentur pro vna atque eadem perſona.

Diximus ſupra hunc præcipuum eſſe effectum ſubſtitutionis pupillaris, quod exiſtente conditione huius ſubſtitutionis admittitur ſubſtitutus ad hæreditatem impuberis. Hinc conſequitur ſubſtitutum teneri ad legata præſtanda, quæ tabulis pupillaribus relicta ſunt. idque dubitationem non habet. Sed hinc naſcuntur quæſtiones, quæ aliquid obſcuritatis habent. vna eſt in l. cohæredi. 41. §. cohæres. h. t. ff. Quæſtio eſt ibi de contributione hæreditatis paternæ cum pupillari. In ratione legis Falcidiæ ineunda, cum quæritur de præſtatione legatorum, lege Falcidia cautum eſt vt ſi legata excedant dodrantem, id eſt, nouem vncias hæreditatis, hæres poſſit quartam hæreditatis partem detrahere & retinere. Itaque in ratione legis Falcidiæ ineunda duo potiſſimum ſpectantur. quæritur enim quantum ſit in hæreditate, & quis ſit modus, quæ quantitas legatorum. Nam niſi vtrumque cognitum fuerit, non poterit iniri ratio legis Falcidiæ: niſi enim cognoſcatur quantum ſit in hæreditate, non poterit intelligi an hæreditas ſufficiat ad legatorum exolutionem: niſi cognoſcatur etiam quantum legatum ſit, non poterit intelligi an legata excedant dodrantem hæreditatis. Hinc quæſtiones oriuntur de contributione hæreditatum, & de contributione etiam legatorum. Sed hic locus ad contributionem legatorum non pertinet, quamuis aliqui videantur ita ſentire. In ſummario Bartoli eſt ita, Legata relicta in ſecundis tabulis, contribuuntur cum relictis à ſubſtituto. Non loquitur de contributione legatorum: ſed de contributione hæreditatis paternæ cum pupillari. Multum intereſt, an conferatur hæreditas paterna cum pupillari in ratione legis Falcidiæ: an vero ſeparatim vtriuſque hæreditatis habeatur ratio: confuſa hæreditate paterna cum pupillari, maior & amplior fit hæreditas, vt plerumque impediat detractionem legis Falcidiæ. id oſtendetur in hac ſpecie. In d. §. cohæres impuberi filio datus, eidemque ſubſtitutus, &c. ſpecies huiuſmodi eſt. Paterfamilias teſtator quadringenta in bonis habebat. inſtituit duos hæredes, filium ſuum & Titium, qui extraneus erat, ex æquis partibus, habebat quadringenta in bonis. Vterque ergo inſtitutus eſt ex ſemiſſe, & vterque habet ducenta: quia quadringenta in hæreditate ſunt. Deinde Titium ſubſtituit filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit filius, Titius ei hæres eſto.* In his pupillaribus tabulis, legata quædam reliquit vſque ad ſummam ducentorum: ducenta ergo legata ſunt à ſubſtituto tabulis pupillaribus, mortuo teſtatore dimidia pars hæreditatis peruenit ad Titium. fuerat enim inſtitutus ex dimidia parte, mortuo filio ante pubertatem, alteri pars hæreditatis ad eum peruenit ex ſubſtitutione pupillari: ita vt totam hæreditatem habeat. Legatarij ab eo petunt legata ducenta. Dicimus à ſubſtituto ducenta ſecundis tabulis legata fuiſſe, hic detrahere vult quartam ex lege Falcidia: ait hæreditatem exhauſtam eſſe legatis, & ſi ducenta ſoluat, nihil reliquum ſibi fore. atque ideo locum eſſe legi Falcidiæ. Tabulis pupillaribus habet tantum dimidiam partem hæreditatis, nempe ducenta, & totidem legata eſſe proponuntur iiſdem tabulis. Iure igitur petere videtur detractionem quartæ partis ex lege Falcidia. Sed obiiciunt legatarij, ideo non eſſe locum legi Falcidiæ. quia ſolutis ducentis remanet ei quarta pars: & eo amplior, remanent ei ducenta. In tota hæreditate quadringenta ſunt. & legata proponuntur tantum ducenta. ergo remanet ei dimidia pars. Vnde contendunt integra legata ſoluenda eſſe ſine vlla detractione ex lege Falcidia. Sed ſubſtitutus ait, quamuis quadringenta ceperit ex vtraque hæreditate, tam ex hæreditate paterna, quam ex pupillari: tantum ex pupillari ſe habere ducenta, & nihil ad rem pertinere quantum habuerit ex hæreditate paterna. quia agitur de legatis ſoluendis, quæ relicta ſunt non paterno teſtamento, ſed pupillari. Ex ſubſtitutione pupillari, accepit tantum ducenta, & tota legata ſunt eo teſtamento. Ergo locus eſt legi Falcidiæ. Quæſtio igitur, an ſit habenda quoque ratio hæreditatis paternæ. Si habeatur ſeparatim ratio harum hæreditatum, locus erit legi Falcidiæ, & non ſoluentur integra legata: & non erit locus legi Falcidiæ, quia habet dimidiam partem totius hæreditatis. Reſpondet Iureconſultus confuſionem vtriuſque hæreditatis fieri debere. Propterea quod, vt ante diximus, vnum atque idem teſtamentum eſt paternum teſtamentum & pupillare. & perinde accipere debemus inſtitutionem Titij & ſubſtitutionem eiuſdem, ac ſi eodem teſtamento re vera inſtitutus fuiſſet partim pure, partim ſub conditione. quod & hic accidit. Si re vera vnum tantum factum fuiſſet teſtamentum, & in eo teſtamento teſtator inſtituiſſet Titium ex dimidia parte pure, & ex dimidia parte ſub conditione, certum eſt vtramque partem exiſtente conditione confundi, haberique rationem vtriuſque partis in ratione legis Falcidiæ. Ergo & idem dicendum eſt in propoſita ſpecie. Nam hæc ſubſtitutio, eſt inſtitutio ſub conditione facta, *Si filius impubes deceſſerit.* hoc eſt quod hic dicitur, *cohæres, &c.*

Deinde ſequitur, *Non idem ſeruabitur alio.* In ſuperiore ſpecie propoſitum fuit eundem ſubſtitutum eſſe filio impuberi, qui fuerat eidem filio hæres datus primis tabulis paterno teſtamento. Quid igitur dicemus, ſi proponamus alium ſubſtitutum filio impuberi fuiſſe, *Si impubes deceſſerit?* Ecce pater inſtituit ſibi filium impuberem & Titium ex æquis partibus: ſubſtituit eidem filio, *Si impubes deceſſerit*, non Titium cohæredem: ſed Sempronium. Vtroque mortuo, petuntur legata relicta à ſubſtituto: ſicut in ſuperiore ſpecie dictum eſt. Quæritur de lege Falcidia, an contributio hæreditatum hic locum habeat? Iureconſul. ait non idem dicendum eſſe. *Nam illa Falcidia, &c.* Non poterant legatarij ei obiicere, quod confuſa hæreditate paterna cum pupillari, ſuperſit dimidia pars hæreditatis, nedum quadrans, qui ſufficeret, ideoque legata integra ſoluenda eſſe. Nam illam dimidiam partem non accepit: ſed inſtitutus paterno teſtamento. Singulorum autem hæredum habenda eſt ratio, cum quæritur de lege Falcidia. l. 77. in ſingulis. ff. ad leg. Falcid. Addit Iuriſconſul. *Nam & cum legatum primis tabulis, &c.* ne videatur hoc abſurdum eſſe & paradoxon, quod dixit ſubſtitutum pupillo, & inſtitutum à patre paterno teſtamento haberi quaſi cohæredem. Diximus tamen perinde eſſe atque ſi Titius in ſuperiore ſpecie paterno teſtamento partim pure, partim ſub conditione inſtitutus eſſet. ne inquam, hoc videatur mirum, ait, *Nam & cum legatum, &c.* His verbis oſtendit coniunctionem locum habere inter legatarios, quibus legata eſt eadem res pupillari teſtamento & paterno. perinde ac ſi eodem teſtamento eadem res legata ei eſſet. In coniunctione hæredum diximus ex diuerſis teſtamentis non contingere ius coniunctionis. Ergo cum eadem res legatur pupillari teſtamento vni, & eadem alij paterno teſtamento, non videntur eſſe coniuncti, ſed tamen concurrunt hic, vt Iureconſultus ait. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 34. plane. §. ſi coniunctim. ff. de lega. 1. ſed hæc fuſius à nobis explicata ſunt in diſputatione de iure accreſcendi. Ego plura de hac contributione dicerem: ſed hic locus proprie pertinet ad legem Falcidiam, de quo diximus ſatis accurate ſuperiori loco. Alia quæſtio eſt pertinens ad legatorum augmentum vel diminutionem in l. 35. Et ſi contra. hic. ff. Hic locus pertinet ad id quod ante dictum fuit à nobis, bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, non euaneſcere pupillarem ſubſtitutionem, quamuis alias rupto teſtamento paterno, pupillare teſtamentum rumpatur. Non enim infirmatur ipſo iure paternum teſtamentum, bonorum poſſeſſione contra tabulas petita. Manet igitur rata pupillaris ſubſtitutio. De legatis idem dicendum eſt, & legata valere, quæ à ſubſtituto relicta ſunt, quamuis bonorum poſſeſſio petita ſit. l. ex duobus. 34. §. vlt. hic. ff. Imo addendum eſt legata nonnunquam augeri propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas. quod videtur mirum eſſe, tantum abeſt vt bonorum poſſeſſio contra tabulas, qua reſcinditur teſtamentum paternum, obſit legatis relictis pupillari teſtamento, vt etiam ea legata augeantur. Id oſtendit Africanus in hac ſpecie. Sed pro explicatione huius ſpeciei neceſſe eſt aliqua declarare. In primis animaduertant tyrones bonorum poſſeſſionem contra tabulas dari filio prætcrito paterno teſtamento: nec tantum filio præterito, ſed etiam inſtituto, ſi præteritus ei viam aperuerit. l. 3. §. ſi quis ex liberis. ff. de bono. poſſeſ. contra tab. Cum plures filij eſſent, vnus præteritus eſt paterno teſtamento, alter eſt inſtitutus forte in minima parte. Hic inſtitutus non poteſt ex ſua perſona bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, quia præteritus non fuit: ſed commiſſo edicto per eum, qui eſt præteritus, poterit petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Quandiu enim poteſt peti bonorum poſſeſſio contra tabulas, non poteſt peti bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas. Hic ordo ſeruandus eſt. l. 2. de bonor. poſſeſ. ſecundum tabul. Et viſum eſt iniquum huic inſtituto filio non poſſe dari bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, nec contra tabulas. Ideoque viſum eſt, vt quamuis inſtitutus ſit non præteritus, nihilominus propter edictum commiſſum ab alio, detur ei bonorum poſſeſſio contra tabulas. Secundum eſt, quod reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, legata nihilominus debentur coniunctis perſonis, veluti parentibus & filiis, aliiſque perſonis, quæ expreſſæ ſunt edicto Prætoris in tit. de legat. præſtan. l. 1. videbatur nullo modo legata deberi reſciſſo teſtamento: ſed vtilitatis cauſa receptum eſt vt ſaltem filiis & perſonis coniunctis legata præſtentur. Hoc edictum Prætoris ad ſubſtitutum non pertinet. Subſtitutus præſtat legata omnibus. Ponamus legata eſſe relicta partim ab impubere, & partim à ſubſtituto eiuſdē: petita eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas: impubes legata à ſe relicta præſtabit coniunctis tantum perſonis: ſubſtitutus autem omnibus etiam extraneis legata præſtabit. Hoc pertinet ad tit. de legatis præſtan. Sit igitur hæc ſpecies, Paterfamilias inſtituit filium ſuum impuberem, & ei ſubſtituit alium, ſi impubes deceſſerit, reliquit legata ab vtroque tam ab inſtituto, quam à ſubſtituto: petita eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas, propterea quod aliquis eo teſtamento præteritus fuerat: petuntur legata à ſubſtituto relicta. Quæritur an legata præſtanda ſint, & quatenus præſtanda? Ait Iureconſultus in l. 35. *Et ſi contra tabulas petita ſit, &c.* Bonorum poſſeſſione contra tabulas petita & reſciſſo teſtamento paterno, valere pupillarem ſubſtitutionem, & relicta legata à ſubſtituto, ita vt etiam augeantur legata, propterea quod extraneus filius non debet propter bonorum poſſeſſionem integra legata præſtare: ne alias non ſoluerentur, quia extraneus filius non debuerit. Duobus modis accidere poteſt vt propter bonorum poſſeſſionem petitam ſoluantur integra legata, quæ alias non ſoluerentur. Primum, quia quanto minus ſoluit impubes ex legatis à ſe relictis, tanto amplius in hæreditate reperitur. Secundo fieri poteſt etiam vt plus peuenerit ad filium, propter bonorum poſſeſſionem. Filius inſtitutus fuerat ex minima aliqua parte, vt ex vncia, reſcinditur teſtamentum paternum per bonorum poſſeſſionem contra tabulas: res recidit ad cauſam inteſtati, & conſequitur totam hæreditatem, ex qua vnciam tantum habuiſſet, vnde multo plus ad eum peruenit. Fit ergo nonnunquam vt bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, & reſciſſo teſtamento paterno, augeantur legata, quæ relicta ſunt ſecundis tabulis. His conſequens ſubiicit Iuriſconſul. vt quemadmodum augeantur legata propter bonorum poſſeſſionem contra tabulas petitam, ita etiam legata diminuantur propter eam poſſeſſionem. Quod diximus augeri legata, non eo pertinet vt ſemper augeantur: ſed quia id plerumque accidit. Sed poteſt accidere etiam vt bonorum poſſeſſione contra tabulas petita, legata non præſtentur, quæ alias præſtarentur integra, ſi impubes minus capiat. Seius forte ei ablatus eſt bonorum poſſeſſione contra tabulas petita: ratio ſuadet vt ſicut accedente portione hæreditatis legata augentur, ita etiam decedente portione hæreditatis legata minuantur. Eſt locus communis de contrariis. Eſt enim eadem ratio contrariorum. Tametſi autem verum ſit petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, nihilominus valere pupillarem ſubſtitutionem. Notandum tamen eſt ſi idem petat bonorum poſſeſſionem contra teſtamentum paternum, qui ſubſtitutus eſt pupillo, eum repelli ab hæreditate pupilli, tanquam indignum. l. is qui contra. 22. ff. hic. Vulgare illud eſt, eum qui impugnat teſtamentum, in quo inſtitutus eſt, vel aliquid ei relictum eſt, ab eo repelli tanquam indignum. l. Papinianus. 8. §. meminiſſe. ff. de inoffic. teſta. Sed de eo quæſtio erat, qui impugnat teſtamentum paternum, non pupillare, & vult admitti ad pupillare, quæritur an admittendus ſit? Et dicitur non eſſe admittendus. l. poſt legatum. §. qui principale. ff. de his, quæ vt indig. Quandoquidem pupillare teſtamentum eſt acceſſio atque ſequela paterni teſtamenti. Sequens autem & poſtremus locus eſt huius diſputationis, nempe de pupillari ſubſtitutione, in quo quæritur quomodo finiatur pupillaris ſubſtitutio.

Cap. XVI.

Quibus modis pupillaris ſubſtitutio finitur.

Variis modis finiri dicitur pupillaris ſubſtitutio. In primis pubertate finiri dicitur in l. pupillari. 14. & in l. ex facto. 41. in princ. hic. ff. Ratio eſt manifeſta ex iam dictis. Nam ſubſtitutio pupillaris ſub hac fit conditione, *Si filius impubes deceſſerit.* Ergo poſteaquā factus eſt pubes, quia certum eſt eum non poſſe amplius impuberem decedere, dicitur

citur expirare pupillaris ſubſtitutio. alias iniuria fieret filio. nam ei adimeretur hæredis ſibi inſtituendi facultas, poſtquam pubes factus erit. Addit in d.l. in pupillari, Iureconſultus, *Licet longius tempus, &c.* Non tantum itaque licet filio ſubſtitui pupillariter, ſi ita vt diximus, ſubſtitutio cõcepta fuerit, *Si impubes deceſſerit*: Sed etſi longius tempus comprehenſum ſit: vt ſi ita dixerit teſtator, *Si deceſſerit filius meus intra viginti annos, vel quandocunque deceſſerit.* Hoc eſt quod dicitur in l. verbis ciuilibus. 7. hic. ff. Si teſtator exceſſerit quartum decimum annum, fruſtra fit ſubſtitutio, nullum ergo effectum habet: non valet ne iure quidem fideicommiſſi. Dicit Iuriſconſul. *Verbis ciuilibus*, quia verbis precariis poteſt onerari fideicommiſſo à teſtatore, vt reſtituat hæreditatem etiam poſt quartum decimum annum, vt dicitur in l. cohæredi. 39. §. cum filiæ. hic. ff. Teſtator cum inſtituit filium ſuum, poteſt eius fidei committere, vt reſtituat hæreditatem, ſiue pubes, ſiue impubes deceſſerit, verbis precariis, vt peto, rogo. verba hæc ſunt precaria, quæ diſtinguuntur à ciuilibus. Ciuilia verba, ſunt verba iuris ciuilis, id eſt, legum ipſarum. Non enim licebat olim quibuſcunque verbis hæredem inſtituere: tamen dubitatum fuit apud veteres, an his verbis hæredis inſtitutio facta valere poſſit, *Meæ hæreditatis Titius dominus eſto*: quia legitima erant, & ciuilia verba, quibus vtendum eſſet. Precariis verbis quia cum reſtitui iubet hæreditatem ſuam teſtator, nulla afficit iniuria impuberem. Nam teſtatoris tantum facultates, non pupilli, onerantur fideicommiſſo, vt dicitur in l. cohæredi. §. cum filiæ. ibi, *Nec fideicommiſſo, &c.* Sed ſubſtitutio pupillaris fit filio impuberi de bonis ipſius: & fieret iniuria pupillo, ſi daretur ei hæres, quem mutare non poſſet, poſtquam cœperit habere teſtamenti factionem. Vnde permittitur tantum patri ſubſtituere filio ſuo: quia eſt in ea poteſtate, vt ſibi teſtamentum facere non poſſit. Addendum eſt & breuiori tempore interdum fieri hanc ſubſtitutionem pupillarem. Nam etſi teſtator ita ſubſtituere ſoleat, *Si filius meus impubes deceſſerit*: tamen ſi velit poteſt breuius tempus comprehendere, vt, *Si deceſſerit intra decimum, vel octauum annum*. l. ſi ita quis. 19. & l. qui plures. 21. hic. ff. Inde naſcitur quæſtio in l. ex facto. 43. & item quæro, &c. Teſtator hoc modo ſubſtituit filio ſuo, *Filius meus ſi impubes deceſſerit intra decimum annum, Titius hæres eſto, ſi intra annum decimumquartum, Mæuius.* Filius deceſſit octo annorum, quæritur an ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem pupilli? Titius petit hæreditatem, quoniam dicit intra decimum annum impuberem deceſſiſſe. Idem quoque dicit Mæuius, ego ſubſtitutus ſum ſub conditione, ſi deceſſerit intra decimumquartum annum. At verum eſt eum intra decimumquartum annum deceſſiſſe. qui decedit intra annum decimum, etiam decedit intra annnum decimumquartum: maiori numero minor continetur. Quæritur vter admittetur? Iureconſultus hic oſtendit quæſtionem eſſe voluntatis. Videndum eſt quid teſtator ſenſerit, ſi quid appareat ex coniecturis, id ſequendum eſt. ſi nihil aliud appareat, credibile eſt teſtatorem Titium, quem ſubſtituit breuiori tempore voluiſſe præferri Mæuio, quem ſubſtituit ſi intra decimumquartum annum deceſſerit. Videtur enim diſtinxiſſe hæc tempora teſtator, vt ſeruaretur ſuum tempus in ſingulis ſubſtitutis: ſicut dicimus generi per ſpeciem derogari. l. vxorem. 39. §. fœliciſſimo. ff. de leg. 3. vt cum aliquid generaliter legauit teſtator, & ſpecialiter poſtea id legauit. Hinc deciditur quæſtio vulgo agitata de iuriſdictione. Duo conſtituti ſunt iudices, ita vt vnus de cauſis pecuniariis cognoſcat, vſque ad decem aureos, alter vſque ad centum aureos. Is, cui iuriſdictio conceſſa eſt ad centum aureos, vult etiam cognoſcere de iis, quæ ſunt intra decem aureos. quia, inquit, ſi ſit cauſa intra decem aureos, eſt etiam intra centum: ſed credibile eſt legislatorem vnicuique ſuum numerum ſeruari voluiſſe.

Cœpimus dicere quibus modis finiatur pupillaris ſubſtitutio. De tempore diximus. Idem dicendum eſt etſi adita non fuerit hæreditas ex paterno teſtamento, vel ruptum, vel infirmatum paternum teſtamentum fuerit, vt diximus de vulgari ſubſtitutione. Diximus etiam ſupra, ſi deſierit filius eſſe in poteſtate patris tempore mortis eiuſdem, fieri etiam irritam pupillarem ſubſtitutionem. l. 41. §. cohæredi. §. ſi cum filiæ. vbi expreſſum eſt. Quamuis fuerit filius in poteſtate teſtatoris tempore facti teſtamenti: tamen ſi non fuerit in poteſtate tempore mortis, pupillarem ſubſtitutionem euaneſcere. Hinc conſequitur ſi arrogatus fuerit filius poſt factam pupillarem ſubſtitutionem, eam ſubſtitutionem euaneſcere, quia tranſit per arrogationem in alienam familiam. l. 7. nec ei. §. is duntaxat. ff. de adopt. Ait Iureconſultus cauſæ cognitionem neceſſariam eſſe in arrogatione pupillorum, ne in poteſtate ſit tutorum tutelam finire, & pupillarem ſubſtitutionem à parente factam extinguere. Vtilitatis tamen cauſa receptum eſt hoc caſu, vt detur actio contra arrogatorem: eius facto finita eſt pupillaris ſubſtitutio, vt dicitur in l. 38. al. 40. cauſa cognita. ff. hic. Cum quis arrogatur ab alio, cogitur arrogator cauere, id eſt ſatiſdare ſe reſtituturum hæreditatem iis, ad quos pertinerent omnia, ſi filius arrogatus non eſſet. Hac ſatiſdatione conſulitur legitimis hæredibus, conſulitur etiam ſubſtitutis, ſi qui ſint ſubſtituti pupillariter filio arrogato. Et ſi omiſſa ſit cautio, dabitur tamen vtilis actio. Directa enim non dabitur. Per capitis enim diminutionem extincta eſt ſubſtitutio: nec poteſt ex recto iure actio competere. Idem dicitur in l. non enim. & l. his verbis. ff. de adopt. §. cum autem. Inſtitu. de adop. & hæc proprie pertinent ad titu. de adopt. Aliud exemplum eſt de captiuitate tam patris, quam filij, ſi facta ſubſtitutione pupillari, captus fuerit pater ab hoſtibus, aut filius, aut vterque. Quæſtio eſt hac de re tractata in l. 26. al. 28. Lex Cornelia. ff. hic. vbi duplex eſt quæſtio: vna eſt de patre capto ab hoſtibus, cum pater captus eſt ab hoſtibus. Altera eſt de filio, cum filius captus eſt ab hoſtibus, non etiam pater. Tertia eſt in l. ſi pater. 29. Cum vterque captus eſt ab hoſtibus.

Quod ad primam quæſtionem attinet, cum pater ſolus captus eſt ab hoſtibus, non etiam filius, ait Iureconſultus ibi *Hæreditas ad ſubſtitutum, &c.* Legem Corneliam confirmare teſtamenta eorum, qui apud hoſtes deceſſerunt, id eſt, confirmat teſtamenta facta ab iis, qui capti ſunt antequam caperentur. l. Lege Cornelia. ff. de teſta. Teſtamentum quod iure factum eſt, irritum fit captiuitate poſtea ſecuta: ſed lege Cornelia cõfirmatur vtilitatis cauſa, perinde ac ſi deceſſiſſet ante captiuitatem is, qui captus deceſſit apud hoſtes. Lex Cornelia loquitur de teſtamentis factis ab his, qui capti ab hoſtibus, apud hoſtes deceſſerunt. Sed Iulianus interpretatur ſic legem Corneliam, vt pertineat etiam ad ſubſtitutionem pupillarem, quam pater teſtamentum ſibi faciens, filio ſuo impuberi fecit. Cum confirmat teſtamentum à patre factum, confirmat omnem hæreditatem quæcunque ex eo teſtamento defertur, ſiue ex inſtitutione hæredis paterni, ſiue ex ſubſtitutione pupillari. ibi, *Quæ ad quemque, &c.* Sed dixerit aliquis, hic filius deſiit eſſe in patris poteſtate, viuo adhuc patre. Ergo ſubſtitutio pupillaris irrita fit ex his, quæ iam à nobis dicta ſunt in l. cohæredi. §. cum filiæ. vbi cum filia, cui facta eſt pupillaris ſubſtitutio, exit ex familia patris, viuente patre, irrita fit pupillaris ſubſtitutio. Hoc autem accidit in hac ſpecie, in qua ponimus captum eſſe patrem ab hoſtibus, filium ciuem remanſiſſe: patrem deceſſiſſe apud hoſtes, deinde filium in captiuitate eſſe: quo autem tempore pater deceſſit apud hoſtes, filius non erat in eius poteſtate: ſed is, qui erat in poteſtate hoſtium, non poterat alium in ſua poteſtate habere. Ergo videbatur irrita facta pupillaris ſubſtitutio, quam tamen Iulianus ait valere.

Sed reſpondendum eſt huic obiectioni, non omnino liberatum fuiſſe patris poteſtate filium tempore mortis patris: quanquam ratio ſuperior mouerit quoſdam ex veteribus, vt dicerent non valere pupillarem ſubſtitutionem, quorum quidem opinionem refert Vlpianus in l. pater. ff. de capti. & poſtlimi. reuerſ. quam, inquam, non probat. Nec enim probanda eſt talis opinio. Quoniam cum dicimus, irritam fieri pupillarem ſubſtitutionem, ſi filius ante mortem patris exierit ex familia, & liberatus ſit patris poteſtate, ſic accipi debet, ſi omnino liberatus ſit, vt nulla ſcilicet ſpes ſit eum reduci poſſe in patris poteſtatem.

Verum hic ſpes quidem eſt eum poſſe ſubiici paternæ poteſtati, ſi forte redierit pater ab hoſtibus, atque ideo dicitur pendere ius patriæ poteſtatis. l. penult. ff. de liber. & poſthum. & §. ſi ab hoſtibus. in Inſtitution. quibus modis ius patriæ poteſtatis ſoluitur. Quoniam igitur tempore mortis patris, mi-

nime poteſt dici filius omnino liberatus eſſe paterna poteſtate, merito etiam dicitur ſubſtitutionem pupillarem non euaneſcere propter captiuitatem patris. Non obſtant igitur, hac ratione, obiecta veterum. Quamobrem dicendum eſt in hac ſpecie, conualeſcere ſubſtitutionem pupillarem per legem Corneliam. Ecce, quemadmodum in hac ſpecie irrito facto teſtamento patris propter captiuitatem, in conſequentiam fit irritum pupillare: ita etiam confirmato patris teſtamento per legem Corneliam, in conſequentiam quoque confirmatur pupillaris ſubſtitutio, quæ teſtamentum filij eſſe dicitur.

Secundus caſus eſt in d. l. lex Cornelia. ff. hic. cum filius ſolus captus eſt ab hoſtibus, poſt factam ſubſtitutionem, & pater manſit in ciuitate: ibi, *Sed ſi pater, &c.* Si pater ciuis deceſſit. Maior profecto dubitatio fuit in hac ſecunda ſpecie, quam in ſuperiore. Non enim videtur in hac ſpecie, pupillaris ſubſtitutio, teſtamentum filij, quod irritum factum eſt captiuitate eiuſdem, confirmari propter legem Corneliam. Lex ſiquidem Cornelia loquitur de teſtamento, quod factum eſt ab eo, qui captus eſt ab hoſtibus. Lex Cornelia ait, Si quis teſtamentum fecerit iure, deinde captus ſit ab hoſtibus, & apud hoſtes deceſſerit: id teſtamentum perinde ratum eſſe, ac ſi ante captiuitatem deceſſiſſet. Filius poſt mortem patris ſui captus eſt ab hoſtibus: deceſſitque apud hoſtes. Quæritur igitur an ſubſtitutio pupillaris irrita facta ſit omnino? an vero conualuerit per legem Corneliam, ita vt ad ſubſtitutum pertineat eius hæreditas? Reſpondendum ita profecto mihi videtur, Si ſpectemus verba legis Corneliæ, videtur quidem non confirmari. Verum certe eſt, cum confirmatur patris teſtamentum, ſubſtitutionem pupillarem in conſequentiam confirmari: vt in ſuperiore ſpecie patuit. Verum pater hic nunquam fuit captus ab hoſtibus: nunquam quoque fuit eius teſtamentum factum irritum. Quomodo igitur poteſt teſtamentum filij confirmari lege Cornelia? Non enim conueniunt verba legis Corneliæ huic ſpeciei: quia non fecit hoc teſtamentum filius: ſed pater. Reſpondet ad hæc obiecta Iureconſultus, *Non incommode dicitur, hæreditatem eius ea lege Cornelia, &c.* His verbis vſus eſt Iulianus, quod videretur id minime conuenire verbis legis Corneliæ. Atque ideo Iureconſultus in l. 10. pater. §. ſi mortuo. ff. de capti. & poſtlim. reuerſ. dandam vtilem eſſe actionem ait, deficiente directa actione, propter vtilitatem. Sed tunc quidem id locum habet, vt Iulianus hic ait, *Si mortuo, &c.* Quid igitur fiet ſi viuo patre? Iuriſconſultus in dict. l. lex Cornelia. verſicul. *Si vero viuo patre, &c.* Alia, inquit, ratio impedit, ne lege Cornelia dicatur confirmata eſſe pupillaris ſubſtitutio, ſi mortuus ſit filius, qui erat in ciuitate: quia omnino ſunt bona patris, pater capit eius bona tanquam propria, præſertim hoc iure Digeſtorum, quo omnia ſunt patris.

Tertius caſus eſt in l. ſi pater. 27. ff. hic. Sed intelligi poteſt ex iam ſuperius dictis. Ex his facillime intelligere potuimus quibus modis finiatur pupillaris ſubſtitutio. Ex his prædictis naſcitur quæſtio tractata in l. penul. hic. ff. *Qui habebat filium, &c.* Species de qua conſultus Scæuola hic ex facto, fuit huiuſmodi: Quidam habebat filium & filiam impuberes, in ea ætate erant, vt poſſet eis fieri pupillaris ſubſtitutio à patre. Inſtituit filium hæredem, exhæredauit filiam: filio inſtituto, filiam ſubſtituit: filiæ exhæredatæ ſubſtituit etiam vxorem & ſororem ſuam. Subſtituit ei pupillariter, vt exiſtimo, & poſtea dicam. Si antequam nubilis eſſet, decederet: ita factum eſt teſtamentū, Teſtator inſtituit filiū ſuum hæredem, ſubſtituit ei filiam exhæredatam: & filiæ exhæredatæ ſubſtituit vxorem ſuam cum ſorore. Deinde filia, quæ fratri ſuo ſubſtituta erat, deceſſit prior ante filium: deinde filius, vxor cum ſorore, quæ ſubſtitutæ fuerant huic filiæ, petunt hæreditatem filij & filiæ. Quæritur ergo an ex iure ſubſtitutionis poſſint petere hæreditatem filij? Probabiliter quidem de eo dubitatum fuit. Quia vxor, quæ ſubſtituta eſt filiæ, videtur etiam ſubſtituta filio eſſe: quandoquidem filia ſubſtituta filio fuit. Diximus enim in interpretatione l. cohæredi. in princip. Tertium, qui ſubſtitutus eſt ſecundo, videri etiam ſubſtitutus primo. Hinc vulgo dicitur, *Subſtitutum ſubſtituti mei, eſſe ſubſtitutum.* l. ſi Titius. 25. hic. ff. & §. ſed ſi inſtituto. de vulga. ſubſtit. in Inſtitutionibus. In hoc caſu, in quo proponitur filia, quæ ſubſtituta erat filio, prior deceſſiſſe, dicitur non pertinere filij hæreditas ad ſubſtitutos filiæ. Eſt ſane hic locus valde difficilis. Vulgo dicitur, hoc Scæuolæ reſponſum eſſe intelligendum de ſubſtitutione pupillari. l. cohæredi. cum ſimil. de ſubſtitu. vulgari. In ſubſtitutione vulgari aiunt verum eſſe, Tertium, qui ſubſtitutus eſt ſecundo, primo quoque ſubſtitutum videri: verum in hac pupillari ſubſtitutione, hoc dici haudquaquam poſſe. Rationem hanc adferunt, quia finita eſt ſecunda ſubſtitutio hoc caſu pubertate filiæ, cum finita ſit ſubſtitutio pubertate filiæ: nam filia prior pubes deceſſit, quomodo poteſt vxor & ſoror iure ſubſtitutionis admitti? Ecce lectio Florentina, & aliorum veterum librorum, non conuenit huic interpretationi. Sic legitur in d. l. penult. in fin. *Cum filia impubes prior deceſſerit, &c.* Alij vulgares libri habent, pubes. Et Accurſius animaduertit hanc lectionem. Inepta eſt tamen interpretatio huius loci Accurſij. Ecce, non dubito quin fuerit ſubſtitutio pupillaris tam prima, quam ſecunda in hoc Scæuolæ reſponſo, etſi quidam exiſtiment vxorem ſubſtitutam fuiſſe filiæ vulgari modo: exiſtimo pupillarem fuiſſe. Ibi, *Si antequam nuberet, &c.* Scio hæc verba ambigua eſſe. Poſſunt enim intelligi ſi antequam nubilis eſſet ætatis. poſſunt etiam ad ipſarum nuptiarum celebrationem referri, quomodo accipi in dubio debent. In l. ſancimus. Cod. de nupt. ſtatuit Iuſtinianus quoties mentio fit nuptiarum, hæc verba referenda eſſe ad tempus, quo nuptiæ celebrantur. Sed conſtitutio Iuſtiniani tunc locum habet, cum apparet eum, qui hoc verbo vſus eſt, aliud ſenſiſſe. Spectanda eſt enim voluntas in ambiguis. At manifeſte apparet hanc non fuiſſe voluntatem teſtatoris, vt vulgariter ſubſtitueret. Nam proponitur filia exhæredata. Conſtitutio Iuſtiniani pertinet ad declarationem huius verbi, cum obſcura eſt & ambigua voluntas eius, qui hoc verbo vſus eſt. Dicendum igitur eſt de pupillari ſubſtitutione Scæuolam hic loqui. Sed cur reſpondit Scæuola iure ſubſtitutionis filij hæreditatem ad ſororem & vxorem non pertinere? Hoc reſpondit ſecundum ea, quæ proponebantur, quamuis in aliis exemplis ſubſtitutus ſecundo, ſubſtitutus eſſe primo intelligatur. in d. l. ſi Titius. loquitur Iureconſultus de ſubſtitutione vulgari, in qua ſubſtituti & inſtituti ſunt hæredes in eadem hæreditate. Vnus eſt ſubſtitutus cohæredi ſuo: deinde huic ſubſtituto alter eſt ſubſtitutus. & ait nihil referre vter prior deceſſerit. In d. l. cohæredi. loquitur de pupillaribus ſubſtitutionibus duabus, in quibus diuerſæ ſunt hæreditates. Pater, qui ſubſtituit pupillariter filio ſuo, facit teſtamentum filio de bonis filij, vel filiæ. Si teſtator ita diceret, *Si filius meus impubes deceſſerit, volo ei hæredem eſſe Titium, vel filiam: & ſi filia deceſſerit impubes, volo ei hæredem eſſe Seium*, diuerſæ ſunt hæreditates, & nulla ratio eſt cur ſubſtitutus vni intelligatur ſubſtitutus alteri. Hæc de ſubſtitutione pupillari. Iam videndum eſt de ſubſtitutione quaſi pupillari, quæ vulgo dicitur exemplaris ſubſtitutio.

Cap. XVII.

De quaſi pupillari ſubſtitutione.

Hvius ſubſtitutionis quaſi pupillaris auctor fuit Iuſtinianus, vt ipſe teſtatur in §. qua ratione. de pupil. ſubſtitut. in Inſtitut. & ſatis apparet ex conſtitutione eiuſdem. de ea re in l. humanitatis. C. eo. In ea lege ibi, *Parentibus indulgemus.* his verbis ſignificat ſe id indulgere, quod ante permiſſum non erat. Ante Iuſtinianum non erat permiſſum ſubſtituere puberibus prætextu infirmitatis alicuius. Non erat moribus receptum, vt filio iam puberi, qui teſtamentum facere non poterat, quia erat furioſus, prætextu furoris vel infirmitatis alicuius, pater ei facere poſſet teſtamentum. Non fuerant auſi veteres tam longe à præſcripto iuris publici & legum veterum recedere. Ius publicum non permittebat quem alij facere teſtamentum: ſed ſibi tantum. l. 43. ex facto. hic. ff. Si hoc permiſſum fuiſſet, non erat opus vt id à Principe imploraretur. qui enim volebant aliis huiuſmodi perſonis teſtamentum facere, id ſolebant à Principe impetrare. Itaque ego dixi Digeſtis in ſcriptum eſſe hunc titulum, de vulgari & pupillari tantum ſubſtitutione. Veteribus Iureconſultis erant tantum nota hæc genera ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris. Com-

ris. Compoſitores Codicis inſcripſerũt de impub. & aliis ſubſtit. vt complecterentur omnes alias ſubſtitutiones, quæ Principum conſtitutionibus inductæ ſunt. Humaniter igitur hoc induxit Iuſtinianus, vt ſicut pater filiis ſuis impuberib. pupillariter ſubſtituere poteſt, quia in ea ætate ſunt, vt ſibi teſtamentum facere non poſſint: eadem ratione pater habens filium furioſum, qui propter furorem non poteſt facere teſtamentum, poſſit ei facere teſtamentum. vnde dicitur exemplo pupillaris ſubſtitutionis introducta eſſe. Qua ratione ſolitus ſum vocare, quaſi pupillarem ſubſtitutionem, cum alii eam exemplarem vocent. De hoc genere ſubſtitutionis nos ſummatim dicemus per locos communes.

Qui ſubſtituere poteſt hoc genere ſubſtitutionis quaſi pupillaris. CAP. XVIII.

IVſtinianus ait in conſtitutione ſua, parentib. ſe indulſiſſe vt ſubſtituere poſſint filiis furioſis humanitatis cauſa. Et notandum eſt Iuſtinianum loqui de parentibus, & hoc intereſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem. Permittit Iuſtinianus non tantum patri, ſed ẽt matri ſubſtituere filio ſuo furioſo, hoc genere ſubſtitutionis. & loquitur nominatim de matre, ibi, *Si quis vel quæ.* Deinde ibi, *Vt teſtatrici liceat.* Verba conſtitutionis Iuſtiniani manifeſte oſtendunt hoc non tantum patri, ſed etiam matri indultum eſſe.

Cœpimus differere de ſubſtitutione quaſi pupillari. Docuimus quæ ſit cauſa & origo huius ſubſtitutionis. Deinde quis poſſit ſubſtituere hoc genere ſubſtitutionis. Et diximus parentibus licere ita ſubſtituere, ſine vlla parentum diſtinctione. Nam etiam matrem ſubſtituere poſſe filio dicitur. d. l. Humanitatis. C. de impub. & aliis. Solet quæri quænam ſit ratio diuerſitatis inter pupillarem ſubſtitutionem & hanc, de qua loquimur. Patri tantum licet ſubſtituere filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit*, vt diximus. Mater non poteſt ſubſtituere filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit.* Hoc igitur intereſt inter pupillarem ſubſtitutionem & hanc quaſi pupillarem. Ratio tamen diuerſitatis mihi videtur non ſatis vulgo nota eſſe. Ego ſupra admonui pupillarem ſubſtitutionem ortam eſſe ex interpretatione prudentum: non ex lege aliqua aut conſtitutione. Cum viderunt Iuriſprudentes permiſſum eſſe ſibi teſtamentum facere: ſibi hæredem inſtituere vel primo vel ſecundo gradu verbis legis, non autem alii teſtamentum facere: tamen induxerunt hoc genus ſubſtitutionis, ita vt legibus nõ videretur aduerſari, quaſi pater faciens teſtamentum filio ſuo, quem habet in poteſtate, videatur quodammodo ſibi ipſi teſtamentum facere: quia pater & filius qui eſt in patris poteſtate, dicuntur pro vna perſona haberi. l. vlt. C. hoc tit. Hic eſt ortus pupillaris ſubſtitutionis, vt diximus ad l. 2. hic. ff. Veteres Iureconſulti, quorum erat munus ius interpretari, non autem nouum ius condere non fuerunt auſi quicquam contra leges inducere aperte. Contrarium hoc autem fuiſſet publicis legibus, ſi matri permiſſum fuiſſet teſtamentum facere filio ſuo. non enim hoc poteſt de matre, quia mater non habet filios in ſua poteſtate ſicut pater. At Iuſtin. maior fuit auctoritas, quam Iuriſconſultorum. Hæc igitur ſubſtitutio, quam vocamus quaſi pupillarem, ortum habet ex Iuſtiniani conſtitutione, quæ lex eſt, quæque legis auctoritatem & vim habet. Non eſt veritus Iuſtinianus, ne contra leges aliquid induceret: neve ob id reprehenderetur quod contra leges veteres aliquid conſtitueret. non enim eam auctoritatem habebant Iureconſulti, quam Iuſtinianus ipſe, qui Princeps & Imperator fuit. Spectauit ergo Iuſtinianus quod credidit expedire. Ideoque conſtituit aperte, vt liceat parentibus ſi filios furioſos habeant, eis teſtamentum facere, nec diſtinxit patrem à matre. Inde quæritur, quid ſi vterque parens velit facere teſtamentum filio, velitque ſubſtituere filio hoc genere ſubſtitutionis, hoc eſt tam pater quam mater? Lex quidem ait permiſſum eſſe parentibus, hoc eſt non ſolum patri, ſed etiam matri: ſed quæritur, an vtrique teſtamentum facere permittatur, & ſi ab vtroque teſtamentum erit factum, vtrum potius obtinere debeat? Verba conſtitutionis hic deficiunt, & forte hoc non venit in mentem Iuſtiniano cum hanc conſtitutionem ederet. cum verba conſtitutionis hic deficiant, confugiendum eſt ad legem communem & rationem iuris. Nos igitur ſpectamus quod rationi iuris conſentaneum eſt, & probabilius videtur patris teſtamentum præferri, niſi forte in ſuis bonis mater ſubſtituat. Hac ratione minus recedimus ab exemplo pupillaris ſubſtitutionis. nam in pupillari ſubſtitutione prior eſt cauſa parentis, quam matris. non enim licet matri ſubſtituere filio ſuo impuberi pupillariter. Præterea ſalubrius ſemper habendum eſt patris, quam matris conſilium in rebus filii. Argumentum ducitur ex l. 1. & 2. ff. de confir. tut. vbi patri filio ſuo tutorem teſtamento dare licet, ſine vlla diſtinctione ſimpliciter, adeo vt nulla inquiſitio neceſſaria ſit in eum tutorem, qui datus eſt à patre teſtamento, ſed cum mater filio ſuo dat tutorem teſtamento ſuo, inquiritur in mores tutoris ab ea dati, & alia omnia quæcunq; videntur neceſſaria ad tutelam adminiſtrandam, nec recipitur ſine inquiſitione is tutor.

CAP. XIX.

Cui ſiat hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio.

HOc ſatis demonſtrat conſtitutio Iuſtiniani, quam interpretamur. Conſtitutio Iuſtiniani aperte oſtendit liberis ita ſubſtitui. Omnibus liberis parentes ſubſtituere poſſunt hoc genere ſubſtitutionis, veluti filiis, nepotibus, pronepotibus. hi enim omnes continentur liberorum appellatione: & hoc intereſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem: quia ſubſtitutio pupillaris ad eos tantum liberos pertinet, qui ſunt in poteſtate eius qui teſtamentum facit. At hic non requiritur vt ſint in poteſtate. Argumentum eſt quod matri licet facere teſtamentum liberis quos tamen non habet in poteſtate. Sed quæritur an non tantum legitimis ſubſtituere liceat, ſed & naturalib. De adoptiuis non eſt dubitatio: quia ſubſtitutio pupillaris ſit adoptiuis, ſicut legitimis, ſed de naturalib. tantũ dubitari põt. Variæ ſunt opiniones, ſed exiſtimo naturalibus tantum non poſſe ſubſtitutionem fieri, de qua hic diſſerimus. Mouet me quod hæc ſubſtitutio quaſi pupillaris ad exemplum ſubſtitutionis pupillaris inducta eſt, & in omnib. ſequimur hoc exemplum: niſi quatenus aliquid aperte exceptum reperitur. Excepta vero quædam reperiuntur conſtitutione Iuſtinia. & aliis locis: ſed vbi nihil exceptum reperitur, dicẽdum eſt nos ſequi debere hoc exemplum, quia aperte dicitur exemplo ſubſtitutionis pupillaris inductam eſſe. Quæritur ẽt de impubere, an impuberi liceat ita ſubſtituere? Sunt qui cõtendãt nõ licere: ſed licere tantũ ſubſtituere hoc genere ſubſtitutionis filio impuberi, & ſuam opinionẽ his leuibus argumentis aut potius nugis tuentur. Inquiunt, vbi eſt ordinarium remedium, non admittitur extraordinarium. Ego breuiter dico, etiam filio impuberi ſubſtitui poſſe hoc genere ſubſtitutionis. Id ſatis oſtendit Iuſtinia. in Inſtit. §. qua ratione de pupil. ſubſtit. vbi ait licere ſubſtituere filiis mente captis, etſi puberes ſint. Cum ait licere ſubſtituere, etſi puberes ſint, manifeſte oſtendit etiam impuberib. ſubſtitui poſſe. perinde eſt enim ac ſi diceret, non tantum impuberibus licere ita ſubſtituere: ſed etiam puberibus. Præterea hac ratione ego moueor: quia alias non ſatis conſuleretur filio niſi quoque in hunc caſum ſubſtitutio fieret. Ponamus eundem & furioſum & impuberem eſſe. Si pater ſubſtituat in hunc caſum, *Si impubes deceſſerit*: hoc caſu expreſſo, non ſatis ei conſuletur, quia forte decedet in ea infirmitate, vt nõ poſſit ſibi teſtamentum facere. Hoc igitur genus ſubſtitutionis non tantum neceſſarium eſt & vtile filio impuberi: ſed ẽt puberi. Nã hoc remediũ pupillaris ſubſtitutionis nõ ſatis plenũ eſt, atq; ideo nugatoriũ eſt, quod dicitur nõ eſſe locũ extraordinario remedio, cũ ordinariũ remedium eſt, magisq; nugatoriũ eſt, quod adducitur ex l. qui habet. ff. de tut. Alia eſt quæſtio, an filius patri furioſo ſubſtituere poſſit? variæ opiniones ſunt de hac re. Sed exiſtimo filiũ patri furioſo ſubſtituere non poſſe. Lex de liberis tãtum loquitur. Lex permittit tantum liberis ſuccedere non ẽt parentib. Conſtitutio hæc non permittit ſubſtituere parentib. nec eadem eſt ratio. Si quis forte dicat eandem eſſe rationem, vt plerique dicunt, indecorum eſt, vt ait Iureconſ. in l. 12. his qui in ea cauſa. ff. de tut. datis ab his. patrem à filio regi. Dubitatum enim fuit, an filius patri furioſo curator poſſit dari? Videbatur indecorum eſſe patrem à filio regi, cum filius contra à patre potius regi debeat, ideo vix tandem receptum eſt, vt curator daretur filius patri furioſo, quod tandem obtinuit

d.l.his quia in ea cauſa.& l. 1 .de cura.furio. cum hoc non niſi neceſſitatis cuiuſdam cauſa receptum ſit propter adminiſtrationem bonorum patris. Ratio non permittit, vt dicamus filium poſſe patri ſuo furioſo ſubſtituere hoc genere ſubſtitutionis: nam teſtamenti factio publici iuris eſt. Non idem dici poteſt de teſtamēti factione, quod de bonorum adminiſtratione. Non quiſquis adminiſtrare poteſt bona, is poteſt facere teſtamentum. Teſtamenti factio eſt iuris publici, ita vt non poſſit filiusfamilias, qui eſt in poteſtate patris, facere teſtamentum, etſi pater ei permiſerit. l.qui in poteſtate.6.ff. de teſta. Ex his apparet probabilem eſſe hanc opinionem. In primis conuenit verbis legis, quæ loquitur de liberis, non de parentibus. Conſentanea eſt etiam rationi. indecorum eſt enim, à filio patrem regi. Præterea nos mouere debet exemplum pupillaris ſubſtitutionis. parentes ſubſtituunt filiis pupillariter, non filii parentibus. Cum ergo quæritur, cui hæc ſubſtitutio fiat: dicendum eſt liberis tantum fieri. Addendum eſt liberis furioſis aut mente captis, vt ante diximus. atque ita loquitur conſtitutio Iuſtiniani in dict.l.humanitatis. quia filius, qui furore corripitur, non poteſt ſibi facere teſtamentum. humanitatis cauſa indultum eſt vt pater ei facere poſſit teſtamentum, collata inſtitutione in id tempus quo deſierit demens aut mente captus eſſe. Idem dicendum eſt de alio quocunque vitio, vel morbo, propter quem morbum, vel vitium non poteſt facere teſtamentum filius. Exemplum eſt ff. hoc tit.in l.ex facto. de muto. liberis ergo ſubſtituere licet, qui, propter morbum, aut vitiū, non poſſunt ſibi teſtamētum facere. & intelligitur hoc cum morbus eſt perpetuus, vel vitium ſine intermiſſione & ſine interuallo eſt. & ita loquitur conſtitutio Iuſtiniani, vbi otioſum non eſt quod ait, perpetuo. Nam ſi habeat furoris intermiſſionem, nō permittitur patri ei ſubſtituere, quia poteſt in eo interuallo ſibi teſtamentum facere furioſus. l.furioſum.C.qui teſta. face. poſſunt. Quod dicitur de furioſo & mēte capto, an ad prodigum pertineat, quæritur? Et puto eandem eſſe rationem, & cauſam prodigi. Ecce ſpectare debemus id quod ego ſupra admonui, cur inducta ſit hæc ſubſtitutio. Permiſſum eſt vt pater faciat teſtamentum liberis ſuis, qui non poſſunt ſibi teſtamentum facere propter morbum, aut vitium. At eadem eſt ratio prodigi, cui bonis interdictum eſt, nam ne is quidem ſibi facere poteſt teſtamentum, vt diximus ſupra in l.is qui.de teſtamentis. Et præterea furioſo ſimilis eſt: & furioſus dicitur à Iureconſultis, quod ad bonorum adminiſtrationem attinet. l.is, qui.§. Diuus.ff.de tutor.& curat.datis ab his, vnde dicitur nullam eſſe eius voluntatem. l.furioſi.ff.de reg.iur.

Cap. XX.

Quomodo fiat hæc quaſi pupillaris ſubſtitutio.

FOrmula huius ſubſtitutionis facile concipi poteſt exemplo pupillaris ſubſtitutionis. Diximus ad ſimilitudinem pupillaris hanc comparatam eſſe. ergo ſi quis intellexerit rationem concipiendæ pupillaris ſubſtitutionis, facile etiam poterit hanc ſubſtitutionem concipere. Diximus ita concipi formulam pupillaris ſubſtitutionis, *Si filius impubes deceſſerit* collata inſtitutione in id tempus, quo pubes erit: quo tempore poterit ſibi teſtamentum facere. Sic etiam poteſt concipi hæc ſubſtitutio, *Si deſierit demens eſſe*, collata inſtitutione in id tempus, quo factus erit ſanus, ita vt teſtamentum ſibi facere poſſit: nam teſtamenti factio non adimenda eſt homini ſanæ mentis, vt dicitur in l.ex facta.43.in princ. verſic.etenim iniquum, &c.hic.ff. Poterit & aliter concipi. nihil etenim refert quomodo concepta ſit, modo verba idem ſignificent, & ad eundem finem tendant. Cætera quæ ſic obſeruanda ſunt, facile intelligi poſſunt ex his quę diximus in ſubſtitutione pupillari. Quæcunque conſtituta reperiuntur de ſubſtitutione pupillari, ad hoc genus ſubſtitutionis pertinent, niſi ſi quid nominatim exceptum reperiatur, & quæcunque diximus de ſubſtitutione pupillari ſupra ex l. 2.ff. hoc tit.quæ omnia hic pro repetitis habenda ſunt. illud proprium eſt huius ſubſtitutionis, quia non licet quemuis ſubſtituere, non licet filio furioſo, vel mente capto, quemlibet ſubſtituere, forte extraneum. Expreſſum eſt Iuſtiniani conſtitutione, quis ſubſtituēdus ſit. Si forte filios habebat filius furioſus, ſubſtituēdi erunt filii: ſi nō habeat filios, ſed fratres, hi fratres ſubſtituendi erunt. At licet ſubſtituere filio impuberi etiam extraneum: hoc igitur intereſt inter hanc ſubſtitutionem & pupillarem, quod cum pater ſubſtituit filio ſuo impuberi, *Si impubes deceſſerit*, ſubſtituere ei poteſt quemlibet etiam extraneum. Hic autem extraneus non ſubſtituitur, ſi ſint vel filii deſcendentes ex eo, cui ſubſtitutio fit, vel etiam fratres. Sed quæritur quid ſi is, cui fit ſubſtitutio, filios habeat furioſos, aut dementes, an eos ſubſtituere liceat? Iuſtinianus prima facie videtur ſignificare in d.l.humanitatis.ad fi.his verbis, *Sin vero etiam liberi teſtatori, vel teſtatrici ſint ſapientes, &c.* non poſſe ſubſtitui ſapientes: non ſimpliciter dicit ſubſtituendos eſſe filios mente captos, vel fratres: ſed ſi ſani ſint. Sed hoc mihi videtur perabſurdum eſſe, ideo non eſt credendum ita ſenſiſſe Iuſtinianū. nec argumentum à contrario ſenſu recte ducitur ex his verbis: quod ſi deſcendentes ex eo ſapiētes nō fuerint, eos ſubſtituere non licere. Sed ideo videtur Iuſtinianus hæc verba adieciſſe, quia in initio conſtitutionis ait ſe indulſiſſe parentibus, vt ſi liberos habeant furioſos, eis ſubſtituant. Deinde cum dicit ſi ſapientes ſint: his verbis videtur potius ſignificare non ſubſtitui iis, qui ſapientes ſint, ſed eos potius ſubſtitui. Si quis habeat filium furioſum, nepotem autem ſanæ mentis ſubſtituit filio, non etiam nepoti. Nam ex hoc argumento quod duci ſolet ab aliis à cōtrario ſenſu conſequitur abſurdum. Hic etiā quæritur, an ſit neceſſaria inſtitutio filii, an vero ſufficiat exhæredatio, vt valeat hæc ſubſtitutio, an idem dicemus quod de ſubſtitutione pupillari? Subſtitutio enim pupillaris fit filio, etiam exhæredato. leg.1.& 2. hic.ff. Vulgo dicitur non idem eſſe dicendum propter verba conſtitutionis. Ait enim Iuſtinia. *Liceat iiſdem legitima portione ei, vel eis relicta, &c.* Non ergo licet hoc genere ſubſtitutionis aliter ſubſtituere filio, quam ſi legitima portio ei fuerit relicta. Ego tamen puto etiam exhæredato filio ita ſubſtitui poſſe, nec quicquam intereſſe inter ſubſtitutionem pupillarem, & quaſi pupillarem in hac re. Non me mouent dicta verba conſtitutionis, cum ait Iuſtinianus relicta legitima portione, &c. Iuſtinianus hoc adiicit eſſe relinquendam legitimam, non quod ſimpliciter id ſit neceſſe, ſed quod alias rumpi poteſt teſtamentum per querelam inofficioſi teſtamenti, & per conſequens ſubſtitutio euaneſcit. Hoc vult Iuſtinia. ne contingat teſtamentum ſubuerti per querelam inofficioſi. Id verba ſequentia ſatis oſtendunt, ibi, *Querela nulla contra teſtamentum &c.* Si ſimpliciter ita dixiſſet, probabilis eſſet hæc opinio: ſed quia ſubiicit, quorſum id dixerit nempe ne rumpatur teſtamentum querela, hæc opinio conſiſtere non poteſt. Eſt ſimile quod dicitur in l.moribus.ff.de vulg.& pup. cum loquitur de nepotib. ait oportere inſtitui vel exhæredari nepotes, & tamen ſubſtitutio valet pupillaris, etſi fuerint exhæredati vel præteriti: ſed ideo id dicit, quia cōſultus eſt eos exhæredare vel inſtituere, ne rumpant teſtamentum, ſi ſuccedant in locum patris.

Cap. XXI.

De effectu quaſi pupillaris ſubſtitutionis.

EFfectus huius ſubſtitutionis, ſimilis eſt pupillari ſubſtitutioni. pauca quædam excipiuntur, quæ diximus de effectu pupillaris ſubſtitutionis: ad hanc ſubſtitutionem quoque producenda ſunt, quæ exemplo pupillaris ſubſtitutionis comparata eſt. Vnde ſicut pupillaris ſubſtitutio, quæ facta eſt ſub hac conditione, *Si impubes deceſſerit*, finiebatur pubertate: ita etiam hæc ſubſtitutio finitur morbo, aut vitio deſinente, propter quem morbum, aut vitium non poterat facere teſtamentum is, cui facta eſt hæc ſubſtitutio à patre. Id dicitur aperte in conſtitutione Iuſtiniani ibi, *Si reſipuerit, &c.* Præterea finitur hæc ſubſtitutio ſuſceptis liberis ab eo, cui ſubſtitutio facta eſt. leg.43.ex facto.hic.ff. Ait Paulus in eo reſcripto, de quo ibi mentio eſt, intelligendum eſſe, ſuſceptis poſt ſubſtitutionem liberis à filio euaneſcere ſubſtitutionem. Eſt enim, inquit, credibile Principem qui permiſit patri facere teſtamentum filio ſuo, & ſubſtituere ei, ita ſenſiſſe niſi ſuſceperit liberos, qui hæredes eſſe poſſint. Ex quo quidam annotant, & idem aiunt dicendum eſſe in pupillari ſubſtitutione, ſi forte contingat, quod rarum eſt, impuberem liberos

liberos ſuſcipere. nam & id aliquando accidit. Credibile eſt eos, qui fuerunt auctores huius ſubſtitutionis, non tantum ad id reſpexiſſe, quod diximus, quia teſtamentum facere nõ poteſt: ſed quod liberos procreare non poteſt: ſed quia poteſt interdum liberos procreare, præſertim ſi adiutorem habeat, tunc euaneſcere ſubſtitutionem aiunt. Eſt locus communis de interpretatione reſcriptorum principalium. Beneficia à Principe conceſſa, ſi quid dubitationis habent, interpretari debere ſecundum ius commune. Exemplo Pauli in hoc reſponſo. Quæritur an de naturalib. tantum liberis poſſit etiam hoc intelligi, an ſubſtitutis naturalibus tantum liberis, non etiam legitimis euaneſcat hæc ſubſtitutio? Variæ ſunt opiniones: ego dicam breuiter quod mihi videtur probabilius eſſe. Exiſtimo tantum de legitimis hoc accipiendum eſſe. Cum lex loquitur de liberis, ea debet accipi de legitimis liberis, non et de ſpuriis. l. generaliter. §. vlt. de inſt. ſub condit. fact. C. Cum quis reſtitui iubet hæreditatem ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*: hoc accipiendum eſt de liberis iuſtis. l. cum auus. 10. de condit. & demonſtrat. ff. Qui diſſentiunt ducunt argumentum ex dict. l. ex facto. 43. ff. hic. Aiunt quod furioſus nullos habere poteſt liberos, niſi naturales tantum: furioſus enim non poteſt vxorem ducere. Ergo cum dicimus ſuſceptis liberis euaneſcere hanc ſubſtitutionem, neceſſario eſt intelligendum de liberis naturalibus tantum. Sed hoc argumentum eſt nugatorium. Paulus primum in d. l. ex facto. loquitur de muto. Propoſitum eſt ei patrem impetraſſe à Principe, vt muto poſſet ſubſtituere. Mutus poteſt contrahere matrimonium. cap. cum apud. de ſponſa. Idem eſt in furioſo. Furioſus quidem non poteſt vxorem ducere: ſed fieri poteſt vt ex ea vxore, quam duxit ante furorem, poſtea liberos habeat. nam furor interueniens matrimonium non dirimit. l. patre furioſo. ff. de his, qui ſunt ſui, vel alieni iur. Hactenus de ſubſtitutione quaſi pupillari: ordo poſtulat, vt de ſubſtitutione militari nunc dicamus.

Cap. XXIII

De ſubſtitutione militari.

EST quartum genus ſubſtitutionis permiſſum militibus, quod ideo ſubſtitutio militaris à nobis dicitur. Hæc ſubſtitutio fit à milite extraneo, qui ei hæres extiturus eſt. l. milites etiã. 5. ff. de militari teſtamento. Et fit hæc ſubſtitutio nõ iure communi: ſed priuilegio militum. aliis non licet extraneo ſubſtituere qui hæres ſit extiturus. Paganus poteſt quidẽ ſubſtituere filio ſuo, etiam ſi extiturus ſit hęres: extraneo non poteſt, ſi extiturus hæres ſit. Si non erit hæres, poteſt ſubſtitui. nam poteſt ſubſtitutio fieri in hunc caſum, *Si hæres non erit*. Sed ſi hæres erit, non poteſt ſubſtitui. d. l. 5. ff. de milit. teſtament. Miles ergo ita ſubſtituit, *Si Titius hæres non erit*, *Seius hæres eſto*. Et non tãtum hoc caſu: ſed alio etiam, *Si hæres non erit, aut quandocunq; deceſſerit*. conferendo ſubſtitutionem in tempus mortis eius, Si deceſſerit intra 25. annum, vel ſimpliciter, Poſtquam deceſſerit, etiam ſi fuerit hęres, etiam ſi adierit hæreditatem, nihilominus teſtator vult alterum hæredem eſſe poſt eius mortem. & hoc eſt quod dicitur in ſecundum caſum factam eſſe ſubſtitutionem. l. precib. C. de impub. & aliis ſubſtit. Secundus caſus eſt, caſus mortis. Sed cur hoc genus ſubſtitutionis non eſt permiſſum paganis, qui milites non ſunt? Subtilitas iuris hoc non patitur. non licet enim paganis ad tempus, vel ex tempore hæredem inſtituere: militibus autem hoc licet. l. hæreditas. 34. ff. de hæred. inſtit. & l. miles ita hęredẽ. 41. ff. de milit. teſta. §. miles. Inſtit. eo. Sicut videbatur militi permittendum eſſe, vt ex certis rebus hæredem habeat. l. ex facto. 35. ff. de hæredib. inſtit. quod non licet paganis. Subtilitas iuris refragatur huic ſubſtitutioni, quia qui ſemel hæres eſt, non poteſt deſinere hæres eſſe. l. qui ſoluendo. 58. ff. de hæred. inſtit. l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor. & §. reſtituta. de fideicõ. hæredit. in Inſtit. Alias diximus multas ſubtilitates obſeruari in teſtamẽtis priuatorum, quæ remittũtur & relaxantur in militũ teſtamentis. Fere ius gẽtium ſequimur in teſtamentis militũ, neglectis iuris ciuilis ſubtilitatibus, & ſolennitatibus, cuiuſmodi hæc ſunt. Subſtitutio igitur facta à pagano verbis ciuilibus & directis, poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem, nõ valet, vt dicitur in l. verbis ciuilib. 7. hic. ff. Idem dicitur in §. vlt. de pupil. ſubſtit. in Inſtit. Valet tamen ea ſubſtitutio, vt poſtea dicemus, quatenus eſt pupillaris: vt ſi fiat filio impuberi, *Filio meo impuberi ſi deceſſerit intra 25. annum, vel quandocunque deceſſerit, Titius hæres eſto*. Pupillaris continetur his verbis. Qui enim ſubſtituit ſub hac conditione, ſi deceſſerit intra 25. annos, ſubſtituit etiam ſi deceſſerit intra 14. nam minor numerus maiori continetur: alias hæc ſubſtitutio nullum effectum haberet. Sed cur dicit, verbis ciuilibus? Quia verbis precariis poteſt ſubſtituere poſt 14. annum filio, & poſt aditam hæreditatem. cuiuis pagano etiam hoc licet. l. cohæredi. §. cum filiæ. hic. ff. Primum cum ſubſtituit filio poſt pubertatem verbis fideicommiſſi, ea res filio non obeſt, nec vlla iuris ratio repugnat. ſubſtituit enim tãtum in ſuis bonis teſtator. Si ſubſtitueret in propriis bonis filii, iniuria fieret impuberi: nec etiam poteſt dici hoc repugnare iuris ſubtilitatibus. veluti, quod dicitur non poſſe priuatum habere ad tempus, vel ex tempore hæredem: quia fideicommiſſarius non eſt hæres. Ego autem docui ſæpe, quæ ſint verba ciuilia. Verba ciuilia dicuntur à iure ciuili, & diſtinguuntur à precariis ab Vlpiano in tit. de fidecom. in Inſtit. Aliis verbis, quam ciuilibus, olim non licebat hæredem inſtituere. nec dubitandum eſt, quin ſubſtitutio ſit in fideicommiſſo, idque ſatis docui ſupra. Quidam eruditi in hoc tractatu exiſtimant ſubſtitutionem recte dici de fideicõmiſſo. Ego docui in hoc tractatu de ſubſtitutione hæredis tantum agi, quamuis appellatione ſubſtitutionis contineatur ſubſtitutio fideicommiſſaria. Cum igitur hoc proprie & ſpecialiter conceſſum ſit militibus, vt directo & verbis ciuilibus ſubſtituant extraneis, qui extituri ſunt hæredes, merito militaris dicitur. Quomodo fiat hæc militaris ſubſtitutio ſupra docui. Docui autem dupliciter fieri. Aliquando fit tempore expreſſo. l. centurio. 15. hic. ff. fit etiam compendio ſermonis, quo modo multa tempora comprehenduntur: veluti, *Titius hæres eſto*, perinde eſt ac ſi ita dixiſſet teſtator, Siue deceſſerit intra pubertatem, ſiue poſt pubertatẽ, ſiue deceſſerit ante aditã hęreditatem, ſiue poſt aditam hęreditatem, & ſic intelligendum eſt quod dicitur C. de impub. & aliis. in l. precibus. ibi, *vel compendio, &c.* ita eſt legendum, non compendioſa. Tolerabilius eſſet ſubſtitutionem militarem diuidere in eam, quæ fit compendio, & eam, quæ fit expreſſis formulis. Nonnulli autem eam, quæ fit cõpendio, conſtituunt quintam ſpeciem. Ex his intelligitis, quæ ſit hæc ſubſtitutio, quomodo fiat, à quo fiat, & cui fiat. Nunc de effectu huius ſubſtitutionis aliquid breuiter eſt dicendum, & ſummatim.

Cap. XXIIII.

De effectu militaris ſubſtitutionis.

PRæcipuus effectus huius ſubſtitutionis colligitur ex leg. centurio. 15. ff. hic. Ibi proponitur miles centurio directo ſubſtituiſſe filio ſuo, ſi intra 25. annum ſine liberis vita deceſſerit. In qua ſpecie Centurio tempus exceſſit 14. annorum Vnde videtis aliter eum ſubſtituiſſe, quam iure permiſſum ſit. leg. verbis ciuilib. 7. ff. hoc titul. Non dico ſubſtituiſſe verbis fideicommiſſi, quod cuique licet: ſed directo. Quæritur ergo quis ſit effectus huius ſubſtitutionis, an ſubſtitutus bona ex hac ſubſtitutione, & quæ bona capere debeat? Diſtinguit Iuriſcon. an filius, cui teſtator ſubſtituit, deceſſerit intra 14. annos, an vero poſt 14. annos. Si deceſſerit intra quatuordecim annos, tunc dicitur locus factus eſſe ſubſtitutioni pupillari. His enim verbis continetur ſubſtitutio pupillaris. Cum enim miles ſubſtituit filio ſuo impuberi, ſi deceſſerit intra 25. annum, intelligitur etiam ſubſtituere intra 14. annum: non tantum capiet bona militis, ſed etiam bona filii, tanquam ex pupillari ſubſtitutione, per pupillarem ſiquidem ſubſtitutionem ſuccedit filio in bonis filii, vt ſupra admonui. *Quid ſi deceſſerit poſt decimumquartum annum?* Si filius in hac ſpecie deceſſerit poſt 14. annum, ſubſtitutus non capiet bona filii: ſed capiet bona patris tantum. Quod dicitur permiſſum eſſe militi poſt pubertatem ſubſtituere licere, id eſt accipiendum in bonis teſtatoris non filii, hoc eſt expreſſum in leg. milites etiam. & l. miles ita hæredem. 41. §. exhæredato. ff. de milit. teſta. Ratio eſt, quia priuilegium conceſſum militib. intelligitur conceſſum abſq; alterius incommodo &

iniuria. Priuilegia enim ita conceduntur militibus, vt ius alterius non lædant. l. cum filiusfam. 28. ff. de milit. teſta. At hic fieret iniuria impuberi, ſi liceret militi in bonis filii poſt pubertatem ſubſtituere, & bona eius ſubſtitutus caperet. auferret enim filio facto puberi liberã teſtamenti factionem. l. 41. ex facto. hic. ff. Subſtitutione pupillari cõſulitur pupillo, quia confertur in caſum, quo deceſſerit impubes, ſcilicet in ea ætate in qua non poſſit ſibi teſtamentum facere. Ait Papinia. in dict. leg. Centurio. in fin. *Cum fructibus inuentis in hæreditate, &cæt.* De quibus tamen fructibus hoc intelligendum ſit, non exprimit, nec etiam neceſſe fuit reſpondenti ex facto. Sumptum eſt hoc caput ex libro reſpon. Papiniani. & certum eſt conſultum fuiſſe ex facto Papinianum. Itaque ſic accipi debent hæc verba, *Cum fructibus*, id eſt de quibus me conſuluiſti. Fuerat ei propoſitum quoſdam fructus inuentos fuiſſe in hæreditate. Ecce teſtator prædia & poſſeſſiones habebat: ex his fructus quoſdam percepit ante mortẽ ſuam. hi fructus inuenti ſunt in hæreditate. Dubium non eſt quin eos fructus capiat ſubſtitutus, reperiuntur enim in patrimonio teſtatoris. Sed de fructibus qui percepti ſunt iacente hæreditate, magna eſt quæſtio. Sed videtur idem dicendum eſſe de fructibus perceptis etiam mortuo teſtatore, qui percepti ſunt iacente hæreditate, vel quos percepit hæres. Mouet me quod Papinianus ait, *Bona patris capiet.* Si hæc verba intelliguntur de fructibus perceptis ante mortem teſtatoris, quid opus erat adiicere cum fructibus perceptis. Nam certum eſt fructus perceptos ante mortem teſtatoris eſſe in bonis teſtatoris. Sufficiebat dicere bona patris eum capere propter priuilegium militum. Et hoc magis admittendum eſt in interpretatione reſponſorum Papiniani, in quibus vix eſt vlla litera, quæ neceſſaria non ſit. nihil enim omnino demi poteſt ex reſponſis Papiniani, quin dematur ex ſentẽtia ipſa. Hoc ego in Papiniani ſcriptis ſemper obſeruaui. De eo autẽ dubitatur, propterea quod huiuſmodi fructus in reſtitutionem fideicommiſſariam non veniunt. leg. in fideicommiſſariam. 18. ff. ad ſenatuſcon. Trebel. leg. iubemus, Codic. eodem. niſi poſt moram hæredis, ſi teſtator iuſſerit per fideicommiſſum reſtitui prædium aliquod, in hanc reſtitutionem omnino veniunt fructus medio tempore percepti: niſi in caſibus exceptis. Vnde videtur hic idem dicendum eſſe. Sed dicendum eſt Papinianum hic non loqui de fideicommiſſaria reſtitutione: ſed de hæreditate, quæ iure directo defertur ſubſtituto. Alia eſt autem cauſa fideicommiſſariæ reſtitutionis, in quã non veniunt huiuſmodi fructus. Sed hi omnes fructus debentur ſubſtituto cui directo hæreditas defertur. Hinc obiter obſeruanda eſt differentia ſubſtitutionis directæ & fideicõmiſſariæ, cuiuſmodi aliæ multæ differentiæ reperiuntur. In fructibus perceptis inter ſubſtitutionem directam & fideicommiſſariã differentia eſt. Differentia etiam eſt, quod ex lege Falcidia detrahitur quarta pars per Senatuſconſultum Trebellianum, de fideicommiſſo. Sed cum hæreditas defertur ſubſtituto, iure directo, non iure fideicommiſſi capit ea bona ſine vlla diminutione. Senatuſconſultum Trebellianum ad ſubſtitutionem hæredis directam non pertinet. l. 1. ff. ad Senatuſconſul. Trebel. & de fideicom. hære. in Inſtitutis. Et hodie etiam ex teſtamento militum locus eſt leg. Falcidiæ nouo iure. Nouel. Iuſtiniani de hæredi. & falcid. quamuis veteribus legibus cautum ſit in militum teſtamento falcidiam ceſſare. Conſtituit Iuſtinianus in ea Nouella conſtitutione, quod voluit in omni cauſa velle obſeruari, etiam militari. Et certum eſt, cum multa conſtituiſſe de quarta detrahenda ex lege Falcidia. Ergo dicendum eſt hodie in teſtamento militis locum eſſe legi Falcidiæ. Alia differentia eſt, quia hæres qui ſuccedit direct., ipſe bona capit, non petit ab alio. l. cum hæredes. ff. de acquir. poſſ. Ipſo iure omnia bona hæreditaria in hæredem transferuntur. Sed fideicommiſſarius petit ab hærede, ipſe non capit auctoritate ſua: ſed petit ab hærede, qui adhuc hæres manet. §. reſtituta. Inſtit. de fideicommiſſ. hæredit. Hoc tamen non ita accipiendum eſt, vt hæres, qui directo ſuccedit, bona, quæ ab alio poſſidentur, inuadere & adimere poſſit, neceſſe eſt enim vt iudicio petitorio agat. Nemini licet ius ſibi dicere. leg. extat. ff. de eo quod met. cauſ. l. ſi quis in tantam. Codic. vnde vi. Præterea fideicommiſſarius iure hæreditaria non habet omnimodo, plerunque habetur loco hæredis: ſed per omnia non eſt habendus hæres. Vnum exemplum eſt in leg. qui hæredi. 43. §. cum hæreditas. ff. de conditio. & demonſtrat. Adiecta eſt conditio legato, *Si decem hæredi dederit*, dando fideicommiſſario, non videtur conditioni paruiſſe. Nos igitur dicimus in hac ſpecie, directo hæredem eſſe admittendum ad hæreditatem iure directo: non autẽ iure fideicommiſſi. Dubiũ non eſt, quin hoc ſit priuilegium militum, vt poſſit ex tempore & ad tempus hæredem habere etiam directo: non dico iure fideicommiſſi, quia hoc eſt commune omnibus etiam paganis. Quid igitur prohibet nos dicere, iure directo ſubſtitutum ad bona teſtatoris admitti? Sed opponitur huic ſententiæ lex, precibus. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Ego breuiter ſpeciem recitabo. Mulier quædam adiit Diocletianum Imperatorem, cui expoſuit maritum quondam ſuum militem feciſſe teſtamentum, & in eo inſtituiſſe filiam cõmunem, & ei ſubſtituiſſe alium. Quærebat hæc mulier ab Imperatore, an ſubſtitutus iure peteret ab ea bona, quæ ipſa poſſideret. Ego, inquit, bona poſſideo quæ ſubſtitutus à me petit. Quæro an iure à me petat? Exponebat tantum defunctum teſtatorem militem feciſſe teſtamentum, inſtituiſſe filiam, & alterum ei ſubſtituiſſe. Diocletianus, quia videt non ſatis expoſitam eſſe ſpeciem ab hac muliere: non enim apparebat ex ſubſtitutione propoſita in quem caſum ſubſtituiſſet teſtator, an in primum, an in ſecundum, & quomodo ſubſtituiſſet: dicit, *Apertius, &c.* & diſtinctione vtitur quæ eſt obſeruatione digna. Nam multum intereſt an teſtator in primum caſum, an in ſecundum ſubſtituerit. In primum, *Si hæres non erit*: in ſecundum caſum, *quandoque deceſſerit.* Si ſubſtituerit in primum caſum, vulgari modo, *Si hæres non erit filius meus, Titius hæres ei eſto.* & filius extiterit hæres, certum eſt ad ſe pertinere ſucceſſionem filii, adita hæreditate, excludetur ſubſtitutus, & tu ſuccedes filio tuo ab inteſtato ex Senatuſconſulto Tertulliano. Si ſubſtitutio facta eſt in ſecundum caſum, quo caſu deceſſerit intra certum tempus: aut deceſſit intra pubertatem, aut poſt pubertatem. Si deceſſerit ante pubertatem, admittetur ſubſtitutus propter pupillarem ſubſtitutionem. Pupillaris ſubſtitutio his verbis continetur, quodcunque tempus expreſſerit teſtator, admittetur ſubſtitutus ex pupillari ſubſtitutione: quo caſu is, cui ſubſtitutio facta eſt, deceſſerit ante pubertatem. Quid ſi deceſſerit poſt pubertatem? *Tunc bona*, inquit Imper. *quæ cum moreretur pater eius fuerunt, &cæt.* His verbis ſignificare videtur Diocletianus, filio decedente poſt pubertatem, valere quidem ſubſtitutionem factam à teſtatore: ſed iure tantum fideicommiſſi. Dicimus valere iure directo ſubſtitutionem ẽt poſt pubertatem: quia facta eſt à milite: hic vero dicitur valere iure fideicommiſſi. Quid igitur dicemus? Magna eſt varietas opinionum. Sunt qui dicant in ſpecie leg. precibus. ſubſtitutionem non eſſe factam verbis directis: ſed verbis communibus. & hoc intereſſe inter ſpeciem Papiniani, & Diocletiani. In ſpecie Diocletiani non dicitur, directo: ſed proponitur factum communi verbo, ſubſtituo. Verbum commune eſt ſubſtituo, & conuenit tam fideicommiſſariæ ſubſtitutioni, quam directæ. Cum itaque verbum ſit commune, non eſt mirum, ſi trahatur ad fideicommiſſariam: ſed in ſpecie Papiniani, & cæt. Hæc ſententia manifeſte falſa eſt iudicio meo. Cum dicit, *Subſtituo &cæt.* his verbis teſtator non vtitur, quaſi loquatur de fideicommiſſaria ſubſtitutione. Præponitur filium inſtituiſſe & ſecundum hęredem inſtituiſſe. Fideicommiſſarius ſecundus hæres non dicitur: ſed ſubſtitutus verbis ciuilibus. Explicanda eſt igitur hæc ſententia. Alii diſtinguunt, an vſque ad certum tempus facta ſit, an vero ſine determinatione certi temporis: & dicunt hanc differentiam eſſe vtriuſque ſpeciei. In leg. centurio. certum tempus expreſſum eſt. in ſpecie autem Diocletiani aiunt ſubſtitutionem non eſſe factam in certum tempus. idem colligunt ex his verbis, non vſque ad certam ætatem. nulla ſatis bona ratio huius differentiæ adiici poteſt. Imo verba Diocletiani oſtendunt nihil referre an ad certum, an vero non expreſſo certo tempore facta ſit. Vt ego interpretor, duo ſunt: vel [illegible] facta ſit expreſſe, id eſt expreſſo tempore: vel compen[illegible] non vſque ad certam quantitatem,

titatem & nihil referre ſignificat. Alii dicunt iure fideicommiſſi tantum valere ſubſtitutionem, &c. Quid ego ſentiam, ſcripſi lib. 2. Diſputat. valere hanc ſubſtitutionem ex cauſa fideicōmiſſi dico, id eſt perinde valet hæc ſubſtitutio, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet. Dixi iam valere ſubſtitutionem fideicommiſſariam, etiam poſt pubertatem. dict. l. cohæredi. §. cum filiæ. hic. ff. etiam iure communi. Sed quia fuerat facta nō verbis fideicommiſſi, dubitabatur quid iuris eſſet. Et Diocletianus animaduertit militem eſſe teſtatorem, & ideo propter priuilegium militum, non minus valere ſubſtitutionem directo factam à milite, quam ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet. Quia in hac ſpecie mater ſuccedet filio: ſubſtitutus vero capiet bona teſtatoris: nam hæc ſubſtitutio militis non pertinet ad bona filii, ſed ad bona militis tantum. dict. l. Centurio. hic. ff. l. miles hæredem. 41. §. exhæredato. ff. de milit. teſta. Reſcriptum enim eſt, non lex generalis. & quod ait peti, non ideo ſignificat eſſe fideicōmiſſum.

Superius cœpimus tractare de ſubſtitutione militari, quæ vulgo compendioſa ſubſtitutio dicitur. Diximus hoc genus ſubſtitutionis permiſſum eſſe militibus tantum, vt videlicet poſſint ſubſtituere & poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem. Paganis id non licet. ideoque dicitur militaris ſubſtitutio. Et diximus ſi à milite facta ſit hæc ſubſtitutio, eam valere iure directo, non iure fideicommiſſi. A pagano facta verbis fideicommiſſi dubium non eſt quin valeat iure fideicommiſſi: licet enim pagano ſuam hæreditatem relinquere per fideicommiſſum, etiam poſtquam hæres inſtitutus adierit. Sic diximus accipiendum eſſe quod dicitur in leg. precibus. de impub. & aliis. Vnde quæritur, ſi ſubſtitutio hæc facta ſit à pagano, qui miles non eſt, an aliquam vim habeat? In hac quæſtione, quæ difficilis eſt, diſtingui ſolent verba, quibus teſtatores vtuntur in hac ſubſtitutione. Plerunque teſtatores vtuntur verbis ciuilibus & directis, veluti, *hæres eſto.* Verbum hoc ciuile eſt & directum. Aliquando verbis precariis & fideicommiſſi vtuntur, volo, peto vt hæreditatē meam reſtituas. Aliquando vtuntur verbis communibus, cuiuſmodi *eſt Subſtitutio.* l. iam hoc iure. 4. ff. hoc tit. Quanquā in d. l. iam hoc iure. ideo commune dicitur: quia conuenit tam vulgari, quam pupillari: ſed non minus poteſt dici commune quia conuenit etiam fideicommiſſariæ ſubſtitutioni. Primum igitur videamus de verbis directis & ciuilibus. Quæſtio eſt, ſi paganus, qui miles non eſt, hoc modo ſubſtituerit poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem verbis ciuilibus & directis, an omnino nullam vim & effectum habeat hæc ſubſtitutio? Quæſtio pendet ex interpretatione verborum l. 8. verbis ciuilibus. hic. ff. Hic variæ opiniones reperiuntur. Sed ea, quæ recepta eſt magis mihi placet, ſcilicet ſubſtitutionem hoc modo factam à pagano, ne iure quidem fideicommiſſi valere, ac omnino euaneſcere. id ſatis videntur ſignificare verba Papiniani in leg. verbis ciuilibus. ibi *Fruſtra fieri.* Quod enim fruſtra fit, nullum effectum, nullam vim habet. ſi valeret ſaltem ex cauſa fideicommiſſi non diceret Papinianus fruſtra fieri hanc ſubſtitutionem. Et quod alii reſpondent, fruſtra fit, quantum ad pupillarem ſubſtitutionem, cauillatio eſt, meo iudicio. Melius eſt ergo, vt dicamus nullam vim habere, ne ex cauſa quidem fideicommiſſi valere. Atque ideo ſi quis ita ſubſtituerit, *Quandocunque deceſſerit filius meus, Titius ei hæres eſto*: verbis ciuilibus, filio mortuo poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem non admittetur ſubſtitutus ad eius hæreditatem, propter hanc ſubſtitutionem, quia non licuit pagano ita ſubſtituere. Succedet igitur legitimus hæres filii, frater fortaſſis, vel alius, qui ab inteſtato ſuccedet: nec poterit à legitimo hærede hæreditas peti tanquam iure fideicommiſſi. quia nec iure quidem fideicommiſſi valet hæc ſubſtitutio. Eodem pertinet quod dicitur in leg. 12. in pupillari. ibi, *Licet longius, &c.* In hac ſpecie longius tēpus comprehenſum eſt, quam 14. annorum, finietur pubertate ſubſtitutio. Cum ait Iureconſultus ſubſtitutionem finiri pubertate, nec aliud addit, ſatis oſtendit nec iure quidem fideicōmiſſi ſubſtitutum ad hanc hæreditatem admitti poſſe. Huic ſimile eſt quod dicitur in §. maſculo. Inſtitut. de vulgar. ſubſtit. Quod apertius dici poteſt, cum ait Imperator ſubſtitutionem euaneſcere, non poteſt apertius exprimere nullo modo hanc ſubſtitutionem valere. argumento eſt etiam quod dicitur in leg. generaliter. §. ſi quis ſeruo. de fideicommiſ. liber. in Inſtit. Si ſeruo pignori dato relicta fuerit libertas, valet libertas relicta ex cauſa fideicommiſſi propter fauorē libertatis. his verbis oſtēdit, ſi nullus fauor libertatis eſſet, verba directa non eſſe ſic interpretanda, vt quod geſtū eſt ex cauſa fideicommiſſi, valeat. Ait Iuriſconſultus hoc ſuadere libertatis fauorem. vnde colligitur aliud dicendum eſſe vbi fauor libertatis non eſt, vt in hac ſpecie. Noſtram quoque ſententiam iuuat conſtitutio pontificia, de qua magna hic eſt diſſenſio in c. ſi pater. de teſta. in ſexto. Ait ibi Rom. Pont. ſubſtitutionem quæ verbis directis facta eſt, ſic accipiendam eſſe, vt directa ſit, quamuis interdum inquit, ex cauſa ad fideicommiſſum trahatur. His verbis ſignificat ſubſtitutionem in dubio accipiendam eſſe, vt valeat iure directo. Qui diſſentiunt ab hac opinione confirmant ſuam ſententiam loco communi de voluntate teſtatoris. Voluntatem teſtatoris ſpectandam eſſe magis, quam ſubtilitatem verborum. nec adeo multum referre quibus verbis teſtator vſus ſit l. 2. Cod. commu. de lega. leg. in conditionibus, 19. ff. de condit. & demon. & leg. 3. Codic. de lib. præter. ibi, vt melior ſenſu exiſtat, &c. Pro hac opinione contraria nihil adducitur quod firmius ſit & efficacius. Putant abſurdū eſſe magnopere nos hic hærere ſubtilitatibus verborum. Si teſtator vſus eſſet his verbis, Volo vt hæreditatem meam reſtituas, valeret: ſed quia dixit, hæres eſto, non valet. hoc eſt ſubtilitati verborum hærere. Sed ego reſpondeo, Quamuis hæc opinio ſpeciem aliquam humanitatis præſeferat: tamē hic à recepta opinione recedendum non eſſe. Nec mouere nos debet quod dicitur de voluntate teſtatoris. non eſt enim hic aperta teſtatoris voluntas, & non aliter à verbis recedendum eſt, quam ſi manifeſte contraria teſtatoris voluntas appareat. Cum teſtator ſubſtituit verbis ciuilibus falſo dicitur teſtator voluiſſe, vt ſaltem ei reſtituatur hæreditas iure fideicommiſſi. Teſtatoris voluntas iudicatur vel ex verbis quibus quoquo modo expreſſa eſt, vel ex coniecturis: niſi ſit quoquo modo expreſſa teſtatoris voluntas, eius nulla habetur ratio. leg. quidam cum filium. 44. ff. de hæred. inſtit. At certum eſt hic teſtatorem nihil fidei committere hæredis, nec quicquam eſt in teſtamento, ex quo appareat idem ſenſiſſe. Sed dicet aliquis, cum eum voluerit hæredem eſſe directo, etiam voluit ſaltem ei ex cauſa fideicommiſſi hæreditatem reſtitui. Sed hoc non recte colligitur. Qui enim contra leges aliquid decreuit ſuo teſtamento, non videtur errare. Deinde forte voluit eludere ſubſtitutū, & actum pro delectamento habere. arg. eſt quod dicitur in l. an inutilis. ff. de accept. Relinquitur vt dubia ſit teſtatoris voluntas in hoc caſu. Quid ergo in dubio iudicabimus: In dubio non iudicabimus, voluiſſe teſtatorem hæredem ſuum onerare. eſt locus communis de interpretatione teſtamentorum & vltimarum voluntatum. Dicimus in in dubio teſtatorem hæredem ſuum grauare non voluiſſe, aut quam minimum onerare voluiſſe. leg. Titia cum teſtamento. 34. §. qui inuita filia. & leg. vnum ex familia. 67. §. ſi rem. ff. de leg. 2. In dubio ergo non credemus teſtatorem voluiſſe hæredem ſuum onerare, niſi id appareat. Fideicommiſſum grauamen hæredis eſt. leg. cohæredi. 39. §. cum filiæ. hic. ff. Subſtitutio ſiue vulgaris, ſiue pupillaris, non eſt onus hæredis. Cum teſtator ſubſtituit filio ſuo vulgari modo, hac ſubſtitutione nō oneratur hæres, ita datur ei ſubſtitutus ſi hæres non fuerit: ne ſubſtitutione quidem pupillari, ſi impubes deceſſerit. Sed fideicommiſſo hæres proculdubio oneratur, idq; licet teſtatori. nec dubium eſt quin valeat fideicommiſſum poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem, ſi appareat hæc voluntas teſtatoris fuiſſe. Sed in dubio nos non ita iudicabimus, ſed potius vt irrita ſit ſubſtitutio, & inanis poſt hoc tempus. Nihil ergo mouere nos debet locus ille communis de voluntate teſtatoris, quæ dicitur ſpectanda eſſe, neglecta ſubtilitate verborum: quod ita accipiendum eſt, ſi ea voluntas appareat. Dicendum eſt igitur propter voluntatem teſtatoris, quoties ex aliis verbis forte teſtatoris, vel ex coniecturis aliquibus apparet teſtatorem ita ſenſiſſe, ſubſtitutionem directo factam, ita accipiendam eſſe, vt ex cauſa fideicommiſſi valeat. Exemplum eſt in leg. 16. ex facto tractatum eſt. in prin. ff. ad Senatuſconſ. Trebel. *Inſtituo Titium hæredem*

meum, rogo & fidei eius committo, vt faciat hæredem Sempronium. Quæritur an hoc fideicommiſſum valeat, *vt faciat hæredem:* quia hoc verbum *hæres*, ciuile eſt, & directum, non videtur valere, nec hæres inſtitutus ab eo poteſt alium facere hæredem. nam qui hæres eſt, non poteſt deſinere hæres eſſe. l. qui ſoluendo. 58. ff. de hæred. inſtit. vt alium faciat hæredem teſtatoris, fieri non poteſt. Ait tamen Iuriſcon. in d. l. ex facto ibi: *Verum videri poteſt per hoc rogaſſe, &c.* Sic ergo interpretati ſunt veteres hæc verba, quaſi teſtator voluerit hæreditatem ſuam ei reſtitui. Illa igitur verba, *Vt hæredem facias*, ſic accipi debent, id eſt, vt hæreditatem meã ei reſtituas. Voluntas teſtatoris hic non admodum obſcura eſt. Nam quamuis hoc verbum *hæres*, per ſe directum ſit & ciuile: tamen cum aliis verbis coniunctum indicat hanc voluntatẽ teſtatoris fuiſſe, vt hæreditatem ex iure fideicommiſſi reſtituat. *Rogo*, verbum eſt precarium. §. vltim. de ſing. reb. per fideicom. relictis. in Inſtit. Similis ſpecies eſt in l. 111. filiusfamilias. §. vt quis hæredem. ff. de legat. 2. Nos igitur voluntatem teſtatoris ſequimur, quoties ea vel ex verbis eiuſdem teſtatoris, vel ex coniecturis apparet. Idem dicendum eſt & cum ſubſtitutio facta eſſe proponitur in codicillis, quæ alias inutilis eſſet: tunc valet iure fideicommiſſi propter voluntatem teſtatoris. l. Scæuola. 76. ff. ad Treb. Pater habens filium impuberẽ, inſtituit eum in teſtamento, & codicillis poſtea factis, ei ſubſtituit pupillariter, *Si filius meus impubes deceſſerit, Titius hæres eſto.* Certum eſt, iure directo hãc ſubſtitutionem valere non poſſe. Hæreditas enim poteſt codicillis per fideicommiſſum relinqui: ſed hæreditatem dare, aut adimere iure directo non poſſumus niſi in teſtamento. Inſtitut. de codicil. §. vltim. Sed quærebatur, an ſaltem valeret ex cauſa fideicommiſſi? Et in dict. leg. Scæuola. reſponſum eſt, benigna interpretatione valere: ſi non iure directo, ſaltem iure fideicommiſſi. Mater de qua ibi, quæ ſuccedit ab inteſtato filio ſuo ex ſenatuſconſulto Tertulliano, obligatur ſubſtitutis ex cauſa fideicommiſſi, & hæreditatem ipſis cogitur reſtituere. Aliud exemplum eſt de ademptione hæreditatis facta codicillis. in l. cum quis decedens. 35. §. Seiam. ff. de lega. 3. in dict. leg. Scæuola. exemplum eſt ſubſtitutionis. in dict. §. Seiam. exemplum eſt ademptionis. Eodem pertinet quod dicitur in l. 2. & l. illud 13. §. vltim. ff. de iure codicil. Si codicillos facere voluerit, inſtitutio, quæ facta eſt in his codicillis, valet ex cauſa fideicommiſſi. Si teſtamentum facere volens, putet ſe id facere, eſt quæſtio voluntatis, vt in dict. §. vltim. Sed cur ſubſtitutio facta in codicillis, dicitur valere iure fideicommiſſi poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem? leg. verbis ciuilibus. ff. hic. propter veriſimilem teſtatoris voluntatem, quæ voluntas colligitur ex natura actus. Codicilli inducti ſunt & recepti moribus primum, deinde cõſtitutionibus Principum confirmati propter fideicommiſſa. tit. de codicil. in Inſtit. Ergo cum apparet codicillos eum vlouiſſe facere non teſtamentum, quod ſcriptum eſt facile creditur voluiſſe valere iure fideicommiſſi. Vnum exemplum eſt in leg. inſulam. ff. de præſcrip. verb. Inſulam tibi vendidi, vt aliam inſulam mihi ædifices. quæritur quis contractus ſit? Dicitur venditionem non eſſe: ſed contractus eſt qui proprio nomine caret. Vnde præſcriptis verbis in factum actio dabitur: non actio ex empto. ex natura actus id ſatis apparet. in dict. leg. Scæuola. & aliis huiuſmodi exemplis, quæ adducuntur, nullum eſt vitium in inſtitutione aut ſubſtitutione, niſi quod facta eſt in codicillis. In dict. leg. Scæuola. teſtator ſubſtituit filio ſuo impuberi, qui non eſt egreſſus tempus pubertatis. ſi facta fuiſſet in teſtamento ſubſtitutio nemo dubitaret, quin vtilis eſſet. Nihil ergo aliud obiici poteſt ad impugnandam eam ſubſtitutionem, niſi quia facta eſt in codicillis. Et quia codicillorum hic vſus eſt, vt fideicommiſſa relinquantur: facile ex natura actus iudicamus hanc fuiſſe teſtatoris voluntatem, vt ex cauſa fideicommiſſi reſtituatur hæreditas ſubſtituto. Ex quo apparet differentia inter ſpeciem l. verbis ciuilibus. & dict. l. Scæuola. in l. verbis ciuilibus. ſubſtitutio facta eſt poſt pubertatem: ſi eadem facta eſſet in codicillis, non eſſet ſimilis ſpeciei, quæ tractatur in d. leg. Scæuola. Eſſet enim duplex vitium. primum, quia facta eſſet in codicillis, deinde quia poſt pubertatem facta eſſet. Cũ ſint diſſimiles ſpecies, non eſt mirum ſi ius varium reperiatur. Hinc colligi poteſt magnam vim eſſe illius clauſulæ, quæ vulgo dicitur codicillaris, cuius mentio eſt in l. vlt. ff. de codicil. Clauſula eſt, *Si non valet teſtamentum meũ iure teſtamenti, valeat iure codicillorũ.* Propter hanc clauſulã fit nonnunquã vt inſtitutio, aut ſubſtitutio facta verbis directis, quæ alias inutilis eſſet, valeat ex cauſa fideicommiſſi. quia teſtator voluit teſtamentum ſuum vt codicillos valere. Ergo perinde accipere debemus teſtamentum ab eo factum, ac ſi ipſe codicillos confeciſſet: nec enim minorem vim habere debet ea clauſula, ac ne maiorem quidem. Et propterea cum quęritur, an ꝓpter clauſulam codicillarem valeat ſubſtitutio iure fideicommiſſi: diſtinguendæ ſunt ſpecies vt diſtinximus, iudicio meo, quamuis de eo magna ſit controuerſia. Nam in ſpecie l. Scæuola. & aliis ſimilibus, in quibus dicitur valere ſubſtitutio facta, iure fideicommiſſi: quia facta eſt in codicillis: exiſtimo etiam propter clauſulam codicillarem iure fideicommiſſi valere, ſi eadem ſubſtitutio facta proponatur in teſtamento, in quo inſerta ſit hæc clauſula, *Si non valet vt teſtamẽtum, valeat vt codicilli*, Idẽ videtur dicendum eſſe, vt ea ſubſtitutio valeat iure fideicommiſſi. De aliis non videretur idem dicendum eſſe, vt cum aliud eſt vitium: quia facta eſt poſt pubertatem. dicta l. verbis ciuilibus. Et quod diximus de clauſula codicillari, vt ſatisfaciam quorundam obiectis, concedimus hoc ita accipiẽdum eſſe: niſi appareat magis more tabellionum, quã teſtatorum adiectam eſſe in teſtamentis. Et ſi hoc appareat, non eſt credendum tantam vim hanc clauſulam habere. Argumento eſt quod vulgo dicitur generalem ſermonem ad ea non pertinere de quib. non eſt cogitatum. l. qui cum tutorib. ff. de tranſact. Sed de hac re plura dicemus ſub tit. de iure codicillorũ, cum ad eum locum peruenerimus. Hactenus de verbis directis. De his quæ cõmunia ſunt, & media, quæritur. Si teſtator verbo medio, id eſt, quod conuenit tam ſubſtitutioni directæ, quam fideicommiſſariæ, vſus ſit: veluti, ſi dixerit, *Quandocunque filius meus deceſſerit, Titius bona eius capiat, vel Titium ſubſtituo.* Iureconſultus noſter cum ait in d. l. verbis ciuilibus. *Fruſtra fieri poſt pubertatem*, loquitur aperte de verbis directis & ciuilibus. De verbis communibus non eſt idem dicendum. Quid igitur dicemus? Recepta opinio mihi videtur probabilis, vt dicamus hanc ſubſtitutionem factam à pagano ante pubertatem iure directo valere poſt pubertatem iure fideicommiſſi. Mouet me quod hæc interpretatio fauorabilis eſt ipſi pupillo & ſubſtituto quoque vtilis. Fauor & vtilitas ſuadet vt nos ita interpretemur. Nos enim interpretamur valere quatenus valere poteſt, cum verba conueniunt vtriq; ſubſtitutioni. Argumento eſt quod dicitur in l. pater Seuerinam. §. conditionum, ff. de condit. & demon. Conditio à teſtatore adſcripta de tutela filii intelligitur vt tutor ſit ante pubertatem: poſt pubertatem curator. Confirmatur ẽt ſentẽtia noſtra conſtitutione Pontificia in capitul. ſi pater. de teſtamentis in 6. vbi ait Pontifex, ſubſtitutionem intelligendam eſſe directam, cum ea cõuenit verbis & perſonis. Hoc verbũ *ſubſtituo*, conuenit perſonis, quia impubes. De precariis nulla eſt fere dubitatio. Cum ſubſtitutio facta eſt verbis precariis, dubium non eſt quin valeat omni tempore iure fideicommiſſi: nec hoc proprium eſt militum. Hoc eſt tantum proprium militum, quod poſſint poſt pubertatem, & poſt aditam hæreditatem ſubſtituere. l. ſi frater. C. de fideicom. & l. cohæredi §. cum filiæ. hic. ff. Vnum eſt notandum, quod hæc fideicomiſſaria ſubſtitutio benigna interpretatione conuertitur in directam. Vnum exemplum eſt in l. neque. §. vlt. ff. de milit. teſta. & l. Antoninus. 42. ff. de fideicõ. liber. Si quis reliquerit libertatem & hæreditatem alicui, & deceſſerit hæres inſtitutus & ſubſtitutus, non adita hæreditate, ita accipimus hæreditatem & libertatem ſerui, perinde ac ſi directo inſtitutus eſſet, cum nullus ſit hæres, ne euaneſcat fideicommiſſum.

Cap. XXIIII

De reciproca ſubſtitutione.

HVius ſubſtitutionis reciprocæ mentio eſt in leg. iam hoc iure. 4. ff. hoc tit. Vulgo in diuiſione ſubſtitutionis ponitur, vt quintum membrum diuiſionis. Dicitur alia ſubſtitutio vulgaris, alia pupillaris, alia exemplaris, alia militaris, alia reciproca. Ego iam ſupra admonui ſeparatam diuiſionem faciendam eſſe: nec hanc reciprocam ponendam vt quin-

tum

tum membrum eius diuiſionis. Propterea quod omnis ſubſtitutio, aut reciproca eſt, aut ſimplex & ſine reciprocatione. Nulla ſubſtitutio eſt ſiue vulgaris, ſiue pupillaris, quæ non poſſit fieri cum reciprocatione eorum, qui ſubſtituuntur ſiue in primum, ſiue in ſecundum caſum. Aut enim ſubſtituuntur ſimpliciter: aut cum reciprocatione, & mutua vice. Sic enim loquuntur Iureconſ. in l. cohæredi. §. qui diſcretas. hic. ff. de vulga. difficile non eſt exemplum adferre. *Inſtituo Titium & Sempronium hæredes, Si Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto, &c.* De pupillari hoc modo. Quidam habet duos filios, Primum & Secundum. *Si primus impubes deceſſerit, Secundus hæres eſto. Si ſecundus impubes deceſſerit, Primus hæres eſto.* Hi duo impuberes ſubſtituuntur pupillariter in ſecundum caſum & reciproce mutua vice. Ergo poſtquam diuiſimus ſubſtitutionem in vulgarem, pupillarem, &c. facienda alia fuit diuiſio, veluti, Omnis ſubſtitutio reciproca eſt, aut non reciproca. Indocti non recte interpretati ſunt l. iam hoc iure. 4. ff. hoc tit. de tertio genere ſubſtitutionis. Ideoque putarunt in ſumma illa ſubſtitutionis diuiſione, ponendam eſſe reciprocam. in d. l. 4. in princ. ibi, *Quod ius ad tertium, &c.* Id quomodo accipiendum ſit ſupra docuimus. Loquitur Modeſtin. in ea lege de ſubſtitutione tacita. Si ſubſtitutio fuerit facta in primum caſum, ſiue ſecundum, ex Conſtitutione D. Marci, etiam in alterum caſum facta eſſe intelligitur. Et proinde hæc ſubſtitutio valet propter conſtitutionem D. Marci. *Titium & Sempronium hæredes inſtituo, eoſque inuicem ſubſtituo.* Hoc receptum eſt: & maior fuit ratio admittendi in ea reciproca, *Omnes ſubſtituo.* Cum ergo quæritur quomodo hæc ſubſtitutio fiat, dicendum eſt fieri, vel expreſſis formulis vel compendio verborum. Hæc eſt expreſſa ſubſtitutio ſpecialiter, *Si primus impubes deceſſerit, Secundus hæres eſto. Si Secundus impubes deceſſerit, Primus hæres eſto.* Fit compendio verborum hoc modo, *Primum & Secundum hæredes inſtituo, eoſq. inuicem ſubſtituo.* d. l. 4. hic. ff. l. cum in teſtamento. ff. de hæredi. inſtit. Vocatur breuiloqua à quibuſdam, quia breuiter multas complectitur ſubſtitutiones. hoc eſt ineptum & à vero alienum, quod comprehendat multas ſubſtitutiones compendio verborum. Cum dico, *Si Primus impubes deceſſerit, Secundus hæres eſto. Si Secundus impubes deceſſerit: Primus hæres eſto*: hic eſt reciproca, & tamen non eſt verborum compendium. Tolerabilius eſſet reciprocam diuidere in eam, quæ fit compendio verborum, & eam quæ fit expreſſis formulis. Ergo hæc ſubſtitutio compendio verborum, poteſt comprehendere multas ſubſtitutiones. Sed quæ ſubſtitutiones contineantur, quæri ſolet. Ego id oſtendam aliquot exemplis. Cum quæritur, quæ ſubſtitutiones contineantur hoc compendio verborū, *Omnes eos inuicem ſubſtituo.* id iudicandum eſt partim ex verbis, partim ex mente Teſtatoris. Ponamus teſtatorem inſtituere duos filios ſuos impuberes, & eos inuicem ſubſtituere hoc compendio verborum, *Omnes eos inuicē ſubſtituo.* His verbis continentur quatuor ſubſtitutiones. Cōtinentur enim duę vulgares, & duę pupillares. d. l. iam hoc iure. 4. & l. Lucius. 43. ff. hic. & l. cum in teſtamento. 37. ff. de hęred. inſtit. & l. 2. C. de impub. & al. Continentur duę vulgares perinde ac ſi dixiſſet teſtator, *Si Primus hæres nō erit, Secundus hæres eſto. Si Secundus hæres non erit, Primus hæres eſto.* Continentur etiam duæ pupillares hoc modo, *Si Primus deceſſerit impubes, Secundus hæres eſto. Si ſecundus deceſſerit impubes. Primus hæres eſto.* Ambo eius conditionis ſunt vt poſſit eis vulgariter & pupillariter ſubſtitui à teſtatore. Aliquando continentur pupillares tantum. Exempli gratia. Si hęc ſubſtitutio fiat duobus filiis impuberibus exhęredatis hoc modo, *Eos inuicem ſubſtituo. Primum Secundumque filium meum exheredo eoſq. inuicem ſubſtituo.* Nos perinde accipimus hęc verba, *Eoſque inuicem ſubſtituo*, ac ſi teſtator dixiſſet, *Si Primus impubes deceſſerit, Secundus ei hæres eſto. Si Secundus impubes deceſſerit, Primus ei hæres eſto.* Reperitur etiam exemplum in quo continentur vulgares tantum ſine pupillari: vt ſi duobus extraneis ſubſtituerit teſtator: vel duobus filiis ſuis puberibus: aut filiis naturalibus tantum: aut emancipatis his verbis *Eos inuicē ſubſtituo.* Nō cōtinentur pupillares quia pupillaris ſubſtituo nō cōuenit conditioni & ętati eorū. Quid ſi vnus ſit pubes, alter impubes: & teſtator ſubſtituat his verbis, *Eoſq. inuicem ſubſtituo*: quæritur ſi vnus ſit ex legitimis, alter ex naturalibus tantum. Quæſtio eſt dict. leg. 43. al. 45. Lucius. & d. l. 4. hoc tit. ff. & hoc caſu dicendum eſt contineri hoc compendio verborum vulgares tantum ſubſtitutiones, non pupillarem quidem vnam contineri, etſi vnus ſit cui fieri poſſit ſubſtitutio pupillaris. Nam viſum eſt inconueniens, vt Modeſtinus ait in d. l. 4. valere vnā ſubſtitutionem in perſona vnius, in perſona alterius nō valere. Non eſt credibile teſtatorē, qui his verbis vſus eſt, voluiſſe in perſona vnius valere, in perſona alterius non valere. Idē dicitur in d. l. Lucius. hic non continetur pupillaris, cum non poſſit duplex ſubſtitutio habere locum in naturali filio. Nec habebit quidem locum in alio filio, æqualitatis ſeruandæ cauſa. Simile eſt quod dicitur in l. in teſtamēto. 6. C. de teſta. milit. Intelligitis ergo quæ ſubſtitutiones contineantur hoc verborum compendio, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Solet quæri an expreſſæ ſint an tacitæ hæ ſubſtitutiones, ſubſtitutio vulgaris & ſubſtitutio pupillaris, quæ continentur his verbis, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Modeſtinus in d. leg. 4. has ſubſtitutiones videtur habere pro tacitis magis expreſſis. Comparat enim tacitæ pupillari, quæ continetur ſub vulgari expreſſa. Hoc autem ſcriptum eſt à Modeſtino, non quod reciproca non ſit expreſſior: ſed quod ſpecialiter expreſſa non ſit. Sed diſputatio hæc eſt de nomine non admodum vtilis. Non eſt enim ſimpliciter verum quod dicunt aliqui tacitam pupillarem non excludere matrem: expreſſam excludere. l. vl. C. de inſtit. & ſubſtit. ſub condit. fact. Ego docui ſupra, illam legem interpretans, non ita accipiendam eſſe, vt tacita pupillaris non excludat matrem. Multæ ſunt aliæ in ea hypotheſi circumſtantiæ, de quibus facta eſt ea conſtitutio. Iam videndum eſt de effectu ſubſtitutionis.

Cap. XXV.

De effectu reciprocæ ſubſtitutionis.

Effectus huius reciprocæ ſubſtitutionis primus eſt his verbis, *eos inuicem ſubſtituo*, primum vocari coniunctos hęredes: & eis deficientibus eos, qui diſiuncti & ſeparati ſunt. l. 41. cohæredi. §. qui diſcretas. Ecce teſtator ita inſtituit, *Titius & Sempronius hæredes ſunto: Mæuius hæres eſto.* Titium & Sempronium coniunctim inſtituit: Mæuium ſeparatim ab aliis, & adiecit, *eoſque inuicem ſubſtituo.* Quæritur Titio decedente, an ſuccedet ei ex ſubſtitutione ſolus Sempronius, an vero etiam alter cohæres Mæuius? Si ſpectemus verba teſtatoris, quæ generalia ſunt, dicemus omnes cohæredes admitti ad hæreditatem Titii ex ſubſtitutione, id eſt, non tantum Sempronium: ſed etiam Mæuium. ſed tamen ex mente teſtatoris hæc verba, quæ generalia ſunt, intelligimus vt primo loco videantur vocati qui coniuncti ſunt: ita vt Titio repudiante partem ſuam, ſubſtitutus ei intelligatur Sempronius propter coniunctionem, vt vtroque repudiante admittatur quoq; alter. Hoc eſt ex mente teſtatoris magis, quam ex verbis. Nam verba, quibus vtitur teſtator, videntur referri ad omnes hæredes. Hæc eſt vis coniunctionis. Ego dixi ſupra de hac coniunctione diſſerens, coniunctorum potiorem eſſe cauſam, quam diſiunctorum. l. 61. Hæredes ſine partibus. ff. de hæredib. inſtit. Si teſtator his verbis vſus non eſſet, *eoſque inuicem ſubſtituo*: ſed eos ita inſtituiſſet, *Inſtituo Titium & Sempronium hæredes, Mæuium hæredem inſtituo*: dubium non eſſet quin pars Titii deficiens accreſcat Sempronio tantum, qui coniunctus eſt. nec creditur teſtatorem hoc ius mutare voluiſſe: ſed magis corroborare. Ius accreſcendi ſimile eſt quodāmodo ſubſtitutioni, quamuis re vera ſubſtitutio non ſit. l. 63. Si Titio & Mæuio. §. Iulianus. ff. de lega. 2. ſed quia ſatis plene & accurate diximus de ea coniunctione, nos multa quę ab aliis hic dici ſolent, omittemus.

Secundo, hę ſubſtitutiones factæ verbis generalib. reſtringuntur ex mente teſtatoris, vt non pertineant ad ea de quibus ſpecialiter à teſtatore cautum eſt. d. l. cohæredi. 41. §. qui patrem. hic. ff. Species eſt huiuſmodi, Teſtator inſtituit patrem & filium pro parte hæredes, & eis inuicem ſubſtituit: deinde inſtituit Titium & Mæuium ex æquis partibus, & ſubiecit verba generalia, *eoſque omnes inuicem ſubſtituo.* Quæritur an his verbis intelligatur ſubſtituere patrem & filium, quos alia parte teſtamenti ſubſtituerat inuicem: ſed dicendum eſt hæc verba ad filium & patrem non referri. Eſt locus communis & vulgaris pertinens ad interpretationem legum, Generi per ſpeciem derogatur. *eoſque omnes*, id eſt exceptis his, quos ego ſpecialiter inuicem ſubſtitui. Subſtituit inuicem

patrem & filium, ſubſtitutione ſpeciali derogauit illi generali, *omnes inuicem ſubſtituo*. l. doli clauſula.ff.de verb.oblig.l. ſanctio legum. ff. de pœnis. l. vxorem. §. fœliciſſimo. de legat.3.

Tertiò notandum eſt his verbis, *eoſque inuicem ſubſtituo*, hæredes videri ſubſtitutos ex quibus partibus inſtituti erant. Teſtator inſtituit plures hæredes ex diſparibus partibus, deinde ſubiecit, *eos omnes inuicem ſubſtituo*, non expreſſit ex quibus partibus vellet eos admitti ad hęreditatem ex ſubſtitutione. Vnde forte dici poſſet ex æquis partibus eos ſubſtitutos videri. Cum teſtator inſtituit plures hæredes, nec partes expreſſit hæreditarias, videtur eos ex æquis partibus inſtituere. Ergo cum eos ſubſtituit, nihil aliud exprimendo, videntur ex æquis partibus ſubſtituti: ſed tamen verius eſt vt intelligantur ſubſtituti ex iis partibus, ex quibus ſunt inſtituti. Idem dicitur in Inſtit. titul. de vulg. ſubſtitut. §. ſed etſi ex diſparibus. Exemplum eſt appoſitum in leg. ſi plures.22.ff.hic, vbi vnus eſt inſtitutus ex vncia, ſecundus ex octo vnciis, Titius ex tribus: ſic impleuit totum aſſem teſtator. Tertius repudiauit, quæritur quam partem ferent ex hac tertia parte quæ defecit, ii qui inuicem ſubſtituti ſunt? Illæ tres vnciæ, quæ deficiunt diuidentur in nouem partes. Is qui fuit inſtitutus ex octo vnciis, accipiet etiam octo vncias: qui ex vncia vna tantum inſtitutus eſt, vnam partem accipiet. Idem dicitur de fideicommiſſaria reſtitutione alibi. Cum quis inſtituit plures hæredes & iuſſit vnum cum morietur, vt reſtituat partem ſuam cohæredibus, intelligitur fidei eius committere, vt reſtituat pro qua parte ſunt inſtituti hæredes. dict.l. Lucius.78. §. pater puerum. ff. ad Senatuſconſ. Trebellianum. Sed addenda eſt exceptio ex eo loco Vlpiani in di. l. ſi plures. niſi alia mens fuerit teſtatoris. Hic nos dicimus ex eiſdem partibus inſtitutos intelligi, ex quibus inſtituti ſunt propter coniecturam voluntatis teſtatoris, cum nihil aliud expreſſerit. Hæc eſt coniectura voluntatis, quam nos amplectimur, ſi nõ appareat contraria voluntas teſtatoris: ſed facile ab ea recedimus, ſi mens teſtatoris alia ſit, quæ colligitur ex variis coniecturis. Videnda eſt l.23.quoties.cum ſeq.ad Trebel.ff. Teſtator iubet hæreditatem reſtitui cohæredibus, ſi dederint certam pecuniam ex quantitate pecuniæ, quam iuſſit dari, colligitur quam partem ex hac reſtitutione teſtator vult ſingulos habere. Ex nominum quoq; expreſſione id etiam colligitur, vt dicitur in dict.leg.ſeq.34. nonnunquam. Ecce, multum refert an teſtator hæredes appellauerit ſimpliciter, an vero nominibus propriis ſingulos hæredes deſignauerit. Cum dicit, hæredibus volo reſtitui hæreditatem: aut aliis ſimilibus verbis, credendum eſt teſtatorem velle ex ea ſubſtitutione habere ſingulos pro hæreditariis portionibus, id eſt, ex qua quiſque parte hæres eſt inſtitutus. Aliud dicendum eſt ſi dixerit, Titio, Mæuio: cum expreſſit nomina, videtur rationem habere perſonarum: & propterea viriles portiones conſequuntur. Cum autem non ſunt appellati propriis nominibus, tunc interpretamur rationem habuiſſe teſtatorem portionum hæreditariarum. Hoc etiam colligitur ex §.ſed vt manifeſtetur. C. de caduc. tollen. de quo dixi ſupra ſub titul. de hæredib. inſtitu. Cum teſtator onus aliquod iniungit hæredibus ſuis, non certis hæredibus nominatim, quos deſignet propriis nominibus, tunc intelligimus ſingulis onus impoſuiſſe pro portionibus hæreditariis. Si vero nominauerit eos propriis nominibus, tunc intelligimus eos teneri pro virili parte ad id onus: & teſtatorem perſonarum habuiſſe rationem. In legatariis autem non diſtinguimus: ſed intelligitur onus impoſuiſſe pro virili parte. hæres enim repræſentat perſonam defuncti. l. 1. ſi certum petat. C. Non habetur ratio emolumenti, quod quis percipit iudicio teſtatoris: ſed inſpicimus pro qua parte repræſentet perſonam defuncti, etſi magnum ſit prælegatum. Ergo pro ea tantum parte onerari poteſt. Legatarii non ſuccedunt in locum defuncti: ſed in rem. Sed hæc diſtinctio notanda eſt in hæredibus. Et hoc apertius dicitur in leg.121.ſi hæredes nominatim.ff.de legat.1. Similis locus eſt in le.30.ſi ita liber.ff.de ſtatuliber. Ex his naſcitur quæſtio, Quid ſi teſtator pręter communem hæredum appellationem adiecerit propria nomina ſingulorum hæredum? Si ſic dixerit, *Titium & Sempronium heredes meos inſtituo*, an videatur reliquiſſe pro hæreditariis portionibus, quia hæredes appellauit: an vero pro virilibus, quia propriis nominibus diſtinguuntur? In hac quæſtione vulgo recurri ſolet ad diſtinctionem Pomponii in leg. ſi communis ſeruus. 37. ff.de ſtipul.ſeruo.videndum eſt enim an propria nomina pręcedant nomen hæredum, an vero ſequantur. Si dixit, *Titio & Sempronio hæredibus meis*, ſinguli partes intelliguntur habere: ſecus autem dicendum eſſe, ſi dixerit, *hæredibus meis Titio & Sempronio*. In dict.leg.ſi communis ſeruus.de ſtipul. ſeruo.quæritur, ſi quis communis ſit ſeruus duorum Titii & Sempronii, & aliquid eis ſtipulatus ſit, an acquirat eis pro virilibus portionibus: an pro dominicis, id eſt, pro qua quiſque eorum dominus eſt ſerui. Vnus forte dominus eſt ſerui pro vna parte, alter pro duabus. & diſtinguit ibi Pompo. quomodo ſtipulatio concepta ſit. Si, inquit, ſtipulatus ſit Titio & Sempronio, nec appellauerit dominos ſuos, pro virilibus partibus, intelligitur eis acquirere. Si vero dixerit, dominis ſuis, pro dominicis partibus intelligitur eis ſtipulari. Quid ſi vtrunque concurrat, Dixit, Titio & Sempronio dominis meis? Refert an propria nomina præcedant, an ſequantur. Si præcedant, viriles partes intelliguntur acquiſitę ex hac ſtipulatione. Idem hic dicendum eſſe aiunt. Hæc ſententia mihi non videtur ſatis tuta eſſe. nam ita demum intelliguntur ſubſtituti viriles partes habere ex ſententia Vlpiani in l. ſi plures ſint inſtituti. 22. ff. hoc titul. ſi euidens ſit teſtatoris voluntas. vult enim Vlpian. euidenter & manifeſte id expreſſum eſſe, antequam recedatur ab hac coniectura voluntatis. Hic autem cum proponuntur nomina hæredum, certe vix dici poteſt expreſſam eſſe teſtatoris voluntatem. Nec ſimile eſt quod adducitur de ſtipulatione communis ſerui. Diſſimilitudo eſt ideo, quod magna coniectura voluntatis eſt, cum teſtator inſtituit ex diſparibus partibus: deinde nulla partium facta mentione, hæredes inuicem ſubſtituit. nam coniectura voluntatis ſuadet, vt intelligamus eos ex eiſdem partibus ſubſtitutos eſſe, ex quibus inſtituti ſunt. propter hanc enim coniecturam voluntatis, quæ non leuis eſt, requiritur euidentior probatio. Sic eſt intelligendum quod diximus his verbis, *Eos inuicem ſubſtituo*, videri cohæredes ex iiſdem partibus ſubſtitutos, ex quibus inſtituti ſunt. Addendum eſt in parte hæreditaria numerandum id eſſe, quod obuenit alicui hæredum iure accreſcendi, licet ex lege magis, quam ex voluntate teſtatoris. Iuriſconſ. in leg. 5. *Si in teſtamento, ibi, neque intereſſe &c*. ff. hic. occurrit obiectioni. Dicimus pro qua parte quis inſtitutus eſt, pro ea parte ſubſtitutum videri. Ponamus Titium inſtitutum eſſe ex vna vncia: ſed ei alteram vnciam acceſſiſſe ex iure accreſcendi, quæritur an ad partem deficientem admittatur pro vna vncia tantum, ex qua inſtituitur: an pro duabus vnciis, id eſt, pro vna vncia, ex qua inſtitutus eſt, & pro altera, quæ ei accreuit, admittatur? Ait Gaius in d.l. 5. nihil referre. Dubitatio oritur ex eo quod pars, quæ obuenit ex iure accreſcendi, ex lege magis, quam ex voluntate teſtatoris acquiritur. Et id referendum eſt ad legem Iuliam Papiam, vt inſcriptio oſtendit. Quod vero ius accreſcendi veniat ex lege, non ex ſubſtitutione, ne tacita quidem, ſimile eſt quidem ſubſtitutioni. l. 63. al. 61. Si Titio & Mæuio. §. Iulianus. ff. de lega.2. ſed in effectu ipſo intereſt inter ſubſtitutionem ſiue tacitam, ſiue expreſſam, & ius accreſcendi: non alienum tamen eſt à iure accreſcendi à voluntate teſtatoris. hic eſt leuis quædam cõiectura, quæ lege adiuuatur. Sed quia non eſt alienum à voluntate teſtatoris, & coniectura aliqua voluntatis, licet obſcura & tenui, nititur. ideo quod accreſcit alicui per legem ex iure accreſcendi, in parte hæreditaria habetur, vt quanto maior eſt ea pars per ius accreſcendi, tanto maiorem partem conſequatur ex ſubſtitutione. Poſtremo notandum eſt ſpem huius ſubſtitutionis non tranſmitti ad hæredem. l. 21. qui plures. & l. 43. Lucius. §. vlt. ff. hic. Plures hæredes inſtituti ſunt, & inuicem ſubſtituti. Vnus eorum deceſſit: deinde extitit conditio ſubſtitutionis, ſuperſtites tantum admittentur: hæredes hæredis defuncti non admittentur. Hæres defunctus meram ſpem ſubſtitutionis non tranſmiſit ad hæredes ſuos. d. l. Lucius. §. vlt. Et idem eſt in aliis generibus ſubſtitutionis, in pupillari ſimplici. l. ſed & ſi plures. 9. hic. ff. In vulgari ſimplici, ratio eſt. Vulgare eſt enim non aditam hæreditatem non tranſmitti ad hæredes. l. quoniam ſororem. C. de iure deliber. Si hęreditas non adita, non tranſmittatur, multo minus tranſmittetur hæreditas quæ nondũ alicui eſt delata: puta ante conditionis euentum. Subſtitutio eſt con-

eſt conditionalis inſtitutio. Quomodo tranſmitteretur ad hæredem, cum nondum delata ſit? Et hoc intereſt inter ſubſtitutionem & ius accreſcendi, quod ius accreſcendi ad hæredem tranſmittitur: ſubſtitutio non tranſmittitur. l. ſi ex pluribus. de ſuis & legit. hęre. Ius enim accreſcendi ſequitur rem, portio portioni accreſcit. Sed dixerit aliquis, in hac ſpecie hęredes coniuncti ſunt. Inter hæredes ea coniunctio eſt, vt locum debeat habere ius accreſcendi. Et ſi non eſſent inuicem ſubſtituti, pars tamen vnius deficiens accreſceret alteri, & accreſceret hæredibus hæredis. quia ius accreſcendi ſequitur rem. Subſtitutio accedens, non videtur tollere ius accreſcendi: ſed potius confirmare. Quomodo fit, vt propter ſubſtitutionem non tranſmittatur ad hæredem quod ſine ſubſtitutione tranſmitteretur? Ego reſpondeo hic locum non habere ius accreſcendi, propter ſubſtitutionem. Scio ius accreſcendi tranſmitti ad hæredem, & ſequi rem: ſed hic ius eſt accreſcendi ex vna parte, & ſubſtitutio ex altera. Subſtitutio eſt potentior iure accreſcendi. leg. 2. §. ſi duo. ff. de bono. poſſeſ. contra tab.

IN TIT. VII.

DE CONDITIONIBVS INSTITVTIONVM.

CAP. I.

POST tractatus, qui ad inſtitutiones pertinent, ſequitur tit. de condit. inſtit. Quia inſtitutionem hęredum tam in primo, quam in ſecundo gradu fieri ſub conditione diximus. Et quia hęc diſputatio de conditione pleniorem inquiſitionem exigere videtur, ideo ſeparatim poſitus eſt hic titulus, de conditionibus inſtitutionum. Inſcribitur autem de conditionibus inſtitutionum tantum, non legatorum. De conditionibus enim, quæ adiiciuntur legatis, alii ſunt tituli tam in Digeſtis, quam in Codice. Ad legata pertinent tituli de condit. & demonſt. ff. & C. tit. de cond. inſert. lib. 6. Hic agimus tantum de conditionibus inſtitutionum, quę adſcribuntur inſtitutioni hæredum. & huic reſpondet tit. C. de inſtit. & ſubſtitut. &c. ſub condit. fact. hos igitur duos titulos ff. & C. nunc interpretaturi ſumus, & incipiemus ab explicatione vocabulorum inſcriptionis. Quid ſit inſtitutio, quid ſubſtitutio, diximus ſub titul. de hæredib. inſtit. & titulo de vulga. & pupilla. ſubſtit. Admonuimus inſtitutionis verbum aliquando generaliter accipi vt cōprehendat ſubſtitutionem. Omnis enim ſubſtitutio inſtitutio eſt. Aliquando ſignificationem eius reſtringi diximus, vt inſtitutio ſubſtitutioni opponatur. Hic autem accipimus inſtitutionem tam in primo, quam in ſecundo gradu. In titul. Codicis hæc ſunt diſtincta: ſicut in l. 1. ff. de vulg. & pupil. Subſtitutioni opponitur inſtitutio. Inſtituti dicuntur in primo gradu: ſubſtituti in ſecundo, vel vlteriore. Et hic locus oſtendit appellatione inſtitutionis cōtineri ſubſtitutionem etiam proprie. idque ſupra oſtendimus. Et adduximus locum ſub tit. de pupil. ſubſtit. qui ſub hoc tit. extat ff. in l. 20. mulier, quæ viro. §. 1. Ego te hæredem inſtituo, ſi me hæredem inſtitueris: me ſubſtituiſti, an dicemus extitiſſe conditionem? Ait ibi Iuriſconſ. extitiſſe conditionem videri, qui enim ſubſtitutus eſt, dicitur inſtitutus eſſe. Subſtitutio ergo fit non tantum pure: ſed etiam ſub conditione, vt ego docui in l. qui liberis. in principio. 8. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitu. quamuis rem non ſatis expendentes, putent omnem ſubſtitutionem fieri ſub conditione, adeo vt quidam definiant, ſubſtitutionem eſſe conditionalem inſtitutionem. Sed ego dixi ſubſtitutionem vulgarem, quæ ita fit, *Si Titius hæres non erit, Seius heres eſto*, fieri ſub conditione poſſe, aliquando etiam pure fieri poſſe. dict. le. qui liberis. in princ. & propterea dicimus adiici conditionem non tantum inſtitutionibus: ſed etiam ſubſtitutionibus. Addidi, & reſtitutionibus, quia & reſtitutionibus, quæ ex cauſa fideicommiſſi fiunt, adiiciuntur conditiones, & de his etiam loquuntur hic iuris auctores, & in l. reſtituta. 37. ff. ad Senat. Trebell. & §. reſtituta. de fideicom. hæred. in Inſtit. Ex hoc titulo nonnulli colligunt appellatione ſubſtitutionis non contineri reſtitutionem fideicommiſſariam, quia in hac inſcriptione diſtinguūtur reſtitutio, & ſubſtitutio. Si hoc argumentum reciperetur, idem diceremus de ſubſtitutione, nempe appellatione inſtitutionis non proprie contineri ſubſtitutionem. Hæc argumenta friuola & nugatoria ſunt. Ego oſtendi ſupra appellatione ſubſtitutionis contineri reſtitutionem fideicommiſſariam: & ſubſtitutos dici eos, quibus aliquid per fideicommiſſum relinquitur. & admonui in hac inſcriptione ſubaudiendum eſſe verbum, hæredum. hoc modo, De inſtitutionib. & ſubſtitutionib. hæredum. Hoc debet intelligi tanquam repetitum ex ſuperioribus titulis, tit. de vulg. & pupil. ſubſtit. debemus etiam intelligere de ſubſtitutione hæredum.

Quid ſit conditio. CAP. II.

CONditionem ita ſolitus ſum definire: Conditio eſt adiectio, qua legatum, vel inſtitutio hæredis ſuſpenditur in futurum euentū. Hæc breuis definitio videtur ſatis aperta & apta ad docendum id, de quo inſtituitur diſputatio. Adiectionem ego voco, ſecutus exemplum veterum iureconſultorum in l. muto. §. ſi ſub conditione. ff. de tutel. Cum tutor ita datur, ſi ſatiſdederit, hanc adiectionem putat Iuriſconſul. eſſe admonitionem potius, quam conditionem. Ergo cum quis hæredem inſtituit ita, *Heredem Titium inſtituo ſi decem dederit*, hoc adiicitur inſtitutioni à teſtatore. hæc adiectio eſt: verba quæ in definitione ſequuntur, adiiciuntur pro differentia.

Quid proprium ſit conditionis. CAP. III.

HOc proprium eſt conditionis, ſuſpendere id, quod agitur, in futurum euentum: vt ſi non ſuſpendat, non dicatur eſſe conditio. Atque ita intelligimus modum adiectum inſtitutioni, non eſſe conditionem: *Inſtituo te heredem, vt des Titio centum.* hic modus eſt. hic modus non ſuſpendit. Multum intereſt an dixeris, vt des: an vero ſi dederis. ita de demonſtratione dici poteſt. Proprium igitur conditionis eſt ſuſpendere in futurum euentum. Ex quo conſequitur, ſi adiectio conferatur in tempus præſens, aut præteritum, proprie conditionem non eſſe. l. 10. Inſtitutio talis. hic. ff. Eſt locus communis de conditione, quæ in præſens confertur, in l. cum ad præſens. de reb. creditis. & l. conditio. 100. ff. de verb. oblig. Eadem eſt ratio conditionis, quæ neceſſario extitura eſt. l. ſi pupillus. §. 1. ff. de nouat. veluti, *Si morietur*, certum eſt hanc conditionem omnino extituram eſſe. hic non ſuſpenditur inſtitutio hæredis. Conditio etiam proprie dicitur, quæ poteſt exiſtere, & non exiſtere: alias conditio non eſt. Itaq; recte dictum eſt ab Vlpiano in l. Cornelius. 67. ff. de hære. inſt. quædam habere figuram conditionis, quæ conditiones tamen nō ſunt. Vt ſi quid conferatur in præſens tempus, aut præteritum his verbis: *Si decem Titio dedit, Si Rex Parthorum viuit*, hæc figuram conditionum habent. Iiſdem particulis vtimur cum conditiones adſcribimus. Hic eſſent addendæ quædam conditionum diuiſiones: ſed pertinent ad titulum ff. de conditi. & demonſtrat. Ego hic nihil tractare decreui, quod ad inſtitutiones non pertineat. Deinde quibus verbis inſtitutio ſub conditione concipiatur, quæri ſolet. Ego iam exemplis demonſtraui: veluti ſi ita quis hæredem inſtituerit, *Si decem dederit.* Aliter in vniuerſum id definiri non poteſt quomodo conditionaliter inſtitutio fiat, vel cōditionale legatum concipiatur. Non enim hac particula, Si, inducitur tantum conditio: ſed aliis, veluti per dictionē, Quandiu. l. pater Seuerinam. 99. §. vltim. ff. de conditi. & demon. Hic conditio quædam eſt, quia legatum ſuſpenditur in futurum euentum. an ille ſit moraturus, pendet ex incerto euentu. Dies etiam incertus conditionem facit: *Lego tibi quo die Titius conſul factus fuerit.* l. dies incertus. 73. ff. de condit. & demonſt. Aliud eſt exemplum in relatiuo, *Qui, vt, Stichum, qui meus erit cum moriar, tibi lego.* l. Stichum, qui meus. 6. ff. de lega. 1. interdum etiam ablatiuis abſolutis induci conditio dicitur. Volo reſtituas hæreditatem Titio, acceptis centum nummis. videntur enim ſic accipienda eſſe hæc verba, *Si dederis centum nummos.* quanquam voluntas teſtatoris hic examinanda eſt. Poſſunt enim hæc verba accipi vt ſit modus, nempe vt det centum. atque ideo cum videret Scęuola hoc ambiguum, non reſpondit ad quæſtionem propoſitam: ſed reſpondit de iure aperto, in l. à teſtatore. 107. de condit. & demonſt. ff. Ex iā dictis exiſtit quæſtio tractata in l. ſi teſtamentum. 8. C. de inſtitut. vel ſubſti. vel reſtitutionib. ſub condition. Si quis ita ſcripſerit, *Ille hæres eſto ſecundum conditiones infraſcriptas*, & nihil poſtea adiectum ſit, an valeat inſtitutio, an potius inutilis ſit, quaſi

condicione exiſtente. Quæſtio hinc pendet, an ſit conditionalis hæc inſtitutio, an non. Si conditionalis ſit, nullis poſtea conditionibus adſcriptis, dicitur inutilis eſſe. Si ita accipiamus hæc verba, conditiones infra ſcriptas, id eſt, quas adſcripſero, cum controuerſia eſſet. Hac de re inter veteres, conſtitutionem edidit Imperat. qua eorum controuerſiam dirimeret, & probat ſententiam ſuam argumento ducto ex reſponſo Papiniani, quod extat in leg. cum pater. 79. §. vltim. ff. de l. 2. vbi hæc verba, *Morte præuentus non fecit, &c.* ſunt Papiniani. Ibi dicitur *Vicos ciuitati*, &c. vicos quoſdam teſtator reliquit ciuitati, & adiecit ſe fines indicaturum. Solent fines in inſtrumentis publicis adſcribi: fines tamen non demonſtrauit. Ad id quod ibidem Iuriſconſ. addit, *Non ideo minus ex cauſa, &c.* Idem viſum eſt Iuſtiniano dicendum eſſe in hac ſpecie. ſunt enim ſimiles ſpecies. Quid enim refert an quis dicat, ille hæres mihi eſto ſecundum conditiones infra ſcriptas: an vero, lego fundum illum ciuitati, qui proprios fines habet, quos poſtea indicaturus ſum? Ex quo annotandum eſt, teſtamentum hic pro imperfecto habendum non eſſe, reiecta hac adiectione tanquam ſuperuacanea: alias poſſet dici teſtamentum imperfectum & nullum. l. ſi quis tum teſtamentum. 25. ff. de teſtamentis. Vnde probabiliter dubitatum fuit in hac ſpecie an valeret. Sed conſtituit Iuſtinianus valere. hæc igitur inſtitutio pro pura habenda eſt. Sed hic occurrit antinomia. Opponitur huic conſtitutioni l. quoties. 9. §. tantundem. ff. de hæred. inſtit. ibi, *Pro non inſtituto &c.* In hac ſpecie Iuſtiniani teſtator deſtinabat addere conditionem, & ſi nonnulli contra ſentiant. Sed manifeſte hoc apparet. In d. l. quoties. ibi, *Qui conditionem deſtinans &c.* his verbis oſtendit ſe deſtinare addere conditiones. Iuſtinianus ait pro pura habendam eſſe inſtitutionem. Marcellus ait eum pro non inſtituto eſſe qui ita inſtitutus eſt. Apud Accurſium hic variæ adferuntur ſolutiones, & dicit corrigi hanc legem Marcelli, quę opinio ab omnibus exploditur, quod correctio legum vitanda ſit. Sed illi non intellexerunt iuris hiſtoriam. Hæc conſtitutio Iuſtiniani vna eſt ex nouis conſtitutionibus, atq; verendum non eſt, ne ſequendo hanc opinionem correctionem legum inducamus. In l. quoties. recitatur tantum ab Vlpiano Marcelli opinio. Nihil affirmat Vlpianus, aut Iuſtinianus ipſe, (nam hæc omnia tribuenda ſunt Iuſtiniano in l. 2. C. de veteri iure enucl.) non probat hanc Marcelli opinionem, nec improbat. Qua ratione in l. 2. quoque eiuſdem tit. ff. eadem Marcelli opinio videtur improbata eſſe ab Vlpiano. Quæritur in eadem conſtitutione Iuſtiniani, Si teſtator inſtituerit hæredem, nec ſtatim adſcripſerit conditionem, ſed cōditionem adſcripſerit in alia parte teſtamenti, an inſtitutio cōditionalis dicenda ſit? Ait, *Sin autem, &c.* Ergo dicendū eſt nihil referre, vt cōditionalis inſtitutio dicatur, an ſtatim poſt inſtitutionē adſcripta ſit conditio, an vero adſcripta ſit in alia parte teſtamenti. Et ſimile exemplum eſt in l. quibus diebus. 39. §. quidam Titio. ff. de condition. & demonſtrat. Satis ergo demonſtratum eſt quid ſit conditio, quomodo conditio concipiatur.

CAP. IIII.

Quæ conditiones nocent inſtitutioni, quæ non nocent.

IN primis notandum eſt impoſſibilem conditionem inſtitutioni non nocere. l. 1. hic. Impoſſibilis conditio eſt, cui natura impedimento eſt quominus exiſtat. Sic definit Iuſtinianus in Inſtit. §. ſi impoſſibilis. de inutilib. ſtipula. *Titius, ſi digito cœlum tetigerit, hæres mihi eſto.* Quæritur an hæc conditio noceat inſtitutioni, an ob hanc conditionem, quæ impoſſibilis eſt, inutilis ſit inſtitutio? Ait Vlpianus in l. 1. hic. ff. non eſſe inutilem, ſed pro non ſcripta habendā eſſe eam conditionem. Huic ſimile eſt ꝙ dicitur in l. ſi quis ita inſtitutus. 6. ff. eo. Teſtator volebat magnificum aliquod monumentum ſibi extrui & adiecit conditionem, *Si in triduo proximo poſt mortem meam factum fuerit.* Cum impoſſibile ſit triduo proximo tantum opus extruere: ideo Vlpianus hanc conditionem tanquam impoſſibilem euaneſcere ait. Huic ſimile eſt ꝙ dicitur in l. mulier. 20. in princ. ff. hoc tit. *Si non exegerit pecuniam hæres eſto.* Quomodo impleri poteſt hæc conditio? poteſt impleri ſi alios cohæredes habeat liberando eos acceptilatione, cauendo ſe nō petiturū ab eis, ſi ſolus hæres ſit: quia nemo eſt cui poſſit cauere. Hęc cōditio habetur pro nō ſcripta, vt impoſſibilis. Aliud exemplum eſt in l. ſi Mæuia. 45. ff. de hęred. inſtit. *Si filia viuat &c.* nullam habet filiam nomine Fuluiam: cum impoſſibilis ſit ea conditio, dicitur pro non ſcripta habenda eſſe. Quod de inſtitutione dicitur, idem dicendum eſt de legatis & aliis vltimis voluntatibus. l. obtinuit. 3. ff. de condit. & demon. §. impoſſibilis. de hæred. inſtit. in Inſtit. alia tamen cauſa eſt contractuum. Nam omnes contractus, adiecta conditione impoſſibili, vitiantur. l. impoſſibilis. 7. ff. de verb. oblig. & l. non ſolum. 31. ff. de oblig. & act. & §. ſi impoſſibilis. de inutilib. ſtipu. in Inſt. Rationem huius differentiæ & diuerſitatis ego ſcripſi ad d. l. impoſſibilis. ff. de verb. oblig. Ego dixi, cum quæritur an pro non ſcripta habenda ſit conditio impoſſibilis, ſiue in vltimis voluntatibus, ſiue in contractibus, quæſtionem magis facti eſſe & voluntatis, quam iuris. Quæritur enim quid cogitatum fuerit à teſtatore, vel contrahentibus. forte is, qui adſcripſit talem conditionem, cogitat ſe nihil agere: excogitat non poſſe parere conditioni eum, cui adſcripſit talem conditionem, atque ideo nihil conſecuturum eſſe. Poteſt etiam cogitare, cum adſcribit talem conditionem, eum, cui adſcribitur conditio, nihilominus conſecuturum, quaſi iniquum ſit eum cogi ad parendum conditioni, quæ impoſſibilis eſt, quæ in ipſius poteſtate non eſt. Sic ambigua eſt voluntas eius qui conditionem adſcribit. In dubio igitur quid dicendum eſt? Diſtinguuntur vltimæ voluntates à contractibus. nos plenius interpretamur vltimas voluntates. l. in teſtamentis. ff. de reg. iuris. In cōtractibus, ſi quid parum expreſſum ſit, vel ambiguum, imputandum eſt contrahentibus, qui potuerunt curare vt ea obſcuritas vel ambiguitas explicaretur. Ideo interpretamur eos nihil agere voluiſſe, adiecta tali conditione impoſſibili, cū ex duorum voluntate contractus pendeant. Legata autem vel inſtitutiones pendēt ex vnius voluntate, ſcilicet teſtatoris: nec culpæ poteſt legatarii adſcribi, quod non curauit verba teſtamenti apertius concipi. Hinc naſcitur quæſtio in l. ſi Titius. 16. ff. hoc tit. an valeat hæc inſtitutio, *Si Titius hæres erit, Seius hæres eſto: Si Seius hæres non erit, Titius hæres eſto.* Impoſſibilitas quædam hic continetur. vnde videtur pro non ſcripta habenda eſſe conditio, quia exiſtere non poteſt. Is enim Seius non poteſt aliter hæres eſſe, quam ſi Titius prius hęreditatem adierit: & Titius non poteſt hæres eſſe, niſi Seius prius hæreditatem adierit. Si petat Titius à Seio vt hæreditatem adeat, Seius dicet ſe non poſſe prius adire hæreditatem, quam Titius adierit. Vnde quæritur an inutilis ſit hæc conditionalis inſtitutio? Ait ibi Martianus inutilem eſſe inſtitutionem, cū conditio exiſtere non poſſit. Hoc repugnat iis, quæ à nobis dicta ſunt. Cum conditio eſt impoſſibilis, videtur pro non ſcripta habenda eſſe. Hæc conditio ſimilis eſt iis conditionibus de quibus iam diximus, quæ impoſſibiles dicuntur. Sed ſi ambę conditiones expendantur, neutra impoſſibilis eſſe dicitur: ſed ambarum coniunctio facit, vt res non poſſit effectum habere. *Si Titius hæres erit, Seius hæres eſto,* hæc conditio eſt poſſibilis, & altera quoque. & propterea quod dicitur de impoſſibili conditione adiecta, hic locum non habet. Nam cum conditio adſcribitur, quæ re vera impoſſibilis eſt, ea pro non ſcripta habetur: & dicimus puram eſſe inſtitutionem. Quæritur, an idem ſit dicendum in ſpecie l. 4. ff. hoc tit. cum ſcilicet hæredes ita inſtituti ſunt, *Si ſocii bonorum meorū vna permanſerint, &c. hæredes ſunto.* An vtilis ſit hæc inſtitutio? Marcellus dicebat inutilem eſſe inſtitutionem ſecundum verborum ſignificationem. Nam ſi verba ſpectemus, videtur velle teſtator vt prius hæredes ſint, quam ſocii: & tamen conditio non poteſt exiſtere ſub qua inſtituti ſunt: niſi prius ſocietatem coierint. Vnde videbatur idem dicendum eſſe, quod in caſu d. l. ſi Titius. valere inſtitutionem. Si non poſſet iniri ſocietas bonorum teſtatoris ante aditam hæreditatē, ſententia Marcelli vera eſſet: at quia poteſt iniri: ideo dicitur conditio exiſtere poſſe. Poſſunt hæredes inſtitui ſub ea conditione, ſocietatem coire futurorum bonorū: ſcilicet bonorū quę ſperant ſe conſecuturos adita hæreditate, & impleta conditione. Quod dicitur de impoſſibili conditione, idem dicendum eſt & de turpi conditione, ſi conditio aliquam turpitudinem contineat: ſi conditio ſit contra bonos mores. l. conditiones, quæ contra bonos. 9. ff. hoc tit. veluti: Si parentibus patronisue alimenta non præſtiterit. Idem in l. conditiones contra edicta. 14. tit. eo. Huic ſimile eſt ꝙ dicitur in l. 15. filius. eo. quæ

non po-

non poſſumus honeſte facere, ea dicimus quoque facere non poſſe. Itaque interpretatione quadam iuris pro impoſſibili habetur hæc conditio, quamuis re vera conditio impoſſibilis non ſit. Impedimento ſiquidem non eſt natura quominus exiſtat hæc conditio: ſed impedimento eſt lex, & boni mores. Sic accipiendum eſt quod dicitur in leg. 1. ff. hic. vbi mendoſa eſt lectio illa, vel alio modo. Et eſt emendanda ſic, *Vel alio mendo*: ex Flor. Pand. mendum vocat ibi Vlpia. vitium, ſiue conditio impoſſibilis ſit, ſiue aliud mendum habeat. puta contraria eſt bonis moribus, vel turpitudinem aliquam continet: placet non vitiari inſtitutionem. Igitur quod ait Vlpian. mendo, hoc referendum eſt ad conditionem, quę contraria eſt bonis moribus. Conditio ergo turpis, contraria bonis moribus, habetur pro non ſcripta, pro impoſſibili, quamuis proprie impoſſibilis non ſit, & ab impoſſibili diſtinguatur. exempla ſunt, quæ iam adduxi. Aliud exemplum eſt in l. quidam in ſuo. 27. hic. ff. Teſtator ſcripſit in teſtamento, *Titius ita hæres eſto, ſi reliquias meas in mare abiecerit.* hæres inſtitutus conditioni non paruit. quæritur, an repellendus ſit ab hæreditate? Eſt locus communis de ſepultura, humanum eſſe cadauera mortuorum ſepelire. Suſpicione non erat dementiæ is, qui talem conditionem adſcribit teſtamento ſuo: & ſi appareat à demente facta eſſe inſtitutio hæredis, non valebit: ſed hæreditas deferetur ad legitimos hæredes. Huic ſile eſt quod dicitur alibi, Ineptas defunctorum voluntates improbandas & reiiciendas eſſe. l. 10. alias 13. ſeruo alieno. §. vl. ff. de leg. 1. Aliud exemplum eſt in l. quæ ſub conditione. 8. ff. hic. ſi quid ſub conditione iuriſiurandi relictum ſit. Teſtator hæredem inſtituit, & adſcripſit conditionem, ſi iurauerit ſe mihi monumentum ędificaturum. Hæres paratus erat ædificare monumentum: ſed tamen iurare nolebat. hic quæritur an conſequetur hæreditatem? Vlpianus ait huiuſmodi inſtitutiones à Prætore improbari, quæ ſub conditione iuriſiurandi fiunt. Sunt enim qui nolint iurare, etſi veriſſimum ſit quod ab eis exigitur. Poteſt autem cogi omnino quod teſtator voluit implere, ſed non cogitur iurare ſe id facturum.

Diximus ſuperiori loco, ſi hæres inſtitutus ſit ſub conditione iuriſiurandi, eam conditionem pro non ſcripta habendam eſſe. Prætoris edicto hæc conditio iuriſiurandi remittitur hæredi, cui adſcripta fuit, vt dicitur in l. quæ ſub conditione. Exiſtimauit Prætor non eſſe vtile hæredem compelli ad iurandum: quod nulla id vtilitas, aut neceſſitas ſuadeat: & hoc incommoda etiam quædam habeat. Quidam facile adducuntur vt iurent ſpe hæreditatis conſequendæ. ita occaſio his periurii dabitur, alii carebunt hæreditate: adeo timidi & ſuperſtitioſi ſunt, vt nunquam adduci poſſint ad iurandum. Hæc eſt ratio edicti Prætorii, quo edicto ſolum iuſiurandum remittitur: non etiam faciendi neceſſitas quod teſtator fieri voluit, vt dicitur in eadem l. quæ ſub conditione. §. quoties. & l. 26. hæc ſcriptura. in fin. princip. ff. de condit. & demonſtrat. *Inſtituo Titium hæredem, ſi iurauerit ſe mihi monumentum ædificaturum.* non cogetur iurare ſe id facturum: ſed tamen facere id cogetur. Dixerit aliquis, ſi verum eſt, quod diximus de remiſſione iuriſiurandi, mirum videtur quod Prætor alio quodam edicto ſuo iurare cogit. l. iuſiurandum & ad pecunias. 34. §. 1. ait Prætor. ff. de iureiur. *Eum à quo iuſiurandum exigetur*, inquit Prætor, *aut iurare cogam, aut ſoluere.* Cur non cogitat Prætor quoſdam adeo timidos eſſe & ſuperſtitioſos, vt iniuriam pati, quam iurare malint? Sed aliud genus eſt iuriſiurandi, de quo propoſitum eſt edictum à prætore ſub illo tit. de iureiuran. Iuſiurandum eſt quod pertinet ad lites dirimendas. Maximum eſt remedium expediendarum litium, ait Vlp. in l. 1. ff. de iureiur. Vtilitatis enim cauſa comparatum eſt ad lites finiendas & dirimendas. Vtilitas igitur exigit ne hominum ſuperſtitionis & timiditatis ratio habeatur: ſed vt is cum quo lis eſt, ſi deferatur ei iuſiurandum, iurare aut ſoluere cogatur. Hic autem cum quis inſtituitur ſub conditione iuriſiurandi, ſi iurauerit ſe aliquid facturum, nullius intereſt iurare, modo aliter fiat quod vult teſtator. Cum ergo quæritur, an quis iurare cogatur, expendenda eſt cauſa iuriſiurandi, ſi deferatur alicui iuſiurandum litis dirimendę cauſa, vtilitas ſuadet vt is iurare cogatur: ſi quis hæres inſtituatur ſub conditione, *Si iurauerit*, nulla vtilitas eſt. Hinc facile apparet ratio l. 6. ſi cum patruo. C. commu. vtriuſq; iudi. Diuiſio facta eſſe proponitur ſub hac cōditione, *vt alter hæredũ iuret ſe nihil dolo feciſſe*, hic cogitur iurare: nec remittitur iuſiurandũ. Aliqua vtilitas verſatur in hac re vt ſe purget iuriſiurãdi religione, hoc pertinet ad litē, quæ inter eos eſt, dirimendam. Et ſic intelligendæ ſunt quædam leges de conditione iuriſiurandi loquentes. veluti l. municipibus. 96. ff. de condit. & demõ. & aliæ quædam ſimiles. Municipibus aliquid relictum eſt ſub conditione, *Si iurauerint.* quæritur quomodo iurare poſſint. Iurare cogentur, ait ibi Iuriſc. per eos per quos res eorum geruntur. Et hoc intelligendum eſt de conditione iuriſiurandi, quæ non improbatur edicto prætoris. Improbatur autē conditio iuriſiurandi, quę in futurum tempus confertur quæ conditio nullam vtilitatem adfert. Sed aliquando contingit vt ea conditio conferatur in præteritum tempus, propter incertitudinem eius rei, quæ geſta eſſe dicitur. Cum eā verba ambigua ſint. *Si iurauerint*, debemus eam interpretationem accipere per quã fit vt vitio careat omnino, quæ ambiguitatem habet. l. in ambigua. ff. de legib. Sic etiam intelligi poteſt l. 62. Antiſtius Labeo. ff. de acq. hære. vbi quæritur, ſi quis inſtitutus ſit hæres ſub conditione, *Si iurauerit*, an iurando videatur adire hæreditatem? Quæſtio fuit inter veteres Iureconſultos de hac re. Et quidam dicebant opus eſſe aditione hæreditatis præter iuſiurandum præſtitum: ſed hanc quæſtionem ita tractat Iureconſultus quaſi improbanda non ſit. Poteſt etiam hic intelligi quæſtio de eo, qui ſponte iurat. Prætor quidem remittit neceſſitatem iurandi: ſed iurare minime prohibet. Atq; ideo hæres ſi iurare velit, poteſt, quamuis neceſſitate non adſtringatur: iuſiurandum remittit ſi hęres velit. Vnde quæri poteſt, ſi hęres iurare voluerit, an iurando adire videatur hęreditatem? Parendo conditioni ſub qua inſtitutus eſt hæres, videtur hæres eſſe velle. Sed de eo dicemus ſub titulo de acquir. hære. Ponamus aliquid relictũ eſſe municipibus. *Si iurauerint.* Quidã volunt iurare debere ſed dubitatur quomodo iurare poſſint omnes municipes? Et Iureconſultus ait, vt iam ſupra dictũ eſt, municipes iurare poſſe per adminiſtratores, qui res ipſorum gerũt. Aliud exemplum conditionis improbatæ eſt in l. reprehendenda. C. eo. Inſtituta eſt filia à matre ſub conditione, ſi à marito diuerterit. quæritur an parere huic conditio debeat filia, an vero ea conditio ſit reiicienda, & pro non ſcripta habenda? Dubitatio ex eo naſcitur, quod diuortium legibus Romanis eſt permiſſum. ff. & C. tit. de diuortiis & repud. Ideoque non videtur improbanda eſſe hæc conditio. Sed reſcripſit Valerianus imperator huic conditioni parendum non eſſe, cum mater adſcripſit illam conditionem inſtitutioni filiæ ſuæ, *Si filia à marito ſuo diuerterit.* Eſt enim, inquit, reprehendenda quidem mater, quæ hāc conditionem adſcripſit: ſed magis reprehendenda eſt filia, quæ prætulit lucrum quoddam maritalis concordiæ. nam potuiſſe filiam, quæ ſub ea conditione inſtituta fuit, non parere conditioni, & potuiſſe conſequi hæreditatem conditioni non parendo. Nam hæc conditio quæ contraria eſt bonis moribus, improbanda eſt, & pro impoſſibili habenda, licet diuortium legibus permiſſum ſit. Non cogunt nos legiſlatores Romani inuitos manere in matrimonio, nec alia multa, quæ honeſta ſunt præcipiunt legiſlatores. Non eſt quidem credendum omnia quæcunq; honeſta ſunt, ad neceſſitatem redacta eſſe legum auctoritate, ſed non ideo tamen exiſtimandum ea legiſlatoribus probari. non enim probatur repudium vel diuortium, vt honeſta res: quamuis permiſſum ſit. Non cogunt quenquam legiſlatores ad manendum in matrimonio: ſed tamen improbant eas conditiones, quibus inuitantur homines ad diuertendum, vt turpes & inhoneſtas. Nec dubium eſt quin fuerit hæc ſententia veterum Romanorum. Ego obſeruaui locum quendam apud Senecam lib. 4. de beneficiis. cap. 16. qui huc pertinet. Scribit Gellius lib. 4. c. 3. & lib. 17. cap. 1. Poſt Romam conditam quingentis annis non fuiſſe diuortia facta Romæ, adeo res inhoneſta habebatur. Aliud exemplum eſt in leg. ſi quis ſub conditione. 7. Si conditio adſcripta ſit inſtitutioni in fraudem legis, non minus improbatur hæc conditio, & reiicitur quæ in fraudem legis adſcripta eſt, quã quæ apere contra legē adſcripta eſt. Eſt locus communis de fraude facta legibus. leg. non dubium. ff. de legib. & ſenatuſconſul. Quidam ex teſtamento legata capere non poterant. videbat teſtator ſe non poſſe eis legata relinquere, commentus eſt rationem, qua exiſtimauit ſe poſſe efficere vt hi legata conſequantur con-

tra legem inſtituit duos hæredes, & voluit eos cauere inuicem, vt legata præſtarent, quaſi contra legem poſſet agi ex ea cautione. Ergo hic notandum eſt cum prohibetur diſpoſitio rei alicuius, prohiberi etiam conditionem eiuſdem rei, ne alias fraus legi id prohibenti, facile fiat. Hactenus de conditione iuriſiurandi, & de ea quæ contra leges, aut contraria bonis moribus adſcripta eſt teſtamento.

Sequuntur alii caſus, in quibus nocet inſtitutioni conditio. Inſtituta eſt enim hac de re diſputatio, an conditio inſtitutioni noceat, an non noceat, & quatenus noceat. Primus caſus eſt, Cum filius qui eſt in patris poteſtate, inſtituitur ſub ea conditione quæ non eſt in ipſius poteſtate, tunc inſtitutio nulla eſt propter hanc conditionem adiectam: imo totum teſtamentum nullius eſt momenti. in l. vltim. in princ. hic. ff. Quædam conditiones in poteſtate noſtra ſunt, aliæ pendent ex caſu, aliæ mixtæ ſunt. Facilis eſt hæc diſtinctio quæ colligitur ex l. vnica. C. de cadu. tollen. §. ſin autē. Conditio aliquando ex caſu pendet: vt, *Si Titius conſul factus fuerit*. Ex poteſtate noſtra pendet conditio illa, *Si decem dederit*: plerunque ſi facile ſit ei decem dare. Nam an conditio ſit in poteſtate, an non, non poteſt aliter definiri, vt ait Iuriſconſ. in l. ſuus quoq; 4. §. puto de hæred. inſtit. hæc vero conditio, *Si decem dederit*, ex circumſtantiis æſtimanda eſt, an ſit in poteſtate, an non. Mixta conditio eſt, cum teſtator relinquit filiæ ſuæ, *Si nupſerit Titio*. non enim pendet ex eius voluntate, ſed partim ex eius voluntate, partim ex ſua. Filius igitur non poteſt ſub quacunq; conditione hæres inſtitui, ſed ſub ea tantum quæ pendet ex eius poteſtate. Si inſtitutus ſit ſub ea conditione, quæ in poteſtate eius non ſit: quia vel ex caſu pendet, vel ex alterius poteſtate, inutilis eſt inſtitutio. l. ſi pater filium. 4 C. de inſtit. vel ſubſtit. ſeu reſtit. ſub condit. adeo inutilis cenſetur inſtitutio, vt ne teſtamentum quidem valeat. quod aperte expreſſum eſt in l. Lucius. 82. ff. de condit. & demonſtr. teſtator inſtituit filium ſub conditione, *Si ſe filium eſſe probauerit*, ait ibi Iuriſconſ. teſtamentum inutile eſſe: non ꝙ ea conditio impoſſibilis ſit, vt vulgo creditur. Poſſibilis quidem eſt, ſed non pendet ex poteſtate filii, cuius perſonæ adſcripta eſt teſtamēto, & ideo inſtitutio nulla eſt. idem dicitur in l. ſuus quoq; 4. ff. de hæred. inſtit. in dict. l. ſi pater filium. ibi, nec in defectum, &c. addit Imper. exceptionem, non valere inſtitutionem: niſi in defectum eius conditionis exhæredetur, niſi exhæredetur ſub contraria conditione. l. filius à patre. 28. ff. de lib. & poſthu. quia ſiue extiterit, ſiue non extiterit conditio, non poteſt dici præteritus eſſe. Si quis ſimpliciter hæredem inſtituat ſub conditione, *Si nauis ex Aſia venerit*, naue non veniente, prę̨teritus reperitur filius. Ac tametſi idem dici poſſit de qualibet conditione, quæ non exiſtit: tamen imputandum eſt filio, ꝙ non impleuerit conditionem, quę erat in eius poteſtate. Si filius ergo inſtitutus ſit ſub conditione, quæ non eſt in ipſius poteſtate, inſtitutio nulla eſt. Idem dicendum eſt & ſi contra leges, & contra bonos mores adſcripta ſit. l. filius, qui fuit. 15. ff. hoc tit. vbi ea dicimur facere non poſſe quæ honeſte facere non poſſumus. Et hic notandum eſt nos loqui de filio, qui eſt in poteſtate: non de emancipato. Nam emancipatus filius poteſt inſtitui ſub quacunque conditione ſiue ex caſu, ſiue ex alterius poteſtate pendeat. l. 2. §. 1. de bonor. poſſeſ. ſecund. tab. & l. 2. §. ſi ſub ea. ff. de bonor. poſ. contra tab. Hic incidūt quædam antinomiæ, quarum explicatio nunc neceſſaria eſt. Prima eſt in l. ſi quis hæredum. 7. C. hoc tit. ibi filia fuit inſtituta ſub conditione, *Si nupta erit Titio*. hæc autem conditio ex eius arbitrio non pendet: ſed pendet partim ex poteſtate eius partim ex alterius poteſtate. Quæritur, ſi hæc mulier nupſit Titio, cui nubere eam vult pater, hanc conditionem adſcribens, *Si Titio nupſerit*. deinde ab eo diuertit, an conditio impleta eſſe dicatur, an videatur paruiſſe voluntati teſtatoris? Hic obſeruandum eſt, quæſtionem hanc de conditione, *Si nupta erit Titio*, ita tractari à Iuſtiniano, quaſi vtilis ſit inſtitutio, quaſiq; teſtamentum valeat: cum tamen certum ſit ex iam dictis, filium non poſſe inſtitui ſub tali conditione, quæ in ipſius poteſtate non eſt. Hoc argumento nonnulli conuellere nituntur quod iam à nobis dictum eſt de conditione, quæ non eſt in filii poteſtate. Sed hoc argumentum mihi videtur per quam leue eſſe, quamuis apud alios ſit magni ponderis. Animaduertendum eſt in interpretatione huius conſtitutionis qua de re ſit quæſtio, ſicut fere in cuiuſque legis interpretatione. Non quæritur in ea conſtitutione an vtilis ſit ea inſtitutio, an non: ſed quæritur an ſufficiat mulierem ſemel nupſiſſe, etiam ſi non permanſerit in matrimonio. Non dubitabatur ergo, cum hæc quæſtio propoſita eſt Iuſtiniano, quin vtilis eſſet conditio. Proponebatur quæſtio quaſi certum eſſet vtilem eſſe conditionē. ſed quærebatur quomodo parendum eſſet conditioni, quid faciendum eſſet, vt dici poſſet impleta conditio. forte filia inſtituta ſub hac conditione erat emancipata à patre: forte exhæredata erat ſub contraria conditione, forte teſtamentum factum erat à matre, quæ non habet filiam in poteſtate, & poſſunt alia excogitari in quibus vtilis ſit hæc conditio. Quo caſu valet hæc conditio, dubitatur quid faciendum ſit vt conditio impleta eſſe dicatur, an ſufficiat ſemel nupſiſſe, etſi poſtea diuerterit à marito? Quidam dicunt diuinationem eſſe quod diximus, vel emancipatā fuiſſe filiam, &c. Sed ſatis oſtendunt ſe non noſſe rationem harū legum interpretandarum, & omni iudicio carere, nec dignos eſſe qui iuris interpretes ſe profiteantur. Alia quæſtio eſt huic affinis de nepote, an quod diximus de filio idem dicendum ſit de nepote, vt ſicut filius non poteſt inſtitui ſub ea conditione, quæ non eſt in poteſtate ipſius, ita etiam nepos non poſſit? Quæſtio eſt iuris controuerſi, in quo magna eſt diſſenſio, & magna opinionum varietas. Ego puto nepotem poſſe inſtitui ſub quacunque conditione, etiam quæ in eius poteſtate & arbitrio non ſit. Id mihi videtur tam aperte expreſſum eſſe in l. 4. & ſeq. ff. de hęred. inſtit. vt de eo dubitandum non ſit. Ait enim ibi Iuriſconſ. ſuum hæredem ſub quacunq; conditione inſtitui poſſe, ſed excipit filium. His igitur verbis oſtendit Vlpian. multum intereſſe inter filium & nepotem quantum ad hanc conditionem attinet. Imo dicendum eſt, etſi nepos ſit in primo gradu filio iam mortuo, ne hoc quidem caſu prohiberi ſub quacunque conditione inſtitui. Eſt ſuus hæres nepos cum pater, qui erat in primo gradu, eum non antecedat. §. ſui. in Inſtit. de hæredum qualit. & differentia. Itaq; Iuriſconſ. in l. ſed & ſi ſub conditione. 6. §. 1. ait nepotes ſub omni conditione inſtitui poſſe, etſi redigātur ad filii conditionem, id eſt, etſi filio mortuo nepotes incipiant primum gradum tenere, & ius ſui nacti ſint. Eodem pertinet quod dicitur in l. 1. §. ſciendum. ff. de ſuis & legit. hæredib. vbi eſt locus æque expreſſus. Diſcrimen eſt igitur apertum filii & nepotis: ſed quæ eſt ratio diuerſitatis? Ego non poſſum probabiliorem rationem afferre huius diuerſitatis, quam ꝙ leges magis fauent filiis, quam nepotibus, cum propiores ſint defuncto quam nepotes. argumento eſt quod dicitur in §. 1. ff. de exhæred. lib. in Inſtit. Vbi Iuſtinianus ius antiquum recitat de filiorum & nepotum exhæredatione. Iure antiquo, non inſtituto filio, qui erat in poteſtate, teſtamentum nullum erat, propterea quod nō ſufficeret filium exhæredare: ſed oportebat nominatim exhæredare. nepotes autem ſufficiebat exhæredare inter cæteros: *Ceteri exhæredes ſunto*. Eſt aperta differentia, qua oſtenditur legislatores magis filiis, quam nepotibus fauere. Hoc eſt diſcrimen iuris antiqui, quod conſtitutionibus mutatum eſt: ſed tamen admonemur eo iure antiquo magis fauere ſolitos fuiſſe legislatores filiis, quam nepotibus. Quæ adducuntur ab aliis, qui contrariam ſententiam tuentur, leuia ſunt. veluti quod dicunt præteritione nepotis non minus rumpi teſtamentum, quam præteritione filii. l. poſthumorum. ff. de iniuſto rupt. ſed hic non loquimur de præteritione. Ego fateor quantum ad præteritionem, non multum intereſſe, ſaltem ſi nepos ius ſui habeat, id eſt, in primo gradu ſit. Sed de nepote hic loquimur, qui inſtitutus eſt ſub ea conditione, quæ non eſt in eius poteſtate. Multo minus nos mouere debet quod adducitur ex conſtitutione Iuſtiniani, vt cum de appel. cognoſc. §. aliud quoque capitulum. Illa conſtitutio nullo modo ad rem pertinet ſi recte intelligatur, vt nos interpretati ſumus ſub tit. de inoffic. teſtam. ſupra de libe. & poſthu. Cum enim ait Imper. non licere nec exhæredare nec præterire filios nec nepotes, niſi ea obſeruata fuerint, quę dicit, tota ea conſtitutio loquitur de querela inofficioſi teſtamenti. Si ea non obſeruata fuerint de quibus loquitur, rumpetur teſtamentum querela inofficioſi teſtamenti, & propterea nihil ad hanc quæſtionem ille locus pertinet. Præterea loquitur de præteritione & exhæredatione: hic nos loquimur de inſtitutione nepotis, quæ facta eſt ſub conditione, quæ non eſt in ipſius poteſtate: & inter hæc multum intereſt. Multum enim

Intereſt an quis ſit præteritus, an inſtitutus ſub conditione. Opponitur huic ſententiæ, vt contraria, l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſtam. l. ſcimus. §. cum autem. eo. titul. leges autem illæ de inofficioſo teſtamento, ſicut & aliæ quædam ſuperiores, l. omnimodo. & l. nuper. pertinent ad legitimam, quæ filio relinqui debet vt debita. Pater qui teſtamentum facit, curare debet vt filiis illam legitimam relinquat. Si non reliquerit illam legitimam, quoquomodo dicitur in l. omnimodo. ſi quicquam ei reliquerit non eſſe ſubuertendum teſtamentum: ſed ſupplendum eſſe, quod deeſt legitimæ, ac tantum capiendum ex ſubſtantia paterna, quantum deeſt ad ſupplendam illam legitimam. In l. quoniam in prioribus. quæritur, ſi forte pater legitimam reliquerit, id eſt, vel trientem, vel ſemiſſem: ſed tamen adſcripſerit conditionem aliquam, vel adiecerit onus, quid faciendum ſit? Dubitatio ex eo oritur, quod quantitatem integram reliquit: ſed non ſine onere, adſcripſit conditionem aliquam, veluti, Lego filio centum ſi iuerit Romam. Ait Imperator reiiciendam eſſe eam conditionem. debent enim filij illam legitimam habere ſine onere. Et dicitur in vtraque lege tam in l. quoniam in prioribus. quam in leg. ſcimus. §. cum autem. reiiciendam eſſe conditionem, ita vt quod relictum eſt valeat. Reiicitur enim conditio, & nihilominus valet teſtamentum. Hoc autem contrarium videtur iis quæ hic diximus. Cum inſtituitur ſub conditione filius, dicimus teſtamentum non valere: ibi vero dicitur inſtitutionem valere, non ſuccedere ab inteſtato. Si teſtamentum nullum eſt, poteſt ab inteſtato filius ſibi hæreditatem vindicare. Bartolus putauit hoc ius antiquum correctum eſſe & abrogatum illa conſtitutione Iuſtiniani. Hæc ſententia non poteſt defendi, nullam enim probabilitatem habet. leg. quoniam ex prioribus. non eſt conſtitutio noua, quæ dici poſſit iuri antiquo derogare. Ego ſæpe admonui diſtinguendas eſſe conſtitutiones nouas à veteribus. cognoſcuntur conſtitutiones nouæ ex inſcriptionibus earum. Ea conſtitutio inſerta eſt Codici in prima ipſius Codicis editione. Cæteræ, quæ ſequuntur, inſertæ ſunt Codici poſt ipſius primam editionem. Verius eſt ergo eas conſtitutiones intelligere cum teſtamentum valet. In omnibus illis conſtitutionibus debemus intelligere teſtamentum ita factum eſſe vt valeat: & queri de inofficioſo teſtamento, quæſtio eſt an competat querela inofficioſi teſtamenti. quæſtio eſt etiam de legitima, quæ debetur filiis. & ponimus valere teſtamentum, alias non conuenirent illæ leges titulo. Si enim non valet teſtamentum, fruſtra quæritur an competat querela inofficioſi teſtamenti. Ergo cum loquuntur illæ leges de conditione, quæ adſcripta eſt inſtitutioni, vel ei quod eſt relictum filio, intelligendum eſt vel emancipatum eſſe filium, vel conditionem adſcriptam eſſe quę pendet ex eius voluntate. ſic intelligere debemus, vt diximus intelligendam eſſe l. ſi quis hæredem. ff. hoc tit. In omnibus igitur iis caſibus in quibus valet teſtamentum, dicendum eſt eam conſtitutionem locum habere, alioqui teſtamentum nullum eſſe in quo filius qui eſt in poteſtate conſtitutus, ſub ea conditione inſtitutus eſt quæ ex eius poteſtate non pendeat.

Cœpimus oſtendere quæ conditiones noceant inſtitutioni, & quæ non noceant. Addendum eſt ſupradictis aliud exemplum de quo in l. ſeruus alienus. 21. & leg. ſeq. ff. hic. Si quis inſtituerit ſeruum ſuum ita, *Seruus meus cum liber erit, hæres meus eſto*: hæc conditio adſcripta inſtitutioni eam viciat, in ſeruo alieno non nocet. Si quis inſtituerit ſeruum alienum, *Cum liber erit*: cum à domino ſuo manumiſſus fuerit, in id tempus collata conditione valet inſtitutio. Ratio diuerſitatis traditur in ſeq. l. quia ratio ſuadet. Cauſa dubitationis ex eo oritur, quod in tempus capiendæ hæreditatis poteſt quis hæres inſtitui. l. in tempus. 62. ff. de hære. inſtitu. Vnde videtur vtilis eſſe hæc inſtitutio, *Seruus meus, cum liber erit, hæres eſto*. quia confertur inſtitutio in tempus, quo capere poteſt hæreditatem. Sed viſum eſt, imputandum eſſe domino, qui ſeruum proprium hæredem inſtituit, & poteſt ei libertatem dare, ſi ei libertatem non det, ſi conferat inſtitutionem in tempus quo obueniet ei aliunde libertas. In ſeruo alieno idem dici non poteſt: quia ſeruum alienum liberum efficere teſtator non poteſt. De hoc exemplo ego nihil aliud hic dicturus ſum: quia hæc diſputatio non eſt magnæ vtilitatis. Inducitur tamen ad quæſtionem, ſicut & pleraq; alia, quæ de ſeruis conſtituta ſunt. veluti ſi quis filium ſpurium inſtituerit hæredem, collata inſtitutione in id tempus, quo legitimus effectus fuerit: aut, vt vulgo dicitur legitimatus. Cum quæritur an valeat huiuſmodi inſtitutio, non incommode ſequemur diſtinctionem hic traditam de ſeruo proprio, & de ſeruo alieno: vt ſi poteſtatem habeat legitimandi, non valeat inſtitutio, & ſit imputandum ei cur legitimum eum non fecerit. ſi vero eam poteſtatem non habeat, inſtitutio valeat. Aliud exemplum eſt in inſtitutione hæredis, quæ confertur in voluntatem tertij, talis conditio inſtitutioni quoque nocet. l. illa inſtitutio. 32. ff. de hæred. inſtit. vbi ſi inſtituo hæredes, quos Titius voluerit: vel inſtituo Titium, ſi Sempronius voluerit, hæc conditio adiecta, ſi Sempronius voluerit, inſtitutionem omnino reddit inutilem. Nam hac conditione adiecta confertur inſtitutio hæredis in alienum arbitrium, quod permiſſum nō eſt, vt ibidem in fin. Duplex autem ratio huius iuris eſſe videtur. Vna eſt, quia certum eſſe debet conſilium teſtatoris, vt Vlpian. ait in Inſtit. tit. qui hær. inſtitui poſſ. Hic certum non videtur eſſe conſilium teſtatoris, cum ita inſtituit, *Quos Titius voluerit*. Præterea, teſtamentum eſt iuſta noſtræ voluntatis ſententia. l. 1. ff. de teſta. non eſt igitur teſtatio & declaratio ſententiæ alienæ & voluntatis. Atqui ſi reciperetur hoc genus inſtitutionis, *Quos Titius voluerit hæredes mihi ſunto: vel, ſi Titius voluerit, Sempronius hæres mihi eſto*: hoc eſſet quodammodo alij facere teſtamentum, non ſibi. Teſtamentorum vſus comparatus eſt, vt vnuſquiſque ſibi hæredem inſtituat, non alij. Aliud exemplum eſt ſimile in l. 66. alias 68. ſi quis Sempronium. ff. de hæred. inſtit. Pompo. in ea lege oſtendit differentiam eſſe inter has inſtitutiones, *Sempronius hæres eſto, ſi Titius in Capitolium aſcenderit*: &, *Sempronius hæres eſto, ſi Titius voluerit*. Cum enim teſtator inſtituit ſub hac conditione: *Si Titius voluerit*, confert omnino inſtitutionem in voluntatem Titij, ideoq; inutilis eſſe dicitur inſtitutio. Sed cum ita inſtituit, *ſi Titius in Capitolium aſcenderit, Sempronius hæres eſto*, non cōfert expreſſe in voluntatē Titij inſtitutionem. Videtur tamen primo aſpectu inter has inſtitutiones nihil intereſſe. Nam cum quis inſtituitur ſub hac conditione, *ſi Titius in Capitolium aſcenderit*, perinde eſſe videtur, ac ſi inſtituiſſet hæredem ſub hac conditione, *Si Titius voluerit*: quia pendet ex eius voluntate an capitolium aſcenſurus ſit, an non ſit. Liberum eſt ei aſcendere, vel non aſcendere. Sed expreſſum hoc non eſt, inquit Pompon. Simile eſt quod dicitur in l. 50. al. 52. nonnunquam. ff. de condit. & demonſtr. Eſt vulgare dictum antiquum. *Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent*. Sed diſſimilitudo vtriuſque ſpeciei ſubtilius hic explicanda eſt. Ecce in priori ſpecie cum Sempronius inſtituitur ſub hac conditione, ſi Titius voluerit, hoc principaliter agitur, vt ex voluntate Titij pendeat inſtitutio: vt non niſi Titio volente hęres ſit Sempronius, hoc principaliter agitur. Inſtitutio igitur hæc contraria eſt veterum conſtitutionibus, qui decreuerunt teſtamentum pendere ex alieno arbitrio non debere, vt iam diximus. In altera ſpecie non hoc ſpecialiter agitur, vt hæres ſit quem Titius voluerit, vt ex voluntate Titij omnino pendeat inſtitutio: hoc principaliter agitur vt aliquid faciat Titius quod fortaſſe intereſt teſtatoris fieri: *Sempronius hæres eſto, ſi Titius in Capitolium aſcenderit*. Igitur Titio Capitoliū aſcendente, hæres futurus eſt Titius: eo non aſcendente non poteſt hæres eſſe. In conſequentiam dicitur hoc pendere ex eius voluntate. ſed hoc non dicitur pendere ex eius voluntate. Argumento eſt quod poteſt Sempronius hæres eſſe, etiam Titio nolente, modo Capitolium aſcendat Titius, & faciat id quod teſtator voluit. Pone Titium teſtari & exprimere ſe nolle Sempronium hæredem eſſe, an Titio nolēte Sempronius hæres futurus eſt? Ego non dubito, quin hæres futurus ſit, ſi Capitolium aſcenderit. Nam conditio extitit, ſub qua inſtitutus eſt. In effectu hic videtis multum intereſſe inter vtranque inſtitutionem. Hoc ius productum eſt quoque ad legata. d. l. nonnunquam. de condit. & demonſt. cui videtur repugnare l. 1. ff. de l. 2. vbi dicitur legatum conferri poſſe in alterius voluntatem. Eſt difficilis antinomia. Nec refert inquit Vlp. an legetur alicui, *Si Titius in Capitolium aſcēderit: an ſi voluerit*. in l. nonnunquā. ff. de condit. & demonſt. dicitur ſi

legatum ſit alicui, *Si Titius voluerit*, inutile eſſe legatum. Ego alias dixi hæc verba, *ſi voluerit*, in hac lege accipienda eſſe pro *ſi arbitratus ſit.* conferri autem legatum in alterius arbitrium poſſe certum eſt, non in meram voluntatem. l. 11. fideicommiſſa. §. quanquam. de l. 3. Cum quid confertur in alterius arbitrium non intelligitur in meram eius voluntatem collatum eſſe: ſed ſic intelligitur ſi arbitratus fuerit ita vt vir bonus arbitraretur: non ſi libuerit. Ego exiſtimo hic accipi genus pro ſpecie, *ſi voluerit*, id eſt, ſi arbitratus fuerit. Genus pro ſpecie figura eſt vſitata. Verba antecedentia ſuadent ita accipiendum eſſe, illa ſcilicet, *In arbitrium alterius*, *&c.* loquitur itaque Iureconſ. de arbitrio. Ambiguitas explicanda eſt ex iis, quæ antecedunt & ſequuntur, *Quid enim*, *&c. An ſi voluerit*, *&c.* Dixerit aliquis in d. l. nonnunquam. ff. de condit. & demonſt. Iureconſultus aliter interpretatur. Sed in l. nonnunquam. exprimitur formula legati, *ſi quis legauerit*, his verbis, *Si Titius volet*, ponit teſtatorem his verbis vſum eſſe. Cum teſtator his verbis vſus eſt: nos intelligimus eum contuliſſe in meram voluntatem. in hac l. 1. non exprimitur conceptio formulæ legati. Non dicit teſtator his verbis vtens, *ſi Titius voluerit*, collata conditione in voluntatem Titij. Ergo hic nos accipimus genus pro ſpecie. Voluntas genus eſt: ſpecies ſunt, arbitrium & mera voluntas. l. fideicommiſſa. 11. §. quanquam. de legat. 3.

Obiicitur etiam huic diſtinctioni l. fideicommiſſaria. 23. §. etiam. de fideicom. libert. Sed quod dicitur in ea l. ſingulare eſt propter fauorem libertatis. Fauore libertatis hæc ſubtilitas negligitur. Itaque valet libertas fideicommiſſaria, & ſi collata fuerit in voluntatem alterius. In aliis legatis & fideicommiſſis hæc ſubtilitas verſatur. Certum eſt multa indicta eſſe contra rigorem iuris, propter libertatis fauorem. Inſtitutio igitur hæredis non poteſt conferri in voluntatem tertij. Diximus autem in voluntatem tertij nō poſſe conferri. Nam poteſt conferri in voluntatem ipſius hæredis. l. iam dubitari. 86. ff. de hæredib. inſti. & l. Cornelius. 69. ff. eo. vbi cum hæc condi io adiicitur, *Hæres eſto, ſi volet*, non nocet: imo ineſt hæc conditio, ſi hæres non ſit neceſſarius: & ſi non exprimatur, tamen tacite intelligitur. Cum autem eſt neceſſarius hæres, magnam vim & effectum habet: ex neceſſario hærede facit voluntarium, vt hic dicitur, & in dicta l. iam dubitari. Sui hæredes poſſunt inſtitui ſub hac conditione, *ſi velit hæres eſſe*, qui alias neceſſarij futuri hæredes iure ciuili, quamuis à Prætore beneficium abſtinendi habeant: nec neceſſe eſt cum filius inſtituitur ſub hac conditione, eum exhæredari ſub contraria conditione, quia hæc conditio pendet ex mera eius voluntate. Imo inepta eſſet exhæredatio ſub contraria conditione, in d. l. iam dubitari. oſtendit Marcellus. Ex his igitur intelligitis inſtitutionem hæredis conferri non poſſe in voluntatem tertij: in voluntatem autem hæredis ipſius vtiliter conferri. Atque ita expedita eſt diſputatio de conditionibus, quæ nocent, aut non nocent inſtitutioni hæredis.

CAP. V.

De effectu earum conditionum, quæ vtiles ſunt.

Diximus ſupra quaſdam conditiones eſſe quæ reiiciuntur omnino, quæ vtiles non ſunt, ſed pro non ſcriptis habentur: cuiuſmodi ſunt impoſſibiles, aut turpes, & propterea nihil amplius de effectu huiuſmodi conditionum differendum eſt. Præterea diximus quaſdam conditiones eſſe, quæ inutiles ſunt: ſed non reiiciuntur. Et de his nihil etiam dicemus. Aliæ ſunt vtiles, quæ neque reiiciuntur, neque nocent. De earum effectu nunc eſt videndum. Et in primis notandum eſt ex quo fere pendent omnia, quæ ſequuntur. Exiſtente vtili conditione, valere inſtitutionē: ea deficiente, inutilem eſſe. l. 1. C. eo. inſtituta eſt filia ſub conditione hac, *Si Antiliſilio nupſerit.* non prius hæres exiſtet, quam paruerit conditioni. Et hic diſtinctio tradi ſolet, de qua plene diximus ſub titul. de condit. & demonſtr. vbi diſtinguuntur caſuales conditiones ab arbitrariis. Conditionis hic eſt effectus, quod ſuſpendit vim inſtitutionis. Sed quæritur, an impleta conditione ab hærede acquiratur hæreditas? Quæſtio eſt in l. 13. ei, qui. ff. hic. Quidam hæres inſtitutus eſt ſub hac conditione, *Si decem Titio dederit*, putans ſe inſtitutum, ſub ea conditione decem dedit, quæritur an hæreditas ei acquiratur? Videtur ei acquiſita eſſe. Si quis enim aliquid gerat pro hærede, videtur acquirere hæreditatem. l. pro hærede. ff. de acq. hær. Titio decem dādo, videtur velle hæredem eſſe. videtur enim hoc animo dare, vt hæreditatem ſibi acquirat, atq; ideo videtur nullam aliam aditionem neceſſariam eſſe. Contra tamen hic dicitur, quod parendo conditioni non acquiritur hæreditas. Patere conditioni ſub qua quis eſt inſtitutus, non eſſe pro hærede ſe gerere, argumento eſt, quod ſi quis parendi conditioni cauſa aliquid dederit, deinde hæreditatem repudiauerit, id poteſt repetere condictione cauſa data, cauſa non ſecuta. l. 1. §. ſi parendi. ff. de condit. cauſa dat. Ratio mihi videtur ſatis probabilis ex eo, quod inſtitutus hæres ſub conditione, parendo conditioni non arguitur voluntas hæreditatis acquirendæ. hoc non neceſſario concluditur eum velle hæredem eſſe. Poteſt aliud conſilium eius eſſe. Is, qui videt ſe inſtitutum eſſe ſub hac conditione, Si decem dederit, decem dat Titio, forte interim dum deliberat an hæreditatem aditurus ſit, non conſtituit apud ſe hæreditatem adire: ſed ita tamen, vt poſtquam deliberauerit, illa conditio ſit impleta: & nihil impediat & officiat ei conditio impleta. Sed de hoc plenius dicemus ad l. pro hærede. ff. de acqu. hæred. Cum ergo quæritur de effectu conditionis, nullus alius eſt effectus, quam quod pendet inſtitutio hæredis ex euentu conditionis. Ad hæreditatis autem acquiſitionem non prodeſt implementum conditionis. Atque hinc quæritur quando exiſtere, aut deficere dicatur conditio? Hic locus latiſſime patet, & partim verſatur in coniectura voluntatis, partim in verborum ſignificatione. Quæritur ergo in primis de pluribus conditionibus adſcriptis inſtitutioni hæredis ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim, quando deficere, aut quando exiſtere vnaquæque dicatur. Aliquando plures conditiones adſcriptæ ſunt coniunctim, *Si decem dederit Titio, & ſi nauis ex Aſia venerit.* Aliquando adſcribuntur diſiunctim, *Si Titio decem dederit, vel ſi nauis ex Aſia venerit.* In hac quæſtione ſequenda eſt regula tradita in l. ſi cohæredi. 5. ff. hic. & §. ſi plures. in Inſtit. de hæred. inſtituen. omnibus coniunctim adſcriptis parendum eſſe. hæc eſt coniunctionis natura. Eſt locus communis & vulgaris, de quo alias diximus. Et ſimilia ſunt exempla in leg. ſi quis ita ſtipulatus. 129. ff. de verbo. obligat. Si vero diſiunctim, ſufficere vni parere. l. 14. ſi is qui ducenta. §. vtrum. & §. cum ita. ff. de reb. dub. Sed animaduertendum eſt hanc differentiam negligi plerunque à iuris auctoribus propter voluntatis teſtatoris coniecturam. Et ſimile eſt quod dicitur in l. ſæpe. de verbo. ſignificat. Duo potiſſimum hic obſeruanda ſunt. Vnum eſt in l. generaliter. in princ. Cod. eod. Ecce quidam inſtituit ita hæredem, *Filius meus hæres eſto, & ſi deceſſerit vel ſine teſtamento, vel ſine liberis, vel ſine nuptiis, Sempronio reſtitui hæreditatem volo.* hic plures conditiones adſcriptæ ſunt diſiunctim. hic filius deceſſit ſine teſtamento: ſuſcepit tamen liberos. Controuerſia eſt inter liberos inſtituti & ſubſtitutum. Subſtitutus vult præferri, quia deceſſit ſine teſtamento hæres inſtitutus. Et tamen Iuſtinianus conſtituit liberorum, qui ex filio inſtituto ſuſcepti ſunt, potiorem cauſam eſſe debere, vt quamuis teſtator plures conditiones adſcripſerit diſiunctim: perinde tamen eſſe accipiamus ac ſi coniunctim adſcriptæ eſſent. idque propter voluntatem teſtatoris. *Si enim*, ait ibi Iuſtinianus, *nihil ex his fuerit ſubſecutum*, *tunc*, *&c.* id eſt, ſi neque teſtamentum fecerit, neque nuptias contraxerit, neque liberos ſuſceperit. Sic ipſemet Iuſtinianus interpretatur hæc verba. Coniectura voluntatis ex eo naſcitur, quod teſtator liberorum mentionem fecit, credibile eſt eum liberos, quia poſtea ſuſcepti eſſent, voluiſſe præferre ſubſtituto. Sed hoc producit etiam Iuſtinianus ad extraneum: quia mentionem liberorum fecerit teſtator. Simile exemplum eſt & proprie idem in l. Lucius. 81. ff. de hæred. inſtit. Ibi hæ conditiones inſtitutioni fratris diſiunctim adſcribuntur, *Si hæreditatem non adierit: vel liberos non habuerit*, id eſt, ſi neque hæreditatem adierit, neque liberos habuerit, admittetur ſubſtitutus. Sed hoc amplius ait ibi Scæuola paulo ante finem, *Quos eo amplius*, &c. ſic eſt legendum. Etſi altera ex conditionibus adſcriptis extiterit, non tamen admittetur ſubſtitutus. Perinde enim accipiendæ ſunt hæ conditiones diſiunctim adſcriptæ, ac ſi coniunctim adſcriptæ eſſent. Rationemque ſubiecit, quia mentionem fe-

nem fe-

nem fecit liberorum. Non eſt credibile liberos fratris ſui ſubſtituto poſtponere voluiſſe. Multum referre dicimus an plures conditiones adſcribantur coniunctim, an diſiunctim: vt ſi plures conditiones adſcribantur coniunctim, omnibus parendum ſit: ſi diſiunctim adſcribantur, ſufficiat vni parere. ſed quid dicemus, ſi plures conditiones adſcribantur neque diſiunctim, neque cóiunctim: ſed in diuerſis partibus teſtaméti, vt ſi in vna parte adſcribitur conditio teſtamento, *Si Titio decem dederit: in altera parte, Si nauis ex Aſia venerit?* Hic varietas iuris reperitur. videte l. ſi plures 17. ff. hoc tit. ibi, *Conditio qua prior, &c.* In vna parte teſtamenti dixit, *Titius mihi hæres eſto, ſi Sempronio dederit.* In altera parte teſtamenti dixit, *Titius mihi hæres eſto, ſi nauis ex Aſia venerit.* Non eſt neceſſe omnes conditiones exiſtere: conditio quæ prior extiterit occupabit inſtitutionem, ſiue decem dederit, ſiue nauis ex Aſia venerit. vtra prior extiterit valebit inſtitutio. Ait autem ibi, *Ex eadem parte, &c.* quia aliud dicendum erit, ſi ponamus ex diuerſis partibus hæredem inſtitutum eſſe: tunc enim vtraque conditio implenda eſt. Idem dicitur in l. 27. ſi te ſolum. ff. de hæred. inſti. Alia eſt tamen cauſa legatorum. In legatis aliud dicitur. Et pleroſque turbat hæc iuris varietas. In legatis ſpectatur nouiſſima conditio, vt dicitur in l. 86. quod traditum. Et l. 50. ſub diuerſis. ff. de conditionib. & demon. In libertatibus ſpectatur leuiſſima conditio, & ſi extiterit vna códitionum, tamen legatarius non conſequetur legatum. In libertatibus ſpectatur leuiſſima, ea intelligitur adſcripta fauore libertatis. In inſtitutione hæredis prima códitio, quæ prior extiterit. Certum eſt ex inſtitutione hæredis omnia pendere, quæ in teſtamento ſcripta ſunt. l. proxime, de his quæ in teſta. delent.

Cœpimus oſtendere quando exiſtere vel deficere conditio dicatur. De pluribus conditionibus adſcriptis teſtamento iam diximus. Nunc videndum eſt cum vna tantum conditio adſcribitur. Cum vna tantum conditio adſcribitur teſtamento, ea aut negatiue concipitur, aut affirmatiue: aut in non faciendo conſiſtit, aut in faciendo. Si conſtat in non faciendo. veluti, *Si in Capitolium non aſcenderit*, hæc conditio videtur impleri nó poſſe. nec vnquá poſſe dici exiſtere. Ná & ſi hæres inſtitutus ſub ea conditione, hodie non aſcendat Capitolium: tamen cras, perinde, aut ſequentibus diebus poterit aſcendere. Sed inuenta & excogitata eſt ratio, vt hæc conditio impleatur, ſcilicet per cautionem, quæ Mutiana dicitur, à Mutio Iureconſulto eius cautionis auctore. Ad l. 4. ſi qui ita ſint. §. Idem Iulianus. ff. hoc tit. de condit. inſtit. ibi, *Cauentem, &c.* Is cauet id ſe non facturum quod loco conditionis poſitum eſt. Si ſolus hæres ſit, non eſt cur caueat. Atque ideo inutilis redditur hæc inſtitutio.

De hac Mutiana cautione videte l. 7. Mutiana. & alias huiuſmodi. ff. de condit. & demonſt. Nam diſputatio de cautione Mutiana, non eſt propria huius loci. Conditio conſiſtit aliquando in faciendo, & affirmatiue concipitur. Si quæratur quando exiſtere aut deficere dicitur hęc conditio, nullum vobis vtilius præceptum tradere poſſum, quam ſequendam eſſe verborum ſignificationem: niſi teſtatoris voluntas contraria appareat ex coniecturis aliquibus. De ſignificatione verborum nulla præcepta tradi poſſunt: ſed teſtatoris voluntas ſemper verbis potior eſt, ſi ea appareat. l. in conditionibus. 29. ff. de condit. & demonſt. Id ergo non tantum æſtimatur ex verbis, ſed etiam ex voluntate teſtatoris.

Huius rei varia exempla ſunt quæ nos hic explicaturi ſumus. Vnum exemplum eſt in l. ſi mater. 3. C. hoc titu. Mater inſtituit filios ſuos hæredes ſub conditione, *ſi emancipati eſſent à patre*: volebat enim hæreditatem filiis, non patri acquiri: pater defunctus eſt, vel ſententiam meruit, qua liberati ſunt filij patris poteſtate, veluti, deportatus eſt. Quæritur an filij ſuccedere debeant, quaſi exiſtente conditione? Si verba teſtatoris hic ſequamur, non dicemus hic extitiſſe conditionem. Inſtituti ſunt enim hæredes ſub conditione emancipationis. At conſtat eos emancipatos non eſſe. Sed quia alia ratione exierunt de patria poteſtate, vt morte patris, aut condemnatione: ideo dicitur exiſtere conditio. Hic dicitur videri extitiſſe conditionem, propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Spectamus conſilium matris, quæ hanc conditionem adſcripſit inſtitutioni hæredum. Nihil aliud ſpectauit mater niſi vt hæreditas filiis acquiratur, non patri. Et quamuis caſus emancipationis tantum exprimatur: tamen credendum eſt, ſi de aliis caſibus interrogata fuiſſet, idem omnino dicturam fuiſſe. Similis ſpecies eſt, quæ multum confert ad huius legis explicationem. in l. mulier. 22. ff. ad Senatuſconſ. Trebell. Erat fideicómiſſum cuidam relictum, ſi is factus eſſet ſui iuris morte patris, is factus eſt ſui iuris emancipatione. Decreuit Imperator cum hæc ſpecies ex facto incidiſſet, videri conditionem extitiſſe, propter conſilium & veriſimilem teſtatoris voluntatem

Sed difficultas oritur ex locis communibus, de quibus à nobis ante dictum fuit. Loci communes & vulgares ſunt ex l. commodiſſime. ff. de liber. & poſthu. quibus dicimus caſum expreſſum à teſtatore, ad caſum omiſſum non produci. Si teſtator hunc caſum expreſſerit, *Si filius me viuo, morietur*, non producitur ad alium caſum, qui expreſſus non eſt. Et præterea etiam difficultatem auget quod vulgo dicitur à forma conditionis recedendum non eſſe. l. Mæuius. 54. l. qui hæredi. 44. ff. de condit. & demonſt. Qui dare iuſſus eſt ſeruo alieno, implendæ conditionis cauſa, dando omnino conditionem non implet. Idem dicitur de eo, qui deportatus eſt, qui non habet teſtamenti factionem. d. l. Mæuius. Mirum ergo eſt quod hic recedimus à forma conditionis, & quod caſus, qui omiſſus eſt à teſtatore, pro expreſſo habeatur. Teſtator enim caſum expreſſit emancipationis, & extenditur ad alium caſum, qui omiſſus eſt. Sed reſpondeo caſum omiſſum haberi pro expreſſo, quoties conſtat de teſtatoris voluntate. Et hac exceptione vſi ſumus, niſi euidens ſit teſtatoris voluntas contraria.

Et ita reſponderi poteſt ad d. l. qui hæredi. & ad l. Męuius. ff. de condit. & demonſt. & l. Titius. §. Lucius. ff. de hæredib. inſtit. ad l. vltim. C. de poſthu. hæred. inſtit. non enim eſt verum quod vulgo dicitur, nihil referre an ſeruo detur, an domino, cum per ſeruum domino acquiratur. Cum teſtator inſtituit aliquem hæredem ſub conditione, ſi ſeruo alieno aliquid dederit, hæc creditur eſſe voluntas teſtatoris, vt detur ipſi ſeruo, non autem domino. Quid intereſt, dixerit aliquis, an detur ſeruo, an domino, cum omnia quæ dantur ſeruis, acquirantur dominis: Seruus poterit in peculio ſuo retinere, donec ei dominus ademerit. poterit ſaltem vti, & ſic intelligitur d. l. Mæuius. de eo qui eſt deportatus, quáuis deportatus, bonis publicatis non poſſit ſibi acquirere quod ei relinquitur, ſed publicetur: poteſt tamen ſaltem vti. Nam opus eſt ei pecunia ad victum, & hoc videtur ſpectaſſe teſtator, qui deportato voluit relinqui. Atque hinc facile intelligi poteſt quod vulgo dicitur, nihil referre quid ex æquipollentiis fiat. Colligunt hanc regulam ex hoc capite. Et ponunt multos nodos, quos non poſſunt diſſoluere.

Ego dico æquipollétia nó eſſe dare ſeruo & dare domino eiuſdem. Rationem iam oſtendimus. Dare deportato, cuius bona publicata ſunt, & dare fiſco: hæc paria non ſunt. At hæc paria ſunt in ſpecie, quam hic tractamus, filium emancipatum eſſe à patre, & ſui iuris factum eſſe vel per condemnationem patris, vel morte eiuſdem.

Aliud exemplum, in quo voluntas teſtatoris ſpectatur in interpretanda conditione, extat in l. 6. generaliter. §. cum autem. tit. eod. C. pro explicatione huius capitis videndum eſt in primis reſponſum Papiniani, cuius meminit Iuſtinianus. Reſponſum illud Papiniani extat in leg. 100. cum auus. ff. de condit. & demonſt. Pater inſtituit filium, vel auus nepotem hæredem inſtituit, nihil enim refert, & petiit ab eo vt poſt mortem ſuam reſtituat hæreditatem ſuam patruo ſuo, ſi deceſſerit infra trigeſimum annum. Hic filius inſtitutus poſtea ſuſcepit liberos. Oritur controuerſia inter eos liberos & fideicommiſſarium. Fideicommiſſarius petit ex teſtamento. ait ſibi relictum eſſe fideicommiſſum ſub conditione, ſi deceſſerit intra trigeſimum annum. Conſtat eum deceſſiſſe intra trigeſimum annum. nulla eſt facta liberorum mentio, vt appareat voluiſſe teſtatorem liberos præferri fideicommiſſario. Sed tamen contendebant liberi hoc durum eſſe ſubſtitutum ſibi præferri, & hoc videri alienum à teſtatoris voluntate. Papinianus ex facto conſultus reſpondit pro liberis, & ait, *Quod minus ſcriptum, &c.* Pietas patris in filios, vel nepotes, non patitur, vt videatur voluiſſe teſtator extraneam præferre liberis. Exemplum eſt luculentum, in quo magis

ſpectatur teſtatoris voluntas,quam verba eiuſdem,cum quæritur an conditio defecerit. Hoc reſponſum Papiniani magnopere ab aliis Iuriſconſul. probatum fuit, & ad alios caſus productum, propter vtilitatem & æquitatem. In primis producitur quadam conſtitutione ad filiam & omnes deſcendentes, cum reſponſum Papiniani non tam late pateat. leg. cum acutiſſimi. Cod. de fideicommiſſ. Papinianus loquitur de eo qui filium inſtituit. Hic Iuſtinianus loquitur de eo,qui filiam inſtituit. Reſponſum Papiniani interpretatur Iuſtinianus & extendit in ea conſtitutione, vt locum habeat quoties teſtator aliquem inſtituit de ex ſe deſcendentibus,vt quoties hunc inſtituerit & onerauerit tali fideicommiſſo, ſemper intelligatur ineſſe hæc conditio. *Si deceſſerit ſine liberis*, id eſt,ſine filiis, ſine nepotibus & aliis deinceps deſcendentibus. Adhuc latius idem Iuſtinianus propter vtilitatem & æquitatem hoc reſponſum Papiniani interpretatione produxit, vt locum habeat non tantum ſi quis legitimos filios inſtituerit: ſed etſi naturales tantum, de quo videbatur maior eſſe dubitatio. de hac conditione tacita, *Si deceſſerit ſine liberis*,multæ & variæ tractantur ſpecies:ego eas, quæ videntur vtiliores eſſe, hic attingam. In primis quæritur, an filij hac conditione,ſi expreſſa ſit,*Si ſine liberis deceſſerit*,vocari videantur à teſtatore ex teſtamento, vt ex teſtamento ſuccedant filij nati, an vero tantum ab inteſtato? Quæſtio eſt agitari ſolita & valde difficilis: nec eſt ſine fructu. Non eſt hic diſputatio de verbis tantum:ſed de re magni momenti. Multum enim intereſt an his verbis intelligamus ad ſucceſſionem venire liberos ex teſtamento, an vero ab inteſtato. Si intelligamus, videri liberos inſtitutos à teſtatore, & vocatos ex teſtamento, ea bona non poterunt alienari, & alienata reuocabuntur. Certum eſt enim res, quæ ſubiectæ ſunt reſtitutioni, alienari non poſſe.authent. res, quæ. Codic. commu. de legat.

Si dixerimus ab inteſtato eos vocari, bona interim alienari poterunt ab hærede inſtituto. Hæc quæſtio pendet ex l. Lucius.85.ad fin.ff.de hæredib.inſtitu.cuius ſpeciem ſuperius recitauimus.Quidam inſtituit fratrem ſuum hæredem pluribus conditionibus adſcriptis disiunctim. Vna ex his conditionibus eſt, *Si filium filiamve ex ſe natum natamve nõ habebit*. Subſtituit ei alium ſub conditione,*Si liberos non habuerit*. Scæuola in d l. Lucius. de hac conditione loquens ad finem,his verbis vtitur, *Nam prudens conſilium teſtantis animaduertitur*. Cũ teſtator his verbis vtitur,*Subſtituo Titiũ fratri meo,ſi frater meus ſine liberis deceſſerit*. Non tantum fratrem videtur præferri ſubſtituto: ſed etiam liberos eius. Sed quomodo intelligimus teſtatorem voluiſſe liberos fratris ſui præferre ſubſtituto? Qui contendunt liberos ex teſtamento venire ad hæreditatem,ſic interpretantur hæc Scæuolæ vltima verba, *Eius liberos*,quaſi Scæuola ſentiat eodem iure liberos vocari ad hęreditatem,quo iure frater ad hæreditatem vocatur. At certum eſt iure inſtitutionis ex teſtamento fratrem ad hæreditatem venire. Præterea argumentantur huius ſententiæ defenſores, à loco communi de voluntate teſtatoris. Hic ſufficit voluntas teſtatoris quoquomodo expreſſa fuerit.q̃d refert quib. verbis vſus ſit teſtator, modo ſententia eius manifeſta ſit? At conſtat teſtatorē his verbis.*Si ſine liberis deceſſerit*,voluiſſe prius vocari liberos,quam ſubſtitutum. Ideoque dicimus liberos ex teſtamento vocari à teſtatore, & adducunt pro huius ſententiæ confirmatione l. qui filium. 74. ad Senatuſconſul. Trebel. Teſtator inſtituit filium ſuum, mandat ei ne teſtamentum faciat priuſquam liberos ſuſceperit: quid his verbis ſignificet teſtator,pronunciauit Imperator. Hic locus eſt ex libris Decretorum Pauli. Collegit enim decreta, quæ decreuerant principes cognoſcendo. Teſtator habebat filium & filiam. Filiæ mandauit ne teſtamentum faceret priuſquam liberos haberet.pronuntiauit hæc verba ſic accipienda eſſe, quaſi eius fidei commiſerit vt reſtituat hæreditatem fratri ſuo, id eſt,filio teſtatoris. Idem videtur dicendum & in hac ſpecie quam tractamus. Cum teſtator ſubſtituit aliquem filio ſuo ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſerit*, quaſi ex teſtamento ſuo videatur filios vocare ad hæreditatem ſuam. Hæc fere ſunt quibus ea opinio defendi ſolet, quæ ſane multos aſſertores habet. Mihi tamen probabilior videtur contraria opinio, quæ etiam receptior eſt, & rebus iudicatis ſæpe confirmata. Ego eam opinionem confirmabo his argumentis, quæ ſequuntur. Primum,quia natura conditionis hoc non patitur vt filios ex teſtamento vocari intelligamus. Nam conditio à diſpoſitione multum differt.Et vulgo dicitur, *Quod in conditione eſt,id in diſpoſitione non eſſe*.l. ſi quis ſub conditione. 8.ff. ſi quis omiſſa cauſa teſta. Cum quis dolo malo hæreditatem omittit ex teſtamento, & ab inteſtato adit, edicto Prætoris ſuccurritur legatariis,fideicommiſſariis, & iis, quibus quid eõ teſtamento relictum eſt, quamuis alias iure ciuili non adita hæreditate ex teſtamento,quæcunque in eo relicta ſunt, euaneſcant. Quid ſi ſub conditione dandorum decem hæres inſtitutus ſit,an Titio,cui decem dãda ſunt huius cõditionis implendæ cauſa, ſuccurretur hoc edicto? Dicitur non ſuccurri: nam actionem non habet ad id petendum, nec eſt legatarius nec fideicommiſſarius, non poteſt cogi ad id dandum hæres inſtitutus. Sed non conſequetur hæreditatem hæres inſtitutus ſub conditione,niſi decem dederit,hoc eſt tantum in conditione,quæ nihil diſponit.

Secundum argumentum eſt ex iis, quæ à nobis annotata ſunt ad l. Gallus. ſupra de liberis & poſthu. Ego multis exemplis demonſtraui in formula Galli, *Si filius meus,me viuo,morietur*.His verbis filium inſtitutum non videri, & vt valeat Aquilij formula, debere præcedere inſtitutionem: ea omnia nunc volo pro repetitis haberi.

Tertium exemplum eſt ex l.1.C. de pactis. Quidam inſtitutus hæres, rogatus eſt verbis fideicõmiſſi à teſtatore, vt reſtitueret hæreditatem.*ſi ſine liberis deceſſerit*,& duo ſunt rogati: deinde pacti ſunt de eo fideicõmiſſo, quæritur an pactum valeat? Dicitur pactum valere quo remiſſum eſt illud fideicõmiſſum,& ait,incertum conditionis inter fratres, finitum eſſe ratione conuentionis,quod eſt notandum. Si liberos intelligeremus venire ex teſtamento ad hæreditatem his verbis,*ſi ſine liberis deceſſerit*, hoc ſane pactum non eſſet ſeruandum in præiudicium liberorum: ſicut enim diximus, res quæ ſubiectę ſunt reſtitutioni fideicommiſſariæ, non poſſunt alienari: & tamen dicitur hoc pactum eſſe ſeruandum. Hinc conſequitur liberos his verbis non vocari ex teſtamento ad hæreditatem.

Quartum argumentum eſt ex l. ex facto. 19. ff. de hæred. inſtituen. vbi non inſtituit Seium teſtator, ſed his verbis vſus eſt, *Si Seius hæres non erit*, *Sempronius hæres eſto*. Adducuntur & alia quædam pro confirmatione huius opinionis, veluti l. filius familias.111.alias 114.§.cum quis.ff.de lega.1. Sed hæc mihi viſa ſunt maioris ponderis, cætera non omittemus. Ad argumenta contrariæ opinionis breuiter reſpondendum eſt. Primum ad locum communem de voluntate: aiunt voluntatem teſtatoris ſeruandam eſſe quocunque modo ſignificata fuerit, & ſi non ſit expreſſa à teſtatore, ſed videndum eſt quid teſtator voluerit. Teſtator voluit præferri liberos ſubſtituto, ergo voluit eos ex teſtamento vocari. nego conſequentiam. Quid ergo voluit teſtator: voluit ius legitimarum ſucceſſionum ab inteſtato inter eos conſeruari.arg.eſt quod dicitur in l.vel ſingulis.37.ff.de vulg. & pupil. Teſtator ſubſtituit nouiſſimo ex liberis ſuis, ei qui nouiſſimus morietur.Ius,inquit ibi Iuriſcon.legitimarum hæreditatum inter eos cuſtodire vult. Si vnus ex liberis moriatur, vult alios ei ab inteſtato ſuccedere: atque ita non recte colligitur, Teſtator eos voluit admitti ad hæreditatem, ergo voluit eos ſuccedere ex teſtamento. Argumento eſt etiam quod dicitur in l. conficiuntur. ff. de iure codicil. etiam legitimos hæredes ab inteſtato ſuccedere quodammodo voluiſſe teſtatorem, & tamen non ideo dicuntur ex teſtamento ſuccedere. Idem dicitur in leg. 3. eod. titu. Is qui codicillos facit, nullos hæredes inſtituit, & fideicommiſſa quædam relinquit, videtur velle eos ſibi ſuccedere, non quod quaſi ex teſtamento quodam veniant ad hæreditatem propter eam voluntatem: ſed ab inteſtato. atque ita poteſt reſponderi ad dict. l. Lucius. in fin. ff. de hæredib. inſti. cum ait, fratrem,&c.non tantum fratrem,ſed etiam liberos, voluit præferre ſubſtituto, voluit quidem præferre, ſed incertum adhuc reliquit, an voluerit eos ex teſtamento ad hæreditatem vocari, an vero ab inteſtato,cum hoc incertum ſit, in dubio nos dicemus hanc fuiſſe teſtatoris voluntatem, vt ius legitimarum hæreditatum inter eos conſeruaretur. ad leg. qui filium.77. in princip. ff. ad ſenatuſ-

ſenatuſcon. Trebel. Reſpondeo, in ea lege diſpoſitionem eſſe non conditionem: hic agimus de conditione. Ibi verbis, *malo tibi*, diſponit aliquid, & propter coniecturam voluntatis intelligimus per fideicommiſſum relictam eſſe hæreditatem patruo. Quæritur cum his verbis facta eſt ſubſtitutio, *Si ſine liberis deceſſerit*, an naturales non tantum legitimi excludunt ſubſtitutum? & hoc videtur ſatis definitum eſſe ea Iuſtiniani conſtitutione.

Ad §. cum autem, cum loquitur de iuſta ſobole: Iuſtam vocat ſobolem legitimos filios. Iuſtinianus hac conſtitutione vult reſponſum Papiniani etiam accipi, cum quis naturales filios inſtituit, vt hæc conditio inſit, *Si ſine liberis deceſſerit*. Sed cum quæritur de conditione, *Si quis deceſſerit ſine liberis*: puta nati ſunt liberi naturales tantum: quæritur an præferantur ſubſtituto? Quæſtio eſt in vtramque partem diſputari ſolita. Sed ego dico ſubſtitutum præferendum eſſe filiis naturalibus tantum, quod ſatis oſtendunt verba Iuſtiniani, cum de iuſta ſobole loquitur. Quidam dicunt hoc eſſe accipiendum, cum ſit mentio liberorum in lege, non autem in teſtamento, & diſtinguunt diſpoſitionem legis à diſpoſitione teſtatoris. Iuſtinianus in eo §. loquitur de conditione quæ intelligitur ex diſpoſitione legis, non de ea, quam exprimit teſtator. Ego puto idem dicendum eſſe, & ſic intelligitur §. ſi quis rogatus. leg. ex facto. ff. ad Trebellia. Ait Iureconſultus in eo. §. quæſtionem eſſe voluntatis, videndum eſſe ex circumſtantiis quid ſenſerit teſtator: ſpectanda eſt conditio & dignitas teſtatoris. Ex coniecturis colligere poterimus, an de naturalibus, an de legitimis tantum ſenſerit. Si nihil appareat, non eſt credendum teſtatorem ſenſiſſe de naturalibus tantum propter hanc conſtitutionem. Similes loci reperiuntur in l. vltim. Cod. de iure deliber. l. cum pater 77. alias 79. §. volo. ff. de leg. 2. Præterea hæc conditio apponitur, vt ius legitimæ ſucceſſionis conſeruetur, inter liberos. Veteres Iureconſulti volebant naturales tantum non ſuccedere, ſed legitimos. Alia exempla reperiuntur, veluti in l. vlt. C. de codicil.

Cœpimus multis exemplis oſtendere, quomodo interpretandæ ſint conditiones adſcriptæ teſtamento, ex voluntate teſtatoris. Aliud eſt exemplum ſupradictis addendum ex l. vltim. Cod. de inſtit. ſub cond. fact. ea lex incip. cum quidam. Teſtator cum haberet vxorem prægnantem, fecit teſtamentum, inſtituit eam vxorem ex parte dimidia: partum vero qui ex ea naſceretur, ex altera parte: & ſubſtituit hoc modo, *Si poſthumus natus non fuerit, Titius mihi hæres eſto*. Poſthumus natus eſt: ſed impubes deceſſit. quæritur an ſubſtitutus admittendus ſit ad hæreditatem ex teſtamento: an vero mater ex Senatuſconſulto Tertulliano? Dubitabatur quid iuris eſſet. Dubitatio orta eſt ex interpretatione verborum conditionis ipſius, ſi poſthumus natus non fuerit. Verebatur enim ne ex vxore ſua prægnante non naſceretur poſthumus. Quæritur quomodo accipere debeamus hæc verba, ſi poſthumus natus non fuerit. Si ſpectamus id, quod expreſſit teſtator, ſubſtitutus videtur excluſus eſſe, quia verum eſt poſthumum natum eſſe, licet impubes deceſſerit. Non enim alterum caſum expreſſit teſtator. non ita dixit, ſi poſthumus natus non fuerit, aut ſi natus quidem fuerit: ſed impubes deceſſerit, Titius hæres eſto. Sed adhuc dubitationem facit conſtitutio Diui Marci in l. iam hoc iure. 4. ff. de vulgar. & pupilla. vbi dicitur teſtatorem qui in vnum caſum ſubſtituit, in alterum quoque caſum ſubſtituiſſe intelligi. hic ſubſtituit vulgariter in primum caſum: caſum autem hæreditatis non aditæ, ſpecialiter non exprimit, non dicit, *Si hæres non erit*. ſed certum eſt vulgarem eſſe ſubſtitutionem. Quæritur ergo quid iuris ſit. Exiſtimabant veteres Iureconſulti voluntatis eſſe quæſtionem. Nam etſi D. Marcus conſtituerit ſubſtitutione in vnum caſum facta, alterum quoque caſum contineri: tamen ipſa conſtitutione D. Marci etiam hoc exprimitur, niſi appareat ex coniecturis teſtatorem aliud ſenſiſſe. & hic apparet teſtatorem aliud ſenſiſſe. Ideoque dicebatur voluntatis eſſe quæſtionem. Ex coniecturis voluntatis colligit Papinianus matrem debere potius venire ad hæreditatem, quam ſubſtitutum. Ad dict. leg. eum quidam. ibi, ſi enim, &c. & ibi, Nos itaque, &c. Hoc multum confert ad interpretationem conſtitutionis D. Marci, in qua dicitur alterum caſum intelligi, ſi vnus expreſſus fuerit. In hac hypotheſi matris cauſa debet eſſe potior, quam ſubſtituti, ob veriſimilem teſtatoris voluntatem. In primis, quia eſt mater pupilli, vxor teſtatoris. non eſt dubius affectus teſtatoris in eam vxorem, cum eam ex parte dimidia heredem inſtituerit. Hinc à pleriſque annotatum eſt, tacitam illam ſubſtitutionem pupillarem ex conſtitutione D. Marci, contra matrem non admitti. & ſententia hæc vulgo recepta eſt, paucis diſſentientibus.

Ego tamen probabilius exiſtimo etiam cõtra matrem ſubſtitutionem hanc admitti: nec vllo iure contrarium probari, iudicio meo. In primis hæc conſtitutio pertinet ad certam hypotheſin, in qua erant aliæ coniecturæ. Non tantum excluditur ſubſtitutus in hac ſpecie, quod mater pupilli ei aduerſaria ſit: ſed quia aliæ coniecturæ concurrunt, quia ſcilicet teſtator inſtituit eam ex parte dimidia, vt hinc affectus teſtatoris in eum appareat.

Hæc præcipue coniectura mouit Papinianum & Iuſtinianum. Sed qui contrariam opinionem tuentur, dicunt conſtitutionem eſſe aperte de hac re in l. precibus. C. de impub. & aliis ſubſtit. In ea lege ibi, eo defuncto, ad te omnino eius pertineat ſucceſſio. Alloquitur matrem quæ vocabatur patrona. Mater hæc libellum ſupplicem obtulerat Principi, cui princeps reſcribit. verſ. ſi primo tantum caſu, &c.

Sed ego ita ea verba ſolitus ſum interpretari, vt nihil aduerſetur ſententiæ noſtræ. Si primo tantum caſu habuit ſubſtitutum, id eſt, ſi conſtet teſtatorem nec tacite quidem ſubſtituiſſe in ſecundum caſum. Cum ſimpliciter teſtator ita loquitur, *Si filius meus hæres non erit, Titius hæres eſto*. eſt verum Titium tantum primo caſu ſubſtitutum eſſe. alter enim caſus intelligitur ineſſe propter illam conſtitutionem D. Marci. Vnde cum ait Diocletianus, primo ſi verum eſt, primo tantum caſu habuiſſe ſubſtitutum, id eſt, ſi fuit hæc voluntas teſtatoris vt in primum caſum ſubſtitueret, *Si hæres non erit*, non in ſecundum *Si impubes deceſſerit*. nam aperta voluntas maior eſt, quam illa conſtitutio D. Marci. Si hæc verba ita accipiamus, nihil omnino iuuant opinionem, quæ vulgo recepta eſt, quod tacita pupillaris non admittitur contra matrem. Præterea ſi ea conſtitutione Diocletiani id fuiſſet expreſſum, & ita ſenſiſſet Diocletianus, vt vulgo interpretantur, nihil magnopere opus erat hac conſtitutione Iuſtiniani, quæ poſterior eſt. Dubitatum fuit etiam tempore Iuſtiniani, vbi tamen probabilior erat dubitatio, propter circumſtantias hypotheſis, in qua proponitur teſtator inſtituiſſe vxorem ex dimidia parte.

Sequuntur alia exempla, in quibus quæritur de interpretatione conditionis, quæ teſtamento adſcribitur & inſtitutioni hæredis. Vnum exemplum eſt in l. ſi ita ſcriptum. 19. ff. hoc titul. vbi quæritur quomodo accipienda ſit hæc conditio, *Titius hæres eſto: ſi Titius hæres erit, Mæuius hæres eſto*. Videtur fruſtra adiici hæc conditio *ſi hæres erit*. nonne certum eſt eum inſtitui hæredem? ſed veteres exiſtimauerunt, quãquam fuit de ea re diſſenſio inter eos, magnam vim eſſe huius conditionis, & ita accipiendã eſſe hanc conditionẽ, *ſi hæres erit*, id eſt, *ſi hæreditatem adierit*: non *ſi hæres ſcriptus fuerit*. l. 3. §. ſi quis. de hæredib. inſti. Nam hæres nõ eſt, niſi hæreditatem adierit. §. vlt. de hære. qualit. & differ. in Inſti. Et propria & vera eſt conditio, quia poteſt exiſtere, & nõ exiſtere: nã fieri poteſt, vt hæres hæreditatem adeat & non adeat. Hinc quæritur, quid ſi hæres coactus auctoritate Senatuſconſ. Trebelliani hæreditatem adierit, vt eam reſtitueret fideicommiſſario: forte dicebat oneroſam eſſe hæreditatem. l. quia poterat. 4. ff. ad Senatuſconſ. Trebell. an dicatur exiſtere hæc conditio? Dubitatio ex eo naſcitur, quod adiit coactus non ſponte, ſed periculo tantum fideicommiſſarij, propter reſtitutionem non animo amplectendæ hæreditatis, poteſt adire, & quartam retinere: coactus vero non retinet quartam. Aliud exemplum eſt in l. 2. huius tit. vbi quæritur de interpretatione huius conditionis, *Si meus erit cum moriar, hæres eſto*. Hæc quæſtio partim ad proprietatem verborum, partim etiam ad coniecturam voluntatis pertinet. Si ſeruus fuerit omnino alienatus tempore mortis teſtatoris, dicitur deficere conditio. Quid ſi vſusfructus tantum alienatus fuerit? Dicendum eſt conditionem non defeciſſe. meus eſt ſeruus, in quo alius vſumfructum habet. l. Recte dicimus. ff. de verb. ſign. Quid ſi fuerit

alienatus pro parte? Hoc ambiguum eſt: meum dici poteſt, quod pro parte meum eſt. Hinc vulgo dicitur, quod commune eſt, meum eſt. l. ſerui electione. 5. §. 1. ff. de lega. 1. Iureconſultus hic ait, verius eſſe non deficere conditionem. Quid ſi duo ſerui ita hæredes ſint inſtituti, ſi mei erunt cum moriar? deinde vnus teſtatoris erat tempore mortis: alter autem non erat. Ait Vlpian. in d. l. 2. §. 1. *Celſus recte, &c.* hoc eſt quod vulgo dicimus, ſermonem pluralem reſolui in ſingulares, l. falſa demonſtratio. 33. §. vlt. ff. de cond. & demon. Aliud exemplum eſt hoc tit. ff. in l. mulier quæ viro. 20. §. ſi quis hæreditarium, &c. Ibi quæſtio eſt, quomodo ſit intelligenda hæc conditio, *Titius hæres eſto, ſi Stichum ſeruum manumiſerit*, probabilis eſt dubitatio de hac re. quia Titius aliter hæres eſſe non poteſt, quam ſi conditioni paruerit. Conditioni autem nõ videtur poſſe parere antequam hæres ſit. Nam ſeruus non poteſt niſi à domino manumitti. dominus autem non eſt priuſquam adierit hæreditatem. l. 4. C. de his, quia à non domi. Hic dicitur, ſi manumiſerit eum, quamuis ea manumiſſio inutilis ſit: tamen eum videri paruiſſe conditioni, ideoque eũ hæreditatem conſecuturum. Dici poteſt manumiſiſſe quadã ſignificatione: id eſt, id fecit quod dominus ſolet, cum ſeruum ſuum manumittit, & non male dicere poteſt ſe manumiſiſſe, quamuis nõ vtiliter manumiſerit: & effectũ nõ habeat ea manumiſſio, quæ à non domino facta eſt. Ita hæc verba conditionis interpretamur propter coniecturam voluntatis. quia non eſt credendum teſtatorem aliud ſenſiſſe: quod hic præcipue ſpectamus. Simile exemplum eſt in l. Stichus ſi hæredi. 24. ff. de ſtatulibe. *Stichus ſi hæredi decem promiſerit, hæres eſto.* quomodocunq; poteſt, ait ibi Iurecon. promittere hæredi dicitur parere conditioni, vt libertatem conſequatur, quamuis inutilis ſit promiſſio, nihilq; agat promittendo. Sed tamen nos ſic interpretamur hanc cõditionem. Quia credibile eſt teſtatorem ita ſenſiſſe, cum intelligeret inter dominum & ſeruum nullã obligationem vtiliter contrahi poſſe. Obiicitur nobis l. hæc conditio. 10. ff. de cond. & demon. Si adſcripta fuerit hæc conditio inſtitutioni, *ſi nupſerit, vel cum nupſerit filia.* Filia ducta eſt ad mariti domum antequam pubes eſſet, & antequam nubilis eſſet, quo tempore certum eſt nuptias ratas non eſſe: ibi quæritur, an videatur paruiſſe conditioni vt hæres ſit? Ait Iureconſultus, non videri paruiſſe conditioni: niſi eo tempore nupſerit, quo nuptiæ effectum habere poſſunt. Sed reſpõdedendum eſt ſpecies diuerſas eſſe. In d. l. hæc conditio. poteſt filia ita parere conditioni, vt effectum habeant nuptiæ. Quid prohibet filiam parere cõditioni: quam pater adſcripſit teſtamento, expectare tempus, quo nubilis erit, & tempus pubertatis? Cum conditioni huic ita parere poſſit filia, vt conditio effectum habeat: non eſt credendum teſtatorem ita ſenſiſſe, vt quandocunque nupſerit, etiam antequam nubilis ætatis eſſet, quamuis nuptiæ ratæ non ſint, conditioni paruiſſe intelligatur. Sed in hac ſpecie non poteſt aliter conditioni pareri. Ante enim aditam hæreditatem nõ poteſt hæres ſeruum manumittere, vt manumiſſio effectum habeat, atque ideo quomodo poteſt parere cõditioni? Et quando apparet teſtatorem ita ſenſiſſe, nihil aliud exigitur. Atq; ſic intelligi poteſt l. Mæuius. 53. ff. de cond. & demon. Iuſſus eſt hæres dare centum ei, qui teſtamenti factionem non habebat, qui deportatus erat, dando ei pecuniam, quamuis pecunia accipientis non fiat, nihilominus dicitur ſatisfactum eſſe voluntati teſtatoris, diciturque impleta eſſe conditio. Ratio non videtur admodum obſcura eſſe. Nam Titio deportato, cum quo teſtamenti factio non eſt, non poteſt aliter pecunia dari vt effectum habeat. nec effectu caret. Nam & ſi nummi non fiant accipientis, nihil prohibet eum nummis vti. Nec poteſt ita dare is, cui adſcripta eſt hæc conditio, vt alium effectum habeat. His exemplis admonemur, cum quæritur de interpretatione cuiuſque conditionis, ita ſequendam eſſe proprietatem verborum, vt non recedamus à voluntate teſtatoris, & quomodo interpretanda ſit conditio, non tantum ex verborum proprietate iudicãdum eſſe: ſed etiam ex voluntate teſtatoris. Poſtremus locus eſt de tempore, quo conditio impletur.

CAP. VI.

Quo tempore conditio impleatur.

AD hunc locum præcipue ſpectat diſtinctio, quæ traditur in l. conditionum. 29. ff. de cond. & demon. Ait Iuriſconſultus conditionum quaſdam eſſe, quæ viuo tantum teſtatore impleri poſſunt, alias, quæ eo tantum mortuo: alias quæ ad alterutrum tempus pertinent. Exempli gratia, Titius ſi mihi nupſerit, certum eſt hanc conditionem non poſſe impleri, niſi viuo teſtatore. Si dixerit, ſi ad exequias meas venerit, conſtat hanc conditionem non poſſe impleri, niſi mortuo teſtatore. Si ita dixerit, ſi in capitolium aſcenderit, ſi Titio nupſerit, hæ conditiones pertinent ad alterutrum tempus. & de hoc quæritur quo tempore huic conditioni parere debeat? Ecce ratio exigit vt quicquid decernitur à teſtatore teſtamento ſuo, id executionem habeat poſt mortem ipſius. id ſatis oſtendit definitio teſtamenti in l. 1. de teſta. Omnia quæcunque decernuntur à teſtatore in teſtamento ſuo, ratio exigit vt intelligantur collata in tempus mortis ipſius. Vnde cum quæritur de conditione, videtur conditioni parendum eſſe poſt mortem teſtatoris, nec videri extitiſſe conditio, quamuis ei paruerit hæres, vel legatarius viuo adhuc teſtatore. Sed vtilitatis cauſa receptum eſt in his conditionibus, quæ ex noſtra tantum poteſtate pendent, in iis quæ ex caſu pendent vel mixtæ ſunt, non item. leg. conditionum. de condit. & demonſtr. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi quis hæredem. Cod. eod. *Si Titius Conſul factus erit viuo teſtatore*, conditionem videri. hoc intelligendum eſt de iis conditionibus, quæ non pendent ex poteſtate. leg. 2. ff. de cond. & demon. Præterea quædam conditiones ſunt quæ poſſunt impleri moriente & animam agente hærede. aliæ ſunt, quæ non poſſunt. hæc diſtinctio traditur in l. vltim. hoc titu. hic locus nonnihil pertinet ad explicationem eorum, quæ diximus de conditione arbitraria, ſub qua poteſt inſtitui filius, qui eſt in poteſtate patris. Conditionum, quæ ſunt in poteſtate noſtra, quædam poſſunt impleri ab animam agente hærede, quædam non poſſunt. Hæc conditio, ſi Alexandriam ierit, eſt in poteſtate filij, ſi facile ei ſit Alexandriam ire. Ponamus eam conditionem propter perſonam, cui adſcripta eſt, eſſe arbitrariam, & ex poteſtate pendere. Certum eſt hanc conditionem etſi poſſit ab eo impleri, non tamen eo moriente poſſe impleri. Et quæri ſolet, an ſub tali conditione poſſit filius inſtitui, quia non poteſt quocunque tempore impleri. neque enim tempore mortis poteſt ab eo impleri. Sed receptum eſt: ſub tali conditione poſſe filium inſtitui: quia hæc conditio poteſt impleri ab eo ante tempus mortis. Imputandum enim ei eſt, qui ante tempus mortis conditioni adſcriptæ non paruerit. Simile eſt in leg. ſi libertus. 20. §. exiſtimo. ff. de bon. lib. vbi Iuriſconſul. ait ſub hac conditione poſſe filium inſtitui, cum teſtamentum fecerit. nec eſt credendum ab homine moriente & in extremo vitæ momento teſtamentum fieri.

Aliæ ſunt conditiones, quæ impleri poſſunt ab hærede in extremo vitæ ſpiritu: veluti, ſi decem dederit. Nam non eſt neceſſe, vt ipſe, cui conditio dandi adſcripta eſt, det. Satisfactum eſſe dicitur conditioni, & ſi data fuerit ab alio pecunia ipſius nomine. facta quidem dicuntur cohærere perſonæ. l. veteris, Cod. de contrahen. ſtipul. §. ne autem. Cod. de cadu. tollend. Multum intereſt à quo quid fiat: ſed à quo quid detur, nihil refert. Quis Alexandriam eat, multum refert, quamuis quædam facta excipiantur, d. l. veteris. Cod. de contrahen. ſtipul. & dict. §. ne autem. Cod. de caduc. tollend. Harum conditionum varius eſt effectus, vt docet Papinianus noſter in l. vlt. ff. hoc titul. Species, quam tractat Papinianus, hæc eſt, filius inſtitutus à patre ſub conditione, quæ pendet ex eius poteſtate, vel ſi Alexandriam ierit, vel ſi decem dederit, nepotes ei ſunt ſubſtituti. Inter vtramque conditionem multum intereſt, & eam quæ poteſt impleri extremo vitæ momento, & eam quæ non poteſt impleri eo momento. Ad verſi. *viuo filio*, &c. Etiam viuo filio admittuntur nepotes ad hæreditatem: quia eo incipiente mori, incipit certum eſſe filium non poſſe hæredem eſſe ex teſtamento, nec poſſe parere conditioni, quamuis nondum ſit mortuus. Nam certum eſt eum morientem non poſſe Alexandriam ire. Ipſe filius, cui adſcripta eſt hæc conditio, Si Alexandriam ierit, ſi non ſubſtitutum haberet, patri teſtatori, ſi is incipiat animam agere, dicitur ab inteſtato ſuccedere, quia proximus reperitur tempore mortis. Altera ſpecies eſt conditionis, quæ poteſt impleri extremo vitæ momento. Filius inſtitutus eſt ſub conditione, ſi decem dederit, antequam omnino animam exhalaue-

halauerit, pendet conditio: quia interim dum expirat, poteſt alius eius nomine dare decem. Ergo pendet ex euentu an extitura ſit conditio, an hæres ſit exciturus ex teſtamento, an non ſit. Vnde non niſi mortuo filio admittuntur nepotes ſubſtituti. Ad verſic. Quia ſi ſubſtituti non eſſent, inteſtato auo hæredes exiſterent. In hac ſpecie ſi ſubſtituti non eſſent nepotes, procul dubio ſuccederent auo inteſtato: quia quo tempore deſtituitur teſtamentum, reperiuntur proximi hæredes. Ergo ab inteſtato ſuccedunt auo. Cum factum eſt teſtamentum & deſtituitur, ſuccedit primus, qui reperitur tempore teſtamenti deſtituti: non tempore mortis. l. ſi quis poſthumos. 9. ff. de lib. & poſthum. & l. ſi quis filio exhæredato. 6. ff. de iniuſto rupto. & §. cum autem. de hæred. quæ ab inteſtam. defer. & §. proximus. de legi. agna. ſucceſſ. in Inſtit. Teſtamentum hic non deſtituitur, niſi filio mortuo. Teſtamentum dicitur deſtitui cum certum eſſe incipit eum, qui inſtitutus eſt, hæredem non poſſe exiſtere. At hic certum eſſe incipit tantum eo mortuo, eum hæredem non exciturum. hoc Papinianus probat ſimilitudine in verſic. *Quemadmodum ſi exhæredato, &c.* Si ponamus exhæredatum eſſe filium, qui inſtitutus eſt ſub hac conditione, mutata ſpecie, vt pro inſtitutione conditionali, exhæredationem ponamus, in hoc caſu nepotes ſuccederent auo: nec obſtaret filius, qui exhæredatus ſit.

Diximus multum intereſſe inter eas conditiones, quæ poſſunt impleri moriente hærede: & eas, quæ non poſſunt eo moriente impleri. In ſpecie tractata apud Papinianum in dicta leg. vltim. ff. hoc titu. diximus, ſi filius inſtitutus ſit ſub hac conditione, *Si Alexandriam ierit*, & nepotes fuerint ſubſtituti, eo adhuc viuo antequam expirauerit, nepotes ſubſtitutos admitti ad hæreditatem ex ſubſtitutione: quia ſimulatque incipit animam agere, certum eſſe incipit eum conditioni parere non poſſe: cum non poſſit conditioni parere, non poteſt hęres eſſe ex inſtitutione. Alterum autem genus conditionis, quæ non poteſt impleri viuo filio, non admittit nepotes ad hæreditatem viuo filio. Sed dubitari poteſt, quid referat, an viuo filio admittatur ad hæreditatem, an eo mortuo: eſt enim breue hoc ſpatium temporis: non videtur curandum eſſe de tam breui ſpatio temporis. Quid refert igitur, dixerit aliquis, an nepotes admittantur ad hæreditatem eo animam agente, an poſtquam expirauerit? Non eſt autem credendum Papinianum tam accurate de hac re diſſeruiſſe, ſine aliquo vſu & fructu. Notandum eſt igitur in primis, cum nepos admittitur viuo filio ad hæreditatem ex ſubſtitutione, ipſum acquirere patri, qui adhuc viuus eſt, quod tamen controuerſum eſt. Pater eſt inſtitutus (qui in ſpecie Papiniani dicitur filius) ſub conditione, *Si Alexandriam ierit*, incipit mori: eo moriente, dicitur deficere conditio. Certum eſt non poſſe hanc conditionem impleri, ideoque hæreditas deferetur ad ſequentem gradum, id eſt, ad nepopotes ſubſtitutos. Nepotes ſubſtituti acquirent hæreditatem, non ſibi, ſed patri. Nam filius quicquid acquirit, patri ſuo acquirit in cuius eſt poteſtate. l. placet. 78. ff. de acquirend. hæred. Filius autem animam agens non deſinit habere nepotes in poteſtate ſua. Sed obiicitur à quibuſdam contra ſentientibus, l. vltim. C. de bonis quæ liber. Quidam filiofamilias legauit ſeruum, vt ſtatim eum manumitteret: an acquiret patri ſuo hunc ſeruum, propter patriam poteſtatem? Ait Iuſtinianus non acquirere. & his verbis vtitur, *Si enim in ipſo momento. &c.* Quamuis alias vſusfructus rerum filio relictarum acquiratur patri, propter patriam poteſtatem, in eo tamen caſu non acquiretur: quia momentarius eſt. Quem vſum poſſet ei afferre hæc acquiſitio ſerui, qui ſtatim eſt manumittendus? Vnde dicunt & idem eſſe dicendum in hac ſpecie. Pater moribundus non poteſt frui hæreditate, quid ei prodeſſet hæreditatis acquiſitio tam breui ſpatio? Ego reſpondeo, multum intereſſe inter vtramque ſpeciem, & in hac ſpecie patri acquiri hæreditatem, etiam ſi incipiat mori. vtilis eſt autem hæc acquiſitio propter tranſmiſſionem ad hæredes. Pater hæreditatem ſibi quæſitam per filium ex ſubſtitutione, tranſmittet ad hæredes ſuos. Ergo dicendum eſt ſequendam eſſe regulam, *Patri in cuius poteſtate eſt filius acquiri hæreditatem per filium.* Sed dixerit aliquis, quomodo acquirere poteſt hanc hæreditatem filius, ſine iuſſu patris? Filius, qui eſt in poteſtate patris, non poteſt acquirere hæreditatem ſine patris iuſſu. l. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. ff. de acquiren. hæred. At pater moriens quomodo poteſt iubere vt adeat hæreditatem filius? Sed dicendum eſt iuſſum hic non eſſe neceſſarium propter ius ſui hæredis, quod nepos habet. Acquirit hæreditatem ſuus hæres etiam ſine aditione. leg. in ſuis. 14. ff. de ſuis & legi. hæred. Cum eſt neceſſaria aditio, tunc debet præcedere iuſſus patris, nec obſtat huic iuri ſuitatis, vt vulgo loquuntur, perſona patris: non magis quam exhæredatus filius, qui antecedit nepotem. Et hoc ſatis expreſſum eſt in leg. qui in aliena. 6. §. interdum. ff. de acquir. hæredit. & idem dicitur in le. filius patroni. 13. ff. de bon. liber. Hæreditas igitur, quæ viuo patre eodemque filio defertur nepoti ex ſubſtitutione, moriente filio acquiretur ipſi filio, in cuius poteſtate eſt nepos. Deinde notandum eſt, eam hæreditatem acquiſitam filio per nepotem, tranſmitti ad nepotem ipſum. Pater hæreditatem tranſmittit etiam non aditam ad ſuos liberos. l. ſi pater apud hoſtes ff. de ſuis & legit. hæred. Atque hinc colligi poteſt effectus huius diſtinctionis apud Papinianum. Quid refert, an nepotes filio viuo admittantur ad hæreditatem: an eo mortuo? In priore caſu cum admittuntur nepotes viuo filio ad hæreditatem, acquiritur nepotibus hæreditas iure tranſmiſſionis filii, non aui. In altero caſu acquiretur hæreditas aui, non filii. Nam ſubſtituti ſunt ab auo. Vnde in priore caſu, ſi non ſint hæredes filio, non poterunt aui hæreditatem acquirere. eſt enim vna & eadem hæreditas. Permixta eſt aui hæreditas cum filii hæreditate. Vnde apparet ſi mortuo filio admittantur ad hæreditatem, poterit admitti ſeparatio bonorum filii à bonis aui. Alius effectus animaduerti poteſt in hoc genere ſucceſſionis. Ponamus ex nepotibus alios ſubſtitutos eſſe, alios non eſſe. In ſpecie Papiniani proponitur nepotes omnes ſubſtitutos eſſe. ſed poteſt accidere vt quidam ſubſtituti ſint, alii non ſint. Ponamus quoſdam ſubſtitutos eſſe, alios non eſſe, & ſubſtitutos nepotes admitti ad hæreditatem filii, viuo filio. Si nepotes ſubſtituti non admittentur ſoli ad hæreditatem: ſed ſimul cum aliis, cum fratribus ſuis: quia cum ſuccedunt nepotes filio ab inteſtato, dicuntur ſuccedere patri, non auo, vt iam ego admonui. Si mortuo iam filio, ſuccederent hi nepotes ſubſtituti, ſoli ſuccederent: quia ſoli ſunt ſubſtituti, & alios excluderent, qui non veniunt ex teſtamento: ſed ab inteſtato. & ſic videtis non fruſtra diſputatum eſſe de hac ratione ſuccedendi à Papinia. in dict. leg. vltim. ff. hic. Alia difficultas naſcitur ex verbis eiuſdem legis ad finem. Incidit dubitatio, quomodo valeat exhæredatio filii, quæ non poteſt effectum habere: niſi eo mortuo? Hunc locum tractaui ſub titu. de liber. & poſthum. interpretans leg. ſi ita ſcriptum. 13. §. vltim. ff. eodem. vbi dixi, exhæredationem filii non valere, quæ non poteſt valere niſi poſt mortem filii. Id accidit cum hæreditas non poteſt adiri niſi mortuo filio exhæredato. Cum exhæredatus eſt filius in paterno teſtamento, ita demum valet exhæredatio, ſi adita fuerit hæreditas ex teſtamento. nam ſine aditione, nihil valet eorum, quæ in teſtamento ſcripta ſunt. §. 1. de hæredit. quæ ab inteſta. in Inſtitut. & leg. prim. ff. de ſuis & legiti. hæredi. Si ponamus hæredes inſtitutos eſſe poſt mortem filii, & exhæredatum eſſe filium in eo teſtamento: dico eam exhæredationem non valere: quia non poteſt valere exhæredatio ſine aditione hęreditatis. At hæreditas adiri non poteſt, quandiu viuit: quia quandiu viuit reperitur præteritus: ſic exhæredatio quandiu viuit, non poteſt effectum habere. Quomodo igitur accipiemus quod Papinianus hic ait in fin. *Quemadmodum ſi exhæredato? &c.* Vulgo dici ſolet hoc intelligendum eſſe, cum nepotes habent cohæredem, cuius hæreditatis aditione confirmetur exhæredatio. & hoc rationem habet. Sed non neceſſe eſt ad hanc ſolutionem confugere. Papinianus non loquitur de hærede poſt mortem filii inſtituto: *Sed cum filius morietur.* Multum intereſt, an conferatur inſtitutio hæredum in tempus mortis filii exhæredati, id eſt, cum mortuus fuerit, an vero in tempus quo incipiet mori. Ponamus filium exhæredatum eſſe, nepotes inſtitutos *cum filius morietur*, id eſt, cum incipiet animam agere. dico hoc caſu exhæredationem inutilem non eſſe, quia poteſt viuo adhuc filio, effectum habere exhęredatio. quia poteſt adiri hæreditas cum incipiet

mori. Eo moriente & animam agente poterunt hæredes inſtituti adire hæreditatem, atque ita confirmabitur aditione hæreditatis exhæredatio filii antequam mortuus fuerit. Ideoque non obſtat d.l.ſi ita ſcriptum.§.vltim.ff.de lib.& poſthu. Sic hæc ſunt diſtinguenda.

Sequitur poſtremus locus, quo continentur exceptiones regulæ iam à nobis traditæ. Regula eſt initio poſita, Deficiente conditione, inſtitutionem euaneſcere. Si adſcripta fuerit inſtitutioni hæredis conditio, exiſtente ea conditione valet hæredis inſtitutio: ea deficiente, inutilis eſt. Hoc tametſi verum ſit: perpetuum tamen non eſt, ſed cum exceptione intelligendum. Conditio enim & ſi non extiterit, habetur tamen interdum pro impleta, benigna interpretatione, cum non ſtat per eum, cui adſcripta fuit, quominus impleat. & hoc locum habet in conditionibus arbitrariis, vel mixtis. Exempla ſunt ſub hoc titu.ff.in leg.8.quæ ſub conditione.§. quoties. Si adſcripta ſit conditio, *Si Stichum manumiſerit.* mortuo enim Sticho, & ſi non ſit impleta conditio, ea tamen habetur pro impleta. Similis locus eſt in leg. vter ex fratribus. 23.ad fin.ff.hoc titu.perinde eſt, ac ſi teſtator ita dixiſſet, *Si per eum non ſtet quominus vxorem ducat.* Simile eſt quod dicitur in leg.prim. C.eod. idem in leg.2. Hoc locum habet, vt dixi, in conditionibus arbitrariis, aut mixtis. In his quæ caſuales dicuntur, aliud eſt dicendum.§.ſin autem.C. de cadu. tollen. Eſt enim ius diuerſum, nihil refert an per eum ſteterit, cui adſcripta eſt conditio vt omnino euaneſcat inſtitutio, ſi defecerit ea conditio: quod eſt expreſſum in leg. vltim. C. de neceſſa. ſeru. inſtit. vbi diſtinctio adhibetur inter eas conditiones, quæ pendent ex caſu, & eas quæ ex poteſtate. Si conditio in eius poteſtate ſit, & eius negligentia factum ſit & culpa, quo minus exiſteret, inutilis eſt inſtitutio. Si caſualis ſit: puta, ſi nauis ex Aſia venerit, quæ non pendet ex hæredis voluntate aut poteſtate: deficiente ea conditione, quocunque modo defecerit, euaneſcit inſtitutio. Ad verſic. *Tunc humanitatis intuitu*, &c. Fauor, inquit, libertatis ſuadet vt libertas maneat. Ratio non eſt admodum obſcura. In his enim conditionibus ſpectanda ſemper eſt teſtatoris voluntas.l.in conditionibus. ff. de condit.& demonſt. Cum conditio caſualis inſtitutioni hæredis adſcripta eſt, teſtator videtur euentum ſpectaſſe, cum intelligeret eam ex fortunæ temeritate, non ex poteſtate hæredis pendere. Sed cum adſcribitur conditio, quæ ex caſu non pendet, ſed ex poteſtate: videtur hæc eſſe cogitatio teſtatoris, vt conditioni pareatur, ſi fieri poſſit. Nos igitur ex veriſimili teſtatoris voluntate ita diſtinguimus. Notandum eſt omnem conditionem, cuiuſcunque generis ſit, haberi pro impleta, cum eius implementum impeditur ab eo, qui debiturus eſt, impleta conditione. nec diſtinguimus, quæ conditio ſit, ſiue conditio arbitraria, ſiue caſualis. Si factum ſit per eum, qui debiturus eſſet exiſtente conditione, quominus conditio extiterit, conditio habetur pro impleta.l. Iulius Paulus.79.§.vltim. ff.de condi.& demon. Exempli gratia. Teſtator mihi legauit ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit. Hæres cum intelligeret fore, exiſtente ea conditione, vel legatum debeat, impediuit ne nauis ex Aſia veniret: tunc conditio habetur pro impleta, id eſt, perinde mihi legatum præſtat, ac ſi re vera conditio extitiſſet. & ſic accipiendum eſt quod dicitur in leg.iure ciuili.23.ff.de condit.& demon. Idem dicitur in l. Iure ciuili. ff. de regu.iur. vbi eadem ſunt verba: niſi quod in vno loco negatio eſt, in alia non eſt. In l.Iure ciuili. de regu.iur. negatio eſt.in leg. Iure ciuili.de condit.& demon. non eſt negatio.in dictis legi.ibi, *Quoties per eum &c.* Hæc verba ſic interpretor, Cum ſit per eum, qui debiturus erat exiſtente conditione: ſicut in dict. leg. Iulius Paulus.in fin. Et rurſum ibi, *Cum per promiſſorem &c.* Ego ſtipulatus ſum à te ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit: per te, id eſt per promiſſorem, factum eſt, quo minus exiſteret conditio. Promiſſor eſt, qui debiturus eſt exiſtente conditione, non ſtipulator. Vnde neceſſe eſt hæc verba, ſecundum ſententiam Iulii Pauli, ad eum, qui debiturus eſt, referre. & abſurdum eſt hoc intelligere de ſtipulatore. non debet enim haberi pro impleta in commodum eius, qui acquiſiturus eſt impleta conditione. Abſurdum eſt hoc ita intelligere.

Sed quomodo interpretabimur caput, in quo deeſt negatio? Nam videtur intereſſe conditionem impleri eius, qui acquiritur impleta conditione: non impleri autem intereſt eius, qui debiturus eſt impleta conditione. Quidam cenſent delendam eſſe conditionem: alii addendam. Si vterque locus eſſet eiuſdem Iureconſulti, magna ratio ſuaderet eodem modo legendum eſſe in vtroque loco: ſed diuerſorum auctorum eſt. Vnus eſt Iuliani, alter eſt Vlpiani. Ego puto eundem eſſe ſenſum vtriuſque lectionis, & nihil mutandum eſſe. Ibi, *Cuius intereſt conditionem. &c.* hæc verba mihi videntur ſine vllo incommodo, recte referri ad eum, qui debiturus eſt, impleta conditione. Intereſſe noſtra dicitur, quod ad cõmodũ vel incõmodum pertinet. intereſt mea qui debiturus ſum, exiſtente conditione, conditionem impleri, vel non impleri. Hic ſenſus eſt, hoc ad me pertinet, ad commodum, vel incommodum meum reſpicit vt impleatur, vel non impleatur conditio, ideoque dicitur intereſſe mea. Aliæ quædam exceptiones addi poſſent: ſed propriæ ſunt tituli ff. de condit.& demonſt. Alter eſt locus de perſonis, quem ideo omitto, quia etiam pertinet hic locus ad eundem titul. de cond.& demon. Vnum eſt tantum caput ſub hoc titulo, de perſonarum conditione loquens.

IN TIT. VIII.

DE IVRE DELIBERANDI.

Cap. I.

Dictum eſt ſuperioribus titulis de inſtitutionibus, & iis, quæ ad inſtitutiones pertinent. Dictum fuit hæreditatem deferri inſtituto ex teſtamento ſi velit. hic eſt effectus inſtitutionis, tam inſtitutionis factæ primo gradu, quam ſecundo: tam inſtitutionis factæ pure, quam ſub conditione, ſi modo extiterit conditio. Hanc inſtitutionem ſequitur acquiſitio hæreditatis: Tit. de acquirend. hæred. in quo quæritur, quomodo acquirenda ſit hæreditas ei, cui delata eſt. Sed acquiſitionem tamen præcedit deliberatio nonnunquam. Non eſt prudentis hominis temere adire hæreditatem ſine magna deliberatione. Vnde præcedit acquiſitionem hæreditatis, deliberatio de acquirenda hæreditate. Æquum eſt permitti hæredi, cui hæreditas delata eſt. deliberare an aditurus ſit hæreditatem, an omiſſurus ſit & repudiaturus. Æquum non eſt eum præcipitari, cum tantum ſit periculum in aditione hæreditatis. Obſtringitur enim omnibus creditoribus hæreditariis, etiam ſi hæreditas non ſit ſoluendo.l. quæ dotis.33.ff.ſolut.matrimo. Vnde edictum propoſitum eſt à prætore, quo permittitur ius deliberandi. Prætoris igitur edicto facultatem habet hæres inſtitutus, poſt delatam ſibi hæreditatem, deliberandi an velit hæres eſſe: an vero potius hæreditatem repudiare malit. Eodem edicto præſtituitur ei tempus ad deliberandum, an velit hæres eſſe, ne deliberatio, quæ ipſi permittitur, damnoſa ei ſit, vel creditoribus hæreditariis, ſi forte in longum tempus differatur aditio hæreditatis, aut repudiatio eiuſdem. Et notandum eſt edicto locum eſſe, cum delata eſt hæreditas, vt adiri poſſit. Et ob hanc cauſam prætoris edictum proprie propoſitum fuit. Vnde quæſitum eſt, ſi differatur aditio hæreditatis propter conditionem, quid dicendum ſit? Prætor ait, Si is, cui delata eſt hæreditas, nondum deliberauerit, an eam adire velit, an repudiare, præſtituendum ei eſſe tempus intra quod cogatur vel adire, vel repudiare. Quid igitur ſi inſtitutus ſit ſub conditione, & non eximat conditio vel non pareat conditioni: Hoc non videtur ad edictum Prætoris pertinere. Hæc quæſtio tractatur in leg. ſi quis inſtituatur. 23. ff. de hæred. Inſtitut. Iureconſultus diſtinguit arbitrarias conditiones à caſualib. Si conditio arbitraria ſit, quæ ex poteſtate & arbitrio hæredis inſtituti pendeat, cui conditioni facile ſit parere, vult hæredem cogi ad parendum conditioni, & præſtituendum ei eſſe tempus intra quod pareat conditioni: & imitabitur edictum ſuum Prætor, vt Iureconſultus ait in dict. le. ſi quis inſtituatur.§.ſed ſi bonorum. Verba edicti de iure deliberandi, hic ceſſant: ſed tamen producentur ad hunc caſum. Si vero conditio non pendeat ex eius

eius poteſtate, ſed ex caſu, idem dici non poteſt. non prætor ei præſtituet tempus intra quod pareat conditioni. non enim pendet ex eius arbitrio. Aliter igitur ſuccurritur hæreditariis creditoribus. dabitur bonis curator, ſecundum diſtinctionem quæ traditur in di. leg. ſi quis inſtituatur ff. de hæred. inſtit. & tit. de curat. bonis. dand. Hoc ius igitur competit hæredi antequam adeat vel repudiet hæreditatem. Poſt aditam hæreditatem fruſtra petitur tempus ad deliberandum, vt dicemus ſub tit. de acquir. hæredit. niſi in caſibus exceptis. Sed antequam hæres adeat hæreditatem, vel repudiet, tunc prodeſt ei deliberatio, & datur ei tempus ad deliberandum, tam ipſius gratia, quam legatariorum, & creditorum, quibus debiturus eſt. Vnde quæritur in leg. prim. ff. hoc titu. Si ſeruus hæres ſit inſtitutus, ſi ſit ſeruo delata hæreditas, an ei ſeruo dabitur hoc tempus ad deliberandum: an vero dabitur domino, cui hæreditas acquiritur per ſeruum? Edictum de hærede loquitur. Seruus eſt hæres inſtitutus. ergo videtur tempus ad deliberandum dandum eſſe ſeruo, non domino. Vlpianus tamen in interpretatione edicti non omnino hæret verbis: ſed ait dandum eſſe tempus ad deliberandum domino. Alienum eſſet enim à ratione iuris, vt intelligatur edictum Prætoris de ſeruo inſtituto. Nam ſerui pro nullis habentur. Imo hæreditas ipſo adeunte acquiritur domino. Non poteſt domino acquiri delata ſeruo hæreditas, niſi facto & opera ſerui. leg. cum proponas. C. de hæredibus inſtituen. quomodo ergo dicitur pro nullo haberi apud Prætorem? Hoc tempus ad deliberandum petitur in iure apud Prætorem. Adeundus eſt Prætor, à quo petatur hoc tempus. Indecorum eſt ſeruum apud Prætorem petere in iure. Simile eſt quod dicitur in leg. prim. ff. de poſtuland. Prætor quoſdam vetuit poſtulare apud ſe in iure: quia indecorum ei viſum eſt homines notatos aliqua infamia poſtulare apud ſe, apud tribunal Prætoris. Nam alias ſerui factum neceſſarium eſt in acquirenda hæreditate, & perſonæ ipſius aliqua ratio habetur. Præſtituitur igitur tempus ad deliberandum domino, & ſi plures ſint domini, præſtituetur omnibus dominis. De filiofam. quæritur, an idem ſit dicendum? Plerunque eodem iure cenſentur filiusfamilias & ſeruus. nam vterque eſt in poteſtate alterius. an dicemus præſtituendum eſſe tempus filiofam. an patri? Verius eſt quod receptum vulgo. ideo vtrique præſtituendum eſſe tempus ad deliberandum, propter imperatorum conſtitutiones. Nam neuter ſine altero poteſt hæreditatem repudiare. leg. vltim. C. de bonis quæ liber. Quid ſi plures ſint hæredes? Multa ſupplenda ſunt quæ deſiderantur in veteribus Iureconſultis. Hoc pertinet ad interpretationem edicti. Quid ſi plures ſint non vnius gradus? Alii ſunt inſtituti in primo gradu, alii in ſecundo. Hæc quæſtio tractatur in leg. ſi plures. 10. ff. hoc titu. Sicut gradatim ſunt inſtituti, ita gradatim eis præſtituetur tempus ad deliberandum. Primum inſtitutis in primo gradu tempus præſtituetur. Et poſtquam excluſi fuerint, præſtituetur inſtitutis in ſecundo gradu. Quæritur de legatario an præſtituetur tempus legatario? Si legatarius dicat ſe velle deliberare, an debeat legatum cognoſcere? Et dicendum eſt edictum Prætoris ad legatarium nō pertinere. nulla vtilitas exigit vt legatario tempus detur ad deliberandum: quia legatario non poteſt damnoſum eſſe legatum, ſicut hæreditas. Hæreditas poteſt damnoſa eſſe propter æs alienum: ſed legatum non poteſt. Legatarius non tenetur ad æris alieni exſolutionem. Et hæc ratio diuerſitatis traditur in leg. ſi hæreditatem. 32. ff. manda. Mandatu tuo adii hæreditatem, quam alias aditurus non eram, habebo actionem mandati aduerſus te. Sed ſi legatum agnoui mandatu tuo, nulla actio poterit mihi competere. An idem de fideicommiſſario dicendum ſit, quæritur? Fideicommiſſarius vniuerſalis hæredis loco eſt habendus. Eadem cauſa fideicommiſſarii vniuerſalis eſt, quæ hæredis: quia reſtituta hæreditate ſubit onera hæreditaria. §. reſtituta. Inſtitut. de fideicommiſſ. hæreditat. Cœpimus tractare de iure deliberandi, poſuimus argumentum huius titu. ex quo cognoſcitur, quæ fuerit cauſa edicti proponendi à Prætore, Diximus etiam de perſonis, quibus competit ius deliberandi. Nunc de tempore aliquid videndum eſt.

Prætor ait in edicto ſuo, *Si tempus ad deliberandum petet, dabo.* nec definit certum tempus, ex quo intelligitur Prætorem id commiſiſſe arbitrio iudicis, vel ius dicentis potius. Cum dicit, *Tempus*, inquit Vlpianus, *ius dicentis*, id eſt, Prætoris qui ius dicit. Nam prætor aditus tempus præſtituit ad deliberandum. Ius dicens Prætor eſt. l. ſi filius, qui patri. 10. ff. de vulgar. & pupil. Prætoris eſt proprie ius dicere magis, quam iudicare. Simile eſt quod dicitur in leg. ſi curatoris. 9. C. eo. *Moderatum &c.* Cum ait lex Præſidem moderatum tempus ad deliberandum ſtatuere debere, ſatis oſtendit nullum certum tempus definitum eſſe. Cur ergo, dixerit aliquis, Paulus in leg. 2. huius tituli pauciores, quam centum dies dandos non eſſe, ait? quæ leg. 2. incipit. Itaque, &c. Mirum eſt vnde hoc inferatur. Sed videtur hoc ſumptum eſſe ex edicto ſucceſſorio. Edictum ſucceſſorium magnam affinitatem habet cum hoc edicto de iure deliberan. & propoſitum eſt in gratiam creditorum hereditariorum ſicut hoc edictum. ſed hoc intereſt inter vtrumque edictum, quod ſucceſſorium edictum pertinet tantum ad bonorum poſſeſſionem, id eſt, iuris prætorii ſucceſſionem: hoc autem ad ſucceſſionem iuris ciuilis pertinet. Ait Vlpianus in leg. 1. de ſucceſ. edicto. Prætorem præſtituere tempus ei, cui bonorum poſſeſſionem dedit. Ea ratio ſuccedendi introducta eſt à Prætore, propter bonorum poſſeſſionem, cuius etiam auctor fuit Prætor. Edictum ſucceſſorium propoſuit creditorum hæreditariorum gratia, & præſtituit certum tempus hæredibus ad adeundam hæreditatem, intra quod adeant, vel repudient hæreditatem. præſtituit extraneis centum dies: liberis & parentibus ſpatium vnius anni. non fuerunt adeo arctandi, qui ad bona fere propria venire dicuntur. Cum vellet oſtendere Paulus Prætorem in præſtituendo tempore ſecundum hoc edictum imitari debere, quoad fieri poteſt, edictum ſucceſſorium, dixit, itaque, &c. Edicto ſucceſſorio non dantur pauciores, quam centum dies. Melius eſt igitur, vt Prætor præſtituendo tempus, imitetur edictum illud ſuum. Quod ergo dicitur in edicto ſucceſſorio, producitur ad hoc edictum ſicut priores leges ad poſteriores trahuntur, & poſteriores etiam ad priores. l. non eſt nouum ff. de legibus & Senatuſconſul. Addendum eſt ex noua conſtitutione Iuſtiniani, non maius tempus, quam nouem menſium dandum eſſe: niſi id à principe impetratum fuerit. C. de iure deliberan. leg. vltim. §. Et hæc quidem. Sed nonne, dixerit aliquis, hæc contraria ſunt, quod dicitur de centum diebus & nouem menſibus, & quod expreſſum eſt edicto Prætoris, quo dicitur moderatum tempus dari debere, & definiendum eſſe arbitrio Prætoris. Sed dicendum eſt arbitrio iudicis commiſſam eſſe definitionem temporis, quatenus lege definita non reperitur, vel ſucceſſorio edicto, vel conſtitutione Iuſtiniani, poterit arbitrari & moderatum tempus præſtituere: dummodo non det minus, quam centum dierum: nec maius nouem menſium. Hinc quæritur, ſi plures ſint gradus hæredum, quomodo præſtituendum ſit hoc tempus? Quæſtio hæc eſt in l. ſi plures. 10. ff. hic. vbi dicitur per ſingulos gradus præſtituendum eſſe tempus. Quidam ſunt inſtituti in primo gradu, alii ſunt inſtituti in ſecundo. per ſingulos gradus hæc præfinitio temporis obſeruabitur. Tempus dabitur iis, qui ſunt in primo gradu, & iis excluſis, tempus quoque præſtituetur ſequentibus, & ſic deinceps. Non ſimul iubebit Prætor inſtitutis & ſubſtitutis intra certum tempus: puta intra centum dies adire, vel repudiare hæreditatem. Nam non eſt locus ſubſtitutioni: niſi excluſi ſint inſtituti. l. quandiu. 68. ff. de acquirend. hære. nihil tamen prohibet vno & eodem tempore deliberare. Permittet & inſtitutis & ſubſtitutis, modo in idem tempus non incurrant deliberantes. Prætor poterit iubere inſtituto hæredi in primo gradu, vt deliberet intra centum dies & poſt eius temporis lapſum ſubſtituto vt deliberet intra alios centum dies. ſed non poterit ita fieri, vt tempora deliberationis eadem ſint. Sed quæritur, an ſæpius dandum ſit tempus ad deliberandum, an ſemel illud tempus dare ſufficiat? Quæſtio eſt ff. hoc titu. in leg. 3. & 4. Ait Vlpianus, *Nec non illud &c.* Prætor dedit tempus hæredi petenti ad deliberandum, & centum dies dedit: poſt lapſum eius temporis adit rurſus Prætorem hæres, oſtendit ſibi non ſuffeciſſe illud tempus, petit tempus prorogari. quæritur an poſſit? Ait poſſe tempus longius ei concedere: ſed non niſi ex magna cauſa. Huic ſimile eſt quod dicitur de dilatione, quæ datur litigato-

ri in iudicio. leg. omnino. ff. de feriis. Sed videtur contraria eſſe Iuſtiniani conſtitutio. C. eod. leg. vltim. §. Et hæc quidem. & §. vltim. Ecce dubitandum non eſt, quin ea conſtitutio Iuſtiniani deroget iuri antiquo in multis caſibus. eſt quidem vna ex nouis conſtitutionibus. Subſcripta eſt poſt Conſul. Lamp. & Oreſt. & hac conſtitutione reperitur ius antiquum nonnihil correctum eſſe: ſed tamen non exiſtimo talibus verbis, quib. vtitur Iuſtinianus, excludi grauiſſimam & maximam cauſam. & exiſtimo poſſe concedi longius tempus ad deliberandum ob magnam & grauiſſimam cauſam, ſecundum ſententiam Iureconſultorum. Si quis ita conſtituat, vt ex nulla cauſa quantumuis graui & magna non poſſit concedi longius tempus, hoc eſſet ſtultum, & nulla eſt lex, quę non recipiat interpretationem ex magna cauſa. Exempla ſunt in leg. Licet. de arbitris. ff. vnde quamuis dicat Imperator ſemel, & non ſæpius dandum eſſe, intelligendum tamen eſt, niſi ex graui & magna cauſa. Simile exemplum eſt in leg. quamuis. ff. de in ius vocand. Ex cauſa iuſta non datur actio aduerſus eum, qui venia non petita vocauit parentem in ius. Ego etiam eadem ratione puto poſſe hoc tempus coarctari. Hodie apud noſtrates dantur fere quadraginta dies ad deliberandum, pro centum diebus, & pro tempore annuo edicti ſucceſſorii.

C a p. II.

De effectu iuris deliberandi.

IAm vidimus, qua ex cauſa permittatur hoc ius deliberandi, quo modo detur, & cui perſonæ detur, item quantum temporis detur. Nunc quis ſit effectus eius iuris videndum eſt. Multi variique effectus ſunt, de quibus breuiter & ſummatim dicemis. In primis, interim deliberat hæres an expediat ei hæreditatem adire, an potius omittere, propterea quod periculum eſt adire hæreditatem. Si enim hæreditas forte ſoluendo non ſit, hæredi periculoſum eſt eam adire: quia adeundo obligatur omnibus creditoribus hæreditariis: & tenetur quaſi ex contractu. Huius igitur iuris magna eſt vtilitas propter deliberationem, ne præcipitetur, ne ſtatim cogatur hæres iudici in iudicio interroganti reſpondere, an velit hæres eſſe: an vero hæreditatem repudiare. Hinc conſequitur copiam inſtrumentorum & rationum hęreditariarum ei faciendam eſſe, vt dicitur in leg. 5. hic. ff. ex ſententia Ariſtonis. Interim dum deliberat hæres, Prætor debet ei copiam facere inſtrumentorum inſpiciendorum, ex quibus inſtruere ſe poterit, quantum ſit æris alieni. Simile eſt quod dicitur in leg. Ariſto. 28. ff. de acquiread. hæred. Sententia Ariſtonis refertur in vtroque loco ſic, *Ariſto dixit.* Ea res magnam dubitationem non habet ſi reperiantur inſtrumenta in domo teſtatoris. Sed quid ſi apud alium depoſita ſint inſtrumenta & rationes? Quid hoc caſu facturus eſt hæres interim dum deliberat: an dabitur ei actio antequam hæreditatem adierit? Non videtur eum poſſe experiri actionibus hæreditariis. Hoc etiam caſu, extraordinario auxilio ſubuenietur hæredi deliberanti, vt cogatur is apud quē ea inſtrumenta depoſita ſunt inſpicienda ei tradere. Hodie autem propter conſtitutionem Iuſtiniani, non eſt admodum neceſſaria hæc deliberatio. Iuſtinianus conſtituit, vt ſi quis adierit hæreditatem facto inuentario, id eſt, deſcriptione rerum hæreditariarum ante aditionem, ſecundum formam, quæ expreſſa eſt ea ſua conſtitutione, non teneatur niſi vſque ad modum & quantitatem rerum hæreditariarum, quæ deſcriptæ reperiuntur in eo inuentario publico & ſolenniter facto. Propterea ſine periculo, & ſi res hæreditariæ ſoluendo non ſint, poterit hæres adire. l. vl. §. & ſi quidem. hic. C. Si velit hæres hoc remedio vti ꝗ à Iuſtiniano introductū eſt, ſuperuacua eſt deliberatio. Et hodie cum ſuſpecta eſt hæreditas hæredibus, ſolent ita adire, cōfecto inuentario & deſcriptione rerum hæreditariarum. Mētio eſt huius aditionis in §. ſed noſtra. Inſtit. de hæred. qualitat. & differ.

Secundus eſt effectus. Hæres poſt temporis lapſum ſi non repudiauerit hæreditatem, neque adierit in ſolidum, creditoribus hæreditariis obligatur. hoc expreſſum eſt C. eod. ea conſtitutione Iuſtiniani vltim. §. Sin autem hoc aliquis. ad fin. Hoc inuentarium permittitur quaſi beneficium quoddam, quod ſi aſpernatus ſit, datum eſt ei tempus ad deliberandum centum dierum. quod ſi intra centum dies non eſt teſtatus ſe hæreditatem repudiare, perinde habetur ac ſi hæreditatem adiſſet, & in ſolidum tenebitur creditoribus hæreditariis, non vſque ad modum patrimonii defuncti. Effectus ergo hic eſt, quod poſt eius temporis lapſum, quod ei datum eſt à Prætore ad deliberandum, ſi non repudiauerit hæreditatem, obligatur in ſolidum omnibus creditoribus hæreditariis quaſi adierit. hoc eſt intelligendum, niſi hæres ille ſubſtitutum habeat. Si hæres ſubſtitutum habeat, non eſt dicendum poſt temporis lapſum, quod ei datum eſt ad deliberandum, eum habendum eſſe pro hærede. Fieret enim iniuria ſubſtituto, qui forte vult hæreditatem adire. l. quamdiu. 68. ff. de acquir. hæred. Duo ſunt gradus hæredum. Vnus eſt inſtitutus in primo gradu, alter eſt ſubſtitutus vulgariter in ſecundo gradu. primo hæredi datum eſt tempus centum dierum ad adeundam hæreditatem, intra eos centum dies neque adiit neque repudiauit. quodnam eſt officium Prætoris? Prætor ei denegabit hæreditarias actiones excludet eum ab ea hæreditate poſt temporis eius lapſum: perinde habetur, non dico ac ſi adiiſſet hæreditatem: ſed ac ſi hæreditatem repudiaſſet & omiſiſſet, propter ſubſtitutum: alias fieret iniuria ſubſtituto. Nec vllo incommodo afficiuntur creditores hæreditarii: quia habent alium, puta ſubſtitutum, quem conuenire poterunt. in dict. leg. quamdiu. ibi, *Neque adire*, *&c.* Neceſſe eſt ei præſtituere tempus poſtquam primus excluſus fuerit. Nam quandiu inſtituto locus eſt, ſubſtitutus non admittitur. In conſtitutione Iuſtiniani dicitur obligari creditoribus: ſed ea intelligenda eſt cum exceptione. Interdum accidit vt creditores hæreditarii mittantur in poſſeſſionem bonorum hæreditariorum: & interdum etiam curator bonis diſtrahendis detur. Hoc deſcriptum extat variis in locis, veluti in leg. ſi diu incertum. 8. ff. quibus ex cauſis in poſſeſ. eatur. & leg. 4. ff. de reb. auctor. iud. poſſ. & l. 1. ff. de cura. bonis dando. in dict. leg. ſi diu. ait Iureconſultus, *Si diu incertum ſit.* Videntur hæc pugnantia eſſe his, quæ iam à nobis dicta ſunt de effectu iuris deliberandi. Dicimus, aut adit hæreditatem intra tempus datum ad deliberandum: aut repudiat: atque ita vel obligatur creditoribus hæreditariis, vel non obligatur. Quid eſt igitur quod alibi dicitur de miſſione in bonorum poſſeſſionem, & de curatore bonis dando? Sed hęc diuerſa ſunt. Interdum accidit vt locum non habeant quæ diximus: ſed miſſio in bonorum poſſeſſionem locum habeat, vel curator bonis dandus ſit. Pone abſentem eſſe hæredem: non ponit diem ad deliberandum: non dabit Prętor tempus ad deliberandum, niſi petatur. Aditio hæreditatis non eſſet differenda hoc caſu, curator dabitur bonis vendendis. Pone conditionem adſcriptam eſſe inſtitutioni hæredis, quæ non ex poteſtate, ſed ex caſu pendeat: non dabitur tempus ad deliberandum hæredi inſtituto ſub tali conditione, non poterunt locum habere, quæ hic dicimus: ſed interim æquum eſt mitti creditores in poſſeſſionem bonorum, & interim bonis dari curatorem. Ponamus multos gradus hæredum eſſe. Poteſt enim teſtator quotcunque gradus velit hæredum facere. leg. poteſt. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut. Si per ſingulos gradus præſtitutio temporis obſeruetur, diu incertum erit, an extituri ſint hæredes. Non poterit hoc tandiu differri ſine iniuria creditorum hæreditariorum. Interim æquitas & ratio poſtulat vt aliter creditoribus conſulatur, veluti per miſſionem in bonorum poſſeſſionem, Sic intelligendum eſt quod dicitur in dict. leg. ſi diu. Ex quibus cauſ. in poſſ. & leg. 4. de bon. auct. iudic. poſſ. & leg. prim. de curat. bonis dan. Et animaduertendum eſt hoc edictum coniunctum fuiſſe cum edicto de in bon. poſſeſſ. mitt. Secundum ordinem edicti Prętorii debebat poni hic titulus poſt tit. qui. ex cauſ. in poſſ. eatur. ante titu. de reb. auct. iudic. poſſiden. Ego id obſeruaui ex inſcriptionibus. Et quod dicitur in l. 2. de ſtatu homin. Hermogenianus loquitur, non Tribonianus. Inſcriptiones, quæ reperiuntur ſub hoc tit. oſtendunt hæc ſumpta ex lib. Paul. 50. ad edictum. & Vlpian. lib. 60. ad edictum. Nec poteſt plene quiſquam intelligere niſi legibus his coniunctis, quæ ſeparatæ ſunt à compoſitoribus Pandectarum.

Cœpimus explicare effectus iuris deliberandi. Addendus eſt ſupradictis tertius effectus. Hæres, cui datum eſt tempus ad deliberandum, interim nihil ex bonis hæreditariis alienare, aut minuere poteſt: niſi decreto prætoris interueniente, & cum cauſæ cognitione. l. Ariſto. §. ſi maior. hic. ff. ſi quæ ſint res, quæ deteriores futuræ ſint tempore, vt expediat eas vendere: hæres, qui obtinuit tempus ad deliberandum à Prętore, adire Prętorem debet & petere vt permittat eas res vendi: nec enim res quidem tempore perituras diſtrahere poteſt hæres, ſine decreto Prætoris, & cauſæ cognitione. Igitur edicto Prætoris eas iuſtis pretiis vendere poteſt, nec videbitur eas res vendendo, ſe pro hærede gerere. Idem videtur continere edictum Prætoris de pupillo, cui delata eſt hæreditas, & cui datum eſt tempus ad deliberandum. Ad leg. 7. ait prætor. ff. hoc titu. Hoc Prætoris edicto continetur, ſi pupilli nomine datum, petitumve ſit tempus ad deliberandum, interim de bonis nihil diſtrahendum eſſe, niſi cauſa cognita. In cauſæ cognitione vertitur, an iuſta ſit cauſa diſtrahendi. Sed mirum videtur, quod cum Prætor de pupillo loquatur in edicto ſuo de tempore, quod pupillo datum eſt ad deliberandum: tamen ei, qui pupillus non eſt, quique maior eſt, idem permitti videtur. d. l. Ariſto. Hic locus aliquid obſcuritatis habet. In d. l. Ariſto. §. Si maio. ait Paulus, *Si maior ſit hæreditas, & deliberat hæres, &c. adito prætore poteſt: &c.* Quid ergo ſingulare eſt in pupillo? Quid eſt in pupillo cõprehenſum edicto Prætoris, quod non competat maiori ei, qui pupillus non eſt? Huius obſcuritatis explicandæ cauſa variæ opiniones ſunt: ſed mihi videtur eorum probabilior opinio qui diſtinguunt hæredem, cui datum eſt tempus ad deliberandum, à curatore, qui bonis datus eſt. Hi igitur caſus ita diſtinguendi ſunt. Primus caſus eſt, cum hæres ipſe deliberans alienare vult interim res hæreditarias: & hoc ei non permittitur, niſi adito Prætore, & accedente Prætoris decreto, cum cauſæ cognitione. Alienare non poteſt hęres ipſe, cui datum eſt tempus ad deliberandum ne res quidem tempore perituras. Quod ad hæredem attinet, l. Ariſto. aperte loquitur de hærede. Ibi, *Is, qui deliberat, &c.* Secundus caſus eſt de curatore bonis dando. Admonuimus ſupra, cum incertum eſt diu, an quis extiturus ſit hæres necne, plerunque dari curatorem bonis. dict. leg. ſi diu. ff. quibus ex cauſis. & leg. 1. de curat. bon. dan. Qui curator bonis datur poteſt interim res hæreditarias vendere, quæ perituræ ſunt tempore, vel deteriores fient, nec vllum decretum prætoris requiritur, nulla cauſæ cognitio. Hoc eſt officium curatoris, qui bonis datur. leg. 23. ſi quis inſtituatur. ff. de hæredibus inſtitu. & leg. inter bonorum. 48. ff. de admini. tutõ. Hoc eſt intelligendum, niſi pupillus ſit is, cui delata eſt hæreditas. Si pupillus ſit is, cui delata eſt hæreditas, Prætor vetat bona minui interim dum deliberauerit an ſibi expediat hæreditatem adire, an omittere. Sic eſt intelligendum edictum prætoris, cuius verba hic referuntur ab Vlpiano in dict. leg. ait Prætor. ff. hic. Res igitur hæreditariæ propter perſonam pupilli vetantur minui etiam à curatore bonis dato. Edictum conceptum eſt in rem, & vt vulgo dicimus, imperſonaliter. Ad verſ. *Bona interea diminui vetabo.* Ergo edictum Prætoris, quod conceptum eſt in rem, nos ita interpretamur, vt propter perſonam pupilli, cui tempus datum eſt ad deliberandum, nihil poſſit minui, niſi cauſa cognita. Fauor eſt pupilli & aliarum huiuſmodi perſonarum, vt bona eorum non facile minuantur. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. prima ff. de vent. inſpic. & in leg. in poſſeſſione. ff. quibus ex cauſis in poſſeſ. eatur. Vlpianus interpretatur hæc verba edicti Prætorii in dict. le. ait Prætor. ibi. quid ſit autem, diminui vetabo, hoc edicto Prætoris, ſi verba tantum ſpectemus, videtur tantum prohibita eſſe alienatio rerum. Non videtur autem prohiberi iis, qui gerunt res pupilli actiones exercere: ſed tamen verba edicti ad hunc quoque caſum producuntur interpretatione, ne alioqui abſurdum conſequatur. Qui non poteſt alienare, non poteſt rem in iudicium deducere. l. iuſiurandum quod ex conuentione. §. 1. ff. de iureiur. Eſt locus communis de alienatione. Addendum eſt bona quoque diminui poſſe propter alimenta filii, ſi filius is ſit, qui deliberat, interim alimenta debet habere ex hæreditate. l. filius. 9. ff. hoc titu. Iuſta eſt cauſa diminuendi aliquid ex rebus hæreditariis. Et huic ſimile eſt quod dicitur in leg. penultim. ff. vt in poſſeſſ. legat. Qui in poſſeſſione eſt legatorum ſeruandorum cauſa, nihil diminuere debet: niſi filius ſit, veſcendi cauſa, qui poteſt aliquid diminuere, ſi nihil habeat aliunde vnde ſe tueri poſſit. Inde quæritur, quomodo filium hic accipere debemus, an iuſtum tantum, an legitimum filium, an naturalem & libertinum, qui in ſeruitute conceptus eſt? Quæſtio eſt in leg. vltim. ff. hoc tit. quæ pleriſque videtur ad hunc titulum nihil omnino pertinere: ſed ad hunc locum referenda eſt. Species quidem ipſa ad hunc titulum non pertinet. Sed quod colligitur ex ea ſpecie, maxime ad hunc locum pertinet. Trebatii ſententia probatur exiſtimantis appellatione filii & libertinum quoque contineri, licet iuſtus, verùſque filius non ſit. Et locus quem tractare cœpi ſub titu. de condit. inſtit. An appellatione filiorum contineantur tantum iuſti filii, an etiam naturales? Breuiter dicendum eſt, cum lex facit mentionem liberorum, liberos tantum accipiendos eſſe legitimos & iuſtos, & non naturales. leg. generaliter. §. cum autem. C. de inſtit. ſub condit. in leg. nulla dubitatio eſt, in teſtatoris diſpoſitione dixi ſpectandam eſſe teſtatoris voluntatem. Ex conditione & dignitate eius qui fideicommiſſum reliquit, iudicandum eſt, an ſenſerit de legitimis & iuſtis tantum filiis, an de naturalibus etiam, vt dicitur in leg. ex facto. §. ſi quis rogatus. ff. ad ſenatuſconſ. Trebell. Ex quo notandum eſt, ſi teſtator fecerit mentionem filiorum, vel liberorum, accipiendos eſſe iuſtos legitimoſque filios: niſi ex coniecturis appareat contraria voluntas teſtatoris. Obiiciuntur plerique loci veterum Iureconſultorum, in quibus apparet filios naturales contineri in diſpoſitione teſtatoris. Sed ſi quis expendat eas ſpecies, is animaduertet ita reſponſum eſſe: quia apparebat euidens teſtatoris voluntas. Exemplum vnum eſt in hac lege, quam interpretamur, quæ eſt vltim. ff. hoc titu. Vbi inſtitutus eſt Dama ſeruus ſub conditione, *Si mihi filius nullus erit, qui in ſuã tutelã venit.* Hæres inſtitutus ait hæreditatẽ ſibi delatã eſſe, quaſi nullus ſit filius, quaſi pro filio habendus non ſit, qui non eſt iuſtus filius, qui eſt libertinus. Diſſenſio veterum hac de re fuit. In hac ſpecie teſtatoris voluntas ſuadet, vt Trebatii ſententiam amplectamur. Coniectura voluntatis ex eo eſt, quod teſtator hunc vnicum filium habebat, eumque pupillum. Deinde eum inſtituit, vt dubius non ſit teſtatoris in eum affectus. Si quis diligenter expendat hanc ſpeciem de qua fuit diſſenſio inter veteres, & intelligat ſequendam eſſe ſententiam & voluntatem teſtatoris, vt ſequenda eſt, & pro lege habenda, nullus erit relictus dubitationi locus. Maior fuiſſet dubitatio ſi teſtator plures habuiſſet filios: ſed cum vnum tantum habuerit, dubium non eſt, quin de hoc filio libertino ſenſerit. Dubitatur à pleriſque, an in hac ſpecie incumbat probatio libertino filio? Ego exiſtimo in hac ſpecie ſatis apertam eſſe teſtatoris voluntatem, nec onus probandi incumbere filio. Nam quod ait Iabolenus in eadem hac lege, in fin. *Si tamen teſtatorem. &c.* Hoc refertur ad ſententiam generalem filii, non ad hanc ſpeciem. Et hoc dictum Iaboleni maxime eſt conſentaneum ſententiæ Vlpiani in l. ex facto. 17. §. ſi quis rogatus. ff. ad Senatuſconſ. Trebel. Alia ſpecies eſt, in leg. Lucius. 90. §. vltim. ff. de legat. 2. in princip. dicto § vltim. ibi. *Filiis ſuis reſtituerent, &c.* legendum eſt, *Non reſtitueretur.* id eſt, vt Dama & Pamphilus reſtituerent filiis ſuis. Quæritur, an hoc ex teſtamento Pamphila poſſit petere? Ait Iureconſultus poſſe petere, cum teſtator ita dixit, *Volo vt poſt mortem filiis veſtris reſtituatis hæreditatem.* Filia naturalis Pamphila, quæ manumiſſa eſt, continetur his verbis teſtatoris. Ego arbitror ita reſponſum eſſe ex voluntate teſtatoris. Spectanda eſt voluntas, dignitas, & conditio teſtatoris, qui fideicommittit. Forte eius dignitas eſt, vt non velit libertinos filios & naturales tantum ſibi hæredes eſſe. Sed hic dubia non eſt eius voluntas, cum inſtituerit hæredes homines libertinos. Similis ſpecies eſt in leg. cum pater. 76. §. volo. ff. de legat. 2. Species omnino eadem eſt. Satis oſtendit Iureconſultus ex vi verborum & proprietate id non accidere: ſed ex voluntate, quia credibile eſt teſtatorem, qui voluit prædia dari libertis ſuis, eorum liberos admitti, & eos ſubſtitutum excludere. Aliud exemplum eſt in leg. hæredibus. 77. §. Titius. ff. ad Trebellia. vbi etiam coniectura voluntatis ſuadet: vt appellatione liberorum in ea ſpecie intelligamus etiam naturales filios. Species

eſt,in qua proponitur filia furioſa nupſiſſe conſenſu patris ſui: quo caſu non eſt iuſtum legitimumque matrimonium. Furioſa enim non poteſt contrahere matrimonium. Hinc apparet ex vſu loquendi, appellatione liberorum iuſtos tantum liberos contineri.

Quartus & poſtremus iuris deliberandi effectus verſatur circa tranſmiſſionem hæreditatis. Ius deliberandi ad hæredes tranſmittitur ex conſtitutione Iuſtiniani. leg. cum antiquioribus. C. eod. titul. Cum ante conſtitutionem Iuſtiniani hæreditatem non aditam non tranſmitterent hæredes extranei: ſed ſui tantum. Nam ſui ante conſtitutionem Iuſtiniani, propter ius ſui, ad hæredes ſuos tranſmittebant. l. ſi pater apud hoſtes. 15. ff. de ſuis & legit. hæred. tamen Iuſtinia. exiſtimauit vtile eſſe, tranſmiſſionem habere locum quadam tenus etiam in extraneis hæredibus. Itaque ſtatuit Iuſtinianus ea conſtitutione, vt ſi cui delata fuerit hæreditas, & is ſit ſuus, vel extraneus, tranſmittat ius deliberandi ad ſuos hæredes, vt intra illud tempus, quod ex anno ſupererat, poſſint eius hæredes hæreditatem adire. Hoc ſummatim continetur hac conſtitutione. Locum habet igitur hęc tranſmiſſio ad hæredem, ſi intra annum deceſſerit, ex quo ſciuit ſibi delatam eſſe hæreditatem, ſi poſt annum nihil tranſmittit. Forte ſuperſunt duo mēſes, hęres poteſt deliberare intra illos duos menſes: quibus elapſis excluditur. Pro explicatione huius conſtitutionis animaduertendum eſt, & ex eo annotandum, quædam eſſe neceſſaria vt locum habeat hoc ius tranſmittendi. Primum eſt quod Iuſtinianus hic ait, quod hæreditas neque adita fuerit, neque repudiata ab hærede. Nam ſiue hęres adierit hęreditatē, ſiue repudiauerit, hoc ius tranſmiſſionis non habet locum. Si enim adierit hæreditatem ante mortem ſuam, non eſt neceſſaria hæc tranſmiſſio. Nulla lex prohibet hæreditatem aditam ad hæredes tranſmitti, repudiata vero non poteſt tranſmitti, quomodo enim tranſmitteret ius ꝙ ſemel repudiauit? Præterea, oportet delatam eſſe hæreditatem. Verum eſt aditionem non eſſe neceſſariam, vt ad hæredem tranſmittatur: ſed oportet delatam eſſe hæreditatem. Circa delationem hæreditatis nihil eſt immutatum, nec nouatum. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollen. Addunt aliqui neceſſariam eſſe hæredis voluntatem & ſcientiam. Hæc ſententia adeo recepta eſt vt nemo diſſentiat, quæ tamen mihi non probatur. Nunquam mihi probari potuit ſcientiam eius requiri, qui tranſmittit ius deliberandi ad ſuos. Atque ideo exiſtimo ſi delata ſit alicui hæreditas ſiue ſcienti, ſiue ignoranti, poſſe eum ius deliberandi ad hæredem tranſmittere. Iuſtinianus vult tempus vnius anni currere tantum ſcienti delatam eſſe ſibi hæreditatem: non requirit ſcientiam hæredis. Non oportet cauillari verba legislatoris, vt loquitur Paulus in leg. vltim. ff. ad exhiben. Non eſt æquum hoc tempore excludi eum, qui ignorauit ſibi delatam eſſe hæreditatem. Sententia autem vulgo recepta omni ratione caret: imo æquitas ſuadet vt ignoranti potius ſuccurratur, quam ſcienti: vt dicitur leg. 86. Pannonius. ff. de acq. hæred. Aiunt enim ſcienti tantum competere hoc ius deliberandi. ignorans autem non deliberat. ergo ignorans non tranſmittit. Ego reſpondeo ex hac conſtitutione competere hoc ius tranſmittendi ei, qui nihil fecit propter quod impediatur deliberatio, id eſt, ei qui neque adiit, neque repudiauit, & nihil fecit propter quod deliberare non poſſit. Neque obſtat, quod dicitur in leg. quoniam ſororem. C. eod. Eſt reſcriptum hoc à Diocletiano antequam eſſet introductum hoc ius tranſmittendi ad hæredes. Hoc ius eſt introductum à Iuſtiniano, & perinde hoc reſponſum accipere debemus, quaſi ſimpliciter dictum eſſet, hæreditatem non aditam non tranſmitti ad hæredem: ſed exceptio eſt eius dicti in conſtitutione Iuſtiniani. Præterea, vt conſtitutio locum habeat, oportet vt intra annum decedat hæres: quod ſi poſt annum decedat, non poterit tranſmittere. Sed hoc videtur maxime aduerſari iis, quæ diximus de ratione ſuccedendi tam iure ciuili, quam iure Prætorio. Iure Prætorio, niſi liberi ſunt, dantur centum dies. Hic fit mentio anni. Si loquamur de his, qui ſuccedunt iure ciuili, hi ſuccedunt intra triginta annos. Iuris ciuilis remedia perpetua ſunt, quomodo ergo hic ſtatuit tempus vnius anni? Præterea in edicto Prætoris de iure deliberandi nullū certū tempus definitum eſt. l. 1. ff. hic. & l. ſi curatoris. C. eo. Quid eſt igitur ꝙ hic Iuſtinianus ſtatuit annū ad deliberandū? Hæc omnia diuerſa ſunt: & ſi diſſimilitudo intelligatur, nihil reperietur obſcuritatis. Certū hoc tēpus definitū eſt tam iure ciuili, quā Prætorio ad hæreditatem adeundā, vel bonorum poſſeſſionem agnoſcendā: iis, qui iure ciuili ſuccedunt, dantur triginta anni, iis vero, qui iure prætorio ſuccedunt, dantur centum dies. Hoc non impedit, quominus inſtantibus creditoribus cogatur hæreditatem adire ante illud tempus. Cum creditores ſunt hæreditarii, datur hæredi tempus ad deliberandum, ſi deliberare velit: & tempus datur ei moderatum arbitrio prætoris, vel à principe impetratur. leg. vltim. C. eo. Et hæc omnia locum habent in hærede, qui viuit. Sed Iuſtinianus loquitur de hærede, qui deceſſit. Et quod dicitur de tempore vnius anni, ita eſt accipiendum. Et hoc eſt longe diuerſum. Hic nos loquimur de hærede, qui iam deceſſit non adita hæreditate. Et quæritur, an hæres eius poſſit hæreditatem adire intra tempus, quod definitum eſt hac conſtitutione? Solet quæri, an hæc conſtitutio locum habeat etiam in ſucceſſione Prætoria? Variæ ſunt opiniones. Quibuſdam videtur non poſſe in ſucceſſione Prętoria locum habere. quia iis, qui ſuccedunt Prætorio iure dantur centum dies: niſi ſint liberi. Conſtitutio loquitur de vno anno. Ego puto conſtitutionem accipiendam eſſe de ſuccedentibus non tantum iure ciuili: ſed etiam iure Prætorio. Nihil enim diſtinguit Iuſtinianus. Nec ad rem pertinet quod præſtituuntur centum dies in ſucceſſione prætoria: nam præſtituuntur hæredi viuo. Hæc conſtitutio loquitur de eo, qui mortuus eſt. Eſt nouum remedium, quod veteribus incognitum fuit. Quæritur, ſi anni fine inſtante petitum ſit nouum tempus ad deliberandum, vel à Prætore vel à Principe, & deceſſerit intra illud tēpus hæres, poſt illos duos menſes, qui ſupererant intra annum quem impetrauerat, an locum habeat tranſmiſſio: Breuiter vt dicam quod ſentio, puto hæredem excluſum eſſe. Conſtitutio id ſatis oſtendit. Loquitur enim de eo, qui obtinuit deliberationem. Si obtinuit, vult concludi ſpatio vnius anni. Non diſtinguit quantum tempus fuerit datum ad deliberandum. Non negamus poſſe poſt illum annum, ex cauſa tempus aliud dari ad deliberandum: ſed negamus poſt illud tempus poſſe tranſmitti hæreditatem ad hæredem. Obiici poteſt l. vltim. C. ſi penden. appel. vbi dicitur quatuor menſes dari ad exhibendam appellationem. Sed ille locus pertinet ad appellationem, & ſic debet intelligi vt titulo conueniat. Hoc enim poſitum eſt ſub ti. de appel. Hactenus de iure deliberandi.

FRANCI-

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXIX. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM.

IN TIT. I.
DE MILITARI TESTAMENTO.

Cap. I.

CVR hic titulus à compoſitoribus Pandectarũ collocatus hic ſit, cognoſci poteſt ex l.2.huius tituli.Gaius ad edictum prouinciale ita ſcribit, *De militis teſtamento, &c.* Etſi tractatum ſit de teſtamentis ſupra, tamen viſum eſt operæpretium compoſitoribus Pãdectarum ſeparatim de militari teſtamento diſſerere. Propterea quod in militari teſtamento propria quædam ſunt & ſingularia iura, quæ in paganorum & priuatorum teſtamentis non obſeruantur. *Proconſul.* Hinc apparet edictum fuiſſe propoſitum de teſtamento militari à Procõſule in Prouincia. Erant edicta prouincialia, quæ proponebantur à Proconſule: ſicut edicta prætoria proponebantur Romæ. Et hoc ſcriptum eſt ad edictum prouinciale. Nam Proconſulem non debemus interpretari Prætorem, vt Accurſius interpretari ſolet. Hanc ob cauſam hic collocatus eſt hic titulus, cui reſpõdet alius C.lib.6.de milit.teſta. Reſpondet etiam alius titulus in Inſtit.lib.2.de milit.teſta. Hos omnes hic interpretaturi ſumus. Sed antequam accedamus ad diſputationem de militari teſtamento, prius videndum eſt quis miles ſit, quis miles dicatur, cui hæc priuilegia & ſingularia iura competere dicantur.

Cap. II.
Quid ſit miles.

VLpianus in l. 1. ff. hic, contentus fuit etymologia quadam id oſtendere ſine dialectica definitione, ibi, miles appellatur vel à militia, &c. Diſputatio eſt de etymo vocabuli, non admodum vtilis. Nos eam diſputationem Grammaticis & otioſis hominibus relinquemus. Quis tamen miles ſit intelligi poteſt ex his, quæ militũ propria eſſe dicuntur, quę non facile poſſunt includi definitione dialectica. Vt igitur intelligamus quis miles ſit, videndũ eſt, quæ ſunt militum propria. Quædam enim ſunt militum propria, ſine quibus milites dici non poſſunt. veluti, quod balteo vel cingulo militari cinguntur. Huius mentio eſt in pleriſq; locis noſtrorum Iureconſultorum. veluti in l.Titius.25.& l.quod dicitur.38.§.1.ff.eo. Ait enim Iuriſc. in ea.l. 25. in prin. Titius priuſquam tribunus legionis factus eſſet teſtamentum fecit, & poſtea cinctus manente eodem defunctus eſt, & in d.l.38.§.1. Miles teſtamentum fecerat, rurſus cinctus in alia eſt militia. vtroq; loco dicitur cinctus, id eſt, miles factus. Similis locus eſt in l.pen. ff.eo. ibi, cingi confeſtim iuſſus, &c. Qui locus oſtendit non eſſe militẽ, niſi qui cinctus eſt. Similis locus eſt in l.antiqui.3.ff.ſi pars hæredit.petat. ibi, Sed & tergeminos ſenatores cinctos vidimus Horatios. ſic enim cinctos legendum eſt, non cunctos. vt in quibuſdam libris. Vnde teſtamentum dicebatur factum in procinctu, quod fiebat à militibus iam cinctis. Itaq; cingulum hoc, balteus ſcilicet quo cingebantur milites, numeratur inter inſignia militaria. Et de his intelligendum eſt quod dicitur in l.2.§.pen.ff.de his, qui not.infa.ibi, Sed & ſi eum exauctorauerit, id eſt, inſignia militaria detraxerit, &c.

Secundo, hoc proptium militum eſt, quod referuntur in numeros.l.ex eo tempore.43.ad fi.ff. eo. nos vocamus *enroller*. Et propterea ſæpe legitur, in numeris manere, in numeris eſſe, ſicut ff.eo.l.iure militari.4.ibi, in numeris manentem. Sic in d.l.quod dicitur.§.1. ibi, poſtquam deſiit in numeris eſſe. Dicuntur eodem ſenſu inſcribi matriculis militarib. in l. ſcriniariis.16.C.eo.tit.

Tertio, proprium eſt militum, Quod ſacramento ſolenni adiguntur ſe omnia ſtrenue facturos, inquit Vegetius lib.2. quod Imperator iuſſerit: ſeque militiam non deſerturos. Vnde ſacrata militia videtur dici apud Liuium Decad. 1. libr. 8. Mentio eſt huius ſacramenti in iure ciuili, in l. ex militari. 10. hic.ff. Non dicuntur milites, niſi hoc iuſiurandum ſolenne iurauerint, & alia omnia interuenerint, de quibus diximus. Hi sũt igitur, qui dicuntur milites, cęteri dicũtur pagani, quorum mentio eſt in l.3 hic.ff. Paganos Vlpian. ibi vocat eos qui milites non ſunt. ideo forte, quod belli tempore oportebat quoſdam in pagis manere, agriculturæ cauſa. dicuntur etiam hi pagani priuati, & hoc vſitatum eſt. Priuati opponuntur militibus. Vnum exemplum eſt in l.ſi cum venditor. *66*. & ff. de euict. in l.ne quid.7.ex ff.de incendio, ruina, naufrag. & l. *6*. C.de iuriſd.& l.nolumus.20.C.de teſta.& l.1.C. de commu. ſer.manumiſſ. De his militibus intelligenda ſunt hæc priuilegia, quæ obſeruantur in teſtamentis. Solet quæri de honorariis militibus, qui equites noſtri temporis dicuntur, qui codicillis Principis honorantur dignitate equeſtri titulotenus, ſine onere militiæ. De his quæſtio eſt, an priuilegia militum in teſtamentis faciendis ad hos pertineant? Et res dubitationem non habet, ne veris quidem militibus, qui proprie milites dicuntur, competant hæc priuilegia: ſed iis tantum, qui militãt. Ergo multo minus his imaginariis militibus concedentur hęc priuilegia. Sunt & alia militiæ genera, de quibus poteſt dubitari an ad hunc tractatum pertineant. cuiuſmodi eſt togata militia aduocatorum. Aduocati enim dicuntur milites, ac caſtrenſe peculium habere ad ſimilitudinem militum. l. fori. & l.aduocati. C.de aduoc. diuerſ.iudic. & l.vlt.C.de inoffi.teſta. Quæritur etiã de militia ſcribarum.l.proximos.8. C.de prox. ſacr.ſcrin. De hoc aliquid ſcripſi libr. 1. Diſput.c.3. Mentio eſt huius militiæ ſcribarum in libro, qui inſcribitur, Notitia Romani imperij. Hę militiæ nihil habent commune inter ſe. Hic loquimur de militia armata, quæ proprie militia dicitur.l. miles.ff.de re iudica.

Aliæ per abuſionem militiæ dicuntur.l.vlt.ff.de inoffic.teſta.& §.1.de milit.teſta.Inſtit. Hęc ad explicationem ipſius tituli dicta ſufficiant: nunc ad diſputationem de priuilegiis militum in teſtamentis accedendum eſt. Hæc priuilegia reſpiciunt formam & ſolennitatem teſtamenti: perſonam ipſius teſtatoris: perſonam capientis ex teſtamẽto: res etiam de quibus diſponit quis in teſtamento. de his omnibus ordine diſſeremus. Ac in primis de his, quæ pertinent ad formam & obſeruationem teſtamenti.

Cap. III.
De priuilegiis ad formam & ſolennitatem teſtamenti pertinentibus.

ET breuiter dicendum eſt, omnem ſolennitatem, & omnem ſubtilem obſeruationem militibus teſtamenta facientibus relaxari & remitti. Hæc ſententia apud iuris auctores prolixiſſima eſt: velut in leg. hic. ff. Sufficit nuda voluntas teſtatoris. Idem dicitur in l.24. Diuus. & l. Miles. 34. ff. hoc tit. & §.1. Inſtit.eo. militis teſtamentum ſola perficit voluntate. Sic ff. eo. in l.40. Lucius Titius miles notario teſtamentum ſcribendum notis dictauit &c. vbi notandum obiter notarium accipiendum eſſe, qui notis ſcribit. Sic in l. 3.C. eo.tit. Videtis eandem ſententiam toties repetitam, vt de ea dubitandum non ſit. Dubium autem hoc habet ex reſcripto Traiani cuius mentio eſt in l. huius tituli. ff. ſed tamen videtur potius Traianum antiquitatẽ renouaſſe. renouauit quod fuit ante l.12.tabularum. Nam procinctum teſtamentum fiebat à militibus, non obſeruato ritu, qui erat neceſſarius in aliorum teſtamentis, vt auctor eſt Plutarchus in vita Coriolani. Sed ideo neceſſe fuit conſtitutionem aliquam de ea re promulgare, cuiuſmodi illa eſt Traiani conſtitutio propter legem 12. tabularum, quibus præſcripta fuit certa forma, certus ritus, qui obſeruandus eſſet in teſtamentis faciendis. qui ritus etiam ad milites videbatur pertinere. Sufficit ergo nuda voluntas militum in teſtamentis faciendis. Hoc tamen

eſt intelligendum, ſi conſtet eam fuiſſe militum voluntatem per legitimas probationes. Hoc aperte dicitur in l. Diuus Traianus. 24. ff. hoc tit. vbi verſic. Cæterum, &c. & verſi. Alioqui non difficulter poſt mortem, &c. Rationem ſubiicit. hoc idem caput eſt in §. plane. Inſtit. eo. Et ſimile eſt quod dicitur in l. Lucius. 40. ff. eod. Ergo ad probandum hoc teſtamentum duo ſaltem teſtes adhibendi erunt. Duo enim teſtes ſufficiunt ad legitimam probationem. l. vbi numerus. ff. de teſtibus. Ea, quæ euidentem rationem habent, aut vtilitatem, quæ poſſunt facile perſpici ab homine communi iudicio prædito, ea ſunt à militibus obſeruanda. Hoc exempla, quæ ſequuntur, facile demonſtrabunt. Ex his naſcitur quæſtio, ſi deſtinauerit miles iure communi teſtari: quia forte aduocauit ſeptem teſtes ciues Romanos, qua re oſtendit ſe velle more paganorum teſtari: ſed teſtamentum perficere non potuit. Quæritur an iure militari teſtamentum factum eſſe videatur? Dubitatio ex eo naſcitur, quod hac obſeruatione videtur repudiare priuilegium militum. ſed tamen in leg. 3. hic. ff. dicitur eius teſtamentum iure militari valere. Oſtendit enim Vlpianus eum, qui deſtinauit iure communi teſtari, non videri ideo renunciare beneficio militari. Rationemque adfert ibi, *Non enim, &c.* Argumentum ducit à paganorum teſtamentis. Pagani, inquit, ſæpe teſtamenta faciunt adhibita ſolennitate, & adiiciunt ſe velle iure codicillorum valere. hæc tamen deſtinatio non facit, quo minus velit etiam iure codicillorum valere ſuum teſtamentum, etiam ſi ſolenniter & iure perfectum non ſit. cur ergo non idem dicemus in teſtamentis militaribus? Militibus ergo in teſtamentis condendis ſolemnia iuris ciuilis remittuntur. Hinc multa inferri poſſunt, quę habenda ſunt pro exemplis regulæ à nobis traditæ, quæ nos ſummatim hic perſtringemus.

Primum eſt, quod miles codicillis hæreditatem dare poteſt, cum paganus non poſſit. §. codicillis. de iure codicil. in Inſtit. Si codicillis dari directo poſſet hæreditas, ſuperuacanea eſſet obſeruatio neceſſaria in teſtamentis. Sed miles hoc ſingulare habet, quod poteſt etiam directo dare hæreditatem codicillis. l. militis. 36. ff. hic. nihil enim intereſt an codicillis, an teſtamento hæredem ſuum inſtituat: quia nuda voluntas ſufficit. & ſi ſpectemus nudam voluntatem, nihil differũt codicilli à teſtamento: differunt tamen ritu. vnde apparet ea, quę ſubtilitatem habent magis, quam rationem naturalem, remitti militibus. Hoc autem tantum ſubtilitate nititur, quod non poteſt dari hæreditas codicillis. Homo communi prudentia præditus, non poteſt ea diſcernere, nec enim refert an codicillis, an teſtamento hæres ſcriptus ſit. Ideoque hoc ius dicitur condonari militibus.

Secundum eſt, quod milites plura teſtamenta facere poſſunt, quod non licet paganis. Paganus enim non poteſt pluribus teſtamentis relictis decedere: quia poſteriori teſtamento id quod prius factum eſt rumpitur. §. poſteriore. Inſtitut. quib. mod. teſta. infir. & ff. tit. de iniuſto rupt. &c. Sed militibus conceſſum eſt plura teſtamenta facere: nec prius teſtamentum poſteriori tollitur. l. quærebatur. 20. ff. hoc titu. Sed omnia teſtamenta valent. Hæc autem quæſtio à nobis poſtea alio capite tractabitur, an poſteriore teſtamento militis, prius rumpatur.

Tertium eſt, Miles ſubſtituit filio ſuo impuberi, etiam ſi teſtamentum ſibi non faciat. l. miles ita. 41. §. vlt. ff. hoc ti. Quomodo hoc ſit accipiendum docui ad l. 2. de vulg. & pupil. Ego dixi illud ius ſubtilitatem continere, vt non poſſit filio ſuo impuberi ſubſtituere pater: niſi ſibi teſtamentum fecerit. Ego dixi hoc ſubtiliter excogitatum eſſe, ne videretur pater alij, quam ſibi contra leges teſtamentum facere. Hoc eſt eo colore adumbratum, quaſi videatur pater ſibi teſtamentum facere, & ſubſtitutionem velut appendicem quandam adiicere. cum hæc ſubtilitas tantum ſit, mirum non eſt ſi in teſtamentis militum non obſeruetur.

Quartum & vltimum eſt, præteritio filij non reddit teſtamentum militis nullum, ſi à ſciente pręteritus ſit filius. l. 9. ſicut certi. & l. ſeq. C. eo. Certum eſt teſtamentum à priuato factum, ob præteritionem filij nullius eſſe momenti, vt diximus ſub titulo de iniuſto rupto, & irrito, &c. & ſub tit. de lib. & poſthumis. Oportet filium enim qui eſt in poteſtate patris aut inſtitui, aut exhæredari. Sed hæc ſubtilitas non obſeruatur in teſtamẽtis militum: nec diſtinguitur exhæredatio à prę-teritione. Miles, qui ſcit ſe filium habere, & eum præterit ſilentio, id eſt, non nominat eum in teſtamento ſuo, ſatis intelligitur eum exhæredare. Nos interpretamur militem eũ velle remouere à ſucceſſione ſua. Eſt enim mera ſubtilitas, ſaltem ſi ponamus teſtatorem intelligere ſe filios habere. Miles ſcit ſe filium habere, eum præteriit ſilentio in teſtamento ſuo: nos interpretamur filium à patre exhæredatum eſſe. Si vero ignorauerit ſe filium habere, aliud dicendum eſt. Nam tunc credemus obliuione filium omiſſum eſſe. Subtilitatem iuris nos reuocamus ad ſimplicitatem naturalem in teſtamentis quoad fieri poteſt. Ideo diximus teſtamentum nullum eſſe, in quo præteritus eſt filius, qui eſt in poteſtate: quia propter naturalem affectum patris erga filium, creditur eſſe omiſſus per obliuionem. Vnde ſi ſimplicitatem naturalem ſpectaremus tãtum, ob præteritionem filij, quem pater ſcit ſe habere, non eſſet nullum: ſed ſubtilitas iuris non patitur vt valeat teſtamentum pagani. Si miles ignorauit ſe filium habere, idem dicendum eſt, quod in pagani teſtamento, vt dicitur in d. l. ſicut certi. & l. ſeq. Idem dicitur in l. militis. 36. §. miles in ſupremis. ff. hoc tit. Deinde etiam hoc longius productum eſt ad eum, qui ignorauit ſe prægnantem vxorem habere. l. 7. qui iure. Miles ignorabat ſe vxorem habere prægnantem, quæ re vera prægnans erat, teſtamentum fecit, in eo omiſit partum, qui ex vxore naſciturus eſſet: hoc tamen animo erat vt vellet quiſquis ſibi naſceretur ſibi exhæredem eſſe, eſt eadem ratio, quę in eo qui ſciuit ſe filium habere, conſtat de militis voluntate quæ tantum ſpectanda eſt.

Diximus iam ſuperioribus, ſi miles præterierit filium ſuum ſciens & prudens, non ideo nullum eſſe eius teſtamentum. ſed eam præteritionem pro exhæredatione habendam eſſe. Dubitatum eſt à pleriſque an hoc ius correctum ſit noua Iuſtiniani conſtitutione, quæ eſt 115. titul. vt cum de appel. cognoſ. §. aliud quoque capitulum. In eo §. dicitur non licere parentibus liberos ſuos præterire aut exhæredare, niſi adſcripta fuerit cauſa ingratitudinis. Et vulgo dicitur, nullum eſſe teſtamentum, ſi exhæredatus eſt filius, niſi cauſa ingratitudinis adiecta fuerit. vnde videtur correctum & emendatum eſſe hoc ius de præteritione militis. Nam ſi verum eſt, teſtamentum nullum eſſe, in quo adiecta cauſa non eſt ingratitudinis, quomodo ſufficiet ſola militis ſcientia? Hic autem dicimus ſufficere militis ſcientiam, ſi præteritus ſit filius ſciente milite, cum ſciret ſe habere, tunc valere teſtamentum, perinde ac ſi recte exhæredatus eſſet. Si quis dicat milites ea conſtitutione non contineri quod de militibus non loquatur aperte: Obiicitur quod ſequitur eadem conſtitutione. §. & hæc quidem, &c. *Sicut parentes non poſſunt exhæredare filios, niſi adiecta cauſa ingratitudinis, ita etiam liberi non poſſunt parentes à ſua ſucceſſione alienare.* & his verbis vtitur Iuſtinianus, *Sancimus, &c.* quæ verba conſtitutionis minime videntur militibus conuenire. Si quis velit intelligere, inquiunt, de filiis emancipatis, de rebus in quibus habent teſtandi licentiam emancipati: emancipati facere quidem poſſunt teſtamentum, ſed de certis tantum rebus. Hæc ſunt, quæ adduci ſolent ab his, qui exiſtimant hoc ius, de quo loquimur, correctum eſſe hac noua Iuſtiniani conſtitutione. Ego tamen exiſtimo etiam iure nouo præteritionem huiuſmodi valere. Illi de hac re diſputant, quaſi certum exploratumque ſit teſtamentum non valere, in quo adiecta cauſa non eſt: quam opinionem ſupra confutaui ſub titul. de lib. & poſthum. & oſtendi non eſſe hunc ſenſum conſtitutionis Iuſtiniani. Iuſtinianus vult teſtamentum poſſe expugnari querela inofficioſi teſtamenti, niſi ea obſeruata fuerint, quæ continẽtur conſtitutione. Et propterea fruſtra quæritur, an ſit nullum teſtamentum: quia cauſa adiecta non eſt à milite, ſecundum Iuſtiniani conſtitutionem. Sed ſi vera eſſet vulgaris opinio, non exiſtimo tamen ea contineri milites, vt quod dicitur in conſtitutione Iuſtiniani intelligatur, niſi miles ſit, cum exceptione, quæ ſumitur ex iure antiquo, cum de militibus nihil expreſſum ſit. Quod obiiciunt ex §. & hæc quidem. nihil mouere nos debet. lectio multo planior eſt in libro Gręco. Et ſenſus horum verborum eſt, Sicut non licet parentibus exhæredare liberos ſuos, niſi adiecta cauſa ingratitudinis: ita non licet filiis parentes exhæredare, in quibus caſibus teſtari poſſunt. Emancipati teſtari poſſunt. argum. leg. qui in poteſtate. 6. ff. de teſtamen. ne videretur ea conſtitutione te-

ſtandi

ſtandi facultatem filiis permittere,adiecit,in quibus cauſis teſtari poſſunt.

Quintum exemplum in quo remittitur ſolennitas & ſubtilis obſeruatio, quæ in teſtamento condendo neceſſaria eſt, tractat Vlpian. in l.in fraudem. 15.§. 1.hic.ff. Dicitur ibi nuda voluntate militem poſſe adimere hæreditatem : ſicut nuda voluntate miles hæredem facere poſſe dicitur. & hoc eſt ſingulare. Diximus ſub tit. de teſta. Si quis hæredem inſtituerit ſolenniter facto teſtamento,nuda voluntate non poſſe ei hęreditatem adimere.l.hæredes palam.21.ff.de teſta. Sed nuda voluntas militis, vt ſpectatur in danda, ſic etiam in adimenda hæreditate. His exemplis fere continentur iura ſingularia militum, quæ pertinent ad obſeruationem & ſolennitatem, quæ in condendo teſtamento neceſſaria eſt. Animaduertendum autem eſt,hæc priuilegia his tantum competere, qui in expeditione ſunt,& qui militant: vt dicitur in l.milites.15.& l.pen.C.eod. Idem dicitur in §.in his autem. de milit. teſta.in Inſtit.Huic conſentaneum eſt, quod dicitur in l. Titius. 25.ff. hic. Hæc priuilegia conceſſa ſunt militibus, propterea quod non videntur facile poſſe in expeditione ſolennia obſeruare, quæ neceſſaria ſunt in teſtamento condendo. Videtur hoc ſpectaſſe Iuſtinianus in ea conſtitutione. Veteres autem ad ſimplicitatem militum reſpexerunt. Reſcriptum Traiani in l. 1. oſtendit ipſum reſpexiſſe ad ſimplicitatem. *Arma magis, quam leges ſcire oportet milites*,ait Iuſtinianus l.vlti. in princ.C. de iure deliber. Cum hoc igitur tam aperte definitum ſit hac Iuſtiniani conſtitutione, de eo dubitandum non eſt. Experientia docuit vtile non eſſe, vt liceat militibus quocunq; tempore,& quomodo voluerint teſtamenta facere.Huc pertinet pen.l.filiusfamilias. hic. ff. ſed hic locus videtur contrarius eſſe.Filiusfamilias antequam miles ſit,teſtamentum facere non poteſt,ſed filiusfamilias miles poteſt.Hoc autem caſu filiusfa. exornatus erat equeſtri dignitate, nondum autem cinctus erat: quia nondum profectus erat in militiam: ideo hoc non aduerſatur his quæ diximus. Certum enim eſt filiumfamilias teſtamentum facere poſſe de caſtrenſi peculio, etſi in expeditione non ſit,vt poſtea dicemus. Ex his colligi poteſt quid iudicandum ſit de honorariis militibus, de quibus ſuperiori loco aliquid attigimus.Equites imaginarij qui non militant, an poſſint teſtamentum facere iure militari? & certum eſt non poſſe.Non enim hi milites veri ſunt, nec veris quidem militibus licet facere teſtamentum iure militari, ſi in expeditione non ſint. Propter occupationes militares hæc priuilegia conceſſa ſunt militibus: quia cum in expeditione ſunt, nō licet eis obſeruare ſolennia.Ceſſante autem ratione ceſſant etiam hęc priuilegia. Et idem dicendum eſt de aliis huiuſmodi perſonis, quibus priuilegia conceduntur.l.qui ſub prætextu.de ſacroſa. eccleſ.& l.& generaliter. de epiſc.& cler. C. Quæſtio eſt de ſcriniariis,de apparitoribus, & aliis miniſtris, qui aliquo munere funguntur in militia.hi in expeditione ſunt fortaſſis: ſed tamen milites non ſunt:non ſunt adacti iureiurando: nō ſunt cincti:non ſunt in numeros relati.Quæſtio eſt in l.ſcriniariis. C.eod.vbi ait imperator non licere eis iure militari teſtari:ſed tantum iure communi. hoc eſt intelligendum cum exceptione,quæ traditur in l.1.ff.de bon.poſſeſ.ex teſtam.milit. Vlpianus ait in ea lege,eos etiam qui milites nō ſunt: ſed qui aliquo munere fungantur in militia,poſſe tamen in procinctu vt milites teſtari.Cum hac exceptione videtur accipiendum, quod hic dicitur, eos non poſſe teſtari:niſi ſint in ipſo procinctu cū eſt confligendum cum hoſte. Vtilitas ſuaſit vt eo caſu permittatur eis etiam iure militari teſtari, quamuis milites non ſint. Ex iam dictis notandum eſt,militem, qui militia miſſus eſt, poſt miſſionem non poſſe iure militari teſtamentum facere:ſed tantum iure communi, ſeruatis ſolennibus. Quinimo teſtamentum quod fecit in militia in expeditione, poſt miſſionem tum demum valet, ſi deceſſerit intra annum poſtquam eſt miſſus.l.ex teſtamento. C.eo. Idem dicitur in l.teſtamenta.26.& l.quod dicitur 38. hic.ff. Id tribuitur iis, qui miſſi ſūt ſine ignominia. Triplex eſt miſſio:ignominioſa,cauſaria,& honeſta.l.2.ff.de his, qui notant.infam. Huic affinis eſt quæſtio de teſtamento facto ante militiam. Si quis fecerit teſtamentum ante militiam, & miles factus deceſſerit nullo alio facto teſtamento,an teſtamentum valeat?Dicendum eſt breuiter,ſi quis cum paganus eſſet teſtamentum fecerit:deinde miles factus deceſſerit, nullo alio condito teſtamento, id teſtamentum valere,ſi appareat eum in eadem voluntate perſeueraſſe. quia ſola voluntas militis ſufficit: & habetur teſtamentum quaſi à milite factum,ſi perſeuerauerit in eadem voluntate.Nam ea voluntate intelligitur confirmare teſtamentum,quaſi à milite factum.hoc pleriſq; in locis expreſſum eſt, veluti in l. Titius.25.ff.hic.Si id non dixit nec declarauit,non poteſt:niſi iure communi.Itaque ſi ſolennitates non interuenerint, nullius momenti id teſtamentum eſſe dicendum erit. Huic ſimile eſt quod dicitur in l.idemque.9.ff.hoc tit. Si hoc manifeſtauerit,ſi aliquo modo declarauerit ſe illud teſtamentum ſeruare.

Exemplum huius voluntatis declaratæ eſt in l. Tribunus. 20.§.cum aliquis.ibi,*Amplius,&c.*hic ſatis voluntatem ſuam declarat. Eadem fere verba ſunt in §. ſed etſi quis. Inſtit.eod. Sed videtur aduerſari reſcriptum D.Pij,cuius mētio eſt in l.in fraudem.15.§.teſtamentum.ff.hoc tit.Ecce ibi D. Pius reſcripſit tale teſtamentum valere,ſi militis voluntas contraria non ſit.Nos diximus non aliter valere teſtamentum,quam ſi quoquo modo declarauerit ſuam voluntatem. Non ſufficit militem aliquid contrarium non ſtatuere: ſed oportet eum declarare ſe velle id teſtamentum ſeruare & valere.Multum intereſt an dicamus valere teſtamentum, ſi teſtator declarauerit ſe velle illud teſtamentum valere: an vero valere teſtamentum, ſi teſtator non declarauit ſe nolle valere, niſi contraria appareat teſtatoris voluntas. Sed expendenda ſunt verba Vlpiani in hoc loco,cum recitat reſcriptum D. Pij,non dicit,ſi voluntas contraria non appareat,ſimpliciter: ſed ſi nulla ſubiuncta voluntas contraria non ſit. Sic interpretatur, quaſi voluerit Diuus Pius, ſubſecutam eſſe aliquam voluntatem. Oportet igitur ſubiunctam eſſe aliquam voluntatem, vt in exemplis à nobis iam adductis,quæ non ſit contraria. Qui vult autem teſtamentum quod fecit valere,recte dicitur eius voluntas contraria non eſſe. Argumentum autem à contrario ſenſu non eſt hic recipiendum. Cumque ambigua ſit oratio, melius eſt eam interpretationem accipere, quæ vitio caret: ſecundum regulam l.in ambigua. ff. de legibus. Hactenus de priuilegiis militum, quæ pertinent ad ſolennitatem & obſeruationem, quæ adhibetur in teſtamento condendo.

Cap. IIII.

De priuilegiis,quæ reſpiciunt perſonam militis teſtantis.

EGo dixi hæc iura ſingularia nō tantum pertinere ad ſolennitatem:ſed etiam ad perſonam teſtatoris,& ad perſonam capientis ex teſtamento, ad res, & huiuſmodi quædam alia. De perſona teſtatoris nunc eſt videndum. Huius variæ ſunt quæſtiones. In primis quæritur de eo, qui ex delicto militari damnatus eſt, an poſſit facere teſtamentum iure militari. Quæſtio eſt in l.ex militari.11.ff. hic.in l.& militibus. C. eod. in l.1.de veter.& milit.ſucceſſ. Dicitur iſtis locis non ſine cauſa ſi miles ex militari delicto damnatus ſit.Quædam enim delicta militaria ſunt,alia vero ſunt communia.Delictum habetur in militibus,quod in paganis delictum non eſſet. Exempli gratia,ſi arma amiſerit miles, eſt delictum capitale.l.3. ff. de re milit.Deſidiæ crimen non eſt in pagano:ſicut eſt in milite, vt dicitur l.omne delictum.6.ff.de re milit. Alia ſunt delicta cōmunia,ſi homicidium fecerit,ſi furtum commiſerit. Sed loquitur Iureconſultus in d.l.ex militari.de damnatis ex militari delicto,quod delictum non eſt commune: & permittit eis teſtamentum facere de bonis caſtrenſibus tantum: & excipit ſi ſacramenti fidem ruperint.ſcilicet ſi damnatus ſit miles ob ſacramēti fidem ruptam. Exempli gratia, ſi deſeruerit militiam, ſi non paruerit Imperatori ſuo,non poterit teſtari. Alia quæſtio eſt de eo, qui incertus eſt de ſtatu ſuo. Paganus non poteſt teſtamentum facere,ſi incertus ſit de ſtatu ſuo. l. de ſtatu. 15.ff.de teſtam. Non enim firmum eſt eius conſilium,qui de ſtatu ſuo eſt incertus. Dubitat enim, an ſit ſui iuris: an vero alieni.hoc eſt ſubtilitati magis,quam æquitati naturali conſentaneum. Ideoq; id negligitur in teſtamento militis.d.l.ex militari.§.ſi miles.hic.ff.

Alia quæſtio eſt de muto & ſurdo. An miles, qui mutus eſt ac ſurdus,poſſit teſtamentum facere? Quæſtio iſta eſt in l.4. hic.ff.& §. quinimo. Inſtitu. eod. & ibi dicitur mutum & ſurdum militem teſtamentum facere poſſe. Hoc autem mirum

videtur pleriſque, propterea quod alienum id eſt, à naturali ratione, ad quam reſpicimus in teſtamentis militum. Ego iam ſæpe dixi ea, quæ ſubtilitatem habent potius, quã naturalem rationem, remitti militibus. igitur, ſi hoc eſt alienum à natura, vt mutus & ſurdus teſtamentum faciant, rationi nõ conuenit vt ei permittatur teſtamentum facere. Si quis dicat hoc intelligendum eſſe de eo, qui mutus & ſurdus non eſt natura: ſed de eo, qui caſu amiſit facultatem audiendi, vel loquendi, ei obiici poteſt idem paganis permiſſum eſſe. l. diſcretis. C. qui teſtam. facere poſſ. Nullum eſſet militum priuilegium, ſi loquamur de eo, qui caſu aliquo amiſit facultatem audiendi, vel loquendi. Ergo cum ait Iureconſultus, mutum & ſurdum iure militari teſtari poſſe, videtur neceſſario id intelligendum eſſe de eo, qui mutus & ſurdus natura eſt. Sed ego exiſtimo quod hic dicitur nõ eſſe accipiendum de eo, qui mutus eſt, aut ſurdus. Nam ne hi quidem militant. Eſſet enim contra diſciplinam militarem, ſed de his, qui loquendi facultate, vel audiendi carent propter aliquod infortunium, de quo dixi ſupr. ad d. l. diſcretis. C. de iis, qui teſta. face. poſſ. Si quis obiiciat hoc ius commune eſſe: hoc ius competere etiam paganis, qui milites non ſunt. Ego reſpondeo ante conſtitutionem illam Iuſtiniani paganis id permiſſum non fuiſſe. vna eſt ex nouis conſtitutionibus edita poſt conſul. Lamp. & Oreſt. Iure Digeſtorũ paganis id non erat permiſſum: ſed tantum militibus. Paganis neceſſe erat adire Principem & impetrare vt liceret teſtamẽtum facere. l. ſi mutus. 7. ff. de teſta. Non eſt id intelligendum de mutis & ſurdis natura, non eſt credendum Principes ſolitos fuiſſe iis concẽdere, qui ſurdi & muti erant natura, qui declarare ſuam voluntatem non poterãt: ſed id tributum eſt militibus, vt neceſſe non habeant adire Principem eo nomine, alias abſurdum erit, quod dicitur in hoc loco & aliis ſimilibus.

Alia quæſtio eſt de eo, qui captus eſt ab hoſtibus, in l. facere. 10. ff. hoc tit. In hac l. 10. *Facere teſtamentum miles hoſtium potiu, &c.* legendum eſt, id eſt, qui eſt in poteſtate hoſtium. Ideo hæc mutauit Haloander, quod non hæc intelligeret. & dixit, *Qui eſt in poteſtate hoſtium poſitus, &c.* Paganus autem, qui eſt in poteſtate hoſtium, non poteſt facere teſtamentum, vt ſupra diximus. l. eius, qui. 8. ff. qui teſta. fac. Alia quæſtio eſt de pupillo. An pupillus, qui miles eſt, poſſit teſtamentum facere. Quæſtio eſt l. vlt. C. eod. Breuiter, pupillus miles teſtamentum facere non poteſt: ſed vtitur iure communi. Ergo, dixerit aliquis, miles eſſe poteſt pupillus. & hinc notandum eſt à quibuſdam pupillo impuberi militare permiſſum eſſe. Ego puto nihil tale colligi poſſe ex hac conſtitutione. Principes plærunque id permittebant violantes militarem diſciplinam. Qui gratia valebat apud Principẽ pupillus, obtinebat tribunatum aliquem à Principe: & hoc poteſt etiam intelligi de tribunatu imaginario, & honorario tantum. De armata militia non videtur hoc poſſe intelligi, nec aduerſatur noſtrę ſententię l. ſed & milites. 8. §. iam vero. ff. de excuſa. tut. vbi legitur in vulgari verſione, *Iam vero & militi impuberi*: ſed interpres fefellit eos, qui hac de re ſcripſerunt. debuit enim ſcribere, *militi minori*: non militi impuberi.

Cœpimus explicare iura ſingularia, quæ reſpiciunt perſonam teſtatoris militis. Ad hũc locum pertinet quęſtio de filiofamilias milite, an filius familias miles poſſit teſtamentum facere. Nam filius familias priuatus & paganus teſtamentum facere non poteſt. l. qui in poteſtate. 6. ff. qui teſta. fac. poſſ. etiam ſi permiſſu patris teſtari velit. Sed ius ſingulare eſt in milite, vt quamuis in poteſtate patris ſit nihilominus teſtamentum faciat. Inſti. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum. §. 1. Teſtamentum facit filiusfamilias de caſtrenſi peculio. Sed animaduertendum eſt, filiumfamilias militem teſtamentum facere ſecundum communem obſeruationem adhibitis ſolennibus. non enim teſtator iure militari: niſi forte in expeditione ſit. Sed filiofamilias datur teſtandi facultas de caſtrenſibus bonis, & ſi in expeditione non ſit, modo ſolennia iuris ciuilis obſeruet in teſtamento faciendo. Ego dixi, ſuperioribus locis, militibus qui in expeditione ſunt, hoc permitti, vt non ſeruatis ſolennibus teſtẽtur, tum propter ſimplicitatem eorum: tum etiam, quia facile non poſſunt ſolennia obſeruare in expeditione, quæ neceſſaria ſunt in condendo teſtamento. Vnde teſtamentum filiifamilias dicitur confirmari lege Cornelia: ſicut teſtamentum patrisfamilias, cum filiusfamilias miles eſt. l. ſi filiusfamilias 33. ff. hic. Lex Cornelia confirmat teſtamenta eorum qui apud hoſtes deceſſerunt: & ait Iureconſultus militis filiifamilias teſtamentum confirmari, perinde ac ſi à patrefamilias factum eſſet. Excipiuntur ij, qui ignominiæ cauſa miſſi ſunt è militia. l. teſtamenta. 26. ff. hoc tit. Ratio eſt perſpicua & expreſſa ab ipſo Iuriſcõ. ibi, *quod anni, &c.* De his qui quaſi caſtrenſe peculium habent, quæritur an idem ipſis liceat? Dicendum eſt hos etiam facere poſſe teſtamentum de peculio ſuo quaſi caſtrenſi, ſeruatis tamen legum ſolennibus & iuris ciuilis, cuiuſmodi ſunt aduocati, patroni cauſarum qui militare dicuntur, & peculium habẽt quaſi caſtrenſe. l. fori. Cod. de aduoc. diuerſ. iud. cuiuſmodi etiam ſunt presbyteri. l. ſacroſanctæ. C. de epiſ. & cler. Cuiuſmodi etiam ſunt Doctores artium. l. vlt. C. de inoffi. teſta.

Cap. V.

De priuilegiis, quæ reſpiciunt perſonam capientis ex teſtamento militis.

PRoximus locus eſt de perſona eius, qui ex teſtamento capit, ſiue is hæres ſit, ſiue legatarius. Ego dixi hæc iura militaria partim reſpicere iuris ſolennitatem in teſtamento faciendo: partim perſonam teſtatoris, partim perſonam capientis ex teſtamento, & alia huiuſmodi. De perſona capientis ex teſtamento nunc eſt dicendum. Et regula eſt, *Omnibus licere ex teſtamento militis capere: niſi id prohibitum quibuſdam reperiatur.* Ea regula eſt in l. 5. ex teſtamento militis. C. eod. titul. Quidam enim prohibentur ſpecialiter etiam ex teſtamento militis capere. & hinc variæ ſunt quæſtiones. Quæſtio eſt in primis de iis, qui deportati ſint in inſulam, qui ſerui pœnæ effecti ſunt. l. 13. Idem eſt l. & ſi de. §. deportati. Deportatus iure communi ex teſtamento capere non poteſt. l. 1. C. de hæred. inſti. vbi dicunt Impp. Qui deportantur, tanquam peregrini capere non poſſunt. Hoc eſt, quia amiſerunt ciuitatem & ex ciuibus effecti ſunt peregrini. ex teſtamento igitur capere non poſſunt. Nam qui ciues non ſunt, ex teſtamento nihil capiunt. ſed hoc eſt ſingulare militibus, vt quamuis ciuis non ſit is, qui inſtitutus eſt hæres, vel cui aliquid legatum eſt: is tamen ex teſtamento militis capiat. Extant ſimiles loci veluti in l. ſi deportati. 57. §. ſi miles. ff. de legat. 3. Alia eſt cauſa eorum, quibus ſeruitus irrogatur condemnatione. Hoc enim ius militare non eſt productum vſque ad ſeruos pœnæ: ad eos, qui non tantum ciuitatem: ſed etiam libertatem amittunt. l. 3. ff. de his quib. vt indign. Publice intereſt vt tales egeſtate laborent. l. Bona fides. depo. ff. Dicuntur ſerui pœnæ. quia ſeruitus eis irrogatur condemnatione. & ſerui pœnæ dicuntur, quia nullius ſerui ſunt, neque Reipublic. neque fiſci: ſed tamen omnia eis adimuntur quæcunque liberorum hominum propria ſunt, propter pœnam. Quæſtio etiam eſt de muliere in quam cadit turpis ſuſpicio, an ex teſtamento militis poſſit capere? Videte l. miles ita. 41. §. mulier. vbi Iuriſconſul. ait talem nec ex teſtamento militis aliquid capere poſſe. His verbis ſignificare videtur Iureconſultus priuatis non licere mulieri, in quam turpis ſuſcipio cadit, quicquam relinquere. quod tamen eſt falſum. Hic certe minus permittitur militibus, quam priuatis: Paganis permittitur affectionis alicuius cauſa dare concubinis, militibus non licet concubinis aliquid dare. l. qui concubinam. 29. ff. de leg. 3. Ius ſingulare eſt in militibus. leg. 2. Cod. de donat. inter vir. & vxor. Vtile non putauit Imperator talem donationem ratam eſſe, ne aliqui milites à ſuis concubinis facile ſpolientur. Et eſt locus communis de hac re obſeruatione dignus. Legatum relictum à milite concubinæ, aufertur ei tanquam indignæ, & fiſco vindicatur. Rurſum illis verb. *nec eſt teſtamento, &c.* Iuriſconſ. ſignificare videtur non tantum non capere poſſe ex teſtamento priuati: ſed nec ex teſtamento militis. ſed alium ſenſum eſſe puto horum verborum, vt non modo non capere poſſit ex donatione, de qua erant conſtitutiones principum: ſed nec ex teſtamento quidem. nam donatio collata à milite in concubinam inutilis erat, propter reſcripta quædam Principum, de teſtamento, de legato relicto teſtamento nihil erat expreſſum. Sed non tantum ex donatione inter viuos capere non poteſt, ſed nec ex teſtamento. Solet tractari quæſtio an idem de ſacerdotibus dicendum ſit qui donant ſuis ſcortis? Clerici pro militibus habentur. l. ſacroſanctæ. Cod. de epiſc. & cler. & receptum eſt, quod mihi probabilius videtur eſſe, & vtilitas hoc tem-

hoc tempore maxime poſtulat, vt donatio inutilis ſit, & pro militibus hoc caſu habeantur, quamuis priuilegia militaria non vſquequaque ad clericos pertineant.

Poſtrema quæſtio huius loci eſt, cuius temporis habenda ſit ratio, cum quæritur an quis capax ſit vel hæreditatis, vel legati, quod teſtamento militis relictum eſt? Ego dixi ſub tit. de hæred. inſtit. oportere cum eo, qui hæres inſtituitur, teſtamẽti factionem eſſe tribus temporibus, tempore facti teſtamenti, tempore mortis, & tempore aditionis hæreditatis. l. ſi alienum. 47. in §. extraneis. ff. de hær. inſt. & §. extraneis. de hære. qualita. & differ. in Inſti. Sed ſingulare hoc eſt in teſtamento militis, vt ſufficiat capacem eſſe hæredem tempore mortis, vt dicitur in l. idem eſt. 13. §. & generaliter &c. hic. ff. Ergo etſi forte cum eo qui hæres inſtitutus eſt à milite, non fuerit teſtamenti factio tempore facti teſtamenti, nihilominus hæres erit. Sequens locus ad res pertinet.

CAP. VI.

De quibus rebus miles teſtari poſſit, & quomodo teſtari poſſit.

Hic locus pertinet ad res; de quibus teſtari poteſt miles, & ad rationem teſtandi. Quæritur de quibus rebus teſtari poſſit, & quomodo teſtari poſſit? Nos pleraque ad hunc locũ pertinentia explicauimus ſupra. Itaque nos ea ſummatim & breuiter perſtringemus. Inter ſingularia, quæ ad hunc locum pertinent, illud in primis occurrit quod dictum fuit ſupr. militem ſubſtituere poſſe iis, qui ſibi futuri ſunt hæredes, etiam ſi filij non ſint: etiam ſi impuberes non ſint. l. milites. 5. ff. hoc tit. quo caſu hæredes extiterint, quod non licet paganis. Huic proximũ eſt quod dicitur in d. l. miles ita hæredem. §. exhæredato. poſſe militem filio exhæredato, vel emancipato ſubſtituere. Præterea miles inſtituit hæredem ex re certa, & valet inſtitutio ſi miles ita voluerit: priuatus autem non poteſt ita inſtituere hæredem ex re certa, vt inſtitutio valeat. l. 1. §. ſi ex fundo. & l. ex facto. 35. ff. de hæred. inſti. Subtilitas quidem iuris id non patitur, ſed miles poteſt decedere partim teſtatus, partim inteſtatus. hoc expreſſum eſt in l. ſi miles. 6. ff. hoc tit. vbi ſi miles aliquem inſtituerit ex fundo hæredem, inſtitutus capiet fundum, reliqua bona deferentur hæredibus legitimis qui ſuccedunt ab inteſtato. Huic ſimile eſt, quod dicitur in aliis locis militem poſſe certarum rerum hæredem habere. Miles enim poteſt inſtituere bonorum paganicorum vnum hæredem, alterum bonorum caſtrenſium, & valet hæc inſtitutio. l. ſi certarum. 17. hic. ff. Si miles inſtituerit duos hæredes, vnum caſtrenſium rerum, alterum rerum paganicarum, quæ ipſius ſunt, non militis, ſed pagani: hi duo hæredes perinde habentur, ac ſi diuerſorum hominum, diuerſarumque hæreditatum hæredes eſſent: atque ita diuiditur inter æs alienum, ſi contractum ſit æs alienum in caſtris, eoquę nomine tenebitur tantum is, cui res caſtrenſes obuenerunt. Eodem pertinet quod dicitur in l. hęredes 25. §. 1. famil. erciſcun. Inde conſequitur inter eos ius accreſcendi locum non habere, quamuis alias ius accreſcendi locum habeat inter cohæredes: vt ſi vnus ex hæredibus omiſerit partem ſuam: vel ea non adita deceſſerit, alteri cohæredi ea portio accreſcat. l. ſi duobus. 37. ff. hic. Proponitur duos hæredes inſtitutos fuiſſe, & alterum omiſiſſe partem ſuam, eam partem non accreſcere alteri. Huic conſentaneum eſt quod diximus in diſputatione de iure accreſcendi, ex diuerſis hæreditatibus ius coniunctionis accreſcere non contingere. tit. quib. mod. vſusfruct. At hoc teſtamentum habetur pro duobus teſtamentis. Huc pertinet quod dicitur in l. 1. & 2. C. hoc tit. Teſtator miles inſtituit hæredem de bonis, quæ non acquiſierat in caſtris, quæ non erant ipſius tanquam militis: ſed tanquam pagani. Ad d. l. 1. C. eo. ibi, Adire, &c. Etiam ſi omiſerit hæreditatem is, qui inſtitutus eſt, non erit locus iuri accreſcendi: ſed ab inteſtato hæredes ſuccedent. Si is, qui inſtitutus eſt ex re certa, omiſerit hæreditatem: alter hæres eam partem non capit iure accreſcendi: ſed ea potius deferetur hæredibus legitimis, qui veniunt ab inteſtato. Et ſimile eſt quod dicitur in l. 3. C. hic. nihil eſt obſcuritatis, præterquam Cod. l. 1. in his verb. & liquido, &c. Nam magna eſt dubitatio, & quæſtio tractari ſolita, Cui incumbat probatio, an hæredi inſtituto, an ei, qui venit ab inteſtato, ſi dubitatio ſit de militis voluntate. Hic reperitur antinomia, quæ habetur difficilis & obſcura. Antinomia eſt ex d. l. 1. C. eod. & ex l. 37. ſi duobus. ff. hoc tit. In d. l. 1. Cod. eod. illis verb. & liquido, &c. Imperator ſignificare videtur onus probandi incumbere legitimis hæredibus, noluiſſe teſtatorem caſtrenſia bona ad inſtitutum pertinere. in d. vero l. ſi duob. videtur neceſſitas probandi iniuncta eſſe hæredi inſtituto, vt hæres inſtitutus, qui contendit iure accreſcendi deberi ſibi partem, probet voluiſſe teſtatorem, vt omittente altero, ad alterum tota hæreditas rediret. In hac difficultate probabilius mihi videtur, probationis neceſſitatem incumbere hæredi inſtituto, propter ſeparationem bonorum factam à teſtatore. atque ita intelligendum eſſe quod dicitur in d. l. ſi duobus. ibi, *Niſi hac voluntas, &c.* Ad d. l. 1. C. eo. quæ videtur contraria eſſe, ego ita reſpondeo. Cum ait Imperator, & liquido, &c. animaduertendum eſt reſcriptum eſſe, non conſtitutionem generalem. Hoc enim reſcripſit Imperat. Antoninus ad quæſtionem propoſitam ex facto. Expoſuerat hæres inſtitutum ſe eſſe cum alio. Non fuerat exhibitum principi teſtamentum. propterea reſcribit, & liquido probatur fratrem tuum caſtrenſia bona, &c. id eſt, ſi verba teſtatoris clara ſunt & perſpicua. Nam teſtamentum mihi exhibitum non eſt. nec apparet aliud ſenſiſſe teſtatorem ex alia parte teſtamenti, ex his quæ ſequuntur & antecedunt. tunc enim id liquido probatur. Si ergo teſtamento prolato, verba ſunt clara, nec alię coniecturæ appareant, ſatis id liquido probatum eſt. Qui diſſentiunt aiunt præſumi militem iure communi vti velle. ſed cum ſeparat hæreditaria bona, non eſt obſcura eius voluntas: ideo non eſt locus præſumptioni. Huc pertinet quod dicitur in l. ſi miles vnum. 6. ff. hoc tit. & argumentum etiam ducitur ad id probandum, l. miles ita. 41. §. 1. hic. ff. vbi dicitur, ſi ad tempus aliquem miles hæredem inſtituerit: & nihil aliud adſcripſerit, poſt illud tempus hęredes legitimos ſuccedere. Ergo idem dicendum eſt de rebus, cum ſit eadem ratio. Huic ſententiæ noſtræ opponitur vt contraria l. 3. quanquam. C. eo. tit. De hac lege magna eſt diſſenſio eorum qui hac de re ſcripſerunt. hæc eſt ſpecies. Teſtator miles inſtituit duos hæredes: filiam, & vxorem. filiam inſtituit ex duabus vnciis, vxorem autem ex vncia: de reliquis portionibus nihil dixit. Quæritur quantum debeat ex hæreditate capere vxor, & quantum filia? Ex his, quæ diximus, videtur diuidendam eſſe hæreditatem in duodecim vncias, & vnam capere debere vxorem, duas filiam, reliquas autem portiones legitimos hæredes. & tamen hic dicitur totam hæreditatem capere debere vxorem & filiam. Hæc videntur pugnantia eſſe, quæ tamen non ſunt. Nam ſpecies ſunt diſſimiles. Diſſimilitudo quæ eſt in vtraque ſpecie, facit etiam vt ius varium ſit. In ſpecie dict. l. 1. C. eod. inſtituti ſunt hæredes ex certis rebus, ex rebus caſtrenſibus, ex rebus paganis. In dict. l. 3. non ſunt inſtituti ex certis rebus: vna eſt inſtituta ex duabus vnciis, altera ex vncia: vnciæ vero non ſunt certæ res. leg. 13. Interdum. §. paterfamil. ff. de hæred. inſtitu. Poteſt quis in quotlibet partes hæreditatem ſuam diuidere. Hic igitur teſtator in tres partes diuidit hæreditatem ſuam, nihilque prohibet eum ita hæreditatem ſuam diuidere. Itaque non eſt mirum, ſi vxor & filia dicantur totam hæreditatem ex teſtamento militis capere. Hæc interpretatio conuenit verbis teſtatoris. Si quis diſtribuerit hæreditatem ſuam in plures vel pauciores partes, quam duodecim, creditur totam hæreditatem diſtribuiſſe. Sed verba dict. l. 1. oſtendunt teſtatorem velle hæredes ſuos eſſe ex certis rebus. hæc igitur contraria non ſunt. Illud quoque ſingulare eſt in teſtamento militis, quod pro parte temporis hæredem inſtituit. ſicut enim pro parte patrimonij ſui inſtituit, ita etiam pro parte temporis inſtituit, vnum ad certum tempus, & poſt illud tempus alterum. l. in fraudem. 15. §. miles. l. quærebatur. 19. §. vltim. & l. miles. 41. ita hæredem. ff. hoc tit. & l. 8. certi iuris. Cod. eod. ex l. licet imperator. 73. ff. de leg. 1. vbi legata relicta ab inſtituto intelliguntur repetita à ſubſtituto. At hic alter alteri ſubſtitutus eſt, & eſt ſubſtitutio militaris, & tamen non cogitur legata ſoluere. Interpretes varias ſolutiones comminiſcuntur. Ego dixi ſupra, mihi videri magnum eſſe & apertum diſcrimen vtriuſque ſubſtitutionis. Nam cum teſtator vulgariter ſubſtituit hoc modo, *Titius hæres eſto: & ſi Titius hæres non erit, Sempronius hæres eſto.* ęquum eſt ſubſtitutum, qui ſuccedit in locũ alterius, non admitti, niſi legata præſtet, quæ ab inteſtato relicta ſunt. Sed in hac ſubſtitutione idẽ dici non poteſt, quia primus hęres ipſe legata ſoluit, quia adiit hæreditatẽ. Ab-

ſurdum eſſet ad hunc caſum producere conſtitutionem Imperatoris. in altero caſu non adit hæreditatem hæres inſtitutus,alioqui ſubſtitutus non ſuccederet.

Cœpimus in ſuperioribus eum locum attingere, qui ad res, de quibus teſtantur milites,& ad rationem teſtandi, pertinet. Hic locus pertinet ad inſtitutionem hæredum, ad legata,ad fideicommiſſa,ad dationem libertatis, ad tutoris conſtitutionem,quæ omnia teſtamento continentur. leg. verbis legis. ff. de verbo. ſignificat. Cœpta fuit diſputatio de hæredis inſtitutione. Diximus militem pro parte bonorum, & pro parte temporis hæredem inſtituere poſſe. Huc pertinet quod diximus ad leg. Centurio.ff.de vulg.ſubſtitut. Centurio miles poteſt hæredem inſtituere ad tempus, & poſt tempus alterum ſubſtituere.ideoque dicitur ea ſubſtitutio militaris.leg. Ex eo tempore. 42. ff. hoc titul. Idem non licet paganis. Vnde leg. hæreditas. 34.ff.de hæred. inſtit.dicitur hæreditatem ex die non dari: ſed hæ ſubtilitates negliguntur in teſtamentis militum. Vnde facile iudicari poteſt, quid ſit dicendum de quæſtione illa, vulgo tractata: *Inſtituo vxorem meam quandiu vixerit,& ſubſtituo Xenodochium.* Eſt certum eam ſubſtitutionem non valere: niſi in milite. Ex his pendet quæſtio leg. ex teſtamento. 5. Cod. eod. Exemplum hic eſt ſubſtitutionis reciprocæ, de qua ſatis accurate diſſeruimus ſub titul. de pupillari ſubſtitutione: alioqui hæc conſtitutio à nobis erat accuratius & plenius tractanda. Cum quis mutuo ſubſtituit hæredes, hæc ſubſtitutio complectitur compendio verborum multas ſubſtitutiones. Complectitur enim duas vulgares,& duas pupillares, ſi ſint impuberes, quibus facta eſt talis ſubſtitutio. Quod ſi vnus pubes ſit,& alter impubes, perinde accipimus hanc ſubſtitutionem, ac ſi vulgaris tantum eſſet ſubſtitutio. Quid ſi miles ita ſubſtituerit, quæritur an ita ſenſerit? quæſtio eſt voluntatis, vt Imperator ait ad finem huius legis. Lex videtur iniungere onus probandi ei, qui ſubſtitutus eſt his verbis, eos inuicem ſubſtituo, quaſi præſumendum non ſit teſtatorem, qui his verbis vſus ſit, velle vti priuilegio militari: ſed id à nobis iam confutatum eſt. Qui enim conſulebat Principem, non exhibebat ei teſtamentum legendum & conſpiciendum. Tu exponis ſubſtitutionem mutuo factam eſſe: ſed inſpicienda ſunt verba teſtamenti: videndum eſt quomodo conceptum ſit teſtamentum: videndum eſt an aliquid ſcriptum ſit,ex quo appareat contraria voluntas teſtatoris. hic locus igitur non probat, non eſſe præſumendum teſtatorem velle vti priuilegio militari, cum vtitur his verbis, eos inuicem ſubſtituo. De hæredis inſtitutione illud præterea notandum eſt, conditiones hæredes inſtitutioni adſcribi poſſe à teſtatore, quæ non ſint turpes aut bonis moribus contrariæ. In conditionibus, quæ turpes ſunt,aut bonis moribus contrariæ, nihil ſpeciale habet miles. De his conditionibus dictum eſt à nobis ſub titu,de condit.inſtit.has conditiones reiiciendas eſſe. In his nihil ſpeciale habet miles. l.ſi à milite.29.§. edictum. ff. hoc titul. Si turpis ſit conditio veluti conditio iuriſiurandi, ea reiicitur etiam in teſtamento militis. Hinc captatoria inſtitutio etiam reiicitur ex militari teſtamento.l. 11. captatorias. Cod. eod. Captatoria quæ ſit, diximus ſub titul.de hæred.inſtit. Cum quis inſtituit alterum captandi eius cauſa, vt eum alliciat ad ſe hæredem inſtituendum: eam inſtitutionem improbamus, tanquam bonis moribus contrariam. Vulgo non recte explicant, quæ ſit captatoria inſtitutio. Vnde certum eſt has inſtitutiones, quæ captatoriæ dicuntur, ad futurum tempus ſemper referri. l. illæ autem. 69 ff. de hæred. inſtit. veluti, Si me hæredem inſtituerit, hoc eſt captare. Sed cum confertur in tempus præteritum, veluti, Qua ex parte Titius me hæredem inſtituit, ex eadem parte volo eum meum hæredem eſſe. hoc non eſt captare. In ſumma quæcunque bonis moribus contraria ſunt, ea nihilo magis permittuntur militibus in teſtamēto condendo, quam priuatis. Vnde etiam dicendum eſt, Si quis ſe hæredem adſcripſerit in teſtamento militis, pœna legis puniendum eſſe. l. in fraudem. 15. §. ſi quis. ff. hoc titul. loquitur de Senatuſcon. Syllaniano. de quo eſt ff. titul. Si quis adſcripſ. ſibi in teſta. illud tanquam falſum punitur. Hæc de inſtitutione hæredis: videamus de legatis & fideicommiſſis, an quicquam in his ſpeciale habeat miles. Pauca hic reperio de legatis, cuiuſmodi eſt militem non poſſe legare dotem vxoris ſuæ contra legem Iuliam. Miles legare poteſt: ſed non extenditur eouſque eius priuilegium, vt poſſit rem legare, quæ non eſt in eius commercio. Illud ſingulare eſt,quod legata ex teſtamento militis valent vltra legem falcidiam.l.in teſtamento.C. eod. Sed de eo poſtea dicturi ſumus. Præterea tutorem dat miles teſtamento ſuo,& quæritur an in eo aliquid ſpeciale habeat miles? Ego nihil reperio ſpeciale in tutoris datione. Miles tutorem dat filio ſuo, modo id ſine iniuria alterius fiat, modo non ſit filius miles in aui poteſtate.l.cum filiusfam.28.& l.miles ita. 41.§. mulier.ff.hoc tit. Hæc diligenter notanda ſunt. Filiusfamilias miles filio ſuo impuberi ſubſtituit qui erat in poteſtate aui, & tutorem dedit, ea ſubſtitutio valet. Nam ſubſtituere poteſt in ſuis bonis. tutoris datio non valet,quia minuit ius alienum. Vnde vulgo annotari ſolet, priuilegia quæ conceduntur militibus vel aliis perſonis, ſic eſſe accipienda, ne iniuria alicui inferatur. Datio libertatis pertinet quoque ad teſtamenta. leg. ex his verbis.7. Cod. eod. an habeat aliquid ſigulare in libertatis donatione quæritur? Hic dicitur ſeruos ſuos militem manumittere poſſe teſtamēto, ſalua tamen lege Ælia Sentia. Militis priuilegium non tantum poteſt vt contra leges poſſit ſeruos ſuos manumittere.l.ſi à milite.29.§.miles. Lege Ælia Sētia cautum eſt ne minor vigintiquinque annis ſeruos ſuos teſtamento ſuo manumittat: niſi cauſa cognita, ne militi quidem licet ſeruos ſuos manumittere contra legem Æliam Sentiam: vt ſi minor ſit. Eodem pertinet quod dicitur in l. ſi Rufinus.4.C.eo. vbi latus clauus legendum eſt,id eſt, *Qui lato clauo ornatus eſt.* Mentio eſt in Auguſto,in Nerone,in Domitiano, apud Suetonium tribuni lati claui. Hinc vulgo annotatur,legem permittentem cedere legi prohibenti. Cum duæ leges ſunt, quarum vna permittit aliquid, altera vero prohibet, lex permittens cedere debet legi prohibenti. Hic locus pertinet ad antinomiam, quæ dicitur κατὰ περίστασιν, cum hypotheſi aliqua duarum legum conflictus reperitur. Vna lex eſt, vt militi arbitrio ſuo teſtari liceat: altera lex eſt, minori vigintiquinque annis militi ſeruos ſuos manumittere ne liceat. In hoc conflictu vtram ſequi debeamus, ſic reſpondet eo iure Imperator, vt lex quæ permittit cedat legi prohibenti: & eſt ſententia Ciceronis libr.2. de Inuentione, quo in loco diſſerit de antinomia, ait videndum eſſe vtra lex iubeat, vtra permittat: vt eam potius ſequamur quæ iubet. Nam quod permittitur eſt voluntarium: quod vero iubetur, neceſſarium. In hoc conflictu legum quid vtilius eſt publice, & quod æquius etiam ſequimur. Hoc vtilius eſt militi. Conſultum eſt minori, etiam ſi miles ſit, ne imbecillitate ſuæ ætatis circumſcriptus, patrimonium ſuum conſumat & dilapidet, vt ſeruos ſuos ante vigeſimum annum non poſſit manumittere: niſi cauſa cognita. In hac autem libertatis datione, non multum refert quibus verbis vtatur miles: modo voluntas eius certa ſit, ſi appareat militem voluiſſe libertatem dare ſeruo ſuo: non curamus quibus verbis vſus ſit. d. l. ex his verbis.7. C. eo. vbi teſtator his verbis vſus eſt, *Fortunato liberto meo centum do lego.* Hic Fortunatus erat ſeruus eius. vocat eum libertum ſuum, quem tamen libertate non donat: an interpretabimur teſtatorem voluiſſe eum manumittere, eumque liberum eſſe teſtamento ſuo: quia dixit, *Fortunato liberto meo centum do lego?* Ait Imperator nos debere ſic interpretari teſtamentum militis, vt libertas data eſſe intelligatur, ſi teſtator ſciens prudens liberum non eſſe, ſed ſeruum, his verbis vſus ſit, *Fortunato liberto meo do lego,* benigna interpretatione creditur eum liberum eſſe voluiſſe: perinde ac ſi his verbis vſus eſſet, *Fortunatum ſeruum meum liberum eſſe volo, eique centum do lego.* Sed cur idem non dicimus in pagani teſtamento? Quia hæc verba non ſunt apta ad declarandum teſtatoris voluntatem, cum verba ſint enunciatiua, non diſpoſitiua. At verba teſtamenti oportet huiuſmodi eſſe, quibus teſtator ſe aliquid velle ſignificat: vt, volo hoc fieri, quæ ſunt verba diſpoſitiua. Enunciat hic autem eſſe libertum ſuum. Eſt locus vulgaris, & quæſtio vulgo agitata, de vi horum verborum, an pro diſpoſitione accipi debeant? Sed breuiter dicendum eſt, vt in facti & voluntatis quæſtione, multum referre quomodo hæc verba enunciata & probata ſint à teſtatore: an principaliter, an vero obiter, & vt loquuntur, incidenter. Si principaliter quis talib. verbis vſus ſit, nos benigniore interpretatione ea accipimus pro diſpoſitione. Exēplum eſt in l. ex hac ſcriptura. 16. ff. de dona. vbi verba illa, *Sciāt hæredes mei viuū donaſſe veſtem omnem meam libertis meis,* benigna interpretatione Iuriſco. ait, perinde

perinde accipi ac ſi dixiſſet, *Rogo hæredem meum vt vniuerſam veſtem meam illi & illi libertis meis det.* Sed accidit, vt aliquando hæc verba obiter tantum proferantur à teſtatore: ſicut in hoc exemplo, *Fortunato meo liberto do lego.* Quid enim principaliter hic agitur? Teſtator legat centum Fortunato: ſed obiter vocat eum libertum ſuum. Non dicit, ſciant hæredes mei libertum meum eſſe: ſed tantum obiter adſcribat ei hanc appellationem. Hic videtis, non niſi magno fauore hæc verba accipi poſſe pro diſpoſitione: ſed fauor militum exigit vt accipiamus hæc verba pro diſpoſitione: & ſic teſtamentum militis à teſtamento pagani diſtinguitur. Poſtremus locus huius tractatus eſt, de his, quæ ad teſtamentum pertinent.

Cap. VII.

De priuilegiis, quæ ad teſtamentum pertinent.

QVædam in teſtamento non fiunt: ſed tamen ad teſtamentum quouis modo pertinent. De his videndum eſt, an in his miles aliquid ſingulare habeat. Et in primis conſideranda eſt aditio, ſiue bonorum poſſeſſio. Aditio hæreditatis ſequitur teſtamentum. Poſt mortem teſtatoris hæres adit hæreditatem: idque ex teſtamento conſequitur, vel petit bonorum poſſeſſionem. Et certum eſt aditionem hæreditatis non minus hic neceſſariam eſſe, quam in teſtamento pagani. Nos hic ſequimur regulam communem. l. ſi nemo ſubiit hæreditatem. ff. de reg. iur. & l. 1. ff. de iniuſto, rupto & irrito. Hocque ſatis apparet ex l. 32. ſi filiusfamil. ff. hoc tit. Si ſecundum voluntatem teſtatoris hæreditas non adeatur, ne caſtrenſes quidam res eius hæredibus competunt, tantum abeſt vt res paganicas hæres conſequatur non adita hæreditate: vt ne caſtrenſes quidem conſequatur. Vno autem ex hæredibus omittente hæreditatem, quæritur an ſit locus iuri accreſcendi? De hoc diximus ſupra. Diximus aliquando locum eſſe iuri accreſcendi, aliquando locum non eſſe: vt puta, ſi vnus ex certis rebus ſit inſtitutus hæres. Cum teſtator vnum ex certis rebus inſtituit hæredem, propter illam ſeparationem rerum, creditur voluntas eſſe teſtatoris vt vno omittente hæreditatem, hæres alteri non accreſcerent. Hoc à nobis explicatum eſt ſupra. Vnde quæritur de bonorum poſſeſſione, an bonorum poſſeſſio ex teſtamento militis poſſit agnoſci poſt tempora ſtatuta: an aliquid hic ſingulare habeat miles? Et eadem quæſtio poteſt tractari de aditione hæreditatis: ſed hic quæſtio de bonorum poſſeſſione tractatur, ſi ſit extraneus hæres, quæritur an poſſit poſt centum dies bonorum poſſeſſionem agnoſcere? Quæſtio ex eo naſcitur, quod diximus ſpectandam eſſe tantum militis teſtantis voluntatem. At cum hæredem aliquam inſtituit miles, videtur velle vt is ſit hæres: ſed tamen hic dicitur, poſt tempora ſtatuta, non poſſe bonorum poſſeſſionem peti. in l. in fraudem. 15. §. bonorum poſſeſſio. ff. hic generalis eſt determinatio Prætoris, quæ continetur edicto de bonorum poſſeſ. & milites non excipiuntur eo edicto Prætoris. Si poſt tempora ſtatuta admitteretur hæres ad petendam bonorum poſſeſſionem ex teſtamento militis, id non fieret ſine iniuria aliorum hæredum: puta legitimorum. Et priuilegia militum non porriguntur contra aliorum iniuriam, & incommodum, vt iam diximus. Aliis quoque modis teſtamentum militis irritum conſtituit: non quidem ſi mortem ſibi conſciuerit miles: impatientia doloris, vel tædio vitæ. l. eius militis. 34. in prin. ff. eo. titul. Sed ſi conſcientia ſceleris ſibi mortem conſciuerit, teſtamentum eius irritum conſtituitur. ita diſtinguit Iuriſconſ. in l. 6. ſi quis filio exhæredato. §. eius qui deportatur. ff. de iniuſto, rupto, & irri. Sed quid ſi miles capite minutus ſit, an capitis minutione conſtituitur eius teſtamentum irritum? Certum eſt teſtamentum pagani capitis diminutione irritum conſtitui. Sed hic dicitur valere militis teſtamentum, quaſi ex noua voluntate. l. miles ſiliusfamilias. 22. ff. hoc tit. Cum poſt capitis diminutionem perſeuerat in eadem voluntate, irritum non ſit: ſola voluntas militis ſufficit. Ergo quamuis adoptione, vel emancipatione capite minutus ſit, quaſi ex noua voluntate teſtamentum eius conualeſcit. Idem dicitur in Inſtit. eo. tit. §. ſed & ſi quis. Hæc de teſtamento militis irrito.

Tractatum fuit de his, quæ ad teſtamentum militis pertinent, & quæ ex eo teſtamento conſequuntur, an in iis miles aliquod ius ſingulare habeat. Et diximus de irrito teſtamento: nunc videndum eſt de rupto. In rupto teſtamento aliquid ſingulare miles habet. Nam etſi alias poſteriore teſtamento prius teſtamentum rumpatur, vt diximus ſub tit. de iniuſto rupt. ſupra: tamen poſteriore teſtamento militis prius teſtamentum non rumpitur, ſi plura teſtamenta miles fecerit: omnia enim eius teſtamenta rata ſunt: niſi quatenus expreſſim poſteriore teſtamento miles ipſe derogauerit priori teſtamento. l. miles ſi teſtamentum. 35. ff. hoc titul. Atque hinc naſcitur quæſtio, quæ tractatur in leg. quærebatur. 19. Miles fecit teſtamentum: poſtea aliud fecit. in poſteriore teſtamento ſcripſit ſe hæredis fidei committere, vt priores tabulæ valeant. Quæritur an valeat prius teſtamentum? Quæſtio naſcitur ex eo, quod iam à nobis dictum eſt, militi licere plura teſtamenta facere: & omnia quæ fecerit teſtamenta rata eſſe: & vno teſtamento alterum non tolli: ſed tamen, quia teſtator expreſſit ſe hæredis fidei committere, dubitari poteſt quam vim habeant priores tabulæ. Quæritur ergo, quo iure priores tabulæ valere debeant, an iure directo, an iure fideicommiſſi? Reſpondet Iuriſconſultus in d. l. 19. *Dicebam, &c.* Quid poſſit miles dubium non eſt: poteſt plura teſtamenta facere: ſed cum his verbis vſus eſt, *Fidei hæredis committo vt prius teſtamentum valeat:* non videtur eius hæc voluntas eſſe vt valeat prius teſtamentum iure directo: ſed tantum iure fideicommiſſi. Vnum hic tantum notandum eſt. Sicuti verba directa accipiuntur interdum pro verbis fideicommiſſi. l. verbis ciuilibus. ff. de vulg. & pupil. ſubſtitu. ita etiam verba fideicommiſſi nonnunquam accipiuntur pro verbis directis, vt hic dicitur. & ſimile exemplum eſt in leg. 13. Idem eſt, & ſi de teſtamento. §. vlt. ff. hoc tit. Fauor hic exigit vt quod iure fideicommiſſi relictum eſt, perinde accipiamus ac ſi iure directo relictum ſit: vt pro hærede directo eum accipiamus. Fauor militis, & fauor libertatis id exigit. An idem dicemus de agnatione poſthumorum, quod de teſtamento poſteriori diximus? Agnatione poſthumi rumpitur teſtamentum. Si poſthumus præteritus ſit in teſtamento, an aliquid ſingulare hic miles habeat? Quæſtio eſt ad hunc locum pertinens in l. 33. ſi filiusfamilias miles. ff. hoc titul. Filiusfamilias miles, qui erat in patris poteſtate, teſtamentum fecit: filium ſuum poſthumum naſciturum ex vxore ſua, qui erat futurus auo nepos, præteriit: is natus eſt. quæritur, an eius agnatione rumpatur teſtamentum: quia teſtamentum factum eſt à milite, & iure militari? Hic diſtinguit Iureconſ. an natus ſit mortuo iam auo, an vero natus ſit poſthumus auo adhuc viuo & ſuperſtite. Ibi, *Poſt mortem, &c.* Auus iam deceſſerat cum natus eſt poſthumus: hic poſthumus agnaſcendo rumpit teſtamentum patris ſui, in quo præteritus fuit: quia naſcitur ei ſuus hæres, naſcitur in poteſtate, & nemo eum antecedit cum naſcitur. conſequens eſt eum naſci ſuum hæredem patri. Sed ait Iuriſconſultus noua voluntate militis id teſtamentum quod ruptum eſt, conualeſcere: quia nihil aliud ſpectamus, quam nudam voluntatem militis. Si vero natus ſit poſthumus adhuc ſuperſtite auo, non poſſumus dicere ruptum eſſe teſtamentum agnatione: quia quo tempore naſcitur, non poteſt dici ſuus hæres patri. quia eſt in poteſtate aui, non patris. Vt ſuus hæres quis naſcatur, oportet eum in poteſtate eſſe, vt ſupra diximus, ſub tit. de liber. & poſthum hæred. inſtit. Eſt locus communis de ſuo hærede, Quis ſuus hæres ſit. Quid igitur dicemus, ſi teſtamento aui præteritus eſſe dicatur, & naſcatur viuo auo: an ſaltem rumpat teſtamentum aui? Dubitatio ex eo naſcitur, quod naſcitur in poteſtate aui. Vnde videtur rumpere aui teſtamentum, quaſi ei agnaſcatur. Sed Iureconſultus ait, eum non rumpere teſtamentum aui: quia etſi naſcatur in eius poteſtate: non tamen naſcitur ſuus. quia pater eum præcedit. Duo ſunt neceſſaria vt quis naſci ſuus dicatur. Primum vt ſit in poteſtate: deinde vt eum nemo antecedat. Sequens quæſtio eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, de querela inofficioſi teſtamenti. Ponamus filium emancipatum, à patre milite præteritum eſſe teſtamento: an dabitur bonorum poſſeſſio contra tabulas patris ei filio emancipato? hoc vnum ſupereſt remedium Prætorium contra paternum teſtamentum, in quo præteritus eſt. Et breui-

ter dicendum eſt, bonorum poſſeſſionem filio emancipato non dari contra tabul. patris militis, ad bona caſtrenſia. l. 29. ſi à milite. §. vlt. Filius proponitur præteriiſſe patrē ſuum: patri datur bonorum poſſeſſio contra tabulas. leg. 1. ſi à par. quis manu. ſed tamen excipiuntur res, quarum liberam habet adminiſtrationem. De querela inofficioſi teſtamenti apertæ ſunt conſtitutiones iuris veteris de inoffic. teſta. tam in Digeſtis, quam in Codice. leg. Papinianus. 8. §. Papinianus. & l. ſi inſtituta. 27. §. de inofficioſo. ff. de inoffic. teſtam. & l. de inofficioſo. 9. & l. teſtamentum. 24. C. eod. Sed dubitatur à plerifque, an hoc ius correctum ſit conſtitutione Iuſtiniani? Quæſtio naſcitur ex interpretatione verborum Iuſtiniani in §. hæc quidem. in Nouel. conſtitut. 115. vt cum de appel. Sed admonui ſupra, nihil immutatum eſſe conſtitutione Iuſtiniani. Vnde dicendum eſt antiquum ius hic manere incorrectum.

Poſtrema quæſtio eſt de Falcidia. Hoc enim ad teſtamentum militis pertinet: & ex teſtamento militis hoc conſequitur, cum legata excedunt dodrantem hæreditatis: an poſſit detrahi quarta pars ex lege Falcidia? Et breuiter dicendum eſt Falcidiam ceſſare in militis teſtamento. l. ſi certarum. 17. §. vltim. ff. hoc titul. l. in teſtamento. Cod. eo. In teſtamento militis ſola eius voluntas ſpectatur, Falcidia detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Teſtator cum legat omnia bona ſua, vel vltra dodrantem hæreditatis, dubium non eſt quin velit ea præſtari ab hærede ſuo. Atque ideo illa quarta pars detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Hoc ius antiquum dicitur correctum eſſe vulgo Iuſtiniani conſtitutione. Nouella 1. de hæred. & Falci. §. pen. Iuſtinianus poſt longam diſputationem de detrahenda quarta parte ex l. Falcidia, ſubiicit tandem ſe velle locum habere conſtitutionem ſuam in omni perſona, ſiue ſit priuata, ſiue militaris. cum expreſſim ſit mentio facta militaris perſonæ, non videtur dubitandum eſſe, quin priuilegium militum omnino ea conſtitutione antiquatum ſit. Poſſunt tamen verba conſtitutionis intelligi de perſona hæredis, & non de perſona teſtatoris, ſi quis diligenter expendat & conſideret totum contextum eius conſtitutionis, quæ prolixa eſt. Sane prolixitas & obſcuritas cauſa fuit huius opinionis, iudicio meo. Iuſtinianus nouum ius inducit. Vult, niſi hæres inuentarium fecerit bonorum, vt cogatur integra legata præſtare. Deinde multis verbis docet rationem eius inuentarii deſcribendi: & ſubiicit ſe velle conſtitutionem habere locum in omni perſona, ſiue ſit priuata, ſiue ſit militaris. Quæ verba videntur ita accipienda eſſe, vt ſiue miles ſit hæres inſtitutus, ſiue priuata perſona, non poſſit detrahere quartam partem ex lege Falcidia, niſi inuentarium bonorum deſcribi curauerit. Nos autem hic loquimur de milite teſtatore. Hæc ſententia mihi videtur probabilior eſſe, etſi diu opinio vulgaris ſit recepta. Hactenus de teſtamento militari.

IN TIT. II.

DE ACQVIRENDA VEL OMITtenda hæreditate.

CAP. I.

SVB titulis ſuperioribus oſtenſum fuit, quibus modis hæreditas deferatur: nunc videndum eſt quibus modis hæreditas delata acquiratur vel omittatur & repudietur. Hæc tractantur hoc tit. quæ ad acquiſitionem hæreditatis pertinent vel ad eiuſdem omiſſionem: ſub qua hæres cui delata eſt hæreditas, poteſt vel hæreditatem acquirere vel omittere. Hoc eſt argumentum huius tituli, cui reſpondent alii duo tituli in Codice Iuſtiniani. Eſt titulus de iure deliberandi, qui ſic inſcribitur, De iure deliberandi, & de acquirenda hæreditate. & tit. ſeq. de repud. vel abſtinen. hæred. Iuſtinianus in compoſitione Codicis ſui coniunxit ea, quæ pertinebant ad ius deliberandi & acquirendam hæreditatem: quæ vero ad repudiationem hæreditatis pertinebant, ſeparauit. In Digeſtis coniunxit ea quæ pertinebant ad hæreditatem acquirendam & omittendam: ſeparauit autem ea quæ pertinebant ad ius deliberandi. In initio huius diſputationis perquam obſcuræ, incipiemus ab explicatione ipſius tituli. Titulus eſt, De acquirenda vel omittenda hæreditate. Videndum eſt igitur quid ſit hæreditas? Cum enim dicimus hæreditatem acquiri, vel omitti, neceſſe eſt vt intelligamus quid hæreditas ſit: quod verbum vulgo notum non eſt. Ab omnibus idiotis & imperitis hoc verbum vſurpatur tanquam notum vulgo. Hæreditatem vulgus accipit pro rebus, quas reliquit defunctus hæredi ſuo. Hanc loquendi rationem ſecuti ſunt & viri eruditi plerique. Cicero definit hæreditatem pecuniam eſſe, in Topicis, Hæreditas, inquit, eſt pecunia, &c. Cicero cum definit hæreditatem, non tractat ius ciuile: tractat dialecticam: docet rationem definiendi. Et quia ad Iureconſultum Trebatium ſcribit, obiter adducit exemplum ex iure ciuili: oſtendit quomodo eſſet definiendum. In ea igitur re neglexit ſubtilitatem iuris, & ſequutus eſt morem loquendi vulgi. Adiecit Cicer. nec ea legata teſtamento, vt oſtenderet legatarium hæredem non eſſe, quamuis pecuniam capiat morte alicuius. Adiecit etiam Cicer. aut poſſeſſione retenta. fieri enim poteſt vt morte alicuius retineat poſſeſſionem. Hæc adiecit tanquam differentiam, cui addit Alciatus verbum confecta eſt, quod reiiciendum eſt. Cum enim quis definit hæreditatem pecuniam eſſe, quæ morte alicuius peruenit, nondum plena eſt definitio: addendum erat quæ nec alicui teſtamento legata eſt: ac nec quidem ſic plena eſt, ſed addendum fuit, aut poſſeſſione retenta. & ita confecta eſt definitio. Sic ſolet vulgus hæreditatem accipere. Sed iuris noſtri auctores diſtinguunt hæreditatem à rebus hæreditariis. Et re vera magna differentia eſt hæreditatis & rerum hæreditariarum. Iureconſulti noſtri non definiunt hæreditatem pecuniam eſſe, quæ morte defuncti peruenit, &c. ſed definiunt, ius eſſe vniuerſum defuncti, quod defunctus habuit. l. nihil aliud. ff. de reg. iur. leg. hæreditas. 50. ff. de petit. hæredit. Definiunt Iureconſulti eſſe ſucceſſionem in ius vniuerſum defuncti, quod habuit tempore mortis ſuæ: vt oſtendant eum hæredem dici, qui ſuccedit in locum defuncti, etſi nullæ res forte hæreditariæ ſint: vt intelligamus hæredem eſſe ſucceſſorem in locum defuncti, repræſentare perſonam defuncti, etiam ſi nihil in bonis ſit: etiam ſi hæreditas ſoluendo non ſit. Si aliter acciperemus, is qui teſtatur ſe velle ſuccedere in locum defuncti, ſemper detrectaret ſolutionem æris alieni: diceret ſe hæredem non eſſe: non conueniretur à creditoribus hæreditariis. Sic videtis neceſſariam eſſe diſtinctionem hæreditatis à rebus hæreditariis. Quia qui ſuccedit in locum defuncti, & repræſentat eius perſonam principaliter, quod habebat defunctus, per conſequentiam capit, quamuis nihil reperiatur in illius patrimonio: nihilominus recte hæres dicendus ſit. Hinc dicitur hæreditas, nomen eſſe iuris. Hæreditas numeratur inter ea, quæ incorporalia ſunt, quæ non ſunt, ſed intelliguntur, vt verbis Ciceronis vtar. Occurrunt plerique loci in Pandectis noſtris, in quibus dicitur hæreditas nomen eſſe iuris. l. pecuniæ verbum. §. hæreditas. ff. de ver. ſig. & l. hæreditatis appellatio. ff. eo. l. bonorum appellatio. eod. titul. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. hæreditas. ff. de petit. hæred. Sic accipitur hæreditas in hoc tit. de acq. hæred. Cum enim dicimus acquiri hæreditatem: non tantum acquiri dicimus res, quæ reperiuntur in patrimonio defuncti: ſed quicquid iuris competiit defuncto, vel in defunctum, & in eius hæredem transfertur: quia ſuccedit in eius locum & habetur loco defuncti. Sic accipitur in tit. de hæred. vel act. vend. Hæreditas nomen iuris eſt. Qui hæreditatem emit, non dicitur emere corpora hæreditaria: ſed tantum illud ius quod competit defuncto vel contra defunctum. Hinc apparet quis ſit vſus huius diſtinctionis. Seneca ridet accuratam ineptiam Iureconſultorum, qui diſtinguunt hæreditatem à rebus hæreditariis, qui negant vſucapi poſſe hæreditatem: res hæreditarias vſucapi poſſe aiunt: ſed is magis ridendus eſt, qui de rebus à ſe non intellectis ita leuiter pronunciauit. Hic quæri ſolet an idem ſit bonorum poſſeſſio & hæreditas: Aut, quid inter hæreditatem & bonorum poſſeſſionem interſit. Intelligant Tyrones bonorum poſſeſſionem, eſſe ſucceſſionem iuriſdictionis prætoriæ. Bonorum poſſeſſio eſt ciuilis ſucceſſio: ſed quæ iuris tantum Prætorii eſt. Cum quis iure tantum Prætorio ſuccedit in ius defuncti, is dicitur bonorum poſſeſſionem accipere. Bonorum poſſeſſio non eſt detentio

rerum,

rerum, quamuis poſſidere, ſignificet res detinere. Eſt nomen iuris: ſicut hæreditas, quamuis verba ex quibus componitur videantur ad detentionem rerum & apprehenſionem quandam referri. Succeſſio quædam iuris eſt. vt dicitur in l.3.§.hæreditatis.ff. de bo.poſſeſ. Eſt & vſitatum vocabulum apud veteres. Cicero libro 7. epiſt. ad Trebat. hoc verbo vtitur. Sed cur hæc ſucceſſio, hæreditas non dicitur, cum præſertim conueniat definitio hæreditatis? Sed ideo is, qui ſuccedit iure Prætorio tantum non etiam iure ciuili, dicitur bonorum poſſeſſor, non hæres: quia Prætor eum hæredem facere non poteſt, qui iure ciuili non admittitur. §.quos autem.Inſtit.de bono. poſſeſ. Lex certis perſonis defert hæreditatem. Prætor aliqua æquitate ductus alias perſonas admittit ad hæreditatem: non tamen eas facit hæredes. Hæres eſt nomen legitimum. Prætor itaque ne videretur aperte contra leges facere, dicit ſe bonorum poſſeſſionem dare. hoc viſum eſt ciuilius: cum Prætor ſupra leges publicas non eſſet.idque colligitur ex leg. cum ſponſus.§.ſi res talis ſit.ff. de publ.in rem actio. & in edicto ex quibus cauſis maiores in integrum. quibus locis dicitur Prætorem nihil contra leges inducere velle. Sed de poteſtate Prætoris nos alias docuimus plenius. Bonorum poſſeſſio, ſucceſſio quædam eſt Prætoria. Eſt hæreditas Prætoria, ſi quis velit ita loqui. effectu enim hæredes ſunt & dicuntur loco hæredum eſſe, ac pro hæredibus habendi ſunt.leg.2.ff.de bon.poſſeſſ.& l.hæreditatis.ff.de verb.ſign.& l.Prætor.de reg.iur. Vnde in eos & eis dantur vtiles actiones, ſicut in eos, qui iure ciuili hæredes ſunt, dantur directæ. Vtilitatis cauſa receptum eſt, vt in eos vtiles actiones dentur. Vlpianus in Inſtitution. eas actiones, quæ dantur, vocat ficticias, quas dicimus vtiles. nam quamuis hæredes non ſint: tamen vtilitatis cauſa hæredes ſunt & pro hæredibus habentur. Ex his intelligitis quid ſit hæreditas, quid bonorum poſſeſſio, quid inter bonorum poſſeſſionem & hæreditatem interſit. vſus eſt compoſitor Pandectarum verbis generalibus, De acquir. vel omit.hæred. Acquirere hæreditatem verbum generale eſt. Omittere hæreditatem æque generale eſt.ita concepta eſt inſcriptio huius tractatus, vt complecteretur quicquid ad acquiſitionem, vel omiſſionem attinet, ſiue extraneus, vel ſuus acquirat, vel adeat: ſiue abſtineat, vel repudiet. Adire hæreditatem dicitur extraneus, quaſi ad hæreditatem ire, quam nunquam habuit, quod non conuenit ſuo hæredi.ſuus hæres dicitur ſe immiſcere.l.in ſuis.14. ff. de ſuis & legit.hæred. Simile eſt diſcrimen in omiſſione. Repudiare dicitur hæres extraneus, abſtinere ſeruus, ſed hoc diſcrimen plerunque confunditur.

Ad explicationem tituli docuimus, quid ſit hæreditas, quid ſit hæreditatem acquirere, hæreditatem omittere, hæreditatem repudiare, ab hæreditate ſe abſtinere. Iam videndum eſt, cur ita inſcriptus ſit hic titulus, de acquirenda vel omittenda hæreditate. Sed ideo alternatio hic adſcripta eſt & diſtinctio: quia liberum eſt hæredi, cui delata eſt hæreditas, eam acquirere vel omittere: id ſignificat hæc inſcriptio, De acqu. vel omit. hæred. Et huc pertinet quod dicitur in l.nec emere.C. de iure delib. Nemo compellitur hæreditatem adire: quia damnoſa eſt fortaſſis. arbitrio ſuo hæres hæreditatem ſibi delatam, vel acquirit, vel omittit: quod eſt intelligendum, præterquam in caſibus exceptis: nam ſeruus hæres inſtitutus à domino ſuo neceſſarius eſt hæres.tit.de hæred.qualit.& differ. §.1. Non eſt enim ſeruo inſtituto liberum, hæreditatem omittere, vel acquirere.

Alter caſus eſt in ſenatuſconſulto Trebelliano, cum quis rogatus eſt hæreditatem reſtituere ex cauſa fideicommiſſi, inſtante fideicommiſſario poteſt cogi periculo fideicommiſſarii eam hæreditatem adire, vt eam ei reſtituat.l.qui poterat. ff.ad Senatuſconſ.Trebell. Alias nemo cogitur adire hæreditatem: hoc enim eſſet iniquum, quia hæres adita hæreditate implicatur omnibus oneribus hæreditariis, etiam ſi hæreditas ſoluendo non ſit.l.quæ dotis.ff.ſolut.matr. Hæc de tituli explicatione. Cum autem huius tituli duæ ſunt partes, vna de acquirenda hæreditate, altera de omittenda, nos ſeparatim de vtraque diſputaturi ſumus: ac primum, de acquirenda hæreditate.

CAP. II.

De acquirenda hæreditate.

IN hac diſputatione de acquirenda hæreditate, primus locus occurrit, de cauſa ipſius acquiſitionis. Igitur cauſa acquiſitionis nunc à nobis explicanda eſt: nam vt acquiratur hæreditas, quædam neceſſaria ſunt, ſine quibus acquiri non poteſt. In primis oportet delatam eſſe hæreditatem: nam ante quam delata ſit, non poteſt acquiri. Prætereà ſcientia quoque hæredis, cui defertur hæreditas, requiritur. Deinde requiritur habilitas perſonæ. Oportet enim talem eſſe perſonam hæredis, vt adire poſſit. De his omnibus nos ſigillatim dicemus, ac ordine. Et in primis de hæreditate delata. Iureconſultus in leg.delata.151.de verborum ſignific.interpretatur delatam hæreditatem, quam quis poſſit adeundo conſequi. Tunc intelligitur alicui delata eſſe hæreditas, vel teſtamento, vel lege, cum adeundo poteſt eam obtinere: cum nihil impedit, quominus hæres ſi velit eam acquirat, cum ad acquiſitionem nihil ſupereſt, niſi declaratio voluntatis heredis. Sic accipitur in l.1.§.decretalis.ff.de ſucceſſ.edict. cum ait Iureconſultus decretalem bonorum poſſeſſionem repudiari non poſſe: quoniam ante decretum nondum delata eſt, at quæ nondum delata eſt, repudiari non poteſt: poſt decretum ſera eſt repudiatio. Decretalis bonorum poſſeſſio eſt, quæ non datur ex edicto ſiue decreto Prætoris, & cauſæ cognitione, vbi cauſæ cognitio neceſſaria eſt, ibi decretum Prætoris requiritur.leg.nec quicquam 9.§.vbi decretum.ff. de offic.proconſ. Sed de repudiatione dicemus ſuo loco. nunc inſtituta diſputatio eſt tantum de acquiſitione hæreditatis, ſed obiter eum locum adduximus, qui ad repudiationem pertinet, vt oſtenderemus quomodo intelligendum eſſet quod dicitur, hæreditatem eſſe delatam alicui, oportere vt adeatur. Hoc exemplis demonſtrandum eſt. vnum exemplum eſt in l.neminem.27.ff.hoc tit. Hominis adhuc viui hæreditas non dicitur delata eſſe, & ideo acquiri non poteſt. Si quis ſe pro hærede gerat in bonis hominis viui: ſi quis teſtetur ſe hæredem eſſe velle eius: quia forte hæres eſt inſtitutus in eius teſtamento, non poteſt hæreditatem eius ſibi acquirere vlla aditione: quia nondum eſt delata, ac ne vlla quidem hæreditas eſt hominis viui.l 1.de hæred. vel act.vend.idque patet ex definitione hæreditatis. Aliud exemplum eſt in l.quandiu.39.ff.hoc titul. Cum quis teſtamento hæres inſtitutus eſt, qui extraneus eſt, qui ex legitimis hæredibus non eſt, & is nondum excluſus eſt repudiatione, vel tempore, hæreditas non poteſt dici legitimo hæredi ab inteſtato delata eſſe. Ideoque eam acquirere non poteſt, etſi forte eam prius adierit, ante quam delata ſit. ea enim aditio nullius eſt momenti. Simile eſt in l.in plurium. 69.ff.hoc tit. vbi Iuriſconſ. Paulus ait, *à ſcriptis hæredib. teſtamento incipiendum*, deinde tranſitus fit ad eos, ad quos legitima hæreditas pertinet ab inteſtato iis excluſis, qui teſtamento hæredes ſcripti ſunt. Obſeruandæ ſunt tamen exceptiones quædam huius regulæ. Reperiuntur quidam caſus in quibus legitimus hæres præfertur ei, qui teſtamento ſcriptus eſt.l.80. ſi quis ita hæres inſtituatur.ff.de hæred.inſtit. Quidam hæres eſt ita inſtitutus, *Si legitimus hæres hæreditatem vindicare noluerit, Titius hæres eſto*, hic potior eſt cauſa legitimi hæredis. quam ſcripti. Contra hanc regulam, quidam exiſtimant, legitimum hæredem ex teſtamento ſuccedere, quæ ſententia à nobis confutata eſt ſub tit.de cond.inſt. Nam legitimus hæres non ſuccedit ex teſtamento: ſed ab inteſtato potius. Nec mouere nos debet quod diſſentientes aiunt, voluntatem teſtatoris hic certam eſſe: nec curandum eſſe quibus verbis teſtator hæredem inſtituat. Igitur, propter voluntatem teſtatoris, videri legitimum hæredem ex teſtamento vocatum eſſe, & hæredem inſtitutum eſſe. Sed ego dixi ſupra, inſpiciendum eſſe quid teſtator voluerit: ſpectandam eſſe teſtatoris voluntatem: nec multum referre, quibus verbis vſus, hæredem ſibi inſtituat.l.3. de liber. præter.C.& l.quoniam.15. C.de teſtam. Si appareat teſtatorem voluiſſe eum hæredem inſtituere, res expedita eſt, nec vllam dubitationem habet: ſed credibile eſt teſtatorem velle ius legitimæ ſucceſſionis reſeruare hæredi legitimo. leg.vel ſingulis.35.ff.de vulg. ſubſtitu. & propterea dicimus in formula Galli Aquilii his verbis, *Si filius, me viuo, moriatur, &c.* filium non videri inſtitutum eſſe hæredem: ſed ab inteſtato potius ſuccedere: & ſi inſtitutus non fuerit, in eo caſu poſſe dici teſtamentum nullum propter præteritionem eius.

Tertium exemplum eſt in l.quandiu.5.ff.hoc titul. Cum duo ſunt gradus hæredum inſtitutorum in teſtamento, & nondum excluſi ſunt vel repudiatione, vel tempore hæredis inſtituti in primo gradu, hæreditas non poteſt adiri ab his, qui inſtituti ſunt in ſecundo gradu. quia nondum eſt eis delata hæreditas. Idem dicitur in l.quandiu.68.ff.eo.hoc tit. Ratio manifeſtiſſima eſt: quia ſubſtitutio conditionalis eſt inſtitutio, vt ſupra diximus ſub tit.de vulg.ſubſt. Cum quis ſubſtituit aliquem, inſtituit ſub conditione, Si primus hæres non erit. leg. in ratione. 11.§. quod vulgo.ff. ad leg.Falci. Hac ratione fit, vt cum plures gradus hæredum ſunt inſtitutorum in teſtamento, præſtituatur nonnunquam tempus primis hæredibus ad adeundam hæreditatem, vel repudiandam, vt elapſo eo tempore, hæreditas delata ſecundis hæredibus, poſſit ab eis acquiri.l.quandiu.68.ff.hoc ti. Ne quid incommodi conſequantur ex ea re: ne magno incommodo afficiantur ob eam cauſam ſecundi hæredes ſubſtituti, neceſſarium eſt remedium Prætoris, de quo diximus ſub titulo de iure deliberandi. ait enim prætor ibi, præſtituendum eſſe tempus. quia nullum tempus definitum reperitur intra quod adire hæreditatem hæres cogatur, cui delata eſt hæreditas: vt faciat ſubſtituto locum. Vulgo tamen receptum eſt vſque ad 30.annos poſſe hæreditatẽ acquiri, & adiri, quæ ſententia mihi probabilis eſſe videtur. Plerique tamen nullo tempore exiſtimant poſſe excludi hæredem, ſed mihi videtur contraria opinio probabilior eſſe & vtilior: vt ſpatio longiſſimi temporis excludatur hæres. Mouemur hoc argumento, quod omnes actiones ſiue perſonales, ſiue reales tolluntur hoc temporis ſpatio.l.ſicut. & l. omnes. C.de præſcri. 30.anno. Si actiones, quæ iam nobis quæſitæ ſunt, tolluntur hoc temporis ſpatio: multo magis adeundæ hæreditatis ius. Multo maior ratio eſt in hoc iure adeundæ hæreditatis, quam in actionibus nobis competentibus. Actiones nobis competentes dicuntur in patrimonio noſtro eſſe, & eo auctius noſtrum patrimonium, & amplius dicitur. Non idem dici poteſt de hæreditate delata ante aditionem: vt dicitur in leg. 63.pretia rerum.ff.ad leg. Falci. Et ſi cui delata ſit hæreditas, quam nondum adierit, non poteſt dici locupletior eſſe. Hoc differt aditio hæreditatis, quæ iuris ciuilis eſt, à bonorum poſſeſſione, quæ eſt iuris prætorii. de quo diſcrimine aliquid ſupra diximus, ad interpretationem tituli. Is enim qui iure prætorio ſuccedunt, Prætor aliud tempus præſtituit. nam præſtituit centum dies, ſi extranei ſint, aliis autem præſtituit tempus vnius anni.l.1.de ſucceſſ.edict. Remedia Prætoria alia breuiori tempore finiuntur, quam quæ competunt iure ciuili.vt Inſtit.de perpet.& tempor.actio. Quinimo accidit nonnunquam, vt is, cui delata eſt hæreditas, ne triginta quidem annis excludatur, ſed ſexaginta tantum, aut etiam longiori tempore. Ego proponam exemplum & ſpeciem in qua hoc poteſt accidere. Ponamus filium à patre hæredem inſtitutum eſſe, qui ſi inſtitutus hæres non eſſet, nihilominus patri ſuccederet ab inteſtato. hic filius, ſi non adierit hæreditatem intra triginta annos ex teſtamento, non prohibetur ab inteſtato adire poſt lapſum eius temporis. Si alius eſſet inſtitutus, quam filius, is haberet ſpatium triginta annorum ad adeundam hæreditatem ex teſtamento. Et poſt lapſum eius temporis, filius ab inteſtato adire volens, tantum temporis habet: vt ſic vſque ad ſexaginta annos hæreditatem poſſit adire. At in hac ſpecie vtrunque ius concurrit in eadem perſona. Et certum eſt ex his, quæ diximus ex d. leg. quandiu.68.ff.hoc tit. in cauſa inteſtati non currere tempus ante quam certum ſit adiri non poſſe ex teſtamento. Si non incipiat currere, conſtat hæreditatem non deferri ad alios: niſi poſt ſexaginta annos: Imo produci poteſt hoc tempus longius. Nam etſi ſpacio triginta annorum excluſus ſit ne adeat ex teſtamento: & aliorum triginta annorum ſpacio excluſus ſit, ne adeat ab inteſtato, tanquam filius, tamen non prohibetur eam adire tanquam vnus ex agnatis, ex capite vnde legitimi. Et certum eſt, in ſucceſſione prætoria filium ſibi ipſi ſuccedere.l.1.§.ſed videndum.ff.de ſucceſ.edicto. filius, qui eſt excluſus tempore, ne adeat hæreditatem ex iuriſdictione prætoria: ne petat bonorum poſſeſſionem à Prætore, quia excluſus ſit anni ſpacio: poteſt tamen petere ex capite, Vnde legitimi: quia inter agnatos reperitur, & datur ei alius annus ad petendam bonorum poſſeſſionem ex hoc capite agnatorum. Hoc eſt certum in ſucceſſione prætoria. Cur igitur idem non dicemus in aditione hæreditatis, quæ eſt iuris ciuilis? Eadem eſt ratio triginta annorum in aditione hæreditatis, quæ iuris ciuilis eſt: quæ eſt vnius anni in bonorum poſſeſſione, quæ iuris eſt prætorii. Ergo cum excluſus à petenda bonorum poſſeſſione ex vno capite, annum alium habeat ad petendam bonorum poſſeſſionem ex alio capite, & ſibi ipſi ſuccedat: conſequens eſt idem dicendum eſſe in aditione, quæ iuris ciuilis eſt: vt quamuis excluſus ſit ab adeunda hæreditate tanquam filius ex vno capite ſpacio triginta annorum, vt alios triginta annos habeat ad adeundam hæreditatem ex alio capite, hoc mihi videtur probabilius, quamuis plerique diſſentiant. Hoc videtur durum eſſe pleriſque, quod tantum temporis detur, quo non, niſi ſexaginta annis excludatur quis ab adeunda hæreditate, propter præſcriptiones, quæ æquitate magna inductæ ſunt. Sed poſſunt creditores petere vt cogatur ante tempus tantum declarare ſuam voluntatem. Et hic eſt vſus edicti de iure deliberandi. Difficilior quæſtio eſt de ſuo hærede, an ſuus hæres ſicut extraneus hoc ſpacio temporis excludatur ab adeunda hæreditate? Quæſtio pendet ex interpretatione leg.licet.8.C.de iure deliber.ibi, *Longi tẽporis præſcriptione, &c.* Diocletianus in hoc reſcripto loquitur, de longi temporis præſcriptione, id eſt, de præſcriptione decem aut viginti annorum: de præſcriptione verò longiſſimi temporis triginta annorum, non loquitur. quaſi hoc ſenſerit Diocletianus, etiam ſuum hæredem ſpacio longiſſimi temporis excludi poſſe. Deinde addit Imp. Diocletia. *tamen ignorantes, &c.* Sed ego puto partem reſcripti cuiuſdam eſſe. hoc puto reſcriptum eſſe in certa cauſa, inter certas perſonas, cum ex facto incidiſſet, vt de præſcriptione longi temporis quæreretur: vt proponeretur, hæredes ſuos, cum ignorarent delatam eſſe ſibi hæreditatem intra decem annos aut viginti, non adiiſſe hæreditatem. vnde ad propoſitam quæſtionem ita reſpondit, vt in d.l.licet. Probabilius ergo mihi videtur quamuis hoc eſt controuerſum, tempore non excludi ſuum hæredem: & hoc intereſſe inter ſuum hæredem & extraneum, quod extraneus excludatur ſpacio longiſſimi temporis: hic autem nullo tempore excludatur. Nam hæredes ſui ipſo iure hæredes fiunt: nec vlla aditio in eis eſt neceſſaria.d.l.in ſuis.ff.de ſuis & legit.hæredib.leg.1.§.qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſ. cauſa teſta. leg. in ſuis.ff. de lib.& poſthu.hæredib. Qui enim ſunt in poteſtate, ſtatim ipſo iure hæredes fiunt: nec aditio in eis neceſſaria eſt: & hoc adeo verum eſt, vt ſi ius ciuile ſpectemus, neceſſarii ſint hæredes, velint nolint: iure tamen prætorio datur eis facultas abſtinendi.§.1.& 2.Inſtitut.de hæred.qualitat.& differen.leg. 57.neceſſariis.hic.ff. Sed nos mouere non debet, quod beneficium & ius abſtinendi habeant. non enim minus fiunt hæredes ipſo iure. Hoc enim beneficium abſtinendi, fauorem eorum reſpicit. beneficium abſtinendi habent, ſi velint. leg.ſi filius. qui patri.12.ff.de vulg.ſubſt. Vnde non debet conuerti in eorum incommodum. Noceret autem, ſi propter illud beneficium abſtinendi excluderentur ſpacio temporis, nec poſſent hæredes eſſe. Hæc de tempore legitimo, quod præſtituitur à Prætore. Addendum eſt, & tempus quoque à teſtatore nonnunquam ſtatui poſſe, cuius temporis lapſu excludatur hæres inſtitutus, & locum faciat ſequentibus ordinibus. Hoc colligitur ex l.ſi quis hæres.71.hoc tit. ff. *Titius hæres meus eſto, ſi intra centum dies hæreditatem meam adierit: & niſi adierit hæreditatem intra centum dies, Mæuius hæres eſto.* Hoc ſpatio temporis excluditur primus hæres, & facit ſecundo hæredi locum. Hoc videtur nobis ſupereſſe ex formula antiqua cretionis. Sic ſolebat hæres inſtitui cum cretione, vt auctor eſt Vlpia. in Inſtit.tit. 22.qui hęre.inſtit. poſſunt. *Titius hæres meus eſto, cernitoque in centum diebus hæreditatem meam, quibus ſcieris potueriſve, & niſi creueris, exhæres eſto.* Vnde quæritur in hac leg. ſi quis hæres. Teſtator ita ſcripſit in teſtamento ſuo. *Titius hæres meus eſto ita vt hæreditatem adeat intra centum dies: ſi non adierit intra centũ dies, poſt illud tempus, Mæuius hæres eſto.* Statim deceſſit ante finem illius temporis primus hæres. quæritur, an ſtatim ſecundus hęres admittendus ſit? Si ſpectemus verba teſtatoris, non videtur ſtatim hæres eſſe admittendus;

dus: niſi expectato tempore. Sed, inquit Paulus, hoc non eſt receptum vt ſubſtitutus vltimum diem aditionis expectet. Non enim videtur hæc eſſe voluntas teſtatoris. Inſpiciendum eſt cur hoc tempus adſcripſerit teſtator. Et ſane veriſimile eſt hanc fuiſſe voluntatem teſtatoris, cum hoc tempus adſcripſit, vt Mæuius poſt illud tempus hæres eſſet, quia ſperabat tanto tempore victurum primum hæredem. Et hinc illud vulgare manauit, Finita cauſa dilationis, finitam eſſe dilationem. quamuis alibi dicatur nihil innouandum eſſe pendente dilatione. l. *62*. à filia. §. alieno. ad Senatuſc. Treb. Inſpiciendum eſt ſemper an fruſtra illud tempus expectetur. Si fruſtra exſpectetur illud tempus, illud expectandum eſt. Vt intelligatis vſum huius rei, vnum tantum exemplum adferam. Lege cautum eſt, decem dies dari damnato ad appellandum. Nouella de appell. ad perſequendam vero appellationem vnum annum. Cod. de tempo. appell. Illud tempus anni, quod datur ad perſequendam appellationem, currit poſt illos decem dies. Sed ponamus ſtatim appellaſſe condemnatum, non exſpectato illo tempore decem dierum, nonne incipiet currere tempus illius anni, quod datum eſt ad perſequendam appellationem? Hoc receptum eſt ab omnibus. eadem eſt ratio, quæ eſt in his exemplis. Cœpimus oſtendere, quando hæreditas delata eſſe dicatur, aut non dicatur. Varia exempla adduximus huius rei demonſtrandæ gratia, quibus addendum illud eſt, quod dicitur in l. cum quidam 30. §. quod dicitur. ff. hoc titul. Hoc forte dictum fuit à Sabino Iuriſconſulto. Hoc enim ſcriptum fuit ad Sabinum. Nam ad Sabinum libros ſcripſit Vlpianus. Hæc not. Vlpianus ad ea verba Sabini. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ventre præterito 83. in princip. ff. hoc titul. Poſthumus præteritus eſt, qui adhuc eſt in vtero. proximus à poſthumo, id eſt, qui defuncto ſuccederet, ſi poſthumus non naſceretur, non poteſt perſequi hæreditatem, quoniam ea delata nondum eſt. Ei enim delata dicitur hæreditas, qui ſi vellet eam adiret. At hic non poteſt adire ſi velit. Nam ſi naſcatur poſthumus, excluditur, cum is qui in vtero eſt, antecedit alios, locum habet quod hic dicitur. Sed quæritur, an hoc dictum Sabini intelligendum ſit tam de ſuo hærede, quam extraneo? Ego alias dixi, nihil hic referre, an ſuus hæres ſit, an extraneus is, qui hæreditatem acquirere vult, cum mulier prægnans eſt, & ventre pleno eſt, at cum mulier creditur prægnans eſſe, quæ tamen non eſt, aliquid intereſt inter ſuum hæredem & extraneum, vt mox dicturi ſumus: & hoc colligitur ex d. l. ventre. In ea lege ibi, *Ergo ſi ventre pleno ſit mulier, &c.* His verbis ſignificatur, cum ventre pleno eſt mulier. interim hæreditatem non deferri hæredi etiam ſuo, quamuis cauſa cognita ei ſuccurratur edicto Prætoris propter tranſmiſſionem. Sic eſt accipiendum quod dicitur in leg. ſi filius hæres. 16. ff. de liber. & poſth. filius hæres inſtitutus eſt, poſthumo præterito. nepos eſt filio ſubſtitutus. deceſſit filius, non adita hæreditate. Ait Iuriſconſult. nepotem tam auo, quam patri ſuum hæredem futurum. Quibus verbis oſtendit locum eſſe ex ſubſtitutione nepotem ſuccedere auo, & ſuum hæredem eſſe. quod tamen videtur à iure communi eſſe alienum. Nam filius in iſta ſpecie Africani, ipſo iure videtur fuiſſe hæres, etiam ſine vlla aditione. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omi. cau. teſta. & l. in ſuis. de ſuis & legi. hæred. & l. in ſuis. de liber. & poſthum. vt enim patet ex illis locis, nulla eſt neceſſaria aditio, vt acquiratur ſuo hæredi hæreditas: iure ipſo acquiritur ei. Sic videtur excludi ſubſtitutus: nec poſſe ſuccedere auo tanquam ſuus hæres. Sed diximus in ſpecie Africani, non potuiſſe iure ſui hæreditatem deferri filio propter præteritionem poſthumi, & propter incertitudinem natiuitatis eiuſdem. Nos enim intelligimus re vera prægnantem fuiſſe mulierem: ſed abortum feceſſe, quamuis diſſentiant aliqui. Id ſatis oſtendunt verba Africani cum dixit, *Poſthumo non nato, &c.* Ideo ſuus hæres eſt ex ſubſtitutione auo. Quia iure ſui non potuit hæreditas acquiri filio, qui nepotem antecedebat. quia incertum erat, an poſthumus naſceretur. Ergo quod dicimus, cum ventre pleno eſt mulier, hæreditatem interim non deferri ſuo hæredi, nos ita accipimus, vt ne iure quidem ſui ei deferatur.

Aliud exemplum eſt ſuperioribus ſimile, cum quis eſt inſtitutus ſub conditione, & nondum extitit conditio. leg. in plurium. *69*. §. vltim. & l. 73. qui putat. In hoc exemplo nihil difficultatis eſt. certum eſt enim ante conditionis euentum, non deferri hæreditatem. Nam conditio ſuſpendit inſtitutionem hæredis. Hæreditas autem, vt ſæpe admonuimus, dicitur delata eſſe, quam quis adeundo conſequi poteſt. Alia exempla addi poſſent: ſed hæc nobis ſufficere viſa ſunt ad rei, de qua agitur, declarationem. Et hactenus de delata hæreditate, quam diximus neceſſariam eſſe vt quis hæreditatem acquirat. Initio enim diximus non poſſe hæreditatem acquiri aditione, niſi delata ſit. hoc primum eſt.

Alterum eſt, de quo nunc dicturi ſumus, Quod hæres ſciat ſibi delatam eſſe hæreditatem. Hic non tantum veritas rei: ſed etiam ſcientia hæredis neceſſaria eſt. l. hæres inſtitutus. 32. ff. hoc ti. Si incertus ſit hæres an hæreditas ſibi delata ſit, necne, is hæreditatem adire non poteſt. oportet eum ſcire hæreditatem ſibi eſſe delatam: e ſi forte de alia re incertus ſit, quæ ad acquiſitionem hæreditatis pertinet, nihil id nocet, modo ſciat in omnem euentum hæreditatem ad ſe pertinere. Ratio ſumitur ex regula iuris. l. in totum. ff. de regul. iur. vbi dicitur: In totum omnia, quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia peragi poſſunt. Hæreditatis aditio & acquiſitio huiuſmodi eſt, animi deſtinatione acquiritur hæreditas, vt dicemus proxima die. leg. pro hærede. 2. & l. 87. gerit. ff. hoc tit. Hæreditas acquiritur animi quadam deſtinatione. Non eſt firmum eius conſilium, qui dubitat an ſit ſibi hæreditas delata. Simile eſt quod dicitur in l. de ſtatu. ff. de teſta. De ſtatu ſuo incertus, aut dubitans, teſtamentum facere non poteſt. Non videtur ſerio agere, qui incertus eſt an teſtamentum facere poſſit. Dicendum eſt igitur non niſi vera & certa ſcientia id perfici poſſe, cum animi deſtinatio hic neceſſaria ſit. Varia huius rei exempla ſunt in l. hæres inſtitutus. 32. ff. hic. & legib. ſequentib. quæ nos breuiter & ſummatim explicaturi ſumus. Teſtator iam defunctus eſt. hæres inſtitutus putat adhuc eum viuere, & nihilominus adit hæreditatem. nihil agere intelligitur. ignorat enim hæreditatem ſibi delatam eſſe, quamuis re vera delata ſit ſibi. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. qui hæreditatem. 19. ff. eo. tit. Qui hæreditatem, ait Paulus, vult adire, aut bonorum poſſeſſionem petere, certus eſſe debet, defunctum eſſe teſtatorem. Hoc ideo eſt, quia niſi certo ſciat defunctum eſſe teſtatorem, ignorat hæreditatem ſibi delatam eſſe. Deinde ſequitur in d. l. hæres inſtitutus. Sed & ſi &c. Hæres pure inſtitutus eſt, putat ſe inſtitutum ſub conditione, & interim adit hæreditatem. Hic dicitur, eum ſibi hæreditatem non acquirere: quia etſi re vera ei delata ſit hæreditas: tamen ignorat, an ſit delata, ſi ſit incertus de conditione teſtatoris. Credit teſtatorem eſſe filium familias, qui paterfamilias erat. credit eum teſtamentum facere non potuiſſe, qui tamen poterat. Hic error facit, vt adeundo hæreditatem, nihil agat, vt ſibi hæreditatem non acquirat. Sequitur deinde, ff. hoc ti. l. 32. quod ſi dubitet. Quid ſi dubitet, an deceſſerit apud hoſtes, an deceſſerit ciuis? Ait Iureconſultus hunc errorem ei non nocere, quia in omnem euentum intelligit ſibi delatam eſſe hæreditatem. quia ſiue ciuis, ſiue apud hoſtes deceſſerit, vtroq; caſu valet eius teſtamentum, & eſt ius adeundi. Dicitur & ſeq. l. 34. Sed ſi de ſua cõditione dubitet, an ſit paterfamilias, an filiusfamilias, &c. hunc errorem non impedire hęreditatis aditionem: quia intelligit hæreditatem dalatam eſſe, quamuis neſciat an ſolus acquirere hæreditatẽ poſſit. Ibi, Cur autem &c. Ratio eſt diuerſitatis. in ea. l. 24. §. Sed etſi cum eſſet pure inſtitutus. Aliud exemplum, hæres inſtitutus fuit pure, & tamen putat ſe inſtitutum ſub conditione, ſi decem hæredi dederit, & ea decem hæredi dedit, implendæ conditionis cauſa. Quæritur an poſſit adire hæreditatem. Ex his, quæ diximus, conſtat poſſe eum adire hæreditatem. quia intelligit ſibi delatam eſſe hæreditatem ſiue pure, ſiue ſub conditione, quæ extiterit, inſtitutus ſit, certum eſt delatam eſſe ei hæreditatem. vtrum acciderit, hæreditas eſt ei delata. Non enim minus delata eſſe dicitur hæreditas hæredi cum ſub conditione inſtitutus eſt, quæ impleta eſt, quam ſi pure inſtitutus eſſet. Hoc facilius admittitur, inquit Iureconſultus, in conditione quæ ex euentu pendet, quam in conditione, quæ pendet ex poteſtate hæredis inſtituti. In conditione arbi-

traria voluntas & ſcientia plerunque requiritur, adeo vt non videatur paruiſſe conditioni, niſi ſciuerit conditionem adſcriptam eſſe. l. 2. & l. 20. multum intereſt. ff. de condit. & demonſt. Sunt alia exempla & aliæ quæſtiones ad eundem locum pertinentes. veluti l. cum quidam. 30. §. vlt. ff. hoc titul. Nos dicimus eum qui certus non eſt de viribus teſtamenti, non poſſe adire hæreditatem. Quid ſi falſum dicatur eſſe teſtamentum, alia tamen perſuaſio ſit hæredis: an poſſit adire? Aſſerit autem Iureconſultus eum poſſe adire. Exemplum huius rei eſt in l. cum falſum. 46. ff. hoc tit. falſum eſſe teſtamentum dicitur, ex quo petitur hæreditas. Hæres ipſe accuſat falſi: interim tamen poteſt hæreditatem adire, quia certus eſſe debet an falſum ipſe fecerit. Quid igitur ſi ponamus alium falſi accuſari, non hæredem? Non poteſt adire. Iuſta eſt cauſa dubitandi, an verum ſit, an falſum teſtamentum, cum alius arguitur, citra conſcientiam hæredis. id eſt, ita inſtituitur accuſatio falſi contra alium, quaſi non fuerit falſum illud ſciente hærede admiſſum. *Pendente appellatione falſi citra conſcientiam.* Eſt locus communis de ſcientia & ignorantia tam facti alieni quam proprii. leg. quamuis. 40. ff. ad Senatuſcon. Trebellian. leg. vltim. pro ſuo. Aliud exemplum eſt in d. l. cum quidam. §. Quod dicitur. Sabinus ibi loquitur non tantum de muliere, quæ re vera prægnans eſt, ſed etiam quæ prægnans eſſe putatur. Mulier re vera vacuo ventre eſt: ſed tamen creditur prægnans eſſe. hoc caſu hæres adire hæreditatem non poteſt. quod ſi re vera prægnans eſſet, non poſſet adire. Cum igitur re vera prægnantem eſſe putet, adire non poteſt. Hæc verba interpretatur Vlpia. in d. §. quod dicitur, non ſolum ad teſtatos: ſed & ad inteſtatos quoque pertinere. Si quis teſtamentum fecerit, & in eo petierit poſthumum. vel, ſi quis nullo facto teſtamento deceſſerit: & mulier prægnans ſit, vel putetur eſſe prægnans, quo caſu partus ex ea editus præferatur cæteris. cæteri non poſſunt adire hæreditatem, interpretatur hæc verba, *Et putetur eſſe.* Si mulier dicat ſe prægnantem eſſe, iuſta eſt cauſa dubitandi, an ſit prægnans. Si ſe non dicat prægnantem, ſed obſtetrices dicant eſſe, iuſta etiam cauſa eſt dubitandi. Deinde ſequitur in d. l. cum quidam. §. ſuum hæredem, &c. His verbis oſtendit Vlpianus dictum illud Sabini, quatenus loquitur de opinione, de errore, non pertinere ad ſuum hæredem: ſed tantum ad extraneum hæredem. Suo autem hæredi non nocet ignorantia, aut dubitatio: etſi re vera mulier prægnans ſit. Nihil refert an ſuus hæres putet prægnantem eſſe, an non putet. hæc ſcientiæ aut inſcientiæ diſtinctio adhibetur tantum in extraneo. Sed ratio diuerſitatis videnda eſt, cur in extraneo hærede, non tantum inſpicitur rei veritas, ſed etiam ſcientia, aut inſcientia hæredis: in ſuo autem hærede veritas tantum rei ſpectatur, an per rerum naturam certum ſit mulierem prægnantem non eſſe. Ratio diuerſitatis cognoſcitur ex reg. ff. de reg. iur. leg. in totum. vbi, *quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia peragi poſſunt.* In hæreditate acquirenda ab hærede extraneo, animi deſtinatione opus eſt. non enim acquirit hæreditatem niſi aditione, id eſt, teſtando aut re, aut verbo ſe velle hæredem eſſe. Non igitur eſt mirum ſi ſcientia eius, aut inſcientia aliquam vim habeat. Sed in hærede ſuo voluntatis declaratio nulla eſt neceſſaria ad acquirendam hæreditatem. Hæredi ſuo acquiritur hæreditas etiam ignoranti. d. l. in ſuis. ff. de ſuis & legit. hæred. inſti. d. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſ. cauſa. teſta. Lex hæreditatem transfert in ſuum hæredem ſine vlla animi deſtinatione ipſius. In lege, per quam acquirimus, nullam ſcientiam requirimus: hoc enim hic ridiculum eſſet. Ergo ſatis eſt in hæreditate, quæ ipſo iure ſuis acquiritur, certum eſſe per rerum naturam mulierem prægnantem non eſſe. nec refert quid putet hæres. perinde interim tranſmittet hæres ſuus hæreditatem ad ſuos hæredes, ſi interim deceſſerit, tanquam ſibi delatam: quamuis ignorauerit vacuo eſſe ventre, ſi certum erat per rerum naturam mulierem nihil in ventre habere. Sed ſi mulier re vera pleno ventre erat, interim decedens filius non tranſmittit hæreditatem ad ſuos, etiam ſi abortum mulier poſtea faciat. quia incertum erat an mulier paritura eſſet, necne. propter hanc incertitudinem non dicitur hæreditas delata eſſe hæredi etiam ſuo, atque ſic intelligendũ eſt quod dicitur in d. l. cum quidam. 30. §. vlt. & l. ventre. 83. ff. hoc ti. Quod confert ad interpretationem l. ſi filius hæres. 16. ff. de liber. & poſthum. de qua ante à nobis dictum fuit. Sequitur in d. §. ſuum hæredem. ibi, Quid ſi vnum, &c.

Ex his quæ diximus, naſcitur quæſtio, ſi ponamus mulierem re vera prægnantem eſſe, & in vtero vnum habere: ex quanta parte interim erit hæres ſuus, qui iam natus eſt? Quæſtio ex eo pendet an tantum inſpicere debeamus quod per rerum naturam certum eſt, an vero inſcientiæ & incertitudinis noſtræ aliqua ratio habenda ſit. Si naturæ certitudinem inſpiciamus, certum eſt mulierem vnum tantum in vtero habere, euentus poſtea id oſtendet: quamuis interim id nobis incertum ſit. Omnia enim præſentia & præterita, per rerum naturam dicuntur certa eſſe. leg. 37. cum ad præſens. & duabus ſequ. ff. de reb. cred. quamuis forte nobis ſint incerta. Futura vero omnia ſunt incerta. An igitur inſpiciemus noſtram inſcientiam? Poſſunt naſci duo, tres, quatuor. l. antiqui. 3. ff. ſi pars hæredit. petat. & l. ſi pater. 36. ff. de ſolut. Idem in d. §. ſuum hæredem. ibi, *Siue inſtitutum, &c.* In proponenda quæſtione hoc adiecit Iuriſconſul. quia ſi præteritus eſſet poſthumus, interim non deferretur hæreditas filio iam nato: quia incertum eſt, an is naſciturus ſit & rupturus teſtamentum. Nos igitur ponimus, vel inſtitutum eſſe poſthumum, vel patrem inſtitutum deceſſiſſe. Sextus Pomponius exiſtimabat ſuum hæredem, qui iam natus eſt, interim ex dimidia parte hæredem eſſe, motus probabili ratione: quia iam à nobis dictum eſt, in ſuo hærede naturæ veritatem & certitudinem inſpiciendam eſſe: nec habendam eſſe rationem incertitudinis noſtræ. Mouetur hoc argumento, ibi, *Putat enim, &c.* Cum certum eſt per rerum naturam mulierem prægnantem eſſe, hæres ſuus ex aſſe hæres eſt, etiam ſi forte putet prægnantem eſſe. Ergo cum certum eſt per rerum naturam, mulierem vnum tantum in vtero ſuo habere, dicendum eſt filium eum, qui iam natus eſt, ex dimidia parte hæredem fore. eſt eadem ratio totius, quæ partis. Iulianus putabat ſpectandam eſſe inſcientiam noſtram, & incertitudinem: quia poſſunt, vt Iulianus dicebat, plures naſci. Poſſunt naſci quinque: poſſunt naſci quatuor, ſecundum Ariſtotelis ſcientiam. cuius mentio eſt in d. leg. pater. ff. de ſolut. Sed Pomponius nihil referre exiſtimabat quid nobis incertum ſit. Difficultas eſt in conciliatione opinionum veterum. De hac re enim reperiuntur opiniones contrariæ, vt videntur. Hæc Iuliani ſententia probatur in aliis locis, in l. ſed & ſi reſtituatur. 28. §. 1. de iudic. & d. leg. antiqui. ff. ſi pars hæred. pet. & d. l. ſi pater. de ſolut. Interim ſi velit natus filius agere petitione hæreditatis, habebit quartam partem. Sed quia hæc pugnantia ſunt, videndum eſt quo modo conciliari debeant. In hac lege noſtra referuntur tantum opiniones, ſi expendantur verba Iureconſulti in hac lege ibi, quod & Sextum Pompon. &c. & ſtatim ibi, Putat enim, &c. vbi refert opinionem Sexti Pomponii: refert etiam Iuliani opinionem: propoſitam quæſtionem non decidit in d. l. ſi pater. ff. de ſolut. Ibi Iulianus exiſtimauit habendam eſſe rationem incertitudinis noſtræ, quamuis de partu dubitet quot naſcituri ſint. Exiſtimauit id ad iuriſprudentiam non pertinere. Ideoque non decidit: ſed tamen oſtendit ſe in ea ſententia eſſe, vt incertitudinis noſtræ ratio habeatur. in l. antiqui. ſi pars hæred. peta. ait Iulianus, ex quarta parte hæredem eſſe. Idem in d. l. ſed & ſi reſtituatur. ff. de iudic. mihi autem ſic videtur eſſe dicendum. Cum agitur de deducenda re in iudicium, vt in locis iam adductis, non ſufficere hoc notum eſſe natura: ſed oportere notum eſſe à nobis. Oportet notum eſſe iudici, cum quæritur quantum quis petere poſſit. In d. l. ſed etſi reſtituatur. Iureconſultus loquitur de re in iudicium deducenda. & in l. antiqui. loquitur de petitione hæreditatis. Similiter in d. l. ſi pater. de ſolut. quæritur, ſi quis egerit & ſuccubuerit aduerſario vincente, quantum ei noceat exceptio rei iudicatæ, quæritur de re deducenda in iudiciũ. Itaque opinio Iuliani tunc defendi poſſet. atque ita hæc poſſunt conciliari, cum agitur de re in iudicium deducenda: non cum de tranſmittenda hæreditate, quæ poteſt tranſmitti ſine facto hæredis, cui delata eſt hæreditas.

Cœpimus tractare de ſcientia hæredis, quæ neceſſaria eſt in acquiſitione hæreditatis. Diximus neceſſarium eſſe vt hæres, qui acquiſiturus eſt hæreditatem, eam ſciat ſibi dela-

tam

tam eſſe, idque variis exemplis demonſtratum eſt. Hoc amplius ſcire debet, qua ex cauſa delata ſit ſibi hæreditas: etſi non ignoret delatam ſibi eſſe hæreditatem: ſi tamen neſciat ex qua cauſa ſibi delata ſit hæreditas, eam non acquirit. in l. ſi is, ad quem. 22. ff. hoc tit. Paulus id multis exemplis oſtendit. *Si is, ad quem. &c.* Agnati proximi hæreditas mihi delata eſt. ego cum putarem meum ſeruum eum eſſe, bona eius quaſi peculium occupaui. Ait Iureconſultus me non obligatum eſſe hæreditati. Non enim intelligebam ex qua cauſa ea bona ad me pertinerent. & ratio eſt, quia credibile eſt me aditurum non eſſe ea bona, & apprehenſurum, ſi non erraſſem in cauſa, propter quam ea bona mihi delata ſunt. Aliud exemplum eſt in ea. l. ſi is ad quem. ibi, *Idem ergo dicemus, &c.* Ingenuus erat is, cuius hæreditas mihi delata eſt. putabam eum libertum meum eſſe. ego tanquam patronus ea bona occupaui. hic dicitur me non eſſe obſtrictum hæreditati. Ibi, *veluti agnatus, &c.* exempla ſunt, quæ non magnam obſcuritatem habent, in quibus tantum lectione opus eſt.

Cap. III.

Quomodo hæreditas acquiratur.

Hic locus pertinet ad rationem acquirendæ hæreditatis, quomodo hæreditas acquiratur. Et breuiter dicendum eſt hæreditatem nos acquirere, aut adeundo, aut pro hærede gerendo. hæc duo diſtinguuntur à iuris auctoribus. Nec dubium eſt, quin aliud ſit hæreditatem adire, quam pro hærede gerere. Exemplum eſt in l. ſi quis mihi bona. 25. §. ſed quid ſi mandauit. Pater mandauit filio, vt ſe pro hærede gerat: is hæreditatem adiit, vel contra mandauit, vt hæreditatem adiret. is pro hærede ſe geſſit, an videatur iuſſu patris id ab eo factum eſſe? hic videtis diſcerni aditionem hæreditatis à geſtione pro hærede. Similis locus eſt in l. at ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumpt. fune. Si quis ſepeliat patrem ſuum, neque aditio, neque geſtio pro hærede intelligitur. Adire enim hæreditatem, eſt verbis declarare & exprimere ſe velle hæredem eſſe, & proprie extraneorum hæredum eſt magis, quam ſuorum. §. extraneis. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. Sui hæredes dicuntur magis ſe immiſcere hæreditati, quam hæreditatem adire. Sui hæredis ſemper intelligitur hæreditas fuiſſe, intelligitur in ſuo hærede continuari magis, quam noua hæreditas acquiri. l. in ſuis. ff. de liber. & poſthum. hæred. Pro hærede gerere is dicitur, qui aliquid attigit hæreditarium, vel qui aliquid facit tanquam hæres, etiam ſi nihil attingat. l. pro hęrede. 20. ff. hoc tit. Rem hæreditariam attingendo veluti locando res hæreditarias, vendendo, poteſt dici hæres ſe gerere pro hærede. l. 87. gerit. ff. eod. & §. vlt. Inſtit. de hæred. qualit. & differ. Pro hærede gerere is intelligitur, qui aliquid facit tanquam hæres. Poteſt quis aliquid facere tanquam hæres, etiam ſi nihil hæreditarium attingat, vt dicitur in d. l. gerit. hæc quæſtio pro hærede animi eſt: nec enim tam facti eſt, quam animi. Animus acquirendæ hæreditatis neceſſarius eſt, & factum, quo animus declaretur, hoc eſt quod dicitur, *Geſtionem pro hærede, non eſſe tam facti quam animi.* notandum eſt igitur eum pro hærede geſſiſſe videri, qui aliquid fecit tanquam hæres. Quoties aliquis quid fecit, quod contra ius & nomen hæredis fieri non poteſt, is dicitur ſe gerere pro hærede. Hanc regulam tradit Iureconſultus in d. l. pro hærede. §. Papinianus. Exempla varia hic extant, variæ quæſtiones tractantur, quæ in ſtatu coniecturali verſantur. Nos ex his quæſtionibus præcipuas explicaturi ſumus. Vtile eſt enim in his exemplis exerceri, vt vſum præceptorum intelligamus, & ſæpe tales quæſtiones oriuntur inter hæredem & creditores hæreditarios, an videatur ſe hæreditati immiſcuiſſe, quæ vſitatæ ſunt & quotidianæ. Perſequamur ergo exempla ad hanc rem pertinentia. Exempla ſunt in primis in d. l. pro hærede. in initio. Ibi, *Apparet, &c.* Si defunctum ſepeliuit, humanitatis ratione ductus & pietatis cauſa: non ideo intelligitur pro hærede geſſiſſe: cauſa pietatis eſt, non cauſa acquirendæ hæreditatis. Rurſum ibi, *Et ideo ſolent teſtari liberi, &c.* Sic obſeruandus eſt locus communis de teſtatione, vel proteſtatione, vt vulgo loquimur. Cum quid geritur ex quo poſſit induci, vel quæſtio pro hærede, vel aliud huiuſmodi, vtilis eſt teſtatio, vt quamuis præſumatur id factum alio animo, proteſtatio noſtra omnem huiuſmodi præſumptionem tollat. Similis locus eſt in d. l. at ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumpt. fune. Deinde ſequitur in d. l. pro hęrede. §. *Si quid tamen, &c.* vbi aliquid eſt paulo obſcurius. Filius poſt mortem patris petiuit à liberto patris officiales operas. ſic enim accipere debemus. Quæſtio eſt an videatur ſe pro hærede geſſiſſe? Ea quæſtio ex eo naſcitur, quod qui aliquid petit à debitoribus hæreditariis, is videtur pro hærede ſe gerere. Liberti operas debebant defuncto patrono, filius eas operas à libertis petit. videtur ergo animo acquirendæ hæreditatis has operas petere, quę hęreditarię ſunt. Ait Vlpianus, non videri filium pro hærede ſe geſſiſſe, qui has operas exegit. Hoc eſt intelligendum de operis officialibus, quæ ad extraneum hæredem non tranſeunt. l. fabriles. 6. & l. 29. ſi operarum. ff. de oper. liber. Fabriles operę, puta pictorię vel alię huiuſmodi, tranſeunt ad quemcunque hęredem patroni. Officiales, quæ conſiſtunt in exhibitione officii & obſequii: vt ſi debeat comitari dominum ſuum, vel ei in menſa miniſtrare. hæ perſonales ſunt, & tranſeunt ad filium tantum patroni, etiam ſi hæres non ſit. l. ſi non ſortem. 26. §. libertus. ff. de condi. indeb. vt fuſius etiam docuimus in interpretatione eius legis. Hinc facile intelligi poteſt, cur non videatur ſe gerere pro hærede filius. cum enim eas operas petit, vt hæres non petit, ſed vt filius: ſicut in l. ex facto. ff. ad Senatuſconſul. Trebellian. Cum hæc petitio operarum competat etiam ei, qui hæres non eſt, puta filio patroni, non poteſt dici eum pro hærede ſe geſſiſſe, quod eas petierit. Ibi, *Cum petitio earum etiam, &c.* oſtendit Vlpian. ſimilitudine, non ideo videri filium pro hærede ſe gerere, quod eas petierit. Nam harum operarum petitio creditoribus etiam competit, quibus ęs alienum non ſoluitur: & tamen nemo ideo dixerit creditores ſe pro hærede gerere cum has operas petunt. Atque hinc obiter obſeruandum eſt, creditores mitti in poſſeſſionem non tantum corporum, ſed etiam rerum incorporalium, quæ iura dicuntur, etiam ſi iura ſeparabilia non ſunt à perſona eius, à quo hæc iura petuntur, etiam ſi hęc iura perſonæ cohæreant. & creditores hic accipere debemus filii, non etiam hęreditarios: de quo tamen magna eſt controuerſia. Non loquitur Vlpianus in eo loco de conditionibus hæreditariis: ſed obiter id adduxit, vt ſimilitudine oſtenderet, quod iam à nobis dictum eſt. Atque hinc vulgo dicitur ex reditibus beneficii eccleſiaſtici ſatisfaciendum eſſe creditoribus. nec id dubitationem habet: expreſſum eſt iure pontificio in cap. 2. de fideiuſſor. Commodum & emolumentum, quod percipitur ex beneficio eccleſiaſtico, capiunt creditores: ſicut hic dicitur de iure patronatus, & de operis. ad d. l. pro hęrede. §. Papinianus. Paterfamilias inſtituit filium ſuum hęredem: voluit Stichum ſeruum ſuum liberum eſſe, ſi dederit decem filio ſuo. Sic enim eſt intelligendum, quod teſtator fecerit mentionem filii, non hęredis. Filius accepit decem ab hoc ſtatulibero. Quæritur an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati patris? Oritur controuerſia inter creditores & filium. Aiunt creditores illum ſe immiſcuiſſe hęreditati, filius ait ſe abſtinuiſſe. Hic dicitur ex ſententia Papiniani, ita videri pro hærede geſſiſſe filium, ſi ſolus hęres ſit. Diſtinguendum eſt igitur in hac ſpecie, an ſolus ſit hęres filius, an cohæredem habeat. Si ſolus ſit hęres, interpretamur eum, accipiendo hanc pecuniam, pro hęrede gerere. Si cohęredem habeat, aliud dicendum eſt. Ratio huius diſtinctionis eſt, quia ſi ſolus hæres ſit, non poteſt ſtatulibero aliter competere libertas, quam ſi intelligamus filium ſe immiſcuiſſe hęreditati. cum enim nemo hęres exiſtit ex teſtamento, nihil eorum valet quæcunque teſtamento ſcripta ſunt. l. 1. ff. de iuris & facti ignor. Nos ergo hic interpretamur filium eſſe hæredem: vt competat libertas quæ ſeruo relicta eſt. Sed ſi cohæredem habeat, libertatis datio confirmabitur aditione cohæredis, etiam ſi filius non ſe immiſcuerit hæreditati. Deinde ſequitur in eo. §. Papinianus. *Nam cum ſe filius abſtinet, &c.* Filius neceſſarius fit hęres iure ciuili: tamen propter ius prętorium idem conſequi debet abſtinendo ſe quod conſequeretur emancipatus repudiando. Ex quo intelligendum eſt ita accipiendam eſſe propoſitam quæſtionem, quaſi teſtator fecerit mentionem filii, non hæredis, in conditione. Quoties aliquid fit quod citra ius & nomē hæredis geri non poteſt, tunc dicitur hæres pro hærede geſſiſſe.

Eſt vtilis admodum regula. Pleríque habent ius hæredis, qui nomen hæredis non habent: vt eſt is, qui per fideicommiſſum reſtituit hæreditatem, nomen hæredis habet. Bonorum poſſeſſores vice hæredum ſunt. ibi, *quod emancipatus*. Filius, qui eſt reſtitutus in integrum vt repudiaret, nomen hæredis habet, ius non habet. Alii vtrunque habent, & ius & nomen. Sed hic difficultas occurrit, & eſt antinomia valde difficilis. Hic dicimus, ſi ſolus hæres ſit filius in ſpecie propoſita, & acceperit pecuniam à ſtatulibero conditionis implendæ cauſa, videri eum ſe immiſcuiſſe hæreditati: quoniam alias non poteſt competere libertas ſtatulibero. Si filius cohæredem non habeat, ſecus. Aduerſantur huic ſententiæ prima facie alii loci in quibus dicitur, nudum nomen hæredis ſui ſufficere ad confirmationem libertatis. Hoc dicitur in duobus locis. in l. ſciendum. 32. ff. de manu. teſtam. & in l. 30. Cum quaſi. §. ſed & ſi quis. ff. de fideicommiſ. liber. Paterfamilias inſtituit hæredem ſuum teſtamento: dedit libertatem ſeruo ſuo: Filius abſtinuit ſe hæreditate paterna. Quæritur, an valeat libertatis datio? Ait Iuriſconſultus valere libertatis dationem, quamuis filius hæreditate ſe abſtinuerit: quamuis non ſit hæres effectu, ſed nomine tantum. Qui enim abſtinuit ſe non deſinit hæres eſſe: & hoc nudum nomen ſufficit ad confirmationem libertatis. Si hoc verum eſt, non fuit neceſſe ita reſpondere in propoſita ſpecie, ſi ſolus ſit, non competere libertatem ſeruo, ſi ſe abſtineat: imo & ſi ſe abſtineat, quia hæres manet, videtur datio libertatis confirmari. Variæ ſolutiones reperiuntur in aliorum ſcriptis: ego breuiter dicam quod ſentio. Ecce cum certum eſt filium ſe abſtinere ab hæreditate: nec aliquid geſſiſſe propter quod dici poſſit ſe immiſcuiſſe hæreditati, tunc verum eſt, quod dicitur in d. l. ſciendum. de manumiſ. teſtamen. & in d. l. cum quaſi. §. ſed ſi quis. ff. de fideicommiſ. liber. Pone filium inſtitutum eſſe à matre, qui nihil hæreditarium attigit: nullam pecuniam accepit ex iudicio defunctæ: nihil omnino geſſit: conuenit eum nihil geſſiſſe: tunc verum eſt propter nudum nomen hæredis, quod retinet, etſi ſe ab hæreditate abſtinuerit, dationem libertatis confirmari. Sed hic aliquid fecit filius ſuus hæres, ex quo videri poteſt ſe immiſcuiſſe hæreditati. In hac ſpecie non proponitur filius ſimpliciter ſe abſtinuiſſe ab hæreditate. dicit ſe abſtinuiſſe, deinde pecuniam à ſtatulibero accepiſſe: vt dubitari poſſit, an is voluerit hæres eſſe, an non. Nos igitur in hac ſpecie, in qua proponitur filium non ſimpliciter abſtinuiſſe: ſed aliquid geſſiſſe, pecuniam à ſtatulibero accepiſſe ex defuncti iudicio, interpretamur eum ſe immiſcuiſſe hæreditati. Nam etſi non ſatis ſit aperta voluntas filii, qui pecuniam eam à ſtatulibero accepit: tamen vt valeat libertatis datio, nos potius ita interpretamur, quam ad ſubtilitatem illam nudi nominis confugiamus. Quod dicitur nudo hæredis nomine, ſine effectu confirmari dationem libertatis, ſubtilitas eſt excogitata ad confirmandam libertatem, quæ alias non valeret. alias quid eſt nudum nomen, ſine effectu? Præterea animaduertendum eſt filium eſſe neceſſarium hæredem iure ciuili. l. neceſſarius. hoc titu. 57. ff. Quamuis enim habeat beneficium abſtinendi iure prætorio: hoc ei conceditur benigne & humaniter, vt poſſit abſtinere ſe ab hæreditate paterna. hoc profectum eſt ex iuriſdictione prætoria. Cum ergo quæritur in ſpecie propoſita, in qua filii voluntas accipientis pecuniam à ſtatulibero obſcura eſt, an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati: Nos facilius interpretamur contra filium, vt hæres eſſe intelligatur ſecundum ius ciuile: vt recedamus ab illa humanitate prætoria, & ius antiquum ei ſeruemus potius, quam ſubtilitatem illam nudi nominis ſequamur. Quam ſubtilitatem non debemus ſequi, niſi cum aliud remedium non ſupereſt. Ne cui videatur hoc nimis nouum, id ego confirmabo ſimilitudine, ex l. ſi ſeruum quis alienum. 70. §. prætor ait. hoc titu. ff. Edicto prætoris, qui permittit filio hæredi neceſſario abſtinere ſe hæreditate paterna, hoc cautum eſt & expreſſum, vt quamuis ſe abſtinuerit: ſi quid tamen agnouerit ex rebus hæreditariis, vel per eum factum ſit quo quid ex ea amoueatur, vt is hæres neceſſarius ſit, perinde ac ſi ſe non abſtinuiſſet: hoc tantum locum habet in hærede ſuo: in extraneo non habet locum. Hæres extraneus, ſi quid ex rebus hæreditariis amouerit, non videtur ſe geſſiſſe pro hærede. l. ſi quis. 21. ff hoc tit. extraneus. Nam edictum propoſitum eſt à prætore de ſuo tantum hærede: exiſtimauit prætor non poſſe iure de eo quæri filium, quod ad ius antiquum redeat, quo iure neceſſarius eſt hæres, ita vt velit nolit, hæres cogatur eſſe. Huic ſimile eſt, quod dicitur de implenda conditione in l. iam dubitari. 84. ff. de hæred. inſtit. Hæres ſuus parendo conditioni, intelligitur ſe immiſcere hæreditati: hæres extraneus non item, ſed id poſtea à nobis explicabitur. Non eſt igitur mirum, ſi in ſpecie propoſita, cum res dubia ſit, & voluntas ſit obſcura filii, qui pecuniam à ſtatulibero accepit, interpretemur eum velle ſe immiſcuiſſe hæreditati, potius quam ad illam ſubtilitatem nudi nominis confugiamus. Ad d. l. pro hærede. §. vlt. *Si ſepulchri, &c.* Violatum eſt ſepulchrum patris, filius agit actione ſepulchri violati, quod ſepulchrum hæreditarium erat. Quæritur, an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati, vt teneatur creditoribus? Quæſtio naſcitur ex eo, quod cum ſepulchrum hæreditarium ſit, agendo actione ſepulchri violati, is videtur quaſi hæres agere, & animo acquirendæ hæreditatis id facere: ſed tamen hic dicitur filium non teneri creditoribus hæreditariis. Ideo hic dicitur, non videri filium ſe immiſcuiſſe hæreditati patris, cum agit actione ſepulchri violati: quia nullam rem hæreditariam petit, etſi ſepulchrum hæreditarium ſit. Agit autem ea actione ad pœnam & vindictam, vt vindicetur ea contumelia, qua defunctum affecit, atque ideo filium ipſum, qui violauit ſepulchrum. Is enim qui agit actione violati ſepulchri, nihil petit quod diminutum ſit, quod deceſſerit ex patrimonio defuncti. Si quis aliquem percuſſerit, nec aliter eum læſerit, agit iniuriarum actione, agit ad vindictam: non perſequitur damnum ſibi datum. hæc quæſtio plenius tractatur in l. penul. quæſitum eſt. ff. de ſepul. viol. Merito igitur hic Iuriſconſul. ait, non videri filium ſe immiſcuiſſe hæreditati: quia hæc actio competit non tantum hæredi, ſed etiam filio, etſi hæres non ſit. Cum igitur hæc actio competat filio, etſi hæres non ſit: non poteſt dici agendo hac actione, ſe hæreditati immiſcuiſſe. quia cum aliquid fieri poteſt citra ius & nomen hæredis, non videtur pro hærede geri. Vnde quæritur, ſi filius accuſationem inſtituerit aduerſus occiſores patris ſui, & tandem pecunia accepta cum eis deciderit: an videatur ſe immiſcuiſſe hæreditati? Et dicendum eſt, ſe non immiſcuiſſe videri. Ea enim accuſatio competit filio, non vt hæredi. Poteſt enim mortem patris vindicare, etſi ei hæres non extiterit: atq; ideo quod conſequens eſt, pecunia accepta, cum eis tranſigere poteſt.

Cœpimus oſtendere & exemplis demonſtrare, quid ſit pro hærede gerere, & quando is, cui delata eſt hæreditas, dicatur pro hærede gerere. Addenda ſunt alia exempla, quæ ſequuntur. Vnum eſt in l. ſi quis extraneus. 21. in princip. ff. hoc eo. tit. Quidam attigit res hæreditatis ſurripiendi animo, & expilandæ hæreditatis. dicitur enim expilari hæreditas. Cod. de crimin. expil. hæredit. Quæritur an is videatur pro hærede geſſiſſe? nam hæreditarias res hic attigit, vnde gerere videtur. Sed dictum fuit à nobis, pro hærede gerere, non tam facti eſſe, quam animi. Animi eſt pro hærede geſtio. hæreditas acquiritur animi deſtinatione, vt dicitur in §. vltim. de hæred. qualit. & different. in Inſtit. Sed hic animus declaratur facto aliquo. Ergo & ſi quis attigerit res hæreditarias, non dicitur pro hærede ſe geſſiſſe, niſi animo acquirendæ hæreditatis attigerit. Admiſſum enim contrariam voluntatem declarat. Dicit autem Iuriſconſul. *Si extraneus, &c.* alia enim eſt cauſa ſui hæredis. Suus enim hæres, ſi interuerterit res hæreditatis, beneficium abſtinendi amittit, & pro immiſcente habetur. l. 70. ff. hoc tit. Hæres ſuus, ſi ius ciuile ſpectemus, eſt neceſſarius, licet beneficium abſtinendi extra ordinem ei à prætore concedatur. Hinc vulgo quæſtio deciditur de eo, qui ita conuitiatur alteri, *Tu mentiris ſaluo honore.* ſolet enim tractari an is teneatur actione iniuriarum? Dubitatio naſcitur ex eo quod his verbis videtur velle honorem alterius ſaluum ei manere, non videtur ei conuitium facere, ſed eſt iniuria. Iniuria afficitur is, cui mendacium exprobratur. Viri boni non eſt mentiri. Vir bonus præſtare debet ne mentiatur, prudens mendacium ne dicat. Nam mendacium dicens falli poteſt: mentiens fallit alium, non

ipſe

Ipſe fallitur, inquit Gellius. Sed hæc adiectio, quæ videtur adiici alterius honoris cauſa, non facit vt excuſetur actione iniuriarum, admiſſum enim contrariam voluntatem declarat. Aliud exemplum eſt in l. 24. fuit quæſtionis. ff. hoc tit. Quidam hæres inſtitutus eſt: vt omittat hæreditatem, vt faciat locum vel ſubſtituto, vel legitimo hæredi, accepit ab eo pecuniam. Obiicitur ei à creditoribus hæreditariis, quod pro hærede ſe geſſerit, pecuniam accipiendo ne hęreditatem adiret. Nam is, qui pecuniam accipit eo nomine, videtur aliquid hæreditarium attingere: eo enim nomine commodum & lucrum ſentit. ſed ideo dicitur eum pro hærede non gerere: quia animum non habet acquirendæ hęreditatis, cum accipiat ne hæres ſit. Vnde appatet eum pro hærede gerere nolle. certum eſt enim in hoc animum hæreditatis acquirendæ deficere. Ad verſi. *In edictum tamen prætoris, &c.* In edictum prætoris incidit, quod propoſitum eſt aduerſus eos, qui dolo malo hæreditatem omittunt. l. 1. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſta. & tenetur legatariis perinde ac ſi hæreditatem adiiſſet, propter dolum. Nam is, qui precium accepit ab hærede legitimo, fraudat hac ratione legatarios, qui legata ſua conſequerentur, ſi is adiret hæreditatem ex teſtamento. Ideoque eis tenetur perinde ac ſi adiiſſet hæreditatem ex teſtamento. l. 2. & 3. ff. ſi quis omiſ. cau. teſta. Non tamen tenetur creditoribus hæreditariis, quia hæres non eſt. Ratio diuerſitatis eſt: quia non fraudat creditores, ac ne fraudare quidem poteſt. Creditores poſſunt agere aduerſus quemlibet hæredem, ſiue is ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, hæres ſit: ſed legata non debentur legatariis quibus relicta ſunt, ſi hæreditas non adeatur ex teſtamento. hærede enim non adeunte ex teſtamento hæreditatem, corruunt omnia, quæ relicta ſunt in eo teſtamento. Aliud exemplum eſt in l. Iulianus. 42. §. ſi in ſocietate. Defunctus ſocietatem coierat cum alio. Filius poſt mortem perſeuerauit in ea ſocietate. Quæritur, an videatur pro hærede geſſiſſe? Diſtinguendum eſt ſecundum ſententiam Iuliani verſic. *Vtrum rem cœptam, &c.* Si rem cœptam à patre, vel ſub patre perfecit, videtur ſe immiſcuiſſe hæreditati. Si vero nouam inchoauit, non videtur pro hærede geſſiſſe. quia qui rem à patre cœptam perficit, videtur rem hæreditariam attingere: argumento eſt id, quod dicitur in l. hæres ſocii. 40. ff. pro ſocio. Hæres ſocii licet non cogatur in ſocietate manere poſt mortem defuncti ſocii: cogitur tamen res cœptas à ſocio perficere, alias tenetur actione pro ſocio. Vnde cum filius rem cœptam à patre, poſt mortem eius perficit, videtur id facere ne teneatur actione pro ſocio. Vnde ſe immiſcuiſſe hæreditati videtur. Aliud exemplum eſt in leg. 61. Antiſtius Labeo. ff. hoc tit. Quidam inſtitutus eſt hæres ſub conditione. Exempli gratia, ſi iurauerit ſe aliquid feciſſe, aut non feciſſe. Nam huiuſmodi conditio non improbatur: ſed ea, quæ in futurum confertur, vt ſupra diximus titu. de condit. inſtit. is ei conditioni paruit. Quæritur, an videatur pro hærede geſſiſſe? Variæ fuerunt veterum Iureconſultorum opiniones hac de re. Hic refertur Antiſtii Labeonis opinio à Iaboleno. Sumpta hæc ſunt ex libro Iaboleni ad poſteriora Labeonis. Ibi, *Non tamen, &c.* Sic intelligo hæc verba, quod velle hæredem eſſe declarauerit. Ibi, *Ego puto, &c.* Sequitur ſententiam Iaboleni. Sed an vt hæres iurauerit, quæſtio facti eſt, an videatur animo hæredis conditioni paruiſſe? Ego reſpondeo eum, qui paret conditioni, non videri id animo hæredis gerere: niſi alia ſit eius voluntas. Poteſt enim parere conditioni ſine animo amplectendæ hæreditatis. Vnde non eſt continuo dicendum, cum quis conditioni paret, eum pro hærede gerere. exempli gratia: Hæres ſum ſub conditione inſtitutus, *Si decem dedero.* Ego dubito, an mihi expediat adire hæreditatem: interim dum delibero. quia forte ſi poſtquam deliberauero hæreditatem adire, mihi fortaſſis non erit commodum ei dare decem, propter abſentiam eius, cui danda eſt pecunia, volo ei decem dare. Simile eſt quod dicitur in l. 13. ei, qui. ff. de condit. inſtit. Idem dicitur in l. 1. ff. de condict. cauſ. data. Vbi dicitur, ſi quis fuerit inſtitutus ſub conditione dandi, & implendæ conditionis cauſa dederit: & poſtea repudiauerit hęreditatem, eam pecuniam condicere poſſe tanquam datam ob cauſam, quæ ſecuta non ſit: argumento eſt, eum, qui dat implendæ conditionis cauſa, non gerere pro hærede: quia hæreditatem non poſſet poſtea repudiare. Sed obiicitur l. 84. Iam dubitari. ff. de hæred. inſtit. Ad finem legis ibi, *Sed & cæteris, &c.* Eſt antinomia, quæ difficilis habetur. Mihi placet opinio eorum qui exiſtimant eam legem accipiendam eſſe de ſuo hærede, quamuis plerique diſſentiant. Loquitur enim aperte Iureconſultus de ſuo hærede. Suus hæres, qui paruit conditioni, qui eſt in eius poteſtate, ius abſtinendi omnino amittit: & dicitur ſe immiſcuiſſe. Qui diſſentiunt ab hac opinione vtuntur argumento ex l. 86. eum demum. hoc tit. ff. Docet ibi iuriſconſul. quid ſit filium ſe miſcere bonis patris. Et ait idem eſſe miſcere ſe bonis patris in filio, quod eſt hæreditatem adire, vel gerere ſe pro hærede in extraneo. Eadem eſt igitur cauſa mixtionis in ſuo hærede, quæ eſt aditionis in hærede extraneo. Nullum aliud argumentum adferunt aduerſus hanc opinionem noſtram, quod mihi videtur valde infirmum eſſe. Nam quamuis ſimilis ſit mixtio ſui hæredis aditioni extranei hæredis: non ita tamen accipiendum eſt, vt diſſimilitudo nulla ſit. Nam aperta diſſimilitudo eſt in amotione & interuerſione rerum hæreditariarum. Extraneus interuertendo res hæreditarias, non dicitur ſe pro hærede gerere: & tamen ſuus hæres interuertendo res hæreditarias, amittit beneficium abſtinendi, & habetur pro immiſcente. l. ſi ſeruum. 70. §. prætor ait. ff. hoc tit. Melius ergo eſt, vt hanc diſtinctionem ſequamur, vt diſtinguamus ſuum hæredem ab hærede extraneo: vt dicamus extraneum hæredem, qui paret conditioni, ſub qua hæres eſt inſtitutus, non ideo videri ſe pro hærede gerere: ſuum autem hæredem, ſi conditioni pareat, ſub qua inſtitutus eſt, immiſcere ſe videri. Aliud exemplum eſt in l. ſi quis non quaſi hæres. 72. ff. hoc tit. Filius defuncti cum egens eſſet, petiit ali à liberto patroni: tenetur enim libertus ad alendum filium patroni ſui egentem. l. ſi quis à liberis. 5. ff. de lib. agnoſc. Quæritur, an videatur ſe pro hærede geſſiſſe, vt tanquam hæres paternus teneatur creditoribus hęreditariis? Reſpondet Iureconſultus, *Proculdubio hoc extra cauſam eſt immiſcendi ſe bonis paternis.* Ratio eſt, quia filius licet aduerſus libertum patroni agat, non tamen agit quaſi hęres, ſed quaſi filius. Non enim hoc ius habet filius, quod hæres ſit patri. Nam etſi hæres non ſit, nihilominus poteſt cogere libertum patroni ad ſe alendum, & hic locum habet ſupradicta regula, *Quod citra ius & nomen hæredis, &c.* l. pro hærede. 20. §. Papinianus. in fi. ff. hoc tit. Quinimo & ſi nomine hæredis vſus ſit, plerique cenſent, ne hoc quidem caſu videri immiſcuiſſe ſe hæreditati paternę, & ſi filius agens aduerſus libertum dixerit ſibi id deberi vt hæredi. Nam aliquando hæres accipitur pro filio. d. l. pro hærede. §. ſi quid tamen. & l. ex facto. 17. ff. ad Senatuſconſ. Trebell. Aliud exemplum eſt in l. duo fratres. 77. ff. hoc tit. Duo fratres habebant bona communia. non diuiſerant hæreditatem paternam: forte manſerant in communione. alter eorum mortuus eſt inteſtatus. morte eius delata eſt eius hæreditas alteri fratri. Frater poſt eius mortem, cum ſciret eum deceſſiſſe, vſus eſt rebus communibus: non aliter quam antea conſueuerat. Quæritur, an videatur ſe hæreditati alligaſſe? Reſpondet Iuriſconſul. *Niſi eo conſilio vſus eſſet, &c.* Vtendo igitur rebus communibus poſt mortem fratris, quem ſciebat deceſſiſſe, non videtur pro hærede ſe geſſiſſe, niſi aliud actum appareat. Poteſt enim quis alio animo res communes attingere, quam iure hæreditario, quod hæres eius eſſe velit. Partem enim habet. poteſt eas attingere propter communionem. Dominus eſt harum rerum communium pro parte indiuiſa, vtendo illis rebus pro parte ſua, non videtur ſe alligare hæreditati: ſed ſi plus ſua parte dominationem interponat, videtur id facere pro hærede. Exemplo id poteſt declarari. Si forte aliquid geſſerit in ſolidum, quod poterat pro parte facere, videtur ſe alligaſſe hæreditati. Exempli gratia, cum creditores hæreditarios poſſet conuenire pro parte ſua, is exegit ab eis ſolidum. poterat enim pro parte. Huc pertinet l. ſi communes ædes. 40. ff. de neg. geſt. & l. hæredes eius. 25. §. ſi vnus. ff. famil. erciſcun. Si quis cauerit damni infecti nomine pro domo ruinoſa, cuius domus pro parte tantum dominus erat: is poterit à ſocio ſuo exigere, quod eius nomine ſoluit: non actione communi diuidundo. Nam hoc ad communionem non pertinet: ſed actione negotiorum geſtorum. Aliud exemplum eſt in l. Pannonius. 83. §. vl.

ff. hoc tit. Filius cui erat delata hæreditas matris, non curauerat adire matris hæreditatem toto vitæ ſuæ tempore, vſque ad mortem: moriens fecit teſtamentum vel codicillos: in teſtamento, vel codicillis petiit ab hærede, vt maternorum bonorum ſeruum manumitteret; & ſibi & parentibus ſuis, in poſſeſſione bonorum matris, monumentum extruat. Ait Iureconſul. ſe pro hærede geſſiſſe. Videtur enim cum ſciat ab inteſtato ſibi delatam eſſe matris hæreditatem, animum habere eius hæreditatis acquirendæ. Ego peto vt ſeruum manumittas mihi relictum in hæreditate matris meæ. Non poteſt meus eſſe ille ſeruus niſi iure hæreditario. Is ergo videtur pro hærede geſſiſſe, qui ita fidei commiſerit hæredis ſui in teſtamento ſuo. Et ſic videtis pro hærede gerere eum videri quoque, qui aliquid diſponit in ſuo teſtamento. Et eſt ſimilis locus in l. 6. ſi auia. Cod. de iure delib. Mater mea inſtituit me hæredem ex duabus vnciis hæreditatis ſuæ. Ego filium meum cum facerem teſtamentum inſtitui ex iis vnciis. Quæritur an videat matris hæreditatem adiiſſe? Aiunt Impp. Dioclet. & Maxim. *Igitur ſi teſtamento, &c.* Nec id magnam dubitationem habet. Solo animo acquiritur hæreditas. §. vlt. de hæred. qualit. & differ. in Inſtit. At voluntas acquirendæ hæreditatis non minus declaratur à moriente, ab ægroto, quam à ſano. Et eſt hic obſeruandum, eundem actum, & vltimam voluntatem & actum inter viuos eſſe. Peto vt ſeruum, qui ex bonis maternis eſt, manumittas, hic actus eſt & vltima voluntas & actus inter viuos, diuerſa ratione. Quæritur reuocato teſtamento, an aditio hæreditatis videatur reuocata eſſe. ***Ambulatoria enim eſt teſtatoris voluntas vſque ad mortem***, l. 4. ff. de adimen. leg. Et receptum eſt non videri aditionem hæreditatis reuocatam eſſe. certum eſt eum, qui pro hærede ſe geſſit, non poſſe id reuocare. l. ſicut maior. 4. Cod. de repud. hæred. Aliud exemplum eſt in l. eum demum. 86. ff. hoc titu. filius ſuſcepit hæreditatem matris, & ab hæreditate patris abſtinuit: poſſedit agrum quendam ex bonis patris, cum crederet illum agrum eſſe ex bonis maternis, an credatur ſe immiſcuiſſe hæreditati patris? Certum eſt eum aliquid hæreditarium attigiſſe. Poſſedit agrum, qui ex hæreditate patris eſt. Sed tamen ait Iureconſultus: quia non ſufficit aliquid hæreditarium attigiſſe, vt pro hærede quis geſſiſſe intelligatur: ſed animus præterea requiritur. hic autem abeſt animus, propter errorem, quia agrum poſſedit tanquam hæreditatis maternæ, non paternæ. Aliud exemplum eſt in l. 2. Cod. de iure delibet. de eo, qui paternum debitum exoluit. Filius poſt mortem patris ſoluit debita hæreditaria. quæſtio eſt, an videatur pro hærede geſſiſſe, vt teneatur creditoribus hæreditariis? Ait Imp. Alexan. ibi, *Cum debitum, &c.* hoc eſt diligenter notandum. Similis lex eſt C. de inoffic. teſtam. l. parentibus. 8. Hac ratione ſæpe accidit, vt filius mercatorum poſt mortem parentum ſuorum implicentur oneribus hæreditariis, ſi quid ſoluerint poſt mortem patris. & hoc eſt vſitatiſſimum: niſi appareat aliud actum eſſe. Poterit quis obiicere regulam ex l. pro hærede. 20. §. Papinianus. ff. hoc tit. Nam poteſt ſolui debitum alio animo, quam geſtionis pro hærede. Alius poteſt ſoluere noſtro nomine, & nos liberat. l. ſoluendo. 39. de neg. geſt. Sed ideo hic dicitur eum videri geſſiſſe pro hærede: quia potius præſumitur eum ſuo nomine ſoluere, quam alieno: niſi aliud actum ſit. l. 4. ff. de ſolut. Ergo multo minus ſoluere videtur eius nomine, pro quo non eſt obligatus. Vnde dicendum eſt, cum quis ſoluit paternum debitum, teſtationem vtilem eſſe, vt dicat ſe non ſoluere hæreditario nomine. d. l. pro hærede. 20. §. 1. & l. at ſi quis. §. plerique. ff. de relig. & ſumpt. funer.

Oſtendimus ſupra multis exemplis, quomodo acquiratur hæreditas vel aditione, vel pro hærede geſtione. Exempla à nobis adducta ex Iureconſultorum locis ſumpta ſunt, quibus perceptis facile de aliis iudicari poterit. Aliæ quæſtiones deſunt in aliorum ſcriptis agitatæ. Vna mihi occurrit non omnino contemnenda. Quæſtio eſt, ſi quis hæres inſtitutus dixerit: Sibi hæreditatem non diſplicere, an his verbis inducatur hæreditatis aditio, cum ageretur de hæreditate cuidam delata, is eam hæreditatem ſibi non diſplicere ait: an videatur hæreditatem adiiſſe? Videtur quibuſdam aditio eſſe. Aiunt nihil referre an ſibi hæreditatem placere dixerit, an vero non diſplicere, arg. ex l. 4. & 5. Cod. de arbit. vbi dicitur nihil referre, an is qui condemnatus eſt, dixerit ſibi placere ſententiam latam: an vero ſibi non diſplicere. Sed tamen exiſtimo, ſi nihil aliud actum eſſe appareat, hunc adiiſſe hæreditatem non videri. In aditione hæreditatis voluntas requiritur eaque firma & certa, vt ſupra à nobis iam ſæpe dictum eſt, animi deſtinatione acquiritur hæreditas. d. l. pro hærede. 20. in princip. His autem verbis non declaratur voluntas, cum quis ait ſibi non diſplicere hæreditatem, quæ delata eſt. Medium enim quiddam eſt inter placere & diſplicere. Argumento eſt, quod dicitur in l. 1. §. ſcientiam. ff. de tribut. act. Multum refert, an quis dicat ſe velle: an vero non nolle. medium eſt inter velle & nolle. Videtur adhuc ſuſpenſa voluntas eius eſſe, qui dicit ſibi hæreditatem non diſplicere. Nec nos mouere debet, quod adferunt ex l. 4. & 5. Cod. de arbit. Nam ad confirmandam ſententiam, quæ ab arbitro lata eſt, non eſt voluntas neceſſaria eius, qui damnatus eſt. Atque ideo non eſt mirum, ſi dicatur nihil referre, an is expreſſim declarauerit ſibi placere ſententiam, an vero ſibi non diſplicere: ſed voluntas neceſſaria eſt in aditione hæreditatis.

Ad hunc locum de ratione & modo acquirendæ hæreditatis pertinet conſtitutio Theodoſii, de cretionis ſolennitate, in l. cretionum. 17. Cod. de iure deliber. Quid ſit cretio, & cretionum ſolennitas docet Vlpianus in Inſtitut. titu. qui hæred. inſtit. poſſint. & aliquid ſcripſi in lib. 2. Diſput. Mentio eſt quoque huius cretionis in lib. 4. Cod. Theodoſii. ex l. 8. tit. de mater. bon. Verba quædam ſolennia erant qu[illegible] acquirebatur hæreditas ab eo, qui inſtitutus erat hæres cum cretione. Hæc ſolennitas viſa eſt nimis ſcrupuloſa, ideoque omnino reiicienda. Hæc ſolennitas erat neceſſaria, cum quis erat inſtitutus cum cretione. Non enim ſemper inſtituebatur hæres cum cretione. Eius hæc erat formula, *Mænius hæres eſto, cernitoque hæreditatem in centum diebus, [illegible] exhæres eſto.* Sic inſtituebatur hæres cum cretione. Vlpian. in Inſtit. tit. 20. qui hæred. inſtit. poſſ. verſi. *Cretio eſt certorum dierum ſpatium, quod datur hæredi ad deliberandum, &c.* Poteſt ſtatui tempus à teſtatore intra quod hæres hæreditatem adeat. l. ſi quis hæres. 71. ff. hoc tit. quod nobis videtur ſupereſſe ex ea cretione antiqua. Præterea aditio hæreditatis pura eſſe debet, ſine die aut conditione: quod adeo verum eſt, vt adiecta conditione vitietur. l. 51. eum qui. §. vltim. ff. hoc tit. Cum quis dubitaret an ſoluendo hæreditas eſſet, adiit conditione adiecta, *Si ſoluendo hæreditas eſt.* Quæritur, an valeat hæreditatis aditio ſub hac conditione? Ait ibi Iureconſultus, nullam aditionem eſſe. Ratio admodum obſcura non eſt ex his, quæ iam dicta ſunt à nobis ſuprà, firmam certamque eſſe debere voluntatem eius, qui adit hæreditatem: certum conſilium eſſe debere. l. in totum. 77. ff. de regul. iuris. In totum, omnia quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia perfici poſſunt. Ideoque diximus propter ignorantiam & inſcientiam eius, cui delata eſt hæreditas, eum non poſſe adire hæreditatem, quamuis re vera delata ſit, ſi ignoret delatam eſſe. Sed quia idem dicitur de die, ſolet quæri qua ratione id conſtitutum ſit? Hæreditatis aditio inter actus legitimos numeratur. l. actus legitimi. 88. ff. de regul. iuris. Qui actus legitimi non tantum adiecta conditione: ſed etiam die omnino vitiantur. d. l. actus legitimi. ibi, *Qui non recipiunt, &c.* id eſt, qui non patiuntur diem, vel conditionem adſcribi, *Sicut*, inquit Iuriſconſultus, *emancipatio, acceptilatio, hæreditatis aditio, ſerui optio, tutoris datio.* Sed cur vitiantur hi actus legitimi adiecta die? Ego ſuperioribus locis docui, qui ſint actus legitimi. vulgo enim recte explicari non ſolent. Ego dixi actus legitimos eſſe, qui alias dicuntur à iuris auctoribus legis actiones. Mentio eſt frequens apud Iureconſultos legis actionis. Magiſtratus eſt apud quem legis actio eſt, in l. 2. ff. de offic. proconſ. Emancipatio numeratur inter legis actiones. in Nouella 81. Iuſtinianus ait, emancipationem numerari inter legis actiones. Eadem in regula iuris numeratur inter legitimos actus. Actus legitimus aut legis actio, ritus quidam ſolennis erat legibus introductus, ex quo nihil mutare licebat, vt docet Boetius in Topic. Cicer. ex Gaio Iureconſulto. qua parte loquitur de ceſſione, docet ritum ſolennem obſeruari ſolitum in ceſſione. Et hæc pars iuris, legis actio vocatur. Verba legitima dicuntur ſolennia.

lennia. in l.vlt.C.de teſtam.tut.& l.directus.Cod. de teſtam. manu. quia ritus ille ſolennis introductus eſt legibus. Et quia ex ritu & ceremonia legitima, quæ legibus introducta eſt, nihil immutandum eſt: non eſt mirum, ſi adiecta die vel conditione vitietur. Et ſic videtur accipiendum eſſe quod dicitur in l.nemo.166.ff.de regul.iur. Cum dicit Vlpian. *Nemo alieno nomine lege agere poteſt:* hi ritus non poſſunt peragi per procuratorem: ſed perſonæ ipſæ adeſſe debent per ſe, non per procuratorem. Sicut verba formulæ mutari non poſſunt: ita ne perſonæ quidem, vt perſona vna alterius loco ſubſtituatur. Cuius generis ſunt emancipatio, acceptilatio. Nec vlla eſt dubitatio. De iis eſt ritus ſolennis obſeruari ſolitus in emancipatione, vulgo notus eſt ex Theophil. ex Vlpiano in Inſtit. Quidam eſt ritus in acceptilatione, tutoris quoque datione. Sed mirum eſt, quod inter eos actus numeratur aditio hæreditatis, & ſerui optio. d.l. actus legitimi. ff. de regul. iur. In his enim nulla ſolennitas deſideratur. In aditione hæreditatis ſufficit declaratio voluntatis, quocunque modo quis voluntatem ſuam declarauerit, aut verbo, aut facto aliquo. Locus autem ille mihi ſemper ſuſpectus fuit. Varietas lectionum eum ſuſpectum reddit. In quibuſdam libris legitur, *Adoptio*, non *ſerui optio.* Adoptio olim magno ritu magnaque ceremonia fiebat. Nec dubito, quin legendum ſit, adoptio, non ſerui optio. Vbi autem legitur, hæreditatis aditio, forte legendum eſt, cretio, vt hoc intelligatur de ſolennitate cretionis, de qua iam diximus. Niſi ita velimus diſtinguere, hæreditatis aditio ſerui, quaſi Papinianus in d. l. actus legitimi. ff. de reg. iur. non loquitur de quacunq; aditione hæreditatis: ſed de aditione hæreditatis ſerui, id eſt, cum ſeruus adit hæreditatem. Seruo non licebat hæreditatem ſibi delatam adire: niſi certa & præſcripta forma, quamuis ab ea ſolennitate, vt nimis ſcrupuloſa, paulatim receſſum ſit: vt poſtea dicemus. Vnde ſeruus, cui delata eſt hæreditas, ſi adierit in diem, nihil agit. Sic ergo poſſet legi in dict.l. actus, &c. emancipatio, acceptilatio, hæreditatis aditio ſerui. Deinde adoptio, non autem ſerui optio. De cretione poſſet quoque illud intelligi. Cretio legitimus actus eſt, & inter legitimos actus merito refertur non quæuis aditio. Non ſemper acquiritur hæreditas cum cretione. Docet Vlpian. in loco iam adducto in Inſtit. vbi diſtinguit cretionem à geſtione pro hærede. Sequitur de perſonis.

Cap. IIII.

Quæ perſonæ poſſunt hæreditatem acquirere.

MVltæ variæque ſunt quæſtiones huius loci. Prima quæſtio eſt de eo, qui eſt in aliena poteſtate, cuiuſmodi eſt ſeruus in poteſtate domini: aut filius in poteſtate patris ſui. Quæſtio eſt, an hi hæreditatem acquirere poſſunt, an ſeruus poſſit hæreditatem acquirere, an filiusfam. poſſit hæreditatem acquirere? Et certum eſt vtrunque hæreditatem acquirere poſſe iuſſu eius, in cuius poteſtate eſt, ſi eius iuſſu adierit. in l.qui in poteſtate. 6. ff. de teſta. Eodem pertinet quod dicitur in l. placet. 78. ff. hoc titu. huiuſmodi ſunt ſeruus & filiusfamilias. Nos primum dicemus de ſeruo, deinde de filiofamilias.

De ſeruo variæ quæſtiones ſunt. l. ſi quis mihi bona. 25. in princip. ff. hoc tit. In primis quæritur, quid ſi ſeruus alienus ſit bona fide poſſeſſus ab alio, vel quid ſi ſeruus ſit fructuarius, in quo quis vſumfructum tantum habeat non etiam proprietatem? Ait Iureconſultus, *Si quis mihi bona, &c.* Quod diximus de ſeruo, intelligendum eſt de ſeruo proprio. Seruus meus hæreditatem mihi acquirit, ſi iuſſu meo hæreditatem adierit. Seruus autem alienus mihi non acquirit, etiam ſi à me poſſideatur bona fide, etiam ſi vſumfructum in eo habeam. Non enim meus dicitur, quod vſumfructum in eo habeam. Obiiciat quiſpiam ſeruum fructuarium aut bona fide poſſeſſum acquirere fructuario, vel bonæ fidei poſſeſſori, quod acquirit ex re bonæ fidei poſſeſſoris, vel ex operis ſuis. Cum ergo acquirat hæreditatem opera ſua, cur eam non acquirit, vel bonæ fidei poſſeſſori, vel fructario? Huic obiectioni reſpondet Iureconſultus in l.aditio.45. hoc tit. ff. Aditio hæreditatis non eſt in opera ſeruili. Ridiculum eſt dicere, operam eſſe voluntatis declarationem. non eſt opera: hæreditatem acquirit ſuus declaratione voluntatis ſuæ. Opera eſt diurnum officium. Hoc oſtendit Iureconſultus aliquot exemplis. *Idcirco ſi dotalis.* Dotalis ſeruus merito minime acquirit hæreditatem, quamuis ei acquirat, quæ operis ſuis acquirit. *Et cum quæſtus eſt, coita ſocietas quæſtus & compendii.* Cum ſocietas inter duos quæſtus & compendii initur, intelligitur coita ſocietas de his, quæ vnuſquiſque induſtria ſua acquiſierit. Sed ſi cui delata ſit hæreditas, ea non communicatur, nec in ſocietatem. l. coire. 7. & l.8. quæſtus. & l.12. ſed nec æs alienum. & ſeq. ff. pro ſocio. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. fructuario. 47. ff. de acquir. rer. domin. vbi dicitur fructuarium non acquirere hereditatem, quæ ſeruo delata eſt. quoniam ex ſerui operis non eſt, ſerui operis non acquiritur. Sed hic reperitur antinomia ex d.l.aditio. ad fi. ibi, *Poteſt verum eſſe, &c.* vbi ait Iuriſconſultus liberum hominem, qui à me bona fide poſſidetur, poſſe iuſſu meo adire hæreditatem. Si iuſſu meo adierit hæreditatem, eam mihi acquirit. Et tamen hic dicitur non acquirere, ſi ſeruus alienus, tanquam meus à me bona fide poſſeſſus adierit: ſed potius eam acquirere domino ſuo. Sed hæc contraria non ſunt. Quod dicitur in l. 25. ſi quis mihi bona. intelligendum eſt cum exceptione, quæ ſumitur ex d. l.aditio. niſi ſeruus ſit inſtitutus hæres gratia poſſeſſoris, ſiue ſit bonæ fidei poſſeſſor, ſiue fructuarius. fieri poteſt, vt ſeruus alienus quem ego bona fide poſſideo, & in quo vſumfructum habeo, non propter me inſtituatur: ſed ipſius ſerui gratia. Et hoc caſu non mihi acquiretur hæreditas: ſed potius vero domino. Sed ſi propter me inſtitutus ſit hæres, mihi acquiretur hæreditas, ſi iuſſu meo adierit. Ratio eſt, etſi aditio non ſit in opera ſeruili, & ex ea non poſſit dici hæreditatem mihi acquirere, quaſi ex opera ſua acquirat: tamen poteſt dici mihi acquirere hæreditatem, quaſi ex re mea acquirat. nam propter me ipſum hæres inſtitutus eſſe proponitur. quod fit contemplatione mei, gratia mea, id dicitur quaſi à me profectum eſſe. l. ſed ſi plures. 9. §. in arrogato. ff. de vulga. & pupill. ſubſtitut. Similis diſtinctio eſt in l.21. ſi ſerui vſusfructus. & legib. ſequen. ff. de vſufr. vbi Iureconſultus ait, cum quæritur an hæreditas delata ſeruo acquiratur vſufructuario, diſtinguendum eſſe an contemplatione proprietarii hæreditas ei delata ſit, an vero contemplatione fructuarii, vt ſi gratia fructuarii ſit hæres inſtitutus, ipſi fructuario acquiratur hæreditas, quaſi ex re ipſius. Hic non recedimus à regula in qua dicitur, fructuario tantum acquiri vel ex re ipſius, vel ex operis ſerui. & cum hac diſtinctione intelligendum eſt quoque, quod dicitur in l. fructuario. 47. ff. de acquir. rer. domin. Quamuis Iureconſultus ſimpliciter dicat: fructuarium non acquirere hæreditatem, quæ delata eſt ſeruo, hoc eſt intelligendum: niſi propter ipſum fructuarium ſeruus hæres inſtitutus ſit. Alii aliter diſtinguunt: & quorundam opinio eſt etiam, ſi gratia fructuarii vel bonæ fidei poſſeſſoris, ſeruus hæres inſtitutus ſit, tamen iuſſum domini & proprietarii requiri. ſed condici poſſe ab eo, aiunt, ſi hæreditas delata ſit ſeruo contemplatione ipſius fructuarii, vel eius qui poſſidet alienum ſeruum bona fide, ad acquirendam hæreditatem requiri iuſſum domini: & poſteaquam iuſſu domini acquiſierit hæreditatem transferri in fructuarium, & eo nomine actionem competere: ſicut in l.vlt. ff. de ſtip. ſeruo. Ego puto nihil opus eſſe hoc circuitu: ſed acquiri hæreditatem fructuario, vel bonæ fidei poſſeſſori. Et caſus diſſimilis eſt in l. vlt. ff. de ſtipulatione ſeruorum. nec ad rem pertinet. Sed obiiciunt illi l. ſeruus dotalis. 58. ff. ſolu. matr. Seruus dotalis non poteſt adire hæreditatem iuſſu mulieris, ſed tantum iuſſu mariti, ſi is hæres inſtitutus ſit, & maritus requirere debet conſenſum & voluntatem mulieris, ne mulieri poſtea teneatur, ſi hæreditatem damnoſam eius iuſſu adierit. quoniam ea hæreditas in reſtitutione rerum dotalium venit, ſi ſolutum matrimonium fuerit. Sed alia cauſa eſt ſerui dotalis. Maritus dominus eſt poſſeſſor: mulier non poſſidet. maritus dicitur dominus quamdiu durat matrimonium. l. doce ancillam. C. de rei vin. & l.in reb. C. de iur. dot. Cum ne poſſideat quidem mulier, ratio non patitur, vt iuſſu eius ſeruus adeat hæreditatem, ſed requiritur tantũ mariti iuſſus. Alia cauſa eſt fructuarii. Alia etiam cauſa bonæ fidei poſſeſſoris. Sequitur in eadẽ l. ſi quis mihi bona. §.1. *Seruus municipũ vel &c.* Seruus collegii hęres inſtitutus adibit hæreditatẽ

Quod dictum eſt de ſeruo, intelligendum eſt non tantum de ſeruo ſingularis perſonæ, ſed etiam de ſeruo municipum, vel collegii. Hi non ſunt ſerui ſingulorum, ex quibus collegium conſtat. l. in tantum. §. vniuerſitatis. ff. de rer. diuiſ. l. ſed ſi hac lege. 10. §. qui manumittitur. ff. de in ius vocan. Sed idem dicendum eſt. Eadem eſt enim ratio. Seruus municipum hæres inſtitutus adibit hæreditatem: ſed cui hæreditatem acquiret, aut cuius iuſſu? hoc non ſatis expreſſum eſt in hoc loco: ſed intelligendum eſt cum dicit, *Adibit hæreditatem, &c.* quaſi ita ſenſerit Iureconſultus, eodem modo acquirere hæreditatem, vt dictum eſt de ſeruis priuatorum hominum, de quibus forte Iureconſultus ante diſputauerat. Non enim plenę & integræ ſunt diſputationes Iureconſultorum. Quamobrem hic diſtinguendum eſt, an manumiſſus fuerit, aut alienatus, an vero nec manumiſſus, nec alienatus fuerit. Si manſerit in poteſtate municipum, vel collegii, dubitandum non eſt, quin municipii vel collegii iuſſu, adire debeat: quoniam adeundo iuſſu collegii ei acquirat. Ego ſcio ſubtilia quædam adduci ex l. ſed & ex dolo. §. 1. ff. de dolo. quod facile conſentire non poſſunt. Dixi ſupra quomodo ille locus intelligi debeat, & quomodo intelligi etiam debeat l. ſi cum exceptione. §. animaduertendum. ff. de eo quod metus cauſa. Poſſunt conſentire municipes, ſi alienatus ſit ſeruus, adibit hæreditatem iuſſu noui domini, vt dicitur in l. Antiſtius. 61. §. 1. ff. hoc tit. Videte tit. ff. de offic. procur. Cæſar. lib. 1. Digeſt. in d. l. ſi quis mihi bona. §. ſi quis plane, &c. Quæ diximus, non debent intelligi de eo, qui ſeruus pœnæ effectus eſt, ille nullius eſt ſeruus. l. 17. ſunt quidam. ff. de pœnis. ſi is hæres inſtitutus eſt, inſtitutio nulla eſt, cum alicui libertas adimitur atrocitate ſententiæ, non fit ſeruus Reipublicæ, vel fiſci, ſed dicitur ſeruus pœnæ: quoniam ſeruitus ei irrogatur pœnæ cauſa.

Hinc variæ quæſtiones tractantur in l. qui ſeruum. 47. & legibus ſequen. hæ quæſtiones non magis pertinent ad ſeruum, quam ad filiumfamil. pertinent, quamuis ſpecies ſit propoſita de ſeruo. Ego ſeruum adire iuſſi hæreditatem, vel filium, priuſquam adiret, ego furioſus factus ſum, itaque deſiit voluntas mea, conſequens eſt ſeruum non poſſe hæreditatem adire. Huic ſimile eſt, quod dicitur in l. ſi per epiſtolam. 50. ff. hoc tit. Ex quo notandus eſt locus communis de mandato, non tantum morte, ſed etiam furore mandatum reuocari. Ratio eſt in l. 4. ff. loca. quia ſicut finitur voluntas morte, ita etiam furore. Et notandum eſt morte tutoris pupilli, non morte pupilli mandatum finiri, vt hic expreſſum in hac l. ſi per epiſtolam.

Superius oſtendimus quomodo cœpta eſt diſputatio de his, qui ſunt in aliena poteſtate, an hæreditatem acquirere poſſint. Quæſtiones aliquot tractatæ ſunt ad eum locum pertinentes. Sequuntur aliæ quæſtiones, quæ partim ad filium proprie pertinent, partim cum ſeruo communes ſunt. Hic enim in primis quæritur quomodo iuſſus interponi debeat, cum dicimus filiumfamil. iuſſu patris, in cuius eſt poteſtate hæreditatem adire, ſeruum iuſſu domini, in cuius eſt poteſtate, hæreditatem adire. Quæſtio eſt in l. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. ff. hoc tit. Ait Caſſius hic, interuenire iuſſum debere, vt præcedat aditionem hæreditatis: ſi ſequatur aditionem hæreditatis, nullius momenti, nullius effectus eſt. Præcedere debet, inquit. Ergo ſi pater aditionem filii poſtea ratam habuerit, poſtea filius adierit, non acquiritur ei hæreditas: quia iuſſus non præceſſit. Sed cur iuſſum præcedere debet, nec ſufficit conſenſus, qui ſubſequatur, cur non ſufficit ratihabitio? Alias enim nihil refert, an quis mandet, an vero quod ſine mandato geſtum eſt, poſtea ratum habeat. l. 2. ff. ad Senatuſconſul. Macedo. Dubitationem auget, quod dicitur de auctoritate tutoris in l. obligari. §. tutor. ff. de auctor. tut. & Inſtit. eod. §. tutor. Cum dicitur tutore auctore pupillum contrahere, & negotia ſua gerere, tutoris auctoritatem accedere oportere, ſic accipimus, vt ſufficiat in ipſo negotio auctoritatem tutoris interuenire, neceſſe non eſt, vt tutoris auctoritas præcedat id, quod geritur à pupillo: imo ſufficit perfecto negotio, modo ſtatim, non ex interuallo ſequatur. Præterea etiam quæſtionem facit, quod dicitur in l. 1. ff. quod iuſſu. Prætor actionem dat aduerſus patrem, ſi cum filio contractum ſit iuſſu patris. Vlpianus in interpretatione edicti prætorii ait idem dicendum eſſe, etſi pateat quod geſtum eſt à filio, poſtea ratum habuerit. Ex eo præterea augetur dubitatio, quod dicitur in l. 2. Cod. qui admit. ad bon. poſſ. quod etiam dicitur in l. 5. qui in aliena. ff. hoc tit. & aliis ſimilibus locis de bonorum poſſeſſione. Si filius datam ſibi poſſeſſionem bonorum agnouerit ſine iuſſu patris, & pater ratum habuerit, acquiret ei bonorum poſſeſſionem. At bonorum poſſeſſio quid eſt aliud quam hæreditas? l. 3. ff. de bonorum poſſeſſiõ. & §. quos autem. Inſtitu. de bonorum poſſeſſ. vbi bonorum poſſeſſores vice hæredum fungi dicuntur. Quid igitur eſt, quod Iureconſultus hic ait iuſſum præcedere debere? Variæ adducuntur rationes. Ego puto id ex iure veteri ortum habere. In lege forte ſcriptum erat filium iuſſu patris delatam ſibi hæreditatem adire. Lex de patre loquens recte vſa eſt hoc verbo, cum patris ſit iubere filio, quem habet in ſua poteſtate, vt non niſi iuſſu patris adeatur hæreditas. De pupillo & de tutore loquens lex non eſt vſa hoc verbo, non eſt tanta poteſtas tutoris in pupillum quanta eſt patris in filium. Tanta erat poteſtas olim patris in filium, vt in eum ius vitæ & necis haberet. l. in ſuis. ff. de liber. & poſthum. Verborum autem proprietatem in legibus interpretandis ſequi ſolent Iureconſulti, niſi aliqua euidens vtilitas & æquitas aliud ſuadeat. Cum ergo animaduerterent legem de iuſſu loqui, ſic interpretati ſunt, vt conſenſus ſubſequens aut ratihabitio non ſufficiat. Iuſſus enim non dicitur Latine, niſi qui antecedit, & ſi forte quis conſenſit poſtea, ſi tamen non præceſſit iuſſus, non poteſt iuſſus Latine dici. Cum dicimus tutore auctore pupillum contrahere debere, id eſt, in ipſo negotio interuenire debere tutoris auctoritatem: conſenſus enim requiritur. Hæc ſubtilitas contempta eſt à prætoribus in bonorum poſſeſſione introducenda. Cum ex legibus veteribus nihil immutare vellent, & quod erat cautum de hæreditate ſequi vellent, tamen in bonorum poſſeſſione introducenda, quæ ex iuriſdictione prætoria eſt, neglexerunt ſubtilitatem iuris. Prætores in introducenda bonorum poſſeſſione ius ciuile ſecuti ſunt, cum aliquo temperamento æquitatis. Et ſane quædam ſubtilitas eſt, vt iuſſus præcedere debeat, vtque non ſufficiat patrem poſtea conſentire. l. qui in aliena. 6. in princip. ff. hoc tit. Idem dicitur in l. 1. Cod. qui admit. ad bonor. poſſeſ. Bonorum poſſeſſio introducta eſt ad exemplum hæreditatis, & eſt veluti hæreditas quædam iuris prætorii. Sed in ea introducenda viſum eſt eis vtilitatem potius ſequendam eſſe, quam illam ſubtilitatem exactam iuris ciuilis veterum legum. Idem à ſenatu factum eſt in reſtitutione fideicommiſſaria in ſeruo inuito. l. 65. §. 1. ad Senatuſconſul. Trebell. Hic docet quid interſit inter hæreditatis acquiſitionem ex teſtamento, & reſtitutionem fideicommiſſariam ex Senatuſconſulto Trebell. hic ſenatus, ſicut & prætor, ſubſecutus eſt ius ciuile & leges veteres: ſed cum temperamento æquitatis vt diximus. Ego de hac re plura ſcripſi lib. 2. Diſput. cap. 10. Qui inſpexerit diligenter noſtram de hac re diſputationem, facilius aſſequetur rationem diuerſitatis inter bonorum poſſeſſionem & hæreditatem, & reſtitutionem fideicommiſſariam. Hinc etiam factum eſt, vt Iureconſulti edictum prætoris de eo quod iuſſu patris geſtum eſt cum filio, interpretentur neglecta hac iuris veteris ſubtilitate, ſecuti in interpretatione eius edicti prætorii, exemplum prætoris in bonorum poſſeſſione introducenda. Cum prætor loqueretur de iuſſu, ſic interpretati ſunt, vt teneatur pater ſi vel iubeat, vel poſtea ratum habeat. Sic eſt intelligendum, quod dicitur in l. 1. ff. quod iuſſu. Vt ergo acquiratur hoc modo hæreditas, oportet patris iuſſum præcedere, & idem dicendum eſt de iuſſu domini, ſi ſeruo hæreditas delata ſit. Sed quæſtio eſt, an hi qui ſunt in aliena poteſtate, cogantur huic iuſſui parere, ſi noluit parere voluntati domini vel patris, ſeruus vel filius. De ſeruo nulla dubitatio eſt quin poſſit cogi: expreſſum id eſt multis legibus. videte l. cum aliquis. C. de iure delib. Hinc aperte oſtenditur poſſe cogi ſeruum adire hæreditatem, ſi iuſſus à domino eam adire nolit, vt acquirat domino ſuo. Similis locus eſt in l. 1. §. prætermittere autem. verſi. quid ergo. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtam. Et recte: alias fraus facile fieret edicto prætoris. At hoc edicto prætoris, ſi quis omiſſa cauſa, continetur, vt ſi is cui delata eſt hæreditas, fraudandorum legatariorum cauſa omiſerit

ſerit eam ex teſtamento, & adire eam voluerit ab inteſtato, vt perinde teneatur, ac ſi ex teſtamēto adiiſſet. Quid ergo ſi ſeruo delata ſit hæreditas, & ſeruus eius iuſſu nolit adire, vt poſſit eam capere ab inteſtato? Cogendus eſt.

Quod autem diximus cogi poſſe ſeruum adire hæreditatem, intelligendum eſt, niſi malit in compedibus eſſe, aut aliter coerceri. Non eſt neceſſitas abſoluta. Nam ſeruus abſolute & præciſe cogi non poteſt. quia eius voluntas neceſſaria eſt. Quod ſi animo tam obſtinato ſit, vt nullis minis, nulla coercitione adduci poſſit ad adeundum, non acquiretur hæreditas domino. idque expreſſum eſt in leg. cum aliquis. Codic. de iure delibe. An idem de filio dicendum ſit, quæritur? Plerique hic diſtinguunt filiumfamilias à ſeruo: ſed contraria opinio mihi magis probatur. ego enim puto cogi poſſe filium à patre. Certi iuris eſt poſſe patrem filium cogere auctoritate paterna. leg. ſerui & filii noſtri. 16. ff. de furt. vbi dicitur, licere patri in filium aliquid ſtatuere. Idem dicitur in l. 3. Cod. de patria poteſtate. Quod igitur expreſſum eſt legibus, quæ à nobis adductæ ſunt de ſeruo, qui eſt in poteſtate domini: idem dicendum eſt de filio, qui eſt in poteſtate patris, vt ab eo cogi poſſit adire hæreditatem. Sequitur in eadem leg. ſi quis mihi bona. 25. §. iuſſum. ff. hoc titu. *& putat vel per internuncium, &c.* Quod ſcriptum fuerat de iuſſu patris in adeunda hæreditate, & filiofamilias, interpretatur nihil referre an iubeat per literas, an per internuncium, vel ſi præſens iuſſus eſt. Quocunque modo iubet pater ſiue præſens, ſiue per epiſtolam, non recedit à proprietate verborum. Deinde Iuriſconſ. ſeq. §. *Sed vtrum, &c.* quærit an hic ſpecialis iuſſus requiratur: an vero ſufficiat generale mandatum patris, ſi iubeat generaliter pater filio ſuo, vt quæcunque hæreditas ſibi delata fuerit, eam adeat? Ait non ſufficere generalem iuſſum, ſed ſpecialiter debere iubere. Iuſſus debet eſſe ſpecialis de certa hęreditate. Debet iubere filio pater, vt adeat hæreditatem, quæ delata eſt, certi hominis. Viſum eſt periculoſum, patrem obligari hæreditati ob generalem iuſſum de adeunda hæreditate, quæcunque filio data fuerit. Periculoſa viſa eſt hæreditatis aditio veteribus iuris auctoribus. & re vera plurimum periculi habet. Argumento eſt quod dicitur in §. neque tamen. in Inſtit. de auctor. tut. quod pupillus quidem ſine tutore ſuo omnia gerere poteſt, quibus ipſius conditio melior efficitur, non deterior, vt ſi ſtipuletur ab alio, vel quoduis aliud huiuſmodi negotium contrahat, quo meliorem ſuam conditionem reddat. Sed hęreditatem adire non poteſt, etiamſi hæreditas lucroſa ſit, ſine tutoris ſui auctoritate. hoc plerumque captioſum eſſe ſolet. Plerumque homines incauti hæreditatem adeunt, quæ videtur ipſis lucroſa eſſe, cum lateat æs alienum, quod tandem magnum emergit, vt pœniteat aditionis hæredem, qui adiuit. Propter hoc periculum exiſtimauerunt vtilius eſſe noſtri iuris auctores, vt pater ita demum obligetur hæreditati, ſi iuſſerit ſpecialiter certi hominis hæreditatem, quæ filio delata erit, adire. Quare minime ob generalem iuſſum tenebitur.

Hic caſus obſeruatur inter eos, in quibus ſpeciale mandatum exigitur. Sed hæc diſputatio eſt propria tituli de procurator. & titu. mandati. Sequitur in d. §. *Sed vtrum, &c. Sed an nominatim, &c.* Quod dicitur ſpecialiter oportere mandatum eſſe de certi hominis hæreditate, eſt intelligendum: niſi de viui hominis hæreditate iuſſus interuenerit. Hoc viſum eſt contrarium bonis moribus eſſe, vt diximus ſupra ad leg. 2. §. interdum. ff. de vulga. & pupil. ſubſti. in eadem leg. ſi quis mihi bona. §. *Sed quid ſi mandauit, vt hæreditatem colligat, &c.* his verbis oſtendit Vlpianus nihil referre, quibus verbis vtatur pater, cum iubet filio ſuo, vt adeat. Sufficit verba huiuſmodi eſſe, vt ex his intelligatur patrem velle filio ſuo iubere, vt hæreditatem ſibi acquirat. Hoc adeo verum eſt vt enunciatiua, vt dicuntur, verba hic ſufficiant. Exemplum ſubiungit Iuriſconſultus ibi, Pater filio ita ſcripſit, Scio fili quod pro tua prudentia inuigilabis hæreditati delatæ, &c. *Pater filio ita ſcripſit, &c.* hic enim verba idonea non ſunt ad iubendum, ſi proprietatem ſpectemus magis, quam voluntatem eius, qui mandat. Sed cum iubentis conſilium hic obſcurum non ſit, non debemus ita hærere verbis, vt voluntatem eius non potius amplectamur. At de voluntate dubitatio non eſt, cum his verbis vtitur pater, *Scio fili quod pro tua, &c.* Non aliis verbis vtitur, quia ſperat fore, vt filius in ea re negligens non ſit. Et hæc verba ſunt, quæ dicuntur enunciatiua, quę nonnunquam pro diſpoſitiuis accipiuntur, præſertim in vltimis voluntatibus, vt in leg. ex hac ſcriptura. 16. ff. de donat. l. etiam hoc modo. 112. ff. de legatis primo. Sed videtis in actibus, quæ inter viuos fiunt, vt in vltima voluntate, hæc verba accipi pro diſpoſitione. Nos ita accipimus hæc verba, ac ſi pater iuſſiſſet filio, vt hæreditatem adiret. Atque ideo vulgo dicitur ad conſtituendum debitorem in moram hæc verba ſufficere: veluti cum creditor vtitur his verbis alloquens debitorem ſuum, Opus eſt mihi pecunia, quam mihi debes. Sed hæc quæſtio magis facti eſt, quam iuris: leg. mora. ff. de vſuris. An quis ſit in mora, non poteſt in vniuerſum definiri. Huiuſmodi verbis videri poteſt recte interpellatus eſſe debitor: & poſſunt alia accidere propter quæ recte interpellatus dici non poſſit. Sequitur §. *Si coram Titio.* Pater mandauit filio, vt adeat hæreditatem coram Titio, conſilio & arbitrio Titij, an recte videatur iubere? Iureconſultus ait eum rectè videri iubere, id eſt, non aliàs filius adire poteſt hæreditatem, quàm coram Titio, arbitratu Titij. Et vulgaris regula eſt, fines mandati cuſtodiendos eſſe. l. diligenter. ff. manda. hoc autem non eſt ita accipiendum, quaſi nullo modo liceat aliquid immutare ex eo, quod iuſſu patris continetur. Sic enim hoc interpretatur Iureconſultus in verbis ſequentibus, vt non liceat à formula mandati patris recedere: niſi vtilius & plenius videatur exequi filius, quod pater iuſſit. Hoc enim caſu obligat hæreditati patrem: acquirit patri hæreditatem, perinde ac ſi iuſſus patris præſcriptum omnino eſſet aſſecutus. Ad §. *Sed ſi mandauit quaſi ex aſſe inſtituto, & inueniatur ex parte, &c.* Pater mandauit filio ſuo quaſi inſtituto ex aſſe, & reperitur inſtitutus ex parte: is adiit ex parte. quæritur an patris iuſſu videatur adiiſſe? Ait Iureconſultus non videri iuſſu adiiſſe. Sed contrà ſi iuſſit pater eum adire pro parte, poteſt adire ex aſſe. Nam qui adit ex aſſe, vtique etiam ex parte adit: argumento eſt quod dicitur in l. 3. §. ſi pluſquam. ff. de ſtatu lib. Is, cui relicta eſt libertas, ſi decem dederit, dando viginti conſequitur libertatem, & reliqua decem poteſt repetere. Sequitur, *Aliter atque, &c.* Si mandauit, vt adeat hæreditatem quaſi ab inteſtato delatam, & is adeat ex teſtamento, non obligat patrem hæreditati: quia id vtile patri non eſt, ſaltem æquè vtile non eſt: quia adeundo ex teſtamento hæreditatem, cogetur pater legata relicta in teſtamento præſtare. Sed contrà, ſi pater mandauit, vt adeat ex teſtamento, & adiit ab inteſtato, acquirit hæreditatem patri. Vtilius enim eſt patri adire ab inteſtato, quoniam legata non præſtabit. Etſi igitur in huiuſmodi caſibus filius non ſequatur præſcriptum paterni iuſſus, vſquequaque receptum eſt, ſi non fiat deterior conditio patris, valere aditionem. Exempla alia eiuſdem rei obſcura non ſunt. Sequitur in fin. d. l. ſi quis mihi bona, &c. *Sed ſi poſteaquam, &c.* Pater iuſſit filio ſuo, vt adiret hæreditatem: deinde pœnituit patrem huius iuſſus ſui. Vel pater mutauit conditionem ſuam. hîc quæritur an videatur iuſſu patris adire? Ait Iureconſultus non videri patris iuſſu adire. Quod geſtum eſt poſt reuocatum patris iuſſum, nullius eſt momenti. & hoc pertinet ad titu. manda. & ad tit. de procurator. Reuocatur autem mandatum iuſſus, non tantùm pœnitentia eius, qui mandauit, & contraria voluntate: ſed etiam aliis caſibus, reuocatur morte, mutatione ſtatus, vt hîc dicitur. Et addendum eſt, quod dicitur in l. qui ſeruum. 47. & legib. ſeq. 48. 49. 50. Si per epiſtolam. ff. hoc tit. ſi pater poſtea furere cœperit, & idem dicitur de tutore pupilli in d. l. ſi per epiſtolam. & eſt notandum morte legitimi adminiſtratoris mandatum reuocatum intelligi, cuiuſmodi eſt tutor, curator, & procurator. Et exemplum eſt huius rei in clement. vlt. de procur. de epiſcopo, qui procuratorem conſtituit, quamuis nomine eccleſiæ, quæ mori non poteſt, mandatum factum ſit: tamen morte epiſcopi, quia eſt legitimus adminiſtrator, reuocatur. Et animaduertendum eſt nihil referre, an ſciuerit filius reuocatum eſſe mandatum patris, an ignorauerit. quod tamen videbatur contrà dicendum eſſe §. recte. Inſtitut. de manda. Cum quis mandat aliquid gerendum, & is mutat voluntatem, reuocat mandatum ſuum: & non aliter tenetur, ob eam mutationem voluntatis & reuocationem mandatarius, quàm

ſi de ea voluntate certior factus fuerit. Sed hîc contrà dicendum eſt: quia non intereſt filij reuocatum eſſe hoc iuſſum patris. Quod dicitur in d. §. rectè. eſt intelligendum cùm intereſt mandatarij. Tu me procuratorem tuum conſtituiſti, mandaſti mihi tua negotia gerenda, cumque certior factus non eſſem de tua reuocata voluntate, multa geſſi, multa impendi, æquum eſt, vt mihi detur actio mandati contraria aduerſus te. Ea reuocatio non debet intelligi, vt ad iniuriam meam pertineat. Sed hîc nullum tale eſt incommodum, vbi agitur de acquirenda hæreditate patri, non filio. Quid intereſt filij, an pater reuocauerit mandatum, an non reuocauerit? Hæc de interpretatione huius legis.

Aliæ ſunt quæſtiones ad eundem locum pertinentes diſperſæ ſub hoc titulo, veluti in l. 51. eum, qui. §. filiusfamil. hæres ſcriptus. Pater iuſſit filio ſuo, literis ad eum ſcriptis, vt adeat hæreditatem ſibi delatam, ſi compererit eſſe idoneam, facta inquiſitione, poſtquam expenderit diligenter an ea hæreditas ſoluendo ſit. Non mandauit ſimpliciter, vt adeat hæreditatem: ſed addidit conditionem, ſi, re diligenter explorata, hæreditatem idoneam eſſe compererit. Filius ſtatim acceptis literis patris, adiit hæreditatem, nulla inquiſitione facta, non obligat patrem filius. receſſit enim à præſcripto mandati paterni. Huc pertinet, & eſt alia quæſtio l. filiusfamilias. 91. ff. hoc titul. filiusfamil. duxit vxorem, &c. Nepos qui eſt in poteſtate aui, non patris, adit hæreditatem iuſſu aui, non patris. Et dictum eſt, eum, qui eſt in aliena poteſtate, adire iuſſu eius, in cuius eſt poteſtate, non intelligitur non tantùm de filio, qui in poteſtate patris eſt: ſed etiam de nepote, qui eſt in poteſtate aui. filiusfamilias igitur iuſſu patris adeundo hæreditatem, patrem ſuum obligat hæreditati: & hæreditas delata filio non aliter acquiritur patri, iuſſu eius non præcedente, præterquam exceptis caſibus. Vnus caſus exceptus eſt. ff. hoc titulo. in leg. qui in aliena. 6. §. 1. ſi pater diu poſſedit, licet filius non adierit. Delata eſt hæreditas filiofamilias, pater ſtatim res hæreditarias apprehendit, occupauit, eas poſſedit, fortè ſpacio decem annorum: poſtea conueniunt patrem creditores hæreditarij, tanquam hæredem. oritur controuerſia inter eos, an hæres ſit. ex his, quæ diximus, videtur hæres non eſſe. Nam vt hæreditas acquiratur patri per filium, oportet filium adiiſſe hæreditatem. at filius non adiuit. Et hoc non ſatis eſt, oportet patris iuſſum præceſſiſſe: hîc nullus interuenit iuſſus. Quomodo ergo poteſt dici pater hæreditati obligatus eſſe? Sed in d. l. 6. Iureconſultus ait, *Credendum eſt*, *&c.* Nam præſumitur aditio ex diuturnitate temporis, vtilitatis cauſa. vtilitatis cauſa hoc eſt ita conſtitutum. Quanquam, ſi ſubtilitatem ſpectemus, non videatur obligatus eſſe pater hæreditati, quia neque filius adiit hæreditatem, neque iuſſus patris præceſſit: tamen vtrunque præſumitur ex diuturnitate temporis propter vtilitatem. Idem dicendum eſt, & ſi filius ipſe poſſederit hæreditatem longo tempore, quod expreſſum eſt in l. filiusfamil. 10. C. de petit. hæred. Filio poſſidente longo tempore hæreditatem, ſciente patre, non tamen iubente, dicitur patri hæreditas acquiſita eſſe, quamuis eius iuſſus non interuenerit, propter diuturnitatem temporis. Eſt locus communis de diuturnitate temporis, qui ad alia multa producitur. aliàs tempore non acquiritur, nec tollitur obligatio. l. certis annis. C. de pactis.

Cœpimus explicare caſus, in quibus non eſt neceſſaria aditio filij, nec iuſſus patris. In primis dixi, ſi diu poſſederit hæreditatem, pater, ſiue filius eam acquirit: nam perinde èſt ac ſi omnia ſolenniter geſta eſſent, & omnia ſolennia interueniſſent. Alter caſus eſt in l. filiofamil. 4. Cod. de iure delib. Si pater adierit filio volente & conſentiente, filiofamilias hæreditas delata eſt, pater pro hærede geſſit volente & conſentiente filio. Quæritur an ſit obligatus pater hæreditati? Dubitatio naſcitur ex eo quòd ſolennitas hîc non eſt ſeruata: non anteceſſit iuſſus patris aditionem filij: neceſſaria eſt aditio filij: neceſſarius eſt iuſſus patris. hîc non adiit filius: ſed pater volente & conſentiente tantum filio. Sed eſt reſcriptum videri ſolennitati iurisſatis factum. d. l. ibi, *Solennitati iuris*, *&c.* Hoc reſcripto magnopere temperatur rigor atque ſubtilitas iuris ciuilis. Viſum eſt Imperatori, qui hoc reſcripſit, non multum referre, an patris iuſſu adeat filius: an verò pater pro hærede gerat, volente & conſentiente filio. Ergo quod dicitur iuſſum patris præcedere debere, & neceſſarium eſſe, intelligendum eſt, niſi pater ipſe adire malit, filio conſentiente. Sed mirum videtur quod hîc dicitur ſolennitati iuris ſatisfactum videri, cùm ſuperiori loco dictum ſit, propter ſpacium longi temporis, videri huic ſolennitati tantummodo ſatisfactum eſſe. Nam hîc temporis diuturnitatis nulla fit mentio. Diximus, ſi ſolennitas non interuenerit, ſed diu poſſederit pater, vel filius, ſolenniter videri omnia geſta eſſe, ſolennitati videri ſatisfactum eſſe. At hic de tempore nihil dicitur: ſed ideo temporis diuturnitas non requiritur: quia proponitur patrem adiiſſe, & pro hærede geſſiſſe, conſentiente filio. In hac ſpecie certa eſt voluntas vtriuſque & patris & filij. Propter voluntatem vtriuſque, quæ nec dubia, nec obſcura eſt, dicitur ſolennitati iuris ſatisfactum videri, etiam ſi non acceſſerit temporis diuturnitas. Sed cum pater non adiit, non conſtat an pater adierit, nec conſtat an filius conſenſerit, tunc propter diuturnitatem temporis diximus ſolennitati ſatisfactum eſſe videri: omnia geſta ſolenniter eſſe videri. hic autem apparet vtrunque concurrere, & geſtionem patris pro hærede, & voluntatem filij.

Tertius caſus eſt, ſi filius hæres neceſſarius ſit. In filio, qui hæres neceſſarius eſt, hæc ſolennitas minimè neceſſaria eſt, quia hæres fit ipſo iure ſine vllo facto ſuo, & hæreditatem acquirit ei in cuius eſt poteſtate. Nulla aditio eſt neceſſaria, ac ne iuſſus quidem paternus. Hoc apertè dicit Iuriſconſul. in l. qui aliena. 6. §. interdum. ff. hoc titul. Auus inſtituit nepotem, quem habebat in poteſtate ſua, & filium exhæredauit. poſt mortem aui, nepos acquirit ipſo iure hæreditatem patris ſui exhæredati, nec opus eſt ea ſolennitate, de qua diximus, ſcilicet vt adeat iuſſu patris ſui, cui hæreditatem acquirat. Vlpia. in d. §. interdum. verſ. vt puta ſi nepos, &c. patrem enim &c. ſicut ipſe hæres neceſſarius fieret hæres ſuus, ſi ſibi hæreditatem acquireret: ita etiam eum, cui hæreditatem acquirit, facit neceſſarium hæredem & ſuum hæredem. Ibi, *Sed ſi quis hæres inſtitutus adoptetur*, *&c.* Diuerſum ius eſt in hac ſequenti ſpecie. Si quis inſtituerit extraneum hæredem exhæredato filio ſuo: deinde hic extraneus, mortuo teſtatore, adoptatus ſit à filio exhæredato: quamuis ei ſuus efficiatur, non ideo tamen eum faciet ſuum hæredem. non enim erat ſuus tempore mortis teſtatoris. Sed in ſuperiori ſpecie tempore mortis erat in poteſtate teſtatoris, ideoque facit patrem ſuum, qui exhæredatus eſt, ſuum neceſſariumque hæredem. ex quo notandum eſt hæredem ſuum dici eum quoque quem alius antecedit. quod obſeruatione dignum eſt. hoc ratum eſt & ſingulare. Nam aliàs ſuus is demum hæres dicitur quem nemo antecedit. l. ſi filiusfamilias. 33. ff. de milit. teſta. & §. 1. Inſtitut. de hære. quæ ab inteſt. Hic ius ſui habet nepos, quamuis filius, qui adhuc viuus eſt, eum antecedat. Hoc accidit cùm nepos inſtituitur exhæredato filio. Proponitur in hac ſpecie nepos inſtitutus ab auo ſuo: proponitur filius exhæredatus. Itaque hic filius, qui exhæredatus eſt, habetur pro mortuo, & quodammodo intelligitur nepotem non præcedere. & vulgare eſt quod dicitur filium exhæredatum pro mortuo haberi in hac ſpecie. Exhæredatus ergo ius ſui hæredis amittit, quamuis in poteſtate maneat. l. 1. §. ſi pater. ff. de coniung. cum emancip. Subſtitutio pupillaris, quæ fit exhæredato filio, oſtendit eum in poteſtate eſſe. Pater enim non ſubſtitui, niſi ei, quem in poteſtate habet. l. 2. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. his duobus concurrentibus, amittit ius ſui filius teſtatoris. Vnum eſt quod nepos ſit inſtitutus auo, alterum eſt, quòd filius exhæredatus ſit, aliàs nepos non dicitur hæres ſuus eſſe. veluti ſi veniat contra voluntatem teſtatoris. Auus non cogitur inſtituere, vel exhæredare nepotem ſuum, vt valeat teſtamentum, quamuis filium exhæredauerit. Et ſi teſtator exhæredauerit filium ſuum, non ideo tamen neceſſe eſt ei reſtituere, vel exhæredare nepotem, quaſi nepos hæres ſuus ſit, quaſi nepos tanquam ſuus hæres poſſit rumpere teſtamentum, ſi præteritus ſit, vt expreſſum eſt ſub tit. de vulgari & pupil. ſubſtit. Sed cùm inſtitutus eſt nepos filio exhæredato, filius habetur pro mortuo, quantum ad ius ſui attinet: & nepos dicitur hæres ſuus eſſe, cum venit ſecundum teſtatoris voluntatem ad eius hæreditatem.

Quartus caſus eſt, ſi pater furioſus ſit, vt non poſſit filio ſuo iubere,

iubere, vt adeat hæreditatem. l. cum hæres. 52. ff. hoc titul. filiofamilias delata eſt hæreditas: pater eius furere cœpit: ideóque non poteſt ei iubere, vt adeat hæreditatem. Hîc quæritur quid facturus ſit filius? Iureconſultus ait, Si filius adierit, perinde haberi ac ſi pater adiiſſet, hic filiusfamilias habetur pro patrefamilias. Vtilitatis cauſa hoc ita conſtitutum eſt. ideoque permittitur ei ſeruos hæreditarios manumittere, vt hic dicitur. Eſt igitur hic notandum filium acquirere ſibi hæreditatem, non patri, contra ius vetus. Et hoc ita conſtitutum eſt, ne pater ignorans implicetur oneribus hæreditariis. Si pater, qui non poteſt iubere, implicaretur oneribus hæreditariis, durum hoc & iniquum eſſet. non enim niſi conſenſu ſuo debet adſtringi hæreditati, quæ fortè ſoluendo non eſt, vt dicitur l. qui in aliena. 6. in princip. ff. hoc tit. Huic non diſſimile eſt, quod dicitur in l. 50. Imperator. ff. ad Senatuſconſ. Trebellian. fideicommiſſum relictum eſt filio, ſi emancipatus erit à patre ſuo, ſi ſui iuris factus fuerit. Voluntas teſtatoris eſt, vt fideicommiſſum acquiratur filio tantum, non etiam patri. Pater non vult filium ſuum manumittere, ac ne cogi quidem poteſt eum manumittere, ſiue emancipare. Pater profundit fideicommiſſum, perdit res filio ſuo relictas. Quæritur quomodo poſſit filio aduerſus patrem ſuccurri & prouideri. Nam cautio prætoria hic locum non habet, vt caueat ſe reſtituturum pater: hoc vetat patria poteſtas. Inutilis eſt ſtipulatio inter patrem & filium. Sed reſcriptum eſt, vt pater grauatus fideicommiſſo, ante conditionis euentum id reſtituat filio, quamuis filius in poteſtate patris adhuc ſit: vtilitatis cauſa habetur pro patrefamilias, qui eſt filiusfamilias & in patris poteſtate. Ipſi fideicommiſſum reſtituitur perinde ac ſi ſui iuris eſſet. Vnum tamen hic notandum eſt, & addendum ſupradictis. Si pater ſanitatem recuperet in hoc caſu, & comprobet aditionem filij, ex eo tempore acquiri ipſi patri hæreditatem. Et hoc eſt ſatis expreſſum in l. vlt. §. penult. & vlt. quis ord. in bon. poſſ. ſer. Nam quod hic dicitur, filio acquiri hæreditatem, quia pater furioſus non poteſt ei iubere, hoc eſt intelligendum, vt tandiu ei acquiratur hæreditas, dum pater factus erit ſanæ mentis, vel addendum eſt ex l. vlti. §. ſin autem ex alia. Cod. de curat. furioſ. dum patri datus curator id approbauerit. Hinc naſcitur quæſtio, quid dicendum ſit de patre abſente, an id dicemus quod de patre furioſo, vt patre abſente, filius hæreditatem ſibi delatam acquirere poſſit? Ego reſpondeo breuiter, aliam eſſe cauſam patris abſentis, aliam patris furioſi. quamuis in l. 2. Cod. de iure codicill. dicatur furioſus haberi loco abſentis, propter abſentiam tamen patris non adit filius ſolus ſine iuſſu patris, nec ſibi hæreditatem acquirit, quamuis ex cauſa reſtitutio in integrum à prætore impetretur, propter abſentiam. ſic eſt intelligendum quod dicitur in l. cùm quidam. 30. ff. hoc titu. Neceſſaria eſt reſtitutio in integrum. Propter abſentiam reſtituetur in integrum, quòd non potuerit ſibi hæreditatem acquirere, propter abſentiam Reipublicæ cauſa, legationis cauſa, quæ abſentia iuſta eſt. Miratur Accurſius quòd abſens legationis cauſa dicatur abeſſe Reipub. cauſa. Reipublicæ cauſa abſens dicitur, non qui abeſt pro ciuitate ſua: ſed qui abeſt pro Republica Romana. Reſpublica dicitur tantum Romana: aliæ ciuitates loco priuatorum habentur. l. eum, qui vectigal. 16. ff. de verbor. ſignifi. l. ſed etſi per prætorem. §. vlt. ff. ex quibus cauſ. maio. Sed non multum refert, an quis Reipublicæ cauſa abſens dicatur: an legationis cauſa pro ſua ciuitate. Quamuis enim non reſtituatur tanquam Reipublicæ cauſa abſens: reſtituitur tamen ob generalem clauſulam edicti prætorij. Prætor in edicto ſuo de maioribus in integrum conſtituendis loquitur ſpecialiter de his, qui Reipublicæ cauſa abſunt. Deinde ſubiicit generalem clauſulam. Sed certum eſt probabilem eſſe cauſam abſentiæ, cùm quis abeſt legationis cauſa pro ciuitate ſua. Sed quia in d. l. cùm quidam. Iureconſultus loquitur de eo, qui legationis cauſa abfuit, & dicitur eum Reipub. cauſa abfuiſſe: hinc obiter notandum eſt, abſentibus non tantum ſuccurri beneficio reſtitutionis in integrum, cum de eorum damno agitur: ſed etiam cum de eorum lucro. Non tantùm ne damno afficiantur abſentes Reipublicæ cauſa, reſtituuntur in integrum: ſed etiam ne luctari deſinant. nullum verò damnum eſt, ne hæreditas abſenti delata acquiratur. Sed hoc eſt intelligendum, modo tale ſit lucrum, quod poſſit acquiri ſine incommodo & iniuria alterius, vt in hac ſpecie. Sed ſi quid lucri acquiſiturus ſit cum incommodo & iniuria alterius, propter abſentiam Reipub. cauſa, non reſtituetur in integrum l. ſciendum. 18. & l. 19. denique. ff. ex quib. cauſ. maior. loquitur Iuriſconſultus de interrupta poſſeſſione. Cùm quis vellet vſu & poſſeſſione diuturna rem alterius vſucapere, propter abſentiam eius interrumpitur poſſeſſio, nec reſtituitur in integrum.

Quinta exceptio eſt, cùm hæreditas aduentitia eſt, quæ hodie acquiritur filio etiam inuito patre. l. vlt. §. ſin autè in ſecunda. verſi. ſin autem recuſante. Cod. de bonis quæ liber. Ea conſtitutione emendatur & corrigitur ius antiquum, quod in Pandectis relatum eſt. Iure Digeſtorum, iure antiquo filius hæreditatem ſibi delatam acquirit patri ſuo, vt dicitur in l. 1. ſi à parent. quis manu. & l. placet. 78. ff. hoc tit. Sed ſi adita ſit hęreditas, quia non ſit profecta à patre, ſi fortè inſtitutus non ſit habita ratione patris: ſed aliunde ei obuenerit hæreditas, fortè eſt materna hæreditas. hæc hæreditas filio acquiritur, non patri. Filij eſt proprietas, acquiritur tantum vſusfructus patri: vnde ſi capax ſit filius acquirendæ hæreditatis ſecundum ius nouum, non eſt mirum ſi permittatur ei acquirere hæreditatem, etiam ſi pater fortè non conſentiat. Nec dubium, quin recuſante patre, qui à filio rogatus eſt vt conſentiat, poſſit filius hæreditatem, etiam inuito patre acquirere ſibi. Sed controuerſum eſt an ignorante patre, non rogato patre, non admonito, idem dicendum ſit.

Variæ ſunt opiniones. Sed probabilius mihi videtur requirendum eſſe conſenſum patris. Iuſtinianus loquitur de patre recuſante. Permittitur filio delatam ſibi hæreditatem, patre inuito, adire: ergo patre ignorante, patre non admonito vt conſentiat, non videtur filio id permittendum eſſe. Et ratio poſtulat, vt admoneatur pater propter vſumfructum, qui ei acquiritur. Pater eſt legitimus adminiſtrator bonorum aduentitiorum. Sed cùm rogatus pater à filio, non vult conſenſum ſuum accommodare, quia non ſtat per filium, ſed per patrem tantùm, nihil imputari poteſt filio, quòd officio ſuo functus non ſit. poteſt periculo ſuo adire hæreditatem, inuito patre. Qui diſſentiunt, vtuntur argumento ex regula iuris huiuſmodi: *Qui poteſt inuitis aliquibus aliquid facere, multò magis abſentibus, vel ignorantibus poteſt.* At filius, inquiunt, inuito & recuſante patre poteſt hæreditatem adire. Ergo multo magis ignorante eo. Sed hic eſt ratio diuerſa. Regula eſt intelligenda cum diuerſa ratio non eſt ignorantis & contradicentis.

Alia exceptio eſt in caſtrenſi hæreditate filiifamilias militis. l. miles filiusfamilias. 5. ff. de caſtren. pecul. ibi Iuriſconſultus ait, Si filiusfamilias inſtitutus ſit hæres à commilitone, &c. filiifamilias enim milites in caſtrenſi peculio habentur, perinde ac ſi patresfamilias eſſent. l. 2. ff. ad Senatuſconſ. Macedon. Hæ ſunt exceptiones regulæ à nobis traditæ. Extra hos caſus, cùm filiofamilias delata eſt hæreditas, vt eam acquirat patri, oportet adiri hæreditatem à filio iuſſu patris, & oportet iuſſum patris præcedere: ſi hæc non interuenerint, nulla erit aditio. l. qui in aliena. 6. in princip. ff. hoc ti. Sed quæritur, an ſaltem ſibi acquirat filius cùm adit ſine iuſſu patris? Si filius adeat hæreditatem ſine iuſſu patris, non dubitamus, quin pater obſtrictus ſit hæreditati. Sed dubitari poteſt, an ſaltem ipſe filius hæreditati obſtrictus ſit: quia quamuis non interueniat conſenſus patris, interuenit tamen conſenſus filij. Quæſtionem facit, quòd filiusfamilias ex omni contractu obligatur, ſicut paterfamilias. l. filiusfamil. ff. de obliga. & actio. Ex omni contractu obligatur, præterquam ex mutuo. At aditio hæreditatis quaſi quidam contractus eſt. Is, qui adit hæreditatem, quaſi contrahere dicitur. l. apud Iulianum. §. vltim. quib. ex cau. in poſſeſ. eatur. Adeundo hæreditatem quaſi contrahere videtur cum creditoribus hæreditariis. Cùm enim quis adit hæreditatem, hoc videtur profiteri ſe velle ſuccedere in locum defuncti, cuius morte obuenit ei hæreditas, & ſe eiſdem velle teneri, quibus defunctus tenebatur. Vnde dicitur ex quaſi contractu teneri. l. ex maleficiis. §. hæres. ff. de obliga. & actio. § hæres. Inſti. de obliga. quæ ex quaſi contractu naſcuntur. Itaque videtur in hoc caſu filius obſtringi hæreditati, quamuis pater hæreditati non obligetur. Sed verius eſt, ne filius quidem hoc caſu ob-

ligetur hæreditati, cùm ſolennitas obſeruata non ſit: & filius, cui delata eſt hæreditas, cùm adit hæreditatem ſine iuſſu patris, nihil agit. & ſic intelligere debemus, quod dicitur in dict. l. qui in aliena 6. in princip. ff. hoc titu. non poſſe obligari hæreditati patrem: imò ne filium quidem. Nam abſurdum eſt ita diuidere hæreditatem, vt apud vnum ſint debita, apud alium credita hæreditaria. Hæreditas non recipit talem diuiſionẽ, vt dicemus in interpretatione l. 1. & 2. ff. hoc tit. Hoc autem contingeret, ſi diceremus in hoc caſu filium obligare patrem. Nam ipſo iure commodum ſucceſſionis acquireretur patri. l. 1. in princio ff. ſi à parent. quis manu. Si diceremus acquiri hæreditatem filio, cùm adit ſine iuſſu patris: ex eo conſequeretur acquiri ei tantùm onera & incommoda. Nam emolumentum acquiritur patri: acquiſita hæreditate onera tantùm & incommoda penes filium remanerent, quod ratio iuris non patitur, vt ita hæreditas diuidatur. Concludendum igitur eſt hoc caſu ne filium quidem hæreditatem acquirére, cùm adit ſine iuſſu patris. Ex iam dictis naſcitur quæſtio tractata in ea. l. 6. qui in aliena §. ſi is, qui putabat. ff. hoc titul. Variæ quæſtiones hîc tractantur. Vna eſt, *Si is, qui putabat ſe filiumfamil. &c.* Quidam putabat ſe filiumfamilias eſſe, cùm non eſſet, erat filius tantùm naturalis, fortè non erat in poteſtate: adiit patris iuſſu hæreditatem. Quæritur, an rectè adierit, an acquiſierit hæreditatem ſibi, an patri, an neutri? Iureconſultus ait, neque ſibi, neque patri acquirere hæreditatem. Non acquiſiuit ſibi, quia non fuit eius hæc voluntas, vt ſibi acquireret, quia putabat ſe in aliena eſſe poteſtate. Voluntas autem neceſſaria eſt in aditione hæreditatis. Alteri non acquiſiuit: quia non potuit. vtrumque concurrere oportet in aditione hæreditatis & voluntatem & poteſtatem.

Altera ſpecies eſt in eodem §. ſi is, qui putabat, ibi, *Quanquam is, quem.* Pater habebat filium in poteſtate ſua, iuſſit ei vt adiret hæreditatem, poſt iuſſum ſtatim mortuus eſt, ipſo mortuo filius, cui iuſſerat hæreditatem adire, adiit, hîc quæritur an ſibi acquiſierit, & obligauerit ſe hæreditati. Hæc ſpecies eſt diſſimilis ſuperiori, cùm ſciret mortuum eſſe patrem, atque ita expiraſſe mandatum. Dubium non eſt, quin fuerit hoc animo, vt ſibi non alij hæreditatem acquireret. Deinde dicitur ibi, *Nam & eum qui, &c.* Hic eſt tertius caſus. In hoc videtur maior eſſe dubitatio, an ſibi hæreditatem acquirat? Sed iureconſultus ait, ſibi acquirere hæreditatem. Nam cum non expectatur iuſſus patris, re vera non videtur ſibi acquiſiſſe. Ibi, *Eius conſilii, &c.* Certum eſt ex eo argumentum quod ipſe adiit, quamuis videatur eius conſilium certum non eſſe & firmum, cum neſciret patrem deceſſiſſe, qui re vera mortuus erat.

Cœpimus tractare de perſonis, quæ hæreditatem acquirere poſſunt, vel non poſſunt. Et iam diximus de his, qui ſunt in aliena poteſtate: nunc de aliis eſt videndum. Quæritur ergo, an mutus aut ſurdus acquirere hæreditatem poſſit? Quæſtio eſt in l. 5. mutum. ff. hoc tit. Vbi dicitur, *Mutum, neo non ſurdum, &c.* Huic ſimile eſt quod dicitur in l. pater. 92. §. vlt. *Mutus ſeruus, &c.* Non tantum liber homo, qui mutus eſt, obligat ſe hæreditati adeundo hæreditatem: ſed etiam ſeruus mutus adeundo hæreditatem iuſſu domini ipſi acquirit. Patrem ſuum filius mutus obligat hæreditati. Nam quæ ſola voluntate fiunt ſine verbis aut alia ſolennitate, ea facit mutus non minus, quàm qui loquendi facultatem habet. Regula eſt, quæ traditur in l. vbi non voce. ff. de regul. iuris. In acquiſitione hæreditatis ſufficit ſola animi deſtinatio & voluntas, vt dicitur in Inſtitut. de hæred. qualita. & differ. §. vlt. Ergo mutus hæreditatem adire poteſt. Sic pater mutus iubet filio, vt adeat hæreditatem, d. l. pater. §. 1. Sic mutus dicitur donare. l. 33. qui id quod ex cauſa. §. mutus. ff. de donat. Sic mutus contrahit matrimonium. l. mutus. 73. ff. de iure dot. &c. cum apud. c. cum tuæ. de ſponſal. Sic mutus paciſcitur. l. item quia. ff. de pactis. Hac ratione mutus procuratorem conſtituere poteſt, vt expreſſum eſt in l. mutus. ff. de procurat. Breuiter dicendum eſt, vbi voce opus non eſt, omnia per mutum rectè geri poſſe. De teſtamento, an teſtamentum faciat mutus, diximus ſub tit. de teſta. Sed quæritur quomodo mutus voluntatem ſuam declarare poſſit. Nam etſi ſola animi deſtinatio ſufficiat ad acquirendam hæreditatem: tamen eam voluntatem oportet aliquo modo declarare. Sed dicendum eſt declarari poſſe in primis ſcriptura, ſi fortè nouit ſcribere, vt dicitur in d. l. pater. §. 1. in fin. ibi, quòd facilius explicari poteſt ſcientia literarum. Vbi ſcire literas, idem eſt quod ſcribere. Poteſt etiam mutus nutu & ſignis voluntatem ſuam patefacere & oſtendere, quæ nota ſint familiaribus & propinquis eius. dict. l. pater. §. 1. & l. ſeruo inuito. 65. §. ſi pupillo. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. Quod autem dicitur de muto & ſurdo, intelligendum eſt, ſi modo aliquem intellectum habeat, ſi intelligat quod agatur. Nam ſi quis mutus, aut ſurdus natus ſit, ita vt non videatur aliquem intellectum habere, ne videatur intelligere quod agitur, cùm agitur de acquirenda hæreditate, dicendum eſt eum non poſſe hæreditatem acquirere. Non poſſe obligari hæreditati, vt Iuſtinianus ait in Inſtitut. de hæred. qualita. & differen. Idem dicitur in l. vlt. de bon. poſſeſſ. ſecundum tabul. Quid igitur fiet, ſi hæreditas delata ſit muto, aut ſurdo, qui intellectu careat? Dicendum eſt ei dandum eſſe curatorem, qui hæreditatem adeat ipſius nomine, vt dicitur in d. l. ſeruo muto. §. ſi pupillo. in fin. ff. ad Senatuſconſultum Trebellian. Non enim eſt dubitandum, quin huiuſmodi perſonis curator detur. l. 2. ff. de poſtulan. Hactenus de muto & ſurdo. Furioſus dicitur hæreditatem acquirere non poſſe. l. 61. Antiſtius. §. vlt. ff. hoc tit. in quibuſdam libris eſt l. furioſus. 62. quæ ſequitur dictam l. Antiſtius. *Furioſus, &c.* Hæreditas acquiritur animo, voluntate: furioſi nulla voluntas eſt. l. furioſi. 41. ff. de regul. iuris. Sed obiicitur, vt contraria, l. vlt. Cod. de cura. furio. In dicta l. vlt. dicitur hæreditatem acquiri poſſe furioſo: & qua ratione acquiratur docet Iuſtinianus in ea conſtitutione. Ait enim per procuratorem adeundam eſſe hæreditatem, quæ furioſo delata ſit. Illa conſtitutio Iuſtiniani noua eſt, nec dubitandum eſt, quin emendet ius antiquum. Apertè Iuſtinianus ipſe oſtendit, ſe eam conſtitutionem edere ad componendam & dirimendam veterum contentionem de ea re: ſed tamen nihil neceſſe eſt eo confugere. Quid enim vetat ſic interpretari verba Iuriſconſulti in dict. l. furioſus. quaſi furioſus pro parte non poſſit acquirere: quod verum eſt, ſed per curatorem poſſit? Et verba ſequentia id oſtendunt. Sequens quæſtio eſt de prodigo, cui bonis interdictum eſt, in l. mutum. 5. §. eũ cui. ff. hoc tit. Sed mirum eſt, quod dicitur furioſum non poſſe adire hæreditatem: & prodigum, cui bonis interdictum eſt, poſſe adire. Sed quod hîc dicitur de prodigo intelligendũ eſt, ſi curatoris accedat auctoritas. Furioſus non adit, ſed curator eius loco. Nullam enim voluntatem habet, auctore curatore prodigus hæreditatem adire poteſt. Ratio exigit, vt curatoris auctoritas interueniat. Eſt enim ſimilis quadantenus prodigus furioſo. l. 12. his qui in ea cauſa ſunt. §. Diuus ff. de tutor. & curator. dat. Si quis obiiciat eum, cui bonis interdictum eſt, poſſe ſibi acquirere: modo tantum acquirat. Sed in adeunda hæreditate, non tantum acquirit: ſed etiam obligatur creditoribus hæreditariis. In hæredem tranſeunt non tantùm commoda, ſed etiam incommoda hæreditaria.

Alia quæſtio eſt de pupillo, an pupillus hæreditatem acquirere poſſit? Quæſtio eſt in l. 8. more noſtræ ciuitatis. ff. hoc tit. *More noſtra, &c.* Oſtendit enthymemate Iuriſconſultus pupillum ſine tutoris auctoritate non poſſe hæreditatem adire. Pupillus, inquit, non poteſt obligari ſine tutoris auctoritate. At hæreditas obligat nos æri alieno, etiam ſi ſoluendo non ſit. Hinc concludendum eſt, non poſſe pupillum ſine tutoris auctoritate adire hæreditatem: nec ſufficeret curator. Curator plerunque datur pupillo: ſed tamen cum agitur de adeunda hæreditate, neceſſarius eſt tutor. l. cum in vna. 17. §. tutor. ff. de appel. Sed de eo mox dicturi ſumus. Sed hic quæritur an tutor, qui non gerit tutelam, poſſit auctor eſſe pupillo ad adeundam hæreditatem? Quæſtio eſt in l. pupillum. 49. ff. hoc tit. *Pupillum etiam, &c.* Plerunque tutores dantur, qui tutelam non gerunt, & honorarij tutores. Quidam honorarij ſunt tutores, qui honoris tantum gratia dantur, vt ſint veluti obſeruatores aliorum tutorum. Alij notitiæ tantùm cauſa dantur: veluti liberti defuncti, quòd notitiam habeant rerum domeſticarum. l. quod ſi fortè. de ſolut. Si ergo alij ex tutoribus ſint qui gerant

tutelam

tutelam:alij ſint honorarij,vel notitiæ cauſa dati,nunquid refert quis horum tutorum auctor ſit pupillo ad adeundam hæreditatem? H c dicitur,pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat. Sed reperitur antinomia ex leg. 4. & ſi pluribus.ff.de auctorit. tutor. vbi Iuriſconſultus ait, tamen ſi tutor auctor erit, cui adminiſtratio tutelæ conceſſa non eſt, id ratum à prætore haberi non debet. Vulgò ita interpretantur hæc verba: *Cui adminiſtratio tutelæ conceſſa non eſt*, id eſt, cui interdicta eſt adminiſtratio. Minimè dubitandum eſt, quin is,cui interdicta eſt adminiſtratio, non poſſit auctor eſſe pupillo ad aliquid gerendum. Sed mihi videtur hæc nimis dura eſſe interpretatio. Ego ſcio aliquid intereſſe inter eum,cui interdicta eſt tutelæ adminiſtratio, & eum, qui non gerit tutelam,vt dicitur in leg.quod ſi forte. 14.§.1. ff. de ſolution. Sed videtur his verbis: *Cui adminiſtratio non eſt*, ſignificari honorarium tutorem,quia tutelam non dicitur gerere in hac lege noſtra. quid igitur dicemus? Conſtat in hac re diſſenſionem fuiſſe veterum Iureconſultorum. Atque cum eſſet diſſenſio, Pomponius ait,ſibi magis placere, quod Offilio placebat. In hac lege recitatur tantum opinio. Vna eſt ex opinionibus veterum, quæ hîc refertur: ſed à Iuſtiniano probatur & confirmatur contraria opinio in d. l. & ſi pluribus. 4. Nos igitur ſequemur, quod dicitur in ea l. 4. ſcilicet auctorem non poſſe eum eſſe, qui tutelam non gerit. Dubitatum tamen de eo fuit,quod quædam permittuntur honorariis tutoribus:puta rectè eis ſoluitur.d.l.quod ſi fortè. §. 1. ff. de ſolutionibus.

Diximus pupillum acquirere hæreditatem, ſi adeat cum auctoritate tutoris ſui. Vtrunque igitur neceſſarium eſt, & actus pupilli ipſius & auctoritas tutoris accedens, alterum non ſufficeret, ne tutor quidem ſolus poſſet pupillum hæreditati obligare. Neceſſarium eſt factum pupilli ipſius,cui tutoris auctoritas accedat. l. potuit. 5. Cod. de iure deliberandi. *Potuit pupillus*, inquiunt Impp. pro hærede, tutore auctore gerendo conſequi ſucceſſionem: ſed ipſius actus & voluntas fuit neceſſaria. Nam ſi quid neſciente eo tutor egit, illi hæreditatem non potuit acquirere. Ecce, ſi neſciente pupillo, non poteſt tutor pro hærede gerere, eum obligare hæreditati non poteſt. Sed obiicitur l. bonorum. 7. Cod. qui admitti ad bonor. poſſeſſ. *Bonorum poſſeſſionem, &c.* Ait Imper. apertum hoc eſſe, poſſe tutorem nomine pupilli bonorum poſſeſſionem agnoſcere.& in dict. l. potuit. dicitur non poſſe tutorem acquirere hæreditatem: ſed neceſſarium eſſe actum ipſius pupilli. hæc videntur contraria eſſe: ſed diuerſa magis ſunt. Nam dict. l. potuit. loquitur de hæreditate. ſed dicta l. bonorum. loquitur de bonorum poſſeſſione, quæ ab hæreditate multum differt: multum intereſt inter hæreditatis aditionem, & bonorum poſſeſſionem. In aditione hæreditatis multa adhuc relicta ſunt ſubtilitati veteris iuris. In bonorum poſſeſſione, quæ inducta eſt à prætoribus ex iuriſdictione prætoria, ſpectanda eſt magis vtilitas & æquitas, non magna veteris ſubtilitatis ratione habita. Id ego docui ſuprà, ad l. qui in aliena. in princip. Et ſimile eſt quod hîc dicitur bonorum poſſeſſionem agnoſcere poſſe pupilli nomine tutorem: adire autem hæreditatem non poſſe nomine pupilli. Sed neceſſarium eſſe actum ipſius pupilli. Additur exceptio in l. 8. more noſtræ. ff. hoc titu. Ibi, in princip. verſic. *De ea autem hæred. &c.* vbi in hærede neceſſario oſtendit Iureconſultus non eſſe neceſſariam tutoris auctoritatem, quamuis aliàs non poſſit pupillus adire hæreditatem abſque auctoritate tutoris, qui tamen, ſi neceſſarius hæres ſit pupillus patri ſuo, non eſt neceſſaria tutoris auctoritas. *De ea autem, &c.* Ecce cùm obligatur pupillus poteſtate legis ſine vllo facto ſuo, non eſt neceſſaria tutoris auctoritas. Tunc tutoris auctoritas neceſſaria eſt, cum aliquid gerendum eſt à pupillo, quod propter infirmitatem conſilij non poteſt commodè & vtiliter gerere. Tunc ei ſubueniendum eſt auctoritate tutoris ſui accedente. Sed cum obligatur poteſtate legis ſine vllo facto ſuo, fruſtra accederet tutoris auctoritas. Et hoc generaliter obſeruandum eſt, quoties pupillus obligatur auctoritate legis neceſſariam non eſſe tutoris auctoritatem. Et ſimile eſt quod dicitur in leg. 48. furioſus. ff. de oblig. & act. Furioſus & pupillus obligantur, cùm obligatio ex re venit. Ideoque cùm quis pupilli vel furioſi negotia geſſit, tenetur ei furioſus, vel pupillus actione negotiorum geſtorum. quia obligatio ex re venit, non ex facto pupilli, vel furioſi. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 5. conditionibus. ff. de condit. & demonſt. Quærebatur, an pupillus ſine tutoris auctoritate conditioni parere poſſit, ſi ex poteſtate eius conditio penderet? Et ait Iureconſultus poſſe eum conditioni parere. Non enim eſt credendum eum, qui conditioni paret, adire hæreditatem, aut obligari hæreditati: ego id ſuprà oſtendi. Ego oſtendi, ſi quis ſub conditione inſtituatur, & pareat conditioni, non ideo videri pro hærede ſe gerere: ſed tamen, ſi neceſſarius hæres ſit, impleta conditione ſit hæres. Si quis ſit inſtitutus à patre ſub conditione, & pareat conditioni adſcriptæ, poteſtate legis, hæreditas in eum transfertur. Eo modo igitur parere poteſt conditioni, qua impleta, ſit hæres ſine auctoritate tutoris ſui. quia ſine facto ſuo id accidit auctoritate legis. Vnde vulgò receptum eſt, ſi domum conduxerit pupillus, inuecta & illata in eam domum à conductore, obligari domino locatori, etiamſi non acceſſerit tutoris auctoritas: quia obligantur ea ſine vllo facto pupilli, auctoritate legis.

Additur exceptio ex eadem l. more noſtræ. ff. hoc tit. Cùm filius impubes adiit hæreditatem iuſſu patris. Ibi, *Impubes qui &c.* Impubes, qui eſt in poteſtate patris, qui dicitur pupillus aliquando, l. vltim. §. 1. ff. de verbor. obligat. cum adit hæreditatem iuſſu patris ſui, ipſe acquirit hæreditatem: nec vlla tutoris auctoritate opus eſt, quia non obligatur hac aditione, ſed pater tantum, obligatio transfertur in patrem. l. placet. 78. ff. de acquiren. hæred. & l. 1. ff. ſi à parente quis manumiſſ. Aliàs patre auctore filius impubes, qui eſt in patris poteſtate, non obligatur, etiam ſi pater ei auctor fuerit. dict. l. vlti. §. 1. ff. de verborum obligat. Sed hîc non agitur de obligando pupillo, hac aditione transfert in patrem ſuum hæreditatem. Sed dubitatur, an in aduentitia hæreditate quam ſibi filius acquirit hodie, idem dicendum ſit? Ego puto, & vulgò etiam hoc probatum eſt, ſufficere patris auctoritatem, in cuius eſt poteſtate. Si hæreditas delata ſit aduentitia filio, qui eſt in poteſtate patris, non eſt neceſſe, vt accedat tutoris auctoritas. Pater eſt legitimus adminiſtrator. Pater habet vſumfructum & adminiſtrationem. Pater, qui legitimam habet adminiſtrationem, loco tutoris eſt. Ideo dicendum eſt, ſufficere conſenſum & auctoritatem patris in ea re. Et quod dicitur in l. vlt. §. 1. ff. de verbor. obligat. eſt intelligendum, cum agitur de obligando tantum: ſed hîc agitur de acquirendo etiam. Hæreditatis aditio mixta eſt cum obligatione & acquiſitione. Sequendum eſt igitur quod dicitur in l. vlt. de bonis quæ lib. C.

Alia exceptio eſt in pupillo infante. Si pupillus infans ſit: ſi infra ætatem ſeptem annorum ſit. Sic enim accipitur infans, in leg. ſi infanti. Cod. de iure deliberan. vt fari non poſſit, vt dicitur in l. pupillus. 9. ff. hoc titul. Tutor ſolus poteſt adire etiam ſine aditione ipſius pupilli infantis. Iuriſconſul. in dict. l. pupillus. ff. hoc titul. addit, *Si fari poſſit, &c.* Sed hoc expreſſum eſt apertius in l. ſi infanti. §. 1. Cod. de iure deliber. vbi dicitur, ſi infanti, id eſt, ſi minori ſeptem annis. Tutor infantis nomine, cui delata eſt hæreditas, poteſt adire hæreditatem. Alij exceptionem addunt, cum hæreditas valde opulenta eſt & lucroſa, ſineque periculo, videtur quibuſdam hoc caſu à pupillo adiri poſſe ſine tutoris auctoritate. Ceſſat enim ratio, propter quam dicitur pupillus non poſſe adire hæreditatem ſine auctoritate tutoris ſui. In dict. l. more noſtræ ciuitatis. ff. hoc titu. ait Iureconſultus non poſſe ideo pupillarem hæreditatem adire ſine tutore, quia non poteſt obligari. At obligaretur æri alieno adeundo hæreditatem. Quoties igitur hæreditas nullum æs alienum habet, lucroſa eſt & ſine vllo onere: cur non dicemus pupillum eam hæreditatem abſque tutore ſuo auctore adire poſſe? Huc pertinet vulgaris regula in l. quod fauore. ff. de legibus & Senatuſconſult. Hoc enim eſt inductum in fauorem pupilli, vt non poſſit ſolus ſine tutore auctore adire hæreditatem. Id igitur non eſt conuertendum in eius incommodum, vt non poſſit adire hæreditatem opulentam, quæ eſt ſine onere. Sed tamen dicendum eſt quæcunque hæreditas ſit, etiam ſi opulenta ſit hæreditas: etiam ſi ſine vllo onere æris alieni ſit, eam non poſſe adiri à pupillo ſine tutore auctore: hoc eſt apertè expreſſum duobus in locis, vt de

eo dubitandum non ſit. Vnus locus eſt in l. obligari. 9. §. pupillus. ff. de aucto. tutor. alter locus eſt in Inſtitut. eod. tit. de aucto. tutor. §. neque. vbi ait Iuſtinianus pupillum non poſſe adire hæreditatem ſine tutoris auctoritate, etiam ſi lucroſa ſit hæreditas, nec damnum vllum habeat. Hoc vtilitatis cauſa ita conſtitutum eſt. Nam latent plerunque incommoda, quæ pupillũ incautum fallere poſſunt: niſi cõſilio tutoris ſui regatur. *Inimicitiæ enim aliquando ex eo oriuntur, & ſimilia.* Viſum eſt Iureconſultis, qui longo tempore vſu rerum edocti & experimento compererunt, quæ incommoda ex ea re conſequerentur: vtile eſt nihil hîc attigi à pupillo ſine tutoris ſui conſilio & auctoritate. Præterea in tutoris auctoritate interponenda, nihil negotij eſt tutoris auctoritatem & conſenſum petere. Hoc eſt viſum igitur tutius & conſultius ad ea incommoda vitanda, quæ nonnunquam inopinatò & præter conſilium prudentiſſimi cuiuſque accidunt ex aditione hæreditatis. Quæritur etiam de adulto curatorem habente. Breuiter idem dicendum eſt de eo, quod de pupillo. Adultus curatorem habens eſt ſimilis pupillo: ſimilis impuberi: toto tit. C. de in integrum reſtit. Atque ideo ſi adultus curatorem habeat, nihilo magis adire poteſt hæreditatem ſine curatoris auctoritate, quàm pupillus ſine tutore ſuo auctore. l. cum in vna. §. tutor. ff. de appel.

De procuratore quæritur, an procurator noſtro nomine adire poſſit hæreditatem? Breuiter ego puto per procuratorem poſſe adiri hæreditatem. Hîc ego recedo ab opinione recepta, quam ego confutaui libr. 2. Diſputat. Vulgò dici ſolet per procuratorem adiri hæreditatem non poſſe: ego contrà ſentio. Non tantum enim poſſumus nobis acquirere hæreditatem per nos, ſed etiam per procuratorem. Mouet me quòd procuratoris vſus permiſſus eſt in omnibus negotiis, niſi in quibus id exceptum reperitur. l. 1. ff. de procurator. At nullo iure id excipitur: nulla lex proferri poteſt, in qua exceptum id reperiatur de hæreditatis aditione. De bonorum poſſeſſione id certum eſt in l. 3. §. acquirere. ff. de bonorum poſſeſſ. De fideicommiſſi reſtitutione. l. 66. qui ita. §. 1. ad Senatuſconſultum Trebellian. Hoc etiam de procuratore Cæſaris expreſſum eſt in l. 25. ſi quis mihi bona. §. ſi ſeruus. ff. hoc titul. & l. 1. §. nu. ff. de offic. procurat. Cæſar. Non obſtat ſententiæ noſtræ l. 89. Paulus. huius tit. ff. aliàs incipit: per procuratorem. ſed eſt mendoſa lectio. Legendum eſt enim per procuratorem, vt etiam legitur in Flor. Pandect. Non ergo intelligendum eſt de procuratore: ſed de curatore tantùm. Et ſenſus eſt, cùm pupillus adire vult hæreditatem, non ſufficit curatoris ei dati auctoritas ſed tutoris: quod dicitur in dict. l. cùm in vna. 17. §. tutor. ff. de appell. Datus eſt pupillo tutor, is ſuſpectus eſt poſtulatus: interim ei datur curator, quamdiu durat ſuſpecti accuſatio, hic curator gerit tutelam: interim ei permittuntur omnia, ac ſi tutor eſſet: niſi quod eo auctore hæreditas adiri non poteſt. Nam tutoris auctoritas ad aditionem hæreditatis neceſſaria eſt. Similis locus eſt apud Vlpianum in Inſtitut. tit. de tutel. vbi dicit tutoris auctoritatem neceſſariam eſſe ad duo, ad adeundam hæreditatem & ad contrahendas nuptias. Non magis mouere nos debet ratio, quæ ab aliis diſſentientibus adducitur, vt oſtendant adiri non poſſe hæreditatem per procuratorem, aiunt ſolo animo hæreditatem adiri. Ideoq;, qui procuratorẽ conſtituit ad adeundam hæreditatem, ipſe adire videtur. Nam habet animum acquirendæ hæreditatis. Qui fieri ergo poteſt, inquiunt, vt per procuratorem adeatur hæreditas? Hæc ratio primùm in procuratore totorum bonorum locum non habet. Deinde, qui conſtituit procuratorem ſpecialiter adeundæ hæreditatis cauſa, fortè cogitat non poſſe ſtatim adiri à procuratore: & interim medium tempus ſibi dari ad deliberandum, an expediat ſibi adire. Videtis ergo eam opinionem nec auctoritate, nec ratione ſatis idonea niti. Ordo poſtulat, vt nunc doceamus, quem aditio hæreditatis effectum habeat.

Cap. V.

De effectu aditionis hæreditatis.

HVius aditionis magna eſt vis, & magnus effectus: quia per eam acquiritur hæreditas, quæ aliàs non acquiretur. Si extraneus hæres inſtitutus ſit, delata hæreditas non antè dici poteſt ei quæſita eſſe, quàm is adierit hæreditatem, vel pro hærede geſſerit. Ego enim adire hæreditatem latè hîc accipio: id in hærede extraneo locum habet, non in ſuo. Nam in ſuo aditio neceſſaria non eſt. Suo hæredi ipſo iure acquiritur hæreditas ſine aditione. l. in ſuis. ff. de ſuis & leg. hæredib. l. in ſuis. ff. de liber. & poſthu. hæredib. inſtit. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſta. Vnde dicitur hæres extraneus ante aditionem hæreditatis nihil iuris habere. Dicitur nihil amplius in bonis eius eſſe, nihilo eum locupletiorem eſſe: quod expreſſum eſt in l. pretia. 63. ff. ad legem Falcid. Ait Paulus ibi, ſi ſeruus inſtitutus ſit: non ideo pluris æſtimandum eſſe: non ideo pretium eius maius eſſe dicitur, quòd hæreditatem adire potuerit, & acquirere domino ſuo. Id oſtendens Paulus ait, ſi libero homini hæreditas delata ſit, eam hæreditatem non dici in bonis eius eſſe antequam adierit. Tunc enim dicitur hæreditas acquiſita eſſe per aditionem, tunc incipit locupletior eſſe & auctior. Hoc adeo verum eſt, vt mortuo eo, cui delata eſt hæreditas, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, mortuo, inquam, eo ante aditam hæreditatem, non tranſmittatur hæreditas ad eius hæredes. §. in nouiſſimo. Cod. de caduc. tollen. l. quoniam ſororem. Cod. de iure dot. Quod eſt intelligendum, etiam ſi cui delata eſt hæreditas partim ex inſtitutione, partim ex ſubſtitutione, & ex inſtitutione adierit pro parte. Hoc enim caſu neceſſe quoque adire ex cauſa ſubſtitutionis: aliàs ea ſubſtitutio ad hæredem non tranſmittitur. Duo ſunt hæredes inſtituti ex ſemiſſe Titius & Sempronius: & Titius ſubſtitutus eſt cohæredi ſuo Sempronio. Sempronius repudiat hæreditatem. Titius conſequitur hæreditatem partim ex inſtitutione, quia inſtitutus fuit ex ſemiſſe: partim ex ſubſtitutione, quia pars cohæredis ei delata eſt ex ſubſtitutione. Is adiit partem ex cauſa inſtitutionis: antequam adiret, ex ſubſtitutione partem alteram, deinde deceſſit. Quæritur an tranſmittat eam hæreditatem ad hæredem? Et dicitur non tranſmittere. l. toties. 80. ff. hoc tit. Ait Iureconſultus, Si mortuus eſſet hæres eius, non poſſet acquirere ſibi eam hæreditatem, etiam ſi adire vellet. Exiſtimo tamen in propoſita ſpecie partem quoque alteram tranſmitti ad hæredem eius, qui non adiit ex ſubſtitutione, non vi ſubſtitutionis: ſed vi iuris accreſcendi. l. ſi ex pluribus. ff. de ſuis & legit. Ius accreſcendi tranſit ad hæredem, etiam ſi ſubſtitutus non eſſet Titius Sempronio: tamen ei acquireretur pars Sempronij iure accreſcendi. Ius accreſcendi eſt inter hæredes. Quæri hîc ſolet cur hæreditas ante aditionem, mortuo hærede, non tranſmittitur ad eius ſucceſſorem, vt adeundo eam poſſit ſibi acquirere: quod non fecit is, cui delata eſt ea hæreditas? Variæ rationes adferri ſolent quarum meminit Alciatus inter cæteros lib. 3. Paradox. capit. 5. Et magis probari ſolet ea, quæ vult ideo non transferri hæreditatem, quia hæres ante aditionem nullum ius habet. Si nullum ius habet in delata ſibi hæreditate, antequam adierit, quid tranſmittet, inquiunt, ad ſuum hæredem? Ratio hæc ſatis oſtendit hæreditatem non tranſmitti. Sed quid verat ius acquirendæ hæreditatis tranſmitti? Ego fateor hæreditatẽ nondum quæſitam eſſe hæredi antequam adierit. ſed tamen, ſi adire velit, habet facultatem hæreditatis acquirendæ. Ea facultas acquirendi, cur non tranſmittitur ad hæredem: vt quamuis poſt mortem eius, cui delata eſt hæreditas, eius ſucceſſor non poſſit dicere ſibi quæſitam eſſe hæreditatem: poſſit tamen eam adeundo, ſi velit, ſibi acquirere? Alij dicunt hoc alienum eſſe à voluntate teſtatoris, vt tranſmittatur hæreditas non adita, quod mihi videtur perquam friuolum eſſe. Alij alia comminiſcuntur. Ego ſæpe dixi, id conſtitutum fiſci cauſa videri veteribus legibus, augendi & locupletandi fiſci cauſa. cuiuſmodi alia pleraque in hæreditatibus conſtituta reperiuntur. Cod. de caduc. toll. in princip. Lege Papia & Pompeia cautum fuit, vt dies non cederet, niſi ab apertura tabularum, vt non cederet dies à morte teſtatoris, ſed ex quo tabulæ teſtamenti apertæ fuerint. Iuſtinianus oſtendit fiſci cauſa in bellis ciuilibus id cautum fuiſſe, vt plura caduca fierent. hîc ergo fiſci habita eſt ratio. Sed quia diſplicuerunt caduca veteribus iuris auctoribus, vt teſtatur ipſe Iuſtinianus in initio conſtitutionis ſuæ de caducis tollendis: Ideo variis modis hoc ius

quod

quod impediebat tranſmiſſionem hæreditatis, temperatum & emendatum eſt, partim à Iureconſultis ipſis, partim etiam à recentioribus Imperatoribus, poſtquam caduca deſierunt in vſu eſſe. De h's diſputare incipiemus à veteribus, quorum ſententiæ relatæ ſunt in Pandect. deinde ad poſteriorum Imperatorum conſtitutiones veniemus.

Ac in primis veteres Iureconſulti ſic interpretati ſunt illud ius, quo impediebatur ius tranſmiſſionis, vt ad ſuos hæredes non pertineat. Hic non fuit opus aliqua conſtitutione: opus tantum fuit interpretatione prudentis alicuius. Certum eſt verba legis, quæ prohibet hæreditatem non aditam tranſmitti ad hæredem, ad ſuum hæredem non pertinere. Suus hæres acquirit hæreditatem ſine aditione. Adire dicitur extraneus, quaſi ire ad hæreditatem, quam nunquam habuit. Suus hæres non dicitur nouam hæreditatem acquirere: ſed pleniorem adminiſtrationem conſequi. leg. in ſuis. ff. de lib. & poſthum. Ergo ſi ſuus hæres delatam ſibi hæreditatem non adierit, eam tamen tranſmittit ad ſuos hæredes. Hoc ſatis expreſſum eſt in l. 3. de iure deliber. C. In priori parte eius legis, frater meus inſtituit filium ſuum hæredem, quem habebat in ſua poteſtate, qui ſuus hæres non erat. Fratre meo mortuo, delata eſt hæreditas ei filio, quem frater meus habebat in poteſtate ſua: is ſtatim deceſſit, & non agnouit eam hæreditatem: eam hæreditatem mihi ego vindico ab inteſtato, tamquam fratris hæres ſim legitimus. Oritur nunc controuerſia inter hæredem illum filium cui delata eſt hæreditas, & me, qui eam vindico vt legitimus hæres fratris ab inteſtato. Hic Gordianus ait illis verbis: *Nec ea propter*, *&c.* fratrem ad ſucceſſionem fratris non iccirco poſſe accedere, quod eam non agnouerit filius ſuus hæres eius. Satis enim quæſita ei fuit, poteſtate legis: abſque vlla aditione. Ideoque eam hæreditatem tranſmittit ad ſuum hæredem tanquam ſibi quæſitam. Alia eſt præterea cauſa filii emancipati. Filius ſiquidem emancipatus non tranſmittit hæreditatem ſibi delatam: niſi adierit. Filius emancipatus habetur pro extraneo, quoniam extra familiam patris poſitus ſit per emancipationem. §. emancipatos. Inſtitu. de hæredit. quæ ab inteſtato defer. & §. emancipati. Inſt. de hæredum qualitate & differen. Ad emancipatum filium pertinet poſterior pars dictæ leg. 3. Codice de iure deliber. Verum dubitatur an quod dicitur de emancipato, correctum ſit nouo iure, noua conſtitutione Iuſtiniani? Noua eſt ſane conſtitutio Iuſtiniani, de hæreditatibus ab inteſtato venientibus. lib. Nouell. 118. vbi dicitur ſublatam eſſe differentiam patriæ poteſtatis & emancipationis: vultque Iuſtinianus ſuccedere emancipatos, ſicut eos qui ſunt in patris poteſtate. Sed verius eſt ius antiquum de ſui hæredis & emancipati differentia hic ſeruandum eſſe, & immutatum minime eſſe noua Iuſtiniani conſtitutione. Quod enim ait Iuſtinianus, nullam differentiam eſſe emancipationis & patriæ poteſtatis, loquitur ſane de ſucceſſione ab inteſtato. Vult ſiquidem ſuccedere emancipatos, quemadmodum ſuos, quantum ad ſucceſſionem ab inteſtato attinet: ſed quantum ad ius ſui pertinet, idem dicendum non eſt. Igitur remanet diſcrimen ſuorum hæredum, & eorum qui ſui non ſunt, quod ad effectus ſuitatis attinet. Ex his autem naſcitur quæſtio admodum difficilis, an ſuus hæres tranſmittat hæreditatem ad quemcunque hæredem ſuum. Hæc quæſtio multum adeoque difficilis viſa eſt quibusdam, vt minime dubitauerint dicere, hanc quæſtionem egere, atque opus habere deciſione imperatoria. Et ſunt nonnulli, qui exiſtiment ſuum hæredem non tranſmittere ius ſui hæredis ad quemcunque ſucceſſorem: ſed ad deſcendentes tantum ex ſe & ad ſuum hæredem. Hanc ſententiam non parum adiuuant verba Iuſtiniani in leg. 19. cum antiquioribus. C. de iure delibe. vbi meminit Iuſtinianus ſententiæ cuiuſdam Pauli Iureconſulti de filiisfamilias hæreditatem tranſmittentibus. Et refert eum dixiſſe filiosfam. ſuos hæredes tranſmittere hæreditatem non in quemcunque ſucceſſorem, ſed in poſteritatem ſuam tantummodo, id eſt, in deſcendentes ex ſe filios, nepotes, pronepotes, & alios huiuſmodi. Poſteri enim dicuntur, qui ex nobis naſcuntur. l. 1. ff. de iure immunitatis. vbi ſi vacatio conceſſa ſit mihi & poſteris meis, intelligitur conceſſa iis, qui ex me naſcuntur, aliis autem conceſſa non intelligitur. Huius rei exemplum eſt apud Iulium Capitol. in Gordiano, vbi ait Senatum ei conceſſiſſe vacationem tutelarum & poſteris eius. Cum ergo Paulus ait filiosfamilias tranſmittere hæreditatem in poſteritatem ſuam, hæc verba non poſſunt intelligi de quocunque ſucceſſore. Sed tamen niſi vehementer fallor, poſteri quoque in lata ſignificatione non poſſunt male dici, qui nobis ſuccedunt: quod poſt nos veniant. & poſſem multa ex veteribus auctoribus exempla adducere, niſi crederem id vſitatum eſſe & obſeruatum. Itaque illa conſtitutio Iuſtiniani non magnopere iuuat ſententiam horum, qui putant ſuum hæredem filiumfamilias non tranſmittere hæreditatem ad quemcunque ſuum ſucceſſorem, ſed ad ſuos tantum. Deinde animaduertendum eſt obiter hoc tantum cōmemoratum eſſe à Iuſtiniano ex ſententia Pauli, omiſſis forte pleriſque quæ apud Paulum plenius deſcripta erant, idque aperte oſtendit Iuſtinianus his verbis, & aliis quibusdam adiectis, quæ in huiuſmodi perſonis præcipua ſunt, &c. Pleraque alia adiecta erant in ſcriptis Pauli & veterum legislatorum, quæ non fuit curæ Iuſtiniano referre. Libri enim Pauli in omnium manibus erant, ex quibus poterat intelligi, de qua poſteritate ſentiret. Ego igitur probabilius ac verius eſſe exiſtimo ſuum hæredem tranſmittere hæreditatem ad quemcunque hæredem & ſucceſſorem ſuum. Mouet me quod extraneus (diligenter hoc conſiderandum eſt) cui delata eſt hæreditas, ſi eam adeundo acquiſierit, dubium non eſt quin eam tranſmittat ad quemcunque ſuum hæredem. At hæreditas non minus acquiritur ſuo hæredi ipſo iure poteſtate legis, quam acquiritur extraneo aditione. l. 1. §. qui in poteſtate. ff. ſi quis omiſſa cau. Aditio neceſſaria non eſt: ius ipſum vim aditionis habet in ſuo hærede, quamuis beneficium abſtinendi habeat ex iure prætorio. Præterea extant leges apertiſſimæ, & plerique loci iuris auctorum adeo aperti & perſpicui vt de his nulla poſſit eſſe dubitatio. De matre filii eſt l. apud hoſtes. C. de ſuis & legit. hæredib. vbi filius hæreditatem ſibi delatam ante immixtionem tranſmittit ad matrem ſuam. In poteſtate eius non eſt: dubium non eſt quin mater ſit extranea. Et ſimilia exempla ſunt de matre aliis in locis: veluti in l. qui duos. §. in bello. ff. de rebus dub. l. Lucius. ff. de iure fiſci. Alii ſunt loci de hærede penitus extraneo, qui ne vlla quidem conſanguinitate, aut coniunctione attingit ſuum hæredem, de cuius hæreditate agitur. ad hunc quoque tranſmittitur hæreditas iure ſui, ſi hæres inſtitutus ſit. Locus vnus eſt in l. ex militari. 11. §. & legibus ſequ. ff. de milit. teſtam. Et eadem omnino ſpecies eſt in l. hæreditate. §. filius. ff. de caſtrenſ. pecu. Ergo ſufficiet vnum ex his locis explicare. Animaduertendum eſt Iureconſultum dicere in dict. l. ex militari. filiumfamilias non geſſiſſe pro hærede: non adiiſſe hæreditatem. Et quæritur, ſi teſtamentum fecerit, an non tantum bona militaria, ſed etiam paterna pertineant ad hæredem, quem inſtituit filiusfamilias? Hic Iuriſcon. diſtinguit militem à pagano. Et notandum eſt, quod dicit de pagano. Nos enim loquimur de pagano. Et dicit, bona non tantum caſtrenſia pertinere ad hæredem, quem ſcripſit: ſed etiam bona paterna. Quomodo bona paterna ad extraneum pertinere poſſunt? hoc fit propter ius ſui. Quia ipſo iure ipſi bona paterna quæſita ſunt ſine vlla immixtione. Ipſum ius habet vim aditionis in ſuo hærede, & proinde tranſmittit ad ſuum hæredem iure ſui, ac extraneus transfert hæreditatem ſi eam adiiſſet. Ergo filiusfamilias, qui ſuus hæres eſt, hæreditatem non aditam transfert ad quemcunque ſuum ſucceſſorem. hoc eſt intelligendum ſi modo ei delata ſit hæreditas. Nam neceſſe eſt aditam eſſe hæreditatem vt eam tranſmittat ad hæredem ſuum: ſed tamen oportet eſſe delatam. non delata hæreditas nunquam tranſmittitur. Vnum exemplum eſt in ſuo hærede, de quo ſuprà diximus, interpretantes l. cum quidam. §. ſuum hæredem. ff. hoc titul. Si poſthumus præteritus ſit & venter, id eſt, partus, quem mulier habet in vtero ſuo, cum verum eſt mulierem pleno ventre eſſe, tunc hæreditas interim antequam certum ſit, an mulier paritura ſit, an non ſit, non dicitur delata eſſe, ne ſuo hæredi quidem. Cum ponimus ventre pleno eſſe, cum hoc certum ſit per rerum naturam mulierem pleno ventre eſſe diximus nihil intereſſe hoc caſu inter ſuum hæredem & extraneum:

in emancipato nos aliud ſpectamus. In emancipato non tantum rei ipſius veritatem ſpectamus, ſed etiam opinionem inſpicimus, an credatur eſſe ventre pleno mulier: & hæc opinio nocet extraneo hæredi: ſuo autem hæredi non nocet. Nihil enim refert qua ſit opinione is qui acquirit hæreditatem ſine facto ſuo, ſed multum refert, quæ ſit opinio eius qui hæreditatem non acquirit pro hærede gerendo. Non enim eſt firma voluntas eius qui dubitat, qua ex cauſa hæres ſit extiturus, an hæres extiturus ſit, an non ſit. Ponamus ſuum hæredem inſtitutum eſſe à patre. Ponamus ventrem inſtitutum eſſe: incertum autem eſt, an paritura ſit mulier, an vero abortum factura. ſi pariat mulier, rumpetur teſtamentum: ſi verò abortum faciat, non rumpetur teſtamentum. l. 2. C. de liber. præter. Propter hanc incertitudinem non dicitur delata eſſe hæreditas. Ergo interim ſi moriatur non tranſmittit eam hæreditatem ad ſuum hæredem. nondum eſt enim quæſita hæreditas. Quæſtio tractata eſt in l. ventre. 83. ad fin. ff. hoc titul. vbi Papinianus ait decreto ſuccurrendum eſſe hoc caſu: quia videbat ſummo iure deſtitui hæredem in hoc caſu, & tamen æquum eſſe, vt ei ſuccurratur. *Ventre præterito*, ait ibi Papin. *Si filius qui fuit emancipatus, &c.* hoc obſcuritatem non habet, & ſupra à nobis explicatum fuit. ibi, *Sed ſi vacuo, &c.* Si re vera vacuo ventre fuerit, quamuis incertum eſſet, hæc opinio non nocet ei, qui in familia fuit, id eſt in poteſtate. Falſa opinio nocet emancipato, vel extraneo hæredi: ſuo non nocet: ſi ventre pleno ſit mulier, ea res impedit, ne ſuus hæres eſſe dicatur. Æquitas hoc caſu exigit vt hæredi ſuccurratur, iniquum eſt eum non poſſe, ſi interim moriatur, quicquam tranſmittere ad hæredem ſuum, qui in omnem euentum futurus eſt hæres: id eſt, ſiue mulier pariat, ſiue abortum faciat, futurus eſt hæres hic filius ſaltem ab inteſtato pro parte. Si abortum faciat mulier, hic hæres erit ex teſtamento, non rumpetur teſtamentum. Si naſcatur, ſi pariat mulier, rumpetur quidem teſtamentum, ſed filius inſtitutus erit pro parte hæres ab inteſtato: ideo cum in omnem euentum ſit hæres, iniquum eſſet eum nihil ad hæredem ſuum tranſmittere, ſi interim decedat. *Decreto, &c.* hæc dicit Papinianus, quia hoc remedium extraordinarium eſt, re vera ſi ius ciuile ſpectemus, non intelligitur propter hanc incertitudinem interim hæres fuiſſe filius, ſed Prætor adeundus eſt, qui decernat nihil ei nociturum eſſe ſi non adeat, vel ſi interim moriatur, eum poſſe relinquere hæredi. Decretum ſit cum cauſæ cognitione, & vtrum videbitur vtilius decernet Prætor. & ſimilis locus eſt in l. illud. 4. §. vlt. & l. ſed etſi deceſſerit. 5. ff. de bono. poſſeſſ. contra tabul. vnde decretalis bonorum poſſeſſio dicta eſt. Et ſimilis eſt etiam locus in l. ſi infanti. 18. Cod. de iure delibe. Subiicit Papinianus in propoſita ſpecie idem dicendum eſſe in filio emancipato. Filius emancipatus ſiue mulier pleno ventre ſit, ſiue credatur eſſe pleno ventre, quæ tamen vacuo ventre ſit, ſi interim deceſſerit, nihil tranſmittit ad ſuum hæredem: ſed tamen quia iure prætorio ſucceſſurus eſt, in omnem euentum, ſicut ſuus hæres admittetur iure ciuili, ſiue naſcatur partus, ſiue non naſcatur, ſuccurrendum eſt etiam ei decreto interpoſito prætoris. & hic eſt præcipuus caſus in quo hæreditas non adita tranſmittitur ad hæredem.

Cœpimus explicare caſus in quibus hæreditas, quamuis non adita ſit, ad hæredem tranſmittitur. quorum primus eſt in l. ventre. 83. ff. hoc titul. Cum mulier ventre pleno eſt, aut eſſe putatur, interim hæres, qui adire hæreditatem non poteſt propter eam incertitudinem, ſecundum diſtinctionem, quæ tradita fuit ſuperiori loco, tranſmittit hæreditatem, quamuis eam non adierit. Id ſuadet ratio & æquitas, ne noceat ei illa incertitudo propter quam non poteſt hæreditas adiri, cum hæres huiuſmodi eſt, vt in omnem euentum ſucceſſurus ſit, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, vt in ſpecie dict. l. ventre. Ventre pleno hæres inſtitutus ſucceſſurus eſt, ſaltem pro parte, ſiue naſcatur poſthumus, ſiue non naſcatur. Atque ideo ſi ponamus hæredem eſſe eum, qui non ſit ſucceſſurus alterutro caſu, quicunque caſus euenerit, aliud dicendum eſſet. Non enim credendum eſt eum, qui non poteſt adire propter incertitudinem: quia mulier prægnans eſt, & incertum eſt an paritura ſit, an abortum factura: aut incertum eſt, an prægnans ſit, credendum eſt hæredem qui non poteſt eam adire, eam ſemper ad hæredem tranſmittere. Nam locus eſt tranſmiſſioni in hac ſpecie. & hoc ſatis expreſſum eſt in l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. de Senatuſcon. Syllan. De qua lege mox videbimus.

Secundus caſus eſt in leg. ſcriptus. 12. ff. de Carbon. edict. Quidam ſcriptus eſt hæres teſtamento, filius teſtamentum nullum eſſe contendit, quia in eo teſtamento præteritus fuit. Dicitur non eſſe filius, lis eſt de ſtatu inter eum & ſcriptum hæredem: pendente ea lite hæres non poteſt adire hæreditatem, aut bonorum poſſeſſionem petere propter hanc incertitudinem. Incertum enim eſt, an poſſit adire hæreditatem ex teſtamento. Dubitatio hic eſt de viribus teſtamenti. Is qui incertus eſt de viribus teſtamenti, non poteſt adire hæreditatem. Ergo quandiu pendet illa quæſtio, nec adire poteſt hæreditatẽ, nec bonorum poſſeſſionem petere. Quid ſi interim moriatur? Si interim moriatur, ait Iuriſconſultus, ſuccurrendum eſſe eius hæredibus ex æquitate contra iuris ciuilis rigorem. Si rigorem iuris ſequamur, verius eſt nihil eum reliquiſſe hæredibus ſuis, qui mortuus eſt ante aditam hæreditatem, vel petitam bonorum poſſeſſionem. Sed quia impedimento fuit factum alterius ne adiret hæreditatem, ſuadet æquitas, vt ſuccurratur eius hæredibus, vt hæreditatem tranſmiſſam eſſe ad eius hæredes intelligamus. Hic quæritur, an ſit neceſſaria hæredib. reſtitutio in integrum? Ego puto neceſſariam non eſſe. Ait Iuriſconſ. in d. l. ſcriptus. ſuccurrendum eſſe hæredibus: quæ verba poſſunt intelligi de ordinario remedio, non de reſtitutione in integrum, quæ extraordinaria eſt. l. in cauſæ. 16. in prin. ff. de minor. Sic eſt intelligenda d. l. ſcriptus. ff. de Carbo. edicto. Similis ſpecies eſt in l. ſi quis filium. 34. C. de inoffic. teſtam. vbi querela inofficioſi teſtamenti, quamuis non præparata, ad hæredem tranſmittitur, quia defunctus non potuit eam querelam inſtituere propter factum tertii, à quo impeditus fuit. Ait enim Imper. in d. l. ſi quis filium. hanc querelam inofficioſi teſtamenti non præparatam tranſmitti ad hæredes filii exhæredati, ſi deliberante ſcripto hærede deceſſerit filius: nec potuerit querelam inſtituere. Deliberabat ſcriptus hæres an ex paterno teſtamento hæreditatem aditurus eſſet: interim deceſſit filius exhæredatus: interim non poterat querelam inſtituere. Non enim poteſt querela inofficioſi teſtamenti inſtitui antequam ex teſtamento delata ſit hæreditas. l. Papinianus. 8. §. ſi conditioni. ff. de inoffi. teſtam. Nã exhæredatio non valet niſi adita hæreditate ex teſtamento. Vnde filius tanquam exhæredatus, non poteſt queri de inofficioſo teſtamento, antequam hæreditas adita fuerit ab hærede ſcripto. Similis ſpecies eſt in l. filius. §. vlt. ff. de bon. liber. Ait ibi Iureconſultus filiam patroni tranſmittere hæreditatem liberti ſibi delatam, quamuis adire non potuerit, quia falſum teſtamentum liberti eſſe dicebatur. Lis erat de teſtamento liberti: Dubium erat, an valeret teſtamentum eius. Lite hac pendente, propter incertitudinem non poterat adire ab inteſtato. impedimento eſt ne adeat lis illa mota ab alio, ideoque ſuccurritur ei vt tranſmittat eam hæreditatem ad ſuos, perinde ac ſi eam adiiſſet. Ex his omnibus exemplis nos colligimus, quoties accidit vt hæres impediatur facto alterius tertii ne adeat hæreditatem, tunc ſuccurri eius hæredibus, vt hæreditas, quamuis non adita, ad ipſos tranſmittatur. Sed hic exiſtit antinomia. Opponitur huic ſententiæ. l. 1. §. vlt. ff. ſi mulier ventr. nomi. Mulier dicit ſe prægnantem eſſe: dum incertum eſt an prægnans ſit, an ve paritura ſit, mittitur in poſſeſſionem rerum hæreditariarum. Quod ſi poſtea compertum fuerit eam calumniæ cauſa in poſſeſſionem miſſam eſſe: quia ſciens & prudens ſe non eſſe prægnantem, miſſa eſt in bonorum poſſeſſionem: propoſita eſt actio edicto Prætoris, quanti intereſt eam in poſſeſſionem miſſam eſſe. Hæc actio datur hæredibus quanti ipſorum intereſt. In hanc actionem venit æſtimatio hæreditatis, quæ non potuit tranſmitti: quia incertum erat, propter affirmationem mulieris, an prægnans eſſet. Ideoque tranſmitti non potuit. datur ideo eis aduerſus mulierem propter calumniam ſuam actio. *Relinqueret.* Diximus cum quis facto alicuius tertii impeditus eſt hæres ne adeat hæreditatem, ſuccurri eius hæredibus, vt hæreditas ad ipſos tranſmiſſa intelligatur. & tamen dicitur ideo hæredibus dari actionem aduerſus

uerſus mulierem propter eius calumniam, quia hæres non potuit hæreditatem tranſmittere. Sed hæc repugnantia ſunt, hęreditatem tranſmittere in hoc caſu: & ideo competere hęredibus actionem ad id quod intereſt aduerſus mulierem. quia hęreditas non potuit tranſmitti. Reſpondendum eſt huic obiectioni: Quæ hic à nobis dicta ſunt de tranſmittenda hæreditate propter impedimentum, eſſe intelligenda cum ea exceptione, niſi aliter conſuli poſſit hæredi, quomodo in hac ſpecie conſulitur hæredi data ei actione ex edicto Prætoris aduerſus mulierem. Diligenter expendendæ ſunt & examinandæ ſpecies, in quibus vel conſtitutum eſt, vel à Iureconſultis reſponſum tranſmiſſioni locum eſſe. Tunc locus eſt tranſmiſſioni contra rigorem iuris ciuilis, cum euidens æquitas id exigit. In ſpecie d.l.1. deficit illa æquitas propter quam dicimus hæreditatem tranſmitti ad hæredes. Nam in eo caſu actio propoſita eſt aduerſus mulierem ad id, quod intereſt hæredis, hæreditatem ad ſe tranſmiſſam non eſſe, propter calumniam mulieris. Hoc igitur cum ea exceptione intelligendum eſt. qua ratione exiſtimo, & ſi hoc caſu quo agitur aduerſus mulierem calumniæ cauſa actio inſtituta aduerſus eam, inanis futura ſit: quia forte ſoluendo non eſt mulier: tunc ſequendum eſſe quod hic dicimus de tranſmittenda hæreditate. æquitas hic quoque ſuadet ſuccurrendum eſſe hæredi, cui alioqui ius ſuum ſaluũ eſſe non poteſt.

Tertius caſus eſt ſuperiori non valde diſſimilis in leg.3.§. pen.& l.4.ff.de Senatuſconſ. Syllan. Eleganter Senatuſconſ. & edicto Prætoris cautum eſt, vt ſi paterfamilias in domo ſua occiſus fuerit, quæſtio habeatur de familia, de omnibus ſeruis, qui ſub eodem tecto fuerunt, cum occiſus eſt. Cautum eſt eo Senatuſconſulto atque edicto, ne hæres inſtitutus in teſtamento occiſi, antea hæreditatem adeat, aut petat bonorum poſſeſſionem, quam quæſtio de familia habita fuerit. Ponamus igitur hæredem eo teſtamento inſtitutum, antequam de familia quæſtio haberetur, deceſſiſſe. hic quæritur, an hæredes eius hæreditatem vindicare poſſint. Hic videmus deceſſiſſe nondum adita hæreditate: ideo ſecundum regulam ſupra traditam non poſſe hæreditatem ad hæredes tranſmittere: ſed ratio quoque hoc caſu ſuadet, vt ratio hæredum habeatur: quia non licuit hæredi inſtituto ex teſtamento eius, qui occiſus eſt, adire hæreditatem, antequam quæſtio habita eſſet de familia eius qui occiſus eſt. hic auctoritate legis adductus eſt ne hæreditatem adiret, maluit legi parere, quam legem offendere & hæreditatem adire. Sed oportet diligenter inquirere, num ideo diſtulerit adire hæreditatem, quod Senatuſconſulto edictòve terrebatur: an vero ceſſauerit ob aliam cauſam hæreditatem adire, vt idem dicitur in l.4. quæ ſequitur.

Quartus caſus eſt in l. Pannonius.85. ff. hoc titul. Auitus Pannonius, cum procurator eſſet Siciliæ prouinciæ, hæres inſtitutus eſt. quidam amicus eius forte teſtamentum Romæ fecit, eumque inſtituit. Is cum ignoraret ſe inſtitutum eſſe eius teſtamento, deceſſit: procurator eius petierat ante bonorum poſſeſſionem. Sed hic ratam eam bonorum poſſeſſionem non habuerat: ignorabat ſe inſtitutum eſſe. Si ratam habuiſſet bonorum poſſeſſionem, perinde haberetur atque ſi ab eo petita eſſet bonorum poſſeſſio. Sed hic proponitur procuratorem petiiſſe tantum bonorum poſſeſſionem, & eum ratam non habuiſſe, atque ideo inanem eſſe eam petitionem. Quæritur de eius hæredibus, an ad hæredes tráſmiſſa ſit ea bonorum poſſeſſio? In ea l. Pannonius. ibi, *Quia bonorum, &c.* Certum eſt iure ſcripto non poſſe ad hæreditatem peruenire, quia verum eſt hæredem inſtitutum deceſſiſſe ante aditam hæreditatem. Ibi, *Diuum tamen Pium, &c.* Diuus Pius æquitate motus contra conſtituit, vt reſtituantur in integrum. Ibi, *Sine reſpectu, &c.* Non diſtinguit, an ante tempus illud deceſſerit, an poſtea. In hac igitur ſpecie habita eſt ratio humanitatis, vt reſtituantur hæredes ex perſona defuncti. Iuſta eſt cauſa huius reſtitutionis: quia non potuit hæreditatem adire propter ignorantiam, & huius ignorationis cauſa eſt iuſta probabiliſque abſentia. Ignorantia hæredis inſtituti, cuius ignorantiæ cauſa eſt abſentia iuſta (Siciliam enim procurabat, vt hic dicitur) facit vt reſtituantur eius hæredes ex perſona defuncti, vt hic dicitur. Sed cur reſtitutio in integrum hic neceſſaria eſt potius, quam in ſuperioribus caſibus? In ſuperiori caſu diximus reſtitutionem non eſſe neceſſariam, ipſo iure ſubuenitur hæredibus. d. leg. ſcriptus. & aliis ſimilibus. Sed hic dicitur reſtitutionem in integrum hoc caſu neceſſariam eſſe. Itaque oſtendit Iureconſultus non poſſe ipſo iure defuncti hæredibus ſubueniri, ſed remedio extraordinario opus eſſe. Si hæc ſpecies diligenter expendatur, diſſimilis eſt ſuperioribus. In hac ſpecie non poteſt cauſari hæres teſtamento inſtitutus, ſibi omnino non licuiſſe adire ſicuti in aliis ſpeciebus. ideoque iuris rigor ei obſtat. Cauſatur tantum ignorantiam. Si ius ſtrictum ſpectemus, non ſatis excuſari videtur. Vir diligentiſſimus potuiſſet de ea hæreditate delata aliqua ratione certior fieri. In ſuperioribus caſibus omnino non licet hæredi inſtituto adire hæreditatem, vel propter auctoritatem legis, vel propter litem motam: hic potuit aliqua ratione certior fieri de hæreditate ſibi delata: nec offenſam legis verebatur, vt in caſu l.3. ff. de Senatuſconſ. Sil. Iure ergo hic deficitur: ſed propter humanitatem, beneficio reſtitutionis in integrum ei ſubuenitur. Hic igitur caſus à cæteris, de quibus ſupra diximus, diſtinguendus eſt: nec locum habet, niſi in quibus caſib. eadem eſt æquitas, veluti in minore 25. ann. hærede inſtituto. In minore 25. ann. idem dici non poteſt. Minor 25. annis hæres teſtamento ſcriptus, non adiit hæreditatem. Itaque ſecundum iuris rigorem, eandem hæreditatem non potuit tráſmittere ad hæredem ſuum: ſed tamen propter æquitatem ſubuenitur eius hæredib. beneficio reſtitutionis in integrum ex perſona minoris. In quibus caſibus eadem eſt ratio, nos dicimus idem ius eſſe.

Quintus caſus eſt in l. ſi infanti. C. de iure delib. Cum hæreditas infanti delata eſt qui patrem habet: ſiue infans ſit in poteſtate patris ſui, ſiue ſui iuris, ſi hæreditas adita non fuerit infantis nomine: ea nihilominus acquiritur patri. tranſmittitur enim ad patrem perinde atque ſi adita eſſet pupilli infantis nomine. Hoc conſtitutum eſt à Theodoſio in d. l. ſi infanti. quæ lex, quia multa ſingularia continet, eam nunc explicaturi ſumus. Ego obſeruaui hac conſtitutione Theodoſii quinque præcipua ſingularia contineri, quibus derogatum eſt iuri antiquo, nouumque ius inducitur.

Primum eſt, quod pater adit hæreditatem, quæ infanti delata eſt. Si infanti, inquit, id eſt, minori ſeptem annis. Ibi, *Vel bonorum poſſeſſionem petere, &c.* hoc ius nouum eſt: diuci ſum ius erat ante Theodoſium, quod pater hæreditatem filio ſuo delatam poſſet adire. hoc receptum tantum erat in bonorum poſſeſſione, non etiam in hæreditate. l. 1. ff. de bonorum poſſ. fur. infanti. In hæreditate hoc non fuerat admiſſum. Sed voluit hoc caſu Theodoſius idem recipiendum eſſe, cum hæreditas delata eſt infanti qui patrem ſuum ſuperſtitem habet. Et notandum eſt, quod hic Theodoſius ait, in omni hæreditate hoc locum habere, non tantum ſi à matre ſit delata hæreditas infanti: ſed etiam ſi à quouis alio, etiam ſi quiuis extraneus inſtituerit hæredem in ſuo teſtamento infantem. Et notandum eſt patrem hæreditatem adire, non pro ſe, ſed pro infante ad vtilitatem infantis, non ſuam. Nam infans hoc iure hæreditatem ſibi delatam ſibi acquirit, ita vt pater vſumfructum tantum eius hæreditatis habeat. l. vlt. C. de bon. mat. & l. vlt. C. de bonis quæ liber. quamuis iure Digeſtorum hæreditas delata filiofamilias, & ipſi quæſita transferatur in patrem, l. placet. 78. ff. hoc tit. Pater tamen hoc caſu ſibi non adit, id eſt, ad vtilitatem ſuam: ſed infantis, cui eſt hæreditas delata.

Secundum quod obſeruaui in hac conſtitutione eſt: Si pater non adierit hæreditatem infantis nomine, & deceſſerit infans, eam hæreditatem tamen ad patrem tranſmitti, quaſi iam infanti quæſita eſſet. Hoc etiam nouum eſt. quoniam aliàs hæreditas non adita non tranſmittitur. Non enim poteſt dici ratione ſuitatis tranſmitti. non loquitur de ſuo hærede. loquitur de eo, cui delata eſt hæreditas, vel à matre, vel ab alio quouis extraneo. Matri non eſt ſuus hæres filius. Eſtque hic obſeruandum etiam negligentiam patris non ei nocere, quominus poſtea eam hęreditatem acquirat: quo minus poſtea hæreditas tranſmittatur ad patrem.

Tertium eſt, quod ſi iam pater infantis deceſſerit, tutor ſolus poteſt adire hæreditatem, quæ infanti delata eſt, vt hic dicitur. *Parente vero, &c.* hoc etiam ſingulare eſt. Nam iure

antiquo tutor ſolus non poteſt hæreditatem adire, quæ delata eſt filio.l.potuit.C.de iure deliber.l.ſeruo inuito. 65.§.ſi pupillo. ff. ad Trebell. Sed conſtitutum eſt à Theodoſio, vt ſi infans ſit pupillus, tutor poſſit eius hæreditatem adire: ſed hoc caſu nulla eſt tranſmiſſio, vt hic dicitur. *Et eo modo eidem infanti, &c.* In hoc igitur caſu cum pupillus infans patrem non habet, & tutor ei datus eſt, qui neglexit adire hæreditatem, nulla eſt tranſmiſſio hæreditatis. Tranſmiſſio fit tantum fauore patris, patrio iure, vt hic dicitur. Ergo ſi ponamus patrem deceſſiſſe, & filio datum eſſe tutorem, qui neglexerit adire hæreditatem, omnes hæreditates perinde habendæ ſunt, ac ſi delatæ non eſſent pupillo. De matre eſt controuerſia, an tranſmittatur ſimiliter ad matrem. Sed periculoſum eſt hanc legem, quæ de patre loquitur, ad matrem extendere: quia pater eſt legitimus adminiſtrator, non etiam mater. Et receptius eſt vt non tranſmittatur hæreditas ad matrem: niſi ob veriſimilem teſtatoris voluntatem.l.vlt.C. de inſtit.& ſubſtit.

Quartum eſt, quod obſeruaui ex hac conſtitutione, Omnia hæc locum habere, etiam ſi infans ſit ſui iuris. Quod diximus patrem adire hæreditatem delatam infanti, nomine infantis, & ſi non adierit & interim deceſſerit infans, eam ad patrem tranſmitti: ait Theodoſius, non tantum id locum habere ſi infans ſit in poteſtate patris: ſed etiam ſi ſui iuris factus ſit. *Ea vero, quæ de infante, &c.* hoc non fit propter patriam poteſtatem: ſed propter ius patrium: quia pater eſt tantum, vt hic dicitur. Notandum tamen eſt quo caſu filius in poteſtate patris non eſt, ſed ſui iuris, non acquiri vſumfructum patri, proprietas plena filii dicitur: quamuis alias hæreditatis aduentitiæ vſusfructus acquiratur patri, & filius nudam proprietatem habeat. Vſusfructus acquiritur patri propter ius patriæ poteſtatis.l.vlt.C.de bon.quæ lib.

Quintum eſt obſeruandum ex hac co[illegible]e, quod ſi pupillus, qui infans non eſt, non habeat tutorem, decretum Prætoris ſufficere ad adeundam hæredita[illegible]c dicitur. Ante Theodoſium id receptum tantum erat in bonorum poſſeſſione.l.bonorum.C.qui admit.ad bon.poſſeſ. Hi ſunt quinque caſus in quibus tranſmittitur hæreditas, quamuis adita non fuerit.

Sextus caſus eſt tranſmiſſionis in conſtitutione eiuſdem Theodoſii de his qui ante apertas tabulas, &c. Conſtitutio hæc eſt Theodoſii iunioris, ſicut & ea quam interpretati ſumus ſuperiori loco.l.ſi infanti. Sed hæc poſterior eſt, vt facile cognoſcitur ex nominibus Conſulum, qui conſtitutionibus adſcripti ſunt. Nomina Conſulum oſtendunt conſtitutionem l. ſi infanti. editam eſſe anno primo imperii Theodoſii: poſt vero duodecim aut quatuordecim annos hanc promulgatam fuiſſe. Statuit igitur Theodoſius hac conſtitutione, vt liberi inſtituti à parentibus tranſmittant hæreditatem non aditam ad quoſcunque deſcendentes ex ſe. Hæc conſtitutio multum addit iuri antiquo. Nam in primis hic non inſpicimus ius ſui, ſed ius ſanguinis tantum. Liberi tranſmittunt hæreditatem ſibi relictam ab aſcendentibus à parentibus ad deſcendentes. Theodoſius de liberis loquitur: non loquitur de iis qui ſui hæredes ſunt. Loquitur etiam de iis qui ſui hæredes non ſunt. hoc ſatis apparet ex eo quod loquitur non tantum de hæreditate paterna, ſed etiam de materna, & conſtat matri filium hæredem non eſſe ſuum: quia mater filium non habet in ſua poteſtate. Ibi, *à patre vel matre, &c.* plenior eſt igitur hæc conſtitutio quadamtenus, quam ius antiquum, quod de ſuis hæredibus conſtitutum eſt. Ea autem minus continet, quam ius antiquum, quod ſui hæredes tranſmittunt hæreditatem non tantum ad deſcendentes ex ſe, ſed etiam ad extraneos ad quoſcunque ſuos hæredes, ſed liberi tranſmittunt hæreditatem parentum ad deſcendentes tantum, non etiam ad alios ſucceſſores. Prætereaex eo cognoſcitur plenius proſpectum eſſe & conſultum hæredibus hac conſtitutione, quam iure antiquo: quia hic non inſpicimus an licuerit hæredibus, quibus delata eſt hæreditas, adire hæreditatem: an vero impediti fuerint ne adeant. In pleriſque ſpeciebus iuris antiqui id inſpicitur, vt in d.leg. ſcriptus.ff.de Carbo.edict. & aliis ſimilibus quas adduximus & interpretati ſumus. Sed hic tranſmiſſioni locus eſt, ſiue impeditus fuerit hæres, cui delata eſt hæreditas, ſiue non fuerit. Nam Theodoſius hic loquitur de his, qui ſiue ignorauerint, ſiue nouerint ſe hæredes ſcriptos, non adierunt. Illud inſpicitur maxime, an repudiauerit is cui delata eſt hæreditas, hæreditatem: quia ſi repudiauerit hæreditatem, ea non poteſt tranſmitti. Et hoc eſt generaliter notandum, quod hæreditas repudiata nunquam tranſmittitur ad hæredem. Tunc quæritur de tranſmiſſione, cum hæreditas nec repudiata eſt, nec adita: cum adita eſt, nihil opus eſt tranſmiſſione: cum eſt repudiata, non poteſt tranſmitti ad hæredem. Tranſmiſſio igitur locum habet, cum hæreditas nec adita nec repudiata eſt. Quæri ſolet, an hæc conſtitutio locum etiam habeat in ſucceſſione ab inteſtato? Nam Theodoſius loquitur de ſucceſſione ex teſtamento. *Per hanc, &c.* Hæc conſtitutio loquitur de ſcriptis hæredibus, de his qui ſunt inſtituti teſtamento patris vel matris. Et quid dicemus ſi hæreditas ſit delata filio ab inteſtato, & eam hæreditatem non adierit? Si deceſſerit ante aditam hæreditatem, eam tranſmittet ad hæredes ſuos. Probabile eſt, & omnibus probatur in ſucceſſione quoque ab inteſtato huic conſtitutioni locum eſſe. Vtilitas hoc ſuadet & ſimilitudo rationis, vt conſtitutionem quæ de ſucceſſione ex teſtamento loquitur, ad ſucceſſionem ab inteſtato interpretatione producamus. Illud etiam quæſitum eſt, quid de ſucceſſione prætoria dicendum ſit? Vbique Theodoſius in hac conſtitutione loquitur de hæreditate, id eſt, de ſucceſſione iuris ciuilis: de bonorum poſſeſſione quæ ſucceſſio eſt iuris Prætorii, non loquitur, ideoque dubitabatur, an in ſucceſſione quoque prætoria in bonorum poſſeſſione locum habeat? Controuerſum hoc tamen eſt, ſed verius puto locum habere & in ſucceſſione prætoria, eſtque receptior hæc opinio. Primum mouet me quod eadem eſt ratio, & eadem vtilitas. Ratio hæc eſt, quam adducit Theodoſius verſ. *Siquidem perindignum eſt fortuitos, &c.* Eadem autem ratio, eadem vtilitas eſt, & æquitas in ſucceſſione prætoria. Deinde hoc alienum non eſt à ſignificatione verborum. Hæc duo conſideranda ſunt in cuiuſque legis interpretatione: Ratio & vtilitas, deinde verborum ſignificatio. Appellatione hæreditatis continetur bonorum poſſeſſio. l. hæreditatis.138.ff.de verb.ſign. l. in conditionib.19.§. ſi patronus. ff. de cond. & demon. vbi etiam in conditionibus hoc verbum de bonorum poſſeſſione accipitur. Et lex de hæreditate loquens producenda eſt ad bonorum poſſeſſionem, niſi ratio diuerſa ſit.l.1.§.bonorum.ff. ad ſenatuſconſ.Trebel. In ſenatuſconſulto Trebelliano de reſtituenda hæreditate ex cauſa fideicommiſſi fit mentio hæreditatis, & tamen Vlpianus interpretatione ad bonorum poſſeſſionem quoque ſenatuſconſultum pertinere ait. Cur igitur hanc conſtitutionem quæ loquitur de hæreditate, non extendemus ad bonorum poſſeſſionem, cum id conueniat ſignificationi verborum, eademque ratio ſit, eadem vtilitas & æquitas?

Septimus caſus eſt in conſtitutione Iuſtiniani C. de iure deliber.l.cum antiquioribus.19. Hoc in ſumma continetur ea conſtitutione. Si is qui deliberat de adeunda hæreditate interim deceſſerit, eum hæreditatem ad quoſcunque ſucceſſores ſuos tranſmittere, quod ad ius deliberandi attinet, vt idem ius deliberandi habeant, quod defunctus habebat, vt liceat eis intra tempus legitimum deliberare, an velint hæreditatem acquirere an repudiare. Hæc eſt poſtrema conſtitutio edita de tranſmiſſione, qua pleniſſime conſulitur hæredibus. hæc conſtitutio facit vt iure conqueri non poſſint hæredes de rigore iuris antiqui, quo iure impediebatur tranſmiſſio hæreditatis non aditæ. Nam hæc conſtitutio locum habet in quouis hærede etiam extraneo: ius antiquum locum habet vel in ſuis hæredibus, vel ſaltem in liberis, vt cõſtitutione illa Theodoſii, de qua diximus, in aliis locum non habet, niſi forte fuerit impeditus hæres ne hæreditatem adeat. Sed hæc conſtitutio ad omnes hæredes pertinet etiam extraneos, *Ideoque ſancimus, &c.* Nihil refert, an is qui hæreditatem tranſmittit, hæres ſuus ſit, an extraneus: nihil refert an fuerit hæres ab inteſtato, an ex teſtamento. Nihil igitur refert is ne hæres ſit, ad quem tranſmittitur. Sed hic dicitur hoc remedium, quod extraordinarium eſt, anno finiri. hoc explicaui ſuperioribus locis, ſicut & omnia alia, quæ ad huius legis explicationem pertinent, alias pleniorem requireret inquiſitionem. errorque ille confutatus eſt, quod aiunt

hæredi-

hæreditatem niſi à ſciente tranſmitti. Fit mentio ſcientiæ in hac conſtitutione Iuſtiniani, vt oſtendat ſcienti tantum tempus illud vnius anni currere: non ignoranti. Non vt ignorans non poſſit hæreditatem tranſmittere: imo ratio ſuadet vt ignoranti potius conſulatur, quam ſcienti, vt diximus in interpretatione l. Pannonius. ſupra hoc tit. Hæc de tranſmiſſione à nobis dicta ſufficiant, quamuis pleraque poſſent addi: ſed non magnopere vtilia. id ego ſpecto vt vtiliora aliis dicam: non plura. Pergamus. Docuimus ſupra vtilitatem & effectum aditionis hæreditatis ex eo intelligi, quod ſi ante aditam hæreditatem deceſſerit hæres, non tranſmittit hæreditatem: niſi in caſibus exceptis. Nunc videndum eſt, quem effectum habeat aditio.

CAP. VI. *De effectu aditionis.*

POſtquam hæreditas adita eſt, magnus eſt effectus aditionis. Nam aditione ſecuta ſuccedit hæres in vniuerſum ius, quod defunctus habuit: vt conſtat ex definitione hæreditatis à nobis tradita, ex l. nihil aliud. ff. de verbo. ſignif. Sic interpretatur Iureconſultus in l. hæres in omne. 37. ff. hoc tit. Hæres, inquit Pompon. in omne ius mortui, non tantum ſingularum rerum dominium ſuccedit: cum & ea, quæ in nominibus ſunt, ad hæredem tranſeant.

Primum igitur rerum hæreditariarum, ſingularum rerum, quæ in hæreditate ſunt, dominium acquiritur hæredi poſtquam adiit. Succedit, inquit, in dominium ſingularum rerum. Nulla eſt ratio magis probata legibus & iure ciuili acquirendi dominii, quam aditione hæreditatis. *Sex ſunt, quæ legitimum dominium perficiunt*, inquit Varro, Si iuſtam hæreditatem adiit, aditio hæreditatis, mancipatio, ceſſio in iure, vſucapio, &c. Igitur aditione hæreditatis transfertur dominium rerum hæreditariarum: poſſeſſio tamen non transfertur. Quamuis enim acquirat dominium rerum hæreditariarum hæres adeundo hæreditatem: non tamen acquirit poſſeſſionem ſine apprehenſione. l. cum hæredes. 23. ff. de acq. poſſeſſ. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 2. §. Scæuola. ff. ſi quis teſtam. lib. Ait ibi Iuriconſultus, ea, quæ iuris ſunt transferri in hæredem: poſſeſſionem autem, quæ facti eſt, niſi apprehenſa fuerit, in hæredem non transferri. quod tamen moribus noſtris receptum non eſt. Nam poſſeſſio ſine apprehenſione transfertur in hæredem. non enim tantum ab inteſtato, ſed etiam ex teſtamento continuatur poſſeſſio, quam habuit defunctus, in ipſius hærede, etiam ſi res hæreditarias non apprehenderit. Hinc conſequens eſt ſine traditione acquiri dominium. quamuis ad dominium acquirendum iure ciuili, opus ſit traditione. l. traditionibus. C. de pact. & §. per traditionem. Inſtit. de rerum diuiſ. Quod autem dicitur acquiri dominium ſingularum rerum, hoc eſt intelligendum cum exceptione vulgari. Nam rerum legatarum dominium non transfertur in hæredem: ſed transfertur potius in legatarium. l. à Titio. 64. ff. de furt. præter dominium ſingularum rerum ſuccedit in vniuerſum ius hæres, quod defunctus habuit. vt dicitur in d. l. hæres. ff. hoc tit. *Hæres in omne ius, &c.* Ibi, Ea quæ in nominibus ſunt, &c. obligationes & actiones transferuntur in hæredem Præterea commoda omnia & incommoda. l. 2. & 3. ff. de bon. poſſ. Hæreditas vniuerſitas quædam eſt conſtans ex iuribus, quæ defuncto, vel contra defunctum competebant: quodcunque ius habebat defunctus, vel competebat contra eum vel in hæredem. idem dicitur in l. tranſit hæreditas. ff. de pet. hæredita. Ideo hæres dicitur ſuccedere in vniuerſum ius in definitione hæreditatis. Imo etiam hæres pro parte, dicitur ſuccedere in vniuerſum ius. hæres pro parte non petit res ſingulas, ſed petit hæreditatem, vniuerſitatem quandam. Dicitur petitio hæreditatis de vniuerſitate propoſita eſſe. l. 1. ff. de rei vindic. Petitio hæreditatis ad vniuerſitatem pertinet, ſiue tota hæreditas petatur, ſiue pars. l. quædam. ff. de acquirend. rer. dom. hæreditas dicitur eſſe vniuerſitas. l. 1. ff. quor. bono. Interdictum quorum bonorum, de vniuerſitate eſt, & hinc manauit vulgaris diſtinctio ſucceſſoris vniuerſalis & ſingularis. Hæres quiſquis eſt, dicitur ſuccedere in vniuerſum ius, ſiue ſit hæres ex aſſe, ſiue ex parte. Singularem vocant, qui ſuccedit in rem, cuiuſmodi eſt legatarius, donatarius. l. fluminum. §. adiicitur. ff. de damn. infecto. nec hoc quidem exceptione caret. Quædam enim iura ſunt perſonalia, quæ finiuntur morte defuncti, vt vſusfructus in Inſtit. §. finitur. de vſufructu. Hæc non tranſeunt ad hæredem. Hinc naſcitur quæſtio, an ex tempore mortis hæc iura acquirantur hæredi: an vero ex tempore aditæ hæreditatis? Ex his, quæ diximus, ſpectandum videtur eſſe tempus tantum aditæ hæreditatis. Diximus hæredem ante aditionem hæreditatis nihil iuris habere, ſed aditione hæreditatis omnia hæc iura in ipſum transferuntur. Sed animaduertendum eſt poſtquam hæreditatem adiuit hæres, aditionem retro trahi ad tempus mortis defuncti, vt intelligatur hæres eſſe à tempore mortis defuncti. l. hæres quandoque. 54. ff. hoc tit. Quandoque ait Iuriſconſ. id eſt, Quandocunque hæres adierit, etiamſi diu a morte defuncti adierit, intelligitur defuncto ſucceſſiſſe iam à morte defuncti. Huc pertinet regula iuris l. 154. omnia fere iura. ff. de regul. iuris. Omnia fere, inquit Iuriſconſ. iura hæredum perinde habentur, ac ſi continuo ſub tempore mortis hæredes extitiſſent. his verbis concepta eſt ea regula. & ſimilis eſt alia regula. ff. de regul. iuris. leg. Omnis. 181. quæ ſic habet: Omnis hæreditas, quamuis poſtea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. Continuatio facit, vt intelligatur hæres fuiſſe, iam inde ex quo mortuus eſt defunctus, a quo illi relicta eſt hæreditas, etiam ſi diu poſt mortem adierit. Hoc autem ex quadam fictione oritur, quod eſt notandum. Nam re vera acquiritur hæredi dominium ex tempore aditæ hæreditatis: ante aditionem nihil iuris habet in res hæreditarias. Sed quandocunque adierit, fingitur adiiſſe ſimulatque mortuus eſt is, qui ei reliquit hæreditatem, licet re vera non adierit. Et diſſenſio inter iuris auctores reperitur aliquando de hac re, an ſequenda ſit veritas potius, an vero fictio. Et exemplum vnum eſt in l. ſi ex re. 28. §. illud quæſitum. ff. de ſtipu. ſeru. Quæritur ibi, an recte hæredi futuro ſeruus hæreditarius ſtipulari poſſit? Si ſtipulatus ſit ſeruus hæreditarius hæredi futuro ante aditionem hæreditatis, quidam exiſtimabant nullam eſſe ſtipulationem, quia hæres nullus eſt ante aditam hæreditatem. Alii putabant valere: quia cum adiit hæreditatem, fingitur ex tempore mortis adiiſſe. Obtinuit hæc ſententia in ſeruo ſtipulante hæredi futuro iacente hæreditate. Reperitur alia ſpecies, in qua præualuit veritas magis, quam fictio, in furto rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, de qua re etiam fuit diſſenſio inter veteres, quod cognoſcitur ex epiſtola Ciceronis ad Trebatium, lib. 7. Epiſtol. eius initium eſt, Illuſeras heri, quod inter, &c. vbi refert opiniones veterum. Dubitatio ex eo naſcebatur, quod furtum eſt contrectatio rei alienæ. Datur mihi actio furti aduerſus eum, qui contrectauit rem meam. At ante aditionem res hæreditaria non eſt hæredis. Quomodo igitur actio furti poteſt competere hæredi? Sed ideo competit quia fingitur continuo hæres extitiſſe, cum adiit hæreditatem. Non eſt igitur mirum, ſi de ea re controuerſia fuerit inter veteres, cum ratio hinc inde adducatur. Sed veritas obtinuit, actionem non competere ob furtum rei hæreditariæ: ſed datur accuſatio expilatæ hæreditatis. l. hæreditariæ. 68. ff. de furt. eſt & tit. C. de crimi. expil. hæred. Ex iam dictis conſequitur, hæredem obligari creditoribus hæreditariis, etiam ſi forte hæreditas ſoluendo non ſit. Quin obligetur creditoribus hæreditariis dubitandum non eſt, adeundo hæreditatem. Nam quaſi cum eis contrahere videtur. l. apud Iulianum. §. vlt. ff. quibus ex cauſ. in poſſeſ. eatur. l. ex maleficiis. §. hæres. ff. de obli. & act. Sed addendum eſſe etiam teneri ſupra vires hæreditatis, etiamſi hæreditas forte non ſufficiat ad ſolutionem æris alieni. l. more. 8. ff. hoc titulo. Et ſimile eſt quod dicitur in l. 33. quæ dotis. ff. ſoluto matrimon. Nec refert an extraneus hæres ſit, an filius. l. ſi te. 10. Cod. de iure deliber. Filius hæreditatem adiit paternam vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. conueniunt eum creditores hæreditarii. is ita ſe tuetur aduerſus eos, vt dicat inopem fuiſſe patrem, hæreditatem ſoluendo non eſſe, itaque ſe non eſſe cogendum ſoluere æs alienum creditoribus hæreditariis: tamen hic dicitur cogendum eſſe. Non enim hic caſus liberat debitorem ære alieno, qui obligatus eſt, quique tenetur quaſi ex contractu quodam. l. incendium. C. ſi cert. peta. Hæres enim perinde habetur, ac ſi promiſiſſet creditoribus hæreditariis

ſe ſoluturum, ac ſi cum eis vere contraxiſſet. At certum eſt ſi vere contraxiſſet cum eis, nullo caſu poſſe liberari. Hoc eſt accipiendum, niſi inuentarium factum ſit, id eſt, deſcriptio rerum hæreditariarum, ſecundum formam præſcriptam à Iuſtiniano, tunc enim non tenebitur creditoribus hæreditariis vltra vires hæreditatis: ſed quatenus ad eum peruenit. in l. vlt. C. de iure deliberandi. prolixe & verboſe deſcribitur forma & ratio inuentarii deſcribendi. quæ conſtitutio lectionem tantum deſiderat. ergo in eius interpretatione diutius non immorabor. deinde ſcrupuloſa illa obſeruatio hodie fere exoleuit. Cum quæritur de ratione deſcribendi inuentarii, ſpectanda eſt conſuetudo cuiuſque loci. Ego credo vix quenquam hodie obſeruare formam ibi deſcriptam conficiendi inuentarii. Quæſtio eſt an hæres, qui adiit hæreditatem, eodem modo teneatur legatariis, ſicut creditoribus? Et dicendum eſt breuiter, legatariis non teneri: niſi quatenus ex hæreditate ad eum peruenit. quod expreſſum eſt in l. 1. §. ſi is, qui quadringenta. ff. ad Senatuſconſul. Trebellia. *Si is, qui quadringenta in bonis habebat, &c.* Hæres, ait ibi Iuriſconſultus, ſoluit legata legatariis non vſque ad modum hæreditatis. nam detrahit quartam ex lege Falcidia. Sed cum ceſſat Falcidia, non tenetur legata præſtare legatariis, niſi quatenus ad eum peruenit. Hoc ius tamen mutatum eſt conſtitutione Iuſtiniani de hæred. & Falcid. quæ eſt prima conſtitutio libri Nouellarum. In ea conſtitutione præſcribit formam, quæ ſeruanda eſt in deſcriptione rerum hæreditariarum, conficiendoque inuentario, & pleraque addit conſtitutioni cuius a nobis mentio facta eſt; quæ eſt l. vlt. Cod. de iure deliber. Aitque ſi hæres inuentarium facere neglexerit, is cogetur legata ſolida præſtare: ſic hodie propter illam nouam Iuſtiniani conſtitutionem, inter legatarios & creditores hæreditarios nihil intereſt. Si confecerit inuentarium, non magis tenebitur creditoribus hæreditariis, quam legatariis: ſi non confecit, tenetur in ſolidum tam creditoribus hæreditariis, quam legatariis. Hoc viſum eſt vtile Iuſtiniano, quia multa occultari poſſunt fraudandorum legatariorum gratia & creditorum. Imputare ſibi potius debet hæres quod illud inuentarium non fecerit ſecundum formam illius conſtitutionis imperatoriæ, ſi hæreditas ſoluendo non ſit.

Ex eo, quod diximus de effectu aditionis hæreditatis, illud conſequitur hæreditatem, quæ ſemel adita eſt, non poſſe repudiari: hæres poſt aditam hæreditatem, velit nolit cogitur hæres eſſe. Obligatur enim creditoribus hæreditariis quaſi ex quodam contractu. l. apud Iulianum. §. vlt. ff. quib. ex cau. in poſſ. eatur. & l. ex maleficiis. § hæres. ff. de oblig. & act. Is qui tenetur ex contractu, qui tenetur obligatione perſonali, cuius perſona obligata eſt, is obſtringitur, velit nolit. Obligatio ea, qua eius perſona tenetur, iuris eſt vinculum. Sed excipiuntur quidam caſus. Reperiuntur quidam caſus, in quibus hæreditas, quæ adita eſt, nihilominus poteſt repudiari. Primus caſus eſt, cum minor adiit hæreditatem, & aduerſus aditionem reſtituitur in integrum. Edicto enim Prætoris conceditur reſtitutio in integrum, in hoc quoque caſu. Prætor ait in edicto de reſtitutione minorum: Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum erit, vti quæque res erit, animaduertam. l. 1. & l. ait Prætor. 7. ff. de minoribus. Vlpianus interpretans edictum Prætoris in dict. l. ait Prætor: ait hæc verba, Quod cum minore geſtum erit, late eſſe accipienda, ſiue quis contraxerit cum minore, ſiue quaſi contraxerit. atque ideo pertinet ad aditionem hæreditatis, quæ quaſi contractus eſt, vt dictum eſt. idque expreſſum eſt in d. l. ait Prætor. §. non ſolum. verſi. *Sed et ſi hæreditatem, &c.* & C. ſi minor ab hæred. ſe abſtinuer. Minor abſtinet ſe ab hæreditate, quam adiit, vel cui hæreditati ſe immiſcuit. Reſtituitur autem minor cauſſa cognita, ſi captus ſit, ſiue læſus ſit, ſiue dolo alterius inductus, vel leuitate iuuenili, lubrico ætatis, hæreditatem damnoſam adierit. Nam ſine cauſæ cognitione minor non reſtituitur aduerſus aditionem. leg. in cauſæ. 13. § cauſa cognita. ff. de minorib. vbi dicitur, in omni cauſæ cognitione vocandos eſſe eos quorum intereſt: vt cum reſtituitur minor aduerſus aditionem hæreditatis, vocandi ſunt creditores, quorum maxime intereſt. Ratio traditur vocandi a Iuſtiniano in §. ad hæc. in authen. vt ſponſal. largit. quæ authen. incipit: Si omnes. Codice, ſi minor ab hæredit. ſe abſtin. Vocantur hi per præconem, voce præconis, quamuis aliàs id admodum vſitatum non ſit. voce præconis ſignificatur omnibus, quorum intereſt, vt adſint certa die. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur. Vna eſt in l. 88. ſi pupillus. ff. hoc titu. Certum eſt creditores hæreditarios non poſſe amplius conuenire pupillum, qui reſtituitur in integrum. perinde eſt enim ac ſi non adiiſſet. Sed quid dicemus de fideiuſſore, qui datus eſt obligationis hæreditariæ nomine, antequam reſtitutus eſſet minor in integrum: an proderit ei reſtitutio in integrum, quam minor poſtea impetrauit? Reſpondet Scæuola in d. l. ſi pupillus, &c. prodeſſe. Sic vides reſtitutionem, quam impetrauit minor beneficio ætatis, non tantum ipſi prodeſſe, ſed etiam eius fideiuſſori. Similis locus eſt in l. 51. ſi minor. ff. de procurato. Idoneus fideiuſſor non eſt, qui datur à minore: quoniam minore reſtituto, aduerſus eum agi non poteſt. reſtitutio enim conceſſa minori, ipſi quoque prodeſt ne conueniri poſſit. Sed hic reperitur antinomia: videtur enim contraria l. 1. Codice de fideiuſſor. minor. vbi dicitur: fideiuſſores teneri minore reſtituto in integrum: & eos mandati actionem habere aduerſus minorem ipſum, niſi minor quoque contra eos reſtitutus ſit. Nam minor reſtitui poteſt ne teneatur actione mandati fideiuſſoribus. Conciliandi cauſſa, ego diſtinctione vti ſolitus ſum, quæ mihi videtur magnopere neceſſaria ad horum locorum explicationem. In primis diſtinguendum eſt an contractus dolo initus ſit cum minore aduerſus quem reſtituitur: an verò ſine dolo deceptus ſit in re ipſa. Hæc diſtinctio traditur in l. exceptiones. 7. ff. de exceptio. & in l. 2. C. de fideiuſſo. minor. Si minor dolo alterius circumſcriptus ſit ac deceptus, & reſtitutus in integrum propter dolum aduerſarii, reſtitutio non tantum ipſi minori, ſed etiam eius fideiuſſori prodeſt: atque is, qui dolum admiſit, nullam amplius actionem habet aduerſus minorem reſtitutum, nec aduerſus fideiuſſorem qui ab eo datus eſt. Sed ſi in re deceptus ſit, Iureconſultus inquit, in dict. leg. exceptiones. in fin. non ſuccurri fideiuſſori. Sic enim eſt ibi legendum, vt legitur in Floren. Deceptus eſt autem in re ipſa cum minor reuera deceptus eſt & damno affectus: & quando re vera damnoſam hæreditatem adiit, quamuis nullius dolo adductus ſit ad adeundum: nec eſt circumſcriptus fraude aduerſarii ſui. Tametſi autem verum ſit non ſuccurri fideiuſſori, ſi minor deceptus ſit in re, & ſine dolo aduerſarii: tamen hic æquitas maxime ſpectanda eſt, ſicut in omni reſtitutione in integrum. Prætoris edictum de reſtitutione minorum, *Quod cum minore vigintiquinque annis geſtum erit, vti quæque res erit, animaduertam, &c.* ſic propoſuit & concepit vt oſtenderet nihil certi poſſe in vniuerſum definiri, cum quæritur de reſtitutione in integrum: ſed totum hoc reuocandum eſſe ad cognitionem & examinationem eius, vt dicitur in leg. quod ſi minor. 24. §. vltim. ff. de minoribus. Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiſcitur. totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione. Prætor igitur æſtimat quatenus ſubueniendum ſit beneficio reſtitutionis in integrum, & ad quas perſonas, vel ad quas res reſtitutio in integrum porrigi debeat. Nec vlla eſt certior vel melior regula, ad quam hæc omnia examinari debeant, quam æquitas. Hinc rationi maxime conſentaneum eſt, quod dicitur in l. in cauſæ. in princ. ff. de minor. Diſtinctio ibi traditur, quæ maxime congrua eſt æquitati, cum quæritur an fideiuſſori ſuccurratur cum minor eſt reſtitutus in integrum, an reſtitutio in integrum proſit eius fideiuſſori. Videndum eſt quid actum ſit in fideiuſſore dando. Æquum eſt interdum fideiuſſoris rationem haberi. Exempli gratia: Ego contracturus eram cum minore. ſciebam eum minorem eſſe, nec ei fidem habebam. Ideo fideiuſſorem adhibui vt tutior eſſet & ſecurior obligatio mea. Hoc caſu æquum non eſt fideiuſſori ſuccurri in necem, & perniciem meam. Nam eo conſilio eſt adhibitus fideiuſſor vt reſtituto in integrum minore, ſaltem fideiuſſor teneretur. Alias dicendum eſt, reſtituto in integrum minore, eam reſtitutionem quoque eius fideiuſſori prodeſſe. Cum hac diſtinctione accipiendum eſt quod dicitur in d. l. ſi pupillus. ff. hoc titul. & l. ſi pupillus. 35. ff. de recep. arb. & d. leg. minor. ff. de procurat. Alia quæſtio eſt ex ſuperioribus pendens

dens,in l.eum.86.§.vlt.ff. hoc titu. Quæſtio eſt, an reſtituto minore in integrum aduerſus aditionem,confuſæ actiones ipſi reſtituantur? Certum eſt,cum quis adit hæreditatem debitoris ſui,confundi actiones.idem enim alias ſibi obligatus eſſet.Cum mihi debes centum, & adeo tuam hæreditatem, adita hæreditate,confunditur & tollitur illa obligatio.l.95. Stichum.§.Aditio.ff.de ſolut. Sed reſtituto eo,qui adiit hæreditatem,aduerſus aditionem,quęſtio eſt an confuſa illa actio reſtituatur: quæritur an poſſit agere aduerſus eum, qui extitit hæres, actione, quæ mihi competebat aduerſus defunctum, quæ confuſa eſt aditione? Hic dicitur confuſam actionem reſtitui. Nam ſi quis reſtituatur in integrum, omnia reponuntur in priſtinum ſtatum. Hoc eſt enim reſtituere, id eſt,in priſtinum ſtatum omnia reponere. Reſtituuntur autem vtiles actiones:directæ non poſſunt dari.l.qui res.98.§.aream. ff.de ſol. Actio enim ſemel extincta non poteſt reuiuiſcere, vt in dict.§.aream.&§.rurſus. Inſtit.de act. & l.35.in honorariis. ff.de oblig.& act. Huius ſententiæ videtur contrarium eſſe, quod dicitur in l.propter.21.§.neptis. ff. ad Senatuſconſ. Sylan. Mulier quædam interfecta fuit, ea reliquit hæredem neptem ſuam. Neptis interfectam ſciens, non vindicauit mortem eius,ideo ei hæreditas aufertur, tanquam indignæ hæreditate ablata, quæritur an actio quæ ipſi competebat ante aditionem hæreditatis ad fideicommiſſum petendum, ipſi ſalua ſit? Hæc neptis quæ adierat hæreditatem auiæ ſuæ, habebat actionem ad petendum fideicommiſſum. Auia ei debebat quoddam fideicommiſſum, an reſtituatur ei actio fideicommiſſi? Hic reſpondet Iureconſultus, *Dolus enim &c.* Aufertur ab ea hæreditas: non manet hæres: & tamen non reſtituitur ei actio,quæ competebat aduerſus defunctum ante aditionem: quæ confuſa erat aditione: ſed ſpecies ſunt diſſimiles. hic loquitur de reſtitutione minoris. in l. propter.§.neptis. non agitur de reſtitutione in integrum: agitur tantum de ademptione hæreditatis.quia hæres, qui adit hæreditatem, non eſt vllus morte defuncti,& quæritur an ablata ab eo hæreditate, actio ei ſalua ſit? Et diſtinguit Iuriſconſ.an dolo malo eius factum ſit ne vlciſceretur mortem defuncti,& hoc caſu dolus eius puniendus eſt, vt nulla actio ei ſalua maneat. Si vero nullus dolus eius arguatur:ſed aliqua culpa forte, tunc ei ſuccurrendum eſt, vt ſaltem ei maneant ſaluæ actiones, quæ ei competebant ante hæreditatem aditam. Alia quæſtio eſt in l.quoties.44.ff.hoc tit. Minor 25.annis,vel pupillus(nam hęc de vtroque, non aliter intelligenda ſunt) patri extitit hæres. omnia geſſit pro hærede tanquam hæres patris. Is ſoluit creditoribus:fundum vendidit tutore auctore:alia plæraque geſſit quæ ſunt veri hæredis. Deinde reſtitutus eſt in integrum, & abſtinuit ſe ab hæreditate.quęritur an alienatio & venditio reuocetur propter in integrum reſtitutionem:quia reſtitutio in integrum,omnia reponit in priſtinum ſtatum. Hic reſpondet Iuriſconſultus, omnia quęcunque ab eo bona fide geſta ſunt,rata habenda eſſe. Quoties ergo quis reſtituitur in integrum aduerſus aditionem hęreditatis, ex qua cauſa reſtitutio in integrum ei qui adiit conceditur, quę interim geſta ſunt rata haberi debent.Reſtitutio in integrum retrotrahitur.Eſt ſimilis locus in l.in integrum.22.ff.de minor.& l.mulier.31.eo. tit.Nec id mirum videri debet,quia is à quo geſta ſunt,erat verus hęres: interim hęres erat antequam reſtitueretur in integrum. Cum hęres ſit, cur geſta ab eo rata non erunt? Et hoc generaliter obtinet ad omnem adminiſtratorem, cum quis adminiſtrationem habet rei alicuius, etſi poſtea remoueatur, nihilominus rata debent eſſe ea,quę ab eo geſta ſunt,antequã ei adminiſtratio adimeretur,quod ſatis colligitur ex hoc loco. Hęc de reſtitutione minoris.

Alia exceptio eſt, cum quis hæreditatem adiit metu coactus.Is,qui hęreditatem adit metu coactus, poteſt eam repudiare.l.ſi metus cauſa.84.ff.hoc tit. Huic ſimile eſt quod dicitur l.ſi mulier.21.§.ſi metu.ff.quod met.cauſa. Ideo reſcinditur quod metus cauſa geſtũ eſt: quia non proficiſcitur ex voluntate libera. Æquum non eſt ratum haberi id, quod quis velle coactus eſt. quamuis verum ſit eum voluiſſe. Non eſt enim voluntas libera.Et hęc quę vi aut metu fiunt,lib.3.Rhetoric. pro mixtis habet Ariſtoteles. Hoc genus videtur nec omnino voluntarium, nec inuoluntarium eſſe. Principium agendi in nobis eſt, cum quis metu verberum,aut mortis nos cogit ad aliquid faciendum. Vnde dicitur hęc voluntas certa eſſe. Certum eſt noſtram voluntatem cogi.d.l.ſi mulier.§.ſi metu.ff.de eo quod met.cau.Sed quęſtio eſt,an hoc caſu nulla ſit aditio hæreditatis,cum quis metu coactus eſt adire hæreditatem.Iuriſconſultus in hac lege, ſi metus.ff.hoc tit.videtur oſtendere valere ipſo iure aditionem, cum ait, *Si metus cauſa aliquis,&c.* his verbis ſignificat eum hæredem exiſtere,ſed dari facultatem abſtinendi à Prętore.Et hoc apertius expreſſum eſt in d.l.ſi mulier.21.§.ſi metu.ff.de eo,quod met. cauſa. Vbi dicitur,hæres eſt:quia coactus voluit hæres eſſe. Coacta igitur voluntas nihilominus dicitur voluntas eſſe. Sed quia voluntas non eſt libera, ideo quod geſtum eſt reſcinditur à Prętore. Sed difficultas naſcitur ex l.6.qui in aliena. §.vlt.ff.hoc tit. *Celſus ſcripſit eum, qui metu verberum, &c.* legendum ita puto,non verborum. hic proponitur hęredem, cui delata eſt hęreditas,metu coactum adiiſſe hęreditatem.quęritur an hęres ſit? Ait Celſus, *Hæredem non fieri placet.* His verbis oſtendit eum ipſo iure hęredem non eſſe,atque ideo reſtitutionem in integrum neceſſariam non eſſe.Sed diximus hęredem ipſo iure fieri:quia coactus voluit hęres eſſe:ſed tamen reſcindi quod actum eſt, quia voluntas libera non eſt. Vulgaris diſtinctio mihi videtur non improbanda, ſi commode intelligatur, & recte explicetur, qua in re peccatum eſt à compluribus ſcriptoribus,qui hunc locum tractarunt. In hoc §. vlti. non tantum coacta eſt aditio: ſed etiam ficta & ſimulata, atque ideo dicitur hęredem non fieri ipſo iure hac aditione propter ſimulationem aditionis. Si coacta tantum aditio eſſet, diceremus ipſo iure hęredem fieri: ſed tamen ei ſuccurrendum eſſe beneficio reſtitutionis in integrum. Sed hic ſimulata fuit aditio,primum coacta,deinde ficta.Id oſtendunt verba Iuriſconſulti ibi, *Fallens,&c.* id eſt, ſimulans ſe hęredem eſſe velle. ideo ipſo iure non poteſt dici hęres exiſtere. Ad aditionem hæreditatis voluntate opus eſt, vt ſupra diximus. Is, cui infertur metus aut mortis, aut verberum, teſtatur forte coram aliquibus teſtibus ſe nolle hęredem eſſe: ſed tamen id ſimulat propter metum verberum, vel propter metum mortis. Certum eſt voluntatem acquirendæ hęreditatis omnino hic abeſſe, cum hęreditas non acquiritur: niſi voluntate & animo,quomodo hic dici poteſt hęres exiſtere. Recte igitur Celſus ait hunc hęredem non fieri, propter ſimulationem.atque ideo reſtitutio in integrum ei neceſſaria non eſt. Alia cauſa eſt eius,cui vis & metus infertur. Is,cui vis vel metus infertur, coactus vult hæres eſſe. Mauult hęres eſſe,quam verberari. Si quis eum interroget an velit hęres eſſe: ille reſpondebit, ſi liberum ei eſſet hæreditatem repudiare,vel adire,nunquam aditurum:ſed tamen ſe malle hęredem eſſe,quia non licet ei aliam viam eligere. hic eſt voluntas quædam: ſed coacta. Atq; ideo ſi ſtrictum ius inſpiciamus,hęres manere debet: ſed quia non eſt viſum Prætoribus ratam habere eam voluntatem, quæ libera non eſt, voluerunt id reſcindi quod metus cauſa geſtum eſt. *Fallens, &c.* Hæc ſimulatio coniectura & argumentis oſtendi poteſt. Cum quæritur an quis fallens & ſimulans adierit hæreditatem, quo modo probandum ſit, vix poteſt in vniuerſum definiri. Eſt quæſtio:& proteſtatio hæredis magni momenti hic eſt.In his, quæ ex nuda alicuius voluntate proficiſcuntur& pendent,magni momenti eſt proteſtatio,cum quis proteſtatur ſe nolle, cum id quod geritur, ex eius voluntate omnino pendet.l.ſi quis.in princ. ff. de leg. 3. Sed arbitror, etſi quis hac teſtatione vſus ſit,tamen adhuc veritati locum ſupereſſe,vt in omnibus voluntatis quæſtionibus.Quid enim ſi poſtea mutata ſit voluntas:& is,qui teſtatus eſt coram teſtibus ſe nolle hæredẽ eſſe:poſtea iis verbis vſus ſit quibus vtuntur,qui hæreditatem acquirere volunt? tamen hæres erit. Idque ex re nata multo facilius poterit videre iudex bonus & prudens,quidq; iudicandum ſit,quam poſſit profeſſor iuris in vniuerſum definire.

Alia exceptio eſt in l.cum in hæreditate.55.ff. hoc tit. Eſt caſus in quo is,qui adit hæreditatem, poteſt eam repudiare. Pater inſtituit filium ſuum,quem in poteſtate ſua habebat, & alium extraneum Titium. Extraneus adiit hæreditatem pro parte ſua: miſcuit ſe hæreditati quoque filius: ſed deinde abſtinuit ſe: vel ante immixtionem declarauit ſe nolle miſcere hæreditati. Pars filiifamilias deficiens accreſcit alteri cohæredi. tota hæreditas ei acquiritur propter ius accreſcendi;ſed tamen hic dicitur inuito ei non accreſcere in hoc caſu. Eſt hic caſus ſingularis, in quo ius accreſcendi locum non habet inter co-

hæredes, iis inuitis. Atque ideo in extraneo hærede idem dicendum non putarem, vt poſtea plenius dicturi ſumus: filiusfamilias, ſi ius ciuile inſpiciamus, hæres eſt velit nolit. Ideoque dicitur hæres neceſſarius eſſe. Sed beneficium abſtinendi habet à Prætore. Æquum igitur viſum eſt hic cohæredi ſuccurri, & electionem dari, vt aut totam hęreditatem amplectatur, aut à tota hæreditate recedat: vt ſi nolit admittere partem filii ſibi accreſcentem, partem quoq; ſuam repudiet. Hoc æquum viſum eſt in hac ſpecie, vt poſtea dicturi ſumus, quamuis alias, adita hæreditate, non poterat ſe abſtinere ab hæreditate: tamen propter filium, qui abſtinuit ſe ab hęreditate, datur ei facultas omittendæ hæreditatis hactenus, quatenus hæreditas repudiari poſſit.

Ex his quæ iam dicta ſunt de effectu aditionis hæreditatis, conſequens eſt hæreditatem ei, qui adiuit, tantum acquiri: non etiam aliis. Nam hæres, qui adit hæreditatem, tenetur ex contractu ſuo. Nam quaſi contraxiſſe videtur, adeundo hæreditatem, cum creditoribus hæreditariis, vt diximus. Dicendum eſt igitur eum ſibi acquirere hæreditatem: non aliis. Excipiuntur hæredes, qui ſunt in aliena poteſtate: veluti ſeruus, & filiusfamilias, de quibus iam diximus d. l. placet. & l. ſi quis mihi bona. l. qui in aliena. & aliis legibus, quæ iam à nobis explicatæ ſunt. Itaque cum filiusfamilias inſtituitur hæres, & ei ſubſtituitur alius ſub hac conditione, *Si hæres non erit*, hanc conditionem ſic interpretamur, *Si patrem ſuum hæredem non fecerit:* vt dicitur in l. ſi quis filium. 7. ff. hoc titu. qui locus à nobis declaratus eſt ſub tit. de vulgari & pupillari ſubſtit. Sequens quæſtio eſt, an quæ ſuperius dicta ſunt de effectu aditionis hæreditatis, pertineant non tantum ad extraneos, ſed etiam ad ſuos hæredes, quamuis hæredes extranei multa habeant communia cum ſuis hæredibus. Hæredes ſui ipſo iure acquirunt hæreditatem ſine vlla aditione. l. in ſuis. ff. de ſuis & legit. hæred. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamen. Vnde ſuus hæres tranſmittit hæreditatem ad quemcunque ſuum ſucceſſorem, etiam ſi adita non fuerit. Eadem eſt iuris poteſtas in ſuo hærede, quæ eſt vis & poteſtas aditionis in extraneo. Sed notandum eſt hanc hæreditatem tranſmitti cum beneficio abſtinendi. l. ſi quis filium. 7. §. ſi filius. ff. hoc tit. Quidam habebat filium in ſua poteſtate: ex eo filio habebat nepotem. reliquit hæreditatem filio ſuo: filius priuſquam ſe immiſceret hæreditati: priuſquam ſciret ſibi delatam eſſe patris hæreditatem, deceſſit relicto filio, qui nepos eſt teſtatori: filius ad nepotem tranſmittit aui hæreditatem. Sed quæſtio, an nepos poſſit abſtinere ab aui hæreditate: id permittendum eſſe ait Iuriſconſultus. in d. §. ſi filius. *Quia & patri, &c.* His verbis ſignificat Iuriſconſultus idem ius tranſmitti ad nepotem, quod habebat filius. Quidquid iuris habebat filius, id iure tranſmiſſionis defertur nepoti. At ius abſtinendi habebat filius: ergo nepos quoque beneficium abſtinendi habiturus eſt. Ex hoc loco pendet declaratio multarum legum de tranſmiſſione, de quibus diximus ſuperius.

Diximus variis ex cauſis tranſmitti hæreditatem, quamuis adita non ſit. Sed hoc accipiendum eſt tranſmitti hæreditatem non vt aditam: ſed vt adeundam. hæreditas, quæ adita non eſt, tranſmittitur ad ſucceſſorem: vt ille ſucceſſor ad quem tranſmittitur, poſſit eam adire ſi velit: vt liberum ſit ei hæreditatem acquirere vel omittere: vt idem ius ipſi competat quod defunctus habebat. Defunctus ante mortem poterat hæreditatem omittere, vel repudiare: idem ius tribuetur ei ad quem hæreditas tranſmittitur. Simile eſt quod dicitur in l. 56. ſi is, qui. ff. hoc tit. hoc pendet ex his, quæ diximus ſuperius interpretantes l. cum hæreditate. ff. hoc tit. Si quis datus cohæres filiofamilias adierit hæreditatem pro parte ſua: deinde filius abſtinuerit: hæc aditio defertur hæredi, qui prius adierat, vt aut totam hæreditatem omittat, aut totam amplectatur. Et Vlpianus hic ait eandem conditionem deferendam eſſe hæredi eius. Igitur in propoſita ſpecie, nepos omiſſa aui hæreditate, poteſt paternam hæreditatem agnoſcere. *Permittendum eſt nepoti, &c.* Delata eſt nepoti duplex hæreditas. in primis hæreditas filii, qui pater ipſius eſt, deinde hæreditas aui. Is poterit ſeparare has hæreditates, & alteram omittere, alteram adire. ſi velit paternam hæreditatem adire, poterit omittere hæreditatem aui. Nec obſtabit quod hæreditas aui quæſita fuit filio ante mortem eius. fuit enim ei quęſita iure ciuili, cum beneficio abſtinendi, quod competebat iure Prætorio. Ergo idem ius tribuetur eius hæredi. Sed negocium nobis faceſſit l. qui ſe patris. C. vnde liberi. quæ pleriſque videtur contraria iis, quę diximus. Ait, *Qui ſe patris, &c.* Hic proponitur duplicem hæreditatem delatam eſſe nepoti: hæreditatem aui, & hæreditatem patris. Inteſtatus pater deceſſerat. Hic negat ſe hæredem eſſe patris, repudiat hæreditatem patris, vult acquirere aui ſui hæreditatem. Quæritur an poſſit? Ait Imp. Conſtantinus non poſſe. Hic videtis non admitti ſeparationem hæreditatum, vt hæreditas patris omittatur, hęreditas autem aui adeatur. Huius nodi expediendi cauſa multæ varięque excogitatæ ſunt interpretationes, quas ex aliorum ſcriptis licebit cognoſcere.

Mihi autem videtur hic ſenſus eſſe conſtitutionis, quem nunc ego referam. Auus deceſſit inteſtatus, delata eſt eius hæreditas filio: filius non adiit eam hæreditatem, nec repudiauit: nulla enim hic mentio eſt aut repudiationis, aut aditionis: deinde hic filius deceſſit, tranſmittit eam hæreditatem aui ad nepotem, ad filium ſuum. Nepos omiſit hæreditatem patris, negauit ſe velle hæredem eſſe patris: volebat hęres eſſe aui, dubitabatur an poſſet. Ait Conſtantinus, *Qui ſe patris, &c. Non poteſt, &c.* Sed cur venire non poteſt ad hæreditatem aui, repudiata hæreditate patris? Non poteſt venire ad hæreditatem aui: quia aui hæreditas acquiſita fuit filio ante ipſius mortem. Iure ciuili acquiritur filio hæreditas aui ſine vlla aditione, ipſo iure. Coniuncta eſt igitur hęreditas aui cum filii patrimonio. Subſtantiæ vtriuſque & auitæ & paternæ confuſio quædam facta eſt. Ideoque nepos qui negauit ſe hęredem eſſe patris, & ſic excluſus eſt ab hæreditate patris, non poteſt venire ad hæreditatem aui: quia hæreditas eadem eſt. Et ſi quis vnius hęreditatis velit partem habere, partem repudiare, non eſt audiendus, vt mox dicemus in l. 1. & 2. ff. hoc tit. Certum eſt igitur iure ciuili non poſſe admitti ad hæreditatem aui, ac ne ad hęreditatem quidem patris. Sed de hęreditate patris nulla eſt hic quæſtio. Neutram hęreditatem amplius poteſt ſibi acquirere, qui negauerit ſe eſſe hæredem patris. Et hoc maxime procedit in filio emancipato. ibi, *Maxime emancipatus, &c.* Emancipati iure ciuili habentur pro extraneis: iure ciuili non ſuccedũt nec auo nec patri. §. emancipatos. in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. defer. Sed hæc ſecundum ius ciuile accipienda ſunt: non ſecundum ius Prætorium. Diximus eum qui negauit ſe hæredẽ eſſe patris, nõ poſſe venire ad aui hęreditatem iure ciuili: quia iure ciuili fuit iuncta hæreditas aui cum hæreditate patris. Iure ciuili ipſo iure acquiritur hæreditas patris filio, ſine vlla aditione, quamuis beneficium abſtinendi habeat, id non habet iure ciuili, ſed ex iure Prætorio: & iure ciuili neceſſarius eſt hæres. Lex eum facit hæredem velit, nolit. Iure Prętorio in ſpecie propoſita admittitur ad hęreditatem aui, atque etiam patris is, qui negat ſe hęredem eſſe patris. Et hoc eſt quod Conſtantinus ait, *Niſi per bonorum poſſeſſionem ad huiuſmodi beneficium peruenerit.* Niſi non ſit excluſus iure petendi bonorum poſſeſſionem. qui propter ſubtilitatem iuris ciuilis, non poteſt adire aui hæreditatem, is poteſt iure Prætorio ad eam hæreditatem admitti per bonorum poſſeſſionem. Sed nonne repudiando hæreditatem, excluſus eſt à bonorum poſſeſſione, & ab hæreditate acquirenda iure Prætorio, cum negauit ſe hæredem eſſe? Hic enim notandum eſt eum, cui competit hęreditas vtroque iure & iure ciuili & iure Prętorio, ſi altero iure nolit ſuccedere, altero eum ſuccedere poſſe: ſi nolit hęreditatem adire ſecundum ius ciuile, poteſt bonorum poſſeſſionem petere iure Prętorio. l. 13. ſuum hęredem. C. de iure deliber. l. 92. quoties duplici. ff. de reg. iur.

Poteſt omittere bonorum poſſeſſionem, & iure ciuili adire: & contra omittere hæreditatem ex iure ciuili, & bonorum poſſeſſionem petere. At qui negat ſe hæredem eſſe, non videtur omittere bonorum poſſeſſionem: niſi aliud actum eſſe appareat. Ergo in hoc caſu veniet ad ſucceſſionem ex iure Prætorio nepos, petita bonorum poſſeſſione, vnde liberi. Et eſt caſus obſeruatione dignus, in quo bonorum poſſeſſio neceſſaria eſt non tantum emancipatis liberis: ſed etiam ſuis. In hac ſpecie ſuus hæres repudiando hæreditatem paternam, non eſt excluſus iure ciuili, quamuis non repudiauerit, & non admittitur ad hæreditatem aui, niſi per bonorum poſſeſſionem, vnde liberi. hæc interpretatio d. leg. qui ſe patris. quæ obſcura eſt, mihi videtur longe cæteris probabilior eſſe.

Redeam

Redeamus ad inſtitutum, ſic interpretando d. l. qui ſe patris. vt diximus intelligendam eſſe, non aduerſatur l. ſi quis filium. 7. ff. hoc titu. atque ideo dicendum eſt vtriuſque hæreditatis ſeparationem admitti & auitæ & paternæ, vt liberum ſit ei ad quem tranſmiſſa eſt hæreditas alteram amplecti, alteram omittere. Tranſmittitur hęreditas ad hæredem, non vt adita: ſed vt adeunda, vt ei liberum ſit eam adire ſi velit. Sed quæſtio eſt vulgo agitata, an idem dicendum ſit in ea hæreditate, quæ defertur filio infanti, & ad patrem eius tranſmittitur, ſecundum conſtitutionem Theodoſii. l. ſi infanti, Cod. de iure deliber. quam interpretati ſumus ſupra. Plerique exiſtimant hæreditatem infantis, vt iam quæſitam & aditam, tranſmitti ad patrem, propter verba conſtitutionis Theodoſii. Sic enim ait Theodoſius, *Sed ſi hoc parens, &c. Nunc parentem ſuperſtitem omnia, &c. quaſi iam infanti quæſita capere.* Si hoc verum eſt, pater non poterit hæreditatem infantis à tranſmiſſa hæreditate ſeparare. Quidam inſtituit hæredem infantem, qui patrem ſuum habebat: deceſſit infans antequam hæreditas eſſet adita à patre eius nomine. Pater bona infantis capere vult: bona autem eius hæreditatis, quæ tranſmiſſa eſt, non vult. Vult eam hæreditatem, quæ ad ſe tranſmiſſa eſt, omittere. Quæritur an liceat? Hæc eſt quæſtio, quam nunc tractamus. Et vulgo dicitur eam hæreditatem ita ad patrem tranſmitti, vt ei iam acquiſita eſſe intelligatur. Sed probabilius mihi videtur, à communi regula hic recedendum non eſſe, & hæreditatem in hoc quoque caſu tranſmitti vt adeundam, id eſt, vt liberum ſit patri eam hæreditatem, quam ad eum infans tranſmiſit, vel repudiare, vel adire: etſi ſuitas eſſet, adhuc beneficium abſtinendi locum haberet. Nulla ratio eſt cur pater hæreditatem hanc ad ſe tranſmiſſam repudiare non poſſit. Nec multum mouere nos debet, quod Theodoſius ait, *Quaſi iam infanti quæſita.* Non ait Theodoſius quæſita eſſe ea bona infanti ante mortem: ſed quæſita non minus poteſt ea acquirere pater ſi velit, quam ſi quæſita eſſent filio ante mortem. Hic mihi videtur ſenſus eſſe horum verborum. His verbis vſus eſt Theodoſius, vt oſtenderet ius ſingulare eſſe, contra communem regulam. Nam ſi communem regulam ſpectemus, hæreditas quæ non eſt adita, non tranſmittitur, cum is deceſſit, cui delata eſt hæreditas antequam quæſiſſet hæreditatem.

Verum eſt ergo quod diximus, filiofamilias ſuo hæredi acquiri hæreditatem ipſo iure ſine aditione: ita tamen vt beneficium abſtinendi habeat. Ex iure prætorio hoc beneficium abſtinendi habet antequam ſe immiſcuerit hæreditati. Quid ergo ſi immiſcuerit ſe hæreditati ſuus hæres? Idem de hac immixtione dicendum eſt, quod diximus de aditione hæreditatis in extraneo hærede. non minus obligantur immixtione ſui hæredes, quam extranei aditione, vt dicitur in l. neceſſarius. 57. ff. hoc tit. *Neceſſarius, &c.* Gaius ad edictum prouinciale hæc ſcripſit. Proconſules in prouincia edicta proponebant: ſicut Prætores Romæ. ibi, *Sed impuberibus, &c.* Si impubes ſe immiſcuerit hæreditati, nihil agit, niſi tutore auctore ſe immiſcuerit. Nam ſi ſe tutore auctore immiſcuerit, ipſo iure obligatur. quamuis beneficium reſtitutionis habeat à Prætore, vtriſque ſubuenitur edicto Prætoris de reſtitutione minorum, vt reſtituantur in integrum, *ſi damnoſam hæreditatem adierint*, vt hic dicitur. Eodem pertinet quod dicitur in l. impuberibus. 11. ff. hoc tit. *Impuberibus, &c.* Hoc breuiſſime dictum eget interpretatione. Nam diſtinguendus maior à minore, & pubes ab impubere, cum ait Iuriſconſultus, *Impuberibus liberis omnino abſtinendi facultas ſit.* Sic debemus interpretari, vt ſi impubes miſceat ſe hęreditati ſine tutore ſuo, ipſo iure ea immixtio non valeat, vt ei non noceat. Nam ſi tutore auctore ſe immiſceat hæreditati, ipſo iure obligatur, quamuis in integrum reſtitui poſſit ex edicto Prætoris. Deinde quod dicitur, *Puberibus autem ita ſi ſe bonis non immiſcuerint.* Sic quoque diſtinguendum eſt. Nam ſi ponamus adultum habere curatorem, & eum ſine curatore immiſcuiſſe ſe hęreditati, nihil agit. Non differt adultus curatorem habens ab impubere tutorem habente. l. 3. C. de in integr. reſtit. Notanda eſt igitur hæc diſtinctio, cum qua diſtinctione hęc verba accipienda ſunt. Quod autem dicitur beneficium abſtinendi competere, hoc ita eſt intelligendum, vt neceſſe non ſit Prætorem adire: vt ſine vlla Prætoris aditione filius hoc beneficio abſtinendi vtatur: vt illa neceſſitas, quæ venit ex iure ciuili, nihil ei noceat, propter beneficium Prætoris: vt dicitur in l. ſeq. 12. ei, qui ſe. Filiusfamilias conuentus eſt à creditoribus hęreditariis, cum dicerent eum hæredem eſſe factum ipſo iure, poteſtate iuris: ille negabat ſe immiſcuiſſe hęreditati, & neceſſariam eſſe immixtionem dicebat vt teneretur creditoribus hęreditariis: reſpondebat etiam ſe habere beneficium abſtentionis: ſed contra obiiciebant non petiiſſe à Prætore facultatem abſtinendi. Atque ideo eum obſtrictum manere iure ciuili, hic dicitur neceſſariam non eſſe Prętoris aditionem. Et hic locus oſtendit quomodo intelligendum ſit, quod dicitur aliquem habere beneficium abſtentionis. Ex iam dictis illud efficitur, Si quis pro parte hęreditatem adierit, eum pro altera quoq; parte hęredem fieri, ſi ea pars vacet, ſiue ea deficiat. hoc fit iure accreſcendi, de quo plane & accurate diſſeruimus ſub tit. de hęred. inſtit.

Huius iuris mentio eſt in l. ſeruus communis ab extero. 66. ff. in ea lege, ibi: *Tacito iure, &c.* Cum deficit pars vna hæreditatis, pars vnius forte ex hęredibus omiſſa eſt eo repudiante, vel decedente: alteri cohęredi qui ſupereſt, tacito iure ea pars deficiens accreſcit. Ego ſupra docui, cur tacito iure dicatur accreſcere: quia ex lege eſt ius accreſcendi magis quam ex voluntate teſtatoris, vel tacita vel expreſſa. Si voluntas teſtatoris eſſet cauſa iuris accreſcendi, iam ius accreſcendi dicendum non eſſet: ſed ſubſtitutio. Cum quis duos hęredes inſtituit, Titium & Sempronium: & hoc animo eſſe eum apparet vt ſi vnus decedat, alter ei ſuccedat, eſt ſubſtitutio. Sed iã ſupra admonui ex lege eſſe ius accreſcendi magis quam ex voluntate teſtatoris. licet tenuis quędam ſit ſuſpicio voluntatis. Et dicitur hoc ius ſimile eſſe ſubſtitutioni magis, quam ſubſtitutio. l. ſi Titio. 63. §. Iulianus. ff. de legat. 2. Ratio huius iuris accreſcendi duplex tradita eſt à nobis. Diximus duabus de cauſis id ita conſtitutum eſſe iure ciuili. Prima, quia abſurdum eſſet, quem eiuſdem hęreditatis partem acceptare, & partem repudiare. Deinde quia abſurdum eſt teſtatorem pro parte teſtatum & pro parte inteſtatum decedere: ſicut in vita non poteſt quis eſſe pro parte, ita non poteſt fingi viuere pro parte: ſicuti non poteſt quis liberos habere ad tempus, etiam adoptiuos. Adoptio enim naturam imitatur, vt dicitur in l. quęſitum. 34. ff. de adopt. Hoc autem quod dicimus accidit dupliciter, vt pars vna accreſcat, cum quis adiit hęreditatem, accidit dupliciter, vt pars altera ei accreſcat. Interdum accidit cum plures hęredes inſtituti ſunt teſtamento, interdum etiam id accidit vno pro hęrede exiſtente. Si quis inſtitutus ſit ex ſemiſſe nullo alio cohærede dato, is ex aſſe hęres inſtitutus eſſe intelligitur, & adita hęreditate totũ aſſem conſequitur. l. 1. ff. de hære. inſti. Idem ſi fuit inſtitutus ex aſſe: ſed adiit hęreditatem pro parte, id eſt, teſtatus eſt ſe velle hęredem eſſe ex ſemiſſe tantum: adeundo tamen hęreditatem ex ſemiſſe, totum aſſem conſequitur, reliqua pars hęreditatis ipſi accreſcit. Iureconſulti hic quoq; accreſcere dicunt. Obſeruaui vnum locum in l. interdum. 13. § ſed & ſi alter. ff. de hęred. inſtit. Quamuis proprie ius accreſcendi ſit, cum plures hæredes ſunt inſtituti, cum pars vnius deficiens accreſcit alteri, tunc proprie dicitur ius accreſcendi. de quo diſputauimus ſub titu. de hęred. inſtit. Sed de nominibus contendendum non eſt. Solet diſputari an ius ſit accreſcendi, an non ſit: ſed idem effectus eſt. Nam ſicut cum plures inſtituti ſunt hęredes, portio vnius deficiens accreſcit alteri etiam inuito, tacito iure: ita etiam cum vni delata eſt hæreditas, non poteſt partem vnam hæreditatis omittere, partem alteram acceptare. Sed ſi vnam partem adierit, altera pars ei accreſcit.

Diximus hæreditatem pro parte adiri non poſſe, & pro parte repudiari, ſiue hæreditas vni delata ſit, ſiue pluribus. aut ex teſtamento, aut ab inteſtato. Nam ſi hæreditas delata ſit vni, de hoc enim primum eſt videndum, & is velit eius hæreditatis ſibi ſoli delatæ partem acceptare, & partem repudiare, audiendus non eſt. l. 1. ff. hoc tit. *Qui totam hæreditatem acquirere poteſt, &c.* De eo ergo loquimur, cui tota hæreditas delata eſt, is totam hæreditatem acquirere poteſt pro parte, eam ſuccedendo adire non poteſt. Ratio à nobis adducta eſt ſupra, quoniam abſurdum viſum eſt iuris auctoribus, teſtatorem decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, & pro parte defuncti perſonam repræſentari ab hærede. Eſt enim duplex ratio huius iuris. Alias videbatur dicendum eſſe, ſicut totam hæreditatem acquirimus adeundo in

totum: ita etiam partem acquiri adeundo pro parte: vt ſit eadem ratio partis, quæ eſt totius. *Igitur, qui totam, &c.* Et quid dicemus, ſi teſtator diuiſit hæreditatem ſuam in partes hoc modo, Titius ex ſemiſſe hæres eſto: ex alio ſemiſſe idem hæres eſto, an hoc caſu ſaltem poterit hæres inſtitutus pro parte adire: an poterit hęres effici ex vno ſemiſſe, & ex alio ſemiſſe hęreditatem omittere? Cauſa dubitandi oritur ex diſtributione partium facta à teſtatore. Sed nihilominus Vlpianus ait in l. 2. huius tit. ff. idem dicendum eſſe. *Sed & ſi, &c.* Eſt enim vtrobiq; eadem ratio, ne videlicet teſtator pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat: aut ne pro parte repræſentetur perſona defuncti. Quid dicemus, ſi partem quis adierit? Hic dicitur pro parte adiri hæreditatem non poſſe. Sed quid ſi hęres ita dixerit, Ego adeo hæreditatem mihi delatam pro ſemiſſe tantum, & de alio ſemiſſe tacuerit: Quæritur quam vim habeat hæc aditio hæreditatis, an perinde accipiemus, quaſi adierit omnino hæreditatem: an vero quaſi omnino repudiauerit, an vero quaſi nihil egerit, quia hic concurrit repudiatio & aditio? Repudiatio & aditio pugnantes ſunt. Dicendum eſt in hoc caſu intelligi hæredem omnino adiiſſe hæreditatem, l. ſi ex aſſe. 10. ff. hoc tit. Si is, ait Iuriſconſ. qui eſt hęres ex aſſe inſtitutus, deſtinauerit partem habere hæreditatis, videtur in aſſem pro hęrede geſſiſſe. Nos interpretamur eum pro hęrede geſſiſſe in aſſem: & ſic potentior eſt aditio, quam repudiatio in ſpecie propoſita. Sed maior dubitatio eſt cum quis alteram partem nominatim repudiauit. Adiit quis hęreditatem pro ſemiſſe, & pro altero ſemiſſe dixit expreſſim & nominatim ſe nolle hæredem eſſe. Maior dubitatio eſt, quam cum proponitur hæredem nihil dixiſſe de altera parte. Et dicendum eſt, idem dicendum eſſe. & quod dicitur in d. l. Si ex aſſe. generaliter eſſe accipiendum ſiue tacuerit de altero ſemiſſe hęreditatis, ſiue expreſſim alterum ſemiſſem repudiauerit. Et ratio vulgo afferri ſolet: quia aditio hæreditatis fauorabilior eſt repudiatione. Sicut dicitur de inſtitutione hæredis, & de exhæredatione, quia inſtitutio hæredis fauorabilior eſt exhæredatione. Plenius interpretamur inſtitutionem: ſtrictius vero exhæredationem. l. cum quidam. ff. de libe. & poſth. Sic dicendum eſt de aditione & repudiatione. fauorabilior eſt aditio: quia aditione confirmatur teſtamentum. l. 1. de iniuſto rupto. ff. Teſtamentum irritum conſtituitur non adita hæreditate. Hinc naſcitur alia quæſtio, quid dicendum ſit cum hęres repudians partem hæreditatis habet ſubſtitutum? Quæſtio eſt in l. ſi ſolus. 79. ff. hoc tit. *Si ſolus, &c.* Teſtator ita inſtituit, *Titius ex ſemiſſe hæres eſto: & ſi hæres non erit. Sempronius hæres eſto: ex altero ſemiſſe idem Titius hæres eſto.* Titius eſt inſtitutus ex pluribus partibus expreſſim à teſtatore, & ſolus inſtitutus, eſt ei ſubſtitutus Sempronius. Is adiit pro parte tantum, pro altera parte non adiit, in qua parte habet ſubſtitutum Sempronium: quęritur an ei liceat hæreditatem diuidere hoc modo? Et dicit Vlpianus non licere. Rationes tamen à nobis adductę non videntur obſtare cum habet ſubſtitutum in ea parte, quam repudiauit: in qua nullum eſt periculum, ne teſtator pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedat. Deinde nullum eſt periculum ne pro parte tantum repręſentetur perſona defuncti: ab vtroque hęrede repręſentabitur perſona defuncti tam ab inſtituto, quam à ſubſtituto. Sed hoc ideo forte conſtitutum eſt: quia accidere poteſt vt ſubſtitutus omittat: ſi diceremus repudiationem valere, & locum eſſe ſubſtitutioni, poſſet ſubſtitutus repudiare. Subſtitutus non cogitur adire hæreditatem ex ſubſtitutione ſibi delata: atque ita accidet vt teſtatoris perſona pro vna tantum parte repręſentetur: vel pro parte teſtator teſtatus decedat, & pro parte inteſtatus.

Alia quæſtio eodem pertinens eſt in l. ſi tu ex parte. 75. §. vlt. Hic Iabolenus reſpondet epiſtolæ, *Non dubito, &c.* Delata eſt mihi hęreditas ex ſubſtitutione pro parte, pro altera parte ex inſtitutione. Ait Iabolenus in meo eſſe arbitrio, quam hæreditatis partem velim repudiare, & quam partem adire. Sed hoc videtur contrarium eſſe iis, quæ à nobis dicta ſunt, & quod dicitur in l. quidam elogio. C. de iure deliber. Vulgo dici ſolet, cum vtraque pars defertur ex inſtitutione prima, non poſſe hæreditatem ſimul adeundo, pro parte repudiari, & pro parte adiri: ſed poſſe tunc cum defertur vna pars ex inſtitutione, & altera ex ſubſtitutione. Sed negotium nobis exhibet l. ſi ſolus. 79. ff. hoc tit. vbi dicitur eandem eſſe ſubſtituti & inſtituti rationem: & nihil referre an ex ſubſtitutione hæreditas deferatur, an ex inſtitutione. Ego vero ſemper exiſtimaui editam conſtitutionem Iuſtiniani ad tollendas ſubtilitates iuris ciuilis, quæ hic reperiuntur. quia non videbantur magnam rationem, magnam æquitatem habere. Vna eſt ex nouis deciſionibus. id inſcriptio indicat, quæ eſt facta poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis. nec dubium eſt quin ea conſtitutione derogatum ſit iuri antiquo. Sequens quæſtio eſt longe difficilior, & multum agitata inter omnes iuris interpretes, de legitima portione filii: an filius, cui delata eſt hęreditas patris vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, poſſit hæreditatem patris repudiare, ſalua legitima portione ſibi debita. Portio eſt debita legib. filio ſecundum numerum liberorum aut maior, aut minor. Eſt enim triens, aut ſemis ſecundum diſtinctionem, quæ traditur in nouella conſtitutione Iuſtiniani de triente & ſemiſſe. Si ſint quatuor liberi habent trientem: & ſupra eum numerum ſemiſſem habent. Hæc portio dicitur legitima, quoniam lege dicitur deberi filio lege falcidia. & propterea dicitur falcidia ſæpe à Iuſtiniano: & ea pars ex falcidia detrahitur: ſicut & ea, quæ ab hęrede detrahitur, cum legata relicta à teſtatore excedunt dodrantem hæreditatis. Quæritur ergo, an filiusfamilias, cui delata eſt patris hæreditas ex teſtamento, vel ab inteſtato, poſſit repudiare patris hęreditatem, ſalua legitima portione? Videt hæreditatem patris oneratam eſſe ære alieno: vult conſequi eam portionem veluti legibus ſibi debitam, & hæreditatem repudiare. Quæritur an id ei liceat: Quæſtio igitur eſt, an valeat hæc repudiatio, & quam vim habeat? Ego repudio hæreditatem patris mei, ſalua mea legitima. Prima facie videtur ſeparatio hæreditatis paternę & legitimę portionis admittenda eſſe. Nam hęc portio dicitur legibus eſſe debita. §. 1. Nouel. Iuſtiniani de hæred. & Falcidia. Cautum eſt ea cõſtitutione Iuſtiniani, vt ne pater eam portionem, quæ filio debita eſt, legibus ei auferre poſſit: & ſi permittatur patri hæredem inſtituere, quemcunq; vult, hoc eſt intelligendum modo ſalua ſit legitima portio filii. ita enim debita eſt vt pater ei auferre non poſſit, ſi velit: quod argumento eſt hanc portionem filium poſſe ſibi quaſi debitam retinere: etſi repudiauerit patris hæreditatem. Nam certum eſt, ſi creditor hæres inſtitutus ſit à defuncto, eum poſſe petere debitum ſibi, repudiata hæreditate. hoc expreſſum eſt in l. vt debitum. 5. C. de hæred. act. l. 3. hæres inſtituta. C. de impub. & aliis ſubſtit. Si is, qui mihi debebat centum, me inſtituerit hæredem ſuum, poſſum repudiare eam hæreditatem, & petere meum debitum. Cum creditor ſit patris filius in hac legitima portione, cur non poterit, ea legitima portione retenta, hæreditatem patris repudiare? Præterea dicitur hæc legitima portio, nullum onus, nullum grauamen recipere. [illegible]eg. quoniam in prioribus. 32. C. de inoffic. teſtam. Hæc legitima portio ita debet relinqui filio à patre, vt nullum onus ei imponatur: & ſi quod onus fuerit ei impoſitum, reiiciendum eſt. At graue onus eſt filio, cogi patris hęreditatem adire, quę forte oneroſa eſt, & multis incommodis & vexationibus implicata. Exiſtimo tamen verius hic ſequendam eſſe communem regulam, vt cogatur filius patris hæreditatem omnino agnoſcere, aut omnino repudiare: vt non poſſit hanc legitimam portionem à reliqua hæreditate ſeparare. Primum mouet me, quod hæc legitima portio, hæreditatis portio eſt, & debetur filio iure hæreditario. Si hæreditatis pars ſit, neceſſe eſt vt ſequamur regulam, quæ iam à nobis tradita eſt. ſcilicet hæreditatem pro parte adeundo ſcindi & diuidi non poſſe: quod hæreditatis pars ſit hæc legitima portio, argumento probatur ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appel. §. *Illud quoque capitul. &c.* Statutum eſt à Iuſtiniano vt pater cogatur inſtituere filium in ea legitima portione, quæ ipſi legib. debita eſt, vt non ſufficiat eam relinquere filio titulo legati, vel donationis: vult eam relinqui titulo inſtitutionis: vult filium inſtitui hęredem. Ergo iure hæreditario debetur. Nec hoc obſcurum eſt, cum pater teſtamentum facit, & cum inſtituit hæredem, ea legitima portio reperitur in hæreditate. Sed idem dicendum eſt & cum hæreditas defertur filio ab inteſtato. Nam Iuſtinianus nunquam conſtituiſſet eam relinquendam eſſe filio iure inſtitutionis hęredis: niſi deberi eam iure hæreditario intelligeret. Idẽ ergo dicendũ eſt, etſi delata ſit ea portio ab inteſtato. Hinc iudiciũ familię erciſcundę dicitur competere pro ea portione petenda, & petitione hæreditatis: ſaltem vtiliter, ſi non directo:

directo: argumento eſt quod dicitur in l. 2. §. ſi quarta. ff. familiæ erciſcun. In familiæ erciſcundæ iudicium non veniunt, niſi res hæreditariæ. Cum igitur pro his rebus datur iudicium familiæ erciſcundæ, dicendum eſt has res hæreditarias eſſe. Idem dicendum eſt, de petitione hęreditatis. Notandum eſt quod dicit Iuriſconſultus vtile iudicium familiæ erciſcundæ competere. Cur non directum: Ideo vtile tantum competit, quia huiuſmodi portio, ſicut portio quæ debetur ex conſtitutione D. Pii, naturam hæreditatis habet, pręterquam ex certis cauſis. Vnde à quibuſdam non male dicitur. Hanc portionem legitimam, quæ filio debetur, eſſe hæreditatem, ſecundum quid. Nam in ære alieno non retinet hæreditatis naturam, & vulgo dicitur quota bonorum potius, quam quota hæreditatis. Ea legitima præſtatur filio, deducto ære alieno, vt mox dicturi ſumus. Primum igitur argumentum, quo vtimur ad confirmandam noſtram hanc ſententiam, eſt, quod hæc legitima debetur iure hæreditario. Alterum argumentum eſt, quod ſumitur ex l. ſuus quoque. 4. ff. de hæred. inſtitu. Vbi dicitur, Si filius fuerit inſtitutus ſub conditione, quæ ex ipſius poteſtate pendet: niſi conditioni paruerit, excludi à tota hæreditate. Si excluditur à tota hæreditate, ergo etiam à legitima portione: & hęreditas defertur vel ad ſubſtitutum, vel alium, vt ibi dicitur. Præterea ſimilis eſt hęc portio ei, quæ patrono debetur in bonis liberti. Portio enim, quæ patrono debetur in bonis liberti dicitur debita eſſe lege. l. ſi patronus. ff. de don. & tamen patronus non repudiat eam partem ſibi legibus debitam: non repudiat hæreditatem, retenta hac portione, præterquam in vno caſu, de quo mox dicturi ſumus. l. ſi libertus patrono. ff. de bon. liber. Noſtram quoq; ſententiam iuuat mos receptus in feudis. In moribus feudorum hoc receptum reperitur, filium qui inſtitutus eſt hæres à patre, non poſſe feudum, ſi quod ſit, repudiata hæreditate patris, capere, quamuis videatur feudum ex inueſtitura deberi filio. Et hoc certiſſimum eſt in filio, licet alia cauſa ſit agnati. Agnatus poteſt, repudiata patris hæreditate defuncti, feudum retinere. Rationem docui diuerſitatis, interpretans tractatum de feudis. Supereſt vt obiecta quædam diluamus. Obiiciuntur quædam aduerſus hanc ſententiam. In primis obiicitur quod in ea portione filius habetur quaſi creditor patris. ſi habetur quaſi creditor patris, cur non poterit, repudiata patris hæreditate, petere hanc portionem tanquam ſibi debitam, vt quiuis creditor peteret? Ego breuiter reſpondeo, hanc portionem dici debitam abuſiue, quod pater cum facit teſtamentum cogatur filium inſtituere in ea legitima. Et ne videatur dura eſſe hæc interpretatio, Iuriſconſulti paſſim vbique vocant quaſi debitam. l. 1. §. Largius. ff. de ſucceſſ. edicto. & l. 1. §. 1. ff. de cura. furio. l. in ſuis. 11. ff. de liber. & poſthum. & l. 1. §. ſi impuberi, ff. de collat. bono. Non obſtat etiam ſententiæ noſtræ, quod pater cogitur eam filio relinquere. id enim nobis obiicitur. Pater non poteſt hac legitima portione fraudare filium. d. §. aliud quoque capitulum. Lex naturam ſecuta vult filium patri hæredem eſſe, ſaltem in ea parte. Nihil magis naturæ conſentaneum eſt, quam filium ſuccedere patri defuncto. Igitur magna ratione ſtatuit filium patri hæredem eſſe: ſaltem addit hanc exceptionem, vt ſaltem hæres ſit in ea parte in triente, vel ſemiſſe. Sed animaduertendum eſt, cum lex vult eum hęredem eſſe, hanc ſententiam legis eſſe, vt capiat eam partem tanquam partem hęreditatis, iure hæreditario. At natura hæreditatis eſt, vt non poſſit adiri pro parte ab hærede ſuccedendo. Quod aduerſus noſtram ſententiam adducitur, maxime eam iuuat. Dixerit aliquis non videri ſatisfactum legi in hac re, quia hęreditas forte damnoſa eſt. itaque effici vt filius legitima portione ſibi legibus debita, fraudetur, ſi non poſſit hæreditatem repudiando petere: ſaltem portionem, quæ legibus ei debita eſt. Ego reſpondeo, ſatis expreſſum eſſe à iuris auctoribus, portionem hanc deberi filio, nec poſſe adimi filio à patre: non ideo tamen dicendum eſſe, quod ſi creditores ſint, in ea portione non ſunt pręferendi filio. Dubium nō eſt quin ſint præferendi creditores filio. l. Papinianus. §. quarta. ff. de inoffic. teſtam. vbi quarta quidem illa portio præſtatur filio, quæ illi debita eſt: ſed deducitur prius æs alienum & funeris impenſa. Quarta erat ſecundum ius antiquum: ſed aucta eſt poſterioribus conſtitutionibus. Atque ideo quod dicitur nullum onus, nullum grauamen recipere ex l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. teſta. multo minus mouere nos debet. Id enim de ære alieno non intelligitur, ſi hæreditas non ſit ſoluendo. Nam ante omnia deducendum eſt æs alienum, & quamuis forte cauſetur filius damnoſam eſſe hæreditatem, inanis tamen color ille eſt: quia, ſi ære alieno onerata ſit hęreditas, id quod ſupererit deducto ære alieno, dabitur ei pro legitima ſua portione. His argumentis confirmatur noſtra opinio, & contraria diuellitur & confutatur. Sunt tamen quidam caſus, in quibus licet filio patris hæreditatem repudiare, ſalua ea legitima portione, quæ ipſi debita eſſe dicitur. Obſeruatur vnus caſus, cum pater aliquid pactus eſt de ea legitima portione, cum filio veluti eam ipſi promiſit pater. Hoc caſu poteſt eam vel retinere, vel petere, etiam ſi patri non extiterit hæres. omnino enim eſt æris alieni loco hoc caſu. leg. vlt. Cod. de collat. dot. Si pater dederit filiæ ſuæ certam pecuniam in dotem, poſt mortem patris poteſt eam retinere, ſi nolit conferre: nec enim conferre cogitur, ſi nolit eſſe patri hæres. Non aliter cogitur conferre, quam ſi velit admitti ad hæreditatem cum fratribus ſuis. Idemque dicendum eſſe Iuriſconſultus ait, & ſi promiſſa tantum ſit: non etiam data ſit hæc portio. Alius caſus eſt, ſi pater filium inſtituerit hæredem cum alio, & prælegauerit filio ſuo legitimam portionem, qui ſibi legibus debetur: ſi cohæredem habeat, cuius aditione confirmetur prælegatum: & ſi is non adierit hęreditatem, conſequetur legitimam portionem. Nec poteſt ei obiici, eum debere hæreditatem adire, vt legitimam portionem ſuam conſequatur. petit enim tanquam pręlegatum. leg. filio pater. 87. ff. de leg. 2. Duriſſima ſententia eſt.

Tertius caſus eſt in l. ſi libertus patrono. 41. ff. de bonis liber. Deciſio inſignis eſt in hac lege, de qua aliquid diximus ſub tit. de vulg. & pupil. ſubſtit. Libertus patronum ſuum hæredem inſtituit ex aſſe, cum poſſet alium inſtituere hæredem relicta patrono legitima portione, quæ debita dicitur legibus patrono. Sed inſtituit eum ex aſſe, fideique eius commiſit, vt manumitteret quendam ſeruum. is non vult manumittere ſeruum, forte de ſe male meritum, non vult talis liberti patronus eſſe. Quæritur quid faciet? Is vult retinere portionem ſibi legibus debitam, cui nullum onus imponere poteſt libertus, repudiata alia parte. Quæritur an hoc ei ſit permittendum? Ait Iuriſconſultus ſi ſubſtitutum habeat, hoc ei eſſe permittendum, vt ſalua legitima portione hæreditatem repudiet: tunc ſubſtitutus poterit redimere illum ſeruum à patrono. Si autem ſubſtitutum nō habeat, hoc nō eſt ei permittendum. hoc ius quod de patrono conſtitutum eſt, interpretatione producendum quoque eſt ad legitimam filii portionem, licet quidam diſſentiant. Eſt enim eadem ratio, eadem æquitas. Hæc de hæreditate vni delata. Initio diximus, in hac quæſtione conſiderandum eſſe, cum quæritur an hæreditas diuidi poſſit, an vni delata ſit hæreditas, an vero pluribus? Cum vni hæreditas defertur vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, quatenus hæreditas diuidi poſſit, dictum eſt. Idem dicendum eſt de pluribus hæredibus inſtitutis, ſi vnus adierit partem ſuam, alter omiſerit, pars omittentis ei inuito accreſcit. hoc multis locis expreſſum eſt ff. hoc tit. l. duo. 78. & l. 53. qui ex duabus. & l. 31. hæredi. Sed de eo plenius diximus ſub tit. de hære. inſt. Nunc addam exceptiones quaſdā. Vna exceptio eſt in l. ſi minor. vbi cū minor adiit hæreditatem, & reſtitutus eſt in integrum vt repudiaret. Duo ſunt hęredes inſtituti, quorum vnus erat minor 25. annis, alter maior. Minor adiit hæreditatem, deinde maior: ſed minor, reſtitutione in integrum impetrata, omiſit hæreditatem. Quæritur, an pars repudiata ei inuito accreſcat? Ait Iuriſconſul. non accreſcere inuito. Nam iure ciuili quæſita erat ea portio minori. Similis locus eſt in noua conſtitutione Iuſtiniani, de hæredib. & falc. Cum vnus adiit hæreditatem defuncti, eique poſtea adempta eſt hæreditas: quia defuncti monitis non paruit. Ait Iuſtinianus eam portionem aliis cohæredibus accreſcere: ſed non inuitis. Iure mero, cum pars hæreditatis ſemel quæſita fuit, quocunque modo deficiat, non poteſt accreſcere. Similis ſpecies eſt in l. hæreditate. 55. ff. hoc tit. Filiusfamilias, qui ſuus hæres eſt ipſo iure abſtinuit ſe patris hæreditate: datur hoc beneficium cohæredi, vt aut totā hæreditatem amplectatur, aut totam repudiet. Sed animaduertendum eſt partem non deficere hoc caſu ipſo iure: ſed iure ſingulari beneficio reſtitutionis contra ius ciuile. Ideoque quod hic dicitur non puto pro-

ducendum eſſe ad extraneum hæredem. & probabilis eſt eorum opinio, qui exiſtimant hoc tantum de filio, qui eſt ſuus hæres, accipiendum eſſe. datur igitur electio cohæredi, vt vel totam agnoſcat hæreditatem, ſi velit: vel totam repudiet, etiam eam partem, quam adierit. Hactenus de acquirenda hæreditate: nunc de omittenda.

Cap. VII.

De omittenda hæreditate.

INſcribitur hic titulus de acquirenda, vel omittenda hæreditate. & in Digeſt. ſub hoc titulo, ſparſim & confuſe diſſeritur de vtraque. In Codice Iuſtiniani titulus eſt ſeparatus de repud. vel abſt. hæred. In qua inſcriptione Iuſtinianus diſtinguit repudiationem ab abſtentione. Repudiatio eſt extraneorum proprie: abſtentio vero ſuorum, vt exempla ſatis oſtendunt, quæ occurrunt quotidie legendo. Sed verbum, omittere, generale eſt, & vtrunque complectitur. omiſſio pertinet ad repudiationem & abſtentionem hæreditatis. Quod autem dicitur in tit. ipſo & inſcriptione, de acquir. vel omittenda hæreditat. nos ante admonuimus, ideo ita ſcriptum fuiſſe, quod liberum ſit hæreditatem adire, vel repudiare ei, cui delata eſt hæreditas. Sicut diximus ſupra liberum eſſe adire hæreditatem: ita etiam dicendum eſt liberum eſſe repudiare hæreditatem. Nemo enim cogitur hæres eſſe: ſed poteſt repudiare hæreditatem, ſi ita ei viſum fuerit, quod eſt intelligendum, niſi adita ſemel fuerit hæreditas. Hæreditas, quæ ſemel adita eſt, non poteſt repudiari: niſi in caſibus exceptis: ſed de illis exceptionibus diximus. Item excipitur ſeruus, qui neceſſarius hæres eſt, & hæres eſſe cogitur velit, nolit. Idem dicendum eſt de filio, ſecundum ius ciuile. Filius iure ciuili hæres etiam neceſſarius eſt: ſed beneficium abſtinendi habet iure prætorio. l. neceſſariis. 57. & l. 12. ei qui. hoc tit. ff. Sed animaduertendum eſt filium, cui hoc beneficium abſtinendi conceditur à Prætore, id beneficium amittere certis ex cauſis. vna expreſſa eſt edicto ipſo Prætoris in leg. ſi ſeruum. 70. §. Prætor ait. Digeſt. hoc titul. Pars quædam eſt edicti prætorii de ſuo hęrede. Cautum eſt edicto Prætoris, vt ſi ſuus hęres aliquid amouerit ex hæreditate ante abſtentionem, vel factum eſt per eum quo aliquid amoueatur, vt beneficium abſtinendi nō habeat. hoc fuit expreſſum Prætoris edicto, quod Vlpianus hic interpretatur: Prætor ait. Quamuis plenum integrumq; non ſit edictum Pręoris: tamen apparet ex his verbis Vlpiani, *Non dixit Prætor, ſi quid amouerit, &c.* conceptum fuiſſe, de ſuo hęrede: non de extraneo. Eſt igitur hic obſeruandum, quod animaduerſione dignum eſt. Si filiusfamilias ſuus hæres rem aliquam, licet minimam, forte amouerit: aut interuerterit, aut celauerit ex hæreditate ante abſtentionem, eum fieri neceſſarium hæredem velit, nolit: neque beneficium abſtinendi habere. ideoque eum poterunt conuenire creditores hæreditarii, ſi probare poſſint eum aliquid ante abſtentionem ex rebus hæreditariis amouiſſe. Hoc enim locum habet ante abſtentionem. Si aliquid celauerit poſt abſtentionem, actio furti aduerſus eum dabitur, vt hic Vlpianus latius explicat.

Igitur ius diuerſum eſt in extraneo hærede: quod etiam à nobis dictum fuit ſupra in leg. ſi extraneus. 21. in princip. ff. hoc titu. Si quis extraneus hæres aliquid attingat hæreditarium animo ſurripiendi, non ideo obſtringitur hæreditati: quia admiſſum contrariam voluntatem declarat: & ratio diuerſa eſt hæredis ſui, & extranei. Hæres ſuus, qui ſecundum ius ciuile neceſſarius eſt, & cui beneficium abſtinendi conceditur iure quodam ſingulari, non eſt mirum ſi id facilius amittat, quam extraneus, qui iure communi vtitur. Id ius, quod competit extraneo repudiando hæreditatem, ius commune eſt. ideoque non tam facile hoc ius amittitur, quam id quod ſingulare eſt.

Alter caſus eſt, in quo beneficium abſtinendi amittitur in leg. ſi is, qui bonis. 90. ff. hoc titu. Filius, cui patris delata eſt hæreditas, bonis patris ſe abſtinere velle dixit, cum bona venderentur à creditoribus hæreditariis, is per ſuppoſitam perſonam emptoris, ea bona mercatus eſt fraudandi cauſa. Emit forte à prioribus creditoribus, vt poſteriores creditores fraudaret. hic quæritur, an ei proſit beneficium abſtinendi? Ait Iuriſconſultus ei abſtentionem non prodeſſe: & perinde conuenietur à creditoribus hæreditariis, ac ſi ab hæreditate etiam abſtinuiſſet. Si is, inquit, &c. Hoc tamen eſt accipiendum cum exceptione. Exceptio eſt, niſi bona fide id ab eo factum ſit, quamuis Iuriſconſultus hic nec bonę fidei, nec malæ fidei mentionem faciat. Hoc aperte expreſſum eſt in l. 2. de repud. hæred. C. non igitur poterunt creditores hæreditarii aduerſus filium experiri, tanquam hæredem patris, poſtquam ſe abſtinuit, quod dicant eum fundos comparaſſe ex ſubſtantia patris, ſi id bona fide factum ſit. Hoc enim quod hic dicitur ita accipiendum eſt, cum mala fide, clam, per ſuppoſitam emptoris perſonam, & fraudandi cauſa factum eſt. Non eſt mirum ſi propter fraudem & malam fidem beneficium ſuum abſtinendi amittat: & perinde teneatur creditoribus hæreditariis, ac ſi ab hæreditate non abſtinuiſſet. Ex his quæ diximus intelligitis quomodo accipiendum ſit id, quod eſt præcipuum fundamentum huius diſputationis de acquir. vel omit. hæred. cum, cui delata eſt hæreditas, liberum eſſet ei repudiare. Nam arbitraria eſt hæc hæreditatis repudiatio. Conſequens eſt igitur vt de his tractemus.

Cap. VIII.

Quæ neceſſaria ſunt ad repudiationem hæreditatis.

EAdem obſeruanda & animaduertenda hic ſunt, quæ in aditione hæreditatis, de qua ſupr. ibi enim diximus, tria neceſſaria eſſe vt poſſit adiri hæreditas: eadem, vt poſſit repudiari, neceſſaria ſunt. In primis oportet delatam eſſe hæreditatem. Secundo, ſcire debet hæres hæreditatem ſibi delatam eſſe. non ſufficit enim eſſe hæreditatem delatam: niſi accedat ſcientia hæredis. Tertio habilitas quoque perſonarum neceſſaria eſt. Oportet eum eſſe, qui poſſit repudiare hæreditatem. In primis igitur dicendum eſt repudiationem hęreditatis non valere, niſi hæreditas delata ſit. Delata autem dicitur hæreditas, quam quis adeundo ſibi acquirere poteſt, vt dicitur in l. delata. 151. ff. de verbo. ſignifi. & ſatis perſpicuum eſt ex his, quæ ante diximus de adeunda hæreditate. Non poteſt adiri hæreditas, niſi delata ſit. ergo nec repudiari. hoc ſumitur ex regula l. nolle adire. 4. ff. hoc tit. *Nolle, &c.* Si quis repudiauerit hæreditatem, & quæratur an valeat repudiatio, videndum eſt an valuerit aditio: an is, qui repudiaſſe proponitur, potuiſſet adire. Et certum eſt eum non poſſe adire hæreditatem antequam delata ſit. ergo nec repudiare poteſt. Itaque repudiatio ipſi non nocet, ſi eam repudiauerit antequam delata eſſet. Eodem pertinet regula l. 3. ff. de regu. iur. *Eius eſt nolle, qui poteſt velle.* hæc regula maxime cōuenit acquiſitioni & repudiationi hæreditatis. Hæreditas acquiritur & repudiatur voluntate. Acquiritur animi deſtinatione. §. vlt. de hæredum qualit. & differ. in Inſtit. contraria igitur animi deſtinatione omittitur. Nolle hæredem eſſe, hoc eſt repudiare hæreditatem: velle hæredem eſſe, hoc eſt acquirere hæreditatem. *Eius eſt nolle, qui poteſt velle.* Perinde ac ſi diceret, eius eſt repudiare hæreditatem, qui poteſt acquirere. Sic ergo intelligo regulam illam l. 3. ff. de regu. iur. etſi in quibuſdam codicibus addita ſit negatio, *Eius eſt non nolle.* atque ita legitur in Pandect. Flor. quæ lectio defendi poteſt, & ſententiam veram continet. *Eiuſdem eſt non nolle, qui poteſt velle.* Non nolle medium eſt quoddam inter velle, & nolle. vt dicitur in l. 1. §. ſcientiam. ff. de tribu. act. ſed probabilior eſt lectio ſine negatione: quia magis conuenit acquiſitioni & repudiationi hæreditatis, de qua hic loquitur Vlpianus. Et conſtat id ab eodem Vlpiano ſcriptum eſſe, cum diſſereret de repudianda hæreditate. Inſcriptio enim capitis id oſtendit. Eadem eſt inſcriptio vtriuſque, & d. l. nolle. 4. ff. hoc titu. & d. l. 3. eius eſt. ff. de regul. iur. Itaque mihi magis probabile videtur ſine negatione legendum eſſe, *Eius eſt nolle, qui poteſt velle*, id eſt, eius eſt hæreditatem omittere, qui poteſt eam acquirere. Quod ante diximus de hæreditate delata, id variis exemplis demonſtratur à Iuriſconſulto ſub hoc tit. nos vtiliora explicaturi ſumus. Vnum exemplum eſt in l. is, qui hæres. 13. §. 1. *Is qui hæres, &c.* Hæres eſt inſtitutus ſub conditione: nondum exiſtit conditio, repudiauit hæreditatem, poſtea extitit conditio, vult adire. Obiicitur ei, quod adire non poteſt, quia repudiauit. quæritur, an valeat repudiatio? Non poteſt ea repudiatio ei nocere, quominus poſtea hæreditatem acquirat exiſtente conditione Hic dicitur, nō valere repudiationē: quia hæreditas nondū ei delata erat. Hæreditas dicitur delata, quā quis adeundo conſequi poteſt. l. delata. 151. ff. de verb. ſign. At hæreditatē non poteſt conſequi

conſequi hæres adeundo, qui eſt inſtitutus ſub conditione, quandiu conditio pendet. Hic multa obiiciuntur veluti contraria huic ſententiæ: veluti pactum.leg.1.C.de pact.l.69. in plurium.ff.hoc tit. Obiicitur etiam l.1.ff.de curat.bon.dan. Ego breuiter dicam, in pacto ius diuerſum eſſe. Nos non loquimur de pacto, ſed de ſimplici repudiatione hæreditatis. In aditione autem atque repudiatione hæreditatis multa ſingularia ſunt: & multa retenta ſunt ex ſubtilitate iuris veteris, quæ in pactis locum non habent, atque ideo mirum non eſt, ſi quis poſſit remittere non tantum ius quod ſibi competit, ſed etiam ſpem, vt ſi fideicommiſſum relictum ſit ſub conditione, pactum quo remittitur ſpes fideicommiſſi ſeruandum eſt. dicta l.1.C.de pact. Ad leg. in plurium. & ad l.1. de curat. bonis dan. facilis eſt reſponſio iudicio meo. in leg. in plurium. dicitur, Si hæres, cui delata eſt hæreditas, differat aditionem hæreditatis, vel quia non vult, vel quia forte non poteſt, hæres inſtitutus eſt ſub conditione. Quæritur quomodo ſuccurretur creditoribus hæreditariis? Ait Iuriſconſultus interrogandum eſſe hæredem, an velit conditioni parere, an velit hæres eſſe, & ſi interrogatus dixerit ſe nolle hæredem eſſe, & ſi conditio nondum extiterit: Prætor mittit creditores hæreditarios in poſſeſſionem bonorum. Hic videtis, ante conditionis euentum, nocere hæreditatis repudiationem. Sed hic ſimplex hæreditatis repudiatio non eſt, cum accedat magiſtratus auctoritas, qui hæredem interrogat, an velit hæres eſſe, ſi forte extiterit conditio. Et vtilitas euidens exigit, vt repudiatione ſua excludatur ab hæreditate, quatenus ſuccurratur creditoribus hæreditariis, quibus grauiſſimum eſſet expectare quando extiterit conditio.

Aliud exemplum eſt in l. qui ſuperſtitis. 93. ff. hoc tit. Quidam cum ſperaret alterius hæreditatem ſibi delatam iri, cum adhuc is viuus & ſuperſtes eſſet, repudiauit eius hæreditatem: dixitque ſe nolle eius hæredem eſſe, ſi forte eius hæreditas ipſi delata fuerit poſt mortem eius, vult adire hæreditatem. Obiicitur ei repudiatio, quæ anteceſſit. videtur enim excluſus eſſe ſua repudiatione ab hæreditate. Hic reſpondet Iuriſconſ. non eſſe excluſum: quia inutiliter hominis ſuperſtitis hæreditas repudiatur: quia nondum delata eſt. oportet hæreditatem delatam eſſe vt repudiari poſſit, vt etiam repudiatio valeat & noceat. Dubitauerit forte quiſpiam quomodo poſſint defendi pactiones vſitatæ moribus noſtris, cum collocantur filiæ, data ipſis dote, vt paciſcantur ſe nihil amplius petituras ex paterna hæreditate: cum hic dicamus repudiationem hæreditatis hominis adhuc viui & ſuperſtitis, non nocere. Ecce huiuſmodi pactiones conſiſtunt ſecundum ius Pontificium propter iuſiurandum quod accedere ſolet. c. quamuis. de pact. lib. 6. alias improbatur iure ciuili hoc pactum. l. pactum dotali. 3. C. de collat.

Aliud exemplum eſt in bonorum poſſeſſione decretali. Bonorum poſſeſſio decretalis dicitur repudiari non poſſe. l.1.§.decretalis.ff.de ſucceſſo.edict. Decretalis, inquit Vlpianus, bonorum poſſeſſio non poteſt repudiari. & vtitur hoc argumento eius rei demonſtrandæ gratia, quia non eſt delata antequam fuerit decreta. Poſt decretum ſera nimis eſt repudiatio: quia iam acquiſita eſt. & poſtquam acquiſita eſt, repudiari non poteſt. Sed animaduertant, præſertim tyrones & iuniores, bonorum poſſeſſionem quandam eſſe decretalem, quæ decretum & cauſæ cognitionem requirit: aliam eſſe edictalem, quæ ex edicto proficiſcitur, nec vllum decretum, aut cauſæ cognitionem deſiderat. Hæc diſtinctio bonorum poſſeſſionis aperte & diſerte tradita eſt à Iuriſconſultis pleriſque in locis: veluti in leg.3.§.ſi cauſa.ff.de bon.poſſeſ.leg.2.ff.ſi quis ordo in bon.poſſeſ.ſerue. vbi apertiſſime dicunt bonorum poſſeſſionem quandam eſſe, quæ datur ſine decreto, ſine cauſæ cognitione: aliam eſſe quæ requirit decretum & cauſæ cognitionem, vt cum bonorum poſſeſſio re ipſa in alium transfertur: nam plerunque bonorum poſſeſſio datur verbo tantum, ſine re, vt ait Vlpianus in Inſtitu.de bono.poſſeſ. Sed cum agitur de transferenda poſſeſſione rerum hæreditariarum, decretum neceſſarium eſt. ab hoc decreto dicitur bonorum poſſeſſio decretalis. Vbi decretum neceſſarium eſt, cauſæ cognitio adhibetur.leg.nec quicquam. §. vbi decretum. ff. de offi. proconſul. & legati. huiuſmodi eſt bonorum poſſeſſio, quæ datur ex Carb. edicto. huiuſmodi eſt etiam ea, qua mittitur venter in bonorum poſſeſſionem.leg.1.§.ſi ea quæ.&c.ff.de ventre in poſſeſ. mitten.& l.1.ff.ad Senatuſconſul. Tertul.& l.vlt.ff.de curat. furio. Huiuſmodi eſt etiam ea, quæ datur filio infanti curatorem non habenti.l.ſi infanti.ad fin.C.de iure delibe. Aliæ dicuntur edictales, quæ ex ſolo edicto pendent. & mentio eſt edictalis bonorum poſſeſſionis.in leg.30.cum quidam.§.1. hoc tit.l.1.ſi tabulæ teſta.nullæ extab. Alia exempla colligi poſſunt ex his, quæ diximus de aditione hæreditatis. Hinc quæritur, an ſimul ex teſtamento, & ab inteſtato, quis repudiare poſſit hæreditatem? Quæſtio eſt in l. illud.76.ff.hoc titu. Hæres inſtitutus eſt teſtamento is, qui alias ab inteſtato ſucceſſurus erat etiam ſi inſtitutus non fuiſſet. Quæritur quomodo hæreditas repudiari debeat, vt valeat repudiatio? Ecce ſi ſequamur ſubtilitatem iuris, oportet eum repudiare primum ex teſtamento, deinde ab inteſtato. Ex his quæ diximus, id manifeſtiſſimum eſt, quia repudiari non poteſt hæreditas ab inteſtato: niſi delata ſit. At delata non dicitur quandiu ex teſtamento adiri poteſt. leg. quandiu inſtitutus. 68. ff. hoc tit. Sed tamen obtinuit vtilitas contra hanc iuris ſubtilitatem, vt poſſit ſimul & eadem opera, vtranque hæreditatem repudiare. Hic non inhæremus ſubtilitati iuris. Oportet igitur delatam eſſe hæreditatem: ſed & hoc non ſufficit, ſcire debet hæres delatam eſſe ſibi hæreditatem. Scientia hæredis hic requiritur, ſicut in acquirenda hæreditate. leg. in repudianda.23.ff.hoc tit. Ego rationem ſupra adduxi, cum differerem de acquirenda hæreditate ex leg. in totum. 77. ff. de regu.iuris. In totum omnia, quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia perfici poſſunt. Exempla ſunt in l. is qui hæres. 13. §. vlt. & l. ſequen. ad §. ſi quis dubitet, &c. quia dubitat, an ſibi delata ſit hæreditas ex leg. is, qui putat. ff. eo. Is qui putat hæredem ſe neceſſarium eſſe, cum ſit voluntarius, hæc opinio ei nocet quominus ſibi hæreditatem acquirat. Nam intelligit ſibi delatam eſſe hæreditatem, ſed cauſam delatæ ſibi hæreditatis ignorat, repudiatio non valet. Credibile eſt eum, ſi exiſtimaret ſe voluntarium eſſe hæredem, vt re vera erat, non repudiaturum. In opinione eſt eum eſſe neceſſarium hæredem, in veritate eſt eum voluntarium eſſe. hæc opinio facit, vt repudiatio ei non noceat. Cogitat enim ſi neceſſarius ſit hæres, tamen nomen hæredis habiturum, etſi beneficium abſtinendi habeat à Prætore.

Tertium eſt quod diximus habilitatem perſonarum neceſſariam eſſe. Oportet eum qui repudiat, idoneum eſſe ad repudiandum, alias repudiatio ei non nocet, & huc pertinet regula in l. is poteſt. 18. ff. hoc tit. Is poteſt repudiare qui acquirere poteſt. Eodem pertinet l. 4. ff. hoc tit. Nolle hæreditatem repudiare, inquit, non videtur, qui non poteſt adire. hinc dicitur, pupillum ſine tutore non poſſe repudiare: ſicut nec adire. l. obligari. 9. §. tutor. ff. de auct. tut. & §. ſed neque. Inſtitut. eo. Notandum tamen eſt, ſi non habeat tutorem, ſufficere magiſtratus auctoritatem, vt dicitur in leg. ſi infanti. ad fi. C. de iure deliberandi. Hinc etiam conſequens eſt, filiumfamilias non poſſe hæreditatem ſibi delatam repudiare, ſine iuſſu patris. l. is, qui hæres. 13. §. vlt. ff. hoc tit. Ex his primum notandum eſt, filiumfamilias ſine iuſſu patris non poſſe hæreditatem repudiare. Ratio eſt, quia non poſſet hæreditatem acquirere ſine iuſſu patris ſui. l. 25. ſi quis mihi. § iuſſum. Ergo nec repudiare.

Secundum eſt, quod pater non repudiat ſine filio. Nam non poſſet acquirere ſine filio. & hoc expreſſum eſt in leg. remittente. 11. Cod. de iure deliberandi. Nam hoc præiudicium adferret filio. Nam filius, ſi factus ſit ſui iuris, poterit eam hæreditatem acquirere. Solet quæri, an idem dicendum ſit de filiofamilias infante: an pater ſolus poſſit eam repudiare? Sunt qui exiſtiment patrem ſolum repudiare poſſe. quia pater filio infanti poteſt acquirere ſolus hæreditatem infanti delatam. leg. ſi infanti. C. de iure deliberandi. hoc eſt ſingulare: ſi poteſt ipſe pater ſolus hæreditatem acquirere: ergo & repudiare poteſt. Sed probabilior mihi videtur contraria opinio, vt quod hic dicitur intelligamus generaliter ſiue infans ſit fili⁹, ſiue infantiæ annos exceſſerit. Nō obſtat ſententiæ noſtræ regula, *Is poteſt repudiare, qui poteſt adire.*

l. ſi infanti. C. de iure delib. Nam hæc regula eſt intelligenda de his qui adeunt pro ſe, non alieno nomine. quod diligenter eſt notandum. Qui poteſt acquirere & pro ſe adire hæreditatem, is poteſt etiam repudiare. Sed de his, qui acquirunt aliis adeundo hæreditatem, id non eſt accipiendum. Exemplum eſt in l. tutor. 8. ff. de bon. poſſeſ. vbi dicitur, tutorem pupillo bonorum poſſeſſionem delatam agnoſcere poſſe: repudiare non poſſe.

Tertium eſt, quod colligitur ex hac lege, vtroſque & patrem & filium poſſe repudiare hæreditatem, quæ filiofamilias delata eſt: neque filius ſine patre repudiando: neque patrem ſine filio, nocet alteri. Si autem mutuo conſenſu repudiauerint, repudiatio valet. hoc æquitati & rationi maxime conſentaneum eſt, quamuis ſubtilitas iuris refragetur: quia iuſſus debet præcedere. Qui enim non poteſt adire, is non poteſt repudiare. hæreditas non poteſt adiri, quæ filiofamilias delata eſt, niſi præceſſerit iuſſus patris. dicta l. ſi quis mihi bona. 15. §. iuſſum. ff. hoc tit. Ergo videtur etiam non poſſe repudiari: niſi præceſſerit iuſſus patris. Sed tamen hic ad vtilitatem magis, quam ad ſubtilitatem reſpexerunt Iureconſulti. Et ſimile eſt quod dicitur de aditione hæreditatis. l. 4. filiofamilias delata, &c. vbi C. de iure delib. iuſſus patris non præcedit: ſed pater gerit ſe pro hærede filii voluntate: & perinde acquiſitam eſſe patri hæreditatem dicimus, ac ſi omnia ſolenniter acta eſſent. Idem dicendum eſt de repudiatione hæreditatis: vt cum filio delata eſt hæreditas, vterque ſimul repudiare poſſit. Sequens locus eſt, in quo quæritur, quomodo hæreditas omittatur.

Cap. IX.

Quomodo hæreditas omittatur.

IN hac quæſtione idem dicendum eſt, quod ante à nobis dictum fuit de hæreditate acquirenda. Nam ſicut diximus acquiri hæreditatem ſola voluntate, ſola animi deſtinatione: ita dicendum eſt hæreditatem omitti, vel repudiari ſolo animo, ſolo iudicio voluntatis, vt dicitur in Inſtit. tit. de hæred. qualita. §. vlt. in l. recuſari. 95. ff. hoc titu. vbi dicitur, recuſari hæreditatem, ſi verbis quis expreſſerit ſe nolle hæredem eſſe: ſed etiam ſi re & facto tantum oſtenderit ſe hæredem eſſe nolle, dicitur repudiare hæreditatem. & hæc verba oſtendunt idem, quod diximus de acquirenda hæreditate, ſcilicet facti eſſe & animi. l. 20. pro hærede. Animus in primis neceſſarius eſt: ſed oportet animum facto aliquo oſtendi, ſi verbis non exprimatur. Et hinc notandum eſt tacitam repudiationem hæreditatis non minus valere, quam expreſſam: quia ſufficit quocunque iudicio voluntatis oſtendere, ſe nolle eſſe hæredem. Huius rei exempla aliquot reperiuntur. Vnum eſt in l. filium. 60. ff. hoc titu. Quidam eſt inſtitutus teſtamento defuncti: is cum alias intelligeret ſe ſuccedere poſſe ab inteſtato, etſi inſtitutus hæres non eſſet in teſtamento: adiit hæreditatem ab inteſtato. hoc caſu videtur hæreditatem repudiare ex teſtamento. Repudiatio enim quædam tacita eſt hæreditatis ex teſtamento delatæ, cum quis adiit hæreditatem ab inteſtato. Non enim ante ab inteſtato adiri poteſt, quam repudiata fuerit ex teſtamento. l. quandiu. 68. ff. eo. Ergo tacite videtur hæreditatem ex teſtamento repudiare. Et hoc eſt magni effectus ſi forte ſubſtitutum habeat. nam tunc locum faciet ſubſtituto, hæreditatem adeundo ab inteſtato, & excluſo inſtituto ſubſtitutus admittetur. quia hæc verba, *Si hæres non erit.* in ſubſtitutione vulgari, intelligimus, ſi hæres non erit ex teſtamento. l. 3. C. de impuber. & aliis ſubſtit. Certum eſt ſubſtitutum excludere legitimum hæredem, qui ab inteſtato ſuccederet, vt dicitur in d. l. 3. C. de impub. & aliis ſubſti. *Et ſi hæres non erit, &c.* hic eſt inſtitutio & ſubſtitutio. Eſt inſtitutus filius, & ei ſubſtitutus alius. Sequitur in d. l. filium. 60. ff. hoc tit. *Et ita hæreditatem, &c.* filius cum crederet à demente factum eſſe teſtamentum: cum crederet patrem ſuum dementem fuiſſe, cum teſtamentum fecit, & ſe hæredem inſtituit, petiit bonorum poſſeſſionem ab inteſtato. Quærebatur quid iuris eſſet, an locus eſſet ſubſtituto? Labeo exiſtimauit, ſi probaretur ſana mente patrem teſtamentum feciſſe, filium ex teſtamento patri hæredem eſſe. Iabolenus Labeonis ſententiam non probat. *Hoc*, inquit, *falſum eſſe puto. &c.* & in fi. ibi, *Paulus quoque, &c.* hic ſequitur quædam nota Pauli. Sunt, enim verba Pauli, qui notas ſcripſit ad Priſcum Iabolenum.

Aliud exemplum eſt in l. 90. Clodius. ff. eod. Claudius Claudianus teſtamentum iure & vtiliter fecit: in eo hæredem quendam inſtituit. Deinde aliud teſtamentum fecit: ſed inutiliter eundem inſtituit hæredem in eo teſtamento, quem inſtituerat in primo. hæres adiit hæreditatem ex poſteriore teſtamento, quod inutile eſt: tacite videtur repudiare hæreditatem ex priore teſtamento, atque ita excluditur ab hæreditate, & defunctus intelligitur inteſtatus deceſſiſſe. adiit hæreditatem ex poſteriore teſtamento, quod non poteſt: quia poſterius teſtamentum eſt inutile. ex priore teſtamento quod eſt vtile, non adiit: ſed potius repudiat. Eſt igitur repudiationis tacitæ exemplum: tamen hic proponitur ſpecies, de qua non immerito dubitatum fuit. quia proponitur ex poſteriore teſtamento adiiſſe hæreditatem, cum crederet poſterius teſtamentum valere. Variæ adferebantur opiniones, cum res iudicanda eſſet ſecundum opinionem Papiniani, pronuntiatum eſt Claudianum inteſtatum deceſſiſſe, quod ex eius teſtamento adita hæreditas non fuerit. Ex poſteriore teſtamento hæreditas non fuit adita. quia inutile fuit teſtamentum. Ex priore teſtamento propter defectum voluntatis non videtur adita eſſe hæreditas. Paulus, cuius hoc caput eſt, diſſentiebat. *Dicebam*, ait in fine, non repudiare eum ex priore teſtamento, qui putabat poſterius valere. Verum eſt, ſi ſciens ſine vllo errore hæres inſtitutus adiit ex poſteriore teſtamento, eum proculdubio ex priore videri repudiare. Sed idem dici non debet de eo, qui putabat poſterius teſtamentum valere. Non conſentiunt, qui errant: hic animus deficit & voluntas. *Dicebam*, inquit Paulus. Hoc ſumptum eſt ex libris Decretorum, in cognitione ita decretum eſt. Decretum eſt Claudianum inteſtatum deceſſiſſe. Quid igitur ſequemur, an hoc decretum, an ſententiam Pauli? Similes quæſtiones alias tractauimus ad leg. Æmilius. ff. de minorib. vbi Paulus referens decretum quorundam, videtur in alia opinione eſſe. Exiſtimo ſequendam eſſe ſententiam Pauli ex voluntate Iuſtiniani compoſitoris horum librorum: cum hoc ex libris Pauli ſumptum ſit à Iuſtiniano, & in hunc locum translatum. Ex hoc apparet ei placuiſſe ſententiam Pauli, nec dubia eſt ſententia Pauli, cum dicit, *Dicebam, &c.* Alia hic continent veluti hiſtoriam quandam. Sed quid ſentiat exprimit his verbis, cum ait, *Dicebam, &c.* Et quod hic ſcriptum eſt, attribuendum eſt Iuſtiniano, & ſic accipiendum eſt ac ſi Iuſtinianus ipſe loqueretur. *Omnia*, inquit, Iuſtinianus in quadam conſtitutione de vet. iure enucle. *noſtra facimus, & plenum robur addimus.* Pone igitur Iuſtinianum hic dicere, quod Paulus hic dicit, & referre quod ab aliis eſt pronuntiatum, nemo dubitabit, quin auctoritas Iuſtiniani hic ſequenda ſit. Exemplum igitur tacitæ renuntiationis & repudiationis ex hoc loco colligi poterit, cum abſque vllo errore ſciens, & prudens hæres inſtitutus ex poſteriore teſtamento adit hæreditatem: quo caſu ex priore teſtamento intelligitur repudiaſſe. Hæreditas igitur voluntate & animi deſtinatione omittitur & repudiatur ſiue tacita, ſiue expreſſa. Hoc eſt intelligendum ſi res integra ſit, id eſt, ſi contraria voluntas hæredis non anteceſſit. ita enim hoc accipiendum eſt, vt antea admonuimus. Non minus acquiritur hæreditas animi deſtinatione, quam omittitur. Itaque ſi hæres voluerit hæres eſſe: deinde negauerit ſe velle hæredem eſſe, hac animi deſtinatione non videtur repudiata eſſe hæreditas. Quia præceſſit voluntas contraria. & hæreditas repudiari non poteſt, niſi re integra: quæſita enim repudiari non poteſt, quæſita dicitur ſola animi deſtinatione. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur. Vna eſt in l. 3. C. de repud. hæred. *Suus hæres, &c.* Species huiuſmodi eſt, Teſtamentum factum eſt à quodam patre, in quo filius eius eſt forte exhæredatus. Is dixit teſtamentum patris iniuſtum eſſe, ne hæres inſtitutus in teſtamento ſuccederet patri. dixit non ſolenniter, non iure factum eſſe teſtamentum. Deinde cum lis videretur dubia & incertus eius litis euentus, tandem res tranſacta eſt: ad tranſactionem & deciſionem litis ventum eſt. Hic filius tranſigendi animo dixit, ſe nihil petiturum ex paterna ſucceſſione. hic loquitur, an hæreditas intelligatur repudiata eſſe, an hoc ſufficiat ad repudiationem? Imperator reſcribit ad repudiationem hoc non ſuf-

ſufficere, quod non fuerit animus repudiandæ hæreditatis. Hæreditas repudiatur & omittitur animo, vt iam diximus: hic autem apparet non fuiſſe animum repudiandæ hæreditatis. Primum, qui dicit inofficioſum eſſe patris teſtamentum, qui dicit iniuſtum patris teſtamentum, videtur hoc animo eſſe vt hæreditatem acquirat ab inteſtato. l. cum quidam. 14. ff. de bon. poſſeſ. Cum quidam diceret iniuſtum patris teſtamentum, non petiit bonorum poſſeſſionem intra tempus: quærebatur an excluſus ſit à petenda bonorum poſſeſſione? Dicitur excluſus non eſſe. Nam dicendo teſtamentum falſum, videtur animum habere agnoſcendæ bonorum poſſeſſionis. Secundo, quia pactus eſt animo tranſigendi, non donandi, litis cauſa videtur pactus eſſe. At tranſactio non valet: niſi de re dubia facta ſit. oportet aliquid datum eſſe tranſactionis nomine. l. tranſactio. C. de tranſac. Si quis dicat aliquid ſaltem conueniſſe : ſed videndum eſt ad quem finem : animo autem tranſigendi hoc factum eſt, non donandi. Eſt locus communis de tranſactione. & pars quædam huius reſcripti eſt in ti. C. de tranſact. in l. tranſactio nullo dato. Alia quæſt. eſt C. de repud. vel abſt. in l. 4. ſi quis maior. Is, cui delata eſt hæreditas, dicit ſe velle hæredem eſſe: deinde pœnitentia ductus dixit ſe repudiare : an ſit omiſſa hæreditas hac repudiatione, an valeat repudiatio? Ait Imperator omiſſam hæreditatem non eſſe, quæ prius quæſita fuit, & reſpondet obiectioni. Poteſt enim obiici conceſſum in iudicio haberi pro iudicato. l. 1. ff. de confeſſ. At is, qui dicit hæreditatem ſe repudiare, videtur confiteri ſe hæredem non eſſe. Videtur hæc confeſſio ſaltem ei nocere. Sed reſpondet Imperator, Sicut maior, repudiando hæreditatem, quæ ſemel quæſita eſt, nihil agit : hoc nihil ad rem pertinet quod dicitur de confeſſione. Confeſſus habetur pro iudicato: ſed hic confeſſio non eſt. Multum intereſt, an quis dicat ſe hæreditatem repudiare : an vero confiteatur ſe hæredem non eſſe. Et hoc vulgo dicitur obſeruandum eſſe pro puellis nubentibus, quibus dos conceditur ita, vt repudient hæreditatem paternam. Aliquando accidit vt frater collocando ſororem ſuam det ei dotem: ita vt repudiet hæreditatem paternam. ſi iam immiſcuerit ſe hæreditati paternæ, hæc repudiatio ei non nocet. Non poteſt repudiari hæreditas quæ ſemel adita eſt : ante immixtionem valeret ei repudiatio, poſt immixtionem nullius eſt momenti. Atque ideo plenius eſſet accipienda repudiatio, non vt ſimpliciter dicat ſe repudiare hæreditatem : ſed ſe donare fratri, & cedere ius quod ſibi competit ex ſubſtantia paterna. Nam ſi ſimpliciter repudiauerit, ea repudiatio ei nocere non poteſt.

Sequens quæſtio eſt, an tempore hæreditas omittatur? an tempore quis ab hæreditate excludatur? Diſputatum fuit ſuprà de tempore. ego admonui, nihil certi definitum eſſe legibus de tempore, quod conſtituitur ad adeundam hæreditatem. Verum eſt inſtantibus creditoribus, vel aliis quorum intereſt, poſſe iudicem aliquod tempus ſtatuere hæredi intra quod cogatur hæreditatem adire vel repudiare : ſed nullum certum tempus reperitur conſtitutum iure ciuili, niſi in bonorum poſſeſſione: ſed aliud eſt. Sed diximus, quia omnes actiones perſonales tolluntur ſpatio triginta annorum, ſatis iuri conſentaneum eſſe, vt idem dicamus de aditione hæreditatis: alias temporis ſpacio non tollitur. Et hoc minus dubium eſt in ſuis hæredibus. quia ſui hæredes ſtatim fiunt ipſo iure, quo ſpatio temporis poſſet illud ius tolli. l. licet. C. de iure deliber. & l. 10. ſi filius qui patri. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. Sed vnum notandum eſt, quod ad ſuos attinet, petitioni hæreditatis præſcribi ſpatio triginta annorum : ſicut aliis perſonalibus actionibus præſcribitur. l. ſicut & l. omnes. C. de præſcrip. triginta anno. Excluſo autem eo petitione hæreditatis, non poteſt conſequi hæreditatem. Hactenus de modo & ratione omittendæ hæreditatis. Poſtremus locus de effectu.

CAP. X.

De effectu repudiationis vel abſtentionis.

PRæcipuus effectus repudiationis vel abſtentionis hic eſt, quod repudiatione, vel abſtentione hæreditas omnino amittitur : ita vt nullum ſit poſtea remedium, vt is, qui repudiauit, vel abſtinuit, vnquam poſſit ad eam hæreditatem admitti. l. ſicut maior. 4. Cod. de repud. hære. vbi maior vigintiquinque annis delatam repudians ſucceſſionem, poſtea quærere non poteſt. Excipitur filius ſuus hæres, qui ſe abſtinuit ab hæreditate paterna. Nam poſt abſtentionem poteſt ſe immiſcere hæreditati. l. ſi quis ſuus. 6. Cod. de iure delib. hoc eſt permiſſum ſuo hæredi. Filius ſuus hæres poſtquam ſe abſtinuit, re integra, antequam bona hæreditaria venierint, poteſt impetrare ex cauſa, vt ſibi liceat hæreditatem acquirere. Ratio huius diuerſitatis eſt: quia poſt abſtentionem, veluti reliquiæ quædam adhuc manent eius iuris, quod filius habebat. Ius ſuitatis non tollitur omnino abſtentione. Iure ciuili adhuc hæres manet, & hoc nomen hæredis, quod retinet ex iure ciuili, quod non tollitur iure Prætorio, inane omnino non eſt, ſed magni effectus. Vnum exemplum eſt in l. cum quaſi. 30. §. ſed & ſi quis. ff. de fideicom. liber. Libertas per fideicommiſſum relicta confirmatur iure ſui hæredis, quamuis ſuus hæres ab hæreditate abſtineat. Non enim is dicitur hæredem non habere, qui ſuum hæredem reliquit, quamuis ſe abſtinuerit. Hic conſequens eſt in filio emancipato id locum non habere. Si filius emancipatus hæreditatem repudiauerit paternam: non poteſt amplius impetrare, vt ſibi liceat ad hæreditatem venire. Leges de ſuo hærede loquuntur, non de filio emancipato. Nec moueri nos debet, quod dicitur in Nouella Iuſtiniani, ſublatam eſſe differentiam emancipatorum & ſuorum. Nouell. 118. de hære. ab inteſt. venien. Sublata eſt differentia illa quantum ad ſucceſſionem ab inteſtato, vt non minus ſuccedant emancipati filii ab inteſtato, quam ſui, vt vtrique pariter admittantur ad hæreditatem ab inteſtato : non tamen quod omnino exæquati ſint filii ſui & emancipati, vt ius ſuorum hæredum, quod attributum eſt ſuis hæredibus iure antiquo, id conceſſum ſit conſtitutione Iuſtiniani emancipatis. Igitur ſi filius ſuus hæres poſt repudiationẽ immiſcuerit ſe hæreditati paternæ, re adhuc integra efficitur hæres, neque abſtentio prior efficit quominus acquiratur hæreditas. An autem poſtea ſe immiſcuerit, an non, quæſtio facti eſt, quæ pendet ex coniecturis, vt diximus ſuprà, diſputantes de acquirenda hæreditate, & vnum exemplum eſt in leg. 2. ſi paterna. C. de repud. hæreditate. filius abſtinuit ſe paterna hæreditate: expreſſis verbis declarauit ſe nolle hæredem eſſe patris: nihilominus manſit in hæreditate paterna: conuenitur à creditoribus hæreditariis. Is dicit ſe repudiaſſe hæreditatem.

Obiicitur ei, quod geſſit pro hærede : quia in hæreditate manſit. ait ſe manſiſſe vt cuſtodem bonorum, non vt hæredem. quæritur quid iuris ſit? Ex leg. 20. pro hærede. §. Papinianus. ff. eo. id iudicari poteſt, vbi pro hærede id geri dicitur quod citra ius & nomen hæredis fieri non poteſt. Si vt colonus & cuſtos manſerit in domo patris, non continuo dicendum eſt eum pro hærede geſſiſſe. Poteſt ergo filius, qui ſe abſtinuit hæreditate paterna, eidem hæreditati ſe immiſcere re adhuc integra, id eſt, ſi bona hæreditaria nondum venierint. Nihil aliud expreſſum eſt iure antiquo : ſed conſtitutione noua Iuſtiniani tempus definitum eſt intra quod hæres ſuus poſt abſtentionem poteſt ad paternam hæreditatem venire. l. vlt. C. de repud. hæredit. iure veteri ei permiſſum erat indiſtincte, rebus in eodem ſtatu manentibus adire. Hæc conſtitutio derogat iuri antiquo. Facta eſt poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis, vt inſcriptio indicat. Poſteriores autem leges derogant prioribus.

Hic reperitur antinomia apud Accurſium in glo. Opponitur vt contraria l. 24. quod ſi minor. §. *Scæuola*. ff. de minor. In hoc §. Scæuola. dicitur, reb. iam diſtractis minorem non reſtitui in integrum, ſi forte iuuenili ætate ductus abſtinuerit hæreditate, & velit in integrum reſtitui propter ætatem ſuam, non reſtituetur, inquit, niſi res ſit integra. Et tamen hic dicitur etiam ſi res deſierint eſſe integræ: etiam ſi res diſtractæ ſint, minorem poſſe reſtitui. Sub tit. de iure deliberandi dixi dupliciter poſſe reſponderi. Primum, quia in l. quod ſi minor. §. Scæuola. refertur tantum opinio Scæuolæ: Narratio tantum eſt, nulla eſt deciſio auctoris. Deinde ius

nouum eſt, quo ius antiquum corrigitur, vt ego dixi. Hæc noua conſtitutio derogat iuri veteri. Nec dubium eſt ex ſubſcriptione, quin ea conſtitutio ſit ex nouis deciſionibus.

Sequens quæſtio eſt, quid dicendum ſit, ſi hæres pro parte hæreditatem repudiauerit. veluti ſi dixerim, Ego nolo hæres eſſe pro dimidia parte, quam vim habeat hæc repudiatio? Ex his quæ iam à nobis diſputata ſunt ſuprà, ſatis manifeſtum eſt huiuſmodi repudiationem non valere: niſi in certis caſibus exceptis in leg. ſi tu ex parte.75.ff. hoc titu.& aliis quibusdam locis ſimilibus: ſed alias, præterquam in exceptis caſibus, repudiatio nullius momenti eſt. Et hoc intereſt inter aditionem & repudiationem, quod ſi quis adeat pro parte, is intelligitur hæres eſſe ex aſſe. aditio enim tanquam fauorabilior, trahit ad ſe repudiationem. Sed de repudiatione non idem dicimus. Si quis enim repudiauerit pro parte, nullius momenti eſt quod agitur: atque ideo tanquam nihil egerit, non prohibetur poſtea hæreditatem adire ſi velit. Et hoc indubitatum eſt cum loquimur de vna atque eadē hæreditatē. Cum loquimur etiam de hæreditate, quæ omnino diuerſa eſt, non eſt magna dubitatio. Sed quæſtio difficilior eſt de hæreditate paterna & pupillari. Si quis repudiauerit hæreditatem paternam, an pupillarem hæreditatem poſſit adire: an vero ab ea excluſus ſit? Delata eſt duplex hæreditas, hæreditas paterna, & hæreditas pupillaris. Pater inſtituit duos hæredes in teſtamento ſuo. Inſtituit Titium qui erat extraneus: inſtituit filium ſuum impuberem. ſubſtituit cohæredem filio ſuo pupillariter. Titius adiit hæreditatem paternam ex teſtamento paterno: deinde filius deceſſit impubes: is hæreditatem pupillarem non vult adire, vel contra pupillarem vult amplecti, paternam vult repudiare. quæritur, an id liceat? In hac quæſtione in primis occurrit l. quidam elogio. C. de iure deliber. eſt vna ex nouis conſtitutionibus Iuſtiniani. In hac leg. quidam elogio. duæ quæſtiones deciduntur. De priori quæſtione ſatis dictum eſt ſupra, videlicet cum teſtator inſtituit hæredem ex variis partibus, & quæritur, an hæres poſſit vnam partem repudiare, alteram adire. Altera quæſtio eſt de hæreditate paterna & pupillari. Species eſt huiuſmodi, Teſtator duos hæredes inſtituit ex æquis partibus, Titium & filium ſuum impuberem: filio ſuo ſubſtituit extraneum Titium, vterque adiit hæreditatem, & filius impubes & Titius extraneus. deinde filius deceſſit impubes. Ex ſubſtitutione hæreditas defertur cohæredi ſuo, qui ſubſtitutus ei fuit pupillariter: is non vult adire hæreditatem pupillarem. quæritur an hæreditas pupillaris ei inuito accreſcat, & hæres eſſe cogatur filius impubes? Videtur ſeparationem admittendam eſſe harum hæreditatum. Nam, vt diximus in diſputatione de iure accreſcendi, quamuis vna pars hæreditatis eiusdem alteri parti accreſcat: tamen cum duæ hæreditates ſunt diuerſæ, vna hæreditas alteri non accreſcit. leg. 16. ſi ſub conditione.ff. quibus modis vſusfruct. amittat. At hic duæ ſunt hæreditates, vna filii, altera patris. lege ſecunda, ff. de hæred. inſtit. Iuſtinianus tamen conſtituit hic, eum non poſſe ab hæreditate pupillari abſtinere, qui hæreditatem paternam adiit. Sed dixerit aliquis, cum hæreditates diuerſæ ſint, hæreditas pupillaris & patris, quænam eſt ratio? Hæc videtur eſſe ratio: quia adeundo pupillus, qui adiit hæreditatem paternam, confundit bona patris cum ſuis. In hac ſpecie proponitur impuberem ſe immiſcuiſſe hæreditati patris: hac immixtione confuſa ſunt bona patris cum bonis filii: effectum eſt vnum atque idem patrimonium. Ideoque pupillaris hæreditas, quaſi portio quædam hic eſſe videtur paternæ hæreditatis. Ideoque accreſcit etiam inuito hæredi. §. his ita. C. de caduc. tollen. & l. qui ex duabus. 53. ff. hoc tit. Natura eſt iuris accreſcendi, vt inuito accreſcat. Certum eſt, ei, qui adiit hæreditatem pro parte: alteram quoque partem deficientem etiam inuito accreſcere. Quæſtio eſt, an accreſcat iure accreſcendi, an iure ſubſtitutionis? Ego contendo iure accreſcendi accreſcere, ex l. 59. qui patri. ff. hoc tit. vbi aperte dicitur iure accreſcendi acquiri, quamuis aliqui diſſentiant.

Sed quid intereſt, dixerit aliquis, an iure accreſcendi, an iure ſubſtitutionis ipſi acquiratur? Hoc planum faciam in interpretatione huius legis. Animaduertendum eſt in hac lege, qui patri. quædam ſingularia reperiri. Primum eſt, quod ius accreſcendi locum habet poſt aditam patris hæreditatem à filio. Teſtator inſtituit filium ſuum hæredem cum Titio: filius extitit hæres patri, eſtque ei acquiſita pars hæreditatis adeundo & immiſcendo, & ea nihilominus acquiritur iure accreſcendi poſt mortem pupilli cohæredi, qui ſubſtitutus pupillariter fuit. Sic enim accipere debemus in hac ſpecie: ſicut in leg. quidam elogio. filium impuberem extitiſſe hæredem patri. Id non adeo clare expreſſum eſt in hac leg. qui patri. ſicut in l. quidam elogio. ſed ſatis oſtendunt verba Iureconſultorum vnitam fuiſſe & coniunctam pupillarem hæreditatem & paternam hæreditatem, per immixtionem ſcilicet. nam pro parte ſe immiſcuit impubes inſtitutus paternæ hæreditati. Concurrit hic ius accreſcendi & ſubſtitutio pupillaris: defertur ei vtrumque ius, & præualet hic ius accreſcendi. Hoc igitur habet ius accreſcendi ex natura pupillaris ſubſtitutionis cum qua coniungitur, quamuis alias per ſe ius accreſcendi non habeat locum poſt quæſitam hæreditatem. leg. penult. Interdum. ff. de vſufru. accreſcen. Sed natura hæc eſt ſubſtitutionis, vt poſt aditam hæreditatem locum habeat. Subſtituitur filio impuberi non ſolum ſi is hæres non erit: ſed etiam ſi hæres erit, & poſt aditam hæreditatem impubes deceſſerit. hic coniunctio quædam reperitur iuris accreſcendi & ſubſtitutionis.

Aliud ſingulare eſt, quod hæreditas vna alteri hic accreſcit. Nos vulgo dicimus eiuſdem hæreditatis partem alteri accreſcere, non autem vnam hæreditatem alteri accreſcere. Sed hic vna hæreditas alteri accreſcit. Sed habetur quaſi vna atque eadem hæreditas propter confuſionem: quia filius immiſcuit ſe hæreditati paternæ. Hac immixtione confuſa ſunt bona pupilli cum bonis patris. Hoc etiam ſubſtitutio ad ſe trahit ex natura iuris accreſcendi, quod ad hæredem transfertur, quamuis alias non tranſeat ad hæredem ſubſtitutio. l. 9. ſi ex pluribus. ff. de ſuis & legit. hæred. In hac autem ſpecie in qua concurrit ius accreſcendi cum ſubſtitutione: ſicut aliquid aſſumit ius accreſcendi ex natura ſubſtitutionis, ita etiam ſubſtitutio aliquid aſſumit ex natura iuris accreſcendi. His, quæ dicimus, obiiciuntur quædam leges vt contrariæ, de quibus infra dicemus.

Cœpta eſt diſputatio de ſeparatione paternæ & pupillaris hæreditatis, quæſitum fuit an repudiata paterna hæreditate, poſſit hæreditas pupillaris adiri, aut contrà. Diximus eum, qui adit paternam hæreditatem, cum inſtitutus eſt à patre impuberis ex dimidia parte, non poſſe eum ſubſtitutionem pupillarem repudiare, hæreditatem quæ ſibi defertur ex ſubſtitutione pupillari. leg. quidam elogio. C. de iure deliber. & l. qui patri. ff. hoc tit. Sed huic ſententiæ magnopere videtur aduerſari l. 40. quæſitum. cum ſequen. leg. filius. 41. ff. eodem tit. vbi is, qui repudiauit paternam hæreditatem, nihilominus pupillarem hæreditatem amplectitur. Sic admittitur ſeparatio vtriuſque hæreditatis & paternæ & pupillaris. *Quæſitum eſt*, inquit Vlpian. *an licet quis paternæ hæreditatis nihil attingat, &c.* Species eſt, Quidam inſtituit duos filios ſuos ex æquis partibus, cum alius impubes eſſet: & alterum impuberi ſubſtituit in ſecundum caſum, Si impubes deceſſerit. Poſt mortem teſtatoris alter, qui pubes erat, hæreditatem paternam attingere noluit, eam omiſit, ac repudiauit. is poſtea, mortuo altero impubere, & ſic delata hæreditate impuberis ad eum ex ſubſtitutione pupillari, voluit eam hæreditatem amplecti. quæritur, an teneatur creditoribus patris, quaſi non poſſit amplecti pupillarem hæreditatem, repudiata paterna? In hac ſpecie videbatur Iuliano fraudulenter facere, cum repudiat paternam hæreditatem & amplectitur pupillarem. effectu enim vtriuſque bona conſequitur, & perinde eſt ac ſi quis vna manu aliquid abiiciat, altera capiat, & hoc videtur in fraudem factum: atque ideo exiſtimabat Iulianus eum nihilominus teneri creditoribus hæreditariis. Itaque ſequitur in dicta leg. quæſitum. *Sed Marcellus, &c.* Hic notas ſcripſit in Iulianum: notat ſententiam Iuliani in hac ſpecie. *Et diſtinxit, &c.* Refert an hoc caſu ſubſtitutus fuerit hæres inſtitutus ex aſſe. Si fuerit hæres inſtitutus ex aſſe, & nihil attigerit hæreditatis paternæ, non poterit pupillarem hæreditatem amplecti: quia non adita hæreditate ex paterno teſtamento, euaneſcit pupillaris ſubſtitu-

ſubſtitutio. Sed ſi non ſit ex aſſe inſtitutus, poteſt hæreditatem impuberis ampleɛti. Præmitto præcedentem clauſulam, *Nam qui, &c.* Hoc mouebat Iulianum, quod dicebat eum, qui parentis iudicium oppugnaret, non debere quicquam ex eius hæreditate conſequi. In hac ſpecie hæres inſtitutus à patre, & ſubſtitutus impuberi, iudicium parentis videtur oppugnare. Is qui non adit hæreditatem ex paterno teſtamento, videtur eius teſtamentum oppugnare. leg. filio pater. 84. ff. de leg. 1. Cum ergo eius teſtamentum oppugnet, non videtur quicquam conſequi debere ex eius hæreditate. At conſequitur aliquid ex eius hæreditate. Nam ſuccedit pupillo. Sed hæc ſententia non placuit Marcello. Simile eſt in legibus ſequentibus. In l. 41. *Filius qui ſe paterna, &c.* hic quoque videtis admitti ſeparationem hæreditatis paternæ & pupillaris. Filius ſe abſtinuit paterna hæreditate, poteſt nihilominus obtinere hæreditatem ex ſubſtitutione ſibi delatam, quia ſubſtitutus fuit fratri ſuo impuberi. Simile eſt in l. ſequen. 42. Iulianus. & coniungi debet cum l. quæſitum. cum eadem ſit vtriuſque inſcriptio. In ea l. Iulianus, ibi, *Iulianus, &c. Inclinat enim, &c.* Admirabilis fuit hæc Iuliani ſententia, quæ etiam à Marcello notata eſt. Credebat Iulianus ſubſtitutum filio impuberi teneri creditoribus paternis, etiam ſi pupillus paterna hæreditate ſe abſtinuerit. Si proponeremus pupillum ſe immiſcuiſſe paternæ hæreditati, vera eſſet Iuliani ſententia. Non enim poſſent hæreditates ſeparari. Sed filius impubes proponitur abſtinuiſſe paterna hæreditate: ſubſtitutum ei extitiſſe hæredem ex ſubſtitutione pupillari, & nihilominus putabat Iulianus cogi eum reſpondere creditoribus paternis. Hoc mouebat Iulianum, quod tametſi in hoc caſu ſubſtitutus ex hæreditate paterna nihil conſequeretur: tamen ex iudicio & diſpoſitione patris hoc conſequi: & videtur vnum atque idem teſtamentum eſſe patris & pupilli. atque ita reſpondit Iureconſultus Iabolenus in l. paterfam. ff. de priuileg. credit. Sententia hæc reprehenſa eſt à Marcello, quia impugnat vtilitatem pupilli. Intereſt enim pupilli, ſubſtitutum ſibi non teneri in hoc caſu reſpondere creditoribus hæreditariis, vt facilius habeat hæredem ex teſtamento ſibi facto, qui alioqui aditurus non eſt metu onerum: & ſi frater ſit, qui alioqui ſucceſſurus erat ab inteſtato, poterit omittere hæreditatem ex teſtamento & ſuccedere ab inteſtato metu onerum. Nec ediɛtum Prætoris, Si quis omiſſa cauſ. teſta. hic locum habet. id enim factum videtur non fraudandorum legatariorum gratia, ſed ne implicetur oneribus hæreditatis paternæ. In his legibus videtis ſeparationem admitti hæreditatis paternæ & pupillaris, ita vt hæres, qui repudiat paternam hæreditatem, nihilominus ſibi acquirat pupillarem hæreditatem ex ſubſtitutione pupillari. Sed hæc videntur iis, quæ ſuprà diximus ex l. quidam elogio. Cod. de iure delib. & l. qui patri. ff. hoc tit. aduerſari, & eſt difficilis antinomia: ſed duo caſus mihi videntur hic conſiderandi eſſe. Primus caſus eſt, cum quis adit hæreditatem paternam, & vult repudiare hæreditatem pupillarem, vt in caſu l. quidam elogio. & leg. qui patri. & hoc caſu cogitur quoque pupillarem ampleɛti. Idque expreſſum eſt in vtraque lege, præſertim in lege quidam elogio. Cohæres filii impuberis, eidem filio impuberi ſubſtitutus eſt pupillariter: hic cohæres adit paternam hæreditatem pro parte ſua, deinde hæreditas pupillaris ei delata eſt: ea hæreditas pupillaris ei inuito accreſcit, quaſi pars eiuſdem hæreditatis ſit propter confuſionem, vt diximus ſuperius.

Secundus caſus eſt, cum quis vult hæreditatem tantum pupillarem, non etiam paternam adire: is abſtinet à paterna hæreditate, ſed pupillarem hæreditatem ampleɛti vult. & hoc caſu dicendum eſt eum poſſe pupillarem habere ſine paterna, vt dicitur in diɛta l. quæſitum. & legib. ſequentibus. Fauor & vtilitas pupilli hanc varietatem inducit. Non poteſt adire hæreditatem paternam, & repudiare pupillarem: ſed tamen è conuerſo poteſt ampleɛti pupillarem hæreditatem repudiando paternam. Hic videtis ſpecies eſſe diuerſas. ideo non eſt mirum ſi ius diuerſum reperiatur. Notandum tamen eſt, ſi pupillus, cui alius ſubſtitutus eſt, hæres extiterit patri, nullam habendam eſſe diſtinɛtionem, cum quæritur de ſeparatione vtriuſque hæreditatis. Si ponamus vt in ſpecie l. quidam elogio. pupillum antequam deceſſerit extitiſſe hæredem patri, tunc dicendum eſt neutram ab altera ſeparari poſſe. iuncta enim hæreditas cœpit eſſe. l. 8. qui liberis. §. filio impuberi. In aliis libris eſt l. 9. & incipit, Sed ſi plures. ff. de vulg. & pupillari ſubſtitutione. hæreditatem enim paternam acquiſiuit filius impubes, deinde deceſſit impubes. vnde cum fuerint confuſa bona patris cum bonis pupilli, non poteſt fieri ſeparatio, vt quis adeat bona patris, ſine bonis pupilli: aut contra bona pupilli, ſine bonis patris: iuncta enim hæreditas eſſe cœpit. Eodem pertinet quod dicitur in leg. patrisfamilias. ff. de priuileg. cred. In ea l. paterfamil. de priuileg. credit. quæſtio traɛtatur, de qua Iabolenus ex facto conſultus reſpondit. Quæſtio eſt, an pupillus qui deceſſit impubes, cuius hæreditas ex ſubſtitutione pupillari adita eſt ſubſtituto, teneatur creditoribus paternis: aut etiam is qui ei ſubſtitutus eſt, ſi adita non fuerit hæreditas patris, an nihilominus teneatur? Conſultor de eo dubitabat: quia intellexerat idem eſſe teſtamentum patris & filii, atque ideo putabat pro vna atque eadem hæreditate vtranque habendam. Reſpondit tamen Iabolenus neque pupillum teneri creditoribus hæreditariis, qui non adiit: neque ipſum ſubſtitutum. Tametſi enim varia ſit leɛtio eius legis, nam in quibuſdam libris negatio eſt, in aliis deſideratur negatio: tamen ſi inſpiciatur diligenter totus ille contextus, ſatis apparebit ex ſententia Iaboleni non teneri ſubſtitutum creditoribus paternis, niſi eo caſu filius impubes ante mortem immiſcuerit ſe hæreditati paternæ. In reſponſo illo Iaboleni eſt negatio in Pandeɛt. Florent. *Seruandum non eſt, &c.* Totus ille locus mihi valde eſt ſuſpeɛtus: ſed ſi quis diligenter expendat verba quæ ſequuntur, non dubitabit, quin ita ſentiat Iabolenus, neque pupillum ipſum qui ſe non immiſcuit paternæ hæreditati: neque ei ſubſtitutum teneri creditoribus paternis. Ex his intelligi poteſt ſenſus l. 10. ſi filius, qui patri. ff. de vulg. & pupil. ſubſtit. cum ait Iureconſultus ſeparationem hæreditatis paternæ & pupillaris permittendam eſſe, ſi quis nolit hæres eſſe patri: ſed tantum filio impuberi. *Si filius, qui patri, &c.* Si filius hæres extitit, ipſo iure ſine immixtione, non amiſit beneficium abſtinendi, *Recuſet* quod poteſt ante immixtionem præſertim. Hæc verba ſignificant & in eo qui frater non eſſet, neque ab inteſtato ſucceſſurus eſſet, idem dicendum eſſe. Hic videtis eum qui recuſat hæreditatem paternam, non prohiberi ampleɛti & adire hæreditatem pupillarem ſibi delatam ex ſubſtitutione pupillari. Subſtitutio igitur pupillaris adiri poteſt ſine paterna hæreditate: & qui recuſat paternam hæreditatem, non ideo excluditur à pupillari hæreditate. Hoc eſt intelligendum cum exceptione, modo aliquis hæres exiſtat, cuius aditione confirmatur pupillaris ſubſtitutio.

Nam non adita hæreditate ex teſtamento paterno, euaneſcit pupillaris ſubſtitutio. d. l. ſed ſi plures. 9. §. ſed ſi ex aſſe. ff. de vulga. ſubſtit. Sed mirum forte videbitur alicui quod in locis iam adduɛtis, in quibus dicitur poſſe adiri hæreditatem pupillarem ſine paterna, nulla mentio fiat hæreditatis paternæ, ſicut in diɛta leg. ſi filius, qui patri. ff. de vulgar. ſubſtit. in l. quæſitum. & legib. ſeq. ff. hoc tit. Itaque vulgo dicitur ſuitatem ſufficere ad confirmationem ſubſtitutionis pupillaris. Et quod dicitur non valere ſubſtitutionem pupillarem, niſi teſtamentum fuerit confirmatum aditione, & niſi ex teſtamento paterno adita fuerit hæreditas. l. 2. ff. de vulga. ſubſtit. aiunt ſatis eſſe, ſi exiſtat ſuus hæres. vnde dicunt, exiſtentia ſui hæredis, confirmari tabulas pupillares: & ſic dicunt accipiendum eſſe. Hæc tamen ſententia mihi nunquam probari potuit: nec vſquam reperi expreſſum quod dicunt de vi ſuitatis in hac re. Vnus tantum caſus reperitur de fideicommiſſaria libertate in leg. cum quaſi. 30. §. ſed & ſi ſuus. ff. de fideicom. liber. Sed fauor libertatis exigit vt ſuitate confirmetur libertas per fideicommiſſum relicta, perinde ac ſi adita eſſet. Et notandum eſt quod in diɛta l. quæſitum. dicitur, Si fuerit inſtitutus ſolus hæres ſine cohærede, quomodo repudiare poteſt paternam hæreditatem, & pupillarem ampleɛti? Quia repudiata hæreditate ex paterno teſtamento euaneſcit pupillaris ſubſtitutio. Et falſum eſt quod dicunt Iureconſultum loqui de extraneo. Nam loquitur de filio. *Nam qui iudicium parentis, &c.* requirit hic aditionem hæreditatis. vt valeat ſubſtitutio pupillaris: & tamen loqui-

tur de filio, qui fratri impuberi ſubſtitutus eſt. Alii quidam ſimiles loci reperiuntur, velut in leg. 1. §. vlt. ff. vt in poſſeſ. legat. ſeru. *Tunc ante aditam, &c.* Legata relicta in teſtamento non debentur, cum neceſſarii hæredes abſtenti ſunt, & tantum remanet illa ſuitas poſt abſtentionem. Hoc ius igitur ſuitatis non ſufficit ad confirmationem teſtamenti, vt legata debeantur. Hoc quidam non negant: ſed dicunt ſubſtitutionem pupillarem confirmari. quod probari non poteſt iudicio meo. Similis locus eſt in l. apud Iulianum. 11. §. idem Iulianus. ad Senatuſcon. Trebellia. *Idem Iulianus, &c.* Oportet ſaltem vnum ex hæredibus cogi adire hæreditatem, vt valeat fideicommiſſum. nec ſufficit illud ius hæredis ſui, quod dicitur remanere poſt abſtentionem hæreditatis. Huius ſententiæ auctores ac defenſores, eo argumento adducti ſunt, quod viderent in l. filius qui ſe paterna. 41. ff. hoc tit. & l. ſi filius qui patri. 10. ff. de vulgar. nullam fieri mentionem aditionis: ſed leue eſt hoc argumentum, iudicio meo, vt oſtendi ſub tit. de vulgari ſubſtit. Nam ideo omiſſa fuit mentio aditionis, quia de vi pupillaris ſubſtitutionis non erat quæſtio. Quæſtio erat, an quo caſu valet pupillaris ſubſtitutio, poſſit ex pupillari ſubſtitutione hæreditas adiri, recuſata paterna hæreditate? Vnde cum talis quæſtio proponitur, an hæreditas patris poſſit recuſari, & hæreditas pupillaris adiri: præſupponendum eſt, quo caſu valet pupillaris ſubſtitutio, de quo non erat quæſtio in eo loco. ideo nihil neceſſe erat de vi ſubſtitutionis pupillaris dicere. & hoc diuinare eſt: quia vt vulgo dicunt, nihil opus fuit aditionis mentionem fieri, cum tantum quæreretur, quo caſu pupillaris ſubſtitutio valet, an poſſit ſeorſum adiri ſubſtitutio pupillaris. Sic intelligo l. filius qui patri. & legem, filius, qui ſe paterna. & l. Iulianus. & alias leges huius tituli.

IN TIT. III.

QVEMADMODVM TESTAMENTA APERIANTVR, INSPICIANTVR, & deſcribantur.

CAP. I.

HOc eſt ipſius tituli argumentum. Quia multis variiſque ex cauſis accidit vt noſtra interſit, poteſtatem nobis fieri inſpiciendi & legendi teſtamenta, vel tabulas, quæ ad teſtamenti cauſam pertinent: ideo propoſitum eſt à Prætore hoc edictum de teſtamentis aperiendis. Ex hoc igitur edicto competit ius petendi inſpectionem teſtamenti. Ius petendi inſpectionem teſtamenti conceditur hoc edicto prætoris. itaque videtis hic nullam actionem dari. Prætor ait ſe coacturum & compulſurum eum apud quem eſt teſtamentum, vel tabulæ ad cauſam teſtamenti pertinentes, exhibere: vt poſſint eas inſpicere, qui petunt exhiberi: & eſt cognitio prætoria. Et ſimile eſt hoc edictum edicto de arbitris, & aliis quibuſdam ſimilibus edictis. *Si quis arbitrium receperit*, ait Prætor, *eum ſententiam dicere cogam.* huiuſmodi eſt etiam edictum de minoribus 25. annis. *Quod cum minore 25. annis geſtum eſſe dicetur*, ait Prætor, *vti quæque res erit animaduertam.* Hic nullam actionem dat Prætor: ſed totum hoc reſeruat cognitioni ſuæ. Ideoque dicitur in leg. quod ſi minore. 24. §. vlt. ff. de mino. nullam actionem ex eo edicto proficiſci: ſed totum Prætorem ſuæ cognitioni reſeruare. Vnde actio non datur, quia Prætor ipſe cognoſcit extra ordinem, recte dicetur extraordinaria perſecutio. Hic perſequitur extra ordinem, ſine ſolenni ordine iudiciorum: ſicut perſecutio extraordinaria dicitur, qua petuntur fideicommiſſa. l. pecuniæ verbum. 178. §. actionis. ff. de verb. ſigni. Hæc extraordinaria perſecutio in primis quæritur, cui, & aduerſus quem competat. & hic eſt primus locus noſtræ diſputationis.

CAP. II.

Cui competat hæc perſecutio extraordinaria.

HOc cognoſcitur ex leg. 1. ff. hoc tit. vbi dicitur omnibus competere, quicunque deſiderant teſtamenti tabulas inſpicere, vel etiam deſcribere. Vlpianus in l. 3. §. ſolent. ff. de tabul. exhib. ait, ſolere eos petere tabulas ſibi exhiberi, qui quid teſtamento adſcriptum habent: cuiuſmodi ſunt legatarii, fideicommiſſarii, vel ad teſtamentum pertinentes ſibi exhiberi. Sed tamen in hac leg. 1. ff. hoc tit. oſtendit Iuriſconſultus alios etiam quoſcunque petere poſſe, etiam ſi nihil forte eis adſcriptum ſit teſtamento. *Omnibus quicunque, &c.* Omnibus teſtamenti tabulas exhibere. quia forte dubitant aliqui, an teſtamento aliquid ſibi adſcriptum ſit, quib. nihil adſcriptum eſt: atque ideo deſiderant inſpicere, & legere tabulas teſtamenti, vel ad cauſam teſtamenti pertinentes. Sed exigitur iuſiurandum calumniæ cauſa. non ideo tamen repellitur quiſquam, quod contendat hæres eum calumniæ cauſa petere, ſi forte cauſetur hæres manifeſtum eſſe ei, nihil adſcriptum eſſe, tantum exigitur iuſiurandum calumniæ cauſa ad tollendam ſuſpicionem calumniæ, vt dicitur in leg. 3. C. eo. Hanc inſpectionem fiſcus etiam petere ſolebat propter vectigal viceſimæ, vt oſtendit Paulus lib. 4. Senten. tit. de viceſ. Vectigal erat inſtitutum ab Auguſto. vindicabatur viceſima pars hæreditatis, quæ alicui delata erat. Hinc poteſt cognoſci cur teſtamentum dicatur eſſe inſtrumentum publicum. leg. in princ. 2. ff. hoc tit. ibi, quin potius, &c. Diſputatum eſt apud Accurſium & alios, cur teſtamentum dicatur eſſe inſtrumentum publicum. non poteſt dici publicum, quomodo inſtrumenta noſtri temporis publica dicuntur. Publica inſtrumenta fiunt à publicis perſonis. Sed ego puto publicum dici teſtamentum: quia cuique poſtulanti permittitur inſpectari. Cum viderent Iureconſ. omnibus permiſſam eſſe hoc edicto teſtamenti inſpectionem, dixerunt publicum eſſe. Non tantum hæredis eſt, non tantum eſt legatariorum & fideicommiſſariorum inſpectio: ſed aliorum omnium quodammodo. Sic dicitur publicum iudicium Inſtit. tit. de public. iudic. Intelligitis ergo, cui hæc extraordinaria perſecutio competat. Addendum eſt contra quemcunque competere, apud quem tabulæ teſtamenti eſſe dicuntur. Is qui contendit ſua intereſſe tabulas teſtamenti ſibi exhiberi, & ſe non calumniæ cauſa petere, agit aduerſus eum, apud quem tabulæ eſſe dicuntur. hoc colligitur ex d. l. 2. ff. hoc titu. Agitur autem aduerſus eum apud quem tabulæ teſtamenti eſſe dicuntur non tantum aduerſus hæredem, ſed aduerſus quemcunque alium. d. l. 2. in fi. *Omnimodo ad hoc, &c.* Videtis ergo eum qui experitur hoc iudicio, hac extraordinaria perſecutione, hæc complecti debere ſuo libello, poſtulatione ſua vnum, quod ipſius interſit tabulas teſtamenti ſibi exhiberi, ne videatur calumniæ cauſa petere, quodque tabulæ apud eum ſunt contra quem experitur. Deinde alterum eſt, concluſio ſcilicet, quod petat hoc iudicio, nempe vt teſtamentum inſpiciendum exhibeatur. Teſtamentum hic accipimus etiam imperfectum in ea leg. 2. §. 1. ff. hoc tit. Teſtamentum hic abuſiue accipimus: vt etiam ſi teſtamentum non ſit, quia imperfectū, nihilominus is cogatur apud quem eſt, exhibere. Imo teſtamentum dicitur & id, quod ad cauſam teſtamenti pertinet. d. l. 2. §. 1. ibi. *Ad cauſam.* Et credibile eſt ita conceptum fuiſſe hoc edictum à Prætore, vt non teſtamenti mentionem faceret Prætor: ſed tabularum, quæ ad cauſam teſtamenti pertinent. Sic enim eſt conceptum edictum de tabulis exhibendis. quod huic eſt affine. l. 1. de tabulis exhib. *Ad cauſam teſtamenti ſui, &c.* ſic enim eſt legendum, vt in Flor. Pande. Haloander enim male legit, ad cauſam ſtatus ſui, &c. Ita concepit edictum ſuum Prætor, ne videretur de teſtamento tantum loqui, ſed etiam de codicillis, etiam de tabulis pupillaribus. Nam hoc edictum pertinet etiam ad codicillos & pupillares tabulas. leg. pen. ff. hoc tit. Tabulæ autem pupillares pertinent ad cauſam teſtamenti principalis. Ego dixi ſub tit. de vulgari ſubſtit. aliquando accidere vt ſeorſum & ſeparatim ſignentur tabulæ pupillares. hoc poteſt enim ita fieri. leg. ſi quis eum. 16. §. 1. & leg. 20. patris & filii. ff. de vulg. ſubſtit. Poteſt etiam ita pater ſibi & filio teſtamentum facere, vt ſufficiat vna atque eadem ſolennitas vtrique teſtamento. Si ſeorſum ſint ſignatæ tabulæ pupillares, poteſt dubitari, an pertineant ad hoc edictum. Sed certum eſt quæcunque ad cauſam teſtamenti pertinent, ad edictum hoc pertinere, & extraordinariam hanc perſecutionem eo nomine competere. Inſpectionem hic accipere debemus lectionem, vt dicitur in ea. l. 2. §. ſi dubitetur, in fi. *Inſpectio teſtamenti, &c.* hoc pertinet ad interpretationem verb. edicti prætorii. Prætor ait edicto ſuo, *Si quis deſideret tabulas teſtamenti inſpicere, ſe poteſtatem facturum vt inſpiciat.* Quid eſt inſpicere? Quid ſi mihi

ſi mihi hæres exhibeat ita inſpiciendas tabulas, vt non poſſim eas legere, an erit ſatisfactum meæ petitioni? Non ſufficit ita exhibere, ait Iureconſultus, vt non legantur: ſed oportet ita exhibere, vt legendi facultas ſit.

CAP. III.

De fine huius extraordinariæ perſecutionis.

Finis huius extraordinariæ perſecutionis, de qua nunc agimus, eſt vt veritas exquiratur. Nam, vt Gaius ait in l. 1. ibi, *Neque enim, &c.* vtile eſt admodum teſtamentum poſt mortem teſtatoris aperiri & recitari. Vtilitas igitur & vſus ex eo apparet, quod ſi tranſactio aliqua facta ſit de his controuerſiis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, non aliter valet tranſactio, quam ſi facta ſit inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti. Atque ideo ſumptum eſt ex hac l. 1. quod legitur ff. de tranſact. in l. 16. de his controuerſiis. Inſcriptio vtriuſque capitis oſtendit ex eodem loco ſumpta eſſe hæc omnia lib. 17. Caii ad edictum prouinciale. Sed cur, dixerit aliquis, non aliter valet tranſactio quam inſpectis cognitiſque verbis teſtamenti? Reſpondendum eſt id exigere fauorem teſtamentorum vt facilem exitum habeant, & nihil contrarium voluntati teſtatoris fiat. Et huic ſimile eſt quod dicitur in l. vlt. C. de rebus cred. vbi reuocatur iuſiurandum præſtitum de eo, quod ad teſtamentum pertinet, de legato & fideicommiſſo, ſi non inſpectis verbis teſtamenti iuſiurandum delatum ſit: ſicut hic dicitur de tranſactione. Eſt hic locus communis de tranſactione animaduerſione dignus, qui pertinet ad tit. de tranſact. Alius eſt finis propter quem petitur apertura teſtamenti: vt videlicet teſtamentum publicetur, atque inſinuetur. l. 2. C. eo. l. publicatis. C. de teſta. Teſtamenti tabulas Iureconſulti vocant modo publicationem, modo inſinuationem. Publicatum teſtamentum dicitur in d. l. publicatis. hic dicitur inſinuatum. Quid ſit publicare teſtamentum docet Iureconſ. Paulus lib. 4. Senten. tit. de viceſi. Poſtquam apertum eſt & publicatum teſtamentũ, ſigillo publico obſignatur, deinde in publico archiuo reponitur, vt ſi aliquando exemplum perierit, ad archiuum recurratur. Tunc igitur proprie ac vere publicum dicitur, cum inſinuatur & publico ſigillo obſignatur, & in archiuo publico reponitur. Huius obſignationis magna eſt vtilitas & effectus, quem docet Paulus in eo loco: quia ſi forte amiſſum fuerit teſtamentum, inſtrumentum poterit peti ex archiuo publico: ſicut hodie petuntur inſtrumenta à tabellionibus. Itaque hæc publicatio hodie non eſt magnopere neceſſaria. Quod dicitur in d. l. 2. ff. hoc tit. maxime conſentaneum eſt verbis Pauli, & d. l. publicatis. *Aperiantur, & ab his rurſus obſignentur.* Hæc autem publicatio ſiue inſinuatio iubetur fieri apud magiſtratum cenſus, non apud defenſores eccleſiarum, in l. teſtamenta. in l. conſultiſſima. C. de teſtam. in l. repetita. C. de epiſcop. & cleric.

CAP. IV.

De officio Prætoris in hoc iudicio.

Hic quæritur de officio Prætoris: quia prætoria eſt hæc cognitio, vt ante diximus. Prætor iudicem non dat: ſed hoc totum reſeruat cognitioni ſuæ. Hæc coercitio prætoria eſt, & ideo quæritur de officio Prætoris. Interpretatione aliorum titulorum, in quibus actiones dantur, quæritur quodnam ſit officium iudicis in vnaquaque actione. Sed quia hic non datur actio, quæritur de prætoris officio. Prætoris igitur officium eſt cogere eum, apud quem ſunt tabulæ vel teſtamentum, vel aliquid ad cauſam teſtamenti pertinens, ad id exhibendum, ſi non negat apud ſe eſſe, in d. l. 2. §. vlt. ff. hoc tit. *Si quis non neget, &c.* hæc verba valde obſcura viſa ſunt iis, qui non intelligebant morem iudiciorum dandorum apud veteres vſitatum. ideo non potuerunt perſpicere diſcrimen vtriuſque edicti de tabulis exhiben. & de exhibendo teſtamento quod hic tradit Iureconſultus. Ego aliquid de hac re ſcripſi lib. 2. Diſput. Si dicantur tabulæ teſtamenti apud aliquem eſſe, nec inficiatur is in iure apud Prætorem: nihilque allegat cur exhibere non debeat: eas exhibere compellitur à Prætore hac coercitione extraordinaria, & tunc Prætor officio ſuo fungitur compellendo. Si vero neget apud ſe tabulas eſſe, aut aliquid aliud huiuſmodi alleget, quod cauſæ cognitionem deſideret, tunc Prætor ipſe non cognoſcit ſed dat iudicem cogniturum de ea re. Dat interdictum Prætor de tabul. exhiben. Cum dat interdictum Prætor, ipſe non cognoſcit: ſed remittit ad iudicem pedaneum, vt Theophilus ait in Inſtit. tit. de interdict. Ex hoc igitur loco notanda eſt perſpicua differentia huius edicti quod interpretamur, & edicti de tabul. exhib. quo edicto interdictum proponitur. hic de interdicto non loquimur: ſed de coercitione prætoria, ac nec de actione quidem, vt ego ſuprà admonui. Hic non dat Prætor iudicem: ſed ipſe cognoſcit, ipſe coercet. Hæc coercitio ergo potius eſt imperii quam iuriſdictionis. & exemplum eſt mixti imperii. In hac autem coercitione cauſæ cognitio aliqua hic neceſſaria eſt. De quibuſdam enim cognoſcendum eſt antequam cogatur is, penes quem tabulæ teſtamenti eſſe dicuntur, eas exhibere, veluti d. l. 2. §. ſi dubitetur. ff. hoc tit. Dicitur is, qui teſtamentum fecit, mortuus eſſe, petitur ab hærede eius teſtamentum: is penes quem ſunt tabulæ teſtamenti, nihil cauſæ dicit cur eas non exhibeat: tamen ait ſe neſcire, an teſtator adhuc viuat, an vero deceſſerit: niſi liqueat eum deceſſiſſe. Prætoris officio non conuenit cogere eum ad exhibendum teſtamentum vt aperiatur: vt hic dicitur. *Et ſigilla.* ſic eſt legendum, vt in Florent. non *ſigillet.* hoc igitur edictum pertinet tantum ad aperturam & publicationem teſtamenti eius hominis, qui iam deceſſit: non autem hominis viui. Nec temere debet Prætor iubere teſtamentum aperiri hominis, qui adhuc ſuperſtes ſit: hoc durum eſſet. Dion in Auguſto ſcribit hanc cauſam diſſidii & contentionis inter Cæſarem & Antonium fuiſſe, quod Cæſar Antonii teſtamentum publicauerit, & palam recitauerit, cum adhuc viueret Antonius. Poſtquam perſpexit deceſſiſſe eum, cuius teſtamentum exhiberi petitur, antequam aperiri iubeat, cogit ſignatores teſtamenti conuenire, & ſigilla ſua recognoſcere, vt dicitur in l. 4. Cum ab initio. & legib. ſequentib. hic. ff. Publica vtilitas ſuadet, quæ verſatur in conſeruatione teſtamentorum, vt Prætor hac coercitione aduerſus teſtes & ſignatores vtatur. Conuocat ergo omnes ſignatores, quorum annulis teſtamentum eſt obſignatum, vt diximus ſub tit. de teſta. Interrogat eos, an recognoſcant ſigilla ſua. ſi fateantur recognoſcere ſigilla ſua, nullam res dubitationem habet, ſtatim aperiendum eſt teſtamentum. Quid ſi non agnoſcant: ſi aliqui ex teſtibus dicant ſe non agnoſcere ſigillum ſuum, non videri ſigillum ſuum eſſe? Quæſtio hæc eſt in l. 1. §. vlt. Si quis ex teſtibus non agnoſcat ſigillum ſuum, ſuſpectæ quidem redduntur tabulæ teſtamenti: ſed interim nihilominus aperiuntur. Nam poterit cognoſci poſtea veritas, & dilui ſuſpicio. quia aperto teſtamento adhuc remanent ſigilla: ſic aperitur teſtamentum vt ſigilla non deleantur, vt ait Iureconſultus in l. 7. ſed ſi quis ex ſignatoribus. In iſta l. ibi, *Debet Proconſul, &c.* Non eſt Prætor, vt ait Accurſius. idem eſt officium Proconſulis in prouincia. quod eſt Prætoris in vrbe. Hæc ſcripſit Caius ad edictum prouinciale, ſicut Vlpianus ad edictum prætoris. Quæſtio eſt ſi vnus ex ſignatoribus, ex teſtibus deceſſerit, an intercidat teſtamentum? Hoc non videtur ſatis expreſſum capitibus, quæ ſub hoc titu. leguntur. Et ſane difficilis eſt quæſtio, & vulgo dicitur perire fidem teſtamenti. quia priuata eſt ſcriptura: & adducunt conſtitutionem Pontificiam in titul. de fide inſtrum. cap. 2. Si inſtrumentum aliquod confectum ſit, non à publica perſona, & ſubſcriptionem habeat teſtium: ſi teſtes deceſſerint, vel vnus ex teſtibus, dicitur fides omnino inſtrumenti perire, nec vllius eſſe auctoritatis. idem etiam videtur dicendum de teſtamento. Sed hæc ſententia mihi non admodum probatur, quamuis vulgo recepta ſit. videtur enim aliena eſſe à ſententia veterum Iureconſultorum: aliena quoque à ratione iuris. Nam alias parum intereſſet inter teſtamentum ſcriptum & nuncupatum. Quid refert, an quis teſtamentum faciat nuncupatum, an in ſcriptis, conuocatis ſeptem teſtibus: niſi acceſſerit teſtium depoſitio, à quibus teſtamentum obſignatum eſt? Præterea nullus eſt locus in iure ciuili, in quo hoc ſcriptum reperiatur, quod dicunt intercedere fidem teſtamenti vno ex teſtibus, vno ex ſignatoribus mortuo. Aiunt non poſſe cognoſci ſigilla. imo poſſunt ſigilla ſignatorum recognoſci ab aliis. Nam ſigilla ſignatorum poſſunt aliis hominibus eſſe nota. Quid

vetat igitur quominus fiat fides per aliorum hominum depoſitionem, qui dicunt ſibi nota eſſe ſigilla ſignatorum teſtamenti? Nec mouere nos debet lex, cum ab initio. 4. ff. hoc tit. Vbi dicitur Prætoris officium eſſe, ſignatores conuenire & cogere ſua ſigilla recognoſcere. Prætor non loquitur de his, qui deceſſerunt. Sed obiicitur, inuentam eſſe ad hunc finem teſtamenti publicationem, vt ſi forte teſtes deceſſerint, teſtamentum maneat ratum. in l. publicatis. C. de teſta. hoc verum non eſt. Nam in ea lege dicitur, ſi amiſſum ſit teſtamentum, poſſe peti ex archiuo, in quo repoſitum eſt poſt recitationem. & idem ait Paulus in loco à me adducto. Ait, *Si amiſſum ſit, &c.* non dicit, ſi vnus ex teſtibus deceſſerit. Nec obſtat huic ſententiæ noſtræ conſtitutio pontificia, nam non loquitur de teſtamento: ſed de ſcripturis priuatis, quæ fieri ſolent de quacunque re. Nec eſt credendum pontificiam conſtitutionem generaliter loquentem, quæ nihil expreſſit de teſtamento, ad teſtamentum ſolenne pertinere. Prætoris igitur officium eſt ſignatores conuocare, qui ſua ſigilla recognoſcant, vt hic dicitur. Sed notandum eſt aliquando hanc conuocationem ſignatorum, atque adeo aperturam teſtamenti neceſſariam non eſſe. Interdum accidit vt neceſſaria non ſit, nec conuocatio ſignatorum, nec apertura & recitatio teſtamenti. Vnum exemplum eſt in l. ſi in duobus. 10. §. 1. ff. hoc tit. nempe ſi ſua ſponte tabulæ patefactæ ſunt, vt plerunque accidit, vt ſi ex duobus exemplaribus vnum apertum ſit. vt ibi in princ. ſtatim inſpicietur & deſcribetur teſtamentum: alia ſolennitate opus non erit, nihil neceſſe erit conuocare ſignatores, vt exhibeatur & deſcribatur. *Si in duobus, &c.* Hoc ſic eſt intelligendum, vt dicitur in leg. vlti. ff. hic. Si authenticum ſit id, quod apertum eſt: ſi quis fecerit authenticum & exemplum, exemplo aperto non videtur apertum eſſe teſtamentum authenticum. dicitur vulgo Originale: vt exemplum dicitur Copia. Poteſt vnum teſtamentum variis exemplis deſcribi: ſi vnum ex his apertum ſit ſua natura, hoc ſufficit: nec requiritur omnium exemplarium apertura. Præterea, non aperitur illa pars teſtamenti, quam teſtator aperiri noluit, vt dicitur in leg. 3. C. eo. ti. *Eius quod ad cauſam, &c.* Defunctus voluit aliquid ſecretum eſſe, quod in ſuo teſtamento deſcripſerat, & vetuit illud aperiri ante aliquod tempus: voluntati teſtatoris parendum eſt. Hoc accidit ſæpe in pupillaribus tabulis. Teſtator qui facit teſtamentum non tantum ſibi, ſed etiam filio ſuo, id eſt, ſubſtituit ei, *Si impubes deceſſerit*, vetat interdum filio ſuo aperiri teſtamentum: ne forte aperto teſtamento, hæres inſtitutus in eo inſidias ſtruat pupillo, aliquid moliatur in necem ipſius pupilli, cuius ætas periculis magnopere expoſita eſt. §. ſin autem. tit. de pupil. ſubſtit. in Inſtit. Sed et ſi [illegible] or hoc non vetuerit nominatim: tamen non aperiuntur tabulæ pupillares, ſi ſeorſum ſignatæ ſint, quamuis teſtamentum teſtatoris apertum ſit: vt dicitur in l. 8. pupillares. [illegible] men ſi ſeorſum, &c. ff. hoc tit. Aliquando ſeorſum non ſignantur: ſed eiſdem ſigillis, quibus & principales tabulæ. Et hoc caſu non poteſt aperiri teſtamentum, quin etiam aperiantur tabulæ pupillares. Sed cum ſeorſum ſignatæ ſunt, tunc poteſt aperiri teſtamentum paternum, etiam ſi non aperiatur pupillare teſtamentum. Sequitur in hac lege, *Niſi cauſa cognita, &c.* Poteſt eſſe cauſa cognita aperiendi teſtamenti: veluti, ſi mulier ſit in poſſeſſione ventris nomine, vt dicitur in l. ſi mulier. 9. ff. eo. titu. vt ſciatur quem curatorem eſſe voluerit teſtator ſuo filio poſthumo. Præterea non inſpicitur, nec deſcribitur ea pars teſtamenti, quæ ad ignominiam alicuius pertinet, vt dicitur in l. 3. C. eo. tit. Si quis itaque velit deſcribendi & inſpiciendi copiam ſibi fieri teſtamenti, non ei dabitur facultas deſcribendæ, aut inſpiciendæ eius partis teſtamenti, quæ ad ignominiam alicuius pertinet: cuiuſmodi ea eſt, qua quis conuiciis affecit ordinem iudicum: non conſulerem iudicibus permittere id teſtamentum aperiri, in quo forte vocabat eos latrones & fures. Deinde non deſcribitur dies & conſul teſtamenti. l. 2. §. diem autem. ff. eo. titu. Diem vocat Iureconſ. nos, datam. data non deſcribitur. Excipiuntur igitur ea, quæ ſecreta voluit eſſe teſtator, ea etiam quæ ad ignominiam alicuius pertinent. Excipitur & ea data, ne quid falſi fiat. Nam inſpectio eius datæ poteſt materiam falſi fabricandi inſtruere. Huic ſimile eſt quod dicitur de editione inſtrumentorum in l. 1. §. editiones. ff. de edend. Vbi dicitur fieri editionem ſine die & conſule, ne quid excogitetur è die & conſule: & prælato die fiat. ſic eſt legendum, vt in Floren. Pandect. & non perlato. In obligationibus potior eſt cauſa eius, qui prior eſt die & tempore. atque ideo ne in inſtrumentis fabricetur falſum, editio fit ſine die & conſule. Prælatum diem, nos vocamus antidatam. Repetita die dicunt Iureconſulti. l. 2. ff. de fideiuſſ. Similis locus eſt in l. 28. ſi à debitore. ff. ad leg. Cornel. de falſ. Falſi crimen admittitur ſi prælato die pignoris obligatio à debitore mentiatur. Prior dies in obligationibus eſt potior. in teſtamentis contra poſterior. Ad hæc officio Prætoris conuenit dare tempus ad exhibendum ei, contra quem intenditur hæc perſecutio, ſi forte non poſſit in præſentia exhibere tabulas teſtamenti, in dicta l. 2. §. vtrum autem incontinenti. ff. hoc titul. Idem dicitur in l. 1. §. 1. ff. de tabul. exhiben. In ſumma, cum quæritur de officio eius, qui cognoſcit in hac perſecutione, vbi de apertura teſtamenti agitur, dicendum eſt ſeruandam eſſe conſuetudinem cuiuſque loci, & fori, in quo petitur inſinuatio & publicatio teſtamenti, vt dicitur in l. 2. C. eo. Inſinuatio fit ſecundum leges & mores locorum in quibus petitur inſinuatio & publicatio. non enim inſpicitur eius loci conſuetudo in quo factum eſt teſtamentum: ſed eius loci in quo petitur publicatio. Ego dixi ſub tit. de teſtam. cum agitur de conficiendo teſtamento, conficiendum eſſe teſtamentum ſecundum conſuetudinem eius loci, in quo quis teſtari vult. Nam cum quæritur, an recte publicatum ſit teſtamentum, ſpectanda eſt conſuetudo eius loci, in quo inſinuatum eſſe dicitur. Eſtque locus communis de conſuetudine: & vulgo dicitur in his quæ pertinent ad rationem procedendi & iudicii exercendi, ſpectandam eſſe loci conſuetudinem, in quo iudicium exercetur. l. 3. de teſtam. In his autem quæ pertinent non ad litem exercendam: ſed ad negotii potius deciſionem, non ſpectari conſuetudinem eius loci, in quo agitur, ſed potius eius in quo contractum eſt. l. ſi fundus. 6. ff. de euict.

IN TIT. IIII.

SI QVIS OMISSA CAVSA TE*ſtamenti ab inteſtato vel alio modo poſſideat hæreditatem.*

CAP. I.

VARIIS modis proſpectum eſt à iuris auctoribus conſeruationi teſtamentorum, exiſtimantibus publice expedire, vt teſtamenta & vltimæ voluntates defunctorum effectum habeant: vt dicitur in l. 5. vel negare. ff. quemad. teſta. aper. Itaque ſub hoc tit. proponitur edictum, quod ad conſeruandam teſtatorum voluntatem maxime pertinet: idque contra ſtrictam iuris ciuilis rationem, ſuadente æquitate & vtilitate. Cautum autem eſt hoc edicto Prætoris, vt ſi is, cui delata eſt hæreditas ex teſtamento, eam adierit ab inteſtato: quia erat alioqui ſucceſſurus defuncto ſi inſtitutus non fuiſſet: ſi, inquam, omiſerit hæreditatem ex teſtamento, & eam adierit ab inteſtato, idque fraudandorum legatariorum cauſa, ne legata ipſius relicta teſtamento, præſtare cogatur: & conueniatur à legatariis, perinde ac ſi ex teſtamento hæreditas adita eſſet, quamuis alias iure ciuili legatariis non teneatur. Nam cum ex teſtamento hæreditas adita non eſt, irritum fit teſtamentum, l. 1. ff. de iniuſto, rupto, &c. l. 142. ſi nemo ſubiit. de reg. iur. & Iure ciuili nemo inuitus cogitur hæreditatem adire. l. neque emere. C. de iure delib. Stricta iuris ciuilis ratione deficiente, Prætor edictum propoſuit, quo ſubuenire voluit legatariis, vt ſecundum voluntatem teſtatoris legata ipſis præſtentur, vt ipſis detur actio ex hoc edicto, quamuis adita non ſit hæreditas ex teſtamento, perinde ac ſi adita eſſet. Hæc omnia continentur verbis edicti Prætorii, cuius verba videntur referri in l. 1. ff. hoc tit. Ex quo apparet hanc actionem ex iuriſdictione prætoria eſſe: non iuris ciuilis. apparet ex his, quæ diximus non eſſe iuris ciuilis. Quoniam ratio iuris ciuilis nō permittit, vt hoc caſu actio detur legatariis aduerſus hæredem. Ideoque dicitur vtilis actio. Plerunq; actiones deſcendentes ex iuriſdictione Prætoria, dicuntur vtiles reſpectu

ſpectu iuris ciuilis, quia ex iure directo ſiue iure ciuili non poſſunt competere, ſed vtilitatis cauſà dantur contra ſtrictam iuris ciuilis rationem. & ſæpe reperitur mentio vtilis actionis ſub hoc tit. & ſæpe Iureconſulti dicunt vtilem actionem nomine legati dari: ſicut in l. ſi quis pecuniam. 4. & leg. ſi non ſolus. 19. ff. hoc tit. & l. 1. C. eo. Quamuis enim propoſita ſit expreſſim & nominatim à Prætore: tamen dicitur vtilis reſpectu iuris ciuilis: ſicut Publiciana actio dicitur aliquando vtilis modo directa. Hoc eſt velut argumentum totius huius diſputationis. Nunc paulo ſubtilius & accuratius diſſerendum eſt de hac re, idque per locos communes, nos autem hic capita tantum ſumma attingemus propter breuitatem temporis. Non enim patitur breuitas temporis, vt ſingulas ſpecies, quæ hic propoſitæ ſunt, excutiamus. Primum caput erit de cauſa huius actionis.

Cap. II.

De cauſa huius actionis.

FVit cauſa huius actionis expreſſa in ipſo Prætoris edicto, cuius verba referri videntur ab Vlpiano noſtro in leg. 1. in princ. ff. hoc titu. Qui omiſſa, &c. his verbis oſtendit Vlpianus ex Prætoris edicto, qua ex cauſa agi poſſit hac actione. Verba igitur hæc ſunt interpretanda, vt cauſas intelligamus huius actionis. Ait igitur Prætor, *Si quis omiſſa cauſa teſtamenti*, hæc verba ſic accipimus, Si quis repudiata hæreditate ex teſtamento. Si quis repudiauerit hæreditatem cum hæres inſtitutus eſſet, vel abſtinuerit ab hæreditate. Verbum, Omiſſa, in Prætoris edicto, refertur tam ad repudiationem, quæ eſt extraneorum hæredum, quam ad abſtentionem, quæ eſt ſuorum. Itaque interpretatur Vlpianus in d. l. 1. extraneus repudiando hæreditatem ex teſtamento, ſuus abſtinendo, quamuis enim ſui iure ciuili neceſſarii ſint hæredes, tamen abſtinendo ex beneficio ſibi indulto à Prætore, incidunt in hoc edictum. Hic quæritur ſi inſtitutus ſit ſeruus, aut filiusfamilias: & dominus non iuſſerit ſeruum, aut pater filium, vt adeat hæreditatem, an incidat in hoc edictum? Verba edicti non ſufficiunt. Sed tamen, quia æquitas eadem eſt, dicemus quoque in edictum incidere. Sic ait Vlpianus in l. 1. §. 1. *Prætermittere autem cauſam, &c.* Nihil enim refert, quamuis hoc edicto prætoris expreſſum non ſit, an quis non adeat hæreditatem, an vero non iubeat ſeruo, vel filio ſuo, vt adeat cum poſſit iubere, & ſine eius iuſſu non poſſit adiri hæreditas ex teſtamento. Similis locus eſt in eadem l. 1. §. qui ſub conditione. de eo qui inſtitutus eſt ſub conditione, & conditioni non paruit. ad hunc quoque caſum producuntur verba edicti. Contra verba edicti quidem non facit: ſed contra mentem Prætoris, & eſt eadem ratio. Quantum ad hoc edictum attinet, conditio quæ pendet ex mera eius poteſtate, pro pura haberi debet, quantum ad hoc edictum attinet. non quod inſtitutus ſub conditione arbitraria videatur pure inſtitutus: ſed quoniam alias facile fraus fieret edicto. Ait igitur Prætor, Si quis omiſſa cauſa teſtamenti poſſideat ab inteſtato. Oportet igitur eum, qui omiſit hæreditatem ex teſtamento, poſſidere ab inteſtato: adeo vt ſi non poſſideat ab inteſtato, non ſit locus huic edicto. leg. ſi quis omiſſa. 17. ff. hoc titul. Deinde ait Prætor, Dolo malo, vt enim detur hæc actio, non ſufficit omiſſam eſſe hæreditatem ex teſtamento: non ſufficit eam poſſidere ab inteſtato, ſed oportet dolo malo id factum eſſe, vt fraudarentur legatarii legatis ſibi relictis teſtamento. hoc expreſſum fuit edicto Prætoris, vt docet Iureconſultus in leg. 3. ff. hoc tit. & interpretantur idem dicendum eſſe, & ſi quis deſierit dolo malo poſſidere. leg. 1. §. ſane interueniente. verſ. & ſi non poſſideat. exemplum eſt in leg. 1. §. vlt. Si quis omiſerit hæreditatem ex teſtamento, vt ad legitimum hæredem, aut ſubſtitutum perueniret, huic actioni locus eſt in ſi. d. leg. 2. *Si quis per fraudem, &c.* Prætor in edicto ſuo loquitur de eo, qui omiſit hæreditatem vt ipſe ab inteſtato poſſideret. quoniam erat inſtitutus frater, vel alius, qui ſi inſtitutus teſtamento non fuiſſet, nihilominus ſucceſſurus erat ab inteſtato. Sed quid ſi ſucceſſurus non erat ab inteſtato? Fuit hæres inſtitutus extraneus, & eam hæreditatem omiſit, vt perueniret vel ad agnatum proximum, vel ad ſubſtitutum, & omiſit eam in fraudem ex inſtitutione vt fraudaret legatarios, vt perueniret ad ſubſtitutum ex ſubſtitutione, cum legata non eſſent relicta à ſubſtituto, ſed tantum ab inſtituto. Ex verbis edicti non videtur locus eſſe huic actioni in hoc caſu: ſed tamen ex ſententia edicti datur actio. Hæc verba edicti adhuc producuntur longius & extenduntur interpretatione iuriſprudentum. Vnum exemplum eſt l. 25. ff. hoc tit. cui ſeruus. & l. ſeq. 26. Iulianus. Si quis omittat ex inſtitutione hæreditatem, & adeat ex ſubſtitutione vel ſua vel ſerui ſui. in d. l. cui ſeruus, *Cui ſeruus, &c.* Titius hæres inſtitutus eſt primo gradu: ſeruus ipſius ſubſtitutus eſt ei, *Si Titius hæres non erit, Stichus hæres eſto.* Omiſit hæreditatem Titius ex inſtitutione ſibi delatam: iuſſit ſeruum adire ex ſubſtitutione, ſperans vt ita perueniret ad ſe hæreditas ex ſubſtitutione ſerui, & legata non præſtarentur: quia nulla legata erant relicta à ſeruo. Ait Iureconſultus locum eſſe edicto Prætoris in hoc caſu. Similis locus eſt in d. l. Iulianus. Aliud exemplum eſt etiam huius extenſionis in leg. 4. §. pen. vbi dicitur, etiam aduerſus legatarios hanc actionem cõpetere, ſi dolo legatarii aliquid factum ſit: ſed de eo poſtea dicemus. Hæ ſunt cauſæ ex quibus actio edicti propoſita datur: nunc videndum eſt quid veniat in hoc iudicium & actionem.

Cap. III.

Quid veniat in hanc actionem.

COgnoſcitur etiam ex edicto Prætoris, cuius verba Vlpianus refert in l. 1. in princip. ff. hoc titul. petitur ergo hac actione quicquid ex defuncti iudicio deberi potuiſſet, ſi adita hæreditas fuiſſet ex teſtamento. Ideoque petuntur fideicommiſſa, petuntur libertates adita hæreditate ex teſtamento. Hæc omnia debentur. De legatis exempla hic paſſim reperiuntur & occurrunt. Sunt & exempla de libertatibus in l. 2. C. eo. in l. pen. hoc tit. ff. & l. 12. de libertatib. eo. Proſpectum eſt legatis & fideicommiſſis & libertatib. Breuiter in hanc actionem venit, quicquid deberi poteſt ex iudicio defuncti, ſi adita ſit hæreditas ex teſtamento. Vnde dicitur hæc actio rei perſecutionem continere non pœnam. d. l. de libertatib. §. 1. hic. ff. *Hæredem, &c.* Quia legatarius, aut fideicommiſſarius id perſequitur quod ſibi abeſt: quod lucraturus erat, ſi hæreditas adita fuiſſet: quod conſequi potuiſſet iure ciuili actione directa legatarius. Vnde dicitur rei perſecutoria hæc actio, non pœnalis, d. l. de libertatibus. §. 1. Quod autem gratia conditionis implendæ conſequi potuiſſet quis, id non veniet in hoc iudicium: id non conſequetur hac actione. l. ſi quis ſub conditione. 8. ff. hic. *Si quis ſub conditione, &c.* Teſtator inſtituit hæredem ſub conditione, *Si decem dederit Titio*, hæres omiſit hæreditatem, Titius actione in factum ex hoc edicto vult petere decem, quæritur an poſſit? Ait Iureconſultus non poſſe. non enim eſt legatarius, neque fideicommiſſarius, ea decem in conditione tantum ſunt, non etiam in diſpoſitione teſtatoris. Teſtator non iuſſit ei dari decem: ſed inſtituit hæredem ſub conditione, ſi ei decem dederit. & ratio manifeſta eſt, cur non detur actio ad petenda decem: quia & ſi hæreditas adita eſſet, non poſſet petere quod in conditione eſt. Eſt locus communis de conditione obſeruatione dignus. Et ſæpe ſolet adduci hic locus cum de vi & effectu conditionis diſſeritur. Ego hunc locum adduxi, cum ſuperioribus argumentis tractarem quæſtionem difficilem vulgo agitatam, de filiis qui in conditione poſiti ſunt, an ex voluntate teſtatoris vocati videantur. Et hic locus oſtendit non videri vocatos: quia conditio eſt tantum. Sequens locus eſt qui pertinet ad perſonas.

Cap. IV.

De perſonis quibus aut contra quas hæc actio datur.

HIc quæritur, cui & contra quem detur hæc actio in factum ex edicto Prætoris? Et certum eſt ex his quæ iam diximus ei competere, cui aliquid iudicio teſtatoris præſtari debet. leg. 1. hic. ff. & actio non tantum ei datur, ſed etiam ipſius hæredi. leg. vlt. C. eodem. eſt enim rei perſecutoria. hæres rem perſequitur quæ abeſt defuncto. cur ergo non tranſibit ad hæredem? cur non dabitur hæredi legatarii, vel fideicommiſſarii? Hæc actio datur contra eum, qui omiſit ex teſtamento, & poſſidet, vel poſſidere deſiit. leg. 1. §. 1. & §. non quærimus. ff. hoc tit. & dicendum eſt nihil referre quam partem hæres poſſideat. Imò etiam ſi certam rem hæreditariam poſſideat. l. 13. & ſi non totam. hic. ff. Siue totam hæredita-

tem poſſideat,ſiue partem eius,& ſi rem certam. hic recte Iureconſultus diſtinguit rem certam, ab hæreditate. Res certa non proprie dicitur hæreditas,aut pars hæreditatis. Hæreditas eſt nomen iuris: hæreditas non accipitur pro re hæreditaria. Quamuis Cicero definierit hæreditatem eſſe pecuniam, &c. hæreditatem nos accipimus pro iure.l.hæreditas. ff. de petit. hæredit. Sed cur,dixerit aliquis,datur actio ex hoc edicto aduerſus eum,qui rem aliquam certam poſſidet ex hæreditate, cum hæreditas non ſit,nec pars hæreditatis? Reſpondet hic Iureconſultus. ff. hoc tit. in l. 14. & duab.ſeq.legib.15.& 16. quamuis non proprie pars, &c. Hæreditas eſt vniuerſitas: ſed ea vniuerſitate res corporales & ſingulæ res continentur. atque ideo petitione hæreditatis tenetur is qui rem aliquam certam poſſidet.d.l.16. *Cum enim, &c.* Atque hinc obiter annotandum eſt hac actione eum conueniri poſſe,qui petitione hæreditatis teneretur:quique petitione hæreditatis conueniri poteſt, idem conueniri poteſt actione in factum ex hoc edicto. Petitione autem hæreditatis tenetur, qui poſſidet aliquam rem hæreditariam,ſiue pro hærede, ſiue pro poſſeſſore.l.licet.10.& l.pro hærede.11.ff.de petit.hæred. & l. vlt. hic. *Qui omiſſa, &c.* Si quis poſſideat rem hæreditariam vt ſibi donatam,vel alio quolibet huiuſmodi titulo, non poterit conueniri à legatariis actione ex hoc edicto. Ita demum conuenietur ſi poſſideat vel pro hærede,vel poſſeſſore, ſi ita poſſideat vt dicat ſe hæredem eſſe:vel vt prædo. Hinc naſcitur quæſtio, Si quis alterius gratia omiſerit hæreditatem, puta legitimi hæredis,aut ſubſtituti:idque dolo malo, & in fraudem legatariorum:vter hac actione tenebitur: an is, qui omiſit hæreditatem,an vero is qui poſſidet hæreditatem? Edictum loquitur,cum is,qui omiſit hæreditatem ex teſtamento, idem poſſidet ab inteſtato. Verum aliquando contingit, vt is qui omiſit hæreditatem non eam omittat, vt eam conſequatur ab inteſtato:ſed vt ad [illegible] num hæredem, vel ſubſtitutum pertineat. Hic deficiunt verba edicti prætorii: tamen ex ſententia diximus locum eſſe huic actioni. Sed vter tenebitur, an is qui omiſit:an vero agnatus qui poſſidet hæreditatem ab inteſtato,vel ſubſtitutus ex ſubſtitutione? Hæc quæſtio tractatur variis in locis,præſertim in l. 2. §.vlti.& l. 4. vbi diſtinctio traditur,diciturque,eum qui poſſidet, ſi fraudis ſit particeps,teneri eo nomine, atque ita intelligendum eſt quod dicitur in l. [illegible].§.vlti. cum ait Iureconſultus: *Si quis in fraudem, &c.* Addenda eſt diſtinctio l. 4. etſi ibi ſpecialiter loquatur Vlpianus. Hæc enim ſeparata ſunt, quæ erant coniuncta in ſcriptis Vlpiani. Inſcriptio l. [illegible].eſt, Vlpian. 50. ad edict. eadem eſt inſcriptio l. 4. Sed interpoſuit compoſitor Pandectarum, l. 3. ex aliis ſcriptis. Quæ coniuncta erant in ſcriptis Vlpiani, diſtracta ſunt à compoſitoribus Pandectarum. Eſt igitur ex l. 2. ſtatim tranſeundum ad l. 4. Ergo ſiue pecuniam acceperit, ~~ſiue non acceperit, ſemper~~ datur actio vtilis aduerſus eum, qui poſſidet hæreditatem. ~~*Si tamen,*~~ *&c.* Hæc eſt diſtinctio notanda. Et eſt accipiendum quod diximus, legitimum hæredem,vel ſubſtitutum qui poſſidet hæreditatem,teneri, ſi particeps fuerit fraudis. quod eſt apertius in l.27.§.vlt.huius tit.ff. l.Mater.§. vlt. huius tit.ff.& l. 1.C.eo. In d.l. 27.§. vlt.ex ſententia,non ex verbis edicti prætorii,hæc actio datur aduerſus legatarium quoque,quamuis edictum Prætoris pertineat ad hæredem.l.4.§.Quamquam.hic.ff. *Quamquam, &c.* Legatum eſt aliquid Titio. teſtator eius fideicommiſit, vt reſtitueret Sempronio:is fecit dolo malo,ne adiretur hæreditas. Hoc caſu tenebitur,quamuis Prętor loquatur de hærede in edicto ſuo: tamen edictum Prætoris ad legatariũ producetur interpretatione. *Serpet, &c.* Eſt elegãs interpretatio,cum quod ſcriptum eſt in aliqua lege,propter ſimilitudinem rationis & æquitatis, ad id quod ſcriptum non eſt extenditur & producitur. Leges quæ de re aliqua ſcriptæ ſunt, paulatim interpretatione prudentum extenduntur,quatenus vtilitas id exigit.leg.non poſſunt.& l. neque leges. ff. de legib. imo etiam producuntur ad ea,de quibus non eſt cogitatum à legiſlatoribus. Hinc quæritur,ſi dolo malo tutoris omiſſa ſit hæreditas,an detur in pupillum actio:an potius in tutorem? Quæſtio eſt in l. ſi dolo tutoris.24.ff.hoc tit. In pupillum dabitur quatenus ei acquiſita eſt hæreditas. Hæc quæſtio pertinet quoque ad interpretationem verborum edicti. Prætor ait ſe daturum actionem aduerſus eum, qui dolo malo omiſerit ex teſtamento hæreditatem, vt eam poſſideat ab inteſtato. Pupillus eſt qui omiſit hæreditatem, non tamen dolo ſuo, ſed dolo tutoris ſui. Quatenus autem teneatur pupillus ex dolo tutoris ſui, eſt locus communis,de quo in l. neque interdicto. ff. de reg. iur. & de eo ſup. aliquid dixi in interpretatione tit. de dolo malo. Sequens quæſtio eſt de hærede, an hæc actio detur in hæredem? quæſtio eſt in l. 12. de libertatibus.§. hæredem.ff. hoc tit. hæc actio ſicuti datur hæredi: ita etiam datur in hæredem: idque in ſolidum,niſi ex dolo tantum defuncti conueniatur:quia rei perſecutoria eſt,non pœnalis, itaq; dicit Iureconſ.ibi, *Niſi propter dolum.* Imo nunquam hæc actio datur niſi propter dolum. Dixi cum diſſererem de cauſa huius actionis,nunquam dari hanc actionem, niſi dolo malo omiſſa ſit hæreditas,vt adeatur ab inteſtato. Quomodo igitur accipiemus quod hic dicitur,dari in ſolidum in hæredem,niſi propter dolum defuncti conueniatur hæres? Hoc ita eſt accipiendum, niſi conueniatur propter dolum tantum defuncti. Hæc actio datur aliquando propter dolum tantum defuncti aduerſus hæredem:aliquando datur aduerſus eum, qui adiit hæreditatem ab inteſtato. Aliquando aduerſus eum, qui non adiit ab inteſtato: ſed propter dolum ipſius: quia dolo malo omiſit hæreditatem ex teſtamento, vt hæreditas vel ad legitimum hæredem,vel ad ſubſtitutum perueniat. Ponamus hæredem inſtitutum repudiaſſe hæreditatem ex teſtamento, & eam adiiſſe ab inteſtato. hoc caſu hæres tenetur hac actione in ſolidum,ſine diſtinctione agitur aduerſus eum: quia defunctus adiit ab inteſtato. Sed ſi ponamus defunctum omiſiſſe quidem ex teſtamento hæreditatem,ſed non adiiſſe: ideoque tenetur vel hæredi legitimo,vel ſubſtituto. Et hoc caſu tenebitur tantum eius hæres de eo quod ad eum peruenit. veluti, ſi pecuniam accepit à ſubſtituto, vt omitteret hæreditatem ex inſtitutione & perueniret ex ſubſtitutione ad ſubſtitutum. Ex his quæ diximus, poteſt intelligi quomodo concipiendus ſit libellus in hac actione.

In libello exprimenda eſt cauſa propter quam agitur: quia ſcilicet omiſit hæreditatem. Deinde petet,quod ex iudicio defuncti conſecutus fuiſſet, ſi adita fuiſſet hæreditas ab inteſtato. Nam videndum eſt de exceptionibus.

CAP. V.

De exceptionibus reo competentibus in hoc iudicio.

OStendimus quæ ſit cauſa huius actionis, quæ proponitur hoc edicto,cui,& contra quem detur hæc actio,quid hac actione petatur: nunc de quibuſdam exceptionibus reo competentibus dicendum eſt. Multæ obſeruari poſſunt exceptiones ex his quæ iam diximus: ſed aliæ quædam addendæ ſunt:& eæ,quarum mentionem fecimus, aliquanto apertius explicandæ.

Vna defenſio & exceptio rei in hoc iudicio eſt, Si iuſtam cauſam habuerit omittendæ hæreditatis. idque ſatis colligitur ex ipſo Prætoris edicto. Nam edicto Prætoris datur actio aduerſus eum, qui omiſſa cauſa teſtamenti, adiit hæreditatem ab inteſtato, dolo malo tantum, & circumueniendi legatarii cauſa,vt dicitur in l.1.in prin. Itaque in hoc iudicio non poteſt eſſe iuſtior defenſio rei conuenti, quam ſi dicat ſe non dolo malo, ſed iuſta ratione ductum omiſiſſe ex teſtamento hæreditatem:vt puta,quia teſtatoris voluntate id fecit. quia teſtator permiſit vt ab inteſtato, ſi vellet, adire poſſet.l.quia autem.6. in prin.& §. non ſimpliciter. In tota illa leg. prolixa eſt diſputatio de hac re: & tractantur ibi multæ ſpecies in quibus quæritur, an videatur teſtator id permiſiſſe. Eodem pertinet quod dicitur in leg.1.§. ſi proponatur idem. Quidam ſibi ipſi ſubſtitutus eſt,quod fieri aliquando poteſt mutata cauſa ſubſtitutionis, vt dicitur in leg. vlt.ff.de vulga.ſubſtit. Nam ſi mutata non fuerit cauſa ſubſtitutionis,non recte quis ſubſtituitur ſibi ipſi. Sed ſi quis ita dixerit, *Titius hæres mihi eſto ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit. & ſi hæres non erit, idem Titius hæres eſto.* Cauſa ſubſtitutionis vtilis eſt igitur ſubſtituto. & ſic eſt intelligendum quod hic dicitur, vbi inſtitutio eſt conditionalis, ſubſtitutio pura eſt: iuſtam igitur cauſam habet omittendæ hæreditatis ex primo gradu,& adeundi ex ſecundo. quia teſtator ei hanc facultatem dedit.

Alia cau-

Alia cauſa eſt in l. excuſatus. 5. ff. hoc tit. Si quis aliter ſcriptus ſit hæres, quam debuit. Exemplum eſt in patrono, qui hæres inſtitui debet in portione legitima ſine vllo onere. Excuſatus videtur, inquit, ſeruus patroni inſtitutus à liberto ex aſſe: ſi impeditur aliquo caſu, quominus adeat hæreditatem iuſſu domini ſui, iuſta eſt cauſa omittendæ hæreditatis ex teſtamento, & adeundi ab inteſtato. Et huic ſimile quod dicitur de patrono in d. l. qua autem. §. ſi patronus.

Alia cauſa eſt, ſi non poſſit adire hæreditatem ex teſtamento: puta, quia teſtamentum ruptum eſt, aut irritum. hoc caſu igitur hæres omiſſa hæreditate ex teſtamento, hæreditatem adit ab inteſtato, vt dicitur in l. 2. C. eo.

Alia exceptio eſt rei, propter beneficium legis Falcidiæ, in l. duo hæredes. 18. §. 1. ff. hoc tit. Admonendi ſumus, &c. Omiſſa cauſa teſtamenti, & adita hæreditate ab inteſtato, legatarii ex hoc edicto in factum experiuntur aduerſus hæredem, petuntque legata ſibi relicta: hæres vult deducere quartam partem ex lege Falcidia, quæritur an poſſit? Mouet quæſtionem, quod dicitur legata præſtanda eſſe. Deinde conuenitur hæres ex dolo ſuo. ideo non videtur beneficio legis vti debere. Sed tamen ait iureconſultus beneficium legis Falcidiæ ei concedendum eſſe: vt ſi forte legata relicta excedant dodrantem hæreditatis, poſſit deducere quadrantem. Ratio perſpicua eſt ex verbis edicti prætorii, de quibus iam diximus ſuperius: quia tantum conſulitur hac actione legatario, quantum conſequeretur actione directa, ſi hæreditas adita eſſet ex teſtamento. Et boni conſulere debet legatarius, ſi tantum obtineat hac actione vtili, quantum conſequeretur directa actione, ſi adita eſſet hæreditas ex teſtamento. At ſi ex teſtamento adita eſſet hæreditas, non conſequeretur integrum legatum: ſed hæres deduceret quartam partem hæreditatis, & vteretur beneficio legis Falcidiæ. Similis locus eſt in l. vlt. Cod. eo. ibi, Quatenus, &c. Hæc ſunt præcipua capita huius tractatus. cætera vos ipſi legendo poteritis aſſequi.

IN TIT. V.

DE SENATVSCONS. SILLAniano & Claudiano, quorum teſtamenta ne aperiantur.

Hic tractatus pendet ex ſuperiobus, præſertim ex titu. quemadmo. teſta. aper. & cum eo coniungi debet. Nam ſub hoc titu. vnum edictum & ſenatuſconſultum propoſitum eſt, quo cautum eſt, ne bonorum poſſeſſio petatur, ne hæreditas adeatur, vel aperiatur teſtamentum antequam de familia quæſtio ſit habita, & ſupplicium ſumptum, ſi dominus occiſus fuerit. Hoc edictum & ſenatuſconſultum pertinet ad aperturam teſtamenti, cuius mentio eſt in l. 3. ſi quis in graui. §. quod ad cauſam. ff. hoc tit. Sed alia quædam capita hic adiecta ſunt, quibus perfidia ſeruorum in dominos punitur, de quo factum fuit Senatuſcon. Sillanianum dictum ab auctore. Factum fuit & Claudianum. Seruorum enim fides in dominos veteribus admodum ſuſpecta fuit. Vnde tot edicta, tot leges, tot Senatuſconſulta emanarunt, quæ ſub hoc tit. leguntur. De his ita diſſeremus, vt omnia attribuamus Senatuſconſ. Sillaniano, ſicuti exemplum Iuſtiniani in Senatuſconſ. Trebelliano & Pegaſiano. De reſtitutione fideicommiſſaria varia Senatuſconſulta fuerunt: ſed omnia attributa ſunt Senatuſconſulto Trebelliano. Quo autem tempore fuerit factum hoc Senatuſconſultum, nihil compertum eſt: ſed certum eſt antiquiſſimum eſſe ius de quæſtione habenda de familia. Huius iuris meminit Seneca in epiſtola 88. & Spartian. in Adriano & Cornel. Tacitus lib. 13. & alii. De hoc intelligenda eſt inſcriptio ipſa.

Primum caput huius Senatuſconſulti eſt, quod colligitur ex verbis Vlpiani in leg. 1. in principio. vt occiſo domino, de ſeruis, qui ſub eodem tecto fuerunt, habeatur quæſtio, & ſumatur ſupplicium: niſi opem domino tulerint, vt culpa eorum argui non poſſit. Cum aliter, inquit Vlpian. *A familia, &c.* Huius capitis ſingula verba diligenter & accurate Vlpianus noſter interpretatur in hac leg. 1. ff. hoc tit. quia Senatuſconſultum loquitur de dominis & ſeruis, docet quis dominus dicendus ſit, & variæ ſunt quæſtiones de ea re pertinentes ad Senatuſconſulti interpretationem. Quæritur de eo, qui vſumfructum habet ſine proprietate. De eo, qui bona fide poſſidet. Quæritur de eo, qui dominus eſt pro parte tantum. Quæritur etiam de ſeruis viri & vxoris, quia vna familia eſt, an habenda ſit quæſtio de ſeruis vxoris, ſi vir ſit necatus in domo? Sed lectione tantum opus eſt in hac re. Interpretatur etiam quid ſit occiſum eſſe in §. occiſorum. de qua re extat etiam conſtitutio Iuſtiniani in leg. vlt. Cod. de his quib. vt indig. Quomodo accipiendum ſit quod dicitur de ſeruis qui ſub eodem tecto ſunt. Hoc autem Senatuſconſulto non ſimpliciter quæſtionem ſtatim habendam eſſe, aut ſupplicium ſumendum de ſeruis dicitur, ſed cum hac exceptione, niſi opem tulerint domino cum poſſent. Et hæc verba interpretatur Vlpianus in leg. 1. §. excuſantur, & §. impubes. & alii. Excuſantur, inquit, ſerui ſi opem tulerint. Seruus ſi domino ſuo bona fide, non dicis cauſa, vt aiunt, ſine ſimulatione vlla, ſine dolo malo opem tulerit, tunc excuſatur ſeruus. Secus ſi defunctorie tulerit opem. Dicis cauſa, quid ſit, ego ſcripſi lib. 1. Diſputat. Sed quæritur, an abſolutio domini proſit ſeruo? Quæſtio eſt in leg. 2. ff. hoc tit. Si officium ſeruorum ſuorum purgauerit dominus moriens, an hæc abſolutio eis proſit? Ait Iureconſultus prodeſſe. Quid ſi moriens purgauit & abſoluit occiſorem ſuum, ſiue dixerit ab eo ſibi cædem illatam non eſſe, ſiue dixerit cædem ei condonare? Et certum eſt hoc ius quod eſt ſingulare, non temere producendum eſſe ad conſequentiam. leg. quod vero. ff. de legib. Hic agitur de negligentia tantum, culpa ſeruorum non de cæde à ſeruis illata. atque ideo hoc non videtur producendum eſſe interpretatione ad eos qui cædis perpetratores fuerunt. Hic quærebatur, non an ſerui interfeciſſent dominum: ſed an officio functi fuiſſent, an purget eos dominus. Animaduerſio in eum, qui cædem admiſit, ad publicam vindictam pertinet, quæ non poteſt mutari pactionibus priuatorum. leg iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ff. de pactis. leg. ius publicum. 38. ff. eo. titu. de pactis. Quare nihilominus ſumetur de eo ſupplicium. De accuſatione eius, qui interfectus eſſe dicitur, nulla dubitatio eſt quin ea accuſatio non noceat. leg. 1. hoc titu. ff. Quod ſi is, qui interfectus eſſe dicitur ab alio, moriens accuſauit eum: dixitque cædem ab eo ſibi illatam eſſe, aliud dicendum eſt. Et manifeſta eſt ratio huius diuerſitatis. Eadem ratione fit, vt etiam ignoſcatur impuberibus ſeruis, vt dicitur ff. hoc titu. l. 1. §. impubes. Ætas excuſationem meretur. Nam Senatuſconſultum Sillanianum de quæſtione ſeruorum ad impuberes non pertinet. Quæſtio non habebitur de impuberibus, nec ſupplicium ſumetur: & animaduertendum eſt nulla diſtinctione hic vti Iuriſconſultum. quamuis cum quæritur de pœna impuberis, ſoleat diſtingui an doli capax ſit, an non ſit, vt in l. impuberem. ff. de fur. ait, impuberem furtum façere, & furti teneri, ſi doli capax ſit. Sed nulla hic adhibetur diſtinctio. hic ſimpliciter ait Iureconſultus puniri non debere nec ſupplicium ſumi: nec quæſtionem haberi de impubere. hoc ideo, quia de negligentia tantum agitur, non de cæde admiſſa. Vbi quæritur de admiſſo, tunc diſtinguitur vt in leg. impuberem. ff. de furt. an doli capax fuerit impubes, an non fuerit. Facinus admiſſum impuberis qui doli capax non eſt, impunitum eſſe debet. Et ſic accipiendum eſt quod dicitur in leg. 14. excipiuntur. ff. hoc tit. Trebius legatus Cæſaris hic ideo iuſſit ſupplicium ſumi de impubere: quia ei videbatur particeps cædis admiſſæ fuiſſe in dominum, non arguebatur culpæ aut negligentiæ: ſed quod is non multum aberat à pubertate: non longe à domino cubuerat: quæ coniecturæ arguebant impuberem participem fuiſſe cædis domini. Ob eandem rationem excuſatur valetudo, morbus, vitium corporis, cæcitas furor, & alia huiuſmodi, de quibus in l. 3. ſi quis in graui. ff. hoc titu. Nunc ad alia capita venio.

Caput ſecundum eſt, vt non tantum de ſeruis: ſed etiam de libertis occiſi quæſtio habeatur ſiue, teſtamento manumiſſi fuerint, ſiue viuus adhuc eos manumiſerit. De his qui manumiſſi ſunt teſtamento, mentio eſt in l. 3. §. de his quoq; ſeruis. ff. hoc titu. vbi Iureconſultus ait, de his ſeruis, qui li-

beri facti ſunt teſtamento, perinde eſſe ſupplicium ſumendum, atque de aliis ſeruis. Et de his factum eſt Senatuſconſultum ſub Nerone, cuius meminit Cornelius Tacitus lib. 3. Eo Senatuſconſulto hoc additum eſt veteri iuri, vt de ſeruis habeatur quæſtio, etiam ſi manumiſſi ſint teſtamento defuncti. De ſeruis autem, quos viuus manumiſit non in teſtamento, factum fuit aliud Senatuſconſultum ſub Traiano, cuius mentio eſt ſub l. 10. ſi exhæredatus. in fin. Ergo de libertis ſumetur ſupplicium, ſicut de ſeruis, ſiue is qui occiſus eſſe dicitur, eos ante teſtamentum, ſiue poſt teſtamentum manumiſerit. Sed eſt locus vnus in l. 1. §. ſi ſerui. ff. de quæſtionib. qui videtur contrarius eſſe. *Serui*, inquit, *niſi particip.* hæc videntur pugnantia eſſe. Ait in eo, cui fideicommiſſaria libertas pure debetur, non eſſe feſtinandum ad tormenta. & reſcriptum videtur contrarium eſſe Senatuſconſulto. Barto. & alii intelligunt torquendum quidem eſſe: ſed tamen non adeſſe ad hoc feſtinandum. Sic elabuntur. in reſcripto D. Pii dicitur non eſſe feſtinandum. Hoc non leuiter faciendum eſt : ſed verba ſequentia omnino repugnant, *Sed magis eſt, &c.* nihil potuit apertius dici. Sed Bartol. non eſt aſſecutus ſenſum horum verborum, iudicio meo. Nam edictum D. Pii non pertinet ad ſeruum, cui occiſus libertatem dedit teſtamento ſuo, ſed ad eum potius cui libertas relicta eſt à domino, hærede inſtituto. Et eſt ſenſus horum verborum. Ecce, is qui occiſus eſſe dicitur, hæres Titio extiterat. Titius, qui eum teſtamento hæredem inſtituerat, fidei eius commiſerat : vt libertatem daret Sticho ſeruo. Hic quæritur, an de hoc ſeruo Sticho habenda ſit quæſtio? Secundum hoc reſcriptum D. Pii non eſt habenda quæſtio propter libertatem, quæ ei relicta eſt ex cauſa fideicommiſſi, non ab eo qui interfectus eſt: ſed ab alio teſtatore. Et ſic eſt accipiendum, vt ſcriptus ſit ab alio, qui dicitur occiſus. Verba antecedentia manifeſtiſſime oſtendunt ita hoc reſcriptum eſſe accipiendum. *Serui*, inquit, *qui ſub conditione.* Loquitur cum hæres inſtitutus eſt, qui occiſus eſt poſtea, & de ſeruis, qui legati ſunt eo teſtamento, quo hæres inſtitutus eſt occiſus, pendente conditione, ſerui legati ſunt hæredes. Et eſt locus in quo conditio non retrotrahitur. Eſt locus communis de conditione. quamuis conditio aliquando retrotrahatur. Is cui pure libertas relicta eſt, non dicitur ſtatu liber. ideoque non dicitur in patrimonio eius, qui occiſus eſt, quia is qui eum hæredem inſtituerat, eius fidei commiſerat, vt eum manumitteret.

Tertium caput eſt in l. 8. Senatuſconſulto. ff. hoc tit. Duo annotanda ſunt ex hoc capite. Vnum eſt, quod ſi dominus occiſus ſit: & hæres ſeruum aliquem ex ea hæreditate vendiderit: de ſeruo vendito nihilominus quæſtio habebitur, & ſumetur ſupplicium. Hæc alienatio non poteſt impedire quominus quæſtio habeatur. Nam hoc ad vindictam publicam pertinet. Alterum eſt, quod ſi animaduerſum ſit in eum ſeruum, quem hæres vendiderat, cogitur hæres, idemque venditor precium reſtituere emptori, quod æquum eſt, ne alias emptor iniuriam patiatur. Quæ ſtatuuntur publicæ vtilitatis cauſa, ita moderari debent iuris auctores, vt priuatis quã minimum incommodent. Ideoque, cum præmio libertatem accipiunt, fiſcus precium domino eius perſoluit. l. 3. C. in quib. cauſ. ſer. pro præmio liber. accip.

Quartum caput pertinet ad receptatores. l. 3. §. ſi quis. ff. hoc titu. Si quis ſeruum noxium & participem cædis illatæ domino, cum aufugeret, receperit, aut celauerit ſciens dolo malo: is tenetur pœna legis Corneliæ de ſicariis. Sic eſt autem legendum. *ſi quis quem, &c.* vt in Florent. Pandect. in editione Norica legitur, *Si quis eorum, &c.* In veteribus legitur, *Si quiſque, &c.* Et animaduertendum eſt hoc caput ad ſeruum tantum noxium pertinere : non etiam ad alios. Loquitur enim de ſeruis, qui participes cædis fuerunt, quod eſt notandum.

Quintum caput pertinet ad ſeruum qui indicauit, vel arguit necem defuncti: cautum ante eſt enim, vt pro præmio libertatem accipiat is, qui ex ſeruis qui in familia fuerunt, cædem arguerit, aut indicauerit, libertas ei dabitur, pro præmio. hoc eſt expreſſum in leg. 1. C. in quibus cauſ. ſer. pro præm. Hoc Senatuſconſultum interpretatur Vlpianus in leg. 3. §. vtrum. vbi indicaſſe, legendum eſt, non vindicaſſe. An Senatuſconſultum intelligamus de eo, qui vltro proſilit ad indicandum : an vero de eo, qui cum accuſaretur, detorſit in alium crimen? *Is quoque, &c.* Seruus aliquis diſtractus fuit hac lege ne manumitteretur: is indicauit, vel arguit necem defuncti, an nihilominus poterit ei dari libertas pro præmio? Ait Iureconſultus, poſſe ad libertatem propter indicationem peruenire. Hic ergo latiſſima admittitur interpretatio ſine vlla exceptione propter vtilitatem publicam. Eſt locus communis de interpretatione, Cum vtilitas publica ſuadet, lata interpretatio admittitur, quæ alioqui ſtrictius fieret. Eodem pertinet quod dicitur in l. 12. ſi ſeruus. ff. hoc titu. Quod dicitur de libertate ei danda pro præmio, hoc eſt intelligendum etſi à teſtatore legatus ſit. Legatum illud non impedit libertatem. Eodem pertinet quod dicitur in l. 15. Domino. eo. tit. vbi oſtenditur habere locum Senatuſconſultum, etiam in ſeruo communi, quamuis ſit communis cum alio, nec forte conſentiat dominus, qui communionem habet vt libertatem accipiat, nihilominus liber fiat: ſed tamen vt precium pro ſua parte dominus accipiat.

Cœpimus explicare ſingula capita Senatuſconſulti Sillaniani, peruenimus ad ſextum. Sextum igitur caput eſt in l. 25. lege Cornelia. ff. hoc tit. Lege Cornelia præmium proponitur ei, qui fugituros requiſiuit, ac conuicit, ſecundum diſtinctionem, quæ continetur lege Cornelia. Lex Cornelia diſtinguit ſeruos qui manumiſſi non ſunt, ab his qui ſunt manumiſſi, & ait : Si quis conuicerit eos ſeruos qui manumiſſi non ſunt teſtamento, in ſingulos accuſatori quinque aureos dandos eſſe ex bonis occiſi, aut ex publico. Si vero conuicerit eos ſeruos, qui teſtamento manumiſſi ſunt, denos aureos pro præmio accipiet accuſator. Ratio huius diuerſitatis eſt, quia maiori pœna dignus eſt is, cui dominus libertatem reliquit teſtamento, qui oſtendit ſe magis ingratum eſſe aduerſus dominum, à quo liber teſtamento ſcriptus fuerat: quo maior eſt ingratitudo & indignitas, eo etiam viſum eſt legiſlatoribus maius præmium decernere ei qui conuicerit & requiſierit. Huc pertinet quod dicitur in leg. 3. §. de his. eo. tit. *De his, qui ante, &c.* Quo quiſque ſeruorum pleniorem indulgentiam domini erga ſe eſt expertus, eo grauiorem ſceleris ſui pœnam meretur : & quanto grauius eſt ſcelus, tanto minus præmium ei decernitur, qui conuicerit. Eſt & alia differentia inter vtrunque caſum. In priore caſu præmium ſumitur ex bonis occiſi, aut ex publico, ſi ea quantitas ex bonis occiſi redigi non poſſit. In poſteriore caſu, præmium ſumitur ex bonis damnati. Ratio eſt, quia in priore caſu ſeruus eſt, ex cuius bonis nihil capi poteſt, quia bona non habet, quia loquebatur de ſeruis, qui non ſunt manumiſſi teſtamento, qui nulla bona propria habere poſſunt. Ineptum fuiſſet dicere ex bonis damnati ſerui præmium ſumendum eſſe. In poſteriore caſu, quia loquitur de ſeruis qui liberi teſtamento ſcripti ſunt, qui bona habere poſſunt: ait, *Dentur ex bonis defuncti.* Hæc ſunt quæ continentur hoc capite, ex quo obiter notandi ſunt duo loci communes. Primus locus eſt de præmio propoſito. Annotandum eſt præmio propoſito poſſe quem inuitari ad accuſandum. Præmium decernitur ei, qui conuicerit, qui requiſierit. Huc pertinet quod Vlpianus ait in l. 1. de iuſtit. & iure. *Bonos non ſolum pœnarum metu: ſed etiam præmiorum quoque exhortatione effici.* Alter locus eſt de fuga. Sola fuga rei non ſufficit ad eum conuincendum: niſi aliæ probationes accedant, quamuis aliquam præſumptionem inducat fuga. Id annotatur ex eo quod ait lex, *In ſingulos ſeruos, &c.* Non ſatis eſt ergo eos fugiſſe, & ſi fuga præſumptionem aliquam inducat: ea tamen non ſufficit ad probationem, ſed hæc extra rem ſunt.

Septimum caput eſt in leg. 3. §. quod ad cauſam. Cautum eſt hoc capite, ne liceat teſtamentum aperire aut hæreditatem adire ex teſtamento, antequam quæſtio de familia habita ſit, ſuppliciumque de noxiis ſumptum ſit. De aditione hæreditatis loquitur in §. non tantum. Et eſt hæc Iuriſconſulti ratio notanda, *Ne hæres propter compendium ſuum familiæ facinus occultaret, &c.* Nam credibile eſt eum, qui intellexerit aperto teſtamento ſe ſcriptum hæredem eſſe, facile occultaturum eſſe facinus familiæ, id eſt, ſeruorũ ne ſi quæſtio habita, aut ſupplicium ſumptum fuerit de ſeruis, magno ex ea re

ea re damno afficiatur. Forte patrimonium defuncti ex ſeruis conſtat, vt olim apud veteres Romanos. *Occultaret, &c.* Hæc autem pars ſenatuſconſulti tunc locum habet, cum dominus vi interfectus eſt: non autem veneno clam ſublatus. Si veneno clam ſublatus ſit: durum eſt, imo iniquum, de familia quæſtionem haberi: aut ſupplicium ſumi. Atque ideo nihil vetat aperiri tabulas, adire hæreditatem: aut bonorum poſſeſſionem peti. Clandeſtinæ inſidiæ non poſſunt in ſeruis vitari. Hoc ſumptum eſt à nobis ex l. 1. §. occiſorum. Supplicium ſumitur ex iis à quibus dominus interfectus veneno dicitur. Sed non habetur quæſtio de iis, qui ſub eodem tecto ſunt, qui non potuerunt domino ſuccurrere. Ideoque ante quæſtionem habitam poſſunt aperiri tabulæ, vel hæreditas adiri. Sed huic ſententiæ videtur eſſe contrarium quod dicitur in aliquot legibus huius tituli: veluti in l. hæres. 20. leg. propter veneni. 21. ff. hoc titu. Sed ſolutio apparet ex verbis dictæ l. propter. verſic. *Aliud Senatui placuit, &c.* Ecce, cum dicimus ſublato per venenum domino poſſe ſtatim aperiri tabulas, & hæreditatem adiri, bonorum poſſeſſionem peti: hoc eſt intelligendum, niſi à familia ipſa dominus necatus ſit. Nam ſi à ſeruis ipſis dominus ſit veneno interemptus, hoc caſu quia habenda eſt quæſtio, & ſumendum ſupplicium de ſeruis ipſis, interim non poterit adiri hæreditas, bonorum poſſeſſio peti: interim non poterunt tabulæ teſtamenti aperiri, hoc dicit de libertate: quia ita acciderat. Eſt enim hoc caput ex lib. reſponſ. Papin. Idem dicitur in leg. 3. ſi ea quæſtio. Cod. de his quib. vt indig. quia à familia dicitur interfectus, hæreditas fiſco vindicatur. Quid ergo, dicet aliquis, ſi antequam quæſtio haberetur, aut ſupplicium ſumeretur de ſeruis, tabulæ apertæ ſint, hæreditas adita ſit, qua pœna plectetur hæres qui tabulas aperuit? qui hæc omnia fecit, quæ diximus? Animaduertendum eſt pœnam eſſe publicationem bonorum. d. l. ſi ea quæſtio. Hæredi hoc caſu adimitur hæreditas vt indigno, quod extra Senatuſconſultum atque edictum Prætoris tabulas aperuerit teſtamenti ante quæſtionem habitam: quod hæreditatem adierit: quod bonorum poſſeſſionem petierit: ea re oſtendit ſe indignum hæreditate, hæreditas ipſi aufertur vt indigno. & hac ratione hic titulus de Senatuſconſulto Sillaniano in Codice Iuſtiniani coniungitur cum titulo de his quib. vt indig. in ff. libris ſeparati ſunt tituli. Sed ratio mouit compoſitores Pandectarum, quod qui contra Senatuſconſultum facit, hæreditatem defuncti amittit, & aufertur tanquam indigno. Sed quæſtio eſt difficilis & controuerſi iuris, an is qui aperuit tabulas teſtamenti, etſi non adierit hæreditatem, hac pœna puniendus ſit. Puniri dicimus hæredem cum apertum eſt teſtamentum, vel bonorum poſſeſſione petita, cum hæreditas adita eſt ante habitam quæſtionem de familia: ante ſupplicium ſumptum de ſeruis. Sed an oporteat aditam hæreditatem: an vero ſufficiat teſtamenti tabulas apertas eſſe ante quæſtionem habitam? Nam fieri poteſt vt poſt teſtamentum apertum diſtulerit hæres adire hæreditatem, vel bonorum poſſeſſionem petere. Varię ſunt opiniones. Sed probabilius mihi videtur eum, qui aperuit teſtamentum, puniri hac pœna. Nam Iureconſulti de apertura teſtamenti fere loquuntur, nulla mentione facta aditionis. l. 13. in cognitione. ff. hoc tit. & locus eſt apertior in l. vlti. eiuſdem tituli. Tres hæredes erant, apertum eſt teſtamentum à quibuſdam aliis inuitis & ignorantibus. Certum eſt iis, qui aperuerunt teſtamentum, portiones ſuas auferri: ſed de aliis quæritur, quibus inuitis & ignorantibus teſtamentum apertum eſt. Ait eis non amittere ſuas portiones ſi culpa careant. quod poteſt intelligi de publicatione bonorum, de qua diximus. Dicit, *Et apertum erit teſtamentum*: non dicit, & adita erit hæreditas. Sed obiicitur ab iis, qui contra ſentiunt, l. neceſſarios. 5. §. 1. vbi dicitur, *Non alias adiiſſe hæreditatem, &c.* Sed ego puto hoc exempli cauſa dictum eſſe à Iureconſulto, *adiiſſe hæreditatem*, id eſt, contra Senatuſconſultum & edictum feciſſe. Nam plerique hæredes ſunt, in quos hæc pœna habere locum non poteſt, cuiuſmodi ſunt hæredes ab inteſtato: quod non poteſt intelligi de his, qui aperiunt teſtamentum, cum teſtamentum nullum factum ſit. Et hoc exemplo vſus eſt Iureconſultus, vt oſtenderet tunc bona publicari, cum aduerſus Senatuſconſultum & edictum factum eſt. Vt ergo bona publicentur, duo neceſſaria ſunt. In primis conſtare oportet occiſum eſſe patremfamilias. Non ideo publicantur bona, quod dicatur occiſus eſſe, ſi re vera non eſt occiſus. Oportet probari occiſum eſſe patremfamilias. Is, qui intelligebat occiſum non eſſe, non ideo plectendus eſt, quod adierit hæreditatem, vel aperuerit teſtamenti tabulas. Deinde oportet conſtare aditam eſſe hæreditatem, vel apertum eſſe teſtamentum. Hinc naſcitur quęſtio ex eo quod dicitur, hæreditatem adiri non poſſe antequam de familia quæſtio habita, & ſupplicium de noxiis ſumptum fuerit. Quid ſi interim decedat hæres, cui hæreditas delata eſt vel ex teſtamento, vel ab inteſtato, nonne iniquum eſt eum nihil ad hæredem ſuum tranſmittere, cum hæreditas non adita, non tranſmittitur ad hæredem? §. in nouiſſimo. Cod. de caducis tollend. Hæc quæſtio tractatur in l. 3. §. eleganter. ff. hoc tit. *Eleganter Scæuola ait, &c.* Ne mora hæc & dilatio noceat hæredi, receptum eſt vt deceſſerit ante aditionem hæreditatis, quia metu & terrore edicti non poterat adire hæreditatem, vt tranſmittat vtiles actiones ad hæredem ſuum, quamuis iure ciuili hæreditas non adita non tranſmittatur. Similis eſt conſtitutio de legatis, & de libertatibus. in l. vlti. Cod. de his quib. vt indig. vbi conſtitutum eſt hanc moram non nocere nec legatis, nec fideicommiſſis, nec libertatibus. Legata in eodem ſtatu ſunt, in quo eſſent ſi hæreditas adita eſſet. Sed de his nos alibi diximus, præſertim de tranſmittenda hæreditate, ſub tit. de acquirenda hæreditate. Et hunc locum explicui in dict. l. 3. §. eleganter. Alia quæſtio eſt, an hæc accuſatio præſcriptione temporis tollatur? Quæſtio hæc eſt in l. 13. in cognitione. ff. hoc tit. vbi dicitur quinquennii tempus conſtitutum eſſe huic accuſationi. præſcriptione quinquennii ſummouebitur agens perſequens bona ob hanc cauſam: quamuis bona dicuntur publicari, ſummouebitur agens præſcriptione quinquennii. Sed Iureconſultus ait hoc intelligendum eſſe de extraneis hæredibus, ſi aduerſus hæredes extraneos agatur. Alii, qui extranei non ſunt, hanc præſcriptionem non habent. Ibi, *Namque eos, qui parricidii accuſari poſſunt, &c.* Oſtendit qui extranei ſint, & qui non ſint. Extranei non ſunt, qui parricidii poſſunt accuſari, cuiuſmodi ſunt liberi. Non enim ob cædem admiſſam aduerſus extraneum parricidii pœna competit. Ratio diuerſitatis non videtur valde obſcura eſſe. Nam grauius & indignius eſt vindictam cædis illatæ negligi à coniuncto homine, quam extraneo. Ideo mirum non eſt ſi in hac re melior ſit aditio extranei, quam coniuncti. Obiecerit forte quiſpiam leg. 12. querelæ. Cod. ad leg. Corneliam de falſ. accuſationes criminales præſcriptione viginti annorum tolli & excludi, cur ergo hic dicitur ſemper accuſari poſſe eos, qui coniuncti ſunt, qui non ſunt extranei? Sed hic non loquimur de criminibus. Crimina quidem tolluntur ſpatio viginti annorum. quod dicitur in leg. in cognitione. Non eſt intelligendum de crimine homicidii.

Octauum caput. Hoc capite proponitur actio popularis, ob eandem cauſam, de qua diximus ſuperiore capite, ſi hæres ante quæſtionem habitam de familia teſtamentum aperuerit, recitauerit, hæreditatem adierit, bonorum poſſeſſionem petierit. leg. 25. lege Cornelia. §. vltim. ff. hoc titulo. Hæc actio popularis eſt, competit cuiuis ex populo. Popularis actio dicitur, quæ competit cuiuis ex populo. leg. 1. 2. & 3. ff. de popul. actio. & datur ad centum aureos. *Palam eſt autem, &c.* Non eſt viſum Prætori ſufficere publicationem hæreditatis. Non videtur magna affici pœna hæres, cui hæreditas adimitur, ſi nihil ex bonis propriis amittat. Hoc eſſet lucrum non facere potius, quam damno affici. Verum cautum eſt, vt detur actio cuiuis ex populo aduerſus hæredem in centum aureos. Et hæc pœna centum aureorum diuiditur inter fiſcum & eum, qui agit. *Partem in publicum, &c.* Non me latet, agitatam eſſe vulgo quæſtionem hanc de pœna actionum popularium, an ea pœna ſit fiſci, an accuſatoris. & eſt prolixa diſtinctio in ſcriptis aliorum. Sed dicendum eſt, non eſſe eandem pœnam omnium actionum popularium. Videndum eſt quomodo conceptum ſit edictum de vnaquaque actione, quomodo de ea lex lata ſit. fere diuidi ſolet inter fiſcum & eum, qui agit: vt in hoc edicto videtis. Id erat expreſſum nominatim edicto Prætoris.

Nonum caput eſt de eo hærede, qui vltus non eſt mortem defuncti, & cautum eſt hoc capite vt hæreditas ei, tan-

quam indigno auferatur.lege,cum fratrem. C.de his quib.vt indig. Hic oſtenditur differentia inter hoc caput & ſuperiora capita. *Cum fratrem*,inquit,*tuum mortem eius,&c.* Forte nulla eſt familia de qua haberi poſſit quæſtio. interim ergo non prohibetur hæres adire hæreditatem. Prohibetur hæres adire,cum familia opem non tulit domino,antequam de familia habita ſit quæſtio. Si nulla eſt familia,aut forte omnes ſerui opem tulerunt,poteſt adire hæreditatem.Sed hæreditas ei auferetur tanquam indigno,ſi non fuerit vltus necem defuncti. Et notandum eſt,in hoc caſu hæreditatem reſtitui fiſco,ſimul cum fructibus & vſuris. l. 1. C. eod. Hic enim punitur hæres propter negligentiam, ſi neglexerit vlciſci necem defuncti. Vnde quæritur,an appellare debeat, & perſequi appellationem vt hæreditas ei non auferatur?Duæ ſunt leges de hac re, quæ videntur contrariæ: ſed diuerſæ ſunt ſpecies in l.21.propter.§.vlt.*propter veneni,&c.* Duo hic ſunt caſus conſiderandi. Primus caſus eſt, cum hæres inſtituit accuſationem cædis illatæ,& abſolutus eſt reus accuſatus iniuria iudicis. Videt hæres eſſe abſolutum reum, non curauit ab ea ſententia prouocare. Obiicitur ei quod officio functus non eſt, quia poterat prouocare, cum ſententia iudicis iniqua abſolutus eſſet reus. Sed ait iureconſultus hæreditatem ei non auferri, etſi non prouocauerit.Eſt enim præſumptio pro ſententia: nec temere quis aduerſus rem iudicatam prouocare debet. Alter caſus eſt cum damnatus eſt reus:ſed ipſe prouocauit:eam prouocationem neglexit perſequi hæres:quæritur an hæreditas ei auferenda ſit? Quæſtio eſt in l. In minoribus.Cod.eodem.vbi dicitur ei auferendam eſſe hæreditatem.Ecce, in vno caſu abſolutus eſt reus:& obiicitur hæredi quod non prouocauerit: in altero caſu damnatus eſt reus, qui accuſabatur,& obiicitur hæredi, quod eam appellationem non ſit perſecutus.ſic diuerſas eſſe ſpecies videtis. Ex iam dictis conſequitur hæreditatem alii non acquiri,quam fiſco.Diximus conſiſcari & publicari bona hæreditatis.hoc ego dico, ne quis forte dubitet,an negligente vno hærede vlciſci defuncti necem, acquiratur alteri ea portio,qui diligentior fuerit.Quæſtio eſt in l.ſi ſequens. 15.ff.hoc titu.de qua quæſt.dixi ſub titu.de vulg.ſubſtit. Fiſcus ergo bona capit,& hæres, aut hæredis loco & præſtat legata: l.cum fiſco.9.ff. hic.forte videbitur mirum quod dicitur,legata eſſe præſtanda, cum hæreditas adita non ſit. Sed quia loco hæredis eſt,ideo præſtat legata tanquam hæres.Præterea notandum eſt hac perſecutionem bonorum non extingui morte hæredis.in l. Caius Seius. 22.ff.hoc tit.*Caius Seius,&c.* Hæres neglexit vlciſci necem defuncti.deceſſit, an aduerſus eius hæredem hæc perſecutio admitti debeat?Mouet quod crimina morte extinguūtur.l.ex iudiciorum.ff. de accuſat. Præterquam in caſibus exceptis.Morte rei extinguuntur accuſationes. Vnde videbatur dicendum morte eius qui vltus non eſt necem defuncti, non poſſe aduerſus eius hæredem competere.Sed tamen ait Iureconſultus cauſam hanc, cum ſit pecuniaria,morte hæredis extinctam non eſſe.Criminalis quidem accuſatio extinguitur morte rei. l. ex iudiciorum. de accuſat. Sed hic non eſt criminalis accuſatio: vtilis hæreditatis petitio datur fiſco. Ideo mirum non eſt ſi dicatur morte ingrati hæredis extinctam non eſſe. Sed mirum eſt quod dicitur poſt decimum annum admitti hanc accuſationem. Poſt decem annos vixit Titia. vnde videtur præſcriptione temporis accuſatorem ſummouendum eſſe. Ex his, quæ diximus ſupra in l. in cognitione. hoc tit. diximus accuſationem præſcriptione quinquennii ſummoueri,ſed diuerſa hæc ſunt. Diuerſum eſt quod hic dicitur,& quod ſcriptum eſt in l.in cognitione.nam d.l.in cognitione.loquitur de eo, qui accuſatur. ideo ꝙ aperuit teſtamentum antequam mortem defuncti vltus eſſet. Hæc lex loquitur de eo qui neglexit necem defuncti. Diuerſi ſunt caſus,& diuerſa quoque ratio in hoc caſu. Cum accuſatur tantum negligentia hæredis, non eſt æquum vt præſcriptione quinquennii ſummoueatur accuſator. quia cum videt hæredem non vindicare necem defuncti, ſperat fortaſſis eum poſtea diligentiorem fore. Non eſt ei imputandum, quod eum non præcipitauerit ad accuſandum. Sed in eo, qui aperuit teſtamentum, idem dici non poteſt, cum aperuit teſtamentum, vel hæreditatem adiit,antequam quæſtio habita eſſet de familia.nulla cauſa eſt cur quis differat accuſationem. quia quod factum eſt, amplius infectum fieri non poteſt.ſed non factum poteſt compenſari diligentia hæredis.

IN TIT. VI. SI QVIS ALIQVEM TESTARI PROHIBVERIT VEL COEGERIT.

CAP. I.

SI quis aliquem,&c.Edictum quod proponitur ſub hoc titulo,maxime pertinet ad fiſcum:ſicut & ſuperius edictum de Senatuſconſulto Silla. Itaque propter affinitatem rei coniuncti ſunt hi tituli de Senatuſconſ. Sillan. & ſi quis aliquem. Hoc edictum proponitur aduerſus eos,qui teſtamenti factionem per vim impediunt: vt ſi captent alienam hæreditatem:vel ex teſtamento,vel ab inteſtato:ideoque impediunt per vim & dolum teſtamenti factionem: hoc edicto cautum eſt, vt actio ipſis denegetur ad petendam hæreditatē: & vt ea hæreditas fiſco vindicetur. Ergo hoc edicto nulla proponitur actio:ſed actio potius denegatur, quæ alias competeret,vel ex teſtamento,vel ab inteſtato: & fiſci gratia hoc potiſſimum conſtitutum eſt, & ad fiſci commodum & vtilitatem maxime pertinet. Vt autem per vim impediatur teſtamenti factio,dupliciter accidere poteſt, & vtraque cauſa verbis tituli ipſius & inſcriptionis exprimitur.*Si quis aliquem,&c.* Impeditur teſtamenti factio ſi is,qui vult teſtari, prohibeatur facere teſtamentum,quod alias facturus eſſet. Hoc etiam accidit ſi quis aliquem facere teſtamentum cogat: cum alias facturus non eſſet.De priore cauſa videndum eſt.

CAP. II.

Si quis aliquem facere teſtamentum prohibuerit.

ID declaratur exemplis in l. 1. huius tit.in princ. Ait Vlpian. *Qui dum captat, &c.* legitimus hæres & ſucceſſurus ab inteſtato prohibet ne teſtamentum fiat: intereſt ipſius teſtamentum nō fieri,& decedere inteſtatum eum qui teſtamentum vult facere:vt ab inteſtato ad ipſum perueniat hæreditas. Is qui prohibet ne teſtamentum fiat,incidit in pœnam huius edicti. hoc etiam accidere poteſt in ſcripto hærede. Quidam eſt ſcriptus hæres teſtamento alicuius, prohibet ne teſtator mutet teſtamentum ſuum,& alium hæredem inſtituat, quod poteſt. Ambulatoria enim eſt voluntas teſtatoris vſque ad extremum vitæ ſpiritum.l.4.ff. de admin.legat. Is prohibuit teſtamentum facere, eius intereſt aliud teſtamentum ab eo non fieri,in quo forte inſtituet alium hæredem.is quoque incidit in hoc edictum. Verbum,prohibere, quomodo accipiendum ſit, verba l. 1. ſatis demonſtrant, vt ſi quis prohibeat teſtamentarium introire,de quo tamen olim dubitatum fuit. Teſtamentarius eſt is, qui adhibetur concipiendo teſtamento. Vſitatum eſt hoc vocabulum in iure.l.3. ff.de hære. inſtit. & l.Diuus.ad l.Cornel. de fal.quia forte non eſt teſtatori cognita ratio concipiendi teſtamenti, vult teſtator adhibere teſtamentarium: non patitur hæres legitimus, ſucceſſurus ab inteſtato: vel hæres iam ſcriptus. De eo eſt dubitatum olim, quia ſine teſtamentario poteſt conſcribi teſtamentum: ſed tamen cum tanta ſolennitas neceſſaria ſit in teſtamento faciendo ſecundum ius ciuile: vt merito adhiberi debeat teſtamentarius,ne forte ſolennia deſint, is videtur etiam prohibere teſtamentum fieri.

Aliud exemplum eſt in l. 2. Si quis dolo fecit vt teſtes non venirent. Et in hoc exemplo non eſt magna dubitatio. Nam certum eſt,ſine teſtibus idoneis teſtamentum ſcribi non poſſe.Ergo hic dolo fecit,ne teſtes veniant: is videtur prohibere ne teſtamentum fiat. Quid ergo ſi blando ſermone pellexerit eum,qui teſtamentum facere incipiebat,& auocauerit eum à teſtamento faciendo,diſſuaſeritque ei ne teſtamentum faceret: an incidit in hoc edictum? Ait Iureconſultus in l. vlt. hic non incidere.

CAP. III.

Si quis coegerit teſtamentum facere.

NON tantum punitur hoc edicto is, qui prohibuit aliquem teſtari:ſed etiam is,qui teſtari coegit. Ab eo quoque qui coegit teſtamentum facere, auferetur hæreditas, in l. 1. C.

l. 1. C. eod. &c. Quæſtio eſt de hæreditate: an ei auferenda ſit hæreditas, qui cogit aliquem teſtamentum facere, & ſe hæredem inſtituere? Et ſine dubio auferendam Imp. ea l. 1. ſtatuit. Non idem dicendum eſt in leg. vlt. Cod. eod. qui teſtamentum facere perſuaſit. Hic prohibetur tantum vis aut dolus malus, quamuis alias puniatur ſola perſuaſio, vt in edicto de ſeruo corrupto. l. 1. §. perſuadet. ff. de ſeruo corrupto. quia corrumpit perſuadendo. Obiicitur lex, Captatorias. ff. de hæred. inſtitu. Sed manifeſtum eſt captatoriam inſtitutionem nihil huc pertinere. Captatoria inſtitutio, dicunt, eſt prohibita: hic eſt captatoria. hæc dubitatio profecta eſt ex magna ignoratione: nõ intelligunt quid ſit captatoria inſtitutio. Captatoria inſtitutio eſt, cum quis aliquem inſtituit captandi cauſa. hic non inſtituitur aliquis ad eum captandum. Intelligitis ex his, quæ diximus, ex quibus cauſis locus ſit huic edicto. Præterea notandum eſt ex his cauſis hæreditatem auferri ei, qui contra edictum fecit, & vindicari fiſco. l. 1. ff. hoc tit. & leg. 2. C. eod. Ei, qui ne teſtamentũ fieret impedierit, aufertur hæreditas tanquam indignæ perſonę. d. l. 2. C. eod. hoc tamen non ſatis expreſſum eſt à Iureconſulto de eo, qui teſtamentum facere alium coegit. Loquuntur Iureconſulti in omnibus caſibus, de eo qui prohibuit aliquem teſtamentum facere: ſed de eo qui teſtamentum facere coegit, & ſe hæredem inſtituere, non loquuntur. ſed tamen idem de vtroque receptum eſt propter ſimilitudinem rationis.

Quartum eſt an factum vnius prohibentis, vel cogentis noceat aliis perſonis? Certum eſt ipſi nocere, qui prohibuit, vel coegit: ſed an aliis noceat quæritur, qui nihil peccauerunt, nullum dolum, nullam vim admiſerunt. Et dicendum eſt non nocere aliis niſi in caſibus exceptis. Vnde legatum, quod reſtituendum eſt fideicommiſſario, valet: quia ſi non valeret legatum, id noceret fideicommiſſario, qui nihil admiſit. leg. 1. §. ſed ſi legatum ei relictum ſit. Titius fecit teſtamentum: in eo mihi legauit prædium: rogauit me vt id reſtituerem Sempronio. Cum teſtator vellet mutare teſtamentum, ego prohibui: quæritur an debeatur legatum? Ait Iureconſultus legatum deberi, quia legatum alii reſtituendum eſt. Qui nihil peccauit, non prohibuit teſtamentum facere. Idem eſt in hærede, qui iuſſus eſt reſtituere hæreditatem ex fideicommiſſo. l. 2. hic. Hæres inſtitutus teſtamento, rogatus eſt vt alteri reſtitueret hæreditatem. Deinde prohibuit teſtatorem, mutare teſtamentum, ius amittit falcidiæ, quod habebat: ſed hæreditas reſtituetur fideicommiſſario. Igitur factum ſiue hæredis ſiue legatarii, qui prohibuit teſtamentum facere, non nocet fideicommiſſario. Quibuſdam tamen perſonis nocet dolus eius, qui prohibuit teſtamentum facere. Nocet in primis ſeruo. Seruus meus eſt inſtitutus, qui eſt in poteſtate mea, & mihi acquirit hæreditatem, ſi adeat: ego prohibui teſtatorem mutare teſtamentum. mihi nocet hoc factum meum, ſi ſeruus ſit in poteſtate mea: ſed ſi manumiſſus ſit, factum meum ſeruo nocebit. Præterea nocet etiam factum patris, liberis: etiamſi liberi non ſint in poteſtate patris. Ratio eſt: quia videtur liberorum gratia hoc facere pater, cum prohibet aliquem teſtari, & inter coniunctas perſonas facilis eſt ſuſpicio fraudis. leg. vlti. de bon. liber. leg. data. Cod. de donat. Ergo factum vnius alteri non nocet, præterquam in exceptis perſonis, de quibus diximus. Hinc quæritur, an fratris factum noceat fratri? l. 2. §. fratris. ff. hoc titu. *Fratris autem, &c.* Quamuis factum patris noceat liberis: non idem tamen dicendum eſt de fratre, vt factum fratris fratri noceat. Iniquum eſt factum vnius alteri nocere, ſi in vniuerſum loquamur. Quid eſt enim iniquius, quam ob factum alterius, aliquem plecti? Etſi autem ratio ſuadeat aliquas perſonas ob factum alterius plecti: ſatis viſum eſt hoc ad liberos produci, propter magnam coniunctionem, quæ eſt inter liberos & partem: propter quam coniunctionem facilis eſt ſuſpicio fraudis. Viſum itaque eſt vtile, hoc non producere ad fratrem. *Fratris factum, &c.* Sic accipimus hæc verba, Si frater meus prohibuerit forte mutari teſtamentum, vel fieri, cum ego in teſtamento ſcriptus ſim, hoc mihi minime nocet. Sic ego accipio. Vulgo ſic accipiunt hæc verba, quaſi frater excludat fiſcum, id eſt, quidam captans hæreditatem alienam, prohibuit eum teſtamentum facere. Erat forſitan ei ſucceſſurus ab inteſtato, verebaturque ne teſtamentum faceret. Quia igitur captans eius hæreditatem, prohibuit eum facere teſtamentum, hæreditas ei aufertur. Sed oritur cõtrouerſia inter fratrem eius, & fiſcum. Frater contendit hæreditatem ad ſe pertinere ab inteſtato. Quæritur vter potior eſſe debeat? Aiunt fiſcum excludi. Sic dicunt, Sed non mihi videtur hic ſenſus eſſe. Nam Vlpianus in l. 1. oſtendit fiſcum ſemper præferri. Vnde in hoc caſu ſi ponamus fratrem meum, captandæ alienæ hæreditatis cauſa, prohibuiſſe teſtamentum mutari: mihi quidem non nocet in parte mea, qui nihil admiſi: ſed in parte fratris mei præferetur fiſcus. Hinc quæſtio naſcitur. Si quis coegerit inſtituere alium hæredem: an id noceat inſtituto hæredi? Ego te coegi, Titium hæredem inſtituere. Titius nihil admiſit: an factum meum ei noceat, vt hæreditatem conſequi non poſſit? Hoc controuerſum eſt: ſed puto nocere hæredi inſtituto. quia teſtatoris voluntas hic deficit, ſaltem libera voluntas. Voluntas teſtatoris maxime neceſſaria eſt in faciendo teſtamento. leg. 1. ff. de teſtamen. & quamuis voluntas coacta, dicitur eſſe voluntas, tamen ratum non habet Prætor quod geſtum eſt vi, vel metu. leg. 4. quod metus cauſ. ff. ſaltem reſcindi debet edicto Prætoris. Nec refert à quo vis illata ſit, vt reſcindatur quod geſtum eſt. leg. Metum. & §. licet. ff. de eo, quod metus cauſa. Hoc tamen caſu mihi videtur probabilius eſſe, fiſco non acquiri hæreditatem: quod etiam controuerſum eſt. Iura ſingularia fiſci non extenduntur interpretatione, etiamſi videatur eadem ratione eſſe. leg. quod vero. ff. de legib. In his, quæ contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem ſingularem inducta ſunt, non recipitur hoc argumentum: eſt eadem ratio, ergo idem ius eſt. l. quod ratione. ff. de legib. At nihil reperitur expreſſim conſtitutum fiſci cauſa de hac re. Hæc ſunt fere, quæ continentur edicto Prætoris, quod ſub hoc tit. propoſitum eſt: vt ſi quis prohibuerit aliquem teſtari, vel coegerit, denegetur ei actio, & hæreditas fiſco vindicetur. Sed notandum, præter hanc ademptionem hæreditatis iudicia quædam prodita eſſe ob eandem cauſam, tam criminalia, quam ciuilia, de quibus breuiter nunc à nobis dicendum eſt.

Ac in primis criminale iudicium conſtitutum eſt propter vim illatam: & ſępe mentio fit criminis, & criminalis perſecutionis, tam in ff. quam in C. l. 1. & l. vlt. C. eo. l. vlt. ff. eo. mentio criminis fit: quia præter diſceptationem ciuilem de hæreditate auferenda, etiam criminalis actio admittitur propter vim illatam. Et notanda eſt regula in l. hoc iure. ff. de reg. iur. Quocunque modo vis inferatur alicui, criminalis eſt accuſatio, aut de vi publica, aut de vi priuata. De vi priuata, ſi ſine armis vis illata ſit. de vi publica, ſi cum armis. Præterea actio in factum, vel actio de dolo competit ei, qui damnum paſſus eſt ob dolum admiſſum, vel vim factam teſtatori. Exempli gratia, Titius me volebat hæredem inſtituere: quidam alius me impediit: prohibuit ne me hæredem inſtitueret. hic quæritur, an aliqua actio mihi competat aduerſus eum? Dicendum eſt competere. quia dolo eius factum eſt ne teſtator me hæredẽ inſtitueret. hoc eſt expreſſum in l. Lucius 90. §. Sempronia. ff. de legatis 2. Poſtremo in magiſtratum, qui prohibuit teſtari, datur actio in duplum ex Nouella Iuſtiniani 124. quæ inſcribitur in vulgar. libr. vt nul. iudic. &c. in §. prouenit. vult eos puniri extra ordinem Iuſtinianus, & cogi eos damnum hoc reſarcire cum duplo. & huc pertinet quod dicitur in l. 22. curent. ff. de teſtibus. Officium magiſtratus eſt curare, vt teſtari volentibus teſtes & ſignatores præbeantur. Teſtandi verbum generale eſt, & pertinet primum ad teſtamentum, deinde ad quamcunque teſtationem.

IN TIT. VII. DE IVRE CODICILLORVM.

COdicilli, vt incipiam à definitione in gratiam tyronum, ſunt genus quoddam vltimæ voluntatis, quo legata & fideicommiſſa relinquuntur. ego non poſſum commodius definire. Dico *genus quoddam eſſe, &c.* Et differunt à teſtamento. teſtamentum definitur in l. 1. ff. de teſta. *Voluntatis noſtræ iuſta ſententia, &c.* Ego oſtendi in explicatione definitionis teſtamenti hoc verbo, iuſta, excludi codicillos. Teſtamentum ex legitimo & ciuili iure eſt: codicilli ex legib. non ſunt. Codicilli ex more quodam & iuriſdictione magiſtratuum ortum habent & originem. vt docet Iuſtinianus in Inſtitut. titulo de codicill. Docet ante Auguſtum nullum fuiſſe vſum codicillorum,

Qui volebat legata relinquere, opus erat iuſto & ſolenni teſtamento. Ideoque teſtamentum dicitur eſſe iuſta ſententia. quia ex iure ciuili eſt. Iuſtum dicitur, quod legitimum eſt: tametſi varia ſit huius verbi ſignificatio, vt in l.3. ff. pro ſocio. Iuſta hæreditas dicitur, quæ lege defertur. ſic iuſta ſententia, teſtamentum dicitur. In codicillis nihil iuſtum eſt, nihil legitimum. Videtis ergo, quid interſit inter teſtamentum & codicillos. Præterea codicilli nullam ſolennitatem deſiderant, vt dicitur in §. vlt. de codicil. in Inſti. Sufficit interuenire quinque teſtes. Omnis obſeruatio, omnis ſolennitas remittitur. Alia multa in teſtamentis neceſſaria ſunt. Quomodocunque quinque teſtes adhibeantur, valent codicilli. An neceſſe ſit codicillos confirmari teſtamento, an ſiue teſtamentum antecedant, vel ſequantur, valeant codicilli, quæſtio eſt difficilis, de qua ego ſcripſi lib. 2. Diſputat. Alia differentia eſt: quia teſtamento hæreditas relinquitur directo: non etiam codicillis hæreditas directo, nec datur nec adimitur codicillis. l. quod per manus. 10. ff. hoc tit. l. ſi idem. C. eod. & §. vltim. in Inſtit. eod. Et hoc diſcrimen maxime notandum eſt. Nam alias inutiliter diſputaremus de diſcrimine codicillorum & teſtamenti: & nemo faceret teſtamentum, ſi idem poſſet relinqui codicillis, quod teſtamento. Sed nemo hæres inſtitui poteſt codicillis. opus eſt ſolenni teſtamento. poſt factum teſtamentum poteſt quis in codicillis, verbis precariis hęredem rogare, vt reſtituat. Alia differentia eſt inter teſtamentum & codicillos: quia ſi quis codicillos fecerit, omnes valent: quod non poteſt dici de teſtamentis. Nam ſi quis fecerit plura teſtamenta, vnũ tantum ex his valet: poſterius teſtamentum ratum eſt, cætera infirma ſunt: non idem dicitur de codicillis. l. 6. §. codicillos etiam plures. ff. hoc titu. & Inſtit. eo. §. vltim. Omnes codicilli valent niſi cõtrarii ſint: ſi ſint contrarii, idem eſt dicendum, quod de teſtamento. l. 3. C. eod. Nempe vt poſteriores valeant. Sed in teſtamento hoc ſpectamus vt poſterius tantum teſtamẽtum valeat, etſi contrarium non ſit priori. Hoc ex ſubtilitate tantum veteris iuris ortum habet, quæ eſt neglecta à magiſtratibus, qui ſuam auctoritatem dederunt codicillis. Iuriſdictione magiſtratuum multa ex veteris legis ſubtilitate reducta ſunt ad æquitatem. Sic in teſtamento militis contempta eſt hæc ſubtilitas. l. quæritur. 19. de mili. teſta. Aliæ differentiæ poſſunt ex aliis colligi legendo.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XXX. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM.

IN TIT. I. DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

IN initio huius libri multa præfantur alii, quæ mihi videntur partim inepta & ridicula, partim inutilia & ſuperuacanea. Huiuſmodi eſt quæſtio de coniunctione titulorum quam continuationem vocant, verboſiſſime ab eiſdem tractata. Cur de legatis in hac parte ſit tractatum, Iuſtinian. ipſe hoc docet l. 2. §. quintus. Cod. de veter. iur. enucl. Sed de ordine, quem ſecutus eſt Iuſtin. in compoſitione Pandect. minime, vt arbitror, improbando, nunc non eſt diſſerendi locus. Certe non eſt vſquequaque ſecutus ordinem edicti perpetui in ea compoſitione. Edictum de legatis poſitum fuerat poſt bonorum poſſeſſiones, vt inſcriptiones capitum demonſtrant. Nec ad rem pertinet l. 2. de ſtatu homi. vbi Hermog. loquitur de epitome ſua. Huius generis eſt & illa quæſtio, cur in tres libros diuiditur hic tractatus. Hic non minus ineptiũt, quam in ſuperiore quæſtione. Sed prolixitas operis cauſa fuit huius diuiſionis. vt in Pandect. Flor. tit. de verb. obliga. in duas partes hac de cauſa diſtributus eſt. Sed miſſas faciamus nugas, & veniamus ad ea, quæ plus vtilitatis habent, nempe quid ſit legare, & quid legatum. Legare verbum tale acceptum fuit in l. 12. tabular. l. verbis legis. 120. ff. de verb. ſign. Nouel. 22. περὶ τῶν δευτερογαμ. §. diſponat. Specialiter ſignificat res ſingulas relinquere, non ius vniuerſum transferre. Differt igitur ab hæreditate, l. nihil aliud. 27. ff. de verb. ſignifi. Huc pertinet legati diffinitio, aut potius deſcriptio, apud Modeſt. l. legatum. 37. ff. de lega. 2. & §. 1. Inſtit. de legat. eſt donatio teſtamento relicta. Item diffinitio Flor. l. 119. legatum. de legat. 3. deliberatio hæreditatis. Vtraque diffinitio conuenire poteſt fideicommiſſo, facit l. 85. Et fideicommiſſum. ff. de lega. 3. Si quis velit ſeparare legatum à fideicommiſſo, addendum erit, quod legis modo, id eſt, imperatiue teſtamento relinquitur, ex Vlpia. in Inſtit. 24. de lega. Nam fideicommiſſum precatiue relinquitur, vt ait idem Vlpian. tit. 25. de fideicommiſ. in princ. Inde quæritur in hac ambiguitate verbi, lego, quomodo accipi debeat. Pone teſtatorem legaſſe bona ſua, &c. certe quæſtio facti eſt ac voluntatis.

Voluntas colligitur ex coniecturis, de quibus nihil præcipi in vniuerſum poteſt. Sequenda eſt itaque propria & vſitata verborum ſignificatio, ſi voluntas contraria non appareat. l. 67. non aliter. de leg. 3. Nam proprietas cognoſcitur ex vſu, quem penes arbitrium eſt, &c. l. 7. Labeo ait. ff. de ſupel. leg. Recedimus à ſignificatione propria & vſitata propter voluntatem, & improprie atque abuſiue interdum verba interpretamur. dict. l. non aliter. & l. cum de lanionis. 18. §. Optimum ergo. ff. de inſtruct. & inſtru. leg. l. quoniam indignum. C. de teſta. in cap. Raynaldus. de teſta. verbum lego, adiectum vniuerſitati bonorum ſignificat hæredis inſtitutionem: quia in alia parte teſtamenti vocantur hæredes, &c. in l. 5. filiũ. §. ſed ſi portio. de D. leg. præſtan. ineſt extenſio propter ſignificationem verborum. in l. mulier. 22. §. vlt. ff. ad Trebell. non exprimitur, an teſtator fuerit vſus verbo lego: ſed dicitur teſtatorem legaſſe portionem hæreditatis: intelligimus his verbis vſum eſſe, vt appareat eum legare tantum voluiſſe, non hæredem inſtituere. Quatuor genera legatorum, quorum meminit Iuſtinia. Inſtit. de leg. explicant Theoph. Vlp. Caius in Inſtit. Pau. in ſenten. Ius nouum de ea re C. commu. de lega. & §. noſtra autem. Inſtit. de lega.

De fideicommiſſis.

INTER noſtros interpretes non conuenit quomodo legatum diſcernatur à fideicommiſſo. Vulgaris opinio eſt, legatum eſſe, cuius verba diriguntur ad honoratum, fideicommiſſum, tum ad hæredem. quæ ſententia iam diu exploſa eſt ab eruditioribus. Diſcrimen cognoſcitur ex Vlp. Inſtit. tit. 24. de lega. & tit. 25. de fideicom. ſcripſi lib. 2. Diſput. c. 9. Legatum ciuilibus verbis relinquitur: fideicommiſſum non ciuilibus ſed precariis: vt fideicommitto, peto, volo, rogo dari. §. vlt. Inſti. de ſing. reb. per fideicom. relict. In legatis, quæ ex legibus ſunt, verba quædam erant ſolemnia eiſdem legibus præſcripta. Legatum Græce non relinqui Vlpian. ait, Inſtit. tit. 25. de fideicom. verſi. item Græce, &c. Ideo dicuntur ciuilia ex verbis ciuilibus do, lego, ſumito, capito, &c. dicuntur legitima eadem ratione. l. vlt. C. de teſta. tutel. l. directis, C. de teſta. manu. directa etiam dicuntur. l. eam, quam. C. de fideicom. l. 2. C. comm. de lega. Porphirion oſtendit lib. 2. ſermo. Horat. ſaty. 1. poſt princip. aduerſum illum, Transnanto Tiberim, ſomno quibus eſt opus alto. Vide, inquit, vt directis verbis vtitur, propter Iureconſultum. Verba huiuſmodi imperatiua in legibus vſitata erant: fideicommiſſa non ſunt ex legibus, nec in eis vſurpantur verba legum. Inſtit. de fideicom. hære. fideicommiſſa Vlpian. ait non ex rigore iuris ciuilis proficiſci. d. titul. de fideicommiſ. in princ. Verbis relinquuntur precariis & quibus voluntas declaretur. l. Senatus. ff. de legat. 1. l. cum virum. Cod. de fideicom. peto, rogo, volo, fideicommitto. §. vlt. Inſti. de ſing. reb. per fideicom. De duob. exemplis dubitatur. Vnum eſt in l. 69. peto. in princ. ff. de legat. 2. Peto, vt contentus ſis centum aureis. Non eſt legatum: quia verba ciuilia non ſunt.

ſunt. Non videtur enim fideicommiſſum, quia teſtator nihil petit ab hærede. Benignius tamen interpretor vt fideicommiſſum ſit, quamquam videatur imperfecta ſcriptura. Satis oſtenditur voluntas his verbis. Alterum exemplum eſt in leg. 5. à vobis. ff. de ann. leg. Peto, vt vxori meæ præſtetis annuos decem aureos. Modeſt. vocat legatum: ſed fideicommiſſum eſt. Contra Alexand. appellatione legati fideicommiſſum continetur. leg. 85. & fideicommiſſum. de leg. 3. Exempla vbique occurrunt in his libris. in l. 39. vxorem. §. legauerat. de lega. 3. dicitur legare per fideicommiſſum.

Diximus quid ſit legatum, & quid fideicommiſſum, quibus verbis vtrunque fiat. Ex quo perſpicuum eſt diuerſa eſſe. Id enim innuit diuerſitas nominum. l. ſi idem. C. de codicil. item diuerſitas formularum & conceptionum. Diuerſitas titulorum in Codice & Inſtitut. Et conſtat ex iam dictis originem quoque eorum diuerſam eſſe. Inſtit. de fideicommiſ. hæred. Reperiuntur & quædam aliæ differentiæ, de quib. nunc dicemus. Eas collegimus ex variis locis, vt Inſtitutionib. Caii, Inſtit. Vlp. ſenten. Pau. Inſtit. Iuſtin. denique ex Digeſtis ipſis, & Codice. Et has differentias fuiſſe tempore Iureconſultorum oſtendemus: puta Vlpian. Pauli, Caii, & aliorum, ne quis putet de iure Digeſtorum non eſſe, quod Accurſ. hic vocat mediam iuriſprudentiam. Subtilitas iuris magis obſeruatur in legatis, quam fideicom. Voluntas magis ſpectatur in fideicommiſſis, ſubtilitate neglecta. §. ſed non vſque. Inſti. de lega. Nec id mirum, cum legata ſint legitima. In iis, quæ legib. præſcripta ſunt, leges ipſas ſequi debemus. fideicommiſſa ortum non habent ex legibus: ſed ex moribus quibuſdam. In iis, de quibus nulla eſt certa lex, ſequimur quod nobis æquius videtur, vt Ariſtot. ait in Rheto. τῆ ἀρίςῃ γνώμῃ. Id exemplis demonſtrandum eſt. vnum eſt in §. ante hæredis inſtitutionem. Inſtit. de leg. Idem ſcribit Paul. Senten. lib. 5. tit. 8. de lega. Idem ſcribit Vlp. in Inſtit. tit. 24. de lega. in fideicommiſſis nihil refert, vt ſcribit Vlpian. tit. 25. de fideicommiſ. Igitur tempore Iureconſultorum fuit hæc differentia. Nam Vlpian. loquitur de tempore ſuo.

Aliud exemplum in §. poſt mortem. in Inſtit. Iuſti. de lega. Alia cauſa eſt fideicommiſſorum, vt ſcribit Caius lib. 2. tit. de fideicommiſ. Idem ſcribit Vlpia. tit. de leg. & tit. de fideicommiſ. fuit igitur hæc differentia tempore Vlpiani.

Aliud exemplum. A legatario legari non poteſt. §. 1. Inſtit. de ſing. reb. per fideicom. relict. Per fideicommiſſum relinqui poteſt l. 5. ſi fuerit. & l. 8. ſi legatarius. de lega. 3. l. 5. videamus. Si cui plus, quam per leg. Falcid. l. ab eo. C. de fideicom. An fuerit hæc differentia tempore Iuriſconſultorum quæritur? Quidam fuiſſe probant argumento ex diffinitione legati. Inſtit. de legat. in princ. ibi, ab hærede præſtanda. ſed hæc non leguntur in antiquis codicibus. Magis forte ad rem pertinet definitio Florentini. Delibatio hæreditatis, &c. Sed quid opus eſt pluribus? Caius & Vlpia. in Inſtit. hanc differentiam tradunt. Adde ſi lubet, quod de legato relicto à legatario nullum exemplum reperitur in Digeſt. libris. de fideicommiſſario pleraque, quæ iam citauimus.

Aliud exemplum. Legari non poteſt niſi Latino ſermone: at Græce fideicommiſſum relinquitur. Vlp. tit. de fideicomm. Verba Græca non ſunt ciuilia, nec legitima. l. vlt. C. de teſta. tutel. Idem dicitur de fideicommiſſo in l. 11. fideicommiſſa. in princ. de legat. 3. Aliud exemplum. Legari non poteſt niſi teſtamento, aut codicillis teſtamento confirmatis: fideicommiſſum relinquitur etiam ab inteſtato. §. præterea. Inſtit. de fideicom. hæred. An ſit de iure Digeſtor. probatur ex definitione legati, qua dicitur donatio teſtamento relicta. d. l. 37. legatum. de lega. 2. Item Caius hanc refert differentiam, qui de tempore ſuo loquitur lib. 2. Inſtit. tit. de fideicom. Eandem quoq; differentiam tradit Vlp. tit. de lega. & tit. de fideicom. Vnde qui legat, videtur in dubio teſtamentum facere velle, non codicillos. l. illud. §. tractari. ff. de iure codicil. Eſt & locus Modeſtini de hac re l. 43. libertates. ff. de manu. teſta.

Aliud exemplum. Directa libertas ſeruo alieno legari non poteſt: at per fideicommiſſum relinqui poteſt. Caius lib. 2. tit. de fideicom. qui loquitur de tempore ſuo. Similis locus in l. 105. al. 111. ſi ſeruus legatus. §. ſi ſeruus alienus. ff. hoc tit. leg. ſerui. C. de manu. teſta. l. generaliter. de fideicommiſ. liberta. Quidam dicunt hoc exemplum ad legatum non pertinere, nec reperiri apud Iureconſultos legari libertatem. Horum errorem ſatis refellit ibi Caius. Legare libertatem dicit Vlpia. l. 6. §. vlt. de hære. inſtit. Aliud exemplum. Latini Iuniani legatum non capiunt: ſed fideicommiſſum. Vlpia. tit. de fideicom. Vlpi. in eo. lib. tit. 1. Hi ciues non ſunt, vnde videtur idem dicendum eſſe de quibuſcunque aliis peregrinis. Lex Falcidia de legatis loquitur, non de fideicommiſſis. Quicunq;, inquit, ciuis Romanus, cuiq; ciui Romano, &c. ff. ad leg. Falcid. l. 1. in prin. S. C. Pegaſianum poſtea factum eſt de fideicommiſſis. Theoph. oſtendit peregrinis relinqui poſſe per fideicommiſſum. Inſtitut. de fideicom. hæred. in princip. Hęc exempla demonſtrant voluntatem magis ſpectari in fideicommiſſis, ſubtilitate neglecta: contra in legatis. Et hæc eſt prima differentia. Alia differentia. Legata petuntur actione ex teſtamento, nec id cuiquam dubium eſt. Dicitur etiam ſæpe actio legatorum. Exempla vbiq; occurrunt legentib. Imo etiam petuntur actione in rem, ſi ſit legatum vindicationis. Theoph. Inſtit. de lega. At pro fideicommiſſis competit tantum extraordinaria perſecutio. l. 178. Pecuniæ verbum. §. actionis. de verb. ſignific. Imploratur ſimpliciter officium iudicis, cum nulla competat actio. Ego hanc ſententiam refutaui ad l. 1. de iuriſdict. Extraordinaria perſecutio, vel cognitio dicitur, cum magiſtratus ipſe cognoſcit, nec dat iudicem. l. 1. de extraor. cognit. Quo ſenſu accipi debet in d. l. pecuniæ verbum. Id oſtendit Vlpian. tit. de fideicom. Fideicommiſſa, inquit, non per formulam petuntur, vt legata: ſed cognitio eſt Romæ conſulum, aut prætoris, qui fideicommiſſarius vocatur: in prouinciis vero præſidum prouinciarum. Sed & creatus eſt proprius Prætor, qui de fideicom. cognoſceret & ius diceret. ff. de orig. iur. l. 2. §. poſt deinde Diuus Claudius, &c. & Inſtit. de fideicommiſ. hęred. in princ. idque fauoris cauſa, vt eo Inſtit. loco dicitur, conſtitutum eſt. tantum abeſt vt minus iuris habeant in hac parte fideicommiſſa, quam legata. ſic in leg. 1. de extraord. cogni. l. 1. de rei vind. Hæc perſecutio late actio appellatur. l. 64. ſi alienus. & l. 90. Lucius. §. quiſquis. de leg. 2. & l. 4. à patre. & l. 20. ſi res. de legat. 3. & l. ſi proluſorio. §. vlt. ff. de appel. Actionis appellatione cõtinetur extraordinaria perſecutio. l. actionis verbo. ff. de obli. & act. Nulla autem actio in rem prodita eſt pro fideicommiſſo: ſicut pro legato vindicationis, ante conſtitutionem Iuſtin. vt colligitur ex §. noſtra. Inſti. de lega. Nec vllum exemplum reperitur in Digeſt. libris Paul. 4. Sent. tit. 1. de fideicom. in fi. Ius, inquit, omne fideicommiſſi non in vindicatione, ſed in petitione conſiſtit. Non obſtat l. 23. ex imperfecto. de lega. 3. Vindicare, verbum hoc latius ibi accipitur, quam in rei vindicatione. §. appellamus. Inſtitut. de act. Sicut & alibi plerunque. l. 27. de lega. 1. l. ſi peculium. §. 1. ff. de pecul. lega. l. per diuerſas. C. mandati. in quibus locis hoc verbum ad actionem quoque perſonalem refertur. His affine eſt quod dicitur legatarium ſtatim fieri dominum, adita hæreditate. l. à Titio. de furt. Nec id dubium eſt in legato vindicationis. Theophil. Inſtit. eod. alia eſt cauſa fideicom. Quia fideicommiſſi verba non ſunt apta ad vindicationem: dicemus ad l. 83. ſi tibi homo. §. cum ſeruus. ff. de legat. 1. Hinc colligitur alia differentia de alienatione. l. 2. C. commun. de leg. Alia eſt differentia apud Caium Inſtit. lib. 2. ti. 8. de fideicommiſ. in fin. vbi ait vſuras ex fideicommiſſo deberi, ſi tardius quam ſcriptum eſt, ſolutum ſit.

Cœpimus explicare differentias ex iure vetere inter legata & fideicommiſſa. Dictum eſt de actione quæ oritur tam ex legato, quam fideicommiſſo. Pro legato agitur in rem & in perſonam, non pro fideicommiſſo. His affine eſt quod dicitur legatarium ſtatim fieri dominũ adita hęred. l. à Titio. de furt. l. ſi tibi homo. 83. §. cum ſeruus. Nec vero id dubium eſt in legato vindicationis, Theoph. Inſtit. de lega. ſi defunctus erat dominus rei, &c. Per vindicationem vero aliæ res non legantur, quam teſtatoris. Vlp. in Inſtit. tit. de lega. Adde quod legatum acquiritur ſine traditione, contra regulam l. traditionib. C. de pact. Nam & ignoranti acquiritur legatum, l. 79. cum pater. §. ſurdo. de lega. 2. Alia cauſa eſt fideicommiſſi. de fideicommiſſo enim nihil tale ſcriptũ reperitur in iure antiquo. Item verba fideicommiſſi nõ ſunt apta ad vindicationem magis, quam in legato damnationis. De hac re dicemus ad d. l. ſi tibi homo. §. cum ſeruus. Hinc videtur colligi poſſe alia differentia circa alienationem. Res per fideicommiſſum relictæ interdũ alienari poſſunt ab hærede: quia ſunt in eius dominio. Res legatæ non poſſunt, niſi legatũ ſit vindicationis. Rem enim quæ mea

non eſt, alienare non poſſum. leg. nemo plus. ff. de regul. iur. Rem meam poſſum alienare, quamuis debita ſit. leg. quoties. Cod. de rei vindic. ſed præſtatur æſtimatio, &c. De hac alienatione videnda eſt l. vlt. Cod. commun. de lega. & Nouel. Iuſtin. de reſtitution. Vltima differentia eſt apud Caium de vſuris & fructibus. Ex fideicommiſſo, ait, tardius ſoluto vſuræ & fructus debentur. ex legato damnationis non debentur: ſed legatum duplatur. debentur autem ex legato vindicationis. æquum enim eſt & acceſſiones ei reſtitui, qui ſuum petit. leg. videamus. ff. de vſur. Vberior eſt igitur natura fideicommiſſorum. §. ſed non vſque. Inſtit. de lega. vide tit. de vſur. & fructibus lega. C. hactenus de differentiis: veniamus ad interpretationem primi capitis de leg. 1. in quo mirum eſt quod Vlpia. ait, per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſſis, cum tot differentiæ reperiantur, & fere ex Vlpia. ſumptæ, ne quis forte has differentias referat ad ius aliquod antiquius ante tempora Vlp. vt plerique faciunt, & mediæ iuriſprudentiæ tribuunt. Difficultatem auget, quod Iuſtinian. teſtatur ſe auctorem eſſe huius exæquationis. d. §. ſed non vſque. Inſtit. eod. Inuenimus, inquit, antiquitatem legata ſtricte concludentem. Et paulo poſt, Neceſſarium eſſe duximus omnia legata fideicommiſſis exæquare. Si media iuriſprudentia idem receptum erat, quid neceſſe erat ius illud antiquius corrigere? Conſtitutio, aiunt, Iuſtin. eſt ſecunda ſub tit. Cod. commun. de lega. Quidam exiſtimauerunt vt Vigl. Inſti. de teſta. hæc verba Vlpian. non eſſe, ſed à compoſitoribus ſumpta ex conſtit. Iuſtin. Quæ opinio probabilis eſt. dubium enim non eſt, quin multa ſint immutata à compoſitoribus Pandect. l. 2. Cod. de vete. iure enucl. Deinde oritur coniectura ex varietate exemplarium: in quibuſdam enim nulla inſcriptio eſt, & hoc vlt. ſecutus eſt Haloander. In aliis eſt, Vlpia. in aliis, Imperator. Ego quid ſentiam de hac re ſcripſi lib. 2. Diſput. c. 9. Dixi vel non eſſe Vlpian. vel Vlpia. verbis aliquid detractum, aut adiectum eſſe. Credibile eſt Vlpian. aliquid dixiſſe de ſimilitudine legatorum & fideicommiſſorum, cum interpretaretur interdictum, Quod legatorum. Nam ſi codices Florentini mendoſi non ſunt, hoc caput ſumptum eſt ex tit. Quod legatorum. vbi leg. 1. eadem eſt ſcriptio, Lib. 67. ad edictum. Interdictum autem de legatis propoſitum, interpretatione producitur ad fideicommiſſa, quia exæquata ſunt, &c. Similis quæſtio tractatur ibidem de donat. cauſ. mort. Dixerat forte Vlpia. exæquata fere eſſe, aut non eſſe per omnia. Similis locus eſt eiuſdem Vlpian. in leg. 8. quæ ſub conditione. §. hoc edictum. verſ. in fideicommiſſis autem, &c. ibi, Vice legatorum funguntur fideicommiſſa. Qui dicit legatorum vice fungi fideicommiſſa, non male loquitur, quamuis in aliquib. differant. Nec vitioſum eſt dicere, ſimilia eſſe legata fideicommiſſis. Recte dixit Pompo. in omnibus fere cauſis fideicommiſſarias libertates pro directo datis habendas. leg. 40. Iulianus. de manum. teſta. Si quis detrahat Pomponio voculam, fere, reddet orationem falſam: quia vniuerſalis eſt. Si enim in oratione vniuerſali aliquid falſum ſit, tota oratio falſa dicitur. leg. ſi is, qui ducenta. §. vtrum. ff. de reb. dub. Hęc igitur enunciatio, per omnia, &c. redolet magis conſtitutionem Iuſtinia. quam Vlpian. ſententiam. Hac ratione atque interpretatione duo incommoda vitamus. Nam nulla repugnantia reperitur in ſcriptis Vlpian. & aliorum Iuriſconſ. ex quibus Pandectæ ſunt confectæ. Pugnantia enim non ſunt differre legata & fideicommiſſa: & ea in quibuſdam paria & ſimilia eſſe. Deinde antinomia nos conturbare non debet, quia conſtitutio Iuſtinia. noua eſt, & Cod. inſerta poſt compoſitionem Pandect. Ea conſtitutione ſublatæ ſunt differentiæ iuris antiqui. dict. §. ſed non vſque. Inſtit. eod. Adde quod niſi referamus hæc verba ad conſtitutionem Iuſtiniani, magnam obſcuritatem & ambiguitatem habebunt. Dubitatur à pleriſque quomodo accipi debeant. Barto. & Bartolini putant legata exæquata eſſe fideicommiſſis: ſed non contra. atque ideo neceſſariam fuiſſe conſtitutionem Iuſtiniani. Nituntur id demonſtrare ſimilitudine, ex l. princeps. ff. de legibus. ex leg. maximum. C. de lib. præter. Exęquatur enim Auguſta principi, ſed non continuo princeps Auguſtæ. Exæquantur fœminæ maſculis: ſed non ideo maſculi fœminis. Itaque contendunt ſi ſtudioſi exæquati ſint ciuibus, aut plebei nobilibus, idem dicendum eſſe. Puto hanc opinionem parum conuenire ſignificationi verborum. Non poteſt vna res æqualis & par eſſe alteri, quin pares ſint inter ſe. Hoc ſenſu Saluſtius ait, *factis* dicta exęquanda eſſe, id eſt, æqualia eſſe debere facta & dicta: neque plus, neque minus dicatur, quam factum ſit. Sic Piſo apud Ouid. exæquatur auis ſuis. Nos quoque pacata Piſonem laude nitentem, Exæquauit auis. quaſi dicat Piſonem nec ſuperiorem eſſe, nec inferiorem auis. nec contra. Sic apud Liuium lib. 22. ab vrb. cond. Dictator iuſſu populi exæquatur magiſtro equitum. In eodem loco ait æquatum eſſe ius dictatoris & magiſtri. Itaque ſi lege aliqua æquati ſint ſtudioſi ciuibus, aut plebeii nobilibus, verba ſignificant eos inter ſe æquatos eſſe: niſi aliud actum eſſe appareat. Vix poteſt accidere vt lex vlla ita feratur, quin alia adiiciantur ex quibus poſſit mens apparere. Nihil ad rem pertinent d. l. princeps. & l. maximum. cum in his nullum verbum, nulla litera ſit de exæquatione. debuit vereri pœnam legis Corneliæ, qui falſam legem pertulit. Paria igitur hæc ſunt, legata exęquari fideicommiſſis, & fideicommiſſa exęquari legatis. Rurſum legata & fideicommiſſa exæquari inter ſe. Sed adhuc manet obſcuritas, quæ interpretationem deſiderat. Cum enim repugnet natura legati, naturæ fideicommiſſi, & contra, quomodo fiet exæquatio & communicatio repugnantium & contrariorum? Exemplum, An legatum poſt mortem erit vtile, quia ſimile eſt fideicommiſſo: an fideicommiſſum erit inutile, quia ſimile eſt legato? Vtrum alteri cedat? ſicut in antinomia κατὰ περίστασιν. Lex ait, poſt mortem legare non licet: alia, poſt mortem fideicommittere liceat: alia, idem ius ſit legati & fideicommiſſi. In exemplo Bartolino, Pone plebeios & nobiles exæquatos eſſe, an plebeii vtentur priuilegiis, quia nobilibus exæquati ſunt: an nobiles amittent priuilegia, quia exæquati ſunt plebeiis? Quia ita loquitur, mihi videtur obſcure & ambigue loqui. Eadem ambiguitas in æquatione dictatoris & magiſtri militum apud Liuium. Dictator poteſt animaduertere, &c. Magiſter non poteſt. Exæquati tamen ſunt. Itaque opus eſt interpretatione voluntatis. ſicut & in his verbis Vlpia. Ambiguitatem tollit conſtitutio Iuſtin. Quod plenius eſt atque humanius ſequi debemus, vt alterum ex alterius natura augeatur & creſcat. Et hoc præcipitur in explicandis legibus, quæ pugnantes ſunt non ipſo iure, ſed κατὰ περίστασιν, vt ait Cicero libro 2. de Inuent. dixi ſub titul. de legib. Exempla, quod ante inſtitutionem legari poteſt, & poſt mortem hæredis, quocunque ſermone, à legatario, in codicillis, hæc habent legata ex natura fideicommiſſorum: contra fideicommiſſa petuntur etiam actione in rem. l. 2. C. commu. de lega. Nunc videndum eſt an omnes differentiæ ſublatæ ſint.

Diximus exæquata eſſe legata & fideicommiſſa conſtitutione Iuſtinia. & quod proprium eſt alterius, attributum eſſe alteri. Quæritur ergo an vlla adhuc ſuperſit differentia? Iuſtin. in dict. §. Sed non vſque. Inſtit. eod. diſerte ait nullam differentiam eſſe. Et puto nullam differentiam eſſe quatenus legatum eſt, aut fideicommiſſum. Id demonſtratur duobus exemplis. Vnum eſt de fideicommiſſaria hæreditate. Hæreditas fideicommiſſaria non tranſit in fideicommiſſarium: niſi reſtituta. leg. 37. reſtituta. & leg. 63. facta. ff. ad Trebel. §. reſtituta. Inſtit. de fideicommiſ. hæredi. In legato nulla eſt opus reſtitutione. leg. 64. à Titio. de furt. l. 1. Cod. commu. de lega. Item fideicommiſſarius non cogit adire & reſtituere. l. quia potero. ad Trebel. §. ſed ſi recuſabat. Inſtit. de fideicom. hæredit. Legatarius non cogit hæredem, &c. l. 17. ſi quis omiſſa cauſa teſta. Verum hæc differentia in eo non conſiſtit quod alterum ſit legatum, alterum ſit fideicommiſſum: ſed quod altero res ſingulæ relinquuntur, altero vniuerſitas, puta hæreditas. Hoc eſt quod vulgo dicitur legatum ſingulare exæquatum eſſe fideicommiſſo ſingulari, non vniuerſali. Sic fideicommiſſa differunt à fideicommiſſis: nempe ſingularia ab vniuerſalibus. d. l. ſi quis omiſſa. & leg. 2. ff. ad Trebel. Sed hęc diſputatio propria eſt S. C. Trebelliani. Sufficit igitur eam leuiter hic attigiſſe.

Alterum exemplum eſt de libertate directa & fideicommiſſaria. Is, cui libertas directo legatur, fit orcinus libertus, id eſt, defuncti. Si relinquatur ex cauſa fideicommiſſi, fit libertus hæredis. §. pen. Inſtit. de ſing. reb. per fideicō. relict. Multis faceſſit negotiū hęc differētia, & putant aliqui ſublatā eſſe, quib. non aſſentior. Defendo receptam ſententiam: ſed aliter quam vulgo ſoleat. Nam hæc differētia in eo non conſiſtit, ꝙ in vno caſu ſit legatum, in altero fideicommiſſum: ſed quod

in altero

in altero factum hęredis requiritur, in altero non requiritur. Id cognoſcitur ex verbis teſtatoris. Nec multum refert an verba ſint precaria, id eſt, fideicommiſſi. Pone teſtatorem ita dixiſſe, Damnas eſto hæres meus Stichum manumittere. hic requiritur factum hæredis, quamuis verba legati ſint, non fideicommiſſi. Itaque manumiſſus libertus erit hæredis. igitur differentia hic nulla propria eſt legati & fideicommiſſi. Et ſane Caius & Vlpianus qui diligenter collegerunt & obſeruarunt differentias, non meminerunt huius differentiæ. Dixerit aliquis nonne ſublata eſt differentia legatorum? l. 1. Cod. commun. de leg. & §. noſtra autem. Inſtit. eod. tit. Ergo nihil refert an teſtator dixerit, Stichum liberum eſſe iuberi, an ita, Damnas eſto hæres meus. Reſpondeo non in eo eſſe differentiam de qua loquimur, quod legatum ſit damnationis, aut alterius generis, &c. ſed quod appareat ex verbis teſtatorem voluiſſe, &c. vt oſtendit Iuſtin. in dict. §. penult. de ſing. reb. per fideicomm. relict. Cur ergo idem non dicimus in rebus quibuſcunque legatis, Stichum do lego, Stichum det hæres meus? Nam hic in vtroque caſu, res ſtatim fit legatarii. Sed hoc fit propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Benigne interpretamur voluntatem defuncti, vt legatarius primo quoque tempore legatum conſequatur. Quid enim opus eſt inutili circuitu? At in libertate plurimum refert. propter ius patronatus Iuſtin. ſuſtulit ea, quæ ſubtilitate nitebantur magis, quam vtilitate. dict. l. 1. C. commu. de leg. Ex iam dictis apparet ſublatas eſſe ſubtiles differentias iuris veteris, & quicquid proprium erat, communicatum eſſe. hæc communicatio nullis in rebus conſiſtit: ſed præcipue in actionibus. leg. 1. & 2. Cod. commu. de lega. De his igitur actionibus nunc dicemus, ſed breuiter & ſtricte. Nam hæc parerga ſunt, & aliis in locis huius libri à nobis tractabuntur. Triplex actio prodita eſt. ex teſtamento, rei vindicatio, hypothecaria. dict. l. 1. & 2. Cod. commu. de lega. Electionem habet legatarius propter conſtitutiones, nec refert quod genus legati ſit, &c. Olim multum intererat, vt iam oſtendi. Et credibile eſt quæ extant in Digeſt. libris. de hac electione, adiecta eſſe à compoſitoribus, vt in l. 33. ſi pluribus. & l. 81. huiuſmodi. §. vltim. de legat. 1. l. cum filius. 78. §. variis. l. 82. legatum. de legat. 2. De actione ex teſtamento. Hæc actio in perſonam eſt, & ita intenditur, ſi apparet dare oportere. Eſt enim hæres obligatus quaſi ex contractu. l. apud Iulianum. §. vltim. quibus ex cauſis in poſſeſſ. Acquiritur ea obligatio ei, cuius cauſa teſtator aliquid ſcripſit in teſtamento. Nam ſi ad nullius vtilitatem pertineat: ſed magis ad auctoritatem, aut honorem defuncti, nulla eſt obligatio. l. quintus. de annu. leg. Sed hæres cogitur extra ordinem auctoritate magiſtratus, d. l. quintus. Similis locus eſt in l. Mæuia. 44. de manu. teſta. & in l. hæreditas. 50. §. 1. ff. de petit. hæred. Suadet, aiunt illa iura, humanitatis ratio & pietas quædam, vt voluntas defuncti ſeruetur. Et alio loco Vlpian. non debet, inquit, circumueniri teſtantium voluntas. l. 90. ſi cui legatum. ff. de condi. & demon. Nec diſſimile eſt exemplum in l. ſeruos. ff. de aliment. legat. pertinet quidem ad commoditatem legatarii: ſed capax non eſt. Producitur ad ſodales Franciſcanos, qui minores dicuntur. Hinc multæ & variæ quæſtiones naſcuntur. Quid ſi legatum ſit codicillis? Quid ſi teſtamentum ruptum ſit ex cauſa præteritionis, quo caſu legata debentur? Quid ſi coniuncta perſona agat ex edicto de legat. præſtan. Quid ſi aliquis agat ex edicto ſi quis omiſſa cauſa teſta. Hic aperitur latiſſimus campus, in quo alii expatiantur more ſuo, ſed ſuis locis hæc commodius tractabuntur. De rei vindicatione. Datur rei vindicatio, l. 1. Cod. commu. de legat. quia legatum tranſit recta via. d. l. à Titio. ff. de fur. dict. l. 82. legatum. de lega. 2. Rei vindicatio non datur, niſi domino. l. in rem. ff. de rei vindic. hoc accipe, niſi legata ſit res aliena. Res enim aliena legatur. l. cum rem alienam. Cod. de legat. Olim non relinquebatur, niſi per fideicommiſſum, aut legatum damnationis. Gaius in Inſt. de leg. §. per damnationem. Iniquum eſſet dominum priuari dominio rei ſuæ. leg. id quod noſtrum. Excipitur etiam legata quantitas incerta. Natura vindicationis hoc non patitur, qua quis dicit, Hanc rem meam eſſe aio. Certa tamen quantitas vindicatur. leg. ſed ſi certos. ff. de leg. l. 1. §. decem. vt leg. nomi. cauea. Alias receptiones omitto breuitatis cauſa. De hypothecaria. Res omnes, quæ à teſtatore peruenerunt &c. obligantur. leg. 2. Cod. commun. de legat. Res legata non poteſt obligata eſſe. l. neque pignus. ff. de regul. iur. Hæc hypotheca inducta eſt conſtitutione Iuſtinian. Competit hæc actio cum perſonalis competit.

Ad l. 2. Sciendum. ff. de leg. 1.

Diximus ad caput primum, quantus fauor fuerit fideicommiſſorum, poſtquam vſitata eſſe cœperunt tempore Auguſti, ex Inſtitut. de fideicom. hæredit. Huius rei argumentum quoque eſt, quod tot nobiles Iureconſulti libros ſcripſerint de fideicommiſſis. Pompo. lib. 5. Gaius 2. Valens 7. Mecianus 16. Paul. 3. præter vnum de tacit. fideicom. Vlpi. noſter 6. ex cuius libro primo ſumpta eſt hæc regula quæ ad perſonas pertinet, & videtur eſſe pars ca. 1. de legat. 3. vbi etiam de perſonis agitur: ſicut & in l. 5. & 7. eod. titul. Dubitabatur ergo, an filiusfamil. poſſet fideicommiſſum relinquere. Certum eſt eum non poſſe teſtari. l. qui in poteſtate. ff. de teſta. Sed de fideicommiſſo dubitabatur propter fauorem. In fideicommiſſis ſpectatur tantum voluntas defuncti, ſubtilitate iuris neglecta. Dixi ad l. 1. Sed Vlpian. docet tantum fauorem non eſſe, vt valeat ab his relictum, qui ius teſtandi non habent. De his perſonis plene diſſerui ſub tit. de teſta. Vlpi. de his tractauerat ſatis copioſe lib. 1. fideic. vt apparet ex l. 1. 5. 7. de leg. 3. Huic regulæ affinis eſt alia in l. 6. diui. §. codicillos. ff. de iu. codic. Codicillos is demum facere poteſt, qui teſtamentum facere poteſt. Codicillorum vſus cœpit etiam tempore Auguſti: ſicut & fideicommiſſorum. Inſt. de codicil. Ex legibus non ſunt, ſed moribus recepti, propter vtilitatem: teſtamenta legitima ſunt. In diffinitione dicitur teſtamenti iuſta ſententia, id eſt legitima, ſolennis, quæ certam formam iure & legibus præſcriptam habeat. Sic enim iuſtum accipitur plerunque apud Iureconſul. l. 1. de iniuſto rupto. l. 5. ff. pro ſocio. & ſimilibus. In codicillis nihil legitimum eſt, quamuis aliqua ſolennitas adhibeatur. l. vltim. Cod. de codicill. Tamen quod ad perſonas attinet, idem ſeruatur, quod in teſtamento. d. l. Diui. §. codicillos. Codicilli vice teſtamenti funguntur quadantenus. In regula dict. l. Diui. eſt ambiguitas in verbo, poteſt, in hac nulla eſt, Vlpian. de iure loquitur aperte ac diſerte. Marcellus in l. Diui. ambiguo verbo vtitur, poteſt. Refertur enim ad ius & factum. Sed Paulus explicat ambiguitatem in l. 8. conficiuntur. §. codicilli. eod. titul. Mala igitur eſt ratiocinatio & ſophiſtica: Qui non poteſt teſtari, non poteſt fideicommittere. At qui turi eſt, & non habet ſatis teſtium, non poteſt teſtari. Ergo non poteſt fideicommittere. Argumentatio eſt ſophiſtica & captioſa. Verbum, poteſt, aliter accipitur in maiore, aliter in minore. Hæc autem regula Vlpian. duo continet, Qui poteſt teſtari, poteſt fideicommittere: qui non poteſt teſtari, non poteſt fideicommittere: vtrunque ſignificatur his huius legis verbis, *Eos demum, &c.* Vtraque ſententia oppugnatur variis modis, de quibus nunc dicemus, vt commodius intelligatur. In primis opponitur l. ſi arrogator. ff. de adop. Sed vitioſa eſt argumentatio ex ea lege ducta. Sic ratiocinantur, Arrogator facit teſtamentum, tamen non poteſt fideicommittere. Captio eſt in his verbis ac cauillatio. Sic eſſet argumentandum, De certis rebus poteſt teſtamentum fieri filio. ergo de eiſdem rebus poteſt eum fideicommiſſo onerare: ſed non recte id colligitur propter diuerſitatem rationis. Subſtitutio non eſt oneri filio, ſicut fideicommiſſum. Hic pater filio exhæredato ſubſtituit. l. 1. §. vlti. ff. de vulga. tamen non poteſt eum fideicommiſſo grauare. l. pen. C. de fideicom. Alia obiectio, Mutus non poteſt teſtari. l. diſcretis. Cod. qui teſt. facere poſſ. & tamen fideicommittere poteſt. l. 21. Nutu. de lega. 3. Reſpondeo Iureconſ. non loqui de muto, ſed de eo, qui propter morbum non loquitur. Nam qui propter morbum non loquitur, non continuo mutus iudicandus eſt. Et hæc ſatis oſtendunt verba Iuriſconſ. in d. l. nutu. Sic etiam eſt accipiendum quod dicitur in l. & in epiſtola. Cod. de fideicom. Obiicitur etiam Nouella Iuſtin. 123. de ſanctiſſimis epiſc. Sed loquitur de diuiſione bonorum inter filios, quæ iure quodam ſingulari permittitur monacho, quamuis alias teſtamentum facere non poſſit. Hoc quod ſingulare eſt, ad conſequentiam produci non debet. l. quod

vero.ff.de legibus. Alia obiectio ex l.tam is.ff. de donat.cauſa mort. Qui non poteſt facere teſtamentum, poteſt donare cauſa mortis, ergo & fideicommittere. quia paria ſunt. l.37.illud.in princip.ff.de donat.cauſa mort.l.vltim. Cod.eo. titul. Reſpondeo, poſtquam facta eſt donatio, eam habere vim legati, aut fideicommiſſi: ſed in forma & ratione faciendi differt à legato. In legato ſufficit conſenſus duorum.l.cum pater.79.§.ſurdo.ff.de legat.2. Donatio conſenſu duorum perficitur.l. 38. inter mortis. ff. de donatio. cauſ. mort.præſens enim præſenti dat, vel præſens à præſente ſtipulatur. l. Senatus.35.§.vltim.eodem titulo. Vnde mortis cauſa donatio apud Feſtum Pompo. hodie ſtipulatio non videtur neceſſaria, ſed pactum.l.ſi quis argentum.Cod.de dona. Similior eſt igitur in hac re contractibus, quam vltimis voluntatibus. Ad rationem hanc & formam pertinet conditio perſonarum. Filiusfamil.donat.dict.l.tam is.ſicut & contrahit. l.filiusfamil.de obligat.& act. Non facit autem teſtamentum etiam patre permittente. Ratio eſt quam tradidi ſub titul. de teſtamen. Teſtamenti factio eſt publici iuris. l.3. de teſta. Id non eſt conſtitutum propter patrem: ſed iuris publici gratia. Quod ſeruus non teſtetur, non fit propter dominum. indecorum id viſum eſt, quia ſui iuris non ſunt. Filius eſt quodammodo ſeruilis conditionis. Plinius filiosfam.mancipia vocat libro 8.epiſtol. Non recte ergo infertur, non poteſt teſtamentum facere: ergo non poteſt donare. quanquam id ſæpe accidit, vt qui non poteſt teſtari, donare non poſſit. l.1.ff.de tutel.& ratio.diſtrah. Poſtquam donatio cauſa mortis facta eſt legitime, effectum habet legati.d.l.vlt.Exempla. Nam dominium tranſit ſine traditione. l. 1.§.vlt.& l.ſequ.ff. de public. Item ius accreſcendi.C.de caduc.tollend.§.vltim. Scripſi lib. 1. de iure accreſcen.c.16.Item Falcidia detrahitur. l.5.ſi mortis. C. ad leg. Falcid. dicta l. cum pater.§.eorum.de leg. 2. Iuriſconſulti interpretantes edicta de legatis, producunt ad has donationes, l.cum hi.ff.de tranſact. l. 3. ff. de leg. præſtan. l. quæ ſub conditione. ff.de condit. inſtitu. l.3.ff.de bon.liber. Quæſtio eſt vulgo agitata. Lex eſt municipalis, vt minor vigintiquinque annis non poſſit teſtamentum facere contra ius commune.l.4.Cod.qui teſtam.facere poſſ.an poterit fideicommittere, aut codicillos facere? Cauſa dubitationis eſt, quia lex municipalis non prohibet codicillos. Ergo, &c.l. præcipimus. C. de appell. Exiſtimo non poſſe, ex regula Vlp.facit l.non eſt nouum.cum ſeq.ff.de legibus. Extenditur l.vetus ad perſonas, quæ ſimiles erunt in l. noua. facit l.1.§.lex Falcidia. ff. ad legem Falcid. Lex Falcidia trahitur ad Corneliam, & Cornelia ad Falcidiam. Vna interpretationem capit ex altera. Qui diſſentiunt, leuiſſimis argumentis & friuolis pugnant. Statuta ſunt, inquiunt, ſtricti iuris. Hoc falſum eſſe oſtendi ſub tit.de legib. Sumunt pro axiomate certiſſimo, quo nihil poteſt dici à vero alienius. Nec odioſum dici poteſt hoc ſtatutum, quaſi contra tenorem rationis, &c. Citant etiam legem vlti.ff. de reg. Catoniana. Leges veteres non ſemper trahuntur ad nouas. quid enim ſi contrariæ ſint? d.l.non eſt nouum.facit d.l.1.§.lex Falcidia. Quædam tamen poſſunt locum habere. Nam non ſequitur, hæc lex non pertinet ad leges nouas: ergo nulla lex ad leges nouas trahi debet.

Ad l.3. Hæc verba.

LOcus communis hic tractatur de conditione, quæ adſcribitur legato. Tria hic exempla ſunt in quibus quæritur, an legatum ſit conditionale. Nec dubium eſt quin verba ſint apta ad conditionem faciendam. Dictio *ſi*, conditionem facit.l.24.ſi Titio. ff. quando dies leg.ced. Dictio *quiſquis*, apta eſt etiam ad conditionem faciendam, dicemus ad l. 6.Stichum. infr. hoc tit. de legat.1. Et eſt hoc expreſſum l.8. qui liberis. de vulga. cuius legis pars eſt lex noſtra. in d. l. qui liberis. eadem eſt inſcriptio, Vlpian.lib.4. ad Sabinum, & in l. 10. ſed ſi plures. quæ paulo poſt ſequitur in quibuſdam codicibus, ac in iis locis tractatur de vi horum verborum. Ex his apparet hæc verba, *Quiſquis erit, &c.* conditionem ſignificare. Veruntamen Vlpian. noſter ait, legata non effici conditionalia. Nam conditio, quæ tacite ineſt, non reddit legatum conditionale. l. 98. conditiones extrinſecus. ff. de cond. & demonſt. hæc autem tacite ineſſe dicitur, quia non adita hæreditate legata non debentur. l. ſi nemo. de teſta. tute.l.ſi nemo.ff.de reg.iur.l.eam, quam. C. de fideicomm. Conditio quidem non male dicitur hæc adiectio, ſed vim tamen conditionis non habet: figuram habet conditionis, non vim.l. 67. Cornelius. de hæred.inſtit. Conditio dicitur in d. l. conditiones extrinſecus. ſed de nomine non eſt contendendum. Cum ad effectum reſpicimus, non habemus pro conditione: ſed magis pro demonſtratione quadam.leg. 19.In conditionibus.§.1.de condit.& demonſt. Similis locus eſt in l.muto.§.ſub conditione.ff.de tutel. Sed quis eſt huius rei effectus quæritur? Nam cum certum ſit non deberi legatum, niſi hæreditas adita ſit, videtur fruſtra quæri, an conditionale ſit. Sed quæſtio magni momenti eſt, cum agitur de tranſmiſſione legatorum ad hæredes. Quod altius paulo repetendum eſt ex tit.quand. dies lega. ced. Legatum, cuius dies ceſſit mortuo legatario, tranſit ad eius hæredem, ſi mortuus ſit nondum adita hæreditate ab hærede. Dicitur enim dies cedere etiam ante aditam hæreditatem, quoties certum eſt debitum iri cum adita fuerit hæreditas. Hæc eſt regula Labeonis in l.24. Si Titio.quando dies lega.ced. Nos ita cedere hic accipimus, quamuis alias aliter.l.213.cedere diem. ff.de verborum ſignification. Declarandum eſt hoc exemplis. Si purum ſit legatum, cedit dies à morte teſtatoris, & tranſit ad hæredem. l. 5. ſi poſt diem. ff. ſi quando dies lega.ced.quia certum eſt debitum iri, & d. l. ſi Titio.eod.titul. Idem dicitur in §.in nouiſſimo. Cod. de cadu. tollend. vbi Iuſtinia. hoc conſtituit, corrigens legem Papiam, qua lege cedebat dies ab apertura tabularum.Cod.eod.de caduc.§.cum igitur. Vnde fit vt plerique exiſtiment compoſitores Pandect. multa mutaſſe ſub titul.quand.dies leg. & accommodaſſe conſtitutioni Iuſtiniani. Sed exiſtimo Iureconſ. potius ſecutos fuiſſe veteres leges, quæ erant ante legem Papiam. Diſplicebat eis lex Papia, quæ lata fuerat fiſci augendi cauſa, vt plura caduca fierent. Cod.de caduc.tollend.in princip.proinde reſponſa & interpretationes referebant ad ius antiquum, ſperantes ita fore vt deſuetudine abrogaretur. Et eſt locus inſignis de hac re apud Vlp, in Inſti.tit.de lega. *Legatorũ*, inquit, *quæ pure, vel in diem certum relicta ſunt, dies cedit antiquo quidem iure ex mortis teſtatoris tempore. per legem autẽ Papiam Pop. ex apertis tab. teſtamenti.* Meminit eo loco Vlpian. iuris antiqui, quod id magis probaret. Et legis Papiæ, quod eius actoritatem abrogare omnino vereretur. Hæc de legato puro. Eadem eſt cauſa legati in diem certum relicti. d. l. ſi poſt diem. quando dies lega. quia certum eſt debitum iri, ex dicta regula Labeonis. d.l.ſi à Titio. Alia cauſa eſt legati conditionalis. dict. l.ſi poſt diem.§.ſin autem.& Codice de caduc.tollend. Ratio ex dicta regula Labeonis eſt, quia non eſt certum debitum iri, ſi adeatur hæreditas. Ex quo perſpicuum eſt non fruſtra quæri, an conditio tacita faciat legatum conditionale. Tacitam autem intelligimus, quæ extrinſecus venit, non ex teſtamento. l. 6. quod pure. quand. dies lega. Tacita conditio, quæ venit ex teſtamento, ſuſpendit legatum, & impedit ceſſionem diei. Exemplum in d. l. quod pure. & l. 106. aliquando. de condit. & demonſtr. legatum pure datum eſt: ſed ademptum ſub conditione, intelligitur ſub contraria conditione relictum. Hæc conditio non eſt verbis expreſſa: ſed tamen venit ex teſtamento, non extrinſecus. facit dict. lex, 98. conditiones extrinſecus.ff.de condit.& demon. Tacita hic dicitur cum nec expreſſa eſt verbis, nec poteſt colligi ex verbis, vt hæ, Si hæres erit, ſi adierit hæreditatem. Expreſſio igitur huius conditionis nullam vim habet, & dicitur ſuperuacua, dict.leg.ſi Titio.§.quædam. quando dies leg. Hoc eſt accipiendum, niſi teſtator habuerit animum conditionis faciendæ. d.l. in conditionib.19.§.1.de condit.& demon. Quibus autem verbis declaretur hæc voluntas, quæri ſolet. Sed animaduertendum eſt, quæſtionem facti magis eſſe, quam iuris, de qua nihil certi in vniuerſum diffiniri poteſt. Quod ad ius attinet, ſequendum eſt quod Vlpian. ait in l.2. §.vlt.de donat. Si appareat teſtatorem aliter legaturum non fuiſſe, Titio donauit decem, vt inde Stichum emeret. Quid ſi teſtator dixerit ſub conditione, Si Titius hæres meus erit? Plerique exiſtimant voluntatem ſatis declarari his verbis. Et ſane mihi videntur hæc verba teſtatoris magnum pondus habere: niſi aliæ coniecturæ repugnent. Obiicitur lex,

Mæuia,

Mæuia. 44. ff. de manu.teſta. Serui mei liberi ſunto ſub hac conditione, vt monumento meo lucernam accendant, & ſolennia mortis peragant alternis menſibus. Libertas ſeruis relicta, ea conditione ſuſpenſa non eſt. Sed ea ſpecies diſſimilis eſt. Teſtator enim in ea vſus eſt dictione, vt, quæ modum facit. l. 40. quibus diebus. §. vltim. Gonditio pro modo & lege accipitur. l. ſed Celſus. 6. §. vlt. de contrahen. emp. cum ſimilib. Item mens teſtatoris eſt, vt liberi monumento adſint, alias nunquam conſequerentur libertatem: quia tractum habent ea verba, vt adſint monumento, &c. Superſunt explicandę aliquot antinomiæ. Vna eſt ex l. 3. §. filius. ff. de liber. & poſthum. Conditio quæ tacite ineſt expreſſa, vitiat exhæredationem. Idem in l. ſi quis Sempronium. 68. ad fin. de hæred. inſtit. Filius debet exhæredari pure. Certo enim iudicio liberi à parentum ſucceſſione remouendi ſunt. ff. de bonor. poſſeſ. contra tabul. l. 18. ſub conditione. Nec id dubium eſt in conditione voluntaria: ſed de neceſſaria conditione quæritur, cuiuſmodi hæc eſt, ſi hæres erit. Non enim valet exhæredatio, niſi adita hæreditate. l. 20. filium. §. ſed cum exhæredatio. de bono. poſſ. contr. tabul. Solut. Hæc verba ita interpretamur vt conditionem faciant in odium exhæredationis: vt ſubuertatur exhæredatio, quæ non eſt adiuuanda interpretatione. l. cum quidam. ff. de lib. & poſthu. Si ſubtilitatem ſequamur in hac interpretatione, non poteſt valere exhæredatio. Non enim (vt dictum eſt) valet exhæredatio, niſi hæres exiſtat. Conditio eſt, ſi hæres erit: at hæres non poteſt eſſe antequam valeat exhæredatio, quia filius interim pręteritus reperitur. Hæc ſubtilitas admittitur odio exhæredationis. d. l. cum quidam.

Diximus conditionem quæ tacite ineſt, non reddere legatum conditionale, nec impedire tranſmiſſionem. Superſunt explicandæ aliquot antinomiæ, quarum explicatio multum confert ad huius legis interpretationem. Vna eſt ex l. 3. §. filius. ff. de liber. & poſthum. Conditio, quæ tacite ineſt, expreſſa vitiat exhæredationem. Idem in l. 68. ſi quis Sempronium. ad fin. ff. de hæred. inſtit. filius debet exhæredari pure. l. 18. ſub conditione. ff. de bon. poſſ. contra tab. Certo iudicio liberi à parentum ſucceſſione remouendi ſunt. Nec id dubium eſt in conditione voluntaria: ſed de conditione neceſſaria quæritur. Guiuſmodi hæc eſt, ſi hæres erit. Non valet exhæredatio: niſi adita hæreditate. l. filium. 20. §. ſed cum exhæredatio. ff. de bon. poſſ. contra tabulas. Solut. Hæc verba interpretamur, vt conditionem faciant, odio exhęredationis. arg. l. 19. cum quidam. ff. de liber. & poſthum. vt ſubuertatur exhæredatio, quæ non eſt adiuuanda interpretatione. Si ſubtilitatem ſequamur in hac interpretatione, non poteſt valere exhæredatio. Non valet exhæredatio, niſi hæres exiſtat, vt diximus. alia cauſa eſt legati, in quo nullum odium verſatur. Alia antinomia eſt ex l. 65. ſi ita legatum. §. illi, ſi volet. infra, hoc tit. de legat. 1. Conditio, ſi volet, expreſſa reddit conditionale legatum. Vulgo dici ſolet non ineſſe tącite vt legatarius velit. Nam etiam ignoranti acquiritur. l. 77. cum pater. §. ſurdo. de legat. 2. Verum quia legatarius poteſt repudiare, recte dicitur ineſſe hæc conditio, vt legatum non acquiri, niſi volenti. Item Iureconſul. in d. §. illi ſi volet. ſatis oſtendit eam conditionem ex genere earum eſſe, quæ tacite inſunt. Quare hæc reſponſio nec tuta ſatis, nec firma eſt, quamuis excuſari vtcunque ac defendi poſſit. Sequenda potius videtur ratio Gaii in l. 68. ſi ita expreſſum. ff. de condit. & demon. Rip. ad hanc l. 3. num. 35. quia conditio perſonæ iniuncta, videtur velle factum perſonale eſſe, nec ad hæredem tranſire. l. 4. ff. loca. Alia eſt voluntas hæredis, alia defuncti. Scripſi ad l. 46. centeſimis. ff. de verbo. oblig. Cum tacite ineſt conditio, nec eſt expreſſa, nihil perſonę iunctum dici poteſt. Alia antinomia ex l. 88. Actus legitimi. ff. de regul. iur. Acceptilatio tacitam conditionem habet, ſi conditio extiterit ſub qua promiſſum erat: tamen expreſſa nocet. Sed mirum id non eſt in actibus legitimis. Ritus quidam legitimus eſt ac ſolennis, ex quo nihil immutari licet in iis, quæ pro ritu ac ceremoniæ forma exacte ſeruari debent. Boet. in Topic. Cic. ex Gaio, vbi de ceſſione loquitur. Dicuntur legis actiones, Nouell. 81. Conſti. quæ dignitatibus. De his ſcripſi ad titul. de acquiren. hæredit. Alia antinomia ex l. 22. ſi Titio. ad finem. quando dies legat. ced. Si diligenter conſideretur illa ſpecies, nihil contrarium, aut repugnans reperietur. Legatum ab omnibus hæredibus ſub conditione, ſi primus hæres erit. Conditio ſuperuacua eſt, quatenus tacite ineſt. Omnes legato onerati ſunt non in ſolidum: ſed pro parte: deficiente conditione legatum debetur ſaltem pro parte. Dixerit aliquis, imo debetur integrum legatum: quia pars hæreditatis accreſcit cum onere. l. 61. ſi Titio. §. Iulianus. de legat. 2. Scripſi de hac re quid ſentiam lib. 2. de iure accreſcen. cap. 2. Opinio Socini de contrarietate non eſt vſquequaque improbanda. Sed hæc diſputatio eſt alterius loci. Diuerſa eſt ſpecies in l. 19. in conditionibus. §. 1. ff. de condi. & demonſt. Legatum eſt relictum à primo tantum, non à cæteris, & conditio ei tantum adſcripta. Conditio ſuperuacanea eſt, quia non poteſt deberi legatum, niſi eo exiſtente hærede, ne pro parte quidem. Igitur hi tres caſus expendendi ſunt. Videndum in quaque ſpecie an conditio inſit neceſſario. Alia antinomia ex l. 150. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent. de reg. iuris. Breuis definitio hæc eſt, & ſubobſcura, niſi ad locum referatur vnde ſumpta eſt. Sumpta eſt autem ex l. ſi nonnunquam. ff. de conditioni. & demonſtr. cuius inſcriptio eſt Modeſt. lib. 7. differen. Voluit enim oſtendere differentiam eorum, quæ tacite inſunt, & quæ exprimuntur. Si Capitolium aſcenderit, tacite continet hanc conditionem, ſi voluerit: tamen eius expreſſio nocet. in ſpecie d. l. nonnunquam. id verum eſt, & in aliis, de quibus iam diximus. l. 3. §. filius. l. ſi quis Sempronium. l. actus legitimi. teſtatoris voluntati parens, qui voluit Capitolium aſcendi. facit lex, ſi in diem. 46. §. vlti. de condit. & demonſt. Hæc mihi ſufficere viſa ſunt ad huius tertii capitis declarationem. Alii longius vagantur, & tractant, an generaliter verum ſit, expreſſionem eorum, quæ tacite inſunt, nihil operari. Et an id locum habeat non tantum in conditione: ſed etiam in diſpoſitione. Hæc extra rem ſunt: mihi hic propoſitum eſt vt dicam, non quicquid poteſt dici: ſed quicquid debet.

Ad l. 4. ſi quis in fundi vocabulo.

Locus hic tractat de ratione & modo legendi. Vtendum eſt autem verbis aptis & idoneis ad rem ſignificandam. Quid ergo ſi erratum ſit in nomine rei legatæ? Dupliciter hoc accidere poteſt. Primum errando in nomine proprio rei. Secundo errando in nomine communi & appellatiuo. ff. de vtroque hic Vlpi. loquitur. Error igitur in nomine proprio non nocet, ſi de voluntate aliter conſtet. Tolerabilis eſt hic error in nominibus, quæ arbitrio cuiuſque imponuntur, ac mutantur. Idem dicitur in l. ſi Fortidianum. Cod. de legat. Idem in nomine hæredis, aut legatarii. §. ſi quis in nomine. Inſtit. de leg. l. ſi in nomine. C. de teſta. Et adfertur ratio in d. §. ſi quis in nomine. quia nomina imponuntur ad recognoſcendos homines. Nihil ergo refert, modo aliter noti eſſe poſſint. Et hæc ratio ad nomina quoque propria rerum pertinet. Imponuntur rebus vt facilius noſcantur ac diſcernantur. De nomine teſtatoris vide l. vlt. Cod. de hęredibus inſtituen. Nam ea diſputatio extra rem eſt. An idem ſit in contractibus, dixi ad l. 32. ſi in nomine. ff. de verbo. obligat. Idem dicendum eſt & ſi error ſit in demonſtratione. l. 17. demonſtratio. ff. de condit. & demonſtratio. §. huic proxima. Inſtitutio. de legat. Hæc accipienda ſunt cum apparet teſtatorem errare in nomine tantum, & de alio corpore ſenſiſſe, id debetur de quo teſtator ſenſit. Sed quomodo id poſſit apparere, difficile eſt hoc in vniuerſum diffinire, quia facti eſt quæſtio magis, quam iuris. Sed conſideranda ſunt quæ antecedunt, & quæ ſequuntur. l. ſi ſeruus plurium. 50. §. vlti. infra hoc tit. de legat. 1. Demonſtratio etiam ſpectari debet ſi forte qualitas erat notior teſtatori, quam nomen. l. 29. qui habebat. ff. de reb. dub. Si igitur error ſit non tantum in nomine: ſed & in re ipſa, & corpore, nocet legato. hæc eſt ſententia Vlpian. in hoc loco. Idemque ſenſit de hæredis inſtitutione in l. 9. quoties. ff. de hæred. inſtitu. Quæ duo capita coniungi debent, vt olim coniuncta fuerunt. Inſcriptio eſt Vlpian. libr. 5. ad Sabinum. Separata autem ſunt à compoſitoribus, quia diuerſis titulis conueniebant. Hæc coniunctio vtilis eſt vt conferantur ſcripta de legato & inſtitutione. Magna eſt enim affinitas legati & inſtitutionis. Sic alias coniunximus l. 89. re coniuncti. de legat. 3. & l. 142.

triplici. de verborum ſignificatione. Exemplum de legato. Quæritur cum teſtator de vno ſenſit, & alterum legauit. dicitur erratum in corpore. leg. 9. in venditionibus. de contrahen. emptio. Duos fundos habebam, Cornel. & Sempron. diſtantes inter ſe, nec confines. Vnum legare volebam Titio, nempe eum qui maiorum meorum non fuiſſet, ſed emptus à patre meo. cum ignorarem vter eſſet emptus, perſuaſum mihi eſt Cornelianum emptum fuiſſe, cum reuera eſſet Sempronianum, legaui Cornelianum. Hic erratum eſt in re ipſa magis, quam in nomine. Teſtator ſi fuiſſet præſens dixiſſet, hunc fundum do lego. Neuter ergo fundus debetur propter errorem. arg. l. in ambiguo. de reb. dub. Exemplum de hæredis inſtitutione. Vulgo notum eſt ex ſacra hiſtoria, Iſaac inſtituit Iacob pro Eſau per errorem. Geneſ. 27. cap. Erratum fuit in corpore ipſo. Si non nominaſſet, in eodem fuiſſet errore, hunc ego inſtituo. Nam valet inſtitutio. Romano iure neuter inſtitutus eſſe intelligitur. Sed huic ſententiæ opponitur locus communis de voluntate teſtatoris, ex Tuberone in l. Labeo. §. vltim. de ſupell. legat. Quorſum nomina, niſi vt demonſtrent voluntatem dicentis? Sententia eſt Tuberonis diſſentientis à Seruio ſocero ſuo. Cice. pro Cecin. Nihil opus eſt verbis, cum res, cuius cauſa verba quæſita ſunt, intelligitur. Si voluntas tacitis nobis intelligi poſſet, verbis omnino non vteremur. Hæc ratio quoſdam mouit vt dicerent Eſau recte inſtitutum videri. Quæ ſententia alias à me refuta eſt. Vlpian. in d. l. quoties. refragatur, & oſtendit non ſufficere voluntatem. Error fuit Tuberonis, de quo in dict. leg. Labeo, qui error ab iſtis renouatur ac repetitur. Eſau neque ſcriptus, neque nuncupatus fuit. l. 1. ff. de hæred. inſtit. leg. iubemus. Cod. de teſtam. Non quiſquis vult aliquem ſibi hæredem eſſe, nec eundem inſtituit, dicitur magis inſtituere voluiſſe, quam inſtituiſſe. Aliud eſt aliquid agere velle, aliud agere. l. 1. de eden. l. amplius. ff. rem rat. hab. Id certum eſt in iis actibus, in quibus ſola voluntas non ſufficit. not. ad l. 1. Cod. de ſum. Trinit. Non eſt credendum ſolam voluntatem ſufficere ad inſtitutionem hæredis: oportet eam aliquo modo expreſſam eſſe. Si ſola voluntas ſpectaretur in teſtamentis, cur tanta ſolennitas adhiberetur? l. hac conſultiſſima. & l. iubemus. Cod. de teſta. & aliis ſimilibus. Vnum exemplum eſt in l. 44. quidam cum filiumfam. ff. de hæred. inſtit. vbi voluntatis nulla habetur ratio in teſtamento, quæ nullo modo expreſſa eſt. Sequitur de errore in nomine communi ſiue appellatiuo. Exemplum hic eſt de legato. Aliud exemplum in d. l. quoties. Ratio eſt, quam expoſuimus ſupra. facit d. l. in ambiguo. ff. de dubiis. vbi Paulus ait, Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit quod vox ſignificat, quia non vult: neque id quod vult, quia id non loquitur. Eſt locus inſignis de hac re in l. Labeo. ff. de ſupel. leg. vbi ſententia Tuberonis refellitur de voluntate. Mirum non eſt hodie pleroſque hæſitare in hac re, cum veteres inter ſe diſſenſerint. Tubero quidem probabiliter dixit: ſed obtinuit Soceri ſententia, vt quæ fortioribus rationibus nitatur. Aurea eſt ſententia Seruii: Nemo credendus eſt aliquid dixiſſe, cum non ſuo nomine vſus ſit. Non obſtat l. quoniam. 15. Cod. de teſta. Nihil ſane refert quibus verbis, modo apta ſint ad ſignificandam voluntatem. d. l. quoniam. facit l. 25. ille aut ille. §. cum in verbis nulla, &c. de leg. 3. Periculoſum eſt coniecturam voluntatis recipi contra apertam verborum ſignificationem. nihil certi eſſet in teſtamentis: diceretur teſtator ſolitus bouem vocare aſinum. Hic occurrit antinomia ex l. 50. Librorum. §. quod tamen Caſſius. de leg. 3. vbi admittitur coniectura voluntatis contra proprietatem. Verum non omnino repugnat voluntati ſignificatio verborum. Chartas vocamus libros abſiue. Abuſum recipimus plerunque pro ſignificatione propria. l. non aliter 67. §. 1. de leg. 3. l. ſi quis vinum. de trit. vino, oleo leg. Recipimus etiam tropos & figuras vſitatas. metaphoram, metonymiam, allegoriam, ironiam. Si quis ſeruum, aut equum vocet aſinum ob tarditatem & ſegnitiem: hic non receditur à conſuetudine loquendi. Ambigua igitur vox eſt in dict. l. librorum. ſed ſtudioſus ſtudioſe legat. Item, nihil aliud, quam libros habebat. Non obſtat quod nonnulli obiiciunt ex hoc capite, de veſte & ſupellectile. Supellex nullo modo ſignificat veſtem apud Latinos ſcriptores. Nemo latinus dubitauit vnquam, quin ſupellex & veſtis, res diuerſæ ſint. Sed dubitatur de quibuſdam rebus an ſupellectilis ſint, aut veſtis. l. 5. de ſupel. leg. Ex iam dictis cognoſcitur differentia nominis proprii, & communis vel appellatiui. Error in proprio nomine non nocet, ſi conſtet de voluntate, & admittitur coniectura voluntatis. Error in nomine rei nocet, nec admittitur probatio voluntatis. Plerique tamen hic dicunt admitti probationem, ſed fortiorem requiri. Sed hoc ſatis refutari poteſt ex iis, quæ diximus. Rationem diuerſitatis ſubiicit hic Vlpian. ad fin. Error in nomine proprio excuſationem aliquam habet, hæc nomina arbitrio cuiuſque imponuntur, vel mutantur. Cod. de muta. nom. Communes appellationes quæ quaſi naturali quodam conſenſu hominum inditæ ſunt rebus, non pendent excuiuſque voluntate & arbitrio. d. l. Labeo. facit l. 2. de vſufruct. earum rerum. Nec ſenatus eſt, nec principis, communia rerum nomina mutare. Pomponius Marcellus Tiberio dixit, Hominibus barbaris ciuitatem Romanam dare potes: nominibus barbaris non potes. Alcia. male hoc adſcribit Phauorino & Adriano.

Ad §. ſi quis hæredes.

Locus eſt de legato, in quo quæritur à quo debeatur legatum. Et certum eſt ab hærede deberi, niſi aliud actum ſit. Dixi ſupra in definitione legati: ſi ſint plures hæredes debetur ab omnibus, & debetur pro rata parte. l. ſi pluribus. 45. de leg. 2. Similis locus in l. ab omnib. 107. hoc titu. de leg. 1. nam hæres non repræſentat defuncti perſonam, niſi pro ea parte qua hæres eſt. l. cum à matre. Cod. de rei vindic. Vnde ſi vnus inſtitutus ſit hæres Gallicanarum rerum, & teſtator ita dixerit, Quiſquis mihi, &c. videtur is ſolus oneratus ad quem res Gallicanæ pertinent ex diuiſione. Sed non ita eſt. Nam ad omnes hæredes pertinent hæ res, quamuis obueniant diuiſione hæreditatis, & eas conſequatur ab aliis hæredibus. Quid ſi teſtator eum inſtituit hæredem rerum Gallicanarum? quo caſu legatarii loco eſt, dato cohærede vniuerſali. l. quoties. Cod. de hæred. inſti. non dato cohærede vniuerſali, intelligitur ex omniũ hæres inſtitutus, detracta rerum mentione. l. 1. §. ſi fundo. ff. de hæred. inſtit. Hæres eſt iuris ſucceſſor. l. quoties. 9. §. hæredes. ff. de hæredib. inſtit. l. ex facto 35. eod. tit. Vbi duo ſunt inſtituti ex certis rebus, nec vllus eſt cohæres vniuerſalis, interpretamur inſtitutos eſſe ſine partibus, ſed iure prælegati res illas ſingulis attribuendas eſſe. Debet ergo quiſque æs alienum, & legata pro qua parte eſt hæres. Nec habetur ratio rerum prælegatarum. d. l. ex facto. niſi forte voluntas defuncti contraria appareat, ſi appareat eum his verbis vſum, quod vellet eum onus legatorum ſubire, ad quem illæ res peruenirent. Quæ hic tractantur de nominibus diſtributiuis, ad rem non pertinent. De his dicemus alibi.

Ad l. 5. Serui electione.

Agitur hoc loco de optione, vt electione legata, de quo proprius eſt tit, infra lib. 33. Quidam legauit Titio ſeruum, quem elegerit: ſemel elegit, an poſſit variare & mutare voluntatem. Mouet dubitationem quod teſtator non dixit, quem ſemel elegerit. Sed Paul. ait eum variare non poſſe. Ratio colligitur ex l. apud Aufidium. 20. in fin. ff. de optio. leg. In Florent. ibi legitur, quoniam res &c. ex quo apparet rationem reddi. in aliis legitur, quinetiam res &c. Vnde orta eſt magna diſſenſio, ſed tutius videtur Florentinam lectionem ſequi. Sed obiicitur, quod hac ratione hoc non haberet locum in re aliena legata. Paulus tamen hic loquitur generaliter. nec rem alienam excipit. non enim diſtinguit ſeruum proprium ab alieno. Sed animaduertendum eſt Iuriſconſul. in l. apud Aufidium. loqui de legato vindicationis, in quo legato ſtatim tranſit dominium etiam iure veteri, vt dixi. hoc autem genere res propriæ tantum legantur. Non igitur mirum eſt hanc rationem adductam eſſe, cum de eo genere legati tantum quæreretur. Sed hoc eſt receptum etiam in aliis generibus legatorum, ſed alia ratione. Quamuis nota ratio nobis non eſſet: tamen certum ius ſequi oportet. l. non omnium. ff. de legib. Ego rationem adduxi in l. ſi quis ſtipulatus. ff. de verb. oblig. quæ mihi videtur probabilis, nec vltimæ voluntates ſuſpendantur, ſed maturius exitum habeant. l. vlt.

commu,

commun.prædior. Et videmus in plæriſque aliis exemplis hanc variationem improbari. l. ſi pluribus. 33. l. huiuſmodi. 84.§.Stichum.infra hoc tit.de leg. 1.l.ſtatuliberum. 11. ad fi. de leg.2. Hæc intelligenda ſunt, cum electio recte facta eſt, ac ſine vitio. Nihil enim prohibet quod vitioſe factum eſt repeti & iterari. l. qui per ſalutem. 32. de iureiuran. ca. non præſtat.de reg. iur. in 6. Vnde quæritur quæ obſeruanda ſint in electione vt valeat: ego paucis perſtringam. Nam plena diſputatio magis conuenit tit. de optio. lega. Primum oportet aditam eſſe hæreditatem. l. optione. 16. de optio. leg. l. Iulianus.10.infra hoc tit.de leg.1. Nam ante aditionem legatarius nihil iuris habet. l. ſi nemo ſubiit hæreditatem. 142. de regul.iur.l.eam,quam.14.Cod.de fideicom.Secundo ſi filiusfamil. ſit, oportet voluntatem patris accedere. d.l. Iulianus.Nam filius acquirit patri &c. Tertio ſi ſit pupillus, debet etiam accedere tutoris auctoritas.argum.l. pupillus.9. ff. de acquirenda hæreditate. & l. ſi ſine. alias, minor reſtituitur. l.ait prætor. 7. §. & ſi ſine.alias eſt l. & ſi ſine. 8. de minor. Item quarto loco oportet verbis aptis eum vſum eſſe qui eliget, vt appareat vnam ex rebus habere velle magis, quam alias. Verbum enim eligere id ſignificat. Inde quæritur,quid ſi dixerit, illam rem volo eligere? Verbum enim, volo, eſt ſuſpenſiuum. l. ſi quis ſtipulatus. ff. de verbo. obliga. vt volo adire hæreditatem, volo matrimonium contrahere cum illa, volo relinquere prædia. l. Pamphilo. 37.§.propoſitum.de leg.3. Sed diligenter conſideranda eſt vis verborum,& mens proferentis in quaque ſpecie.hæc enim certis regulis includi, aut certa definitione comprehendi non poſſunt. Quid ſi ita dictum ſit, Volo habere, ſumere, capere, Volo eſſe hæres, volo Titiam habere vxorem, volo dare. l. huiuſmodi. 84.§. Stichum. hoc tit. volo habere. d.l. apud Aufidium. hoc verbo perficitur electio. Quinto oportet electionem factam eſſe rebus omnibus exhibitis. l. 4. ff. de optio. leg. Electio enim requirit deliberationem. Opponunt l. ſi is cui. 19. de leg.2.vbi ob ignorantiam rerum non vitiatur electio. Variæ ſunt opiniones, plerique intelligunt de legato alternatiuo, ſed nulla ſatis firma ratio adducitur huius diuerſitatis. Exiſtimo rem ibi traditam fuiſſe, nec fuiſſe ſimplicem electionem, alias ſimilitudo quæ ſequitur non eſſet apta nec bona. Deinde vindicare, verbum, videtur accipiendum cum effectu.not.in l.2.§.ſi tamen.ff.de verb.oblig. In priore parte legatum eſt vindicationis, & electio legatarii:in altera legatum damnationis, & electio hæredis. Sexto videndum eſt ne res aliena eligatur.l.2.eo.tit.de optio.leg. Hoc vulgo intelligitur,niſi aliæ res non ſint in patrimonio.l. Titia teſtamento. 39.§.Semproniæ.de auro,arg.mund.Sed alius ſenſus eorum verborum §. Semproniæ. Syntheſis enim ſignificat vniuerſitatem veſtium, quæ ſimul induuntur, quæ forte ſunt eiuſdem coloris aut materiæ.Legatarius itaque non poteſt ita eligere,vt illum ordinem peruertat. Si in patrimonio ſint tunicæ ſingulares,id eſt, ſine illa compoſitione, ex iis tantum eligere poterit. Si non ſint aliæ, niſi in ſyntheſi, hæres eliget. Non fit ergo electio ex alienis:intellige,niſi appareat de contraria voluntate.

Cœpimus docere, quæ ſint obſeruanda in optione rei legatæ. Adde ſupradictis res omnes exhibendas eſſe, &c.l.4. ff. de opt. leg. alias non poſſet deliberare vtram rem malit. Itaque non videtur conſumpta electio ſi quis ignorauerit electionem ſibi datam eſſe. Tantum abeſt vt ipſi exhibeantur res, vt etiam ignoret hanc ſibi facultatem conceſſam eſſe. Sed huic ſententiæ opponitur l. ſi is, cui. 19. ff.de leg.2. Difficilis eſt antinomia. Plærique exiſtimant accipiendum eſſe de rebus ſub alternatione legatis: non de optione legata. Sed nulla ab iis bona ratio diuerſitatis affertur,ac nec afferri quidem poteſt. Ego vero aſſentior iis, qui putant ibi non fuiſſe ſimplicem electionem. Primum enim iudicium aliquod fuit de ea re, vt apparet ex verbis. Imo fuit executio & traditio rei. Vindicare, verbum, videtur accipiendum cum effectu. Si quis obiiciat, vindicare nihil aliud eſſe, quam petere,&c. Reſpondetur ambiguitatem aliquam hic repeririri,cui ſimilis eſt in l.2. §. ſi tamen.ff. de verbor.oblig. Accipienda interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua.ff. de legib.Item ambiguitatem explicant verba ſequentia.l. ſi ſeruus plurium.§.vlt. ff. de leg. 1. & l.75.nummis.ff.de leg. 3. Alias nec bona nec apta ſimilitudo eſſet: niſi in vtroque caſu data res eſſet. Et ſane verbum vindicare, late patet,& plærunque aliud ſignificat,quam petere: vt cum dicimus rem fiſco vindicari.l.bonorum.8.l.14. dicitur.l.27. cum mortem.ff.de iure fiſci.portiones.l. 21. de iis,quib.vt indig. Hæc ſunt quæ præcipue ſeruari debent in electione: quibus obſeruatis non licet variare,vt ante diximus. Supereſt antinomia ex l.eum, qui certarum.138.§. vlt.de verb.oblig.l.112.ſi quis ſtipulatus. eo.tit.In ſtipulatione diſtinguitur quibus verbis:quia electionem non habet,niſi ex verbis:in reo non diſtinguitur quibus verbis: quia electionem habet ex lege,& tacite. Reſpon.differre in hac re vltimas voluntates à contractib. Loci clari ſunt de contractibus nunc à me citati. de vltimis voluntatibus locus hic eſt ſatis apertus.& d.l. apud Aufidium.Nec tantum de electione legatarii: ſed etiam hæredis. d.l. huiuſmodi. §. Stichum.hoc tit.& d.l.ſtatuliberum.de leg.2. Non diſtinguitur quibus verbis electio fuerit permiſſa. Quin igitur differant, dubium non eſt, ſed ratio diuerſitatis inquiritur, de qua diximus ſupra ex l. apud Aufidium. in fi. Quidam recentiores tamen contendunt rationem non eſſe, propter dictionem, quinetiam,quam vulgares codices habent. Sed fefellit eos Haloander, vt me quoque ipſum alias. In Florentinis enim legitur, quoniam, vt dixi. Deinde ſumitur alia ratio de qua etiam ſupra dixi ex l.vlt.commun.prædio. Non ſicut viuentium,ita & defunctorum actus ſuſpendi receptum eſſe,id eſt, non tam facile admitti ſuſpenſionem in actibus defunctorum. & hæc videtur probabilis eſſe ratio, nec improbanda. Rationes enim neceſſariæ, & velut ἀποδείξεις, quæ vim adferunt,non ſunt exigendæ in ſcientia ciuili,vt recte Ariſtot. ait. Probabilibus enim contenti eſſe debemus, quæ ſpeciem vtilitatis, aut æquitatis habeant.

Ad §. Labeo ait.

SPecies hic tractatur pertinens ad interpretationem verborum, & coniecturam voluntatis, cuiuſmodi pleræque extant in his libris. Quidam ita legauit, Stichum,qui meus erit cum moriar,&c. Tempore mortis is Stichus erat communis: quæritur an debeatur, & an totus debeatur? Videtur in primis nihil deberi quaſi deficiente conditione. Res enim non eſt mea, cuius partem tantum habeo. Sed tamen conſtat extitiſſe conditionem, nec de eo controuerſia vlla fuit inter Labeonem & Trebatium. Solemus enim dicere res noſtras eſſe, quarum domini ſumus, vel in totum,vel pro parte. Locutio eſt vſitata & recepta. Sed dubitatum fuit,an tota res debeatur,an pars. Labeo exiſtimauit totam deberi. Videbat Labeo legatum damnationis eſſe,quo res etiam alienæ relinquuntur, vt dixi ad l.1. Verum inſpiciendum eſt non tam quid potuerit teſtator, quam quid voluerit. Poteſt vtique rem alienam legare.l.cum rem alienam. Cod.de legat. non tamen facile creditur rem alienam legare, niſi id diſerte expreſſum ſit verbis nec obſcuris,nec ambiguis. Non creditur in dubio velle onerare hæredem ſuum neceſſitate redimendi.l.vnum ex familia.69.§.ſi rem.de legat. 2. Eatenus intelligitur teſtator onerare hæredem ſuum, quatenus id clare & perſpicue expreſſum eſt. l. 73. Numis. de leg. 3. Sic ergo interpretamur proximam l. 6. Stichum, qui meus erit, &c.vbi dicemus ex l.83.nuper.de leg.3. Obſeruandum igitur hinc eſt rem meam recte dici, cuius ego pro parte ſum dominus.l.1.§.domini.ad Sillan.l. 2.de condit. inſtit. Quæritur, an proprie ita dicatur, an improprie? Puto non omnino improprie dici, cum tropus hic receptus & vſitatus ſit. Quod & ſenſit Caius in l. 46. illud.de ritu nupt. Videtur eſſe quædam ſynecdoche cum totum pro parte vſurpamus: hæ figuræ adeo receptæ ſunt & vſitatæ, vt ſine his ne ſermo quidem quotidianus conſiſtat: vt mirum non ſit, ſi eas recipiamus in interpretanda voluntate teſtatorum. Magis tamen proprie dicitur res mea,quæ tota mea eſt. Et hac ratione verbum ambiguum eſſe dicitur. l. 139. pupillus. §.vlt. ff.de verbor.ſignifi. Sane qui dicit rem ſuam totam eſſe, quæ communis eſt,male loquitur.l.25.recte dicimus.ff.de verbo. ſignifi.l.5.Seruus communis.ff. de ſtipul.ſeruo.Multum refert, an dicam, hæc res eſt mea: an ita, hæc res eſt tota mea. Nam in parte ſocii nihil iuris habeo, nec poſſum eam alienare.d.l.portionem.C.de commun.rer.aliena.l.68.nemo ex

ſociis.ff. pro ſocio. Idque exceptis aliquot caſibus, de quibus hic diſputatur ab aliis extra rem. Hinc vulgare illud. Quod commune eſt, meum eſt, quantum ad diſpoſitionem partis meæ. Ex iam dictis conſequitur, ſi quis ſeruos ſuos legauerit, communes deberi.l.72. ſi quis ſeruos. & l.66. Iulianus.§.ſeruos.ff. de leg. 3. atque ita extenditur quod hic Paul.ait, de re certa,&c. Multa alia exempla colligi poſſunt, in quib. apparet quod commune eſt, meum rectè dici. Sed ea omitto breuitatis cauſa. Quod autem dicitur, quod commune eſt &c. accipe quod commune eſt pluribus vt ſingulis.leg.in tantum.§.vniuerſitatis.Digeſt.de rerum diuiſione.leg.ſed ſi hac.§.qui manumittitur.de in ius vocando. Res ciuitatis meæ, non rectè dicitur mea, ne pro parte quidem. Itaque non deberetur ex legato.Hic occurrit antinomia ex l.43.hoc legatum. de leg.3. vbi ſic, Vxoris cauſa paratum non dicitur quod communis vſus cauſa paratum eſt. Idem in leg.36.legatis. de leg. 2.l.27. Quintus.ff.de auro,& arg.leg. Dubitatio naſcitur ex eo quod dictum eſt, quod commune eſt, dicitur meum. Quod ad communem ergo vſum paratum eſt, rectè dicitur ad meum vſum paratum eſſe. Sed in hac ambiguitate ſequimur quod veriſimilius eſt teſtatorem ſenſiſſe. In ſuperiore ſpecie, qui legat ſeruos ſuos, nulla eſt cauſa cur non velit legare communes pro parte ſua. Qui legat quod vxoris cauſa paratum eſt, non creditur legare quod communis vſus cauſa paratum eſt. facilius legat vxori quod ei tantum vſui eſt. Conſiderat teſtator graue eſſe vxori iis rebus carere, quæ proprie ipſius vſibus attributæ ſunt. Alias auferretur vſus hæredi, qui non diuiditur. l. vſus pars. ff. de vſu & habitat.

Ad §.cum fundus.

SPecies hic tractatur non omnino diſſimilis ſuperiori. Legatus eſt fundus communis hoc modo, Lego fundũ Cornelianum, vel qui meus eſt, an totus debeatur: & cogatur hæres partẽ redimere? Ait Paulus portionem deberi. Addit hoc conſtare, vt oſtendat certi iuris eſſe, non controuerſi. Nam & verba & mens teſtatoris pro hærede faciunt. *Qui meus.* Rectè interpretamur quatenus meus eſt, vt ſupra dixi. Meum id rectè dicitur quod pro parte meum eſt, quamuis totum meum eſſe, non rectè dicatur: vt ſupra docui. Item ſi dubia res eſſet, non facile teſtator crederetur voluiſſe hæredem ſuum onerare neceſſitate redimendi. l. vnum ex familia. 69. §. ſi rem.de leg.2. Meritò igitur dixit Paul. conſtare, cum hæc ſententia non tantum conueniat verbis: ſed etiam humanior ſit, & magis ex voluntate teſtatoris. Hæc autem ſpecies differt à ſuperiore. Nam in ſuperiore inſpicitur tempus mortis, hic inſpicitur tempus teſtamenti.l.8 ſi ita.ff.de auro, arg.lega.l.vlt.in edicto.eod.tit. Vnde quæritur, quid ſi poſtea acquiſita ſit altera pars, an debeatur? Dicam ad l.ſi ex toto.8.infra hoc titu. Quid autem his verbis ſignificetur meum, tuum, ſuum, ex aliis locis cognoſcitur. leg.cum ſuæ.69. & ſequen.tribus. de leg. 3.l. meorum.91.de verbo.ſignifi.l.talem.51.§.1. de hæred. inſtit. d.l.27.Quintus.§.argento.ff.de auro, & argento.l.ſi legatis. 30.§.1.ff.ad Trebel. Hinc obſeruandum eſt, eum, qui legat rem ſuam, videri legare partem quam habet, non eam quæ aliena eſt. Dixerit aliquis, ſi vtraque pars eſſet aliena, totus fundus deberetur. ergo multo magis cum altera tantum aliena eſt. Nam legatum rei alienæ valet. l.cum rem alienam. C. de leg. Nec falſa demonſtratio nocet legato.l.demonſtratio. de condit.& demonſtr. & hæc verba demonſtrationem faciunt: non conditionem. vt prox. ff. de leg. 1.l. Stichum.& l. 83. nuper.de leg. 3. Reſpondeo, Si totus fundus ſit alienus, nulla alia coniectura poteſt capi, quam voluiſſe totum legare. Nulla coniectura eſt, quæ ſuadeat teſtatorem de parte cogitaſſe. At cum pars teſtatoris fuit, facile credimus eum de ea parte cogitaſſe. Intellige ſi ſciat partem tantum ſuam eſſe. Nam errantis nulla voluntas eſt. l. ſi per errorem. ff.de iuriſd. Similis ſpecies eſt in l.qui concubinam. 29.§.qui fundum. de leg. 3. Pars vtraque teſtatoris eſt: ſed altera debetur ſocio actione mandati. Notanda eſt diligenter hic coniectura, cuius magnus eſt vſus in interpretatione voluntatis. Tractari ſolet, ſi teſtator non dixerit, meum: ſed ſimpliciter legauerit, quid debeatur, an totum debeatur, an vero ius quod teſtator habet in re? Hic reperitur magna varietas iuris, ac vt videtur, repugnantia. Accurſ.cum paucis aliis quibuſdam, exiſtimabat totum deberi. Dicunt enim appellatione rei totum contineri. l.ſi dictum.§.in ſtipulatione.ff.de euictio. nec facile recedendum eſſe à verbis.l.25.ille aut ille.l.non aliter.67. ff. de leg.3. Quod hic dicitur partem deberi, aiunt dici propter verbum, meum. Citant exempla ex Iuriſconſ. quibus ſententiam ſuam confirment. Vnum eſt in l.Mæuius. 68.§.fundo.ff.de leg.2. vbi debetur legatario omne emolumentum rei, non pars. De pignore expreſſum eſt aliis locis.l. 60. ſi res obligatas. l. prædia.6.Cod.de fideicom. Præterea adducitur pro hac ſententia l.cum filius. 78.§.dominus. de leg. 2. Item adducunt pro ſe l. quod ſi quis Stichum. 76.ff.hoc tit. 1. de leg. hæc ſunt argumenta quibus fere vtuntur huius opinionis defenſores. Contraria tamen opinio receptior eſt, partem tantum deberi, aut ius quod teſtator habuit. Huius opinionis fundamentum eſt mens teſtatoris. Alii pugnant verbis, à quibus dicunt non eſſe recedendum. Sed reſponſum in promptu eſt, potiorem mentem eſſe.d.l.non aliter. Ea colligitur ex coniecturis. Eſt autem vna efficaciſſima, quod teſtator noluerit hæredem ſuum ita onerare, vt partem, aut ius alienum redimat. Hac coniectura ſæpe vtuntur Iuriſconſul. cum agitur de interpretatione voluntatis.d.leg. vnum ex familia. §. ſi rem. de leg. 2. d.l. qui concubinam.§. qui fundum. de leg.3. & l. 36. Sticho.de vſufruct.leg. Non enim ſolent in ſumma interpretari contra hæredẽ, quoties coniectura aliqua pro eo eſt, quæ ſit alicuius momenti. Id etiam apparet ex leg.cum alienam rem.Cod. de leg. vbi non intelligitur legatum, ſi teſtator alienam ignorauit, niſi ſit coniuncta perſona. Sic etiam in noſtram ſpeciem coniectura eſt propter partem, aut ius quod habet teſtator: creditur enim facile de illa parte, aut iure ſenſiſſe. Proferunt etiam iſti exempla multa, & plura quam aduerſarii, præter ea, quæ iam recitaui. Vnum eſt in l.74. ſi domus.§.vltim. hoc tit.

Aliud exemplum in leg. cum ſeruus.39.§. idem Iulianus. Quiſpiam hic legauit fundum ab alio emptum. hæres præſtat actionem ex empto. Aliud in l. 44. ſeruum filii. in princ. Hic legatur ius quod quis habere ſperat. Aliud exemplum in l.66. Iulianus. alias Iuniano. alias eſt l. 68. & incipit, Teſtatorem. de leg. 3. vbi intelligitur legatum in altera parte non propria legantis. Aliud in l.24. fundus, qui locatus. de fundo inſtr. leg.

Aliud exemplum in l.ſi quis teſtamento. 76.§. ſi libertus. ff.hoc tit.de leg.1. Obiectorum diſſolutio. Quod obiicitur de ſignificatione verborum, iam refutatum eſt. Quod de l. Mæuius.68.§. fundo. ff. de leg. 2. reſponderi poteſt ita accipiendum, cum teſtator totum fundum legauit. Hanc ſolutionem plærique contemnunt, ſed fortaſſis non aſſequuntur quid velit Iureconſul. Non exponunt quomodo fundus ſit legatus. Hæc verba, fundo legato, non ſunt verba teſtatoris. Imo ne legatum quidem hoc modo valeret. l. ita ſtipulatus.de verbo.obli.l.cum poſt.69.§. gener. ff.de iure dot. Duplex igitur eſt quæſtio. Vna, an totus fundus debeatur? Quæ ibi non deciditur: ſed nec tractatur à nobis. Altera, quo caſu apparet totum legatum eſſe, quia id expreſſit, vel ſciuit alienum eſſe: an vſusfructus debeatur? Quia dubitatur an ſit pars rei.l.rectè dicimus.25.ff. de verbo. ſignifi. At enim de toto fundo legato nihil dicitur, nec id exprimere fuit neceſſe: quia de eo non erat quæſtio. Sed dubitatur, quo caſu ſit legatus. Ad l.78. Cum filius.§. Dominus. eodem modo reſponderi poteſt. Item in ea ſpecie vſusfructus, quia hæredis eſt, non redimitur. facit l. vnum ex familia.69.§.ſi rem. Obiicitur etiam de pignore ex d.l.Mæuius.§.fundo.& d.l.ſi res obligata. Vulgo dici ſolet totam rem poſſe auocari: ſed magis me mouet, quod non eſt credibile velle teſtatorem æs alienum ſolui à legatario. Hæredis eſt æs alienum exoluere non legatarii. l. 1.Cod. ſi cert. pet. d.l.76. quod ſi quis Stichum. ea pro nobis facit. Alias Stichus dari deberet, non actio cedi. Cur autem debeatur vterque, cum alter tantum deberi ex verbis intelligatur? Oppo. etiam l.Iulianus.de leg.& l.qui habebat.99. alias 101. de leg.3. Sed iam dixi ius pignoris legatum eſſe, ſi quis intelligat de proprietate, reſpondeo id fieri propter dictionem vniuerſalem.

Quæſitum fuit, an legata re communi ſimpliciter pars tantum debeatur? Diximus receptiorem eſſe opinionem eorum, qui putant partem deberi, aut ius quod teſtator habet. Multa adduxi-

adduximus ad confirmationem huius opinionis. Quod obiicitur de ſignificatione verborum, ſatis iam refutatum eſt. mens enim potior eſt verbis, cum de ea conſtat ex coniecturis.d.l.non aliter. Non creditur autem velle teſtator hæredem ſuum onerare, vt alienam rem redimat.dict. l. vnum ex familia.§.ſi rem. Nec ſignificatio verborum omnino repugnat, cum fundi appellatione etiam pars contineatur.leg.rei appellatione.23.de verb.ſignif. Si quis dicat proprie totum contineri, &c. reſpon. non eſſe ſcrupuloſe & ſubtiliter nimis ſequendam proprietatem in teſtamentis. d.l. non aliter. l.cum de lanionis.§.aſinam.Secundo obiicitur l.Mæuius.68. §.fundo.ff.de leg.2. Vulgo dici ſolet id accipiendum eſſe,cum teſtator totum fundum legauit. Multum refert, an quis legauerit fundum ſimpliciter, an totum dixerit. not. ad l. Iulianus.ff.de leg.3. Hanc ſolutionem Alciat.& quidam alii rident, & aiunt diuinationem eſſe. Nam de toto nulla mentio eſt ibi,& dicitur tantum, fundo legato,&c. Sed animaduertendum eſt pro defenſione huius opinionis hæc non eſſe verba teſtatoris; ſed Iureconſulti. Imo nec legatum quidem hoc modo valeret.l.cum poſt. §. gener.de iure dotium.leg.ita ſtipulatus. de verb. obl. Ait Iureconſ. fundum legatum eſſe, nec exprimit quo modo legatus ſit. Duplex igitur quæſtio eſt. Vna eſt, an totus fundus debeatur:quibus verbis totus fundus legatus eſſe intelligatur, ea quæſtio non deciditur in §.fundo.ſed ea non tractatur à nobis. Altera quæſtio eſt in d.§.fundo. quæ proprie ibi tractatur, quo caſu totus legatus an vſusfructus debeatur, id poteſt apparere, quia teſtator forte expreſſit, quia ſciuit alienum eſſe, vel ex aliis coniecturis.hoc caſu dubitatur an vſusfructus debeatur. Non enim videtur eſſe pars fundi. d. l.recte dicimus. de verb. ſignificat. quamuis pro parte nonnunquam habeatur.l.4. de vſuſr. Dixerit aliquis, nihil expreſſum eſt, ex quo intelligi poſſit totum legatum eſſe. Reſpon. ne id quidem exprimere neceſſe fuit:quia de eo non erat quæſtio. Sed quæritur quo caſu totus ſit legatus. non poteſt apte quæri de vſufructu, &c. niſi ponamus totum legatum eſſe, inepte proponitur quæſtio de vſufructu, niſi ponamus totum legatum eſſe. Tertiò obiicitur l.cum filius. 87.§.dominus.ff.de lega.2. Reſponderi poteſt,vt ad d.l.Mæuius.§.fundo. Quæritur enim cum totus fundus legatus eſt, an debeatur vſusfructus, qui eſt hæredis. Non dubitatur quin totus legatus ſit. Si vſusfructus pars eſſet,dubia non eſſet voluntas teſtatoris. Nam voluntas ex eo colligitur, quod pars hæredis eſt, non alterius:nec cogitur redimere,&c.d.l.vnum ex familia.§. ſi rem. Præterea alio argumento oppugnatur hæc ſententia ex d.§. fundo. cum loquatur de pignore. Idem dicitur in l. ſi res obligata. hoc tit. hæres cogitur luere. ergo non liberatur id præſtando,quod defunctus habuit. Reſpond.coniecturam voluntatis facere,vt res integra,plena & libera debeatur. Non eſt credibile velle teſtatorem æs alienum ſolui à legatario. hæredis namque eſt alienum æs ſoluere,non legatarii.l.1. Cod.ſi cer.pet.Non enim legatarius ſuccedit in ius vniuerſum, ſicut hæres:ſed in rem, vt iam ſæpe diximus. Alii hanc rationem adferunt,quia tota res poſſet auocari per hypothecam. Sed quod dixi probabilius eſt ac tutius. Idem obiicitur l. quod ſi quis Stichum.79. Sed illa lex magis iuuat noſtram ſententiam,quam aduerſariorum. Nam ſi verum non eſſet quod diximus, legatarius poſſet petere Stichum ab hærede, non actionis ceſſionem. At hæres hic liberatur cedendo actionem. Stichus enim non erat defuncti: ſed & debitus erat. Legando igitur Stichum, intelligitur legaſſe ius quod habebat, id eſt, actionem. Sed cur alteri debetur æſtimatio? Nam defuncto alter tantum debebatur, non vterque. Reſpondeo id fieri propter manifeſtiſſima verba teſtatoris, quæ non poſſunt aliter accipi. Teſtator vni Stichum, alteri Pamphilum legauit. Facit l.ille, aut ille.de leg.3.Rurſus opponitur huic ſententiæ l. 66. Iulianus.de leg.3. nam hoc telum in nos retorquent aduerſarii.Sed ego iam dixi, ius quod defunctus habuit,legato contineri,id eſt,ius pignoris. Alii dicunt proprietatem potius legatam eſſe, quia Vlp.ait, quaſi ad ſe pertinentem. Sed verbum pertinere, de iure pignoris etiam intelligitur.l.181.verbum illud, pertinere.ff.de verb. ſig. pro ſententia noſtra facit l.99.qui habebat.de leg.3. Prædia obligata non videntur relicta, niſi redacta ſint in proprium patrimonium. An relictum ſit ius pignoris, ibi non dicitur: ſed decidendum id eſt ex iam dictis.Deinde & ſi perſpicuum eſſet proprietatem legatam eſſe, ne id quidem obſtaret ſententiæ noſtræ.Nam ibi legatum eſt prædium Seianum omne, addita vniuerſali particula, hic autem loquimur cum ſimpliciter quis legauit. Puto me reſpondiſſe omnibus obiectis, niſi forte quis obiiciat ex l.ſtipulatio.§. vlt.de noui oper.nunt. Stipulatio refertur ad totius operis æſtimationem, non ad partem operis,ergo qui legat fundum,intelligitur totum legare: ſed hoc nimis remotum ac diſſimile eſt.Ineptum autem eſt, hæc, quæ tam craſſa ſunt,velle accurate pertractare. Quæſtio hic tractatur de contractibus. Qui vendit aut donat rem, an intelligatur vendere ius quod habet? Sed hæc diſputatio paulò alienior eſt à propoſito noſtro. Videantur l.qui tabernas. 32. ff.de contrah.empt.l.vl.Cod. de commu.rer.alienat.l.ſi quis domum.9.ff.loca.c.paſtoralis.de donat.in antiq.Decretal.

Ad l.6.Stichum qui meus,&c.

TRactatur hic quæſtio, quæ naſcitur ex iam dictis ſuperiore capite,an hoc legatum, Stichus qui meus erit, habeat demonſtrationem tantum, an conditionem? Ait Iulianus auctor huius reſponſi, eam adiectionem magis conditionem,quam demonſtrationem ſignificare. Notum eſt, vel ex inſtit. ipſis, differre demonſtrationem à conditione. §.huic proxima.Inſti.de lega.facit ti. ff. de cond.& demonſt. Demonſtratio,factam rem oſtendit:conditio,futuram.leg. ſi nominatim.33.de cond.& demonſt. Proprium conditionis eſt pendere ex futuro euentu.leg. cum ad præſens.ff.de rebus cred.§. conditiones.Inſtit.de verb.oblig.futura ſunt incerta, poſſunt euenire & non euenire.de iis,quæ facta ſunt,idem dici non poteſt.Conditionale eſt igitur hoc legatum, qui meus erit,& deficiente conditione intercidit.

Alterum non eſt conditionale,Qui meus eſt:& falſa demonſtratio non nocet. Quæritur, quid ſi alienatus ſit Stichus pro parte.&c. Ait Iul.hic accipi conditionem, quatenus meus erit,&c. Itaque conditio hæc diuiditur ex mente teſtatoris: partim impletur,partim non impletur. hæc interpretatio admittitur contra ſubtilitatem. Secundum ſubtilitatem aut debetur totus, aut omnino non debetur: aut meus eſt,aut non eſt:aut exiſtit conditio,aut deficit. Sed hæc ſubtilitas negligitur propter mentem. Ex hoc capite quædam præcipue obſeruanda ſunt.Primum eſt legatum his verbis relictum, Qui meus erit, conditionale eſſe: hæc enim verba pro conditione accipiuntur, non pro demonſtratione.l.nuper.63.§. vlt.de leg. 3. Qua de re fuit diſſenſio inter veteres. Labeo putauit demonſtrationem eſſe: hic eſt Labeo,cuius opinio commemoratur in ſuperiori capite. §. Labeo. Ex vno errore alius natus eſt error, probabilis tamen fuit error Labeonis. quia particula, ſi, hic adiecta non eſt, quæ apta eſt conditionibus. Relatiuum verò videtur aptum ad rei demonſtrationem. Sed dicitur nihil referre vtra ex his particulis addatur,propter verba in futurum tempus concepta. Scrupulum nobis iniicit Q. Mutius,in l.36.ſcribit.in fin. ff. de auro, arg. legat. Ait enim hæc verba habere in ſe demonſtrationem legati & argumentum. Sed non negamus demonſtrationem aliquam habere hæc verba: verum magis conditionem habent,quam demonſtrationem, vt hic Iulianus ait. Argumentum pro ſigno & deſignatione rei accipitur,ſicut in l.3.in prin.ff.ad exhib.vbi Vlpia. In hac,inquit, actione actor omnia noſcere debet, & dicere argumenta rei de qua agitur.Boet. Argumentum eſt,quod arguit,id eſt probat.Alii conditionem interpretantur,nullo exemplo, vt opinor. Hæc igitur verba, Qui meus erit,&c. pro conditione accipiuntur, & legatum reddunt conditionale.Adde l.5.cum certus. de triti. vino lega. in illis verbis, Quod natum erit, &c.Similis eſt ſpecies in l.ſi debitor. 39.§. veriſimile.de contrah.empt.ibi,decem pondo olei,quod natum erit. Et hæc duo exempla olim coniuncta fuerunt apud Iulianum,alterũ de legato, alterum de venditione, quod inſcriptio oſtendit. Iulianus lib.15.Digeſt.In vtroq; exemplo ineſt conditio. Si natum erit, &c. Addunt aliqui idem eſſe & ſi particula, quiſquis,vſus fuerit teſtator, vel quicquid &c.idque ego ſupr.docui ad l.3.ſumpſi exemplum ex l. qui liberis.ff. de vulg. Quiſquis mihi hæres erit. Hoc amplius aiunt idem eſſe, ſi quis ita

dixerit, lego quod natum eſſet.ex dict. l. cum certus. & d.l.ſi debitor.item ex d.l.ſcribit. Sed nemo ita loquitur, qui Latine loqui velit. Homines ignari Latinitatis & grammaticæ, non animaduertunt illa verba teſtatoris non eſſe: ſed Iureconſulti, quod natum eſſet, quod paratum eſſet. Iureconſulti non exprimunt formulam & receptionem legati, quæ ſatis intelligitur ex ipſorum verbis, quod natum erit, quod paratum erit. Simile exemplum in l.qui Romæ. 122.§. Agerius. Nec id diſſimile eſt, de quo diximus ſuprà ex l.Mæuius. 68.§.fundo.de lega. 2. Illud quæritur, quid refert an ſit conditio, an ſit demonſtratio? Suprà iam diximus obiter, deficiente conditione legatum non debetur. Falſa demonſtratio non nocet legato.l.demonſtratio.l.falſa. 32. de condit.& demonſt.§.huic proxima. Inſtit. de lega. Hinc conſequitur, quod ſcribit Quintus Mutius de alienatione rei legatæ. d.l. ſcribit.36.de auro, argen.lega. In conditione nulla adhibetur diſtinctio, an ſit alienatio neceſſaria, an voluntaria. Legatum extinguitur, non quod reuocatum ſit, ſed quod defecerit conditio. In demonſtratione non debetur propter tacitam reuocationem. Inde naſcitur quæſtio in l.filiæ.28.§. Titia. de cond. & demonſt. Hic debetur legatum propter mentem teſtatoris, quæ ex eo colligitur, quod poſteriorem ancillam loco prioris ſubrogaſſe videtur, idem nomen ei imponendo. Quod enim dicitur alienata re, deficere conditionem, intelligi debet, niſi contraria ſit voluntas teſtatoris.leg.talem.49.§.1.de hæredib.inſtit. Quæri etiam ſolet, an hæc conditio ſit tacita, an expreſſa? Dicitur autem tacita, quæ tacite ineſt.l. 1. de condit.& demonſt. Sed id parum refert: quia ex teſtamento venit, non extrinſecus. Dixi ſuprà ad l.3. Conditio tacita ſi non venit ex teſtamento, eandem vim habet, quam expreſſa.l. conditiones extrinſecus. de ver. oblig. hæc venit ex teſtamento, nec intelligeretur neceſſariò, niſi aliquo modo declarata eſſet à teſtatore. Superſunt antinomiæ quædam explicandæ. Vna eſt ex l.2.de hæred.inſti. Sol. Conditio intelligitur ineſſe non inſtitutioni, ſed pactum diſtributioni. Nam dicit ita, Inſtituo hæredes quos adſcripſero. Sic interpretamur quaſi teſtator dixiſſet, Titius & Sempronius mihi hæredes ſunto. hæredes mei eas partes habeant, quas adſcripſero. Si non eas adſcripſero, cur non idem ſi dicatur, quas adſcripſi. In priore ſpecie dubitat teſtator, an adſcripturus ſit. Cogitat ſi forte non adſcripſerit ex æquis partibus hæredes fore. in altero caſu non dubitat, videtur ſciens & prudens actum eluſorium facere, ſicut in l.an inutilis. de acceptil. Scio quid obiici ſoleat ex l. ſi ita coita.75.ff.pro ſocio. Sed nolo vagari longius à propoſito. Alia antinomia ex leg. vt hæredibus.50.aliàs l.52. ſi Titius.§. cum ita.de lega.2. Quantam pecuniam hæres meus à Titio exegerit, tantam Mæuio dato. conditio quidem hic eſt, ſed intelligitur adiecta magis præſtationi legati, quam legato. Vult enim teſtator, vt legatarius conſequatur quod Titius debet. Sed vt hæres non cogitur dare, niſi quod exegerit, ſic non poteſt hæres conueniri, vt det antequam exegerit. quia ineſt conditio, ſi exegerit, & quatenus exegerit. Conuenietur tamen vt actiones præſtet. quia nulla conditio ineſt legato: ſed rei tantum ſolutioni & exactioni. Alia antinomia ex l.vlt.C.de poſth.hæredib.inſtit. Filius, qui naſcetur poſt mortem meam, hæres eſto. Natus eſt viuo teſtatore. Sol. Non ideo dicitur inſtitutus, quod nulla conditio fuerit: ſed quod non videatur defeciſſe. Nam & idem dicitur in ea conſtitutione, cum verbis expreſſa eſt conditio. Interpretamur teſtatorem non cogitaſſe de altero caſu, quem non expreſſit. Nec aduerſatur l. 10. commodiſſime.de lib.& poſth.vt propter alterum caſum omiſſum rumpatur teſtamentum. An autem caſus ſit omiſſus non tantum ex verbis, ſed etiam ex mente iudicatur.l.Titius.25.§. Lucius.ff.eo.de lib.& poſth. de altero caſu hic non cogitauit. Euidens eſt coniectura voluntatis. In re dubia facile creditur teſtator de altero non cogitaſſe, propter conſeruationem teſtamenti.d.l.vlt.

Cœpimus declarare cap.6. oſtendimus hæc verba, Qui meus erit, conditionem habere. Obſeruandum eſt ex eod. cap. verba in præſens tempus concepta, qui meus eſt, demonſtrationem facere, non conditionem.l. ſi nominatim. 33.de condit.& demonſt. Non nocet igitur legato, etiam ſi falſa ſit.d.l.demonſtratio.& d.leg.falſa. eod. tit. de condit.& demonſtrat. Si tamen appareat ex verbis conditionem eſſe, nocebit legato. l. cum in ſecundo teſtamento. de iniuſto rupto & irrito. Relatiuum, qui, aptum eſt ad faciendam demonſtrationem, ſi addatur verbo præſentis temporis, non futuri. Dictio, ſi, conuenit maxime conditionibus, vt diximus, cuicunque verbo addatur, quamquam magis proprie dicitur conditio ea, quæ in futurum tempus confertur.l. cum ad præſens. de reb.credit. demonſtratio igitur hæc nocet legato, &c. Accipe niſi appareat contraria voluntas, &c. vt quia forte credebat rem eſſe ſuam: nec legaſſet, niſi credidiſſet eſſe ſuam.d.l.vnum ex familia.§. ſi rem.de lega.2.leg. cum rem alienam. Cod. de leg. Item excipe ſi incerta res legatur, l. nuper. 83. de leg.3. tunc legatum non valet, quaſi deficiente conditione. Ratio, Videntur hæc addita, vt ſpeciem quandam conſtituant, non vt certam ſpeciem demonſtrent ac declarent.l.talis ſcriptura.30.§.pen.hoc tit. Non extante ergo illa ſpecie, nihil debetur. Eadem diſtinctio eſt in l. 11. quintus.de auro, arg.leg. Ac exempla eiuſdem rei varia & multa reperiuntur. Vnum eſt in l. 78. ſi ſic legatum. hoc tit. Lego quod Titius debet, non apparet quantum fuerit legatum. Secus ſi diceretur, Lego centum, quæ mihi Titius debet. Nam centum aurei tunc intelliguntur legati, etſi debiti non fuerint.l.legaui.de liber.lega. Obſeruandus locus de diuiſione conditionis.

Alius eſt locus in l.2.§. vlt. de condi. inſtit. quæ ſpecies tamen nonnihil diſſimilis eſt noſtræ: quia ob numerum perſonarum facilius diuiditur conditio. hic autem vna tantum perſona eſt. Perinde igitur accipimus, ac ſi dixiſſet ſeparatim, Lego dimidiam partem Stichi, ſi mea erit. Lego alteram partem ſi mea erit. Perinde ac ſi in ſingulas partes ſeparatim conditionem adieciſſet. Sed hic occurrit antinomia ex l.cui fundus. 55.ff.de cond.& demonſt. Non ſic interpretamur, quaſi in ſingulas partes fundi aut pecuniæ conditio adſcripta eſſet. Nec quicquam eſt magis tritum in iure, quam conditionem non diuidi. quæ alias diuidua ſunt, ea fiunt indiuidua propter conditionem. l.5.§. ſi ſortem. de ver. oblig. Videndum eſt ergo quæ cauſa mouerit Iureconſ. vt hanc conditionem diuideret. Nulla autem ratio mihi videtur alia eſſe, quam æquitas & voluntas teſtatoris. Id ergo ſic oſtendo. In primis æquum non eſt totum deberi. Teſtator adiiciendo hanc conditionem oſtendit ſe nolle hæredem ita onerare, vt redimat partem alteram. arg. dictæ l. vnum ex familia.§. ſi rem.ff.de legat.2.cum ſimilib. Deinde, æque iniquum eſt, nihil deberi legatario, & alienum eſſe à voluntate teſtatoris. Credibile eſt teſtatorem velle legatarium habere partem quæ ſupereſt. Nulla eſt cauſa mutatæ voluntatis in ea parte. facit l.eum, qui. ff.de prob. Reliquum eſt igitur, vt partem deberi dicamus, quia conditio exiſtit pro parte: cur non ſimiliter diuiditur in ſpecie dict.l. cui fundus? Cur non eodem modo interpretamur voluntatem teſtatoris? Quia conditio in ea ſpecie eſt multum diſſimilis huic conditioni. Conditio dandi eſt adſcripta perſonæ legatarii. debet igitur dare decem ſecundum voluntatem teſtatoris. Nec credibile eſt teſtatorem velle eum hanc dationem diuidere. In diuiſione enim eſt multum incommodi.d.l.5.§. ſi ſortem. ff.de verb.oblig. Nam conditio pendet ex poteſtate legatarii. imputandum igitur eſt ei, qui non paret.

Alia antinomia eſt apud Accurſ. ex l.13.is, qui hæres.§.vlt. de acquir.hæred. Sed non eſt credendum pugnantia eſſe, quæ eiuſdem auctoris ſunt & ex eodem libro. Reſpondent aliqui illam de filio loqui, non de ſeruo. Fatentur iſti patrem non poſſe repudiare nec hæreditatem, nec legatum: dominum poſſe repudiare vtrunque. Probant hoc argumento, quia non eſt ratio diuerſa hæreditatis & legati. Item de hæreditate adducunt locum ex l.1.§.per ſeruum.de ſucceſ.edict. Per ſeruum delatam bonor. poſſeſſ. duobus repudiare poteſt. Citatur & alius locus ex l.qui autem.§. ſi ſeruum. quæ in fraud.cred. Seruus alienatus vt iuſſu emptoris adeat, ceſſat edictum: quia licuit ei etiam repudiare hæreditatem. Hæc ſunt fere horum argumenta. Probabilior tamen mihi videtur opinio eorum, qui diſtinguunt hæreditatem à legato. Legatum repudiat pater non minus, quam dominus. Nulla eſt ratio diuerſitatis.arg.l.78.placet.de acq hæred. Sicut acquirit ſeruus domino, ita filius patri. hoc accipe ſecundum ius an-

Ius antiquum. Nam aliud nouo iure conſtitutum eſt.l.cum non ſolum. C.de bon. quæ lib.Item acquiritur legatum ſine facto ſerui aut filii, etiam ignoranti.l.cum pater. 77.§. ſurdo. de lega. 2. Ergo & ſine facto ſerui, aut filii repudiabitur.l.is poteſt.18.de acquir.hæred. hæc de legato. hæreditatem non repudiabit pater ſine filio. l.is, qui hæres. §. vlt. l. renitente. C.de iure delib. Idem in domino & ſeruo, quia ratio non eſt diuerſa. de domino & ſeruo non reperitur ſatis expreſſum, niſi quis id colligat ex l. ſeruus dotalis.58. ſolut. matr. vbi ſeruus dotalis mariti repudiare debet hæreditatem : non maritus ipſe repudiat ſolus: ſed vtrique ſimul repudiant. Hæc ſententia confirmatur alio argumento ex d.l.is poteſt. 18. de acq.hæred.vbi ſic, Is poteſt repudiare, qui & acquirere poteſt.at dominus non acquirit hæreditatem ſine ſeruo.leg. qui in aliena. 6.§. vlt.de acq.hæred.non magis, quam pater ſine filio.l.cum proponas.C.de hæred.inſtit.l.65.ſeruo inuito.in princip. ad Trebel. Hæreditas non acquiritur ipſo iure, ſicut legatum. Opus eſt aditione eius, cui delata eſt:at delata eſt ſeruo,non domino. Hoc amplius,hæreditatis aditio eſt actus legitimus.l. actus legitimi. 88. de reg.iur. vbi ſolennia exacte ſeruari debent.dixi ad l.3.ſuprà eod. Diſſolutio obiectorum. Opponitur nobis l. 1.§.per ſeruum.ff.de ſucceſ. edicto. Sunt qui dicant amphibologiam eſſe: per ſeruum delatam bonorum poſſeſſionem dominus repudiare poteſt. Contextus orationis exigit, vt delatam bonorum poſſeſſionem per ſeruum intelligamus, non autem per ſeruum repudiandam. Ego illud perfugium non quæro. ſed reſpondeo, non loqui de hæreditate, ſed de bonor. poſſeſ. Bonorum poſſeſſio eſt ſucceſſio prætoria.Inſti. de bono. poſſeſ.in prin. Prætores ſubſecuti ſunt, & ius ciuile cum aliquo temperamento æquitatis emendarunt, & multas ſubtilitates iuris ciuilis correxerunt.Vnum exemplum eſt in l.1.Cod. qui admitt.vbi non requiritur iuſſus patris. Aliud exemplum in l.bonorum. C.eo.tit.non requiritur. Actus pupilli in hæreditate requiritur.l.potuit. C. de iure deliber. Idem videtur dicendum de patre. poteſt repudiare bonorum poſſeſſionem ſine filio, in fraudem tamen filii non poteſt.l.2.C.de repud. bono.poſſeſ. Hoc eſt ius ſingulare in filio, vt poſſit filius mortuo patre, ſi velit, agnoſcere. Notandum tamen eſt actum ſerui eſſe neceſſarium in bonorum poſſeſ.agnoſcenda.l.65. ſeruo muto. in princip. ad Trebell. quamuis non ſit neceſſarius in repudianda. de qua diuerſitate dicemus loco magis idoneo. Aliud obiectum eſt ex leg. 6. quod autem alias,qui autem.§. ſi ſeruum. verſi. quia licuit ei etiam repudiare hæreditatem.§. quæ in fraud.cred. Reſpon.licere quidem domino,ſed non inuito ſeruo. Videndum eſt quorſum id dixerit Iureconſ. Non enim quærebatur, an conſenſus ſerui neceſſarius eſſet. Duplex eſt quæſtio. Vna,an liceat repudiare. Altera,an voluntas ſerui requiratur. hoc ſecundum non exprimitur,quia de eo non erat quæſtio. Hæc mihi viſa ſunt probabiliora in tanta obſcuritate. Si integri eſſent veterum libri,omnia eſſent faciliora & expeditiora. dubium non eſt quin hæc quæ diximus ſimul tractata fuerint. nam inſcriptiones id oſtendunt.Paul.lib.2.ad Sabi. Eædem inſcriptiones ſunt ſub tit. de acquirenda hæreditate. vbi tractatur de hæreditatis repudiatione,d.l.is,qui hæres.& ſeq. dict. l. is, qui poteſt. eod. tit. Si hæc omnia coniuncta eſſent, vt olim fuerunt, facile aſſequeremur.Sic autem diſputata vix poſſunt intelligi. Tractatur quæſtio de monacho, de qua aliquid dicemus, vt hoc exemplo demonſtremus quo modo hæ diſputationes noſtræ conuerti debeant ad vſum forenſem. Quæritur ſi legatum ſit monacho, an Abbas poſſit repudiare ſine conſenſu monachi? Vulgo dicitur poſſe, argumento à ſimili. Subiectio illa monachorum ſimilis eſt ſeruituti. Dicuntur enim nec velle, nec nolle.c. ſi religioſis. de elect. in 6. not. ad c.in præſentia.de probatio. Sed magis dubitatur, an requiratur conſenſus collegii, quod Capitulum vocant, ſi forte legata ſit res immobilis, quæ non poteſt alienari,&c. Magna hic repetitur diſſenſio. Qui numerant ſententias magis, quam ponderant, vix poſſunt iudicare ab vtra parte ſit maior numerus. Sed de numero minus eſt laborandum. Rationes potius & argumenta ponderanda ſunt. Quæſtio pendet ex interpretatione canonum de alienatione rerum Eccleſiaſticarum.c.ſine exceptione.12.q.2.& c.dudum.de reb.eccleſ. non alien.Scripſi lib.7.de benefic. An autem repudiatio legati ſit alienatio, diuerſæ reperiuntur iuris auctorum ſententiæ, ac prope pugnantes & contrariæ. Quod alienatio dicenda ſit,palam videtur ex l.5. Magis puto.§.fundo autem. ff.de reb.eor. Quod exemplum nos ſequimur in hac quæſtione. Obſtant d.l.quod autem.ff. quæ in fraud cred.l.1.§. vtrum autem. ff. ſi quid in fraud.patr.l. profectitia.§.1. de iure dot.l.ſi ſponſus.§. ſi maritus hæres. de dona. inter vir.Sol. Dominum, quod habet legatarius ante apprehenſionem, non eſt verum & naturale: ſed ex quadam fictione,& interpretatione iuris.d.leg.1.§. vtrum.fingitur enim dominus eſſe antequam legatum apprehenderit. Item fingitur dominus nunquam fuiſſe,poſtquam repulit. Iureconſulti igitur modò habent legatarium pro domino,modo non habent,prout ratio & æquitas id exigit. Cum agitur de vindicatione dicitur dominus eſſe propter vtilitatem. item,cum agitur de alienatione prædiorum.d.l.magis puto. Ætatis fauor & vtilitas id ſuadet. Dos non dicitur profectitia, vt plenior ſit patris beneficentia. d.l. profectitia. Res eſt fauorabilis,iccirco amplianda. Non dicitur donatio in coniugem collata.dict.l.ſi ſponſus. Nam fit pauperior.l.56.ſi quod mihi eo.tit.Ad d.l. quod autem. Edictum prætoris non loquitur de alienatione.ſed reuocat geſta in fraudem. Non videtur autem fraudare qui legatum omittit. Durum & inciuile eſſet legatarium cogi acceptare, quod fortaſſis non immerito ſpernit: Sunt enim qui non libenter recipiunt ab alio beneficium vel propter perſonam dantis,vel aliam huiuſmodi cauſam.

Ad l.8. ſi ex toto.

QVæſtio hic tractatur affinis quadantenus ſuperioribus, de quibus ſupr.c.5.& 6. Quidam legauit fundum Cornel.qui ipſius erat,& ita lagauit, vt appareat eum totum fundum non partem legaſſe.Deinde partem alienauit. Quæritur quantum legatario debeatur? Videtur totus deberi. Quia totus legatus eſt, & quia res aliena poteſt legari non minus, quam propria. Nihil ergo refert, an pars fuerit alienata. Sed hic Pompo.ait partem tantum deberi,quæ alienata non eſt.Si ab initio pars fuiſſet aliena,non deberetur totus fundus.dixi ſuprà ad l. 5.§. fundus. Credibile eſt enim eum,qui fundum legat,de parte ſua ſentire. Poteſt quidem aliena res legari:ſed inſpicimus quod veriſimile eſt. Idem ergo dicendum eſt,& cum pars cœpit aliena eſſe poſt teſtamẽtum.Deinde hoc demõſtrat Pompo.arg.admodum probabili à contrariis,ſi teſtator adieciſſet. Eſt genus argumenti frequens apud Iuriſconſ.noſtros. Si augmentum prodeſt legatario,diminutio ei nocet. Simile exemplum in l.24.quod in rerum natura.§.vlt.infr.hoc ti.Simile in l.33. Et ſi contra tabulas.ſuprà de vulg.& pupil.Simile exemplum in l.vl.§.vlt.de leg.3.Hinc vulgare illud ex Ariſto. Quod operatur propoſitum in propoſito,operatur oppoſitum in oppoſito. Ex hoc c. obſeruandum eſt in primis, alienata re legata reuocari legatum. Non eſt credibile teſtatorem, qui alienat, velle rem alienam factam redimi.l.67.vnum ex familia.§. ſi rem. de lega.2. Quod accipiendum eſt, ſi ſponte alienauerit,& nulla coactus neceſſitate.l. 11. fideicommiſſa.§. ſi rem.de leg.3. & l.18.rem legatam.de adim.leg. Perſpicua eſt ratio diuerſitatis. Nam videtur mutata voluntas. Cur hoc non expreſſit Pomponius? Quia hic non quæritur an re alienata reuocetur legatum. Quæſtio eſt alterius loci. Sed quo caſu per alienationem reuocetur legatum, an parte alienata reuocatum cenſeatur, hac diſtinctione vtimur? vt aliud dicendum ſit, cum legatum purum eſt, aliud ſi fuerit adiecta conditio, ſi meus erit.l.5.ſcribit.§.vlt.de aur.& argen.lega. Quacunque ex cauſa alienetur res, dicitur legatum non deberi. Non quod ademptum videatur, ſed quod defecerit conditio. dixi ſuprà ad l.6.Stichum,qui meus. Præterea obſeruandum eſt, augmentum rei legatæ accedere legatario. Nec id dubium eſt in legata vniuerſitate. l. 22. grege & l.ſeq.infrà hoc titu.l. 67.peculium.de leg.2.vbi idem grex eſt, idem peculium. Sed idem ius eſt in rebus ſingularibus legatis, cuiuſmodi eſt fundus,de quo hic. Et exempla multa occurrunt legentibus.d. l.quod in rerum.§. vlt. & l.ſi ſtatuam. leg.pediculis.de auro & arg.leg.l.10.cum fundus.de leg.2.Idemque dicitur de contractu emptionis. l. id quod. de pericu. & commo. rei vend.

Quæſtio eſt de area legata, cui domus poſtea impoſita eſt. Dicendum eſt ædificium deberi legatario. leg. ſi areæ. 40. de lega. 2. niſi teſtator mutauerit voluntatem. l. 46. ſeruum filii. §. ſi areæ. infrà hoc tit. Non ergo extinguitur legatum ſicut vſusfructus. l. 5. repeti. §. vlt. quib. mod. vſusfruct. amit. hæc enim eſt teſtatoris voluntas. Oppo. huic l. 77. al. 79. ſi chorus. §. area. de leg. 3. Accurſ. ait ibi mutatam fuiſſe voluntatem. omnes alii Accurſ. damnant, & aiunt diuinationem eſſe. Nullum ibi enim verbum eſt, nulla litera de mutata voluntate. hoc ergo interpretantur, Peti non poterat, ſcilicet, area, ſed ædificium. vel area non erat teſtatoris, ſed aliena. Iſti nodum quærunt in ſcirpo, iudicio meo, non intelligunt verba Celſi, ac ne Accurſium quidem ſuum. Ego hæc verba, Quanquam, &c. ſic interpretor. Eo etiam caſu quo non poterat tunc peti, forte apparebat ex coniecturis mutatam eſſe voluntatem. in d. l. ſeruum filii. §. ſi areæ. legata erat area homini tenuis fortunæ & conditionis, deinde impoſita domus ſumptuoſa & magnifica. Itaque diuinatio dicenda non eſt interpretatio Accurſ. ſi modo ita ſenſit, vt credibile eſt. Quo autem caſu peti poſſit, aut non poſſit, cum ædificium eſt impoſitum, non exprimit Celſus, quia de eo non erat quæſtio. Quæritur apud Celſum cum area tantum ſupereſt, an debeatur? & dicitur deberi, quamuis forte non potuerit peti medio tempore. Ceſſat enim cauſa propter quam peti non poterat. facit l. 98. qui res. §. aream. de ſolut. Ex iam dictis colligitur exceptio regulæ. §. cum fundus. ſuprà, l. 5. vbi dicitur fundo communi legato partem tantum deberi, &c. Addenda eſt exceptio, niſi partem alteram poſtea redemerit. Id colligitur ex his verbis Pompo. nec refert an dixerit, totum fundum lego, an ſimpliciter, fundum lego. dict. l. 24. quod in rerum. §. vlt. infr. eo. & d. l. 10. Cum fundus. ff. de leg. 2. Nihil etiam refert an meum dixerit teſtator, an ſimpliciter legauerit. Verba Pompo. hic generaliter accipienda ſunt. nihil enim exceptum reperio. Item conuincitur id verum eſſe argumento ſumpto ex Pompon. ipſo. Vult Pomponius eandem eſſe rationem augmenti & diminutionis. At cum lego fundum meum, parte alienata ſine neceſſitate, minuitur legatum. d. l. 11. fideicommiſſa. §. ſi rem. de leg. 3. d. l. 25. ſcribit. §. vlt. de aur. argen. Inde efficitur parte acquiſita, legatum augeri. Difficultas tamen exiſtit ex l. 8. ſi ita. & l. vlt. in princ. eod. tit. de aur. arg. leg. vbi cauetur cum teſtator dicit meum, intelligi tempus teſtamenti. Ergo pars poſt teſtamentum acquiſita non debebitur. Reſpondeo, rem tantum deberi, quæ erat tempore teſtamenti, non aliam: niſi ea accedat alteri: niſi ſit pars, vel acceſſio alterius, vt vna res fiat ex pluribus. hoc non accidit in ſpecie d. l. ſi ita. Vbi res ſunt ſeparatæ, nec ita vnitæ, vt vnum corpus faciant. Hæc interpretatio conuenit verbis Pompo. hic, cum loquatur de adiectione & augmento, conuenit etiam verbis eiuſdem in d. l. quod in rerum. Et hoc apertius exponitur in d. leg. cum fundus. Si modo teſtator non ſeparatim poſſedit, ſed vniuerſitati prioris fundi adiunxit. Ex iam dictis naſcitur quæſtio. Legaui fundum communem, quo caſu pars tantum legata intelligitur. Poſtea in diuiſione adiudicata mihi eſt altera pars, vt fieri ſolet. Inſtit. de offic. iud. §. pen. & vlt. an pars illa accedens debeatur legatario? Variæ ſunt opiniones, vt in re obſcura. Sed puto in hoc quoque caſu locum habere ſententiam Pompo. noſtri de acceſſione. Debebitur ergo legatario, quod adiudicatum fuerit teſtatori per iudicem communi diuidundo. Qui legat rem communem, credibile eſt eum legare ius quod habet in communione, quodque conſequi poteſt propter communionem. iuxta not. ſuprà in l. 5. §. cum fundus. Nam ſi diuiſio facta non eſſet cum teſtatore, legatarius illud ius haberet. Quid ergo refert, an eum teſtatore facta ſit diuiſio, an cum legatario? Id expreſſum eſt de venditione partus. l. 13. Iulianus. §. idem Celſus. de act. emp. ergo idem in legato. d. l. 46. ſeruum filii. §. eum qui chirographum. infrà hoc tit. Eadem autem eſt ratio in legato, ſcilicet voluntas, vt iam dixi. Nec recte hic diſtinguitur cauſa lucratiua à cauſa oneroſa, vt quidam faciunt. Sed in legato ſequenda eſt diſtinctio d. l. Iulianus. §. idem Celſus. quæ euidentem æquitatem habet. Obiicitur l. 31. Is, qui fundum. de vſufruct. lega. vbi Labeo reprehendit Trebatii opinionem idem ſentientis, quod nos hic dicimus. Iudicium enim inter alios, inquit, non potuit mutare ius legatarii. & l. pen. ſæpe. de re iudic. Nec debet alterius colluſione, aut inertia ius alterius corrumpi. l. 9. ſi pariter. de lib. cauſa. ius legatarii conſiſtit in parte indiuiſa, donec aliquid certum ipſi adiudicatum ſit.

Diximus partem accedentem rei legatæ, cedere legatario. idque etiamſi iudicio communi diuidundo adiudicata ſit teſtatori ſecundum diſtinctionem l. Iulianus. §. idem Celſus. de act. emp. Obiicitur l. 31. is, qui fundum communem. de vſufru. leg. vbi Labeo reprehendit opinionem Trebatii idem ſentientis quod nos. Reſpondet enim rem inter alios iudicatam non potuiſſe mutare ius legatarii, iurib. vulg. Item non debere ob alterius colluſionem aut inertiam alterius ius corrumpi. Nihil refert an diuiſio facta ſit cum teſtatore an cum legatario. arg. d. §. idem Celſus. Æquum eſt eandem conditionem emptoris, quæ futura eſſet, ſi cum ipſo actum eſſet communi diuidundo. Eadem eſt ratio teſtatoris, quæ venditoris ante traditionem. Non eſt eadem ratio venditoris quæ hæredis. Sed poſt mortem teſtatoris debet fieri cum legatario, cui eſt ius quæſitum: deſiit res integra eſſe. in §. idem Celſus. diuiſio facta fuit cum venditore integra adhuc re, ante traditionem. Venditor iam re tradita, diuidendo non nocuiſſet emptori non magis, quam hæres legatario. facit l. ſi conſenſit. §. vlt. quib. mod. pig. Alio argumento vtuntur aduerſarii. Si diminuta eſſet pars teſtatoris in diuiſione, non ideo legatum minueretur. ergo aucta parte, non augebitur legatum. Valet conſequentia, quia eadem eſt ratio augmenti & diminutionis. Antecedens probatur. quia cauſa adiudicationis eſt neceſſaria. leg. 11. fideicommiſſa. §. ſi rem. de lega. 3. iudicium autem redditur in inuitum. leg. inter ſtipulantem. de verbor. oblig. Solut. vulgaris eſt. Verum in ea diuiſione pars teſtatoris nec augeri videtur, nec minui, vt pleriſque placet. Conſtat ex d. §. item Celſus. vbi is, cui adiudicatur totus fundus, dat eo nomine pecuniam ſocio: quod autem decedit ex re, id ſuppletur pecunia. Sic legatum non poteſt dici augeri vel minui. Legatarius pro augmento rei dat pecuniam, pro decremento accipit. Pars igitur adiudicata debetur legatario, ſed cum onere pecuniæ ſoluendæ. Hæc mihi non ſatisfaciunt omnino, tametſi improbanda non ſint. Nam negare non poſſumus, quin res ipſa minuatur atque augeatur. alioqui fruſtra proponeretur hæc quæſtio. Pars accedit rei, & pars decedit re vera, quamuis intelligatur non augeri, nec minui propter ſupplementum pecuniæ. Item accidere poteſt, vt nulla fiat condemnatio pecuniæ per errorem iudicis. Poteſt etiam contingere, vt pecuniæ quantitas maior ſit, aut minor quam debeatur. Non ſemper æqualitas ſeruatur in ea adiudicatione & condemnatione. Pone teſtatori adiudicatum eſſe totum fundum ſine vlla condemnatione pecuniæ, aut cum modica pecunia: negare non poſſumus, quin auctum ſit legatum, an cedet lucro legatarii? Nos hic dicimus cedere ex ſententia Pompo. Quid ergo reſpondebimus argumento ſuperiori? Parte adiudicata ſocio, non minuitur legatum: quia cauſa eſt neceſſaria. ergo parte adiudicata teſtatori non augebitur. Reſpondeo aliter, quam ceteri ſoleant, minui legatum parte adiudicata ſocio, aut omnino extingui, ſi nulla ſit condemnatio pecuniæ, aut modica. Nec obſtat quod cauſa neceſſaria eſt: ex cauſa neceſſaria alienata re debetur nihilominus legatum, niſi ſit contraria voluntas. d. leg. fideicommiſſa. §. ſi rem. At hic voluntas contraria apparet, quia legans videtur cogitare de iure quod habet, quodque obtinere poteſt per iudicem in diuiſione. Ius quod habet, incertum eſt, & pendet ex euentu. Cogitat teſtator poſſe accidere, vt ſequatur diuiſio, & res adiudicetur ſocio. quæſtio tamen eſt facti & voluntatis. Videndum quid teſtator ſenſerit. Poſui in initio teſtatorem cogitare de iure quod habet. Poteſt tamen alia eſſe eius cogitatio. Ex iam dictis colligitur theſis generalis, Idem eſſe de eo, quod accedit rei alicui, quod de re ipſa principali. Quod verum eſt, vbi non eſt diuerſa ratio. Periculoſum tamen eſt ita definire in vniuerſum, vt ex ſequentibus apparebit. Varia quidem exempla reperiuntur, quæ res mouit noſtros vt regulam facerent. Vnum eſt in l. 18. ſi conuenerit. §. ſi mea. de pign. act. ſi vſusfructus accreuerit nudæ proprietati. Aliud eſt in l. etiam. C. de iure dot. & in l. inter ſocerum. §. cum inter. de pact. dotal. Pactum de lucro dotis exten-

cenditur ad augmentum eiuſdem. Vnde vulgò dicitur, Si ciuitas aut prouincia vnita ſit regno, eam legibus regni vti debere, vt accidit in Britannia, Celtica, & Delphinatu. Hæc poterant ſufficere ad explicationem huius capitis. Tamen vt exerceamur in diſputationibus forenſibus, tractabimus aliquot quæſtiones, quæ ab aliis hic agitatæ ſunt. Prima quæſtio eſt in hac ſpecie: Quidam redemit vectigal ſalis totius huius prouinciæ. Aliquod oppidum acceſſit prouinciæ poſt redemptionem vectigalis: ſic auctum eſt vectigal. An hoc augmentum cedat lucro publicani? Pro publicano adducitur hæc ſententia Pompon. Dicitur enim lucro eius cedere, exemplo legatarii. Ac locus vnus eſt de emptore, quem ſuprà adduxi in l. id quod. de peric. & commo. rei vend. Similis in §. cum autem. Inſtit. de empt. & vend. contra publicanum adducitur l. 69. Rutilia. de contrah. empt. ſpectatur tempus contractus. Item l. 77. in lege. eod. ti. Pro diſſolutione animaduertendum eſt quæſtionem hanc, an quod accedit poſt venditionem cedat lucro emptoris, magis facti quam iuris eſſe: vix poteſt in vniuerſum definiri. Spectandum enim eſt, quod veriſimiliter actum ſit. d. l. in lege. de contrah. empt. & l. 55. ſemper in ſtipulationib. ff. de reg. iur. Ac plane eadem cauſa eſt quæ legatorum, niſi quod in legatis plenior ſit interpretatio. l. 12. in teſtamentis. de reg. iur. Id perſpicitur in exemplis iam adductis. In iis exemplis ratio cuiuſque apparet diuerſa. quæ diuerſitas ius varium facit. in d. l. in lege. rationem adfert ac declarat Iureconſ. ipſe. Vtinam in ceteris locis idem factum fuiſſet. In d. l. Rutilia Polla. euidens eſt coniectura voluntatis contrahentium. Poſſet aqua magnam partem terræ occupare, quam totam amitteret venditor, & præterea circa eam pedes decem. Non magis credibile eſt id actum eſſe, quam in ſpecie d. l. in lege. In alluuione facilius id recipitur. d. l. id quod. Sic accreſcit ſenſim & paulatim, vt videatur fundus idem eſſe, qui venditus fuit. Item nihil decedit ex patrimonio venditoris ſicut in leg. Rutilia. Huius quoque rei exemplum eſt luculentum in l. 9. item ſi fundi. §. huic vicinus. de vſufruct. quod accreſcit per alluuionem, cedit fructuario. Ratio perſpicua eſt ex iam dictis. Inſula non cedit fructuario, quia non eſt pars rei, ſed alia res ſeparata, & apparet incrementum & ſeparatio. Et hanc diſtinctionem ſequor in quæſtione de vectigali. Publicani iſti ſimiles ſunt vſufructuariis. Si lateat incrementum vectigalis, publicano cedit, quaſi fructuario. Pone ſcholaſticos confluere in hanc vrbem, vt nunc fit, augentur vectigalia vini & alia: ſed latens eſt incrementum. Vnum atque idem vectigal eſſe intelligitur. Si incrementum vectigalis appareat ſeparatim, principis eſt, aut reipub. quaſi proprietarii, vt in propoſita ſpecie, cum aliquod oppidum adiectum eſt.

Supereſt vna quæſtio tractanda. Pone conceſſa eſt alicui immunitas & vacatio publicorum munerum, deinde aucta eſt collatio propter bellum, vt fit. Quæritur an hanc acceſſionem ſoluere debeat, quæ non erat tempore vacationis conceſſæ? Variæ ſunt opiniones, in quibus referendis non conteram tempus. Opponam ea breuiter & ſtrictim, quæ in vtramque partem adducuntur. Pro immuni hæc faciunt. Primum, de acceſſione idem ius eſt, quod de re principali, vt iam diximus. Vacatio igitur muneris & ad acceſſionem, & ad augmentum quoque pertinet. Secundo argumentum ducitur ex l. 23. ſi ſeruitus. de ſeruit. vrban. præd. Ne luminibus officiatur, futurum lumen comprehenditur verbo indefinito & generali. Nec diſſimiliter iudicat Liuius lib. 21. ab vrb. cond. de fœdere Roma. & Carthagi. vt neutri alterius, eorumve ſociis bellum inferrent. Saguntinis intulere bellum Carthaginenſes, qui poſtea in ſocietatem pop. Roma. recepti ſunt. Dicebant ſe contra fœdus non feciſſe, quod non eſſent ſocii tempore fœderis. Satis erat cautum Saguntinis, ſociis vtrorumque exceptis. Nec enim erat additum iis, qui tunc eſſent, nec qui poſtea aſſumerentur. Eſt ergo hæc Liuiana interpretatio ſimilis illi de ſeruitute, &c. d. l. ſi ſeruitus. Tertiò adducitur conſtitutio pontificia c. quia circa. de priuileg. in antiq. Decretal. vbi remiſſio decimarum, ad poſtea quæſita pertinet: hic autem caſus omnino diſſimilis eſt. Quartò beneficia principum latiſſime interpretanda ſunt ex ſententia Vlp. in l. antepen. de conſtit. princip. cuius meminit pontifex in d. c. quia circa. Quinto facit l. 8. in honoribus. §. qui muneris. de vacat. & excuſ. muner. vbi collationes indictas ex improuiſo recte recuſat: eas vero, quæ ex lege fiunt, recuſare non debet. Rationem diuerſitatis adduxi lib. 7. de benefi. c. 10. Itaque homines cauti cum impetrant vacationem, curant addi: ab omnibus muneribus ordinariis & extraordinariis. Quod à me obſeruatum eſt ſuperiore anno 1555. cum diploma obtinerem pro vniuerſitate noſtra. Hæc pro immuni. Contra immunem pugnatur rationibus, exemplis & auctoritate. Dicitur immunitatem generaliter non extendi ad non cogitata. l. 9. qui cum tutoribus. ff. de tranſact. adducitur l. vnica. C. lib. 10. tit. 27. vt nem. lice. in empt. ſpec. & aliæ huiuſmodi, quas non referam breuitatis cauſa. Exiſtimo autem ita diſtinguendum eſſe, vt immunitas pertineat ad collationes etiam nouas: non tamen ad eas, quæ ob vrgentem neceſſitatem, & graue periculum indicuntur. Dubium non eſt, quin verba illa indefinita pertineant etiam ad futurum tempus. d. l. ſi ſeruitus. d. c. quia circa. Imò proprium eſt huius vacationis, vt ad futura pertineat. d. l. in honoribus. Sed munerum, quæ indicuntur ob vrgentem neceſſitatem, vacationem non habent. d. l. ſi ſeruitus. leg. antep. ff. de conſt. princ. d. c. quia circa. Hæc enim exceptio nullo priuilegio excludi debet propter publicam vtilitatem, nec creditur hoc cogitatum fuiſſe à concedente, nec idem dicturus erat, ſi interrogatus tum fuiſſet. Sermo autem generalis & indefinitus non refertur ad ea, de quibus veriſimiliter cogitatum non eſt. d. l. qui cum tutoribus. Exempla huius rei extant luculenta in legibus noſtris. Vnum eſt in d. l. vnica. C. vt ne. lic. in empt. vbi cum vrgente neceſſitate imperatur comparatio frumenti, nullus excuſatur prætextu alicuius priuilegii, aut immunitatis, ne domus quidem principis, vel Auguſtæ. Aliud exemplum eſt in l. iubemus nullam. C. de ſacroſanct. eccleſ. vbi ſi expeditionis tempore nauis ſit neceſſaria, nulla recipitur excuſatio prætextu priuilegii, aut vacationis, propter publicam vtilitatem. Omnia hæc priuilegia tanquam publicæ vtilitati contraria reiici debent. Scripſi de ea conſtit. lib. 7. de benefic. c. 10.

Ad §. ſi ita ſcriptum.

Species eſt huiuſmodi: Quidam ita legauit, Lucius Titius hæres meus, aut Mæuius hæres meus decem Seio dato. Quæ ſit vis huius legati, quæritur. Videtur inutile eſſe propter incertitudinem. arg. l. duo ſunt Titii. de teſta. tut. Sed Pompon. ait legatarium agere poſſe cum vtro velit. & à ſingulis ſolidum petet, ita vt ſolutione vnius alter liberetur: vt accidit in duobus reis promittendi. Vnde ſi pars ab vno petita eſt aut ſoluta, Pompo. ait reliquum peti poſſe ab alterutro, id eſt, ſiue ab eo qui ſoluit, ſiue ab altero. Obſeruandum primo, duos reos etiam teſtamento conſtitui. l. eandem. in princ. infrà de duob. reis. falluntur qui ſic interpretantur Pompo. quaſi non ſint duo rei, ſed ſimiles duobus reis. Sunt ſane duo rei, ſed ſimiles promittendi reis, qui conſtituuntur per ſtipulationem. Quod de reis promittendi receptum erat, paulatim productum eſt ad alios contractus: atque adeo ad teſtamenta. d. l. eandem. Et conſtituuntur tam rei credendi, quam rei debendi. l. 16. ſi Titio. de leg. 2. hoc caſu duo hæredes in ſolidum tenentur, & duobus legatariis ſolidum debetur: aliàs hæredes tenentur pro partibus hæreditariis. l. ſiue. infrà de duob. reis. Sed quomodo conſtituuntur duo rei debendi? Exempla de ſtipulatione vulgò nota ſunt vel ex Inſtit. tit. de duob. reis. Cum ſcilicet poſt interrogationem vtrique factam de eadem re, aut ſumma, vterq; reſpondet ſeparatim. l. 4. d. ti. de duob. reis. & Inſti. eo. vt, Mæui promittis mihi decem? Gai, promittis mihi eadem decem? ſunt duo rei eiuſdem rei & obligationis. non debent ſinguli decem, aut ſinguli quinq;, ſed eadem decem debent ſinguli. Non aliter autem duo rei fiunt, quam ſi expreſſum ſit, aut actum, vt duo eandem rem debeant. Melius eſt hoc apertè exprimere, vt olim fiebat apud Græcos, vt liceat ab altero, aut vtroque exigere, (deſunt quædam.) Eſt talis incertitudo qualis in exemplis l. cum quidam. Itaque in ſpecie noſtra non quæritur interpretatio voluntatis. facit l. 25. ille, aut ille. de leg. 3. vbi Paul. ait, nullam admitti voluntatis quæſtionem, cum in verbis nulla eſt ambiguitas. quod ad verba ſuperiora videtur referendum eſſe. Sic in d. l. 16. ſi Titio. de leg. 2. Sunt clara

& aperta verba illa, vtri hæres vellet. Secus ſi dictum eſſet ſimpliciter, Titio, aut Seio lego, vt in d. l. cum quidam. Dixerit aliquis, cur in exemplo d. l. cum quidam. legatarii non dicuntur duo rei credendi, ſicut hæredes hic dicuntur duo rei debendi propter diſiunctiuam? nam eſt eadem ratio vtrorumque reorum. Reſpondeo, credibile non eſt teſtatorem nihil curare vtri detur. Hæres dando alteri liberaretur, ſi duo rei eſſent. Teſtator creditur habere delectum perſonarum. arg. §. incertis. tit. de leg. Non dico inutile eſſe legatum, ſi non curauerit teſtator vtri, &c. Recte enim & vtiliter hoc fit plerunque, ſi quis velit libertatem exercere in aliquem ſtudioſum, aut eruditum, & nominet duos diſiunctim non curans vtri eorum detur: non eſt improbandum hoc conſilium teſtantis. Poteſt quidem hoc fieri, ſed non eſt veriſimile, niſi aperta ſint verba. Verba plana & aperta ſunt in d. l. 16. ſi Titio. de lega. 2. in hæredibus onerandis non requiritur hic delectus perſonarum, vt in ſpecie noſtra. Delectus requiritur in honorando ſiue hærede, ſiue legatario, non autem in onerando. Sic recepta diſtinctio maiorem habet rationem, quam Neoterici quidam hic opinentur ludentes in paronomaſiam hanc. In ſumma, in ſpecie noſtra nulla eſt obſcuritas, quæ interpretationem voluntatis deſideret. In exemplis d. l. cum quidam. eſt aliqua obſcuritas & incertitudo. In omnibus illis exemplis Iuſti. ſecutus eſt quod humanius videbatur. Ac in exemplo de legato interpretatus eſt vtrique legatum eſſe coniunctim, quaſi dubitetur in vtrum fuerit propenſior teſtator, aut quaſi teſtator ipſe dubitauerit in vtrum magis inclinaret. In dubio detur vtrique æqualiter, vt ſatis fiat voluntati. Notandum eſt ſingulos reos in ſolidum teneri. l. 2. infrà de duob. reis. Petit creditor ſolidum à ſingulis ſi velit. l. 3. infrà de duob. reis. hoc autem eſt accipiendum ſecundum Iuſtin. Nouel. conſtit. 115. de duob. reis. §. ad hæc. ſi alii ſoluendo non ſunt, vel abſentes ſunt. alias Iuſtin. vult diuidi actionem. Itaque ſolent tabelliones deſcribere clauſulam, qua renunciatur beneficio diuiſionis, &c. Quidam exiſtimant Iuſtin. non loqui de duob. re. s, ſed de mutuis fideiuſſoribus, quos vocat ἀλληλεγγύους: ſed ego didici duos reos vocari plerunque à Iureconſultis fideiuſſores: quodammodo enim fideiubent inuicem. l. qui hominem. 34. §. 1. de ſolut. not. ad l. vir vxori. 17. §. vlt. ſup. ad Velleia. Ac Budæus noſter in commentariis Græce interpretatur ἀλληλεγγύους duos reos promittendi. Scio differre hos à fideiuſſoribus: ſed de ratione vocabuli hic loquor. Dicuntur mutua vice fideiubere, non inutiliter. l. reos. infrà de duob. reis. Ex quo apparet differre à fideiuſſoribus. Tertiò nota, ſoluente vno, totam obligationem tolli. §. pen. Inſtitut. de duob. reis. Nam obligatio communis eſt. d. l. qui hominem. 34. §. 1. de ſolut. quod vnus ſoluit, alter videtur ſoluere. Oppo. l. ſi pluribus. 45. §. ſi ita. de leg. 2. Solu. Non ſunt duo rei, quia non debent eandem rem, ſed diuerſas. Quæritur, an is qui ſoluit totum, poſſit repetere à correo? Si vere fideiuſſores eſſent, de eo non dubitaremus: ſed iam dixi non eſſe. arg. dict. l. reos. in princip. Quæſtio non eſt huius loci. vide re l. 1. C. de duob. reis. & l. 61. in lege. infrà ad l. Falc. Quartò nota, vno ſoluente partem: non mutari naturam obligationis. Poteſt enim ab alterutro reliquum peti, vel ab eo qui ſoluit, vel ab altero. Antinomia videtur ex l. ſi creditores 18. C. de pact. ſed ibi, qui ſoluit, non ſoluit ſimpliciter, ſed pro perſona ſua, & creditor admiſit eum ita ſoluentem. vnde pactum quoddam initum eſt, ne conueniatur in reliquum is, qui ſoluit: alter tamen poterit conueniri, vt exiſtimo cum paucis quibuſdam aliis. Ambigua quidem verba ſunt: ſed accipiendum eſt quod vitio caret. l. in ambigua. ſuprà de legib. Loquitur enim de duobus tantum. Iulio & Æmilio, quorum alter ſoluit, puta Iulius: ait alterum non poſſe conueniri, quod de Iulio accipiendum eſt. Pro Iulio verò non recte dicitur Æmilius conueniri: ſed pro ſeipſo, quia ſoluit Iulius. Sed recte dicetur Iulius conueniri pro Æmilio. Cum ergo quis accipit partem debiti ab vno, vtilis eſt proteſtatio, ſaluo iure ſolidi. l. ſi debitor. §. 1. quib. mod. pign. vel hypo. ſol. Quintò nota, petita parte non diuidi actionem. facit l. reos. 23. C. de fideiuſſ. Oppo. l. 16. liberum. eod. tit. Vulgo dicitur in ea ſpecie ab omnibus petitum eſſe: hic ab vno tantum. vel loquitur de fideiuſſoribus, non de duob. reis, vt quidam exiſtimant. Sed non perſpicio rationem diuerſitatis, cum & fideiuſſores teneantur in ſolidum, ſicut duo rei. l. nòn recte. C. eo. Puto, ſi ab vno petita ſit pars, reliquam partem ab alterutro peti poſſe, ſecundum hanc Pompo. ſententiam. Pars autem, quæ petita eſt, ac in iudicium deducta, non poterit peti ab altero. d. l. liberum. niſi forte is à quo petita eſt, non ſatisfecerit: quia non eſt ſoluendo. d. l. reos. C. eo. Hinc intelligitur quatenus admittatur variatio. Nec magnopere ad rem pertinet quod obiicitur ex l. 5. Serui electione. ſuprà.

Ad §. ſi ita legatum.

QVæſtio hic tractatur de pluribus rebus diſiunctim legatis. Species eſt huiuſmodi. Quidam ita legauit, Lecticarios octo, aut pro his, &c. Lecticarii ſerui ſunt, qui lecticas portant. l. item legato. 49. in princ. de leg. 3. Non qui lecticas faciunt, vt Accurſ. putat. Mentio eſt lecticariorum in epiſtola quadam Seruii Sulpitii apud Ciceronem. Ac ſolebant octo ſerui in hoc miniſterio adhiberi. Vnde Octophorum dictum Martialis, *Octophoro ſanus portatur, Auite, Philippus.* Legauit autem non ſimpliciter lecticarios, ſed addidit, aut pecuniam, &c. Vnde naſcitur quæſtio. Quæritur enim an poſſit partem, &c. Ait Pompo. non poſſe, quia vnum in alterutra cauſa legatum eſt. Vnum legatum non poteſt pro parte acceptari, &c. Non enim tot ſunt legata, quot ſerui, aut ſummæ in ſingulos ſeruos dandæ. Ait Pompo. quemadmodum, &c. Oſtendit ſimilitudine, quodq; aliter inde ſequeretur abſurdum, ſi quis legauerit Stichum, aut pro eo decem. Nam diuiſio Stichi ſequeretur. Deinde pro vna re integra non licet habere partes diuerſarum rerum. leg. 85. in executione. §. pro parte, de verb. obl. Ait Pomp. Nec intereſt, &c. Idem igitur eſt ac ſi ita dictum eſſet, lecticarios octo, aut pro his centum, non diuiſa ſumma in ſingulos ſeruos. Ex hoc c. obſeruandum eſt in primis, legatum vnum, non plura eſſe, cum res plures legantur generaliter, nec ſpecialiter. facit l. ſcire debemus. 29. de verb. obl. & l. quod dicitur. 86. eo. tit. hoc ergo non fit propter dictionem numeralem, vt plerique exiſtimant. Nam idem erit dicendum etiam ſi quis leget ſeruos lecticarios, nec definiat numerum. d. l. ſcire debemus. §. ſtipulationem. Sed cur ait, in alterutra cauſa? Quia ſicut legatum lecticariorum vnum eſt, ita etiam legatum pecuniæ in ſingulos. Diuiſio ſummæ in ſingulos ſeruos non facit quominus vnum ſit. Sed opponitur l. 11. cum in annos. de annuis lega. Statuit etiam differentiam ſtipulationis & legati. l. 16. ſi Stichum. §. Stipulatio. de verb. oblig. Sed hoc facit veriſimilis voluntas teſtatoris, quia pecunia hæc loco ſeruorum legatur, & conſtat legatum ſeruorum vnum eſſe. Plerique ſic interpretantur hæc verba, quaſi Pompo. velit in hac tota alternatione vnum legatum eſſe. Sed hoc non ſenſit Pomponius, vt iam dixi. ait enim vnum legatum eſſe in alterutra cauſa, id eſt, in alterutra parte. de tota alternatione quæſtio eſt alterius loci in qua reperitur varietas. Nam alibi plura dicuntur eſſe legata, vt l. plane. 34. §. ſi ita. & l. ſi quis ſeruum. 8. §. 1. de leg. 2. & l. ſi illud. 17. eo. tit. Alibi dicitur vnum legatum eſſe. vt l. 25. cum illud. infrà quando dies lega. ced. Sed iſta varietas nos conturbare non debet. Eſt enim hic aliqua ambiguitas, qua percepta, nihil erit difficultatis. Ecce, qui dicit vnum legatum eſſe, id eſt, legatarium vno contentum eſſe debere, vere loquitur. Qui dicit plura legata eſſe, id eſt, plura adſcripta eſſe diſiunctim & plurium electionem legatam eſſe, non male loquitur. Sed aliud ſentit Pompo. nempe vnum legatum eſſe in vtraq; parte. Hinc conſequens eſt, legatum non poſſe pro parte agnoſci. l. neminem. 4. & ſeq. de leg. 2. Scripſi lib. 1. de iure accreſcen. c. 5. Secundo obſeruandum eſt, pluribus ſub alternatione legatis, electionem diuidi non poſſe, vt partem vnius capiat legatarius, & partem alterius pro re tota, quia vnum legatum eſt. Idem dicendum eſt & ſi electio ſit hæredis. Nam non poterit partem ſeruorum & partem pecuniæ ſoluere. arg. d. l. in executione. §. pro parte. ff. de verb. obl. Quid ergo ſi in vtraque plura legata ſint? Pone. Lego Stichum & Pamphilum, aut in ſingulos decem: hic plura legata ſunt in alterutra parte. d. l. ſcire debemus. de verb. oblig. An ergo admittetur diuiſio? Receptũ eſt admitti. quia ceſſat hic ratio Pompo. non enim legatum vnum eſt. Diſſentiunt tamen aliqui propter verba teſtatoris. Cum legatur illud, aut illud. tota res his vet-

his verbis ſignificatur, non pars, vt illud totum, aut illud totum detur, non pars illius, & pars alterius. Ego receptam ſententiam nihilominus ſequor, quia vnum legatum eſt. Nec me mouet quod obiicitur de ſignificatione verborum. Nam in his verbis eſt aliqua ambiguitas, in qua humanior interpretatio admittenda eſt. Stichum & Pamphilum, aut in ſingulos decem, id eſt, ſi noluerit eos ſeruos habere. hæc verba interpretamur quatenus noluerit. argum. l. Stichum, qui meus. vt diuidatur conditio, hæc interpretatio facile admittitur in hac ſpecie, quia nulla iuris ratio impedit. In altera ſpecie legatum vnum eſt, quod ſcindi non poteſt, d. l. neminem. iam explicanda eſt antinomia ex l. ſi ſterilis. 21. §. vltim. de acti. empt. Hic magnopere ſudatum eſt ab iis, qui non perſpexerunt diſſimilitudinem vtriuſque ſpeciei. hoc accidit iis, qui parum acuti ſunt, aut non ſatis exercitati, aut triti in his rebus tractandis. Ea ſpecies adeo diſſimilis eſt noſtræ, vt nihil prope commune habeat. Non quæritur ibi, an partim habitatio, partim pecunia ſoluatur. Emptor ſingulis annis aut habitationem totam, aut pecuniam ſoluit totam. Sed quæritur an poſſit variare, vt altero electo poſtea alterum eligat? Quæſtiones diuerſæ ſunt de diuiſione legati, & variatione. In hac ſpecie non dubitatur de variatione: quia certum eſt non admitti variationem. cum enim quis ſemel elegit, ſemel præſtandum eſt quod continetur legato. In ſpecie l. ſi ſterilis. conuenit diuiſionem non admitti. Dubitabatur, quia conuentio illa tractum habet, & eius effectus ad plures annos pertinet. Et dicitur variationem admitti, nam graue eſſet fortaſſis emptori tanto tempore non poſſe variare. Nam cum dubia ſit contrahentium voluntas, interpretatio fit contra venditorem, qui legem dixit. l. veteribus. de pact. l. Labeo. de contrahen. empt. l. in contrahenda venditione. de reg. iur. Hæc producuntur ad ſimiles caſus. Si nobili debeat ruſticus decem operas, aut pro ſingulis certam pecuniam, non ſoluetur pars operarum, & pars pecuniæ. Item, maritus accepit certas res in dotem æſtimatas, promiſit reddere aut eas res, aut æſtimationem. Hoc iudicari poteſt ex iam dictis. Videndum eſt enim, an ſit vna res vel plures. Hæc ſunt, quæ mihi videntur obſeruanda. Alij alia annotant partim falſa, partim non multum ad rem pertinentia. Huius generis eſt, quod dicunt vindicari poſſe rem legatam ante electionem, contra ſententiam receptam & notam. Non enim tranſit dominium ante electionem. l. 20. apud Aufidium. de opt. leg. l. 3. §. ſciendum. ad exhib. Receptum eſt cum hac exceptione accipi. l. 1. Cod. com. de leg. Quidam ita elabitur, vt dicat legatarium eligere vindicando.

Alius damnat, quia electio pro nulla eſt. l. 2. infra de opt. leg. Zaſius iudicat hunc hebetem eſſe, qui non animaduertat actu nullo declarari voluntatem. Sic iſti digladiantur de re non admodum dubia. Si Pompon. diceret vindicare poſſe, res maiorē haberet occaſionem concertationis. Sed ait Pompon non poſſe, quia non potuit ita eligere, tantum abeſt vt elegerit. Præterea, ſi diceret Pompon. vindicare poſſe, adhuc ineptum eſſet eorum argum. Non enim exponit ante electionem an poſt. Item verbum vindicare, de actione quoque perſonali intelligitur. dixi ad l. 1. Notant etiam pecuniam & nummos idem ſignificare. Dicam infra ad l. 30. talis ſcriptura.

Ad l. 9. id quod.

Locus eſt de rebus quæ legantur, latiſſime patens. In hac diſputatione quæritur, ſi quis legauerit quod apud hoſtes eſt, an valeat legatum? Certum eſt rem alienam legari. l. cum rem alienam. C. eo. Sed dubitatur, an idem ius ſit in re capta ab hoſtibus. Nam capta ab hoſtibus capientium fiunt. l. 1. de acq. poſſ. Quæ non ſunt in commercio noſtro, inutiliter legantur. l. apud Iulianum. 40. §. vlt. hic. Pomponius tamen ait legatum valere propter ius poſtliminij. Quid ſit ius poſtliminij declarat l. poſtliminium. infra de capt. & poſtlim. reuerſ. Duæ ſunt ſpecies poſtliminij. l. cum duæ. eod. tit. vnde ſumptum eſt hoc caput, vt oſtendit inſcriptio, Pompon. lib. 3. ad Sabin. Similis locus de legato in l. 101. ſeruus. infra eod. Ac multa huiuſmodi exempla reperiuntur in iure ciuili. Vnum eſt in l. illa inſtitutio. 32. §. 1. de hæred. inſtitu. Aliud eſt in l. ſeruo. 104. §. 1. hic. An idem dicendum ſit de libertate, dubitatum fuit. l. 24. generaliter. de fideicom. libert. Aliud exemplum in l. vlt. de act. empt. vbi Octaueni ſententia refertur. Aliud exemplum in l. 23. item Labeo. famil. erciſcun. Repetitur antinomia ex l. liber homo. 103. de verb. obl. fundus hoſtium in ſtipulationem non deducitur. Nos fatemur res hoſtium non legari, nec in ſtipulationem deduci, niſi propter ius poſtliminij. Res hoſtium in noſtro commercio non ſunt. Vlpian. Inſtit. de dom. & acqui. rer. Sed obiicitur huic diſtinctioni l. ab omnibus. 107. §. etiam. hic. Refertur opinio Sabini. Hiſtoria igitur tantum eſt, non iuris aliqua conſtitutio: namque ſi contraria eſſet Sabini opinio, nihil nos moueret: ſed puto contrariam non eſſe, quia exceptionem addit. Ceſſat tunc ratio, propter quam dicitur res hoſtium legari non poſſe. Finge permiſſum eſſe alicui eas res emere, ac conceſſum eſſe alicui commercium, vt in aromatibus accidit. Zaſius & alij dicunt, hæc eſſe verba teſtatoris: ſed probabilius eſt quod diximus, ſed verbis non conuenit hæc interpretatio. Præterea obiicitur contra hanc diſtinctionem, quod ſeruo hoſtium libertas datur. d. l. generaliter. §. hoſtium. ff. de fideicomm. liber. Poteſt accipi de re, quæ noſtra fuit, vt iam dixi: etſi aliter accipiatur, tamen nihil obſtabit. Relinquitur enim ſub conditione, non pure: quo caſu noſter eſſe incipiat. arg. l. cetera. 41. §. 1. hic. Simile exemplum eſt in conſtitut. pontif. de poſſeſ. donatis eccleſiæ, quæ erant in poteſtate Saracenorum. Valet enim donatio, quia ſub conditione. cap. abbate. de re iudic. in 6. Vt reuertamur ad ius poſtliminij, legatum valet, & alij actus. Vnde quæritur de epiſcopis, qui dicuntur ſuffraganei. Non videntur interim epiſcopi eſſe, antequam illa loca recuperata ſint, argumen. dictæ l. illa inſtitutio. vide quæ ſcripſi lib. 1. de benefic. c. 16.

Quæſtio eſt, an hæres cogatur rem redimere, aut æſtimationem ſoluere? Sane regulariter legatur res aliena. l. non dubium. 14. de leg. 3. Quidam putant hæredem ſoluere pretium ei debere, qui redemerit: quia tunc poſtliminio redit. l. in bello. §. ſi quis ſeruum. infra de capti. Hæc ſententia confirmatur multis argumentis. Vnum eſt ex l. ſi res obligata. 57. infra hoc tit. qua hæres cogitur luere rem obligatam. At obligatio quædam pignoris hic eſt. l. ſenatus. 45. §. qui ab hoſtibus. hic. Aliud eſt argumentum ex l. vlt. de actio. emp. vbi dicitur valere emptio & ſtipulatio, ergo promiſſor tenetur ad dandum. Aliud argumentum ex l. in bello. §. vlti. de capti. & poſtlimi. vbi legatarius petit ab hærede æſtimationem. Exiſtimo tamen hæredem non cogi redimere, ſed tenetur tantum præſtare, ſi in poteſtatem ſuam peruenerit. Moueor, quia teſtator videtur legaſſe ius quod habet. l. ſerui electione. 5. §. cum fundus. ſupr. eo. Credibile eſt teſtatorem, qui ſciens legauit, de eo iure ſenſiſſe. facit l. vnum ex familia. 69. §. ſi rem. infra eod. Quod verum eſt etiam, ſi illud ius conſiſtat in ſpe tantum. l. ſeruum filij. 44. in princ. infra eo. Quodnam eſt illud ius teſtatoris? Si aufugerit ſeruus, & redierit ad dominum, recipitur iure poſtliminij, perinde ac ſi captus nunquam fuiſſet. l. poſtliminium. de capti. Si quis vi bellica eripuerit ab hoſtibus ſine pretio, idem eſt. Non enim in præda id eſt, ſed reſtitui debet veteri domino. l. ab hoſtibus. 12. C. de poſtlim. & l. ſi captus. §. expulſus. ff. de capt. & poſtlim. Hæc ſententia verior ac certior eſt, quamuis aliqui diſſentiant. dixi ad l. 1. ff. de acqu. poſſ. In alio etiam conſiſtit ius teſtatoris: quia ſi redempta ſit res ab alio, oblato pretio eam recipit. d. §. ſi quis ſeruum. Soluto pretio dicitur poſtliminio rediiſſe. Hoc igitur ius habet legatarius quod habebat teſtator. Ex quo apparet hæredem non poſſe redimere. Ad l. ſi res obligata. reſpondi in interpretatione d. l. ſerui electione. §. cum fundus. Ratio illius legis eſt: quia non eſt veriſimile teſtatorem velle æs alienum ſolui à legatario. arg. l. 1. Cod. ſi cer. pet. Hæc ratio hic ceſſat. Nullum enim æs alienum hæreditarium hic eſt, nulla obligatio pignoris contracta à defuncto. ad l. vltim. ff. de actio. emp. ibi tantum dicitur valere emptio & ſtipulatio, ſicut hic dicitur de legato: & addit Iureconſul. ſuſtinendam eſſe præſtationem, donec res præſtari poſſit, id eſt, donec eam recuperauerit. Si quis dicat eam præſtari ſoluto pretio redemptori, de hoc non ſenſit Iureconſul. alioqui idem dicendum eſſet, etſi adhuc apud hoſtes eſſet: quia redimi poteſt. Item alia ratio eſt contractuum, quam vltimarum voluntatum. dixi ad d. §. cum fundus. ad l. in bello. §. vlti. reſpondeo nihil ad rem per-

tinere: non enim hoc ibi quæritur, an teſtator videatur legaſſe rem ipſam totam, non ius quod habet, ſed quo caſu certum eſt eum legaſſe totam, an debeatur propter acquiſitionem ex cauſa lucratiua. l. non quocunque. 79. in prin. hoc titu. Eſt ergo duplex quæſtio, ſicut in l. Mæuius. 68. §. fundo. de leg. 2. de qua dixi ad d. l. ſerui. 5. §. cum fundus. ſupra eo.

Ad l. 10. Iulianus.

Locus eſt de ratione acquirendi legati. Si quis legauerit ſimpliciter rem ſuam, legatum ſtatim acquiritur legatario. l. 65. à Titio. de furt. Quid ſi quis alicui legat optionem plurium rerum? Non acquiritur legatum, niſi poſtquam optauerit. l. 20. apud Aufidium. infra de opt. leg. Vt autem optio recte fiat, quædam neceſſaria ſunt, de quibus dixi ad l. 5. ſerui electione. ſupra. Duo autem ex iis hic traduntur à Paulo. Ne fiat à filiofam. ſine iuſſu patris. Item ne fiat ante aditam hæreditatem. De his duobus ſigillatim dicemus. Ait Paul. filiumfam. non poſſe optare ſine iuſſu patris. Sed quæ ratio potuit mouere Iulianum? Nam videmus filium contrahere, & alia pleraque facere ſine patre. l. filiusfamil. 38. de obl. & act. l. 57. tam ex contractibus. de iud. Nec ſe tantum obligat: ſed etiam patrem, vt puta de peculio. Inſtit. quod cum eo, qui. Variæ hic rationes excogitantur quibus veriſimile ſit motum eſſe Iulianum. Verum, vt dixi ſæpe, in hac iuris ſcientia exactæ rationes & neceſſariæ quærendæ non ſunt, vt in mathematicis. Nam auctore Ariſtotele, oportet nos probabilibus contentos eſſe. Itaque mihi placet, vt dicamus æquum viſum non eſſe optionem filij nocere patri, cui legatum acquiritur. Poteſt autem filius eligere rem deteriorem. Idem conſtitutum eſt de aditione hæreditatis. l. 6. qui in aliena. in princ. de acqui. hæred. infra. Eadem ratione, inquiunt, eſt patrem inuitum obligari hæreditati. Item in repudiatione idem conſtitutum eſt. l. is, qui hæres. 11. §. vlt. de acquir. hæred. ſupra. filius non poteſt repudiare ſine patre, ne incommodum afferat patri. Et hæc optio ſimilis eſt quadantenus repudiationi. Qui enim optat vnam ex rebus legatis, ceteras repudiat. Et animaduertendum eſt hoc caput de optione, & alia capita de adit. & repud. olim coniuncta fuiſſe apud Paulum d. l. is, qui hæres. & l. legatum. 7. hic. Admonui ſupra in interpretatione d. l. legatum. 7. ſimilem habere inſcriptionem, Paulus lib. 2. ad Sabinum. At credibile eſt Pau. hæc coniunxiſſe, quod ſimilia eſſent, & eandem haberent rationem. In contractibus non eſt eadem ratio. Fiunt enim ſine conſenſu patris, & filius ſe obligat, non patrem, niſi quod iuſſu, de in rem verſo, de peculio, &c. Inſtit. quod cum eo. Cur autem pater ex iis cauſis obligetur per filium, non eſt obſcurum. Quæritur an iuſſus hic neceſſarius ſit, vt præcedat, an vero ſufficiat conſenſus ratihabitio? In aditione hæreditatis iuſſus præcedit, nec ſufficeret ratihabitio. l. 11. qui in alien. in prin. d. l. & ſi quis mihi. 25. §. iuſſum. de acq. hæred. Idem ergo hic videtur eſſe dicendum, cum ſimilia hæc ſint, vt iam diximus. Hæc ſubtilitas ridetur ab imperitis. Quid refert, inquiunt, an ante, an poſt conſentiat? Acutæ ſunt nugæ Iureconſul. vt Seneca ait. Verum hoc non eſt conſtitutum ſine magna & graui ratione, quantum ego iudicare poſſum. Pertinet maxime ad auctoritatem patris, ne quid filius audeat per ſe in damnum patris, & ſine ipſius iuſſu & imperio. Plurimum tribuebant veteres auctoritati & poteſtati patris, vt docui ſub tit. de iis, qui ſunt ſui. Filius ergo ita reuereri debet patrem, vt expectet iuſſum eius in iis, quæ nocere poſſunt. Qui non expectat iuſſum incertus, an pater conſenſurus ſit, etiam videtur contemnere auctoritatem patris. Receſſum tamen eſt ab hoc rigore, interdum enim è re patris non eſt ſemper iuſſum eius expectari. Sic interpretati ſunt Iureconſulti edictum. Quod iuſſu. l. 1. eo. tit. vbi quod prætor ait de iuſſu, producit Vlpia. ad conſenſum & ratihabitionem: nec alienum eſt hoc exemplum ſequi in hac ſpecie, vt dicamus conſenſum patris habendum eſſe pro iuſſu. Non hoc dico, quod verbum iuſſus, id ſignificet: nam iuſſus proprie dicitur, qui præcedit, ſed quia ſcriptum de iuſſu, videtur extendendum interpretatione propter vtilitatem. Dixerit aliquis, Hæc optio ſimilis eſt aditioni, in qua iuſſus requiritur, nec ſufficit conſenſus. Reſpondeo non eſſe ſimiliorem hæreditati, quam bonorum poſſeſſionem. At in bonorum poſſeſſione ratihabitio habetur pro iuſſu. d. leg. qui in aliena. ſupra de acquir. hæred. & l. 1. C. qui admitti ad bonor. poſſ. His ita declaratis veniendum eſt ad explicationem antinomiarum, in qua præcipue verſari debet is, qui ius ciuile profitetur. Vna eſt ex l. vlt. in princ. de verbor. oblig. filius ita ſtipulatus eſt rem illam, aut illam, vtram ego velim. Non pater, inquit lex, ſed filius deſtinare de alterutro debet. Idem dicitur in l. ſi ſtipulatus fuerim. 76. eod. titu. Electio igitur perſonalis eſt, & perſonæ filij cohæret. Variæ hic opiniones reperiuntur, vt in re ſubobſcura. Quidam putant differre legatum à contractu. in legato aiunt requiri conſenſum patris, non in contractu. Nam filium poſſe nocere patri in contractu ſuo. arg. l. 27. ſi vnus. in princ. ſupr. de pact. l. 11. quod ſeruus. depoſi. Debitum ex contractu filij recte ſoluitur ipſi filio. Sed hæc ſimilia non ſunt. quia ſoluitur filio ad ipſum quod debetur, quod pater capit, & in rem ſuam vertit, ſi ita videatur. Hic forte ſoluitur deterius propter meram filij optionem. Magis mihi probatur opinio eorum, qui putant in quacunque electione, ſeu optione, requiri conſenſum patris, ſiue ex contractu, ſiue ex legato: ſed ita tamen vt filius ipſe eligat. Quia perſona filij nominata eſt, & factum perſonale eſt. Hæc non ſunt repugnantia, filium ipſum eligere, & patris iuſſu eligere. Nam & in hæredum aditione idem accidit. d. l. qui in aliena. pater, qui iubet non poſſet adire. Facta dicuntur perſonalia eſſe. Multum refert à quo aliquid fiat: in datione non multum intereſt. l. vlt. de cond. inſtit. Exemplum eſt vulgare in §. ſed cum factum. Inſtit. de ſtipulat. ſeruo. Deinde diuerſitas perſonarum, diuerſa facta reddit. l. 26. ſi non ſortem. §. libertus. de cond. indeb. Sic aliud eſt velle Titium, aliud Caium. Aliud velle patrem, aliud filium. Præterea oppo. l. 10. ſi Pamphilo. de opt. leg. Sed ibi ratio eſt manifeſta cur dominus ipſe optet: quia ſeruus eſt manumiſſus. Cur ad hæredem tranſeat, aut legatarium, ſcripſi ad d. l. ſi ſtipulatus. de verb. oblig. l. 78. ſi ſic legatum. §. vlt. Vltimum eſt de hæreditatis aditione. Non valet optio ante aditam hæreditatē. Idem in l. optione. de opt. leg. Legatū non ante debetur, quam adita ſit hæreditas. l. 9. ſi nemo. ſupra de teſta. tute. Appendix ad l. vlt. de verb. oblig. Quid ſi dicamus in ſtipulatione ſequendum eſſe, quod verbis exprimitur? Cohæret electio perſonæ filij, quia exprimitur perſona eius. Itaque patris voluntas non ſpectatur. In teſtamentis plenior fit interpretatio. l. in teſtamentis. de reg. iur. Quare magis inſpicimus perſonam, cui acquiritur, quam quæ nominata eſt.

Ad l. 11. cum filiofamilias.

Hic tractatur de acquiſitione legati: cum legatum relinquitur filio, aut ſeruo, qui ſunt in poteſtate patris, aut domini. Nam certum eſt id acquiri patri, vel domino Inſtit. per quas perſo. nob. l. placet. 76. de acqui. hæred. l. 1. ſi à parente quis manu. Inde exiſtunt multæ quæſtiones, breuiter hic tractatæ à Papinian. Prima quæſtio, an poſſit fideicommitti patri, vel domino? Dubitatio eſt ex l. ab eo. C. de fideicomm. Sed Papin. ait poſſe, quia commodum ipſis acquiritur, interpretatione quadam iuris, & relictum patri intelligitur, vt poſtea dicemus. Imo poteſt etiam relinqui fideicommiſſum à patre ipſi filiofam. ſi cogitet teſtator per legem acquiri patri, & velit filio potius acquiri. Quod ſane mirum videtur: quia cum patri acquirat omnia filius, quomodo pater poterit ei debere? Sed poteſt filio reſtitui facto ſui iuris, vel aliter, vt poſtea dicemus.

Secunda quæſtio. Ex cuius perſona vires capiat fideicommiſſum, an filij qui nominatus eſt à teſtatore, an patris, cui acquiritur, & qui effectu hæres eſſe videtur? Diſtinguit Papi. an filio relictū ſit, an alij extero. Si extero fideicōmiſſum vires capit ex perſona filij. Hic enim vere hæres eſt, ac pater rogatus intelligitur non ſuo nomine, ſed filij. Sic ergo accipimus, ac ſi filius ipſe rogatus eſſet. Hoc enim eſt ex perſona ſua, id eſt, nomine ſuo non teneri, vt alibi Pap. noſter loquitur. l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſariam. ad Trebel. l. 60. peto. §. mater. de leg. 2. Si vero fideicommiſſum relictum filio ipſi, tunc valet ex perſona patris. Patrem enim interpretamur rogatum eſſe nomine ſuo magis, quam filij. Ratio non patitur, vt filium rogatum intelligamus reſtituere ſibi. Idem non poteſt & debitor & creditor eſſe.

Tertia

Tertia quæſtio. An locus erit Falcidiæ in hac reſtitutione deicommiſſi? Diſtinguit Papin. vt ſupra, ſi extero rogatus ſit eſtituere, Falcidia admittetur: ex S. C. hæres detrahit Falciiam. At hic nomine hæredis reſtituit, & tanquam hæres non enetur ex perſona ſua, ſed hæredis. Si rogatus ſit reſtituere lio, totum reſtituet: & ex perſona ſua & nomine ſuo reſtiuet. Intelligitur enim rogatus non vt hæres, ſed vt pater, qui ommodum capit iure patriæ poteſtatis. Filij autem nomine ion poteſt pater debere fideicommiſſum ipſi filio, vt iam lixi. Vt autem locus ſit legi Falcidiæ oportet hæredem eſſe um, qui rogatur. l. 1. §. denique. ad Trebel. l. lex Falcidia. 47. . nunquam. ad leg. Falcid. ratio cur factum eſt S. C. plana eſt x §. ſed quia hæredes. Inſtitu. de fideicomm. hæred. Deinde portet rogatum eſſe vt hæredem. Cum igitur pater rogatur eſtituere filio hæredi inſtituto, non detrahet Falcidiam, quia ion poteſt dici rogatus, vt hæres. Quarta quæſtio. Filius eſt nſtitutus, pater rogatus eſt ei reſtituere hæreditatem poſt nortem ſuam, ſcilicet patris, filius deceſſit viuo patre. Sic exinctum eſt fideicommiſſum: quia non tranſit ad hæredem, d quem pertinebit hoc fideicommiſſum? Ait Papin. patrem etenturum. quia ex perſona patris, &c. & patri ipſi onus inunctum eſt nomine proprio, non hæredis: ergo retinebit. l. 17. ſi quis Titio. de leg. 2. Hoc autem fideicommiſſum ideo non tranſit ad hæredem, quia conditionale eſt. l. 78. hæres meus. de condit. & demonſtr. & l. 4. quando dies leg. Conditio eſt, ſi hæres morietur viuo adhuc fideicommiſſario. Certum quidem eſt hæredem moriturum: ſed incertum eſt, an ſuperſtes futurus ſit fideicommiſſario. Hæc ſit veluti delineatio quædam & adumbratio rei, quam plenius & accuratius nunc executuri ſumus. In primis obſeruandum à patre fideicommiſſum relinqui poſſe cum filius inſtituitur, &c. Obiic. l. ab eod. Cod. de fideicomm. Reſpondemus ideo valere fideicommiſſum, quia emolumentum hæreditatis ad patrem peruenit. l. 64. ſi alienus. de leg. 2. l. 4. de leg. 3. l. 22. Neſennius. §. ſeruo. ad l. Falcid. Et hoc generaliter pertinet ad eos, qui ex morte defuncti aliud commodum percipiunt. l. 1. §. ſciendum. de lega. 3. dixerit aliquis ne hoc quidem ſufficere, vt quis capiat: niſi ex iudicio defuncti capiat. l. 6. ſed & ſi ſic. in fin. de leg. 3. l. 8. qui fundum. §. qui filios. ad leg. Falcid. At pater capit ex lege magis, quam ex iudicio defuncti. Sed inquirendum eſt an hoc verum ſit, & repetendum paulo altius. Quidam exiſtimant patrem ex iudicio teſtatoris non capere. Pro hac opinione faciunt, quæ ſequuntur. Primo, teſtator nullam patris facit mentionem: ſed filij tantum, per quem acquiritur patri, inuito etiam teſtatore. Dicitur ergo contra voluntatem patris: aut certe præter voluntatem, quam ex voluntate. arg. l. 86. Titia. ad l. Falcid. Secundo facit l. 8. qui liberis. §. hæc verba. ſupra de vulga. Tertio facit l. 1. §. non ſolum. vt leg. nom. caueat. Satiſdatur hæredibus legatariorum, quamuis non ex iudicio defuncti veniant. Quarto l. 86. qui fundum. §. qui filios. verſic. quid ergo, &c. ibi aut lege, aut per interpoſitam perſonam. infra ad l. Falcid. Quinto facit l. 3. §. hoc autem verſic. Nec enim quærimus cui acquiratur: ſed cui honos habitus ſit. infra de leg. præſtan. Sexto facit l. 21. legatum, de administrat. leg. Hæc ſunt quæ pro hac opinione adduci poſſe videntur. Exiſtimo nihilominus patrem capere non tantum ex lege, ſed etiam ex aliquo iudicio teſtatoris. Et hæc opinio receptior eſt. Probat Papin. hic iuncta d. l. 6. de leg. 3. Tenuis quidem eſt declaratio voluntatis: ſed tamen aliqua, ſicut dicitur de iure accreſcendi. Vt ſcripſi lib. 1. cap. 1. de iure accreſc. Teſtator qui ſcit, aut ſcire debet acquiri patri, videtur id velle. arg. l. 38. ſi duo. ſupra de acqui. hære. Vnde hæc conditio, ſi hæres non erit, ſeruo alieno hærede inſtituto, intelligitur, vel dominum hæredem non fecerit. §. vlt. Inſtitu. de vulgar. l. 40. ſi paterfamil. de hæred. inſti. Et hæc coniectura maxime locum habet cum onus fideicommiſſi imponitur patri, vt in hac ſpecie, arg. l. denique. §. interdum. de pecul. lega. Non obſtat quod inuito teſtatore, &c. Nam poteſt hoc teſtator prohibere, relinquendo filio cum ſui iuris erit. l. 15. ſi ita eſſet. Quando dies lega. & l. 19. vbi pure. ad Trebell. Qui igitur non adimit, videtur relinquere. d. l. 1. §. ſciendum. de lega. 3. huc pertinet quod dicitur in l. conficiuntur. de iure codicil. ad d. l. qui liberis. Verum eſt patrem inſtitutum non eſſe directo: ſed interpretatione quidem dicitur vocari ex iudicio teſtatoris. In ſubſtitutione pupillari ita accipitur verbum, hæres, propter veriſimilem mentem teſtatoris. Sic etiam reſponderi poteſt ad d. l. 1. §. non ſolum, vt leg. nom. cau. ad d. l. qui fundum. §. qui filios. ad d. l. 3. de leg. præſtand. Prætor ibi loquitur de iis, quibus relictum eſt. ad l. 21. legatum. de adim. leg. Verba non ſunt apta ad adimendum. Oſtendit enim teſtator ſe contemplatione filij, non patris legare.

Repetitio præcedentis quæſtionis.

QVæſitum fuit, an pater habeat hæred. ex iudicio teſtatoris, an lege tantum. Recitauimus opinionem eorum, qui putant ex lege tantum. Docuimus quibus arg. ea opinio defendi poſſit. Probabilior tamen eſt contraria opinio, quæ & auctores multo plures ac defenſores habet. Pater igitur capit non tantum ex lege, ſed etiam ex aliqua voluntate teſtatoris. Hoc autem confirmatur ſequen. argumen. Primum, Nemo poteſt onerari fideicommiſſo, niſi aliquid capiat ex iudicio teſtatoris. l. 6. infra de lega. At pater hic oneratur fideicommiſſo, vt Papinianus ait. Ergo capit ex iudicio. videtur argum. Teſtator, qui ſcit aut ſcire debet acquiri patri, &c. videtur voluntatem ſuam accommodare legi. argumen. d. l. 39. ſi duo. de acquir. hæred. Qui ſcit, aut ſcire potuit, cohærede abſtinente, ſe oneribus fore implicitum, ea conditione adire videtur. Huc pertinet quod dicitur in §. vlt. Inſtitut. de vulga. Seruo alieno inſtituto hæc conditio, ſi hæres non erit, intelligitur, vel dominum hæredem non fecerit. §. vlt. Inſtitut. de vulga. l. ſi paterfamil. ſupra de hæred. inſtitu. Dominus ergo ſuccedit ex præſumpta voluntate teſtatoris. Coniectura autem voluntatis fortior eſt cum oneratur pater, aut dominus, vt in hac ſpecie. Qui onerat patrem, cogitat fore vt ei acquiratur. argumen. ducto ex l. denique. §. interdum. de pecul. lega. vbi dominus, qui iubet ſeruo centum dare hæredi, intelligitur ei peculium legare, quod non adimit. Diſſolutio obiect. Inuito, inquiunt, teſtatore, patri acquiritur, nec teſtator poteſt prohibere. Reſpondeo teſtatorem poſſe impedire ne patri acquiratur, relinquendo filio cum ſui iuris erit. l. 19. ſi ita eſſet. infra quan. dies leg. l. 19. vbi pure. ad Trebel. Qui igitur hoc non facit, videtur tacite quodammodo relinquere patri. l. 1. §. ſciendum. de leg. 3. Huc pertinet l. conficiuntur. de iure codicil. ad l. qui liberis. §, hæc verba. de vulg. & pupill. Verum eſt patrem inſtitutum non eſſe directo: ſed habetur pro inſtituto interpretatione quadam iuris propter tacitam voluntatem. Iudicium teſtatoris, verbum ambiguum eſt, modo ſignificat expreſſam voluntatem. d. §. hæc verba. modo tacitam. d. l. 6. de lega. 3. ſimile exemplum in d. l. denique. §. interdum, ait ibi Iuriſconſul. etſi non ſit legatum peculium, veluti legatum accipimus, &c. Accipitur ergo varie prout æquitas ſuadet: hic accipimus iudicium teſtatoris, etiam tacitum, cum quæritur de onere fideicommiſſi. In §. hæc verba. accipitur pro inſtitutione expreſſa: quia credibile eſt teſtatorem de ſcripto hærede cogitaſſe, id eſt, de filio magis, quam de patre. ad l. . §. non ſolum. vt leg. nom. cau. iam reſponſum eſt. Qui nominati non ſunt à teſtatore, non dicuntur venire ex iudicio, id eſt, ex voluntate expreſſa. Homonymia iam declarata eſt ad l. qui fundum. §. qui filios. ad l. Falcid. Ego eum §. mox explicaturus ſum in alia quæſtione tractanda. Ad l. 3. de leg. præſtan. Vbi non inſpicimus cui acquiritur, ſed cui honos habitus ſit. ſic interpretatur Iuriſconſul. illud edictum propter mentem prætoris, qui ſecutus eſt veriſimilem teſtatoris voluntatem. Ea legata conſeruantur coniunctis perſonis: quia credibile eſt teſtatorem præcipue iis præſtari voluiſſe, & magis quam ceteris. quam affectionem prætor eſt probabilem ſecutus. Hæc coniectura ceſſat, cum quis legat eorum ſeruis. Poteſt autem ſeruus manumitti, & ſibi acquirere. Nulla eſt igitur coniectura præcipuæ & ſingularis affectionis, niſi appareat contemplatione domini relictum fuiſſe. Ad legem 21. legatum infra de adimendis legatis. reſpondeo, alicui legatum poteſt dici legatum non eſſe patri, quia pater nominatus non eſt: ſed tantum pro legato accipimus benigna interpretatione. ſicut in d. l. denique. §. interdum. Cur autem legatum non adimatur, niſi cui nominatim datum eſt, ratio eſt in promptu:

quia verba non ſunt apta ad adimendum. Quod filio legaui, id patri neque do, neque lego. Hæc verba ſignificant contemplatione filij, non patris eum legare. Sic legatum manet filio datum, & patri acquiritur, ſi die cedente habuerit filium in poteſtate. Satis ergo demonſtratum eſt, patrem hic capere ex iudicio teſtatoris. Itaque non eſt mirum, ſi pater fideicommiſſo oneretur. Igitur eſt quaſi in viam ex hoc diuerticulo. Quoties aliquod commodum quis capit ex iudicio teſtatoris, poteſt fideicommiſſo onerari. Hoc accipe ad modum lucri illius & commodi quod conſequitur. Vltra id non poteſt onerari. Honoratus poteſt onerari: ſed quatenus honoratus eſt. l. filiusfamil. 114. §. apud Marcellum. hoc tit. l. Imperator. 20. §. ſi centum. de leg. 2. l. ciuitatibus. 122. §. vlti. hoc titu. Ex iam dictis conſequitur legitimos hæredes poſſe onerari. quia quodammodo ſuccedunt ex tali iudicio. d. l. 1. §. ſciendum: de leg. 3. l. conficiuntur. de iure codicill. l. 61. ſi Titio. §. vlt. de leg. 2. Nec refert, an ſucceſſio prætoria ſit, &c. d. l. 1. §. ſciendum. Verbum, legitima, in d. l. conficiuntur. late accipi debet. ius prætorium pro lege habetur. Sed animaduertendum eſt eos onerari non poſſe, qui lege ſuccedunt inuito etiam teſtatore: Exemplum eſt in l. ſi arrogator. ſupra de adopt. quia hoc non iudicio eius ad eum peruenit, ſed principali prouidentia interpretamur non habere ex iudicio, quod velit nolit, cogatur ei relinquere. Aliud exemplum eſt in l. quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. teſtam. de legitima ſiquidem filio debita nihil eſt quod filius teſtatori acceptum referat. Regula igitur noſtra eſt, quoties commodum quis capit, &c. Hic occurrũt aliquot antinomiæ, quarum explicatio eſt neceſſaria. Vna eſt ex l. plane. 94. §. vlt. hoc tit. Qui teſtamento manumittitur, fideicommiſſum non præſtat. Simile in l. aſſignare. infra de aſſig. liber. Aſſignatio liberti fideicommiſſo onerari poteſt. Ratio colligitur ex d. l. plane. quia commodum non eſt pecuniarium. Poteſt tamen onus addi per modum conditionis, aut modi. l. 3. de ſtatulib. & toto titu. l. libertas. 17. § hæc ſcriptura. l. Mæuia. de manumiſ. teſta. Non eſt hic fideicõmiſſum. Huc pertinet quod dicitur in l. 3. §. ſi rem. & §. ſequen. de leg. 3. l. 7. ſi deputati. §. vlt. eo. titu. Videndum igitur eſt, an commodum pecuniarium ſit, an certum ſit, an tale propter quod pecunia honeſte poſſit exigi.

Diximus onerari eos poſſe, qui commodum capiunt ex iudicio teſtatoris, cuiuſmodi eſt pater, item hæredes legitimi ab inteſtato. Quid dicemus de hærede hæredis, aut legatarij? Vlpianus ait fideicommiſſum valere, idque benignum eſſe. l. 5. §. 1. de leg. 3. habet hic iudicium tacitum teſtatoris, ſicut legitimi hæredes. Poſſet enim teſtator ei adimere &c. rogando hæredem, aut legatarium vt poſt mortem alij reſtituat. Huic ſimile eſt quod Paul. ait in l. 6. in priore ſpecie. infr. de leg. 3. vbi poſterior ſpecies difficultatem habet. Sed ratio diuerſitatis obſcura non erit, ſi paulo diligentius ſpecies expendamus. In priore ſpecie hæres oneratur non expreſſo certo homine. Lego Titio centum, peto ab eius hærede, vt det Sempronio centum. Cogitat teſtator pecuniam peruenturam ad hæredem. Parcit legatario, vt ea pecunia fruatur quandiu vixerit. hæres legatarij tenetur, quia vocatur ex iudicio teſtatoris. Cogitauit teſtator, vt quiſquis hæres eſſet, &c. Certum eſt fore, aut ſaltem veriſimile eſt, quod teſtator cogitauit. In poſteriore ſpecie exprimitur homo certus. Stichum inſtituo ſeruum Mæuij. Onero Seium ſi Stichus eius effectus, &c. Lectio Florentina melior eſt. Deinde Stichus acquiritur Seio, & ei acquirit, &c. An Seius teneatur? Ait Paul. non teneri. Quia fortuito conſequitur hæreditatem. Simile exemplum, Lego Titio centum. Onero Seium ſi hæres extiterit Titio. Deinde Seius ei hæres exiſtit caſu aliquo. Nam tenetur Seius ad fideicommiſſum, quia non venit ex iudicio teſtatoris, ſed caſu. Non eſt certum fore, quod teſtator cogitauit: ſed pendet ex caſu fortuito. Dixerit aliquis, ne in priore quidem id omnino certum eſſe: ſed pendere etiam ex caſu. Poteſt enim non exiſtere hæres Titio. Reſpondeo ex ſententia Vlp. in d. l. 5. ſubtiliter hęc dici: ſed benignius eſſe, &c. Hic inſpicimus quod fieri vt plurimum ſolet. At raro accidit, vt quis hæredem non habeat. Pro certo habemus aliquem extiturum hæredem Titio, ſed an ſecus futurũ ſit, incertum eſt, & pẽdet ex caſu fortuito.

Sequitur conciliatio quorundam locorum prima facie repugnantium & contrariorum. Primus locus eſt in l. 91. plane. §. vlt. hoc tit. vbi qui teſtamento manumittitur, fideicommiſſum non præſtat. Sed obiectum diluit ibi Iureconſ. Quia nulla pecunia ei relicta, nec aliud quicquam ſimile. Relicta autem eſt libertas, quæ non recipit æſtimationem. Simile exemplum eſt in l. ſignare. de aſſig. liber. vbi aſſignatio liberti fideicõmiſſo onerari non poteſt. Non eſt enim commodum pecuniarium, cuiuſmodi eſt quod per fideicommiſſum relinquitur. Poteſt tamen onus addi per conditionem, aut modum. Quia non eſt legatum, nec fideicommiſſum. De conditione exempla ſunt in l. 3. & toto titu. de ſtatulib. Stichus liber eſto ſi decem dederit. De modo exemplum eſt in l. 17. libertas. §. hæc ſcriptura. de manu. teſta. l. 44. Mæuia. eod. ibi, liberi ſunto ea lege, vt monumento meo lucernam accendant, &c. Ratio diuerſitatis inquiritur, ſed nullus eſt qui adferat ſatis probabilem. In conditione & modo teſtatoris eſt aperta voluntas, vt non aliter libertatem conſequatur, quam ſi id præſtet, quod teſtator præſtari aut fieri voluit. Si dixeris, ea lege & conditione: verba hæc ſatis demonſtrant voluntatem teſtatoris. In fideicommiſſo ſimplici diuerſa ratio eſt. Stichum liberum eſſe volo, & fidei eius committo, vt det Titio centum. Hic non oſtendit teſtator nolle ſe eum aliter libertatẽ conſequi. In conditione & modo oſtendit ſe non aliter ei libertatem relicturum fuiſſe. Quanquam hoc intereſt inter conditionem & modum, quod conditio ſuſpendit. Alius eſt locus in l. 3. §. ſi rem. de leg. 3. Hic non præſtatur fideicommiſſum, quamuis aliquod commodum perueniat. Ratio non diſſimilis eſt ei quam attulimus in ſuperiore ſpecie de libertate: hic non eſt commodum pecuniarium, & ſimile ei quod fideicommiſſo continetur. Creditori non legatur pecunia, & oneratur vt det pecuniam. Imo quod legatur huiuſmodi eſt, vt ob id pecunia nõ poſſit honeſte exigi. Si quod eſſet cõmodum pecuniarium valeret fideicommiſſum. l. deportati. 7. eo. tit. Alius eſt locus in l. 111. filiusfamilias. §. ſecundum vulgarem. Reſpondeo fideicommiſſum valere, niſi alia cauſa impediat. Non oneratur hæres, aut legatarius vt aliquid det. Onus non eſt ſimile commodo, nec eiuſdem generis. Videtur autem inciuile quemquam cogere ad emancipandum. Simile exemplum eſt in l. vxorem. 39. §. hæres. de leg. 3. vbi rogatur quis vt aliquem adoptet. Tamen animaduertendum eſt cogi extra ordinem fideicommiſſarium, licet actio nulla aduerſus eum competat. Non enim debet circumueniri teſtantium voluntas. l. ſi cui legatum. 91. de cond. & demonſt. Alius eſt locus non paulo difficilior ceteris in l. cum quidam. C. de legat. vbi ſubſtitutus exhæredato filio non præſtat fideicommiſſum, quamuis ex iudicio teſtatoris aliquid ad eum perueniat. Si legatum forte relictum ſit filio, quo aucta ſit eius hæreditas. Illud auget difficultatem quod exhæredatus ipſe onerari poteſt. l. cohæredi §. cum filio. ſup. de vulg. Interpretes vulgo dicunt, nullam poſſe bonam rationem afferri. Imperatorem aiunt ita conſtituiſſe de ſuo capite, ſic enim loquuntur. Sed impudens eſt quod non aſſequimur, adſcribere vitio & culpæ auctorum, vt plerique faciunt hoc tempore. Certe in veterum Iureconſul. libris idem reperitur. l. 129. alias, 123. ab exhæredatis. hic, & l. vlt. in princ. infra de leg. 3. l. miles ita. 41. §. ſi miles. de milit. teſtam. l. qui fundum. 86. §. qui filios. ad l. Falcid. Dicamus breuiter quod ſentio, & quod mihi videtur probabilius in tanta obſcuritate. Exhæredatus ipſe oneratur, quia commodum capit ex iudicio teſtatoris certo, & verbis expreſſo. Quare nullus eſt locus relictus interpretationi voluntatis. Subſtitutus non venit ad legatum ex iudicio, niſi per quandam interpretationem benigniorem. l. 5. de lega. 3. At odium exhæredationis non permittit, vt hanc benignitatem admittamus. arg. l. cum quidam. ſupra de lib. & poſthum. Et cum hac exceptione intelligitur d. l. 5. cum ait hæredem legatarij onerari poſſe. Odium autem exhæredationis, huius rei cauſam eſſe, ſatis oſtendunt verba conſtitutionis Iuſtinia. Inde conſequitur aliud dicendum, ſi filius cum mala mente exhæredatus eſt. l. Multi. non notæ. de liber. & poſthum. ſupra. Huic ſententiæ opponitur dic. l. qui fundum. §. qui filios. ad legem Falcid. Sed differentiam facit Iuriſconſult. inter hæreditatem & legatum. Multum enim intereſt, an hæreditas peruenerit ad ſubſtitutum ex iudicio teſtatoris, an legatum. Hæreditas

hon

honeſtiore titulo, pleniore honore tribuuntur. l. filium. §. ſed ſi portio. de legat. præſtan. Vnde fit, vt benignior hic fiat interpretatio. Vt autem hic interpretatio locum habeat, duo neceſſaria ſunt. Primum, quod hæreditas patris delata ſit filio titulo inſtitutionis. Alterum, quod iudicio certo, & verbis expreſſo. d. §. qui filios. verſi. dicet aliquis, quid ergo ſi ſeruus filij hæres ſubſtitutus ſit? &c.

Annotauimus ex Papin. noſtro quoties commodum aliquod peruenit, &c. inde effici eum, cui nihil datur teſtamento, non poſſe onerari. Nam hæc regula ex altera conſequitur, de qua etiam plerique loci reperiuntur in iure ciuili. Vnus eſt in l. ab eo. C. de fideicomm. Alter eſt in l. 6. de leg. 3. Nihil datum intelligimus, cum datum oneri ſimile non eſt, nec eiuſdem generis. Exemplum in libertate & pecunia ex d. l. 91. plane. §. vlt. infra eod. Ex hac regula colligitur exceptio & declaratio vulgaris dicti. Fideiubens ex cauſa neceſſaria non repetit ſolutum actione mandati. d. l. tribus. ff. de vſufr. ear. rer. vt cum quis iuſſus à teſtatore, fideiubet, non ſponte ſua. quamuis alias fideiuſſor repetere poſſit. l. quod dictum. de pact. ſup. Sententia iſta vulgaris, eſt intelligenda cum exceptione, niſi plus ſoluit, quam accepit à teſtatore. Nam in maiorem quantitatem non intelligitur obligatus à teſtatore. d. l. ab eo. Huic regulæ opponitur, quod tutor oneratur, quamuis ei nihil relictum ſit. l. peto. 71. §. mater. de legat. 2. Sed ideo hoc fit, quia nomine pupilli rogatus intelligitur. d. §. mater. ad fi. Ac perinde eſt ac ſi à pupillo ipſo relictum eſſet. l. quamuis. Cod. de fideicomm. Eadem eſt cauſa executoris teſtamentarij. not. ad l. alio. infr. de alim. lega. vbi dicitur relictum ab executore intelligi relictum ab hærede, & ſolui de bonis hæreditariis ab executore, qui nudum præſtat miniſterium. Opponuntur huic regulæ & quædam alia. Velut ex l. denique. §. interdum. de pecul. lega. Sed hunc locum iam ſupra declaraui, & nihil ad rem pertinet. Primum, ibi nullum onus eſt, niſi per modum conditionis: libertas relinquitur ſub conditione, ſi decem dederit. Quod in conditione eſt, neque legatum eſt, neque fideicommiſſum. l. 8. ſi quis ſub conditione. ſupra ſi quis omiſ. cau. teſta. Præterea legatum ibi eſt peculium, ſaltem tacite. Vnde coniectura eſt teſtatorem voluiſſe ipſum ex peculio dare. Itaque mera cauillatio eſt eorum, qui dicunt nihil ei fuiſſe legatum. Aliud obiicitur ex l. Titia Seio. 89. §. Seia libertis. de lega. 2. Sed hic fit verborum interpretatio, quæ ſatis plana & aperta ſunt. Duobus eſt legatariis fideicommiſſum, vt non vendant, ſed vltimus moriens reſtituat Sempronio. Ecce, inquiunt, duobus eſt legatus fundus. Vnus tantum oneratus, cui legata eſt pars. Sed verba Iureconſul. oſtendunt ideo onerari vltimũ, quia totus fundus ad eum peruenit ex iudicio teſtatoris. Subſtitutio quædam mutua & reciproca intellgitur inter duos legatarios.

Alia quædam obiiciuntur huius generis. Sed vereor ne de fæce, quod aiunt, nimis hauriamus. Illud vnum hic adiicimus, quod de tutela dicitur: Tutorem dari teſtamento, etiam ſi nihil ei relictum ſit, ex toto titulo de teſtam. tutel. Sed alia cauſa eſt tutelæ quam fideicommiſſi. quia tutela munus publicum eſt. Inſtit. de excuſatio. §. 1. Vtilitas publica hoc poſtulat, vt pupilli tutorum ope & conſilio regantur. Hæc de prima parte capitis noſtri: venio ad alteram partem. Quæritur in hac parte ex qua perſona fideicommiſſum vires capiat? Et notandum eſt capere vires ex perſona filii, niſi pater rogatus ſit reſtituere ipſi filio. Hoc quemadmodum accipiendum ſit, oſtendemus. Sed prius tractanda eſt quæſtio, an valeat fideicommiſſum filiofa. relictum à patre. Non enim videtur valere, quia filius acquirit patri. l. 78. placet. ſupra de acq. hæred. Item ſibi ipſi eſſet obligatus. Nam patrem obligari filio, eſt obligari ſibi ipſi. Si quis dixerit, tunc valiturum fideicommiſſum, cum filius ſui iuris factus fuerit, obſtat regula Catoniana. §. an ſeruo. Inſti. de lega. Variæ hic ſunt opiniones. Quidam exiſtimant Papini. hic non loqui de puro fideicommiſſo: ſed conditionali, ſi conferatur in tempus quo ſui iuris filius fuerit. Et certum eſt Catonianam regulam ad conditionalia non pertinere. d. §. an ſeruo. l. pen. de reg. Caton. Hanc ſententiam pleriq; improbant, quaſi diuinatio quædam ſit. Aiunt Papin. loqui ſimpliciter de fideicommiſſo. & diſtinctiones comminiſcuntur more ſuo.

Nihil attinet omnium opiniones referre. id enim infinitum eſſet. Recitabo tamen breuiter ſomnium Itali cuiuſdam in libro, cui titulus eſt, Nouæ declarationes iuris ciuilis. & ſane nunc audietis nouam admodum declarationem, nec ante hoc tempus auditam. Defendit fideicommiſſum purum valere. quia Papinia. inquit, generaliter loquitur. Et aut acquiri filio, etiam ſi manſerit in poteſtate, quod eſt magis paradoxum. Ad obiectum ex d. l. placet. reſpondet, tunc filium non acquirere patri, cum obligatio venit à patre. iuxta not. ad l. frater. de condict. indeb. Quid ſentiam de ea re docui in interpretatione d. l. frater. & oſtendi id locum habere in obligatione naturali. Dicitur ibi naturalem obligationem acquiri patri. Item patrem obligari filio naturaliter, quæ videntur repugnantia. Idem enim obligari videtur ſibi ipſi. Diximus obligationem naturalem acquiri patri, quæ cum alio contrahitur, quam cum patre. Quæ directo venit à perſona patris, ea non acquiritur patri. In hac obligatione naturali ſpectatur quod æquum eſt reiecta ſubtilitate. Interpretamur vt valeat potius, quam vt irrita ſit, cum pater ſe obligat filio. Contra bonum & æquum eſſet aliter interpretari. quia pater voluit obligari & debere filio. Cum filius contrahit cum filio, ſuadet æquitas vt dicamus patri acquiri, alias fieret iniuria patri. In ſuperiore caſu nulla fit iniuria, propter voluntatem. Hæc igitur vera ſunt in obligatione naturali, quæ transferuntur ab ipſo nouo declaratore ad ciuilem obligationem, de qua hic loquimur. Error autem huius, & quorundam aliorum ex eo fluxiſſe mihi videtur, quod non animaduertunt non hic quæri, an valeat fideicommiſſum. Duplex enim quæſtio eſt. Vna, an valeat fideicommiſſum. Altera, quo caſu valeat, ex qua perſona vires capiat. Sententia eſt Papin. fideicommiſſum vires capere ex perſona filij, quo caſu valet fideicommiſſum. An igitur valeat, aliunde inquirendum eſt.

Quæſitum fuit, an valeat fideicommiſſum relictum à patre filiofamil. ſi pure relictum ſit. Admonui non doceri à Papin. & ex aliis locis id ediſcendum eſſe. Hæc quæſtio non ſimplex eſt, ſed multas quæſtiones complectitur. Et hæ diſtinguendæ ac ſeparandæ ſunt, vt res explicetur abſque confuſione. Duplex eſt quæſtio iuris. Vna eſt, Si teſtator voluerit filio acquiri in poteſtate manenti? Et hæc voluntas rata non eſt legibus. Qui filius in poteſtate nihil poteſt ſibi acquirere. d. l. placet. facit l. nemo poteſt. 55. infra eod. argumen. eſt l. quidam. §. illo. Cod. de neceſſar. & ſeruis hæred. Si legatum ſit ſeruo hæredis ſine libertate, hæres non cogitur præſtare. Monet tamen legiſlator hæredem, ne tam impius ſit, vt voluntatem hanc contemnat. Oſtendit Iuſtinia. turpe eſſe id non præſtare, quamuis non poſſit cogi. Boni viri parent voluntati teſtatorum, quamuis nulla actione cogi poſſunt. l. fideicommiſſum. ſupra de condict. indeb. quod Plinius ſe feciſſe teſtatur in quadam epiſtola. Mihi, inquit, voluntas defuncti omni iure antiquior eſt. Huiuſmodi erant fideicommiſſa ante Auguſtum. Inſtitut. de fideicommiſ. hæred. in princip. Non obſtat noſtræ ſententiæ l. 14. ſi vſusfructus. §. ſi ita quis. quando dies leg. ced. vbi legatum filiofamil. vt ipſi ſoluatur, valet, nec ſoluitur patri, ſed tamen ſolutum filio, patri acquiritur, vt ego quidem exiſtimo. Solutio, quæ facti eſt, confertur in perſonam filij. Facit l. qui hæredi. de condit. & demonſtr. Altera iuris quæſtio eſt, an hoc fideicommiſſum valeat collatum in tempus, quo ſui iuris fuerit? Et certum eſt valere. l. 19. vbi pure. infra ad Trebellia. cum ſimil. Nec vllus eſt qui diſſentiat. Alia eſt quæſtio facti magis, quam iuris, cum teſtator ſimpliciter fideicommiſit, an videatur contuliſſe in tempus, quo ſui iuris fuerit. Quæritur quid teſtator ſenſerit? Exiſtimo cum pleriſque aliis, hoc fideicommiſſum vtile non eſſe, & pendere ex ſola fide, & pudore rogati, niſi appareat ex verbis, aut coniecturis, aliud teſtatorem ſenſiſſe. Tametſi autem non poſſit hoc facile in vniuerſum definiri, quia in facto conſiſtit, tamen exempla & ſpecies, quæ tractantur à Iuriſconſ. poterunt nos erudire & docere, quid de hac re iudicandum ſit. Vnum exemplum eſt in l. 19. vbi pure, infra ad Trebellia. ibi, Faciaſque vt ad eum perueniat. His verbis oſtenditur voluntas teſtatoris. Aliud exemplum in l. 11. fideicommiſſa. §. ſi filio. de leg. 3. vbi non ſimpliciter fideicommittit: ſed alia verba addit, quibus voluntas

declaratur. Aliud exemplum eſt in l.8. ſi legatarius.§.cum ita. de leg. 3. vbi non eſt ſimplex fideicommiſſum. Hæc exempla ſatis oſtendunt non ineſſe conditionem fideicommiſſo, niſi expreſſa fuerit, aut coniecturis appareat. Et hoc concedunt nobis aduerſarij, cum pater inſtitutus eſt. Aiunt enim multum referre an fideicommiſſum relictum ſit patre inſtituto, an filio. Contendunt ſi pater inſtitutus ſit & rogatus, vt in hac ſpecie Papin. valere fideicommiſſum, ineſſe conditionem cum fuerit factus ſui iuris. Aiunt maiorem hic eſſe coniecturam voluntatis, propter geminationem. quia tam inſtitutio, quam ſubſtitutio confertur in perſonam filij. citant locos communes & vulgares, de effectu geminationis, ex l.32. Baliſta, ad Trebell. & l.cum ſcimus. C. de agric. & cenſ. cum aliis ſimil. Hæc inquiunt, geminatio oſtendit enixam voluntatem teſtatoris. Voluntas teſtatoris eo maioris eſt ponderis, quo vehementior apparet. l.77. cum pater.§.filius matrem. de leg. 2. Ego tamen puto parum referre vter inſtitutus ſit. Animaduerti hanc diſtinctioné Iureconſultis nõ probari. Eſt quidem cõiectura voluntatis qualis qualis ex hac geminatione: ſed nõ adeo magni ponderis, vt eius ratio habenda ſit, quaſi ſufficiat ad demonſtrandam voluntatem teſtatoris. Locos aliquot præcipuos Iureconſultorum hic recenſebimus, ex quibus poterit apparere quid ſecuti ſunt Iureconſul. in interpretatione voluntatis. Vnus eſt in l. 17. filiam. infra de auro & arg. ibi filia hærede inſtituta à patre, fideicommiſſum relictum dicitur valere, propter verbum, reſeruentur, ergo ſimpliciter relictum non valet. Alius locus eſt in l. 25. quidam ita.§ ſi ſeruo. infra ad Trebell. vbi ita demum valet fideicommiſſum, ſi collatum fuerit in tempus libertatis. Alius eſt locus in l. quamuis. C. de fideicomm. vbi coniectura ducitur ex eo, quod teſtator voluit filium emancipari. Simile exemplum eſt in l. 91. ſi cui legatum. ad fi. de condi. & demonſt. In his exemplis filius inſtituitur, aut ſeruus, & tamen fideicommiſſum vtile non eſt niſi accedat alia coniectura. Diſtinctio igitur Bart. & aliorum eius ſectatorum omnino explodenda eſt. Sed iam ſatis reſponſum eſt argumento, quod ſumunt ex hoc loco Papinia. Obiicitur alius locus ex l. 16. cogi.§. ſi pater. ad Trebel. Reſpondeo, ibi non quæri an fideicommiſſum valeat: ſed quo caſu valet, an poſſit cogi pater. Valet autem fideicommiſſum cum confertur in tempus, quo filius fuerit ſui iuris. Sed an interim poſſit cogi pater adire, quæritur. Et ait Iuriſconſ. cogi poſſe. Nec id mirum. Nam & is qui rogatur ſub conditione, interim cogitur adire. l.13. ille à quo, in princ. eo. tit. Periculum eſt ne ante aditionem & reſtitutionem pater decedat. Huc pertinet l. 50. Imperator. eod. tit. non obſtat l. lis nulla. ſupra de iudic. quia hoc remedium extraordinarium eſt, ſicut in l. cum filiusfamil. de reb. cred. Similis obiectio eſt ex l.1.§. ſi filio. ad Trebell. ſed ibi non quæritur quomodo relinquendum ſit fideicommiſſum vt valeat, ſed quo caſu vtiliter relictum eſt, an transferantur actiones. præterea opponitur nobis l. 75. epiſtolam.§.vlt. ad Trebel. ſed ea ſpecies adeo diſſimilis eſt, vt nihil prope commune habeat cum noſtra. Hic ponimus filium inſtitutum eſſe, & patrem oneratum fideicommiſſo. Ibi non dicitur filius inſtitutus, ſed forte extraneus. Item fuit rogata mater, quæ non habet filios in poteſtate. Quare dubium non eſt, quin fideicommiſſum valeat. Sed quæritur quando præſtandum ſit? Et dicitur differendum vſque ad tempus mortis. Non rogat ſimpliciter vt reſtituat, ſed his verbis vtitur, facias peruenire quod ad te peruenerit, &c. hæc verba tractum aliquem habent.

Diximus cum fideicommiſſum relinquitur filio à patre ſimpliciter, id inutile eſſe, nec intelligi collatum in tempus, quo ſui iuris erit, niſi appareat teſtatoré aliud ſenſiſſe. nec referre vter ſit inſtitutus. Confirmauimus hanc ſententiam multis rationibus & argumentis. Reſpondimus etiam obiectis aliquot aduerſariorum. Quod attinet ad arg. ex l.7. epiſtolam §.vlt. ad Trebel. vt diximus, illa ſpecies adeo diſſimilis eſt, vt nihil prope habeat commune cum noſtra. Hic ponimus filium inſtitutum eſſe, & patrem oneratum fideicommiſſo. Ibi non dicitur inſtitutus eſſe, nec vllum verbum eſt ex quo id colligi poſſit. Si ponamus inſtitutum eſſe extraneum, ſpecies conuenit verbis. Item alia eſt diſſimilitudo. Quia fuit rogata mater, quæ non habet filios in poteſtate. Quare dubium non eſt in ea ſpecie, quin fideicommiſſum valeat. Sed ibi quæritur quando præſtandum ſit? Et dicitur differendum vſque ad tempus mortis. Non enim rogatum ſimpliciter erat hoc modo: Rogo vt reſtituas: ſed ita, Rogo vt facias peruenire, quæ verba tractum habent. De ſignificatione huius verbi, rogo vt facias peruenire, ſimile exemplũ eſt in l. 39. Pamphilo. in princ. de leg. 3. Iam tractandæ ſunt quæſtiones aliquot quæ pendẽt ex iam dictis. in primis quæritur, an hodie hoc locum habeat in hæreditate aduentitia? Dubium non eſt, quin ſententia Papin. locum habeat in hæreditate aduentitia, ſi reſpiciamus ad tempora Papin. Aduentitia dicitur, cum hæreditas delata eſt filio contemplatione ipſius filij, non patris. nam ſi contemplatione patris, profectitia eſt. l.5. profectitia. ſupra de iure dot. At hæc ſententia Pap. magis conuenit aduentitiæ, quam profectitiæ. Sed dubitatur, an poſt nouas conſtitutiones idem dicendum ſit. Aduentitiorum proprietas acquiritur filio, vſusfructus patri. l. vlt. C. de bon. quæ lib. Quæritur ergo, an hoc nouo iure valeat hoc fideicommiſſum relictum filio à patre? Et certum eſt proprietatem inutiliter relinqui, quę acquiritur filio. Res mea mihi ciuiliter legatur. l.41. cetera.§. 1. hoc tit. l. proprias. C. de legat. Quidam putant valere fideicommiſſum, ſi forte filius repudiet hæreditatem, quia tunc pleno iure acquiritur patri. d.l. vlt.§. ſimilique modo. de bon. quæ lib. C. Sed verius eſt eum, qui repudiauit hæreditatem, non admitti ad fideicommiſſum, quaſi per fideicommiſſum. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ l.87. filio. infra eod. Nam alia cauſa eſt hæreditatis per fideicommiſſum relictæ, quam legati. Idem.n. continetur fideicõmiſſo, quod inſtitutione, ſcilicet hæreditas. Voluntas teſtatoris hæc eſt, vt hæreditas ad filium perueniat, ſi non recto iure, ſaltem per fideicommiſſum. Repudiatio igitur ei nocet, vt nullo modo hæres eſſe poſſit. Alia ratio eſt prælegati, ſi hæredi res aliqua prælegata ſit, quæ multum differt ab hæreditate, quia fit interdum vt hæres abſtineat hæreditate contentus legato, ne implicetur oneribus hæreditariis. Hoc non accidit in fideicommiſſo vniuerſali. quia fideicommiſſarius effectu hæres eſt, & tenetur ſicut hæres. Nõ poteſt ergo hoc fideicommiſſum intelligi de proprietate. Reliquum eſt igitur, vt aut intelligatur de vſufructu, aut inutile ſit. Et probabilius eſt, vt de vſufructu intelligatur. Dixerit aliquis, ſed quomodo poterit intelligi de vſufructu? Nam poſt mortem vſusfructus eſt filij ipſo iure, & conſolidatur cum proprietate. d.l. vlt. C. de bon. quæ lib. Non eſt igitur neceſſaria, imo ſuperuacanea eſt reſtitutio poſt mortem. Ante mortem vero reſtitutio eſt inutilis, quia filius in poteſtate eſt. Inutile eſt autem à patre aliquid transferri in filium, quod ſtatim & eodem momento rurſus transferatur in patrem. l. 55. qui ſic. infra de ſolut. Reſpondeo nihil impedire quo minus acquiratur vſusfructus filio in poteſtate manenti. quia capax eſt aduentitiorum. d.l. vlt. nec l.79. placet. ſupra de acqui. hæred. hodie locum habet in aduentitiis. Si quis dicat filium capacem eſſe proprietatis, ſed non vſusfructus: Reſpondeo eum capacem eſſe vſusfructus quoque, propter voluntatem teſtatoris, ſi reliquerit filio ea lege, vt non acquiratur patri vſusfructus: authent. vt liceat matri & auiæ. in princ. eſt Nouel. conſtit. 117. hic autem videtur teſtator eam legem dicere, cum iubet reſtitui filio à patre. Quid enim refert an ita dicat, Nolo vſumfructum acquiri patri: an ita, volo vt pater reſtituat vſumfructum filio? Nihil refert quibus verbis declarata ſit voluntas teſtatoris. l. 2. C. commu. de lega. Præterea ratio non patitur ſic accipi fideicommiſſum, vt non valeat & inutile ſit. l. 109. Quando. infra hoc tit. l. quoties. infra de reb. dub. At inutile eſſet, niſi ita acciperemus, vt conſtat ex iam dictis. quia non poteſt intelligi legata proprietas. argum. leg. 24. fundus, qui locatus. de inſtrum. leg. Nec dubitandum eſt quin ſtatim reſtitui debeat, ob eandem rationem, licet aliqui diſſentiant. Nam fruſtra reſtitueretur poſt mortem, cum accedat proprietati ſine reſtitutione. Præterea fideicommiſſum quod purum eſt, differri non debet. leg. 32. omnia. de legat. 2. nec vlla eſt cauſa, cur differatur præſtatio ac reſtitutio. In iis enim quorum filiusfamil. capax non eſt, neceſſe eſt differri præſtationem. Sed filiusfam. capax eſt aduentitiorum, vt iam diximus. Sed an pater ſaltem retinebit commoditatem fructuum? Hæc enim diſtingui-

tur

tur ab vſufructu.l.66.ſi vſus fructus..de iur.do.& l.4.ſi conuenerit. ſupra de pactis dotal. Plerique hoc putant, ſed nullo iure. Non eſt hoc conſentaneum voluntati teſtatoris, qui de fructibus creditur ſenſiſſe. Verbum reſtituas, plenam ſignificationem habet.leg. videamus. §. in Fauiana. ſupr. de vſur. leg.124.in condemnatione.§.1.de regul.iur. Item in quibus caſibus patri non acquiritur vſufructus propter voluntatem teſtatoris, ne adminiſtrationem quidem habet. d. auth. vt lis. ma.daturque curator illis bonis, ſi filius imperfectæ ætatis ſit.

Quæſitum fuit, fideicommiſſum relictum filio à patre, quam vim habeat. Docuimus quomodo accipienda ſit Papin.ſententia de ea re. Nunc quæritur an hoc locum habeat in hæreditate profectitia. Profectitia eſt quæ proficiſcitur à patre.leg.profectitia.de iure dotium.vt in hac ſpecie, Quidam inſtituere volens patrem, ſuaſu patris inſtituit filium.l. 46.quidam cum filium.de hæred inſtit.Dicitur hic inſtitutus beneficio patris.perinde igitur eſt, ac ſi à patre obueniſſet. leg.9.ſed ſi plures.§.in arrogato.ſupr.de vulg.ſubſtit. Quęritur ergo de vi fideicommiſſi,cum hæreditas eſt profectitia. Quibuſdam videtur fideicommiſſum ſtatim valere, & ſi collatum non ſit in tempus quo filius ſui iuris fuerit, quaſi aduentitium ſit. Nam aduentitiorum capax eſt filius, vt ante diximus,leg.vltim.Codic. de bon.quæ lib. Contendunt iſti fideicommiſſum aduētitium eſſe, quamuis hæreditas ſit profectitia.arg.l.profectitia.§.ſi quis certam.de iure dot. Quāuis pater fideicommiſſum reſtituat filio: tamen reſtituit ab alio rogatus, vnde accepit.ſicut in ſpecie dict.§.ſi quis certam. Alii putant cum hæreditas eſt profectitia, fideicommiſſum quoque profectitium eſſe. Dicunt credibile eſſe cum filius inſtituitur contemplatione patris, relinqui etiam fideicommiſſum contemplatione eiuſdem. In §.ſi quis certam.dicunt nullam eſſe talem coniecturam. Ego autem animaduerto quæſtionem hanc facti eſſe magis quam iuris, quæ vix poſſit in vniuerſum definiri. Totum hoc pendet ex coniecturis voluntatis, quod fuerit conſilium eius, qui reliquit filiofamil. Ex eo iudicatur fideicommiſſum vel profectitium eſſe vel aduentitium. leg. cum aliquis. Codice de iure deliber.leg.42.filiofamil.de condit.&demonſtrat.leg.23.ſi filiofamil.de donat. cauſa mortis. Quæ capita coniungenda ſunt vt olim fuerunt coniuncta, idque inſcriptio indicat, Afric. libr.2.quæſtio. Et notandum eſt quod dicitur in dict.leg.ſi filiofam.patrem vti plerunque miniſterio filii, vt per eum donatum acquirat. Si igitur ex coniecturis appareat, contemplatione patris relictum, id profectitium eſt. Et non valet fideicommiſſum, niſi collatum ſit in tempus quo ſui iuris erit filius. Quia filiusfamil. nullo iure capax eſt profectitiorum. Si vero appareat relictum contemplatione filii, aduentitium eſt, & ſtatim ipſi acquiritur, vt ante diximus. Quia aduentitia acquirere ſibi poteſt filius nouo iure. dict.l. vltim. C. de bon. quæ lib. Alia quæſtio de actione, quæ competit filio aduerſus patrem. Hanc quæſtionem attigimus ſupra. Dixi, ſi pater eſt inſtitutus, eum poſſe cogi adire.l. cogi. §.ſi pater.ſ.ad Trebel.Non obſtat d.l.lis nulla. ſupr.de iudi. quia eſt remedium extraordinarium.ſicut in dict.leg. cum filiusfam.de reb.cred.Simile exemplum in l.50.Imperator. ad Trebellia. Si vero filius ipſe inſtitutus ſit, & nolit iubere pater vt adeat quid iuris? Certum eſt nouo iure poſſe filium adire ſine iuſſu l.vltim.§.1.C.de bo.quæ lib.De veteri iure & tempore Papi.dubitatur.Puto poſſe cogi iubere, quamuis id certo iure expreſſum non ſit. Si enim cogatur adire cum eſt inſtitutus, vt acquiratur fideicommiſſum filio,quod alias acquiri nō pōt:cur nō cogetur iubere,inſtituto filio? Iure veteri abſq; iuſſu patris hæreditas non pōt adiri.l.25.ſi quis mihi bona.§.iuſſum. ſupr.de acq. hær.atque ita ſine iuſſu patris non poteſt acquiri fideicommiſſum filio. Nec vero nouum eſt patrem cogi conſentire filio agenti, ne alias iudicium non procedat.dict.l.vlt.C.de bon.quæ liber.

Alia quæſtio eſt, an tranſeant vtiles actiones in filium? Dicemus poſtea in quæſtione illa, Vter ſit hæres, &cæt. Alia quæſtio, de quibus filiis hæc intelligantur? Dicendum eſt non tantum de naturalibus intelligi, ſed etiam de legitimis, cuiuſmodi ſunt arrogati. Papin. hic loquitur de filiofamil. At hic filiusfam.eſt.leg.1.de adop. Ius nouum de acquiſitione bonorum, locum habet in arrogato. Inſtit. de acquiſ. per arrog.l.cum oportet. Cod.de bonis quæ lib. In naturali tantum hæc locum non habent. Non eſt enim filiusfam. nec in poteſtate.leg. 3. ſupra, de iis qui ſunt ſui vel alie.iur.Hoc accipe niſi confirmatus ſit eorum ſtatus, vel reſcripto principis, vel alio modo. Vulgo id legitimare dicitur. Verbum nullum reperitur proprium apud veteres. quia res ipſa erat incognita veteribus. Tempore Cic.dicebatur confirmari ſtatus.leg. qui in prouincia. de ritu nup. Sed parum refert quo nomine vtamur, modo res intelligatur. In eo igitur, qui legitimus factus eſt, hæc locum habent: quia eſt filiusfam. Iuſtinia. ait eos eſſe in patris poteſtate, & nihil differre ab eis, qui ex iuſtis nuptiis ſunt ſuſcepti.authen. quib. mod.nat. effic. legit. §.ſi igitur.& auth.quibus. mod. nat.effi.ſui ſ. illud.& ſequ.

His ita expoſitis, redeundum eſt ad quæſtionem propoſitā initio. Ex cuius perſona fideicōmiſſum vires capiat?

Diſtinguit Papinian. an pater rogatus ſit reſtituere filio, an extraneo. Si extero ex perſona filii intelligitur pater rogatus non ſuo nomine: ac ſi filius ipſe rogatus eſſet. Sic accipimus verbum, ex perſona, de quo eſt magna diſſenſio. Ex perſona ſua teneri, eſt teneri nomine ſuo. ex perſona alterius teneri, eſt teneri nomine alieno. cit. cui locum ex l.ſi patroni. 55.§. qui fideicommiſſariam. infra ad Treb. Sic dicimus ex perſona auctoris competere doli exceptionem.l. apud Celsū.§.de auctoris.de doli excep.Opponit emptor exceptionem ex forma venditoris nomine in cuius locum ſucceſſit, dicitur vti exceptione ex perſona auctoris.l.13. Pomponius.infr. de acq.poſſ. Alia huiuſmodi exempla legendo occurrunt l.35.ex perſona.de fideiuſſorib.l.192. ex qua perſona.de reg.iur. Tenetur ergo pater nomine filii, cuius locum tenere quodammodo dicitur in hæreditate, cum rogatur filio reſtituere. Hæc interpretatio, vt aiunt, non poteſt admitti, quia hic verba illa, ex perſona ſua, &cæt. oſtendunt obligationes quaſi radicem eſſe in perſona filii. Alii quidam aliter interpretantur hæc verba, ex perſona ſua. Sed neceſſe eſt ita accipi vt diximus, alias hæc ratio, quia ex perſona ſua &c. nec bona, nec congrua eſſet. Filius non poteſt ſibi obligari ad inſtituendum.l.18.& quidam.infra hoc tit. At nihil refert an filius obligetur ſibi, an alius filii nomine. argu.l.71. peto.§.mater.de legat.2.

Diximus patrem teneri ex perſona filii, id eſt, filii nomine, quaſi obligatio ortum habeat ex perſona filii, qui hæres eſt. Oppo.huic ſententiæ l.62.ſi alienus. de lega. 2. vbi ſi ſeruus adeat arbitrio ſuo, non datur in eum niſi vtilis actio. Ergo fideicommiſſum vires non capit ex eius perſona. Non enim videtur obligatio fundata in perſona filii. Reſpondeo, quod ad verba attinet, non videri obligatum filium ſi ſubtilitatem verborum ſequamur, quia non eſt rogatus: ſed pater. Imo neuter ita obligatus dici poteſt, non ſeruus, quia rogatus non eſt. non dominus, quia non eſt inſtitutus hæres, nec venit ex iudicio teſtatoris expreſſo. Sed receptum eſt propter vtilitatem vt vterque obligetur, ſi commodum ad eum perueniat.

Si ponamus filiū ipſum inſtitutū eſſe, & eū arbitrio ſuo adire, tenebitur mero iure. hic autē non eſt rogatus. Intelligitur tamen rogatus interpretatione quadā iuris. quaſi ꝙ agitur cū patre, videatur nomine filii agi. Ideo teneri dicitur pater nomine filii. Hæc interpretatio non eo producitur vt reſtituat filius niſi commodum ad ipſum peruenerit. Interpretamur enim filium obligatum eſſe, quatenus vtilitas & æquitas patitur. Sicut in hoc c. ceſſat ea interpretatio, cum ſit reſtituendum filio. Igitur ex d.l.ſi alienus. colligitur interpretatio luculenta huius c. tantum abeſt vt aduerſetur. Obiic. etiam l.22. Neſennius.§.ſeruo.ad leg. Falcid. vbi fideicommiſſum relictum à domino, nō intelligitur relictū à ſeruo, alioqui fieret contributio legatorum. Reſpondeo in ea ſpecie dominum teneri ex perſona ſerui. Obligatio enim ortum habet ex perſona ſerui. Duo autem ſigna & argumenta ſunt huius rei. vnum, quia Falcidiam exercet dominus, quaſi hæredis nomine reſtituat.arg.l.22.mulier.ſ.vltim.ad Treb. Alterum arg. eſt, ſeruus manumiſſus & adiens arbitrio ſuo tenetur ad fideicommiſſa. dict.l.ſi alienus. Quod non fieret, niſi intelligeretur rogatus, & niſi aliqua obligatio reſideret in eius perſona. Nam relictum ab vno, nō debetur ab altero.l.1.§.vlt.

de lega.3. Sed inter ea quæ nominatim relicta ſunt, & ſeruo, eſt aliqua differentia. Prius ſolui debent legata, nec fit contributio. Ratio, ideo dominus tenetur quod ad eum peruenerit. Dicendum eſt igitur dominum teneri ex perſona ſerui, perinde ac ſi ſeruus ipſe rogatus eſſet. Hoc accipe niſi ratio aliqua repugnet. Nec in hoc quidem cap. talis interpretatio admittitur, cum filio reſtituendum eſt. In ſpecie vero l. Neſennius. tenetur dominus ex perſona ſerui, quatenus id ratio patitur. quia ideo tenetur, quod ad eum peruenerit. Sequens quæſtio eſt, an hæc diſtinctio locum habeat in hæreditate profectitia. Nam videtur indiſtincte fideicommiſſum vires capere ex perſona patris: perinde ac ſi pater ipſe eſſet inſtitutus. l. 23. ſi filiofam. de don. cau. mort. Si hoc verum eſt, pater reſtituendo deducet Falcidiam. Dicam quod ſentio poſt quæſtionem illam vter ſit hæres. Venio ad tertiam partem huius capit. vbi quæritur de falcidia: An pater poſſit detrahere falcidiam? Falcidiam hic vocat, quæ deducitur ex Trebelliano. Nos Trebellianam vulgo dicimus. Inductum hoc eſt exemplo legis Falcidiæ, & quaſi per interpretationem legis Falcidiæ. §. ſed quia hæredes. de fideicom. hæred. Et ſæpe dicitur Falcidia à iuris auctoribus. Diſtinguit ergo Papin. hoc modo, Is demum Falcidiam detrahit, qui rogatur vt hæres. leg. 47. lex Falcidia. §. nunquam. ad leg. Falcid. leg. mulier. §. vltim. ad Trebel. Ratio eſt in dict. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fideicom. hęred. quia non adita hæreditate extinguũtur fideicommiſſa. Nemo autem adire vult ſine lucro. Hinc quæritur vter ſit hæres in hac ſpecie an pater, an filius. Magna eſt opinionum varietas. Recitabo breuiter quæ præcipue adducuntur in vtranque partem: deinde, dicam quod ſentio. Pro patre. Primum, Iuriſconſul. loquentes de patre ſolent vocare hæredem. leg. 8. qui liberis. §. hæc verba ſupr. de vulg. ſubſti. Deinde, filius quod acquirit, acquiritur patri. leg. 1. ſi à paren. quis fuer. manu. Tertio pater videtur filii miniſterio vti, vt organo quodam in acquirendo. Nam actio filii videtur actio patris eſſe. §. ei vero. Inſtit. de inuti. ſtipul. Quarto filius adeundo non dicitur fieri hæres: ſed patrem facere hæredem. l. qui in aliena. §. interdũ. de acq. hære. Quinto dicitur ſtatim patri acquiri hæreditas, nec momento vllo ſubſiſtere in perſona filii. leg. 78. placet. de acquir. hæred. Vbi non ſatis habuit dicere Iuriſconſ. acquiri: ſed addidit, neque momento, &c. Sextum arg. ducitur ex l. 10. acquiruntur. §. 1. de acqu. rer. dõ. vbi hæreditas dicitur nobis per filiũ acquiri. nec ſatis habuit Iuriſconſ. dicere acquiri nobis ſed addidit, perinde atque ſi nos ipſi hæredes inſtituti eſſemus, vt nobis hunc ſcrupulum adimeret, & oſtenderet patrem verum & germanum hæredem eſſe. Aliud argumentum eſt ex ex l. 1. §. ſi filio. infr. ad Trebel. vbi pater reſtituens filio, transfert actiones vtiles. Ergo filius non habet directas, aliàs ſufficeret filio directa, nec eſſet opus hac translatione. leg. 70. ſi hæres inſtitutus. eo. titu. Et ſane conuenit inter omnes, cum filius ſtipulatur, directam acquiri patri. l. 38. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verborum obligat. cum ſimil. Pro filio in primis ſolent Iuriſconſul. vocare filium hæredem. dict. §. hæc verba. Nec id mirum, quia ſcriptus eſt teſtamento. & intelligitur ſubſtitutus his verbis quiſquis mihi hæres, & cæt. quod non obſeruatur in patre, quamuis etiam hæres dicatur. Item qui ſemel eſt hæres, non deſinit hæres eſſe. leg. 88. ei, qui ſoluendo. de hæred. inſtit. leg. 7. ait Prætor. §. ſed quod Papinian. ſupr. de minoribus. Eſt tertium arg. ex leg. 3. de leg. præſtan. Non inſpici cui acquiratur: ſed cui honos habitus ſit. Quartum arg. ex Papin. noſtro hic, vbi pater detrahit Falcidiam nomine filii. ergo filius eſt hæres. d. l. 22. mulier. §. vlti. infr. ad Trebel. Quintum eſt ex l. hæredi. de cond. & demonſt. Sextum ducitur ex l. qui hominem. §. quidam filium. de ſolut. vbi fideiuſſor liberatur ſi reus promittendi hæres exiſtat rei ſtipulandi, pro eodem apud eundem, fideiuſſorem debere non oportet. Vnde quæritur ibi vter hæres ſit, an filius, an pater. Si pater hæres inſtitutus eſſet, is actionem haberet contra fideiuſſorem, ſed non habet. Quæſitum fuit, vter ſit hæres in hac ſpecie, an pater, an filius. Oſtendi quanta ſit diſſenſio interpretũ in hac quæſtione, quæ ſane difficilis eſt per ſe, ſed multum obſcurata ab iis, qui eam illuſtrare debuerunt. Nam in hac diſputatione plurimum ſophiſtices deprehendi admiſtũ eſſe ab vtraque parte. Ego quam ſimpliciſſime potero conabor rem totam declarare. Dico igitur vtrunque hæredem eſſe. Vterque enim dicitur hæres in dicta leg. qui liberis. 8. §. hæc verba. ſupra de vulga. Diuerſa autem ratione vterque dicitur hæres non ſimpliciter, ſed ſecundũ quid, vt vulgo Dialectici loquuntur.[t] Filius quidem propter iudicium teſtatoris & inſtitutionem. Pater quaſi ex lege ſuccedens in locum filii propter patriam poteſtatem, & quaſi perſonam filii repræſentans, quod ita receptum eſt propter vtilitatem. Secundum ſubtilitatem neuter videtur hæres recte dici, non filius, quia acquirit patri. Proprium autem hæredis eſt ſibi quærere. §. vltim. Inſtit. de hæred. qualit. Non pater quia non eſt inſtitutus, non eſt ei delata hæreditas, ſed vtilitas ſuadet vt hac ſubtilitate reiecta, vtrumque hæredem dicamus. arg. l. ſi alienus. 62. de lega. 2. qua ratione hoc ita receptum ſit, nunc planum faciam. Hæreditas relinquitur filio non patri, & relinquitur contemplatione filii, niſi aliud actum eſſe appareat. l. aditio. 45. ſupra de acquir. hæred. Deinde non poteſt eam pater conſequi ſine facto filii, arg. leg. cum proponas. Codic. de hæred. inſtit. Eam ergo conſequitur beneficio filii, & acceptum fert filio. Filius primum ſibi acquirit, & acquiſitam transfert in patrem. l. 1. infr. ſi à paren. quis manu. l. qui hominẽ. 34. §. quidam filiumfa. infra, de ſolut. Origo igitur obligationis eſt in perſona filii, nec habetur filius vt nudus miniſter in hac acquiſitione. Nudus miniſter non acquirit ſibi, leg. qui autem. 14. §. vltim. & leg. ſeq. de conſtit. pecu. hic nudus miniſter non eſt, ſed hæres efficitur. d. l. qui hominem. §. quidam filiumfa. de ſolut. Vnde filius dicitur facere patrem hæredem. l. qui in aliena. 6. §. interdum. ſupra de acqui. hæred. & §. vlti. Inſtit. de vulg. ſubſtit. quia acquiritur patri beneficio filii, & habet pater à filio & nomine filii. Dixerit aliquis, poſſunt ne duo eſſe hæredes in ſolidum? Duo non poſſunt eſſe domini in ſolidum. leg. ſi vt certo. §. ſi duobus. ſupra commo. ergo nec duo hęredes. §. vltim. Inſtit. de hære. qualit. facit l. de hæreditate. §. pater. de caſtren. pecul. Sed nihil prohibet duos hæredes eſſe in ſolidum diuerſa ratione, quod & in duobus dominis accidit. Exempla huius rei ſunt in leg. 1. ſupra ſi ager vectig. leg. 1. §. quia autem. de ſuperficie. Item in l. in ſuis. de liber. & poſthum. Sic in reſtitutione Trebel. vterq; dicitur hæres diuerſa ratione. Nam fideicommiſſarius effectu hæres eſt. l. 5. ſupra quod cum eo. l. poſtulante. 44. ad Treb. Sic in quæſtione noſtra vterque dicitur hæres diuerſa ratione: alter enim primarius, alter ſecundarius: alter eſt ex teſtamento, alter ex lege. dict. l. qui liberis. §. hæc verba. ſupra de vulg. difficile non erit hoc aſſequi ſi conſideremus conſilium teſtatoris. Vterque vocatur à teſtatore quodammodo filius principaliter, pater ſecundario. Votum teſtatoris hoc eſt, vt filius hæres ſit, ſi poſſit ei acquiri: aut ſaltem is, quẽ filius hæredem fecerit, id eſt, pater. Hoc colligitur ex §. vltim. de vulga. leg. ſi paterfam. 40. ſupra de hæred. inſtit. Cogitat teſtator filium quadantenus ſibi hæredem fore, cum alium hæredem fecerit, & quaſi in locum ſuum ſuffecerit. Et hoc planum certumque eſt vſque ad aditionem. Certum eſt patrem nihil iuris habere ante aditionem. leg. cum proponas. C. de hæredib. inſtit. Poſt aditionem dubitari poteſt, an vterque ſit hæres iuris hæreditarii: quia patri acquiritur &c. Sed dicendum eſt tranſire omnia iura in patrem quaſi filii vicarium quodammodo, & locum eius tenentem. arg. eſt, ait hic Papinian. patrem deducere falcid. ex perſona filii, quaſi locum teneat filii hæredis. Oſtendam id ſimilitudine ab eo qui cedit actionem, & cæt. Hæc quæſtio fieri intelligitur quaſi tacitá quadam ceſſione filii. Filius adeundo videtur quaſi ius ſuum cedere patri, & eum facere procuratorem in rem ſuam. non enim adiret niſi vellet. Non poſſum aliqua ſimilitudine magis apta hoc demonſtrare. Procurator in rem ſuam dominus eſt reuera. leg. qui ſtipendia. Codic. de procurat. hic tamen procurator experitur nomine cedentis. leg. plane. ſupra famil. erciſc. Nec ei datur actio nomine ſuo, niſi vtilis interdum ex æquitate. not. ad leg. 1. C. de actio. & obliga. huic ſimilis eſt pater in hac ſpecie, in qua hæres quidem eſt, ſed vice filii. Quod enim geritur cum eo, videtur quaſi cũ vicario quodam filii geri nomine filii ex perſona filii, interdum etiam nomine ipſius proprio, cum id ratio exigit: ſicut & hic pater intelligitur rogatus nomine proprio, puta cum eſt rogatus reſtituere ipſi filio. Ex his intelligitur, quomodo

vterque

vterque ſit hæres. Videamus an hæc conſentanea ſint iis, quæ adducuntur pro vtraque parte. Non aduerſatur primum regula leg ei qui ſoluendo. quia ita facit hæredem patrem, vt non deſinat hæres eſſe. Nam vterque particeps eſt iuris hæreditarii: non eſt etiam contrarium quod dicitur, quod acquirit filius &c. leg. 1. ſi à paren. Fatemur filium hic acquirere patri, ſed ratio acquirendi ea eſt, quam expoſuimus. Idem recte dicimus de procuratore, qui cedendo acquirit actionem domino. leg. poſſeſſio quoque. 49. §. vltim. de acquir. poſſ. Hæc actio ita acquiritur, vt nomine cedentis agatur ex perſona cedentis. Nec nos mouet l. acquiritur. 10. infr. de acq. poſſ. ibi, perinde ac ſi, &c. Quæ enim ſimilia ſunt, non ſunt eadem, id eſt, per omnia non ſunt ſimilia. Non repugnat etiam lex, placet. 78. de acquir. hæred. duo dicuntur in ea lege: vnum, quod hæreditas acquiritur patri, & hoc planum eſt, vt iam expoſuimus. Nam pater ſuccedit in locum filii hæredis, eiuſque perſonam repræſentat. Alterum eſt quod ſtatim acquiritur &c. quibus verbis ſignificatur nullam reſtitutionem, aut ceſſionem hic requiri. In fideicommiſſaria hæreditate opus eſt reſtitutione. leg. reſtituta. 37. leg. facta. 63. infra ad Trebell. In acquiſitione quæ fit per procuratorem, requiritur ceſſio. dicta leg. poſſeſſio quoque. Hic acquiſitio fit ſtatim & ipſo iure. Sophiſtæ hic comminiſcuntur argutias, dicunt acquiſitionis momentaneæ nullam haberi rationem. leg. qui ſic. 55. de ſolution. leg. vltim. §. vltim. C. de bon. quæ lib. Sed diſſimilitudo perſpicua eſt: hic acquiſitio vtilitatem adfert. Simile quid iã annotauimus de locatione quæ fit vno nummo. ad l. ſi quis ante. 11. de acquir. poſſeſſ. Nec obſtat etiam quod dicitur filium, velut miniſtrum quendam eſſe. §. ei vero. Inſtitut. de inutil. ſtipul. Nudus autem miniſter nihil facit ex perſona ſua. dict. leg. qui autem. ſupra de conſtit. pecu. Sed voluntas teſtatoris non patitur vt hic filius nudus miniſter habeatur. Teſtator vult loco filii patrem hæredem eſſe, vt iam diximus. Differentia eſt in hac re contractuum & vltimarum voluntatum. Scripſi ad l. ſi filiusfam. 78. de verb. obligat. Actiones directæ tranſeunt in patrem, vt poſtea dicemus. Non ſequitur, expoſitus hæres non eſt. Transferuntur enim in patrem, vt eas exerceat quaſi hæredis nomine, id eſt, filii, Sic procurator in rem ſuam agit directa actione: ſed nomine domini, & qui ſemper dominus manet, quamuis exercere non poſſit, &c.

Tractatum fuit an pater, an filius ſit hęres in hac ſpecie Papin. diximus vtrunque hæredem eſſe: ſed diuerſa ratione, idque ſatis declarauimus. Nunc quęritur cum ſit mẽtio hæredis in lege vel teſtamento, de vtro intelligere debeamus? Nihil poſſum reſpondere in vniuerſum, niſi ſpectanda eſſe in quaque lege, aut ſpecie, ea ex quibus mens legis, aut teſtatoris cognoſcitur. leg. in ambigua. de legib. leg. 98. quoties idem ſermo. de regu. iur. infr. Sed hoc melius demonſtrabitur exemplis tam de filio, quam de patre. Primum de filio. Vnum exemplum eſt in leg. qui liberis. 8. §. hęc verba. ſupra de vulg. ſubſtit. Vbi appellatione hæredis intelligimus filium, propter præſumptam voluntatem teſtatoris. In dubio enim creditur maior eſſe affectio erga ſcripum, niſi aliud appareat. alioqui non potius eum inſtitueret, quam patrem. Ac fieri poteſt vt filius ſui iuris factus acquirat ſibi hęreditatem pupilli. facit l. 3. eo. tit.

Aliud exemplum ſimile eſt in l. 3. §. 1. infr. de l. præſtan. de quo diximus ſupra in quæſtione illa, an pater hæres ſit ex iudicio teſtatoris. Inſpicimus enim non cui acquiratur, ſed cui honos habitus ſit, & vtri legatum intelligimus. Diximus autem hoc fieri propter præſumptam voluntatem teſtatoris. Ea lege conſeruantur coniunctis perſonis relicta. quia credibile eſt teſtatorem maiore affectu erga eas eſſe. quam affectionem prætor vt probabilem ſequitur. Hæc coniectura ceſſat cum quis legat coniunctorum ſeruis. Poteſt enim ſeruus manummitti & ſibi acquirere, poteſt quoque eſſe affectio coniunctorum: niſi appareat eorum contemplatione relictum eſſe.

Aliud exemplum ſimile in leg. 44. qui hęredi. de condit. & demon. vbi coniectura voluntatis hoc facit, ſicut in d. §. hæc verba. Creditur enim maior eſſe affectio erga eum, quem teſtator ſcribit. Alioqui eum ſcripturus non erat, ſed dominum. Cogitat teſtator futurum fortaſſis vt ſui iuris fiat & ſibi acquirat: aut vt ſaltem acquirens domino ſuo, maiorem ab eo gratiam ineat, ſi dominus beneficio ſerui hoc acquiſierit. Itaque quamuis ſeruus maneat in poteſtate: tamen ei dandum eſt, id eſt, tradendum. Nam non ſeruo, ſed domino acquiritur dominium. Sed factum ipſum implendum eſt in perſona ſerui, quia parendum eſt voluntati teſtatoris, quatenus id patitur ſerui conditio. Non minus autem tradi poteſt ſeruo, quam libero. §. ſed cum factum. Inſtit. de ſtipul. ſer. leg. ſtipulatio iſta. §. hi qui. de verb. oblig. Huc pertinet lex, Mæuius. 54. infr. de cond. & demon. & l. ſi vſusfructus. 9. §. ſi ita quis. infr. quando dies leg. ced. Soluitur etiam ipſi propter voluntatem præſumptam, licet ſolutum acquiratur patri. Aliud exemplum in leg. qui hominem. 34. §. quidam filiumfa. infr. de ſolut. Cum dicimus fideiuſſorem liberari, ſi reus extiterit hæres creditori. Hæredem intelligimus primarium illum, id eſt, filium magis, quam patrem. Ratio eſt, quia pater nihil iuris habet ante aditionem. argum. l. cum proponas. C. de hæred. inſtit. At ipſa ſola aditione extinguitur obligatio. l. Stichum. 95. §. aditio. infra de ſolut. Quicquid igitur iuris habet filius, ſi ſuo arbitrio adeat, id patri acquirit. Pater enim hęres eſt ex perſona filii, & quaſi locum filii tenet, vt iã diximus.

Exempla de patre. Vnum eſt in Trebellia. ſiue Pegaſiano Senatuſconſ. vbi hæres retinet quartam partem, &cęt. §. ſed qui hęredes. Inſtit. de fideicom. heredit. Mentio enim hęredis ibi intelligitur etiam de ſecundario hærede, id eſt, patre, ſi forte principalis hęres non acquirit ſibi, quia non eſt ſui iuris. Eſt autem ratio cur hęredi conceſſum quartam detrahere, vt adire velit hęreditatem, ne irritum fiat teſtamentum non adita hęreditate. dict. §. ſed quia hęredes. quæ ratio eadem eſt in patre. Sicut enim hęres non facile adit ſine ſpe lucri: ita nõ facile iubet pater filio vt adeat. Non poteſt autem adire filius ſine iuſſu patris. l. ſi quis mihi. §. iuſſum. Hæc ratio ceſſat in legatario ac fideicommiſſario. l. lex Falcidia. 47. §. Nunquam. infr. ad l. Falcid. l. 22. mulier. §. vlt. ad Treb. Nec ad rem pertinet quod fideicommiſſarius pro hęrede habetur. Effectu hęres eſt, inquiunt, ſicut pater. l. ſi filius. ſupr. quod cum eo. & l. poſtulante. 44. infr. ad Treb. Ergo videtur quartam retinere poſſe. Nam non eſt eadem ratio fideicommiſſarii quæ hæredis. Nam poſtquam hæres ſemel adiit, non poteſt facere fideicommiſſarius vt irritumm ſit teſtamentum. Ad hęredem igitur tantum reſpicimus, ſine quo teſtamentum poſſet irritum fieri, cuiuſmodi hic pater eſt.

Aliud exemplum de patre. Cum dicimus actiones competere hæredi lege 12. tab. intelligimus hunc hæredem ſecundarium, cum primarius hæres, id eſt, filius non acquirit ſibi. Nam hæc acquiſitio præcipue fit propter emolumentum. Et ſæpe Iureconſulti dicunt emolumentum acquiri patri. leg. 1. ſi à par. quis manu. l. 6. ſi ſtatulibera. §. ſi filius, de ſtatulib. l. pater. 93. §. mutus. infr. de acquir. hære. leg. 1. Cod. qui admit. ad bon. poſſ. leg. quamuis. C. de fideicom. cum ſimilib. Actiones etiam dabuntur cõtra patrem. l. 10. ſecundum naturam. de reg. iur. directa eſt actio, quæ acquiritur patri, ex iure directo, id eſt, ex lege. Hæc acquiſitio eſt ex lege. l. 1. de rei vind. Eaque antiquiſſima, cuius meminit Dionyſ. libro 3. & lib. 8. Vtiles actiones veniunt ex interpretatione prudentum, iuriſdictione prætoria, aut Senatuſc. Itaque pater reſtituendo filio hæredi, transfert in eum actiones. l. 1. §. ſi filio. ad Trebel. Nec obſtat lex. 70. ſi hæres inſtitutus, ad Trebel. Nam in fideicommiſſarium directæ non fuerunt translatæ. Oppo. Cum pater reſtituit filio, non reſtituit vt hæres, ſed vt pater, vt hic dicitur. At non eſt locus Trebel. niſi quis reſtituat vt hæres. l. mulier. 22. §. vlt. eod. tit. Ergo non tranſeunt vtiles in filium ex Treb. Sol. vt tranſeant actiones, id non requiritur. leg. 1. §. de illo. ſed cur retineatur quarta, iam ratio adducta eſt. Hæc intelligenda ſunt ſecundum ius antiquum in Pandectis relatum. Huic iuri non nihil derogatum eſt in aduentitia hæreditate. Solus enim filius hęres eſt, quamuis pater vſumfructum habeat. l. vltim. C. de bon. quę lib. Vſus fructus autem non eſt quarta pars hęreditatis: ſed certa res hęreditaria. arg. l. 25. recte dicimus. de verb. ſig. Vſufructuarius pręterea non repręſentat perſonam defuncti, ſed ſuccedit in rẽ, & eſt ſingularis ſucceſſor magis quã vniuerſalis. Ex iam dictis naſcuntur variæ quæſtiones. Vna eſt de iurib. ſe-

pulchrorum,quę remanent penes hęredem.leg.42.quia perinde.§.1.ad Trebel. vter hæres erit habendus an filius, an pater? Variæ ſunt opiniones. Puto ea acquiri patri ſicut actiones directæ, de quib.diximus, Quicquid enim haberet filius ſi ſui iuris factus adiret, id acquiritur patri. Nec ſimilis eſt fideicommiſſario. quia hæc acquiſitio legitima eſt, illa non item: vnde actiones directæ acquiruntur patri, non fideicomiſſario. Oppo.leg.familiaria.cum leg.ſeq.ſupr.de relig.& ſumpt. fune. Vbi ſi filius, qui ſe abſtinet, retinet iura ſepulchrorum multo magis, qui acquirit patri forte inuitus & coactus à patre. Reſpondeo Iuriſconſul.ibi loqui de liberis teſtatoris, qui ſunt ex familia. Nos hic loquimur non de teſtatoris filio: ſed alterius, qui eſt extraneus teſtatori. Liberi teſtatoris nihil refert an immiſcuerint ſe. Imo exhæredati hoc ius habent.

Quæſitum fuit: cum verbum hæredis ambigum ſit & conueniat tam patri, quam filio, de vtro accipiendum. Tractauimus quæſtionem de iuribus ſepulchrorum. Sequitur alia eodem pertinens quæſtio. Si lege municipali paciſcendum ſit cum hærede hominis occiſi, pœnæ vitandæ, aut minuendæ cauſa, quia lex eſt, vt occiſor certa pœna puniatur, niſi pactus ſit cum hæredibus eius qui occiſus fuerit: cuiuſmodi erat lex illa antiqua de iniuriis, cuius meminit Cecilius Iureconſul.apud Gel. lib. 20.capit.1. Vel pone eſſe dandam pecuniam hæredibus occiſi, an cum patre paciſcendum erit. an cum filio? Vtri danda erit pecunia? Vter hæres habendus erit? Et in primis ſi aduentitia ſit hæreditas, conſtat cum filio paciſcendum, aut filio dandum eſſe. Quia nullus eſt alius hæres.l.vltim.Codic.de bon.quæ liber. De profectitia dubitatur, & differunt interpretes. Ego in primis conſiderandam legis rationem puto, ex qua mens teſtatoris colligitur. argu.l.77. cum pater.§.dulciſſimis.de leg.2.Item ea, quæ antecedunt & ſequuntur.leg.ſi ſeruus plurium.50.§.vltim.hic. l.75.nummis.de leg.3.l.inciuile.ſupr.de legib. Cætera item expendenda ſunt ex quibus mens legis cognoſcitur, de quib. dixi ſub tit. de legibus. Ex his poterit ambiguitas explicari, ſi non appareat verbum hæredis, de patre accipiendum eſſe potius, quam de filio. Mouet me, quod ius paciſcendi eorum eſt quibus competit vindicta & accuſatio. At competit hæc vindicta ei ad quem hæreditas peruenit, bonaque hęreditaria. l. 1.C.de his, quib.vt indign. Idemque maxime conſentaneum eſt rationi.l.10.ſecundum naturam.de reg.iur. Credibile igitur eſt legis latorem ſenſiſſe de patre. Nec aduerſatur noſtræ opinioni l.qui hæredi. 44.de cond.& demon. Nam ibi coniectura voluntatis facit vt dicamus dandum eſſe ſeruo, vt ante monui: in hac ſpecie contraria coniectura eſt. Credibile eſt autem legislatorem ſenſiſſe de eo, cui competit vindicta. Eodem modo reſpon. eſt ad leg.quæ liberis. 8.§. hæc verba. ſupra, de vulg. illud ſatis acute dicitur, verba teſtatoris intelligi de eo, quem ipſe ſcripſit hæredem, id eſt, de filio, verba legis de eo, quem ipſa lex facit hæredem, id eſt, de patre. Sed ſimplicius eſt quod diximus, ac planius, non eſſe veriſimile legis latorem ſenſiſſe de alio, quam cui competit vindicta filii: igitur in hac re nulla habetur ratio de filio occiſi. Hic non loquimur, cui competit accuſatio, quamuis hæres non ſit.l.quæſitum.de ſepulchr.viol.leg.pro hærede. 20.§. vltim. de acquirend.hæred. hic loquimur de filio extranei, quem teſtator hæredem inſtituit. An & cum filio occiſi pax habenda ſit dubitari poteſt. Verbum, hæredis, aliquando intelligitur de filio.l.ex facto.17.§.vltim.ad Trebell. Sed hæc quæſtio paulo alienior eſt à propoſito. Abſoluta eſt quæſtio de patre & filio, vter eorum ſit hæres. Hac diſputatione reddita eſt clarior diſtinctio Papi. ex cuius perſona fideicommiſſum vires capiat. Et an pater falcidiam exerceat? Dicitur autem falcidiam deducere, cum reſtituit extraneo non filio. An idem dicemus de domino & ſeruo? Pone dominum rogatum eſſe reſtituere ſeruo hæredi inſtituto. Hoc fideicommiſſum valet, ſi appareat collatum in tempus quo liber eſſet.leg.quidam ita. 25.§.ſi ſeruo.ad Trebellianum. An poterit dominus quartam deducere: Videtur quibuſdam detrahere poſſe, quia dominus ipſe eſt hæres, non ſeruus. Et hoc intereſſe aiunt inter patrē & dominū. Cenſent enim dominum hæredem eſſe ex ſua perſona, perinde ac ſi inſtitutus eſſet. Hanc opinionem ſuam tuentur argumentis, quę ſequuntur. Primum eſt ex hoc cap. Papin. Nam Papin. in hac parte de filio tantum loquitur, non de ſeruo. Accurſ. ait eum caute facere, qui ſileat de ſeruo. Præterea ſeruus non poteſt eſſe hæres. hæreditas enim & ius hæreditarium ex iure ciuili eſt. not.ad leg.7.verbis ciuilib.ſupr.de vulg. At ſeruus capax non eſt eorum, quæ iuris ciuilis ſunt.leg. 33.quod attinet.de reg. iur.l.qui teſtamento.20.§. ſeruus.ſupr.de teſta. Hinc ſeruus dicitur non poſſe vſucapere pro hærede.leg.4.ſequitur.§.ſeruus.de vſucapion. Nec vero nouum eſt, ius varium in filio & ſeruo eſſe. Nam filii ſunt liberæ conditionis, quamuis ſui iuris non ſint. ſupra de his, qui ſunt ſui, vel alie.iur. Filiusfamilias obligatur.l.filiusfam.de obli.& act. Seruus non obligatur iure ciuili.l.23.in perſonam. de reg.iur. filiusfa.muneribus publicis fungitur.l.14.nam quod ad Treb. ſeruus nullo modo.l. Barbarius. de off. prætor.& ſic de ſimilibus. Verius tamen puto diſtinctioni locū non eſſe hic in ſeruo. Satis enim viſum fuit Papin. in initio facere mentionem ſerui. Quæ poſtea ſubiiciuntur de filiofamil. eadem ſunt intelligenda de ſeruo, quatenus id conuenire poteſt conditioni ſeruili, vt in ea diuiſione Papin. Dico igitur ſeruum non minus hæredem eſſe, quam filium & dominum hæredem eſſe ex perſona ſerui, & non poſſe ab eo falcid. deducere. Iuriſconſulti non diſtinguunt ſeruum à filio in hac re. Exempla ſunt in dict. leg. qui liberis.§.hæc verba.& dict. leg. qui hæredi. & aliis ſimilibus locis. Præterea, fideicommiſſum vires capere ex perſona ſerui, argu.eſt.l.legatum 219.§.alienus.hoc tit. Cur non valet legatum, quaſi legatus ſit ſeruus hæredis, §.non ſolum.Inſtitut. de leg. non poteſt ratio reddi, niſi quia vires capit ex perſona ſerui quaſi hæredis. Si caperet vires ex perſona domini, proculdubio valeret. Huc pertinet l.debitor.82.§.ſeruo.de leg. 2.vbi res domini legatur ſeruo alieno. Sed cur nō interpretamur dominum potius hæredem eſſe, ne pereat legatum? Reſpondendum eſt vt dixi ad l. 34.qui hominem. de ſolu. Dominus eo iure eſt, quo eſſet ſeruus, ſi arbitrio ſuo adiret. Diſſolutio obiectorum. Seruus dicitur non eſſe capax hęreditatis: quia iuris eſt ciuilis. Reſpondeo ne filium quidem capacem eſſe quandiu eſt in poteſtate. Scio differre filium à ſeruo in pleriſque cauſis. Sed in hac acquiſitione par eſt vtriuſque cauſa. Qui eſt in poteſtate, nihil ſuum habere poteſt.§.item vobis.Inſtit. per quas perſo. Idque accipiendum tam de filio, quam de ſeruo, vt docet Dionyſ. libr. 8. Olim erat ſimilis prope conditio filii & ſerui in acquiſitione: nihilque mutatum reperitur iure Digeſt. niſi in caſtrenſi pecul. Non magis igitur capax eſt hæreditatis filius, quam ſeruus. Et hoc ſecundum ſubtilitatem eſt accipiendum. Nam vtilitas ſuadet vt vtrunque habeamus pro hærede ſecundum quid, vt ſupra diximus, vt ſatisfiat voluntati teſtatoris. Dixi ſecundum quid, non ſimpliciter. Nam iura hæreditaria transferuntur in patrem & dominum l.78.placet.de acqu. hæred. Dominium non habet ſeruus rerum hæreditariarum, ac ne poſſeſſionem quidem, ſaltem ciuilem, quæ ad vſucapiendum valeat.dict.leg. 4.ſequitur.§.ſeruus.de vſucap. Non poteſt igitur ſeruus rem poſſidere quaſi hæreditariam. Ac ne filius quidem vſucapere poteſt pro hærede. Lex de vſucapione pro hærede intelligenda eſt de patre & domino. Vbi ergo de acquiſitione agitur, interpretamur hæredem eſſe patrem aut dominum magis, quam filium aut ſeruum, vt ſupra oſtendimus.

Dixi tam ſeruum, quam filium hæredem eſſe, nec diſtingui filium à ſeruo apud Papinia. Hinc exiſtit quæſtio de interpretatione horum verborum, Si hæres non erit, cum ſubſtituitur aliquis ſeruo, aut filiofam. vt in leg. 40. ſi paterfam. de hæred.inſtit.& in §.vltim.Inſtit.de vulg. ſubſt. Hæc verba late interpretamur, quod verbum, hæredis, latam habeat ſignificationem, vt ante diximus. In ſeruo autem vel filiofa. ſic accipiuntur, aut alium hæredem non fecerit puta patrem, aut dominum. Nec diſtinguitur ſeruus à filiofa.d. §.vltim. Ratio manifeſta eſt ex iam dictis. Nam cum ſeruus aut filius acquirit domino, vel patri, intelligitur adhuc quodammodo hæres eſſe. Pater hæreditatem obtinet ex perſona filii, dominus ex perſona ſerui. Filius autem, vel ſeruus manet hæres ſecundum quid, vt ſupra dixi. Citaui leg. qui liberis. 8.§.hæc verba.ſupra de vulg.adde l.1.infra de his, quæ pœnæ nomin.relinq. vbi dicitur tam ſeruum quam filium eſſe hæredes.

des. quamuis patri, aut domino commodum acquiratur. Credibile eſt igitur teſtatorem ita cogitare. Cum autem ſubſtitutio fit ei, qui ſui iuris eſt, ſic interpretamur, aut ſi mutata conditione alium hæredem non fecerit. d. d. leg. ſi paterfa. §. vltim. Eadem eſt coniectura voluntatis, de qua diximus ſupra. Vult enim teſtator vt ſibi acquirat, aut ſaltem alii quem hæredem facere voluerit, adeundo eius iuſſu, ſi forte contingat eum alienæ poteſtati ſubiici. Inde quæritur, ſi quis inſtituerit ſeruum alienum, quem putabat liberum? Ait Iulianus in dict. leg. ſi paterfam. diuidi hæreditatem æqualiter inter dominum ſerui & ſubſtitutum. Sed qua ratione? Nam non debet admitti concurſus inſtituti & ſubſtituti. l. 3. de acquir. hæred. Sed hæc diuiſio fit propterea quod res dubia & obſcura eſt. Rationes ex vtraq; parte eiuſmodi ſunt, vt neuter vincere debeat, vt dicitur in leg. ſi duo. infr. vti poſſid. Quaſi paria ſint rationum momenta ex vtraque parte. Pro ſubſubſtituto. Hæc verba, Si mutata conditione, ſic debent accipi. Quia teſtator putat eum liberum eſſe. At mutata conditio non eſt. Ergo euenit conditio ſubſtitutionis. Contra ſubſtitutum. Teſtator voluit acquiri domino poſt mutatam conditionem ſerui, & excludi ſubſtitutum. Idem ergo creditur ſenſurus fuiſſe, & ſi fuiſſet ſeruus tempore inſtitutionis. hæc perplexitas facit, vt diuidatur hæreditas. Secuti ſunt exemplum Tiberii Imperat. qui ita decreuerat in cauſa quadam ſua. Diuiditur ergo hæreditas æqualiter, vt dicitur in §. vlt. Inſtit. de vulg. ſubſtit. vbi Theoph. rem explicat. Cur autem dicitur ſeruis diuidi in dict. leg. ſi paterfam. docui in tractatu de ſubſtitutionib. Nunc quæritur, an idem dicendum ſit de filiofam. quod de ſeruo? Pone inſtitutum eſſe filiumfam. qui putatur eſſe ſui iuris. Quidam putant in ſeruo tantum id locum habere, non in filio. Seruus, inquiunt, nullo modo hæres eſt. ideo non eſt mirum ſi admittatur ſubſtitutus. Filius hæres eſt, ideo ſubſtitutus excluditur. Ego iam oſtendi quam id à vero alienum ſit. Interpretatione quadam iuris vterque dicitur hæres tam filius, quam ſeruus. dict. leg. qui hæred. d. l. qui liberis. l. 1. de his quæ pœnæ nó. relinq. Si hæc interpretatio iuris locum non haberet, omnino admitteretur ſubſtitutus, qui tamen admittitur ſolum in partem. Sane in aduentitia hæreditate excludetur hodie ſubſtitutus. Quia filius hæres ſolus eſt. leg. vltim. C. de bonis quæ lib. non enim acquiritur patri niſi vſusfructus. An autem admittatur concurſus in vſufructu quæſtio eſt alterius loci. Sequens quæſtio eſt, an diſtinctio Papinian. locum habeat in hæreditate profectitia? Bart. negat cum pleriſque aliis. Quia tunc pater videtur inſtitutus miniſterio filii. Duo efficiuntur ex hac opinione. Primum quod pater reſtituit extraneo tanquam hæres ex perſona ſua, non ex perſona filii. Quare ſi quo tempore detrahenda eſt falcidia, filius ſui iuris ſit, pater ipſe retinebit falcidiam, non filius. Secundo, pater exercet falcidiam aduerſus filium ipſum, quia ceſſat ratio Papiniani. Hæc opinio nititur ratione non leui nec improbabili. Nam filius videtur nudus miniſter eſſe. Pater autē ſolus hęres inſtitutus. Quod dixi vtrumque participem eſſe iuris hæreditarii, locum non habet in hæreditate profectitia, ſi vera eſt hæc opinio. Citant leg. 46. quidam cum filium. ſupr. de hæred. inſtit. vbi quidam inſtituitur quaſi dicis cauſa, & contemplatione alterius. Citant leg. in fideicommiſſi. §. cum Pollidius. de vſur. vbi mater inſtituit quendam propinquum filii, quod non confidat tutoribus. In his omnibus exemplis nihil minus vult teſtator, quam hunc ſibi hæredem eſſe, quem nominat. Sic in propoſita ſpecie videtur non filius hæres eſſe, ſed pater. Huc pertinet lex, ſi filiofamil. 19. ff. de donat. cauſ. mort. vbi filius nudum præſtat miniſterium. Sumitur etiam arg. ex leg. 79. cum pater. §. donationis. de legat. 2. vbi Iuriſconſul. ait nihil referre cum quo quis loquatur: ſed in quem voluntatis intentio dirigatur. Hæc ſunt argumenta huius partis ſatis probabilia in ſpeciem. Aſſentior tamen iis qui putant idem in profectitia. Nam in primis non facile debet admitti interpretatio qua Papinia. verba ita reſtringātur. Ait Papin. ſimpliciter hæreditatem filio datam eſſe. Ergo generaliter accipere debemus vulg. leg. de pretio. de publi. in rem act. Cum præſertim nulla ratio ſit, cur profectitia excipiatur. Nā cuiuſcunq; contēplatione inſtitutus ſit filius, ſemper hæres eſt. In dict. leg. quidam cum filium. hæres, dicitur is, qui inſtitutus eſt, quamuis contemplatione alterius. Idem ergo hic dicendum in filiofam. Adde, quod patri non acquiret niſi velit. argu. leg. cum proponas. Codic. de hæred. inſtit. Igitur perſona filii hic etiā ſpectari debet. Non inficior perſonā inſtituti maxime ſpectari in aduentitia: ſed in profectitia quoque idem eſt dicendum. Obiicitur nobis voluntas defuncti, quaſi vero ſola voluntas ſufficiat. Certum eſt autem ſola voluntate defuncti non fieri hęredem. dixi ad leg. 4. ſupr. hoc tit. Exemplum eſt in dict. leg. quidam cum filium. Pater non eſt ſcriptus, neque nuncupatus. Ergo non poteſt dici hęres, niſi ex perſona filii, vt ante diximus. Deinde, voluntas non repugnat, ſi recte expendatur. Vult teſtator, vt filius acquirat patri, non ſibi: ſed interim cogitat poſſe accidere, vt filius nolit acquirere patri, vel non poſſit. Cogitat in omnem euentum alterum fore hæredem. Id autem præſumitur cogitare, aut velle, quod iuri conſentaneum eſt. leg. ſi duo. de acquir. hæred. Ex his conſtat etſi hæreditas profectitia ſit, filium eſſe primarium hæredem. Itaque locum habet ratio Papin. cum quæritur de falcidia. quia nemo ex perſona ſua ſibi obligari poteſt.

Alia quæſtio eſt, an hæc diſtinctio locum habeat in hęreditate aduentitia ſecundum ius nouum, quo hæreditas acquiritur filio. Pone patrem rogatum reſtituere extraneo: vult detrahere quartam. Reſpondeo, non poſſe ſibi detrahere: ſed filio. Intelligitur enim rogatus vt adminiſtrator, exemplo tutoris, leg. peto. 71. §. mater. de legat. 2. l. etiam. C. de fideicom. Pater nullo modo eſt hæres, ne ſecundarius quidem, aut vicarius. Cum dicimus nomine filii patrem rogari, dupliciter intelligitur. Primo, cum hæreditatem acquirit re vera: ſed eam habet beneficio filii, & quaſi locum filii tenet in ea hæreditate. Id accidit in aduentitia, & in profectitia ſecundum ius antiquum. Huic ſimilis eſt procurator in rem ſuam. Hic enim rem ſuam gerit, quamuis nomine alterius. l. qui ſtipendia. C. de procu. Sic pater in profectitia rem ſuam gerit: ſed filii nomine. Secundo nomine filii rogatus dicitur pater cum tanquam gerens rem filii rogatur, quamuis nihil iuris habeat, vt accidit in aduentitia. Similis hac in re vero procuratori, qui non tantum gerit nomine alterius: ſed etiam gerit rem alienam.

Exemplum eſt de tutore in d. l. peto. §. mater. de leg. 2. Dixerit aliquis, Imo vero tenetur pater etiam nomine ſuo aliqua ex parte, quia habet vſumfructum. Quæſtio videtur pendere ex eo, an pater teneatur ad legata. Sequenda eſt diſtinctio Iuſtin. in l. vltim. §. ſin autem legata. C. de bonis quæ lib. Si fideicommiſſum ſolui poſſit ex reditibus, pater tenetur nomine ſuo, & intelligitur rogatus nomine ſuo. Si non poſſit ſolui, tenebitur nomine filii, non vt pater: ſed vt adminiſtrator.

Reſtant explicandæ aliquot antinomiæ. Vna eſt ex l. 1. §. inde Neratius. ad Trebel. vbi fideicommiſſarius primus non detrahit à ſecundo, contra priorem partem diſtinctionis. Ergo nec pater detrahere debet, quia fideicommiſſarius hæres eſt effectu, ſicut hic pater. l. ſi filiusfamil. ſupr. Quod cum eo, qui in al. Sed ratio diuerſitatis ſupra demonſtrata eſt. Detrahitur falcid. ne irritum fiat teſtamentum. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fideicom. hæred. Eadem eſt ratio patris, qui non iuberet adire ſine ſpe commodi. Alia etiam ratio non improbabilis poteſt afferri. Quia pater intelligitur rogatus ex perſona filii & tanquam hæres & vicarius filii. Relictum à patre intelligitur relictum à filio. Non mirum igitur ſi falcidiam exercet. l. 22. mulier. §. vlt. ad Trebell.

Alia cauſa eſt fideicommiſſarii, qui non repræſentat perſonam hæredis. nec relictum à fideicommiſſario, intelligitur relictum ab hærede. Itaque hoc caſu cum fideicommiſſarius ex perſona hæredis reſtituit, deducit falcidiam. l. ſi patroni. 55. §. qui fideicommiſſariam, infr. ad Trebel. Duo ergo caſus obiter notandi ſunt in quibus fideicommiſſarius detrahit. Vnus eſt cum ex perſona hæredis reſtituit. quia legata relicta ſunt ab hærede. Alter eſt in dict. §. inde Neratius. cum hęres non detrahit vt gratificetur fideicommiſſario. Quo caſu etiam nomine hæredis & ex eius perſona intelligitur deducere. Sed cur bonorum poſſeſſor detrahit potius, quam fideicommiſſarius? l. 1. §. bonorum. eo. tit. ad Trebell. Quia eſt hæres prætorius. §. quos autem. Inſtit. de bonor.

poſſ.l.2.de bon.poſſeſſ.leg.in conditionibus.19.§,ſi patronus. de cond.& demonſt. Item eadem eſt ratio quæ in legitimo hærede,quia ex aditione, vel agnitione pendet teſtamentum. Non eſt eadem ratio fideicommiſſarii. Nullum enim factum fideicommiſſarii neceſſarium eſt ad confirmationem teſtamenti,d.l.ſi patroni.§.qui fideicommiſſariam. ad Trebellian.

Altera antinomia eſt ex l.iubemus.§.1.Cod.ad Trebellian. contra ſecundam partem diſtinctionis de filio, vbi pater falcidiam exercet aduerſus filium. Sed diſſimilis eſt ſpecies: ibi enim pater ipſe hæres inſtitutus eſt,& hæres eſt ex perſona ſua, non filii. Nulla itaque ratio prohibet eum vti falcidia.dict. leg.mulier.§.vltim.infra ad Trebellian. In hac ſpecie inſtitutus eſt filius, non pater.intelligitur autem pater hæres eſſe interpretatione quadam iuris,niſi cum rogatur filio reſtituere.quia ex perſona ſua.&cæt. Venio ad quartam partem ex qua annotandum eſt, fideicommiſſum conditionale non tranſire ad hæredem. Conditio eſt, ſi pater morietur viuo filio.l.hæres inſtitutus.32.ſup.de acq.hær.l. 4.quando dies lega.ced.Hoc eſt certiſſimum axioma. Sed difficultas eſt in ratione, quæ ſubiicitur. Nam etſi relictum ſit extraneo,non tranſmittitur. Hinc exortæ ſunt variæ interpretationes,& ſane res eſt admodum obſcura. Interpretatio Pauli mihi videtur habere nimis ſalebrarum. Eam ſequi ſolitus ſum, & ſupra aliquid attigi. Sed nunc paulo copioſius id explicandum eſt. Duplex igitur quæſtio comprehenditur his breuiſſimis verbis Papiniani. Vna eſt, an fideicommiſſum conditionale tranſmittatur? Et certum eſt non tranſmitti, ſiue extraneo relictum ſit, ſiue filio.

Altera quæſtio eſt, quis retinere debeat hoc fideicommiſſum, quod caducum effectum eſt? Et hæc eſt præcipua quæſtio. Papinian.ait patrem retenturum: quia ex perſona ipſius vires accepit, id eſt, quia à patre ipſo relictum intelligitur. Oſtendit autem his verbis, ſi ex perſona filii, &cæt. aliud dicendum eſſe. filius enim retinere poſſet factus ſui iuris. Cum fideicommiſſum deficit, is retinet, à quo relictum fuit.§.ſin autem aliquid ſub conditione. C.de cad. tollend.l. 17.ſi quis Titio. de legat.2. Æquum eſt, vt is qui ſubſtinet onus, capiat etiam commodum.l.Secundum naturam.de reg. iur. Sed cur ait omnimodo? Quia pater hoc commodum capit ſiue filius ſui iuris fiat,ſiue maneat in poteſtate. Si enim fideicommiſſum vires caperet ex perſona filii, pater non retineret omni modo. Pater enim modo retinet modo non retinet. Retinet,cum filius manet in poteſtate: non retinet,cum filius fit ſui iuris.Planus eſt hic ſenſus.Planum eſt etiam quod à contrario colligitur. Sed obiecta diluenda ſunt recentiorum, præcipue vero Alciati, qui hanc interpretationem oppugnat. Primum, ait non conuenire verbis,quia nulla mentio eſt, an filius fuerit factus ſui iuris. Sed ego iam oſtendi, niſi fallor, nihil eſſe quod verbis repugnet. Secundo, pater, inquit oneratur fideicommiſſo cum extraneo reſtituit.ergo retinere debet.leg.64.ſi alienus.infra de leg.2.& l.4. à patre. de legat.3. Sed negare non poſſumus, quin oneratus ſit filii nomine.Item filius,ſi eſſet interim factus ſui iuris,oneraretur fideicommiſſo. Tertio ait omnia patri quæſita ſunt. Ergo commodum hoc non debet ab eo auferri. Reſpondeo, remanſiſſe filium hæredem, vt ſupra dictum eſt.Quarto loco, Nullum ius, inquit, habet in falcidia. Reſpondeo falcidiam filii commodo cedere, ſi ſui iuris ſit tempore deductionis. Sic videtis filium non habere nudum nomen hæredis, ſine effectu. Quinto loco,nomen hæredis aiunt intelligi de patre, cum de commodo agitur, vt dixi ſupra. Reſpondeo id verum eſſe cum filius eſt in poteſtate:ſecus ſi ſit ſui iuris factus. Exemplum in hac retentione. Item in falcidia. Item in ſubſtitutione pupillari.leg.qui liberis, 8.§.hæc verba. ſupra de vulg.

Interpretatus ſum poſtrema verba Papinia. Secutus ſum Pauli interpretationem, qui dicit non hic quæri principaliter an fideicommiſſum tranſmittatur: ſed an pater id retineat. Sententia igitur noſtra eſt: filium tunc retinere fideicommiſſum. cum ex ipſius perſona vires capit, id eſt, cum relictum eſt extraneo: ſed ita demum ſi ſui iuris factus ſit.quia alias ſibi quærere nihil poteſt. Obiecta quædam diluimus. Primum eſt, quod hæc interpretatio non conuenit verbis. Dicimus hoc non habere locum, niſi cum filius eſt factus ſui iuris. Papin.de filiofa.loquitur: nec vlla mentio eſt an fuerit factus ſui iuris. Conueniret quidem verbis, ſi diceremus acquiri filio cum eſt in poteſtate. ſed alia ratio hanc interpretationem reiicit. Secundum, Is retinere debet, qui oneratur fideicommiſſo.§.ſin autem aliquid ſub conditione. Codic.de cad.tol.leg. ſi quis Titio.de legat.2. An pater hic oneratur fideicommiſſo, quia per filium hæres factus eſt? l. ſi alienus.46.de legat.2. leg. 4.à patre.de legat.3. Tertium, adita hæreditate per filium omnia patri quæſita ſunt. leg. 1.ſi à paren.quis manu.& leg.placet.de acquir.hær. Quomodo igitur poterit hoc fideicommiſſum filio acquiri, quod eſt iam quæſitum patri? Quomodo poterit ab eo auferri? Quartum ducitur ex verbis ſuperioribus Papin.iuxta leg. ſi ſeruus plurium.50.§. vltim.in hoc titul.l. inciuile. ſupr. de legibus. In hac ſpecie pater ipſe deducit falcidiam, nec in ea quicquam iuris habere dicitur filius. Papin. non diſtinguit an ſit ſui iuris. ait patrem deducere falcidiam. idem ergo dicendum in hoc fideicommiſſo. Nempe vt omni modo acquiratur patri, etiam ſi filius ſui iuris ſit. Huc accedit, quod maior eſt ratio in fideicommiſſo, quam in falcidia. Nam falcidiam non deducit pater, niſi tanquam hæres ex perſona filii.dict.leg.mulier.§.vltim.fideicommiſſum retinere poteſt is etiam qui non eſt hæres puta legatarius.dict.l. ſi quis Titio.de lega.2.Quintum eſt ex leg.ſi filiusfam. de verb. oblig. filius ſtipulatus eſt ſub conditione cum eſſet in poteſtate: tempore exiſtentis conditionis erat ſui iuris. Nihilominus acquiritur patri,quia in initio & tempore contractus fuit in poteſtate. Sed in ſpecie noſtra filius erat in poteſtate aditionis tempore. Nihil ergo refert an poſtea ſui iuris factus fuerit. Sextum argumentum eſt ex leg.ſi poſt.5.§.vltim.infra quando dies leg. ced.Legati dies ceſſit quo tempore ſeruus erat in poteſtate. Deinde liber factus eſt.ait ibi Iuriſconſ.non acquiri ſeruo,ſed domino. Ac forte dominus nõdum agnouerat legatum cum ſeruus eſt manumiſſus, & repudiari legatum poterat. Hæc ſpecies videtur diſſimilis noſtræ. Ibi dominium rei legatæ eſt acquiſitum domino, quamuis reuocabile, quia poteſt repudari.hic etiã res eſt acquiſita patri, quæ tamen poteſt auocari ſub conditione. Sicut ergo ibi perpetuo remanet penes dominum, ita etiam hic remanere debet penes patrem. Septimum argumentum eſt, ex leg.ſi ſolus. 80.§.vltim.ſupr. de acq. hæred. Sed ibi acquiritur ſeruo manumiſſo: quia opus eſt noua aditione. Quę ratio hic ceſſat. Nullum hic factum filii requiritur. ergo non acquiretur filio ſui iuris facto: ſed patri. Octauum argumentum eſt, deficiente conditione fideicommiſſum perinde habendum eſt, ac ſi nunquam relictum fuiſſet.leg. pecuniam. 36.ſupra de reb. cred. & leg.8. neceſſario.infra de peric.& commo. rei vendit. At hoc caſu proculdubio acquiritur patri. Nonum argumentum eſt. Abſurdum, inquiunt, ſequitur ex noſtra interpretatione. Si fideicommiſſum non ſufficeret, pater id retineret vſque ad mortem. quia rogatus eſt tantum reſtituere poſt mortem ſuam. Ergo & cum deficit fideicommiſſum. Abſurdum enim eſt patrem plus iuris habere cum fideicommiſſum valet, quam cum deficit. Hæc fere ſunt aduerſorum argumenta, quæ ſubtilitates ſunt, imo calumniæ, quibus ſubuerti poſſe videtur non Paulus tantum, ſed ipſe etiam Papinian. Iam admonui totam hanc Papinian.ſententiam defendi propter vtilitatem magis, quam ſubtilitatem ac rigorem iuris ciuilis. Si quis intellexerit ea, quæ iam poſuimus quaſi pro principiis quibuſdam, non adeo erit difficile hæc obiecta diluere. Atque ad ſingula ruſum reſpon. Ad primum. Non conuenire verbis noſtram interpretationem, magnum ſane eſt vitium interpretationis: verba enim ſenſum auctoris demonſtrant, leg. Labeo.infr.de ſupel.le. Nec licet interpreti prætextu rationis alicuius, à verbis recedere. l.proſpexit.12. infr.qui & à quibus manu. Conſideremus ergo verba Papin. Caſus qui exprimitur clarus eſt, niſi fallor. Alter, quem colligimus argumentando à contrario, non poteſt dici à verbis alienus eſſe. Omnimodo ſignificatur in caſu contrario, patrem non vſquequaque retenturum. Nec exponit quomodo id accidere poſſit. Ergo debemus hoc interpretari ſecundum rationem iuris, quæ aliunde petenda eſt. Vt ita demum acquiratur patri, ſi filius ſui iuris factus acquirere ſibi non

potuerit

potuerit Nam ratio iuris non patitur vt filius in poteſtate ſibi acquirat. Ad ſecundum. Pater, inquiunt, oneratur cum filius adiit iuſſu patris. dict. leg. ſi alienus. 64. infra de leg. 2. Reſpondeo negari non poſſe, quin ſit oneratus filii nomine. Papin. hoc exprimit diſerte in hoc capite. Vnde filius ipſe oneratus intelligitur, quamuis pater interim onus ſuſtineat, donec filius ſui iuris factus fuerit. Ac probabile quibuſdam videtur, ſi filius reperiatur ſui iuris tempore reſtitutionis, eum teneri ad fideicommiſſum. Sic interpretantur dict. leg. ſi alienus. etiam ſi filius factus ſit ſui iuris poſt hæreditatẽ iam quæſitam patri. Verum dict. lex, ſi alienus. loquitur, cum filio acquiſita eſt hæreditas. Nec ratio patitur vt filius, qui non habet commodum, ſubeat onus. Nulla ſane iniuria hic afficitur pater, quia nihil amittit de ſuo, quin ſemper in lucro verſatur. Ac in dubio fauendum eſt acquiſitioni filii, cuius beneficio acquiritur patri, quicquid acquirit. Ad tertium, omnia inquiunt, patri quæruntur. Reſpondeo omnia quæri patri: ſed certo modo & ratione quæruntur filii nomine, ita vt filius maneat primarius hęres. Effectus eſt, vt quandiu filius manet in poteſtate, tandiu pater locum eius habeat. Effectus ſui iuris acquirit ea, quæ tum obtingunt. Huc pertinet lex, qui liberis. 8. §. hæc verba. ſupra de vulg. Filius acquiſita iam patri hæreditate, ſuccedit impuberi. Et acquirit ſibi, ſi reperiatur ſui iuris: quo tempore locus eſt ſubſtitutioni pupillari. Ad quartum reſpon. falcidiam cedere lucro filii, ſi tum ſui iuris ſit. Quia tunc hæres eſt & capax. dict. leg. mulier. §. vltim. Pater detrahit ex perſona filii & locum tenet filii, quandiu filius ſibi non poteſt acquirere. Ad quintum, ex dict. l. ſi filiusfam. infr. de verb. oblig. Reſpondeo, differentiam eſſe contractuum & vltimarum voluntatum. Scripſi de ea re ad d. l. ſi filiusfam. Ad ſextum argu. ex leg. 5. ſi poſt §. vltim. quando dies legat. ced. Species diſſimilis eſt. Duo conſideranda ſunt in ea ſpecie. Vnum quod dominium rei legatæ eſt acquiſitum domino die legati cedente. Alterum, quod non poteſt ab eo auocari ſine ſua voluntate, nempe ſi repudiet. In ſpecie noſtra dominium quidem eſt patris, fateor: ſed non poteſt facere quin auocetur. Id enim pendet ex caſu. Ad ſeptimum ex leg. 79. ſi ſolus. ſupra de acquir. hæredit. ratio non eſt, quia noua aditio neceſſaria eſt: quamuis dicatur neceſſaria eſſe. Sed quia res non reperiuntur in eodem ſtatu tempore exiſtentis conditionis. Seruus enim interim fit ſui iuris, vt domino per eum non acquiratur. Ille ergo locus magis confirmat ſententiam noſtram. Addo decimum argum. Hic dicimus acquiri filio, quia hæres eſt, & pater non tenetur, niſi ex eius perſona: imo potius pater hæres haberi debet. Verbum namque hæredis, intelligitur de patre, quoties de commodo agitur, vt dixi ſup. Sed reſpondeo id verum eſſe, cum filius eſt in poteſtate. Secus ſi iam ſui iuris factus. Exemplum eſt in hac retentione. Item in falcidia. Item in ſubſtitutione pupillari. d. §. hęc verba.

Diximus ex ſententia Papin. ſi fideicommiſſum relictum ſit extraneo, id acquiri filio ſui iuris facto, magis quam patri. Iam ſæpius argumentis aduerſariorũ reſpondimus. Ad quartum rurſus reſpondeo, falcidiam cedere lucro filii, ſi tum ſui iuris ſit filius. tum enim hæres eſt & capax. Cur ergo non detraheret dict. le. mulier. §. vltim. ad Trebel. Non obſtat, quod pater dicitur detrahere, non filius, nec diſtinguitur, an ſit ſui iuris. Sed Papinia. ait patrem detrahere ex perſona filii. Quibus verbis ſignificat locum tenere filii, quandiu filius non poteſt ſibi acquirere. Nihil igitur eſt alienum à ſignificatione verborum in hac interpretatione. Ad quintum ex leg. ſi filiusfamil. 77. de verborum obligat. dixi differentiam eſſe contractuum & vltimarum voluntatum. leg. 18. quæ legata. infra de regul. iur. In contractibus ſpectatur tempus contractus, in legatis & fideicommiſſis tempus exiſtentis conditionis. Ratio diuerſitatis à me tradita eſt ad leg. ſi filiusfamil. Ad ſextum argum. ex leg. 5. §. vltim. quando dies lega. ced. reſpondi ſpeciem eſſe diſſimilem. Nam in ea ſpecie dominium rei legatæ eſt acquiſitum domino die legati cedente. leg. cum pater. 77. §. ſurdo. infra de legat. 2. Deinde non poteſt ab eo auocari ſine ſua voluntate, nempe ſi repudiet. In hac ſpecie dominium quidem eſt patris, fateor, ſed non poteſt facere pater quin auocetur conditione exiſtente: quod non pendet ex voluntate patris onerati: ſed ex caſu. Ad leg. ſi ſolus. 79. de acquir. hæredit. ſupra. Reſpondi non ideo partem illam acquiri ſeruo manumiſſo, quod noua aditio ſit neceſſaria, quamuis neceſſaria vere dicatur. Rationem exprimere ipſum Iureconſult. quia res non reperiuntur in eodem ſtatu tempore exiſtentis conditionis. Nam ſeruus interim fit ſui iuris vt domino per eum acquiri non poſſit. Itaque locum illum magis confirmare ſententiam noſtram diximus. Nam in ſpecie noſtra non manent etiam omnia paria in tempus quo filius ſui iuris efficitur. Ad octauum argumentum. Si fideicommmiſſum relictum non eſſet, id remaneret penes patrem: ergo &c. Quia perinde eſt ac ſi relictum non eſſet, cum defecerit conditio. Reſpondi, nihil referre &c. niſi diuerſa aliqua ratio appareat. hic autem ratio longe diuerſa eſt. Nam cum fideicommiſſum non relinquitur à patre, omnia acquiruntur patri, eſtque certa ea acquiſitio, nec temeritati fortunæ ſubiecta. filius ergo nihil cauſari poteſt, cur ea res debeatur. Cum autem eſt relicta ſub conditione incerta quæ deficit, filius cauſam habet petendi tanquam ex noua quadam acquiſitione. Nam quæ poſtea obtingunt quam filius eſt factus ſui iuris, ea acquiruntur filio. At dixerit aliquis, nulla hic eſt noua acquiſitio, quia res ſemper manſit patris, quamuis ſub conditione relicta ſit. Fateor interim fuiſſe patris. leg. 1. §. ſerui. ſupra de Senatuſc. Sillan. & leg. generaliter. 29. §. ſub conditione. infr. qui & à quib. manum. lic. nec vero vllam eſſe nouam acquiſitionem certum eſt. Sed quia incertum erat ius patris in re per fideicommiſſum relicta, & pendebat ex euentu: ideo dicitur quodammodo noua acquiſitio eſſe, poſtquam defecit conditio. Adde quod res non dicitur vere & perfecte mea quæ poteſt mihi auferri. leg. cum quis. 38. §. qui homine. infr. de ſolu. dicitur ius dominii quodammodo pendere, ſi ad euentum qui incertus eſt, reſpiciamus. Dixi de hac re ad leg. Proinde. de rebus cred. ſup. Ad id, quod aiunt abſurdum conſequi ex opinione noſtra, plus ſcilicet iuris habere patrem ſi debeatur fideicõmiſſum, quam ſi non debeatur. Quid abſurdius quam ſi dicamus eum qui ſe obligat, plus iuris habere, ſi effectum habeat obligatio, quam ſi non habeat? Quidam hoc argumento victi & fracti dant manus. Illi quoque ipſi, qui argumentum fabrefecerunt, fatentur hoc caducum tunc demum acquiri filio, cum pater mortuus fuerit. Sæpe iſtis interpretibus accidit vt nodos nectant, quos non poſſunt diſſoluere. Sed facilis diſſolutio eſt ex iis quæ diximus. Abſurditas magna eſſet, fateor, ſi duæ tantum perſonæ eſſent in hac hypotheſi, ſcilicet perſona honorati & fideicommiſſaria. Sed filii perſona ſpectari debet. & facit vt plus iuris habeat pater cum valet fideicommiſſum, quam cum deficit. Diuerſa ratio locum facit, huic paradoxo. quod oſtendo. Antequam defecerit conditio, nullum ius poteſt prętendere in re, de qua agitur. Vt autem filio acquiratur, duo ſunt neceſſaria. Primum, quod ſit factus ſui iuris. §. item vobis acquiritur. Inſtit. per quas perſo. Secundum eſt, vt aliquid poſtea obtingat, quod acquiri poſſit. Nam quod ante quæſitum fuerat, id patri non auferetur vt iam dixi. Quod autem deficiente conditione noua quędam ſit acquiſitio, iam demonſtratum eſt. Dixi ſimplicitatem hic ſpectandam eſſe magis, quam ſubtilitatem. Alioqui ne Papin. quidem noſter conſiſteret. Hæc ſunt argumenta præcipua quibus oppugnatur noſtra ſententia. Ego decimum addo vt intelligatis me ne mihi quidem parcere velle in hoc certamine. Hic dicimus acquiri filio, quia hæres eſt. Patrem autem non teneri, niſi ex eius perſona, &c. Imo pater potius hæres haberi debet. Nam verbum hæredis, intelligitur de patre, cum de commodo agitur, vt dixi ſupra. Itaque videndum eſt mihi ne meo me gladio iugulem ab aduerſariis. Sed reſpondeo id verum eſſe cum filius eſt in poteſtate, ſecus ſi iam ſui iuris ſit factus, Exemplum eſt in hac retentione fideicommiſſi. Retinet pater quandiu filius eſt in poteſtate, &c. Aliud exemplum in Falcidia de qua diximus ſupra. Aliud in ſubſtitutione pupillari. d. l. qui liberis. 8. §. hæc verba. ſupra de vulg. Hęres eſt impuberi filius: ſed ea hæreditas ita demũ acquiritur patri, ſi filius maneat in poteſtate. Sic igitur ſatis confirmata eſt ſententia noſtra, & confutatæ rationes aduerſariorum.

Diximus quomodo accipienda ſint verba Papin. de retentione fideicommiſſi. Confirmata eſt interpretatio noſtra multis argumentis, & confutatæ rationes aduerſariorum. Nec vero difficile admodum erit his intellectis quid vitii ſit in aliorum interpretationibus, idque demonſtrabo recitatis aliquot opinionibus aliorum, quanquam mei moris non eſt referre quid quiſque de quaque re ſenſerit. Vna eſt Accurſii, qui

ſic accepit, & c.quaſi ſubaudiendum ſit, maxime. Vulgo reiicitur ea interpretatio, quaſi non conueniat verbis. Sed quidam ex Neotericis colorem inuenit, quo ea defendatur & probabilis reddatur. quanquam is videri vult nouam interpretationem & ſingularem attuliſſe. Cenſet iſte nihil referre, an fideicommiſſum relinquatur filio, an extraneo. patrem enim in vtroque caſu retinere. Infirmum autem eſſe argumentum à ceſſante ratione. Quia duplex eſt ratio cur pater retineat. Vna eſt generalis, quia pater rogatus eſt. leg. 17. ſi quis Titio. de leg. 2. Hæc ratio conuenit vtrique caſui, id eſt, ſiue relictum ſit filio, ſiue extraneo. Altera eſt ſpecialis, & conueniens tantum alteri caſui, cum ſcilicet relinquitur filio. Quia ex perſona patris, &c. Nam in hoc caſu non tantum eſt rogatus pater: ſed eſt rogatus ex perſona ſua. Ideo igitur retinet pater, quia rogatus eſt: ſed maxime quia rogatus eſt ex perſona ſua. Exemplum ſimile eſt in §. affinitatis. Inſtit. de nupt. Nurum meam vxorem ducere non poſſum, quia duobus nupta eſſe non poteſt. Si hæc vna tantum ratio eſſet ſoluto matrimonio, eam poſſem ducere. Sed alia ratio prohibet, quia eſt mihi filiæ loco, quæ aliquando nupta fuit filio meo. Sic in ſpecie noſtra duplex eſt ratio, & c. Hæc ſatis bella eſt Accurſianę enarrationis enarratio, & ſpeciem aliquam veritatis habet. Sed quam vera ſit intelligi poteſt ex iam dictis. Primum hic ait patrē in vtroq; caſu rogatum eſſe. Nos ſupra oſtendimus in altero caſu rogatum eſſe ex perſona filii. Quod perinde accipiendum eſt, ac ſi filius ipſe rogatus eſſet. Deinde diximus: cum filius eſt factus ſui iuris debere ei reſtitui. Aliter fieri non poteſt ſine iniuria filii, poſtquam eſt factus ſui iuris & ſibi acquirere poteſt. Alia eſt opinio Bart. Putat idem eſſe in filio & extraneo. His verbis Papin. *Quoniam fideicommiſſum ex perſona patris, &c.* ait remoueri dubitationē quandam ne videatur nudus miniſter eſſe. Cū quis iubetur vt nudus miniſter aliquid dare poſt tempus, &c. mortuo hoc executore, viuo fideicommiſſario fideicommiſſum tranſit ad hæredes. l. Firmio. infra quando dies leg. ced. leg. filia. 62. §. alumno. ad Treb. Itē cū deficit tale fideicōmiſſum, ille executor non retinet. d. l. ſi quis Titio. de leg. Videbatur idem dicendū hic eſſe, quaſi pater nudus miniſter ſit. Sed ait Papin. nudum miniſtrum non eſſe quia, fideicommiſſum vires capit ex eius perſona. Si extraneus inſtitutus eſſet, & hic rogatus ei reſtituere poſt mortem, nudus miniſter eſſet, nec poſſet dici valere ex eius perſona, &c. Et hic Barto. ait colligi arg. à contrario, ſi extraneus inſtitutus eſſet. Sed peccat maxime Bart. in eo quod mutat ſpeciem. Oportet eandem ſpeciem eſſe, niſi quod in vna reſtituitur filio, in altera extraneo. Bart. ponit in altera inſtitutum eſſe extraneum. Refutatur & hæc opinio aliis argumentis, quæ nihil attinet referre. Infinitum eſſet & parum fructuoſum alias opiniones perſequi. Sunt quindecim diuerſæ interpretationes in aliorum commentariis: ſed cognitis perceptiſque melioribus & probatioribus, non difficile eſt falſas opiniones refellere. Notandum hinc eſt fideicommiſſum conditionale non tranſmitti ad hæredem. §. ſin autem ſub conditione. C. de caduc. tol. Non cedit dies niſi exiſtente conditione. l. 5. ſi poſt. infra quando dies leg. ced. Sed quomodo fideicommiſſum hic conditionale eſt? Nam conditio quę omnino extitura eſt, non reddit actum conditionalem. l. ſi pupillus. 9. §. 1. infra de nouat. Hoc pendet ex interpretatione l. 78. hæres meus. infra de condit. & demon. l. 4. quan. dies leg. & quarundam aliarum. Cum hæres meus morietur, fideicommiſſum conditionale eſt. l. 1. tit. eo. idem in l. 12. ſi pecunia. §. 1. infra de leg. 2. Ratio: quia dies incertus conditionem facit. l. 74. dies incertus. & l. 1. tit. eo. de condit. & demon. Dixerit aliquis, certum eſſe hæredem moriturum. Reſpondeo, diem nihilominus incertum eſſe. Incertum eſt enim quando moriturus ſit. Hæc incertitudo facit vt impediatur tranſmiſſio. Rurſus obiecerit aliquis, purum eſſe cum ita legatur, cum morietur legatarius: cum tamen eadem ſit incertitudo. Sed ratio diuerſitatis traditur in d. l. hæres meus. Quia in priore ſpecie non cedit dies viuo legatario, ſi moriatur ante hæredem. In poſteriore cedit dies eo adhuc viuo, ſcilicet cum incipit mori. Cur ergo ſolutum non repetitur? l. 17. Nam & ſi cum moriar. infra de cond. ind. Nā promiſſum ſub conditione repeti poteſt, &c. Reſpondeo, loqui Iureconſ. de ſtipulatione, nō de fideicōmiſſo. Stipulatio cōditionalis tranſit ad hæredē. §. ex conditionali. Inſt. de verb. oblig. Itaq; conſtat debitum iri in omnem euentum, ſiue ſtipulator decedat ante conditionem, ſiue poſt. id eſt ſiue ante mortem promiſſoris, ſiue poſt. Non ſic in legato: legatum ſolutum repeti poſſe: quia certum non eſt debitum iri. Poteſt non deberi, ſi legatarius moriatur viuo adhuc hærede. dict. l. hæres meus. fideicommiſſum igitur conditionale non tranſmittitur ad hæredem. Hoc autem eſt accipiendum etiam de conditione tacita ſi ex teſtamento proficiſcatur. l. 6. quod pure. infra quando dies lega. ced. Adde l. 98. conditiones extrinſecus. infra de cond. & demon. de qua dixi ad leg. 3. ſupra hoc tit. Sumpta eſt autem ex l. 25. cum illud, quando dies leg. ced. Inſcriptio indicat, Papin. lib. 18. quæſt. Ex quo apparet ad tranſmiſſionem id pertinere. Quæri ſolet, an idem dicendum ſit cum fideicommiſſum relictum eſt ipſi hæredi? Dicendū eſt non tranſmitti ad hæredem hæredis. Expreſſum id eſt l. 16. in cauſæ. §. Pomponius. ſupra de minorib. vbi is qui cauit, hæredi hæredis condicere poteſt: quia non debet. Nam hæres hic conſideratur vt fideicommiſſarius. l. 29. ſi à me. infra ad leg. Falcid. Excipiuntur quidam caſus in le. 5. ſi poſt. infra. quan. dies lega. Veluti conditio impoſſibilis, turpis, &c. Item cum per legatarium non ſtat: ſed per hæredem. Adde l. 24. iure ciuili. infra de condit. & demonſt. vbi in Florent. deſideratur negatio: ſed in l. 122. in iure ciuili. infra de reg. iur. legitur cum negatione. Nihil tamen refert vtram nos lectionem ſequamur. Intereſſe noſtra dicitur, quod ad commodum, vel incommodum noſtrum pertinet. Quæſtio agitata, an fideicommiſſum vniuerſale, ꝙ purum eſt, tranſmittatur? Videtur non tranſmitti ante reſtitutionem, exemplo hæreditatis. Nam hic ſimilis eſt hæredi. l. 44. poſtulante. infra ad Trebel. Sed receptior eſt contraria opinio, ſcilicet tranſmitti. Pro hac facit l. 3. C. de fideicom. & l. 16. §. idem Metianus. infra ad Trebel. Diſſimile eſt hęreditati. hæres enim ante aditionem nihil iuris habet. Fideicommiſſario etiam ex aditione ius acquiritur. Hęres adeundo quaſi contrahit cum legatariis & fideicommiſſariis. l. 3. quib. ex cauſ. in poſſeſ. Vnde naſcitur obligatio, quæ ad hæredem tranſit. Hoc amplius, ſi adita non ſit hæreditas. Nam lex ait ſimpliciter diem fideicommiſſorum cedere à morte teſtatoris. §. in nouiſſimo. C. de cadu. tollen. Plura hic dicenda erant: ſed ſtatui hic finem facere, vt tandem deſinant de me conqueri tyrones & alii, neſcio qui, quibus falſo perſuaſum eſt grammaticam verborum explicationem ſufficere ad ediſcendum ius ciuile. Nam aliis ſcio probari induſtriam meam, qui nondum hoc errore imbuti ſunt, quibus ego aliquando ſatisfacturus ſum. Occurret forte locus vbi hæc accuratius tractabuntur.

Ad l. 12. Si mihi & tibi.

PAuca præfari nos oportet de iure accreſcendi, & coniunctione legatariorum. Cum duobus eadem res legata eſt teſtamento, ſi deficiat pars vnius ea, alteri accreſcit. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. §. vbi autem. C. de caduc. tollend. Nam reuera vtrique legatum eſt, ſed ſi ambo petant diuiditur. d. §. ſi eadem. Hoc ius accreſcendi locum habet propter coniunctionem legatariorum quæ fit triplici modo. l. 87. re coniuncti. infra de le. 3. l. triplici. infra de verb. ſign. Animaduertendum igitur eſt coniunctos eſſe eos, quibus eadem res legatur d. §. ſi eadem. Nam ſi res diuerſæ legentur, nulla eſt coniunctio, quibuſcunque verbis teſtator vſus ſit. l. 84. huiuſmodi. §. quibus. Quidam ſunt re tantū coniuncti, quibus legatur eadem res ſeparatim. vt Titio lego, & c. Sempronio lego. Re & verbis ſunt coniuncti, quibus eadem res legatur eiſdem verbis, eadem oratione: vt Titio & Sempronio lego. Verbis tantum coniuncti ſunt cum res diuiditur in partes, vt Titio & Sempronio æquis partibus. dict. leg. re coniuncti. Diſiuncti plerunque dicuntur, quos vocamus re coniunctos. §. his ita. C. de cadu. tollen. dict. §. ſi eadem. Quia minus videntur coniuncti, quam cæteri. Nihil autem habent quod commune omnibus aliis non ſit. Ego fuſius ſcripſi de hac re lib. 2. de iure accreſcen. Inter hos coniunctos eſt ius accreſcendi quæcunque ſit coniunctio. dict. §. ſi eadem. dicto §. his ita. Etiam ſi re tantum coniuncti ſunt, id eſt, diſiuncti. Sed an res eadem legata ſit, id iudicandum eſt ex mente teſtatoris. Plerunque accidit vt teſtator velit vni rem ipſam præſtari, alteri æſtimationem. l. 33. ſi pluribus. hoc tit. De iure non decreſcendi etiam aliquid eſt præmittendum. Hæc ratio loquendi nata eſt ex conſtit. Iuſtiniani C. de caduc. tollend. Non ſolent ita loqui

Iureconſulti. Hoc ius quid ab aliis differat iuris accreſcendi ſpeciebus videndum eſt. Ius non decreſcendi locum habet inter eos, qui re tantum coniuncti ſunt. Sermo enim teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur: vt ſtatim apparet ex verbis ipſius: ſed ex voluntate diuiſio fit in partes, propter concurſum. In coniunctione verbali prima facie partes aſſignantur ſingulis: ſed ſolidum ex mente teſtatoris, ſi alterius portio deficiat. Scripſi lib. 1. de iur. accreſc. His ita expoſitis in gratiam tyronum, venio ad ſpeciem. In ſecunda parte negatio eſt in vulgatis codicibus, nec eam lectionem improbo. De lectione Floren. dicam poſtea. Primum obſeruandum eſt partem quæ accreſcit, videri legatam, & quaſi legatam deberi. quod certius eſt in coniunctis re, vt iam dixi. De aliis eſt maior dubitatio. Nam videntur eam partem habere magis ex lege, quam ex iudicio teſtatoris. leg. 5. ſi in teſtamento. ſupra de vul. ſubſt. Hanc quæſtionem tractaui lib. 1. de iur. accreſc. c. 1. Dixi maxime per legem acquiri, ſed eſſe aliquam etiam voluntatis ſignificationem, licet tenuem. Si enim ex certo iudicio teſtatoris deberetur, ea pars eſſet ſubſtitutio quædam. Non eſt autem ſubſtitutio, quamuis ſpeciem aliquam & ſimilitudinem, ſubſtitutionis habeat. l. 61. ſi Titio. §. Iulianus. de leg. 2. Similis quæſtio à me tractata ad leg. cum filioſfam. ſupr. eo. An pater capiat ex iudicio teſtatoris. Ex his conſequens eſt poſſe dici eam partem quæ accreſcit legatam eſſe. Hinc traditum eſt à pleriſque, eum qui prohibitus eſt alienare partẽ ſuã, non poſſe eã alienare quæ accreuit. Quod confert ad interpretationẽ l. 38. pater filiũ. §. quindecim. infr. de l. 3. Oppo. huic ſententię l. 3. §. ſed etſi coniunctim. de l. præſtan. Reſponde vt ſcripſi lib. 2. de iur. accreſ. cap. 20. Secundo obſeruandũ, liberũ eſſe hęredi ex qua cauſa velit habere legatũ. Dubiũ non eſt, quin poſſint duæ obligationes concurrere de eadẽ re in eiuſdẽ perſona. l. 9. Non eſt nouũ. ſupra de act. empt. Suſtinet autẽ hic perſonam duorũ. quia ius ꝙ vtriuſq; erat, in vnius perſona reſidet. Exemplum ſimile eſt in l. tutorem. infra de iis, quibus vt indig. Diſcreta ſunt tamen ibi iura, quamuis plura in vnam perſonam deuenerint, ius legatarii & ius tutoris. Sic in noſtra ſpecie idem facit hic hæres, quod ipſe poterat facere, & ꝙ poterat defunctus. Poterat is petere, vel repudiare. Eo petente, diuiſum fuiſſet legatũ. Eo repudiãte, totum acquiſitum fuiſſet alteri. Idem poterat alter, id eſt, petere, vel repudiare. vtrunque ius deuenit ad perſonam vnius. Ergo poterit hoc, vel illud facere arbitrio ſuo. Sed quæ eſt vtilitas huius electionis? Vtilitas poteſt oſtendi duobus exemplis. Vnum eſt in coniunctis re, ſi forte vni tantum ſit onus iniunctum. Multum enim refert an ex propria cauſa, an hæreditaria legatum habeat. §. ſin autem ad deficientis. C. de caducis tollen. Alterum exemplum eſt in ratione legis Falcidiæ. Si repudio legatum ex perſona mea, & agnoſco ex hæreditaria, eo hæreditas erit amplior & vberior. Contra ſi ex hæreditaria repudio. Idem dici poteſt in hæreditate, quæ adita eſt confecto inuentario. iuxta l. vltim. C. de iure delib. Ex quo conſequitur hæredem repudiando legatum, poſſe nocere legatariis & creditoribus. Huc pertinet l. 83. ſi fundum. §. ſi Titius. infra, hoc tit. vbi planum eſt hæredem poſſe legatum repudiare, licet aliqui diſſentiant. Oppo. l. 26. liberto. infra de bon. lib. Libertus 80. habebat, fundus eſt legatus 50. An hæres poſſit repudiare? Nam repudiando nocet patrono, qui non ſuccedit ſi libertus ſit minor centenario. §. ſed noſtra. Inſtit. de ſucceſſ. libert. Ait Iureconſ. repudiationem patrono non nocere. Sed expendenda eſt ratio quam affert Africanus. quia defunctus mortis tempore ampliorem rem habuit centum. Non negat igitur poſſe repudiare. ſed ait non nocere patrono. quia ſpectatur in legitima portione patroni, tempus mortis. l. ſi patronum. eod. tit. Sicut in l. Falcidia. l. 30. In ratione. infra ad leg. Falcid. Nam & Africanus in d. l. Liberto. in fi. affert ſimilitudinem de lege Falcidia. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, An poſſum petere partem iure proprio, partem iure hæreditario? Non video cur non poſſim. Exemplo eius qui duos reos habet. l. reos. in princip. infra de duob. reis. Et hoc conuenit verbis Iurecon. in hoc capite, vt tota mea ſit, &c. Alia quæſtio, an poſſim petere partem quaſi iure meo: & alteram repudiare, ſi forte ſim contentus vna parte? Diſtinguendum hic eſt. Nam ſi totus fundus fuit mihi legatus, vt in coniunctione reali, non poſſum partem repudiare. l. 4. neminem. de leg. 11. 2. quia vna res legata eſt. Si coniunctio verbalis fuit, poſſum eius alteram partem petere, altera repudiata, quia duo legata ſunt. Nam in legatis portio deficiens non accreſcit inuito. §. vbi autem. C. de caduc. toll. Rationem declaraui lib. 1. de iure accreſc. c. 3. Huc pertinet lex, 57. Titio. infra de l. 2. Pars deficit, quæ tamen mihi accreſcit ſi voluero, vt iam dixi. Notandum tertio loco, ex vtraque cauſa peti non poſſe rem totam. Ratio, hic repræſentat perſonam duorum, vt iam dixi: at ſi ambo legatarii concurrerent, non poſſent ſinguli totum petere. Melior eſt ratio, quam de cauſis lucratiuis apud Accurſ. Et hoc ſecundum lectionem vulgarem & receptam, à qua non temere videtur recedendum eſſe. in Florent. Pandect. & Noricis nulla eſt negatio. Sed poteſt ea lectio defendi, ſi ponamus vtrique in ſolidum rem, legatum fuiſſe vt vnus habeat rẽ, alter ęſtimationem. l. 33. ſi pluribus. infra hoc titu. Quo caſu nulla eſt coniunctio, vt iam dixi. De pluribus cauſis lucratiuis dicam alibi opportunius.

Ad §. Si quis ſeruos.

Species, Gades inſula eſt Oceani circa columnas Herculis. Remotiſſimus eſt igitur locus ab vrbe Rom. Hinc remotas Gades vocat Horat. lib. 2. Car. Od. 2. Cauſa dubitationis eſt, quia impoſſibilium nulla eſt obligatio. l. impoſſibilium. de regu. iur. Sed tamen ait Pompon. valere legatum, & anguſtias temporis non nocere. Nam legatum valet ſub conditione impoſſibili. leg. 3. de cond. & demonſt. Huic ſententiæ oppo. quod præceptum teſtatoris impoſſibile dicitur non valere. Cod. de iis, quæ pœnæ nomi. relinq. §. vltim. Inſtit. de lega. Dicam primum quod vulgo receptum probatumque video, idque exponam paulo clarius, quam fieri ſolear. Deinde dicam quid de hac re ſentiam. Reſpondeo igitur, hoc præceptum teſtatoris non eſſe vſquequaque impoſſibile: ſed partim poſſibile, partim impoſſibile. Poſſibile quidem eſt ſeruos dare: ſed tam breui ſpatio temporis dare eſt impoſſibile. Sic ergo interpretamur, vt quod vitioſum eſt reiiciamus, reliquum ratum maneat. Si reuera duo eſſent præcepta expreſſa verbis, ac diſtincta, alterum poſſibile, alterum impoſſibile, vnum alteri non noceret. Vulgare eſt illud, vtile per inutile non vitiari. leg. 1. §. vltim. de verb. oblig. Idem & hic dicimus interpretantes benignius verba teſtatoris, nec ſine exemplis. Vnũ eſt in l. Celſus. §. 1. ſupra, de arbit. Si arbiter iuſſerit intra calendas dari, duo præcepta ſunt. Vnde natũ videtur id quod dicitur in conſtitutione Pontificia. c. cum dilecti. de dolo & contum. Si iuſſus ſit quis adeſſe ad iudicium die feriata, etiam hic duo præcepta eſſe. Aliud exemplum ſimilius in leg. 26. hæc ſcriptura. infra de condit. & demonſt. Aliud in leg. 27. in teſtamento. titul. eod. Cum vnum & ſimplex præceptum eſt impoſſibile, id nullius eſt momenti. d. §. vltim. Inſtit. de legat. Si teſtator iuſſerit cœlum digito tangere, nulla poteſt recipi interpretatio, qua hoc præceptum valeat. Nam ſummoto eo quod impoſſibile eſt, nihil eſt reliquum futurum. At in ſpecie noſtra impoſſibilitas verſatur circa locum & tempus, non circa rem legatam. Eo igitur remoto, remanet res relicta, quæ dari poteſt alio tempore. Huic diſtinctioni oppo. §. loca. Inſtit. de. verb. oblig. lex. 2. §. ſi quis. ſupra de eo quod certo loc. Si quis promiſerit dare hodie Carthagini, ſtipulatio nullius eſt momenti: cum tamen impoſſibilitas verſetur circa locum & tempus adiectum ſtipulationi, non circa rem, quæ dari poteſt. Reſponderi ſolet pleniorem ac benigniorem fieri interpretationem in vltimis voluntatibus. le. 12 in teſtamentis. de reg. iur. Hinc videmus conditionem impoſſibilem adiectam legato pro non ſcripta haberi. l. 3. de cond. & demõ. nocere tamen eandem ſtipulationi. l. 7. impoſſibilis. de verb. obligat. Nec obſcura eſt ea differentia ſtipulationis & legati, quam Vlpian. eo. in loco tradidit. Vterque locus eſt ex Vlpian. lib. 6. ad Sabinũ. Simile eſt autem hoc legatum, de quo loquimur, legato ſub conditione impoſſibili. Sicut conditio ſeparari poteſt à legato, ita loci aut temporis adiectio. l. aquæ vulgo dicitur anguſtias temporis non nocere bonę fidei contractibus. quia dicuntur habere eandem naturam vltimæ voluntates, & bonæ fidei contractus. l. in minorum, C. in quib. cauſ. in integ. reſtit. non eſt neceſſ. Exemplum adducitur ex l. inſulam. §. 1. ſupra, loca. & cond. Eatenus obligatio contrahitur, quatenus vir bonus de ſpatio temporis æſtimauerit. Sed adhuc remanet ſcrupulus, quia cõditio impoſſibilis nocet cõ-

tractibus bonæ fidei. le.non ſolum.de oblig.& act. Non debent igitur hic contractus bonæ fidei, à ſtricti iudicii contractibus diſtingui. Itaque cogimur aliam ſolutionem quærere. Et ſane d.l.inſulam. videtur alio ſenſu accipiendā eſſe. Diſſimilis eſt enim ſpecies ei, quæ eſt in §.loca.vbi euidens eſt impoſſibilitas ex illa ipſa conceptione, hodie Carthagini dabis? Idem videretur dicendum in locatione ipſa, ſi conuenerit, vt intra vnum aut alterum diem domus ædificetur. Hæc videtur eſſe horum cogitatio, vt nihil agi exiſtiment. arg.d.l. non ſolum.quæ loquitur etiam de bonæ fidei iudiciis. In ſpecie l. inſulam. intelligimus tempus adiectum eſſe intra quod veriſimiliter putaretur opus perfici poſſe. Redemptor ait ſe adhibita ſumma diligentia non potuiſſe. Sequimur quod bonum & æquum eſt.§.In bonæ fidei. Inſtit.de act. Hæc interpretatio videtur probabilior, ex qua colligitur ne contractus quidem bonæ fidei omnino ſimiles eſſe vltimis voluntatibus. Alia eſt antinomia ex leg.cum hæres.§.1.de ſtatulib. ſi libertas in tam longum tempus collocata ſit, vt eo tempore viuere non poſſit, ait Iureconſ. non eſſe ſtatuliberum. dictio enim temporis non reiicitur, ne fauore quidem libertatis. Ergo &c. Reſpondeo ſpeciem diſſimilem eſſe. Hic tempus coarctatur fauore legatarii. ibi producitur ita vt appareat animum dandæ libertatis non eſſe. Stichus centeſimo anno liber eſto. Qui ita loquitur, videtur ſeruum irridere. Sicut Areopagitæ cum iuſſerunt adeſſe reum centeſimo anno, oſtenderunt ſe nolle eum adeſſe vnquam in iudicio. Idē ſi teſtator iubeat Stichum dari poſt centum annos. Ratio loquendi quæ vſitata eſt ac recepta, oſtendit quid animi habuerit teſtator.

Dixi anguſtias temporis legato non nocere. Sicque eſſe accipienda verba teſtatoris, quaſi duo præcepta ſint. Hanc etiam interpretationem receptam non eſſe in ſtipulatione, quę ſtricti iudicii eſt.§.loca.Inſtit.de verb.oblig. Addidimus quædam alia, quæ probabiliter quidem dicuntur & magna ex parte vera ſunt: ſed vereor ne ſpeciei, quam nunc tractamus, parum conueniant. Si ponamus iuſſum eſſe hæredem dare intra triduum non facta loci mentione. In hac ſpecie videtur nihil opus eſſe tali diſtinctione, cum in ea nihil impoſſibile contineatur, quod poſſit nocere legato. Imo ne ſtipulationi quidem. Si quis enim promiſerit dare Stichum intra triduum. non ideo minus obligatur, quod ille ſeruus Gadibus ſit.leg. continuus.137.§.illud.de verb.oblig. Ait ibi Iureconſ. confeſtim dari debere Stichum, nec quærendum eſſe vbi ſit. alioquin promiſſor pecuniæ excuſaretur ob inopiam: quia dare non poteſt. Promiſſor Stichi excuſaretur ſi dominus eum vendere nolit: quia dari non poteſt. Difficultas hic non eſt in re: ſed in perſona. Res dari poteſt, quamuis promiſſor, aut hæres dare non poſſit propter incommoditatem loci, temporis, vel ſimil. Nihil ergo aduerſatur conſtitutio Iuſtin. de his, quæ pœnæ nom.relinq.de præcepto impoſſibili. Nam illa impoſſibilitas hic eſt, nec ita impoſſibile accipiunt Iureconſulti. Non eſt igitur opus illa diſtinctione & interpretatione de qua diximus, quod duplex præceptum ſit, &c. quamuis ea diſtinctio improbanda non ſit. Si quis opponat dict.§. loca. reſpondeo non magis aduerſari huic noſtræ legi, quam d.leg.continuus. quæ loquitur de ſtipulatione. Species di.l. continuus. §.illud. eſt ſimilis noſtræ. Sed illi duo loci de ſtipulatione debent conciliari, vt ſcripſi ad dict.§.illud. in ſpecie §.loca. euidens eſt impoſſibilitas ex ipſa conceptione verborum. Itaque non valet ſtipulatio. Creditur eſſe eorum cogitatio vt nihil agi exiſtiment. leg.non ſolum.de oblig.& actionibus. Ac in dubio fit interpretatio contra ſtipulatorem.l.ſtipulatio iſta.38.§.in ſtipulationibus.de verb. oblig. Idem dicendum in contractibus bonæ fidei, vt dixi. ſi conuenerit vt hodie inſula ædificetur, arg. dict.leg.non ſolū.quæ loquitur de contractibus etiam bonæ fidei. Nec obſtat dict.lex, Inſulam.ſupra de loc.& cond. In qua eſt ſpecies longè diſſimilis, vt diximus. Hoc amplius in legato id quoque locum habet. Puta, Volo hæredem meum dare Carthagini, vel Gadibus, quo die moriar: vel triduo quo mortuus fuero. Contendo legatum hic non valere, propter euidentem impoſſibilitatem, quæ verbis exprimitur. quod non accidit in ſpecie Pomponii, quam tractamus. Teſtator iuſſit dari ſeruos intra triduum, &c. nec quicquam aliud adiecit de loco, hi forte erant Gadibus. In altera ſpecie locus exprimitur, Volo hæredem meum Carthagini dare, quo die moriar. Quare dico legatum non valere. arg. leg. 6.ſi quis ita inſtitutus.ſupra de cond.Inſtitut. Vbi conditio euaneſcit propter tempus expreſſum verbis teſtatoris, intra quod non poteſt fieri quod factum eſſe cauit. Nec ibi temporis adiectio habetur pro non ſcripta, vt hæres cogatur monumentum facere intra tempus moderatum. Nō eſt etiam contrarium quod dicitur in leg.3.de con.& demon. Id enim obtinuit in conditione impoſſibili, vt ibi dicitur. Nihil huiuſmodi reperitur de adiectione temporis, imo refragatur dict. leg. de conditionib.inſtit. quæ vt vere dicam, magis me traxit in hanc ſententiam, quam vlla alia ratio. Neminem enim reperio ex tot ſcriptoribus, qui mihi hunc nodum expediat. Nam ferenda non eſt interpretatio Pauli euaneſcere conditionem, id eſt, tempus in conditione appoſitum. Non ſum tamen adeo hebes, vt animaduertam contrariam opinionem aliquid humanitatis præ ſe ferre. Sed longe certius eſt, quod aſſerimus, & magis conſentaneum veterum ſententiæ. Hæc ſufficere viſa ſunt ad interpretationem huius loci. Nam quod Accurſ. obiicit ex leg. item illa.de conſtit. pecun. ad rem non pertinet. Alii annotant morientem facere poſſe teſtamentum. Dixi quid ſentiam ad leg. quoniam indignum. Cod.de teſtamen. Alii quæſtionem tractant, cum teſtator iubet aliquid dari triduo, quo mortuus fuerit, an currat tempus à morte, an ab adita hæreditate? Sed hæ quæſtiones extra rem ſunt.

Ad §. Regula.

POmponius hic regulam tradit pertinentem ad locum de perſonis, quibus legatur. Nihil tam vulgare ac protritum quam ſeruis legari. Quod tamen mirum videtur, quia ſeruus legati capax nō eſt.l.quod attinet.infra de reg.iur. Ac legari eis tantum poteſt quibuſcum teſtamenti factio eſt.§.legari.Inſtit.de leg. Cum ſeruis non videtur eſſe teſtamenti factio, quæque publici iuris eſt.l.3.ſupra de teſta. Sed receptum eſt vtilitatis cauſa, vt valeat legatum propter perſonam domini, cui acquiritur. Spectatur ergo perſona domini, vt dicitur in l.84.debitor.§.ſeruo.de leg.2. Idem dicitur in l.non minus. 31.ſupra de hæred.inſtit.& l.neque.C.eo.tit. Obiicitur ex l. 3.infr. de l.præſtan. non inſpici cui acquiratur legatum: ſed cui honos habitus ſit. Dixi ſupra eo.ad l.cum filiofamil. illam ſententiam non eſſe accipiendam pro regula, more eorum qui omnia dicta Iuriſconſ. ſolent in theſes & regulas redigere, quæ vocant brocardia iuris. Opponitur huic regulæ, quod aliquid poteſt legari ſeruo, quod non poteſt domino, puta res ipſius domini.d.l.debitor.de lega.2. Et contra aliquid poteſt legari domino, quod non poteſt ſeruo.l.etſi maxime.infra de ſeruit. legat. vbi ad fundum domini via ſeruo fruſtra legatur. Reſpondeo ad vtrumque. In l.debitor. non ideo legatum relictum domino inutile eſt, quod cum domino non ſit factio teſtamenti. Eſt enim liber & ciuis: ſed quia res mea mihi acquiri non poteſt. Ex perſona igitur ſerui poteſt conſiſtere legatum, quod non conſiſtit ex perſona domini, modo ſit cum domino teſtamenti factio. Cum quæritur, an cum legatario ſit teſtamenti factio, inſpicitur perſona domini. Cum quæritur, an res talis ſit vt poſſit legatarius eam capere & acquirere, ſpectatur perſona ſerui. Ad leg.etſi maxime. dico conſiſtere legatum ex perſona ſerui. ac videndum an liber factus capere poſſit. Quod non accidit in ea ſpecie. Certum eſt inſpici perſonam vtriuſque, ſecundum diſtinctionem dict.leg. debitor. Sed adhuc videtur obſtare regula noſtra. Quibus legare poſſumus eorum quoque ſeruis, &c. At ſeruitus legari poteſt domino. Ergo & ſeruo. Sed captio eſt in hac argumentatione. Maior enim ad qualitatem perſonarum pertinet, quæ eſt regula noſtra, cætera ad qualitatem rerum. Sic eſſet argumentandum, Quæcunque res poſſit legari domino, eadem & ſeruo, &c. Sed hoc falſum eſt, aliquid poſſe legari ſeruo, q non domino, & contra. Vt igitur hæc clarius doceantur, & ſine confuſione, quæſtiones ſeparandæ ſunt. Cum dubitatur de viribus legati ſeruo relicti, duo inquirenda ſunt. Primum quæritur, an ſit factio teſtamenti cum legatario, id eſt, an ſit ciuis, &c. Et certum eſt inſpici perſonam domini ſecundum regulam noſtram. Deinde quæritur, an res huiuſmodi ſit, vt legatario acquiri poſſit. Et hæc quæſtio nihil ad regulam noſtram pertinet. Inſpicitur perſona ſerui, an factus liber capere poſſit. Superſunt difficiles antinomiæ, de quibus proxime differemus.

Dixi,

Dixi, legatum ſeruo ita valere, ſi ſit cum domino teſtamenti factio. Idq; ſatis plene & copioſe à me declaratum eſt. Occurrit antinomia difficilis ex l. 81. ſi ſeruus eius. de acquir. hæred. vbi valet hæredis inſtitutio, quamuis dominus inſtitui non potuerit. Difficultatem auget lex, ſi alienum. 67. §. in extraneis. de hæred. inſtit. vbi tria tempora inſpici debent. Idem dicitur in §. in extraneis. Inſtit. de hæred. qualitat. & differ. Ergo nō ſufficit tempore aditionis capacem eſſe. Reſpondeo loqui Terentianum de domino, qui capere non poteſt: non de eo, cum quo non eſt teſtamenti factio. Dicitur cum eo teſtamenti factio non eſſe, qui non poteſt hæres inſtitui, aut cui non poteſt legari. l. filiusfamil. ſupra de teſtam. cuiuſmodi eſt peregrinus. Non capere dicitur etiam is cum quo eſt teſtamenti factio plerumque. l. ex facto. §. Iulianus. ſupra de vulg. ſubſtit. Cum hæreditas aufertur alicui vt indigno, is nihilominus hæres eſt, & adit hæreditatem. Capere intelligitur cum effectu. leg. 79. aliud. infra de verb. ſign. leg. 52. non videtur quiſquam. de regu. iur. Sumpta eſt lex, aliud. ex leg. 1. ſi cui plus quam per legē Falci. lib. 79. ad edict. Exemplū autē ſumi poteſt ex lege Iulia & Papia, quam interpretatur Terentianus. Nam & inſcriptio eius capitis eſt, Terent. ad. l. Iuliam & Papiam. Cælebs poteſt inſtitui, & eſt cum eo teſtamenti factio: ſed non poteſt capere, niſi intra centum dies legi paruerit, id eſt, niſi duxerit vxorem, parens legi Iul. & Pap. Vlpian. in Inſtit. tit. de cad. & aliis pleriſque in locis. Tunc hęreditas caduca, vel legatum caducum efficitur, & acquiritur fiſco. Nec refert inquit Terent. an ſolidum capere poſſit, an partem. Exemplum huius poſterioris partis etiam ſi poteſt ex eadem lege Iul. ſi vir liberos non habens, vxorem hęredem inſtituerit. Nam alter ex alterius teſtamento decimam tantum capit iure antiquo. Vlpian. in Inſtit. tit. 15. de decimis. Scripſi lib. 1. diſput. cap. 79. huc pertinet tit. 16. apud Vlpian. de ſolidi capacitate inter vir. & vxor. Ergo recte hæres inſtituitur ſeruus in hac ſpecie. Neque obſtat regula quæ loquitur de domino, cum quo non eſt teſtamenti factio. Idque Vlpia. ipſe aperte oſtendit in Inſtit. tit. 22. qui hæred. inſtitu. poſſ. Alienos ſeruos hęredes inſtituere poſſumus, eos tamen quorum cum dominis teſtamenti factionem habemus.

Alia eſt antinomia difficilior ex leg. ſi deportati. 7. infra de leg. 3. Nec dici poteſt deportatum habere teſtamenti factionem, vt plerique exiſtimauerunt. Eſt enim hoc controuerſum, & multæ variæque opiniones reperiuntur. Sed ego facile probabo, cum eo non eſſe factionem teſtamenti. Primum, quia peregrinus eſt, nec capax eſt eorum, quæ ſunt iuris ciuilis. leg. 17. quidam. de pœn. At teſtamenti factio eſt iuris ciuilis & publici. l. 3. ſupra de teſtam. Et hoc ſatis expreſſum eſt. l. 1. Cod. de hæred. inſtit. vbi perinde eſt ac ſi hæredes ſcripti non eſſent. Quod adiecit Imp. Anton. in d. l. 1. tollendę ambiguitatis cauſa, ne quis verbum, capere, ita interpretetur, vt ſupra dixi. Et locus eſt ſimilis apud Vlpian. Inſti. tit. qui hęred. inſtit. poſſ. Dedititius hæres inſtitui non poteſt, quia peregrinus eſt, nec cum eo eſt teſtamenti factio. Pręterea id perſpicuum eſt ex ipſa lege Falcidia, ibi, Qui ciuis Romanus ciui Rom. &c. Non poteſt ergo legari peregrino. Peregrinus opponitur ciui. leg. ſed ſi hac. ſupra de in ius voc. Satis ergo demonſtratum eſt deportatum nō modo capere non poſſe: ſed etiam cum eo teſtamenti factionem non eſſe. Non poſſe inſtitui, non poſſe ei legari. Quod cum ita ſit non videtur ſeruo deportati legari poſſe. Variæ opiniones hic ſunt, & inuenio vſque ad nouem, quas non curo hic referre, cum nulla mihi probetur. Addo igitur decimam, vt numerus plenior ſit. Arbitror fideicōmiſſum poſſe relinqui deportato, quamuis ei legari non poſſit, Paul. ibi loquitur de fideicommiſſo. In fideicommiſſis autem non ſeruantur ſubtilitates iuris ciuilis, ſicut in legatis, vt oſtendi in interpretatione tituli. Differentiæ multæ ſunt iuris veteris quæ etiam ad perſonas ſpectant. Ecce, Vlp. in Inſtit. tit. 25. de fideicom. Latini Iuniani ait, per fideicommiſſum capere legatum non poſſunt.

Aliud exemplum ex eod. Vlpian. Reſpublica non poteſt hæres inſtitui, & tamen ei hæreditas per fideicommiſſum relinqui. titul. qui hæred. inſtit. poſſ. Huc pertinet locus Theophil. Inſtit. de fideicom. hæred. vbi oſtendit ſolitos fuiſſe veteres peregrinis relinquere per fideicommiſſum, quos non poterant directo inſtituere. Deportato igitur (quamuis peregrinus ſit) fideicommiſſum vtiliter relinquitur. Non obſtat lex Falcidia quæ de legatis loquitur. Tempore legis Falcidiæ fideicommiſſa nondum erant in vſu, vt ſupra oſtendi. Sed hoc fideicommiſſum relinquitur fiſco, niſi &c. Triplex quæſtio hic eſt. Vna, an valeat fideicommiſſum. Et dicitur valere. Altera eſt, an fideicommiſſarius capiat, an fiſcus. Et diſtinguendum eſt vt hic dicitur. Non obſtat regula Catoniana. §. an ſeruo. Inſtit. de leg. Quia legatum vtile eſſet, ſi tempore teſtamenti teſtator deceſſiſſet. Non ideo minus legatum valet, quod fiſcus aufert, &c. Imo ſi non valeret, & pro non ſcripto eſſet, fiſcus nihil caperet. l. ſi in metallum. de iis quæ pro non ſcript. habent. Nec aduerſatur illa lex iis quæ diximus. Quia deportatus non admittit libertatem, ſicut damnatus in metallum. l. Quidam. de pœn. & Inſtit. de capit. deminut.

Ad §. In legatis.

Locus hic pertinet ad effectum legati. Voluntas teſtatoris pro lege ſeruanda eſt. leg. verbis legis. infra de verb. ſignifi. Nouel. conſtit. de nupt. §. diſponat. Sed quid ſi diuerſa aut contraria in teſtamento reperiantur? Ait Iuriſc. hic nouiſſimam ſcripturam ſeruandam eſſe. Videtur enim pœnituiſſe & mutaſſe teſtator ſententiam. Interdum tamen ſpectatur prior ſcriptura, ſi priore ſcriptura declarauit ſe nolle Titio aliquid dare, etiam ſi forte poſtea ei legauerit. Voluntas facit quod in teſtamento ſcriptum valeat: ſic enim legimus vt in Florentin. Oſtendit Iuriſc. cauſam huius diuerſitatis eſſe voluntatem. Vtrum ex ſcriptis valeat, an prius, an poſterius, iudicandum eſt ex voluntate. Cum prius legat pure, deinde ſub conditione, videtur magis velle quod poſterius eſt. Hominis eſt mutare ſententiam, idque ſolet accidere nam εὐμετάβολον ζῶόν ἐστι. Hinc voluntas dicitur ambulatoria eſſe in teſtamentis. leg. 4. infra de adim. lega. Cum vero teſtatorem in initio contigerit legare, legando ſimpliciter in alia parte teſtamenti, non credimus mutaſſe voluntatem. Quia verba præcedentis declarationis conferuntur in futurum tempus. Nam & eum ſermonem, &c. Confirmat his verb. Iuriſcon. velut ſimilitudine ex leg. 30. leg. talis ſcriptura. in princip. ibi, quas pecunias, &c. Nam receptum eſt ibi ſpectari vltimam ſcripturam, legando poſtea pure & ſine die non intelligitur mutaſſe voluntatem, & receſſiſſe ab ea declaratione & proteſtatione. Obſerua illud vulgare, Nouiſſimam voluntatem ſpectari. Similis locus de fideicommiſſo in leg. clari. 9. Cod. de fideicom. Alius ſimilis in leg. ſi quis eum. 16. ſupra de vulg. ſubſtit. Simile in leg. Hac conſultiſſima. leg. ſancimus. Cod. de teſtamen. Clauſula itaque tabellionum non eſt neceſſaria, qua cauetur vt nullum irritum, caſſum ſit prius teſtamentum: &c. Idem de pactis dicitur. leg. pacta nouiſſima. Cod. de pact. Idem de legib. leg. vlt. de. conſtit. princ. ſupra. Sed conſilium nobis eſt de teſtamentis tantum hic loqui. Occurrit antinomia ex l. ſi te ſolum. 27. ſupra de hæred. inſtit. vbi non ſpectatur nouiſſima inſtitutio: ſed ea quæ plenior eſt.

Reſpondeo, aliam cauſam eſſe inſtitutionis, quam legati. Id enim vtile viſum eſt in inſtitutione, ex qua teſtamentum omnino pendet. l. proxime. ſupra de his, quæ in teſtam. delen. Huc pertinet quod dicitur in leg. ſi plures. 17. ſupra de condit. inſtitut. vbi conditio, quæ prior extiterit, ſpectatur. Sic in libertatibus, ſpectatur leuiſſima conditio. leg. 50. ſub diuerſis. infra de cond. & demonſtrat. & leg. 5. de manum. teſtamen. inf. Quomodo autem accipiendum ſit hoc edictum Pompon. docet Valens in leg. non ad ea. 87. infra de condit. & demonſt. Si fuit iuncta & continuata ſcriptura, non creditur mutata voluntas eſſe, niſi euidenter appareat. Tunc intelligitur quaſi ſub alternatione legatum, vt ſit electio legatarii. Tractatur huiuſmodi quæſtio apud Accurſ. & alios: Legatum eſt pure relictum: duplex ademptio ſecuta, altera pura, altera conditionalis. Certum eſt conditionalem valere. Sed quæritur de eius effectu, an repetitum videatur legatum ſub contraria conditione. Diuerſæ hic reperiuntur opiniones. Quidam exiſtimant legatum videri repetitum ac reuocatum ſub contraria conditione. Mouentur hac ratione: quia voluntas maxime ſpectanda eſt in teſtamentis quocunque modo ex verbis colligatur, licet verbis omnino expreſſa non ſit. leg. 3. Cod. de lib. præter. leg. cum virum. Cod. de fideicom. & ſimilibus. At voluntas hic apparere ſatis videtur. Primum ex eo quod teſtator ait ſe adimere. Non poteſt adimi legatum quod non eſt. leg. nam & ſi ſub conditione, ſupra de

iniuſt.rupt.teſtam.Item colligitur voluntas ex eo, quod alias inutilis futura eſt poſterior ademptio. Verba teſtatoris ambigua vel obſcura ſic interpretari debemus, vt aliquem effectum habeant: nec fruſtra videantur adiecta.l.106. ſi quando.infra hoc tit. Fruſtra enim erunt adiecta, ſi non intelligatur denuo legatum eſſe ſub conditione.Præterea ſatis hoc expreſſum videtur leg. 106. aliquando. infra de condit.& demonſt.leg.quod pure.6.infra quand.dies legat.Vbi legatum ſub conditione ademptum, intelligitur ſub contraria conditione relictum. Contraria tamen opinio probabilior eſt, ſi ponamus vtranque ademptionem in diuerſis ſcripturis factam eſſe.Mouet me, quod teſtator vſus non eſt verbis, quæ apta ſunt ad legandum: nec etiam apparet eum legare voluiſſe, vt dicunt aduerſarii. Non enim magni ponderis hic eſt coniectura ducta ex eo, quod alias fruſtra ademptio facta eſſet. Nam alia eſt contraria coniectura, eaque fortior & neruoſior. Quia credibile non eſt quenquam adimere, vt legatum magis valeat.leg.legata inutiliter.infra de adim.lega. Legare enim & adimere contraria ſunt,& cõtrarios effectus habent. Non eſt igitur veriſimile eum, qui legat, adimere: aut contra,qui adimit legare.Nec valet argumentum à contrario propter hanc coniecturam.Simile exemplum eſt in leg.Titia 59.§.vltim.de manu.teſtam.vbi verbis iſtis, Oneſiphore,niſi rationem diligenter excuſſeris, liber ne eſto. Non poteſt Oneſiph.ſibi libertatem vindicare. Reſpondi his verbis libertatem adimi potius, quam dari. Ne fauor quidem libertatis hoc efficit.Nec aduerſatur l.aliquando.cum ſimil.Intelligitur enim cum legatum purum fuit,& vna tantũ ademptio ſecuta, eaque conditionalis. Nam legatum debetur ſub conditione, quia legatum omnino ſublatum non eſt ademptione:ſed eatenus valet, quatenus ademptum non eſt.

At in ſpecie propoſita fuit omnino ſublatum per priorem ademptionem,quæ pura eſt.Nec renouatur poſteriore, propter coniecturam, de qua iam dixi. Hæc locum habent vt dixi, cum in diuerſis ſcripturis vtraque ademptio facta eſt.

Aliud dicendum, ſi in eadem ſcriptura. Prior ademptio pro non facta habetur.leg.ſi ita ſcriptum.46.inf.de l.2. Non enim intelligitur teſtator quicquam cauiſſe teſtamento, in quo non perſeuerauerit vſque ad conſummationem & perfectionem teſtamenti. Secundo obſeruandus eſt locus de clauſula teſtamenti, qua derogatur iis, quæ poſtea adſcribuntur. Similis locus eſt & multo plenior in leg. 22. ſi quis in principio. inf. de leg. 3. Ea clauſula magnam vim habet ad declarandam voluntatem: ſed facultatem non adimit mutandæ voluntatis. Inciuile hoc eſt, ac bonis moribus contrarium. ſicut in pacto, quo defertur hæreditas.l.ſtipulatio hoc modo concepta.inf.de verb.oblig.Conuenit bonis moribus ambulatoriam eſſe voluntatẽ ad extremum vſque ſpiritum.l. 4.infr.de adim.lega. Scripſi alias in partit. tractatus de pact. Antinomia ex l.Diui.§.licet.de iur. codici.Zaſius ait terribile contrarium eſſe.Vulgo dicitur leg.Diui.ſuppleri per leg.non eſt nouum.ſup.de legib. valere codicillos, ſcilicet ſi ſpecialiter,&c. Reprehenditur tamen hæc ſententia à pleriſque ꝙ diuinatio ſit.Ego animaduerto duplicem hic quæſtionem eſſe, quamuis tanquam de vna & ſimplici, plerique hic diſſerant.Prior eſt, an contra hanc voluntatem valeant codicilli, in le.Diui.dicitur valere codicillos.Item in leg.ſi quis in principio.Adhuc nulla repugnantia eſt.Altera quæſtio vnde colligitur voluntas,ꝙ mutauerit voluntatem:hæc poſterior tractatur in d.l.ſi quis.De eo nihil dicitur in l.Diui. Semper videndum in quaq; hypotheſi, qua de re principaliter agitur.

Ad l. Cum incertus. 13.

Locus eſt de effectu legati generalis, vt legato generaliter homine quid debeatur legatario.Species.Hic dicitur liberari hæredem ſolutione Stichi,perinde ac ſi Stichus legatus eſſet. Atque hinc colligitur Stichum eſſe in obligatione, & deberi. Nam ſolutione eius tantum quod debetur,tollitur obligatio.§.1.Inſtit.quibus modis toll.oblig.leg.2.§.mutui datio ſupra de reb.cred. Dixerit aliquis ex hac hypotheſi nihil tale colligi poſſe,vt ſi ponamus hic hæredem ſoluiſſe volente legatario. Nec dubium eſt quin volente creditore aliud pro alio recte ſoluatur.dict.§.mutui datio. Vnde igitur colligimus quid debeatur, quid ſit in obligatione? Imo bonus aliquis ſophiſta poterit cõtrarium hinc colligere. Nam ſi ideo liberatur hæres, quia ſoluit volente legatario, conſequens eſt eum alias non liberari: nec Stichum eſſe in obligatione. Animaduertendum eſt igitur in hac diſputatione duas quæſtiones eſſe, quæ ſeparari debent.nam vna dependet ex altera. Prior eſt, an debitor hominis, ſoluens creditori Stichum, liberetur? Et hæc quæſtio non hic principaliter tractatur: ſed ponitur tanquã certũ & indubitatũ debitorẽ liberari, vt dicitur in leg. & per iuſiurandum.§. ſi is, qui hominem. infra de accept. Altera quæſtio eſt, quæ pendet ex ſuperiore. Quid ſi debitor hominis non ſoluerit creditori, ſed eius ſeruo? Et hæc eſt præcipua quæſtio huius capitis. Ait igitur Pompon. debitorem ita demum liberari, ſi conſentiente domino ſoluerit. Non debet igitur ſolui ſeruo, niſi voluntate domini.l. quod ſeruos.35.inf.de ſolut.Sicut aliud pro alio ſolui non debet,ita nec alii perſonæ.Ex iam dictis apparet,legato homine Stichum eſſe in obligatione, alias ſolutione eius debitor non liberaretur. Sed quomodo poteſt dici in obligatione eſſe, cum non poſſit peti? §.huic autem.Inſtitut.de act. Imo potius homo incertus dicitur eſſe in obligatione. Cauſa enim actionis eſt obligatio.Ecce magna iuris varietas hic reperitur. Nam plerunque dicitur incertum hominem eſſe in obligatione.d.§ huic autem. Alibi dicitur ſingulos homines eſſe in obligatione.leg.Mæuius.66.§.duorum.de leg.2.notum eſt enim hominis legato orationis compendio ſingulos homines contineri. Alibi dicitur ſingulos quodammodo ſub conditione legatos videri. leg.3.inf.qui & à quib. lib.manu. Hæc tamen quæ tam varia ſunt, pugnantia aut contraria non ſunt ſi recte intelligantur. Ecce cum legatur homo, debetur homo incertus,quem debitor ſoluere maluerit. Itaque recte dicitur hominem incertum peti. d.§.huic autem.quia certum non eſt creditori, quem hominem ſoluere maluerit debitor. Debet tamen aut Stichum,aut Pamphilum,aut Damam,aut alium. Singulos enim debet quodammodo ſub conditione, niſi alium ſoluere maluerit.dict.leg.Mæuius dict. leg. 3. hæc eſt natura huius obligationis. Non eſt tamen vera & propria conditio, vnde ait Iureconſ. in d. leg. 3. quodammodo,&c. nec eſſe, ſed videri. Si eſſet vera conditio, non poſſet agi.leg. cedere diem. Item tranſmittitur ad hæredem.leg.25. ſi hæredes. §. ſi incerto. ſupra fam.erciſ. Cum ergo quæritur in ſpecie noſtra,an Stichus fuerit in obligatione, qui ſolutus eſt: Reſpondeo eſſe in obligatione non ſimpliciter: ſed ita niſi dominus alium ſoluere maluerit. Quare mirum non eſt, ſi ſolutione eius debitor liberetur. Liberetur, inquit,perinde ac ſi Stichus ſpecialiter legatus eſſet. An autem verum ſit ꝙ dicimus electionem hæredis eſſe, diſputabimus ad le.legato generaliter.37.infra.

Ad l.14. Si ita ſit adſcriptum.

Tractatur hic ſpecies perquam affinis & ſimilis ſpeciei l. ſi mihi.§. in legatis. de qua proxime diximus. Cum legantur duo fundi, vterque debetur, niſi teſtator declarauerit ſe velle alterum deberi. Cum legatur bis eadem ſumma ſiue quantitas, plerumque intelligimus multiplicatum eſſe legatum.leg.plane 34.infra eod.Vbi dicemus. Nam quæſtio facti eſt, quæ pendet ex coniectura voluntatis. Sed declaratio teſtatoris omnem obſcuritatem ac dubitationem tollit.Exempli gratia, Teſtator adſcripſit vt ſemel debeatur, &c.nec refert an ante legatum, an poſt. Non inſpicitur nouiſſima ſcriptura, propter voluntatem teſtatoris, vt dicitur in dict.§.in legatis. Non videtur datum eſſe, quod ademptum eſt ante conſummationem teſtamenti. Sed quod magis erit ademptum quæritur. Teſtator legauerat decem vna parte teſtamenti, altera parte centũ, alia parte declarauit ſe velle tantũ vnã ſummam deberi. Sed vtra debebitur, vtra adempta erit? Ait exiguius præſtandum, vt in re obſcura. Nã ei, qui agit, incumbit probatio, quę nulla eſt niſi ſit certa.l.matrem.C.de probat.Petens ergo maiorẽ ſummã probatione deficitur.Ne hæres quidem oſtendere poteſt exiguum legatum eſſe.ſed nihil refert, quia non incumbit ei probatio. Hinc obſeruandum eſt quod adimitur nondum perfecto teſtamento,nõ videri legatũ.Dicitur nõ deberi nõ tã ꝙ ademptum ſit,quam ꝙ nunquã legatum ſit. Quod mutatur ante conſummationem teſtamenti pro non ſcripto habetur, ſicut in contractibus dicimus.l.9.contractus.C.de fide inſtr.Licet.n.ibi contrahentib.arbitrio ſuo mutare ſentẽtiam antequã contractus fuerit

bſolutus. Et eſt notãdum quod ait ipſo iure non deberi, non hoc inducitur interpretatione aliqua propter æquitatẽ. Nam & ſi ſubtilitatem iuris ſpectemus, non debetur, quia non eſt ſcriptum teſtamento. Sic in l. 1. ſup. de iis, quæ in teſta. delen. Si quid deletum ſit conſulto ante conſummationem, pro non ſcripto eſt: nec ipſo iure debetur: Si quid deletum ſit poſt conſummationem, petens exceptione repellitur. d. l. 1. §. ſed conſulto. Oppon. huic ſententiæ l. 87. non ad ea. inf. de condit. & demonſt. Vbi legatum valet ipſo iure: ſed petẽs ſummouetur exceptione, quamuis conditio edicta ſit ante conſummationem teſtamenti.

Reſpondeo non eſſe ibi certam reuocationem, & ademptionem legati. Ex eo quod poſterius legatum eſt conditionale, interpretamur reuocatam eſſe prius. Quod ſecundum ſubtilitatem iuris non videtur defendi poſſe. Ideo datur exceptio doli.

Sed quid dicemus de legato codicillis adẽpto? Quæſtio eſt hic vulgo agitata, de qua variæ ſunt opiniones. Quidã putant ipſo iure adimi legatum. citant §. 1. Inſti. de adempt. legat. Ademptio legatorum firma eſt, ſiue eodem teſtamento, ſiue codicillis fiat. Alij negant quod ademptio fiat poſt conſummationem teſtamenti, vt hic dicitur, quam ſententiã ego ſequor. Si quis intelligat quid ſit ipſum ius, & quæ ſit origo codicillorum, non erit difficile explicare. Ipſum ius intelligitur de legibus pop. Rom. non de iure prætorio, interpretatione pruden. Senatuſconſ conſtitutionibus, &c. Oſtendi in commentario de in litem iurando. Codicilli autem ex legibus non ſunt. Inſtit. de codicil. vt nec fideicommiſſa. Cur teſtamentum dicatur iuſta ſententia, dixi ſub tit. de teſtam. vt differat à codicillis. Sic interpretati ſumus ſupra ad l. 7. legatum. quomodo ſit accipienda l. 35. Titia. §. Lucia. de leg. 2. infra. non oſtat §. 1. Inſtit. de ademp. legat. Non dicit valere ademptionem ipſo iure: ſed ait firmam eſſe, &c. Nec improbabiliter dicetur competere exceptionem doli, ſicuti in l. ex parte. de adim. lega. infra. Item in l. militis codicillis. §. veteranus. de milit. teſtam. niſi codicilli ſint teſtamento confirmati. l. 30. talis. & l. ſeq. infra eod.

Ex hoc cap. 14. cœpimus annotare, quæ viſa ſunt obſeruatione digna. Diximus quod adimitur ante perfectionem teſtamenti, non videri legatum: vt cum teſtator declarat ſe velle ſemel dari, quod bis legauit. hæc declaratio facit, vt intelligamus datum non eſſe.

Secundo obſeruandum eſt, nihil referre in qua parte teſtamenti hæc declaratio adſcribatur. Vnde colligi ſolet theſis & regula. Citantur multæ leges, l. quidam. de pecul. lega. l. vlt. de reb. dub. l. 3. §. filius. de lib. & poſth. l. 1. C. de lib. præt. & aliæ ſimiles. Verum prudenter admonuerunt quidam, non poſſe hoc certa regula diffiniri. Omnis definitio eſt periculoſa in iure. l. omnis definitio. de reg. iur. Sed maxime in iis, quæ facti ſunt. l. mora. ſupra de vſur. Nam hoc verſatur in cõiectura voluntatis. Propoſita igitur quaque ſpecie, expendenda erunt diligenter ea, ex quibus voluntatis coniectura fieri ſolet.

Tertio obſeruandum eſt, in dubio quod minus eſſe præſtandum. Rationem ego adduxi & declaraui ſup. Cui addendum eſt in dubio accipiẽdam eſſe eam interpretationem, qua exoneratur hæres. l. vnum ex familia. *67*. §. ſi rem. de legat. 2. l. 38. Sticho. de vſuf. leg. hoc autẽ locum habet non tantum in teſtamentis, ſed etiam generaliter in contractibus, & aliis actibus. l. 9. ſemper in obſcuris. de reg. iur. Quomodo autem hoc accipiendum ſit, alia regula edocemur. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. infra. Videndum eſt ante omnia num ex coniecturis poſſit apparere voluntas. Exempla ſunt vulgaria. Vnum in l. cum ſeruus. alias, apud Iulianum. §. ſcio. infra eo. tit. Vnde colligitur ratio, de qua dixi ſupra. quia legatario incumbit probatio.

Aliud exemplum in l. qui concubinam. 29. §. 1. de legat. 3. Vxor tantam partem habeat, quantum vnus hæres. Aliud in l. nummis. 73. de legat. 3. Ex qua lege colligitur idem quod ex d. l. ſemper in ſtipulationibus. nempe inquirendam prius eſſe voluntatem ex coniecturis. De ſtipulatione exemplum vulgare eſt in l. ſi ita ſtipulatus. 109. infr. de verb. oblig. decem aut quindecim dabis, ſit interpretatio contra ſtipulatorem. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. eod. tit. Aliæ autem occurrunt ſpecies, in quibus videntur Iureconſ. hanc regulam ſecuti non eſſe. Verum ſi diligenter conſideretur, apparebit magna diſſimilitudo. Quædam igitur recitandæ ſunt, huius rei demonſtrandæ gratia. Vna ſpecies eſt in l. ſi ita fuerit. de rebus dub. vbi dicitur ademptionem in vtrumque valere, quaſi vtrique ademptum ſit. Florentinus codex habet ademptionem. Non inſpicimus vtrum horum legatorum ſit maius, aut minus. Reſpondeo huic regulæ locum eſſe, cum ambiguitas verſatur circa res, quarum altera maior eſt, altera minor & exiguior. In ea ſpecie ambiguitas eſt circa perſonas. Non quæritur quid legatum ſit: ſed cui. In ſpecie noſtra certum eſt cui legatum ſit. Et certum eſt alterum ex duobus ei legatum eſſe: ſed vtrum, dubitatur. Itaque dicitur exiguum, &c. Quod autem dicitur in d. l. ſi ita fuerit. difficultatẽ habet propter antinomiam ex l. 3. §. ſi quis duobus. de l. prę̨ſtan. Sed longius euagari nolumus à propoſito.

Alia ſpecies eſt in leg. 33. qui lancem. de auro & argen. legat. vbi non minima lanx debetur, ſed media. Diſſimilis eſt etiam hæc ſpecies, quia proponitur habuiſſe tres lances. Vſus Latini ſermonis exigit vt minorem intelligamus, quæ media eſt. Diximus ſupra regulam hanc ſolum habere, niſi ex coniecturis alia voluntas appareat. Alia ſpecies eſt in l. 38. Titia. §. Seia. de auro & arg. l. vbi debetur argenteum ſignum, non æreum. Plerique exiſtimant ſic ibi reſponſum à Scæuola fauore religionis. Quæ opinio conuenit lectioni Florentinæ, vbi ærea legitur, non aurea. Si aurea legamus, dicendum erit Scę̨uolam reſpondiſſe ſecundum regulam noſtram. Sed periculoſum eſt à Floren. lectione recedere. Alia ſpecies in l. ſi is, qui ducenta. in princ. de reb. dub. vbi ex verbis teſtatoris ſatis apparet voluntas. Ambiguitas quidem eſt aliqua: ſed non tanta, vt non appareat voluntas. Nam particula, cum, oſtendit expreſſe eſſe duas ſummas à teſtatore. Quæ duæ ſummæ iunctę̨ efficiunt quingenta. Alia ſpecies eſt in l. quod traditum, ſed ibi eſt fauor libertatis. Aliæ ſpecies parum habent difficultatis. Quod obiicitur de legato generaliter relicto, alibi tractabitur, leg. qui duos. & l. legato generaliter. infra. Nam ibi non eſt incerta voluntas teſtatoris, vt dicemus cum eo venerimus.

Ad l. Qui quartam. 15.

QVæſtio hic eſt ſcripti & voluntatis. Si quis legare volens quartam partem, legauit dimidiam, aut contra. Pendet ex his, quæ diximus ſup. ad l. 4. Diximus ibi, errorem in nomine proprio non nocere: in nomine communi nocere. Duplex igitur quæſtio hic eſt. Vna, cum quis quartam legare volens, dimidiam ſcripſit, vtra debeatur? Et ait Proculus, quartam legatam: de qua teſtator ſenſit. Nec vero id alienum eſt à ſignificatione verborum. Quandoquidem is qui legat dimidiam, legat quartam. l. in eo quod plus. 111. infra de reg. iur. Altera quæſtio, ſi dimidiam legare volens, legauit quartam, quæ debeatur? Idem ait valere legatum, nec aliud adiicit. An debeatur dimidia, non ſatis exprimit. Sed exiſtimo his verbis ſignificari, deberi quod plus eſt. Quaſi voluntas hic ſpectari debeat, magis quam ſcriptura. Nam particula, ſed & ſi, hoc demonſtrat. Id autem apertius traditur in l. quoties. *9*. §. 1. de hæred. inſtit. Cum plus eſt cogitatum, & minus ſcriptum, valet quod actum eſt.

Non eſt contrarium quod dicitur non ſufficere voluntatem, ſi erratum ſit in nomine communi. Id enim non intelligitur, cum erratum eſt in nominibus quantitatis. facilis eſt lapſus & error in his nominibus, & excuſationem meretur. Deinde hic non dicitur aliud ſcriptum, aliud cogitatum: ſed plus, aut minus cogitatum, quam ſcriptum. Voluntatis contrariæ probatio hic requiritur. Nam in dubio ſequimur verba. l. non aliter. *69*. de legat. 3. De hac autem probatione nihil in vniuerſum præcipi poteſt. Ex antecedentibus & conſequẽtibus poterit fortaſſis apparere. l. qui filiabus. 17. infra, hoc tit. l. ſi ſeruus plurium. §. vlt. l. nummis. de legat. 3. Ac facilior quidem eſt præſumptio erroris, cum dicitur plus ſcriptum, & minus cogitatum. quia verba non repugnant, vt iam dixi. In eo quod plus eſt, minus continetur. leg. cum furti. ſupr. de in lit. iurand. l. 1. §. ſi ſtipulanti. de verb. oblig. Cum dicitur plus cogitatum, æquum eſt requiri fortiorem probationem, quia verba deficiunt. Sed quomodo illud plus, poteſt debe-

ri,cum nullo modo expreſſum ſit? argu.l.quidam cum filium. de hæred.inſtit.ſup.

Ad §. Si quis vnam.

SPecies hic tractatur pertinens ad ius accreſcendi, ſicut & aliæ ſequentes,vſque ad l.qui filiabus. Species:an poſthuma contineatur his verbis,quæſtio facti eſt, de qua in l. qui filiabus.infra eod. Iuriſconſul. hic ait ſuperſtiti ſolidum deberi. Ratio eſt,quia coniunctì ſunt legatarij.§.ſi eadem.Inſtitu.de lega.Ideo Ius accreſcendi locum hic habet. Notandum eſt igitur eum,qui filiabus legat decem, coniunctim legare.Quãquam de eo poterat dubitari,quia pecunia legata eſt.Difficilis quæſtio eſt,cum duobus legatur eadem ſumma, puta decem, an ſint coniuncti.de hac tractaui lib.1.de iur.accreſc.c.7.Dixi, non videri coniunctos quaſi non ad eandem rem vocentur.l. 84. huiuſmodi.§.quib.inf.eo. Enumeratione enim perſonarum videtur diuiſa ſumma. argu.l. cui fundus.55. infr.de cõd. & demonſtr. Numero diuiditur obligatio in pecunia,& aliis huiusmodi rebus.l.cum Stichus. 29. infra,de ſolut. Fundus non diuiditur numero, ideo partes dicuntur eiuſdem rei. In hac autem ſpecie non eſt expreſſa enumeratio perſonarum, vt dici poſſit diuiſa ſumma eſſe. Præterea huic coniunctioni reali accedit coniunctio verborum & orationis. Hæc nomina collectiua apta ſunt ad coniunctionem faciendam.l.13.interdum.ſupra de hæred.inſtit. Sunt igitur hic coniuncti re & verbis: quia nulla eſt diuiſio partium. Alij putant coniunctos eſſe verbis tantum,quod falſum eſſe oſtendi lib. 1. de iure accreſ.cap.9.

Ad l. 16. Si duobus.

SPecies eſt de iure accreſcendi, vt ſuperior. Cauſa dubitationis eſt, quia pars deficiens accreſcit coniuncto. §. ſi eadem.Inſtit.de lega.Sed veteres intellexerunt partem deficientem accreſcere cum ea conſiſtit ab initio in perſona legatarij. Nam quod ab initio non conſiſtit, habetur pro non ſcripto.ideo remanere penes hæredem debet. Exempla repetiuntur in hoc tractatu,veluti in l.plane.34.§. ſi cõiunctim. Aliud in l. huiuſmodi.84.§.ſi Titio.infr.eod. Aliud in l.ſi Titio.7. de lega.2. Sed aduerſari videtur l.quo loco.20.ſupra de hæred.inſtit.vbi pars,quæ pro non ſcripta eſt, accreſcit cohæredi. Sed facilius admittitur ius accreſcendi in hæreditate, ne quis decedat pro parte teſtatus,&c.§. hæreditas.Inſtitu.de hæred.inſtit.l.ius noſtrum.7.inf. de reg. iur. Difficilior antinomia eſt ex conſtit.Iuſtin.de cadu.tollen.§. & cum triplici. & §.in primo.Quidam cenſent loqui Iuſtinia.de coniunctis re tantum. Ratio exigit vt ſolidum debeatur alteri. Quia ſermo teſtatoris ſolidum ei attribuit,magis dicitur non minui, quam augeri legatum.Verum Iuſtini.dicto §.in primo. loquitur de quecunque coniuncto. Verba enim non magis re coniunctum ſignificant,quam verbis coniunctum.Alij alia comminiſcuntur.Ego quid ſentiam ſcripſi libro 1.de iure accreſ.cap.18.Dixi Iuſtinia.derogare iuri antiquo,quod in Pandect. relatum eſt. Leges enim poſteriores derogant prioribus. l. vltim. ſupra de conſtit. prin. Nam Iuſtinianus, cum ait nihil contrarium reperiri,de iis conſtitutionibus non intelligit. Edita eſt ea conſtitutio poſt compoſitionem Pandecta.Iuſtini. & Theodoto Paulo coſſ. Catalogus conſulũ editus ab Haloandro hoc ſatis demonſtrat.Huc accedit quod Iuſtinian. in ea conſtitutione mentionem facit Pandectarum.§. ne autem. vocat compoſitionem noui iuris. Quocunque igitur modo defecerit legatum,accreſcit legatario,vt dicitur in §.ſi eadem. Inſtitut.de legat.

Ad §. Hæres.

NOn diſſimilis eſt hæc ſpecies ſuperiori. Titium & Sempronium damno dare decem Mæuio. Titius non fuit hæres inſtitutus,vel non erat in rerum natura,an totum legadum debeat Sempronius? Quæſtionem facit. quia onus iniunctum vni, ad alterum non videtur pertinere. Sed hic fuerunt coniunctim onerati. Itaque videtur ſenſiſſe teſtator,vt ſi alter deficiat, alter ſubeat totum onus. Alias onus inutile impoſitum eſſe diceretur pro ea parte.l.ab eo.C.de fideicom. ibi,quem non honoro,&c.Idem dicitur in l.quidam. ad ſi.ſupra de codicil. Additur altera ſpecies ſimilis, in qua vterque eſt hæres:ſed alter repudiat.Ratio, quia æquũ viſum eſt partẽ accreſcere cum onere. Huc pertinet l.ciuitatibus.125.§.1.infra eodem. Simile eſt in l.ſi Titio.63.infra de lega. 2. Antinomia veluti ex l.Celſus.29.§.vlt.de lega.2 Reſponderi ſolet,ibi relictum fuiſſe nominatim ab vno. Hic autem fuit legatum duobus ſimul & coniunctim. Cum vnum legatum relinquitur à duobus,vno deficiente,alter totum debet.Ego quid ſentiam de hac re ſcripſi lib. 2.de iure accreſ.cap.2.

Ad §. Si Titio.

HÆc ſpecies etiam pertinet ad ea quæ ſuperius dicta ſunt. Cauſa dubitationis ex hac ipſa l.ſi duobus,in prin.vbi locum non habet ius accreſcendi, cum alter non eſt in rerum natura. Verum alia cauſa eſt eius, qui eſt in vtero, & ſperatur naſciturus. In ſuperiore caſu habetur pro non ſcripto, nec conſiſtit in perſona legatarij. Hic autem conſiſtit propter ſpem.Peccatum igitur eſt grauiter à Bart.& aliis,vt Zaſius admonuit, qui intelligunt hanc legem cum non eſt in rerum natura, nec eſſe ſperatur:contrariam vero legem accipiunt, cũ non eſt,ſed eſſe ſperatur. Nihil potuit dici alienius à mente & ſententia Iureconſulti. Conſultum eſt dicere,non ſperari natiuitatem poſthumi,ſi non aliqua ratio hoc ſuadeat. Obſerua, ius accreſcendi locum habere inter coniunctos quocunque modo coniuncti ſint,etiam ſi verbis tantum. Scripſi lib.1.de iure accreſcen.cap.10.Quidam ſunt in ea hæreſi vt dicant non eſſe ius accreſcendi, quoniam, inquiunt, non vocantur ad eandem rem. Partes habent ex verbis teſtatoris. Sed diuiſio non facit quominus eadem res ſit.

Ad l. qui filiabus. 17.

QVæſtio hic tractatur facti magis quam iuris. Pertinet ad interpretationem voluntatis, ſicut & multæ aliæ in hoc tractatu. Species: Quidam legauit filiabus ſimpliciter,nec addidit, quæ natæ eſſent, aut naſcituræ. Quæritur,an legatum poſthumis debeatur? Cauſa dubitationis eſt,quia non videtur de iis cogitaſſe,quæ nondum natæ erant. Vlpian. ait videri legatum etiam poſthumis. Hoc enim caſu non poteſt dici de eis non cogitaſſe.

Hactenus omnia ſunt plana & perſpicua:ſed difficultas naſcitur ex antinomia. Nam contrarium videtur quod idem Vlpianus ait in l.ſi quis filiabus.de teſtam.tutel. vbi tutoris datio valet. Nec requiritur alia coniectura voluntatis. Nec diuerſa eſt ratio legati,& tutelæ dationis.ergo,&c. l. à Titio. 108. de verborum oblig.Similis locus eſt in §.vlt.Inſtit. qui teſta.tut.dari poſſ.translatis pene totidem verbis ex d.l. ſi quis filiabus. Eodem pertinet quod dicitur in leg. nomen filiarum.infra de verborum ſignifi.

Nomen filiarum etiam in poſthumam cadere quæſtionis non eſt. Cur ergo non dicemus ſimpliciter hoc legatum ad poſtumos pertinere?Sol. Vulgo diſtinguitur datio tutelę à legato. Legatum,inquiunt,datur ratione affectionis, tutela ratione filiationis. At maior eſt affectio erga iam natum filium, quam erga poſthumum,qui nondum natus eſt. Hæc ratio diuerſitatis improbatur ac refutatur ab aliis quibuſdam. Horum rationes & argumenta,quæ multa ſunt, non curo hic referre. Vna me ratio præcipue mouet,de qua breuiter dicam. Nam Vlpia.in dic.l. ſi quis filiabus.hanc tantum rationem affert. quia filiæ appellatione poſthuma continetur. Ineptum eſt igitur alias rationes comminiſci, quaſi ea non ſit idonea, aut firma. At ea ratio cõuenit etiam legato.in legatis ſequimur proprietatem verborum, niſi euidens ſit voluntas contraria.l.non aliter. 69. de lega. 3. Quid igitur dicemus? Animaduerti ex inſcriptione capitum, hæc eodem in loco ſcripta fuiſſe ab Vlpian. vt abſurdum ſit dicere eum pugnantia ſcripſiſſe. Eadem eſt inſcriptio huius legis, & leg. ſi quis filiabus.& leg. nomen filiarum. Vlpian.lib.15.ad Sab. Quomodo potuerint hæc ita ſcribi ab Vlpian. vt cohærent,facile demonſtrabo, niſi fallor. Quærebatur,ſi quis legauerit, aut tutorem dederit filiabus, vtrum poſthumis proſpectum quoque eſſet? In hac quæſtione Vlpian.in primis ait dubiam eſſe volunta-

voluntatem. nam & appellatione filiarum continentur etiam poſthumæ: tamen poteſt videri pater oblitus eſſe earum, quæ nondum natæ eſſent, vt ſæpe accidit: quo caſu reſtringenda eſſet interpretatio verborum, propter voluntatem præſumptam. Ait igitur videndum eſſe, quid actum ſit. idque æſtimandum ex coniecturis. Pone mentionem feciſſe poſthumæ in aliqua parte ſui teſtamenti. Tunc euidens eſt eum de poſthumis cogitaſſe. Pone enim feciſſe mentionem vxoris ſuæ quaſi ſterilis. hoc caſu iudicabimus eum nõ cogitaſſe de poſthumis. Si ex coniecturis non appareat quid ſenſerit, ſequemur proprietatem verborum: dicemus legatum deberi etiam poſthumis. arg. d. l. ſi quis filiabus. vt idem ius ſit in legato & tutoris datione. Hæc omnia belle cohærent, nec vlla deprehenditur repugnantia. Et credibile eſt Vlpian. ita hæc coniunxiſſe. Vt autem id demonſtremus apertius, adferam ſimilitudinem ex l. 23. ſi ſeruitus. ſ. de ſeruit. vrb. præd. Si ita dictum ſit in lege venditionis, Ne luminibus officiatur: quæritur an de futuris luminibus, an de iis quę nunc ſunt, dictum intelligi debeat? Ait Iureconſ. ambiguam ſcripturam eſſe. Itaque videndum eſt quid actum ſit. In dubio verbum generale accipiemus generaliter. nulla eſt enim ratio cur hoc verbum interpretatione reſtringamus. Sic in ſpecie noſtra quæritur, an de filiis, qui nunc ſunt, an de futuris intelligamus? Certe ſi non appareat quid actum, generaliter intelligemus quia verbum generale eſt d. l. nomen filiarum. Eodem pertinet quod dicitur in l. 5. infra de oper. libert. Si quis operas ſtipulatus ſit ſibi, liberiſque ſuis, etiam ad poſthumos pertinet ſtipulatio. Et eſt eadem quoque inſcriptio eius capitis, quod magis confert ad confirmationem ſententiæ noſtræ. etiam in ſtipulatione ſequimur hanc proprietatem verborum. Poſſunt pleraque exempla de hac re obſeruari legendo, veluti in l. 7. Neratius. de manu. teſta. Vbi ſic data libertate, Si filius mihi nullus erit cum moriar? Stichus liber eſto, libertas impeditur nato poſthumo. Aliud ſimile in l. iubemus. C. ad Trebell. vbi fideicommiſſo oneratus, ſi ſine liberis deceſſerit, deficit conditio, ſi poſthumo relicto deceſſerit. Adde ſupradictis l. qui in vtero. ſupr. de ſtatu homi. nam hic de commodo eius agitur. Hoc autem eſt intelligendum, niſi teſtator putauerit vxorem ſuam ſterilem eſſe, vt iam dixi. arg. l. ſi quis ita. de teſta. tute. hic loquimur in dubio, cum incertum eſt, an cogitauerit teſtator de poſthumis. Hic occurrit difficultas ex eo quod teſtamentum non valet præterito poſthumo. ſupra de liberis & poſthu. hæred. inſtit. Reſpondeo, Tempore Vlpia. non rumpebatur teſtamentum præteritione filiæ. Caius Inſtit. lib. 2. tit. de exhæred. liberor. l. maximum vitium. C. de lib. præt. & §. 1. Inſtit. de exhæred. liber. Atque hinc etiam poteſt intelligi cur de filiabus tantum hic quærat, non de filiis. Magis enim dubitabatur de filiabus. quia non eſt earum tantus fauor. nec videbatur tam benigna interpretatio admitti. l. in multis, de ſtatu hom. Sed dubitandum non eſt quin idem dicendum ſit de filiis. d. l. ſi quis filiabus. dicto §. vlt. Inſtit. qui teſta. tut. dari poſſ. Nota locum cõmunem de interpretatione volũtatis. ſic in l. 50. ſi ſeruus plurium. §. vlti. infra eo. & l. 75. cap. quia circa, de priui. l. nũmis. infra de legat. 3. l. 23. vtrum. ſupra de pet. hæred. l. quemadmodum. 29. §. hæc verba. ſupra ad legem Aquil. Quæſtio eſt, an qui legat filiis intelligatur filiabus? Vidẽdum an in aliqua parte fecerit mentionem, ex qua appareat voluiſſe maſculos honorare propter conſeruationem domus. Sunt enim maſculi columina familiarum, ex ſententia Euripidis. Alias appellatione filij continetur filia. d. l. ſi quis ita. ſupra de teſta. tut. l. quiſquis. de verbor. ſignif.

Ad §. Si quis ita.

QVæſtio hæc non diſſimilis eſt ſuperiori de interpretatione voluntatis. Cauſa dubitationis duplex eſt. vna, quia incertum eſt cui legauerit: altera, quia quod exiguius eſt, præſtandum videtur. l. 14. ſi ita ſcriptum. ſupra. Vlpian. tamen ait deberi ſingulis, & ſolidum deberi. Vt autem ratio melius intelligatur, quæ obſcura eſt, diuidenda eſt hæc quæſtio in duas. Nam re vera ex hac hypotheſi naſcitur duplex quæſtio. Vna eſt, an debeatur vni tantum, an pluribus? Et dicendum eſt, pluribus deberi. Quod ſcriptum eſt de vno locum habere in pluribus interpretatio eſt, quam rhetores vocant ſyllogiſmum, ſiue ratiocinationem. vt apud Fab. lib. 7. c. 9. qui duos vno tempore Tyrannos occidit, duo præmia petit. Numerus igitur vnitatis pro numero multitudinis accipitur. Et hoc accidit modo propter vſum loquendi, modo per interpretationem, & ratiocinationem, vt iam dixi. Nam vſus interdum hanc interpretationem comprobat. l. 158. in vſu. infr. de verbor. ſignifi. vbi illæ formulæ, hominem veniſſe Romam, Piſcem vilem eſſe Romæ: ſi res ſecundum me hæredemve meum iudicata erit, mihi hæredique meo dabis. in l. ſi plures. 98. infr. de leg. 3. hæres meus dato. In his exemplis vſus exigit vt hanc interpretationem admittamus. Nec id dubitationem habet cum certus eſt vſus communis. quia nomina ex vſu communi exaudienda ſunt. l. Labeo. de ſupel. leg. Sed deficiente vſu etiam hæc interpretatio recipitur propter æquitatem aliquando, aut vtilitatem. Ratiocinatio eſt, de qua iam dixi. Quod ſcriptum eſt extenditur ad id quod miſſum eſt, quaſi ratiocinando: vt quod de vno dictum eſt, id in pluribus locum habeat. Simile exemplum in l. vtrum. & l. ſeq. infr. de reb. dub. Inſtituto hærede poſthumo, plures nati ſunt. Sed hæc locutio non videtur omnino abhorrere à communi vſu, Poſthumus mihi hæres eſto. Aliud exemplum in l. ſi quis ita. de teſta. tutel. hic non poteſt defendi communi vſu interpretatio, vt non immerito Pompon. dubitet. Sed Vlp. humanitatem amplectitur magis, quam ſubtilitatem verborum. Quaſi minus ſcriptum ſit à teſtatore, & plus cogitatum. Simile exemplum in l. cum inter. C. de fideicom. liber. qui naſcetur ex ancilla, liber eſto. Hinc poteſt intelligi, cur hęc interpretatio non recipiatur in exhæredatione. l. 2. ſupr. de lib. & poſth. Nam tota hæc interpretatio humanitate & benignitate nititur, vt iam dixi. quod genus interpretationis locum nullum habet in exhæredatione. l. cum quidam. ſ. de lib. & poſth. Exhæredationes non adiuuantur interpretatione, ſequimur in eis nudam ſignificationem verborum, quia odioſa eſt exhæredatio. Hic occurrit antinomia ex l. duo ſunt Titij. ſ. de teſta. tut. & l. ſi fuerit. j. de reb. dub. vbi legatum, aut tutoris datio vitiatur ob incertitudinem. In hac ſpecie non vitiatur, nec in aliis, veluti in d. l. ſi quis ita. & ſimili. Quid refert, an dicam, ſi quis mihi genitus fuerit, an ita, ſi quis mihi monumentum fecerit? Quid refert, an legem filio cum duo ſunt filij, an Titio cum duo ſunt Titij? Reſpon. vitiari legatum propter incertitudinem cum omnino coiectura deficit. dic. l. duo ſunt Titij. In hac autem ſpecie coniectura eſt non leuis ex perſona teſtatoris & legatarij. Alter enim pater eſt, alter filius, qui maxime charus eſt patri. Charitas perſonæ magnam vim habet in coniectura voluntatis. l. ſi ſeruus. 50. §. vltim. infra, hoc titul. Sic in ſpecie dict. leg. ſi quis ita. vbi pater tutorem dat filio. Vbi hæc coniectura deficit aut alia huiuſmodi non valet legatum, non tutoris datio. d. l. duo. d. l. ſi fuerit. Sed an valeat ademptio legati quæritur? Ait Vlpian. valere, in dict. l. ſi fuerit. Nam ibi ademptionem, legendum eſt, vt in Florent. Non vitiatur ademptio propter incertitudinem perſonæ, cui adimitur, quamuis datio vitietur. In re dubia magis fauetur hæredi, quam legatario, quaſi teſtator magis videatur eum dilexiſſe. l. 69. vnum ex familia. §. ſi rem. de legat. 2. leg. Sticho. de vſufruct. leg. Et quia in hac cauſa reus eſt, argu. leg. Arrianus. infra de oblig. & actio. Sed opponitur huic ſententiæ l. 3. §. ſi duobus, de adimen. leg. Eſt difficilis antinomia. ait vtrique legatum deberi. In quibuſdam codicibus legitur, neutri legatum deberi. Quæ lectio plana eſt & conſentanea iis quæ diximus ex leg. ſi fuerit. infra de reb. dub. Conuenit etiam ſimilitudo, quæ ibi ſequitur, quemadmodum & in dando, &c. Sicut legatum non valet cum incertum eſt, cui ademptum ſit. Si quis velit lectionem receptam quæ in Florentina eſt, ſequi: poterunt hæc vtcunque conciliari. Nam in ſpecie §. ſi duobus. dicitur ſeparatim legatum fuiſſe duobus. Cum igitur coniunctum legatum eſt, ademptio valet in vtrunque. Coniuncti enim quaſi in vnum corpus redacti ſunt. Cod. de caducis tollen. §. his ita. Non mirum igitur ſi vni adimendo, videatur alteri ademptum. Congruet etiam ſimilitudo, quaſi argumentum ſit à contrariis hoc modo. Sicut legatum in neutrum valet, cum eſt incertum cui datum eſt: ita non valet ademptio, cum incertum eſt cui ademptum ſit. Quod ergo dicitur in dicta leg. ſi fuerit. accipiemus cum hac exceptione. §. ſi duobus. facit l. in toto. de reg.

iuris. Sed ſuſpicor aliam lectionem veriorem eſſe. Altera quęſtio eſt, quantum debeatur. Et dicitur ſingulis ſolidum deberi. Opponitur l. 17. ſi quis Titio. §. ſi hæres. de leg. 2. l. legata inutiliter. §. vlt. infra eo. Item quod exiguius eſt præſtandum. l. ſi ita ſcriptum. ſupra eo. l. 9. ſemper in obſcuris. inf. de reg. iur. Quæ ſumpta eſt ex eodem cap. eadem eſt enim inſcriptio. Vulgo dicitur hoc fieri propter nomen diſtributiuum. Sed hic nullum eſt diſtributiuum: infinitum eſt pronomen, ſi dixiſſet centena, διαιρετικὸν eſſet. Reſpondeo igitur vt ſupra, hanc interpretationem fieri propter charitatem, niſi alia voluntas euidens ſit. Voluntas autem æſtimari poteſt ex modo patrimonij. l. 43. ſi filiæ. infra de legat. 3. Dicitur etiam euidens ex coniecturis. l. 74. licet Imperator. infra hoc tit.

Ad §. Si vni ex hæredibus.

Locus eſt de legato præceptionis, de quo dixi ſupra, ad titulum ipſum. Hoc legatum datur vni ex hæredibus, vt Caius ait, lib. 2. Inſtit. Theophil. Inſtit. de leg. Vult teſtator vt hęres certam rem præcipuam habeat. Dicitur præceptio. l. miles. 75. infra de leg. 2. l. 34. nomen. de leg. 3. l. 25. hæredes. §. vlt. ſupra fam. erciſc. Dicitur prælegatum, dicitur præcipuum: de natura huius legati hic diſputatur. Et primum animaduertendum eſt tunc valere, cum duo, aut plures ſunt hæredes inſtituti. Itaque Vlpianus ait, Si vni ex hæredibus. Si enim quis ſolus hæres inſtituatur, non valet legatum. quia non poteſt ſibi ipſi debere. Huc pertinet l. 116. Legatum. §. 1. infra hoc tit. Si quis pro parte hæres inſtituatur, partem capit vt hæreditariam & iure hæreditario, partem iure legati. facit l. 18. In fideicommiſſariam. §. ſi legatum. infra ad Trebel. l. 91. in quartam. infra, ad legem Falcid. Hic quæritur, qua actione petetur hæc præceptio, ſiue prælegatũ? Et ait Vlpianus præſtari officio iudicis familię erciſcundæ, cum per iudicem diuiditur hęreditas inter cohæredes. Quod eſt accipiendum ſi adierit hæreditatem, officium iudicis eſſe, deducere quod teſtator voluit præcipuum eſſe. In iudiciis bonæ fidei officium iudicis latiſſime patet. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. Idem dicitur in l. 42. ſi ita legatum. ſupra, fami. erciſc. l. 7. ſi qua. C. eo. tit. Vbi loquitur de Prætore fideicommiſſario, qui de fideicommiſſis cognoſcebat. Inſtit. de fideicomm. hæred. in princ. Alias Prętores non cognoſcebant ipſi, niſi extra ordinem: ſed iudices dabant, vt alias fuſe declaraui. Deinde quæritur, quid ſi repudiauit hæreditatẽ? Nam tunc non poteſt locus non eſſe familiæ erciſcundæ. Ait Vlpian. poſſe petere legatum. Quod eſt accipiẽdum de actione ex teſtamento, de qua diximus ſupra. Sed an totum petet? In ſuperiore caſu totum conſequitur, quia partem retinet ac deducit, vt hæres iudicio famil. erciſcundæ, partem iure legati.

Ad l. 18. Et quidem.

Hic dubitatur quomodo totum conſequi poſſit. quia pars inutiliter ei legata fuit, quatenus ſcilicet hæres inſtitutus fuit. Nec poteſt eam conſequi iure hæreditario, quia non adiit hæreditatem. Sed tamen hic Iulianus ait totum petere poſſe, quamuis à ſemetipſo ei legatum ſit. Magis enim ſpectatur voluntas teſtatoris, quam ſubtilitas. Cum enim repudiauerit hæreditatem, ſic interpretamur, quaſi nunquam hæres inſtitutus ſit. Accurſius ait portionem repudiatam accreſcere cohæredi cum onere legati. Sed ne hoc quidem defendi poteſt ſecundum ſubtilitatem. Cum legatum inutile ſit, non poteſt eo hæreditas onerata dici. Sequendum eſt igitur quod dixi: benigna interpretatione hoc admitti propter voluntatem. Similis interpretatio eſt in ſpecie leg. eum qui. §. pro parte, infra, de iis, quibus vt indign. vbi fiſcus videtur partem fundi legati vindicare debere. quia pars hæreditaria eſt, & poſſeſſa ab hærede tanquam hæreditaria. Nam fiſco vindicatur hæreditas, & quæcunque res capiuntur iure hæreditario. Sed Papinian. ex facto conſultus reſpondit prædium integrum deberi legatario, propter voluntatem teſtatoris neglecta ſubtilitate. Nec enim ratio iuris, ſubtilitas iuris, varietas poſſeſſionis, inducit diuiſionem voluntatis. Annotandum eſt igitur hoc capite hæredem poſſe prælegatum petere repudiata hæreditate. Similis locus eſt in l. 87. filio pater. infr. eo. quæ loquitur de ſuo hærede. Accurſius ergo nõ recte diſtinguit ſuũ ab extraneo. Similis locus in l. apud Celſum. §. ſi quis ex vncia. de doli except. Deinde in d. l. ſi pater. vltimis verbis, ne moleſtiis hæreditariis implicaretur, oſtendit Iureconſ. qua ex cauſa poſſit hoc honeſte fieri. facit l. item ſi res. de alien. iud. mutand. Seruanda tamen in hac re defuncti voluntas, vt dicitur in d. l. filio. & l. ſeq. Exemplũ inſigne eſt in l. 77. quid ergo. quæ cohæret d. l. filio. vbi prælegata ſuccedunt in locum portionum hæreditariarum. Diuiſio enim quædam eſt rerum hęreditariarum quæ fit verbis legati.

Aliud exemplum eſt in l. vlt. §. vlti. de doli except. vbi filia petere videtur legatum contra voluntatem matris defunctæ. Nam inſtituta eſt ſub conditione, ſi cum cohęredibus tuis parem rationem feceris. Deinde legatum eſt hoc modo, Hoc amplius volo te percipere centum ex hæreditate. Hæc conditio intelligitur repetita in prælegato, quamuis expreſſum id non ſit. Ideo ſummouetur filia exceptione doli propter æquitatem magis, quam propter ſubtilitatem verborum. Hæc igitur ſit prima exceptio regulæ: nempe cum repugnat voluntas teſtatoris.

Alia exceptio eſt in d. §. ſi ex vncia. ſi hæres accepit pretium à ſubſtituto, ne adiret hæreditatem, legatum petens ſummouetur exceptione doli. Benigna illa interpretatio, de qua diximus, non admittitur pro eo, qui pretio adductus omiſit. Fauetur magis ei, qui litium odio omittit. Alia exceptio in l. 55. ſi patroni. §. qui fideicommiſſariam. infra ad Trebell. Ratio huius exceptionis eſt, quam affert ibi Papinianus, quia deſtituit ſupremas defuncti preces. Abſque aditione ſiquidem non poteſt valere fideicommiſſum, cum ſit ſolus hæres. Hæc ratio locum non habet in ſpecie noſtra, & lex; filio pater. vbi nullum eſt fideicommiſſum, & alius eſt cohæres, qui poteſt adire.

Dixi, cum hæres omiſit hæreditatem, poſſe eum petere totum prælegatum. Benigna interpretatione intelligitur nunquã inſtitutus eſſe, qui omiſit. Oppo. huic ſententiæ l. 75. miles. §. pro parte. de l. 2. vbi hæreditas adita non eſt: tamen prę legatum non valet, niſi pro parte. Hinc natæ ſunt varię diſtinctiones apud Accurſ. & cæteros. Quidam dicunt legem noſtram locum habere in ſuo hærede. l. miles. in extraneo. Mouentur eo quod dicitur hic abſtinuiſſe. Sed certi iuris eſt extraneum quoque qui omiſit, poſſe totum legatum petere. l. 89. Nam nec emancipatus. infra eo. quæ lex eſt Iuliani lib. 36. Digeſtor. Et ſuſpicor huius quoq; capitis eandem inſcriptionem eſſe debere.

Alia eſt ſolutio vulgo probata & recepta, quod conditionale ſit hoc legatum ex mente teſtatoris. Conditio eſt, ſi repudiauerit hæreditatem, quia aliter nõ poteſt conſiſtere. Hæc autem conditio in ſpecie noſtra exiſtit viuo legatario. In altera ſpecie non exiſtit, niſi eo mortuo. Ideoque non tranſmittitur. Legata conditionalia non tranſmittuntur. §. ſin autem. C. de caduc. toll. Exiſtimo ſomnium hoc eſſe. Nam hoc legatum eſt purum, nec vllam habet conditionem, niſi forte iuris, quæ non impedit tranſmiſſionem. dixi ad l. 3. ſup. Mouet me quod dicitur legatum non conſiſtere pro parte. l. eum, qui. §. pro parte. de iis, quib. vt indig. Inutile autem eſſe legatum non diceretur, ſi conditionale eſſet. Cuius enim vis & effectus pendet ex euentu conditionis, non dicitur inutile eſſe aut non conſiſtere. Hic non eſt mos loquendi Iureconſultorum. Denique aliis argumentis poſſet impugnari hæc ſententia quæ in aliorum ſcriptis legere eſt. Nos ea omittimus breuitatis cauſa. Ego alias interpretationem attuli ad d. l. miles quam breuiter recitabo. Videbitis num vobis probari poterit. Dicebam in ea ſpecie fundum legatum cohæredi, totum tranſire ad hæredem: Papin. loqui de portionibus. qui certorum fundorum portiones fuerant ei legatæ: aliæ vero portiones aliis cohæredibus. Non eſt igitur mirum quod ait portiones tantum tranſire. quia portiones tantum legatæ ſunt. Conſentaneum igitur hoc eſt legi noſtræ, in qua dicitur, quod legatum eſt, totum deberi. Simile in l. ſi paterfamil. ſupra de hęredib. inſtit. & §. vlt. Inſtit. de vulg. Pro confirmatione huius interpretationis animaduertendum eſt illud caput ſumptum ex lib. 6. reſponſo. Papin. Ex quo apparet eum de ſpecie certa quæ inciderat, conſultum fuiſſe. Quænam fuerit ea ſpecies non ſatis exprimitur. Sed boni interpretis eſt

aliquam

aliquam fingere, quæ verbis conueniat, nec à ratione iuris aliena ſit. facit l. in ambigua. ſ. de legib. l. 98. quoties idem. ȷ. de reg. iur. Probabilis eſt igitur hæc interpretatio: ſed vereor vt verbis conueniat: quæ pro parte cohæredum conſtiterunt. Verũ puto etiam defendi poſſe totum fundum prælegatum fuiſſe vni, & partem tantum tranſire. Nec ideo contraria hæc erunt. Nam in primis ſpecie diuerſæ ſunt. Hic repudiauit hæreditatem: ibi deceſſit ea non adita. Ratio quoque diuerſa eſt, quod neceſſe eſt. l. 108. à Titio. infra de verborum obligat. Id oſtendo. Dixi ne legatarium quidem ipſum poſſe petere totum inſpecto rigore iuris ciuilis. Vlpianus ait inutiliter legari pro parte. dicta l. legatum. Papin. ait non conſiſtere pro parte. dicta leg. eum, qui. §. pro parte. hic rigor iuris temperatur æquitate interpretationis, propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Durum viſum eſt deſtitui voluntatem defuncti, propter ſubtilitatem, neſcio quam, verborum. Interpretatio autem longius producenda non eſt, quam vt à duritia illa recedatur. Quod accidit cum permittitur legatario totum petere, ſiue adeat, ſiue repudiet. Tunc abunde videtur ſatisfactum voluntati. Nam de ſe queri debet, non de legis aſperitate, qui voluntatem ſuam non declarauit, & hæredibus ſuis non conſuluit. Papinian. de facto conſultus reſpondit, vt iam dixi. Nullam animaduertit ęquitatem, propter quam contra rationem iuris reſponderet, præſertim in præiudicium cohæredum inſtitutorum. Permittitur nobis, qui ius profitemur, illa benignior interpretatio contra ſubtilitatem. Hæc ſunt quæ mihi videntur probabiliter dici poſſe de hac re. Pro coronide obſeruandus eſt caſus in quo hæres, qui omittit, nihil poteſt petere ex bonis defuncti, nulla ex cauſa. in l. 4. hæredes. Cod. lib. 11. de omni agro deſert. Si quis hæres extiterit ei, qui tributorum nomine fiſco obnoxius eſt, poteſt quidem repudiare hæreditatem, ſed ea repudiata, nec legatum retinet nec donatum. Ius ſingulare hoc eſt quod ad conſequentiam produci non debet. leg. quod vero, ſupra de legibus.

Ad l. 19. Legata inutiliter.

QVæſtio eſt facti ac voluntatis, quæ naſcitur ex ambiguo, cuiuſmodi pleræque ſunt in hoc tractatu. Tres hic ſpecies ſunt, quas ſigillatim & diſtincte declaraturus ſum. Prima eſt. Quidam legauit teſtamento fundum Titio. id legatum eſt inutile, vel quia teſtamentum eſt imperfectum, vel ob aliam cauſam. Deinde fecit codicillos, & legauit centum hoc modo, Hoc amplius hæres meus Titio centum dato. Quæritur an fundus Titio debeatur ex codicillis? Dubium non eſt quin legatum inutiliter relictum teſtamento, poſſit repeti & confirmari codicillis, ſed quæſtio facti hic eſt, an id teſtator voluerit. Naſcitur quæſtio ex ambiguitate horum verborum. Papinianus ait repetitum videri & confirmatum. Sic ergo interpretamur, amplius eo quod legaui, præter id quod legaui.

Qui decem legat præter fundum quem prius legauit, is fundum denuo legare intelligitur, vt particula demonſtratiua referatur ad rem prius legatam. Confirmatur hæc interpretatio aliis locis. Vnus eſt in leg. 3. qui ita. infra, de dote prælega. vbi cum eſſet ita legatum, Titiæ amplius quam dotem hæres meus det centum: dos quoque legata intelligitur. Si dixiſſet hic teſtator, Titio amplius quam fundum hæres meus decem dato, proculdubio deberetur fundus. Eſſet enim ſimilis ſpecies ſpeciei dictę leg. qui ita. Idem eſt cum particula demonſtratiua vtitur, hoc. leg. certum. ſupra, de reb. cred. Alius locus eſt in l. 52. ſi tibi pure. infra de legat. 3. vbi Iuriſconſul. Pompon. exemplis docet claris & perſpicuis, vſum huius ſermonis. Nam ſignificatio verborum æſtimanda eſt ex vſu. Labeo. infra de ſupel. leg. Eſt autem in dict. leg. ſi pure. verſicu. *Sicuti dicimus, &c.* Legendum viſcerationem, epulum ſcilicet quod popul. Roman. præbebatur, in his exemplis legatum relinquitur vni & eidem perſonæ. Alia exempla ſunt, in quibus poſterius legatum alij relinquitur. veluti in l. 13. ſi ſic locutus. de legatis 3. Vbi etiam hæc locutio vim repetitionis habet. Hæres meus Titium fundum dato, Seio hoc amplius decem. Quo caſu fundus vtrique legatus intelligitur. Oppon. huic ſententiæ lex, 105. Si ſeruus legatus. §. ſi ita ſcriptum. hoc titu. vbi ſimilis eſt ſpecies ſpeciei l. ſi ſic locutus. In vna repeti dicitur, in altera non repeti. Et quod magis mireris, vterque Iureconſult. ait dubitandum non eſſe. Difficilis eſt antinomia. Cumanus fatetur diſſenſiſſe Iureconſultos in hac re. Nec alienum videri debet eos non ſemper conſentire in quæſtionibus facti, quæ verſantur in ſtatu coniecturali. Hæ quæſtiones propriæ non ſunt Iureconſultorum: ſed magis pertinent ad Grammaticos, Dialecticos, & Rhetores. Plerique veterum has quæſtiones reiecerunt tanquam alienas à profeſſione ſua. Iureconſulti eſt docere, quando ſeruanda ſit voluntas, ſi de ea conſtet. Nam hoc ad ius pertinet. Sed voluntatem colligere ex coniecturis non eſt proprium munus Iureconſulti. Fuſius oſtendi in Scæuola. Si igitur diſſentiunt, vt Cumanus ait, diſſenſio hæc in iure non eſt. Vni forte vſitatum videtur, quod alij non videtur. Conuenit inter eos ſequendam eſſe voluntatem, ſi verbis idoneis declarata ſit. Ego vero exiſtimo nullam hic repugnantiam eſſe, ſi commode & abſque cauillatione verba eorum accipiamus. Species diuerſæ ac diſſimiles ſunt. In ſpecie §. ſi ita ſcriptum: non eſt adiecta particula demonſtratiua, hoc. Nam difficultas non oritur ex verbo amplius, vt plerique putant: ſed ex particula demonſtratiua. Ambiguum eſt ac dubium quid demonſtret, an rem legatam, an totum actum qui anteceſſit. Multum intereſt vtro modo accipiatur. Si totum actum, ſenſus erit, Legaui Titio fundum: ſed plus facere volo, quam feci. nam volo decem dari Sempronio. Et hoc ſenſu nõ debebitur fundus Sempronio: ſed ſoli Titio. Si rem legatam demonſtret, alius erit ſenſus. Hoc amplius lego decem Sempronio. amplius quam fundum, id eſt, præter fundum, vel vltra fundum, quem legaui Titio. In hac ambiguitate Iureconſulti fere ſic interpretantur, quaſi demonſtretur res legata. Qui videbant hoc eſſe magis vſitatum tempore ſuo, atque ita accipienda eſt ſpecies leg. ſi ſic locutus. in §. ſi ita ſcriptum. ſpecies non eſt vſquequaque ſimilis. Nam deeſt particula epidictica, vbi verba non ſunt apta ad demonſtrandam rem legatam. Verba magis referuntur ad totum actum, qui anteceſſit, quaſi tęſtator ita dixerit, Legaui iam Titio fundum: ſed aliquid amplius volo facere, quam feci. Nam volo dari decem Seio. Non ſolum volo dari fundum Titio: ſed etiam decem Seio.

Quod autem in dicto §. ſi ita ſcriptum. ſubiicitur de legato ita relicto, hoc amplius, &c. nos mouere non debet. Id enim obiter dictum eſt. nec dicitur quid iuris ſit. In ſpecie §. ſi ſic locutus. facilius apparet fundũ demonſtrari. Titio fundum, Seio hoc amplius decem, id eſt, hoc fundo amplius. In ſpecie l. qui ita. infra de dote prælegat. nulla eſt dubitatio. Eſt enim longe diſſimilis ſpeciei §. ſi ita ſcriptum. vbi vtraque res legata exprimitur, vt ne ambigua quidem oratio dici debeat.

Notandum eſt igitur ex iam dictis, his verbis hoc amplius, repetitionem quandam induci. Multiplex ſiquidem eſt effectus huius repetitionis. Primum confirmatur legatum inutile, vt hic dicitur. Secundo, legatum vni relinquitur alteri. dict. leg. ſi ſic loquutus. Tertio, conditio aut dies repetita intelligitur poſteriori legato, quæ erat adſcripta priori. leg. 76. auia. infra, de condit. & demonſt. l. 107. libertis omnibus. eod. tit. l. 54. ſi tibi. l. 63. in repetendis. infra, de legat. 3. hæc de prima ſpecie huius cap. Altera eſt ſpecies ibi, Quas pecunias, &c. vbi clauſula adſcribi ſolita ſubleuandi hæredis gratia, vtilibus legatis dies prorogatur, inutilia non confirmantur. Nullum eſt enim verbum ex quo appareat eum demum legare voluiſſe, quod inutiliter relictum fuit. Deinde quod minuendi cauſa ſcriptum eſt, non debemus ſic interpretari vt valeat ad augendum. Exempla ſunt vulgaria in leg. legata inutiliter. infra, de adimen. legat. l. 71. cum tale. §. vlt. de condit. & demonſtr. leg. Titia. §. vlt. de manu. teſtam. Sic viceuerſa, quod fit gratia augendi, non ſic interpretamur, vt minuat. l. 19. ſi mancipia. infra de inſtruct. legat. Niſi manifeſte appareat contraria voluntas ex verbis. leg. 29. Aurelius. §. teſtator. de liber. legat. In hac igitur ſpecie teſtator voluit minuere legatum magis, quam augere. Minus enim ſoluit, qui tardius ſoluit. §. plus autem. Inſti. de action. Non ergo ſic interpretabimur, vt magis valeat legatum, vt confirmetur inutile. Inutilis eſt igitur prorogatio diei. Tertia ſpecies. Ab impubere legatus eſt fundus Titio inutiliter: à ſubſtituto legata ſunt

centum eidem Titio his verbis, hoc amplius. Similis eſt hæc ſpecies primæ, non ſecundæ. Varia hic eſt lectio. nihil video cur à Floren. recedamus, vbi ſic legitur, nec ille, patri hęres extiterit & deceſſerit. Id eſt, ſi filius deceſſerit non adita hæreditate. Idem dicendum eſt, & ſi deceſſerit impubes. Nihil refert, an ſuccedat ex vulgari, an ex pupillari, facit l. iam hoc iure. de vulg. & pupil. ſubſtit. ſupra. Cur ergo hic caſus expreſſus non eſt? Talis ſpecies forte inciderat, quam tractabat Papi. in quæſtionibus ſuis. Qui hoc non animaduerterunt, voluerunt emandare hunc locum: ſed minus audacter. Cauendum eſt ab ingenioſis iſtis corruptoribus librorum. Cætera dicemus ad l. ſi ita relictum. inf. de leg. 2.

Ad §. in legato.

Locus eſt de effectu legati. Debetur legatario quod legatum eſt. Vnde ſæpe quæritur, quid, aut quantum legatum ſit. Vt in illa ſpecie, Titio & Sempronio fundum lego, vterque petit, quantum cuique debeatur. Æquæ partes debentur. Id enim magis æquum eſt, & magis conſentaneum voluntati: niſi aliud appareat. Æquitas dicitur ab æqualitate. Voluntas contraria poteſt colligi ex coniecturis, de quibus locus eſt in l. 23. quoties. ad Treb. Simile exemplum eſt de hæredum inſtitutione. in l. 9. quoties. §. hæredes. de hæredib. inſtit. Aliud ſimile eſt in ſocietate. l. ſi non fuerint. ſup. pro ſoc. An autem in hac ſpecie legatarij ſint coniuncti verbis tantum, quæri ſolet. Ego alias docui, re & verbis coniunctos eſſe. quia res eadem vtrique legatur ſine diſtributione partium. Verborum coniunctio fit hoc modo, Fundum illum æquis partibus do, lego. l. 89. re coniuncti. de legat. 3. Verum illi ſumunt argu. ex hoc loco Vlp. Verbis coniuncti ſunt, cum eadem res legatur duobus ęquis partibus. d. l. re coniuncti. At in hac ſpecie debentur æquæ partes. ergo ſunt verbis coniuncti. Vnde illud efficitur nullos eſſe coniunctos re & verbis. Sed certum eſt Iureconſultos tria genera facere coniunctorum. leg. triplici. infra de verb. ſignifi. Non igitur repudianda eſt miſta coniunctio. Ego hanc opinionem refutaui lib. 1. de iure accreſ. cap. 9. vbi dixi, verbis tantum cõiunctos eſſe cum partium diſtributio expreſſa eſt à teſtatore. In hac coniunctione verborum maxime ſpectantur verba. Verbis coniungi debent legatarij. Ineptum eſt quod adducitur ex l. cum quid. de rebus cred. eandem eſſe vim taciti & expreſſi. Huiuſmodi theſes perquam fallaces ſunt, nec vllum inde firmum argumentum certumque duci poteſt. l. 20. qui duos. Interpretabor cum l. 36. legata generaliter, infra eod.

Ad l. 21. Grege legato.

Similis locus ſuperiori, in quo quæritur quid & quantum debeatur legatario. Quidam legauit gregem ouium, qui conſtabat decem ouibus. vt in l. oues. de abigeis. Auctus eſt grex viuo forte teſtatore. Quæritur an omnia capita debeantur? Vlpian. ait, quæ accedunt etiam deberi. Nam idem grex eſt, licet augeatur, vt dicitur in §. ſi grex. Inſtit. de legatis. Grex vnum veluti corpus eſt, ex diſtantibus capitibus. leg. 30. rerum mixtura. de vſucap. Sicut idem ædificium eſt quamuis lapides aliqui, aut ligna adiecta ſint. Si quid adiiciatur ædibus poſt factum teſtamentum, id totum debetur legatario. Id plerunque obſeruatur in ſingularibus rebus legatis. leg. ſi ex toto. ſupra eo. Sed in legata vniuerſitate multo magis. Cuiuſmodi eſt grex, item peculium, familia. l. 67. peculium. de legat. 2. Peculium corpus vnum eſt, conſtans ex diuerſis rebus, ſicut grex. Ideoque vniuerſitas plerunque dicitur. Ex iam dictis apparet fœtus ouium editos ante mortem teſtatoris, deberi legatario. quia accedunt gregi, & ipſum augent. Nec contrarium eſt quod fructus non debentur legatario, niſi à tempore moræ. leg. 23. ſi quis bonorum. infra eod. vbi dicemus. l. quæſitum. §. vltim. hoc etiam titu. & tit. C. de vſur. & fructib. legatis. Nam reſpondeo id locum non habere in grege legato, aut alia huiuſmodi vniuerſitate. Hanc differentiam ponit Modeſtinus in l. 39. equis. de vſur. lib. 9. Differentiar. Voluit enim oſtendere Modeſt. multa differre, quæ videntur ſimilia eſſe. Imperiti non poſſunt hæc diſcernere. Si quis legauerit equos ſuos, non debentur fœtus, niſi poſt moram hæredis. Inſpicitur enim tempus teſtamenti. l. 7. ſi ita. infra de auro & arg. Si quis legauerit equitium, debentur quan[…] docunque editi etiam ante moram. quia equitium debetu[r] quod habuit teſtator. At idem eſt equitium, licet alij ſint e[…] qui. facit l. grege. de pigno. ſupr. vbi quæ poſtea nata ſunt, pi[…] gnori tenentur. l. 21. ſi cum teſtamento. §. ſi petiero. de excep[…] rei iud.

Ad l. 22. Si grege.

Quæſtio, de qua hic, pendet ex ſuperiori, & ei affinis & ſi[…] milis eſt. Pecora mortua ſunt & alia ſubſtituta, vt fit. I[…] dem grex eſt, etſi forte totus renouatus ſit. dicta leg. grege. d[…] pignor. Hinc ſimile eſt quod dicitur de iudicio in l. propone[…] batur. ſupra de iud. Diſputat Seneca lib. 8. epiſt. 59. Certu[m] eſt gregem vindicari. l. 1. §. vlt. & l. 3. de rei vindic. facit l. vindi[…] catio. eod. tit. Non eſt recepta peculij vindicatio, ſicut greg[…] Ideo forte quia peculium conſtat plerunque ex iuribus, qu[…] corporalia non ſunt, nec vindicari poſſunt. Nam ſi corpor[…] tantum ſint in peculio, nulla videtur cauſa cur non vidicetu[r] ſicut grex. Atque ita poteſt accipi lex, ſi peculium. infra de pe[…] cul. legat. quæ videtur contraria. Vindicatur autem & ſi v[…] num caput ſuperſit ex grege, quamuis grex eſſe deſierit. Se[…] quomodo cum extinctum ſit legatum? Et perempta re lega[…] ta liberatur hæres. l. 86. huiuſmodi. §. ſi cui. infra eod. Difficul[…] tatem auget l. vltim. quib. mod. vſusfruct. amit. vbi ſi legatu[…] ſit vſusfructus gregis, extinguitur cum deſinit eſſe grex: cur[…] ſcilicet eouſque peruenit numerus gregis vt grex non eſſe in[…] telligatur. Reſpondeo id benigna interpretatione admitti[…] vt petatur quod ſupereſt ex re legata. Quod in vſufructu re[…] ceptum non eſt. Certum eſt vſumfructum facilius admitti[…] quam proprietatem. §. finitur. Inſtit. de vſufruct. & ſimil[…] Oppon. l. ſicut. §. vlti. ſupra quod cuiuſque vniuerſi. vbi ſi vni[…] uerſitas ad vnum redit magis admittitur poſſe eum conueni[…] re & conueniri, cum ius omnium in vnum reciderit, & ſte[…] nomen vniuerſitatis. Idem ergo de grege videtur dicendu[m] eſſe. Duæ ſolutiones ſunt apud Accurſium non magni por[…] deris. Puto vtilitatis cauſa hoc receptum eſſe in vniuerſitat[…] quæ ex hominibus conſtat, ne corpus vtile reipub. pereat. So[…] cietates illæ ad publicam vtilitatem pertinent, nec vllæ ali[…] permittuntur. Parum autem refert, an multa pecora pr[…] corpore & vniuerſitate accipiamus, an pro ſingulis capitibu[…] Et animaduertendum eſt quod in dict. l. ſicut. in ſi. Iuriſcon[…] ait, magis admitti, &c. Subtilitas enim non videbatur h[…] permittere. Plures cõſtituunt collegium, ſicut gregem. l. N[…] ratius. de verb. ſignif. Notanda ſunt verba illa noſtræ legi[…] Quemadmodum inſula, &c. Quod igitur reliquum eſt, ex r[…] legata poteſt peti. Sed opponuntur huic ſententiæ. Oppon. ſi ita legatum. 68. §. vlt. infra eod. vbi ſi domus deſtructa ſit & alia ædificata, perit legatum. Item l. 50. mortuo, de legat. 2. I[…] tem l. peculium. 67. §. quadrigæ. de legat. 2. Item l. lana. 86. in[…] fra de legat. 3. vbi naue diſſoluta, neque nauis, neque materi[…] debetur.

Quæſitum fuit, an quod ſupereſt ex re legata, debeatu[r] legatario. Pompon. noſter oſtendit deberi. Quod planu[m] eſſet niſi repugnarent alij loci quos adduxi. Nam in pleriſqu[e] ſimilibus ſpeciebus dicitur nihil deberi. Sed ſpecies illæ no[n] omnino ſimiles ſunt: ac diligenter inſpicientibus appare[…] bit aliqua diſſimilitudo & differentia. Maxime ſi expende[…] rimus diſtinctionem illam corporum, quæ eſt in leg. reru[m] mixtura. 30. infra de vſucap. Quam diſtinctionem etiam tra[…] dit Seneca lib. 17. epiſt. 103. Vnum eſt quod continetur vn[o] ſpiritu, vt homo, lapis, lignum. Seneca vocat continuum. Aliud eſt compoſitum magis, quam continuum, vt naui[s] domus, ἡνωμένον vnitum. Diuerſæ partes iunctura in vnu[m] ſunt coactæ. Tertium eſt ex diſtantibus, vt populus, gre[x] exercitus. Pompon. noſter hic præcipue loquitur de terti[o] iſto genere, ſed ſubiicit ſimilitudinem de ſecundo. Vide[a]mus ergo primum de eo, quod ex diſtantibus componitu[r]. Ait Pomponi. deberi quod ſupereſt ex grege, vt vnum b[…] uem. Hoc recipitur benigna interpretatione. Benigne i[n]terpretamur teſtatorem ita ſenſiſſe. Quamuis ſubtiliter d[i]ci poſſit non deberi, quaſi extincta re legata. Hæc interpre[…] tatio facile admittitur in hoc genere corporum, quod […] diſtantibus eſt. Quia hoc corpus conſtat ex diſtantibus, pe[…] inde habetur propemodum ac ſi vna res legata eſſet: ſ[…] plur[…]

lares diſtinctæ & ſæparatæ. Cum quis legat plures res, vna xtincta, nihilominus aliæ debentur. At hic plures ſunt, eæque ſeparatæ & diſtantes, quamuis vnum corpus dicantur onſtituere. Interpretatio accommodari debet voluntati tetatoris, quoties aliqua occaſio benignius interpretandi ſeſe ffert. nam capienda occaſio eſt quæ præbet benignius reponſum. l. capienda. 128. infra de reg. iur. In hac ſpecie occaio bona eſt, quia corpus hoc conſtat ex diſtantibus. In alio xemplo, quod eſt ex l. 65. peculium. §. quadrigæ. de legat. 2. efert, Papin. opinionem quorundam, nec aperte docet quid entiat. Videbat ſimilem eſſe quadrigam gregi, ideoque debei legatario quod ſupereſt. Sed tamen non potuit negligere ſtorum opinionem: quod videret aliquam diſſimilitudinem ſſe harum ſpecierum. In ſpecie de grege, capita omnia paria unt, nullum altero principalius eſt. In quadriga, vnus eſt quus cæteris principalior, qui demonſtrat quadrigam. Videamus de ſecundo genere, quod compoſitum vocat Senea. Huius generis exemplum hic eſt de domo. Nam Pomponius ait aream poſſe vindicari. quia area præcipua pars eſt donus. l. qui res. 98. §. aream. infra de ſolut. Area, inquit, pars ſt inſulæ, & quidem maxima Argumento eſt, quod ſuperices cedit ſolo, cohæret ſolo, ſequitur ſolum. leg. obligatioıum fere. §. placet. infra de oblig. & actio. Proinde ſi contingeret aream perire, puta chaſmate aliquo forte, aliud dicenum eſſet. Sicut ergo in ſpecie de quadriga perit legatum, erempto eo, quod eſt principalius, ita valet legatum cum id quod eſt principalius, manet. Atque hinc intelligere icet, cur apud Pomponium ſimilia habeantur grex & domus, quamuis diuerſa genera corporum ſint. Hic occurrit difficius antinomia ex leg. ſi ita legatum. 65. §. ſi domus. infra hoc it. Vbi perit legatum domus, ſi deſtructa ſit, & alia ædificaa. Accurſius ait diuerſum caſum eſſe, nec aliud quicquam ddit. Vidit forte quod & quidam alii, in ea ſpecie extructam ſſe aliam domum in area. Sed debuit rationem aliquam huus diuerſitatis afferre. Non ſatis eſt ſpecies diuerſas eſſe, niſi ratio quoque diuerſa ſit. leg. à Titio. de verborum obligat. Et reuera non puto rationem bonam diuerſitatis afferri poſſe. Deinde idem alibi dicitur de domo, quæ poſtea ædificata eſt, in leg. 44. ſeruum filii. §. ſi areæ. Hic ego animaduerto diſſimilitudinem aliquam in his ſpeciebus eſſe. Pomponius hic loquitur de domo combuſta. Celſus in leg. ſi ita legatum. loquitur de domo, quam teſtator deſtruxit vt aliam ædificaret. Quo caſu non debetur ne area quidem. quia creditur mutata voluntas teſtatoris. Facile creditur mutaſſe voluntatem is, qui domum legatam deſtruxit. Hæc coniectura locum non habet in domo combuſta. Combuſta enim eſt fortuito caſu, ſine voluntate & conſilio teſtatoris. Præterea oppon. l. lana. 8. de legat. 3. vbi naue diſſoluta, ne materia quidem debetur. dicam infra eod. ad leg. 24. quod in rerum. §. vltim. Veniamus ad aliud genus corporum quod continuum dicitur. Exemplum eſt in leg. mortuo. 50. de legat. 2. vbi mortuo boue neque corium, neque caro debetur. Nulla eſt occaſio benignioris interpretationis in hac ſpecie. Non conſtat hoc corpus ex diſtantibus corporibus, ſicut de grege dictum eſt: vt poſſimus interpretari plura quodammodo legata eſſe. Nec etiam manſit quod principalius eſt, ſicut in domo combuſta. Imo periit quod eſt principalius, ſcilicet anima & ſpiritus bouis. Itaque nos interpretamur totam rem periiſſe, vt nihil debeatur legatario. Oppon. huic ſententiæ lex 49. ſolum. §. prim. ſupra de rei vindic. vbi dicitur meum eſſe quod ex re mea ſupereſt, cuius vindicandi ius habeo. Reſpondeo leg. mortuo. intelligendam eſſe, niſi bos iam factus ſit legatarii. Quod accidit cum mortuo iam teſtatore, & adita hæreditate periit. leg. à Titio. 65. de furt. leg. ſi tibi homo. 85. §. cum ſeruus. infra hoc tit. Tunc ergo legatum non debetur cum bos periit viuo teſtatore, vel ante aditam hæreditatem. Si quis dixerit nihil excipi verbis, l. mortuo. Reſpondeo ex leg. non eſt noum. de legibus, niſi contrariæ ſint. non ſunt contrariæ ipſo iure. Ex iam dictis poteſt intelligi cur condictione furtiua petatur quod ſupereſt. leg. 14. ſi ſeruus. §. Boue. de cond. fur. Condictione furtiua petimus quod noſtrum eſt. l. 1. de condict. furt. & hoc receptum eſt odio furum, quod alias non admitteretur. §. ſic itaque diſcretis. Inſtit. de actionibus.

Ad l. 23. Si quis bonorum.

Hanc interpretabimur cum l. non amplius. §. vlt.

Ad l. 24. Quod in rerum.

LOcus eſt de iis,, quæ legari poſſunt. Dubitatur de eo quod non eſt in rerum natura. Sed valet eius legatum, propter ſpem. l. etiam. 17. de legat. 3. §. ea quoque. Inſtit. eo. Quæritur, an hoc legatum conditionale ſit? Reſpondeo tacitam habere conditionem. l. 1. de cond. & demonſt. l. interdum. 73. de verb. oblig. ſi naſcatur. nec enim aliter peti poteſt legatum. Nec cedit dies quantum ad actionem. l. cedere. de verb. ſigni. Cedere tamen quantum ad tranſmiſſionem, docui ad leg. 3. ſupra eod. hoc expreſſum eſt in leg. cum illud. §. vltim. infr. quando dies leg. Vnde ſumpta eſt lex, conditiones extrinſecus. 98. de condit. & demonſt. vt inſcriptio oſtendit. Ex quo apparet eam leg de tranſmiſſione accipiendam eſſe. Hæc autem conditio non venit ex teſtamento: ſed extrinſecus ineſt, & ſi neque verbis expreſſe eſſet, neque ex verbis colligeretur. Eſt neceſſaria conditio iuris. Nam plerunque accidit vt tacita conditio impediat tranſmiſſionem, cum videlicet ex teſtamento venit. l. quod pure. infra quand. dies legat. quæ tacite colligitur ex verbis, non ineſſet, niſi appareret teſtatorem de de ea ſenſiſſe. Tacitam autem hic vocamus, quæ nullo modo ex teſtamento venit, id eſt, neque ex verbis, neque ex tacita voluntate, ſed ex lege. Quinimo ſi de ea teſtator ſenſerit, aut forte eam expreſſerit, non ideo legatum erit conditionale. l. 3. ſupra. Exempli gratia, Lego fructus, ſi naſcentur.

Ad §. Si vſumfructum.

QVæſtio facti ac voluntatis eſt. Quidam habebat vſumfructum fundi, &c. Legauit eum vſumfr. Ex hac ſpecie oritur duplex quæſtio. Vna an ſit vtile legatum, altera an conualeſcat acquiſita poſtea proprietate. Ad priorem quæſtionem, an valeat? Ait Pompo. inutile eſſe. quia vſusfructus finitur morte. Legatum confertur in tempus, quo ius illud finitur. facit lex 51. ſi Titio cum morietur. ſupra de vſufructu. Et hoc ita viſum eſt Pompo. ſed tamen non caret dubitatione. Nam ſi coniecturis locus ſit, videtur legatum valere, nec multum ad rem pertinet quod vſusfructus morte finiatur. Nam res aliena poteſt legari non minus, quam propria. leg. cum rem alienam. C. eod. §. non ſolum. Inſtit. eod. Cur ergo non interpretamur legatum eſſe vſumfruct. vt redimat hæres, vel præſtet æſtimationem? Nam in dubio non videtur ea interpretatio ſequenda eſſe, qua id, de quo agitur, pereat. l. 12. quoties. de reb. dub. l. ſi quando. 109. infra hoc tit. l. diuus. ſupra de vſu & habit. Reſpondeo hanc coniecturam alii fortiori & efficaciori cedere. Nam non facile creditur teſtator onerare ſuum hęredem neceſſitate redimendi. l. vnum ex familia. §. ſi rem. de legat. 2. Quoties aliqua occaſio eſt benignioris interpretationis, pro hærede: dixi ſupra ad leg. ſerui electione. §. cum fundus. In hac ſpecie magis credibile eſt teſtatorem ideo legaſſe, quod non cogitaret id ius morte finiri. Facilius enim præſumimus teſtatorem erraſſe, quam oneraſſe hæredem neceſſitate redimendi. l. 36. Sticho. de vſufru. legat. Ceſſante igitur hac coniectura, non video cur legatum non valeat. Pone hominem fuiſſe verſatum in iure & foro, quem non ſit veriſimile hoc ignorare. hinc colligitur interpretatio. Nõ enim creditur legaſſe rem alienam, cum ſimpliciter vſumfructum legauit. l. vxor. 20. C. eo. Sed aliter poteſt intelligi ille locus, quod non potuerit legare in præiudicium domini. nam ſi dicamus ſimpliciter non poſſe legare, falſum hoc erit. In his reſcriptis difficultas plerunque reperitur, propterea quod ſpeciem non habemus, de qua reſcribit Imperator. Si quis obiiciat videri legare ius quod habet, vt dixi ſupra ad l. ſerui electione. §. fundus. At habet vſumfructum, ergo vſusfr. debetur. Reſpondeo id verum eſſe, cum illud ius non finitur ipſius morte, vt l. ſi domus. 70. §. vlt. infra eod. Illud ius tranſmittitur ad hæredem.

Altera quæſtio eſt, an proprietate poſtea acquiſita conualeſcat? Ait Pompon. conualeſcere. Benigne interpretamur teſtatorem ita legaſſe, ſi vel tunc ei liceat, vel poſtea licuerit. Quia forte cogitabat fore, vt ſibi acquireretur poſtea plena proprietas. Dixerit aliquis, imo acquiſita proprietate extin-

guitur vſusfructus. quia res ſua nemini ſeruit. l. vti frui. §. ſi vſusfr. pet. Ergo non recte dicitur conualeſcere legatum vſusfructus. Reſpondeo teſtatorem acquiſita proprietate adhuc habere vſumfructum, id eſt, commoditatem, quæ conſiſtit in perceptione fructuum. Vſusfructus dupliciter accipitur, vt ſcripſi ad l. ſi ita ſtipulatus. 126. inf. de verb. oblig. Et vulgo dicitur quidam eſſe vſusfructus formalis, alius cauſalis. Qui igitur habet vſumfructum coniunctum cum proprietate, qui ſeruitus non eſt, recte transfert vſumfructum alterum, qui ſeruitus eſt. l. quod noſtrum. 63. ſupra de vſufruct. Oppo. regula Catoniana, l. 1. de reg. Caton. §. an ſeruo. Inſtit. de legat. Hæc regula locum non habet in legato cuius dies cedit ab adita hæreditate. l. 3. de reg. Cato. l. cum legato, infra quando dies legator. cedit. Quia non poteſt dici inutile eſſe legatum, cuius dies nondum ceſſit, cuiuſmodi eſt legatum vſusfructus. l. 2. infra quando dies legat. C. de caduc. tollen. §. libertatibus.

Ad §. Si quis poſt.

LOcus hic iam à nobis tractatus eſt ſupr. ad l. ſi ex toto: & ad l. grege. Oſtendit Pompon. ſi quid acceſſerit legato, id cedere lucro legatarii, contra ſi quid deceſſerit. Duæ ſunt partes huius capitis. Prior pertinet ad augmentum, altera ad diminutionem. Priori parti ſimilis locus eſt in leg. cum fundus. 10. infra de leg. 2. Nec contrarium eſt quod dicitur, l. ſi ita. 7. infra de auro & argen. vbi ſpectatur tempus teſtamenti. Reſpondeo enim non deberi aliam rem, quam quæ erat tempore teſtamenti. Sed hic eadem res eſt. Vna res hic accedit alteri, ita vt vna res fiat ex pluribus: ſicut diximus de grege. Hoc ſatis colligitur ex dict. leg. cum fundus. vbi Iuriſconſ. vocat vniuerſitatem, ſicut gregem. Si res ſeparatæ ſint, nec ita vnitæ vt vnum corpus faciant, aliud dicendum eſt. dict. leg. ſi ita. Altera pars ad diminutionem legati pertinet. Deſtinatio, de qua hic agitur, ademptionem quandam continet. Sicut alienatio rei, in leg. ſi ex toto. ſupra eo. Creditur teſtator mutaſſe voluntatem. Sed de his plura non dicemus, quia hæc ſatis tractata ſunt ad dict. leg. ſi ex toto. ſupra. Notãdus eſt obiter locus communis de appellatione rerum. Appellationes enim & nomina fundorum, arbitrio cuiuſque domini imponuntur & mutantur. arg. C. de mutatio. nom. Non eſt ea appellatio naturalis, ſed arbitraria. Communes autem rerum appellationes, quaſi naturali quodam conſenſu hominum inditæ ſunt rebus. Ideo dicuntur immutabiles eſſe. leg. 4. ſup. eo. Non enim pendent ex cuiuſque voluntate & arbitrio. l. Labeo. de ſupel. legat. Huc pertinet l. 2. de vſufruct. ear. rer. quæ vſu conſu. Naturalis ratio auctoritate ſenatus mutari non potuit. Neque ſenatus, neque princeps, aut Rex mutare poteſt communes rerum appellationes. Dixi ad dict. leg. 4. ſupra eod. Adde ſupradictis, quod paterfamil. fundos conſtituit arbitrio ſuo, (non iam de nomine loquor: ſed de re) atque ex vno facit duos, vel ex duobus vnum. leg. ſi quis duas. §. ſi quis partem. ſup commun. præd. Cum diuiſus eſt fundus regionibus, vnaquæque regio totus fundus dicitur, non pars. Vna domus diuiditur in duas interpoſito pariete medio. dict. §. ſi quis partem. Paries autem eſt murus, ſiue maceria. leg. paries. de verb. ſignif. Quod autem dicitur, diuiſo vno fundo in duos, ex vno duos effici, hoc intelligendum eſt, ſi hæc fuerit voluntas patrisfam. Poteſt enim alio conſilio fieri diuiſio, vt leg. Caius. 88. §. Titius. infr. de leg. 2. vbi diuiditur vt duobus colonis detur colendus, quod ſperetur reditus vberior, ſi à duobus colatur. Pompon. noſter hic deſtinationem requirit, quod verbum de conſilio & voluntate intelligitur. Ex hac igitur deſtinatione colligitur mens & voluntas teſtatoris. Sic interpretamur quaſi voluerit adimere partem illam. Sed cur ait Pompon. & magis eſt? Oſtendit ſe hoc ſequi, vt probabilius & proximius voluntati. Nam poteſt alia eſſe eius voluntas & cogitatio. Nihil enim prohibet legatario dari fundum vnum, & partem alterius. Sed veriſimilius eſt, quod de ademptione hic dicitur: ſicut de alienatione in dict. leg. ſi ex toto. ſupr. eo. Ex his verbis colligitur à nonnullis deciſio quæſtionis multum agitatæ, quam ego hic tractaturus ſum. Pone creatus eſt in hac vrbe nouus magiſtratus, qui de annona ius dicat. An hac creatione videatur adempta prætori iuriſdictio de annona? Nam prætoris iuriſdictio eſt vniuerſalis. An ſit locus præuentioni inter eos? An vero nouus iſte præfectus annonæ ſolus cognoſcet? Quia huiuſmodi quæſtiones hodie in quotidiano vſu verſantur, ego libenter eas tractabo. Nihil eſt frequentius apud nos hac magiſtratuum nouorum creatione, propter incommoditatem temporum. Sic autem tractabo quaſi agatur cauſa in foro. Referam quid in vtramque partem dici poſſit: vt hæc ſint quaſi progymnaſmata quædam fori. Nouus magiſtratus ita cauſam ſuam tuetur. In primis ducitur argumentum ex Pompon. cum ait, Quod alii deſtinatum eſt, ademptum eſſe videatur. Cum ergo cognitionem de annona attribuit vni, eam videtur alii adimere. Item vulgare illud eſt; Generi per ſpeciem derogari. l. vxorem. 38. §. fœliciſſimo. de leg. 3. infra. Et hanc rationem ſecutus eſt Rom. Pontifex in ſimili ſpecie c. 2. de offic. legat. Legatus generalis in aliqua prouincia non poteſt de cauſa cognoſcere, quæ ſpecialiter alicui delegata eſt. quoniam, inquit, mandatum ſpeciale derogat generali.

Aliud argumentum ducitur ex l. cum prætor. 12. ſupra de iudic. vbi cum prætor vetat vni, intelligitur cæteris permittere. Si cum mandat vni nominatim vt iudicet, cæteris id prohibere videtur. Hinc generaliter dici ſolet, Qui de vno dicit, de alio negare videtur. Aliud argumentum ex l. ſi duo. 52. de admin. tut. vbi vni tutori vrbica, alii peregrina teſtator adminiſtranda commiſit. nec vrbicus tutor tenetur de rebus peregrinis, nec peregrinus de vrbanis, non magis, quam ſi tutor omnino datus non eſſet. Sic cum vni attributa eſt annona, non magis pertinet ad alterum, quam ſi omnino magiſtratus non eſſet.

Aliud argumentum ex offico Prætorum, de quo in leg. 2. de orig. iur. Prætor peregrinus fideicommiſſarius, &c. Hæc ſunt, quæ probabiliter dicuntur pro hac parte, quæ multos defenſores habet. Ego tamen aliis aſſentior, qui putant præuentioni locum eſſe, ſi modo res dubia ſit, nec poſſit apparere quid Princeps ſenſerit. In diplomate ſolet adiici plerunque vt priuatiue ad alios, &c. verba ſunt ex ſchola Barbarorum producta in forum, atque adeo in aulam ipſam, priuatiue, & cumulatiue. Item poteſt Princeps adiri, cuius eſt beneficium ſuum interpretari. l. ex facto. ſupra de vulg. ſubſtitut. In re autem dubia, ſequor opinionem eorum, qui putant vtrumque iuriſdictionem habere. Mouet me, quod in dubio ea interpretatio capienda non eſt, qua lex vetus mutetur & tollatur. l. præcipimus. C. de appel. Legum enim abrogatio interpretatione adiuuanda eſt. Eſt res odioſa & maxime vitanda priorum abrogatio. Imo priores trahuntur ad poſteriores, niſi contrariæ ſint. l. non eſt nouum. ſupra de legibus. At nihil contrarium hic eſt: quia poteſt vterque iuriſdictionem exercere cumulatiue, & per præuentionem, vt loquuntur. In dubio igitur interpretatio facienda pro cumulatione, non priuatione, id eſt, pro concurſu & præuentione magis quam pro ademptione & reuocatione. Argumenta poſſunt duci à ſimili ex multis locis, veluti ex l. 1. §. dixerit aliquis. infra de public. & vectigal. l. 3. nautæ, caupo. ſtabul. E re putauit prætor ſpecialiter aduerſus publicanos edictum proponere, vt innoteſceret eum curam habere reprimendæ improbitatis id genus hominum. Sic etiam oſtendit Princeps ſe ſpecialem velle magiſtratum creare, quod magnam habeat curam annonæ, vt hic ſuppleat quod Prætor maioribus negotiis occupatus, facere non poterit. Aliud exemplum eſt in le. quoties. 9. §. vltim. ſupra de admi. tut. Deinde alia ſunt exempla ſimilia de magiſtratibus ipſis. vnum eſt in le. 1. C. de offi. præfect. vrb. Alterum in l. vltim. C. de iuriſdict. omn. iudic. Aliud ſimile in iure pontificio c. per hoc. de hæret. in 6. Diſſolutio obiectorum ad hunc locum Pomponii, & diſſimilitudo apparet ex iam dictis: non eſt eadem ratio legati, quæ eſt magiſtratus. Maioris eſt momenti mutatio legum & magiſtratuum, quam legatorum ademptio. Eodem modo reſponderi poteſt ad l. vxorem. §. fœliciſſimo. Nam cum de legato quæreretur Iuriſconſ. facile ſecutus eſt eam coniecturam. At in hac ſpecie fortior eſt coniectura contraria. In l. 2. de offic. legat. mandatum ſpeciale derogat generali. ſed ibi nõ creatur nouus magiſtratus, ſed delegatur ei cognitio certæ cauſæ. Illa delegatio non adeo magni momenti eſt, vt magiſtratus creatio. Tutelæ diuiſio non eſt ſimilis in leg. ſi duo.

Simile eſſet, ſi crearentur eodem tempore duo magiſtratus, & certæ res ſingulis attribuerentur. hic non creantur eodem tempore. Item vnus vniuerſam iuriſdictionem habet, alter de certis rebus Romæ. Varii erant prætores: ſed officia eorum diſtincta, vt nulla eſſet dubitatio, aut ſi quando dubitatum eſt, interpretatio facta eſt pro præuentione. d. l. 1. C. de offic. præf. vrb. Ad l. cum prætor. illa magis noſtram ſententiam iuuat, ſi quid ad rem pertinet. non ideo creditur cæteris vetare, quod vni vetet. Princeps non intelligitur poteſtatem ordinariam & antiquam mandare, niſi id expreſſerit. Ad brocardicum, Qui de vno dicit, neſcio quid reſpondeam. Ego manus do, ſi his armis brocardicis pugnandum ſit.

Ad §. ſi nauem.

QVæſtio eſt affinis ſuperiori, §. ſi quis poſth. in eod. §. ſi quis poſthu. quæritur, quid debeatur legatario ſi quid adiectum, aut detractum ſit. & dicitur legatum creſcere, aut decreſcere. Addit Pomp. idem dicendum eſſe in hac ſpecie. Certa nauis legata eſt ac ſpecialiter deſignata. Naues ſolent habere nomina ſua, vt fundi, ædes. In Florent. legitur meam, ſed parum refert. Meam, demonſtratio certa eſt, ſi forte vnum tantum habeat. Additur aliquid loco eius quod detractum eſt. Dubitatur. quia videtur alia res eſſe, quam legata eſt. Sed dicitur eadem nauis eſſe, cum eadem carina manet. Carina eſt inferior pars nauis, & quaſi ſolum ac fundamentum. Sicut in domo area, quæ dicitur eſſe præcipua pars domus. l. qui res. 89. §. Area. infra de ſolutio. Dixi ad leg. ſi grege. ſupra. In hac igitur ſpecie nauis dicitur ſimilis domui deſtructæ, cum remanet area. Quid ergo ſi non maneat carina? Diſtinguendum vt in dict. leg. qui res. §. aream. de ſolut. ſi ea ſit mente nauis diſſoluta, vt tabulæ in alium vſum conuertantur, an vt ex eiſdem tabulis eam compingat. Similis diſtinctio eſt in leg. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram. de verbor. obli. Non eſt contrarium quod dicitur in l. lanam. 86. inf. de leg. 3. Loquitur enim de naue tantum diſſoluta, refectionis nulla eſt mentio. Sed cur non debetur quod ſupereſt ex re legata vt dixi ad leg. ſi grege. cum corpus eſt conſtans ex pluribus non diſtantibus, ſed vnitis? diſtinguendum eſt, an maneat quod principalius eſt, &c. veluti area in domo. in ſpecie l. lana. non manet ne carina quidem. Opponitur ſuperiori diſtinctioni lex, quid tamen. §. in nauis. ſupra quib. modis vſuſfruct. amit. Dicitur ibi naue diſſoluta, & ex eiſdem tabulis refecta vſumfructum extingui, nec diſtinguitur quo animo diſſoluta ſit. Sed iam dixi facilius amitti vſumfructum, quam proprietatem. Exemplum in leg. vltim. eiuſdem titul. de grege, qui ad vnum bouem recidit. Extinguitur vſusfructus. Quid ſi quis nauem incertam legauerit? Dicemus ad l. ſi domus. infra.

Ad l. 25. A filio.

LOcus de perſonis à quo, & cui legari poſſit. Species: filiusfam. hæres inſtitutus eſt, & patri legatum relictum. Dubitatio eſt, quia non poteſt cuiquam à ſeipſo legari. leg. & quidem. ſupra. l. legatum eſt. 116. §. 1. infra eod. Abſurdum eſt quenquam ſibi ipſi debere, atque eundem & creditorem & debitorem eſſe. Quod accidit in hac ſpecie: quia filius acquirit patri. l. 1. ſi à parente quis manumiſ. fuer. & Inſtit. per quas perſonas nobis acquir. Paulus tamen hic ait legari poſſe patri etiam pure. Nam facilius id admitteretur in legato conditionali, vt mox dicam. Addit etiam, ſi die legati cedente in patris poteſtate ſit, ne hoc quidem caſu inutile eſſe legatum. Dies legati cedit à morte teſtatoris. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend. Quia fieri poteſt vt non adeatur hæreditas iuſſu patris, vt ſi emancipatus adeat. l. cum legato. 17. quando dies legat. ced. Adde leg. quæſitum. 91. in princ. infra eo. Coniungenda eſt cum le. cum legato. eod. tit. nam eadem eſt inſcriptio, Iulianus lib. 36. Digeſt. Oppon. huic ſententiæ regula Catoniana. §. an ſeruo. Inſtit. de legat. Reſpondeo legatum non eſſe inutile, ſi ſtatim facto teſtamento moriatur teſtator. Pendet ex euentu incerto. Incertum eſt vter ſit hæres futurus, an pater, an filius. Si filius adeat iuſſu patris, inutile eſt legatum, alias valet. Cur non idem dicemus cum à patre hærede legatur filio? nam hoc legatum dicitur inutile eſſe propter regulam Catonianam. d. §. an ſeruo. Sed diuerſa ratio eſt vtriuſque ſpeciei.

Cum pater hæres inſtituitur, die legati cedente, non eſt dubium quin hæres futurus ſit. Certum eſt patrem hæredem fore ſi adeat. Non poteſt alii legatum acquiri, quam patri. Quia cum quæritur de acquiſitione legati, ſpectatur tempus, quo dies cedit, id eſt, mortis. l. quæ legata. de regul. iuris. Nec refert, an poſtea fuerit factus ſui iuris. At ratio iuris non patitur vt patri acquiratur. Ergo inutile eſt cum neque filio, neque patri acquiratur. In noſtra ſpecie, tempore mortis incertũ eſt vter futurus ſit hæres, an pater, an filius: ex eaq; pendet vis legati. Cũ quæritur de hæreditate acquirẽda, ſpectatur tempus aditionis, non mortis. l. 2. §. vlt. de bon. poſſeſ. ſecun. tab. Hinc hæreditas non adita, non tranſmittitur: legatum tranſmittitur. Hæc eſt differentia horum caſuum, quæ à Paulo quoque tradita fuit. Vt opinor, diſtinxerat hos caſus Paulus, vt Iuſtin. facit in §. an ſeruo. argum. eſt l. 19. vbi pure. infr. ad l. Falcid. Inſcriptio eſt eadem. Paulus lib. 3. ad Sabinum. Addit: Paul. ſi iuſſu patris, &c. His verbis oſtendit legatum inutile eſſe. Ideoque patrem retinere rem legatam iuſſu hæreditario. Quæ capiuntur iure hæreditario, ea imputantur in Falcidiam. Cætera quæ veniunt ex iudicio teſtatoris, non imputantur in Falcid. ſed in Trebellianam. l. in quartam. inf. ad l. Falcid. Hæc imputatio vtilis eſt legatariis: ſed nocet hæredi, qui præcipuum id non habet. Legatum quod inutile eſt, capitur iure hæreditario. l. 50. non eſt dubium. & l. ex aſſe. 52. §. vlt. infra ad l. Falcid. Sed quid eſt quod Paulus ait, Igitur & ſi iuſſu, &c? Nam quod dicitur de falcidia, licet verum ſit: tamen non videtur recte colligi ex antecedentibus verbis. Reſpondeo non tam ex verbis id colligi, quam ex ſententia Pauli. Ac fortaſſis Paulus hæc plenius deſcripſerat: ſicut Iulian. l. cum legato. Inſtit. in d. §. an ſeruo. Vtcunque ſe res habeat, non dubium eſt, quin Paulus ſenſerit inutile hoc legatum eſſe, ſi iuſſu patris adeat filius hæreditatem. Nec aliter poſſumus interpretari verba Pauli. Vnde efficitur rem legatam imputari in Falcidiam.

Ad l. 26. Non amplius.

LOcus de effectu legati. Ad legatarium pertinet id quod legatum eſſe apparet. Hinc quæritur de hac ſpecie. Legatus eſt Titio fundus dignus 20. ſub conditione, ſi 10. hæredi dederit. quantum dicemus legatum eſſe? Secundum ſubtilitatem verborum videntur legato contineri 20. quia verum eſt teſtatorem legaſſe 20. Sed inſpicimus quantum peruenerit ad legatarium ex iudicio teſtatoris. Magis ad effectum reſpicimus, quam ad verba. Hoc vtile eſt noſſe, propter onus fideicommiſſi, quod plerunque imponitur legatario. Non enim poteſt onerari vltra modum legati. l. ab eo. C. de fideicom. Exemplum huius rei eſt in l. 115. ciuitatibus. §. vltim. infr. hoc tit. Huc pertinet l. ſi cui fundus. 56. de legat. 2. Locus communis de eo quod intereſt. Oppon. l. 40. ad veterani. infra ad le. Falcid. Sed ratio exigit vt habeatur legatarius in toto, in computatione legis Falcidiæ. Cum quæritur in leg. Falcidia, quantum legatum ſit, dicuntur eſſe legata 20. Nec deducitur quod datum eſt cauſa conditionis implendæ hæredi. Quod hæres capit gratia conditionis, non minuit Falcidiam. l. in quartam. 90. in fin. ad leg. Falcid. Sic modo legatarius habetur, modo non habetur, prout ratio & vtilitas in quaque re id exigere videtur. Sed hæc diſputatio propria eſt legis Falcidiæ.

Ad §. Si certum.

LOcus de effectu legati. Hæres tenetur ſoluere quod legatum eſt. Quid ſi non extet, debitor certæ rei liberatur, ſi ſine culpa eius perierit. Vulgo diſtinguitur ſpecies à quantitate. Ego rationem loquendi veterum ſecutus, diſtinguo rem certam ab incerta. Ait Pompon. Si certum corpus. Incertæ rei debitor nullo caſu liberatur. l. in ratione. 30. §. incertæ. ad leg. Falcid. Non poteſt dici res, quæ debebatur, periiſſe. Nec refert an pecunia, an res alia debeatur, modo ſit incerta. Si certa res debeatur, etiam quantitas, pecunia, liberatur debitor. l. ſi certos. 27. de verb. oblig. Locus eſt communis, quem tractabimus ad l. ſi ex legati cauſa. de verb. obli. & ad l. quod te. de reb. cred. Vnum hic addendum eſt, quod extat in quadam conſtitutione Iuſtin. interitu ſpeciei non liberari quem ab onere conditionis implendæ. l. vltim. C. de

cond.inſtitut.ſed debetur æſtimatio. Sed alia cauſa eſt legati, quam conditionis. l. ſi quis ſub conditione. 8. ſupr. ſi quis omiſ.cauſ.teſtam. Non obligatur ad dandum: ſed ei legatur ſi dederit. Teſtator ſatis oſtendit ſe nolle eum aliter legatum conſequi, quam ſi paruerit conditioni, cum poſſit ei parere. Dando ſcilicet æſtimationem, legatum ſolui debet vbi eſt, ſi certa res legata ſit.l.quod legatur.38. ſupra de re iudic. Non ſpectatur domicilium nec teſtatoris, nec hæredis, nec legatarii. An damnum patiatur legatarius, an lucrum amittat, quæſtio tractatur apud Accurſ.& alios. Pendet ex quæſtione à nobis tractata alibi, an repudiatio legati ſit alienatio. dixi ad l.7.ſupra eod.

Ad §. Cum bonorum.

LOcus alius de effectu legati. Quid debeatur legatario. Pone legatam eſſe tertiam, aut quartam partem bonorum. Sic fingenda hypotheſis, cum de parte bonorum loquuntur Iureconſulti. Sicut in leg. ſi quis bonorum. ſupra. Hi omnes loci intelliguntur de certa parte. Certa pars exprimitur. in leg. qui quartam. ſupra eod. Quæ coniuncta eſt cum leg. ſi quis bonorum vt apparet ex inſcriptione. Quæſtio igitur eſt, an debeantur rerum partes, an æſtimatio. Diuerſæ fuerunt veterum opiniones. Hi fuerunt auctores ſectarum ac diſſenſionem in ſcientia iuris ciuilis. l. 2. de orig iuris. Sabinus æſtimationem, Proculus rerum partes. ſequebatur Proculus ſtrictam rationem. Quia aliud pro alio non debet ſolui, vt pecunia pro re. l. 2. §. mutui datio. ſupra de reb. cred. Sabinus conſiderabat non multum intereſſe, quia pecunia res omnes æſtimantur. leg. ſi ita fideiuſſorem. de fideiuſſo. l. 1. de contrah. empt. Sed hoc eſt receptum, niſi certis ex cauſis, veluti in obligationibus faciendi. l. 13. ſi quis ab alio. de re iudic. l. 72. Stipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. Itaque Pompo. temperat hanc Sabini ſententiam: ait enim electionem eſſe hæredis ſi res commode diuidi poſſint. Item poteſt res aliqua in ſolutum dari volente legatario, vel æſtimante iudice. Exiſtimauit Pompon. hoc vtilius eſſe, propter difficultatem & incommoditatem, quæ naſcitur ex communione. Nam diſcordias excitat communio. leg. 76. cum pater. §. dulciſſimis. de legat. 2. Et quod commune eſt negligi ſolet. l. 2. C. quando & quib. quar. pars debe. Vnde dicitur neminem cogi manere in cõmunione. l. 26. ſi non ſortem. §. ſi centum. de condic. indebit. In re igitur dubia non eſt fauendum communioni: ſed ea potius fingenda eſt quatenus id commode fieri poteſt. Nunc ſingula hæc paulo exactius examinanda ſunt. Ac in primis eſt videndum, an res ſingulæ ſint in obligatione, an potius æſtimatio. Nam id Pompon. non videtur definire, Non eſt nouum aliquid in ſolutione eſſe quod non ſit in obligatione. leg. 57. ſi quis ſtipulatus decem in melle. infra de ſolut. vbi decem tantum ſunt in obligatione: ſed mel eſt in ſolutione vſque ad litem conteſtatam. Sic Pompon. nihil hic definit, niſi de ſoluendi facultate. Reſtat adhuc illa quæſtio decidenda, quid in obligatione ſit? Et verius eſt res deberi legatario ſecundum Proculi opinionem. Argumento eſt, quod fructus præſtantur, nõ vſuræ, ex huiuſmodi legato l. ſi quis bonorum. 23. ſupra eod. Hoc intereſt inter fructus & vſuras. l. 121. vſura. infra, de verb. ſignif. arg. ex titul. C. de vſur. & fruct. legat. Deinde quæritur quid ſolui debeat? Hoc tractat Pompon. Nota quod ait, ſed oportet hæredi ſuccurri. Oſtendit his verbis ſecundum rigorem præſtari debere partes rerum ſingularum: ſed æquum eſt ac vtile ſuccurri hæredi, aliquid indulgeri hæredi vt ſoluere poſſit, vel res, vel æſtimationem, &c. Sed quomodo poteſt aliud pro alio ſolui, contra regulam leg. eum à quo. C. de ſolutio. Quod dicitur de communione, locum haberet etiam in ſingularibus rebus legatis. Petrus ille Aurelianenſis, qui cognomen Subtilis meruit inter iuris interpretes, ait ſe neſcire, an hoc caput intelligat. Videbat quicquid hic dicitur, facile ſubtilitatibus impugnari poſſe: ſed vtilitas magis amplectenda eſt in re dubia. Cum teſtator legat res ſingulas, nulla eſt ambiguitas. cum legat partem bonorum, aut rerum generaliter, aliqua ambiguitas eſt: nam vſus loquendi aliquid varietatis habet, nec male dicitur tertiam partem bonorum habere eum, qui æſtimationem habet. Occaſio bona eſt recedendi à ſubtilitate & rigore propter vtilitatem. Capienda denique eſt occaſio, quæ præbet benignius reſponſum. l. capienda. de reg. iur. Similis eſt deciſio Scæuolæ in leg. 32. generali. §. vſumfructum. infra de vſufru. legat.

Dixi cum legatur pars bonorum, res ipſas in obligatione eſſe, ſed ex humanitate & æquitate ſuccurri hæredi, atque ita recte dicitur, aliud eſſe in ſolutione, aliud in obligatione. Idem accidit & in pleriſque aliis caſibus, de quibus dixi ad leg. 2. ſupra de reb. cred. Sed cur electio eſt hæredis potius, quam legatarii? Hoc videtur magis conuenire voluntati teſtatoris. In dubio enim non eſt interpretatio ſequenda, qua hæres oneretur. leg. vnum ex familia. §. ſi rem. de legat. 2. leg. ſi Sticho. de vſufruct. legat. Item fauorabilior eſt cauſa debitoris in electione. leg. 19. plerunque. ad fin. ſupra de iure dot. Sed ad quod vſque tempus competit hæc electio hæredi? Quidam dicunt etiam poſt ſententiam, donec iudicati conueniatur. argum. leg. item veniunt. 20. §. idem recte. de petit. hæred. Sed verius mihi videtur vſque ad litem conteſtatam permitti. Fauendum enim eſt hæredi, ſed ita vt ne quid nimis, neue longius, quã par ſit, recedamus à ratione iuris prætextu æquitatis, atque humanitatis. Dixi ad leg. qui filiabus. § vltim. ſupra. præterea arg. ducitur ex leg. 1. de penu legat. Aliud l. ſi quis ſtipulatus. 57. de ſolut. Non eſt contrarium quod dicitur in dict. §. idem recte: ſed diuerſum. In noxali actione ſubleuatur ea re dominus, qui ſatis onerari videtur, quia conuenitur ex alieno delicto. Quæritur an hoc caſu tranſeant onera hæreditaria in legatarium? videntur tranſire ſicut in fideicommiſſo vniuerſali. §. ſi quis vna. Inſtit. de fideicom. hæredi. Nam & vniuerſitas quædam continetur hoc legato, non res ſingulares. leg. bonorum appellatio. 208. infra de verb. ſignific. Deinde bona dicuntur deducto ære alieno. leg. ſubſignatum. 39. §. bona. de verbor. ſignif. l. mulier bona. 72. ſupra de iure dot. Hæc differentia bonorum & hæreditatis traditur in l. ſi quis ſeruus. 8. §. vltim. de legat. 2. Hæc ſunt accipienda, niſi appareat teſtatorem aliud ſenſiſſe. Nam plerunque bona accipiuntur pro hæreditate, vt cum teſtator fidei hæredis ſui commiſit, vt reſtituat bona ſua. leg. nam quod. 14. §. vltim. & l. ſeq. infra ad Trebel. Nam & in bonorum poſſeſſione ita accipitur. d. l. bonorum appellatio. 208. de verb. ſignifi. l. 1. 2. 3. infra de bonor. poſſ.

Ad l. Poteſt. 27.

NOta rem vnam poſſe dari in ſolutum legatario, vtilitatis cauſa. Inde tractatur quæſtio, an falcidia poſſit ex vna re deduci. Certum eſt ex omnibus rebus legatis deduci. Res ſingulæ communicantur ipſo iure inter hæredem & legatarios. leg. 49. Plautius. infra ad leg. Falcid. leg. in quantitate. 74. §. vlt. l. Lineam Margaritarum. 26. eod. l. 2. C. ad leg. Falcid. l. 1. §. ſi quis. infra quor. legato. Excipiuntur legata, quæ diuiſionem non recipiunt. l. ſi is, qui. 80. §. quædam. inf. ad legem Falcid. Sed hæc diſputatio non eſt huius loci. Hoc eſt accipiendum, niſi teſtator reliquerit certam rem hæredi pro Falcidia. dict. §. ſi quis vna. Inſtit. de fideicom. hæredit. Voluntas enim teſtatoris ſeruanda eſt, vt lex. §. diſponat. in Authen. de nupt. Dicendum tamen eſt, poſſe ex vna re deduci, ſi vtilitas id exigat. Id poteſt fieri vel conſenſu hæredis & legatarii, vel interueniente iudice. Nam ſententia Pauli noſtri ad alios quoque caſus producitur, in quibus eſt eadem vtilitas, leg. non poſſunt. l. neque leges. ſupra de legib. Idem puto dicendum & in legitima parte, quæ debetur filio ex eadem lege Falcidia, quæ eſt triens, vel ſemis, ſecundum numerum liberorum. auth. de trien. & ſemiſ. Vulgo receptum eſt hanc Falcidiam deduci ex ſingulis rebus hæreditariis. Idque colligi ſolet ex leg. ſcimus. §. ſancimus. C. de inoffic. teſtam. verſ. repletionem autem fieri ex ipſa ſubſtantia patris. vbi tamen Imperator non ſatis declarat, an ex ſingulis rebus, an ex certis tantum. Sed melius eſt generaliter accipere de omnibus, cum præſertim in Falcidia id conſtitutum ſit. dict. leg. Plautius. Vbi non poteſt quis eligere vnam rem pro legitima parte ſua, neque hæres ſcriptus ei dare poteſt. Et hoc ſecundum rigorem ac ſubtilitatem. Nam ſi res exigat, recurrendum erit ad æquitatem quam docet Paul. noſter, vt res aliqua aſſignetur interuentu iudicis. Nam & in diuiſione rerum hæreditariarum id vſitatum eſt. l. 3. ſupra famil. erciſc. §. vlt. Inſtitut. de offic. iud. Ex his intelligitis quis ſit vſus & quæ vtilitas huius

Paulinæ

Paulinæ ſententiæ. Nota deinde dominium bonorum legatorum acquiri legatario, alias non poſſent vindicari. §. Appellamus. Inſtit. de action. Regula igitur de dominii translatione locum habet in legato vniuerſali bonorum. l. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. infra hoc tit. Sic coita ſocietate omnium bonorum, res continuo communicantur. l. 1. ſupra pro ſocio. Plerique tamen diſſentiunt, qui mouentur his argumentis. Primum eſt à conſequentibus. Si acquiſitum eſſet ſtatim dominium, deberentur fructus ſtatim. l. Herennius. de vſur. vbi fructus debentur poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium. At non debentur niſi poſt moram hæredis. l. 23. ſi quis bonorum. ſupra eod. Item ſi eſſet dominus, non competeret hæredi electio. l. id, quod noſtrum. de reg. iur. Huc pertinet l. apud Aufidium. de opt. leg. Dominium rei legatæ non acquiritur, niſi poſt electionem, etiam ſi competat electio legatario. Reſpondeo, argumento ducto ex verbis Pauli: Quia verbum vindicare, latius plerunque accipitur. l. ſi peculium. §. 1. infra de pecul. legat. l. per diuerſas. C. manda. Exiſtimo ſtricta ratione iuris defendi poſſe legatario dominium acquiri ſingularum rerum, quę ſcilicet fuerint defuncti. In bonis noſtris ea quoque numerantur, quæ noſtra non ſunt. l. 49. bonorum appellatio. infra de verb. ſignif. Mouet me quod dicitur de ſocietate omnium bonorum. d. l. 1. ſupra pro ſocio. Sed propter æquitatem non habetur pro domino, & datur hic electio hæredi. Receditur hic à regula iuris, l. id quod noſtrum. Item dixi aliquid ambiguitatis eſſe, propter varium vſum loquendi. Verbum, bonorum, poteſt referri ad æſtimationem, At æſtimationis dominium nõ transfertur. Si pecunia legata ſit, dixi ad l. 1. ſupra eod. Legatarius ergo vindicans rerum ſingularum partes, ſummouebitur quaſi exceptione doli. Sed cur non veniunt fructus poſt aditam hæreditatem? d. l. 23. ſi quis bonorum. Hoc vt puto, conſtitutum eſt, cum iam receptum eſſet, vt electio hæredis eſſet, nec id cum iniuria fit legatarii: quia non eſt omnino certa voluntas teſtatoris, vt iam dixi.

Ad l. Si creditori. 28. & l. Sin autem. 29.

LOcus de iis, quæ legari poſſunt. Oportet aliquid commodi eſſe in legato. Legatum enim eſt donatio. Si quis mihi legauerit rem meam, inutile legatum eſt. §. ſed ſi rem. Inſtit. de legat. Quod ſi quis mihi legauerit quod mihi debet, Imp. Iuſtin. Inſtit. de lega. §. ſi quis debitori. ait ita legatum vtile eſſe ſi plus ſit in legato, quam in debito. Idem in leg. 68. Mæuius. §. 1. infra de lega. 2. Et hæc eſt Vlpiani noſtri ſententia in hoc cap. quam probat exemplis. Ea exempla nos ordine & ſigillatim declarabimus. Primum eſt ſi debitor tutus exceptione leget. Exceptione puta pacti conuenti, §. præterea. Inſtit. de except. Prætor dat iudicium cum exceptione, non purum & ſimplex, docui ad leg. Iuriſgentium. ſupra de pact. an valeat legatum? Vlpian. ait valere. quia plus eſt in legato, quam in debito. Nam debitum non poterat obtineri propter exceptionem. l. nihil intereſt. de reg. iur. l. creditores. de verborum ſignific. leg. debitor. eod. titul. Nunc poterit peti ex teſtamento, nec agens vlla ſummouebitur exceptione. Intelligitur enim remiſſa exceptio. Dixerit aliquis videri hoc legatum non valere alia ratione: quia deficiat voluntas teſtatoris. Nam qui legat quod debet, videtur legare quantum debet, & quatenus à ſe exigi poteſt. argum. l. eſt lex, 32. ſi prior. ſupr. ſolut. matrimo. Huc pertinet lex, ſi ſic legatum. 78. §. 1. infra, eod. vbi ſi lego quod debeo, ſi nihil debeam, non valet legatum. facit l. ſi is, cui. 94. §. Flauius. de ſolut. vbi ſic interpretamur quaſi quodammodo conditio ſit, ſi quid debeo. & quatenus debeo. Variæ ſunt opiniones. ſed animaduertendum eſt, quæſtionem hic eſſe iuris magis, quam facti. Sic diſſerimus de iure quaſi certa ſit voluntas, quaſi appareat ex aliqua parte teſtamenti voluiſſe exceptionem remittere. Expreſſa eſt forte quantitas debita & cauſa obligationis. Dubium igitur non eſt, quin teſtator remiſiſſe videatur exceptionem. Sed quæſtio eſt, an hæc voluntas faciat vtile legatum. Dicitur vtile eſſe, quia aliquod commodum habet. Sic eſt accipiendum quod dicitur in leg. ſi deportati. §. ſi quis creditori. de legat. 3. & leg. ſi creditor. 13. infra de liberatione legat.

Aliud exemplum eſt, cum debitor tenetur actione honoraria, id eſt, prætoria, vel ædilitia. §. prætorum. Inſtit. de iure nat. gent. l. 5. de verb. oblig. & Inſtit. de diuiſ. ſtipul. Nam & hæc à iuriſdictione prætorum veniunt. At certum eſt plus commodi eſſe in actione ciuili, quam honoraria. Actiones honorariæ fere ſunt temporariæ. Inſtit. de perpet. action. Exemplum in actione redhibitoria quæ finitur ſex menſibus, quanto minoris, anno vtili. l. ſciendum. §. vltim. de ædil. edict. Commodius eſt igitur ex teſtamento actionem habere, quæ ciuilis eſt & perpetua: ſicut cæteræ ciuiles. Inſtitut. de perpet. & temp. act. Dubium autem non eſt quin ſit ciuilis. l. lege obuenire, infra, de verborum ſignif. Verbum enim iuſta, de definitione teſtamenti, arguit iuris ciuilis eſſe teſtamentum, & quidem publici. leg. 3. ſupr. de teſtamen. Sunt qui putent nullam habendam eſſe rationem huius commodi, quod ex tempore actionis proficiſcitur. Citant leg. pater, qui caſtrenſe. §. vltim. infra de caſtrenſ. pecu. quæ ad rem non pertinet. vbi omittens hæreditatem nihil dolo facere videtur, quamuis temporis incurrat compendium. Illa ſpecies adeo diſſimilis eſt, vt ſtulti ſit ac ſtupidi diſſimilitudinem non perſpicere. Sed error manat ex theſi, quam inde colligunt. Nota, inquiunt, temporis compendium non ſpectari. Nihil eſt fallacius, nec ineptius hac regularum collectione, vt iam ſæpe dixi. Non dicit generaliter, non haberi rationem: ſed non ideo videri dolo facere. Nulla igitur ratio vetat hoc commodum ſpectari in legato. arg. eſt quod dicitur in leg. quoties. 9. §. item ſi temporali. ſupra de admin. tu. vbi vtile eſt actionem qua tenetur tutor, deuolui in actionem tutelæ. quia forte actio temporalis eſt. Huc pertinet l. ſi debitor. 12. inf. de lib. legat. vbi intereſt creditoris ex teſtamento potius agere, quam ex priſtina obligatione. Loquitur generaliter quocunque modo interſit. Obiicitur nobis alia regula eiuſdem notæ aut deterioris. Surrogatum retinet naturam, &c. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ſupra ſi quis cautionibus. Ergo actio ex teſtamento naturam honorarię retinet. Reſpondeo nullam eſſe talem regulam in iure ciuili. Conficta eſt à barbaris & ſophiſtis, qui rationem iuris interpretandi non nouerant. In ſpecie §. qui iniuriarum. ſtipulatio iudicio ſiſti, finitur tempore: ſicut actio iniuriarum. quia propter eam actionem interponitur. Quid hic ſimile eſt? Si ſtipulatio idem contineret quod actio iniuriarum, aliud dicendum eſſet.

Aliud exemplum ex Marcello, ſi debitor quis ſit in diem, aut ſub conditione, vel modo, &c. Valet legatum, propter commodum repreſentationis. idem dicitur in §. ſi quis debitori. Inſti. de legat. idem in l. 1. de dote prælegat. cuius eſt eadẽ inſcriptio, Vlpian. lib. 19. ad Sabinum. Quid ſi quis debebat ex ſtipulatu, & legauit pure? Marcellus ait legatum vtile eſſe. Quod poteſt defendi ſi res ſit legata, cuius dominium transeat in legatarium. l. 3. §. ſi quis rem. infra de legat. 3. ſi vero ſit legata quantitas, nullum eſt commodum huius legati, atque ideo inutile eſt. l. Aurelius. 28. §. vltim. de lib. legat. Sed quid eſt quod Marcell. ait legata falcid. non minui? Nam ſi vtile eſt, Falcidia ex eo deduci debet, ſicut ex cæteris legatis. Item contraria videtur l. 1. §. ſi quis creditori ad legem Falcid. Fuit tempus cum ita legerem, vt æque Falcidia hoc minuat, ratio expeditiſſima nodi cuiuſque diſſoluendi. Sed tutum non eſt his coniecturis indulgere, quæ mihi adhuc iuueni magis arriſerunt, quã hoc tempore. Tunc mihi videbar ingenioſus, cum quid tale comminiſci poteram. Nunc longo vſu edoctus ſentio quam periculoſa res ſit. Non eſt hoc nodos diſſoluere: ſed gladio ſecare. Marcelli ſententia hic refertur ab Vlpiano, qui nec eam probat, nec improbat. Et poteſt vera eſſe in ſpecie l. 3. §. ſi rem. de legat. 3. vt iam dixi propter dominii acquiſitionem. Sed hactenus habetur ratio huius commodi, vt valeat legatum. Non enim ideo poteſt fideicommiſſo onerari. dict. §. ſi rem. dixi ad l. cum filiofamil. Eadem ratione nec minuetur Falcidia. Species §. Si quis creditori, diſſimilis eſt. Loquitur enim de eo, quod debetur in diem, atque ita de commodo repræſentationis. Lex igitur Falcidia in eo commodo locum habebit, non in toto legato.

Ad l. Talis ſcriptura. 30. & l. Sed etiam. 31.

VLpianus hic interpretatur clauſulam vulgarem, quæ apponi ſolebat in teſtamento, quas pecunias, &c. Men-

tio eſt huius clauſulæ in l.legata inutiliter.ſupra eo. Nec dubium quin fuerit vulgaris & vſitata, cum eam interpretarentur ita accurate Iureconſulti. Maxime autem obſeruandi ſunt hi loci, in quibus tam diligens & accurata interpretatio ſcripturæ alicuius reperitur. Ars enim, quam profitemur, fere verſatur in interpretatione ſcripti. Docet nos ſic interpretari quod ſcriptum eſt lege, edicto, aut alia huiuſmodi ſcriptura, vt ne à bono & æquo vnquam deflectamus, hac de re fuſius alibi diſſerui. Primum quæritur, quomodo accipiendum ſit verbum, pecuniæ. Pone corpora legata eſſe, itẽ nũmos, vinum, frumentum, &c. Corpus nonnunquam diſtinguitur à quantitate. leg. qui hæredis. ſupra de cond. indeb. leg. 95 quiſquis. de leg. 3. Quamuis res corporalis alias latius accipiatur. leg. prim. ſupra de rer. diuiſ. & Inſtit. de rebus corp. & incorpor. Quæritur ergo, an hoc verbum, pecunias, ad corpora legata pertineat? Dubitatio naſcitur ex eo quod appellatio pecuniæ generalis eſt. leg. 178. Pecuniæ verbum. de verbor. ſignif. leg. 2. & C. de conſtit. pecu. Sed Vlpian. ait ad corpora legata non pertinere. Mancipia igitur legata ſtatim ſoluentur. Pertinet autem, ait, ad res quæ pondere, numero, menſura continentur. Veluti ſi nummi fuerint legati, aut vinum, frumentum, aut ſimil. Nam etſi late pateat appellatio pecuniæ, tamen ſpecialius accipitur pro nũmis, aut pro rebus aliis huiuſmodi, quæ functionem recipiunt. Hæ res quæ functionem in genere ſuo recipiunt, ſimiles ſunt quadantenus nummis. l. 2. §. mutui datio. ſupra de rebus cre. Sed de hac re plenius ac ſubtilius mox diſſeremus. Deinde quæritur quomodo accipiatur dies. Pure legatum hac adiectione, quas pecunias, &c. prorogari ait Vlpian. Hinc naſcuntur variæ quæſtiones, quia variè dies apponi ſolet legatis. Aliquando gratia differendæ ſolutionis, gratia demonſtrationis cuiuſdam, gratia multiplicandæ obligationis. Item dies aliquando certa eſt, ac ſine conditione, aliquando eſt incerta & conditionem habet. De his omnibus eſt videndum. Quid ergo ſi quis ita legauerit: Lego Titio centum præſentia? Hæc adiectio videtur ſuperuacanea. quia pure legatum, præſenti die debetur. Perinde eſt, ac ſi teſtator iuſſerit ſtatim & ſine mora dare. l. 118. liber homo. §. decem. de verbor. oblig. Vnde videtur clauſula ad hoc legatum pertinere, perinde ac ſi omnino diei facta mentio non eſſet. Tamen Vlpian. ſequitur verba teſtatoris. Nulla enim videtur ratio, cur à verbis recedatur. l. 69. Non aliter. inf. de leg. 3. Nam credibile eſt teſtatorem nõ ad effectum, ſed ad verba reſpexiſſe, quibus dies appoſitus non eſt. Nam verum eſt diem appoſitum eſſe huic legato cuiuſcunque effectus ſit. Sic interpretamur quaſi teſtator ideo adiecerit diem, vt hoc legatum eximeret à generali prorogatione legatorum. Quid ſi in ſingulos annos prorogatum ſit? Dies hic non eſt præſtituta ſolutioni. Apponitur dies non vt differatur ſolutio, ſed vt multiplicetur obligatio, & plura ſint legata. Videtur autem teſtator de die ſentire, quæ præſtituta eſt ſolutioni. quia clauſula pertinet ad prorogationem ſolutionis. Sed Vlpian. ait, clauſulam ad hoc legatum non pertinere. habet enim diem & quidem certum. Nam eſt incertum, neque infinitum tempus. quot ſunt anni, tot ſunt legata. l. cum in annos. de annu. lega. Nulla igitur cauſa eſt, cur à verbis recedatur. Quid ſi conditio appoſita ſit, ſi Titius conſul factus fuerit? dies à conditione differt. l. 1. de cond. & demonſt. Sed tamen Vlpian. idem ait de conditione dicendum eſſe: quia dies incertus, eſt conditio. Cum Titius conſul factus fuerit. l. ſi Titio. infr. quando dies leg. ced. Omnis conditio de futuro eſt, ideo neceſſe eſt vt diem futurum contineat. leg. cum ad præſens. ſupra de rebus cred. Hic paulum receditur à verbis, quia licet dies inſit: non tamen appoſitus eſt, nec verbis expreſſus. Alia eſt quæſtio de interpretatione verbi pecuniæ, de qua iam diximus. Si legetur pecunia, quæ in arca eſt, ceſſat cauſula: quia ſpecies eſt. nec enim refert, an legetur Stichus, an certum tempus pecuniæ. Ratio ex leg. 51. Sed & ſi certos. infra eo. Alia quæſtio de verbo, legaui. Dubitatur enim cum verbum præteriti temporis ſit. Sed ſecutus eſt Vlp. vſum & conſuetudinem loquendi. Nam Legatum id iam eſſe recte dicitur, quod poſtea adſcribitur eodem teſtamento ante conſummationem teſtamenti. Sic Cic. ſæpe loqui ſolet in epiſt. Quinto Nonas has ad te dedi literas. lib. 14. ad Atticum in initio epiſtolæ his verbis vtitur, quaſi totam epiſtolam ſcripſerit. Vſus hoc exigit, quem maxime ſequi debemus in interpretatione voluntatis. l. Labeo. de ſupel. leg. Adde quod hæc clauſula pertinet ad codicillos. Quod relinquitur codicillis, intelligitur teſtamento relictum interpretatione quadam iuris. Reliqua verba, annua, bima trima die, hic non interpretatur: ſed interpretatio petenda eſt ex leg. 3. de annuis legatis. infra. Hæc eſt ſimplex & nuda interpretatio verborum huius capitis. Nunc paulo ſubtilius hæc diſcutienda ſunt & examinanda. In primis obſeruanda eſt pecuniæ ſignificatio pro rebus, quæ conſtãt pondere, numero, menſura, ſic accipitur in leg. ſecund. §. creditum. ſupra de rebus cred. Mutuum enim non poteſt eſſe, niſi pecunia proficiſcatur. Aliquando tamen ſpecialius accipitur pro nummis. atque ita vulgo accipi ſolet. Exemplum eſt in Senatuſconſul. Macedo. leg. item ſi filiusfamil. §. mutui dationem Nummi olim nota pecudum ſignabantur. Plin. lib. 33. cap. 3. Alia eſt latior ſignificatio pro omnibus rebus quę ſunt in ſubſtantia noſtra, etiam ſi corpora ſint. leg. 178. pecunię verbum infra de verborum ſignificatione. leg. 222. pecuniæ nomine eod. tit. Idem dicitur in leg. 2. C. de conſtitut. pecun. vbi ratio hæc adfertur, quia res omnes in pecuniam conuerti, & pecunia æſtimari ſolent. Simile eſt l. 88. propemodum. infra de verborum ſignificatione. vbi tantum pecuniæ quiſque relinquit, quantum ex bonis eius refici poteſt. & dicitur is centum aureos habere, qui prædia eius æſtimationis habeat. Eodem ſenſu accipitur in leg. 79. ſi chorus. infra de legat. 3. vbi dicitur, pecunia ſine peculio fragilis. Quæritur quomodo accipi debeat hoc verbum, cuius eſt tam varia ſignificatio? Alias admonui non poſſe in vniuerſum diffiniri. Spectanda eſt voluntas eius, qui ſcripſit, quæ colligitur ex variis coniecturis. Inanis eſt labor Bartol. & aliorum, qui conantur hoc certis regulis diffinire. Si quis cognitionem huius rei aſſequi velit, conſideret ſpecies in quibus hoc verbum interpretati ſunt Iureconſulti: expendat rationem, quæ mouit eos in quaque ſpecie. Hoc exemplum nobis ſufficiet, nec erit opus regulis & diſtinctionibus, quas plerique hic confinxerunt. In Senatuſconſ. Macedon. lex, item ſi filiusfam. §. mutui dationem. accipitur pro nũmis tantum. In edicto de calumniatoribus, accipitur generaliter. lex, §. vltim. ſupr de calumn. Cur hoc tam varie? Ratio diuerſa hoc facit. Filiusfamil. facilius abutitur pecunia numerata, quam aliis rebus. Calumniator non minus corrumpetur alia re. Durum viſum eſt, ac odioſum, denegari actionem, niſi quatenus id neceſſarium videtur ad reprimendum luxum, &c. ſi fraus fiat. Idem dicendum eſt in edicto de conſtituta pecunia, vbi accipitur generaliter dict. lex. 2. nulla enim ratio eſt, cur ſpecialiter accipiatur. imo ſi verbum pecuniæ, id non ſignificaret, extenſio fieret, propter ſimilitudinem rationis. Sic in edicto de receptis arbitr. l. litigatores. §. quod ait Prætor, pecunia compromiſſa. Alia exempla ſunt in quibus mediam ſignificationem ſequimur. Ratio perſpicua eſt in leg. 2. §. creditum. vbi ſubiecta materia hoc poſtulat. Aliud exemplum eſt in hoc noſtro capite, cuius ratio videtur paulo obſcurior: ſed ratio pendet ex differentia rerum, quæ conſtant pondere, numero, menſura, & aliarum rerum. Differentia eſt in ratione decidendi quæ colligitur ex leg. 29. cum Stichus. infra de ſolut. nam non eſt credibile teſtatorem voluiſſe ſolui corpora per partes, ſcilicet incertas, & pro indiuiſo. Si vnum ſit corpus, inducetur communio: ſi plura, non erit par ſolutio ſingulorum annorum. argumen. l. 54. in ſtipulationibus. de verborum obligat. Vide Rapha.

Docui quid appellatione pecuniæ contineatur. Dixi in ſpecie noſtra de corporibus non accipi. Antinomia ex leg. 93. quiſquis. de legat. 3. vbi verba hæc, quantas ſummas legauero, referuntur ad res corporales. Reſpondeo in ea ſpecie euidentem eſſe voluntatem, nec eam à ſignificatione verborum abhorrere. Summa de corporibus etiam dicitur. Plau. in Mil. Quanta iſthæc hominum ſumma eſt? ſeptem millia. Quamuis & de quantitate plerumque accipiatur. l. 34. plane, infra hoc titul. Deinde ſi verba id non ſignificarent: tamen coniectura voluntatis eſt non obſcura, vt docet ibi Mecianus. Sed proculdubio idem dicendum eſſet, & ſi teſtator dixiſſet, Quantas pecunias, vel quas pecunias. l. 97. cum ſtipulamur. de verborum ſignifica. Expendenda eſt igitur diſſimilitudo

vtriuſque ſpeciei. Ego iam dixi ſup. ſolutionem harum rerum minore cum incommodo diuidi, quam ſpecierum, ſiue corporum. Non eſt ergo mirum ſi in ſpecie noſtra reſtringatur ſignificatio, vbi de diuiſione ſolutionis agitur. In ſpecie leg. quiſquis. non agitur de diuiſione: ſed de ſolutione integra legatorum. Ergo aliud dicendum eſſet in ſpecie noſtra, ſi poneremus ita dictum, annua die dato. Verbum igitur pecuniæ, varie accipitur, prout ſubiecta materia poſtulat. Adde ſupradictis, & vulgarem vſum loquendi plerunque ſpectandum eſſe. Vulgus ſolet pecuniam pro nummis tantum accipere: aliæ ſignificationes vulgo notæ non ſunt fere. Nec dubium, quin interpretari debeamus vulgi ſermonem ſecundum vulgarem vſum, aut etiam abuſum. l. 52. librorum. §. quod tamen Caſſius. de leg. 3. l. 69. non aliter. §. 1. eod. titu. l. 18. cum de lanionis. §. Aſinam. infra de inſtruct. vel inſtrum. Multum ergo refert à quo teſtamentum factum ſit. Si enim fecerit homo idiota & illiteratus, non ſic interpretabimur eius verba, vt hominis literati & eruditi. Et obſeruandum eſt purum legatum hac adiectione prorogari, non etiam legatum in diem. Oportet diem expreſſum eſſe, nec ſufficeret tacite ineſſe. Antinomia difficilis eſt ex l. 4. cum vulgari modo. infr. de dot. præleg. Variç ſolutiones afferuntur ab Accurſio & cæteris. Hęc mihi videtur probabilior omnibus, quod ſic accipiamus hoc legatum dotis, quaſi diem habeat. Idque benigniore interpretatione contra ſubtilitatem iuris. Vt non magis referatur clauſula ad hoc legatum, quam ſi dies expreſſa eſſet, quamuis expreſſa non ſit. Primum fauor dotis benignam admittit interpretationem. l. in ambiguis. de reg. iur. Deinde hac relatione legatum redderetur inutile. Nulla enim vtilitas eſt huius legati, niſi in repræſentatione, l. 1. de dote præleg. inf. Ad hoc ſolum relinquitur, vt præſens debeatur. Vitioſa eſt interpretatio rei dubiæ, qua actus inutilis redditur. l. ſi quis à filio. infr. vbi explicabimus. Tertio notandum, expreſſionem diei, qui tacite ineſt, hic ſufficere, vt dies appoſitus dicatur, licet alias dicatur expreſſionem eorum, quæ tacite inſunt, nullum effectum habere. dixi ad l. 3. ſupr. eo. Oppon. l. 74. Titio centum. infra, de leg. 2. Alfeni ſententia improbatur, qui idem ſenſit quod Vlpian. hic. Et mouebatur eadem ratione, qua Vlpian. Res eſt per obſcura & perdifficilis: & ſatis apparet veteres Iureconſ. diſſenſiſſe. Hic citantur Seruius & Labeo, quaſi non idem omnes ſenſerint. Refertur etiam opinio Alfeni in d. l. Titio. Cumanus nititur oſtendere diuerſas ſpecies eſſe. In ſpecie noſtra clauſula refertur ad legata pura, quibus dies appoſitus non eſt. in d. l. Titio. clauſula refertur ad legata diem habentia. ibi non exprimitur formula prorogationis. Sed in re ambigua debemus id accipere quod vitio caret. l. in ambigua. ſupra de legib. Imo ne ambigua quidem oratio eſſe videtur. Deinde in d. l. Titio. ait Papin. protulit diem legatorum. Diem ergo habebant legata: ſed ille dies prolatus & prorogatus eſt. Et quæritur an præſenti die debeatur hoc legatum. Papin. ait non deberi præſenti die, quia prorogata ſunt legata, quæ diem proprium habent. Hoc autem diem proprium habet. Conuenit inter Vlp. & Papin. hoc legatum diem proprium habere. Sed diuerſas ſpecies tractant, & diuerſa magis reſpondent, quam contraria. Hæc opinio videtur ſatis mihi probabilis in tanta obſcuritate. Nec aliquid nunc ſuccurrit probabilius. Animaduertendum tamen eſt, diem proferri legatorum non male dici, cum legatis dies appoſitus non eſt. vt in dic. l. cum vulgari. diem proferre legati, id eſt, diem adſcribere legato, quæ longior ſit die legitima, quæ ineſt tacitè, vt in omnibus puris legatis accidit. Sed, vt dixi, in re dubia accipienda eſt interpretatio, quæ vitio caret. Oppo. l. 118. liber homo. §. decem. de verbo. obliga. vbi ex hac ſtipulatione, Decem hodie dare ſpondes? eodem die peti poteſt. Pura enim & præſens intelligitur eſſe ſtipulatio: diesque adiecta vt præſens eſſe oſtendatur, ſine mora. Itaque videtur hoc legatum perinde accipiendum eſſe, ac ſi dies omnino adiecta non eſſet. Reſpondet Vlpi. hic, & obiectum diluit. Quamuis igitur, &c. Et credibile eſt hæc diſtincta etiam fuiſſe à Papinian. debent autem l. Titio centum. & l. liber homo. coniungi. nam eſt eadem vtriuſque inſcriptio, Papinia. lib. 27. Quæſt. Quarto notandus eſt locus de legato relicto in ſingulos annos. Scripſi de hac re ad l. 16. Stichum. §. ſtipulatio. de verb. obliga. Quinto, notandus eſt locus, de conditione, quæ diem incertum habet. Pertinet ad l. 1. & l. 74. dies incertus. infr. de condit. & demonſtrat. Sexto notandus eſt locus de quantitate, quæ legatur vt ſpecies. Perinde habetur ac ſi corpus quoduis legatum ſit. l. plane. §. ſi eadem. infra. l. 54. al. 51. ſed ſi certos. infr. eo. Perempta ea pecunia hæres liberatur. l. 27. ſi certos. de verb. obliga. alias debitor pecuniæ non liberatur. l. incendium. Cod. ſi cert. pet. Item dominium recta via tranſit in legatarium, iuxta leg. 66. à Titio. infra de furt. quamuis alias non tranſeat. not. ad l. 1. ſupr. eo. Item hæres hac pecunia non poteſt vti, quia non vteretur ſpecie. Inde poteſt colligi ratio huius legis. Nam cur differretur ſolutio pecuniæ, quam habet in prōptu, & qua vti ei non licet? Alia igitur pecunia non poteſt ſolui, iuxta leg. 2. §. mutui datio. De hoc tamen eſt magna controuerſia. Sed id diſerte expreſſum eſt d. l. ſed ſi certos. infr. eod. ibi, permutationem non recipiunt. Opponunt aliqui, quod non intereſt legatarij, quæ pecunia detur, quia functionem recipit in ſuo genere. Sed poteſt accidere ſpecies, in qua non ſpectemus an interſit. vt dato cētum, quæ apud numularium ſunt. Si non dederit fundum, non ſpectatur an interſit. l. 38. ſtipulatio iſta §. alteri. Si non ſit appoſita pœna, non video cur non abſoluatur ſoluēdo aliam pecuniam, ſi ea conſumpta ſit. Nā & in ſpecie legata idem accideret. Specie perempta ſoluitur æſtimatio. l. 91. ſi ſeruum. §. ſequitur. & ſequen. de verb. oblig. Quid aliud faceret iudex? in ſpecie poteſt fortaſſe peti quod intereſt vltra verum pretium: ſed aliud eſt in pecunia. Hic non poteſt dici intereſſe, niſi forte extra rem. l. nūmis. de in lit. iur. Videndum ſane eſt, an fuerit legata ſpecies. ſed eſt quæſtio facti. Poteſt apponi locus vt demonſtretur, vnde commode ſumi poſſit. l. 96. quidam teſtamento. in prin. hoc tit. Hanc ſententiam Vlpiani intellige, niſi conſtet teſtatorem aliud ſenſiſſe. nec quæras quid mouerit teſtatorem vt magis illam pecuniam dari voluerit quam aliam. Sufficit voluntatem certam eſſe quæ legibus non repugnet. Cœpimus explicare locos præcipuos huius cap. de vulgari clauſula prorogationis. Addendus eſt ſupradictis ſeptimus locus de verbo præteriti temporis quod ad futurum porrigitur. Id enim obſeruari ſolet ex fine huius ca. Opponitur l. 33. vxori. §. vxori. de leg. 3. Variæ ſolutiones extant apud Accurſium & Accurſianos. Vna eſt, quæ vulgo probari ſolet, quod hæc interpretatio non admittitur in donatione inter virum & vxorem, quæ contra ius fit. Nam ibi agitur de confirmatione talis donationis. Confirmatur ea donatio ſi voluntas teſtatoris manifeſta ſit. Sed in ea ſpecie ambigua eſt voluntas, &c. Quæ iuri cōmuni repugnāt non ſunt interpretatione adiuuanda. l. quod vero. ſupra de legib. Ex his quæ ſupra dixi apparet quam fruſtra hi ſe torq[...]ant. Species §. vxori. valde diſſimilis eſt. Nec in eo verſat[...] diſſimilitudo, quod donatio contra ius ſit, de cuius confirmatio[ne] agitur. Sed quia donatio antecedens clauſulam & donatio ſequens, non ſunt eiſdem tabulis præſcriptæ. In ſpecie noſtra legata omnia tam præcedentia, quam ſequentia, fiunt in eodem teſtamento. Ideo clauſula quæ concepta eſt in verba pręteriti temporis, ad omnia pertinet, propter vſum & conſuetudinem loquēdi, de quo iam dixi. Vſu receptum eſt, vt dicamus nos feciſſe quod facturi ſumus, antequam actus conſummationem accipiat: vt cum ſcribitur in initio epiſt. Has literas ad te ſcripſi. Teſtamentū non eſt, antequam omnino perfectum & abſolutū ſit. l. ſi is qui. de teſta. ſupra. Species §. vxori. ſimilis eſſet, ſi poneremus maritum in eius tabulis vtranq; donationē feciſſe, hoc ordine. hoc caſu cōfirmaretur vtraq;. Vſum loquendi & proprietatē ſequimur in quacunq; interpretatione, niſi cōtraria voluntas manifeſta oſtendatur. l. Labeo. de ſupel. leg. At in ea ſpecie donatio vtraq; proponitur nec eodē tēmpore, nec eiſdem tabulis, in quib. eſt adſcripta clauſula confirmationis. Nec contrariū eſt noſtræ ſententię quod dicitur de codicillis. Nā codicilli intelligūtur pars teſtamenti eſſe. l. quidam referunt. ſupra de iur. codicil. His ita declaratis, poteſt facile dilui obiectū ex l. 8. ſi ita. infra de aur. & arg. ex l. 49. ſi ita ſcripſiſſet. de leg. 2. Illæ ſpecies nihil ſimile habēt. Hic verbum pręteriti aut pręſentis tēporis refertur ad actū ipſum, qui geritur à ſcribēte. Legaui hoc teſtamēto, &c. His verbis quicq[uid] ſcribitur in teſtamēto ſignificari intelligimus, ꝓpter vſum & conſuetudinē loquēdi. Ibi verbū præſentis temporis refertur ad rē ipſā, quę legatur, quę mea eſt, quę mihi debetur, quā dare oportet. Qua de re ſcripſi ad l. 76. ſi ſtipulatus fuerim §. cū ſtipulamur. de ver. obli. Nō male igitur Bart. hic ita ſcripſit, verbum legaui, præteriti temporis, porrigi etiā ad futura. Cæteri

vero imprudenter regulam generalem confinxerũt hoc modo, Verbum præteriti temporis ad futura pertinere. Eiuſdem notæ eſt illa regula brocardica: Clauſulam in medio poſitam ad omnia referri tam antecedentia, quam ſequentia. Quæ regula falſiſſima eſt, vt cæteri huiuſmodi, quas iſti brocardici fabrefecerunt. Inaniter ſe cruciant, qui conantur hæc in vniuerſum diffinire. Conſiderandæ ſunt ſpecies ſingulæ quæ reperiuntur de hac re. Et ex hac ratione cuiuſque æſtimãdum quatenus id, quod ſcriptum eſt, producere ad conſequentiam debeamus. Id demonſtrabo aliquot exemplis. In hac ſpecie clauſula refertur ad omnia. Ratio iam expoſita eſt. Idem dicendum & in aliis omnibus caſibus, in quibus eadem erit ratio. quod non difficile erit homini prudenti & paulo magis exercitato iudicare. Sunt alij loci vulgares, in quibus clauſula generalis non refertur ad omnia capita. Vnus eſt in l. 1. §. deinde adiecit prætor. ff. de poſtul. Qui ex omnibus his, qui ſupraſcripti ſunt, in integrum reſtitutus non erit. Ait Vlpi. referri hanc clauſulam ad eos, qui tertio edicto continentur, non ad ſuperiores. nam crimine capitali damnati non facile reſtituuntur. Aliud exemplum in l. ſed etſi per prætorem. §. deinde. ſupra ex quib. cauſ. maio. vbi verba hæc prætoris, Neque defenderetur, Vlp. ait ad omnes ſupraſcriptos pertinere, præterquam ad eum qui abſens quid vſucepit. quoniam plene ſupra de eo cautum eſt. Clauſula autem generalis non refertur ad ea de quibus ſpecialiter cautum eſt. leg. 119. doli clauſula. de verbo. oblig. cum ſimil.

Ad l. 32. Si quis à filio.

LOcus eſt de legato conditionali, in quo duplex eſt quæſtio. Vna iuris, altera facti. Species eſt huiuſmodi, Filius eſt inſtitutus, & ab ea legatum ſub conditione, cum in tutelam ſuam venerit, id eſt, cum pubes factus fuerit. Sic enim interpretantur Iureconſ. ipſi veteres l. 50. al. 48. cum filio. de leg. 3. Huic filio ſubſtitutus eſt Titius pupillariter, & ſub eadem cõditione. Deceſſit filius ante pubertatem. quæſtio eſt, an legatũ debeatur? Ait Vlpia. non deberi. quia deficit conditio, ſi filius in tutelam ſuam venerit. Eſt ergo hoc legatum conditionale, Cum filius in tutelam ſuam venerit. nec tantum habet diem, ſed etiam conditionem. facit l. 51. al. 41. ſi cui legetur. §. hoc autem. infra. eod. Plerique putant tantum conditionale eſſe, cum perſonæ honoratæ hoc adſcribitur, vt in ſpecie §. hoc autem legatum. Sed Vlpi. hic oſtendit idem eſſe, etſi perſonæ hæredis grauati adſcriptum ſit. Nam Vlp. hic ait legatum non deberi. nec ferenda eſt hæc interpretatio, non deberi ſtatim: ſed eo tempore quo debuiſſet pupillus, ſi vixiſſet. Sed de eo dicemus ad dictam l. ſi cui legetur. Hic exiſtit difficultas, quod hoc legatum ideo videtur valere: quia conditio eſt impoſſibilis, quæ pro non ſcripta debet haberi. l. 3. de cond. & demonſt. Quod poteſt venire in ſuam tutelam filius, qui deceſſit impubes, alioqui ſubſtitutus non admitteretur. l. 14. in pupillari. ſup. de vulg. ſubſtit. Reſpondeo conditionem hanc impoſſibilem non eſſe, filium ſcilicet in tutelam ſuam venire non eſt impoſſibile. Atqui non poteſt pubes fieri, qui impubes deceſſit. Reſpondeo non eſſe adſcriptam hanc conditionem, ſi pubes factus fuerit poſt mortẽ: ſed ſimpliciter. Repugnantia tamen hic quædam reperitur, ita vt nullo caſu poſſit deberi legatum. Repugnant enim conditio ſubſtitutionis, & conditio legati. Conditio ſubſtitutionis eſt, ſi impubes deceſſerit. Conditio legati, ſi pubes factus fuerit. Si fiat pubes, excluditur ſubſtitutus, nec debetur legatum. Item ſi fiat impubes. quia deficit conditio legati. Vere ergo dixit Accur. nugationem quandam hic eſſe, ſi ita ſenſit. Nam ſcriptura nugatoria eſt, ac inepta. hoc accidit ex vitio & imprudentia teſtatoris. Altera quęſtio eſt facti, de qua proxime tractabimus. Dixi in hoc c. duplicem eſſe quæſtionem. Priorem ego tractaui, quæ iuris eſt. Dixi legatum non deberi deficiente conditione. quia filius in ſuam tutelam non venit. Altera quæſtio eſt facti, in qua quæritur de volũtate. Teſtator ita repetiit: legata, quæ à filio meo, &c. An videatur tacite repetita conditio? Hæc quæſtio differt à ſuperiore, quia hic quæritur de facto, ibi de iure. Dubitatio naſcitur ex iis, quæ ſupr. diximus de repetita conditione. ſupr. eo. ad l. legata inutiliter. l. 76. auia. l. 107. libertis. de cond. & demonſt. Vlpia. tamen ait in dubio videri legata repetita eſſe pure, non ſub conditione. Ratio eſt, quia in dubio non debet intelligi repetita conditio, quæ legatum inutile reddat. Hæc ratio ſumitur ex l. 113. ſeruo alieno. §. ſi ab impubere. infr. eo[d.] Non videtur enim repetita conditio, inutile legatum facien[s.] Si poneremus repetitam eſſe conditionem, legatum eſſet in[-]utile, vt in ſuperiore ſpecie. Conditio eſt, ſi filius pubes fact[us] fuerit, quæ non poteſt iam exiſtere. quia filius deceſſit impu[-]bes. Notanda eſt igitur hæc regula admodum vtilis in quæ[-]ſtionibus facti & voluntatis. Orationem dubiam ſic interpre[-]tari debemus, vt actus valeat magis, quam inutilis ſit. l. quo[-]ties. l. vbi. infr. de reb. dub. Itaque non facile interpretamu[r] repetitam cõditionem, quæ actum inutilem reddat. Idem di[-]citur de ſtipulatione in l. 134. Titia. §. 1. de verb. oblig. Aliqui[d] ſcripſi de hac re ad l. 80. quoties. de verb. oblig. Sed animad[-]uertendum eſt, quæ hactenus dicta ſunt, locum habere i[n] ſubſtitutione tãtum pupillari. Ponimus ſubſtitutionem ſim[-]pliciter pupillarem fuiſſe, non vulgarem, nec mixtam. Na[m] licet verbis omnino expreſſum non ſit genus ſubſtitutioni[s,] tamen id ſatis colligitur ex verbis. Ait enim Iuriſc. in initio, fi[-]lio pupillo hæredem ſubſtitutum eſſe. Item ait impubere fili[o] mortuo, ſecundum hæredem admiſſum eſſe. Si vero eſſet vul[-]garis, aut duplex, ſiue mixta quam Theophil. Inſtitu. de pupil[l.] ſubſt. in prin. vocat βυλγαροπυπιλλαρίαν: hac repetitione nõ red[-]deretur legatum inutile. His verbis autem, Hæres meus dat[o] Titio centum, ſi filius meus pubes factus fuerit. Conditio le[-]gati, & conditio ſubſtitutionis, non ſunt repugnantes: ſicut i[n] ſuperiore ſpecie, conditio ſubſtitutionis, ſi hæres non erit, & cõditio legati, ſi pubes factus fuerit. Poteſt hoc caſu legatum deberi à ſubſtituto. ſi filius poſt 14. annum moriatur non adi[-]ta hæreditate. Tunc enim admittitur ſubſtitutus: quia filiu[s] non adeſt. Et debet legatum, quia extitit conditio, ſi pubes fa[-]ctus fuerit. Neceſſe eſt ergo intelligamus in hac ſpecie ſubſti[-]tutionem mere pupillarem fuiſſe. Dixerit aliquis repugna[re] verba Vlp. Hęres meus dato, &c. quia ſi pupillaris eſſet ſubſti[-]tutio, non eſſet hæres teſtatori: ſed filio. l. 10. ſed ſi plures. alia l. qui liberis. §. ad ſubſtitutos. & Inſtit. de pupil. §. 1. Reſponde[o] his verbis fieri ſolere pupillarem, cum filius inſtituitur hære[s] patri. Nam ſubſtitutus fit hæres etiam teſtatori quodammo[-]do per mediam filij perſonam. Hæres enim hæredis mei, e[ſt] hæres meus. l. vlt. C. de hæred. inſtit. Huius formulæ exem[-]plum eſt luculentum in l. ſi ita ſcriptum. §. qui filio impuber[i] infra de bon. poſſ. ſecun. tab. Quod ſi dictum ſit, Si filius meu[s] moriatur, priuſquam in tutelam ſuam veniat, tunc Titius mi[-]hi, hæres eſto: hæreditatem vindicat perinde ac ſi verbum mi[-]hi, adiectum non eſſet. Plura dicemus ad l. 48. ſi cui legetur. & ad l. 52. ſi cui ſerui. §. 1. infra hoc tit.

Ad §. Si parti.

LOcus de perſonis quibus legari poteſt: an ciuitati, aut par[-]ti ciuitatis legari poſſit. Sed de ciuitate ipſa prius eſt vi[-]dendum. Dubium non eſt quin ciuitas hodie poſſit hæres in[-]ſtitui, & poſſit ei legari. l. hæreditatis. Cod. de hæredib. inſti[t.] An tempore Vlp. idem ius fuerit, dubitatur. Plerique puta[nt] potuiſſe legari. Citant pleroſque locos, in quibus legati ciu[i-]tati, aut reipub. fit mentio. Cuiuſmodi eſt hic locus, & alij ſi[-]miles. Plinius tamen oſtendit diuerſum ius fuiſſe tempor[e] ſuo. Epiſtolarum lib. 5. epiſt. ad Caluiſium. Nec hæredem in[-]ſtitui, nec præcipere poſſe remp. conſtat. Cui conſentaneu[m] eſt, quod ſcribit Vlp. in Inſtit. tit. 22. qui hære. inſtit. poſſ. Ne[c] municipia, nec municipes heredes inſtitui poſſunt: quia in[-]certum corpus eſt. Excipit hæreditatem libertorum. Item fi[-]deicommiſſam hæreditatem. At tametſi loquatur Plinius d[e] præceptione: tamen idem dicendum eſt in quocunque ali[o] genere legati. Quia non eſt diuerſa ratio. Fecit autem men[-]tionem præceptionis, quia ita acciderat ex facto. Pleræqu[e] ſubtilitates erant in legatis. Dixi in initio huius tractatus de[-]monſtrans differentias legatorum & fideicommiſſorum. Pu[-]to igitur Plinium vere & recte dixiſſe. Nec vllus eſt locus i[n] Pandect. ei contrarius. in l. 125. ciuitatibus. infra eod. verbu[m] legare, ambiguum eſt, & de fideicommiſſo accipitur. Itaqu[e] argumentum ex eo loco infirmum eſt aduerſus Plinium. Ia[m] dixi per fideicommiſſum relinqui olim potuiſſe. Vlp. in Inſti[t.] excipit fideicommiſſa. Et eſt locus de fideicommiſſo in l. 2. [de] omnibus. infra ad Trebel. Subtilitates iuris non æque ſeru[a-]bantur in fideicommiſſis, atque in legatis. Non obſtat l. 2. [de] reb. dub. Nam poteſt intelligi de fideicommiſſo. Item pote[ſt]

intelli[-]

elligi quo caſu ciuitati legari poteſt, vt cum libertus legat. Cetera obiecta facile erit diluere his intellectis. Quæritur, m poſſit legari ciuitati, an poſſit legari parti ciuitatis? Vlpia. deberi ſine dubio. Eſt enim eadem ratio partis, quæ totius. l.76. quæ de tota. ſupra de rei vindic. Huic non diſſimile eſt od dicitur de collegio. l. collegium. C. de hæred. inſtit. Simile etiam exemplum eſt de vico, ſiue pago, in l. ſi hæres. 73. vicis. Hic dubitatur de ciuitate ibi, an idem de vico, quod de uitate. Apparet ex l. ſi vſusfructus. 8. de vſufru. lega. vbi eam eſt inſcriptio, Gaius lib. 3. de leg. ad edict. prætor. Quid ſi ciuitate ſint partes, factiones, vt in Italia Guelforum & Gellinorum, an poſſit vni patri legari? Vulgo dicitur non poſ. Non ſunt alendæ ciuiles illæ diſſenſiones, quibus Reſpub. ditur. l. ſi quis ingenuam. §. in ciuilibus. infra de captiu. & ſtli. reuerſ. Nulla copora, nullæ ſocietates probari debent, ſi quæ ſpecialiter iure probantur & recipiuntur. leg. 1. ſupra od cuiuſque vniuerſ. l. 1. de colleg. Spectanda ſane eſt conetudo cuiuſque loci. Bar. ſcribit Peruſij factionem Guelforum receptã fuiſſe, & moribus probatam, vt liceret eis creare pitaneum. Dubium tamen non eſt, quin poſſit ſingulis legari, qui ex ea factione ſunt, ſi alia ratio non prohibeat. l. 20. m Senatus. infra de reb. dub. Quæritur an pars vna expulſa oſſit creare ſyndicum? Puto non poſſe, niſi ſit minor pars citatis. arg. l. 1. quod cuiuſque vniuerſ. Nec obſtat l. Teſtatrix. pra ſi ſer. vindic. quia loquitur de ſingulis, non de vniuerſis. tamen aliqua magna vtilitas hoc ſuadeat, puto hoc ei condendum, vt pacis faciẽdæ cauſa. Benignius interpretabimur ciuitate fieri, quod à parte fit. arg. l. quæ de tota.

Ad l. Si pluribus. 33.

LOcus eſt de effectu legati. Res legata debetur legatario, eaque tota. Quid ſi duobus eadem res legata ſit? Diſtinuit Paul. an eadem res ſit legata coniunctim, an diſiunctim. i coniunctim, diuidetur inter legatarios. puta Titio & Semto. fundum lego: vel, fundum lego æquis partibus. Nihil reerri puto, an ſit coniunctio verbalis an miſta, licet aliqui diſentiant. Non interpretabimur quod datum eſt vni, ademtum eſſe alteri propter coniunctionem. Hæc verba coniuntionis apta materia ſunt ademptioni. Nec interpretamur vrique ſolidum dandum eſſe, id eſt, vni rem, alteri æſtimatioem, ſed vtrique virilem partem deberi. Hæc interpretatio umanior eſt. Conſulitur enim ex æquo vtrique legatario, & æres ſubleuatur ne bis eandem rem præſtet. Nec refert an terque ex teſtamento agat, an vero vnus vindicet. Quo taen caſu videbatur probabilis eſſe dubitatio. Nam vindicatur es ipſa actione ex teſtamento, petitur æſtimatio non rei vinicatione. Itaque videbatur hic facilius admitti, vt vni præſteur res, alteri æſtimatio. Sed hæc ratio non mouet Paul. Benignius enim eſt quod diximus partem ſingulis deberi, etiã mais congruit voluntati teſtatoris.

Alter caſus eſt cum eadem res legata eſt ſeparatim, id eſt, non eadem oratione, nec eiſdem verbis. Titio fundum lego, Sempronio fundum lego. Dicuntur quidem hi coniuncti re, quia res eadem eis legatur. l. re coniuncti. 89. infra de leg. 3. Sed comparati cum cæteris, dicuntur diſiuncti. Cæteri magis coniuncti ſunt, quia non ſolum eadem res eis legatur: ſed etiam eadem oratione. §. ſi eadem. Inſtitut. de legat. Quæritur ergo quid debeatur his legatariis? Ambiguitas maior hic eſt quam in ſuperiore ſpecie. Itaque videndum eſt quid teſtator ſenſerit, an voluerit adimere primo. Nam hæc verba ſatis apta ſunt ad ademptionem faciendam. Sed humanius eſt pro virili portione omnes ad legatum venire, in dubio æqualiter conſuletur vtrique, niſi euidentiſſime appareat contraria voluntas. Videndum eſt etiam num teſtator voluerit vtrique ſolidum dari. quod non creditur voluiſſe. & durior eſſet hæc interpretatio contra hæredem, quem nimis onerari non oportet. leg. vnum ex familia. 67. §. ſi rem. de legat. 2. leg. ſi Sticho. 36. de vſufru. leg. Quid igitur ſi appareat teſtatorem ita ſenſiſſe: quomdo poterit ſolida res vtrique dari? Nam repugnat l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ff. commod. & leg. 3. §. ex contrario. infr. de acquir. poſſ. Reſp. Paul. vni pretium, alij ipſa res adſignatur. Non poteſt ratio commodior excogitari qua ſatisfiat vtrique ſecundum voluntatem teſtatoris: & credibile eſt teſtatorem hoc cogitaſſe. Nam pecunia fungitur vice rerum omnium. l. ſi ita fideiuſſorem. 42. infra de fideiuſ. Pretium dicitur ſuccedere loco rei, vt qui pretium habet, rem habere intelligatur. l. quia. 39. ſupr. de vſufru. Sed quid ſi vterque velit rẽ ipſam habere ac neuter ſit contentus pretio? inuenta eſt etiam ratio huius nodi expediẽdi, vt occupantis melior ſit conditio. Quid autem ſi vnus occupauit, ac præuenit alterum litem conteſtando, deinde pœnitet eum conſilij ſui, & petit nunc pretium: vel contra? Ait Paul. variationem hic non admitti. Satis ei conſulitur ſemel data electione. Quid ſi appareat teſtatorem voluiſſe transferre in nouiſſimum? Priori nihil debebitur, etiamſi legatum non conſiſtat in perſona nouiſſimi. Pars vnius deficiens accreſcit alteri inter coniunctos, ſed nulla hic coniunctio eſt: quia primo nihil eſt legatum. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, quid ſi cõiuncti & diſiuncti mixti ſint? Cum omnes ſunt coniuncti, vel omnes diſiũcti, res diuidetur ęquis partibus. Sed ſi mixti ſint, dubitatur. vt puta, Titio & Semproinio fundum lego: Caio fundum eũdem lego. ait Vlpian. ſeq. l. plane. coniunctos fungi vice vnius perſonæ, & pro vna perſona haberi. Dimidiam ergo habebit Caius, & altera dimidia diuidetur inter Titium & Sempronium. Nam tantum conſequeretur Caius, ſi pro Titio & Sempronio vnus eorum à teſtatore nominatus eſſet. Hæc paulo rudius ac ſimplicius declaraui pro tyronibus. Nunc accuratius & ſubtilius de ſingulis eſt dicendum. Notandus eſt primum locus de actione, qua petitur legatum, de qua dixi ad leg. 1. ſupra eo. Petitur non ſolum actione ex teſtamento, ſed etiam rei vindicatione. leg. 1. Cod. commun. de leg. Dominium recta via tranſit in legatarium. leg. à Titio. 65. de furt. l. 83. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. infra eod. Vna tamen actione electa, altera tollitur. l. cum filius. 78. §. variis. infra de leg. 2. At ſi duo ſint legatarij, vnus poteſt vindicare, alter ex teſtamento petere, vt hic Paul. oſtendit. Similis locus eſt in l. duobus. 85. infra eod. Oppo. huic ſententiæ l. huiuſmodi. 84. §. vlt. Sed diuerſæ ſpecies ſunt. Hi ſunt duo legatarij, ibi duo hæredes vnius legatarij. Hi habentur pro vno, quia repræſentant perſonam vnius. Sicut legatarius vnius non poterat partim ex teſtamento agere, partim vindicare. dict. §. variis. ita non poſſunt eius hæredes. Ex perſona hæredum natura obligationis & actionis non mutatur. leg. 2. §. ex his. de verbo. oblig. An vterque ſit dominus quęſtio ſubtilis eſt, quam autem ſubtilis, mox tractabimus. Eſt etiam obſeruandum, rem pluribus legatam cõiunctim, diuidi in partes. Nec id dubium eſt in coniunctione verbali: quia partes habent ex verbis teſtatoris. d. l. re coniuncti. Dicuntur re coniuncti non eſſe, propter diſtributionem partium, tametſi ad rem eandem vocentur. Idem mihi videtur & in coniunctione mixta, vt legatarij partes quoque habeãt: tametſi nõ tam aperte & clare expreſſa ſit diuiſio partium. ita ſcripſi lib. 1. de iure accreſcen. c. 11. Confirmaui arg. ex d. l. plane. §. ſi coniunctim. de quo dicemus ibi. Obſeruandum eſt rurſum, cum duobus legatur eadem res ſeparatim, eam quoque inter eos diuidi. Tametſi autem teſtator partes nõ diſtribuerit, ſolidum prima facie teſtator ſingulis attribuere videtur. §. vbi autem. C. de caduc. tollen. propter concurſum tamẽ vtriuſque fiunt partes. Hæc eſt enim benigna interpretatio voluntatis, vt iam dixi. Nihil ergo refert an coniunctim quis legauerit, an ſeparatim, cum legatarij concurrunt. Cum vnus vero deficit, multum intereſt in iure accreſcendi. Quia onus iniunctum deficienti, in alterum non transfertur. d. §. vbi autem. C. de caduc. tollen. Cum igitur quis legat ſeparatim, &c. nihil adimitur.

Dixi, cum duobus legatur eadem res ſeparatim, partes fieri concurſu: nihil enim adimitur primo, niſi euidenter appareat. Oppon. l. ſicut. 5. de adimen. lega. vbi quod Titio legaui, ſi idem alteri lego ſeparatim, ademptio eſt. Reſpondeo multum referre quibus verbis legetur. Verba quædam vſitata ſunt in coniunctione legatariorum, de qua hic agitur, apta ad coniunctionem illam faciendam. vt, Titio fundum lego, Sempronio fundum lego. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Si teſtator his verbis vſus ſit, nihil ademptum intelligitur, niſi aliud euidenter appareat: quia verba vſitata ſunt in coniunctione reali. Sic accipiendum eſt quod Paulus hic ait. Alia verba ſunt vſitata in ademptione, vt, Quod Titio legaui, id Seio do lego. Cum enim Iureconſulti de ademptione diſſerunt, hoc exemplo vtuntur. dicta leg. ſicut. & Inſtitut. de adempt. lega. Et ſane hæc verba magis conueniunt ademptioni & reuocationi. Vſus hoc oſtendit, qui maxime ſpectandus hic eſt. leg.

Labeo. Poſterius autem legatum relinquitur ſub commemo-
ratione primi, ideo tacitam ademptionem continet propter
vſum, vt dixi. Non eſt alia confirmatio requirenda, vbi quæ-
ritur de vi & ſignificatione verborum. Vſus vero cognoſcitur
ex iis quæ iam dixi. Verum exoritur alius ſcrupulus ex l. Iulia-
nus. 15. ſupra de hæredib. inſtit. vbi ſi teſtator dixerit: qua ex
parte Titium inſtitui, ex eadem Mæuium inſtituo, verba po-
ſterioris inſtitutionis referuntur ad priorem, ſicut in d. l. ſicut.
tamen dicuntur eſſe vocati ad eandem partem ſine vlla adem-
ptione. Reſpondeo diſſimiles ſpecies eſſe. nam in d. l. ſicut. ver-
ba referuntur ad rem ipſam legatam, quæ ſecundum vſum lo-
quendi magis ſignificant ademptionem. In l. Iulianus. verba
referuntur ad hæreditatem, ſiue ius hæreditarium: ſed ad par-
tem duo facit teſtator in tali inſtitutione. Vnum, vult illum &
illum hæredes eſſe. Alterum, partes aſſignat eis. refert autem
multum, an hæc verba ad primum, an ad ſecundum referan-
tur. Cum ait, ex qua parte, verba referuntur ad ſecundum, id
eſt ad partis aſſignationem, cum ita loquitur, quam hæredita-
tem reliqui Titio &c. oſtendit ſe velle vtrunque hæredem eſ-
ſe, ſed eos concurrere in eandem partem. Similis eſſet ſpecies
in l. ſicut. ſi poneremus ita legatum eſſe, Titio dimidiam lego,
quam partem Titio legaui. Hoc caſu probabilius mihi videtur
eos concurrere. Oſtendit enim ſe velle vtrique legare, ſed ita
vt in vnam partem concurrant. Eſt præterea obſeruandum,
ſolidum dari omnibus legatariis ob voluntatem teſtatoris. In-
terpretamur enim benignius voluntatem teſtatoris, quaſi
hoc ſenſerit, vt vni detur res, alteri æſtimatio. Nam res ipſa in
ſolidum duobus dari non poteſt, vt dixi. Vterque ergo poteſt
ſolidum petere, & electio eius eſt, qui prior litem conteſtatus
eſt. Quæſtio ſubtilis eſt vulgo hic agitata, an vterque ſit do-
minus interim rei legatæ, iuxta regulam dictæ l. à Titio. de fur.
Si dixeris vtrumque dominum eſſe, opponam tibi regulam l.
3. §. ex contrario. infra de acquir. poſſeſ. Nec ad rem pertinet
quod dicunt aliqui regulam non intelligi de domino ciuili &
legitimo, quod acquiritur ſine naturali apprehenſione. Nam
aduerſatur hæc opinio regulæ iuris, Vni pro ſolido duos hæ-
redes eſſe non poſſe. l. quod contra. 184. §. vni. de reg. iuris. Si
dixeris neutrum dominum eſſe interim, ſed hæredem potius:
primum opponam regulam d. l. à Titio. de furt. Deinde, quod
hic Paulus ait, vtrumq; vindicare poſſe: nam quo modo poſſet
vterque vindicare, ſi dominus non eſſet? Reſpondeo, ſecun-
dum ſubtilitatem iuris, neutrum dominum dici poſſe: ſed in-
terpretatione quadam benigniore, intelligitur is dominus eſ-
ſe qui occupat. Si cui hoc mirum videatur, is velim conſideret
Iureconſultos hic ſubtilitatem negligere, alioquin ſolidum
non poſſet præſtare ſingulis. Hæ igitur ſubtilitates non mul-
tum nos mouere debent in hac diſputatione. Sequamur quod
propter vtilitatem receptum eſſe videmus, vt detur electio ei,
qui prior occupauerit.

Nunc quædam obiecta diluenda ſunt. In primis obiicitur
quod ſupra eo. dixi ad legem, ſi ex toto. de duobus reis. Hi le-
gatarij videntur eſſe duo rei credendi, nec enim dubium eſt,
quin duo rei conſtituantur teſtamento. dic. l. ſi ex toto. §. ſi ita
ſcriptum. l. eandem. infra de duobus reis. Si quis legauerit à
Titio & Mæuio, duo ſunt rei debendi, ſi quis ergo legauerit
Titio & Mæuio, duo ſunt rei credendi. Proprium autem eſt
eorum, vt ab vno poſſit ſolidum exigi, & vni ſolidum ſolui. §.
ex huiuſmodi. Inſtitu. de duobus reis. Quare in hac ſpecie vi-
detur hæres liberari vni dando, ne neceſſe habeat vtrique da-
re. Reſpondeo, hoc fieri propter voluntatem, vt Paulus hic
oſtendit. Cum teſtator vult vtrique ſolidum dari, non ita cō-
ſtituuntur duo rei, ſed cum teſtator duobus legat, nonne iu-
dicare debemus duos reos conſtitui in dubio? Paulus hic ſa-
tis oſtendit in dubio non eſſe habendos legatarios pro duo-
bus reis. Sed ratio obſcura eſt, nec vlla ſatis probabilis hic ad-
duci ſolet. Exiſtimo rationem eam eſſe, quam adduxi ad leg. ſi
ex toto. cum interpretarer leg. cum quidam. Cod. de verbor.
ſignific. Credibile non eſt teſtatorem nihil curare vtri detur,
nec eſt veriſimile non habere delectum perſonarum, niſi ver-
ba clara & aperta ſint. arg. §. incertis. Inſtit. de lega. Alia obie-
ctio eſt ex l. quoties. 38. de vſufr. vbi duobus legatus vſusfru-
ctus, vt alternis annis vtantur, potior eſt is qui prior nomina-
tus eſt. Quidam dicunt ibi coniunctim fuiſſe legatum, hic ſe-
paratim, ſed nulla eſt ratio huius differentiæ. Alij fatentur ſe
nihil habere quod reſpondeant: animaduerti magnam diſſi-
militudinem vtriuſque ſpeciei eſſe. In hac ſpecie quæritu[r]
re legata cui debeatur: nam incertum eſt, cui teſtator dari v[o-]
luerit rem ipſam: quia id non expreſſit. In d. l. quoties. nō qu[æ-]
ritur de re legata principaliter. Certū eſt quod habere volu[e-]
rit vtrūque, ſcilicet vſumfructum pro dimidia parte: ſed q[uia]
dixit, alternis annis, apparet eum voluiſſe aliquem ordine[m]
ſeruari. Cum ergo quæſtio tantum ſit de ordine, non eſt al[iე-]
num ſeruari ordinem ſcripturæ. Poſtremo notandus eſt o[bi-]
ter locus communis de occupatione per litis conteſtatione[m],
quod non eſt accipiendum pro generali diffinitione, vt vul[go]
fit. Res eſt perplexa, cum diffinire in vniuerſum prudentis [&]
eruditi hominis non eſt. De variatione in ea electione, dixi [ad]
l. ſerui electione. ſupra eod.

Ad l. 34. Plane.

DEclaraui aliquot præcipuos locos huius capitis, iam [de]
aliis videndum eſt. Hic ſeptimus locus eſt de translati[o-]
ne legati inutili. Hac translatione reuocatur prius datu[m],
quamuis ea ſit inutilis. Similis locus in leg. & ſi tranfera[tur.]
20. infra de adimen. legat. Oppon. lex, ſi id quod. ſupra de r[e-]
ſcin. vendit. vbi valet prior emptio quæ pura eſt, cum ſecu[n-]
da non habeat effectum: id ſane contrarium eſt non tam le[gi]
noſtræ, quam regulæ brocardicæ, quæ ex hac lege colligi ſ[o-]
let, actu inutili reuocari vtilem. Nam ex leg. ſi id quod. col[li-]
gitur alia regula contraria, actu inutili reuocari vtilem. Co[n-]
fingunt hæ regulæ fictitiæ, & magnam pariunt perplexitate[m]
in diſputationibus noſtris. Sed hæc nimis generaliter defi[ni-]
untur. leg. omnis definitio. infra de reg. iur. vnde non eſt m[a-]
gnopere fidendum his regulis fictitiis. Conſideranda eſt [ſi-]
militudo ac diſſimilitudo cuiuſque ſpeciei. In iis enim quæ [ſi-]
milia ſunt, idem ius eſſe debet. In iis quæ diſſimilia ſunt, n[on]
eſt mirum ſi varium ius repeṙiatur. Expendamus igitur ſp[e-]
ciem noſtram de tranſlatione legati. In trāslatione legati d[uo]
conſideranda ſunt, vt ſi teſtator dicat, quod Titio legaui,
Seio do lego. Primum eſt ademptio legati, adimitur enim
primo, ſecundum quod id legatum datur ſecundo. Hæc a[u-]
tem ademptio & datio, res ſeparatæ ſunt: non ideo igit[ur]
conualeſcit legatum ademptum primo, quod non conſiſt[it]
in perſona ſecundi: niſi appareat eum non ademptur ū fuiſſ[e]
niſi vt ſecundus id haberet, ſed id non præſumetur, niſi [ex]
coniecturis aliquibus appareat. Quid enim habet commu[ne]
ademptio hæc cum legato poſteriore? Confirmatur hæc ſe[n-]
tentia argum. ex l. 1. §. ſed ſi mihi Pamphilum. de verboru[m]
obligatione. vbi ſtipulatio vtilis non vitiatur per inutile[m]
quia res diuerſæ ac ſeparatæ ſunt. Expendamus nunc ſpecie[m]
leg. ſi id quod. in ea ſpecie duplex eſt venditio, vna pura, alte[ra]
cōditionalis: ſed verba poſterioris emptionis non referu[n-]
tur ad priorem, ſicut in legato. Itaque nulla reuocatio prio[ris]
eſſe intelligitur. Manet ergo vtraque, ſed quia poſterior n[ul-]
lius eſt vtilitatis & effectus, perinde habetur, ac ſi facta n[on]
eſſet. Aliud dicendum eſſet, ſi poneremus his verbis facta[m]
eſſe ſecundam, vt appareat receſſum eſſe à priore. Pone ita, [vt]
quod emptum eſt, pure nunc emptum ſit ſub illa condition[e.]
Hoc caſu puto non valere priorem, ſed valere potius ſecu[n-]
dam. arg. leg. quoties. infra de nouation. §. præterea. Inſti[t.]
quib. modis tollitur obligat. Similes eſſent ſpecies, ſi pone[re-]
mus Titio legatum eſſe pure, deinde ſub conditione. Et e[ſt]
ſpecies leg. non ad ea. infra de condit. & demonſtr. cuius tr[a-]
ctatio non eſt huius loci. Octauus locus eſt de commixtio[-]
ne coniunctorum & diſiunctorum. Coniuncti habentur lo[-]
co vnius, tantum enim capiunt omnes coniuncti, quantu[m]
vnus ex aliis. Per coniunctionem enim videntur in vnu[m]
corpus redacti eſſe. Codic. de caduc. tollend. §. hæc ita. Pon[e]
quatuor eſſe legatarios, Titium & Sempronium coniuncto[s]
Mæuium & Seium ſeparatos. Legatum diuidetur in tres pa[r-]
tes. tertiam habebunt duo coniuncti. Male igitur hic cenſu[it]
Accurſi. eos habituros dimidiam. Nam Vlpian. ait eos lo[-]
co vnius eſſe. Atqui ſi poneremus vnum eſſe, non ita legatu[m]
diuideretur. Similis eſt ſpecies, in qua hoc modo fit diuiſio, i[n]
leg. ſi quis Titio. ſupr. de vſufruct. accreſc. vbi ſi legaui Titio &
Mæuio cum hæredibus meis, tres partes fient. Simile exem-
plum eſt in leg. interdum. 13. in princip. ſupra de hæred. inſti[t.]
Simile in l. qui liberis. alias, Si pater. de vulg. ſubſt. Quomod[o]
ſit accipienda l. vltim. C. de impub. quæ videtur contraria, di[xi]
ſub tit. de vulgar.

A.

Ad §. Si eadem res.

Locus de effectu legati. Si idem legatum ſit ſæpius, an ſemel tantum debeatur? Quæſtio eſt facti & ſtatus coniecturalis. Pendet enim ex coniectura voluntatis. Sed ad hanc coniecturam multum refert quid legatum ſit an res, an quantitas. Verbum rei, ſpecialem hic ſignificationem habet: ſicut in rerum permutatione. Alias appellatione rei continetur etiam pecunia. l. rei appellatio. de verb. ſignificat. Hic res accipitur pro ſpecie, quæ non continetur pondere, numero, &c. Diſtinguitur ergo hic ſpecies à quantitate. Explicatio horum verborum non eſt difficilis. Primum obſeruandum eſt, ſpeciem ſæpius legatam, ſemel tantum deberi. Vnum enim legatum eſt effectu, quamuis teſtator ſæpius legauerit. Quo reſpiciens Papinian. ait non ſæpius legare: ſed loqui ſæpius. l. Mæuius. 68. §. eum, qui. de legat. 2. Huc pertinet l. cum quæſtio. §. vlt. C. de leg. Inter coniunctos diuiditur legatum æqualiter, licet vni ſæpius ſit legatum. Eodem pertinet l. Lucius. 90. §. impuberem, de leg. 2. vbi ſi dictum ſit: quæ legaui in duplum dari volo, corpora legata non duplicantur. Quod producitur ad legis municipalis interpretationem. Si quid noctu admiſſum fuerit, vt pœna dupletur, intelligimus de pœna quæ conſiſtat in quantitate, niſi contraria appareat voluntas. Nec refert an eodem teſtamēto an codicillis. d. l. Mæuius. §. eum, qui. Idem ſi quis legauerit ſemel ab inſtituto, deinde à ſubſtituto. l. ſi ab inſtituto. ſupra ſi quis omiſ. cauſ. teſt. Eſt enim in omnibus ſpeciebus eadem ratio. Simile eſt quod dicitur de ſtipulatione, l. qui bis idem. infra de verbo. obligat. Quid ſi conſtet de voluntate contraria teſtatoris? Magna hic eſt diſſenſio. Quidam putant voluntatem ſeruandam eſſe ſi certa ſit. Proferunt locum communem de voluntate. l. 3. C. de liber. præter. cum ſimilib. Aliud argumentum ducunt ex l. ſi pluribus. ſupra eodem. & ex l. 56. alias 53. Quid ergo. §. ſi quis duos. infra eod. Alij diſſentiunt. quoniam alias non eſſet differentia ſpeciei & quantitatis. Nec voluntas teſtatoris ſemper potior eſt, vt dixi ad l. 4. ſupra. Dicam breuiter quod ſentio. Vlp. in ſpecie legata, ait eam ſemel deberi. Nec diſtinguit an teſtator voluerit bis præſtari. Nec enim facile reperitur teſtator adeo ſtultus, vt id iubeat. deinde bis præſtari nō poteſt. Quantitas vero poteſt ſæpius præſtari. Si tamen appareat ſenſiſſe de æſtimatione, puto voluntatem ſeruandam eſſe. arg. d. l. ſi pluribus. & d. l. quid ergo. Dubium enim eſt quin rectè legetur res, & rei æſtimatio. l. ſi alij. §. rerum. de vſufr. & l. fundum. de nouation.

Dixi rem ſæpius legatam ſemel tantum præſtari. Sed cur ait Vlp. vel æſtimationem? Nonnulli putant in hac ſpecie vel rem peti, vel æſtimationem, prout legatarius elegerit. Quaſi huius repetitionis ea ſit vis vt poſſit peti, vel ſolui pecunia pro re, contra reg. l. 2. §. mutui datio. Iſti nodum quærunt in ſcirpo, nihil habet ſingulare, aut ſpeciale ſententia Vlpian. Hæc verba addidit Vlpian. quia ſæpe accidit vt ſoluatur æſtimatio conſenſu debitoris & creditoris. Item ſoluitur æſtimatio cum res dari non poteſt. l. non dubium. 14. §. vlt. de leg. 3. Obſeruandum eſt rem legatam duorum teſtamentis, bis peti poſſe. Idem dicitur in l. Mæuius. 68. in princip. de lega. 2. Conſtitutio principis, qua placuit, eidem ſæpe legatum corpus non onerare hæredem, ad vnum teſtamentum pertinet. Ratio diuerſitatis obſcura admodum non eſt. Cum idem teſtamentum eſt, creditur teſtator loqui ſæpius magis, quam ſæpius legare. d. l. Mæuius. §. eum, qui. Solent enim teſtatores idem repetere ſæpius, fortaſſis obliti, ſe iam ſcripſiſſe. Vel vt magis patefaciant deſiderium, quo adficiuntur dandi rem illam legatario. Sicut videmus in literis ſcribendis ad amicos. Cum obnixe aliquid petimus, ſolemus plerunque eandem petitionem iterare, non vt ſæpius illud fiat: ſed maturius, diligentius, fidelius. Hæc coniectura locum non habet in re legata duorum teſtamentis. Quare dicimus rem ſæpius peti, & præſtari. Quod eſt accipiendum ſecundum deſtinationem vulgarem de concurſu cauſarum lucratiuarum. §. ſi res aliena. Inſtitu. de legat. Cui ſoluta eſt æſtimatio, poteſt rem petere, non contra. Sed de cauſis lucratiuis dicemus alibi. Oppo. his quæ diximus l. huiuſmodi. 86. §. 1. Vbi res eadem legata eſt duorū teſtamētis, & ſemel tantum petitur. Reſpondeo in ea hypotheſi aliam eſſe coniecturam voluntatis. Proponitur enim hæres ipſe à quo legatum fuerat, legaſſe eandem rem, &c. Creditur ideo legare illam rem vt ſoluendo liberetur, vt hæredem admoneat officij ſui. Debitor ergo legat creditori, quod debet. quod legatum vtilitatem non habet, niſi ex commodo repræſentationis. Dixi ad leg. ſi creditori. ſupra. Reperitur tamen ſpecies quę videtur huic ſimilis, in qua res debetur ex vtroque teſtamento. leg. Mæuius. 66. in princip. de leg. 2. Vbi debitor rei legatæ, eam legat creditori, id eſt, legatario. Sed in ea ſpecie diſſimilitudo eſt. Prior teſtator legauit dimidiam partem fundi, alter legauit ſimiliter dimidiam partem fundi. Sed ambiguitas aliqua hic eſt: quia duæ ſunt partes, &c. incertum eſt de vtra ſenſerit, an de ea quæ legata fuerit priori teſtamento, an de altera. Sed in re dubia interpretamur eum ſenſiſſe de altera, vt legatum potius valeat. leg. quoties. infra de reb. dubiis. Ergo debebitur legatario totus fundus: vna pars ex priori teſtamento, altera ex poſteriori. In ſpecie leg. huiuſmodi. ea coniectura non poteſt capi, nulla eſt ibi talis ambiguitas. Res enim tota legata eſt, non pars. Rurſum obſeruandum eſt quantitatem ſæpius legatam, ſæpius præſtandam eſſe ſi teſtator hoc voluerit, & onus probandi incumbit legatario, vt hic Vlpian. oſtendit. Sed occurrit difficilis antinomia ex leg. quinquaginta. de probat. vbi legata ſunt teſtamento, deinde codicillis: ſed Celſus ait hæredem probare. Reſpondeo ſpecies diſſimiles eſſe. In hac ſpecie legata eſt vtraque quantitas eodem teſtamento: ibi, vna in teſtamento, altera in codicillis. Ratio diuerſitatis non poteſt adferri, niſi probabilis ac veriſimilis. Demonſtrationes quidem neceſſariæ exiguntur à mathematicis, non ab iis qui in ſcientia ciuili verſantur, vt Ariſtot. monet. Argumentum igitur ducimus probabile ab eo quod in more hominum eſt poſitum. Qui vult legare 20. eodem teſtamento, non ſolet bis decem legare. quanquam hoc fieri poteſt vt priori ſummæ parem adiiciat. Sed cum teſtamentum fiat vno contextu & breui tempore, non creditur mutata voluntas, quaſi teſtator ampliare legatum voluerit: creditur ideo repetiiſſe, vt enixam voluntatem dandi oſtenderet. quare legatarij eſt probare teſtatorem ita ſenſiſſe. In altera ſpecie facilior eſt coniectura multiplicationis. quantitas enim relicta eſt teſtamento & repetita codicillis. Vnde facile credimus eum interim mutaſſe voluntatem & legatum ampliare voluiſſe. Et hanc rationem adfert Celſus ipſe, cum legatarius profert duas ſcripturas & hæres alteram inanem dicit: vt mirum ſit hanc diſtinctionem quibuſdam eruditis diſplicuiſſe. Nam Zaſius hanc ſententiam impugnat aliquot argumentis, quibus nunc reſpondendum eſt. Primum eſt, quia codicilli ſunt pars teſtamenti. & nihil refert an teſtamento, an codicillis relinquatur. l. 2. l. quidam referunt. ſupra de iure codicill. Reſpondeo, nihil referre, niſi ratio diuerſa appareat, ſed in coniectura voluntatis ratio eſt diuerſa. Cum quæritur de mutata voluntate, multum refert an eodem tempore & eodem actu ſit aliquid factum, an diuerſis. Temporis interuallum inducit mutationem voluntatis. Interpretatio iuris, qua fit vt codicilli pars ſint teſtamenti, non poteſt veritatem tollere: non poteſt facere, quin ſeparati ſint à teſtamento, nec quin temporis interuallum ſit inter teſtamentum & codicillos. Inſpicimus an ſit eadem ſcriptura. nec dubium eſt, quin ſint diuerſæ ſcripturæ. Alterum Zaſij argumentum eſt ex dict. leg. 66. Mæuius. §. eum, qui. de leg. 2. vbi legatum fuit teſtamento & codicillis. Sed loquitur de re, ſiue ſpecie legata: ſed non de quantitate. Non creditur autem multiplicata ſpecies, ſicut quantitas, vt iam dixi. Rurſus obiicitur noſtræ diſtinctioni lex, libertis. infra de alimen. leg. vbi quantitas repetita eſt in codicillis. Non tamen debetur niſi ſemel. Reſpondeo, euidentem eſſe voluntatis coniecturam ex cauſa legandi expreſſa à teſtatore: quia legauit pro alimentis, ne vltra modum alimentorum quicquam habeant. Hinc vulgo dicitur, legatum alimentorum non iterari, nec multiplicari. leg. alimenta §. Baſilicæ. Hæc igitur omnia pendent ex coniecturis, ex quibus iudex æſtimare debet quid teſtator ſenſerit, vt exempla ſuperiora demonſtrant. Quibus alia poſſunt addi, vt cum à diuerſis hæredibus quantitas relinquitur, præſumitur facile multiplicatio. leg. ſi pluribus. 45. §. ſi ita legatum. de leg. 2. leg. 116. alias 110. vt ſi legauit ſeruo alieno. l. Si quis à primo. infra eod. Idem ſi ſit diſpar ſumma: centum, deinde quinquaginta: aut contra. citatur lex, cum centum. de alimen. leg. & lex, ſi is, qui ducenta. 14. in princip. infra de rebus dubiis. Ex his enim nihil certi

colligi poteſt. Sed quod dicimus, communi ſenſu iudicari poteſt. Quia hic mos eſt hominum, qui aliquid legant teſtamento.

Ad §. Quod ſi rem.

Hic tractatur quæſtio pertinens ad locum ſuperiorem de re ſæpius legata. Legatus eſt mihi fundus, deinde eum emi. Quæritur an eundem poſſim petere ex teſtamento? Dubitatio eſt, quia bis præſtari mihi non poteſt. Sed Vlpia. ait me poſſe petere pretium quod mihi abeſt. Poteſt illud pretiũ ſolui, quamuis res præſtari non poſſit, & ſuperior ſpecies longe diuerſa eſt, in qua res eadem bis legata eſt eidem, vt ex iam dictis conſtat. Nec obſtat regula de cauſis lucratiuis. §. ſi res aliena. Inſtit. eod. quia peto pretium quod dedi tantum, quodque mihi abeſt: at nullum eſt in hac re lucrum. Si pretium non dediſſem, & illud conſequens ab hærede, concurrerent duæ cauſæ lucratiuæ contra regu. Sed hic vna tantum eſt.

Alia quæſtio, Titius mihi legauit fundum, & me rogauit vt reſtituerem, &c. Sempronius mihi eundem fundum legauit ſine onere. petij ex teſtamento Titij, & obtinui. Quæritur an poſſim petere ex teſtamento Sempronij? Dubitatio naſcitur d. §. ſi res aliena. Quia rem conſecutus eſt ex vna cauſa lucratiua, non poteſt eam ex alia cauſa lucratiua petere. Sed Vlpia. ait hic, me poſſe petere, quatenus ego alij dedi eo nomine. Nam hactenus mihi res abeſſe videtur. Legatum enim intelligimus cum effectu. l. 2. §. perueniſſe. ſup. de hæred. vend. Et hæc eſt elegans declaratio regulæ illius de cauſis lucratiuis. d. §. ſi res aliena. Obſerua in primis eum, qui emit rem ſibi legatam poſſe ex teſtamento eandem petere. Dixerit aliquis, res mea mihi non poteſt legari. l. proprias. C. de legat. Nec legatum conualeſcit, ſi poſtea definat eſſe mea. l. cætera. 41. §. 1. infra eod. Idem ergo videtur dicendum & cum res efficitur mea poſt factum teſtamentum. Sed hæc diuerſa ſunt. Non recte colligitur, Legatum ab initio inutile, non conualeſcit ex poſt facto. Ergo quod ab initio vtile eſt, ex poſt facto infirmatur. Nemo non videt, quam hæc diſſimilia ſint. Obiicit. alia regula, qua dicitur, cum res peruenit ad eum caſum, à quo incipere nõ potuit, tum vitiari actum. l. 140. pluribus. §. & ſi placeat. inf. de verb. oblig. Sed idem reſpondeo, quod Paul. ipſe in d. §. & ſi placeat. id non in omnibus verum eſſe. Oſtendit Paul. ſe nõ habere pro certo iure theſin illam receptam tempore ſuo. Non diſtinguit tam ſubtiliter, quam noſtri faciunt. ſed ſatis habet dicere, id non in omnibus verum eſſe. Significat enim quam periculoſum ſit in vniuerſum ita definire, & ratum eſſe, vt talis definitio omnia complectatur. l. omnis definitio. Ex iam dictis naſcitur quæſtio: Quomodo potuit legatarius emere rem ſibi legatam? Nam ſuæ rei nulla emptio eſt. l. ſuæ rei. 16. ſup. de contrah. empt. At legatarius eſt dominus rei ſibi legatæ. l. à Titio. de furt. Reſpondeo emptionem eo caſu valere, quo dominus non eſt legatarius. Verba Vlpi. accipere debemus, quo caſu valet emptio, quæ non poteſt aliter valere. Non autem neceſſe fuit Vlpiano eos caſus exprimere: quia de eo non erat quæſtio, an emptio valeret: ſed quo caſu valet, an poſſit pretium peti. Id autem poteſt demonſtrari exemplis. Pone legatam eſſe rem alienam, cuius dominium non tranſit, vt dixi ſup. ad l. 1. l. traditio. de acquir. rer. domin. l. nemo plus iuris. de regul. iur.

Aliud exemplum. Cum res empta eſt viuo adhuc teſtatore, vel eo mortuo ante aditionem, legatarius non fit dominus, niſi poſt aditionem. l. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. infr. eod. Sic accipienda ſunt verba Vlpia. Barbari doctores aiunt diuinationem eſſe, quia nihil tale hic dicitur ab Vlpiano. Sed ego iam dixi, non debuiſſe hoc exprimi ab Vlpiano. quia non erat quæſtio, an venditio recte contracta eſſet. Non ſolent Iureconſulti exprimere, niſi quæ ad præſentem quæſtionem pertinent. Quod autem illi dicunt, ſuæ rei emptionem conſiſtere, cum dominium non eſt acquiſitum naturali apprehenſione, ſed lege tantum: ego id non auſim defendere. Nam regula eſt, dominium rei ex pluribus cauſis acquiri non poſſe. l. 3. §. ex pluribus. inf. de acqui. poſſ. Nec nos multum mouet argumentum ex l. 12. in bello. §. ſi quis ſeruum. infra de capt. vbi rei ſuæ vſucapio eſt, &c. Dominium eſt quoddam temporarium & reuocabile, hoc autem eſt perpetuum. Sed de eo dicemus plenius ad l. 45. S. natus. inf. hoc tit. Secundo obſeruandum, legatarium petere non rem legatam, ſed pretium. Quæ de re magna hic eſt diſſenſio. Nonnulli ſic interpretantur quaſi petat rem legatam: ſed ita vt cõſequatur pretium, quod ſibi adeſt, quaſi res adhuc ſit in obligatione: ſed pretium in ſolutione. Ego receptam opinionem ſequor exiſtimantium poſſe peti vel rem vel æſtimationem arbitrio legatarij. Hæc enim ſententia vtilior eſt ea, quæ inanes ſubtilitates amplectitur. Deinde conſentanea eſt veterum Iureconſ. ſententiæ, vt exempla demonſtrant, quæ paſſim occurrunt legentibus. Vnum eſt in l. ſed ſi res. 40. infr. eo. vbi dicitur æſtimatio deberi, quaſi non tantum ſit in ſolutione. Alterum eſt in leg. ſi res mihi. 20. infr. de leg. 3. actionem de pretio integram eum habere.

Aliud exemplum in leg. 19. ſi filiofamil. infr. de dona. cau. mor. vbi ſi donatarius vendiderit rem ſibi donatam, donator condicit pretium. Poteſt etiam condicere rem ipſam, & electio eius eſt. l. illud. 37. §. Iulianus. infr. eod. tit. Non eſt contrarium quod dicitur in leg. debitor. 82. infra de leg. 2. nam ne pecunia peti poteſt, quæ non eſt legata. Non loquitur de pretio & æſtimatione rei legatæ: ſed de vſuris, quæ omnino legatæ non ſunt. Non aduerſatur etiam lex, ſi ſeruum. 91. §. vltim. de verb. oblig. cum ait, pecuniam non deberi. Non debetur, ſi verba ſtipulationis & ſubtilitatem ſpectemus: ſed verba ſequentia oſtendunt nouationem fieri, quaſi pecunia debeatur, & in obligatione ſit. Nihil ergo refert an petatur homo an æſtimatio. Idque propter vtilitatem. Pretium ergo recte petitur. Sed quid ſi magno pretio emit rem legatarius, an totum conſequetur? Id verba Vlpiani videntur ſignificare: ſed æquitate interpretationis hoc temperandum eſt, vt de iuſto pretio intelligamus. Intelligendum ergo niſi iuſtum pretium excedat. arg. eſt l. non dubium. 14. infra de legat. 3. l. qui concubinam. 29. §. vlt. eod. tit. vbi hæres non cogitur immodico pretio rem redimere. Quid dicemus è contrario, ſi legatarius minore pretio emit. Res valebat 20. emit 10. Subtiliter defendi poſſet teneri hæredem nihilominus ad iuſtum pretium. Vt ſicut hæredem non onerat emptio facta immodico pretio: ita etiam non profit ei facta viliore pretio. Sed ſequimur quod Vlpian. ait petendum eſſe pretium illud tantum, quod vere abeſt: alias duæ lucratiuæ cauſa concurrerent, contra reg. §. ſi res aliena. Inſtit. eo. Quatenus ab hęrede amplius acciperet, quam dedit. Tertio obſeruandum eſt id legatum intelligi, quod deducto onere ſupereſt. leg. non amplius. ſupr. eod. vbi id declarauimus. Docuimus ibi quomodo accipiendi ſit lex, ad veterani. 40. ad l. Falcid. inf. Quarto obſeruandum actionem mihi competere, non tantum pro eo, quod mihi abeſt: ſed etiam quod abfuturum eſt, vt in l. ſi quis mandato. 28. ſup. de negot. geſt. ibi procurator meus agit negotiorum geſtorum aduerſus geſtorem, antequam mihi ſoluerit, quod mea intereſt. hic fideiuſſor plerunq; agit antequam ſoluerit. l. ſi pro ea. C. mandati. De legatario, qui emit rem legatam ab hærede, dicemus ad l. ſi à ſubſtituto. & ad l. huiuſmodi. §. qui ſeruum. inf. hoc tit.

Ad §. Si coniunctim.

Locus de re eadem plurib. legata tam coniunctim, quam ſeparatim. de quo dixi ad l. ſi pluribus. ſupra. Oſtendi ſcindi inter eos legatum, vt dicitur in §. ſi eadem. Inſtitut. de legat. Sed quæritur quomodo hæc diuiſio fiat? Diſtinguendum hic eſt an ſit legatum coniunctim, an ſeparatim. id eſt, an ſint coniuncti verbis, an re tantum. Nam proprie coniuncti dicuntur qui verbis coniuncti ſunt. Si coniunctim legetur, partes fiunt ab initio à teſtatore ipſo. Teſtator ipſe partes aſſignat ſingulis hoc modo, Titio & Sempronio fundum lego æquis partibus. Nec dubium eſt, quin partes hoc modo fiant, ſi vterque petat partem ſuam, & eam capere poſſit. Sed quid ſi legatum non conſiſtat in perſona vnius, vt quia proprio ſeruo, &c. Videretur accreſcere alteri, vt ſæpe diximus. Nam portio vnius accreſcit alteri quocunque modo defecit. §. ſi eadem. Inſtitut. de legat. Vlpian. tamen hic ait, non accreſcere. Is, in cuius perſona legatum non conſiſtit, nihilominus partem facit, id eſt, impedit ne partem illam capiat, perinde ac ſi ipſe cum eo concurreret. Hoc ſignificat partem facere alteri. genus eſt loquendi vſitatum apud veteres Iureconſul. Cur autem in hoc caſu pars deficiens non accreſcat mox declaraturus ſum. Nunc videndum de iis, quib. ſeparatim legatum

legatum eſt, qui non ſunt coniuncti, niſi re. Proponitur ſpecies de eo, qui teſtamento ſuo legauit ab impubere inſtituto fundum Titio, & eundem fundum legauit Mæuio à ſubſtituto ſecundis tabulis. Hi ſunt coniuncti re, quia eadem res vtrique legata eſt. Non eſt tamen legata coniunctim: quia diuerſæ orationes & conceptiones ſunt. In hac ſpecie diuiditur etiam legatum, vt dixi ad leg. ſi pluribus. ſupra eod. Sed partes non fiunt ab initio, vt in ſuperiore caſu. Teſtatoris enim ſermone non ſunt partes attributæ. Imo ſolidum eſt legatum ſingulis: quia tamen concurrunt, id eſt, quia vterque petit ſolidum, neceſſe eſt partes fieri. Et hoc intereſt inter hanc ſpeciem & ſuperiorem, quia in ſuperiore ſermo teſtatoris partes attribuit ſingulis, hic ſolidum. In priore partes fiunt ab initio, hic per concurſum. Pone igitur mortuum eſſe teſtatorem, qui legauit Titio fundum teſtamento ſuo: & impuberem ei ſucceſſiſſe, qui adhuc viuat. Itaque pendet legatum poſterius ex conditionis euentu. Quid interim habebit Titius prior legatarius? An ei interim partem faciet Mæuius, id eſt, impediet ne partem ſuam capiat? Et ait Vlpian. interim Titium illam quoque partem habiturum. Quia totus fundus ei legatus eſt, nec diuiditur antequam alter concurrat. Alii ſic interpretantur, vt partem tantum ſuam habeant, vt in ſuperiore caſu. Varietas lectionis hanc diuerſitatem peperit. In codice Bartoli legebatur, Sed & ſi, vt in Norico. Quæ lectio mouit eum, vt idem ius eſſe diceret in vtroque caſu. Particula enim, ſed & ſi, oſtendit ius idem eſſe in ſpecie diuerſa. Particula vero, ſed ſi, oſtendit & ſpeciem diuerſam, & ius diuerſum eſſe. Sed in omnibus codicibus quos vnquam vidi, legitur, ſed ſi, excepto Norico. Itaque non auſim ab ea lectione recedere. Nam & ſenſus ſatis planus eſt, vt iam oſtendi, vt partem intelligamus illam, de qua quærimus. facit lex, quoties idem. infra de reg. iur. Perinde eſt igitur ac ſi Vlp. dixiſſet, totum. quia qui conſequitur illam quoque partem, conſequitur totum. de altera non erat quæſtio, nec dubitatio. Non ideo tamen legendum eſt totum. Fugienda eſt hæc licentia, qua nihil eſt pernicioſius in interpretatione iuris ciuilis. Primum obſerua coniunctos habere partes ab initio. nec id magnam dubitationem habet in iis, qui verbis tantum coniuncti ſunt, vt ſi adiectum ſit, æquis partibus, &c. Idem enim dicitur in leg. 87. re coniuncti. Semper, inquit Paulus, ibi partes habent legatarii. Coniuncti re tantum habent ſolidum ab initio: ſed partes faciunt concurſu. Idque expreſſum eſt aperte ac diſerte C. de caduc. tol. §. ſin vero non omnes. Et hæc diſtinctio recipitur habita ratione verborum. Sed coniuncti ex mente teſtatoris ſolidum habent, & diſiuncti ex mente habent partem. Scripſi lib. 1. de iure accreſ. c. 11. Sed recepta eſt diſtinctio ſupradicta. quia maior eſt vis expreſſæ voluntatis, quam tacitæ. Magna contentio hic eſt de coniunctione mixta, cum duo ſunt coniuncti re & verbis. Sed ego Vlpian. verba in hoc loco generaliter accipio. Coniunctim teſtatorem legare dicunt Iureconſul. ſiue verbis tantum coniunctim, ſiue re & verbis leget. §. ſi eadem. Inſtit de leg. l. re coniuncti. l. triplici. Deinde ſimiliores hi ſunt verbis coniunctis, quamuis partium diſtributio non adeo aperte expreſſa ſit. facit l. legata inutiliter. §. vltim. ſupra. Argumentum huius ſimilitudinis ſit, quod nonnulli ex iis, qui acutiores habentur, contenderunt, his verbis tantum coniunctos eſſe. quam tamen opinionem ego refutaui ſupra ad leg. legata inutiliter. Quia partium diſtributio verbis omnino expreſſa non eſt. In coniunctione verborum maxime verba ſpectamus. Præterea confirmatur noſtra opinio conſtitutione Iuſtin. de caduc. tollen. §. vbi autem. & ſeq. vbi loquitur de iis, qui ſolidum habent. manifeſte oſtendit ſe de iis loqui, qui re tantum coniuncti ſunt. Oppon. nobis lex, 78. coniunctim. de leg. 3. Quidam putant ibi Celſum loqui de legato vindicationis, Vlpianum de legato damnationis, propter differentiam horum legatorum, quæ eſt apud Vlpian. & Caium. Hoc non eſt nodum diſſoluere. Ex mente Iuſtin. interpretatio facienda eſt, qui certe non ſenſit de eo legato, cum nulla de vindicatione litera ſit. Ego igitur verius puto, coniunctos ſolidum habere. Nec hos tantum, ſed eos etiam qui verbis tantum coniuncti ſunt. Homonymia quædam eſt qua percepta res non admodum difficilis erit. Partes habent, & ſolidum habent. Partes ex ſermone teſtatoris, ſolidum ex mente eiuſdem. Nullum eſt genus coniunctionis, in quo legatarii ſolidum non habeant. atq; ita loquuntur Iureconſul. l. idem Neratius. de vſufruct. accreſcend. l. vtrum. de reb. dub. alias quomodo poſſet vnus totum conſequi, altero deficiente? Nam ius accreſcendi oritur non tantum ex lege: ſed ex aliquo iudicio teſtatoris. Scripſi lib. prim. capit. 1. Is igitur, cui accreſcit pars deficiens, recte dicit ſe totum habere ex iudicio teſtatoris, id eſt, totum ſibi legatum eſſe. Proinde totum petit actione ex teſtamento. Scripſi libro ſecun. cap. 4. Sic videntur accipienda verba Celſi in dict. leg. coniunctim.

Dixi quomodo partes fiant inter legatarios ſiue coniuncti ſint, ſiue non ſint. Secundo nota eum facere partem, qui non admittitur ad partem: facere partem dicitur, id eſt, perinde haberi ac ſi partem caperet, quo minus alteri acquiratur. Sic in l. vtrum. de reb. dub. l. huiuſmodi. 84. §. ſi Titio. infra eod. cum ſimil. Dixerit aliquis, nonne pars deficiens accreſcit coniuncto? §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Reſpon. iure Digeſtor. non eſſe locum iuri accreſcendi: cum ab initio legatum non conſiſtit, pro non ſcripto habetur: perinde eſt, ac ſi ſcriptum non eſſet, ideo videtur remanere debere penes hæredem. Simile exemplum eſt in l. ſi duobus. 16. in princ. ſ.

Aliud exemplum in l. huiuſmodi. 86. §. ſi Titio. infra eod. Aliud in leg. 7. de leg. 2. Sed hoc ius emendatum eſt conſtitutione Iuſtin. de cad. tol. §. in primo. Renouauit enim Iuſtin. antiquum ius quod fuerat ante legem Papiam, vt exiſtimo. Differentiam illius iuris antiqui & legis Papiæ oſtendit locus Vlpian. cuius memini lib. 1. c. 10. Sed de his plenius ad leg. huiuſmodi. §. ſi Titio. Tertio obſeruandum eſt obiter, ſeruo proprio inutiliter legari ſine libertate. §. an ſeruo. Inſtit. de l. Non eſt perſona, cui acquiri poſſit hoc legatum. Non enim acquiretur ſeruo. Non domino eius, id eſt, hæredi. Hæredi autem à ſe inutiliter legatur. Sed cur non intelligitur ei libertas relicta, cum ſciat teſtator non poſſe eum capere legatum ſine libertate? Qui mihi aliquid reliquit, id quoque videtur relinquere ſine quo illud capere non poſſum. Nam & hac ratione interpretamur hæredem inſtitutum cum libertate. leg. pen. C. de neceſ. ſer. Cur non idem in legato? Reſpon. olim ſolitos fuiſſe dominos relinquere legata ſeruis ſine libertate, quamuis ſcirent eos petere non poſſe. Committebant hoc fidei & honeſtati hæredis, ſperantes fore, vt ſponte daret, dict. leg. pen. §. illo. Itaque in dubio creditur hæc eſſe mens teſtatoris. Arguitur voluntas ex eo quod ſolitum eſt fieri, vt ſæpe dixi. Huic tamen coniecturæ locus non eſt in hæreditate. Non poteſt nomen & ius hæredis obtinere, niſi ſit liber. Quomodo ageret? quomodo conueniretur? Poteſt tamen capi pecunia legata. l. qui hæredi. 44. infra de cond. & demon. Quarto obſeruandum eſt, ius coniunctionis eſſe in teſtamento patris & filii. Cum vni legat pater teſtamento ſuo, & alii legat eandem rem teſtamento pupillari: non interpretamur ademptum primo quod datur ſecundo: nec ſolidum datum eſſe ſingulis. ſed legatum eſſe communicandi animo, quod proprium eſt coniunctionis, vt dixi ad leg. ſi pluribus. Oppon. nobis quod vulgo dicitur, ex diuerſis teſtamentis ius coniunctionis non contingere, l. ſi ſub conditione. quib. modis vſusfr. amit. Item cum à diuerſis hæredibus legatur, non eſt coniunctio. l. quid ergo. 56. §. ſi quis duos. infra eod. Sed debetur res & æſtimatio, vt in leg. ſi pluribus, ſupra eod. Reſpondeo hoc receptum eſſe in teſtamento patris & filii: quia pro vno teſtamento habentur. l. 20. patris & filii. de vulg. ſupra. Qua ratione fit, vt concurrant legatarii. l. cohæredi. 41. §. cohæres. ſupra de vulg. Tabulæ pupillares ſunt, veluti acceſſio quædam teſtamenti paterni. Pater non poteſt ſubſtituere filio impuberi, niſi ſibi teſtamentum faciat. l. 1. & 2. de vulg. ſubſtit. Quod ex iuris veteris ſubtilitate ortum habet. Ius enim publicum non videtur permittere, vt quis teſtamentum faciat alii. l. verbis legis. de verbor. ſig. infr. Sed moribus receptum eſt in pupillorum gratiam, vt pater teſtamentum ſibi faciens, hanc veluti appendicem adiiciat. Sic temperatus eſt rigor iuris ciuilis, vt eius auctoritas nihilominus ſalua maneat. nec poterit teſtamentum impugnari quaſi alteri factum, quia dicetur teſtamentum patris. dict. leg. patris. Hinc apparet cur dicatur ſubſtitutio pupillaris. reuera inſtitutio eſt magis, quam ſubſtitutio, præſertim ſi

fiat exhæredato. Quod obiicitur de diuerſis hæredibus, locum hic non habet: quia vnus hæres ſuccedit alteri, ideoque pro vno & eodem hærede habentur. Obſeruandum quinto conditione legati, collegatarium, cui pure legatum eſt, interim totum habere, donec exiſtente conditione alter concurrat. Nihil enim ſibi vindicat, quod ſibi legatum non ſit. Solidum eſt legatum ſingulis, ita vt concurſu tantum diuidatur. Hoc igitur locum habet in iis, qui coniuncti ſunt re tantum, vt differat hic caſus à ſuperiore. Item locum habet, cum vni legatum eſt pure, alteri ſub conditione. Si vtrique pure non dicemus alterum habere totum, donec alter petat: quia dominium eſt alteri quæſitum pro parte etiam non petenti: imo ignoranti. l. cum pater. 77. §. ſurdo. de leg. 2. Non eſt locus præuentioni, niſi cum teſtator voluit ſolidum dari. l. ſi pluribus. ſupr. eo. Nos igitur hic ſequimur opinionem eorum, qui putant partem hic accipiendam eſſe pro parte collegatarii, cui ſub conditione legatum debetur. Nã de ea parte quæſtio erat, ac dubitatio. Quæritur enim an ita partem faciat collegatarius, vt eam partem alter non poſſit interim habere. Deinde mouet me ratio non contemnenda: quia interim ꝙ ſuum eſt, ac ſibi legatum petit. Præterea reperio exempla quædam non diſſimilia apud Iureconſultos noſtros. Vnum eſt in l. ſub conditione. §. ſi vni. infra de aſſig. lib. vbi pendente conditione alter ſolum patroni ius habet, Si quis forte dixerit in ea ſpecie quæri de iure patronatus, quod eſt indiuiduum? igitur neceſſe eſſe, vt alter totum habeat: contendo idem eſſe, etſi de re diuidua agatur, modo ſolida ſingulis debeatur, propter rationem quam ego iam attuli, idque confirmatur exemplis ſequentibus.

Aliud igitur exemplum eſt in leg. idem. 6. §. ſi mihi. ſ. de vſufruct. accreſ. Si mihi vſusfr. pure & tibi ſub conditione legatus eſt, totus fundi vſusfructus interim ad me pertinet. vſusfructus tum recipit diuiſionem. l. 5. ſupra de vſufr. leg. 1. §. ſi vſusfructus. ad leg. Falc. Aliud exemplum in l. 1. §. ſed quoties. ad Treb. vbi interim vniuerſa hæreditas reſtituitur, ei cui pure rogatus erat hæres reſtituere. Oppo. nobis l. 102. al. 99. ſi domino Stichus. infra eodem. vbi domino Stichus legatus eſt, & ſeruo eius optio ſeruorum. interim dum optauerit ſeruus, dominus totum non habebit, ſed partem: quia poteſt Stichum optare. Reſpondeo ſpeciem huic noſtræ diſſimilem eſſe. In ea ſpecie quæritur, an Stichus ad dominum pertineat, quaſi ſeruus nõ poſſit optare Stichum. Et dicitur non pertinere: quia ſeruus non minus poteſt Stichum, quam alium ſeruum. Si idem quæreretur in ſpecie noſtra, idem dicendum eſſet. Recte enim diceretur pars collegatarii ad alterum non pertinere: quia poteſt concurrere, ſi exiſtat conditio. Sic in ſpecie dict. leg. ſi domino Stichus. ſi quæratur, an dominus poſſit totum petere interim? Reſpondeo poſſe. In vtraque ſpecie verum eſt totum ad alterum non pertinere. Verum eſt etiam alterum poſſe interim totum petere, donec conditio exiſtat. nec hæc ſunt repugnantia. Cum dicimus totum interim peti poſſe, non ſignificamus totum ad eum pertinere. Scio variam eſſe ſignificationem verbi pertinere. leg. verbum illud. de verborum ſignific. Sed ſequenda eſt ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. ſup. de legibus. Celebris quæſtio eſt, an idem dicendum ſit de hæreditate: quæſtio, ſi vnus inſtitutus ſit pure, alter ſub conditione? Variæ ſunt opiniones. Verum magis aſſentior iis, qui putant interim hæredem pure inſtitutum partem ſuam tantum habiturum eſſe, vt not. ad leg. 2. ſupra ſi pars hæred. peta. Non eadem eſt ratio hæreditatis, quæ legati. Ratio iuris non patitur, vt qui ſemel hæres ſit, poſtea deſinat hæres eſſe. leg. 88. ei, qui ſoluendo. ſupra de hæred. inſtit. l. 7. ait prætor. §. ſed ꝙ Papin. ſupr. de minorib. Non igitur eum dicemus interim hæredem eſſe, & exiſtente conditione deſinere. In legato nulla id ratio iuris prohibet. Nihil enim prohibet legatum minui poſtea, ne illud quidem admittendum eſt, vt interim adminiſtret hæreditarias. l. 23. ſi quis inſtituatur. ſupr. de hæred. inſti. Hæc ſententia confirmatur arg. l. 52. cum hæres. §. qui ex parte. ſup. de acq. hær. Nec refert, an duo inſtituti ſint cum partium diſtributione, an non. Hæreditas enim non defertur pluribus in ſolidum, ſicut legatum. l. 9. quoties. §. hæredes. de hære. inſti. vt Cuman. ait, obligatio perſonalis poteſt conſiſtere de eadem re in diuerſis perſonis, ſed nõ hæreditas.

Ad §. Si duobus.

QVæſtio pendens ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt de commixtione legatariorum. Duobus eſt legata eadem res Titio & Sempronio, Titius erat inſtitutus: vnde inutile eſt legatum pro parte Titii. Quæritur an totum ad collegatarium pertineat? Videtur non pertinere ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt. Nam partem facit is, in cuius perſona legatum non conſiſtit. §. ſi coniunctim. ſupra, hac lege. Vlp. tamen hic ait totum ad collegat. pertinere. Nec vero contraria hæc ſunt. Nam hic ponere debemus rem eandem duobus legatam eſſe ſeparatim, vt Titio fundum do lego, Sempronio fundum do lego. Vlpian. in dict. §. ſi coniunctim. loquitur de iis, quibus coniunctim legatum eſt, & ait partem facere eum, qui ad partem non admittitur. Scio diſplicere hanc interpretationem pleriſque, quaſi nec Vlp. verbis, nec rationi iuris congruat. Verum reſpondeo videri hæc verba in dubio referenda ad proximiorem ſpeciem de coniunctione reali. Nec enim dubium eſt, quin pendeat hæc ſententia ex ſuperioribus. nam verbum, res, nõ legitur in Florent. vt neceſſario repetendum ſit ex ſuperiore ſpecie. Præterea moueor quod nulla hic eſt mentio coniunctionis, ſicut in ſpecie illa de eo, qui partem facit. Nec debemus intelligere coniunctim legatum eſſe, cum nullum ſit verbum de coniunctione. At in re dubia, ſi non dubia eſt, ſequenda ea interpretatio, quæ minus vitii & incommodi habet. l. in ambigua. ſupra, de legibus. l. quoties idem ſermo. de reg. iur. Deinde non eſt eadem ratio coniunctorum re quæ eſt verbis coniunctorum. Qui re tantum coniunctus eſt, totum habet iure proprio, vt ante dixi. §. ſi vero non omnes. C. de caduc. tol. Et magis fauendum eſt ei, qui damnum vitare, quam qui lucrum facere vult. l. vltim. C. de codicil. quod accidit quodammodo in hac ſpecie. Hæc eſt differentia vtriuſque coniunctionis. Coniunctus re damno afficitur quodammodo cum aliquid minuitur. Coniunctus verbis verius dicitur lucrum non facere, quam affici damno. Sic videtis interpretationẽ noſtram nec à verbis alienam eſſe, nec à ratione. Sed Iuſtinian. noſter hanc differentiam ſuſtulit. hodie pars deficiens accreſcit coniuncto quocunque modo defecerit, & quodcunque genus ſit coniunctionis. C. de caduc. tollen. Obſeruandum hinc eſt, hæredi à ſe inutiliter legari. l. 18. & quidem. ſupra eod. leg. 116. legatum. infra eod. Abſurdum eſt enim quenquam ſibi ipſi debere. Cohæredi à cohærede legari poteſt. l. 17. qui filiabus. §. vltim. ſupra. Occurrit antinomia ex leg. ſi quis Titio. ſupra de vſufruct. accreſcen. vbi ſi lego Titio & hæredibus meis vſumfructum fundi: dimidiam Titius, dimidiam hæredes habituri ſunt. Sic legatur hæredi à ſeipſo, & legatum valet, alioqui nulla fieret diuiſio. Difficilis habetur hæc antinomia, de qua variæ ſunt interpretum opiniones. Animaduerto in ea ſpecie non exprimi à quo legatum ſit: ſed cui. Poteſt ab alio legari, non ab hæredibus. Et forte legatus fuit vſusfructus à legatario aliquo, cui fuerat legatus fundus. Nam à legatario poteſt legari, ſaltem per fideicommiſſum. verbum enim legare intelligitur etiam de fideicommiſſo, vt dixi ad leg. prim. ſupra. Nec vlla ratio prohibet hæredi aliquid legari ab alio, ſiue cohærede, ſiue legatario. Fortaſſe dixerit quis, nullam ibi mentionem legatarii eſſe. Reſpondeo non opus fuiſſe vllam mentionem fieri eius, à quo legatum eſt. Non eſt ibi quæſtio, an valeat legatum: ſed quæritur, quomodo diuidi debeat inter legatarios, an pro partibus virilibus, an alio modo. Quæſtio intelligenda eſt, quo caſu valet legatum. Quare ſi poſſit fingi ſpecies, in qua valeat legatum relictum hæredibus, id ſufficere debet ad interpretationem & explicationem antinomiæ, vt in hac ſpecie, Lego fundum Sempronio. Rogo te Semproni, vt des Titio & hæredibus meis vſumfructum. Poſſunt excogitari aliæ ſpecies. Sed ſufficit in vna aliqua ſpecie id verum reperiri. Ad verſic. *Inde dicitur.* Variæ ſunt interpretationes huius loci, ob varietatem lectionis. Nos ſequimur Florentin. codices, & Noricos, in quibus legitur, vnciatium hæredem. Vnciarius hæres dicitur, qui eſt inſtitutus ex vncia, ſicut dicitur vnciaria vſura. l. 47. Titium & Mæuium. §. præfectus. ſupra de adminiſt. tut. Sic etiam dicitur ſemiſſarius hæres, qui ex ſemiſſe inſtitutus eſt. l. 116. legatum. §. 1. ĩ. eo. Species ſecundum hanc lectionẽ ſic fingi

ſic fingi poteſt. Duo hæredes inſtituti ſunt, vnus ex vncia, alter ex vndecim. Legatus eſt eis fundus. Primo fundum do lego, Secundo fundum do lego. An valeat hoc legatum, & quatenus valeat? Quæſtio naſcitur ex eo, quod dictum eſt ſupra, hæredi à ſemetipſo inutiliter legari, quamuis à cohærede legari poſſit. Vlp. ait vnciarium hæredem habiturum vndecim partes, alterum vnam. Ratio: nam pro qua parte quiſque eorum hæres non eſt, pro ea parte legatum valet. Hæres in parte cohæredis habetur, vt quiuis extraneus. l. cum à matre. de rei vind. l. ſi ab eo. C. de neg. geſt. Legatum relictum vnciario valet pro vndecim partibus, pro duodecima non valet: quia valet quatenus relinquitur à cohærede. Legatum relictum deunciario valet pro duodecima parte ex qua non eſt hæres, non valet pro vndecim partibus, ex quibus eſt hæres. Alii legunt vnciarum, cuius lectionis ſenſus longe diuerſus eſt. Videtis quid momenti habeat literæ vnius aut puncti adiectio, aut detractio. Qui non intelligebant quis eſſet vnciarius hæres, ſuſtulerunt vocalem, i, temere. imo flagitioſe in re tanti momenti. Adiectio vel detractio in aliis pleriſque auctoribus non magnopere refert: in hac ſententia iuris ciuilis flagitium eſt, ſacrilegium eſt quicquam mutare, niſi grauiſſima ratio vrgeat. Hinc ergo obſeruandum eſt, cum fundus legatur hæredibus ſimpliciter, valere legatum. Intelligitur enim alteri legatum eſſe ab altero non à ſeipſo, vt legatum valeat potius, quam vt inutile ſit. l. quoties. infra de rebus dub. Quid ergo ſi teſtator expreſſerit nominatim, vt vnuſquiſque à ſe capiat? Species hæc eſt tractata à Modeſtino in l. 34. Titia cum teſtamento. §. Lucius, de leg. 2. vbi reſpondet more veterum quorũdam in facti quæſtione. Sic Gallus ad Ciceronem conſultores mittebat. Sed quomodo poſſumus interpretari, vt inutile non ſit? Nam verba videntur clara eſſe. facit l. 25. Ille, aut ille. de l. 3. Sed adhuc aliqua eſt ambiguitas. Nam verba teſtatoris poſſunt referri non tam ad obligationem ipſam quæ eſt iuris, quam ad executionem & apprehenſionem, quę eſt facti, nempe vt alter alteri debeat: ſed tamen vt poſſit vterque capere, nec neceſſe habeat ab altero petere. Sicut in l. 3. C. de pignor. Secundum hanc interpretationem legatum vtile erit. l. quoties. de reb. dub.

Ad verſic. plane ſi alter.

DIctum eſt hæredi à ſe inutiliter legari. Inde quæſtio naſcitur. Vnus ex legatariis hæres extitit hæredi, &c. an valeat legatum quæritur. Cauſa dubitationis: quia perſonam repræſentat defuncti. auth. de iureiur. à morien. præſt. Deinde res rediit ad eum caſum à quo non potuit incipere. l. 140. pluribus. §. & ſi placet. Vlpia. tamen ait legatum valere: Nam hic alia eſt ratio quam in ſuperiore ſpecie. hic legatum ab initio conſiſtit in perſona legatarii: ibi legatum fuit ab initio. Hæc ſententia æquior eſt, & magis conueniens voluntati. licet ſubtilitas repugnare videatur. Capienda eſt occaſio, quæ præbet benigniorem interpretationem. l. capienda. de reg. iur. Nos ſic interpretamur quaſi ius retentionis habeat legatarius, quamuis obligatio ſublata ſit confuſione. l. 71. Vranius. de fideiuſſo. Deinde ſucceſſio habet vim ſolutionis. l. ſi ei. ſupra de euict. l. 50. ſi debitori. de fideiuſſo. Itaque ſic interpretamur, quaſi hæreditas ſoluerit quodammodo legatum: vt tanto minorem hęreditatem ab hærede defuncto accepiſſe videatur. Vnde legatarius ſuccedens hæredi conſequitur rẽ legatam non iure hæreditario: ſed legati. l. 4. infra ad l. Falc.

Ad §. Si ita Titio.

QVæſtio de effectu legati, quid debeatur legatario. Dubitatio ex l. plerunque de iure dot. ſup. vbi electionem eſſe legatarii Vlp. ait. Verba ſunt huiuſmodi, vt electio concedi videatur magis legatario, quam hæredi. Legatum eſt vindicationis, Capito, ſumito, habeto. Vlpian. in Inſtit. de leg. Nec dubium eſt, quin veteres exiſtimauerint differre hæc verba, cum quæritur de electione. Vnum exemplum eſt in l. 19. ſi is cui. de leg. In ſtipulatione quoque ratio verborum habita eſt. l. 93. ſi ſic ſtipulatus. de verb. oblig. vbi ex ſtipulatione illa (per te non fieri quominus hominem ex his, quos habes, ſumam) electio eſt ſtipulatoris. Sed de hac electione loci ſunt alii in hoc tractatu. l. 34. ſi ita relictum. & l. 23. de l. 2. Dicemus forte ad l. 37. legato generaliter. infra eo, nam res pleniorem diſputationem exigit, quam huic loco conueniat. Sequens quęſtio eſt de vtilitate huius lectionis. Nam videtur hæc facultas eligendi inutilis, atque ideo inepta eſſe. Nemo enim tam ſtultus eſt, quin ſit electurus fundum, id eſt, plenam proprietatem potius, quam vſumfruct. Vt cum quis legat 10. aut 15. dict. leg. 43. ſi ita relictum. §. vltim. de leg. 2. l. 100. ſi ita ſtipulatus. de verb. obl. quę ſumpta ſunt ex eodem loco, vt apparet ex inſcriptione, Pomp. lib. 4. ad Q. Mutium. quamuis in quibuſdam codicibus erratum ſit. Cum autem quis fundum legat, non videtur nudam proprietatem legare: ſed plenam. l. 19. ſi alii. de vſufr. leg. Multi hic comminiſcuntur valde inepta & nugatoria. Huiuſmodi eſt illud quod Zaſius ait, pleroſque homines malle fructus percipere, quandiu viuunt, ſine cura vlla agri colendi: ſicut Labeo, inquit, contentus fuit quæſtura cum poſſet ad conſulatum peruenire. Ego vix puto tales philoſophos repetiri, qui contemnant agrum, ne cogantur illum colere, quaſi non poſſit locari colono alicui colendus, vt ſæpe fit. Certe mihi videtur valde alienum eſſe à mente Vlpian. Hęc ſcripta ſunt tanquam moribus hominum conuenientia, qui bonorum contemptores fere non ſunt. Credendum non eſt hæc ſcripta ab Vlpian. quaſi legatarius Diogenes aliquis eſſe debeat. Hæ diſputationes referri ſolent ad id, ꝙ vt plurimum accidit. l. nam ad ea. ſup. de legibus. l. antiqui. ſupra ſi pars hæredit. Hæc eſt Zaſii ſententia, de qua quid iudicandum ſit videtis. Cæteri nihilo probabiliora afferunt. Exiſtimo autem fundi appellationem hic accipi de proprietate nuda, id eſt, ſine vſufructu. Intelligenda eſt lex, ſi alii. de vſufru. l. infra. niſi appareat voluntas contraria ex coniecturis. Mouet me illud præcipue quod dicitur in ſeq. ſpecie, appellatione fundi contineri partem, propter voluntatem præſumptam: quamuis alias de toto fundo accipiatur. Qui aliter intelligunt non poſſunt animaduertere, quomodo hæc poſtrema verba cohæreant cum ſuperioribus. Diſputant de hac particula, ſed etſi, quam vim habeat. Vulgo dici ſolet ea particula ſignificari non diuerſitatem facti, ſed identitatem iuris. At male habet eos, quod hic non videtur ius idem eſſe in vtraque ſpecie: nec poſſunt ſeſe expedire. Zaſius ait, aut expungendam eſſe particulam, &. aut regulam falſam eſſe. Ego nihil conſeo mutandum eſſe, nec falſam eſſe regulam: ſed falſam eſſe horum opinionem & interpretationem. Eſt enim ſenſus huius loci, quem nos iam retulimus. Vlpia. vult perinde accipiendum eſſe hoc legatum, ac ſi teſtator legaſſet proprietatem fundi, aut vſumfructum. Ac, ne cui nouum id videatur, addit in alia ſpecie idem dicendum eſſe. In vtraque ſpecie intelligitur fundus de parte. in priore, proprietas habetur pro parte fundi, quaſi totus fundus conſtet ex proprietate & vſufructu. leg. 4. ſupra de vſufruct. Itaque particula, ſed etſi, oſtendit ius idem eſſe in ſpecie diuerſa: ſed quæ quadantenus ſimilis eſt. Igitur ex iam dictis efficitur fundi appellationem de proprietate accipi, ſi ex coniecturis appareat. Dixerit aliquis hic nullam apparere coniecturam. Reſpondeo non fuiſſe de eo quæſtionem an fuerit legata proprietas: quæſtio tantum eſt cui competat electio propter alternationem. Quæſtio autẽ debet intelligi, quo caſu electio aliquam vtilitatem afferre poteſt, quod accidit cum de proprietate ſenſit teſtator. idque ex aliqua parte teſtamenti apparet. Alias fundi appellatione continetur plena proprietas. dict. leg. ſi alii. Similis locus in leg. 23. Lucio. de legat. 2. An ſit vnum legatum, an plura, dixi ſupra ad l. ſi ex toto. §. vltim. Reuera duo adſcripta ſunt, ſed vno contentus eſſe debet. l. 8. ſi quis ſeruum de leg. 2. Nota appellatione rei partem contineri. l. 72. appellatione rei. de verb. ſignif. Sumptum eſt hoc caput ex tractatu de prætor. ſtipulat. vt apparet ex inſcriptione, Paul. lib. 76. ad edict. Vbi Paul. interpretatur verba ſtipulationis prætoriæ huic rei dolum malũ abeſſe, & hanc rẽ recte reſtitui. l. 69. hęc verba. & leg. 73. hæc verba. eod. titul. Sic interpretatur Vlp. edictum prætoris de iureiurando. l. 7. ait prætor. Sed de qua parte hoc legatum accipiemus? Reſpondeo, de qua ſenſerit teſtator. l. 50. ſi ſeruus plurium. §. vltim. Quærebatur hic, an pro parte, non ex qua parte. Alii de dimidia intelligunt. argum. l. nomen filiarum. §. partitionis. de verb. ſignif. Vlp. videtur interpretari illam formulam partitionis vſitatam in legatis, hæres meus cum Titio hæreditatem meam partito. de qua Vlp. in Inſtit. tit. de leg. Mentio eſt etiam in Inſtit. tit. de fidei. hære. Ibi euidenter apparet mens teſtatoris de dimi-

dia. Non poteſt aliter diffiniri in vniuerſum. De appellatione fundi dixi ſupra ad l. quod in rerum. Nota modum adiectum legato, reſtringere legatum. Similis ſpecies in l. 78. Lucius. §. quæ habebat. ad Trebel. infra. Sed quæſtio facti eſt, quæ pendebat ex voluntate. Fruſtra hic conantur plerique hoc diffinire.

Ad §. vlt.

DIxi, ſi quis legauerit Titio fundum, vt partem habeat, deberi partem, non totum. Hinc colligi ſolet, modum adiectum legato, reſtringere legatum: nam legatum fundi generale eſt, ſed reſtringitur hac taxatione adiecta. Idem eſt ac ſi dixiſſet, lego partem fundi. Huic non diſſimilis eſt ſpecies in l. 78. Lucius. §. quæ habebat. ad Treb. Quicquid ex hęreditate mea peruenerit, reſtituat Caio filio noſtro, ita tamē vt decem vncias Caius habeat, duas vncias Seius nepos. quaſi dicat, vt reſtituat Caio decem vncias, nepoti duas. Scripſi lib. 2. de iure accreſc. c. 5. Huic regulę multa opponuntur, nec id mirum, quia hoc non poteſt diffiniri in vniuerſum. Sed videndum eſt in quaque ſpecie, quæ ſit diſſimilitudo, aut diſſimilitudo. an ſit eadem ratio, an diuerſa, vt in l. quæſitum. §. vlt. de inſtru. lega. l. legata ſupellectil. de ſupel. legat. & ſimilibus, de quibus hic eſt prolixa & verboſa aliorum diſputatio.

Ad l. 35. ſi alienum.

QVæſtio eſt de effectu legati. Occurrit ſæpe hæc quæſtio quid debeatur. Debetur autē res legata. Quid ſi perierit? Tractatum fuit ſupra ad l. non amplius. §. 1. periculo perit legatarii. l. 23. ſi ex legati. inf. de verb. oblig. l. quod re. ſupr. de reb. credi. Similis quæſtio hic eſt, legatus eſt ſeruus alienus quem dominus manumiſit poſtea. Ait Paul. nihil deberi. Nō magis enim præſtari poteſt, quam ſi interiiſſet. nam deſiit eſſe in cōmercio. l. 83. inter ſtipulantem. §. ſacram. de ver. obl. Itaque nihil ad rem pertinet l. non dubiū. 14 de leg. 3. vbi debetur æſtimatio, cum res præſtari non poteſt. Nam reſpondeo tunc deberi æſtimationem etiam cum dominus rem vēdere non vult: res tamen eſt in rerum natura, & in commercio quoque hominum. Recte igitur ait nihil deberi, id eſt, ne æſtimationem quidem ſerui. Quid ſi alienus ſeruus non fuerit, ſed proprius hæredis? Reſpondeo aliam eſſe cauſam ſerui ꝓprii, vt dicitur in §. ſi res legata. Inſt. de leg. & l. 28. hæres ſeruum. qui & à quib. ma. In ſpecie noſtra deſinit eſſe in commercio ſine facto hæredis. In illa factum hæredis interuenit.

Ad l. 36. Titiæ.

LOcus ſimilis ſuperiori, in quo quæritur quid debeatur, & quantum. Species: Teſtator habebat varia genera ſeruorum, vt mos veterum fuit: patrimonium enim eorum fere conſtabat ex ſeruis, vt de Craſſo ſcribit Plautarchus. hic igitur habebat quoſdam vernas, id eſt, domi ex ancillis natos. habebat & textores, horum autem alii erant vernæ tantum, non textores: alii textores tantum non vernæ: alii vernæ ſimul & textores. Teſtator hic ita legauit, Titiæ textores meos omnes, &c. Plotiæ vernas meos omnes, &c. In hac ſpecie certum eſt eos, qui tantum textores ſunt, deberi Titiæ: eos vero, qui tantum vernæ ſunt, deberi Plotiæ. Sed dubitatur de iis, qui ſunt & vernæ & textores ſimul. Nam vtraque ſibi hos ſeruos vindicat. Vtraque contendit ſibi, non alii legatos eſſe. Qua in re magna difficultas ac perplexitas reperitur, ſiue dixerimus Titiæ legatos eſſe, ſiue Plotiæ, id ſubtiliter diſputando falſum reperietur. Et quæſtio hinc pendet, an ſint excepti his verbis, *Præterquam, &c.* Si dixerimus exceptos à legato Titiæ, neceſſe eſt eos legatos eſſe Plotiæ. Non poſſunt dici Plotiæ legati, niſi quia ſint vernæ: quia teſtor ei vernas legauit. Sed ſi ideo dicantur legati Plotiæ: quia ſunt vernæ, eadem ratione dicentur legati Titiæ: quia ſunt textores. Nec eſt maior ratio pro Plotia, quam Titia. Eadem ratione demonſtrantur legati eſſe Titiæ, & excepti à legato eiuſdem. Eadem perplexitas reperietur, ſi quis dixerit exceptos eſſe à legato Plotiæ. Si enim ſunt excepti legato Plotiæ, oportet legatos eſſe Titiæ. Nec id poteſt dici, niſi quia textores ſint. At eadem ratione Plotia contendit ſibi legatos eſſe: quia vernæ ſunt. Sic eadem ratione conuincitur legatos eſſe Plotiæ, & exceptos à legato Plotiæ, id eſt, legatos non eſſe. Sed Pompon. in hac perplexitate ſecutus eſt, quod videbatur æquius eſſe, & magis conuenire voluntati, vt perinde accipiantur verba teſtatoris, ac ſi teſtator ſine exceptione legaſſet hoc modo: Titiæ textores, Plotiæ vernas, vt exceptio reiiciatur, & pro non ſcripta habeatur, ex qua hæc naſcatur perplexitas. Vtrique ergo debebuntur hi ſerui mixti. In poſtrema ſpecie neutri debetur legatum. vbi enim verba clara ſunt, non admittitur voluntatis quæſtio. l. ille. de legat. 3. Ex ipſis verbis ſtatim apparet neutri deberi. Legati ſunt Titiæ textores, qui vernæ non ſunt, Plotiæ legati ſunt vernæ, qui textores non ſunt. In ſuperiore ſpecie vtraque oſtendit ſibi legatos eſſe nec exceptos, vt dubia teſtatoris voluntas appareat. Eſtque genus argumenti ei non diſſimile quod Græci ἀντιστρέφοντα vocant, vt in cauſa Euathli & Protagoræ apud Gell. lib. 5. cap. 10. Et eſt ſimile exemplum in l. 87. qui 400. infra ad legem Falcid. Quæſtio an legatum fundi valeat? Vtrumlibet dixeris, falſum reperietur. Valet. ergo locus non eſt legi Falcid. Imo ſi valet, neceſſe eſt locum eſſe legi Falcidię quia nihil remanet in hæreditate. ex quo conſequitur, non valere: quia deficit conditio. Si dicas non valere, ergo quia locus eſt legi Falcidiæ. Imo ſi non valet, Falcidiæ locus non eſt, quia quadrans remanet in hæreditate. Et hinc efficitur legatum valere: quia extitit conditio. Hæc quæſtio, ſi ad ſubtilitatem verborum reſpiciamus, eſt inexplicabilis. Sed magis eſt ſpectanda mens teſtatoris, ne alia legata hoc legato minuantur. Ignorabat forte modum patrimonii. Hæc perplexitas tunc nocet, cum non poteſt apparere voluntas, vt in l. ſi Titius. ſupra de condit. inſtitutio. Quoties aliqua interpretatione poteſt adiuuari voluntas teſtatoris, perplexitas non nocet, vt in hac ſpecie, & ſpecie dict. l. qui 400. In ſpecie noſtra facile vitatur perplexitas reiecta exceptione, &c. Reiecta exceptione, quod reliquum eſt ratum manet, vt in leg. 72. ſi quis legauerit. hoc tit. Occurrit antinomia ex l. 97. ſeruis vrbanis. §. vltim. de legat. 3. Diſſimilis eſt ea ſpecies. Ibi ſerui omnes vernę ſunt, ex iis quidam ſunt curſores. Legauit vni vernas, alteri curſores. Species derogat generi. l. 41. vxorem. §. fœliciſſimo. eod. titu. In ſpecie noſtra non ſunt omnes vernæ nec omnes textores. Non poteſt dici generi per ſpeciem, &c. Atque ita accipienda eſt l. ſeruo manumiſſo, de pecul. leg. cuius meminit Accurſ. Alia antinomia. ex l. 63. legatis ſeruis. §. ſi vnus. de lega. 3. Legati ſunt vni coci, alii textores. Vnus reperitur cocus, & textor. Quod dicimus communicari, ſic accipiendum niſi appareat voluntas contraria ex coniecturis. Coniectura eſt non leuis, ſi in vno artificio magis verſatur. Pone ſeruum verſari ſolitum in textrina teſtatoris, quamuis interdum & coqui officio fungeretur, debebitur ei, cui textores legati ſunt. Si æque verſetur in vtroque communicabitur. Aliæ antinomiæ parum habent difficultatis. Dixi, ſi quis legauerit vni textores, alteri vernas, eos qui ſunt textores ſimul & vernæ communes eſſe. Hinc annotari ſolet ſub ſimplicibus mixtum contineri. Huius regulæ (ſi modo regula dici debeat) vſus latiſſime patet. In primis in ratione docendi vtilis eſt huius rei cognitio, nempe diuiſionibus, quę fiunt docendi cauſa. Exemplum vnum eſt de ſtipulat. quarum quædam ſunt in dando, quædam in faciendo: ſed eſt etiam tertium genus nempe mixtum. l. veteris. C. de contrah. & commit. ſtipul. Et intellectis ſimplicibus facile cognoſcitur mixtum, ſicut Galenus ait lib. 2. de ſanit. tuenda. de molli & dura frictione, facile intelligitur media ſiue mediocris. Simile exemplum, actio in rem & in perſonam, ex quibus quædam dicuntur etiam mixtæ. Inſtit. de act. §. quædam. Aliud exemplum eſt de interdictis, quorum licet tria ſint genera exhibitoria, prohibitoria, reſtitutoria: quædam tamen ſunt mixta, id eſt, prohibitoria & exhibitoria. Alia vtilitas huius regulæ perſpicitur in interpretatione ſiue legis, ſiue teſtamenti, ſiue cuiuſuis ſcripturæ. Vbi de re ipſa agitur non de ratione tractandi ſiue diſſerendi. Quod enim ſcriptum eſt de ſimplicibus, id pertinere ad mixtum intelligitur, vt in ſpecie noſtra de textoribus & vernis. Simile exemplum in l. 13. ſi ita ſcriptum. ſupra de lib. & poſthum. & l. 47. ſi ita ſcriptum. de hæred. inſt. l. 81. Clemens. eod. tit. Simile exemplum in l. 2. §. vlt. de excuſ. tut. vbi onus trium tutelarum excuſat, & onus triū curatum excuſat. quid ſi duas tutelas & vnā curā habeat? Aliud exemplū in l. quid ergo. §. 1. de his, qui no. inf. Binas nuptias habēs notatur, bina ſponſalia habens notatur.

tur. Quidam habet vnas nuptias & vna ſponſalia, veluti mulier vni ſponſa, eſt alteri nupta eodem tempore. Aliud exemplum in leg. 14. ſi ita facta ſit. ſupra de iniuſt. rupt. teſtam. vbi de exhęredatione. An autem hęc interpretatio fiat ſecundum proprietatem verbi, an vero ſit extenſio quædam, dubitatur. Videtur hoc fieri per ratiocinationem, quam Rhetores vocant. Idque colligitur ex dict. leg. quid ergo. §. 1. vbi ait Vlp. ſi alterius ſponſa alteri nupta ſit, ex ſententia edicti puniri, quaſi verba deficiant. Huc pertinet dict. lex, ſi ita ſcriptum. de libe. & poſthum. vbi receditur à ſubtilitate iuris. Sed repugnare videtur dict. lex, ſi ita facta. de iniuſt. rupt. teſt. quæ loquitur de exhæredatione. nam in exhæredatione, quæ odioſa eſt, nō admittitur extenſio. l. 19. cum quidam. ſupra de lib. & poſthum. Sed in ea ſpecie voluntas videtur magis expreſſa verbis, quam in aliis. Caſus ſimplices ibi non ſeparantur omnino à teſtatore, ſed propemodum coniunguntur. Eoque compendio verborum teſtator videtur tres caſus complecti, duos ſimplices, & tertium qui mixtus eſt. Nihil ergo refert, an odioſa ſit res, an fauorabilis: quia non videtur hic recedi à ſignificatione verborum. facit l. 26. cum l. ſupra de teſtamen. Conſiderandæ ſunt igitur ſpecies, quæ proponuntur, nec Iureconſulti eſt hoc aliter diffinire. Vt autem vſus magis eluceſcat, adferam ſpecies aliquod vulgares, quæ vulgo adduci ſolent, & à vulgaribus interpretibus tractantur. Pater legauit filio libros iuris, ſi iuris doctor eſſet. Libros Theologiæ, ſi doctor Theologiæ eſſet: factus eſt doctor iuris & Theologiæ. Aliud exemplum. vni iudici attributa eſt cognitio actionum perſonalium, alii actionū realium. Vterque de mixtis cognoſcet, vt in ſpecie noſtra.

Aliud exemplum quod ſæpe incidit inter ſacerdotes, genus hominum à quæſtu & auaritia per quam alienum. Conſuetudo eſt in aliqua eccleſia, vt oblationes certo modo diuidantur inter parochum & decanum: vt ſcilicet diei dominici oblationes paſtor habeat, decanus aliorū feſtorum dierum. Dies natalis Domini incurrit in diem dominicum. Dicendum eſt communes eſſe debere. argum. ſumpto ex hac lege, & aliis ſuperius adductis. Ex iam dictis naſcitur quæſtio vulgo agitata. Diplomate pontificio conceſſa eſt facultas liberos nothos natalibus reſtituendi ac ſtatum eorum confirmandi: ſed diuerſis capitibus. Vnum caput eſt de iis, qui ex adulterio nati ſunt. Alterum de iis qui ex inceſtu. Natus eſt aliquis ex adulterio & inceſtu ſimul. Diſſentiunt hic Doctores iuris ciuilis a iuris pontificii doctoribus. Alii putant ſtatus confirmationem valere. Quia ſub ſimplicibus, &c. Item dicunt fauorabilem eſſe hanc confirmationem. Fauore ſiquidem & miſericordia digni ſunt, qui alieno laborant vitio. l. legem. C. de nat. lib. Item beneficium principis, &c. l. pen. de conſtit. princ. ſupra. In fauorabilius facile admittitur extenſio. dict. leg. cum quidam. Alii negant confirmationem valere. Quia natus ex adulterio & inceſtu ſimul, grauiore vitio laborat. Sicut dicitur C. de rapt. virg. Si quis mulierem nuptam rapuerit, tenetur duplici crimine, adulterii ſcilicet & rapinæ.

Aliud argumentum ducitur ex leg. vim paſſam §. præſcriptione. ad leg. Iuliam de adult. Præſcriptione quinque annorum crimen inceſti iunctum adulterio nō excluditur. Exiſtimo ita conciliari poſſe has opiniones, vt dicamus ſi ex iuſta cauſa fiat hæc legitimatio, valere. vt in leg. qui in prouincia. de ritu nupt. ſup. ignorantia, longum tempus, numerus liberorum. Si abſque cauſæ cognitione id fiat, vt plerunque accidit, non puto locum eſſe huic interpretationi. Res enim odioſa eſt, quæ interpretatione adiuuari non debet. dict. leg. cum quidam. Leges latæ de ſpuriorum conditione, cauſam maxime fauorabilem continent. Pertinent ad continendos homines in caſtitate, pudicitia, continentia. ſcripſi lib. 3. de benef. cap. 5. Hæc igitur reſtitutio ac confirmatio ſtatus, quæ ſine iuſta cauſa fit, odioſa eſt ac reſtringenda. leg. pen. de conſtit. princ. non eſt accipienda de talibus beneficiis. Sed cum princeps largitur aliquid, atque indulget, quod neque publice, neque priuatim nocet. Superſunt aliquot antinomiæ. Vna eſt ex illa regula vulgari, ſpectandum eſſe quod minimum eſt. l. ſi ita ſcriptum. ſupra eod. & leg. ſemper in obſcuris l. ſemper in ſtipulationibus. de regul. iuris. Sed illis reg. reſpondeo locum eſſe cum quæſtio eſt ex ambiguo, vt in d. l. ſi ita ſcriptum. l. nummis. 75. de leg. 3. l. apud Iulianum. §. ſcio. infra eod. Duæ res ſignificantur, vna maior, altera minor. Quæſtio hic naſcitur ex ratiocinatione, ſiue ſyllogiſmo, quatenus id, quod ſcriptum eſt, producendum ſit. Alia antinomia ex lege, hoc legatum. 43. de leg. 3. & l. 36. legatis vxori. de leg. 2. dixi ad l. ſerui electione. ſupra eod. Quæſtio de interdicto vti poſſidetis, cum vterq; probat, neuter vincitur. l. ſi duo. infr. vti poſſid. Quod erit officium iudicis? Scis l. 14. ſed cum. ſupra de iudiciis. dicet, vt ait forte quiſpiam, Ite ad diabolū. non poſſum cauſam veſtram iudicare propter mendacium veſtrum. Imo, inquit alius, debet dicere, Ite in nomine Domini, vnus veſtrum mendax eſt: ſed neſcio vter ſit. Melius & prudentius alii cenſent, adiudicandam eſſe vtrique poſſeſſionem pro parte indiuiſa, ſicut in ſpecie noſtra.

Ad §. nihil differt.

Locus de legato coniunctim duobus relicto, de quo alias ſæpe dixi. Sæpe quæritur an legatarii ſint coniuncti? Effectus enim eſt, quia vnius loco habentur. leg. plane. ſupra. Item ius accreſcendi in coniunctis locum habet. Exemplum huius coniunctionis vulgare eſt in §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Titio & Sempronio Stichum lego. Nam particula, &, vim habet coniungendi. l. ſi ita. 66. ſupra de hæred. inſtit. niſi appareat contraria voluntas. Nam plerunque teſtatores celeritatis & compendii cauſa, ita loquuntur. dict. leg. ſi ita ſcripſi. lib. 1. de iure accreſcen. cap. 9. Quæritur hic de particula, cum. Si quis dixerit, Titio cum Mæuio do, lego, Pomp. ait coniunctionem eſſe. Hoc etiam exemplo vtitur Paulus in leg. triplici. de verbor. ſignificat. Similis locus eſt in l. illi cum illo. 40. infra de vſufruct. legat. Alius in leg. ſi quis inquilinos. 112. infra hoc tit. Alius in l. ſi quis Titio. de vſufr. accreſc. Hęc eſt vis huius particulæ. Sed quid mirum cum idem dicatur plerunque de particula diſiunctiua? l. ſæpe. de verborum ſignif. l. cum quidam. C. eod. tit. Titio aut Mæuio, &c. Oppo. l. ſi in fundum. infra de inſtr. leg. Reſpond. ſpecies multū diuerſas & diſſimiles eſſe. Hic loquimur de perſonis & earum coniunctione. Pompon. non ſimpliciter ait has particulas nihil differre: ſed in perſonarum coniunctione eandem vim habere. Cum res plures coniunctim legantur, interdum eſt aliqua differentia. Nam cum res huiuſmodi ſint, vt vna accedat alteri, multum refert quomodo teſtator leget. Exempli gratia, fundum & inſtrumentum fundi, vel fundum cum inſtrumento. dict. leg. ſi cui fundum. adde l. 1. eod. ti. & §. ſi quis ancillas. Inſtit. eod. In vna ſpecie coniungit acceſſorie, in altera principaliter. vſus autem hoc facit. l. Labeo. de ſupel. leg. Exemplum ſimile eſt de peculio. l. 1. infra de pecul. lega. dict. §. ſi quis ancillas. Cur non idem dicimus, ſi quis ancillam legauerit cum ſuis natis? Nam ſemper duo ſunt legata ſeparata. l. 3. de pecul. leg. d. §. ſi quis ancillas. Reſpondeo, homines non accedere aliis rebus. Hoc enim receptum non eſt in hominibus, propter dignitatem hominum. l. iuſtiſſime. de ædil. edict. l. in pecudum. ſupra de vſur. Ac certum eſt cum duæ res legantur, quarum vna nō accedit alteri, nihil referre quomodo legentur, vt in exemplo dict. leg. 112. ſi quis inquilinos. Hæc ad dict. leg. ſi cui fundum. in qua reperitur alia difficultas. Dicitur ibi aliud eſſe fundū inſtructum legare, aliud fundum cum inſtrumento. Tamen in d. §. ſi quis ancillas. dicitur nihil referre. Nam fundo alienato, inſtrumenti legatum extinguitur. Demonſtraui quid ſentiam ad tit. de verb. ſig. l. 6. C. Paulus in dict. l. ſi cui. non ſimpliciter dicit legatum inſtrumenti valere: ſed poſſe valere, ſi appareat non eſſe factam mentionem inſtrumenti tanquam acceſſionis: nam hæc verba, cum inſtrumento, magis apta ſunt ad ſignificandā acceſſionem idque ex vſu iudicatur, nec vlla eſt certior regula cum quæritur de vi verborum. d. l. Labeo. Declaro id apertius ſi poſſum. Cum quis legat fundum & inſtrumentum, certum eſt duo legata eſſe ſeparata: ſi fundum cum inſtrumento, vnū legatum eſt, ſi fundum inſtructum, dubitatur. Verba hæc media quodammodo ſunt. poteſt dici legatum deberi, poteſt dici non deberi. Facti quæſtio eſt, quæ pendet ex coniectura voluntatis.

Ad §. Si alteri.

Quæſtio eſt pertinens ad l. ſi pluribus. ſupra eo. Cum teſtator legat duobus in ſolidum, & vult ſolidum ſingu-

los habere. Cauſa dubitationis eſt l. in ratione. 30. §. incertæ. infra ad l. Falcid. Nam reuera hic Stichus erat in obligatione, ſi verba teſtatoris ſpectemus. ſed æſtimatio loco rei legatæ ſoluitur humanitatis cuiuſdam cauſa. Certum eſt autem perempta ſpecie, hæredem liberari. l. non amplius. §. 1. ſupra eo. Oppo. l. ſi res. 20. inf. de l. 3. vbi æſtimatio petitur. Reſpondeo ex quadam humanitate hoc indulgeri legatario: ex rigore iuris ciuilis non poſſe peti aliud, quam quod legatum eſt. Deinde conſiderandum eſt, liberum eſſe hæredi ſoluere ſpeciem, ſi velit. Itaque non ſine magna ratione conſtitutum eſt, vt hæres interitu ſpeciei legatæ liberetur. Huc pertinet l. 115. filiusfam. §. vlt. infra hoc tit. Colligunt hinc regulam illam, Cum quantitas debetur reſpectu ſpeciei, debitor interitu ſpeciei liberatur. ſed hæc regula magis rem obſcurat, quam declarat, vt dixi ad l. quod te. de reb. cred. ſupra. Qui ita loquuntur recedunt à more loquendi veterum, & occaſionem præbent calumniandi ſophiſtis. Ego id alias demonſtraui viuo exemplo ex l. 5. de reſcin. vend. vbi mortuo homine vendito, nihilominus emptor debet pretium, id æquum & certum eſt. Sed ſophiſtæ offundunt tenebras rei clariſſimę, obiecta regula ſua factitia. Emptor, inquiunt, pecuniam debet reſpectu ſpeciei, id eſt, reſpectu rei venditæ. Ergo emptor liberatur interitu eius ſpeciei. Hoc non male opponitur eorum regulæ. ſed doctrinæ noſtræ nihil aduerſatur. Non eſt enim illa ſpecies ſimilis noſtræ. Diſſimilitudo eſt nota ex iam dictis. Valeant igitur opifices iſti regularum, cum regulis ſuis: nos puriſſimam veterum Iureconſultorũ doctrinam amplectamur, & finem faciamus.

Ad l. 37. Legato generaliter.

TRactatur hic locus de effectu legati. Debetur legatario quod apparet legatum eſſe. ſi ſpecialiter res expreſſa ſit, nulla eſt dubitatio: ſi generaliter, dubitari poteſt, veluti ſi lego Titio hominem. Sed vt commodius explicetur hæc quæſtio, res tota paulo altius eſt repetenda. In primis videndum eſt, an valeat legatum generaliter relictum. Vlpian. noſter oſtendit vtile eſſe legatum, ſi quis legauerit hominem. Idem in l. cum incertus. ſupra. idem in §. ſi generaliter. Inſtit. eod. & aliis ſimilibus. Alibi tamen dicitur legatum fundi non valere, propter incertitudinem. l. cum poſt. §. gener. ſupra, de iure dot. Sicut nec ſtipulatio fundi valet. l. ita ſtipulatus. 115. infr. de verb. obligat. idem dicitur de domo in l. ſi domus. 74. infra hoc tit. alias 71. vbi Iureconſul. ait deriſorium eſſe legatum. Ratio diuerſitatis: in fundo legato nimia eſt incertitudo, & maior quam in legato hominis. Fundi certitudinem non habent, niſi ex voluntate ac deſtinatione hominum. l. quod in rerum. 24. §. 1. ſupra eod. Vnde hæres palmum terræ dando, liberaretur, quod eſſet ridiculum. In domo etiam legata magna verſatur diſſimilitudo, ſi generaliter domum dando liberetur hæres, deriſorium erit legatum, vt dicitur in dict. leg. ſi domus. Domus enim conſtruuntur, & ædificantur arbitrio & voluntate cuiuſque: ſicut fundi conſtituuntur, domunculæ fiunt, quales vidimus Luteciæ non diſſimiles dolio Diogenis Cynici. Creditur itaque teſtator ludibrio legatarium habuiſſe. Nec facile erit mediocritatem hic ſeruare: vt puta, in re tam incerta, & quæ ex voluntate hominum omnino pendeat. Videndum tamen eſt hic num voluntas teſtatoris poſſit apparere ex coniecturis. Quid enim ſi plures fundos, aut domos diſtinctas habeat? Facile interpretabimur eum ſenſiſſe de vno ex illis fundis, quos habet in patrimonio ſuo. dict. leg. ſi domus. facit l. Triticum. 94. infra de verb. oblig. l. quidam. de trit. leg. Sed de eo mox plura dicturi ſumus. Altera quæſtio eſt, quid ſit in obligatione, de qua dixi ſupra ad leg. cum incertus. Tertio quæritur cuius ſit electio an hæredis, an legatarii. Certe cum teſtator legat generaliter hominem, oſtendit ſibi curæ nõ eſſe, quem hominem habeat legatarius, modo habeat hominem. Sed oritur controuerſia inter hæredem & legatarium. Et hæc quæſtio hic non definitur ab Vlpia. ſed ex aliis locis decidenda eſt, in quibus tamen magna varietas reperitur, atque etiam obſcuritas. Veteres diſtinguebant legatum vindicationis, à legato damnationis. Vlpia. in Inſtit. tit. de leg. ait in legato vindicationis electionem eſſe legatarii, in legato per damnationem hæredis. Differentia hæc colligitur quodammodo ex verbis capito, ſumito, habeto, quibus videtur permitti electio legatario magis, quam hæredi: ſed his, Damnas eſto dare, magis hæredi, quam legatario. tametſi voluntas hic non ſatis aperte exprimatur. Nam ita dicendum eſſet, quem hæres volet, aut quem legatarius volet, &c. Huius veteris differentię quædam veſtigia adhuc reperiuntur in Pand. vt dixi ſupra ad l. plane. 34. §. vltim. Locus vnus eſt in l. ſi is, cui, 19. infra de leg. 2. quem adduxi ſupra: qui loquitur de alternatione: ſed eadem eſt ratio legati generaliter relicti. Hæc ſubtilitas iuris veteris ſubata eſt conſtitut. l. 1. Commu. de l. Proinde hodie inter hæc genera legatorum nulla eſt differentia. dict. leg. 1. & Inſtit. eod. §. noſtra autem. Vnde nihil refert quibus verbis legetur. Ex his igitur verbis non poterit iudicari vtrius ſit electio. Ac ſi quis dicat hanc differentiam ſublatam non eſſe: quia inducitur ex voluntate teſtatoris. Reſpondeo, his verbis non ſatis exprimi voluntatem. Subobſcura enim eſt ſignificatio voluntatis magis, quam aperta declaratio. Itaque Vlpian. d. tit. de legat. ait tacite optionem dari his verbis. Sed quæritur, ſublata ea differentia verborum, vtrius electio iudicanda ſit. Id enim adhuc dubium relinquitur. Hæres contendit ſibi competere electionem: quia cum per damnationem relinquitur, iure veteri competit ipſi electio. At nihil refert, an per damnationem, vel aliis verbis. Eodem argumento vtitur legatarius. Videturque id genus argumenti eorum eſſe, quæ Græci ἀντιςρέφοντα vocant. Sed Iuſtinian. ipſe demonſtrat quomodo hæc controuerſia dirimenda ſit. Satis enim oſtendit factam eſſe conſtitutionem fauore legatariorum. dict. leg. 1. commun. de lega. dict. §. noſtra autem. vt poſſint agere non tantum in perſonam: ſed etiam in rem. Quod vero fauore legatariorum inductum eſt, non debet in eorum damnum conuerti. l. quod fauore. C. de legib. Hinc ergo efficitur, electionem legatarii eſſe, quibuſcunque verbis legatum ſit, ſiue damnationis, ſiue vindicationis: niſi aperte reſtator dixerit. §. ſi generaliter. Inſtit. de l. Dubium non eſt, quin voluntas ſit ſeruanda, qua verbis diſerte expreſſa eſt. l. ille aut ille. 25. de legat. 3. Huic autem iuri nouo conſentanea ſunt fere, quæ in Pande. extant ſcripta de hac re. Ac credibile eſt compoſitores Pandect. aliquid immutaſſe propter conſtitutionem, vt ſupr. dixi ad leg. 1. Loci autem plerique citantur, qui non multum ad rem pertinent. veluti l. cum incertus. 13. ſupra eod. ibi enim non quæritur vtrius ſit electio, vt ſatis oſtendi. Similis locus in leg. qui concubinam. 29. §. ſi hæres. de legat. 3. vbi alia quæſtio eſt. Alii ſunt loci apertiores, qui ſequuntur. Vnus eſt in leg. hæredes. §. ſi incerto. fam. erciſc. ſupra. Alius eſt longe apertior in l. ſi ſeruus legatus. 108. §. cum homo. infra eod. Ratio illa videtur addita à compoſitoribus propter conſtitutionem. Alius eſt locus in l. 2. de optio. leg. infra. Alii autem reperiuntur loci prima facie contrarii. Vnus eſt in l. ſi domus. 74. infra. vbi varia eſt lectio. Nam in quibuſdam libris legitur, cogetur hæres quam domum volet, &c. vbi ambiguitas eſt, quam debemus interpretari pro legatario. l. in ambigua. In Noricis libris legitur, heredes quam domum volent, his verbis datur electio hæredi. Sequenda eſt autem lectio Florent. quæ nihil ambiguitatis, aut obſcuritatis habet. Cogentur hæredes quam volet domũ ſcilicet legatarius. Præterea oppo. l. ſi is, cui. 19. infra de l. 2. ſed quæſtio non eſt vtrius ſit electio: ſed an is cui competit electio, poſſit voluntatem mutare. intellige enim quo caſu apparet ex verbis, &c. Nam compoſitores non mutarunt quia videbant poſſe ita accipi, vt diximus.

Dixi, lectionem eſſe legatarii ex conſtitutione Iuſtinia. Oſtendi nihil reperiri in Digeſt. libris quod repugnet. Reſpondi ad quædam obiecta, veluti l. qui concubinam. 29. §. ſi hæres. de lega. 3. ibi non quæri, an hæredis ſit electio: ſed an cui cto Sticho teneatur hæres. quo caſu licuit ei Stichum dare. Sic ad leg. cum res. 47. §. ſed ſi Stichus. infra eo. non quæri ibi vtrius ſit electio: ſed quo caſu electio eſt hæredis, vno abſente alter poſſit petere. Sic etiam reſpondendum ad leg. huiuſmodi. 86. §. ſi cui homo. ỹ. eo. nam ibi legatarius Stichum oblatum accipere noluit: Stichus mortuus eſt, quem legatarius deinde petit. Quæſtio intelligenda eſt, quo caſu liceat hæredi Stichum ſoluere? quod interdum licet. Maius negotiũ nobis exhibet l. 4. de trit. vino, oleoq; lega. vbi electio datur hęredi. Sed reſpõdeo in quãtitate incerta locũ nõ habere

quod

quod diximus. Nam ceſſat ratio propter quam diximus electionem competere legatario: quia poteſtas ei eſt qua actione vti velit. l. ſi ſeruus legatus. 108. §. cum homo. infra, eod. in hac autem ſpecie non agitur actione in rem. Si quis enim legauerit certum pondus olei, nec aliud adiecerit, non competit vindicatio, vt dixi ſupra ad l. 1. nec tranſit dominium rei legatæ.

Natura vindicationis hoc non patitur, hanc rem meam eſſe aio. Nullo vnquam tempore potuit agi in rem in hac ſpecie: ſed tantum in perſonam. Nec ius antiquum immutatum eſt in his rebus, quæ cõtinentur pondere, &c. Sequimur ergo hic ius antiquum. Scio apud Vlpian. in Inſtit. tit. de leg legati per vindicationem eas res, quæ conſtant pondere, &c. Sed hoc accipiendum eſt cum res huiuſmodi legatur vt ſpecies. l. ſed ſi certos. 51. infra eod. & l. 1. §. ſi decem. vt lega. nomi. caueat. Deinde in hac ſpecie non proponitur, teſtatorem habuiſſe oleum in patrimonio ſuo. Imo potius contrarium apparet ex verbis illis, cuius generis oleo vti ſolitus, &c. Ad has coniecturas recurritur cum nullum oleum teſtator reliquit. Ac certum eſt legatarij non eſſe electionem cum res eas non reliquit teſtator, quæ legato generali non continentur. Id enim colligitur ex l. 3. in princip. eo titu. de tritic. Idem colligitur ex leg. ſi domus. 71. infra eod. aliiſque locis ſimilibus. Legatarius enim non habet electionem actionum in rebus alienis. Vnde dicitur inutilis electio eſſe, cum quis elegerit rem alienam. l. 2. de opt. leg. dixi ſupr. ad l. 5. ſerui electione. Cum igitur quis hominem generaliter legat, intelligitur legare optionem ſeruorum, quos habet: non alienorum, niſi aliud actum ſit. Sic interpretamur, quia durũ videtur cogi hæredem ad redimendam rem, quam optauerit legatarius. argum. l. vnum ex familia. 97. §. ſi rem. de leg. 2. l. Sticho. de vſufruct. legat. Satis igitur probatum arbitror electionem eſſe legatarii. Nec enim mouere nos debet quod alibi dicitur reo competere electionem. §. huic autem. Inſtit. de actio. l. plerunque. 18. ſupra de iure dot. Idem enim in ſtipulationibus & aliis contractibus locum habet, non in legato. Interpretatio fit contra ſtipulatorem, qui potuit apertius exprimere. l. ſtipulatio iſta. 38. §. in ſtipulationib. l. quicquid aſtringendæ. 99. de verb. oblig. At magis fauetur legatario, in cuius poteſtate non fuit, vt aliter teſtator loqueretur.

Huic ſimile eſt quod dicitur de conditione impoſſibili. l. impoſſibilis. 7. de verb. oblig. l. 3. de condit. & demon. Denique ne cui durius hoc videatur, ait Vlp. ex ſententia Caſſij, ita electionem competere legatario, vt optimum eligere non poſſit. Poteſt enim quemlibet optare etiam ſi vnus alio ſit melior, aut deterior. Nam alias optionis nulla eſſet vtilitas. Sed ſi vnus ſit, puta ſingularis alicuius & excellentis ingenij, doctrinæ, artificij ſeruus, hic non poterit eligi. quia non eſt credibile teſtatorem de eo ſenſiſſe. argum. l. 6. obligatione generali. de pign. ſupr. Exemplum eſt in ſeruo actore, de quo in l. vlti. de offic. præſid. is eſt, qui familiæ totius curam gerit. Similiter cum electio eſt hæredis, poterit dare deteriorem. Sed ſi quis ſit peſſimus ac deterrimus, eum dando non liberabitur. eſt forte ſeruus inſignis cuiuſdam nequitiæ & improbitatis, vt magis non habere talem ſeruum expediat, quam habere. Huc pertinet l. ſi hæres. 73. infr. eo. Hęc interpretatio nititur æquitate, ac veriſimili teſtatoris voluntate. Exemplum eſt ſimile in l. ſi cui. 9. ſupra de ſeruit. vbi per quamlibet partem ire agere licebit, ciuili tamen modo: nam quædam in ſermone tacite excipiuntur.

Venio ad alteram partem legis. Ponitur caſus in quo electio eſt hæredis, cum de certo ſenſit teſtator vt in exemplo l. 39. cum ſeruus. alias, apud Iulianum. §. ſcio. Hic caſus differt à ſuperiore. In ſuperiore non ſenſit teſtator de certo: ſed legauit generaliter non curans quem ſeruum ſumat legatarius. Hic ſenſit de certo: ſed non apparet de quo. Ait igitur hæredis eſſe electionem. Species de lance, eodem modo accipienda eſt, cum teſtator ſenſit de certa lance. Sed cur potius in hoc caſu electio eſt hæredis? Reſpondeo, hic ambiguum eſſe & obſcurum legatum. Parũ abeſt quin omnino nullum ſit. argu. l. duo ſunt. 20. de teſta. tute. & l. ſi fuerit. infr. de reb. dub. Conſiſtit autem hoc legatum ex quadam humanitate & voluntate, &c. Magis nocet incertitudo, quæ verſatur circa perſonas. argu. §. incertis. Inſtitu. de leg. vt alibi diximus. Boni ergo conſulere debet legatarius, etſi electionem non habeat.

In ſuperiore exemplo non eſt obſcuritas, niſi forte in facultate eligendi. Similis locus eſt l. ſi quis à filio. 32. leg. ſi quis plures. ſupr. eo. non obſtat d. §. ſcio. Parum enim refert an dicamus minimum deberi, an electionem competere hæredi, qui minimum electurus eſt. l. 44. ſi ita relictum. §. vl. de legat. 2. Oppo. l. 20. qui duos. ſupr. eo. Reſpondeo ibi non conſtare teſtatorem de certo ſenſiſſe. Ita legauit forte, Vnum ex ſeruis meis Titio do lego. Legatum eſt generale, ſicut in ſuperiore ſpecie. Plura dicemus ad dictum §. ſcio. Differentia horum caſuum ſic declarata, poteſt facile intelligi ratio l. 14. ſi ita ſcriptũ. ſupra eo. Videtur enim iis aduerſari quæ dicta ſunt de legato generali. Nam ibi dicitur exiguum eſſe præſtandum. Reſpondeo diſſimilem ſpeciem eſſe. ibi legatum eſt obſcurum & ambiguum, non generale. Et eſt illa ſpecies ſimilior ſecundæ ſpeciei legis noſtræ, quam priori. nos autem vtriuſque differentiam oſtendimus.

Ad l. 38. Legatarius.

Locus de effectu legati. Legatum dicitur acquiri legatario & quidem ipſo iure. l. à Titio. 65. de furt. Dicitur acquiri etiam ignoranti. l. cum pater. 77. §. ſurdo. de leg. 2. hoc eſt accipiendum niſi velit repudiare. l. legatum. 7. ſupra eod. Inde quæritur an poſſit repudiare pro parte? Videtur poſſe, vt ſit eadẽ ratio partis quæ totius. l. quæ de tota. 76. ſup. de rei vind. vt ſicut acquirit totum, cum totum agnoſcit: ita acquirat pro parte cum partem tantum vult. Sed Pomp. ait non poſſe. Ratio hæc adferri ſolet. Quia abſurdum videtur partim comprobare iudicium defuncti, partim euertere. l. nam abſurdum. 7. de bon. liber. Hæc ratio videtur obſcurior eo quod quæritur. Ego aliam adduxi lib. 1. de iure accreſc. c. 3. Quia videtur contemnere ac faſtidire liberalitatem teſtatoris, & eum quidem iniuria adficere, cum illa liberalitas ipſi non noceat. Citaui locum Senecæ lib. 2. de benefic. vt oſtenderem ingrati hominis eſſe & inſolentis. Viſum eſt igitur iuris auctoribus hoc moroſum faſtidium ferendum non eſſe, præſertim in iis, quæ teſtamento relinquuntur. Nam magis fauetur ſupremæ morientium voluntati. l. 1. C. de ſacroſanct. eccleſ. Dixerit aliquis hac ratione fieri, vt legatarius nõ poſſit omnino repudiare. Quod verum eſſet, niſi alia maior ratio prohiberet. Eſt enim inciuile quenquam cogi acceptare quod donatur. l. hoc iure. 19. §. non poteſt. de donat. ff. Hactenus ergo coercetur inſolens faſtidium legatarii, ne liceat ei partem aliquam, quaſi dicis cauſa, acceptare, & reliquum repudiare. hæc ratio probabilis eſt, cuiuſmodi fere ſunt in hac ſcientia ciuili. Itaque Paul. ait in l. 4. de leg. 2. verius eſſe neminem, &c. quia videbatur ſubtiliter differendo, poſſe defendi contrarium. Inde conſequitur, vt totum acquiratur ei, qui partem agnoſcit. l. ſi cui res. 58. de legat. 2. Altera pars accreſcit etiam inuito, ne legatum diuidatur. Hoc autem locum non habet, ſi duobus res eadem legata ſit. Nam pars ab vno repudiata, alteri non accreſcit inuito. §. vbi autem. Cod. de caduc. tollend. Ceſſat enim hic ratio ſupradicta. Non poteſt factum eius reprehendi, quaſi voluntatem teſtatoris ſpreuerit. Itaque in dicta leg. 4. de legat. 2. dicitur, Neminem eiuſdem rei legatæ ſibi partem velle, & partem nolle, verius eſſe. Cum igitur duo ſunt legatarij, vnus non cogitur partem alterius acceptare. Sed adhuc in eo caſu locum poteſt habere regula noſtra. Quia partem ſuam cogitur aut totam cognoſcere, aut totam repudiare. Eadem eſt enim ratio partis, quæ totius. dicta leg. quæ de tota. ſupra de rei vindic. Item locum non habet regula, cum plura legata ſunt vni relicta. leg. 5. de legat. 2. Videtur enim hoc non abhorrere à voluntate teſtatoris, qui res ſeparatas reliquit. Nos enim hic reſpicimus maxime ad voluntatem teſtatoris, vt iam dixi. Præterea, locus non eſt regulæ, ſi legatarius deceſſerit duobus hæredibus relictis. Nullus enim poteſt argui contemptus legatarij in hoc caſu, cum diuiditur inter eos obligatio pro partibus hæreditariis. l. 1. Cod. ſi certum petat. Vnuſquiſque agnoſcit quod ſibi competit. Nec nouum eſt id licere hæredi, quod non licuit defuncto. leg. vltim. de euiction. cum ſimilib. Oppon. l. 2. §. ex his. de verbo. obligat. ex perſo-

na hæredum non mutari conditionem obligationis. Item oppo. l. cui fundus. 55. infra de cond. & demonstra. hæredes plures pro ſingulari perſona habendos eſſe. Reſpondeo ad vtrunque obiectum, videndum eſſe an eadem ſit ratio in hæredibus, quæ fuit in defuncto. Cum enim ratio eſt eadem, omnes hæredes habentur loco vnius, vt in d. l. cui fundus. Hic autem diuerſa ratio eſt. Is, qui acceptat partem tantum ſuam, non poteſt dici cõtemnere liberalitatem teſtatoris. alter vero qui repudiat partem ſuam, fortaſſe contemnit. Sed non poteſt eius factum reprehendi. quia totum quod ſibi legatum eſt repudiat, non partem.

Ad §. Si legatum.

QVæſtio adfinis eſt ſuperiori de acquiſitione legati, & effectu eiuſdem ſpecies. Prædium ſeruiens fuit legatum, quod legatarius recuſat, an ſit confuſa ſeruitus? Amittitur ſeruitus cum idem vtriuſque prædij dominus eſſe cœperit. l. 1. ff. quemadm. ſeruit. amit. Nemo enim poteſt ſibi debere ſeruitutem. l. 10. quicquid. com. præd. l. 5. vti frui. ſupra ſi vſusfru. pet. at legatarius hic dominus eſſe incipit prædij ſeruientis. nã acquiritur dominium etiam ignoranti. l. cum pater. 77. §. ſurdo. de leg. 2. Pompon. tamen ait cõfuſam ſeruitutem non eſſe. Quia intelligitur legatum nunquam fuiſſe quod repudiatum eſt. Quod dicitur de ſeruitute, &c. id accipiendum eſt, cum quis verum & naturale dominium conſequitur per apprehenſionem, &c. §. Per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ. l. 1. de acq. poſ. l. traditionibus. C. de pact. hoc dominium legatarij eſt ex quadam fictione & iuris interpretatione. l. 1. §. vtrum. infra ſi quis in fraud. patron. Si agnouerit legatum, fingitur ante dominus fuiſſe, etiam ſine apprehenſione. ſi repudiauerit, fingitur nunquam dominus fuiſſe. Idem dicitur in l. ſi tibi homo. 88. §. cum ſeruus. infr. eo. Species de furto, de qua hic, difficilis non eſt. vide l. à Titio. 65. de furt.

Ad l. 39. Cum ſeruus.

LOcus de eo, quod conſequitur legatarius ex teſtamento. Dubium non eſt quin debeatur quod legatum eſt. Sed inde multæ oriuntur quæſtiones, cuiuſmodi eſt illa de interitu, quam tractauimus ſup. in l. non amplius. Quæſtio non diſſimilis: Si in fuga ſit aut abſens, &c. Cauſa dubitationis, quia id teſtator non dixit. Sed tamen hoc pertinet ad officium iudicis, quaſi à voluntate teſtatoris id alienum non ſit. Poteſt etiam exigi cautio de perſequendo, &c. l. ſeruo legato. 69. §. vlt. hic, Eſt ſtipulatio iudicialis, de qua in l. 5. de verb. oblig. Oppon. l. cum res. 49. eod. vbi dicitur rem præſtandam eſſe vbi relicta eſt. Idem dicitur in l. quod legatur. 38. ſupr. de iud. Ergo non cogetur hæres operam ac ſumptum præſtare. Exiſtimo quod hic dicitur de opera & ſumptu, intelligendum ſi res abeſſe cœperit poſt mortem teſtatoris. l. ſeruus legatus. 108. in prin. inf. eo. Inſpicitur ergo tempus mortis. Alij aliter conciliant, præſtandam eſſe rem vbi relicta eſt, niſi ſit in loco valde remoto, & longinquo. Præſtari enim debet vbi veriſimile eſt teſtatorem voluiſſe. d. l. cum res. 49. infr. eo. alias legatum inutile legatario eſſet quod alienum eſt à voluntate. arg. l. ſi res obligata. 67. infr. hoc tit. Diſtinctio noſtra magis conuenit ſentẽtiæ Iuriſconſ. fateor tamen non ſemper eſſe rem præſtandam vbi relicta eſt, ſi contraria appareat voluntas ex coniecturis. Sed quæ coniecturæ ſufficiant, nõ poteſt in vniuerſum diffiniri. Id enim pendet ex arbitrio iudicis. l. voluntatis. Codice de fideicommiſſ.

Ad §. Fructus.

DIxi quod ſit iudicis officium, cum ſeruus legatus in fuga eſt, vel longinquo abſens, vt is requiratur & præſtetur. Oſtendi ſumptum eſſe præſtandum ab hærede, quamuis de ſumptu nihil dictum ſit, &c. Multa enim veniunt in hoc iudicium, de quibus nihil cautum eſt, propter voluntatem ac veriſimilem voluntatem teſtatoris. Huiuſmodi ſunt fructus, vſuræ, & aliæ huiuſmodi acceſſiones, de quibus hic Vlp. nos ſigillatim de his dicemus. Fructus ergo debentur legatario. & extat tit. de hac re C. de vſur. & fructibus legat. Nec enim obſeruatur differentia legatorum & fideicommiſſorum: item damnationis & vindicationis, de qua apud Gaium lib. 2. Inſtit. hæ differentiæ ſublatæ ſunt, vt iam ſæpe dixi. Fructum id proprie vocamus, quod ex reipſa naſcitur. l. 121. vſur. de ver. ſig. & l. ſi nauis, 62. ſupra de rei vind. Sed latius pro quocunque cõmodo, quod ex re percipitur, accipitur. l. item ſi fundi. 9. ſupr. de vſufruct. l. venationem. 26. de vſur. ſupr. Quæritur ex quo tempore debeantur hi fructus? Videntur ex tempore tantum litis conteſtatæ, quia ſtrictum eſt iudicium. l. videamus. 38. de vſur. & hoc videtur ſatis expreſſum l. quæſitum. 91. §. vlti. infr. eo. ſimiles loci ſunt in l. 1. 2. 4. C. de vſur. & fructibus legat. Sed verius eſt ex tempore moræ deberi. l. cum res. 49. infr. eod. & l. 3. l. Paulus. de vſur. ſupra. Nam ſimile eſt hoc iudicium quadantenus iudiciis bonæ fidei. l. in minorum. Cod. in quib. cauſ. in integr. reſt. Mora autem fit etiam ſine conteſtatione. l. mora. leg. ſciendum. de vſur. l. 23. ſi ex legati cauſa. de verbor. oblig.

Nec contrarium eſt quod alibi legitur de lite conteſtata. Nam verum eſt, poſt litem conteſtatam deberi fructus: ſed non inde efficitur ante litem conteſtatam non deberi, ſi forte mora ante facta ſit. Et animaduerti reſcripta fere, aut reſponſa eſſe, in quibus litis conteſtatæ ſit mentio. C. de vſur. & fructibus. & d. l. 91. quæſitum. §. vltim. infra eod. Ideo ita reſponſum eſt, quia non proponebatur factam eſſe moram ante litem conteſtatam. Ac ne cui forte videatur inſolens eſſe hæc interpretatio noſtra, ſic interpretatur Papinian. reſcriptum quoddam M. Antonini. l. 3. de vſur. Vt fructus capiat fideicõmiſſarius poſt ſententiam. vbi addit Papin. niſi mora ante ſententiam facta ſit.

Notandum tamen eſt ſi in rem agatur, fructus reſtituendos eſſe, etiamſi mora facta non ſit. l. 42. Herennius. de vſur. vbi, fructus, qui poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium. Similis locus in l. 88. ſi tibi homo. §. cum ſeruus. infr. eod. Tenetur autem hæres non tantum ad fructus, quos percepit: ſed etiam ad eos, qui percipi potuerunt. Nullum enim habet titulum quo excuſari poſſit ab horum fructuum præſtatione. Quamuis alias vulgo receptum ſit eum, qui titulum habet non teneri ad fructus percipiendos. leg. ſi fundum, 17. Cod. de rei vind. Titulus pro hærede, non pertinet ad rem legatam, cuius dominium acquiritur ſtatim legatario. Legatarius quodam modo quaſi hæres eſt in re legata. l. id tempus. in fin. 14. infra de vſucap. Huc pertinet l. 80 legatum. de leg. 2. fructus autem intelligit Vlpian. quos percipere potuit legatarius, non hæres. dubitari enim de eo poterat quia forte induſtria vnius ea eſt vt plus colligere poſſit fructuũ, quam alter. Et ſane difficilis eſt quæſtio cum quæritur generaliter, & vulgo agitata. Difficultas proprie naſcitur ex l. 5. domum. C. de rei vindi. ibi, cum penſionibus, quas percipit, aut percipere poterat. idem dicitur in l. 1. C. de petit. hæred. Reſpondeo vtrunque vere dici, quos percipere potuit petitor, & quos percipere potuit poſſeſſor. Non ſunt hæc repugnantia: ſed diuerſa. Et ſæpius accidit, vt non magnopere referat vtrum dicamus: quia petitoris forte non eſt maior induſtria, quam poſſeſſoris. Et credibile eſt id accidiſſe in ſpecie d. l. domum. C. de rei vind. Non fuit autem propoſitum à petitore quod maioris induſtriæ eſſet, quam poſſeſſor. Recte reſpondit ſecundum quæſtionem propoſitam. Duæ igitur ſunt quæſtiones hic ſeparandæ, ac diſtinguendæ. Vna ſi poſſeſſor plus potuit percipere, quam petitor. & dicitur teneri. d. l. domum. Altera eſt, quæ ex priore naſcitur, ſi plus potuit percipi à petitore, quam à poſſeſſore.

Et hic dicitur rationem petitoris habendam eſſe. idem dicitur in d. l. ſi nauis. de rei vindic. An petitor frui potuerit ſi ei poſſidere licuiſſet? idque videtur æquiſſimum eſſe ne alias damnum patiatur petitor ob culpam alterius. Sed quid è contrario, ſi plus percipere potuerit poſſeſſor, quam petitor: quia poſſeſſor forte erat magis induſtrius? Exiſtimo non poſſe hos fructus peti. ex mora alterius non debet petitor lucrum facere. ſatis eſt ſi damno non afficiatur, huc pertinet lex 31. cæterum. de rei vindicat. Improbe deſiderabit petitor fructus æſtimari, qui ex artificio eius percipi potuerunt, quod artificium ſumptibus poſſeſſoris didicit. Quod dictum eſt de fructibus, id extenditur ad omnem commoditatem, quæ propter rem percipitur. Hęc omnia dicuntur eſſe loco fructuum. leg. merces. 29. ſupra de petit. hæredi. non enim ex corpore ipſo naſcuntur. l. 121. vſura. de verbo. ſign. infra. Dicuntur hæc vulgo

vulgo fructus ciuiles non inepte. quia ciuili quadam ratione, pro fructibus habentur. Sicut dicitur ciuilis poſſeſſio. Eadem eſt ratio vſurarum, ſi forte pecunia legata ſit. C. de vſur. & fructib. Nota in vſuris ſpectari conſuetudinem. l. tutor, qui repertorium. 6. ſupra de adminiſtr. tuto. modo ſupra legitimam quantitatem non exigantur. l. eos. C. de vſur. idem de æſtimatione rei. Poſt interitum debetur æſtimatio, quamuis modo fuerit legata: ſicut fructus. In fructibus hæc ſimilia non ſunt. Nam & in ſtipulatione quoque idem receptum eſt, quamuis ſtrictior ſit interpretatio. leg. ſi ſeruum. 91. §. ſequitur. de verbo. obligat. dicemus ad d. l. cum res. §. vltim. Venit etiam in hoc iudicium onus, vtilitas, omne quod intereſt, d. l. cum res. in princ. & leg. ſi tibi homo. 88. §. cum ſeruus. & quod abeſt, quodque lucrari potuit legatarius. l. ſi commiſſa. rem ratam haberi.

Ad §. Si Titius.

Locus de effectu legati. Si emptor venditori legauerit rem venditam, quæ ſit vis huius legati? Nam videtur prima facie non valere legatum. nam rei propriæ non valet. l. propriaſ. C. de leg. l. cætera. 41. infra eod. Et animaduertendum eſt rem debitam eſſe teſtatori, quamuis adhuc venditoris manſerit ante traditionem. Quod dicitur rem meam mihi inutiliter legari, intellige ſi res ita ſit mea vt non poſſit mihi auferri. leg. non quocunque. 82. §. ſi ex bonis. hic. quæritur ergo, quæ ſit vis huius legati? Vlpia. diſtinguit, quia varij caſus ſunt. Primus caſus, cum venditor tradit rem emptori accepto pretio. Dicitur in primis venditorem actione ex empto liberatum eſſe. Venditor liberatur traditione rei venditæ. leg. ex empto. de actio. empt.

Deinde dicitur eum poſſe petere rem quam tradidit, vt ſibi legatam. Si ab initio fuiſſet teſtatoris, poſſet vindicare eam. Ergo noua illa acquiſitio dominij non impediet quominus vindicet. Tradens igitur rem emptori non intelligitur renunciare legato, ideo enim tradere videtur rem, vt debitam ex cauſa venditionis: quia intelligit actionem ſibi ſaluam manere ad petendum ex teſtamento. Adde quo liberum non eſt ei non ſoluere ſi emptor petat: quia poteſt mutare voluntatem. l. 4. de adimen. legat. Dixerit aliquis, nonne teſtator exigens ab eo videtur reuocare legatum, ſicut cum teſtator alienat rem legatam nulla neceſſitate coactus? l. fideicommiſſa. l. 11. §. ſi rem. de leg. 3. Imo videtur locus apertus eſſe de hoc genere legati in l. non ſolum. 7. §. liberatio. de liber. legat. vbi legatum liberationis euaneſcit, ſi teſtator viuus exegerit. Reſpondeo ſpecies diſſimiles eſſe. Hic legata non eſt liberatio, ſed res ipſa, quæ debebatur ſpecialiter & expreſſim. Quãuis igitur teſtator viuus exegerit: tamen res adhuc ſupereſt, in qua conſiſtit legatum. Cum legat liberationem, ſublata obligatione, nihil amplius reliquum eſt.

Secundus caſus cum emptor poſt teſtamẽtũ tradidit rem: ſed pretio non ſoluto. Ait Vlp. eum conſequi pretium actione ex empto, & rem actione ex teſtamento. Itaq; conſequitur rẽ & pretium. quia diuerſa cauſa eſt vtriuſq; petendi.

Tertius caſus, cum venditori pretium ſolutum eſt, ſed rem non tradidit emptori. hoc caſu intelligitur etiam legata liberatio, & agit ex teſtamento vt liberetur. Quæritur ergo, quid contineatur hoc legato? Id certe pendet ex euentu. nam re tradita, continetur ipſa res: re non tradita, liberatio. Poſtremus caſus eſt, cum teſtator legat mihi rem ſibi venditam non à me, ſed ab alio, tunc intelligitur mihi legare ius, quod habet, vt dixi ad leg. ſerui. §. cum fundus. ſupra. Nomen igitur nudum continetur hoc legato, id eſt, actio ex empto. Liberatur hæres actionem præſtando. facit l. ſeruum filij. 44. §. qui chirographum. infra eod. Quæſtio eſt, an hoc caſu hæres debeat pretium ſoluere, an legatarius? Quæſtio facti eſt. Videndum enim quid actum ſit ex coniecturis. Si id non appareat, receptum eſt hæredem ſoluere debere, ne alias legatum inutile ſit legatario. argu. l. qui concub. nam. 29. §. qui hortos. de leg. 3. & l. his verbis. 102. §. vlt. eo. ti. Item alio argumento hæc opinio defenditur. Cum nomen alicui debetur, præſtari debet actio efficax, quæ nulla exceptione elidi poſſit. l. ſi nomen. & l. ſeq. de hære. vend. At in hoc caſu legatarius agẽs ſummouetur exceptione pretij non ſoluti. l. Iulianus. 13. §. offerri. de actio. empt.

Ad §. Si quis alicui.

Quæſtio de effectu legati. Res legata acquiritur legatario & eius hæredibus. §. in nouiſſimo. C. de cad. tol. Species: Titio lapidem cædere liceto ex illo fundo, ex illa lapicidina: an Titio tantum id liceat, quia perſona demonſtrata eſt: an vero etiam hæredi? Dubitatio eſt, quia legata tranſeunt ad hæredem, vt iam dixi. Item ſeruitus quædam hic eſſe videtur, quæ rem ſequitur. l. 36. cum fundo. de ſeruit. ruſt. prædior. ſupra. ſed Vlp. inquit ad hæredem non tranſire. Nam ſeruitus perſonalis legata non tranſit ad hæredem. l. 2. 3. quando dies legat. ced. infra. Sicut ſtipulatio vtifrui licere ad hæredem non pertinet. 38. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. infra de verbor. oblig. Sed quare iudicatur perſonalis eſſe? dubitatio naſcitur ex d. l. cum fundo. Nam in ea ſpecie per te non fieri quo minus mihi aquam ducere liceat, res ſatis clara eſt: quia proponitur acquiſitam eſſe ſeruitutem fundo: deinde adiectam eſſe vulgarem clauſulam, per te non fieri, &c. Illa tamen clauſula: quæ acceſſoria eſt, non facit vt ſeruitus conceſſa prædio perſonalis ſit. In hac autem ſpecie teſtator his verbis tantum vſus eſt, vt liceat Titio lapidem cædere: nec aliud quicquam eſt in teſtamento, ex quo appareat conceſſam eſſe ſeruitutem prædio alicui. In dubio igitur non dicemus ſeruitutem realem eſſe. Huc pertinet locus ille inſignis, qui rem hanc magnopere illuſtrat, in l. pen. pater filiæ. de ſer. leg. Simile exemplum in l. pen. Lucius. de ſeruit. ruſt. præd. ſup. Conceſſum erat ius aquæ ducendæ his verbis: Permitto tibi aquam ducere ex fonte meo in domum tuam: aut ad quemcunq; locum volueris, ait Iur. ſcon. vſum aquæ perſonalẽ ad hæredẽ Seij, quaſi vſuarij, tranſmitti nõ oportere. Ex verbis apparet non eſſe conceſſam ſeruitutem ad vtilitatem prædij alicuius: ſed ad perſonæ ipſius cõmodum. Seruitus non intelligitur prædii, niſi prædium aliquod vicinum ſit, cuius gratia conceditur. l. ergo. 5. de ſeruit. ruſt. præd. hæc igitur aqua non debetur iure ſeruitutis: quia quocunque duci poteſt arbitrio eius, cui conceſſa eſt. facit l. 1. §. Præterea Labeo. de aqua quotid. vbi, et ſi quidam ductus aquarum non ſit fundi, quia quocunque duci poſſunt: tamen ad id interdictum pertinet. An vero poſſit legatarius cędere quandiu vixerit, an ſemel, quæſtio facti eſt, & iudicatur ex coniecturis. Si quidem hæredis mẽtio facta ſit, duplex erit legatum. l. 38. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita.

Ad §. hæres.

Locus de acquiſitione legati, an acquirat legatarius ſine onere, quod rei legatæ imponitur: an vero id onus ſubire debeat? Vlpian. ait hæredem ſoluere pro præterito tempore vectigal, vel tributum, vel ſolarium, vel cloacarium. Solarium dicitur quod pro ſolo penditur. l. 2. §. ſi quis nemine. infr. Ne quid in loc. pub. Romæ multi erant aquæ ductus & cloacæ, adeo vt dicatur penſilis & ſubternauigata vrbs à Plin. In his tuendis & inſtaurandis ingenti ſumptu opus erat. Ait ergo Vlp. hæredem ſoluere vectigal præteritum, &c. Oppo. l. Imperatores. de publica. vbi ipſa prædia, non perſonas conueniri debere dicitur, vt emptor teneatur non venditor. Sol. dubium non eſt quin fiſcus poſſit conuenire poſſeſſorem. dict. l. Imperatores. Sed quæſtio eſt, an eo nomine teneatur hæres legatario? Et dicitur teneri. arg. l. ſi res obligata. 57. infr. eo. Facit l. cum poſſeſſor. de cenſib. infra. Quid de futuro tempore? His verbis indicat Vlp. ad legatarium pertinere. Et hoc aliis locis clarius expreſſum eſt. l. quæro. infr. de vſufr. lega. l. hactenus. de vſufr. l. ſi pendentes. eo. tit. Eſt enim onus rei. l. vlt. C. ſine cenſ. vel rel. Aequum eſt igitur eum teneri, qui rem poſſidet, eaque fruitur.

Opponitur l. qui concubinam. 29. §. qui hortos. de leg. 3. Reſpondeo in ea ſpecie onus pertinere ad hæredem, ob veriſimilem teſtatoris voluntatem. Teſtator ibi voluit ei fructus donare: at legatarius emeret fructus illos ſi mercedes penderet. In vectigali, de quo loquimur, non eadem ratio eſt. Vectigal quod inducitur publice fundo, ſolet modicum eſſe. Merces fundi locati, eſt veluti pretium fructuum, & exæquari ſolet fructibus, non aliter ac in emptione, & venditione. Oppon. l. his verbis. 102. §. vltim. de leg. 3. ſed ſpecies ea diſſimilis eſt noſtræ. Legatarius non poteſt conſequi militiam, niſi hæc omnia ſoluantur. Hæres igitur cui

incumbit onus dandæ rei, ea præſtare debet ſine quibus dari non poteſt. ac credibile eſt ita ſenſiſſe teſtatorem.

Ad §. Scio.

QVæſtio eſt de ambiguitate, quæ verſatur circa rem legatam, iam ſæpe à nobis tractata, præſertim ad l. legato generaliter. Species minor debetur. l. 9. ſemper in obſcuris. de reg. iur. l. ſi ita ſcriptum. 14. ſup. eo. & l. Numis. 25. infr. de lega. 3. Hinc dicitur electio eſſe hæredis, quia veriſimile eſt, eum, quod minus eſt, electurum eſſe. l. ſi ita relictum. 43. infr. de l. 2. atque ita intelligenda eſt l. 106. qui ex plurib. de ver. obli. vbi dicitur electionem promiſſoris eſſe. Reperiuntur hic quædam antinomiæ, de quib. dixi ad dict. l. ſi ita ſcriptum. ſupr. eod.

Ad §. Conſtat.

LOcus eſt de rebus, quæ legari poſſunt, vel non. Oſtendit quid intelligendum ſit cum dicitur rem alienam legari poſſe. l. cum rem alienam. C. eod. §. non ſolum. Inſtit. eod. Et certum eſt res alienas legari poſſe. quia poteſt hæres eas redimere, aut ſaltem iuſtum pretium dare. leg. 14. non dubium. de leg. 3. Nec refert an facilis earum paratio ſit. Nam difficultas non nocet legato, ſicut nec ſtipulationi. l. continuus. 137. §. illud de verb. obli. Itaq; ſi res non ſit in commercio hominum, non valet legatum. d. §. Non ſolum. qui ſumptus videtur ex hoc loco. Non interpretabimur teſtatorem cogitaſſe de redemptione, cum redimi nequeat. Itaque legatum vt nugatorium reiicitur. Et ait Vlpia. Furioſi eſſe, quod hic actus magis conueniat furioſo homini, quam ſanę mentis: non quod iudicandus furioſus ob hæc verba, vt plerique exiſtimant. Hinc enim obſeruant ex ſermonibus iudicari hominem furioſum & dementem eſſe, ſicut & ex leg. 27. quidam in ſuo. ſupra de condit. inſtit. Vbi tamen non ideo iudicatur furioſus, quamuis aliqua ſuſpicio mentis parum ſanæ ſubeſſet. Huic non diſſimile eſt, quod dicitur in leg. 2. de inoffic. teſtam. ibi, quaſi non ſanæ mentis fuerit pater, &c. Exempla autem reperiuntur non vnius generis. Nam quædam exempla ſunt de rebus ſacris & publicis. Certum eſt has res in commercio non eſſe. l. inter ſtipulantem. 83. §. ſacram. de verb. oblig. Si publicis vſibus ſint relictæ, ſi in pecunia & patrimonio populi ſunt, poſſunt alienari. l. ſed Celſus. 6. ſupra de contra. empt. leg. pacta conuenta. 72. §. vltim. eod. titu. Alia ſunt exempla de prædiis principis, quales ſunt Saluſtiani horti, & ſimil. Hodie ſi quis legaret palatium Regium, aut Luparani arcem Lutetiæ, nemo ſanus diceret legatum vtile eſſe: credibileque eſt, teſtatorem ludere legatarium voluiſſe. Nulla enim eſt ſpecies redemptionis, non quod diſtrahi non poſſint: ſed quod non ſoleant, vt hic Vlp. ait, Piaculum eſt enim dicere principem non poſſe. l. 2. Cod. de crim. ſacrileg. Sed quæ non ſolet princeps facere, ea perinde habemus, ac ſi fieri omnino non poſſent. Quæ igitur diſtrahi ſolent, vt hoc tempore, quo princeps res huiuſmodi alienat, earum valeret legatum, vt puto. Eſt autem hic locus vulgaris de his, quę ſolent impetrari à principe. De quo extant pleraq; exempla. l. 1. §. permittitur. infra de aqua quotid. l. 14. qui cum maior. de bon. lib. l. quidam relegatus. §. 1. de reb. dub. Et notandum eſt, ne æſtimationem quidem harum rerum deberi. Oppon. l. cætera. 41. §. ſi duob. infr. eod. l. ſi quis inquilinos. 112. de ſenſu. dict. §. ſi duobus. dicemus alias. Dicta vero lex, ſi quis inquilinos. oſtendit ſequendam eſſe voluntatem, ſi de ea conſtet. quod & hic verum eſſe fatemur. Notandum eſt, non æſtimationem deberi rei, cuius commercium non habet legatarius, ſi non ſit in commercio hominum, vt ſi fundus eſt Italicus, cuius commercium peregrinus non habet. Simile in l. 114. filiusfam. miles. §. ſi quid alicui licite fuerit relictum. Licite, id eſt, lege non prohibente. Simile l. 11. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. de leg. 3. vbi additur exceptio. Oppo. l. 49. mortuo. §. Labeo. infr. de leg. 2. Reſpondeo aliam cauſam eſſe fideicommiſſi, in quo benignior interpretatio admittitur. Sicut dixi alias de ſeruo deportati ex l. ſi deportati. 7. de leg. 3. leg. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. loquitur aperte de fideicommiſſo. Similiter l. filiusfamil. vt apparet ex verbis antecedentibus: modo enim legatum vocatur, modo fideicommiſſum, tam hic, quam in dict. l. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. quia appellatione legati fideicommiſſum continetur. l. 87. & fideicommiſſum. de legat. 3. Sic ergo in l. ſeq. legendum eſt, ei cui ius poſſidendi, quæ verba adduntur ad declarationem præcedentium. Sic nō obſtat quod dicitur de legato, &c. Multo minus quod dicitur de ſtipulatione. l. 34. Multum intereſt. infr. de verb. oblig. ſed hodie exæquata ſunt legata fideicommiſſis. l. 1. ſupra eo.

Ad l. 40. Sed ſi res aliena.

DIxi cum res legatur, quæ non eſt in commercio, inutile legatum eſſe, nec deberi æſtimationem. Quid ſi legatarius eius rei commercium non habeat? fieri enim poteſt, vt ſit in communi hominum commercio, eius tamen non habeat commercium aliquis. Exempli gratia. Prædia Italica non mancipantur peregrinis, niſi quibus commercium datum eſt. Vlp. in Inſti. tit. de dominiis & acquiſit. rer. Peregrini igitur non habent eorum prædiorum commercium, quāuis alias ſint in commercio hominum. an peregrinus æſtimationem conſequetur, cum prædium habere nequeat? Vlp. ait æſtimationem deberi. & oſtendit hoc intereſſe inter hunc & ſuperiorem caſum.

Simile quiddam legitur in l. 114. filiusfamilias. §. ſi quid alicui. infr. eod. vbi dicitur, licite, quod ſic interpretatus ſum, id eſt, lege non prohibente. Nam ſi lex prohibeat alicui legare, omnino inutile erit legatum. l. 112. Si quis inquilinos. §. vltim. infra eod. Nam accidere poteſt vt quis capere non poſſit, vt commercium habeat: & tamen nulla lege prohibeatur, vt peregrinus in ſpecie noſtra. nam nulla lege prohibitum eſt ei legare. ſed ideo non valet legatum, quia nulla lex reperitur, qua id confirmetur. Quæ iure ciuili fiunt non valent, niſi inter omnes, inquit Boetius ad Topi. Cicero. Aliud non diſſimile exemplum in l. 9. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. de leg. 3. vbi vt dixi, additur exceptio. Oppon. l. 43. multum intereſt. de verbo. obligat. vbi non valet omnino ſtipulatio, nec ea quicquam debetur. Ac ſi quis dicat non eandem eſſe cauſam ſtipulationis & legati. Attuli ſimile exemplum de legato in leg. 49. mortuo. §. Labeo. de leg. 2. vbi dicitur legatum inutile eſſe reiecta opinione Trebatij, & tunc deberi æſtimationem, cum legatarius commercium habet, quamuis hæres non habeat. Hæc eſt d. ſlicilis antinomia; de qua variæ ſunt opiniones, quæ mihi parum probantur. Poſſem ita elabi. vt dicam Vlpian. à Paulo diſſenſiſſe. hoc enim hodie tranſlatitium eſt. Sed vereor, ſi hoc fecero, ne me decipere videar. idque merito. Poſſum etiam ſi velim demere negationem, ſed metuo pœnam legis Cornel. de falſis. Ego præterea non didici aientia pro negantibus: aut negantia pro aientibus ponere. Studeo ius ciuile quantum in me eſt interpretari, non corrumpere. Dicam igitur breuiter quod mihi probabilius & verius videtur. Vlpian. hic loquitur de fideicommiſſo, non de legato. Paul. in l. mortuo. loquitur de legato. Nec dubium eſt, quin benignior interpretatio admittatur in fideicommiſſis. Dixi ad titul. ipſum. & leg. 1. oſtendi quibuſdam perſonis per fideicommiſſum relinqui poſſe, quibus legari non poteſt, quales erant Latini Iuniani apud Vlpian. titul. de fideicom. Reipub. vero per fideicommiſſum relinquitur apud eundem, titul. qui hæred. inſtit. poſſ. Idem de peregrino ſcribit Theophil. Inſtit. de fideicomm. hæred. Lex Falcidia loquitur de legatis, non de fideicommiſſis, quæ tunc non erant in vſu. Sic interpretatus ſum alias l. 7. ſi deportati. infra de leg. 3. Dixi ad l. 12. ſi mihi. §. regula. ſupra eod. Non ſunt ergo hæc repugnantia æſtimationem rei legatæ non deberi ei, qui commercium non habet: & æſtimationem rei per fideicommiſſum relictæ deberi. Vlpian. ergo noſter hic loquitur de re, quæ legata eſt per fideicommiſſum. Et verba ſatis plana ſunt, nec mihi quiquam videtur immutandum. Hæc verba, *Ei cui, &c.* referuntur ad legatarium ſiue fideicōmiſſarium. quod idem eſt vt mox oſtendam. His verbis declarantur præcedentia de commercio, &c. Cæteri loci, quos adduxi, haud dubie non ſentiunt. l. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. aperte loquitur de fideicommiſſo. Et modo vocat legatum, modo fideicommiſſum. Appellatione legati fideicommiſſum continetur. l. 87. & fideicōmiſſum. de leg. 3. dixi ad tit. ſup. Sic in lege noſtra legatarius dicitur, cui per fideicommiſſum legatur. Nec diſtinguendus eſt legatarius à fideicommiſſario, quaſi à legatario, dum ſit alteri per fideicommiſſum. Similiter l. filiusf.

qui.

quitur de fideicōmiſſo: ait enim relictum eſſe, quod verbum eſt ambiguum: ſed verbum ambiguum debet ita accipi vt interpretatio vitio careat. l. in ambigua. ſupra de legib. Deinde ad ambiguitatem explicandam conferunt verba antecedentia & ſequētia. l. 50. ſi ſeruus plurium. §. vlt. inf. l. 75. Nūmis. de l. 3. Si quis velit legere verba antecedentia vſque ad §. Si quis. facile animaduertet Martianum loqui de fideicommiſſo. ſic non obſtat legi noſtræ, quod dicitur de legato in l. mortuo. quia differentia eſt legati & fideicommiſſi. Multo minus obſtat quod dicitur de ſtipulatione. d. l. multum intereſt. Sed noua conſtitutione exæquata ſunt legata fideicommiſſis, vt dixi ad l. 1. Quare videtur hodie æſtimatio deberi, ſiue ſit legatum, ſiue fideicommiſſum.

Ad l. 41. Cætera.

CONiungi debet hoc caput cum §. conſtat. l. 39. ſup. eod. vbi cœpta eſt diſputatio de rebus quæ legari poſſunt. Ait non ſolum corporalia: ſed etiam incorporalia legari poſſe. Quæ ſint corporalia & incorporalia habetis in l. 1. ſupr. de rer. diuiſ. & Inſtit. de reb. corp. & incor. Idem dicitur in §. tam autem. Inſti. de leg. de ſeruitutibus tit. ſunt inf. de ſeruit. legat. de vſufru. leg. Actio etiam, quæ ius eſt, legatur. d. §. tam autem. Quod ait, omnia, ſic accipe, niſi quæ ſpecialiter prohibita ſunt. Eadem eſt enim ratio rerum, quæ perſonarum. Omnibus autem legari poteſt, §. legari. Inſtit. eod. Itaque in iudicio debet probare is qui contendit rem legari non potuiſſe. l. ab ea parte. de probation. Sed ea, inquit, quæ ædibus iuncta ſunt legari non poſſunt, quia hæc legari non poſſe Senatus cenſuit, &c. Huius S. C. ratio eſt, ne ruinis vrbs deformetur. l. vlt. infr. ne quid in loc. pub. & l. 20. Prætor. §. hoc interdictū. inf. de noui oper. nunt. l. 2. C. de ædific. priuat. Eadem fuit etiam ratio legis veteris de tigno iuncto. l. 1. infr. de tign. iunct. Tignum iunctum alienis ædibus vindicato, nec ſoluito, ne ædificia diruantur. Huius S. C. mentio eſt in l. 52. Senatus de contrahen. emptio. vbi Paul. Senatus, inquit, cenſuit ne quis domum villamve dirueret, quo plus ſibi acquireretur: neve quis negotiandi cauſa eorum quid emeret venderetve, pœna dupli conſtituta in emptorem: in venditorem vt irrita ſit venditio. Excipiuntur ea, quæ ſine domus iniuria auferri poſſunt. l. 21. nutu. §. vlt. de leg. 3. Huc pertinet l. 45. Marcellus. de don. inter vir. & vxor. vbi maritus dicitur detrahere poſſe ſine mulieris damno, & citra metum Senatuſconſulti, quod detrahentibus negociationis cauſa occurrit. Alia eſt exceptio, ſi quid illicite ædificatum ſit. l. 11. fideicommiſſa. §. ſi quis illicite. de leg. 3. Cæteræ exceptiones colligentur ex Senatuſc. interpretatione, quæ ſequitur.

Ad §. Tractari.

DIctum eſt Senatuſconſul. cautum eſſe, ne ea, quæ ædibus iuncta ſunt, legari poſſint. Hoc enim fuit vnum cap. S. C. vt apparet ex hoc loco. Aliud cap. erat de eo, qui diruit negotiationis, & promercij cauſa, vt ſupr. diximus. Vlpia. noſter hoc S. C. interpretatur, & eius cauſa varias quæſtiones tractat pertinentes. Vna eſt, an legatum conualeſcat, ſi contingat iniunctas res ſeparatas eſſe? Et dicitur non conualeſcere propter regulam Catonianam. l. 1. infr. de reg. Caton. §. an ſeruo. Inſtitu. de leg. nec tantum ſpectatur tempus mortis: ſed etiam facti teſtamenti. l. 46. ſi alienum. §. in extraneis. ſupr. de hæredi. inſtitu. Excipitur legatum conditionale, in quo ſpectatur tempus exiſtentis conditionis. Ratio hæc eſt, quia regula intelligi debet de iis, quorum dies cedit à morte teſtatoris. Quo tempore iudicatur an vtile ſit, an non ſit: niſi ſuſpenſum ſit in euentum conditionis. Nec recte dicitur inutile legatum eſſe, cuius dies nondum ceſſit. Expectatur conditionis euentus, ex quo iudicatur an debeatur legatum. Difficultas nulla fere hic eſt: niſi in explicatione antinomiæ cuiuſdam. Hic dicitur legatum non conualeſcere. idem dicitur in §. ſed ſi rem. Inſtit. eo. vbi ſi res mea mihi ſit legata, quæ poſtea alienata fuerit. Locus eſt contrarius in l. 1. de reg. Cato. Variæ ſunt opiniones, ſed aſſentior veteribus qui cenſent legatum eſſe conditionale. Lego tibi fundum illum, ſi eum, viuo me, alienaueris. Oſtendit Celſus in eo cap. regulam ad cōditionalia non pertinere, idque duobus exemplis. Legatum tibi debetur ſcilicet exiſtente conditione, quod non deberetur. Recte diceretur non deberi, quaſi non legatum. quia deficit conditio ſtatim mortuo teſtatore. Sicut in ſuperiori ſpecie dicitur non datum eſſe verius, quam inutiliter datum. Hæc eſt veterum opinio, quæ cur reiici debeat, non video, cum & verbis Celſi & rationi congruat. Alij, neſcio qui, ſeſe ita expediunt, vt dicant Celſum ab Vlp. diſſenſiſſe. Hæc nimirum eſt facilis & expedita iuris docendi ratio: ſed quæ grammaticum triuialem decet magis, quam Iureconſultum.

Ad §. Item quæri poteſt.

ALia quæſtio ad interpretationem Senatuſconſul. Dubitatio naſcitur ex eo, ꝙ licet marmora transferre ex vna domo in aliam, ſi quis ſit vtriuſque domus dominus. leg. 2. Cod. de ædific. priuat. niſi publicus deformetur aſpectus, integris ædificiis depoſitis, & fieri poteſt vt ædificium non omnino deſtruatur, marmore aliquo ſublato, aut columna, &c. Nec id prohibet fieri Senatus, niſi negotiationis & promercij cauſa fiat. dict. l. 2. Parum refert in vtra domo ſint columnæ. l. ſi quis poſt hanc. C. de ædif. priuat. vtrobique decus publicum eſt. Sed diſſimilitudo eſt in ſpecie propoſita de legato. Non enim vtraque domus eiuſdem futura eſt. Vna enim eſt hæredis, altera legatarij. Idem dicendum ſi duobus legatæ ſint duæ domus diuerſæ, & vni eorū marmor ex altera domo. Quia conſtitutio loquitur cum vnus eſt dominus vtriuſq;. Idem dicendum eſt, & ſi quis ſit ſolus dominus vnius domus, alterius vero pro parte tantum. Non licet enim ex domo communi in propriam transferre, aut contra. Nam non eſt eadem ratio in parte, quæ in toto. Si quis forte obiiciat eum, qui dominus eſt pro parte, recte dominum dici. l. 5. ſerui. §. 1. ſup. eo. Poteſt enim videri hoc caſu aliquid negotiationis eſſe, & promercij inter ſocios. Notandum æſtimationem deberi, quamuis res inutiliter legata ſit. Oppon. l. 34. cum ſeruus. §. conſtat. ſup. eo. vbi non debetur ne æſtimatio quidem cum res legata non eſt in commercio. Sed hoc videtur exceptū eſſe Senatuſconſulto non ſine ratione. Hoc S. C. videtur paulo alienius à naturali ratione, vt non liceat mihi rē meam diſtrahere, aut cum libuerit concedere. l. in re mandata. Cod. mand. Itaq; viſum eſt ampliſſimo ordini, hunc rigorē temperare, exceptione addita, vt æſtimatio debeatur. Hac ratione conſulitur & legatario, & reip. Simile quiddam eſt in actione de tigno iuncto. l. 1. de tign. iuncto. hoc autem colligi videtur ex l. 21. nutu. §. vlt. de leg. 3. oſtendit ibi Paul. in eo caſu rem ipſam præſtari ex S. C. quia in nulla parte vlla eſt facta mentio æſtimationis: ſicut in reliquis capitibus. Cum enim per legem licet poſſidere rem legatam, præſtanda eſt ipſa res, non æſtimatio. Et hoc confert ad confirmationem noſtræ ſententiæ circa l. 40. ſed ſi res aliena. ſupr. eod. in qua diximus nihil mutandum eſſe. Nam ſi poſſidenti ius eſſet legatario, non quæreretur de æſtimatione, quia res ipſa præſtanda eſſet. Scio nōnullos eſſe, qui dicant his tantum duobus caſibus æſtimationem deberi. Sed quod dixi probabilius eſt, & plures quoque defenſores habet. Plura dicam ad l. 43. Senatus. inf. eo.

Ad §. Sed & ſi quis.

VLpianus interpretatur Senatuſconſul. de iis, quæ iuncta ſunt ædibus. ait Senatus, quæ iuncta ſunt ædibus legari non poſſe. Excipitur legatum ad opus reipub. faciendum. Idem dicitur in l. vltim. infra de damn. infect. hoc autem non fuit expreſſum Senatuſcon. & Vlpian. ita loquitur, quaſi certi iuris non ſit. puto, inquit, valere, &c. Verum vtilitas publica exigit vt S. C. cum exceptione intelligatur. Vnde colligitur illud vulgare, legem produci, vel reſtringi interpretatione, propter publicam vtilitatem. l. 3. ſi quis graui. §. vtrum. de Senat. Sylla. ſup. l. 63. hoc modo. infr. de cond. & demonſt. Illud quoque eſt obſeruatione dignum, quod cum ex vtraque verſatur parte fauor publicus, maior præponderat minori. Ad decus publicum pertinet vt ex ædibus non auferantur marmora: ſed operis publici ædificatio magis ad rempublicam pertinet. cedit ergo minor vtilitas maiori. Sicut Cicer. ait lib. 2. de Inuent. videndum eſſe in antinomia, vtra lex ad maiores res pertineat, vtra publicæ vtilior ſit. Quod confert ad rationem legum interpretandarum. Dicimus igitur interpretationem referri debere ad vtilitatem. Qua in re quæritur non

tantum quid ſit vtile,ſed quid vtilius.Cic.lib.3.Offic.Sicut ex duob. æquis vtrum ſit æquius.l. bona fides. depoſ. Deinde Vlp.confirmat interpretationem, arg. ducto ex reſcripto Seueri,à promiſſione facta reip. ad legatum. Reſcriptum eſt enim ab eo poſſe eos, qui ad opus reipu. promiſerant, detrahere quid ex ædibus vrbanis ac ruſticis. eoque vti ad id opus. Permittitur itaq; detrahi propter publicam vtilitatem. Eſt & alia ratio, quam attulit Papin. quia hi promiſſores, nec promercij cauſa id haberent. Si quis detraxerit marmora non vt promercalia ſint,non incidit in pœnam S.C.d.l.52.Senatus. inf.eo.l.vlt.inf.de damn.infect. Sed hæc ratio non conuenit legato,quia ſimpliciter prohibitum eſt legare teſtamento.Papin.interpretans reſcriptum de promiſſore detrahente, hanc rationem adiecerat.Fruſtra ergo & inepte hic quæritur,an legatum ſit promercium, vel negotiatio: cum certiſſimum ſit non eſſe.

Ad §. Sed videamus.

Ciuitati alienæ permiſſum non eſt ita legare, vt ante dictum eſt. Probatur enim in quaq; ciuitate cõſilium eius, qui aliquid in eam ipſam confert:cuius ciuis eſt, non qui in aliam. Ad verſi. *Quanquam conſtitutum.* Licet ex vna domo in aliam transferre,etiam ſi in eadem ciuitate non ſit. de ciuitate in villam transferre non licet.l. ſi quis poſt hanc. Minuitur decus publicum cum ex ciuitate in villam transfertur:cum ex ciuitate in ciuitatem,par decus eſt. Et hoc permittitur cum quis in vtraque ædes habet.

Ad §. Hoc ſenatuſconſultum non tantum ad vrbem.

Significat Vlp.quod dictum eſt de vrbe,pertinere non tantum ad vrbem Romam:ſed etiã ad alias ciuitates. Vrbem intelligimus Romam.l.cui pacto.de ſer.export. Aliæ ciuitates loco priuatorum habentur.l.16.eum,qui.inf.de verb.ſignifi. Sed Vlpian. exiſtimauit eandem eſſe vtilitatem in aliis ciuitatibus. Hic autem locus oſtendere videtur S.C.intelligi de ædibus tantum,quæ ſunt in vrbe, aut ciuitate aliqua.Et naſcitur hæc difficultas ex eo, ꝙ poſita hic eſt interpretatio S. C. abſque ipſo S. C. Fuit factum hoc S.C. tempore Adriani, Acilio Auilio & Cornelio Panſa cõſſ. & ſcribit Spartianus in Adriano eum de hac re quiddam conſtituiſſe: ſed integra conſtitutionis verba non deſcribit. Ego autem diligenter omnibus locis expenſis,in quib.huius rei fit mentio,animaduerti generalem fuiſſe prohibitionem,ſiue in vrbe, ſiue in agro. Vnus eſt locus in lege noſtra,in prin.ibi,Quæ ædibus iuncta ſunt, &c. vbi nullum eſt verbum de vrbe,aut ciuitate. Similis locus ſup. ea.§. ſed & ſi quis. ibi, ex ædibus ſuis vrbanis atque ruſticis. Fruſtra permittebat Imperator detrahere ex ruſticis operis, cum id prohibitum non erat. Similis locus in l.2.C.de ædifi. priua.vbi ſic initio, Negotiãdi cauſa ædificia demoliri & marmora detrahere edicto diui Veſpaſiani & Senatuſco. vetitum eſt. Videtur referre verba S.C. nec vllam facit mentionem vrbis. Similis locus in l.vlt. de dam.infect.Si quis ad demoliendum negotiandi cauſa vendidiſſe domum partẽve domus fuerit conuictus, vt emptor & venditor ſinguli pretium,quo domus diſtracta eſt,præſtent, conſtitutum eſt. Similis item locus eſt in l.114.filiusfa.§.ædes.infra eodem.vbi ædes deſtruendæ neque legari, neque per fideicommiſſum relinqui poſſunt.idque Senatum cenſuiſſe. Alius locus longe apertior ſuperioribus in l.52.Senatus.ſupra de contrahen. empt. vbi ſic Paulus: Senatus cenſuit, ne quis domum villamve dirueret, &c. Apparet tamen ex hoc loco factam fuiſſe mentionem vrbis in aliqua parte Senatuſcon. Et ſuſpicor cautum fuiſſe,vt ex domo in domum liceret transferre, modo ex vrbe in villam non transferatur:nam id permiſſum non eſſe conſtat ex d.l.ſi quis poſt hanc. C.de ædifi.priua. Ad verſ. *Sed & diuorum fratrum, &c.* Alia eſt quæſtio ex Senatuſc.an ob debitum publicum, &c. Dubitatio nata eſt ex eo quod dictum eſt de opere publico. Videtur par vtilitas eſſe: ac interdum maior in ſolutione debiti publici.Sed contra reſcriptum eſt.Animaduerterunt forte magnam ſecuturam deformationem, cum ob debita publica homines frequentiſſime conueniantur. Rarius autem accidit,vt quis donet reip.iura autem adaptantur ad ea, quæ frequentius accidunt.l.nam ad ea.ſup. de legib. Ex iam dictis apparet,non licere apparitoribus in executione rei iudicatæ, ea quæ iuncta ſunt ædibus auferre, puta valuas, feneſtras,& ſimil.Multo minus lapides,ligna, &c. quanquam Romæ id vſitatum eſſe doctores Itali ſcribunt. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ l.20.ſi is cum quo.ſup.commu.diui. de qua ſcripſi lib.1.Diſpu.c.4. Quid igitur ſi non reperiantur alia bona pro executione? Vendatur domus ipſa.l.52.Creditor.ſupr. de actio.empti.dicemus ad l.à diuo.inf.de re iud.

Ad §. Hoc Senatuſconſultum non tantum ad ædes.

Senatuſconſultum de ædibus extenditur ad balineum,porticum, &c. non quod id verbo ſignificetur:ſed quia ratio eſt eadem,deformatio ſcilicet publici aſpectus. Eadem ratione dicitur alibi appellatione ædium omnem ſpeciem ædificij contineri.l.qui ædes.in ſi.inf.de incend.ruin.nauf. vbi eſt extenſio,vt in l.52.patroni. infra de verb.ſign. ratiocinationem vocant Rhetores,aut ſyllogiſmum,cum id quod ſcriptum eſt, ad id quod ſcriptum non eſt ratiocinando producitur. Hoc genus interpretationis receptum eſt in quacunque lege, etiã ſi pœnam ac duriciem aliquam contineat. Hoc Senatuſc. pœnale eſt.l.52.Senatus.item paulo alienius à libertate naturali. &c.l.in re mandata.C.mand. Ego de hac re dixi ad l.ſi quis id quod.ſupra de iuriſdi.in ſumma concludendum eſt ea quæ affixa non ſunt,legari,niſi poſita ſint, vt perpetuo ibi maneant, quaſi portio ædium.

Ad §. Sed ſi parauit. & l.44.ſiue.

Aliæ quæſtiones ex S. C. parauit quædam quaſi trãslaturus in aliam domum.deinde mutauit conſilium,& legauit. Valet legatum,quia nõ fuerunt adfixa, & detraxit ex cauſa licita & permiſſa.non tam ſpectamus quid ſecutũ ſit, quam quod cogitarit ab initio cum detraxit.Non detraxit eo animo vt alij daret. An deſtinatio habeatur pro facto? Quæſtio eſt brocardica,quam ocioſis diſcutere relinquo. Ad verſ. Sed ſi ea quæ legauit,&c. Legatum extinguitur, quia res non permanſit in ſua ſpecie.l.Senatus.de aur.& arg.leg.l.qui vniuerſas. de acq.poſſ.Itaque non quæritur ex qua cauſa teſtator id fecerit, vt in l.fideicommiſſa.§.ſi rem.de l.3. tunc ea diſtinctione vtimur,cum ſpecies ipſa manet,&c. Quid ſi hæres ea iunxit,quæ ſeparata erant? debetur legatum. abſurdum eſt facto hæredis poſſe legatum extingui,etiam ſi iunxerit ignorans:ignorantia eius non debet nocere legatario contra voluntatem defuncti. Nota hic præſtari æſtimationem pro re. Fauor publicus hoc facit ne diruatur ædificium, quod forte ignorans hæres fecit. Simile in l.1.inf.de tigno iniuncto.

Ad l.45. Senatus.

Dixi ſi quid legatum eſt,quod iniunctum ſit ædibus, id nõ deberi,ſed tantum æſtimationem. Inde quæritur quid ſi hæres ſponte velit ſoluere? Ait Vlp. nõ poſſe, & pœnis locum fore. Nec obſtat quod pœnæ ſtatutæ ſint in eum,qui detrahit vt vendat.l.Senatus.de contrah.empt.& l.vlt.de dam.infect. Nam datio in ſolutum ſimilis eſt venditioni.l.vlt.inf. quib.ex cauſ.in poſſ.eat.l.ſi prædium. C.de eui.

Ad §. Marcellus.

Quæſtio hæc pertinet ad interpretationem Senatuſconſulti. Maritus fecit diætam, &c. locus eſt comparatus ad edendum amœnitatis cauſa. Vſurpatur à Plinio in epiſtolis. Et mentio reperitur in aliis locis auctorum noſtrorum.in leg.cuius.§.ſed neque.ſupr.de vſufr.l.ſi cui.quib.mod. vſusfr. amit.l.55.ligni.§.lignis.de leg.3.an maritus poſſit materiam legare,ex qua hæc diæta facta eſt ? Ait Marcellus poſſe legare: quia poteſt detrahere ſi velit, &c. Maritus ita reddit dotem vt ſumptuum à ſe factorum habeatur ratio. Vtiles ac neceſſariæ deducentur. Quæ voluptatis cauſa facta ſunt, ea poteſt auferre maritus ſine damno mulieris. leg. & pro voluptariis. ſupr.de impen. in reb. dotal. fact. dicemus ad l.58. domos.infr. eod. Dixerit aliquis, nonne quod ædificatur in alieno ſolo,id ei cedit? l. adeo.§. cum in ſuo. de acq.rer. dom. Reſpondeo id locum non habere in re dotali. Maritus vide-

tus videtur ædificare in fundo dotali, vt eo ædificio vtatur quandiu durauerit matrimonium: ſoluto vero matrimonio deducat, vel auferat. Poteſt ergo maritus de rahere ſine metu S. C. non enim detrahit negotiationis cauſa: ſed quia ſeruare vult quod impendit. S.C. negotiationis cauſa detrahentibus occurrit. l. 45. Marcellus. de don. int. virum & vxo. Præterea Senatuſconſultum non prohibet ea detrahi, quæ ſine iniuria domus auferri poſſunt. l. 21. nutu. de leg. 3. At non videtur magna deformitas ſecutura, ſi cœnatio huiuſmodi, ſiue diæta auferatur, quæ in hortis facta eſt. Quare etſi mulieris ea eſſet, poſſet eius permiſſu auferri. nec ideo diceretur donatio eſſe. l. prohibita. d. l. Marcellus. Hic eſt finis S.C. & interpretationis eiuſdem. Sed ex aliis locis poſſunt aliæ interpretationes addi, de quibus iam dixi. Vnus eſt locus, qui videtur mihi prætermittendus non eſſe. in leg. 18. Si gemma. inf. aur. & argum. leg. an quod dicitur de his, quæ iuncta ſunt ædibus, ad res alias pertineat? Ait Vlp. non pertinere, quia non eſt eadem ratio, quæ in ædibus. l. 2. C. de ædif. priuat. Quæſtionem tamen hoc in loco tractauit Vl. vt apparet ex inſcriptione vtriuſque capitis, Vlp. lib. 21. ad Sabinum.

Ad §. Legatum.

LOcus de ratione & modo legandi, an teſtator poſſit conferre in alicuius voluntatem? Ait Vlpian. in hæredis voluntatem conferre non poſſe: quia nulla eſt obligatio. l. ſub hac conditione. inf. de oblig. & act. Definitio obligationis Inſtit. de obligat. facit l. 17. ſtipulatio non valet. inf. de verbor. obligat. Poteſt conferri in arbitrium hæredis. l. 75. ſi ſic. infra eo. & l. 11. fideicommiſſa. §. quanquam. de l. 3. Adde l. vtrum. §. cum quidam. de rebus dub. An in alterius voluntatem conferri legatum poſſit quæritur? De voluntate legatarii non eſt dubitatio. l. 65. ſi ita legatum. §. illi ſi volet. infr. eo. l. 68. ſi ita expreſſum. inf. de cond. & demonſtra. Cur hoc legatum conditionale ſit, dixi ad leg. 3. ſup. eo. quia conditio perſonæ iuncta videtur. dict. leg. ſi ita expreſſum. An conferri poſſit in voluntatem tertii quæritur. Et dubium non eſt, quin poſſit, cum conferatur etiam in arbitrium hæredis ipſius, vt dixi. In meram tamen voluntatem tertii conferri non poteſt. l. 51. nonnunquam. inf. de condit. & demonſtrat. Certum debet eſſe conſilium teſtantis. Vlpian. in Inſtit. tit. qui hæred. inſtit. poſ. Inde ſumpta eſt l. expreſſa. de reg. iur. vt apparet ex inſcriptione. Item in hæredis inſtitutione. l. 32. illa inſtitutio. ſupr. de hæred. inſt. Ex his poteſt percipi ſenſus l. 1. de legat. 2. ibi, Quid enim intereſt ſi Titius in Capitolium aſcenderit, mihi legetur, an ſi voluerit? Genus eſt enim pro ſpecie, id eſt, arbitratus fuerit. Nam voluntas genus eſt, cuius veluti quædam ſpecies ſunt arbitrium, & mera voluntas. l. 75. ſi ſic legatum. hoc tit. non exprimit Vlpian. quibus verbis legatum concipi debeat: ſed oſtendit in alienam voluntatem conferri poſſe. Nos igitur hæc verba potius de arbitrio, quam de mera voluntate accipiemus, præſertim cum ex antecedentibus hic ſenſus ſatis colligitur. Facit l. in ambigua. ſupr. de legib. Nec aduerſatur ſupradictis. l. 64. Captatoriæ. inf. eod. Captatoriũ enim dicitur quod alterius captandi cauſa fit, non quod confertur in voluntatem. l. 70. Captatorias. & l. ſeq. ſup. de hære. inſtit. Harmenop. lib. 5. cap. 8.

Ad §. Qui ab hoſtibus.

LOcus de perſonis & de reb. ſimul. Qui redimit captiuum ab hoſtibus, retinebit eum loco pignoris, donec ſibi pretium exoluetur. Id enim licet redemptori. l. qui teſtamento. §. poteſtatis. ſup. de teſtamen. Species quædam eſt ſeruitutis, quamuis omnino ſeruitus non ſit. leg. 2. C. de poſtl. reuerſ. Coguntur hi autem pretium exoluere, aut per quinquennium ſeruire. l. vltim. C. de poſtlim. reuerſ. Vt igitur ad ſpeciem noſtram reuertamur, redemptor legauit ſibi ipſi, an valeat legatum? Videtur non valere: quia ſæparata res legata eſſe debet à legatario. Vlpian. ait valere, quaſi legata ſit liberatio pignoris. Et hoc ſenſu diſtinguitur res legata à perſona legatarii. Legatur enim homini redempto, & legatur liberatio vinculi, quo tenetur. hocq; ex mente teſtatoris: quamuis ſubtilitas verborum refragari videatur. Ac ne hoc alicui nimis nouum, & inſolens videatur, ſeruus alibi dicitur facere furtum ſui. leg. prim. C. de ſer. fugit. l. ancilla. inf. de furt. quamuis ſubtiliter diſputando, videatur diſtingui debere perſona iuris à re, quæ furto ſubtrahitur. Huc pertinet conſtitutio Iuſtin. C. de commun. ſer. manu. l. 2. vbi cum vnus ex dominis legat partem ſuam ſeruo communi, valet legatum, & intelligitur ei legare libertatem, humaniore interpretatione: & vulgare illud eſt, cum quis rem aliquam legat, videri legare ius quod habet in re. l. ſi domus. §. vlt. infra eo. l. qui tabernas. infr. de contrah. empt.

Ad l. 46. Seruum filii.

LOocus de rebus quæ legari poſſunt. An pater poſſit legare ſeruum caſtrenſis peculii? Dubitatio. Peculium caſtrenſe dicitur eſſe filii. l. 2. ſupr. ad Macedon. Nam quæ ſunt parta labore militiæ, placuit non eſſe in corpore cenſus, Omne tenet cuius regimen pater. Iuuenal. Saty. vltim. Vlpian. ait conſiſtere legatum, ſi viuo patre mortuus ſit filius, ſic oſtendit alias non valere. Sed mirum hoc eſt, cum legatum valeat, etiam de re prorſus aliena. l. cum rem alienam. C. eo. §. non ſolum. Inſtit. eo. Vulgo dici ſolet aliam eſſe voluntatem teſtatoris in hac ſpecie. Veriſimile eſt enim eum legaſſe ius quod habet in re. Dixi ad leg. 5. ſerui. §. vltim. ſup. eo. Fundo communi legato tantum debetur portio. quia portio teſtatoris eſt: ſi totus fundus eſſet alienus, deberetur. Sic in propoſita ſpecie dicunt teſtatorem videri legare ius quod habet. ius autem hoc fatentur nõnulli conſiſtere in mera ſpe, ſi moriatur inteſtatus ante patrem. Quidam diſſentiunt, hac potiſſimum ratione: quia mera ſpes non videtur conſideranda eſſe in hac ſpecie, cum præſertim de hæreditate viuentis quæſtio ſit. leg. 2. §. interdum. de vulg. ſubſtitut. ſupr. Improbum enim eſt ſollicitum eſſe de viui hæreditate. Idque maxime alienum eſt à naturali parentum voto. leg. ſcripto. infr. vnde lib. l. nam & ſi parentibus. ſup. de inoff. teſtam. vt Penelope illa apud Ouid. Di precor hoc iubeant, vt euntibus ordine fatis, Ille meos oculos comprimat, ille tuos. Itaque aliter reſpondeo, quam cæteri. Dico quæſtionem hanc Vlp. intelligendam eſſe, cum apparet leg. tum non valere de re aliena: quia forte legatum eſt vindicationis. Vlp. Inſtit. tit. de l. Dicemus ad l. ſi ita legatum. infr. at enim de vindicatione nihil hic dicitur, ne id quidem fuit neceſſarium. quia de eo non erat quæſtio, an valeret legatum rei alienæ per vindicationem: ſed quo caſu non valet legatum rei alienę, an conualeſcat, &c. Hę quæſtiones ſæparandæ ſunt, & videndum eſt qua de re agatur principaliter. Bart. & alii quædam alia comminiſcuntur: ſed ignorantia antiquitatis lapſi ſunt, iudicio meo. Oppon. reg. Caton. l. 1. de reg. Caton. §. an ſeruo. Inſti. de leg. Reſpondeo regulam hic locum nõ habere, quia retro creditur pater, &c. Hæc eſt natura peculii caſtrenſis, qua intellecta, non erit difficile ſenſum aſſequi horum verborum. Colligitur ex leg. proponebatur. infra de caſtrenſ. pecul. vbi, cum nihil de peculio dixerit filius, non nunc obueniſſe patri: ſed non eſſe ab eo profectum creditur. Seruus enim fingitur ſemper fuiſſe patris à tempore acquiſitionis. Similis locus in leg. hæreditate. §. pater. eod. tit. Vbi dicitur continuationem quandam eſſe dominii, quaſi vterque quodammodo dominus ſit eiuſdem rei. Sic eſt filii, vt nihilominus in eo remaneat veſtigium aliquod iuris paterni. Filiusfam. miles non liberatur patris poteſtate. l. 3. C. de caſtr. pecul. §. filiusfam. Inſtit. quibus mod. ius patr. Sed quod ad bona caſtrenſia attinet, habetur pro patrefam. ſaluo tamen iure paterno, de quo iam dixi. Huius rei argumentum eſt quod dicitur in leg. 3. C. de bon. proſcript. deportato filio peculium caſtrenſe non publicari. Ad regulam igitur, cum obiicitur non valere legatum rei alienæ etiam ſi poſtea fuerit effecta mea: Reſpondeo rem intelligi fuiſſe patris, non filii tempore teſtamenti, propter fictionem iuris. Seruus de quo nihil diſpoſuit filius, creditur fuiſſe patris, iam inde ex quo acquiſitus eſt filio. Fictio iuris pro veritate accipitur, not. ad leg. ſi is, qui pro emptore. infra de vſucap.

Ad §. Si quis rem.

EAdem eſt difficultas in hac ſpecie, quæ eſt in ſuperiori. Et eſt ſimilis ſpecies, niſi fallor, in qua ſimilis quoque error deprehenditur. Proponitur quæſtio de re aliena legata, & ita proponitur, quaſi certum ſit legatum non valere de re

aliena, & ita ego quidem exiſtimo. Nam alii mirabiliter hic torquentur. Species, Quidam legauit rem, quam ignorabat ſibi legatam eſſe, & legauit per vindicationem, ita vt legatum non videatur valere: quia nondum erat ipſius tempore facti teſtamenti. quæritur quæ vis huius legati ſit. Vlpian. oſtendit vim huius legati pendere ex euentu, ex acceptatione, vel repudiatione. Nec obſtat reg. Cato. propter fictionem iuris, ſi non repudiauerit, retro creditur res fuiſſe legatarii, eiuſdemque teſtatoris. l. ſi tibi homo. 88. §. cum ſeruus. infra eod. Inſpecta igitur hac fictione potuit legari quaſi propria teſtatoris etiam per vindicationem. Si repudiauerit, retro creditur fuiſſe hęredis non legatarii. l. 1. §. vtrum. infra, ſi quid in fraud. patro. Hæc eſt plana & ſimplex declaratio, qua multæ magnæque ambages tolluntur, quas licet in aliorum ſcriptis videre. Et hinc etiam apparet, merito coniunctam fuiſſe hanc ſpeciem cum ſuperiore propter vtriuſque ſimilitudinem.

Ad §. *Si pocula.*

LOcus eſt de interpretatione voluntatis. Legatum eſt poculum argenteum, &c. Dubitatio eſt, quia aliud petitur, quam quod legatum eſt. arg. l. Seia. de auro & argen. leg. l. ſi conuenerit. §. ſi quis. de pignor. actio. Aliud eſt enim nauis, alia materia: tamen dicitur propter voluntatem deberi. Nec vero magna dubitatio eſt in maſſa. quia facile ad priorem ſtatum reuertitur. l. quæſitum. 76. §. illud. de leg. 3. Alias extinguitur legatum, cum res in ſua ſpecie non manſit. dict. l. Seia. inf. de auro & argen. legat. De lana eſt maior dubitatio, propter quam augetur antinomia. ex leg. lana. 86. de leg. 3. Res eſt ſubobſcura & in magnam deducta controuerſiam. Aſſentior veteribus, qui dicunt legatum non deberi: niſi appareat teſtatorem voluiſſe. Paulus in dict. leg. lana. vere & recte ait veſtem non deberi: nec ab eo diſſentit Vlp. in hoc loco. Sed ait poſſe defendi Iulianum ſi teſtator perſeuerauerit in eadem voluntate. quo quid verius dici poteſt? Fecit forte veſtem, vt magis conſuleret legatario, qui in ea re ſumptum facturus erat. Si id appareat ex coniecturis, dicendum eſt legatum deberi. Hic eſt ſenſus horum verborum, ſi modo non mutauerit teſtator voluntatem. Facit l. in ambigua. ſupra de legib. Et hoc eſt quod poſtea ait, durante ſcilicet voluntate. Nec refert an ſæpius mutata ſit res, vt hic dicitur ad fin. Semper enim voluntas ſpectatur.

Ad §. *Si area.*

SPecies adfinis ſuperiori. Dubitatio eſt, quia alia res eſſe videtur. d. l ſi conuenerit. §. ſi quis. de pignor. actio. Sed ſuperfices ſolo cedit. l. Paulus. §. domus. de pignor. Area manet, quæ potiſſima pars eſt domus. l. qui res. §. areę. infra de ſolutio. Idem clarius exponitur l. 40. ſi areæ. de legat. 2. Non obſtat l. repeti. § vltim. quib. mod. vſusfruct. amit. quia alia cauſa eſt vſusfructus, vt alibi dixi. Multa ſunt ſingularia in vſufructu, de quibus dixi alibi. Oppon. l. 77. ſi chorus. infra de lega. 3. dixi ad l. 8. ſi ex toto. ſupra eod. ibi, quanquam tunc peti non poterat, &c. id eſt, etiam caſu quo peti non poterat: quia mutata erat voluntas, vt hic dicitur. Ceſſat autem cauſa, propter quam peti non poterat.

Ad §. *Eum qui chirographum.*

LOcus de interpretatione verborum teſtatoris. Quidam legauit chirographum quoddam ſuum, id eſt, cautionem, nos vulgo ſchedulam dicimus. Cautio dicitur ſæpenumero à iureconſultis. l. cum de indebito. ſupr. de proba. c. ſi cautio. de fide inſtrum. in Decret. Hæres offert legatario tabulas, quibus debitum perſcriptum eſt, forte inanes debito iam ſoluto, contenditque hoc ſignificari verbo chirographi. Legatarius contra aſſerit debitum ipſum ſibi legatum eſſe, & hoc ſignificari eo verbo. Recepta eſt ergo hæc metonymia, vt chirographum dicamus obligationem, quæ cirographo & tabulis perſcripta eſt. Et eſt tropus frequens in iure ciuili, vt domus pro familia. l. 1. de Senatuſconſul. Sillan. taberna, pro mercibus quæ in ea ſunt. l. cum tabernam. de pign. teſſera pro iure accipiendi frumentum. Hæc igitur quæſtio naſcitur ex ambiguo, ſicut illa quæſtio de donatione Alexandri, apud Quintilia. lib. 5. cap. 10. Cum Thebas euertiſſet, inuenit tabulas, quibus continebatur Thebanos centum talenta mutuo Theſſalis dediſſe. De vi huius donationis quærebatur & an pecuniam donaſſe videatur: ea controuerſia dirimi poteſt hac diſputatione noſtra. In hac igitur diſputatione Vlpianus ait, debitum legatum eſſe. Oſtendit enim vſitatum eſſe, vt qui chirographum vendit, non tabulas vendat: ſed nomen & actionem. Idem dicitur in leg. qui chirographum. 59. infra de legat. 3. Argumentum eſt à venditione ad legatum propter ſimilitudinem. Non enim apparet vlla diſſimilitudo. nullum autem argumentum frequentius eſt, ac magis vſitatum in iure ciuili, quam quod à ſimili ducitur. Nec enim aliter ius ciuile conſiſtere poteſt, quam ſi quod ſcriptum eſt producamus ad ſimile. l. neque leges. l. non poſſunt. ſupra tit. de legibus. Argumentum ſiquidem quod vulgo ducitur à contractibus ad vltimas voluntates, nullo alio fundamento nititur. Nam vbi oſtenditur diſſimilitudo, labat argumentum. Itaque male collocarunt operam ſuam, qui in Topicis legalibus conati ſunt diffinire, quando hoc genus argumenti procedat. Hoc enim non poteſt in vniuerſum diffiniri, nec id etiam neceſſe eſt. Sufficit quod iam diximus de ſimilitudine, cui ſi accedat exemplorum aliquot collectio, rei declarandæ gratia, nihil aliud requirendum mihi videtur. Quod dixi de chirographo legato, ſecuti ſunt Iureconſulti in aliis locis. Vnus eſt obſeruatione dignus in leg. huiuſmodi. 84. §. ſi ita legatum. infra eod. Si tabulas chirographi mei hæredi meo reddiderit, id eſt, ſi hæredem meum debito liberauerit. Similis locus eſt de calendario legato. leg. qui filium. 64. alias 62. ff. de legat. 3. continentur enim nomina debitorum, & pecunia charta. Similis de menſulario, qui legat menſam. l. cum pater. 77. §. menſæ. de legat. 2. quæſtum & commodum legare intelligitur. Eadem ratione qui obligat inſtrumentum emptionis agrorum, agros ipſos intelligitur obligare. l. 2. C. quæ res pign. oblig. Item ſi quis inſtrumenta donet. l. 1. C. de donat. adde l. Labeo. ff. de pactis. l. 3. ff. de liber. legat. Hæc ſunt ita accipienda, niſi appareat contraria voluntas: nam ſemper videndum eſt quid actum ſit, vt in ſpecie l. Gaius. 88. ff. de leg. 2. Illa ſpecies de qua fuit conſultus Pau. ex facto, diſſimilis eſt noſtræ. Primum non legatur chirographum ſpecialiter, vt hic. Deinde verba teſtatoris referuntur ad certum locum, cum omnibus quæ ibi ſunt: vt appareat teſtatorem cogitaſſe de iis, quæ ad domum inſtruendam pertinent. ſic de eo, qui legat domum & mobilia, quæ ibi ſunt: alias neminem iudicaturum eſſe, vt pecunia numerata debeatur legatario. Quamuis alias appellatione mobilium contineatur pecunia: tamen creditur mobilia intellexiſſe, quibus inſtruitur domus. Ex his colligi poteſt interpretatio legis municipalis, qua cautum eſt, vt vectigali non ſoluto, irritum ſit inſtrumentum. Nam in pleriſque locis contractus cuiuſque & inſtrumenti nomine penditur vectigal aliquod fiſco. Quæritur inſtrumenti verbo quid contineatur, an tabulæ ipſæ tantum: an obligatio, ſiue contractus? Varię ſunt opiniones. Quidam exiſtimant ipſum contractum irritum eſſe, & nullum, argum. ducto ex hoc loco & dict. l. huiuſmodi. §. ſi ita legatum. infra eo. Alii putant tabulas ipſas irritas eſſe: non obligationem. Quæ ſententia mihi videtur humanior, eamque ſequor: niſi contraria voluntas appareat In pœnis benigna interpretatio accipienda eſt. l. interpretatione. ff. de pœn. Durum autem eſſet ita interpretari vt nullus ſit contractus, cum alia ſit mitior interpretatio, vt inſtrumentum ipſum ſit nullum. Satis punitur is, qui non poteſt vti fide tabularum & inſtrumenti, cum facilior ſit ea probatio. l. contrahitur. ff. de pignor. Sola igitur probatio per teſtes eſt reliqua eſt. Sicut obſeruatur cum amiſſum eſt inſtrumentum. l. ſicut iniquum. C. de fide inſtrum. l. teſtium. C. de teſtib. cap. cum olim. de priuileg. in Decret. Non eſt eadem ratio teſtamenti: quia ſi aliter interpretaremur, inutile eſſet legatum. Non debet ea capi interpretatio, qua actus inutilis ſit. l. ſi quando. 106. ff. hoc titul. de legat. & l. quoties. ff. de reb. dub. Deinde teſtamentum plenius & fauorabilius interpretamur. l. in teſtamentis. ff. de regul. iuris. cap. cum dilecti. de donat. Pœnam legis reſtringimus interpretatione magis, quam adiuuamus. dict. leg. interpretatione. l. cum quidam. ſupra de liber. & poſthu.

Ad §.

Ad §. Sed & ſi nomen.

SI quis legauerit nomen, eadem eſt quæſtio, quæ de chirographo. Nomen ſignificat tabulas ipſas & ſyngraphas. Inſtit. de liter. oblig. Vnde nomina facere apud Cicero. lib. 3. Offic. Significat etiam debita ipſa μετονυμικῶς. In dubio accipitur benignior interpretatio, ne legatum inutile ſit. Huius autem legati, ſicut & ſuperioris hæc vis eſt, vt actiones cedantur, &c. vt in dict. leg. cum ſeruus. §. idem Iulianus. ſupra. Non tenetur ergo hæres ad ſumptus litis: vt hæc verba oſtendunt. Nec cogitur experiri: niſi in caſu l. ſi ſic legatum. 78. §. vltim. hoc titul. Sine ceſſione poterit agere actione vtili. l. ex legato. C. eod. Itaque hæc ceſſio non magnopere neceſſaria eſt, quia exoleuit fere ſubtilis differentia actionis directæ & vtilis. l. actio. 47. ff. de neg. geſt.

Ad §. Si idem ſeruus.

LOcus de effectu legati. Stichus eodem teſtamento legatus eſt, & liber eſſe iuſſus eſt. In hac repugnantia vtrius ſit potior cauſa quæritur an legati, an libertatis? Et dicitur alibi fauorem libertatis præualere. l. ſi idem ſeruus. 14. ff. de l. 2. hoc eſt intelligendum ſi libertas vtiliter data ſit. leg. qui teſtamento. 38. ff. de legat. 2. Exemplis id demonſtraur hic. Primum eſt, ſi in fraudem, &c. libertatis datio nulla eſt. Inſtit. quibus ex cauſis manu. non licet. Deinde ſi ſeruus in perpetuam ſeruitutem væniit. l. ea quidem. C. ſi mancip. ita fuer. alien. vt manu. Oppon. l. 3. §. vltim. ff. de inſtr. leg. vbi datio libertatis quamuis inutilis, nocet legato. Reſpondeo, ſpeciem diſſimilem eſſe. Ibi primum legatus eſt ſeruus teſtamento: deinde inter viuos manumiſſus. Duo ſunt actus ſeparati, quorum alter prior eſt, alter poſterior. Priori derogatur per poſteriorem, quamuis inutilis ſit: quia ſufficit ad reuocandum id, quod prius factum eſt, ſola voluntas. Nec dubium eſt quin ex eo actu colligatur voluntas: quamuis eum effectum non habuerit, quem cogitabat manumiſſor. facit l. plane. ff. eod. hoc tit. & l. ſi transferam. 20. ff. de adim. leg. In hac ſpecie ſimul & eod. teſtamento vtrumque relictum eſt. facit l. non ad ea. 88. ff. de cond. & demonſt. Tertium exemplum de ſeruo pignori dato: libertas ei datur inutiliter, ſi ſit ſpecialiter obligatus. l. ab eo. C. de ſeruo pignor. dato. Dixerit aliquis, Imo valet libertatis datio. Sicut legatum valeret cuiuſcunque rei obligatæ. l. ſi res obligata. 57. ff. eod. hoc titul. Multo magis valere debet datio libertatis, propter fauorem, vt hæres cogatur ſeruum luere. Huic obiectioni reſpondet Vlpian. in l. generaliter, §. ſi quis ſeruo. ff. de fideicom. liber. ait libertatis dationem non valere ipſo iure, ſi directo relicta ſit. Sed poſſe relinqui per fideicommiſſum. Addit & verba directa vim fideicommiſſi habere, benigniore interpretatione. Poteſt ergo petere ſe manumitti ab hærede, qui hoc facere non poteſt: niſi prius luat. Si forte non eo fuit animo teſtator, vt hæres luat: nec ſeruus habet vnde ſe redimere poſſit. Hoc caſu datio libertatis inutilis eſt. Quia ipſo iure non fit liber. Neceſſe eſt ergo prius creditoribus ſatisfacere. l. pignori. 30. ff. de hæred. inſtit.

Ad §. Si ſtatuliberum.

LOcus de effectu legati. Quidam habebat ſtatuliberum, cui ſub conditione fuerat libertas relicta, & nondum extiterat conditio. l. 1. ff. de ſtatulib. nondum eſt liber. imo interim ſeruus hæredis. l. ſtatuliberum. 9. & l. ſtatuliberi à cæteris. ff. eo. Hic hæres legauit pendente conditione hunc ſtatuliberum: deinde deceſſit. Petit legatarius ſtatuliberum hunc pendente conditione ab hærede hæredis: is paratus eſt ſoluere, ſed de ratione ſoluendi dubitat. nam poteſt ſolui non tantum res ipſa, ſed etiam æſtimatio ſi velit legatarius: imo etſi non velit: quia hærede non ſoluente venitur tandem ad æſtimationem. ſcripſi ad leg. vbi autem. 75. §. vltim. ff. de verbor. obliga. & ad l. vinum. ff. de rebus cred. Æſtimatur autem hic ſtatuliber quanti poſſet vendi, inſpecto dubio euentu. l. ſi ſeruus. 14. ff. de condict. furt. l. mortis, de donat. cauſ. mor. l. 1. §. ſi hæres. ff. ad Trebell. Accidit tamen interdum vt res æſtimetur perinde ac ſi nulla conditio adſcripta eſſet: ſed hoc fit propter contumaciam, &c. l. locum. §. condemnatio. ff. de tab. exhib. Dubitatur ergo, vtrum magis expediat hæredi, &c. Et ait Vlpian. &c. Si ſeruum ſoluat, deinde exiſtat conditio, & ſeruus fiat liber: nullo alio damno afficitur hæres, niſi quod ſeruo caret. Si ſoluat æſtimationem, deinde exiſtat conditio, non ſolum caret ſeruo, qui fit liber, ſed æſtimatione quam ſoluit. Nā ſolutam æſtimationem non reperit. Cum venitur ad æſtimationem, videtur tanti æſtimatus eſſe, cum ſciret ſtatuliberum, &c. l. eius rei. ff. de rei vindic. Itaque videndum hic eſt, quid actum ſit. Quid ſi hæres ignorans conditionem ſerui legati ſoluerit æſtimationem? Plerique putant eum agere poſſe aduerſus legatarium, quaſi euicta re: perinde ac ſi vendita eſſet. Quæ ſententia habet rationem. l. litis æſtimatio. ff. pro emptore. Hoc autem producitur ad rem omnem, quæ poteſt euinci, ſi debitor euicta re non teneatur. Ne quis putet quæ de ſtatulibero hic dicuntur, nullius hodie vſus eſſe: ſalubre eſt hoc conſilium Vlpiani, & obſeruatione digniſſimum.

Ad §. Si duos fundos.

LOcus de effectu legati. Species, Quia de aditu nihil dictum eſt, nec videtur deberi ſeruitus. l. in vendendo. ff. de contrah. empt. Quædam ita demum debentur ſi dicta ſunt: veluti via, iter, actus, aquæ duct. Vlpian. tamen ait præſtandum eſſe aditum: eoque nomine agitur aduerſus hæredem: non aduerſus legatarium. Nam aliter frui non licet fundo legato. Hanc rationem affert Vlpian. ff. in l. 1. ſi vſusfruct. peta. Huc pertinet quod dicitur in l. damnas. ff. de vſufr. legat. Similis locus eſt aliquanto planior & apertior in leg. binas. 9. ff. de ſeruit. vrban. prædio. debetur legatario ſeruitus altius non tollendi hactenus vt ei habitare liceat. Nec refert an vnas ædes habeat hæres, alteras legatarius: an vero duo ſint legatarii, &c. Id ſignificat Iuriſconſ. ibidem his verbis, Idem dicendum eſt ſi alteri ædes, &c. Vt quod dictum eſt de hærede, locum habeat in legatario: ſicut in ſuperiore ſpecie, hæres obſcurare poteſt ædes legatas, modo liceat habitare. Sic in ſecunda ſpecie legatarius. Hic ſenſus verus & planus verborum Pauli, in quibus nihil immutari poteſt ſine flagitio. Nec enim ad rem pertinet, quod alibi dicitur dominum proprietatis non poſſe inuito fructuario altius tollere ædes. l. 7. §. hac ratione. ff. de vſufru. l. ſi cuius. §. item Nerua. eod. tit. Quæſo quid hoc habet ſimile cum ſpecie dict. l. binas? In ſuperioribus ſpeciebus de vſufructu nihil aliud dicitur in ſumma, niſi ſtatum rei non poſſe mutari à domino proprietatis, inuito fructuario, nec contra. in leg. binas. nihil omnino ſimile. Non quæritur de ædibus fructuariis, an liceat in eis aliquid facere, quod certum eſt non licere, ſed in aliis ædibus vicinis quid permiſſum ſit. Idque docet Paulus in dict. leg. binas. Hoc etiam non aſſequuntur, alii neſcio qui manus afferunt Paulo temere & impudenter. Debetur ergo hæc ſeruitus legatario, ſi modo ſeruitus dicenda ſit. l. 2. §. recte. ff. ſi ſeruit. vindi. Ratio petendi eſt, vt aduerſus hæredem agat, non aduerſus legatarium. Legatarius nulla actione ei tenetur, nihil eſt contractum, nec quaſi contractum cum eo, non competit in rem confeſſoria: quia nondum eſt conſtituta ſeruitus. l. vti frui. ff. ſi vſusfruct. pet. Nec teſtator his verbis vſus eſt, vt poſſit vindicatio competere legatario hoc iure. Ad l. ſi fundum. mox reſpondebo, alias tranſit dominium ſeruitutis ſicut rei corporalis. l. ſi partem. §. vltim. ff. quemad. ſerui. amit. Agit ergo aduerſus hæredem, qui tenetur ex teſtamento, &c. Sed quomodo præſtabit hæres quod non habet? quid ſi nolit alter legatarius ei præſtare? Conuenit inter ſpecies cogendum eſſe illum legatarium petente hærede, &c. idque nullo pretio dato. Et hoc colligitur ex dict. leg. damnas. non aliter ei conceditur fundum vindicare, niſi prius tranſeundi ius fructuario præſtet. Creditur teſtator velle eum vti quomodo ipſe vtebatur. Quid ſi iam ei datus eſt fundus? poterit repeti condictione incerti. leg. ſed etſi me putem. §. cum iter. ff. de condict. indeb. Cum iter excipere deberem: ſed difficultas naſcitur ex eo, quod hæres cogitur redimere. ergo pretio dato: emptio enim non eſt ſine pretio. §. pretium. Inſtit. de emptio. Reſpondeo hoc verbum ad alia plerunque transferri, vt apud Ciceronem, Acerbitatem redimere ſuis priuatis & domeſticis commodis. Sic dicitur redimere hæres qui onus exigendi ſuſtinet, & operam atque impenſam præſtat in ea re neceſſariam. Hoc ſatis probabile eſt ad defendendam opinionem vulgo receptam, & à qua nullus diſcrepat. Si redimere proprie accipiamus, dicendum erit le-

gatarium cogendum eſſe iuſto pretio.ar.l.ſi quis ſepulchrum ff.de religio. Et cum hac exceptione intelligenda d.l.damnas. Quid ſi ſingulis legatariis ſingulæ ædes legatæ ſint? Plerique exiſtimant hoc ius locum habere tantum in vſufructu. Natura enim vſusfructus hæc eſt, vt frui liceat,&c.d.l.1.ſi vſusfru. petat. Sed magis mihi placet quod vulgo receptum eſt, idem in proprietate eſſe dicendum, idque propter veriſimilem teſtatoris voluntatẽ. Nõ eſt credibile eũ velle legatarium habere ædes quas habitare non liceat.argum.l.3.§.qui habet.ff. de ſeruit. ruſtic. prædior. Item veriſimile eſt, teſtatorem velle eodem modo legatarium vti, quo ipſe vtebatur. l. ſi ſeruus plurium.50.§.vltim. infra eod. Eſt ratio d.l.damnas. Et ſpecies eſt de hac re ſatis aperta & expreſſa in l.teſtatrix.ff.ſi ſeruit. vind. Eſt alius locus clarior in l. ſi quis teſtamento.78.§. qui fundum.infra eod. Ipſo iure, id eſt, ciuili iure, mero iure propter euidentem teſtatoris voluntatem, non per interpretationem benigniorem, qua à mero iure recedatur. Alia cauſa eſt contractuum. l. in vendendo. 66. ff.de contrah.empt. ius ſingulare eſt in ſepulchro. l. ſi quis ſepulchrum.ff.de religioſ. Idem in diuiſione rerum communium.l.via conſtitui.§. vltim. ff. de ſeruitut. ruſt. præ. Prudenter ergo faciunt hæredes, qui nominatim excipiunt ſeruitutem,&c.

Ad l.45. Si à ſubſtituto.

DE effectu legati. Species. Dubitatio ex regula l.pluribus. 140.§.& ſi placet.ff.de verb.obli.l.proprias.C.de legat. Pompon.ait legatum eſſe vtile ex ſententia veterum. Sufficit enim rem non fuiſſe alienam tempore teſtamenti & tempore exiſtentis conditionis. Medium tempus non nocet legato, ſi ſit conditionale.l.cætera.§.1.ſupra eo.l.exiſtimo.98.ff. de verb.oblig. Conditio huius legati eſt, Si filius impubes deceſſerit, & ſubſtitutus capiat hæreditatem,&c. Nam aliter locum non habet pupillaris ſubſtitutio. l. 2. ff.de vulg.ſubſtit. Sed plenior diſputatio huius rei pertinet ad l. huiuſmodi. 84. §.qui ſeruum. ff. eod. hoc tit.

Ad §. Hæres.

LOcus de ſolutione legati: Qualem præſtare oportet rem legatam. Non enim ſufficit præſtare qualemcunque. dixi ad leg.legato generaliter. Pomponius hic diſtinguit legatum generale à ſpeciali. De generali primum videamus. Hæres ita dare debet vt habere liceat. Si quid ergo inſit ſeruo propter quod non liceat habere, tenetur hæres, &c.alias non tenetur. Exempla hic ſunt. Similis locus in l. qui concubinam. 29. §. ſi hæres. ff. de leg. 3. ſimilis locus in l.hæres ſeruum. 58. ff. de euictio. Sic intelligendum eſt quod dicitur in ſi domus.74.§.de euictione.infra eo.debet intelligi ex legato generali, vt ex aliis locis apparet. Obſeruandum hic eſt obiter hæredem ſeruum ſanum præſtare non debere: ſed tamen peſſimum dare non debet. Dixi ad leg.legato generaliter. ff. hoc tit. facit l.113. ſi hæres.eo.hoc tit.ff. Videamus de legato ſpecialiter relicto.talis debet dari,qualis eſt. Liberatur ergo hæres etſi forte furtum fecerit: aut noxam nocuerit, &c. Cum teſtator certam rem deſignat, non videtur alienum eſſe ab eius voluntate, vt detur qualis eſt. Non poteſt imputari hæredi quod alium non det meliorem. Hæc de vitio rei legatę. Diuerſa eſt quæſtio de re aliena. Sequenda eſt quęſtio alibi tradita, l. cum rem alienam. C. de leg.§.non ſolum, Inſtit.eo. An teſtator ſciuerit an ignorauerit, &c. Si teſtator ſciebat eſſe alienam, hæres tenetur redimere & cauere de euictione. d.l. cum rem alienam. Si ignorabat, non tenetur de euictione. Quidam exiſtimant hoc caſu cogi hæredem præſtare rem propter hæc verba Pompo.talis debet dari,&c. Aiunt non poſſe recuſare hæredem hoc prætextu, quod legatum inutile ſit. Non enim valeret legatum vt hæres cogatur redimere: ſed tamen eum cogi præſtare,&c. Sed vereor vt defendi poſſit hæc opinio. Quia dicitur in d.l. cum rem alienam. legatum non valere. Nec Pompon. hic loquitur de re aliena,vt iam dixi. Eadem diſtinctio eſt in l.ſi res obligata. 57. infra eo.de re quæ ſeruitutem debet, locus eſt in l. ſeruo legato.49.§.ſi fundus. qualis eſt dari debet.

Ad l.49. Quæ de legata.

DIfferentia generis & ſpeciei locum habet & in ſtipulatione. Qui permiſit dare hominem, tenetur ſi habere non liceat.l. qui decem.72.§.qui hominem. ff. de ſolut. Cum ex cauſa fideicommiſſ. libertas præſtanda eſt ei, qui noxa ſolutus non eſt. Qui promiſit dare Stichum, liberatur talem dando qualis eſt. Si ergo noxam nocuerit, tenetur eo nomine promiſſor. Oppon.dare eſt dominium transferre.l. vbi autem. 75.§.vltima.de verborum obliga.§.ſic itaque.Inſtit.de act. Ergo re euicta tenetur promiſſor. eodẽ argumento poteſt impugnari quod dixi de legato. Quid enim ſi teſtator ita dixerit, hæres meus dato, &c. Vulgo interpretantur dare, pro tradere.l.ſi rem tradi.28.de verborum oblig. Sed hoc perfugium mihi non videtur ſatis tutum eſſe. Tutius eſt verborum proprietatem ſequi. Nec contrarium eſt quod dicitur, eũ qui dare debet dominium transferre, &c. Nam & hic dominium transfert. Nec obſtat quod res poſtea auocatur & aufertur. vnde videtur nec data. Interpretatio illa recepta eſt in re pignorata, & aliis quibuſdam ſpeciebus. l. ſi rem. 20.ff. de ſolut. Sed non tam late produci debet, vt vbique locum habeat, præſertim cum ratio diuerſa eſt. Sed quid refert an ſeruus magis ſit, an obligatus iure pignoris? Cum vtroque caſu auferatur,&c. Reſpondeo durum viſum eſſe eum teneri cuius facto res euicta non eſt: ſed vitio ſerui potius. Nam etſi ſeruus iam ſolutus legatario, ſimiliter furtum feciſſet, aut noxiam nocuiſſet,&c. vt mirum non ſit creditori id nocere. Obſeruari ſolet hic locus communis de ſimilitudine vltimarum voluntatum & contractuum, de quo dixi ad l. ſeruum. §. eum qui chirographum. ſupra eod. Et exempla huius rei crebra reperiuntur. l. pactum inter hæredem. ff. de pact.leg. vltim. C. de lega. Inſtit. de lege Fuſia Canin.toll.l.iure ciuili. 24.ff. de condit.& demonſt.l.ſi ſeruus legatus.108 §.ſi ei,cui. infr. hoc tit. de leg.1.l. 26.ff.de pig.act.l.obligationum fere. §.placet.ff.de oblig.& actio.l.ita ſtipulatus.115.ff.de verbor. oblig. Similia tamen hæc non ſunt per omnia. Idque exemplis aliquot oſtendi poteſt, quæ veluti per ſatyram collecta à nobis ſunt. Benignior interpretatio fit in teſtamentis. l. in teſtamentis. ff. de reg. iur. c. cum dilecti. de donatio. in Decret. Ex qua differentia multæ aliæ pendent. vt cum dicitur Mucianæ cautioni locum eſſe in teſtamentis.l.Mucianæ.7.ff. de condit.& demonſt. Non in contractibus. §. ſi quis ita ſtipuletur. Inſti.de verbor.obligat. Si in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes? id eſt, cum moriar. Alia differentia eſt. Legatum conditionale tranſmittitur.§. in nouiſſimo. C. de caduc.toll.non ſtipulatio. §. ex conditionali. de verbor. oblig.Inſtit. Alia, Conditio impoſſibilis nocet contractui non vltimæ voluntati l.3.ff.de cond.& demonſt.l.impoſſibilis.7. de verb.oblig.quarum eadem eſt inſcriptio, Vlp.lib. 6.ad Sabin. Alia in l. vnius. ff. ſi quid in fraud.patro. vbi libertus donare poteſt, legare non poteſt. Gratia patroni hoc ita conſtitutum eſt. Facilius quis legat, quam donat,&c. Alia in l.vlt.in fi. ff. commu. præd. vbi dicitur non ſuſpendi actus morientium, vt viuentium. Alia, minor habens curatorem non contrahit.l.ſi curatorem. Poteſt tamen teſtari & legare.l. Aurelio.§.Caius.ff.de liber.l.ſi pater.C.qui teſta.facere poſſ. Alia, Ex contractu ſeruitus non præſtatur,&c.l.in vendendo.ff.de contr.emp. Ex teſtamento præſtatur.l.ſeruũ filii.44.§.vl. Alia in l.à Titio.ff.de furt.l.1.C.commu.de leg. Alia, remediũ adipiſcendæ in vltimis voluntatibus locũ habet.l.vlt.C.de edi. Diui Hadr. nihil tale in contractibus reperitur. Alia in l.ſi Stichum.§.ſtipulatio.ff.de verb.obli. Alia, Non receditur à perſona arbitri,&c.l.ſi quis arbitratu.ff.de verb. oblig. In teſtamentis accipitur pro arbitrio boni viri.l.1. ff. de leg. 2. Alia, Cautio ante diem,&c.tit.vt legat.nom.cau. l. omnibus.ff.de iud. Alia, Vltima voluntas reuocatur.l.4.ff.de admi.l. non ſic contractus, exceptis tamen quibuſdam. Alia, Prohibitio alienationis in teſtamento impedit translationem dominii. l. filiusfam.§.Diui.infra eo.ff.non in contractu.l.ea lege.C.de condict.ob cauſ. l. ſi quis ita promiſerit.ff.de verbor.obligat.

Ad l.47. Cum res.

LOcus de ſolutione & præſtatione, qui varios caſus continet. In primis quæritur de tempore quo ſolui debet. Ait Vlpianus ſtatim,& ſine mora. Niſi forte ſit aliena, vt cogatur eam

eam redimere: aut niſi copiam eius non habeat. Tunc enim æquum eſt tempus aliquod dari ad ſoluendum. Nec enim dicitur in mora eſſe, qui iuſtam differendæ ſolutionis cauſam habet. l. ſciendum. 21. ff. de vſur. Deinde quæritur, quid conſequitur legatarius ob moram? Vſuras, fructus, omnem vtilitatem, &c. Vſuras cum pecunia legata eſt. Nam ſpecie legata non debentur vſuræ. l. 3. §. ſi auro. ff. de vſur. Pecunia legata debetur etiam ſi legata ſit vt ſpecies, &c. l. 2. 3. 4. C. depoſit. vt in l. ſi certos. infra eod. l. talis ſcriptura. ſupr. eo. De fructibus dixi ad l. cum ſeruus. §. fructus. ſupra eod. Ex quo apparet hanc actionem ſimilem eſſe quadantenus bonę fidei iudiciis. l. in minorum. C. in quibus cauſ. in integ. reſtitut. Mirantur nonnulli, quod hic dicitur de mora, cum etiam ſine mora debeantur fructus, &c. ſi res propria ſit teſtatoris. l. Herennius. 44. ff. de vſur. l. ſi tibi homo. 86. §. cum ſeruus. infra eod. Sed verba captanda non ſunt. l. pen. ad exhib. ff. Sabinus cuius opinionem hic Vlpianus refert, non dicit ſine mora non deberi: vere dixit mora intercedente deberi: ſed non recte colligitur, non deberi ante moram, cum appareat ex aliis locis deberi ex die aditæ hæreditatis. Dixi ad l. cum ſeruus. §. fructus. ſupra eo.

Alia quæſtio eſt de loco diffuſe tractata vſque ad fin. huius c. quo loco ſolui debeat? Ait Vlpianus ſoluendam eſſe vbi relicta eſt, vbi erat tempore mortis. Hic videtur eſſe ſenſus horum verborum, tametſi aliquid ambiguitatis habeant. Excipiuntur aliqui caſus. Primus, ſi teſtator voluit alibi præſtari: hoc poteſt dupliciter accidere, id eſt, cum teſtator id nominatim declarauit, & cum ex coniecturis apparet eum voluiſſe. l. ſed etſi ſuſceperit. §. 1. ff. de iudic. Voluntatem ſequimur veriſimilem, non minus, quam quæ verbis exprimitur, l. licet Imperator. 74. infra eod. Secundus caſus, cum res dolo hæredis in alium locum eſt translata: forte vt moleſtia afficeret legatarium. Tunc debet ſolui vbi petitur: nec alibi poteſt eam ſoluere hæres, inuito legatario. Hac pœna plectitur ob dolum ſuum. Petitur autem vbi maior pars hæreditatis eſt, vel vbi hæres domicilium habet. l. ſi fideicommiſſum. 50. ff. de iudic. Tertius caſus, cum hæres tranſtulit eam ſine dolo: forte propter vtilitatem & conſeruationem rei ipſius, &c. Hoc caſu præſtabitur vbi eſt. Atque ita poteſt intelligi, quod dicitur in leg. quod legatur. 38. ff. de iudic. rem præſtandam eſſe vbi eſt: niſi dolo hæredis translata fuerit. Nam eadem eſt Vlpian. ſententia in hoc loco. Præſtatur enim vbi eſt, id eſt, vbi teſtator eam reliquit: vel vbi hæres eam poſuit ſine dolo tamen. Quartus caſus, cum legatum, id eſt, quod pondere, numero, &c. Præſtandum eſt vbi petitur: niſi fuerit certa ſpecies, &c. Non poſſumus dicere præſtandum vbi eſt, quia in certo loco non recte dicitur eſſe, id quod incertum eſt. dict. leg. ſi fideicommiſſum. §. tractatum. ff. de iud. Qui legat centum modios frumenti, rem incertam legat, quæ nullo circumſcribitur loco. l. in ratione. 30. §. incertæ. ff. ad legem Falcidiam. Quintus caſus poteſt addi, cum ſeruus in fuga eſt, &c. de quo dixi ad l. cum ſeruus. in princ. ſupra eod. Ex iam dictis naſcuntur variæ quæſtiones. Dixi teneri hæredem ſi tranſtulerit, &c. Quid ſi ita tranſtulit, vt non appareat, &c. Debet æſtimationem, aut cauere, vt hic diſtinguitur. cauet rem reddi ſi eam deprehenderit. Imo etiam cauet de perſequenda re. l. 69. ſeruo legato. §. vltim. infra eo. Nec obſtat l. ſi à bonæ fidei. cum l. ſeq. ff. de rei vind. vbi cauet poſſeſſor de reſtituendo: ſed non de perſequendo. quia plenior interpretatio fit in vltimis voluntatibus. l. in teſtamentis. ff. de reg. iur. Dixi ad dict. l. cum ſeruus. ſupra. Recte igitur ſenſit Iulianus quod dictum eſt de reſtitutione, id locum habere in actionibus in rem. Et hæc ſententia refertur in d. l. ſi à bonæ fidei. Sed hoc amplius eſt in legato: quia cauetur de perſequenda re, quod hic dicitur, & in d. l. ſeruo legato. §. vlt. Non obſtat etiam l. 20. ſi ſine. ff. depoſit. æquum eſt depoſitarium abſolui, qui nullum ſentit commodum, &c.

Ad §. Sed ſi Stichus.

Alia quæſtio eſt, quæ ex iam dictis naſcitur. Dixi hæredem cauere debere, &c. Quid igitur ſi Stichus, aut Pamphilus, &c. Hæres ait ſe velle abſentem præſtare: ſed ſe non poſſe. Et iniquum videtur ei auferre electionem. Sed Vlpia. ait, Toties enim hæredi, &c. Huc pertinet l. ſtatuliberum 11. §. Stichum. ff. de leg. 2. Ex hoc loco annotant plerique electionem eſſe hæredis. Quod falſum eſt vt dixi ad l. legato generaliter. 37. ſupr. eo. niſi aliud dixerit. Sed hæc quæſtio debet intelligi cum electio eſt hæredis: quia videlicet teſtator id voluit, vt in ſpecie d. l. ſtatuliberum. Id autem hic non exprimitur quibus verbis teſtator vſus ſit: quia de eo non erat quæſtio. Sed quæſtio eſt quo caſu hæres poteſt alterum dare: an quia abſens eſt, debeat alterius æſtimationem fortaſſis vel mortui pretium. Hoc dicit Vlpian. quaſi dubitans. Sed diſtinguendum eſt vt in l. Stichum aut Pamphilum. 95. ff. de ſolut. Diſtinguitur, an alter deceſſerit culpa debitoris. Quo caſu non licet ei offerre æſtimationem mortui, qui forte fuit vilior. Sed petitor eam poteſt petere ſi velit. Si vero nulla culpa debitoris arguatur, æquum eſt ei ſubueniri, vt æſtimationem præſtet. Oppon. l. ſi ad libertatem. 42. ff. de noxalib. vbi mortuo ſeruo abſoluitur dominus, nec tenetur ad litis æſtimationem: hic alterum debetur. diuerſa hæc ſunt. Hic vtrunque eſt in obligatione. noxæ deditio in ſolutione eſt non in obligatione. l. 6. miles. §. decem. ff. de re iudic. dicam in interpretatione d. l. miles. Nihil amplius quam cauere. Mirum eſt, quod hic exigitur cautio eius rei nomine, quæ periit. Superuacaneis cautionibus non eſt vtendum. l. non cogendum. 45. ff. de procur. ſed cautio exigitur: quia forte id dubium eſt.

Ad §. culpa.

Diximus ſupra hęredem damnandum eſſe ſi eius culpa res perierit, &c. Nunc videndum eſt quomodo hic accipi culpa debeat. Nam culpæ varii gradus ſunt. aut (vt alii malunt) ſpecies. Sed vt tota res commodius explicetur, ea paulo altius repetenda eſt. Quicquid in rebus alienis, vel alteri debitis accidit detrimenti, id neceſſe eſt euenire, vel dolo noſtro, vel culpa, vel caſu fortuito. Dolus eſt machinatio & malitia, &c. leg. 1. ff. de dolo malo. l. iuriſgentium. §. dolo. ff. de pactis. Nec dubium eſt quin huius doli nomine teneatur hæres vel alius debitor, &c. vt dictum fuit ſupra. Culpa quędam dicitur lata, cum quis non ad eum modum diligens eſt quem communis hominum natura deſiderat. l. quod Nerua. ff. depoſit. l. latæ. ff. de verborum ſignificat. Si quis rem depoſitam in publico dimiſit noctu, diſtinguitur à dolo, quia machinatio non eſt decipiendi cauſa. Sed tamen proxima dolo eſt. dict. leg. quod Nerua. l. magna. de verborum ſignifi. Stultitia, ſoror eſt malitiæ. Sophocles. Vix creditur fraude carere, niſi aliud appareat ex coniecturis. Quia forte diligentior non eſt in rebus ſuis. Non minus tenetur ob hanc culpam, quam ob verum dolum. l. 1. ſi menſor falſ. mod. & aliis ſimilibus. Itaque Vlpian. hic de ea non dubitat: ſed de leui, &c. Leuis dicitur, cum quis in eo peccat quod diligens paterfamilias vitare potuiſſet. Nihil tamen facit quod à communi hominum natura abhorreat. Sic accipimus hic leuem culpam. Sic in leg. quicquid. C. arbit. tutel. Si is apud quem gemma depoſita eſt, non condiderit in arca, ſed in media domo, cuiuis expoſitam dimiſerit: hoc ſane eſt viri parum prudentis & diligentis. Sed tamen tanta diſſolutio non eſt, vt naturæ communi hominum repugnet. Simpliciores plerique ita viuunt ſecure, & negligenter tam in rebus ſuis, quam in alienis. Suſpicantur enim alios omnes tales eſſe, quales ipſi ſunt: æſtimant alios ex ingenio & natura ſua. Vlpian. ait hæredem huius etiam culpæ nomine teneri, quamuis dolo proxima non ſit: quia negligentia ſine malo animo in rebus alienis excuſanda non eſt. Leuiſſima culpa dicitur, cum quis mediocrem diligentiam adhibet: ſed in eo peccat quod vir diligentiſſimus vitare potuiſſet. Huius culpæ mentio eſt in l. in lege Aquilia. ff. ad legem Aquiliam. l. in rebus. ff. commod.

Exemplum, Si rem in arca reconditam & occluſam ſurripuerit. l. cum duobus. §. damna. ff. pro ſocio. Furtum non ſolet numerari inter caſus fortuitos, tamen facti quæſtio eſt. Quid enim dicemus de furto domeſtico? De hac re in leg. prima. ff. furt. aduerſ. naut. Hæc culpa longe remota eſt à dolo, & excuſationem aliquam meretur. §. vltim. Inſtit. pro ſocio. Itaque Vlpian. dubitauit, an ob eam culpam hæres teneatur. Quid de diligentia? hoc enim verbo Iureconſul.

vtuntur fere, cum de hac leuiſſima culpa loquuntur.l.ſi vt certo.ff. commo.l. contractus.ff. de reg.iuris. Dicunt etiam cuſtodiam præſtare.l.1.§.ſæpe.ff.depoſit.l. ſi cum venderet. §.vlt.ff.de pignor.actio. Hæres ergo tenetur ob culpam non tantum latam, ſed etiam leuem & leuiſſimam. Hoc autem difficile eſt explicatu propter antinomiam. Oppon. primum l. mulier. 22.§. ſi hæres.ff. ad Trebell. vbi hæres tenetur de culpa tantum lata. Alius eſt locus contrarius in l.ſi ſeruus legatus. 118.§.cum quid.infra eo.vbi diſtinguit Iureconſul.hic autem nō diſtinguitur. Pro declaratione animaduertendum eſt regulam traditam eſſe de hac re in contractibus. de qua in l.ſi vt certo.§.nunc videndum.ff.commo.& l.contractus. ff. de reg.iur. Videndum ad cuius vtilitatem pertineat contractus.In depoſiti iudicio venit dolus & lata culpa: quia fit gratia deponentis, nec vlla eſt vtilitas depoſitarii. Commodatarius tenetur de culpa quacunque: quia commodatum fit eius gratia, ſine vtilitate alterius.dicta l. ſi vt certo. In quibus verſatur vtriuſque vtilitas, venit dolus & culpa, quam vocamus leuem.dict.leg.ſi vt certo.dict.leg.contractus.vt in emptione, locato, ſocietate. Hæc regula ſiue diſtinctio accommodatur legatis & fideicommiſſis: quatenus id natura eorum patitur. In ſpecie §.cum quid.habetur ratio doli tantum aut culpæ dolo proximæ: quia qui fideicommiſſum reſtituit, nihil capit commodi. Eſt forte legatarius, qui rogatur totum reſtituere, nec quicquam retinet. Eadem eſt ratio huius quæ depoſitarii. In ſpecie l.mulier. tenetur hæres de dolo tantum, & lata culpa: nam præcipue commodum verſatur fideicommiſſarii, cui reſtituitur hæreditas ex Trebell. quamuis aliquid commodi capiat forte hæres. Nam inſpicimus quod principaliter agitur, vt regula de contractibus conueniat legatis & fideicommiſſis. In ſpecie noſtra dicitur hæredem teneri de quacunque culpa: quia proponitur ſeruulum legatum eſſe, qui non eſt magni pretii: itaque vtilitas præcipue verſatur hæredis. Quare ſi ſpecies proponatur in qua maior vtilitas verſetur legatarii, aliud dicendum erit. dicto §. cum quid. Supereſt caſus fortuitus, qui nullo hominis conſilio prouideri ac vitari poteſt. l. 2. ff. de adminiſt.rerum ad ciuit.pertin.l.quæ fortuitis. C. de pign. actio. Ob hunc fortuitum caſum non tenetur hæres, vt hic dicitur, niſi poſt moram perierit res. Sed quæſtio eſt difficilis, an teneatur hæres ſi res eodem modo peritura fuit penes legatarium. Oppon.l.ſi plures.ff.depoſit. naturalem interitum pertinere ad actorem. Oppon. & quidam alii loci. Magna iuris varietas hic reperitur. Scripſi quid ſentiam ad l.ſi ex legati cauſa.ff.de verb.oblig.

Ad l. 48. Si hæredis.

Affinis eſt hic locus ſuperiori. In hac ſpecie ſunt quatuor conſideranda. Primo, teſtator rem aliquam legauit alicui. Secundo, ſeruus quidam hæredis eam rem ſubtraxit, non alius extraneus. Tertio, ſubtraxit ignorante domino: quare non poſſumus dicere dominum teneri, quaſi ipſo ſciente & conſentiente.l. 2. ff. de noxal. Nec vlla eſt domini culpa, cui ignoſcendum videtur, quaſi in domeſtico malo.l. 1.ff.furti aduer.nau.caupo. Quarto, ſeruus eam rem vendidit, & pretium peruenit ad dominum, nec res forte apparet. Quæritur, an actio vlla competat legatario, & quæ actio. Ac in primis non tenetur hæres ad rem, quam non habet, cum id ſine ipſius facto acciderit.l. cum res.ſupra eod. Sed quia æquum non eſt eum locupletiorem fieri cum incommodo alterius, ideo datur actio in factum. Deficiente directa actione datur in ſubſidium vtilis, quæ conceptis in factum verbis inſtituitur.l. quia actionum.l.quoties. ff. de præſcript. verb. Nec nouum eſt, vt detur actio ex bono & æquo contra ſubtilitatem iuris, ne quis locupletior fiat cum incommodo alieno. Exemplum eſt huic non diſſimile in l.ſi eum ſeruum. ff. de rebus creditis. Poſſedi ſeruum tibi legatum, quaſi mihi legatum, & vendidi: mortuo eo potes pretium condicere, quaſi ex re tua locupletior factus ſim. Huic ſimile eſt quod dicitur in l.ſi me & Titium.ff.de rebus creditis.Cum pecunia mea ad te peruenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum eſt. Dixerit aliquis, imo datur hic actio directa & certa: puta, actio furti, noxalis aduerſus dominum. Nam furti agit dominus rei ſubtractæ, ac legatarius dicitur dominus eſſe ſtatim adita hæreditate.l.à Titio hærede.65.ff. de furt.l.ſi tibi homo.86.§.cum ſeruus.infra eod.Itaque poteſt dominus legatarius ſi velit agere furti ad pœnam.l. ſi dominium.47.ff.de furt.l.ſi homo.35.ff. de vſucapion. Poteſt etiam experiri condictione furtiua: quia condicitur non tantum res, ſed æſtimatio.l.in re furtiua.ff.de condict.furt. Vnde ineptum videtur quod hic dicitur de actione in factum. Multæ & variæ ſunt ſolutiones apud Accurſium, qui eas omnes refert ſine iudicio.& ſatis oſtendit, quam fuerit inops, non tantum eruditionis, ſed etiam iudicii, quo etiam illiterati plerique homines valent. Quidam eo ſunt acumine ingenii, vt ſtatim animaduertant quid verum, aut probabile ſit in quaque re de qua quæritur. Alii per ſe inuenire nihil poſſunt, ſed tamen de iis, quæ ſunt ab aliis excogitata, poſſunt iudicare. Vtrumque in hoc interprete deſidero, vt in iis fere, qui ei ſunt addicti. Cætera ei concedo præter eruditionem, quæ minima in eo fuit. Sed ad rem. Pomponius noſter refert opinionem Attilicini veteris Iureconſulti, quaſi id certi iuris non ſit, ſed tantum æquitate aliqua nitatur: ac ne exprimit quidem quid ſentiat de hac re. Narratio tantum eſt hiſtorica, quam ſic accipere debemus, ne iis, quæ iure ciuili definita ſunt, repugnet. Ergo quatenus probanda ſit, aut improbanda opinio Attilicini, ex aliis locis iudicandum eſt. Nec dubitandum eſt quin locum habeat, cum deficit actio furti, aut alia actio, quod aliquando accidit. Pone aliquid legatum fuiſſe per damnationem, vt olim res alienæ legabantur. Vlpianus in Inſtitutionibus tit.de leg. Hoc caſu non acquiritur dominium legatario ante apprehenſionem, vt alibi dixi leg. 112. ſi inquilinos. §. cum ſeruum.infra eod. Pone legatum fuiſſe ſub conditione. Nam certum eſt diem legato non cedere ante euentum conditionis.l.ſi poſt.ff.quando dies lega.ced. Poſſunt & aliæ ſpecies cogitari, in quibus dominus non ſit legatarius. Ideoque non competat ei actio furti. In his omnibus ſequenda erit opinio Attilicini. Pomponius autem non expreſſit certam ſpeciem: quia iudicabat id neceſſarium non eſſe. Cum autem vtili actione agendum eſſet, non putauit quenquam dubitaturum, quin id locum habeat deficiente directa. Ergo ſufficit ad huius loci declarationem ſpeciem aliquam adferre, in qua nulla competat actio directa, neque in rem, neque in perſonam. Videndum eſt igitur de hac in factum actione. Datur de peculio, &c. Sed quomodo? datur ex maleficio ſerui.§.actiones autem de peculio.Inſtitut.de action. Reſpondeo dari ex bono & æquo: quia dominus eſt factus locupletior, &c.l. 3.licet tamen.§.ex furtiua.ff.de pecul. Sed mirum eſt, quod hic dicitur dominum liberari dando ſeruum noxæ: cum ſit æquius eum ſimpliciter damnari ad id quod peruenit, &c. vt in reliquum noxæ ſeruum dedere poſſit. l. 4. ſi ſeruus vel filiusfamilias. ff. de condict.furt. Locus eſt difficilis & varie declaratus. Sed puto noxæ deditionem permitti domino: quia contra ius conuenitur. Vlpianus modo allegata l. 4. ſi ſeruus vel filiusfamilias, loquitur de eo, cui competit mero iure condictio aduerſus dominum.

Ad §. Si vnus ex hæredibus ſeruum legatum occidiſſet: omnino, &c.

Qvæſtio affinis ſuperiori. Diximus ſupra hæredem liberari, ſi ſine eius facto, &c. Teneri autem ſi eius facto, &c. Quid ſi vnus ex hæredibus, &c. Ait cohæredem non teneri. Tantum abeſt vt noceat cohæredi, vt ei proſit: quia liberatur. l. cum res legata eſt, 47.ſup. alter in ſolidum tenetur partim actione ex teſtamento pro parte ſua: partim actione de dolo pro parte alterius.l.arbitrio. § vlt.ff.de dolo. Hinc annotatur illud vulgare, delictum vnius ex hæredibus, aliis non nocere.l.vlt.ff.de Silan.l.in depoſiti.ff.depoſiti. De obligatione indiuidua, in qua vnius facto omnes tenentur, videnda eſt l. 2. ſtipulationum. §. ſi in facto.& l.4.eadem dicemus.§.Cato.ff.de verb.obligat.

Ad l. 49. Si cui legetur.

Locus de interpretatione verborum. Titio legatum eſt, cum quatuordecim annorum erit: an ſufficiat cœptum eſſe decimumquartum annum? Cauſa dubitationis eſt, quia

plerunque

plerunque cœptus annus habetur pro completo. l. 74. qui filium. §. Sabinus. ad Trebel. l. ad rẽpub. de muner. & honor. Sed Vlpiano aliud viſum eſt: quia id verba ſignificant leg. 69. non aliter. ff. de leg. 3. facit l. non putabam. ff. de cond. & demonſt. Videndum eſt ergo in quaque ſpecie, quæ ſit vis verborum, vt in l. 41. ſi ita fuerit. ff. de manu. teſtam. Si verba ſint ambigua, non cœptum modo completum annum accipimus prout ratio, vtilitas, fauor exigit. Si quis promiſerit dare hoc anno, interpretatio fit contra ſtipulatorem. l. 42. qui hoc anno. ff. de verb. oblig. Idem puto & ſi quis promiſerit in ſingulos annos. Sed in legato benignior admittitur interpretatio. l. 1. C. quand. dies lega. Oppo. l. 48. ſi in annos. ff. de condit. & demonſt. Varia eſt lectio. Haloander legit, Si intra annos. quæ lectio idoneum ſenſum habet. Si appareat teſtatorem voluiſſe non ſtatim deberi: ſed liberum ei eſſe intra annum, &c. tunc voluntas ſeruanda eſt. Nec contraria eſt d. l. 41. ſi ita. §. vlt. ff. de man. teſt. Hoc enim ſenſit non eſſe faciendam eam interpretationem, ſi teſtator his verbis vſus ſit, &c. in d. l. ſi in annos. non exprimitur formula & conceptio legati. Florent. ſic interpretor, cum legatum collatum eſt in tempus decem annorum. in l. ad rempub. orationem ambiguam interpretamur benignius, fauoris cauſa.

Dixi in ſpecie noſtra annum decimumquartum completum eſſe debere, &c. Sed quæſtio eſt, an completus dicatur, ſi legatarius ad vltimum diem 14. anni peruenerit. Quidam negant, propter hæc verba, completi 14. anni, &c. Annus conſtat ex 365. diebus. l. cum hæres. §. Stichus. de ſtatulib. Sed cõtraria opinio magis recepta eſt, quæ mihi etiam probatur. Nã Celſus ait, nouiſſimo die legatum deberi. l. 48. ſi in annos. ff. de cond. & demonſt. Ergo ſufficit attigiſſe nouiſſimum illum diem. Et hæc benigna interpretatio recipitur fere in iis, quæ fauorem deſiderant. Exemplum in l. qua ætate. ff. de teſta. Fauor teſtamenti hoc ſuadet. Simile exemplum in l. 1. de manu. Interpretatio l. Æliæ Sentiæ, quæ vetat minorem 20. annis manumittere: fauor libertatis hic verſatur. Eadem inſcriptio vtriuſque eſt, Vlpia. lib. 6. ad Sab. Aliud exemplum in l. in vſucapionibus. ff. de vſucap. non à momento ad momentum: ſed poſtremum diem computamus totum & integrum, ſine vlla diuiſione in horas aut momenta: fauor vſucapionis hoc admittit, quæ fauorabilis eſt propter titulum & bonam fidem, & propter dominiorum certitudinem, &c. §. 1. Inſtit. de vſuca. Oppon. l. 3. ff. de minor. vbi computatio fit de momento ad momentum. Sed fauor minoris hoc exigit, vt reſtitui poſſit quandiu momentum aliquod ſupereſt 25. anni. Eadem eſt inſcriptio d. l. 3. de minorib. & l. in vſucapionibus. lib. 11. ad edic. Nec dubitandum eſt, quin hæc ita fuerint coniuncta ab Vlpi. Eadem quoque inſcriptio eſt dic. l. ad rempub. de muneribus Oppon. præterea l. in omnibus. ff. de diuerſis & tempo. præſcript. In præſcriptione temporali ſpectantur ſingula momẽta. Et in actione iniuriarum redhibitoria, &c. Nullus eſt fauor, qui ſuadeat diem completum pro cœpto eſſe habendum. Vſucapio eſt fauorabilior propter poſſeſſionem, titulum, & bonam fidem. Item ne dominia rerum ſint incerta, & res poſſeſſæ negligantur, & incultæ maneant. l. 1. ff. de vſucapionib. Theophil. Inſtit. eo.

Ad §. ergo & cum.

EXiſtit quæſtio ex iam dictis. Pone ita legatum Titio cum ad decimumquartum annum, &c. peruenerit, omnia bona hæres meus dato, id eſt, anno primo, ſecundo, tertio, tribus penſionibus. leg. tert. de annnuis legat. Quæritur hoc triennium ex quo tempore numerari debeat? Ait Vlpianus numerari ex quo tempore factus eſt quatuordecim annorum, ſiue viuo teſtatore id acciderit, ſiue mortuo. Imo etiam, ſi ante factum teſtamentum forte ignorabat teſtator eum exceſsiſſe quatuordecim annos. Nihilominus currit triennium ab eo tempore, &c. Et eſt ſane mirum, quod tempus adiectum præſtationi legati incipiat currere non modo antequam debeatur legatum: ſed etiam antequam datum ſit. Hoc fit multis de cauſis. Primum, quia teſtator expreſsit, à quo tempore id triẽnium incipiat, &c. Hoc enim ſignificatur verbis teſtatoris: Triennio poſt completum quartumdecimum annum, &c. Secundo, quia tempus illud prætererat, cum factum eſt teſtamentum. Tertio, quia teſtator ignorabat illud tempus præteriiſſe. Quid igitur, ſi teſtator ſciebat eum exceſſiſſe decimumquartum annum? ait Vlpianus triennium numerandum eſſe ex die facti teſtamenti. In ſuperiore caſu interpretamur teſtatorem idem dicturum fuiſſe, de præterito tempore, ſi id præteriiſſe ſciuiſſet. Hæc præſumptio ceſſat in eo, qui ſciuit. Sic ergo interpretamur, vt à tempore teſtamenti incipiat, ne diſpoſitio nugatoria ſit. Et eſt mirum, quod tempus ſolutioni præſtitutum incipiat antequam legatum debeatur, &c. Videtur potius à tempore mortis computandum eſſe, vt in leg. 18. qui duos. §. hæc conditio. Digeſt. de manum. teſtam. Ad annum liber eſto, id eſt, poſt annum quam moriar. Et hoc verum eſt, quod dicitur de tempore mortis: niſi teſtator aliud dixerit. In hac ſpecie tempus exprimit, à quo incipiat illud triennium currere, vt iam dixi. Triennio poſt annum decimumquartum. Alibi dicitur tempus ſolutioni præſtitutum currere ab adita hæreditate. leg. 46. ſi in diem. Digeſt. de condit. & demonſtrat. Ratio ſatis apparet ex eo capite. Quia dandum eſt hæredi, qui ante aditionem non eſt hæres. leg. 63. pretia rerum. Digeſt. ad legem Falcidiam. §. vltim. Inſtitut. de hæredum qualita. & different. Idem dicitur in leg. tertia, ſi quis hæredi. Digeſt. de ſtatuliber. alias tempus computandum eſt à die facti teſtamenti, vt hic dicitur. Et ſimilis eſt locus in leg. Thais. §. hærede. ff. de fideicommiſſ. libert. In annos octo liberi ſint. Et hoc poteſt eſſe exemplum dict. leg. ſi in annos. ſi Florent. lectionem ſequamur. In contractibus vnde numerandum ſit tempus adiectum ſolutioni, quæritur, ſed diſputatio non eſt huius loci. Videnda eſt l. Falcid. ff. de iure dotium.

Ad §. hoc autem.

IN hac ſpecie duplex tempus apponitur. Vnum quod facit conditionem: alterum quod nõ facit. Cum quatuordecim annorum erit. Hæc verba maxime apta ſunt ad conditionem faciendam. Particula, cum, conditionem ſignificat, ſi iungatur verbo futuri temporis. leg. ſi Titio. Digeſt. quando dies l. cedat. Item euentus eſt incertus. Incertũ eſt, an ſit victurus vſque ad eam ætatem. Dies non impedit tranſmiſſionem: ſicut conditio. leg. 5. Digeſtis, quando dies lega. cedat. Huc pertinet, quod dicitur in l. 16. ſi ita ſcriptum. Digeſt. de manum. teſta. Cum Titius annorum 30. erit, Stichus liber eſto, eique hæres meus fundum dato. Libertas competit: ſed legatum non debetur, quaſi deficiente conditione. Idem dicitur in leg. 19. ſi ſeruus. Digeſtis, de ſtatuliber. Opponunt l. ex his verbis. C. quando dies lega. cedat. Conditio ibi adiecta eſt magis pręſtationi legati, quam legato. Ideo legatum non reddit conditionale: ſed pro mero tempore accipitur. Opponunt l. quibus diebus. 40. §. quidam Titio, Digeſt. de condit. & demonſtrat. ibi apponitur præſtationi: & tamen legatum eſt conditionale. Variæ ſunt opiniones. Sed legatum eſt conditionale propter particulam, Si: qua magis ſignificatur conditio, quam particula, cum. d. l. ſi Titio. Opponunt l. Seius. 46. Digeſt. ad Trebell. vbi hæc verba non faciunt conditionem, Cum filius ad annos ſedecim peruenit. Sed ibi Iabol. nihil aliud reſpondet, quam ſpectandam eſſe voluntatem teſtatoris. Et cum hac exceptione intelligendum eſt, quod hic dicitur: niſi contraria voluntas appareat. In ea fiduciarius tantum fuit hæres, & inſtitutus contemplatione filij, vt interim bona tueretur, &c. Opponitur præterea l. 18. libertis. §. ab hæredibus. ff. de alim. leg. vbi hæc verba non faciunt conditionem, cum ad annum 25. peruenerit. Puto ita reſponſum eſſe propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. Militia relinquitur pro remuneratione eius oneris, quod ſubit legatarius morandi cum hærede. Nam etſi eo onere tenetur mortuo hærede: tamen per eum non ſtat, &c. l. 1. C. de legat.

Ad §. Si Titio.

QVæſtio hic tractatur pertinens ad leg. ſi creditori, ſupra hoc titul. Si debitor leget creditori, inutile eſt legatum, niſi plus ſit in legato, quam in debito. §. ſi quis debitori. Inſtit. eod. Inde quæritur, Debebam Mæuio decem, legaui Titio & rogaui, vt ſolueret creditori meo. An hoc fideicommiſſum valeat? Vlpian. differit de vi huius fideicommiſſi: & ait in per-

ſona creditoris non valere. Idque ſecundum regulam l. ſi creditori. ſupra. quia nihil eius intereſt, quia non eſt plus in legato, quam in debito. Dixerit aliquis, imo intereſt creditoris plures debitores habere. l. 3. §. vlt. ff. de lib. lega. Ibi ſimilis eſt ſpecies, in qua tamen dicitur legatum valere in perſona creditoris: quia intereſt eius plures reos habere. Non eſt credendum Vlp. ſcripſiſſe pugnantia & contraria in eodem loco. Inſcriptio oſtendit hæc fuiſſe coniuncta: lib. 23. ad Sabin. Accur. more ſuo refert opiniones aliorum ſine iudicio ac delectu vllo, hoc modo, vel dic, vel dic. Oſtendit quo fuerit iudicio præditus. In pleriſque aliis hoc vitium non deprehenditur, veluti in Bartolo, qui ſani iudicij fuit: caruit tamen earum literarum cognitione, propter quas eruditi homines appellantur, quod infelicitati temporum adſcribendum eſt. Ad rem. Videndum eſt num aliqua ſit diſſimilitudo vtriuſque ſpeciei. Nam intellecta diſſimilitudine & differentia, ſublata erit omnis difficultas. Expendamus primum hanc ſpeciem. Lego decem, quæ debeo Mæuio: vt Titius ea præſtet. Ego qui ſum debitor, lego creditori repugnante regula. At enim intereſt eius habere duos reos. Reſpondeo duos reos hic vice vnius haberi. Rogatur Titius quaſi miniſter, qui nihil capit commodi, &c. l. 17. ſi quis Titio. ff. de legat. 2. Nec multum refert creditoris à quo petat, an ab hærede, an ab hoc miniſtro. Expendamus alteram ſpeciem. Lego Mæuio decem, quæ Titius ei debet. Idque Titij gratia, vt liberetur. Dicitur vtrunque legatarium eſſe etiam creditorem ipſum, intereſſe eius duos reos habere. Hic non legat debitor creditori, vt in ſuperiore ſpecie. Teſtator nihil debet Mæuio, ac ne Titio quidem. Non repugnat igitur regula l. ſi creditori. Deinde intereſt creditoris hos duos debitores habere, Titium veterem debitorem, deinde hæredem, &c. vt commodior ſit exactio. Nec poteſt dici hæres quaſi miniſter quidam electus eſſe, vt in ſuperiori ſpecie: obligatur etiam ſupra vires hæreditatis. *Hæres vero poteſt, &c.* Quamuis hoc fideicommiſſum non cõſiſtat in perſona creditoris: conſiſtit tamen in perſona hæredis. Hæres agit cum legatario, vt ſoluat pecuniam, ſi eam acceperit. non enim cogitur hoc miniſterium ſuſcipere. Nota igitur actionem ex teſtamento dari ei, cuius intereſt, quamuis nominatus non ſit, &c. Idque plenius declaratur in l. 11. fideicommiſſa. §. interdum. ff. de legat. 3. Similis locus in l. 69. ſeruo legato. §. ſi teſtator. hoc titulo infr. Similis locus in d. l. 3. ff. de liberat. legat. Adde quod dicitur in l. 77. cum pater. §. donationis. ff. de legat. 2. Non oportet quæri, cum quo de ſupremis quis loquatur: ſed in quem voluntatis intentio dirigatur. Et obſeruanda eſt hæc ratio agendi. Cum peto à te, vt des Titio, quia mea intereſt Titio dari. Idem in ſtipulatione. l. 38. ſtipulatio iſta. §. ſi quis inſulam. ff. de verb. oblig. Hic quæritur, quomodo poteſt valere hoc legatum in perſona hæredis? Nam à legatario inutiliter legatur hæredi. l. 91. codicillis. alias l. 88. Lucius. §. Scæuola. in pr in. ff. de legat. 2. Hoc enim eſt vna manu recipere, altera reddere. Quod fruſtratorium eſt. l. 55. qui ſic. ff. de ſolutio. Reſpondeo hæc diſſimilia eſſe. Nam hic non legatur hæredi, ſed creditori. Item hæres agit, non vt ſibi detur, ſed creditori, &c.

Verſic. ſed & ſi teſtator.

OStendit valere etiam hoc fideicommiſſum in perſona fideiuſſoris, quem teſtator dederat, quia intereſt fideiuſſoris pecuniam illam ſolui, vt ipſe liberetur. Tametſi minus interſit eius, quam hæredis. quia fideiuſſor repetere poteſt ſolutum actione mandati. Sed noſtra magis intereſt non ſoluere, quam ſolutum repetere. Nec refert an reus ſit ſoluendo, &c. quia tametſi poſſit repetere ſolutum: tamen plerunque id ſit non ſine aliqua moleſtia & lite. Intereſt noſtra litibus non vexari. l. minoribus. ff. de minor. 25. annis. Hinc colligere licet fideiuſſorem in cauſa rei principalis idoneum teſtem non eſſe. Nam in cauſa propria nemo, &c. l. nullus. ff. de teſtib. l. omnibus. C. eo. Cauſa propria cuiuſque dicitur ad quem commodum, vel incommodum pertinet. l. 1. §. propriam. ff. quando appelland. Ex quo conſequitur poſſe eum, vt ſuſpectum iudicem, reiici & recuſari. facilius recuſatur iudex, quam teſtis refutatur. cap. cum canonicus. de offic. delegat. in Decret. Argumentum eſt igitur à maiori ad minus. Facilius reperiuntur iudices, quam teſtes.

Ad §. Iulianus, al. fideiuſſor.

VIdimus exempla quędam de reo principali, qui legat creditori. Sequuntur alia quædam ſimilia de fideiuſſore legante, &c. Si fideiuſſor legauerit creditori, valet legatum in eorum perſona, quorum intereſt. Intereſt autem rei principalis, vt ipſe liberetur. Nam fideiuſſoris hæres ſoluens non repetit. creditur animo donandi legaſſe. Legatum eſt actus quidam liberalitatis. l. 36. legatum. ff. de legat. 2. Et Inſtit. eod. in prin. Eſt alius caſus non diſſimilis in l. tribus. ff. de vſufru. earum rer. Cum quis iuſſu teſtatoris fideiuſſit & ſoluit, &c. Hinc vulgo colligitur, Vitiato expreſſo non vitiatur tacitum. Idem colligitur ex ſuperiore ſpecie. Expreſſum legatum eſt creditori, non valet. Tacite legatum eſt aliis quorum intereſt, & valet. Nec id mirum, cum ſit diuerſa ratio taciti & expreſſi. Oppon. nobis regula commentitia, vitiato expreſſo, vitiari tacitum: ſed de talibus regulis non eſt laborandum, vt ſæpe admonui. Corruptio maxima eſt iuris harum regularum confictio, quæ nihil certi, aut ſolidi habet. l. omnis definitio. ff. de reg. iur.

Ad §. meminiſſe.

PEndet ex ſuperius dictis, vt particula, autem, oſtendit. Dubitatio ex ſuperiore ſpecie. Damnatus ſoluere non repetit, ſed gratis id officium præſtat. Sed alia cauſa eſt venditionis, quæ non conſiſtit ſine pretio. §. pretium. Inſtit. de empt. fideiuſſor obligari poteſt animo donandi. leg. quod dictum. ff. de pact. Sed quæ eſt vtilitas huius legati? Quia plerunq; intereſt noſtra magis fundum habere, quam pecuniam. l. 66. & ſi æquo. infr. eo. l. 54. ſi cui fundus. ff. de l. 2. Et eſt obiter notãdus caſus, in quo quis cogitur vendere, cõtra regulam l. nec emere. C. de iure delib. facit l. tutor. ff. de in litem iurando.

Ad l. 50. ſi ſeruus.

Initium huius capitis difficultatem non habet.

Ad §. ſi hæreditatis.

LOcus de vi & effectu legati. Vis eius præcipue pendet ex teſtamento, vt ita demum valeat, ſi effectum habuerit teſtamentum. l. ſi ſuperatus. ff. de pignor. Itaque ſi pronunciatum fuerit irritum, vel inofficioſum, nihil debetur legatariis. Idque locum habet etſi ſententia lata ſit contra hæredem tantum. leg. Papinianus. §. ſi ex cauſa. ff. de inoffic. teſtament. dict. leg. ſi ſuperatus. Contra regulam vulgarem, res inter cæteros, &c. leg. 63. ſæpe. ff. de re iudic. Singulare hic ius eſt conſtitutum, quod teſtamentum defendere, ad hæredem principaliter ſpectat. Nam lata ſententia contra alium, puta legatarium, aliis non nocet. l. 1. ff. de except. rei iudic. Vnde hæc ſententia ius facere dicitur. leg. qui repudiantis. §. vltim. ff. de inoffic. teſtament. Sicut & ea pro ingenuitate fertur. l. ingenuum. ff. de ſtatu hom. Excipiuntur aliqui caſus, in quibus hæc ſententia non nocet legatariis. Primus, ſi ſententia lata ſit hærede non defendente, vt hic Vlpian. oſtendit. Idem in dict. leg. qui repudiantis. §. vltim. Idem in l. ſi proluſorio. §. vltim. ff. de appellat. Et eſt locus communis de eremodicio, id eſt, ſententia lata pro præſente contra abſentem. Quæ ſententia non eandem vim habet, quam ſi præſente aduerſario lata eſſet. Exemplum in l. Diui fratres. ff. de lib. cauſa. Non ſit ingenuus, qui obtinet in liberali cauſa, abſente aduerſario. Nec enim penuria aduerſarij ingenuitatem ſolet tribuere. Aliud exemplum in leg. ſi ideo. ff. de euict. Sententia lata contra emptorem abſentem non nocet venditori. Magis propter abſentiam euicta videtur, quam quod malam cauſam habeat. Quid ſi legatarij vocati ſunt? Quidam exiſtimant ſententiam latam, non defendente hærede, ipſis nocere. quod non caret ratione: quia licuit eis defendere. argumen. l. emptor. Cod. de euictio. Sententia lata contra emptorem abſentem nocet venditori ſi præſens fuit. Hoc amplius addunt: idem dicendum eſſe, etſi legatarij ſciuerint cauſam agi. Sed de hoc dicemus ad l. ſæpe. ff. de re iud. Secundus caſus in quo ſententia non nocet legatariis, cum lata eſt colludente hærede cum aduerſario, vt hic Vlpian. ait. Idem in l. ſi proluſorio. ff.

de appellation.vbi permittitur eis appellare.Imo cauſæ adeſſe vitandæ colluſionis gratia. Idque pertinet generaliter ad omnes,quorum intereſt.l. Titia. ff. ſolut. matr. Huc pertinet titu.ff.de colluſ.detegen.Et eſt locus communis hic obſeruandus. Tertius caſus,ſi per iudicis iniuriam damnatus ſit hæres, nec appellauit. Simile in l.ſi per imprudentiam.ff.de euict.Iniuria,quæ emptori fit,auctorem non debet contingere.Simile in l.68.exceptione. ff.de fideiuſſorib. Sententia lata per iniuriam contra fideiuſſorem,non nocet ideo principali.

Verſic.ſi tamen.

OStendit Vlpian. ſententiam latam contra hæredem nocere legatariis , cum legitimus hæres euicit hæreditatem:quia teſtamentum ratum non eſt. Aliud dicendum eſt, ſi pro ſubſtituto iudicatum ſit. Manet ratum teſtamentum, & legata intelliguntur repetita eſſe. l. 74. licet imperator. infra eod. Nec diſtinguitur, vt in ſuperiori ſpecie:an per iniuriam fuerit lata ſententia. Non eſt audiendus, qui contendit ſententiam pro ſe latam eſſe per iniuriam, niſi partim pro aliquo,partim contra eum lata ſit.l.etiam.§.1.ff.de minorib.l. quædam.ff famil. erciſcun. Quæſtio eſt,quo caſu non nocet ſententia legatariis,qua actione agent,& cōtra quem? Et certum eſt,ſi res ſit legata, cuius dominiū ſit legatarij,poſſe eum vindicare à quocunque poſſeſſore.l.1.C.commu.de leg. Alias poterit agi actione vtili ex teſtamento contra eum, qui vicit. d.l.ſi proluſorio.§. vlt. de appel.Interdum etiam poteſt hæres ipſe,qui victus eſt conueniri propter dolum ſuum & colluſionem.§.ſeq.

Ad §.ſi quis ante.

VAriis ex cauſis hæreditas aufertur hæredi, vt indigno:& fiſco acquiritur.Duæ ſunt,quarum meminit hic Vlpi. Vna eſt,ſi quis ante quæſtionem de familia habitam adierit hæreditatem.l.3.§.non tantum.l.5.§.non alias.ff.de Senatuſc.Silan.Altera eſt,ſi quis mortem non defenderit,id eſt,non vindicauerit.l.1.Cod.de his quib. vt indign. l. cum fratrem. eod. tit.Hæc autem hæreditas tranſit ad fiſcum cum onere legatorum.l.cum fiſco.ff.de S.C.Silaniano.l.2. ff. ſi quis aliq. teſtari prohib. Quod locum non habet cum propter delictum defuncti hæreditas publicatur.l.78.cum filius.§. vltim. ff. de legat. 2. Tunc enim legata non debentur, & teſtamentum fit irritum, &c. Nota penes hæredem indignum remanere hæreditatem , ſi fiſcus eam nolit auferre. Non acquiritur ipſo iure fiſco:ſed ita ſi viderit ſibi expedire. leg. 1.§.an bona.ff.de iure fiſci. Non poſſunt de ea indignitate quæri vel legitimi hæredes,vel alij,&c. leg. his conſequenter. §. 2. ff. famil. erciſcund.Dicitur hoc ad diuiſionem rerum hęreditar.non pertinere.

Sed ſi ſubiecit.

OStendit Vlpian.ita demum exonerari hæredem victum: niſi data opera victus ſit appoſito delatore, &c. Interpretatio hæc nititur æquitate,& ad fraudes vitandas pertinet. Huiuſmodi ſunt pleraque alia exempla, vt in l. 3. §. ſubuenitur.ff. de ſenatuſc. Sillan. Sic tamen ſi non data opera voluerint ſe includi, ne operam ferre poſſent. Aliud ſimile in l.& qui data. ff. ex quib. cauſis maio. qui affectauerit abeſſe, &c. non reſtituitur : datur exceptio ei, qui à magiſtratu retentus, niſi ipſe hoc affectauit.Aliud ſimile in leg. Spadonem.§.vlt.ff. de excuſ.tut.Qui tres tutelas habet,excuſatur, niſi affectauerit ſuſcipere.Hinc vulgo receptum eſt,quamuis inimico capitali fides non habeatur, tamen ſi quis data opera aliquem accuſauerit capitis, ne teſtis eſſe poſſet,non eſſe reiiciendum teſtimonium. Locus eſt de hac inſignis in l.1.§.cum quis latrones.ff.de quæſtionib.

Ad §.ſi numerus.

LOcus de interpretatione voluntatis, qui proprie Rhetorum eſt magis,quam Iuriſconſ. Hæ quæſtiones, quæ ſunt facti,poſitæ ſunt in arbitrio iudicis.l.voluntatis.7. C.de fideicom.Iudex æſtimare debet quid teſtator veriſimiliter ſenſerit ex conſuetudine, charitate,& aliis coniecturis. Conſuetudo patrisfa.non leuis eſt coniectura.l.nummis.73.ff.de leg.3.l.ſi cui annum.13.ff.de annuis lega.l.ex vſu.10.ff.de trit. leg.l.pe. ff.de alim.l.Nec obſtat l. 4.ff.de trit.l.Dixi ad leg.legato generaliter.ſupra hoc ti.Conſuetudo regionis.d.l.nūmis.l.ſemper in ſtipulationibus. ff. de reg. iur. Dignitas legatarij.l.ſed & ſi ſuſceperit.§.1.ff.de iud. Clariſſimis viris & ampliſſimis veriſimile eſt teſtatorem amplius præſtari voluiſſe. Neceſſitudo & affectio. His amplius etiam præſtari voluiſſe veriſimile eſt.l. Aurelius.§.Titius teſtamento.ff.de lib.lega.Contextus teſtamenti.d.l.nūmis.ff.de leg.3.l.qui filiabus.17. ſupra.l. hæredes palam.ff.de teſtam.l. inciuile.ff.de legib. Ineptum eſt autem, quod plerique hic dicunt de ordine ſeruando,&c.cum hoc omne relinquatur arbitrio iudicis.d.l.voluntatis.& alibi mutatur hic ordo.d.l.hæredes palam.

Ad l.55.nemo.

LOcus eſt de ratione legandi. Teſtator videre debet,ne legando aliquid contra leges faciat. leg. ſi quis inquilinos. 112.§.vlt.infra eo. Quod adeo verum eſt,vt etiam ſi teſtator ſpecialiter derogauerit legibus, id nō valeat. Id enim ſolius eſt principis,qui ſolutus eſt legibus.l.princeps. ff. de legib. Cum quid aduerſus leges faciunt, addere ſolent, Non obſtante lege,&c. Teſtatoris non eſt ea auctoritas, vt pote hominis priuati. Atque ita accipiendum eſt,quod dicitur, voluntatem teſtatoris pro lege habendam eſſe.authen.de nupt. §. diſponat. l.verbis legis.ff. de verb. ſignif. Modo contra legem nihil faciat. Simile in l.vlti.ff.de colleg. Simile in ipſo prætoris interdicto.ff.de pactis.l.iuriſgentium.§. prætor ait. Qua de re etiam Pompo. noſter diſſeruit in hoc loco, vt apparet ex l. pen. ff.de pact.quæ conferri & coniungi cum hac lege debet. Adde quod prætoris quoque ipſius Romæ poteſtas his cancellis circumſcripta fuit.l.1.ff.ex quibus cau.maio.l.cum ſponſis.ff. de pub.in rem actio.Hanc regulam probat Pompon. argum. quia nec tempore,aut loco,&c. Quod genus argum.videtur inſolens pleriſque. Non enim recte colligi videtur, Obligatio non poteſt finiri tempore, &c. ergo nihil contra leges caueri poteſt. Itaque fuit tempus,cum adhuc iuuenis,& audacior,quam nunc ſim,ita legendum,Itaque,pro quia,&c.Ex vniuerſali particulare efficitur, non contra : ſed longo vſu edoctus ſenſi tandem quod periculoſa ſit hæc iuuenilis audacia & licētia. Lectio igitur recepta idoneum habet ſenſum. Nam Pompon. theſim, ſiue regulam ſuam probat argumento eo, quod Inductionem vocamus,per exempla. Quod argumentum valet in iure ciuili,propter ſimilitudinem,ad quam maxime recurrendum eſt.l.non poſſunt.l.neque leges.ff. de legib. Eſt enim eadem ratio in aliis caſibus, quæ eſt in finienda obligatione,&c.Ergo idem ius eſſe debet. l. à Titio.108.ff.de ver. oblig.Vnde regula conficitur,Nemo poteſt,&c.Nunc exempla hæc declaranda ſunt. Primum exemplum eſt de tempore. Obligatio,qua tenetur hæres legatario,non finitur tempore, etiam ſi teſtator id velit. Nam certi ſunt modi obligationum tollendarum : ſicut & contrahendarum legibus introducti.l. obligationum fere.§.placet.ff.de obliga.& act. Quod alicui deberi cœpit,certis modis deberi deſinit,veluti ſolutione, acceptilatione.De his titulus eſt in Inſti.quib. mod.tolli.obliga. Pactum inter eos modos non refertur.§.vlt.eo.tit.§. præterea.Inſtit. de exceptio. De pacto nihil Roma.legibus cautum fuit:vt alias dixi ad tit.de pact.In pactis factum verſatur,&c.l. ſi vnus.§.pactus ne peteret.ff.de pactis. Excipiuntur quædam pacta,de quibus in l.legitima.& l.ſi tibi.§.quædam.ff.eod.tit. de pact.Ex aliis tamen pactis datur exceptio prætoria. dict.§. prætoria. Quæ exceptio actionem ipſo iure competentem, reddit inutilem & inefficacem. l. nihil intereſt. ff. de reg. iur. Hinc Cicero ait,pacta interdum iuri præſtare. Quæ tam iuſta putantur, vt iuri præſtare dicantur. Idem de tempore eſt dicendum,quod de pacto.Tempus non reperitur enumeratum inter modos legitimos obligationum.d.l.obligationum. Vſque ad calendas date ſpondes?Hęc obligatio perpetua eſt mero iure,& ſecundum leges. Promiſſor tamen conuentus poſt calendas,exceptione vtitur pacti,vel doli. Æquum viſum fuit hanc ſubtilitatem iuris ciuilis ſic temperare.Æquum eſt,quod conuenit ſeruari. l. 1. Digeſt.de pact. Ac tametſi leges repugnent:tamen ideo ab eis receditur: quia ſubtilitate quadam nituntur magis, quam vtilitate, aut æquitate. In hac emen-

dation veteris iuris fere verſatur ius prætorium. leg. ius autem ciuile. ff. de iuſtit. & iure. Similis eſt locus de ſtipulatione in l. 56. eum, qui ita. §. qui ita. ff. de verb. oblig. idem dicitur in §. at ſi ita. Inſtit. de verbo. oblig. Similis locus eſt in l. 4. ff. de ſeruitut. Seruitus conſtituta ad tempus perpetua eſt mero iure. Sed vindicans ſeruitutem, poſt tempus ſummouetur exceptione pacti, vel doli. Non eſt contrarium quod dicitur in leg. ſi Stichum. 16. §. ſtipulatio ff. de verbo. obligat. Si legatum ſit in ſingulos annos, legatum finitur morte. Cauſa non eſt lapſus temporis: ſed mors, &c. Conditionale legatum non tranſmittitur. l. ſi in annos. 4. ff. de an. lega. Nihil tamen prohibet præſtituere tempus hæredi ad adeũdum, quo elapſo excludatur. l. ſi quis ita hæres. 82. ff de hære. inſti. Diſpoſitio cõfertur in tempus, quo nihil iuris adhuc habet. l. pretia rerum. 63. ff. ad leg. Falcid. Verba cretionis apud Vlpian. titu. qui hæred. inſtit.

Aliud exemplum eſt de loco. Non magis finitur obligatio loco, quam tempore. Non numeratur locus inter modos, &c. Hæres Stichum dato Romæ. aut quandiu fuerit Romæ. Si hoc animo fit teſtator, vt velit eum non teneri, cum deſierit eſſe Romæ. Aliud exemplum de conditione. Species ſumi poteſt ex d ct. leg. obligationum fere. Stichum Titio dato, niſi nauis ex Aſia venerit. Vult hæredem teneri quouſque nauis venerit. Exiſtente conditione, tenetur debitor: ſed iuuatur exceptione. Idem dicitur in dict. leg. 4. de ſeruitut. Quæſtio eſt, an hæres poſſit ſe tueri exceptione, &c. Quidam negant, quia Pompon. ait, Nemo poteſt, &c. Verum iis aſſentior, qui putant locum eſſe exceptioni. Nam id receptum eſt in ſtipulatione. dict. leg obligationum. dict. leg. eum qui ita. 26. Item in ſeruitute. dict. leg. 4. ff. de ſeruit. Nec dubium eſt, quin eadem æquitas ſit in legato. Adde quod plenius interpretamur vltimas voluntates. leg. in teſtamentis. ff. de reg. iur. Ex eodem æquitatis fonte profluxit conſtitutio de legato temporali. l. vltim. Cod. commu. de leg. quæ eſt vna ex nouis deciſionibus. Nam ſubtilitas iuris refragatur: ſed æquitas præualere debet.

Obſeruanda eſt diligenter regula Pompon. Nemo poteſt, &c. cui ſimilis eſt alia in l. 6. quidam decens. ff. de admin. tut. Nemo poteſt in teſtamento ſuo ius publicum remittere, nec mutare formam antiquitus conſtitutam. Similis allegatio eſt in c. requiſiſti. ff. de teſtamen. Priuata diſpoſitio teſtatoris non poteſt generalem conſtitutionem canonis immutare. Hæc regula quæ generalis eſt, multa cõplectitur ſingularia. Quædam præcipua hic attingemus, ex quibus apparebit vſus regulæ. Ex regula colligitur teſtatorem non poſſe mutare formam & ſolennitatem teſtamentorum. Hęc ſolennitas deſcribitur in l. hac conſultiſſima. & l. iubemus. C. de teſtam. Hæc forma arbitrio teſtatoris non mutatur. l. teſtandi. 13. Cod. de teſtam. Vno ex teſtibus deficiente, nullum eſt teſtamentum. l. ſi vnus. Cod. de teſtam. Huc pertinet l. codicillis. §. vltim. ff. de leg. 2. alias l. Lucius. 9. vbi petuntur bona ex cauſa inteſtati. Numerus teſtium & alia huiuſmodi ſolẽnia iuris publici ſunt. l. 3. ff. de teſtament. Publico iure hoc ita conſtitutum eſt, vt facilius occurratur falſitatibus, quæ in teſtamentis frequentius admittuntur, quam in aliis artibus. l. vlt. C. de fideicomm. Caſus tamen ibi ſingularis eſt, in quo præſtatur fideicommiſſum ex ſcriptura non ſolenni. Cum hæres delato iureiurando fatetur relictum fuiſſe, nec quicquam allegat præter ſubtilitatem iuris. Idem dicitur in §. vltim. de fideicommiſſ. hæred. in Inſtit. Præterea valet etiam interdum iure fideicommiſſi, vt in dict. leg. Lucius. §. vltim. ff. de leg. 2. Hæc verba vim habent clauſulæ codicillaris. Sicut in l. cum pater. 77. §. filius matrem. de leg. 2. ibi, Enixæ voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videbantur. Ex iam dictis poteſt decidi quęſtio agitata de inſinuatione teſtamenti. Teſtamenta ſolent publicari & inſinuari. l. teſtamenta. l. conſulta. C. de teſtamen. ne fides pereat: tametſi valeat ſine hac publicatione. Sicut donationes vſque ad certam ſummam. l. ſancimus. C. de donatio. quæ ſine inſinuatione non valent. Hodie in Gallia omnes contractus propter nouum edictum principis noſtri, ad vitandas fraudes inſinuari debent. Si igitur forte cautum ſit lege municipali, vel moribus receptum, vt non valeat teſtamentum abſque inſinuatione, quæritur an teſtator poſſit hanc inſinuationem remittere? Et ſatis demonſtratum eſt ſolennia, quæ ad ius publicum pertinent, remitti non poſſe. Hæc autem inſinuatio videtur eſſe iuris publici: vt facilius vitetur falſitas, vt vitentur fraudes: vt notæ ſint facultates cuiuſque pro vectigalibus & tributis. Hæc omnia ad ius publicum pertinent, quod remitti non poteſt. dict. leg. quidam decedens. Hæc de ſolennitate & ritu. Regula pertinet ad ea etiam, de quibus diſponit teſtator. Vt ſi aliquid præceperit bonis moribus contrarium de ſepultura ſua. l. ſeruo alieno. 113. §. vltim. infra eod. l. quidam in ſuo. 27. ff. de condit. inſtit. Quæ ſunt bonis moribus contraria, perinde habenda ſunt, ac ſi facta eſſent contra leges. l. pacta quæ contra. Cod. de pact. Similis locus eſt in l. at ſi quis. §. funeris. ff. de relig. & ſumptibus funerum. non oportet ornamenta cum corporibus condi: nec quid aliud huiuſmodi, quod homines ſimpliciores faciunt.

Aliud eſt exemplum regulæ ſuperioris, Si teſtator remiſerit cautionem vſufructuario. l. 1. C. de vſufr. l. ſcire. Cod. vt in poſſ. legat. Duo autem ſunt genera cautionis, quæ exigitur de vſufructu. Vnum eſt cum vſusfructus relinquitur earum rerum, quæ vſu conſumuntur. de quo tit. eſt de vſufr. earum rer. Exigitur cautio de reddenda pecunia, &c. de hac cautione hic non loquimur. Altera eſt quæ exigitur à quocunque vſufructuario. titu. vſufru. quemadmod. cauea. Cauet ſe vſurum viri boni arbitratu: & cum vſusfructus ad eum pertinere deſierit, reſtituturum, quod extabit. l. 1. eod. tit. Hanc cautionem teſtator remittere non poteſt, vt conſtituit Marcus d. l. ſcire. Viſum eſt Marco Imperatori ſapientiſſimo, idque bonis moribus contrarium. Ea remiſſio præbet occaſionem vſufructuario abutendi re, &c. Facile abutitur fructuarius per ſpeciem vſus & fruitionis, quæ ei permittitur. Hoc compertum: verbis vtar eiuſdem Imperatoris in l. 2. eod. tit. Quæſtio eſt ad eandem regulam pertinens, de iure primogenituræ. Hoc ius ortum habet ex moribus & conſuetudine. Eſt contrarium legibus Romanis. l. maximum. C. de lib. præt. Sed vtilitatem habet & pertinet ad conſeruationem familiarum. Quæritur, an pater in teſtamento poſſit hoc ius adimere filio primogenito? Et receptum eſt non poſſe: quia non poteſt contra leges, &c. Conſuetudo vim legis habet. l. de quib. ff. de legib. Confirmatur hæc ſententia arg. ex l. ſi arrogator. ff. de adopt. Quia hoc non iudicio eius ad eum peruenit, ſed principali prouidentia. Ex cauſa tamen hoc poteſt pater, cauſa ingratitudinis, vel alia huiuſmodi, c. licet. de voto & voti redempt. in antiq. Decretalib. De eo qui demens, vel vitio aliquo laborat, vide c. grandi. de ſupplen. negl. prælat.

Quæſtio alia tractatur ad regulam ſpectans. Teſtator reliquit certam pecuniam ſacerdotibus pro miſſis celebrandis: an valeat hæc diſpoſitio? Plerique interpretes iuris pontificij negant valere, quod non liceat mercedem accipere pro re huiuſmodi. Quod hic dicitur de legibus, ad canones quoque pontificios pertinet. Sed ego ſcripſi de hac re quid ſentiam lib. 7. de benefic. c. 6.

Alia quæſtio eſt, Si teſtator iuſſit, vt mulier arbitratu Titij nubat. Reſpondeo hunc iuſſum non valere, quaſi bonis moribus contrarium & publicæ vtilitati ſobolis procreandæ cauſa. l. hoc modo. 63. ff. de condi. & demonſt. Et hoc ſatis expreſſum eſt l. cum tale. 71. §. ſi arbitratu. ff. de condit. & demõſtrat. Matrimonia debent eſſe libera. l. Titia. 134. ff. de verbor. obligat.

Aliud exemplum regulæ eſt, Si teſtator iubeat hæredibus ſuis, vt in communione maneant. Dicendum eſt non valere, ſi perpetuo, &c. l. in hoc iudicium. §. ſi conueniat. ff. commun. diuid. Hoc eſt contrarium bonis moribus: cogi quenquam inuitum ad communionem. l. ſi non ſortem. §. ſi centum. ff. de condict. indeb. Solet communio diſcordias excitare. l. cum pater. 77. §. dulciſſimis. ff. de legat. 2. Et magis negligi ſolent, quæ communia ſunt, quam quæ propria. l. 2. Cod. quando & quib. quarta pars. Quædam alia exempla adduci poſſent, ſed infinitum eſſet ſingula perſequi. Nunc accedendum eſt ad ea, quæ regulæ aduerſari videntur. Nam plerunque teſtatori licet cauere contra quàm lege cautum ſit. Quare officium perdere videtur regula. l. 1. ff. de reg. iur. Sed animaduertendum eſt, quod hic dicitur de legibus, accipiendum de iis, quæ ad rem magis publicam, quam priuatam ſpectant. Quomodo accipitur in edicto prætoris. ff. de pactis. l. iuriſ-

iuriſgentium.§.ſi paciſcar.& l.paciſci.eod.titul. Sed quędam ſpecies ſunt, in quibus dubitatur, an priuati, an potius publici iuris ſint. Nec ſane facile eſt homini non exercitato hæc diſtinguere, ac diſcernere. Nos exempla quædam præcipua hic referemus, quibus declaratis, facilius poterit de aliis iudicari. In primis certi iuris eſt cautionem legatorum poſſe prohiberi.l.penul.Cod.vt in poſſ.lega. Cur potius quam cautio fructuaria? Imperator ipſe rationem affert, vt ineptum ſit aliam requirere.leg.2.eod. titul. Non expedit publice hanc cautionem exigi, inuito teſtatore. Cur? Quia id experientia & vſu compertum eſt. Contra in cautione fructuum. Experientia compertum eſt præberi occaſionem fructuario abutendi, &c. Experientia docuit, facilius & frequentius abuti fructuarios, quam hæredes. Iura debent aptari ad mores hominum, &c. Erit autem 1. diſtin. Quod medicamenta morbis, &c. Nouel. 111. Quibus non ſatisfaciunt hæ rationes, non ſunt apti ad tractationem ciuilis ſcientiæ. Ineptum eſt in hac ſcientia quærere ἀποδείξεις. Aliud exemplum ex leg. 1. Cod. commun. de lega. Si teſtator iuſſerit, ne dominium tranſeat in legatarium ſine apprehenſione, bona non ſunt obligata pro legato. Vix vllus hic vertitur publicus fauor. Sola voluntas teſtatoris ſpectatur.dict.leg.1.verſ.ſi enim teſtator. Eadem ratione receptum eſt hæreditatem non aditam tranſmitti, &c. Item legata conditionalia. Cod. de caduc. tollend. Ac de iis conuenit inter omnes. Quid ſi teſtator voluerit, vt legatarius capiat rem legatam per ſe, nec ab hærede petat? Contra l. non dubium.Cod.de lega.l.1.§.1.ff. quod legat. Et verius videtur hoc præceptum teſtatoris valere, modo id ſine tumultu fiat.l.non eſt ſingulis. ff.de reg. iur. Quod conſtitutum eſt de hac re, videtur conſtitutum propter veriſimilem teſtatoris voluntatem. At contraria voluntas hic euidenter apparet.facit l.Titia cum teſtamento.35.§. Lucius.ff.de lega.2.argum.eſt etiam l.3. Cod.de pignor. Pactum valet vt liceat ingredi poſſeſſionem rei obligatæ, &c. Ergo & iuſſus teſtatoris. l.ſeruum filij.44.§.eum, qui.ſupra hoc ti. Quæſtio eſt de prohibitione Falcidiæ. Sententia veterum eſt, prohiberi non poſſe.l.quod de bonis.15.§.1.& §.vltim. ff. ad leg. Falcid. Exiſtimauerunt veteres illi deductionem Falcidiæ ad ius publicum pertinere. Lata eſt lex Falcidia, ne hæreditate non adita teſtamentum irritum fiat, & quæcunque in eo ſcripta fuerint. Inſtit. de lege Falcid. in princ. Non valet teſtamentum, niſi adita hæreditate.l.eam quam.Cod.de fideicommiſ.l. ſi nemo.de reg. iuris. Publice autem intereſt, vt teſtamentum effectum habeat. l. vel negare. ſupra quemadmod. teſtam. aper. Hoc autem ius abrogatum eſt à Iuſtinian. Nouel. 1. de hæred.& Falcid.§.ſi vero expreſſim. authent.ſed non teſtator. Cod. ad leg. Falcid. hoc vnum habet lucrum hæres, pietatem gratuitam, &c. qua vir bonus contentus eſſe debet. Sed cur Iuſtinia. huius pietatis gratuitæ rationem habuit potius, quam veteres legiſlatores? Variæ rationes adduci ſolent. Vna eſt, quæ mihi videtur cæteris probabilior, ac verior eſſe, qua cautum eſt eadem conſtitutione, vt hærede non adeunte, legata debeantur, modo fideicommiſſarij aut legatarij adeant. dict. §. ſi vero expreſſim.& authen. hoc amplius. C. de fideicommiſſ. Conſtat ergo ratio iuris veteris, nec vllum ſubeſt periculum, ne facto hæredis pereat teſtamentum. an hoc nouum ius locum habeat in Trebelliania quarta? Hæc deducitur ex hæreditate fideicommiſſaria. leg. 1.ff. ad Trebellia. & Inſtitu. de fideicom. hæred. illa ex legatis. Et iure veteri non valet eius quartæ prohibitio.l.ſi vt allegas.Cod.ad l.Falcid. Variæ ſunt opiniones. Ego iis aſſentior, qui putant nouæ conſtitutioni locum eſſe in hac etiam quarta. Nam Iuſtinian. loquitur de Falcidia, dict. §. ſi vero expreſſim. Nec dubium eſt, quin hæc quoque Falcidia dicatur. dict. leg. ſi vt allegas. Dixi ad l.cum filiofamil. ſupra eod. quia ad exemplum legis Falcidiæ inductum eſt Senatuſconſul. Trebellia. §. ſed quia hæredes. Inſtit. de fideicom. hæred. Deinde ratio eadem eſt, eadem vtilitas. Nullum enim periculum eſt, ne hæres ſine lucro hæreditatem non adeat. Nam valet teſtamentum eo non adeunte, ſaltem poteſt cogi adire inuitus etiam iure antiquo. l. quia poterat. ff. ad Trebellia. Quid ſi filij primi gradus inſtituti ſint? Plerique cenſent ne nouo quidem iure prohibitionem teſtatoris valere: quia ſpecialiter id conſtitutum fuit de filiis, ne teſtator poſſit Falcidiam eis adimere.l.iubemus.Cod.ad Trebell. Sed hæc opinio non ſatis firma ratione nititur. Ius antiquum non permittit teſtatori Falcidiam prohibere, vt iam dixi ſupra, idque ius pertinet generaliter ad omnes etiam extraneos, nihil ſpeciale eſt in filiis. In l. iubemus. non dubitatur de Falcidia, quaſi certum ſit adimi non poſſe, ſed dubitatur de imputatione fructuum: quia ſolent imputari in quartam. l. in fideicommiſſariam. 18. ff. ad Trebel. Sed Imperator hoc fauore proſecutus eſt filiorum, vt quartam habeant ſolidam ſine imputatione fructuum.

Dixi locum non eſſe regulæ Pompon. cum de re priuata magis, quam publica agitur. idque aliquot exemplis & quæſtionibus declaratum eſt. Alia eſt quæſtio, an teſtator poſſit hæredem ſuum adſtringere ad ſoluendum metu carceris? Videtur hoc contra legem eſſe.l.ob æs alienum.C.de oblig. Sed verius eſt hunc iuſſum teſtatoris valere: nihil eſt hic legibus, aut bonis moribus contrariũ. Nam & iure ciuili iudicati continentur carcere, donec ſoluerint, &c.l.1. Cod. qui bonis ced. poſſ. Et valet pactum de ea re factum, vt moribus noſtris receptum eſt, idque confirmatur iure pontificio. cap. ex reſcripto. de iureiur. Nec contraria eſt l.ob æs alienum. loquitur enim de addictis, quorum meminit Fab. Quintil. & alij. non eſt autem intelligenda de carcere. Alia quæſtio, an poſſit cauere teſtator, vt fides habeatur dicto & affectioni alicuius. Volo dari Titio pecuniam, quam affirmauerit ſibi deberi. Duæ leges obſtare videntur.l.iuriſiurandi. Cod. de teſtib. in qua dicitur, vnius teſtimonium non ſufficere. idem in c. in omni negotio. de teſtibus. in Decretal. Item obſtare videtur l. omnibus. C. de teſtib. teſtis in re propria, &c. Hoc præceptum teſtatoris aduerſus vtramque legem factum videtur, ſed verius exiſtimo hoc præceptum valere, ſi poteſt teſtator totam illam pecuniam donare, cur non poterit eius fidem ſequi? &c. Cui licet quod eſt plus, &c.l. videamus. ff. de in litem iurand. Perinde eſt, ac ſi dixiſſet, lego centum, ſi modo iurauerit ſibi deberi. Huc pertinet l. Theopompus. ff de dote præleg.

Prouidebit Paulianus, qui nouit mentem meam de æqualitate perſonarum, &c. Nec ad rem pertinet, quod dicitur legatum conferri in alterius voluntatem non poſſe, vt dixi ad l. Senatus. ſupra eod. Multum refert, an quid committatur voluntati alicuius: an teſtimonio & fidei. argu. l. nonnunquam. 51.ff. de condit. & demonſtr. l. ſi quis Sempronius. 68. ff. de hæred. inſtit. Hoc autem ita accipiendum videtur, niſi ex magna & graui cauſa aliud viſum fuerit iudici. Quid enim ſi tantam pecuniam affirmet ſibi deberi, vt incredibile ſit eam dediſſe mutuam teſtatori? Ex qualitate perſonarum æquum eſt iudicem moderari, & taxare quantitatem aliquam, &c. argu. l. videamus. ff. de in litem iuran. l. ſi libertus ita iurauerit. 30. ff. de oper. liber. Quid ſi mutauerit mores, ſtatum, conditionem. arg. l. cum quis. 38. ff. de ſolut. l. ſi cum Cornelius. 82. eo. tit. Alia quæſtio, ſi teſtator iuſſerit, vt cadauer ſuum in alium locum transferatur, alias, &c. Quidam cenſent hoc præcepto hæredes non obligari: quia non licet ſine permiſſu principis. l. nemo. Cod. de relig. Si perpetuæ ſepulturæ traditum fuerit. l. Diui fratres. 39. ff. de relig. l. ſi necdum. Cod. eod. Vulgo dicitur, id haberi pro impoſſibili, quod ſine iuſſu principis fieri non poteſt. l. apud Iulianum. 39. alias, cum ſeruus. §. conſtat. ſupra eo. At impoſſibilium nulla eſt obligatio. l. impoſſibilium. ff. de reg. iuris. Verum ego ſupr. admonui videndum eſſe num id ſoleat facile impetrari, &c. l. 1. § permittitur. ff. de aqua quotid. l. 5. quidam relegatus. ff. de reb. dub. Sicut accidit in hac ſpecie, ſaltem debet experiri principis voluntatem. argu. l. quid ergo. ff. de contrar. & vtil. act. tutel. Alia quæſtio, an teſtator poſſit remittere confectionem inuentarij vel tutori, vel hæredi? Et certum eſt tutori poſſe remitti. l. vlt. Cod. arbit. tutel. Si teſtator ſpecialiter inuentarium conſcribi vetuerit, creditur pater id facere, vt conſulat filio, ne forte patrimonij ſecreta pandantur. l. 2. C. de alim. pupil. præſtan. l. 1. C. quando & quibus quarta pars. Nec mihi probatur ſubtilis illa differentia remiſſionis & prohibitionis. quia nulla bona & firma ratione nititur. Cum remittit, oſtendit ſe confidere tutori, quaſi non aliter confecturus ſit, quam ſi id expedire pupillo viderit. Ex cauſa tamen poterit negligi hæc voluntas propter vtilitatem pupillorum, &c. l. vtilitatem. ff. de confir. tut. Si quid inopinatum emergat, de quo non cogitauit teſtator, &c. Aliud eſt genus inuentarij, quod fit ab hære-

de, & c.l. vlti. C. de iure delib. Et non videtur poſſe remitti in præiudicium creditoris. Iniquum eſt facto debitoris côditionem fieri deteriorem creditorum. l. debitorum. Cod. de pact. ergo tenebitur hæres etiam vltra modum hæreditatis: nec ei proderit remiſſio, &c. Quid ſi nulli ſunt creditores: ſed tantû legatarij? Diuerſa eſt cauſa legatorum, quia teſtator potuit eis non legare. Ergo multo magis liberalitatem ſuam arbitrio ſuo definire. argu. l. videamus. ff. de in lit. iuran. Alia quæſtio eſt de iure accreſcendi. Scripſi libro ſecundo de iure accreſcendi cap. 14.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI AD LEGEM FALCIDIAM, TITVLVS II. LIBRI XXXV.

Cap. I.

De ordine legis Falcidiæ.

IN interpretatione legis Falcidiæ illud primum quæri ſolet, quid Falcidia lex dicatur, & qs auctor eius fuerit: Quod ideo commemoro, quia eruditi quidam fatentur, ſe nuſquam legiſſe, quis hic Falcidius fuerit, qui huius legis auctor eſſe dicitur. Dion autem in Auguſto meminit huius legis, & legislatoris, eumque ait Tribunum plebis Romæ fuiſſe: meminit quoque eius Hieronymus in chronicis Euſebij, & Gratianus in can. quædam. 2. diſtinctio. Dicta igitur eſt hæc lex Falcidia, quia Falcidius Tribunus plebis eam à plebe rogauit. Quemadmodum & lex Aquilia, quæ plebiſcitum eſt, lex dicitur, ab Aquilio Tribuno plebis. l. 2. ad legem Aquiliam. Huius legis capita deſcripta extant apud Paulum in l. 1. ff. eod. quæ nos arctim percurremus, quia veluti vice argumenti creduntur eſſe totius huius tractatus. Antequam autem diſcutiamus, quæ ad interpretationem legis Falcidiæ à iuris noſtri auctoribus ſcripta ſunt, prius capita legis videnda ſunt. Primum caput hoc eſt in l. 1. §. 1. ff. eod. *Qui ciues Romani ſunt.* Paulus admonet hoc c. 1. datam liberam legandi facultatem. Accurſius interpretatur hæc verba Pauli, *Dedit facultatem*, id eſt, datam confirmauit, quaſi hæc poteſtas legandi prius conceſſa fuerit lege Decemuirali 12. Tabul. arg. l. verbis legis. de verbo. ſignif. latiſſima, inquit Iuriſconſultus, videtur poteſtas tributa eſſe hæredem inſtituendi, legandi. Sed dicendum eſt, his verbis reuera ſignificari, liberam legandi facultatem Falcidium dediſſe: idque ita accipere debemus, quaſi dederit, quod ante populo permiſſum non erat: abrogat enim Falcidius hac lege legem Furiam, & Voconiam, quæ non permittebant ciuibus, libere, quæcunque vellent, legare: Vtriuſque legis & Furiæ & Voconiæ meminit Iuſtinian. in titu. de leg. Falcid. Inſtitut. Et Theophilus in eodem loco docet, quid vtraque lege cautum fuerit. Lege Furia cautum erat (inquit) ne quis vltra aureos mille legaret. Quod eodem ſenſu Iuſtin. dicit, vltra mille aſſes. Vocat autem legem Furiam teſtamentum, quia præcipue ad teſtamenta pertinebat. Eandem legem Furiam dictam puto Fuſiam Caniniam. Furiam enim vel Fuſiam promiſcue dicebant veteres. de quibus meminit Cicero lib. in Verrem 3. Voconia lege cautum erat, ne plus haberet legatarius, quam hæres. Conſeruationi teſtamentorum ſtudebant hi legislatores, ſed poſtea tamen compertum eſt, vtranque legem facile eludi poſſe. Multis enim perſonis legari poterat, quo fiebat, vt etſi ſinguli legatarij vltra mille aſſes non acciperent, tamen hæreditas nihilominus exhauſta maneret, & inadita, & irritum fieret ea ratione teſtamentum. Ergo cum non eſſet ſatis vtraque lege proſpectum conſeruationi teſtamentorum, lata eſt hæc lex Falcidia, qua melius conſulitur teſtamentorum conſeruationi, quemadmodum dicemus in ſecundi cap. huius legis interpretatione. Hinc intelligi poteſt quorſum pertineat caput primum huius legis, cum Iuriſconſultus ait, *Liberam facultatem legandi dedit.* Nam & ſi quidem verum eſt, eandem facultatem prius lege 12. tabu. permiſſam fuiſſe, tamen plurimum ei per legem Furiam. i. Voconiam abrogatum erat. Vnde ius antiquum Falcidius renouare vult, niſi quatenus idem reſtrinxit in hac eadem lege, capite ſecundo. Huic non diſſimile eſt, quod attigimus ſuperioribus locis in §. 1. C. de caduc. tollend. Iuſtinianus in eo loco ait, ſe idem conſtituere de legatis, quod prius ſtatutum fuerat, vt portio deficiens non fieret caduca, ſed vel ſubſtituto accederet, vel accreſceret coniuncto. Et tamen in pleriſque Pandectarum locis diuerſum antiquitus obſeruatum fuiſſe reperimus, verum lege Papia Pop. ius antiquum, quod Iuſtinianus confirmat, immutatum fuerat, ideoque diſtinguitur lex Papia à iure antiquo, quo idem ſtatutum erat quod Iuſtinianus ibi recenſet, & confirmauit, ius alterum legis Papiæ emendans. Huius legis Papiæ meminit Dion lib. 56. & Vlpianus cap. 29. Inſtit. *Qui ciues Romani ſunt.* His verbis excludit Falcidius peregrinos, qui non habent teſtamenti factionem, quam ciues Roma. tantum habent. Peregrini teſtamentum facere non poſſunt, eodem iure vtuntur in Galliis in iis, qui Albini dicuntur, niſi literas à rege impetrauerint: alias non licet iis vltra quinque aſſes legare. *Poſt hanc legem rogatam.* Hic obſeruandum eſt, legem ad præterita non trahi, ſed ad futura pertinere, l. leges. C. de legib. niſi nominatim in lege aliud fuerit expreſſum. Boni legiſlatoris eſt futuris negotiis formam dare: ſine maxima enim humani generis captione fieri aliter non poteſt, quo nomine Cicero lib. 3. in Verrem inuehitur, quod in edicto poſuiſſet, *quicunque fecit, fecerit ue*, & edictum ad præterita retulerit, quod ſi permittatur, non dubium eſt, quin valde id ſit captioſum futurum. Nam ante legem pœna euitari non poterit, nec poſt legê. quia factû infectû fieri nô poteſt. Idem Iuſtin. in l. in bello. §. facta. ff. de capt. Sed cum quib. exceptionibus hoc accipiendum ſit, ſuo loco docuimus in explicatione tit. de leg. & Senat. Sequitur ſecundum caput huius legis.

Cap. II.

De modo legatorum adhibendo.

Quicunque ciuis.

HOc ſecundo capite, modum legatorum conſtituit Falcidius, vt Paulus admonet. Ergo hoc præcipuum caput eſt huius legis, & pertinet ad quartam illam partem hæreditatis, quæ detrahitur ex legatis, cum excedunt dodrantem: & dicitur pars illa à iuris auctoribus Falcidia, & Falcidiam detrahere, id eſt, quartam partem detrahere. in l. in ratione. 11. §. quod vulgo. C. l. pater filiam. 54. & aliis. Statuit igitur Falcidius, vt ita ciues Romani liberam haberent legandi poteſtatem, dum ita legetur, ne ex hæreditate minus, quam quartam partem hæredes capiant.

Quartam hæreditatis vult penes hæredes manere, quæcunque teſtator legata reliquerit. Ergo hac lege plenius proſpectû eſt conſeruationi teſtamentorum, quam antea. Voconia autem lege cautum erat, ne minus caperet hæres ex hæreditate, quam legatarius, ſicut in altera lege, Furia ſcilicet, ne plus mille aſſibus legaretur. Sed eludebatur & hæc: contingebat enim ſingulos legatarios non plus habere, quam hæredes, & tamen contingebat exhauriri hæreditatem legatis, nec ideo videbatur contra legem factum eſſe: cui incommodo hic occurit Falcidius, & ſtatuit ne minus quam partem quartam hæreditatis retineant hæredes ex teſtamento, quæcunque teſtator legarit. *Ciui Romano.* His verbis oſtendit Falcidius, quemadmodum nemo poteſt legare, niſi qui ciuis Romanus ſit, ita nemini legari poteſt, niſi ſit ciuis Romanus. Ciues Romani tantum teſtamenti factionem habent. Hanc factionem vtroque ſenſu accepimus. titu. de hæred. qualit. & different. Inſtitut. Peregrinus neutro modo teſtamenti factionem habet, quia ciues Romani non ſunt. Huc pertinet l. 1. C. de hæred. inſtitu. vbi docet deportatos hæredes inſtitui non poſſe, nec tan-

nec tanquam peregrinos ex teſtamento capere poſſe, quia deportati in inſulam peregrini ſunt: quod notum eſt ex eo, quod ciuitatem amittunt, & ex ciuibus peregrini fiunt. l. ſed ſi hac lege. ff. de in ius vocan. licet enim per deportationem libertatem non amittant, amittunt tamen ciuitatem. Et huc referri oportet, quod eſt apud Theophil. in princ. tit. Inſtit. de fideicomm. hæred. vbi docet originem fideicommiſſorum: is qui forte peregrino & amico legare vellet, cum intelligeret id per legem ſibi non licere, committebat hoc fidei amici ſui, vt illi bonorum partem reſtitueret. Peregrini enim ciues non ſunt, ideoque cum eis nihil agi poteſt ex iure ciuili, vt Boetius ſcribit in Topic. Cicer. *Iure publico dare, legare.* Hoc addidit Falcidius, vt oſtenderet ita liberam legandi facultatem dari, vt tamen à iure publico non recedatur, id eſt, vt iure publico formam ſtatutam ſeruet teſtator, modò is cui legatur, ſecundum ius publicum legatum capere poſſit. Teſtamenti factio iuris publici eſt, & tam formam quam perſonas reſpicit. Obſeruandum igitur, quanquam libera facultas teſtandi permittitur, tamen non permittitur libera facultas recedendi à iuris publici forma. Hoc confirmatur etiam aliis locis, l. ſi quando. 35. C. de inoffic. teſtam. Ergo ſolennia publica obſeruanda ſunt, nec aliter intelligitur libera dandi, legandi facultas permiſſa eſſe. *Dum ita detur legatum.* Ex his verbis intelligi facile poteſt, cur legata dicantur ipſo iure minui per legem Falcidiam. in l. in quantitate. §. ergo optimum. 73. hoc ti. Ipſo iure, inquit, minuuntur legata pro rata, ſi excedant dodrantem, id eſt, nouem vncias, quia ipſa lex Falcidia ea minuit, & ipſum ius, id eſt, non eſt opus prætoriæ iuriſdictionis auxilio, vt detur exceptio, ſed ex ipſa lege detrahitur. id enim ipſis verbis legis Falcidiæ expreſſum eſt. Quæ lex ipſum ius dicitur emphatice. Ergo vult lex ipſa, eos capere & retinere quartam totius hæreditatis. Hinc intelligimus tantum videri legatum, quantum remanet, detracta quarta Falcidiæ. Exempli gratia: ſi quadringenta habet teſtator in bonis, & legauit quadringenta, vel vni, vel pluribus, trecenta tantum legata videntur, non quadringenta, niſi forte per abuſionem quadringenta legata eſſe dicantur: ipſo enim iure minuuntur legata, quatenus excedunt dodrantem bonorum, id eſt, diminutio illa fit per ipſam legem Falcidiam. Vnde colligitur ratio detrahendæ Falcidiæ ex legatis: ſi legatum ſimul ſit vltra, quam legatarius per legem capere poſſit, & præterea legata dodrantem bonorum excedant. in leg. quoties. 67. quæ lex coniungenda eſt cum l. 6. de vulg. cui ſimilis eſt l. 72. de hæred. inſtit. vide Vlpian. in Inſtit. tit. 24. Exemplum huius rei extat in leg. 2. C. de natu. liber. Legata ſunt viginti, cui per legem non niſi quindecim legare licitum erat, præterea in tota hæreditate non reperiuntur niſi viginti, id eſt, tota illa hæreditas exhauritur illis viginti legatis. Duo ergo hic conſiderantur: vnum quod plus legatum ſit quam legatarius per legem capere poſſet, etſi hæreditas ſoluendo eſſet, alterum quod legata dodrantem hæreditatis excedant, & exhauriant totam hæreditatem. Quare hic in primis detrahetur quarta pars Falcidiæ, quia incipiendum eſt à Falcidia. Deinde ſi forte excedat quantitas, quæ ſupereſt, modum legatorum à lege definitum, poterit etiam id deduci. Sic itaque deductio fiet, vt non ſit vltra, quam lege definitum eſt, legatum. In propoſita igitur ſpecie detrahetur quarta pars bonorum, id eſt, quinque, manebunt in legato quindecim, ab his nihil amplius detrahetur: tota enim quindecim per legem capere poteſt. Et ſic hanc detractionem incipimus à Falcidia. Per legem illi capere non licebat viginti, ſed quindecim, vt autem cognoſceremus, an legata eſſent viginti, an vero quindecim, prius Falcidiæ ratio ineunda erat: quia tantum intelligitur legatum, quantum remanet Falcidia detracta. Notandum tamen legata minui pro rata portione. l. in quantitate. ſuprà. Hinc fit, vt non ſemper quarta pars ex legatis detrahatur, ſed aliquando minor, vt puta octaua pars, ſi teſtator quadringenta habet in bonis, & legauerit quadringenta, detrahetur quidem quarta: at ſi idem, qui quadringenta in bonis habet, legauerit trecenta, & quinquaginta, detrahetur pro rata portione, id eſt, octaua pars nempe quinquaginta, non detrahetur centum. Et ſic de ſimilibus iudicandum erit. At quid ſi pluribus ſit legatum à teſtatore, quomodo fiet detractio an æqualiter, an pro rata portione? Et conſtat pro rata portione omnium detrahi Falcidiam, ita vt amplius detrahatur ex eo legato, quod maius eſt, minus vero ex eo, quod tenuius eſt. l. 2. C. de leg. Hinc quæritur, Si tantum ſit legatum, an onus iniunctum legatario ſimul minuatur: vt ſi legatarius grauatus ſit onere fideicommiſſi. Teſtator cuidam legauit fundum, & fideicommiſit, vt centum reſtitueret alii, quæritur, ſi tantum ſit legatum, vt Falcidiæ locus ſit, an fideicommiſſi onus ſimul minuatur pro rata portione? De hac quæſtione antinomia reperitur ſub hoc tit. l. maritum. §. vlt. 25. & in l. pœnales. 32. §. ſi Titio. ſuprà Teſtator legauit fundum liberto, & eius fidei commiſit, vt annua decem heræ daret. Locus eſt legi Falcidiæ, quia ſi legatum totum conſequeretur, non remaneret quarta pars bonorum apud hæredem. Sed quæritur, an minuatur illud fideicommiſſum quoque. Et inquit Iureconſultus, in d. l. maritum. non minui, ſed contrarium dicitur in d. l. pœnales. §. ſi Titio. Si Titio legata ſunt viginti, eiuſque fideicommiſſum, vt quinque heræ reſtitueret, locus eſt legi Falcidiæ, minuitur legatum Titii, & ſimul pro rata portione fideicommiſſum ab eo relictum. Pro rata portione (inquit) detrahitur ex quinque, nec apertius quicquam dici potuit. Solutio: Hæ ſpecies ſunt diuerſæ, & rationem diuerſam habent: In priore ſpecie pars ipſius legati à legatario non eſt relicta: In poſteriori vero ſpecie pars legati relicta eſt. In priori ſpecie, in d. l. maritum. teſtator legauit fundum liberto, eumque rogauit, vt heræ annua decem præſtaret, hoc fideicommiſſum pars fundi non eſt. Nam non ex fundo, quem liberto legauit, vult partem aliquam heræ reſtitui, ſed rem omnino diuerſam, pecuniam videlicet. At in poſteriori ſpecie, ipſius rei legatæ partem vult præſtari fideicommiſſario. Ratio diuerſitatis eſt, quia lex Falcidia minuit legatum, & omnes res legatas pro portione. Ergo in poſteriori ſpecie, in qua viginti legata ſunt, tota illa viginti minuuntur, quia tota legata ſunt. Ergo & quinque, quæ pars ſunt iſtius legati, minuuntur pro portione, quia ſunt in legato, & ſunt pars legati. Teſtator legat viginti, petiit vt reſtitueret legatarius quinque, ſi Falcidia interueniat, minuet totum legatum, ergo & illa quinque. Verum in priori ſpecie de annuis decem nihil minuitur. Teſtator liberto legauit fundum, eiuſque fidei commiſit, vt heræ annua decem daret, Falcidia interueniens minuet fundum legatum: Sed in eo fundo non continetur ſumma annua per fideicommiſſum relicta, ergo non minuetur. Hæc diſtinctio ſumitur ex l. cum pater. §. ſi pars, de leg. 2. & l. ſi mihi Stichus. 97. de lega. 1. Stichus mihi legatus eſt, meq; fideicommiſſum, vt Stichum aut Pamphilum reddam, locus eſt legi Falcidiæ, quæritur, An Pamphilum totum, vel partem tantum reſtituam? Hic ſubtiliter reſponſum eſt, ſi Stichum non reddam, & locus ſit Falcidiæ, tunc totus Pamphilus eſt reddendus, quia nihil ab eo debet diminui per Falcidiam, dimidia pars à Sticho deducetur, quia is legatus eſt, Pamphilus autem in legato tum non eſt, ergo ex eo nihil deducetur. Ex verbis eiuſdem legis colligitur quoque, communionem induci inter legatarium & hæredem, cum locus eſt Falcidiæ, communicantur ipſo iure res legatæ inter hæredem & legatarium pro rata parte. Si fundus legatus ſit, in quo tota hæreditas conſiſtat, ſtatim hæres ipſo iure pro quarta parte diuiſa, efficitur dominus fundi, pro altera parte dominus manet legatarius. Exemplum eſt in l. Plautius. 49. Eſt ex libris Pauli ad Plautium. atque ideo in primis ibi verba Plautii ponuntur, deinde verba Pauli ſubiiciuntur. Eſt enim acceſſio Pauli ad ſcripta Plautii. Hæc ſpecies erat tractata apud Plautium. Teſtator teſtamento legauit alicui Stichum ſeruum, eidem ſeruo legauit fundum, quæſtio erat, de ratione detrahendæ legis Falcidiæ, cum vni legaſſet ſeruum, & eidem ſeruo fundum. Obtinuit Caſſii ſententia, quam probat Paulus: Caſſius exiſtimauit in primis ex ſeruo detrahi debere Falcidiam, deinde ſemel ex fundo legato, quia in hoc caſu ſeruus legatus communis eſt inter legatarium & hæredem, & detracta parte ſerui legati cognoſcitur, quid pertineat ad hæredem, quid ad legatarium. Probatur ergo ſententia Caſſi. Sabini ſententia erat, rationem habendam Falcidiæ in ſeruo, ſed ita, ſi ea pars, quæ ex ſeruo legis Falcidiæ ratione decederet, prius detraheretur ex

fundo, tanquam inutiliter relicta: deinde demum ex reliquis fundi portionibus alteram Falcidiæ partem detrahendam putabat. Non animaduertebat, ſi quis communi ſeruo legaret, id totum ad legatarium pertinere, & nihil ad hæredem. l. verum. 63. §. ſi ſeruo. pro ſocio. Caſſius dicebat poſtquam pars Falcidiæ ex ſeruo detracta eſſet, detrahendam ſemel ex fundo reliquam partem Falcidiæ. Non quod pars aliqua in fundo legato inutiliter ſit legata, vt Sabinus putabat: vtile eſt.n. illud legatum: & falſum eſt, quod Sabinus putauit, quæ pars ex ſeruo decederet, eam partem in fundo inutilem fore, & ex reliqua parte detrahendum, quod hæredis Falcidiæ deeſſet. *Totum* (inquit) *ad ſocium.* Si teſtator ſeruum communem habuiſſet ab initio, & ei fundum communem legaſſet, totus ad ſocium pertineret, non ad hæredem. Idem hic dicendum, quia ſeruus cœpit eſſe communis propter legem Falcidiam inter hæredem & legatarium, etſi tempore mortis teſtatoris communis non fuerit. Quartam ergo partem habet hæres ex eo ſeruo, tres reliquas partes habet legatarius. Perinde igitur eſt, ac ſi ſeruus ab initio fuiſſet communis: ſi enim communis fuiſſet, eique teſtator fundum legaſſet, totus fundus ad ſociũ pertineret. Ideoq; non detrahetur illa pars, quæ ex ſeruo ad hæredem redit, tanquam inutiliter relicta ex fundo, & deinde tandem Falcidia. Nam totus fundus vtiliter legatus eſt, & cõmunio introducta ipſo iure inter hæredem & legatarium, propter legem Falcidiam, quamuis ab initio communio inter illos nulla fuerit. Detrahetur igitur Falcidiæ pars ex ſeruo, & deinde altera pars ex fundo toto ſemel, non detractis prius ex fundo tot partibus, quot ex ſeruo deceſſerint, tanquam inutiliter relictis.

CAP. III.

De communione hæredis & legatarii, quæ per legem Falcidiam inducitur.

COEpimus interpretari ſecundum caput legis Falcidiæ, in quo dicitur, ita cuiquam legare licere, ne minus, quam quartam partem ex teſtamento hæredes capiant, & diximus hac lege communionem quandam induci inter hæredem & legatarium: cum legata excedunt dodrantem hæreditatis, res communicantur inter hæredem & legatarium, vt ſi tota hæreditas exhauſta ſit legatis, omnium rerum quarta pars hæredis ſit, & reliqua legatariorum. Ergo omnes res inter eos communes ſunt, & in iis partes habent indiuiſas hæres & legatarius, & hæ partes inducunt communionem. Cum enim communionem dicimus eſſe inter aliquos, partes indiuiſas eos habere intelligimus. Id facile colligitur ex l. Plautius. cuius mentionem fecimus. Teſtator ſeruum legauit alicui, & eidem ſeruo fundum, quæritur, quomodo quarta pars ſit deducenda? Caſſius, cuius ſententia probatur, ait deducendam eſſe Falcidiam, in primis ex ſeruo legato. Ex hoc intelligi poſſe quota pars deceſſerit ex eo legato, ſi aliud nihil in hæreditate fuit præter ſeruum & fundum, quarta pars ſerui erit hæredis. De fundo Caſſius ait, totum fundum legatarii eſſe. Ceteri putabant partem fundi vtiliter legatam, partem inutiliter. Communio, dicebat Sabinus, inducitur per legem Falcidiam inter hæredem & legatarium. Seruus, qui legatus eſt, communis fit inter hæredem & legatarium. pro qua ergo parte ſeruus eſt hæredis, pro ea parte eſt inutile legatum fundi, atque ideo putabat eam partem fundi tanquam inutiliter legatam, hæredem retinere debere, deinde ex reliqua parte fundi deducendam eſſe Falcidiam. Idem enim eſſe, ac ſi ſeruo communi eſſet legatum. Si ſeruo communi eſſet fundus legatus, partim valiturum eſſe legatum, partim non. Caſſius autem exiſtimauit ſemel deducendam eſſe Falcidiam ex toto fundo, & falſum eſſe quod Sabinus & alii putabant, partem fundi legati inutilem eſſe, ſed totum potius legatum vtile eſſe. Cum enim communi ſeruo legatur, totum legatario acquiritur, totum pertinet ad ſocium. l. 1. §. ſi ſeruus. de ſtip. ſeruor. Ergo idem in hac ſpecie eſt dicendum. Hæres in ſeruo legato habet quartam partem: legatarius habet reliquas partes: perinde accipimus hoc legatum, ac ſi ſeruo communi legatum eſſet, quo caſu totum legatum ad ſocium pertineret. Et ideo hoc quoque caſu nihil retinebit hæres, ſed ſemel deducetur Falcidia ex fundo, quaſi nihil inutiliter relictum ſit, ſed plus, quam per legem Falcidiam liceat. Eodem pertinet, quod dicitur in §. ſeq. ea leg. *Interdum.* Ex eo quod dicimus communionem induci per legem Falcidiam inter hæredem & legatarium, conſequitur legatum aliquando extingui, ſi fuerit legatum ſeruitutis, quæ pro parte non poteſt conſiſtere. Teſtator duos fundos habet Sempronianum & Cornelianum: Titio legat fundum Cornel. & viam per eum fundum, ad fundum Sempronianum. Poſt mortem teſtatoris locus fuit Falcidiæ, ita vt fundus ille Cornelianus legatus Titio inceperit communis eſſe inter hæredem & legatarium: igitur quarta pars fundi eſt ipſo iure detrahenda. Hinc ſequitur legatum ſeruitutis extingui, quia per partes ſeruitus acquiri non poteſt, fundo communi nemo poteſt acquirere ſeruitutem. l. pro parte. de ſeruit. Seruitus non recipit diuiſionem. Inutiliter quis ſtipulatur communi fundo ſeruitutem, toti etiam fundo non poteſt acquirere ſeruitutem, cum pro parte alienatus ſit, quia nemo alteri ſtipulando acquirit. l. ſtipulatio iſta. 38. §. alteri. de verbor. obligat. Qui enim fieri poteſt vt parti incertæ & indiuiſæ ſeruitus acquiratur, cum nulla ab altera diſcerni poſſit? *Nam ſi pars fundi remanſerit.* Si pars fundi remanet in hæreditate, communis eſt fundus. Hæcque communio facit, vt extinguatur omnis ſeruitus viæ. Eſt locus communis de ſeruitute, de qua in d. l. pro parte. l. ſi ſub vna. 136. §. 1. de verb. obligat. Hæc autem communio locum non habet in legatis indiuiduis. leg. ſi is qui quadringenta. §. quædam. 80. Cum hæreditas exhauſta eſt legatis, & pars quarta hæredis, dodrans vero legatarii eſſe dicitur, de rebus iis hoc intelligimus, quæ diuiſionem recipiunt. De aliis, quæ diuiſionem non recipiunt, id non poſſumus intelligere. Quædam legata diuiſionem nõ recipiunt, vt ſeruitus. Fieri non poteſt, vt ſeruitute quis pro parte vtatur, quia non poteſt conſtitui niſi in ſolidum, ſed quomodo id accipiendum ſit, interpretati ſumus in leg. 2. de verbor. oblig. in l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. de verb. obligat. Idem dicitur, ſi duo ad domum ædificandam obligati ſint, neuter pro parte ſua feciſſe dici poteſt, niſi integro ædificio abſoluto. Quod ſi plures hæredes ſint, ſinguli in ſolidum tenentur, quia legatum viæ, itineris, & aliarum ſeruitutum, totum ad legatarium pertinet, etſi locus ſit Falcidiæ. Ratio non patitur, vt pro parte ſeruitus conſtituatur: ſed cum de æſtimatione legis Falcidiæ tractatur, ad æſtimationem illarum ſeruitutum quoque tunc erit veniendum, de qua infrà. Hæc de communione hæredis & legatarii ſufficiant.

CAP. IV.

De naturali & ciuili obligatione.

EX verbis eiuſdem capitis ſecundi, huius legis Falcidiæ, quæſtio naſcitur, an legata, quæ excedunt dodrantem bonorum, debeantur ab hærede legatario, ſaltem naturaliter. Falcidius diſerte cauit ita legandum eſſe, ne minus hæredes, quam quartam partem capiant ex hæreditate. Ex quibus verbis manifeſtum eſt, hæredem legatario ad legata præſtanda, iure ciuili ſeu lege non eſſe obligatum vltra dodrantem bonorum. Sed quæritur, an naturaliter ei ſaltem ad integra legata obligatus ſit. Quæſtio non modici effectus eſt. Si enim naturaliter illa legata hæres debeat legatario, hæres ea non poterit repetere, ſi per errorem ſoluerit. Si non ſit obligatus naturaliter, ſoluta per errorem condictione poterit repetere. Difficultatem augent l. 1. l. error, Cod. ad legem Falcid. In prima dicitur, ſi vltra dodrantem ſoluerit legatario hæres, non videri plus debito ſolutum. In altera verò, ait, condictionem ſoluti non impediri: quæ maximè inter ſe videntur eſſe pugnantia. Magna hic altercatio eſt de obligatione naturali & ciuili. Neque conuenit, quid ſit naturalis obligatio, & quæ eius cauſa, de qua aliquando fuſe tractauimus in tractatu de obligatio. & act. In ſuperioribus docui naturalem obligationem ſola naturali æquitate & ratione niti, quod diligenter eſt notandum, quia hæc tota diſputatio inde dependet. leg. Stichum. 95. §. naturalis. de ſolut. Quæ obligatio pacto contrario, vel iureiurando tollitur. Æquitas enim naturalis, contraria æquitate ſoluitur. Cum quis promiſit ſe daturum, aut facturum, ex eo naturaliter obligatus eſt. Eadem obligatio contrario pacto tollitur, quia ſicut conueniens eſt, prius illud, de quo conuentum eſt, ſeruari: ſic & poſterius ſeruari æquum eſt.

Ergo

Ergo ſola naturali ratione hæc obligatio nititur. Sunt, qui hoc loco ius gentium à iure ciuili diſtinguunt, ſed hæc diſtinctio rem plus obſcurare videtur. Cum enim quæritur, an quis naturaliter ſit obligatus, ſemper ad naturalem rationem & æquitatem eſt reſpiciendum: an natura ſit honeſtum, aliquem teneri: an ab officio boni viri alienum ſit aliquid non præſtari. Ad hanc æquitatem ſemper eſt reſpiciendum, quæ bono cuique nota eſt (vt Fabius inquit.) Igitur in propoſita quæſtione, an legata debeantur naturaliter, ſaltem non dubito ſimpliciter & generaliter verum eſſe, legata deberi naturaliter, licet aliqui diſſentiant, qui eruditionis nomine clari ſunt. Nam natura æquum eſt, voluntati defuncti parere, quod & Plinius teſtatur in epiſt. ad Sabinum, lib. 4. Mihi defuncti voluntas (inquit) omni iure antiquior eſt: & oſtendit ſe ſoluere voluiſſe, quamuis per legem cogi ad id non poterat. Honeſtum eſt voluntati defuncti parere, cum quis eſt hæreditatem amplexus: contra iniquum eſt eius voluntatem negligere. Hoc ſic generaliter loquendo verum eſt, ſed ſi veniamus ad hypotheſim noſtram, cum quærimus deberine legata naturaliter, non detracta Falcidia, puto non deberi: quia cauſa honeſtatis, ad quam reſpiciendum eſt, deficit: quia natura honeſtum non eſt, quicquid in hæreditate eſt, extorqueri ab hærede: & veriſimile non eſt, fruſtra teſtatorem hæredem voluiſſe inſtituere, & hoc videtur à boni viri officio abhorrere. Neque vero turpe eſt partem legatorum retineri ab hærede, ſi non ſufficiat hæreditas ad ſoluendum. Nam non eſt credibile ſine commodo hæredem à teſtatore inſtitutum eſſe. Vnde ſequitur naturaliter hæredem ad legata præſtanda vltra dodrantem non teneri. Quare ſoluta per errorem poterit condictione repetere. dic. l. error. C. ad legem Falcid. Certum autem eſt obligationem naturalem talem eſſe, vt ea obligatus, ſolutum per errorem repetere non poſſit. leg. naturalis. de actio. & obligat. Licet enim naturalis obligatio ad actionem non ſufficiat, tamen tanta eſt eius vis, vt is qui ſoluerit, indebitum ſoluere non dicatur. Diſtinctio tamen traditur inter facti & iuris errorem in l. cum quis. 10. Cod. de iuris & facti ignor. Si errore iuris aliquid ſolutum fuerit, repetitio non datur: at ſi errore facti, repetitur. Alii aliter diſtinguunt, ſed hæc diſtinctio mihi verior videtur, vt docui paulo ante d. tit. de iur. & facti ignor. Sed quid reſpondebimus ad l. 1. Cod. ad legem Falcid. Ait Seuerus, eum qui omiſſa Falcidia, legata ſoluit, ſi debitum ſoluit, debitum vel ciuiliter vel naturaliter ſolui: ciuiliter debitum dici non poteſt, propter legem Falcidiam: ergo de naturaliter debito intelligi debet, cum tamen ante diximus, hæredem vltra dodrantem etiam naturaliter non teneri. Videamus itaque quid reſpondendum ſit. Dixi in hac quæſtione, de obligatione naturali, ſemper ad fontes eſſe reſpiciendum, id eſt, ad ius naturale, an quid natura honeſtum ſit, an non. honeſtum non eſt, quicquid in hæreditate eſt, exigere ab hærede, vt nihil ei ſuperſit: quia veriſimile non eſt teſtatorem ſine commodo ſucceſſorem voluiſſe. Igitur naturaliter non eſt obligatus hæres ad præſtanda legata vltra dodrantem. Et ideo ſoluta per errorem, indebiti condictione repetet, & ſic eſt intelligenda dict. l. error. Sed tamen certum eſt, honeſtum eſſe hæredi legata integra ſoluere, ſi velit pleniorem fidem præſtare defuncto, laudandusque eſt eo nomine hæres: atque ideo in dic. l. 1. C. ad legem Falcid. ſic dicitur, non videri plus debito ſolutum eſſe, ſi ſciens prudens ſoluerit, omiſſa Falcidia, quaſi pleniorem fidem defuncto exhibiturus. Idem dicitur in leg. fideicommiſſum. 7. de condic. indeb. Cod. Sed cuius eſt hic effectus, cum quis ſciens ſoluit? Reſpondeo in multis caſibus referre, an indebitum à ſciente ſolutum ſit. Exemplum in l. ſi ſponte. §. pen. de donat. inter vir. & vxor. Si quis hæres inſtitutus ſit, & ab eo legatum vxori, ſi integra legata omiſſa Falcidia ſoluerit, quæritur, an id ei licuerit facere: propter D. Antonini orationem, qua prohibita eſt donatio inter virum & vxorem. Si omnino indebitum ſoluiſſe diceremus, donatio eſſet, quæ prohibita eſt inter coniuges ſenatusconſulto, & non valeret. Sed dicitur ibi, non videri plus debito ſoluiſſe, ſi ſponte ſoluerit. Recte igitur ſciens integra legata ſoluere poterit, ſed ea ab inuito exigere honeſtum non eſſet.

Cap. V.

Quando lex Falcidia locum habeat.

SEquitur in eod. cap. *eo teſtamento.* Hæc verba oſtendunt Falcidiam tantum locum habere facto teſtamento. Nunquam hæc quarta detrahitur, niſi facto teſtamento. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur, vna eſt in l. 1 §. 1. ſupra. Quæritur, ſi is qui teſtamentum fecit, captus ſit ab hoſtibus & ibi mortuus, quo caſu irritum fit teſtamentum, l. ſi quis filio. 6. §. irritum. de iniuſt. rupt. irr. an ſit locus Falcidiæ? Non videtur, quia eius teſtamentum, qui captus eſt, irritum factum eſt. Paulus tamen ait, ad hunc quoque caſum Falcidiam pertinere, propter legem Corneliam, quæ confirmat teſtamenta eorum, qui apud hoſtes deceſſerunt, etſi irrita facta ſint, cum ſerui hoſtium fierent, tamen ſi apud hoſtes decedant, perinde rata habentur, ac ſi in ciuitate deceſſiſſent. d. l. lege Cornelia. 12. de teſtamen. ff. Ergo lex Falcidia interpretationem capit ex lege Cornelia. Eſtque locus communis de interpretatione legis: lex vna ex alia interpretationem accipit. Leges priores ad poſteriores, & poſteriores ad priores trahuntur. l. non eſt nouum. de leg. ff. Cum ergo lex Falcidia de teſtamento loquitur, nos id interpretamur, ſiue reuera teſtamentum ratum ſit, ſiue ab eo, qui pro ciue habetur, propter fictionem legis Corneliæ, factum fuerit. Igitur ad conſtitutionem pontificiam lex Falcidia quoque pertinet. Conſtitutio pontificia tollit ritum ſolennem in teſtamentis olim adhibitum. cap. cum eſſes. de teſtam. Et recte dicetur Falcidiam locum habere in iis teſtamentis, vbi ſeptem teſtes erant adhibiti, tamen hodie ſufficit duos teſtes cum parochiano eſſe adhibitos. Sequens quæſt. o eſt in §. ſeq. *Ad eos qui.* Hic quæritur, ſi proximus agnatus ſit hæres inſtitutus, & ab eo legata relicta, & is omiſerit hæreditatem ex teſtamento eludendorum legatariorum gratia, & ab inteſtato adierit, quo caſu actio datur legatariis, de qua ſic titulus, Si quis omiſſa cauſa. an hoc caſu locus ſit Falcidiæ? Legatarii ex edicto prætoris petunt legata, ac ſi hæredes adiuiſſent hæreditatem. Hæres cupit detrahere Falcidiam, videtur ex his verbis legis non poſſe, quia teſtamentum fuit irritum, ex eo ſiquidem hæreditas non fuit adita, quo caſu irrita fiunt teſtamenta. §. 1. de hæred. quæ ab inteſt. defer. Inſtit. l. ſi nemo. de reg. iur. l. ſi nemo. de teſtamen. tutel. ff. Legata ex teſtamento non petuntur, ſed actione à prætore introducta: videtur ergo Falcidiæ locum non eſſe. Sed Paulus ait, eodem per prætorem dirigi Falcidiam. Eſtque & hic locus communis de interpretatione legum: ſicuti & ceteræ quæſtiones omnes. Altera quæſtio eſt in l. ſi filiusfamilias. 18. ſupra tit. Diſputat hic Paulus, & diſputando multas rationes adfert, quibus videtur non ſatis intentus, aliud ſentire quam ſentit, ſed tandem concludit ſententiam ſuam. Quæſtio eſt, ſi filiusfamilias, qui caſtrenſe peculium habet, deceſſit, & codicillis patris fidei commiſit, vt aliquid alteri reſtitueret, an ſit locus Falcidiæ? videtur Falcidiam non poſſe detrahi, quia hæreditas non eſt, teſtamentum nullum eſt. Pater non ſuccedit in peculio caſtrenſi, tanquam hæres. l. 2. de pecul. caſtrenſi. Cum igitur non ſit teſtamentum, qui fieri poteſt, vt ſit locus Falcidiæ? Et tamen Paulus notat locum eſſe Falcidiæ, quia ſucceſſio quædam hic eſt, non omnino diſſimilis teſtamentariæ ſucceſſioni. Ergo ad hunc quoque caſum Falcidia producetur. *Dixi.* Hæc omnia dixi diſputando, & huiuſmodi fere ſunt, quæ à Paulo in libris Quæſtionum tractantur, capita omnia. Monetur quæſtio ex eo, quod ex reſcripto D. Pii introducta Falcidia eſt, ad ſucceſſiones codicillorum, & ad fideicommiſſa. D. Pius induxit legem Falcidiam ad hæredes inteſtatorum, inquit. Sed hic hæreditas non eſt, vt dicitur l. 2. de caſtren. pecul. Cum filius inſtituit patrem, non extraneum, ius manet, & priſtinum peculium, non fit hæreditas. Si quis (inquit) obiecerit in teſtamentis eorum, qui apud hoſtes decedunt, Falcidiam admitti, vt ante diximus, non eadem hic eſt ratio: quia ibi Cornelia lex facit eum hæredem, qui eo teſtamento ſcriptus eſt. *Sed nemo dubitabit.* Nunc demum reſpondet Paulus. Pater vtetur legis Falcidiæ beneficio. Patrisfamilias loco eſt Filiusfamilias in peculio caſtrenſi. l. 2. ad Maced. ff. Caſtrenſe peculium filii eſt, non patris, quamuis quod alias filius acquirit, patri acquirat. l. placet. 79. de acqui. hæred. l. g. 1. ſi à parente

quis man. ff. toto tit. per quas perſonas nob. acquir. Cod. & Inſtit. Peculium caſtrenſe ſolius eſt filii, & habetur in eo pro patrefamil. & ideo eius peculii nomine pater non conuenitur actione peculii, ſed filius ipſe, quamdiu viuit. Poſt mortem filii hoc peculium pater capit, & tunc ſimile eſt peculio profectitio, non quod ſuccedat filio iure hæreditario: quia hoc conceſſum eſt filiofamil. militi, vt quod habeat, tanquam paterfamilias habeat. Et multum intereſt, an tanquam peculium, an tanquam hæreditatem id peculium capiat pater, propter æs alienum. Nam hoc caſu tenetur creditoribus in ſolidum, ſi videlicet tanquam hæreditatem capiat id peculium. l. quæ dotis. 33. ſolut. matrim. At ſi capiat tanquam peculium, conuenitur, ac ſi conueniretur viuo filio, de peculio profectitio, vſque ad modum tantum peculii. leg. pater qui. 12. de caſtren. pecul. Succeſſit hic quodammodo filio prætorio iure, non hæreditario. Sed tamen quia reuera ſuccedit filio, non mirum eſt, ſi lex Falcidia ad hoc quoque genus ſucceſſionis producatur.

Cap. VI.

Cui lex Falcidia competat.

COEpimus interpretari præcipuum caput huius legis, videlicet ſecundum, in quo permittit Falcidius legare libere, dummodo ita legetur, ne minus quam quartam partem bonorum capiant hæredes. Supradictis addendum eſt, hæreditantum beneficium huius legis competere. Hæredis meminit Falcidius in hoc capite, dum de quartæ detractione loquitur, vnde nemini alii, qui hæres non eſt, hoc beneficium competit, ideoque legatarius, aut fideicommiſſarius quartam partem deducere non poteſt. l. lex Falcidia. 47. §. vlt. h. t. Exempli gratia: Teſtator legauit fundum Titio, rogauit, vt eundem reſtitueret alii, vel tantam quantitatem, eſt æſtimatio fundi, quæritur, an totum fundum debeat reſtituere, an vero quartam inde detrahere ei liceat? Et ait, non poſſe eum huius legis beneficio vti, quia tantum hæredibus competat. Sed cur non conceditur etiam fideicommiſſariis & legatariis, ſicut hæredibus, ratio obſcura non eſt, ſi quis conſideret ea, quæ ante diximus de origine huius legis, & quartæ deductione. Dixi Falcidium conſulere voluiſſe teſtamentorum conſeruationi, quia hæredes vix reperiebantur, qui ſine commodo vellent adire hæreditatem, & ita totum teſtamentum intercidebat. Cum enim hæreditas non aditur, nihil valet quod eo teſtamento relictum eſt. l. ſi nemo. de reg. iur. l. ſi nemo. de teſt. tutel. Et ideo defunctus, ex cuius teſtamento hæreditas non aditur, inteſtatus dicitur decedere, perinde ac ſi teſtamentum nullum feciſſet. §. 1. de hæred. quæ ab inteſt. def. in Inſtit. l. 1. de ſuis & legit. Hæc autem ratio ceſſat in legatis & fideicommiſſis. Nam nullum periculum eſt, etſi fidecommiſſarius repudiet fideicommiſſum, vel legatarius legatum, ideo teſtamentum irritum fore. Legis igitur Falcidiæ beneficium tantum hæredibus tribuitur. Cum autem dicimus, hæredibus tantum tribui, non ita id intelligimus, quaſi ad hæredem hæredis non pertineat. Nam ſucceſſoribus hæredis competit. l. quanquam. 10. C. eo. Quemadmodum ſcriptus hæres quartam poteſt retinere ex legatis, ſic & eius filia, quæ ab inteſtato ſuccedit.

Cap. VII.

An ex legatis tantum, an vero ex fideicommiſſis lex Falcidia detrahatur.

EX eodem capite & hoc notandum, quartam partem, de qua hic loquimur, ex legatis tantum deduci, non ex fideicommiſſis. De legatis Falcidius tantum loquitur. Igitur ad fideicommiſſa neque vniuerſalia neque ſingularia pertinet hoc beneficium. Intereſt autem (vt id obiter moneamus) inter fideicommiſſum & legatum, quod fideicommiſſum verbis precatiuis relinquitur, legatum vero verbis imperatiuis, legis modo, vt docet Vlp. in frag. vt de fideicom. Cũ teſtator dicit, Rogo te vt reſtituas fundum, dicitur fideicommiſſum eſſe, non legatum. §. vlt. de ſingul. reb. per fideicom. relict. Inſtit. Legatum legis modo relinquitur, id eſt, imperatiue. Teſtator imperat hæredi, & quaſi legem ei dicit, non rogat eum: legis eſt iubere, non rogare: propter auctoritatem igitur teſtatoris, dicitur legatum. Hinc verba legati dicuntur ciuilia: fideicommiſſi autem precatiua, non ciuilia. Verba enim quædam erant ſolennia, legibus præſcripta, quibus neceſſario erat vtendum in legando: adeo vt Vlpiani tempore Græce non poſſet legari, quia certa verba erant obſeruanda in legatis relinquendis, vt docet Vlpianus titu. 25. Inſtit. quod tamen poſtea mutatum eſt, & conſtitutum legata Græcis verbis relicta valere. l. vlt. C. de teſtamen. tutel. l. directas. in fin. quæ pars eſt huius conſtitutionis, ſicut & l. hac conſultiſſima. de teſtamen. C. l. verbis ciuilibus. de vulg. & pupill. ſubſtitut. Ideoque fideicommiſſa ex voluntate & fide hæredum pendebant, nec habebant neceſſitatem præſtandi. Deinde fideicommiſſum aliud dicitur vniuerſale, aliud ſingulare. De quibus tit. in Inſtitut. de fideicomm. hæred. & de ſingul. reb. per fideicom. relictis. Rogo te, vt hæreditatem reſtituas, fideicom. vniuerſale eſt, quia vniuerſitas quædam in eo continetur. Singulare autem eſt, cum teſtator dicit, fidei tuæ committo, vt fundum vel quamuis aliam ſpeciem reſtituas. Lex igitur Falcidia, ad legatum tantum pertinet, non ad fideicommiſſa. Id ſatis demonſtrat Falcidius hoc ſecundo cap. Ratio autem eſt, quia quo tempore lata eſt hæc lex, fideicommiſſa hanc auctoritatem nondum habebant, quæ poſtea illis attributa eſt, Auguſti temporibus. Igitur tantum de legatis Falcidia cauit, non de fideicommiſſis. Legata iuris ciuilis fiunt, fideicommiſſa autem iuriſdictionis magiſtratus. §. 1. Inſtitut. de fideicommiſſ. hæred. Poſt legem Falcidiam facta ſunt Senatuſconſulta de fideicommiſſis, tam vniuerſalibus quam ſingularibus, Trebellianum videlicet & Pegaſianum. Trebelliano ſenatuſconſulto, quod Neronis tempore, Trebellio Conſule factum eſt, cautum fuit, vt reſtituta hæreditate ab hærede fideicommiſſario actiones, quæ hæredi & in hæredes dari ſolent, transferrentur in fideicommiſſarium. Nam quamuis reuera hæres maneret, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, tamen vtilitatis cauſa ſtatutum, vt fideicommiſſarius actiones haberet ex voluntate defuncti. l. 1. ad S.C. Trebel. De quartæ deductione hoc Senatuſconſulto nihil fuit expreſſum, ſed Pegaſiano Senatuſconſulto Veſpaſiani tempore facto, Pegaſo & Puſione conſulibus, Senatus cenſuit, vt ſicut quarta ex legatis deduceretur per legem Falcidiam, ſic ex fideicommiſſis, §. ſed quia hæredes. Inſtitut. de fideicomm. hæred. Quia enim hæredes ſine commodo recuſabant hæreditatem, Senatuſconſultum eſt factum, vt retinere liceret quartam ex fideicommiſſis vniuerſalibus, ad inſtar legis Falcidiæ, qua ex legatis quarta retinetur. Eadem retentio permiſſa eſt eodem Senatuſconſulto, ex ſingularibus fideicommiſſis, tametſi quidam dubitent, ſed verius eſt quod dicimus, & conſtat ex d. §. ſed quia hæredes. Ait enim, *Ex ſingulis.* Quæ verba referenda ſunt ad Senatuſconſultum, de quo prius locutus fuerat. Et Theophilus expreſſe id ait idem ius eſſe in ſingulis rebus, per fideicommiſſum relictis ex Senatuſconſulto Pegaſiano. Sed quare dicitur quarta Trebelliana: cum potius Pegaſiana deberet dici? Ideo dicitur Trebelliana, quia exploſo Senatuſconſulto Pegaſiano, Iuſtinianus omnia attribuit Trebelliano Senatuſconſulto, quia multa captioſa in illo reperiebantur. §. ſed quia ſtipulationes. Inſtitut. de fideicommiſſ. hæred. Et ideo hodie quarta Trebellianica dicitur. Nec nos mouere debet, quod plerique obiiciunt, quod quarta quæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus deducitur, vocetur Falcidia. in l. pater filiam. 41. l. Titia teſt. 86. ſupra. & frequenter ſub tit. infrà, ad Trebel. & aliis multis in locis apud iuris noſtri auctores. Sed Falcidia ideo dicitur illa quarta ex fideicommiſſis vniuerſalibus, quia ad exemplum legis Falcidiæ eſt introducta, idque Senatuſconſul. Pegaſiano expreſſum fuit. §. ſed quia hæred. Pegaſius voluit quaſi interpretatione extendere legem Falcidiam, quaſi ex fideicommiſſis quarta deducenda eſſet, interpretatione ſaltem, ſi minus ex verbis legis Falcidiæ, quia eadem vtilitas & ratio eſſe videtur, & ideo hæc quarta, Falcidia dicitur. Simile aliquando deprehendi in actione Seruiana, & quaſi Seruiana. §. item Seruiana. de action. Inſtitutio. Seruiana à Seruio prætore introducta eſt, pro rebus à colono inuectis in fundum locatum, de quibus conuenit, vt obligatæ eſſent, quo nomine nulla actio iure ciuili proditaerat. Poſtea propter vtilitatem longius producta eſt hæc actio, vt in omnibus rebus id obligationis genus locum haberet, vt ſi iure pignoris aliqua res obligata ſit, detur eo nomine actio, quam quaſi Seruianam vocarunt. Sed hæc

hæc ſimpliciter Seruiana dicitur in quibuſdam locis, quia ex mente & ſententia Seruiani edicti introducta eſt. Hæc appellatio ſub tit. de pignor. frequens eſt. Ergo non eſt mirum ſi quarta, quæ ex fideicommiſſis deducitur, aliquando Falcidia dicatur, quaſi per interpretationem Falcidiæ ſit introducta. Sed hæc quæſtio de nomine tantum eſt, & ſine effectu, de qua tamen prolixa eſt altercatio inter eos, qui hanc rem tractant. De vtriuſque autem effectu ſuo loco docebimus. Lex igitur Falcidia ad legata pretinet, non ad fideicommiſſa. Quod dicimus de legatis, idem de donationibus cauſa mortis & aliis donationibus, quæ legati vim habent, dicendum. l. 5. Cod. ad leg. Falcid. Si quis donauerit cauſa mortis, illa donatio legati vim habet. in l. vlt. C. de donatio. cau. mort. Et morte confirmatur, nec habet effectum ante mortem. Idem de donatione inter virum & vxorem dicitur. in l. in don. 12. C. ad leg. Falc. Ratio eſt, quia & hæc donatio confirmatur demum morte, vt docui ſub tit. de donat. inter vir. & vxor. ff. l. cum hic ſtatus. 32. Ideoque comparatur legato, & lex Falcidia ad ea quoque pertinet. Hactenus de ſecundo cap. Tertium caput huius legis eſt, *Eis quibus quid ita datum.* Hoc caput eſt translatitium, nec fere quicquam in eo continetur, quod ad confirmationem aliorum non pertineat, difficultas tantum eſt in hoc verbo, *Sine fraude ſua.* Quidam eruditi ſic interpretantur, vt ſit idem, quaſi dixiſſet Iuriſconſul. ſine periculo & onere æris alieni. Verum quidem hoc per ſe eſt, periculum & onus æris alieni legatarium non ſubire. ſed hic ſenſus horum verborum non eſt. Senſus autem eſt, *Sine fraude*, id eſt, ſine pœna quadrupli legis Furiæ. Admonui antea, legem Furiam, & Voconiam hac lege abrogatam eſſe. Libertas legandi conceſſa per 12. tab. correcta fuerat lege Furia & Voconia. In lege Furia cautum erat, ne quis vltra mille aureos legaret, & addita erat pœna quadrupli, ſi quis plus quam mille aureos legatorum nomine accepiſſet. Huius pœnæ mentio eſt in tit. 1. apud Vlp. in frag. & apud Theophil. tit. de leg. Falcid. Sic hoc loco fraus pro damno accipitur, ſicut alias id frequenter fit. Nam per legem Furiam non potuiſſet ſine fraude, id eſt, ſine damno ſuo legatum capere, quod mille aureos excederet. Atque hæc ſunt capita, quæ in hac lege extant deſcripta.

Cap. VIII.

De retentione quartæ partis.

Alia autem plura capita legis fuiſſe non eſt dubium. Quia vero hæc erant præcipua & in primis neceſſaria, aliis omiſſis hæc tantum à Paulo deſcripta ſunt. Sed ex variis locis conſtat caput aliud fuiſſe de retentione, vt videre eſt apud Caium in Inſtit. lib. 2. tit. 6. & in l. vnica, Cod. quorum leg. & in aliis pleriſque locis huius tit. Nos igitur quartum caput de retentione alibi addidimus, quo oſtendit Falcidius non actionem neque petitionem, ſed retentionem atque deductionem quartæ partis hæredi hac lege conceſſam eſſe: non vt hæres actione aliqua quartam partem petat, ſed vt eam ex legatis deducat, & retineat. Hocque ſatis conſtat ex titu. Cod. de interdicto, quorum legatorum, cuius vſus maxime cernitur in l. Falcidia. Datur enim hæredi aduerſus legatarium, ſi legatarius non petierit res legatas ex teſtamento, ſed propria auctoritate eas occupauerit ante aditam hæreditatem. Datur autem hæredi hoc interdictum, vt poſſeſſio illi reſtituatur, & accipiat res illas legatas, an locus ſit Falcidiæ. Quare in hac parte in primis conſpicitur vtilitas huius interdicti. Et commodum maius eſt in retentione, quam in actione. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, vna eſt in l. 1. §. ſi legatarius. eod. Nos dicimus retentionem conceſſam eſſe hæredi, non actionem. Quid ergo ſi per errorem tradiderit res, num dabitur actio? Iuſtum eſt dari actionem. Quod enim de retentione dicimus, hoc ob hæredis vtilitatem fit, non quod non poſſit actione experiri, ſi ei vtile ſit, vtetur enim interdicto quorum legatorum, in id quod ſupra dodrantem legatarius acceperit. Simile eſt in l. lineam. 26. eod. Teſtator lineam Margaritorum legauit, quæ mortis teſtatoris tempore erat apud legatarium. Poſt mortem teſtatoris quærebatur de Falcidia, legatarius propria auctoritate non erat nactus poſſeſſionem, ſed traditione forte ante mortem teſtatoris. Et tamen dicitur etiam in hoc caſu hæredem experiri poſſe interdicto, vel vindicare partem in ea linea, quæ ex Falcidia ei remanere debet. Alia quæſtio naſcitur ex l. ſi ex pluribus, 16. hic. Dubitandum non eſt, quin hæc quæſtio oriatur ex quarto capite huius legis, quod de retentione cauiſſe diximus. *Etiam pro his.* Et ſi duæ res ſint legatæ, & earum vna iam data ſit, ex altera quæ ſoluta nondum eſt, plenam Falcidiam hæres retinere poterit. Alia quædam erant capita huius legis, nec facile cognoſcere poſſumus, quid ſingulis fuerit comprehenſum, ſed alia fuiſſe conſtat ex l. ſed vſusfructus. 81. ſuprà. Ipſa lege Falcidia, inquit, expreſſum eſt, vt ſi teſtator vxori dotem prælegauerit, vel res quas mulieris cauſa emerit, parauerit, non deducatur ex illis Falcidia. Hæc de capitibus legis Falcidiæ dicta ſunt veluti argumenti vice totius huius tractatus. Tota reliqua diſputatio fere in interpretatione ſecundi capitis verſatur, quod ad quartæ detractionem pertinet. Circa hanc quartæ detractionem in primis ſpectandum eſt, quid, quantumque in hæreditate ſit, quantumque in legato ſit. Omnes fere quæſtiones ad hæc loca referuntur: cum enim Falcidius in ſecundo capite legis ſuæ ait, quartam partem remanere apud hæredem, neceſſe eſt, vt prius videamus, quid, quantumque ſit in hæreditate, quid legatum, & quantum legatum ſit. Aliter hæc quarta commode deduci non poteſt, vnde ſi corpora legata ſint, plerunque æſtimatio rerum initur: ſi pecunia vel quantitas, res eſt expeditiſſima. De hac æſtimatione, multa ſub hoc titulo ſcripta ſunt. Et locus communis eſt de hac æſtimatione, quæ extat in capitibus, quæ nunc dicam, in l. quod de bonis. 15. §. vlt. hic dicitur æſtimationem teſtatoris non ſpectandam eſſe, ſed verum pretium rei. Et ideo etſi teſtator dicat ſe ad tantam quantitatem legaſſe, nihilominus tamen vera æſtimatio ſpectabitur. Eodem pertinet l. in lege Falc. 44. hic. Simile in l. in lege. 62. hic. *Formali pretio* inquit, Ego puto hæc verba de forma cenſuali accipienda eſſe, cuius mentio eſt in l. forma. de cenſib. Cum cenſus Romæ fiebat, omnes res deſcribebantur, quæ in patrimonio alicuius erant, & pretium ſingularum rerum inibatur. Si quæratur ergo de Falcidia, non inſpicietur æſtimatio cenſus illius, ſed præſens pretium: forte enim maius aut minus pretium erat, quo tempore æſtimatio à Cenſoribus inita eſt. Similis quæſtio eſt in iure pontificio de decima Papali, in Clem. vlt. de decim. Cum pontifex vel rex hodie loco pontificis decimas ab omnibus ſacerdotibus exigit, non æſtimatio præteriti temporis, ſed præſentis temporis ineunda eſt: Eſt enim veluti formale pretium. Et æſtimationem referendam eſſe ſtatuit, ad taxationem conſuetam in illis partibus, in quibus æſtimatio iniri ſolet. Superius diximus de ratione legis Falcidiæ ineunda, ſi corpora in hæreditate ſint, non pecunia, non quantitas, neceſſario veniendum ad æſtimationem. Atque hinc cœpta eſt diſputatio de æſtimatione omnium rerum in vniuerſum. Eſt enim locus communis de æſtimatione non tantum ad legem Falcidiam pertinens, ſed ad omnes alios iuris ciuilis locos. Et diximus ex veritate æſtimationem faciendam, neceſſe inſpiciendum, ſi teſtator rem taxauerit, ſi pretium rei ipſe definierit. l. quod de bonis. §. vlt. hic. Diximus etiam formale pretium non eſſe ſpectandum. l. in lege. ſuprà. Nec ad formam cenſualem reſpiciendum, qua res in cenſum redactæ ſunt, quam formam pretium formale vocari arbitror à Iuriſconſulto. d. l. in lege. infrà. Et huc pertinet lex 3. §. diui fratres. de iure fiſci. Non ex præterita emptione, ſed ex præſenti æſtimatione pretia conſtituenda. Non eſt inſpicienda pars, quæ empta ſit, vt cognoſcatur verum pretium, ſed vera æſtimatio ſpectanda eſt, quia fieri poteſt, vt ea res, quæ tanti fuit, cum prius venderetur, nunc minoris vel pluris facta ſit: Ergo nec æſtimatio formæ cenſualis ſpectanda eſt, quia poſt cenſualem deſcriptionem decreſcere potuit pretium. Et ſic accipimus d. l. in lege. Præterea inſpicitur, quanti ea res vænire poteſt. d. l. in lege Falcidia. 45. ſuprà. Hinc vulgare illud, res tanti valet, quanti vendi poteſt. l. mortis cauſa. 18. §. vlt. de dona. cau. mort. l. ſi ſeruus 14. de condict. fur. Cum quæritur de æſtimatione rei, inſpicimus quanti ea res vendi poſſit. In frumento & rebus aliis quas reipublicæ intereſt iuſto pretio vendi, ſpectamus quanti ea res vendi poſſit in publico foro rerum venalium. Quod diligenter notandum eſt, quia ſæpe contingit, vt probatio pretii ſpecierum aliquarum ineunda ſit. Hoc autem ſumi-

tur ex l. ſpeciebus. 8. C. de cohor. Cum quæritur, quanti ſit æſtimatio ſpecierum, videmus quanti vendi potuit ſpecies illa in foro publico. Deinde ſi res ſit, quæ fructus producit, vt ager, quantitatem redituum inſpicimus, & obuentionem, vnde indicari poſſit pretium. l. ſi quos. 18. C. de reſcind. ven. Si agitur de reſcindenda venditione, inſpicimus qualitatem rei, & redituum quantitatem. Solent adhiberi æſtimatores periti, veluti arbitri, quod ſumitur ex l. hac edictali. §. his illud. Cod. de ſecund. nupt. Nihil enim audemus abſque legibus adfirmare. Loquitur illa lex de arbitris, in quos vterque conſentit & vxor & maritus. Circa hanc porro æſtimationem notandum, affectus & ſingularis vtilitatis rationem non eſſe habendam. l. pretia. 63. ſuprà. Non fingimus pretia ex affectu, non ex ſingulorum vtilitate: ſed communiter inſpicimus, quanti communiter res vendi poſſit, & communiter æſtimatur, non ſpectamus quantam vtilitatem ea res cuilibet allatura ſit. Alii hoc loco legunt, funguntur, ſed verior eſt lectio, finguntur, id eſt, æſtimantur. Fingere enim æſtimare eſt. Cicero pro Roſc. item in l. ſi ſeruum. 33. ad l. Aquil. Alios ex natura ſua fingere: fieri poteſt, vt vtilior poſſit eſſe res certo alicui homini, quam communiter. Fieri etiam poteſt, vt quis maximo ducatur affectu in rem, etſi ea non maiorem vtilitatem adferat ipſi, quam ceteris. Sed horum non eſt habenda ratio. Exemplum adfertur in hac lege de filio naturali, veriſimile eſt patrem magno pretio redempturum eſſe filium, ſi ab alio poſſideretur, etſi forte vix eſſet decem aureorum. Sed ex hoc affectu non iudicamus æſtimationem. Hic affectus hodie deprehenditur in equis, canibus, gemmis, quæ plærunque maximi à nobilibus æſtimari ſolent. *Sed quà.* In vulgaribus codicibus legitur, *Sed quaſi.* Legendum autem eſt *quà.* Phraſin hanc quæ Latina eſt, non intellexerunt librarii, igitur *quà*, mutarunt in *quaſi.* Dubitandm tamen non eſt, qui aliquando ratio habeatur eius affectionis: de qua re diſputauimus in l. actionibus. de in litem iur. Cum iuſiurandum in litem actori defertur, reus qui rem non reſtituit, iuſſu iudicis damnatur in quantum actor in litem iurauerit, & in hoc caſu habetur ratio affectionis. Non enim inſpicitur tunc iuſtum rei pretium, quia iniquum eſt viſum, cogi quenquam iuſto pretio rem ſuam alii vendere. l. tutor. de in litem iur. l. ſi cum dos. de act. rer. amot. Sed cum de ineunda rei æſtimatione agimus, fingimus eam ex communi hominum opinione. Sequitur in §. vlt. l. pretia. *Pretii varietatem.* Hoc maxime pertinet ad noſtram diſputationem. Diximus in æſtimanda re quapiam, non eſſe affectum cuiuſquam, nec vtilitatem, quam allatura eſt ea res cuiuis homini: ſed communem hominum opinionem ſpectandam: Sed in hac æſtimatione tamen ratio eſt habenda locorum & temporum. Igitur cauſidici eſt, in concipiendis formulis, mentionem temporis, aut loci facere. Nam ſi æſtimatio facienda ſit in Galliis, non eſt æſtimanda res, vt æſtimatur in Hiſpania, vel in Germania, vel in Britannia. In vno atque eodem loco tempora etiam pretii varietatem adferunt. vnus annus ſterilior eſt, aut fertilior altero, vt plærunque accidit: ſed hanc varietatem non æſtimare debemus ex momentis temporum, aut ex ea varietate, quæ raro accidit, id eſt, nō ex tempore breuiſſimo. Etſi enim tribus diebus frumentum in foro carum fuerit, non ideo dicetur eſſe id commune pretium, ſed pretia ex eo debere conſtitui, quod frequentius accidit. Hactenus de æſtimatione rerum ineunda.

Sequens locus eſt de his, quæ imputantur in quartam Falcidiæ, & quæ proficiunt legatariis, & de his, quæ non imputantur, & nocent legatariis. Admonui ſupra, cum de Falcidiæ detractione quæritur, videndum eſſe, quantum in hæreditate ſit, quantum legatum: niſi vtrumque cognoſcatur, non poſſe iniri rationem Falcidiæ. Quæſtiones omnes huius tractatus ad hunc locum referuntur: ſemper quæritur, quid in quartam hæredi ſit imputandum, quid legatum ſit. Cum ergo quæritur, quid debeat imputari in Falcidiam, in primis eſt notandum, imputari in quartam ea, quæ iure hæreditario capiuntur, & iudicio teſtatoris, & hæc proficere legatariis. l. quid autem. 74. ſuprà. *Si ex iudicio.* Vere quidem dicitur: Si ex defuncti iudicio hæres habeat quartam, ſolida legata eſſe præſtanda: ſed non ſatis plene hoc dicitur, addendum enim eſt, Si ex defuncti iudicio, & iure hæreditario hæres habeat quartam. Nam ſi quid hæredi prælegatum ſit, non imputatur in Falcidiam. Simile in l. in quartam. 91. ſuprà. Illud igitur tenendum, hæredi imputari in quartam, & proficere legatariis, quæcunque iure hæreditario hæres capiat. Hoc quomodo ſit accipiendum, & quid inter quartam Falcidiæ, & Trebellianam interſit, poſtea dicemus in interpretatione l. in quartam. quæ non eſt huius loci propria. Hinc multa conſequuntur, de quibus dubitatio fuit apud veteres, ſed omnia dependent ex eo, quod diximus eas res imputari in quartam, & proficere legatariis, quæ iure hæreditario hæres accipit. Primum enim ſequitur, quod eſt in l. 1. §. id quod. ſuprà. Teſtator inſtituit duos hæredes, Titium & Sempronium: Titium ſubſtituit Sempronio, ſi Sempronius hæres non erit, Titius eſto: Sempronius omiſit hæreditatem, delata eſt hæreditas Titio, qui totam hæreditatem conſequitur, ex inſtitutione & ſubſtitutione. Quæritur, ſi de Falcidia agatur, an illa tantum pars, quam ex inſtitutione conſequitur, ei imputanda ſit in Falcidiam, an vero etiam ea, quæ ex ſubſtitutione ad illum peruenit. Et ait Iuriſconſultus, quod ex ſubſtitutione adeptus eſt hæres, proficere legatariis. Contendit hæres, hæreditatem eſſe exhauſtam legatis, vult ex illis deducere quartam, & verum eſt, ſi ei tantum pars hæreditatis, quam ex inſtitutione nactus eſt, imputetur, eam non ſufficere ad quartam Falcidiæ conſtituendam, ſed neceſſario aliquid debere diminui ex legatis, ad explendam quartam. Rurſus autem, ſi ei imputetur pars illa ex ſubſtitutione, eam ſufficere ad quartam. Quia ergo vtranque partem capit iure hæreditario, vtraque pars ei imputari dicitur, iure hæreditario capit quod tanquam hæres capit. De prima parte, ex qua fuit inſtitutus, non eſt dubium, quin eam tanquam hæres capiat: alteram vero partem quam ex ſubſtitutione habet, non habet titulo legatarii, ſed hæredis: ergo ex vtraque parte inſtitutus videtur. Similis eſt, inquit Paulus, ei qui ex vna parte pure, ex altera parte ſub conditione eſt inſtitutus, vt oſtendat nihil intereſſe, an quis inſtitutus ſit, an ſubſtitutus. Si poneremus eundem ex conditione, recte totam hæreditatem capere diceretur. Hinc manat, quod dicitur, retentionem in quartam imputari. l. in ratione. 30. ſuprà. Quænam ſint hæ retentiones, alibi explicatur, in leg. non eſt dubium, l. ex aſſe. 52. ſuprà. Legata retinentur ab hærede, quæ peti per legatarium non poſſunt: Si ea petantur per legatarium, hæres eum poteſt ſummouere. Sed huiuſmodi legata hæredi imputantur in quartam: quia ea capit iure hæredis. Nam ſi inutiliter legatum eſt, hæres ea legata retinet, perinde ac ſi legata non eſſent. Exemplum eſt in d. l. non eſt dubium. ſuprà. Quoties in ea cauſa eſt legatum, vt non poſſit id petere legatarius, retinetur ab hærede: ita tamen, vt id ſibi imputetur in Falcidiam. Simile in dic. l. ex aſſe. 5. §. 1. ſuprà. Eodem pertinet l. in ratione. 30. §. 1. ſuprà. *In ratione legis Falcidiæ.* Id eſt, non habentur pro legatis, atque ſi legata non eſſent, vtiliter veniunt in Falcidiam. Exempla ſunt in §. penult. ead. leg. Ex hac regula & illud infertur, quod & pretium rei hæreditariæ, hæredi in quartam imputetur, ſi teſtator iuſſerit rem hæreditariam vendere. in l. ſi dignum. 19. ſuprà. Fundus decem valebat, quem teſtator iuſſit quinque vendi, ſi vendiderit decem, decem erunt in hæreditate, & computabuntur in Falcidiam. At ſi ex voluntate teſtatoris fundum vendiderit quinque tantum, cum decem dignus eſſet, quinque manent in hæreditate, & quinque legata videbuntur, quinque imputabuntur hæredi in Falcidiam, quæ non tanquam legatum capit, ſed iure hæreditario. Pretium enim rei hæreditariæ ſuccedit in locum ipſius rei hæreditariæ. l. ſi & rem. 22. de petit. hæred. Simile eſt in l. qui fundum. 87. ſuprà. Quidam habet tantum fundum in bonis, qui centum aureorum eſt, damnat hæredem, vt eum vendat quinquaginta Titio: Non eſt putandus plus quam quinquaginta legaſſe, ac ſi centum in bonis habuiſſet teſtator, & iuſſiſſet inde dari Titio quinquaginta, reliqua quinquaginta manent in hæreditate. *Non eſt æſtimandus amplius.* Hic non poteſt locum habere Falcidia. Duos fundos teſtator habebat in bonis, ſingulos centum aureorum: hæredes duos inſtituit, Titium & Sempronium, Sempronium damnauit, vt fundum Cornelianum Titio centum aureis venderet, & contrà

Titium

Titium damnauit, vt fundum Seianum Sempronio itidem centum aureis venderet, vterque hæres hæreditario iure habet partem dimidiam, & debetur eis quarta tantum pars ex Falcidia. Ergo non poteſt habere locum Falcidia in legatis ab illo teſtatore relictis, & proficiet legatariis, quia nihil eis poteſt diminui. Ex eadem regula colligimus actiones & obligationes hæredi eſſe in quartam imputandas: ſunt enim in bonis & in hæreditate non minus quam corpora. l. bonorum. de verb. ſignif. Si actiones tantum teſtator in bonis reliquerit, non minus dicuntur in hæreditate eſſe, quam ſi ſpecies reliquiſſet. Hinc quæritur de actionibus pœnalibus prætoriis, in l. pœnales. 32. hic. Vbi diſputatio eſt digna obſeruatione. Et hic tractaturi ſumus locum communem de natura obligationum. Morte reorum actiones pœnales, quæ ex maleficiis naſcuntur, in hæredem non tranſeunt, niſi lite conteſtata. Vnde dubitabatur an in bonis eſſent computanda, cum in hæredem non dentur. §. non autem, Inſtit. de perpet. & temp. actio. Porro hæ actiones, quamuis non contra hæredem rei, tamen hæredi actoris dantur. Actor actionem in hæredem transfert: Ergo non ideo minus dicuntur in bonis actoris, quia non poſſit experiri contra hæredem rei: fieri enim poteſt, vt poſt mortem rei non intercidant, ſed lite conteſtata cum reo fiant perpetuæ. Excipit Iuriſconſultus actiones populares, & actionem iniuriarum, quæ in bonis eſſe non dicuntur. Popularis actio eſt, quæ populo ius ſuum tuetur. l. 1. de popul. actio. Agit actor illa actione, non quod ſua interſit, ſed quod populi: quomodo ergo poſſent dici in bonis eſſe? Aliquando tamen in bonis eſſe dici poſſunt, cum præter publicam vtilitatem, etiam noſtra interſit ea nos experiri. Sed vbi publica tantum vtilitas verſatur, in bonis noſtris dici non poſſunt. Ante litem conteſtatam cum reo, pœnalis actio non transfertur in hæredem rei, ſed morte rei intercidit. Quædam alia dicuntur in hac l. pœnales, quæ ad ſequentem locum pertinent, ad quem ea reiicimus.

Ex eo quod de actione diximus, quæſtio naſcitur de duobus reis ſtipulandi, & tractatur in l. Falcidia. 62. ſupra. Diximus actionem in bonis eſſe: At quid dicemus de duobus reis ſtipulandi, ſi duo eandem rem ab aliquo ſtipulati ſint, vt in ſolidum ſingulis competat actio? id enim contingit in duobus reis ſtipulandi. Stipulatio hic ab vtroque intelligitur contracta. l. ex duobus. de duob. reis. Duo erant rei ſtipulandi, vnus deceſſit, reliquit hæredem, legauit quædam, agitur de lege Falcidia, quæritur quantum hæredi imputandum ſit: Stipulati forte ſunt centum, an tota centum, an dimidium tantum imputabitur hæredi in quartam? Non eſt inſignior locus alibi, de duobus reis ſtipulandi, & naturam eius obligationis manifeſtiſſime oſtendit. An igitur imputabimus dimidiam tantum ſummam in quartam Falcidiæ, quia duo ſunt rei ſtipulandi, an ſolidum, quia in ſolidum agere poteſt quilibet? Hic diſtinguitur ab Vlpiano, de duobus reis promittendi, de quibus Vlpianus hic ſimul tractat, nos nunc nihil dicemus, quia id ad ſequentem locum pertinet. Inquit autem Vlpianus: Inſpicimus an hi duo rei ſtipulandi, ſocii fuerint, in ea obligatione conſtituenda. Si fuerint ſocii, imputabimus partem tantum eius pecuniæ in quartam: quia duo rei ſtipulandi ſocii ſunt. Ergo oportet omnes res inter eos communicare. Sed ſi ſocii non fuerint, in pendenti eſt, inquit, in vtrius bonis ea ſumma ſit computanda. Quo oſtendit Vlpianus euentum eſſe ſpectandum, & ex eo iudicandum, vtrius in bonis ea ſumma ſit. Videndum eſt, cuinam ea ſumma ſoluta ſit. Si tota ſumma hæredi ſoluta ſit, dicetur in bonis illius eſſe, & imputabitur ei in Falcidiam. Melior enim cauſa poſſidentis in hac ſtipulatione. l. ex duobus. de duob. reis ſtipul. nec aliter repetitionem habet ab eo qui ſolidum exigit, id enim verius eſt. Quia ergo totam ſummam exigit, tunc tota ſumma in Falcidiam imputabitur: Vnde ſi vnus ex his reis ſtipulandi alteri hæres extiterit, vtraque obligatio apud illum manet. l. ſi reus. 30. de duobus reis conſtit. Sed cum quæritur quomodo illa ſumma, eo caſu, imputanda ſit hæredi, dicendum eſt, ſi ſoluta fuerit ex cauſa hæreditaria, imputanda eſt in Falcidiam. Sed ſi ex propria cauſa, non debet imputari. d. l. ſi reus. Hæres enim agere poteſt ex hac obligatione, vel ex cauſa propria, vel ex cauſa hæreditaria: Sed ſi ex hæreditaria cauſa agat, ſolidum ei in quadrantem imputabitur, alias non.

Ex iam dictis quæſtio oritur, quid ſi nomen tantum ſit in hæreditate, nec aliud quicquam, nulla quantitas, nullum corpus: quæritur quid hæredi ſit imputandum? Quæſtio hæc tractatur in l. quærebatur. 82. ſupra. quæ lex difficilis non eſt, vt vulgo putatur. Animaduertendum eſt, quicquid refici poteſt ex eo nomine, ſeu obligatione, id diuidendum eſſe inter hæredem & legatarios. Exempli gratia: Teſtator nomen habet quadringentorum aureorum, in hæreditate ſua tota quadringenta non ita habebuntur, quaſi ſint in hæreditate, quia tantum forte exigi non poteſt, forte ſoluendo non eſt debitor, forte enim nihil aut totum non poteſt ſoluere. Inſpicimus ergo, quid ex hoc nomine refici poſſit, & quanti nomen hoc vendi poſſit, & ex ea pecunia quartam hæres detrahet, & reliquum diſtribuetur legatariis. Ergo non totam quantitatem ſummæ inſpicimus, quæ eſt in obligatione. Caſus tamen vnus eſt, quo totam ſummam inſpicimus. Exempli gratia Cum ipſi debitori liberatio eſt legata, qui ad quadringenta forte obligatus erat, nec aliud in bonis eſt præter nomen hoc, debitor fortaſſis non habet, niſi centum. Quæritur an ea centum hæres capere poſſit pro quarta ſua? Obiicit legatarius, idemque debitor, cui liberatio eſt legata, ſe ſoluere non poſſe. ſed nihilominus totius ſummæ habemus rationem. quæ eſt in obligatione, & quod ad ipſum debitorem attinet, ſemper dicimus eum ſoluendo eſſe, quia liberatus eſt. De cæteris legatariis idem dici non poteſt, quia cæteri, quibus certa ſumma, quæ in nominibus apud alios eſt, legata eſt, non ſemper ſolidum conſequi poſſunt, ſi inops ſit debitor. Quæritur etiam de naturali obligatione, an quod natura debetur ſit imputandum hæredi in quartam: quæſtio hæc tractatur in l. 1. §. id quod natura. ſupra. Si pacto quid promiſſum ſit ſine ſtipulatione, ſi debitor ſoluerit, nullam repetitionem habet: Nec dicitur omnino indebitum eſſe, quod debetur naturaliter. Ideo dubitari poteſt, quomodo imputandum ſit in Falcidiam. Et ait Iureconſultus euentum eſſe ſpectandum, quia peti non poteſt, quod natura debetur: ſi ſolutum fuerit, repeti non poteſt. Igitur debet expectari euentus, an ſolutum fuerit necne: ſi ſolutum fuerit, imputabitur: ſi ſolutum non fuerit, non imputari poteſt, quia actionem non habet hæres ad petendum. Quemadmodum ſi ſolutum fuerit, imputabitur, quia iure hæreditario obligationem habet naturalem non minus quam ciuilem, licet differant effectu, vt ſupra dixi.

Diximus actiones & obligationes hæredi imputari in Falcidiam & augere hæreditatem, & proficere legatariis, vt minus legatis decedat, quia in bonis actiones numerantur, non minus quam ſpecies, & corpora. Supradictis addendum: Idem dici debere & de ea obligatione, qua erat obſtrictus hæres defuncto, antequam decederet, ſi debitor hæres extitit creditori, obligatio qua tenebatur defuncto, in Falcidiam imputatur, & connumeratur in bonis hæreditatis. in l. 1. §. ſi debitor creditori. ſupra. Quæſtio eſt, ſi debitor creditori hæres extiterit, an hoc nomen obligatioque imputetur in quartam? Nam probabiliter dubitatum fuit, quia tunc debitor dicitur confuſione liberatus eſſe, vt fit, cum debitor creditori hæres exiſtit, quia vtraque perſona in eandem perſonam recidit: fieri itaque non poteſt, vt quicquam debeatur alicui à ſeipſo. Si diceretur manere obligatio, idem ſibiipſi deberet. Hoc fieri autem non poteſt, quia vt obligatio ſit, oportet diuerſas perſonas eſſe: cum igitur vna tantum perſona ſit, merito confuſione quadam liberatus dicitur debitor. Atque hac ratione in lege Falcidia non videbatur ratio habenda huius obligationis. Et tamen dicitur in rationem Falcidiæ hanc obligationem venire. Neglecta igitur ſubtilitate iuris, Paulus ſpectauit tantum, an hæreditas ſit reddita auctior, & locupletior ob eam rem. Nam cum auctior ſit reddita, conſtat eam venire in contributionem Falcidiæ. Et quod dicimus confundi obligationem, cum debitor creditori ſuccedit, verum eſt quantum attinet ad actionem: fieri enim non poteſt, vt à ſeipſo aliquis quid petat, ſed tamen nihil vetat, quominus retineat debitor tanquam hæres, id quod debet defuncto: Et hac ratione auctior fit hæreditas. Quo autem auctior eſt hæreditas, eo minus minuuntur legata. Idem repetitur &

aliis in locis huius tit. Et exempla eiuſdem rei ſunt in l.cum quo.56.hic. vbi de eo loquitur, qui actione de peculio, defuncto tenebatur. Hac actione augetur hæreditas. Simile in l.maritus.96. hic. vbi de marito loquitur, qui res adminiſtrauit vxoris extra dotem marito datas, quæ parapherna vocantur. l. hac lege.8.Cod. de pact. conuen. Dotis adminiſtrationem & vſumfructum habet maritus, nec reddere cogitur rationem eius adminiſtrationis, ſed ſi mulier res dedit extra cauſam dotis, maritus eas adminiſtrat, vt procurator & rationes reddit: vnde ſi debitor fuerit vxoris, ex ea adminiſtratione perinde tenetur ac quiuis extraneus. Et ait Iuriſconſultus ſi eo caſu maritus fuerit hæres vxori, imputari eam obligationem in Falcidiam. Actiones igitur & obligationes imputantur in Falcidiam, quia hæreditariæ ſunt. Hinc ſequitur etiam fructus ab hærede perceptos in Falcidiam imputari, qua de re magna eſt diſputatio apud iuris interpretes. Rem autem paucis comprehendam. De fructibus cum quæri ſolet, an imputentur in Falcidiam, meminiſſe oportet eorum, quæ ſupra à nobis tradita ſunt: ea imputari in Falcidiam, quæ iure hæreditario capiuntur. Tunc autem capiuntur fructus iure hæreditario, cum ex re capiuntur, ante conditionem.l.quod de bonis.8.§.fructus.15.ſupra. Teſtator legauit prædium ſub conditione, ſi nauis venerit ex Africa: ante conditionem eius prædii fructus hæres colligit, ſed quæritur an in Falcidiam imputentur? Et certum eſt eos in Falcidiam imputari, quia iure hæreditario capiuntur, tanquam pars hæreditatis ſint. Sed cum nulla adſcripta legato eſt conditio, dominium legati transfertur ad legatarium. l.à Titio.de furt.& tot.tit. C.de fruct.& vſ.leg. At conditione non eueniente, quo iure capiet hæres fructus? *Verbu fideicommiſſi fructus relictos, in cauſam fideicommiſſi non deductos.* Hæc videntur pugnantia eſſe, fructus verbis fideicommiſſi relictos, & non deduci in cauſam fideicommiſſi, ſed verbum, relictos, hic accipere debemus pro dimiſſis. Sic enim accipitur in ſequentibus verbis eiuſdem paragraphi. Relinquere interdum legare ſignificat, ſed interdum ſignificat etiam dimittere. Teſtator verbis fideicommiſſi prædium legauit dimiſſis fructibus penes hæredem, verbis fideicommiſſi nihil eſt expreſſum de fructibus: Atque ideo manent apud hæredem, imputantur ergo in quartam. Simile eſt in l.Falcid.24. l.45.hic. Eodemque pertinet l. qui quadringenta. 88. §.qui ducenta.ſupra. Vbi idem de vſuris docet, quod hic de fructibus, de vſuris rei ſub conditione relictæ. At quid de legatis puris? Fructus percepti ex legatis puris legatariis non proficiunt, ſed lucro hæredis cedunt.l.in ratione.30.ſupra. idem dicitur in l. in quantitate. 75. ſupra. in hac diſputatione de Falcidia, vnum axioma præcipuum, & certiſſimum eſt, quantitatis rationem haberi tempore mortis teſtatoris. dict. l. in quantitate. Idē in §.quantitas.Inſtit.eod.ita vt ſi poſtea hæreditas creuerit, ſemper tamen tempus mortis teſtatoris inſpicimus, & fructus poſtea percepti lucro ſunt hæredi, & Falcidiam ex illis deducit hæres. Ergo cum de legato puro relicto loquimur, fructus hæreditatem non augent, nec imputantur in quartam. Excipitur caſus in l. 9. ſupra. Teſtator reliquit fundum plenum maturis fructibus: poſt mortem teſtatoris, fructus illi ſunt percepti, ait Iuriſconſul. eos in Falcidiam imputari. Inſpiciendum quidem eſt tempus mortis, ſed iam maturi erant illi fructus, cum teſtator moreretur, & poterant tunc percipi tempore mortis teſtatoris. Vulgus interpretum hoc generaliter intelligit de fructibus, qui ſati erant tempore mortis teſtatoris, quod non probo. Nam de maturis tantum loquitur Iuriſconſul. qui pro perceptis habentur: ſati autem pro perceptis haberi non poſſunt. Hæc de fructibus, & aliis quæ iure hæreditario capiuntur, atque ideo in Falcidiam imputantur.

Altera regula eſt negatiua: quæ hæres non capit iure hæreditario, neque iudicio teſtatoris, non imputantur in Falcidiam. Hoc exemplis declaraturi ſumus, ſicut ſuperiorem regulam. Non proficiunt legatariis, quæ non iure hæreditario percipit hæres. Hæc regula traditur præcipue legata duobus in capitibus, in l. quod autem.74. Exemplum eſt. Teſtator duos hæredes inſtituit, quædam ab eis reliquit, vt locus ſit Falcidiæ, vni hæredum prælegauit fundum, hunc fundum alter hæres tanquam legatarius conſequitur non tanquam hæres. Hoc igitur præcipuum habet hæres, nec imputatur ei in Falcidiam. Quare ex aliis capiet quartam ſuam, perinde ac ſi hoc prædium ei legatum non eſſet. Teſtator inſtituit hæredem Titium, & Sempronium, legauit prædium Titio ſub hac conditione, ſi decem dederit Sempronio. Hæc decem Sempronius non capit iure hæreditario, potuiſſet enim hæc conditio adſcribi ei, qui hæres non eſſet, capitur mortis cauſa. Et dicitur mortis cauſa capio. tit.de mortis cauſa donat. Ergo non imputatur in Falcidiam, quia mortis cauſa capionis titulo hoc conſequitur, non titulo hæreditario. Sic ſi à ſtatulibero, id eſt, ab eo, cui in diem, vel ſub conditione libertas eſt relicta, quid capiat hæres, illi peculiares nummi ſunt in hæreditate, & eos capit tanquam hæres: Ergo imputantur in falcidiam. Idem dicitur in l. in quartam.91.ſupra. Hoc caput nobiliſſimum eſt totius tractatus. Et idem hic docetur, quod & in ſuperiori. Deinde ſubiicit, *Sed in fideicommiſſaria hæreditate reſtituenda.* Martianus hic oſtendit differentiam, inter quartam Falcidiam & trebellianam, id eſt, inter quartam quæ ex legatis, ſecundum Falcidiam, & inter quartam, quæ ex fideicommiſſis, ſecundum Senatuſconſul. Trebellianum vel Pegaſianum deducitur. In quartam ex Falcidia non imputantur, niſi quæ iure hæreditario capiuntur. In quartam autem Trebellianum omnia imputantur, quæ iudicio teſtatoris capiuntur, ſiue iure hæreditario, ſiue mortis capionis capiantur. Et exemplum hic eſt deductionis, quæ ex fideicommiſſis fit, ex Senatuſconſulto Pegaſiano, vel Trebelliano. Cum rogatus eſt hæres reſtituere alteri hæreditatem, detrahit quartam ex Senatuſconſulto Trebelliano, ſed quicquid percipit iudicio teſtatoris, id ei imputatur in quartam, ſiue in hæreditate ſit, ſiue in legatis. Magna quæſtio eſt, & agitata magnopere de ratione diuerſitatis, inter quartam Falcidiam & quartam Trebellianam. Qui originem iuris non ſatis norunt, aut non ſatis accurate expendunt, vix aſſequuntur huius diuerſitatis rationem. Ius noſtrum conſtat variis ex partibus, ex legibus, ex Senatuſconſultis, ex edictis, ex reſponſis prudentum: & diuerſis temporibus hæ partes receptæ ſunt. Nam non vno tempore ſunt omnia conſtituta, quæ à Iuſtiniano conſtituta extant. Origo autem omnium traditur à Pomponio in l.2.de orig. iur. In interpretatione iuris ciuilis ſępe hæc ſunt diſtinguenda, & infœliciter ius ciuile tractamus, niſi diligenter expenſa ratione iuris, & iuris auctorum. Legata ortum habent ex legibus Romanis: Fideicommiſſa ex morte, & iuriſdictione Magiſtratus auctoritatem acceperunt. §.2. de fideicom. hæred. Inſtit. Lex Falcidia ad legata pertinet, non ad fideicommiſſa. Fideicommiſſa nullas vires habebant eo tempore, quo lata eſt lex Falcidia: ſed committebantur fideicommiſſa, quaſi religioni & fidei eius à quod relinquebantur. Legata verò neceſſitatem pręſtandi ab initio, ex iure ciuili habebant. In legis Falcidiæ capite ſecundo, quod ſupra interpretati ſumus, Falcidius ita cauit, de quadrante detrahendo, vt appareat, voluiſſe Falcidium, hæredem habere quadrantem ex hęreditate. Neque ſimpliciter cauit, ne minus haberet hæres, quam quadrantem, ſed vt illum quadrantem ex hæreditate deduceret. Hanc igitur legem prudentes ſic ſunt interpretati, quaſi in quartam tantum voluerit imputari Falcidius id, quod caperet hęres, iure hęreditario. Et ſi quis iudicio teſtatoris, non iure hęreditario haberet res aliquas, non ideo magis hęredem quartam habere, ſed oportet iure hęreditario ad hęredem peruenire, vt id ei in quadrantem Falcidiæ imputari poſſit. Succeſſit longo poſt tempore Senatuſconſultum Pegaſianum, vt conſtat ex §.ſed quia hæredes.de fideicommiſ. Vbi oſtenditur, cautum eſſe eo Senatuſconſulto, vt ſicut quartam, per legem Falcidiam, ex legatis retineret hæres: ſic quartam retineret etiam ex fideicommiſſis, & nihil in eo loco aliud eſt expreſſum. Neque extant verba Senatuſconſulti Pegaſiani: ſi extarent, fortaſſis certius cognoſceremus, quod nos hic angit. Sed tamen, quantum poſſumus colligere ex d.§.ſed quia hæred. non fuit facta mentio hæreditatis in Senatuſconſulto Pegaſiano. Igitur pars quarta poteſt intelligi de quarta parte bonorum. Verum eſt adiicere Iuſtinianum, Falcidiæ exemplo, introductum eſſe Senatuſconſultum, ſed hoc ſignificat, quod quemadmodum ex legatis Falcidia de-

dia detrahatur, ſic in fideicommiſſis, pars bonorum ſeu rerum imputetur in quartam. Ergo Senatus ita eſt ſecutus legem publicam, legem populi Romani, vt tamen temperamentum æquitatis adhiberet, & ſimplicitatem magis amplecteretur, quam veteres in legatis. Et hoc frequens eſt in fideicommiſſis, vt multo fauorabilius fideicommiſſa interpretentur Iuriſconſulti, & plenius quam legata, & negligant ſubtilitatem, quam legata introduxerunt. Multa adduxi exempla in ſuperioribus, in ſimili diſputatione. Vnum eſt quod ante hæredis inſtitutionem non poteſt legari. §. ante hæred. Inſtit. de leg. alias legatum inutile eſſet. In fideicommiſſis autem hic ordo non obſeruatur. Simile in §. poſt mortem. Inſtitut. de leg. Poſt mortem non poterat legari: ſed poſt mortem poterat fideicommitti. Simile. Legata non niſi Latine, fideicommiſſa etiam Græce relinqui poterant. Legata enim ex iure ciuili originem habent: veteres itaque dum ad exemplum legatorum, quartam ex fideicommiſſis deduci volebant, ſtuduerunt ſubtilitatem iuris temperare, nec ideo tamen leges violarunt, quod non magis Senatus potuit, quam Prætor. l. 1. ex quibus cauſis in integr. l. cum ſponſus. de public. in rem actio. Hinc actio ex Senatuſconſulto Trebelliano vtilis tantum dicitur, quia Senatus non potuit hæredem facere, vt nec Prætor, l. ſi filiusfam. ſupra tit. quos autem, de bonor. poſſeſſ. multo minus iuriſprudentes hanc auctoritatem ſibi vendicare potuerunt. In recipiendis ergo fideicommiſſis iuriſprudentes exempla legatorum ſecuti ſunt, ſed cum temperamento æquitatis: non quod omnino exempla circa legata ſequi voluerint, quæ ſine violatione legum omittere poterant. Inde videmus filiumfamilias ſine iuſſu patris hæreditatem non acquirere. l. ſi quis mihi bon. 25. de acquiren. hæred. Et iuſſus patris præcedere debet, quia videbant Iureconſulti lege cautum fuiſſe, vt iubente patre hæreditatem filiusfamilias acquireret. Sic igitur inhærebant legis verbis, vt inde non diſcederent. In poſſeſſione bonorum, quæ ad exemplum hæreditatis acquirendæ à Prætore introducta eſt, ſolus conſenſus patris ſufficit. l. 1. Cod. qui admitti ad bono. Nec immutarunt quod cautum erat legibus de hæreditate, ſed tamen in ſucceſſione Prætoria à ſe introducta, non dubitarunt exemplum veterum ſequi cum temperamento. Hac ratione nihil decedit auctoritati legum, quia lex nihil ad hanc ſucceſſionem Prætoriam pertinet, ſed ad hæreditatem. Videbant magis ſubtilitatem eſſe in hæreditatis acquiſitione: putauerunt igitur conſenſum ſufficere in poſſeſſione bonorum, introducta ad exemplum hæreditatis acquirendę. Simile exemplum in reſtitutione hæreditatis. l. 1. ad Senatuſconſul. Trebell. Teſtator fideicommiſit hæredi, vt alieno ſeruo hæreditatem reſtitueret: ſi iubente domino adeat ſeruus, acquiretur domino hæreditas. ſufficiet autem conſenſus domini. Hæc inſtitutio ſimilis eſt acquiſitioni hæreditatis: Nam fideicommiſſarius habetur pro hærede. Domini iuſſus eſt ad acquiſitionem hæreditatis neceſſarius, ſed exemplo poſſeſſionis, de qua in l. 1. Cod. de bonor. poſſeſſ. Prætor primum exemplum legis ita eſt ſecutus, vt aliquid immutaret propter æquitatem. Ita vt etſi illa reſtitutio ex fideicommiſſo ſimilis ſit acquiſitioni hæreditatis, non tamen ideo oporteat præcedere iuſſus domini, ſed ſufficit ratihabitionem domini ſubſequi reſtitutionem hæreditatis, idque exemplo bonorum poſſeſſionis. Idem factum fuit à Prætoribus, à iuriſprudentibus, à Senatu ipſo. Porro vt ad propoſitum redeamus, nos quærimus rationem diuerſitatis inter quartam Falcidiæ & Trebellianam. In fideicommiſſis ita iuriſprudentes, & ipſe ſenatus exemplum veterum legum de legatis ſequutus eſt, vt aliquid vtilitatis cauſa immutaret, quanquam nihil immutaret de legatis ipſis, propter legum auctoritatem, & voluit vt hæres quartam partem rerum omnium haberet, non hæreditatis tantum. Atque ideo hic dicitur, ea, quæ iure fideicommiſſi capiuntur, imputari hæredi in Falcidiam. Spectarunt veteres ſufficere hæredi, ſi quartam partem bonorum haberet hæres, quocunque titulo. Quia ii qui huius quartæ detractionis auctores ſunt, tantum reſpiciunt vt conſeruationi teſtamentorum proſpiciant, ne is qui ſine commodo eſt hæres inſtitutus, non adeat hæreditatem, & ſic irritum fiat teſtamentum. Ergo ſatis eſt, ſi quartam rerum habeat, quacunque ex cauſa, vt hæres inſtitutus alliciatur ad voluntatem teſtatoris perficiendam; ergo etſi lex Falcidia voluerit hæredem quartam habere hæreditatis iure hæreditario, putauit tamen ſenatus ſufficere, ſi quartam fideicommiſſi haberet, ex quacunque cauſa, & nihil hac ratione in legatis immutauit, ſed in fideicommiſſis tantum. Docuimus quid inter quartam Falcidiæ, & Trebellianam interſit, diximus in quartam Falcidiæ imputari ea tantum, quæ capit hæres iure hæreditario: quæ vero iure legati capit, vel alio titulo, ea non imputari. Sed cum quarta detrahitur ex Trebelliano fideicommiſſo, omnia detrahuntur quæ hæres capit, iudicio teſtatoris, etſi non iure hæreditario. Rationem huius diuerſitatis docuimus. vnum eſt, in l. in quartam. quod magnopere omnes turbauit, qui hac de re ſcripſerunt: & quorum commentaria extant. Difficultas eſt in his verbis, *Pro ea vero parte.* & deinde, *Extra quartam eſt quod à.* Videtur enim Mætianus contraria loqui: inquit enim fideicommiſſariam hæreditatem, & legatum in quartam imputari hæredi, ſubiiciens, extra quartam eſſe, quod à cohærede accipitur. Quod videtur pugnare cum eo, quod præceſſit, quia ſi extra quartam eſt, non imputabitur in quartam. Variæ opiniones extant & veterum & recentium, quas referre non volumus. Multa aduerſus veterum ſententiam ſcripſit Alciatus, & alii. Opinio vulgo recepta eſt, quod à cohærede accipitur, extra quartam eſſe, quia difformiter accipitur. Sicque diſtinguunt in quartam imputari, quod vniformiter, id eſt ſimplici aliquo titulo accipitur, vel hæreditatis, vel legati titulo tantum. Quod autem non vno iure, non vno titulo, ſed partim titulo hæreditatis, partim legati accipitur, id difformiter accipitur. Si prælegauerit teſtator hæredū vni fundum, difformiter hunc hæres accipere dicitur, partim titulo legati, partim titulo hæreditatis. Pars enim eius eſt tanquam hæredis, quam velut à ſeipſo capit, pars vero quæ alioqui cohæredis eſſet futura, iure prælegati eius eſt, & propterea non imputatur in Falcidiam, quia eandem rem diuerſo iure, & iure legati, & iure hæreditario cenſeri abſurdum eſſet, ſed hoc nugatorium eſt, & refutatum ab Alciato in Parergis. Dicam autem breuiter, quid ſentiam de hoc loco. Mihi videtur Mætianus, non de quarta Trebelliana hic loqui, ſed de quarta potius Falcidiæ, quæ ex legatis detrahitur. Nam in hoc capite mixtim de vtraque quarta loquitur, velut initio loquitur de quarta Falcidiæ, deinde diſſerit de quarta Trebelliana. Nunc redit ad Falcidiam, id eſt, ad quartam quæ ex legatis deducitur, & ait, *Pro ea vero parte, quam accipit.* Interpretatur Mætianus, quod initio dixerat, de quarta Falcidiæ, quia quod ſimpliciter dictum erat à Mætiano, non videbatur verum eſſe: igitur illud hoc in loco ita interpretatur, vt quod prius dixerat, ea quæ iure prælegati, vel fideicommiſſi hęres à cohęrede accipiat, non imputari in quartam, non ſimpliciter ſit accipiendum: ſed ita vt altera pars, quam cohæres quaſi à ſeipſo capit, non iure prælegati, imputetur in quartam. Teſtator duos hæredes inſtituit, vni prælegat fundum, qui hæreditarius eſt, hæres qui & legatarius eſt, fundum illum accipit, partim iure hæreditario, partim iure prælegati, & ſic partem velut à ſeipſo capit, quia hæres eſt inſtitutus pro dimidia parte. Ergo fundum habet pro dimidia parte, & pro ea parte capit eum iure hæreditario, & ita imputatur illi ea pars in quartam Falcidiæ. Alteram partem fundi capit à cohærede, iure prælegati, non iure hęreditario, ſeu tanquam à ſemetipſo, ideoque non poteſt imputari illi pro ea parte in Falcidiam. Hæc diſtinctio colligitur, l. in fideicommiſſa. 18. §. vlt. ad Senatuſc. Trebell. In reſtitutionem fideicommiſſariæ hæreditatis veniunt, quę hęreditariæ ſunt, cum quis rogatur hęreditatem reſtituere, omnia reſtituit, quę hęreditaria ſunt: in reſtitutione fideicommiſſi non reſtituit ea, quę aliunde nactus eſt: vnde quęritur, ſi legatum hęredi relictum ſit, & teſtator legauerit ei fundum, valet legatum, ſed ſi ei datus ſit cohęres, cui hęreditatem reſtituere à teſtatore rogatus ſit, quæritur an fundum prælegatum ſibi ſimul debeat reſtituere? Hic quæſtio eſt an fundum illum capiat iure hæreditario, an vero alio iure? Si enim iure hæreditario capiat, veniet in reſtitutionem hæreditatis. Sin alio iure, non veniet in reſtitutionem. Iuriſconſultus ita diſtinguit, quod eam partem fundi tantum retinere debeat hęres, quam à cohęrede accipit, tanquam prælegatum ſibi. Sed eam partem, quam iure hære-

ditario tanquam à ſeipſo accipit, in fideicommiſſum cadere,& reſtitui debere: partem enim fundi à cohærede accipit, iure prælegati, partem à ſemetipſo, id eſt, iure hæreditario. Recte igitur Mæcianus hic de Falcidia differens ait: *Extra quartam.* Quod enim prius dixerat legatum non imputari in Falcidiam, quod hæredi eſſet relictum, hoc loco apertius explicat, pro ea quidem parte, quam à cohærede accipit non imputari, ſed pro ea parte, quam non capit à cohærede, ſed à ſeipſo tanquam iure hæreditario. In fideicommiſſo Trebelliano non eſt huiuſmodi diſtinctio, ſane quantum ad imputationem in Falcidiam attinet: quantum enim ad reſtitutionem hæreditatis, eadem diſtinctio adhibenda eſt: dict. l. in fideicommiſſa. ad Trebellian. Non igitur debent confundi hæ quæſtiones de reſtitutione, & de imputatione in Falcidiam. In fideicommiſſis igitur omnia in quartam imputantur, quæ iudicio teſtatoris accipiuntur: Sed in Falcidiam ea tantum, quæ capiuntur iure hæreditario. Fundus prælegatus eſt, pars quæ à cohærede accipitur, non imputatur, quæ autem accipitur iure hæreditario, imputatur in Falcidiam. *Sed etſi accepta pecunia.* Variis exemplis declarat differentiam prius traditam inter vtranque quartam. Hic exemplum adfert, de eo, quod hæredi implendæ conditionis cauſa datur. Quod datur conditionis cauſa implendæ, non imputatur in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ſed imputatur in quartam, quæ detrahitur ex fideicommiſſis. Vt igitur redeamus vnde digreſſi ſumus. Quæ iure hæreditario capiuntur, imputantur in Falcidiam: quæ autem alio quodam titulo, non imputantur in Falcidiam. Hæc exemplis declarata ſunt. In primis Mæciani exempla perſequemur, vnum de legato proponitur, ſi quid legatum fuerit. Quod enim legatario iure capitur, in Falcidiam non imputatur. Exemplum eſt l. 4. ſupra. Teſtator mihi fundum legauit ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit. Ante euentum conditionis fundus ille eſt hæredis, non legatarii, non meus. Hæres ante conditionem facto teſtamento,& me hærede inſtituto deceſſit, quæritur an hic fundus in Falcidiam imputari debeat. Quæſtio pendet ex eo, quod diximus ea tantum imputari in Falcidiam, quæ iure hæreditario capiuntur: Quæritur ergo an iure hæreditario capiatur hic fundus, necne. Videtur capi hæreditario iure, quia hæres, qui me inſtituit, erat dominus fundi, ante euentum conditionis. Si ex hæreditate eius eſt, videtur debere imputari: hic tamen dicitur non imputari in Falcidiam, ſi enim conditio extiterit, incipit fundus meus eſſe ex priori teſtamento,& capitur iure legatario,& ſic non imputabitur. De prælegato exemplum eſt dict. l. in quartam. & aliis pleriſque locis hic. Prælegata ſunt, quæ legantur ipſi hæredi, vt ea præcipiat, & hoc prælegatum non imputatur in Falcidiam, quia titulo legati accipitur. Hoc ita eſt accipiendum, niſi contraria voluntas teſtatoris appareat, de qua re ſpecies eſt digna animaduerſione in l. Neſennius. 22. ſupra. Epiſtola eſt Neſennii ad Paulum, ad quam epiſtolam reſpondet hic Paulus. *Ex facto, domine, ſpecies eiuſmodi.* Sic ſcribit Apollinaris ad Paulum. Propoſitum fuit Titiam tres filias inſtituiſſe ex æquis partibus,& à ſingulis prælegaſſe. Iuſſit vni, vt fundum Seianum ſorori reſtitueret: ſorori item iuſſit, vt fundum Sempronianum reſtitueret alteri, & ita à ſingulis prælegauit. vna ex his nimis eſt onerata legatis, legata excedunt dodrantem, adeo vt ſit locus Falcidiæ, quæritur ſi velit vti beneficio Falcidiæ aduerſus ſororem, quæ prælegatum ab ea petit, an id, quod ob ea accipit, ſibi prælegatum, debeat imputari in quartam? Mutua legata ſunt, vna ſoluit ſorori, nihil imputando in quartam, & viciſſim petit ſibi prælegatum à ſorore quæ iam ſuum prælegatum acceperat. Hæc dicit, legatum nimis oneroſum eſſe. Obiicitur ei, vt fundum quem prælegati nomine accepit, imputet in Falcidiam, ſi merum ius ſequamur, prælegatum ei non imputabitur, ſed hoc valde iniquum eſſet, & veriſimile eſt, teſtatorem hoc noluiſſe. Ratio enim hic ſuadet, prælegatum eſſe imputandum in Falcidiam. Ego peto à te fundum, quem teſtator à te mihi prælegauit, peto eum ſolui ſine diminutione, nolo autem fundum eum, qui tibi à me prælegatus eſt, ſoluere integrum, ſed partem imputari in quartam. Iniquum hoc vehementer eſſet, & non credibile eſt, ita teſtatorem ſenſiſſe. De prælegato, quæſtiones variæ extant in l. Titia. 86. hic & aliis, & An prælegata veniant in reſtitutionem fideicommiſſi: ſed hæ ad Senatuſconſultum Trebellianum pertinent. Nos igitur eas reiiciemus in diſputationem de ſenatuſconſulto Trebelliano. Hæc hactenus de legatis. Alterum exemplum eſt de eo, quod datur gratia conditionis implendæ. Quod ita capitur, vt nec legati titulo, nec iure hæreditario accipiatur. Lego Titio fundum, ſi decem dederit Sempronio, id quod in conditione eſt poſitum, diſpoſitionem nullam habet, non iubet teſtator dari decem, ſed ita legat fundum Titio, ſi decem dederit. Nulla eſt actio eo nomine, & ideo ſi decem ſoluta fuerint, dicentur mortis cauſa capi. Quicquid enim capitur ex defuncti voluntate, quod ſpeciale nomen non habet, mortis cauſa capi dicitur. l. mortis cauſa. 31. de donat. cauſa mort. Hæc autem, quæ implendæ conditionis cauſa accipiuntur, non imputantur in Falcidiam. Videndum tamen diligenter in qualibet ſpecie propoſita, an vere conditio ſit, an vere conditionis cauſa accipiatur, quia fere accidit, vt quid accipiatur tanquam precium rei, non gratia conditionis implendæ, Exempla ſunt in l. in ratione. §. tametſi. 30. ſupra. Multum intereſt, an teſtator dicat: Lego Titio fundum Cornelianum, ſi decem dederit, quo caſu hæres decem capit, conditionis implendæ cauſa: An vero ita dicat, Iubeo hæredem meum Titio fundum vendere decem: hæ enim decem hæres capit iure hæreditario, & tamen nihil videbatur intereſſe inter vtrunque. Intereſt igitur, quia precium, quod accipitur loco rei hæreditariæ, iure hæreditario accipitur, precium ſuccedit loco rei, vt ſupra diximus. At cum non eſt facta mentio precii, tunc non iure hæreditario, ſed cauſa conditionis implendæ capere dicitur. Sed difficultas naſcitur ex eo, quod hic fit mentio inſtituendæ hæreditatis. Ergo ad Senatusconſultum Trebellianum pertinere videtur, non ad Falcidiam. Et videtur hic locus omnino deſtruere differentiam, quam tradidimus inter Trebellianam quartam & Falcidiam. Quarta, cuius hic fit mentio, ex fideicommiſſaria hæreditate accipitur, ergo ex Trebelliana, ideoque ex omnibus debet hic deduci quarta, ſiue iure hæreditario, ſiue alio iure capiantur. Sed verba ſequentia oſtendunt, quomodo accipiendum ſit, quod hic de hæreditate reſtituenda dicitur. Hæreditatem hoc loco pro ſingulis rebus debemus accipere, quas certo precio teſtator vendi iuſſit, puta decem. Ergo hoc ita debet intelligi, quaſi teſtator voluerit res quaſdam vendi pro certa ſumma, pro certo precio. Datum igitur implendæ conditionis cauſa, non imputatur, ſi vere ſit conditio, id eſt, ſi ex diſpoſitione teſtatoris conſtet vere eſſe conditionem. Hoc tamen cum exceptione eſt accipiendum. l. ſi pupillus. 21. hic. ſi quod in conditione eſt, alias debitum erat, naturaliter ſaltem. Et exemplum inſigne hic eſt de pupillo. Si pupillo decem mutuo ſint data ſine tutore, conſtat aduerſus pupillum ciuiliter actionem nullam eſſe, ſed tamen naturaliter eum obligari. In qua re tamen non minima eſt difficultas, quam tractaui in l. pupillus. de oblig. Eſt enim difficilis antinomia, quam intra breue tempus explicaturi ſumus. Eam enim hic omitto, quia huius loci non eſt. Pupillus ergo, cui decem ſunt data mutuo, ſine tutoris auctoritate, naturaliter obligatur. Creditor pupillo fundum legat ſub conditione, ſi decem dederit hæredi: Pupillus decem dedit, quæritur an ſint imputanda in Falcidiam? Ait Paulus ea imputanda eſſe: Atqui non videbantur imputanda eſſe, quia implendæ conditionis cauſa dederat. Imo vero iure hæreditario ea accepit hæres. Naturalis enim obligatio hæreditaria eſt, de qua in l. 1. §. id quod natura: diximus. Si ſolutum non fuerit, non imputari poterit in Falcidiam nomen illud, quia nulla actio ex ea obligatione competit. Sed ſi ſolutum ſit, imputari debet, quia iure hæreditario id accipit hæres. Debebat pupillus naturaliter decem, quæ mutuo acceperat: Ergo quod dicimus, implendæ conditionis cauſa data non imputari in Falcidiam, ſic accipimus, vt ea non imputari intelligamus, quæ implendæ conditionis cauſa tantum dantur: in ſpecie noſtra non tantum cauſa conditionis implendæ, ſed & iure hæreditario, illa decem hæres accipit, quia etſi teſtator hanc conditionem pupillo non adſcripſiſſet, & pupillus hæredi ſoluiſſet decem,

debue-

debuerat ea imputaſſe in quartam. Alia exempla ſunt, l.3.hic. hæreditas non erat ſoluendo, eam hæres vendidit magno precio, legatarius vult vniuerſi illius precii rationem haberi in Falcidiæ detractione, & tanti hæreditatem eſſe contendit, quanti eſt venditio. Obiicit hæres, ſe diligentia ſua, vel emptoris ſtultitia, tanti vendidiſſe hæreditatem, & ideo ait non eſſe imputandam eam pecuniam, quæ excedit hæreditatis veram æſtimationem. Facile quidem præſumetur, ſoluendo fuiſſe hæreditatem, quæ emptorem inuenerit, ſed ſi aperte hæres docuerit, non tantum fuiſſe in hæreditate, audietur. Multum ergo intereſt, an ſponte hæreditatem vendiderit hæres, an iuſſus à teſtatore. Si enim iuſſus à teſtatore, eam vendiderit, precium iure hæreditario capere dicitur, & eo caſu imputabitur hæredi precium. Sed ſi ſponte ſine iuſſu teſtatoris eam vendiderit, inſpicimus quantum vere fuerit in hæreditate. Alia exempla hic reperiuntur, vt ſi quid hæres ex deciſione ſeu tranſactione conſecutus fuerit, non imputetur ei in quartam. Aliud, Si teſtator viuus aliquid dederit hæredi, an imputetur in Falcidiam? Et certum eſt non imputari, ſi quidem viuus extra teſtamentum ei dederit. Nam etiam quæ teſtamento vt legata ei dedit, non imputantur: multo ergo minus hæc imputantur, quæ extra teſtamentum ei dedit. Et tamen hoc ita accipimus, quemadmodum ante de legatis diximus, niſi contraria voluntas teſtatoris appareat. l.cum quo.§.vlt. 56. hic. Si appareat ex coniecturis, teſtatorem voluiſſe prouidere hęredi, imputabuntur ei, quæ à teſtatore viuo acceperat. Teſtator in bonis habebat centum, ne quid oriretur difficultatis inter hęredem & legatarios, in legis Falcidiæ portione, dedit vigintiquinque futuro hæredi ſuo, & cætera legauit. Ea ſumma quarta pars eſt omnium bonorum teſtatoris, ergo imputabit ſibi eam ſummam hæres in Falcidiam. Et ſic hæc omnia intelligimus, niſi appareat contraria voluntas teſtatoris. Simile eſt in l.quod autem. 74. hic. Vbi hæc exceptio generaliter traditur. Præterea non imputantur in Falcidiam, quę ab hærede abſceſſura ſunt, id eſt, quæ in dominio hæredis ſunt, ſed ab eo abſceſſura. l. ſtatuliber. de ſtatulib. Statuliber eſt, cui ſub conditione libertas eſt legata. Ante euentum conditionis in patrimonio defuncti eſt, ſed quia ab eo abſceſſurus eſt, eueniente conditione, non imputatur in Falcidiam. Alia nunc ſunt, quæ non modo non augent, ſed etiam minuunt hæreditatem, de quibus ordine dicturi ſumus. Docuimus quænam imputentur in Falcidiam, quænam augeant hæreditatem & admonuimus quædam eſſe quæ non modo non augerent hæreditatem, vt proficerent legatariis, ſed eam etiam minuerent, quænam hæc ſint, nos hic explicaturi ſumus. Hæreditatem minuit, & ex hæreditate deducitur ſumptus factus in funus defuncti. l. 1. §.vlt.hic. Ibi tractatur quæſtio de impenſa monumenti, & ſepulturæ ſeu funeris. De monumenti impenſa maior eſt dubitatio: Funus omnino eſt neceſſarium, monumentum neceſſarium non eſt. Igitur quæritur an ſumptus facti in monumentum deduci debeant? Et Sabinus dicit, ita demum ſumptus monumenti deducendos eſſe, ſi fuerint neceſſarii. Alia Marcelli ſententia fuit, qui de vtraque impenſa fuerat quæſitus. Marcellus reſpondet, funeris impenſam eſſe deducendam, & non impenſam in monumentum, quoniam diuerſa eſſet cauſa vtriuſque. Deinde ſubiicit: *Idcirco eum, qui pecunia.* Et in l. 2. ſeq. tandem concluditur, quid ſequendum ſit in propoſita quæſtione de monumentis, ſi monumentum ſumptuoſius ſit extructum, non deducetur ex hæreditate: ſed ſi ad ſpeciem modicam monumenti impenſum quid fuerit, id deduci poterit. De funere vero loquitur ſimpliciter. Sed tamen cum exceptione debet & hoc accipi. Nam ſumptus maximi in funus, non permittuntur. Extat Ciceronis diſputatio lib.2. de legib. Et Iureconſulti ſententia, l.ſeruo alieno.§.vlt. l. 14. de leg. 1. vbi dicitur, ineptas voluntates defunctorum circa ſepulturam non eſſe ſequendas. Si ſuperuacaneus ſumptus non probatur, etiam iubente teſtatore, multo minus probabitur, ſi de eo nihil cauerit teſtator. Quæſtio tractatur de ſumptu, quem maritus fecit in funus vxoris. l.ſi vir. 6. hic. Si vir idemque hæres vxoris, in funus vxoris aliquid impendit, an id minuat hæreditatem? Ad explicationem huius quæſtionis videnda eſt l. Celſus. 22. & l. veluti. de relig. vbi ait Iureconſultus, funerari debere vxorem ex dote à marito: ſi maritus lucrifaciat dotem vxoris, ex dote illa funerari eam debet. Ex bonis etiam vxoris, quæ reliquit hæredi, hoc funus curari debet. Ideo ſi hæres ei maritus fuerit, pro rata portione, ex dote, & ex hæreditate conferre debet maritus ſumptus funeris. Quemadmodum fieret, ſi diuerſi hæredes eſſent. Si alius hæres eſſet quam maritus, maritus cogeretur conferre pro rata dotis, & hæres pro rata hæreditatis. Vtrumque ius hic in eadem perſona concurrit. Ergo pro rata vtriuſque iuris haberi debet ratio deductionis. Quod de ſumptibus in funus defuncti dicitur, intelligendum quoque eſt de aliis impenſis neceſſariis in res hæreditarias. Exemplum eſt l.quantitas. 72. ſupr. Si forte aliquid vendendum ſit ex bonis hæreditariis, propter æs alienum, ſi harum venditionum cauſa ſumptus facti ſint, nocent legatariis, & minuunt hæreditatem. Alia exempla horum ſumptuum ſunt apud Iureconſultos. l.vlt.§.in computatione. Cod. de iur. delib. Quæſtio eſt de damnis contingentibus poſt mortem teſtatoris: res quædam hæreditariæ caſu, vel mortalitate perierunt, vel incendio, vel naufragio, vel hoſtium vi, an hæc damna minuant hæreditatem, & noceant legatariis? Ait Mætianus hæreditatem non minui: Inſpicitur enim quantum fuerit patrimonium defuncti, mortis tempore. d. l. in quantitate. ſupra. & §.quantitas. Inſtit. eod. Omne damnum poſt mortem teſtatoris ad hæredem ſpectat, non ad legatarium. Et conſequenter integra legata legatarii, etſi nihil hæredi ſuperſit pro quadrante hæreditatis. Sed hoc contra rationem Iuris eſſe videtur, & id quod vulgo dicitur, de periculo caſus fortuiti. Vulgare eſt debitorem ſpecie liberari eius interitu, ſi ſine eius culpa ſpecies perierit. Et de legato expreſſum eſt l.ſi ex legati cauſa. 23. de verbo. oblig. l. quod tenetur. de reb. cred. Eiuſdem ſunt auctoris, vt cap. inſcriptio indicat. Fortuitum caſum hæres non præſtat in rebus legatis. Et hic loquitur Mætianus de ruina, hoſtium vi, qui caſus fortuiti ſunt. Res tamen hic pereunt hæredi, non legatario. Quid ergo dicimus liberari hæredem cum res perierit caſu fortuito? Hoc quomodo accipiendum ſit, docet ipſe Mætianus §. diligenter. l. 3. in ratione. 30. ea lege. Nam ſimpliciter hoc dictum videtur rationi aduerſari. Et inquit non eſſe ſine diſtinctione id recipiendum, ſpectandum quid iuris in toto. Nam idem iuris eſt in parte, quod eſt in toto. Si tota res, atque legata omnia perierint fortuito caſu, etiam tunc cum non quæretur de lege Falcidia, non pereunt hæredi, ſed legatario. Ergo in parte idem dicendum erit, ſi agatur videlicet de lege Falcidia, vt caſus fortuitus in ea parte noceat legatariis non hæredi. Diſtinguit ergo & ait videndum eſſe, cuius generis ſint res legatæ, an res ſint quæ conſtent pondere, numero & menſura, quas in quantitate conſiſtere dicimus, an ſpecies certæ, an incertæ. Aliquando legatur quantitas, centum modii frumenti: certa quantitas vel vini, vel olei, vel frumenti, quæ functionem magis in genere ſuo recipiunt, vt dicitur l. 2. §.mutui. de reb. cred. Et de his dubium non eſt, accipi debere, quod hic dicitur, damnum poſt mortem teſtatoris ſpectare ad hæredem. Nam quod dicimus debitorem liberari caſu fortuito, intelligimus ſi certæ ſpeciei creditor ſit. l. incendium. 10. Cod. de reb. cred. Non deſinit obligatus eſſe is, qui quantitatem debet, ſi debet centum aureos, etſi nullos aureos habet: Vnde quantitatis debitor nullo caſu fortuito liberatur. Aliquando leguntur certa corpora, vel ſpecies, vt Stichus, vel fundus Cornelianus: vel quantitas certa, vt ſi lego pecuniam quæ eſt in arca mea. Et certum eſt harum rerum interitum non hæredi, ſed legatariis nocere. Aliquando legantur res incertæ. Rei vocabulum late patet. Res incerta dicitur, vt cum debetur ſeruus homo, non eſt res certa, quæ numero, vel pondere, vel menſura conſtet: nec res certa dicitur legata: vulgo tale legatum dicimus legatum generis. Et certum eſt debitorem rei incertæ non magis liberari caſu fortuito, quam eum qui quantitatem debet. Qui quantitatem debet, nullo caſu fortuito liberatur, ſic nec hic, qui hominem debet, quia non poteſt dici eam rē periiſſe, quæ in obligatione eſt. Igitur idem de hoc legato dicendum eſt, quod de legato quantitatis. Ideoq; quod dicitur damna illata poſt mortem teſtatoris, pertinere ad hæredem, intelligendum eſt de quantitate & rebus incertis. l. 30. §.verū eſt. *Si nō culpa hæredis*

deperierint. Hic loquitur de certis corporibus, cum quis Stichum legauit, certum eſt corpus. Et ita dicendum eſt de quantitate, quæ ita eſt legata, vt conſtet certam rem eſſe legatam. Quod enim hic ſequitur, de re certa intelligitur. Cum quis legat pecuniam, quam habet in arca, perinde eſt ac ſi Stichum legaſſet, & poteſt perire fortuito caſu. §. eiuſdem. l. 30. *Incertæ autem.* Cum teſtator incertam rem reliquit, diſtinguendum eſt, an incertam rem ex certis reliquerit. Si legat argentum, quod legatarius elegerit, intelligitur de argento, quod eſt in patrimonio teſtatoris. Si omne argentum perierit, quod eſt in patrimonio teſtatoris, liberabitur hæres. Debebatur enim argentum, quod erat in patrimonio defuncti, non quoduis. Si ſimpliciter argenti pondus legatum fuerit, tunc nullo caſu fortuito liberatur hæres, quia quodcunque damnum acciderit, non poterit dici, rem debitam periiſſe, debebatur enim argentum, ſed non magis id quod erat in ſubſtantia teſtatoris, quam aliud quoduis. Cum hac igitur diſtinctione intelligendum eſt quod dicitur, damna poſt mortem teſtatoris ad hæredem, non ad legatarios pertinere: ſpectandum eſt an res incerta, ex certis relicta ſit. Deinde hęreditatem minuit æs alienum. Cum de lege Falcidia, de minuendis legatis agitur, ante omnia æs alienum hæreditarium deducitur. Bona dicuntur deducto ære aleno. l. ſubſignatum. 39. §. vlt. de verb. ſign. Cum ergo legata ſoluantur ex bonis hæreditariis, neceſſe eſt vt ante omnia æs alienum deducatur. Ergo nõ debetur legatariis, niſi quod ſupereſt, ære alieno deducto. Et certa eſt hæc regula, & traditur, l. circa. 66. hic. l. ſucceſſiones. 16. C. eod. §. cum autem. Inſtit. eo. Quod autem de ære alieno dicimus, intelligendum etiam eſt, etſi hæredi debebat defunctus, ſi debitori creditor hęres extiterit. l. qui fundum. 81. hic. l. imponenda. C. eo. Si ſubtilitatem iuris ſpectemus, nõ videtur hoc æs alienum deduci poſſe, quia aditione hæreditatis, omnis obligatio extincta dicitur, ſiue hæres exiſtat debitori creditor, ſiue creditori debitor. Confunduntur enim obligationes, cum nemo ſibiipſi poſſit eſſe obligatus, & aduerſus ſeſe agere, vnde videbatur id deduci non poſſe, ſed contra tamen dicitur, videlicet deduci poſſe. Rationem ſupra docuimus, l. 1. §. ſi debitor. Diximus ſi debitor creditori hæres exiſtat, quamuis confuſa ſit obligatio, tamen hæc auget hæreditatem, & proficit legatariis. Ergo hoc caſu hæreditatem minuit ęs alienum & nocet legatariis. Et quod de confuſa obligatione dicitur, id de actione verum eſt, quæ intendi non poteſt, niſi vbi duę perſonę ſunt. In hac autem quarta Falcidię deducenda, opus eſt tantum retentione, non actione: quæ retentio fieri poteſt, etſi in iudicio non agatur. Huius rei exempla varia extant ſub hoc tit. quæ breuiter percurremus. Vnum eſt l. pater filiam. 14. Superioribus locis in tractatu de repetitione dotis, ſoluto matrimonio, diximus dotem profectitiam communem eſſe patri, & filiæ, & actionem eius neutri, ſine alterius conſenſu competere. l. videamus. C. de rei vxo. act. Ergo quod ad hãc dotem attinet, habetur pro ęre alieno, & pater pro debitore dotis, quia eo defuncto tota dos ab ipſo profecta, ad filiam pertinet: vnde ſi filiam hæredem inſtituerit, hoc æs alienum minuit hæreditatem, & nocebit legatariis. Aliud exemplum eſt, l. quod de bonis. §. quod auus. hic. Quod auus ex cauſa tutelæ nepoti debuit, ſi hunc hæredem inſtituerit, deducetur primum ex hæreditate. Aliud exemplum l. pater filiam. 54. quæ ſpecies digna eſt animaduerſione. *In familia enim relinqueret.* Hæc prohibitio alienationis obligat hæreditatem, & quod ad fundum, quem teſtator ex familia alienari vetuit, hæres debitor eſt familiæ. Quærebatur igitur, an poſſent deducere hunc fundum tanquam ſibi debitum filii? Quæſtionem faciebat, quod nulli horum cogebatur relinquere, ſed in familia. Nullus igitur videtur æs alienum deducere poſſe, non cogebatur vni alicui fundum relinquere ob hoc fideicommiſſum. Poterat enim vni hunc fundum legare, cæteris excluſis, quoniam ſufficiebat eum in familia relinqui: ſed hac ſubtilitate reiecta ſpectatur quod eſt humanius. In alieno ære habuit hunc fundum, ob fideicommiſſum, & neceſſitate fuit obſtrictus filius eum relinquere: & ſi vni illorum potuiſſet relinquere. Nullus quidem filiorum eſt qui poſſit dicere, ſibi deberi fundum, & tamen filiis debebatur. Sequuntur ergo Iuriconſulti, quod eſt humanius. Aliud exemplum eſt in l. ſi dos. ff. hic. Filius vxorem duxit, dos non filio, ſed ſocero datur: filius hæres inſtitutus eſt à ſocero, legata multa ſunt ab eo relicta, opus eſt Falcidia, quæritur an poſſit deduci dos, tanquam æs alienum? Dubitationem facit, quia tempus nondum venerat exigendæ dotis, cum matrimonium adhuc conſtabat. Sed rationem addit, quia aliter videretur indotata eſſe filia. Sed quæritur, an teſtator prohibere poſſit, vt æs alienum non deducatur? Non eſt dubium quin poſſit. l. ſi debitor. 12. hic. Defunctus debebat Titio centum, Titio inſtituto hærede vetuit creditum in Falcidiam imputari. Quanquam quod facit, videatur ex lege facere, tamen voluntati teſtatoris contrarium hoc eſt. De quo plenius in quæſtione, an teſtator poſſit prohibere Falcidiam in teſtamento. Hæres igitur ante omnia deducit æs alienum, & id demum debetur legatariis, quod deducto ære alieno ſupereſt. Id non tantum in proprietate, ſed in vſufructu quoque locum habet. l. vſufructu. 69. hic. Teſtator Titium inſtituit, Sempronio vſumfructum omnium bonorum legauit, æs alienum deducendum eſt, vſusfructus ita conſtituetur, vt prius æs alienum deducatur, & ſoluatur quod teſtator debebat, & res hæreditariæ, ſi opus ſit, detrahentur, atque in eo, quod ſupererit, vſusfructus conſtituetur. *Nulla res eſt, quæ non cadat in vſumfructum.* Extat Senatuſconſultum ſub titul. de vſufruct. ear. rer. quæ vſu conſumunt. In iis quæ vſufructu conſumuntur, naturali ratione non eſt vſusfructus, vt in vino, ideoque magis abuſus dicitur eorum, quam vſus: Senatuſconſulto tamen cautum eſt, vt vſusfructus conſtitueretur data cautione. Cauebit vſufructuatius ſe reſtituturum tantam quantitatem vini, vel olei, vſufructu legato.

Docuimus, quomodo æs alienum deducatur in computatione legis Falcidiæ. Tractauimus aliquot quæſtiones ad eam rem pertinentes. Sequens quæſtio eſt de euicto homine, qui venditus fuerat, quantum deducendum ſit, quantum ſit in ære alieno hæredum. Hæc quæſtio tractatur, l. cum emptor. 48. hic. Quidam Stichum vendidit, ex ea venditione non eſt dubium, quin teneatur ex empto in duplum ſi poſtea Stichus euictus fuerit l. emptori. 97. de euict. Venditor emptori duplum debet euicta re vendita. De homine, edicto ædilitio expreſſum fuit, de cæteris rebus diſtinctio admittitur. Nam ſi vilis res diſtracta ſit venditor tantum ſimplum præſtat, ſi res euicta fuerit. ſed ſi precioſior res fuerit, ad duplum tenebitur. Si autem homo fuerit venditus, ſemper ſine diſtinctione ad duplum tenetur. Si ergo venditori emptor hæres extiterit, quæritur an ſimplum, an duplum debeat computari in Falcidiam? Emptor hęres fuit venditori, defunctus venditor euicto homine debebat duplum, quæritur ergo an duplum deducatur, tanquam æs alienum? Si ſtrictam rationem ſequamur, & merum ius duplum deducetur, quia ſi alius hæres extitiſſet, potuiſſet duplum peti à venditore, ſed benignius eſt ſimplum imputari. Benigniorem ſententiam ſecutus eſt Paulus, ſufficit enim emptori, ſi conſequatur quod ſua intereſt, ſi nullo damno afficiatur. Igitur dupli hic non habetur ratio, ſed ſimpli. Alia quæſtio tractatur eodem pertinens, de duobus reis promittendi. Si vnus ex his hæredem me inſtituit, quantum deducetur æris alieni loco, an nihil deducatur, & quantum ſit deducendum, ſi aliquid deducatur? Non diſſimilem quæſtionem ſupra tractauimus de duobus reis ſtipulandi. Duo promiſerunt ſimul eandem rem, & ſe in ſolidum obligarunt, vterque poteſt in ſolidum conueniri, electionem habet creditor. l. 2. de duobus reis. Vnus ex his duobus reis me hæredem inſtituit, volebam deducere æs alienum, cum locus eſſet Falcidiæ. Promiſerat centum, volebam ea deducere, quæritur an nihil deducatur, quia nihil adhuc petitum fuerit? aut ſi quid deducendum ſit, an totum deduci debeat, quia totum ab eo poteſt exigi, an vero pars, quia duo reuera erant rei promittendi? Sed eadem diſtinctione eſt vtendum, qua ſupra in duobus reis ſtipulandi. l. in lege. 62. hic. Vlpianus in hac lege loquitur ſimul de reis ſtipulandi & promittendi: nos hæc diuiſimus, de reis ſtipulandi tractauimus, cum quærebatur, quæ augerent hæreditatem, nunc cum de iis agimus, quæ hæreditatem minuunt, hæc diſputatio de duobus reis promittendi, huic loco eſt conuenientior.

tior. Videndum autem eſt, an hi duo rei ſocij fuerint, ſi ſocij, communicatur inter eos onus æris alieni. Et ſi vni hæres extiterit, tantum dimidiam partem æris alieni deducet. Onus æris alieni pro parte ad ſingulos pertinet. Si vero ſocij non fuerint, euentus expectandus eſt. Nam ſi creditor me conuenerit, qui hæres extiti, ſolidum deducam: poteſt enim ſolidum à me exigi, & tunc onus illud perferre cogor, d. l. 2. de duobus reis. Sed ſi forte alterum conuenerit, non onerabitur hæreditas. Igitur omnino hoc ex euentu dependet, ſed cum fuerit ſocietas inter illos inita, à quocunque fuerit exactum, ſemper diuidetur hoc onus. Socij enim omnia communia habent. Eadem eſt quæſtio, etſi vnus ex duobus reis alteri ſucceſſerit, eademque diſtinctione vtendum eſt, ſi hæc iura in eandem perſonam concurrant. Titius & ego duo rei promittendi eramus, eadem obligatione in ſolidum tenebitur. Titius me hæredem inſtituit, locus eſt Falcidiæ, quæritur an poſſim hoc æs alienum deducere? Certum eſt aliquid deduci poſſe, nemo alius poteſt conueniri, quam ego, ſed quæritur quantum deducatur? Hic ſimiliter diſtinguendum eſt. Expectandus eſt euentus, ſi enim nulla inter nos fuerit ſocietas, & proprio me nomine creditor conueniat, tanquam reum promittentem, nihil deduco: Sed ſi ex cauſa hæreditaria me conueniat, tanquam alterius rei hæredem, totum deducam. Quod ſi vero ſocietas inter nos fuerit inita, diuidam hoc æs alienum, & pro parte tantum deducam. Alia quæſtio eſt, ſi vnus ex hæredibus damnatus ſit à teſtatore æs alienum ſoluere, quomodo id deducendum ſit? Hæc quæſtio tractatur l. in leg. Falcid. hic. Teſtator tres hæredes inſtituit, vnum damnauit, vt ſolueret æs alienum, cæteros hæredes exonerare voluit. Ab eo qui ita damnatus eſt, quædam legata relicta ſunt, vt locus ſit Falcidiæ, legatarij petunt legata: Hic vult deducere centum, quam ſummam damnatus erat ſolus ſoluere. Hac ſumma detracta, aliquid minuetur ex legatis, quia hæreditas ei non ſufficit ad quadrantem. Sed contendunt legatarij, eum non poſſe tota centum deducere ex legatis, quia pro tertia tantum parte hæres ſit. Creditores aduerſus ſingulos hæredes ſaluas habent actiones. l. 1. C. ſi cert. per. Etſi ab vno hærede teſtator voluerit æs alienum ſolui, tamen ſingulos hæredes, creditores conuenire poſſunt. Ergo videtur, quod non poſſit, niſi pro tertia parte deducere, quia duos cohæredes habet. Et tamen dicitur eum omnino æs alienum deducere poſſe, quia damnatus eſt id ſolus ſoluere, cæteri id non poſſunt deducere, etſi poſſint conueniri, ſed ſalua eis manet actio aduerſus cohæredem, qui id ſoluere ſolus damnatus fuerat, ſi quid illi eo nomine ſoluere coacti fuerint. Quædam alia ſunt, quæ exemplo æris alieni detrahuntur. l. æris alieni. 39. hic. §. cum autem. Inſtit. eo. Alia ſunt pretia ſeruorum manumiſſorum. Hæc quomodo intelligenda ſint conſtat. l. ſed ſi non. 36. hic. & l. eius ſerui. l. 1. §. in quibuſdam. ſi cui plus quam per leg. Falcid. Ex ſuperiori diſputatione exiſtit quæſtio, quæ tractatur, an legis Falcidiæ ratio in ſingulis hæredibus ponenda ſit? cum quærimus quantum in hæreditate ſit, quid augeat hæreditatem, quid non, neceſſe eſt intelligere, an in ſingulis hæredibus ratio Falcidiæ habenda ſit, an ſeparatim ſingulorum ſit ratio habenda, an vero as totus ſpectandus ſit. l. in ſingulis. hic. & §. & cum quæſitum. Inſtit. eo. Teſtator ex æquis partibus inſtituit duos hæredes, ab vno toto ſemiſſem legatis exhauſit, ab altero nihil exhauſit. Legatarij legata petunt ab eo, à quo relicta ſunt. Is contendit ſe non poſſe integra legata ſoluere, & Falcidiam velle detrahere. Obiicitur à legatariis, totam hæreditatem non eſſe exhauſtam legatis, quamuis illius ſemis exhauſtus ſit, ab altero nihil eſſe exhauſtum, ſufficere integram hæreditatem ad legata ſoluenda, ſi confundantur vtriuſque hæredis ſemiſſes, & quartam partem nihilominus ſaluam manſuram. Quæritur an ſeparatim ſingulorum hæredum habenda ſit ratio, non confuſis ſemiſſibus, quo caſu erit locus Falcidiæ: an totius aſſis habenda ſit ratio, quo caſu non reperietur exhauſta hæreditas, ſi confundatur vterque ſemis? Hæc quæſtio pertinet ad verba legis Falcidiæ, in ſecundo capite, dum ita cauit Falcidius, *Ne minus quam quartam partem*. In propoſita ſpecie, ſolutis integris legatis, manet quarta pars, ſi non ſeparemus ſingulos hæredes. Quæritur ergo quomodo ea verba legis ſint accipienda? Et dicitur in ſingulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam. Idem apertius expreſſum eſt d. §. & cum quæſitum. Ergo in ſingulis hæredibus ſpectatur lex Falcidia, non autem totus as. Durum erat aliter ſtatuere, quia etſi tota forte hæreditas commixta ſoluendo ſit, id tamen nihil cohæredi prodeſt cuius pars exhauſta eſt, quia nihil ex ſemiſſe alterius ad eum perueniet, quod contra voluntatem eſt legiſlatoris, qui autor eſt legis Falcidiæ. In hac quæſtione, cum vterque adiit hæreditatem magna difficultas non eſt, quia ratio Falcidiæ ſemper habetur in ſingulis pro parte. Sed interdum pars vnius non adeuntis accreſcit alteri, quo caſu dubitatur, quomodo computanda ſit Falcidia, an totius hæreditatis habenda ſit ratio, an vero ſeparatim in ſingulis hæredibus, quia ad vnum peruenit hæreditas? Hæc quæſtio tractatur l. quod ſi alterutro. 78. hic. Cum quæritur quo caſu tota hæreditas ad eum peruenit, quia vnus repudiat partem ſuam, quæ alteri accreſcit, an ſingularum partium, an totius aſſis habenda ſit ratio, diſtinctione vtendum eſt, quæ hic traditur. Diſtinctio vulgaris eſt, quam obſeruare debemus. Multum enim refert an portio non grauata accedat grauato, an vero portio grauata accedat non grauato. Si portio accreſcens grauata non ſit, & accreſcat ei qui grauatus eſt à teſtatore, tunc portio accreſcens, quæ onerata non eſt, auget hæreditatem, & prodeſt legatariis. Titium, & Sempronium ex æquis partibus inſtituo, à Sempronio multa legata relinquo, à Titio nulla. Titij non adeuntis pars accreuit Sempronio, legatarij petunt legata ſibi relicta, ille vult minuere legata, quia ait partem ſuam non ſufficere ad ea legata ſoluenda, deducto quadrante. Obiicitur illi, totam hæreditatem ſufficere, ſi minus ipſius pars ſufficiat, & ideo confuſionem eſſe faciendam harum partium, & non inſpiciendum, an illius ſemis tantum ſoluendo non ſit. Et ait Iureconſultus habendam eſſe rationem non tantum ſemiſſis, ex quo hæres inſtitutus eſt, ſed totius aſſis. Et vtitur ſimilitudine, quæ nobis pro ratione debet ſufficere. *Quia & legata.* id à nobis ſupra declaratum eſt. Diximus retentiones omnes augere hæreditatem, l. in ratione. hic. Retentiones interpretatus ſum, legata omnia, quæ retinet hæres, tanquam inutiliter relicta, vel ob perſonam, vel ob conditionem legatarij, & quia manent penes hæredem, proficiunt legatariis, & dicitur hæres ea capere iure hæreditario. Idem ergo in parte accreſcente dicemus, cum quid legatum eſt inutiliter, augetur hæreditas. Redit enim inutile illud legatum ad hæreditatem, & ita imputatur in Falcidiam. Eadem ratio ſuadet, vt de parte accreſcente idem dicamus. Duo ſunt hæredes ex æquis partibus inſtituti, is cuius pars non erat onerata, partem ſuam repudiauit, quæ accreſcit alteri, & auget hæreditatem, & ideo proficit legatariis, & imputabitur hæredi in Falcidiam. Iam diximus cum pars non onerata accedit parti oneratæ, eam prodeſſe legatariis: Sed contra, ſi pars grauata accedat parti, quæ grauata non eſt, ceſſat ratio ob quam diximus prodeſſe legatariis, cum pars quæ onerata eſt legatis, accreſcit parti non oneratæ, ſeparatim habetur ratio, & totam partem eius conſequitur, quæ onerata non eſt, ex altera parte deducet Falcidiam, & ſic diminuentur legata. Hinc vulgaris diſtinctio colligitur, multum referre, an portio non grauata accedat grauato, an contra portio grauata accreſcat non grauato. Simile eſt l. 1. §. ſi cohæredis. Hic locus oſtendit de hac quæſtione diſſenſionem fuiſſe inter Iuriſconſultos. Caſſianorum & Proculeianorum ſectæ olim fuerunt. Caſſius non diſtinguebat an portio grauata accederet non grauato, an econtra, ſed ſimpliciter dicebat, confundendas eſſe partes. Sed Proculeius contra exiſtimauit. *Quam ſententiam.* Hæc verba debemus accipere tanquam à Iuſtiniano prolata. Ait enim omnia accipi debere, quaſi ex ſe profecta, quia illis auctoritatem eandem tribuit. Veterum autem Iuriſconſultorum nomina eo tantum aſſcribit legum capitibus, ne illorum memoria deleatur, ſibi autem omnia attribuit. Et quod hic de D. Antonino ſubiicitur, nos mouere non debet: is enim ſecutus eſt Caſſij ſententiam, ſed Iuſtinianus Proculeianorum. Neque aliter hunc locum interpretari poſſumus, alias enim aduerſaretur d. l. quod alterutro. 77. Hocque mihi videtur ſatis eſſe. Simile eſt l. maritum. 25. l. ſi pluribus. 21. Sed negotium nobis hoc loco exhibet l. qui fundū, qui filium. 86.

vbi contributio, & confuſio fit hæreditatum, quo caſu portio grauata accedit non grauatæ. Teſtator inſtituit filium impuberem, & Titium, ambos ex æquis partibus. A filio totum ſemiſſem legauit, à Titio nihil legauit: Titium ſubſtituit filio ſuo. Hanc ſubſtitutionem debemus intelligere, & vulgarem & pupillarem, quia ſimpliciter ſubſtituit. Impubere mortuo, hæres extitit Titius, tota hæreditas ad Titium peruenit, ſemis enim filij qui à teſtatore legatis conſumptus fuerat, peruenit ad Titium, quæritur an confuſio facienda ſit? Secundum diſtinctionem traditam, non videtur confuſioni locus eſſe, quia portio grauata accedit non grauatæ. Nos dicimus in gratiam legatariorum confuſionem faciendam, ſi portio non grauata accedat grauatæ. Sed hic contra fit, portio grauata accedit non grauatæ. Et tamen dicitur confuſionem fieri. Si ſequeremur diſtinctionem l. quod ſi alterutro. 77. hic. Titius non ſolueret integra legata, ſed in primis ſuum ſemiſſem conſequeretur, qui non eſt oneratus, & præterea ex altero ſemiſſe detraheret quartam: & tamen dicit, quod ſolida legata ſoluere debeat, quia confuſione facta, remanet penes eum quarta pars hæreditatis. Quomodo hæc conciliabimus? Ego vulgarem conciliationem probo, & quod dicitur d. l. quod ſi alterutro. l. maritum. l. ſi pupillus. & §. ſi cohæredes. d. l. 1. ſupra. In quibus diſtinctio illa traditur: intelligamus cum portio vnius deuenerit ad alterum, non ex ſubſtitutione, & ex voluntate teſtatoris, ſed ex poteſtate legis, id eſt ex iure accreſcendi, quia d. l. quod ſi alterutro, loquitur de parte accreſcente, etſi ſubſtitutus non ſit, & tunc diſtinctio illa ſequenda eſt: ſed cum proponitur teſtatorem hæredes duos inſtituiſſe, & vnum alteri ſubſtituiſſe, vt hic fit, Titius filio mortuo, cui ſubſtitutus erat, conſequitur hæreditatem. Hoc caſu omnia hæc legata perinde ſunt accipienda, atque ſi à Titio ſubſtituto eſſent relicta: cenſentur enim repetita in ſecundo gradu. l. licet. 74. de leg. 1. Quamuis in ſubſtitutione multa legata expreſſa reperiuntur, tamen intelliguntur repetita ex coniectura voluntatis, & quia forte dubitatio fuerat inter veteres, idem reſcripto Imperatoris confirmatum eſt, poſt quod reſcriptum nemo de hoc dubitare potuit. Ergo hic perinde tenetur Titius ad ſoluenda hæc legata, ac ſi ab eo ipſo eſſent relicta, in l. quod ſi alterutro. & aliis, nulla eſt ſubſtitutio, nulla repetitio legatorum, pars alteri ſuccedit ex diſpoſitione legis, propter ius accreſcendi. De ſubſtitutione pupillari quæſtio eſt. d. l. qui fundum. 87. §. vlti. hic. Ad hanc quæſtionem facit l. pater filiam. 14. §. vlt. in qua tractatur quæſtio ad hunc quoque locum pertinens. Singulas ſpecies tempus non patitur nos attingere, & neceſſarium non eſt eas ſigillatim percurrere, aggrediemur igitur tractatum de modo legatorum.

Diximus in initio huius diſputationis, cum quæritur de lege Falcidia, duo in primis ſpectanda eſſe: vnum eſt, vt obſeruetur quæ ſit quantitas, quis modus patrimonij defuncti. Alterum eſt, vt cognoſcamus modum legatorum, niſi vtrunque intellexerimus, ratio Falcidiæ iniri non poteſt. Nam tunc Falcidiæ locus eſt, cum legata excedunt dodrantem hæreditatis. Ergo eſt neceſſe ſcire, quid & quantum ſit in legato. Ex primo multæ oriuntur quæſtiones, quas hactenus tractauimus. De altero nunc videndum eſt, nempe de modo legatorum. Et multæ quæſtiones hic tractari ſolent, quæ ad tres præcipuos locos referri poſſunt. Aut enim quæritur, an legatum ſit à teſtatore, aut quæritur, quid legatum ſit, aut quantum legatum ſit? Solet plærunque quæri, an id, de quo agitur, ſit legatum, an valeat, an non? Cum enim legatum non valet, perinde habetur, ac ſi teſtator nihil legaſſet. l. ſi à ſeruo. 20. hic. Teſtator ſeruum meum inſtituit, & ab eo mihi centum legauit, ſi ſeruus iuſſu meo adierit hæreditatem, inutile eſt legatum. Nam effectu hæres ipſe ſum, mihi autem inutiliter a me ipſo legatur. Si quid teſtator hæredi legat, inutiliter legat, ſic domino à ſeruo inutiliter relinquitur. l. an ſeruo. Inſtit. de leg. Simile in l. Plautius. 49. §. vlt. hic. quod ſupra explicatum eſt. Huiuſmodi eſt quæſtio de legato ſub conditione relicto, ſi conditio defecerit, id eſt, non extiterit: tunc enim intercidit legatum, & perinde eſt acſi nihil legatum eſſet. Inde tractatur quæſtio in l. qui quadringenta. 88. hic. Quidam quadringenta in bonis habebat, id eſt, trecenta in nummis, & fundum centum aureorum. Ea trecenta, quæ in numerato habebat, legauit Titio pure, Sempronio autem fundum ſub hac conditione, ſi locus non ſit Falcidiæ in teſtamento, quæritur an hoc legatum valeat, an vero ſit inutile? Aphricanus reſpondet. Dixi τῶν ἀπόρων eſſe, ſic enim legendum eſt, ita appellant, quod perpetuum eſt, vel inexplicabile, ſiue dixerimus legatum valere, inquit, ſiue non dixerimus, falſum vbique reperietur. Eſt ergo ἄπορον: ſi enim dixerimus valere legatum, dicemus non eſſe locum Falcidiæ: Si dicas valere quia extitit conditio, id eſt, quia non ſit locus Falcidiæ, falſum erit: Si enim legatum valet, neceſſe eſt locum eſſe Falcidiæ, quia ſi valet, exhauſta reperietur tota hæreditas. Trecenta pure legata ſunt Titio, fundus autem Sempronio legatus eſt ſub hac conditione, ſi locus non erit Falcidiæ. Quadringenta tantum in bonis teſtatoris ſunt. Si ergo valeat legatũ, neceſſe eſt eſſe locum Falcidiæ, quia tota hæreditas his legatis exhauſta eſt. Si dixerimus valere legatum, falſum reperietur: quia ſi valet, neceſſe eſt locum eſſe Falcidiæ. Atque ob hanc cauſam Aphricanus dixit hoc eſſe τῶν ἀπόρων. Dixerit quis legatum non valere, quia deficiat conditio, nempe quia locus ſit Falcidiæ. Imo & hoc falſum reperietur, quia ſi non valet legatum, ceſſat conditio, quia cum legata non excedunt dodrantem, ceſſabit Falcidia. Ergo conſequitur id quod omnino contrarium eſt, ſcilicet Falcidiam ceſſare. Eſt igitur hæc quæſtio ſecundum hanc ſubtilitatem inexplicabilis. *Qui legati conditionem.* Aphricanus reſpondet quid ſequendum ſit, & ait: Quod dictum eſt, inexplicabilem eſſe hanc quæſtionem, hoc eſt intelligendum, ſi ſtrictam rationem ſpectemus,

Sed neglecta ſubtilitate, viſum fuit Aphricano ſequi, quod veriſimile eſt, voluiſſe teſtatorem. Cum enim teſtator hanc conditionem adſcripſit, licet non recte fecerit, nec ſatis commode locutus ſit quod voluit, tamen apparet eum hac mente fuiſſe, vt nollet aliorum legata minui propter legatum fundi. Ignorabat forte modum & quantitatem patrimonij ſui, & ita demum volebat hoc legatum Titio acquiri, ſi locus non eſſet Falcidiæ, ſi cæterorum legata non minuerentur. Ergo legatum non debebitur, quaſi defecta conditione. Et quod obiicitur diſputando ſubtiliter nos non debet mouere, quia Iuriſconſultus ſubtilitatem negligere debet.

Cum igitur quæritur quid legatum ſit, nos neglecta ſubtilitate, mentem teſtatoris ſpectari debemus. Hæcque ἀντιστρέφοντα, vel ἄπορα tunc demum nocent, cum non conſtat de mẽte teſtatoris. in l. ſi Titius. 6. de condi. inſtit. Si teſtator ita dixerit, Titius hæres eſto, ſi Sempronius hæres erit, Sempronius hæres eſto, ſi Titius hæres erit. Hic perplexitas inexplicabilis eſt, ideoque tota inſtitutio corruit. Neuter poteſt hæres eſſe, ſi prius alter hæres extiterit, Sempronium prius adire oportet, quam Titius hæres ſit. Et econtra Sempronius adire non poteſt, niſi prius Titius hæres fuerit: ſic inſtitutio vnius alterius inſtitutionem omnino infirmat. Tunc ergo huiuſmodi perplexitas nocet, vitiatque inſtitutionem, vel legatum, cum nulla ratione mens teſtatoris colligi poteſt. At quoties conſtat mens teſtatoris, ſubtilitatem hanc reiicimus, vt in hac ſpecie noſtra ſequimur veriſimilem mentem teſtatoris. In his exemplis omnibus quæritur an legatum ſit, an non, id eſt, an legatum vtile ſit an non? An conditio extiterit, an non? Interdum autem quæritur quid legatum ſit. Non dubitatur fortaſſis an legatum ſit, conſtat legatum valere, ſed quæritur, quid legatum ſit.

Et in primis notandum eſt, nihil referre an res propria, an aliena legetur, res corporalis, an incorporalis, res diuidua, an indiuidua. in l. 1. §. non ſolum, hic. Certum eſt enim non rem propriam tantum, ſed & alienam, id eſt, pretium eius legari poſſe. §. non ſolum, Inſtitu. de leg. l. cum alienam. 18. Cod. de leg. Legatum enim vt ſit, ſatis eſt aliquid ex bonis defuncti diminui. Legatum enim eſt velut donatio teſtamento relicta ſeu deliberatio hæreditatis. l. legatum. 36. de leg. 2. Siue igitur res propria, ſiue aliena, ſiue corporalis, ſiue incorporalis (vt poſtea dicitur d. §. non ſolum) legata ſit, locus eſſe poteſt Falcidiæ, quia tunc inſpicimus an ex bonis teſtatoris aliquid derogatum ſit, aut diminutum. Nihil refert ſpecies, an quantitas legata ſit, an vſuſfructus, aut res quæ in nominibus eſt, vel ius aliquod, quo nomine dicuntur res incorporales. §. 1. de reb. corp. & incorp. Inſtit. Hinc oritur quæſtio, quæ tractatur in l. 1. §. item ſi ita. hic. Teſtator ita legauit, Hæres

meus

meus Seio penum dato, & ſi penum non dederit, decem dato, quæritur quid legatum ſit, an penus, an decem, an vero vtrunque? Quidam, inquit IurisConſultus, putant decem tantum in legato eſſe, penum vero mortis cauſa capi, ſi hæres eam dare voluerit. Dixi antea, quæ conditionis implendæ cauſa dantur, mortis cauſa capi, quia nec fideicommiſſa ſunt, vt oſtendimus in l. mortis cauſa. de mor. cauſa dona. Hæc ſententia Paulo non placuit, quia penus non tantum in conditione, ſed in diſpoſitione eſt, & vere legata. Intereſt enim an dixerit teſtator: Si penum hæres meus non dederit, decem dato, an vero ſimpliciter, Hæres meus Seio penum dato, ſi non dederit, decem dato. In primo enim caſu non poſſumus dicere legatam eſſe penum, quia in conditione tantum eſt, non in legato. Ideo ſi hæres dederit penum, Titius eam capit conditionis implendæ cauſa, id eſt, mortis cauſa capio erit, non legatum. Sed Paulus hic conſiderauit penum etiam in diſpoſitione eſſe. Non enim ſimpliciter dixit teſtator: Hæres meus, ſi penum non dederit, decem dato, ſed præceſſit legatum penus: Hæres meus Titio penum dato, ſi penum non dederit, decem dato. Quidam, inquit Paulus, putant omnino decem in legatis eſſe. poſtea ſubiicit, *Ego autem didici, ſi in continenti hæres penum ſoluerit.* Ait Paulus videndum, an in continenti, ſine mora ſoluerit penum hæres, quia tunc dicetur ſoluiſſe legatum: At ſi poſt moram ſoluerit, aliud dicendum eſt. *Iam enim transfuſum eſſe legatum, & decem deberi.* His verbis oſtendit Paulus, penum in legato eſſe ante moram hæredis, poſt moram autem transfundi eam obligationem penoris, in obligationem pecuniæ. Quemadmodum in obligationibus facti, cum quis promittit inſulam ædificari, ante moram factam in obligatione, poſt moram velut confuſio quædam fit, quædam nouatio. l. obligatio fere. 45. §. vlt. de oblig. & act. Quod fuſius docuimus in explicatione l. ita ſtipulatus. de verb. obligat. Quæ diſputatio omnino eo pertinet. Hic ergo poſt moram legatum penus transfunditur in legatum pecuniæ. Simile eſt in l. 1. de penu legat. vbi eadem ſpecies eſt. Videtur tamen aduerſari his, quæ hoc loco dicuntur, quia, inquit, in præſtatione duntaxat penum eſſe, peti non poſſe. At ſi penus legata eſt, & debetur ante moram, peti poteſt. Per obligationem enim tanquam neceſſitate quadam ciuili adſtringimur ſoluendæ rei: Ergo hæres videtur cogi poſſe ad dandam penum. Hinc quidam defenderunt, penum in obligatione non eſſe, quod manifeſte falſum eſt, & contrarium eſſe puto his verbis, cum ait, *Transfuſum legatum eſſe.* Recte autem dicitur ante moram in obligatione eſſe, ſed peti non poteſt, propter veriſimilem voluntatem teſtatoris: cum ſic dixit: Hæres meus Seio penum dato, & ſi penum non dederit, decem dato. His verbis facultatem dat hæredi penum non dandi, atque ſi dixiſſet, hæres penum dato, ſi voluerit dare, & ſi penum dare noluerit, tunc decem dato. Ergo non exigitur ab eo. Poſt moram vero, poſtquam interpellatus non ſoluerit, cum poſſet, transfunditur tunc hoc legatum penoris in legatum quantitatis, vnde & l. 1. de penu leg. dicitur, penus in præſtatione tantum eſſe, non in petitione. In obligatione autem nihilominus dicitur eſſe, ſicut multa alia ſimilia reperiuntur, quæ in obligatione ſunt, & tamen peti non poſſunt. De quibus diximus l. ita ſtipulatus. 115. de verb. obligat. Conuenit inter omnes quantitatem peti poſſe, & in obligatione eſſe penum peti non poſſe, ſed ſolui poſſe. Dubitatio vero eſt, an penus in obligatione ſit, quoniam quidam abſurdum putant, aliquid in obligatione eſſe, quod in petitione non ſit. Sed mihi id abſurdum non videtur, & ad hanc ſententiam propter voluntatem teſtatoris ducimur: huiuſque rei magna vtilitas eſt, ſi enim non deberetur penus tanquam legata, non caperetur niſi conditionis implendæ cauſa. Sed hic capitur tanquam legatum. Simile eſt in l. ſi penum. 24. quando dies leg. ced. quod caput eiuſdem eſt auctoris, Pauli videlicet. Reuera penus eſt legata, cum teſtator his verbis vtitur, Hæres meus Seio penum dato, ſi non dederit, decem dato. Sed fit quædam transfuſio poſt moram hæredis. l. obligationum fere. 43. de act. & oblig. videmus ergo magnam vtilitatem eſſe huius quæſtionis. Nam ſi ante moram hæres penum non dederit cum potuerit dare, obligatio penoris tunc transfuſa erit in obligationem, & pecunia debebitur, quia ante moram pecuniam non dederit. Quod ſi pecuniam ante moram legatarij non det, legatarius defunctus etſi non tranſmittat in hæredem pecuniam, quæ ſub conditione legata fuit, tamen tranſmittet legatum penoris, quod ſemper duraſſe intelligitur: quia ſcilicet viuo legatario legatum pecuniæ conditionale, ad quod tenebatur, poſt moram commiſſam hæres non ſoluerit. Ergo legatarius decem tranſmittere non poteſt ad hæredem. Legatum enim conditionale non poteſt tranſmitti. Hinc ſi diceremus penum non eſſe in legato, nihil tranſmitteretur omnino, quia hæres omnino nihil deberet. *Et cum dicit, ſi non dederit.* Hic occurrit aliorum obiectioni, quorum ſententiam refellit in hac lege noſtra. Perinde iudicabant hoc legatum, ac ſi dixiſſet teſtator: Si penum non dederit, decem dato. Non animaduertebant legatum penoris præceſſiſſe, & putabant penum omnino non deberi. Eodem pertinet l. cum ſine. 19. quando dies leg. ced. *Tradita penu hæres liberetur.* Conſentit cum his, quæ diximus penum tantum in præſtatione eſſe, non in petitione: non quod non debeatur, ſed quod peti non poſſit. Subiicitur exemplum, in quo non præceſſit legatum penoris. Et in hac poſteriori ſpecie certum eſt non eſſe duo legata, penus enim legata non eſt, ſed eſt in conditione. Sic enim locutus eſt teſtator, Si penum non dederit, centum dato. Hactenus exempla tradidimus, in quibus quæritur quid legatum ſit: nunc ſequuntur exempla, in quibus quæritur quantum legatum ſit.

In computatione legis Falcidiæ maxime dixi ſpectandum, quantum legatum ſit, & ad hunc locum multas referri quæſtiones quæ hic tractantur. Huiuſmodi eſt quæſtio de ſeruitutibus, quæ indiuiduæ dicuntur, in l. 1 § ſi vſusfructus. Si quis ſeruitutem legauit, quantum legatum eſſe intelligatur. Et quæſtio eſt de ſeruitutibus tam perſonarum, quam rerum: Perſonarum, vt de vſufructu: rerum, vt de itinere, actu. Paulus refert hic veterum de hac quæſtione ſententiam, vt cognoſcatur quantum legatum ſit. veteres dicebant totum vſumfructum æſtimandum eſſe. Ariſto hoc reprehendit, & inquit: Si vſusfructus legatus ſit, non neceſſe eſt totum vſumfructum præſtari legatario, & pecuniam eo nomine accipere à legatario: quia vſusfructus diuidi poteſt inter hæredem & legatarium. l. 4. de vſufruct. Vide Alciat. 1. lib. παρ. cap. 17. de vſu & habit. Conceſſit enim vſusfructus in fructuum acquiſitione. Sicut igitur aliarum rerum dominium diuiditur, ſic dominium fructuum. Partes habebunt indiuiſas in vſufructu, vt ſinguli ſint domini vſusfructus pro parte. Has partes Accurſius vocat quotas. Ego poſſum certam partem vſusfructus habere, vt ſocius pro æqua parte tantundem ſibi acquirat. Veteres igitur à quibus Ariſto diſceſſit, ita loquebantur de vſufructu, quaſi omnino diuidi non poſſet, & putabant totum debere præſtari, & recipi pecuniam ab hærede pro Falcidia. Dixi antea, ſi corpora legata ſunt duobus, communionem induci inter legatarios. Si communio inducitur, quiſque partem ſuam habet: Corpora enim partium communionem inducunt, quas vocant intellectuales. l. ſeruus communis. §. 1. de ſtipul. ſeruo. De operis autem ſeruorum idem dici non poteſt, ſi quis operas ſerui legauit: operæ enim diuidi non poſſunt. l. 1. de ope. ſer. Facta enim diuiſionem non recipiunt. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. de verb. oblig. l. 2. eo. tit. Hæres non poteſt ſatisfacere obligationi, quæ in facto conſiſtit, niſi in ſolidum: non eſt diſcreta pars à parte cohæredis. Igitur ſi plures hæredes ſint, & domus ſit in obligatione, etſi tertiam partem domus ædificauerit cohæres, tamen & reliqua pars æque eſſe eius dicitur, quia hæ partes ſeparari non poſſunt, ſed intellectu tantum percipiuntur. l. Mæuius. de leg. 2. d. l. ſtipulationes. Idem de operis ſeruorum dicendum eſt. Sed de his omnibus plenius tractabimus, d. l. ſtipulationes. *Quia neceſſario ex omnibus, quæ ſunt facti, pars decedere debet.* Paulus ait ad veterum ſententiam, qui dicebant totum vſumfructum præſtandum eſſe, aliquando recurri. Æſtimatio quidem neceſſaria non eſt, cum agitur de vſufructu diuidendo, ſed interdum contingit, vt totius vſusfructus æſtimatio ſit neceſſaria propter controuerſiam hæredis & legatariorum, ſi ob eam controuerſiam neceſſe ſit videre quantum legatum ſit, & id fieri non poſſit, niſi totus vſusfructus æſtimetur, vt ſciatur an vltra dodrantem legatum ſit, & eo vtilis eſt veterum ſententia. De hac diuiſione ſeruitutum alius locus eſt

in l. ſi is qui quadringenta. 80. §. quædam. hic. Ego rationem docui ſupra, & quoties locus communis tractatur de indiuiduis obligationibus, ſolet hic locus adduci, l. ſtipulationes. Theatrum ante conſummationem totius operis intelligi non poteſt: ante cõſummationem domus, domus dici non poteſt: ſi domus non eſt, quomodo poteſt eſſe pars domus? Si fundus non eſt, quomodo poteſt eſſe pars fundi? In his ergo, quæ proteleuſmata dicuntur, ſpectatur neceſſario operis conſummatio. In aliis autem alia eſt ratio, de qua iam diximus, quia non poteſt quis dici pro parte ſua feciſſe, cum pars indiuiſa ſit pars quota. Igitur in his rebus, quæ diuiſionem non recipiunt, neceſſario eſt veniendum ad veterum ſententiam: totum legatum æſtimandum eſt, totumque legatario præſtari debet, pretium autem pro Falcidia hæredi.

Sed quæritur, quanti ſit æſtimandus vſusfructus? Vſusfructus eſt legatus Titio, magna incertitudo eſt, quanti æſtimandus ſit, quia incertum eſt quamdiu victurus ſit legatarius, cuius morte demum vſusfructus finitur. §. finitur. de vſufruc. incertum eſt quandiu vſusfructus ſit duraturus, videtur ergo æſtimari non poſſe. Eademque quæſtio tractatur de legatis annuis. Nam huiuſmodi quoque legata, legatarij morte finiri ſolent. Eadem quæſtio eſt de alimentis relictis. Alimenta enim alimentarij primum morte finiuntur, vnde quæritur, quanti huiuſmodi legata æſtimanda ſint? Varia autem ratio oſtenditur hæredi & legatario conſulendi, circum vſumfructum, annua legata, & alimenta. In primis poteſt illis proſpici per cautionem. l. 18. ſi in annos. *Quanto amplius acceperit, reddi*. Formula eſt cautionis, cuius mentio fit ſub tit. prox. ſeq. Cum incertum eſt, quantum legatum ſit, conſuletur hæredi cautioni reddendo legato, ſi compertum fuerit, locum eſſe Falcidiæ, & tota legata interea legatario præſtari poterunt. In hoc igitur caſu huic cautioni locus eſſe poteſt. Teſtator multa legata reliquit, ac inter cætera Titio annuum legauit: inter hæredem & legatarium oritur controuerſia de Falcidia, quæſtio eſt an legata excedant dodrantem? Hoc dependet ex eo, quod incertum eſt quamdiu ſit victurus legatarius. Si breui moriturus ſit, legata dodrantem non excedent: ſin diu victurus, contra fiet. Ob hanc certitudinem Paulus ait cautionem eſſe exigendam, de qua tit. ſeq. ſi cui plus quam per leg. Legatariis, quibus pure legatum eſt, legata ſoluentur, exacta cautione, vt ſi compertum fuerit, plus eis ſolutum eſſe, vt id ſuperfluum reddant.

Eodem pertinet l. lex Falcidia. 47. hic. Lex Falcidia in omnibus penſionibus locum habet. Teſtator in annos ſingulos dena legauit, quot ſunt anni, tot ſunt legata. l. annua. 26. de leg. ann. Si forte tot annis vixerit legatarius, vt penſiones tot annorum excedant dodrantem, & ſit locus Falcidiæ, tunc retro legata ſingulorum annorum minuuntur, quia omnia legata minuuntur. Si vnum legatum excedat dodrantem, deducitur ex omnibus legatis pro rata, ſic & hic propter penſionem primi anni non erat locus Falcidiæ, ſed decimo fortaſſis anno, & tunc retro minuuntur penſiones omnes ſingulorum annorum. Idque eſt, quod ait, *In omnibus penſionibus locum habere Falcidiam*. Cautione igitur hac, poterit ab initio proſpici hæredi, & tunc poterit ſoluere penſionem ſingulis annis, & hæc ratio commoda eſt, ad agnoſcendum, quãtum ſit in legatis. Cum venerit ille annus, propter quem locus eſt Falcidiæ, retro diminutio fit legatorum. Alia ratio conſulendi hæredi proponitur, l. cum Titio. 55. hic. Legata ſunt Titio dena in ſingulos annos, inter hæredes & legatarium oritur controuerſia an ſit locus Falcidiæ, propter incertitudinem legati annui? Et ait Iuriſconſultus, ſi mortuus fuerit ille, cui res legata eſt, res eſt expedita: quia ſi triennio vixerit, inſpiciendæ ſunt penſiones triennij, ſed ſi adhuc ſuperſtes ſit, quoniam incertum eſt quamdiu ſit victurus, Iudex ſpectare debet, quanti poſſet væniri illud legatum annuum, ſi venale eſſet, poteſt adhibere æſtimationem legati, æſtimatores peritos.

Et hæc ratio commoda eſt tam hæredi quam legatariis. Alia ratio traditur l. hæreditatem. 68. hic. In Pandectis Florentinis, huius capitis talis eſt inſcriptio, *Æmilius Macer. l. II. ad legem viceſimam hæreditatum.* Huius legis viceſimæ mentio eſt titu. Cod. de edicto Diui Adria. toll. Vectigal erat, quod ex hæreditatibus quæ extraneis deferebantur, exigi ſolebat: de quo vectigali alibi egimus. In hanc legem viceſimam, quæ de eo vectigali lata erat, ſcriptum eſt ab AEmilio, & verbum *Hæreditatum*, quod in vulgaribus codicibus initium eſt huius legis, debet eſſe in inſcriptione. Initium autem legis eſt, *Computationi in alimentis.* Teſtator legauit alimenta Titio, oritur controuerſia inter hæredes & legatarios, propter incertitudinem, quandiu ſit victurus legatarius. Vlpianus quandam formulam tradidit computationis ineundæ huius legati: & vult vt à prima ætate, id eſt, à primis annis vſque ad annum viceſimum, quantitas alimentorum, triginta annorum computetur. Si duos annos habet, ſi tres, is cui alimenta relicta ſunt, computabitur quantitas triginta annorum. Exempli gratia: Si in ſingulos annos dena legauerit, & habenda ſemel ſit ratio huius legati, iuxta hanc computationem æſtimabitur quantitas huius legati, ex triginta annis. Sic hæc dena annua perinde habebuntur, ac ſi trecenta legata eſſent, & hæc computatio ſeruabitur à primis annis legatarij vſque ad annum viceſimum. Ab anno viceſimo vſque ad annos viginti octo habebitur ratio horum legatorum, quanti futura eſſent viginti octo annis ſemel præſtita, habebitur ratio viginti octo annorum. Sunt qui putent hoc ideo eſſe conſtitutum, quia præſumatur tanto tempore legatarius victurus eſſe. Sed hoc falſum eſt: Hominis enim longæui ſpatium centum annorum eſt. l. an vſusfructus. de vſufruct. Sed vtile putarunt veteres certam formulam habere, qua mediocritas quædam ſeruaretur, quamuis exacte nulla tradi poſſet. Is qui anniculus eſt, vel qui tres, decem annos eſt natus, præſumeretur viuere vſque ad annos ſexaginta, vt plerumque fit. Igitur maluerunt veteres ad dimidium rem hanc deducere, cum aliud conſtitui non poſſet. Hoc intellecto cætera quæ ſequuntur non ſunt obſcura, proportione ſeruata. *Circa computationem vſusfructus.* Hæc eſt quæſtio, quam cæpimus tractare de vſufructu ab initio. *Solitum eſt tamen a prima ætate, vſque ad.* Hiſce verbis AEmilius mihi videtur ab Vlpiani ſententia recedere, non tantum in vſufructu, ſed & in alimentis. Vlpia. ſcribit à prima ætate, vſque ad annos viginti fieri alimentorum computationem triginta annorum, quanti videlicet futura ſint alimenta triginta annorum ſemel præſtita. Æmilius vero vult hanc computationem ſeruari à prima ætate vſque ad triginta annos, non ad viceſimum vſque annum tantum: licet aliquibus videatur aliter. Hæcque computatio Æmilij à prima ætate vſq; ad triginta annos, longe eſt expeditior. Inſpici vult quantum hoc annuum ſit à primis annis vſque ad triginta annos, ſi quadraginta annos natus ſit, fiat computatio viginti annorum. *Poſt ſexageſimum annum.* Ex hac formula apparet nunquam amplius quam triginta annorum computationem iniri, quod equidem ſpatium exiguum non eſt. Neque credendum eſt, hanc veram eſſe taxationem vſusfructus & alimentorum, ſed locum tantum habere in Falcidia, idque vulgo receptum eſt. Nam in reditu harum penſionum æſtimando, hæc æſtimatio æqua non eſſet. *Si Reipublicæ vſusfructus legetur.* Subiecit hoc, quia de vſufructu Reipublicæ legato maior videbatur eſſe dubitatio, quia non videtur finiri poſſe vſusfructus: Non enim moritur Reſpublica, ſed vſusfructus ei legatus finitum centum annis, quod ſpatium longæui hominis vita putatur. Quæri poteſt de perpetui reditus æſtimatione, ſi legatum ſit Titio & hæredibus eius: quo caſu nunquam finitur vſusfructus. l. in annalibus. 22. Cod. de leg. Quæſtio hæc tractatur de legato relicto Reipublicæ. l. 3. §. item ſi Reipublicæ. Eſt lex quæ difficilis vehementer æſtimatur, & maioribus noſtris viſum eſt ænigma eſſe. Difficultas enim huius loci magna eſt viſa his, qui non intelligebant quænam eſſent vſuræ trientes, vel centeſimæ, & alia huiuſmodi, quæ res hodie nota eſt, & illuſtrata à viris eruditis. Si quis intellexerit, quæ ſint trientes vſuræ, hæc diſputatio non erit difficilis. Oportet autem prius noſſe, quæ ſit vſura centeſima. Ego dicam hoc breuiter: quia res eſt alterius loci. Vſura centeſima dicitur à veteribus, cum ſoluitur centeſima pars ſortis ſingulis menſibus. Ideo ſic dicta, quia veteres ſolebant vſuras ſtipulari in ſingulos menſes, non in ſingulos annos. Hinc Calendæ centeſimæ dicuntur. l. centeſimus. 48. de verb. obligat. Cum quis centeſimam ſortis, id eſt, ſingulos ſingulis menſibus pro ſorte ſtipulatur,

dicitur,

dicitur ſtipulari centeſimam. Sic centeſima erit, cum duodena pro centum ſingulis annis ſoluuntur. Paria enim ſunt, quia annus conſtat duodecim menſibus. Hinc facile eſt intelligere, quæ vſuræ trientes ſint. Semiſſes vſuras vocamus, cum dimidia pars centeſimæ ſoluitur, ſex pro centum: ſi enim centeſima ſit, cum duodecim pro centum ſoluuntur, ſemis centeſimæ erit, cum ſex pro centum ſoluuntur. Sic trientem vſuram vocarunt, cum tertia pars centeſimæ ſoluitur. Si enim centeſima ſit duodecim pro centum ſoluere, triens centeſimæ erit, quatuor pro centum ſoluere: eſt enim tertia pars centeſimæ. Sic quadrans erit, cum quarta pars centeſimæ ſoluitur, id eſt, pro centum tria. Et ſic de reliquis iudicandum. Senſus igitur huius capitis eſt, ſi Reipublicæ in annos ſingulos legatum ſit, & de lege Falcidia quæratur, tantum videbitur legatum, quantum ſufficiet ad tantam ſortem conſtituendam, ex qua trientes vſuræ tantæ ſummæ, quanta legata eſt, haberi poſſunt. Ponamus quaterna annua legata eſſe Reipubl. quanti æſtimabuntur? Secundum Marcelli ſententiam, æſtimabuntur centum, ac ſi centum legata eſſent, quia ad conficiendam vſuram trientem, ex centeſima quatuor eſſent neceſſaria. *Eius ſummæ.* Id eſt, tantæ ſummæ, quanta legata eſt, ſic enim relatiuum *Eius*, accipiendum eſt. Quantam oporteret ſortem eſſe ad colligendas vſuras trientes? Oporteret eſſe centum: Ergo æſtimabuntur legata centum. Si dena eſſent annua legata, quantum ſufficeret ſorti ad colligendam vſuram trientem? Oporteret eſſe ducenta quinquaginta in ſorte. Si quis enim ducenta quinquaginta det, & ſtipuletur dena annua, erit quarta pars centeſimæ vſuræ. Sic ſi quis vicena annua legauerit, videndum quantam oporteret eſſe ſummam, ad trientes conſtituendas. Oportet ſortem eſſe quingentorum. Si quis enim quingenta daret mutuo, & ſtipularetur quatuor pro centum viginti, hanc ſummam vſuræ vocaremus trientem vſuram. Igitur cum teſtator legauit vicena annua, ſors erit quingentorum: cum dena, ſors erit ducentorum: cum terna annua, quinquaginta ſors erunt. In reditus ergo computatione ſemper ſpectatur quanta ſumma poſſet ſufficere ad vſuras trientes colligendas eius ſummæ, quæ legata eſt: & ex calculo hoc facile deprehendi poteſt. Multum ergo refert an vſusfructus Reipub. legetur, an reditus. Vſusfructus enim perpetuus non eſt: reditus vero eſt perpetuus. d.l. annua. de annu. lega. Docuimus, ſi annua legata ſint, aut vſusfructus: quemadmodum computatio legis Falcidiæ iniri debeat & quanti æſtimari legatum. Diximus ſi legatus ſit vſusfructus, triginta annorum computationem fieri. d.l. hæreditate. At ſi Reipub. legatum ſit in ſingulos annos, tantum videri legatum, quantum ſufficiat ad vſuras trientes colligendas. l. 3. §. vlt. Vt ſi quaterna annua eſſent Reipublicæ legata, dicemus centum eſſe in legato, ac ſi ſemel ex legato præſtanda eſſent: oporteret enim centum eſſe, vt quatuor eſſent trientes vſuræ.

Vna difficultas reliqua eſt. mirum videtur, quod in vſufructu legato, qui non eſt perpetuus, triginta anni computentur, in reditu vero perpetuo computentur tantum vigintiquinque anni. Si quis enim Reipublicæ legarit quaterna annua, dicimus centum legata eſſe. Conſtat autem hanc ſummam centum confici poſſe, ex præſtatione vigintiquinque annorum: nónne igitur abſurdum eſt reditum temporarium pluris æſtimari, quam perpetuum? Hic enim reditus eſt perpetuus, quia legatum relictum Reipublicæ in annos ſingulos, eſt perpetuum. l. annua. de ann. leg. In reditu temporario ſpectamus triginta annos. Quorundam ſententia eſt, in vſufructu legato, & in aliis reditibus duplicem fieri computationem. Quam ſententiam ſequor, in l. hæreditatem. diximus triginta annorum tempus computandum eſſe. Verum enim eſt in vſufructu, ſeu aliis temporariis reditibus ſpectare nos, quantum ex præſtatione triginta annorum colligi poſſit, quamuis forte vſufructuarius diutius victurus ſit, aut etiam breuius: quo videlicet res ad moderationem quandam reducatur. Sed poſt hanc computationem alia eſt computatio neceſſaria. Non enim illa ſumma in triginta præſtationes diuiſa æſtimabitur, ac ſi ſemel præſtaretur. Quis enim ſummam eam ſemel vellet præſtare pro reditu, qui eam ſummam triginta annis conficeret? Diximus ſi quaterna annua legata ſint Reipublic. in vigintiquinque annis ſummam centum inde effici. Nemo eſt, ſi is reditus finiretur, poſt vigintiquinque annos, qui vellet ſummam centum dare pro eo, nempe vt quaterna inde colligeret ſingulis annis, neque iuſta eſſet æſtimatio, quia hæc præſtatio non eſt perpetua. Ergo ſi has præſtationes temporarias æſtimare velimus, æſtimandæ ſunt hæ præſtationes annuæ, quæ triginta annorum ſunt, tanti, quantum quis vellet pro illis dare, & præſtari poſſent illi quaterna ſingulis annis vſque ad triginta annorum ſpatium. Nemo tantum dabit, quantum efficietur ex præſtatione triginta annis: Commodius enim eſt, eam ſummam ſemel præſtari, quam per annos triginta, propter interuſurium quod computatur in Falcidiam. Inſpicimus itaque quanti ſecundum regionis morem poſſent vendi illæ triginta annorum præſtationes, & tanti eas æſtimamus. l. cum Titio. § 5. & l. in lege. hic. In reditu vero perpetuo recte dicitur tantum videri legatum, quantum ſufficiat ſorti ad trientes vſuras colligendas eius ſummæ, quæ legata eſt Ideo autem non dubitauit Paulus tanti exiſtimare annuum illum reditum, qui perpetuus eſt, quanta eſt ſors trientū vſurarum ſemel præſtita, quia facile emptor reperietur, qui emet tanti hunc reditum, id eſt, qui emat quaterna ſingulis annis in perpetuum præſtanda, centum, hoc eſt, qui tantum dare volet, quantum colligi poteſt ex præſtatione vigintiquinque annorum. Non enim finitur ſed in perpetuum durat, & ſortem illam efficit in vigintiquinque annis. Vnde inſpicimus, quantum ſufficiat ſorti, ad vſuras trientes eius ſummæ, quæ legata eſt. Hactenus de annuis legatis, de vſufructu, & alimentis legatis, nunc aliæ ſpecies tractandæ ſunt, in quibus ſimilis eſt quæſtio in quibus quæritur quantum ſit legatum. Huiuſmodi ſunt conditionalia legata, & in diem relicta. Si quis ſub conditione legaſſet centum, non ita illud eſt accipiendum, ac ſi pure legaſſet centum. Dies & conditio legatum minuunt, propter conditionem & diem. §. plus autem. Inſtit. de actio. Is qui ante tempus petit, quodammodo plus dicitur petere, quam ipſi debebatur. Ergo multum intereſt, an pure legatum ſit, an ſub conditione. l. in lege Falcidia. 45. hic. ſimile eſt in l. circa. 66. hic. & l. in quantitate. 73. §. in diem. hic. Hinc quæritur l. qui quadringenta. §. vlt. 88. hic. Teſtator ducenta habebat, quæ omnia legat, partim ſub conditione: extitit conditio poſt aliquantum temporis. *Ita tamen vt ex reditu.* Certum eſt hæredi vigintiquinque conferenda eſſe ex legatis, quia ducenta erant in bonis, ducenta hæc legata ſunt, pro quarta debet habere vigintiquinque. *Et amplius fructus.* Quia hæres lucratur fructus medij temporis. l. quod de bonis. l. iubemus. Cod. ad Trebellia. Ergo præter vigintiquinque habebit etiam quinque, quæ ſumma efficit triginta. Conſtat igitur triginta conferenda eſſe à legatariis. Sed nunc quæritur, quomodo hæc conferri debeant? *Quidam putant quina dena ab vtroque.* Quia duo ſunt legatarij & pars legatata, ergo ſinguli debent quindena. Id autem verum non eſt, quia legata hæc paria non ſunt, vberius eſt legatum purum, quam conditionale. Ergo æquum non eſt eos parem ſummam contribuere: Deducitur enim Falcidia pro rata. *Ex ſeptem partibus ego quatuor.* Quia paria non ſunt legata, non debent ſinguli præſtare quindena. Magna eſt altercatio de hac computatione, de qua multa ſcripſit Alciatus. Alia ſpecies eſt, cum quis creditori legarit quod ei debebat, quæritur quantum ſit in legato? Si de lege Falcidia quæritur, & inter cætera reperiatur teſtator legaſſe quod debebat, an hoc legatum nocebit legatariis, & detrahatur ex hoc legato, & quantum detrahatur. leg. prima. §. ſi quis creditori. Solet quæri cum debitor legat creditori, an vtile ſit legatum? & poteſt eſſe vtile propter commodum repræſentationis, ſi forte in diem debebat, & teſtator id voluerit præſtari præſenti die. Huius commodi ratio habebitur, ſi centum legauerit pure. Cum centum deberet in diem, non dicemus centum tantum in legato eſſe, ſed æſtimabitur hoc commodum præſtationis boni viri arbitrio. At ſi legarit id quod pure debebat, nullum erit commodum, & inutile erit legatum nec eius ratio habebitur in Falcidia. Eodem pertinet l. 5. hic. ex his quæſtio exiſtit, ſi quis Reipub. pollicitus ſit, tenetur ex ea pollicitatione. l.

1. de pollicitat. licet alias ex pollicitatione nemo obligetur. Quid igitur ſi legarit Reipub. quod pollicitus erat? Si exceſſerit debiti modum in teſtamento, ſuperfluum deducetur in Falcidiam, & minuetur per Falcidiam. Alia ſpecies tractatur de liberatione legata. l. quod de bonis. in princ. 15. hic. Extat tit. de liber. lega. in quo multæ huiuſmodi ſpecies reperiuntur, cum teſtator voluit liberari debitorem. Ex hoc legato, ſicut ex cæteris detrahitur Falcidia. Loquitur hoc in loco Iuriſconſultus de donatione cauſa mortis, ſed idem dicendum eſt de legatis, vt ante oſtendimus. Teſtator donauit cauſa mortis, vel legauit debitori, quod debebat hæres tanquam ex obligatione hæreditaria, quartam petet eius ſummæ, quam debebat legatarius defuncto. Fortaſſis enim debitor excipiet, & volet hæredem petentem ſummouere, eique obiicere, legatam ſibi eſſe liberationem, ſed hæres replicatione in factum cōcepta eum ſummouebit. Legauit quidem liberationem teſtator, ſed ſecundum veriſimilem eius voluntatem, & legem Falcidiam quarta pars eius legati debetur hæredi. Ergo non impedietur agere obligatione hæreditaria. Falcidia ipſo iure minuit hæreditatem. Liberationem igitur ita debemus accipere, acſi teſtator ei legaſſet liberationem pro tribus tantum partibus. Retinebit ergo quartam hæres ex legato liberationis. Inde quæritur, quid ſi ſoluendo non ſit debitor, cui legata eſt liberatio, quæ erit vis eius legati? hæc quæſtio tractatur in l. Neſennius. §. vltim. hic, *Totum legatum computatur.* Mirum eſt totum legatum computari, cum ſoluendo non ſit, ſed hoc ſupra tractatum à nobis eſt in l. quærebatur. Nam quantum ad debitorem attinet, ſemper diues habetur, etſi ſoluendo non ſit: legata enim eſt liberatio, qua liberatur. Non eſt opus aliqua exactione, non haberetur ratio iſtius legati, ſi opus eſſet actione, ſed hic retentione opus tantum eſt, vt dicitur in dict. l. quærebatur. *Sed ſi alij hoc.* Quantum ad ipſum debitorem attinet, nihil refert an ſoluendo ſit, an non, ſed ſi alij illud legaretur, nullum legatum eſſet, & hoc legatum nihil nocebit cæteris legatariis. Inſpicimus enim quantum exigi poteſt: at exigi nihil poteſt: ergo eſt inutile legatum. Alia ſpecies eſt in l. in ratione, 30. §. 1. hic. Cum teſtator iuſſit vendere, aut emere aliquid, quæritur quantum in legato ſit? Teſtator hæredi iuſſit fundum Cornelianum, qui centum erat, Titio vendere quinquaginta, fundus eſt venditus, dicemus quinquaginta eſſe in legato: Lucratur enim quinquaginta ex hac venditione. Ideo perinde hoc legatum accipimus acſi quinquaginta eſſent legata. Simile exemplum de emptione. Teſtator iuſſit hæredi, vt centum emeret fundum Cornelianum à Titio, qui quinquaginta tantum erat, legata videntur quinquaginta. Certa igitur erit æſtimatio in Falcidia, quaſi quinquaginta legata eſſent: Lucratur enim quinquaginta legatarius. Alia ſpecies eſt in l. cum quo. §. is qui. 56. hic. Si ſeruus legatus ſit, vt manumittatur. teſtator in bonis habebat vnum tantum ſeruum Stichum, inſtituit hæredem, & ſeruum legauit Titio, & fideicommiſit, vt poſt triennium eum manumitteret, hæres vult deducere Falcidiam: legatarius dicit, nihil peruenire ad ſe commodi ex eo legato. Idque verum eſſet, ſi ſimpliciter eſſet legatus ſeruus, vt manumitteretur, ſed legatus eſt vt manumitteretur poſt triennium. Igitur legatarius vtitur interea temporis ſerui opera, & ſic commodum illud ei legatum intelligitur, quod ex operis ſerui percipi poteſt. Eodem pertinet l. ſi ſeruus. 53. hic. Breuiter, quoties commodum peruenit ad legatarium ex hoc legato, id legatum intelligitur, & ex eo quarta deducitur.

Alia quæſtio eſt, cum legatur fundus ſub conditione dandi, in l. ad veterani. 40. hic. Teſtator fundum habebat dignum viginti, hunc Titio legauit ſub conditione, ſi dederit decem. Quæritur quantum legatum ſit? Videntur tantum decem in legato contineri, quia effectu decem tantum conſequitur: & tamen dicitur totum in legato eſſe. *In toto fundo.* Hoc ratione carere videtur, & contrarium l. non amplius. 26. de leg. 1. Decem dantur conditionis cauſa implendæ, & fundus viginti tantum eſt, ſed d. l. non amplius. non eſt intelligenda de lege Falcidia, ſicut hæc noſtra. In lege Falcidia totus fundus videtur legatus eſſe, non detrahitur Falcidia partim ex decem, partim ex fundo, ſed ex toto fundo. Hoc igitur locum tantum habet in computatione legis Falcidiæ. Alias ſi legatus eſſet fundus dignus viginti, & adſcripta conditio, ſi decem dederit, non cogeretur illud fideicommiſſum præſtare, quia hac ratione fieret, vt vltra quantitatem præſtare cogeretur. Idem dicitur in l. ſi fundus. 65. hic. Maior in hac ſpecie dubitatio eſt, quam in illa quam diximus. Quidam legauit fundum dignum viginti ſub conditione, ſi decem dederit, vtile eſt legatum, ſed ſi quinquaginta dignus ſit fundus, & conditio adſcripta, ſi quinquaginta dederit, videtur inutile eſſe legatum. Sed ait Iureconſultus, *Vtile eſſe legatum.* Eſſet quidem inutile, ſi quinquaginta eſſent adſcripta conditionis cauſa, ſed in ſpecie poteſt eſſe commodum, vtilius eſt fundum habere, quam iuſtam eius æſtimationem.

Alia ſpecies eſt in l. cum pater. 60. hic. Si vnus ex legatariis petiit rem ab hærede, hæres iuſſus eſt à teſtatore legatum dare, & propter contumaciam hæredis, qui iudici non paruit iubenti legatum ſoluere, iuſiurandum delatum eſt legatario, & ſecundum æſtimationem factum à legatario per iuſiurandum in litem, damnatus eſt hæres in maiorem quantitatem quam in legatum erat: ea re factum eſt, vt legata aucta ſint, & hæres voluerit vti beneficio Falcidiæ. Si tantum ſoluiſſet legata, ſalua ei manſiſſet quarta: quæritur igitur an noceat hoc legatariis, vt ex iis hæres poſſit Falcidiam deducere? Eſt locus communis de pœnæ cauſa accreſcente. Hæredis pœnæ cauſa acquiritur, quando punitur contumacia eius iureiurando in litem. l. tutor. de in lit. iur. Accedit hoc legatariis, non quod pluris fiat legatum, ſed quia punitur contumacia hæredis.

Alia ſpecies eſt in l. alienus. 61. hic. cum plus ob ſtultitiam hæredis ſolutum eſt. Teſtator fundum alienum legauit, hæres hunc infinito pretio comparauit, vt eum daret legatario: erat forte fundus dignus mille aureis, emit eum duobus millibus, quæritur an ea emptio ſtulta hæredis, noceat legatariis, vt tantundem debeat diminui ex legatis? Et dicitur debere tantum inſpici quantum fuerit verum fundi pretium, veraque æſtimatio. At forte minoris non potuit emere? Reſpondeo: hoc caſu debuerat hæres ſoluiſſe pretium legatario, cum iuſto pretio fundum comparare non potuiſſet. l. non dubium. de leg. 3. Superioribus quæſtionibus tractauimus caput, in quo quæritur quantum legatum ſit: iudicatur enim & ex patrimonio, & ex modo legatorum, portio Falcidiæ. Similis quæſtio nunc tractabitur de contributione legatorum. Magna hæc quæſtio eſt, perobſcura & difficilis, & tractatur in l. in ratione. §. quod vulgo. hic. Cum enim quæritur quantum legatum ſit, multum refert, an legatorum contributio, vel confuſio fiat, an ſeparatim legata conſiderentur. Exemplum huius rei eſt in tabulis paternis & pupillaribus. Cum teſtator filio, quem hæredem inſtituit, Titium pupillariter ſubſtituit, legata partim à filio, partim à ſubſtituto reliquit: multum refert an ſeparatim hæc conſiderentur, an vero collecta, & confuſa ſint. Fieri poteſt, vt per ſe ſingula non excedant dodrantem, & tamen omnia ſimul confuſa dodrantem excedant. Ad hunc igitur locum, quem tractamus, quæſtio hæc magnopere pertinet. Igitur Papinianus quæſtionem hanc tractat, d. l. in ratione. vbi interpretatur regulam ab antiquis traditam, In tabulis patris & filij vnam Falcidiam ſeruari.

Dubitatum fuit apud veteres, an in tabulis patris & filij Falcidia ſemel detraheretur, quaſi vtraque tabula pro vno teſtamento haberetur, an vero ex vtriſque tabulis deduceretur, quaſi pro duobus teſtamentis haberentur. Cum pater filio pupillariter ſubſtituit, certum eſt eum filio facere teſtamentum. l. 2. de vulg. Quia enim filius eſt impubes, ne is moriatur inteſtatus, inſtituit ei hæredem hoc modo, Si filius meus impubes deceſſerit, Titius hæres eſto. Ex hac ſubſtitutione pupillari, velut teſtamentum eſt, quod pater fecit filio. Eſt enim ſubſtitutio pupillaris velut appendix teſtamenti paterni. Pater enim filio pupillariter ſubſtituere non poteſt, niſi ſimul ſibi faciat teſtamentum. dict. leg. 2. de vulg. Eſt hic veluti duplex teſtamentum, ſed quia vtrunque vna & eadem forma & ſolennitate fit, vtrunque habetur pro vno teſtamento. l. patris & filij. 20. de vulg. Habetur ergo vtrunque pro vno teſtamento, in quo pater ſibi & filio hæredem inſtituit. Inde regula à veteribus tradita manauit: In tabulis patris & filij eandem Falcidiam ſeruari. Si enim vnum teſtamentum eſt, conſequens eſt vnam Falcidiam tantum

tantum eſſe in vtroque. Quæ autem vis ſit huius regulæ, Papinianus hic docet, ſed verbis adeo obſcuris, vt nullus locus in Iure ciuili exiſtimetur eſſe obſcurior. *Quamuis enim ſubſtitutus, quæ à pupillo relicta ſunt.* His verbis docet vim, ac poteſtatem huius regulæ, & eiuſdem vſum, ac vtilitatem. Sed exemplo hoc declarandum eſt. Ponamus igitur patrem habuiſſe in patrimonio quadringenta, inſtituiſſe filium impuberem hæredem, & ab eo ducenta legaſſe, ſubſtituiſſe filio Titium pupillariter, & à Titio totidem legaſſe, id eſt, ducenta. His legatis tam à filio quam à ſubſtituto relictis, tota hæreditas eſt conſumpta. Ponimus enim tantum quadringenta habuiſſe teſtatorem, quæ omnia reperiuntur in legatis. Filius extitit hæres patri, adiit hæreditatem, ſed adhuc impubes deceſſit. Vnde hæreditas ex ſubſtitutione pupillari ad Titium ſubſtitutum delata eſt. Quæritur an Titius poſſit Falcidiam detrahere ex legato? Legatarii petunt à ſubſtituto legata tam ab eo, quam ab impubere relicta, ſed exhauriunt totam hæreditatem. Sunt enim quadringenta in legatis. Quæſtio ex hoc dependet, an contributio legatorum admittenda ſit. Si dicimus eam admittendam, illa omnia legata in vnum collecta dodrantem excedunt, ideoque detrahetur eo caſu Falcidia. Sed ſi non contribuantur, ſed ſi ſeparatim ſpectetur, quantum à filio, quantum à ſubſtituto ſit legatum, non erit locus Falcidiæ. Quia ergo contribuenda ſunt legata propter regulam à veteribus traditam, detrahetur Falcidia. Quamuis enim paternum teſtamentum ſit & pupillare, & ſic duo ſunt teſtamenta, ſi quis ea ſeparatim conſideret, tamen pro vno teſtamento habentur, & ita de his legatis iudicamus, quaſi eodem teſtamento eſſent relicta. *Contributioni locus eſt.* Hic Papinianus loquitur de contributione legatorum, quod tametſi verum ſit, & conſentaneum regulæ veterum, tamen habet dubitationem, & abſque regula illa facile contra reſponderi poſſet. Contra hæredem enim facit hæc ratio, quia (vt Papinianus ait) legata relicta à filio impubere, vt quodlibet æs alienum, debentur. Atqui æs alienum integrum ſoluitur, neque deducitur Falcidia: Ergo integra legata ſoluenda ſunt, quæ teſtator reliquit ab impubere. Deberi autem illa legata vt quodlibet æs alienum, ſic oſtendo. Pater hæredem filium inſtituit, legauit ab eo ducenta, filius hæres extitit patri, non fuit grauatus vltra dodrantem hæreditatis: Ergo filius debuit illa legata integra. Non enim ab eo legata ſunt, niſi ducenta, & reperit quadringenta in hæreditate: Ergo debuit tota illa legata. Delata eſt hæc hæreditas Titio, impubere filio mortuo, debet igitur Titius hæc legata ſine detractione Falcidiæ. Quare ergo non ſoluit integra legata ex perſona filii, cui ſucceſſit? *Tamen propter ea, quæ ſecundis tabulis relicta ſunt.* Hæc videntur pugnantia eſſe, vt & quidam putauerunt contributioni locum eſſe, & nihilominus deberi, vt quodlibet æs alienum, legata. Sed captare nos non decet verba Iuriſconſulti: Senſus enim eorum hic eſt. Quamuis alias legata à filio impubere, vt quoduis æs alienum, debeant ſolui à ſubſtituto: tamen hic ratio ſuadet & regula à veteribus tradita, contribuenda eſſe legata, eorumque ita rationem habendam, ac ſi eodem teſtamento eſſent relicta. In hoc enim caſu, quæ relinquuntur in ſecundis tabulis, ſub conditione intelliguntur relicta in tabulis patris. *Secundum quæ poterat euenire.* Hæc verba explanationem deſiderant, ſi poneremus legata quædam pure relicta, alia ſub conditione, ab vno & eodem, legata pura ſoluerentur integra, ſed cautione data, iuxta edictum Prætoris, cuius mentio eſt titulo proximo, ſi cui plus quam per leg. Falcid. Exemplum proponam ex l. 1. §. interdum, & l. in quantitate. 73. §. ſed ſi legata. Teſtator quædam legata pure reliquit, quæ dodrantem hęreditatis non excedunt, alia reliquit ſub conditione, quæ legata confuſa cum puris, dodrantem excedunt: ſed incertum eſt, an ſit extitura conditio, hocque pendet ex euentu futuro. interim legata pura ſoluit hæres, ſed legatarius cauet ſe reſtituturum quod plus accepiſſet, ſi conditio extiterit, qua alter legatarius legatum conſequitur. Hæc cautio interponitur etiam in hac ſpecie, quam nunc tractamus. Cum teſtator impuberem inſtituit, eique ſubſtituit pupillariter, legata relicta à ſubſtituto intelliguntur relicta ſub conditione ab impubere, ſi ſubſtitutioni locus ſit. Quoniam creditur idem teſtamentum eſſe, & perinde habetur hæc legata, ac ſi ab eodem eſſent relicta. Vnde ſi legatarii petant à filio impubere legata pura, quæ dodrantẽ non excedunt: ſi filius vereatur ne ſit locus aliquando ſubſtitutioni, id eſt, ne exiſtat conditio, & debeantur legata relicta à ſubſtituto, ſoluet quidem legata impubes, ſed exacta cautione cauebit legatarius, ſi locus fuerit ſubſtitutioni & Falcidiæ, ſe redditurum quod acceperit ſupra dodrantem hæreditatis. Hocque dicitur d. l. 1. §. interdum. Ratio eſt, quia ſi ab vno & eodem, quædam pura, quædam ſub conditione eſſent relicta, ſi legata pure ſoluerentur, exigeretur cautio, d. l. in quantitate. At hic alia legata intelliguntur pure, alia ſub conditione: Ergo eadem erit ratio. Quod autem obiicimus legata relicta ab impubere deberi tanquam æs alienum, & ex ære alieno nihil deduci, verum eſt, ſi ſubſtitutus nullis legatis grauatus ſit, vel non pluribus quæ excedant dodrantem. Aliud autem hic accidit: Nam etiam legata à ſubſtituto relicta erant, quo caſu non ſimpliciter dicendum eſt, illa legata, tanquam ęs alienum deberi. Nam ſine cautione non poſſunt legatarii exigere illa legata ab impubere. Sed id quod dicimus de ære alieno, tunc demum verum eſt, ſi nulla legata ſint relicta à ſubſtituto, vel non plura quam per Falcidiã liceat. Sed ea legata, quæ à ſubſtituto relicta ſunt, intelliguntur relicta ab impubere ſub cõditione, & tunc quoque contributio neceſſaria eſt. Idem enim iudicamus eo caſu, ac ſi vnum tantum hæredem inſtituiſſet, & ab eo quædam legaſſet pure, quædam ſub conditione. *Ne ſubſtitutus quicquam retineat.* Secundum regulam veterũ, in tabulis patris & filii vnam Falcidiam ſeruari, euenire põt, ne ſubſtitutus quicquam retineat, vt non detrahat Falcidiam ex legatis, ſed vt quarta ſua fraudetur. Pater habebat quadringenta in bonis, inſtituit impuberem, cui ſubſtituit Titium pupillariter, legata multa reliquit à Titio: filius, qui hæres extitit patris, conſumpſit patrimonium patris: diminuta eſt hęreditas patris, ſubſtitutus nihilominus legata à ſe relicta ſoluet, & nihil retinebit pro quarta. Nam ſecundum regulam veterum, vtrumque teſtamentum pro vno habetur, non ſeparatim habetur ratio teſtamenti patris & filii. Et ideo ſpectatur tẽpus mortis paternæ tantum, quo tempore ſufficiebat hæreditas ad quartam hæreditatis retinendam, & legata ſoluenda. *Si filius poſt mortem patris diminuat patrimonium* patris, non habebitur ratio mortis filii, ſed temporis mortis paternæ. Si ꝑ duob. teſtamentis haberemus patris teſtamentum & filii, ſpectaretur quoque tempus mortis filii, non tantum patris. Quod probabiliter forte dici poterat ante regulam illam à veteribus conſtitutam. Ergo quod ſupra diximus in leg. in ratione. 30. hic, & §. quantitas. Inſtit. eo. ſpectandum tempus mortis, cum quæratur de modo legatorum & patrimonii: Id ita debemus accipere, vt etſi duplex ſit teſtamentum, id eſt, inſtitutio & ſubſtitutio, patris tamen mortis tempus ſpectetur, proinde ac ſi ſolus pater teſtamentum feciſſet. *Vel vt longe plus habeat quarta paterna hæreditatis.* His verbis Papinianus oſtendit: ſicut non refert, an diminutum ſit patrimonium à filio, poſt mortem patris, ita nihil refert an idem patrimonium ſit auctum poſt mortem patris, ſiue filius auxerit ſiue diminuerit bona patris, eorum nulla habetur ratio, quantum ad Falcidiam. Semper enim tempus mortis teſtatoris ſpectatur. Inde ſi quid auctum fuerit, cedit lucro hæredi. dict. l. in ratione. Si quid diminutum ſit, damno hæredis eſt. Pone ergo locum fuiſſe Falcidiæ, tempore mortis teſtatoris, ſed aucta poſtea eſſe bona diligentia filii hęredis, ita vt poſt mortem filii auctius ſit repertũ patrimonium. hæc augmentatio lucro cedit hæredi, ſecũdum regulam traditã, vt quamuis patrimonium quod reliquit filius, ſufficiat ad legata ſoluenda, tamen nihilominus detrahat Falcidiam ſubſtitutus, quia Falcidiæ locus erat, cum teſtator moreretur, cuius temporis ſolum rationem habemus, quaſi vnum tantum eſſet teſtamentum. *Quid ergo ſi non ſufficiat pupilli hæreditas legatis, cum patris ſuffeciſſet.* Quod prius dixerat, de diminutione bonorum, nunc apertius explicat. Explicat enim hæc verba, *Secundum quæ poterit euenire.* Tanta autem hic eſt breuitas, vt magnam obſcuritatem pariat iis qui non ſatis attenti ſunt. Huiuſmodi ſunt Papiniani pleraque omnia: in eo enim ſemper plus rerum eſt, quam verborum, cũ in aliis interdum plus ſit verborum quam rerum. Patris hæreditas ſufficiebat legatis, pater habebat quingenta in bonis, ea ſunt conſumpta poſt mortem patris à filio, vt legata ſolui non poſſint, an ideo quadrantem deducere poſſit ſubſtitutus filio ex legatis? Non poterit. Diminutio, quæ poſt mortem teſtatoris

accidit, ad damnum hæredis pertinet, & ita fraudabitur quadrante ſuo, ſecundum regulam veterum, in teſtamento patris & filii vnam Falcidiam ſeruari. Hic non aliter ſpectatur teſtamentum filii, ac ſi eius teſtamentum eſſet patris. *De ſuo quadrante nimirum dabit ſubſtitutus.* Occurrit obiectioni, ex eo enim quod dicitur, de ſuo quadrante legata ſoluere ſubſtitutum debere, naſcitur dubitatio. Legata enim non debentur vltra vires patrimonii. d. l. 1. §. ſi is qui. ad Trebel. Ratio iuris nō patitur, vt vltra vires patrimonii legata ſoluantur, Lex permittit quadrantem detrahere, at hic dicitur non tantum quadrantem non retinere ſubſtitutū, ſed & de ſuo quadrante legata ſoluere. Imo longe ſupra quadrantē tenebitur in hac ſpecie, quia hæreditas erat ſoluendo tempore mortis paternæ. Diminutio enim poſtea facta pertinet ad damnum hæredis: Nam etſi nihil omnino ſupereſſet, tamen hæres ad legata integra tenebitur, tempus enim mortis teſtatoris inſpicimus. Reſpondet igitur obiectioni. Legata vltra vires patrimonii non ſoluentur. *Cum in hac parte Iuris.* Nos paternum teſtamentum & pupillare in hac parte Iuris pro vno habemus. Verum autem eſt vltra modum hæreditatis legata non deberi. Sed cum de modo illius patrimonii quæritur, tempus teſtatoris inſpicitur. Quodque ad hoc tempus reſpiciamus, oſtendit Iuriſconſultus his verbis: *Quaſi primis ſub conditione relicta intelliguntur.* Si legata relicta ſint, partim ab hærede, partim à ſubſtituto pupillariter, perinde ea habemus, ac ſi in eodem teſtamento, videlicet in teſtamento paterno, eſſent relicta partim pure, partim ſub conditione. Paternum enim teſtamentum & pupillare in hac parte Iuris pro vno habemus.

Cœpimus explicare locum difficillimum de Falcidiæ detractione ex tabulis paternis & pupillaribus. Cum pater ſibi teſtamentum fecit, & filio impuberi, id eſt, filio pupillariter ſubſtituit, diximus in illis tabulis vnam Falcidiam ſeruari, ſecundum regulam à veteribus traditam, cuius vim ſitam eſſe diximus in duabus rebus, primum in contributione legatorum. Nam ob eam Falcidia detrahitur, quæ alias non detraheretur & quamuis pupillus non potuerit detrahere, tamen ſubſtitutus detrahere poterit, quia legata ita confuſa dodrantem excedunt. Alterum in quo poſita vis illius regulæ eſt confuſio patrimonii, ſi poſt mortem patris auctum vel diminutum ſit, non ſpectamus quanti fuerit poſt tempus mortis pupilli, ſed patris ſic vna tantum Falcidia imputatur in vtroque teſtamento Hæc breuiter traduntur à Caio. l. in duplicib. 79. hic. Quodammodo duo teſtamenta eſſe videntur, cum filio hæredi inſtituto ſubſtituit pater pupillariter. Interpretatur Caius quod dicitur dict. l. in quantitate. 73. hic. & §. quantitas. Inſtit. eo. ſpectandum eſſe tempus mortis teſtatoris, ſi quæramus an ſit locus Falcidiæ. At hic veluti duo ſunt teſtatores, & licet à patre fiat vtrunque teſtamentum, tamen pater facit teſtamentum nomine filii. itaque pro filii teſtamento debet haberi tanquam à filio eſſet factum. Nihil enim refert an nos aliquid faciamus, an noſtro nomine alii. Sed habetur pro eodem teſtamento vtrunque nempe pro paterno, & ita vna tantum Falcidia deducitur. Principaliter enim agitur de paterno teſtamento, cuius eſt acceſſio filii teſtamentū. l. patris & filii. de vulg. Ergo ſpectatur tempus mortis paternæ, non filii: ſi quid diminutum fuerit poſt mortem patris, damnum hæredis erit, ſicut ſi lucretur aliquid, lucro hæredis cedet. d. l. in ratione. hic, *Siue de legatis quæramus.* Hoc caput vtranq; quæſtionem, & de quantitate patrimonii, & legatorum complectitur. Non ſufficit, vt cognoſcatur modus patrimonii, ſed oportet cognoſcatur modus quoq; legatorum. Fieri poteſt, vt legata relicta in tabulis primis, ſi per ſe cōſiderentur, non excedant dodrantem: ſimiliter & legata, quæ à ſubſtituto relicta ſunt, ſed ſi confundantur ſimul, excedant dodrantem. Ait ergo illa contribuenda eſſe in vnum, tanquā vnum eſſet teſtamentum. Hocque eſt quod dicitur in hoc capite quod cœpimus interpretari, legata relicta à ſubſtituto impuberi, videri legata ſub conditione, ab ipſo impubere. Eodemq; modo fit contributio, ac ſi eodem teſtamento legata reliquiſſet, pure, alia alia ſub conditione.

Sequitur §. *Si filio ſuo duos.* in noſtra l. in ratione. Sequens quæſtio exiſtit ex his, quæ à nobis tractata ſunt ſuperiori capite: cum dicimus, In patris & filii teſtamento, vnam Falcidiā ſeruari, idque pertinet, tam ad contributionem legatorum, quam patrimonii. Species, de qua hic quæritur hæc eſt. Teſtator habebat quadringenta in bonis, filium impuberem inſtituit, nec eum onerauit legatis, vt in ſuperiori ſpecie, ſubſtituit pupillariter filio impuberi duos, Titium & Seium, ſi filius impubes deceſſerit, vnum ex ſubſtitutis Titium onerauit legatis, & legauit ab eo ducenta, ab altero nihil legauit, aut tantum non legauit, vt poſſit locus eſſe Falcidiæ: Quæritur an Titius ſubſtitutus, à quo ducenta ſunt legata, poſſit ex perſona ſua detrahere Falcidiam, ſi hæreditas ex ſubſtitutione pupillari delata ſit ad eum? Legatarii petunt legata, id eſt, ducenta mortuo impubere, Titius vult detrahere Falcidiam, quia exhauſtus ſit eius ſemis: tota enim hæreditas, quæ quadringentorum eſt, delata eſt ad duos hæredes, ſic ſemis ex hæreditate ad vnumquemque pertinet: quæritur an ex perſona ſua poſſit detrahere Falcidiam? *Et facile quis dixerit conſequenter.* Hęc dicuntur à Papiniano diſputando vt cauſam afferat dubitationis. Videtur hic Falcidia non poſſe detrahi conſequenter, his, quæ ſuperius dicta ſunt. Tria enim hic conſideranda ſunt: Primum, quod diximus confundendum eſſe totum patrimonium, cum de lege Falcidia quæritur, & totius aſſis rationem habendam non ſemiſſis, qui pertinet ad vnum ex ſubſtitutis. In ſuperiori ſpecie tempus mortis paternæ diximus ſpectandum eſſe, quantum fuerit in patrimonio teſtatoris, & totum patrimonium confundendum. Si habetur ratio totius aſſis in hac ſpecie, non poterit detrahere Falcidiam: licet enim legata excedant dodrantem Titii, qui ad ipſum pertinet, tamen non excedunt dodrantem totius hæreditatis. Ponimus enim quadringenta fuiſſe in hæreditate, tempore mortis teſtatoris, & ab hoc legata tantum fuiſſe ducenta: Falcidiæ locus non erit, quia plus non eſt legatum, quam per legem Falcidiam conſtitutum ſit. Secundo conſiderandum hic eſt, quod pupillus non detraheret Falcidiam, ſi ab eo eſſent legata ducenta. Et diximus ſpectandam eſſe perſonam pupilli, & perinde habenda eſſe legata relicta à ſubſtituto impubere, ac ſi ab impubere eſſent relicta. Id ſi faceremus, in hac ſpecie non haberet Locum Falcidia. Quomodo igitur ex perſona ſua poteſt ſubſtitutus detrahere Falcidiam, cum pupillus non poſſet, ſi ab eo relicta eſſent; Tertio hic conſiderandum, ſi vnus tantum eſſet ſubſtitutus, non detraheret quartam. Idque certum eſt, ſi teſtator in hac ſpecie filium hæredem inſtituiſſet, & Titium ei ſolum ſubſtituiſſet, & legaſſet à Titio centum, Titius ea ſine diminutione ſolueret. Atqui non videtur maior eſſe ratio in duobus ſubſtitutis, quam in vno ſubſtituto. Hæc demonſtrant non ſine cauſa dubitatum fuiſſe in hac ſpecie. Sed tandem concludit Papinianus, verius eſſe quartam ab eo detrahi poſſe, perinde ac ſi inſtitutus eſſet in primo gradu à teſtatore. *Atque ſi ita patris hæres extitiſſet.* Si duo ſubſtituti Titius & Seius hęredes extitiſſent patri, ſicut & pupillo extiterunt, potuiſſet detrahi Falcidia ab eo qui grauatus eſt, idque ſupra diximus in l. ſingulis & §. & cum quæſitum. Inſtit. eodem. Si hæres duos ex æquis partibus inſtituiſſet, & vnum legatis oneraſſet: oneratus quartam detrahit, quia ſemis eius non ſufficit, ad integra legata ſoluenda, quamuis tota hæreditas ad ſoluendum ſufficeret. Non habetur ratio ſemiſſis alterius, ſed eius à quo legatum eſt; an ea pars ſufficiat ad ſoluenda legata integra, an ea excedant dodrantem ſemiſſis illius. Non enim ei, qui oneratus eſt, proficit quod nō ſit oneratus ſemis cohæredis, quia ex eo nihil capit, quamuis ſufficiat ad ſoluenda legata, vnde ſpectamus tantum partem, quæ peruenit ad legatarium oneratum. Vnde Papinianus ait, perinde iudicandum eſſe de duobus ſubſtitutis in hac ſpecie, atque ſi teſtator directe eos inſtituiſſet. Id cum conſtitutum ſit de duobus hæredibus, qui in primo gradu ſunt inſtituti, & eadem ſit ratio horum ſubſtitutorum, ad quos per pupillum hæreditas peruenit à teſtatore relicta, recte hoc loco dicit, quartam ei relinquendam eſſe, perinde atque ſi ita patris hæres extitiſſet. Sequitur, *Vt enim opes patris, & contributio legatorum.* Non puto in toto Iure ciuili obſcuriorem locum eſſe: in codice Norico ſic legitur, *Vt enim opus patris.* In vulgatis codicibus legitur, *Opes patris.* Et ſic legitur in Florentino, quæ lectio & mihi placet, quamuis huius loci lectio mihi ſuſpecta ſit. Videtur ænigma quoddam eſſe, præſertim iis qui non norunt genus ſcribendi, quo vtitur Papinianus, *Opes patris & contributio* Hæc verba ſic interpretor, quaſi occurrat obiectioni, quæ ſumi poteſt ex

teſt ex ſuperiori capite, circa regulam veterum. His enim verbis oſtendit Papinianus regulam illam locum non habere cũ plures ſunt ſubſtituti pupillo, ſed cum vnus tantum eſt ſubſtitus. Nam cum plures ſunt ſubſtituti, & vnus eſt oneratus, alter non, in ſingulis hæredibus computatur Falcidia. l. in ſingulis. hic. Ergo neceſſe eſt, inquit, quod ſupra diximus circa regulam à veteribus traditam, non intelligi de duobus hæredibus ſubſtitutis in tabulis pupillaribus. *Opes patris.* Hoc eſt quod de opibus patris, ſeu patrimonio patris, & de contributione legatorum in ſuperiori capite diximus : De vtroque enim locuti ſumus. *Inde.* Id eſt, ex regula veterum, in qua interpretanda nunc verſamur. *Opes patris.* Regula veterum: pertinet ad opes patris, id eſt, ad patrimonium patris, & legatorum contributionem, id ſupra explicauimus. Quæritur enim de opibus patris, ſi auctæ vel diminutæ ſint poſt mortem patris. de contributione legatorum diximus legata contribuenda tam in primis tabulis ab impubere relicta, quam in ſecundis à ſubſtituto. Et hæc omnia manant ex illa regula antiqua, & eius regulæ vſus in his cernitur. Ergo vt hoc verum eſt, inquit Iuriſconſultus, ita plures ſubſtituti, &c. *Ad intellectum Inſtitutionis.* Sicut hæc vera ſunt, inquit, quæ diximus de opibus paternis à contributione legatorum, quę originem capiunt ex veterum regula ſi vnus tantum ſit ſubſtitutus, *Ita plures ſubſtituti ſubducta perſona pupilli.* Hic inquit, non poteſt locum habere regula antiquorum, cum plures ſunt ſubſtituti pupillo, vt propoſitum eſt in ſpecie, quam tractamus, id eſt, quamuis reuera hi duo hæredes. Titius & Seius inſtituti non ſint in primo gradu, ſed ſubſtituti pupillo, tamen reuocandi ſunt ad intellectum inſtitutionis, perinde eſt de illis iudicandũ, ac ſi in primo gradu eſſent inſtituti. *Subducta perſona pupilli.* Qua ſi pupillus inſtitutus nõ eſſet in noſtra ſpecie eſt inſtitutus pupillus, ſed tamen hoc ita accipitur, ac ſi mentio pupilli non eſſet facta. Conſtat ſi duo à patre fuiſſent hæredes inſtituti, & vnus fuiſſet legatis oneratus, potuiſſet Falcidiam detrahere: Ergo quod diximus in ſuperiori capite de legatorum contributione, & patrimonii diminutione, id tunc locum habet, cum vnus eſt ſubſtitutus, ad quẽ peruenit hæreditas. Tunc nulla ratio ſuadet, vt à regula veterum recedamus, ſed cum duo ſunt ſubſtituti, regulam illam ſine iniquitate non poſſumus ſeruare, quia ad duos peruenit hæreditas, ſeu patrimonium. Et ratio ſuadet, vt in ſingulis hæredibus habeatur ratio Falcidiæ, ne vnus eorum, qui grauatus eſt, fraudetur quadrante ſuo. Totus enim eſt exhauſtus. Eſt hæc Papiniani interpretatio in hoc loco. Sequitur, *Quid tamen dicemus de altero ſubſtituto?* Hic alia ſpecies proponitur, quæ ex ſuperioribus pendet. Teſtator habebat quadringenta in bonis, inſtituit pupillum hęredem, legauit ducenta ab eo: ſubſtituit Titium & forte etiam Seium, ſed Titium onerauit tantum & legauit ab eo centum. Sic hæc ſpecies multum differt à ſuperiori, in qua non fuerat oneratus pupillus, ſed vnus tantum ſubſtitutorum. Hic ab vtroq; legatum eſt, à pupillo & ab altero ſubſtituto, & tamen legata per ſe non excedunt dodrãtem, ſed ſimul iuncta excedunt. Ponimus ducenta legata eſſe à pupillo, ſi adeat hæreditatem paternam, integra legata ſoluet, quia dodrantem hęreditatis non excedunt. Idẽ de ſubſtituto dicimus, ſi eius legata per ſe ſpectemus. Sed quæritur de coniunctione, id eſt, ſi legata quæ relicta ſunt à ſubſtituto, coniungantur cum ea parte legatorum, quæ à pupillo relicta ſunt, quæ ille pro rata hæreditatis in qua ſuccedit pupillo, debet ſoluere, an poſſit detrahere Falcidiã? Papinianus ait detrahere eũ Falcidiã poſſe, propter contributionem: quia à ſubſtituto legata relicta contribuuntur cum legatis relictis ab inſtituto. Multa Papinianus hic interſerit diſputando, vt oſtendat probabiliter de eo fuiſſe dubitatum. Si igitur legata hæc contribuantur, excedent dodrantem, quia ducenta ab impubere ſunt legata, quadringenta in hęreditate erant, poſt mortem impuberis hæreditas peruẽit ad ſubſtitutos: ad vnũ quẽque ducenta, id eſt ſemis hæreditatis. Semis illius ſubſtituti, de quo loquimur, omnino eſt oneratus legatis: poſuimus enim centum ab eo legata eſſe, quæ ſunt dimidia pars ſemiſſis ſui: pręterea ducẽta legata ſunt ab impubere, cui ſuccedit, quorum legatorum partem quilibet ex ſubſtitutis debet ſoluere. Tantum igitur ab hoc ſubſtituto legatum reperitur, quanta eſt eius portio hæreditaria. Si per ſe ſpectarentur hæc legata, non eſſet locus Falcidiæ. *Et aliquid vltra dodrantem ſit.* Aliquid vltra dodrantem eſt in omnibus illis legatis cõfuſis ſubſtituti, à quo centum relicta ſunt, quia tantum ſemis hæreditatis ad eum ex ſubſtitutione peruenit, videlicet ducenta: Deinde legata à pupillo relicta pro dimidia, parte ſoluere debet videlicet centum, illi enim cum hero in ſemiſſem ſuccedit. *Neque idem patitur inſtituti comparatio.* His verbis oſtendit Papinianus, duplicem cauſam fuiſſe dubitationis: Primum enim quartam habet ſubſtitutus ille, de quo quærimus: Habet enim dimidiam partem hæreditatis, cuius dimidia tantum pars ab eo relicta eſt. Ergo quartam habet etiam deductis legatis. Atque hoc quidem verum eſſet, ſi non confunderentur hæc legata ſed propter veterum regulam confuſione facta, locus eſt Falcidiæ. Et quod ait de inſtituti comparatione, refertur ad id, quod diximus ſupra. Idem enim dixit eſſe iudicandum de his ſubſtitutis ac ſi inſtituti eſſent: Comparantur enim inſtitutis, & ſi teſtator directe eos non inſtituerit. Hæc comparatio non patitur, vt quarta detrahatur, quia ſi inſtituto ſubſtitutum comparemus, ſubducta pupilli perſona, non eſſet locus Falcidiæ: Nam habebitur ratio totius aſſis, quod ſi fiat, hæc legata non excedent dodrantem totius aſſis. Comparatio igitur ſubſtitutionis, qua ſuprà vſi ſumus, non videtur pati deduci Falcidiam. *Quam quod vulgo probatum eſt.* Hoc refertur ad id, quod prius dixerat, de vulgari veterum regula. Vulgo dicitur in patris & filii tabulis vnam Falcidiam ſeruari. Secundum regulam antiquam, ſecundum hanc contributionem locus erit Falcidiæ. *Propter calculi cõfuſionẽ.* Oſtẽdit Papin. varietatẽ hic reperiri, in ſpecie hac & ſpecie præcedẽti, quia in ſuperiori ſpecie ſubſtitutus pro inſtituto habetur, hic vero contra fit. Ratio eſt quia in ſuperiori ſpecie pupillus non erat grauatus legatis, ſed ſolus ſubſtitutus : At hic vterque grauatus eſt, & pupillus & ſubſtitutus. Ergo recte fit calculi confuſio. *Qui proprio nomine oneratus eſt.* In ſuperiore ſpecie poſuimus ſubſtitutum proprio tantum nomine oneratum fuiſſe, hoc eſt teſtatorem non oneraſſe pupillum, ſed vnum tantum ex ſubſtitutis. Hic vero pupillum onerat, cui ſucceditur ex ſubſtitutione. Ideoque non agitur de contributione legatorum in ſuperiori ſpecie, quia nihil à pupillo eſt relictum. Secundum veterum regulam contributio fit cum pupillo & à ſubſtitio relictum eſt. Quare in ea ſpecie nihil refert ſubſtitutum perinde haberi, ac ſi à patre inſtitutus eſſet. In hac poſteriori ſpecie ſubſtitutus reuera non eſt oneratus, legata enim ab eo relicta non excedunt dodrantem niſi conferantur cum legatis relictis à pupillo, ſed excedunt dodrantem eius partis, quam capit ex hæreditate, ſi coniungantur onera, quæ ſubit ob legata relicta ab impubere, cuius hæreditas pro parte ad eum peruenit ex ſubſtitutione. *Licet portio eius largiatur.* Id eſt, licet portio eius poſſit largiri, hoc eſt, portio quę ipſius eſt ex hæreditate ſufficiat ad ſoluenda legata. *Huic conſequens eſt.* Videndum eſt quod dicitur in l. 1. §. interdum. ſupra. ſi à pupillo aliquid relictum ſit, & deinde etiam ab eo, qui illi pupillariter eſt ſubſtitutus, pupillus cogetur ſoluere legata à ſe relicta, ſi legatarii petant, ſed exacta cautione, quanto amplius quam per Falcidiam cœperit. Quia ſi forte decedat impubes, legata à ſubſtituto relicta nocebũt legatis, ita vt forte detrahenda ſit Falcidia. Et ſic hæc cautio, quam exegerit pupillus à legatariis, proficiet duob. ſubſtitutis, pro qua parte quiſque ad hæreditatem peruenit.

Hiſce, quæ ſuperiori loco à nobis tractata ſunt, adfinis locus eſt is, quem nunc explicaturi ſumus : Quibus ex cauſis Falcidia ceſſet. Hic locus latiſſime patet, nos capita tantum rerum attingemus & omnes cauſas, ob quas ceſſet Falcidia, ad quinque præcipuos locos referemus. Cum enim quæritur, quibus ex cauſis lex Falcidia ceſſet, dicendum eſt ceſſare vel ob perſonas teſtatorum, vel ob rem legatam, vel perſonam legatarii, vel ob voluntatem teſtatoris, vel ob culpam hersdis. Ad hæc quinque genera referenda ſunt omnia, quæcunque ſub hoc titul. & Cod. eodem tractantur. Prima cauſa eſt, propter perſonam teſtatoris. Huius rei exemplum eſt in milite, in l. 7. Cod. eod. Militibus in teſtamentis multa iura ſingularia. multa priuilegia tribuuntur, de quibus tot. tit. De milit. teſtam. Inter hæc ſingularia etiam hoc eſt, de quo nunc loquimur, quod in militis teſtamento ceſſet Falcidia. Ob fauorem militum conſtitutum eſt, vt ſola eorum voluntas ſpectetur in teſtamentis. dict. leg. Diuus

Traianus, de milita. teſtamen. Ergo Falcidia ceſſabit in teſtamento militis. Falcidia enim detrahitur contra voluntatem teſtatoris. Nouel. 1. de hæred. & Falcid. Cum ergo ſola voluntas teſtatoris ſpectetur in teſtamento militis, ceſſat Falcidia in militum teſtamentis. Hinc multæ quæſtiones naſcuntur, quæ in variis capitibus huius tituli tractantur, l. ſi poſt miſſionem. 17. l. ad veterani. 40. l. ſi miles. 92. leg. vltim. Si miles poſt miſſionem teſtamentum fecerit, ſi veteranus ſit, qui deſierit eſſe miles. Ita enim demum hoc priuilegium militi conceditur, ſi militiæ tempore teſtamentum fecerit, vel intra annum poſt miſſionem. De veteranis quæſtio eſt dict. l. ad veterani. 40. ſupra. Secunda cauſa eſt, quod propter rem legatam interdum ceſſet Falcidia. Exempla huius rei varia ſunt, veluti cum dos legatur vxori à marito. l. ſed vſusfructus. Maritus dotem, quā ab vxore accepit, vxori legat in teſtamento, lex Falcidia locū in eam non habebit, quia mulier rem ſuam accipere videtur. Neceſſario enim ei fuiſſet reddenda dos, etſi vxori prælegata non fuiſſet. Idem dicendum eſt de his rebus, quæ vxoris cauſa emptæ & paratæ ſunt à marito: ſi ita legauit maritus, Quæ vxoris meæ cauſa emi, paraui, idem do, lego, non habebit in iis locum Falcidia: quia alias ad mulierem tranſirent, etſi ei nihil legaſſet ex illis. *Nominatim ipſa lege Falcidia expreſſum eſt.* Hoc adiecit, vt occurreret obiectioni, poſſet enim obiici: in donationibus, quæ cauſa mortis fiunt, locum habet Falcidia, cur ergo locum non habet in his quæ vxoris cauſa empta, parata ſunt? Subiecit igitur, quod nominatim hac lege Falcidia expreſſum fuerit. Hunc locum ſupra adduxi vt oſtenderem, alia capita fuiſſe huius legis, quam quæ expreſſa ſunt à Paulo in leg. 1. ſuper titul. Eoque pertinet quod dicitur in l. cum dotem. 57. Nihil refert an maritus vxori leget dotem, an alii qui vxori dotem reſtituat. Capientis enim perſona inſpicitur, non interpoſiti. Ille, cui legatum eſt propter mulierem. interpoſita perſona eſt. Simile in leg. ſi prædiorum. 15. Cod. eodem. Vxor dedit dotem marito, & pacta eſt, vt maritus dotem lucretur ſoluto matrimonio. Mulier teſtamento facto, iuſſit dotis inſtrumenta marito reddi, quia intelligebat maritum retinere dotem poſt mortem. Ex hoc legato non deducetur Falcidia, quia propter dotem alias debebantur inſtrumenta. Et idem de ſimilibus inſtrumentis dicendum eſt, vt quoties legentur prædia ei cuius prædia ſunt, Falcidiam locum non habere: alias vero inſtrumenta in Falcidiam veniēt. Exemplum de talibus inſtrumentis videre licet in tabellionibus noſtri temporis, quæ protocolla vocant. Ea enim tabelliones in patrimoniis habent, & de his diſponunt teſtamento: hinc deducetur ex illis Falcidia. Hic autem vxor mandauerat marito dari inſtrumenta dotis, quam maritus lucrabatur, & quæ ſine dote erant inutilia. Aliud exemplum eſt de libertate legata in leg. Papinianus. 8. §. quarta. de inoff. Falcidia non minuit libertates: libertas enim legata æſtimationem non recipit, & differt à legato pecuniario. Aliud exemplum eſt de legitima, quæ debetur filiis in l. ſcimus. 36. C. de inoffic. Si vel triens, vel ſemis, vel alia portio, quæ liberis legitima eſt, legata ſit, de qua Iuſtinianus in Nouel. de triente vel ſemiſſe. Iure naturæ etiam dicitur debere liberis illa legitima, vt eis auferri omnino non poſſit. Ideoque cum pater eis legat hanc legitimam, nullum onus ei adiicere debet, cum ex lege magis, quam iudicio teſtatoris accipere debeant. Quare Falcidia in illis ceſſare dicitur, ne per eam minuantur. Aliud exemplum eſt in rebus, quarum alienatio eſt prohibita, vt ſeruentur in familia legatarii. in leg. filiusfamil. 114. §. Diui. de legat. 1. Ex hoc enim legato non detrahitur Falcidia, ne hac ipſa ratione alienatio committatur, arg. §. ſi quando. Nouel. ſponſ. largi. Quia cum teſtator vetuerit alienari, intelligitur etiam vetita eſſe detractio: quia pro parte alienaretur per detractionem. Supra monui, cum legi Falcidiæ locus eſt, communionem quandam rerum legatarum induci inter hæredem & legatarium. Res quæ ſolius legatarii fuiſſent, pro indiuiſo fiunt pro parte hæredis. Hoc alienare quodammodo eſt. Quæritur de alimentis relictis, an deducatur Falcidia? Magnus eſt fauor alimentorum, & ideo recte dubitatur. Sed hodie certi iuris eſt, legem Falcidiam ad alimenta quoq; pertinere. leg. Diui. 89. ſupra. *Et vt idoneis hominibus collocetur ea pecunia.* Emendandus eſt hic locus, & legendum eſt, *Nominibus.* Idonea nomina pro bonis nominibus accipimus. In leg. 1. ad Macedo. Tertia cauſa eſt, propter quam ceſſat Falcidia. Perſona legatariorum in hac quæſtione ſpectatur, cui legatum ſit. Propter eum enim cui legatum eſt, ceſſat interdum Falcidia. Exemplum eſt in l. ſi quis ad declinandum. 37. C. de epiſcop. Vt ſi quis pauperibus vel captiuis legauerit, non detrahetur Falcidicia. Idem à Iuſtiniano conſtitutum eſt in Nouel. 131. de eccleſ. tit. §. ſi quis in nomine. & §. ſi autē hæres. Quibus conſtitutionibus ius antiquum, quod in hunc titulum relatum eſt colligitur, in l. 1. §. ad municipium, ſupra. *Vel etiam ea quæ Deo relinquuntur.* Paulus diſerte hic ait, Falcidiam ad ea pertinere, quæ Deo relinquuntur. Iuſtinianus in ſupradictis locis, & Nouel. valere quidem Deo relictum legatum, ſed Falcidiam non interuenire ait. Iuſtinianus interpretatur legatum Deo relictum, legatum relictum pauperibus, ad alendos pauperes & miniſtros eccleſiæ.

Ergo emendatum eſt hoc ius Nouella Iuſtiniani: quin ea potuerit emendare, nulla eſt dubitatio, & de hoc inter omnes conuenit. Maior dubitatio eſt dict. l. ſi quis ad declinandum. Non enim videtur quibuſdam fatendum eſſe, ius antiquum ea conſtitutione emendari, ne hac ratione fateri videantur pugnantia eſſe in libris Iuſtiniani. Sed meminiſſe debemus, quod in hac ſcola ſæpe dixi, & ſæpe repetendum eſt, diſtinguendas eſſe conſtitutiones, quæ in Codice reperiuntur. Nam quædam ex illis compoſitæ ſunt, cum primum compoſitus eſt Codex, & hæ inter ſe pugnantes dici non debent, nec contrariæ iuri quod in Pandectas relatum eſt. Additæ vero ſunt aliæ conſtitutiones, poſt primam editionem & cōpoſitionem Pandectarum, quibus antiquum ius emendatur, tam quod in Codicē, quam quod in Pandectas relatū eſt. Huiuſmodi ſunt eæ, quæ ſunt editæ Lampadio, & Oreſte Coſſ. Ex quibus eſt & hæc lex, ſi quis ad declinandum. Tametſi enim deſideretur eius ſubſcriptio in noſtris codicibus, tamen ex inſcriptione ſatis eſt manifeſtum, eam poſt Conſulatum Lampadii & Oreſtis editam eſſe: ſcripta enim eſt ad Ioannem præfectum prætorio. Et ex catalogo, & aliis argumentis certo cognoſcimus, Ioannem prætura functum poſt Conſulatum Lampadii. Hocque ex legibus ſub eodem titul. Codic. de epiſc. & ali. tit. facile colligi poteſt. Paulus igitur ait legem Falcidiam pertinere ad ea, quæ Deo relinquuntur. Fauore enim non magno veteres hęc legata digna eſſe putabant, quaſi Deus non indigeret opibus. Hinc videmus apud Vlpian. in fragm. titul. qui hæredes. conſtringi libertatem inſtituendi Deos. Chriſtiani vero Principes, cum viderent opes eſſe neceſſarias in eccleſia, ad alendos pauperes, & miniſtros eccleſiæ putauerunt hæc legata fauore digna eſſe. Epiſcoporum. n. cura olim præcipua erat, alere pauperes. leg. 1. Codic. de epiſc. audi. Quæritur quid ſi Principi fuerit legatum, an interueniat Falcidia? leg. 4. Cod. eo. Vbi dicitur: ſi quid legatum fuerit Principi, poſſe hæredem Falcidiam deducere. Hic notandum eſt, Principem iure communi vti, niſi quid ſingulari iure exceptum fuerit. Licet enim Princeps ſolutus ſit legib. tamen nihil tam proprium eſt imperii, quam legibus viuere. l. ex imperfecto. Cod. de teſtam. Quod reſcriptum eiuſdem autoris eſt, Alexandri nimirum, qui optimus & iuſtiſſimus princeps fuit. Quæritur de patre. Pietas non videtur permittere vt Falcidia ex eo, quod relictum eſt, deducatur: Sed tamen dicitur, Falcidiam ad id quoque pertinere. l. ſi filiusfa. 18. ſuper. tit. Quarta cauſa, ob quam ceſſet falcidia, eſt voluntas teſtatoris, ſi teſtator expreſſe prohibuerit, ne Falcidia detrahatur. ſeruāda eſt hęc voluntas. Iuſtinianus in Nouel. 1. §. hinc nos. de hæred. & Falcid. Hac conſtitutione ius antiquum abrogatum eſt. Nam ſecundum ius Pandectarum, teſtator non poteſt prohibere Falcidiam, leg. pater filiam. 14. §. auia. & in l. quod de bonis. §. 1. ſup. tit. Vbi adfertur ratio, quia ad ius publicum pertineat Falcidia, Ius publicum priuatorum cautionibus mutari non poteſt. Ad ius publicum ideo creditur pertinere Falcidia, quia ad teſtamentorum conſeruationem pertinet. Intelligebant veteres, ſæpe euerti teſtamenta, ſi non adirentur hæreditates, quod fieri ſolebat ſi exhauſtæ eſſent legatis. Ideoque receptum fuit inter iuris auctores, ne cautione aliqua hoc ius interuerti poſſet. Quia vero teſtatores eo tempore plerumq; aliquid ſolebant comminiſci in fraudem huius legis, putauerunt eam ad ius publicum referendam eſſe, ne in eam hominum conuentionibus committi poſſet. Hinc multæ natæ ſunt quæſtiones, in quibus quæritur de voluntate teſtatoris, quæ omnes eo pertinent, vt teſtator non poſſit

prohibere

prohibere Falcidiam, nec directo nec indirecto. Hoc annotare paucis ſatis eſt: ius enim antiquum abrogatum eſt, cuius mentio fit in d.l. pater filiam.14.leg.quod de bonis.l. Seius & Agerius.l.ſi in teſtamento, ſuprà 64.& l. ſi vt allegas.l.per. C.eo. Nouel.1. Iuſtinianus magis ad voluntatem teſtatoris reſpexit, nec putauit temere teſtatorem prohibiturum eſſe, ne hæres Falcidiam detrahat, ne hac ratione teſtamentum ſuum corruat.

Quinta cauſa eſt, ob factum, aut culpam hæredis. Exempla hic ſubiiciemus, vnum eſt in l. Paulus reſpondit.24.ſuprà. Si res hæreditarias hæres ſubtraxerit. Hoc longius produxerunt, vt locum haberet, ſi falſo negauerit rem eſſe hæreditariam.l.68.§.vlt. Genus enim ſubtractionis eſt, qui rem ſuam eſſe contendit, non hæreditariam. Idem & hodie dicendum eſt, ex conſtitutione Iuſtiniani, ſi hæres inuentarium non fecerit. Hocque diligenter eſt notandum.dicta Nouel.1.de hæred.& Falcid.§.hinc nos. Tum demum enim poteſt Falcidiam detrahere hæres, ſi inuentarium publice deſcribi curauerit. Si inuentario non deſcripto adierit hæreditatem, tenetur etiam ſupra vires patrimonii ad integra legata, nec quicquam imputabit in Falcidiam. Hinc videmus detractionem Falcidiæ hodie non valde vſitatam eſſe, quia omittitur inuentarium. Iuſtinianus autem hoc ſtatuit, vt occurreret incommodis ſui temporis, ne hæres ſubtraheret res hæreditarias.

Aliud exemplum, cum ceſſat Falcidia ob factum hæredis. Cum ab hærede fideicommiſſum eſt relictum in fraudem legis, vt reſtituat incapaci, tunc priuatur beneficio legis Falcidiæ.in leg.beneficio.59. Si vel ei, qui capax non eſt, velit aliquid relinquere, vel peregrino, qui item nihil poteſt ex teſtamento capere.§.1.de fideicommiſ.hæredit.Theophil. Inſtit.Hoc caſu ſi hæres tacite accommodat fidem teſtatori in fraudem legis, habetur indignus beneficio legis Falcidiæ. Simile eſt in leg.ſi tacitum.13.ſupta. Et quod ita aufertur tanquam indignis, acquiritur fiſco.leg.hæres.11.de his quibus vt indign. Aliud exemplum, cum hæres obligat ſe ad ſoluenda integra legata.l.qui quod 46.Hęres qui poterat deducere Falcidiam, quia legata excedebant dodrantem, ſecutus voluntatē teſtatoris, ita ſpopondit, ſe daturum legatariis integra legata. Non improbatur talis hæredis voluntas, qui plenam fidem teſtatoris ſecutus, legata integra ſoluat, quæ dodrantem excedunt, modo error, aut iuſta ignorantia non interueniat. leg.1.l.error.Codic.eodem, in leg.poteſt hæres. Hæres vendidit delatam ſibi hæreditatem, & cauit vt ſolida legata præſtarentur, interueniente Falcidia: Lex enim hæredis cauſa lata eſt. Poteſt igitur hoc ius, quod ſi competit, pactione reſignare.non enim fraus ei fit, qui ſpōte ius ſuum amittit. Simile in leg.vltim.Cod.eod. Si ſolueret hæres integra legata, omiſſa Falcidia, non videretur plus debito ſolutum eſſe.l.1. C. eo. Sed quid ſi non ſoluerit, ſed ſi cauerit tantum ſe ſoluturum integra legata? Idem, inquit, dicendum eſt de cautione, quod de ſolutione, ſiue ſoluerit, ſiue cauerit. His exemplis edocti, iudicare poterimus, quando ob culpam hæredis lex Falcidia ceſſet. Poſtremus locus eſt de officio Iudicis, ſeu arbitri in hoc iudicio, qui locus pertinet ad tit.ſequent.

FRANCISCI DVARENI IVRIS CONSVL. IN LIB. XXXVII. PANDECT.

METHODICA TRACTATIO.

CAP. I.

In tit. De bonorum poſſeſſionibus.

BONORVM poſſeſſio, eſt ſucceſſio quædam prætoria. quos enim prætor vocat ad ſucceſſionem defuncti alicuius, bonorum poſſeſſionem dare dicitur: eſtque vocabulum vſitatum apud veteres. Cicero lib.7.epiſt.ad Trebat. Valerius lib.7.cap.7. Ac tametſi verba ex quibus componitur, apprehenſionem & detentionem rerum ſignificent, tamen hic bonorum poſſeſſio non pro illa detentione accipitur, ſed pro quadam poſſeſſione iuris, vt Vlpianus ait in l.3.de bonorum poſſeſſione. Prætor autem hanc bonorum poſſeſſionem dat aliquando emendandi veteris iuris gratia: vt cum dat bonorum poſſeſſionem, vnde liberi, filiis emancipatis: aliquando confirmat ius ciuile, vt in bonorum poſſeſſione vnde legitimi.§.1. in Inſtit.de bonorum poſſeſſio. Sed cur hæc ſucceſſio hæreditas non dicitur, cum hæreditatis definitio huic conuenire videatur? l.nihil aliud.infrà de verborum ſignification. Reſpondeo, hæredem prætorem facere non poſſe eum, cui iure ciuili hæreditas non defertur, ne contra leges aperte quid faciat.l. cum ſponſus.§.ſi res talis. ſuprà de publiciana in rem actio.§. quos autem.in Inſtit.de bonorum poſſeſ. Nam ſi paulo altius prætoriam poteſtatem & auctoritatem repetamus, conſtat iuris dicendi cauſa prætorem Romæ conſtitutum fuiſſe.l.2. de origin.iuris.nec vllam vnquam ſupra leges auctoritatem ei conceſſam fuiſſe.dict.leg. cum ſponſus.& l.3. ex quibus cauſis maior. Cum dicimus iuris dicendi cauſa, ſic accipimus, vt non modo iuriſdictionem, id eſt, iuris dandi poteſtatem habuiſſe intelligatur, ſed etiam imperium ei iuriſdictioni commixtum: cuiuſmodi eſt quod in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit, l.imperium.ſuprà de iuriſdictio. In cautione interponenda, l.iubere caueri.eodem, & l.6.de verborum obligation.& aliis id genus, de quibus alias diſſeremus. Edicta autem proponebant: quibus admonebatur populus de quibus rebus eſſent ius dicturi.dict.lege.2.de origin.iuris. Complectebantur his edictis quicquid fere vſu & moribus magis quam certo iure comprehenſum erat, vt teſtatur Cicer.lib.2. de inuention.plerunq; iuris ciuilis aſperitatem temperabant atq; emendabant, leg.ius autem.de iuſtit. & iure.ex qua emendatione plerunque ſequebatur iuris ciuilis abrogatio & antiquatio: adeo probantur populo ea edicta, propter ſummam æquitatem & vtilitatem eorum. Vnde dicitur, eos qui honores ſiue magiſtratus gerunt, iuri prætorio auctoritatem dediſſe, atq; ideo honorarium appellatum.§.prætorum. Inſtitut.de iure natur. gent.& ciuil. Et quamuis appellatione Iuris Romani, vel ciuilis, lex populi Romani tantum proprie ſignificetur, quæ ideo ipſum ius per emphaſin dicitur: tamen quia paulatim propter vtilitatem receptum eſt hoc ius prætorium, ius etiam dici cœpit.dict.leg.ius autem. Prætor igitur à Cicero.recte dicitur, Cuſtos iuris ciuilis, 3.de Legibus *Iuris diſceptator, qui priuata iudicet, iudicareve iubeat, prætor eſto, iuris ciuilis cuſtos.* Non enim credendum eſt ea verba fuiſſe 12. Tabular. cum prætores longo tempore poſt has leges Romæ creati fuerint, vt docuimus ex l.2.de origin.iuris. Illud inficiari nemo poteſt, Imperatorum tempore multum decreuiſſe prætorum auctoritatem, ac maieſtatē, l.ſi apud.C. de appellat.ac iuris condendi auctoritatem Imper. nulli fere magiſtratui permittere ſolitos fuiſſe, leg.2. Codic. de offic. præf.præt.leg.vltim.Cod.de legibus. Quare tametſi edicta aliqua proponerent, l.ſi quis id quod.de iuriſdict. legum ſtatuendarum cauſa tamen nihil inſtituebant quod iuri aduerſaretur, dict.l.2. Ex iam dictis ſatis perſpici poteſt quomodo ſit accipiendum quod Iuſtinianus ait, Quos ſolus prætor vocat ad ſucceſſionem, hæredes non fiunt, §.quos autem. Inſtit.de bonorum poſſeſſio. Diximus enim ipſum ius ἐμφατικῶς ius ciuile legemque publicam dici, & ius prætorium non niſi latiore ſignificatione ius appellari, §.non autem. de perpet.& temp.action, quia iuris faciendi poteſtas penes populū aut principem fuit: atq; hinc fit, vt hi, quos ſolus prætor vocat, dicantur loco hæredum à Iuriſconſultis, & haberi pro hęredibus, l.prætor.117.de reg.iuris, l.hæreditatis.de verb.ſign. leg.vnica, de poſſeſ.hæredit. vnde nec actiones eis directæ, nec in eos dantur, vt ait Theophil.dict.§.quos autem. ſcilicet vtiles tantum quas Vlpian.in reliquis tit. bonorum poſſeſ. vocat fictitias, quod bonorū poſſeſſores hæredes fingūtur eſſe. Hęc autē ſūt accipiēda de his quos ſolus prętor vocat,

v. Iuſtinianus ait §.quos autem.cuiuſmodi ſunt liberi emancipati. nam qui vocantur vtroque iure, ciuili ſcilicet & prætorio velut agnati & ſcripti hæredes, ipſo iure hæredes fiunt: item quibus lex aliqua, aut Senatuſconſ. aut conſtitutio, bonorum poſſeſſionem dari ſpecialiter iubet.l.2.&3.ff.vnde legit.§.7.Inſtit.de bonor.poſſeſ.

Definitio Vlpiani. CAP. II.

VLpianus ita definit bonorum poſſeſ.l.3.ff. de bonorum poſſeſ. *Ius perſequendi retinendiq́ patrimonii, quod cuiuſque cum moreretur fuit.* Ad quam definitionem ſubuertendã calumnioſis argumentationibus nonnulli vtuntur. Vide Alciat.lib.παρεργῶν 4.c.7. Sed mihi plana & aperta ſatis eſſe videtur, ſi quis modo conſideret Vlpianum ſpectaſſe vim & poteſtatem quæ huic bonorum poſſeſ.attribuitur. hæc enim ſucceſſio pro hæreditate habetur: adeo vt bonorũ poſſeſ. & hæreditas plerunq; confundantur.l.vltim. hic.l.hæreditatis.de verborum ſignific. Proinde non eſt mirum ita definitam eſſe bonorum poſſeſ.vt ea definitio hæreditati quoq; conueniat. Quod dicitur in ea definitione, *perſequendi, retinendi ve dominii*, &c. ſic accipe, vti is cui datur bonorũ poſſeſſio, ſi rerũ poſſeſſor eas retineat, alias experiri poſſit vel quorũ bonorum interdicto, vel petitione hæreditatis, quod ſi nullæ ſint res hæreditariæ, nihilominus bonorũ poſſeſſor & hæres recte dicitur.l.3.de bonorũ poſſeſ.& l hæreditas.de petit.hæredit.

CAP. III.
De diuiſione bonorum poſſeſſionis.

QVędam bonorum poſſeſſio tantum competit facto teſtamento, vt bonorum poſſeſ.ſecundũ tabulas, aut cõtra tabulas: quædã non facto teſtamento, vt vnde liberi, vnde legitimi, in Inſtit.de bonorum poſſeſ.accedunt & aliæ diuiſiones ex Paulo, l.ſed cum patrono.de bon.poſſeſ.veluti quę cõpetunt cõtra voluntatẽ defunctorum, aliæ ſecundum voluntatem. Idem quædam dantur legum tuendarum cauſa, aliæ emendandarum, &c. Cęteras diuiſiones ſuis locis docebimus.

CAP. IIII.
De perſonis quæ bonorum poſſeſſionem petunt.

NOn tantũ ſingulares perſonæ, ſed & municipia & ſocietates bonorum poſſeſ.agnoſcere poſſunt, l.3.§.à municip.de bonorum poſſeſ. Nam municipiis hodie hæreditates deferuntur: nec ſeruatur illud ius antiquum, de quo meminit Plinius lib.5.epiſt.ad Caluiſium. His autem qui prohibentur capere hæreditatem, non datur bonorum poſſeſ. leg. non eſt ambigendum.ff.eo.cuiuſmodi ſunt rei capitalis damnati, l.edicto.hic. Alia eſt cauſa eorum qui iure ciuili non vocantur ad hæreditatem, veluti emancipatus, l.ſed cum patrono. Nã aliud eſt prohibere alicui, capere hæreditatem, aliud non vocare ad hæreditatem, §.2. Inſtit.de bonorum poſſeſ. Filiusfa. bonorum poſſeſſionem ſibi delatã agnoſcit, nec neceſſarius eſt iuſſus patris, quamuis ita demum acquiratur, ſi conſentiat, l.2.in aditione vero hæreditatis præcedere iuſſum oportet, l.ſi quis mihi bona.§.iuſſus.de acquir.hæred. Subtilitates veteris iuris, quæ nullam videbantur habere vtilitatem, facile contempſerunt prætores in bonorum poſſeſ.dandis: quorum officium erat, ius ciuile cum aliquo temperamento ſubſequi, vt ſupra diximus. Idem & à ſenatu factum intelligimus, l.ſeruo.§.1.ad Trebel. Aduenticiam ſane ſucceſ. filiusfamil. amplectitur, etſi pater omnino diſſentiat, vt conſtitutionib. expreſſum eſt, l.vlti. C.de bonis quæ liber. Infantis nomine tutor bonorum poſſeſ.recte agnoſcit, eaq; per tutorem agnita tranſit ad hæredes infantis, leg.3.hic.l.2.§.ſed ſi infanti.ad Trebel.& l.ſi infanti. C.de iure delibe. Pater etiam filii nomine recte agnoſcere poteſt, l.1.& 3. Pupilli nomine, qui infantiæ annos exceſſit, tutor bonorum poſſeſ.agnoſcit, non pupillus, niſi tutoris auctoritas accedat, l. bonorum.hic.l.ſi vnus.l. tutor.l.ſi pupillo.ff.eo. Quamuis enim in adeunda hæreditate, ſecundum ius ciuile requiratur actus & conſenſus pupilli cum auctoritate tutoris, leg. potuit. C.de iure deliber. tamẽ vtilius & ęquius viſum eſt prætoribus totũ hoc negotium cõmittere tutori, cuius conſilio pupillus regi dicitur. Mutus, ſurdus, cæcus, bonorum poſſeſ.admittere poſſunt, ſi quod agatur intelligant, l.vltim.de bon.poſſeſ.furioſo, infanti.hic, ſi vero non intelligant quod agatur, datur eis curator, qui bonorum poſſeſ.admittit, l.ſeruo inuito. §.ſi pupillo ad Treb.& in Inſt. de curat. Furioſi curator agnoſcit bonor.poſſeſ.l.2.tit.3.l.2.§. ſi quis ex liberis. ad Tertul. Agnoſcere ẽt põt furioſus per ſeruum aut filium quẽ in poteſtate habet, l. Amiſtius.de acquir. hæred. Sed tota hæc acquirendi ratio pleniſſime continetur Iuſtiniani cõſtitutione. C.de curat.furioſi, quę Lãpadio & Oreſte coſſ.edita eſt, & ius antiquum ẽt ſuper his ſoluit, l.vlti.

CAP. V.
Quomodo accipiatur bonorum poſſeſſio.

ANte tempora Conſtantini adibatur prætor, à quo petebatur bonorum poſſeſ.eratq; hæc petitio neceſſaria, niſi prætor vltro non petenti daret eam, l. ſeruus.ff.eod. hodie petitio neceſſaria non eſt, ſed adire prætorem aut aliũ iudicẽ ſufficit & teſtari apud eum ſe velle bonorum poſſeſ.admittere, l.vltim.hic.§.vlt.in Inſtit.eo.l.vlt.C.de curat.furio. Quod diximus bonorum poſſeſſionem à prætore non eſſe petendã, ſic accipiendum eſt, niſi ſit ex numero earum quæ decretum & cauſæ cognitionem deſiderant. illæq; decretales à iuris auctoribus dicuntur, l.3.§.ſi cauſa.ff.eo. Dubium enim non eſt quin cauſæ cognitio fuerit neceſſaria in quibuſdam bonorum poſſeſ.dandis.l.2.ff.quis ordo in bono. Exemplum eſt in Carboniana bonorũ poſſeſ.& ea quæ ventri datur, l.3. ff.de Carboniano edicti.l.3.§.ſi ea.de ventre in poſſeſ.mitt.nam in his agitur de poſſeſ.in alium transferenda. Nec verbo tenus datur bonorum poſſeſ.cæterę dantur ſine re, vt verbis vtar Vlpiani in fragment.Inſtit. Huiuſmodi bonorum poſſeſſio fuit quæ datur furioſo, l.2.§.ſi quis ex liberis ad Tertullia. ante conſtitutionem Iuſtiniani.l.vlt.C.de curat.furioſi.item ea quæ datur infanti tutorem non habenti, l.ſi infanti. de iure deliber. Et hę bonorum poſſeſ.repudiari non poſſe dicuntur. Nã ante decretũ repudiari non poſſunt quia nondũ ſunt delatę: delatę poſt decretum vero ſera eſt repudiatio, leg.1.§.decretalis.de ſucceſ.edict.de his etiam videtur accipiendum quod dicitur, plerunq; contra fiſcum pleroſq; admitti.l.nõ eſt ambigendũ. ff.de bonorum poſſeſ.de his ſiquidẽ fruſtra quæreretur, quas petenti cuiuis prætor dat ſine cauſæ cognitione. Aliæ bonorũ poſſeſſiones, quæ ex ſolo prætoris edicto pendent, nec decretum requirunt, edictales dicuntur.l.cum quidam.§.quod dicitur.de acquir.hæred.l.1.ſi tabulæ teſtam.nullæ ext.

CAP. VI.
De tempore.

AD cognoſcendam bonorum poſſeſſionem liberis parẽtibuſque annus datur, cæteris centum dies, l.2.&4.hic. & l.1.§.largius.de ſucceſ.edict. hoc tempore elapſo excluduntur à bonorum poſſeſ.niſi vocentur alio capite edicti: nam excluſi à bonorũ poſſeſ. vnde legitimi, poſſunt petere vnde cognati, & §.ſed videndum.de ſucceſ. edict. Incipit autem hoc tempus currere ſecundum edictum ſucceſſorium, ex quo delata eſt bonorum poſſeſ. Itaque quandiu primi ordinis ſucceſſores admitti poſſunt, cæteri non admittuntur, curritq; tẽpus poſt centum dies qui primum dantur, vel poſt repudiationem eorum, ſi ante finitum illud tempus repudiarint, §.pen. Inſtit.de bonor. poſſeſ. Quod ſi ſecundus intra centum dies ſtatutos primo agnouerit, & poſtea contigerit primum excludi, huiuſmodi agnitio eandem vim habebit, ac ſi ſuo tempore & curriculo agnouiſſet. Sic enim exiſtimo Conſtantinum ſenſiſſe, cuius verba eſſent clariora, ſi proprie loqui, quã durioribus tranſlationibus vti maluiſſet. Porro hoc tempus vtile eſt, nec currit ignoranti, l.2.hic.& §.vlt.in Inſtit.eo. Atque ideo plerunq; contingit, vt qui excluſus eſt ab adeũda hęreditate iuri ciuili, lapſu temporis legitimi quod continuũ eſt, & ſi is poſſit nihilominus bo.poſ.agnoſcere, l.licet. C.de iure delibe. Hinc conſequitur, eum non excludi tẽpore, cuius negligentia argui non poteſt.l.pen.hic.& l.cum quidam.ff.eo.Ignoranti ſane non nocet ſcientia alterius, l.4. de iuris & facti ignor.pręterquã in exceptis caſib.vt puta ſi filiusfa.ſibi delatã hęreditatẽ non agnouerit intra tẽpus ſtatutũ, l.1.hic. De tutore & curatore quæritur hic, & arbitror ſciente tutore diẽ cedere, l.ſeruus.§.vlt.quãuis aliud dicendum ſit de curatore furioſi.l.1.tit.3.l.2.§.ſi quis ex liberis.ad Tertul. ſciente vero patre

dies qui-

dies quidem cedit.dict.leg.ſeruus.§.vlt.ſed non ita vt pupillus excludatur,dict.leg.1.&3.l.circa.quis ord.in bon.poſſ.ſeru. Nocebit ergo patri lapſus diei,ſi forte hæreditas ei acquiri debuerit. Quod diximus de ignorantia, id de ignorantia facti non iuris accipiendum eſt,nam iuris ignorantia neminem excuſat:in compendiis ne fœminas quidem,l.quandiu.&l.iuris.&l.quicunque.hic.l.in bonorum.ff.eodem. Exempla peti poſſunt ex cap.1.de iuris & facti ignor.quod deſumptum eſt ex hoc tractatu,vt inſcriptio indicat.

CAP. VII.

De effectu bonorum poſſeſſionis.

AGnita poſſeſſione bonorum, omnia commoda & incommoda transferuntur in bonorum poſſeſſorem,perinde ac ſi hæres eſſet,l.2.&3.ff.eod. ſic enim bona hic accipimus, propter ſubiectam materiam, quæ de hæreditate eſt, l. bonorum appel.de verb.ſign.l.cogi.ad Trebel. licet hoc verbum aliter accipi ſoleat,l.mulier bona.de iure dot.l.ſubſignatum.§.prope.de verb.ſign.l.cum emancipati.§.illud.de colat. bono.l.ſi quis ſeruum.§.vlt.cum l.ſequen.de legat.2. Actiones autem quæ dantur bonorum poſſeſſori, & in poſſeſſorem, vtiles ſunt non directæ, quia hæres non eſt,ſed hæredis loco habetur.§.quos autem. Quid igitur ſi pupillo tutor bonorum poſſ. petierit, quæ plus incommodi quam commodi habeat? Et verius eſt tutorem iudicio tutelæ teneri,l. ſi pupillo.ff.eo. Præterea bonorum poſſeſſio agnita tranſmittitur ad hæredem:ante agnitionem vero non tranſmittitur, l.34.hic. l.3.§.acquirere.ff.eo. idque exemplo hæreditatis quæ defertur iure ciuili.§.in nouiſſimo. C. de caduc.tollend. De ratione huius iuris vulgo diſputari ſolet, extantque variæ ſcriptorum opiniones apud Alciatum lib. παρέργων 4. capit. 5. ſed hi non ſatis perpendiſſe videntur, quam multa à veteribus conſtituta ſunt ærarii locupletandi gratia, quamuis priuatis incommodum adferrent. Qua de re ſub titul.de caduc.tollend. dicturi ſumus, ac ſimul totum hunc tractatum ſumus explicaturi.

AD TIT. QVANDO NON PETENTIVM PARTES PETENTIBVS ACCRESCANT. COD.

INTER effectus agnitæ bonorum poſſeſſ. hic enumeratur, quod ſi pluribus delata ſit bonorum poſſeſ. & vnus agnouerit pro parte ſua, portio ab alio omiſſa, ipſi accreſcit, idque ipſo iure, vt nulla ſit opus bonorum poſ. agnitione, l.2.§.vlt.&ll.ſeq. ff. de bono.poſſeſ. & Gordianus noſter hic oſtendit edicto prætoris id expreſſum fuiſſe. Si tamen patronus agnouerit bonorum poſſeſſio. contra tabulas liberti pro dimidia parte quam Prętor ei pollicetur,hęrede ſcripto omittente,hanc partem omiſſam non aliter acquirit,quam bonorum poſſeſ.denuo petita ſit,nec vllum ius adcreſcendi hic eſt. l.ſi non patrono.ff.de bono.poſſeſ. nam alias portio deficiens adcreſcit ipſo etiam inuito.l.cum ex duobus.de acquiren.hęred. Quod autem ait, *ceſſante legitima ſucceſſione*, ſic accipiendum puto, vt non tantum inter eos quibus legibus & iure ciuili defertur hæreditas, habeat locum ius accreſcendi,ſed etiam inter eos, qui iure ſuccedunt tantum prætorio, veluti liberi emancipati. §. emancipati. de hæred. quæ ab inteſta. §. emancipatos.de exhæred.libe. Et hoc ius quidem adcreſcendi inter eos obſeruatur, qui eiuſdem gradus ſunt: inter alios enim qui eiuſdem gradus & ordinis non ſunt, locus eſt ſucceſſorio edicto, de quo plura dicturi ſumus infra. §. cum igitur.de bono.poſſeſ.in Inſtit. Præterea quod hic dicitur, *his ſolis adcreſcere, &c.* non ita eſt accipiendum, quaſi ius adcreſcendi perſonam non rem ſequatur. Verum eſt enim quod alibi dicitur, portionem adcreſcere portioni, id eſt,ei tantum perſonæ adquiri, cui portio prius acquiſita eſt. l. ſi totum, de acquir.hęred.Eadē ratione loquendi dicimus,ſeruitutem deberi fundo,& deberi perſonæ. l. 1.ff.ſi ſeruit.vindi. Sed accuratius de iure accreſcendi diſputatio in ſuum locum reiicienda eſt,tit.de cadu.tollend.

AD TIT. DE BONORVM POSSESSIONE SECVNDVM TABVLAS.

CAP. I.

POST tractatum generalem de bonorum poſſeſſ. ſequuntur harum poſſ. genera, ac merito incipit ab his quæ facto teſtamento competūt, veluti ſecundum tab.& contra tabul.quoniam cæteris locus non eſt: quandiu hæ competere poſſunt,§. ſunt.in Inſtit.de bon.poſſ. Proinde inſcribitur hic titulus, *Si tabulæ extabunt teſta.* communis vtrique bonorum poſſ.tam ſecundum tab.quam contra tab.quia neutra earum datur niſi tabulæ extent, &c. Quamuis autem bonorum poſſeſ.contra tabul. præcedat ſecundum tabulas, l. 2. ff. eod. atque ideo præponatur titulus de bonorum poſſeſ. contra tab.tamen compoſitores Codicis aliam rationem ſpectarunt, nempe quia hæc ſecundum voluntatem teſtatoris datur. Nec mouere quidquā debet, quod Vlpian.in fragmentis Inſtit.diuidit bonorum poſſ.in eam quæ contra tabulas,& eam quæ aduerſus tabul.datur. Nam aduerſus tabulas dicitur, pro ſecundum tabulas, l.naturaliter. de vſucap. quo ſenſu ait aduerſus leges,id eſt,ſecundū leges,titul.de teſta.& frequens eſt hoc verbum apud Senecam. Ex ea autem quod dictum eſt quandiu hæ bonorum poſſ.competere poſſunt, non eſſe locum his quæ proximitatis nomine deferuntur,oritur quæſtio hic l.2.

CAP. II.

Cur introducta ſit hæc bonorum poſſeſſio.

IVſtinianus ait,hanc bonorum poſſeſſionem neceſſariam, §. ſed ea. de bono. poſ.in Inſtit. nam actiones poſſeſſori non dantur ſcripto hæredi,niſi hanc bonorum poſſeſſionem acceperit, l.4.de Carb.edict.cuiuſmodi eſt interdictum quorum bonorum,l.1.quorum bonorum. Item prætor hanc bonorum poſſeſ.his etiam dat,qui ſecundum formam iuris ciuilis inſtituti non ſunt: vt docet Vlpian. titul.de bon.poſſ. & tit. quib.mod.teſta.infir. nam ſi quis tempore teſtamēti & mortis,factionem teſtamenti habuerit,non etiam medio tempore, iure ciuili hæreditas non poteſt adiri ex eius teſtamento, datur tamen hæredi bonorum poſſ. ſecundum tabulas, ſi teſtamentum ſignaculum ſeptem teſtium habeat, §. non tamen,quib.mod.teſta.infir.in Inſtit. quæ forma iuris prætorii eſt,§.ſed cum paulatim.in Inſtit.de teſtam.

CAP. III.

Quibus ex cauſis detur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas.

PRimum tabulas teſtamenti extare oportet, l. 2. ff.eod.ac eas extare ſufficit,licet roſæ ſint à muribus tabulæ,aut aliter ruptum linum,l.1.§.vlti. eod. nec ſufficit exemplum tabularum, l. 2.Tabulas accipimus omnem materiam in qua teſtamentum literis ſcribitur. l. 1. & 4. idque rite & ſolenniter, l.cum tabulæ eodem. Notæ autem literæ non ſunt,ac ideo ad bonorum poſſ.non proſunt,l.ſed cum patrono.§.vlt.de bon. poſſeſ. Tabulas etiam intelligimus ſupremas, quoniam illæ ſolæ ratæ eſſe debent, dict. l.1. Præterea ſecundum nuncupationem datur quoq; hæc bono. poſſeſ. quamuis nullæ ſint tabulæ ſcriptæ, l. 2. hic. Nam prætor pollicetur bonorum poſſeſſionem iis qui fuerunt iure inſtituti hęredes,etiam ſine ſcriptura, l.ſi ita ſcriptum. §. vlt.hic. conſtatque iure ciuili,teſtamentum per nuncupationem factum valere, in Inſtitut. de teſtam. §. vlt. quod eſt accipiendum, niſi alias teſtamentum iure ciuili irritum fiat, dict.§.non tantum. Deinde iis qui ſecundum formam iuris prætorii ſcripti fuerint, id eſt, ſeptem teſtium ſignaculis adhibitis,d. §.ſed cum paulatim. quamuis iure ciuili forte teſtamentum irritum factum ſit, §. non tamen. quanquam iure ciuili id quoque tempus ſpectetur. Si quis igitur teſtamento facto ſe arrogandum dederit, & poſtea ſui iuris effectus deceſſerit, ex verbis edicti hæres ſcriptus bonorum poſſeſ.accipiet. Sed quia teſtator cum capite fortunas quoque ſuas in alienam familiam tranſtulerit, atque ideo mutaſſe voluntatem creditur,hæres doli exceptione ſummo-

vebitur,l.qui ex liberis.§.teſtamento. hic. quod eſt accipiendum,niſi literas ſcripſerit,quibus non voluntatem eius mutatam fuiſſe appareat,vt Vlpia.ait dict.§.teſtamentum. Et hanc Papiniani exceptionem addere neceſſe eſt Iuſtiniano cum ait, Si teſtator ciuis Romanis,& ſui iuris fuit duobus temporibus, dandam eſſe bonorum poſſeſ.d.§.non tamen. Quod autem dicitur,prætorem exigere duo tempora, locum habet in quibus caſibus teſtamentum ob mutationem ſtatus iure ciuili irritum fieret.Nam ex teſtamento facto ab homine ſanæ mentis,qui poſtea in furorem incidit,bon.poſſeſ.recte petitur,§.ſi quis autem. l. 2. Tertia cauſa reſpicit inſtitutionem hæredis, quem ita inſtitui neceſſe eſt, vt certa demõſtratione deſignetur,& portio quæ deſcripta eſt inueniri poſſit,l.vlt.hic. Error tamen in nomine non nocet,ſi alias de perſona conſtet,l.ſi ita ſcriptum.§.ſed cum in prænom.Is vero cuius nomen conſulto deletum eſt à teſtatore, non poteſt bonorum poſſeſ.petere,l.2.§.ſi conſulto.& d.l.ſi ita ſcriptum. Sed etſi ſeruus hæres ſit ſcriptus,eius domino defertur bonorum poſſeſſ.ad quẽ attinebit hæreditas,l.2.§.vltim. Inſtitutum accipimus,ſiue in primo ſiue in ſecundo gradu ſit inſtitutus, ſeruato tamen ordine inſtitutionis, l. 2.§. defertur.& §.ſi duo. Hæredi etiam ſub conditione ſcripto datur bonorũ poſſeſ.l.2.§.1.l.ſi ſeruus, hic. modo ſit vtiliter inſtitutus,l. hi demum. Quod ſi poſtea deficiat conditio,& is ſit,ob cuius præteritionem potuerit reſcindi teſtamentum,puta filius præteritus,teſtatoris poſſeſſio ei data vim habebit contra tabul.bonorum poſſeſ.l.2.§.ſi ſub conditione.ff.eod.l.3.§.ſi ſub ea.de bono.poſſ. contra tab. Si tamen ita fuerint inſtituti, *Vter ex fratribus meis vxorem Seiam duxerit*,ante quam exiſtat conditio neuter petit: hi enim ſe inuicem impediunt.l.2.§.ſi quis ita.ff.eod. Quarto requiritur ſententia ex l.1.§.ſententiam.ff.eo.& l.hæres inſtitutus, de acquiren.hæred. Huic tit.accedit appendix quædam tit.de bono.poſſeſ.ex teſta.militis,cuius explicatio difficilis non eſt.

AD TIT.
DE BONORVM POSSESSIONE CONTRA TABVLAS.

CVIVS bonorum poſſeſſionis cauſa eſt præteritio liberorum in teſtamento paterno, §. ſunt autem.in Inſti.tit.de bono.poſſeſ. Hinc autem fit vt exhæredatio excludat filium ab hac bonorum poſſeſ.ſi rite facta ſit,l.nõ putauit.l.ſub conditione & l.filium.§.1.ff.eo.Inſtituto igitur hærede, multo minus dabitur bonorum poſſeſſio hæc, quia poteſt ſecundum tabulas petere,l.3.§. ſi quis ex liberis. Quod ſi defecerit conditio,ac ideo effectũ non habeat inſtitutio, prætor filium tuetur,perinde ac ſi bonorum poſſeſ. contra tabulas accepiſſet.d.l.3.§.ſi ſub ea.fit tamen interdum vt inſtitutus ad bono. poſſeſ.contra tabulas admittatur, propterea quod alius præteritus ſit,qui commiſerit edictum,d.§.ſi quis ex liberis.Nam iniquum eſſet,nec quaſi ſcriptum poſſe petere bonorum poſſeſ.quandiu cont.tabul.peti poteſt:nec contra tabul.quandiu non naſcitur præteritus.l.4.§.vlt. Nec expectant l.qui propter alios bono.poſſeſ.petant, vt præteriti petant, cum ſemel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admiſſi,l. ſi poſt mortem.§.vlt. & hoc remedium ſcriptis aliquando vtilius eſt quam bonorum poſſeſ.ſecundum tabulas, ſi forte ex minima parte inſtituti ſunt hæredes, l. non putauit.§.vlt. Dicitur liberorum,quod ſine dubitatione ad naturales & legitimos pertinet,l.1. nec refert an ſui iuris ſint, an poteſtati alterius ſubiecti, l.1.§. & ſui iuris.adoptiui admittuntur contra teſtamentum patris adoptiui,l.1.quandiu ſunt in familia, leg.in omni. de adopt. Contra teſtamentum patris naturales non admittuntur,niſi alius admiſerit edictum, & hæredes inſtituti ſint, d.l.non putauit.§.in adopt. Liberos accipimus,filios, nepotes,&c.quos prætor vocat eo ordine quo vocantur iure ciuili, l.1.nec nati tantum liberi, ſed etiam naſcituri, ad hanc bonorum poſſeſſionem admittuntur,l.1.§.hæc autem.ff. eod. tit.l. 2.hic. Item liberi intelliguntur hic, qui inſtitui iure poſſunt, quod ad tempus mortis refertur.l.3.§.liber. quãuis alias horum temporum in hæredum inſtitutione ratio habeatur, §.in extraneis. de hæredum qualitate & differen. Dicitur, teſtamento,quia,non niſi facto teſtamento datur hæc bonorum poſſeſ.licet contra teſtamentum detur, §.ſunt autem.de bonorum poſſeſ. Oportet igitur extare tabulas teſtamenti, vt detur bono.poſſeſſio contra tabulas.ff.ſi tabul.teſtamen.nullæ extab. & tales eſſe, vt ex eis adiri poſſit hæreditas. ſic enim interpretatur Tryphoninus quod vulgo Romæ relatum fuit, liberis datam poſſeſ.contra lignum eſſe, id eſt, contra teſtamentum quod ligneis tabulis deſcribi ſolet, leg. quod vulgo. de bonorum poſſeſ.contra tabul.aditio tamen neceſſaria non eſt in hac bonorum poſſeſ. quæ liberis præteritis competit, quia ad impugnandum omnino teſtamẽtum datur.l.4. Non aduerſatur ſupra ſcriptis quod Caius ait, *Si prius teſtamentum extet iure factum quo filius exhæredatus eſt:ſequẽs imperfectum, in quo præteritus ſit filius:poſteriore teſtamento præteritus recte petet bonorum poſſeſ.* Non enim ſimpliciter hoc dicit Caius,ſed addit rationem, *Si remoto quoque filio potiores ſint in ea hæreditate poſteriore teſtamento ſcripti hæredes*, l.ſi duobus. §. ſi prius. Et certum eſt cum ex imperfecto teſtamento poteſt adiri hęreditas, huic bonorum poſſeſ. locum eſſe: quod tum accidit cum in poſteriori teſtamento ſcripti ſunt legitimi hæredes, l. 2.de iniuſto, rupto.l. hac conſul.§. ſi quis autem. C. de teſta. Prætor autem eos vocat qui futuri eſſent,ſi in poteſtate manſiſſent.Itaque vulgo dicitur præteritionem matris haberi pro exhæredatione,§.vlt.de exhæred.liber. nec mirum eſt tamen valere præteritionem matris quantum patris exhæredationem,cum magis debeatur filio patris quam matris hæreditas. Interdum denegatur liberis hæc bonorum poſſ. vt puta ſi adeundo hæreditatem, aut capiendo legatum, iudicium teſtatoris patris comprobauerint,l.3.§. vlt.l.ſi ex duobus.l. ſi poſt mortem.l.ſi præteritus.Reſcinditur teſtamentum, & ad cauſam inteſtati reducitur, §. vlt.d.l.non putauit. Datur petitio hæreditatis filio aduerſus ſcriptum hæredem, l. cum emancipatus. denegaturque legati teſtamento relicti exactio, l. ſub conditione.hic.leg. filium. §.omnibus.de leg.præſtan. Hæc bonorum poſſeſ.ceſſat ſecundum tabulas.l.2. C. eod. Poteſt tamen hæres ſcriptus adire hæreditatem iure ciuili, l.is qui.§. ſed ſi ſcriptus.de legat.præſt.eumque tuetur prætor ſi ex liberis ſit qui contra tab.petere potuerit,d.l.ſi ex duobus.§.ſed & ſcriptus.

AD TIT.
DE LEGATIS PRÆSTANDIS, contra tab.bon.poſſeſ.petita.

CAP. I.

QVAMVIS reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſ.contra tabul.legata omnia quæcunque eo teſtamento relicta ſunt, intercidere videantur: tamen prætor æquitate ductus quibuſdam perſonis legata conſeruat,puta parentibus,liberis, l.1.C.eo.l.1.hic. quod eſt accipiendum niſi contra tabulas petat. Nam is qui eſt in poteſtate præteritus,nemini legatum præſtare cogitur, cum & ſine hac bonorum poſſeſſ. hæreditatem ſit habiturus ſuo iure, l.is qui.

CAP. II.

Quæ legata conſeruentur.

EA tantum legata conſeruantur quæ ipſis parentibus & liberis relicta ſunt,non etiam ſeruis eorum: quoniam inſpicimus cui honor habitus ſit,l.3.quæ apud ipſos remãſura ſunt, nec ſunt rogati aliis reſtituere,d.l.3.§.vlt. quæ vtiliter relicta ſunt,l.5.§.vlt. Portio quoq; hæreditatis alicui relicta conſeruatur,l.5.ſed etſi portio.Etſi prætor non definiat modum legatorum,ſed ea quantacunq; ſunt, præſtari velit: tamen non amplius ex legatis ad aliquem peruenire debet, quam apud emancipatum bonorum poſſeſſionis nomine remanſurum eſt,l.6.7.&8.

CAP. III.

Quibus perſonis conſeruentur.

ALexander ſolis parentibus & liberis legata præſtanda eſſe reſcripſit,l.1. C.de bono.poſſ.contra tab. cum de aliis forte perſonis controuerſia nulla eſſet. At huiuſmodi multa reperiuntur reſcripta in Cod. Iuſtinia.quæ ad cunctas perſonas & cauſas alicui dirigebantur. In prætoris tamen edicto quædam aliæ perſonæ recenſentur, veluti vxor,nurus,leg.2. Ne fratri quidem & ſorori conſeruantur legata, leg. 3. præterea iis,quibus bonorum poſſeſ.contra tabul.data eſt, legata

non præſtantur,l.5. Aliquando hæc legata omnibus præſtanda ſunt, vt cùm quis contra tabul.bono. poſſeſ.habet iure ſecundum tabul.bono.poſſeſ.l.nonnunquam.

AD TIT.
DE BONORVM POSSESSIONE contra tabulas liberti teſtamenti.

CAP. I.

VARIA fuerunt iura de ſucceſſione libertorum,quorum meminit Iuſtin.in Inſtit.tit.de ſucceſ. libert. §. ſed cum noſtra. lex 12. Tab. edictum prætoris,lex Papia,conſtitutio Iuſtiniani.Edictum prætoris & legem Papiam interpretatur Iuriſconſultus ſub tit.de bonis lib.& meminit Vlpianus in reliquiis Inſtit. Fuit autem edicto prætoris cautum, vt ſi patrono nihil, aut minus parte dimidia bonorum relinquat, bonorum poſſeſſio contra tab. teſtamenti liberti partis dimidiæ ei detur, §.qua de cauſa.in Inſtit.de ſucceſ.libert. Vlpian.in Inſtit.tit. vlt. Quæ bonorum poſſeſſio ei etiam competit qui ex cauſa fideicommiſſi manumiſit. l. 1. hic. l.qui ex cauſa. de bonis liber.

Caſus in quibus repellitur patronus ab hac bonorum poſſeſſione.

CAP. II.

PRimus caſus, ſi patronus exegerit operas aut minus aliberto,l.vlt.hic.l.ſicut.de iure patr.qui vero operas reuendit, vel pro eis mercedem accipit, non ſolum repellitur à bonorum poſſeſ. ſed etiam omne ius patronatus amittit,l.ſi quis à liberis.§.vlt.de lib.agn.l.vlt.qui & à quib.l.Iulianus.de bon. lib.Secundus,ſi patronus libertum capitis accuſarit,l.qui cum maior.l.quæro.ff.eo.Tertius,ſi patronus libertum in ſeruitutem petiit,aut teſtimonium in caput eius dixerit,nec obtinuit, d.l.qui cum maior.Quartus,ſi patronus falſum teſtamentum dixerit,nec obtinuit, l.ſi patronus. 19. Quintus, ſi libertum vel libertam adegerit iureiurando ne vxorem duceret, aut nuberet, l. adigere. & l. contra. de iure patr. l. communi. de bon. liber. Sextus, ſi libertus egentem non aluerit,l.ſi patronus. 33. de bon.libert. l. Diuus Claudius. de iure patr. Septimus, ſi ex teſtamento liberti hæreditatem adierit, l. nihil intereſt. Octauus, ſi natalibus ſit reſtitutus libertus,nec etiam ius aureorum annulorum impetrauit,l. 5. de bon. liber. Nonus, ſi libertus aut patronus deportatus ſit, l.ſiue patronus.de iure patro.l.3.§.ſi deportatus.l.4.§.2.de bon.liber.Cęteri caſus ex tit.de bonis libert.colligi poſſunt. Differentia inter hãc bonorum poſſ.& eam quæ liberis præteritis datur, duplex eſt: nam hac bonorum poſſeſ.non omnino reſcinditur teſtamentum, ſed vſque ad dimidiam partem tantum,l.ſed cum patrono.de bono.poſſeſ.Item hæc requirit aditionem hæreditatis: in illa autem, quia teſtamentum omnino reſcinditur,non requiritur,l.4.ff.de bonorum poſſeſ.

AD TIT
DE CONIVNGENDIS CVM EMANCIPATO LIBERIS.

HIc tit.in Pandect.Florentinis præcedit tit.de ventre in poſſeſſionem mitten.Cautum autem eſt hoc edicto, vt ſi filius emancipatus liberos habeat qui ſint in poteſtate, non ſolus ad ſucceſſionem admittatur per bono. poſſeſ. contra tabul. ſed liberi cum eo ita coniungantur, vt hi dimidiam partem hæreditatis, ille alteram partem conſequatur.Quædam igitur neceſſaria ſunt,vt huic edicto locus ſit. Primo, quod filius ſit emancipatus: nam alias ſuccedet auo, l.2.ſecundo,quod liberi naturales ſint & legitimi, l. ſi nepotes. tertio, quod hæreditas ad eos ſuo nomine pertineat,l.1.hic. & l.ſi nepos. quarto, quod notam exhæredationis non habeant,l.1.hic.& l.pronepos.de inoffi.teſta. Si igitur hæreditas ab inteſtato deferatur, locum habebit hæc coniunctio:quia ſufficit exhæredatos eos non eſſe. l.4. vnde liberi.ff. Adde quod nepotes cum emancipato præſtare legata coguntur exceptis perſonis, quãuis edicto id comprehenſum non ſit, l. 2. Sunt qui putent hoc edictum antiquatum eſſe Iuſtin.noua conſt.auth.de hære.ab inteſt. ven.quibus omnino aſſentior:quia conſtitutio Iuſtin.ad ſucceſſionem tantum ab inteſtato pertineat.

AD TIT.
DE VENTRE IN POSSESSIONEM MITTENDO.

HIc tit.ad bono. poſſ.contra tab. pertinet, cum ſcilicet venter eſt præteritus, l. 1. in princ.ſed & inſtituto quoque hoc edicto ſuccurri, l. 1. §. ſi filius.quinimo in ſucceſſione ab inteſtato ex omni parte edicti locum habere poteſt, l. vbicunque. l.vlt. Quiſque igitur ſucceſſurus eſt vel facto teſtamento,vel ab inteſtatato: interim dum in lucem editus fuerit,mittitur venter in poſſeſ. ex hoc edicto. Si tamen extraneus ſit poſthumus, ita demum in poſſ.miſſio fit,ſi mulierem habeat vnde ſe partumq; alat, l. 6. Vt ergo locum habeat hoc edictum quædam neceſſaria ſunt.primo,quod mulier ſit prægnans,l.1.in princ.ſecundo,quod fuerit vxor defuncti,qua de re cognoſcetur ſummatim, l. 1. §. ſi ea.tertio,quod filius qui naſcetur,non exhæredatus ſit, l. 1.§.1. quarto,quod partus ſit defuncto ſucceſſurus. d.l.1.Mulier autem ex his cauſis in poſſeſ.miſſa,nihil ex bonis diminuere debet,niſi quod ad victum neceſſarium eſt, l. 1. §. mulier. ac tandiu in poſſeſ. eſſe debet, quandiu pariat,aut abortum faciat.l.1.§.vlt.

AD TIT.
SI A PARENTE QVIS MANVMISSVS SIT.

EXEMLO patroni datur parenti qui filium ſuum emancipauit bono. poſſeſ.contra tabul. eiuſdem teſtamenti, ſi parens præteritus ſit, l. 2.cum enim manumiſerit filium, ſimilis patrono iudicandus eſt, licet non per omnia ei ſit ſimilis, l. 2. De filio in poteſtate conſtituto non loquitur Prætor,quia teſtamentum non facit, niſi ſit miles: nec militis teſtamentum oppugnari poteſt,l.vlt.de inoffi.teſta.Hac autem bonorum poſſeſ. admiſſa reſcinditur teſtamentum vſque ad legitimam portionem exemplo patroni,d.§.ſed cum noſtra, in Inſtit.de ſucceſ.libert. Tantum vero teſtamentum ita demum reſcinditur, ſi turpem perſonam filius hæredem inſtituat,l.3.hic. Ceſſat hoc edictum in quibuſdam caſibus:primus caſus,ſi pater acceperit pecuniam vt emanciparet, l. 1. §.ſi parens. ſecundus, ſi filius viuus in parentem quantum ſatis eſt contulit, ne iudicia eius inquietet, d.§. ſi parens.tertius,ſi parens coactus fuerit malæ tractationis cauſa filium emancipare,l.vlt.quartus,ſi filius miles,l. vlt.quod ad doctiores aduocatos producendum eſſe dicitur, l.vlt.C.de inoffi.teſta.

AD TIT.
VNDE LIBERI.

CAP. I.

HVic tit.reſpondet tit. in ff.ſi tabulæ teſtamenti nullæ extabunt. quamuis in vulgatis codicibus ex vno titul.duo facti ſunt. Competit hæc bonorum poſſeſſio deficientibus iis quæ teſtamento facto dantur,videlicet contra tab.& ſecundum tab.l.1.& 4.ff.eo.quod contingit vel ob repudiationem,vel ob lapſum temporis conſtituti, dict.l.1.Filio igitur emancipato,qui præteritus eſt, nec contra tab. bonorum poſſeſ.petierit,non competit hæc bonorum poſſeſ. l.2.ff.

CAP. II.

Quibus competit hæc bonorum poſſeſſio.

REgula eſt, hanc bonorum poſſeſ. omnibus competere quibus bonorum poſſ.contra tab.datur.l.1.§. liberos. ff. eod. Itaque nihil refert an liberi ſint emancipati, an in poteſtate, l.2. de bon.poſſ.contra tab.vnde etiam fit vt in ſucceſſione matris hæc bonorum poſſ. ceſſet, l. vlt.de ſuis & legit.l. 4.§.ad teſta.de bon.poſſ. contra tab. Succedunt autem ordine qui vocantur ad hæreditatem iure ciuili, d.l.1.de bon.poſſ. contra tab. Quod ſi nepotes extent in aui poteſtate, hi cum emancipatis coniunguntur, l. 5. ſi vero plures ſint liberi eiuſ-

dem gradus, omnes ſimul vocantur, pro virilibus, l. 1. hic. De parentibus agitatur quæſtio, an eis ſit danda bonor. poſſeſ. ex hoc capite: & exiſtimo non competere. Cuius rei rationem reddit Papin. l. ſcripto. §. vlt. Parenti tamen qui manumiſit filium ſuum, ſicut datur bono. poſſeſ. contra tabul. vt ante diximus: ita videtur danda eſſe bonorum poſſeſſio ab inteſtato. verum ex hoc capite non datur, ſed ex capite ſequenti quod ad legitimos pertinet. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, Paterfamilias deceſſit inteſtatus relicto filio in poteſtate, & præterea nepote, quem ex filio habebat: filius deceſſit nec adita nec repudiata hæreditate aui, quare ad nepotem eius hæreditatis adeundæ ius tranſmiſit, propter ius ſui quod vulgo ſuitatem appellamus, l. ſi quis filiumfamil. 7. de acquir. hered. Sed quæritur an nepos qui repudiauit hæreditatem patris ſui, poſſit aui adire hæreditatem. Conſtantinus reſcripſit non poſſe, leg. qui ſe patris. propterea quod patri ipſo iure fuerat acquiſita, qui ſimul eam cum patrimonio tranſmiſit ad nepotem, ſimiliter nepos agnoſcens patris ſucceſſionem, non videtur ab aui hæreditate abſtinere, ſi ius ciuile ſpectemus: quia patri hæreditas aui ipſo iure quæſita eſt, & in vnum eundemque patrimonium redacta: ſed ob beneficium abſtinendi, quod ab Imperatore conſequitur, abſtinere ei licet, dict. l. ſi quis filiumfamil. ac ſi proponatur ſic eſſe nepos, dubitatio nulla eſt quin ad aui hæreditatem admitti non poſſit iure ciuili, cum pro extraneo habeatur, §. extraneos. de hæred. quæ ab inteſt. def. Et hæc omnia accipienda ſunt ſecundum ius ciuile, non ſecundum ius Prætorium: nam is qui ſe hæredem eſſe negat non videtur bono. poſſeſ. iure Prætorio competentem omittere, l. ſuum. Cod. de iure delib. l. quoties duplici. de reg. iuris. niſi aliud actum eſſe appareat. Itaque excluſus ab adeunda hæreditate iure ciuili, videtur bonorum poſſeſſionem Vnde liberi petere poſſe: tametſi non ſit expreſſum an hic nepos poſſit ſuccedere patri, iure Prætorio tamen dicendum eſt poſſe ſuccedere. Conſtantinus de auo loquitur, quia de eius ſucceſ. tantum erat quæſtio, & nepos hęreditatem patris contemnebat. Et hæc mihi videtur probabilior interpretatio reſcripti alioqui difficilis & obſcuri, quam & Alberico placuiſſe accepi. Hinc obſerua bonorum poſſeſſionem, non emancipatis tantum, ſed etiam ſuis aliquando eſſe neceſſariam.

AD TIT.
VNDE LEGITIMI.

Deficientibus liberis vocantur ad poſſeſ. legitimi, id eſt, quibus lex defert hæreditatem, l. 2. §. vlt. ff. eod. l. 1. ſi tabul. teſtam. Verba edicti hæc fuiſſe dicuntur, *Tum quem ei hæredem eſſe oporteret, ſi inteſtatus mortuus eſſet*, l. 1. ff. eo. leg. ex illa parte. de verb. ſign. meminit huius edicti Cicero in Prætura vrbana, his verbis; *Poſteaquam ius Prætorium conſtitutum eſt, ſemper hoc iure vſi ſumus, ſi tabulæ teſtamenti non proferrentur, tum vti proximum quemque hæredem eſſe oporteret, ſi is inteſtato mortuus eſſet, & ita ſecundum eum poſſeſſio daretur.*

Inteſtatus quis. Inteſtatus autem is dicitur qui teſtamentum non fecit cum facere potuerit, l. 2. ff. eo. l. 1. de ſuis & legit. In primis igitur vocantur per legem agnati, §. 10. de legit. agnat. ſucceſ. id eſt qui per virilis ſexus perſonas ſunt coniuncti, nec capite deminuti, l. penult. Et cum quæritur an capite minuti ſint, habetur ratio non tantum temporis mortis, ſed etiam quo bonorum poſſeſſio petitur, l. 1. Præter agnatos admittuntur & alii ex nouis legibus & ſenatuſconſ. l. 2. §. vlt. & l. 3. & in Inſtit. de legit. agnat. ſucceſ. Inter legitimos numerantur & ſui hæredes: quare ſi à bonorum poſſeſ. excluſi ſint ex primo capite, vocabuntur ex hac parte ad bonorum poſſeſ. l. 2.

AD TIT.
VNDE COGNATI.

Cognati qui. Hic eſt tertius ordo ſucceſſionum ab inteſtato ſecundum ius Prætorium, l. 1. ſi tabul. teſtam. nullæ extab. l. 1. quis ordo in bono poſſeſſio. Nam prætor agnatis deficientibus vocat cognatos ad bono. poſſeſſio. Sunt autem cognati omnes qui commune naſcendi initium habent, l. 1. & ex fœminis tantum ſunt coniuncti, l. 1. ff. eod. & l. penult. ff. vnde legit. Eſtque hæc bonorum poſſeſ. neceſſaria iis qui per fœminas iunguntur, quia iure ciuili ad hæreditatem non admittuntur, l. 2. & hic, & in Inſtit. de ſucceſ. agnat. Nec vero refert an vulgo quæſiti ſint qui bonorum poſſ. petunt ex hac parte edicti necne, cum vere cognati ſint, l. 2. 4. 8. ff. eod. & in Inſtit. tit. de ſucceſ. cogn. §. vulgo. Item ciuilis cognatio quæ per adoptionem contingit, ad hoc edictum pertinet, leg. 13. ff. eod. Seruilium tamen cognationum nulla habetur ratio, l. 1. 7. ff. eod. & in Inſtit. tit. de ſeruil. cogn. Deinde notandum eſt cognatos vocari ad hanc bonorum poſſeſ. vſq; ad ſeptimum gradum. Nã ex 7. etiam gradu vocantur qui ex ſobrino & ſobrina ſunt nati, l. 1. §. hæc autem. Agnatis vero ſucceſſio defertur in infinitum, vt exiſtimo, quamuis vulgo receptum ſit vltra decimum gradum hanc ſucceſſionem non protendi. Nam etſi alicubi legatur, admitti agnatum qui decimo gradu eſt, §. pen. de ſucceſ. cog. nuſquam tamen ſcriptum extat vltra eum gradum eos ſuccedere: ſed ne cognati quidem ipſi vltra ſextum aut ſeptimum gradum admittuntur ad bon. poſſ. ex hoc tertio ca. l. octaui. ff. eo. Itaque Papiniani reſponſum ſubobſcurum nobis hunc ſenſum habere videtur, d. l. octaui. Agnatus qui octauo gradu diſtat à defuncto, admittitur ab bonorum poſſ. vnde legitimi, ſiue hæreditatem adierit, ſiue non. nam omiſſa hæreditate à legitimo, nihilominus recte petitur bon. poſſ. vt diximus, d. l. qui ſe patris. C. vnde liberi. Si vero tanquam proximior cognatus bon. poſſeſ. petat ex hoc tertio capite, quia forte excluſus à bon. poſſ. vnde legitimi, non admittetur, quia non tanquam agnatus, ſed tanquam cognatus is habendus eſt: nec profuerit ei hæreditatis aditio, vt bonorum poſſeſ. conſequatur. Non enim curat Prætor quis adierit hæreditatem, ſecundum ius ciuile, ſed quis petat, & ex quo petatur bono. poſſeſ. Poſtremo animaduertendum eſt nouo iure agnatos à cognatis non differre. §. 10. auth. de hæred. ab inteſt. *Agnati, cognatis nihil differũt nouo iure.*

AD TIT.
DE SVCCESSORIO EDICTO.

Cvm plures ſpecies ſucceſſionum introduxiſſet Prætor, edictum tamen propoſuit, quo eſt cautum, vt ſi plures intra ſtatutum tempus non petant, aut repudient, ſequentes in eorum locum ſuccedant: idque gratia creditorum à Prætore eſt ſtatutum, l. 1. hic & l. 1. §. quibus. ff. eod. §. cum igitur. de bon. poſſ. Tempus autem vnius anni liberis & parentibus conſtitutum eſt, cæteris centum dierum, l. 1. §. largius. Quod tempus an à Prætore coarctari poſſit, quæritur. Et exiſtimo cogentibus creditoribus poſſe eos quibus delata eſt bonorum poſſeſ. interrogari an velint eam admittere, ſed præcipitandos non eſſe, ſi intra tempus conſtitutum deliberare ſe velle dicant, leg. 1. §. ſane. Nec me mouet quod Prætor moderatum tempus ſtatuit ex l. ſi curatoris. infra, de iure deliber. & l. 1. ff. eod. nam id de tempore adeundæ hæreditatis eſt accipiendum, propterea quod iure ciuili nullum certum tempus definitum eſt, l. licet. infra, de iure deliber. Excluduntur ergo hi quibus delata eſt bonorum poſſeſ. vel tempore vel repudiatione, d. §. quibus. Atque hinc varię quæſtiones naſcuntur, quando repudiatio valeat, & quæ perſonæ vel repudiatione vel tempore excludi poſſint, l. 1. hic. & l. 1. ff. eod. Vt autem res tota plenius explicetur, animaduertendum eſt quatuor eſſe capita edicti Prætorii, & totidem ordines ſuccedentium. Primus ordo ſuccedentium, eſt liberorum: ſecundus legitimorũ: tertius cognatorum: quartus viri & vxoris, l. 1. ſi tab. teſt. null. extab. l. 1. quis ordo in bon. poſſ. ſeruet. ac deficiente vno ordine, ſequens ordo ei ſuccedit: vocaturq; hæc ſucceſſio vulgo, de capite in caput, l. 1. ſupra qui admit. ad bon. poſſ. poſſint. Et contingit aliquando, vt eadem perſona ſuccedat ſibi ipſi; & pro pluribus perſonis ideo habeatur, quod ad plura capita edicti pertineat, l. 1. §. ſed videndum. ff. eod. Vt exempli gratia, Filius excluſus eſt à bonor. poſſeſ. vnde liberi: is nihilominus admittitur ad bonorum poſſeſ. ex cap. vnde legitimi, & ei annus dabitur, perinde ac ſi ex primo capite vocaretur, leg. pen. §. 10 quis ordo in bon. poſſ. In vno autem quoq; ordine filii reperiuntur nepotes, pronepotes, & deinceps ceteri, in ſecundo fratres patrui, conſobrini: itaq; his defertur bonorum poſſ. perinde ac ſi omnes qui antecedẽtis ordinis ſunt, fuerint excluſi. l. 2. hic. Et hæc ſucceſſio dicitur vulgo, de capite in caput quę tamẽ olim in ordine agnationũ locum non habebat:

ſed

ſed illud ius vt iniquum, & à ratione alienum, poſtea emendatum eſt, §. placebat. in Inſtit. de legit. agn. ſucceſ. Ac certum eſt eam ſucceſſionem inter eos qui diſparis ſunt gradus locum non habere, cum inter gradus paris perſonas ſit locus iuri accreſcendi, l. 3. §. vlt. ff. de bon. poſſ. §. cum igitur. in Inſtit. eo. Nec vero effectu caret hęc differentia, quia ius accreſcendi ad hæredem tranſit, l. ſi ex plurib. de ſuis & legit. bonorum poſſeſſio non item, d. l. 3. §. acquirere. De graduum computatione, de qua ab aliis hic multa ſcribuntur, alias diſſeremus. cap. vlt. ꝙ Papiniani eſt lib. 6. Reſponſorum, proponitur ſpecies, in qua prioris gradus cognatus bon. poſſ. accipit: ſed poſtea ob beneficium pietatis abſtinendi facultatem impetrauit. Et reſponſum eſt à Papin. Cognatos inferioris gradus, &c. & fiſco bonorum poſſeſ. deferri, l. vlt. ff. eod. Quod mirum pleriſque videri ſolet, cum præſertim de ſucceſſione matris & filii, item de ſucceſſione liberti diuerſum cõſtitutum ſit ius, l. 1. §. ſi quis adita. l. 1. §. ſi bonorum. ad Tertul. l. etſi modica. §. filius. de bon. libe. Sed expendendũ eſt hic de cognatorum ordine Papinian. reſpondiſſe, qui poſtremus eſt inter eos qui ſanguine coniuncti ſunt: ac fortaſſis in hac ſpecie vxor nulla erat, ideoque bona ſtatim fiſco quæſita ſunt. Itaque exiſtimo ad alios ordines ſuccedentium hoc ius producendum non eſſe. Veteres nanque ita fiſco augendo ſtuduerunt, ſine quo ſtatum publicum tueri non licet, vt priuatorum ius quamminimum lædatur: nec alia ratio in eiuſmodi rebus exquirenda eſt. Et meminiſſe debemus in publicis diſputationibus nos verſari, non in mathematicis demonſtrationibus.

AD TIT. DE CARBONIANO EDICTO.

CAP. I.

SI filius ſe præteritum eſſe teſtamento paterno audierit, & bono. poſſeſ. contra tab. petat, mota ipſi controuerſia, an inter liberos ſit, non poterit vindicare ſucceſſionem, niſi filium ſe eſſe doceat, ſed ſi impubes ſit, vt propter imbecillitatem ætatis periculoſum ſit ei de ſtatu ſuo contendere, cauſa cognita mittitur in poſſ. rerum hæredit. dilata interim quæſtione in tempus pubertatis, l. 1. hic. idque edicto cautum eſt, quod à Carbone Prætore nomen accepit. Vt autem locus ſit huic edicto quędam neceſſaria ſunt. Primo, quod is qui petit bonorum poſſeſſionem, ex liberis ſit, l. 1. in prin. Secundo, quod ſit impubes: huic enim ſuccurretur propter ætatis imbecillitatem, l. 3. §. puberi. ff. eo. Tertio, quod iam natus ſit: hoc enim edictum ad liberos iam natos pertinet. Sed poſtea aliud edictum ad exemplum huius compoſitum eſt, de ventre in poſſeſ. mittendo. l. 1. §. generaliter. l. cum mulier, hic. Quarto, quod inſtitutus non ſit: nam etſi moueatur hæredi ſcripto hęc controuerſia, quod inter liberos non ſit, non ideo minus ei dabitur bonorum poſſeſſio: quia extraneum quemlibet teſtator inſtituere poteſt, leg. 1. §. Pomponius. l. cum fine. Si tamen poſthumus inſtitutus ſit à patre, poteſt huic edicto locus eſſe, ſi moueatur controuerſia quod ſuppoſitus fuerit: quia conſtat eum non aliter inſtitutum eſſe, quam ſi ex liberis ſit, puta his verbis, *Quiſquis poſt mortem meam naſcetur, hæres eſto*, l. 1. §. Pomponius. l. 3. in princ. Adde quod ſi quæſtio ſtatus moueatur ſcripto hæredi, quod ſit ſeruus, ratio ſuadet hoc edictum ſeruari, l. 3. §. quamuis. Quinto, requiritur quod filius non ſit exhæredatus: toties enim datur bono. poſ. Carboniana impuberi, quoties ſi filius eſſet, hæres eſſet, l. qui. de inoffic. teſtam. Excipitur caſus, cum quis exhæredauit filium, quod diceret eum ex adulterio conceptum, l. 1. §. idem ait, hic. l. ſi poſthumus. §. vlt. de liber. & poſthu. Idem dicendum cum alias rite exhæredatus non eſt, l. ſi impubes. §. interdum. Datur ergo hæc Carboniana bono. poſſeſ. vel cum petita eſt bono. poſſeſ. contra tab. ob præteritionem, vel cum ab inteſtato ſucceditur. Nam quamuis hoc edictum maxime pertineat ad bonor. poſſeſ. contra tab. tamen in ſucceſ. ab inteſtato locum habet, l. 3. in princ, l. de bonis. §. 1. Sexto, duplicem moueri quæſtionem oportet, vnam de conditione impuberis, alteram de hæreditariis bonis, l. bonis. §. ita demum. De conditione mouetur quæſtio, cum quæritur an ex liberis ſit, l. 2. an iure adoptatus. l. 7. item pe patria poteſtate interdum eſt controuerſia, l. deceſſit. Sed & de ſtatu quoq; impuberis aliquando quęritur, vt puta an ſeruus ſit necne, l. 1. §. ſed & ſi quis. Nec refert à quo moueatur quęſtio, adeo vt aduerſus patrem quoque & filium detur hęc poſ. l. 1. §. ſi quis. De bonis autem cum quęſtio mouetur, de paternis tantum intellige, non maternis, l. de bonis. l. ſi impubes, §. ſi pupillus. Septimo, neceſſe eſt bonorum poſſeſ. peti intra conſtitutum tempus, l. 3. §. vltim. l. 4. Octauo, neceſſaria eſt ſatisdatio, vt ſolus impubes in poſſ. mittatur, l. 1. §. eum qui. His omnibus concurrentibus, Prætor dat Carbonianam bono. poſſeſ. & differt impuberis de ſtatu cognitionem in tempus pubertatis, ſed cauſa tamen cognita, vt diffuſe docet Vlpia. l. 3. §. cauſæ. vnde hæc bonorum poſſeſſio decretalis magis quam edictalis dicenda eſt, quod decretum cauſæ cognitionem requirat, l. 1. ſi tab. teſt. nul. extab.

CAP. II.

Effectus huius edicti.

EFfectus huius poſſeſſionis cõſiſtit in poſſ. rerum & cognitionis dilatione, vt iam diximus. Impubes enim in poſſeſſione rerum conſtituitur à Prætore, l. 3. §. miſſum. & quidem, ſi ſolus ſatiſdederit, l. 1. §. eum qui. l. ſed & ſi is. §. quoties. ff. eo. quæ bon. poſ. finitur pubertate, l. 3. §. puberi. ff. eo. & l. 2. ff. eo. Deminuere autem bona veſcendi cauſa poteſt impubes, l. 5. §. an autem. neq; hoc pacto aduerſario ſimul in poſſ. miſſo nocet. l. 6. §. pen. Itaque non cogitur ex his bonis quidquam reſtituere, quamuis poſtea iudicatum fuerit eum filium nõ eſſe, l. 2. C. l. 1. §. intereſſe. ff. ſi mulier vent. nom. miſ. in poſſ. nec ideo poterit res hæreditarias petere, ſed cogetur vti directa actione, & dicere ſe filium eſſe, l. 3. §. miſſum. ſi tamen ſatiſdederit reus, perſecutio ei non denegabitur, l. penul. Miſſus in poſſ. rei partibus fungitur poſt pubertatem. l. 6. §. vlt. modo poſſ. ad eum translata ſit. Quęritur an ſimul & Carbonianam bonorum poſſ. impubes, & ſcriptus hæres ſecundum tabulas petere poſſit: vide l. 7. §. vlt. & l. ſcriptus.

AD TIT. VNDE VIR ET VXOR.

HIc eſt quartus ordo ſuccedentium ab inteſtato, ſecundum ius Prætorium, quod Theodoſius antiquum ius vocat, l. 1. ſi tab. teſt. nullę. l. 1. quis ordo in bon. poſſeſ. niſi quis malit Theodoſii verba ad l. Romuli referre, cuius meminit Dionyſius Halicarnaſſeus: ſed veriſimile eſt eum de iure Prætorio ſenſiſſe, cum Romuli leges antiquatæ eſſent, compoſitis leg. 12. tabul. Mouit Prætorem illa diuini & humani generis communicatio, quæ inter coniuges locum habet, l. 1. de ritu nupt. Ius ciuile fiſcum viro & vxori præferebat, ſicut hodie affines excludit, l. affinitatis. C. commun. de ſucceſ. Quod autem dicitur, *Vnde vir & vxor*, accipiendum eſt, ſi iuſtum ſit matrimonium, & vſque ad mortis tempus perſeuerauerit, l. 1. ff. eo. Item quod dicitur de viro & vxore, ad ſocerum & generum minime producendum eſt, l. ſi vero. §. de viro. ff. ſolut. matr. licet aliqui diſſentiant. Hæc autem de iure Prætorio variis Iuſtiniani conſtitutionibus immutatum eſt. Nam Iuſtin. Nouella 53. §. vlt. ſtatuit, vt ſi alter coniugum inops alteri locupleti ſuperuixerit, quartam partem bonorum defuncti capiat: quamuis defunctus reliquerit liberos. Idem Nouella 117. vt ſi tres ſint filii, vxor quartam partem habeat: ſi plures, virilem portionem. Maritus autem omnino repellitur à ſucceſſione vxoris extantibus liberis. Idem Nouella 127. §. vlt. æquat maritum vxori, & vtrumque alteri ſuccedere vult, vt fuerat prius conſtitutum. De aliis perſonis, à quibus excluditur fiſcus, alibi dicemus, l. ſi quis presbyter. C. de epiſc. & cler.

AD TIT. DE COLLATIONIBVS.

CAP. I.

COLLATIO eſt genus quoddam contributionis à Prętore introductum, ad ſeruandã ęquitatem. Nam cum Prætor ad ſucceſſionem paternam emancipatos admittat cum iis qui in poteſtate ſunt, æquitas & ratio ſuadet, vt quęque bona in mediũ conferant: quia ſcilicet pater acquiſiuiſſet, ſi in poteſtate fuiſſent, l. 1. ff. eod. l. cum duobus. §. Idem Papinianus. pro ſocio. Hic autem pertinet ad bon. poſſeſ. contra

tab.l.1.L&.Prætor.vt Vlpian.oſtendit in Inſtitu.titul. de bono.poſſeſ. dand. item ad bonorum poſſeſſio. vnde liberi, per quam nullo facto teſtamento ſucceditur, l. ſi emancipati.& l. vt liberis. Hinc conſequens eſt, ſi filius emancipatus nolit admitti ad ſucceſſionem paternam, eum ad conferenda bona non cogi.l.fin.ff.de collat.dot. quod & tum locum habet, cum legatum ad fideicommiſſum teſtamento ſibi relictum capit. l.1.hic.& l. à patre. Sed etſi filius emancipatus petita bonor. poſſeſ. multum incommodum iis adferat quæ in poteſtate manſerint, ceſſat collatio, l.1.§.pater filium.ff.eod. Vnde etiam conſequitur, cum ſui hæredes ſimul patri ſuccedunt, non eſſe collationi locum, quæ rerum propriarum eſt, non hæreditariarũ. nam quæſita ab eis reperiuntur in hæreditate, & diuidi poſſunt ſicut cæteræ res hæreditariæ. Excipitur dos, quam filiafamil. conferre cogitur, quoniam ipſi acquiritur iure ſingulari, l.1.ff.de collat.dotis.l.Pomponius Philadelphus.famil. erciſcund. Ob ſupraſcriptam rationem emancipati filii, qui à patre ſcripti ſunt hæredes, non coguntur conferre, l.1.hic.& l. filium, hic.& l.ſi filia.de collat.dotis.admittuntur enim ad bonorum poſſeſ. ſecundum tabul. ſicut quiuis alii extranei: nec ideo queri poſſunt ſui, quod iniuria affecti ſint à Prętore. Hoc tamen ius immutatum eſt à Iuſtinia. Nouella 18.§.illud. Nam conſtitutum eſt ab eo, etiam ex teſtamento collationi locum eſſe, niſi pater eam expreſſam habuerit: nec ad eam iniuriam ſolum reſpexit Iuſtinia. de qua iam diximus, ſed ad æquitatem quæ inter liberos ſeruanda eſt.

Cap. II.

Quæ res in collationem veniant.

VTilis regula hic traditur, ea in collationem venire, quæ filius emancipatus patri acquiſiſſet, ſi in poteſtate fuiſſet, l.cum duobus.§.idem Papinianus, ff.pro ſocio.ex quo conſequens eſt, nec caſtrenſe nec quaſi caſtrenſe conferri peculium, l.1.§.nec caſtrenſe.ff.eo. eadem eſt cauſa aduentitiorum ex noua Iuſtiniani conſtituti.l.vlt.hic. l. cũ extet.de bon. quæ liberis. Alia regula eſt quæ ex ſuperiori pendet, ea tantum conferri quæ filius habuit emancipatus tempore mortis paternæ, l.ea demum.hic.l.2.ff.eo.vnde fit vt quęſita poſt mortem, non conferantur, l. nec emancipati. hic.aut quæ ante mortem patris à filio alienata ſunt, l.1.§. vltim.de collat.dot. quod eſt accipiendum, niſi ea in fraudem alienata ſint, l.1.§. confertur.ff.eod.Item excipiuntur res deperditæ à filiofamil. poſt mortem patris, abſque eius dolo aut culpa, d.l.2.§.de illis. Porro in bonis computantur actiones, atque ideo in collationem veniunt: excipitur iniuriarum actio, quæ magis vindictæ quam pecuniæ perſecutionem habet, d.l. 2. §. emancipatus. Quæ debentur ſub conditione, ſi ex contractu, conferuntur: ſi ex cauſa legati, non conferuntur, d.l.2.§.id quoque. nam in contractibus conditio retrotrahitur, in legatis non item.l.ſi filius.de verb.oblig.l.quæ legata.de reg iuris. Ex iam dictis conſtat, hodie ſola profectitia conferri, l.vlt. hic.in quibus numerantur militia à patre empta: ea ſiquidem venit in commercium hominum, & imputatur in legitimam filio.l.illud hic.l.omni modo.§.imputari. C. de inoffic.teſta. Quod autem impenditur à patre in honorem ſeu dignitatem filio obtingentem, id non confertur, l.1.§.nec caſtrenſe.ff. de collat.Item ſi ſtudiorum cauſa pater filio irrogauerit, l. quæ pater.famil.erciſcun.Dos à patre profecta quin conferatur, dubium non eſt, tit.de collat.l. pactum dotali.l. filia. l. dotis. Si vero filia ob mariti inopiam non potuerit dotem exigere, nec per eam ſteterit quo minus exegerit, ad actionem tantum conferendam compelletur, §.illud.auth. de æqualit. dot. Eadem eſt ratio donationis propter nuptias, l. vt liberis. De donatione ſimplici magna eſt cõcertatio: ſed Iuſtin. mihi oſtendere ſatis videtur, ſimplicem donationem non aliter conferri, quam ſi huiuſmodi legem donator ſua indulgentia impoſuerit: Conſtitutio vero Leonis, non ſimpliciter res donatas conferri ait, ſed pro tenore præcedentium legum, quas non habemus: quibus verbis oſtendit Leo, ſe velle res donatas conferri, quo caſu iure antiquo conferebantur, l. vt liberis.ad fin.vt puta cum donator eam legem dixerat ſuæ liberalitati, vt ex conſtitutione Iuſtiniani colligitur, quæ haud dubie ius antiquum refert, dict.leg.illam. Ratio diuerſitatis inter ſimplicem donationem, & ob cauſam, hęc eſt, quia pater filio donans ſimpliciter, videtur maiori beneficentia vti velle, quã in fratrem: quare ſecundum veriſimilem teſtatoris voluntatem conferre non cogetur: quæ ratio ceſſat in donatione ob cauſam dotis, vel etiam huiuſmodi, quæ non ex mera liberalitate donantis proficiſcitur, ſed ex neceſſitate etiam aliqua, l. rem legatam.de adim.leg. Reſcriptum Diocletiani noſtræ ſententiæ non aduerſatur, cum ait, præcipuum fundum non debere filium famil.habere quem à patre donatum accepit. Hæc verba non ſignificant fundum conferendum cum fratribus, ſed quia reperitur in rebus hæreditariis, diuidendum eſſe, cum donatio in filium collata nullius ſit momenti.l.1.ff.pro donato. Nam inepta quæſtio eſt, an res donatæ à patrefamil. filio conferri debeant: niſi quo caſu filiofamil. huiuſmodi res acquiruntur. Sed obiicitur nobis, præcipuum eſſe eum fundum debere, propterea quod donatio morte patris confirmata eſt, & vim legati ſeu fideicommiſſi habeat, l.donationes. Cod.de donat.inter virum & vxor. Verum ea confirmatio donationis tunc locum habet, cum pater animum transferendæ proprietatis habuit, non autem cum in peculium tantummodo conceſſit: videturque hoc verbum in conſtit. Diocletiani accipiendum eſſe de fundo qui in peculium conceſſus fuit, vt ſtricte donationem interpretemur, l. cum de indebiti. de probationibus. Ac magnopere ij mihi falli videntur, qui hanc interpretationem putant à vi verborum & proprietate alienam eſſe. Nam verbum Donare, cum de donatione patris in filium loquimur, vtroque ſenſu accipitur apud iuris auctores, vt in pleriſque locis animaduertimus, l.donationes in concubinam.§. pater.de donat.l. perſonam. §. ſi vnus.l. quod fructuarius.de acquir.rerum domi. Quæſtio igitur facti eſt, cum pater dicitur donaſſe filio: quod autem actum ſit inter eos, quidue conſilii fuerit, non niſi coniecturis explicari poteſt: facile autem creditur, patrem, cum filii nomine fundum emerit, omnino donare velle, l.filiæ. Cod.famil. erciſcun.ſed in dubio (vt iam diximus) verba ſtrictam interpretationem habent, vt donator quamminimum donaſſe intelligatur.

Cap. III.

Quemadmodum collatio fiat, & quantum conferri debeat.

PRętor in edicto ſuo mentionem fecit cautionis, l.1.§.mulier.ff. eo.l.filium. §. videmus.de bono.poſſeſ. contra tabul quod & Vlpian.verbã oſtendunt in Inſtitut. Emancipatis, inquit, liberis edicto datur bonor. poſſeſ. ſi parati ſunt cauere fratribus ſuis qui in poteſtate manſerunt, bona quę moriente patre habuerunt, collaturos ſe. Itaque verba prætoris videntur conditionem ſignificare: ſed Iulianus ait prætorem non ſub conditione collationis bon.poſſ.contra tabul.promiſiſſe, ſed demonſtrare quid data bon.poſſeſ.fieri oporteat. Itaque nihil refert an ante, an poſt bon.poſſeſ. agnitam emancipatus conferat, l.prætor. Quamuis autem prætoris edictum de cautione loquatur, tamen re cautionem fieri poſſe dubitandum non eſt, l. 1. §.quamuis.id eſt, communicando bona cum fratribus. Fit etiam collatio minus accipiendo, l.1.§. ſed & ſi tantum.delegando nomen debitoris.dict.l.1. liberando eum cui bona conferri debent, l.2.C.l.1. §.filium.de collat.dot.

Quod autem ſupra dictum fuit, emancipatum conferre omnia bona quæ acquiſiiſſet patri, ex l. cum duobus. §. idem Papinianus.ſupra pro ſocio. ſic accipiendum eſt, vt in portionibus faciendis perſona conferentis numeretur, & partem faciat.l. 1. §. vlt.ff.hic.Item ſic facienda collatio eſt, vt ſi plũres ſint emancipati, collatio ab vno facta, cæteris non proſit, ſed iis tantum qui in poteſtate manſerunt, vt ex Iuliani ſpecie apparet, l.prætor. §. Iulianus. in qua ſinguli emancipati centena ex bonis patris, quia quadringenta habebant: in bonis deinde ſinguli capiunt partem tertiam bonorum à ſe collatorum: vt, exempli gratia, is conferat ſexaginta, aufert viginti, l.apud.l.cum emancipati. §. ſi tres.ſinguli emancipatorum tertiam partem conferunt ſingulis in poteſtate conſtitutis: emancipatus enim ſi habeat trecenta, vnuſquiſque eorum petit ab eo cẽtum, id eſt, tertiam partem. Tres enim perſonæ tantum reperiuntur quibus hæc emancipati bona communicari debeant. Quamuis autem ſæpenumero contingat vt quis minus capiat, & plus conferat, non ideo tamen indignari licet: quia liberum eſt eis bonorum poſſeſ.omittere, d. l.2.§.ſi tres. Si tamẽ ſimul cum filio qui eſt in poteſtate extraneus hæres ſcriptus ſit, Vlp.ait tantũ emancipatũ collaturum

quantum

quantum fratri abſtulerit, l. 1. §. ſi ex dodrante. Nam hic emancipatus licet conferat totam portionem ſibi delatam, vt in ſuperioribus exemplis oſtendimus, non tamen à fratre totam eam aufert, ſed partem ab extraneo, cui nihil conferre cogitur.

CAP. VI.

Inter quas perſonas locum habeat collatio.

INter deſcendentes qui ſuccedunt aſcendentibus tantum collationi locus eſt, leg. vt liberis. De aſcendentibus & iis qui à latere coniunguntur, nihil cautum eſt per leg. illam. ergo, &c. Deſcendentes etiam accipimus per lineam maternam, dicta l. vt liberis. nec refert, an nepotes cum nepotibus ſuccedant, an verò cum patruis & auunculis. Emancipatus confert ſuo hæredi etiam poſthumo, l. poſthumo. hic. ſcilicet poſtquam natus fuerit, l. vlt. ff. de collat. bonorum. Emancipatum accipe, eum qui quouis modo ſui iuris factus fuerit, leg. liberos. Sui conferunt ea quæ ſibi acquirunt non patri, vt filiafam. quæ dotem accepit à patre, l. 1. de collat. dot. emancipati inter ſe non conferunt, vt Diocletiani verba oſtendunt, *Si emancipati vtrique à patre fuiſtis, collatio ceſſat*, l. ſi emancipati. Reſcripſit tamen Gordianus filiam fratribus emancipatis dotem proferre, ſed aduentitiam, imo profectitiam, l. filiæ dotem. l. vt liberis. Itaque reſcriptum ſic interpretari debemus, quaſi generi per ſpeciem derogetur, leg. in toto. de regul. iuris. Nec moneri nos oportet quod verba Diocletiani generalia ſint, & veriſimile eſt in eis de bonis profectitiis quæſtionem nullam eſſe. Tametſi igitur prætor, qui primus introduxit hoc contributionis genus, reſpexit ad iniuriam qua afficiuntur ſui, admittendo ad ſucceſſionem emancipatos: tamen poſteriores conſtitutiones ſpectant conſuetudinem æqualitatis inter liberos, leg. vt liberis. Quod autem dicitur, ſublatam eſſe differentiam emancipationis & patriæ poteſtatis, Authentic. de hæredibus ab inteſtat. id ad ſucceſſionem tantum pertinet, non ad collationem.

CAP. V.

Remedia aduerſus non conferentem.

SI cauerit emancipatus (vt ſupra dictum fuit) conuenietur ex ea cautione, l. ſi quis filium. §. vlt. fructuum nomine condemnatio fit, leg. 5. de coll. dot. denegantur actiones hæreditariæ non conferenti, leg. 1. §. ſi frater. & leg. poſthumo. Cogitur conferens iudicio familiæ erciſcundæ, l. 1. de collat. dot. Error interueniens in diuiſione non nocet, quo minus petatur collatio, l. ſi error. quamuis ſententia in eo iudicio ei lata ſit, l. cum putarem. famil. erciſcun. quia non de eadem re agitur, neque eadem res in iudicium deducta eſt. Nam iudicium famil. erciſcun. eſt de rebus hæreditariis, collatio de rebus propriis emancipati.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XXXIX. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM: IN TITVLVM

De operis noui nuntiatione, artificioſa ac Methodica tractatio.

CAP. I.

TITVLVS eſt ſimilis in C. lib. 8. & alius in Nouellis conſtit. 63. argumentum autem totius huius tractatus continetur edicto prætoris, l. prætor. hic. de quo vide quæ ſcripſi lib. 1. Diſp. c. 16. Poſtquam nuntiatum eſt alicui ne nouum opus faciat, cautum eſt ne quid noui operis faciat, etiamſi contendat ſe ius habere ædificandi, ſeque in ſuo ædificare: nam poſt nuntiationem quieſcere debet. Itaque nuntiatio noui operis non male dicitur ſimilis eſſe appellationi, l. 1. ff. nihil nouari appel. pend. Hæc eſt vis huius nuntiationis, vt vim appellationis habeat, & quieſcere debeat is cui eſt nuntiatum. Quid ſi nulla legitima nuntiandi cauſa fuerit? condemnabitur nuntiator, ſalua tamen actione ei competente, vt dicitur in l. ſciendum. hic. Quod ſi quis contempta nuntiatione perſeueret, opuſque cœptum perficiat, quicquid conſtruxerit deſtruetur, nec audietur ſi ſe perficiendi iuſtam habuiſſe cauſam dicat: niſi forte ei à prætore remittatur, leg. 20 §. 1. tum enim perficere opus poterit, ſi modo ius ædificandi habeat. Hæc autem remiſſio iis demum prodeſt, quibus iure nuntiatum non eſt. Sufficit autem adire prætorem, ne eius contempta videatur eſſe auctoritas: nec enim apud prætorem de iure litigantium diſſeritur, vt dicitur l. 1. in prin. vbi legendum eſt, *Promittitur*, non, *Permittitur*. Huc pertinet quod dicitur in l. non ſolum. §. ſciendum. eod. Huc pertinet formula prætoris de remiſſione nuntiationis in tractat. interdictorum, tit. de remiſſ. vbi formula quædam præſcribitur, qua prætor in remittenda nuntiatione vtebatur, his verbis: *Quod ius ſit illi prohibere ne ſe inuito fiat, in eo nuntiatio teneat. Cæterum nuntiationem remiſſa faciet.* Animaduertendum eſt autem hanc remiſſionis formulam olim coniunctam in libris Vlpiani fuiſſe cum edicto, vt indicant inſcriptiones locorum ex lib. 17. ad edictum, translatorum à compoſitoribus Pandectarum. Alia quoque cauſa eſt ex qua operis noui nuntiatio contemni poſſit ab eo qui iuri ſuo confidit, & qui confidit id ius ædificandi habere, id eſt, ſi ſatiſdederit etiam ſine prætore. nihil enim refert, an prætor adito remiſerit nuntiationem, an vero non adito prætore, is cui nuntiatur ſatiſdederit: quod exprimitur in l. de pupillo. §. ſi is cui. hic. Idoneus autem fideiuſſor dandus eſt, qui reſtituat omnia, ſi is ius ædificandi non habere oſtenderit. Idem quoque dicendum eſt, ſi per te ſtet quominus ſatiſdetur. idemque dicitur in leg. prætor. §. ſi quis paratus. & §. ſi is cui nuntiatum. l. de pupillo. Huius autem ſatiſdationis vis hæc eſt, vt poſtquam is cui eſt nuntiatum ſatiſdederit, ædificare poſſit, etiam eo & contradicente & inuito qui nuntiauit, vt dicitur in leg. prætor. §. deinde. vbi edicti reſtitutorii formula eſt, his verbis: *Quem in locum nuntiatum eſt, ne quid operis noui fieret: qua de re agitur ſi de ea re ſatiſdatum eſt: Quod eius nomine cautum ſit, aut per te ſtat quo minus ſatiſdetur: quo minus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto.* Atque hæc de operis noui nuntiatione in vniuerſum diſputata, ſingula deinceps ſubtilius conſideranda ſunt.

CAP. II.

Quid ſit nouum opus nuntiare.

PRima quæſtio eſt quid ſit nouum opus nuntiare, quod docet Vlpian. in leg. §. inde quæritur. in verſ. opus. his verbis: *Opus nouum facere videtur, qui aut detrahendo aliquid, aut ædificando, priſtinam operis faciem mutat.* Hinc autem facile colligi poteſt quid ſit nouum opus nuntiare: eſt enim prohibere ne nouum opus fiat. Vnde conſequitur, eum qui vnum aut alterum cæmentum imponit, nec faciem mutat, nouum opus facere non videri, vt dicitur in l. ſtipulatio. §. opus. Hinc apparet quid reſpondendum ſit de eo qui ædificium ruinoſum fulcit, de quo in leg. 1. §. ſi quis ædificium. nec enim ei nuntiatio noui operis fieri poteſt, cum faciem non mutet, nec quid nouum moliatur. Maior & difficilior quæſtio eſt de vetere ædificio inſtaurando, an is dicatur nouum opus facere: quod controuerſum eſt inter iuriſconſultos, de eoque eſt varia opinio. Quidam enim refectionem ad hunc titulum pertinere non putant: quam ſententiam ſequitur Alciatus, lectione quadam deprauata deceptus. Nam in quibuſdam codicibus legitur in leg. 1. §. ſi quis ædificium *Refectionem ad hunc tit. pertinere.*

reficiat, vt indicat Accurſius, non autem *fulciat*, quo modo legendum eſt. Præterea mouetur hoc argumento, quod qui reficit ædificium, non facit nouum opus, nec mutat veterem operis faciem: ſic enim ſæpe apud Iuriſconſultos reficere ſumitur, vt in l. 1. de via publ. tit. 10. interdict. Similis locus eſt in l. inde etiam, in verſ. fin. de itin. actuq. priu. & in l. 1. de riuis. vbi Reficere ferè eodem modo definitur, ad priſtinam formam reuocare & reducere. Exiſtimo tamen, operis noui nuntiationem locum habere in huiuſmodi refectione, ſi modo talis ſit vt nouam rei ſpeciem adferat: quod cum multis argumentis apparet, tum vero manifeſte indicat lex, de pupillo, §. ſi quis riuos, hic. Nam ſi propter vtilitatem publicam iureconſultus vult contemni operis noui nuntiationem, ſi quis riuos velit reficere, fruſtra id dicitur, ſi aduerſus reficientes locum non haberet noui operis nuntiatio. Cur enim hanc cauſam exciperet, vt propter publicam vtilitatem liceret reficere? Itaque videtur locum habere nuntiatio etiam in refectione. Nec obſtant eorum argumenta qui dicunt, reficere eſſe ad formam veterem reducere, nihilque nouum fieri reficiendo. Nam nouum illud dicitur quod formam mutat, quæ tum fuit, cum mutatio eſt facta. ſic enim explicanda videtur l. ſtipulatio. in §. opus. Argumento eſt quod de appellatione dicitur, nihil eſſe nouandum pendente appellatione: hoc enim referendum eſt ad tempus quo interpoſita eſt appellatio. Nam nouum dicitur quicquid poſt interpoſitam appellationem factum eſt, vt dicitur in leg. vnica. ff. nihil nouari appell. penden. Quemadmodum ergo Nouare verbum, cum de appellatione loquimur, refertur ad tempus quo appellatio eſt interpoſita, ſic & in nuntiatione tempus illud quo nuntiatum eſt, conſiderari debet, nouumque dicitur id omne quod poſt nuntiationem factum eſt. Igitur qui reficit vetus ædificium, dicitur nouum opus facere, & tenetur interdictis & actione in factum, dummodo id quod fit, inſtar cuiuſdam noui operis ſit.

Aliam hic difficultatem Sophiſtæ mouent: quærunt enim an perfectum opus, an imperfectum intelligi debeat? & contendunt perfectum opus intelligi demonſtrare hac ratione, quia cum operis mentio fit, opus intelligitur perfectum & corpus aliquod conſummatum, quod Græci ἀποτέλεσμα vocant, vt dicitur in leg. rei appellatio. §. opere. de verbor. ſignif. Sed certum eſt hanc ſignificationem huic loco & materiæ nullo modo conuenire, nec perfectum opus intelligi, ſed inchoatum tantum & imperfectum: quia ſi perfectum eſſet opus, inutilis eſſet nuntiatio. nec enim pertinet ad opera facta, ſed ad imperfecta, vt dicitur in leg. 1. §. 1. Eius tamen vſus eſt maximus, per quem fit, vt quæ poſt nuntiationem facta ſunt, euertantur. Edictum autem, Quod vi aut clam, pertinet ad iam facta. Sed quid reſpondebimus ad leg. 5. de verb. ſignif. vbi dicitur, opere conducto vel locato ἀποτέλεσμα ſignificari, id eſt corpus perfectum? Videndum eſt quorſum id dicatur. Nam certum eſt Paulum in illo loco loqui de certo opere, vt domo, theatro, quod certam formam habeat: hic autem loquitur iureconſultus de incerto opere. Itaque recte dixit Paulus, qui locat opus faciendum, ἀποτέλεσμα locare, id eſt perfectum opus, idque certum: nam ſi incertum opus dixeris intelligi, & opus generaliter & indefinitè ſumi, ſtipulatio & contractus ille non valeret, vt ſi fundum ſtipulatus eſſet, in l. ita ſtipulatus. de verb. oblig. Edictum prætoris quod loquitur de opere locato, ſcriptum eſt ad interpretationem edicti: eſt enim ex libr. 2. ad edictum, cuiuſmodi mille reperiuntur inſcriptiones. Credibile eſt in aliquo loco edicti de magiſtratibus, factam fuiſſe mentionem locati operis. Exempli gratia, opere locato redemptor ſatiſdet: quod pertinet ad officium prætorum & magiſtratuum. Opus autem varia ſignificat, aliquando factum quoduis, aliquando non operam vel operationem, ſed opus ex operatione relictum: vt cum diximus locari opus faciendum, incertum eſt, an operam ſuam tantum promittat. Sed in hoc edicto videtur ex Pauli ſententia aliter interpretari opus, pro domo perfecta. Itaque dicit Paulus, cum locata domus eſt facienda, abſoluendam atque perficiendam eſſe, vt dicitur in leg. ſi is qui. §. quædam, ff. ad l. Falcid. Suſpicatus ſum aliquando eo in loco demonſtrari à Paulo differentiam inter opus & operam: mouebat me quod dicitur in leg. 1. de oper. ſer. operam in actu conſiſtere: qui locus

Differētia inter hoc edictum, & edictum Quod vi aut clam.

eſt ex 2. ad edictum, vt & leg. 5. de verb. ſignif. Ex quibus intelligitur quid ſit nouum opus facere, & nuntiare, nempe prohibere ne nouum opus fiat. leg. 3. ad l. Iuliam de annona, & l. 1. de iure fiſci.

Cap. III.

Quibus ex caſibus procedat noui operis nuntiatio.

Sed quibus ex cauſis procedat noui operis nuntiatio videamus, quas in vniuerſum proponit Vlp. in leg. 1. §. nuntiatio. & l. de pupillo. §. Sextus Pedius. ex quibus locis apparet veteres illos iuriſconſultos vſos eſſe via & ratione in ſuis libris, qui re ſtatim initio & in vniuerſum definita, antequam ad ſingulas ſpecies deſcenderent, ſummam rerum diſtributionem proponebant, vt facit Vlpia. cum ait, *Nunc videamus quibus ex cauſis fiat nuntiatio, & quæ perſonæ nuntiēt, quibusve perſonis nuntietur, & quis ſit nuntiationis effectus.* Vtraque cauſa nuntiandi diſtributione coniungenda eſt, quarum prior eſt Vlpiani, poſterior S. Pedii: quæ tamen verbis differentes, re conſentiunt. Nuntiatio ſit ob publicam cauſam aut priuatam: vt colligere licet ex d. §. nuntiatio. l. 1. Ad priuatā cauſam referenda ſunt duo poſteriora diſtributionis membra Vlp. Publicæ cauſæ exempla ſunt in d. §. nuntiatio. vt ſi quid in publico, vel religioſo, vel ſacro fiat, & proprii tituli ſunt in interdictis. Quomodo autem publicum hoc accipere debeamus, dictum eſt ad leg. inter ſtipulantem. §. ſacram rem. de verbor. oblig. illud nempe quod eſt in vſu publico ciuitatis, non autem quod eſt in eius patrimonio. Cum autem ex his cauſis nuntiatio competit, vt ſi in loco ſacro vel religioſo, vel in publico ædificetur, omnes ciues nouum huiuſmodi opus nuntiare poſſunt, vt dicitur in leg. in prouincialibus. §. vlt. hic. qua ratione introductæ ſunt actiones populares, tit. de pop. act. quæ ſuum ius populo tuentur, vt dicitur in leg. 1. eiuſdem tit. Itaque ciuibus omnibus licet ex hac cauſa nouum opus nuntiare in publico ædificanti, modo ſit perſona idonea, vt dicitur in leg. de pupillo. hic. & l. mulier. de pop. act. Huius autem publicæ nuntiationis ratio redditur in leg. nam hic. Sed de perſonis ſuo loco dicemus. Animaduertendum eſt autem iſtud de ciuibus, non autem de peregrinis, aut etiam incertis dici, & in vrbe mor- antibus: differunt enim iſti à ciuilibus, l. ciues. Cod de incolis. Idem quoque in aliis interdictis competit, loci ſacri, vel religioſi, vt in publici loci ædificatione. Nam in his omnibus ciues poſſunt nuntiare nouum opus: ſed in publicis illud magis, quod in via publica nuntiare nouum opus poſſunt ædificanti etiam incolæ & peregrini, vt dicitur in l. 1. de via pub. vbi dicitur hoc interdictum omnibus dari & in omnes. At omnibus ſemitis, ſubaudi poterit, aut iis quibus publica remedia competunt. nihil enim faciunt quæ dicuntur, neminem prohiberi vti via publica, leg. per agrum. C. de ſeruit. & aqua. Vnde illud Plauti in Curcul. *Nemo ire quenquam via publica prohibet.* Nec inde efficitur cauſam publicam defendi ab alio poſſe: opinio tamen vulgaris eſt id ab omnibus etiam incertis fieri poſſe. Quęritur hic an idem dicēdum ſit de eo qui in mari aut maris littore ædificauerit, & an ei nouum opus nuntiari poſſit. Cui quæſtioni reſpondet Vlpian. & ait in leg. 1. §. nuntiamus: *Si quis velit in mari vel in littore ædificantem prohibere, nullo iure prohibet*: tum vero in hūc non conuenire noui operis nuntiationem, vt dicitur in leg. quod in littore. de acquir. rerum domin. Et hac ratione Veneti contendunt ſe eſſe liberos, nec ſubiectos imperio Romano, quod in mari omnium communi ædificarint. Itaque quod dicitur ædificium loco cedere, locū non habet cum quis in mari ædificat. Atque hæc de publica cauſa nuntiationis.

Priuata autem cauſa eſt, quæ ſuſcipitur noſtri iuris conſeruandi, aut damni repellendi gratia: atque hæc cauſa dupliciter conſideratur, ex parte nuntiantis, aut eius cui nuntiatur, vt in rei vendicatione dicimus, aut ex parte agentis aut defendentis ſpectandum eſſe dominium. Priuatæ autem cauſæ in eo, qui nuntiat, ſunt conſiderandæ, vt an res eius ſit in qua ædificari vetat. Nam ſi eius non eſt certo modo, id eſt, qui in eam rem dominium non habeat, aut ſeruitutem, nouum opus nuntiare non poteſt: poteſt autem qui rei dominus eſt, vt dicitur in l. 1. §. iuris noſtri. De ſeruitute autem & dominio loquitur Vlpia. in l. 1. de remiſſ. ad verſic. ius ha-

ius habet. Huc pertinet quod dicitur in leg. 5. §. Sextus Pedius. vbi priuatæ cauſæ ſpecies diſtinguuntur. Ait enim naturalem eſſe cauſam, aut impoſititiam: naturalem quidem ad dominium, impoſititiam ad ſeruitutem referri. Etſi enim vtraq; naturalis eſt, tamen (vt plærunque fieri ſolet) nomen ad ſpeciem coanguſtatur. Impoſititia autem dicitur prædiorum ſeruitus, quia libera ſunt ipſa natura prædia, niſi ſeruitus illis per nos imponatur, vt intelligitur ex leg. altius. C. de ſeruit. & aqua. Seruitus vero quædam naturalis dici poteſt, quæ etiam inuito domino, fundo imponitur, vt aquæ deducendæ, de qua in leg. 1. §. pen. & vlt. de aqua pluuia arcen. ſed aliter accipitur ſeruitus ſub tit. de ſeruit. vbi de impoſititia diſſeritur tantum. Qui autem ſeruitutem imponit, ius ſuum minuit, alterius auget, cum prædium ſuum alteri obnoxium reddit. Hinc variæ & multæ quæſtiones naſcuntur. Vna eſt quod de dominio dictum eſt, ei qui habet dominium competere noui operis nuntiationem. quæritur vero, an ſi fundum aliquem habeam cum alio communem, poſſim ſocio meo in agro cõmuni ædificanti nouum opus nuntiare, l. in prouinciali. verſic. plane. vbi Vlp. reſpondet, non poſſe me nouum opus nũtiare, quia dominus ſit qui ædificat, ſiue ſocius meus, licet pro parte indiuiſa: huc accedit quod dicitur in l. ſerui electione. de legat. 1. Quod commune eſt, meum eſt. Itaque quod dicitur, noui operis nuntiationem locum habere in fundo qui noſter eſt, aut in quo ſeruitutis ius habemus, id ita eſt intelligendum, niſi ſocius ſit, qui in communi ædificet: quia is fundus non meus eſt magis quam illius. nam vterque noſtrum partem habet indiſcretam: nulla eſt gleba, quam vterque noſtrum ſuam eſſe non poſſit dicere. At verò in ſuo nemo prohibetur ædificare, nec in eum noui operis nuntiatio locũ habebit. Multa à nonnullis afferuntur de remedio ordinario & extraordinario. Dixerit enim quis, ſi denegatur executio in noui operis nuntiatione aduerſus ſocium qui in communi ædificat, ergo ſocius iſte omni auxilio deſtituetur. Reſpondet Iureconſultus, aliis iudiciis illi prouiſum eſſe: datur enim tum iudicium de communi diuidundo à prætore, vel datur arbiter ex formula communi diuid. aut etiam prætor ipſe extra ordinem cognoſcit, propter fauorem & gratiam litigantium. Si autem arbitrum dabit, formulam præſcribet, vt dicitur in l. 1. de rei vindic. & tit. de extraord. cogn. Hic autem per arbitrum & amicabilem compoſitorem iudicem intellige: etſi enim iudex ab arbitro diſtinguatur à iuriſperitis, tamen ſæpe diſcrimen illud confunditur, ridenturque ideo à Cicerone in Orat. pro L. Murena.

In fundum cõmunem alicuius habentis cõmunem nũtiatio.

Altera quæſtio eſt ex eo quod de ſeruitute diximus: quæritur enim de qua ſeruitute hoc intelligendum ſit. Difficultas autem oritur ex leg. qui in viam. hoc tit. (ſic enim legendum eſt) vbi antinomia eſſe creditur. Nam ante dictum eſt eum qui ſeruitutem habet, poſſe nouum opus nuntiare, ex l. 1. de remiſſ. ex l. de pupillo. §. Sextus Pedius. hic. & l. inter, de ſeru. vrb. præd. l. in iudicio. fam. erciſcundæ. Hæc magna opinionum varietas eſt à nobis expoſita lib. 2. Diſp. cap. 17. Ad hanc igitur quæſtionem reſpondendum eſt nuntiationem locum habere in vrbanis ſeruitutibus, non autem in ruſticis: ſicque intelligendus locus in l. qui viam habet. Quod qua ratione à nobis dicatur, ſi quis curioſius requirat, quia, inquam, crebra fit mentio vrbanarum ſeruitutum: quinetiam in leg. inter. de ſeru. vrb. præd. fit mentio vrbanæ ſeruitutis, vbi multa ſunt exempla, ex quibus aperte coniicitur, operis noui nuntiationem in vrbanis ſeruitutibus locum habere: nulla vero reperiuntur, quibus in ruſticis quoque ſeruitutibus nuntiationem locum habere probare poſſis. Obiicitur l. 1. de remiſſ. At quis neſcit generi per ſpeciem derogari? vt hic locus de vrbanis tantum, non autem de ruſticis intelligendus ſit, l. in toto, de reg. iur.

Vſufructuarius quomodo nouum opus nũtiare poſſit.

Alia quæſtio eſt de vſufructu, quid de eo dicendum ſit qui habet vſumfructum, an is nouum opus nuntiare poſſit. Cui reſpondet Vlp. in l. 1. §. vlt. cum ait: *Vſufructuarius autem nouum opus ſuo nomine nuntiare non poteſt*, & eſt iungendus hic §. cum ſupr. ſeq. vbi dicitur vſufructuarium ſuo nomine nuntiare non poſſe, ſed procuratoris nomine. quod à ratione alienum non eſt. Vſufructuarius enim eſt veluti procurator eius, cuius fundi vſumfructum habet, vt dicitur in fine l. 1. vſufruct. quemad. caueat. fundi cuſtodiam præſtare debet, nomine autem ſuo nuntiare non poteſt, quamuis vſusfructus ſit ſeruitus, ſed perſonalis eſt. Atqui nouum opus nuntiari ante diximus, ab eo qui ſeruitutem habet, de reali intelligentes. Seruitutes enim perſonales minus habent virium, ideo etiam vnà cum ipſis ſeruitutem habentibus extinguitur: at vero reales tranſeunt ad hæredes, & prædia ipſa ſequuntur, vt dicitur in l. corruptionem. C. de vſufruct. Nec obſtat quod dicitur, ſeruitutem partem eſſe dominii, in l. vſufructu, ff. de vſufruct. nec enim ſic intelligi debet. Nam is qui vſumfructum habet, ex proprietate & dominio nihil minuit, l. recte dicimus. de verb. ſignif.

An creditor nouum opus nuntiet.

Sequens quæſtio eſt de creditore qui ius habet pignoris, an ei nuntiatio noui operis conueniat? Cui reſpondet Gaius in leg. creditori. hic. permittendam eſſe de iure. Quæſtio enim inde naſcebatur, quod nuntiatio ſoli domino, aut ſeruitutem habenti conueniat: at creditor nec ſeruitutem habet, nec dominus eſſe videtur. At Gaius ei ſeruitutis vindicationem de iure dari reſpondet: Creditor enim in rem ſibi obligatam reale ius habet. Quare cum ſeruitutis vindicatio ſoli domino competat, l. de ſeruitutibus. ff. ſi ſeruit. vind. & detur creditori, dabitur quoque neceſſario & operis noui nuntiatio.

An ſuperficiarius nouum opus nuntiet.

**Vel in l. idem, Vt habent alii cod.*

Altera quæſtio eſt de ſuperficie, an ſuperficiarius, id eſt, (vt dicitur in *l. ſuperficiario, de rei vind.) qui in alieno ſolo ita ſuperficiem habet, vt certam penſionem præſtet (*qui tient vum a rente*) nouum opus poſſit nuntiare. Cui reſpondet Vlp. in l. in prouinciali. §. ſi ego. hic. Etſi enim is qui certa pecunia conduxit, dominus non eſt, tamen ei datur operis noui nuntiatio, vt in leg. 1. §. quia autem. de ſuperfic. Quæritur & de colono & inquilino, an hi nouum opus nuntiare poſſint: quã de re nota eſt Vlp. ſententia in §. ſi ego. in l. in prouinciali. Notandum eſt colonum & inquilinum vti poſſe interdicto quod vi aut clam, l. quanquam. ff. quod vi aut clam. Nec vero omnia opera ſignificantur & nuntiantur, ſed ea tantum quæ ſolo ſunt coniuncta, vt dicitur in leg. 1. §. hoc autem. Quæſtio hic vulgo agitatur, ſi nihil factum ſit adhuc & ædificatum in tuo ſolo, aut eo in quo tibi eſt ſeruitus, nuntiari nouum opus poſſit: vt ſi quis deſtinarit ædificare, & iam fabros habuerit, aut iam lapides collegerit. Accurſius & qui eum ſequuti ſunt, vulgo putant locum eſſe nuntiationi nullum: & ſic interpretantur l. ſtipulatio. §. opus. Ego vero contrà ſentio, ſi nihil factum ſit, nouum opus nuntiari poſſe: ſufficit enim cœpiſſe, vel deſtinaſſe, vel aggredi velle. Mouent me loci ex iureconſultis de prompti, vt in leg. de pupillo. §. nuntiationem, vbi dicitur nuntiationem eſſe faciendam de re præſenti, ſiue quis ædificet, ſiue quis inchoet ædificare: & in leg. non ſolum. §. 1. vbi ait, Qui nouum opus nuntiat, ſi quid operis iam factum erit, in teſtationem referre debet. Ex quo intelligi poteſt, ei fieri poſſe nuntiationem antequam ſit aliquid operis quo tempore nihil in teſtationem referatur: quid ſit teſtatio, vide lib. 1. Diſp. c. 30. Præterea mouet me l. prætor, §. ſiue autem. vbi dicitur, Siue autem locus vacuus ſit, vbi nuntiatum eſt, &c. Nec obſtat l. ſtipulatio. §. opus. vt poſtea plenius dicemus, cum de effectu huius diſputationis agetur. Animaduertendum eſt enim quorſum ab Vlpian. id dictum ſit: nam interpretatur formulam prætoriæ ſtipulationis. Atque de cauſis nuntiationis hactenus.

Cap. IV.

De ratione faciendæ nuntiationis.

SEquens locus eſt de ratione nuntiationis faciendæ. In ratione autem nuntiandi quædam vtilitatis, quædam neceſſitatis cauſa ſunt obſeruanda: primum verò requiritur, vt in opere ipſo fiat nuntiatio, l. de pupillo. §. nuntiationem. vbi dicitur puero, vel puellæ, intellige, dummodo intelligat: vt dicitur in l. cuilibet. Vnde intelligi poteſt ratio differentiæ quæ requiritur in §. ſi plurium. vbi quæſtio eſt, an ſi duo ſint qui ædificent, ſatis ſit vni nuntiare. Et ſatis quidem eſſe reſpondit Iureconſultus: at ſi eiuſdem operis ædificatio pluribus noceat, non ſatis erit ab vno nuntiari, ſed ab omnibus nuntiatio procedere debet.

Secundo, in nuntiatione locus eſt demonſtrandus, vt dicitur in §. qui nuntiat. dicta leg. de pupillo. Si in pluribus locis ædificetur, plures neceſſariæ erunt nuntiationes, leg. de pu-

pillo.§.ſi in pluribus. Ex quo eſt conſequens, in interdicto quod vi aut clam, vnam ſufficere nuntiationem pro omnibus locis, in l. aut qui aliter. ff. quod vi aut clam.

Tertiò, debet explorare is qui nuntiat quid factum ſit, in l. non ſolum.§.1. l. nullum. ff. quod met. cauſ.

Quartò, nuntiatio fit in rem, non autem in perſonam, leg. operis. vbi furioſo & infanti nuntiationem fieri dicit Iurecõſultus, id eſt, in opus infantis & furioſi.

Quintò, non eſt neceſſe ante nuntiationem adire prætorem, leg. 1.§. nuntiatio. quod quidem eſt intelligendum de nuntiatione ſimplici, aut quæ per iactum lapilli fit, non autem de prætoria. Simplex omnibus diebus fieri poteſt: at verò ſi adire prætorem oporteret, expectanda eſſet dies ceſſionis.

Sextò, iuſiurandum de calumnia exigi debet ab eo qui nouum opus nuntiat, vt dicitur in l. de pupillo.§. qui opus. Multis modis proſpectum eſt, vt durities & aſperitas huius nuntiationis temperaretur: durũ eſt enim ob nuntiationem hominis priuati, ſiue iure, ſiue iniuria nuntiauerit, ab opere deſiſtere, quod ſine graui incommodo & rei iactura facere non poſſis: ideo eſt conſtitutum, vt iuret de calumnia is qui nuntiat, atque hoc iure prætorio. At quomodo prætore auctore, cum fiat nuntiatio ſine prætore? neceſſaria enim non eſt prætoris aditio in nuntiatione, l. 1.§. nuntiatio. Reſpondeo: in primis adiri prætor poteſt, & ſi nihil neceſſe ſit: præterea poſt nuntiationem prętor adiri ſolet. litigatores enim prætoris iuriſdictioni id ſolent ſubmittere, vt dicitur in l. 1.§. poteſt autem. is cui nuntiatur cogit nuntiatorem iurare apud prætorem. Huc pertinet quod dicitur in l. non ſolum.§. ſciendum. vbi dicitur, vt probari poſſit quid poſt nuntiationem factum ſit, modulos eſſe ei ſumendos qui nuntiat: qui vt ſumãtur prætor decernere ſolet. Addendum eſt præterea in hac nuntiatione, eum qui alieno nomine nuntiat, ſatiſdare debere, dominum ratum habiturum, l. 5.§. qui procuratorio. Eſt autem in his verbis (etiam ſi verus ſit procurator) difficultas quæ oritur ex antinomia. Nec vero exigenda eſſe videtur à vero procuratore ſatiſdatio quæ propter incertitudinem ſolet exigi. Vulgo eſt receptum hic exigi ſatiſdationem, cum certum non eſt hunc procuratorem eſſe: & hoc probabile videtur eſſe, etiam ſi verus ſit procurator. quia de eo non conſtat, l. 1. de procur. niſi forte is cui nuntiatur certo ſciat verum illum eſſe procuratorem: tunc enim remittitur onus ſatiſdationis. Sed illud animaduertendum eſt, pro certo procuratorem eum non haberi, niſi id publicis inſtrumentis dominus ſit teſtatus, l. 1. C. de ſatiſd. l. ne ſatiſdatio. rem ratam hab. alias certum hoc eſſe non exiſtimo. Itaque ſic intellige quod hic dicitur, etiam ſi verus ſit procurator, quod quidam putant ius eſſe ſingulare.

Cap. V.

De perſonis, quæ nuntiant, & quibus nuntiatur.

QVæſtiones hic agitantur, non de omnibus perſonis, ſed de his, de quibus aliqua fuit probabilis dubitatio, vt de procuratore, de quo iam dictum eſt: certum eſt autem procuratorem poſſe nuntiare, vt iam dictum eſt ex l. 1.§. nuntiatio. Quidam tamen ſunt actus legitimi, qui per procuratorem exerceri non poſſunt. l. nemo alieno. de reg. iur. Sed nuntiatio poteſt etiam alieno nomine fieri, ait Vlpia. quod de procuratore eſt intelligendum, l. cum procurator. hic. Solet quæri, an cuiuis alieno nomine nuntiare permittatur, etiam ſi non ſit procurator: dubitatio naſcitur ex l. prohibere. ff. quod vi aut clam. Sed ſæpe admonui inter nuntiationem quæ ex hoc edicto fit: & prohibitionem quæ fit ex edicto quod vi aut clam, multum differre: nam tanti momenti non eſt quantum illud. Prohibitio enim ex edicto quod vi aut clam, ideo fit, vt quod clam me factum eſt, vi factum eſſe dicatur: nam ſi quis clam aliquid fecerit, non dicitur vi feciſſe. Hæc autem prohibitio à quo fiat, nihil intereſt, ſiue ab ipſo domino, ſiue ab ipſo procuratore, ſiue ab alio domini nomine, vt ſeruo. At multo maioris eſt momenti nuntiatio noui operis: itaque nõ à quouis fieri poteſt, ſed à procuratore.

An pupillus nuntiare poſſit. Alia quæſtio eſt de pupillo, an poſſit nouum opus nuntiare, l. de pupillo, in princ. vbi diſtinguitur: quæ diſtinctio eſt notanda: taliſque fere eſt in leg. mulieri. ff. de pop. act. Duo igitur hic ſunt notanda, pupillum ob publicam cauſam nouum opus nuntiare non poſſe, cum eius ætas ad reip. defenſionem idonea non ſit, l. 2. de reg. iur. & l. 2. de muner. & hono. Ne quicquam hic facit tutoris auctoritas, ad cuius officium non pertinent quæ ſunt publica. l. vlt. de curat. furioſo. Itaque recte dici ſolet, ſuffragium pupilli non admitti in publicis negotiis, l. ſpurii.§. minores. ff. de decur. Et ſimile eſt quod de canonicis dicitur, ſi minor ſit inſcriptus, coaptatus, etſi ſportulas accipiat, tamen in electione epiſcopi ſententiam non dicere, quod hic Vlpian. docet. Quid de adulto dicemus curatorem habente, vt eo qui 19. annos natus eſt, an nouum opus nuntiare poſſit? Ingens eſt de hac re quæſtio & diſputatio, ſed probabilius videtur eſſe & receptum, vt idem de adulto quod de pupillo dicatur, cum adultus habeat curatorem. nam adultus in eo ſimilis eſt pupillo qui tutorem habet, l. ſi procuratorem. C. de integr. reſtit. Secundò ex ea lege aliud eſt notandum, pupillum ex cauſa priuata nuntiare quidem, ſed auctore tutore tantum. Sed cur neceſſaria eſt tutoris auctoritas? quia nuntiatio temere facta, pupillo damnum adferre poſſet. nam qui temere nuntiat damnatur. In quo ſequenda eſt regula tit. de auctor. tutor.§. neque. Hinc intelligi poteſt, quod dicitur in leg. & ſi ſatiſdationem. hic.

An ſeruus nuntiare poſſit. Alia quæſtio eſt de ſeruo, in l. de pupillo. in princ. vbi dicitur ſeruum nuntiare nouum opus non poſſe: oritur enim antinomia ex l. prohibere. ff. quod vi aut clam. vbi dicitur ſeruum prohibere poſſe. Reſpondendum eſt, diuerſam eſſe rationem prohibitionis ex interdicto quod vi aut clam, & huius. Hæc de his qui nuntiant, nunc de his quibus nuntiatur. Parum refert cui potiſſimum nuntietur: ſufficit enim ei nuntiare qui intelligat, & domino referre poſſit: quod ſatis eſt manifeſtum ex l. de pupillo.§. nuntiatione, l. operis. & leg. cuilibet. Quinetiam pupillo & furioſo nuntiari poteſt: non enim in perſonam fit nuntiatio, ſed in rem, d. leg. operis. Multo magis tutori aut curatori nuntiatio fieri poteſt, vt dicitur in leg. ſatiſdatione. Hinc dicitur, aduerſus abſentes nuntiationem procedere, l. 1.§. nuntiatio. quod durum plæriſque videtur. Sed quid mirum, cum id aduerſus pupillos & infantes fieri poſſit? Nec refert, an is cui nuntiatum ſit, domino renuntiauerit, an non. Itaque volunt in ipſo opere nuntiari, leg. 5.§. ſi quis forte. ignorantia enim nocet ei cui nuntiatur. De prætore quæſtio eſt, an ei quis nuntiare nouum opus poſſit, cum eius auctoritate nuntietur. Et certum eſt prætorem conueniri non poſſe, quamdiu prætura fungitur, l. in ius vocare. ff. de in ius vocan. l. nec magiſtratibus. ff. de iniur. leg. de pupillo.§. ſi quis prætori. hic. Debet is qui nuntiare prætori vult, proteſtari ſe nuntiare non poſſe, & poſt finitum magiſtratum nuntiabit: ac perinde erit, ac ſi eo ipſo die quo teſtatus eſt nuntiaſſet. Sed cui fiet hæc proteſtatio? an ipſi prætori? Quidam putant faciendam eſſe publice: ego puto ipſi prætori faciendam, aut iis qui in ipſo opere reperiuntur, eo modo quo nuntiatio fit: nec ad rem pertinet publica proteſtatio. Affertur lex, cum quidam. C. de appel. & l. vlt. de his qui propter met. appel. Sed illic dicendum eſt publice proclamari aut appellari propter metum, aut iudicis animum: hic vero propter reuerentiam: quod dicitur de iis magiſtratibus publicis qui ad tempus præſunt, non autem de iis qui perpetuo, leg. præſidis. ff. de reb. cred.

Cap. VI.

De effectu nuntiationis.

EFfectus nuntiationis eiuſmodi eſt, vt poſt nuntiationem ſiue iure ſiue iniuria factam, opus deſeratur, l. prætor ait.§. ait prætor. Poſt nuntiationem autem datur interdictum reſtitutorium, ſi quid noui operis fiat, quod perpetuum eſt, non autem annale. Quod ſi deſtiterit ab opere is cui ſit nuntiatum, delegabitur executio ei qui nuntiauit, & damnabitur ad id quod intereſt ædificantis, l. 1. de remiſ. l. ſciendum. hic. Sequitur, remedium nuntiationis comparatum eſſe in eius gratiam, cui opus ab alio factum nocet. Itaque mirantur plerique, cur is qui nuntiat, poſſeſſorem faciat eum cui nuntiatur, l. 1.§. in operis l. 5.§. meminiſſe. At vero ſi poſſeſſor eſt is qui nuntiat, vtrum definit poſſidere? nam quæ in gratiam noſtram comparata ſunt, ea nobis nocere

durum

ductum eſt, & in nos conuerti: at vero nuntiatio iuris noſtri cauſa conſeruandi inuenta eſt, §. commodum.) in Inſtit. de interdict. & l. 5. §. ſed & ſi cui. Auget difficultatem lex, ſi alius fecerit. §. ait Iulianus. Digeſt. quod vi aut clam. vbi dicitur, licere ædificare ei qui ſatiſdederit, cum poſſeſſor hoc ipſo conſtituatur.

Alia difficultas eſt, quod non videatur alia eſſe ratio nuntiationis quæ fit per lapilli iactum, aut prætoris nuntiationem, ab ea nuntiatione quæ fit verbis ab eo, qui ius putat habere ſe nuntiandi adito vel non adito prætore, in leg. de pupillo. §. meminiſſe. Docet Iureconſultus variis modis prohiberi qui nouum opus vult facere: inter quos refert iactum lapilli, de quo l. 1. §. ſed & ſi. ff. quod vi aut clam. Hic autem lapilli iactus prohibitionis violentæ imaginem habet, non diſſimilem apprehenſioni glebæ. Vide Gellium lib. 20. c. 9. apud quem etiam eod. ca. vide quid ſit vis feſtucaria. Ergo vt ad propoſitam quæſtionem reſpondeamus, probanda videtur eſſe veterum opinio, qui ideo transferri putarunt poſſeſſionem, quia permittitur ædificare ei cui nuntiatum eſt, ſi ſatiſdare voluerit, aut ad prætorem venerit, & remiſſionem acceperit. Nam is qui nuntiat, accepta ſatiſdatione, amittit ius poſſidendi, quamuis in eum minime transferatur dominium. Sed cur (dixerit quis) non idem dicimus in lapilli iactu, & prætoria prohibitione? Reſpondeo, quia ex his cauſis non admittitur nuntiatio, ſi quis prohibitus eſt à prætore ædificare, aut per lapilli iactum. Retinebatur autem lapilli iactus ad imaginem violentæ prohibitionis, ne tumultus fieret, vt dicitur in leg. non eſt ſingulis. ff. de reg. iur. Nam qui his modis eſt prohibitus, tametſi ſatiſdare paratus ſit, tamen ei interim ædificare non licet: nec enim illud cautum iure vllo reperitur. Nam in edicto prætor loquitur de nuntiatione, quo in genere conceditur remiſſio: at vero cum quis à prætore, aut lapilli iactu prohibitus eſt, non conceditur remiſſio. Itaque in §. meminiſſe. leg. 5. diſtinguitur nuntiatio ab aliis duobus generibus prohibendi. Obſtat lex, ſi opus. hic, ex qua colligunt, prætoris prohibitionem eſſe nuntiationem. Sed illa lex ad rem non pertinet: non enim loquitur de prætoria prohibitione, nec ex illius legis ſententia colligi poteſt, prætorem nuntiaſſe. Ex his igitur notandum eſt, in nuntiatione noui operis ſatiſdationem ei prodeſſe cui nuntiatum eſt, in aliis duobus generibus prohibendi non prodeſſe: atque ideo fit vt non tam facile amittatur poſſeſſio iis duobus generibus prohibendi. Sed animaduertendum eſt pro interpretatione §. meminiſſe. aliam eſſe rationem nuntiandi operis, & prohibendi iactu lapilli, aut per prætorem. Nam nuntiatio operis, fit illis qui in ſuo ædificant, prohibitio autem prætoria, aut per lapilli iactum, iis qui in alieno.

[...]ntia- [...]onis o- [...]ris & [...]ohibi- [...]onis per [...]atore, [...]ut La- [...]illi ia- [...]m, quæ [...]fferen- [...]a.

Superſunt excepti quidam caſus, in quibus contemnitur noui operis nuntiatio, ſi quis iuri ſuo confidit: primo, cum Reip. intereſt vt primo quoquo tempore aliquid fiat, leg. de pupillo. §. ſi quis riuos. vbi oſtendit Vlpian. edicto prætoris cautum fuiſſe nominatim, vt hoc caſu nuntiatio ſpernatur. I.
Similia exempla ſunt in leg. 3. & vlt. de riuis. §. ſi quis riuum, & leg. 1. de cloacis. quo loco Vlpianus docet, cloacarum immunditiem minari cœlum peſtilens & ruinas: quod referendum eſt ad vrbis Romæ ſitum & figuram, quæ tot aquæ ductibus & cloacis ſubterraneis abundabat, vt penſilis diceretur, Plin. libro 36. capite 15. Vitruuius etiam ſcripſit librum de aquæductibus vrbis Romanę. vbi nota locum de omittendis nonnunquam remediis ordinariis, propter graue aliquod imminens periculum & incommodum. Simile exemplum eſt in leg. 1. §. vlt. de feriis. l. ſi quis filio. §. vbi autem. ff. de iniuſto rupto, irrito fact. teſta. ſimile in leg. ait Prætor. §. ſi debitorem. ff. quæ in fraud. cred. vnde apparet in iudiciis dominari ἐπιείκειαν, & legis benignam mitioremque interpretationem. Secundus caſus eſt, cum iuſſu Prætoris remiſſa eſt nuntiatio, cuius mentio eſt in ipſo edicto, leg. 1. §. poteſt autem. Prætor enim aditus per nuntiationem, remittit quatenus is qui petit, ius habet ædificandi, leg. 1. in princ. l. non ſolum. §. ſciendum. leg. 2. de remiſſio. quæ eodem modo intelligenda eſt, quo huius tit. 1. quamuis Accurſius aliter atque alii interpretentur. Aliter non remittitur, id eſt, ſimpliciter, in cauſa cognita: quo caſu vocandus is erit qui nuntiauit. At vero cum remittitur nuntiatio, ſub conditione fit, ſi ius ædificandi habeas ſine cauſæ cognitione, remiſſio datur à Prætore. II
Vnde quæritur, an remiſſio per procuratorem fieri poſſit, l. 5. §. qui remiſſionem. Ita, ſed cautio de opere demoliendo exigitur, non autem de rato: quia qui nuntiat, actor eſt: qui vero ædificat, defenſor. Alia quæſtio de hac remiſſione, ſi procurator nuntiarit, an remiſſio in perſonam domini conferatur, l. 13. hic. vbi locus communis eſt de procuratore, cui ſimilis eſt in l. ſi procurator. Qui nuntiat per procuratorem, adeſſe poteſt apud Prætorem. Tertius caſus III
eſt, cum is cui nuntiatum eſt ſatiſdate mauult, quam Prætorem adire: tum enim impune poteſt ædificare. leg. 1. Prætor ait. leg. 1. §. ſi quis paratus. Quamuis autem ſatiſdationem dicamus requiri, leg. 1. ff. qui ſatiſd. cog. tamen ſola cautio & repromiſſio ſatis ſufficit. l. non ſolum. §. ſi cum poſſem. vt cum ob publicam cauſam opus nuntiatur. Præterea de hac ſatiſdatione propoſitum eſt interdictum à Prætore, leg. Prætor. §. deinde. quod Vlpian. interpretatur in l. ſequen. vbi locus eſt communis de ædificiis, qualis eſt in leg. vlt. ff. ne quid in loco publ. & l. ſingularium. C. de ædif. priuat. Quomodo autem in nuntiatione noui operis committatur ſtipulatio, docet Vlp. in l. ſtipulatio. §. habet. & ſeq. vbi copioſa eſt diſputatio de vſu & effectu huius ſtipulationis, cuius meminit Vlp. in l. iudicatum ſolui. ff. eo. Doli autem mali clauſula eiuſmodi fuit, Dolus malus ab hac re abeſto. Hæc de ſatiſdatione notanda diligenterque obſeruanda. Eius commoditas multum eſt diminuta conſtitutione Iuſtin. leg. vnica. C. de noui oper. nunt. Vult enim non aliter admitti hanc ſtipulationem Iuſtinia. quam ſi poſt tres menſes is qui nuntiauit non docuerit de ſuo intereſſe: vult tres menſes expectari. Cui ſimilis eſt Gregorii conſtitut. de noui oper. nunt. in Decret. Quartus IV.
caſus eſt, quo contemni poſſit nuntiatio, ſi poſt nuntiationem noui operis, nuntiator deceſſerit re integra, aut ſi rem cuius cauſa nuntiauit, alienauit, vt dicitur in leg. non ſolum. §. morte. Nam ſic per obligationes ad hæredes tranſeunt quæ ſunt iuris, leg. veteris. Co. de contrah. vel commit. ſtipul. non autem idem ius eſt in obligationibus quæ ſunt facti, qualis eſt hæc: itaque non tranſit ad hæredem, l. ſi convenerit, §. vlt. ſol. mat. Sed ſi quis & ſibi & ſuis prodeſſe voluerit, nuntiare pro ſe & hæredibus ſuis debet, arg. l. diem proferre. §. 1. ff. de recept. arbit. nam ſi in perſonalibus facta hæredum mentio prodeſt hæredibus, cur non in nuntiatione? At ſi hoc verum eſt, morte eius qui nuntiat extingui nuntiationem, cur in leg. Prætor. §. hoc interdictum. dicitur, hoc interdictum dari hæredi? Quia hoc intelligendum eſt, ſi poſt nuntiationem non deſiit is cui nuntiatum, ædificare ſine remiſſione, aut ſatiſdatione. tum enim actio quæ deceſſori quæſita erat ex iſta noua ædificatione antequam moreretur, tranſit ad hæredes, l. veteris. C. de cont. vel commit. ſtip. Sed ſi is qui nuntiauit, re integra deceſſerit, priuſquam is cui nuntiatum erat ædificaret, eius morte finitur nuntiatio. nec ſi poſt mortem eius is cui nuntiatum eſt ædificare cœperit, interdictum dabitur eius hæredibus: alienatione quoque rei cuius nomine nuntiatio facta fuerat perit & nuntiatio. Sed ſi is cui nuntiatio eſt facta periit, quid fiet? l. non ſolum. §. morte. tenebitur fundi poſſeſſor, & tranſit ad hæredem, l. pen. & vlt. hic. quia non in perſonam ſed in rem fit nuntiatio, leg. operis. hic. ſed hoc intereſt, quod is qui ædificauit tenetur ad demoliendum, hæres autem tantum debet præſtare patientiam: non enim ſuccedit in pœna: quod notandum eſt. Datur & interdictum in quemlibet ſucceſſorem etiam ab inteſtato, vt in emptorem, l. vlt. hic. Alius caſus eſt, ſi poſt nuntiationem conue- V
nerit vt opus facere liceat, l. 1. §. inde quæritur. vbi reſpondet Iureconſultus obiectioni. Dixerit enim aliquis, pactiones contra Prætoris edictum factas, ſeruandas non eſſe. At reſpondet nihil fieri contra prætoris edictum, valereque pactionem ſi ad rem priuatam pertineat, non ad publicam. ſic enim intelligenda ſunt verba leg. huius. & l. iuriſgentium. §. Prætor ait. & l. paciſci. l. de pactis. Iudex enim pacta conuenta ſeruare debet, vbi conuenit inter litigantes. Sextus caſus VI
eſt, cum minor reſtituitur aduerſus hoc edictum. Certum enim, aduerſus minores hanc nuntiationem locum habere, l. 1. §. aduerſus. l. cuilibet. hic. Sed quæritur, an minor qui contempſit nuntiationem, reſtituatur? Hoc eſt controuerſum, & videtur pleriſque nuntiationi locum non eſſe, quia de

delicto agitur. Delinquit enim qui contempta Prætoris nunciatione ædificat: at in delictis minoribus non ſuccurritur, l. auxilium. de minor. Præterea dicunt eccleſiam non reſtitui aduerſus hoc interdictum, quo agitur ad deſtructionem operis facti: ſed nulla habetur ratio Eccleſiæ, multo minus minoris. Præterea habetur ætatis ratio, & reſtituuntur cum de rei proprietate agitur. At hæc cauſa eſt poſſeſſoria: interdicta enim ſunt poſſeſſoria, nec præiudicium fit proprietati: itaque non videri habendam ætatis rationem. Quæ ſententia veriſimilis eſt, niſi forte magna aliqua cauſa Prætorem moueat, vt reſtitutionem concedat: quo modo conciliari poterunt contrariæ ſententiæ: nam reſtitutio in integrum pendet fere ex arbitrio Prætoris. Vt ſi fundus, de quo agitur, & in quem facta eſt noui operis nuntiatio, ſit eiuſmi noris, qui contempſit nuntiationem: & ſupplex dicat ſe facile obtenturum in iudicio proprietatis, ſi oſtendat ſe propter ætatis imbecillitatem negligentem fuiſſe in petenda remiſſione, aut ſatiſdatione: oſtendat ſumptibus magnis ædificium eſſe conſtructum, quod ſine magno incommodo ſarciri non poſſit. Hæc omnia ſimul iuncta poterunt Prætorem mouere ad concedendam remiſſionem. nam iure ciuili minor, ſi quid omiſit, reſtituitur, leg. minor. ſimiliter cum Prætorem adire neglexerit, reſtitui poterit. Ex iam dictis naſcuntur quæſtiones, an vno ex pluribus ædificante, poſt nuntiationem cæteri teneantur. Reſpondet Vlpian. in l. de pupillo. §. ſi plurium. & ait, factum vnius non nocere cæteris: is qui fecit tenetur in ſolidum, l. ædibus. quia diſtributio operis eſt indiuidua, l. ſtipulatio. §. quæſitum. leg. 2. ff. de Prætor. ſtipul. Præterea eſt dicendum, nuntiationem ab vno factam, ad cæteros non porrigi, vt dicitur in l. 5. §. ſi plurium. ſolus enim qui nuntiauit proſequetur executionem, ſed eius victoria aliis etiam proderit: quia operis deſtructio eſt indiuidua, l. loci. §. ſi fundus. ſi ſeruit. vindic. in leg. ſi priuſquã. quæſtio eſt ad operis noui nuntiationem pertinens, ſi is qui ædificaturus eſt videat futurum ſibi vt nuntietur, quomodo ſibi proſpicere poſſit, nempe ſi aduerſarius cauerit id, neque nouum opus nuntiaturum.

Altera quæſtio eſt, cum quis in meo ædificat, an ego manu & vi illud prohibere poſſim: nam fruſtra videretur receptum eſſe, licere propria authoritate deſtruere & euertere, cum quid non ſolum in meo ſit, ſed & à me poſſidetur, leg. 3. §. eum qui. ff. de vi & vi arma. licet enim vim vi repellere retinendæ poſſeſſionis cauſa. Nuntiatio autem prodeſt iis qui non poſſunt vim vi repellere: at qui fortior eſt, euertere poteſt, vt ſi quid in meas ædes immittatur, ſi quid pendeat quod nocere poſſit. Cuius rei exemplum eſt in leg. quemadmodum. ad l. Aquil. alius eſt locus in l. ſed etſi me. ff. de ſeru. vrba. præd. alius locus in l. ſi vitem. §. ſi ad ianuam. ff. quod vi aut clam. l. 1. C. ne liceat ſine iud. l. quamuis. de acquir. rer. domi. quod intelligendum eſt cum exceptione, quæ eſt in l. foſſa. Sed hoc fauore religionis eſt introductum.

EIVSDEM IN EVNDEM TITVLVM DE OPERIS NOVI nuntiatione, Prælectiones.

AD L. PRIMAM, *PRAELECTIO I.*

SVSCEPI interpretandum hunc tractatum propter vtilitatem & obſcuritatem, quæ cum ſingulari vtilitate eſt coniuncta: & ſtatui ſingula capita interpretari, &c. Inſcribitur, De operis noui nuntiatione, id eſt, de nuntiatione ne nouum opus fiat. Nouum opus eſt quod Iuſtinianus vocat καινοτομίαν, Nouel. 63. Id explicat Vlpianus in l. 1. §. opus nouum. Quæ ſit vis huius nuntiationis docet Vlpian. in leg. 1. in princ. Hoc edicto, &c. In horum verborum interpretatione mira fuit Accurſii cæcitas & inconſtantia, Vel dic ſexies. Ego quid ſentio de ſenſu horum verborum ſcripſi lib. 1. diſput. c. 16. Oſtendit primum Vlpian. hanc eſſe vim nuntiationis vt factum poſt eam reſtituatur, ſiue quis habuerit ius ædificandi, ſiue non habuerit. Deinde oſtendit ſi Prætor aditus remiſerit nuntiationem catenus remiſſionem valere, quatenus is cui nuntiatum eſt ius ædificandi habuerit. Et ait Vlpian. id promitti hoc edicto. Sed quo edicto quæſo Accurſ. ait Vlpian. prophetiſare, qui ponit expoſitionem edicti ante edictum ipſum? Ait Accurſ. edictum hoc eſſe in l. Prætor ait. 20. infrà eod. Sed in leg. Prætor. formula eſt interdicti, non edictum aliquod. Et Vlpian. ipſe vocat interdictum, & diſtinguit ab edicto. Multum differt edictum quo promittitur actio, à formula actionis ſiue interdicti, quæ datur ex edicto, & ſecundum edictum. Edicta proponuntur de ſingulis actionibus & iudiciis, l. 2. §. eodem tempore, de orig. iur. Et ita concipiuntur quaſi promittatur: Iudicium dabo, actionem dabo, interdictum dabo. Vnde Vlpianus hoc edicto, inquit, *Promittitur*. Sic enim legitur in Pand. Floren. & aliis codicibus emendatis. Alii legunt *Permittitur*. Sed mendoſa eſt lectio. poſt edicta propoſita concipiuntur formulæ actionum ſingulis edictis accommodatæ. Ea formula ita concipitur quaſi Prætor iubeat vel iudici, vel litigatoribus quid facere debeant, condemnes, reſtituas. Exemplum vtriuſque: Edictum proponitur à Prætore hoc modo: *Si quis eum qui poſſidet non vi, non clam, &c. impediat poſſidere, interdictum dabo.* Hoc edicto promittit Prætor ſe daturum actionem ſiue interdictum. Deinde cum oritur controuerſia inter duos de poſſeſſione, dat formulam accommodatam edicto ſuo: *Vti poſſidetis eas ædes, &c.* Docet Theophil. Inſtitut. de interdict. in princ. Hæ formulæ tam edictorum quam actionum ſiue interdictorum reperiuntur hodie in libris Iureconſultorum quos interpretamur. Sed diſtingui debent edicta ab interdictis. Igitur in l. Prætor ait. interdictum eſt non edictum. Sed accommodatum eſt edicto, vt cætera interdicta & actiones. Præterea contra Accurſ. conſideranda eſt inſcriptio horum capitum. Primum caput eſt ex lib. 52. ad edictum. l. Prætor. ex lib. 71. vbi de interdictis tractatur. Ergo hæc verba non poſſunt eo referri. Vates igitur fuit Accurſ. non interpres, & vanus quidem vates, qui Vlpian. dixit prophetiſare & reſpicere ad edictum quod poſtea ſequitur, &c. Ex ea tamen formula interdicti poteſt colligi conceptio edicti. Nam actiones & interdicta concipiuntur ex edictis ipſis, vt iam dixi. Potuit ita concipi edictum, Si poſt nuntiationem factum ſit, &c. interdictum dabo vt reſtituatur. Hoc edictum interpretatur Vlp. in hoc initio. Ex quo duo colligenda ſunt. Primum eſt poſt nuntiationem ſi quid factum fuerit, id reſtituendum eſſe, ſiue iure, ſiue iniuria factum ſit. Magna eſt igitur vis, aut mira potius huius nuntiationis. Mirum eſt ſola nuntiatione hominis priuati impediri ædificationem, vxoris alicuius forte neceſſarii tum publice, tum priuatim. Tantumne poteſt hominis priuati inhibitio? Nam ne magiſtratui quidem id videretur permittendum ſine cauſæ cognitione. Videbant veteres non poſſe aliter homines contineri in otio & quiete. Vix poteſt à vi abſtinere is, qui videt alium ædificantem in fundo ſuo. Graue eſt etiam ædificare volentem in ſuo impediri. Verum in re dubia vtilius viſum eſt ita conſuli vtrique, vt interim in eodem ſtatu res maneat. Hæc igitur nuntiatio ſimilis eſt quadantenus appellationi, quæ etiam interponitur ab homine priuato. Interpoſita appellatione nihil innouari oportet, l. 1. nihil nou. appel. pend. Et ſi quid innouatum, aut (vulgo loquimur) attentatum ſit, id reſtitui debet ſiue iure ſiue iniuria, dicta leg. 1. c. non ſolum. de appel. in 6. datur igitur interdictum reſtitutorium aduerſus eum, qui ſpreta nuntiatione ædificauit, leg. Prætor. in princ. & §. ait Prætor. In quo interdicto non quæritur an ius ædificandi habuerit. Cauſa huius ſeueritatis & rigoris eſt contempta Prætoris auctoritas, dicta leg. Prætor ait. §. 1. Nam etſi homo priuatus ſit qui nuntiat, tamen quaſi auctore Prætore nuntiat. Quia nuntiat ſecutus edictum Prætoris. Adde interdum licere alicui quod factum eſt deſtruere, vt nulla ſit neceſſaria nuntiatio. Exempla ſunt in leg. quemadmodum. ſupra ad legem Aquil. leg. ſed ſi inter. infrà de ſeruit. vrb. l. ſi vitem. §. ad ianuam. infrà quod vi aut clam. Sed qua ex cauſa id permiſſum ſit poſtea dicemus, is cui nuntiatum eſt, adit Prætorem, oſtendit ſibi iure nuntiatum non eſſe: petit ſibi remitti, &c. leg. 5. §. is cui. hoc remedio temperatur rigor & ſeueritas nuntiationis. Prætor remittit non ſimpliciter, ſed cum exceptione, quatenus ius ædificandi habuerit. Nam apud Prætorem de iure litigatorum non diſceptatur: per-

Nouum opus quid.

Vates vanus dicitur Accur.

Edicti interpretatio.

tur: permittitur ei ædificare periculo ſuo, *a ſes perils & fortunes.* Et hoc ſatis expreſſum eſt formula interdicti, leg. Prætor ait. in princip. Idem dicitur in leg. non ſolum. 8. §. ſciendum. Sed clarius & luculentius in l. 1. de remiſſionibus. infra. Quæ lex coniungenda eſt cum l. Prætor. Inſcriptio vtriuſque eſt, lib. 71. ad edict. Quædam alia hic annotantur ab aliis, & prolixe diſputantur, quæ nos conſulto omittimus. Huius generis eſt diſputatio de pronomine demonſtratiuo. De particula eatenus & quatenus: de qua hic mira ſcribunt Accurſ. & Accurſiani. Pari acumine diſſerunt de natura genitiui ad titu. ipſum. Voluerunt credo oſtendere ſe non minus ſubtiliter de grammatica quam de iure diſſerere. Inſpicite ſi lubet, ſcripta Alexand. Iaſon. Ruini, Croti, Alciati, & aliorum: tandem fatebimini non eſſe magiſtrum in artibus adeo acutum, ne in ipſo quidem collegio Montis acuti, quam iſti ſunt diſputando de genitiuo caſu. Sed omiſſis nugis iam ſeria tractemus.

Ad §. *Hoc autem.* Verba edicti ſignificant, id pertinere ad futura opera, vt facile colligitur ex formula interdicti, quæ ſubſecuta eſt edictum. Nuntiatur ne quid fiat. Si ante nuntiationem aliquid factum ſit nõ reſtituitur, niſi vi aut clam factũ ſit, interdicto quod vi aut clam: aut niſi loco ſacro, &c. Proprij ſunt tit. de his interdictis. Mendoſa eſt lectio Norica in his verbis, quod vi aut clam, quod olim factum. Florentina rectior, quod vi aut clam factum erit. Ex hac vitioſa lectione arripuerunt occaſionem noſtri ſophiſtæ & grammatiſtæ garriendi de dictione, olim, non minus inepte, nec minus inſulſe quam de cæteris dictionibus, de quibus dixi ſupra. Differunt igitur hæc duo interdicta de oper. noui nuntiat. & quod vi aut clam, quamuis multa habeant communia. Si quid factum ſit poſt nuntiationem, vtrunque interdictum competit, l. ſi alius. §. ait Iulianus. infra quod vi aut clam. Nec refert iure an iniuria, &c. l. 1. eod. titu. Interdictum quod vi, competit poſt ſimplicem prohibitionem, l. 1. §. quid ſit. infra quod vi aut clam. Imo etiam ſine prohibitione vlla, ſi clam, &c. in hoc interdicto requiritur ſolennis nuntiatio in ipſo opere, l. de pupillo. §. nuntiatiouem. infra eod.

PRÆLECTIO II.

Diximus ſupra interdictum de no. oper. nuntiat. ad futura opera pertinere, &c. Oſtendimus quatenus concurrat cum eo interdictum quod vi aut clam. Apud Accurſ. citatur in hanc rem l. Prætor. §. nonnulli. infra, in qua ſic ſcribitur in Pandect. Florent. *In factum eſſe dandam, quam interdictum.* Sed alias oſtendi eum locũ omnino impertinere. Nam ſequor lectionem Florent. Nonnulli putant legendum, *Tam in factum eſſe dandam, &c.* Quorum verborum ſenſus eſt, Labeo putauit dandam eſſe actionem in hæredem, quatenus, &c. ſed in factum potius actio danda eſt quam interdictum. l. potius quam interdictum. Exempla vide apud Anto. lib. 4. emend. cap. 8. Actio in factum datur plerunque deficiente alia actione, l. quia. l. quoties. de præſcrip. verb. Hic reperitur antinomia ex l. 5. §. ſi quis ipſi Prætori. infra eod. quod retro ædificatum erit deſtruetur, &c. Teſtatio præcedens facit vt ædificatum ante nuntiationem reſtituatur. nuntiatio ſequens retrotrahitur ad tempus proteſtationis. Sed de hac re alibi plenius. Notandus eſt locus de interdicto, ne quid in loco ſacr. Tit. eſt proprius infra, ne quid in loc. ſac. Vlp. ibi oſtendit prohibitorium eſſe, l. 1. ne q. in loc. ſacr. fiat. Alibi tamen Vlpia. ait etiam reſtitutorium eſſe, l. 2. §. locorum. ne q. in loco. pub. In loco ſacro non ſolum facere vetamur, ſed & factum reſtituere iubemur: hoc propter religionem. Similis locus eſt Pauli in l. 2. de interd. ne quid in loco ſacro fiat, vel quod factum eſt reſtituatur. Sed in hac reſtitutione non quæritur an nunciatum ſit, ſicut in hoc interdicto. vt hic Vlpia. oſtendit. Interdictum quoque de flumine publico reſtitutorium eſt, hoc autem extat deſcriptum, ſed mendoſe. l. 1. §. deinde. de fluminibus. Ita reſtitui aliquando: *Quod in flumine publico ripave eius factum, ſiue quid in id flumen ripamve eius immiſſum habes, quo ſtatio iterve nauigio deterius ſit, fiat, reſtituas.* Scripſi lib. 2. diſp. c. 15. Eſt & aliud interdictum huic ſimile in l. 1. §. penult. ne quis in flumi. pub. Alia quædam ſunt interdicta de fluminibus, ſed prohibitoria. Hoc reſtitutorium eſt, de quo Vlpianus noſter hic loquitur. Videte tit. de fluminibus & ſequent.

Ad §. *nuntiatio.* Docet Vlpia. quid ſit nuntiare, & quomodo nuntiatio fiat. Et ait non eſſe neceſſariam Prætoris aditionem. Qua tamen de re probabilis fuit dubitatio: quia non videtur conuenire homini priuato aliquid prohibere alteri, atque ita ius ſibi quodammodo dicere. l. extat. ſupra de eo quod met. cauſ. Sed hoc receptum eſt vtilitatis cauſa, quia aliter non poteſt conſuli nuntianti. Sed hoc ideo receptum eſt, quia Prætoris authoritate factum intelligitur, propter eius edictum. Simile eſt in l. quæ ſub conditione. §. vlt. ſupra de cond. inſtit. De iureiurando remittendo non eſt neceſſe adire Prætorem. Semel enim in perpetuum à Prætore remiſſum eſt, nec per ſingula remittendum. Sic ſemel permiſſum eſt à Prætore edicto ſuo nuntiare, &c. huc pertinet quod dicitur in l. 5. §. meminiſſe. vbi diſtinguitur prohibitio Prætoris à nuntiatione, quamuis nuntiatio vulgo dici ſoleat. Sed hoc accuratius & fuſius ad §. meminiſſe. Oppo. l. 5. §. qui opus. vbi iuſiurandum auctore Prætore defertur, cum nuntiatur nouum opus: ergo Prætor interuenit. Sed non negamus adire poſſe: hoc tantum dicimus, neceſſarium id non eſſe: deinde poſt nuntiationem aditur Prætor, hac l. 1. §. & poſt operis. Is cui nuntiatum eſt, adit Prætorem, vt eo auctore iuretur. Prætore auctore dirimuntur controuerſiæ, quæ oriuntur inter nuntiantem & eum cui fit nuntiatio. Et eſt ſimile exemplum in l. non ſolum. §. ſed vt probari. In ipſa autem nuntiatione neceſſe non eſt interuenire Prætorem. Quinimo videtur nunquam opus eſſe Prætoris auctoritate in hac re: tantum abeſt vt neceſſe id ſit in nuntiatione. Nam licet mihi quod in meo factum eſt deſtruere. Idque probatur variis locis iuris ciuilis, de quibus aliquid attigi ſupra. Vnus eſt in l. quemadmodum. ſupr. ad leg. Aquil. Aquæductus per domum traiectus interciditur proprio iure. Seuerus enim reſcripſit iure ſuo poſſe eum intercidere. Alius locus in l. ſed ſi inter. ſupr. de ſeruit. vrb. prædio. Immiſſum in ædes meas poſſum perdere †. Alius locus in l. ſi vitem. §. ſi ad ianuam. infr. quod vi aut clam. Tabulas mihi refigere licet quæ ad ianuam meam fixæ ſunt. De hoc more tabularum affigendarum ſcripſi lib. 2. diſp. c. 40. Alius locus in l. 1. C. vt nemi. lice. ſine iud. auctor. ſigna reb. imprimere. vbi dicitur ea ſigna licere detrahere. &c. Alius locus in l. quamuis. 50. infr. de acq. rer. domi. Alius in l. ſi in area. ſupra de condic. indeb. vbi licet mihi occupare ædificium quod in area mea poſitum eſt. Qui in litore publico vel mari ædificat, manu & vi prohiberi poteſt. Decretum, inquit, Prætoris adhibendum eſt, imo etiam manu prohibendus eſt, ſi cum incommodo cæterorum id faciat. His locis admonemur licere nobis ſine Prætore aut magiſtratu deſtruere, &c. Et vulgo receptum eſt, hoc locum habere cum quis ædificat in ſolo meo, & à me poſſeſſo. Nam ſi non poſſideam, quamuis ſim dominus, neceſſaria eſt nuntiatio, &c. Licet enim poſſeſſionem ſuam vnicuique defendere, leg. 3. §. cum igitur. de vi arma. Verum hæc opinio, quæ vulgo recepta eſt, non caret ſcrupulo: & videntur iuris auctores ad dominum reſpicere, etiamſi quis poſſeſſor non ſit, in l. ſed ſi inter. Si in ædes meas proprias immiſſum ſit. In leg. quemadmodum. Per cuius domum traiectus erat aquæductus. Et paulo poſt, Intereſt enim quod hic in ſuo protexit, ille in alieno fecit. Docet quid interſit inter protectum & aquæductum. in l. ſi vitem. §. ſi ad ianuam meam. in leg. ſi in area. ædificium in area ſua ab alio poſitum dominus occupat. In his omnibus locis verba referuntur ad dominum non ad poſſeſſorem, nec vlla mentio eſt poſſeſſionis. Itaque recte dicemus, & ex ſententia veterum, ſi quis aliquid fecerit in meo ſolo, id me poſſe iure meo deſtruere. Nec ideo inutile iudicandum eſt nuntiationis remedium: ſi quis forte non auſit vel non poſſit demoliri. Et ponderandum eſt quod dicitur in leg. ſed ſi inter. Tecum mihi agere licet, aut rem perdere, quia conceſſa electione horum remediorum plenius nobis conſulitur. Verum tamen eſt & poſſeſſionis quoque rationem aliquam habendam eſſe. Nam is qui poſſidet deſtruere poteſt, licet dominus non ſit, l. 1. & 2. Cod. vt nemi. lice. ſine iud. aucto. ſigna rebus impri. alienis. Rebus apud te conſtitutis. l. 1. Rebus quas alius detinet, l. 2. defenſio eſt permiſſa, &c. d. l. 3. §. cum igitur, &c. Eadem ratione ductus exiſtimo, ſi quis ædificauerit in ſolo à ſe poſſeſſo, non licere ne domino

† Id eſt, deſtruere.

quidem id diruere: quia deiiceret dominus poſſeſſorem de poſſeſſione, & iuſta eſſet aduerſus eum defenſio, d.l.3.§. eum igitur. de vi & vi arma. Dominus tamen expellit emphyteutam, quia poſſidet ciuiliter, l.2.Cod. de iure emphyteut.l.male agitur.Cod. de præſcrip.30. anno. Excipitur caſus in l.oſſa. ſupra de religio. Non licet domino loci eruere vel effodere oſſa ab alio illata, vel corpus ſine decreto pontificum, ſeu iuſſu principis. Religio eſt, ne corpus iuſtæ ſepulturæ traditum, id eſt, terra conditum inquietetur.l.diui.eo.tit. Alia exceptio eſt in l.1.Cod.de interd. Si radices egerit arbor quæ fundamentis domus meæ noceant, neceſſaria eſt magiſtratus auctoritas, nec mihi licet exſcindere. Non enim quicquam poſitum eſt in meo, ſed radices naturaliter excreuerunt. Nam etſi arbor pendeat in meum, &c. experiendum eſt interdicto.l.1.infra, de arbo. cæden. Saltem ſi vis mihi afferatur excidere volenti. Et ſane multum refert an quid ponatur in meo ſolo, an vero ita ponatur vt impendeat in meum, d.l. quemadmodum. ſupra ad leg. Aquil. Ex iam dictis exiſtunt multæ & variæ quæſtiones. Sed in his digreſſionibus modus eſt ſeruandus, ne omnia docendo, nihil doceamus.

Sequitur, *Nuntiationem & noſtro & alieno nomine facere poſſumus.* Hoc videtur intelligendum de procuratore, non de eo qui ſine mandato nunciat. Id colligitur ex aliis locis huius tit.l.5.§.qui procuratorio.l.cum procurator.13. Oppo.l. prohibere. infra quod vi aut clam. Seruus mercenarius prohibet & denuntiat. Reſpondeo diſſimilia hæc interdicta eſſe, vt iam ſupra admonui. Hæc nuntiatio maioris momenti eſt quam illa prohibitio. Hac nuntiatione acquiritur noua actio nuntianti, quam alias non haberet. Vbi prohibitio facit, vt vi factum dicatur, quod alias clam factum eſſet. Interdictum illud non minus competit ob clam factum, quam ob vi factum. Hæc eſt vera ratio diuerſitatis, quæ colligitur ex verbis ipſius l. prohibere. infra quod vi aut clam. Nec ratio eſt aliunde ſcrupuloſius inquirenda, vt fit à quibuſdam, ne videantur parum acuti & ſubtiles eſſe. Obſeruatur hic locus communis de iis quæ geruntur nomine alieno. Sed nullus ſeruatur modus in hac diſputatione.

Obſeruatio loci communis.

In verba, Item nuntiatio.

PRÆLECTIO III.

COEpit docere Vlpian. quomodo fiat nuntiatio: nunc addit poſſe fieri omnibus diebus. Nam de feriatis diebus poterat dubitari, quibus ceſſant lites iudiciariæ, l.1. ſupra de feriis. Sed iam dictum fuit hanc nuntiationem fieri ſine aditione prætoris. Itaque extra ius fit, non in iure, &c. Et ſi adeundus eſſet prætor, tamen poſſet adiri feriatis diebus: quia de plano id petitur, non pro tribunali, cum cauſæ cognitionem id non requirat. arg.l.2. ſupra quis ordo in bono. poſſ. ſerue. Bonorum poſſeſſio quæ de plano petitur, quocunque die petitur: quæ cauſæ cognitionem deſiderat, pro tribunali non poteſt peti, niſi diebus ſeſſionum. Similis locus in l.miles.§.ſexaginta.de adulte. In ſexaginta diebus numerantur dies feriati, quoniam de plano libellus dari poteſt. Quid ſi feriæ ſint inſtitutæ ob cultum diuinum, veluti dies dominicus & alij huiuſmodi dies feſti? Nam his diebus lites ceſſare debent, l. vlt. C.de feriis. Nihil valet quod actum eſt, etſi cōſenſerint litigātes, c.vlt.de feriis, in decret. Variæ hic ſunt opiniones: verum magis aſſentior iis qui putant nuntiationem iis diebus permittendam eſſe propter vtilitatem: quia periculum eſt ne alias ad manus & arma veniatur. Nam his feriis aguntur ea quæ differri ſine magno incommodo non poſſunt, l.3. Cod.de feriis. quæ celeritatem deſiderant, cap. vlt. de feriis, in decret. niſi neceſſitas vrgeat vel vtilitas ſuadeat. Exemplum eſt in cap. licet. eodem titulo. vbi permittitur haleces piſcari, quia piſcatio differri non poteſt. Hinc Scæuola interrogatus aliquando, quid feriis agi liceret: reſpondit, quod prætermiſſum noceret. Refert Macrob. lib.1.Saturnal.cap.16. Hæc de feriis dicta à nobis videntur ſufficere ad id quod inſtituimus. Alij quæſtiones multas tractant de his feriis, ſed extra rem, quia non eſt nunc locus de his diſſerendi. Sed mos hic eſt vulgarium interpretum, vt omnia in omni loco dicere ſtudeant. Dicunt non quod dici debet, ſed quod dici poteſt, quacunque arrepta occaſione. Quod eſt maxime vitioſum in interpretando iure ciuili.

Diebus feriatis quænam poſſint expediri.

Ad §. *Et aduerſus abſentes.* Quod ſequitur pertinet & ad rationem nuntiationis faciendæ, &c. aduerſus abſentes, & ignorantes, &c. Quod tamen videtur durum atque adeo iniquum eſſe prima facie. Nam hoc edictum pœnam continet, quam ſubire abſentem & ignorantem graue eſt.l.vltim. de decret.ab ordi.facien. Hic eſt nodus ſub difficilis, cuius diſſoluendi cauſa interpretes multa comminiſcuntur. Animaduertendum eſt quod dicitur in l. operis. 10. hoc tit. hanc nuntiationem fieri in rem, Nuntio ne quid operis hic fiat: non ita, Ne quid facias. Formula interdicti hoc oſtendit.l. prætor. 20. Ergo nihil refert cui nuntietur, &c. vt dicitur l.5.§. nuntiari. Modo poſſit domino nuntiari. Idem in d.l. operis.10.& ſeq. infanti & furioſo. Non eſt ergo mirum quod de abſente & ignorante hic dicitur. Sufficit nuntiatum eſſe iis qui poſſunt renuntiare. Nec refert, an renuntiauerint domino, d.l.5.§. nuntiationem. & is de ſe conqueratur qui fabros aut miniſtros negligentes adhibuit. Ideo volunt Iureconſul. in ipſo opere nuntiari, ne alias ignorantia noceat, d.§.nuntiationem.& ſeq. Itaque nocet ignoranti domino, ſi recte facta fuerit nuntiatio. Et hoc eſt expreſſum conſtitutione pontificia, c.2. de oper. noui nuntia. Quæritur apud Accurſ. an minor poſſit reſtitui, ſi forte ædificauerit ſpreta nuntiatione, ſi minor interdicto reſtitutorio conueniatur? Accurſ. ait non reſtitui, quia reſtitutio ei noceret magis quam prodeſſet. Nam ſi res reponatur in eum ſtatum in quo erat tempore nuntiationis, diruetur ædificium: quod non expediet minori, qui forte ius ædificandi habet. Sed tamen poteſt ita peti reſtitutio vt non poſſit ei nocere, verbi gratia: Si petat ſe reſtitui aduerſus negligentiam, quia neglexit adire prætorem & petere remiſſionem, aut ſatiſdare. Nam minor aduerſus negligentiam ſuam reſtituitur. l. minor. 37. de minor. Non petit reſtitui opus factum, vt Accurſ. & quidam alij ſomniant. Hæc ergo ratio Accurſiana nullius eſt apud me ponderis. Alij aliis argumentis reſtitui non debere contendunt. Vnum eſt quia in delictis minor non reſtituitur, l.ſi ex cauſa.§. nunc videndum. de minorib. l. auxilium.eod.titu. At delictum eſt contemnere prætoris auctoritatem. Item eccleſiæ non ſuccurritur quæ maxime fauorabilis eſt. c. 2.de noui oper.nunt. Ergo nec minori. Præterea in hoc interdicto quæritur de poſſeſſione & reſtitutione eiuſdem. Ergo non poteſt referri quæſtio de proprietate. Omnes huiuſmodi exceptiones differri debent in iudicium petitorium, l.ſi quis ad ſe fundum. Cod. ad leg.Iul. de vi publ. Minor petit reſtitutionem hoc colore quod habeat ius ædificandi, &c. His argumentis redditur hæc opinio probabilis. Quam & ego probo, niſi quatenus magna aliqua & grauis cauſa prætorem mouerit: quo caſu poterit minor in integrum reſtitui. Reſtitutio in integrum fere pendet ex arbitrio prætoris, l. 1. de minor. Vti quæque res erit animaduertam. Sit hæc hypotheſis: Minor contendit ſe habere ius ædificandi. Item ſe negligentem fuiſſe in petenda remiſſione, aut præſtanda ſatiſdatione. Ædificaſſe ſe poſt nuntiationem errore aliquo magis quam dolo: quia putabat id ſibi permiſſum eſſe propter dominum ſuum, &c. Opus factum eſſe magno ſumptu, nec poſſe dirui ſine graui incommodo. Circumſtantiæ hæ mouere debent prætorem, qui æquum & bonum ſequitur in reſtitutione, &c.

Ad §. *In operis.* Magnus eſt effectus nuntiationis, vt iam oſtendimus ſupra, quia ſiue iure ſiue iniuria, &c. Verum ea nuntiatio aliquod incommodum affert nuntianti, quia poſſeſſionem amittit, eamque transfert in aduerſarium. Quod videtur durum & inciuile, cum nuntiatio fiat iuris noſtri conſeruandi gratia. §. nuntiatio. infra l.5.§. ſed etſi in ædes. Ergo non ex ea ſequitur iuris amiſſio & priuatio. arg.l. quod fauore. C.de legib. Eſt autem graue poſſeſſionem amittere, §.commodum. Inſtit. de interdict. Sed hoc aperte expreſſum hic eſt, item in l.5.§. meminiſſe. Alibi dicitur poſſeſſorem conſtitui hoc ipſo quod ſatiſdedit, l. ſi alius.§. ait Iulianus. quod vi aut clam. Vulgus interpretum varias comminiſcitur rationes. Probo ſententiam eorum, qui putant in eum poſſeſſionem transferri, quia ſatiſdanti permittitur ædificare, aut ei qui à prætore petit remiſſionem, lege, prætor.

tor. infra eod. Qui ſcit eum cui nuntiatur poſſe ædificare ſatiſdando vel adeundo prætorem, non videtur habere animum poſſidenti, niſi aliud appareat. Poſſeſſio amittitur animo, l. 3. §. in amittenda. infra de acquir. poſſeſ. Cur non idem in lapilli iactu & prætoria prohibitione? Quia non permittit ædificare ſatiſdanti aut remiſſionem petenti. Nullo iure id cautum reperitur. Prætor loquitur in edicto de nuntiatione, l. 1. in ff. at nuntiatio ab aliis duobus diſtinguitur, dict. §. meminiſſe. Sed de his plenius diſſeremus ad §. meminiſſe. vbi etiam tractabitur illa quæſtio hic agitata: An poſt nuntiationem liceat propria auctoritate opus deſtruere.

In verbis, *Sed & ſiu.* Interpretatur Vlpia. quod ante dictum fuit, ſiue iure, ſiue iniuria. In interdicto hoc non quæritur an ius habuerit ædificandi, &c. Quid ergo ſi is cui nuntiatum eſt velit experiri confeſſoria actione ius ſibi eſſe, Ita ædificatum habere? Contendit ſe habere ius ædificandi ob ſeruitutem conſtitutam. Quo caſu agitur confeſſoria, §. æque, Inſtit. de actio. l. 2. ſupra ſi ſeruit. vind. Sic vnus experiri vult interdicto, alter ex aduerſo actione confeſſoria, quæ eſt petitoria. Vterque in iure eſt coram prætore, cuius iuriſdictioni ſe committunt poſt nuntiationem. §. prox. Prætoris eſt actionem dare ac denegare. Vtri ergo daturus eſt, aut negaturus? Vlp. ait, &c. Non debet actio dari per quam præiudicium fiat interdicto reſtitutorio, l. ſi quis ad ſe fundum. C. ad leg. Iul. de vi publ. hinc vulgare illud, Spoliatum ante omnia reſtituendum eſſe, cap. in literis. de reſtit. ſpol. Quidam intelligunt hæc verba de interdicto Vti poſſidetis. Sed qui experitur eo interdicto, non contendit de iure, ſed de facto, id eſſe de poſſeſſione, d. l. 2. ſi ſeruit. vind.

Ad §. Poteſt autem.

PRÆLECTIO IIII.

HÆc verba pertinent ad rationem nuntiationis faciendæ, ſicut ſuperiora. Non eſt neceſſe exprimere certum opus. Poſſum nuntiare generaliter, etiamſi ignorem quod opus fiat: nullum ſiquidem opus facere licet. Addit Accurſ. dummodo habeat inſtar quoddam operis. Citat l. ſtipulatio. §. opus. infra eo. & hoc dicit Accurſ. conciliandi cauſa, ne alias hæc videantur repugnantia & contraria. ſed falſa eſt hæc Accurſij opinio. Nam poſt factum opus fruſtra fit nuntiatio. §. hoc autem. ſupra. fieri debet nuntiatio antequam ſit factum opus. Imo ſi nihil adhuc factum ſit, nuntiatio fieri poteſt, & hoc probatur multis locis ſub hoc titulo. Vnus eſt in l. 5. §. nuntiationem. Siue quis ædificet, ſiue quis inchoet ædificare. Alius eſt in l. non ſolum. § 1. Si quid operis iam factum erit. Non obſtat d. l. ſtipulatio. §. opus. Nam videndum eſt quorſum id Vlpia. dixerit. Quod cognoſcitur ex iis quæ antecedunt & ſequuntur. Loquitur de commiſſa ſtipulatione, ex qua petitur quanti ea res eſt. Et ait eam ſtipulationem committi cum opus factum eſt, &c. Non eſt hoc ſcriptum ab Vlp. vt oſtendat quando nuntiandum ſit. Eſt enim nuntiandum antequam fiat, & cum quis inchoat ædificare. Nec vlla ratio iuris id prohibet. Sed durum viſum eſt actionem dari ob vnum aut alterum cæmentum. Hoc fefellit Accurſium, quod non animaduertit quo hæc referri debeant. In hac lege Vlpia. interpretatur edictum, lib. 52. ad edict. & docet quando nuntiandum ſit. In l. ſtipulatio, interpretatur ſtipulationem prætoriam de qua dixi, inſcribitur, Lib. 80. ad edictum, vbi tractatum fuit de prætoria ſtipulatione.

In verbis, *Et poſt operis.* Oſtendit Vlpia. etſi in nuntiatione non ſit neceſſaria prætoris aditio, tamen poſt nuntiationem, &c. Alioqui iniquum eſſet hoc remedium. Licet homini priuato prohibere & impedire ne nouum opus fiat. Idque interim dum decreuerit prætor, &c. per modum prouiſionis, vt vulgo loquimur. Hinc intelligitis quid ſit committere ſe iuriſdictioni: quod Accurſ. inepte interpretatur. Nam totum hoc negotium quaſi prætore auctore agitur, quamuis prætor non interueniat, l. prætor. §. 1. Ergo quieſcere & ceſſare debet is cui nuntiatum eſt, donec aliquid decreuerit prætor. Ac vi ipſa id continetur nuntiatione, quamuis ſimpliciter nuntiatum ſit. Eſt autem ridicula interpretatio Accurſ. qui ait eos ſe committere, quaſi compromittant, &c. Hinc quæritur an poſſit eligi arbiter prætor, vel iudex qui de re cognoſcit. Et iudici hoc prohibitum eſt lege Iulia. l. ſed ſi in ſeruum. ſup. de recep. ar. Sed quod hic dicitur, nihil habet commune cum compromiſſo. Æque alienum eſt à propoſito quod hic tractatur de prorogatione iuriſdictionis: An liceat ſe ſubmittere alienæ iuriſdictioni, de quo ad l. 1. ſupra de iud. Longe enim aliud hic agitur. Verba Vlpia. nullatenus ad eam ſubiectionem, ſeu vt ipſi loquuntur, prorogationem pertinent.

Sequitur: *Inde quæritur.* Ex eo quod dictum eſt totum negotium hoc agi auctore prætore, naſcitur quæſtio, an liceat paciſci, &c. Cauſa dubitationis eſt, quia contra edictum prætoris non licet paciſci. Ait tamen Vlpian. licere. Et hoc declarat plenius in l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. ſup. de pact. Nec diſſimile exemplum eſt, in l. vlt. ſup. famil. erciſcun. Vbi hæreditas diuiditur ſine arbitro: poſtquam iudicium familiæ erciſcundæ acceptum eſt: quia hoc non pertinet ad ius publicum, &c. Notandus eſt igitur locus communis de conſenſu litigatorum, de quo nuper dixi, ad l. ſi conuenerit. de re iudic.

Ad §. *Opus nouum.* Interpretatur Vlpia. edictum propoſitum de noui oper. nuntia. Cautum eſt edicto ne quid noui operis fiat poſt nuntiationem niſi remiſſa ſit, &c. Si quis aliquid demoliatur, an teneatur ex hoc edicto? Videtur nullum opus eſſe, imo deſiit eſſe opus quod prius erat. Sed Vlpia. oſtendit hanc demolitionem, ſeu detractionem ad edictum pertinere: quocunque modo quis priſtinam faciem operis mutet, ſiue ædificando, ſiue detrahendo. Huc pertinet quod dicitur in l. prætor. §. ſiue autem. Idem dicitur in interdicto, quod vi aut clam. l. ſi alius. § . vlt. & legib. ſequen. Ex quo apparet quomodo locus vacuus accipi debeat, in l. prætor. §. ſiue autem.

Ad §. *Hoc autem.* Alia eſt interpretatio edicti. Oſtendit pertinere ad ea opera quæ in ſolo fiunt. Quod an fuerit expreſſum edicto prætoris, non eſt certum. Eadem eſt interpretatio interdicti quod vi aut clam. l. ſi alius. §. notauimus. infr. quod vi aut clam. Vbi Vlpian. demonſtrat interdictum ſimpliciter conceptum eſſe ſine mentione ſoli, &c. Quod vi aut clam factum eſt, id reſtituas. l. 1. in ff. eod. tit. Sed in edicto de ea re propoſito fortaſſis aliquid expreſſum fuerat. Nec ſatis eſt credibile, Iureconſultos ita reſtrinxiſſe edictum interpretatione ſua. In formula interdicti non fuit neceſſe id exprimere, quia additur, Qua de re agitur. At ex edicto apparet, non reddi interdictum niſi de iis, quæ in ſolo fiunt. Interdicti igitur interpretatio colligitur ex ipſo edicto.

Sequitur, *Idcirco placuit.* Exempla ſunt operum quæ non fiunt in ſolo, vbi nulla difficultas eſt, niſi in arbore ſucciſa. Nam qui ſuccidit arborem, videtur in ſolo facere. Atque interpretatur Vlpia. ipſe, in l. ſi alius. §. notauimus. Difficilis eſt antinomia. Variæ ſunt opiniones, inter quas magis eſt recepta opinio eorum qui diſtinguunt hoc interdictum ab interdicto quod vi aut clam. ſupr. eo. §. 1. Sed hæc opinio non videtur conuenire verbis Vlpia. in d. §. notauimus. ait enim, qui arborem ſuccidit teneri interdicto, quia interdictum pertinet ad ea, quæ in ſolo fiunt. Id autem in ſolo fieri dicitur. At eadem eſt ratio huius interdicti, quia pertinet ad ea quæ in ſolo fiunt, &c. Mihi autem videtur nata hæc difficultas ex ambiguitate verborum. Pro cuius declaratione animaduertendum eſt, ex ſententia Vlpia. in d. §. notauimus, referre cur arborem quis cædat, an fructus gratia, an alia ratione. Ait, Qui fructum tangit non tenetur interdicto, vt ſi quis cædat arborem quæ cædua eſt. Eſt enim in fructu. l. fructus. §. ſi fundum. ſolut. matri. Deinde ait Vlpia. in eodem loco, Terræ enim, & quodam modo ſolo ipſi corrumpendo manus infert. Ex quo apparet eum ſentire de arbore ita cæſa vt quaſi ſolum corrumpatur. Quia non cæditur, vt inde fructus quæratur, ſed alia vtilitas. Idemque ſentit de ſalicto & arundine. Et eodem modo eſt diſtinguendum. facit l. ſi immaturam. 18. eo. titu. Ergo ſucciſa arbor ad illud interdictum pertinet. Et idem eſt dicendum de hoc interdicto, itaque Vlp. loquens de iis quæ in ſolo non fiunt, recte vtitur hoc exemplo, in lege noſtra. Et alibi loquens de iis, quæ fiunt in ſolo, non male vtitur eodē exemplo. Facit l. in ambigua, de leg.

gib. Deinde ambiguitatem declarant verba antecedentia, & conſequentia, l. hæredes palam. de teſtam. l. ſi ſeruus plurium. de leg. 1. l. nummis. de leg. 3. de eo qui meſſem facit, & vineam putat. hæc fructuum quærendorum cauſa fuit.

Ad §. Si quis ædificium.

PRÆLECTIO V.

DIctum fuit ſupra quid ſit nouum opus facere. Inde naſcitur quæſtio, de eo qui fulcit, &c. Sic enim eſt legendum, vt in Florent. Alij legunt, reficiat, ſed male, vt oſtendunt verba ſequentia, Veteri ſuſtinendo, &c. Supponuntur tibicines ſuſtinendo ædificio, *des eſtayes*. Vlpia. igitur ait non facere nouum opus. Nihil addit neque detrahit quo mutetur priſtina facies, &c. Quamuis ſubtiliter dici poſſit aliquid noui hic fieri, quia alius eſt ſtatus rei, &c. Ac idcirco Vlpian. ait magis eſſe, id eſt, probabilius eſſe, æquius eſſe, &c. Quid dicemus de eo qui reficit? Variæ hic opiniones reperiuntur, & nata eſt hæc varietas ex amphibolia, de qua mox dicemus. Quidam contendunt refectionem ad hoc edictum non pertinere, & hic legunt, Reficiat. Mouentur hoc argumento præcipue. Quia qui reficit, nouum opus non facit. Qui reficit non mutat priſtinum ſtatum & formam operis, ſed immunitam potius & corruptam reſtituit. l. 1. de via pub. tit. 10. l. 3. §. reficere. de itinere actuque priuat. tit. 18. l. 1. de riuis. tit. 20. Huic opinioni ſolet addi exceptio, niſi ædificium quod reficitur omnino deſtructum fuerit, dicitur aliud ædificium. l. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verb. oblig. Si domus vſque ad aream depoſita fuerit, alij exiſtimant locum eſſe nuntiationi. Quibus ego magis aſſentior. Quaſi nouum opus hic factum ſit & mutata facies operis. Argumentum ſumitur præcipue ex l. 5. §. ſi quis riuos. infra eo. Ineptum eſſet quærere an nuntiatio locum habeat cum reficiuntur riui, ſi reficiens nouum opus non faceret. Hoc argumentum non leue eſt, fatentur nonnulli ex aduerſariis, nihil ſe habere, quod reſpondeant. Sed tamen permanent in errore eodem: quia non habent quid reſpondeant argumentis alterius partis: nam reficere (vt iam dixi) eſt priſtinam faciem operis reſtituere & inſtaurare. Ego ſcio natum eſſe hunc errorem ex amphibolia. Verbum, nouum opus, ambiguum eſt, item vetus, quod opponitur nouo. Sed in ambigua oratione accipienda eſt ea interpretatio quæ rei conuenientior eſt, l. quoties idem. de reg. iur. Magis autem conuenit rei quam tractamus, vt nouum opus facere dicamus, eam formam operis mutare, quæ tum fuit cum fieret nuntiatio. l. ſtipulatio. §. opus. Arg. eſt quod dicitur, Nihil nouari appel. interpoſ. infra in tractatu de appellationibus. c. non ſolum. de appel. in 6. vbi quid ſit nouare videndum eſt. Si id intellexerimus, facile etiam intelligemus quid ſit nouum opus, &c. Certum eſt rationem haberi eius temporis quo appellatio eſt interpoſita. Qui igitur reficit poſt appellationem dicitur nouare. Aliquid noui facit habita ratione temporis quo appellatum eſt, quamuis reſpectu anterioris temporis poſſit dici nihil nouum facere. Non audietur dicens ſe nihil nouum feciſſe poſt appellationem, quia vetus ædificium reſtituit & inſtaurauit. Sic in nuntiatione eſt dicendum quæ ſimilis eſt quadantenus appellationi. Vt nouum aut vetus dicatur habita ratione temporis quo facta eſt nuntiatio, etſi reſtituatur in eum ſtatum in quo fuit decimo anno ante appellationem. Sed oportet inſtar quoddam operis factum, vt iam dixi. Nam qui vnum aut alterum cæmentum imponit reficiendi cauſa, &c. d. l. ſtipulatio. Quod ex aſpectu iudicari poteſt ab homine qui ſenſu communi & mediocri iudicio præditus eſt. Item qui fulcit non dicitur nouum opus facere. Propter tibicines ſuppoſitos non videtur mutata facies operis, quæ tum fuit cum nuntiatio eſt facta. Recte ergo contemnitur talis nuntiatio, ſicut & cum nuntiatur ne meſſis fiat.

Sequitur: *Siue autem*. Interpretatur eandem partem edicti de opere, &c. Sufficit opus factum eſſe in ſolo. Nec diſtinguitur ſolum vrbanum à ruſtico. Plærique diſputant, quid interſit inter oppidum & villam. Videte l. pupillus. §. vrbs. & ſeq. de verb. ſignif.

Ad §. *Nunc videamus*. Differit Vlp. via & ratione de nuntiatione noui operis, & incipit à cauſis. Nuntiatio fit, &c. Similis eſt diuiſio Pedij, in l. 5. §. Sextus. Nos autem breuius diuidere poſſumus. Nam cauſa eſt, aut priuata aut publica. De cauſa priuata exempla ſunt vulgaria. De publica, exempla hic traduntur ab Vlpia. Si quis ædificet in loco ſacro, religioſo, publico. Interdicta ſunt propoſita, & tituli proprij in tractatu Interdictorum: hoc caſu ciues omnes nuntiant. l. 3. §. vlt. Inde naſcitur quæſtio, Si quis ædificet in mari, aut in littore maris. Ait Vlp. locum non eſſe nuntiationi. Acquiritur eo modo, quo res aliæ quæ fiunt occupantium, Inſtit. de rer. diuiſio. l. quod in littore. 14. de acquir. rer. dom. Qua ratione contendunt Veneti ſe liberos eſſe, nec ſubiectos Roman. Imperio. Fundarunt ciuitatem ſuam in ſinu maris Adriatici. Ædificium hic non cedit ſolo ſecundum regulam l. 2. Cod. de rei vind. Notant aliqui hoc caſu poſſe ſperni nuntiationem. Si quis nuntiet alicui ne ædificet in littore maris. Et quod dicitur, ſiue iure, ſiue iniuria, in 10. ſic intelligunt, cum ex cauſa legitima nuntiat, puta propter dominium. Quamuis forte dominus non ſit, tamen interim eſt quieſcendum. Sed an vera ſit hæc opinio, dicemus alibi. Nota obiter locum cõmunem de modo ædificiorum, quamuis dicatur, cuius eſt ſolum, eius eſt vſque ad cælum. l. altius. de ſeruitu. Modo quis non excedat modum legibus definitum. Alias dixi de his legibus, ad l. qui luminibus. de ſeruitut. vrb. prædio. Huiuſmodi fuit lex Auguſti, cuius meminit Strabo lib. 5. ne quis excederet pedes 70. Id propter periculum ruinarum. Similis fuit lex Traiani vt author eſt Sextus Aurelius Victor.

Ad §. *Iuris noſtri*, & ad §. *Vſufructuarius* Redit ad primum membrum diuiſionis de cauſa priuata. Ad quem ea res pertinet, vt oſtendit, non tantum domino, l. verbum illud pertinere. de verb. ſignif. Huiuſmodi eſt ſuperficiarius. l. 3. §. vlt. Is qui ſeruitutem habet. l. 1. de remiſſio. Creditor, l. creditor, & alij ſimiles de quibus dicemus ſuo loco. Inde quæritur de fructuario. Eſt ſeruitus perſonalis. l. 1. de ſeruit. Nuntiat alieno tantum nomine. Eſt veluti cuſtos proprietatis. l. 1. §. vlt. vſufr. quemad. caueat. Procuratorio nomine non nuntiat domino prædij. Abſurdum eſt meo nomine quenquam mihi nuntiare. Idem ſibiipſi nuntiaret.

Ad l. Si autem. 2.

PRÆLECTIO VI.

DIximus de vſufructuario, ad §. vſufructuarium. ex quo quędam obſeruanda ſunt, id eſt, Vſufructuarium nunciare ſuo nomine non poſſe, ſed tantum proprietarij nomine. Contraria autem videtur ſententia Iuliani ſub titu. de remiſſio. Iuliano placet fructuario vindicandarum ſeruitutum ius eſſe, ſecundum quod opus nouum nuntiare poterit vicino, &c. Verum Iuliani ſententia intelligenda videtur ſecundum hanc diſtinctionem, l. non eſt nouum. ſupra de legib. Verum eſt nuntiare poſſe. Secundo obſerua vſufructuarium haberi quaſi procuratorem domini. l. 1. §. vlt. vſufr. quemad. caueat. Eſt quaſi procurator quidem in rem ſuam. An idem ſit ius in colono ſeu inquilino, mox dicemus ad l. 3. Tertio nota locum communem de confeſſoria actione qua vindicatur ſeruitus, de qua duo ſunt tituli: Si vſusfr. peta. Si ſeruit. vind. in hanc actionem venit & id quod intereſt. l. 4. §. 1. ſi ſeruit. vind. Quarto nota vſufructuarium domino prædij inutiliter nunciare. Rationem iam adduxi: quia idem ſibiipſi nuntiaret, quod eſt abſurdum: & not. eſt, inutilem eſſe hanc nuntiationem & ſperni poſſe. Quod dicitur poſt nuntiationem nihil faciendũ eſſe, &c. accipiendum eſt ſi valeat nuntiatio. Contingit multis ex cauſis vt nulla ſit nuntiatio. Exemplum eſt in l. de pupillo. in princip. aliud autem in §. nuntiationem. aliud in §. ſi quis riuos. eadem lege. aliud in l. qui viam. 14. Dixerit aliquis, nihil referre an iure nuntietur. l. 1. in principio. Reſpondeo, nihil referre an ius ædificandi habeat is cui nuntiatum eſt, l. 1. in princ. l. prætor. §. ait prætor, id eſt, an ſit dominus ſoli in quo ædificat. Exempli gratia, ſpectatur id quod intendit nuntiator, licet forte verum non ſit. Contendit ſe dominium habere aut ſeruitutem, cum neutrum habeat. Tamen parendum eſt niſi impetrata fuerit remiſſio. Sed ſi forte peccatum ſit in nuntiatione facienda, &c. non eſt neceſſe parere, & poteſt contemni. Vt cum fructuarius nuntiat domino ne ædificet, nec vllam affert cauſam niſi quia vſumfructum habet. Atq; ita intelli-

intelligendum eſt, quod dicitur in l. 1. in princ. Quatenus prohibendi ius is qui nuntiaſſet, non haberet. Quibus verbis ſignificat Vlpia. remiſſionem valere cum ius prohibendi non habet, ſcilicet veritate inſpecta, vt Accurſi. ait. quem alij ſequuntur. Nam vt idem Accurſ. animaduertit, ambiguitas quędã eſt in his verbis, Poſſunt intelligi cum nuntiatio eſt nulla ipſo iure. Quia forte peccatum eſt in ratione nuntiandi. Et hic ſenſus abſurditatem continet, & repugnat aliis locis de quibus dixi. Tunc enim inutilis eſt nuntiatio, nec eſt neceſſaria remiſſio. Fruſtra petitur remiſſio à prætore. Aliter poſſunt accipi ea verba cum in nuntiatione nihil peccatum eſt. Sed tamen veritate inſpecta non habet ius prohibendi. Quia nuntiat propter dominium quaſi dominus ſit. Cum tamen aliter ſe res habeat. Idque cognoſcitur ex euentu litis. Interim remiſſio vtilis eſt ac neceſſaria ſi quis ædificare velit. Sic & accipienda eſt l. 1. de remiſſio. Remiſſionem ibi demum factam vbi nuntiatio non tenet, id eſt, vbi verum eſt, eum non habere ius prohibendi. Verum non eſt quod intendit, ſcilicet ſe dominum eſſe, aut ſeruitutem habere. Non eſt autem accipiendum cum nuntiatio ab initio eſt nulla, &c. Nam loquitur Vlp. de remiſſione quæ petitur à prætore. At eo caſu nulla petitur remiſſio, quia inutilis eſt nuntiatio. Hæc eſt vera interpretatio l. 1. de remiſſio. Nec ea quidem noua eſt, ſed recepta, probataque ab Accurſ. & cæteris omnibus qui alicuius iudicij fuerunt. Quidam hoc intelligentes corruperunt verba Vlpia. in l. 1. de remiſſio. Cum ait, remiſſio vtilis erit, &c. legunt, inutilis, contra omnem rationem, & contra fidem omnium exemplarium, præſertim Florentinorum. Ego nihil mutandum cenſeo ex lectione Florentina & recepta. Nam verba bonum & idoneum ſenſum habent. Quo caſu vtilis eſt nuntiatio, remiſſio eſt vtilis & neceſſaria, ſi quis ædificare velit, vt cum fructuarius nuntiat vicino: non tenetur interdicto, nec in pœnam edicti incurret, ſuccumbit tamen in petitorio, quaſi male ædificauerit. At quo caſu nuntiatio eſt inutilis, remiſſio quoque eſt inutilis & ſuperuacanea, vt cum fructuarius nuntiat domino prædij, ſicut hic Iulian. ait. Quæſo quid his verbis clarius, quid rationi iuris conuenientius? Corrector tamen noſter, aut corruptor potius, & παραδιορθωτὴς ait, aut hæc mutanda eſſe, aut nullam eſſe ſcientiam, nullam diſciplinam iuris. His enim verbis vtitur, quibus nihil impudentius aut ſtultius dici poteſt. Si duo verba addidiſſet, fortaſſis vera fuiſſet diſiũctiua, aut nulla eſt in me ſcientia, nulla diſciplina iuris. Præterea notandum eſt poſſe fructuarium vindicare ſeruitutem. Obtinuit hæc ſententia Iuliani, quam Vlpia. etiam refert ſub titu. de remiſſio. Marcel. notauit Iulian. l. 1. ſi vſusfru. pet. vbi Vlp. refert opinionem Marcelli, nec eam probat. Itaque ſequendus eſt Iulian. cuius obtinuit ſententia: hæc omnia ſic debemus accipere, ac ſi à Iuſti. ſcripta eſſent. In vno loco refert, quaſi hiſtoriam quandam, quid quiſque ſenſerit. In alio exprimit, quid ipſe ſentiat. Coniungi hæc debent: ac perinde accipi, ac ſi poſt relatas opiniones ſtatim ſubiiciat Iuſtinian. quid magis probet, &c. Et ſimilia exempla crebro occurrunt legendo. Quædam alia hic tractantur de ſeruitutibus. Sed de iis dicemus ad l. qui viam.

Ad l. In prouinciali. 3.

INterpretatur Vlpian. quod prius dictum fuit nuntiationem competere, iuris noſtri conſeruandi cauſa. Quod maxime locum habet in dominio, vt ſupra diximus. Sed dubitatur de eo, qui prædium in prouincia habet. Cauſa dubitationis cognoſcitur ex Theophi. Inſtit. de rerum diuiſ. §. per traditionem. Prædia prouincialia ſtipendiaria erant. Adeo vt proprietas videretur magis eſſe principis, aut pop. Rom. quam poſſeſſorum. Sed tamen receptum eſt, vt pro dominis habeantur, quia permiſſum eſt eis alienare & diſponere, &c. Similis locus eſt in l. 3. C. de ſeruit. & aqua. & C. de vſucap. transfor. Vlp. in Inſtit.

Ad §. *Si in loco communi.* Dictum fuit domino competere. Quid ſi in loco communi? Vlp. ait nuntiare poſſe, etiam qui pro parte dominus eſt, l. ſerui electione. de leg. 1. Niſi ſocius in communi loco aliquid faciat. Nam ædificat in ſuo, ſicut ego. Non eſt receptum, vt in ſuo ædificanti nuntietur, niſi impoſuerit ſeruitutem, &c. Socio tamen contra ſocium datur interdictum, quod vi aut clam, l. denique. §. ſi ex ſociis. Hæc mihi videtur eſſe vera ratio, quam vulgares interpretes aſſecuti non ſunt. Multa hic inculcant inepta & nugatoria, de remedio ordinario. Subiicit aliis iudiciis proſpectum eſſe ſocio, ne iniquum ſit eum deſtitui omni remedio.

Sequitur, *Vel per prætorem.* Variæ hic ſunt opiniones, & interpretationes. Sic interpretari ſoleo, Vel datur iudex à prætore, vel ipſe prætor cognoſcit extra ordinem. Scripſi ad l. iuriſgentium. de pact. Notandum hic eſt actionem communi diuidundo non tantum competere ad diuiſionem, ſed etiam ad prohibendum, &c. l. Sabinus. commun. diuid. l. in re communi. de ſeruit. vrb. prædio.

Ad §. Si ego.

PRÆLECTIO VII.

TRactatur hic quæſtio affinis ſuperioribus de cauſa nuntiationis. Si quis habeat non dominium ſed ſuperficiem tantum, &c. Quia ædificauit in ſolo conducto, l. vlt. de ſuperfic. l. ſuperficiario. de rei vind. Seneca epiſt. 89. Mathema ita ſuperficiaria eſt, cum in alieno ædificatur. Quæritur ergo an poſſit nuntiare, ſi quid fiat quod noceat ſuperficiei. Cauſa dubitationis eſt, quia eſt quaſi inquilinus, quia conducit rem & pro ea mercedem ſoluit. Nec dominus eſt, nec poſſeſſor quidem rei. Sed Vlpian. ait nuntiationem ei competere. Quod eſt accipiendum etiam nomine ſuo. Quia non diſtinguit, ſicut cum loquitur de ſuperficiario. Non habet actionem in rem ſaltem vtilem. Habetur pro domino, propter vtilitatem, quamuis dominus non ſit. l. obligationum fere, de oblig. & actio. Ideo datur ei actio quaſi in rem vel vtilis in rem. d. l. ſuperficiario. l. de ſuperficieb. infra. vbi plenior eſt diſputatio de hac re. Eadem eſt ratio emphyteutæ. l. 1. ſupr. ſi ager vectig. Datur etiam ei actio in rem vtilis. Atque hinc nata eſt diſtinctio vulgaris dominij directi & vtilis. Inquilino autem ſiue colono non competit nuntiatio. Simplex conductio eſt, nullum habet ius in re. l. non ſolet. loc. ſupra. Excipitur conductor ſiue redemptor vectigalis arg. l. 1. de loco pub. fruend. 9. Datur interdictum propter vtilitatem publicam, quamuis alias interdicere non poſſit conductor. l. 2. §. denique. de vi & vi arm. Singulare eſt etiam in hoc conductore vt prædia & poſſeſſiones non ſoluentium poſſit vendere. l. creditor. de actio. empt. Idem ius habet quod fiſcus ipſe: idem dicendum eſt, & ſi in locatione fuerit adiecta obligatio bonorum, vt fieri ſolet, l. creditori. infra. Idem ſi quid aliud additum ſit, ex quo appareat voluiſſe locatorem id ius transferre. Dubium non eſt, quin ſeruanda ſit contrahentium voluntas in re quæ ad ipſos priuatim pertinet. l. iuriſgentium. §. ſi paciſcar. de pact. Atque hinc naſcuntur multæ quæſtiones tractatæ ab aliis. Quæ magis ſunt facti quam iuris. Si in locatione dictum ſit, vt poſſit conductor tanquam re ſua vti, locum tenere locatoris, & alia huiuſmodi. Hæc quæ facti ſunt, non definiuntur in vniuerſum, vt ſæpe diximus. l. mora. de vſur. & ſimil. Quæritur, an colonus poſſit nuntiare & experiri ſaltem nomine domini ſiue locatoris? An ſequemur exemplum fructuarij cui procuratorio nomine nuntiat? l. 1. §. vlt. Vlp. hic loquitur ſimpliciter de inquilino, quaſi nullo modo poſſit nuntiare. Receptum tamen eſt vtilitatis cauſa, vt domino abſente poſſit nuntiare & experiri, quia cura diligenti cuſtodia intelligitur ei mandata eſſe ſicut fructuario, l. videamus. ſupra loca. l. item quæritur §. exercitu. eod. tit. facit l. 1. C. ſi per vim vel alio modo. Nec eos qui deiecti ſunt abſentium nomine poſſidentes, quia minime ipſis deciſio cauſæ mandata ſit, ab experienda re ſecludant. Argumentum etiam ducitur ex l. ſi longius. §. 1. de iud. l. cum filius. de reb. cred.

Ad §. *Si in publico.* Hic declaratur altera pars diuiſionis traditæ in l. 1. §. nuntiatio. Ciues omnes nuntiant. Simile eſt hoc remedium populari actioni quæ datur publici iuris tuendi cauſa, l. 1. de pop. actio. Admittitur ad agendum quiuis ex populo, modo ſit idoneus, &c. l. 4. & l. mulieri. eod. tit. Ac ſi plures agere volent, prætoris eſt eam controuerſiam dirimere & magis idoneum eligere. l. ſi plures. eod. tit. Quod genus iudicij à veteribus diuinatio vocabatur. Itaque nemo hanc actionem dicitur habere in bonis ſuis, niſi litem conteſtando, cæteros

excluſerit, l. ſi cui. de verb. ſignific. l. eum qui, §. in popularibus. de iureiuran. Ait autem Vlpia. Omnes ciues, &c. Ex quo intelligitur extraneis hoc remedium non competere, etiam ſi forte incolæ ſint. Manemus & habitamus, l. ciues. C. de incol. l. 1. infra ad municip. Oppo. l. 1. §. vlt. de via publ. tit. 10. Datur interdictum omnib. & in omnes. Vulgo receptum eſt, actionem de via publica omnibus competere, non etiam de cæteris locis publicis. Quia dicunt omnium intereſſe etiam extraneorum. Quia permittitur omnibus via publica ire, etiam ſi ciues non ſint. leg. per agrum, Cod. de ſeruitutib. Via publica nemo recte prohibetur. Plaut. in Curcul. Nemo ire quenquam publica prohibet via. Hæc eſt vulgaris & recepta ſententia, quæ tamen non ſat firma ratione nititur, vt alias dixi. Non enim recte colligitur. Extraneo licet ire via publica, ergo & cauſam publicam de via defendere. Et quod dicitur de via publica, in l. 1. omnibus, &c. poteſt accipi, omnibus, quib. populares actiones, & remedia popularia competunt. Verba generalia & vniuerſalia ex ſubiecta materia reſtringuntur ſæpenumero, d. l. 4. & d. l. mulieri. Quod autē hic dicitur, publico, ſic accipe, publico vſui deſtinato, vt in l. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verb. oblig. Nam publicum poteſt accipi pro eo, quod eſt in patrimonio fiſci aut ciuitatis, l. ſed Celſus, de contrah. empt. de huiuſmodi rebus ii tantum experiuntur, qui earum adminiſtrationē habēt, l. 2. §. hoc interdictum, ne quid in lo. pub. Cuiuſmodi ſunt procuratores fiſci. Item ſcabini ciuitatum, l. nulli. ſupra quod cuiuſque vniuer. nomi.

Ad l. De pupillo. 5.

INterpretatur quod prius dictum fuit competere ciuibus, &c. modo ſit perſona idonea, ſicut dicitur in d. l. mulieri. Habetur ratio perſonæ in cauſa publica, non etiam in priuata, hæc ætas non eſt idonea ad reipublicæ adminiſtrationem, l. 2. de reg. iur. Dixerit aliquis poſſe interuenire tutoris auctoritatem, qua ſuppleatur infirmitas ætatis. Sed tutor & curator excedere fines adminiſtrationis non debet, l. vlt. de curat. furio. Curator furioſi nullo modo libertatem præſtare poteſt, quia ea res ex adminiſtratione non eſt. Idem dicitur in l. ſeruus furioſi. de manumiſſio. Seruus furioſi à curatore manumitti non poterit, quia in adminiſtratione patrimonij, manumiſſio non eſt. Qua ratione dici ſolet ſuffragium pupilli non admitti in publicis negotiis, etiam cum tutore auctore. facit l. ſpurij. §. minores, de decurio. c. ex eo. de cler. in 6. Quid de adulto curatorem habente? Variæ ſunt opiniones. Sed magis receptum eſt, idem eſſe, quia ſimilis eſt pupillo, l. ſi curatorem. C. de in integ. reſtit.

Ad §. *Seruo.* Parum refert cui nuntietur, modo intelligat & domino renuntiare poſſit. §. nuntiationem. Sed multum refert quis nuntiet. Seruus non eſt idoneus. l. ſeruus. Cod. de iud. hoc videtur quaſi in iure fieri. In interdicto tamen Quod vi aut clam, ſufficit prohibitio facta per ſeruum, l. 3. quod vi aut clam. Quidam obiiciunt, hanc nuntiationem ſpeciem quandam defenſionis eſſe, l. 4. ſupr. quæ ſeruo denegari non debeat, l. ſeruos. de accuſatio. l. ſi non defendantur. de pœn. Sed defenſio dicitur abuſiue, quia ad ius noſtrum tuendum & conſeruandum ſit. Sic defendere necem defuncti, id eſt, vindicare, vlciſci. Proprie autem dicitur defendere, is qui prouocatur ab alio, vt neceſſe habeat reſpondere. Atque hinc orta eſt vulgaris diſtinctio defenſionis neceſſariæ, & voluntariæ. Hinc tractatur quæſtio de excommunicato, cui defenſio tantum permittitur.

Ad §. Nuntiationem.

PRÆLECTIO VIII.

HActenus diſputatum fuit de cauſis nuntiationis, de perſonis, &c. Nunc de ratione nuntiationis faciendæ. Vlpia. in l. 1. §. nuntiatio. oſtendit ſe hac methodo vſum fuiſſe. Quod magnopere neceſſarium eſt ad docendum. Hoc exemplum, &c. Quæritur ergo vbi facienda ſit nuntiatio, an facienda in ipſo opere, vbi quis vult ædificare. Nec refert quibus perſonis nuntietur, modo poſſit renuntiari domino, &c. Alibi facta nuntiatio non tenet, etiam ſi domino ipſi quis nuntiauerit iam ſingula, hæc examinanda ſunt. Ac primum eſt videndum, an neceſſe ſit opus factum eſſe, cum ſit nuntiatio. Accurſius putat oportere inſtar quoddam operis factum eſſe, ex l. ſtipulatio. §. opus. Sed ego iam ſupra dixi §. opus, pertinere ad interpretationem ſtipulationis. Vlpia. noſter hic ſatis oſtendit, etiam ſi quis nondum ædificet, poſſe nuntiari. Nuper adduxi ſimilem locum ex l. non ſolum. §. 1. Si quid operis factum ſit. Cur ergo aut in ipſo opere, ſi nullum opus factum ſit? Quia vt plurimum ſolet fieri, cœpto iam opere. Alias non eſt certum, an velit ædificare, aut quo in loco velit ædificare. Deinde ait, pene duxerim, vt oſtendat ſe figurate loqui, non proprie. Magis proprie loquitur, cum ait, In re præſenti. Verba ſunt iuris antiqui, In rem præſentem venire, In re præſenti eſſe. apud Cic. & alios Latinos auctores.

Præterea obſeruandum eſt, nuntiationem nocere domino cuicunque nuntiatum ſit, etiam ſeruo. Quod videtur prima facie durum & inciuile eſſe. Quod ſi faber aut ſeruus non admonuerit dominum abſentem, iniquum videtur dominum abſentem & ignorātem affici pœna edicti. Sed iam ſupra dixi, ideo tolerari hunc rigorem & duritiem, quia in culpa aliqua eſſe videtur qui fabris aut miniſtris negligentibus vtitur. Itaque alibi dicitur etiam aduerſus abſentē nuntiationem factam valere. l. 1. §. aduerſus. Et huc pertinet quod alibi dicitur nuntiationem fieri in rem. l. operis. 10. ſupra. Non habetur ratio perſonæ modo poſſit nuntiari. Dixerit aliquis hic nuntiari fabro, ſeruo, puero, &c. Ergo nuntiatio fit in perſonam. Sed nuntiare hic dicitur is qui ſignificat alicui quid nuntiet. Nuntio tibi ne quid operis hic fiat. Neceſſe eſt alloqui perſonam aliquam. Sic pactum dicitur fieri in rem, licet certæ perſonæ paciſcantur. l. iuriſgentium. §. pactorum. de pact. Quid ſi nemo præſens ſit? Variæ ſunt opiniones. Sed puto nuntiationem huiuſmodi ita demum nocere domino ſi certior factus fuerit. Ait enim Vlp. Sic vt domino poſſit renuntiari. Quod dicitur ſeruo vel puero, ſic accipe, modo eius intellectus ſint vt poſſint renuntiare domino. l. cuilibet. 11. Rurſus obiecerit aliquis nuntiari poſſe furioſo & infanti. l. operis. 10. Quos tamen conſtat intellectu carere, l. cum prætor. de iud. Reſpondeo ambiguitatem aliquam in hoc verbo reperiri. Nuntiare dicitur, qui conuenit & alloquitur, puta fabrum, mercenariū, puerum, &c. Et refert an hic intelligat quod agitur, d. l. cuilibet. Sed nuntiare aliter accipitur, cum dicimus furioſo, & infanti nuntiationem fieri, d. l. operis. Cum quis nuntiat in ipſo opere loquens homini intelligenti eo conſilio, vt prohibeat infantem ædificare: ea nuntiatio infantem tenet. Sufficit poſſe renuntiari ei, vel eius tutori, vel curatori. Si valet aduerſus abſentem, cur non etiam aduerſus infantem, aut furioſum? Oportet ergo aliquos præſentes eſſe cum ſit nuntiatio. Nec ſufficit eſſe præſentes, ſed poſſe renuntiare. Quid ergo ſi quis duxerit ſecum teſtes duos, &c. Humanius eſt non ſufficere, quia non ſint veriſimiliter renuntiaturi. Et ita videtur ſenſiſſe Vlpia. Plus igitur rigoris eſt, ac duritiei in vocatione in ius apud nos vſitata. Si nemo reperiatur domi, qui poſſit renuntiare domino. Nam & maius periculum eſt in hac nuntiatione, quia deſtruitur quod poſtea ædificatum fuerit. Quid ſi à fabro aut mercenario nihil renuntiatum fuerit? Adhuc nocet nuntiatio ex verbis Vlpiani. Salua actio manet domino aduerſus eos, quorum culpa id acciderit. Nota nō ſufficere domino nuntiari, &c. Et notandum eſt quod ait nullius eſſe momenti. Exemplum eſt in l. 1. de remiſſio. vbi inutilis eſt remiſſio cum inutilis eſt nuntiatio. Et his verbis oſtendit non valere nuntiationem, ne ab eo quidem tempore quo prohibere potuit, quamuis aliqui diſſentiant.

Ad §. *Si plurium res ſit.* Alius locus de ratione nuntiandi, An vni ex ſociis nuntiare ſufficiat. Et ait Vlpian. ſufficere, quia in rem ſit nuntiatio. Si facta ſeruo nocet, multo magis ſocio. Alias denuntiatio ſolet fieri omnibus quorum intereſt. l. 1. §. penul. de vent. inſpicien. Deinde ſubiicit, factum vnius cæteris non nocere. Qua in re videtur aliqua repugnantia eſſe. Sed dicendum eſt propter factum vnius totum opus deſtrui. Quia deſtructio operis indiuidua eſt, leg. ſtipulatio. §. quæſitum. intra. l. 2. de prætor. ſtipul. Tenentur ergo cæteri ad patientiam. l. competit. §. vlt. quod vi aut clam. Ideo autem hic dicitur alios non teneri, &c. quia non tenentur reſtituere. Verba hæc referenda ſunt ad interdictum, de quo in l. prætor. Is qui ædificauit, tenetur omnino pœna

pœna edicti, Quanta ei res eſt, &c. Nec aliquid repetit à ſocio, niſi intererat ſocietatis id fieri, &c. l. ſi quis putans. §. vlt. pro ſoc. Succubuit, quia forte defecit probatio. Plura dicemus de hac re ad l. ædibus. 18.

Ad §. *Si plurium dominorum.* An ſufficiat vnius nuntiatio? Omnibus non, id eſt, non omnibus. l. ſi ſeruus. §. ſi plurium, l. Græce, §. illud, de fideiuſſor. Valla in Dialectica. Vere ergo dicitur, nuntiationē ex parte nuntiantis eſſe in perſonam, non in rem. Vnus amiſit ius prohibendi, aliqua pactione. Victoria tamen vnius proderit aliis, quia reſtitutio eſt indiuidua, dict. l. ſtipulatio. §. quæſitum. Facit l. loci. §. ſi fundus. ſi ſeruit. vind. Sed de indiuiduis alibi plenius diximus.

Ad §. *Si quis ipſi.* Locus de perſonis quibus nuntiari poteſt. Quæritur de prætore ipſo, cuius auctoritate fit nūtiatio. Quatuor hic dicuntur, 1. dicitur non poſſe nuntiari, 2. poſſe teſtationem fieri. 3. poſt finitam præturam nuntiandū eſſe. Quarto reſtituendum quod retro ædificatū fuerit: hæc omnia ſubtilius examinanda ſunt. Primum dicitur nuntiari non poſſe. Nam nec vocari in ius, per l. 2. de in ius voc. l. pars literarum. de iud. l. nec magiſtratibus. de minor. Is cui nuntiatur quodam modo prouocatur ad iudicium. vt ſæpe iam dixi. Deinde contra decus eſt ac reuerentiam. &c. priuatum hominem his verbis vti aduerſus magiſtratum. Puto hoc ſentire Vlp. licet variæ interpretationes reperiantur apud Accurſ. & cæteros. Eſt caſus in quo magiſtratus vocari poteſt, l. ſenatus. de magiſtratib. perpetuis, leg. præſidis. Secundo poteſt fieri teſtatio ſiue proteſtatio, Quod tamen prima facie videtur ineptum. Videtur eſſe eadem ratio nuntiationis quæ proteſtationis. Prætor neceſſe habet ceſſare perinde ac ſi nuntiatio eſſet facta. Quia retro ædificatum deſtruitur. Hic hærent pleriq; velut in ſalebra. Reſpondeo hanc teſtandi rationem comparatam eſſe, vt Prætori ſaluum maneat decus ſuum & reuerentia.

Ad §. Si quis ipſi Prætori.

PRÆLECTIO IX.

Locus de cauſa nuntiationis ſubobſcurus, oſtendit nuntiari nouum opus poſſe, ſi in ędes noſtras, &c. Sed cur ait: Sed et ſi? Accurſ. hæc verba refert ad id quod prius dictum eſt de Prætore, quaſi teſtatio facienda ſit ipſi Prætori: hęc interpretatio non conuenit verbis Vlpiani cum ait, Quis immittit ſimpliciter & generaliter. Si ſenſiſſet de Prætore aliter id expreſſiſſet. Animaduertendum igitur eſt hanc nuntiationem præcipue comparatam eſſe aduerſus eum qui in ſuo ædificat, ſed ita vt noceat alteri. Nam ante hoc edictum licebat manu prohibere eum qui ædificabat in alieno. §. meminiſſe. Ædificantem in ſuo non licebat prohibere manu. Eſtq; nuntiatio hoc caſu neceſſaria. d. §. meminiſſe. Atq; ita videtur cōceptum fuiſſe hoc edictum Prætoris, vt appareret ob quam cauſam introducta eſſet nuntiatio. Tamen prudentes & conſulti latius interpretati ſunt edictum, vt poſſit nuntiari ſi quis ædificet in alieno, &c. Id enim æquum eſt vt Vlp. ait. Vt poſſit vtroq; remedio vti is, in cuius ſolo ædificatur. Manu prohibere & nuntiare, &c. Quod æquum eſt, ſpectatur in interpretatione iuris. In eoque conſiſtit ſcientia iuris quam profitemur. l. 1. de iuſtit. & iure. l. ſi ſeruū, §. ſequitur. de verb. oblig. Ait ergo, Sed et ſi, id eſt, non ſolum ſi quis in ſuo aliquid faciat, quo caſu eſt neceſſaria nuntiatio, ſed etiam, &c. In vtroque caſu permiſſa eſt, in altero neceſſaria eſt. Sed hoc declarabitur mox fuſius ad §. meminiſſe. Et belle Sextus Pedius. Sic enim eſt legendum vt in Florent. Refert diuiſionem Pedii Iureconſulti confirmandæ ſententiæ ſuæ cauſa. Pedius dixit triplicem eſſe cauſam nuntiationis, & oſtendit poſſe nuntiari cū in ædes noſtras, &c. Declaranda eſt igitur hæc diuiſio de qua aliquid diximus ad l. 1. §. nuntiatio. vbi alia diuiſio huic non diſſimilis traditur. Naturalis, publica, impoſititia &c. Naturalis cauſa de dominio intelligitur. Naturale eſt ac iuris gentium, vt mihi liceat vti re mea libere, & ſine cuiuſquam interpellatione. Dominia rerum ſunt iurisgentium, quod & naturale dicitur. l. ex hoc iure. de iuſt. & iure. De publica cauſa diximus ſupra. Legum defenſio maxime ad rempub. pertinet. Impoſititia dicitur ab impoſita ſeruitute. Dixerit aliquis, nonne hæc etiam cauſa eſt naturalis? Seruitutes acquiruntur nobis iure gentiū ſicut res corporales, §. vlt. Inſt. de vſu & habit.

Nuntiationis triplex diuiſio.

Reſpondeo hanc impoſititiā naturalem quoq; dici poſſe. Sed ideo opponitur naturali, quia altera tantum naturalis dicitur, nec aliud nomen proprium aut ſpeciale habet. Nomen generis manſit in vno membro diuiſionis, ſicut dicitur de adoptione. l. 1. ſup. de adopt. Dici et poteſt alterā magis naturalē eſſe, &c. Illud maxime ſecundū naturam eſt, vt libere vtamur re noſtra, vt non liceat cuiquam nos impedire ac prohibere, Qui ſeruitutem habet, vtitur re aliena. Si quis contra ſeruitutem impoſitā faciat, tamen vtitur re ſua non aliena. Hæc probabiliter dici poſſunt tuēdæ huius diuiſionis cauſa. Verum vtcunq; ſe res habeat, in re ipſa parum eſt difficultatis. Rem ipſam tenemus quod præcipuum eſt, de verbis nos admodum ſolicitos eſſe non oportet auctore Platone, niſi quatenus id ad rerum intelligentiā neceſſarium videbitur. Impoſititia autem dicitur, quia ſine impoſitione omnia prædia ſunt libera. l. altius. C. de ſeruitut. Non ignoro tamen reperiri quoddam genus ſeruitutis, quæ dicitur naturalis, l. 1. §. penult. & vlt. de aqua plu. Fundus inferior ſeruit ſuperiori, & aquam profluentem excipit. Quo nomine datur actio aquæ pluuiæ arcendæ. Verum aliter accipitur hic ſeruitus, vt & ſub tit. de ſeruit. nempe pro impoſititia, &c. Obſeruandum hinc eſt, nō ſolum domino cōpetere remedium nuntiationis, ſed etiam ei qui ſeruitutem habet. Quinimo aduerſus dominum ipſum competit vt clare docet Vlpia. hic. Notandum eſt præterea eum qui ſeruitutem imponit, ius ſuum minuere. facit l. vlt. C. de reb. alien. non alienan. Itaq; ſoleo ſic diffinire ſeruitutem, ius prędiis inhærens, quod vnius vtilitatem reſpicit, alterius libertatem minuit. De ſeruitutibus quædam alia hic tractantur, de quibus dicemus ad l. qui viam. infra. Non eſt omittendum quod Accurſ. annotauit videri nuntiationem recte fieri, & ſi nulla iſtarum cauſarum ſit. pone eum qui dominium nec ſeruitutem habet, &c. nuntiare nouum opus. Nonne tenet nuntiatio & ſuperſedendum eſt? Nihil enim refert an ius habeat prohibendi, l. 1. in prin. Reſpōdeo eum qui nuntiat, aliqua ex his cauſis niti, alias non valeret nuntiatio, Sed ſi forte vera non ſit, tamen interim ſuperſedendum eſt, &c. Et ſane aliqua ambiguitas hic reperitur quę imperitos & incautos fallere poteſt. Qui dominus non eſt, &cæt. habet ius nuntiandi, & nō habet ius nuntiandi. Habet ius nuntiandi, quia cū contēdat ſe dominum eſſe & iuſtam cauſam alleget, interim ceſſandum eſt, niſi ſatiſdatio aut remiſſio, &c. Non habet ius nuntiandi, quia ſi interim aduerſarius contra edictum non fecerit, & poſtea compertum fuerit cauſam veram non eſſe, condemnabitur nuntiator, &c. Hoc qui non animaduertunt, non poſſunt aſſequi ſenſum l. 1. de remiſſion. de quo iam ſatis dixi ſupra.

Ad §. *Meminiſſe.* Declarat fuſius quod iam dictum eſt de cauſa nuntiationis. Cū quis ædificat in noſtro, &c. variis modis poteſt prohiberi. Poteſt prætor mittere apparitorem qui eum prohibeat, &c. Hoc remedio extraordinario Prætor vtitur interdum, l. ſi quis iuſſus. ɉ. ne vis fiat ei qui in poſſeſ. Pōt etiam ſine prætore prohiberi manu, id eſt, iactu lapilli vel ictu. Mentio eſt huius lapilli in l. 1. ɉ. quod vi aut clam. l. et ſi forte. §. ſciendū. ſi ſeruitus vind. Nec id ſatis explicatur ab interpretibus. Exiſtimo imaginem quandā eſſe prohibitionis violentæ & imperioſæ. Manu ꝓhibere eſt vi prohibere, l. quāuis. 50. de acquir. rer. dom. l. qui reſtituere. de rei vind. d. l. ſi quis iuſſus. Olim permittebatur vi & manu repellere. Sed poſtea viſum eſt vtilius vi quadā imaginaria vti, & vt Gellius ait, Feſtucaria, lib. 20. c. 9. huiuſmodi erat illa apprehenſio glebæ, in vindicatione. ibidem. Vindicta, in manumiſſione ſerui. infr. de manu. vindict. Rhapiſmata, in emancipatione, l. vltim. Codic. de emancip. lib. Nouel. 81. Clemens Alexandr. ait, Romanos in rebus ſeriis & iudiciariis vſos ſymbolis fuiſſe. Hæc fere exoleuerunt. Vix vllum veſtigium ſupereſt huius antiquitatis, præterquam in hoc iactu lapilli. Docet igitur Vlpianus, quæ ſit vtilitas cuiuſque remedii. Si quis in noſtro aliquid faciat, non expedit nuntiare. Quid ſit immittere & proiicere, l. malum. §. 1. infra de verb. ſign. Qui aliis remediis vtitur, poſſeſſionem retinet. Qui nuntiat nouum opus, poſſeſſorem facit aduerſarium. Non ergo eſt nuntiandum niſi cū id eſt neceſſarium: puta cum quis ædificat in ſuo, nullum aliud proditum eſt remedium. Dixerit aliquis, cum quis non nuntiat, ſed prohibet iactu lapilli, non videtur id melius

eſſe, quia non competit interdictum. Reſpondet Vlpia. competere alia interdicta quæ non minus vtilia ſunt. Primo interdictum quod vi: ſecundo vti poſſidetis, ſi forte non tantum dominus, ſed etiam poſſeſſor fuerit. Hic ſenſus eſt planus & perſpicuus, licet pleriq; alii aliter ſentiant. Sed difficultates aliquæ hic reperiuntur. Quæritur in primis cur poſſeſſionem amittat nuntiator, non is qui alio modo prohibet. Quod ego iam tractaui ad leg. 1. §. in operis. Dixi ideo poſſ. amitti, quia permittitur ædificare ei qui ſatiſdederit, vel remiſſionem obtinuerit. Quia ſcit eum cui nuntiat poſſe ædificare, non videtur habere animum poſſidendi, niſi aliud appareat. Poſſeſſio amittitur ſolo animo, l. 2. §. in amittenda. ff. de acquir. poſſ. ~~In aliis prohibitoriis nō eſt locus ſatiſdationi aut remiſſioni,~~ nullo iure id cautum reperitur. Prætor in edicto loquitur de nuntiatione, l. 1. in princ. & l. Prætor. At nuntiatio ab aliis duobus diſtinguitur. Prohibitio hęc Prętoria nuſquam vocatur nuntiatio. ~~Non obſtat~~ l. ſi opus. 16. vt ibi dicemus.

PRÆLECTIO X.

DIximus ex §. meminiſſe, eum qui nuntiat transferre poſſeſſion. &c. Is autem qui alio modo prohibet non amittit poſſeſſionem. Sed quæritur ratio huius rei, quæ ſane difficilis & obſcura eſt. Ego de hac re diſſerui ad l. 1. §. in operis. Dixi ideo poſſeſ. amitti, quia permittitur ædificare, ei qui ſatiſdederit, vel remiſſionē obtinuerit. Qui ſcit eū cui nuntiat poſſe ædificare, non videtur habere poſſidendi animum, niſi aliud appareat. Poſſeſſio amittitur ſolo animo l. 3. §. in amittenda, infra de acquir. poſſeſ. In aliis generib. prohibitionis nō eſt locus ſatiſdationi aut remiſſioni. Omnino ceſſandum eſt poſt eam prohibitionem. Mouet nos quod nullo id iure cautū reperitur. Prætor in edicto loquitur de nuntiatione, l. 1. in prin. & l. Prætor. At nuntiatio ab aliis duobus diſtinguitur aperte in hoc loco & in aliis. Prohibitio Prætoria nuſquam vocatur nuntiatio. Nō obſtat l. ſi opus. 16. vt ibi dicemus. Prętcrea obſeruandum eſt, cum quis ædificat in ſuo, non poſſe prohiberi iactu lapilli, &c. Sola nūtiatio aduerſus eum competit, Oppo. l. etſi forte. §. ſciendum. ſupr. ſi ſeruit. vind. Dicitur eū qui altius tollit ædes ſuas poſſe ꝓhiberi & ciuili actione, & interdicto quod vi aut clam. Deinde ſubiicit: Idem eſt etſi lapilli iactu impedierit. Ergo lapilli iactu impediri poteſt is qui in ſuo ædificat. Reſpondeo videndum eſſe quo referantur ea verba, Idem eſt, &c. Dixerat prius Vlp. poſſeſſorem poſſe agere & impedire, &c. Et aduerſarium eſſe poſſeſſorem, ſi non habeam altius ædificatum in meo poſt prohibitionem eius, poſtquam mihi nuntiauit ne ædificarem altius. Idem eſt etſi lapilli iactu, &c. Id eſt, eodem modo fit poſſeſſor. Iactus ergo lapilli prodeſt aduerſario, vt ſit poſſeſſor ſi conuenero poſt iactum. Nec id nos inficiamur. Non tamen neceſſe ab eo ceſſare poſt illum iactū, quia ædifico in meo. Et aduerſarius ſeruitutem tantum habet altius non tollendi. Videtis quam diſſimilia hæc ſunt. Perſpecta hac diſſimilitudine non difficilis eſt explicatio. Sequens quæſtio eſt, an is qui nuntiauit, & ideo poſ. tranſtulit, poſſit deſtruere opus propria authoritate. Dixi ad l. 1. §. nuntiatio. poſſe me quod ædificatum fuerit in meo, deſtruere. Citaui l. quemadmodum. ſupr. ad l. Aquil. l. ſed ſi inter. ſupr. de ſeruit. vrb. præd. cum aliis ſimil. Quod eſt accipiendum niſi aduerſarius poſſideat. Quia deiiceret dominus poſſeſſorem de poſſeſſione, & iuſta eſſet aduerſus eum defenſio l. 3 §. eum igitur. infr. de vi & vi arma. Ex quo conſequitur poſt nuntiationem nón licere deſtruere. Quia poſſeſſio tranſlata eſt in aduerſarium qui ædificauit. Receptum tamen eſt poſſe ex continenti deſtrui, non ex interuallo. Quia poſſeſſio huiuſmodi vitioſa & violenta eſſe intelligitur. At mihi licet vim illatam repellere ſtatim, &c. d. l. 3. §. cū igitur.

Ad §. *Si quis riuos*. Interpretatur Vlp. edictum Prætoris de nuntiatione. Factum poſt nuntiationem reſtituitur ſiue iure ſiue iniuria, l. 1. in prin. Excipitur hic caſus ipſo Prætoris edicto propter publicam vtilitatem. Quod dicitur de riuis referendum eſt ad aquæductus qui Romæ erant, de quibus Iulius Frontinus librum conſcripſit: alioqui homines ſiti necarentur. l. vlt. infra de riuis. Et cloacę multæ & ſumptuoſæ fuerunt Romæ. Hinc penſilis & ſubternauigata, dicitur Roma à Plinio lib. 36. c. 15. Magnā curam & diligentiam adhibebant in eis purgandis & tuendis. Immundiciæ colocarum cœlum peſtilēs & ruinas minātur, l. 1. de cloac. Excepit Prætor generaliter opera, &c. Hæc exceptio nobis vſui eſſe poteſt. Non habemus eas cloacas & aquæductus quos habebāt Romani. Alia habemus in quibus mora periculoſa eſſet. Et obſeruandū hic eſt cōtemni poſſe nuntiationem quaſi inutilem. Quo caſu etiam remiſſio non eſt neceſſaria. vt dicitur in l. 1. de remiſ. Cognoſcitur ex euentu iudicii an tale opus fuerit vt debuerit fieri contempta nuntiatione. Saluæ tamen manent actiones legitimæ. l. ſciendum. 19. & in omnibus aliis caſibus de quib. ſupra dixi. Pręterea hic obſeruandum eſt, refectionem operis ad edictum pertinere. Diſputaui de hac re ad l. 1. §. ſi quis ędificium. Annotatur etiam locus communis non indignus obſeruatione, omittenda interdum remedia vſitata & ordinaria propter graue periculum. Theſis eſt, quæ latius patet quā quod edicto exprimitur. Exempla ſunt vulgaria in l. 1. §. vlti. de feriis. Si res tempore peritura ſit. l. ſi quis filio. § hi autem. ſupra de iniuſt. rupt. vbi ait Iuriſconſul. tunc punire permittitur, deinde ſcribere, non pœnæ feſtinatione, ſed periculi præueniendi cauſa. leg. ait Prætor. §. ſi debitorem, infrà quæ in fraud. cred. Licet mihi debitorem meum fugientem, & pecuniam auferentem perſequi & pecuniam ei auferre. Simile in l. diuus. de petit. hæredit. Poſſeſſor poteſt diſtrahere cum neceſſitas vrget. Si in funus impendendum, in familiæ cibaria, &c.

Locus communis cum mora periculum allatura eſt.

Ad §. *Qui opus*. Dixi opus factum poſt nuntiationem deſtruendum eſſe ſiue iure ſiue iniuria. Quod durum & graue eſt, cum poſſit eſſe calumnioſa nuntiatio. Sed admonui ſuprà, id ita eſſe conſtitutum maioris incommodi vitandi cauſa. Periculum eſt ne is qui videt in ſuo ædificari, ad manus & arma tandem veniat: niſi ſtatim ſuperſedeatur, non poſſit ſe continere. Studuerunt autem iuris auctores noſtri calumniis hominum mederi quantum eis licuit. Itaque conſtitutum eſt, vt iuretur de calumnia auctore Prætore. Poteſt adiri Prætor, licet neceſſe non ſit, l. 1. §. nuntiatio. Item poſt nuntiationem aditur Prætor. l. 1. §. & poſt operis. Is cui nuntiatum eſt, fortè adit Prætorem, vt eo auctore iuretur. Prætore auctore dirimuntur controuerſiæ. Ita demum iurat ſi petatur, &c. Hoc ſolenne non eſt in nuntiatione vt pleraque alia, &c. Simile in l. iuſiurandum & ad pecunias. §. qui iuſiurandum. ſuprà de iureiur. ergo poteſt remitti, vt id quod exigitur à litigatoribus & patronis. Vide l. 2. §. ſed quia veremur. Cod. de iureiur. propter calum. c. 1. de iura. calum. lib. 6.

Ad §. *Qui nuntiat*. Locus de modo nuntiandi: demonſtrandus locus eſt in quo denuntiatur. Ne quid captionis ſubſit in re tanti momenti, agenda ſunt omnia aperte & ſine captione. Sequitur quoties in partem, &c. quaſi dicat, Sufficit dicere, ne totum opus hoc facias quod cœpiſti. Alias dicendum eſt ne quid facias in hac parte. Si ſimpliciter nuntiauerit is qui ius habet prohibendi, in parte ſuccumbet. Et hoc locum habet, cum in vno loco ædificatur. Si in pluribus locis ſeparatis, plures ſunt nuntiationes neceſſariæ. Quia in ipſo opere nuntiari debet. An ſint plures loci, an vnus locus, ex ſenſu communi iudicari poteſt. Qua de re hic diſputatur ab aliis ſi vox poſſit audiri.

Ad §. ſi is cui.

PRÆLECTIO II.

INterpretatur Vlpian. caput vnum edicti Prætorii, nempe de ſatisdatione. Cautum eſt enim edicto vt ſi is cui nuntiatum eſt ſatisdederit aut cauerit, &c. liceat ei ædificare. Ac eo nomine datur ei interdictum, cuius formula extat in l. Prætor. §. deinde. infrà. Satiſdatur autem de opere reſtituendo, l. ſtipulatio. §. 1. infra. Hæc ſatisdatio eum habet quem remiſſio facta à Prætore, de qua ſub titul. de remiſ. Nec ideo inutilis, quaſi ſufficiat remiſſio, quia plerunque facilius eſt ac commodius ſatisdare quam Prætorem adire, &c. Ex quo conſequens eſt ſatisdari ſine Prætoris aditione: & ſatiſdatione præſtita remitti nuntiationem etiam ſine Prætore. Si tamen non conueniat de ratione ſatiſdandi, debet adiri Prætor. Prætoris eſt cauſa cognita dirimere hanc controuerſiam. l. qui bona. 13. §. vlt. infrà, de dam. infect. dicemus ad l. cum procurator. §. vlt. infr. Quando ſit neceſſe Prætorem adire, conantur Accurſ. & cæteri definire, & certis diſtinctionibus concludere, Quod nec vtile eſt, nec facile fieri poteſt. l. omnis definitio. de regul. iur. Occurrit antinomia ex leg. vlt. Cod. de ædificiis priuatis.

priuatis. In quibuſdā libris eſt tit. proprius, de noui oper. nūt. poſt tit. de ædificiis priuatis. Dicitur poſt nuntiationem expectandos eſſe tres menſes, quibus negotium decidatur à Prætore: ante illud tempus non admitti ſatiſdationem. At certum eſt, Iuſtinianum derogaſſe iuri antiquo, ſed ita tamen vt repugnantia hæc dici non poſſint. Leges poſteriores debent ad priores trahi, niſi contrariæ ſint. l. non eſt nouum. ſup. de legib. Sic interpretamur vtrunq; ius quaſi iuri antiquo addatur exceptio ex nouo iure. Satiſdans impune ædificat poſt nuntiationem, modo lapſum ſit tempus trium menſium. facit l. in toto. de reg. iur. Ac idem conſtitutum eſt iure pontificio, c. vlt. de noui ope. nunt. in Decretal. Quędam alia dicemus de hac ſatiſdatione in aliorum capitum enarratione.

Ad §. *Qui procuratorio.* Diximus ſupra, nouum opus poſſe nuntiari nomine procuratorio, l. 1. §. vlt. Quæritur an ſatiſdare debeat procurator, dominum ratum habiturum. Et ait Vlpian. ſatisdandum eſſe. Hæc enim ſatiſdatio exigitur à procuratore actoris. Inſtitut. de ſatiſdat. l. ſeruum. §. ait Prætor. de procurat. quia periculum eſt ne dominus ratum non habens, iterum agat, nec obſit res iudicata. Vtilis eſt autem hæc cautio in hoc caſu: quia ſi is cui nuntiatum eſt ceſſauerit, & nunc petat quod ſua intereſt, dominus non tenebitur, niſi ratum habeat, ſed committetur ſtipulatio & conuenietur fideiuſſor. Si igitur non ſatiſdederit, nuntiatio omnimodo remittitur. Cur dicit *Omnimodo*? quia remittitur ſimpliciter & ſine vlla exceptione, & perinde eſt ac ſi nuntiatum non eſſet: Alias non remittitur nuntiatio omnimodo, ſed quatenus ius ædificandi, &c. l. 1. in princ. Quæritur an ſit adeundus Prætor pro hac remiſſione? Videtur adeundus non eſſe, quaſi inutilis ſit. l. 1. de remiſſio. Sed verius eſt Prætorem interuenire debere: quia valet ab initio nuntiatio, nec præſtatur ſatiſdatio niſi petatur. Ait Vlp. *etiam ſi ſit verus procurator*, id eſt etiam ſi mandatum ei ſit. Nam non ſufficit res alienas procurare ſine mandato. l. 1. ſup. de procu. ergo, &c. Verum hic reperitur antinomia. Nam tunc exigitur ſatiſdatio cum incertum eſt an mandatum habeat. l. 1. C. de procur. l. 3. §. ſi procurator. ſupr. vt in poſſ. legator. Alibi dicitur, cum apud acta factus eſt agentis procurator, non compelli ſatiſdare. C. de ſatiſdat. Idem in Inſtit. tit. de ſatiſdatio. §. ſin autem. Et hoc eſt rationi conſentaneum. Nam fruſtra exigitur ſatiſdatio cum reſtitutio non ſit neceſſaria. Reſpondeo fieri poſſe, vt quis verus procurator ſit, & tamen de eo nō conſtet: atq; ideo recte dicitur ſatiſdare debere. Non enim ait Vlp. etiamſi certū ſit eum procuratorem. Alibi dicitur cum euidens eſt abſentis voluntas, non deſiderari cautionem. l. qui ita. 66. §. etiam. ad Trebel. Alibi dicitur cum apud acta quis factus eſt procurator. C. de ſatiſdat. & Inſtit. de ſatiſda. §. ſin autem. Nihil eſt certius quam quod in acta relatum & perſcriptum eſt. Alibi dicitur, cū quis libello principi dato profeſſus eſt ſe feciſſe procuratorem, &c. l. ne ſatiſdatio. ȷ. rem rat. habe. Alibi dicitur, ſi dominus literis ad aduerſarium ſcriptis ſignificauerit, &c. l. ſi procuratorem. 65. ſup. de procurator. Idem dicendum eſt & ſi inſtrumentum publice confectum ſit, &c. vt hodie fieri ſolet. Ac in ſumma dicendū eſt, quoties euidens eſt voluntas abſentis. &c. dict. l. qui ita. ad Treb. at non ſemper euidens eſt, quamuis reuera quis ſit procurator. l. mandatum ei ſit. Dicit ſe procuratorem, non negotiorum geſtorem. Voluntarius procurator dicitur à Cicerone pro Cæcinna. Eſt autem facti quæſtio, an voluntas euidens ſit, an dubia. Ideo relinquitur arbitrio iudicantis. l. voluntatis. C. de fideicom. Quæritur an hic requiratur ſpeciale mandatum? Variæ ſunt opiniones. Sed verius mihi videtur procuratori generaliter conſtituto id licere. Mouet quod nuſquam id expreſſum reperitur. Caſus in quibus ſpeciale mandatum neceſſarium eſt, ſolent exprimi à iuris auctoribus, in l. Pomponius. ſup. de procurat. & aliis ſimilib. hic. non reperitur expreſſum vlla parte iuris ciuilis. Nulla hic litera eſt ex qua id colligi poſſit. Verus procurator dicitur etiam is cui generaliter adminiſtratio conceſſa eſt, l. vero. ȷ. de ſolutio. Et huc pertinet quod dicitur in l. 1. §. vlt. Vſufructuarium poſſe nuntiare nomine procuratorio, qui tamen ſpeciale mandatum nō habet.

Ad §. *Qui remiſſionem*, Sicut procuratorio nomine fit nuntiatio, ita etiam petitur remiſſio. Hic autem procurator non ſatiſdat dominum rē ratam habiturum: quia defenſoris partes ſuſtinet. Procurator rei non cauet de rato. l. nō cogendū. §. vlt. de procur. Cauet de iud. ſoluendo. Et exigitur ab eo ſatiſdatio, etiam ſi certum ſit eum procuratorem eſſe. l. vnic. C. de ſatiſda. & Inſtit. de ſatiſda. in prin. Nemo alienæ rei defenſor eſt idoneus. Ratio, quia ſatis conſultum eſt actori cautione, niſi in quibuſdam caſibus, de quibus in leg. Pomponius. ſupr. de procur. In hac igitur ſpecie exigitur ſatiſdatio ſimilis ſatiſdationi & iudicato ſoluendo, quia defenſoris loco eſt, non actoris. Nam etſi adeat Prætorem & petat, &c. tamen hoc petit quaſi ſe defendens aduerſus nuntiationem. Prima facie videtur ſuſtinere partes actoris. Satiſdat ex operis noui nuntiatione, ſicut dicitur in §. ſi is cui. Satiſdatio de opere reſtituendo eam vim habet quam ſtipulatio iudicatum ſolui. l. ſtipulatio. §. habet.

Ad §. vlt. Si procurator.

PRÆLECTIO XII

DIxi opus nouum nuntiari poſſe procuratorio nomine: dixi etiam poſſe eum cui nuntiatum eſt ędificare, ſi ſatiſdederit, &c. inde naſcitur quęſtio, procurator mihi nuntiauit, ego ei ſatiſdedi vt poſſē ædificare: deinde interdicto experior ne vis mihi fiat. nam fortaſſis à domino prohibitus ſum poſt ſatiſdationem: quia ex cauſa mihi datur interdictum aduerſus procuratorem procuratorio nomine. Accurſ. & alii aliter hoc accipiunt, qui mihi videntur nodum quærere in ſcirpo. Cum dicitur interdictū, cū ꝓponitur vti interdicto, id accipiendū eſt ex ea cauſa, ex qua competit interdictum. Nec dubium eſt quin competat ex ea cauſa. Quæritur in hoc interdicto an ꝓcurator ſatiſdare debeat. Et ait ſatiſdare debere iudicatum ſolui. Dixi alibi hanc ſatiſdationem à procuratore rei non actoris exigi. Et hic reum defendere intelligitur. Nam qui experitur interdicto, agit. l. actionis verbo. infr. de oblig. & actio. Ergo aduerſarius defenſor eſt. Alia cauſa eſt eius qui petit remiſſionem, non enim dicitur agere, ſed ſe defendere, §. qui remiſſioné. ſupra. Hic reperitur antinomia, ex l. nō cogēdū. §. vlt. ſupra de procur. Ibi dicitur eum qui experitur interdicto ne vis fiat, &c. ſuſtinere partes defenſoris: ideo non cauere de rato Sed nihil prohibet quē modo actoris modo defenſoris partes ſuſtinere, prout ratio, vel æquitas id exigit in quaque ſpecie. Hic dicitur procurator ſuſtinere partes defenſoris, qui conuenitur interdicto, ne cogatur cauere rem ratam haberi. Et ratio ſatis perſpicua eſt ex iam dictis. Vbi loquitur Iureconſultus de procuratore qui interdicto experitur, quia ei nuntiatum eſt. Et ait hoc etiam caſu eum non cauere, & defenſoris partes ſuſtinere. Ergo procurator ſiue conueniatur interdicto, ſiue alium conueniat, non cauet de rato, &c. Ratio autem quæ mouit Iulianum hæc fuit, quia cautio ſiue ſtipulatio de rato non poteſt committi. Non animaduerto, inquit Iulian. quo caſu ſtipulatio committatur. Nam ſi ratum non habeat dominus quod geſtum eſt à procuratore, nō pōt petere. Satiſdedit procurator, & interdicto de ſatiſdatione egit: id ſi ratum non habeat dominus, quomodo poteſt agere? At non niſi eo petente poteſt cōmitti ſtipulatio. Vtilitas & æquitas exigit vt id diſtinguamus. Subtiliter diſputando vterq; poteſt dici actor & vterq; reus, Sed neceſſe eſt plærunque, vt alter pro actore habeatur, alter pro reo. Et hoc variatur ob varietatem cuiuſque rei de qua quæritur. Omnis diſputatio in iure ciuili ad æquitatem referri debet. Subtilitas temperari debet ex interpretatione, ex bono & æquo, in quo dicitur verſari iuris ſcientia. l. 1. ſupra de iuſtit. & iure.

Ad l. Et ideo. 6.

EXceptio procuratoria non opponitur defenſori, l. exigendi. Codic. de procurat. Non quæritur an mandatum habeat modo caueat iudicatum ſolui. Quo tamen iure non vtimur hodie in Gallia, ſed exigimus mandatum etiam à defenſore rei. Sic accipitur procuratoria exceptio in l. inter quos. 39. §. alieno. infra, de damno infect. Stipulatio ita cōcipitur, extra quam ſi appareat eum procuratorem non eſſe. Nā exceptiones olim ita opponebantur in iudiciis. Vnde dicitur exceptio conditio eſſe. l. exceptio. infra de except. Hodie exoleuerunt illę formulę, & exceptio dicitur defenſio qua excluditur intentio actoris, l. 2. de except. Manſit nomen re mutata,

In ſtipulatione damni infecti res ipſa adhuc manet, quia vere additur exceptio ſtipulationi. Addunt aliqui poſſe exceptionem procuratoriam opponi propter inhabilitatem perſonæ. Quod eſt verum, ſi quis contendat non poſſe quem defendere alium in iudicio, quia mulier eſt, quia miles, &c. l. militem. l. alienam. C. de procurat. Sic interdũ accipitur exceptio pcuratoria. vt in l. in exceptionib. ſupra de probat. Quod nõ licuerit aduerſario dare vel fieri procuratorẽ. Sic accipitur in l. ſi fideiuſſor. §. quædam, ſupra mandat. Non imputandum eſſe fideiuſſori, ſi exceptionem procuratoriam omiſit. De bona fide agitur, cui non congruit de apicibus iuris diſputare. Apices iuris vocat Vlp. hanc ſubtilitatem, in quibus fere verſantur lites & controuerſiæ forenſes noſtro tempore.

Ad l. Etſi ſatiſdationem. 7.

DEfenſor qui non ſatiſdat de iudicato ſoluendo in hoc caſu, ſummouetur ab executione, &c. Pęna non defendẽtis procuratoris eſt, vt ei denegetur actio. l. mutus. §. pœna. ſupra de procurat. l. actionem. C. eod. Hi loci communes de procuratore, procuratoria exceptione & ſatiſdatione, obſeruari debent. Referẽdi ſunt ad tit. de procurator. Studioſi hęc colligere & in indices referre debent ad ſubſidiũ memoriæ. Sequitur: Et tutor, &c. Sicut procurator opus nuntiat, ita & tutor, curator, &cæt. Similis eſt procuratori propter adminiſtrationem. Et dicitur haberi loco domini. l. interdum. §. qui tutelam. de furt. Et hoc eſt accipiendum, ſi de re familiari fiat nuntiatio, hac lege in ff. In quibuſdam libris legitur, Tutori & curatori opus nouum recte nuntiatur, &c. Quæ lectio bonum & idoneum ſenſum habet. dicemus ad l. operis. infra.

Ad l. Non ſolum. 8.

LOcus de cauſa nuntiationis, Dominium aut ſeruitus l. 1. de remiſſio. infr. vt puta, Si quis debeat ſeruitutem altius non tollendi. Nec refert an ſit proximus vicinus, &c. Poteſt deberi ſeruitus, etſi locus medius intercedat. Ergo & propter eam ſeruitutem nouũ opus poteſt nuntiari. De ſeruitute autem magna varietas iuris reperitur. Sed videndum eſt an abſque vſu fundi intermedii ſeruitus prædio vtilitatem afferre poſſit necne. Exemplum eſt in l. ſeruitutes. 14. §. vlt. ſupra de ſeruitut. Publico loco interueniente hauſtus ſeruitus imponi poteſt, aquæ ductus non poteſt. in l. vlt. eo. tit. Via publica nõ impedit ſeruitutem itineris, ſed immitendi, protegendi. Non licet immiſſum habere in viam publicam. in l. qui ſella. §. vlti. de ſeruit. ruſt. præd. In ruſticis prædiis impedit ſeruitutem medium prędium, quod non ſeruit. In l. loci. §. vlt. ſupra ſi ſeruit. vind. ſeruitus altius non tollendi debere poteſt ei qui vlteriores ædes habet, donec non extolluntur medię, ſeruitus vtilis eſt, hoc ergo caſu poterit nouum opus nuntiari. Hinc ergo colligitur oportere iuſtam eſſe cauſam nuntiandi. Nec obſtat quod dicitur in leg. 1. ſiue iure, ſiue iniuria. Id ego ſupra expoſui.

Ad §. *Qui nouum opus.* Præceptio vtilis ei qui nouum opus nuntiat, vt redigat in teſtationẽ, &c. Teſtationem vocat tabulas, quæ conficiuntur fidei & probationis cauſa. Scripſi lib. 1. diſputat. c. 30. Accurſ. non intellexit. Adde §. ſed vt probari, infra, vbi modulos ſumi debere ait Iuriſconſ. Moduli autem ſunt perticæ quibus architecti totum opus dimetiuntur. Vitruuius lib. 3. c. 3. Vulgo nos dicimus *Toyſe.*

Ad §. Si cum poſſem.

PRÆLECTIO XIII.

LOcus de ſatiſdatione iam tractatus ſupra. Quæritur an ſufficiat repromiſſio, & nuda cautio. Satiſdatio eſt fideiuſſoris datio, l. 1. ſupra qui ſatiſda. cog. Cautio ſiue repromiſſio ad nudam ſtipulationem refertur. l. 1. ꝟ. de præto. ſtipu. l. ſancimus. C. de verb. ſig. Paulus hic diſtinguit cauſam priuatam à cauſa publica. Nam ob vtranque cauſam poteſt nuntiari. l. 1. §. nuntiatio. l. 5. §. & belle, ſupra eodem. Si ob priuatam cauſam nuntiaito fiat, neceſſaria eſt ſatiſdatio. Magis fauendum eſt ei qui perſequitur, quod ſua intereſt, quam qui de alieno iure litigat. Si ob publicam cauſam, &c. ſufficit repromiſſio. Rationem affert Iureconſ. tanquam alieni iuris petitor, &c. Opponitur huic diſtinctioni edictum prætoris de damno infecto. l. prętor. 7. de dam. infect. infra. vbi locus eſt ſatiſdationi, cum quis cauet nomine alieno: repromiſſioni cum ſuo. Item dicitur de eo opere quod in flumine publico ſatiſdandum eſſe. Ea diſtinctio videtur omnino contraria noſtræ. Accurſ. & cæteri magnopere laborant in huius rei explicatione, ſed tamen non ſatis videntur animaduertere quam ſint hæc diſſimilia. Ecce diſtinctio noſtra refert ad eum cum cauetur, quia nuntiauit nouum opus, inſpiciens ex qua cauſa nũtiauerit, publica an priuata. Nec refert an ipſe nuntiauerit an procurator eius nomine. Illud tamen quæritur an de iure priuato ipſius agatur an publico. Nam id Iureconſ. ſignificat his verbis, &c. Et aliquanto apertius in l. 1. de prætor. ſtipul. In edicto prætoris de damno infecto: diſtinctio refertur ad eum qui cauet. Diſtinguitur an ſuo nomine caueat an alieno. Nec mirum eſt, ſi magis oneretur cautione is qui conuenitur nomine alieno, argum. Inſtit. de ſatiſdatio. Si in edicto de damno infecto ſcriptũ eſſet, ſatiſdandũ eſſe ei qui ex publica cauſa petit ſibi caueri, hæc pugnantia eſſent. Nihil tale reperitur in edictu prætoris, nec ſane petitur damni infecti cautio ob publicam cauſam ſed priuatam tantum. l. qui bona. §. qui damni. ꝟ. de dam. infecto. Is demum petit qui contendit rem ad ſe pertinere, quamuis nõ inquiratur ſcrupuloſe an eius interſit, &c. Præterea ſi hic diceremus eum qui ſatiſdat nomine ſuo ſatiſdare, qui nomine alieno repromittit, hęc cõtraria dici poſſent. Non negamus ſpectãdum quoq; hic eſſe an ſuo nomine quis ſatiſdet, an alieno, d. l. 1. ꝟ. de prætor. ſtipul. hæc ergo diuerſa omnino ſunt ac diſſimilia. Hic agitur de iure quod habet is cui cauetur, ibi de iure quod habet is qui cauet. hic diſtinguitur cauſa publica à priuata: ibi diſtinguitur is qui defendit ipſe ius ſuum, ab eo qui defenditur per procuratorem. Alia difficultas hic reperitur, quia Iureconſul. ait ita nuntiari, Ne quid contra leges in loco publico facias. Nã nuntiatio dicitur fieri in rem, l. operis. infra. Ne quid fiat, idem in l. vlt. infr. eo. Reſpondendum eſt, Vlp. hic non docere quibus verbis fiat nuntiatio. Qui nuntiat in rem, recte dicitur nuntiare ei qui opus facit. Qui nuntiat in rem, omnibus nuntiat, qui ædificaturi ſunt. Sicut qui paciſcitur ne petat ſimpliciter, intelligitur paciſci ne ab vllo petat. l. iuriſgentium. §. pactorum. ſup. de pact. Item obſeruandum eſt hunc morẽ fuiſſe veterum, vt in nuntiatione exprimerent cauſam nuntiandi, Ne quid contra leges. Itaque poterat iudicari ab initio, an vtilis eſſet nuntiatio, &c. Si cauſa inepta allegetur, nuntiatio inutilis eſt, ac contemni poteſt. l. 2. l. qui viam. hoc tit. Nec neceſſaria eſt hoc caſu remiſſio. l. 1. de remiſſ. Vbi autem iuſta cauſa allegatur, quamuis forte vera non ſit, nuntiatio effectum habet, quia ceſſandum eſt ſiue iure ſiue iniuria. l. 1. in princ. & §. ſciendum, qui proxime ſequitur. Et hoc dicitur interdum non tenere inſpecta veritate: nam cognoſcitur ex euentu. l. 1. in princ. de remiſſio. Qua in re ambiguitas eſt, & tenere aut non tenere nuntiatio, varie accipitur. §. Sciendum ex iam dictis ſatis fuit explicatus: nec opus eſt alia declaratione.

Ad §. *Sed vt probari.* Docet Vlp. quid obſeruandum ſit in nuntiatione facienda. Si quid iam operis factum ſit, vt dictũ fuit ſupra §. qui opus. Modus ſiue modulus menſuram ſignificat. Horat. lib. 1. epiſt. Metiri ſe quemque ſuo modulo ac pede verum eſt. Hoc ſenſu vſurpatur à Vitruuio ſæpe, vt dictum eſt indicatum. Hoc igitur modulo fit demenſio operis facti, adhibentur menſores petiti. l. ſi irruptione. ſupra fi. regund. vt probari poſſit, &c. Nam interdicto reſtitutorio ita demum vincit nuntiator, ſi docuerit factum eſſe opus poſt nũtiationem. l. prętor. §. 1. Nec ſufficit docere factum eſſe opus ſed quantum operis factum ſit. Colligitur ex his verbis & ex §. qui opus. ſupra. durum eſſe, ideo totum deſtrui, quando aliquid factum ſit poſt nuntiationem. Præſtat illicite factum non deſtrui, quam deſtrui quod licite factum eſt. In re dubia fauetur reo. l. fauorabiliores. infr. de reg. iur. l. inter pares. de re iud. l. Arrianus. de oblig. & act. Vtilis eſt igitur hæc dimenſio nuntiatori, quia alias probatio eſt difficilis. Non eſt tamen hæc præceptio neceſſaria, vt hoc amiſſo nuntiatio inutilis ſit. Complexi ſunt Iureconſulti ſcriptis ſuis non tantum quid neceſſarium ſit, ſed etiam quid expediat.

Ad §. Morte.

PRÆLECTIO XIIII.

Diximus

DIximus ſup.factum opus poſt nuntiationem reſtitui debere ſiue iure ſiue iniuria,&c.leg.1.in princ. Idq; accipiendum ſi vtilis fuerit nuntiatio.l.2.l.de pupillo.l.qua viam. hoc tit. poteſt autem inutilis eſſe, ſi aliquo caſu extincta fuerit,licet valuerit ab initio. Itaque hic quæritur an extinguatur morte. Et quæſtio duplex eſt, vna de morte nuntiantis,altera,de morte eius cui nuntiatur. De vtraque dicemus ſeparatim. Quod ad priorem attinet, Paul.ait,morte eius qui nuntiauit extingui nuntiationem. Ergo ſucceſſor non poterit experiri interdicto reſtitutorio,de quo in leg.prætor.infra eod. Subdit Paul.idem eſſe in alienatione. Si quis alienauerit fundum,propter quem opus nouum nuntiatum eſt,quia his modis finitur ius prohibendi. In his verbis aliqua obſcuritas reperitur, Nam ius prohibendi, id eſt, ius propter quod fit prohibitio ſine nuntiatio, videtur eſſe dominium aut ſeruitus.l.1.§.vlt.ſupra eod. Quod ius non finitur morte.l.hæreditas.ỹ. de regul.iuris. Amittitur quidem hoc ius alienatione, ſed nõ morte. Difficultatem auget quod valet nuntiatio, etſi quis forte tale ius non habeat.l.1.in princ. Etiamſi ab initio non eſſet dominus,valeret nuntiatio. Ergo multo magis,& ſi deſierit dominus eſſe. Difficultas ergo pendet ex interpretatione horum verborum, quia his modis finitur ius prohibendi. Ego craſſius hæc verba accipio: quaſi hoc velit Paul.ideo extingui nuntiationem, quia conſtitutum eſt his modis extingui ac finiri. Dicet aliquis ineptũ eſſe hunc ſenſum, quaſi idipſum pro ratione adferatur,cuius ratio quęritur.l.qui interrogatus, ſupra de interrog. action. & ſane ſi iiſdem verbis vteretur rationẽ adferens Pauli,nihil eſſet ineptius. Si ita diceret. Nũtiatio extinguitur morte, quia extinguitur. Sed vtitur aliis verbis, quę recte intellecta,nec inepta nec nugatoria iudicanda ſunt. Hanc enim rationem adfert, quia ius illud prohibendi,quod quis acquirit nuntiatione, ſiue dominus ſit,ſiue non ſit,finitur morte & alienatione. Habet enim ius prohibendi nuntiator, etſi re vera non ſit dominus, quia interim ceſſandum eſt. Ii,quibus inſolens videtur hoc genus loquendi, quomodo ferent quod Vlp.ait in l.1.de exception. Agere videtur qui exceptione vtitur. Nã reus in exceptione actor eſt. Sic dicimus eũ qui ſoluit aut cui acceptolatũ eſt liberari, quia his modis obligatio tollitur. Inſtit.quibus modis tollit. oblig. Sed mittamus verba: veniamus ad rem. Multa obiiciuntur aduerſus hanc ſententiam Pauli: quę obiecta nos diluere oportet. Primũ obiicitur lex, veteris. C. de contrahen.& commit. ſtipul.vbi obligationes tranſeunt ad hęredes:idq; regulare eſt, paucis exceptis: veluti ex mandato,ex ſocietate. Rationem adduxi ad l.eius qui in prouincia.ſupra de reb.credit.quia credibile non eſt hoc agi inter contrahentes Apparet ſpectari fidẽ, induſtriam, mores, ingenium perſonarum. Reſpondeo hic nullam eſſe obligationem aut actionem. Hæc nuntiato ſiue prohibitio facti eſt tantum, nec aliquid commune habet cum obligatione. Nihil ergo ad rem pertinet quod dicitur obligationes tranſire ad hæredẽ. Ne illud quidem aduerſatur quod inſtantia iudicii tranſit in hæredem, l. ſi eum hominem. infra de fideiuſſor.c.quia, de iudic. Nam nullum hic iudicium eſt, ſed præparatio quædam iudicii futuri. Fortius opponitur nobis quod dicitur in l. prætor.§.hoc interdictum.infra, interdictum hoc cõpetere hæredi. reſpondeo interdictum dari,opere iam facto. Nos autem dicimus extingui nuntiationem, cum nuda tantum eſt nuntiatio, cum res adhuc integra eſt. Quod locum habet etſi ſatiſdatum ſit, quia prætor de opere tantum facto loquitur. Sic dicitur mandatum non finiri morte mandantis, ſi res deſierit integra eſſe.§.item ſi adhuc. Inſtit. de mandat. Hæc ſententia Pauli ſic à nobis defenſa, & declarata exceptionem habet, ſi quis nuntiauerit pro ſe & hæredibus ſuis. Id enim vulgó receptum eſt, nec ratione caret. Nam in pleriſque caſibus mentio hæredis facit,vt id tranſeat ad hæredem, quod alias finiretur morte.l. diem proferre.§. 1. de recep.arbitr.l.antiquitas.de vſufruct. Præterea hæc nuntiatio videtur adhuc prodeſſe hæredi ad interdictum, quod vi aut clam. Nam poſt nuntiationem non poteſt non vi factum eſſe quod factum eſt, l. 1.l.prohibere autem.quod vi aut clam. Et quæ hic dicuntur eo pertinent, vt non competat interdictum ex operis nuntiatione. Si non valet vt nuntiatio, valet vt prohibitio propter quod vi factum eſſe dici poteſt. Et ſane multę differentiæ reperiuntur inter hæc duo interdicta, de quibus dixi ſupra. Sequitur, *Sicut alienatione.* Obſeruandum eſt alienatione fundi nuntiationem finiri. Videtur is qui alienat fundum,&c.quodammodo nuntiationem omittere, quod nihil amplius interſit eius, &c. Nec ea nuntiatio tranſit ad emptorem, aut alium ſucceſſorem.

Obiicitur tamen lex, in iudicio.ſupra famil.erciſcundi.vt oſtendatur nuntiationem tranſire ad ſingularem ſucceſſorẽ. Sed nullum verbum animaduerti in ea lege, vnde id colligi poſſit. Dicitur pendente iudicio familię erciſcundę, poſſe cohæredes agere de ſeruitute & nuntiare, &c.pro ſua quemque parte. Si vni adiudicetur totus fundus, caueri oportet,vt quæ ex his actionib. recepta fuerint, reddantur, id eſt, ſi cohæres aliquid cõſecutus ſit ex nuntiatione, quia egit interdicto,&c. Loquitur ergo de nuntiatione quæ effectum habuit,propter quam actum eſt,&c. Deinde ſequitur: Et ſi eo nomine actum non fuerit,eum ſequi integram actionem,cui fundus adiudicatus fuerit. Loquitur de actione,non de nuntiatione. Altera quæſtio de eo cui nuntiatum eſt. Dicitur morte eius non finiri nuntiationem. Ratio ſumitur ex leg. vlt. infra,eo. quia nũtiatio fit in rem non in perſonam, ideo tranſit ad hæredem, quaſi ei quoque nuntiatum ſit,l.penult. Argumẽto id probat Paul.ex forma ſtipulationis,&c. Is cui nuntiatum eſt promittit pro ſe & hæredib.ſuis. Non cogeret eum prætor ita cauere, niſi iuſtum eſſet hæredem teneri. Stipulatio prætoria eſt,quæ concipitur authore prætore ſecundum naturam,&c. Deinde dicitur: Si is cui nuntiatum eſt alienauerit,non finiri nuntiationem. Ratio eadẽ quæ hæredis, quia in rem fit.d.l.vlt. Ideo videtur facta omnib.qui quandoq; ædificaturi ſunt. Qui nũtiat in rem omnibus nuntiat,vt alibi dixi. Ergo competit interdictum aduerſus ſucceſſorem ſingularem.l.vlt. Hoc eſt accipiendum niſi ignorauerit nuntiationem factam.l.3.§.opus. Dixerit aliquis, imo ignorans tenetur.l.2.§.aduerſus. Verum eſt,modo ſic nuntiatum ſit,vt veriſimiliter potuerit ei renuntiari.l.5.§.nuntiationẽ. At fabri & alii qui ſunt in re præſenti nõ cogitant de nouo illo domino. Tenetur ergo ſolum ad patientiam.l.pen. Sed hæc diſputatio proprie pertinet ad l.vlt.

Ad.l.creditori.9.

PRÆLECTIO XV.

LOcus de cauſa nuntiationis. Cauſa nuntiationis eſt dominium aut ſeruitus,l.5.§.& belle.ſup.eodem.l.1.de remiſſio. Nam dominus prædii poteſt ob ſeruitutem nuntiare, &c. De aliis qui domini non ſunt quæritur. Etiam tractatum eſt de vſufructuario,ſupra leg.1.§.vltim.vbi diximus nuntiare eum nomine procuratorio poſſe. Nunc quæritur de eo qui ius pignoris habet, an poſſit nuntiare ob ſeruitutem. Videtur non poſſe non magis quam vt fructuarius,quia dominus non eſt.l.neque pignus.infra de regul.iuris. Videtur etiam non poſſe ſeruitutem vindicare, quia vindicatio ſeruitutis non cõpetit niſi domino prædii,&c.leg.2. ſupra ſi ſeruitus vindicet. Caius tamen hic ait nuntiationem competere: quia ius habet in prædio ſuo, cui debetur ſeruitus. Ius pignoris reale eſt, quamuis dominium non ſit, leg.pignoris.ſupra de pignor. Atque ideo receptum eſt, vt creditori detur vtilis vindicatio ſeruitutis.l.ei qui. ſupra de ſeruit.l.1.§.vlt.de remiſſ. Vtilis datur,directa deficiente.d.l.2.ſi ſeruit. vindic. Sic eſt intelligendum,quod hic dicitur de vindicatione, quamuis ſimpliciter loquitur Caius. Sic etiam vtilis petitio fundi ei datur. d.l.ei qui. id eſt,actio hypothecaria. Relata ad ius ciuile dicitur vtilis.arg.§.nãque. Inſtit. de actio. Non cõpetit ex mero directoq; iure,ſed ex iuriſdictione prætoria proficiſcitur. Et notandum eſt hic nuntiari nouum opus etiam contra dominum, quia hic nuntiat nomine ſuo,vt dixi ad l.1.§.vlt.ſupr. eo. Plus iuris habet creditor quam fructuarius,vt ibi diximus. Quod Accurſ.ait,ſufficientem non eſſe hãc rationem,ineptũ ſane eſt & Accurſianum. Vult Accurſ.non recte colligi: Vindicatio ſeruitutis datur,ergo & nuntiatio.leg.qui viam,infra. Sed particula, Nam, cauſalis ſemper non eſt,ſed interdum aliã vim habet, vt ſæpe iam dixi. Quam vim habeat, ego iam oſtendi. Occurrit obiectioni. Poterat obiici, non competere ei vindicationem ſeruitutis quia dominus non ſit. Nec male concluditur ita, Non poteſt vindicare ſeruitutem, ergo nec ob ſeruitutem nuntiare,&cæt. Itaque reſpondet Caius,id negando quod aſſumitur, & ait vindicationem ſeruitutis com-

Petere. Sed quia hic incidimus in mentionē nunciationis quę fit ob ſeruitutem, nunc plenius de ea diſſerendum eſt, & interpretanda l. qui viam. infra, quæ inter difficiles leges huius tituli numerari ſolet.

Ad l. Qui viam. 14.

DVo cō. inentur his verbis Iuliani, quæ coniungenda ſunt cum l. 2. ſupr. eod. cum l. ei qui. ſupra de ſeruit. Primum eſt quod ob ſeruitutem viæ non poteſt nuntiari, &c. Si quis me impediat vti via ædificando &c. Hæc verba ſatis clara ſunt: ſed difficultas naſcitur ex antinomia. Nam ſæpe alibi dicitur poſſe nuntiari. l. 5. & §. & belle, ſupr. eo. l. 1. de remiſſionibus. l. inter. de ſeruit. vrb. præd. l. in iudicio, fam. erciſc. Variæ ſunt opiniones, & duodecim ego diuerſas repeti in aliorū ſcriptis. Ac forte plures reperiri poſſunt ab iis qui omnia omnium ſcripta euoluūt. Tres ſunt præcipue apud Accurſ. & Bart. Vna eſt eorum qui legūt, *Viam ædificat*. Et interpretantur, reficit, exornat. Sic enim habent plerique antiqui codices, & Accurſ. ita videtur legiſſe. Ideo autem dicunt non competere nuntiationem, quia id non fit cauſa impediendæ ſeruitutis. hæc opinio mihi non placet. Primum quia in codicibus emēdatis legitur, *In via ædificat*, & præſertim in Florent. Nec temere mutanda eſt ea lectio. Legi in quodam manuſcripto *Quia in viam ædificat*. Ac forte ſcriptum eſt in viam pro in via, vt apud Plautum, *In mentem eſſe*, in Amphit. pro in mēte. & apud Cic. pro lege Manilia, in poteſtatem eſſe, id eſt, poteſtate. Qua de re Cel. lib. 1. c. 7. Deinde non videtur recte nec Latine dici, Viam ædificare: tum mouet vt ab ea opinione recedam, quod hic dicitur vindicationem ſeruitutis dari. Datur aduerſus eum qui impedit ſeruitutem, &c. leg. 4. ſupra ſi ſeruit. vind. Alii exiſtimant nuntiari nouum opus ob ſeruitutem, ſed non aduerſus dominum. Atq; ita intelligunt hæc verba Iuliani aduerſus eum, &c. ſi dominus ſit. Accurſ. ita ſenſit ad l. inter. ſupra de ſeruit. Cuius ſententia merito exploſa eſt à pleriſq; interpretibus. Nam loquitur Iulian. de eo qui ędificat ſiue ſit dominus ſiue alius, puta, ſuperficiarius, fructuarius, poſſeſſor. &c. talem exceptionem addere non eſt interpretis. Hoc non eſt interpretari, ſed legem condere potius. Et apertè dicitur alibi, contra dominum nuntiari poſſe. l. 5. §. & belle. Item etſi fateamur aliquo caſu nuntiari nō poſſe aduerſus dominum, tamen hæc verba latius patent, quam vt ita reſtringantur. Sed de hac opinione ſatis. Qui nugas accurate refellit, nugas agit. Alia eſt opinio eorum qui diſtinguunt ſeruitutes vrbanas à ruſticis. Et hæc ſententia vulgo probata eſt ac recepta magis quam aliæ. Hanc ſententiam ego ſequi ſoleo ac defendere. ſcripſi lib. 2. diſput. cap. 17. Mouet me primum quod Vlp. hic loquitur de via, quæ ſeruitus eſt ruſtica: deinde nullum exemplum nuntiationis reperitur, niſi ob ſeruitutem vrbanam, velut in leg. 5. §. & belle l. inter. de ſeruit. Non obſtat lex 1. de remiſſio. Loquitur indefinite is qui ſeruitutem habet. Non ſignificat his verbis ob quamcunq; ſeruitutem nūtiari poſſe. l. in toto infra de reg. iur. Obiicitur præterea lex, in iudicio. ſupr. famil. erciſc. vbi dicitur de iure prædii nuntiari nouum opus. Sed non magis aduerſatur, quam l. 1. infr. de remiſſio. Appellatione prædii continetur etiam vrbanum, l. vrbana prædia. ff. de verb. ſign. Item cum mouetur cōtrouerſia de ſeruitute ædium quæ ſunt in fundo, dicitur moueri de iure fundi. Vt mirum ſit Alciat. in parerg. lib. 3. c. 24. hoc nō animaduertiſſe. Ex his appareat hæc pugnantia non eſſe, difficultas ergo tantum eſt in ratione diuerſitatis. Ego eam adduxi & declaraui lib. 2. diſput. Quam ego non miror parum probari iis qui norunt quid ſit ciuilem ſcientiam tractare. Videte quæ ſcripſi. Nota, nihil agit, &c. Alterum quod hic adnotatur, pertinet ad l. ſciendum.

Ad l. Cum procurator. 13.

PRÆLECTIO XVI.

VArię interpretationes. Mihi autē videtur hic ſenſus declarari poſſe in hac ſpecie, procurator nunciat nouum opus, vt ſupra diximus, nō nomine ſuo, ſed domini: alias procurator nō eſſet. Ideoq; ſatiſdat dominum ratum habiturum, l. 5. §. qui procuratorio. ſupra. Aduerſarius petit remiſſionem à prętore, oſtendit ſe dominum eſſe, &c. Prætor remittit quatenus nuntiandi ius non habuerit ꝓcurator, ſed dominus. Sic remiſſio in perſonam domini confertur. Simile eſt quod dicitur in l. ſi procurator. ſupra ſi quis caution. Stipulatio iudicio ſiſti ad vtilitatem domini refertur. Et in dubio ſic interpretamur.

Ad §. *Si dominus &c.* Hæc quæſtio pēdet ex ſuperiori. Species eſt huiuſmodi. Procurator nūtiauit nouum opus ex cauſa damni infecti. iuxta l. 1. §. nuntiatio. ſupra. leg. qui bona. §. ſi quis opus. infr. de damno infect. Satiſdedit dominum ratum habiturum. Aduerſarius ſatiſdedit vt poſſet impune ædificare. Et comprehenſum eſt certum tempus, ſicut dicitur in l. qui bona. §. vlt. de dam. infect. Si quid damni contigerit intra illum diem, hæc eſt cautio damni infecti, quæ dicitur interponi ex noui operis nuntiatione. Quia propter damnum infectum nuntiatum eſt nouum opus. Poſt eam ſatiſdationem dominus cuius nomine procurator nuntiauerat, iterum nuntiat. Quæritur an committatur ſtipulatio de rato? Diſtinguit Iurecon. vt hic dicitur. Non poteſt iterum nuntiare ſine iniuria aduerſarii qui ſatiſdedit. Committitur ſtipulatio de rato contra procuratorem, quia ratum non habet dominus.

Ad §. *Si in remiſſione.* Declaratio pendet ex iis quæ dicemus ad l. ſi prius.

Ad l. Si priuſquam. 15.

LOcus eſt de actione confeſſoria & negatoria pertinens ad nuntiationem, de quibus actionibus varias quæſtiones tractauit Africanus, vt apparet ex hac lege, & ex leg. egi. de exception. rei iudic. Quæ eandem inſcriptionem habent. Duplex autem hic quęſtio eſt: vna eſt de actione confeſſoria, qua vindicatur ſeruitus. l. 2. ſupr. ſi ſeruitus vind. §. æque. Inſt. de actio. Dicitur confeſſoria, quia confitetur actor ſiue intēdit ſeruitutem ſibi competere. dict. leg. 2. & §. æque. Vt cum quis intendit ius vicino non eſſe altius ædes tollere. Vindicat ſeruitutem altius non tollendi, quaſi ea ſeruitus impoſita ſit ædibus. Alias licet domino ſuo ædes tollere, & cæt. leg. altius. Codic. de ſeruitut. Qui hac actione experitur, ſubit onus probationis, l. 2. ſupra, de probat. Probare debet ſe dominum prædii, & cæt. dict. leg. 2. ſupr. ſi ſeruitus vindic. Item probare debet ſibi impoſitam eſſe ſeruiturē, l. 5. §. & belle Sextus. ſupra eodem. hæc ſi probauerit reo defendente vincet in iudicio. Si non probauerit, abſoluetur reus, l. qui accuſare. Codic. de eden. Quid igitur ſi reus non defendat rem, id eſt, cauſam & litem: Sic enim plerunque accipitur. Cicer. pro Murena. Non ſolet reus damnari iure ciuili, niſi iudicium ſit acceptum & lis cōteſtata, vt alias dixi ſæpe. Variis modis coercetur reus à prætore, vt rem cogatur defendere. Et vulgare eſt genus coercitionis per miſſionem in poſſeſſionem in rebus corporalibus, titul. quibus mod. in poſſ. eat. de ſeruitutibus autem dubitatur. Si is à quo vindicatur ſeruitus non defendat. Non enim mitti poteſt actor in poſſeſſionem ſeruitutis, Res incorporales non poſſidentur, Inſtitut. de reb. corporal. l. ſeruus. §. Incorporales. de acquir. rer. domin. Ait igitur Africanus, hac pœna plecti reum vt petitoris partes ſuſcipiat, & de iure ſuo docere cogatur. Exigitur cautio, &c. eſt exemplum cautionis ſiue ſtipulationis iudicialis, de qua in l. 5. de verbor. obligation. & Inſtitut. de diuiſ. ſtipulatio. Quam vltro egiſſet. Vltro, id fere ſignificat quod vulgo dicimus, ex ſua parte, vt in l. 1. vti poſſid. Actio nunquam vltro poſſeſſori datur. l. ſed cui vltro. de negot. geſt. & aliis ſimilib. locis quos alibi adduxi. Reus igitur effectus petitor aget ius ſibi eſſe altius tollere, & cogetur probare, & cæt. Grauis pœna hæc eſt propter onus probationis. Eſt aliud genus coercitionis, cum iam ædificatum eſt in l. 45. de damn. infect. Cuius legis initium mendoſum eſt in pleriſque codicibus. Hic non poteſt eſſe locus cautioni, de qua loquimur, quia iam ædificatum eſt, ſed poſſeſſio transfertur. Sed quomodo poteſt agi confeſſoria antequam ædificatum ſit? Nam hæc actio datur cōtra eum qui impedit ſeruitutem. l. ſi quis diuturno. §. vlt. ſupr. ſi ſeruit. vindic. l. vti frui. §. vtrum. ſi cert. petat. Sicut in aliis actionibus in rem, requiritur poſſeſſio, &c. l. officium. ſupra de rei vind. l. 1. Cod. de alienation. iud. mutan. cau. Variæ hic ſunt opiniones. Et quidam putant hic agere eū confeſſoria, qui impeditus fuit. Cœptū fuit ædificium, vel aliquid præparatum. Ego autem puto poſſe competere hanc actionem, & ſi quis nondum impeditus ſit, quia timet actor ne impediatur, nō datur poſſidēti. Sed ſi reus dicat ſe nō impedire, nō cogetur ſuſcipere

Confeſſoria actio

ſuſcipere iudicium. Sicut dicitur de rei vindicatione, l. vlt. de rei vind. Ego alias dixi ad §. nihil commune. eum qui vindicat, intendere ſimpliciter rem ſuam eſſe. Apud veteres non fiebat mentio poſſeſſionis. Formula vindicationis apud Cice. pro Murena: *Fundum qui Sabinus vocatur, hunc ego ex iure Quiritiũ meum eſſe aio. Ibi ego te ex iure manu conſertum voco.* Reus autem qui dicit ſe non poſſidere vitat iudicium. d. l. vlt. Sic etiam agitur hic confeſſoria, nulla facta mentione poſſeſſionis aut impedimenti. Sed licet aduerſario dicere ſe non impedire actorem quo minus vtatur ſeruitute. d. l. ſi quis diuturno. §. vlt. Si vero contradicat, procedit iudicium. Vnde vulgo dicitur in foro, *Oppoſition vaut trouble.* Cum loquitur de interdicto vti poſſidetis. Sed cur ait Africa. non alias partes eſſe iudicis? Nam poteſt actor mitti in poſſeſſionem bonorum aduerſarij, l. is cuius. ſupra ſi ſeruit. vindi. Reſpondeo his verbis non excludi alias coercitiones quibus vtitur prætor aduerſus abſentes & contumaces. Poteſt mitti actor in poſſeſſionem aliarum rerum quæ corporales ſunt. Docet quæ ſint partes iudicis cognoſcentis, magis quam prætoris. Iudicis dati non eſt in poſſeſſionem mittere, ſed prætoris. l. iubere. ſupra de iuriſd. Et hoc remedium prætoris vtiliſſimum eſt, quia iudex partes ſuas interponit cum reus præſens eſt, ſed non vult iudicium ſuſcipere. Iubet eum cauere. Quod de abſente intelligi non poteſt. Quid ergo ſi nolit adeſſe ad iudicium? Tunc miſſio eſt neceſſaria. Deinde hoc remedium prætoris vtile eſt ei tantum qui non poſſeſſor eſt, vt onus probandi in aduerſarium transferatur. Miſſio vero vtilis eſt etiam poſſeſſori, cum actio quoque confeſſoria competit, l. & ſi forte. §. ſciendum. ſi ſeruitus vindic.

PRÆLECTIO XVII.

Actione negatoria.

DIximus de confeſſoria actione: Nunc dicendum eſt de negatoria, & declaranda pars altera legis noſtræ. Negatoria competit pro aſſerenda libertate. l. 2. ſupra ſi ſeru. vind. §. æque. Inſtit. de actio. Datur negatoria, quia negat ſeruitutem alteri non deberi, id eſt, dicit non deberi. hoc ſignificat verbum, negare, apud Latinos auctores. Et dicitur actio contraria. l. ſicuti. in prin. ſi ſeruit. vind. Quia ſicut vindicatur ſeruitus, &c. ita & contra viceuerſa vindicatur libertas. Et hoc genus actionis non eſt receptum in rebus corporalibus. d. §. æque. actio non datur vltro ei qui poſſidet per quam neget rem actoris eſſe. Quamuis in pluribus caſibus is qui poſſidet, actoris partes ſuſtineat. d. §. æque. Sic enim eſt intelligendum quod ibi dicitur, *Sane non vno caſu.* Corruptus autem eſt locus ab iis qui non intelligebant phraſim Latinam. *Non vno caſu*, id eſt, multis caſibus. Huius actionis exemplum hic eſt. Cum ago ius mihi eſſe altius tollere, hic vindico libertatem ædium, quæ liberæ ſunt proculdubio, niſi impoſita ſit ſeruitus. l. altius. C. de ſeruit. & aqua. Qui ita agit probare debet iuxta regulam l. 2. de probat. Probare debet ſe dominum fundi, &c. Libertas autem probatur eo ipſo quod non apparet conſtituta ſeruitus. l. 5. §. meminiſſe. ſupra. Dixerit aliquis, quid opus eſt hac actione ei qui poſſidet? Nonne melius eſt eum expectare dum aduerſarius egerit confeſſoria, ius non eſſe altius tollere: quia tunc ſoli actori incumbet probatio? Reſpondeo vtilem eſſe hanc actionem, maxime ob nuntiationem noui operis. Nam ita ago, quia forte vereor ne cum cœpero ædificare, mihi nuntietur nouum opus, & opus interruptum maneat, &c. Atenim poterit peti remiſſio à prætore, de qua iam ſæpe diximus. Sed hæc remiſſio ſolet concedi eatenus quatenus ius ædificandi habuerit. l. 1. in princ. l. 1. de remiſſio. Nec arbitror mihi ſatis conſultum hac remiſſione conditionali: quia vereor quis ſit futurus iudicij euentus. Euentus eſt valde dubius, ac incertus non minus quam in bello, vt dicitur in l. quod debetur. de pecul. Mihi ergo magis expedit ita agere, vt poſt rem iudicatam certus ſim de iure meo, & nuntiari non poſſit nouum opus. Nam reus hac actione damnatus, quia præſens eſt, & rem defendit, cauet ſe mihi moleſtiam non facturum, nec impediturum, &c. l. harum. l. egi. ſupra ſi ſeruit. vind. itaque non poterit poſtea nuntiare nouum opus. Si vero non defendat, non damnabitur. Nec cauebit ſimpliciter, ſed ita donec docuerit de iure ſuo, per prouiſionem vulgo dicitur. Nec diſſimile eſt exemplum in l. penul. de aqua quotid. & æſti. de quo ſcripſimus lib. 1. diſput. c. 21. Sententia igitur hæc proderit victori, vt poſſit ædificare poſt nuntiationem. Nam facile obtinebit remiſſionem à prætore, quatenus, &c. Et tuto poterit ædificare, quia certus eſt de iure. Imo etiam hoc caſu dici poteſt remittendam eſſe nuntiationem ſimpliciter: quia apparet rem iudicatam eſſe: cautum eſſe ne nouum opus nuntietur. Quia in promptu eſt probatio, videtur inhibenda omnino eſſe nuntiatio. arg. l. ſi is à quo. vt in poſſeſſ. legat. hodie ſi conſtat quomodo agamus, ceſſat ſatiſdatio. Hoc igitur caſu cauſæ cognitio eſt neceſſaria, & debent vocari ad prætorem ii quorum intereſt. l. de vnoquoque. infra de re iud. vt puta is qui nuntiauit aut eius procurator. Itaque videndum eſt ne falſus procurator ſit. l. cum procurator. §. vlt. ſupra eo. Prætor decernendo poteſt addere exceptionem procuratoriam. Cuius exceptionis mentio eſt in l. inter quos. §. alieno. infra de dam. infe. Extra quam ſi procurator non ſit, poteſt etiam dici, licet ea exceptio ſit omiſſa, tamen tacite intelligi: quia falſus procurator non nocet, &c. l. licet. ſup. de iudic. hæc eſt plana & ſimplex interpretatio huius legis, meo quidem iudicio. Alciatus vnus hic contendit Africanum non loqui de confeſſoria actione. Cuius argumenta facile refelli poſſunt ex iis quæ dixi. Præcipua eius argumenta hæc ſunt. Primum ait non conuenire titulo ſi de confeſſoria intelligamus, ſed potius titu. ſi ſeruit. vind. Verum apparet ex iam dictis poſteriorem partem legis pertinere ad nuntiationem. Prior quidem pars non magnopere pertinet. Sed vna non debuit ab altera auelli, & ſeparari, cum hæ coniunctæ eſſent ab Africano. Secundo ait ratione carere vt reus amittat poſſeſſionem, quia non defendit in actione confeſſoria. Sed iam oſtendi hoc nouum non eſſe. Adduxi exemplum ex l. 45. de dam. infect. item ob falſam inficiationem id accidit in rei vindicatione. l. vltim. de rei vind. Tertio ait confeſſoriam non competere niſi ei qui inquietatus eſt, l. loci. ſi ſeruit. vind. At hic nulla eſt inquietationis mentio. Dixi alibi verum id vſquequaque non eſſe. & ſi id verum eſſet, noſtra interpretatio adhuc conueniret verbis. Cum ait, ageretur ius vicino, &c. id accipiendum quo caſu licet ita experiri. Non erat quæſtio an poſſet agi confeſſoria: ſed dubitabatur de officio iudicis in contumacem, quo caſu poteſt agi. Quarto ait verbis non conuenire Africani, cum ait, non alias partes. Nam ſunt alia genera coercitionum. d. l. is cuius. Ego iam reſpondi, ſuperuacanea eſſet repetitio. Reliqua argumenta leuia ſunt.

Ad l. Si opus. 16.

LOcus de vi nuntiationis. Reſtituitur quod factum eſt, &c. ſi teneat nuntiatio, id perſpicitur in hac ſpecie. Prætor aditus à Titio iuſſit nuntiari: mox prohibuit. Titius nihilominus nuntiauit fretus iuſſu prætoris. Aduerſarius contempſit nuntiationem propter prohibitionem, quæ ſecuta eſt. Ait Vlp. potiorem eſſe prohibitionem. facit l. quod iuſſit. de re iudic. & quod ibi dixi nuper. Nec diſſimile eſt quod dicitur de interlocutione arbitri. l. qualem. §. decem. ſupra de recep. arb. Nec dubium eſt quin hoc caput ſumptum ſit ex eo tractatu de arbit. cum ſit Vlp. lib. 13. ad edict. Et animaduertendum eſt hic prætorem adiri quamuis non ſit neceſſe. l. 1. §. nuntiatio. Sic autem iuſſus non eſt prohibitione prætoria, de qua in §. meminiſſe. Ea prohibitio diſtinguitur à nuntiatione: hic non prohibet prætor, ſed iubet nuntiari, &c.

Ad l. Si procurator. 17.

PRÆLECTIO XVIII.

DIximus ſupra locum eſſe interdicto reſtitutorio, &c. ſi modo nuntiatio teneat, ac vtilis ſit. Alias non competit interdictum ex noui operis nuntiatione, de quo in l. prætor. Plerunque tamen accidit vt detur interdictum quod vi aut clam. Sicut in hac ſpecie, ſi procurator opus nouum faciendum prohibuit. In hoc interdicto multum refert quis prohibeat. l. 5. §. 1. ſupra eo. in interdicto quod vi aut clam. nõ multum refert. l. 3. in prin. infr. quod vi aut clam. Nec dubium eſt quin hoc ſcriptum ſit ad interpretationem eius interdicti: idque apparet ex inſcriptionibus capitum Paul. lib. 67. ad edict. Sic enim eſt legendum non 57. Dixerit aliquis, nonne poteſt nuntiari nouum opus per procuratorem? l. 1. §. nuntiatio. ſupra. Reſpondeo nuntiationem ita demũ valere ſi ſatiſdederit

procurator.l. 5.§.qui procuratorio. At in interdicto quod vi, non habetur ratio perſonæ. dict.l. 3. Quiuis procurans alterius negotia poteſt prohibere. Idem dicitur in l. per procuratorem. 72. ſupra de procur. Sufficit vi factum eſſe, aut clam, vt prohibitiue factum dicatur quod alias clam factum eſſet. Sic etiam diximus alibi nuntiationem faciendam eſſe in re præſenti. l. 5.§.nuntiatio. Nec aliter locus eſt huic interdicto. Tamen in interdicto quod vi, ſufficit quælibet prohibitio. l. 1. & l. 3. quod vi aut clam.

Ad l. Ædibus. 18.

QVæſtio hic tractatur, de qua iam aliquid dixi ad l. 5. §. ſi plurium. Duo communiter poſſident eandem domum, nuncio vni ne altius tollat, &c. Quæritur an hæc nuntiatio noceat alteri? Ait Vlp. nocere omnibus qui poſtea ædificauerint. Nuntiatio fit in re præſenti, & nocet etiã abſentibus. l. 5. §. nuntiationem. Ei autem qui non ædificauit, non noceret, quantum ad pœnam huius edicti. Pœna eſt vt cogatur deſtruere. l. pen. hic. Deſtruetur tamen totum opus, quia deſtructio indiuidua eſt. l. ſtipulatio. §. quæſitum. infra. Et is qui non ædificauit tenetur patientiam præſtare. d. l. pen. & l. competit. §. vlt. infra quod vi. Intelligitur autem feciſſe is qui conſenſit facienti. Non teneor ſi me ignorante ſocius ædificauerit. Quod autem dicitur de ædibus communibus, ſic accipiendum eſt, quia communiter poſſidentur. Nam hoc interdictum datur contra poſſeſſorem. l. vlt.

Ad l. Sciendum. 19.

VAria eſt interpretatio huius legis. Dicam breuiter quod mihi verius videtur. Nuntiat quidam nouum opus propter dominium puta, aut ſeruitutem. Aduerſarius quieſcit & deſiſtit ab opere, &c. Adit prætorem, contendit iure nuntiatum ſibi non eſſe, &c. Nuntiator non poteſt docere de iure ſuo, atque ita denegatur ei executio nuntiationis, &c. Damnatur quanti intereſt, &c. Nunc vult agere actione legitima, forte confeſſoria, &c. An poſſit quæritur. Dubitatur, quia de eo iure cognitum eſt, &c. Vnde videtur obſtare exceptio rei iudicatæ, &c. l. cum quæritur. de excep. rei iud. Sed tamen ait Paul. actiones integras manere. Nam non fuit principaliter hoc deductum in iudicium. Nec egit actor vt ſeruis declaretur ſibi deberi: quamuis de eo cognitum fuerit ſummatim. Agit vt pronuntietur, iure nuntiatum eſſe. Sic in pleriſque interdictis poſſeſſoriis accidit. Interdictum quorum bonorum, in quo cognoſcitur, an quis ſit hæres, ſed ſummatim. Eo ſpectat agens vt poſſeſſionem nanciſcatur: ideo non præiudicat petitioni hæreditatis. l. 1. C. ſi de momen. poſſ. Agens petitione hæreditatis petit ſe declarari hæredem, & hoc principaliter deducitur in iudicium. Ait Paul. ſicut in iis, &c. Oſtendit legitimas actiones integras manere cum ab initio prætor denegat, &c. vt in l. qui viam. l. ſi quis riuos. & ſimilibus. Non enim ideo denegatur nuntiatio, quod ſeruitutem non habeat nuntiator, ſed quia non ſit hæc iuſta cauſa nuntiandi: quod non ſufficiat, ſeruitutẽ habere. Id autem ſufficit in actione legitima. Sed finem dicendi hic faciam, vt ad templum eamus gratias acturi Deo omnipotenti, quod tam feliciter ſuſceptum & auſpicatum noſtrum ſuperioribus dictis gubernarit.

IN TIT. II.
DE DAMNO INFECTO.

CAP. I.

ARGVMENTVM huius tituli fere continetur edicto prætoris: quod edictum eſt propoſitum l. prætor, vt conſuleretur eis qui damnum ſibi timerent ex ruina ædium vicinarum. Nam ante cautionem damni infecti, de qua edictum eſt propoſitum, non videbatur ſatis proſpectum eſſe huic incommodo: at vero ſi vicina domus ruinam minetur, hac cautione mihi proſpicitur. Quid enim aliud fiet? neque enim æquum antiquis videbatur, vt eius domus dominus, quæ damnum ſuo caſu attuliſſet vicinis ædibus, damnum ſarcire cogeretur, in d. l. Prætor. §. hoc edictum. argumento ab animalibus quæ noxam commiſerunt ducto. Durum eſt vitioſarum ædium dominum cogi vt eas reficiat, qui tantis ſumptibus par eſſe non poſſit, aut malit ædes deſerere, quam vitium facientes inſtaurare. l. ſed an vltro. §. 1. de nego. geſt. Neceſſitatis igitur cauſa introductum eſt hoc remedium ſtipulationis prætoriæ, quæ damni infecti vocatur. Vocandus eſt autem dominus vitioſarum ædium ad prætorem, vt caueat ſe reſtituturum ſi quid damni ab eius ædibus fuerit illatum: quæ cautio prætoria, ſtipulatio eſt, vel potius imperium prætoris, vt dicitur in l. iubere cauere. de iuriſd. Formula autem huius ſtipulationis eſt, vt ſi intra tempus à prætore definitum domus deciderit, agi ex ſtipulatione poſſit quanti intereſt eius qui ſit ſtipulatus. Quid ſi prætorem adire vitioſarum ædium dominus nolit? Actor mittetur in poſſeſſionem, & ſi perſeueret obſtinatus is à quo cautio exigitur, poſſeſſor conſtituitur actor: à qua ſi arceatur, actio ei in factum datur: quia tantum conſequitur, quantum ex ſtipulatione prætoria eſſet conſecuturus. Hæc armenti loco γενικῶς & generaliter dicta ſint, deinceps ſingula conſideremus.

Huius ſtipulationis cauſæ.

CAP. II.

PRimum autem ſtipulationis cauſæ conſiderandæ ſunt, quæ exiſtunt vel ex rei ſtatu, vel ex qua damnũ tuetur, vel ex facto à quo exigitur ſtipulatio, vel ex eo facto eius qui exigit, id eſt, actoris vel ſtipulatoris. Rem igitur eiuſmodi eſſe oportet, vt ex ea damnũ aliquod euidens timeri poſſit: vnde infectum dicitur, quia non ad factum, ſed futurum pertinet. l. prætor. §. hoc edictum. & l. 2. *Damnum infectum eſt, damnum non factum, quod futurum veremur:* Huius autem ſtipulationis vtilitas declaratur in l. 6. hoc tit. Verum eſt, ſtipulatione non interpoſita, dominum non teneri vitioſarum ædium, vt etiam ne rudera quidem tollere cogatur. l. prætor. §. vlt. Quid ſi nõ negligentia, ſed iuſto aliquo impedimento, cautionẽ non exegit? Reddendum erit ei interdictum, quo vicinus compellatur rudera tollere, aut ea pro derelicto habere. l. quod forte. 8. Quod ſi extra ius ſibi caueri poſtulauerit, ne hoc quidem caſu ei competet actio. l. cum poſtulaſſem. 44. Hic vulgo locus obſeruari ſolet, cum agitur de interpellatione extra ius. Non enim neceſſe eſt debitorem in iudicio interpellari, ſed ſi extra ordinem, idoneo loco & tempore, l. ſi ex legati cauſa. de verb. obl. & l. mora. de vſuris. id eſt, eum quem nobis habemus obligatum: hic agitur de eo, cum quo ſtipulatio contracta eſt. In ſumma ad damnum futurum pertinet hæc ſtipulatio: non ad iam factum, cum res huiuſcemodi eſt, vt veriſimile damnum aliquod timeatur, vt ruina, vt ſi vitium eſt loci. l. 19. §. 1. Atque hæc de ſtatu rei.

Secundum eſt vt ex parte rei, id eſt, promiſſoris ſeu defenſoris vis ſpectetur, vel factum eius: quæ ſunt diſtinguenda. Itaque de iure priore loco, deinde de facto. Ius intelligimus dominium, vſumfructum. l. eorum. in prin. vt ſuperficiem, vſum, habitationem. Exigitur cautio ab eo, qui dicitur dominus eſſe: qui ſi nolit cauere, mittitur actor in poſſeſſionem. Idem eſt de ſeruitute in l. qui bona. §. 1. Seruitus autem realis eſt intelligenda, cum ſimpliciter ſeruitutem dicimus, vt in l. ſtipulationum quædam. 2. de verb. obl. Idem eſt dicendum de eo qui rem bona fide, in l. qui bona. in prin. Illic quæritur de cauendi ratione, conſtat enim cauere debere: vbi addendum eſt idem eſſe dicendum de poſſeſſore. l. inter quos. 39. §. ſi domus. Inde quæſtiones multæ naſcuntur. Primo de domino. Quid enim ſi tantum dominus ſit pro parte? Dicendum eſt, cauere eum debere pro parte non in totum. l. 5. §. ſi plures. niſi cum ipſo petitor communes ædes habeat, l. ſi ædibus. Quoties enim damnum alia ratione ſarciri poteſt, locus non eſt damni infecti. l. qui bona. §. de illo. Propter factum etiam cogitur dominus ædium nomine cauere. l. ſi finita. §. deinde ait prætor. hic. l. qui vias. §. quod ſi quis. de no. ope. nunt. Huius rei eſt exemplum apud Plin. lib. 36. c. 2. de ædilitate Scauri, qui Romam columnas marmoreas efferendas curauit, tantæ magnitudinis, vt redemptor cloacarum ſibi caueri poſtularit, quod propter pondus & grauitatem nocere poſſent cloacis, quarum ille redemptor erat, damnumque receperat. Excipe locum qui publice reficitur: tum enim adeundus eſt Princeps, qui curet locum publicum refici ſine cuiuſquam incommodo. l. fluminũ. §. quid ergo. Is autem qui curat aliquid publice reficiendum, damni cauere non cogitur.

Tertium eſt vt de actoris perſona videamus, & quæ cauſæ nun-

ſæ nuntiandi ab eo pendeant. Hunc autem aliquod ius oportet habere cur cautionem requirat: cui autem cauendum ſit, declarat Prætor, cum ait, *Qui iurauerit non calumniæ cauſa ſe poſtulare*.l.7.quod quomodo accipi debeat, docet Vlpianus in l.qui bona.§.qui damni. Is enim tantum eſt cauendum, quorum intereſt. Quod autem ſit hoc ius ex prudentum interpretatione inductum, hinc colligi poteſt. Primum hoc ius quod dicimus ei competere oportere, qui petit caueri, debet eſſe dominus eius domus, quæ eſt proxima vitium minanti.l. damni.18.Idem dicendum eſt de eo qui vſumfructum, ſuperficiem, aut huiuſmodi ius aliquod habet:quia eius intereſt ſibi caueri.l.qui bona.§.ſuperficiarium.hic. Huc pertinet l. inter quos.§.damni infecti. Quæſtio eſt an proprietarius vſufructuario, vel vſufructuarius proprietario caueat: quæ diſputatio extat in l.damni.§.ei qui in conducto.Nam alia actione ei poteſt conſuli.Exceptio tamen eſt vna in l. inter fructuarium. Quid de iure pignoris dicetur, an is qui habet pignus, iure ſibi cauere poſſit? l. damni. Dicitur cautionem ei competere, cuius periculo ædes habet, in l.13.ff. de pign. act. & tamen in l. quid de creditore. dicitur ciuiliter ei caueri. Quæritur de inquilinis: nam domini non ſunt:ſed eis cauetur propter vtilitatem.l. qui bona. §. qui damni. Sed hoc intelligendum ab extraneo & alieno: nam à domino non cauetur, cum eo enim ex conducto agi poteſt. l. eadem. §. de illo. & l.33. vbi actio pro ſtipulatione ſumitur.

Alia quæſtio eſt de emptore, an emptori cauendum ſit, antequam domus tradatur.l.cum emptor.38. non debet caueri: vt ſi antequam traderetur emptori, emptor precarius in ea domo habitaret. Addendum eſt, & ſi emptor ſtipulatus ſit ante traditionem: tamen illa ſtipulatio tantum ad damnum referri debet quod poſt traditionem accidit.l.damni.18.§.emptor.

Alia eſt quæſtio, de eo qui iuxta monumentum ædificauit, aut iuxta ædificium ſuum monumentum fieri paſſus eſt. l. qui bona. §. ſi quis iuxta. an poſſit damni infecti cautionem petere. Qui ædificauit, damni infecti cautionem petere non poteſt, quia rem illicitam admiſit: ſed contra propter ius monumenti cautionem petere poſſumus. Hinc obſeruari ſolet, idem dicendum eſſe de cautione in iudicio peti ſolita, quam nos ſecuritatem vocamus, *Sauuegarde*, l. illicitas, §. potentiores.de offic.præſi. Videtur enim cauendum non eſſe, quia rem illicitam admiſit: ſed quia aliter non quieſcerent, publicæ quietis cauſa datur cautio, l. 1. §. quies. ff. de offic. præfect. vrb. Quæſtio eſt de eo qui maluit cedere, quam cauere, in l. qui bona.§ ſi quis quia. Nam ſi is vicinas haberet, & relictis vitioſis in eas commigrarit: in ruinoſas autem vicinus miſſus ſit: an ſibi poſt habitat ab eo caueri qui miſſus ſit in vitioſas? Minime, reſpondet Iureconſultus, l. damni. §. ſi vicinas. quæ videtur contra. Quid de bonæ fidei poſſeſſore eſt dicendum, an poteſt cautionem exigere? nam cauere debet, in l.qui bona.§.ſuperficiarium.& in l.quid, de credit. In l.qui bona fide, priore refertur ſententia Marcelli, quæ nec probatur nec improbatur: at in poſteriore videtur improbari, ſi lectionem vulgarem ſequamur. Haloander autem admonet, hæc verba, *id eſt creditori*, in quibuſdam codicibus deeſſe: quæ ſi expungantur, referri poterunt ad eum qui à non domino emit. Tutius eſt tamen Florentinam lectionem ſequi, vbi legitur, *huic proſpiciendum, id eſt creditori*, quod de eo dubitaſſet, quia refert ſententiam Marcelli: cuius ſententia eſt ſequenda, niſi iudex aliqua iuſta & idonea cauſa motus cauendum putarit, vt dicitur in l.qui bona. §. qui damni. Quid ergo ſi timeat ne ſibi per viam eunti noceat caſus ædium, an ſtipulari poſſit ſibi caueri damni infecti? Non, ſed adire debet magiſtratus, l. ad curatoris. hic. qui curet domum refici, l. præſes prouinciæ. de offic. præſ. Sed parum hoc videtur conſentaneum his quæ ſupra diximus, id eſt, neceſſitatis cauſa hoc eſſe inuentum remedium. At diſſimilitudo in illis eſt. nam ob metum vicini non cogitur dominus ruinoſæ domus domum reficere: ſed cum agitur de vrbis pulchritudine & decore, cogi poteſt ad reficiendum, in l.1. de his qui deiec. vel effud. Intereſt enim reip. vt ſecure per vias iter fiat, l. Prætor.§.hoc interdictū.ff. de noui oper. nunt. Sed ſi domus eſt ruri, & multum eſt iter, hoc caſu non cogitur reficere, ſed cauetur proximo de ruina. Hactenus de cauſis cautionis damni. infecti.

CAP. III.

Forma huius ſtipulationis.

EX huius ſtipulationis forma frequentes ſolent quæſtiones oriri. Primo enim quæritur, an ſit neceſſaria ſatiſdatio: nam verbum promittere poteſt intelligi de ſimplici repromiſſione, item & de ſatiſdatione. Hoc autem verbis Prætoris eſt expreſſum in l.Prætor.in princ. In huiuſmodi igitur quæſtione diſtinctio adhibenda erit, ſuone an alieno nomine quis promiſerit. Nam qui ſuo nomine promittit, ſatiſdare non tenetur, nec fideiuſſorem dare. Nihil autem refert an is qui promittit ſit dominus, an inquilinus: ſed tantum eſt conſiderandum an ab eo ſuo nomine petatur cautio, vt ſi rem bona fide à non domino acceperit, l. qui bona.in prin. qui autem alieno non ſuo cauent nomine, ſatiſdare coguntur, id eſt, fideiuſſorem dare, l.1. qui ſatiſd. cog. quia in ratione proprietatis pro procuratore habentur, l.1. §. vlt. de ope. nou. nunt. Nam cuſtodiam debet præſtare fructuarius, l. 1. & 2. vſufruct. quemadm.cau. à creditore autem exigenda eſt ſatiſdatio eius nomine qui dedit in pignus, l. ſi cum vend.& ſeq.de pig.act. quæ ratio ceſſat in eo qui ſeruitutem habet, l. qui bona. §. 1. quæ ſic concilianda eſt cum cæteris quibus cōtraria eſſe videtur. Cum dicimus vſufructuarium ſatiſdare, notanda eſt ratio quam ſubdit Iureconſultus: ait enim vſufructuarium eſſe velut procuratorem: at qui ſeruitutem habet itineris, aut aliam, non eſt eiuſmodi: nec enim habet curam, aut fundi cuſtodiam, qua ratione dicitur vſufructuarius procurator. Cauet autem is, qui habet ſeruitutem, pro iure ſeruitutis, non autem pro proprietate: ſed cum agitur in fructuarium, debet cauere de domo ipſa, cuius habet vſumfructum. Hinc quæritur, quid ſi controuerſia ſit quis ſit dominus, ita vt non facile appareat, an ſimplex repromiſſio, an vero neceſſaria ſit ſatiſdatio. Hæc quæſtio ſic ſoluitur in l. Prætor. in princ. *Si controuerſia erit, dominus ſit necne qui cauebit, ſatiſdare iubeto ſub exceptione*. Idem dicitur in l. qui vias. Sub exceptione autem, id eſt, extra quam ſi dominum eum eſſe poſtea conſtiterit. Nam ſi dominum eſſe eum finis litis demōſtrarit, fideiuſſores liberabuntur. Quod autem hic dicitur, intelligendum eſt niſi à vero domino petatur repromiſſio, l. ſi proprietarius, §. Plautius. Nam ſi à vero domino petitur repromiſſio, inanis eſt alterius ſatiſdatio. Deinde quæritur, an in ſolidum, an pro parte cauendum ſit. Reſpond. ſi quis eius rei quæ vitium facit eſt dominus, in ſolidum debet cauere, l. in ſtipulatione. quod ſi pro parte illa dominus ſit tantum alicuius, pro parte tantum cauebit, l. plures. hic. & l. ſi quis putans. §. ſi damni. ff. communi diuid. Quæritur item an cauendum ſit, determinato certo tempore, an vero ſimpliciter ſine præfinitione certi temporis: quæ quæſtio ſoluitur in l. Prætor. his verbis, *In eam diem, quam cauſa cognita ſtatuero*. Tempus autem hoc diffinitur arbitratu iudicantis. l. qui bona. §. vlt. & l. ſi finita. Finita autem die, renouatur, in l. 4. vnde hæc ſtipulatio dicitur à Prætoris iuriſdictione proficiſci. l. 5. de verb. obliga. vel potius ex Prætoris imperio. l. iubere. de iuriſd. eſt autem imperij mixti cum iuriſdictione. Hinc fit, vt quoniam hæc cautio Prætoria eſt, in pleriſque capitibus referantur inſcriptiones tit. de Prær. ſtip. Tametſi autem hæc cautio ſit Prætoria, tamen delegantur magiſtratibus municipalibus. l. 4. in prin. Vnde ſolet obiici l. ea quæ. ff. ad municip. quæ quidem vera eſt, hac cauſa excepta: cuius exceptionis ratio eſt in l. 1. quia periculoſa ſæpe ſit dilatio. Hic autem locus pertinet ad iuriſdictionem ſimplicem. & quæ habentur in l. 1. & 4. ſumpta ſunt ex libro de iuriſd. cum quibus coniungi debet, ſi quis eorum ſenſum plane velit aſſequi. Notanda tamen eſt in ea ſtipulatione hæredum mentionem fieri, & eorum ad quos ea res pertinet. l. fluminum. §. adiicitur. Præterea cauetur de vitio. l. ead. eo. & §. vlti. Deinde cum quis alieno nomine ſtipulatur, quædam obſeruanda ſunt, de quibus in l. inter quos. §. alieno. Procuratoria autem exceptio accipitur, vt in eo. §. tο, ſub exceptione, in l. qui vias. vt ſi mecum agas ſub nomine Titij, peto vt mihi de rato caueas, deinde de damno [illegible] extra quam ſi procurator non ſit, hæc procuratoria [illegible] habet, vt ſi poſtea appareat procuratorē non eſſe, nihil [illegible] ſit, ex ea cautione damni infecti agi non poſſit: deinde iuſiurandum de calumnia exigitur à ſtipulatore, l. qui bona. §. damni. quod iuſiurandum aliquando repetitur, d.l. qui bona.

§. ſi quis ſtip. Atque hoc iuſiurandum etiam ab eo qui alieno nomine petit, exigitur, l. qui bona. §. ſi alieno. ſed alio modo, vt ex illo §. ſi alieno. & ex edicto Prætoris intelligitur. Hoc modo ego calumniæ cauſa non peto, nec eo minus petiturus eſſet, ſi hic adeſſet. Solet obiici cum quis de alieno facto iurat, l. Marcellus. §. iurare. ff. de act. rer. amo. Reſpond. procuratorem non ſubire anceps iudicium, qui ſciat vel ſcire poſſit an per calumniam petatur.

Cap IIII.

De committenda ſtipulatione.

COmmittitur damni infecti ſtipulatio, ſi damnum vicino datum ſit ruina ædium, vel alia cauſa. Oportet autem damnum datum fuiſſe, vt diminutum ius aliquod intelligatur, vt ex damni definitione intelligitur, in l. 3. Si autem ſtipulator lucrum facere deſierit, non tenetur promiſſor, l. fluminum. §. vlt. vbi nota locum communem. l. 2. §. merito ne quid in loco pub. quomodo publicum opus ædificatur. Nam tum etiam damnum accipi dicitur, ſi quis priuatus lucrum facere deſierit. Præterea damnum intellige naturale, non extrinſecus veniens: nam ſi ſit damnum eiuſmodi, ſtipulatio non committitur, l. fluminum. §. adiicitur. & l. 26. Item damnum. intelligere debemus datum intra tempus ſtipulationis, l. ſi finita. in prin. Vnde eſt quæſtio, de eo qui ad mortem eſt vulneratus, an actio cædis inſtitui poſſit: quod quærunt argumento ſumpto ex eo loco, vbi dicitur actionem damni competere, vbi paries vitiari cœpit. Sed diſſimilia ſunt hæc, nam ſtipulationis cóceptio pertinet ad damnum datum & cum damnum datum eſt: vt cum lex vult homicidam puniri, loquitur de homicidio facto. At vbi grauiter læſus eſt aliquis, nondum homicidium eſt patratum. In ſumma notandum eſt, cum quid aduerſus ſtipulationem commiſſum eſt, ſtipulationem committi, ſi concepta eſt ſecundum formulas præſcriptas, ſed aliter conueniri poterit ex arbitrio contrahentium, l. damni. §. cum parietem. Quem locum nota.

Cap. V.

Effectus huius ſtipulationis.

HVius ſtipulationis effectus huiuſmodi eſt, vt commiſſa ſtipulatione detur actio aduerſus promiſſoré ad id quod intereſt, l. in hac. & ſeq. Quod intereſt autem intelligi debet, vt non ſolum damni, ſed etiam lucri ratio habeatur vt docet Iureconſultus d. l. in hac. quod mihi abeſt & lucrari potui, l. ſi commiſſa. rem rat. hab. Nihil autem refert an is qui agit ſit ſtipulatus, an alius eius nomine, vt mihi actio competat. Exempla ſunt in l. ſi ſæpius. vbi locus eſt communis de ſtipulatione ſeruorum: alius eſt in l. damni. §. vlt. Dubitatio autem naſcitur ex eo quod dictum eſt ſub tit. de acq. poſſ. per liberam perſonam nobis non acquiri, & l. homo liber. ff. de acqui. rer. dom. & l. poſſeſſio quoque. ff. de acq. poſſeſ. ſed cognita cauſa datur, l. in omnibus. 5. ff. de Præt. ſtipul. quamuis alias, ſi iuris ſubtilitatem reſpiciamus, per liberam perſonam nulla nobis poſſeſſio acquiratur. Præterea quod diximus de eo quod intereſt, connumerandæ ſunt expenſæ, ſcilicet moderatæ, l. ex damni. in princ. vbi locus eſt ſumptuum communis de eorum æſtimatione.

De remediis in cauentem proditis.

Cap. VI.

POſtremus locus eſt de remediis in cauentem proditis: nam ſi cauere nolit, quo remedio ei conſuletur qui damnum infectum timeat? Id exprimitur in l. Prætor ait. Mittitur enim in poſſeſſionem à Prætore, deinde iubetur poſſidere: datur actio in factum aduerſus eum qui non permittit poſſidere, & aduerſus magiſtratum qui hunc ordinem non ſeruat. Quæ vt dilucidius innoteſcát, notanda ſunt quæ ſequuntur. Primum denuntiatio eſt facienda domino vitioſarum ædium abſenti vt caueat, cuius mentio eſt in Prætoris edicto, & in l. 4. §. Prætor vbi notanda eſt ratio denuntiandi. Nam cum alicui denuntiatur dies, ſufficit domi denuntiare, ſi is qui petitur, abeſſe intelligatur. l. 1. §. domum. ff. de lib. agnoſ. Hic autem dicitur domi denuntiandum eſſe, ſi abſit is qui quæritur. Itaque illud verbum abeſſe, Vlpia. interpretatur, & dicit eum abeſſe qui in iure non eſt, id eſt, eo in loco vbi Prætor ius dicit: & videtur id ſæpe conſtitutum, quod res celeritatem deſideret, vt dicitur in l. 1. hic. Domum autem accipimus pro domicilio & hoſpitio, d. l. 1. §. domum de agnoſ. lib. & l. lex Cornelia. §. domum. ff. de iniuriis. Quod autem de Præt. iuſſu dicitur, intelligendum eſt, vel iuſſu municipalis magiſtratus, l. 4. §. 1. Fit autem hæc miſſio in totas ædes vitioſas, etiam ſi pars ſit tantum vitioſa, l. ſi finita. §. ex hoc edicto. Aliquando partes domus ſunt diſtinctæ, & tunc in integras non fit. l. emptor. §. 1. ratio diſſimilitudinis ibi eſt. Hinc quæritur, quod ſi pluribus cauendum ſit an pro rata, an æqualiter mittentur in poſſeſſionem? Mittentur æqualiter, l. ſi finita. §. ſi plures. Idem dicitur in l. 1. §. 1. idem in l. damni, §. vlt. Contra vno ex pluribus non cauente, miſſio fiet in eius portionem. l. Prætoris. §. 1. Effectus autem huius miſſionis eſt cuſtodia rei & obſeruatio, l. 33. §. vlt. l. cum legati. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. Quid opus eſt autem, vt ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueatur hæredi cautio, l. is cui. in prin. vt in poſſeſ. legat. Quod hodie fit in Aquitania, vbi mittuntur apparitores. hoc autem iure in Gallia non vtimur. Itaque non poteſt is qui miſſus eſt vſucapere: non enim eſt tam poſſeſſor, quam in poſſeſſionem miſſus, l. ſi finita. §. Iulianus. & §. vbi autem. Dicitur dominum non cogi de domo exire, quia miſſus eſt, ſimul cum illo eſt: inde dicitur eum non cogi ad reficiendam domum, d. l. ſi finita. §. ſi quis dáni, vt & conſequitur, eum qui miſſus eſt, cautione oblata decedere, d. l. ſi finita. §. item videamus. Præterea hoc beneficium amittitur rei deſertione vel negligentia, l. ſi finita. §. ſi quis metum. Tertio obſerua, quod perſeuerante contumacia non cauentis, Prætor iubet poſſidere cauſa diligenter perſpecta & cognita, l. 5. in princ. & in edicto Prætoris. §. de eo opere. l. ſi finita. §. non autem. ergo interuallum aliquod debet intercedere. Hoc autem tempus non eſt definitum: & ideo intelligitur Prætoris arbitrio relictum. Prætor autem hanc iuriſdictionem ſibi reſeruauit, municipalibus autem non permiſit, l. 4. in prin. l. cognitio. §. 1. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd. Inde ſequitur, eum qui iuſſus ſit poſſidere, poſſe vſucapere. l. ſi finita. §. Iulianus. vbi dicitur eum dominum conſtitui ſecundo decreto. At ſi dominus eſt, quomodo vſucapere poterit? (noſtra enim non vſucapimus) id eſt, non iure dominij poſſidere, & tanquam dominus domus eſſe. Tanta eſt vis eius poſſeſſionis, vt qui poſſeſſor eſt, dominum poſſit eiicere. l. ſi finita. §. vbi autem. tunc enim nullus eſt locus oblationi cautionis, l. ſi finita. §. poſtea. Præterea notandum eſt, quod ſi quæ iura competunt iis qui non cauerunt, eorum perſecutionem illis denegari, d. l. ſi finita. §. ſi quæ ſunt iura. vbi dixit, *Qui potuerunt*: quia eorum qui bona fide abſunt, iura non corrumpuntur, l. eorum. in princ. Hinc quæſtio l. ſi finita. §. ſi de vectigalibus. vbi Alciatus lib. 3. Diſp. cap. 10. mutauit lectionem contra fidem omnium codicum. Quid autem ſi fundus vectigalis dicitur in l. 1. ff. ſi ager vectig. vel emphyt. pet. *Qu'on baille a rente.* Quæritur ergo de vectigali agro, ſi de eo non fuerit cautum, quænam erunt iudicis partes? Diſtinguendum eſt, an conductor ipſe non cauerit, an vero municipes: ſi conductor non cauerit, in poſſeſſionem mittetur qui ſibi caueri poſtulabat: poſſidere autem non iubetur, quia vectigal amitterent municipes. Prętor ita ſuas partes interponet, vt nullum inde municipibus damnum inferat. Idem autem ius habet is qui mittitur quod habebat is qui non cauit. Si vero municipes cauere noluerint, iubebitur poſſidere. Obiicitur l. cum ſponſus. §. de vectigalibus. ff. de pub. in rem act. quæ vera eſt. Nam prædia vectigalia regulariter vſucapi non poſſunt, ſed propter cótumaciam poſſunt vſucapi, vt cum hac exceptione hæc lex intelligenda ſit. Quarto, aduerſus magiſtratum qui hanc iudicij formam tenuerit, vt primo actio detur, l. 4. §. in eum. quod de municipalibus intelligédum eſſe videtur, nó de Prætore, aut Præſide. Quinto & vltimo, actio in factum datur aduerſus eum qui non admittit miſſum, vel poſſidere iuſſum, vt eſt in edicto Prætoris, l. Prætor. §. de eo opere. & l. ſi finita. §. vlt. Petitur autem hac actione tantum quantum præſtari oporteret, ſi cautum eſſet. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, vt in l. ſi quis miſſum, 17. & l. 18. §. ſi pupillus. quod intelligo ſi pupillus ſit doli capax, l. 1. §. 1. ne vis fiat ei qui in poſ. miſ. er. t.

IN

IN TIT. III.

DE AQVA PLVVIA ARCENDA.

CAP. I.

SVb hoc titulo proponitur actio antiquiſſima, quæ dicitur, Aquæ pluuiæ arcendæ. Antiquitatis argumentum eſt, quod eius meminerunt & alii veteres: quam etiam ex iureconſultis conijcere poſſumus, legis 12. tabul. eſſe verba. Locus eſt in l. Labeo. ff. de ſtatulib. vbi Iureconſultus hæc refert ex l. 12. tab. *Si aqua pluuia nocet, id eſt, nocere poterit.* Quo argumento ait hæc verba, *Si ſeruus videbitur*, id eſt, videri poterit, interpretanda eſſe. Datur autem hæc actio cum opus aliquod manufactum eſt, propter quod noceat aqua vicino, vt opus illud euertatur: vt cum aqua aliter fluit quam naturaliter ſolet. Hac enim actione ea arcetur, & opus quod manu factum eſt reſtituitur. Deinceps conſiderandæ ſunt cauſæ & effectus huius actionis. Huius autem actionis cauſæ ſunt triplices, vt in operis noui nuntiatione, & damni infecti: quæ actiones maximam habent cum iſta affinitatem, vt iure à compoſitoribus Pandectarum ſubiungatur iſte titulus. Prima cauſa reſpicit rem ſiue ſtatum, vt altera perſonam actoris, tertia ad ius & factum pertinet. Prima cauſa eſt, aqua pluuia agro meo nocens, l. 1. §. 1. Iureconſultus definit aquam pluuiam, quæ de cælo cadit, & imbre excreſcit, quæ & cæleſtis appellatur: vt flumē quod imbre excreuit, aqua pluuia appellatur, vt oſtendit M. Cicero in Topicis, in loco à coniugatis, cuius ſententia conſentit cum Iureconſulti ſcriptis, vt intelligitur ex l. 1. §. 1. & §. idem aiunt. circa fin. Quid ſi calida aqua agris noceat, vt ſi fontes habeam calidos, ex quibus aqua profluens agro tuo noceat, an danda erit hæc actio? Non: nam non eſt aqua pluuia contra Trebatium, vt dicitur in l. 3. in princ. Deinde dicitur, aqua pluuia nocens, id eſt, quæ nocere poſſit, ex d. l. Labeo. de ſtatuliber. nam hæc actio locum habet in damno nondum facto, l. 1. & l. Ateius. §. 1. Præterea nocentem aquam accipimus, quæ damno afficiat vicinum, non quæ lucrum auferat, l. 1. §. idem aiunt, & l. ſi in meo. hic. Idem dicitur in cautione damni infecti, ex l. Proculus. de damn. infect. Multum enim in vtroque iudicio intereſt, vtrum quis alteri lucrum adimat, an vero damnum inferat. Deinde dicitur arcenda: quod verbum eſt Cic. in Top. vbi diſſerit de genere & ſpecie. Genus eſt, ait, aqua pluuia nocens, quarum altera iubetur ab arbitro coerceri, altera non iubetur, l. 1. §. 1. Inde ſi aqua naturaliter fluendo noceat, ceſſat actio, l. 1. §. idem aiunt. aut ſi vitio loci. l. Ateius. §. 1. Hæc enim eſt agrorum natura, vt inferiora ſuperioribus ſeruiant, & inferiora ex ſuperioribus fluentem aquam excipiant, l. 1. §. pen. & vlt. vbi naturalis quædam ſeruitus deſcribitur, quę diſtinguenda eſt ab impoſititia, ex l. de pupillo. §. meminiſſe. ff. de noui. ope. nunt. Itaque ſi duo ſunt vicina prædia, quorum neutrum altero eſt ſuperius nec inferius, licet vicino opere manu facto ſibi conſulere. l. 2. §. vlt. Aquam autem manu nocentem accipimus quæ opere manu facto nocere poteſt: quod eſt intelligendum, exceptis certis caſibus. Vnus eſt, ſi opus publica auctoritate factum ſit, l. 2. §. Caſſius. & l. quod principis. 23. vbi ait. *Qui primi agros conſtituerunt.* Quæ verba non rectè interpretatur Accurſ. intelligi vero poſſunt ex l. qui tutelam. ff. ad l. Iul pecul. Olim in aſſignatione agrorum leges ferebantur, de quibus Flaccus de condit. agr. Secundus caſus eſt, ſi opus factum ſit patiente vicino, l. Labeo. hic. Et notandum eſt quod ait, patiente vicino, non ſilente, vt ex patientia tacitus conſenſus arguatur. Neceſſe eſt igitur vt vicinus contradicat, cum tale opus fieri ſentit, ex quo aqua pluuia nocere poſſit. Tertius caſus eſt ſi opus ſit factum agri colendi gratia, quod ad agriculturam fuit neceſſarium. l. 1. §. de eo opere. & l. 3. §. ſi vicinus. l. vicinus. 24. vbi verba ſunt ſumpta ex agricultura. Terra elata inter duos ſulcos dicitur porca. Directi quidam ſunt ſulci: quidam tranſuerſi: directi dicuntur à Feſto Pompeio limi: tranſuerſi ſunt idonei ad aquam eliciendam, vnde ἐλικες dicuntur à Iureconſulto, & à Columella aquarij, qui Græce ἐλικες appellantur. Quartus caſus eſt ſi ſeruitus ſit fundo impoſita, vt ſi ager profluentem aquam pluuiam excipere debeat, vt dicitur in l. 2. §. vlt. ſeruitus enim impoſititia naturalem tollit. Quintus caſus eſt, ſi vetuſtas hominis memoriam excedat, l. 2. §. Caſſius. vt ſi opus manufactum ſit, quod tamen quando factum ſit, nemo meminerit, aut ab alio factum audiuerit: tunc enim dicitur vetuſtas, ideoque huic actioni locus minime eſt. Quomodo autem probari poſſit memoriam extare, docet Iureconſultus in l. 2. §. idem Labeo. & l. ſi arbiter. ff. de probat. Satis enim eſt audiſſe te dici ex alio, etiam qui ex alio audiiſſet. Addendum etiam hanc actionem dari, etſi opus non ſit manufactum, vt ſi naturalis ſit ager, quo adæquato aut euerſo, aqua pluuia in vicinum influat, datur enim actio aquæ pluuiæ arcendæ, ſi non directa, ſaltem vtilis, l. 2. §. item Varus. vbi poſt varias opiniones Paulus concludit actionem intendi poſſe vtilitate ſuadente, etſi ius deficiat, vt ſi reſtitutio aggeris mihi proſit, tibi vero non noceat. Hæc æquitas eſt naturalis, per quam iuris rigor corrigitur, vt ait Ariſtot. lib. 5. Ethic. Deinde dicitur, manu nocens agro: nam etſi aqua pluuia ob opus manufactum noceat ædibus, in municipio vel oppido, non erit huic actioni locus, l. 1. §. item ſciendum. & eſt ſententia Cice. in Topic. in loco ſimilium. Hæc de prima cauſa huius actionis. Altera eſt cauſa, quæ reſpicit actoris perſonam: oportet enim eum qui agit hac actione, ius habere in fundo, vt puta eſſe dominum, vt in exigenda damni infecti cautione dictum eſt, l. ſi tertius. §. ſi quis prius. l. poſt venditionem. hoc tit. vbi notanda eſt diſtinctio. Quod autem de damno dictum eſt, intelligi debet, ſiue quis in ſolidum, ſiue pro parte dominus ſit. Sed quid dicemus de vſufructu? nam dominus eſt. De hac re fuit diſſenſio inter veteres, & videtur eſſe de eadem re antinomia ex l. 3. §. & l. ſi vſusfructus. Nam in illa dicitur, vſufructuarium aquæ pluuiæ actione neque teneri, neque agere: contra in l. 22. magis eſſe vt ei aquæ pluuiæ arcendæ actio accommodetur. Quæ tamen non pugnant: nam prior ſic intelligenda eſt, non poſſe vſufructuarium agere, ſupple directa, ſed vtili tantum: nam generi per ſpeciem derogatur, l. in toto. de reg. iur. Quæſtio eſt de eo qui habet agrum vectigalem, l. principis. §. hæc actio. nam qui vectigalem habet agrum, dominus non eſt. l. 1. §. in perpetuum. ſed tamen competit illi in rem actio, ac ſi dominus eſſet, l. ſi finita. §. ſi de vectig. ff. de damno infect. l. cædere. ff. arbor. furt. cæſ. Quæſtio eſt an is cuius fundo ſeruitus debetur, hanc actionem habeat, l. penul. hoc tit. Ita, & directa & vtilis, ex l. 12. Tab. l. Labeo. ff. de ſtatulib. Nec obſtat quod adduxit Accurſius ex l. vſusfructus. Idem enim dici non poteſt de fructuario, qui non poteſt dicere fundum eſſe ſuum cui nocetur. Tertia cauſa in iure & facto eius conſiſtit, cui nocetur: nam hac actione conueniri non poteſt niſi dominus, aut is qui ius aliquod habet in agro in quo opus eſt factum, propter quod aqua pluuia alteri fundo nocet, l. 3. §. aquæ. & l. 4. in prin. Quo fit vt ſi in publico opus factum ſit, non competat actio: vnde ſequitur, alienato fundo in quo opus eſt factum, cum emptore eſſe agendum, non cum venditore, ſi modo ante ſuſceptum iudicium fundus venditus ſit, l. 4. §. Iulianus. Hic ergo diſtinguendum eſt, alienato fundo contra quem detur actio. Si alienatus ſit fundus poſt litem conteſtatam, alienatione non mutatur iudicium: quod cum alia exceptione eſt intelligendum, l. Ateius. niſi iudicij committendi cauſa facta ſit alienatio. Hinc exiſtit hæc quæſtio, an hæc actio ſit in rem, an in perſonam. Dubitatur enim an ſit in rem, quia datur in poſſeſſorem. Actiones in rem, rem ſequuntur: in perſonam, hærent perſonæ. Si quis fundum vendiderit, deinde is ad alium peruenerit, actio ex empto non datur aduerſus eum emptorem qui dominus non eſt, l. vlt. ff. de contrah. empt. Dicitur hanc actionem, in perſonam tantum dari, l. ſi tertius. §. ſi quis prius. Huic obiectioni vt reſpondeant interpretes, aiunt actionem eſſe in rem ſcriptam. At non intelligunt quid ſit res ſcripta. Sed dicendum eſt & in rem & in perſonam dari: quod & in aliis actionibus accidit quæ ſunt in perſonam, vt actio ad exhibendum, l. 3. §. eſt autem. ad exhib. & tamen datur in eum qui poſſidet vel naturaliter vel ciuiliter, dicta l. 3. §. vltim. Hæc regula non eſt ſemper vera: actiones in rem, rem ſequuntur: in perſonam, hærent perſonæ: nec ita diſtinguitur actio in rem ab actione in perſonam. Nam actio in perſonam in eum datur qui obligatus eſt, §. omnium. Inſtit. de actio. vt in hac actione aquæ pluuiæ arcendæ poſſeſſor eſt obligatus velut ex quodam contractu. Cum autem in rem agitur, non

Prima cauſa huius actionis.

Porca quid.

Secunda cauſa huius actionis.

Tertia cauſa huius actionis.

agitur veluti in perſonam obligatam ad aliquid dandum, vel faciendum: ſic res magis conueniri videtur quam perſona, vt dicitur in l. prædia. ff. de acq. vel amit. poſſeſſio. atq; hæc actio quamuis ſit in rem, datur tamen & in perſonam. Adde, hanc actionem plærunque ſequi perſonas contra quas agitur, nec ab eis recedit: vt ſi quis opus fecerit, aduerſus alium non datur actio, l. is cum quo. Sed viſum eſt vtile, hanc actionem dari non ſolum aduerſus eum qui fecit opus, ſed & in eum qui dominus eſt agri, in quo opus factum eſt, qui tenetur ad patientiam, non autem ad reſtitutionem. De eo qui tantum habet vſumfructum quæritur, l. ſi vſusfructus. vbi dicitur, non directam dari, ſed vtilem actionem. Legitima actio eſt cum datur proprietario, ex l. 12. Tab. Alia quæſtio eſt de eo qui ſepulchrum in ſuo ædificauit, in l. 4. in prin. alia in l. 6. ſufficit enim dominum eſſe eius fundi per quem fluit aqua. Hæc de cauſis huius actionis.

De rebus quæ veniunt in hanc actionem.

Cap. II.

CVm in omni actione conſideretur quid petatur, videndum eſt quæ res in hanc actionem veniant. In hanc igitur actionem veniunt, facti operis reſtitutio, & damni reſtitutio. De primo ſic habendum, petimus vt opus factum reſtituatur. Quid ſit autem reſtituere exprimit Iureconſultus in l. 22. §. non aliter. Reſtitutio autem operis fieri debet impenſis eius qui fecit, l. 6. §. vlt. Si agatur aduerſus eum qui fecit, ſua impenſa opus erit reſtituendum, ſed ſi aduerſus eum qui non fecit, patientiam præſtare debebit. Quod ita eſt accipiendum, ſi opus ante litem conteſtatam damnum dederit, l. ſi opus. §. officium. Hæc actio datur tantum damno dato vel facto. Huc pertinet l. non poteſt, ff. de iudic.

De aquæductu. Cap. III.

AQuæductus eſt ſeruitus ruſtica, ſiue ius ducendæ aquæ per fundum alienum, l. 1. de ſeruit. ruſt. præd. Hoc ius varijs ex cauſis proficiſcitur. Cauſa efficiens eſt, certarum perſonarum conſenſus: vt ſi quis aquam publicam ducere velit, conſenſus principis ſit neceſſarius, l. ſi in publico. hic. l. 1. §. permittitur. ff. de aqua quoti. & æſtiua. Priſcis temporibus non licebat niſi ex caſtello aquam ducere: quod Senatuſconſulto cautum fuiſſe, Iulius Frontinus dicit. Caſtellum autem eſt receptaculum quod aquam publicam recipit. Hoc ius ad hæredem non tranſit, ſed renouatur à principe, vt ait idem Frontinus in libro de aquæduct. vrbis Romæ. Quid eſt igitur quod ait Iureconſultus in leg. prima, de aqua quoti. & æſtiua. Iniuriam eſſe ſi non impetrarit? Hoc dicit Iuriſconſultus. hoc enim principes ita conſtituerunt à ſe impetrari, vt forte aliquid extorquerent à nouis ſucceſſoribus. Quod à Tiberio & eius ſucceſſoribus ad Titum vſque factitatum fuiſſe dicitur: & Titus omnia beneficia vno edicto confirmauit, nec à ſe peti paſſus eſt. Sic confirmatio munerum publicorum à principe apud nos petitur, quæ ſi denegaretur, iniuria fieret à principe. Hæc eſt cauſa aquæductus, cum quis nempe ius habet aquæ ducendæ ex publico loco. Sed tamen hoc eſt intelligẽdum de aqua quę eſt in vſu publico, ad quam ducendam principis permiſsione opus eſt. Diuerſa eſt fluminum publicorum ratio, leg. ſi autem. §. vltimo, de aqua pluuia arcenda. licet enim cuique ex publico flumine ducere, ſi modo nauigabile non ſit, leg. quominus. ff. de fluminibus. vide librum primum Diſputat. cap. 52. Atque hæc de aqua publica. Cum autem aqua priuata deducitur, conſenſus dominorum requiritur, & eorum ad quos vſus aquæ pertinet, l. in concedendo. hic. Nec obſtat l. Lucio. de aqua quotid. & æſt. quæ cum hac exceptione eſt intelligenda. Hinc facile intelligi poteſt Bartoli quæſtio de fratribus prædicatoribus & minoribus. Nam cum minoribus ciuitas ius deducendæ aquæ conceſſit ad fabam conquendam, idem ius petierunt à ciuitate prædicatores: an illis permitti poſſet à ciuitate, non permittentibus minoribus? In hoc iure concedendo conuenire poteſt quomodo quis vtatur, vt quando ſit aquam ducturus, an diurno, an nocturno tempore, l. via. §. vſufructu. ff.

Aqua priuata quomodo ducatur.

de ſeruitutibus. l. ſi prius. 17. in principio. Naſcitur quæſtio, quæ pertinet ad titu. de amit. ſeruitu. nam ſi quis eo iure tempore conſtituto non fuerit vſus, amittit ſeruitutem. Hæc de prima cauſa: ſecunda cauſa eſt vetuſtas temporis, l. vlt. hoc tit. vbi in relatiuo, *quibus*, ſubaudi, aquæductibus. *Ius non probaretur*, id eſt, quamuis hoc ius legitimo aliquo titulo probari non poſſit. Quamquam alij interpretantur alio modo vt Bartolus, qui ſic explicauit, *quibus*, ſupple, iudicibus. Vnde annotat, iuriſdictionem dari vetuſtate iudici: ſed inepte. Hic autem notandus eſt locus communis de conſuetudine, qualis eſt in hoc iure. ff. de aqua quotid. & in l. 1. & 2. hoc titulo. Cauſa eſt finis litium. Vide cap. 34. lib. 1. Diſput. Poſtremus locus eſt de forma aquæ ducendæ, in l. ſi prius. 17. §. placuit. Aqua autem tribus modis duci dicitur, Plin. lib. 31. cap. 6. Vitruuius lib. 8. canalibus lapideis, tubulis, id eſt, vt ait Budæus in Annot. in Pandect. fictilibus canalibus, & fiſtulis plumbeis. Primus eſt damno ſuo concedendi, quia maior aquæ vis per canales lapideos, ſeu ſtratum lapideum emittitur, d. §. placuit. Nota locum communem de conſuetudine, qualis eſt in l. ſi fundus. de euict. Præterea non licet arcum facere aquæ ducendæ cauſa, l. ſupra. hoc tit.

Forma quadi cenda.

IN TIT. IIII.

DE PVBLICANIS ET VECTIGALIBVS ET COMMISSIS.

Cap. I.

HVius tractatus loci ſunt præcipui tres, vt titulus ipſe & eius inſcriptio ſatis indicat. Vnus eſt de publicanis, alter de vectigalibus, tertius de commiſſis. Publicanorum autem vt fuit ordo Romæ maximus & potentiſſimus, ita audacia & ſcelerum infamia laborauit, vt docet Vlpian. l. 12. Vulgare illud eſt ex Euangelio, Sit tibi tanquam ethnicus & publicanus. Therſites interrogatus quæ feræ eſſent ſæuiſſimæ, Reſpondit, in montibus vrſi, in vrbibus publicani & fœneratores. Huius ergo audaciæ comprimendæ cauſa, actio aduerſus illos data eſt ex edicto prætoris, cuius verba referuntur per Vlpia. in l. 1. hoc tit. Hoc autem edicto proponitur actio aduerſus publicanos, ſi damnum alicui vel ab ipſis, vel eorum familia illatum fuerit, de quo dicendum eſt per locos communes. Huius ergo cauſa eſt iniuria illata à publicano, vel quopiam ex eius familia, vt intelligitur ex l. 1. Sunt autem publicani vectigalium ac redituum publicorum redemptores. l. 2. §. 1. nam Publicum abſolute dictum, vectigal ſignificat, l. quantæ. §. vltim. Quod ſi à ciuitate, vel municipio conduxerit vectigal, is publicanus proprie non dicitur: nam illorum res priuatæ ſunt, l. eum qui. de verb. ſign. & l. bona. eo. tit. ſed tamen hoc edictum ad ciuitates & municipia pertinet, l. ſed & hi. hic. Horum principes ſunt & dicuntur Mancipes à veteribus, vt auctor eſt Aſconius: cuius verbi eſt mentio in l. qui fideiuſſor. ff. locati. & in l. ſi quis ſine. C. de vectig. In publicanorum autem familia ſunt ſerui, quos in hoc edicto Iuriſconſulti intelligunt, non omnes, ſed eos duntaxat qui ad colligenda vectigalia à publicanis conſtituuntur, l. pronuntiatio. §. familiæ. de verb. ſign. Deinde hoc verbum nos late accipimus, pro iis omnibus qui ſunt in publicanorum miniſterio, ſiue liberi ſint, ſiue ſerui, ſiue bona, ſiue mala fide poſſideantur, l. 1. §. familia. l. quantæ. §. familiæ. Cuiuſmodi familiæ fuerunt in portibus, vt ſatis declarat Cic. in Oratio. pro lege Manil. vt æquum ſit viſum Iureconſultis, hanc hominum fugitiuorum colluuiem à furtis & exactionibus cohiberi, & aliquo edicto eſſe compeſcendam: à quibus factam iniuriam intelligimus, cum furtum, vel iniuria, vel damnum datum eſſet à familia ſub ſpecie vectigalis exercendi, l. vltim. §. magnus. Hæc de cauſa huius actionis: nunc videamus qui in hanc familiam veniant, & qui ſint eius effectus. Duo caſus ſunt hic conſiderandi: Vnus eſt, cum publicanus ſuo nomine conuenitur: alius, cum nomine familiæ: qui caſus poſterior ſingularia quædam habet, itaque à priore diſtinguendus fuit. Cum publicanus ſuo nomine conuenitur, quia ipſe deliquit, primo in eum datur actio in duplum, l. 1. in initio. Vnde

Mancipes qui.

Serui publicanorum qui

Vnde quæritur, quomodo ſit accipiendum duplum in hoc edicto. Caius hanc quæſtionem dirimit in l. hoc edicto. §. quærentib. nam hanc homonymiam Iuriſconſulti putauerunt eſſe interpretandam, vt res in duplo ſit. Eadem eſt interpretatio in l. locatio. §. quod illicite. Vnde vulgo eſt annotatum, quoties dupli vel quadrupli ſit mentio, rem in eo contineri. Solet adduci lex vlt. C. de ſponſal. Ratio ex arte iuris ſumpta hoc ſuadet, quia in pœnis melior ſententia eſt ſequenda. Similis eſt quæſtio in k actione. ff. vi bonorum raptor. vbi eadem ſententia eſt ſequenda: aliter tamen in actione furti. Præterea eſt notandum, multis delinquentib. non multiplicari pœnam, l. ſi multi. hic. ſi quid ab vno ſolui non poſſit, ab alio peti & præſtari. Secundo eſt notandum, ſi hac actione duplum petatur, eſſe temporariam, ſin ſimplum, perpetuam, vt dicitur in l. 1. & l. ſed & hi. §. vlt. datur contra hæredem, quatenus eſt factus locupletior, l. 4. in princip. Tertio notandum eſt, quod hæc actio concurrit cum aliis, vt furti, legis Aquiliæ, & vi bonorum rapt. l. 1. §. dixerit aliquis. Præterea extra ordinem animaduertitur in eum, qui vi extorſit aliquid, leg. locatio. §. quod illicite. non tantum ciuiliter, ſed & criminaliter. Vbi notandus locus de diſtinctione criminalis & ciuilis actionis, de qua vide 55. cap. lib. 1. diſput. ann. Tametſi autem concurrat cum aliis actionibus, non tamen eſt iudicanda inutilis, vt dicitur in l. 1. d. §. dixerit. Similis locus in l. 3. ff. naut. caup. ſtabul. vt rec. Quarto notandum eſt, quod hæc actio denegatur ei, qui rem reſtituit: nam is abſoluitur, vt dicitur in §. dixerit. & in leg. 4. hoc titul. Mitius eſt hoc edictum, quam de furto: nam fur non abſoluitur, ſi in eum ad pœnam agitur: at vero publicanus abſoluitur. Vnde quæritur, an hæc actio ſit arbitraria: quod multis videtur, ſed contra ſentio. Nam natura actionis arbitrariæ eſt, vt iudex non ante condemnet ad pœnam, quam prius arbitratus ſit quomodo res reſtitui poſſit, §. præterea. de action. in Inſtit. At in hac actione id non fit, quia ſi vltro non reſtituas, iudex te condemnabit ad pœnam eius edicti: quod ſi arbitraria eſſet, iuberet rem reſtitui. Atque hæc de primo caſu. Quid ſi non ſuo, ſed ſui ſerui nomine conueniatur? de hoc caſu quædam ſunt ſingularia in edicto prætoris, vt Iuriſconſul. dicunt. Vult enim omnes ſeruos exhiberi, quos ſi nō exhibuerit, damnatur ſine noxæ deditione, l. 1. § vlt. Eſt ſimilis locus in l. ſed & hi, §. 1. Animaduertendum eſt autem, cum quis nomine familiæ conuenitur, nō plus præſtare, quam ſi liber alius deliquiſſet. Nam ſi omnes ſeruos dedere cogeretur, facile eius patrimonium euerteretur. Itaque liberatur tantum præſtando, quantum liber præſtitiſſet. Atque hæc de publicanis.

CAP. II.

De vectigalibus.

VEctigal eſt quod Reipub. & fiſco ex fundis vectigalibus penditur, & rebus quæ veneunt: quæ eſt octaua pars in l. ex præſtatione. C. de vectiga. vnde Octauarii appellantur, l. allegatis. C. eod. Sed in hac re eſt ſpectanda conſuetudo, l. 4. §. vltim. hic. De vectigalibus autem ſunt tres loci, de quibus ordine dicemus de inſtitutione, locatione, & ſolutione. Primo igitur quæritur, quis vectigal inſtituere poſſit: & certum eſt inſtitui nullo modo poſſe ſine conſenſu principis, l. 10. hoc tit. neque inſtituta mutari aut reformari poſſe: vnde tit. in C. vectig. noua inſtitui non poſſe. Imo ne decreto quidem ciuitatis, l. 2. & 3. hoc tit. quod etiam notum eſt idiotis: ſi contra factum eſt, variæ pœnæ ſunt cōſtitutæ, l. 1. ad l. Iul. de vi publ. pontifices addiderunt pœnam excommunicationis, c. innouandum. de cenſib. in decret. Reſtituitur præterea id quod ademptum eſt, l. 3. C. vectig. nou. inſt. Cauſa igitur vectigaliū eſt principis voluntas: eſt etiam receptum vetuſtatem temporis ſufficere, l. vlt. de aq. plu. arcen. &c. ſuper quib. de verb. ſignificat. in Decret. leg. imperatores ff. de pollicitationibus. *Octauarii qui.*

Sequitur de locatione, quando locari debeant vectigalia. Formam autem locationis colligo ex variis locis. Proponi debent publica edicta, vel publice denuntiandum eſt voce præconis, vt ſi quis publica vectigalia conducere velit, accedat certa die. leg. 3. Cod. de locat. præd. ciuil. leg. vltim. C. vect. no. inſt. quod præſenti magiſtratu fieri debet, quæ addicet ei qui ſuperior in locatione fuerit, vel potius in licitationibus. leg. 4. C. de locat. Quæritur, an in prædiis eccleſiæ idem ſit dicendum. Ita ſic enim iudicari ſolet in curiis, quia eſt eadem ratio eccleſiæ & reip. l. vlt. C. de ſacroſan. eccleſ. Deinde fideiuſſor exigitur l. locatio. in princ. ſed hic locus valde ad rem non pertinet, quia non ſemper colore licitationis vltra modum inflatur locatio, vt illic dicitur. Præterea illic ſunt quædā exceptiones: excipiuntur enim reliquatores, l. locatio. §. reliquatores. Reliquatores id eſt, hi qui aliquid debent ex vetere locatione. Excipiuntur etiam debitores, d. l. locatio. §. debitores. qui locus arguit falſam eſſe eorum opinionem, qui putant offerendam eſſe ſatiſdationem. Excipiuntur præterea tutores & curatores, tit. eſt in C. l. 1. §. tutores. ad l. Cornel. de falſis. *Reliquatores qui.*

Sequens locus eſt de ſolutione, qui in duo capita diuiditur: vnum eſt de rebus, quarum vectigal ſoluendum eſt, alterum de perſonis, quæ debent ſoluere, aut non debent. Quod ad primum ſciendum eſt, ab omnibus qui negotiationis cauſa quid vehunt, vectigal ſoluendum eſſe, l. omnium. C. de vectig. & hoc proprie eſt vectigal, ſic dictum à vehendo. Interdum etiam penditur vectigal earum rerum, quæ veneunt, nō vehuntur. Exemplum eſt in ſalis venditione, l. ſi quis ſine. C. de vectig. quod fit ne clandeſtinæ fiant venditiones vectigalis fraudandi cauſa: cuiuſmodi rerum monopolium ſolet à principe conſtitui & exerceri: vnde tit. C. nemini liceat in vendit. ſpecierum ſeſe excuſare. Ariſtoteles in Politicis vocat Monopolium, cum princeps cogit emere inuitos. Hoc genus vectigalis inſtituit primus Romæ C. Liuius quidam Salinator in odium populi, à quo damnatus fuerat: hiſtoria eſt apud Liuium. Aliarum rerum nomine, quæ venales non ſunt, vectigal non penditur, niſi vectigales fundi ſint. nā prædia vectigalia dicuntur, nō quia veneant, ſed quia hoc onus vectigalis pendendi illis eſt impoſitum. Eſt tit. ſi ager vectigal. vel emphyteu. l. imperatores. hoc tit. Locus eſt diligenter notandus: vult enim prædia teneri, perſonas vero conueniri. Præterea non ſoluitur vectigal earum rerum, quæ ad vſum proprium inferuntur, l. vniuerſi. C. de vectig. Quid ſit autem ad vſum proprium inferre, docet Alfenus Varus in l. in lege Cenſoria. ff. de verb. ſign. f. vb. dicitur, quod victus ſui cauſa paratum eſſet, id ſuo vſu dici. leg. 4. §. 1. dicitur munificum eſſe, ſi quid amplius quam mandatum ſit, translatum ſit. Munificum autem & immune contraria ſunt: neque enim id immune eſt, ſi vectigali obnoxium ſit. Hic eſt quoque ſpectanda conſuetudo: hodie enim pro rebus quibuſcunq; vehuntur, vectigal exigi ſolet. Hæc eſt conſuetudo, vel potius principum arbitrium quælibet vectigalia imponentium, vt olim Romæ Caligula, (id eſt apud Suetonium) qui ex quæſtu proſtitutarū & lucro deditarum vectigal exegit. quem multi ſunt ſequuti quibus hoc eſt vſitatum: Lucri bonus eſt odor ex re qualibet, leg. vltim. Cod. de edict. Diui Adria. toll. Sunt & aliæ res à præſtatione vectigalis immunes, veluti res, quæ ad colendos agros pertinent, l. vniuerſi. Cod. de vectig. Idem dicendum de rebus, quæ exercitui ſunt paratæ, l. locatio. §. eorum. hoc tit. In vectigalibus autem præſcriptio locum non habet, vt dicitur in eadem lege. Si quis dicat ſe non ſoluiſſe, audietur: ſi conſuetudinem non eſſe dicat, non audietur. Hæc de rebus, deinceps de perſonis. Omnes autem cuiuſcunque modi, generis, dignitatis ſint, ad vectigalium perſolutionem tenentur, leg. omnium. Cod. de vectig. ſecundum proportionem Arithmeticā, ait Ariſtoteles lib. 5. Et hic. non autem Geometricam. Sed tamen quædam perſonæ excipiuntur, vt ad finem leg. omnium. dicitur. Excipitur fiſcus, leg. locatio. §. fiſcus. legati exterarum gentium, l. à legatis. C. de vectigal. Milites quamuis multa alia priuilegia habeant, non tamen excipiuntur, l. ex præſtatione. C. de vectig. l. ne minores quidem. l. ſi ex cauſa. §. penult. de minoribus. Solet quæri de clericis & ſcholaſticis: de quibus in cap. non minus. de immunit. eccleſ. in Decret. *Munificum & immune quid differant.*

CAP. III.

De commiſſis.

DE commiſſis eſt tit. in C. de vectig. & commiſſis. Ea autem committi fiſco dicuntur, quæ ob aliquas cauſas fiſco acquiruntur, eo modo quo pœnam & ſtipulationem cōmitti dicimus. Hinc Cic. tertia in Verrem ait, hæreditatem

commiſſam Veneri Erycinæ. Aſconius 4. actione, quæ ſint commiſſa, docet. Locus eſt apud Suetonium obſeruatione dignus, vbi de his vectigalibus loquitur, quæ inſtituta fuiſſe à Caligula ante diximus. Ait enim multa commiſſa facta, edictis factis & non propoſitis. Cauſæ commiſſorum ſunt hæ. Primo cadunt in commiſſum res, pro quibus vectigal ſolutũ non eſt, niſi forte id publicanus permiſerit, l. vlt. §. ſi quis. Nec vero quiſquam ignorantiæ excuſatione pœnam deprecari poteſt, l. vlt. §. licet. quamuis à publicanis admonitus non fuerit, d. l. vlt. §. diui quoq;. Succurritur tamen quibuſdam perſonis, vt pupillo, l. imperatores. §. vlt. præterea ei, qui errore eſt lapſus, l. vlt. §. diui quoq;. qui videtur repugnare §. licet eiuſdem l. At non repugnant: aliud enim eſt ignorantia, aliud error. Nã error eſt in eo, qui culpa vacat, l. regula, de iur. ignor. Sic in epiſt. Planci ad Cice. vbi ait: Credulitas potius error eſt quam culpa.

Error nud.

Secunda cauſa eſt, cum profeſſio facta non eſt rerum, quæ veneunt, vel aliarum rerum, quæ vectigal debent. Confiſcantur. n. & cõmittuntur res improfeſſæ. Improfeſſę autẽ res ſunt quæ nõ ſunt inſinuatæ apud publicanos. Quod ſi res vectigales nõ ſunt, tamẽ eas apud publicanos vector profiteri debet, & aut earum dominus, aut apud tabelliones, aut ſcripturarios, & ſic enim vocat Feſtus eos, qui ſcripturam faciunt publicanorum nomine, l. vlt. §. quoties. Pœna autẽ hæc remittitur minorib. propter ætatem, l. vlt. §. diui. Ignoſcitur etiam militib. propter omiſſam profeſſionem, l. 3. C. de vectigal.

Tabelliones & ſcripturarii qui.

Tertia cauſa cõmiſſi eſt, cũ quis hoſtib. aut barbaris arma vendit, ferrum, cotem. l. cotẽ. hic. l. 1. C. de commer. & mercat. præterea, ſi quis aliquid contra legum præſcriptum vendiderit, etiamſi non hoſtib. l. ſi quis. C. de vectig. Excipitur tamen is, cuius onus propter neceſſitatem aduerſæ tempeſtatis expoſitũ fuerit, l. vl. §. ſi ꝓpter. & l. Cæſar. Poſtremus locus eſt de effectu cõmiſſi: eſt autẽ effectus ipſe, confiſcatio rei ex cauſis ſupra poſitis, quæ interdũ cõcurrit cũ grauiori pœna, l. cotẽ. §. dominus. vbi nota nõ tantũ merces, ſed & nauẽ, qua vehuntur merces illicite, cõmitti: quod intelligimus, earum ſtatim fiſco dominium acquiri, & itaim dominum deſinere eſſe eum, qui contra legem fecerit, l. commiſſa. hic, quod ſingulare eſt contra iuris rationem, l. traditionib. C. de pactis. Itaq; fiſcus vindicat ſtatim res ſibi commiſſas, etiam aduerſus hęredem, l. fraudati. hic. Sed animaduertendum eſt, huic perſecutioni locum non eſſe poſt quinquennium, l. neque commiſſum. C. de vectig. & commi.

IN TIT. V. DE DONATIONIBVS.

CAP. I.

DONATIO (vt craſſiore Minerua defineamus) munificentia eſt quam quis erga alium acceptantem, nulla neceſſitate compulſus, gratis & liberaliter exercet, vt dominium, aut ius aliquod immobile in ipſum transferat. Hæc definitio, quanquam non admodum obſcura eſt, ex ea quæ ſequitur cauſarum explicatione, dilucidior fiet.

Cauſa efficiens donationis. CAP. II.

CAuſa igitur efficiens donationis eſt, conſenſus eorũ inter quos donatio contrahitur, donantis videlicet, quem neq; inuitum, neq; ignorantẽ donare lex ait, l. nec ignorans. C. eo. l. cuius per errorem. de reg. iuris. item donatarii, cui nolenti liberalitas acquiri non poſſe dicitur, l. hoc autem. §. non poteſt. Nam vt ait Cicero in Top. Neq; deditio, neq; donatio ſine acceptatione intelligi põt. Proinde ſi quis abſenti donare quicquam velit, per nuntium aut epiſtolam id fieri debet, nec ante valet donatio, quam is ea de re certior factus voluntatem ſuam declarauerit. l. 2. §. ſi pecuniã. l. abſenti. l. nuda ratio. hic. & l. nec ambigitur. l. ſi quis in. C. eo. Accipere debemus conſenſum etiam tacitum, qui ex coniectura colligitur, l. cenſualis. l. ſi præſes. cum ſequenti. C. eo. Nec ſufficit qualiſcunque confeſſio ſed ſpontanea, nullaque ex neceſſitate proficiſcens exigitur. l. donari. hic. cum id præſtare alteri quod debetur, iuſtitiæ ſit magis, quam liberalitatis, argumen. l. 2. de iuſtit. & iur. Hinc vulgare illud Modeſtini, in neceſſitate nemo liberalis exiſtit. l. rem legatam. de adim. legat. Dicitur autem neceſſitas, cum quis ad dandum vel naturaliter tantum adſtringitur, l. Aquilius. l. hoc iure. §. ſi quis ſeruo. hic.

De cauſa materiali. CAP. III.

MAteria donationis eſt res ipſa, quę donatur, quæ an corporalis ſit, nec ne, nihil intereſt. Itaque ſi gratis ipſum vſum vel habitationem alicui concedam, vel debitorem meũ acceptilatione liberem, vel actionem mihi competentem, ſine ſpecie alicuius actionis, cedam alicui, valet donatio, l. in ædib. in princip. . ſi in ſtipulatũ. l. Modeſtinus. hic. l. ſi donationis. C. eo. De re propria donantis, nulla dubitatio eſt, quin recte cõtrahatur donatio, etiamſi rei cum alio communis, nec diuiſa portio ſit, l. portionem. C. eo. Res vero aliena proprie donari non videtur, cuius dominium in accipientem non tranſit. l. in ęd b. §. vlt. Verum nos latius donationem accipimus, vt alienę quoq; rei conceſſionem ſignificet, toto tit. pro donat. per quã tamen alieno iuri non præiudicatur. l. ſi filius. l. conſtante. l. ſi patri. C. eo.

De cauſa formali. CAP. IIII.

DOnatio formam nullam aut ſolennitatem ſpecialem ſequitur exigit: nam etſi traditione, vel vſuſfructus retentione, quæ vim habet traditionis, aut inſtrumentorum, quibus rei emptio continetur, donatio perficiatur: tamẽ ſi nihil bonorũ interuenerit, ac ne ſtipulatio quidem, ſed ſimplex nudaq; promiſſio, vt pactũ, noua cõſtitutione Iuſtiniani adhuc ſubſiſtit, l. 1. & l. quiſquis. l. ſi quis argentum. C. eo. Scriptura vero ac inſinuatione, id eſt, in actis facta profeſſio, vitandæ fraudis gratia, iam olim fuit excogitata. l. Modeſtinus. & l. lata. C. eo. Sed lata tandem ab eodem Iuſtiniano lege ad eas donationes coarctata eſt, quæ ſummam quingentorum ſolidorum aureorumve excedunt infra eam ſummam, & in quibuſdam caſib. ẽt ſupra non eſt neceſſaria, l. pen. C. eo. Nec magnopere refert, quibus verbis ſit excepta donatio, dummodo ea ſint, quib. donantis & donatarii exprimatur mutuus conſenſus. Quapropter ſi quis ſcriptura forte aut aliqua cautione teſtetur ſe alicui donaſſe, vel debere, nulla donatio intelligitur, tametſi ea verba in donatione vim obtineant, l. nuda ratio, tametſi hæc verba in vltima voluntate vim fideicommiſſi obtineant, leg. ex hac ſcriptura. hic. Sed quid ſi in iudicio interrogatus, nihil ſibi alium debere confeſſus fuerit? Papin. reſpondit, actionem amiſſam, non vi donationis, ſed potius confeſſionis, quæ cum in iure facta ſit, infirmari non poteſt, l. donari. §. quidam in iure.

De cauſa finali. CAP. V.

DOnationis finis duplex eſt, vnus vt exerceatur liberalitas, nõ vt donatori quidquã adquiratur: nam ſi vt aliquid detur vel fiat, largiamur, proprie negotium potius contrahi, quam donatio videtur. l. 1. l. quod ſtatuliber. & l. hoc iure. hic. & toto tit. de donat. quæ ſub modo. Ac ſæpe vſuuenit, vt mixtum ſit donationi negotium: quod & præter alias cauſas, inæquabilitas rei donatæ, & eius, quæ à donatario accipitur, efficit, l. Ariſto. Hoc autem ita accipiendum eſt, ſi cauſa donandi expreſſa, non mente retenta fuerit. Sunt enim non pauci, qui ſpe hæreditatis, aut lucri alicuius, facultates ſuas erogant, negotiatione quadam artificioſa (vt Hippocrates ait) magis quam munificentia vtentes, quorum munera Plinius iunior quam lepide hamata vocat atq; viſcata, lib. 9. Epiſt. Hi. n. ſi ea fiducia donarint, ac deinde eos fefellerit opinio nihilominus rata, firma, atq; irreuocabilis manebit donatio. l. ſi maiores. C. de tranſact. Alter finis eſt donationis, vt nullo caſu ꝙ donatũ eſt, donator ad ſe reuerti velit. l. 1. hic. in prin. Hinc precarium, & alii huiuſmodi contractus non parum à donatiõne differunt, etſi liberalitatis tantum gratia fiant. l. Lucius. l. 1. de precar. Sed hæc omnia de vera & abſoluta donatione intelliguntur, quæ ſimpliciter & propria donatio dicitur. Nã quod ita damus, vt aliquo caſu reuocari poſſit, non ſimpliciter, ſed cũ adiunctione donatur: puta ob cauſam, vel mortis cauſa appellari ſolet. de qua in ſequenti tractatu plenior & accuratior diſputatio futura eſt. l. 1. in princ. l. ſenatus. tit. prox.

De per-

Cap. VI.

De perſonis quæ donant, quibuſue donatur.

HIc locus ad cauſam efficientem referri poteſt: & de eo in primis quæritur, qui capitale crimen commiſit: & reſcriptum eſt, eum donare poſſe ante condemnationẽ, l. poſt contractum. quod eſt accipiendum, etiam ſi reus capitalis criminis ſit accuſatus, nec ob contumaciam bona eius obſignata ſint. l. aufertur. §. in reatu. infra de iure fiſci. l. reo. de ſolut. l. vlt. de requir. reis, in C. Excipe niſi in fraudem fiſci factum id eſſe appareat: quo caſu ne ante admiſſum quidem donatio facta valet. l. in fraudẽ. de iure fiſci. l. ſed ſi maritus. qui & à quib. l. ſi aliquis. tit. proxi. Perduellionis quoq; crimen cum paucis aliis excipitur, de quibus alio loco plenius dicemus. l. donationes. §. vl. & l. ex iudiciorum. de accuſat. l. commiſſa. de vectig. & c. cum ſecundum. de hæret. in 6. Sed etſi condemnatio ſecuta ſit, nec ea appellatione ſuſpenſa ſit, interdicetur donatio. l. poſt contractum. hic. l. qui à latronibus. §. vlt. de teſt. l. 2. §. vlt. de pœnis. Item quæritur, an filiusfa. cui à patre libera peculii adminiſtratio conceſſa eſt, donare poſſit. Quæ ſane quęſtio in facto potiſſimum conſiſtit: & tota ex voluntatis coniectura pendet, ſi pater eam diſerte non expreſſerit. l. filiusfa. Nam ſi filius Senatoris aut alterius principis, ac viri potentis eſſe proponatur, in quo beneficientia ſiue liberalitas maiorẽ quam frugalitas commendationem habeat (vt Cicero in oratione pro rege Deiotaro ſcribit) hanc ei facultatẽ cõceſſam facile interpretabimur. arg. l. cum plures. §. vlti. de admin. tut. Alias valitura eſt, ſi iuſta donandi ratio fuerit. d. l. filiusfa. Ambitio enim & iactantia, inquit Plinius in Panegyrico, magis quam liberalitas eſt æſtimanda, cui ratio non conſtat. Ideoque in dubio à patre conceſſa non intelligitur. Illud notandum eſt, quod patris iuſſu donat filius, à patre ipſo donatum videri, vt pater ad eius donationis obſeruationem teneatur. l. 2. in prin. l. in ædibus. §. pen. Plane furioſos & mente captos inutiliter donare perſpicuum eſt. l. Modeſtinus. licet muti, aut ſurdi, ſenes etiam, niſi delirii iam, & iuxta Varronis prouerbium, bis pueri effecti ſint, donare non prohibentur. l. qui id quod. hic. & l. ſenectus. C. eo.

Certum donatio non tantum in amicum & bene meritum, ſed in quemcunq; alium ignotum & extraneum conferri poteſt: quin etiam meretrici & concubinæ, quæ vxor non ſit, recte donatur l. affectionis. & l. donationes. hic. leg. hæc donatio. de donat. inter vir. & vxor. dummodo miles non ſit, qui focariæ ſuæ donet, vt Antonini reſcripto cautum eſt leg. 3. Codic. de donat. inter vir. & vxor. quod interpretum communi conſenſu ad eos, qui diuinam togatamque militiã exercent, porrigitur. Nec hoc ſilentio prætereundum eſt factam à patre donationem filio emancipato, etiam infanti, ratam eſſe: in poteſtate conſtituto non item. leg. cum de bonis. leg. ſi quis in emancipatum. Codic. eodem. Denique reipub. facta donatio, puta ob honorem, valida eſt, ſiue quis promittat, ſiue tantum polliceatur. leg. hoc iure. in princ. Eſt autem pollicitatio (vt obiter id explicemus, in quo pleroſque hallucinatos comperimus) ſolius offerentis promiſſum, cum pactum duorum conſenſus ſit, leg. pactum. de pollicit. Vnde vulgo ab interpretibus traditum eſt, inter præſentes magis pactum quam pollicitationem dici: quod is cui aliquid offertur tacens conſentire præſumatur. leg. qui patitur. ff. manda. Quibus ergo minime aſſentior: non enim is qui continuo tacet, offerenti conſentire videtur, cum fortaſſis è re ſua id non futurum eſſe credat: aut beneficium accipiendo libertatem, vt in Mimis Publii habetur, vendere nolit. Hoc adeo in his pollicitationibus perſpici poteſt, quæ ad publicum opus extruendum olim reipub. à priuatis hominibus fieri ſolerent, de quibus tractatum de pollicitatio. qui titul. de ope. pub. ideo ſubiicitur, accipiendum eſſe non dubito. Fiebat autem fere per epiſtolam, cautionemve. Macrob. lib. 2. Saturnal. in locis Auguſti. leg. Charidemo. & leg. ſeptitia. de pollicit. leg. metum. §. ſed quod prætor. quod met. cau. Quo caſu conſenſum duorum non interuenire antequam acceptetur, certiſſimum eſt. Sed ſi quis apud rempub. id eſt reipubl. adminiſtratores, l. ex pollicitatione. infra de pollicit. coram ad opus faciendum pecuniam promiſerit, pollicitatio proprie nõ pactum dicitur, conſenſu forte decurionum ſuſpenſo deliberantium, an tale opus exædificare liceat publice, ac expediat. Huc pertinet, quod Cæcilius lib. 10. epiſt. ſcr bens ad Traianum de theatro Nicenſium, ait: Huic theatro ex priuatorum pollicitationibus multa debentur, vt baſilicæ circa, vt porticus ſupra caueam: quæ nunc omnia differuntur, ceſſante eo quod ante peragendum eſt. Cui Traianus ibidem reſpondit: Tunc à priuatis exigi opera tibi curæ ſit, cum theatrum, propter quod illa promiſſa ſunt, factum erit. Nec verendum eſt, ne quis tali donatione ſiue pollicitatione in legem Iuliam de ambitu, committat, quæ aduerſus eos tantum lata eſt, qui tributim centuriatimve diſtributa pecunia, ſingulos è populo corrumpere nitebantur, ad quos magiſtratuum creatio pertinebat. l. vnica. ad l. Iul. de ambitu. l. Publius. de cond. & demon. l. quæ vtiliter. de neg. geſt. quod à Budæo noſtro annotatum eſt & obſeruatum ad l. ſi quis ob honorem. de pollicit.

Pollicitatio quid.

Cap. VII.

De effectu donationis.

EFfectus donationis tribus conſtat regulis. Prima regula eſt, rem donatam recte repeti non poſſe, l. Ariſto. leg. qui alienum. quod naturali æquitati conſentaneum eſſe, vel illud argumento eſt, quod Plato in Philebo hæc verba vt trita, & pueris cognita refert: τὰ ὀρθῶς δοθέντων ἀφαίρεσις οὐκ ἔστι. Idque adeo verum eſt, vt ne principis quidem reſcriptum ad reuocationem ſufficiat, l. ſi donationem. C. de reuocan. donat. traditione ſiquidem rei donatæ, aut eo actu, qui vim traditionis habeat, dominium nanciſcitur donatarius, l. qui ſaxum. l. qui mihi. l. ſi tibi. l. qui id quod. §. ea lege. quod ſine facto ſuo iure non amittit, l. id quod noſtrum. de reg. iu. niſi forte donator ipſe dominus non fuerit, quo caſu ad vſucapionem tantum proficiet donatio, l. Ariſto. §. 1. Hæc prima regula patitur exceptiones: nam ob ingratitudinem, atrocemque iniuriam & offenſam, donatio reuocatur, l. donationes. §. 1. & leg. vlt. C. de reuoc. donat. licet alioqui aduerſus ingratos iure ciuili actio non ſit prodita. Anneus Seneca rationem oſtendit. ſed hoc de ea donatione non accipitur, quæ remuneratoria eſt, quam nullo caſu reuocabilem eſſe interpretes affirmant: quod non caret ratione, l. ſi pater. §. 1. Ob cauſam quoque donatum, ſi ea non ſequatur, ſecundum diſtinctionem ab Vlpia. traditam, reuocatur, l. 2. §. vlt. cum l. ſeq. Sed & ſi quis poſt donationem perfectam præter ſpem liberos ſuſcepeiit, cum ante non haberet, idem erit dicendum. leg. ſi vnquam. C. de reuoc. donat.

Secunda regula. Donator actione ex ſtipulatu, vel condictione ex lege ad rei donatæ traditionem compellitur, l. ſi quis argentum. C. eod. in quo iudicio, cum bonæ fidei non ſit, vſurarum propter moram non habebitur ratio, leg. cum qui. Præterea non condemnatur in ſolidum donator, ſed in quantum facere poteſt, habita ratione ne egeat. l. qui ex donatione. & l. qui id quod. hic. etiam ſi pecuniæ conſtitutæ, aut iudicati nomine conueniatur.

Tertia regula. Donator euicta re, nulla niſi de dolo actione tenetur: extra quam ſi nominatim hoc conuenerit, aut traditione ceſſante rem ſe non modo traditurum, ſed etiam daturum promiſerit, l. Ariſto. §. vlt. & l. 2. C. de euict. & l. 2. C. de iure dot. Proinde ſi rem donationis cauſa promiſerit, & nondum traditam expoſuerit pignori, firma nihilominus remanebit pignoris obligatio. l. vlt. §. 1.

IN TIT. VI.

DE DONATIONE CAVSA MORTIS, ET QVÆ SIT MORTIS

cauſa donatio, & mortis cauſa capio.

Cap. I.

DOnationis verbum licet ſit ſpeciale, ac proprie liberalitatem non reuocabilem ſignificet, de qua in pręcedenti tractatu diſſeruimus, tamen plærunque latiorem ſignificationem habet, vt mortis cauſa donationem complectatur, l. alienatum. de verb. ſig. & l. 1. hic. Eſt autem ea cum quis inſtantis periculi metu, vel ſola mortalitatis, aut humanæ ſortis cogitatione adductus, ita rem ſuam donat, vt ſe potius habere velit, quam donatarium; illum vero potius quam hæ-

redem ſuum.l.1.cum ſeq.l.ſenatus.§.1.hic. Nec adeo refert, mortis ſuæ an alienæ cauſa donet,l.mortis. 10.& leg. mortis cauſa capimus.ſed nec an verbis expreſſum ſit, vt cum donator, vel quiſpiam alius conualuerit, aut periculum effugerit, reddatur, Telemachi illius Homerici exemplo: an vero ex mortis facta mentione cõiecturis id factum eſſe appareat. At ſi de eo non conſtet, donatio pro ſimplici habetur etiamſi à moribundo homine facta ſit: aliud ſiquidem eſt mortis cauſa & morientem donare,l.Seia.§.vlt.quod multo magis admittendum eſt, tunc nominatim, vt nullo caſu reuocetur donatio,conuenerit,l.vbi ita donatur. Perficitur etiam ſine publicis actis,modo quinque teſtes adſint,donatione videlicet,aut ſtipulatione,vel conuentione mutua,l.vl.C.eo. A donatione autem in eo differt legatum, quod donatio morte donantis confirmatur,quamuis inteſtatus deceſſerit,cum legatum abſque teſtamento non debeatur.l.non videtur,l.tam is qui. Et his omnibus ſuffragatur Feſtus Pomp.lib.11.cuius verba hæc ſunt: Mortis cauſa ſtipulatio exiſtimatur fieri, vt ait Labeo Antiſtius, quæ ita fit vt morte promiſſoris confirmetur: aut, vt quidã dixerunt,cuius ſtipulationis mors fuit cauſa. Porro mortis cauſa donatio, & mortis cauſa capio ex genere τῶν συναιρόντων eſſe videntur,ſicut emptio, venditio,locatio,conductio: ſed longe alia eſt horum verborum ſignificatio:nam mortis cauſa id demum capi intelligitur, quod occaſione mortis alienæ alicui obuenit,nec in donationis ſpeciem cadit, aut aliam capiendi figuram, quæ proprio nomine appelletur. l.mortis cauſa capitur.& l.inter mortis. veluti quod hæreditatis adeundæ, vel repudiandæ, vel conditionis implendæ gratia datur.l.qui pretio,l.ſi mulier.l.eum qui.l.cõditionis. l. quod ſtatulibor.

De perſonis. Cap. II.

Quæ in ſuperiori tractatu dicta ſunt, eadem in hoc loco repetita eſſe intelliguntur, quibus & hæc regula generalis accedit. Nemini cauſa mortis donare quicquam, aut capere permittitur, niſi qui teſtamenti factionem habeat,l. omnibus,& l.ſenatus.filiusfa.tamen, cui ne permittente quidem patre, teſtamentum facere licet,donare mortis cauſa nõ prohibetur, ſi expreſſus patris conſenſus accedat, qui milite exiſtente filio neceſſarius non eſt,l.tam is.§.1.leg. Marcellus. hic.l. filiusfa.ſupra tit.proxi.&l.qui in poteſtate.de teſtam.Illud præterea adiiciendum,de capacitate donatarii,non ex donationis, ſed ex mortis potius tempore iudicandum eſſe, l.in mortis cauſa.23.Ad ea vero quæ de rebus,aut donationis forma diximus antea, nihil occurrit, quod addi oporteat, niſi quod hæc donatio interdum ſub conditione fit,vt puta,Si nõ conualuerit donator:interdum pure,ſed ita vt ſub conditione reſoluatur,l.2.hic.l.1.ti. proximo. Item quod donatario perinde atq; hæredi ſubſtituitur: ac in donatione ineunda quæcunq; lex ſuper eius reuocatione dici poteſt, l. ei cui. & l.ſi alienam.§.1.

De effectu donationis cauſa mortis. Cap. III.

Effectus huiuſce donationis eſt duplex:vnus qui donatarii fauorem &cõmodum reſpicit,alter qui donatoris.Quantum ad primum attinet, ita diſtinguendum videtur, vt ſi quidem donatoris res propria,nec adiecta conditione ſuſpendatur,dominium eius in accipientem tranſeat,l. ſi mortis cauſa. hic.tametſi conualeſcente donatore poſſit repeti, nec ante mortem ipſius adhuc firma ſit,l.non videtur: ſin aliena, ſaltẽ ad vſucapionẽ proſit,& vſucapta res ab eo tantum qui donauit,nõ à vero domino repetatur,l.ſi alienã 1 ẽ.& l.qui alienã. Quod ſic hirographa vel tabulas debitarũ ſibi pecuniarũ liberãdi animo donauerit,hoc cõſequitur donatarius, vt petentẽ exceptione mortis ſummoueat.l.mortis cauſa capimus.§.Titia.& l.auunculo.

Secundo illud obſeruandum eſt, vt ſi rei donatæ dominiũ acquiſitum ſit à donatario, tamen reuocari poſſe donationẽ ſi conualuerit donator,niſi aliud actum ſit. Idem dicendum eſt, ſi præmortuus ſit donatarius, aut certe ſimul cum donatore deceſſerit, aliuſve extiterit caſus, in quem ſit reuocata donatio,l.non omnis.de reb.cred. l.mortis cauſa donatio. l. ſenatus.l.ſi alienam rem.l.ſi is qui,hic.& hoc caſu filii vel ſerui mors,quibus ipſorum cõtemplatione donatum eſt, potius quam patris aut domini ſpectãda eſt,l.ſi filioſa.23.& vlt. Qua autem actione hæc reuocatio fiat, quæſitum eſt. Et reſpondent,directam actionem in rem cuius dominus remanſit donator: alioqui vtilem tantum competere,l.ſi mortis cauſa.cũ l.ſeq.in quo iudicio neceſſariarum atq; vtilium rerum quas fecerit reus, ratio habebitur,l.ſi mortis cauſa. 14. Si vero rem donatam donatarius poſſidere deſierit, non modo pretiũ ab eo condici poterit, id eſt, quanti vendi potuiſſet, ſed omnes acceſſiones,l.mortis cauſa capimus.§.vlt.l.illud.§.vlt.ſi is cui. hic.l.cũ quis.de condict.cauſ.dat.Sed & ſi filiusfamilias ſit donatarius,agetur aduerſus patrem de peculio,l.filioſa.Is quoq; qui mortis cauſa acceptum fecerit quod ſibi debebatur, recte condicet,vt vetus inſtauretur obligatio,l.quod debitori.& l. ſenatus.§.pe. Deniq; animaduertendum eſt, cum de effectu donationum cauſa mortis agitur, eas ad inſtar legatorum redactas eſſe,l.Marcellus.&l.illud generaliter.hic.l. vl. C.eo. Ex quo conſequens eſt eas morte confirmari,niſi pœna capitis ſit affectus donator,& vltra vires hæreditatis non valere,l. non videtur.l.ſi mortis cauſa.l.ſi aliquis.l.etſi debitor.hic.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLI. PANDECTARVM

SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE ACQVIRENDO RERVM DOMINIO, ARTIFICIOSA AC METHODICA TRACTATIO.

Cap. I.

Cavsæ dominiorũ acquiſitionis multæ & variæ ſunt tum iure gentium,tum ciuili proditæ: de his quæ iure gentium ſunt,copioſa eſt in hoc tractatu diſputatio: cæteræ ſub aliis tit. continentur, vt tit.de vſucap.& permultis aliis. Eſt autem ius gentium, vel quod natura omnium hominum mentibus inſeruit,vt fidem ſeruare, Deum colere, neminem lædere: vel quod vtilitatis vel neceſſitatis potius cauſa conſenſu omnium gẽtium naturalem rationem ſequentium conſtitutum eſt,vt emere, vendere,& reliqua id genus.l.1.hic.& l.1.§.vlt. de iuſt.& iur. §.ius autem.Inſtit.de iur.natur. gent. & ciuil. Ac ſecundum hanc definitionem recte & vere à Caio in huius tractatus initio dictum eſt,ius gentium ſimul cum genere humano proditum eſſe,l.1.hic,§.ſingulorum.in Inſtit. de rer. diuiſ. Nam ſiue pro eo tantum accipiamus, quod vſu exigente adinuenit prudentia, nihil poteſt à vero eſſe alienius: ſiue pro eo tãtum quod hominib. etiam imperitis eſt innatũ atq; inſitum, quod ẽt naturale appellatur, id æq; falſum eſſe videtur, cũ eo iure diſtincta nõ ſint rerũ dominia. Can. ius gentium.diſt.1. quod tamen ex verbis Caii aliter declaratis conſequeretur.

Ius gẽtiũ quid.

Cap. II.

De prima cauſa acquirendi dominii, quæ eſt occupatio.

Prima igitur cauſa acquirendi dominii iure gentium eſt occupatio, à qua dominium rerum quondam cœpiſſe Nerua filius ait, l.1.de acquir.vel amit.poſſ. Cum enim inter mortales adhuc communia eſſent, iudicarunt abſque diuiſione & diſtinctione dominiorum nec tranquillitatem retineri, nec naturalem inter ſe ſocietatem conſeruari poſſe.

Itaque

Itaque quod quiſq; prius apprehendiſſet, vt id eſſet eius propriũ conſenſerunt & decreuerunt: quam diſtinctionẽ mox earum rerum, quæ cuique obtigiſſent, commutatio ac vſus contrà ſtatim eſt ſecutus, d. §. ius autem gentium. Hinc etiam Cic. lib. 1. offic. *Sunt autem priuata nulla natura: ſed aut v teri occupatione, vt qui quondã in vacua venerunt: aut bello, vt qui victoria potiti ſunt: aut lege, aut pactione, conditione, ſorte: ex quo fit, vt ager Arpinas Arpinatium dicatur: Tuſculanus, Tuſculanorum. Similiſq; eſt priuatarum poſſeſſionum deſcriptio. Ex quo, quia ſuũ cuiuſq; fit eorum quæ natura fuerunt communia, quod cuiq; obtigit, id quiſq; teneat.* Huius antiquiſſimæ rerum acquiſitionis luculenta nunc etiam veſtigia in quibuſdam apparent in naturali illa communione manentib. quæ ante dominia iure gentium diſtincta fuiſſe creditur, quod videlicet à nemine vnquam occupatæ ac poſſeſſæ ſunt, aut ſi aliquando fortaſſis apprehenſæ caſu aliquo vel domini voluntate ad priſtinum ſtatum redierunt. atque ideo huiuſmodi res in nullius bonis eſſe dicuntur, l. 3. nam res ſacræ & religioſæ, & aliæ ſimiles, quas quidem ipſas nullius eſſe, ſed alio ſenſu dicimus, occupanti minime conceduntur, l. 1. de rer. diuiſ. Ex harum rerum numero ſunt in primis omnia animalia ſiue terreſtria, ſiue aquatilia, volatiliave, quæ feram habent naturam, vt cerui, pauones, apes, nec à quoquam cicurata, aut manſueta facta ſunt, l. 1. l. naturalem. §. apium. & ſeq. earum enim beſtiarum, quæ vel natura cicures ſunt, vel cicurantur, qui quid lucrandi animo apprehenderit, furti ſe alligat, l. naturalem. in fi. l. Pomponius. 8. famil. ercisc. Vnde perſpicuum eſt, venationem aut occupationem in agro etiam alieno iure permiſſam eſſe, niſi forte quis in ingreſſu fundi, à domino arceatur. §. feræ. Inſt. de rer. diuiſio. Et hác venandi artem quam θηρευτικὴν vocant, honeſtam, ac rei familiaris rationem habere, maximeq; ſecundum naturam eſſe, Ariſtot. oſtendit libr. 1. Politic. Quod autem dicatur, haſce res occupantium fieri, eo pertinet rẽ apprehendendam eſſe, vt feram certum ſit in noſtram poteſtatem perueniſſe. l. in laqueum. 55. hic. Proinde & ſi feram grauiter à ſe vulneratam quis perſequatur, antequam tamen ceperit, ipſius non eſſe, & ideo à quouis alio poſſideri poſſe obtinuit, cũ olim ius cõtrouerſum eſſet, quod incertus ſit rei euẽtus, & ex inſperato multa accidere poſſint, vt ab eo, qui vulnus inflixit, non accipiatur, l. naturalem, 5. hic. cui rationi & prouerbialis verſus congruit, πολλὰ μεταξὺ πέλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου. Ceterum bifariã contingere poteſt, quod & ſupra attigimus, vt res ſemel occupata rurſus omnium cõmunis, & occupatio obnoxia reddatur caſu ſcilicet & volũtate: caſu, vt ſi fera cuſtodiam euaſerit ac in naturalem libertatem ſeſe receperit: quod fit & in cicuratis omiſſa domum redeundi cõſuetudine, l. 3. 4. & 5. verum ſi talis res à lupo forte corrupta ſit, non ante deſinit noſtra non eſſe, quam ab eodem conſumpta fuerit, vt nulla ipſius recuperandi ſpes ſit, l. Pomponius. 44. hic. & l. Pomponius famil. ercisc. Voluntate domini id occupanti conceditur, quod is pro derelicto habet, non quod ignorans amittit, aut tempeſtate adactus, in mare proiecit, l. qua ratione. hic. § qua ratione. Inſt. de rer. diui. Denique inſula in mari nata his rebus annumeranda eſt, quas occupantium fieri diximus, cũ in nullius bonis ſit, l. adeo. §. inſula. hic. De ea vero, quæ in flumine naſcitur, poſtea dicemus.

De captiuitate. Cap. III.

Secunda acquirendi iure gentium dominii cauſa eſt captiuitas. nam quæ ab hoſtibus capiuntur, ſtatim eo iure capientium fiunt, l. naturalem. §. 7. & l. transfugam. 51. hic. quod de iuſto ac legitimo bello accipiendum eſt, quod rite denuntiatum eſt, & cuius finis eſt, vt in pace viuamus, leg. hoſtes. ff. de capt. & poſtlim. reuer. can. iuſtum, 23. q. 2. quod Pontius Herennius apud Liuium lib. 9. in orat. ad Samnites eleganter expreſſit his verbis: Iuſtum eſt bellum, quibus neceſſarium & pia arma, quibus nulla niſi in armis relinquitur ſpes. Veriſſimum igitur eſt quod dicitur, vſu exigente, & humanis neceſſitatib. bella iure naturali ſiue gentium introducta eſſe, leg. ex hoc iure. ſupra de iuſt. & iure. quia homines ſcelerati, & vt Heſiodus loquitur χειροδίκαι, niſi ab inferenda iniuria vi & armis prohibeantur, & magiſtratib. cogantur parere humanam ſocietatem perturbari ac diſſolui neceſſe eſt. Itaque merito diſcenda eſt Brenni Gallorum regis ratio, qui interrogantibus Romanorum legatis, quanam ratione Cluſiam Hetruriæ vrbem obſidione premeret, Iure inquam, naturali, dixit, hoc facio, quod inferior potentiori cedere iubetur. Latrocinium autem eſt id bellum, quodcunq; ſpoliandi aliquem cauſa ſuis fortunis ſuſcipitur: nec iuri naturæ quidquam magis contrarium eſt. canon. militare. 23. q. 1. Quod autem diximus capta in bello fieri capientium, non ſine ratione & diſtinctione admittitur. nam immobilia capiuntur pro fiſco quamuis loca ſacra ſint aut religioſa. l. ſi captiuus. ff. de captiuis. l. cum loca. de relig. l. ſepulchra. de ſepulc. viol. niſi principi forte ex cauſa militibus concedere viſum fuerit, l. item ſi verberatum. ff. de rei vindic. l. Lucius Titius. ſupra, de euict. idque Alexandri Seueri exemplo, qui vt Lampridius auctor eſt agros ab hoſtib. captos limitaneis ducibus ita donauit, vt eorum eſſent, ſi hæredes eorum militarent, nec ad priuatos peruenturos, dicens eos attentius militaturos, ſi etiam ſua defenderent. Mobilia vero in præda ſunt, l. ſi quid in bello, infra de capti. & poſtlim. reuerſ. & à duce belli inter milites pro cuiuſq; merito diſtribuuntur, l. ſi quis pro redemptione. C. de donat. quod & vetuſtis temporibus à Græcis Romaniſq; obſeruatum eſſe, non tantum ex Homero, ſed etiam ex aliis auctoribus tam Græcis, quam Latinis cognoſci poteſt. Flau. Vobiſcus in Probo.

Cap. IIII.

De inuentione.

Tertia cauſa acquirendi dominii iure gentium eſt inuentio, ſcilicet earum rerum, quæ in nullius dominio ſunt, vt lapillorum & gemmarum in litore maris, leg. item lapilli. ſupr. de rer. diui. aut quarum eſt incertus dominus, vt theſauri. Theſaurum autem definit Leo Imperator condita ab ignotis dominis tempore vetuſtiore mobilia, l. vnica. Cod. de Theſauris. hic. plerunque tamen hoc verbum latius patet pro rerum vtilium vi pariter reconditarum, tametſi dominus qui eas recondidit, incertus non ſit, leg. peregre. 44. infra de acq. poſſ. leg. theſaurus. ſupra ad exhib. Sed nos in hoc argumento ſecundum priorem ſignificationem intelligimus. His autem præcognitis, vt dilucidius ſingula pertractemus, duas regulas obſerua. Theſaurus inuentori in cuius loco proprio eſt inuentus acquiritur, idque reſcripto D. Adriani cautum fuiſſe tradidit Iuſtin. §. theſauros. Inſtit. de rer. diuiſ. quod & Spartianus in eius vita ſcripſit, veruntamen ſi emptor in domo empta aut faber ad eius refectionem inductus pecuniam inuenerit à venditore defoſſam, quia theſaurus eſt, vt iam diximus, eius dominium conſequetur, l. à tutore, 57. ſupra de rei vind. Item ſi forte quis rem alienam humi iacentem ſuſtulerit ignorans cuius ea ſit, quod adeo verum eſt, vt ne εὕρετρα quidem, id eſt, pretium aut mercedem inuentoris recte petat, quinimo lucrandi animo id faciens tenetur furti, l. falſus. 43. §. qui ab eo. infr. de furt. Theſaurus in alieno fortuito caſu inuentus, inter dominum loci & inuentorẽ diuiditur, d. §. theſauros, & l. vnica. Cod. de theſaur. Dominum autem accipimus, ſiue ſingularis perſona, ſiue fiſcus, ſiue reſp. ſiue ciuitas ſit quæ hoc ius habeat. Idcirco creditor ius pignoris habens, quia dominus non eſt, ab hac regula ſeparatur, leg. ſi is qui in aliena 64. §. quod ſi creditor. hic. Sed quid ſi in loco ſacro vel religioſo ſit inuentus theſaurus? Nam neutra harum regularum iſte caſus comprehenditur. Et hanc ſane quæſtionem explicatu difficilem & obſcuram Imperatorem inter ſe pugnantia reſcripta effecerunt: nempe Adriani, cuius ſupra mentionem fecimus, & Marci Antonini, & L. Veri fratrum, quos Calliſtratus diuos fratres vocat. Hic namque ab eodem Calliſtrato dicuntur ſtatuiſſe, vt theſaurorum in locis ſacris repertorum, aut religioſis, dimidia pars fiſco vindicetur, l. 3. §. ſi quis in locis. infr. de iure fiſci. contra Adrianus cõcedit ei qui inuenit, d. §. theſauros. tametſi hoc caput reſcripti non commemoret Spart. in vita Adriani. Nec mihi ſatisfacit, quod vulgo interpretes cenſent reſcriptorum alterũ iure, alterum æquitate naturali niti, cum æquitatem non ex naturalibus, ſed ex ciuilib. præceptis metiri oporteat, ideoq; adhuc dubium ius relinquitur, vtrum naturalem, quæ fauet inuentori, an ciuilem rationem, quæ publicum ac fiſci commodum

Prior regula de theſauro.

Secunda regula.

reſpicit, amplecti debeamus.l.bona fides,ſupra depoſiti. Vt igitur ingenue quod cenſeo dicam, maius ac diſſidium implacabilius mihi eſſe videtur, quam vt diſtinctione vlla ſedari queat: nec eo nomine inſimulandus eſt Iuſtinianus, quem nihilominus vere ſcripſiſſe credemus, nullam in libris ſuis à ſe editis antinomiā reperiri,l.2.C.de vet.iur.enucl. Cum enim vtrobique hiſtorica narratio ſit, pugnantia loqui exiſtimandus non eſt, qui nihil ipſe conſtituit, ſed ab aliis ante conſtituta, quanquam à ſe inuicem diſſidentia, refert. Idque nec nouum, nec alienum eſſe, ex his quæ diximus alibi, animaduertere licet,l.quod de creditore.l.qui bona.§.qui ſuperficiarium.ſupra de dam. infec. tametſi forte nonnullis videri poteſt reſcriptum à ſe relictum probaſſe,cui neq; quicquam addere,neq; detrahere voluerit. Itaque Budæi noſtri conſilium ſecutus,temporis habendam rationem duco, & reſcriptum Adriani diuos per fratres reſcripto, quos vtique poſteriores fuiſſe conſtat,cedere.arg.l.vlt.de conſtit.princ.Et eo magis, quod noſtra opinio nouiſſime à Friderici conſtitutione firmata eſt,tit.quæ ſint regales.Perinde igitur hæc ſunt accipienda, ac ſi vno eodemq; loco deſcripta eſſet hæc hiſtoria, hoc modo: Adrianus naturalem æquitatem ſecutus theſaurum inuentori conceſſit.ſed diui fratres conſtituerunt, vt dimidia pars fiſco vindicetur.

De ædificatione. CAP. V.

QVarta acquiſitionis forma eſt ædificatio, cuius explicatio diuerſas regulas continet. Prima, Ædificans in ſolo non alieno,ſed ſuo, ex materia aliena,dominus efficitur materiæ, l.adeo.§.cum in ſuo.hic. Quominus autem poſſit materiam vindicare nondum ædificio diruto,fauor publicus exigit, vt ædificiis conſulatur: verum locum vindicationis actio in duplum lege Decemuirali comprobata eſt,cuius verba, ſi Feſto credimus, hæc ſunt: *Tignum iunctum ædibus vineave ne vindicato,nec ſoluito*.l.1.infra de tig iunct.l.qui res.§.vlt.ff.de ſolut. Secunda, is cuius in ſolo vel pariete alius ædificat,ædificii dominium acquirit.d.l.adeo.§.ex diuerſo.& l.ſi ſupra. hic. Sed hoc locum obtinet in ædificio mobili quod ſolo non cohæret, qualia fuerunt ea,quibus Romanos vſos fuiſſe refert Paulus,leg.in rem.§. tignum.ſupra de rei vindic.leg. Titius. hic.

De ſpecificatione. CAP. VI.

QVinta acquiſitionis cauſa eſt, cum quis ex aliena materia nouam aliquam ſpeciem facit, veluti ex vuis alienis vinum, vulgo ſpecificationem appellant, l. adeo. §.cum quis. Cum enim vinum noua ſpecies ſit ab vuis diſtincta, dominus vuarum non continuo & vini fuiſſe intelligendus eſt. Itaque vinum confectori acquiritur, quaſi ante nullius in bonis fuerit,ſuadente tum æquitate aduerſus dominum ad æſtimationem materiæ petendam actio dabitur.argum.l.in rem. §.item quæcunque. Hoc genus acquiſitionis duobus caſibus ceſſat: primus eſt, cum quis mala fide aliena vtitur materia.l. de eo.12.§.ſi quis ex vuis.ſupra ad exhiben. Altera,cum ſpecies eiuſmodi eſt, vt ad eandem materiam reuerti poſſit, vt vas aureum, aut argenteum: non enim ſicut vino facto vua, ita fracto vaſe aurum eſſe deſierit, d.§.cum quis.l.in omnib. cum ll.ſeq.quod vtiq; accipiendum eſt,ſi tota materia, ex qua noua ſpecies facta eſt, aliena fuerit, §.quod ſi partim. Inſtit. de rer.diuiſ.

De confuſione. CAP. VII.

SExta cauſa acquirendi dominii iure gentium eſt confuſio ſiue commixtio. in cuius explicatione ſic diſtinguendum eſt, vt ſi voluntate duorum res confuſæ & commixtæ ſunt, inter eos ſint communes.l.adeo §.voluntas. Si autem abſque eorum voluntate acciderit, vt res ſeparari queant, rei quiſque ſuæ dominium retineat: vt ſi diuerſa metalla in vnam maſſam conflentur.hæc enim ab artificibus ſeparari poſſunt, l. lacus. hic,licet abſque graui detrimento id minime fieri ſolitum acceperimus,præter quam ſi aurum ab argēto ſeparetur: quam ſeparationem neq; damnoſam neq; difficilem noſtri temporis χρυσοχόοι aſſerunt, adhibita nempe aqua, quam ipſi fortem,eruditi *chryſulcan* appellāt.Quod ſi ſeparari non poſſunt,quæ confuſa ſunt, vt puta meum & tuum argentum in maſſam redactum, aut alia eiuſcemodi,quæ eiuſdem ſunt naturæ,ea inter nos cōmunicabuntur, l.3.§. Pomponius,ſupra de rei vindicatione. Nec iam dictis contrarium eſt,quod Vlpianus ex Pomponio ait, Sed ſi deduci non poſſit, vt puta æs & aurum mixta fuerint pro parte eſſe vindicandum,&c.l.idē Pomponius.§.ſed ſi plumbum. ſupra de rei vindicatione. nā fieri poteſt, vt artifices deſiderentur, quorum induſtria talis deductio fieri ſolet,d.l.lacus.quo caſu vere dicetur ea ſecerni non poſſe. Sed nec ea verba intelligenda ſunt,quaſi inter plūbi argentiq; diſcretionem,ærisq; ac auri quicquā intei ſit, ſunt enim fragmenta verborum Pōponii,non Vlpiani, quæ meo quidem iudicio literis maiuſculis ſunt deſcribenda, quo facilius intelligatur id,quod prius adductum eſt ex eodem Pomponio,referri non ad proxima verba Vlpiani,quę alioqui verbis interiecta Pomponii locum obſcurum efficiunt. Senſit igitur Pomponius inter mellis & vini commixtionem,& æris atq; auri,licet quantum ad deductionem fortaſſis nihil interſit, hoc tamen differre, quod nullam mel priſtinam ſpeciē obtinet:aurum vero ſiue æs cōflatum,id quod prius erat,manet.Sunt,qui eo in loco negationem abundare cenſent,quod citra fidem vetuſtorum codicum affirmare non auſim.

De acceſſione. CAP. VIII.

SEptima cauſa eſt, cum vna res alteri, veluti acceſſio quædam adiungitur,vt ſtatuæ brachium,ſcypho anſa, l. ſed ſi ex meis.cum ſequen. Qua in re conſiderandū eſt, quid cuius rei ornandę cauſa adhibeatur,nec tam quid pretioſum ſit:vnde ſit,vt gēmæ cedāt phialis vel lancib. incluſæ auro argētoq;, l.cum aurum.§.perueniamus.ſupra de aur.argen.l.Qui igitur rei principalis dominus eſt, acceſſionis iure dominium nanciſcitur,ita tamē, vt pretium eius,quod acceſſit, exſoluat.Sed num ad exhibendum actio competat,vt res quæ acceſſerunt, ſeparentur,& ſic vindicari poſſint? Paulus ait in applumbatis non in ferruminatis id admitti, quod ferruminatio per eandē materiam faciat confuſionem, plumbatura non idem efficit. l.in rem.§.item quæcunq;. ſupra de rei vindicatione. l. quicquid.27.hic. Sane ad hoc caput referri poſſunt & ea,quæ ex animalibus noſtris nobis nata acquiruntur, cum acceſſionis contineantur vocabulo,l.item quæ.6.hic.l.pactum.C.de rei vindicat.l.idem Pomponius.ſupra,eo.

De cultura. CAP. IX.

OCtaua cauſa eſt, cum quis in agro,ſiue ſuo, ſiue alieno quicquam ſerit,aut plantat.ſata enim omnia & plantata, ſi radices egerint, ſolo cedunt, vt idem hic ſit intelligēdum, quod de ædificatione ſupra ſcriptum eſt, l.adeo.§.ſi alienam.l.qua ratione.l.ſed ſi ex meis.§.arbor.

De ſcriptura. CAP. X.

NOna cauſa eſt, ſcriptura acquirendi dominii iure gentiū. ea ſiquidem chartæ cedit, licet pictura non item,l. qua ratione.§.literæ.hic. Et breuiter quod de ædificio ſupra dictum eſt, de hac cauſa dici poteſt,nec obſtat l.in rem.ſupra, de rei vind.ſi coniungatur cum d.§.literæ.

De alluuione. CAP. XI.

DEcima cauſa eſt alluuio, cum per fluminis alluuionem paulatim agro meo ita aliquid adiicitur, vt conſpectum ſenſumq; quotidianum fallat.Nam quod vi & impetu fluminis ſtatim accreſcit, nobis non acquiritur. leg. adeo.§.1.cuius diuerſitatis rationem ex Aggeni Vrbici commentario diſcere licet: De alluuione,inquit, obſeruatio eſt, ſi hæc in occupatoriis agitur agris: quicquid vis aquæ abſtulerit, repetitionem nemo habet. Quæ res neceſſitatem ripæ muniendæ iniungit, ita tamen, vt ſine alterius damno quicquam fiat. Si vero in diuiſa & aſſignata regione tractabitur, nihil amittet poſſeſſor, quoniam formis per centurias certus cuique modus adſcriptus eſt. Circa Padum autem cum ageretur, quod flumen torrens, & aliquando tam violentum decurrit, vt alueum mutet, & multorum late agros trans ripam, vt ita dicam,transferat, ſæpe etiam inſulas efficit. At Caſſius Longinus, vir prudentiſſimus iuris auctor hoc ſtatuit, vt quicquid aqua lambendo abſtulerit, id poſſeſſor amittat: quoniam ſcilicet ripam ſuam ſine alterius damno tueri debet. Si vero maiore vi decurrens alueum mutaſſet, ſuum

ſuum quiſque modum agnoſceret: quia non poſſeſſoris negligentia, ſed tempeſtatis violentia abreptum apparet. Hæc ille. His intellectis nec difficile nec obſcurũ eſſe poteſt, quo ſenſu verba Florentini ſunt accipienda, in agris limitatis ius alluuionis locum non habere, l. in agris. 16. hic. Siculus Flaccus de hac limitatione tractat.

De inſula in flumine nata. CAP. XII.

VNdecima cauſa eſt, cum inſula in flumine ita naſcitur, vt amnis locum quendam aluei relinquat ſiccum, & circumfluat, aut paulatim colluendo locum faciat eminentem ſupra alueum, aluendoque eum augeat: iis enim acquiritur, qui propiora iuxta ripam prædia poſſident: inter quos regionibus diuiſis non pro indiuiſo fit communis. Quæ autem mihi ſemel quæſita eſt, ſi alluuione creuerit, vt vicini agri frontem reſpiciat, nihilominus tota mea eſt, & nec eo iure cenſenda eſt, ac ſi ab initio eius longitudinis lata eſſet. Quod ſi ita naſcatur inſula, vt locum, qui aluei non fuit, circumfluat amnis, cauſa proprietatis non mutatur, l. adeo. §. inſula. l. inter eos. 29. l. ſeq. l. inſula. 56. & l. pen. Hinc multę & varię quęſtiones agitantur, quæ in re præſenti commodius tractari atque definiri poſſunt, aut certæ deſcriptionibus mathematicis, in quibus ſtrenuam operam nauauit Bartolus.

De traditione. CAP. XIII.

DVodecima cauſa eſt traditio, videlicet cum quis alium ei ſuæ dominum efficere volens, de manu in manum ipſam in eum transfert. non enim ſola voluntas duorum, & conuentio ad dominii tranſlationem ſufficit, præterquam in caſibus exceptis: ſed apprehenſione eſt opus, l. traditionibus. C. de pact. l. ſeruum. C. de rei viudicat. l. qua ratione. §. interdum. hic. Verum animaduertenda quædam ſunt, ſine quibus dominium iſto modo acquiri non poteſt. Nam in primis oportet rem corporalem eſſe, cum incorporales traditionem non recipiant, velut ſeruitutes: ſed patientia in eis & vſus pro traditione habetur, l. ſeruus. §. incorporales. l. quoties. ſupra, de ſeruit. & l. 3. ſupra de vſufruct. Secundo eius rei dominum tradentem eſſe oportet, vel procuratorem, cui libera negotiorum ſit adminiſtratio conceſſa, l. qua ratione. §. hæ quoq;. Etenim nemo id ius in alium transferre poteſt, quod ipſe non habet, l. traditio, hic. Itaque res, quæ in commercio hominum non ſunt, nequaquam alienari poſſunt, licet cum vniuerſitate tranſeant ad hæredem, & aliarum rerum alienationi plerunque accedant, l. 1. hic. l. 1. ſupra de fund. dot. & l. in modicis. de contrah. empt. Excipitur creditor, qui pignoris dominium transfert, quamuis ipſe non habuerit, l. non eſt nouum. 46. hic. Sed & bonæ fidei poſſeſſor excipiendo fructus etiam ex aliena re, ſuos facit, l. bonæ fidei. 48. hic. Tertio voluntas dominii transferendi neceſſaria eſt, dict. §. hæ quoque. vnde nuda traditio, quam venditio, aut alia iuſta cauſa minime præceſſit, dominium non dicitur transferre, quod non præſumatur dominii transferendi voluntas eſſe, l. nunquam nuda. 31. hic. Quod multo magis erit dicendum, ſi quis ex cauſa depoſiti, aut commodati rem tradit, ex aliaue ſimili, qua ipſum nolle rei ſuæ dominio carere appareat, l. rei commodatæ. ſupra commoda. l. licet. 16. ſupra depoſiti. Inde etiam conſequitur eum, qui in corpore errans, tradiderit rem ſuam, non amittere, l. ſi procurator meus. 35. cum ſeq. hoc tit.

De perſonis. CAP. XIIII.

IAm ad perſonas tranſeundum eſt, per quas nobis acquiritur dominium: ad quem locum pertinet titul. per quas perſonas nobis acquiritur, tam in C. quam in Inſti. In hoc autem tractatu liberæ perſonæ, id eſt, quæ nullius poteſtati ſubiectæ ſunt, ab aliis diſtinguendæ ſunt, eaque diſtinctio certis regulis, velut cancellis quibuſdam concludi poteſt. Prima regula eſt, Per ſeruos noſtros, & filios noſtræ poteſtati ſubiectos, nobis etiam inuitis, & non conſentientibus acquiri, l. acquiritur. 10. & l. etiam. 32. hic. Proinde ſi ſeruus fuerit communis, nihilominus omnibus dominis pro parte dominii acquiri, etiam ſi ex re alterius acquiſierit, l. communis ſeruus. quod adeo verum eſt, vt duobus dominis ſeruo communi rem tradentibus, alteri acquiratur ab altero, l. ſi duo. hic. Secunda regula, Per ſeruos hæreditarios hæreditati ipſi, non hæredi acquiritur. ea enim pro dominio habetur, & defuncti non hæredis perſonam ſuſtinet, & quod traditur ſeruo, ex perſona defuncti vires aſſumit, l. per hæreditarium, l. in eo. §. vlt. l. hæreditas. 34. & 61. Tertia regula, Per ſeruum alienum nihil nobis acquiritur, niſi in eo vſumfructum habeamus, aut bona fide eum poſſideamus: quibus caſibus id demum quod ex re noſtra aut opera ſua, quæ quodammodo res noſtra eſt, quæſierit, noſtrum eſt: etſi forte furtiuus is ſit, qui bona fide poſſidetur, l. acquiritur. l. ſi ſeruus meus. l. nemo ſeruum. l. qui bona fide. l. etiam furtiuus. l. quæſitum. l. ſeruus qui bona. l. fructuarius. leg. per ſeruum donatum. Itaque creditori nec poſſeſſio quidẽ per ſeruum pignori datum acquiritur, l. per ſeruum qui pignori. De theſauro inuento tractatum eſt, an opera ſerui quæſitus videatur. Et reſponſum eſt, ad dominum ſerui magis, quam ad fructuarium pertinere, quod nõ induſtria huius reperta res, ſed donum fortunæ ſit, l. ſi is qui in. 63. Quarta regula, Per liberam perſonam, quæ in poteſtate noſtra non eſt, ciuiliter nihil acquiritur. idcirco ſi quis mihi eo nomine quicquam ſtipulatus ſit, nulla mihi eo nomine competit actio: quod eſt accipiendum niſi bona fide poſſideatur, quo caſu idem quod de ſeruo alieno dicendum eſt, l. acquiritur. l. liber homo. l. qui bona fide. l. quæſitum. & l. homo liber. Vltima regula, Poſſeſſionem aut dominium per tutorẽ procuratorem, aut aliam huiuſcemodi perſonam acquirimus. eſt enim acquirendi modus naturalis, qui ſolam apprehenſionem exigat, l. ea quæ. & l. pen. hic. l. per procuratorem. C. de acq. poſſeſ. l. 1. C. per quas perſon. l. traditio. §. vlt. hic. De his quæſtio eſt l. pupillus.

IN TIT. II.

DE ACQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Quid ſit poſſeſſio. CAP. I.

INTER ceteras poſſeſſionis definitiones, quæ vulgo proditæ ſunt, vt ſimpliciſſima, ita longe veriſſima mihi Theophili definitio videtur tit. de interd. lib. Inſtit. 4. Νομὴ δὲ σωματικοῦ πράγματος κατοχή. Poſſeſſio eſt rei corporalis detentio. Ac tametſi plerique non ſatis exactam eam eſſe putẽt: ſi quis tamen maioris cuiuſdam declarationis cauſa adiecerit, cui adfectus tenendi ineſt, aut his ſimilia, nihil in ea deſiderauerit.

Generis loco ponitur in definitione verbum κατοχή, ſiue detentio, quod late patet, & omnem tenendi poſſidendiq; rationem complectitur, l. 1. hic. Quod ſi quis obiiciat, cum à re poſſeſſa diſceditur, animo nihilominus retineri poſſeſſionem, neque tamen vllam detentionem videri, quia res corporaliter non tenetur: Reſpondeo, nullam poſſeſſionis cauſam eſſe cui hoc verbum, ſi recte & commode intelligatur, optime non conueniat. Cuius rei demonſtrandæ gratia ſciendum eſt, poſſeſſionem quandam eſſe, quæ naturalis ſiue corporalis, alteram quæ ciuilis vocetur, l. 2. §. quod vulgo. infra pro hærede. l. 1. §. deiicitur. infra de vi & vi armata. Naturaliter dicitur poſſidere is, qui corpore incumbit rei eo animo, vt vel ſuo, vel alieno nomine poſſideat, l. naturaliter. in princip. Quod genus poſſidendi non minus in ſeruum quam in liberum hominem cadit. leg. ſtipulatio iſta. §. hæc quoque. infr. de verbor. obligat. Ciuiliter vero, qui cum rei non inſiſtat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac poſſidere intelligitur: veluti cum quis proficiſcitur ad nundinas nemine domi relicto, nihilominus eundem animum poſſidendi quem prius habuerat, retinet, idque vtilitatis cauſa receptum eſt, ne teſtudinis more perpetuo domi nos continere, aut ius noſtrum amittere cogamur, l. 3. §. ſaltus. l. clam poſſidere, §. qui ad nundinas. Eadem eſt eorum ratio quorum coloni, procuratores, filii, ſerui, naturaliter ſeu corporaliter rem aliquam tenent ipſorum nomine. Ciuiliter enim interpretatione hi poſſidere plerunque etiam ignorantes dicuntur, cum eorum nomine poſſideatur, leg. 3. §. item acquirimus. & §. per procuratorem. leg. generaliter. l. quicquid. l. quod meo, in prin. l. ſi id quod. l. ſi quid pignoris. Quæ cum

ita ſint, poſſeſſionem ciuilem ſemper iuſtam eſſe oportet, quoniam ea iuris interpretatio non niſi ex iuſta cauſa fit. l. cum hæredes. & l. ſeq. Inde etiam illud conſequitur rem eandem ab vno naturaliter, ab altero ciuiliter poſſideri poſſe: quod de eodem genere poſſeſsionis dici non poteſt, l. 3. §. ex contrario. hic. l. ſi vt certo. §. duobus. ſupra commoda. Rurſus impugnari poteſt hæc diffinitio, quaſi ad eos quoque pertineat, qui damni infecti nomine à prætore in poſſeſsionem mittuntur, quos tamen veteres conſulti nequaquam poſſidere aiunt, l. 5. §. vltim. l. ſi quis ante. Verum huic obiectioni ita occurritur. Etſi naturaliter poſsideant, ſimpliciter tamē eos dici ſolitos non poſsidere, quia velut rei cuſtodes à prætore conſtituuntur: ideoque alieno nomine magis, quam ſuo tenent. Nam & eadem ratione vſufructuarius modo naturaliter poſsidere, modo non poſsidere abſolute dicitur, l. naturaliter. hic. l. acquiruntur. hic. ſupra tit. prox. l. certe. infra de precario. l. Celſus. §. Iulianus. ſupra ad exhibend. Cui magnopere conſentiunt verba hæc Theophil. tit. quibus modis tollit. oblig. & tit. per quas perſonas. κρατεῖν ἐστὶ φυσικῶς κατέχειν. νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν. Id eſt, Tenere eſt naturaliter tenere. Poſſidere vero eſt dominantis animo detinere. Deinde adiicitur. Rei corporalis: quod res incorporales non poſsideri, ſed quaſi poſsideri dicantur, l. 3. in princ. Atq; hinc iudicari poteſt, quam recte Neoterici quidam Ælium Gellium ſecuti definierint poſſeſsionem, vſum rei à iure ſeparatum eſſe. Ea ſiquidem definitio quaſi poſſeſsionem, quam à poſſeſsione diſcerni, rerumque incorporalium vſum non detentionem eſſe, &c: Theophilus ait, complectitur. Poſtrema verba loco differentiæ à nobis adiecta ſunt, vt oſtenderemus nudam detentionem ſine affectu & animo poſsidendi, vel ſibi vel alii, poſſeſsionem non eſſe. l. 1. §. adipiſcimur. l. qui iure. Quod quemadmodum accipi debeat, paulo poſt explicabitur. Ceterum poſſeſsio omnis, aut iuſta, aut iniuſta eſt. Iniuſtæ poſſeſsionis plæraque ſub hoc titulo exempla leguntur, ex quibus & quæ iuſta ſit cognoſci poteſt: veluti cum res in commercio hominum non eſt. Puta liber homo, res ſacra, aut religioſa, aut cuius alienatio aliqua ex cauſa legibus interdicta eſt, l. cum hæredes & l. cum vxor. Item cum abſque titulo ſeu cauſa legitima quis poſsidet. Cauſæ autem ſunt hæ fere, quæ à Paulo recenſentur, pro emptore, pro donato, pro derelicto, & ceteræ, de quibus ſuo loco fuſius. leg. 3. §. genera. Sed & ſi quis aut more magiſtratu poſsideat, iuſtam poſsidendi cauſam habere dubium non eſt, l. iuſte. Quare quod non derelictum, ſed ex naufragio expulſum, vel ſalutis cauſa in mare proiectum eſt, poſsidetur iniuſte: ideoque nec vſucapitur, l. interdum. §. 1. Iniuſtus quoque poſſeſſor eſt, qui mala fide poſsidet, ſed bona fides in initio ſufficit, nec eius perſeueratio neceſſaria eſt, l. ſi de eo. §. ſeruum. Nocet etiam quod quis iam inde ab initio partem fundi alienam, ſiue pro diuiſo, ſiue pro indiuiſo eſſe ſciuerit, quominus aliam partem recte poſsideat, l. ſi quis fundum. Porro vitioſe poſsidet qui vi vel clam fundum ingreditur alienum. Et is prædo dicitur, qui rem à vero domino emptam propria inuadit auctoritate, non ab eo traditam nanciſcitur, l. ſi ex ſtipulatione. cum l. ſeq. l. fundum venditor.

Quemadmodum acquiratur poſſeſsio. Cap. II.

POſſeſsionem adipiſcimur corpore ſimul & animo, nec alterum ſufficit horum, l. 3. in princip. Proinde hæres, ad quem adita hæreditate omnia iura tranſeunt ſine apprehenſione, poſſeſſor non efficitur. Sed iuri Romano Gallicis moribus hac in parte nonnihil derogatum eſt. Hinc etiam veterum opinio improbata eſt, credentium theſaurum, quem quis in ſuo fundo eſſe ſciat, affectu ſolo poſsideri, l. 5. §. Neratius. Quod autem dictum eſt corpore, ſic accipimus, non vt poſsidere fundum volens, totum circumābulare cogatur, ſed quamlibet eius partem ingredi ſufficiat. dict. leg. 3. in princip. Quinetiam ſolo aſpectu, animoque quarundam rerum poſſeſsionem nanciſcimur: vt ſi venditor mihi fundum venditum ex edita turre demonſtret, vacuamque poſſeſsionem tradere dicat, l. 1. §. ſi iuſſerat. leg. quod meo. § ſi venditorem. Sed nec refert proprio corpore, an alieno res apprehendatur: veluti per procuratorem, tutorem, aut quemlibet miniſtrum, qui alteri operam ſuam accommodare velit, l. 1. §. per procuratorem. & l. quod meo. in princip. l. poſseſsio. & quorundam. Per filium quoque in poteſtate conſtitutum acquiritur poſſeſsio. Item per ſeruum eumque quem vt ſeruum bona fide poſsidemus, licet is, quem fillium noſtrum eſſe credimus iuſto errore ducti, nobis non acquirat, l. 1. §. per ſeruum. cum ſequent. l. per eum. Deinde quod dictum eſt, animo poſſeſsionem acquiri, ſic accipi oportet, vt qui ingreditur fundum, aut eum totum, aut certam eius partem, non incertam poſsidere velit, l. 3. §. 1. & l. locus. Ex quo colligitur furioſum, pupillum, municipium, aliarum tantum perſonarum miniſterio, non per ſe poſſeſsonem adipiſci poſſe. l. 1. §. adipiſcimur. & §. vltim. cum leg. ſequen. Item non poſsidere eum, qui alium pro alio fundum per errorem ingreſſus ſit, l. ſi me in vacuam. An autem vt corpore ſic animo quoque alieno acquiratur poſſeſsio, tractari poteſt. Sed hoc dubitationem non habet, cum ignorantibus furioſis vel pupillis per alium acquiri ſæpe dicatur, quos conſtat animum poſsidendi non habere, l. 1. §. item acquirimus. l. 3. §. ſaltus. l. peregre. §. quæ ſitum. l. quamuis. §. infans. Animus quoque eius per quem acquirimus, omnino neceſſarius eſt. l. 1. §. ceterum. & §. hæc quæ.

Quemadmodum amittatur poſſeſsio. Cap. III.

SOlo animo & affectu poſſeſsionem amitti, & ſi eodem modo non acquiratur, Paulus atque Vlpianus aiunt, l. 3. §. in amittenda. & l. ſi quis. in §. differentia. Cum igitur eo affectu careat furioſus, recedens de fundo, non deſinit poſſidere: idemque de pupillo reſponſum eſt. leg. ſi is qui animo. & leg. poſſeſsionem. Hinc etiam efficitur, poſſeſsionem amittere eum, qui rem poſseſſam à domino conducit, quia locatoris nomine eam tenere videtur, niſi aliud actum eſſe appareat, l. qui bona fide. l. ſi aliquam. l. quod meo. in princip. Nec contrarium eſt iis, quæ iam diximus: quod idem Paulus non vno in loco ſcripſit, vt nulla poſſeſſio acquiri, niſi animo & corpore poteſt, ita nullam amitti niſi in qua vtrunque in contrarium actum eſt, leg. quemadmodum. hic. leg. fere. de regul. iuris. Nam ab eo, qui naturaliter incumbit poſſeſſioni, non animo eam amitti verum eſt, quia ceſſante ciuili, quæ animo retinetur & amittitur, adhuc naturalis poſſeſſio manet, donec rem corporaliter occupare deſierit. Tametſi autem, vt plurimum animo poſſidentis amittatur poſſeſſio, id tamen non eſt perpetuum: ſed in pleriſque caſibus etiam inuiti poſſeſſionem amittimus, quos diſtinctione complecti & connectere conabimur. Nam ſi de immobilibus rebus quæratur, dicendum eſt eas, aut facto hominis, aut caſu aliquo deſinere poſſideri. Facto, vt ſi quis me per vim de fundo meo deiecerit, aut abſente me clam inuaſerit poſſeſſionem, neque præ timore accedere auſim, ſuſpicans ab eo repelli me poſſe, l. 3. §. ſi quis nunciet. l. clam. §. qui ad nundinas. l. poſſidere, cum ſequen. l. ſi id quod. §. vltim. & l. quod meo. §. vltim. Quo caſu interdicto vnde vi, recuperari poteſt poſſeſſio, l. ſi quis vim. in princip. Idem iuris eſt, ſi colonus meus alii tradiderit poſſeſſionem: ſecus ſi de fundo tantum exierit, aut fundum ab alio conduxerit. Nam nec eo mortuo poſſeſſionem amitto, ſi non eam adipiſci neglexerim, l. 3. §. quod ſi ſeruus. l. ſi colonus. l. peregre. §. vltim. l. quamuis. §. 1. l. ſi de eo. §. 1. Sed & ſi locus per elationem mortui religioſus effectus aut à prætore poſſideri iuſſus fuerit, amittitur poſſeſſio. l. qui vniuerſas.

Caſu, vt ſi flumen aut mare agrum occupauerit, l. 3. §. Labeo. & l. qui vniuerſas. Hactenus de immobilibus. Non diſſimilis in mobilibus diſtinctio adhibetur, vt ſcilicet vel facto hominis, vel caſu eam poſſeſſionem amitti dicamus. Facto hominis, puta ſi res ſurrepta, vel per vim erepta, præterquam ab eo, qui in noſtra ſit poteſtate, vel in aliam ſpeciem translata ſit. Aut depoſitarius, cōmodatariuſue cœperit eam ſibi poſſidere, l. 3. §. ſi rem. l. rem quæ nobis. l. ſi quis rem. §. qui vniuerſas. l. ſi rem mobilem. Item ſi ſeruus pro libero ſe gerat, ac diu in libertate moretur, Spartaci illius exemplo, cuius apud Paulum & veteres rerum Romanarum ſcriptores crebra mentio eſt, l. 3. §. ſi ſeruus.

Caſu, vt ſi res deperdita ſit, ac ſub noſtra cuſtodia eſſe deſierit, licet à nullo alio poſſideatur. Nam quod ſub noſtra cuſtodia adhuc eſt, non idcirco à nobis deſinit poſſideri, quod

non

non ſtatim inueniatur, ſiue quia in mentem non veniat quo loco repoſuerimus: ſiue quia forte ceſſet diligens inquiſitio. Excipitur homo, quem omiſſa etiam ipſius cuſtodia poſſidemus, quia animo redeundi poſſeſſionem ſui dominus conſeruare poteſt, l.3.§. Nerua. & l.Pomponius.l.ſi id quod.in princ.l.peregre.& l.ſi rem mobilem.

De effectu poſſeſſionis. CAP. IIII.

EFfectus poſſeſſionis vnus eſt, dominii translatio, l.1.qui non ſemper locum habet: ſed tunc demum cum interueniunt ea, de quibus abunde tractatum eſt ſupra titulo proximo. Poteſt enim fieri vt qui poſſeſſor ſit, dominus non ſit. & contra: vnde Vlpianus, Separata enim eſſe debet proprietas à poſſeſſione: & nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione.l.e.1.infra vti poſſid.l.naturaliter.& l. nihil commune.l.exitus.& l.permiſceri. Qua propter is, qui rem vindicare cœpit, interdicto vti poſſidetis experiri non prohibetur, quia vno iudicio de proprietate, altero de poſſeſſione contenditur. Nec nos mouere debet, quod vulgo dicitur, Vindicationem domino aduerſus poſſeſſorem competere: ideoque videri eum, qui vindicat rem, poſſeſſorem aduerſarium fateri, & ſic poſſeſſioni renunciare. Nam poſſeſſori etiam aduerſus eum, qui rem tenet, puta colonum, commodatarium, depoſitarium rei vindicatio datur.l.officium.ſupra de rei vindicat.

Alius poſſeſſionis effectus eſt, vſucapio, quod de iuſta & ciuili eſt intelligendum, vt in ſequenti tractatu commodius demonſtrabitur. Ea vero, quæ corporalis tantum eſt & iniuſta, non prodeſt ad vſucap. licet plerunque interdictorum poſſeſſoriorum cauſa ſit: cum videlicet quis ſuo nomine non alieno rem tenet.l.1.§.deiicitur.de vi & vi armata, l.2.§.3.vti poſſid. Sed animaduertendum eſt, cum quis longa poſſeſſione iuuari vult, acceſſionem temporis, quo poſſedit eius auctor, ei proficere, dummodo continuata non alio poſſidente interrupta fuerit poſſeſsio. Auctorem eum hic vocamus, à quo rem obtinemus, puta qui rem vendidit, donauit, in dotem dedit, emptam redhibuit, teſtamento reliquit, ſiue legati, ſiue inſtitutionis iure. Nec refert à te rem, an te vendente à ſeruo filioue tuo, aut tutore vel curatore acceperim. Ceterum ſicut vitioſæ & iniuſtæ poſſeſsioni non accedit iuſta: ita iuſtæ non poteſt iniuſta & vitioſa accedere. Is enim, qui aliquod adminiculum ex perſona auctoris quærit, vti eo cum ſua cauſa ſuiſque vitiis debet. Quæ omnia ab Vlpiano fuſius explicata breuiter & ſummatim perſtringere voluimus. vide l.Pomponius, vſque in fin.l.ſequens.hic.& l.dolia.de contrah.empt.

In eundem Titulum

DE ACQVIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE EIVSDEM DVARENI ALTER COMMENTARIVS.

PRÆFATIO.

IN hoc profeſsionis noſtræ initio aliquis fortaſsis expectabit à nobis, vt de inſtituto noſtro dicamus. Verum omnes opinor intelligitis me velle incipere titulum de Acquir. vel amitt. poſſeſsione: qui titulus partem Iuris Ciuilis non modo vtiliſsimam, verum etiam obſcuriſsimam continet. Res eſt vtilis admodum, vt quidam hic præfantur, cum vbique locorum, tum maxime in Gallia noſtra, in qua frequentiſsimæ ſunt controuerſiæ de poſſeſsione in iudiciis: nec quiſquam eſt in foro verſatus, qui de eo dubitet. Difficultas non tam in verbis ipſis, quam in rebus verſatur, in quibus mira deprehenditur ſubtilitas. Sed dabimus operam, vt quo ſubtiliora hæc ſunt, eo dilucidius, popularius & craſsius à nobis tractentur, efficiemusque, Deo iuuante, vt ii etiam, qui non valde acuti ſunt, ſi modo ſe attentos præbeant, & aſsiduos, difficilem hanc rem quoque adſequantur.

Ad l. 1. Poſſeſsio appellata eſt.

INCIPIEMVS à declaratione vocabulorum: & in primis docebimus, quid ſit poſſeſsio. Princeps hic occurrit quæſtio de poſſeſsione: quid ſit poſſeſsio. Homonymia hic eſt. Variã ſignificationem habet poſſeſsio. Sed quærimus quid ſignificet in hoc tractatu, de acquir. vel amit. poſſeſsione. Conati ſunt alii variis modis definire poſſeſsionem, ſed nimis profecto ſcrupuloſi fuerunt. plerique in his definitionibus contra morem veterum inciderunt in hoc vitium, quod Galenus φιλονεικίαν vocat quaſi libidinem & nimium amorem in definiendo. Hi longiſsime receſſerunt à more & exemplo veterum Iuriſconſultorum. Paulus hic contentus fuit etymo verbi & nuda aliqua deſcriptione rei, de qua agitur. *Poſſeſſio*, inquit, *appellata eſt.* Hanc ſimplicitatem ſecutus eſt Theophil. in Inſtit. tit. de interdict. Nam Theophil. in eo loco definit poſſeſsionem, rei corporalis detentionem. Nos autem vt moroſioribus ſatisfaceremus, addidimus aliàs quædam verba definitioni Theophili de affectione & animo eius, qui poſsidet. c.18. lib.1. Anniuer. diſp. ſic definiuimus. Poſſeſsio eſt rei corporalis detentio, cui affectus & opinio domini, vel proprio, vel alieno nomine tenendi ineſt. Hæc definitio, vt mox à nobis explicabitur, naturam poſſeſsionis facile demonſtrat, & ſi forte in ea aliquid deſideretur. Nam difficile eſt propria verba referre in definiendo, quæ nemo canillari poſsit. Expendenda igitur ſunt ſingula verba huius definitionis, in primis dicitur detentio: & hoc verbum in definitione poſſeſsionis generis locum obtinet. Latius enim patet tenere, quam poſsidere, vt patet ex l.1.hic.& §.adipiſcitur. Furioſus & pupillus non poſſunt poſsidere, quamuis teneant rem. Idem dicitur alibi de ſeruo, l.ſtipulatio iſta.§.plane.de verb.oblig. Tenere autem hic accipimus, aut corpore, aut re, aut interpretatione iuris. Intelligitur interpretatione iuris aliquis rem aliquam tenere, quamuis ei corpore non inſiſtat. Exempla ſunt in l.3.§.ſaltus, hic.l.clam poſsidere.§.qui ad nundinas.& aliis ſimilib. Vt quis poſsideat domum aliquam ſuam, non eſt neceſſe perpetuo morari in ea domo, vt non poſsit ab ea recedere. Nã valde abſurdum eſſet, cum quis mouet pedem à domo ſua, eum ſtatim eius poſſeſsionem amittere. Habetur ergo pro tenente vtilitatis cauſa, quamuis corpore rem apprehendere deſierit. Atq; ita tenere verbum accipitur in hac definitione. Hinc orta eſt diuiſio poſſeſsionis in naturalem & ciuilem, vt dicemus. Naturalis poſſeſsio dicitur, quæ naturaliter fit. Alii in definiendo malunt poſſeſsionem, ius dicere quam detentionem, neque id abſurde definiunt poſſeſsionem, ius eſſe inſiſtendi rei. Sed nos hic Paulum & Theophilum ſecuti ſumus. Paulus vocat detentionem, vt Theoph. Sed an poſſeſsio ſit iuris, an facti, poſtea videbimus. Eſt quæſtio vulgo agitata, quæ à nobis decidetur. Sequitur in definitione, *rei.* Hoc de re corporali intelligendum, quia res incorporalis non poſsidetur, rei incorporalis aliquis eſt vſus: exempli gratia. Nos ſeruitute vtimur, via, aquæductu, ſed hæc iure non poſsidemus.l.3.§.dare. de vſufr. Huic ſimile eſt, ꝙ dicitur in l.ſeruus.§.incorporales. de acq. rer.dom. Vnde diſtinguitur poſſeſsio à quaſi poſſeſsione in l.quoties. 20.de ſeruitut. Quaſi poſſeſsionem dicit Iuriſc. cum loquitur de ſeruit. interdicta velut poſſeſſoria comparata ſunt pro ſeruitutibus. Hoc autem eo non pertinet, vt negemus poſſeſsionẽ vſum eſſe, vſum fundi poſſeſsionem eſſe aiunt Iuriſc. Sed præſtat hic verbis vti in definitione, quæ ſeparant poſſeſsionem à quaſi poſſeſsione. Sequitur in definit. *Cui affectus tenẽdi.* His verbis admonemur nudã rei tentionem poſſeſsionem nõ eſſe. exẽpla ſunt in d.l.1.§.adipiſcimur.in l.41.qui iure.hic. Nihil vetat furioſum rem manu apprehendere, non ideo ea dicitur poſſeſsio, quia deeſt animus poſsidendi, non inſiſtit rei opinione & animo poſsidendi, non eſt hæc eius voluntas,

cum furioſus ingreditur domum aliquam, vt eam poſſideat. Hanc differentiam poſſeſſionis & detentionis obſeruaui apud Theophil. duobus in locis. Vnus eſt in tit. de per quas perſ.nob.acquir. Similis locus eſt in leg. ſi ſeruus. §.1. de noxa. act.de eo, qui pignori rem tenet, an teneatur actione noxali, & dicitur non teneri, qui & iuſte poſſideat, opinione tamen domini non poſsidet. Alius locus obſeruatione dignus eſt in l.vlt.de itin.actuque pri.interdictum de itinere actuque priuato datur ei, qui quaſi poſsidet illud ius. Vnde ſi quis cōmeauit, inquit, non tanquam ſuo iure id faceret, hoc interdictum ei non competit, ſine hoc animo poſsidendi non eſt poſſeſsio. Sequitur in definitione, *Proprio nomine vel alieno, &c.* Hoc eſt adiectum à nobis propter colonum, commodatarium & alios huiuſmodi, qui poſsident naturaliter corpore & animo, non tamen ſuo nomine, ſed alieno potius. De vſufructuario locus eſt in l. naturaliter. de aliis omnibus, vt de depoſitario, commodatario, colono, locus eſt in l.3.§.ſi rem. & §§.ſeq. Sed quomodo naturaliter poſſidere dicuntur, non videntur poſſidere animo domini. Imo poſſidēt nomine domini: poſſident mihi qui dominus ſum. Sed hic repetitur antinomia ex l.acquiritur.10.§.vl.de acq.rer.dom. Vbi dicitur hos nō poſſidere. l.certe.6.§.is qui rogauit.de precario. Fructuarius, inquit, inquilinus, colonus, non poſsident. Idē dicitur de vſufructuario in l.Celſus.5.§.Iulianus.ad exhib. Idem in l. officium. de rei vend. De hac antinomia nos plenius dicturi ſumus alio in loco, ſed interim breuiter notandum eſt ſchema hic eſſe. Cum Iuriſconſ. dicunt vſufructuarium, colonum & alios huiuſmodi, non poſsidere: ideo dicuntur non poſsidere, quia non ſibi, ſed alii poſsident, non habentur pro poſſeſſoribus. Ratio exigit, vt is, cuius nomine poſsidetur, dicatur poſsidere. l.quod meo.18.hic. Dominus poſsidet miniſterio coloni, colono ſuo velut inſtrumento quodam vtitur in poſſeſsione. Sic proprietarius poſſidet per vſufructuarium. & ſic poteſt intellgi, quod dicitur de eo, qui miſſus eſt in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa. l.10.ſi quis. & l.3.§.qui autem. Sed ideo dicuntur non poſſidere, quia non ſibi, ſed alii poſſident. Sed quæſtio eſt de verbis tantum, quæ inutilis eſt: ſufficit rem intelligere.

Nunc videndum eſt de poſſeſſione naturali & ciuili. Poſſeſſio, quæ iam à nobis definita eſt, ſolet diuidi in naturalem & ciuilem. Dubitatio hic eſt, & magna quæſtio: An ſit diuiſio generis in ſpecies. Nam alii generalitates malunt eſſe. Sed parum refert, an ſpecies dicamus eſſe an generalitates. Nos Conſtantinum Imperatorem hic ſequemur & dicemus poſſidendi duplicem eſſe rationem, vt vitetur hæc λογομαχία. l. nemo.10.C.hoc tit. Poſſeſſionis igitur duplex eſt ratio: vna eſt, quæ dicitur naturalis, altera quæ ciuilis. Et hæc diuiſio multis in locis traditur, vt in l.1.§.deiicitur.de vi & vi arma. & l.2.§.quod vulgo.pro hærede. Cognitio autem ac diſtinctio vtriuſque colligi poteſt ex reſcripto Conſtantini, cuius iam meminimus, l. nemo. & ciuilis poſſeſſio dicitur à iure ciuili. Alia quæ in iure conſiſtit. Naturalis poſſeſſio dicitur ab apprehenſione naturali. Nihil enim magis eſt naturale quam illa apprehenſio. Ciuilis poſſeſſio dicitur à iure ciuili, quia plerunque non ſufficit corporalis apprehenſio ad poſſeſſionem ſine iuris ciuilis auxilio, & plerunq; etiam ſine illa apprehenſione dicitur quis poſſidere. Hoc nō poteſt accidere niſi propter iuris ciuilis conſtitutionem, vnde à iure ciuili dicitur ciuilis poſſeſſio. Argumento eſt, quod dicitur in l.ſi eum.de donat.inter vir.& vx. Maritus emit rem aliquam ab alio, & iuſſit venditori, vt eam traderet vxori: certum eſt dominium non transferri in vxorem, quia lege prohibita eſt donatio inter coniuges. Sed an poſſit transferri in mulierem poſſeſſio, quæritur. Transfertur quidem naturalis poſſeſſio, non autem ciuilis, quæ eſt ex iure ciuili. Hæ autem poſſeſſiones modo coniunctæ reperiuntur, modo ſeparatæ. Cum quis corpore inſiſtit rei & iuſta eſt poſſeſio, dicitur poſsidere & naturaliter & ciuiliter. Naturaliter propter naturalem occupationē, & apprehenſionem: ciuiliter propter approbationem iuris ciuilis: quia poſſeſsio non eſt violenta, non eſt clandeſtina. l. naturaliter. §.nihil commune.infra eo. Naturalis aliquando reperitur ſine ciuili, vt cum quis poſsidet, ſed poſſeſsio iniuſta eſt, vt in exemplo d.l.ſi eum qui.de donat.inter vir.& vx. Cū res contra ius ciuile donata ſit, non poteſt dici probari iure ciuili ea poſſeſsio. Aliquando ciuilis ſola eſt ſine naturali. Vtilitatis cauſa comparatum eſt, vt quis intelligatur poſsidere, vt in l.3.§.ſaltus.l.clam poſsidere.§.qui ad nundinas. Hęc de diuiſione naturalis & ciuilis poſſeſsionis, quæ omnia latius explicabuntur in ſingulis quæſtionibus. Et ex his, quæ diximus, naſcitur quæſtio vulgo agitata an poſſeſsio ſit ius, an factum: vel an ſit iuris, an facti: hæc quæſtio inutilis non eſt, ſed maxime prodeſt ad explicationem diuiſionis ſuperioris. Variæ autem hic reperiuntur opiniones. Alii dicunt ius eſſe, alii factum. Ac in primis certum eſt ius aliquod naſci ex poſſeſsione: exempli gratia, ex poſſeſsione naſcitur dominii tranſlatio. l.traditionibus.C.de pact.& §.per traditionem.Inſtit. de rerum diuiſ. Si quis ex cauſa venditionis, vel alia huiuſmodi tradiderit alicui rem aliquam, ex ea traditione acquirit eius rei dominium. & hic mos acquirendi dominii vetuſtus eſt, & maxime naturalis. Vt Vlpian. docet in nono c. huius tituli in princip. *Dominiumque rerum, &c.* Hinc Feſtus Pomponius ait poſſeſsiones dici agros, quod olim non mancipatione, ſed vſu & occupatione fierent: & frequentius idem apud Ciceronem, & alios. C.eod. pertinet quod dicitur in leg. interdum. de verborum ſignifi. Interdum poſſeſsio proprietatem ſignificat. Præterea ex poſſeſsione naſcitur vſucapio ex longa poſſeſsione. l.3.infr. de vſucapion. *Vſucapio*, inquit, *eſt, &c. etiamſi ea cauſa idonea non ſit ad dominium transferendum, tamen longa poſſeſſione acquiritur dominium.* & ideo dicitur vſucapio eſse, quia vſu acquiritur. Eſt adiectio dominii, & forte ita legendum eſset ex Inſtitutionibus Vlpian. Præterea fructuum acquiſitio ex poſseſsione naſcitur. l.bonæ fidei.de acquirendo rerum dominio. Sic videlicet ex poſſeſsione ius aliquod naſcitur, vt in leg.ſi fundum.§. ſi quis metu.de damno infecto. Si quis ex cauſa damni infecti miſſus ſit in poſſeſsionem, ius habet, & ſi deceſserit de poſseſsione, ius ſuum retinet: & dubium non eſt, quin habeat ius pignoris. At pignus ius eſt. Sed aliud eſt poſseſsionis ius eſse, aliud ex poſseſsione ius naſci, ſicut contractus dicuntur facti eſse, emere, vendere, locare, conducere facti ſunt, l. conſilio. de curat. furio. & tamen ex his contractibus naſcitur obligatio. Obligatio eſt ius: Actio naſcitur: Actio eſt ius proſequendi. Sed quæſtio noſtra eſt, non an ex poſseſsione ius oriatur, ſed an poſseſsio ſit ius an potius factum. In hac quæſtione breuiter recitabo quicquid ab vtraque parte adducitur tam ab his, qui contendunt ius eſse quam ab aliis, qui dicunt eſse factum. In primis factum eſse oſtendam his argumentis. Primum argumentum eſt, quod poſseſsio eſt detentio, κατοχὴν I.C. vocant. Nemo dubitat, quin detentio facti ſit. Ergo poſseſsio dicenda eſt facti eſse, non iuris. Si quis dicat concurrere animum cum corpore, & animum iuris eſse, vt plerique ſentiunt, ego dico vtrunque eſse facti, non tantum corpus, ſed etiam animum: velle facti eſt, ea voluntas non eſt iuris. Qui putant iuris eſſe ſumunt argumentum ex l.pro hærede.de acquiren.hæred. Pro hærede ſe gerere non tam facti eſt, quam animi. Hic Iuriconſult. diſtinguit factum ab animo. Animus igitur facti non eſt. Sed hoc argumentum ſophiſticum eſt meo iudicio. Ego ſcio factum aliquando opponi animo, cum loquimur de facto extraneo: tunc illud animus non dicitur: pro hærede gerere non eſt tam facti quam animi: pro hærede gerere, eſt velle hæredem eſse. Sed oportet illam voluntatem declarari facto extraneo. Nam de animo iudicare non poſsumus, niſi facto aliquo declaretur. Et cum animus opponitur iuri, dicitur quæſtio voluntatis. Quæſtio facti & voluntatis diſtinguitur à quæſtione iuris. Ego ſcio eſse, qui contra ſentiant, quorum argumenta nos ſuo loco diluemus. Secundum argumentum eſt, quia Iuriconſulti vocant poſseſsionem vſum. l.quæſtio.de verborum ſignificat. vſus rei factum eſt. vti re aliqua hoc facere eſt, leg.viæ.de ſeruitut. Cum quis it per fundum, dicitur vti. Ego ſcio homonymiam hic eſse, & vſum accipi pro iure vtendi. Tertium argumentum eſt. I.C. diſtinguunt iura à poſseſsione in leg.cum hęredes.23.hic. Ergo poſseſsio ius non eſt, & valde ineptum eſt, quod quidam dicunt his verbis excipi poſseſsionem. Verborum ſignificatio non patitur, vt hic dicamus excipi poſseſsionem. *Poſſeſſio autem.* hæc particula, *autem*, inquiunt, habet vim aduerſandi ſuperioribus: ergo hic locus oſtendit inter iura poſſeſsionem non numerari. Quarto facit, quod dicitur, dominium

minium ad ius: poſseſsionem ad factum pertinere. leg. bonæ fidei. de acquir. rer. domi. Quinto facit, quod dicitur in l. 1. §. ſed pupillus. hic. Quæſtio fuit apud veteres, an pupillus poſsit poſsidere ſine tutore. Et reſponſum eſt, poſse. Eam enim rem facti eſſe, non iuris. Quæ ſunt meri facti ea cadunt in perſonam pupilli. Quis dubitat, an pupillus poſſit ire ambulare ſicut maior, qui eſt confirmatæ ætatis? Notandum eſt, quod Iuriſconſ. ait: eam enim rem facti eſſe non iuris. His verbis videtur omnino dirimi controuerſia, hac quæſtione propoſita, an poſſeſſio ſit iuris, an facti. Eodem pertinet, quod dicitur in l. poſſeſsionem. Quod enim facti eſt, amittere poteſt pupillus. Sexto facit, quod dicitur in leg. 1. §. ſi vir. hoc titul. Maritus vxori ſuæ aliquid donat, quæ ius tradit ei, quæritur, an acquirat poſſeſſionem? Ait I.C. non impediri poſſeſsionem. Quia quod factum eſt, infectum fieri non poteſt vlla conſtitutione iuris ciuilis. Factum eſt: ergo infirmari iure ciuili non poteſt. Huic ſimile eſt, quod dicitur in l. denique. ex quibus cauſis maio. in l. in bello. §. facti. de capt. & poſtlim. reuer. iura recuperat is, qui poſtliminio reuerſus eſt: poſſeſsio autem, quæ facti eſt, non manet, quia interrupta eſt. Poſtremum argumentum eſt ex l. 1. §. Scæuola. Si quis teſtamento lib. eſſe iuſſus. His argumentis probatur poſſeſſionem eſſe facti. Nunc videndum eſt, quid ex altera parte adduci poſsit: qui contendunt poſseſsionem iuris eſse non facti, his argumentis vtuntur. Primum argumentum eſt ex l. peregre, 44. hic, vbi I.C. ait, Iure poſſeſsionis, ſi quis condiderit pecuniam ſuam in terra, & oblitus ſit eius loci, in quo condidit, non ideo dicitur, inquit, poſſeſsionis ius amiſiſſe. Cum ait I. C. ius poſſeſsionis peremptum non eſſe, videtur innuere poſſeſsionis ius eſſe, non factum. Nec obſtat huic ſententiæ, quod dicitur à quibuſdam, his verbis potius diſtingui ius à poſseſsione: aiunt, ſi ius poſseſsionis eſt, poſseſsio à iure diſtinguitur: Si poſseſsio ius eſset, non diceret ius poſseſsionis quaſi ius iuris. Sed ideo dixit ius poſseſsionis, quia ex poſseſsione, quæ facti eſt ius oritur. Sed exiſtimo potius I. C. ſenſiſse ius poſseſsionis peremptum non eſse, id eſt, poſseſsionem peremptam non eſse. Simile exemplum eſt in leg. ſi nemo. Cod. eod. vbi Imperator ait ius dominii, id eſt dominium quod ius eſt. Secundum argumentum ſumitur ex l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis forte. de verbor. obligat. diſputat Iuriſconſul. de ſtipulatione habere licere: ſi quis ſtipulatus ſit, habere licere rem venditam. Quæritur, quando committatur hæc ſtipulatio? I.C. ait eam ſtipulationem committi, ſi forte mota fuerit controuerſia, non tantum de re ipſa, ſed etiam de poſseſsione, & alio iure. Deinde ſequitur, *habere enim non licet cui aliquid de iure diminuitur*. Aperte vocat ius, poſseſsionem. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi ea res. de act. empt. Loquitur de re duobus vendita, quæ vni tãtum tradita eſt, & quæritur vter potior eſse debeat. & ait, eũ tuendum eſse, qui prior ius eius apprehendit. Vocat poſseſſionem ius. Simile exemplum eſt in l. 5. de lib. cau. *Inconcuſſũ ius poſſeſſionis obtinebis*. Aliud argumentum ſumitur ex l. poſſeſsio. 49. *Et cum* inquit, *poſſeſſio plurimum ex iure mutuetur*. Ideo non eſt mirum, ſi quis acquirat ſine vlla apprehenſione per ſeruum. Idem fere dicitur in §. ſeq. Aliud argumentum eſt quia ſeruus non poſsidet, vt dicitur in d. l. poſseſsio. §. 1. & l. nunquã. §. ſeruus. de vſucap. l. ſtipulatio iſta. §. hæc quoq;. de verb. obl. Quæ facti ſunt cadunt in perſonam ſerui, ſicut in perſonam liberi hominis. §. ſed cũ factum. de ſtip. ſer. Seruus recte ſtipulatur ſibi ire, agere licere. Seruus non minus quam liber homo poteſt ire agere. Cũ ergo dicit Iuriſ. *Seruũ nõ poſſidere* inde conſequitur poſseſsionem iuris eſse, non facti. Poſtremum argumentum eſt, ꝙ poſseſsio diuidatur in partes ꝓ indiuiſo, quod intellectu magis habentur quam corpore, de quibus diſseruimus ad l. 4. de ver. obl. Huiuſmodi partes habent ſocii in re communi. Non ſunt partes diſtinctæ: nemo ſociorum poteſt partem ſuam diſcretam ab altera oſtendere. Cum dicimus rem communem eſse, intelligimus ſingulos habere partem eius rei. l. Mæuius. §. duobus. de legat. 2. & l. ſeruus communis. de ſtip. ſeruor. Poſseſsio in huiuſmodi partes diuiditur, ſicut & alia, quæ iuris ſunt: factum non poteſt ita diuidi: non poteſt quis ire per partem fundi, quam habet cõmunem cum alio, quin eat per partem ſocii. Sed quę ſunt iuris diuiduntur in has partes pro indiuiſo. Ideoque res dari poteſt pro indiuiſo, tradi autem non poteſt. Hæc diuiſio fuſius à nobis explicata eſt in d. l. 4. de verb. obl. & dicemus de ea ad l. locus, 26. hic. Poſsumus poſsidere fundum pro indiuiſo, exempli gratia, Tibi & mihi venditus eſt communiter fundus aut donatus, aut legatus. Volo adipiſci poſseſsionem eius fundi pro parte tantum mea, quæ indiuiſa eſt: ego poſſum, ſi velim partem illam meam poſsidere ſine tua, quę cum mea commixta eſt. Argumento eſt poſseſsionem iuris eſse non facti. Hæc ſunt, quæ probabiliter adducuntur in vtramque partem diſputando. De quibus quid ſentiam, nunc dicendum eſt. In hac quæſtione, in qua quæritur, an poſseſsio ſit iuris, an facti, ego ſic reſpondeo, poſseſsionem iuris & facti eſse. Vtcunque verum eſt poſseſsionem eſse facti, & poſseſſionem iuris eſse. Poſseſsio, quod præcipue conſiſtit in facto & corporis apprehenſione, vt ante diximus, ſed aliquid iuris plerunque ei accedit. Id oſtendimus ſupra in explicatione diuiſionis poſseſsionis in naturalem & ciuilem, & huc pertinet, quod dicitur in leg. denique ex quibus cauſis maio. & l. poſſeſsio. hic. in d. l. denique. dicitur plurimum facti habere poſſeſſionem, ſed addendum eſt, quod dicitur in dict. leg. poſſeſſio. *Poſſeſſio*, inquit, *plurimum facti habet: ſed ex iure etiam mutuatur*. Ius plerunque accedit poſſeſſioni, quæ facti eſt, id eſt, accedit approbatio iuris ciuilis. Item ſuppleretur aliquando iure ciuili, id in quo factum ipſum deficit, ideoque dicitur iuris eſſe. Exempli gratia, ſi naturam ipſam ſpectemus, nulla poteſt dici poſſeſſio ſine corporali actu, ſine occupatione: & tamen poſtquam quis adeptus eſt poſſeſſionem, is animo ſolo dicitur eam poſſeſſionem retinere. l. licet. C. eo. Hoc vtilitatis cauſa ita comparatum eſt: ſine maximo incommodo non poteſt ita conſtitui, vt ſimulatque quis exceſſit è domo ſua, deſinat eam poſſidere. Cum quis animum habet poſſidendi, retinet poſſeſſionem, & ſi is exierit è domo ſua: hæc poſſeſſio aliquid iuris habet immixtum facto. Animus facti eſt, voluntas ita poſſidendi facti eſt. Sed tamen opus eſt auxilio iuris, quodam ſupplemento iuris. Quia animus, voluntas ſola, ſi naturam ſpectemus, non videtur ſufficere ad poſſeſſionem. Non poſſidemus ſolo animo, ergo in hoc animo opus eſt auxilio iuris: iuris intellectu, interpretatione quadam iuris videtur tenere rem is, qui exiit è domo ſua. Sic videtis iuris auxilium accedere facto, & poſſeſſionem iuris & facti eſſe. Et animaduertendum eſt quandam poſſeſſionem eſſe, quæ plurimum iuris habet, & magna hic eſt varietas. Aliquando minimum iuris habet, aliquando plurimum. Exemplum poſſeſſionis, quæ plurimum iuris habet, eſt in l. 1. §. per liberam perſonam. Per procuratorem meum mihi etiam ignoranti acquiritur poſſeſſio. Hic mihi acquiritur poſſeſsio ſine vllo facto meo, id eſt, ſine corpore & animo meo. Id oſtendit Iuriſconſultus, cum ait, acquiri ignoranti. Poſſeſsio igitur habet plurimum iuris: plurimum hic poteſt iuris auctoritas, poteſt lex efficere, vt ſine vlla apprehenſione quis poſſeſſor conſtituatur. Cum igitur velit lex hoc caſu acquiri poſſeſſionem, conſequens eſt plurimum iuris habere. Poſſeſsio acquiritur corpore & animo alieno, interuenit quidem corporis apprehenſio & animus eius, ſed aliena hæc ſunt. §. item acquirimus. l. peregre. hoc tit. Eſt & apud nos vſitata poſſeſsio, quæ ſine vllo facto, aut etiam animo transfertur iuris auctoritate: & fuit incognita veteribus Iuriſconſul. ſed moribus noſtris eſt receptiſsima. Hæres moribus noſtris, mortuo eo cui hæres extitit, ſtatim acquirit poſſeſsionem rerum hæreditariarum. Iure Romano ſtatim quidem acquirit dominium rerum hæreditariarum, poſſeſsionem autem non acquirit. l. cũ hæredes. ver. *Le mort ſaiſiſt le vif*. Sed quomodo hoc accipiendum ſit nos dicemus in interpretatione dict. l. cum hæredes. infra. igitur poſſeſsio non tantum facti eſt, ſed etiam iuris. poſſeſsio partim facti eſt, partim etiam iuris, Vnde fit, vt leges, quæ loquuntur de poſſeſsione, modo de poſſeſsione, quæ facti eſt, modo de poſſeſsione, quæ iuris eſt, intelligantur, vt res exigit, & facilius eſt id exemplis demonſtrare, quam in vniuerſum definire. ego id exemplis oſtendam, quæ à nobis iam adducta ſunt. Cum dicimus ſeruum poſsidere, & non poſsidere, hic diſtinctione opus eſt. ne videantur hæc pugnantia, diſtinguenda eſt poſſeſsio facti à poſſeſsione iuris. Nam ſi de poſſeſsione iuris loquamur, dicitur ſeruus non poſſidere: Si vero de poſſeſsione quæ facti

eſt, ſeruus poſsidere dicitur, l. ſtipulatio iſta. §. hęc quoque. de verb. oblig. Poſſeſsionem, quæ iuris eſt, ſeruus habere non poteſt, atque ideo non vſucapiet ſeruus: ſed rem corporaliter apprehendere poteſt. Tenemus etiam ſine affectu poſsidendi: Poſsidemus cum affectu, cum animo tenendi. Sic pupillus dicitur poſsidere non poſſe ſine tutore ſuo. Dicitur etiam poſsidere. l. 1. §. pupillus. hoc tit. Hæc duo ſufficiunt ad poſſeſsionem, quæ dicitur facti eſſe: Apprehendere corporaliter & intellectu. Aliud exemplum eſt in l. poſſeſsionem 29. hic. Cũ quæritur, an pupillus poſsit amittere poſſeſsionem ſine tutore. Poſſeſsionem, quæ iuris eſt, non poteſt amittere pupillus ſine tutore ſuo. Poſſeſsionem, quæ facti eſt, poteſt. Si ambulet, eat pupillus per aliquem locum ſine tutore, poteſt deſinere ire, quia hoc facti eſt: ergo in poſſeſsione, quæ facti eſt, idem dicendum eſt: in iis tantum, quæ ſunt iuris, neceſſaria eſt tutoris auctoritas. Aliud exemplum eſt in l. 1. §. ſi vir. Nos dicimus ex contractu legibus vetito poſſeſſionem transferri, dicimus etiam ex eodem contractu poſſeſsionem non transferri. Vtrumque verum eſt diſtinguendo poſſeſsionem, quæ facti eſt ab ea, quæ iuris eſt. Si loquamur de poſſeſsione, quæ facti eſt, lex quæ prohibet donationem inter virum & vxorem, non poteſt facere quin poſſeſſio, quæ facti eſt, transferatur in vxorem, quia nullo iure ciuili factum infirmari poteſt. Sed poſſeſſio, quæ iuris eſt, non transfertur, ideoque mulier non poteſt vſucapere ex eo contractu legibus prohibito, quia poſſeſſio, quæ ciuilis eſt, neceſſaria eſt ad vſucapionem. Aliud exemplum eſt in l. locus. Cum quæritur an quis poſſidere poſſit pro parte, diſtinguenda eſt poſſeſſio iuris à poſſeſſione facti: quia ſi de poſſeſsione iuris loquamur, poſſidere poteſt pro parte indiuiſa: Si vero de poſſeſsione, quæ facti eſt loquamur, non poteſt poſſidere pro parte, pro indiuiſo. Non poſſum inſiſtere fundo communi corpore, quin in totum inſiſtam. Nam pars mea à tua nõ ſeparatur iuris intellectu, diuiditur tantum hæc poſſeſſio, quæ iuris eſt. Aliud exemplum eſt in dict. leg. denique. ex quibus cauſis maio. vbi dicitur poſſeſſionem non contineri poſtliminio, quia facti eſt. Cum quæritur, an poſſeſsio contineatur iure poſtliminii, quo recuperat is, qui captus eſt ab hoſtibus, quæ amiſerat propter captiuitatem. Diſtinguendum eſt ius à facto. Poſſeſsio quæ facti eſt, certum eſt eam ei non reſtitui, vt expreſſum eſt in d. l. denique Poſtliminiũ pertinet tanum ad ea, quæ iuris ſunt. Poſtliminio reſtituitur libertas, ciuitas, dominium, obligatio, patria poteſtas & alia huiuſmodi, de quibus in l. poſtliminium. de cap. & poſtl. reuer. Factum igitur ad ius poſtliminii non pertinet propter captiuitatem ipſam. non fingitur factum eſſe, quod non factũ eſt. Hoc eſt quod dicitur ius poſtliminii ad facta non pertinere. Ego rudi exemplo id oſtendam, ſi is qui captus eſt ab hoſtibus ædificaturus forte erat domum, ſi captus non fuiſſet, eo reuerſo ab hoſtibus recuperat omnia iura quæ amiſit, ſed non fingitur ędificaſſe domum quam non ædificauit. Non fingitur etiam rem tenuiſſe, quam non apprehendit, etſi forte eam apprehenſurus erat, ſi captus non fuiſſet. De naturali poſſeſsione tantum non eſt magna dubitatio in hac re, ſed dubitari poteſt de poſſeſsione ciuili quam animo retinemus: an ea poſſeſsio reſtituatur iure poſtliminii. Is qui captus eſt ab hoſtibus poſsidebat animo tantum, is rediit ab hoſtibus: quæritur an recuperet eam poſſeſsionem ciuilem: & in primis dubium non eſt, quin ea poſſeſsio amittatur. l. cum hæredes. hic. & l. homo liber. de acquir. rerum dom. De corporali etiam certum eſt, nam corpore abeſt, amiſit ciuitatem: & qui amiſit ciuitatem, omnia iura ciuilia amiſit. Certum igitur eſt omnem eum poſſeſsionem amittere, & naturalem ei non reſtitui. In l. cum hæredes. dicitur opus eſſe noua apprehenſione poſtquam reuerſus eſt ab hoſtibus. Sed dixerit aliquis, Cur ei ciuilis poſſeſsio non reſtituitur ſicut dominium: cum hæc poſſeſsio ciuilis ſit iuris, ſicut dominium? Reſpon. quamuis in hac poſſeſsione aliquid iuris ſit, aliquid tamen facti quoque eſſe. In ciuili poſſeſsione, quæ retinetur animo, aliquid etiam facti eſt. Imo voluntas ipſa facti eſt, quia voluntate concurrente iuris ſubſidio dicitur poſſeſsio retineri. At non videtur animum habere poſsidendi is qui ab hoſtibus captus eſt. Animum poſsidendi non retinet, ideoque quicquid facti eſt, amittit: & animus ille, qui etiam facti eſt, ei non reſtituitur. Quod autem non habeat animum poſsidendi probari poteſt ex variis locis huius tit. ex l. 3. §. ſi quis nũtiet. & §. Labeo. l. ſi id quod. l. quod meo. §. vl. Id ex iam dictis efficitur. Quoties neque corpore, neque animo opus eſt eius, qui captus eſt ab hoſtibus ad retinendam poſſeſsionem, ei reſtitui eam poſſeſſionem. Exemplum vnum eſt huius poſſeſſionis in leg. in bello. §. facti. de cap. & poſt. reuer. & in l. ſi is qui pro emptore. 15. de vſucap. Poſtremum exemplum eſt in leg. 1. §. Scæuola. Si quis teſtamento liber. vbi quæritur, an hæreditatis poſſeſſio acquiratur poſt mortem defuncti: ante aditionem iacet hæreditas, quæ dicitur repręſentare perſonam defuncti. l. mortuo. de fideiuſſor. Et fictione quadam & interpretatione iuris habetur pro perſona quadam. Quæritur igitur an poſsideat? Iuriſconſ. ait hæreditatem non poſſidere, quia poſſeſsio facti eſt & animi, vbi eſt opus apprehenſione corporali, animo, voluntate: hæc non conueniunt hæreditati, quæ non poteſt quicquam velle. At quæ iuris ſunt, hæreditati conueniunt, vt dominium, obligationes retinentur iacente hæreditate. Sed ſi loquamur de poſſeſsione, quæ plurimum iuris habet, vt cum ſeruus aliquid tenet ex re peculiari, aliud dicendum eſt. l. iuſto §. nondum. de vſucap. Et hinc cognoſcitur differentia poſſeſſionis & bonorum poſſeſsionis. Bonorum poſſeſſio iuris ciuilis eſt omnino, quædam eſt hæreditas. leg. hæreditas. de pet. hæred. Oſtendimus quid ſit poſſeſſio naturalis & ciuilis, an poſſeſſio ſit iuris, an potius facti. Hæc ad explicationem tituli maxime pertinent, nec quicquam amplius videtur magnopere eſſe neceſſarium, niſi de diſpoſitione tituli, quam vulgo continuationem titulorum vocant, dicamus.

Quæſtio eſt vulgaris cur hoc loco collocatus ſit hic titul. de acquir. vel. amitt. poſſeſ. Vulgo receptum eſt, quia in hoc libro & ſuperiore tractatur de ratione acquirendi dominii. dominium autem acquiritur partim iure gentium, partim iure ciuili. ratio acquirendi dominii iure gentium traditur ſub tit. de acquir. rer. dom. De quo dicturi ſumus in interpretatione l. 1. in princip. Dominium acquiritur iure ciuili vſucapione, quæ eſt longa poſſeſſio, acquiritur etiam re iudicata. Ad hanc rationem acquirendi reſpexit Tribonianus compoſitor Pand. vt mihi videtur. In veteribus commentariis Vlp. & Pauli ad edictum prætoris, alius ordo fuit. Nam ſub titulo de interdictis, tractatum eſt de poſſeſſione. Argumento eſt, quod eædem ſunt inſcriptiones ſub hoc titulo, & eædem in tractatu de interdictis, in quibuſdam capitibus. Alii varias hic tractant quæſtiones, quibus modis acquiratur poſſeſſio, quibus modis eadem amittatur. Sed hoc commodius dicemus in interpretatione ſingulorum capitum. Alii multo ineptius diſputant de natura contrariorum.

PAVLVS LIB. LIIII. AD EDICTVM.

L. 1. Poſſeſsio appellata eſt, &c.

Hic docet Paulus quid ſit poſſeſſio, & quam vim, quem effectum habeat. Hæc duo hoc primo capite continentur. Quid ſit poſſeſſio. Rudis quædam hic deſcriptio poſſeſſionis traditur à Paulo cum etymologia, vel potius quadam alluſione. His verbis ſignificare videtur poſſeſſionem eſſe rerum apprehenſionem. *Dicta eſt*, inquit, *a ſedibus*. Poſſidere is dicitur quaſi, qui potis eſt ſedere. argumento eſt, quod dicitur in l. 3. §. ex contrario. hoc tit. ait enim, *Non magis enim*, &c. Sicut, inquit, in quo loco ego ſedeo, tu non potes ſedere, ita etiam eundem locum poſſidere non potes quem poſſideo: quia poſſidere eſt quaſi in loco ſedere. Poſſeſſio ergo dicta eſt à ſedibus. Atque hinc variæ quæſtiones tractantur de ratione acquirendæ poſſeſſionis, an pedibus, an manibus, an oculis acquiri poſſit poſſeſſio. De his dicemus ſuo loco in leg. quod meo. infra. verum eſt non tantum pedibus, ſed etiam manibus & oculis acquiri poſſeſſionem. *Et pedum quaſi poſitio. &c.* Hic videtur quædam alluſio eſſe potius, quam etymologia. Hinc etiam tractatur de argumento ab etymologia ducto, quatenus valeat. Et huiuſmodi multæ quæſtiones ſatis ineptæ meo iudicio. De hac ratione argumentandi conſulendi ſunt rhetores. Infirmum eſt admodum hoc genus argumentationis, & Galenus Phaleratum teſtem hoc

argumen-

argumentum appellat. De nomine hactenus. Nunc diſputat Paulus de effectu poſſeſsionis. *Domini nunquam rerum, &c.* Effectus poſſeſsionis maximus eſt quod dominium acquiritur poſſeſsione. Id autem tripliciter accidere poteſt. Acquiritur dominium ſi res ex iuſta cauſa tradatur à domino. l. traditionibus. Cod. de pact. & §. per traditionem. de rer. diuiſ. Inſtitu. Hac poſſeſsione dominium acquiritur ex cauſa venditionis, donationis, ſi tradens dominus ſit. Et poſſeſſionem etiam poſſumus intelligere ex longa poſſeſſione & vſucapione. Poſſumus etiam intelligere ex poſſeſſione ſimplici. Id in his rebus accidit quæ in nullius bonis ſunt, de quibus hic Paul. loquitur. *Ex naturali poſſeſſione cepiſſe, &c.* Eſt vetuſtiſsimus acquirendi modus per apprehenſionem, per occupationem: quod eſt præcipue ex hoc loco obſeruandum. Notandum igitur eſt, ea quæ nullius in bonis ſunt fieri occupantium, idem dicitur in l. 3. ſupra de acquir. rer. dom. Sic olim diuiſa ſunt quæ inter homines erant communia. Intelligebant ſe non poſſe permanere in communione ſine maximo incommodo, ideoque conſenſu quodam hominum res quæ communes erant natura, inter eos diuiſæ ſunt. Id docet Cicero in offic. conuenit vt id proprium cuiuſque eſſet quod occuparet. Sic etiam nobis occupatione acquiruntur res quædam, quæ videlicet remanſerunt in illa communione. dict. leg. 3. de acquir. rer. domin. Huiuſmodi ſunt animalia terreſtria, aquatilia, quæ feram naturam habent, nec cicurata adhuc & manſuefacta ſunt. l. 1. de acquir. rer. dom. loquitur de his quæ feram naturam habent & manſuefacta non ſunt: id enim de aliis intelligi non poteſt, ſed potius earum furtum committitur. dict. leg. 3. Exemplum eſt de columbis in l. Pomponius. §. Idem Pomponius. famil. erciſcund. atque hinc dicitur occupationem permiſſam eſſe non tantum iure ciuili, ſed etiam iure gentium, & non tantum in proprio agro, ſed etiam in alieno. leg. Diuus. 16. de ſer. ruſ. præd. quamuis prohibere poſsit dominus ne alius ingrediatur fundum ſuum. leg. 3. de acquir. rer. domin. Et ſi ingrediatur inuito domino, datur aduerſus eum iniuriarum actio. Hanc rationem acquirendi, augendæ rei familiaris honeſtam eſſe ait Ariſtoteles. Quæſtio tractatur apud Accur. an ſufficiat affectio & animus acquirendi in his rebus. De hac quæſtione dicemus poſtea in l. 3. Sequitur nunc, *Item bello capta, &c.* Capta in bello efficiuntur capientis, nec requiritur additio vlla aut longa poſſeſſio: ideoque occupationis veſtigium remanere in his quæ in bello & ab hoſtibus capta ſunt. Recte Paul. ait: In bonis alicuius ſunt quæ ab hoſtibus capiuntur Non ſunt in nullius bonis, ſed veſtigium eſt, &c. Eodem pertinet quod dicitur in l. 5. §. vltim. ſupra de acquir. rer. dom. l. transfugam. *Si eo transfugam*, inquit, quæ res apud nos hoſtiles ſunt non publicantur, ſed acquiritur eorum dominium iis qui apprehenderint. Accurſius & cæteri admonent de iuſto bello hoc accipiendum eſſe: alias ne hoſtes quidem dicuntur, non dicuntur capta aliter ab hoſtibus. Hoſtes dicuntur quibus publice bellum recte denuntiatum eſt. l. hoſtes. 24. de capt. & poſtlim. reuer. Alias latrocinium potius eſt quam bellum. Hoc autem ius gentium de his quæ in bello capiuntur varie temperatum eſt iure ciuili propter militarem diſciplinam. Hic reperitur magna iuris varietas, & videntur multi loci huic repugnãtes, vtpote, l. ſi captiuus. 20. de capt. vbi dicitur, agrum qui captus eſt ab hoſtibus publicari. l. Diuus. 31. de iur. fiſci, vbi dicitur bona captiuorum in fiſcum referri. leg. is qui prædam. 14. ad leg. Iul. pec. vbi dicitur ſi quis prædam ſurripuerit eum teneri leg. Iulia pecul. ergo publica eſt. Nam peculatus eſt furtum pecuniæ publicæ. leg. ſi quis bello. 28. de capt. vbi dicitur ſi quid in bello captum eſt, id in præda eſſe. leg. ſi quis pro redempt. 36. de donat. vbi dicitur à duce faciendam eſſe diuiſionem prædæ inter milites, pro cuiuſque merito. In hac quæſtione diſtinguendæ ſunt res ſoli à rebus mobilibus. Et in primis certum eſt ſi ager capiatur ab hoſtibus, eum agrum publicari. Id aperte expreſſum eſt in d. l. ſi captiuus. de capt. id eſt, fiſco vindicatur ille ager. Hoc tamen eſt intelligendum, niſi princeps agrum captum ab hoſtibus militibus conceſſerit: quod olim fieri conſueuerat ab Imperatoribus & principibus Romanis, & ſatis vulgare eſt exemplum Alexandri Seueri cuius meminit Lampridius in vita eiuſdem. *Et agros*, inquit, *ab hoſtibus captos limitaneis ducibus donauit, ita ſi liberi eorum militarent, nec vnquam ad priuatos redirent, credens eos attentius militaturos eſſe ſi defenderent iura ſibi à principe donata.* Et ſic accipiendum eſt quod dicitur in leg. Idem ſi verberatum. 15. §. 2. de rei vend. & quod dicitur in l. Lucius. 11. de euictio. vbi loquitur Iuriſconſultus de agro militibus aſſignato. Cum ager eſt militibus aſſignatus modico honoris cauſa conceſſo, non eſt hoc accipiendum, vt quidam interpretantur, de agris priuatorum hominum, quos princeps eis auferre poſſit, & militibus aſſignare, modico honoris cauſa accepto. Hoc enim tyrannicum eſſet & iniquum. Sed intelligendum eſt de agris captis ab hoſtibus, veluti à Germanis, de quibus in dict. leg. Lucius. §. 1. de euict. Et hinc videtur origo fuiſſe militarium beneficiorum quæ feuda dicuntur. Hæc de rebus ſoli. Videamus nunc de rebus mobilibus. Mobilia quæ capta ſunt ab hoſtibus dicuntur eſſe in præda. Et ſic accipio quod dicitur in dict. leg. ſi quid in bello. 28. de capti. De agro, de re ſoli, quo minus id accipiatur, vetat lex, ſi captiuus. Cod. eod. Militaris tamen diſciplina exigit vt huius prædæ fiat diuiſio inter milites à duce belli pro cuiuſque merito. id ſumitur ex leg. ſi quis pro redem. Cod. de donat. vbi Imperator ait in donatione neceſſariam eſſe inſinuationem, præterquam in quibuſdam cauſis, veluti in donatione facta pro redẽptione captiuorum, vel prẹda diuidenda inter milites, & hoc in militibus Romanis olim præcipue obſeruatum fuit, vt præda ita diſtribueretur militibus ducis arbitrio. Adduci ſolet locus ex iure Pontificio ex cap. ius militare, diſtin. 1. Plæranque reperitur fiſco acquiri hanc prædam, vt in leg. Diuus. de iure fiſci. Et huc pertinet quod dicitur in leg. 15. qui prædam. ad leg. Iul. pecul. Peculatus eſt furtum pecuniæ publicæ, qui ergo ſubripiendo prædam tenetur peculatus, fit ideo quia præda publica eſt. Atque ita intelligenda ſunt quæ Paul. dicit de his quæ capta ſunt ab hoſtibus. De his autem quæ quis hoſti ſurripuit, non in iuſto bello, non in acie, puto ſine vlla diſtinctione earum rerum dominium acquiri capienti: id ſæpe accidit inter finitimos, vt inter Picardos & Flandros. Et de his intelligi etiam poteſt quod hic dicitur à Paulo. Bello capta eſſe dicuntur etiam ea quæ capta ſunt tempore belli, bello iam indicto à principe. Ex iam dictis naſcitur quæſtio vulgo agitata de rebus quæ ab hoſtibus captæ ſunt & poſtea recuperatæ. Quæritur an huiuſmodi res ſint in præda, an vero veteri domino reſtitui debeant. Exempli gratia, Galli aliquid eripuerunt à Cæſareanis, illud ſtatim recuperatum eſt, vetus poſſeſſor id vindicare vult. Fiſcus contra id ſibi vendicat, vel milites dicunt id in præda eſſe, captum enim eſt in bello. Ego tamen exiſtimo iure ciuili res ab hoſtibus recuperatas veteribus dominis & poſſeſſoribus reſtituendas eſſe. Id mihi videtur expreſſum eſſe duobus in locis. Vnus eſt in l. ſi captiuus 20. §. Expulſis. de cap. *Expulſis hoſtibus*, inquit, *ex agris quos cœperunt, dominia eorum agrorum ad priores dominos redeunt.* Alius ſimilis locus eſt in l. ab hoſtib. 12. C. eo ti. de cap. Quidã captus ab hoſtibus effectus eſt ſeruus hoſtium, deinde militum noſtrorum virtute is ab hoſtibus ereptus eſt: quæritur an ſit factus capientis Capti hoſtes in bello capientis fiunt iure Romano, quod tamen hodie non obſeruatur. Eccleſiæ Chriſtianæ ciues omnes intelliguntur. Ideo bella ciuilia eſſe dicuntur quæ geruntur inter principes Chriſtianos, in bello autem ciuili capti non fiunt capientis. dict. l. 12. §. vltim. de capt. Sed tamen in bello quod ciuile non eſt captus ab hoſtibus ſubiicitur dominio capientis. Vnde videtur dicendum hunc qui fuit captus ab hoſtibus & recuperatus, ſubiici dominio eius qui eum recuperauit, ſed aliud in ſeruis eſt. Etiam ſerui capti reſtituuntur dominis ſuis. Subiicit Iuriſconſultus, *Receptos enim eos non captos iudicare debemus, & milites noſtros defenſores eorum, non dominos eſſe, decet.* Alij diſtinguunt an ex interuallo an ſtatim res capta ab hoſtibus erepta & recuperata fuerit, argumento l. 3. §. eum igitur. de vi & vi arm. Mihi autem videtur nullus locus relictus eſſe argumentis in iure perſpicuo, ex dic. leg. ab hoſtibus, & leg. ſi captiuus. §. expulſis. ius apertum eſſe puto. Ideoque nihil intereſt an ex interuallo, an ſtatim dominium earum rerum recuperetur: ſeruanda tamen eſt conſuetudo in quibus locis ſeruata eſt contraria: Conſtitutio eſt ducis Mediolanenſis quæ vult vt ſi res pernoctauerit apud hoſtes, ea non reſtituatur veteri domino, vete-

ri poſſ[…]ri contra: conſtitutionem autor vulgaris diſtinctionis videtur ſecutus eſſe. Sequitur, *Inſula in mari enata.* Fit etiam occupantis inſula in mari nata. l. adeo. 7. de acquir. rer. domi. Alia cauſa eſt inſulæ quæ naſcitur in flumine, non in mari, de qua diximus aliquando fuſius ſub titul. de acquir. rer. domi. *Gemmæ lapilli, &c.* Hic etiam aliud exemplum eſt earum rerum quarum dominium nobis acquiritur ſola apprehenſione, exemplo illius veteris occupationis, de qua iam diximus: quomodo hæc differant videte ſub titulo de auro & argento, legato. leg. & ſi non ſint. Idem dicitur in Inſtitu. §. item lapilli, de rer. diu. Niſi quod Iuſtinianus ait inuentoris eſſe eas res. Et ſolet quæri an ei qui inuenerit, qui conſpexerit aut gemmas aut lapillos, etiam ſi poſſeſſionem earum rerum nactus non ſit, an earum dominium ipſi acquiſitum eſſe intelligatur. Nam dicit, *Et qui inuenerit.* non dicit, *Et qui occupauerit.* Paulus tamen ait eius fieri qui primus poſſeſſionem earum nactus fuerit. Et puto eodem ſenſu accipiendum eſſe quod Iuſtinianus ait in Inſtitut. Nam *Inuenire*, etiam apud Latinos ſignificat aliquid nanciſci & apprehendere. Et puto hoc verbum ita intelligendum apud Iuſtinianum, cum ait, *Et qui inuenerit, &c.* Inuenire verbum ad apprehenſionem refertur, & eſt inſignis locus in leg. 13. Si Barlatorem. Cod. de fideiuſſor. Si quis aliquem reum inuenire promiſerit: ſi quis tanquam interceſſor aut fideiuſſor promiſerit aliquem inuenire, is intelligitur obligatus eſſe ad eum exhibendum in iudicio: videtur hic verbis promiſiſſe ſe apprehenſurum illum & exhibiturum in iudicio. Et hoc etiam producitur ad alia: vt ſi edicto cautum ſit aduerſus eum qui fuerit inuentus ferens arma noctu, vel interdiu, inuentum accipiemus eum qui deprehenſus eſt, *qui eſt arreſte.* Nam & ſi forte poſſit probari aliquando viſum fuiſſe ferentem arma, non ideo dicetur incidiſſe in edictum, ſi ita edictum vt diximus conceptum ſit. Heſterna die cœpimus dicere de his rebus quarum dominium nobis acquiritur ſola apprehenſione, cuiuſmodi ſunt ea quæ cœlo, mari & terra capiuntur, quæ capiuntur ab hoſtibus inuenti lapilli in littore maris. Item inſula nata in mari. Cum autem Paulus res certas recenſeat quarum dominium ſola poſſeſſione acquiratur, dubitari poteſt an res vllæ aliæ hoc modo nobis poſſint acquiri. Sed non dubito, quin aliæ quoque res ita nobis acquiri poſſint: hæc enim à Paulo pro exemplo adducuntur vt oſtendat aliquibus exemplis veſtigium antiquæ & naturalis apprehenſionis, ſeu poſſeſſionis adhuc remanere in quibuſdam rebus. Nam & adduci quædam alia poſſunt ex ſuperiore titulo de acquiren. rer. domin. cuiuſmodi eſt theſaurus. Si quis theſaurum inuenerit, theſaurus occupantis eſt, ſecundum diſtinctionem quæ alibi traditur in §. Theſaurus. de rerum. diuiſ. Ego hanc diſtinctionem explicaui in interpretatione legis fructus. §. ſi fundum. ſolut. matrimon. Adde & res pro derelictis habitas ita etiam nobis acquiri poſſe. leg. 1. infra, pro derel. Dubitatur de aliis rebus vel mobilibus vel ſoli, quæ dominum aut adſertorem non habent, an occupatione & naturali tantum apprehenſione nobis acquirantur: cuiuſmodi ſunt quæ nos lingua Gallica vocamus *Eſpaues.* Græci vocant ἀδέσποτα, vt ſunt plæraque animalia aberrantia. Poteſt etiam dubitari de domo quæ deſerta & derelicta eſt à domino, cuius nullus reperitur dominus aut poſſeſſor. Si quis eam domum occupauerit, quæritur an ipſi acquiratur dominium ipſius domus hac occupatione. Moribus noſtris receptum eſt, quod ad ea ἀδέσποτα attinet, proclamationibus ſolemniter factis, & non apparente domino, neque contendente ſe eius rei dominum, vt ea res acquiratur dominio eius territorij, ei qui in eo territorio iuriſdictionem exerceret, ſiue is ſit rex, ſiue princeps, ſiue alius. Sed an hoc iuri conſentaneum ſit quæritur. Et puto non eſſe. Ego puto ſi hæ res dominum non habent, ei acquiri qui primus apprehenderit eas, non regi, non principi, non domino territorij. Certi enim iuris eſt, res quæ in nullius bonis ſunt, aut dominio, fieri occupantis, ex leg. noſtra. leg. 3. ſupra de acquirendo rerum dominio. Sed hoc accipiendum eſt cum aliquot ex communibus. Excipiuntur in primis agri tributales vel vectigales. Agri tributarij ſi deferantur à colonis, quibus hi colendi conceſſi ſunt, vt pendatur vectigal, potior cauſa eſt domini cui penditur vectigal. leg. 8. §. & agros. Cod. de omni agro deſer. lib. 11. Secundo excipiuntur res in quas ſuccedit fiſcus. l. vacantia. 4. Codic. de bon. vac. cum quis defunctus eſt ſine hærede: cum fiſcus legitimus ſit ſucceſſor in iis rebus, non poſſumus dicere eas in nullius bonis eſſe. Quomodo autem probetur res huiuſmodi dominum non habere, alterius loci eſt: cuiuſmodi ſunt ea quæ ἀδέσποτα dicimus. An ſufficiat proclamatio, vt ſi quis contendat ſe dominum eſſe, adſit intra certum diem, vt ius ſuum oſtendat? Nos dicemus de ea quæſtione in leg. rem quæ nobis. infra.

Adipiſcimur, &c. Hic locus eſt de perſonis per quas nobis acquiritur poſſeſſio. Vnus locus eſt præcipuus huius tractatus. Et Paulus ait nos acquirere poſſeſſionem nō tantum per noſmetipſos ſed etiam per alios, vt per filium, per ſeruū, per procuratorem. Vtrunque enim dicitur à Paulo in hoc §. & in §. Item acquirimus. infra ead. l. qui cum hoc coniungendus eſt. Hoc ego dixi vt obiter oſtendam quam inepta ſit quæſtio ab aliis tractata de vi huius particulæ *Ipſe.* Nam cum ait Iuriſconſultus nobis acquiri poſſeſſionem per noſmetipſos, quærunt & diſputant an hæc verba perſonalitatem habeant, vt à perſona recedi non poſſit, vt cum l. ait *per noſmetipſos*, excludi omnes alias perſonas. Et multa hic adducunt valde nugatoria & inepta. Sed hic videtur Iuriſconſultus dicere non tantum nobis acquiri poſſeſſionem per noſmetipſos, ſed etiam per alios: vtitur diuiſione quadam. *Poſſeſſio*, inquit Paulus, *nobis acquiritur vel per noſmetipſos vel per alios.* & prius mēbrum ſuæ diuiſionis hic explicat: alterum autem in §. item acquirimus.

Verſic. *Sed furioſus pupillus, &c.* His verbis, vt ſummatim omnia complectamur, hoc ſignificat Paulus noſter: Quiſquis animum habet & intellectum aliquem, ipſum ſibi poſſe acquirere poſſeſſionem. Qui vero intellectum non habet, inquit, non poteſt incipere poſſidere, cuiuſmodi eſt furioſus. Furioſi nulla eſt voluntas. leg. furioſi. de regu. iur. Cum dicit Iureconſult. *Non incipere poſſidere*, non dicit, non poſſe poſſidere, ſed dici non poſſe acquirere poſſeſſionem quam nunquam habuerunt. Poſſunt tamen poſſidere & poſſeſſionem iam acquiſitam retinere. leg. ſi is qui. Sed quomodo hoc accipiendum ſit, dicemus in dict. leg. ſi is qui. Non poteſt incepere poſſidere furioſus, *quia affectionem tenendi, &c.* Poſſeſſio acquiritur non tantum corpore, ſed etiam animo. Vtrunque neceſſarium eſt in acquirenda poſſeſſione, & corpus & animus. Hoc intereſt inter tenere & poſſidere. Tenemus rem etiam ſine animo & affectu poſſidendi, vt hoſpes & amicus qui aliquam domum ingreditur, non habet animum poſſidendi, quamuis rei inſiſtat.

Licet maxime, &c. Accurſ. & alij hinc annotant maximum eſſe & præcipuum in poſſeſſione acquirenda apprehenſionem corporis: quia ait I.C. *Maxime.* Sed hoc eſt puerile, non intelligunt phraſim. *Licet maxime, ſicut ſi quis, &c.* Similitudine vtitur I.C. vt probet eum qui inſiſtit rei, qui contingit rem corpore ſuo non continuo poſſidere, niſi animum habeat & affectum poſſidendi. Nam alias dormiens cui imponitur aliquid in manus, diceretur poſſidere, qui tamen dicitur non poſſidere, quia affectum tenendi non habet. Hinc obſeruandum eſt à nonnullis dormientem furioſo comparari, ſimilem eſſe furioſo eū qui ſomno ſopitus eſt. Atque hinc dicitur ſi dormiens aliquid admiſerit, aliquem percuſſerit, occiderit, nihilo magis puniendum eſſe quam furioſum. Furioſus non plectitur ſi aliquid admiſerit in furore. l. Diuus. 14. de offic. præſid. Nullus eſt animus delinquendi in furioſo, qui iudicio caret, & qui ſatis ſuo furore punitur. Ergo idem dicemus de dormiente. Et memoriæ proditum eſt, ne quis putet ocioſam eſſe & de nihilo hanc quæſtionem, pleroſque dormientes exiiſſe de domo ſua armatos & interfeciſſe alios. Hoc facinus impunitum eſſe debet. leg. diuus. ad leg. Cornel. de ſicar. Hoc tamen ita eſt intelligendum, niſi culpa aliqua eius arguatur qui in ſomniis aliquid commiſit. Non enim nouum eſt, culpam ſine dolo puniri. leg. ſi putatur. ad leg. Aquil. vt ſi forte ſciebat hoc ſibi accidere, vt aliquem dormiens percuteret. Poſſeſſionem igitur is demum ſibi acquirit, qui animum tenendi habet: itaque qui caret mente non poteſt dici poſſidere. Hinc naſcitur quæſtio de pupillo, an pupillus poſſit ſine tutoris ſui auctoritate poſſidere. Hæc quæſtio tractatur in hoc loco, de qua diſſenſio fuit in-

fuit inter veteres I.C. *Offilius quidem & Nerua, &c.* Quidam exiſtimabant pupillum ſine tutoris authoritate non poſſe acquirere poſſeſſionem, niſi tutoris authoritate ſuppleretur animus & iudicium quod deeſt pupillo. Offilius autem exiſtimabat poſſe incipere poſſidere pupillum ſine tutore authore. Quam ſententiam ait Paul. eſſe recipiendam, ſi eius ætatis ſit pupillus vt intellectum habeat. Sententia igitur Pauli eſt, & hoc ſummatim obſeruandum eſt ex hoc capite, pupillum ſine tutore ſuo acquirere poſſeſſionem, ſi intellectum aliquem habeat. Si intellectum non habeat, non poſſe ſine tutore ſuo poſſeſſionem acquirere. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. quamuis. 32. §. pupillus, hic. pupillus etiam ſine tutore authore, qui intellectum aliquem habet, quamuis firmum non ſit eius iudicium, tamen poteſt incipere poſſidere. Sic debemus accipere ſententiam Offilij, quamuis Offilius ſimpliciter dixerit pupillum poſſe ſine tutore poſſidere: & credibile eſt Offilium ita ſenſiſſe. ratio hæc eſt Offilij expreſſa verbis Pauli. *Eam enim rem non iuris eſſe.* Mouebatur Offilius hoc argumento, quia acquiſitio poſſeſſionis facti eſt, apprehendere rem facti eſt, velle rem habere etiam facti eſt. Si iuris eſſet, poſſet dubitari an pupillus poſſit poſſeſſionem acquirere. In his enim quæ iuris ſunt, pupillus perſonam legitimam non habet ſine tutore ſuo, ſed in his quæ facti ſunt, illa iuris authoritas non ſpectatur. Non poteſt impedire iuris authoritas quo minus rem teneam, quo minus ego velim tenere. Illa enim voluntas facti eſt. Nec voluntate mea, nec apprehenſio corporis vllo iure impedire poteſt. Sed aduerſus hanc rationem Offilij mouetur dubitatio. Nam videmus contrahere obligationem ſine tutore ſuo: non quia obligetur alii, ſed quia alium ſibi obliget, titulo de autor. tut. in princip. Pupillus poteſt ſtipulari rem aliquam ſibi dari ab alio ſine tutore ſuo: obligatio eſt iuris vinculum. Cur igitur non dicimus: etſi poſſeſſio iuris ſit, pupillum poſſe ſine tutore ſuo ſibi acquirere poſſeſſionem? Sed dicendum eſt, in his quæ iuris ſunt admitti perſonam pupilli vt legitimam ſine tutoris ſui authoritate, cum hoc pertinet ad commodum & vtilitatem pupilli, receptum eſt vt deteriorem conditionem ſuam facere non poſſit pupillus, meliorem poſſit. Sed in his quæ facti ſunt non diſtinguitur an ea re pupillus meliorem ſuam conditionem faciat, an non faciat. Ea enim quæ meri facti ſunt ad ius non pertinent, & meminiſſe vos oportet eorum, quæ à nobis diſputata ſunt ſupra, in quæſtione vulgari explicanda, an poſſeſſio ſit iuris an facti, vbi adduximus hunc locum, & diximus poſſeſſionem facti eſſe non iuris, & acquiri pupillo poſſeſſionem quæ naturalis tantum eſt ſine tutore, non etiam quæ iuris eſt.

Sed ſi hoc verum eſt (dixerit aliquis) quomodo hæc poſſeſſio prodeſſe poterit pupillo ad vſucapionem? Nam certum eſt ſine tutore pupillum vſucapere. l. 4. §. pupillus. de vſucapionibus. Si pupillus poteſt vſucapere, cum apprehenderit rem ſine tutore ſuo, conſequens eſſe mihi videtur poſſeſſionem non tantum corporalem & naturalē, ſed etiam ciuilem ei acquiri. Nam ciuilis tantum poſſeſſio ad vſucapionem prodeſt. Reſpon. Duarenus. Hoc ea ratione conſtitutum eſt, propter vtilitatem pupilli, quia meliorem ſuam conditionem facere poteſt pupillus, deteriorem non poteſt. In pupillo receptum eſt, vt qualiſcunque poſſeſſio ei proſit ad vſucapionem, quia vſucapione, meliorem ſuam conditionem facit, & conſtitutum eſt quocunque modo id accidat, eum meliorem ſuam conditionem facere poſſe: quamuis deteriorem non poſſit facere. *Vt intellectum capiant, &c.* Hinc igitur obſeruandum eſt, vt ſi alius infans eius ætatis ſit, vt non intelligat, eum non poſſe poſſeſſionem ſine tutore ſuo acquirere. Hoc ſatis colligitur ex verbis Pauli noſtri hoc loco, *Si eius ætatis ſint, &c.* Simile eſt quod dicitur in d. l. quamuis. §. infans. *Vtilitatis enim cauſa, &c.* His verbis oſtendit Paul. in dict. §. infans. Vtilitatis cauſa id receptum eſſe contra ſtrictam iuris rationem. Nam ſi merum ius inſpiciamus, non poteſt dici poſſidere: quia in acquirenda poſſeſſione animus requiritur. Iudicium enim infantis propter vtilitatem exceptum eſt ab hac ſubtilitate iuris. Sed hic incidit valde difficilis antinomia ex leg. donatarum. 3. Cod. eod. donata eſt res infanti & ei tradita: quæritur an poſſeſſio infanti ſit acquiſita ea traditione? Dubitatio ex eo oritur: quia animo opus eſt ad acquirendam poſſeſſionem: infans non habet animum poſſidendi, ſed tamen Imperator reſcripſit corpore quæri, quia videbat diſſenſionem eſſe inter veteres Iuriſconſultos de hac re, vt etiam perſpicuum eſt ex iam dictis. Subiicit, *Quamuis, &c. Nos* inquit, Imperator Decius, *mouere non debet quod plenum non eſt iudicium infantis. Nam ſi hac ſubtilitate vteremur, ne per tutorem quidem ei poſſet acquiri poſſeſſio.* Tutor non facit vt firmiore iudicio ſit infans, quam eſſet ſine tutore. Si hanc ſubtilitatem amplecteremur, ſi nobis non permittatur recedere ab hac ſubtilitate propter vtilitatem. Ait igitur Decius donatarum rerum infanti per traditionem vacuam poſſeſſionem acquiri. Hoc videtur contrarium eſſe iis quæ diximus ex dict. leg. quamuis. §. infans. nam Paulus in leg. quamuis. aperte oſtendit poſſeſſionem non acquiri infanti ſine tutore. Vix hoc receptum eſt vt cum tutore acquiratur pupillo, hoc receptum eſt contra ſcriptam rationem: & tamen ait Decius poſſeſſionem acquiri infanti.

Hic variæ opiniones reperiuntur interpretum vulgarium, quarum receptior eſt eorum qui exiſtimant reſcriptum Decij Imperatoris intelligendum eſſe de re quæ tradita eſt infanti accedente tutoris authoritate. Cum ait Decius *Donatarum rerum, &c.* ſic intelligunt, cum rei donatæ poſſeſſio tradita eſt infanti tutore autore. Si hoc verum eſt, res nullam difficultatem, aut repugnantiam habet. Sed hæc ſententia mihi videtur aliena eſſe à verbis reſcripti: loquitur enim Decius generaliter de poſſeſſione tradita, nec vllum verbum fit de tutoris authoritate accedente. *Donatarum*, inquit, *rerum*. In tanta diſſenſione & varietate opinionum, magis mihi placet opinio eorum qui putant ſpeciale eſſe quod dicitur in dict. leg. donatarum: vt ſic interpremur vtranque legem quaſi per ſpeciem derogetur generi. hoc frequens eſt vt per ſpecies derogetur generi, leg. in toto, de regu. iur. quod ergo dicitur in dict. leg. quamuis. nos accipimus veluti regulam generalem. Infans non incipit poſſidere ſine tutoris ſui authoritate: excipitur ſpecies illa de qua reſcripſit Imperat. in dict. leg. donatarum. Expendenda eſt diligenter ſpecies & hypotheſis Decij. Certum eſt hoc reſcriptum eſſe à Decio in certa cauſa. Atque ideo omnes circumſtantiæ illius hypotheſis diligenter expendendæ ſunt, vt intelligamus quid mouerit Decium vt contra regulam & conſtitutionem iuris veteris reſponderet. Proponebatur in primis Decio rem donatam fuiſſe non venditam, non alio titulo tranſlatam in pupillum. Donatio contractus eſt ex quo non naſcitur mutua obligatio, ſicut ex venditione, locatione, emptione, & cæteris huiuſmodi. Rem donatam accipiendo pupillus non viciſſim obligatur ei qui donauit, ſicut vendendo, emendo, locando. Hic non agebatur de obligando vice verſa pupillum, agebatur de donatione in pupillum collata: itaque res maxime vtilis erat pupillo. Proponebatur deinde pupillo traditam fuiſſe rem donatam in manu.

Tradita fuit infanti res aliqua quam infans manu apprehendere poterat: vt veriſimile ſit infantem affectum aliquem habuiſſe eius rei tenendæ, ſicut fere accidit, vt pueri affectu ducantur in res ſibi donatas: auide accipiunt cum affectu tenendi quod ſibi donatur, cum audiunt ſibi donari. De aliis rebus quæ nō traduntur in manu idem dici non poſſet, vt ſi forte fundus donatus ſit, & ſi pedem in fundo poſuerit infans, non ideo intelligemus eum poſſeſſionem acquirere. Hæc omnia quæ ego dixi, colliguntur ex verbis ipſius reſcripti. loquitur in primis de re donata, loquitur etiam de re tradita. Sed de his quædam etiam dicemus in dict. §. infans. Ex iam dictis quæſtio naſcitur de furioſo: An ſaltem cum tutoris ſui authoritate incipiat poſſidere. Diximus iam pupillum, ſi intellectum aliquem habeat, poſſidere poſſe ſine tutore, multo magis cum tutore. Diximus deinde, pupillum qui infans eſt non poſſidere ſine tutore, cum exceptione tamen de qua iam diximus. Opus eſt tutoris authoritate accedente: an idem dicemus de furioſo? Paulus noſter ait, non poſſidere: an id intelligemus cum exceptione, niſi curator authoritatem ſuam interponat? Hæc quæſtio non eſt ſatis deciſa his verbis Pauli. Quidam dicunt hic furioſum diſtingui à pupillo: ita vt quamuis pupillus acquirat, vel cum tutore vel ſine tutore poſſeſſionem, furioſus tamen non poſſideat ne curatore quidem interueniente. Sed aiunt curatorem ipſum furioſi

nomine debere apprehendere poſſeſſionem. Adducunt titulum de bon. poſſ. infanti, fur. &c. vbi dicitur, Si bonorum poſſeſſio delata ſit furioſo, curatorem eius petere debere eius nomine bonorum poſſeſſionem, non furioſum. Et dicunt non eandem eſſe rationem furioſi & infantis ex vulgari regula, l. 5. in negotiis. Sed animaduertendum eſt in ea regula I. C. non diſcernere furioſum ab infante, ſed à pupillo qui fari poteſt. *In negotiis*, inquit, *contrahendis alia cauſa habita eſt furioſorum, alia eorum qui fari poſſunt, quamuis actum rei non intelligerent, &c.* De infantibus non loquitur de quib. hic tractata fuit quæſtio: atque ita male adducitur illa lex ab iis qui probare volunt non eandem eſſe cauſam furioſi & infantis. Nam furioſi & infantis videtur eadem ratio eſſe: furioſus ſolet infanti comparari, vt apparet ex titulo quem ego multoties citaui de bon. poſſ. fur. &c. Et quod dicitur furioſum nullum negotium contrahere poſſe, idem dicitur de pupillo. §. pupillus. de inut. ſtipu. infans nullum negotium contrahere poteſt Et Iuſtin. ait in eo. §. pupillum nō multum diſtare à furioſo: itaque probabile mihi videtur acquiri poſſeſſionem furioſo authoritate curatoris accedēte. Si furioſus corpore rem contingat, ſi forte furioſo imponatur in manu res de qua agitur. Et hæc opinio longe vtilis eſt. Huc accedit, quod curator authoritatem ſuam interponendo videtur acquirere. Quid refert an curator præſens ſit author furioſo, vt apprehēdatur, an vero curator ipſe apprehendat? Inter omnes conuenit, ſi bonorum poſſeſſio ſit delata furioſo, eam poſſe acquiri per curatorem nomine furioſi. argumen. eſt quod dicitur in l. filio. Codic. de iur. delib. Eſt lex quam interpretati ſumus ſupra in interpretatione tractatus de acquirenda hæreditate. Cum filiofamilias delata eſt hæreditas, ea hæreditas non poteſt acquiri patri, niſi filius eam adierit iuſſu patris, in cuius eſt poteſtate. Et oportet iuſſum præcedere, alias iuſſus non eſſet. leg. ſi quis. §. iuſſum. de acquirenda hæreditate. Vnde quæſitum fuit: Si pater ipſe pro hærede geſſerit volente & conſentiente filio: an videatur ei acquiſita hæreditas? Imperator ait, ei acquiſitam eſſe. quid enim referr, ſi ad vtilitatem & æquitatem magis ſpectemus, quam ad ſubtilitatem inanem? an pater iubeat filium adire hæreditatem: an vero ſibi acquirat volente & conſentiente filio? Idem dici poteſt in hac ſpecie.

§ *Si vir vxori, &c.* Hic tractatur quæſtio affinis ſuperiori quæſtioni de poſſeſſione quæ facti non iuris eſſe dicitur. Dictum fuit in ſuperiori capite ex ſententia Offilii Iuriſconſulti, pupillum ſine tutore poſſidere quia facti eſt non iuris poſſeſſio. Res facti infirmari nullo iure ciuili poteſt. Ex eo igitur quod dictum eſt de ea poſſeſſione pupilli, ſcilicet facti eſſe non iuris, quæritur quid ſit dicendum ſi res forte tradita ſit ex cauſa ll. prohibita. Exempli cauſa: ſi maritus vxori ſuæ conſtante matrimonio donauerit & tradiderit rem donatam, an poſſeſſio transferatur in mulierem? Dominium non transferri certum eſt, quia hæc alienatio prohibita eſt. l. 1. 2. & 3. de donat. inter vir. & vxor. Sed de poſſeſſione dubitatum fuit. Ait Iuriſconſultus idem hic dicendum eſſe quod in ſuperiori ſpecie. *Si vir vxori, &c.* Duplex ratio hic adfertur. Vna eſt, quia poſſeſſio facti eſt, & res facti nullo iure ciuili infirmari poteſt. Nullo iure ciuili fieri poteſt vt ego non teneam quod teneo, vt ego corpore meo non contingam quod contingo, nolim habere quod ego volo, &c. Hæc ſunt ex quibus conſtat poſſeſſio, ſcilicet corpus & animus, vtrunque facti eſt, & facto non poſſunt vllo iure ciuili infirmari. Hinc notandum eſt illud vulgare: factum non poteſt infectum reddi. leg. in bello. §. facti. de capt. & poſtlim. &c. *Facti*, inquit, *cauſa nullo iure ciuili infecta fieri poſſūt.* Simile eſt quod dicitur in leg. verum. de reg. iur. Imo ne Deus quidem ipſe, infectum facere poſſe dicitur, quod factum eſt. Secunda ratio eſt: *Et quid attinet, &c.* Sententiam ſuam alia ratione confirmat Iuriſconſultus: quia nulla vtilitas exigit vt aliud ius conſtituamus, tametſi id factum non poſſit reddi infectum: tamen probabiliter dici poſſet rem quæ tradita eſt pro non tradita habendam eſſe, quaſi fictione quadam iuris. Sed nulla hic exigit vtilitas vt fingamus rem apprehenſam non eſſe quæ apprehenſa eſt. Vtilitas eſt iuris ciuilis, quæ apud Horatium dicitur mater æqui & boni, ad quam tanquam ad ſcopum referri debent omnia in iure ciuili interpretando: cuius vtilitatis hoc eſſet dicere rem pro apprehenſa non haberi quæ apprehenſa eſt. Nam tametſi dicamus rem pro tradita non eſſe, non ideo retinebit poſſeſſionem, maritus qui ceſſit poſſeſſionem vxori ſuæ, poſſeſſionem amiſit. leg. ſi quis vi. 17. §. differentia. hic. Ego volo à me in te poſſeſſionem transferre. Et ſi ea in te translata non ſit, eam tamen amiſi: nulla ergo vtilitas eſſet dicere rem pro non tradita habendam eſſe. Ex his apparet poſſeſſionem naturalem & corporalem tantum hic transferri, non etiam ciuilem, quamuis magna hic ſit contentio quæ poſſeſſio transferatur. Ego exiſtimo naturalem tantum poſſeſſionem in mulierem transferri. Hic ſola poſſeſſio transfertur quæ facti eſt. *Quoniam res facti, &c.* Satis oſtendit his verbis Iuriſconſultus hanc poſſeſſionem eſſe contra ius ciuile: ſi eſt contra ius ciuile, quomodo ciuilis dici poteſt? Eo pertinet quod dicitur in leg. ſi eum qui. 36. de dona. inter vir. & vxor. Quidam mihi vendidit rem aliquam, ego iuſſi vt eam traderet vxori meæ donationis cauſa: ego cupiebam eam vxori donare, quod non poteram, quæritur an venditor ſit liberatus eam tradendo vxori? Liberatus eſt venditor, quia nihil habet amplius quod tradat, quamuis mulier eam rem iure ciuili poſſidere nō poſſit. Hinc conſequens eſt quod dicitur in hoc capite de vera traditione, non autem ficta & imaginaria accipiendum eſt. Loquitur de re tradita & corporaliter apprehenſa ab vxore. Hoc caſu mulier dicitur poſſidere, quia res facti. Et illa corporalis apprehenſio nullo iure ciuili infirmari poteſt. Sed de apprehenſione, quæ ficta eſt, idem dici non poteſt: veluti ſi conſtituerit ſe poſſidere nomine vxoris, transfertur poſſeſſio.

Nam is poſſidet cuius nomine poſſidetur. l. Quod meo. in princ. hic. 18. ita transfertur poſſeſſio quæ plurimum iuris habet, quamuis dicatur poſſeſſio facti eſſe & plurimum facti habere. Sed hæc fictio non poteſt hic locum habere, quia hoc totum negotium geritur contra ius ciuile. Quomodo fictio & interpretatio iuris locum habere poteſt in his quæ contra ius ciuile fiunt? Concludendum igitur eſt poſſ. hoc caſu naturalem tantum & corporalem non etiam ciuilem, transferri in vxorem. Atq; hinc facile diluere poſſumus quæ vulgo obiici ſolent aduerſus hanc ſententiam. Primum obiicitur l. inter virum. 46. de don. inter vir. & vxo. *Inter virū & vxorem nec poſſeſſionis vlla donatio eſt.* His verbis ſignificare videtur I. C. cum maritus donat vxori ſuæ, vxorē non poſſidere. Sed hoc nihil ad rē pertinet. Loquitur enim I. C. de donatione ipſa, non de poſſeſſionis translatione. Ecce ꝙ dicitur lege prohibitam eſſe donationem inter vir. & vxo. hoc eſt ita intelligendum ſiue alter alteri donet proprietatem, ſiue poſſeſ. tantum. Quia generaliter lex prohibet donationem inter vir. & vxo. conſtante matrimonio. Intelligitur itaque prohibita, nō tantum proprietatis donatione, ſed etiam poſſeſſionis. Si maritus donet fundum vxori, ita vt fructus tantum capiat, nec hæc quidem donatio poſſeſſionis valet, quamuis proprietatis non ſit. Sed ſi ex hac cauſa poſſeſſio transferatur in mulierem, alia quæſtio eſt, & nos dicimus hic poſſeſ. naturalem & corporalem transferri in vxorem, quia res facti nullo iure ciuili infirmari poteſt. Rurſus obiicitur l. 3. §. Sciendum. de don. inter. vir. & vxo. vbi dicitur *Si alter coniugum alteri quidquam donauerit, ipſo iure irritam eſſe donationem, & traditionem nihil valere.* Ecce I. C. non tantum loquitur de translatione dominij, ſed etiam de translatione poſſeſſionis. Cum ait, *traditionem non valere*, nōne ſatis oſtendit his verbis poſſeſſionem non valere? Sed ego interpretor, *traditionem non valere*, id eſt, effectum iuris non habere, hanc traditionem facti tantum non iuris eſſe. Ipſo iure (ait) non valet nec donatio, nec traditio rei donatæ. Itaque hac traditione dominium non acquiritur, quamuis alioqui traditione dominium acquiratur. l. Traditionib. C. de pact. Sed de facto ipſo hoc intelligi non poteſt. Nam nullum ius efficere poteſt, vt quod traditum apprehēſumve eſt, traditum apprehenſumve non ſit. Non poſſumus dicere traditionem non valere, id eſt, rem traditam non eſſe. Eodem pertinet l. ꝙ vxor. 16. hic. *Quod vxor* (inquit) *viro.* Ecce his verbis ſignificat I. C. quod vxor viro, aut vir vxori donat, id poſſideri pro poſſeſſore. Poſſeſſio hæc iniuſta eſt, nec eſt cōprobata iure ciuili, ꝑ poſſeſſore poſſidet prędo. l. ꝑ hęrede enim. §. vl. de petit. hæred. *Quod vxor.* His pauciſſimis verbis complectitur I. C. quæcunque à nobis dicta ſunt: nempe hanc poſſeſſionem eſſe in-

eſſe iniuſtam. Sunt & alij loci quib. oſtendi poſſe videtur hanc poſſeſſionem iuris eſſe, atque ideo ciuilem poſſeſ. nedum naturalem transferri in vxorem. de his nunc videndum eſt. Primum illud adducitur, quod hæc poſſeſſio ad vſucapionẽ prodeſt. Vſucapio autem iuris eſt. Ergo hæc poſſeſſio ciuilis eſt, & iuris effectũ habet, vſucapio dubiũ non eſt quin iuris ſit, vt dicitur in l. Bonæ fidei. 48. §. 1. de acq. rer. do. Et id ex eo conſtat, quia eſt acquiſitio dominij per continuationem poſſeſſionis. l. 3. de vſuca. Hanc autẽ poſſeſſionẽ quę transfertur in vxorẽ, prodeſſe ad vſucapionem ſatis videtur expreſſum eſſe duobus in locis, vnus eſt in l. ſed & ſi conſtante. 25. de don. inter vir. & vxo. Alter ſimilis eſt in l. 3. pro don. Vir vxori ſuæ dedit rẽ alienam, eam vxor poſſedit longo tempore, an vſucapiat? Et dicitur eam vſucapere, ſi res aliena data fuerit, & hoc apertius explicatum eſt in d. l. Sed & ſi conſtante. Si verum eſt hanc poſſeſſionem prodeſſe ad vſucapionem, cur non dicemus eam ciuilem eſſe? Secundum argumentum eſt, quia mulier rei ſibi donatæ à marito acquirit fructus. Fructuum acquiſitio eſt iuris. vide l. 17. de fructib. de don. inter vir. & vxo. Domina efficitur fructuum perceptorum ex re donata. Ergo hęc poſſeſſio effectum iuris habet. Quod ſi verum eſt, dicenda eſt poſſeſſio non tantum corporalis, non tantum naturalis, ſed etiam ciuilis eſſe. Tertium argumentum eſt, quia propter hanc poſſeſſionem competit vxori interdictum *Vnde vi.* quod eſt recuperandæ poſſeſſionis. l. 1. §. deiicitur, de vi & vi arma. *Deiicitur is qui poſſidet.* Denique & ſi maritus vxori donauit ea quæ vi deiecta ſint, poterit interdicto vti. Propter hanc igitur poſſeſſionem competit interdictum mulieri, ſi vi deiecta ſit. Hoc interdictum eſt actio quædam. Actio eſt ius. Sic videris aliquod ius naſci ex hac poſſeſſione, vnde conſequens eſt hanc poſſeſſionem non tantum corporalem eſſe, ſed aliquid iuris habere. Nunc diluenda ſunt omnia obiecta. Primum quod obiicitur de vſucapione, quod hæc poſſeſſio prodeſt mulieri ad vſucapionem. Ergo iure ciuili confirmatur & comprobatur hæc poſſeſſio, ergo aliquid iuris habet. Hic locus nos admonet vt exceptionẽ addamus iis quæ ſupra diximus. Quod dicimus hanc poſſeſſionem nihil iuris habere, iure non confirmari, hoc eſt intelligendum reſpectu ipſius mariti, qui donauit vxori, non autem reſpectu extraneorum. Exempli gratia. Si maritus donauit rem ſuam vxori, non poſſumus dicere effectum habere eam donationem, propter prohibitionem legis. Nam lex prohibet donationem inter virum & vxorem conſtante matrimonio, ne alter pauperior ex donatione, alter ditior fiat. Contra legem fiet, ſi dicamus acquiri ex ea donatione vxori vel dominium rei donatæ, vel etiã poſſeſſionem, ciuilẽ poſſeſſionem quæ ciuilis ſit per quam aliquid auferatur marito, quod noceat marito. Eo enim reſpexit legislator ne donans fiat pauperior, ne propter mutuum amorem is ad paupertatẽ redigatur. Sed ſi ponamus rem alienã donatam eſſe, ceſſat hæc ratio: & ſi dicamus acquiri legatario propter lõgi temporis poſſeſſionem, ea res nihil nocet ei qui donauit. Nam ne euicta quidem re tenetur donator de euictione. l. Ariſto. 18. §. Labeo. de don. l. 2. C. de euict. In re igitur aliena quæ donata eſt, propter cuius donationẽ nihil amittit donans, dicendum eſt, quod hic dicimus locum non habere vt poſſeſſio hæc iuris effectum habeat. Nam cum iuris effectum habet, prodeſt ad vſucapionem.

Ad illud argumentũ de fructuum acquiſitione ſic reſpondeo. Mulier rei donatę acquirit fructus, in ea acquiſitione fructuum ius aliquod verſatur: concedo. Sed id non fieri propter poſſeſſionẽ, ſed propter bonã fidem, contendo. Mulier bonã fidem habens acquirit fructus. l. 45. fructus. de vſur. l. de fructib. 17. de don. inter vir. & vxo. Aliud argumentum eſt de interdicto vnde vi. ego reſpondeo, Interdictũ vnde vi, competit mulieri ſi deiiciatur de poſſeſſione. In eo interdicto ius verſatur. Hæc igitur poſſeſſio non eſt ſine effectu iuris. Hoc verum eſt, ſed hic effectus habet locum tantum aduerſus extraneum, aduerſus tertium à quo deiecta fuit mulier, non aduerſus maritum. Et breuiter dicendum, omne ius transferri ex hac donatione, quatenus donans ex ea donatione non efficitur pauperior. Tunc enim aduerſus legem, quæ donationem prohibet, nihil factum videtur. Quid enim intereſt, vir, an mulier vtatur interdicto aliquo aduersus eum, à quo deiecti ſunt? Idẽ igitur hic dicẽdum eſt quod de vſucapione. Cætera dicturus ſum in interpretatione d. l. quod vxor.

§. *Idem adquirimus, &c.* Alterum hic membrum eſt diuiſionis ſuperius traditæ *Adipiſcimur autẽ poſſeſſionẽ* (inquit Paul.) *aut per noſmetipſos: aut per alios quos in poteſtate noſtra habemus*: Hæc eſt diuiſio: de poſſeſſione quæ per noſmetipſos acquiritur, iam dictam fuit. Nunc incipit Paul. dicere de ea poſſeſſione quæ nobis acquiritur per alios. *Idem adquirimus.* Hæc poſſeſſio acquiritur nobis non tantum ſcientibus, ſed etiam ignorantibus, ex cauſa peculiari. Si ex cauſa peculiari ſeruus meus à me poſſeſſus aliquid poſſideat, ea poſſeſſio ſtatim mihi adquiritur etiam ignoranti. Et hæc eſt poſſeſſio quam diximus plurimum iuris habere. Et licet poſſeſſio præcipue facti ſit: hæc tamen de qua loquimur, plurimum à iure mutuatur. Ego non poſſideo per ſeruum, niſi interpretatione quadam & fictione iuris, vnde dicitur hæc poſſeſſio plurimum iuris habere, plurimum à iure mutuari. Quod non eſt intelligendum quaſi aliquis actus corporalis non ſit, ſed quia non eſt apprehenſio corporalis eius cui acquiritur, ac ne animus quidem: ideo dicitur mere ciuilis eſſe poſſeſſio: acquiriturq; animo & facto alieno. l. 3. §. ſaltus. hic. *Quia noſtra volun.* I. C. addit rationem cur ita conſtitutum ſit, vt poſſeſſio per alias perſonas, vt per ſeruos in re peculiari nobis ignorantibus. & inuitis acquiratur. Hęc eſt ratio Pauli, *Quia noſtra voluntate intelliguntur poſſidere quod eis peculium habere permiſerimus.* Interpretatione iuris intelligitur dominus velle hanc poſſeſ. habere, quãuis ignorans ſit, propter conceſſionem peculij, quia peculium quidem aliud eſt quam quod ſeruus voluntate domini ſeparatum habet à rationib. domini, permittendo ſeruo peculium habere. Videtur etiam ei generaliter permittere vt ſtipuletur, vt poſſeſſionẽ apprehendat rei quam viſum fuerit ei acquirere. Ergo interpretatione aliqua iuris dicitur quodãmodo hic interuenire voluntas, quamuis ignorans ſit. *Igitur & ex cauſa.* Ex his quæ diximus apprehenſione acquiri poſſeſſionem ei qui intellectum habet, quamuis alias animus neceſſarius ſit & intellectus ad acquirendam poſſeſſionem: hinc tamen intellectus eius cui acquiritur non eſt neceſſarius. Non n. tantum corpore alieno, ſed & animo alieno acquiritur poſſeſſio. Atq; ita intelligendum eſt quod dicitur in §. Furioſus. ſup. vbi diximus. Furioſum non poſſe acquirere poſſeſſionem: per ſe quidem non poteſt acquirere poſſeſſionẽ, ſed per ſeruũ acquirere poteſt. *Et vſucapiunt.* Plerunque acquiritur poſſeſſio ignoranti, quæ poſſeſſio non prodeſt ad vſucapionem niſi ſcienti. Exemplum vnum eſt in l. poſſeſſio quoq;. §. vlt. hic. & l. 1. C. eod. poſſeſſio mihi acquiritur per procuratorem, etiam ignoranti, ſed non poſſum vſucapere eam rem, niſi à tempore ſcientię. Sed poſſeſſio quæ nobis acquiritur per ſeruum, eam etiam ignorantes vſucapimus. Et hoc eſt ſatis expreſſum in l. Labeo. 8. de vſuc. *Idem Iulianus.* Hęc regula Pedij multum exhibuit negotij in interpretatione huius capitis, ſed ea regula vera nõ eſt. Regula Pedij cuius meminit Labeo, nõ eſt vſquequaq; vera, nec eã probat Paul. Hæ enim perſonæ de quib. hic loquimur, ſuo nomine vſucapere non poſſunt, & tamen poſſunt per ſeruum, vt hic dicitur. Difficilis quæſtio hic tractari ſolet, an ex quacunq; cauſa ſiue ſit peculiaris, ſiue non ſit, poſſeſſio acquiratur ignoranti: quocunq; modo ſeruus apprehẽderit poſſeſ. rei alicuius ignorante domino, an acquiratur domino? Variæ ſunt opiniones, quarum receptior eſt eorum qui exiſtimant, quacunq; ex cauſa etiam non peculiari poſſ. acquiri domino ignorãti per ſeruum. Sed mihi probabilior videtur contraria opinio. Et puto ex cauſa peculiari hoc tantum habere locũ. Mouet me ꝙ hoc ex capite noſtro ſatis perſpicuũ eſt hanc fuiſſe Pauli mentẽ, cum ait, *Et quidẽ earum rerũ.* Si ex omni cauſa poſſet acquiri poſſ. domino ignoranti per ſeruum, nihil opus erat hæc adiicere. Dixiſſet Paul. Item acquirimus poſſeſ. per ſeruum aut filium qui eſt in poteſtate noſtra etiam ignorãtes. Non fuit cõtentus Paulus dicere, Acquirimus per ſeruũ, ſed ait, *Et quidẽ earũ rerũ.* Eiuſdem Pauli ſentẽtia repetitur in l. 3. §. ſaltus. hic. Saltus hyberni. *Nec nos monere debet.* Nõ potuit manifeſtius exprimere ſentẽtiam ſuam. Paulus alio quoq; in loco ipſe idẽ ſenſit l. pegre. 44. §. quæſitũ. Vt doceat cur poſſeſſio ex peculiari cauſa ignoranti domino per ſeruum acquiratur, rationem affert quæ addenda eſt ſuperiori. Duplex enim eſt ratio. Singulare hoc eſt, vtilitas ſuaſit vt ex cauſa peculiari ita domino per ſeruum acquireretur. Verba Pauli toties repetita in tot locis adeo ſunt perſpicua, vt dubium non ſit quin ita ſenſerit. Sed videndum, an quid repugnãs re-

periatur. Nam alij aliis locis qui repugnantes videntur, mouentur. Supereſt vt obiecta eorum diluamus. Primum obiicitur ſententiæ noſtræ, quod poſſeſſio per procuratorem domino etiam ignoranti acquiritur. l. poſſeſ. quoq; §. vlt. l. 1. C. eod. Ergo idem dicemus de ſeruo, vt ſicut per procuratoré acquiritur poſſeſſio nobis ignorantib. ex quacunq; cauſa, ita etiam per ſeruum. Sed diſſimilia hæc ſunt. Diſſimilitudo eſt propter mandatum quod procurator habet. Procurator eſt qui mandato domini negotia eius adminiſtrat. l. 1. de proc. Seruus mádatum non habet niſi in re peculiari. Mandatum quidem generale habet ſeru' in re peculiari, vt dicitur in l. 1. h. c. Hæc igitur ratio ceſſat in ſeruo non habente peculium. Altera obiectio eſt ex l. quod ſeruus. 24. *Quod ſeruus* inquit *qui in poteſtate tua eſt ignoranti tibi non corporalem poſſeſſionem, ſed iuſtā poteſt acquirere.* Hic I. C. generaliter ait iuſtā poſſ. mihi ignoranti acquiri per eũ qui eſt in mea poteſtate. ciuilis poſſeſſio tantum acquiritur per alium. Naturalis tantum quæ iuſta non eſt non acquiritur per aliũ, veluti violenta. Vtitur (vt aiunt) ſimilitudine ad hoc demonſtrandum, *Sicut*. Ergo non tantum ex cauſa peculiari poteſt ignoranti domino acquiri per ſeruum, ſed etiam ex alia cauſa. Reſp. Licet alij alia cóminiſcantur valde nugatoria, meo iudicio, particulã *Sicut*, paradigmaticã eſſe in hoc loco: *Sicut*, puta vt ſit exemplum. Hæc verba ſubiecit I. C. vt oſtenderet, aliquando acquiri poſſeſſioné ignoranti domino per ſeruũ, vt ex cauſa peculiari poſſidet ſeruus. Ideo hæc domino acquiritur qui ius non ſinit iniuſtã. Poſſeſſio autem ciuilis acquiritur per ſeruum. Tertium argumentum eſt ex §. item nobis acquiritur. Per quas perſo. Inſtit. vbi dicitur domino per ſeruũ etiam ignoranti acquiri & inuito. Subiicit, non tantum acquiri proprietaté, ſed etiam poſſeſſioné. vtrunque dicitur in eo. §. Non diſtinguit Imp. cauſam peculiarem ab alia cauſa, ſed dicit, *Nobis acquiritur per ſeruos.* Ergo dicendum eſt, ex quacunq; cauſa, non tantũ ex cauſa peculiari nobis per ſeruos noſtros nobis etiã inuitis & ignorantib. acquiri. Reſpondeo, loqui Iuſtinianũ in eo loco, cũ dicit per ſeruum domino etiã ignoranti & inuito acquiri, de dominij acquiſitione non poſſeſſionis. Dominiũ ius merum eſt, poſſeſſio facti, aut plurimum facti habet: ideo dominiũ facilius alij acquiritur pe aliũ quam poſſeſſio. Duo Iuſtinianus ponit. Primum per ſeruos noſtros nobis etiam inuitis & ignorantib. acquiri. Secundum, ius non tantũ dominij per ſeruum, ſed etiam poſſeſſionem acquiri. In hoc ſecundo dicto verbũ, *Inuitis*, non reperitur, & ſatis apparet hoc quod dixit, *Inuitis*, intelligédum eſſe de dominio. Quartum argumentũ eſt ex l. ſi me in vacuam. §. vlti. hoc tit. *Seruus quoq; meus* (inquit) *mihi ignorãti poſſeſſionem acquiret.* Non dicit ex cauſa peculiari. Ergo ex quacunque cauſa per ſeruum nobis ignorantib. acquiritur poſſeſſio. Ego reſpódeo quod ibi dicitur intelligendum eſſe ſecundum diſtinctionem quæ ſuperius tradita eſt, ſcilicet ex cauſa peculiari, cum ſerui noſtri aliquid peculiariter poſſident. Simili diſtinctione vtitur I. C. in §. ſed & per eum, qui proximus eſt, & diſtinguitur acquiſitionis cauſa. Interdum accidit, vt mihi aliquid acquirat, ſcilicet vel ex re mea, vel ex operis eius. Sed quomodo id intelligendum ſit plenius dicemus, cum peruenerimus ad explicationem d. l. ſi me in vacuam.

§. *Sed & per eum quem, &c.* Ex his quæ iam diximus de ſeruo per quem nobis acquiritur poſſeſſio, variæ quæſtiones naſcuntur. Hic enim quæritur, quid ſi ſeruus alienus ſit non meus, quid ſi ne ſeruus quidem ſit, ſed liber? quæritur etiam quid ſi ſeruus communis ſit: quæritur etiã quid ſi fructuarius ſit ſeruus. Prima quæſtio eſt in hoc §. de eo qui poſſidetur, vt proprius ſeruus. Ego poſſideo alienum ſeruum, vt meum, vel poſſideo liberum hominem tanquam ſeruum, quæritur an per eum acquiratur mihi poſſeſſio? Hoc definitum eſt hoc capite, in quo tria præcipue continentur, de quibus ſigillatim dicturi ſumus. Primum eſt per eum qui a nobis bona fide poſſidetur poſſeſſionem acquiri: bonæ fidei poſſeſſio habetur pro veritate, bona fide poſſeſſus habetur pro ſeruo. An autem liber homo poſſit poſſidere quæſtio eſt, de qua videnda eſt l. Cum hæredes. §. vltim. vbi id declaraturi ſumus. Liber homo qui forte creditur ſeruus eſſe, poteſt poſſideri, quo caſu liber homo poſſideri poteſt, tunc verum eſt quod hic dicitur. Si poſſideatur a nobis bona fide, eũ nobis acquirere poſſeſſionem poſſe perinde ac ſi ſeruus eſſet. intelligite quod hic dicitur acquiri nobis per eum quem bona fide poſſidemus, ſecundum diſtinctionem quæ prius tradita eſt, id eſt, acquiritur nobis etiam ignorantibus ex cauſa peculiari: ex alia cauſa ſcientibus tantum nobis, acquiritur. Addendum eſt præterea acquiri nobis poſſeſſioné ex duabus cauſis per eum, quem bona fide poſſidemus. Puta ſi acquirat ex re noſtra vel ex operis ſuis. Hæc diſtinctio traditur in Inſtitut. §. item placet. per quas perſon. nobis acquir. Et cum hac diſtinctione intelligendum eſt quod hic Paulus ait: licet ſimpliciter dixerit. Quarta cauſa addi ſolet, puta ſi me mandante, vel certum habente poſſideat, dicitur mihi acquirere poſſeſſionem ex hac cauſa. Hoc colligitur variis ex locis. Colligitur ex l. ſi me in. §. vltim. *Si nemine mec.* Idem colligitur ex leg. Nunquam. 31. §. ſeruus. de vſucap. Sed animaduertendum eſt hunc ſeruum acquirere tanquam procuratorem, vel negociorum geſtorem, non tanquam ſeruum proprium vel alienum. Sicut nobis procurator vel negotiorum geſtor acquireret, ita etiam acquirit. Sed an idem dicemus ſi filius meus ab alio poſſideatur? Seruus alienus a me bona fide poſſeſſus habetur pro ſeruo meo in acquirenda poſſeſſione. An idem dicemus de filio? Puto filium meum eſſe qui non eſt, & dicendum per eum non acquiri poſſeſſionem: etiamſi bonam fidem habeant. Hæc diſtinctio ſerui & filij obſeruanda ex l. per eum, hic. Ratio diuerſitatis traditur in l. Iuſto. de vſucap. *Iuſto* (inquit) *errore.* Vbi enim ratio eſt diuerſitatis, oſtenditur hoc conſtitutum eſſe, quia frequenter accidit, vt comparentur liberi homines pro ſeruis. Iura ſolent adaptari ad ea quæ frequenter accidunt inter homines. l. Nam ad ea. de legibus. Sed de eo plenius dicturi in interpretatione d. l. per eũ. Diximus ex hoc §. tria eſſe notanda.

Primum expeditum eſt. Secundum eſt, malæ fidei poſſeſſorem non acquirere poſſeſſionem. *Quod ſi mala fide.* Ego poſſideo alienum ſeruum tanquam meum, quem tamen ſcio alienum eſſe, is mihi non acquiret poſſeſſionem. Ratio non eſt obſcura, nõ eſt viſum vtile, neque honeſtum, vt ex delicto ſuo poſſeſſor lucrum faciat. In delicto eſt is qui prudens & ſciens ſeruum alienum vel liberum hominem poſſidet vt ſuum. Tertium eſt, Seruum meum qui ab alio poſſidetur, mihi non acquirere poſſeſſionem. Item liberum hominem qui ab alio poſſidetur, ſibi non acquirere poſſeſſionem. Si ſeruus meus ab alio poſſideatur, plærunque acquirit poſſeſſionem poſſeſſori ſuo, puta ſi bona fide poſſideatur: plærunque non acquirit, puta ſi poſſideatur mala fide. Sed cum hoc caſu non acquirat poſſeſſionem poſſeſſori, an ſaltem eam mihi acquirat qui dominus eius ſum? hic dicitur non acquirere domino qui ab alio poſſidetur. Et hinc annotanda eſt differentia proprietatis & poſſeſſionis in acquirenda proprietate aut poſſeſſione. Ecce ſeruus meus qui poſſidetur ab alio bona fide, acquirit ei poſſeſſionem ex duabus cauſis. Si acquirat ex re poſſeſſoris vel ex operis ſuis, mihi autem vero domino extra eas cauſas acquirit proprietatem, ſed poſſeſſionem mihi acquirit, ſi mala fide poſſideatur. Ex quo notandum eſt facilius per alium acquiri dominium quam poſſeſſionem, quia dominium merum ius eſt, vt dixi. Poſſeſſio facti eſt, aut plurimum facti habet. Acquirit igitur proprietatem ſine poſſeſsione. Sed quomodo fieri poteſt vt dominium acquirat ſine poſſeſsione? Oportet apprehendere rem. Traditionibus dominia rerum acquiruntur. l. Traditionibus. C. de pact. §. per traditionem. de rer. diui. in Inſtit. Ecce ego reſpondeo in hoc caſu is qui bona fide poſsidetur, apprehendit quidem rem: hac apprehenſione acquirit mihi dominium qui dominus eius ſum: quamuis ab alio poſsideatur. Poſſeſsio autem interpretatione iuris non intelligitur mihi acquiſita.

§. *Per ſeruum communem, &c.* Hæc quæſtio de communi ſeruo etiam pendet ex ſuperioribus. Diximus per ſeruum acquiri poſſeſsionem. De ſeruo proprio non dubitatur. Quid ſi ſeruus communis mihi ſit cum alio, an mihi, an ſibi acquiret poſſeſsionem? Non eſt dubium quin ſeruus mihi & alij communis nobis acquirat poſſeſsionem pro parte. Sed dubium eſt an mihi acquirere poſsit poſſeſsionem, aut ſocio meo in ſolidum. Hic I. C. ait, in ſolidum poſſe acquirere, quod tamen non caret dubitatione. Nam ſeruus communis nõ eſt ſingulorum totus, ſed pro partib. indiuiſis, quæ intelle-

intellectu magis quam corpore habentur. l. ſeruus communis. de ſtipul. ſer. In ſolidum tamen acquirit. Nam in rationibus acquirendi ſeruus cōmunis duorum ſeruorum perſonam ſuſtinere dicitur. dict. leg. ſeruus communis. Cum non poteſt omnibus acquirere, acquirit tantum vni. Sed quomodo id fieri poteſt? Duo non poſſunt eādem rem poſsidere in ſolidum. l. 3. §. ex contrario. hic. Sed hic non dicit duos in ſolidum poſſidere eandem rem, ſed dicit poſſe vnum in ſolidum acquirere per ſeruum.

§. *Per eum in quo vſumfructum. &c.* Hic tractatur alia quęſtio pertinens ad ea quæ ſuperius dicta ſunt. Dictum eſt poſſeſsionem nobis acquiri per ſeruum qui eſt in poteſtate noſtra. Vnde quæritur an idem dicendum ſit de eo cuius vſumfructum habemus, non dominium, non proprietatem. Ait Paulus, per eum in quo vſumfructum habemus nos poſsidere poſſe. Ergo ꝙ dicitur per ſeruum nobis acquiri poſſeſsionē intelligendum eſt, ſiue domini ſimus eius ſerui, ſiue vſumfructum tantum habeamus: non quod nihil interſit inter proprietatem & vſumfructum, ſed quod in hac re conueniāt. *Sicut ex operis ſuis. &c.* Hæc ſubiecit, vt oſtenderet non acquiri nobis poſſeſsionem per ſeruum fructuarium ex quacunque cauſa. Per ſeruum in quo habemus vſumfructum, dupliciter nobis acquiritur poſſeſsio, ſi apprehenderit poſſeſſionem vel propter rem noſtram, vel propter operas ſuas. Hoc diſtinctius traditum eſt in l. Poſſeſsio quoque. *Nec ad rem pertinet. &c.* Hic occurrit obiectioni. Seruus fructuarius à nobis non poſſidetur, is qui habet vſumfructum non poſſidet. Quomodo igitur poteſt ſeruus, cuius vſumfructum tantum, non etiam dominium habemus, acquirere nobis poſſeſſionem? Iuriſconſul. ait ad rem non pertinere quod ipſum non poſſideamus. *Nam nec filium. &c.* Non eſt verum inquit Paulus non poſſe nobis acquiri poſſeſſionem niſi ab eo quem poſſidemus. Nam acquiritur nobis poſſeſſio per filium, qui tamen à nobis non poſſidetur. Filii nulla eſt poſſeſſio, vt liberi hominis. Hinc obiter notandum eſt quod vſufructuarius non poſſidet. *Nec ad rem pertinent* (inquit) *quod ipſum non poſſideamus.* Idem dicitur in aliis quibuſdam locis, vt in l. acquiritur. de acqu. rer. domi. & aliis ſimilibus. Alibi tamen dicitur vſufructuarium poſſidere, veluti in leg. naturaliter. hic. Naturaliter videtur poſſidere is qui vſumfructum habet: Poſſeſsio naturalis eſt ſpecies poſſeſsionis. Ego attigi aliquid de hac re in interpretatione ipſius tituli, & dixi eum qui habet vſumfructum reuera naturaliter poſsidere. Omnia quæcunque neceſſaria ſunt ad poſſeſsionem, hic concurrunt. Primum interuenit poſſeſsio corporalis, deinde accedit animus poſſidendi, ſi non ſibi, ſaltem alii. Diximus eum poſsidere qui animum poſsidendi habet vel tenendi vel ſibi vel alii, vt vſufructuarius: igitur merito dicitur poſsidere naturaliter. Sed ideo dicitur in aliis omnino non poſsidere, nam non ſibi ſed alii poſsidet. Qui non ſibi poſsidet, ſed alii, is poſsidere non poteſt. & hæc difficultas naſcitur ex homonymia: idque alias oſtendit ſimilitudine. Vſufructuarius igitur naturaliter poſsidet, ſed non ſibi poſsidet ſed proprietario. Hoc vulgare eſt, ſed tamen obſeruatione dignum, vſufructuarium haberi pro procuratore eius qui proprietatem habet. l. 1. §. vltim. de ope. noui nunt. De quo dicemus fuſius in interpretatione d. l. naturaliter. in princ. infra eodem.

§. *Ceterum & ille per quem, &c.* Paulus hic interpretatur ea quæ iam dicta ſunt ab eodem in §. item acquirimus. ſupra dictum eſt in eo §. acquiri nobis poſſeſsionem per ſeruum qui in poteſtate noſtra eſt, etiam plerunque ignorantibus nobis: veluti ſi ex cauſa peculiari poſſeſsio apprehendatur. Hic quæritur qualis eſſe debeat ille ſeruus per quem acquiritur nobis poſſeſsio? An nihil referat cuius ſit ætatis? Hic Paulus noſter ait, *Ceterum & ille, &c.* Sicut cum acquirimus poſſeſsionem per noſmetipſos, neceſſarius eſt intellectus noſter, iudicium noſtrum in acquirenda poſſeſsione: ita etiam cum acquirimus per alium, puta, per ſeruum noſtrum, neceſſarium eſt eius iudicium & animus eius poſsidendi. *Et ideo ſi furioſum.* Furioſus qui intellectu caret, non poteſt habere animum acquirendæ poſſeſsionis domino ſuo. Quia ad acquirendam poſſeſsionem requiritur animus, intellectus, iudicium. Hoc requiritur in ſeruo, quamuis nihil referat plærunque quem intellectum habeat is cui acquiritur: ex quibus cauſis acquiritur ignoranti poſſeſsio. Tamen requiritur in eo, per quem acquiritur animus & iudicium. *Quia ſi impuberem*, &c. Hæc differentia furioſi & impuberis declarata eſt à nobis in §. ſed furioſus. Sed quamuis pupillus firmum iudicium non habeat, non tamen iudicio prorſus caret, ſicut furioſus. Furioſus nullam mentem habet, nullum iudicium. Nos diximus hanc eſſe differentiam inter furioſum & pupillum. Quæritur apud Accurſ. ſi quis tradiderit ſeruo meo furioſo rē aliquam eo animo vt mihi acquiratur per ſeruum meum furioſum, an acquiratur mihi poſſeſſio, an ſufficiat animus tradentis. Is qui mihi vendidit rem aliquam volebat in me transferre eius rei poſſeſsionem, tradens eam ſeruo meo, an propter eius animum, eius rei poſſeſsio mihi acquiratur? Variæ ſunt rationes & opiniones quæ hinc inde adducuntur. Qui putant animum tradentis ſufficere, vtuntur hoc argumento, aiunt: Qui poteſt nobis inuitis, poteſt etiam nobis non intelligentibus. l. 4. de fideicom. lib. l. qui poteſt. de reg. iur. & l. qui mihi don. 13. de donat. Quidam mihi rem donatam acquiri volens, tradidit eam procuratori meo eo conſilio vt mihi acquireret. Procurator meus eam accepit, non mihi, ſed ſibi potius vel alii acquirere volens. Quæritur an mihi acquiſita ſit? I.C. ait, acquiſitam eſſe mihi etiam procuratore meo inuito propter animum tradentis, qui vult eam rem mihi acquiri inuito ſeruo: in propoſita ſpecie acquireretur domino poſſeſsio. Quid ergo refert an ſeruus furioſus ſit, an non ſit? Quia ſi ſeruus ſanæ mentis eſſet, non poſſet impedire acquiſitionem & tranſlationem poſſeſsionis. Hoc argumento vtuntur qui exiſtimant hoc caſu acquiri poſſeſsionem domino: quibus non aſſentior. Exiſtimo cum plæriſque aliis hoc caſu non acquiri domino poſſeſsionem. Nam verum eſt cum nobis acquiritur poſſeſsio, per alium requiri animum eius per quem nobis acquiritur. Hoc liquet ex verbis Pauli quæ hic interpretamur. Ergo non ſufficit voluntas & conſilium eius qui tradit rem ſeruo meo, vt mihi acquiratur: ſed neceſſaria eſt voluntas eius per quem nobis acquiritur. Nec ſufficit dicere animum meum qui dominus ſum, interuenire ſimul cum apprehenſione corporali ipſius ſerui, hoc non ſufficit. Nam pręter animum domini cui acquirenda eſt poſſeſsio, animus etiam ſerui, per quem acquiritur, neceſſarius eſt. Animus domini neceſſarius eſt, niſi cum acquirit ſeruus ex cauſa peculiari. Extra hanc cauſam non acquiritur poſſeſsio domino præterquam ſcienti. Sed præter hanc voluntatem domini neceſſarius eſt animus eius, per quem acquiritur. Nihil refert quo animo is fuerit qui ſeruo rem tradiderit, ſi ſeruus non habuerit animum acquirendi domino ſuo. Sed quid reſpondebimus ad leg. qui mihi donatum. de don. Ad eam l. aliter reſpondeo quam cæteri: eam legem eſſe accipiendam de acquiſitione dominii, & non de acquiſitione poſſeſsionis. Quærebatur in ea leg. qui mihi donatum, an inuito procuratore acquiſitum eſſet dominium domino qui procuratorem conſtituit. Ea quæſtio propria eſt tit. de acq. rer. dom. Quærebatur igitur an dominiū eſſet mihi acquiſitum inuito procuratore: & ait I.C. inuito etiam procuratore dominium eſſe acquiſitum. Ego iam ſæpe admonui, facilius nobis acquiri dominium per alium quam poſſeſsionem. Dominium eſt merum ius, poſſeſsio facti. Cum igitur per aliam perſonam de acquirenda re agitur, multum intereſt inter poſſeſsionem & dominium. Atque ideo & ſi dixerimus inuito procuratore dominium acquiri domino, non ideo conſequens eſt poſſeſſionem acquiri. Ego ſcio quid alii reſpondeant, & ideo videbitur forte παράδοξα noſtra opinio. Sed non video cur procurator qui non habet animum acquirendi domino, à ſeruo furioſo diſtinguatur. Ego dicam de hac re plenius & accuratius in §. per procuratorem. infr. hac l.

§. *Pupillus per ſeruum ſuum.* &c. Hoc pertinet ad ea quæ dicta ſunt in §. Cæterum. Dictum eſt poſſeſsionem mihi acquiri per ſeruum etiam impuberem, ſi iuſſero ſeruo meo ire in poſſeſsionem. Hinc quæritur quid ſi ego impubes quoque ſim non minus quam ſeruus ille cui iubeo meo nomine poſſeſsionem apprehendere: cum vterque noſtrum ſit impubes, quæritur an mihi impuberi acquiratur poſſeſsio? I. C. ait *pupillus per ſeruum, &c.* Quæ dicta ſunt in ſuperiore capite ac-

quiri nobis poſſeſsionem per ſeruum quoque impuberem, ita intelligenda ſunt, etiam ſi impubes ſit qui iubet ſeruo ſuo impuberi, vt in poſſeſsionem eat; modo tutore autore iubeat. Hoc addidit Paulus vt oſtenderet ſe etiam loqui de eo pupillo qui infans eſt. Nam in §. ſed furioſus. & leg. quamuis. §. infans. dictum eſt, pupillum etiam ſine tutore acquirere poſſeſsionem. Sed notandum eſt non requiri iuſſum pupilli, nec autoritatem tutoris in cauſa peculiari. Quia ignoranti pupillo, infanti, furioſo acquiritur poſſeſsio per ſeruum ex cauſa peculari. Acquiritur enim ea poſſeſsio animo & corpore alieno. leg. 3. §. ſaltus. hic. Sed ex alia cauſa quam peculiari non acquiritur niſi ſcienti. Ideoque non acquiritur furioſo, infanti, qui iudicium non habet. Hinc quæritur apud Accurſ. Quid ſi ſeruus pupilli vi occupauerit poſſeſsionem, idq; tutore autore, an per hunc ſeruum acquiratur poſſeſsio pupillo? Ego exiſtimo (vt breuiter dicam quod ſentio) poſſeſsionem hic non acquiri. Qua ratione mouear, ego mox oſtendam. Sed interim illud notate quod ſæpe iam repetiui, Poſſeſsionem, quæ nobis acquiritur per alium, ciuilem dici magis quam naturalem. Ciuilis dicitur, quia interpretatione quadam iuris intelligitur poſsidere: Poſſeſsio autem ciuilis non poteſt iniuſta eſſe. leg. quod ſeruus. hic. Atque ius non fingit aliquem poſsidere, niſi eum poſsidere iuſtum ſit. Cum non eſt iuſta cauſa poſsidendi, abſurdum eſſet dicere ciuilem eſſe poſſeſsionem. Quomodo ius aliquid contra æquum interpretaretur? Nec quicquam facit tutoris autoritas in hac hypotheſi. Nihil ad rem pertinet quod dicitur tutoris autoritatem interueniſſe: in re legibus prohibita, quid facit tutoris autoritas? Tutoris autoritas non pertinet ad ea, quæ legibus prohibita ſunt: cuiuſmodi eſt poſſeſsio iniuſta, vi occupata. l. ſi procurator. de condict. indeb. Nec mouere nos debet quod dicitur in l. is qui in puteum. §. ſi tutoris. quod vi aut clam. Ex qua lege argumentum ducunt ii, qui contra ſentiunt. Si tutor vel curator aliquid fecerit vi aut clam in alieno, aduerſus pupillum datur interdictum quod vi aut clam: eo nomine agitur aduerſus pupillum, quia acceſsit tutoris autoritas. Sed dicendum eſt agi aduerſus pupillum: non quod is poſſeſſor ſit eius operis, ſed vt patientiam prǫſtet demoliendi eius operis quod factum eſt. Hoc interdictum ad patientiam prǫſtandam datur etiam aduerſus eos qui non poſsident, puta aduerſus colonum. l. Denique. quod vi aut clam. Quem certum eſt non poſſidere, &c.

§. *Per ſeruum qui in fuga, &c.* Hic quoque tractatur quæſtio ad ſuperius dicta pertinens de acquirenda poſ. per ſeruum. Acquiritur nobis poſſeſsio per ſeruum qui in noſtra poteſtate eſt. Sed ſi ſeruus aufugerit à domino ſuo, an is quoque dicetur poſſeſſionem acquirere domino ſi poſſeſſionem alicuius rei apprehenderit? Diſſenſio fuit veterum I. C. in hac re & opinionum varietas. Nerua filius exiſtimauit, nihil nos poſſe per ſeruum, qui in fuga eſt, poſſidere: alii diſſentiebant ab eo. Et obtinuit per eum nobis acquiri poſſeſſionem, ſi à nullo alio poſſideatur. Nam nec ſibi, nec alii acquireret, ſi diceremus eum non acquirere domino. Non poteſt alii acquirere quam domino, quia à nullo alio poſſidetur. Sibi non acquirit, quia eſt ſeruus. Vtilitas igitur ſuaſit vt ita conſtitueretur. Præterea ſeruum qui in fuga eſt nos poſſidemus, præterquam in exceptis caſibus. Tametſi res alia mobilis, poſtquam deſinimus eam retinere ſub cuſtodia noſtra, eam amittamus. Tamen aliter conſtitutum eſt de ſeruo vtilitatis cauſa iure ſingulari. Hoc dicitur duobus in locis ſub hoc tit. Vnus eſt in leg. Pomponius, 13. in princip. alter in l. rem quæ nobis. *Ego*, inquit Vlpianus in dict. leg. 13. *dominium me retinere puto, poſſeſſionem non puto.* Facilius amittimus poſſeſſionem rei mobilis quam immobilis. Præterea rei mobilis dominium nõ amittimus, quod in mare demerſa ſit. Nec eſſe ſimile fugitiuo. Hoc ratione quadam ſingulari conſtitutum eſt in ſeruo fugitiuo, ne alias ei ſit liberum aufugiendo quotieſcunque voluerit, priuare dominum poſſeſſione ſui. Id multum incommodi adferret dominis ſuis. Huic ſimile eſt quod dicitur in dict. leg. rem quæ nobis. Et hæc ratio eſt quare videamur fugitiuum poſſidere, quod is quemadmodum aliarum rerum poſſeſſionem interuertere non poteſt, ita ne ſuam quidem poteſt. Etſi ſeruus mihi ſurripuerit rem aliquam meam, non ideo poſſeſſionem amiſi eius rei, quanuis ſi ſubrepta ſit ab alio, poſſeſſionem amiſerim. Nam ne poſſeſſionem quidem ſuam poteſt interuertere ſeruus. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. 3. §. ſi ſeruus Spartacus, propter quem bellum ciuile ortum eſt Romæ. Seruus igitur qui in fuga eſt, nihilominus poſſidetur à domino ſuo, poſſeſſionem ſuam interuertere non poteſt non minus quam aliarum rerum. Cum poſſideamus eum, mirum non eſt ſi poſſeſſio per eum nobis acquiratur: ſed animaduertendum, in hac poſſeſsione acquirenda domino animum ipſius ſerui neceſſarium eſſe: & ſi plerique aliter exiſtiment. Id apertiſsime expreſſum eſt, & diſertiſsime in hac leg. quam interpretamur. §. hæc quę de ſeruis. infra. *Nam ſi ſeruum tuum poſſidere iubeas* &c. Generaliter loquitur Iureconſul. quæcunque hactenus de ſeruis dicta ſunt in hac prolixa diſputatione de acquirenda per ſeruos poſſeſsione, intelligenda ſunt ſi ſerui ſuis dominis velint acquirere. Et forte ſeruus qui in fuga eſt, habet animum redeundi ad dominum ſuum, & vult poſſeſsionem acquirere rei alicuius, vt in gratiam eius redeat. His quæ diximus opponitur vt contraria l. ſi ſeruus. de public. in rem actio. Vbi Pomponius ait, *Si ſeruo, qui in fuga eſt, res ſit tradita, publicianam competere domino, licet poſſeſſionem rei traditæ per eum nactus non ſit.* His verbis vtitur Iuriſconſultus. Zaſius ait, nunquam ſe vidiſſe antinomiam explicatu difficiliorem, nec diſsimulat ſe eam explicare non poſſe ſine diuinatione, vt ait. Verba Pomponii ita accipit Zaſius, quaſi diceret per ſeruum poſſeſsionem nobis acquiri non poſſe. Sed non ita dicit. Senſus verborum Pomponii eſt: Publiciana actio competit etiam eo caſu quo poſſeſſio non acquiritur per ſeruum qui in fuga eſt: & certum eſt non ſemper acquiri poſſeſsionem per ſeruum qui in fuga eſt. In primis excipitur caſus in noſtro capite, ſi ſeruus ab alio poſsideatur. Alia exceptio eſt in l. 3. §. ſi ſeruus. Si ſeruus proclamet ad libertatem, & diu in libertate ſit moratus. Quid ergo incommodi eſt in ea re? Publiciana actio mihi competit, licet poſſeſsionem rei traditę per eum nactus non ſim: etiam eo caſu quo poſſeſsio non acquiritur per ſeruum qui in fuga eſt, datur mihi actio publiciana. Vt cpetat actio publiciana ſufficit quęcunque apprehenſio. In ea ſpecie apprehenſa eſt res, aut ab eo qui publiciana agere vult, aut ab eius ſeruo: non eſt neceſſaria acquiſitio poſſeſsionis, vt publiciana actione agi poſſit.

§. *Per ſeruum corporaliter, &c.* Sequitur alia quæſtio pertinens ad ea quæ ſuperius dicta ſunt. Dictum enim fuit poſſeſsionem nobis acquiri per ſeruum noſtrum. Inde quæritur quid ſi ſeruus alicui in pignus datus ſit? Debitor tradidit ſeruum quendam ſuum in pignus, an per hunc ſeruum debitor poſsit acquirere poſſeſsionem? Hæc quæſtio eſt noſtra. Hic dicitur poſſeſsionem non acquiri ex ſententia Iuliani, nec id mirum, cum debitor hunc ſeruum non poſsideat. Debitor qui tradidit ſeruum ſuum in pignus alicui creditori, deſiit eum poſsidere, tradendo pignori transfert poſſeſsionem in creditorem. Nam pignus proprie eſt cum poſſeſsio tranſit. leg. ſi rem alienam. 9. §. proprie. de pignor. actio. Iureconſul. ait debitorem non poſsidere, niſi ad vnam tantum cauſam, ſcilicet ad vſucapionem. Dubitatum fuit apud veteres quiſnam poſsideat rem pignoratam, debitor qui tradidit, an creditor qui accepit. Et receptum eſt debitorem poſsidere ad vnam tantum cauſam, ſcilicet ad vſucapionem: creditorem ad alias cauſas. Sed cur ita conſtitutum eſt? Quia cum quæritur an transferatur poſſeſsio in aliquem, plerunque inſpici ſolet quod actum eſt inter dantem & accipientem. leg. intereſſe. hic. Vbi id fuſius explicaturi ſumus. Cum quæritur an ſequeſter poſsideat, inſpicimus quo animo res apud eum ſit depoſita. In pignore contrahendo hoc agitur vt creditor pignore accepto ſecurior fiat. Ita conſulitur creditori pro pecunia credita: quia melius eſt ei in rem incumbere quam obligatam perſonam habere. Acquirit ius in ipſam rem. Res ipſi obligatur, non tantum perſona. l. pignoris perſecutio. de pignoribus. Hæc rei perſecutio maxime ad eius ſecuritatem pertinet. Securior eſt poſſeſsione in ſe translata creditor, quam ſi poſſeſsionem non haberet, vt videlicet non tantum poſsit vindicare, ſed interdictum vti poſsidetis, quod eſt retinendæ poſſeſsionis, vel vnde vi, quod eſt recuperandæ, exercere: ſi forte ab eo res auferatur. Vtilia ſunt

iudicia poſſeſſoria, quibus non vteretur ſi poſſeſſionem non haberet. Vt autem ita poſsideat creditor, vt poſsit vſucapere rem pignoratam, non eſt credibile hoc agi inter dantem & accipientem, vt hoc agitur vt ſecurior ſit. Atque ideo non poterit vſucapere creditor, etſi longo tempore poſſederit: vſucapit autem debitor ipſe qui dedit, ſi forte dominus non erat. Hoc enim receptum eſt, quantum ad vſucapionem poſſidere debitorem, tantum ad alias cauſas creditorem. & ita accipienda ſunt quæ plerîſq; in locis extant ſcripta à iuris autoribus de hac poſſeſsione pignoris. Veluti in leg. pignori. in leg. ſerui. de vſucapion. in l. cum & ſolum. §. pignus. & l. ſi pignus. de pign. act. leg. per ſeruum de acquir. rer. dom. & l. ſi ſeruus. depoſ. In quibuſdam dicitur creditorem poſsidere, in aliis hæc diſtinctio adhibetur. Hæc quæ diximus de pignore de eo pignore intelligenda ſunt, quod dicitur conuentionale, quod proprie pignus dicitur. Non ſunt intelligenda de prætorio pignore, vt dicemus ad l. 3. §. vltim. hic. In prætorio pignore nulla eſt voluntas contrahentium, autoritate prætoris conſtituitur, non voluntate contrahentium. *Per ſeruum corporaliter pignori datum, &c.* Debitor qui tradidit rem ſuam in pignus non poſſidet eam, niſi ad vſucapionem. Sed an ſaltem creditor poterit acquirere poſſeſſionem per ſeruum pignoratum? Hic Iureconſultus ait, *Sed nec creditorem. &c.* Videbatur creditorem acquirere poſſeſſionem, quia poſſidet. Diximus debitorem poſſidere quantum ad vſucapionem, quantum ad omnes alias cauſas dicitur poſſidere creditor. Cur igitur per ſeruum pignoratum non acquiritur poſſeſſio creditori? Reſpon. Solam poſſeſſionem non ſufficere, vt nobis acquiratur poſſeſſio per ſeruum, vt ſupra dixi, nō ſufficit ſimplex & nuda poſſeſſio ad acquirendam poſſeſſionem per ſeruum. Vſufructuarius acquirit per ſeruum ex re ſua, vel ex operis eius: ſed hoc fit propter vſumfructum, quia illa acquiſitio poſſeſſionis eſt in fructu. leg. pignori. 13. de vſufruct. *Pignoratum*, (inquit) *ſeruum non vſucapimus, quia alieno nomine poſſidemus.* Supereſt hic tantum vna quæſtio. Cur hic dicitur pignus vſucapi à debitore? *Ad vſucapionem.* hic dicitur valere poſſeſſionem debitoris qui pignus dedit creditori ad vſucapionem. In aliis etiam locis aperte dicitur debitorem vſucapere poſſe: Creditorem vero vſucapere non poſſe. Sed hoc videtur conſiſtere non poſſe. Nam res data in pignus, vel eſt propria eius qui dedit, vel aliena. Si propria eſt, non poteſt eam vſucapere, quia res mea non poteſt amplius mea fieri. Si ſit aliena, non valet pignus. Pignus de re aliena non contrahitur. Quomodo igitur accipiemus quod hic dicitur hanc poſſeſſionem prodeſſe debitori ad vſucapionem, id eſt, vt vſucapere poſſit? Ego reſpondeo, rem alienam in pignus dari non poſſe, niſi bona fide poſſideatur ab eo qui in pignus dat: id enim accipiendum eſt cum hac explicatione: res quæ à me bona fide poſſidetur poteſt à me in pignus dari. l. ſi ab eo. de pignor. Res propter quam prætor dat mihi publicianam, ea poteſt ita in pignus dari: & ſicut prætor tuetur me per publicianam, ita etiam eum cui pignus dedi tuetur per Seruianam. Atque ita poteſt locum habere quod hic dicitur à Paulo noſtro. Poteſt fieri vt res aliena bona fide poſſeſſa, detur pignori à debitore. Cætera dicemus ad l. qui pignori. 36. hic.

§. *Veteres putauerunt.* Hic quoque tractatur quæſtio pendens ex his quæ ſuperius dicta ſunt in §. item acquirimus. Dictum eſt à nobis acquiri poſſeſſionem per ſeruum. Quæritur quid ſi ſeruus hæreditarius ſit, & agatur de acquirenda poſſeſſione alicuius rei hæreditariæ? Hic dicitur ex ſententia veterum iuris autorum non poſſe nos per ſeruum rem hæreditariam acquirere quæ ſit eiuſdem hæreditatis. *Veteres*, inquit, *putauerunt.* Id eſt, non tantum hæreditas ipſa non poteſt acquiri nobis per ſeruum hæreditarium, ſed nec quicquam quod eius hæreditatis ſit. Seruum autem hæreditarium hic nos accipimus qui iure hæreditario obuenit alicui, qui obuenit ei tanquam ſucceſſione in locum defuncti: hoc enim eſt hæredem eſſe, de quo fuſius diſſeremus ſub titul. de acquiren. hæred. Hæreditas eſt ſucceſſio, &c. l. nihil aliud. de verb. ſigni. Hæredem eſſe eſt eum locum tenere quem teneret defunctus. Ideoque vere dicitur in leg. hæreditas. de petit. hæred. hæredem eſſe, etſi bona nulla ſint in hæreditate. Si cui ſit delata hæreditas, & declarauerit ſe velle hæredem eſſe defuncti, non ideo poterit detrectare æris alieni ſolutionem, quod nihil ſit in hæreditate: non poterit ideo cauſari ſe hæredem non eſſe, quod nihil reperiatur in bonis defuncti, hęredem enim eſſe eſt repræſentare perſonam defuncti. Seruus hæreditarius eſt qui hoc iure obuenit alicui. Nec verum eſt hæreditatem tantum dici antequam adita ſit (vt plærique putant.) Certum enim eſt hæreditatem dici defuncti etiam poſtquam adita eſt, etſi plærunque res hæreditaria accipiatur ante aditionem hæreditatis. vt in leg. Mortuo. de fideiuſ. l. 1. §. 1. ſi quis teſtam. lib. &c. Hæreditas dicitur domina, ſed poſtquam hæreditas adita eſt, nihilominus dicitur hæres. Si hæres eſt, ergo hæreditas eſt. arg à coniugatis. Quæſtio eſt enim de ratione loquendi. In hac igitur quæſtione ſequamur vſum loquendi Iuriſconſul. vt in petitione hæreditatis. Petitur hæreditas poſtquam adita eſt. Hæc hæreditas diuiditur familiæ erciſcundæ iudicio inter hæredes. Sic venditur hæreditas adita. Itaque nihil incommodi eſt iudicio meo, ſi dixerimus ſeruum hæreditarium hic accipi etiam poſt aditam hæreditatem: licet aliqui diſſentiant. Regula gitur antiquorum eſt, non poſſe nos per ſeruum hæreditarium acquirere quod ſit eiuſdem hæreditatis, non modo hæreditas ipſa non poteſt acquiri per ſeruum hæreditariū, ſed nec quicquam quod ſit eius hæreditatis. Idem dicitur in leg. per ſeruum hæreditarium. 18. de acquiren. rer. dom. & in leg. hæres. 43. de acquir. hæred. Sed cur hoc ita conſtitutum eſt à veteribus vt neque hæreditas, neque alia res hæreditaria poſſit per ſeruum hæreditarium acquiri, cum etiam res empta acquiratur per ſeruum emptum: & per ſeruum legatum acquiratur res legata? Magna eſt controuerſia & diſſenſio de hac re, nec vllus eſt qui affirmare auſit perſpectam ſibi rationem huius veteris iuris. Sed ego ſemper exiſtimaui ex veteris iuris ſubtilitate hoc ortum eſſe. In iure veteri multæ erant ſubtilitates quæ magna ex parte emendatæ ſunt, vel à prætoribus, vel aliis magiſtrat. vel etiam ab ipſis iuris prudentibus. Paulus hic veteres citat. *Veteres* (inquit) *putauerunt, &c.* Vt oſtenderet quod hic dicitur veterum autoritate niti magis quam euidenti aliqua ratione. Priſcis illis Iuriſconſul. videbatur alienum & quodammodo abſurdum, vt hæreditas per hæreditatem acquiratur. Id quod acquirit & id quod acquiritur diſtincta eſſe debent ſi ſubtilitatem ſequamur. Hæreditarius ſeruus etſi hæreditas non ſit, tamen hæreditas conſtat ex rebus quæ continentur in patrimonio defuncti. Magna ſolennitas fuit olim in hac re. Hoc ſatis oſtendit ſolennitas illa cretionis, quæ tantum ſolennitas fuit. l. Cretionum. C. de iure delibe. Ex his ſubtilitatibus iuris antiqui quædam emendatæ ſunt vt dixi, quod iniquitatem habere viderentur, aliæ remanſerunt, vt hæc de qua inſtituta eſt à nobis diſputatio, quæ non videbatur aliquid incommodi habere, aut non multum habere, eas immutare neglexerunt prudenter legiſlatores ipſi. Admonet nos Vlpianus in titul. de conſtitut. princip. in nouis rebus introducendis euidentem vtilitatem eſſe debere. Ius vetus, etſi non deprehendatur forte vtile magnopere eſſe, modo non multum incommodi afferat, non debet abrogati. Alia ratione ſibi conſulere poteſt is qui vult acquirere, vel hæreditatem vel rem aliam hæreditariam quam per hæreditarium ſeruum. Eadem ratione diximus, cum diſſereremus de iure accreſcendi, non eſſe à iuriſprudentibus mutatum illud ius antiquum, quo fuerat cautum ne quis pro parte decederet teſtatus, & pro parte inteſtatus: quamuis hoc ſubtilitatem potius quam euidentem æquitatem habere videatur. Quæ ita ſubtilia ſunt vt iniquitatem habeant, ea forte mutata & emendata videntur à prętoribus, ſicut in ſeruitute ad tempus conſtituta: ſicut in obligatione ad tempus contracta. leg. ſeruitutes. de ſeruitut. l. obligationum fere. de oblig. & actio. Apud Paulum igitur hic tractatur quomodo ſententia veterum accipienda ſit: An longius produci debeat hęc regula. Exempli gratia. Sicut diximus rem hæreditariam non poſſe acquiri per ſeruum hæreditarium, an idem dicemus de pluribus ſeruis emptis, aut donatis, aut legatis? Vt per vnum ex his alii non poſſint acquiri, vt ſi emptor, vel legatarius per vnum velit acquirere poſſeſſionem aliorum, non poſsit propter regulam veterum. Ait Iuriſconſultus huc producendam non eſſe regulam veterum. Nam regula à veteribus tradita pertinet tan-

tum ad res hæreditarias & ad ſeruos hæreditarios. Ad ſeruos donatos, vel emptos, vel legatos non pertinet. Atque ideo ad eos produci non debet interpretatione. Hinc notandum
„ eſt ea, quæ ſubtilitatem habent, interpretatione ad alia pro-
„ ducenda non eſſe.l.quod vero.& l.neq; res.de legibus. Cum quid lege expreſſum eſt, bona occaſio eſt id ad ea quæ ad eandem vtilitatem tendunt, producere. Sed quod ſingulari iure receptum eſt, id produci interpretatione non debet. Subtilitas non eſt facile ad alios caſus extendenda. Præterea non producitur ad eos qui partim legatarii ſunt, partim hæredes. Quidam ex parte me hæredem inſtituit, & mihi prælegauit ſeruum, pro parte meus eſt iure legati, pro parte meus eſt iure hæreditario. Quæritur an poſſeſsio mihi acquiri poſsit per eum ſeruum rei alicuius hæreditariæ? Iuriſconſultus ait poſſe per eum poſſeſsionem acquiri. Sic deflectit Paulus à ſubtilitate ad æquitatem. Simile exemplum eſt in leg. qui abſente.38.§.vlt. Quod exemplum nos ſequi debemus quoties ſimilis occurrit ſubtilitas.

§. *Hæc quæ de ſeruis diximus*, &c. Ex ſuperioribus quoq; pendet hæc quæſtio, id eſt, ex his quæ diximus de poſſeſsione per ſeruum acquirenda, multæ ad eum locum quæſtiones pertinentes à nobis tractatæ ſunt. Ex iam dictis ergo naſcitur quæſtio. Cum dicimus per ſeruum nobis acquiri poſſeſſionem, an ſic accipere debeamus, Acquiri corporali apprehenſione ſerui, etiamſi non adſit ipſius ſerui voluntas & animus? Et videtur ſufficere corporalis apprehenſio ſerui, cuius miniſterio acquiritur domino poſſeſsio. Præſertim cum domino iubente res apprehenditur. Poſſeſsio quidem corpore & animo acquiritur. Sed cum ſeruus domino iubente & volente rem corporaliter apprehendit, vtrumque hic concurrit, animus & corpus. Animus ſcilicet domini poſſeſſionem ſibi acquiri volentis. Corporalis autem apprehenſio ſerui. Sed Paulus noſter hic ait voluntatem ſerui neceſſariam eſſe, non ſufficere factum ipſius, corporalem apprehenſionem ſerui. Ergo duorum voluntas requiritur hic in acquirenda poſſeſsione, vna domini, altera ſerui, volente domino debet ſeruus intrare in poſſeſsionem, debet ſeruus apprehendere poſſeſsionem animo acquirendi domino ſuo. Alias per ſeruum non acquiritur domino poſſeſsio. Hoc eſt quod dicitur corpore & animo alieno poſſeſsionem nobis acquiri, vt dicitur in leg.3.§.Saltus.hic. *Nam ſi ſeruum*, &c. Dictum fuit à nobis ſupra, hoc locum habere etiam in ſeruo qui in fuga eſt. In ea quæſtione quam tractaui de ſeruo qui in fuga eſt, quæſitum fuit, an ſeruus qui in fuga eſt, qui à nullo alio poſſidetur, acquirat domino poſſeſſionem, etiamſi non habeat animum acquirendi domino. Quidam exiſtimant non eſſe neceſſarium animum ſerui, quia alias nihil per ſeruum, qui in fuga eſt, domino acquireretur. Nam (inquiunt) non eſt credibile ſeruum qui in fuga eſt habere animum acquirendæ poſſeſſionis domino ſuo, quam ſententiam ſupra confutaui. Incidit difficultas ex leg. qui mihi donat. de qua diximus & mox dicemus in interpretatione §. ſequen.

§. *Per procuratorem*, &c. Hic §. pertinet ad diuiſionem ſuperius traditorum in §. item acquirimus. Hæc eſt diuiſio Pauli. Poſſeſſionem nobis acquirimus, aut per noſmetipſos, aut per alios qui ſunt in poteſtate noſtra: cuiuſmodi ſunt filii, ſerui: aut per alios qui non ſunt in poteſtate noſtra, veluti per procuratorem. Quæſtio igitur hic eſt an per procuratorem nobis acquiratur poſſeſſio? Et videtur acquiri non poſſe, ſi ſubtilitatem iuris ſpectemus. Regula enim eſt per liberam perſonam nobis non acquiri.l. ſi ita ſtipulatus.§. Chryſogonus. de verborum obligation. Sed tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt poſſit per liberam perſonam nobis acquiri poſſeſſio. Non tantum valuit in hac re ſubtilitas iuris, quantum vtilitas communis hominum. Subtilitate refragante hoc receptum eſt & confirmatum. Id ſatis oſtendit lex 8. per procuratorem. Cod. eod. *Per procuratorem vtilitatis cauſa*, &c. Hoc ſuaſit vtilitas, vt admitteretur: cum ſtricto iure ſecundum ſubtilitatem hoc non videatur recipiendum eſſe. Hoc conſtitutum eſt magna ratione de his qui ſunt in poteſtate noſtra.l. Stipulatio iſta.§.alteri.de verborum obligat. Dicebant veteres quod factum eſſet à filio videri à patre factum, qui filius à patre procreatus eſt: quam rationem imitati ſunt iuris noſtri autores, vt actionem filii ab actione patris non diſtinguant. Non igitur mirum eſt ſi omnes obligationes & actiones acquirantur patri per filium in cuius eſt poteſtate. Sed diſtinguunt hic Iuriſconſ. acquiſita ciuiliter, ab acquiſitis naturaliter. Hæc diſtinctio eſt in l. Ea quæ. de acquir. rer. domin. Poſſeſſio actus eſt maxime naturalis. Nihil magis naturale eſt quam apprehendere rem cum animo retinendi & poſſidendi. Poſſeſſio per quamcunque perſonam nobis acquiri poteſt. nec refert an ſit ſui iuris, an in poteſtate noſtra. Solet quæri quomodo accipere debeamus procuratorem in hoc loco. Cum dicimus per procuratorem nobis acquiri poſſeſſionem: an procuratorem accipere debemus cui hoc ſpecialiter à domino mandatum ſit, vt poſſeſſionem acquirat: an vero qui generalis ſit procurator? Ego exiſtimo procuratorem accipiendum eſſe, cui generalis bonorum adminiſtratio mandata eſt, etiamſi nominatim ei mandatum non ſit. Is cui libera bonorum omnium adminiſtratio conceſſa eſt, dicitur procurator, & huic conuenit definitio procuratoris. l. 7. de procurator. *Procurator* (inquit Cicero in oratione pro Cæcinna) *eſt qui alieni iuris vicarius* eſt. Cum ergo de procuratore hic ſimpliciter loquantur Iuriſconſul. nec requirat ſpeciale mandatum, dicemus quod hic dicitur ad procuratorem quoque vniuerſorum pertinere, quem Iuriſconſul. vocant aliquando procuratorem vniuerſorum bonorum, totorum bonorum, vniuerſarum rerum. Aliquando procuratorem ſimpliciter eum cui libera adminiſtratio bonorum conceſſa eſt.l.procurator cui generaliter. l. procurator totorum. de procurat. Nec diſtinguendus eſt procurator totorum bonorum, à procuratore, quem vocant cum libera. Hæc diſtinctio fuit incognita veteribus, vt puto. Exiſtimo igitur quod hic dicitur de procuratore, accipi eadem ratione de eo cui libera bonorum adminiſtratio conceſſa eſt. Mouet nos præterea, quod his verbis videtur Paulus noſter procuratorem tutori & curatori comparare. Non eſt dicendum tutori ſpecialiter mandatum quid eſſe, habet tantum generale mandatum. Illud etiam quæſitum eſt an poſſeſſio per procuratorem acquiratur domino directo & ſine vlla ceſſione. Et breuiter dicendum eſt nullam hic ceſſionem procuratoris requiri, ſed continuo directo poſſeſſionem acquiri domino per procuratorem miniſterio ipſius procuratoris. Procurator hic dicitur miniſterium alienæ poſſeſſionis præſtare.l. Quod meo. 18.hic. Dominus acquirit poſſeſſionem per procuratorem, idem miniſterio procurator poſſeſſor efficitur: non ita accipere debemus, quaſi in procuratorem poſſeſſio transferatur, deinde eam domino cedat. In actionibus acquirendis hæc ceſſio neceſſaria eſt. l. Poſſeſsio quoque. in fine.hic. Multum ego intereſt inter actiones ſiue obligationes quæ per procuratorem acquiruntur, & poſſeſſionem. Poſſeſsio ſtatim transfertur miniſterio procuratoris in dominum, non actio, non obligatio. Sed obiecerit aliquis idem de actionibus & obligationibus dicendum videri, quia dicitur in plerîſque locis emptionem, venditionem, aliasque huiuſmodi obligationes et per nuntium contrahi poſſe. l.2.§.1.de contra.emp.l.qui autem.de conſtit.pec. Ecce emptio non tantum contrahitur inter præſentes, ſed etiam inter abſentes per nuntium vel per epiſtolam. Contrahitur emptio conſenſu. Nihil autem vetat quo minus emptor per epiſtolam, vel per nuntium conſenſum ſuum declaret, atq; ita contrahant emptionem. Per nuntium contracta venditione certum eſt obligationem & actionem directo domino acquiri. Sed ego alias dixi, q; ſæpe hoc à nobis repetitũ eſt, locos huiuſmodi de nuntio accipiendos eſſe, non de procuratore. Hi loci de nuntio non pertinent ad procuratorẽ. Nobis non acquiritur actio per procuratorem ex emptione, ſed tantum acquiritur nobis per nuntium. Nec obſtat huic ſententiæ regula à nobis tradita in §. Chryſogonus. Per liberam perſonam nobis nulla obligatio acquiritur. non tamen per nuntium inter abſentes aliqua obligatio contrahitur. Nuntius nobis non acquirit. Vnde dici non poteſt per liberam perſonam hoc caſu nobis obligatio quæſita eſſe. Nuntius qui mittitur non dicitur emere, vt dici poſſit acquirere domino obligationẽ. Ego mitto nuntium, vt mihi rẽ aliquam ſiue mobilem ſiue immobilem vendas. Venditio hoc caſu non cũ nuntio meo contrahitur, ſed mecũ tantum. Ego ei tantum mando vt nuntiet tibi meam voluntatẽ. Non mando ei vt emat. Hic nuntius officio tantũ nuntii fungitur, nõ ipſe cõtrahit. Si mandauero ei vt ipſe

emat

emat nomine meo, iam non ſimplex nuntius eſt, ſed procurator. Nuntius ſimplex ipſe non contrahit, ſed dominus ipſius potius qui miſit nuntium, emere vel vendere cogitur. Vt hoc demonſtrarem dixi aliquando nuntium hunc ſimilem eſſe epiſtolæ, ſoletque comparari epiſtolæ in locis iam adductis. Contrahitur etiam per epiſtolam. Nuntius eſt velut epiſtola loquens. Pone igitur abſentem præſenti mittere epiſtolam qua ſignificet ſe velle emere: atque perfectam eſſe emptionem inter abſentes. Nemo dixerit opinor illam epiſtolam contrahere: ſic nec nuntius contrahit. Multum ergo intereſt an dicamus aliquem contrahere obligationem, an vero miniſterio alicuius vti. Nam ſi mittatur nuntius ad cōtrahendum, is concipit verba contractus in perſonam domini ſui. Non dicit, *Vendis mihi*, ſed dicit, *Vendis domino meo.* Contra de procuratore eſt dicendum. Cum procuratori meo mando vt emat, non mando ei vt nunciet: & ita contrahit, quaſi ſibi emat, non domino. l. eum qui. §. Iulianus. de conſtit. pecun. l. Quæcunque. de oblig. & actio. *Quæcunque gerimus.* Cum ex noſtro contractu originem habent, niſi ex noſtra perſona vires ſumant, irritus eſt actus. De nuntio idem dici non poteſt, quia ipſe non eſt qui contrahit, originem non trahit negotium ex contractu nuntii. Per nuntium igitur, id eſt, miniſterio nuntii acquiritur, non ipſe nuntius acquirit. Sed procurator ipſe acquirit actionem, eamque mihi actione mandati cedere cogitur, quia mandatu meo contraxit. Hæc ſubtili differentia nuntii & procuratoris non vſquequaque ſeruatur in acquirenda poſſeſſione: locum tamen habet in his quæ ciuiliter tantum acquiruntur, veluti in obligationibus, in actionibus, &c. In his quæ naturaliter acquiruntur ratio iuris non vetat per liberam perſonam nobis acquiri. Ideoque hæc diſtinctio non eſt neceſſaria in poſſeſſione. Deinde locum habet in dominio. Per procuratorem igitur nobis acquiritur poſſeſſio non dominium, niſi à poſſeſſione ſeparari non poſſit, vt dicitur in leg. Per procuratorem. C. eod. Si ſeparari non poſſit, id eſt, cum is qui tradit dominus eſt, transferendo poſſeſſionem, transfert etiam dominium, niſi aliud obſtet. Si dominus non ſit, vſucapiendi tantum facultas transfertur. Sed ita demum acquiritur poſſeſſio ad vſucapionem neceſſaria, ſi de ea poſſeſſione per procuratorem quæſita admonitus fuerit, & certior factus dominus, vt dicitur in leg. 1. C. eo. l. poſſeſſio quoque. §. vltim. hic. Procurator meus ſimulatque apprehenderit poſſeſſionem alicuius rei, volens eam mihi acquirere, transfert in me poſſeſſionem, etiam ignorantem. Sed ita poſſeſsio ad vſucapionem mihi non proderit, niſi ex quo ſciero eam mihi acquiſitam eſſe. Vſucapio iuris ciuilis maxime eſt, poſſeſsio facti. l. bonæ fidei. de acquir. rer. dom. quod mouit iuris autores vt vſucapionem à poſſeſsione diſtinguerent. Alia eſt ratio: ad vſucapionem neceſſarius eſt titulus, & bona fides, vt dicemus infr. tit. de vſucap. Sine bona fide non eſt vſucapio. In bona fide eſt is qui credit rem ſuam eſſe quæ ſibi tradita eſt ab alio. Itaque bona fides non cadit in ignorantem. Si quis ignoret ſibi quæſitam eſſe poſſeſsionem per procuratorem ſuum, etſi longo tempore permanſerit in ea poſſeſsione, non tamen dici poteſt bona fide poſſediſſe ob ignorantiam. Nam cum ignoret, non credit rem ſuam eſſe. *Alioqui ſi dicamus.* His verbis oſtendit Paulus per procuratorem ita demum nobis poſſeſsionem acquiri, ſi ea mente ſit vt operam ſuam nobis accommodet. Si autem ſuo nomine procurator nanciſcatur poſſeſsionem, non dicitur per eum nobis quæſita poſſeſsio, deficit eius voluntas: & cum hac explicatione intelligendum eſt quod ſupra diximus poſſeſsionem nobis per procuratorem acquiri. Subiicit, *Alioqui ſi dicamus, &c.* Oſtendit Paulus vtilitatem exigere vt dicamus nobis acquiri poſſeſsionem per procuratorem, cum is apprehendit rem animo nobis acquirendi. Abſurdum eſſet (inquit) cum res traditur procuratori meo, vt mihi acquiratur: & procurator habet animum mihi acquirendi poſſeſsionem, mihi eam non acquiri. nam cui bono hoc eſſet? Primo certum eſt eum qui tradidit procuratori meo, amittere poſſeſsionem, is qui tradit alii rem animo transferendi poſſeſsionem, amittit poſſeſsionem, etſi ea alii non acquiratur. l. Quod meo. infra eod. argumento vſus eſt Paulus in l. ſi vir vxori. ſup. hoc tit. Solo animo admittitur poſſeſsio, vt dicemus ad l. ſi quis vi. 17. §. differentiam. inf. Notandum igitur eſt per procuratorem domino acquiri poſſeſsionem, ſed voluntate procuratoris, & huc pertinet quod dicitur in §. hæc quæ de ſeruis. ſup. Atque ita intelligi poteſt quod dicitur in leg. res mandatu. de acquir. rer. dom. Quod videtur eſſe contrarium iis, quæ iam à nobis dicta ſunt. *Res mandatu meo empta* (inquit I. C.) *non prius mea fiet quam ſi ille tradiderit mihi qui emit*, id eſt, non transfertur eo inuito. Huc pertinet quod dicitur in l. Communis ſeruus. 42. §. vltim. hic. *Procurator ſi quidem mandante domino rem emerit protinus illi acquirit poſſeſſionem, quod ſi ſua ſponte emerit, non niſi ratam habuerit emptionem*: ſed hoc intelligendum eſt de negotiorum geſtore qui ſine mandato gerit, & procurator plerunque dicitur, vt dicemus in eius legis interpretatione. Et obſeruaui vnum exemplum in l. qui negotia. ſup. mand. Difficultas hic incidit ex l. qui mihi dona. de don. *Si procuratori meo.* Quidam tradidit procuratori meo, vt mihi acquireret, procurator accepit tanquam ſibi acquireret. I. C. ait, mihi acquiri. Diximus autem voluntatem procuratoris neceſſariam eſſe ad acquirendam poſſeſsionem. Quidam putant ſufficere voluntatem tradentis, ſed hoc falſum eſt ex hoc loco. Ego admonui ſup. d. l. qui mihi do. intelligendam eſſe de acquiſitione dominii, non de acquiſitione poſſeſsionis, etſi pleriſque non placeat hæc interpretatio. Aiunt acquiri rem domino, non procuratori. Ergo non tantum de dominii acquiſitione, ſed etiam poſſeſsionis legem illam generaliter intelligere debemus. Sed illi non mihi videntur ſatis expendiſſe verba illius legis. Ego volo probare ſententiam noſtram maxime conuenire verbis I. C. cum dicit, *Rem acquiri.* Aliud eſt acquiſitio rei, aliud acquiſitio poſſeſſionis eiuſdem rei. l. 3. §. vlt. vti poſſ. *Aliud eſt pretium rei*, (inquit I. C.) *aliud pretiū poſſeſſionis.* Sic ſtipulatio rem tradi eſt facti, & differt à ſtipulatione rem dari. l. vbi autem. §. vlt. de verb. obl. Qui ſtipulatur rē dari, non ſtipulatur factum, ſed ſtipulatur dominium rei in ſe transferri. Qui ſtipulatur rem ſimpliciter, intelligitur ſtipulari rem dari. l. ſi ita diſtrahatur. §. vlt. de contr. emp. Quod eſt valde notandum, ſtipulari poſſeſſionem rei, non eſt ſtipulari rem. Sed cur non intelligemus acquiri quoque poſſeſſionem? Non dicit I. C. rem acquiri, quia res minus noſtra non eſt, etſi alius habeat poſſeſſionem, vſumfructum vel ſeruitutem, l. quod dicimus. de verb. ſign. Dixerit aliquis, etſi diuerſa ſint poſſeſſio & dominium, tamen diuerſam non eſſe rationem. Certum eſt per alium facilius nobis acquiri dominium, quam poſſeſſionem. Id cum verum ſit, mirum non eſt ſi quod dicitur in l. qui mihi don. dicatur non pertinere ad acquiſitionem poſſeſſionis. Similis differentia acquiſitionis dominii & poſſeſſionis eſt in l. Liber homo. ad fi. de acqui. rer. do. Hinc igitur notandum eſt non acquiri poſſeſſionem per procuratorem domino abſque voluntate procuratoris. Et ſi forte voluntas domini interueniat, vel etiam tradentis, quamuis aliud de dominio dicendum ſit. Hæc differentia dominii & poſſeſſionis ab aliis confirmari ſolet aliis rationibus, quæ nunc à nobis expendendæ ſunt: in primis vtuntur nonnulli hac ratione, quia ſine contractu dominium non transfertur vel alia cauſa huiuſmodi antecedente. At poſſeſſio acquiritur ſine vlla cauſa. Vtrunque à nobis probandum eſt, nihil verius eſt quam quod dicitur de dño: dominium traditione non acquiri, niſi contractus vel alia cauſa quæ idonea ſit ad dominii tranſlationem, præceſſerit. l. Nunquam nuda. 31. de acq. rer. do. ſup. veluti cum ex cauſa donationis aliqua res traditur, poſſeſſio transfertur in alium etiam ſine cauſa. exemplum eſt in hac l. §. ſi vir. Cum vir vxori ſuæ donationis cauſa rem tradit, hic nulla eſt cauſa ſaltem iuſta & legitima: & nihilominus dicitur poſſeſſionem transferri in mulierem. Hinc conſequens eſt ad transferendam poſſeſsionem nullam cauſam neceſſariam eſſe quæ antecedat, ſicut cauſa requiritur ad tranſlationem dominii. Pone igitur me vendidiſſe rem aliquam Titio, deinde eam tradidiſſe ipſius procuratori eo animo, vt Titio acquireretur. Si procurator hanc rem accepit, non vt eam acquireret domino ſuo, ſed ſibi vel Sempronio potius. Quæritur quæ ſit vis huius traditionis: quomodo res Sempronio acquiri poteſt? Nulla præcedit cauſa in eius Sempronii perſona, nulla traditio eſt. quomodo igitur in eum transferri poteſt dominium eius rei? Iuſta eſt cauſa transferendi dominii in perſonā Titii. Recte igitur dictum eſt in d. l.

qui mihi donatum. ad tranſlationem dominii ſufficere animum tradentis. Animus tradentis eſt, vt res acquiratur Titio, cum in perſonam Titii iuſta ſit cauſa transferendi dominii. In perſona vero Sempronii, non item: idque vtilitas exigit. Hæc ratio huic hypotheſi congruit, ſed ſolida non eſt nec perpetua: non enim conuenit aliis ſpeciebus. Nam aliæ ſpecies occurrunt, quibus hæc ratio conuenire non poteſt. Quid enim ſi vtrique res donata ſit, Titio & Sempronio? controuerſia eſt inter eos de tranſlatione dominii: in quæſtione dominii potior cauſa eſt eius cui res tradita eſt. l. quoties. C. de rei vend. Quæſtio igitur eſt de dominio inter Titium & Sempronium. Proponitur, procuratori Titii rem traditam eſſe: proponitur etiam procuratorem eo nomine accepiſſe vt acquireret Sempronio. In hac hypotheſi nō recte diſtingui poteſt ſecundum hanc diſtinctionem dominii à poſſeſſione. Nō igitur conuenit hæc ratio omnibus ſpecieb. de hac re, nec perpetua eſt: atque ideo non magni facienda. Alia eſt ratio argutior eorum qui dicunt, vnum dominium eſſe, poſſeſſiones plures. Videamus an hoc verum ſit. Cum ego transfero in te dominium alicuius rei meæ ex cauſa donationis vel venditionis, idem dominium quod ego habebam in te videtur transferri: non intelligitur duplex dominium hic eſſe: vnum videlicet quod in me ſit, alterum & diuerſum quod in te transferatur. Sed vnum potius, quod à mea perſona in tuam perſonam transferatur. Dominium non aliter amitto, quam ſi voluntate mea alius acquiſierit. l. Id quod noſtrum. de reg. iur. Non amittitur ſolo animo, ſicut poſſeſſio. l. ſi quis vi. §. differentiam. Sed cum tradit rem vt eius dominium alteri acquiratur tranſlato in eum dominio, definit dominus eſſe is qui tranſtulit. Non ergo hic ſpectatur animus procuratoris, ſed tradentis, vel domini voluntas vt dicitur in d. l. Qui mihi don. De poſſeſſione idem dici nō poteſt: plures poſſeſſiones. quot enim ſunt homines qui poſſidere incipiunt, tot dicemus eſſe poſſeſſiones. Ego poſſideo rem aliquam, volo eam in te transferre, nouam poſſeſſionem conſequeris. l. ſi is qui pro. de vſucap. Simulatque conſtitui non poſſidere, poſſeſſionem amitto. l. ſi quis vi. §. differentia. & alius qui apprehendit eam poſſeſſionem, conſequitur eam vt vacantem: & ea poſſeſſio quam habebam euanuit. Ergo animus procuratoris hic eſt neceſſarius, vt ſine animo procuratoris acquiri non poſſit. Hæc eſt differentia dominii & poſſeſſionis, quæ his rationibus confirmatur. Satis eſt hæc leuiter attigiſſe ad vtiliora properantes. Alia eſt antinomia non minus difficilis ex leg. per ſeruum. 37. §. vltim. de acquir. rer. dom. In ea lege eadem ſpecies tractatur quæ in dict. leg. quod mihi don. Ego tradidi Titii procuratori vt acquireret domino ſuo, is eo animo accepit vt acquireret vel ſibi, vel alii. Iuriſconſul. ait nihil agi. *Si procurator* (inquit) *alia mente accepit, nihil agit.* Cum ait Iuriſconſul. nihil agi, videtur ſignificare nec dominium nec poſſeſſionem transferri hac traditione. Item nihil acquiri nec domino nec procuratori: ſed certum eſt Iuriſconſult. loqui de acquiſitione dominii, non poſſeſſionis. Verba Iuriſconſulti id ſatis oſtendunt, imo titulus ipſe & inſcriptio, de acquir. rer. dom. etſi verba aliquid ambiguitatis habeant, ea tamen ſic interpretari debemus, vt conueniant ipſi titulo: argumento ſumpto ex eodem titu. de acquiren. rerum domin. non de acquir. poſſeſſione. Sed verba Iuriſconſul. oſtendunt eum loqui de acquiſitione dominii. *Vt rem Titii faciat.* Nam Titii rem facere eſt dominium Titio acquirere. Res non fit mea, cuius poſſeſſionem acquiro, ſed cuius acquiro dominium, *Vt ſuam faceret.* Hæc verba apertiſſime oſtendunt Iuriſconſ. loqui de acquir. re. dom. non de acquir. poſſeſſ. Ponamus igitur eum loqui de acquiſitione dominii. Supererit adhuc difficultas. Supererit alius nodus expediendus. Ait enim Iuriſconſult. nihil agi. in dict. leg. qui mihi donat. aliquid agitur, non acquiritur procuratori, ſed tamen acquiritur domino, cui is, qui tradidit procuratori, acquiri voluit. Ergo aliquid agitur in quæſtione de dominio. In dict. leg. qui mihi donat. dicitur acquiri dominium ei cui voluit acquiri. Hic vero dicitur nihil agi. Sed nos hæc verba accipere debemus cum ait Iulianus, *nihil agi*, quaſi ita dixerit, nihil agi in perſona procuratoris. Id quod expreſſum fuit apertius in dict. leg. qui mihi dona. Nam quæſtio erat an dominium acquireretur procuratori, & dicitur nihil agi. Verba ſequentia hanc ambiguitatem ſatis declarant cum Iureconſul. ait. *Quod ſi ſeruus communis in parte vnius domini aliquid operetur.* Id eſt, ei acquiretur. Sic dicendum eſt in ſuperiore ſpecie cum procurator ea mente accepit vt ſibi acquireret. nihil agi ſcilicet in perſona procuratoris. Cum aliqua eſt ambiguitas in aliqua lege, ea eſt explicanda ex his quæ antecedunt vel ſequuntur. l. Si ſeruus plurium. § vlt. de lega. 1.

§. *Si iuſſerim, &c.* Hoc caput paulo reconditiorem habet ſenſum quam vulgo credatur. Ideoque hic diligenter animaduertendum eſt. Quæſtio eſt huiuſmodi: Cum tu mihi rem venderes, & dominium & poſſeſſionem in me transferre velles, cum tu mihi eam tradere velles, ego iuſſi procuratori meo qui præſens erat, vt eam acquireret. Is eam accepit: forte procurator ea mente fuit vt ſibi poſſeſſionem acquireret, non mihi: ideoque de poſſeſſione oritur controuerſia, an ſit mihi acquiſita poſſeſſio. Cauſa dubitationis erat ex eo quod dictum eſt in ſuperiori capite. Nempe per procuratorem mihi non acquiri poſſeſſionem, niſi eo animo fuerit procurator, vt mihi acquireret. In hac igitur ſpecie non videtur mihi acquiſita eſſe poſſeſſio. Sed Paulus noſter in hac ſpecie ait rem mihi videri traditam eſſe, cum res iuſſu meo, me præſente tradita fuerit procuratori meo, *ea videtur mihi tradita eſſe*: quamuis eam forte corpore meo non attigerim. Cum me abſente res aliqua traditur procuratori meo, multum refert quo animo is ſit, & an velit mihi, vel ſibi aut alii poſſeſſionem acquirere. Sed hic nihil refert, ſufficit me præſente rem traditam eſſe procuratori meo, vt mihi tradita eſſe intelligatur. Sic temperatum eſt æquitate ſuadente à iuris autoribus quod iam diximus de corporali apprehenſione neceſſaria in poſſeſſione acquirenda. Non ſemper neceſſe eſt corpore rem attingere, attrectare manibus quam volumus poſſidere. Vtitur Paulus argumento rei demonſtrandæ gratia. *Non enim corpore & actu neceſſe eſt apprehendere poſſeſſionem, ſed etiam oculis.* Pars corporis eſt oculus, ſicut pes, ſicut manus: ideo non minus oculis & aſpectu plærunque acquiritur poſſeſſio, quam ſi quis rem manu contrectauerit, pedem in poſſeſſionem poſuerit. Idem dicitur in leg. quod meo. 18. §. ſi venditorem. infra eodem. *Argumento eſſe, ea res.* Peruulgatum eſt illud de traditione clauium. l. Clauibus. ſupra, de contrah. empr. Si quis vendiderit vinum aut frumentum quod in horreo eſt, & horrei claues tradiderit, dominium ſtatim in me transfertur vini vel frumenti clauium traditione. Et hic actus aliquis corporalis eſt, videlicet acceptio clauium. Quod dicitur de traditione clauium, accipiendum eſt cum id actum eſſe appareat: vt transferatur dominium rei vel poſſeſſio. Videndum enim eſt quid actum ſit inter dantem & accipientem. Nam plerunque claues traduntur cuſtodiæ cauſa. Exemplum eſt in leg. cum pater. 77. §. pater pluribus. de lega. 2. Secundum mores veterum claues plerunque tradebantur ſcriptis à ſe hæredibus, & annulis ſubſignabatur res, quarum cuſtodia neceſſaria erat. Hic annotandus eſt obiter locus communis de præſentia. Cum quid me præſente factum eſt, plerunque ſic accipimus ac ſi à me ipſo geſtum eſſet. Hic mihi res tradita intelligitur propter præſentiam meam, quia me præſente tradita eſt procuratori meo. Sunt alii ſimiles loci, veluti in leg. Statuliber. 41. de eo quod metus cauſa. *Quod ab alio* (inquit) *nomine ipſius ipſo præſente datum eſt, prope eſt vt ab ipſo datum eſſe intelligatur.* Alius ſimilis locus eſt in leg. pecuniam. 79. de ſolutionibus. Cum tu mihi pecuniam deberes, & eam mihi velles ſoluere, ego eam in conſpectu meo deponi iuſsi. Iuriſconſultus ait, dominium eius pecuniæ me acquiſiuiſſe, licet eam corpore non attigerim: ea enim quaſi manu longa mihi tradita eſſe intelligitur, quamuis tradita non ſit. Similis locus eſt in leg. Fulcinius. 44. §. ſed etſi. extr. de furt. vbi Iuriſconſult. loquitur de eo qui indebitum ſciens accepit. & quæritur an furti teneatur? Quæſtio etiam eſt de eo qui delegauit ſciens, non autem accepit: & ait Iuriſconſult. Si me præſente ei ſolutum ſit, furtum à me factum eſſe. Nam cum me præſente ſolutum ſit, perinde eſt ac ſi mihi ſolutum fuiſſet. Alius ſimilis locus eſt in leg. ſi procuratori præſenti. 79. infr. de verb. oblig. Si procuratori meo me præſente aliquis promiſerit, vtilis actio mihi ex ſtipulatu competit, quamuis ex ſtipulatione procuratoris mihi non detur actio, ſed

opus ſit

opus ſit ceſſione. l. Poſſeſſio quoque. §. vltim. hoc titul. Sequens quæſtio eſt an ſit vera & naturalis poſſeſſio quæ ita acquiritur cum res alij traditur me præſente vel abſente. De hac re magna eſt diſſenſio. Plærique putant fictam eſſe tantummodo poſſeſſionem, eum videri quadam interpretatione iuris poſſidere qui non poſſidet. Hæc quæſtio tractatur propter diſtinctionem l. ea quæ. de acquiren. rer. dom. Poſſeſſio quæ naturalis eſt, dubium non eſt quin nobis acquiratur per procuratorem, quãuis libera perſona ſit. Ex ſtipulatione procuratoris nobis non acquiritur, quia actus ciuilis eſt. Quid igitur dicemus de hac poſſeſſione? Videtur ciuilis eſſe. Et certum eſt, in primis rem non poſſe dici proprie mihi traditam eſſe quæ poſita eſt in conſpectu meo, quæ alij tradita eſt iuſſu meo, me præſente, & Iuriſconſul. dicunt eam pro tradita eſſe. Sed tamen vera propriaque poſſeſſio hic mihi eſſe videtur, quamuis vera propriaque traditio non ſit. Verum eſt mihi traditam non eſſe, ſed verum eſt mihi poſſeſſionem acquiſitam eſſe, cum ſit receptus vſus procuratoris in acquirenda poſſeſſione. Ego non puto eum improprie loqui qui dicit mihi acquiſitam eſſe poſſeſſionem. Improprie loqueretur qui diceret rem mihi traditam eſse. Alia enim ratione poſſeſſio acquiritur quam mihi tradendo rem. Tradendo rem alij videlicet, vel in conſpectu meo ponendo. Sed quem autorem requirimus huius rei locupletiorem quam ipſum Vlpian. in l. Certe. 6. §. 1. infra, de precario. Quinimo in conſtituto idem videtur dicendum eſſe. Eſt ratio acquirendæ poſſeſſionis vſitata moribus noſtris, cum is qui poſſidet rem aliquam eamque in me transferre vult, conſtituit ſe nomine meo poſſidere. Cũ quis conſtituit ſe nomine meo poſſidere, ſtatim acquiritur mihi poſſeſſio, quia is poſſidet cuius nomine poſſidetur. l. Quod meo. infra. Non poſſidet colonus meus, non poſſidet procurator meus, ſed ego. Et hæc poſſeſſio naturalis eſt etiam & corporalis. Acquiritur enim corpore meo & alieno, videlicet corpore mei procuratoris vel coloni. Cum poſſeſſio aſpectu meo acquiritur, dicitur acquiri actu corporali. Deinde lex lata eſt de hac ratione acquirendæ poſſeſſionis quæ vtilitatem habet. l. per procuratorem. 8. Cod. eodem. Quæ ob id producenda eſt & adiuuanda interpretatione. l. Nam vt ait Pedius. de legibus. l. hoc modo. 36. de conditio. & demonſtrat. ſed de hac quæſtione quædam alia dicemus, ad leg. quod meo. infra.

§. *Municipes per ſe, &c.* Dictum eſt ſupra, poſſeſſionem nobis acquiri vel per noſmetipſos vel per alios. Hinc variæ quæſtiones tractantur, præſertim de ſeruis per quos poſſeſſio nobis acquiri dicitur. Hic alia quæſtio tractatur pertinens ad eundem locum, an municipium vel ciuitas poſſidere poſſit per ſe vel per aliam perſonam. Diſſenſio fuit de hac re inter veteres Iuriſconſult. cum alij ſubtilitate iuris, alij æquitate & vtilitate potius mouerentur. Attamen vt intelligatis qua de re hic agatur: animaduertendum eſt ciuitatem, vniuerſitatem quandam eſſe conſtantem ex ſingulis ciuibus à quibus diſcernitur & diſtinguitur. Certum eſt aliud ciuitatem eſſe quam ſingulos ciues ex quibus conſtat. Argumento eſt quod dicitur in l. in tantum. 6. §. vniuerſitatis. de rerum diuiſ. vbi diſtinguuntur res vniuerſitatis ab his quæ ſunt ſingulorum. Res & poſſeſſiones quæ huius ciuitatis ſunt in qua viuimus, ſingulorum ciuium non ſunt. Nemo eſt ciuium in hac ciuitate qui poſſit dicere hanc domum in qua profitemur, quæ ciuitatis eſt, ſuam eſſe, ne pro parte quidem. Totius enim ciuitatis eſt, id eſt, vniuerſitatis quæ conſtat ex ſingulis ciuibus, non autem ſingulorum ciuium. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſed ſi hac lege. §. qui manumittitur. de in ius voca. *Qui manumittitur* (inquit Iuriſconſul.) *à ciuitate, ſingulorum ciuium libertus non eſt. Ideoque ſingulos ciues poteſt ſine permiſſu prætoris in ius vocare.* Idem dicitur l. ſicut. 7. quod cuiuſque vniuerſ. quod debet ciuitas, non debent ſinguli ciues. ſicut quod debetur ciuitati, non debetur ſingulis ciuibus. eodem pertinet quod dicitur in leg. proponebatur. 76. de iudic. Mortuis ciuibus qui nunc ſunt, & aliis in eorum locum ſubrogatis, manet eadem ciuitas. Sed quid ergo eſt ciuitas? Ciuitas vniuerſitas quædam eſt quæ dicitur fungi loco perſonæ. l. mortuo. de fideiuſſ. Perſona quædam eſt imaginaria, perſona quædam eſt, vt ita loquar, intellectualis, quæ non videtur, ſed intelligitur & animo concipitur. Non magis videtur ciuitas quam Ideæ Platonicæ. Singuli ciues videntur. Dicimus ergo ciuitatem imaginariam perſonam quandam eſſe ex ſingulis perſonis quæ ſunt in ciuitate, conflatam. Proinde ciuitas nihil poteſt agere, imo ne cogitare quidem. Id quod non ſubſiſtit in rerum natura, ſed intelligitur tantum, nihil poteſt agere. Hinc conſequens eſt ciuitatem non poſſe poſſidere. Poſsidemus animo & corpore, horum neutrum eſt in perſona imaginaria, poſsidere igitur non poteſt ciuitas. Imo ne per ſeruos quidem ſuos poſsidet. Quomodo igitur poſſeſsionem alicuius prædii poterit per eos ſeruos acquirere? hoc eſt quod Paulus ait in princip. huius cap. referens opinionem veterum. *Non poſſunt.* Interpretatur Accurſ. id eſt, non facile poſſunt. Similis eſt eius interpretatio in l. vnica. ſup. de lib. vniuerſ. Ego vero intelligo non omnino poſſet. id verum eſt & ſatis perſpicuum ex iam dictis non poſſe ciuitatem poſsidere. Poſſunt quidem ſinguli ciues poſsidere, vniuerſi autem, id eſt, qui conſtituunt corpus illud intellectuale, non poſſunt. Certum eſt ſingulos ciues promiſcue vti rebus ad ciuitatem pertinentibus: ſed non ideo conſequens eſt vniuerſitatem ipſam poſsidere. *Sed Nerua filius ait.* Quorundam fuit ſententia ciuitatem non poſſe poſsidere ne per ſeruos quidem ex cauſa peculiari, quoniam ſeruos ipſos non poſsideant vniuerſi ciues: quamuis plærunque per ſeruos acquiratur etiam ignoranti ex cauſa peculiari. Conſtat ex his quæ diximus ciuitatem vniuerſitatem non poſsidere. Sed hæc ſecundum ſubtilitatem accipienda ſunt. Nam vtilitas exigit, vt ciuitas & alia huiuſmodi vniuerſitas poſsidere intelligatur. Hic præualuit vtilitas, neglecta ſubtilitate iuris, ad quam vtilitatem interpretatio iuris referenda eſt, quam non ſine cauſa Horatius vocauit matrem iuſti & æqui. Scopus eſt totius iuris quod interpretamur. Subtilitatem nihili facimus, contra vtilitatem hominum, in iure interpretando. Quoties deprehenditur inutile eſſe, quod ſubtile eſt, tunc præualet vtilitas. Inutile eſſe dicunt Iuriſconſult. quod eſt contra vtilitatem hominum, vt in l. 1. depoſ. Simile hoc eſt exemplum: quod fit à ciuibus publice per maiorem partem, videtur id fieri per ciuitatem. leg. aliud. §. refertur. de reg. iur. Vnde conſentire intelliguntur vniuerſi, cum ſinguli conſentiunt publico nomine: Et ſi vere dici non poſsit vniuerſitas ipſa conſentire. Sed perinde accipimus ſingulorum conſenſum, cum id agitur publico nomine, ac ſi ab vniuerſitate geſtum eſſet. Idem dicendum eſt aliquando, etſi aliquid faciant hi quibus ſumma reip. commiſſa eſt, etiamſi à ciuibus aut maiore parte ciuium non fiat. Si aliquid ageretur ab his, quæ adminiſtratores dicuntur ciuitatis, Syndici, procuratores, l. municipes. ad municip. municipes ſcire id intelliguntur. Cum ij ſciunt quibus ſumma reipu. commiſſa eſt. & ſic accipiendum eſt, quod dicitur in l. 2. hic.

Ad l. 2. Sed hoc iure, &c.

SIc accipiendum eſt, quod dicitur in l. Tigni. §. municipes. ſupra ad exhib. Municipes (inquit) actione ad exhibendum conueniri poſſunt. Nam & eos poſsideri & vſucapere poſſet conſtat. Sic vniuerſitas dicitur conueniri poſſe in l. ſicut. quod cuiuſque vniuerſ. Poſſunt conueniri municipes in iudicio, aduerſus eos datur actio. Item poſſunt bonorum poſſeſsionem agnoſcere: ſi ſucceſsio aliqua ipſis delata ſit. l. 3. de bonor. poſſeſ. d. l. ſicut. quod cuiuſque vniuerſ. Quamuis verum ſit, ſi ſubtilitatem ſpectemus, conſentire eos non poſſe, & conſenſum eſſe neceſſarium in agnoſcenda bonorum poſſeſsione, tamen receptum eſt vtilitatis cauſa, vt poſsint agnoſcere bonorum poſſeſsionem, ſi bonorum poſſeſsio eis delata ſit. Præterea eadem ratione dicuntur municipes iurare: ſi adſcripta ſit conditio iuriſiurandi municipibus, ea non dicitur impoſsibilis eſſe. l. municipibus. de condit. & demonſtra. iurant enim ij per quos res eorum geruntur. Ad hæc metum inferre dicuntur municipes, ciues vniuerſi, vt aduerſus ciuitatem detur actio, Quod metus cauſa. l. metum. §. animaduertendum. de eo quod metus cauſa. Quia edictum Prætoris de actione quod metus cauſa, in rem conceptum eſt, nec perſona expreſſa eſt. Ideo ait Iuriſconſul. nihil intereſſe, an ſingularis perſona, an corpus aliquod, velut ciuitas, aut collegiũ metum intulerit. Sed mirum quod non eadem ratione dicitur municipium & ciuitatem de dolo teneri. leg. ſi ex dolo. de doli mali. ex. ex dolo municipes conueniri nõ poſſunt. Quid enim

municipes dolo facere poſſunt? Vlpian.ait. Subtilitas iuris non patitur, vt dicamus municipes poſſe aliquid facere dolo, ſicut intelligimus metum eſſe illatum à ciuitate. Ego ſuperiori anno ſub titul. quod met. cauſa.& ſub titul. de dolo: hanc differentiam doli admiſſi & metus illati, declaraui. Ergo diximus ideo viſum eſſe Vlpiano de dolo non teneri municipes, ſiue municipium, ſiue ciuitatem. (nam de vniuerſitate loquimur, cum dicimus municipes.) Quia municipes non ſolent ea negotia gerere & tractare, in quibus machinatio aliqua adhiberi potuit: hoc enim dolus eſt. Dolus eſt machinatio ad circumueniendum aliquando adhibita, vt dicitur in l.1.§.1.de dolo. Singuli ciues, vel maior pars ſingulorum non ſolet ea negotia tractare in quibus dolus admittitur. Gerebatur enim per adminiſtratores, qui ex dolo ſuo tenebantur, & videbatur conſentaneum rationi, vt adminiſtratores tenerentur ex dolo à ſe commiſſo magis, quam municipium ipſum. Sed alia ratio metus illati, aut vis illatæ: ſolent enim bellum gerere. Si conuocato populo publice, & publico nomine bellum geratur deliberatione antecedente tanquam de re ad publicum ſtatum pertinente, tunc vere dicitur vim inferre ciuitas. Reſpexit igitur Vlpian. ad id quod ſuo tempore vſitatum erat. Non videbatur ipſi idem de dolo dicẽdum eſſe. Ex his conſequens eſt ciuitatem delinquere poſſe: & eſt quæſtio vulgo agitata, an ciuitas poſſit ob delictum puniri. Oſtendi iam ex delicto teneri. Metus illatus delictum eſt. dict.§.animaduertendum. atque ideo ciuitas ipſa poteſt puniri ob delictum, & alia eſt pœna ciuitatis, quam ſingulorum. Non enim accipiendum eſt, ciuitatem puniri cum ſinguli ciues puniuntur: & videndum eſt, an ab vniuerſis an à ſingulis delictum admiſſum ſit. Si ab vniuerſis, vniuerſi punientur: ſi à ſingulis, ſinguli. Mentio eſt pœnæ quæ inflicta eſt ciuitati de Carthagine, quæ aratrum paſſa eſt. l. ſi vſusfructus. 21. quib. mod. vſusfructus amit. Et eſt vſitata ignominiæ pœna, mulcta pecuniaria. Idque accidit nuper in iudicio, quod latum eſt aduerſus Burtegalenſem ciuitatem ob motus, & ſeditiones. Solent etiam muri ciuitatis dirui. Vnum hic notandum eſt, quod conſtitutum eſt iure Pontificio de ſent. excomm. in 6. Ciuitatem non poſſe excommunicari, quia ciuitas animam non habet. Et excommunicatio dicitur ad animam pertinere. Quæſitum fuit in vltima lectione an vniuerſitas poſſidere poſſit. Cuiuſmodi eſt ciuitas, municipium, & alia huiuſmodi corpora. Diximus propter vtilitatem receptum eſſe, vt hæ vniuerſitates, hæc corpora poſſideant, contra ſubtilitatem iuris. Quia cum acquiratur poſſeſſio corpore & animo: & vniuerſitas neque corpus nec animam habeat, videtur non poſſe per vniuerſitatem acquiri poſſeſſionem. Tametſi ſinguli ex quibus conſtat corpus, poſſint poſsidere. Sed vniuerſitas aliud eſt, quam ſinguli ex quibus ea conſtat. Huic affinis eſt quæſtio de hæreditate, cur hæreditas poſsidere non poſsit, cum ciuitas poſsit: cum ciuitas dicatur poſsidere, cur idem de hæreditate non dicitur? Hæreditas dicitur poſſeſsionem habere non poſſe. l.1.§. Scæuola. ſi quis teſtam. lib. &c. Iura hæreditaria hæreditas quidem retinet poſt mortem defuncti ante aditionem hæreditatis, cuiuſmodi eſt dominium, obligationes & actiones hæreditariæ, ſed poſſeſsionem non retinet. Poſſeſsio facti eſt, quæ facti ſunt non cadunt in hæreditatem. Sed cur ita id conſtitutum eſt? cur diuerſum ius conſtitutum eſt in ciuitate, quam in hæreditate? Vtraque vniuerſitas quædam eſt. Hæreditas vniuerſitas quædam eſt, ſicut ciuitas aliqua. Ideo comparatur ciuitati hæreditas in l. mortuo. de fideiuſſ. Hæreditas (inquit) perſonæ vice fungitur ſicut curia, municipium, ſocietas. Ad quæſtionem propoſitam reſpondeo, magnam eſſe diſsimilitudinem vtriuſque ſcilicet ciuitatis & hæreditatis, tametſi in aliqua re conueniant: & vt ſimilitudo aliqua reperitur inter hæreditatem & ciuitatem, ſic etiam diſsimilitudo & differentia. Ciuitas ex perſonis tantum conſtat quæ perſonæ viuunt, intelligunt, agunt. Hæ perſonæ corpus habent, animum habent. Quamuis aliud ſit ciuitas quam ſinguli ciues, tamen ex ſingulis ciuibus conſtat ciuitas. Singuli ciues vniti corpus illud conſtituunt, quod dicimus ciuitatem perſonam imaginariam eſſe. Atque ideo facile receptum eſt, vt conſtet ex hominibus, qui viuunt, qui intelligunt, qui agunt, per eos homines intelligatur ciuitas poſsidere, tametſi ſubtiliter diſputando non dicatur ciuitas poſsidere, quod ſinguli ciues apprehenderint rem aliquam, quia ciuitas à ſingulis ciuibus differt. Alia eſt cauſa hæreditatis. Hæreditas quædam vniuerſitas eſt, ſicut ciuitas: verum eſt: hæreditas nomen vniuerſale eſt, petitio hæreditatis dicitur propoſita de vniuerſitate. l.1. de rei vindi. Sed hæc vniuerſitas complectitur res hæreditarias, ſi quæ ſint, non conſtat perſonis. Nam ſerui hæreditarij habentur pro rebus. Cum igitur hæc vniuerſitas, quæ hæreditas dicitur, conſtet ex rebus, quæ non viuunt, quæ non intelligunt, quæ non agunt: ea non habet, quæ ad acquirendam poſſeſsionẽ neceſſaria ſunt, nõ idem receptũ eſt quod de ciuitate, quod ſcilicet hæreditas poſſeſsionem habere poſſit. Et ſic intelligendum eſt, quod dicitur in l.1.§. Scæuola. ſi quis teſta. lib. &c. Atq; hinc conſequens eſt, poſſe hæreditatẽ poſsidere per ſeruos hæreditarios ex cauſa peculiari. Et quod dicitur in d.§. Scæuola. mihi videtur accipiẽdum cum hac exceptione, quæ exceptio colligitur ex l. iuſto.§. nondum. de vſuc. Ratio autem hæc eſt. Quia quoties neq; animus neceſſarius eſt, neq; factũ eius perſonæ cui poſſeſsio acquiritur, nihil prohibet hæreditatem habere poſſeſsionem, quod accidit in ea ſpecie. Per ſeruũ ex cauſa peculiari acquiritur domino hæreditatis etiam ignoranti, etiamſi dominus neq; corpore, neque animo ſuo quicquam agat. §. Idem adipiſcimur. ſupr. Ceſſat igitur ratio propter quam dicitur hæreditas nõ habere poſſeſsionem, neq; animus eius perſonæ cui acquiritur poſſeſsio neque factum aliquod requiritur. Hoc igitur intereſt inter ciuitatem, & hæreditatem, quamuis vtraq; vniuerſitas quędam ſit. Similis differentia reperitur in vſufructu acquirendo. Vſusfructus hæreditati acquiri non poteſt. Vſusfructus enim acquiritur perſonæ. l. vſusfructus. de ſtipu. ſeru. At ciuitas poteſt acquirere vſumfru. l. vſusfructus. de vſufruct. leg. & l. vſusfructus. de vſufruct.

L.3. Poſsideri autem poſſunt, &c.

HOc capite tria præcipue continentur. Primum ad res pertinet quarum poſſeſsio acquiritur. Alia duo ad rationem acquirẽdi. Primum enim dicitur, quæ corporalia ſunt poſsideri poſſe. Alterum eſt, poſſeſsionem nobis acquiri corpore & animo. Tertium eſt cum dicimus corpore & animo poſſeſsionem acquiri, non ita rem intelligendã, quaſi corpore tota res contrectanda ſit, cuius poſſeſsionem adipiſci volumus. Vt ſi quis velit adipiſci poſſeſsionem fundi alicuius, non neceſſe ſit ſingulas glebas eius fundi circumire, ſed ſufficiat per quamlibet eius partem introire. Hæc tria nos diſcutiemus & interpretabimur ſigillatim. Primum igitur eſt, Ea quæ corporalia ſunt poſsideri Paulus ſentit, cum dicit corporalia poſsideri, non quidem omnia quæcunque corporalia ſunt poſsideri, ſed non niſi corporalia poſsideri poſſe. Quid enim ſi res ſacra ſit, ſi religioſa? non dicemus eam poſſe poſsideri. atque idem dicitur in l. Seruus.§. incorporales. de acquir. rer. dom. Nec id mirum, quia poſſeſsio facti eſt. Poſſeſsio acquiritur animo & corpore. At corpore apprehendi non poteſt, quod incorporeum eſt. Tangi nulla res poteſt niſi corporalis, vt inquit Lucretius. Quæ ſint corporales & incorporales res, arbitror vos didiciſſe vel ex ipſis Inſtitut. titul. de reb. corpo. & incorpo. & titul. de rer. diuiſ. Incorporales res ſunt, veluti ſeruitutes, quæ apprehendi non poſſunt, quæ intelliguntur, & animo tantum concipiuntur. Hæc iura dicuntur res incoporales. Ideo ſeruitutes dicuntur non poſsideri. l. ſequitur.§. ſi viam. de ſeruit. l. ſi ædes.§. libertas. de ſeru. vrb. præd. Sed tamen eo ventum eſt vtilitatis cauſa, vt harum rerum, quæ incorporales ſunt, vſus habeatur pro poſſeſsione. Ideoque hæ res dicuntur quaſi poſsideri. Vnde diximus in interpretatione ipſius tituli diſtinguendam eſſe poſſeſsionem à quaſi poſſeſsione ex ſententia Theophili in Inſtitut. de interdict. vbi vocat χρῆσιν vſum, non κατοχήν. Poſſumus his rebus vti, idque expreſſum eſt in l. quoties. de ſeruit. vrb. pręd. Receptum eſt, inquit Iuriſconſult. ex ſententia Labeonis, vſum ſeruitutis pro poſſeſſione habendum eſſe, atque ideo quadam iuris traditione ius aliquod transfertur in eum cui ſeruitus eſt conſtituta. Hinc fit, vt pro ſeruitutibus dentur interdicta quaſi poſſeſſoria. l. quoties. de ſeruit. l. ſicuti.§. Ariſto. ſi ſeru. vendi. interdictum datur vti poſsidetis. Si quis non patiatur me vti ſeruitute in cuius quaſi poſſeſſione ſum, quia

quia quaſi poſſeſſio quædam eſt harum rerum incorporalium. Et hodie hoc genus experiundi vſitatum eſt apud nos. Dicitur, *Complainćte en cas de ſaiſine.* Hinc tractata eſt quæſtio à vulgaribus interpretibus, an lex municipalis, ſiue ſtatutum de poſſeſſione loquens intelligẽdum ſit etiam de quaſi poſſeſſione ſeruitutum, & aliarum huiuſmodi rerum quæ incorporales ſunt. Quæſtio eſt multum vexata, in qua reperitur ingens conflictus & contentio, & dubitari poteſt vtra ex opinionibus contrariis plures defenſores habeat, aut maiores. Ego autem non dubito, quin lex huiuſmodi de quaſi poſſeſſione accipi debeat, quo caſu non ſit diuerſa ratio: cum præſertim verbis interpretatio conueniat. Non enim male dicitur poſſidere, qui quaſi poſſidet. Mouet me exemplum veterum Iuriſcõſultorum, quoties agitur de interpretatione legis, aut ſtatuti, Iuriſconſulti veteres quod de poſſeſſione conſtitutum eſt producunt interpretatione ad hanc quaſi poſſeſſionem, idque apparet in interdicto vti poſſidetis. Interdictum vti poſſidetis, ita conceptum eſt, vt appareat prætorem loqui de poſſeſſione: & tamen Iuriſconſul. ſic producunt & extendunt, vt ad quaſi poſſeſſionem & ad vſum ſeruitutum pertineat.

Sententia Iuriſconſult. eſt interdictum vti poſſid. dandum eſſe pro ſeruitutibus. dict. leg. ſicuti. §. Ariſto. Si ſeruitus vindic. Nec nos mouere debent argumenta diſſentientium, quæ mihi ineptiſſima & leuiſſima eſſe videntur. Veluti quod dicunt verba ſtatutorum proprie & ſtricte accipienda eſſe ex leg. 3. §. hæc verba. de negot. geſt. Ego iam ſæpe alias oſtendi quam ſit alienum à ratione id quod ab eis pro certiſſimo axiomate adduci ſolet, ſcilicet verba ſtatutorum proprie & ſtricte accipienda eſſe: quaſi in ſtatutorum interpretatione non magis ſpectare debeamus ſententiam legiſlatoris, quam verba quibus vſus eſt. In eaque legis interpretatione ſiue ea municipalis ſit ſiue ciuilis, locum ſemper habere debent illa ἐπιείκεια: & mentem magis quam verba legiſlatoris ſpectare debemus. leg. ſcire leges. de legibus. Et mirum eſt non ſatis animaduerſam eſſe rationem illam interpretandi qua vtuntur Iuriſconſulti in interpretatione edictorum prætoriorum, ab his qui illud axioma ſuum confinxiſſe dicuntur imitatione Vlpiani dict. leg. 3. de negot. geſto. Si nobis concedant ſequendum eſſe hoc exemplum, concedere etiam debent nobis permittendum eſſe in interpretatione ſtatutorum id quod Vlpian. fecit in interpretatione edictorum. Dubium enim non eſt quin falſiſſimum ſit quod dicitur, in interpretatione ſtatutorum ſtricte & proprie verba accipienda eſſe. Hæc de primo quod obſeruandum eſſe diximus ex hoc Pauli capite.

Secundum eſt corpore & animo acquiri poſſeſſionem, nec ſolo animo, nec ſolo corpore, ſed vtroque concurrente. Debet interuenire corporalis apprehenſio, debet accedere animus poſſidendi. Loquitur enim de acquirenda poſſeſſione. Nam retinetur poſſeſſio ſolo animo, licet abſit corpore. leg. licet. Cod. eod. vulgo excipi ſolent aliqui caſus in quibus dicitur ſine corporis apprehenſione ſolo animo acquiri poſſeſſionem. Sed in illis fere caſibus ſenſu aliquo corporeo vtimur. Iſtos caſus nos ſummatim perſtringemus, eoſdem in aliis locis copioſius explicaturi. Vnus eſt in leg. 1. §. ſi iuſſerim. ſupra hoc titulo. Item acquiritur mihi poſſeſſio, etſi eam non apprehenderim corpore meo, ſed tamen acquiritur ſi non meo, certe alieno, quod ſufficit. Item ſi iubeam rem in conſpectu meo poni, cum quis mihi traditurus eſt rem aliquam, & iubeo in conſpectu meo poni, licet eam corpore meo non contingam, tamen ſolo aſpectu dicor poſſeſſionem acquirere. Sed tamen acquiritur hæc poſſeſſio non ſine conſenſu corporeo. Aſpectus enim ſenſus eſt corporeus. Vnde non poteſt male dici etiam corpore acquiri hoc caſu. quid enim refert an pedes, an oculos in alienum inferas? Paulus noſter videtur diſtinguere hunc aſpectum à corpore cum ait, *Corpore & actu aſpectus meus*, inquit, *ad eam rem peruenit.* Sed nos de verbis admodum ſolicitos eſſe non oportet, ſed magis de rebus ipſis, modo rem ipſam adſequamur. Siue hic dicamus corporalem eſſe actum, ſiue tantum animi ſiue corporis, nihil refert. Diſputatio eſt magis de nomine, quam de re. Huic non eſt diſsimile exemplum in l. quarundam. ad finem huius titul. Cum quis cuſtodem ponit, cuſtodis corpore dicitur acquirere poſſeſsionem, hic interuenit actus corporalis, non quidem eius cui poſſeſsio acquiritur, ſed eius qui apprehendit rem. Apprehenſio quædam eſt, quæ fit corpore alieno, non autem noſtro. Simile exemplum eſt in retẽtione vſusfructus, in l. quiſquis. C. de don. Si quis donauerit mihi rem aliquam retento vſufructu, hac retentione vſufructus transfertur in me dominium rei donatæ. Sed corpore donantis & retinentis vſumfructum, mihi acquiritur. Idem receptũ eſt in conſtituto, ſi quis conſtituerit ſe alterius nomine poſsidere. Ecce ego tibi vendo aliquod prædium hoc animo, vt poſſeſsionem in te transferam: tibi non licet ad eum locum accedere, quia forte longe abeſt. Ego conſtituo me tuo nomine poſsidere, poſſeſsio tibi acquiritur. Quia is poſsidet cuius nomine poſsidetur. l. qui meo. infr. hic. l. acquiritur. de acquir. rer. dom. de quo fuſius dicturi ſumus ad dic. l. quod meo. Alius caſus eſt in l. clauib. de contrah. emp. Si quis mihi vendiderit frumentum, quod in horreo eſt, & mihi tradiderit claues eius horrei: traditis clauibus transfert in me dominium frumenti, licet frumẽtum illud omnino nõ aſpexerim. Certe interuenit etiam hic aliquis actus in traditione & acceptione clauium. Hoc vtilitatis cauſa receptum eſt, etſi res ipſa non tradatur. Aliud ſimile exemplum eſt in l. 1. C. de don. Si quis vendiderit rem aliquam & tradiderit inſtrumẽtum emptionis, quo acquiſierat eam rem ab alio, poſſeſsio transfertur. Hoc eſt etiam receptum vtilitatis cauſa. Vtilitas hominum exigit, vt paulo benignius hæc, quæ de poſſeſsione transferenda dicuntur, interpretaremur. Hi ſunt caſus, qui vulgo excipi ſolẽt, in quibus vix vnus reperitur, in quo non ſit aliquis actus corporalis, aliqua apprehenſio. Solo igitur animo ſine corpore non acquiritur poſſeſsio, vt Paulus ait. Et quod moribus noſtris receptum eſt de hærede, vt acquirat dominium rerum hæreditariarum & poſſeſsionem ſine vlla traditione: hoc contrarium eſt iuri Romano l. cum hæredes. Protinus transfertur poſſeſsio & continetur à defuncto. Ex iam dictis exiſtit quæſtio an ſufficiat animus retinendi: veluti poſsidebam fundum, quem mihi traditum putabam ab alio, qui reuera traditus non erat. Sic habebam animum tantũ retinendi poſſeſsionem. An hoc animo retinendi fundi mihi acquiſita dici poſsit poſſeſsio? Quæſtio eſt in vtranque partem diſputari ſolita, & vtraque opinio ſuos habet defenſores & propugnatores. Ego autem puto ſufficere animum illum retinendi. Paulus enim vult animum tantum interuenire. Nec obſtat animum hic retinendi interuenire, non acquirendi, hoc enim eſt nimis acute leges inſpicere. loquitur de animo acquirendi, non retinendi, aiunt, & vtuntur brocardico ſuo axiomate. l. non omnis. de reg. iur. Actus agentis (inquiunt) non vltra eius intentionem operatur. Ego fateor hũc, qui poſsidet fundum animo retinendi, habere poſſeſsionem, ſed credibile eſt eum, qui retinere vult, libenter acquiſiturum eſſe, ſi ſciret ſibi nondum traditum fuiſſe. Alia quęſtio ad eundem locum pertinens eſt, de quaſi poſſeſsione rerum incorporalium. Diximus enim heſterna die res tantum corporales proprie, & vere poſsideri. Res autem incorporales, cuiuſmodi ſunt ſeruitutes, & alia eiuſmodi iura non poſsideri, ſed quaſi poſsideri. Quia vſus earum rerum habetur pro poſſeſsione, quamuis proprie poſſeſsio non ſit. Vnde quæritur quomodo acquiratur hæc quaſi poſſeſsio rerum incorporalium. Non enim idem poſſumus dicere quod de poſſeſsione. Poſſeſsio dicitur acquiri corpore & animo. Quaſi poſſeſsio rerum incorporaliũ non poteſt dici acquiri corpore. Quod incorporeum eſt, non poteſt corpore tangi. Quid igitur dicemus? Vlpi. noſter in l. 3. §. dare. de vſufr. docet rationem acquirendi: ita acquirenda eſt nobis res aliqua incorporalis, velut vſusfructus (vſusfructus enim numeratur inter res incorporales l. 2. de rer. diuiſ. Inſtitu. de reb. cor. in princ.) Docet igitur I.C. quomodo vſusfructus detur. Dicitur enim dari vſusfructus & quaſi quoddam dominium transferri in vſufructuarium. Ius quoddam in eum transfertur ſimile dominio. Eſt ius quoddã reale, propter quod datur ei actio in rem. §. æque. Inſtitu. de actio. Sed quomodo dari poteſt (inquit) vſusfructus, cum nõ poſsit apprehendi manu, corpore? Iuriſconſultus ait vſumfructum dari dupliciter, vel inducendo in fundum eum cui vſusfructus conſtituitur. Si dominus fundi qui vult conſtituere vſumfructum induxerit vſufructuariũ in poſſeſsionem

fundi, tunc intelligitur ei datus vſusfructus, *vel(* inquit) *patiendo eum vti frui, &c.* Etiamſi non induxerit eum in fundum, ſed tamen paſſus ſit eum percipere fructus ex eo fundo, tunc etiam intelligitur datus vſusfructus. Quæſtio eſt hic vulgo tractata, an vtrunque ſit neceſſarium, id eſt, & inductio in fundum & patientia domini, vt inductum à ſe in fundum patiatur vti frui. Sed verba Iuriſconſulti, in dict. leg. 3. §. dare. ſatis demonſtrant alterum ſufficere, loquitur enim disiunctiue inducendum eſſe in poſſeſſionem, vel patiendum vti frui. Sufficit igitur alterum, vel patientia domini, vel inductio in fundum, & ſic eſt intelligendum quod dicitur in l. ſi ego. §. 1. de public. in rem actio. Cum ait, in rem publicianam actionem non tantum dari de re corporali, ſed etiam de vſufructu, ac etiam de ſeruitute per traditionem conſtitutam, vel per patientiam: altero igitur horum conſtituuntur ſeruitutes, vel traditione, vel patientia. Traditione inducendo in fundum, vel patiendo, ſi patiatur dominus fundi eum cui conſtituere ſeruitutem vult, ea ſeruitute vti. Sic etiam mihi accipiendum videtur, quod dicitur in l. 1. §. 1. de ſeruit. ruſtic. præd. *Traditio (* inquit) *& patientia ſeruitutum inducunt officium prætoris.* Loquitur Iuriſconſultus de quibuſdam ſeruitutibus extraordinariis, pro quibus non videbatur actio confeſſoria & negatoria, quæ iuris ciuilis ſunt, competere. Et ſubiicit hæc verba: Traditio & patientia, &c. primum officium prætoris eſt actionem dare, ſi conſtituta ſit huiuſmodi ſeruitus, vel per traditionem, vel per patientiam. Hæc mihi videntur ſeparanda eſſe, quamuis aliquid ambiguitatis ſit in his verbis. Alterum enim ſufficit, vt ex his quæ iam dicta ſunt manifeſtum eſt. Hæc de ſecundo, quod diximus obſeruandum eſſe ex verbis Pauli noſtri in hoc capite. Admonuimus heſterna die his verbis Pauli tria præcipue contineri, primo, corporalia poſſideri, non incorporalia, ſecundo, poſſeſſionem animo, & corpore acquiri. Tertium eſt de quo nunc dicendum videtur.

Ad acquirendam poſſeſſionem fundi ſufficit quamlibet eius fundi partem circumambulare. Quod autem hic dicturi ſumus pertinet ad interpretationem ſuperius dictorum. Diximus corpore & animo acquiri poſſeſſionem. Quid hoc eſt animo & corpore acquiri poſſeſſionem? Quomodo fundus aliquis corpore acquiritur? an oportet pedem ponere in omnes glebas fundi? Hoc videtur ſubtilitas iuris exigere, ſi non poteſt ſine corpore acquiri poſſeſſio. Sed receptum eſt contra hanc ſubtilitatem iuris, vtilitate ſuadente, vt ſufficiat quamcunque fundi partem introire, vt non neceſſe ſit ſingulas eius glebas circumire, vt hic Paulus ait. *Dum ea mente, &c.* Ac ſufficit ingredi partem aliquam fundi eo animo, vt is qui ingreſſus eſt fundum vſque ad terminum poſſideat. Addenda eſt exceptio ex leg. quod meo. 18. §. vltimo, & aliis quibuſdam legibus, quæ alias videntur contrariæ eſſe. dicta lex, quod meo. opponitur huic legi tanquam contraria apud Accurſium, in ea enim dicitur, Si exercitus ingreſſus eſt, cum magna violentia fundum aliquem meum, & ex alia parte fundi expulſus non ſim. Nam in altera parte fundi eram, cum exercitus ingreſſus eſt alteram partem. Hic quæritur an amiſerim poſſeſſionem eius fundi? Celſus ait: exercitus qui ingreſſus eſt fundum, eam partem tantum, quam ingreſſus eſt, poſſidere, me alteram partem poſſidere. Hoc videtur repugnans eſſe his, quæ iam à nobis dicta ſunt. Diximus ſi quis ingreſſus fuerit partem quamlibet fundi, totum fundum poſſidere dici. At in dicta leg. quod meo. exercitus qui ingreſſus eſt partem aliquam fundi dicitur eam tantum partem poſſidere. Cur non dicimus exercitum totum fundum poſſidere? Sed verum eſt quod iam dixi, dictum Pauli accipiendum eſſe cum exceptione. exceptio eſt, *Niſi reliqua pars fundi poſſideri non poſſit*, veluti quia ab alio occupata eſt. Abſque hoc impedimento quod in re eſt, vel alia cauſa, qui ingreditur quamlibet partem fundi eo animo, vt totum fundum poſſideat vſque ad terminum, is dicitur totius fundi poſſeſſionem acquiſiſſe. Hinc quæritur quid ſit dicendum ſi plures ſint, puta plures ſerui, plura prædia, an qui poſſeſſionem apprehendit vnius prædij, vnius ſerui, reliquos ſeruos, reliqua prædia videatur quoque poſſidere? Paulus noſter his verbis ſatis (niſi fallor) oſtendit omnium harum rerum apprehenſionem neceſſariam eſſe ad acquirendam poſſeſſionem. *Sed ſufficit quamlibet, &c.* Ex his verbis apparet, Paulum loqui non de rebus diuerſis, ſed de eadem re, *Vt totum fundum vſque ad terminum, &c.* Loquitur de vno fundo qui certum terminum habet, & finem, res eadem eſt. Non eſt igitur mirum, ſi cum apprehenſione vnius partis eius fundi animo accedente, acquiratur totius eius fundi poſſeſſio. Huc pertinet quod dicitur in leg. prædia. 48. Quidam donauit prædia ſimul cum ſeruis, is cui hæc donata ſunt poſſedit ſeruum vnum: quæſtio eſt, an per illum ſeruum adipiſci poſſit poſſeſſionem prædiorum ſibi donatorum? Iuriſconſultus ait poſſe, ſi vel vnus ex ſeruis, qui ſimul cum prædiis donatus eſt, ad eum qui domum accepit, peruenit & in prædia remiſſus ſit. Argumento eſt, apprehenſione ſerui non videri apprehenſa eſſe prædia donata, quamuis ſerui donati ſint cum prædiis, quia res diuerſę ſunt. Vno poſſeſſo, non videntur reliqua poſſeſſa eſſe. Obiicitur huic ſententiæ l. reſtituta. ad S.C. Trebel. quæ nihil ad rem pertinet. Reſtituta vna hæreditate, tota hæreditas videtur reſtituta. Sed illa reſtitutio, quæ ſit ex S.C. Trebel. iuris reſtitutio eſt, non facti. Hæres reſtituit fideicommiſſario iura hæreditaria: poſſeſſio non reſtituitur. Sic accipitur reſtitutio in S.C. Trebel. Argumento eſt, quod dicitur in l. cum hæredes. Nam mos noſter cuius mentionem feci, contrarius eſt iuri Romano. Iure enim Romano non transfertur rerum hæreditariarum poſſeſſio in hæredem, nec in fideicommiſſarium.

Ex his naſcitur quæſtio de vniuerſitate rerum: cum agitur de vniuerſitate aliqua: quæ res multas complectitur. Vno, aut altero exemplo contentus ero. Si mihi donatus ſit aliquis comitatus, aut ducatus, & velim poſſeſſionem eius adipiſci, an ſufficiat aliquam partem occupare, quodlibet caſtellum, quodlibet oppidum, an vero quæcunque in vniuerſitate continentur apprehendenda & poſſidenda ſint, vt dicatur poſſeſsio acquiſita eſſe comitatus aut ducatus? In hac diſputatione quoties conſtat rem vnam eſſe, aut res ſeparatas, nulla eſt dubitatio. Nam quoties conſtat rem vnam eſſe, ſufficit apprehendere partem aliquam eius eo animo, vt totius poſſeſsio acquiratur. Cum vero conſtat res diuerſas eſſe certum eſt omnium rerum apprehenſionem neceſſariam eſſe. Sed in ſpecie propoſita dubium eſt, an ſit res vna quæ vniuerſitas quædam eſt, an res plures. Poteſt dici vna res eſſe ſicut vnus grex dicitur, qui ex multis ouibus conſtat. hæc diſtinctio traditur in l. rerum. de vſucapio. Ad quæſtionem igitur propoſitam reſpondendum eſt. Tametſi aliqua diſſenſio ſit, & opinionum varietas, mihi tamen probabilius videtur ſingulorũ prædiorum, quæ fines diſtinctos habent, poſſeſſionem apprehẽdendam eſſe, vt ſi in vno ducatu vel comitatu plures ſint pagi, plura caſtella, quæ diſtinctos fines habeant, omnia ea apprehendenda eſſe. Alias non dicitur totius ducatus, & totius comitatus acquiſita eſſe poſſeſſio. Argumento eſt, quod dicitur in l. 1. §. veteres. quam ſupra declaraui. Si plures ſint ſerui hæreditarij, vel legati, non ſufficit vnius ſerui poſſeſſionem apprehendere, niſi aliorum quoque apprehendatur poſſeſſio. Qui apprehendit poſſeſſionem vnius ſerui hæreditarij, eum tantum poſſidere intelligitur, cæteros non item. Et tamen hæreditas vniuerſitas quædam eſt, ſub qua vniuerſitate hæc omnia continentur. Sicut caſtella, oppida, continentur ſub comitatu & ducatu. Argumẽtum videtur mihi ſatis idoneum à ſimilitudine ad confirmandam hanc ſententiam, vt omnium prædiorum, quæ fines diſtinctos habent, apprehendenda ſit poſſeſſio. Ego ſcio eſſe qui diſſentiant, nec improbabiliter: horum tamen argumenta facile eſſet mihi diluere. Sed vereor ne nimis verboſus ſim in hac re tractanda. Verum illud eſt eum male docere, qui omnia docet. Notandum igitur eſt, & memoriæ commendandum illud Æſchili poetæ, Sapientem eſſe non qui multa, ſed vtilia nouerit. Hactenus igitur de hac quæſtione.

§. *Etenim incertam partẽ rei, &c.* Sic enim hæc verba videntur coniungenda eſſe cum ſuperioribus, quia ex eis dependeant. Dictum fuit ad acquirendam poſſeſſionem fundi ſufficere partem quamlibet eius introire, dum tamen ea mente ſit & cogitatione, vt ingreſſus, totum vſque ad terminum acquirat. Vnde quæritur, quid ſi hac mente ſit is, qui fundum ingreditur, non vt totum fundum vſq; ad terminum poſſideat: ſed vt

quicquid

quicquid Titius habet in eo fundo, poſſideat. Titius mihi vendidit quicquid iuris habeat in altero fundo, ego ingredior fundum, vt poſſideam quicquid iuris habebat in eo fundo. Quæritur an hac ratione ſit acquiſita poſſeſſio? Paulus ait acquiſitam non eſſe: tunc enim acquiritur poſſeſſio cum quis ea mente ingreditur fundum, vt totum vſque ad terminum poſſideat. In quibuſdam libris ita legitur, *Ad enim incertam rei partem, &c.* In Florentin. diuerſa lectio eſt, *Incertam partem, &c.* Sed prior lectio magis conuenit huic interpretationi, etſi non multum referat. Prior lectio paulo manifeſtius oſtendit hæc verba pendere ex ſuperioribus, & cum ſuperioribus iungenda eſſe. Incerta pars fundi non poteſt poſſideri, oportet eum qui vult poſſeſſionem alicuius fundi acquirere, eo animo eſſe, vt vel totum, vel certam partem poſſideat. Si eo igitur animo ſit, vt poſſideat quicquid Titius poſſidet, nihil agit. Sed qua ratione id conſtitutum eſt à veteribus, vt poſſeſſio ita acquiri non poſſit? videtur enim id paulo alienum eſſe à ratione. Certum eſt huiuſmodi venditionem valere, ſi quis mihi vendat quicquid iuris habet in aliquo fundo. Valet venditio, etſi incerta ſit pars, quam mihi vendidit. Cur igitur non dicimus partis incertæ mihi acquiri poſſeſsionem? Ego reſpondeo: Vtile viſum non fuiſſe iuris auctoribus, tam late hoc porrigere interpretatione ſua, quod conſtitutum erat Iure ciuili, de acquirenda poſſeſsione, animo & corpore. Ecce iure veteri conſtitutum eſt ſubtili iure, poſſeſsionem non acquiri niſi animo & corpore. Si ius illud omnino ſequamur, nihilque temperemus interpretatione, & æquitate, neceſſe erit, vt qui volet acquirere poſſeſsionem fundi alicuius, omnes eius fundi glebas circumambulet, & corpore ſuo apprehendat adeo, vt ſi aliqua particula ſit fundi in quam pedem non intulerit, eius poſſeſsio non ſit ei acquiſita.

Sed contra hanc ſubtilitatem iuris vtilitate ſuadente inductum eſt à prudentibus, vt ſufficiat quamlibet fundi partem circumambulare, nec neceſſe ſit in ſingulis partibus eius fundi pedem ponere. In hac interpretatione ſua, meminerunt veteres I.C. præcepti, *Ne quid nimis.* In hac extenſione S.C. voluerunt veteres modum adhibere: eatenus receſſerunt à ſubtilitate iuris veteris, quatenus id vtilitas hominum flagitabat. Satis viſum eſt, conſultum eſſe vtilitati hominum: nec vlterius progredi voluerunt. Ergo nos mouere non debet, ſi contractus emptionis ita initus valeat: Si quis mihi vendat quicquid iuris habet in fundo, id enim non pertinet ad poſſeſſionem. Ex eoque intelligere poſſumus, quod tractatur apud Accurſium: Titius certam partem fundi poſsidebat, is mihi tradidit. Is in me tranſtulit quicquid iuris habebat in ea re: ego qui incertus ſum quid Titius poſsideat, ingredior fundum animo acquirendi quicquid Titius poſsidet: quæritur an ſit acquiſita poſſeſsio? Et dicendum eſt non acquiri. Igitur incertam partem fundi non poſſumus poſsidere. Huc pertinet quod dicitur in l. ſi fur. 32. §. vlt. de vſufruct. obſeruandus eſt diligenter locus in quo docet nos Pomponius quomodo intelligenda ſit pars incerta in hac diſputatione. Mera ſubtilitas iuris veteris hic retinetur, quia alioqui ſatis conſultum eſt vtilitati & commoditati hominum: ſecundum ſubtilitatem iuris veteris oportet nullam non partem, nullam non glebam fundi attingere. receſſum eſt quadantenus ab hac ſubtilitate, ſed ita tamen vt certum oportet eſſe conſilium eius, qui poſſeſsionem adipiſci vult, alioqui nihil aget fundum ingrediendo. *Mera ſubtilitate, &c.* Ergo ſecus de æquitate, vt ait ineptiſsime Accurſius. Eodem pertinet, quod dicitur in l. locus. 36. ex eo quod diximus incertam partem fundi poſsideri non poſſe, exiſtit huiuſmodi quæſtio. Titius fundum communem cum Sempronio habebat: dimidiam eius fundi partem habebat pro indiuiſo, quæ pars habetur magis animo, quam corpore. l. ſi ſeruus communis. de ſtipul. ſeru. Is partem communem mihi donauit vel vendidit, ego volo adipiſci poſſeſsionem eius partis, hæc pars incerta eſt, & adeo eſt incerta, vt non poſsit oſtendi diſcreta & ſeparata à parte alterius, cuiuſmodi ſunt partes inter hæredes ante diuiſionem rerum hæreditariarum.. Cuiuſmodi ſunt etiam inter ſocios. Ideoq; certa pars ab incerta diſtinguitur. l. ad certam. de ſeruit. Quomodo igitur poteſt acquiri? I. C. ait acquiri poſſe, & quod dictum eſt de incerta parte, intelligendum eſſe aliter. Hic vocat certam partē propter materiam ſubiectam in hac diſputatione: pars illa indiuiſa dicitur certa, quāuis alias incerta dicatur. Incerta igitur pars quænam dicitur in hoc tractatu? Multum intereſt, vtrum ita dicam, vendo tibi tertiam partem fundi, quæ mihi communis eſt cum alio: An vero, tibi vendam quicquid iuris habeo in eo fundo, in altero maior eſt certitudo. Iam reſpondendum eſt argumento Accurſiano, quod pleriſque admodum argutum eſſe videtur. Sic ille ratiocinatur: Quicquid vindicatur poſsidetur, incerta pars vindicatur: ergo incerta pars poſsidetur. Eſt ſyllogiſmus Accurſij. rei vindicatio datur contra poſſeſſorem. l. officium. ſupra de rei vend. Datur domino aduerſus eum, qui poſsidet. minor propoſitio vera eſt. l. quæ de tota. §. incertæ. de rei vindicat. & l. 1. Cod. de alie. iud. mut. cauſa. Incertæ rei admittitur rei vindicatio ex cauſa. Ego reſp. Cum dicimus incertam partem vindicari, (hæc eſt enim minor propoſitio) intelligimus partem, quę incerta eſt aduerſus alium in iudicio agenti. Aliquando permittitur ei, qui vindicat, incertam partem petere ex cauſa, quia non poteſt ei cognita eſſe pars, quam petiturus eſt, propter alterius factum, vel propter aliquod aliud impedimentum. Exemplum eſt in d. §. incertæ. Si legatarius petat ex teſtamento incertus, an ſit locus legi Falcidiæ, iuſta eſt cauſa admittendæ petitionis incertæ partis, alias adimeretur agendi facultas in concluſione eius: ergo incerta pars poſsidetur. Hoc verum eſt de ea parte, quæ incerta eſt vindicanti. Ego id oſtendam planius. Nihil prohibet me poſsidere partem fundi, quæ tibi incerta ſit, mihi vero certa, id poteſt accidere. Ego poſsideo partem fundi, quæ mihi certa eſt, ſcio enim quam partem poſsideam, tibi vero incerta, quia quam partem poſsideam ignoras. Si aliter intelligas concluſionem Accurſij, non recte ratiocinaberis. Cętera quę ad hunc locum pertinent dicemus in interpretatione dictæ l. locus.

§ *Neratius & Proculus, &c.* Ex eo, quod ante diximus poſſeſſionem acquiri corpore & animo, exiſtit quæſtio de theſauri poſſeſsione acquirenda. Quæſtio eſt, ſi quis poſsideat fundum in quo ſciat theſaurum reconditum eſſe, an intelligatur theſaurum poſsidere, an poſſeſſo fundo intelligatur theſaurum quoque poſsidere, quem theſaurum poſſeſſor nō contrectauit, & attigit corpore ſuo? In hac quæſtione diſſenſio fuit inter veteres Iuriſconſul. inter Proculianos, & Sabinianos. Diuerſæ fuerunt ſectæ Iuriſconſul. quarum mentio eſt in leg. 2. de orig. iur. Hic ſententiam Proculianorum refert Paulus noſter in initio. Horum ſententia fuit, ſolo affectu poſſidendi acquiri poſſeſsionem theſauri ab eo, qui fundum poſsidet, in quo theſaurus reconditus eſt, quaſi neceſſe non ſit corporaliter apprehendi theſaurum, ſed ſufficiat habere animum ipſum poſsidendi. Apertiſsima eſt ſententia Neratij & Proculianorum: nonnihil obſcuritatis eſt in verbis: nam Neratius & Proculus, vt nobis hic Paulus ait, dicunt, ſolo animo non poſſe nos acquirere poſſeſsionem, niſi antecedat naturalis poſſeſsio, & inde ſubiicit: Ideoque ponit primum ſolo animo non poſſe nos acquirere poſſeſsionem. Deinde ex eo infert, ſolo affectu poſsideri theſaurum, imo contrarium potius effici videtur. Nam oportebat dicere præcedere debere corporalem apprehenſionem. *Ideoque, &c.* Quidam exiſtimant hanc particulam *ideoque*, non habere vim inferendi, ſed coniungendi. Sed nullum authorem inuenio, qui id probet. Veriſimile igitur eſt hic integram ſententiam non referri, quam plenius aliquanto expreſſerant Neratius & Proculus, eamque ideo deſcribere non curauit Paulus, quia extabant eorum libri. Simile quoddam annotaui ad l. 4. de verbo. obligat. in explicatione Catonianæ diſtinctionis, cum tractarem de diuiduis, & indiuiduis. Sed fruſtra hic diſſerimus de verbis, cum apertiſsima ſit ſententia. Accedit horum ſententiæ opinio Manilij & Bruti, antiquiſsimorum Iuriſconſultorum. Brutus & Manilius putabant theſaurum fundo poſſeſſo non ſolum poſsideri, ſed etiam vſucapi, quod verum non eſt ſecundum Pauli ſententiam, qui oſtendit etiamſi Proculi opinio vera eſſet, etiamſi vere & recte dictum eſſet à Proculo & Proculianis, tamen non vſucapere. Is enim qui neſcit, non poſsidet theſaurum. Aut ſcit theſaurum eſſe in eo fundo: aut neſcit: Si neſcit, quomodo poteſt poſsidere? non habet animum poſsidendi. Proculiani requirebant affectum poſsidendi. Si dicas ſcire poſſeſſorem fundi

theſaurum eſſe, propter ſcientiam inhibetur vſucapio, quia bona fides in vſucapione requiritur. Quomodo poteſt bona fide poſſidere, qui ſcit alienum eſſe? leg. ſiue poſſeſſionem. infra de vſucap. Hoc argumento vtitur Paulus. Alia eſt opinio Sabini, quam Paulus noſter probat. Sententia igitur eſt Sabini, quam ſequi debemus in propoſita ſpecie. Theſaurum ita demum poſſideri à poſſeſſore fundi ſi loco motus ſit, ſi apprehenſus ſit. Ergo ſolo animo non acquiritur poſſeſſio, quod eſt conſentaneum iis, quæ iam à nobis tractata ſunt in §. proxim. poſſeſſionem non acquiri aut animo tantum, aut corpore tantum. Si quis obiiciat poſſideri fundum, & ideo theſaurum, vt dictum eſt in interpretatione iſtius capitis in princip. ſufficit quamlibet partem attingere. Si ingrediens fundum ea mente & cogitatione ſit, vt totum fundum poſſideat. Cur ergo hic non idem dicemus? vt qui fundum poſſidet, is etiam theſaurum qui eſt in fundo, poſſidere intelligatur. Sed ratio manifeſta eſt eius differentiæ, non enim theſaurus eſt pars fundi, ac ne acceſſio quidem. Quod ſupra dictum eſt de acquiſitione fundi cum quis ingreditur partem, id diuerſam rationem habet. Theſaurus non eſt pars fundi, eſt res omnino diuerſa & ſeparata: apprehenſa poſſeſſione vnius rei, non ideo res diuerſa dicitur poſſideri. Concludendum igitur eſt theſaurum qui in fundo eſt, ita demum poſſideri ſi loco motus ſit. Aduerſus hanc ſententiam multa obiiciuntur. In primis obiicitur id quod iam ſæpe à nobis dictum eſt & repetitum ex leg. clauibus. ſupra de contrah. empt. Si quis mihi vendiderit frumentum aut vinum quod in horreo eſt, traditio clauis ſufficit ad transferendam in me poſſeſſionem frumenti & vini venditi, etſi ego non apprehenderim frumentum aut vinum mihi venditum, ac ne aſpexerim quid. Cur ergo idem non dicemus in ſpecie noſtra vt acquiratur poſſeſſio theſauri? Videntur enim ſimilia eſſe. Nam ſicut frumentum & vinum continentur horreo cuius claues mihi traditæ ſunt, ita etiam theſaurus fundo in quo reconditus eſt. Sed hæc diſsimilia ſunt, idque Paul. oſtendit poſtremis verbis huius capitis cum ait, *Quia non ſit ſub cuſtodia, &c.* Ecce cum venditor tradit emptori horrei clauem in quo poſitum eſt frumentum aut vinum venditum, accepta claui id habet ſub cuſtodia ſua, atque ideo facilius intelligitur in eum translata poſſeſſio rei venditæ, etſi theſaurus ſit in agro meo, non ideo eſt ſub mea cuſtodia. Rurſus obiicitur id quod à nobis dictum eſt in leg. 1. §. ſi iuſſerim. & leg. quod meo. §. ſi venditorem. infra. Acquiritur nobis poſſeſſio rei etſi loco mota non ſit: exempli gratia, Si quis mihi rem aliquam vendiderit, & eam procuratori meo tradiderit. Hoc amplius etſi poſita tantum ſit in conſpectu meo, dicitur mihi acquiſita poſſeſſio huius rei oculis, aſpectu meo. l. & meo. §. ſi venditorem. infra hoc titu. Cur ergo hic non dicimus acquiri poſſeſſionem theſauri qui eſt in fundo reconditus, etſi loco motus non ſit? quæ ratio mouit Paulum & Sabinum vt dicerent theſaurum eſſe mouendum loco? Reſponden. eſt etiam diſſimilitudinem eſſe in his omnibus ſpeciebus. Diſſimilitudo & varietas reperitur quæ varium ius inducit. Sed ea ab omnibus non proſpicitur, ſed ab attentiſſimis tantum & exercitatiſſimis. Adeo verum eſt quod Plato dixit ſapientis eſſe ſimilitudines rerum & diſſimilitudines cognoſcere. Diſſimiles ſunt hæ ſpecies in §. ſi iuſſerim: aliqua motio eſt & aliquis actus corporalis interuenit. Cum mihi offertur à venditore res vendita, eaque ponitur in conſpectu meo iuſſu meo, hic aliquis actus corporalis eſt quamuis eam corpore non contingam. hic actus videtur ſufficere ad acquirendam poſſeſſionem. In hac autem ſpecie in qua quæritur de poſſeſſione theſauri acquirenda, nihil tale apparet. theſauro nō effoſſo nullus actus eſt corporalis, nihil eſt præter animum & affectum, ex quo poſſimus dicere acquiſitam eſſe poſſeſſionem. Ergo theſaurus eſt loco mouendus, vt acquiratur. Non ait corporaliter fundi poſſeſſionem oportere apprehendi, ſed loco mouendum eſſe, vt ſaltem in conſpectu eius ponatur qui poſſidet. Præterea oppugnatur hæc ſententia aliis quibuſdam argumentis ex §. theſauros. Inſtitu. de rer. diuid. vbi dicitur acquiri inuentori. Peruulgatum eſt ſi quis inuenerit theſaurum acquiri inuentori. leg. ſi is qui. l. nunquam. §. theſaurus. de acquir. rer. dom. & d. §. theſauros. Non autem ei qui occupauerit, qui apprehenderit, qui loco mouerit. Ergo videtur neceſſe non eſſe quod Paulus hic ait vt theſaurus loco moueatur. Huic obiectioni nos ita reſpondemus, quod dicitur in locis iam adductis acquiri inuentori: id accipiendum eſt de dominio & proprietate. Hic autem nos loquimur non de acquiſitione dominij ipſius theſauri, ſed quæritur, quomodo acquiratur poſſeſſio theſauri: & dicitur acquiri poſſeſſio theſauri cum theſaurus loco motus fuerit. Non pertinet hic locus ad acquiſitionem dominij aut proprietatis. Nam ſæpe accidit alias, vt nobis acquiratur dominium ſine poſſeſſione. leg. cum hæredes. infra. Ego quidem ſcio dubitari an dominium acquiratur ſola inuentione, an vero neceſſaria ſit corporalis apprehenſio. Eſtque quæſtio vulgo agitata quæ nihil pertinet ad poſſeſſionem. Ego puto indubitatum eſſe quod dicimus de poſſeſſione, ſcilicet apprehenſionem neceſſariam eſſe. Sed cum quæritur de dominio, maior eſt quæſtio & dubitatio. Nos de ea re aliquid attigimus in interpretatione l. 1. *Et inuenire.* in locis quos adduximus videtur ſignificare occupare. leg. ſi Barſatoram. Cod. de fideiuſſor. Sed hæc quæſtio eſt de poſſeſſione, non de dominio. Hæc de ſententia Sabini & Pauli in hoc loco. Ex his conſequens eſt, non recte dixiſſe Brutum & Manilium vſucapi poſſe theſaurum: ſed hic incidit difficultas. Nam vſucapio videtur hic locum habere non poſſe, etiamſi theſaurus loco motus ſit, etiamſi theſaurus poſſideatur. Quod ſi verum eſt, inepte diſputatum eſt à veteribus de vſucapione à Manilio & Bruto. Id ego plenius explicaturus ſum. Theſaurus poſtquam inuentus eſt & apprehenſus, ſtatim fit occupantis. §. theſauros. Inſtitu. de rer. diuiſion. & aliis locis quos adduximus. Cum ſtatim effectus ſit meus, ineptum eſt quærere an à me vſucapi poſſit. Nam quod meum eſt, à me vſucapi non poteſt. l. ſequitur. §. Lana. infra, de vſucap. §. ſic itaque. Inſtitu. de actio. & l. 3. de vſucap. Res mea fit per vſucapionem: vſucapio eſt acquiſitio dominij. dict. l. 3. Certum eſt theſaurum acquiri ei qui inuenerit & qui occupauerit: ſi igitur ſtatim ei acquiratur, quid eſt quod hic tractatur de vſucapione theſauri? non fuit opus hac diſputatione. Hic ita diſtinguit Iuriſconſultus, ac ſi theſaurus vſucapi poſſet, poſtquam apprehenſus eſt. Huius nodi explicandi cauſa quidam dicunt theſaurum dupliciter accipi. Et reuera duplex eſt ſignificatio huius verbi *theſaurus*. Vna eſt in leg. nunquam. §. theſaurus. de acquir. rer. domin. theſaurus eſt quædam vetus depoſitio pecuniæ cuius non extat memoria. Et ſic Paulus definit theſaurum. eod. & Imperator ſub titulo de theſauris lib. 10. C. Sed aliter accipitur theſaurus apud Iuriſconſultos, pro reb. nempe conditis, etiamſi extet memoria, & extet fortaſsis dominus, quo ſenſu accipitur in leg. peregre, hoc titul. vocat Iuriſconſultus theſaurum pecuniam quam peregre profecturus recondiderat in terra: ſic etiam accipitur in leg. theſaurus. ad exhib. Hic manifeſtum eſt theſaurum aliter accipi quam definierit Paul. in dict. leg. nunquam. §. theſaurus. de acquiren. rer. dominio. Theſaurus hoc poſteriore ſenſu dubium eſt quin poſſet vſucapi ab ignorante & bonam fidem habente. Non enim acquiritur ei qui inuenerit. Theſaurus cuius non extat memoria poteſt vſucapi, quia dominum non habet, vt a plæriſque viſum eſt. Sic hunc nodum diſſoluo, vt quod dicitur de theſauro apud Paulum in hoc capite intelligatur non de eo theſauro cuius non extat memoria, & qui acquiritur inuentori, ſed de eo potius qui dominum habet, & cuius extat memoria, & qui poteſt vſucapi ab ignorante propter bonam fidem. Non enim verum eſt quod Zaſius ait, furtum facere quiſquis theſaurum contrectauerit. l. theſauros. ad exhib. Nam poteſt contrectare ſine animo furandi. Hæc ſententia mihi videtur ſatis probabilis, ſed fortaſsis locus erat vſucapioni theſauri cuius non extat memoria tempore Bruti & Manilii. Opinio Bruti & Manilii hic obiter refertur a Paulo: fortaſsis tempore Bruti & Manilii ita conſtitutum non fuerat vt acquireretur theſaurus inuentori: & Iuſtinianus in Inſtit. ſatis hoc ius quod de theſauro habetur ortum eſſe ex edicto Adriani oſtēdit. §. theſauros. de rer. diuiſ. Atque ideo non eſt magnopere contendendum de vſucapione theſauri, de qua Paulus hic non loquitur. Hęc autem ſententia Bruti & Manilii etſi improbetur a Paulo: tamen poteſt nobis vſum aliquem adferre. Nam hæ rationes non ſunt omnino improbandæ. Vſus

colligitur

colligitur ex facto quod interdum accidiſſe proponitur, & Iuriſconſultos plærunque ita reſpondiſſe noſtris temporibus. Quidam mercator Lidiæ Senenſis ex Hiſpania reuerſus attulit certam quantitatem ceræ, intra eam ceram incluſa erat pecunia: incluſa erant 4000. ducatorum. Hic mercator inopinato deceſſit, relicto filio, qui totius rei erat ignarus. Filius imprudens vendidit illam ceram alij mercatori, emptor poſſedit hanc ceram triennio. Deinde vendidit cuidam Pharmacopolæ, orta eſt controuerſia inter hos omnes, quærebatur cuius eſſet hæc pecunia, an emptoris, an vero eius filij qui ceram ſibi à patre relictam neſcius & ignarus vendiderat? Reſponſum eſt ab omnibus hanc pecuniã filio reddendam eſſe, quaſi ſemper poſſeſſor manſerit. Idque optima ratione. Nam filius non tranſtulit illius pecuniæ dominium. Nam id ignorabat. Id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro in alium transferri non poteſt: id igitur quod tranſtulit in alium ſine facto ſuo, recuperare debet. Deinde vſucapio non poteſt hunc emptorem iuuare, ſi quis forte dicat: etſi non fuerit tanslatum dominium in emptorem, tamen vſucepiſſe, quia poſſedit bona fide triennio. Nam eo tempore vſucapitur res mobilis. Reſponſ. eſt, vt Paulus noſter de Bruti & Manilij ſententia ſcribit. Hæc pecunia vſucapi non potuit triennio ſine poſſeſſione: vtrunque neceſſarium eſt ad vſucapionem, bona fides & poſſeſſio. Ego probo non potuiſſe vſucapere dictam pecuniam. Nam aut ſciuit aut neſciuit pecuniam incluſam eſſe in cera. Si ſciuit, non potuit vſucapere, quia eſt malæfidei. Si neſciuit, non potuit, quia non poſſedit. verum ergo eſt quod ab aliis reſponſum eſt.

Ad §. *Ex plurimis cauſis, &c.*

Hic tractatur quæſtio qua nulla reperitur difficilior aut obſcurior in hoc tractatu de poſſeſſione. An ex pluribus cauſis poſſit res poſſideri? Et animaduertendum eſt in primis varias eſſe cauſas poſſidendi, ſiue poſſeſſionis, de quibus loquitur Paulus noſter in hac l. §. genera. vbi ait, Poſſeſſio iuſta eſſe non poteſt ſine cauſa: vt quis iuſte poſſideat oportet eum rem poſſidere vel vt emptam, vel vt donatam, vel ex alia huiuſmodi cauſa ſibi quæſitam. Hæc cauſa dici ſolet titulus poſſeſſionis. l. cum res. Cod. de contrahen. emp. id explicat Theophil. in Inſtit. titulo de interdict. Atque ideo poſt titulum de vſucapionib. poſiti ſunt à Tribon. compoſitore Pandectarum tituli pro emptore, pro donato, pro ſuo, & alij ſimiles. Quoniam vſucapio non procedit ſine iuſta poſſeſſione, oportet rem poſſideri bona fide, & iuſto titulo vt vſucapiatur. Hæ ſunt cauſæ poſſidendi tit. pro donato, pro dote. Difficile id non eſt intelligere in titulo pro ſuo, aliquid eſſe difficultatis, huius tituli mentio fit à Paulo in hoc capite. Sed hic titulus eſt generalis & etiam ſpecialis. Duplex eſt huius verbi ſignificatio. Generaliter pro ſuo poſſidere is dicitur qui poſſidet ex quacunque cauſa ex qua dominium acquiritur. Nam & ſi forte res ipſius non ſit, poſſidet tamen vt dominus, poſſidet animo dominantis. Diximus veram propriamque eſſe poſſeſſionem cum quis dominantis animo tenet. l. ſi ſeruus depoſitus. l. vlt. de itin. actuque priuat. Specialiter autem poſſidetur pro ſuo id quod in aliam ſpeciem non cadit. l. 2. & 3. pro ſuo. Exempli gratia, ſi quis poſſideat gemmas aut lapillos in littore maris inuentos, is non dicitur nec pro emptore titulo vel pro donato poſſidere, & tamen iuſta eſt eius poſſeſſio. Res enim huiuſmodi acquiruntur occupanti, vt ſupra diximus in l. 1. in princ. Titulus huius poſſeſſionis eſt titulus pro ſuo. hic rem tãquam ſuam poſſidet: & quia hic titulus poſſeſſionis non habet aliud ſpeciale nomen, nos dicimus pro ſuo poſſidere: itaque ſi forte gemma exciderit domino in littore maris, poterit vſucapi propter iuſtam poſſeſſionem & bonam fidem. Ad propoſitam igitur quæſtionem an ex pluribus cauſis res poſſideri poſſit, reſpondet Paulus noſter: *Ex plurimis, &c.* Duo exempla ſunt huius rei apud Paulum: vnum exemplum eſt cum ego emi rem, & poſtea eam vſucepi. Ego emi rem. Cauſa poſſeſſionis meæ eſt emptio: titulus pro emptore. Deinde eam rem vſucepi longo tempore, eam poſſidendo, alia eſt cauſa poſſeſſionis. Ob eam cauſam eam rem titulo pro ſuo poſſideo. Nam rem quã vſucepi poſſideo vt meam. Hic concurrit duplex cauſa poſſidendi, emptio quæ iuſta eſt cauſa, etiam ſi res vſucapta non eſſet. accedit alia cauſa eaque iuſtior, ſcilicet vſucapio. Aliud exemplum eſt cum ei qui emit rem, ego hæres extiti. Si is cui ego hæres extiti emit rem, poſſidebat eam pro emptore, ego qui hæres extiti, poſſideo eadem ex cauſa quod ille emit, cui ego ſucceſſi, videor emiſſe. Ex eadem igitur cauſa ex qua poſſidebatur, & ego poſſideo. Accedit & alia cauſa hæreditaria, ego poſſideo tanquam hæres, etiam ſi non poſſediſſet defunctus eam rem tanquam emptam ſi tamen eam reperiſſem in eius bonis putans hæreditariam eſſe, quamuis forte non eſſet, tamen recte & iuſte poſſiderem. Ex his exemplis demonſtratur verum eſſe, quod Paulus ait, eandem rem ex pluribus cauſis poſſideri. Deinde ſequitur: *Nec enim ſicut dominium, &c.* Iuriſconſul. occurrit obiectioni. Poteſt hoc obiici ſententiæ noſtræ quod de dominio dicitur, vt hic & aliis in locis, ſcilicet dominiũ ex plurib. cauſis non contigere. l. non ex plurib. de reg. iur. & l. & an eandem. §. actiones. de excep. rei iud. Si dominium non poteſt contingere ex pluribus cauſis, idem videtur dicendum eſſe de poſſeſſione, cum magna ſit dominij & poſſeſſionis ſimilitudo & affinitas. Sed huic obiectioni reſpondet Paulus cum ait, *Non enim ſicut dominij.* His verbis oſtendit differre dominium à poſſeſſione. Sicut & alias certum eſt dominium & poſſeſſionem multum differre. Multæ variæque differentiæ reperiuntur inter dominium & poſſeſſionem. Sed quæ nam ratio eſt huius diſſimilitudinis in hac quæſtione de cauſis, cur poſſeſſio ex pluribus, dominium vero ex pluribus cauſis non contingit? Animaduertendum eſt iura conſtitui ad vtilitatem hominum: ius ciuile dicitur quod in quaque ciuitate vtile eſt. l. pen. de iuſtit. & iur. In iure conſtituendo ſemper reſpiciunt legiſlatores ad vtilitatem hominum, & plærunque ius varium conſtituitur, & diuerſum in his rebus quæ primo aſpectu non videntur diuerſæ propter vtilitatem hominum. Vtilitas autem viſa eſt hoc requirere in poſſeſſione vt ex pluribus cauſis poſſit res poſſideri & poſſidendo facile poſſit perueniri ad acquiſitionem dominij: poſſidendo enim acquirimus dominium. l. 1. in princ. hic. Vtile fuit hoc admitti vt ex pluribus cauſis res poſſit poſſideri, vt facilius dominium rerum quas poſſidemus acquirere poſſimus: vt ſi ex vna cauſa interrumpatur poſſeſſio, ex alia cauſa poſſimus vſucapere. Interrumpitur autem vſucapio, & impeditur vt ſuo loco dicemus. Præterea cum quæritur de acquiſitione dominij rerum aliquarum per vſucapionem & poſſeſſionem, inſpicimus iuſta ſit, an probabilis poſſeſſio. non tantum inſpicimus an quis poſſideat, ſed inſpicimus quam iuſtam & probabilem poſſidendi cauſam habeat: & ſane iuſtius poſſidet & facilius acquirit dominium vſucapione qui pluribus titulis vtitur, qui pluribus ex cauſis poſſidet. Et ſæpe accidit vt quis ſibi conſulere volens ex pluribus cauſis rem ſibi acquirat propter maiorem certitudinem acquiſitionis. Exempli gratia. Ego emi rem à Titio quem ego putabam dominum eſſe rei venditæ, deinde accepi venditorem eam rem prius alij vendidiſſe, ſcilicet Sempronio. Ego ſtatim acceſſi ad Sempronium: ego eam rem ab eo emo, vt ſi quid forte iuris habeat, eo etiam iure mihi conſulatur, vt vter eorum dominus ſit ſiue Titius, ſiue Sempronius, res mihi acquiratur, certum ſit rem mihi acquiſitam iri. Nemo prudens aut cordatus homo negabit fauendum eſſe huius conſilio qui tot titulis poſſeſſionem ſuam confirmando prudenter ſibi cauet & proſpicit, vt quicquid euenerit, res ſibi acquiratur. Idem dici non poteſt de dominio quod de poſſeſſione. Sufficit me ex vna cauſa dominum eſſe factum. Nam nihil amplius & maius requirere poſſum, atque ideo non eſt receptum vt dominium vnius rei nobis ex pluribus cauſis contingat. De poſſeſſione idem dici non poteſt. eſt longe diuerſa ratio poſſeſſionis. Differunt in hac re dominium & poſſeſſio, veluti curſus & meta in ſtadio. Is qui poſſidet cupit dominium acquirere: poſtquam dominium acquiſitum eſt, nihil amplius poteſt deſiderare. Hæcque eſt differentia dominij & poſſeſſionis in hac re. Sed de vtroque ſpecialiter dicendum eſt. Primum de poſſeſſione: deinde de dominio. Ait Paulus noſter poſſeſſionem pluribus ex cauſis nobis contingere poſſe: & exemplis vtitur quibus oſtendit nihil referre an hæ cauſæ poſſeſſionis concurrant in idem tempus, an non concurrant. ecce prius exemplum hoc eſt. Cum quis emit, deinde vſucepit rem emptam. In hoc priore exemplo diuerſum eſt tempus vtriuſque cauſæ, non concurrunt in idem tempus: at vſucepit, & pro emptore, & pro ſuo. Non eodem tempore ego poſſideo ex vtraq; cauſa. Ego prius

poſſideo pro emptore tanquam emptam, deinde ſequitur vſucapio: vſucapio ſequitur poſſeſſionem. In poſteriore exemplo eodem tempore poſſideo ex vtraque cauſa, pro ſuo & pro emptore. Defunctus poſſidebat rem vt emptam, ego illius hæres extiti, & apprehendi poſſeſſionem eius rei eodem tempore. Ego cœpi poſſidere ex vtraque cauſa, ego non poſſum dici prius poſſidere pro tempore quam titulo pro hærede. Alia eſt poſſeſſio mea, quam poſſeſſio defuncti, quamuis iungantur, vt dicemus in l. Pomponius, infra. Hæc igitur exempla oſtendunt eandem rem ex pluribus cauſis poſſideri poſſe, ſiue idem tempus ſit earum cauſarum, ſiue diuerſa ſint tempora, ſiue concurrant in idem tempus ſiue non. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. non vt ex pluribus. Ex pluribus cauſis rem eandem deberi poſſe, licet ex pluribus cauſis non poſsit res aliqua mea eſſe: tamen poteſt ex pluribus cauſis mihi debita eſſe. Idem dicitur in l. & an eædem actiones. de except. rei iudic. Idem in l. non eſt nouum. de actio. empt. & aliis ſimilibus. Poteſt mihi deberi res ab vno ex cauſa venditionis, ab alio ex cauſa legati, ab alio ex cauſa donationis. hæ omnes cauſæ concurrunt, hocque eſt receptum propter vtilitatem hominum, vt facilius poſſit rei dominium quæ debita eſt, acquiri. Etſi obligatus ſit quis ad eandem rem dandam quam alius mihi debet, non ideo dominium mihi quæſitum eſt vtile: hoc eſt, vt ſi deficiat vna cauſa, ex alia cauſa quis poſſit agere, & ad dominij acquiſitionem peruenire. Inde quæritur ſi quis poſſideat duplici ex cauſa, & ex vna cauſa ſit completa vſucapio, an ex alia adhuc dicatur poſſidere? Diximus pluribus ex cauſis poſſe rem aliquam poſſideri, vt exemplis quæ ſupra extant apud Paulum noſtrum in hoc loco oſtenſum eſt. Ego cœpi rem poſſidere quam emi ab alio, & poſt aliquod tempus ea res mihi legata eſt ab alio vel donata. Ex priore cauſa eam rem vſucepi, eam vſucepi triennio (erat forte res mobilis) quæritur an nunc eam poſſideam ex alia cauſa? Ex his quæ iam diximus videtur ex alia cauſa non poſſideri. Poſt vſucapionem completam nulla vtilitas exigit, vt res à me poſſideatur ex alia cauſa, me iam effecto domino. Id enim nullius vſus, nullius vtilitatis eſſe videtur. Cum iam peruentum eſt ad metam, cum iam acquiſitum eſt dominium: quid iam prodeſt poſſidere ex alia cauſa? Cum hæc vtilitatis cauſa conſtituta ſint, videtur dicendum in hoc caſu rem tantum poſſideri ex cauſa vſucapionis, non ex alia cauſa. Verum Paulus noſter aliud ſentire videtur in priore exemplo cum ait, *Etenim qui vſucepit & pro emptore & pro ſuo, &c.* Hic videtis Paulum loqui de vſucapione completa: non enim ferenda eſt opinio eorum qui interpretantur verbum hoc vſuceperit, vſucapere cœperit. Quaſi de vſucapione cœpta & inchoata loquatur Paulus non de completa. Repugnat verbi proprietas & ſignificatio. *Qui vſucepit & pro emptore & pro ſuo, &c.* Loquitur de eo qui vſucepit, qui longo tempore acquiſiuit dominium rei tanquam poſſeſſæ titulo pro emptore. Is dicitur, inquit, poſt vſucapionem poſſidere & pro emptore & pro ſuo. Ego non dubito, quin hæc fuerit Pauli ſententia, tametſi obſcurus ſit locus. Vlpian. dubitare videtur referens Manilij opinionem. l. 1. §. vlt. pro ſuo. *Incipio poſſidere, &c.* Sed an deſinam ex cauſa, &c. Mauritanus dicitur exiſtimaſſe eum deſinere, cum refert tantum Mauritani opinionem, nec aperiat quid de ea re ſentiat, hic videtur hæſitaſſe, refert eius ſententiam Vlpian. vt in re dubia. Sed manifeſtior eſt Pauli ſententia in hoc loco. Sed cur, dixerit aliquis, exiſtimauerunt veteres ex alia cauſa adhuc rem poſſideri, cum id nullius vtilitatis eſſe videatur, & iura ad vtilitatem hominum conſtituta ſint, vt iam diximus? Ego exiſtimo cum ſemel conſtitutum eſſet rem poſſideri ex pluribus cauſis, facile non adductos fuiſſe veteres Iuriſconſul. vt ex iure conſtituto aliquid immutarent, etſi non admodum vtilis ſit ea poſſeſſio, nec ob eam poſſeſſionem vſucapiatur, vt poſtea dicemus: certum tamen eſt poſſeſſionem nihil incommodi adferre. In iure conſtituendo ll. latores eum ſcopum ſibi ponunt, ſcilicet vtilitatem hominum. Sed ius quod conſtitutum eſt, non ideo facile mutatur, quod inutile deprehendatur ll. mutare. l. in nouis. de conſtit. princ. In rebus nouis conſtituendis euidens debet eſſe vtilitas vt à iure conſtituto recedatur, quod diu æquum & vtile viſum eſt. Hæc poſſeſſio de qua nos loquimur ad vſucapionem non prodeſt, effectum non habet vſucapionis: quod meum eſt à me vſucapi non poteſt: hoc pro regula & axiomate certiſſimo notandum eſt ex. l. ſequitur. §. lana. de vſuca. Rem meam ego vſucapere nõ poſſum, deinde id quod meum eſt amplius meum fieri non poteſt. l. proprias. C. de legibus. §. ſic itaque. Inſtit. de actio. At vſucapione res efficitur mea: vſucapio eſt adiectio dominij. l. 3. de vſucap. Ergo cum res mihi quæſita eſt vſucapione, etiamſi eam poſsideam ex alia cauſa, ea poſſeſſio non poterit valere ad vſucapionem: ſic videtur accipiendũ eſſe quod dicitur in l. 2. §. vlt. pro empt. quæ ſolet nobis obiici vt contraria ab his qui diuerſum ſentiunt in d. l. 2. §. vlti. pro empt. *Si rem alienam.* Ego rem alienam ab eo emi quem putabam dominum eius rei eſſe: ita cœpi vſucapere: dominus eius rei poteſt à me rem vendicare, dominus petiit à me rem, dominus vendicauit à me rem vt à poſſeſſore. Quæritur an hac petitione ſit interpellata & interrupta vſucapio? Ait Iuriſconſultus hac petitione & litis conteſtatione non interrumpi vſucapionem. Sed ſi litis æſtimationem ſufferre maluerim, ait mutari cauſam poſſeſſionis ei qui litis æſtimationẽ ſuſtulerit: veluti ego videns fore vt euinceretur res, malui offerre litis æſtimationem, vt ſæpe fit in iudicio petitorio. Litis æſtimationem accepit aduerſarius, & ita ego rem poſſeſſam retinui. Hoc caſu Iuriſconſul. ait mihi mutatam eſſe poſſeſſionis cauſam. Itaque etſi in priori ſpecie non interrumpatur vſucapio, hic tamen vſucapio non poterit procedere. Quia dominus factus ſum eius rei, quia litis æſtimationem ſolui. litis enim æſtimatio ciuilis emptio eſt. Ponamus itaque eum qui dominus erat, mihi rem vendidiſſe iam antea emptam ab alio non domino. Quæritur an ex vtraque cauſa poſſideam? Quidam exiſtimant me non poſsidere, ſed exiſtimo Iuriſconſultum reſpexiſſe ad vſucapionem. Quamuis non poſsit vſucapi ex altera cauſa, puto tamen eum poſsidere ex veteri cauſa, ſed impeditur vſucapio, quia cauſa poſſeſsionis ſit mutata. Sic mihi videntur hæc accipi poſſe. Alia antinomia eſt ex l. cum res. C. de contrahen. empt. *Cum res tibi, &c.* Titius mihi rem donauit & tradidit, ſicque tranſlatum eſt dominium eius rei in me, quia tradens dominus erat. Eo mortuo, emi eandem rem ab ipſius hęrede. Hic concurrit duplex cauſa poſſeſsionis. Donatio ſcilicet facta à defuncto, & venditio facta ab hærede. Ait Imperator non duplicari titulum poſſeſsionis, *Intelligere debebas, &c.* in ſpecie propoſita Imperator ait non duplicari titulum poſſeſsionis. Quod videtur contrarium eſſe ſententiæ Pauli noſtri cum ait, ex pluribus cauſis eandem rem poſsideri poſse, nec referre an ex vna cauſa dominium ſit mihi quæſitum, an non ſit. Hæc videntur pugnantia e se. Sed animaduertendum eſt reſponſum hoc eſſe ab imperatore conſulenti ex facto, cum ex facto conſuleretur Imperat. Cum ei hypotheſis aliqua proponeretur, de eaque conſuleretur, cuiuſmodi ſunt ſcripta omnia quæ in C. Iuſtinia. repeριuntur. In ſpecie propoſita de qua conſultus fuit Imperator, credibile eſt quæſtionem fuiſse de acquiſitione dominij propter poſseſſionem, id mihi videntur oſtendere verba Iuriſconſulti. *Dominum factum fruſtra, &c.* Obſcurum eſt & incertum quid libello eo qui oblatus fuit principi, contineretur. Sed nos hoc coniicimus ex verbis ipſius reſcripti. Ex verbis reſcripti apparet, de acquiſitione dominij conſultum fuiſſe Imperatorem. Item in eo caſu emptio nulla eſt, ideoque titulus ille inutilis eſt & irritus. Ideo emptio nulla eſt, quia emi rem meam à defuncto: proponitur res mihi donata & tradita, ab eo qui dominus erat. Deinde emi eam ab hærede. rei ſuæ nulla eſt emptio. l. neque pignus, de reg. iur. l. rei ſuæ. de contrahen. empt. Ideoque reſcripſit Imperator non multiplicari titulum. Quid ſi vterque titulus ſpecialis, an ſententiæ Pauli locus erit? Veluti emi rem à Titio, eadem rem emi à Sempronio, vel donata eſt: hi tituli ſunt ſpeciales. Quidam putant ſententiam Pauli locum habere, cum vnus titulus eſt ſpecialis, alter generalis. Mouentur exemplis quibus hic vtitur Paulus: in priori exemplo titulus eſt generalis pro ſuo. Titulus ſpecialis eſt pro emptore: titulus generalis eſt hic intelligendus pro ſuo. In poſteriore exemplo titulus pro hærede eſt vniuerſalis, titulus vero pro emptore eſt ſpecialis. petitio hæreditatis dicitur de vniuerſitate proponi. l. 1. de rei vindic. Hac ratione adducti quidam exiſtimauerunt tunc ſententiam Pauli locum habere cum res poſſideretur ex pluribus titulis, quorum vnus eſt generalis, alter ſpecialis. Sed verius eſt exemplis non reſtringi generalia Pauli verba. Vulgare illud eſt, exemplis non reſtringi regulam. l. regula. §. vltim. de iur. & fact. igno. Paulus ait generaliter ex pluribus cauſis nos eandem rem

dem rem

dem rem poſſidere poſſe. Item exemplum eſt in l. cum res. Quod iam à nobis recitatum eſt de duobus ſingularibus titulis. Res eſt mihi donata à defuncto, & ab eius hærede eſt mihi vendita, hic titulus venditionis & donationis vterque eſt ſpecialis: & tamen ex duabus illis cauſis oſtendit manifeſtiſſime Imperator rem poſſe poſſideri, & ideo non prodeſſe ait poſſeſſionem ex poſteriori cauſa, ex cauſa venditionis: nempe quæ contracta eſt cum hærede: quia tradita fuerat res & dominium translatum in emptorem, in donatarium, & alia ratio impedit ne hoc caſu multiplicetur cauſa poſſeſſionis. Quia rei ſuæ emptio nulla eſt. Si proponeretur defunctum fortaſſis non fuiſſe dominum qui tradidit, & non translatum eſſe dominium, oſtendit Imperator hoc caſu nihil impedire quo minus titulus multiplicetur. Heſterna die cœpimus declarare id quod Paulus noſter hic ait: *Non ſicut dominium.* Et diximus primo de poſſeſſione. Nunc de dominio dicendum eſt. Regula eſt, dominium ex pluribus cauſis nobis acquiri non poſſe: quæ regula extat non ſolum in hoc loco, ſed etiam in l. non vt ex pluribus. de reg. iur. & in l. & an eadem. §. actiones. de except. rei iudic. In regula iuris dicitur, vt ex pluribus cauſis eadem res nobis deberi poteſt, ita dominium ex pluribus cauſis nobis contingere poteſt. At eadem res non niſi ſemel mea effici poteſt: & hoc intereſt inter dominium & poſſeſſionem. Diximus heri multiplicationem cauſarum prodeſſe nonnunquam poſſidenti, vt facilius acquiratur dominium. Dominium autem eſſe ex pluribus cauſis, nullam vtilitatem adfert. Hæc ſententia quibuſdam argumentis impugnari ſolet, de quibus quid iudicandnm ſit breuiter nunc dicemus. Primum argumentum eſt eorum qui dicunt. Si ex pluribus cauſis poſſidetur res atque vſucapitur, hinc conſequens eſſe videtur vt ex pluribus quoque cauſis dominium nobis acquiratur. Certum eſt poſſeſſionem ex pluribus cauſis nobis acquiri poſſe. Id explicatum fuit heſterna die. Si ex pluribus cauſis res poſsideri poteſt, ex pluribus etiam cauſis res vſucapi poteſt. Quid aliud eſt vſucapere quam poſsidere longo tempore? l. 3. de vſucap. Continuata poſſeſsione quæ ex pluribus cauſis eſt, longo tempore acquiritur dominium. Vſucapione ergo ex pluribus cauſis acquiritur dominium. Si quis poſsideat legitimo tempore, poſsidendo fit dominus. Illud ergo dominium acquiritur ex pluribus cauſis: acquiritur ex illis titulis ex quibus poſſidet rem is qui eam vſucapit. Qui argutias ſectantur magis quam res & ſententiam, & conſuetudinem loquendi veterũ Iuriſconſultorum non reſpiciunt, his calumniis vti ſolent, & tenebras offundunt rebus per ſe non admodum obſcuris. In quæſtione propoſita vna proculdubio eſt cauſa dominij, ſcilicet vſucapio. Vſucapione dicitur acquiri dominium. l. traditionibus. C. de pact. hic duplex vſucapio non eſt, ſed vna tantum. Res quidem vſucapitur poſsidendo rem, quæ res poſsidetur ex pluribus cauſis: Sed tamen verum eſt huius dominij acquiſiti cauſam eſſe vſucapionem. Ergo vna tantum cauſa eſt huius dominij. Niſi quis dixerit duplicem eſſe vſucapionem, quod nemo opinor dixerit. Vtar exemplis huius rei demonſtrandæ cauſa, ex quibus cognoſcetur etiam quando vna ſit cauſa vel duplex dominij vel poſſeſsionis. Ecce ſi quis interrogetur qui dominum ſe eſſe contendit, cur dominus ſit rei de qua agitur. Ego, reſpondeat, ego ſum dominus duabus ex cauſis. Prima, quia rem vſucepi, deinde quia in me dominium ab eo qui dominus erat translatum eſt: is allegat duas cauſas ſui dominij. Certum eſt has duas cauſas non poſſe concurrere. Ponamus aliud exemplum. Interrogatus cur dominus ſit, ſi ita reſpondeat, Ego ſum dominus, quia poſſedi rem longo tempore vt mihi donatam. certe vnam tantum cauſam allegat dominij ſui. Allegat vſucapionem: vſucapio hic vna eſt, non eſt duplex vſucapio. Vſucapio quidem naſcitur ex continuatione poſſeſsionis: Et poſſeſsio ex pluribus cauſis eſt, ſed vna tantum eſt vſucapio. Atque ideo vna tantum cauſa dominij in hac ſpecie dicenda eſt. Hæc ſolutio non poteſt ſatisfacere iis quibus nihil eſt adeo certum quin controuerſum reddant. Hac ratione, inquiunt, nihil differt dominium à poſſeſſione, nec poſſeſsio à dominio. Cum tamen in hoc capite Paulus poſſeſsionem differre à dominio oſtendat. Sic enim diceretur poſſeſsionis vnam cauſam eſſe, ſi admitteremus vnam cauſam eſſe dominij ſcilicet vſucapionem. Poſſemus dicere & vnam cauſam quoque in exemplis quibus Paulus vtitur, eſſe: quia vna tantum traditio eſt. Quamuis res tradatur titulo hæreditario, titulo emptionis, tamen vna traditio eſt. Et ea traditio eſt cauſa poſſeſsionis. Sed Iuriſconſultus ait plures cauſas eſſe poſſeſsionis; ergo etiam de dominio idem dicendum eſt, nec recipiendum eſt quod dicimus vnam cauſam eſſe dominij, quia vna eſt vſucapio. Sed ego reſpondeo, inepte hoc dici traditionem eſſe cauſam poſſeſsionis. Cauſam poſſeſsionis non vocamus quia poſſeſsio apprehenditur. Cauſa varie accipitur. Vna eſt remota, altera proxima. Iuris autores poſſeſsionẽ hic vocant, contractum, vel aliam huiuſmodi cauſam ob quam poſſeſsio iuſta redditur, quæ dicitur titulus. l. poſſideri autem. 3. §. genera. hic. inepte ergo dicitur traditio cauſa poſſeſsionis, vt cauſam hic accipiunt Iuriſconſulti. Et certum eſt rem poſſe poſsideri ſine traditione. l. 5. hic. Vnde in apprehendenda poſſeſsione non eſt neceſſaria traditio. Hæ ſunt cauſæ poſſeſsionis. Cauſæ dominij colliguntur ex l. traditionibus. Cod. de pact. Vna dominij acquirendi ratio eſt, cum dominus rem ſuam in alium transfert. Altera eſt vſucapio. Aliud argumentum eſt æque ineptum aut fortaſsis ineptius. Aiunt in vſucapione requiri titulum & præter titulum requiri bonam fidem, quæ cauſæ ſunt diuerſæ. Hæ cauſæ ſunt dominij acquirendi per vſucapionem: aliud eſt titulus quam bona fides. Aliud eſt bona fides quam titulus. Ecce hic ſophiſtis nullus eſt modus & finis garriendi: & ſatis eſt reſponſum huic obiectioni cum ſuperius obiectum diluimus. Ego oſtendi quomodo cauſas accipiant Iuriſconſulti, cum loquuntur de cauſis acquirendi dominij: vna eſt tantum cauſa dominij. Scio plures eſſe cauſas. Verum hæ cauſæ non poſſunt ſimul concurrere. Vſus & mos loquendi Iuriſconſultorum hic ſequendus eſt, cum de cauſis loquimur. Alias nullus eſſet finis, nullus modus altercandi. Aliud argumentum eſt ex l. ſi modo. §. eadem. & §. ſi quis autem. de excepr. rei iudic. ex l. & an eadem. §. actiones. eo. tit. Is qui vindicat rem ſimpliciter in iudicio, nulla certa cauſa expreſſa ſuæ petitionis, omnem cauſam in iudicium deduxiſſe videtur, ideoque ſi victus poſtea agere velit, ſubmouebitur exceptione rei iudicatæ. Si vero vnam cauſam expreſſerit & victus fuerit, eo iudicio non prohibetur ex alia cauſa poſtea vindicare. Et ſi vindicet, non ſubmouebitur exceptione rei iudicatæ. Hæc ego demonſtro exemplis. Ego vindico à te rem quam dico meam eſſe ex cauſa vſucapionis, vel quia dominus eam vendidit mihi & tradidit vnam tantum cauſam: ex primo non poſſum docere mihi ab eo traditam & venditam eſſe. Vincor in iudicio. Deinde comperto errore meo volo denuo experiri, meam eſſe dico quia vſucepi. Nihil prohibet me iterum experiri. Sed ſimpliciter dixi, me dominum eſſe, & hoc genus actionis admittitur cum res vindicatur, non enim cogitur is qui agit rei vindicatione exprimere cauſam dominij, ſatis eſt dicere: Ego ſum dominus, in actionibus perſonalibus: idem non recipitur, ſi aduerſarius contradicat. Si is qui rem aliquam vendicat, litem proſequatur, docere quidem debet ex certa cauſa ſibi acquiſitum eſſe dominium. Sed loquor de intentione. Cum igitur quis vindicat ſimpliciter, non expreſſa cauſa, ſi vincatur, nulla ex cauſa poterit eandem rem in iudicium reuocare. Quia ſimpliciter petendo nulla cauſa expreſſa, videtur omnem cauſam ex qua dominus eſſe poteſt in iudicium deduxiſſe. Ex eo colligitur ex pluribus cauſis dominium acquiri poſſe. Nam ſi omnem cauſam in iudicium deduxiſſe intelligatur, ſequitur vnam cauſam non eſſe dominij acquirendi. Sophiſticum hoc eſt, ſed tamen hæc nonnunquam remorantur exercitatiſſimos quoſque. Intelligite quid fallaciæ ſit in hac ratione argumentandi. Ergo ex pluribus cauſis acquiri poteſt dominium. Ego id non inficior, verum eſt ex pluribus cauſis acquiri dominium poſſe: acquiritur traditione facta à domino. Acquiritur etiam vſucapione, etſi forte res tradita à domino non ſit. Acquiritur etiam ſi res legata ſit teſtamento. Variæ ſunt cauſæ acquirendi dominij, ſed tamen omnes illæ cauſæ non concurrunt in acquiſitione eiuſdem rei. Negamus in acquirendo dominio eiuſdem rei has omnes cauſas concurrere. Petitor poteſt varias cauſas ſuæ rei, ſui dominij allegare: poteſt emptionem, vel ius hæreditarium vel legati vel aliam cauſam dominij allegare. Quæcunque cauſa ſit dominij ſui, videtur eam in iudiciũ deduxiſſe, cum nullam certam cauſam dominij expreſſit in intentione ſua. Aliud argumentum eſt

ex l. in numerationibus. de ſolut. & l. cum quis.§. de peculio. eod.& ex l.ſi creditor. §. Marcellas. de leg. 1. In d.l. in numerationibus. Iuriſconſultus variis exemplis oſtendere nititur ex vna numeratione plures obligationes nonnunquam oriri. quod verum eſt. Hinc effici aiunt, nonnunquam dominium acquiri creditori ex pluribus cauſis. Quamuis id in ea lege expreſſum non ſit: non dicit Iuriſconſultus ex pluribus cauſis dominium acquiri. Sed tamen id colligere nituntur. Si ex pluribus cauſis ſoluitur res, eadem ratione ex pluribus cauſis acquiritur dominium rei ſolutæ creditori ex illis omnibus cauſis. Vtemur exemplis quæ ſunt in l.creditori. Debes mihi rem ex ſtipulatu, eandem debes ex legato. Regula iuris permittit rem ex pluribus cauſis deberi.l.non eſt nouum.de actio.emp. l.non vt ex pluribus.de reg.iur.Is qui debebat ex pluribus cauſis ſoluit, rei ſolutæ dominiũ acquiritur creditori. Ergo ex pluribus cauſis acquiritur dominium, videlicet ex cauſa ſtipulationis, ex cauſa legati. Si hoc verum eſt, neceſſe eſt falſam eſſe regulam noſtram: quia dicimus dominium ex pluribus cauſis acquiri non poſſe. Sed iam oſtendi quî cauſa accipiatur hic. Cauſa hic eſt titulus (vulgo dicunt titulum) in hac ſpecie vna cauſa eſt, ſcilicet ſolutio, titulus eſt vnus pro ſoluto. Si interrogetur is qui poſſidet cur poſſideat eam rem, quo titulo, dicet titulo pro ſoluto. De eo ſpecialis eſt titulus poſt titulum de vſucapionibus in recentioribus libris: in veteribus Codicibus eſt l.46.tit. de vſucapio. Dixerit aliquis non videri ſpecialem eſſe titulum acquiſitionis, pro ſoluto. Quia res ſoluitur ſemper ex aliqua cauſa, veluti ex cauſa dotis, ex cauſa emptionis & ſimilibus. Sed neceſſarius eſt hic plærunque titulus: & plærunque accidit vt omnis titulus deficiat, exempli gratia. Cum aliud pro alio ſoluitur, legata mihi eſt veſtis. liber eſt mihi ſolutus pro veſte. Aliud enim pro alio ſolui poteſt volenti creditori, licet ei inuito ſolui non poſſit. Creditor contentus fuit libro: is liber alienus erat, poſſedi eum longo tempore, quæritur an vſuceperit? Videndum an titulus fuerit iuſtus, quid dicemus? Dicimus valere vſucapionem, quia titulus fuit pro ſoluto. iuſtus eſt hic titulus pro ſoluto, & prodeſt ad vſucapionem. In his ergo exemplis dicendum eſt, vnam tantum cauſam eſſe, ſcilicet ſolutionem. Alij huius nodi diſſoluendi cauſa comminiſcuntur dominium ex pluribus cauſis poſſe acquiri. hæ cauſæ concurrunt in idem tempus quod Paulus ait in hoc capite. Eiuſdem rei dominium non poſſe nobis contingere ex pluribus cauſis, vt aiunt. Sic intelligendum eſt, niſi hæ cauſæ incurrant in idem tempus. Si in diuerſa tempora, ratio non permittit vt ex omnibus his cauſis dominium nobis acquiſitum eſſe dicatur. Ego poſſideo rem ex pluribus cauſis: ex vna cauſa completur vſucapio, vſucapione mihi dominium acquiritur. Deinde ex alia cauſa etiam poſſeſſio continuatur vſque ad legitimum tempus, an ex hac noua cauſa acquiratur dominium? non. Nam iam dominus fui, quod ante acquiſieram, & non poteſt mihi acquiri. Sed cum in idem tempus incurrat vtraque cauſa, ita vt continuetur eodem tempore vtraque cauſa, aiunt acquiri ex pluribus cauſis dominium, & cum Paulus hic diſtinguit dominium à poſſeſſione, aiunt ita accipiendum eſſe. Cum quæritur de poſſeſſione an ex pluribus cauſis poſſit res poſſideri, dicendum eſt generaliter poſſe ex pluribus cauſis poſſideri, ſiue illæ cauſæ incurrant in idem tempus, ſiue in diuerſa tempora. Sed in dominio hoc accipiendum eſſet cum diſtinctione, & ſic ſi in idem tempus incurrant cauſæ, nihil differt dominium à poſſeſſione. Sed ſententia contraria mihi videtur probabilior. Nam Paulus ſenſiſſe videtur eiuſdem rei dominium non poſſe nobis acquiri ex diuerſis cauſis, ſiue hæ cauſæ in idem tempus, ſiue in diuerſa tempora incurrant. Sed quid refert, dixerit aliquis, an dicamus nobis acquiri dominium ex pluribus cauſis, cum plures cauſæ concurrunt? Cum non concurrunt, ratio ſatis manifeſta eſt: quia quod iam mihi acquiſitum eſt non poſſum amplius acquirere. Sed quid incommodi eſt, cum concurunt plures cauſæ, ſi dicamus ex omnibus cauſis dominium nobis acquiri? Videtur hoc prima facie plus ſubtilitatis, quam æquitatis habere. Sed ex hac ſubtilitate alia quædam ſequuntur, quæ vtilitatem habent, per ſe huiuſmodi plærunque videntur inania eſſe. Hoc videtur ita conſtitutum, quia inde conſequuntur alia quædam ex quibus non diſputatur inutiliter. Exemplum vnum eſt in l. & an eandem. §. actiones. de except. rei iudic. vbi docet Iuriſconſult. Paulus differentiam actionum in perſonam & actionum in rem. Cum quis agit in perſonam & vincitur eo iudicio, non prohibetur denuo agere: ſi modo ex alia cauſa agat. Variis ex cauſis poteſt res deberi.d.l. non vt ex pluribus. At cum quis agit in rem & agit ſimpliciter, non expreſſa certa aliqua cauſa dominij ſui, omnes cauſas videtur ſua intentione comprehendiſſe. Et hac ratione vtitur, quia non poteſt res niſi ſemel noſtra effici: is qui agit in rem contendit ſe dominum eſſe. Paulus hoc diſcrimen actionum in perſonam & actionum in rem oſtendere volens, nihil habet firmius quam hanc regulam: Res ex pluribus cauſis noſtra fieri non poteſt, & hoc translatum eſt in regulam iuris incip. Non vt ex pluribus cauſis, &c. Eadem eſt inſcriptio d.l.& huius regulæ. Hæ ſunt coniungendæ, quæ à compoſitoribus Pandectarum ſeparantur, vt vſus regulæ magis intelligatur. Alia obiectio eſt ex l. fundum.4.ad l. Falcid. in qua Iuriſconſ.ait, Quidam mihi legauit fundum ſub conditione, hæres mihi debet illud legatum ſi extiterit conditio. Hæres ipſe à quo legatum mihi relictum eſt, me hæredem inſtituit teſtamento, & deceſſit nondum exiſtente conditione legati, adiui eius hæreditatem, aditione hæreditatis factus ſum dominus rerum hæreditariarum. Res illa legata facta eſt mea adita hæreditate, ſicut aliæ res hæreditariæ. Nam res legata erat hæredis pendente conditione. Poſtea extitit conditio legati, eadem res mihi acquiritur ex cauſa legati: legatarius acquirit dominium rei legatæ poſtquam extitit conditio. l. à Titio. de furt. Hic ex duabus cauſis acquiritur mihi dominium eiuſdem rei, acquiritur mihi ex cauſa hæreditaria: quia ego hæres ſum, acquiritur etiam mihi ex cauſa legati, ergo verum non eſt, quod hic dicitur, Ex pluribus cauſis dominium non contingere. Sed in d. l. fundum. non dicitur ex vtraque cauſa rem legatam acquiri legatario iure legati, & iure hæreditario. Sed Iuriſconſultus ait, *Meus eſſe fundus intelligitur*. Non dicit, quod iure hæreditario & iure legati fundus meus eſſe intelligatur. Ego quidem dominus fui rei legatæ ante conditionis euentum. Sed conditione eueniente mutata eſt cauſa dominij: ego hic duarum perſonarum vicem ſuſtineo & hæredis & legatarij: pendente conditione ſum dominus ex cauſa hæreditaria, exiſtente vero conditione, ego ſum dominus ex cauſa legati. Sic videtis has cauſas non concurrere, ſed ſe ſubſequi. iure legati tantum mihi acquiritur legatum, non autem iure hæreditatis. Sed cur valet ex poſteriore cauſa? Quia poſterioris cauſæ origo antiquior eſt. Ideoq; dicitur legatum valere. Id autem conſtitutum eſſe benignius propter Falcidiam animaduertendum eſt. Nam ſubtilitas iuris non patitur, vt fundus meus eſſe dicatur iure legati. Dominium enim iam acquiſiueram aditione hæreditatis. Aditione hæreditatis confunditur quod debebat hæres, cui ego ſucceſſi.

§. *Ex contrario plures, &c.* Hic tractatur quæſtio difficillima omnium, quæ reperiuntur in hoc tractatu de poſſeſſione. An plures eandem rem in ſolidum poſſidere poſſint. Et Paulus ait, *Ex contrario plures, &c.* Ideo Paulus ait, *Ex contrario*, quia prius de vno poſſidente rem ex pluribus cauſis, diſputauerat. Nunc de pluribus poſſidentibus eandem rem loquitur, non ex pluribus cauſis, ſed in ſolidum. Ait ergo Iuriſconſ. *Plures eandem rem, &c.* Rationem ſubiicit. Quippe (inquit) contra naturam eſt. Teneo rem aliquam aut mere, aut corporaliter, aut iuris aliqua interpretatione. Natura non patitur, vt eandem rem alius teneat. Alias hoc non eſſet totam rem & in ſolidum tenere. Tenere in ſolidum eſt totam rem tenere: repugnat ergo natura ne plures in ſolidum eandem rem teneant ſiue poſſideant. *Sabinus tamen ſcribit, &c.* Refert ſententiam Sabini qui non loquitur de eadem poſſeſſione, ſed diuerſa. Si quis ſuam rem precario petenti dederit, Sabinus exiſtimauit vtrunque poſſidere, & eum qui precario cõceſſit rem vtendam, & eum qui precario accepit. *Sabinus tamen, &c.* Et ſi hoc verum ſit quod diximus eandem rem non poſſe à pluribus in ſolidum poſſideri, nihilominus tamen exiſtimauit Sabinus cum quis precario conceſſit rem ſuam vtendam, vtrunque poſſidere, & eum qui precario cõceſſit, & eum qui accepit: quia eſt diuerſa ratio poſſidendi. *Idem Trebatius, &c.* Adiecit Trebatius: non tantum probauit ſententiam Sabini Trebatius, ſed etiam adiecit, quod dictum eſt, plures eandem rem in ſolidum poſſidere non poſſe. Trebatius exiſtimauit accipiendum eſſe cum hac exceptione. Ne vnus iuſte, alius

ſte, alius iniuſte poſſideat. Sed hæc ſententia Labeoni non placuit, ac ne Paulo quidem. Improbauit hanc Trebatij ſententiam Paulus poſt Labeonem. *Quoniam in ſumma.* Cum quæritur an quis poſſideat, an non poſsideat, ineptum eſt reſpondere de iuſtitia, aut æquitate poſſeſſionis. Hoc eſt omnino alienum. Cum ego quæro an hi duo poſsideant, quæſtio mea pertinet ad ſubſtantiam poſſeſsionis, num iuſte poſſideant, an iniuſte. In ſumma poſſeſſionis, nihil refert an quis iuſte an iniuſte poſſideat. Hæ duæ quæſtiones non ſunt confundendæ. *Non enim magis.* Sententiam ſuam confirmat ſimilitudine: Sicut abſurdum eſt dicere aliquem ſtare eo loco in quo ego ſto, vel ſedere in quo loco ego ſedeo: ita etiam dicendum eſt de poſſeſsione, ſcilicet quem non poſſe poſſidere eam rem quam ego poſſideo: poſſeſsio detentio eſt. l. 1. in princ. Simile ergo eſt quod hic adducitur de ſtatione & ſeſsione. Hic eſt ſenſus horum verborum Pauli, quæ nos accuratius & ſubtilius nunc interpretaturi ſumus. Adnotandum eſt igitur ex hoc capite plures eandem rem in ſolidum poſsidere non poſſe. In ſolidum poſsidere eſt totam rem poſſidere. In ſolidum hoc textu, alij quidam interpretantur valde acute, iudicio meo in ſolidum, ex eadem cauſa. Sed hoc mihi videtur quam ridiculum eſſe: inaudita eſt hæc ſignificatio, nec vllum poteſt exemplum proferri. Sic ineptum eſt, quod adducunt ex l. ad ea. de reg. iur. in ſolidum, &c. pro hæreditaria parte. Quod autem hic dicitur de poſſeſsione, idem dicitur de dominio. in l. ſi vt certo. §. ſi duobus. commod. dominium eiuſdem rei non poteſt eſſe apud duos in ſolidum, id eſt, totius rei. Non poſſunt plures eſſe domini eiuſdem rei in ſolidum. Naturalis ratio demonſtrat ſatis hoc non poſſe fieri: dominium eſſe totius rei, hoc eſt, plenum & liberum ius diſponendi habere de tota re. Sic accipitur dominium, vt dicemus ad l. ſi quis vi. 17. §. differentia. infra hoc tit. Si quis habeat totum ius in hanc rem, non poteſt fieri, vt illud ius in eandem rem alius habeat. Poſſident quidem duo eandem quam habent communem vt ſocij: ſed ſocij non ſunt domini in ſolidum rei communis, ſed pro partibus indiuiſis quæ animo & intellectu magis habentur, quam corpore. l. ſeruus communis. §. 1. de ſtipul. ſer. Cum dicimus rem eſſe communem duorum, non hoc ſignificamus ſingulos eſſe in ſolidum dominos eius rei. Natura hoc non patitur. Sed hoc intelligimus ſingulos habere partes eius rei & partes indiuiſas, quæ magis habentur animo quam corpore. Partes ſunt incertæ, ſic accipiuntur in poſſeſſione ſocij, qui communem habent eandem rem, ſicut domini non ſunt in ſolidum, ſed pro partibus indiuiſis, ita etiam poſſident. l. ſi finita. 15. §. cum autem. de damno infect. Si plures mittantur in poſſeſſionem æqualiter poſsident, & concurſu partes faciunt, quia fieri non poteſt, vt in ſolidum eandem rem poſſideant. Poſſident rem eandem pro partibus indiuiſis. Hæc quæ ita breuiter & ſummatim à nobis dicta ſunt, exemplis demonſtranda ſunt & illuſtranda, vt facilius intelligantur, & vt facilius obiecta etiam diluamus. Multa enim obiiciuntur aduerſus hanc ſententiam, quæ ab aliis prolixe tractantur. Ea dicam ſimpliciſſime more meo. Dicam primum de naturali poſſeſſione, deinde de ciuili, poſtremo mixtim de vtraque. Quod hic dicitur duos in ſolidum eandem rem poſſidere non poſſe, intelligitur primum de naturali poſſeſsione, cum vtriuſque poſſeſſio eſt naturalis, aut duo ſi poſſideant naturaliter & corporaliter eandem rem, & quæratur an dici poſſint poſſidere in ſolidum. Reſpond. eſt ex ſententia Pauli eos non poſſe in ſolidum poſſidere. De naturali poſſeſſione oſtendit id maxime accipiendum eſſe, cum loquitur de detentione. *Vt cum aliquid ego teneam, &c.* Appoſitum eſt igitur hoc exemplum de duobus naturaliter poſſidentibus. Id autem demonſtrari poteſt exemplo vulgari. Hoc tritum & peruulgatum exemplum eſt: Si Titio abſente nundinarum cauſa, duo ingrediantur eius domum, vt in l. clam poſſi. §. qui ad nundinas. infra hoc tit. Non poſſunt dici poſſidere niſi naturaliter. Nam qui abſens eſt nundinarum cauſa, poſſidet ciuiliter. Sed illi qui ingreſſi ſunt eius domum, dicuntur poſsidere naturaliter tantum. Hoc eſt exemplum naturalis poſſeſſionis. Sed an poſsideant in ſolidum? Paulus negat in ſolidum poſsidere. Contra naturã eſt, vt cum ego teneo rem aliquam, eam tenere videaris: quomodo ergo dicuntur poſsidere? Hæc poſſeſſio naturalis effectu non caret. Interdicta enim competunt ob hanc poſſeſsionem. l. 1. §. deiicitur. de vi & vi arm. Si vterque velit experiri interdicto, non dicemus eos poſſidere in ſolidum, ſed potius dicemus concurſum partes facere, ſicut in d. l. ſi finita. §. cum autem. de dam. infect. Præter hunc Pauli locum alius ſimilis eſt in l. duo rem precario. *Duo* (inquit Iuriſconſul.) *non poſſunt in ſolidum eandem rem poſſidere vi aut clam.* Hoc accipitur de naturali tantum & corporali poſſeſſione, quæ eſt violenta. His argumentis ſatis videtur confirmata ſententia noſtra de naturali poſſeſſione: ſupereſt igitur, vt obiecta diluamus. In primis obiicitur aduerſus hanc ſententiam, quod aſpectu acquiritur naturalis poſſeſsio, vt in l. 1. §. ſi iuſſerim. & l. quarundam. hoc tit. Duo poſſunt poſsidere hoc modo naturaliter: quia aſpectus vtriuſque poteſt concurrere, nihil impedit quo minus duo ſimul poſſint inſpicere eandem rem. Cum aſpectus duorum poſſit concurrere, ceſſat ratio propter quam dicitur duos in ſolidum non poſſe eandem rem poſſidere. Ecce huius ſententiæ defenſores id ignorant, quod præcipuum fundamentum eſt huius diſputationis. Illi putant hanc rationem à Paulo adferri cur non poſſideant eandem rem duo in ſolidum. Quia in quo loco ego ſum, alius ſtare non poteſt, aut in quo loco ego ſedeo, alius ſedere non poteſt, nec animaduertunt eſſe ſimilitudinem. Vſus eſt hac ſimilitudine Paulus, vt facilius quod ſubobſcurum erat explicaret: non eſt ratio, ſed ſimilitudo tantum. Ratio eſt in principio capitis cum ait, *Quippe quia contra naturam, &c.* Tenere latius patet, quam ſtare aut ſedere. Dixi naturalem rationem non pati, vt cum ego teneo rem aliquam totam & in ſolidum ſiue vere & corporaliter, ſiue iuris aliqua interpretatione, tum eandem rem tenere intelligatis. Si alius tenere eam rem intelligeretur, non ego rem totam tenerem. Quia ergo res videbatur ei obſcura & difficilis explicatu, Iuriſconſul. vſus eſt ſimilitudine. *Nec enim magis, &c.* Rurſus oppugnatur ſententia noſtra argumento ducto ex l. vlt. vti poſſid. Vſuarius & vſufructuarius videntur fundum naturaliter poſſidere, experiuntur interdicto vti poſſidetis. Vnus habet vſum fundi, alter vſumfructum eiuſdem, vterq; aduerſus alterum experitur interdicto, *Vti poſſidetis, &c.* Ergo vterq; poſſidet. non poteſt dici eos poſſidere ciuiliter. Hoc dictum eſt in interpretatione l. 1. hi duo poſſident. alias non daretur eis interdictum, *Vti poſſidetis,* & poſſident naturaliter. Ergo poſſidet naturaliter eandem rem in ſolidum. Sed reſpondendum eſt, diuerſam eſſe rationem poſſeſſionis. Idque poſtea à nobis explicabitur. Vterq; experitur interdicto, quatenus id neceſſarium eſt ad ius ſuum conſeruandum. Vſus & vſusfructus iura ſunt diuerſa. Cum ſit diuerſa ratio poſsidendi, nõ eſt mirum ſi vterque dicatur poſſidere. Ego id poſtea dicam. Sequitur de poſſeſſione ciuili. Quod Paulus noſter ait plures eandem rem in ſolidum poſſidere non poſſe: hoc quoque intelligendum eſt de poſſeſſione ciuili. Exemplum alterum eſt in poſſeſſione ciuili, in poſſeſſione quæ animo tantum retinetur, non etiam corpore. Cum quis non tenet corporaliter, ſed interpretatione iuris ciuilis eam tenere intelligitur: dicimus duos eandem rem non poſſe hoc modo in ſolidum poſſidere: ratio qua ſupra vſi ſumus conuenit quoque ciuili poſſeſſioni. Dicimus cum quis tenet totam rem, abſurdum eſſe dicere, eandem rem quoque ab alio teneri, quia hic totam rem non teneret. *Vt videaris*, ait Paulus. Quo verbo vſus eſſe videtur, vt oſtenderet ſe non tantum de naturali poſſeſſione, ſed etiam de ciuili loqui. Id confirmatur argumento à conſequentibus. Nam alias conſequeretur duos vſucapere poſſe eandem rem, & dominos fieri poſſe in ſolidum eiuſdem rei. Pone duos in ſolidum poſſidere ciuiliter eandem rem, conſequens erit, vt ambo longo tempore poſsidendo vſucapiant eandem rem. ciuilis poſſeſsio cauſa eſt vſucapionis, non naturalis. l. acquiritur. §. vlt. de acquir. rer. dom. Idem etiam diceretur de acquiſitione fructuum, nam ciuiliter & bona fide poſſidens acquirit fructus. l. qui ſcit. §. alieno. de vſuris. Naturalis poſſeſſio quæ naturalis tantum eſt non probatur Iure ciuili, niſi quatenus ad publicam quietem pertinere videtur. Huc pertinet quod dicitur in d. l. duo. de precario. Cum dicit, *neque iuſte, neque iniuſte duæ poſſeſſiones concurrere poſſunt.* Cum loquitur de iuſtis poſſ. intelligendum id eſt de ciuilibus. Ille locus igitur oſtendit ſententiam Pauli noſtri intelligendam eſſe non tantum de poſſeſſione naturali, ſed etiam ciuili. Ad obiecta facile reſponderi poteſt. In primis obiicitur l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas, hic. Si quis ad nundinas profectus neminem reliquerit domi ſuæ, & aliquis fue-

rit ingreſſus domum ſuam. Vterque poſſidet, ſed vterque non poſſidet ciuiliter. Is qui ingreſſus eſt domum clam abſente domino, poſſidet naturaliter. Iure ciuili non probatur hæc poſſeſſio: Imo ſi aliter forte territus metu non auſus fuerit ingredi domum ſuam, non poſſidet ciuiliter, quia ius ciuile non probat hanc poſſeſſionem. Deinde hæc poſſeſſio, quæ vacua non eſt, non poteſt apprehendi. Non eſt vacua ciuilis poſſeſſio. l. quod meo. §. vlt. infra. Non obſtat etiam ſententiæ noſtræ, quod adducitur ex l. aliena. 20. §. 1. de pign. act. & l. ſi fundus. 15. §. ſi duo. de pignor. Ecce his locis pignus obligatur duobus in ſolidum, ergo duo poſſident in ſolidum. Itaque ciuiliter duobus obligatur res in ſolidum, qui ſi apprehenderint poſſident in ſolidum. Ergo duo poſſunt poſſidere in ſolidum. Ego reſpondeo nihil impedire quo minus duobus res eadem obligetur in ſolidum, ſicut perſona duobus in ſolidum obligatur, ſed negamus ideo duos creditores, quibus res eadem eſt obligata, poſſidere in ſolidum. Poſſident quidem æqualiter, ſed non poſſident in ſolidum, vt in l. ſi finita. §. cum autem. de dam. infect. Et in l. vlt. vti poſſid. vbi æquale ius habent: tenent fundum æqualiter vſufructuarius & vſuarius, ſed non in ſolidum, vnuſquiſque eorum poſſidet, quatenus ad ius ſuum conſeruandum neceſſarium eſt. Quomodo poſsideat creditor dixi ad l. 1. Sufficit igitur oſtendere exemplis eandem poſſeſsionem eiuſdem rei in ſolidum penes duos eſſe non poſſe. Paulus loquitur de eadem poſſeſsione. Alia eſt igitur ratio diuerſæ poſſeſſionis. Duo igitur poſſunt eandem rem poſſidere in ſolidum, cum diuerſa eſt ratio poſſidendi, veluti cum vnus poſſidet animo, alter corpore, id eſt, vnus poſſidet animo tantum & ciuiliter: alter corpore tantum & naturaliter: omnino diuerſæ poſſeſſiones hæ ſunt. Ego ſcio magnum eſſe conflictum opinionum in hac re, an diuerſæ ſint poſſeſſiones, in hoc caſu: ſed puto diuerſas eſſe. Dico igitur nullam rationem prohibere, quo minus eadem res in ſolidum poſſideatur à pluribus, cum diuerſa eſt ratio poſſidendi: nam vnus poſſidet corpore: alius animum tantum habet poſſidendi. Hæc repugnantia non ſunt propter diuerſam rationem poſſidendi. Hæc non ſunt magis pugnantia quam cum dicimus vnum habere dominium rei, alterum poſſeſſionem, vel cum dicimus vnum proprietatem habere, alterum vero vſumfructum. Exemplum hoc eſt ex Sabino. *Sabinus tamen, &c.* Ego tibi precario rem meam vtendam conceſſi, Sabinus exiſtimauit vtrunque inſtrumentum poſſidere & eum qui conceſsit, quia animo retinet poſſeſſionem, & eum qui precario accepit, quia tenet rem. Paulus hic ſimpliciter refert opinionem Sabini, eam nec probat nec improbat. & puto accipiendam eſſe Sabini ſententiam, vt in l. & habet. 15. §. eum qui. de precario. vbi hæc quæſtio fuſius tractatur, cum quis precario rogauit, vt ſibi poſſidere liceat. Ergo non intelligemus ſimpliciter, quem eam rem poſſidere, quam precario accepit, vt ſibi poſſidere liceat. Atque ita defendi poteſt Sabini opinio. Nam alias non poſſidet is qui precario rem vtendam accepit. l. recte. §. 1. de precar. l. officium. de rei vend. Aliud exemplum eſt in l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas, & l. ſi id quod. 25. §. vlt. infra. Et eſt exemplum inſigne. Nullus eſt locus quo magis demonſtretur id quod hic dicitur vtrunq; poſſidere in ſolidum: cum diuerſa eſt ratio poſſidendi: eodem pertinet quod dicitur in l. ſi duo. 3. vti poſſ. vbi quæritur, Si duo in ſolidum poſſideant, vtri dabitur interdictum, *vti poſſidetis.* Ego rem emi, titulum habeo, & bonam fidem, tu poſſides iniuſte, quia poſſides vi vel clam: erepta eſt mihi poſſeſſio & Iuriſconſul. dicit: Si poſſideas à me quia mihi rem eripuiſti, me potiorem eſſe. Si vero alius mihi eam eripuerit & tibi tradiderit, neuter noſtrum vincetur: vterque poſsidet, vnus ciuiliter, alius corporaliter. Cum diuerſa cauſa eſt poſsidendi nihil prohibet duos eandem rem in ſolidum poſsidere. Hoc videtur contrarium eſſe verbis Pauli in hoc loco. Nam in dicta l. ſi duo. dicitur, duos poſsidere in ſolidum, cum vnus habet iuſtam poſſeſsionem, alter vero iniuſtam. Hic autem ſententia Trebatij reprehenditur à Paulo qui idem exiſtimabat. *Idem Trebatius, &c.* Dicebat Trebatius duos non poſsidere iuſte vel iniuſte, ſed vnum poſſe poſſidere iuſte alium iniuſte. Reprehenſione igitur magis dignus eſt Paulus, quod notauerit Trebatium. Ego non exiſtimo ideo Trebatium reprehendi à Paulo, quod accidere non poſsit, vt vnus iuſte, alius iniuſte poſſideat: ſed quod exemplum non quadret: cum quæritur de eadem poſſeſsione, aut de diuerſis poſſeſsionibus. Cum quæritur an eadem poſſeſſio poſſit eſſe penes duos in ſolidum, an diuerſæ, non recte reſpondetur de iuſta vel iniuſta poſſeſſione, ſubſtātia enim poſſeſsionis in hoc non conſiſtit. Accidere quidem poteſt, vt vnus poſsideat iuſte, alter iniuſte. Sed hæc non eſt ſubſtantia poſſeſsionis iuſta an iniuſta cauſa ſit poſſeſſionis, cauſa diuerſa eſt poſſeſsionis. Vna eſt poſſeſſio iuris & animi: altera eſt corporalis tantum. in eo conſiſtit ſubſtantia poſſeſſionis, cum quæritur an quis poſsideat, an non: videndum eſt an corpore inſiſtat rei, an vero animum habeat poſsidendi. Non autem an iuſta ſit, an iniuſta poſſeſſio: & ideo Paulus Trebatium reprehendit, quod videbatur hoc inepte referre. Obiterque hic veterum ſententiæ referuntur, quæ nō ſunt plenæ: & veriſimile eſt in illis locis diſputatum fuiſſe de ſumma poſſeſsionis. *Non multum, &c.* Quaſi aliquid interſit, & reuera aliquid intereſt, ſed hoc non pertinet ad cauſam poſſeſſionis.

§. *In amittenda quoque, &c.* Prius tractatum fuit de poſſeſſione acquirenda, quomodo acquiratur: & diximus poſſeſſionem acquiri animo & corpore. Hinc variæ quæſtiones natæ ſunt, de quibus diſputatum eſt. Nunc tranſit Paulus noſter ad rationem amittendæ poſſeſſionis quomodo amittatur: & ait, *in amittenda poſſeſsio.* quaſi dicat, non tantum in acquirenda poſſeſſione, ſed etiam in amittenda affectio eius qui poſsidet intuenda eſt. *Itaque,* inquit, *ſi in fundo.* Animo igitur amittitur poſſeſsio & ſolo animo. Nam etſi in fundo non ſim, volui tamen amittere poſſeſsionem: non propterea amitto poſſeſsionem. *Quamuis, &c.* Acquiritur quidem poſſeſsio animo, ſed non animo ſolo acquiritur: acquiritur animo & corpore, ſed amittitur ſolo animo, ſtatim atque quis conſtituit ſe nolle poſsidere. Ex eo quod dictum eſt affectionem poſsidentis eſſe ſpectandam: ſequitur quod Paulus ait, quod etſi alius in fundo ſit quem poſsidebam, nihilominus poſsideo, ſpectatur enim affectio mea, & animus meus. Hinc alia quædam conſequuntur. *Si quis nuntiet domum, &c.* Cum quis abſens eſſet domo ſua, & animum ad huc poſsidendi haberet, ei nuntiatum eſt domum à latronibus occupatam eſſe, timore conterritus noluit accedere ad domum ſuam, hic dicitur eum amiſiſſe poſſeſsionem. Quia cum timore latronum conterritus fuerit, vt ad domum ſuam auſus non fuerit accedere, credibile eſt eum animum poſsidendi amiſiſſe. Ex eo id conſequitur, quod diximus in poſſeſſione amittenda ſpectandum eſſe animum eius qui poſſidet. Hinc aliud conſequitur. *Quod ſi ſeruus vel colonus, &c.* Finge ſeruum vel colonum, cuius ego corpore poſsidebam, diſceſſiſſe ex fundo, vel mortuum eſſe, an ego amiſerim poſſeſſionem? Iuriſconſultus ait animo retinebo poſſeſſionem, vt hoc caſu non amittam poſſeſſionem, quia animum tenendi poſſeſſionem habeo. *Et ſi alii tradiderim, &c.* Hic locus corruptus eſt, in omnibus exemplaribus præterquam in Pandectis Florentinis. Legendum eſt, *Sed ſi alii tradiderim,* non, *tradiderint.* Præterea legendum eſt, *Donec autem noſtra voluntate diſceſſerimus, aut vi deiecti fuerimus.* In ſumma igitur cum quæritur de amittenda poſſeſſione quomodo amittatur poſſeſſio, ex ſententia Pauli noſtri in hoc loco dicendum eſt poſſeſſionem amitti cum quis deſiit habere animum poſſidendi, & quamdiu quis retinet animum poſſidendi, tamdiu eum poſſeſsionem non amittere. Sunt tamen plerique caſus, in quibus inuiti poſſeſsionem amittimus, de quibus ſuo loco dicemus. Vnum exemplum eſt in capite ſeq. in §. Labeo. & ſeq. Cum quis nos expellit: cum ſeruus noſter ſe pro libero gerit, tunc nobis inuitis amittitur poſſeſsio, nihil curamus quo animo ſit is de cuius poſſeſsione quæritur. Sed ſunt caſus excepti: & hæc regula tradita eſt à Paulo, poſſeſsionem retineri animo, licet non acquiratur ſolo animo: & hæc eſt differentia tradita à Paulo inter dominium & poſſeſsionem in l. ſi quis vi. §. differentia. infr. hoc titu. Sufficit animum habere dimittendæ poſſeſsionis, vt quis poſſeſsionem amittat. Atque hinc furioſus homo non poſſe amittere poſſeſsionem dicitur in l. ſi is qui. hoc tit. Et ſi forte deceſſerit ex fundo is qui furioſus eſt, non amittit poſſeſsionem. Nam furioſi nulla voluntas eſt: in amittenda autem poſſeſsione requiritur animus. Sed hic occurrit difficilis antinomia ex l. quidam. 8. hic. Hæc capita videntur magnopere pugnantia & contraria. Hic dicitur ſolo animo amitti poſſeſsionem, in dicta l. quidam. dicitur eodem

modo

modo amitti quo acquiritur. Acquiritur autem animo & corpore. idem dicitur in leg. fere. de reg. iur. vbi hoc fuſius explicatur. *Fere accidit vt quibus modis acquirimus, iiſdem amittamus.* Variæ opiniones hic referuntur ab Accurſio & aliis, quas omnes reiicit quidam noſtri temporis profeſſor nõ obſcuri nominis, qui addit negationem verbis Pauli, ſed nimis audacter iudicio meo, ſic legit, *Non actum eſt, &c.* Sed nimia eſt hæc confidentia, ne dicam temeritas contra fidem omniũ librorum, & vetuſtiſſimos quoſque. Deinde hic error conuincitur reg. iur. quam ego iam adduxi in leg. fere. In hoc capit. 8. eſt particula illius capitis quod tranſlatum eſt in reg. iur. Inſcriptio vtriuſque capitis id ſatis oſtendit. Inſcribitur vtrunque caput Paul. lib. 5. Ad edictum. de interdict. vti poſſid. & de vi arm. At negatio illa non poteſt locum habere in reg. iur. *Itaq. non quemadmodum,* non poſſet ita legi, retinenda eſt igitur lectio affirmatiua, quæ veram vtilemque ſententiam continet, ſi recte & abſque vlla cauillatione intelligitur. Nã plærunq; accidit, vt poſſeſſio dicatur non amitti niſi corpore & animo. Hoc demonſtrandum eſt exemplis: & vnum exemplum eſt vulgare apud Accurſium. Si quis corpore deceſſerit de fundo, animum adhuc habet retinendæ poſſeſſionis. Si quæratur an is amiſerit poſſeſſionem, recte reſpondebitur eum non amiſiſſe: & ſi obiiciatur eum corpore deceſſiſſe de fundo, nos reſpondebimus corpus non ſufficere, ſed vtrunq; eſſe neceſſarium, oportere quoque accedere animum præter corpus: & non poſſe niſi corpore & animo amitti poſſeſſionem. Simile quiddam annotaui ſuperioribus diebus ad leg. 2. de teſta. Explicando difficilem antinomiam in qua declaranda à multis ſudatum eſt, ſed fruſtra. In ea lege dicitur, in eo qui teſtatur ſpectandam eſſe ſanitatem mentis quo tempore teſtatur, adeo vt ſufficiat ſanæ mentis eum eſſe quo tempore facit teſtamentum, licet ante mortem furere cœperit. Nam ſanæ mentis erat quo tempore teſtamẽtum fecit. l. 1. § exigit. de bon. poſſ. ſec. tab. Dicitur duo tempora exigi, & tempus teſtamenti & tempus mortis. Hæc videntur contraria, ſed non ſunt. Ego dixi, cum proponitur aliquem idoneum fuiſſe tempore teſtamenti, & quæritur de tempore mortis, recte reſponderi ſufficere illud tempus teſtamenti: ſed cum proponitur aliquem fuiſſe ſanæ mentis tempore mortis, & quæritur an hoc ſufficiat? Et recte reſpondebitur non ſufficere illud tempus mortis, ſed requiri etiam tempus teſtamenti: & quamuis ſubtiliter diſputando poſſit dici non requiri tempus teſtamenti, tamen ratio loquendi non eſt inepta, ſi quis conſultus de iure in hac ſpecie, ita reſpondeat. An ſufficiat ſanũ aliquem fuiſſe tempore mortis, non etiam tempore teſtamenti non male reſpondebit, non ſufficere mortis tempus, ſed neceſſarium eſſe vtrunque tempus. Sic in poſſeſſione amittenda accidit. Si proponamus aliquem deceſſiſſe corpore de fundo, & quæratur an amiſerit poſſeſſionem, recte quis reſpondebit eum non amiſiſſe poſſeſſionem, quia animum habet retinendæ poſſeſſionis. Si integræ eſſent ſententiæ veterum Iuriſconſultorũ, dilucida & perſpicua eſſent hæc omnia, quæ omnia ſubobſcura nobis videntur, intelligeremus quorſum id à Paulo dictum eſſet, quo quidque referendum eſſet. Nam hæc ſententia Pauli poteſt dici vera & falſa. Si referamus eam ad ſpeciem quam propoſui, erit vera. Alio exemplo demonſtratur veritas huius ſententiæ, ſi quis deiectus ſit de poſſeſſione. Quidam vi depulſus eſt de fundo ſuo, is animũ habet poſſidendi, quæritur an amiſerit poſſeſſionem. Conſultus de hac re ita recte reſpondebit, Eum non amiſiſſe poſſeſſionem, quamuis deiectus fuerit de poſſeſſione. Quia non ſufficit eum abeſſe à poſſeſſione. Non enim corpore amittitur poſſeſſio, ſed animo. Oportuit animum accedere, vt amitteretur poſſeſſio. Non amittitur poſſeſſio hoc caſu, niſi effectum ſit, vt non tantum corpore abſit à fundo ſuo, ſed etiam animum abiecerit poſſidendi, & ſatis credibile eſt, Paulum ita ſenſiſſe. Argumento eſt, quod hæc capita ſumpta ſunt ex lib. Pauli ad edictum in tractatu de vi arm. & vti poſſid. Agitur de poſſeſſione extorquenda ab inuito. Cũ ius alicui infertur ne poſſideat, & quæritur hoc caſu an is qui deiectus fuerit de fundo, dicatur amiſiſſe poſſeſſionem. Quod corporale eſt ab eo aufertur, ſed poſſeſſio non ſolo corpore amittitur ſed etiam animo. Aliud obſeruandum eſt. Eum qui fundum deſeruerit à ſe poſſeſſum, poſſeſſionem amittere. Simile quod dicitur in l. ſi id quod. § vlt. & in l. clam poſſidere. § qui ad nundinas. infra. ex his quæ diximus facile intelligi poteſt, quod dicitur in l. 3. C. eo. & videtur quiddam contrarium cõtineri ea lege, ſed tamen repugnantia ea non ſunt: tunc amittitur poſſeſſio cum quis metu perterritus, nõ audet accedere ad fundum ſuum, vt credibile ſit omnem animum abiecisſe retinendæ poſſeſſionis. Sed quamdiu non abiecit animum, ſpem & cogitationem poſſidendi, etſi metu deſeruerit fundũ ſuum, non ideo dicitur poſſeſſionem amiſiſſe, vt dicitur in dictis legibus allegatis. Deinde hic obſeruanda eſt lectio Florent. propter quam ceſſant multæ ambages. Legendum eſt, vt dixi, *tradiderim*, non, *tradiderint*. Nam vulgari lectioni tam multa obſtant, vt nemo poſſit ſe expedire. Infr. in l. vlti. hoc tit. dicitur, ſeruum non poſſe conditionem domini ſui deteriorem facere quamuis meliorem poſſit. At deteriorem faceret conditionem domini ſui, ſi dominus amitteret poſſeſſionem rei quam per ſeruum poſſidet, ideo quod ſeruus eam alii tradidiſſet. Præterea obſtat l. quamuis. 32. § conductor. hic. Conductor rem meam vendidit & ab emptore conduxit, quæſtio eſt an amiſerim poſſeſſionem. Illa enim conductio habet vim quandam traditionis. Conductor poſſidet nomine locatoris, & diſtinguitur traditio ficta à vera traditione. Sed nihil opus eſt hac diſtinctione ita legendo, vt diximus: An autem domini conditionem deteriorem poſſit facere ſeruus, dicam in loco magis idoneo.

§. *Si ſeruus quem poſſidebam, &c.* Hic tractatur quæſtio nõ diſsimilis ei, quæ tractata eſt à nobis ad l. 1. §. per ſeruum qui in fuga eſt. Quæſitum ibi fuit de ſeruo qui in fuga eſt, an poſſideatur & an acquiratur per eum poſſeſſio. Hic quæritur de eo, qui ſe pro libero geſsit. Si ſeruus gerat ſe pro libero ſi velit ſe vindicare in libertatem ex ſeruitute, ſi paratus ſit liberale iudicium ſuſcipere & contendere cum domino ſuo, an amittatur poſsesſio eius ſerui cùm dominus deſinat eum poſſidere? Hic dicitur, *Si ſeruus, &c.* Ita demum dominus amittit poſſeſsionem eius ſerui, ſi diu in libertate moretur. Ergo & ſi ſeruus pro libero ſe gerat, Spartaci exemplo, & paratus ſit ſubire iudicium liberale, non continuo dicitur dominus poſſeſsionem eius amiſiſſe, *vt Spartacus, &c.* Puto hiſtoriam vobis notam eſſe. Bellum geſtum eſt ſeruo duce, qui Spartacus dicebatur, qui tandem victus eſt à Craſſo, vt auctor eſt Plutarchus in Craſſo. Appianus, Claudianus, vilem hunc vocant, cum ſeruilis conditionis eſſet. Nihil enim erat vilius ſeruorum conditione. Hinc ergo notandum eſt: Si ſeruus ſe gerat pro libero, nõ priuare dominum ſuum poſſeſſione ſui, niſi diu moratus ſit in libertate, aut liber ſit pronuntiatus. Et eſt exemplum in quo inuiti amittimus poſſeſſionem, quamuis alias dicatur poſſeſſio amitti animo. Quid ſit diu morari in libertate à Paulo expreſſum non eſt, verum id videtur relictum eſſe definiendum arbitrio iudicis. Sed in liberali cauſa decennium receptum eſt. leg. ſi fideicommiſſ. §. Ariſto. qui & à quibus manummiſ. lib. *Pronuntiatus, &c.* Ergo poſt pronuntiationem deſinit eum poſſidere, etiam ſi diu in libertate moratus non fuerit. Et hoc produci poteſt ad ſeruos noſtri temporis. Agricolæ ſunt, qui non minus vindicantur quam res aliæ, qui dicuntur manus mortuæ homines, qui non multum à ſeruis differunt, & de his contendimus in iudicio & actionibus poſſeſſoriis. Itaque vtile eſt noſſe, an poſſideantur à nobis propter edicta poſſeſsoria, ſequendaque erit in hoc diſtinctio, quæ hic traditur à Paulo, vt ſi ſeruus ſe pro libero gerat, & proclamet in libertatem, non ideo dominus dicatur poſseſsionem eius amiſiſſe, niſi diu in libertate moratus ſit.

§. *Saltus hybernos, &c.* Quæſtio eſt de his, qui ſaltus habent hybernos & æſtiuos, qui tempore hyberno relinquunt æſtiuos ſaltus & ad hybernos ſe conferunt: contra tempore æſtiuo relinquunt hybernos & morãtur in ſaltibus æſtiuis. Quæritur quomodo poſſideant hos ſaltus cum corpore abſint? Huic quæſtioni reſpondet Iuriſconſultus, *Saltus hybernos, &c.* Obſcura hæc non ſunt his, qui nobis operam dederunt, cùm interpretaremur capitis primi initium & huius leg. 3. Nam tametſi ſubtilitatem iuris ſpectemus, non videatur res poſſideri ſine corpore, quia poſseſsio eſt detentio : tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt animo retineatur poſſeſſio, propter vtilitatem hominum, hoc ita comparatum eſt.

Sic viſum eſt iuris auctorib. à ſubtilitate illa iuris antiqui deflectere ad vtilitatem hominum. *Animo noſtro, &c.* Poſſidemus animo noſtro & corpore alieno. hoc intelligendum eſt non tantum de poſſeſſionis retentione, ſed & de acquiſitione per ſeruum, per procuratorem. Acquiritur nobis poſſeſſio corpore ſerui, corpore procuratoris. l. per procuratorem. C. eo. Sed animo noſtro, imo etiam plærunque corpore & animo alieno acquirimus poſſeſſionem. Hoc longius productum eſt, vt cum ſeruus acquiſiit poſſeſſionem, ex cauſa peculiari. Cum dicimus corpore & animo acquiri poſſeſſionem, hoc intelligendum eſt etiam, vt poſſeſſio acquiratur animo alieno & corpore ex cauſa peculiari. Id aduerſus multorum opinionem defendi. l. 1. §. item acquirimus. Et hunc locum adduxi, quamuis nobis ignorantibus acquiratur poſſeſſio. Cũ ſeruus ex cauſa peculiari aliquid comparauerit. Hoc tamen non eſt contra regulam. Corpore & animo acquiritur poſſeſſio.

§. *Nerua filius ait, &c.* Locus eſt hic proprius rei mobilis in poſſeſſione vel retinenda, vel amittenda. Res mobilis in poſſeſſione hoc proprium habet, quod tandiu dicatur à nobis poſſideri quandiu eſt ſub cuſtodia noſtra, & vbi deſiit ſub cuſtodia noſtra eſſe, deſiit quoque poſſideri. Variis exemplis demonſtrat Paulus in hoc capit. & ſeq. Si pecus aberrauerit non dicitur eſſe in poſſeſſione noſtra. Pecoris aberrantis amittitur poſſeſſio, quamuis dominium adhuc retineatur. Deſiit eſſe ſub cuſtodia noſtra, non eſt amplius in poteſtate noſtra. Et ſi velimus corporalem poſſeſſionem nanciſci, id poſſimus. Itaque non dicitur à nobis poſſideri. Idem dicitur de vaſe quod ita excidit, vt non poſſit inueniri, tunc enim vaſis dicitur amiſſa poſſeſſio eſſe. Alia ſunt exempla de feriis beſtiis, de piſcibus & auibus, & aliis huiuſmodi rebus. Feræ beſtiæ ſi incluſæ ſint viuariis noſtris, dicuntur à nobis poſſideri, ſi in naturali libertate maneant, nõ dicuntur à nobis poſſideri. Et ſi ſyluæ forte ſint noſtræ in quibus feræ illæ vagantur. Idem de piſcibus dicendum eſt, ſi piſces ſint in magno aliquo lacu, & ſi lacus noſter ſit, non ideo dicuntur poſſideri. Sed ſi in piſcinis incluſi ſint, dicuntur à nobis poſſideri. Eadem eſt ratio aliarum rerum de quibus hic loquitur Paulus. Hæc omnia quæ breuiter & ſummatim perſtinximus, nunc paulo latius diſcutienda & explicanda ſunt. In primis igitur hic obſeruandum eſt, id quod præcipuum in hac noſtra diſputatione. Res mobiles tandiu à nobis poſſideri quandiu ſunt ſub cuſtodia noſtra, & hoc intereſt inter mobiles res & immobiles. Res immobiles non ſtatim deſinunt poſſideri cum in cuſtodia noſtra non ſunt. leg. clam poſſidere. §. qui ad nundinas. hic. Et ſi quis abſens ſit de fundo ſuo, etſi forte de eo ſit expulſus, is nihilominus dicitur fundum poſſidere, animo retinet poſſeſſionem. Nam etſi amiſerit corporalem poſſeſſionem, tamen dicitur poſſeſſionem retinere, quæ dicitur ciuilis. Interpretatione quadam ciuili intelligitur rem adhuc tenere, quamuis non teneat corpore. Sic facilius amittitur poſſeſſio rei mobilis, quam immobilis. Huc pertinet, quod dicitur in leg. ſi rem mobilem. 47. titul. vbi traditur ratio diuerſitatis & differentiæ. *Cuius rei forſitan, &c.* Hic eſt Nerua filius cuius ſententiam Paulus noſter hic quoq; refert. *Idem ſcribit, &c.* Hic igitur differt res mobilis ab immobili, ſed huius rei ratio quæritur. Mihi ea ratio videtur eſſe; quia facilius abiicitur ſpes & cogitatio rerum mobilium quam immobilium. Cum amiſſa eſt res aliqua mobilis, ea facilius occultatur, res ſoli, res immobilis non poteſt latere. Ideo cum quis amiſit rem aliquam mobilem, credibile eſt eum animum depoſuiſſe, & cogitationem poſſidendi. In re immobili id non tam facile accidit. In iure conſtituendo ſolent legiſlatores ſequi id quod vt plurimum accidere ſolet ſecundum ſententiam Theophr. in l. iura. de legib. Secundo obſeruandum ex hoc loco hominem poſſideri ex his etſi non ſit ſub cuſtodia noſtra. Quod enim dicitur de poſſeſſione rei mobilis, hoc à Paulo noſtro intelligitur excepto homine, vt Paulus ipſe loquitur. *Nerua filius excepto homine, &c.* Cur excipiatur homo à nobis poſſeſſus docui in l. 1. §. per ſeruum. ſup. adduxi rationem differentiæ, quę eſt in l. Pomponius 13. in prin. & l. ſi rem 47. in d. l. Pompon. l. C. ait. *Nec eſſe ſimile, &c.* Cũ lapis in flumine demerſus eſt, ſtatim eius poſſeſſio amittitur, dominium quidem retinetur, ſed poſſeſſio non retinetur. Nec ſimile eſt hoc in ſeruo fugitiuo. Hoc vtilitatis cauſa receptum eſt in ſeruis, ne priuent ſuos dominos poſſeſſione ſua, quæ ratio ceſſat in aliis rebus, quæ anima carent. Alia ratio traditur in leg. ſi rem mobilem. Sed nos diximus de ea re ſupra. Tertio ex hoc loco obſeruandum eſt, hic diſtingui naturalem poſſeſſionem & ciuilem. Cum ait, *Hactenus poſſideri, &c.* Mendoſa eſt Norica lectio, legendum eſt: *Quatenus, ſi velimus naturalem poſſeſſionem nanciſci poſſimus &c.* Dicuntur res mobiles quandiu ſub cuſtodia noſtra ſunt à nobis poſsideri. Quia ſi vellemus earum rerum naturalem poſleſsionem nanciſci poſſemus. Hic diſcrimen naturalis poſleſsionis, & ciuilis aperte exprimitur. Etſi nõ teneam corpore rem aliquam mobilem quæ mea eſt, ſi animum adhuc habeam retinendi, & ea euaſerit cuſtodiam meam, ego dicor poſsidere ciuiliter, id eſt, ciuili quadam ratione, interpretatione quadam iuris ciuilis interpretamur eã poſsideri vtilitatis cauſa. Abſurdum enim eſſet, & valde incõmodum, ſi ſtatim amitteretur poſſeſsio rerum noſtrarum, cum deſiimus corpore incumbere rebus noſtris. Ergo qui habent ciuilem poſſeſsionem propter animum retinendi, ſi apprehenderint rem, nanciſcuntur poſſeſsionem naturalem. Ante igitur naturalem poſſeſsionem non habebant. Dicitur naturalis poſſeſsio, quia actus naturalis eſt, quod poſsidere dicimus eum, qui animum habet poſsidendi, hoc eſt ex iuris ciuilis interpretatione. Sed de hoc diſcrimine vtriuſque poſſeſsionis & ciuilis, & naturalis plenius & accuratius à nobis dictum eſt ad leg. 1. huius tit. Quarto notandum eſt, quod dicitur de pecore aberrante. *Licet à nullo, &c.* Pecus aberrans amplius in cuſtodia noſtra non eſt, non dicitur à nobis poſſideri. Notandum igitur eſt, quod hic dicitur de pecore aberrante. Nam equus vel bos, qui in paſcuis eſt à nobis poſsidetur, non vere dicitur à cuſtodia noſtra deceſsiſſe. Sed cum aberrare & vagari cœpit, tunc dicitur extra cuſtodiam noſtrã eſſe, & à nobis non poſsideri. *Diſsimiliter atq; ſi. & quia præſentia, &c.* Alii legunt in præſentia. Et quidam adeo ſunt indocti, vt præſentiam interpretentur abſentiam. Res eſt ſub cuſtodia mea forte, quæ tamen non poteſt inueniri ſtatim, vt plerunq; accidit in ſupellectili domeſtica: præſens eſt res, ego ſcio rem eſſe in domo mea forte in arca incluſam, & ſi diligẽs inquiſitio fiat, poterit inueniri. Adhuc dicitur eſſe ſub cuſtodia noſtra, atq; ideo non recte dicitur eius poſſeſsionem amitti. Quinto notandus eſt hic locus de poſſeſsione ferarum, piſcium & aliorum huiuſmodi. Præterea & obſeruanda eſt diſtinctio Pauli in hoc loco, &c.

§. *Item feras beſtias, &c.* Feræ quæ ſunt in ſyluis vagantes aut piſces in lacu videntur eſſe in naturali ſua libertate, ideoque à nobis non poſsidentur. Vnde dicitur venationem permiſſam eſſe ferarum, & aucupationem auium, non tantum in fundo ſuo, ſed etiam alieno, quod vulgare eſt in §. Feræ igitur beſtiæ. de rer. diuiſ. eadem eſt ratio piſcationis propter ſimilitudinem rationis, etſi loquatur de aucupatione aut venatione: licet ingredi fundum alienum piſcandi cauſa niſi dominus prohibeat. Nam iniuria fit domino cum eo prohibente alius ingreditur fundum ſuum. Vnde aduerſus ingredientem datur actio iniuriarum. Sed tamen receptum eſt ſi quid captum ſit in fundo alieno prohibente domino ingre-di fundum, id nihilominus ei acquiri qui cepit. Salua tamen ei actione iniuriarum aduerſus eum qui prohibente domino fundum ingreſſus eſt. in quibus locis hoc ius non obſeruatur, ſolet fieri publica & generalis prohibitio ne quis ingrediatur fundum alienum, piſcandi, venandi, aut aucupandi cauſa: & tantam vim habet generalis illa denuntiatio quantam habet prohibitio nominatim facta. His exemplis oſtenditur quomodo poſsideantur res mobiles, cuiuſcunque generis ſint, & quomodo ea poſſeſsio amittatur. Huius diſtinctionis vtilitas maxime proſpicitur in interruptione vſucapionis. De hac interruptione locus eſt ſub titul. de vſucap. Vſurpatio eſt interruptio vſucapionis, vt dicitur in leg. 2. de vſucap. Veteres accipiunt vſurpationem, frequentem vſum. Quomodo interrumpatur vſucapio docet I. C. in leg. naturaliter. infr. de vſucap. Cum poſſeſsio interrumpitur non poteſt procedere vſucapio, ea interruptio nocet vſucapioni, quia debet continuata eſſe poſſeſsio in vſucapione, vt apparet ex definitione vſucapionis. leg. 3. de vſucapio. Si ergo non continuata fuerit poſſeſsio, non poteſt vſucapio locum ha-

cum habere *Il faut encores recommancer.* De hac interruptione locus eſt in iure Pontific. ſub titulo de præſcript. In his exemplis non abs re quæritur an ſit amiſſa poſſeſſio rei mobilis propter vſucapionem. Ecce ego poſſidebam rem alienam cũ titulo & bona fide quam ego vſucapturus eram poſſidendo triennio. Ea res euaſit cuſtodiam meam. Deinde eam recuperaui: completum eſt triennium, quæritur an vſucapione facta ſit mea? Hic multum confert diſtinctio Pauli in hoc capite: ſine hac diſtinctione non poteſt intelligi an proceſſerit vſucapio, an non proceſſerit: diſtinguendum enim eſt an res extra noſtrã cuſtodiã fuerit, an vero ſemper fuerit ſub cuſtodia noſtra. Si cuſtodiam noſtram euaſerit, tunc interrupta dicitur poſſeſſio, ita vt vſucapio non potuerit procedere.

§. *Labeo & Nerua filius, &cæt.* Paulus noſter ex ſententia veterum oſtendit in re quoque immobili nonnunquam accidere vt poſſeſſio amittatur nobis inuitis, etſi forte nolimus poſſeſſionem amittere. Exemplum vnum hoc eſt, ſi flumen aut mare occupauerit eum locum quem poſſideo, tunc ego deſino poſſidere, etſi forte id me inuito acciderit: ergo dixerit aliquis, nulla eſt differentia rei mobilis & immobilis. Si occupauerit flumen aut mare fundum, poſſeſſio fundi amittitur nobis inuitis, non videtur alia ratio eſſe rei immobilis quam mobilis. Diximus rei mobilis poſſeſſionem amitti cum in cuſtodia noſtra amplius non eſt, nonne idem hic dicitur de re immobili? Explicatio non adeo difficilis eſt ex iis quæ à me ſuperius dicta ſunt. Rei mobilis poſſeſſio facilius amittitur quam immobilis, veluti cum deſiit eſſe ſub cuſtodia noſtra: Rei autem ſoli amittitur, cum in ea cauſa eſt vt cogitationem & animum poſsidendi depoſuiſſe videamur. leg. clam poſsidere. §. qui ad nundinas. Quidam me expulit de fundo meo, quæritur an ego ſtatim poſſeſsionem fundi mei amiſerim? Dicitur, ſi conterritus timore nolim ad fundum accedere, ita vt non amplius ſperẽ nec cogitem de poſſeſſione tunc dicor amiſiſſe poſſeſsionem: Alias poſſeſsionem animo retineo. Sic videor retinere poſſeſsionem fundi, tametſi ab alio occupatus ſit fundus & detentus. Simile eſt cum mare aut flumen occupauit fundum quem poſsidebam. In ea cauſa eſt fundus vt non videar cogitationem vllam amplius habere poſseſsionis recuperandæ. Ideo dicitur amiſſa eſſe poſſeſsio. Hic quæritur quid dicendum ſit ſi inundatus ſit ager meus vt mihi non liceat eum fundum ingredi, mihi non liceat in eum fundum pedem ponere, an tunc amiſerim quoque poſseſsionem fundi? Non ſine cauſa dubitatum eſt de ea re. Nam Paulus non loquitur hic de eo fundo qui à flumine vel mari eſt occupatus ſeu inundatus. ager plærunque occupatur à mari aut à flumine aliter quam inundatione, Flumen plærunque exit ex alueo. & mutato alueo alium locum occupat. locus eſt de hac occupatione in leg. adeo. §. inſula. de acquir. rer. dom. & § quod ſi naturali. Inſtitut. eodem. Sed dixerit aliquis: Quid ſi non mutauerit alueum, ſed aliqua tantum ſit inundatio fluminis? Quibuſdam videtur amiſſa eſſe poſſeſsio, atque ita accipienda eſſe hæc verba Pauli, *Cum flumen occupauerit, &c.* Et huc pertinet quod dicitur, ex quo etiam argumentum ab eis ſumitur in leg. cum vnus. §. vltim. de bon. aut. iud. poſſ. Si prætor iuſſerit aliquem poſsidere, & non poſsit poſsidere propter potentiam latronũ à quibus fundus occupatus eſt, vel inundatione fluminis, recte dicitur non eſſe quod poſsideatur. Decretum prætoris de poſsidendo hic inane eſt, quia nihil eſt quod poſsideatur propter latronum potentiam. Hæc duo exempla coniunguntur, quaſi ſimilia ſint occupatio, & potentia latronum, & inundatio. Sed male ſumitur ex hoc loco argumentum iudicio meo. *Si non poteſt,* inquit. Aliquando accidit vt propter latronum potentiam non poſsideatur fundus. De inundatione itaque videtur ita quæſtio intelligenda eſſe, ſi res non poſsideatur propter inundationem. Sed an poſsideatur an non incertum eſt. Argumentum eſt firmius ex leg. ſi ager. quib. mod. vſusfruct. amit. vbi edocemur quibus mod. vſusfructus amittatur. Et ait Iuriſconſultus amitti vſumfructum ſi fundus à flumine inundatus ſit, adiicit etiam ſi piſcamur in eo fundo non retineri poſſeſsionem piſcando, quamuis is qui piſcatur in eo loco qui occupatus eſt inũdatione fluminis videatur corpore tenere eundem fundum. Corpore non tenet ſolum, ſed aquam, quæ ſuper ſolum eſt. Huc pertinet lex, & alicuius. de ſeruit. ruſt. præd. ergo inundatione fluminis amittitur poſſeſsio fundi. Sed hoc non videtur accipiendum eſſe de inundatione momentanea, de inundatione breuis temporis, cuiuſmodi accidere ſæpe ſolet creſcente flumine, præſertim in ea inundatione quæ vtilis eſt fundo ad irrigationem fundi, cuiuſmodi eſt inundatio Nili in Ægypto, de quo eſt titulus Cod. de alluuionibus. vtilitas exigit (ad quam hæc omnia referenda ſunt) vt de hac inundatione id non accipiamus. Nam cum talis eſt inundatio momentanea, quæ plærunque vtilis eſt agris ipſis propter irrigationem, certe non videtur depoſuiſſe animum poſsidendi. In alia inundatione non videtur retineri animus rem poſsidendi, ſicut cum exercitus ingreſſus eſt fundum alienum. leg. quod meo. §. vltim. leg. ſi id quod. §. vltim. leg. clam poſsidere. §. Qui ad nundinas. hoc tit. Hæc ſunt axiomata certiſsima in hac diſputatione de poſſeſsione. Nos inſpicimus an credibile ſit animum depoſitum eſſe, cogitationem omnem abiectam eſſe poſsidendi in re ambigua, vt in hac quæſtione, in qua quæritur de inundatione. Ambiguitas ad hanc regulam referenda eſt. In ambigua oratione ea interpretatio accipienda eſt quæ vitio caret. animaduertenda ſunt vt iam admonui in interpretatione ſuperioris capitis, cum de interruptione vſucapionis in poſſeſsione quæritur. Si quis exempli gratia, contendat fundũ eſſe ſuum, quia poſſedit decennio inter præſentes, vel 20. annis inter abſentes cum titulo & bona fide, poteſt ei obiici quod aliquo tempore fundus occupatus eſt à flumine vel inundatus. Sed quæritur an aduerſus hanc interruptionem, quo caſu interrupta eſt poſſeſsio, poſsit quis reſtitui in integrum à prætore, cum quis poſſederit fundum bona fide, inundatus eſt flumine, deinde diſceſsit flumen. Et ſic rediit fundus in priſtinum ſtatum, interrupta poſſeſſione non poterit compleri vſucapio. Sed an ſaltem reſtituetur aduerſus hanc interruptionem? Receptum eſt reſtitutioni locum non eſſe, in hoc caſu reſtitutionem locum non habere, quia id æquum non eſt. Æquum non eſt vt is qui voluit vſu rem alienam ſibi acquirere, iuuetur auxilio prętoris extraordinario. Is qui vſucapit rem, acquirit ſibi eam contra naturalem æquitatem & cum iniuria & incommodo alterius, qui verus & iuſtus eſt dominus. Verum eſt, vſucapionem bono & commodo publico introductam eſſe contra naturalem æquitatem: cum hoc aduerſetur naturali æquitati, & remedium illud Prætoris extraordinarium comparatum ſit cõtra ſubtilitatem iuris, cõtra ſummum ſtrictũq; ius pro æquitate, non videtur hic locum habere contra æquitatem cum iniuria alterius. Argumento eſt quod dicitur in l. denique. ex quib. cauſ. ma. Poſſeſsio quæ facti eſt non reſtituitur ei qui rediit poſtliminio. l. ait prætor. §. hodie. de min. Difficultas oritur ex l. 1. §. ſi quis autem. de itin. actuque pri. vbi dicitur interdictum de itinere actuque priuato quod poſſeſſorium eſt, dari ei qui vſus eſt itinere vel actu hoc anno quo experiri vult interdicto. Quæritur ergo, quidam poſſedit ſuperiori anno, non hoc anno quo vult experiri. Nam non poteſt vti actione vel interdicto propter inundationem fluminis. Ceſſat hoc interdictum prætoris. Hoc anno vſus non eſt. Sed an ſaltem poterit in integrum reſtitui? Iuriſconſultus ait eum poſſe in integrum reſtitui qui non poſſedit hoc anno. Is in integrũ reſtituitur, vt videatur poſſediſse hoc anno. Huius differentiæ quænam eſt ratio? Cur idem non dicemus in hac ſpecie? Huius reſtitutionis fundamentum eſt æquitas. Id ſatis demonſtrat prætor ſuo edicto de maioribus, in integrum reſtituendis. leg. 1. Ex quib. cauſ. mai. Quia prætor edicto ſuo non poterat ſatis complecti omnes caſus ex quibus æquum eſt aliquem reſtitui in integrum, ſubiecit generalem clauſulam, *Denique, &c.* Ergo cum proponitur aliqua hypotheſis, omnes circumſtantiæ propoſitæ hypotheſeos diligenter conſiderandæ ſunt. Expendamus igitur ſpeciem de qua propoſita eſt quæſtio in §. ſi quis propter. dict. l. 1. de itin. actuq; priu. Is qui vult reſtitui in integrum in ea ſpecie non contendit de dominio: ſed tantum de poſſeſsione rei. Interdictum de itinere actuq; priuato competit ei tantum qui vſus eſt, is de poſseſsione contendit vt prætor eum tueatur in eo vſu ſuo, non contendit de ſeruitute itineris ſibi quæſita, ſed de vſu & poſseſsione eiuſdem. in l. denique. agi-

tur de dominio rei acquirendo. Prętereà in ſpecie d.§. ſi quis propter. quæſita iam erat poſſeſſio, vnde videtur de damno magis pugnare quàm de lucro faciendo. Petit ſe reſtitui magis vt ne damnum patiatur quàm vt lucrum faciat. Vſus erat itinere ſuperiore anno: Æquitas magna eſt vt cum vſus ſit poſſeſſione, & contendat vt prætor eum tueatur, vt det ei interdictum, ac ſi poſſediſſet eo anno, cū ſuperiore anno poſſederit. in d.l. deniq;. agitur de dominio nondum quæſito, vult vt dominus habeat rē cuius dominium nūquam ſibi parauit, atque ita hic contendit de re acquirenda quam nunquam acquiſiuit, contendit de lucro.

§. *Si rem apud te depoſitam, &c.* Hic tractatur quæſtio de eo qui rem ſuam apud alium depoſuit cuſtodiendam, an is facto depoſitarii poſſit amittere poſſeſſionem? depoſitarius rem depoſitam reddere non vult, ſibi poſſidet, non ei qui depoſuit, cum ante poſſederit non ſibi ſed alii, videlicet domino deponenti: quæritur an hac ratione amiſſa ſit poſſeſſio rei? Paulus noſter hic ait amiſſam poſſeſſionem mox atque contrectauerit depoſitarius rem & loco mouerit, id eſt, ſi inceperit poſſidere: ante enim poſſeſſor non erat, quia tenebat rem non ſibi ſed alii, qua ratione furtum quoque committi dicitur, quod alias non committitur: non enim inficiatione rei depoſitæ furtum committitur, vt poſtea dicemus. Sed ita demum ſi depoſitarius rem depoſitam contrectauerit & loco mouerit. Nec obſtat huic ſententiæ regula iuris antiqui, præceptum veterum Iuriſconſultorum. Dicebant enim veteres Iuriſconſulti neminem poſſe ſibi mutare cauſam poſſeſſionis: hic depoſitarius videtur cauſam poſſeſſionis ſibi mutare contra regulam veterum. Sed reſpondet Paulus aduerſus præceptum veterum, nihil hic fieri. Cum domino non poſſideat depoſitarius, non poteſt dici ſibi mutare cauſam poſſeſſionis. Idque probat ſimilitudine. Hæc eſt ſententia totius huius capitis: ſed ſingula diligentius expendenda ſunt. Obſeruandum eſt igitur in primis quod hic dicitur, rei depoſitæ poſſeſſionem amitti, ſi depoſitarius ſibi poſſidere inceperit, hoc eſt intelligendum de re mobili. Paulus hic de re mobili loquitur. Hæc verba, *Sed ſi eam loco non moueris, &cæt.* oſtendunt Paulum loqui de re mobili. Res enim ſoli loco non mouentur, non contrectantur. Ex quo apparet duo neceſſaria eſſe, vt is qui depoſuit dicatur poſſeſſionem rei depoſitæ amiſiſſe. Primum eſt quod depoſitarius incipiat poſſidere: atque ideo hic contrectatio dicitur eſſe neceſſaria, quia non fuit poſſeſſor antea. Vnde vt poſſeſſionem acquirat, oportet eum rem contrectare & loco mouere. Acquiritur poſſeſſio corpore & animo, non ſolo animo. l. 3. hic. alterum eſt vt ſibi poſſideat: hoc eſſe debet eius cōſiliū vt poſſideat ſibi, ex quo annotandum eſt vt locum habeant quæ hic diximus oportere depoſitarium animum habere poſſeſſionis intervertendæ. Quamuis igitur alia ex cauſa depoſitum non reddat, etiamſi loco forte mouerit, ſi non ſit eo animo vt interuertatur is qui depoſuit, non amittit poſſeſſionem quod eſt aptius expreſſum in l. ſi quis rem. hic. Hinc cognoſcitur differentia rerum mobilium & immobilium. Rei mobilis poſſeſſio facilius amittitur quàm immobilis, vt iam ſæpe diximus: cuius rei exemplum hoc eſt. Si res mobilis depoſita ſit apud alium facto depoſitarii, amittitur eius poſſeſſio, ſi animo ſibi poſſidendi eam contrectauerit: rei vero immobilis poſſeſſio animo retinetur. leg. clam poſſidere. §. qui ad nundinas, hic. Sed hic incidit difficultas ex l. ſi rem mobilem. hic. difficilis antinomia de qua variæ opiniones ſunt. *Si rem mobilem*, inquit. Quæſtio proponitur in ea lege depoſitario qui rem depoſitam ſibi poſſidet, neque eam reddere conſtituit. & ait Papinianus in eo tempore confeſtim amittere poſſeſſionem eum qui depoſuit, etiam ignorantem. Simulatque ergo depoſitarius ſibi conſtituit poſſidere, poſſeſſionem amittit is qui rem depoſuit. Et tamen Paulus noſter hic ait neceſſarium eſſe vt res loco moueatur, nec ſufficere animum ſibi poſſidendi. *Sed ſi eam loco non moueris. & ſi animum, &cæt.* Variæ ſolutiones excogitatæ ſunt ab aliis quæ mihi parum probantur. Ego aliquando conſideraui referre hic opinionem veterum à Paulo, tandem mihi viſum eſt probabilius vtranque ſententiam probari à veteribus, à Paulo & aliis, nec repugnantia hæc eſſe animaduerſa phraſi & ratione loquendi: videtur facilis eſſe explicatio. In l. ſi quis rem mob. 47. ſchema videtur eſſe figurata locutio, cū is qui conſtituit ſibi poſſidere, id eſt, qui volens poſſidet ſibi, ait Iuriſconſultus, *Si rem mobilem poſſidere tibi conſtitueris, &cæt.* Is dicitur conſtituere ſibi poſſidere velle qui volens ipſe poſſidet, id eſt contrectat & attingit rem, locoque mouet, id enim eſt poſſidere. Nam poſſeſſio, vt diximus, acquiritur corpore & animo. Similis locutio eſt obſeruata in aliis locis, veluti in l. vlt. de rer. diuiſ. Vbi dicitur Remum à fratre Romulo interfectum eſſe, quod muros tranſcēdere voluerit. Dicitur Remum muros tranſcendere voluiſſe, id eſt, volentem tranſcendiſſe muros. Nam reuera tranſcendit muros, ſi Liuio & aliis veteribus fidem habeamus. Simile exemplum eſt in l. ſi conſtiterit. C. ſiu. reg. Si conſtiterit aliquem ſibi rem alienam vſurpare, is non tantum eam rem ſed duplum eius reddere cogetur, quod rem alienam ſibi voluerit vſurpare, id eſt, ſi volens rem alienam vſurpauerit. Itaque videntur mihi hęc verba Papiniani ſic accipienda eſſe, ſi rem mobilem tibi poſſidere cōſtitueris, quaſi cōſtituere ſibi poſſidere dicatur is qui volens ſibi poſſidet. Et huc pertinet regula cuius ego mentionem heſterna die feci in l. ambigua. de reg. iur. In ambigua oratione ea interpretatio eſt accipienda quæ vitio caret. Duplici ſenſu poteſt accipi hæc oratio Papiniani. Nos igitur eam amplectemur quæ vitio caret. Alia interpretatio vitio non caret. Nam alias I.C. pugnantia ſibi ſcripſiſſe viderentur. Sed de hoc dicemus fuſius, cum peruenerimus ad l. ſi rem mobilem. 47. Secundo notandus eſt obiter locus communis de furto. Furtum fieri contrectatione rei alienæ, l. inficiando. de furt. l. 1. eo. Nec mouere nos debet quod dicitur de eo cuius ope & conſilio furtum factum eſt. Is cuius ope & cō ſilio furtum factum eſt, furti quidem actione tenetur: quamuis ipſe furtum non fecerit. §. interdum. Inſtitut. de oblig. quæ ex del. naſc. Sed obiicitur nobis lex, alienam. vbi dicitur. Si quis ſeruum alienum contrectet, vel apud ſe retineat, furtum facere, diſiunctim hoc dicitur ab Imperatore. Ergo alterum ſufficit nec contrectatio eſt neceſſaria, ſed detinere apud ſe, in leg. alienam. verbum ambiguum eſt detinere apud ſe. Nam ad apprehenſionem corporalem referri poteſt. Poteſt etiam dici detinere, quia habet vſum domi ſuæ. quare cū ambiguum verbum ſit nos eam interpretationem accipiemus quæ vitio caret: & credibile eſt Imperatorem adieciſſe hęc verba maioris declarationis cauſa. Tertio ex hoc loco notanda eſt regula veterum Iuriſconſultorum, Neminem ſibi poſſe mutare cauſam poſſeſſionis.

§. *Illud quoq; a veteribus, &c.* Eadē regula variis in locis repetita eſt, veluti in l. cum nemo. C. eo. Eadem regula extat ēt plenius declarata in leg. non ſolum. §. quod vulgo. de vſucap. Exemplum vulgare eſt in creditore. Creditor poſſidet pignus niſi quantum ad vſucapionē attinet. l. 1. §. per ſeruum hic. ꝗ ſi velit dominus vſucapere an poſſit. Dicendum eſt non poſſe. Non enim licet ei qui poſſidet mutare cauſam poſſeſſionis. Quod autem hic dicitur de depoſito, contrarium non eſt regulę antiquorum. Si depoſitarius emerit rem quæ apud ſe depoſita eſt, non ideo ſi apprehenderit rem vt eius dominium ſibi acquirat, non dicitur contra regulam factum eſſe: non poteſt dici mutaſſe cauſam poſſeſſionis: quia prius non poſſedit. Deinde extrinſecus acceſſit alia cauſa, vt aduerſus regulam iuris antiqui nihil factum eſſe intelligatur. d. l. cum nemo. C. eo. Simile exemplum eſt in leg. quod meo. infra. Ego poſſideo nomine meo, poſſum alieno nomine poſſidere & alium poſſeſſorem facere. In dict. leg. quod meo. in verbo, *Nec muto, &c.* Iuriſconſultus occurrit obiectioni tacitæ. poterat enim hoc obiici aduerſus regulam veterum fieri, quia hic ſibi mutat cauſam poſſeſſionis. Poſſidebat enim ſibi prius, nunc alii poſſidet. Sed is qui poſſidet alii, non poteſt dici ſibi poſſidere. Nā is poſſidet, cuius nomine poſſidetur. In priore tempore ego non poſſidebam. Ego nunc poſſideo. Itaque non fit contra regulam veterum qui dicebant nemini licere ſibi cauſam poſſeſſionis mutare. Cætera quæ pertinent ad huius regulæ declarationem, petenda ſunt ex l. non ſolum. §. quod vulgo. de vſucap.

§. *Genera poſſeſſionum tot, &c.* Paulus noſter vt via & ratione diſſereret de poſſeſſione, voluit vti non tantum definitione quæ ſuperius explicata fuit, ſed etiam diuiſionibus quibuſdā. *Genera poſſeſſionum*, inquit, *tot ſunt quot ſunt cauſæ acquirēdi.* Poſ-

di. Poſſeſſio varie diuidi poteſt, cauſæ poſſidendi variæ ſunt, imo plures quam poſſeſſiones. Nam poſſeſsio quædam iniuſta eſt: vnum tantum explicat Paulus quod nulla obſcuritas videtur eſſe in cæteris. Quid ſit pro ſuo poſſidere docui ſupra ex l.1. & 2. pro ſuo. Poſsidet pro ſuo cũ ratio poſsidendi in aliã ſpeciem non cadit, veluti ſi quis lapillum inuenerit in litore maris quem credebat nullius eſſe, atque ita eum apprehenderit: is poteſt vſucapere, quia iuſta poſsidendi cauſa eſt pro ſuo. Nullus eſt ſpecialis titulus qui ſpecialem appellationẽ habeat, vt pro donato: pro dote. Pro ſuo igitur poſsidere dicitur quãuis ille lapillus dominum habuerit, nec fiat occupantis. Genera & ſpecies apud Paulum non accipimus vt apud dialecticos. Nos genera & ſpecies vocamus hæc omnia vulgari more, etiamſi diuiſio generis in ſpecies, totius in partes, & ſubiecti in accidentia fiat. *Magis vnum, &c.* Male Zaſius colligit ex hoc loco poſſeſsionẽ naturalem & ciuilem ſpecies non eſſe diſtinctas & ſeparatas. Non ideo plures ſunt ſpecies, quãuis ſit vnum genus poſsidendi. *Vel etiam poteſt diuidi, &c.* Eſt etiam diuiſio ſumpta à cauſis poſſeſsionis. Cauſa poſsidendi eſt emptio bona fide contracta. Si quis interrogetur cur poſſideat, dicet quia ego emi ab eo qui dominus erat. Prædo interrogatus cur poſsideat, non poteſt ita reſpondere, ſed reſpondebit, quia poſsideo. l. qui interrogatus, de petit. hær.

§. *Quod autem Mutius, &c.* Quintus Mutius vetuſtiſsimus iuris autor exiſtimauit genus quoddam poſſeſsionis eſſe, cum prætor aliquem mittit in poſſeſsionem, quod variis ex cauſis fit: veluti quia is cuius domus eſt ruinoſa, non cauet damni infecti vicino ſibi petenti caueri, à prætore mittatur in poſſeſſionem eius domus quæ ruinoſa eſt propter contumaciam non cauentis. Hanc ſententiam non probat Paulus. *Ineptiſſimũ eſt*, inquit I.C. Tempore Mutii hæc non erant diſtincta adeo ſubtiliter. At tempore Pauli hæc diſtincta fuerunt accuratius. Diſtinxerunt eum qui miſſus eſt in poſſeſsionem ab eo qui poſsidet, in l. ſi quis. 10. hic. *Aliud* inquit, *eſt poſſidere, aliud in poſſeſsione eſſe, &cæt.* Phraſis Iuriſconſultorũ obſeruanda eſt à rudioribus. Qui miſſus eſt in poſſeſsionem decreto prætoris nõ magis poſsidet quam qui bonorum poſſeſsionẽ accepit à Prætore, vt ſuccedat defuncto ex teſtamẽto vel ab inteſtato. Mirum non eſt ſi dicatur in poſſeſsione eſſe qui non poſsidet: eſt ratio loquendi vſitata apud I.C. *In re, &cæt.* Hoc eſt qui mittitur in poſſeſsionem rei, cuſtodiam habere & obſeruationem: datur ei cuſtodia rei & obſeruatio, vt tædio huius cuſtodiæ cogatur aduerſarius parere decreto prætoris. Cogitur cauere vel quoddam aliud facere. Sed non conſtituitur poſſeſſor vt poſsit vſucapere, & alia quę effectus ſunt poſſeſsionis. Vnde in l. ſi duo. §. Creditores. hic. dicitur ei non dari interdictum vti poſsidetis. Addendum eſt Paulo, Et ius quoque pignoris eos habere, hoc dicitur pignus prætorium eſſe. Qui miſſus eſt in poſſeſsionem rei ſeruandę cauſa rem obligatam habet iure pignoris. leg. qui legati. vt in poſſ. leg. l. non eſt mirum. de pign. act. Et hoc dicitur pignus prætoriũ quod diſtinguitur à cõuentionali. ∫tit. C. de pręt. pig. *Nam qui, &cæt.* Hic obſeruandum eſt aliquando ex his cauſis de quibus diximus, aliquem poſſeſſorem conſtitui nõnunquã à prætore ſed cauſa cognita. Si quis in iudicio vocatus ſe non ſiſtat, ſi damni infecti non caueat, aut nomine legatorum mittitur aduerſarius in poſſeſſionem bonorum eius titulo. Ex quibus cauſis in poſſ. eatur. Sed cauſa cognita plærunque prætor conſtituit eum poſſeſſorem, id eſt, iubet eum poſſidere vt poſsit longo tempore poſsidendo rem vſucapere & dominium acquirere: Quod eſt apertius expreſſum in l. ſi finita. § cum autem. de dam. infec propter nimiam moram eius qui contumax eſt, id fit. Hæc nos leuiter attigimus quia extra rem ſunt: tituli ſpeciales ſunt de hac re: veluti titulus de bon. aut. iud. poſſ. titulus vt in poſs. l. titulus de dam. infec. tit. Ex quib. cauſis in poſſ. eat. Quæſtio hic eſt vulgo agitata an hæc miſsio iudicis vel magiſtratus in poſſeſsionem competat iure magiſtratus, an iure Imperii, & cuius imperii. Occaſio diſputandi de hac re arrepta eſt ex eo quod Paulus dicit: *Iuſſu magiſtratus.* Iuſſu magiſtratus poſsidere iubetur, iuſſu prætoris aut præſidis vel ſimilis magiſtratus. Et quod quæritur an competat iure magiſtratus, non eſt dubitandum, quin competat iure magiſtratus, nam refertur hoc inter ea quæ lege, S.C. vel conſtitutione principum tribuuntur, atq; ideo mandari poteſt, eſtque Imperii quod mixtum eſſe dicitur. l. iubere cauere. de iuriſdict. om. iud. Prætor qui præeſt iuriſdictioni, hoc imperio vtitur propter iuriſdictionem quam habet. Cũ primũ prætor creatus eſt Romæ, ei data eſt iuriſdictio: deinde cætera ei permiſſa ſunt quæ ſunt Imperii. Non obſtat ſententiæ noſtræ quod magiſtratus municipalis hoc facere non poſſe dicatur in l. ea quæ. ad municip. Si competerent hæc iure magiſtratus, competerent etiam magiſtratibus municipalibus. Sed ſæpe admonui illam diſtinctionem iuriſdictionis & Imperii non pertinere ad alios magiſtratus quam qui creantur à pop. Rom. plærunq; in cauſa damni infecti quæ celeritatem deſiderat. l. 1. de dam. infec. cum res magnum periculum poſsit adferre, permittit prætor magiſtratibus municipalibus iubere cauere damni infecti nomine, & in poſſeſsionem mittere. l. 4. de dam. infe. Hęc omnia ſeparata ſunt à cõpilatoribus Pandectarum, quæ in eodem loco coniuncta fuerunt & ſcripta ab Vlp.

L. 4. Quicquid filius, &c.

Qvod pertinet ad hanc l. id declaraui in interpretatione l. 1. §. item acquirimus. Nam in hac leg. duo tantum continentur quæ ſupra ſatis explicata ſunt. Primum eſt poſſeſsionem acquiri patri per filium etiam ignoranti ex cauſa peculiari, non ex quauis cauſa. Si filius ex cauſa peculiari aliquid apprehendat, eius poſſeſsionem acquirit patri etiam ignoranti. Plurimum iuris habet hæc poſſeſsio: in primis non interuenit patris corpus, deinde eius animus non interuenit quæ alioqui ad acquirendam poſseſsionem neceſsaria ſunt. Alterũ quod ex hoc capite notari debet, eſt, quod & ciuilius, ſi filius poſsideatur ab alio vt ſeruus, non acquirit ei poſseſsionem ſed patri. Simile eſt quod dicitur in l. ſi ex ſtipulatu. ſeq. hic. alia cauſa eſt ſerui. Nam acquirit mihi ſeruus alienus, ſi à me bona fide poſsideatur. ratio diuerſitatis traditur in l. iuſto. §. nondum. de vſucap. Hoc receptum eſt propter frequentem comparationem ſeruorum: filii enim non ita ſæpe arrogantur vel venduntur.

L. 5. Si ex ſtipulatione, &c.

HIc tractatur quæſtio pertinens ad diuiſionem poſseſsionis à Paulo noſtro traditam. l. 3. §. genera. ſupra, eodem. Vbi Paulus ait tot eſſe poſseſsionum genera quot ſunt cauſæ acquirendi dominii, vt pro emptore, pro donato. Ea diuiſione continentur cauſæ ex quibus iuſta poſseſsio eſſe dicitur, ex quib. poſseſsio tanquam iuſta prodeſt, vel ad acquiſitionẽ dominii, vel ad vſucapionem. Inde exiſtit quæſtio quæ hic tractatur. Si quis ſtipulatus ſit rem aliquam, vel ſi quis rem aliquam emerit ab alio, & eius poſseſſionem apprehenderit: cũ res ei tradita non eſſet, aut cũ voluntas promiſſoris vel vẽditoris nõ accederet, hic quęritur an iuſta ſit cauſa poſſeſſoris? Dubitatio naſcitur ex eo quod vẽditio & alii huiuſmodi tituli inter iuſtas cauſas poſsidẽdi numerãtur: vnde hic iuſte poſſidere videtur, & tanquam iuſtus poſseſſor longo tempore rem vſucapere poſſe. Sed tamen Paulus noſter ait prædonem eſſe. Tametſi ei res debita fuerit vel ex ſtipulatione vel ex vẽditione. Quia tamen vitioſe nactus eſt poſseſsionem eius rei quia per ſe ſine voluntate venditoris poſseſsionem apprehendit, dicitur eſſe iniuſtus poſſeſſor. Nam quod dicitur eũ poſsidere ex iuſta cauſa qui emit rem, hoc eſt intelligendum, ſi voluntate debitoris à quo cauſam habet, poſseſsionem apprehenderit. *Si ex ſtipulatione, &c. Sed prædo eſt, &c.* Prædo autem varie accipitur in iure ciuili. In primis dicitur prædo is qui nullũ titulum aut cauſam poſsidendi habet. l. pro hærede. §. vlt. & ſeq. de pet. hær. l. ſed & ſi lege. § quod aũt. eod. Petitio hæreditatis datur aduerſus eum qui poſsidet vel pro hærede vel pro poſseſſore. Prædo eſt qui ſi interrogetur cur poſſideat, reſponſurus eſt quia poſsideo. Secundo prædo dicitur ẽt is qui forte titulũ habet, vt is qui emit aut cui res legata aut donata eſt. Sed tamen ingreſſus eſt poſseſsionem rei ſibi donatæ inuito eo à quo cauſam habet inuito, id eſt, contradicente vel non conſentiente. Vnde non tantum prædo is dicitur qui cõtra voluntatẽ ingreditur poſseſsionem, ſed ẽt qui præter voluntatẽ. Id Paulus noſter ſatis oſtendit his verbis, *Quia prædo es*, id eſt, quia es iniuſtus poſſeſſor. Ideo dicẽdũ, ei

non prodeſſe hanc poſſeſſionem ad acquiſitionem dominii. traditione acquiritur dominium. Sed cum quis ſine traditione, aut ſine voluntate vi aut clam apprehendit poſſeſſionem, dicitur improba eſſe poſſeſſio: cum effectum non habeat acquirendi dominii. l. improba. Cod. eod. Et ſi quis hoc modo nactus ſit poſſeſſionem rei alicuius, is cogitur eam reſtituere. leg. nec vera. Cod. eod. huc pertinet conſtitutio Imper. quæ extat ſub tit. C. vnde vi. l. inuaſor. ſup. & l. cum quærebatur. hic. Hinc comparatum eſt interdictum quod legatorum. interdictum quod legatorum, datur hæredi aduerſus legatarium qui per ſe ſine voluntate hæredis apprehendit poſſeſſionem rei ſibi legatæ, vt eam poſſeſſionem reſtituat. non enim æquum eſt vt poſſeſſionem per ſe apprehendat & ius ſibi quaſi dicat. Hoc ita conſtitutum eſt de legatario, quamuis dominium rei legatę ſtatim in ipſum tranſeat à morte defuncti, etiam ſine apprehenſione, vt dicitur in leg à Titio de furt. Non tamen permittitur ei apprehendere poſſeſſionem propria authoritate, & pro ſe, ſed neceſſe habet ab hærede petere. Notandum tamen hoc eſt, traditionem non eſſe neceſſariam. Pauli verba id ſatis oſtendunt, vt poſſeſſio iuſta dicatur, non eſt neceſſe rem tradi ab eo à quo cauſam habemus. Sed ſufficit voluntate eius poſſeſſionem eſſe apprehenſam. *Si non voluntate mea nactus ſis poſſ &c.* Sufficit, inquit, rē apprehendi cōſentiente venditore. Conſentire autē eum accipimus non tantum qui verbis exprimit conſenſum ſuum, nam cōſenſum ēt tacitum hic accipimus, vt is qui ſcit & patitur pro conſentiēte habeatur. l. 2. C. eo. Nihil refert an venditor tradiderit emptori rem venditam, an vero emptor ipſo ſciente & patiente eam poſſideat, atq; ita videlicet accipienda eſt l. pen. pro l. 1. §. ſi quis rem. de excep. rei vend. & trad. quæ pro contrario obiici ſolent in d. leg. pen. pro l. legata res vſucapi poteſt etſi tradita non ſit: modo legatarius ingreſſus ſit ſine vitio. Hic locus probat neceſſariam non eſſe rei legatæ traditionem ad acquirendam poſſeſſionem, ſed ſufficere apprehenſam eſſe poſſeſſionem ſine vitio. Hoc non eſt contrarium noſtræ legi. Nam fatemur ſufficere apprehenſam eſſe rem ſine vitio, ſi patiente & ſciente eo, à quo cauſam habemus poſſeſſionem ingrediamur. Et Paulus noſter in hac l. aperte oſtendit voluntatem vendititoris ſufficere. Hæc voluntas plærunq; cognoſcitur. Nam quomodo voluntas cognoſcatur in vniuerſum definiri non poteſt: quæſtio enim facti magis eſt quam iuris. Sed plærunq; cognoſcitur ex clauſulis quę inſeruntur tabulis ſiue inſtrumentis publicis. Tabelliones aliquando ponunt: venditor dedit emptori facultatem ingrediendi poſſeſſionem propria voluntate. His verbis arguitur conſenſus & voluntas venditoris, ita vt etſi nactus ſit emptor poſſeſſionem ſine traditione, iuſta ſit poſſeſſio. Nec dubitandum eſt quin hoc conuenire poſſit inter contrahentes vt apprehendatur poſſeſſio. Quamuis tamen hæc lex dicta ſit conſtitui, ſi tamen prohibeatur emptor vi ingredi fundum, per magiſtratum ingredi debet poſſeſſionem fundi. Si vero nemo vi prohibeat eum, poteſt per ſe propria authoritate fundum ingredi. hæcq; eſt ſententia Pauli noſtri in hac l. exceptiones quædā ab aliis collectæ ſunt è quibus vna mihi videtur memoratu digna ex l. fiſtulas. §. 1. de contra. emp. Ego rem emi à Titio: vacua poſſeſſio ab eo mihi tradita non eſt, ſed deceſſit antequam adeptus eſſem poſſeſſionem rei venditæ. Ego tutor eius pupillo datus ſum qūo poſſeſſionem eius fundi mihi venditi acquirere potero? An ſequimur quod à Paulo hic dicitur apprehēdendam eſſe poſſeſſionem voluntate tutoris? Hoc abſurdum videtur requiri conſenſum pupilli qui forte infans eſt. ideoque I. C. ait ipſum ſibi tradere poſſe rem venditam, atque ita poſſeſſionem adipiſci. Non eſt viſum expedire, vt alius tutor vel curator detur in hoc negotio: exiſtimauit in hac re nihil incommodi eſſe etſi ipſe non conſentiente eo cuius intereſt à quo cauſam habet poſſeſſionem ingrediatur. Et Pauli dictum cum hac exceptione intelligendum eſt, ad alios caſus ſimiles produci debet. Supereſt obiectorum quorundam ſolutio. Hic reperiuntur quędam, vt vidētur antinomię, quę tamen nō ſunt. In primis obiicitur l. eū qui. §. 1. de furt. vbi dicitur. Si emptor rei alicuius ante traditionem, ante poſſeſſionem ſibi traditam eā rē ſurripuerit, eum furti non teneri ſi modo pretium ſoluerit. Nā ita diſtinguit I. C. *Si* poſtquam pretium ſoluit rei venditæ eā ſurripuerit, non teneri furti, non dicitur fur eſſe. Si fur non eſt, qūo hic prædo dicitur à Paulo noſtro? Fur & prædo multum differunt apud iuris autores. Et eſt diuerſa horū verborum ſignificatio. Fur dicitur qui contrectat rem alienā lucri faciendi cauſa. l. 1. de furt. Inſtit tit. de obl. quæ ex del. naſ. vnde in propoſita ſpecie dici non poteſt fur eſſe: nō cōtrectat rem alienam animo lucri faciendi: nullum lucrum hic facit is qui rem emptam cuius pretium ſoluerit clam ſurripuit. Si nihil lucri facit, non poteſt dici furti teneri, non lucratur ne poſſeſſionem quidem. Si quis forte obiiciat furtum fieri poſſeſſionis. Reſp. ne poſſeſſionem quidem furari dici poſſe poſtquam ſoluit pretium rei ipſius: venditor enim ei rem tradere debet: ergo non tenetur actione furti. Sed nihilominus prædo dicitur. Prædo dicitur qui vitioſe rem occupat quaſi ſibi ius dicens, nec refert an lucri faciendi animo id fecerit necne. Id ſignificat verbum prædo. Prædari, inquit Varro, eſt vi eripere, ſicut prædæ in bello ſolent. Atq; ideo ſi quis per vim non more legitimo & vſitato nanciſcatur poſſeſſionē rei alicuius, recte prædo nominatur. Rurſus obiicitur nobis reg. iur. Nemo prædo eſt qui pretium numerauit. l. nemo. de reg. iur. Idē dicitur in l. nec vllam. §. qui ſciens. de petit. hær. Quidam emit alienā hęreditatē, ſoluit pretium illius hęreditatis, quęritur an poſſit conueniri tanquā poſſidens rem ꝓ poſſeſſore. Petitio hæreditatis datur hæredi aduerſus eum qui poſſidet vel pro hærede vel pro poſſeſſore. An igitur conuenietur pro poſſeſſore? Poſſidet pro poſſeſſore prædo. Is qui ſciens emit rem alienam prędo eſt. Sed I. C. in ea l. ait eum vt prædonem conueniri non poſſe qui ſoluit pretium hæreditatis. Non enim eſt prædo qui pretium numerauit, atque hinc ſumpta eſt iuris regula. Inſcriptiones capitum in libris recentioribus hoc oſtendunt. Si nemo prædo eſt qui pretium numerauit, quomodo hic prædo dicitur qui emit rem à venditore cuius poſſeſſionem nactus eſt non voluntate & conſenſu venditoris. Ecce certum eſt & indubitatum hæc non eſſe pugnantia ipſo iure, ſed caſu tantum. Duæ ll. quarum prior hoc habet, prædonem eſſe qui ꝑ ſe nanciſcitur poſſeſſionē ſine voluntate eius à quo cauſam habet. Altera eſt emptorem qui pretium numerauit prædonem non eſſe. nulla repugnantia eſt iudicio meo. diuerſa ſunt hæc magis quam pugnantia ipſo iure. In priori ſpecie non fit mentio pretii numerationis, non dicit ſi emptor apprehenderit poſſeſſionem ſine voluntate & conſenſu venditoris, etiamſi pretium numerauit, prædo eſt. In poſteriori ſpecie nulla fit mentio vitioſæ poſſeſſionis, non dicit nemo prædo eſt qui pretium numerauit: etiamſi vitioſe & & per ſe poſſeſſionem nactus ſit. Sicut igitur in priori lege nō fit pretii numerationis mentio, ita in poſteriore lege non fit mentio apprehenſæ poſſeſſionis. Ergo hæc pugnantia non ſunt ſed diuerſa, allegando ſpecies in cōtrarium neceſſe eſt vnam alteri contrariari. Exempli gratia. Quidam emit rem, is pretium eius rei numerauit venditori, apprehendit ſine voluntate & conſenſu venditoris. In hac hypotheſi vidētur cōfligere hæ duæ ll. quæ alias non ſunt pugnantes ipſo iure. Itaque vna alteri debet cedere. In hac hypotheſi non quæritur an vitioſa ſit poſſeſſio, an non ſit: videtur iuſta eſſe poſſeſſio, propter reg. iur. in qua dicitur neminem prędonē eſſe qui pretium numerauit. Sed contra facit alia lex quæ dicit prędonem eſſe qui per ſe apprehendit poſſeſſionem: vtra igitur lex ſuperior erit, vtra vincet alteram? Ego videndum eſſe puto de qua re agatur. Nam plærumq; pro prædone habetur is qui pretiū numerauit, plærunq; ēt non habetur. In petitione hæreditatis pro prædone habendus non eſt, ſcilicet cum quæritur an petitione hęreditatis poſſit conueniri. Et idem dicendū eſt in interdicto quorum bonorum. Petitio hæreditatis, datur aduerſus eum qu poſſidet vel pro hærede, vel pro poſſeſſore, ſicut interdictum quorum bonorum. Petitio hæreditatis non datur aduerſus eum qui iuſto tit. poſſidet. l. pro hærede. §. vlt. & l. ſeq. de pet. hær. Ergo cum quæritur de eo qui emit hæreditatē ſciens alienā eſſe, & pretium eius hæreditatis numerauit venditori, an poſſit conueniri petitione hæreditatis tanquam prędo ſit, tanquā ꝓ poſſeſſore poſſideat? Ait I. C. nō poſſe. Nā ꝓ poſſeſſore poſſidere accipimus in petitione hęreditatis qui titulū nō habet, cuius titulus forte irritus eſt in l. ꝓ hęr. de pet. hær. Certū eſt hunc titulum vitioſum non eſſe: & iuſtus tit. eſſe apparet ex pretii numeratione. Atq; ideo hic non eſt habēdus ꝓ prędone. Is nō eſt habēdus poſſidere pro poſſeſſore, ſed

pro em-

pro emptore potius. Hæc etiam colliguntur ex l. nec vllam. in qua eſt diſtinctio de hac re poſita vſque ad §. Si quis ſciens. in quo §. regula extat quæ eſt à nobis recitata. In aliis cauſis prædo habetur qui nactus eſt poſſeſſionem ſine voluntate venditoris. Et ſic prædo accipitur in hoc loco apud Paulum noſtrum. Præterea cum quæritur de reſtituenda poſſeſſione, dicendum eſt eum cogi reſtituere poſſeſſionem, quia vitioſa eſt poſſeſſio, quod malo more & quaſi ius ſibi dicens apprehenderit eam poſſeſſionem. Hæc euidenter ita diſtinguenda eſt pro conciliatione. Nec dubito, quin apertiſſime & diligenter hæc ſint tradita à I. C. veteribus, qui de hac varietate ſcripſerunt eodem loco. Iuriſconſulti veteres, Vlpianus & Paulus de prædone ſcripſerunt ad interdict. Quorum bonorum. Hoc caput ſumptum eſt ex lib. 15. ad interdict. At eodem ex loco ſumpta eſt hæc l. nec vllam. de pet. hær. Dubitandum non eſt quin eodem in loco plenius hæc tractata fuerint atque diſtincta, quomodo in vnoquoque argumento prædo ſit accipiendus: hic vocat prædonem qui emit, qui ſtipulatus eſt, & vitioſe nactus eſt poſſeſſionem rei ſine traditione & ſine voluntate eius à quo cauſam habet.

L. 6. clam poſsidere, &c.

HIc locus pertinet ad interpretationem Edictorum prætoris, quæ de interdictis propoſita ſunt, cuiuſmodi eſt interdictum vti poſſidetis, interdictum de ſuperficiebus, interd. de itin. act. pri. interd. quorum bon. & alia. Nec dubitandum eſt quin hoc ſcriptum ſit ad interpretationem edicti prætorij, quod de huiuſmodi interdictis propoſitum fuit. inſcriptio id ſatis oſtendit. Sumptum eſt hoc cap. ex lib. 60. ad edictum. Apud Vlpian. reperietis huiuſmodi inſcriptiones ſub tit. vti poſſid. & ſub titu. de ſuperficie. & credere eſt ſcriptum hoc fuiſſe ſub tit. quod vi aut clam. ſub quo reperitur ſimilis interpretatio. Hic quæritur quid ſit clam poſſidere. *Clam poſſidere*, inquit, *eum dicimus, &c.* Ex quibus verbis apparet duo neceſſaria eſſe, vt dicatur clandeſtina eſſe poſſeſſio, primo quod furtiue poſſeſſionem ingreſſus ſit eo ignorante, & admonito cuius intereſt. Deinde quod furtiue ingreſſus ſit poſſeſſ. ne ſi palam ingrederetur poſſeſ. fundi, controuerſia ſibi fieret eius poſſeſſionis nomine. Similis interpretatio eſt in l. prohibere. §. vlt. & l. ſequen. quod vi aut clam. Alius ſimilis locus eſt in l. quo tutela. § vi factum, & l. ſeq. de reg. iur. Qui locus ſumptus eſt ex lib. ſing. Modeſtini τῶν ὁρῶν, id eſt, definitionum. Is autem quidem nactus eſt poſſeſ. non clam fortaſſis, nullus erat metus controuerſiæ futuræ quo tempore poſſeſſionem apprehendit, ſed poſtea intellexit eum qui dominus eſt eius rei controuerſiam ſibi moturum, ſi intelligat eum poſſidere: is clam retinuit poſſeſſ. an dicemus vitioſam eſſe poſſeſſionem? Hic Paulus ait hanc poſſeſ. clandeſtinam dicendam non eſſe, & ait: *Non enim ratio obtinendæ.* Non curamus qua ratione poſſeſ. obtineat, ſed qua ratione poſſeſ. adeptus ſit. Hic quæritur ſi quis iuſtam cauſam habeat poſſidendi, forte emit rem, vel aliam huiuſmodi cauſam probabilem habet poſſidendi: quæritur (inquam) ſi furtiue ingreſſus ſit poſſeſſ. an hæc poſſeſſio clandeſtina & vitioſa dici debeat? Hic I. C. ait, clandeſtinam non eſſe hanc poſſeſs. *Aut aliqua ratione bona fide.* Si iuſtam probabilemque habeat rationem ingrediendi poſſeſſionem, quamuis intelligat non ſibi expedire palam ingredi poſſeſſ. non tamen dicitur clandeſtina eſſe poſſeſſio: quod aptius expreſſum eſt in l. ſi de eo. 40. §. ſeruum. hoc tit. inf. Sed ſæpius id ſolet fieri cum quis putat ſe iuſtam cauſam habere poſſeſſionis ingrediendæ. Etiamſi noctu poſſeſ. apprehendat, non dicitur clam poſſidere. Vtile autem eſt ſcire quid ſit clam poſsidere. Is enim qui clam poſſidet ab aduerſario non poteſt vincere interdicto vti poſſid. Vtile ergo eſt intelligere quid ſit clam poſſidere. Effectus etiam eſt in vſucapione. quia ſi quis clam nactus ſit poſſeſſionem rei alicuius, eam vſucapere non poteſt. l. 1. C. de ſerui. & aqua. & l. Si ancillam. inf. pro ſuo. Docuimus quid ſit clam poſsidere, & diximus eum clam poſſidere qui furtiue poſſeſſionem ingreditur: cum intelligat, aut ſuſpicetur aduerſarium ſibi controuerſiam facturum eſſe. Deinde diximus inſpiciendam eſſe originem poſſeſſionis, adeo vt is qui cauſam iuſtam habet acquirendæ poſſeſſionis, qui clam non eſt ingreſſus poſſeſſionem, non poſsit dici clam poſsidere, tametſi poſtea ſe celauerit. Fieri enim poteſt, vt quis ab initio iuſtam cauſam habeat adipiſcendæ poſſeſsionis, qui tamen cum iniuſte ſe poſsidere intellexerit, ſe celauerit. Verba Pauli ſatis clara & perſpicua ſunt, ſed difficultas oritur ex d. l. Si ancillam. inf. pro ſuo. Videtur enim antinomia eſſe difficilis ex noſtra l. & ex d. l. ſi ancillam. Quidam emit ancillam quæ erat furtiua, emit bona fide exiſtimans eam ancillam venditoris eſſe. peperit ancilla apud emptorem: quæritur de vſucapione huius partus. Si poſtea emptor reſciuerit furtiuam eſſe ancillam quam exiſtimabat tempore venditionis contractæ furtiuam non eſſe, ſed eſſe venditoris: Pomp. diſtinguit. *Vt ſi neſcieris intra ſtatutum tempus.* Hic Pomp. ait eum qui emit bona fide ancillam, ſi poſtea cœpit malam fidem habere, qui prius erat bonæ fidei poſſeſſor, non poſſe vſucapere. Ecce quæritur de vitio poſſeſsionis: in ea ſpecie quæſtio eſt an poſſeſsor ſit malæ fidei an non ſit. Et dubitatio naſcitur ex eo quod ſi ſpectemus initium, id eſt, tempus contractæ venditionis, eo tempore fuit bonæ fidei poſſeſsor. Si vero ſpectemus quod poſtea ſecutum eſt, is dicetur malæ fidei eſſe. Et ait Pomp. ſpectandum eſſe quod poſtea ſecutum eſt. Hæc videntur pugnantia eſſe & contraria: ſed videndum eſt vtrum magis diuerſa dicenda ſint quam contraria. Videndum eſt an aliqua diſsimilitudo ſit in vtraque ſpecie: & ſatis diſsimilitudo in eo apparet quod Pomp. in d. l. ſi ancillam. loquitur de re furtiua. *Cognoſceres matrem eius furtiuam eſſe.* Loquitur Pomp. de re quam emptor reſciuit furtiuam eſſe poſt contractam emptionem. Nos autem hic non loquimur de re furtiua, loquimur de alio vitio poſſeſsionis, de re quam reſciuit poſſeſſor vel ad ſe non pertinere, vel ſe aliam iuſtam cauſam poſsidendi non habere. Et certum eſt multa ſingularia iura reperiri in re furtiua præſertim l. Attilia. §. Furtiuæ. Inſtit. de vſucap. Res furtiua vſucapi non poteſt, non tantum ab eo qui ſcit rem eſſe furtiuam, ſed nec ab alio quocunque. Alia igitur cauſa eſt rei alienæ, quæ furtiua non eſt, quam quis poſtea reſciuit alienam eſſe, & ſe iuſtam cauſam poſsidendi non habere. Et certum eſt ſi quis reſciuerit rem alienam eſſe quam emit bona fide, eum nihilominus poſſe eam rem vſucapere. l. iuſto. de vſucap. Sed huic iuri derogatum eſſe conſtitutionibus Pontificiis cap. vltim. de præſcriptio. Dixerit aliquis hanc diſtinctionem rei furtiuæ & alienæ quæ ex alia cauſa poſsideri non poteſt, non ex cauſa furtiua, non poſſe conuenire verbis Pomp. in l. ſi ancillam. Nam Pomp. hac diſtinctione tantum vtitur, quod clam poſsideatur res, non quod res furtiua ſit. *Cum poſſideas clam*, (inquit) non eſt mirum ſi dicaris non poſſe vſucapere. Sed ego reſpon. propter eam cauſam quæ à nobis iam adducta eſt, propter odium furti, Pomp. facile adductum eſſe, vt interpretaretur emptorem clam poſsidere. Cum dubia res eſſet, facile inclinauit in eam partem in odium rei furtiuæ. Alias cum quæritur an quis clam poſsideat, non tam facile admittitur hæc interpretatio. Alia difficultas eſt ex l. ſed & ſi lege. §. de eo. de petit. hæredit. vbi dicitur cum quæritur de reſtituenda hæreditate cum fructibus in petit. hæreditatis, nihil referre an quis inuaſerit bona hæreditaria: cum ſciret ad ſe non pertinere. Hæc dicta ſunt ab Vlpiano ad interpretationem Senatuſconſulti, cuius verba deſcripta ſunt in l. Item veniunt. § præter hæc. de petition. hæreditatis. *Ait Senatus, Si quis bona aliena inuaſerit, cum ſciret ad ſe non pertinere, perinde teneri, &c.* Quid ſi aliquis (inquit Vlpianus) putauerit ad ſe pertinere cum inuaderet, ſed poſtea intellexerit, ſe nihil iuris habere, an perinde teneatur? Vlpianus ait ceſſare verba Senatuſconſulti. Sed tamen idem dicendum eſſe in eo caſu propter ſimilitudinem rationis. hic videtis non inſpici initium & originem acquiſitionis, vt Paulus noſter hic ait. Ideoque videntur hæc eſſe contraria, cum quæritur de vitio huiuſmodi poſſeſsionis an vitioſe poſsideat, an non. Multum refert an ab initio vitioſe poſsideat, an poſtea cœperit vitioſe poſsidere. Sed reſpondendum eſt, Aliter vitium poſſeſsionis accipi in petitione hæreditatis, quam in aliis cauſis. Idque demonſtratum eſt à nobis ſuperiori lectione cum interpretaremur l. Nemo prædo. de reg. iuris. & l. ſi ex ſtipulatione, hic. Diximus varie accipi prædonem apud I. C. & aliter in petitione hæreditatis quam in aliis cauſis. ſic itaque dicendum eſt. Cum quæritur de vitioſa poſſeſsione an quis

clam poſsidere dicendus ſit, an non: multum referre qua de re quæſtio proponatur. In petitione hæreditatis aliter quis clam poſsidere dicitur, hic aliter etiam dicitur. Cum quæritur an quis poſsit conueniri petitione hæred. pro poſſeſſore, dicitur poſsidere prædo. Item cum quæritur de reſtitutione rei. Nos vitioſe poſsidere eum quoque dicimus, qui ab initio iniuſtam cauſam poſſeſsionis acquirendæ habet. In aliis cauſis aliter dicimus. Alij quidam dicunt non mutari effectum poſſeſsionis, ſed qualitatem non male. Solet quæri an hæc clandeſtina poſſeſsio habeat vitium reale an perſonale. Quæſtio eſt vulgo agitata, de qua dicemus ad l. Pompon. 13. infra in princ.

§. *Qui ad nundinas.* cum l. 7. *Sed ſi nolit, &c.*

Paulus noſter, vt ego iam admonui in hoc cap. interpretatur edictum prætoris in quo fit mentio violentæ & clandeſtinæ poſſeſſionis. Argumento eſt inſcriptio ipſius cap. ex lib. 70. ad edict. Nam libr. 70. ad edict. Paulus interpretatus eſt edictum prætoris de interdictis vti poſſid. de ſuperf. quod vi aut clam. in quib. interdictis fit mentio clandeſtinæ poſſeſſionis. Quæſtio igitur eſt ſi quis ad nundinas profectus ſit nemine domi ſuæ relicto, & alius ingreſſus ſit eius domum, an poſſideat, & quomodo poſſideat is qui furtiue domum ingreſſus eſt? Hic dicitur eum clam poſſidere. Non eſt dicendus iuſtus poſſeſſor eſſe, non eſt dicendus poſſidere ciuiliter & naturaliter. Hæc poſſeſſio non confirmatur iure ciuili, eſt clandeſtina poſſeſſio, atque ideo vitioſa, quod ſi verum eſt, conſequens eſt eum qui profectus eſt ad nundinas, quamuis neminem domi reliquerit, retinere poſſeſsionem quamdiu habet animum poſidendi, adeo vt ſi reuerſus dominus non admittatur, poſſit dici vi deiectus de poſſeſſione, nec ante dicitur amiſiſſe poſſeſſionem quam ſi noluerit in eum fundum reuerti: tunc enim dicitur amiſiſſe poſſeſſionem. ſed hoc verius eſt, & eſt ſummaria huius cap. explicatio, ex quo quædam annotanda ſunt. Primum eſt, duos in ſolidum poſſe eandem rem poſſidere. Is qui profectus eſt ad nundinas nemine domi relicto, dicitur poſsidere, is etiam qui ingreſſus eſt poſſeſſionem abſente domino dicitur poſſidere: ſed vnus poſſidet animo tantum, alter corpore: is qui profectus eſt ad nundinas intelligitur animum redeundi habere. Non enim credibile eſt eum qui ad nundinas profectus eſt, velle deſerere domum ſuam, & ſi domi neminem reliquerit. Animo igitur intelligitur retinere poſſeſſionem. Nec quicquam eſt in hac re incommodi. Nam & ſi dicamus non poſſe duos in ſolidum eandem rem poſſidere, cum idem eſt genus poſsidendi, tamen ratio diuerſa eſt poſsidendi, nihil prohibet duos in ſolidum eandem rem poſſidere. Nihil prohibet vnum poſſidere corpore, alterum vero poſſidere animo. Diuerſa hæc ſunt genera poſsidendi & diuerſos effectus habent. Altera poſſeſſio ad vſucapionem prodeſt, altera non prodeſt: quamuis is qui eam poſſeſſionem habet poſſit interdicere. Ego dixi in interpretatione §. ex contrario. l. 3. ſup. Duos non poſſe dici poſſidere eandem rem animo & corpore. Cum quis poſſidet rem vnam totam aut vere & corporaliter, aut interpretatione aliqua iuris, qui fieri poteſt vt alius poſsideat eandem rem aut partem eius rei, alias totam non poſsideret. Poſſunt quidem duo eandem rem poſsidere pro parte, ſed non in ſolidum. l. Seruus communis. de ſtip. ſeru. Sed nihil prohibet, vnum poſſidere naturaliter, alterum ciuiliter. Diuerſa ſunt genera poſſeſsionis, diuerſi quoque effectus, vt iam dixi. Sed hæc diſtinctius explicanda ſunt. Et primum videndum eſt de eo qui clam ingreſſus eſt fundum: qui clam ingreditur fundum domino abſente qui ad nundinas profectus eſt, hic poſsidet naturaliter tantum, non ciuiliter. Huic ſimilis eſt alius locus in l. ſi id quod. §. vlt. hic. *Donec alius corpore.* I. C. vocat corporalem poſſeſsionem eius qui clam ingreſſus eſt fundum: corpore tantum poſsidet: non probatur iure ciuili ea poſſeſsio. Si quis dicat, is qui clam ingreſſus eſt fundum animum habet poſsidendi. Ecce is qui animum habet poſsidendi & corpore inſiſtit rei, videtur ciuiliter & naturaliter poſſidere, ſi nihil aliud impediat, ſed alius poſſidet animo: tota res occupata eſt animo eius qui profectus eſt ad nundinas. Fieri igitur non poteſt, vt duo in ſolidum eandem rem omnino poſſideant. Quidam ſic interpretantur poſsidere, id eſt, detinere corporaliter. Sed mihi videtur vera eſſe poſſeſsio, & ſi ciuilis non ſit. Id conſtat ex definitione poſſeſsionis: poſsidere is dicitur qui animum tenendi rem habet vel ſibi vel alij. Cum vtrumque hic concurrat & corpus & animus: hic dicendus eſt poſsidere: is detinet tantum, non etiam poſsidet qui animum tenendi non habet, cuiuſmodi eſt hoſpes, amicus. Recte igitur Paulus noſter ait eum clam poſsidere. Hactenus de eo qui ingreſſus eſt poſſeſsionem abſente altero. Nunc videndum eſt de eo qui profectus eſt ad nundinas: is qui profectus ad nundinas, & ſi neminem domi ſuæ reliquerit, tamen animo dicitur poſsidere, quamdiu habet animum poſsidendi. Id etiam expreſſum eſt in l. ſi id quod. 25. §. vlt. hic. Ego dixi ſupr. excipi res mobiles in l. 3. §. Nerua. ſup. Rei enim mobilis poſſeſſio non ita facile retinetur, vt rei immobilis. Rem mobilem poſſidemus quamdiu ſub cuſtodia noſtra eſt: vbi euaſit cuſtodiam noſtram, & ſi habeamus animum poſſidendi, tamen dicitur amiſſa eſſe poſſeſsio. Alia hic exceptio additur cum nulla ſpes eſt eiiciendi eum qui ingreſſus eſt poſſeſsionem, tunc etiam dicitur amiſſa poſſeſsio. Sed de eo Paulo poſt dicemus. Præterea notandum eſt vi deiectum eum intelligi qui poſsidet ciuiliter tantum. *Retinet ergo poſſeſſionem.* Quidam profectus eſt ad nundinas, alius domino abſente ingreſſus eſt poſseſsionem, cum reuerſus eſſet ex nundinis clandeſtinus poſſeſſor, noluit eum admittere. *Vi magis* (ait) *intelligitur poſſidere, &c.* His verbis oſtendit Paulus poſſe dici vi tunc deiectum eſſe propter ciuilem poſſeſsionem quam retinuit. Hoc clare expreſſum eſt in l. 1. §. deiicitur. de vi & vi arm. Clarius hoc exprimi non poteſt quam in eo loco, vnde quæſtio agitata eſt, an liceat eum qui corporaliter tantum poſsidet vi expellere vt in propoſita ſpecie. Dominus eſt reuerſus è nundinis: reperit domum ſuam clam ab alio occupatam: quæritur an poſsit hunc ſtatim expellere propria autoritate? Plurimorum ſententia eſt licere eum expellere, quamuis alij diſſentiant numero pauciores. Mouetur eo argumento, quia vim illatam repellere licet, l. 3. §. eum igitur. de vi & vi arm. l. vt vim. ſup. de iuſt. & iur. Si quis me vi ex domo mea eiiciat, vi illata poſſum eum repellere. At vi deiectus is eſſe dicitur, cuius poſſeſsio clam occupata eſt, cum nundinarum gratia profectus eſſet. Ergo licet ei de domo ſua eum eiicere qui furtiue & clam eam ingreſſus eſt. Contrariæ opinionis defenſores argumentum ſumunt ex l. ſi alius. 7. quod vi aut clam. Tu feciſti opus in meo fundo vi aut clam, ego id opus demolitus ſum vi aut clam, quæritur de interdicto. Agis aduerſus me quod deſtruxi vi aut clam. Quæritur an poſsim te ſubmouere hac exceptione, quia vi aut clam opus illud feciſti. Hæc quæſtio tractatur in §. belliſsime, l. 1. quod vi aut clam. Et ait I. C. non eſſe dandam hanc exceptionem niſi magna ex cauſa. Oſtendit I. C. & ſi quis opus fecerit in fundo meo vi aut clam, non licere mihi opus illud vi aut clam deſtruere. Idem dicendum videtur in propoſita ſpecie, vt ſi quis mihi vim faciat quia ingreſſus eſt domum meam clam, me abſente, mihi non liceat vim illi inferre. Sed ſi vtraque ſpecies diligenter expendatur, magna reperietur vtriuſque diſsimilitudo. Is in cuius fundo opus factum eſt, non poteſt dici vi deiectus eſſe, ei licet vti retinendæ poſſeſsionis cauſa. At hic deiectus eſt de poſſeſsione per vim. Hic deiicitur de poſſeſsione qui non admittitur in domum ſuam qui ex nundinis reuerſus eſt, *Si autem non reliquerat poſſeſſionem.* Amittit igitur poſſeſsionem eam per vim, ideo dicitur vi deiectus eſſe. Quare dicitur poſſe vi illata expellere de domo ſua eum qui vim intulit. Sed in d. §. Belliſsime. non poteſt dici deiectus eſſe de poſſeſsione ſua: is poſsidet ciuiliter & naturaliter vt antea, quamuis opus factum ſit in ſuo. Alij aliter diſſoluunt, ſed quod ego dixi mihi videtur probabilius eſſe. Et interim notandum eſt ex d. §. Belliſsime. mihi non licere niſi ex magna & graui cauſa vi aut clam opus tollere quod vi aut clam factum eſt in meo fundo. Poteſt enim tale opus eſſe quod graue in commodum adferat. l. ſed ſi inter. de ſeruitut. vrb. præd. Ex hoc eodem loco obſeruandum eſt ex clandeſtino poſſeſſore violentum effici. Is qui ingreſſus eſt fundi poſſeſsionem

ſeſſionem domino abſente nundinarum cauſa, cum non admittat dominum, dicitur vi poſſidere. Non obſtat huic ſententiæ l. ſequitur. §. Item ſi occupaueris. de vſucap. quæ prima facie videtur contraria eſſe iis quæ ſuperius dicta ſunt. *Item ſi occupaueris* (inquit I. C.) *vacuam poſſeſſionem*, deinde venientem dominum prohibueris, non videris vi prohibuiſſe. Sed illa l. nihil ad rem facit. Loquitur enim Paulus in d. l. de eo qui occupauit vacuam poſſeſsionem. In hac noſtra ſpecie non dicitur occupata eſſe vacua poſſeſſio. Vacua poſſeſsio non eſt quæ animo retinetur. Nam animum retinendæ poſſeſsionis habet is qui ad nundinas profectus eſt. Ideoque non dicitur vacua poſſeſſio. Sed quomodo (inquit aliquis) concurrent clandeſtina & violenta poſſeſſio? Accurſ. ait comparatiue non electiue hanc voculam magis accipiendam eſſe: ego non puto hoc verum eſſe. ego puto enim qui cœpit clam poſſidere, quia furtiue abſente domino ingreſſus eſt eius domum, cum dominum è nundinis reuerſum non admittit, vi poſſidere incipere & deſinere clam poſſidere. Si ſic intelligamus, ceſſabunt innumerabiles quæſtiunculæ & ſophiſmata de concurſu poſſeſsionum. Poſtremum eſt, eum qui expulſus eſt de fundo ſuo animo amittere poſſeſſionem, quia deſiit habere animum reuertendi, non habet animum expellendi eum qui ingreſſus eſt, cum adeo territus eſt armis aut vi, vt videatur omnem cogitationem depoſuiſſe poſſidendi, tunc dicitur amiſiſſe poſſeſſionem: idque expreſſum eſt aliis in locis vt in l. 3. §. ſi quis. hic. & l. 3. §. ſin autem cum dominus. de vi & vi arm. Sed ſi quis abſens nolit reuerti, an tunc is qui ingreſſus eſt poſſit dici poſſidere ciuiliter? Videtur poſſe dici hoc caſu ciuiliter poſſidere. Diximus eum animo non poſſidere, quia animo alieno res occupata eſt. Sed ea ratio hic ceſſat, quia is qui abſens erat nundinarum cauſa deſiit habere animum poſſidendi. Quid igitur vetat quo minus dicatur hoc caſu non tantum corpore, ſed etiam animo poſſidere? Sed dicendum eſt eum ciuiliter poſſidere non dici, quia iuris interpretatione non dicitur poſſidere. Quomodo iuris interpretatione intelligetur iuſte poſſidere qui clam & iniuſte poſſidet? Iuſtum & iniuſtum pugnantia ſunt. l. quod ſeruus. hic. Poſſeſſio quæ ex iuris tantum interpretatione oritur, ſemper iuſta eſt. Abſurdum ergo eſſet dicere eum qui iniuſte poſſidet, iuris interpretatione poſſidere intelligi. Sed de hoc dicemus fuſius infr. ad l. quod ſeruus.

L. 8. Quemadmodum. &c.

QVid ergo ſentiam de interpretatione huius capitis, dixi ad l. 3. §. in amittenda. quæ videtur contraria huic ſententiæ eſſe. Nam in d. §. in amittenda. dicitur animo ſolo amitti poſſeſsionem, quamuis ſolo animo acquiri non poſsit: Hic dicitur eodem modo amitti poſſeſsionem quo acquiritur, & quemadmodum acquiritur animo & corpore, ita etiam corpore & animo amitti. *Quemadmodum nulla poſſeſſio.* Ego admonui in interpretatione d. §. in amitt. & videri difficultatem oriri ex eo quod plena integraque non ſunt horum autorum ſcripta, nec ſatis apertum eſt quo ſingula referri debeant. Certe non eſt credibile contraria eſſe quæ ab eodem autore & eodem in libro ſcripta ſunt. Cuiuſmodi ſunt hæc duo capita. Vtrunque eſt ex commentariis Pauli ad edictum. Si diuerſorum autorum eſſent, veriſimilius eſſet pugnantia eos ſcripſiſſe, aut ſi diuerſis in libris hæc eſſent ab eis perſcripta. Sed præterquam quod eiuſdem autoris ſunt, accedit quod ſumpta ſunt ex eodem libro: nec credibile eſt ita dormitaſſe compoſitores Pandectarum vt hæc duo capita, ſi pugnantia eſſe intelligerent, ponerent ſub eo. tit. ita vt alterum ab altero non longe diſtet, ne quis poſsit cauſari obliuionem & memoriæ lapſum. Ego dixi ſupra quod hic Paulus ait poſſe vere dici, & etiam falſo. Vere dici poteſt poſſeſsionem amitti corpore & animo. Id etiam falſo dici poteſt: ſed tunc cognoſci, falſo ne an vere dicatur, cum intelligimus quorſum id dicatur & quo referatur. Nam ſi loquamur de eo qui deiectus eſt de fundo per vim, & quæratur an is amiſiſſe poſſeſsionem dicatur: nihil poteſt verius dici quam quod hic Paulus ait animo & corpore poſſeſsionem non videri amiſſam eſſe, quia animus non eſt amittendæ poſſeſsionis. Nam quamuis corpore non inſiſtat fundo, is tamen animum habet retinendæ poſſeſsionis. Ideoque non dicitur amiſiſſe poſſeſsionem, non amittitur hoc caſu poſſeſsio, niſi præter deiectionem quæ eſt corporis, accedat etiam animus, id eſt, niſi in contrarium vtrunque agatur, & id quod corporis eſt & animi. Si autem loquamur de eo qui non vult amplius poſsidere, qui nullum amplius habet animum poſsidendi, hoc falſo diceretur non amitti poſſeſsionem ſolo animo. Nam verum eſt quod Paulus noſter ait in d. §. in amittenda, vbi aliquis amplius non vult poſsidere, tunc eum amittere poſſeſsionem ſolo animo: & quia hæc tantum probabilia ſunt, nec admodum certa: ego conatus ſum coniecturis oſtendere quam verum hoc ſit. Argumento vſus ſum minime vulgari ex inſcriptione capitum. Ego dixi hoc cap. ſumptum eſſe ex iis quæ Paul. ſcripſerat ad titu. de vi & vi armat. & tit. vti poſsid. Inſcriptiones horum cap. demonſtrant. In interpretatione horum edictorum agebatur de deiectione per vim facta, de eo qui per vim deiectus eſt. Aliud argumentum huic ſimile eſt ex coniunctione capitum. In ſuperiori capite quod heri interpretati ſumus, quæſtio eſt de deiectione. *Sed ſi nolit in fund.* Quæſtio eſt an ſi quis deiectus fuerit de poſſeſsione per vim, is dicatur amiſiſſe poſſeſsionem: & ita diſtinguitur, vt ſi animum habeat reuertendi in fundum, animum habeat retinendæ poſſeſsionis, is non dicatur amiſiſſe poſſeſsionem, quamuis corpore exierit de fundo. Sed ſi non habeat animum recuperandæ poſſeſsionis, quod vim maiorem vereatur, amiſiſſe poſſeſsionē (inquit Paulus) videbitur. Deinde ſequitur, *Quemadm. nulla.* Ego ſcio hæc non fuiſſe coniuncta à Paulo, ſed tamen credibile eſt, hoc conſilio Tribon. & alios compoſitores Pand. hæc duo capite coniunxiſſe, quod intelligerent poſterius caput quod interpretamur, ad ſuperius pertinere, & quaſi ex eo pendere. Confirmatur hæc ſententia noſtra ex l. Quamuis ſaltus. 46. hoc tit. Quidam ingreſſus eſt me inuito & ignorante ſaltum quem ego poſsidebam, propoſito & animo poſsidendi. Quæritur an ego amiſerim poſſeſsionem? I. C. ait me poſſeſsionem non amiſiſſe. *Quamdiu* (inquit) *poſſeſſionem ab alio occupatam ignoraret*, Sed cum poſſeſsio non amittatur niſi animum habeam relinquendæ poſſeſsionis, fieri non poteſt, vt alio ingrediente fundum meum me inuito & ignorante, fundum amittam. Iiſdem verbis vtitur Paulus in l. Fere. de reg. iur. cuius l. hoc caput particula eſt. ego iam ſæpe dixi ſumptum eſſe quod hic dicitur à Paulo, ex l. Fere. de reg. iur. Loquitur de eo qui vi deiectus eſt ab alio. His igitur argumentis & coniecturis adducimur vt credamus Paulum ita ſenſiſſe, id eſt, retuliſſe verba ſua ad eum qui deiectus eſt de poſſeſsione, quia conſtat eum corpore deſiiſſe poſsidere, & præter hoc neceſſe eſt animum eius accedere.

L. 9. Generaliter.

HIc locus iam ſæpe à nobis tractatus fuit, præſertim in interpretatione l. 3. vbi diximus vtilitatis cauſa comparatū eſſe contra ſubtilitatem iuris, vt qui corpore non inſiſtit rei, nihilominus eam poſsidere intelligatur. Non potuit aliter conſtitui ſine magno hominum incommodo. Poſsidemus ergo corpore etiam alieno, vt dicitur in l. 3. §. ſaltus. Si quis nomine meo in poſſeſsione ſit, ego per eum poſsidere dicor corpore eius & animo. Is poſsidet cuius nomine poſsidetur. l. quod meo. inf. eo. *Generaliter quiſquis.* His verbis Caius oſtendit ex quadam iuris interpretatione hoc eſſe receptum magis quam ex veritate. *videmur*, id eſt, fingimur poſsidere. Poſsidere verbum actum corporalem ſignificat. Sed tamen interpretatione iuris propter vtilitatem & commoditatem hominum effectum eſt, vt is perinde habeatur atque ſi inſiſteret rei, atque ſi occuparet rem. Atque ideo dicitur poſsidere ciuiliter, iuris ciuilis interpretatione. *Nobis volentibus.* Ex eo quod Caius ait: *Nobis volentibus*, poteſt dubitari: quid ſi amicus quidam meus in fundo meo ſit me ignorante, an ego per eum poſsidere dicendus ſim? De procuratore mandatum habente nulla eſt dubitatio. Nam per procuratorem mandatum habentem nobis acquiritur poſſeſsio etiam ignorantibus. l. Poſſeſsio. §. vlt. hic. & l. 1. C. eo. Sed quæritur de amico qui nullum forte mandatum habet, qui negotiorum geſtor eſt, licet interdum procurator dicatur, proprie tamen diſtinguitur à procuratore, id

oſtendit diuerſitas titul. de procuratorib. & de neg. geſt. in l. Si ego. de neg. geſt. Negotiorum geſtor dicitur Procurator, quod gerat & procuret res alienas. Quid igitur de hoc dicemus? Receptum eſt poſſe retineri poſſeſſionem per amicum, per negotiorum geſtorem qui vere procurator non ſit, qui mandatum non habeat. Argumentum ſumitur ex l. Procuratorib. §. non ſolum, de vſufr. Vbi dicitur per hunc poſſe vſumfructum retineri. Conuenit tamẽ inter omnes, per hunc poſſeſſionem non acquiri qui mandatum non habet: niſi ſit ſecuta ratihabitio, quamuis per procuratorem acquiratur. Vim mandati habet ratihabitio. l. 2. ad Macedon. Opus ergo eſt ratihabitione. d. l. ſi ego. de neg. geſt. Hinc igitur colligendum eſt nos poſſidere non tantum per noſmetipſos, ſed etiam per procuratorem, per amicum, qui rem teneat noſtro nomine, nobis volentib. Sed an hi quoque dicantur poſſidere qui inſiſtunt rei noſtro nomine? Quæſtio iam ſæpe à nobis tractata eſt de procuratore, de colono. Et diximus eum qui animum habet poſſidendi, vel ſibi vel alij recte dici poſſidere, etiamſi animũ habeat poſſidendi, alij tamen interdum dicuntur poſſidere naturaliter vt colonus. l. 7. §. neque. com. diuid. Sed quia alij poſſident, proprie non poſsident. Et ſi ad effectum reſpiciamus dicuntur interdum omnino non poſsidere. Nam is poſsidet cuius nomine poſsidetur. d. l. quod meo. infr. eo. Atque ideo vt hi dicantur poſsidere, aliquando non poſsidere, ſimpliciter ego dixi hos poſsidere, cum animum habent poſſidendi, vel ſibi vel alij. Nam interdum accidit vt quis in domo alterius ſit, nec tamen animum habeat poſsidendi, vel ſibi vel alij. exemplum eſt l. qui iure. hic. *Qui iure familiar.* Amicus qui iure familiaritatis ingreditur domum amici ſui, is non videtur poſsidere, non eſt hoc animo vt poſsideat ſibi. Nullum ius ſibi vindicat in domo amici ſui in quam familiariter recipitur, ac ne amico quidem cuius domum ingreditur, poſsidet. Non enim eo animo eſt vt rem teneat ipſius nomine, ideo hic dicitur omnino nõ poſsidere, tenet quidem rem, ſed non poſſidet. detentio multum differt à poſſeſſione ſiue ciuili ſiue naturali. l. Stipulatio iſta. §. hi. & §. plane. de verb. oblig.

Quis ſit neg. geſtor.

L. 10. Si quis ante, &c.

HÆc quæſtio pertinet ad diſputationem capitis ſuperioris quod nunc interpretati ſumus. Nam in ſuperiori capite quæritur de procuratore, de hoſpite, de amico & aliis huiuſmodi perſonis an poſſideant, an per eos poſsideamus. Similis quæſtio eſt & de aliis perſonis, cuiuſmodi eſt conductor. Dubitari poteſt, an conductor poſsideat, ſi quis fundum ab eo conduxerit vtendum, an is eius fundi poſſeſſor ſit: & certum eſt ex regula iam dicta locatorem ipſum poſsidere. Is poſsidet cuius nomine poſsidetur. d. l. Quod meo. infr. & perſpicue hoc traditum eſt in l. officium. de rei vend. Vbi dicitur rei vendicationem dari aduerſus eum qui conduxit, quamuis non poſsideat. Nam vt quis teneatur rei vendicatione, ſufficit eum tenere rem & habere rei reſtituendæ facultatem, idque contra opinionem quorundam veterum qui dicebant poſſeſsionem neceſſariam eſſe in rei vendicatione, vt in interdicto vti poſsidetis. Sed exploſa eſt hæc ſententia. Ait igitur I. C. aduerſus commodatarium rei vendicationem competere, & depoſitarium, & ſi non poſsideant, quia habent rei reſtituendæ facultatem, ſed vere poſsidet is cuius nomine poſsidetur. Similis quæſtio eſt de commodatario, cui res aliqua eſt commodata, in l. commodatæ. ſup. commod. Idem dicitur de conductore in d. l. officium. Idem de eo qui precario rem vtendam accepit. Magna eſt dubitatio & hic magna varietas reperitur, an is qui precario rem vtendam accipit, dicatur poſsidere. Hæc quæſtio tractatur variis in locis ſub tit. de precario. Precarium definit Vlpia. in l. 1. de precar. quod precib. petenti vtendum conceditur tam diu quamdiu is qui conceſsit patitur. Quod genus liberalitatis ex iuregentium deſcendit. Quæritur igitur an is qui precario rem vtendam accepit, poſsideat nec ne? Dicendum eſt multum hic referre, quid actum ſit inter concedentem precario & accipientem. Si dictum ſit, ſi ita precarium contractum ſit, vt is qui accepit moretur in prædio cuſtodiæ cauſa, vel quid huiuſmodi, tunc certum eſt hunc non poſsidere. Et ſic eſt intelligendum quod dicitur in l. is qui. de preca. *Is qui rogauit vt moretur.* Hoc actum eſt inter concedentem & accipientem precario, vt is qui accepit moretur tantum in fundo, non vt poſsideat fundum: ideoque dicitur omnem poſſeſsionem penes concedentem remanere, nullam poſſeſsionem in eum qui precario accepit, transferri. Simile eſt in hac lege noſtra. Aliud eſt poſsidere, aliud in poſſeſſione eſſe, vt dixi in l. 3. §. genera. In poſſeſsione eſſe dicitur qui cuſtodiæ cauſa in poſſeſsionem miſſus eſt, vt is cui damni infecti nomine non cauetur. Aliquando vero ita conuenit in precario contrahendo, vt is poſsideat qui rem precario vtendam accepit, & tunc dubium non eſt quin poſſeſsio in ipſum transferatur, quamuis aliqua poſſeſsio penes concedentem remaneat. l. & habet. §. eum qui precario. de precar. vbi I. C. ait, *Vt ſibi poſſidere liceat*, non dicit, *vt moretur in fundo.* Poſſeſſio igitur penes vtrunque eſt. Quia eadem poſſeſsio non eſt, diuerſa ſunt poſſeſsionis genera. Nam tametſi eadem poſſeſſio penes duos eſſe non poſsit in ſolidum, nihil tamen prohibet diuerſam poſſeſsionem penes duos eſſe, vt heſterna die diximus & ad l. 3. §. ex contrario. Quid ergo dicemus ſi non ſatis exploratum ſit quid conuenerit inter dantem & accipientem? non eſt certum conueniſſe inter eos vt moretur tantum in fundo is qui precario accepit, nec etiam certum eſt conueniſſe: vt poſsideat fundum. Hoc tantum conſtat precibus petenti precario conceſſum eſſe fundum. Quid dicemus in hoc caſu? Res multum difficultatis & obſcuritatis habet. Sed videtur hęc ſententia fuiſſe veterum, vt is qui rogauit precarium, poſsidere intelligatur. l. 4. §. 1. de prec. *Meminiſſe autẽ nos oportet eum qui precario habet, etiam poſſidere.* Non tantum transfertur in eum facultas quædam vtendi, donec precarium fuerit reuocatum ab eo qui conceſsit, ſed etiam poſſeſsio in eum transfertur: & ideo ei qui precario rem aliquam habet, datur interdictum vti poſsidetis, præterquam aduerſus eum à quo precario accepit. l. qui precario. 17. eo tit. *Qui precario.* Et hoc ſatis oſtendit formula interdicti vti poſsidetis. Prætor dat interdictum vti poſsidetis ei qui precario habet, quia poſsidet, modo non agat & experiatur interdicto aduerſus eum à quo poſsidet precario. Is qui precario rem accepit, poſsidet. Sed cur potius poſsidere dicitur quam commodatarius? Nam inter commodatum & precarium non videtur multum intereſſe, vterque tam commodatarius quam is qui precario habet, rem vtendam accipit. Precarium dicitur quod precibus petenti vtendum conceditur, ſed hoc intereſt quod precarium reuocatur voluntate concedentis non item commodatum. l. in commodato. 17. §. ſicut, commod. Intempeſtiue commodatum repeteri non poteſt cum incommodo commodatarii, ſed ita conceditur res vtenda precario, vt quoties voluerit is qui conceſsit, illud reuocare poſsit. Qui igitur ſit vt commodatarius non dicatur poſsidere, cum is qui precario accepit rem vtendam, dicatur poſsidere, ? Variæ hic ſunt opiniones vt in re obſcura. Sed mihi videtur hæc eſſe natura huius contractus, & ob hanc cauſam præcipue inſtitutum & comparatum fuiſſe hoc genus contrahendi quod precarium dicitur, vt poſsint res tamdiu poſſideri quamdiu dominus voluerit. Nam cuiuſcunque contractatus natura diligenter eſt diſcernenda. Sicut exempli gratia, videmus in contractu mutui hoc agi, vt dominium rei transferatur in accipientem. Præterea vt non idem, ſed tantundem & æque bonum reddatur. l. 2. & l. cum quid. ſup. de reb. cred. Cum quis dat vinum mutuum, hoc agitur inter dantem & accipientem vt vinum conſumat is qui accipit, & tantundem reddat: cuius cauſa inſtitutum fuit hoc genus contractus quod mutuum dicitur. Et expedit interdum nobis poſsidere res alienas commoditatis & vtilitatis noſtræ cauſa. Et propter hanc vtilitatẽ in vſum venit hoc genus contractus quod precarium dicitur. Non tantum nobis vtile eſt habere facultatem vtendi re aliqua, ſed etiam poſsidendi. Hoc genus cõtrahendi dicitur precarium. Cum agitur, vt is qui precario rem vtendam accepit tãdiu poſsideat, quamdiu voluerit is qui cõceſsit. Hoc dixi, non quod aliter conueniri non poſsit inter dantẽ & accipientẽ, ſed quia vt plurimum ita conueniri ſolet. Ex iam dictis naſcuntur quæſtiones tractatæ in hoc capite, cuius interpretationem aggreſſi ſumus. *Si quis ante.* Quidam conduxit rem, deinde eam precario rogauit: vel è diuerſo precario rogauit rem vtendam, deinde eam conduxit, quæritur, an vtrunque valeat & precarium & conductio, an alterum, an neutrum,

Quid precarium.

neutrum, & vtrum horum valeat. Hæc quæſtio maxime pertinet ad poſſeſſionem, de qua hic diſputamus. Hæc quæſtio huius loci de poſſeſſione propria eſt. Nam ſi dicamus tenere conductionem, non precarium, dicemus non poſſidere eum qui accepit, conductorem non poſſidere. Si dixerimus valere precarium non conductionem, ex eo conſequitur poſſeſſorem eſſe eum qui accepit. Nam is qui precario rem habet, interdum poſſidet, vt diximus. Si dixerimus vtrunque valere, videbitur quædam repugnantia eſſe. Nam poſſidere & non poſſidere, pugnantia ſunt. Ecce is qui locat rem eo animo eſt, vt non poſſideat conductor, ſed ipſe qui locat. Is vero qui precario concedit, eo animo eſt non tantum vt poſſideat ipſe, ſed etiam poſſideat is qui rem accepit: vterque igitur poſſidet, ſed diuerſa ratione. l. & habet. §. eum qui. infra de precar. Sicut accidit in poſſeſſione pignoris de qua iam diximus ad l. 1. §. per ſeruum. ſupra. Cum quis rem ſuam in pignus dat, ab vtroque intelligitur res poſſideri quæ pignori data eſt, ſed diuerſa ratione. Nam quantum ad vſucapionem attinet, poſſidet debitor: quantum ad alias cauſas, creditor. Fieri ergo non poteſt vt ex vtraque cauſa dicamus poſſideri: dicamus vtrunque genus contractus valere & locationem & precarium. Quia repugnantia eſſent. Neceſſe ergo eſt dicere alterum tantum valere. Sed vtrum valebit an precarium, an conductio? Iuriſconſul. ait, *Potius hoc procedere videbitur quod nouiſſime factum eſt.* Sicut diximus nouiſſima derogare prioribus. l. Pacta nouiſſ. de pact. Ita etiam hic dicitur propter veriſimilem contrahentium voluntatem. Si quis igitur precario rogauerit, deinde conduxerit, quia conductio poſterior eſt, precarium autem prius, facile videtur receſſum eſſe à precario. *Potius enim hoc.* Huic ſententiæ contrarium eſſe videtur quod dicitur in l. 3. §. ex plurimis, hic. vbi dicitur, ex plurimis cauſis rem poſsideri poſſe. Idque variis exemplis demonſtratum eſt à nobis in eius loci explicatione. Si ex pluribus cauſis eadem res poſſideri poteſt, cur non dicemus eum qui conduxit, & deinde precario rogauit, ex vtraque cauſa tenere? Sed quod dicitur in d. §. Ex plurimis, intelligendum eſt cum in illis pluribus cauſis nulla eſt repugnantia, ſicut hic reperitur. Nihil prohibet quem eandem rem & pro emptore & pro hærede poſſidere: hæc enim repugnantia non ſunt. Sed repugnantia ſunt valere precarium, & valere conductionem, eo enim animo eſt is qui rem locat vt ipſe tantum poſſideat, non conductor. Contrarium eſt in precario. Huc pertinet quod dicitur in l. 6. infr. pro emp. Quod autem diximus de precario, intelligendum eſt niſi conuenerit, vt teneat magis quam poſſideat: tunc enim ceſſat ratio propter quam dicimus vtrunque valere non poſſe: vt puta ſi conuenerit vt teneat tantum, vt moretur in fundo cuſtodiæ cauſa. *Quod ſi factum eſt, vtrunque procedit.* Huius probatio eſt quod reddit obſcuram lectionem, id eſt, ſi hoc conuenerit vt qui precario rogauit non poſſideat, ſed ſit in poſſeſſione cuſtodiæ tantum cauſa. Præterea id intelligendum eſt ſi conductio valeat, nam tunc diſtinctione iſta vtimur cum valet conductio. Si inutiliter contracta ſit conductio, tunc aliud dicendum erit. Vt puta ſi conductio facta ſit in vno nummo. Ficta enim & imaginaria conductio nulla eſt. l. ſi quis conduxerit. locati. Conductio nummo vno eſt genus loquendi I. C. Conducere nummo vno intelligitur is qui non habet animum conducendi: ſed dicis cauſa conuenit de minimo precio, vt videatur conductio eſſe quæ non eſt, imago tantum eſt conductionis. Diximus heſterna die ſi quis precario rogauerit, deinde conduxerit, conductionem valere, non precarium, quaſi poſteriori contractu à priore videatur receſſum eſſe, quod tamen diximus ita accipiendum eſſe ſi vtilis ſit locatio, ſi vtiliter contracta ſit. Nam ſi inutiliter contracta ſit locatio, idem dicendum non erit, vt puta ſi locatio facta ſit vno nummo. Locatio facta vno nummo locatio non eſt, imaginem tantum quandam locationis habet, & donationis inſtar inducit. Huc pertinet quod eſt in l. ſi quis conduxerit. locati. Is qui locat prædium ſuum, exempli gratia, vno nummo, videtur de nummo paciſci, & conuenire vt videatur locatio eſſe quæ non eſt, ſicut apud Cice. contra Verrem. Verres dicitur imperaſſe cuidam vt vno nummo emeret. Sed obiicitur huic ſententiæ l. ſi vſusfruct. de iur. dot. vbi maritus vendit vxori dotem vno nummo: idque ex ſententia & conſilio iuriſperitorum. Si venditio dotis vno nummo facta valet, idem de locatione dicendum eſſe videtur: & tamen hic dicitur locatio facta vno nummo non valere. Pro explicatione huius nodi animaduertendum eſt hos actus imaginarios tunc admitti, cum id vtilitas exigit, ad quam omnia referenda ſunt quæcunque iure & legibus continentur. Aliàs hæ ſubtilitates fere reiiciuntur à iuris autoribus, & contemnuntur. Sed pleraque ſubtiliter inuenta & excogitata ſunt à iuris autoribus propter vtilitatem, quoties hæc ſubtilitas ad vtilitatem hominum ſpectat. In cæteris rebus vtiliter viſum eſt hoc admittere, vt exempli gratia, ſi quis locet vno nummo nulla neceſsitate aut vtilitate adactus. Nam ſi velit donare, liberum eſt ei donare, ſed in d. l. ſi vſusfruct. de iure dot. vtilitas magna verſatur: in ea enim lege quæritur de reſtituenda dote quæ in fructu conſiſtit. Si vſusfructus datus ſit in dotem marito ab extraneo, quomodo vſusfructus reſtitui poterit? Conſtat vſumfructum hærere in perſona fructuarij, à perſona fructuarij non ſeparatur. l. ſi vſusfr. 4. infr. de nouat. Atque ideo vſufructuarius non poteſt alij cedere vſumfructum niſi domino proprietatis. §. finitur. Inſtit. de vſufruct. extraneo cedere non poteſt: ſi non hæreret in perſona vſufructuarij id fieret cum incommodo proprietarij. Quia vſufructuarij morte finitur vſusfructus, & ad proprietatis dominum redit. Quæſtio igitur eſt de vſufructu reſtituendo, qui datus eſt in dotem marito ab extraneo. Difficilis eſt ratio huius reſtitutionis. Quomodo enim transferretur à perſona mariti in perſonam mulieris per ceſſionem? Nam cedi non poteſt niſi domino proprietatis, vt diximus. Quidam (inquit Iuriſconſultus) remedij loco introducendum hoc putauerunt, vt maritus vendat vno nummo vxori ſoluto matrimonio illam facultatem percipiendorum fructuum. Subtiliter hoc excogitatum eſt, quod id vtilitas & neceſſitas poſtularet, quamuis vera venditio non ſit, ſed imaginaria, & ſpeciem quandam & imaginem venditionis tantum habeat. Placuit tamen, huiuſmodi venditionem in hoc caſu propter vtilitatem valere.

PAVL. LXV. AD EDICTVM.

L. 11. Iuſte poſſidet qui, &c.

Breuis eſt aphoriſmus, *Iuſte poſſidet qui autore prætore poſſidet.* Huic nõ diſsimilis eſt alius ſub titulo de reg. iur. l. qui autore iudice comparauit, bonæ fidei poſſeſſor eſt. Hæc autem reg. ſumpta eſſe videtur ex titul. vti poſſidet. & cum l. 2. illius tit. vti poſſid. coniungenda: vbi diſputatio eſt de iuſta & iniuſta poſſeſſione. In illa l. 2. vti poſſidet. dicitur, nihil referre in interdicto vti poſſ. iuſta, an iniuſta ſit poſſeſſio aduerſus alios: non nocet ergo clam aut vi iniuſte poſſidere in interdicto vti poſſid. Niſi ſi quis poſſideat ab eo aduerſus quem interdicto vult experiri. Paul. lib. 65. ad edict. de iuſta & iniuſta poſſeſsione diſſeruit, oſtenditque exemplis quæ ſit iuſta & iniuſta poſſeſsio. Et ait iuſte poſſidere eum qui autore prætore poſsidet, licet alias iniuſta dici poſsit poſſeſſio. Id variis exemplis demonſtrari poteſt, ego ea tantum referam quæ mihi aptiora eſſe videntur ad eius explicationem. Vnum eſt de eo qui poſsidet iubente prætore ex cauſa damni infecti vel alia ſimili, in l. ſi finita. §. Iulianus. de damno infect. Si is cuius domus vitioſa eſt aut ruinoſa, nolit vicino iubente prætore cauere damni infecti nomine, mittitur aduerſarius in poſſeſsionem eius domus cuſtodiæ cauſa. Deinde aduerſarius ob nimiam eius contumaciam ſecundo decreto prætoris poſsidere iubetur. Si quis ob hanc cauſam iuſſus ſit poſsidere domum autoritate prætoris, dubium non eſt quin is iuſtam poſsidendi cauſam habeat. *Nam iuſte poſſidet,* (vt ait Paulus) *qui autore prætore poſſidet.* Is qui officio prætoris ac autoritate iubetur poſſidere, hoc enim ſit à Prætore, is iuſtus eſt poſſeſſor. Aliud exemplum eſt in l. & generaliter. ad finem. de noxal. actionibus. *Si iuſſu* (inquit) *Prætoris, &c.* Ago noxali actione ad damnum mihi iniuria datum à ſeruo aduerſus dominum ipſius ſerui: dominus ſeruum ſuum non defendit, prætor iubet me hunc ſeruum ducere: ſeruum duco iuſſu præ-

toris, ſeruum iuſſu prætoris à me ductum poſſideo. *Iuſtam* (inquit Iuriſconſultus) *poſſidendi cauſam habeo.* Hinc igitur notandum eſt autoritatem prætoris iuſtum eſſe titulum ad vſucapionem. Cum dicitur in vſucapione iuſtum titulum eſſe neceſſarium, iuſtum titulum accipere debemus autoritatem magiſtratus, quia iuſte poſſidet qui prætore autore poſſidet. Non minus iuſtus eſt hic titulus, quam titulus pro emptore, aut pro donato, aut alij huiuſmodi. Itaque ſi quis rem accepit ex hac cauſa, ſtatim acquirit dominium, ſi dominus fuerit is à quo res proficiſcitur, vel ſaltem in eum transfertur vſucapiendi facultas. d. l. ſi finita. §. Iulianus. Et hoc proprium eſt tit. qui iuſtus eſt vt dicitur in l. Clauib. de contrahen. empt. Si res mihi tradita ſit à domino, ſtatim in me transfertur dominium: & ſi non fuerit dominus, iuſta tamen eſt poſſeſſio. Sic exemplis illuſtratur regula noſtra: quæ exempla ad autoritatem prætoris pertinent, non iudicis. Paulus hic de prætore loquitur, *Iuſte poſſidet qui prætore autore poſſidet.* De ſententia igitur cuiuſuis iudicis dubitari poteſt. Quoniam certum eſt prætorem diſcerni à iudice. Apud iuris autores diſtinguuntur prætoriæ ſtipulationes à iudicialibus. l. 5. de verbor. obligat. Officium iudicis ab officio prætoris, vt ego alias demonſtraui ſub tit. de iuriſd. diſtinguitur. Prætor non dicitur iudicare nec ſententiam ferre, niſi interdum extra ordinem: iuſſus prætoris à ſententia diſtinguitur. l. Quod iuſſit. de re iudic. Decretum dicitur pronuntiatio prætoris, vel præſidis. l. Æmilius. de minor. l. nec quicquam. §. vbi decretum. de offic. procon. Sed an idem dicemus de ſententia iudicis? Nonne iuſtus eſt titulus poſſidendi? ego non dubito quin iudicis ſententia iuſtus titu. ſit. l. Pomp. §. ſi iuſſu. hoc titu. vbi id plenius dicemus. §. vltim. de offic. iudic. Sententia iudicis dicitur ius facere, quamuis forte ſit iniuſta. l. Cum putarem. fam. ercîſc. Nihil refert, an iuſta, an iniuſta ſit ſententia, modo lata ſit ſeruato ordine iudiciario, modo cognoſcens iudex rite pronuntiauerit. Nam alias ſententia nullam firmitatem obtinet. l. prolatam. C. de ſent. & interl. Alia additur exceptio, niſi ſententia contineat iuris errorem expreſſum. l. 1. C. quæ ſent. ſin. appell. Si pronuntiatum ſit de iure à iudice, ita vt expreſſus appareat error iudicis, dicitur ſententia nulla eſſe, ſed alias iniuſta ſententia ius facit, ideoque tribuit iuſtam cauſam poſſidendi. Rurſus addendum eſt cum dicimus iuſtam eſſe cauſam poſſidendi, ſi quis autoritate prætoris, vel iudicis poſſideat: hoc ita eſſe accipiendum, ſi aduerſarius in poſſeſſionem inductus ſit autoritate prætoris vel iudicis. Non enim ſufficit magiſtratus aut iudicis pronunciatio: ſed oportet eum qui hanc ſententiam obtinuit, induci in poſſeſſionem à magiſtratu vel à iudice. Nec aliter accipienda videntur hæc verba, *Iuſte poſſidet qui aut. præto. poſſid.* vel qui iudicis autoritate inductus eſt in poſſeſſionem, vel quem miſit prætor, non qui propter pronuntiationem iudicis vel prætoris propria autoritate occupauit poſſeſsionem. Sed de ſententia iudicis plenius dicemus ad l. Pompon. §. ſi iuſſu. infra hoc titu. Quæri ſolet, quid ſi ex falſa cauſa decretum prætoris ſit interpoſitum, vel res iudicata, ita vt appareat obreptum eſſe prætori, an tunc iuſte poſſideat is quem prætor induxit in poſſeſſionem? Magna hic eſt diſſenſio & opinionum varietas propter iuris varietatem. Exiſtimant pleríque non eſſe locum regulæ noſtræ, cum ex falſa cauſa decretum eſt interpoſitum. Alij diſtinguunt pronuntiationem prætoris à decreto, & adducunt l. Cum vero. §. ſubuentum. de ſtatulib. l. 1. §. hæc verba. Ne vis fiat ei qui. in l. magis puto, de reb. eor. qui ſub tut. C. Sed hæ ll. non mihi videntur ad rem multum pertinere. Non enim dicimus decretum ob falſam cauſam interpoſitum per omnia vim & effectum habere. Nos dicimus eum qui hoc titulo nititur iuſtam cauſam poſſidendi habere: fieri poteſt vt res auferatur ab eo qui iuſtam cauſam habet poſſidendi. Sed de vi & effectu huius decreti, & autoritate prætoris hic in vniuerſum diſputare non eſt huius loci. Ego ſcio vt decretum prætoris valeat, vt vim & autoritatem communem habeat, multa eſſe neceſſaria. Cum quæritur de effectu huius decreti, opus eſt diſtinctione ſicut in d. l. cum vero. §. Subuentum. quæritur de fideicomm. lib. an fideicomm. libertas valeat, in l. magis puto. de reb. eorum. Quæritur de alienatione rerum quæ ad minores pertinent, an valeat alienatio? Nos de eo non loquimur. Sed vtcunque diſputetur de aliis effectibus huius autoritatis prætoris & huius decreti prætorij. Dubitandum tamen non eſt quin ſiue falſa ſit cauſa, ſiue vera, iuſta ſit cauſa poſſidendi, & facultas ſit vſucapiendi, translata in eum qui poſſidet, tanquam iuſtum titulum habeat.

IN TIT. III.

DE VSVRPATIONIBVS ET VSVCAPIONIBVS.

TITVLVS de acquirenda poſſeſſione huic eſt præpoſitus, quia vſucapionis præcipua cauſa eſt poſſeſſio. Huius autem tituli de vſucapionibus ſunt duæ partes, altera de vſucapione, altera de vſurpatione. de quibus cum ſeparatim ſit facilius dicere, de vſucapione primum dicemus. Definitio vſucapionis eſt in l. 3. Cum quis dominium alicuius acquirit poſſeſſione tantum & longo vſu, is dicitur vſucepiſſe: & hoc genus acquiſitionis dicitur vſucapio, quia vſu res capiatur. Et vſucapio recte dicitur, vt pignoris capio, vt ſcribit Gellius libro ſeptimo, capite 10. Introductum eſt autem hoc ius propter publicam vtilitatem, l. 1. hic. nec enim eſt iuriſgentium, aut naturalis, ſed inter eas acquiſitiones quæ fiunt iure ciuili annumeratur. Non enim naturale eſt, & naturali æquitati conſentaneum quemquam fieri alieni incommodo ditiorem, l. iure naturæ. ff. de regul. iur. ſed propter vtilitatem publicam, vt diximus, introducta eſt huiuſmodi acquirendi ratio, vt ſcilicet certa eſſent dominia. Res enim eas, quarum eſt incertum dominium, facile deſerimus: quod ne fiat Reipub. intereſt. Præterea inducta eſt, vt eſſet litium finis, l. vſucapio. infra pro ſuo. Et recte Cicero vſucapionem periculi & ſolicitudinis litium finem appellat in Orat. pro Cæcinna. Et Iſocrates, Hæreditates vſucapione confirmari ait. Atqui cum non naturalis, aut iuriſgentium ſit vſucapio, æquitatem in ſe aliquam habere qui fieri poteſt? Quid? an tantum rigore iuris nititur? Hæc quæſitio magni vſus eſt. quoties enim aliquid obſcuritatis accidit in legibus, id benignius & humanius explicari ſolet, ſi res æquitate nititur: cum autem res rigore iuris nititur, non tantum fauorabiliter interpretamur. Vnde quæri ſolet an ſi iudex ex æquitate iudicare iubeatur, vſucapionis rationem ſit habiturus? In qua quæſtione diſtinctione videtur eſſe vtendum æquitatis. Æquitas enim eſt duplex, ciuilis & naturalis, vt intelligitur ex l. 1. ff. ſi is qui teſta. l. bona fides. ff. de bon. poſ. Æquitatem habet ciuilem vſucapio. Quid enim eſſet iniquius, quam eum qui fundum emerit, nunquam compertum habere an ſit eius dominus? At contra obiicitur Nouella de præſcript. centum annorum. vbi Iuſtinianus vocat impiam & improbam vſucapionis allegationem. Sed hæc Iuſtiniani Nouella multis doctis viris ſuſpecta admodum viſa eſt, & ſubreptitia videri poteſt, vt I. C. verba non ſint, quippe qui hoc modo loqui non ſoleat, ſed Pontificis cuiuſdam. Quæritur hic an idem ſit præſcriptio & vſucapio? Sed conſtat veteribus idem non fuiſſe: quod arguit titulorum diuerſitas: alius enim eſt titulus de præſcriptionibus. Præſcriptio autem nihil aliud eſt quam exceptio: niſi quod generalius eſt exceptionis nomen. Præſcriptio enim eſt temporis exceptio. His autem vocabulis vtuntur promiſcue I. C. vt oſtendit titul. de annal. except. Vnde conſtat diſtinctionem eorum eſſe ridiculam, qui dicunt præſcriptionem eſſe immobilium, vſucapionem vero mobilium. nam dicitur fundus vſucapi. l. 23. In definitione vſucapio dicitur *acquiſitio, vel*: quæ duo verba in codicibus Florentinis non ſunt: deinde ſequitur, *adiectio*, quod praua literarum iniectione videtur eſſe immutatum, vt legendum ſit, *adeptio dominij*, vt à Iuſtiniano in Inſtit. Deinde dicitur, *Per continuationem poſſeſſionis.* vbi enim deſiit poſſeſſio, deſiit & vſucapio. l. 25. hic. Additur in fine, temporis lege definiti. quodnam ſit tempus illud lege definitum, explicat Iuſtinianus Inſtit. de vſucap. §. 1. biennium in rebus mobilibus, in immobilibus longi temporis poſſeſſionem.

Vſucapio recte vſucapio quid.

Aequitas duplex.

Præſcriptio & exceptio quid.

Longam

Longam autem poſſeſſionem exponit decem annorum inter præſentes, inter abſentes viginti. Neque vero omnes cauſæ vſucapionis hac vna definitione continentur, quæ cum debeat eſſe breuis, tam multa complecti non potuit. Sed intelligendum vſucapi rem hoc modo, ſi in ea omnia præceſſerint ſine quibus non poſſit acquiri: titulus enim eſt legitima cauſa poſſidendi. tituli autem deſcribuntur in leg. 1.2.3.7. ff. de publi. in rem act. Quod ſi quis rem ſibi legatam, donatam, venditam, quæ legata, donata, vendita non erat, exiſtimauit, vtrum vſucapit? Dubitatum fuit de hac re apud veteres: ſed tamen conſtitutum eſt tum nullum eſſe vſucapioni locum, cum titulus eſſet nullus, leg. 2. infra pro emptore. leg. 6. infra pro derelicto. quod tamen cum huiuſmodi exceptione eſt intelligendum, niſi ſit error iuſtus, l. quod vulgo. infra pro hærede. nam ſi iuſtus eſt titulus, error poſſidentis nunquam nocet vſucapienti, leg. nunquam in vſucapionib. §. vltim. hic. Quod ſi ſanæ mentis non fuerit venditor, eritne iuſtus vſucapiendi titulus? nam cum venditio ſit titulus, venditio autem nulla ſit, ſequitur, vt titulus quoque nullus videatur. ſed eſt receptum locum eſſe vſucapioni, leg. pignoris. §. cum qui. leg. 4. ſi à pupillo. Si à furioſo autem non licet, antinomia erit de publiciana act. leg. 8. vbi ait I. C. ei qui à furioſo emit, cum non putaret eum furere, publicianam actionem dari. Sed reſpondendum eſt locum non eſſe actioni publicianæ, ne vſucapioni quidem, ſummo iure, ſed vtilitatis cauſa eam dari: vel non dari huiuſmodi actionem contra furioſum venditorem, ſed contra extraneum. Bona fide igitur eſt opus ad vſucapiendum: bonæ fidei autem quid ſit, vide leg. bonæ fidei. de verb. ſignificat. exempla ſunt in leg. poteſt. & in leg. ſi fur. Malæ fidei poſſeſſor eſt is qui non ignorat eum, qui vendidit, dominum non eſſe, aut ius non habere, leg. ſi quis ab alio. hic. l. qui fundum. §. qui ſciens. pro empt. Hinc quæritur, ſi is qui bona fide emit, vel rem ab alio accepit, cœperit eſſe malæ fidei, an poſſit vſucapere. Reſpondeo initium eſſe ſpectandum poſſeſſionis, vt in l. iuſto. §. etſi poſſeſſio. Et in vetere iure pontificio in canon. placuit. quæſt. 3. Sed quæro, an initium contractus ſit inſpiciendum, an vero traditionis, & bona fides vtriuſque temporis conſideranda ſit, vt in leg. pro empto. ff. pro empto. & l. 3. pro ſolut. vbi aperte ponitur differentia inter contractus conuentionis, & alios. Quod autem dicitur in leg. ſi aliena. traditionis tempus eſſe ſpectandum, hoc ſic eſt accipiendum cum comparatione non ſolum emptionis, ſed & traditionis: quod etſi paulo durius videatur, tamen ex aliis locis ſic eſt intelligendum. ſumptus eſt enim hic locus ex leg. 7. de public. in rem actio. qui ſi coniungatur, ſenſus erit clarus & integer. Quod autem dicitur bonam fidē in initio ſufficere, hoc intellige ex iure pontificio, vt capit. vlti. de præſcriptio. Hæ ſunt cauſæ vſucapionis, ſine quibus non poteſt vſucapi. Proximus locus eſt de rebus, quæ vſucapi poſſunt. In primis quæritur de rebus incorporalibus, an poſſint vſucapi, leg. vſucapionem. dicitur autem vſucapionem nō recipere, in leg. ſeruus. de acquir. rer. dom. Exemplum eſt in ſeruitutibus, leg. ſi aliena. §. ex hoc iure. & leg. ſeruitutes. ſupra de ſeruit. ruſt. præd. nec obſtat huic ſententiæ lex, 4. §. vltim. & lex, ſi ædes. §. vlti. de ſeruit. vrbanorum. præ. Nam hæc dicuntur mero iure, quod ſeruitutes vſucapi non poſſunt, quia non poſſunt poſſideri: ſed iure ciuili vt quaſi poſſidentur, ſic & quaſi vſucapiuntur, & ab hac iuris ſubtilitate propter vtilitatem eſt deflexum, & damus ei actionem l. quoties. de ſeruit. & l. ſi quis diuturno. ſi ſeruit. vind. Nam vetuſtas poſſeſſionis vicem legis habet. leg. 1. ſupra de aqua & aqua pluuia arcend. Itaque datur actio vtilis quaſi in rem. Nec enim eſt ſeruitus, ſed quaſi ſeruitus: qui locus magis proxime conuenit cum l. ſi quis diuturno, quæ adhibenda eſſe videntur ad finem leg. 1. quia vtraque eſt ex lib. 53. ad edictum. De hac ſeruitutis acquiſitione locus eſt in leg. 1. & 2. C. de ſeruit. & aqua. Idque generaliter de omni ſeruitute eſt accipiendum, ſiue vt alii diſtinguunt, continuam cauſam habeant, ſiue nō, vt intelligi poteſt ex leg. vlt. de præſcript. longi temporis. Hic alia quæſtio erit, de reb. quæ non ſunt in hominum cōmerciis, vt res ſanctę, ſacræ, religioſæ, publicæ: addidit autē ciuitatum, ne de rebus populi Romani publicis tantum dicere crederetur. Nam cæterę res ciuitatum priuatæ cenſebantur. Publicę res duobus modis dicuntur: aliquando enim appellantur res illæ, quæ ſunt in patrimonio ciuitatis, quæ vendi & alienari poſſunt, & in ſtipulationem deduci: aliquando ſignificantur res quæ ſunt in perpetuo & quotidiano vſu ciuitatis, vt campus Martius. l. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verbor. obligat. Similis locus in leg. cum ſponſus. §. ſi res. ſupra de public. in rem act. quas tamen res qui prætore auctore poſſidet, vſucapere videtur poſſe, l. ſi finita. §. ſi de vectigali. Qui tenet domum vectigalem, non eſt dominus, & tamen datur actio vtilis.

[Margin: Res quæ vſucapi poſſint.]

Alia quæſtio eſt de locis gentium publicis in l. præſcriptio. hoc titulo: vbi occurrit antinomia ex l. ſi quiſquam. de diuerſ. & temp. pręſcript. quę adeo difficilis & obſcura viſa eſt, vt quidam addiderint negationem. Cum ſic reſponderi poſſit, eum qui longo temporis ſpatio locum piſcandi in diuerticulo tenuerit, aut caſam in littore poſſederit, quatenus occupat, poſſe alium prohibere. at ſi deſierit, non poſſe. Quod ſignificare videtur Vlpianus, cum dicit quod ita procedit. Ita vt hæc l. non quiſquam, cum hac exceptione ſit intelligenda, vt videre licet ex leg. in tantum. de rerum. diuiſ. vnde videtur deſumpta lex, ſi quiſquam. *Ad obtinenda.* hæc verba ſignant dominium, vnde apparet, quod dici ſolet: vrbs Venetorum ſi euerteretur, à quouis iuſte poſſideri poſſe, cum in mari ſita ſit quod iure gentium commune ſit. Sed quæritur de iure & rebus fiſci, an vſucapi poſſint? Quæſtio eſt in l. quamuis. ad quā eſt reſpondendum, vſucapi non poſſe, vt dicitur in tit. de reb. fiſci. quod intelligendum eſt de rebus, quæ fiſco iam ſunt acquiſitæ & incorporatæ. De actionibus autem, quæ fiſco cōpetunt, hæc intelligi non poteſt. Nam aduerſus actiones fiſci eſt præſcriptio 20. annorum, l. in omnib. de diuerſ. & temp. præſcript. ſed hæc diſputatio non eſt huius loci: ad hunc locū pertinent res furtiuæ & vi poſſeſſæ, de quibus dictum in l. 4. §. quod autem. & in leg. Pomponius. §. cum quis. de acquir. poſſ.

Proximus eſt locus de perſonis, quæ poſſunt vſucapere, de quibus pauca ſunt dicenda: quia ſi nouimus, qui poſſint poſſidere, nouimus & qui poſſunt vſucapere, de quibus in l. ſequitur. §. 1. & leg. iuſto. §. eum qui de tempore. deinde agendū eſt ſecundum ordinem à Paulo propoſitum in leg. 4. dicitur enim in definitione, *temporis lege definiti.* Ac tempus quidem illud tempore horum I. C. ex quorum ſcriptis Pandectæ ſunt cōpoſitæ. erat vnius anni in mobilib. biennii in immobilibus, vt docet Iuſtinianus in Inſtitut. & tit. Codic. de vſucap. Sed mutata eſt actio temporis per Iuſtinianum, & pro anno in mobilibus triennium, in immobilibus pro biennio, decennium inter præſentes, vicennium inter abſentes. Poſtea vero inuenta eſt triginta annorum præſcriptio, quæ viſa eſt conducere, propterea quod vtile non ſit, ei qui iuſtum titulum, vel iuſtam cauſam habet, rem per tres annos poſſeſſam adimere, leg. ſicut. Codic. de præſcript. 30. annorum. Hinc quæſtio oritur, quomodo annus ſit computandus, quæ eſt in l. in vſucapione. de diuerſ. tempor. pręſcript. vbi dies poſtremus cœptus habetur pro completo. in leg. ad remp. infra de mune. & honor. Aliquando dies totus cedit vt in fauorem minorum, leg. denique. §. minore. ſupra de minoribus. in iis enim æquum eſt diem numerari à momento ad momentum, vt in præſcriptionibus numeramus à momento ad momentum. vt dicitur in leg. in omnibus. infra de oblig. & actio. & hæc ita diſtinguenda ſunt, de quibus in leg. à qua ætate. ſupra de teſtam. Præterea animaduertendum eſt, vt continuum ſit tempus poſſeſſionis ad vſucapionem, l. nunquam. §. in vſucapionibus. Non eſt tempus vtile, ex quo remouentur dies nephaſti. Ad vſucapionem nobis prodeſt acceſſio, de qua eſt dictum in leg. Pomponius. infra de acquir. poſſeſſ. Poſtremo vacuum tempus, quo nondum adita eſt hæreditas, accedit, vt in leg. nunquam. §. vacuum. effectus autem vſucapionis eſt maximus, id eſt, dominii adeptio, vt conſtat ex vſucapionis definitione, hic. Vulgo quæritur, an verum dominium vſucapione acquiratur? Et res mobiles quidam & immobiles diſtinguunt: ſed ante dictum eſt veriſſimum, iuſtiſſimumque dominium acquiri non tantum in mobilibus, ſed & immobilibus tempore à legibus definito poſſeſſionis: & ſtultum eſt, quod quidam dicunt, vſucapionem eſſe immobilium, præſcriptionem vero immobilium, cū ſæpe res immobiles vſucapi dicātur à Iuſtiniano, & Pandect. cōpo-

[Margin: Qui poſſint vſucapere.]

ſitorib.vt in l.eum qui ædes.Itaq; non ſolum exceptio, ſed & dominium acquiritur per vſucapionem. Huc pertinet lex, ſi conſtitutio.de vſucap.transfor.Nam ſi antiquo iure acquirebatur dominium rei cuiuſque ſiue mobilis ſit ſiue immobilis,anno,vel triennio,vt conſtat ex Inſtitutionibus,cur non & triennio & decennio, vel 20. annis,in quæ tẽpora transformata eſt vſucapiendi ratio? Vnde veteres dicebant rem vſu mancipari,id eſt,vſucapi.Horatius:

Quædam ſi credas conſultis mancipat vſus.

Poſtremus locus eſt, De vſurpationibus, de quo titulus eſt coniunctus cum tit.de vſucapionibus:vnde apparet differre vſucapionem ab vſurpatione:quamuis in quibuſdam codicibus legatur, ſeu vſurpat. Vſurpatio autem definitur l.2.hoc tit. verbum autem hoc,vſurpari,ex duodecim eſt tabulis trãslatum, vt docet Gellius lib. 3.c.2. Diſputatio autem de vſurpatione maxime ad hunc locum pertinet, quia cõtinua debet eſſe poſſeſſio cum vſucapione.Itaq; videndum eſt, quibus ex cauſis interrumpatur poſſeſſio & vſucapio. Duplex eſt interruptio,naturalis & ciuilis.l.naturaliter.naturalis eſt,cum quis amittit poſſeſſionem,vt enim nihil eſt tam naturale quã poſſidere eum,qui inſiſtit, ſic eſt naturale interrumpi poſſeſſionem cum vi deiicitur. Exemplum vnum eſt in leg.naturaliter. Quod cum hac exceptione eſt intelligendum, ſi is qui deiicitur, animum poſſidendi deponat & abiiciat. In hac lege notanda eſt noua huius vocis, *aduerſus*,ſignificatio quæ ſit in iure pro,ſecundum leges,vt & ſæpe apud Senecam obſeruaui.

Aliud exemplum huius interruptionis eſt in l.& à quo.Ratum autem eſt quod in eo exemplo dicitur,vt is qui dominus non ſit, locet domino.Simile exemplum in l.ſi aliquam rem. ſupra de acquir.poſſ.in l.ſi is qui pro emptore. Quæſtio eſt, an poſſeſſio per captiuitatem eius, qui poſſidebat,reſtituatur per ius poſtliminii. Dubitatum fuit olim apud veteres,vt ex hac l.& ex l.in libello.§.facti.ꝭ.de capt.& poſtlim.reuerſ. hic autem videtur Paulus opiniones tantum referre, & non definire, quamuis Iuliani ſententiam probet, in d.l.in bello. Pro huius autem legis interpretatione eſt aduertendum,captiuitate amitti poſſeſſionem, quod exprimitur apertiſſime in l.cum hæredes.§.1.infr.de acquir.poſſ. dummodo is, qui eſt captus,per ſe poſſideat.Nam ſi per ſeruum aut filiumfam. ex cauſa peculiari poſſidet, etiam ignarus poſſidere poteſt, vt dixi in l.peregre.infr.de acquir.poſſ.& ſatis expreſſum in l.iuſto.§.vlti.

Alia eſt cauſa, ſi per ſuum ſeruum dominus,aut per filiumfam.pater non poſſideat. Sed quæſtio eſt an reſtituatur poſſeſſio poſtliminio. Certum eſt poſſeſſionem quam quis per ſe habuit, ita amitti, vt nullo iure reſtituatur, vt dicitur in l. denique.ex quib.cauſ.maior.quia poſſeſſio multum facti continet.Cauſa vero facti non continetur poſtliminio. Quare ea, in quibus fuit factum neceſſarium,iure poſtliminii non reſtituuntur,vt in poſſeſſione.Quod autem attinet ad dominium reſtituitur,l.bona.§.pen.de capti.& poſtlim.reuerſ. Primo ſequenda eſt lex, in bello.§.factæ. cum l.iſta, Si quis pro emptore, conferenda. Nam in illa Tryphoninus ſententiam Pauli interpretatur: hic autem explicantur opiniones Iuliani & Marcelli, vbi diſputat Marcellus, & oſtendit captiuum vſucapere poſſe iuſto titulo poſſideri cœptam, & ad hæredes mortuo captiuo peruenire hæreditatem non aditam. Hæres vſucapit,quamuis non poſſideat, nec interrũpitur poſſeſſio,quia hæreditas vice perſonæ fungitur. Quid igitur nouum,ſi captiuitate durante vſucapio cœpta procedat? ad cuius legis finem vulgo legitur, nõ habere, quæ lectio repudianda eſt.nec enim conuenit Marcelli ſententiæ,vt merito Accurſio ſuſpecta ſit,qui & in quibuſdam legi ſignificat ſine negatione: & quod teſtatur Alciatus,quæ lectio mihi magis probatur. Sunt & alia exempla, velut in l.non ſolum. §. qui pignori.& ſeq.Hic quæritur, an rerum miſtura vſucapionem interrumpat. Exemplum eſt, ſi tegulæ, quas quis vſucapere cœpit, in ædificium aliquod coniectæ fuerunt,& interrumpatur. Dubitatio hinc profecta videtur, quia qui domum poſſidet, non poſſidet tegulas, parietes, trabes & reliquas res ſingulas,l.eum qui ædes. Si igitur qui ædes poſſidet, tegulas non poſſidet, quomodo vſucapiet? iure enim ciuili vſucapi non poſſunt, ſed vtilitatis cauſa ab illa iuris ſubtilitate eſt receſſum,nec miſtura huiuſmodi interrumpit vſucapionẽ l.rerum miſtura.neque enim eſt nouum cœptam vſucapionem perfici, etſi res à nemine poſſideatur. Nondum enim aditæ hæreditati tempus vſucapioni eſt datum, vt dicitur in leg. nunquam.§.vacuum.& l.iuſto.§.nondum.Et hæc de naturali poſſeſſionis interruptione. Altera quædam eſt interruptio quæ ciuilis appellatur, à naturali diſtincta, vt ea quæ fit ꝑ litis conteſtationem, vt dicitur in l. nemo.C.de acquir. poſſeſ. & l.motæ.C.de rei vendicat.l.ſicut.de præſcript.30.vel 40. anno.Per denuntiationem quoque interrumpitur vſucapio, l. vt perfectius.C.de annali except.

IN EVNDEM TITVLVM EIVSDEM DVARENI ALTER COMMENTARIVS.

HVIVS tituli duæ ſunt partes, vna eſt de vſucapionibus,altera de vſurpationibus:de vtraq; dicemus ſeparatim.Primum de vſucapionibus. In hac diſputatione de vſucapionibus princeps quæſtio eſt: quid ſit vſucapio. Itaq; ab ea exordiemur.

Quid ſit vſucapio. CAP. I.

VSucapionem definit Modeſtinus in l.3. huius tituli hoc modo, Vſucapio eſt acquiſitio, vel adiectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. Cũ quis acquirit dominium rei alicuius poſſeſſione tantum in ipſum translata propter longam poſſeſſionem, propter longum vſum, is dicitur rem vſucepiſſe,hoc genus acquirendi dicitur vſucapio. *Vſucapionis definitio.* Dicitur autem vſucapio, quia vſu,id eſt, poſſeſſione res capi & acquiri dicitur. vnde Gellius lib.7.c.10.ait, ſicut pignoris capio dicitur à capiendo & à pignore, ita dicitur vſucapio, quia res capitur vſu. *Cur vſucapio ita vocetur.* Et certum eſt, ſi is,qui mihi tradit rem non ſit eius dominus, dominium in me non transferri. Nemo enim plus iuris in alium transferre poteſt, quam habet.l. nemo. de reg. iuris. Sed ſi continuetur poſſeſſio, dominium poſſeſſioni accedit & adiicitur. Hoc genus acquirendi dominii introductum eſt iure ciuili propter bonum publicum, propter vtilitatem publicam. Numeratur inter eas acquiſitiones,quæ ſunt iuris ciuilis, non gentium, non naturalis.§.vlt.Inſt.de vſu & habitat.vbi Iuſtinianus ait ſe tranſire ad eas acquiſitiones, quæ ſunt iuris ciuilis, poſtquam diſputauit de his, quæ ſunt iuriſgentium: incipit autem ab vſucapione. hoc igitur genus acquirendi non eſt iurisgentium nec naturalis.Imo videtur hoc genus acquirendi alienum eſſe à ratione & æquitate naturali. Nam æquitati naturali conueniens non eſt,aliquem fieri locupletiorem cum incommodo alterius, vt dicitur in l.iure naturæ.de reg.iur.& leg.nam hoc natura.ſupra de condict.indeb.Sed cum publica vtilitas id exigit, id viſum eſt maxime ad bonum publicum pertinere, vt docet Caius in l. hic. *bono publico*,inquit,*introducta eſt vſucapio.*,Publice expedit dominia rerum incerta non eſſe,& quarum dominium incertũ eſt nobis, an domini ſimus facile eas res negligimus, quod maxime contrarium eſt publicæ vtilitati, ne dominia rerum incerta ſint. Ideo introducta eſt vſucapio,non nihil repugnante iure naturali propter bonum publicum. Non per omnia ius ciuile naturali ſeruit, ſicut non per omnia ab eo recedit. l. ius ciuile. 6.ſupra de legib. *Ius ciuile non per omnia naturali ſeruit.* Si locus non eſſet vſucapioni, incerta eſſent rerum dominia. Cum quis mihi vendit rem aliquam,incertum eſt mihi,an ſit dominus. Atque ideo Cicero pro Cecinna vocat vſucapionem finem periculi, & ſolicitudinis litium. Nam poſt vſucapionem nullum eſt amplius periculum ne res poſſeſſoria auferatur à domino. Eodem pertinet quod ait Neratius in leg. vlti. infra pro ſuo, conſtitutam eſſe vſucapionem, vt aliquis eſſet litium finis. *Vſucapio finis litium & quomodo.* *Conſtituta*, inquit, *vſucapio, vt aliquis litium finis eſſet.* Inde quæri vulgo ſolet, an æquitatem habeat vſucapio,an vero rigore tantum iuris nitatur? Quæſtio hæc inutilis non eſt, ſed magni vſus. Ea quæ æquitatem habent, nos quoties aliquid obſcuritatis accidit, plenius benignius & fauorabilius interpretamur:quæ autem nituntur aliquo rigore iuris contra interpretamur, non tam benigne, non tam plene, non

ne, non tam fauorabiliter. l. quod vero. de legib. Ideoque vtile eſt inquirere, an vtilitatem, an æquitatem habeat, an vero contra tenorem rationis introducta ſit vſucapio. Et ſpecies eſt vulgo agitata. Si iuſſus ſit iudex, aut arbiter iudicare ſecundum æquitatem, an debeat habere rationem vſucapionis? Controuerſia eſt de re aliqua inter duos, datur iudex, qui iubetur iudicare ſecundum ęquitatem, dominus vindicat rem ſuam, aduerſarius allegat vſucapione factam eius eſſe, ſe neſcire an tradentis fuerit, ſed ſe vſucepiſſe, an huius vſucapionis habenda ſit ratio in eo iudicio, in quo æquitati tantum locus eſt, in quo iudex ſecundum æquitatem iudicare iubetur? In hac quæſtione mihi videtur diſtinctione vtendum eſſe æquitatis, quam ego alias declaraui, ad leg. 1. in Commentariis, de pact. Deſcripſi duplicem eſſe æquitatem: naturalem & ciuilem. Naturalis æquitas diſtinguitur à ciuili in leg. 1. ſi quis teſta. liber. Cum de æquitate diſſerimus, non tantum eam æſtimare debemus ex præceptis naturalibus, ſed etiam ex ciuilibus: ſi eam ex præceptis ciuilibus non æſtimaremus, ſed merum ius tantum gentium ſpectaremus, magna eſſet iniquitas. leg. bona fides. depoſiti. itaque non dubito quin recte dicatur vſucapio habere æquitatem ciuilem, quamuis nonnihil recedat à ratione naturali. Quid enim iniquius eſſet, quam eum, qui emit rem aliquam, nunquam poſſe dominii ſui certitudinem aliquam habere, nunquam poſſe compertum habere ſe dominum eſſe rei, quam emit iuſto titulo? Sed nobis obiici ſolet Nouella Iuſtiniani de præſcriptione centum annorum contra Eccleſiam Romanam. Auctor eius conſtitutionis de ea præſcriptione loquens, vocat *impiam allegationem, impium præſidium*. Hoc multo maius eſt, quam ſi diceret rigidum & durum hoc eſſe. Ecce ego quodam in loco dixi ex ſententia virorum iuriſprudentum, ſuppoſititiā eſſe eam conſtitutionem. Nam nec hodie reperitur in Codice Græco: & illa verba hoc ſatis arguunt, verum eſſe. Videtur hoc genus loquendi alicuius pontificis, non Iuſtiniani, aut Iureconſulti alicuius: nec recte nec vere impium dici debet præſidium vſucapio. Illa igitur conſtitutio tanquam merito ſuſpecta & ſuppoſititia parum nos mouere debet. Vſucapio igitur eſt acquiſitio dominii, &cæt. Quæritur, an idem ſit præſcriptio & vſucapio? Videtur quibuſdam idem eſſe, & quod dicimus vſucapionem, barbari homines in foro præſcriptionem dicunt. Sed certum eſt apud veteres differre præſcriptionem ab vſucapione. Id in primis arguit titulorum diuerſitas. Præſcriptio apud iuris auctores nihil aliud eſt, quam exceptio. Titulus inſcribitur de exceptionibus, & præſcriptionibus & præiudiciis, niſi quod exceptio generale nomen eſt. Titulus de diuerſ. & tempor. præſcript. ſequitur titulum de exception. Cum res ab aliquo vindicatur, is opponit exceptionem temporis, allegat ſe longo tempore eam rem vſucepiſſe, atque ita eius dominium ſibi acquiſiſſe. Sic accipitur fere præſcriptio. Vt præſcriptio fori eſt exceptio fori, quam declinatoriam vulgo dicimus in l. vltim. de exceptio. dicitur moratoria in leg. penult. Cod. eodem. in leg. quia litis. de exceptio. Is qui allegat ſententiam latam eſſe ex falſis inſtrumentis, præſcribere dicitur, & ſic exceptione & præſcriptione vtuntur promiſcue Iuriſconſulti. Id oſtendit titulus de annali exceptione. Annalis exceptio eſt præſcriptio temporis: ſic dicitur longi temporis præſcriptio in leg. ſi quis emptionis. de præſcriptio. 30. annorum. Male igitur dicunt, & ſententia eorum eſt explodenda, qui putant vſucapionem eſſe rerum mobilium, præſcriptionem immobilium. Vſucapio eſt tam rerum mobiliū, quam immobilium. Definitio Modeſtini ad omnes res pertinet. Et in leg. qui ædes. hic, dicitur fundus vſucapi. Vſucapio igitur, &c. Melius eſt, vt ſingula verba huius definitionis breuiter & ſummatim explicemus. *Dicitur adiectio dominii*, in quibuſdam libris, & hæc eſt Florentina lectio: in aliis legitur acquiſitio. Neutra lectio quicquam abſurdi, aut incommodi habet. Recte dicitur, acquiſitio. Acquiritur dominium vſucapione. leg. traditionibus. Codic. de pactis. dicitur etiam non male adiectio dominii. Nam dominium poſſeſſioni longi temporis accedit. Sed diu non eſt, quod admonui hunc locum mihi ſuſpectum eſſe, & dixi legendum eſſe adeptio. Facilis eſt lapſus. Mouet me, quod Vlpianus in Inſtitutionibus hoc verbo, adeptio, vtitur, ſed hoc non eſt magni momenti. hic rudis ſufficit verborum explicatio. Alias quæſtiones, quæ hic tractari ſolent, ſuo loco tractabimus. Primum igitur poſſeſſio, deinde continuatio poſſeſſionis. Poſſeſſionē neceſſariam eſſe docet Iuriſconſultus in leg. ſine poſſeſſione. 25. hic. Eſtque hoc diligenter notandum, quod etſi videatur leue eſſe, tamen eſt magni momenti: ex eo enim multa colliguntur, de quibus poteſt eſſe controuerſia & dubitatio. Quoties ergo deſiſtit poſſeſſio, dicendum eſt vſucapionem ceſſare. Ad quam rem magnopere vtilis eſt ſuperior diſputatio de poſſeſſione, ideoque antecedit titulus de acquirenda poſſeſſione hunc titulum. Nam ſi non intelligamus, quomodo quæque res poſſideatur, non poterimus intelligere, quando quæque res vſucapta ſit. Ego hic attingam tantum ea exempla, quæ reperiuntur ſub hoc titulo pertinentia ad poſſeſſionem. In his exemplis quæritur an is, qui vſucepit, poſſideat, an non poſſideat. Et ſic argumentantur Iuriſconſulti: Res poſſeſſa non fuit, ergo vſucapta non fuit. Vnum exemplum eſt in leg. ſi fur. 32. §. vlt. hoc tit. hunc locum nos ſupra attigimus ſub titul. de acquir. poſſeſſ. ad leg. 3. §. 1. vbi diximus incertam partem fundi poſſideri non poſſe. Addit Iuriſconſultus mera ſubtilitate non poſſideri, quia hic ſequimur meram ſubtilitatem iuris. Hic adhuc ſuperſunt reliquiæ veteris ſubtilitatis in acquirenda poſſeſſione, vt admonui in leg. 3. §. 1. de acquir. poſſeſſ. Dixi vtilitatis gratia receſſum eſſe à ſubtilitate iuris, vt exempli gratia: Cum quis vult acquirere poſſeſſionem fundi, non eſt neceſſe in ſingulas glebas circumambulare: id vtilitatis cauſa contra ſubtilitatem receptū eſt. In his autem, in quibus non videtur magna vtilitas eſſe, in quibus Iureconſultis viſum eſt vtilitati publicæ ſatis conſultum alioqui eſſe, remanſerunt ſubtilitates veteris iuris. Es ideo hic Iuriſconſultus ait, *Mera ſubtilitate &cæt.* Non oportet igitur dicere: ergo ſecus eſt de æquitate, vt hic Accurſius ait.

Aliud exemplum eſt in l. eum qui 23. hic. vbi quæritur de vſucapione, & poſſeſſione domus. Si quis mercatus ſit domum aliquam, is non dicitur ſingulas res, quibus domus conſtat, poſſidere, ſed dicitur domum ipſam poſſidere. Aliud eſt domus quam ſingulæ res, ex quibus conſtat, puta lapides, cæmenta. Nam domus vniuerſitatem quandam ſignificat, vt hic Iuriſconſultus ait. Et ſi dicamus poſſideri res ſingulas ab eo, qui domum emit, inde multa conſequuntur abſurda. Nā: hæ res quę mobiles ſunt, puta lapides, cæmēta vſucaperentur breuiori tempore, quam ſolum, quod eſt etiam pars domus & abſurdum eſt, vt eadem domus diuerſis temporibus vſucapiatur. Aliud exemplum eſt in poſſeſſione pignoris in l. ſerui nomine. 16. & leg. pignori. 13. hic. Hæc quæſtio ſæpe à nobis tractata eſt de poſſeſſione pignoris, vter poſſideat pignus an debitor, an creditor: ſequenda diſtinctio quam tradidi ad leg. 1. §. per ſeruum pignori. ſupra de acquiren. poſſeſſio. poſſidet vterque diuerſa ratione. Poſſidet debitor quantum ad vſucapionem attinet: quantum vero ad alias cauſas, creditor. Ratio huius iuris à me tradita eſt ad leg. 1. §. per ſeruum. 58. Deinde dicitur in definitione noſtra *per continuationem*. Acquiritur hoc dominium, de quo loquimur, non tantum de poſſeſſione, ſed etiam de continuatione. Non ſufficit poſſidere, ſed oportet poſſeſſionem continuatam eſſe. Hinc dicitur interruptionem ſiue vſurpationem nocere vſucapioni, vt in leg. naturaliter. Iuriſconſul. vſurpationem, vſucapionis interruptionem vocant, vt leg. 2. hic. ſed de hac vſurpatione nos ſuo loco dicemus. Nam commodius eſt ſeparatim tractare de vſucapionibus, & de vſurpationibus.

Præterea dicitur in definitione, *temporis lege definiti*. Tempus lege definitum quod ſit, docet Iuſtinianus in Inſtitutionibus ſub titul. de vſucapion. in princip. & videntur hæc verba vt vere dicam quod ſentio, Iuſtiniani eſſe, vel Triboniani potius, quam Modeſtini ipſius. *temporis lege definiti.* Mouet me, quod Vlpianus in Inſtitut. & Paulus in ſententiis dicunt vſucapionem eſſe adeptionem dominii per continuationem poſſeſſionis anni, vel biennii. Nam iure veteri ante Iuſtinianum in rebus mobilibus annus erat definitus, in rebus immobilibus biennium. Sed hoc ius antiquum ab Imperatoribus emendatum eſt, extat titulus in Codice Iuſtiniani, de vſucapione transformand. ad quem titulum

Duplex æquitas.

Vſucapio habet æquitatē ciuilem.

Quid præſcriptio.

Exceptio moratoria.

Explicatio definitionis vſucapionis.

Domus vniuerſitatem quandam ſignificat.

referuntur verba Iuſtiniani, temporis lege definiti. Vnde abſurda eſt differentia inter res mancipi, & res nō mancipi. Non enim in vſucapione differentia erat inter res mancipi, & res nō mancipi. ſed de his dicemus ſuo loco. Erit enim proprium caput de tēpore, quo res vſucapitur. Sufficit breuis hæc & rudis verborum declaratio huius definitionis, quæ tradita eſt à Modeſtino in hac l. 3. ex qua definitione colligi poſſunt, quę neceſſaria eſſe dicantur in vſucapione, ſiue quæ ſint cauſa vſucapionis.

Quæ neceſſaria ſint ad vſucapionem. CAP. II.

POſſeſſio in primis neceſſaria eſt in vſucapione. Deinde continuatio poſſeſſionis, præterea tempus quod lege definitum eſt. Non tamen omnes cauſæ continentur hac definitione, nec etiam fuit propoſitum Modeſtini, qui definiebat vſucapionem, vt omnes cauſas complecteretur. Hæ cauſæ reſpiciunt effectum, ne quis miretur nullam hic fieri mentionem tituli, nullam etiam bonæ fidei. Oportet definitionem eſſe breuem deſcriptionem & declarationem rei, quæ definitur. Cum ergo quæritur de cauſis vſucapionis, qui proximus eſt locus præter ea, quæ diximus, neceſſarius eſt titulus, id eſt, iuſta cauſa poſſidendi: iuris auctores titulum vocant, ex quo dominium acquireretur, ſi tradens dominus eſſet: ſine hoc titulo non procedit vſucapio, vt dicitur in leg. vltim. Codic. de vſucapion. pro hærede. Veræ cauſæ poſſidendi, ex quibus res vſucapitur variis in locis huius tituli deſcribuntur, veluti in leg. 3. §. genera. ſupra de acquirend. poſſeſſio. Tituli ſunt ſpeciales de his cauſis, qui ſequuntur. Deſcribuntur etiam in leg. 1. 2. 3. de public. in rem actio. & in leg. 7. eodem. vbi dicitur: ex quibus cauſis competit publiciana actio, vſucapioni locum eſſe, ſi continuata fuerit poſſeſſio tempore lege definito. Addendum eſt, tunc etiam iuſtam eſſe cauſam poſſidendi cum res aliqua per ſententiam alicui adiudicata eſt, vt docuimus ad leg. iuſte poſſidet. ſupra de acquir. poſſeſ. Et locus vnus eſt de hac re in l. ſi per errorem. hic. Alius ſimilis locus eſt in leg. 7. in principio, de publiciana in rem actione. Quid ergo, dixerit aliquis, ſi quis putet ſibi legatam eſſe, vel donatam, aut venditam eſſe, quæ nec legata, nec donata eſt, nec vendita, an procedet vſucapio? Ego cum crederem mihi venditam eſſe rem, quę vendita non erat, eam longo tempore poſſedi, quæritur, an mea facta ſit quaſi vſucaptam? de hac re fuit diſſenſio inter veteres Iureconſultos quæ extat in l. Celſus. 27. hic. Sed tandem obtinuit vſucapioni locum non eſſe, quia hic deficit titulus. Bonam quidem fidem habet, qui credidit rem ſibi venditam eſſe: ſed hic deficit titulus. Vtrunque igitur eſt neceſſarium ad vſucapionem, titulus, & bona fides. Celſus improbat eorum ſententiam, qui exiſtimabant nihil referre, an quis emerit, an quis ſe emiſſe exiſtimauerit, atque ita poſſederit rem. Alii loci ſunt ſimiles, veluti in leg. 2. pro emptore. leg. 1. pro donato. leg. nemo. pro derelicto. Oportet re vera rem donatam eſſe. Hoc tamen intelligendum eſt cum exceptione, niſi iuſtus error interuenerit. leg. quod vulgo. pro emptore. in hoc exemplo iuſtus eſt error. Ego mandaui ſeruo meo, vt emeret rem: is renuntiauit ſe emiſſe, quamuis falso. hic iuſtus eſt error. Et propterea dicit, *magis eſt, vt vſucapio ſequatur.* His verbis oſtendit hoc certi iuris non fuiſſe, ſed æquitatem ſuadere, vt hæc ſententia recipiatur. Sine titulo igitur non procedit vſucapio. Et animaduertendum eſt cum titulus iuſtus eſt, puta emptio, legatum, aut alius huiuſmodi, errorem hæredis non nocere vſucapioni. leg. nunquam. 31. §. vltim. hic. *Si defunctus emit, & cæt.* Defunctus emit rem, hæres autem poſſedit eam vt donatam. Iureconſultus ait nihilominus eum vſucapturum, iuſtus enim eſt titulus, nec tantus eſt error, vt debeat impediri vſucapio, quia etſi donata eſſet, poſſet eam vſucapere. Inde quæritur, quid ſi ſanæ mentis non fuerit venditor? Res mihi vendita fuit ab homine furioſo, ego eam poſſedi longo tempore, quæritur, an ſit vſucapta? Dubitatio ex eo naſcitur, quod titulus neceſſarius eſt in vſucapione. venditio quidem contracta fuit, ſed hæc venditio perinde habenda eſſe videtur, ac ſi nunquam contracta fuiſſet. De eo probabiliter dubitatum fuit à veteribus, ſed receptum eſt vſucapioni locum eſſe. leg. pignori. 13. hic. & leg. 2. §. ſi à furioſo. infra tit. pro emptore. *Si furioſo, & cæt.* hæc verba demonſtrant, ſi meram ſubtilitatem ſpectemus, non eſſe locum vſucapioni, quia nulla eſt venditio. Quid refert, an res omnino mihi vendita non ſit, an ſit vendita à furioſo qui omni iudicio caret? ſed vtilitatis cauſa hoc receptum eſt inquit, hic reperitur antinomia difficilis. Nam, ait, nec cōpetit publiciana in l. 7. §. Marcellus. de publicia. in rē actione. diſerte ſcriptū eſt, *publicianā poſſe vſucapere* & cōpetere ei, qui emit rem à furioſo, *ergo & publicianam habere.* hic vero dicitur, *Nec publiciana competit.* Non poſſunt dici magis pugnantia eſſe duo capita, quam hæc. Quid igitur dicemus? Ego reſpondeo non eſſe locum publicianæ, ac ne vſucapioni quidem mero iure, mera ſubtilitate iuris: ſed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt & procedat vſucapio, & competat publiciana. Hic mihi videtur ſenſus eſſe verborum Iureconſulti in dict. §. Si à furioſo, *quamuis nulla eſſet emptio.* Re vera nulla emptio eſt, ſi merum ius ſpectemus. Si nulla eſt emptio, quæ contrahitur cum furioſo, non naſcitur actio de euictione, non competit publiciana, imo ne vſucapio quidem procedit. Sed conſtitutum eſt vtilitatis cauſa. Extitit de eo aliqua conſtitutio Imperatoris tempore horum Iureconſultorum, quam quia videbant meram rationem repugnare, voluerunt auctoritate confirmare, vtcunque contrarium poſſit defendi. *Conſtitutum eſt.* Hæc igitur verba etiam ad publicianam referenda ſunt, quamuis de publiciana non loquatur: quia diſputatio de publiciana actione ad hunc titulum non pertinet. Conſtitutum eſt vtilitatis cauſa publicianæ locum eſſe & procedere vſucapionem, quamuis mero iure non ſit emptio, atque ideo non ſit locus vſucapioni, non competat publiciana atque alia huiuſmodi.

Heſterna die cœpimus pauca demonſtrare de vſucapione, & diximus in vſucapione neceſſariam eſſe poſſeſſionem, eamque continuatam ſpacio temporis lege definiti: diximus præterea titulum eſſe neceſſarium, id eſt, iuſtam cauſam poſſidendi. Præterea addendum eſt bonam fidem interuenire debere. Non ſatis eſſe eum habere titulum, qui vſucapere cupit, ſed oportet eum habere bonam fidem, vt Iuſtinianus ait in princip. tit. de vſucap. in Inſtitut. Nam fieri poteſt, vt qui vult vſucapere, habeat titulum, puta venditionis, aut legati, ſed tamen bonam fidem non habeat, vtrunque neceſſarium eſt. Sed quæritur quis bonam fidem habere dicatur? Bonam fidem habere is dicitur in hoc tractatu, qui rem emit ab eo, quem exiſtimat dominum eſſe, aut vendendi ius habere. Sic definit Iureconſultus in leg. bonæ fidei emptor. de verborum ſignificat. Exempla ſunt ſatis trita & vulgaria in leg. poteſt. 36. & in aliis quibuſdam capitibus huius tituli. Simile exemplum eſt in leg. ſi fur. 32. §. 1. Quid ſit mala fide poſſidere, hinc facile cognoſci poteſt propter naturam contrariorum. Si quis intelligat, quid ſit bona fide poſſidere, is facile etiam intelliget, quid ſit mala fide poſſidere. dicimus eum bona fide poſſidere qui exiſtimat eum, à quo rem conſequitur dominum eſſe, aut alienandi ius habere. Ergo dicemus eum eſſe poſſeſſorem malæ fidei, qui non ignorat eum, à quo rem emit, dominum non eſſe, aut ius vendendi non habere: hæc prioris exempla obſcura non ſunt: poſterioris autem exempla ſunt in leg. ſi ab eo. 12. hic. Si cui bonis interdictum ſit, vt non liceat ei res ſuas alienare, in mala fide eſt, qui ab eo emit, licet intelligat rem eius eſſe, qui vendit: ſed quia ſcit eum non habere ius alienandi, dicitur in mala fide eſſe. Hæc poſſeſſio eſt iniuſta, ſicut dicitur iuſte poſſidere, qui à prætore inductus eſt in poſſeſſionem, qui auctore prætore poſſidet. leg. iuſte poſſidet. ſupra de acquirenda poſſeſſione, ita qui vetante prętore poſſidet rem aliquam, dicitur iniuſte poſſidere.

Aliud exemplum ſimile eſt in leg. qui fundum. 7. §. qui ſciens. infra pro empt. Siue prætor interdicat bonorum adminiſtrationem alicui, veluti prodigo, ſiue furioſo, quocunque modo vetet eum alienare, quiſquis ſciens ab eo emit, dicitur in mala fide eſſe, ideoque non poſſe vſucapere. Hinc quæritur, ſi is qui bona fide emit, vel rem bona fide accepit ab alio, poſtea cœpit eſſe in mala fide, an poſſit vſucapere? Res mihi vendita, quam putabam eius eſſe, qui vendebat, deinde reſciui alienam eſſe: & nihilominus poſſedi ſpacio temporis lege definito: quæritur, an res vſucapta ſit? Et breuiter reſpondendum eſt, initium poſſeſſionis inſpi-

Titulus ad vſucapionem neceſſarius.

inſpiciendũ eſſe. Iure ciuili procedit vſucapio, ſi quis ab initio fuerit in bona fide quamuis in ea non perſeuerauerit, licet poſtea habuerit conſcientiam rei alienæ. Idem ſcriptum extat in veteri iure pontificio in can. placuit. 16. quæſt. 3. in decreto Gratiani. Hæc igitur res dubitationem non habet, ſed quæſtio eſt, an quod dicitur inſpiciendum eſſe initium, intelligendum ſit de initio poſſeſſionis, an vero repetendum ſit à contractus ipſius initio, an longius repetemus ante traditionem? Tempore contractus quis erat forte in bona fide, & tempore traditionis erat in mala fide, vel contra an habebitur ratio traditionis an contractus? Iuriſconſultus in lege iuſto. §. Etſi poſſeſſionis. ait, initium poſſeſſionis non contractus ſpectandum eſſe. Idque verum eſt, ſed tamen non ſine exceptione intelligendum. Excipitur enim contractus venditionis in leg. 2. in tit. pro emptor. In ceteris contractibus ſufficit traditionis tempus, vt in donatione, ſtipulatione, &c. *Si ſciens, &c.* vtrunque tempus & contractus & traditionis in venditione, in cæteris contractibus ſpectatur tantum traditionis, ſiue poſſeſſionis tempus. Idem dicitur in lege 3. infra pro ſolut. *Si exiſtimans, &c.* Hic contractus emptionis & venditionis viſus eſt cæteris frequentior eſſe & vtilior hominum generi, & ideo id conſtitutum eſt, vt vtriuſque temporis bona fides exigatur, vt ſpectetur vtrumque tempus, cum quæritur de bona fide, & tempus contractus, & tempus traditionis ſiue poſſeſſionis, quia compertum eſt ex eo maiora incommoda ſequi, quam ex aliis contractibus, qui non adeo frequentes ſunt. Eodem pertinet, quod dicitur in leg. 2. pro emptor. *Eius temporis*, quo traditur. In ſtipulatione & aliis huiuſmodi contractibus ſpectatur tantum tempus, quo res traditur, in venditione non item. ſic accipiendum eſt quod dicitur in l. ſi aliena. 10. in princip. hic. locus videtur ceteris contrarius quos adduximus. Ait enim traditionis initium ſpectandum. Quæritur, an initium inſpiciemus traditionis in venditione, an contractus? Et ait obtinuit ſententia traditionis initium ſpectandum eſſe. Sed hoc ita accipiendum eſt, vt diximus, non tantum contractus initium, ſed etiam traditionis ſpectandũ eſſe, in venditione. *Traditionis*, id eſt, etiam traditionis. Et licet hæc verba aliquid ambiguitatis habeant, tamen hæc ambiguitas ex aliis locis explicari debet. Inſcribitur hoc caput lib. 16. ad edictum, in quo libro ſcribit Vlpianus ad edictum propoſitum à prætore, de publiciana in rem actione in l. 8. de publicana in rẽ actio. Eadem eſt inſcriptio & diſputatio, & ſi quis coniunxerit hæc duo capita, quæ aliquando coniuncta fuerunt, deinde ſeparata à compoſitoribus Pandectarum, facile hæc intelliget. Quod autem diximus bonam fidem ſufficere in initio ſiue contractus, ſiue traditionis, nec continuationem bonę fidei ſpectandam eſſe, hoc intelligendum eſt ſecundum ius ciuile, non ſecundum ius pontificium. Nam iure pontificio bona fides omni tempore iuuat. Vulgares ſunt de hac re conſtitutiones pontificiæ c. poſſeſſor. de reg. iur. in 6. & cap. vltim. de præſcript. Bona fides requiritur quocunque tempore currit vſucapio. Itaque ſi ſuperuenerit mala fides nõ poterit procedere vſucapio. hæ ſunt cauſæ ſine quibus nulla res vſucapi poteſt.

C a p. III.

De rebus quæ vſucapi poſſunt, aut non poſſunt.

De quibuſdam rebus dubitatum eſt, an hæ vſucapi poſſent. In primis quæritur de rebus incorporalibus, an res incorporales vſucapi poſſunt? hæc quæſtio tractatur in leg. vſucapionem. 9. hic. vſucapionem igitur non recipiunt res incorporales. Nec id mirum videri debet, cum non poſſideantur. leg. ſeruus. §. incorporales. de acquir. rerum domin. patientia in iis eſt traditionis loco. At ſine poſſeſſione non procedit vſucapio. Ergo rerum incorporalium non eſt vſucapio. exemplum eſt in ſeruitutibus pædiorum in l. ſi aliena. 10. §. hoc iure. hoc tit. *Seruitutes*, inquit, *longo tempore capi non poſſunt.* Idem dicitur in l. ſeruitutes prædiorum. ſupra de ſeruitutibus vrbanorum prædiorum. Duplex ratio adfertur huius iuris, vel quia poſſideri non poteſt ſeruitus, vel quia non continuo poſſidetur. Nec obſtat huic ſententiæ, quod libertas ſeruitutum vſucapi poſſit. leg. 4. §. libertatem. hic. Nulla enim ratio prohibet libertatem ſeruitutis vſucapi, quia poſſeſſio neceſſaria non eſt ad eam vſucapionem ſufficit fundum poſſidere liberum omni ſeruitute, dubium autem non eſt quin fundus poſſideri poſſit. Si quis poſſideat fundum, in quo nemo longo tempore vſus ſit ſeruitute, dicitur libertatem ſeruitutis vſucepiſſe. Idem dicitur de hac libertate, in lege, ſi ædes. §. 1. de ſeruitutibus vrbanorum prædiorum. Et hæc ſecundum merum ius accipienda ſunt. Mero iure ſeruitutes dicuntur vſucapi non poſſe, quia poſſideri non poſſunt, ſed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt ſicut quaſi poſſidentur, ita etiam quaſi vſucapiantur. Vſus ſeruitutis habetur pro poſſeſſione. leg. quoties. ſupra de ſeruitut. Atque ideo, ſi quis longo tempore vſus fuerit ſeruitute, is acquirit ſibi vtilem actionem: directam autem actionem non poteſt: quia hæres, ſi merum ius ſpectemus, non poſſidentur. Sed propter vtilitatem ei, qui longo tempore vſus eſt ſeruitute, datur vtilis actio. leg. ſi quis diuturno. ſupra ſi ſeruit. vindic. Idem dicitur in leg. 1. §. vltimo. de aqua pluuia arcenda. Eſt locus communis de temporis vetuſtate: vetuſtatem vicem legis obtinere. Quamuis non dicatur proprie ſeruitus quæſita, quia non eſt vſucapio, eſt tamen quaſi vſucapio. Et ideo datur quaſi in rem vtilis actio. hæc verba Vlpiani maxime conſentanea ſunt iis, quæ extant in leg. ſi quis diuturno. hic. Nec mirum, cum in eodem loco hæc ſcripta fuerint dict. leg. ſi quis diuturno. ſumpta eſt ex l. 1. & ideo ei ſubiicienda eſt. Inſcriptio vtriuſque capitis eſt, *Vlpianus lib. 53. ad edictum.* De hac ſeruitutis acquiſitione per vſum longi temporis ſimilis locus eſt in leg. 1. & 2. Codic. de ſeruit. & aqua. Et hoc generaliter accipiendum eſt de omnibus ſeruitutibus, licet vulgo diſtingui ſoleant ſeruitutes, quæ cauſam continuam habent, ab his, quæ non continuam habent. Ego multis argumentis inueteratam illam opinionem refutaui: hoc eſt ſatis expreſſum conſtitutione Iuſtiniani in leg. vlt. C. de præſcript. longi tempor. ſtatuit Iuſtinianus ſpatium longi temporis, decennium inter præſentes, viginti annos inter abſentes ad vſucapionem.

Deinde ſubiicitur alia quæſtio de rebus, quæ non ſunt in commercio hominum, vt ſunt res ſacræ, religioſæ, ſanctæ. hæ res non poſſe vſucapi dicuntur, quia non ſunt in commercio hominum. *Deinde publicis populi Romani, & ciuitatum.* Publicæ res cum in commercio hominum non ſint, nec liberi homines, mirum non eſt, ſi vſucapi non poſſint. Adiecit *& ciuitatum*, ne ſi dixiſſet ſimpliciter *publicis*, nos id intelligeremus de populo Romano tantum. Nam publici appellatio ad populum Romanum proprie pertinet, ceteræ ciuitates priuatorum loco habentur. leg. eum qui vectigal. infr. de verb. ſignif. Nec dubium eſt de his rebus, quæ ſunt in publico vſu magis, quam in pecunia populi, aut in patrimonio ciuitatum. Publica res duplicem habet ſignificationem. Publicam rem aliquando vocamus, quæ eſt in patrimonio populi, vel ciuitatum: & huiuſmodi res alienari poſſunt. leg. ſed Celſus. de contrahend. empt. Paulus in leg. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verb. obl. vitandæ ambiguitas cauſa alio verbo vſus eſt: *res ſacra, & in perpetuum vſibus publicis relicta, in ſtipulatum deduci non poteſt.* His verbis vſus eſt Iureconſultus. Nam ſi dixiſſet ſimpliciter, publica res in ſtipulatum deduci non poteſt, ambiguitas obſcuritatem aliquam peperiſſet. Exemplum titulo de campo Martio, in d. leg. ſed Celſus. de contrahend. emption. Non igitur mirum eſt, ſi hæ res dicantur alienari & vſucapi non poſſe, cum non ſint in commercio hominum. Similis locus eſt in leg. cum ſponſus. de public. in rem actio. *In vectigalibus*, inquit, *publiciana actio in rem locum habet.* Vectigalia quædam erant, quæ non poterant alienari, cuiuſmodi ſunt ea, quæ non poſſunt vſucapi. Notandum tamen eſt res huius generis ab eo, qui decreto prætoris iuſſus eſt poſſidere vſucapi poſſe. l. ſi finita. §. ſi de vectigalib. ſupra de dam. infect. locus eſt, qui obſcurus eſſe videtur. *Si de vectigalib. &c.* viſus eſt hic locus obſcurus & difficilis plæriſq;. Alciatus mutauit veterem & receptam lectionem, & ait legendum, ſi mancipes non caueant, hæc lectio omnino reiicienda eſt, quia eſt contra fidem omnium exemplarium, & contra rationem ſatis apertam, vt mihi videtur. Quidam habebat domum vectigalem à municipio aliquo, cuius domus nomine certum vectigal pendebat municipio, is non eſt dominus domus, quamuis actionem in rem habeat.

Ponamus, eum qui vectigalẽ domum habebat à municipib. non cauere damni infecti nomine, quomodo coercebitur à prætore? an aduerſarius iubebitur poſſidere? Non iubebitur poſſidere, ſed cuſtodiæ tantum cauſa mittetur in poſſeſſionẽ. Nõ enim petitur hæc cautio damni infecti à municipib. ſed ab eo, qui domum habet. Hoc eſſet iniurioſum municipibus ſi iuberetur poſſidere aduerſarius. Eodẽ iure is erit, qui mittitur in poſſeſſionem quo qui domum vectigalem habebat. Quid ſi cautio petatur ab ipſis municipibus? dicendum eſt, inquit, dominium per longum tempus acquiri.

Alia quæſtio eſt de locis iuregentium publicis, an vſucapi poſſint? hæc quæſtio tractatur in l. vlt. hic. Quædam ſunt loca publica iuriſgentium, ſicut mare, flumina: quæritur igitur, ſi quis occupauerit hæc loca, an poſſit illa vſucapere? Et Iuriſconſultus in d. l. vlt. hic ait, *quod ita procedit, ſi quis in litore ædificauerit*, & diruto ædificio alius ædificium in eodẽ loco extruxerit: vetus poſſeſſor non poteſt eum ſummouere ab eo loco propter longi temporis præſcriptionem.

Aliud exemplum adfert, *alterum eodem iure*. Si quis diuerticulum huiuſmodi longo tempore habeat, cuiuſmodi hodie vſitata ſunt, ſolent auertere aquam à flumine publico & poſtea omiſerit hanc piſcationem, & alius in eo loco piſcari velit, an poſſit impediri ab alio? ſed hic difficilis antinomiæ occurrit ex leg. ſi quiſquam. de diuerſ. & tempor. præſcriptio. *alterum eodem iure.* Adeo difficilis & obſcura viſa eſt quibuſdam hæc antinomia, vt quidam non dubitauerint addere negationem verbis Marciani. Alii aliter immutant, aut corrumpunt verba Marciani. Si integra eſſent verba Iureconſultorũ, minus pfecto hic laboraremus Ego ita cõciliare ſolitus ſum, vt qui huiuſmodi locum occupauit, quandiu poſſit eius vſu alium prohibere: eum autem deſiit occupare, tenere & vti, id non poſſit alium prohibere vti eodem iure. Mouent me Papiniani noſtri verba in hac lege, *Quod ita procedit*, cum dixit præſcriptio, &c. ne videretur iuri conſentaneum non eſſe, ita dictum ſimpliciter ait, *Quod ita procedit.* Quidam ædificauit in litore in loco publico iuriſgentium, deinde dirutum eſt illud ædificum, aut ab eo omnino derelictum deſiit occupare & tenere eum locum, quem prius occupauerat: alius extruxit in eo loco: Iureconſultus ait præſcriptionem longi temporis ad alterum ſummouendum ei non prodeſſe. Idem de piſcatione dicendum eſt, ſi quis deſierit in eo loco piſcari, in quo longo tempore piſcatus erat, non poteſt prohiberi alterum eodem iure vti. Quod ergo Martianus ait, intelligendum eſt cum hac exceptione, quaſi generi per ſpeciem derogetur: vt quod generaliter dicitur in l. ſi quiſquam. intelligatur cum hac exceptione. Hanc ſententiam noſtram confirmant verba eiuſdem Martiani in l. in tantum. de rerum diuiſio. Martianus in d. l. in tantum. idem dicit quod Papinianus in hoc capite. Imo aliquanto apertius de ædificio diruto, quandiu manet ædificium, alius non poteſt in eo loco quicquam ponere, ſed poſt quam dirutum eſt ædificium efficitur occupantis. Quiſquis eum locum occupauerit, habet ius ædificãdi. in d. l. ſi quiſquam. & l. in tantũ. coniunctæ aliquando fuerunt: vtrunque enim caput ſumptum eſt ex lib. 3. Inſtit. Præterea argumentum mihi videtur, non bene eſſe ex ipſis titulis, ſub quibus vtrunque caput poſitum à compoſitoribus Pandectarum. Non ſine cauſa compoſitores Pandectarum videntur hoc caput poſuiſſe ſub titulo de vſucap. & illud Martiani ſub tit. de diuerſ. & tempor. præſcript. Capita tituli de diuerſ. & tempor. præſcription. pertinent ad exceptionem acquirendam, non ad dominium acquirendũ. Fieri põt, vt quæ exceptionẽ acquirat, dominium non acquirat, vt dicemus infra. Poſtquam deſeruit rem & alius occupauit, iam non habet exceptionem: ſed cum adhuc occupat, ſi alius velit quicquam in eo loco ponere, exceptionem habet, ſed cum quęritur, an dominium acquiſierit, hoc pertinet ad vſucapionem. Vnde quidam dicunt, ſi vrbs Venetorum diruta eſſet, & alius occupaſſet eum locum, eos non poſſe vti pręſcriptione. In tractatu de vſucapione cœpta eſt diſputatio de rebus, quæ vſucapi poſſunt, aut non poſſunt, & diximus de rebus ſacris, religioſis, publicis: an vſucapiantur, an non vſucapiantur. Nunc quæritur de rebus fiſci, an res fiſci vſucapiantur? hæc quæſtio tractatur in l. quamuis. 18. hic. Ad quæſtionem igitur propoſitam reſpondendum eſt, res fiſci vſucapi non poſſe. Idem dicitur in Inſtit. tit. de vſucap. §. res fiſci. hoc ius ſingulare habet fiſcus, vt multa alia, vt res, quæ ſunt fiſci, non poſſint vſucapi. hoc eſt intelligendum de rebus, quæ vere ſunt fiſci, quæ iam ſunt quæſitæ fiſco. De actionibus, quæ competunt fiſco hoc intelligi non poteſt, ſi quam actionem habeat fiſcus, ſi quam extraordinariam perſecutionem forte aduerſus hanc perſecutionem fiſci cõpetit præſcriptio tempor.s, vt eſt præſcriptio viginti annorum, niſi in certis quibuſdam caſib. l. in omnib. 13. de diuerſ. & tempor. præſcrip. Et ſic eſt intelligendũ, quod dicitur in hac lege. *Quãuis nondum nuntiatis.* Sed hæc diſputatio de pręſcriptionib. nõ eſt huius loci. De pręſcriptione aduerſus actionẽ cõpetente titulus eſt proprius de diuerſ. & tempor. præſcr. hic tractatus ad vſucapionem proprie pertinet, nõ ad præſcriptionem. Et certũ eſt, præſcriptionẽ ab vſucapione multũ differre, vt ego iam dixi. Ad hunc locum referri poſſunt res furtiuæ, & vi poſſeſſæ, quæ non vſucapiuntur, de quibus abunde diximus ad l. Pomponius. 13. §. cũ quis. ſupra, de acquir. vel amit. poſſ. hactenus de rebus.

CAP. IIII.

Quæ perſonæ vſucapere poſſint, aut contra.

OMne ius noſtrum dicitur pertinere, aut ad res, aut ad perſonas, aut ad actiones. l. 1. de ſtatu hom. Nam quæcunq; quæſtio tractatur, ea fere vel ad perſonas refertur, vel ad res, vel ad actiones. Sed de perſonis pauca hic dicuntur. Locus de perſonis paucis perſtringitur in l. 4. in prin. & l. iuſto. §. eum qui. hic. *De vſucapione, &c.* hac ratione & methodo diſſeruit Paulus de vſucapionib. pauca hic dicuntur de perſonis, quia ſi cognouerimus, quæ perſonæ poſſint poſſidere, cognoſcemus etiam, quæ perſonæ poſſint vſucapere. Quæ autem perſonæ poſſidere poſſint, tractatur ſupra ſub tit. de acquir. poſſeſ. Sequitur igitur alius locus huius tituli, in quo tractatur de tempore.

De tempore quo res vſucapi poteſt.

IN definitione vſucapionis dicitur vſucapio eſſe adeptio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. *Quid vſucapio.* vnde quæritur, quodnam ſit hoc tempus lege definitum, quo res vſucapi poteſt? Tempore Vlpiani, Pauli, & aliorũ Iureconſultorum, ex quorum ſcriptis libri Pandectarum compoſiti ſunt, annus erat in rebus mobilib. in rebus ſoli erat biennium. Vlpianus in Inſtitutio. Cicero in Topic. Conſtitutione autem Iuſtiniani tit. C. de vſucapion. transforman. hoc ius antiquum immutatum eſt, cuius conſtitutionis meminit Iuſtinianus in tit. Inſt. de vſucap. in princip. Ea transformatione vſucapionis, quę introducta eſt à Iuſtiniano in locum anni in rebus mobilibus ſucceſſit triennium, in locum vero biennii in rebus immobilibus ſucceſſit tempus decem vel viginti annorum inter præſentes, viginti annorum inter abſentes. Cõpoſitores Pandectarum certi temporis non meminerunt, & credibile eſt eos ſuſtuliſſe tempus anni vel biennii ex Vlpiano, quod intelligerent hoc conſtitutionib. Iuſtiniani immutatum eſſe: hoc igitur tempus eſt legitimum, de quo intelligenda eſt definitio vſucapionis, id eſt, huius vſucapionis, de qua hic diſſeruimus & qua requiritur titulus, requiritur bona fides. Sed poſtea introducta eſt præſcriptio 30. annorum, de qua titulus eſt in C. Iuſtiniani de præſcriptione 30. annorum. Viſa eſt vtilis eſſe hæc præſcriptio: quia aliquando accidit, vt quis iuſtum titulum non habeat, nec bonam fidem & tamen poſſideat longiſſimo tempore. l. ſicut. Cod. de præſcript. 30. annor. Ex iam dictis exiſtit quæſtio, de ratione tẽporis computandi, quomodo hic annum computare debeamus, an debeamus computare à momento ad momentum: adeo vt ſi ſuperſit momentum vnius diei, non dicatur completa eſſe vſucapio? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi vſucapionibus. 6. hic. *In vſucapionibus*, non à momento ad momentum nos computamus totum poſtremum diem, tanquã quiduis totum, non tanquam in particulas diuiſum: non tam ſubtiliter illum diuidimus in horas & momenta, ſed computamus totum diem tanquam vnum & indiuiduum. Idem dicitur in l. in vſucapione. infr. de diuerſ. & tempo. præſcript.

Hac

Hac ratione fit, vt cœptus dies vltimi anni habeatur pro completo: vt quis anno poſſediſſe dicatur ſufficit trecenteſimum ſexageſimum quintum diem cœptum eſſe, etſi completus non ſit. Idem receptum eſt in honoribus. l. ad rempub. de muner. & hono. Alibi tamen computatio fit à momento ad momentum, veluti in reſtitutione minoris. l. 3. §. minorem. ſupra de minor. Prætor ait, *Quod cum minore 25. annis geſtum eſſe dicetur, vti quæque res erit, animaduertam.* Cum minore intelligitur geſtum eſſe, etſi vltimo die 25. anni aliquid cum eo geſtum ſit. Dicitur adhuc minor eſſe, atque ideo reſtituitur in integrum. hoc ſuaſit fauor ætatis, ſicut ſuaſit hoc fauor vſucapionis, propter titulum & bonam fidem, & vt vitetur incertitudo dominiorum, quæ magna incommoda parit. Sic in præſtationibus temporalibus computatur tempus à momento ad momentum. l. in omnibus. de obligat. & actio. Non eſt credendum tantum fauorem verſari præſcriptione, quantum in vſucapione. Et hæc diſtinguenda ſunt, vt ego plenius diſſerui in l. qua ætate. ſupra, de teſtament. In cuius legis explicatione ego admonui, hæc olim ita diſtincta fuiſſe ab Vlpiano & aliis iureconſultis, in interpretatione edicti de minoribus. Quicquid hic dicimus ſcriptum fuit ab Vlpiano eodem in loco, ad edictum ſcilicet De minoribus: hæc igitur omnia coniungenda ſunt, vt planior ſit diſtinctio. Præterea animaduertendum eſt hoc tempus de quo loquimur continuum eſſe, non vtile, vt dicitur in l. nunquam. §. in vſucapionibus. 31. hic. Non eſt tempus vtile ex quo feriati dies deducantur, & alii quibus agendi poteſtas nō eſt, vt dicitur in leg. ſi ſeruus. 4. in fr. de diuerſ. & tempora. præſcript. Olim de hac re fuit iuris varietas, ſed deciſum de ea re tandem fuit conſtitutione Iuſtiniani, l. vlt. de præſcript. longi tempor. Deinde acceſsio temporis, quo alius poſſedit, plerunque nobis prodeſt ad vſucapionem. l. ſi hominem. hic. & l. ſi duobus. §. vl. de diuerſ. & tempor. præſcript. Sed de acceſsione temporis nos ſatis diſſeruimus ad l. Pomponius. ſupra de acquir. poſſeſ. Poſtremo adiiciendum eſt de tempore, tempus vacuum, quo à nemine res poſſeſſa eſt, plærunque hæredi proficere. l. nunquam. §. vacuum. & l. cœptam. hic. hæc de tempore ſufficiant.

Cap. V.
De effectu vſucapionis.

Hic quæritur quis ſit effectus vſucapionis. Et ſane magnus eſt effectus vſucapionis, videlicet acquiſitio dominii. vſucapione acquiritur dominium, quod conſtat vel ex ipſa definitione vſucapionis. l. 3. hic. vulgo tractari ſolet hæc quæſtio an verum, directumque dominium acquiratur vſucapione; Et quidam hic diſtinguunt res mobiles ab immobilibus. Sed ego iam admonui ſupra, verum, iuſtum directumque dominium acquiri vſucapione ſine vlla rerum diſtinctione, ſiue res ſint mobiles, ſiue immobiles, ſiue res mobiles poſsideantur triennio, ſiue res immobiles poſsideantur decem vel viginti annis. Hoc demonſtrat definitio vſucapionis. Non enim oportet intelligere, definitionem tantum ad res mobiles pertinere. Stultum eſt quod quidam dicunt vſucapionem eſſe rerum mobilium, præſcriptionem immobilium. Nam vſucapio eſt etiam rerum immobilium. vnde in l. traditionibus. C. de pactis. generaliter dicitur, Traditionibus & vſucapionibus dominia rerum acquiri. Et in l. eum qui ædes. 23. hic. I.C. loquens de ædium longa poſſeſsione ait mutare dominium. Conſtat autem ædes res immobiles, non mobiles eſſe. Et Iuſtinianus in initio tituli de vſucapionibus loquitur de rebus tam immobilibus, quam mobilibus. Ait enim ſimpliciter dominia rerum acquiri vſucapione, & huc pertinet conſtitutio illa Iuſtiniani de vſucapione transformanda, cuius iam meminimus. Iuſtinianus ita transformat vſucapionem, vt loco anni in rebus mobilibus conſtituat tempus triennii, loco biēnii in rebus immobilibus decem vel viginti annos. hæc eſt transformatio. At conſtat iure veteri, quo ſtatuebatur annus in rebus mobilibus, biennium in rebus ſoli, conſtat inquam acquiri dominium illo iure veteri. Vlpianus in Inſti. tit. de acquir. rer. dom. hæc ſatis demonſtrat definitione. *Vſucapio*, inquit, *eſt adeptio dominii, per continuationem poſſeſſionis, anni in rebus mobilibus, biennii vero in rebus immobilibus.* Cū igitur illo iure veteri certum ſit acquiri dominium cuiuſcunq; rei, ſiue mobilis ſiue immobilis, & ita transformata ſit vſucapio à Iuſtiniano, vt tempus mutatum ſit, & in locum biennii ſucceſſerit tempus decem vel viginti annorum, in locum anni triennium, dubitandum non eſt quin idem dicendum ſit de hoc tempore trium annorum, vel decem, vel viginti annorum, ſi tanto tempore res poſſeſſa ſit. Veteres dicebant mancipare: mancipatio alienatio quædam eſt, vt docet Vlpianus ſub tit. de acquir. rer. domi. in Inſtit. Hactenus de prima parte huius tituli, reſtat vt alteram aggrediamur, quæ eſt de vſurpationibus.

De vſurpationibus. Cap. VI.

Titulus noſter ita inſcribitur, de vſucapionibus & vſurpationibus: ex quo apparet vſucapionem differre ab vſurpatione. *De vſucapionibus & vſurpationibus*, ſic enim legendum eſt: licet in quibuſdam libris legatur de vſucapionibus ſeu vſurpationibus.

Primum igitur videndum eſt, quid ſit vſurpatio. Vſurpationem definit Paulus in l. 2. hic. *vſurpatio eſt vſucapionis interruptio.* Oratores autem, &c. his verbis oſtendit aliter accipi vſurpationem apud Iureconſultos, quam apud oratores. Vſurpatio verbum eſt ex lege duodecim tabularum ſumptū, vt teſtatur Quintus Mutius apud Gellium lib. 3. cap. 2. vbi loquitur de mulierum vſurpatione. Diſputatio de vſurpationibus maxime pertinet ad hunc tractatum de vſucapion. quia in vſucapione debet eſſe continuata poſſeſſio, ita vt ſi interrumpatur poſſeſſio, ſi non continuetur poſſeſſio, non poſſit procedere vſucapio. Ergo videndum eſt quibus modis interrumpatur vſucapio vel poſſeſſio, vtrunque dicitur à Iureconſultis, interrumpi vſucapionem, & interrumpi poſſeſſionem.

Quotuplex ſit interruptio. Cap. VII.

Animaduertendum eſt duplicem eſſe interruptionem vſucapionis, ſiue poſſeſſionis, vna eſt naturalis, altera eſt quæ dicitur ciuilis. l. naturaliter. 5. hic. Cum I.C. ait, naturaliter interrumpi vſucapionem, oſtendit aliter quoque interrumpi poſſe quam naturaliter. Vnde nos diuidimus interruptionem poſſeſſionis & vſucapionis in naturalem & ciuilem. Nos de vtraque dicturi ſumus ſeparatim.

Cap. VIII.
De naturali interruptione.

Naturalis interruptio eſt cum quis poſſeſſionem amittit. Nihil tam naturale dici poteſt quam vt cum dicimus aliquem poſſidere cum tenet, ita amittere poſſeſſionem cum non tenet, cum non poſſidet. Exempla huius rei varia ſunt ſub titul. de acqui. poſſeſ. Nam quibus modis interrumpitur poſſeſſio, iiſdem modis vſucapio dicitur interrumpi. Sed nos exemplis vtemur, quę ſub hoc titulo reperiuntur & inſignioribus. Vnum exemplum eſt in l. naturaliter. 5. hic. *Naturaliter* &c. hoc eſt intelligendum cum quis ita deiicitur de poſſeſſione, vt nullum amplius animum, aut cogitationem habeat recuperandæ poſſeſſionis, vt ſupra diximus ſub tit. de acquir. vel amitten. poſſeſ. vel cum res mobilis eripitur. *Quo caſu aduerſus omnes.* Notanda eſt ſignificatio verbi aduerſus, ſub hoc titulo. Non tantum aduerſus eum qui eripuit, id eſt, pro eo qui eripuit. Sic apud Senecā ego pleriſque in locis obſeruaui.

Aliud exemplum eſt in l. ei à quo. 21. Ego poſſidebam fundum tuum titulo pro hærede, repertus ille fundus fuerat inter res hæreditarias, ego cœpi vſucapere, deinde eundem fundum tibi locaui, hac locatione dicitur interrumpi poſſeſſio. Et in primis Iuriſconſult. ait nullius momenti eſſe locationem. Nam locatio rei propriæ non valet, & ideo non prodeſt ad retinendam poſſeſſionem: ſed dixerit, quomodo poteſt dici amiſſa poſſeſſio, cum animum videatur habere poſſeſſionis retinendæ is qui locauit? Is qui locat domino rei propriæ, videtur hoc animo eſſe, vt rem retineat, & hoc animo retinetur poſſeſſio. hoc per quam rarum eſt, & ſingulare quod hic dicitur, ſed hoc plenius explicabitur à nobis in interpretatione l. ſi aliquam rem. 28. de acquir. vel amitt. poſſeſ. Eſt nouum genus loquendi durare vſucapionem & præſcriptionem. Quidam ex hoc loco hauſerunt errorem, niſi fallor, qui præſcriptionem non accipiunt pro exceptione. Si exceptio eſſet, dicunt, quomodo diceret, durabit exceptio? Sed æque abſurdum eſt, quod dicit vſucapionem durare, cum res vſucapta eſt tempore legitimo, nulla interruptio poteſt valere, ſed abſurdum eſt, ſcilicet poſſeſſionem durare, quæ cauſa eſt vel vſucapionis vel præſcriptionis longi temporis.

Aliud exemplum eſt interruptionis naturalis in l.ſi is qui pro emptore.15.hęc eſt lex celeberrima & obſcuriſſima. Paulus, qui vulgo habetur obſcurus, nihil vnquam ſpurcius aut obſcurius ſcripſiſſe creditur. Quæſtio hic eſt, an poſſeſſio amiſſa per captiuitatem eius qui poſſidebat reſtituatur iure poſtliminii, de qua re diſſenſio fuit inter veteres Iureconſultos, præſertim inter Iulianum & Marcellum, qui notas in Iulianũ ſcripſit: quæ opiniones hic referuntur à Paulo & à Triphonino in l.in bello.§.facti.infra de capti.& poſtlim.reuerſ. variæ ſunt interpretationes & variæ opiniones, In hac tanta varietate ego, qui omnia ſurſum & deorſum volui quæcunque ab aliis ſcripta ſunt, ſemper exiſtimaui Paulum noſtrum hic opiniones autorum referre, ita vt ipſe nihil affirmet, ſed alibi probari Iuliani ſententiam vt veriorem, nempe in dict. leg. in bello. §. facti quoque. Pro explicatione igitur huius capitis animaduertendũ eſt & pro probanda Iuliani ſententia poſſeſſionem amitti captiuitate: cum ſcilicet quis per ſe aliquam rem poſſidet. Hoc ſatis expreſſum eſt in l.cum hæredes. §.1.de acquiren.poſſ. Sequitur ergo ſi quis poſſideat rem aliquam & vſucapere incipiat, deinde capiatur ab hoſtibus, illa captione deſinit poſſidere, & interrumpitur poſſeſſio: quoniam, inquit Iuriſconſultus, non poteſt poſſidere videri. Qui ab alio poſſidetur omnia iura amittit quæcunque habuit ante captiuitatem. Primum eſt illum non poſſidere corpore, neq; intelligitur animum poſſidendi habere. l. ſed ſi nuntiet. leg. peregre. l. clam poſſidere. de acquiren. poſſeſſ. Si rationem habeamus animi, vel corporis, non poſſidet. De interpretatione iuris ciuilis nulla eſt dubitatio: is amittit omnia quæ iuris ciuilis ſunt, quia deſinit ciuis eſſe: ſed ſi poſſidebat per alium, puta per ſeruũ, vel filiumfamil. ex cauſa peculiari, aliud dicendum eſt. Dominus poſſidet ex cauſa peculiari per ſeruum vel filiumfamilias, etiam ignorans, & vſucapit, quamuis animus neceſſarius ſit in poſſeſſione. Poſſidet quis non tantum corpore alieno, ſed etiam animo alieno, nempe ſerui, vel filiifamilias. Et dixi hoc tantum locum habere in cauſa peculiari, illud ſatis expreſſum in leg.iuſto.§.vltim.hic.an ei teneri incipiat, cuius ſcientia non eſſet in ciuitate neceſſaria. Ergo & ſi captus ſit ab hoſtibus, nihilominus dicendum eſt eum poſſidere & etiam vſucapere. Si vero hoc non eſt receptum ex alia cauſa quam peculiari, vt poſſideat vel vſucapiat dominus per ſeruum ſuũ. Sed quæſtio eſt an hęc poſſeſſio reſtituatur poſtliminio. Certum eſt poſſeſsionem, quam quis habuit per ſe non per alium, ita amitti, vt nullo iure poſtliminii reſtituatur. leg. denique. ſupra ex quibus cauſis maio. poſſeſſio plurium facti habet. Cauſa facti non continetur iure poſtliminii. Fieri non poteſt, vt is qui eſt apud hoſtes, feciſſe intelligatur quod non fecit. dict. leg. in bello. §.facti quoque. de capti. & poſtlim. Ea igitur in quibus factum eius qui captus eſt ab hoſtibus requiritur, non ſupplentur iure poſtliminii: dominium quidem retinet, nam ſi manſiſſet in ciuitate retinuiſſet dominium ſine facto ſuo. Idem dicitur in l.bona.§.pen.de capti. & poſtlim. reuerſ. Nunc ego ſingula verba explicaturus ſum huius legis, ſed in primis videnda eſt dict. lex, in bello. §. facti. de capti. *facti cauſa.* Hoc iam explicatum eſt à nobis. Ideoque Triphoninus hic multum intereſſe oſtendit an quis per ſe poſſederit, an per ſeruum ex cauſa peculiari, *quia certum eſt*. quia certum eſt eum deſiiſſe poſſidere, & facti cauſa nõ reſtituitur poſtliminio. Loquitur enim Iuriſconſult. nominatim de eo, qui poſſidet per alias perſonas ſuo iuri ſubiectas. *Iulianus*. Hic refert Iuliani opinionem, quam etiam refert Paulus in lege noſtra. *Iulianus ſcribit credi*, & ita legendum eſt, non hæredi, vt Accurſius legit. Et dicit credi, quia tempore ſuo de eo dubitabatur, ſed tamen videbat inclinari in hanc partem. Quid mouerit Iulianum hic non exprimitur, ſed exprimitur in lege noſtra. initium eſt ſatis perſpicuum. *Si is, qui pro emptore.* nam vſucapio interrumpitur, etſi ipſo reuerſo. Si iure poſtliminii reuerſus eſſet, non prodeſſet ei vſucapio. Quomodo igitur ſi deceſſerit apud hoſtes proderit eius hæredi? *Quod ſi ſeruus.* Hic Iuriſconſ. diſtinguit an per ſe poſſederit, an vero per ſeruum, & eadem eſt diſtinctio, quæ eſt in l.in bello.§.facti.de capt. hic refertur opinio Iuliani ſicut & à Triphonino in dict. leg.in bello.§.facti quoque.de capt. & eſt eadem opinio Iuliani. *emerit*, accipe ex cauſa peculiari, vnde hoc. Qui contrariam opinionem tuentur, dicunt nullum hic eſſe verbum de cauſa peculiari. Sed certum eſt hic non eſſe plenam Iuliani ſententiam. Triphoninus in l. in bello. §. facti. referens hanc Iuliani ſententiam loquitur nominatim de cauſa peculiari. Cur ergo id non ſupplebitur ex eo loco? *Nam ſi dominus, &c.* Obiter tantum & ſtrictim attingit opinionem Iuliani. Accurſius ait non dubitari in dicto §.facti. hic autem dubitari. Accurſius incidit in codices mendoſos, & legendum eſt, *Credi.* Iulianus dicebat credi tempore ſuo: his verbis oſtendit ſe in hanc partem propenſiorem eſſe, ſed tamen dubitari an per legem Corneliam ad ſucceſſores eius pertineat. *Marcellus poſſe.* Iulianus diſtinguebat an is, qui captus eſt ab hoſtibus poſſederit per ſe, an vero per alias perſonas iuri ſuo ſubiectas ex cauſa peculiari. Marcellus vero exiſtimauit plenius fictionẽ legis de poſtliminio accipiendam eſſe, id eſt, vt non tantum reſtituatur poſſeſſio, cum quis poſſedit per ſe, ſed & cum per aliũ. *Quemadmodum enim.* Non perſpiciebat Marcellus rationem diuerſitatis inter hos duos caſus, cum quis poſſidet per ſe, & cum per alium, & exiſtimabat plenius fictionem legis accipiendam eſſe. *Nam hæreditas, &c.* hæc eſt ratio quæ mouit Marcellum, quæ non exprimitur apud Triphonium in d.§. facti. inquit, *Marcellus*, & eſt ſuſpenſa vſque ad finem ſententia. *Hæreditates*, hic ab aliis diſſentio. Mihi videtur hoc argumento vti Marcellus: hæreditate non adita poſt mortem defuncti vſucapit hæres, quamuis non poſſideat. l. nunquam. §.vacuum. & l.cœptam. hic non interrumpitur vſucapio, etſi non poſſideat hæres, quia hæreditas vice perſonæ fungitur. vnde alienum non eſt dicere, quamuis propter captiuitatem vſucapio ſit interrupta, nihilominus compleri vſucapionem. Alii intelligunt, Paulum loqui de hærede eius qui captus eſt ab hoſtibus. Alii addunt negationem, *locum non habere vſucapionem*: ſed ſi ita legamus, hæc verba non poſſunt cohærere cum præcedentibus iudicio meo. Alioqui niſi intelligamus hucuſque ſententiam ſuſpenſam eſſe, nullus ſenſus erit. Accurſius admonet in quibuſdã vetuſtis codicibus legi ſine negatione, & ita teſtatur Alciatus, quam lectionem magis probo, & ſequendo hanc lectionem nos ita Paulum interpretamur, quaſi referat tantum opinionem Iuliani & Marcelli, nõ probet, nec improbet. Triphoninus in d. l. in bello. §. facti. aperte dicit ſequendam eſſe Iuliani ſententiam: coniungendæ ſunt igitur hæ duæ leges, & omnia plana erunt.

In vltima lectione cœpimus diſſerere de naturali interruptione: diximus poſſeſſionem naturaliter interrumpi cum quis de poſſeſsione deiicitur, vel cum alicui res mobilis eripitur, denique cum quis fundum, quem pro hærede vſucapturus erat, locauit ei à quo vſucapere vult. Præterea cum quis ab hoſtibus captus eſt. Multa alia exempla ſunt huius interruptionis, quæ lectionem tantum deſiderant, veluti in l.non ſolum. 33.§. qui pignori.& §.ſeq. Si quis dederit alteri rem ſuam in pignus & poſſeſsionẽ ei tradiderit, I. C. ait interrumpi vſucapionem.

Hinc exiſtit quæſtio an rerum mixtura vſucapionem interrumpat: veluti ſi tegulæ, quas quis cœpit vſucapere, coniectæ fuerint in ædificium aliquod, hic eſt commixtura quædam rerum. Domus componitur ex cæmento, ex lapidibus ex tegulis & aliis huiuſmodi rebus: in compoſitione domus fit mixtura quædam coniunctione harum rerum. Quæritur ergo an hæc mixtura interrumpat vſucapionem? Et in primis certum eſt eum qui poſsidet domum non poſsidere tegulas, nec alias huiuſmodi res ſingulas, quibus conſtat domus. Multa inde incommoda ſequerentur, ſi diceremus ſingulas res domus à poſſeſſore poſsideri: vna enim res diuerſis temporibus vſucaperetur: tegulæ vſucaperentur triennio, ſolum autem non niſi decem aut viginti annis. l. eum qui ædes 23.hic. Si poſſeſſor ædium non poſsidet tegulas, videtur vſucapio interrumpi: cum tegulæ, quas quis cœperit vſucapere, in ædificium coniectæ ſunt: ſed tamen vtilitatis cauſa contra ſubtilitatem iuris receptum eſt, vt vſucapio non interrumpatur, vt ſi quis cœperi tegulas poſsidere, non interrumpatur vſucapio quod eas in ædificium cõiecerit. l. rerum mixtura, hic. Similis diuiſio corporum eſt apud Plautarchum in lib.de præcep.connubial. Similis etiam eſt apud Senecam lib. 17.epiſtolarum in epiſtola 103. nouũ autem non eſt cœptam vſucapionem perfici, & ſi forte res deſierit poſsideri. Nos ſupra adduximus exempla ex l.cœptam. ex l.nunquam.§.vacuũ, & l.iuſto.§.nondum, hic.

Aliud exemplum eſt in furore ſuperueniente in l. nunquã. §. ſi ſeruus, hic. Per ſeruum vſucapit dominus etiam ignorans ex cauſa peculiari, ſi ſeruus animum habeat poſsidendi & corpore rei incumbat. Similis caſus eſt in l. iuſto. 44. §. eum qui. hic. *Vtilitate, &c.* His verbis oſtendit ſubtilitatem iuris refragari quominus hoc admittamus, ſed propter vtilitatem hoc receptum eſt, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat. Hactenus de naturali interruptione.

CAP. IX.

De ciuili interruptione.

Ciuilis quædam interruptio eſt, quæ diſtinguitur à naturali, aliquando ciuili quodammodo interrumpi dicitur vſucapio & præſcriptio, veluti per litiſconteſtationem. Si quis litem conteſtatus ſit cum eo qui poſſidet rem ſuam, dicitur interrupta eſſe poſſeſsio. l. nemo. C. eo. *Tamen ex interpoſita.* Similis locus eſt in l. more. Cod. de rei vindic. Imo plærunque ſufficit ſola conuentio, veluti in præſcriptione triginta annorum. l. ſicut. C. de præſcript. 30. anno. ſed prolixa eſt de hac re diſtinctio, quæ non eſt huius loci propria. Interim videte l. ſi poſt acceptum. ſupra de rei vind. l. vt profectus. C. de annal. except. & ſimiles. videte d. l. ſicut.

TIT. IIII. LIB. XLI.
PANDECT.
PRO EMPTORE.

IItituli ſequentes pendent ex ſuperiori titulo de vſucapionibus, & continent iuſtas poſſeſsionis cauſas, propter quas res vſucapitur. Ego hos titulos ſummatim complectar. Hic ergo variæ cauſæ deſcribuntur poſſeſsionis, ſine quibus res vſucapi non poteſt, de quibus diximus ad l. 3. §. genera. ſupra de acq. poſs. has cauſas vocamus titulos. Cum dicimus rem vſucapi non poſſe ſine titulo: titulus eſt cauſa. Prima igitur cauſa eſt emptio. Iuſtus eſt hic titulus, emptio. Cum quis emit rem alienam ab aliquo bona fide, poſsidet pro emptore: non acquiſiuit dominium traditione, quia dominus non erat venditor. Ideoque non potuit in eum plus iuris transferre quam habebat: ſed transfert in eum vſucapiendi facultatem. Requiritur omnino vera emptio. Error non excuſat eum qui putabat ſibi venditam eſſe rem quæ vendita non eſt. l. 2. hic. & l. Celſus. ſupra de vſucap. Fuit diſſenſio de hac re inter veteres Iureconſultos, vt conſtat ex d. l. Celſus. Sed obtinuit ſententia eorum qui dicebant verã emptionem neceſſariam eſſe: ſi quis ergo putet ſe emiſſe, cum non emerit, ille error non proderit ei ad vſucapionem, quod intelligendum eſt niſi magna ſit & iuſta cauſa erroris. Cum valde probabilis eſt & iuſta cauſa erroris, vt puta cum mandaui ſeruo meo vt emeret & is renuntiauit mihi ſe emiſſe. l. quod vulgo. 11. hic. Sed hic bona fides requiritur duobus temporibus, quod eſt notandum. Requiritur tempore venditionis, & tempore traditionis factæ, vt dicitur in l. 2. in princ. Ecce ſi is qui promiſerat rem alienam, eam mihi tradat, ſufficit me tempore traditionis in bona fide eſſe, vt dicitur in l. ſi is qui pro emptore. §. vlt. de vſucap. Ego ſciebam eius non eſſe qui forte promittebat quo tempore ſtipulatus ſum, hoc nõ nocet vſucapioni. Cum ſtipulor rem alienam, hoc agitur inter nos vt obligeris ad rẽ dandam alienam, quam fortaſsis tibi licet à domino comparare, cum mihi tradidiſti: comparaſti forte ab eo qui verus dominus eſt, ſufficit. At in venditione requiritur bona fides tempore venditionis & traditionis. Huius rei ratio & cauſa videtur eſſe frequentia huius contractus. Ideoque hoc facilius receptum eſt in emptione quam in aliis contractibus, vt requireretur fides in emptione & tempore venditionis, & tempore traditionis. Ad hunc locum pertinet litis æſtimatio. l. 1. hic. & l. 3. Litis æſtimatio venditio quædam eſt. Ego petii à te rem meam, quia forte non habes reſtituendi facultatem quo tempore peto: damnaris à iudice ad mihi ſoluendam rei æſtimationem: ſoluis pretium, & præterea quod intereſt, hoc eſt litis æſtimatio: & hæc cauſa non minus iuſta eſt quam titulus venditionis & emptionis, non minus vſucapitur quam ſi vere res empta eſſet.

IN TIT. V. LIB. XLI.
PANDECT.
PRO HÆREDE.

ALIA iuſta cauſa poſſeſsionis eſt pro hærede, cum quis poſsidet rem aliquam hæreditariam, quia iure hæres eſt. Hæres qui rem aliquam velut hæreditariam poſsidet, quæ forte aliena eſt, quæ nunquam forte defuncti fuit, propter iuſtum titululum eam vſucapit, ſed oportet eum re vera hæredem eſſe, vt dicitur in l. 1. hic. ſi re vera hæres non ſit, non poterit hoc titulo rem vſucapere. Hæreditas non eſt viuentis, etſi quis me inſtituerit hæredem, ſi viuat, non poſſum dici hæres, quia hæres non eſt, non poteſt dici poſsidere pro hærede, atque ideo non poteſt vſucapere. Simile exemplum eſt in l. vlt. hic. de eo qui non eſt capax hæreditatis. Oportet igitur re vera hæredem eſſe, nec ſufficit ſi putet ſe hæredem eſſe, niſi error iuſtiſſimus interuenerit. vt ſupra diximus. Aliter ſumitur pro hærede poſſidere in tractatu de petitione hæreditatis. Poſſidere pro hærede in petitione hæreditatis accipimus eum qui contendit ſe hæredem eſſe, quamuis forte hæres non ſit. l. pro hærede. de petit. hæred. varie igitur accipitur pro materia ſubiecta. Primum animaduertendum idem dicendum eſſe de iuſto errore quod diximus de aliis titulis, ſi iuſta erroris cauſa interueniat, vſucapit is qui putat ſe hæredem eſſe, etſi hæres non ſit. l. non ſolum. §. quod vulgo. de vſucap. Sed quæritur an hoc genus poſſeſſionis & vſucapionis in ſuis hæredibus locum habeat? Vulgo dicitur in ſuis hæredibus locum non habere. Suus hæres, inquiunt, non poteſt dici titulum habere pro hærede, & ſic interpretantur l. 2. tituli de vſucap. pro hæred. in Codice Iuſtiniani, ſed ego alias dixi alium eſſe ſenſum horum verborum, *nihil pro hærede poſſe vſucapi ſuis hæredibus exiſtentibus obtinuit*, id eſt, quandiu ſui hæredes exiſtunt, alii non poſſunt vſucapere pro hærede: alii enim hæredes non ſunt, quandiu ſunt ſui hæredes. Alii perinde accipiunt ac ſi Imperator dixiſſet ſuos hæredes non poſſe vſucapere, non hoc dicit, ſed ait, nihil poſſe vſucapi ſuis hæredibus exiſtentibus, quandiu exiſtunt ſui hæredes. An autem ſui hæredes ſine poſſeſſione apprehenſa vſucapiant, nos dicemus ad l. cum hæredes. de acquir. poſſ. Quæſtio eſt an ſicut dominium ipſo iure habent rerum hæreditariarum ſine apprehenſione, ita etiam an vſucapere poſſunt.

TIT. VI. LIB. XLI.
PANDECT.
PRO DONATO.

ALIA poſſidendi iuſta cauſa, eſt donatio. Is cui donata eſt res aliena tanquam propria, propter titulum & bonam fidem poteſt eam vſucapere. Titulus iuſtus poſſeſſionis eſt donatio, non minus iuſtus eſt quam venditio. l. 1. huius tituli. Oportet re vera donatum eſſe, nec ſufficit ſi exiſtimet ſibi donatum eſſe. Donatio autem dicitur etiam ea quæ venditionis colore velata eſt, vt dicitur in l. 1. huius tituli. Aliquando venditio fit donationis cauſa. Velatur & adumbratur donatio colore & prætextu venditionis, vt videatur venditio eſſe, cum tamen ſit donatio. Nos autem inſpicimus potius quod agitur quam quod ſimulatur, quam quod ſimulate concipitur. & de eo eſt titulus in Codice, plus valere quod agitur quam quod &c. Simulata venditio eſt quæ non eſt: ſed hic reperitur antinomia ex l. 9. in ædibus. §. vlt. ſupra de donat. *Donari non poteſt niſi quod eius fit cui donatur.* Perinde eſt ac ſi Iuriſconſultus dixiſſet donari non poſſe rem alienam. res tantum propria donationis fit eius cui donatur. Ergo donatio rei alienæ inutilis eſt, ſi donatio rei alienæ inutilis eſt: quomodo prodeſſe poteſt ad vſucapionem? Nos tamen hic dicimus ad vſucapionem prodeſſe: ſed hic quædam eſt homonymia. Homonymia intellecta, difficilis nõ erit explicatio. Aliquãdo donare is dicitur qui rem accipientis facit. l. Senatus. de donat. Sed plærunque accipitur donatio in hoc titulo pro conceſſione rei etiam alienæ, per quam tamen alieno iuri nõ præiudicatur. Non eſt exiſtimandum eum, qui donat rem alienã, auferre proprietatem vero domino. ſed interim is qui

accepit, eam rem poſſidet: & interim longo tempore poteſt vſucapere. Valet ergo donatio rei alienæ, ſicut venditio. l. rem alienam. de contrahen. empt. Is qui mihi vendit rem alienam obligat ſe ad rem tradendam, ſi non poſſit in me transferre dominium eius rei, is qui obligatus eſt, ſoluit mihi id quod intereſt, Non valet autē hypotheca rei alienæ, quia qui hypothecæ dat, obligat rem, non perſonam ſuam, ſicut qui vendit. Itaque noceret domino ſi hypotheca valeret rei alienæ. Eadem ratione videtur dixiſſe donationem non valere in l. in ædibus. §. vlt. qua ius conſtitutum eſt de obligatione rei alienæ. Plærunque ita donat aliquis vt non obliget perſonam ſuam. Ecce qui dicit eam rem tibi dono, non obligat ſe ad tradendam rem: nam rem tradit, nec re euicta poteſt conueniri. l. Ariſto. de donat. niſi dolus interuenerit. Vnde Iureconſulti exiſtimauerunt niſi res fiat eius cui donatur, donationem nō eſſe, ſed etiam conceſſionem rei alienæ exiſtimauerunt donationem eſſe, cum agitur de tit. pro donato.

TIT. VII. LIB. XLI. PANDECT.

PRO DERELICTO.

SI quis poſſideat rem aliquam quæ ab alio derelicta eſt, dicitur etiam iuſta eſſe poſſeſſionis cauſa, & ea cauſa prodeſt ad vſucapionem. Et animaduertendum eſt ſi res derelicta ſit ab alio qui eius rei dominus ſit, eam ſtatim occupantis fieri. l. 1. pro derelict. quia iiſdem &c. Idem in l. ſi id ꝙ 5. §. vlt. hic. ſicut cum quis mihi vendit rem cuius dominus eſt, ſtatim acquirit mihi dominium traditione: ſed ſi dominus non ſit is à quo res derelicta eſt, non ſtatim fit occupantis. l. 4. hic. ſed poteſt is qui occupauit vſucapere. Sed oportet rem vere derelictam eſſe: non ſufficit opinio eius qui occupauit. l. nemo. 6. hic. Sed quid eſt rem derelinquere? Quid ſit rem derelinquere quæſtio magis facti eſt quam iuris. Eo animo oportet rem amitti vt omnino abiiciatur. Vnde is qui abiicit merces in mare, non videtur derelinquere. §. vlt. Inſtit. de rerum diuiſione, ſed potius vt ſalua ſit nauis. l. ſi quis merces. 7. hic. quæſtio tractatur in l. vlt. huius tituli de eo qui negat alimenta, & dicitur eum intelligi pro derelicto habere.

TIT. VIII. LIB. XLI. PANDECT.

PRO LEGATO.

IVSTA eſt etiam cauſa & iuſtus titulus poſſeſſionis pro legato. Si res aliena legata ſit, legatarius poterit eam vſucapere. l. 4. hic. Hoc verum eſt ſi vere legata ſit, vel ſi iuſta ſit cauſa erroris. l. vltim. hic. Magna fuit de hoc errore quęſtio & controuerſia apud veteres. l. Celſus. de vſucap. Sed hoc obtinuit. Poſt magnam varietatem cum eſt probabilis cauſa erroris, habetur res legata, etſi res legata non ſit. l. 2. & 4. hic. l. vltim. hic.

TIT. IX. LIB. XLI. PANDECT.

PRO DOTE.

TITVLVS etiam iuſtus eſt poſſeſſionis pro dote, cum quis rem vt dotalem poſſidet. Vlpianus vocat eum titulum iuſtiſſimum. Ego hanc quæſtionem de vſucapione dotis tractaui nudiustertius ad l. Pomponius. ſupra de acq. poſſ. Ego dixi ſi mulier dederit marito in dotem rem alienam vt propriam, maritum eam poſſe vſucapere. Eſt enim poſſeſſor fictione iuris, intelligitur & dominus & poſſeſſor eſſe, & vſucapit ad commodum ſuum quandiu durat matrimonium, ſoluto autem matrimonio ea vſucapio cadit commodo vxoris: vſus ſum argumento ex l. ſi alienam. 3. de donatione cauſa mortis. Cum res aliena donata eſt interim eam vſucapit donatarius, ſed reſoluta donatione ea vſucapio non prodeſt donatario, ſed donatori potius.

TIT. X. LIB. XLI. PANDECT.

PRO SVO.

TITVLVS eſt etiam iuſtus pro ſuo. Pro ſuo autem poſſidere dupliciter quis dicitur. hoc verbum & generaliter & ſpecialiter accipitur. Quandoq; dicitur poſſidere pro ſuo quiſquis poſſidet ex quacunq; cauſa ex qua dominium acquiritur. l. 1. huius tituli: veluti ex empto, ex legato. Specialiter autem dicitur pro ſuo poſſidere, cum iuſta eſt cauſa poſſeſſionis, ſed alius titulus deficit, conſtat iuſtam eſſe cauſam poſſidendi. l. 2. hic. l. 1. 2. & 3. ſupra de acq. rer. dom. Quæ in cœlo, terra mariue capiuntur fiunt occupantis. Quid ſi forte gemma quæ inuenta eſt in littore maris, erat aliena? credebam eam nullius eſſe in bonis. Proderit mihi ea poſſeſſio ad vſucapionem, acquiritur mihi facultas vſucapiendi, ſicuti ſi in nullius bonis eſſet, ſtatim eius dominium mihi acquireretur. Is etiam poſſidet pro ſuo, qui iuſto errore ductus pro ſuo ſe putat poſſidere.

TIT. PRO SOLVTO.

IN quibuſdam codicibus titulus Pro ſoluto pręcedit titulū pro emptore, ſed in veteribus codicibus, maxime in Pandectis Florent. nullus eſt ſpecialis titulus pro ſoluto: & poſt titulum de vſucapionibus ſequitur titulus pro ēptore. Et quæ leguntur in libris noſtris, ſub titulo pro ſoluto in Florentinis Pandectis pars ſunt tituli de vſucapionibus. Quia pauca ſcripta erant de hoc titulo pro ſoluto, non eſt viſum neceſſe proprium titulum de eo conſcribere, veluti in l. 1. pro ſolut. Sed dixerit aliquis, hic titulus non videtur neceſſarius: quia ſemper præcedit aliqua cauſa poſſeſſionis, puta emptio vel legatum. Ergo ſufficit ille titulus vel emptionis, vel legati. Cur ergo dicitur eſſe ſpecialis titulus pro ſoluto? Hoc ideo fit, quia aliquando res alia quam quæ debetur ſoluitur, ſi ſit aliena non mea: qui ſoluo tibi, in te transfero facultatem vſucapiendi, veluti alium librum quam eum quem tibi vendidi, in ſolutum do. in l. ex cauſa. C. de vſucap. Pro emptore dicitur ex cauſa tranſactionis rem poſſe vſucap. In Digeſtis nulli ſunt alii tituli ſpeciales præter hos quos enumerauimus, ꝙ quemadmodum accipiendum ſit tractatur in l. ſi pro fundo. 33. C. de tranſact. Res etiam iudicata titulus iuſtus eſt poſſeſſionis, vt diximus ad l. 2. Pomponius. & l. iuſte poſſidet. ſupra de acq. poſſ.

FRANCI-

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM, AD TIT. I. DE RE IVDICATA

PRÆFATIO.

DVABVS de cauſis ſuſcepi interpretandum hunc tractatum De re iudicata: primum me mouet vtilitas materiæ, qua in foro, & Iudiciis nulla eſt frequentior & magis vſitata: Deinde cogitaui ſtudioſiſsimum quemque à me expectare vt locos iuris noſtri obſcuriores declarem, non vt conſumam tempus in iis qui leuiores ſunt, & lectionem tantum deſiderant. Nam vix vlla pars eſt iuris ciuilis in qua nodi reperiantur difficiliores, quam in hoc tractatu, qui ad res iudicatas pertinet: in cuius interpretatione perſequar ſingula capita, quo deſcripta ſunt ordine à compoſitoribus Pandect. ſicut à me factum eſt ſub tit. de legatis. Quæſtiones omnes quæ ea rem pertinere videbuntur, accurate tractabo: ſed more meo & omiſsis inutilibus argutiis, quibus fere libri aliorum referti ſunt. Ac ſpero fore vt ex labore diligentiaque noſtra auditores attenti atque aſsidui fructum minime vulgarem capiant.

PRÆLECTIO. I.

INSCRIBITVR hic tractatus De re iudicata & de effectu ſententiarum, & de interlocutionibus iudicum, &c. Et complectitur ea quæ ſub variis titulis deſcripta extant lib. 7. Cod. ti. quom. & quan. iud. tit. de ſent. & interloc. & pleriſque aliis, &c. Pro huius explicatione videndum eſt in primis, quid ſit res iudicata. Eſt enim declaranda vis verborum in initio cuiuſque diſputationis, propter rudiores, quibus etiam nos conſulere oportet: ignoſcant mihi cæteri, qui magis promouerunt in ſtudio iuris ciuilis. Sequentur paulo poſt alia capita in quibus ſpero me iis ſatisfacturum eſſe. Ait Modeſt. *Res iudicata.* Quibus verbis oſtendit non quauis pronuntiatione iudicis rem iudicatam intelligi, ſed cum finitur lis, &c. & à tota controuerſia receditur. Huc pertinet quod dicitur in l. qualem. 19. §. dicere. ſupra de arbit. Dicere ſententiam exiſtimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, vt diſcedere eos à tota controuerſia velit. Ex quo apparet interlocutionem iudicis proprie ſententiam non eſſe, nec pro re iudicata habendā eſſe. Ac in inſcriptione hac noſtra diſtinguitur interlocutio à ſententia & re iudicata: ſicut & in tit. Cod. de ſenten. & inter. omn. iud. Interloqui enim dicitur iudex cum aliquid pronuntiat pertinens ad præparationem cauſæ, magis quam ad deciſionem, d. l. qualem. §. dicere. de arbit. Iudex iubet litigatores adeſſe calendis, mox idibus, &c. hanc pronuntiationem vocare ſolent Iureconſulti interlocutionem. Cod. de ſentent. & interlocut. &c. Iuſtin. διαλαλίαν vocat, Nouel. 112. de litigio. περὶ τῶν ἐπιδίκων. Item pronuntiatio quæ poſt ſententiam fit in executione, recte dicitur Interlocutio, l. à diuo Pio. §. in venditione. hic. Interloqui autem dicitur iudex, quaſi interim loqui, id eſt, dum fuerit ſententia dicta, vel executio facta: ſicut interdictum plerique dici exiſtimāt, quaſi interim dictum, interpret. & Pauli ſententia. libro 5. tit. de interdict. Nam in interdictis pronuntiatur de poſſeſſione, nec deciditur lis quæ de proprietate eſt vel eſſe poteſt. Interdicta fere præparant cauſam, vt dicitur in l. 1. §. vlt. de aqua quot. Sed de interdictis diſputatio eſt alterius loci: hoc tantum meminiſſe nos oportet. Sicut pronuntiatio de poſſeſſione in interdictis præiudicium non facit proprietati, ita interlocutio cauſam plerunque non perimit, l. poſt ſententiam. C. de ſent. & interloc. cur autem lex dicat, plerunque, dicemus ad l. quod iuſſit, & alibi. Hic quæri ſolet an pronuntiatio iudicis de poſſeſſione poſſit dici res iudicata, vel ſententia diffinitiua. In hac quæſtione expendenda eſt definitio Modeſt. Si principaliter de poſſeſſione actum ſit, vt hodie fit, nō video cur res iudicata dici non poſſit: quoniam terminatum id eſt, de quo principaliter agebatur in iudicio: non agebatur de proprietate, ſed de poſſeſſione. Si vero inciderit quæſtio de poſſeſſione, & pronuntiatum ſit ordinandę litis gratia, erit interlocutio, &c. vt in l. exitus. 35. de acq. poſſeſ. Ex iam dictis apparet, appellatione ſententiæ, aut rei iudicatæ proprie non contineri interlocutionem. Proprietas ſermonis cognoſcitur ex vſu. l. Labeo. de ſupell. leg. Vſum hic intelligimus non vulgi, ſed iuriſperitorum. Nam alii hæc nō adeo ſubtiliter diſcernunt: quinimo & ipſi autores iuris plerunque abutuntur his verbis, & ſententiam vocant diffinitiuam, & interlocutionem paſſim ſub tit. C. de ſent. & interlocut. omn. iudic. Vnde quæritur ſi reperiatur mentio ſententiæ, an intelligi debeat de diffinitiua, an de interlocutoria. Ego ſæpe admonui tales quæſtiones non poſſe in vniuerſum diffiniri. Expendenda eſt diligenter quæque ſpecies propoſita. Conſideranda ſunt ea, quæ alias à nobis tradita ſunt de explicatione ambiguitatis ſub titul. de legib. Hac via poterit homo iudicio mediocri præditus videre quid iudicandum ſit in quaque ſpecie: quid acciderit. Qui hoc non animaduertunt, accumulant quæſtiones quæſtionibus, & confundunt omnia atque obruunt verius, quam docent. Sequens quæſtio eſt, An aliud ſit res iudicata, quam ſententia: de qua re magna eſt apud interpretes contentio. Sed vitanda eſt in omni diſputatione λογομαχία inanis, vbi de verbis contentio eſt, magis quam de rebus, ſicut fere hic accidit. Modeſt. noſter oſtendit cauſam ipſam, & litem, quæ deciditur, rem iudicatam dici magis, quam pronuntiationem, &c. Res pro cauſa & lite interdum accipitur. l. 5. de verbor. ſignificat. l. 1. de tranſact. Cice. pro Mure. Huc pertinet quod ait Cice. lib. 2. de Inuent. Iudicatum eſt id de quo alicuius, aut aliquorum ſententiis conſtitutum eſt: ſententia eſt ipſa pronuntiatio iudicis, ſic dicta, quia quod ſentit, pronuntiat. Sed quia hæc ita coniuncta ſunt, vt ſeparari nequeant, alterum pro altero interdum accipitur per metonymiam quandam: vt cum dicimus executionem rei iudicatæ, titul. Cod. de execution. rei iudic. Rebus iudicatis parendum eſſe, l. 1. de re iudic. Cod. Primo iudiciis ipſis ac ſententiis res inter alios iudicatas, aliis non nocere. Cod. quibus res iudic. non noc. Alii plerique hic diſtinguunt rem iudicantem à re iudicata, ſed inepte. Vere quidem loquuntur, ſed non apte nec appoſite ad docendum. Quæritur de pronuntiatione arbitri compromiſſarii: an ſententia recte dicatur? Dicitur ſententia, ſub titul. de arbitr. Imo in ipſo prætoris edicto, *Sententiam dicere cogā.* Nec vllum eſt aliud nomen Latinum, quo appelletur hæc pronuntiatio laudum: quo enim vocabulo vtuntur Itali doctores barbari, & ineptum eſt: dicendum tamen eſt rem iudicatam nō eſſe ex definitione Modeſtini. Mode. loquitur de pronuntiatione iudicis, non arbitri compromiſſarii. quanquā arbiter pro iudice nonnunquā accipitur, & contra, vt dicam ad l. à Diuo Pio. in princ. Hinc Paul. lib. 5. ſent. tit. 5. Ex compromiſſo iudex ſumptus rem iudicatam non facit. Vlpianus in l. quid ergo. §. ex compromiſſo. de his qui not. infamia. Ex cōpromiſſo arbiter infamiā nō facit quia nō per omnia ſentētia eſt. Ex ea ſententia nō naſcitur actio iudicati, nec exceptio l. 1. C. de rece. l. 2. ff. eo. niſi in caſibus exceptis, l. 4 & l. 5. C. eo. Eſt ergo hic homonymia quædā: nā aliter accipimus hic ſententiam, cū loquimur de arbitro, & cū loquimur de iudice.

Alia quæſtio eſt, an res iudicata recte dicatur, ſi appellatum ſit, vel appellari poſſit. Variæ ſunt opiniones. Puto non male dici rem iudicatam ex Modeſtino, quia Iudex finit negotium quantum in ipſo eſt. Spectatur conſilium iudicis, arg. dict. leg. qualem. §. dicere. hic. Video iuris authores ita loqui, l. litigatoribus. Cod. de appel. Litigatoribus licet appellare illico viua voce, cum res popoſcerit iudicata. Interdum dicitur res iudicata quæ nullo remedio attentari poteſt. l. eleganter. §. 1. de cond. indeb. Cum dicimus poſt rem iudicatam tranſigi non poſſe: quaſi non videatur finis impoſitus, &c. In priore ſignificatione ſpectatur factum iudicis, in poſteriore ſpectatur quod euenire poteſt. Sic accipiendum illud quod ait Cic. pro Silla, Rebus iudicatis rempub. contineri, ne reſcindantur iudicia, à quibus prouocari non poteſt. Hac ratione videtur diſtingui tit. de re iud. à titul. de ſentent. in C. Huc etiam pertinet vulgare illud ex iure pontificio: Poſt decem dierum ſpatium ſententiam tranſire in auctoritatem rei iudicatæ, c. quod ad conſultationem. de re iud. Et hæc hactenus de homonymia: de re ipſa quid iudicandum ſit, breuiter dicam. Certum eſt appellatione nihil nouandum eſſe, tit. nihil innoua. appel. nec intra id tempus, quod datur ad appellandum, c. non ſolum, de appell. in 6. Hic eſt effectus iuris, quocunq; nomine res appelletur. Nã de nominibus nos non admodum ſolicitos eſſe oportet, auctore Platone. Vnde dicitur appellationis remedio extingui pronuntiatũ, l. 1. § vltim. ad Turpil. Alibi tamen dicitur ſuſpendi ſententia, l. ſi cauſa cognita. C. de tranſact. cap. venientes, de iureiur. Sed nulla hic eſt repugnantia in re, diuerſitas quædam eſt in ratione loquendi. Qui dicunt extingui, habent rationem ſtatus præſentis. Non habet maiorem vim ſententia, quàm ſi omnino lata non eſſet, l. 1. nihil innou. appel. l. furti. de his qui not. inf. l. ſi quis filio. § hi autem. Qui dicunt ſuſpendi, reſpiciunt ad futurum euentum: incertum eſt an iudex appellationem confirmaturus ſit, &c. Quæritur apud Accurſ. ex qua ſententia detur actio iudicati, an ex ſententia confirmante, an ex confirmata? Sed remotior eſt hæc quæſtio à propoſito: tractabimus eam loco magis idoneo. Ex iam dictis obſeruandum eſt, cur exceptio rei iudicatæ vulgo dicatur litis finitæ exceptio: nam res iudicata ad finiendas lites pertinet. Qua ratione quidam putant non improbabiliter poſitum eſſe hũc titulum poſt tit. de vſucapion. Cice. pro Cæcin. ait vſucapionem eſſe finem periculi & ſolicitudinis litium. Huius exceptionis hæc eſt vis, vt impediat litis conteſtationem. l. eleganter. §. ſi quis poſt. de condict. indeb. Sicut & exceptio iuriſiurandi, & tranſactionis, c. 1. & 2. de litis conteſt. in 6. fines non procedendi vocant pragmatici in foro, De ratione pronuntiandi. Condemnatio aut abſolutio neceſſaria eſt. leg. præſes. C. de ſent. & interloc. quibus verbis hoc fiat, dicemus ad leg. in ſententiis. hic. Duo interim obſeruanda ſunt, vnum eſt de præiudicio, in quo non requiritur condemnatio. Theoph. §. præiudiciales. Inſtit. de act. ſcripſi lib. 2. diſp. c. 2. alterum, iudices pronuntiabant interdum de facto, interdum de iure: ſcripſi lib. 1. diſp. c. 41. l. 1. quæ ſent. ſine appellat. Dicam ad l. cum probabilis. hic. Imo pronuntiabant ſibi videri de interdicto vti poſſidetis.

Ad l. Qui pro tribunali.

PRÆLECTIO. II.

PRo declaratione huius cap. videndum eſt de tempore iudicati, intra quod tempus iudicatum facere debeat reus. In Digeſtis fit mentio temporis quod reis indultum eſt poſt condemnationem, vt in l. ſi debitori. de iudic. vbi certum tempus non exprimitur. Qua lex ex hoc tractatu ſumpta eſt: inſcriptio eius legis id oſtendit, Vlp. lib. 70. ad edict. à 50. ad 70. tractatum fuit de re iudicata, &c. Inſcriptiones id demonſtrant ſub hoc tit. Ac videtur inſcriptio huius cap. Vlpian. lib. 66. ad edict. etſi in quibuſdam libris legitur, 6. ad edictum. Alius eſt locus in leg. ſi cum militi. de compenſ. humanitatis gratia tempus indulgeri ſolutionis. Non fit certi temporis mentio in l. debitoribus. 31. infra hoc tit. duo menſes dantur non ad ſoluendum ſed ad vendenda pignora. Aliunde igitur diſcendum eſt quodnam hoc tempus fuerit. In 12. tabulis reperitur ſtatutum tempus triginta dierum. Gellius lib. 20. c. 1. Aeris confeſſi rebuſq; iure iudicatis, triginta dies iuſti ſunto. Poſtea auctum eſt hoc tempus, & ſtatutum eſt tempus duorum menſium, l. vltim. C. de vſur. rei iudic. Antiquitas, inquit, reis condemnatis laxamentum duorum menſium præſtabat. Huius bimeſtris laxamenti mentio eſt in Cod. Theod. lib. 4. tit. 17. de vſur. rei iudic. tandem Iuſtin. conceſſit tempus quatuor menſium, dict. leg. vltim. Eſtq; ius hoc nouiſſimum de hac re: verum moribus cuiuſque loci, ſtatutis, & edictis varie coarctatum eſt: adeo vt conſtitutio Iuſtinia. parũm vſitata ſit. Et animaduertendum eam conſtitutionem locum non habere in actione in rem. Nam in ea ſtatim fit executio, & reſtituere cogitur reus rem alienam, quam poſſidet. Iuſtin. loquitur de eo qui damnatus fuit ad ſoluendum. Solutionis verbum non conuenit rei vindicationi: item loquitur de vſuris. Quæritur, an tempus hoc legitimum poſſit mutari, aut longius aut breuius tempus dari? Ait Vlpian. poſſe ex cauſa, ſed parce, & raro tempus coarctandum eſt, non niſi ex magna & graui cauſa. Oppo. l. 4. §. ſi quis condemnatus: hic. Variæ ſunt opiniones, quas neceſſe non eſt hic referre. Exiſtimo diuerſa hæc eſſe magis, quam contraria. Nam Vlp. in l. noſtra loquitur non de quouis iudice, ſed de eo qui pro tribunali cognoſcit: huiuſmodi eſt Prætor vrbanus, qui iuriſdictioni præeſt: hic cognoſcit plerunque extra ordinem, tit. de extraord. cog. quamuis aliàs iudices det litigantibus magis, quam iudicet. Dixi ſuperiore loco, ſub tit. de iuriſdict. Iudex datus à Prætore priuatus eſt nullum imperium habet, ac ne iuriſdictionem quidẽ. Quare ſententiam ſuam non exequitur, l. à diuo Pio. in princ. hic. Ideo non poteſt præfinire tempus magiſtratui, ad quem pertinet executio. Simile eſt quod alias notaui ad explicationem l. qui iuriſdictioni. de iuriſdict. l. in priuatis. 77. de iudic. Scripſi lib. 1. Diſput. cap. 51. & fuſius declaraui ſub tit. de iuriſdict. Supereſt, vt diſſentientium argumenta expendamus: primo delegatus fungitur vice delegantis, l. 1. §. qui mandatam. de offic. eius, cui mand. eſt iuriſd. ergo idem poteſt, &c. Reſpondeo falſum id eſſe ꝙ pro certo aſſerunt, ſententiæ ſuæ confirmandæ cauſa. Iudex datus non fungitur vice magiſtratus qui dedit, &c. nec imperium habet nec iuriſdictionem, arg. l. à diuo Pio. hic. differt ab eo, cui mandata eſt iuriſdictio. Secundo, poteſt in minorem ſummam, aut maiorem condemnare: ergo & breuius, vel longius tempus ſtatuere. nam eſt eadem ratio temporis, quæ rei aut quantitatis. §. plus autem. Inſtitut. de act. Reſpondeo iudici dato non licere à formula ſibi præſcripta recedere. Scripſi ad l. iuriſgentium. §. 1. de pact. quod ab iis intellectum non eſt, qui hoc argumento vtuntur. Tertio, arbiter compromiſſarius iubet intra certum diem ſolui. l. ſi cum dies. §. vltim. de arb. ergo & iudex datus. Reſpondeo, diſſimilia hæc eſſe: longe enim diſſimilis eſt arbiter compromiſſarius iudici dato, id ſatis oſtendit locus Senecę lib. 3. de benefic. Melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad iudicem, quam ſi ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: huius libera & nullis aſtricta vinculis religio, & detrahere aliquid poteſt, & adiicere, & ſententiam ſuam non prout lex, ſed prout humanitas, aut miſericordia impulit, regere. Satis probatum arbitror, iudicem datum non poſſe ſententia ſua tempus moderari, &c. Poteſt tamen id magiſtratus, qui pro tribunali cognoſcit. Sed cauſæ cognitio hic requiritur. Bartol. & alii conantur enumerare cauſas propter quas iudex poteſt hoc tempus moderari, &c. Sed hæc non poſſunt generaliter diffiniri, quæ conſiſtunt in ſola æquitate, l. de acceſſionibus. infr. de diuerſ. temp. præſcript. Totum hoc committitur arbitrio iudicis, qui de eo ſtatuet, conſideratis diligenter omnibus circumſtantiis, vt hic dicitur, & in l. nonnunquam. ſupra de iudic. Quæſtio eſt, an idem dicendum ſit de quouis alio tempore legitimo. Exempli gratia, decem dies dantur ad appellandum. Nouel. de appel. annus ad perſequendum. C. de tempor. appel. quadriennium, &c. l. vlt. C. de tempor. in integ. reſtit. Magna hic eſt varietas opinionum: alii ſcriptum tuentur, alii pro æquitate pugnant. Vtraque pars tot defenſores habet, vt vix poſſit diſcerni, vtra ſit magis recepta. Qui contendunt hoc tempus non poſſe mutari, his fere argumentis vtuntur. Primo quia nulla lege id cautum repetitur: Prætoris factum iuri derogare non oportet, l. 1. ſupra de feriis. Secundo adducitur l. 5. C. de adult. vbi dicitur, Præſcriptiones legib. reis datas auferri non oportet. Tertio adducitur l. nemo. C. de temp. appel. vbi tempus illud ne reſcripto quidẽ prorogatur. Cõtraria opinio, quã

ego ve-

ego veriorem puto, defenditur his argumentis: primum argumentum ducitur ex lege noſtra, vbi tempus legitimum iudex ex cauſa moderatur, &c. Et ineptum eſt quod alij dicunt ſpecialiter id conſtitutum eſſe de tempore dato ad ſoluendum. Non enim lex eſt, aut conſtitutio, ſed interpretatio prudentum: quam imitari debemus in iure interpretando. Æquitas illa ſiue ἐπιείκεια à nulla parte iuris ciuilis ſeiungi debet, l. 1. de iuſt. & iur. l. placuit. C. de iud. Deinde occurrunt exempla, in quibus iudici idem permiſſum reperitur. Nec de eo dubitatur, cum lex non ſtatuit tempus ſimpliciter, ſed iubet ſtatui à iudice. vt in l. peremptorium. de iudi. l. 1. C. de dilat. l. oratione. de feriis. Idem obſeruatur & cum lex ſimpliciter ſtatuit tempus, &c. vt in tempore exceptionum opponendarum, l. exceptionem. C. de probat. l. peremptorias. C. ſent. reſcind. tamen hoc tempus mutatur arbitrio iudicis, cap. paſtoralis. de exceptio. ſi iudex animaduertat malitioſè differri oppoſitionem exceptionum, & probandæ litis gratia. Aliud exemplum in tempore ſtatuto ad agendum, l. ſicut. l. cum nouiſſimi. C. de præſcrip. 30. anno. Inſtit. de perpet. & temp. Poteſt tamen ex cauſa præſtitui aliud tempus. l. diffamari. C. de ingen. manumiſ. l. cum Titia. de accuſ. Alia exempla breuitatis cauſa omitto. Ex his apparet iudicem poſſe æquitate & vtilitate ſuadente tempus lege præſtitutum mutare, id eſt, quatenus æquitas & ratio id patitur. Exempli cauſa, Tempus datum ad appellandum nõ poteſt ita coarctare, vt legem dicat ſuperiori. cap. ex inſinuatione. de appel. vt iubeat cauſam iudicari intra, &c. ſed ſtatuet tempus, intra quod reus ſe præſentet iudici, & appellationem perſequatur. Id enim fit ſine offenſa ſuperioris, c. oblatæ. de appel.

Ad l. Qui damnare.

PRÆLECTIO III.

Sententia valet ab eo lata, qui iudicandi habet poteſtatem. C. ſi à non comper. iud. l. ait Prætor. hic. Iudicandi ſic accipimus, condemnandi & abſoluendi, l. ſup. eo. Sed quid ſi data ſit facultas iudici condemnandi tantum? Exempli gratia, Prætor dedit iudicem & formulam ita concepit: Si paret Titium dare oportere cõdemnationẽ, an poſſit abſoluere? Dubitatio naſcitur ex eo, quod dixi in vltima lectione de præſcripto formulæ, à quo recedere non licet, ait Paul. poſſe abſoluere. Nam eadem eſt ratio abſolutionis, licet expreſſum id non ſit. Prætor qui alterum concedit: intelligitur tacite & alterũ permittere. Hoc exemplo ideo vſus ſum, quia mihi videtur hoc cap. ſumptum ex l. cum Prætor. de iud. Oſtendit inſcriptio vtriuſque c. Paul. lib. 17. ad edict. in l. cum Prætor. agitur de iudicibus dandis à Prætore: Qui dare poſſunt, qui dari, & quomodo. Coniuncta etiam fuerunt cum hoc duo alia cap. huius tit. l. Pomponius. 36. l. inter pares. 38. hic. vbi quæritur an valeat ſententia lata ab vno, ſi ſint plures dati iudices: ſed hoc declarabimus, cum peruenerimus ad eum locum. Huc pertinet l. nemo. 38. de reg. iur. Nemo qui condemnare poteſt, abſoluere non poteſt. Sic legitur in Florent. in aliis aliter. Lectio Florent. eundem habet ſenſum quẽ lex noſtra: nemo non abſoluere poteſt qui condemnare poteſt: id eſt, quiſquis condemnare poteſt, is abſoluere poteſt. Eſt autem ea regula ex Vlpia. lib. 51. ad Sab. Coniungi debet cum aliis aliquot locis, in quibus eadem reperitur inſcriptio, l. eum qui. ſup. de iuriſd. l. ſi locus. 58. de iudi. l. iudex. hoc tit. In quibus omnibus quęritur de officio, & poteſtate iudicis. Opp. huic regulæ. Ex ea colligi videtur: Nocentem damnare poſſum, ergo & abſoluere. Sophiſticum eſt: regula ad perſonam iudicis refertur. Non ita dicimus, quem poſſum damnare, vel ex qua cauſa poſſum damnare: ſed ita qui poteſt damnare. Huic reg. affines ſunt quædam aliæ, veluti hæc, Eius eſt nolle qui poteſt velle, l. 3. de reg. iur. In quibuſdam legitur, Non nolle: ſed locus vnde ſumpta eſt regula, indicat legendum abſque negatione. Sumpta eſt ex l. 4. de acq. hæred. Nolle adire hæreditatem non videtur, qui nõ poteſt. Vlp. lib. 3. ad Sab. Alia eſt huic affinis reg. in l. qui vetãte. §. eius. de reg. iur. Eius eſt actionem denegare qui poſſit & dare. Sicut ſe habent cõdemnare, & abſoluere in iudice dato: ita in magiſtratu actionem dare, & actionem denegare. Cum enim permittitur magiſtratui actionem dare, permittitur ei & denegare. Quæritur an viceuerſa, qui poteſt abſoluere, poſſit & condemnare? Reſpondeo non tam facile hoc admittendum eſſe: fauorabilior enim eſt abſolutio, quam condemnatio, l. fauorabiliores. de reg. iur. l. Arrianus. de obli. & act. l. abſentem. de pœnis. Et ſane caſus reperiuntur, quibus licet ei abſoluere, cui non licet condemnare. Vnus eſt in l. quoties. §. adeo. C. vbi ſenator. vel clariſ. Non poſſunt dãnari, niſi conſulto principe, & tamen poſſunt abſolui. Ratio diuerſa eſt cõdemnationis, & abſolutionis, propter eorum dignitatem & amplitudinẽ. Alius caſus eſt in Nouel. 83. vt cler. apud propr. epiſc. Magiſtratus clericũ non poteſt ob crimen damnare, niſi prius fuerit exauctoratus, & degradatus ab epiſcopo ſuo: Et tamen abſoluere poteſt, inconſulto epiſcopo. Ex hic apparet non recte colligi ita: Non poteſt condẽnare, ergo non poteſt abſoluere. Nec obſtat huic ſentẽtiæ l. ſolent. de off. procõſ. Legatus non poteſt reos liberare, quoniã apud eum accuſari non poſſunt: quia nullã habet cognitionẽ: in ſuperioribus caſibus poſſunt accuſari apud magiſtratũ. Ex iam dictis naſcitur quæſtio vſitata hoc tẽpore, pertinens ad interpretationem conſtitutionis Clemẽtinæ de hæreticis. Iure veteri poteſt epiſcopus cognoſcere, & ſententiã ferre ſine inquiſitore, & cõtra, c. perdere. de hæret. in 6. Clementina derogat iuri antiquo, & ſtatuit, vt alter ſine altero non poſſit ſententiã ferre cõtra reum hæreticæ impietatis, de abſolutione nihil dicit: Quæritur an poſſit abſoluere? Variæ ſunt opiniones. quidã enim putant ne abſoluere quidẽ poſſe, &c. Nã etſi abſolutio nominatim prohibita non ſit, tamẽ ex mente cõſtituentis tacite prohibita intelligitur, quia eadem eſt ratio abſolutionis, & condẽnationis. Lex noua eadẽ quoque correctoria extenditur interpretatione ad caſus ſimiles. Similes aliqui caſus ſunt ſecundũ ius antiquum, not. ad l. ſi quis ſeruo. C. de furt. Alij exiſtimant abſoluere in hoc caſu licere, quibus ego magis aſſentior. Mouet me in primis quod poſterioris conſtitutionis auctor nullum verbũ facit de abſolutione, ſed tantũ de condemnatione. Ergo in abſolutione ſeruandũ erit ius antiquum, l. præcipimus. C. de appel. Nec verũ eſt ꝙ dicunt eandem eſſe rationẽ abſolutionis, &c. Nam fauorabilior eſt abſolutio, vt iam oſtendi, l. abſentem. de pœn. cum aliis ſimilibus. Pleriſq; ex cauſis licet abſoluere, quamuis codemnare non liceat.

Ad l. Si ſe non obtulit.

Præcipuus effectus rei iudicatæ eſt executio eiuſdem. Huius executionis cauſa prodita eſt actio, quæ dicitur Iudicati, de qua dicemus ad l. miles. inf. hoc tit. Datur hæc actio cõtra reum, qui damnatus eſt, &c. Inde quæritur ſi dãnatus ſit procurator, &c. Nam ſententia fertur in procuratorem, l. 1. C. de ſent. & interloc. Sed tamẽ hic dicitur non teneri eum actione iudicati. Iniquum eſſet enim eum teneri, qui non litigauit nomine ſuo, ſed alieno. l. 1. de procur. Additur exceptio, niſi ſe obtulerit. Idem dicitur de tutore, curatore, actore, ſiue ſyndico. Obſerua procuratorẽ non teneri. Videtur tamen nec iure teneri, ſed propter æquitatem competere exceptionem. l. ſi procurator. 28. de procur. Procurator agens actione iudicati ſummouetur exceptione: Idem dicẽdum eſt de procuratore, qui contraxit, &c. l. vlt. de inſt. act. Nec obſtat l. procuratori qui pro euictione. 67. de proc. loquitur de eo, qui fidem ſuam obſtrinxit. Non obſtat etiã l. ſeruum Titij. 49. ſup. mand. Loquitur de eo qui rem ſuam pro aliena vendidit mandatu alterius. Ait obſtrictũ emptori eſſe, quamuis quaſi procurator vẽdiderit. Excipitur is qui ſe liti obtulit, qui procurator dicitur non proprie, ſed per abuſionem. l. 1. ſupr. de proc. Nam hic decipit actorem, qui nullã eo nomine actionem habet aduerſus dominũ, qui nullum mandatũ habens, vltro ſe ingerit, & offert iudicio. facit l. eũ qui. 46. de minor. Qui ex voluntate minorẽ defendit in iudicio, conueniri poteſt nec prodeſt ei ætas, &c. hoc accipe niſi errore ductus id fecerit, putans ſibi mandatũ eſſe. l. Plautius. 61. de procur. Item niſi ſciebat actor eum non habere mandatum, &c. l. qui ſe liti. 45. de petit. hæred. Actor iſto modo non eſt deceptus: Alias poteſt conueniri is, qui ſe obtulit. Ex quo apparet iudiciũ omnino nullũ eſſe cum falſo procuratore, l. licet. C. de proc. nocet enim procuratori falſo, quamuis non noceat domino, niſi ratum habuerit. l. 3. §. falſus. rem ratam habe. l. licet. 56. ſupr. de iudic.

PRÆLECTIO IIII.

Dixi procuratorem nõ teneri actione iudicati. Addidi exceptionem, Si ſe obtulit liti, &c. Alia except. eſt, ſi ſit pro-

curator in rem ſuam, l. Plautius. ſupra de procur. Nam hæc conſtitutio procuratoris non vera eſt, ſed imaginaria. Ortum habet hæc ſubtilitas ex veteribus formulis iudiciorum. Actiones non transferuntur, ſicut res corporales: Quia impetranda eſt actio à Prætore, qui dat actionem ex formula edicti ſui, &c. huc pertinet l. 23. ſupr. pro ſoc. l. plane. famil. erciſc. Simile eſt quod alias annotaui ad leg 1. ff. de emanc. Lex vetus hæc erat: Si pater filium ter venundedit, filius à patre liber eſto. Vlpian. in Inſti. tit. 10. Declarat plene & copioſe Dionyſ. Halicar. lib. 2. antiq. Rom. Vnde ortus mos triplicis venditionis, manumiſſionis in emancipatione. Caius, Vlpian. Theop. in Inſtit. ſuis: Facta eſt veluti quædam fraus legi, vt faciunt nonnunquam Iureconſ. propter vtilitatem: Sicut accidit in hac procuratoris conſtitutione. Itaque non ſimpliciter dicitur procurator, ſed in rem ſuam. l. qui ſtipendia. C. de procur. Notandum tamen eſt poſſe conueniri dominum ipſum, ſi hoc malit actor, l. ſi actor. ſupra de procur. Cedendo ius ſuum alteri, non poteſt quis præiudicare creditoribus ſuis. leg. 2. C. de pact. cum ſimil. Secundo obſeruandum eſt contra tutorem aut curatorem non dari actionem iudicati, quia non ſuo nomine, &c. nec poſſunt dici offerre ſe liti, propter munus publicum, quod gerunt. facit lex vlti. ſupra ſi quis caut. l. 1. Cod. quando ex facto tut. Idem in actione ex contractu, l. illud. ſupr. de euictio. l. poſt mortem. §. tutor. ſupr. quando ex facto tut. Excipe niſi quis factus ſit auctor dolo malo, cum tutor non eſſet, &c. leg. nouiſſime. ſupra quod falſ. tuto. aucto. dat. datur in eum actio, quanti ea res eſt. Similis eſt ei qui ſe offert liti de quo hic loquimur. Adde quod tutor, aut curator damnatur interdum ad ſumptus litis nomine ſuo propter calumniam, &c. l. non eſt ignotum. Cod. de admini. tuto. ſi id expreſſum fuerit pronunciatione iudicis. Alias datur actio in minorem, quamuis ex culpa tutoris id acciderit. leg. qui ſolidum. 78. §. etiam. de lega. 2. Sed id poſtea repetit & recuperat à tutore, &c. d. §. etiam. Idem dicendum eſt de procuratore. Procurator enim condemnari poteſt nomine ſuo ob culpam aliquam, dicta leg. non eſt ignotum. Nec nouum eſt procuratorem teneri ex facto ſuo, &c. ſupra ſi quis ius dic. non obtem. §. ſi procurator. Tenetur ſane dominus non procurator, ſi ſpecialiter mandatum eſt, &c. l. 3. §. ſi procurator. ſupra quod quiſque iur. damnatur etiam dominus, ſi quid omiſſum ſit à procuratore, quod facere dominum oportebat: imputandum eſt ei, qui talem procuratorem elegit, l. ſi procuratorem. §. ſi tutoris, ſupra mand. Non ſunt excuſati quod contutori mandauerint, quia emere debuerunt. Tertio notandum eſt, actorem municipum non teneri actione iudicati: dicitur etiam ſyndicus. l. 1. quod cuiuſque vniuerſ. eadem ratio eſt, quæ procuratoris, &c. quia nõ nomine ſuo, &c. Intellige niſi ſit datus in rem ſuam, l. item eorum. §. actor. ſupra quod cuiuſque vniuer. Actio datur in municipẽs, idem in municipium ipſum, ſeu ciuitatem. Nam ciuitas ipſa obligatur & conuenitur, l. 1. quod cuiuſque vniuer. l. ciuitas. ſupra de rebus cred. Quæ ſumpta eſt ex tit. quod cuiuſque vniuer. nomine. Vlp. lib. 10. ad edict. Sed quomodo poteſt teneri ciuitas? Ciuitas conſentire non poteſt vt ex contractu aliquo teneatur, l. 1. §. vlt. de acq. poſſ. Quare ne ex delicto quidem teneri videtur, l. ſed ſi ex dolo. ſupra de dol. mal. Vniuerſitas quædam eſt conſtans ex ſingulis ciuibus: aliud eſt ciuitas, quam ſinguli ciues, l. in tantum. §. vniuerſitatis. de rerum diuiſ. l. ſed ſi hac. §. qui manumittitur. l. ſicut. §. ſi quid vniuerſitatis. quod cuiuſque vniuerſ. l. proponebatur. de iud. Mortuis ſingulis ciuibus, manet eadem ciuitas: dicitur fungi vice perſonæ, l. mortuo. de fideiuſſ. Corpus eſt intellectuale, quod non videtur, ſed intelligitur, veluti imaginamur perſonam quandam eſſe ex pluribus conflatam: nihil poteſt agere, ac ne cogitare quidem: nullum poteſt negotium contrahendo obligari. Vniuerſi non conſentiunt, licet ſinguli conſentiant. d. l. 1. §. vlt. de lib. vniuer. Et hæc ſecundum ſubtilitatem ita ſe habent: Sed nihilominus dicitur ciuitas obligari, &c. Vtilitatis cauſa interpretamur factum à ciuitate quod fit à ſingulis, aut maiore parte, &c. l. aliud. §. refertur. de reg. iur. publice, id eſt, non priuatim, ſed publico nomine facere aliquid dicuntur vniuerſi, cum ſinguli faciunt publico nomine, eo animo vt geratur negotium vniuerſitatis: idem ſi aliquid faciant, id eſt, quibus ſumma reipub. commiſſa eſt, l. municipes, ſup. ad munici. Quomodo fiet executio contra ciuitatem? Quod commune eſt poſſidetur. l. 1. §. quod ſi nemo. ſupra quod cuiuſ. vniuer. Quid ſi nihil commune ſit, an capientur bona ſingulorum? hoc ratio non patitur, quia ſinguli non ſunt damnati, vt iam dixi. Vulgo receptum eſt, vt cogantur conferre ſinguli, vt ex collecta pecunia ſatis fiat, &c. *Faire vna taille.* Arg. ducitur ex l. 3. ſup. de alim. & cib. leg. Diuiſio fit libertorum inter hęredes, ne cogantur liberti à ſingulis minutatim alimenta petere: ſic cogitur vniuerſitas indicere ſingulis collectionem, ne creditor cogatur partem petere à ſingulis, &c. Non eſt creditor ſingulorum, ſed vniuerſitatis, &c. d. l. ſicut. §. ſi quid. An principis permiſſu opus ſit? Quidam ita exiſtimant l. 2. Cod. no. vectig. & tot. tit. niſi non poſſ. Nulla indictio permiſſa eſt ſine conſenſu principis. l. placet. C. de excu. mune. C. de ſuperindict. Alij exiſtimant non eſſe id accipiendum de indictione quæ fit æris alieni exoluendi cauſa. Sed tutius eſt principem adire vt hodie fit: Nam & facile impetrari hoc ſolet, nec quicquam petenti negatur: an conferet æqualiter in capita, an pro modo facultatum? Mihi placet quod vulgo probatum, receptumque video, vt inſpiciatur cauſa indictionis. Pone: acceptum fuit mutuum à ciuitate, ne ſolueret principi, quod princeps exigebat pro viribus patrimonij cuiuſque. Æquum eſt ſingulos conferre pro modo facultatum, leg. ſecundum naturam. de regul. iur. Pone: ſoluta eſt pecunia Principi, ne ſinguli ciues cogerentur militare, &c. Conferent æqualiter in dubio, conferent pro modo facultatum, *Le fort portant le foible.* l. omnes. 11. Cod. de oper. pub. l. vltim. C. de immunit. nem. conced. Id enim eſt æquius, quia magis æquale, ſecundum proportionem Geometricam: alias æqualitate nihil eſſet inæqualius. Quædam alia hic dicuntur ab aliis, de muner. & collationibus, ſed mihi videntur extra rem eſſe.

Ad §. Ait Prætor.

PRÆLECTIO V.

INcipit Vlpian. interpretari edictum Prætoris de re iudicata, cuius edicti pars quædam extat in leg. ait Prætor. hic. Vnde colligimus hoc fuiſſe cautum edicto, vt condemnatus pecuniam ſoluat ab eo cuius de ea re, &c. Iudicatum faciat. Si non fecerit, aduerſus eum agatur iudicati vel coerceatur à Prætore, &c. hoc edictum interpretatus eſt Vlpian. lib. 58. ad edict. & Paul. lege 56. hic. id apparet ex capitum inſcriptionibus. In hoc autem loco interpretatur Vlpian. verbum, ſoluat. Soluere dicitur is, qui pecuniam debitam numerat creditori, leg. ſolutum. 49. de ſolut. hæc eſt proprietas verbi quæ ex vſu cognoſcitur. leg. Labeo. de ſuppellect. ileg. Inde videtur nomen hoc deductum eſſe, quia numerat debitor, vt ſoluatur & liberetur, l. ſolutionis. 54. de ſolut. Obligatio iuris vinculum eſt, Inſtit. de obliga. in princ. Eſt autem ſumptum illud caput ex hoc tractatu, vt inſcriptio indicat, Paul. 56. ad edict. Huc etiam pertinet l. liberationis. 47. de verbo. ſignificat. Liberationis verbum eandem vim habet quam ſolutionis. Quæ coniungenda eſt cum leg. ſolutionis. Proinde quod ſcriptum eſt de ſolutione, ſic interpretamur plerunque, vt locum habeat in acceptilatione, & aliis modis quibus tollitur obligatio. Inſtitutis, quibus modis tollitur obligatio. Quanquam proprie ſatisfactio hic dicatur eſſe magis, quam ſolutio. dict. leg. ſolutam. 49. de ſolutionibus. Sed ſatisfactio loco ſolutionis eſt, l. ſatisfactio. 52. de ſolut. l. ſolutionis. de verbo. ſignifi. Et hoc certam rationem habet, cum ſatisfactionem accipimus, qua contentus fuit debitor. Quo ſenſu accipitur plerunque hoc verbum. l. 1. ſupr. qui ſatiſ. cog. §. vltim. de perp. & temp. act. Sic etiam interpretatur Vlpian. l. ſi rem alienam. §. omnis. de pign. act. Satisfactum accipimus quemadmodum voluit creditor, licet non ſit ſolutum. Sic etiam interpretatur idem Vlpian. in l. item liberatur. §. qui paratus. ſupr. quibus mod. pign. vel hypoth. Sibi imputare dicitur creditor, qui ſatisfactionem admiſit vice ſolutionis. Sed verbum ſatisfacere interdum aliter accipitur, nempe pro ſatisdare. Satisdare, eſt fideiuſſorem aut pignus dare, leg. 1. qui ſatisda. cogan. Satisfacere ita videtur aliquando accipi, vt in l. promiſſor Stichi. §. vlti. de conſtit. pecu. Si quis conſtituat ſe ſatis-

ſatisfactum, & fideiuſſorem, vel pignora det, non tenetur. Hic non diſtinguitur, an contentus fuerit debitor fideiuſſore, aut pignoribus: quaſi ſatisfacere, nihil aliud ſit, quam ſatiſdare. Et ſane etymologia eſt eadem vtriuſque verbi. Hinc naſcitur quæſtio, ad interpretationem edicti pertinens. Prætor loquitur de ſoluente, an idem dicendum ſit de ſatisfaciente, id eſt, ſatiſdante? Labeo exiſtimat diuerſa hæc eſſe. Et revera diuerſa ſunt, vt apparet ex dict. leg. promiſſor. Deinde exiſtimabat Labeo eandem eſſe rationem ſatiſdationis. Non putabat ſatis expreſſum fuiſſe à Prætore, ſed debuiſſe adiici hæc verba, &c. Sufficit ergo ſecundum Labeonem dare expromiſſorem, id eſt, fideiuſſorem. Sic accipitur plerunque expromiſſor, ſicut adpromiſſor, l. 5. §. ſatis acceptio. de verb. obliga. quamuis alias expromiſſor diſtinguatur à fideiuſſore. *Expromiſſor plerunque dicitur is, qui obligationem ſuſcipit pro eo, qui obligatus non eſt.* l. & eleganter. §. ſeruus. de dol. l. aliquando. ad Velleia. Sententiam Labeonis non probat Vlp. Ait pecuniæ ſoluendæ merito feciſſe mentionem. Nec vero æquũ, aut vtile eſſe reum liberari dando expromiſſorem, ne obligatio ex obligatione oriatur, & lites ex litibus naſcantur, l. terminato. C. de fruct. & lit. exp. Poſt abſolutum, dimiſſumque iudicium, nefas eſt litem alteram conſurgere ex litis primæ materia, d. l. terminato. Res iudicatæ ad finiendas lites comparatæ ſunt, l. 1. ſupr. Cauendum eſt ergo ne ex ea lites oriantur, vt accidere ſolet ex fideiuſſione. *De plaige plaid.* Idq; maxime ad remp. pertinet. Huc pertinet quod Iſocrates ait, eas leges optimas eſſe, quæ pauciſſimas lites gignant. Et quod Iulian. ait, ad officium Prætoris pertinere lites diminuere. l. quidam exiſtimauerunt. de reb. cred. Illud ergo præcipue hic obſeruandum eſt, ſatiſdatione nõ impediri executionem rei iud. Vlp. hic nominatim loquitur de fideiuſſoris datione. Idem de pignore dicendum eſt: & eſt expreſſum iure pontificio. c. cum aliquibus. de ſent. & re iud. Nõ obſtat l. nemo dubitat. de reg. iu. Nemo dubitat ſoluendo videri eum, qui defenditur. Nam aliud eſt ſoluere, aliud ſoluendo eſſe. Addit exceptionem Vlpian. niſi ex magna aliqua cauſa fideiuſſor accipiendus eſſe videatur. Hinc annotandus eſt locus communis de interpretatione legũ. Ex magna cauſa recedimus interpretando à verbis legis. Dixi ſub tit. de legib. Quod legibus omiſſum eſt id ſuppletur interpretatione: vt dicitur in l. quæſitum. ſupra de teſtib. alioqui ſummum ius, ſumma eſſet iniuria. Dubitatur ex qua cauſa id fieri debeat. Reſpondeo, id committi arbitrio iudicis. Non poſſunt in vniuerſum diffiniri, quæ conſiſtunt in ſola æquitate. l. de acceſſionibus. de diuerſ. temp. præſcri. Dixi ad l. 2. ſupra eod. Exemplum ſumi poſſe videtur ſatis apertum ex l. interdum. de iud. Cum aliquid inopinatum, ac fortuitum accidit, propter quod non poteſt ſtatim ſolui iudicatũ. Quam ob cauſam etiam literæ impetrari ſolent à principe, quas Status vocamus.

Ad §. *Si ex conuentione.* Nouatio quæ fit cõſentiente actore, impedit executionem ſententiæ. Simplex cautio ſine nouatione non impedit, &c. Cautio dicitur ſtipulatio. l. ſancimus. C. de verb. ſign. Nouatio eſt veteris obligationis in nouam transfuſio. l. 1. de nouat. Non intelligitur nouata obligatio, niſi ſpecialiter id expreſſum ſit, d. l. vlt. de nouat. §. præterea. Inſtit. quib. mod. toll. oblig. Scripſi ad l. qui vſum fructum. de ver. oblig. Ob hanc cauſam minor reſtituitur, l. minor. 40. ſupra de min. Moribus tamen noſtris hæ obligationes habent promptam executionem, ſicut ſententiæ, ſi de iis confectæ ſint publicæ tabulæ: ſed hoc alienum eſt à iure Romano. Varia lectio hic reperitur: in quibuſdam libris legitur *Recedatur.* non male, id eſt, recedatur à re iudicata, vt verba ſequentia oſtendunt. in Flor. legitur, *retendatur à re iudicata*, ſed mẽdum eſt. forte in archetypo Iuſtiniani erat, *Accedatur*, ſcilicet ad Labonis ſententiam. Sed non magni intereſt, quia idem eſt ſenſus. Obſerua, qui eligit vnam viam pro executione rei iudicatæ, non prohiberi ad aliam redire: vt captio pignorũ, prehenſio perſonæ, &c. Oppon. regula brocardica, Prouiſio hominis prouiſionem legis excludit. l. vl. C. de pact. conuen. Sępe admonui, quã ſint fallaces hæ regulæ, & theſes. l. omnis definitio. de reg. iur. Expendenda eſt vtraque ſpecies, & videndum quæ ſimilitudo, aut diſſimilitudo ſit. Ibi agitur de hypotheca tacita, quæ contra ius commune inducitur fauore mulieris. hic agitur de executione rei iudicatæ, quæ iure communi, non ſingulari nititur. Sunt & aliæ differentiæ quas facile erit cuiuis mediocriter rem conſideranti animaduertere.

Ad §. Si quis condemnatus.

PRÆLECTIO VI.

Veriſimile eſt in edicto mentionem factam eſſe temporis quod datur iudicatis, vt puta, niſi intra legitimum tempus ſoluerit, &c. hoc tempus hodie quadrimeſtre eſt, vt dixi ad l. 2. Eam partem edicti nunc interpretatur Vlp. Quæritur ſi iudex ſtatuerit certum tempus ad ſoluendum, vnde computari debeat tempus illud legitimum, &c. Diſtinguit Vlp. vt hic legitur. In hac diſtinctione magna reperitur difficultas & obſcuritas. Nam in primis videtur hæc eſſe Vlp. ſententia, vt non poſſit arctari à iudice tempus iudicati, contra l. 2. ſupra eo. Deinde dicitur poſſe prorogari: cum ratio diuerſa non appareat arctationis, & prorogationis. Variæ hic ſunt opiniones interpretum. Sed meminiſſe oportet eorum, quæ à nobis dicta ſunt ad l. 2. ſupra. Dixi, magiſtratum qui iuriſdictioni præeſt, poſſe arctare, & prorogare ex cauſa: iudici dato non idem licere, diximus propter formulam qua excluditur eius poteſtas. Excipiendus tamen videtur iudex datus actioni bonæ fidei. l. cuius eſt latior poteſtas. §. in bonæ fidei. Inſtit. de actio. Idem ſi iudex additus ſit actioni arbitrariæ, l. quod ſi Epheſi. ſup. de eo quod cert. loc. Sed quicunque iudex ſit, valet ſententia, niſi ab ea ſit appellatum. Non eſt hæc ſententia ex genere earum, quæ ſine appellatione reſcinduntur, vt in l. 1. infra quæ ſentent. ſine appel. Sed quæritur quo caſu valet ſententia, vnde computatur tempus: forte non eſt appellatum: nec dubitatur quin competat actio iudicati: ſed dubium eſt ex quo incipiat currere tempus legitimũ: &c. quomodo accipere debeamus ſententiam ſiue iure, ſiue iniuria latam. Vlp. ita interpretatur, vt rem æquitate temperet. Diſtinguit duos caſus. Vnus eſt, cum iudex ſtatuit breuius tempus quam legitimum. Pone iudicem ſtatuiſſe duos menſes. Obſcuritas eſt in hac ſententia. Poteſt ita accipi, vt ſex menſes habeat reus, poteſt ita accipi, vt habeat duos tantum: poteſt ita accipi, vt habeat quatuor. Vtram ergo interpretationem ſequemur? Prima interpretatio non videtur ſatis æqua, vt tantum habeat duos menſes, quia non expreſſit, nec tempus legitimum excluſit. Et poſſumus aliter interpretari pro reo, vt tempus legitimum ei ſaluũ ſit. Altera interpretatio de ſex menſibus durior eſt, & alienior à verbis ſententiæ. Res ergo ſic temperatur, vt repleatur, &c. Ergo quatuor menſes habebit reus, duos ex definitione iudicis, totidem ex lege. Secundus caſus eſt, cum iudex ſtatuit longius tempus legitimo, puta ſex menſes: in qua pronuntiatione aliqua etiã obſcuritas reperitur. Nam videtur ita poſſe accipi, vt decem menſes habeat reus, nempe ſex ex ſententia, & quatuor ex lege. Verum dura eſt hæc interpretatio in re dubia & obſcura. Humanius eſt ita interpretari, quaſi iudex in ſex mẽſium ſpatio tempus legitimum comprehenderit. Ad tempus legitimum breuius, aut etiam ad tempus legitimũ, verba ſententiæ referri non poſſunt, quoniam iudex aperte ſtatuit maius tempus legitimo. Ergo ſex menſes habebit reus. Ex his intelligitur non proprie hic quæri an iudex poſſit tempus arctare, vel prorogare, &c. Sed quo caſu id fiat, & pronuntiatio habere authoritatem rei iudicatæ, quomodo accipienda ſit. Simile quiddam eſt in l. 1. §. biduum. infr. quando appel. non eſt. neceſ. Si ſententia dicta ſit ſub conditione vnde incipiat computari tempus. Hac interpretatione noſtra multæ inanes ſubtilitates tolluntur, quibus ſane libri vulgarium interpretum referti ſunt. Obſeruandum eſt tempus datum ad ſoluendum, currere à die ſententiæ latæ, l. 2. C. de vſu. rei iud. Si appellatum ſit à die confirmationis ſententiæ, ſi deſerta ſit appellatio, vulgo receptum eſt, ex die ſententiæ, à qua eſt appellatum: quoniam deſerta appellatione, perinde eſt ac ſi omnino appellatum non eſſet, l. vlt. §. illud. C. de temp. appell. Non obſtat l. quoniã nonnulli. Cod. de appell. vbi dicitur deſerta appellatione, mox debitum exigendum eſſe. Loquitur de fiſcali debito, nec debet extendi ad priuatos, l. quod vero. l. ius ſingulare. ſupr. de legib. Quæritur de ſententia conditionali. Certum eſt tempus ad appellandum currere ex die latæ ſententiæ. dict. leg. 1. §. biduum. Vnde videtur idem dicendum

in hoc tempore dato ad ſoluendum. Sed longe diuerſa eſt ratio: nam ante conditionis euentum nulla eſt nata obligatio, nec actio, l. cedere diem. de verbo. ſignificat. Nec imputari poteſt reo condemnato, quod pecuniam interim non parauerit, propter incertitudinem. Sperat fore vt conditio non exiſtat: non poteſt interim cogi ad parandam pecuniam ſine iniuria, & incommodo. Diuerſa ratio eſt in appellatione. Appellari interim poteſt ſine vllo incommodo, ſolo verbo, &c.

Ad §. *condemnatum.* Interpretatio eſt edicti Ait prætor, Condemnatus, &c. Supplet interpretatione quod videtur deeſſe verbis edicti: ſed ratio non patitur vt condemnationem intelligamus quæ effectum non habet. Sic interpretari ſolent hoc verbum Iureconſulti, l. 1. §. vltim. ad Tertull. l. 2. §. vltim. de pœnis. Sic etiam interpretatur pontifex ipſe Rom. in clemen. paſtoralis. de re iud loquens de ſententia Henrici 7. Lucemburgenſis, contra Robertum Siciliæ Regem: ſic etiam generaliter dicimus verba cum effectu accipienda eſſe. l. 1. §. hæc autem. quod quiſq. iur. Quibus ex cauſis ſententia ſit nulla, ex aliis locis colligi poteſt. Hinc annotandum eſt ſi dicatur ſententia nulla, executionem impediri, l. ſi prætor. §. Marcellus. ſupr. de iudic. l. vltim. Cod. ſi ex fal. inſtr. etiamſi ſit talis ſententia, à qua non poſſit appellari: cuiuſmodi ſunt iudicia curiæ parlamenti: Nam ſententia pro nulla habetur, vt ne nomen quidem habeat ſententiæ. Quod eſt intelligendum niſi iudici appareat, calumnioſe id adlegari, morandæ ſolutionis cauſa. l. 2. Cod. de fal. item niſi res longiorem requirat inquiſitionem, nec in promptu ſit probatio. In executione ſententiæ cognitio debet eſſe ſummaria, l. à D. Pio. §. ſi ſuper rebus. infr. At in cauſis huiuſmodi exceptiones, & allegationes quæ longioris inquiſitionis ſunt, non remorantur pronuntiationem vel executionem. l. 3. §. ibidem. ad exhib. l. ille à quo §. ſi de. ad Trebel. l. ſi is à quo. vt in poſſ. leg. l. vltim. C. de ord. cog. lib. 7. Alia exceptio eſt ex Pontificia conſtitutione, de re iud. Si quis obtinuerit tres ſententias, vt non poſſit appellari, aduerſarius poteſt nullam dicere ſententiam: ſed interim non differtur executio ſententiæ. cle. 1. de re iud. nec diſtinguitur, an ſtatim probare paratus ſit. Hoc facit multitudo rerum iudicatarum. Quando dicatur ſtatim probari, multa hic dicuntur ab aliis leuia iudicio meo. Ego ſæpe admonui quæ poſita in æquitate ſola ſunt, non poſſe in vniuerſum definiri, l. de acceſſionibus. de diuerſ. tempor. Committitur arbitrio iudicis, arg. l. 1. de iure delib. Quæſtio hic agitanda eſt de reſtitutione in integrum, an impediat executionem ſententiæ. Et certum eſt iure ciuili impedire. C. in integ. reſt. poſtula. omnia debent manere in eodem ſtatu. Similis eſt appellationi tit. nihil noua. appellat. inter. Idem dicitur in l. ſi cauſa cognita. C. de tranſact. Altera exceptio ex iure pontificio, Niſi ex circumſtantiis cauſæ appareat, interim ſententiam exequendam eſſe, cap. ſuſcitata. de in integ. reſti. vt puta, cauſa reſtitutionis requirit altiorem inquiſitionem: apparet ex coniecturis malitioſe peti reſtitutionē & cauſam impediendæ executionis: aduerſarius offert cautionem, interim ſententia mādabitur executioni. Hac æquitate temperatur rigor iuris ciuilis. Sed longius receſſerunt mores noſtri à iure ciuili, quam iure pontificio vt dicitur. Hoc iure vtimur in Gallia, vt non differatur executio ſententiæ. Vſu compertum eſt ſolere has reſtitutiones impetrari morādæ ſolutionis, & executionis cauſa. in l. 2. C. de falſ. Damnatus ergo cogitur ſoluere lite pendēte ſuper reſtitutione. Summouetur exceptione is, qui reſtitutionem impetrauit: quæ exceptio dilatoria eſt, & inter fines non recipiendi numeratur.

Ad §. Soluiſſe.

PRÆLECTIO VII.

Vlpianus interpretatur eam partem edicti, in qua ſolutionis ſit mentio, §. Ait prætor. ſupra. Sed quomodo accipiatur hoc verbum, ſatis ante docuimus. Addendum eſt noxæ deditionem pro ſolutione eſſe in actione noxali, l. miles. infra eodem. Huc pertinet quod dicitur in §. præterea. Inſtit. de act. non minus abſoluendum eum, qui noxæ dedit, quam qui reſtituit. Atq; ita ſuppletur interpretatione edictum prætoris de metu, leg. ſi cum exceptione. 14. §. quatenus. de eo quod met. cauſ. Alij aliter interpretantur, quaſi noxales actiones ſint arbitrariæ. Ego, iam octodecim anni ſunt, oſtendi in hac ſchola quam falſa ſit ea opinio: ac noſtram ſententiam ſecuti fere ſunt eruditi, qui poſtea ius ciuile interpretati ſunt. Inde quæritur, Si quis dederit noxæ ſeruum in quo vſusfruct. alienus eſt, an ſit liberatus? Ait Vlpian. poſſe adhuc agi iudicati, qui ſoluit hominem in quo vſusfru. alienus eſt, l. cum quis. 38. §. qui hominem. de ſolutio. quoniā non ſit perfecte accipientis. Quoties aliquid iuri rei deeſt, adhuc res peti poteſt, l. ſi rem meam. 20. l. etiam. 27. de ſolut. Et hæc ſententia Celſi extat plene deſcripta in l. ſi hominem. 69. de ſolut. Inſcribitur, Celſus lib. 24. Digeſto. Oppon. l. locum. §. proprietarius. ſupra de vſufr. vbi tenetur vſufructuarius ipſe, quaſi proprietarius omnino ſit liberatus: idque videtur conſentaneum rationi. nam proprietarius facit quod in ſua poteſtate eſt. Variæ ſunt ſolutiones apud Accurſ. & alios. Exiſtimo duplici remedio conſuli ei, qui noxæ accipit. Nam in primis poteſt agere iudicati, vt hic dicitur aduerſus proprietarium. Item ſi fructuarius petat, poterit eum ſummouere, niſi ſoluerit æſtimationem litis pro parte ſua. Nam certum eſt actione noxali teneri etiam vſufructuarium. leg. ſi cum vſufructuario. ſupra ſi ex cauſ. noxal. agat. l. ſi ex duobus. 17. §. ſi plures. ſupra de noxa. act. Rurſus opponitur lex, ſi oleum. §. & ſi tu ſeruū. de dol. vbi datur actio de dolo non iudicati, in ſimili ſpecie loquitur de ſeruo pignerato. Sed eadem eſt ratio in ſeruo cuius eſt vſusfructus alienus. Reſpondeo diuerſas ſpecies eſſe: quoniam hic damnatus fuit reus noxali iudicio: Quare merito competit aduerſus eum iudicati actio. Verum in §. & ſi tu ſeruum. nulla fuit condemnatio. Vltro dedit reus noxæ ſeruum & abſolutus eſt. Omnia iudicia ſunt abſolutoria. §. vltim. Inſti. de perpetuis & tempo. actio. Itaque ſola ſupereſt actio de dolo.

Ad l. *Ait prætor.* Interpretatur Vlpian. verba edicti quæ coniungenda ſunt cum ſuperioribus. §. ait prætor. Oſtendit prętorem proprie loquutum non eſſe, cum meminit iuriſdictionis, debuit dicere *Notionis.* Iuriſdictio eſt magiſtratuum qui non iudicant, ſed iudicia dant, niſi extra ordinem: notio complectitur iuriſdictionem quam habent iudices dati, ſine iuriſdictione. leg. notionem. de verbo. ſignificat. De hac re diſſerui ſatis fuſe in ſuperioribus, ſub titul. de iuriſdict. Oſtendi iuriſdictionem conſiſtere magis in iudice dando, quam in iudicando, ſecundo ius antiquum, leg. imperium. Iudicis licentia dandi, l. 1. eodem. titul. iudices litigantibus dare. Cognoſcebant magiſtratus de quibuſdam cauſis extra ordinem, l. 1. de extraord. cog. leg. 1. de rei vindic. leg. pecuniæ verbum. §. actionis. de verbo. ſignific. Et hoc oſtendit ſatis hic locus Vlpian. Si officium prætoris eſſet iudicare, non recte corrigere edictum Vlpian. produceret interpretatione ad iudices datos. Sed ideo reprehendit eum, qui concepit edictum, quoniam verbum iuriſdictionis non conuenit iudicibus datis, quorum proprium munus eſt iudicare, &c. Vera eſt igitur opinio veterum de iudicibus datis, quam Accurſi. & Accurſiani improbant. In eo autem maxime falluntur, quod putent iudicem datum eſſe eum, cui mandata eſt iuriſdictio. Mandare ſuam iuriſdictionem alicui multo plus eſt, quam eum iudicem dare. Is cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice eius qui mandauit. leg. ſolet. de iuriſdict. l. et ſi prætor. de offic. eius cui manda. Eſt locumtenentem ſuum facere, vt verbo vulgari vtar. Itaque is, cui mandata eſt iuriſdictio, habet iuriſdict. & imperium quod cohæret, &c. l. 1. de offic. eius cui mand. Poteſt exequi ſententiam, quoniam executio illa eſt iuriſdictionis. l. iubere caueri. de iuriſdict. Iudex datus habet tantum cognoſcendi & iudicandi facultatem, ſine iuriſdictione aut imperio. l. à iudice. C. de iud. Iudiciario munere fungitur. Non poteſt exequi ſententiam ſuam. l. à diuo Pio. in princip. infra eod. Aliæ differentiæ colliguntur ex aliis locis: ego quaſdam ſtrictim commemorabo. Is, cui mand. iudicem dare poteſt. l. cum prætor. de iudic. At non poteſt mandare. l. more. de iuriſdictio. Alia differentia, is cui manda. iudicem dat, l. cum prætor. at iudex datus iudicem non dat. d. l. à iudice.

Alia differentia, ex l. 1. infra quis à quo appell. A locumtenente Bailliui, non appellatur Bailliuus, quia idem eſſe intelli-

telligitur: ſed ſi iudicem dederit Baillivus, poteſt ad eum appellari, ſi ius Rom. ſequamur, & veterem Galliæ morem. Nam hodie locum tenentes magiſtratus ſunt regij. Ex iam dictis apparet aptum & idoneum exemplum eſſe de iudicibus datis, qui non habent iuriſdictionem, ſed cognitionem de quavis alia cauſa, quæ non eſt iuriſdictionis, id eſt, propria magiſtratus, qui iuriſdictioni præeſt. Vulgares interpretes, qui fere antiquitatis ſunt rudes, nullum poſſunt idoneum exemplum afferre: nam ineptum eſt quod dicunt de arbitro cōpromiſſario. Ex arbitri ſententia hoc iure non datur actio iudicati, l. 2. ſupra de arbitr. Conſtitutionibus quidem Iuſtiniani datur actio ex quibuſdam cauſis, l. ne in arbitris. l. cum antea. Cod. de arbitr. Si homologia acceſſerit. Sed abſurdum eſt verba Vlpiani ſic interpretari, vt ad novas illas conſtitutiones referantur.

Ad §. Si iudex.

PRÆLECTIO VIII.

Hic etiam locus pertinet ad interpretationē edicti: Condemnatum in edicto accipimus recte. &c. §. condemnatum. ſupra. Si ſententia non contineat certam quantitatem, non dicitur recte condemnatus. C. de ſenten. quæ ſine certa. Inde quæritur, ſi vt quod habet ex teſtamento, &c. Certum eſt propter demonſtrationem teſtamenti. l. certum. de reb. cred. Similis eſt locus de ſententia. l. in ſententiis. 59. Similia exempla reperiuntur in teſtamentis, & contractibus. l. aſſe toto. 77. de hæred. inſtit. Quem hæredem codicillis fecero, hæres eſto. l. ſi ita ſcripſero. 38. de cond. & demonſ. Quantum codicillis Titio legavero. l. hæc venditio. §. huiuſmodi. de contrahen. empt. Quanti tu eum emiſti. Quantum pretij in arca habeo, l. vbi autem. §. illud. Vinum vel triticum quod in horreo eſt, &c. ff. de verb. oblig. Ex iam dictis colligitur certam dici ſententiam, quæ refertur ad acta, aut ad ſcripturam quæ apud acta probata eſt l. 3. C. de ſentent. quæ ſi. cert. quāt. l. in ſententiis. infra hoc tit. Credibile eſt Vlpia. loqui de teſtamento quod prolatum fuit in iudicio, aut ſaltem quod reus confeſſus eſt, &c. Confeſſio eſt ex actis iudiciariis. Hic nectunt nodos plerique. Dicunt videri incertitudinem. quia non pronuntiet iudex, vt quod eſt relictum, &c. ſed quod habet. Hæc autem longe lateque differunt: quia fieri poteſt, vt non habeat quod ſibi relictum eſt. l. Imperator. 72. de leg. 2. Poſſumus reſpondere non fuiſſe hic controverſiam an haberet, &c. forte non inficiabatur ſe habere. Deinde etſi non habeat rem legatarius, tamen cogitur cedere actionibus ſuis. d. l. Imperator. Cod. de edend. non male dicitur reſtituere quod habet. Annotandum eſt igitur ſententiam non valere, quæ non continet certam quantitatem. C. de ſentent. quæ ſine certa quant. §. curare. Inſtit. de actio. Proprium eſt ſententiæ, quod dubium eſt, cōtroverſum, incertum. obſcurum, id certum & clarum reddere. Hoc maxime pertinet ad officium iudicis. §. curare. Inſtit. de act. etiam ſi de incerta quantitate actum ſit. nam plerunque incerta petitio admittitur: ſed nihilominus certa ferenda eſt ſententia. Vt ſi quis petierit condemnari, quantum ex bona fide præſtari oportet: certam tamen quantitatem iudex definire debet. Quid autem ſit certum aut incertum, facti magis quæſtio eſt, quam iuris. Nec facile poteſt in vniverſum definiri. argum. leg. mora. de vſuris. Hoc relinquitur iudicandum boni & prudentis viri arbitrio. Exempla tamen aliquot proponi vtile eſt docendi cauſa, de quibus probabilis eſt dubitatio. Quæritur, an valeat hæc ſententia: Solue quod debes. Quidam exiſtimant valere, ſi ex actis probatoriis appareat, quantum debeatur. Moventur argumento ducto ex hoc capite, & ex leg. in ſententiis. Sed verius mihi videtur hanc ſententiam non valere. Movet me in primis, quod Vlpian. alibi hoc exemplo demonſtrat, incertam ſententiam non valere. l. quid tamen. §. Pomponius. de recept. arbir. Quantum ei debes, redde. Nec diſtinguitur an ex actis appareat, quantum debeatur: nam iudicis eſt pronuntiare, an debeatur. Quomodo ſolebant olim iudices pronuntiare, vt dixi ad l. 1. hic. Ita eſſe, aut non eſſe. l. 1. quæ ſentent. ſine appell. alias incertum eſt, quanta fides habenda ſit teſtibus, aut tabulis. l. 3. de teſtam. l. Lucius. de his qui not. infra. Totum hoc pendet ex prudentia iudicis. Cicero pro Fonteio. Nec nos movere debet quod hic dicitur. & in l. in ſententiis, hæc enim ſimilia non ſunt. Maior eſt incertitudo in hac ſententia, Quod debetur ſolue. In hoc exemplo apparere poteſt ex nuda inſpectione teſtamenti, quid relictum ſit, nec opus eſt alia inquiſitione. Sic etiam in exemplo l. qui ſententiis, poteſt apparere ex formula petitionis. Sed quantum debeatur non cognoſcitur ex ſola inſpectione, & lectione actorum, vel teſtamenti: multa plerunque examinanda ſunt tam de iure, quam de facto. Similis diſtinctio extat in l. vbi autem. §. illud. de verbo. oblig. Stipulatio hæc certa eſt, Vinum, aut triticum quod in horreo eſt dare ſpondes. Hæc eſt incerta, quod mihi Seius debet: Quod ex teſtamento mihi debes. Quamuis hæc ſit certa, Quod ex teſtamento mihi relictum eſt: facilius & expeditius eſt cognoſcere quid relictum ſit, quam quid debeatur. Ex iam dictis apparet falſum eſſe quod Barto. & cæteri aiunt valere hanc ſententiam, Condemno ſi eſt probatum, &c. Stulta eſt & inepta hæc pronuntiatio, vt ex ſuperius dictis conſtat. Sueto. ſcribit in Claud. Cæſar. Claudium Cæſarem ita pronuntiaſſe, ſecundum eos ſe ſentire, qui vera propoſuiſſent. Et ait eum contemptui habitum eſſe, nec immerito, cum nihil poſſit ſtultius pronuntiari, nihil ab officio iudicis alienius. Quid ſi iudex ita pronuntiaverit, Vt reſtituatur poſſeſſio adverſario, quam habebat tempore litis motæ? Receptum eſt hoc genus pronuntiationis cap. vlt. de reſt. ſpol. in decre. Nec tanta hic eſt incertitudo, vt in ſuperioribus exemplis: nec facile eſt iudici ita pronuntiare. Facit §. curare. quantum ei poſſibile eſt. Male tamen Accurſius, & Accurſiani putant iudicem ita pronuntiare, vti poſſidetis ita poſſideatis, &c. l. 1. C. vti poſſid. quia non dirimit controverſiam, &c. Verba hæc ſunt prætoris iudicem dantis, non iudicis pronuntiantis. Theophil. Inſtitut. de interdict. in prin. Item receptum eſt, vt pronuntietur generaliter de expenſis litis, fructibus, acceſſionibus. l. terminato. C. de fructib. & lit. expen. §. 1. Inſtit. de offic. iud. Deinde in executione ſententiæ inquiritur quantum impenſum ſit, vel quantum perceptum ſit fructuum, &c. Item iudex pronuntiat hæredem Titium eſſe pro tertia parte, &c. l. non poſſumus, ſupra ſi pars hæredit. pet. non poteſt aliter pronuntiare. §. curare, quantum poſſibile eſt. Sic pronuntiat, decem aut noxæ dedere. l. miles. infr. eod. Stichum aut Pamphilum dandum eſſe. Talis eſt petitio, §. huic autem. de action. Nec aliter poteſt iudex pronuntiare, quia reus non cogitur eligere ante ſententiam, argu. l. miles. infra. Sufficit eam certitudinem eſſe, quam rei & cauſæ natura exigit. Adde ſupradictis, quod in re dubia, & incerta iudex interdum pronuntiare poteſt ſibi non liquere, l. Pomponius. 36. infra. hoc quomodo accipiendum ſit nos ad eam legem dicemus.

Ad l. Miles. 6.

PRÆLECTIO IX.

Hic locus continet interpretationem edicti, Condemnatus vt pecuniam ſoluat, &c. Ex verbis edicti oritur quæſtio, Quid ſi reus condemnatus non habeat vnde ſoluat totum quod debet, videtur totum exigi debere ex verbis edicti. Iudicati detinentur carcere donec ſoluerint, l. 1. Cod. qui bon. ced. poſſ. dicemus ad l. ſi verbum. infra eod. Sed excipiuntur quædam perſonæ, de quibus ad l. ſunt qui in id. inf. Huius generis eſt miles: ius ſingulare eſt propter favorem militiæ. Nam & alia pleraque privilegia reperiuntur eis conceſſa eſſe præſertim ſub tit. de teſt. milit. Hinc variæ quæſtiones exiſtunt: & quæritur inprimis, an hoc beneficio vtantur advocati, doctores, clerici, qui milites dicuntur. Et vulgo id receptum video: quia militum appellatione continentur. l. advocatum. C. de advoc. diverſ. l. fori. eod. tit. de magiſtris & doctoribus. l. vlt. C. de inoff. teſtam. Mihi autem hæc opinio probari nunquam potuit, nec etiam vſu recepta eſt. Nam Vlpian. hic loquitur non de quavis militia, ſed de armata tantum: nec credibile eſt fruſtra hoc adiectum eſſe. Deinde ius ſingulare non eſt facile producendum ad conſequentiam, etiam ſi eadem forte ſit ratio. leg. quod vero. ſupra de legibus. Simile eſt quod dicitur in lege 1. Cod. de iuris & fact. ignor. Miles exceptionem peremptoriam opponit poſt rem

iudicatam, propter ſimplicitatem armatæ militiæ. loquitur nominatim de armata militia: non de hac inermi, & togata: ſic eam vocare ſoleo, alij malunt literatam appellare, ex l. proximos. C. de proximis ſacro. ſcrin. Sed ego alias admonui, hoc verbum accipiendum de iis, qui ſcriptioni dant operam. Scripſi lib. 1. diſput. cap. 3. Quid de clericis dicemus? Nam & hi militibus comparari ſolent, l. ſacroſanctæ. C. de epiſc. & cler. Sed durum eſt hoc ius ſingulare extendere interpretatione, vt iam dixi, cum præſertim verba adeo plana ſint, & perſpicua. Non loquitur ſimpliciter de militia. Præterea iure pontificio cedunt, quod fruſtra fieret, niſi totum ab eis exigi poſſet, cap. Odoardus. de ſolut. Scio variam eſſe interpretationem conſtitutionis illius pontificiæ, verum breuiter narro, quod mihi probabilius videtur, quodque etiam magis probatum cæteris video. Huc pertinet quod dicitur in cap. peruenit. de fideiuſſo. in Decretal. de reditibus clericorum ſoluendum eſſe quod debetur creditoribus. Moribus tamen noſtris eſt receptum vt bona eorum mobilia capiantur. Sed de eo dicemus ad l. à diuo Pio. hic. Exiſtimo tamen, vbi magna, & euidens eſt vtilitas, quod ſcriptum eſt de militibus produci poſſe ad clericos: vt in quæſtione illa vulgari, an clericus poſſit donare concubinæ. nam dubium non eſt, quin alias donatio collata in concubinam valeat, l. affectionis. de donatio. ff. Sed excipitur miles, l. 3. C. de donat. inter vir. & vxor. Milites meos à focariis ſuis fictis adulationibus ſpoliari nolo. Idem de quacunque muliere, in quam turpis ſuſpicio poteſt cadere. leg. miles ita. §. mulier. ſupra de milit. teſtam. An ad clericos porrigi debeat, quæritur. Ego vtilitate præſentis tẽporis motus ſæpe reſpondi ex facto donationem non valere. Et eo facilius admittitur ea interpretatio, quia in illis legibus nihil exprimitur nominatim de armata militia. Deinde ait Vlpian. Stipendia meruerit. Ex quo apparet honorarios milites, & titulotenus hoc beneficio frui non debere. arg. leg. qui ſub prætextu. C. de ſacroſanct. eccleſ. Non aſſentior tamen Accurſio, & cæteris, de eo qui in caſtris contraxit, &c. Nam verba Vlpiani concipiuntur in præteritum tempus, qui meruit, &c. Nec contrarium eſt quod dicitur de teſtamento, l. pen. Cod. de teſtam. milit. Nam alia ratio eſt teſtamenti: quia in caſtris & expeditione non facile eſt militi ſolennitatem adhibere, &c. Ergo locus eſt huic beneficio, & ſi miles amplius in expeditione non ſit. Hoc accipe niſi ignominia miſſus ſit. l. teſtamenta eorum. ſupra de milit. teſtam. l. qui cum vno. §. ignominia. de re milit. l. milites. §. miſſionum. eod. tit. Sequitur, Eatenus qua facere poteſt. Hæc verba interpretatur Vlpia. in l. in condit. de reg. iur. Non totum quod habent extorquendum eſt, ſed ipſarum ratio habenda, ne egeant. Sumpta ex l. ſunt qui. Vlp. lib. 63. ad edict. non cogitur, &c. Quid ſi vltro ſoluerit? Exiſtimo repetere non poſſe, l. nam & maritus. de cond. indeb. Sed de his plenius ad l. ſunt qui. hic.

Ad §. *Decem.* Locus eſt pertinens ad interpretationem edicti, Condemnatus vt pecuniam ſoluat. Quid debeatur, debetur id quod in condemnationem deductum eſt. Tamen ſi quis ſit ex cauſa noxali damnatus, liberatur noxæ dedendo. * Quid ergo ſi iudex ita pronuntiauerit, decem, aut noxæ dedere. Hæc enim eſt ratio pronuntiandi vſitata, Inſtit. de offic. iud. in princ. Quid poſſit exigi actione iudicati, ait Vlpian. decem tantum in obligatione eſſe. Actor igitur recte decem petet. Quamuis alias illud aut illud peti debeat diſiunctim, §. huic autem, Inſtit. de action. Verum cum ita iudex pronuntiat, non intelligitur mutare naturam obligationis. Videtur hæc verba cuiuſdam declarationis cauſa adiecisse, vt admoneat poſſe liberari reum noxæ dedendo. Hoc autem beneficium habet reus, donec iudicati actione conueniatur. l. idem veniunt. §. idem recte. de petit. hæred. Proprium hoc eſt actionis noxalis: alias id quod eſt in ſolutione, poteſt ſolui vſque ad litem conteſtatam in cauſa principali l. ſi quis ſtipulat. fuer. decem in melle. de ſolutionibus. Oppon. l. Paulus reſpondit. infra. Species diſſimilis eſt: diſſimilitudo ibi à nobis declarabitur. An idem dicemus, ſi quis ſtipulatus ſit decem, aut noxæ dedere? Ait Vlpian. vtrunque deberi ſub alternatione, & alterutrum peti non poſſe. §. huic autem. Inſtit. de actio. Stipulatio mutat naturam obligationis, non ſententia. Ratio diuerſitatis, quia in ſtipulationem ſingulæ partes per ſe veniunt. Siue quis ſtipuletur decem, ſiue noxæ dedere, valet ſtipulatio. At ſi iudex pronuntiet ſimpliciter noxæ dedere, non valet ſententia, contra ſolitum iudiciorum ordinem. Inſtit. de offic. iud. in prin. Dixerit aliquis, Quid refert an dicamus eſſe in obligatione, an in ſolutione? Nam ſemper debitoris eſt electio. l. plerunque. de iur. dot. ſiue ſit ſententia, ſiue ſtipulatio. Ideo inanis videtur eſſe hæc diſputatio. Reſpondeo, otioſam non eſſe hanc diſputationem, primum propter rationem petendi: ex ſententia petuntur decem ex ſtipulatione vtrunque. Deinde ſi poneremus ex ſententia vtrunque deberi, ſicut cum quis ſtipulatur illud, aut illud, mortuo altero non liberaretur reus, l. Græce. §. ſi quis Stichum. de fideiuſſor. Hic autem mortuo ſeruo liberatur reus. l. ſi plurimum ſeruus §. vl. de noxal. Vtrunque non eſt in obligatione principaliter, ſed pecunia debetur propter ſeruũ, quia eſt in ſolutione tantum.

Ad §. *Qui iudicati.*

PRÆLECTIO X.

INterpretatio edicti, *Actionem dabo, &c.* Ideo datur actio, quia inciuile eſt propria auctoritate res capere, &c. hæc actio dicitur iudicati. Hoc nomẽ ſortita eſt à iudicato, quia datur ex iudicato. Accurſ. ait in factum agi, quaſi nulla ſit propria actio. Sed proprium nomen eſt huius actionis id, de quo iam diximus: non minus quam ex empto, ex ſtipulatu, ex teſtamento: nam ita loquuntur paſſim Iureconſulti. itaque non eſt neceſſe confugere ad actionem in factum, l. 1. ſupra de præſcrip. verb. Mouit autem Accurſ. lex, actoris. Cod. de reb. cred. Ad ſimilitudinem iudicati actio in factum competit. Verum illa lex magis iuuat contrariam opinionem. Oſtendit in factum agi ex iureiurando, ſicut agitur iudicati ex ſententia. Iuſiurandum ſimile eſt quadantenus rei iudicatæ, ſed differt tamen, l. 1. & 2. ſupra de iureiur. Actio ex ſententia arbitri eadem ratione dicitur in factum, leg. cum antea. C. de arbi. non per omnia ſententia eſt, leg. quid ergo. §. ex compromiſſo. de iis qui not. infa. Oppon. l. ſi familiæ. Cod. famil. erciſc. Vbi cohæres cohæredi tenetur re euicta, actione præſcriptis verbis. Reſpondeo rebus diuiſis, & traditis hinc inde factam eſſe executionem, &c. ideo iudicati non agitur, ſed agitur ex ſtipulatu, ſi fuerit interpoſita ſtipulatio de euictione, &c. Qua ratione cautiones interponuntur in executione nonnunquam, l. 5. de verb. oblig. Si non fuerit interpoſita ſtipulatio, videndum eſt, an contractus ſit nitus, ex quo aliqua competat actio, ſicut in ſpecie l. ſi familiæ. ſi famil. furt. feci. dic. Contractus quidam eſt nomine proprio carens, & quaſi quædam permutatio rerum: ideo præſcriptis verbis agitur. Hodie non eſt magnopere laborandum de nomine actionis: agi ſolet in factum, non expreſſo nomine, &c. Eſt autem vtilis admodum hæc actio. Primum, quia non quæritur niſi an iudicatum ſit. l. poſt rem. 56. hic. Sicut in actione ex iureiurando, §. item ſi quis poſtulante. Inſtit. de actio. Alia vtilitas eſt, quia per hanc actionem petitur executio ſententiæ. arg. l. cum antea. C. de arbitr. Quod accipiendum eſt ſecundum tempora Iuſtin. quia magiſtratus tunc cognoſcebãt, & actiones apud eoſdem inſtituebantur, qui & poterant exequi ſententiam: ante illud tẽpus non erat eiuſdem & iudicare, & exequi. Iudices dati à prętore cognoſcebant: iidem non exequebantur, l. à diuo Pio. infr. eod. Adibatur magiſtratus, qui extra ordinem exequebatur ſententiam, l. ſi pignora. de euict. Dicemus ad l. à diuo Pio. an ſit neceſſarius ordo iudiciarius, & quæ cauſæ cognitio, dicemus alio loco magis idoneo. Hinc annotandum eſt, non ſufficere ſententiam, ſed neceſſariam eſſe executionem eiuſdem per magiſtratum, &c. Vim facit, qui auctoritate ſua, &c. Simile eſt quod dicitur de contractibus in l. ſi ex ſtipulatione. ſupra de acq. poſſeſ. Receptum tamen eſt, licere victori rem capere iudice permittente: quia tunc non videtur id facere authoritate ſua, l. non videtur. §. qui iuſſu. de reg. iur. hæc ſententia confirmatur duobus locis: vnus eſt in l. dotis. C. ſol. matr. Ingrediendi in poſſeſſionem rerum dotalium ſine authoritate competentis iudicis, nullam habes facultatem. Alter eſt in l. pignoris. Cod. de pign. act. Creditor citra conuentionem aut præſidialem iuſſionem, res debitoris arbitrio ſuo auferre non poteſt. Non vi-

Non videtur tamen permittendum, vt poſſidenti, ac reſiſtenti vim adferat. argumento l. non eſt ſingulis. de reg. iuris. Obſeruantur aliqui caſus, in quibus executio ſententiæ non eſt neceſſaria: veluti ſi ſententia contineat abſolutionem. Sufficit exceptio rei iudicatæ, de qua titul. eſt infra ſeparatus ab hoc titulo, argumen. eſt l. 1. §. ſi debitor. vt in poſſ. leg. Si debitori liberatio ſit relicta, non eſt exigenda cautio: quia habet penes ſe legatum, &c. exceptione doli vti poteſt. Et ſane prætor in edicto loquitur de condemnato, l. 4. ſupra. idem in pronuntiatione, aut declaratione iuris alicuius, in quo factum nullum requiritur. Prætor loquitur de eo, qui pecuniam ſoluere debet. Si iudex pronunciauerit Titium dominum eſſe, &c. in actione reali, l. Pomponius, de procur. hæc ſententia trahit ſecum executionem, niſi de poſſeſ. transferenda agatur. Puto tamen vtilem hic eſſe actionem iudicati, & competere ex edicto. argumen. l. nã poſtea. §. vlt. de iureiur. Vtile hoc eſt victori, ne denuo cogatur probare ſe dominum eſſe. Sed interim pro domino habetur, abſque vllã executione, l. ingenium. ff. de ſtat. hominum, l. res iudicata. de reg. iur.

Ad §. iudicati.

PRÆLECTIO XI.

COEpta eſt diſputatio de actione iudicati: pergit Vlpian. & ait eam perpetuam eſſe. huiuſmodi quæſtiones fere tractantur de quacunque actione, an ſit perpetua, an temporalis: an rei perſecutionem contineat, an pœnam: an tranſeat ad hæredem, &c. Dubitatio autem probabilis eſt in actione iudicati: quia videtur naturam retinere veteris actionis ſuper qua iudicatum eſt. Quæ modo temporalis eſt, modo perpetua eſt, &c. Diſtinguuntur actiones ciuiles à prætoriis. Inſtitut. de perpet. & temp. leg. in honorariis. 34. de oblig. & act. Vlpian. hic oſtendit hanc actionem propriam naturam habere: nec refert qualis fuerit vetus actio. Quod apertius declaratur l. 3. §. idem ſcribit. de pecul. Non origo, inquit, ſpectanda eſt, ſed ipſa iudicati velut actio. In iudicio quaſi contrahitur. Simile eſt, quod dicitur de conſtit. pecun. l. item illa. §. quod adiicitur, de conſtitut. pecun. Si obligatus actione temporali conſtituerit, &c. Oppo. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ſupra ſi quis cautio. actio ex ſtipulatu quæ ſurrogatur in locum actionis iniuriarum, naturam eius retinet: non tranſit ad hæredem. Reſpondeo, hæc diſſimilia eſſe, vbi ſtipulatio Iudicio ſiſti, interponitur propter actionem, quæ ad hæredem non tranſit: & ipſius litis experiendæ gratia. Quid opus eſt, iudicio ſiſti eum, in quo iudicio damnari non poteſt? Etiam dictis naſcitur quæſtio, an per ſententiam fiat nouatio, ſi ſententia continet condemnationem: nam de abſolutione non dubitatur. Et certum eſt proprie nouationem non fieri, quia manet vetus obligatio. l. 1. infra eod. de nouat. Sed poteſt dici nouatio, quia veteri obligationi noua accedit. leg. aliam. de nouat. huc pertinet quod dicitur in leg. nouatione, de nouat. & in leg. lite. de vſur. Quas duas leges coniungo, vt olim coniunctæ fuerunt apud Paulum lib. 57. ad edictum. Ex illis legibus coniunctis duco argumentum: Nouatione facta vſuræ non currunt, lite conteſtata vſuræ currunt. Ergo litem conteſtando non fit nouatio. Sed plenius de hac re tractatur ad leg. 1. C. de iudic. Quæritur etiam, an hæc actio ſit ciuilis, an prætoria. Plerique dicunt actionem prætoriam eſſe, quia oritur ex edicto prætoris. l. 4. ſupra eodem. Quod ſi admittamus, nulla erit actio non prætoria: edicto prætoris continentur omnes actiones. l. 2. §. eodem tempore. de reg. iuris. Prætor actiones dabat, etiam quæ ex legibus competerent, actionem dabo, &c. Dabat autem quaſdam legibus, & iure ciuili: alias ipſe nouas introducebat. Scripſi ad l. iuriſgentium. de pact. Qui hoc non intelligunt, magnis erroribus ſæpe implicantur. Ergo non iudicatur actio prætoria, ex eo quod datur à prætore, vel prætoris edicto proponitur, Si veteres leges extarent, non laboraremus. Sed credibile non eſt rem tantam quæ ad iudiciorum executionem pertinet, legibus omiſſam eſſe. Illud etiam argumento eſt, quod dicitur perpetuam eſſe, & ad hęredem tranſire, &c. Hæc ſunt ſigna actionum ciuilium propria. Inſtitut. de perpet. & tempor. deinde lege 12. tabul. licebat iudicatum ducere in carcerem. docet Gellius lib. 20. cap. 1. Multo magis aduerſus eum experiri iudicio; quod ciuilius ac humanius eſt.

Ad l. Intra. 7.

CAius interpretatur edictum prætoris de tempore. Nam fuit facta mentio temporis in edicto. dixi ad leg. 4. §. ſi quis condemnatus. ſupr. Naſcitur ergo quæſtio ex edicto, an interim poſſit reus ſoluere, vel ſe aliter liberare. Pone ita, condemnatus intra dies 30. ſoluere debet. Et ait Caius poſſe: quia pro iudicato, &c. l. quod fauore. C. de legib. interpretatio eſt ex mente legiſlatoris, quamuis ſubtilitas verborum repugnare videatur. l. ſcire leges. de legibus. Hi loci communes obſeruandi ſunt, qui ad interpretationem pertinent: in qua verſatur ars noſtra. Facit lex, quod in diem, de ſolut. l. ſi ita relictum. §. Pegaſus, de leg. 2. Et eſt locus proprius de hoc tempore iudicati in l. ſi cum militi. §. cum intra, de compenſation. Opponitur compenſatio etiam intra diem iudicati.

Ad l. Si homo. 8.

LOcus de officio iudicis in pronuncianda ſententia. Certum eſt officium iudicis hoc eſſe, vt debentem condemnet, non debentem abſoluat. §. 1. de offic. iudic. Inſt. Inde quæritur, ſi homo petitus, &c. Dubitatio hinc oritur, quia interitu liberatur debitor, ſine culpa ſua. l. ſi ex legati cauſa. 23. de verb. obli. l. quod te. de reb. cred. Quare videtur abſoluendus eſſe. Facit §. vltim. Inſti. de perpet. & temp. Paulus tamen ait, abſolutionem non eſſe faciendam, &c. Sententia ferenda eſt, non propter rem, ſed propter fructus rei. Duo ſunt alii ſimiles loci eiuſdem Pauli: vnus eſt in l. ſi ſeruus, infra iudic. ſol. An fideiuſſores pro lite dati teneantur, dubitatur, quia nulla iam res ſit. Expedit fructuum nomine rem iudicari.

Alter locus eſt in l. vtique. de rei vindic. Vtiq; mortuo homine, neceſſaria eſt ſententia, propter fructus, & partus, & ſtipulationem de euictione. Hic mihi videtur eſſe verus ſenſus, quamuis alii plerique aliter interpretentur. Quorum obiectis reſpondendum eſt. Primum obiicitur litem hic conteſtatam fuiſſe, ideoque reum non liberari mortuo homine. d. l. ſi ex legati cauſ. Itaque dicunt iſti condẽnandum eſſe reum ad æſtimationem hominis, & fructus: quam ſententiam adiuuat lectio Florentina. Sed fructuum hic fit mentio, quaſi dubitatio aliqua fuerit de fructibus. Hoc argumentũ magni eſſet ponderis, ſi verum eſſet, moram ſemper fieri lite conteſtata. Qui probabilem habent cauſam ad iudicium prouocandi, non dicuntur moram facere. l. ſi quis ſolutioni. de vſur. l. paratum. eod. tit. l. qui ſine dolo. de reg. iur. forte ſucceſſit in locum debitoris is, qui conuenitur: & ideo iuſtam habet ignorantiæ cauſam. l. qui in alterius, eod. Aliud obiectum: Actione principali non ſubſiſtente, de fructibus cognoſci, aut iudicari non poteſt, l. eos. C. de vſur. l. 4. C. de poſſ. l. qui per colluſionem. de act. l. centum Capuæ. de eo quod cert. l. terminato. C. de fruct. Reſpondeo, homine ſoluto aut mortuo, non poteſt inſtitui actio. Sed cœpta actio durat, nec finitur inſtantia, &c. hinc apparet quam diſſimilia hæc ſint. Hoc receptum eſt propter vtilitatem, cum lis cœpta erat. Aliud obiectum. Repugnantia hæc videntur eſſe: non deberi æſtimationem, quaſi mora facta non ſit, & deberi fructus, quaſi mora facta ſit. Reſpondeo, quantum ad fructus attinet, eos deberi indiſtincte poſt litem conteſtatam. l. videamus. de vſur. l. cum fundus. de reb. cred. Nec diſtinguitur an reus iuſtam habuerit cauſam litigandi, l. ſed & ſi lege. §. ſi ante. de petit. hęred. Sed non ideo tenetur reus ad æſtimationem poſt interitum rei. Ratio diuerſitatis afferri ſolet, quia prudentis hominis eſt lite mota conſiderare euentum iudicii, qui dubius eſt, & fructus conſeruare, &c. Quæ ratio ceſſat cum agitur de periculo interitus. Nec debet propter metum huius periculi temere indefenſum ius ſuum relinquere. l. illud. ſupr. de petit. hæred. De ratione pronuntiandi quæritur apud Accurſ. Et certum eſt ita pronunciandum, vt reus non æſtimationem præſtet, ſed fructus, &c. Poteſt pronunciare, ſe ideo condemnare ad fructus, quia conſtat reum debiturum fuiſſe hominem, ſi non deceſſiſſet lite conteſtata. Summa, Mortuo homine poſt litem conteſtatam, non finitur inſtantia, ꝑpter fructus, &c. Nã ſũmarium hic vitioſũ eſt.

LL

Ad l. furioſo. 9.

PRÆLECTIO XII.

Locus de officio iudicis in ferenda ſententia: & pertinet ad interpretationem edicti, *Condemnatus &c.* l.4.§.condemnatum.ſupra. Quæritur, an valeat ſententia pro furioſo dicta. Certum & indubitatum eſt in furioſum non valere: quia eſt abſentis loco. l. de vnoquoque. infra eod. l.2.§. furioſus. ſupr. de iur. codicil. ſed dubitatur de ſententia pro furioſo dicta. Ait Iureconſul. ne furioſo quidem dici poſſe. quod pleriſq; durum videtur: nam quod fauore furioſi conſtitutum eſt, non debet in eius perniciem conuerti, l. intra. ſupra. Quare nonnulli interpretantur etiam idem in eum: ſed vis verborum repugnat huic interpretationi. Ego adhuc iuuenis ſic interpretatus ſum, quaſi iudex furioſus non poſſit ſententiam dicere. l. cum furioſus. 39.ſupr.de iudic. Sequebar regulam, quæ traditur de ambiguitate explicanda, l. in ambigua. ſupra de legib. Nunc mihi probabilior videtur recepta interpretatio, ſententiam pro furioſo dictam non valere: conuenit enim proprietati verborum, nec aliena eſt à ratione. Nam furioſus habetur loco abſentis, d.l.2.§.furioſus.de iur.codicil.l.diem.§.coram.de recept. arbit. Abſenti autem ſententia non recte dicitur, l.certum.§.ſi quis abſente. infra. de confeſſ. Hic locus me ſententiam mutare coegit. Magis hic reſpicimus ad ſolennem ordinem iudiciorum, quam ad commodum litigatoris vel furioſi. Ordo iudiciorum ſeruandus eſt, leg. prolatam. C. de ſentent. & interlocut. Hodie ſententia dicitur pro abſente, qui rite vocatus eſt ad iudicium: ſi appareat ex actis eum bonam cauſam habere. Hoc eſt inductum noua conſtitutione Iuſtiniani, l. properandum. §. ſin autem. C. de iudic. ea conſtitutio eſt edita Lampad. & Oreſte coſſ. Eſt & alius caſus, in quo ſententia fertur abſente accuſatore, l. quamuis indubitati. C. de adulter. Miles ab excubiis euocandus non eſt. Oppon. l. non eo minus. C. de procurat. Sententia valet pro fœmina minore, quæ defenſa non fuit in iudicio: Minoribus ætas in damnis ſubuenire, non in rebus proſpere geſtis obeſſe conſueuit. Idem & de furioſo dicendum videtur, quia comparatur minori, l. Fulcinius. §. plane. quib. ex cauſ. in poſ. eat.

Reſpondeo, aliam eſſe cauſam furioſi, quam adoleſcentis. Furioſus habetur loco abſentis omnino, vt iam dixi: minor adultus non poteſt dici omnino abſens, cum ipſe cauſam ſuam, vel per ſe, vel per alium defendit. d.l. non eo minus. Furioſus comparatur pupillo & infanti, magis quam adulto. dict. leg. Fulcinius. §. plane. pupillus infans nullum intellectum habet. l. pupillus. ſupra de acq. hære. Ideo recte comparatur furioſo, quamuis non omnino ſimilis ſit. Eſt aliqua differentia pupilli & furioſi. l. in negotiis. de reg. iur. Furioſus nullum negotium contrahere poteſt: pupillus omnia negotia tutore auctore agere poteſt. Pupillus aliquem habet intellectum, ſi infantiam exceſſerit, furioſus nullum. l. furioſi. de reg. iur. Et eſt illa regula ſumpta ex leg. pupillus. de acq. hæred. Apparet ex inſcriptione capitum, Paulus lib. 2. ad Sabinum. Præterea opponitur l. ſi à furioſo. 23. infra de oblig. & act. l. ſi à furioſo, de reb. credit. vbi acquiritur obligatio furioſo ex quaſi contractu. Vnde videtur idē dicendum in ſententia. Iudicio quaſi contrahit. l. 3. §. idem. de pecul. Reſpondeo furioſo acquiri obligationem, ex qua cauſa acquireretur abſenti & ignoranti, dict. leg. ſi à furioſo. Id accidit interdum vt acquiratur abſenti & ignoranti obligatio: ſed in ſententia id locum non habet, quia publice expedit ordinem iudiciorum ſeruari, d.l. prolatam,

Ad l. Qui cum ſe. 10.

Locus eſt pertinens ad interpretationem edicti. Quæritur quid ſoluere, & quantum debeat condemnatus. Dixi quoſdam eſſe, à quibus ſolidum non exigitur, l. miles. hic. Hic locus illi ſimilis eſt. Pro cuius declaratione ſciendum eſt, filiumfamil. ex omni contractu obligari, &c. leg. tam ex. de iudic. l. filiumfamil. de obligat. & act. l. ſi quis cum. de pecul. Excipitur mutuum, propter S.C. Maced. Item votum. l. ſi quis rem. §. voto. de pollicit. Si tamen filiusfamil. emancipatus ſit, aut exheredatus, non tenetur niſi eatenus quatenus facere poteſt. Id expreſſum eſt edicto prætoris, leg. 2. ſupra quod cum eo. l. & exheredatum. 49. infra eod. vbi id plenius declarabimus. Prætor autem edicto ſuo addit, *Cauſa cognita.* dict. l. 2. nam interdum condemnatur in ſolidum. Exemplum hic eſt, cum ſe patrefamil. mentitus eſt, &c. Idem dicitur in leg. 4. ſupra quod cum eo. Punitur propter mendacium ſuum. Hoc autem non eſt accipiendum de eo, qui falſo dixit ſe patremfam. fortaſſis aliquo errore ductus: ſed qui dolo & malitia fecit. Iureconſultus hic loquitur de eo, qui fingit. Quod verbum in malam partem accipitur: ſicut in l. 4. ſupra, quod cum eo. Mentiri nemo dicitur ſine dolo & fraude. Oſtendit Nigidius Figulus apud Gellium lib. 11. c. 11. Qui mentitur, ipſe non fallitur, ſed alterum fallere conatur: qui mendacium dicit, ipſe fallitur. Vir bonus præſtare debet ne mentiatur: prudens, ne mendacium dicat. Huc pertinet quod dicitur de vaſallo in lib. 2. feudorum. tit. 26. ſi de feu. defun. conten. ſit inter dominum. §. ſi vaſallus. Si vaſallus ſciens abnegauit feudum, illud amittit: ignoranti ſubuenitur: dubitans debet dubitanter reſpondere. Quæritur, an quod hic dicitur de mendacio, producendum ſit ad alios caſus. Receptum eſt producendum non eſſe: quod & mihi probatur. Nam ius ſingulare eſt, quod non debet extendi, l. quod vero. ſupra de legib. Caſus igitur iure expreſſi diligenter notandi ſunt, quibus ob mendacium quis ius ſuum amittit: veluti in l. ſed hoc ita. 22. infra eod. Si quis negauerit ſe ſocium eſſe, &c. Alius in leg. ſi dubitatur. §. ita demum. de fideiuſſor. Non permittitur beneficium diuiſionis, ſi negat ſe fideiuſſiſſe. Alius in l. vltim. ſupra de rei vindicat. Qui negat ſe poſſidere, transfert poſſeſſionem in aduerſarium. Alius in l. 1. C. ad Macedon. mentiens ſe patrefamil. amittit exceptionem Senatuſconſulti. Alii ſunt caſus, qui poſſunt legendo obſeruari: ſed non producuntur ad cōſequentiam, vt iam dixi. Non omnia quæ peccant homines, legibus complectuntur. Conueniens legiſlatores quędam hominum peccata, quę videntur ſanari facile non poſſe. Vnde dicitur in l. etſi quis. §. diuus. de relig. hæredem, qui prohibet funerari ab eo, quem teſtator elegit, non recte facere: pœnam tamen in eum ſtatutam non eſſe. Valeria lex apud Liuium lib. 10. Improbe factum videri. Sic de mendacio videtur dicendum eſſe. Tanta eſt vanitas in vita humana, vt omnia omnium mendacia non poſſint puniri ſine maximo incommodo. Adde quod ſcribit Seneca de actione ingrati.

Ad l. ſi alendis. 11.

PRÆLECTIO XIII.

Locus de officio iudicis, in pronuntiatione ſententiæ. Condemnat ad æſtimationem in obligationibus faciendi. l. ſi quis. infra eo. Cuius temporis habenda ſit ratio in æſtimatione ineunda: nam tempore mutatur, ac variatur æſtimatio, l. pretia rerum. 63. ad l. Falcid. Videtur ſpectandum eſſe tempus accepti iudicii, quia ſtrictum eſt iudicium. l. cum fundus. de reb. cred. Celſus tamen ait ſpectandum tempus ſolutionis, quod anteceſſit litem conteſtatam, quia eo tempore nouiſſimo ſolui potuit. Factum ſolui poteſt vſque ad calendas, poſt calendas pecunia eſt in obligatione, dict. leg. ſi quis. l. ſtipulat. non diuiduntur, 72. de verb obli. Poſt moram fit quædam transfuſio obligationis, &c. l. obligationum fere. §. vltim. de oblig. & act. Nec obſtat quod admittitur purgatio moræ vſque ad litem conteſtatam. l. ſi inſulam. de verbor. oblig. Id enim fit repugnante mero iure, propter æquitatem, & humanitatem. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. de verb. oblig. igitur à iure illo non recedimus, cum quæritur de æſtimatione, &c. hic mihi videtur eſſe ſenſus verborum. *Ex eo enim tempore, &c.* Idem alibi dicitur de obligationibus dandi. Si quis promiſerit dare vinum calendis. Interdum enim veniendū eſt ad æſtimationem: debitor forte non habet vinum, vel creditor non vult poſt moram vinum habere. Et hoc caſu ſpectatur tempus calendarum. l. vinum, ſupra de rebus credit. Idem dicitur in l. vltim. de cond. tritic. Quid ſi tempus adiectum non ſit? Iulia. ait in dict. l. vinum. ſpectandum eſſe tempus iudicii accepti. Idem in l. vltim. de cond. trit. Sed magna iuris varietas hic reperitur: nec vllus locus creditur difficilior explicatu in iure ciuili. Modo tempus litis conteſtatæ, l. vinum. modo tempus contractus, modo tempus rei iudicatæ, l. 3. de cond. tritic. leg. ratio. §. ſi per venditorem. de act. empt.

Vulgares interpretes ita nodum expediunt, vt dicant hæc omnia tempora ſpectari debere. Et eius temporis habendam eſſe rationem, quo res plurimi fuit poſt moram: vulgo dicunt, *Quanti plurimi.* Diſtinguunt tempus à quo, tempus ad quod. Interpretantur legem, vinum, de lite conteſtata: niſi vinum carius fuerit alio tempore. Sed hæc interpretatio manifeſte repugnat verbis Iuriſconſul. deinde iniquitatem continet, quia poteſt magnum ſpatium temporis intercedere inter moram, & ſententiam: nec poſſunt tamdiu res aſſeruari. Itaque nihil ad rem pertinet, quod adducitur ex leg. cum fundus. de reb. cred. l. præterea. de rei vind. vbi dicitur reſtituendum id eſſe, quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore ſolutus fuiſſet. In vtraque lege loquitur de fructibus & acceſſionibus, quas proculdubio habiturus eſſet, &c. Fructus qui proueniunt ex re quoque anno cedunt in vtilitatem poſſeſſoris, qui fruitur, quandiu manet ipſa res. Non eadem eſt ratio æſtimationis vini & frumenti: quia vinum non ſeruatur tanto tempore, &c. Sic etiam reſponderi poteſt ad leg. Iulianus. 17. de rei vindicat. vbi dicitur fructuum rationem vſque ad rei iudicatæ tempus ſpectandam eſſe. Longe diuerſa eſt ratio fructuum, quam æſtimationis in hac re: fructus colliguntur ſingulis annis quandiu res durat. Aliis quibuſdam argumentis vtuntur: ſed non magni ponderis ſunt, vt oſtendimus ad leg. vinum. Certe vſu forenſi recepta non eſt vulgaris opinio: repudiatur à iudicibus propter iniquitatem ac duritiem: dicunt ſe ius Romanum non obſeruare. Mihi etiam hoc commentum non probatur, quia non tantum ab æquitate mihi videtur alienum, ſed etiam à ſententia veterum iuris auctorum. Ne vulgaribus quidem interpretibus hoc probari exiſtimo: ſed in tanta difficultate nullum habent aliud perfugium. Ego quid ſentiam alias declaraui ad leg. vinum. & nunc quædam repetiturus ſum. Diſtinguere ſoleo iudicia ſtricta à bonæ fidei: ſicut diſtinguit Vlpianus in leg. 3. §. in hac. commod. African. leg. hominem. 37. mand. In ſtrictis ſi de tempore non conuenit, ſpectatur tempus litis conteſtatæ, l. vinum. l. vltim. de tritic. act. dict. le. 3. §. in hac idem in dict. leg. hominem. tempus quo agitur, petere, agere ad litem conteſtatam refertur, l. amplius non peti. rem ra. hab. Nec mirum eſt hic ſpectari tempus litis conteſtatæ, cum idem conſtitutum ſit de fructibus, & aliis acceſſionibus, dict. leg. cum fundus. l. videamus. 38. §. ſi actionem. de vſur. quia natura horum iudiciorum eſt, vt ſtricta interpretatio fiat. Certum tempus definitum eſt, puta litis conteſtatę: cuius habeatur ratio: quamuis aliquid interſit inter fructus, & æſtimationem, vt iam diximus. Si conuenerit de tempore, eius habenda eſt ratio, vt hic dicitur. Idem in dict. leg. vinum. dict. leg. vltim. de tric. act. Quamlibet ſtrictum ſit iudicium ſeruari debet: quod actum eſſe apparet ex conceptione verborum: l. quicquid. de verb. oblig. Oppon. Accurſ. l. cum quis 21. infra de obli. & act. vbi ſpectatur tempus contractus, non tempus ſolutionis. Variæ ſunt ſolutiones apud Accurſ. & alios. Ego ſemper exiſtimaui tunc id locum habere, cum fideiuſſor conuenitur ob moram rei. Mora rei nocet fideiuſſori. l. mora. 88. de verb. oblig. non tamen auget obligationem, l. centum Capuæ. de eo quod cert. loc. Si ſpectaretur tempus quo moram fecit reus, poſſet augeri obligatio fideiuſſoris. Mouet me, vt ſic interpreter quod ſumptum videtur illud caput ex leg. centum. Inſcriptio Afri. lib. 3. Quæſtion. hoc exemplum conuenit regulæ dict. leg. centum. Alię quædam antinomiæ hic reperiuntur. Vna eſt ex leg. fundi. de nouat. ſecunda ex leg. vbi. §. is autem. de eden. tertia ex l. 3. de tritic. act. quarta ex l. in re furtiua. de condict. furt. Sed de his diximus plene & accurate ad l. vinum. Puto excepta fuiſſe à multis, quæ ego tum dixi, vt repetitio non videatur neceſſaria eſſe. Oſtendi l. 3. accipiendam eſſe cum res ipſa mutata eſt, in l. vinum, &c. æſtimatio creuit, aut decreuit, ſtatu rei non mutato. Iniquum eſt debitorem liberari, qui reddit rem factam deteriorem poſt moram: idem ſi contra furem agatur. l. in furtiua. l. ex argento. l. pen. rer. amot. Nunc videndum eſt de bonæ fidei iudiciis. Mira hic varietas deprehenditur. Tempus rei iudicatæ. l. 3. §. in hac. commod. Tempus venditionis, aut condemnationis, l. 3. §. ſi per venditorem, de act. emp. Alibi dicitur creſcere obligatio, l. ſi ſterilis. eo. Alibi tempus quo ſolutum eſt, l. hominem. hæc varietas oritur ex natura bonę fidei iudiciorum. Latiſſima poteſtas. l. 1. de act. emp. §. in bonæ fidei. de actio. Inſtit. modo illud tempus, modo aliud: prout iudici æquum viſum fuerit. in l. 3. §. in hac. *rei iudicatæ*, id eſt, etiam rei iudicatæ. l. in ambiguis. de legib. Sic interpretatur Vlpian. dictum Seruii in leg. 3. de trit. act. Spectari condemnationis tempus, niſi res deterior facta ſit poſt moram. Sic in l. qui hominem. non quo agatur, id eſt non tantũ, quomodo ſæpe accipitur.

Ad l. in depoſiti. 12.

Locus de effectu ſententiæ referendus eſt ad titulum, Damnatus eſt depoſitarius, &c. propter dolum ſuum iuratum eſt in litem: iuxta l. in actionibus. de in lit. iurand. damnatus eſt non ad rem, ſed ad æſtimationem, &c. hæc æſtimatio, venditio quædam eſt. leg. 11. ſupra. pro empt. Si reus poſſeſſor eſſet, dominium ei ſtatim acquireretur: ſi actor erat dominus. leg. eius rei. ſupra de rei vindic. In hac autem ſpecie proponitur rem abeſſe, nec à reo poſſideri. Itaque dubitari poteſt quomodo ei ſuccurrendum ſit, vt conſequatur rem, ſi reperta aliquando fuerit. Et certum eſt, ſi reuerſa ſit in poteſtatem domini, poſſe depoſitarium agere contrario iudicio, leg. in commodato. §. vltim. commod. Poteſt etiam exigi cautio, vt repertam rem dominus præſtet. leg. ſi quis. in princip. eod. tit. Sed quæritur, quomodo conſulendum ſit reo: ſi forte res poſtea peruenerit in poteſtatem alterius extranei. Ait Marcellus, *Dominum cedere actionibus ſuis*, &c. Actione ſibi ceſſa, id eſt, rei vindicatione, aget reus contra poſſeſſorem. Soluta ergo æſtimatione litis, non tranſit in eum rei vindicatio, niſi ceſſa & mandata fuerit. in ſpecie autem noſtra hoc diſceptatur in actione iudicati. Loquitur Marcell. de condemnato, &c. aduerſus quem fit executio ſententiæ. Is opponit exceptionem cedendarum, vt vulgo dicitur. Exceptiones, quæ non impugnant ſententiam, plerunque opponuntur in exceptione ſententiæ. leg. ex diuerſo. §. vltim. ſol. matr. Hic occurrit antinomia difficilis ex leg. is qui dolo. 69. ſupra de rei vindic. Paulus: is qui dolo fecit quo minus poſſideret: hoc quoque nomine punitur, quod actor ei cauere non debet, actiones quas eius rei nomine habeat, ſe ei præſtiturum. Oſtendit ita demum cedendas eſſe actiones, ſi dolo non abſit res. Et rationem affert: quia propter dolum ſuum dignus eſt hac pœna, vt & pretium rei ſoluat, nec rem conſequatur. At in ſpecie noſtra dolo rei abfuit res, &c. Variæ excogitatæ ſunt ſolutiones ab Accurſio & aliis. Vna eſt magis probata vulgo & recepta: quod Paulus in leg. is qui dolo. loquitur de actione in rem, Marcellus de actione ex contractu, &c. quę eſt in perſonam. Addunt alii Marcel. loqui de actione ex contractu bonæ fidei, depoſiti, commodati, &c. Verum ego iam oſtendi hoc non diſceptari in actione depoſiti, &c. ſed in actione iudicati: quæ actio non eſt ex contractu, nec ex bonæ fidei. Non origo iudicii ſpectanda, ſed ipſa iudicati, veluti obligatio, leg. 3. §. idem ſcribit. de pecul. dixi ad leg. miles. §. qui iudicati. ſupra. Quærenda eſt igitur alia diſſolutio nodi. Exiſtimo diuerſa hæc eſſe magis, quam repugnantia. Nec id difficile erit intellectu, ſi quis paulo diligentior vtrunque locum expenderit. In leg. is qui dolo. quæritur de cautione, ſiue ſtipulatione iudiciali, quæ exigitur, cum iudex eſt pronuntiaturus, &c. Et Paulus ait actorem non cauere, & iudicem, qui cognoſcit non debere eum cogere ad cauendum, ſed ſimpliciter damnare reum ad æſtimationem in ſpecie noſtra. Marcellus non loquitur de cautione illa, qua exigitur in ſententia, &c. Oſtendit non aliter faciendam eſſe executionem, quam ſi actor ceſſerit actionibus ſuis: ſi forte actor petat litis æſtimationem actione iudicati. Sed fortaſſis eam petere non vult, quia ad nimiam ſummam redacta eſt taxatione iudicis: mauult recuperare rem ſuam, quam intelligit ab alio poſſideri. Duo igitur ſunt notanda & diſtinguenda: Primum eſt, quod reus damnatus ad litis æſtimationem propter dolum, &c. recte petit in executione ſententiæ ſibi mandari actiones, &c. ſi actor petat executionem ſententiæ: nam liberum eſt ei non petere (vt iam dixi) ſiue in rem actum ſit, ſiue in perſonam, ſiue iudicium ſit ſtrictum ſiue bonæ fidei: nam nulla bona & firma ratio diuerſitatis adduci poteſt. Secundum eſt, quod in omni actione, ſiue in rem, ſiue in perſonam, in qua litis æſtimationi locus eſt, pro-

pter dolum iudex pronunciat non exacta cautione ab actore, &c. Pronuntiat ſimpliciter, non cogit eum cedere, vel cauere ſe ceſſurum,&c. hac pœna plectitur reus ob dolū ſuum: vt liberum ſit actori, vel poſt latam ſententiam contemnere litis æſtimationem, & rem ipſam vindicare. Hæc facultas & libertas adimeretur actori, ſi iudex pronuntiatione ſua cogeret eum, vel mandare actiones, vel cauere ſe mandaturum. Argumento eſt l. ſi culpa. 63. eod. tit. de rei vindic. Si culpa, &c. non eſt facile audiendus actor, ſi velit pecuniam, quam ex ſententia iudicis periculo iudicati recepit, reſtituere. Oſtendit ſi dolo poſſeſſionem amiſerit reus, licere actori litis æſtimatione neglecta, rem ſuam retinere, aut vindicare. &c.

Ad l. ſi quis ab alio. 13.

LOcus de officio iudicis in pronuntiatione, &c. Spectanda eſt natura cuiuſque obligationis & actionis. In obligationibus dandi fit condemnatio ad id quod intereſt. Et iudicis eſt videre, quatenus interſit, l. quatenus. de reg. iuris. Exemplum hic eſt, cum quis ſtipulatus eſt ſatiſdari, item fideiuſſorem dari. l. 1. ſupra qui ſatiſda. cogunt. hæc obligatio facti eſt: non promittit dare decem, qui promittit ſatiſdare pro decem: ſicut qui promittit curari decem, l. vltim. de reb. credit. Quæ lex olim fuit coniuncta cum noſtra, vt inſcriptio oſtendit, Celſus lib. 6. ff. Igitur in ſpecie noſtra ſpectandum eſt, an interſit, & quatenus interſit. Similis locus eſt in l. ſi quis ſtipulatus. 112. §. vltim. de verbor. obligat. Quid ſi quis dicat ſe timere, ne reus labatur facultatibus? ait Celſus, *Vani timoris*, hinc ſumpta eſt regula iuris, l. vani. de reg. iur. Legendum eſt lib. 6. vbi legitur 7. id eſt, nulla fit æſtimatio eius, quod intereſt, &c. Regula non poteſt commode explicari, niſi ad hunc locum referatur. Huc pertinet quod alibi dicitur, aduentitios caſus ſpectandos non eſſe. l. Iulianus. ſupra qui & à quib. Et eſt obiter notandus locus communis de metu, ſeu timore: de quo in l. 5. & ſequenti, ſupra de eo quod met. cauſa. An ſit iuſtus metus, & probabilis, an vanus, non poteſt in vniuerſum diffiniri: facti quæſtio eſt, & committitur arbitrio iudicantis. l. mora. de vſur. Opponitur l. diuortio. ſupra de negot. geſt. Sed etſi facere poſſit maritus, actio nego. geſt. inducitur: quia forte periculum eſt, ne facere poſſe deſinat. Illa ſpecies longe diuerſa eſt. Qui ſuſcipit procuratorem rerum alienarum, exigere debet, &c. nec prudentis eſt ideo differre exactionem quod ſoluendo ſit debitor. In hac ſpecie nihil eſt ſimile. Aliæ quædam ſpecies occurrunt: veluti in leg. eum qui. §. Papinianus. de furt. Sed in quaque ſpecie, quæ ratio ſit, homini paulo magis acuto, non eſt difficile iudicare.

Ad §. ſi quis promiſerit.

PRÆLECTIO XV.

SPecies eſt ſimilis ſuperiori de obligatione faciendi. Quæritur, an ſit damnandus ad faciendum: dubitatur, quia promiſit & obligatus eſt, &c. Sed Celſus ait eum condemnari in pecunia numerata. Et addit, generale hoc eſſe in omnibus faciendi obligationibus. Hæc fuit ſententia Tuberonis veteris Iureconſul. quam refert idem Celſus, l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. obligat. Exiſtimarunt veteres inciuile, imo ſeruile quodammodo eſſe quenquam ad faciendum poſſe cogi: argu. l. Titio centum. 70. de cond. & demonſtrat. Deinde res exitum habere non poteſt, ſi quis tam obſtinato animo ſit, vt nunquam velit facere. vtilitas ergo, & commoditas hominum exigit, vt pecunia in locum facti ſuccedat. Quæritur, an factum, an pecunia ſit in obligatione. Nam Celſus hic loquitur de condemnatione tantum. Variæ ſunt opiniones apud Accurſ. & alios: Ego iis aſſentior, qui putant vtrunque eſſe in obligatione factum ab initio, pecuniam poſt moram. Id oſtendit Celſus ex Tuberonis ſententia, in dict. leg. ſtipulat. non diuiduntur. vbi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere. Similis locus in leg. quoties quis. 81. de verbor. obligat. Quanti intereſt ſiſti, ſuſtinetur ſtipulatione. Similis locus in leg. ſi pœnam. 68. de verbor. obligat. Pecuniam te mihi crediturum ſpondes. Id venit in ſtipulationem, quod mea intereſt. Similis locus in l. vltim. ſupra, ſi quis in ius vocat. incerti agendum in id quod intereſt. Similis locus in §. non ſolum. de verb. obligat. Inſtitut. Optimum erit pœnam ſubiicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, &c. Similis locus in leg. ſtipulatus es. 45. de fideiuſſor. Stipulor à te opus fieri, & à fideiuſſore pecuniam, &c. Conſequens eſt pecuniam eſſe in obligatione: quia diuerſa non poteſt eſſe obligatio rei & fideiuſſoris. l. Græce. de fideiuſſor. Ex iam dictis apparet duas quodammodo obligationes eſſe, quæ alternationem habeant. Perinde eſt, ac ſi quis promiſerit facere, & ſi non fecerit, pecuniam, l. quoties quis. Itaque cum moram fecit reus, transfunditur obligatio facti in obligationem pecuniæ. l. obligationum fere. §. vltim. de obligat. & act. Sequens quæſtio eſt de ratione agendi. Et hoc mihi videtur commodiſſimum, vt disiunctim petatur, vt faciat reus, vel pecuniam ſoluat. Nā talis petitio quamuis incerta plerunque admittitur. l. 1. §. quia autem. infra, quod legator. Cum incertitudo oritur ex facto rei magis, quam actoris. Poteſt etiam interdum ſola pecunia peti. Quemadmodum ſi factum ſit huiuſmodi, vt amplius non poſſit præſtari. Si quis certam operam mihi promiſerit. l. ſi quando. de oper. liber. me cōmitari in itinere aliquo, non eſſet eadem opera. l. ſi non ſortem. §. libertus, de cond. indeb. Simile exemplum eſt in leg. 6. de vſufr. leg. ſupra. Vſusfru. in biennium à morte teſtatoris. Præterito biennio petetur æſtimatio, quia alius eſt vſusfructus. Et hæc ratio agendi neceſſaria eſt: cum ſtipulatio in non faciendo concepta eſt, quia facta non poſſint fieri infecta. l. in bello. §. factæ. de capt. & poſtlim. reuerſ. Exiſtimo & hanc rationem agendi probandam eſſe cum factum ipſum adhuc præſtari poteſt, vt ſimpliciter pecunia petatur. Quia verum eſt pecuniam eſſe in obligatione poſt moram, vt iam oſtendi: factum eſt in ſolutione vſque ad litem conteſtatam. leg. ſi inſulam. 84. de verbor. obligat. Ea petitio non adimit reo facultatem faciendi: quinimo factum ipſum peti poſſe exiſtimo. Ea petitio debet ſecundum ius intelligi, quaſi æſtimatio peti intelligatur. l. ſi quando. de op. liber. Præterita opera, quæ iam dari non poteſt, petitur item æſtimatio, Ex iam dict. leg. 1. de act. empt. conſequitur, venditorem liberari præſtando quod intereſt, quia obligatur ad faciendum, idem tradendum. Tradere nudum factum eſt, l. ſi rem tradi, de verbor. oblig. d. l. ſtipulationes non diuiduntur. 72. eo. Sed difficilis quæſtio, an cogatur præciſe tradere, cum habet facultatem rei tradendæ. Recepta opinio mihi non videtur ab æquitate abhorrere, quæ ſpectanda eſt in iudiciis bonæ fidei. Cum venditor eſt dominus & poſſeſſor rei venditæ. Sicut in rei vindicatione manu militari poſſeſſio aufertur, l. qui reſtituere. de rei vindicat. Atque ita defendi poteſt ſententia illa, de qua extat conſtitutio pontificia, c. cum Ioannes. de fide inſtrum. Vt dominus poſſeſſionē vacuā traderet, &c. Op. l. ſi traditio. C. de act. em. Si traditio procacia venditoris non fiat, damnatur venditor, quanti intereſt emptoris. Reſpondeo, poſſe iudicem vtrumlibet facere prout æquum eſſe viderit. In quaque cauſa lata eſt iudicis poteſtas, nec vllis finibus, præterquam æquitatis, circumſcripta. §. in bonæ. de act. Inſtitut. Sed conſultius erit à iure ordinario non recedere, niſi magna aliqua ratio, & euidens æquitas id ſuadeat. dict. leg. ſi traditio. Sequens quęſtio eſt, an obligatus ad dandum liberetur ſoluendo id quod intereſt. Vulgo receptum eſt, eum cogi debere ad dandum præciſe. Nam Celſ. hic loquitur de obligationibus faciendi, quæ diſtinguuntur ab obligationibus dandi. l. 2. in princ. de verbor. obligat. quamuis *Facere*, verbum, alias generaliter accipiatur. Præterea non eſt eadem ratio facti, quæ dationis. Inciuile eſt quenquam cogi opus facere manibus ſuis ac ſeruile: dare pecuniam non æque inciuile eſt. Itaque pecunia hic non eſt in obligatione, nec in petitione: ſed tantum res ipſa, &c. Hinc vulgo dicitur incarcerandum eſſe eum, qui non dederit. l. 1. C. qui bon. ced. Exiſtimo tamen officio iudicis conuenire, vt reus interdum abſoluatur, qui æſtimationem præſtet. Hoc pertinet ad minuendas lites, vt non facile audiatur litigans is, cui offertur æſtimatio rei petitæ. Et hoc vtilitatē habet in vino, frumento, & aliis rebus, in quibus nulla probabilis cadit affectio, l. vinum. de reb. cre. & l. quoties. 59. de ver. obl. Reus contendit ſe non habere vinum. Vtile non eſſet ſcrupuloſe inquirere an habeat, cum poſſit pecunia vinū æque bonū comparari. Si tamen vinum ꝙ debetur, non poſſit facile comparari, æquum eſt cogi debitorem præciſe dare.

In ma-

In magna caritate annonæ non reperitur frumentum: ſicut de frumento Siculo ſcribit Cic. lib. 5. in Verr. Beneficii loco, & gratiæ conceſſum ciuitatibus, vt nummos pro frumento darent: quia populo Rom. annona erat neceſſaria. Obſeruaui huic litis æſtimationi locum eſſe in ſpeciebus etiam & corporalibus. Exempla aliquot collegi ad l. vbi autem. §. vlt. de verb. oblig. Conſiderarunt veteres res omnes pecunia compenſari & æſtimari. Ideoque non multum incommodi eſſe in ea ſolutione: vt Ariſtot. ait lib. 5. Ethic. quamuis aliàs aliud pro alio non ſoluatur. l. 2. ſupra de reb. cred.

Ad l. Quod iuſsit. 14.

PRÆLECTIO XVI.

Locus de effectu ſententiæ. Sententia finem imponit liti, l. 1. ſupra eod. inde quæritur, an poſſit reuocari à iudice, ſi forte cognouerit ſe erraſſe, &c. dubitatio naſcitur ex eo, quod ſi quid prætor iuſſerit, aut vetuerit, id mutare poteſt, &c. Sed Celſus oſtendit, aliam eſſe cauſam ſententiæ, qua res definitur, &c. Non quæuis pronunciatio, qua iubetur aliquid, aut vetatur, ſententia eſt: docuimus ad leg. 1. ſupr. Interlocutio diſtinguitur à ſententia. C. de ſentent. & interlocut. omnium iudic. Duo igitur hic notanda ſunt, & ſeparatim examinanda. Vnum eſt de iuſſu prætoris, alterum de ſententia. Obſeruandum eſt igitur quod iuſſum eſt, aut vetitum à prætore, id mutari poſſe. Accurſ. affert exemplum ex leg. qualem. §. dicere. ſupra de recept. arb. Iuſſit adeſſe calendis, mox idibus. Sed hoc exemplum non conuenit prætoris officio, ſaltem cum imperio vtitur. Prætor non cognoſcit de cauſis priuatis, niſi extra ordinem in certis caſib. Nec verſatur imperium prætoris in ea cognitione. Dixi ſuperiore loco ad tit. de iuriſd. Neceſſe, vt intelligamus hæc verba de imperio mero, aut mixto: quare aliud exemplum inueſtigandum eſſe. Videtur ſatis appoſitum eſſe in leg. 10. de prætor. ſtipul. Præſes caueri iuſſit damni infecti in triennium, deinde in longius tempus. Hæc cautio imperii eſt, l. iubere caueri. de prætor. ſtip. & pertinet ad officium iudicis, l. 5. de verbor. oblig. Hic mutat iuſſum ſuum præſes contrario imperio. Hoc decretum prætoris non eſt ſententia: non enim inſtituta fuit actio coram eo. &c. Aliud exemplum ſimile in l. ſi opus. de oper. nou. nunt. Prætor iuſſit nouum opus nunciare, deinde prohibuit. Hic nulla intenditur actio, nec ea pronunciatio eſt ſententiæ, dicitur ergo tolli & reuocari. Aliud exemplum ex leg. quamuis de reb. cred. qui ſub tut. Prætor decreuit prædia venundari: deinde ipſe, aut eius ſucceſſor id decretum mutauit. Nulla hic ſententia, nec actio. itaque hæc permiſſio prætoris reuocatur. An idem dicendum ſit de interlocutionibus iudicum cognoſcentium, &c. Reſpondeo, has interlocutiones reuocari poſſe. idque expreſſum eſt de arbitro. l. qualẽ. §. dicere. ſ de recept. arb. ſi iuſſerit adeſſe calendis, mox idibus. Cum iudex aliquid pronunciat pertinens ad præparationem, & ordinationem litis magis, quam diffinitionem ad deciſionem. Vlpian. in leg. ſi opus. hic oſtendit idem eſſe in decreto prætoris, quod in iudicis interlocutione. Nam ſumptum eſt illud caput ex titu. de recept. arbitr. Vlpian. lib. 13. ad edict. id dicendum de iudice quod de arbitro, propter ſimilitudinem rationis. Vtilitas exigit, vt hæc mutatio, & correctio permittatur iudici. Crebræ ſunt huiuſmodi interlocutiones in quaque lite: & celeriter expediuntur à iudicibus, ac ſine magna deliberatione, plerunque in magno tumultu & ſtrepitu. Vtilitas igitur ſuadet, vt ſi quid huiuſmodi imprudenter exciderit, vt iudici id corrigere liceat. In iis, quæ lite ordinata pronunciantur, finiendæ controuerſiæ cauſa, id exemplum pernicioſum eſſet Quod dixi de interlocutione, accipiendum eſt etiam, ſi ab ea appellatum ſit. c. cum ceſſante. de appell. Quoties mutari, aut reuocari poſſit interlocutio, nullo certo iure definitum eſt: quare id relinquitur arbitrio iudicis, ita vt nimia variatio, & inconſtantia vitetur. Verba legis noſtræ generalia ſunt, ſicut & l. qualem. §. dicere. hic. Idem dicendum eſt de tempore intra quod mutari poteſt. arg. l. 1. de iur. delib. hæc quæ poſita ſunt in ſola æquitate & vtilitate, diffiniri non poſſunt in vniuerſum. l. de acceſſionibus. infra de diuerſ. temp. præſcrip. Secundo obſeruandum eſt ſententiam ſemel latam reuocari non poſſe. Reuocare dicitur, qui ſententiam mutat magis, quam verba l. actionum. 46. infra. hic. Idque præcipue locum habet in iudice dato. quia iudex eſſe deſinit. l. iudex. 55. infra eod. idem in arbitro compromiſſario. dict. leg. qualem. §. dicere. idem & in magiſtratu, quem vulgo dicimus ordinarium l. Paulus. 42. infra eod. etiamſi eodem die iudicet. l. cum quærebatur. 62. infra eo. etiamſi de pœna infligenda agatur in iudicio criminali. l. acta. 45. §. 1. infra eod. Si forte iudex cognouerit innocentem eſſe eum, quem damnauit. l. diui fratres. de pœn. l. moris. §. ſed eum. eod. l. 1. §. vltim. de quæſt. Iuſta eſt cauſa differendæ executionis, ſed non mutandæ ſententiæ, donec princeps conſultus reſcripſerit. Quæritur, ſi iudex mulctam dixerit alicui, an poſſit eam remittere. Nulla hic eſt ſententia: mulcta eſt pœna pecuniaria, qua magiſtratus cõtumaces & inobedientes coercent. l. 2. ſupra, ſi quis in ius voc. l. 2. C. de epiſco. aud. l. aliud. l. ſi qua pœna. de verb. ſign. Videtur mutari poſſe, quia non fruitur, &c. Sed hoc permittitur tantum propter inopiam. l. illicitas. §. præſes. de offic. præſid. l. eos. ad fi. C. de mod. mulct. Colligunt alii pleroſque caſus, in quibus ſententia reuocari poteſt. De iis dicemus ad capita quædam ſequentia. Bart. male excepit viros illuſtres. ex leg. 2. C. de ſent. ex libel. recit. Quæritur, ſi ſententia nulla ſit, an iudex, qui eam tulit, poſſit mutare. Diuerſæ hic opiniones reperiuntur, quas ſuperuacaneum eſſet referre. Dicam breuiter quod ſentio. Exiſtimo iudicem datum denuo pronunciare non poſſe. l. 4. C. quo modo & quando iud. Officium iudicis dati pronuntiatione ipſa finitur. l. iudex. infra eod. quomodocunque iudicauerit. Magiſtratus, qui vulgo dicitur iudex ordinarius, iterũ pronunciare poterit. l. ſi præſes. C. quomodo & quando iudex. non finitur eius officium, ſicut & iudicis dati. Idem dicitur in l. 4. C. de accuſa. Idem in l. 1. Cod. de ſentent. & interloc. Oppo. l. abſentem. 6. eod. tit. de acc. vbi præſes non emendat ſententiam ſuam, &c. ſed ſuperior magiſtratus, idem præfectus prætorio. Variæ ſunt opiniones. Exiſtimo ſuperiorem magiſtratum adeundum eſſe, cum inferior erratum ſuum non emendat. In ea ſpecie non proponitur præſidem voluiſſe cognoſcere, ſed tamẽ damnaſſe, &c. Hodie in Gallia ſuperior cognoſcere non poteſt ſine appellatione. Denique animaduertendum eſt, ſuperiorem ad quẽ appellatum eſt, poſſe etiam cognoſcere, & pronunciare de nullitate. l. quædam mulier. 41. famil. erciſc. l. vltim. de iur. patro. Sunt ex eodem loco, & poſita ſunt ſub diuerſis titulis, verbis paulum immutatis. Paul. lib. 1. Decret. ſeu imperial. ſententiar.

Ad l. à Diuo Pio. 15.

PRÆLECTIO XVII.

Hoc capite continetur diſputatio de executione ſententiæ admodum vtilis. Huius duo ſunt præcipui loci: vnus de perſonis, &c. alter de modo, & ratione exequendæ ſententiæ, &c. Primum ergo quæritur, qui poſſint exequi ſententiam. Pone datum eſſe iudicem à prætore, qui cognouit & iudicauit: an poſſit exequi, &c. diuus Pius reſcripſit non poſſe: nam neque imperium habet, neque iuriſdictionem. vt dixi ad leg. ait prætor. ſupra. Simplicem notionem habet, ac iudicandi facultatem: niſi aliud ei permiſſum ſit. l. à iudice. C. de iudic. Exequitur ergo ipſe magiſtratus, qui iudicem dedit, non alius. Non enim ſimpliciter ait D. Pius executionem competere magiſtratibus, ſed iis, qui iudicem dederunt. Nec vero dubium erat ante D. Pium quin magiſtratus exequerentur: ſed dubitabatur an is tantum, qui dedit, exequi poſſit, &c. Itaq; reſcripſit magiſtratibus populi Romani, &c. Quod eſt intelligendum (vt poſtea dicemus) niſi alius fuerit iuſſus, aut rogatus, &c. De ſententia arbitri quid dicendum ſit, docui ad leg. ait prætor. Admonui hoc non poſſe intelligi de arbitro compromiſſario, cuius ſententia tempore horum Iureconſultorum non habebat executionem. l. 1. C. de arbit. Arbitrum hic accipere debemus datum à prætore. Arbiter pro ſocio, arbiter familiæ erciſcundæ, arbiter communi diuidundo, locus Cic. pro Murena. Obſeruandum hinc eſt iudicem datum, ſiue delegatum, non poſſe exequi ſententiam ſuam. Functus eſt officio ſuo cum iudicauit, l. iudex. infra eod. Et hoc intereſt inter iudicem datum, & eum cui mandata eſt iuriſdictio. Non enim eſt ferendus error eorum qui putant ea, quæ ſunt mixti imperii, non poſſe mandari: cuiuſmodi eſt executio ſententiæ, &c. l. cognitio. de offi. eius

cui mand.eſt iuriſd. Nec ad rem pertinet, quod obiicitur de magiſtratibus municipalibus.l.ad quæ.ad municip. Eſt enim maior poteſtas eius, cui mand.quam duumuiri alicuius municipalis. Is cui mandata eſt iuriſdictio, fungitur vice mandantis, &c.l.etſi prætor.de offic.eius cui mand. Omnia poteſt quæ magiſtratus, exceptis iis quæ ſpecialiter, &c.l.1.de offic.eius cui mand. Accurſ. & Accurſiani, qui hæc non diſtinguunt, incidunt in multos errores in hac diſputatione. Ita differunt de his rebus, quaſi nihil interſit inter iudicem datum, & eum cui eſt mandat. Aduerſus ea, quæ diximus multa opponuntur à ſophiſtis, & parum eruditis interpretibus. Primum oppo. Nouella conſtitutio de exhiben.reis.§.ſi vero. quæ conſtitutio ſi recte intelligatur, ſuffragatur noſtræ ſententiæ, magis quam aduerſatur. Oſtendit Iuſtinian.reum, qui promiſit iudicio ſiſti, & poſtea aufugit, exhibendum eſſe, &c. Et ita diſtinguunt, ſi adminiſtrator ſit, idem magiſtratus poteſt eum iubere exhiberi: Si ſit iudex datus, debet referre ad eum, à quo datus eſt. In vulgari interpretatione legitur, Renunciare ad eum, à quo datus eſt. In ea, quæ adſcribitur Iuliano, referre, Græce, ἐπὶ ἐκεῖνον μηνύειν, nunciare, iudicare, referre. Præterea obiicitur lex, etſi non cognitio. C. ſi contra ius vel vtilitatem. vbi mandata executione, mandatur cognitio. Inde argumentum ducunt ſi ei cui mandatur executio, & cognitio quoque intelligitur mandata: idem eſt dicendum econuerſo, vt mandata cognitione, intelligatur mandata executio. Verum hæc paria non ſunt: quæ ſit diſſimilitudo, nunc demonſtrabo. Cum cui committitur cognitio, non ideo committitur eidem executio: quia plus eſt exequi, quam cognoſcere & iudicare. Executio eſt imperii cuiuſdam, vt iam diximus. Cui conceditur quod minus eſt, non continuo ei conceditur quod eſt maius. Cum autem committitur alicui executio, intelligitur commiſſa cognitio.dict.leg.etſi non cognitio. Vt ſi princeps reſcribat Titio, vt Mæuium deiectum à Seio de poſſeſſione, reſtituat, &c. Poterit cognoſcere, an Mæuius à Seio deiectus fuerit: non enim eſt credibile principem aliter ſenſiſſe: veriſimile eſt principem id velle, ſi appareat verum eſſe, quod ei expoſitum eſt. Sic eſt intelligenda lex 12.ſi non cognitio. Non loquitur de executione ſententiæ: nam qui exequitur ſententiam, non cognoſcit de toto negotio: alioqui eluſoria eſſent iudicia.leg. ſi prætor.ſupra de iudic. Cognoſcit an iudicatum ſit. Item de rebus quæ capiuntur, vt dicemus ad §. in venditione, & ſequent. Quæſtio hic tractari ſolet de iudice delegato à principe an poſſit exequi ſententiam. Qua in re certius eſt ius pontificium quam ciuile. Iure pontificio ſatis expreſſum eſt poſſe, c.paſtoralis.de officio.deleg. c. ſignificaſti. c. quærenti. eod. Et de hoc conuenit inter omnes interpretes. An autem hoc ius ſit contrarium iuri ciuili dubitatur: & variæ opiniones reperiuntur. Quidam cenſent delegatum à principe exequi poſſe, quaſi non ſit ſimilis ei, qui datus eſt à magiſtratu.arg.l.à iudice.C.de iudic.Citant Nouel.Iuſtin.de exhib.reis.§.ſi vero.item l.vltim. C.de iudic. Ego vero exiſtimo idem dicendum eſſe de iudice dato à principe: quaſi ſimilis ſit in hac re iudici dato à magiſtratu. Nullam aliam differentiam reperio, quam quæ eſt in leg. à iudice. C. de iudic. Vnde verba Vlpian.producenda ſunt ad delegatum à principe: Diuus Pius ita reſcripſit: quia de eo tum erat dubitatio. Reſcribebant principes, prout in quaque cauſa id neceſſarium videbatur. Maxime autem me mouet conſtitutio Nouella, qua nos oppugnant aduerſarii. d. authent. de exhib. reis. §. ſi vero. loquitur enim Iuſtinianus tam de iudice dato à principe, quam à magiſtratu. Et ait referre debere ad eum, à quo datus eſt. Ergo datus à principe, referre debet ad principem. Sic aduerſarii confodiuntur armis propriis. Non eſt contrarium noſtræ ſententiæ, quod dicitur in leg. vltim.C. de iudic. Executore negotii, cui mandata eſt huiuſmodi cauſæ executio ſeu exactio, imminente, & ſtatuta ab arbitris effectui mancipante, &c. Executorem intelligunt iudicem datum à principe, qui recuſatus eſt. Et aiunt eum exequi ſententiam arbitrorum, quamuis non cognoſcat. Hæc interpretatio ſi recipiatur, idem erit dicendum de iudice dato à magiſtratu. Nam de vtroque Iuſtinianus loquitur in initio conſtitutionis. Verius ergo eſt Iuſtinianum loqui de eo, cui mandata eſt executio: mandari enim poteſt, vt iam oſtendi, Vni mandata eſt cognitio, alteri executio, ſiue exactio. Vnus eſt iudex, alter executor. Iudex recuſatur, eliguntur arbitri: quorum ſententiam exequitur, non iudex, ſed ille executor, &c. Quidam exiſtimant fuiſſe quoſdam executores publicos, qui ſententias iudicum exequerentur: hoc commentum ſuum confirmare nituntur Nouel.conſtitut.de iudic. §. is qui. Ibi loquitur Iuſtinia.non de executoribus, ſed de exceptoribus, ſiue actuariis. ὑπογραφεὺς dicitur à Iuſtin.in Codice Græco: nos paulum græciſantes, *Grephiers*, vocamus. Probabilius eſt ergo, quod diximus executionem competere ei, cui mandata eſt ſi forte mandata ſit, &c. Plura hic tractantur ab aliis, ſed parerga & extra rem.

Ad §. ſententiam.

PRÆLECTIO XVIII.

Dictum fuit magiſtratus, qui dederunt iudices, poſſe eorum ſententiam exequi: alios non poſſe. Quod eſt accipiendum, inuitis magiſtratibus qui iudicarunt, vel iudices dederunt. Quid enim ſi magiſtratus iubeat alteri, vt exequatur; Et hoc demonſtratur reſcripto principis, quod Vlpianus hic refert. Varia hic eſt lectio. In Florentinis legitur, *Si hoc iuſſi fuerint.* Quod ſic accipe, iuſſi fuerint præſides, ab iis qui iubendi habent poteſtatem: puta magiſtratibus aliis, qui Romæ iudicarunt, vel iudices dederunt. In quibuſdam libris legitur, *Si hoc viſum fuerit.* Hæc litera aliquid ambiguitatis habet, ſed defendi tamen poteſt. Si hoc viſum fuerit magiſtratui, qui Romæ eſt. Vtraque igitur lectio eundem habet ſenſum, poſſe magiſtratum exequi ſententiam alterius permiſſu cuiuſdam: hoc vtilitas publica exigit, vt facilius, & expeditius res iudicatæ mandentur executioni. Nec poteſt aliter fieri: quia præceptum vel decretum vnius magiſtratus vltra fines prouinciæ quam regit, vel ditionis, non porrigitur.l.cum vnus.12.§.is qui.infra de bon.auct. iudic. poſſ. Et ſimile eſt exemplum in leg.argentarium.§.nomine. ſupra de iudic. Tutores in prouincia condemnari, curatores Romæ iudicatum facere coguntur. Eſt autem receptum, vt magiſtratus literas ſcribat ad alterum magiſtratum, &c. vulgo literas rogatorias vocamus. de quibus in authen. vt nul.iud.§.ſi vero quis.& in c. Romana, §.contrahentes, de foro compet. in 6. Quod diximus, maxime locum habet in iis iudicibus, qui nullum habent territorium, non habent eam coercitionem, quæ neceſſaria eſt in executione ſententiæ. Exemplum eſt in leg. epiſcopale. C. de epiſcop.aud. Per iudicum quoque officia, ne ſit caſſa epiſcopalis cognitio, diffinitioni executio tribuatur. Quod Accurſius monet notandum eſſe pro ſententia doctorum: doctores habent iuriſdictionem in diſcipulos ſuos, vt Iuſti.ait in procemio ff.& Fridericus OEnobarbus in conſtitutio. quæ incipit, habita. Sed ſi bona capienda ſunt pro executione ſententiæ, aut perſona ipſa præhendenda: id pertinet ad officium magiſtratus. Item poſſunt doctores exequi ſententiam, cum nulla vi opus eſt, nec manu militum, aut lictorum. Exemplum eſt in c.ex literis.de conſtit. De quodam magiſtro Guilelmo qui magiſter erat in artibus Pariſiis: hic magiſter contumax erat, & ſtultus, nec volebat parere decreto doctorum. Doctores tandem eum priuarunt communione & ſocietate ſua. Hæc ſententia poteſt ab ipſis mandari executioni, non admittendo eum in ſocietatē ſuam, denegando ei beneficia ſocietatis, &c. Sicut prætor denegat iuriſdictionem. Eſt genus quoddam coercitionis prætoriæ.l.ſed etſi per prætorem.ſupra ex quibus cauſ. maio. Quæſtio eſt, an hæc locum habeant in iudicio criminali. Plerique putant reum damnatum remittendum eſſe ad magiſtratum loci, in quo deliquit.& hoc videtur ſenſiſſe Accurſ. Sed hoc non puto verum, quia nullo iure probatur. Remiſſio quidem fit ad locum delicti ante cognitionem, aut condemnationem.l.ſi cui crimen. §. vlt.de accuſat. infra. authent.vt nul.iudic.§.ſi quis vero comprehenſor.Eſt enim facilior probatio in loco delicti: idque publice vtile eſt, ne delicta maneant impunita.auth.quia in prouincia.C.vbi de crimi.agi opor. Hoc ius quatenus ſit receptum moribus noſtris, ſæpe alias docui. Remiſſio fit à loco delicti ad locum domicilii, aut originis: ſed non extra prouinciam. Prouinciam vocant, quæ continetur finibus cuiuſque Parlamenti. id declarandum eſt exemplo.

Ad §.

Ad §. *In vend'tione.* Hæc verba referuntur ad id, quod dictum eſt de præſidibus, ſcilicet eos poſſe exequi, &c. Iam incipit demonſtrare, quomodo exequantur. Et ait, *iubent*, ſcilicet præſides, de quibus prius dixit. Primum igitur capiunt pignora. Pignora vocant res, quæ capiuntur pro executione: quia iure pignoris obligantur creditori. Cod. de prætor. pign. l. 1. & 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. l. qui legati. C. vt in poſſ. leg. l. non eſt mirum. de pig. act. Ordo ſeruandus in hac captione pignorum deſcribitur ab Vlpian. Poſt quod tempus diſtrahi debeant, dicemus ad l. debitoribus. hic. Addunt aliqui in ſingulis quoque rebus tam mobilibus quam immobilibus delectum habendum eſſe, & ab iis incipiédum eſſe, quarum ademptio minus eſt grauis ac damnoſa reo. Argu. ducunt ex l. 1. §. diminutio. ſupra de ventre in poſſeſ. mitt. Mulier in poſſeſſionem miſſa ali debet, &c. Diminutio ad hos ſumptus fieri debet, primum ex pecunia numerata: ſi ea non fuerit, ex iis rebus, quæ patrimonium onerare magis impendio, quam augere fructibus conſueuerunt. Verum mihi non videtur hoc ſimile eſſe. Nam in executione ſententiæ illud præcipue ſpectãdum eſt, vt promptius & expeditius fiat, vt poſtea dicemus. Ac imputatur reo, qui non ipſe bona diſtrahit, & ſatisfacit creditori. Liberum eſt ei ea diſtrahere, quorum omiſſio ipſi futura eſt minus damnoſa. Puta igitur poſſe capi ea quæ vtiliora, & commodiora viſa fuerint pro executione ſententiæ. Argumẽto quoq; illud eſt ꝙ Iuſtin. ait in Nouel. de fideiuſ. §. quod autem. Cum pro auro debito res aliȩ dantur in ſolutum, quæcunque meliores ſunt dandas eſſe, deteriores apud debitorem manere. Hic fauetur creditori, vt ratio poſtulat, ne alias iniuria afficiatur. Fateor tamen ciuili modo hæc accipienda eſſe: inciuile eſt ea capere, quorum captio nihil profutura ſit creditori, & multum nocitura debitori. Exempli gratia, ſi exigua ſit pecunia debita, & res magni pretij diſtrahatur. argu. l. ſi cui. de ſeruit. ſupra. Per quamlibet partem ire licebit, ciuili tamen modo: nam quædam in ſermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipſam, nec per medias vineas ire, agere ſinendus eſt, cum id æque commode per alteram partem facere poſſit, & minore fundi ſeruientis detrimento. Sic in propoſita ſpecie permittitur ſimpliciter res capere, ſed tamen ciuili modo: alias poterit appellari ab executore, quaſi excedat modum. l. ab executione. Cod. quorum app. non reci. Ex his vulgo annotari ſolet, prius perquirenda eſſe mobilia, &c. Hodie in Gallia hæc perquiſitio mobilium non eſt neceſſaria, propter edictum regis quod de ea re factum eſt anno 1539. A quo tamen edicto excipi ſolent minores damnati propter l. magis puto. §. nõ paſſim. ſup. de reb. eorum qui ſub tut. Cum igitur de prædiis minorũ vendendis, prius inquirendum eſt, an pecunia ſit in numerato, vel in nominibus. Et hoc vulgo receptum video: quanquam videntur diſſimilia, ſi quis paulo diligentius rem expẽderit. Sed de eo dicemus alibi. Quod autem continetur edicto regio, alias defendi non eſſe contrariũ huic iuri, in quo verſamur. Moueor, quia hic ordo videtur creditoris gratia introductus eſſe magis quam debitoris, quod hac ratione facilior ſit & expeditior executio. §. itẽ quod, infr. hoc tit. Nemo eſt qui ignoret facilius inueniri emptorẽ mobilium, quã immobilium: item vtilius eſt debitori nominibus executionem fieri, quam in rebus ſoli, l. magis puto. §. nõ paſſim. Tamen ad hæc non peruenitur niſi deficientibus, &c. Argumento eſt hunc ordinem non pertinere ad fauorem debitoris. Quod ſi verum eſt, poterit executor à rebus ſoli initium facere. Nec ad rem pertinet l. vlt. §. vbi autem. C. de bon. quæ liber. quia non loquitur de executione ſententiæ: ſed de vendendis rebus filiifa. vt ſoluatur æs alienum. Illud certum & indubitatum, ob contumaciam rei actorem ſtatim mitti in poſſ. rerum ſoli. tit. ex quib. cauſ. in poſſ. eat. Et hoc conuenit inter omnes, quia non eſt executio ſententiæ: atque ita accipiendum eſt quod dicitur in l. vlti. §. cum autem. C. de iis qui ad eccleſ. confug. Adde non tantum res poſſe capi, ſed etiam perſonam. l. 1. C. qui bon. ced. Sed hoc quomodo accipiẽdum ſit, dicemus ad l. ſi victum. 34. infr.

PRÆLECTIO XIX.

Diximus ſupra, quomodo ſententiæ executio fieri debeat: & quid capiendum ſit, &c. Nunc tractantur quæſtiones aliquot ad eandem rem pertinentes: Vna eſt, an vocatio partis ſit neceſſaria. Variæ ſunt opiniones. Exiſtimo neceſſariam eſſe: quia iudex pronuntiat cauſa cognita. facit l. de vnoquoque. lex, nam ita diuus. ſupra de adoptio. Intereſt partis aduerſæ, quæ multas exceptiones poteſt opponere: Quod à non competenti iudice: Quod die feriato: Quod non ſeruato ordine. Item exceptiones de quibus not. ad l. 1. Cod. de iur. & facti igno. Item petitur executio per actionem iudicati. Dixi ad l. miles. ſupra. Ergo eſt vocanda pars aduerſa. l. 1. ſupra de edend. Verum ergo non videtur. Nonnulli putant cum ſententia lata eſt de certa ſpecie, nec alia re capitur, &c. quia tunc (inquiunt) auferenda eſt manu militari, leg. qui reſtituit. 68. de rei vind. Non ideo conſequens eſt vocandum non eſſe aduerſarium: & ratio ſupradicta oſtendit vocandum hic quoque eſſe: quia ipſius intereſt, & poteſt exceptionem opponere, &c. Præterea locus eſt apertus de hac vocatione partis in l. meminerint. C. vnde vi. Probabilior eſt igitur ac tutior hæc opinio, quamuis plerique diſſentiant. Altera quæſtio eſt, an ob priuilegium aliquod ceſſat hæc executio. Accurſ. hic quoſdam locos citat de ciuitate, minore, dote, Eccleſia. Sed hoc paulo pleniorem diſputationem exigit. Ac in primis dicendum eſt, ciuitates eodem iure vti quo homines priuatos. leg. ciuitate. ſupra quod cuiuſque vniuerſ. loco priuatorum habentur. l. eum qui vectig. de verbo. ſignific. Minoris etiam bona capiuntur, l. 1. Cod. de præd. min. l. 3. §. item quæri poteſt. ſupra de rebus eor. qui ſub tute. quia hæc alienatio non eſt voluntaria, ſed neceſſaria. De dote quæritur, quæ multum fauoris habet. l. 1. ſupr. ſolut. matr. Et certum eſt, ſi fundus dotalis adiudicatus ſit, ipſum poſſe capi. l. 1. de fund. dot. Lex Iulia non pertinet ad hanc alienationem, quæ voluntaria non eſt. Damnato autem marito actione perſonali non poteſt fundus dotalis capi. l. 1. Cod. de priuileg. fiſci. Recte petit mulier res dotales ab aliis ſeparari. l. ob maritorum. Cod. ne vxor pro mar. Excipitur cauſa primipilaris. dict. l. 1. Si maritus habeat curam annonæ in exercitu, & ob eam rem conueniatur: res eſt maximi momenti in bello. Itaque cauſa primipilaris eſt maxime fauorabilis, & dote ipſa fauorabilior. Et hoc iure nos vtimur in Gallia: atque ita cauſam primipilarem intelligunt qui in foro verſantur, rectius quam Accurſ. & alij interpretes. Sed res dotales capiuntur deficientibus aliis rebus. l. 4. Cod. in quibus cauſ. tac. pign. contr. Quid ſi vxor damnata ſit? Dicendum eſt non poſſe auferri dotem à marito, quia fieret ei iniuria. Dotis dominus eſt quãdiu durat matrimonium. l. pro oneribus. Codic. de iur. dot. l. doce. Cod. de rei vind. Publicatur tamen certis ex cauſis l. 3. infra, de bonis damnator. Quid de Eccleſia? Nec eccleſia quidem excipitur, ſi damnata ſit. l. iubemus nullam. C. de ſacroſanct. eccleſ. Sicut diximus de minore ex l. 1. Cod. de præd. minor. Secus ſi lata ſit contra epiſcopum, aut alium paſtorem nomine proprio. Executio fit in reditibus qui ſunt vſufructuarij. c. peruenit. de fideiuſ. l. commodis. 40. infra. vbi plenius dicemus. In Gallia non capiuntur bona clericorum mobilia propter conſtitutionem Philippi Pulchri: quæ conſtitutio iuri ciuili, & pontificio contraria eſt. Quædam hic obiter annotantur, & veluti παρέργως. Vnum eſt de diſtinctione bonorum mobilium, & immobilium. Vlp. hic oſtendit nomina ſiue iura diſtingui à bonis tam mobilibus, quam immobilibus. Similis locus in leg. quam Tuberonis. §. in peculio. ſupra de pecul. Res mobiles, & ſoli: hoc amplius & nomina debitorum. Bonorum tamen appellatio complectitur nomina. l. bonorum appellatio. 49. de verbo. ſignifi. l. princeps. eod. titul. Sed hic quærimus quid mobilium, aut immobilium appellatione contineatur. Si cui igitur donem bona mea mobilia & immobilia, non continentur nomina. Hoc eſt intelligendum niſi appareat de omnibus bonis actum eſſe, vt neceſſe ſit ſub altera harum ſpecie contineri nomina. Et vulgo receptum eſt eius rei, quæ per actionem petitur, rationem habendam eſſe: vt ſi mobilis ſit, actio quoque iudicetur mobilis, &c. Pone lege municipali cautum, vt omnia bona ad agnatos & cognatos pertineant, mobilia ad cognatos, immobilia ad agnatos. Ratio huius interpretationis eſt, quia qui actionem habet, rem ipſam habere videtur. leg. qui actionem. 15. de reg. iuris. Alterum quod hic annotatur, eſt de ſententia conditionali. Iudex hic interloquitur ſub con-

ditione. Difficultas naſcitur ex l. 1. §. biduum. infra. quando appellan. ſit. vbi Vlpianus ait non eſſe dicendam ſub conditione ſententiam. Sed hoc eſt intelligendum, niſi conditio ſit de natura negotij, & actus, niſi ad actum ipſum pertineat: vt in hoc exemplo Vlpiani, ſi mouentia non ſint. Vulgo diſtinguitur conditio intrinſeca ab extrinſeca: ſed hæc diſputatio non eſt propria huius loci.

Ad §. *Si pignora*. Quæſtio hic tractatur, quæ ex iam dictis pendet. Quid ſi pignora non inueniant emptorem? Addicenda ſunt creditori pro ea quantitate, quæ debetur, ſiue maior ſit, ſiue minor. Sic omnes interpretantur: cum tamẽ hoc perquam abſurdum videatur. Quod cum animaduerteret Alciat. conatus eſt colore aliquo hanc iniquitatem excuſare. Scripſit de hac re lib. 6. Paradox. c. 3. & ad l. creditor. de reb. cred. Ego alias ſcripſi quid ſentiam libro 1. Diſput. & nuper ad l. creditor. ſupra de reb. cred. Semper exiſtimaui recipiendam non eſſe hanc interpretationem, *ea quantitate*, id eſt, pro ea quantitate. Nemo ita loquitur qui Latine loquitur. Sic ego interpretor, *ea quantitate*, id eſt, ad quantitatem quæ debetur. Vel ad tantam quantitatem, quanta eſt ſumma, quæ debetur: vel (vt vulgo loquimur) vſque ad concurrentem quantitatem. In hac interpretatione ſequimur proprietatem verborum, à qua non eſt facile recedendum, l. 1. §. vltim. de exercit. actio. deinde æquitatem in qua verſatur ars noſtra, l. 1. ſupra de iuſtit. & iure. Quid eſt æquius, quam pignora addicere paris quantitatis, & æſtimationis? cõtra quid iniquius, quam capta omnia addicere, nulla habita ratione æſtimationis? Præterea ſequimur conſuetudinem loquendi & vſum forenſem. l. minime. ſupra de legibus. Omnes fatentur hoc receptum eſſe moribus, & ius Roman. non ſeruari. Quæ ſequuntur apud Vlpian. conſentanea ſunt his, quæ diximus. Confirmat ſententiam ſuam alio reſcripto. Eo reſcripto cautum eſt, vt creditor nihil amplius poſſit petere, ſi fuerit contentus, &c. cuiuſcunque æſtimationis ſint pignora capta. Aperte loquitur de eo qui contentus fuit: aliter igitur interpretari debemus ſuperius reſcriptum, in quo ceſſat hæc ratio, quia non fuit contentus. Eſt & alia ratio ſatisfaciendi creditori, cum pignora non inueniunt emptorem: vt Accurſ. & alij hic annotarunt, vt res pignoris iure teneatur ſine diſtractione. l. 1. C. ſi in cauſ. iud. pign. cap. ſit. Sed hac via non ſatis conſulitur creditori, quia fructus imputantur in ſortem. l. 2. Cod. de pignor. actione. Item poteſt emere creditor, vt quiuis extraneus. l. 2. Cod. ſi in cauſ. iud. pign. Addictio autem de qua loquimur, tunc fit cum non eſt qui velit emere, l. vltim. C. ſi in cauſ. iudi. & impetratur à principe, dicta l. vltim. Vel fit authoritate magiſtratus, vt hic, & l. ordo. C. de execut. rei iud. in l. vlt. Ait, ſolet, non debet. l. vlti. C. de iure dom. impetr. ad hoc genus pignoris non pertinet.

PRÆLECTIO XX.

Diximus ſi pignora non inueniant emptorem, ea addicenda eſſe creditori, &c. Annotant Accurſ. & alij hanc eſſe viam, qua conſulatur creditori, ſed non vnam. Nam alia ratione poteſt ei ſatisfieri: vt puta, vt rem pignoris iure teneat ſine diſtractione, l. 1. C. ſi in cauſ. iud. pign. hoc quidem fieri poteſt: ſed nemo auctore me hoc remedio vtetur: hac via non ſatis conſultum eſt creditori: fructus rei pigneratæ imputantur in ſortem. l. 2. Cod. de pign. act. Præterea emere creditur, vt quiuis extraneus: cum alius non reperitur, l. 2. C. ſi in cauſ. iudic. pign. Sed nullum eſt remedium vtilius. aut commodius, quam hæc addictio, de qua diximus: modo recte intelligamus, vt pignora addicantur vſque ad quantitatem debitam. Ea autem addictio non fit, ſi quis ſit, qui velit emere, vt hic dicitur, & l. vlt. C. ſi in cauſ. iudi. An hoc impetrandum ſit à principe, dubitatur: propter l. vltim. C. ſi in cauſ. iud. Vlpian. hic ſatis oſtendit ſufficere auctoritatem magiſtratus. Similis locus in l. ordo. Cod. de execut. rei iud. Non obſtat d. l. vltim. Ait, ſolet, non debet. Non pertinet etiam ad rem. l. vlti. C. de iure dom. impetr. Loquitur de alio genere pignoris, nempe conuentionali.

Ad §. *Si ſuper rebus*. alias, *Si rerum*. Docet Vlpian. quod ſit officium eorum, qui exequuntur, &c. quæ ſit eorum cognitio, ſi controuerſia fiat ſuper rebus captis, &c. Et quatuor hic dicuntur ab Vlpian. quæ diſtinguenda ſunt. Primum eſt quod cognoſcit de proprietate, &c. Secundo, quod ſummatim debet cognoſcere. Tertio, quod ſententia non facit præiudicium iis, qui iure ordinario petere volunt rem, &c. Quarto, quod hæc ſententia prodeſt ad vſucapionem, quia iuſtus eſt titulus. Iam ſingula hæc plenius & accuratius examinanda ſunt. Notandum eſt in primis executionem impediri, ſi controuerſia moueatur de rebus captis: etiam ſi contradicat is, qui non fuit in iudicio, *vng triers oppoſant*, quia ipſius intereſt propter res. Oppo. huic ſententiæ l. is à quo fundus. 57. de rei vind. vbi res reſtituuntur exacta cautione. Species longe diuerſa eſt. Vindicata eſt res, cognitio de proprietate eius rei. In iudicio de eadem re fit executio: hic autem loquimur cum res aliqua adiudicata eſt, & alia res capitur, de qua nihil actũ fuit in iudicio. Quæritur vtri incumbat probatio, an ei qui contẽdit res eſſe ſuas, an creditori, qui dicit eas eſſe debitoris? Vulgo traditum eſt id iudicatum eſſe ex poſſeſſione. not. ad l. ob maritorum. C. ne vxor pro marito. Nam probatio non incumbit ei qui poſſidet. §. retinendæ. Inſtit. de inter.

Alia quæſtio eſt, an impedietur executio, mota controuerſia de poſſeſſione. Vlpia. loquitur de proprietate: ſed idem receptum eſt in poſſeſſione. quia non debet quis priuari poſſeſſione ſua, ſine cauſę cognitione. l. vltim. C. ſi per vim vel alio modo. Quid ſi dolo debitoris fuerit in eum tranſlata poſſeſſio? Plerique putant iure ordinario experiendum eſſe, quo reuocantur alienata in fraudem creditorum. titul. quando in fraud. cred. inf. §. item ſi quis in fraudem. Inſtit. de actio. l. 1. §. neceſſario. ſupra ſi mulier ventr. nom. Hoc & aliis probatur, niſi poſſeſſio tranſlata ſit in fraudem executionis ipſius, ſcilicet poſt ſententiam, aut litem motam. Quæ ſententia vtilitatem habet, quamuis certo iure non probetur. Adducitur l. is cui. §. qui in poſſeſſionem, ſupra vt in poſſ. legat. l. certa forma. C. eo. ſed non multum ad rem pertinet, vt Bart. oſtendit. Singulare ius eſt in legatis, & fideicommiſſis, notandum tamen eſt cum alius poſſidet, &c. poſſe ita executionem fieri, vt dominium quod eſt debitoris, transferatur in creditorem, ſaluo iure poſſeſſoris. argum. l. ſi finita. §. ſi de vectigalib. de damno infect.

Secundo notandum eſt executoris cognitionem porrigi ad eas perſonas de quibus actũ non fuit in iudicio principali: etiam ſi alias iudex competens non ſit, vt dicemus ad §. ſi poſt addictum. Si quis forte Lugdunẽſis intercedat, & ſe opponat coram vrbis huius magiſtratu. Reſpondeo, quia iudex cognoſcit de quæſtione incidenti inter quaſcunque perſonas. l. quoties. C. de iud. l. 1. C. de ord. iud.

Tertio notandum eſt, in executione ſentẽtiæ ſummariam eſſe cognitionem, ne lites ex litibus eruantur. l. 4. § ait prætor. ſup. eo. l. terminato. C. de fruct. & lit. expe. Itaque admittitur qualiſqualis probatio, licet plena non ſit, l. 3. §. cauſæ. ſupr. de Carbon. edict. l. 1. §. ſi ea. de vent. in poſſeſ. mitt. Et eſt locus communis de ſummaria cognitione.

Quarto, notandum eſt ſententiam latam in iudicio ſummario non præiudicare in ordinario, l. ſi quis à liberis. §. ſi vel parens. ſupra de lib. agnoſ. l. ſi iudex. ſupra de his qui ſunt ſui. c. veniens. 2. ſupra de teſtib. Hæ ſententiæ vulgo dicuntur prouiſionales. Nam iudex non plene cognita cauſa pronuntiat, quaſi neceſſariæ cuiuſdam prouiſionis & cautionis gratia: interim oportet prouideri, & conſuli actori.

Quinto, obſeruandum eſt rem iudicatam prodeſſe ad vſucapionem. Iuſtus eſt hic titulus, l. iuſtæ. ſup. de acquir. poſſeſ. l. Pomponius. §. ſi iuſſu. eo. tit. Si igitur iudex diuiſerit rem penes eum, qui controuerſiam fecit de proprietate, & is eã poſſederit legitimo tempore, non poterit amplius ab eo peti propter vſucapionem. Hic videtur eſſe verus ſenſus horum verborum: in quorũ interpretatione variatum eſt. Excepta vſucapione omnia manent integra: quia liberum eſt cuiuis iure ordinario experiri, &c.

Ad §. Sed & illud.

PRÆLECTIO XXI.

Declarauit Vlpian. officium executoris, cum rei captæ in cauſam iudicati ſit controuerſia: nunc id plenius declarat, addita exceptione. Vtilitas hoc exigit, vt promptius & citius

& citius fiat executio ſententiæ. Recte tamen admonent nõnulli, videndum eſſe quæ controuerſia ſit. & an tractum habitura ſit. Nam ſi ea ſit lis vt primo quoque tempore expediri poſſit, quia probatio eſt in promptu: tunc nõ erit vtile pignus captum dimittere. Hoc enim totum pendet ex arbitrio executoris. §. item quid. infra.

Ad §. *Quod ſi res*. Quæſtio affinis ſuperioribus. Dictum fuit de quæſtione mota ſuper proprietate: nunc de iure pignoris, &c. Et ait Vlp. aliam eſſe cauſam pignoris: non differetur executio, nec vlla adhibebitur cognitio, ne ſummaria quidem. Alia eſt ratio commodior exequendi, vt ex pignore vendito ſatisfiat priori creditori, ſuperfluum in cauſam iudicati conuertatur. Hyperocha vocatur alibi. l. quærebatur. qui potio. in pigno. hab. hoc fit ſine detrimento prioris creditoris, & cum aliquo commodo poſterioris: ſi forte pignus pluris venundari poſſit ea ſumma, ob quam fuit obligatum. Nota creditorem non cogi vendere pignus, quamuis poſſit, &c. Cogitur tamen pati vt vendatur, & oſtendere debitori qui id vendere velit. l. quamuis. de pig. actio. Nota caſum, in quo ſecundus creditor aufert pignus à primo, propter rem iudicatam: alias primus creditor inſtante ſecundo non cogitur vendere pignus, etiamſi ſufficiat vtriuſque ſolutioni. arg. l. nulla. C. de ſolut.

Ad §. *Si poſt addictum*. Declaratio eſt eorum quæ ſuperius dicta ſunt, & quaſi exceptio. Dictum fuit executorem cognoſcere ſummatim de proprietate rei captæ. Vlpianus docet hoc ita accipiendum eſſe, ſi res adhuc ſit integra, id eſt, ſi neque addictum pignus eſt, neq; emptor miſſus in poſſeſſionem, &c. hæc addictio vel ſolo verbo fieri poteſt. Tribus verbis prætoriis iuriſdictio abſoluebatur, Do, dico, addico. Macrob. lib. 1. Satur. c. 16. Ouidius 2. Faſt.

Illa nefaſtus erit, per quem tria verba ſilentur:
Faſtus erit, per quem lege licebit agi.

Quid ergo ſi pignus iam addictum ſit: *Eſtrouſſe*. Iam pronunciatum eſt, vt detur licitatori alicui, vel creditori. Ait Vlp. ceſſare ſummariam illam cognitionem, & veniendum eſſe ad ius ordinarium. Graue eſt id, quod ita geſtum eſt reſcindere, vnde retardetur executio ſententiæ. Rationem affert Vlpia. quia emptio perfecta eſt, & periculum vertitur emptoris. Poſt venditionem perfectam res perit periculo emptoris, l. neceſſario. de peric. & commodo rei vend. Accurſ. & alij plerique aliter interpretantur, vt re euicta emptor actionem nõ habeat. Verum ſane illud eſt, re euicta non competere actionem emptori aduerſus venditorem, l. ſi ob cauſam. C. de euic. l. ſi plus. 34. ff. eod. tit. Sed tamen competit eo nomine actio aduerſus debitorem, d. l. ſi plus. d. l. ſi ob cauſam. Nullum igitur eſt periculum emptoris in hac re, quia actionẽ habet, &c. Probabilior eſt ergo interpretatio noſtra de periculo interitus, vel alio ſimili periculo: quam & nonnulli, quamuis numero pauciores, ſequuntur.

Ad §. *Certe*. Vtcunque dubitetur de pignore adiecto, certum eſt iudicum partes ceſſare, vbi emptor inductus eſt in poſſeſſionem. Cum non modo perfecta eſt emptio, ſed etiam res tradita. Legendum eſt igitur, *Nonne*, vt in Pandect. Florentin. & aliis codicibus emendatioribus: alij habent, *non*. Sed verum eſt ceſſare partes iudicis exequentis, vt iam diximus. Non ignoro priſtinam obligationem remanere, ſi euicta fuerit res ſoluta, leg. ſi quis aliam. 46. de ſolut. Sed ordinaria eſt cognitio de hac re, nec ad officium executoris pertinet.

Ad §. *Sed ſi emptor*. Alia quæſtio pertinens ad declarationem eorum, quæ iam dicta ſunt. Pone licitatori cuidam addictum eſſe pignus, nec ſolutum pretium. Dictum fuit ſupra ceſſare partes executoris poſt perfectam venditionem: ſed hoc videtur accipiendum, modo pretium ſoluerit, &c. Non transfertur dominium in emptorem, niſi pretio ſoluto. §. venditæ. Inſtitu. de rer. diuiſ. Verum hæc ratio Vlpiani non mouet. Nam aliàs res longe abiret, nec finis aut exitus facile reperiretur. Concludit igitur, melius eſſe vt ſe non interponant: & maxime cum nec habeat, &c. Contextus orationis exigit, vt hæc verba referamus ad emptorem: *Habeat actionem is*, ſcilicet emptor. Sed lectio Florentin. probatior eſt, *ſi eni iudicatũ fieri, &c.* Emptor nullam actionẽ habet aduerſus creditorem, vt iam dixi, d. l. ſi ob cauſam. C. de euictionib. d. l. ſi plus. de euict. de ff. nec creditor aduerſus emptorem, ſecundum lectionem Florent. Ita fit, vt pretij nulla ſit perſecutio aduerſus emptorem. Hinc igitur annotari ſolet, creditori non competere actionem ex vendito aduerſus emptorem. Non. n. vẽdidit: ſed executor ipſe potius, l. ſi pignora. de euict. Nec ad rem pertinet l. ſi ob cauſam. C. de euictio. quam nonnulli obiiciunt. Sed opponitur nobis regula brocardica, quam colligunt ex ea lege. Factum iudicis reputatur factum partis. Regula eſt ficticia, quæ perquam fallax eſt, & indigna quæ hic à nobis refellatur. *Nec iniuria adficietur*. Occurrit tacitæ obiectioni. Nam ſi hanc ſententiam Vlpia. admittamus, videtur aliqua affici iniuria creditor, &c. quia non poterit cogi emptor ad ſoluendum pretium pro executione rei iudicatæ. Sed huic malo paratum eſt remedium, vt præſenti pecunia res diſtrahantur: Græca fide, vt Plautus ait, in Aſinaria. Temperat Vlpian. quod à ſe dictum fuit, &c. Nota rem duobus vendi, nec locus eſt huic pœnæ. l. qui duobus. de falſis. quia hoc receptum eſt vtilitatis cauſa in executione ſententiæ, cum pretium non ſoluitur. Auferetur ergo res manu militari, l. qui reſtituere. de rei vendic. l. non eſt ſingulis. de regul. iur. Quid ſi contendat ſe ſoluiſſe? Iniurioſum videtur ei rem auferri, ait Vlpian. capiendam eſſe rem, &c. Ex quo intelligimus niſi euidenter doceat, & ſtatim doceat ſe ſoluiſſe, fungi debere executorem partibus ſuis. Ex hoc loco annotari ſolet eum qui rem vendit alieno nomine, non poſſe transferre dominium habita fide de pretio: iuxta l. quod vendidi. ſupr. de contrahen. empt. Sed ſingularis ratio eſt in executione ſententiæ, &c. Idem ſi res fiſci veneat. l. 5. infra de iur. fiſci. Idem de minore & eccleſia eſt dicendum. Valet tamen venditio eatenus vt poſſit agi: l. cum vendente. Cod. vbi cauſ. fiſcal. Alias procurator generalis poteſt vendere fide habita de pretio. l. 1. §. 1. de except. rei vendit. leg. 5. §. ſi ei quem. de inſtitor. action. Nihil facit contra mandatum, nec contra bonam fidem: quia id ciuile & vſitatum eſt, imo plerunque neceſſarium. Hoc & in creditore pignus vendente receptum eſt, l. eleganter. §. ſi vendiderit. de pign. actio. Si ſit procurator ſpecialiter ad vendendum datus, videndum eſt quid actum ſit. Si mandatum ſit, vt vendat ſimpliciter, ne hoc quidem caſu videtur contra mandatum facere: fortaſſis eo pluris rem vendit. Si certum pretium definitum ſit, videtur excedere fines mandati. l. diligenter. mandat. Nam qui vendit in diem, quaſi pretio minori vendere intelligitur. §. plus autem. Inſtitut. de action. l. ſi prædio. de in diem addiction. Sed hæc quæ poſita ſunt in æquitate, non facile poſſunt in vniuerſum definiri. l. de acceſſionibus. de diuerſis temporum præſcriptionibus & acceſſ. poſſeſſ.

Ad §. Sic quoque.

PRÆLECTIO XXII.

DEclarat Vlpian. quod prius dixerat perueniri ad iura. §. in venditione. Iura illa ſunt nomina, item edictiones. & obligationes. Ea capiuntur ſicut res corporales. Nam & in pignus dari poſſe conſtat. leg. nomen. Cod. quæ res pigno. l. ſi conuenerit. 18. de pign. actio. Addit Vlpian. nomen tantum confeſſum capi. Subtiliter dici poteſt poſſe executorem cognoſcere, an debeatur. &c. Sed hoc receptum non eſt propter vtilitatem. Nam iſta cognitio de nomine longum tractum habet. Si quis ergo neget ſe debitorem condemnati eſſe, non fiet executio, ſed opus erit ordinario iudicio. leg. 3. Cod. quand. fiſc. vel priua. Hoc accipe niſi euidens ſit calumnia debitoris inficiantis, & in promptu ſit probatio, argum. l. vlt. C. de compenſ. Compenſatio admittitur, ſi cauſa liquida ſit, & non multis ambagibus innodata: ſed poſſit iudici facilem exitum ſui præſtare: vt ſi inſtrumentum ſit de eo debito confectum, idque executionem habeat, vt moribus noſtris eſt receptum contra ius Rom. l. minor 25. annis. de minorib. Huc pertinet quod dicitur in l. 2. Cod. ad leg. Corn. de fal. Debitor cogitur ſoluere, cum apparet ex inſtrumento, &c. Etiamſi falſum dicatur inſtrumentum cauſa morandæ ſolutionis. Huc accedit quod dicitur in leg. ſi is à quo. ſupra vt in poſſeſſ. leg. Si is à quo ſatis petitur offerat cognitionem, &

dicat, Hodie conſtat de fideicommiſſo, hodie agamus: ceſſat ſatiſdatio. In ſumma executoris officium conſtet ſequi, quod expeditius ac commodius eſt ad exequendum, vt poſtea dicitur. Non enim hæc poſſunt aliter definiri in vniuerſum. Hoc autem caſu, quo negat debitor, vulgo receptum eſt dari curatorem bonis: qui aduerſus debitorem experiatur. l. 1. & 2. de curat. bo. dand. Additur & alia exceptio ſi annua penſio debeatur: nam eadem eſt ratio, quæ corporalium rerum, nec refert an debitor neget ſe debitorem aut fateatur, &c. Reditus annui pro rebus ſoli accipiuntur: & hoc hodie receptum eſt. l. iubemus. 14. in prin. C. de ſacroſanctis eccl. Annonæ ciuiles comparantur prædiis, nec poſſunt alienari. Et vulgo citatur conſtitutio Pontificia, quæ de regula fratrum minorum facta eſt, clement. exiui. §. cumque annui. de verb. ſignifi. Ego receptam ſententiam ita probo, ſi cauſa ſit huiuſmodi, vt cauſa videatur poſſe breui tempore finem accipere, alioqui verius eſt executionem dimittendam eſſe, & transeundum ad ius ordinarium, vt iam dixi.

Ad §. *Item quid dicemus*. Demonſtrat Vlpianus rationem exequendi, cum nomen confeſſum capitur. Vendet nomen præſente pecunia: niſi forte viderit ſtatum exigi poſſe, &c. Sequi debet quod facilius videtur. Vix poteſt vlla certa lex præſcribi executoribus: ſed multa ſunt committenda eorum arbitrio. Multa occurrunt in ipſa executione, & cognitione, quæ non poſſunt cogitari à legiſlatore: ideoque nihil in vniuerſum præcipi, aut definiri poteſt: ſicut dicitur de mora. l. mora. de vſur.

Ad §. *Sed & ſi pecunia*. Declarat Vlpian. quod prius dixit de rebus mobilibus. Dubium non eſt quin recte capiatur pecunia, ſi quam habeat condemnatus. Nec refert, an apud eum ſit, an apud alium, puta argentarium. Argentarij erant veluti proxenetæ quidam, apud quos pecuniæ deponebantur, &c. Mentio eſt ſub tit. de eden. l. filiæ. infra. de ſolu. Et nota pecuniam ipſam hic capi, non nomen: quia eſt in dominio rei condemnati. Hoc eſt intelligendum, ſi conſtet pecuniam depoſitam eſſe, &c. Quid enim, ſi id neget argentarius? Locus eſt diſtinctioni ſuperiori. Quo pertinere videtur dictio, Æque, deſtinata tamen ei. Exemplum poteſt adduci ſatis appoſitum: ſi quis mihi pecuniam obtulerit, & eam depoſuerit obſignatam, &c. Iuxta l. obſignatione. Cod. de. ſolut. l. acceptam. C. de vſur. l. vltim. de leg. commiſ. Si fiat contra me executio poterit capi. Sed de hoc dicemus plenius ad. l. commodis. infra. eod.

Ad §. *Hoc amplius*. Adeo verum eſt, quod iam dictum fuit, vt locum habeat in pecunia pupillari, quæ depoſita eſt, &c. Probabilis tamen fuit de hac re dubitatio: quia pecunia pupilli depoſita ad prædiorum comparationem, prædiorum loco habetur. leg. quid ergo §. vſuras. ſupra de contraria & vtili act. tut. Non poteſt tutor ex ea pecunia ſoluere æs alienum ſine permiſſu prætoris. Veruntamen Vlpia. ait poſſe capi hanc pecuniam, &c. Nec id mirum videri debet: nam & prædia ipſa diſtraherentur pro executione. l. 3. item quæri poteſt. de reb. eor. l. 1. C. de præd. minor. Hæc alienatio non eſt voluntaria, ſed neceſſaria.

Ad l. Sunt qui. 16.

HOc cap. continetur interpretatio edicti prætorij de actione iudicati, Condemnatus vt pecuniam ſoluat, &c. Quibus verbis ſignificatur totum exigendum eſſe: ſed excipiuntur quædam perſonæ de quibus hic diſſerimus. Et credibile eſt in aliqua parte edicti prætores de iis meminiſſe: hæ perſonæ conueniri dicuntur, quatenus facere poſſunt. Quod quemadmodum accipiendum ſit, docet regula iuris, quæ ex hoc loco ſumpta eſt, vt inſcriptio oſtendit lib. 63. ad edict. l. in condemnatione. de reg. iur. Non totum quod habent extorquendum eſt, ſed & ipſarum ratio habenda eſt, ne egeant. Solet quæri an poſſit peti ſolidum, &c. quaſi debeatur ſolidum niſi reus exceptionem opponat ex beneficio iuris. Vlp. hic vtitur verbo, conueniuntur. Similis locus in leg. 4. ſupra quod cum eo. Alibi ſit mentio condemnationis, & exactionis. Itaque animaduertendum eſt olim variam fuiſſe rationem agendi. Ab initio poteſt reus petere à prætore, vt addatur exceptio: tunc datur iudicium non purum, & ſimplex, &c. eamque formulam ſequitur iudex datus condemnando. Poteſt & iudiciũ ſimplex dari, non contradicente reo, per errorem forte aliquem. Sequetur condemnatio in ſolidum: ſed in actione iudicati addetur exceptio. l. item miles. infra. l. Neſennius. 41. §. vlt. hic. l. ex diuerſo. §. vltim. ſol. matr. De his perſonis ſigillatim dicendum eſt. In hunc numerum refertur in primis ſocius. Viſum eſt indecorum ſocium à ſocio ſpoliari omnibus fortunis ſuis. Magna eſt neceſſitudo ſociorum, & ſpeciem fraternitatis habet. l. verum. ſupra pro ſocio. Socium interpretatur Vlp. omniũ bonorum. Maior eſt neceſſitudo & coniunctio in genere ſocietatis. Sed hic occurrit antinomia ex d. l. verum. Verum eſt & ſi non vniuerſorum bonorũ ſocij ſint, ſed vnius rei, &c. Non eſt tamen credendum contraria eſſe, quæ eiuſdẽ auctoris ſunt, nempe Vlpiani. Vlpia. hic dicit, locum habere in ſocio omniũ bonorum: addit in l. verum. idem eſſe in ſocio vnius rei. Plus, & minus dicere, non eſt contraria dicere. Simile quoddam annotaui de iudiciis bonæ fidei & ſtrictis, ad l. iuriſgentium. §. quinimo. de pact. Si hæc eſſent ſcripta in eodem loco, nulla repugnantia reperiretur.

PRÆLECTIO XXIII.

COepimus diſſerere de perſonis, à quib. ſolidum non exigitur, &c. Ac primum de ſocio, etiamſi ſit vnius rei ſocius. ex l. verum. hic. Sic enim interpretati ſumus duos locos Vlpia. quaſi in vno ſuppleat quod in altero omiſſum eſt. Coniũgere igitur debemus eos locos, perinde ac ſi dixiſſet Vlpian. ſocium omnium bonorum accipere debemus: nam & ſi vnius rei ſocius ſit, verum eſt eum conueniri quatenus facere poteſt, &c. Sic interpretati ſumus alias quod dicitur de iudiciis bonæ fidei, & ſtrictis, in l. iuriſgentium. §. quinimo. de pact. & in l. lecta. de rebus cred. Nec fortaſſis aliter ſenſit Accurſ. cum ait, Vel illa lex ad iſtam trahitur. Ex eo numero eſt etiam *Parens*, propter reuerentiam quæ ipſi debetur. l. liberto. de obl. à libert. Filio ſemper honeſta & ſancta perſona patris videri debet. Aurea eſt ſententia Vlpiani ſumpta ex hoc loco, vt inſcriptio oſtendit, lib. 36. ad edict. Hoc non eſt accipiendum de filiis in poteſtate. Nam filiusfamil. non poteſt agere, &c. l. lis nulla. de iudi. Quo caſu poteſt conuenire filius patrem, item patronus, &c. Debetur etiam reuerentia patrono, propter grande illud beneficium libertatis, quam ſeruo dedit. d. l. liberto. adde l. 5. eo. titul. de obſeq. Vbi non datur actio famoſa, ſi ob negotium faciendum, vel non faciendum pecuniam acceperit, &c. Quæ etiam coniungenda eſt cum hac lege. Inſcriptio vtriuſque eſt lib. 10. ad edict. ac vtrunque caput ſumptum eſt eod. tit. de calumniat. Quæritur, quid ſi patronus amiſerit ius patronatus? Videndum eſt quomodo amiſerit. Si illud ius remiſerit ſponte, nihilominus ei debetur reuerentia. l. vltim. Codic. de bon. libert. Quare beneficium hoc quod competit propter reuerentiam, non videtur ei adimendum eſſe. Si vero priuatus ſit iure patronatus ob culpam ſuam, etiam hoc beneficium amittit. d. l. vltim. ad fin. Quæritur an idem dicendum ſit de domino & vaſallo. vtor autem verbis vulgaribus, & receptis docendi cauſa. Et certum eſt reuerentiam deberi, &c. ex quo colligit Zaſius non poſſe ab eo ſolidum exigi. Quæ opinio probabilis eſt, quamuis certi iuris non ſit. Nam in libro feudorum, vbi iura huiuſmodi clientelæ plene deſcribuntur, nihil tale reperitur: & durum eſſet ad omnes eos, quibus aliqua debetur reuerentia, hoc ius producere: cuiuſmodi ſunt magiſtri, præceptores, magiſtratus, ſeniores, &c. Sed magna illa coniunctio & neceſſitudo, quæ eſt inter dominum & vaſallum, facit vt hæc ſententia mihi non improbabilis videatur. Et receptum eſt, ac vſitatum argumẽtum à libertis ad vaſallos, propter ſimilitudinem coniunctionis & neceſſitudinis. Sequitur, Si liberi, eorum parentes. Parentes & liberi hic accipiuntur in infinitum. l. 4. §. parentes. de in ius voc. l. ſed ſi hac. §. liberos. eod. titu. facit lex, appellationem. de verbor. ſignifi. Par reuerentia his omnibus perſonis debetur. Non obſtat l. Iuriſconſultus. §. parentes. de gradib. Parentes vſque ad tritauum proprio vocabulo nominantur. Non negat vltra tritauum parentes dici, ſed ait proprio vocabulo non nominari. Verius hoc eſt, quam quod Accurſius ait, *proprie vſque ad tritauum, &c.* Quanquam negare non poſ-

non poſſumus de proprietate horum verborum diſſenſionem fuiſſe inter veteres Iureconſultos, vt apparet ex dicta l. 4. de in ius voc. Præterea maritus hoc beneficio vtitur in exactione dotis. l. maritum. ſol. mat. Cautio ab eo exigitur de ſoluendo, ſi ad meliorem fortunam peruenerit. C. de rei vxo. actio. §. cum autem. Cautionem nudam accipe, l. ſancimus. C. de verb. ſign. non facile reperiret inops maritus. Nec eſt contrarium quod dicitur Inſtit. de actio. §. item ſi de dote. In quãtum facultates patiuntur. Non enim ſignificat facultates omnes ei auferendas eſſe: ſed quatenus facultates patiuntur, id eſt, quatenus facere poteſt. Sophiſticum eſt aliter interpretari, præſertim cum ex verbis antecedentibus & conſequentibus id ſatis intelligatur. Ex his multæ exiſtunt quæſtiones, de quibus dicemus in capitibus ſequentibus. Item miles hoc beneficium habet propter vtilitatem reip. Sed hic locus de milite ſatis tractatus eſt ſup. ad l. miles. Accurſ. addit alias perſonas, cuiuſmodi eſt donator. l. inter eos. inf. indignũ viſum eſt eum, qui conuenitur ob liberalitatem ſuã omnibus bonis ſuis ſpoliari à donatario. l. & exhæredatum. 49. cum l. ſeq. infr. eo. Quod eſt intelligendum de donatione ſimplici, non ob cauſam. l. 1. ſup. de don. Item is qui cedit bonis. l. 4. Cod. qui bon. ced. poſſ. Inhumanum eſt ſpoliatum fortunis ſuis, in ſolidum damnari. §. vlt. Inſtit. de action. Item filiusfam. qui emancipatus eſt à patre. l. 2. ſup. quod cum eo. Item, ſi exhæredatus eſt à patre, vel ſe abſtinuit ab hæreditate: hæc omnia continentur edicto Prætoris. dubitatur de fratre, an frater conueniri poſſet à fratre in ſolidum. Et quidam exiſtimant hoc beneficium non competere: quia non numeratur inter has perſonas: nec debet ius ſingulare extendi interpretatione. l. quod vero. de legibus. Alij putant competere fratri propter neceſſitudinem & coniunctionem fraternam. Quæ ſententia humanior eſt. Deinde confirmatur hæc opinio argumento ducto ex l. verum. pro ſocio. ſocio conceditur hoc beneficium, quia fratris loco habetur: ergo multo magis fratri. Item Vlpia. hic loquitur de liberis parentis, quia fratres ſunt. Addunt aliqui, Chriſtiani hominis eſſe, à nemine Chriſtiano homine ſolidum exigere, cum fraterna quædam coniunctio & neceſſitudo ſit inter omnes Chriſtianos. Ego vero non puto ab hominis Chriſtiani officio alienum id eſſe quod legibus eſt permiſſum, ſi nulla alia id ratio ſuadeat. Fruſtra diſtinguerentur actiones, quæ dantur in ſolidum ab aliis. §. ſunt præterea. de action. Et ſatis norunt homines politici, non eſſe id publice vtile, vt debitor prętextu noxię non poſſit damnari in ſolidum, &c. Fides maxime continetur, & conſeruatur rerum debitarum ſolutione, vt ait Cicer. Quæritur an in hac condemnatione, & exactione deduci debeat æs alienum. Vlpian. ait, *Non deducto ære alieno.* Idem dicitur in l. maritus. 55. ſupra ſol. mat. Excipitur donator, dicta leg. inter eos. infr. l. & exhæredatum. 49. & l. ſequent. infra. Quæritur an pactum valeat, vt in ſolidum conueniatur. Expreſſum eſt non valere inter virum, & vxorem. l. alia. §. eleganter. ſupr. ſolu. matr. Contra bonos mores, & receptam reuerentiam inter alias perſonas pactum valet, ſi nihil bonis moribus contrarium ſit. l. ſi quis in conſcribendo. C. de pact. puta ſi ſocius cum ſocio paciſcatur, donator cum donatario. Dicemus ad l. ſi conuenerit. 26. infra. eod.

Ad l. Inter eos. 19.

PRÆLECTIO XXIIII.

DIximus quaſdam eſſe perſonas, quæ conueniuntur quatenus facere poſſunt: cuiuſmodi ſunt ſocius, parens, patronus, &c. Inde naſcitur quæſtio, an deduci debeat quod aliis debetur: pone maritum conuentum eſſe primum ab vxore, deinde à ſocio. In actione de dote quæritur, quatenus facere poſſit: ſic etiam in actione pro ſocio. Cum quæritur de facultatibus rei, videtur inquirendum quid debeat aliis: in actione pro ſocio, quid debeat vxori: in actione de dote, quid debeat ſocio. Non poteſt aliter cognoſci modus facultatum, & patrimonij. Itaque dubitatur vtrius potior cõditio ſit futura. Paulus ait occupantis meliorem eſſe conditionem, ſicut in actione de peculio. Occupantem intelligimus in hac re eum, qui primus ad ſententiam peruenit, l. ſi vero. de pecul. Quamuis alias hoc verbum varie accipiatur pro ſubiecta materia. leg. ſi pluribus. 33. de l. 1. Igitur in priore ſententia non habebitur ratio eius, quæ ſecutura eſt: vt ſcilicet deducatur, quod poſterior petit, qui nondum peruenit ad ſententiam iudicis. In poſteriore autem ſententia habebitur ratio prioris. Deducetur id quod priore ſententia continetur, vt ſit melior conditio occupantis. Itaque deducitur æs alienum, de quo lata eſt ſententia: quamuis alias non deducatur, vt ſupra diximus. Sed cur ait Paul. *Ex eadem cauſa, &c. & eiuſdem conditionis hominibus.* Quia inter eos tantum qui eiuſdem conditionis ſunt, locus eſt occupationi. Nam ſi quis priuilegiarius ſit, ſemper eius cauſa potior eſſe debet. l. 3. ſupr. quod cum eo. l. ex facto. de pecu. huiuſmodi eſt cauſa dotis funeraria, & aliæ ſimiles, l. 2. infra. de priuil. cred. Et hæc intelligenda ſunt de actionibus perſonalibus: in hypothecaria actione ſpectatur quis prior ſit tempore. l. potior. l. qui balneum. ſup. qui pot. in pig. hab. Atque ita intelligenda eſt l. vlt. §. exceptis. C. qui pot. in pig. Cuius meminit Accurſ. Cum vtraque mulier petit dotem, quia vtraque hypothecam habet. Quæ prior eſt tempore, &c. Hic occurrit antinomia ex l. in iudicati. 61. infr. eod. Verũ hæc diuerſa ſunt magis, quam contraria. Iulianus ibi loquitur de actione iudicati, & executione ſententiæ. Cum plures concurrunt in executione ſentẽtiæ, pariter ſatisfit omnibus: alias potior eſt cauſa eius, qui prior venerit ad executionem: non ſpectatur tempus quo quæque ſententia lata eſt. Sed nihilominus verũ eſt, meliorem eſſe conditionem occupantis, vt hic Paul. ait, quia admittuntur pro rata parte cuiuſq; debiti, & quatenus ſentẽtia cuiuſque continetur. Sed de hac re plenius dicemus ad d. l. in iudicati. 61. Sequitur, *Is, quoque, &c.* Hoc ſingulare eſt in donatore, quod deducitur æs alienum. l. & exhæredatum. infra, eod. Alij nihil deducunt, niſi de quo ſententia iam lata ſit, vt iam dictum eſt. *Quibus ex ſimili cauſa*, id eſt, ex cauſa donationis. Ex his nouiſſimis verbis ſumpta eſt l. in condemnatione, infra de reg. iur. Quæritur apud Accurſ. an exceptio huius beneficij ſit perpetua, an dilatoria. Variæ ſunt opiniones: ſed videtur dilatoria magis dicenda eſſe, quam perpetua, & peremptoria: quia non perpetuo agenti obſtat, nec cauſam perimit. §. appellantur. Inſtit. de except. Differtur ſolutio, & exactio, donec peruenerit debitor ad meliorem fortunã. §. cum autem. C. de rei vxor. act. Item hæc eſt differ. matio dilatoriæ exceptionis, & peremptoriæ: Quod tutus exceptione dilatoria ſoluens non repetit, l. in diem. 10. ſup. de cond. indeb. Tutus exceptione perpetua repetit. l. qui exceptionem. 40. eod. tit. At propter hanc exceptionem non datur repetitio ſoluti. l. quod nomine. & l. ſeq. de cond. indeb. habet tamen aliquid commune cum exceptionibus peremptoriis. Peremptoriæ opponuntur vſq; ad ſentẽtiam. l. peremptorias. C. ſent. reſcin. non poſ. Cum dilatoriæ opponantur in initio. l. litis exceptionem. C. de probat. Quinimo & poſt ſententiam quoque opponitur hæc exceptio. l. Neſennius. §. vl. inf. l. ex diuerſo. 17. §. vlt. ſup. ſol. mat. Non eſt autem hic magnopere laborandum de nomine, ſed de effectu, qui ex iam dictis cognoſcitur.

Ad l. Non tantum. 20.

DIctum fuit ſupra, maritum conueniri dotis nomine, quatenus facere poteſt, &c. l. patronus. ſupra. & veriſimile eſt id expreſſum fuiſſe edicto Prætoris. Quid ergo ſi conueniatur maritus ex alia cauſa, &c. Non videtur edictum produci poſſe interpretatione ad alios contractus, l. quod vero. ſupr. de leg. Sed ita conſtitutum eſt, &c. Sine conſtitutione non facile admiſſa fuiſſet hæc extenſio. Hæc conſtitutio, quæ iam pro iure certo habebatur tempore Modeſtini, extenditur interpretatione ad mulierem. Nihil ergo refert, ex quo contractu agat maritus contra vxorem, non magis quam cum vxor agit contra maritum. Locus communis eſt de æquitate, in qua verſatur interpretatio iuris, leg. 1. de iuſtit. & iure. l. placuit. Cod. de iud. Reperitur hic antinomia, ex l. diuortio. ſup. de neg. geſt. vbi datur actio negotiorum geſtorum contra maritum in ſolidum. Sed conſtitutio eſt accipienda cum hac exceptione: niſi contractus initus ſit ſoluto iam matrimonio. Ait enim Scæuola, *diuortio facto.* Nec nos mouet quod hic Modeſt. loquitur de contractibus ſimpliciter. Nam ſic interpretari debemus, vt vna lex trahatur ad aliam, leg.

non eſt nouum. ſup.de legib.facit l.in toto iure.de reg. iur. Si diceret Modeſt. ex aliis contractibus etiam conuentis ſoluto matrimonio, manifeſta eſſet repugnantia. Non poſſet addi hæc exceptio,quæ ſine vllo incómodo hic additur. Quod autem dictum eſt maritum teneri in ſolidum ex contractu inito poſt diuortium,ſic accipiendum eſt,niſi ex conſtituto conueniatur.l.quod ſi maritus.de conſtituta pecu. Obligatio de cóſtituto in locum prioris obligationis ſuccedit, & eſt eiuſdem naturæ. Quid iuris ſit, ſi agatur ex delicto,dicemus ad l.ſi rerum.52.inf.

Ad l. Sicut autem.21.

QVod dictum eſt de marito,producitur ad ſocerum,id eſt patrem mariti.Idem honor ei habetur,quia parentis locum obtinet.l.rei iudicatæ.15.§.vlt.& l.ſeq. ſol. mat. dubitatur de patre vxoris.Et ait Paul.hoc receptum non eſſe,quamuis aliqua æquitas id ſuadeat. Additur exceptio, niſi matrimonio adhuc manente dos petatur ex promiſſione.Oppon.huic ſententiæ l.ex diuerſo.17.ſol.mat. Neratius & Proculus ſcribunt hoc iuſtum eſſe.Variæ ſunt opiniones, & interpretationes. Ego alias ſcripſi hiſtoricam narrationem eſſe, quæ nullá repugnantiam continet. Coniungendi ſunt hi loci,qui ſeparati ſpecies repugnantiæ habent.Ego plene & dilucide ſcripſi de hac re,ad l.ex diuerſo.ſol.matr. vbi etiam docui quomodo accipienda ſit l.penul.de iure dot.Hinc annotandum eſt prætextu æquitatis,aut iuſtitiæ non licere nobis à certo iure recedere.l.proſpexit.qui & à quib.Æquitatem ſequimur,vbi ius certum deficit in ſpecie de qua quæritur, l. placuit. C. de iud. vbi male legitur, ſcriptæ, & contra fidem omnium veterum exemplarium.

Ad l. Sed hoc ita.22.

NIhil obſcuritatis habet, eaque ex ſuperioribus explicata fuit.

Ad §. Quod autem.

PRÆLECTIO XXV.

INterpretatur quod prius dictum eſt de ſociis,in l. ſunt qui. ſupra. Et addit exceptionem, niſi negauerit ſe ſocium, aut dolo fecerit, &c. Idque colligit ex Prætoris edicto, vbi ſcriptum fuit, *Cauſa cognita, ſi ſocius ſocio, &c. actione, cauſa cognita, dabo in id quod facere poteſt*, In cauſæ cognitione hoc verſatur, modo ſocius negauerit ſe ſocium,&c.aut dolo aliquid fecerit. hoc receptum fuit interpretatione prudentum. Doli clauſula, quæ inſeritur in contractibus, ita concipitur, *Dolum malum abeſſe, abſuturumque eſſe*. l. ſtipulatio iſta. 38.§.ſi quis dolum.de verb.oblig.l.ſtipulationes.53.l.doli.119. eod. tit. l. nouiſſima.iud. ſol. Et hæc clauſula adiicitur cautionis maioris cauſa in ſocietate:nam in iudiciis bonæfidei tacite intelligitur, quia nihil eſt tam contrarium bonæ fidei quam dolus. l.3.ſup. pro ſoc.Hinc dicitur exceptio doli ineſſe bonæ fidei iudiciis. l. ſed & ſi.ſolu.matr.l.huiuſmodi.§.qui ſeruum. de legat. 1. hæc igitur eſt interpretatio edicti de ſociis. Similis interpretatio edicti de filio emancipato. l. 4. ſupra quod cum eo. Dixi ad l. qui cum ſe.10.ſupr.Idem dicitur de fideiuſſore, qui inficiatur ſe fideiuſſorem.l.ſi dubitet. §. ita demum.de fideiuſſor. amittit beneficium diuiſionis. Vulgo receptum eſt,idem ius eſſe in marito,qui negauit ſe maritum eſſe, quaſi eadem ſit ratio mariti,quæ ſocij.l.non poſſunt.l.neque leges.ſup.de legib. Sed huic opinioni non auſim ſubſcribere,tametſi neminem reperio diſſentientem. Nam Pomponius hic diſerte loquitur de ſociis, & ita loquitur, quaſi ſentiat diuerſum ius eſſe in aliis. Deinde hoc ius quod ſingulare eſt, & paulo durius atq; odioſius,non debet produci ad conſequentiam. l. quod vero.ſupr. de legib.l.cum quidam.ſupra, de liber.& poſth.Non eſt contrarium noſtræ ſententiæ quod in l.etiam. §. licet.ſolu. matr. maritum teneri, ſi dolo facere poſſe deſiit: id enim generale eſt in omnibus perſonis, quæ hoc beneficium habent. l. verum.§. tempus. ſupra pro ſoc. Facere poſſe videtur,qui dolo fecit quo minus poſſit. Nec enim æquum eſt dolum ſuum quenquam releuare. Hoc vero dicitur de eo, qui dolo fecit, quo minus facere poſſit: ſed de inficiante nihil tale reperitur ſcriptum. Itaque obſeruandi ſunt caſus, in quibus ita punitur mendacium, & falſa inficiatio: nec temere producendi ſunt ad cóſequentiam,vt dixi ad l.10. ſupra. Hoc iacto fundamento poſſunt decidi multæ quæſtiones, de quibus magna eſt diſſenſio in ſcriptis vulgarium interpretum. Huius generis eſt illa, Si neget ſociuſſe debere, cum fateatur ſe ſocium eſſe, &c. Iuriſconſulti loquuntur non ſimpliciter de eo qui negat, ſed qui negat ſe ſocium eſſe. Non quoduis mendacium hic punitur,ſed certum mendacij genus. Hoc ius igitur quod ſingulare eſt, non extendemus ad alium caſum: cum præſertim non ſit eadem ratio:quia qui negat ſe ſocium, id negat quod cauſa eſt beneficii.Non eſt ergo mirum ſi propter eam negationem beneficium amittat. Quid ſi poſtea fateatur quod negauerat? Et receptum eſt vſque ad litis conteſtationem pœnitentiæ locum eſſe: nam humana eſt hæc interpretatio, quæ in re dubia admitti debet.l. benignius. ſup.de legib. Nec aliena eſt à verbis edicti in quib. dicitur, *Cauſa cognita, &c.* Deinde hoc confirmatur exemplis in quibus ſimilis admittitur interpretatio: vnum eſt in l.quamuis.ſup.de in ius voc.Si pœniteat libertum, & actionem remittat.Et hæc interpretatio admittitur,quamuis Prætor non adiiciat ſe cauſa cognita iudicium daturum. Ergo multo magis in hoc caſu,in quo Prætor id adiicit. Aliud exemplum,in l.electio.26.§.neque.ſupr. de noxal.act. Si negaueris ſeruum in tua poteſtate eſſe,poſtea fateri poteris, niſi iam lis aduerſus te conteſtata ſit. Ille caſus eſt ſimillimus noſtro:quia qui negat ſeruum in poteſtate ſua eſſe,hac pœna punitur propter mendacium ſuum vt damnetur in ſolidum, & ſine noxæ deditione.l. quoties.§.Prætor ait.eo.tit. Sed hanc pœnam vitat reus, fatendo poſtea quod negauit. Ergo idem & hic dicendum, quia fauorabilis eſt & humana hæc interpretatio. d. l. cum quidam. Aliud exemplum in l.de ætate.§. vlt.de interroga.actio.Licet reſponſi pœnitere,ſi nulla captio ſit, ex eius pœnitentia actoris. Et hic quoque caſus ſimilis eſt noſtro. Nam ob mendacium & falſum reſponſum tenetur in ſolidum,qui alias nó teneretur. Sed huic pœnæ eximitur pœnitentia ſua,&c. Alia quæſtio eſt de eo, qui negat ſimpliciter, & generaliter quod actor intendit.Duo continentur intétione actoris:vnum eſt,quod ſocietas contracta ſit,&c. Alterum quod reus debeat ex ſocietate. Negat reus ſimpliciter,nec aliud exprimit, Variæ hic ſunt opiniones. Duriores interpretes & ἀκριβοδίκαι exiſtimant hoc beneficium amitti propter inficiationem:quaſi ſatis inficietur ſe ſocium eſſe is, qui ita loquitur. Sicut in l.ſi is qui.§.vtrum.de reb. dub. Eorum quid, quæ tibi obiiciuntur feciſti?non feci, id eſt, nihil horum feci. Similis locus in l.ſi ſine interrog. §. qui interrog. ſup. de interrog. act. Interrogatus an ex dimidia parte hæres ſit,reſpondit, hæres ſum. Intelligitur reſpondiſſe ad interrogatum. Ergo idem & hic dicendum eſt,vt reſponſio referatur ad intentionem actoris. Similis locus in §.præterea.Inſtit.de inutil.ſtipula. Dabis calendis?dabo. Hæc quidem ſubtiliter dicuntur, & mero iure defendi poſſunt: ſed longius recedunt ab humanitate, quam hic dicimus ſequendam eſſe. Durum eſt interpretari, reum his verbis generalibus id complecti voluiſſe, quod veriſimile eſt ſpecialiter dicturum non fuiſſe. argu. l. obligatione generali.de pign. Non eſt veriſimile reum ſpecialiter id dicturum fuiſſe propter quod in pœnam incideret. Sic interpretatur Vlp. edictum Prætoris de eo qui nouum ius impetrauit. l. 3. ſi procurator.ſup.quod quiſq; iur. Impetratio procuratoris non nocet domino, niſi ſpecialiter mandauit, &c. Nó eſt credibile in mandato generali eum non ſenſiſſe de eo, propterea quod pœna edicti teneretur. Præterea huius orationis interpretatio, eſt rei ipſius qui id accipiet quod ei eſt vtilius. l. ſi quis intentione.ſup. de iud. Potuit autem reus ſentire ſe non debere ex ſocietate, quamuis ſocius ſit. Ambigua igitur oratio eſt. Conſulte ergo fecerit actor, ſi petierit à reo, vt ſpecialiter declaret, an ſit ſocius: ſicut ſpecialiter declarare debet actor,&c.l.1. ſupra de eden. ita etiam reus, cum ſit eadem ratio.

Ad l. Si cum procuratore.23.

INterpretatio edicti prætorij de marito.&c. *Quid ſi actum ſit cum procuratore.* Verba deficiunt edicti, ſed ſententia nó deficit. Nihil refert an conueniatur procurator, an maritus. quia procurator non conuenitur nomine ſuo, ſed mariti:modo

ti:modo condemnatio fiat viuo adhuc marito, quia perſonale beneficium eſt,&c.vt mox dicemus in c. ſeq. Mortuo domino manet adhuc procurator, cum quo lis conteſtata eſt, quia eſt effectus dominus litis.l.procuratoribus.Cod.de procur.Cœpto igitur iudicio ante mortem rei, condemnatio fit contra procuratorem,vel in ſolidum,vel quatenus: vt hic diſtinguitur.Idem dicitur de defenſore,l.alia.ſolut.mat.de hoc defenſore extat edictum prætoris, in leg. ſeruum.§. ait prætor.ſup.de procur. *Cuius nomine quis actionem ſibi dari poſtulabit, is eum boni viri arbitratu defendat.* Quo pertinet inſcriptio illa,de procurator. & defenſor.

PRÆLECTIO XXVI.

Ad l. Et ſi fideiuſſor.34.

DIctum fuit, procuratorem aut defenſorem mariti, non condemnari in ſolidum,&c. Quæritur an idem dicendum ſit de fideiuſſore? Pompon.ait, fideiuſſorem damnandum eſſe in ſolidum rei vel actionis,id eſt,dotis, vel actionis, quæ pro dote competit.Damnatur nomine ſuo, non vt procurator nomine alieno:actio iudicati contra eum datur. Exceptio cohærens perſonæ rei non prodeſt fideiuſſori. l. exceptiones.infrà de except.§.vltimo.Inſtitut. de replicat. Dixerit aliquis:fideiuſſor plus debere non poteſt, quam reus. leg. græce.§.illud.de fideiuſſor. & l. centum Capuæ. de eo quod certo loco.Reſpondeo, huic ſubtilitati locum non eſſe in hac re,quæ ſola humanitate,& benignitate nititur.Si ad ſubtilitatem iuris reſpiciamus,dicemus & reum quoque teneri in ſolidum:ſed humanitate ſuadente, iuuatur hoc beneficio contra rigorem iuris.

Alia difficultas hic exiſtit: nam quod ſoluit fideiuſſor,id poſtea exigit à reo actione negotiorum geſtorum.l. quod dictum.ſuprà de pact. Sic effectu ſolidum præſtat reus,& beneficio iuris priuatur:quod videtur iniquum. Quid enim refert,qua via,aut recta an indirecta, mihi quod meum eſt auferatur?l.vlt.ad fin.C.de vſur.rei iud. Excogitatum eſt remedium à noſtris interpretibus quo vtrique ſuccurratur: vt reus ipſe opponat exceptionem pro eo quod ſua intereſt. Quam fideiuſſor non poteſt opponere: fideiuſſor enim conuentus debet denuntiare reo, vt ſe defendat, & iudicium ſuſcipiat: alias nullam habebit actionem contra reum.Deinde reus opponit exceptionem , & oſtendit ſua intereſſe, ne fideiuſſor condemnetur.Hæc colliguntur ex leg.idemque. §. generaliter.ſupra mand. Vbi dicitur, cum exceptio competit reo tantum,non etiam fideiuſſori, debet fideiuſſor denuntiare reo, vt ipſe iudicium ſuſcipiat. Hoc commentum adeo placuit interpretibus,vt nullus ſit,qui non magnopere probet. Ego tamen aliàs hoc refutaui & aliter diſſerui de hac re quam cæteri vulgò ſoleant. Primum me mouet, quod nullo iure probatur hæc cautio,quam ipſi *Cautelam* vocant, nec ad rem pertinet d.lex,idemque,§.generaliter. Non enim loquitur de exceptione cohærente perſonæ,cuiuſmodi hæc eſt.d.leg. exceptio.Et ſi ita intelligeremus,eluſoria eſſet ac plane nugatoria diuiſio illa exceptionum:nulla eſſet exceptio competens reo, quæ non prodeſſet vtrique. Nec arbitror auctores huius cõmenti,ac defenſores id tueri ſine ſcrupulo aliquo , ſi qui ſint inter eos ſanioris iudicii. Sed fortaſſis hoc dicunt, quod nihil habeant aliud,quod obiectis reſpondeant, vt fieri ſolet. Verum ego aliter reſpondeo, ſolidum quidem hac ratione præſtari à marito,ſed vxorem id non exigere, imò fideiuſſorem. Et fortaſſis vxor, quæ conuenit fideiuſſorem, ignorat an is à marito ſit petiturus. Poteſt donandi animo fideiubere. leg. quod dictum,ſupra de pact. Si quis ergo dixerit,nihil referre,qua via,&c. Reſpondeo,hic multum referre:quia cum vxor exigit ab ipſo marito: indignitas ac turpitudo maior eſt. Nec vero nouum eſt ab his perſonis ſolidum exigi in ſimilibus caſibus.Dicemus ad leg.Neſennius.infrà.

Alia difficultas hic reperitur ex eo, quod dicitur de fideiuſſore, &c. nam fideiuſſor dotis nomine inutiliter accipi dicitur.Cod.ne fideiuſſ.dot.dentur. Accurſ.ait Pomp. non loqui de marito. Contrarium facile apparet ex iis quæ antecedunt,& ſequuntur. Aliis placet Pomp. loqui de fideiuſſore accepto poſt ſolutum matrimonium : nam fatentur ſoluto matrimonio fideiuſſorem obligari. dicta leg. exceptiones. de except.l.ſi conſtante.24.§.quoties.ſolut.matr.§.non autem. C.de rei vxor.act.Ego aliàs oſtendi falſam hanc eſſe opinionem vulgatem : & ſcripſi in epitome tractatus de iure dot. Demonſtraui multis argumentis fideiuſſorem obligari, quãuis maritus non cogatur fideiuſſorem dare.

Ad §. Si maritus. & ad l. Sciendum.35.

HOc beneficium perſonale eſt, nec tranſit ad hæredem. Idem dicitur in l. maritum. §.vlt. & l.ſeq. ſol. mat.l.in omnibus.de regul.iur. quæ ſumpta eſt ex illo loco , vt inſcriptio indicat: idemque eſt in omnibus aliis perſonis, &c.leg. 4.ſuprà quod cum eo.l.verum.63.pro ſoc. Filiis ſane mariti prodeſt hoc beneficium, ſi ex eodem matrimonio ſuſcepti ſint.l.etiam.18.in prin.ſol.matr. Si nouerca agat contra priuignum,non iuuabitur hoc beneficio. In filiis ergo aliarum perſonarum , cuiuſmodi ſunt ſocius , donator, diuerſum ius eſt.De nepotibus mariti ſcripſi ad l.etiam.

Ad l. Si conuenerit.26.

LOcus de ratione ferendæ ſententiæ. Quid pronuntiare debeat iudex, non poteſt diffiniri in vniuerſum, propter varietatem negotiorum, de quibus iudicia exercentur. Ex quaque re & cauſa id facilius iudicari poteſt. Sed maxime ſpectandum eſt, quid inter litigatores conueniat, etiamſi forte minus iuſtum videatur.Vtilitas hoc ſuadet, quamuis alias iudex datus à præſcripta formula non debeat recedere. Hoc præcipue debet eſſe propoſitum iudici, vt controuerſias litigatorum tollat. l. 1. §. inde quæritur.de noui oper.nun. huc pertinet l.iudicem.ſuprà commun.diuid. quod omnibus vtiliſſimum eſt,vel quod maluerint litigatores. Ac in locis quibuſdam tabelliones tali munere iudicandi funguntur. Iudicant enim ex conſenſu partium : itaque inſtructam habent executionem.Hinc colligi poteſt, ob conſenſum litigatorum iudicem ſequi debere conſilium prudentis alicuius , ac Iureconſulti. Qua de re diſputatio prolixa hic eſt:ſed nimis euagantur à propoſito. Adduntur quædam exceptiones,de quibus eſt breuiter dicendum.Excipitur conuentio bonis moribus contraria. Sed interpretatio eſt neceſſaria, quia de conuentione iuſta neceſſe eſt,vt hoc intelligamus, leg.iuriſgentium.§.prætor ait.de pact. l. pacta quæ contra.C.eod. Inde efficitur in iudicio criminali locum hoc non habere, quia ius publicum læditur tali conuentione.l.locatio. §. quod illicite. ſuprà de public. & vectigal. Quædam alia inde deducuntur, ſed ſuperuacaneum eſt tam multa exempla commemorare.Deinde excipitur iudex compromiſſarius,qui arbiter dicitur.l.qualem.ſupra.de arbitr. Si ſic compromiſſum ſit,vt certam ſententiam dicat, nullum eſt arbitrium , nec cogitur ſententiam dicere.Reſponſio non vna eſt: nam in primis repugnantia quædam hic reperitur.quia arbiter non eſt,qui arbitrio ſuo non pronuntiat:cognoſcitur ex etymo.Seneca lib. 3.de benefic.Huius libera , & nullis aſtricta vinculis religio, non prout lex,ſed prout humanitas impulit,&c. Deinde hæc pronuntiatio arbitri nullam afferret vtilitatem, quia non datur actio iudicati.l.1.C.de recept.arb. Quæſitum eſt, an hæc conuentio valeat inter maritum & vxorem.aut perſonas quibus hoc beneficium tribuitur propter reuerentiam.Receptũ eſt non valere hanc conuentionem, quaſi contraria bonis moribus ſit. l. alia.§. eleganter. ſolut.matrimonio.vbi quid ſentiam de hac re ſcripſi. Oſtendi non eſſe hoc vſquequaque verum.Nam maritus poteſt amittere hanc exceptionem, nec cogitur ea vti.Pactio ante iudicium facta non valet, niſi in ea perſeuerauerit,&c.Simile de Senatuſconſ. Velleia. Mulier non poteſt renuntiare Senatuſconſ. Velleia. quia tam facile ad renuntiandum quam ad fideiubendum inducitur. Si tamen poſt interceſſionem exceptioni ſibi competenti renuntiare voluerit,ac iudicium accipere,valet nuntiatio.l.vlt.§.vlt. ad S.C. Velleianum.

PRÆLECTIO XXVII.

Ad l. Præſes.

LOcus de effectu rei iudicatæ. Effectus rei iudicatæ eſt executio eiuſdem & exactio pecuniæ,&c.Si quis ita con-

demnatus ſit vt ſententia valeat.l.4.§.condemnatum.ſuprà. alias non eſt opus prouocatione.C.quando prouoco.non eſt neceſſ.Inde quæritur, *Si iudex condemnauit ad vſuras vſurarum,&c.* Non eſt appellatum, vel non eſt rite appellatum: forte non eſt appellatum intra decem dies. Nouel. de appel. Quæritur an poſſit executio fieri. Actor contendit faciendam eſſe, &c. Quoniam,inquit,appellatum non eſt,aut non eſt rite appellatum.Reus contra,ſententiam eſſe nullam ipſo iure,nec opus eſſe appellatione. Itaque non nocere condemnato quod non rite appellauerit: quia ſi non omnino appellaſſet,nullam vim haberet ſententia. Modeſtin. ex facto conſultus, reſpondit pro actore, iudicati eum agere poſſe. Ex quo apparet nullam non eſſe hanc ſententiam, quamuis iniuſta ſit. Sed obiicitur l.2.C. quando prouo.non eſt neceſſ. ſententia nulla eſt contra manifeſti iuris formam data, vtputa ſi iudex pronuntiauerit: potuiſſe minorem 14. annis teſtamentum facere. Nihil eſt certius in iure, quam vſuras vſurarum non deberi. Apud Accurſ. variæ ſunt diſſolutiones ex quibus animaduertere licet, hominem imperitum antiquitatis parum intellexiſſe morem proferendarum ſententiarum. De hoc more ſcripſi lib. 1. Diſpu.c.41.In ſtatu coniecturali de facto pronuntiabat, in iuridiciali de iure: vt colligitur ex l.1.infra quæ ſent.ſine appell.non reſcin. Accurſ. de hoc more aliquid attingit, ſed quaſi ſomnians magis,quam intelligens, more ſuo. Cum igitur pronuntiatur de iure,& contra ius certum,ſententia eſt nulla: ſicut in exemplo d.l.2. C.quan.prouo.non eſt neceſ.Minorem 14.annis teſtari poſſe. Alias valet ſententia,licet contra ius lata ſit. l. cum prolatis. 32. infra.atque ita accipiendum eſt hoc reſponſum Modeſt. Ex quo notandum eſt executionem ſententiæ non retardari ob appellationem non rite interpoſitã. Nihil refert an aliquid non fiat omnino,an vitioſe fiat.l. quoties.6.ſuprà qui ſatiſd.cog. Idem videtur dicendum, etſi appellatio ſit deſerta, quæ rite interpoſita fuit.Citatur l. vlt. §. illud.Cod.de temp.appel.ad effectum perduci,tanquam ſi ab initio minime fuerit prouocatum.Facit l. ſi contra maiorem. 8.C.de appel.l.quoniam.18.eo.tit. Sed quomodo iudicabit de appellatione is, qui ſententiam tulit? hoc enim magis pertinere videtur ad officium ſuperioris iudicis. C. de appel. Reſpondeo, poſſe petere victorem executionem vocato reo,&c.Si reus alleget ſe appellaſſe, actor quaſi replicando hic dicet tempus lapſum eſſe, &c. Atque ita cognoſcet iudex de appellatione deſerta, qui principaliter ob eam cauſam non poſſet adiri: ſicut alias ſæpe accidit. l. quoties. C. de iud. Poteſt etiam reus vocari ad iudicem ſuperiorem, ſi actor hanc viam elegerit quæ trita eſt & vſitata. Petet appellationem pronuntiari deſertam, dicta l.eos. C.de vſur.rei iud. Et poſt eam pronuntiationem fiet executio ſententiæ. Præterea obſeruandus eſt obiter locus communis de vſuris.Quamuis enim vſuræ permiſſæ ſint iure ciuili ad certum modum, C.de vſur.tamen vſuræ vſurarum non poſſunt exigi. l. ſi non ſortem.§.1.ſupra de cond.indeb. Hic Anatociſmus* mergit miſeros debitores:multaque incommoda affert tum publice, tum priuatim,vt docet experientia. Cice. vocat Anatociſmũ in quadam epiſt. ad Attic. Dicitur improbum fœnus. l. improbum.Cod.ex quib.cau.irrog.infa. Et notantur infamia: nulla alia pœna reperitur certo iure definita. Sed quia graue crimen eſſe conſtat,& graui animaduerſione dignum, puniri ſolent pœna arbitraria.l.1.infra de effracto.& expil. Nec refert,an vſurarum petantur vſuræ,an ſortis, in quam redactæ ſunt vſuræ.l.vlt.C.de vſur.Alias verbis magis lex impoſita eſſet, quam rebus. Nihil facilius eſſet,quam legem eludere, conuerſis vſuris in ſortem.

Renouuelle ment d'vſures, quand on conuertit les arrierages en ſort principal.

Ad l.Duo iudices.28.

LOcus de effectu ſententię.Sententia debet mandari executioni,ſi valeat,nec ſit appellatum, &c. Si plures ſint pronuntiationes, plurium iudicum maior pars minorem vincit,leg.Pomponius.infra,eod. Sententiæ numerantur, non ponderantur, ait Plinius in epiſt. Idemque de arbitrio ius eſt.l.item ſi vnus.§.vlt. de recept.arb.l.diem proferre.§. ſi plures.eod.tit. Quid ſi pares numero ſint iudices? Modeſt. ait,in pendenti eſſe, &c. Contrarium videtur quod dicitur in l. inter pares. 38.infra eod. vbi fauetur reo.l.fauorabiliores.de regulis iur.Hoc ſpeciem habet repugnantiæ: eſt ἐναντιοφανὲς,vt dicitur in Baſilico recens edito. Vulgo dicitur reſponſum hoc Modeſtini intelligendum eſſe de iudicibus datis.ait enim, *Duo iudices dati.* Expectatur ergo confirmatio eius,qui iudices dedit: in aliis iudicibus ſequimur regulam l. inter pares. Atque ita diſtinguit Rom.Pontifex in c.vlt.de ſentent.& re iud.in Decret. Poteſt etiam reſponſo Modeſtini locus eſſe in iudicibus duplicibus.leg.in tribus.de iudic.l.3. infra vti poſſid.Et animaduertendum eſt tempus appellationis currere ex die confirmationis:quia ante confirmationem incertum eſt à qua ſententia ſit appellandum. Argum. etiam illud eſt quod dicitur in l.2.Cod.de vſur.rei iud.Tempus currit non à die condemnationis,ſed confirmationis,ſi fuerit appellatum: quia ante confirmationem nondum eſt certum quid ſolui debeat.

Ad l.Tempus,29.

LOcus de tempore quod datur iudicatis, de quo dixi ad l. 2.ſupra.Tranſit ad hæredem, quia beneficium perſonale non eſt.l.in omnibus.l.priuilegia.de regul.iur.Quod ex quadrimeſtri deeſt.Nihil ad rem pertinet l.vlt. C. ſi pend.appel. vbi vltra illud tempus dantur quatuor menſes. Loquitur de tempore dato ad proſequendam appellationem: hic autem de tempore dato ad ſoluendum.

Ad l. Cum ex cauſa.30.

LOcus eſt de actione iudicati. Datur quatenus facere reus poteſt certis ex cauſis, de quibus iam dixi. Sed quæritur an ſit habenda ratio facultatum in ipſa actione, an vero in cõdemnatione,aut executione.Pomp.hic ait,*Si dubium ſit,&c.* Sic interpretor,alii aliter. Hanc quæſtionem tractaui ad l. ſunt qui.ſupra. Quæ hic tractantur de donatione, parerga ſunt,& extra rem: An fiat pacto,an ſtipulatione. Et quid de donatione cauſa mortis? an l.ſi argentum. §. vlt.C.de donat. habeat locum in donatione cauſa mortis.

Ad l. Debitoribus.31.

PRÆLECTIO XXVIII.

LOcus de executione rei iudicatæ, de quo iam diximus ſuprà ad leg. 2.Cum quis damnatus eſt,non ſtatim cogitur ſoluere, ſed ei humanitatis cauſa conceditur dilatio ad ſoluendum.l.ſi cum militi. ſupra de compenſ. Item ſi quis confiteatur ſe debere,vt hic Calliſtrat. ait. Nam confeſſio rei iudicatæ comparatur.l.poſt rem.infra eo.& d.l.1.de conſtit. Hoc tempus olim fuit 30. dierum ex 12. Tab. Condemnatis ad ſoluendum triginta dies iuſti ſunto. Gel. lib. 20. cap.1.Poſtea auctum eſt,& ſtatutum tempus duorum menſium.l. vlt. C.de vſur. rei iud. C. Theod.lib.4.tit.17.de vſur. rei iud.Ad extremum Iuſtin.ſtatuit tempus quatuor menſiũ, d. l. vlt. Hoc autem tempus poteſt ex cauſa mutari,dando vel longius,vel breuius tempus. d.l.2. Et D. Pius hic oſtendit dandum eſſe arbitrio iudicis. Quod nonnulli autem dicunt non fuiſſe certum tempus, falſum eſſe conuincitur. d. l.2.vbi prorogatur,&c. Poſt lapſum eius temporis pignora capiuntur, vt diſtrahantur executionis cauſa. Verum non ſtatim fit diſtractio pignorum, poſtquam capta ſunt, ſed expectantur duo menſes. Ex quo apparet iure in Pand. relato dari duos menſes ad vendenda tantum pignora. Quod plerique non intellexerunt. Nunc de vtroque tempore paulo accuratius dicendum eſt. Datur iudicato, vel confeſſo à lege tempus quatuor menſium: niſi iudici viſum fuerit breuius, aut longius dare, vt iam dixi: nam hoc pendet ex arbitrio iudicis. Datur autem hoc tempus tantum petenti, vt hic Calliſtratus ait. Nam ſummo iure ſtatim cogi debet ad ſoluendum victori,ſed humanitatis cauſa conceditur hæc dilatio. d. l.ſi cum militi. Iniquum igitur eſſet atque iniurioſum dari tempus reo qui non petat: quia forte nulla eſt ei opus dilatione. Quod plerique hinc colligunt, iudicem non impertiri officium,niſi poſtulanti,falſum eſt & ineptum, ſi quis regulam vniuerſalem facere velit. Nec magis ad rem pertinet l.4.§.hoc autem.de damno infect. Manifeſta ratio eſt in eo caſu,cur poſtulari debeat: ſed ineptum eſt generalem conficere regulã ex illa hypotheſi. Officium ſuum impertitur plerunque vltro,etſi non petatur, vt dicitur in l.nec quicquam.

§.obſer-

§. obſeruare. ſupra de offic. procon. & aliis ſimilib. Non poteſt autem hoc in vniuerſum diffiniri.leg.omnis definitio. de reg.iur.Sed in quaque re & cauſa videndum eſt quid æquitas atque vtilitas exigat. Præterea animaduertendum eſt hac dilationem concedi iudicato, vel confeſſo exacta cautione, &c.d.l. ſi debitori. cum competenti cautela.quod receptum eſt de ſatiſdatione intelligi: quia licet appellatione cautionis contineatur nuda ſtipulatio ſine fideiuſſore, aut pignoribus.leg.ſancimus. C. de verbor. ſign. Tamen cautio competens,vel idonea de ſatiſdatione intelligitur.l. ſi mandato Titii.§.vlt.ſuprà mand.leg.4. §. addici. de fideic. liber. Quæritur, an hoc tempus indulgeatur ei qui damnatus eſt ſententia arbitri. Plerique exiſtimant idem ius eſſe, quia compromiſſum ad ſimilitudinem iudicii redigitur.leg. 1. de recep.arb. Sed hæc ratio videtur mihi non ſatis firma & idonea eſſe: quia certum eſt non per omnia ſimile eſſe arbitrium iudicio: Hac ſententia enim arbitri non datur actio iudicati.l.1.Cod. eod. dicitur eius pronuntiatio non per omnia ſententia eſſe, l.quod ergo. §. ex compromiſſo.de iis qui not.infam. Deinde mouet me quod dicitur in l.ſi cum dies.aliàs,quid tamen, 21. §. vlt. de recept.arb.ineſſe modicum tempus, quod vbi præterierit, pœna ſtatim peti poteſt. Non aliter loquitur Iureconſ. de ea ſententia, quam de quauis obligatione,&c.l. quod dicimus.de ſolut. Quæritur ſi ſententia lata ſit à perfect. prætorio intra quod tempus exequi debeat. Vulgo dicitur,intra decem dies ſententiam exequendam eſſe, cum lata eſt ab eo iudice à quo appellari non licet. Citatur auth. vt ſponſ. larg. Nouel.119. §. aliud. nec vllus eſt interpretum qui non id probet. Verum, (vt vere & ingenue dicam quod ſentio) nihil tale vnquam colligere potui ex ea conſtitutione. Neſcio an hebetior ſim omnibus aliis, qui huius opinionis auctores ac defenſores ſunt. Duo dicuntur à Iuſtin. Primum eſt,quod oblato libello intra decem dies, ſententia non mandatur executioni ſine ſatiſdatione: alterum, quod non oblato libello intra id tempus, ſententia mandatur executioni, ſine ſatiſdatione. Iuſtinianus non exprimit intra quod tempus ſit executio facienda, ſed intra quod tempus ſit offerenda ſupplicatio. Quæritur, an hæc dilatio detur in cauſa criminali,ſi quis fortè capitis damnatus ſit. Tiberius Imperator ſtatuit tempus decem dierum, vt ſcribunt Dion & alii hiſtorici. Sed iure noſtro nullum reo damnato ſpatium datur.l.cum reis.C. de pœn.niſi ex magna aliqua & graui cauſa: veluti ſi mulier prægnans damnata ſit. leg. prægnantis. de pœnis.l.Imperator. de ſtatu hom. Quod ab Areopagitis obſeruatum fuiſſe Ælian. ſcribit libro 5. de varia hiſtoria. Idem dicendum eſt, etſi ratio innocentiæ conſtiterit poſt ſententiam.l.1.§. vltimo.de quæſt. Principi enim ſcribere oportet,interim dilata executione. Aliud exemplum memorabile in l. ſi vindicari. C. de pœn.de quo ſcripſi lib.1.de benefic. ex hiſtoria eccleſiaſt. Theod. Quid ſi condemnatio ſit pecuniaria in cauſa criminali, an hoc caſu danda ſit dilatio,&c.Et probabilius eſt dandam non eſſe. Leges de hoc tempore latæ pertinent ad iudicia priuata, & ciuilia: quod conſtat ex loco Gellii iam citato. Oſtendit enim legem 12. Tabul.latam eſſe aduerſus eos qui fidem non ſeruant, &c. Nec vlla alia eſt lex aut conſtitutio de cauſa criminali, ſed de ciuili tantum. Nec producendum eſſe hoc ius ad cauſas criminales, cum præſertim non ſit eadem ratio, quamuis in vtroque ſit condemnatio pecuniaria. Humanitatis cauſa conceditur hoc tempus reis.d. leg. ſi cum militi.quia humanitate dignus non eſt,qui ob delictum ſuum damnatus eſt, arg.l. ſi reum.infra.eo.l.4.§. quanquam.ſupra quod cum eo. Nec contrarium eſt noſtræ ſententiæ quod dicitur item in leg. ſi cum excep.14.§.quatenus.loquitur de actione ciuili, quæ ex delicto competit: non de criminali actio.quod metus cauſa. Alterum tempus eſt quod datur ad vendenda pignora, &c. duorum menſium.Interim manebit res obligata iure pignoris.l.1.C.ſi in cauſ.iud.pign. An hoc tempus locum habeat in pignore prætorio,quæritur:& variæ ſunt opiniones. Sed verius exiſtimo nullum certum tempus definitum eſſe, & committendum eſſe arbitrio prætoris.l.ſi finita.§. non autem. de damn.infect.De pignore conuentionali extat conſtitutio Iuſtin.C.de iure domi.impet.

Ad l. Cum prolatis.32.

VAria eſt lectio & interpretatio huius c. Quidam legunt, *Cognitionibus*. Et videtur hic error ortus ex notis compendiariis.In codicibus emendatioribus legitur, *Conſtitutionibus*, quam lectionem ſequor. Quæſtio igitur hic tractatur pertinens ad interpretationem eorum quæ dixi ad l. præſes.ſupra. Sententiam nullam eſſe contra leges aut conſtitutiones,ſi de iure pronuntiatum ſit:hoc eſt intelligendum, ~~ſi contra ius certum iudicatum ſit, non dubium, non controuerſum.~~ Profertur aliqua lex vel conſtitutio, ex qua aliquid colligitur per ratiocinationem,quod ad cauſam pertinere videtur.Iudex nō putat ad cauſam pertinere,& pronuntiat,&c. Non eſt ſententia nulla, quamuis imperite id faciat iudex, & aliquis peritus iuris aliter iudicaturus fuerit. Nec ratio nec vtilitas patitur vt ſententiam nullam eſſe dicamus, quæ lata eſt de iure non certo ſed dubio,&c.præſertim cum tanta ſit controuerſia,& diſſenſio in legum interpretatione. Hæc mihi videtur eſſe ſententia Caliſtrati. Alii aliter interpretantur. Confirmatur hæc interpretatio duobus locis: vnus eſt in leg. expreſſum.infr.de appell. Si expreſſim ſententia contra iuris rigorem data ſit,valere non debet. Alter eſt in leg.2.C.quando prouoc.non eſt neceſſ.Sententiam contra tam manifeſti iuris formam datam nullas vires habere palam eſt.

Ad l. Diuus 33.

PRÆLECTIO XXIX.

LOcus de effectu rei iudicatæ. Res iudicata finem impōnit liti, l. 1. ſupra eo. Nihil amplius quæritur, quàm an iudicatum ſit, l. poſt rem.infr.eod.idque vtilitas exigit, cum rebus iudicatis reſpub. maxime contineatur, vt alias dixi, ex Cicer.pro Sylla. Facit l. ſeruo inuito.65.§. cum prætor.ad Trebel. Reperiuntur tamen caſus excepti, in quibus de negotio adhuc quæritur poſt rem iudicatam. Vnus eſt, quem refert hic Calliſtr.ex reſcripto Adriani. Cum quis obtinuit ſententiam circumuento iudice, falſis teſtibus pecunia corruptis. Huius admiſſi grauitas facit, vt denuo cognoſcatur de cauſa, & animaduertatur in teſtes,& eorum corruptores. Itaque duplex iudicium eſt poſt rem iudicatam: vnum eſt criminale, quod pertinet ad animaduerſionem, &c. alterum ciuile, in quo quæritur de eo negotio, de quo ſemel lata eſt ſententia. De iudicio autem criminali nulla eſt dubitatio: de ciuili,in quo plus eſt difficultatis,nunc dicendum eſt. Obſerua igitur neminem cogi parere ſententiæ, quæ lata eſt ex falſis teſtimoniis,præſertim ſi pecunia corrupti fuerint.Idem dicitur alibi de ſententia lata ex falſis inſtrumentis. C. ſi ex fal.inſtr.iud.ſit.Sed an hoc locum habebit, ſi appareat falſos teſtes eſſe tantum,non etiam corruptos,&c. Probabilius eſt ſufficere alterum,quamuis vtriuſque hic mentio fiat. Nam ita acciderat in ea ſpecie,de qua conſultus fuit Adrianus. Qui idem reſponſurus fuit, etſi propoſitum fuiſſet teſtes falſum teſtimonium dixiſſe ſimpliciter, &c. Arg. eſt quod ſufficit ex falſo inſtrumento iudicatum eſſe,nec aliud quicquam quæritur.C.ſi ex falſo inſtr. Eadem eſt ratio teſtium inſtrumentorum, l. in exercendis.C. de fid.inſtr. Inſtrumentorum appellatione continentur teſtes,l.1.de fid.inſtru.Deinde tit.ille C. pertinet etiam ad teſtes, vt oſtendit ipſa inſcriptio, Si ex falſ.inſtr.vel teſtimonio iud.ſit. Videndum tamen eſt quid probandum ſuſceperit is,qui ſententiam oppugnat. Nam ſi vtrunque allegauerit, & ad vtrunque probandum ſe adſtrinxerit,non aliter obtinebit,&c. Idque eſt expreſſum conſtitutione Pontificia.c.licet cauſam.de probation. in Decretalib. An autem is,qui vtrunque allegat, videatur ſe adſtringere ad vtrunque probandum, quæſtio eſt facti, quæ boni & prudentis iudicis arbitrio dirimenda eſt. Alii prolixe diſſerunt de hac re,& conantur in vniuerſum id diffinire: quod vix fieri poteſt. Receptum quoque eſt vt ſufficiat probare corruptionem teſtium, licet non oſtendatur eos falſum teſtimonium dixiſſe.Idque colligi ſolet ex his verbis. *Si tibi probauerit*, &c. Sed mihi aliter accipienda eſſe videntur. Nam cum ait, *expreſſum eſſe*, &c. manifeſte oſtendit falſum fuiſſe eorum teſtimonium. Scio lege Cornelia teneri eum, qui ob teſtimonium dicendum pecuniam accepit. l. 1. infrà

ad leg. Cornel. de fal. Sed vereor ne iuſta cauſa hæc non ſit retractandæ ſententiæ. Poteſt enim admiſſum puniri ſine retractatione ſententiæ: ſicut accidit in periurio, l. quod ſi deferente. & l. ſeq. ſuprà de dol. Verius eſt ergo ob ſolam cõſpirationem, &c. non retractari ſententiam, niſi ſecutus fuerit effectus. Hoc amplius etiam videtur aliud neceſſarium eſſe: quod his teſtimoniis iudex motus ſit ad iudicandum: aliàs non poteſt dici motus eſſe his teſtimoniis, contra quem lata eſt ſententia. Et hoc eſt conſtitutum de inſtrumentis in l. 3. C. ſi ex fal. inſtr. Præterea animaduertendum eſt hodie retractationem receptam non eſſe, vbi teſtimonia ſunt publica: vt plerunque fit, cum altera pars id petit. Videtur hoc periculoſum eſſe propter ſubornationem, & corruptionem teſtium. §. quia vero. auth. de teſtib. Is cui cognita ſunt teſtimonia, facile adducitur vt teſtes alios corrumpat, ſi videat primam teſtationem idoneam non eſſe. Itaque conſtitutum eſt, vt non modo in cauſa principali non liceat producere nouos teſtes, ſed etiam in cauſa appellationis. clem. 2. de teſtib. ſuper eiſdem vel directo contrariis articulis. Quod hic accideret: atque ita intelligitur vulgo quod dicitur in l. per hanc. C. de tempor. appellat. Quæritur an ſententia ſit nulla ipſo iure, an vero ſit neceſſaria reſtitutio? Quæſtio eſt magni momenti propter tempus petendæ reſtitutionis in integrum. l. vlt. C. de tempo. in integ. reſt. Et variæ opiniones reperiuntur apud Accurſ. & alios. Sed magis probatum receptumque eſt, reſtitutionem hic neceſſariam eſſe, propter verba Calliſtrati, & Adriani. Qui diſſentiunt, mouentur aliquibus argumentis, de quibus quid iudicandum ſit breuiter dicemus. Horum argumentorum quædam nobis videntur leuia, & nullius fere ponderis. Cuiuſmodi eſt quod ducitur ex l. ſi prætor. §. Marcellus. de iudic. Si per dolum ſciens, falſo aliquid allegauerit, &c. iudicem debere querelam rei admittere. Solutio. Loquitur de ſententia lata aduerſus abſentem, vt apparet ex antecedentibus & conſequentibus. Nota eſt Marcelli, quæ referenda eſt ad ſuperiora Iuliani verba. Simile argumentum eſt ex leg. cum vero. §. ſubuentum. de fideicommiſ. libert. Si obreptum ſit prætori de libertate, libertas non competit. Hoc fit propter verba Senatuſconſ. Si ii à quibus libertatem præſtari oportet, euocati à prætore, adeſſe noluiſſent. Hoc ſenatuſconſ. factum eſt contra tenorem rationis, vt ſententia feratur in abſentem indicta cauſa. Non temere à verbis eius recedendum eſt interpretando. Simile argumentum ex titulo C. ſi tut. vel curat. falſ. alleg. Decretum nullum eſt, Fauor ætatis, &c. Non debet produci ad conſequentiam. Alia ſunt argumenta multo firmiora, & vt ita dicam, neruoſiora. Vnum eſt ex tit. C. ſi ex fal. inſtr. vbi nulla eſt, ne minima quidem mentio reſtitutionis prius impetratæ. Alterum eſt in leg. qui agnitis. infrà de exceptionibus. vbi dicitur non obſtare exceptionem rei iudicatæ: nec vlla eſt mentio reſtitutionis prius impetratæ. Conſentanea eſt huic interpretationi conſtitutio Pontificia, c. cum venerabilis. de except. Ego huic ſententiæ ſubſcribo, quod ea probabilior ſit, ac plus vtilitatis, & minus inanis ſubtilitatis habeat. Nec me mouet quod dicitur de conſtitutione. Nam non ſemper accipitur pro auxilio illo extraordinario prætoris: de quo in tract. de in integr. reſt. Reſtitui dicitur cauſa cum interim de ea cognoſcitur. Reponitur in priſtinum ſtatum, quantum ad factum attinet, licet iure ipſo ſtatum non mutauerit. Non diſſimile exemplum obſeruaui in l. ab emptione. de pact. Reſtitutis in integrum iis, quæ præſtita ſunt. Huc pertinet l. in ambigua. ſuprà de legib. Hodie in Gallia impetrantur literæ in forma requeſtæ ciuilis: eſt neceſſaria auctoritas principis contra iudicia ſupremæ curiæ. De iudicio criminali videnda eſt l. diui. de pœnis. quæ cum hac coniungenda eſt, vt apparet ex inſcriptione.

Ad l. Si victum. 34.

VAria eſt interpretatio huius cap. Dicam breuiter, quod mihi verius videtur. Videtur hoc poſitum eſſe ad interpretationem edicti de re iudicata. Edicto cautum eſt, vt qui iudicatum non fecerit, in carcerem coniiciatur. non enim dubium eſt, quin id fuerit conſtitutum iure veteri, l. 1. Cod. qui bon. ced. poſ. Ac verba legis 12. Tabul. de hac re extant apud Gell. lib. 20. cap. 1. Ni iudicatum faxit ſecum ducito, vincito, aut neruo, aut compedibus. Hoc fuit ius Rom. quo hodie non vtimur, niſi in cauſis criminalibus. Cautum fuit etiam iure veteri de victu præbendo. Si volet, ſuo viuito: ni ſuo viuit, qui eum vinctum habebit, libras farris in dies dato. Opinio igitur Accurſ. ad leg. vlt. C. de erog. milit. anno. conſentanea eſt legi 12. Tab. Si quis incarceratus ſit ob æs alienum: ſi ob maleficium, publice dandus eſt victus, ſi non habeat, l. iudices. Cod. de epiſ. aud. inde quæritur, ſi quis victum non patiatur inferri. Ait Licinius dandam actionem vtilem, ſiue in factum, deficiente alia actione. leg. quoties. de præſcr. verb. l. liber homo. ad leg. Aquil. Quantum iudici æquum videbitur. l. ſi reum. de cuſto. reo. Vel iniuriarum, quæ ex ſimilibus cauſis, l. iniuriarum actio. 13. de iniuriis. Interpretatio reliquorum verborum petenda eſt ex l. verbo victus. & ſeq. de verb. ſign. quæ ſumptæ ſunt ex hoc tractatu, vt plane inſcriptio oſtendit.

Ad l. Imperatores. 35.

PRÆLECTIO XXX.

LOcus de effectu rei iudicatæ. Res iudicata non facilè reſcinditur, alioqui nullus litium finis eſſet. l. 2. Cod. de re iudic. Inde quæritur, quid ſi poſt ſententiam repertum eſt inſtrumentum quod non habebat condemnatus, &c. An ſaltem hoc caſu? Reſcriptum eſt non poſſe. Noua inſtrumenta hic vocat, quæ poſtea reperta ſunt: atque ita interpretatur Gordianus in l. ſub ſpecie. C. de re iudic. ſimiles ſunt conſtitutiones de hac re, quæ videntur ex his legibus ſumptæ. c. inter monaſterium. c. ſuborta. de re iud. in decret. Idem dicitur de tranſactione, l. ſub prætextu. C. de tranſact. Quid ſi non teſtes producantur? Et receptum eſt idem eſſe, quod eadem ſit ratio teſtium quæ inſtrumentorum, l. in exercendis. C. de fide inſtru. adeo vt appellatione inſtrumentorum teſtes plerunque contineantur. l. 1. ſupra de fid. inſtr. Quid ſi teſtamentum poſtea repertum ſit? Variæ ſunt opiniones. Ego iis aſſentior, qui putant reſcindi ſententiam poſſe. Nam tranſactio rata non eſt, ergo nec ſententia, l. de his. ſuprà de tranſactio. item nec iuſiurandum. Similis eſt tranſactio rei iudicatæ, quia ad finiendas lites pertinet vtraque. Idem iuſiurandũ retractatur propter teſtamentum poſtea repertum. l. vlt. C. de reb. cred. Ergo & ſententia, l. 2. ſuprà de iureiur. Animaduertendum tamen eſt, ſi interuenerit dolus aduerſarii, poſſe de hoc dolo quæri poſt ſententiam, ſi forte dolo aduerſarii factum eſt, quominus inſtrumenta reperirentur. d. l. ſub prętextu. C. de tranſact. Huc pertinet l. ſi fideiuſ. §. in omnib. ſupra mand. Quamuis non detur repetitio ſoluti poſt ſententiam, tamen aduerſarius tenetur crimine ſtellionatus ob dolum ſuum. Quæritur an poſſit reſtitutio in integrum impetrari ob hanc cauſam? Et ſciendum eſt, reſtitutionem in integrum concedi cum æquitas prætorem mouerit. leg. 1. ad fi. ſuprà ex quib. cauſ. maio. Nec poteſt aliter diffiniri, quia poſitum eſt in æquitate. leg. de acceſſionibus. ſupr. de diuerſ. temp. præſcr. Nihil ergo poſſum aliud reſpondere, quam reſtitutioni locum eſſe in hoc caſu, ſi appareat ex circumſtantiis cauſæ id æquum eſſe. Pone reum conuentum, qui ſucceſſerat in locum alterius, diligentiam magnam adhibuiſſe in quærendis inſtrumentis, &c. Probabilis eſt ignorantia, &c. l. qui in alterius. de regulis iuris. Non erit iniquum ei reſtitutionem concedi, præſertim ſi reus ſit. Reo non poteſt vitio verti, quod inſtructus non venerit ad litigandum, ſicut actori. l. pure §. vltimo. infrà de dol. excep. Alias non poteſt reſcindi ſententia vllo remedio extraordinario: ne principis quidem reſcripto. arg. l. cauſas. C. de tranſac. In cauſa tamen criminali ſuccurritur reo innocenti per principem. leg. 1. §. vlt. de quæſtio. leg. diui fratres. de pœn. Facilius hoc admittitur, quia agitur de capite hominis. Verum in priuata cauſa non idem permittitur, &c. Excipitur caſus in l. admonendi. de iureiurand. Si reus abſolutus ſit exacto iureiurando in dubia cauſa, non prodeſt ei exceptio rei iudicatæ, ſi aduerſarius noua inſtrumenta inuenerit, &c. Hoc ideo fit, quia dubia fuit probatio: vt oſtendi libro 2. Diſputat. cap. 33. Idem dicitur in iure Pontificio de ſententia lata contra matrimonium. cap. lata. de re iudic. fauor matrimonii. Hæc de cauſis priuatis: quid de publicis? Verba reſcripti oſtendunt in negotio publico id ex cauſa permitti, fauor reipub.

Non dicitur ſimpliciter,in negotio publico: ſed ex cauſa: vbi euidens vtilitas id ſuaſerit: quod non poteſt aliter diffiniri,ſed committitur iudicantis arbitrio. Si potuiſſet hoc facile diffiniri,non fuiſſet adiectum,ex cauſa. Ce~~rtum tamen eſt intra triennium tantum ſententiam reſcindi~~ poſſe. C. de ſentent. aduerſ.fiſc.lat.retract.lib.10.

Ad l. Pomponius. 36.

LOcus de effectu ſententiæ. Sententia valet dicta ab eo, qui iudicandi habet poteſtatem.l.ait Prætor.ſuprà.Quid ſi plures ſint iudices, & quidam iudicauerint, quieſcente vno,qui non vult pronuntiare, quod ei non liqueat de re de qua pronuntiandum eſt, &c. Ait Pomp.valere ſententiam eorum,qui numero plures ſunt. Non cogitur ergo pronuntiare de cauſa is qui iurat ſibi non liquere. Hic mos erat veterum in dubiis cauſis, vt docet Aſcon. Pæd. A. C. NL. Ac tametſi iudicare alias cogatur iudex.l.vltima. §. iudicanti. de muner.tamen hæc neceſſitas remittitur iudicanti. Locus ſimilis eſt in l.idem Pompon. 13.§.vltimo.de recep.arb. Si arbiter iuret ſibi de cauſa nondum liquere, ei ſpatium datur ad pronuntiandum. Et eſt exemplum non indignum animaduerſione apud Gellium lib.14.cap.2.Iuraui mihi non liquere, atque ita iudicatu illo ſolutus ſum. Diſputatur apud Accurſ. & cæteros, qui fieri poſſit, vt de cauſa non liqueat: quia aut probat actor,aut non probat,&c.Ita differunt de hac re, quaſi quotidiana non ſint exempla cauſarum dubiarũ. Id accidit vel ob inopiam probationis, vel ob ius controuerſum. Sic in dubiis cauſis exigitur iuſiurandum.dicta l.admonendi. Sic in dubiis quæſtionibus contra fiſcum impune reſpondetur,l. non puto.de iur.fiſc. Notandum eſt ſententiam plurium obtinere in iudicando.l.diem proferre.§.ſi plures. de recept. arbitr. An ſit habenda ratio dignitatis, auctoritatis, ſenectutis, antiquitatis,eruditionis? Quidam ita opinantur,arg.l. maiorem.ſupra, de pactis. ſed hæc ſententia non mihi probatur, quia Iuriſconſ.loquitur de ſententia plurium,quod de numero eſt accipiendum,ex vſu loquendi. Cum ſit mentio maioris partis,ambiguitas aliqua eſt hic nulla. Sententiæ ergo numerantur magis, quam ponderantur, vt Plin.ait in epiſt.ad Arria.lib.2.Nec aliud,inquit,in conſilio publico fieri poteſt, in quo nihil eſt tam inæquale,quam æqualitas ipſa. Nam cum ſit impar prudentia,par omnium ius eſt. Hoc autem ideo viſum eſt magis expedire, ne contentiones oriantur inter iudices de ipſorum dignitate,& conditione.

litera abſo- tionis. conde- natio- N L. nplia- nis.

Ad l. Tunc autem. 37.

OMnes adeſſe debent, nec locus eſt regulæ, Qui poteſt inuitis aliquibus alienare: multo magis, & ignorantibus & abſentibus poteſt, &c. l. qui poteſt.de reg.iur.quia poteſt præſentia vnius trahere alios in ſententiam ſuam. l. ſi in tres. ſupra de recept.arbit. Item pronuntiare debent omnes,niſi quis iurauerit.l.duo.infra.l.cum magiſtratus. C. quan. prouo.non eſt neceſſ.Hoc eſt accipiendum niſi poteſtas tributa ſit ſingulis magiſtratibus in ſolidum, vt in l.1. de offic.conſ. Seorſum & ſinguli manumittunt. Præterea conſideranda eſt forma reſcripti,quo iudices delegantur. cap. prudentiam, de offic. deleg.in Decret.c.cum plures.eod. tit. lib. 6. Quid ſi non omnes? Hodie receptum eſt, vt ex pluribus iudicibus vnus nomine communi pronuntiet. Quod ſumptum videtur ex c.cum ab vno.de re iudic.in 6. Nam in iure ciuili nullum exemplum reperitur talis pronuntiationis. Quæritur de interlocutione. Accurſ. putat vnum ex iudicibus interloqui poſſe,arg.l.vlt.C.de auth.præſt. Sed hæc nemo non videt diſſimilia eſſe. Sic extendere legem non eſt interpretis,ſed legislatoris officio fungi. Iouianus Pontanus hoc comparat coriariis,qui dentibus producunt corium,& pellem: & conſtitutio Pontificia huic interpretationi repugnat, dict.cap. prudentiam.

Ad l. Inter pares. 38.

PRÆLECTIO XXXI.

TRactatur hic quæſtio pertinens ad ſententiarum diuerſitatem,de qua iam dicere cœpimus, Quid ſi pares numero ſint iudices,& diuerſas proferant ſententias? Non poteſt dici plurium ſententiam obtinere, vt ſuprà dictum fuit. quia ſunt pares numero (ait Paul.) in liberalibus cauſis,&c. Libertas eſt res fauorabilis.l. libertas. de reg.iur.§. vlt. Inſtitut. de donat. l. generaliter. §. ſi quis ſeruo. de fideicom.libert. fauorabilis eſt cauſa rei magis quam actoris, vt Ariſt. docet in problem.ſect.19.l. fauorabiliores. de reg. iur.l. Arrianus.de oblig.& act.c.ex literis.de prob. Hinc facile intelligitur nihil referre cuius dignitatis, conditionis, ſint iudices.Ita diſtinguit Paul.quaſi nihil interſit. Sed hoc declaratum fuit ſuperiori loco.Hic reperiuntur quædam antinomię. Vna eſt ex l.duo iudices.ſupra eo. De hac antinomia iam diximus ſuprà. Alia eſt ex l. ſi pars.ſupr.de inoffic.teſta. vbi in alia cauſa iudicatur,idem ſeruatur, nempe cum agitur de inofficioſo teſtamento.Reſpondeo, quod hic dicitur de libertate,ſic accipiendum eſſe, quaſi dictum pro exemplo cauſæ fauorabilis. *In aliis*, id eſt, quæ non ſunt fauorabiles cauſæ: cuiuſmodi eſt cauſa teſtamentaria: fauorabilis eſt conſeruatio teſtamenti.l.vel negare.quemad.teſta. Idem in cauſa dotis.l.in ambiguis.de iur.dot.Sunt autem coniungenda hæc capita cum d.l.ſi pars. vt ex inſcriptionibus cognoſcitur. Et hæc interpretatio confirmatur conſtitutione Pontificia, cap. vlt.de re iudic.in Decret. Quæritur,an idem dicendum ſit de cauſa fiſci. Plerique putant contra fiſcum iudicandum eſſe: Citant l.non puto.de iure fiſc. quaſi velit Modeſt. contra fiſcum in dubio reſpondendum eſſe. Sed certum eſt cauſam fiſci fauorabiliorem eſſe cauſa priuata.leg.Imperatores. ſupr. de re iud. Cauſa publica ſemper nobis antiquior eſſe debet. Nouell. de reſtit. & ea quæ parit decimo menſe. Reſpu. incolumis priuatas res facile ſaluas præſtat: publica prodendo tua nequicquam ſeruas.Liuius dec. 3. lib.6. Sicut in naue vectores ſinguli magis ſtudent conſeruationi nauis quam rerum propriarum. Publicam autem rem tueri non poſſumus ſine fiſco: vnde tributa vectigalia dicuntur eſſe nerui reipub. leg.1.§.in cauſa tributorum. infrà de quæſt. alibi dicuntur pertinere ad vtilitatem publicam.l. 1. de loc. public. fruend. Nec contrarium eſt, quod dicitur in d.l.non puto. Non enim negat Modeſt. in dubio iudicandum pro fiſco: ſed oſtendit eum non eſſe puniendum quaſi delinquentem, qui contra fiſcum reſponderit. Hoc ideo, quia nonnulli aſſentatores malorum, & auarorum principum hoc in crimen vocabant: quaſi graue facinus eſſet contra fiſcum reſpondere. Oſtendit Plin.in Panegyric.ad Traianum, Quæ præcipua tua gloria eſt, ſæpius vincitur fiſcus: cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono principe. Quæritur an idem ſit dicendum ſi teſtes diſpari numero ſint. Hermog. oſtendit idem eſſe, l. lege Iunia.ſupra de manumiſ. Quod eſt intelligendum,ſi reliqua omnia ſint paria: ſi teſtes ſint eiuſdem honeſtatis & æſtimationis. l. ob carmen.§.vltim.de teſtib. Non enim ad multitudinem reſpici oportet, ſed ad ſinceram teſtimoniorum fidem, & teſtimonia quibus potius lux veritatis aſſiſtit. Poſtremo quæritur, an idem dicendum ſit,ſi arbitri diſſentiant. Reſpondeo diuerſum ius eſſe in arbitris. Si diſſentiant duo arbitri, neutra ſententia tenet.l.item ſi vnus. §. principaliter. ſup. de recept.arb. Coguntur tertium eligere,cuius auctoritati pareatur. Hæc diſtinctio iudicum & arbitrorum diſerte etiam traditur in c.vlt. de re iud. in Decret. Hodie in Gallia id fere ius ſequimur, quod de arbitris conſtitutum eſt: nam aſſumuntur alii iudices, *Quand il y a partage*. Leges regiæ quædam ſunt latæ de hac partitione, quibus vtimur.

Ad §. *Si diuerſis*. Ex iam dictis naſcitur quæſtio hic tractata: Si diuerſis ſummis condemnet iudices, vnus in quinque,alius in decem,alius in quindecim,quid iuris ſit. Videtur hic ſequenda conſtitutio D.Pii, de qua iam diximus: ſed non ita eſt: quia conſentiunt in minorem ſummam, niſi aliud actum appareat. Nam in maiore ſumma minor continetur,l. in eo quod plus eſt. de reg. iur. Idem dicitur de arbitro.l.diem proferre.§.ſi plures.de arb. vbi refertur etiam opinio Iuliani: nec dubito quin Iulianus hæc ſcripſerit eodem in loco. Quid ſi duo condemnauerint in decem, tertius in quinque? Dicendum eſt ſententiam valere in decem,& plurium ſententiam obtinere. Nam Iulian.loquitur cum omniũ iudicum ſententiæ ſunt diuerſæ: & hoc eſt expreſſum conſtitutione Pontificia c.1.de arb.in 6.

Ad l. Duo ex tribus. 39.

INterpretatio eſt ſuperius dictorum. Dictum fuit plurium ſententiam obtinere, &c. Hoc eſt intelligendum, ſi omnes ſint præſentes, & iudicent. Nam omnes debent pronuntiare quod ſibi videtur. Cum dantur iudices, iubentur omnes iudicare. At nihil minus eſt verum, quam omnes iudicare, cum vnus eſt abſens. Idem dicitur in l. ſicuti. ſupra de recept. Quid ſi vnus iudicum datorum mortuus ſit? In conſtitutione Pontificia dicitur aliorum officium expirare, niſi aliud in datione fuerit expreſſum, cap. vno delegatorum. de offic. deleg. in decret. hanc conſtitutionem putant nonnulli contrariam eſſe iuri ciuili, quo cautum eſt, vt alius iudex detur. l. ſi lõgius. ſup. de iud. l. pen. de vaca. muner. l. placuit. C. de pedan. iudic. Sed hæc repugnantia non ſunt: expirat quidem officium, ſed dato alio iudice conualeſcit. Alia quæſtio, Si vnus ex iudicibus nolit adeſſe requiſitus, & vocatus à cæteris, an poterunt iudicare? Receptum eſt, ne hoc quidem caſu id eis licere: quia dicitur eos vno abſente iudicare non poſſe, nec vlla fit diſtinctio. arg. l. de pretio. ſupr. de public. in rem. act. Idque de arbitris dicitur in d. l. ſicuti. de arb. Sed iure Pontificio aliud cõſtitutum eſt de arbitris. c. vlt. de arbit. in 6. quod ius ſeruatur in iis locis, qui ſunt Pontificiæ ditionis ac iuriſdictionis.

Ad l. Commodis. 40.

LOcus de rebus, quæ capiuntur pro executione. Quæritur de præmiis, quæ præſtantur athletis, qui victores fuerunt in ſacris certaminibus: harum coronarum mentio eſt C. de athletis. & in l. athletas. de his qui not. infa. leg. ſpem. C. quæ res pigno. oblig. Locus eſt Suetonii in Nerone: Sacras coronas in cubili circum lectos poſuit. Quæritur ergo an hæc præmia poſſint capi in executionem ſententiæ. Dubitatio naſcitur ex eo, quod non videntur eſſe in bonis debitoris, antequam ei præſtita ſint: ideo non poſſunt pignorari, d. l. ſpem. Tamen vtile viſum eſt ea capi propter executionem rerum iudicatarum. Idem dicitur de ſtipendiis militum. in l. ſtipendia. C. de exec. rei iud. Sed additur exceptio, ſi non poſſit aliis rationibus executio fieri. Papinian. autem non diſtinguit, nec puto diſtinguendum eſſe. Nam alia cauſa eſt ſtipendiorum militum qui fauorabiliores ſunt athletis. Idem dicitur de præbendis clericorum, de qua re citatur vulgo conſtitutio pontificia, c. peruenit. de fideiuſſor. Mirantur vulgares interpretes quod hic capiatur pecunia, cum potius nomen capi debeat. l. à diuo Pio. §. ſic quoque iudices. ſupra eo. Vulgo dicitur pecuniam hic paratam eſſe ſolutioni, &c. Quæ diſtinctio nec iure vllo, nec vlla firma ratione fulcitur. Nec vero hi non ſentiunt ſe nugari, niſi fallor: ſed ineptire malunt, quam fateri, ſe id ignorare: quaſi turpis ſit ignorantiæ confeſſio. Puto non capi nomen: quia nullum nomen eſt, nulla obligatio. Sed ſi reperiatur pecunia ad id deſtinata, receptum eſt vtilitatis cauſa, vt capiatur quaſi debita: non ſunt ſtipendia ſicut militum. Male & inſcite hæc confundunt Accurſ. & Accurſiani omnes.

Ad l. Neſennius. 41.

PRÆLECTIO XXXII.

LOcus de beneficio competente certis perſonis, ne conueniantur in ſolidum, &c. de quo dixi ad l. ſunt qui. Diximus hoc beneficium eſſe perſonale, & non competere neque hæredi neque fideiuſſori. l. etſi fideiuſſor. & leg. ſeq. ſupra. l. maritum. §. vlt. ſol. mat. Hic autem Paulus oſtendit perſonale eſſe beneficium, etiam ex parte eius, contra quem competit. Species de qua conſultus fuit à Neſennio Apollinari, eſt huiuſmodi: Donare volebas mihi certam pecuniam, puta centum: debebam Titio tantundem, à quo cupiebam liberari: itaque petii à te, vt patereris te delegari Titio illi creditori meo, id eſt, te reum vice mea dari, l. delegare. de nouat. Hinc oriuntur variæ quæſtiones. Vna eſt, an creditor meus poſſit te in ſolidum conuenire. Videtur non poſſe, quia non poſſem, &c. l. inter eos. leg. cum ex cauſa. ſupra eo. Donator à donatario non poteſt ſolidum exigere: ergo nec is, qui vtitur iure meo, &c. Sed Paul. reſpondet, *nulla creditorem exceptione ſummoueri.* Donatarius ipſe poſſet exceptione ſummoueri: ſed alius non poteſt, quia hoc beneficium non egreditur perſonam donatarii. Ac certum eſt creditorem hunc donatarium non eſſe. Exceptio igitur, quæ opponitur deleganti, non continuo opponitur ei cui facta eſt delegatio. l. doli. infrà de nouat. Dixerit aliquis: Ergo liberum erit donatario beneficium hoc adimere donatori, nempe delegando, &c. Reſpondeo id non pendere ex ſola eius voluntate, ſed donatoris qui delegatur. d. l. delegare. Volenti nulla fit iniuria. Hinc exiſtit alia quæſtio: Volebas mihi donare centum, petii à te vt patereris te delegari à Titio, cui donare volebam, tametſi nihil ei deberem: An hoc ſaltem caſu donatarius Titius poſſit exceptione ſummoueri? Videtur poſſe, quia donatarius eſt, &c. Tamen Paul. generaliter ait reum damnandum eſſe in ſolidum. Si conueniatur à ſecundo donatario, damnabitur in ſolidum: non enim ei donauit, ſed primo, &c. hoc plenius declaratur in l. qui id quod. 34. §. vltim. de donat. ſupra. Tertia quæſtio eſt: Quidam volebat donare mulieri, promiſit eius marito dotis nomine. Sic delegatus eſt hic donator marito, maritus petit eam dotem promiſſam. Quæritur an poſſit ſolidum exigere. Et ait Paul. poſſe, quamuis ab vxore non exigeretur ſolidum, l. ſicut autem. ſupra eo. Nam hoc beneficium non egreditur perſonam: nec poteſt dici maritus in hac ſpecie donatarius eſſe. Cauſa dotis onerofa eſt magis quam lucratiua. l. ex promiſſione. infrà de oblig. & actio. l. pro oneribus. C. de iur. dot. Non eſt ergo mirum, ſi is à quo exigitur dos, beneficio non vtatur quod donatori eſt conceſſum. Hic occurrit duplex antinomia. Vna eſt ex l. ſi extraneus. ſuprà de iur. dot. vbi extraneus dotem promiſit pro muliere, & conuenitur non in ſolidum, ſed quatenus facere poteſt. Variæ ſunt ſolutiones, quas ſuperuacaneum eſſet referre. Sufficiet in medium adducere quod mihi verius videtur. Exiſtimo ſpecies diſſimiles eſſe, atque ideo ius diuerſum eſſe. In ſpecie Pauli proponitur diſerte dotem promiſſam eſſe contemplatione mulieris tantum non etiam mariti: *Pro muliere, cui donare volebat, &c.* Proinde marito nihil donatum eſſe dici poteſt. Quid ergo vetat eum exigere ſolidum à promiſſore, idque maxime, ſi conſtante matrimonio agatur? Soluto matrimonio agitur nomine mulieris. Ergo exceptio videbatur obſtare marito, quæ obſtaret ipſi mulieri agenti. Sed tamen Paul. oſtendit, nihil referre, an conſtante, an ſoluto, &c. In ſpecie Vlp. in l. ſi extraneus. proponitur ſimpliciter dotem promiſſam eſſe ab extraneo, non proponitur eum donare voluiſſe mulieri. Quare donatio non tantum in mulierem, ſed etiam in maritum ipſum collata eſſe intelligitur. Fortaſſe hoc eſt propoſitum donatori, ne maritus indotatam mulierem habeat. arg. eſt l. Titio centum. §. Titio genero. de cond. & demonſtrat. Titio genero meo futuro centum dotis nomine do lego. Gener petere poteſt legatum, quia non tantum mulieri, ſed genero quoque conſultum videtur. Alia antinomia eſt ex leg. ſi prior. ſupra ſolut. matrim. vbi prior maritus, qui promiſit dotem poſteriori, non tenetur in ſolidum. Diuerſæ hæ quoque ſpecies ſunt in l. ſi prior. Prior maritus promiſit vt debitor mulieris. Itaque intelligitur promiſiſſe quod debebat. At non debet niſi quatenus facere poteſt effectu. l. 1. de dote præleg. In ſpecie noſtra promiſſa eſt certa quantitas dotis nomine, nec adiectum eſt quod debet promiſſor, &c. Tota igitur ſumma exigitur. Nam etſi hic dicatur promiſſam dotem ſimpliciter, tamen accipere debemus certam quantitatem, &c. Alias promiſſio inutilis eſſet, l. 1. C. de dot. promiſ. Id non eſt expreſſum in hac ſpecie, quia de eo non quærebatur. Accipimus promiſſam dotem ita, vt valeat promiſſio. Et ſimilia exempla occurrunt vbique legentibus, vt in l. re coniuncti. de leg. 3. Titio & Seio fundum lego: coniuncti ſunt ſi certus fundus ſit legatus. Oppon. contra hanc diſtinctionem l. etſi fideiuſſor. ſup. eo. vbi nihil refert an rei, an actionis ſit fideiuſſor. Si promittat quod debetur actione de dote, condemnatur in ſolidum. Reſpondeo, eſſe aliam cauſam fideiuſſoris, quam eius qui principaliter ſe obligat. Fideiuſſor accipi ſolet, vt magis conſulatur creditori, ſi forte reus non fuerit ſoluendo. §. vlt. Inſtit. de replicat. Veriſimile eſt igitur actum eſſe, vt ſolidum ille ſoluat, niſi contrarium euidenter appareat.

Ad §.

Ad §. *Fundum.* Declaratio eſt eorum, quæ iam dicta ſunt de donatore. Donator conuentus rei vindicatione, non vtitur beneficio, &c. Si forte rei donatæ & traditæ poſſeſſionem nactus eſt aliquo caſu, actio in rem datur contra poſſeſſorem. l. officium. de re vindic. Non conuenitur vt donator, nec vlla fit mentio donationis in petitione, &c. Quid ſi agatur de reſtitutione non fundi, ſed fructus? Nam certum eſt fructus præſtari hac actione etiam ante litem conteſtatam. l. videamus. de vſur. Cum peto quod meum eſt. Reſtituuntur in ſolidum fructus, iuratur in litem: ſicut in aliis actionibus in rem pro æſtimatione fructuum. l. in actionibus. de in lit. iur. Et hoc certum eſt, cum fructus conſumpti non ſunt: ſi conſumpti ſunt, diſtinguendus eſt bonæ fidei poſſeſſor à malæ fidei poſſ. l. certum. C. de rei vind. l. mala fide. C. de cond. ex leg. §. ſi quis à non. de rer. diuiſ. Inſtitu. Sed diſputatio de fructibus non eſt huius loci: dixi ad tit. de vſur. & nouiſſime ad tit. de leg. 3. l. cum ſeruus.

Tractatur hic quæſtio, an maritus conuentus actione in rem pro dote, vtatur hoc beneficio? Ratio exigit, vt idem dicamus de marito, quod de donatore, quia idem beneficium competit marito: quod eſt intelligendum, ſi maritus conueniatur, vt quiuis poſſeſſor, vt puta quia fundum dotalem reſtituit, deinde poſſeſſio ad eum reuerſa eſt. Sed ſi conueniatur vt maritus, aliud dicendum. Poteſt conueniri, vt maritus actione in rem. l. in rebus. C. de iur. dot. Mulier agit tanquam vxor, & dicit ſe vxorem fuiſſe, & rem dotalem eſſe, &c.

Ad §. *In ſolidum.* Hæc exceptio opponitur poſt condemnationem in executione, &c. Interpretatio huius loci petenda eſt ex commentariis noſtris, ad l. ex diuerſo. §. vlt. ſupra ſolut. matrim.

Ad l. Paulus reſpondit. 42.

PRÆLECTIO XXXIII.

Locus de ratione ferendæ ſententiæ. Non poteſt iudex, quem forte pœnitet errati ſui, mutare, aut corrigere ſententiam. l. quod iuſſit. ſupra. Poteſt tamen ſupplere quæ deſunt, ſi conſequentia ſint, modo id in eodem die faciat. Exemplum eſt in fructibus, vſuris, & aliis huiuſmodi acceſſionibus. Mutare tamen aut reſcindere nihil poteſt, ne in acceſſoriis quidem. Quod ergo dicitur officium iudicis ceſſare & expirare poſtquam tulit ſententiam, l. 4. C. de poſ. eſt intelligendum cum hac exceptione, niſi eodem die ſuppleatur, &c. Sic etiam eſt accipienda l. terminato. C. de fructib. Sed receptum eſt, vt iudex, qui condemnauit ad expenſas, poſtea quandocunque poſſit eas taxare: nec id contrarium legi noſtræ. An idem dicendum ſit de iudice dato quæritur. Nam Paulus hic loquitur de prætore. Dicemus alibi ad l. iudex. infra.

Ad l. Paulus. 43.

Locus de effectu rei iudicatæ. Actio iudicati datur aduerſus reum iudicatum, vel ad reos, &c. ſi forte plures ſint. An in ſolidum, an pro virili parte? Paul. ait teneri non in ſolidum, ſed pro parte virili. Idem in l. 1. Cod. ſi plur. vna ſenten. cond. Ideo iudicis eſt addere, vt in ſolidum, &c. Idem dicitur in l. ſi qui ſeparatim. §. quoties. infra de appell. Hoc eſt accipiendum, etiamſi alias plures rei tenebantur in ſolidum, l. 2. C. ſi plur. vn. ſenten. Iudex ita pronuntiauit per imperitiam, aut malitiam. Similis locus eſt in l. ſi mandato Titii. §. 3. ſupra manda. Vnus ex mandatoribus in ſolidum eligi poteſt. Poſt condemnationem autem in duorum perſonam collatam, neceſſario ex cauſa iudicati ſingulos pro parte dimidia conueniri, ratio hæc eſt: quia in dubio humanius eſt interpretari, vt non in ſolidum teneantur plures rei, &c. l. reos. §. cum in tabulis. infra de duob. reis. Idem in ſtipulatione locum habet: ergo idem & in ſententia intra tempus legitimum. Poſt tempus vero elapſum quod appellationi præſtitutum eſt, ſtandum eſt rei iudicatæ, & ſententiæ, quæ nullam aliam interpretationem recipit. Dixerit aliquis, Ergo res iudicata prodeſt ei, contra quem iudicatum eſt: quod eſt iniquum, l. euidenter. infra de except. rei iudic. quia ante condemnationem tenebatur in ſolidum, nunc tenetur pro parte virili. Reſpondeo, hic non omnino iudicatum eſſe contra reum: nam ex parte abſoluitur quodammodo, ſcilicet à ſolidi exactione. Res iudicata non prodeſt iudicato quatenus condemnatus eſt: ſed hic tacita quædam eſt abſolutio, quoad ſolidi exactionem attinet. Rurſus obiicitur vulgare illud, Sententia debet eſſe conformis libello. l. vlt. fundus. ſupra com. diuid. l. vlt. C. de fideicommiſ. liber. Reſpondeo, theſem illam generalem mihi videri inepte admodum colligi ex illis locis: quo in genere ſæpe errari ſolet à noſtris. Verum eſt iudicem non poſſe de eo pronunciare, quod non eſt deductum in iudicium. d. l. vlt. fundus. Verum eſt iudicem, cum petitur ſeruus legatus, non debere condemnare ad æſtimationem, d. l. vlt. C. de fideicom. libert. ſed inde nihil effici poteſt, quod ſit contrarium noſtræ ſententiæ. Non enim hic dicimus recte iudicare iudicem, qui ita pronunciet. Male iudicat, qui pronuntiat ſimpliciter, cum debeat condemnare in ſolidum, vt petitum eſt. Sed quæritur de interpretatione ſententiæ, quę auctoritatem habet rei iudicatæ, à qua appellatum nõ eſt, nec appellari poteſt. At enim debet intelligi ſecundum petitionem, &c. Huius rei probationem requiro: non enim id poteſt colligi ex legibus iam adductis. Colligitur tãtum ex regula illa, quam nos vt ineptam, & commentitiam repudiamus. Et ſane durum eſſet, ac periculoſam hanc interpretationem ſententiæ admittere in executione: quia incertum eſt quid iudicem mouerit. Hoc eſſet iterum cognoſcere de iudicato, contra l. ſi prętor. de iud. Rurſus opponitur l. miles. §. decem. ſupr. eo. Hæc verba ſententię, *Decem, aut noxæ dedere*, intelliguntur ſecundum naturam obligationis, de qua iudicatum fuit. Sed caſus diſſimiles ſunt, ac in vtroq; caſu benigna admittitur interpretatio pro reo: iuxta l. fauorabiliores. de reg. iur. In ſpecie §. decem. ſic interpretamur, vt reo beneficium legis ſaluum maneat, quia verba hanc interpretationem admittunt. In hac ſpecie interpretatio etiam fit pro reo, vt potius pro virili, quam in ſolidum damnatus intelligatur. Humanius id eſt, nec eſt aliena à verbis hæc interpretatio. Si ergo poneremus è contrario plures eſſe condemnatos in ſolidum, fortaſſis non male diceretur poſſe nihilominus opponi exceptionem diuiſionis, vt Bart. hic ait. nam fauorabilis eſt hæc interpretatio pro reo. Sed hoc tractabitur alio loco. Solent addi quædam exceptiones, de quibus dicam breuiter & ſummatim. Excipitur in primis caſus, cum plures ſunt condemnati, vt vniuerſi, non vt ſinguli. Non enim tunc facta diuiſio intelligitur, niſi aliud expreſſum ſit. Conueniuntur ciues, doctores, & conſtituentes corpus, collegiũ, vniuerſitatem. Actio iudicati non datur in ſingulos, l. 4. §. actor. ſupra eo. l. in tantum. §. vniuerſitatis. ſupra de rerum diuiſ. Interpretatione iuris intelligitur vna quodammodo perſona condemnata eſſe, non plures, l. mortuo. infr. de fideiuſ. Alia exceptio eſt cum plures condemnantur ex maleficio. Citatur l. 1. C. de cond. furt. ex qua lege id non recte colligitur. Oſtendit Diocletianus rationem ferendæ ſententiæ: nos autem hic aliud quærimus, &c. Sed de maleficiis opportunius dicemus alibi. Certior eſt alia exceptio, ſi de re indiuidua agatur: non interpretabimur, iudicem diuidere voluiſſe quod diuidi non poteſt. l. ea quæ in partes. de reg. iur. Exemplum eſt in l. qui in aliena. §. vltim. de neg. geſt. Aliud in l. rem hæreditariam. de euict.

Ad l. Ex contractu. 44.

Locus de actione iudicati. Datur contra iudicatum, vel eum, qui in eius locum ſucceſſit. Id demonſtratur hac ſpecie. Non obſtat l. ſæpe. infra, quia videtur eadem eſſe perſona propter ſucceſſionem, &c. Hinc igitur colligendum eſt, geſta cum minore hærede rata manere, licet in integrum reſtituatur propter vtilitatem: intellige tamen ea tantum rata manere, quæ bona fide geſta ſunt. l. quoties. 44. de acquiren. hæred. l. tutores. de condict. indeb. l. pupillus. quæ in fraud. credit. Nota reſtituto minore aduerſus aditionem, locum eſſe ſubſtitutioni: quamuis alias ſubſtitutio vulgaris expiret adita hæreditate. Cod. de impub. & aliis ſubſtitut. Nam perinde eſt, ac ſi adita nõ fuiſſet propter reſtitutionem. Hæc opinio vulgo recepta eſt: quæ mihi non vſquequaque probatur. Nam minor non deſinit hæres eſſe impetrata reſtitutione. l. ait prætor. §. ſed quod. de munerib. Benigne tamen dicitur locum eſſe ſubſtituto, ſi hæreditas non ſit ſoluendo, ex ſententia Vlpian. in d. §. ſed quod. Nec contrarium

eſt hoc reſponſum Pauli: hic non exprimitur ex qua cauſa peruenerint bona ad ſubſtitutum. Fortaſſis hæreditas non erat ſoluendo. Alias non eſt credibile, tutores abſtinuiſſe pupillam. Ideo autem id non eſt aliter expreſſum, quia non quærebatur, an bona peruenire poſſent ad ſubſtitutum. Quæſtio erat de executione ſententiæ: Quo caſu bona peruenerunt, &c. Hæc diligenter animaduertenda ſunt in reſponſis. Similis quæſtio eſt de iure accreſcendi: quia pars ſemel acquiſita vni nunquam accreſcit alteri. l. 1. §. interdum. de vſufruct. accreſc. Sed reſtitutio omnia reponit in priſtinum ſtatum. Scripſi lib. 1. de iur. accreſc. c. vlt.

PRÆLECTIO XXXIIII.

Dixi reſtituto minore admitti ſubſtitutum, vel cohæredem, &c. Quæritur apud Accurſium. Si non habeat ſubſtitutum, vel cohæredem, ad quem peruenient bona, ad cognatos, an ad fiſcum? Quidam putant fiſco deferri, arg. l. vlti. de ſucceſ. edict. Reſtituto priore cognato, qui bonorum poſſ. acceperat, non admittitur inferioris gradus cognatus: ſed fiſco bona vacantia deferuntur. Puto fiſcum admitti in ea ſpecie, de qua Papinia. reſpondit: nec temere id producendum ad conſequentiam, cum ſit ius ſingulare. l. quod vero. ſupra de legib. Proponitur bono. poſſeſſionem fuiſſe delatam vni ex cognatis defuncti, qui erat prioris gradus, idque contra ius ciuile, &c. deinde eum abſtinuiſſe impetrata reſtitutione: an ſequens cognatus admitti debeat? Ait Papinian. non admitti, ſed fiſcum potius. Exiſtimauit Papin. in ea ſpecie ſucceſſionem non admitti de gradu in gradum, ſed tantum de capite in caput. Primum, quia hi cognati admittuntur contra ius ciuile ad hæreditatem: ideo boni conſulere debent hoc ſuccedendi genus. Magnum eſt eos admittere ad ſucceſſionem contra ius ciuile: maius permittere ſucceſſionem inter eos de gradu in gradum. Ea ſucceſſione inter agnatos quidem permittebatur iure veteri. §. placebat. Inſtitutio. de legitim. agnator. ſucceſſion. Non obſtat quod prior abſtinuit, impetrata reſtitutione: ideo perinde eſt, ac ſi ſtatim delata fuiſſet ſecundo. Nam benignior hæc eſt interpretatio, & latior: quia in ea ſpecie non admittitur propter rationes quas adduxi: ſtrictior ſit interpretatio, vt ſimulatque petierit prior, ſequens excludatur. An excludatur ſequens ordo? Puto non excludi: quia hoc ius ſingulare non extenditur. In hac ſpecie Papin. non erat quæſtio de viro, & vxore fortaſſis. Eſt ex lib. 6. reſponſorum. Qui hoc non animaduertunt, ii in grauiſſimos incidunt errores. Sed iam forte plus ſatis de hac re. Ait igitur Scæuola, *Niſi culpa, &c.* In horum verborum interpretatione diſſentiunt interpretes. Puto ſic commode accipi poſſe, quaſi velit Scæuola, ita demum dari actionem iudicati contra ſubſtitutum, &c. ſi iuſta fuerit defenſio, &c. Nam alias ſententia eſt nulla, vt ne contra pupillum poſſit agi actione iudicati. l. cum & minores. C. ſi aduerſ. rem iudic. ſiue defenſus non ſit omnino, ſiue iuſta non fuerit defenſio.

Ad l. Acta. 45.

Varia eſt interpretatio huius capitis, quod ſubobſcurum videtur. Puto id maxime pertinere ad declarationem eorum, quæ dicta ſunt ad l. quod iuſſit. ſupra, vbi dicitur iuſſum vel interlocutionem poſſe mutari, ſententiam non poſſe mutari: veluti iuſſit iudex adeſſe calendis, mox idibus. Inde quæritur, an iudex poſſit iubere acta circumduci, id eſt, deleri, *Rayer.* Quaſi nihil referat, an ipſe verbo declaret ſe reuocare, quod prius fecerat: an vero id incidat, deleat, circumducat. Cum ſimpliciter pronunciat, vtrunque reperitur in actis, & quod iuſſit, & quod vetuit. Sed poſterius præceptum præualet. d. l. qualem. ſupra de recept. Hic autem acta continentia prius præceptum, quod reuocatum eſt, inciduntur, circumducuntur. Ait Paul. acta hæc circumduci poſſe permiſſu iudicis, ſi partes conſentiant, modo id fiat eodem die. Hæc cautio neceſſaria eſt, quia maius periculum eſt in hac circumductione, quam in ſimplici reuocatione, quæ verbo fieri ſolet. Si vero contineatur actis ſententia, qua lis finita eſt, non licet ea acta circumducere: Nam ne mutare quidem ac reuocare poſſet. d. l. quod iuſſit. Nec multum refert, quod conſenſus forte partium interuenit. l. 1. §. inde quæritur, de oper. no. nunciation. quia mali exempli res eſt, monumenta rerum iudicatarum incidere ac perdere, & ad rem publicam pertinet.

Ad §. *De amplianda.* Dixi iam ſæpe ſententiam reuocari non poſſe, &c. Quid ſi damnatus ſit iudicio criminali, & poſt ſententiam appareat iuſta cauſa minuendæ, vel augendæ pœnæ? Quæſtionem facit, quia non omnino reſcinditur res iudicata, non abſoluitur condemnatus, nec abſolutus condemnatur. Et ait Paul. de hoc quidem licere ſine principis auctoritate. Conſulendus eſt princeps, ſicut dicitur in l. 1. §. vlt. de quæſt. Quædam igitur hic colligenda ſunt. Primum eſt, quod iudex poſt ſententiam non poteſt pœnam augere, vel minuere. Poteſt tamen mulctam remittere propter inopiam. l. illicitas. §. præſes. ſupra de offic. præſid. l. eos, ad fin. Cod. de mo. mulctan. Mulcta differt à pœna, l. aliud eſt fraus. l. ſi qua pœna. de verb. ſignifi. Mulcta eſt pœna pecuniaria, qua magiſtratus contumaces & inobedieётes coercent. l. 2. ſupra ſi quis in ius vocat. non ierit. cum ſimil. Quod autem alibi dicitur, pœnam grauiorem imponi poſſe, id eſt accipiendum, ante quam lata ſit ſententia. l. quod ergo. §. pœna grauior. de his qui not. infam. & l. ſi ſeuerior. C. ex quib. cauſ. irrog. Ex cauſa poteſt iudex pœnam à lege ſtatutam augere, vel minuere, poſt ſententiam non poteſt. Ac ita puto accipiendum in l. non poteſt. 64. de furt. quæ eſt coniungenda cum l. Diuus. de iniur. vt ex inſcriptionibus cognoſcitur. Secundo hinc colligitur, principis auctoritate pœnam minui vel augeri, &c. Nec dubium eſt, quin parendum ſit reſcripto, quo princeps pœnam minuit, vel etiam remittit, atque indulget. l. reſcripta. C. de precib. imper. offer. quamuis alias reſcriptis contra ius obtentis iudices parere non debeant. Nihil eſt magis vſitatum quam hæc indulgentia & reſtitutio: de qua videndus eſt tit. de ſenten. paſ. & reſtitu. in Pandect. & Cod. Vſitata eſt etiam reſtitutio famæ, quæ ſoli principi competere dicitur, aut ſenatui, l. 1. ad fin. de poſtul. Ampliatio pœnæ eſt rarior & odioſior, nec facile debet iudex parere tali reſcripto principis. argum. d. l. reſcripta. Duo exempla vidimus illuſtria huius pœnæ auctæ poſt ſententiam noſtro tempore, condemnatis duobus reis, quorum alter Cancellarius erat, alter magiſter libellorum principis. Quod ægre tulerunt iudices adeo, vt neceſſe fuerit eos tandem vi cogere ad parendum auctoritati principis.

Ad §. *Contra indefenſos.* Locus de ratione ferendæ ſententiæ. Et notandum eſt hanc ſententiam nullam eſſe. l. contra pupillum. 54. infra eod. Idem dicitur in l. cum & minores. C. ſi aduerſ. rem iud. Nihil autem refert, an minor curatorem habeat, vt hic Paulus oſtendit. Opponitur l. ſi curatorem habens. C. de in integ. reſtit. vbi valet contractus cum minore, qui curatorem non habet. Reſpondeo, aliam eſſe cauſam iudiciorum, quam contractuum. Sententia lata contra ſolitum ordinem, eſt nulla. l. prolatam. Cod. de ſenten. & interloc. At hoc eſt neceſſarium in ordine iudiciario, vt adſit curator. C. qui legit. perſ. ſtan. in iud. hab.

Ad l. Actorum. 46.

Interpretatio eſt eorum, quæ alibi dicuntur de ſententia non reſcindenda, nec mutanda, l. quod iuſſit. l. Paulus. ſupra. l. iudex. infra eod. Ait Iureconſultus non eſſe ita reſecandum ad viuum, vt non permittatur emendatio verborum: ſi quid forte ineptum, barbarum, ſolœcon reperiatur, modo tantum verba mutentur, non res, &c. Id accidebat frequenter ſuperioribus annis in parlamento Pariſienſi, & aliis, cum ſententiæ præſcriberentur Latino ſermone, non vt nunc, Gallico. Huius genus eſt illud, *Curia debotauit, & debotat,* Præſtat emendate loqui: ne quis putet curiam damnato ocreas detraxiſſe pedibus. Hæc emendatio verborum permiſſa eſt in ſententia: quod & ad contractus, & teſtamenta producendum eſt. Exemplum in l. contractus. C. de fide inſtru. Quid ſi neque inepta ſint, neque barbara, aut inemendata, ſed tamen obſcura ſit ſententia, & mens proferentis: an liceat interpretationem addere? Vix eſt, vt hoc admitti debeat, ne hoc prætextu facile reſcindatur iudicatum. Fateor tamen, cum in executione ſententiæ oritur talis controuerſia, magiſtratus eſſe interpretari, qui exequitur ſententiam, l. ab executione. infr. de appel. Hac interpretatione non mutatur ſententia iam lata, nec vllum ei verbum additur.

dicitur. Falluntur ergo, qui colligunt ex ea lege, poſſe iudicem aliquid inſerere ſententiæ, declarandæ obſcuritatis & incertitudinis cauſa. Sed de hac emendatione fuſius diſputaturi ſumus in comment. ad legem, edicta. C. de edendo.

Ad l. De vnoquoque. 47.

PRÆLECTIO XXXV.

Locus de ratione ferendæ ſententiæ. Sententia debet ferri præſentibus iis, quos cauſa contingit: Sententia lata aduerſus abſentem non valet. Sententia lata contra præſentem non nocet alij, qui abſens fuit. Sed locum habet non tantum in ſententiis, ſed etiam in aliis quibuſcunque actibus, l. nam ita diuus. ſupra de adoptionibus. Hoc adeo vulgare eſt, vt Bart. dicat omnes, qui forum attigerunt, hoc noſſe: ſed & alii quoque communi ſenſu prædici illud norunt, quod natura id homines doceat. Vnde Seneca in Medea:

Qui ſtatuit aliquid parte inaudita altera,
Æquum licet ſtatuerit, haud æquus fuit. Phocylides:
Μήτε δίκην δικάσῃς, πρὶν ἀμφοῖν μῦθον ἀκούσῃς.

Quem verſum refert Plato in Demodoco. Similis eſt ſententia Euripidis in Heraclid. Reperiuntur & Menandri, & aliorum veterum verſus, vt mirum non ſit, quod Bart. ait etiam iuris imperitis hoc notum eſſe. Numeratur inter κοινὰς ἐννοίας: quas pro legibus accipere debemus: etiamſi de iis nulla lex ſcripta eſſet. Ac ne quis hoc putet parui momenti in republica eſſe, Athenis iurabant iudices ſe partem vtranque ex æquo audituros. Dubitabatur de principe, an principi liceat altera parte non vocata, condemnare. Variæ ſunt opiniones. puto ne principi quidem licere hoc ius quod gentium omnium, & naturale, violare. Citantur conſtitutiones pontificiæ. cap. 1. de cauſ. poſſeſſ. *Georgius.* Nec nos contra inauditam partem aliquid poſſumus diffinire. Et vulgo nota eſt conſtitutio Clementis ſupr. de Henrico ſeptimo imperatore, & Roberto rege Siciliæ. Pronunciat nullum, & irritum quod iudicatum eſt ab imperatore, quod Robertus non rite vocatus fuerit. Principis eſt igitur ſequi exemplum Alexandri illius magni, qui altera aure occluſa audiebat accuſatorē: eamque dicebat ſe abſenti ſaluam & integram ſeruare. Quare non eſt parendum reſcripto principis, qui mandat abſentem deiici de poſſeſſione ſua. l. vlt. C. ſi per vim. Idem ſi princeps natalibus reſtituat libertum, abſente & non conſentiente patrono. l. vlt. de natal. reſtit. Notum eſt autem ex his verbis ſufficere præſentiam ſine vocatione. Quo enim vocatur reus niſi vt adſit? Hanc ſententiam puto veriorem & æquiorem eſſe, licet aliqui diſſentiant. facit l. etiam ſi patre. §. vlt. ſupra de minor. Nemine de creditoribus præſente, vel ad agendum euocato. Ergo alterum ſufficit. Poteſt tamen reus, ſi paratus, & inſtructus ad iudicium non venerit, petere dilationem vſitatam ad deliberandum. in authen. de exhib. & introd. reis. §. ſancimus. Dicet ſe non veniſſe in iudicium vocatum, vt illi petitioni reſponderet, &c. Hinc etiam annotari ſolet, iudicem in cauſa communi poſſe quoſdam condemnare, dilata condemnatione aliorum: quia videlicet alii præſentes ſunt. l. non idcirco. ſupra de iudic. Excipitur iudicium diuiſorium. l. in hoc iudicio. ſupra famil. erciſc. alias adiudicationes non poſſunt fieri. Plura dicemus de hac re ad l. ſæpe. infra.

Ad §. *Qui apud fiſcum.* Excipit caſum, in quo ſententia fertur in abſentem: ſi conuentus non adſit: facit l. contumacia. Quomodo autem feratur ſententia in abſentem, docet Iuſtin. in l. properandum. C. de iudic.

Ad l. Decreta. 48.

Locus de ratione ferendæ ſententiæ. An Latine decreta, an pronuntiari debeat decretum: dicitur quod pronunciat prætor, ſiue iudicando, ſiue non iudicando: vt ſæpe alias docui. Ideo vult Latine pronunciandum eſſe, quia Latinus ſermo erat vulgaris Romæ, & imperitæ multitudini etiam communis. Hinc igitur colligimus ſententias proferendas eſſe vulgari lingua cuiuſque loci. Permiſſum eſt tamen proferre etiam Græca lingua. l. iudices. C. de ſent. Hoc poſtquam imperium translatum eſt Byzantium. Scripſi de hac re ad l. 1. §. vlt. de verb. oblig.

Ad l. Et exhæredatum. 49.

Locus iam ſæpe tractatus de iis, qui condemnantur non in ſolidum ſed quatenus, &c. Extat edictum prætoris de hac re, l. 2. ſupra quod cum eo. Emancipatus, exhæredatus, abſtinens. Datur actio reſciſſoria aduerſus emancipatū, repugnante ſubtilitate iuris, l. 2. de cap. minut. ſed datur cum hac moderatione, *Eatenus quæ facere poteſt.* Idem in eo, qui non eſt hæres patri, &c. æquiſſimum hoc viſum eſt. Acquiſiit ex eo contractu, cum eſſet in poteſtate, l. 1. ſi à parent. quis man. Nunc factus ſui iuris, nihil capit ex bonis patris. Durum eſſet teneri in ſolidum. An deducto ære alieno? Ait Paulus, &c. Contraria tamen videtur eſſe l. 3. ſupra quod cum eo. Sed ea declarat potius quod hic dicitur: addita ſcilicet exceptione. Non deducitur quod debetur aliis creditoribus, niſi poſteà contraxerint, quam is factus eſt ſui iuris. Primi creditores hāc deductionem boni conſulere debent: quia admittuntur contra ius, vt iam dixi. Secundo autem iudicio admittuntur mero iure ad agendum.

Ad l. Nec ex liberalitate. 50.

Verba Tryphon. manca ſunt: apud quem tamen plenà fuit hac de re diſputatio. Et pars quædam eſt in l. ſi filiofam. 53. ſolu. matr. Eadem inſcriptio eſt.

Ad l. ſi quis dolo. 51.

Quod dictum eſt teneri nō in ſolidum, ſed quatenus, &c. ſic accipiendum, niſi dolo fecerit, quominus ſoluendo eſſet. Curauit bona ſua vendi ex induſtria, quo minus reperiretur in bonis ſuis poſt condemnationem. Punitur ob dolum ſuum, ſicut in l. ſed hoc ita. §. quod ait. ſupra eo. Dolum accipimus adhibitum, non propter quemlibet creditorem, qui nunc agit iudicati, arg. l. etiam. §. 1. ſol. matr.

Ad §. *Si quis creditorem.* Varia eſt interpretatio. Dicam quod mihi videtur magis conuenire verbis, & rationi iuris. Creditor iuſſus eſt, &c. tit. quib. ex cauſ. in poſ. eat. non eſt admiſſus à debitore. Ob hanc contumaciam vendita ſunt bona. tit. de bon. auth. iud. petiit creditor quod ſua intererat ſe admiſſum non eſſe: idque præſticum eſt, & ex bonis venditis. Pergit creditor experiri, & petere ſummam prius petitam. Cauſa dubitationis, qui conſecutus eſt eam pecuniam ex cauſa debiti, &c. Sed propter dolum debitoris, qui non admiſit. Solutum hoc eſt creditori in pœnam contumaciæ debitoris. facit l. id quod pœna. 74. de ſol. Id quod pœnæ nomine à debitore exactum eſt, lucro debet cedere creditoris. Paulus tamen ait improbum eum eſſe, qui vult iterum conſequi quod iam accepit. Oſtendit ſecūdum ſubtilitatem eum petere poſſe: ſed æquum id non eſſe, quaſi odio digna ſit hæc πλεονεξία, & improbitas. facit l. bona fides. de reg. iuris. Non eſt autem hic mera pœna, quia ſolutum eſt quod intererat creditoris. Oppon. l. etiam. §. pen. de petit. hæred. Sed hic petitur idem, ibi aliud petitur: repetitur hic ab vno, ibi à diuerſis. Opponitur l. 3. §. condemnatio. de tab. exhib.

Ad l. Si rerum. 52.

PRÆLECTIO XXXVI.

Quæſtio hic tractatur pendens ex iis, quæ dicta ſunt ad l. qui ſupra. & ad l. ſeq. Dictum fuit, ſi maritus ab vxore conueniatur, aut contra, damnari non in ſolidum, ſed quatenus facere poteſt. Inde quæritur, quid ſi alter coniugum aduerſus alterum agat rerum amotarum, ob res amotas cauſa diuortii? Prodita eſt hæc actio loco actionis furti, duplici ratione: Vna, quia ſocietas vitæ quodammodo eam dominam facit. l. 1. de act. rer. amot. Secūda, quia in honorem matrimonii turpis actio dari non debet. in l. 2. eod. tit. Pone igitur mulierem agere cum viro rerum amotarum, an debeat maritus damnari in ſolidum? Tryphon. ait in ſolidum damnari, quoniam ex malo contractu & delicto oritur. Non vtitur hoc beneficio iuris, qui conuenitur ex maleficio. l. ſed hoc ita. §. eod. l. 43. quod cum eo. Et nota contractum hic accipi late pro delicto: ſicut apud Ariſto. συνάλλαγμα, lib. 5. Ethic. Scripſi ad l. iuriſgent. de pact. Veteres, Labeo & Ariſto contractum, ſiue ſynallagma accipiunt pro mutua, & reciproca conuentione, &c. l. iuriſgent. in pr. l. Labeo. de verb. ſignifi. Horum ſententia refertur ab Vlpian. qui non exprimit quid de ea re ſentiat.

Poſteriores Iureconſulti latius acceperunt contractum, cum obligatio contracta eſt, licet non mutua nec reciproca. Et in ſtipulatione. l. non ſolum. de oblig. & act. §. vltim. Inſtitut. de oblig. vbi Theoph. Eſt & alia latior ſignificatio pro obligatione, quæ non naſcitur ex conuentione. l. ſed cum aliquis. ſupra de negot. geſt. Delictum quoque appellatur hic contractus κατὰχρηστικώτερον. Et eſt rara hæc locutio, quæ videtur ſumpta ex Ariſtotele. Dixerit aliquis, hæc actio datur ob præcedentem ſocietatem vitæ. d. l. 1. rer. amot. nec datur actio furti, quaſi furtum non ſit. Ergo & hic haberi non debet pro furto. Reſpondet Tryphon. huic obiectioni. Quanquam videatur, &c. Reuera oritur hæc actio ex furto: ſed propter honorem matrimonii conſtitutum eſt, vt temperetur actio verbis, vt fiat mentio non furti, ſed amotionis. Sic in ea actione, quæ datur filio aduerſus patrem. l. non debet. ſupra de dol. l. honori. ſupra de obſeq. Et eſt notandus locus de ſocietate vitæ, quæ eſt inter coniuges. Similis locus in l. 1. ſupra de ritu nupt. Nuptiæ ſunt coniunctio maris & fœminæ, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio. Similis locus in l. aduerſus. C. de cri. expil. hæred. Socia rei diuinæ atque humanæ domus. Similis locus in d. l. 1. de act. rer. amot. Societas vitæ quodammodo eam dominam facit. Ego tamen alias admonui nō eſſe veram illam ſocietatem, propter quam datur actio pro ſocio. tit. pro ſoc. ſupra. & conſuetudinem Galliæ contrariam eſſe iuri Roma. quia mobilia communicantur, & conquæſtus, &c. Scripſi de hac re ſub tit. de nupt. Oſtendi non leuibus argumentis non eſſe talem ſocietatem inter coniuges, qualis eſt recepta moribus noſtris.

Ad l. Contumaciæ. 53.

LOcus de contumacia, maxime pertinens ad hunc titulum. Sæpe enim quæritur, quomodo ſint coercendi contumaces, & qui non parent præcepto iudicis. Ait Hermog. *Contumacia, &c.* Quod ſane durum & graue eſſe videtur, vt qui non adfuit ad iudicium vocatus, cauſa cadat, cauſam amittat. Quare varia eſt excogitata interpretatio, vt in re obſcura. Quidam dicunt damno litis affici, quia mittitur aduerſarius in poſſeſſionem, deinde poſſidere iubetur decreto prætoris. tit. quib. ex cauſ. in poſſeſ. eat. Alii, quia non auditur appellans. l. & poſt edictum. §. vlt. ſupra, de iud. Ego aliquando docui hæc verba referenda eſſe ad edictum, de eo, qui ius dicenti non obtempera. Quo edicto, non obtemperans damno litis afficitur. ſi quis ius dicenti non obtemper. Si adeo perſeuerauerit in contumacia ſua, vt quod extremum eſt in iuriſd. non fecerit, datur aduerſus eum actio in factum: in qua quæritur non quid debeatur, ſed quid petitum ſit, de quo ſit controuerſia. Pœna igitur edicti eſt perditio litis, &c. Si actor contumax ſit, denegatur ei iuriſdictio, l. ſed etſi per prætorem. §. ſed etſi decreto. ex quibus cauſ. maio. quia pœna contempta maieſtas prætoris vindicatur. Non enim ad quemcunque iudicem pertinet edictum. Ius dicens dicitur prætor. l. 1. de iuriſd. l. ſi filius qui patri. de vulg. l. 1. de iure delib. Credibile eſt autem Hermogen. hæc ſcripſiſſe ad interpretat. eius edicti. Inſcriptio lib. 1. epitom. Hermog. veterum ſcripta ad edictum redegit in epitomen: in eaque epitome ſecutus eſt ordinem perpetui edicti. l. 2. de ſtatu hom. Scripſi de hac re lib. 1. Diſputat. cap. 50. Aliorum interpretationes, etſi rationem aliquam habeant, tamen longius recedunt à proprietate verborum. facit l. in ambigua. de legib. Variis ex cauſis contumax quis dicitur. Quia non comparet in iudicio, vt in §. ſeq. quia non reſpondet interroganti, l. de ætate. §. qui tacuit. de interrog. act. Quia non reſtituit, &c. l. tutor. de in lit. iur. l. qui reſtituere. de rei vind. l. ſi cum dos. §. vltim. & l. ſeq. de act. rer. amot. quia non exhibet. l. creditor. §. iuſſus. infra de appel. In hac varietate & ambiguitate accipienda eſt interpretatio, quæ vitio caret, quæ conuenit verbis, nec abhorret à ratione iuris, vt dixi: idque multo magis eſt admittendum, quia Hermogenia. non loquitur ſimpliciter de contumacia, ſed addit, *Eius, qui ius dicenti non obtemperat.* vt intelligamus referri ad edictum illud prætoris. In quo edicto hoc verbum, *Non obtemperare ius dicenti*, peculiarem quandam habet ſignificationem. Qui quod extremum eſt in iuriſdictione, &c. Hæ ſunt coniecturæ noſtræ, quæ ſatis videntur habere ponderis ad tollendam ambiguitatem, ſi qua forte hic reperiatur. Vulgo hic annotari ſolet, contumaciam eſſe delictum, quia punitur: ſed hoc ſatis inepte annotatum eſt. Non loquitur Hermog. de quauis contumacia, ſed, &c. Contumacia ea aduerſus magiſtratum, de qua iam diximus, graue delictum eſt. Atrocior redditur contumacia ob perſonam cui non obtemperatur. Sic contumacia aduerſus ducem in bello capite plectitur. l. omne delictum. §. contumacia. de re milit. Nihil eſt tam neceſſarium in bello, quam obedientia militum, nihil perniciοſius quam contumacia, &c.

Ad §. *Contumax.* Hermog. hic videtur interpretari quod dicitur contumacem damnandum eſſe, quaſi præſentem, l. de vnoquoque. §. 1. ſupra eo. docet quis ſit contumax. Ait contumacem eſſe eum, *qui tribus edictis propoſitis, vel vno ex tribus, &c.* Mos hic fuit priſcus vocandi per edicta publice propoſita, l. 1. §. item cum ex edicto. infra quæ ſent. ſine appel. l. cōſentaneum. C. quomodo & quan. auth. de litig. §. omnem. Hodie non vtimur hoc genere vocationis, niſi ex magna cauſa, & ex permiſſu principis. clem. 1. de iud. Nota ergo tribus edictis opus eſſe, vel tribus denunciationibus, vt ſententia feratur in aliquem. l. ad peremptorium. ſupra de iud. d. l. conſentaneum l. tres denunciationes, eod. tit. Differunt edicta à denuntiationibus. l. abſentem. de pœnis. in l. nonnunquam. de iud. d. l. conſentaneum. Quidam dicunt ſufficere vnam monitionem iudicis in iudicio factam. l. 2. Cod. quomodo & quando iud. ſed id non recte colligunt. Vult Gordianus non eſſe neceſſarium peremptorium edictum: ſufficere monitum reum, &c. ſcilicet tribus monitionibus, l. tres denunciat. Cod. eod. Hermog. noſter. hic ſatis oſtendit alterum horum ſufficere. Hodie in Gallia ſufficit duplex vocatio, & denuntiatio legibus Regiis.

Ad §. Pœnam.

PRÆLECTIO XXXVII.

DIxi contumacem eſſe, &c. Nulla eſt ergo contumacia ſine contemptu. Inde conſequitur contumacem habendum non eſſe eum, qui adeſſe non poteſt propter aduerſam valetudinem: quod à nobis declarabitur plenius ad l. quæſitum. infra. Idem dicendum eſt, etſi quis maiore aliqua cauſa occupatus ſit. Idem dicitur in l. ſeq.

Ad §. *contumaces.* Aliud exemplum iuſtæ excuſationis, ſi quis non ſit alienæ ſubiectus iuriſdictioni eius, cui non vult obſequi. Hic occurrit antinomia ex l. ſi quis ex aliena. de iud. l. 2. ſi quis in ius voc. non ier. Receptum eſt tunc venire non debere, cum certum eſt, & vulgo omnibus notum, eum qui vocatur, alienæ iuriſdictionis eſſe: Hæc diſtinctio ſpeciem aliquam veritatis & rationis habet. Sed verbis non conuenit autorum, quod maxime neceſſarium eſt in iuris ciuilis interpretatione. Ego aliter conciliare ſoleo, quaſi diuerſa hæc ſint, magis quam pugnantia. Venire debet in ius, & allegare ſe alterius eſſe iuriſdictionis. Id cum fecerit, & prætor aliquid decreuerit, impune ei non obtemperabit. facit l. vlt. ſupra de iuriſd. Quæ videtur referenda ad edictum de eo, qui ius dicenti non obtemperat: vt apparet ex inſcriptione. Venire ergo debet, vt cognoſcat prætor, an ius dicere in eum debeat: an ad iudicem ſuum potius remittere. Dixi ad l. vlt. ſupra de iuriſd.

Ad l. Contra pupillum. 54.

DEclaratio eſt ſuperioris c. de contumacia. Contumax eſt euocatus edicto peremptorio, &c. Excipiuntur hi tres caſus: de his ſeparatim, & diſtincte eſt dicendum. Ac primum de ætate. Minor ergo indefenſus damnari non poteſt. l. acta. §. vlt. ſupra eod. Et ſententia aduerſus eum lata, nulla eſt. l. cum & minores. C. ſi aduer. rem iudic. Poteſt tamen aduerſarius mitti in poſſeſſionem, ſi minor non defendatur. l. 3. & ſeq. infr. quib. ex cau. in poſ. eat. Hæc miſſio non eſt magni præiudicii, quia cuſtodia tantum datur rei, &c. Item non poteſt aliter conſuli creditori, cui ſubueniendum eſt, ne debito fraudetur. Nunc videndum eſt de abſentia. Paulus ait, *Contra abſentem indefenſum propoſitum peremptorium non valere.* Quod tamen videtur non recte dici, quia alibi dicitur abſentem reſtituendum eſſe in integrum. l. 1. ſupra ex quibus cauſ. maio. l. quia abſente. Cod. de procura. Et ſane ratio diuerſa

uerſa eſt minoris indefenſi, & abſentis: quia abſens poteſt mittere procuratorem, minor indefenſus non poteſt propter imbecillitatem ætatis. Ratio igitur poſtulat, vt ſententia contra abſentem ita demum ſit nulla, ſi omnino vocatus non ſit. vt in l. 1. §. item cum ex edicto. infra quæ ſent. ſine appel. reſc. Cum edictum neque propoſitum eſt, neque ad notitiam peruenit.

Alia cauſa eſt edicti propoſiti, de quo hic Paulus loquitur. Pro declaratione animaduertendum eſt hæc verba aliquam ambiguitatem habere. Nihil momenti habent quatenus ad abſentem referuntur, de quo nunc diſſeruimus. Ambiguum eſt, an ſit ſententia ipſo iure nulla, an vero non ſit neceſſaria appellatio, vel reſtitutio, an vero per appellationem aut reſtitutionem poſſit reſcindi. Verba clara eſſent, ſi ita diceret, nullum ipſo iure, &c. æque clara eſſent, ſi diceret, Reſtituendam eſſe cauſam, &c. Neutrum ſatis aperte ac diſerte exprimitur. Quare in ambigua oratione ſequenda eſt ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. ſupra de legib. l. quoties idem ſermo. infra de regu. iur. Ego igitur ſic interpretor, quaſi Paul. ad effectum reſpexerit, loquens de abſente: quia poteſt abſens reſtitui in integrum. Nec vero nouum eſt hoc genus loquendi, vt cum dicimus actionem non competere alicui, quod exceptione poſſit ſummoueri, l. nihil intereſt. de reg. iur. tunc ad effectum reſpicimus, quem habet oppoſita exceptio. Si ad ius ipſum reſpiceremus, falſum id eſſet. Sic dicimus nullam eſſe ſententiam, vel edictum, reſpicientes ad effectum reſtitutionis, &c. Similia exempla alibi reperiuntur: veluti in l. vniuerſa. C. de precib. imper. offer. Reſcripta non valet ſine fideiuſſione: quia poteſt aduerſarius petere fideiuſſionem, ſi velit. Hic eſt effectus petitionis illius, vt reſcriptum non valeat, &c. Simile exemplum in l. noſtram. C. de teſtam. Si teſtator linum vel ſignacula inciderit, vel abſtulerit, non valet teſtamentum. Non valet, quia petens exceptione ſummouetur. l. 1. de his quæ in teſtam. delent.

Ad §. *Is qui ad maius.* Alia eſt declaratio, & exceptio ſuperius dictorum. Qui abeſt non per contemptum, ſed iuſta de cauſa, non dicitur contumax, vt ſi ad maius auditorium vocatus ſit. Nota ergo poſſe quem in vno auditorio ad aliud vocari. Sed oppon. l. 1. 2. 3. 4. 5. de in ius voc. qui cauſam agit apud prætorem. Accurſ. non recte mihi videtur reſpondere: Ait non poſſe vocari niſi ad maius &c. Non intellexit vir bonus, quid ſit cauſam agere: putauit idem eſſe quod litem habere. Cauſam agere dicitur orator, cauſidicus: interim, dum is eam cauſam orat, indecorum eſt, eum vocari in ius. Sed litem habens poteſt vocari, niſi neceſſe habeat ſe ſiſtere, vt dicitur in d. l. 4. quique litigandi cauſa neceſſe habet in iure vel certo loco ſiſti.

Ad l. Iudex. 55.

LOcus iam ſæpe tractatus de ſententia non reſcindenda, etiam ſi male iudicatum ſit. Hac aperta feneſtra res iudicatæ facile reſcinderentur arbitrio aut libidine cuiuſque iudicis: quo nihil eſt pernicioſius. Alias æquum videtur iniquitatem ſententiæ ſuæ corrigere. Sed hoc exemplum pernicioſum eſt, ideoque prohibetur: cuiuſmodi multa ſunt alia in iure ciuili. Et hoc maxime locum habet in iudice dato, qui poſtquam iudicauit functus dicitur officio, &c. Sed idem de prætore dictum fuit ſupra l. quod iuſſit. l. Paulus reſpondit. l. imperatores. l. diuus. l. acta. l. actorum. hic. Quæ hic tractantur apud Accurſ. declarata ſunt à nobis in eorum capitum interpretatione.

Ad l. Poſt rem. 56.

LOcus inſignis de vi & effectu rei iudicatæ. Ex ea datur actio, in qua nihil quæritur, niſi an iudicatum ſit: hæc eſt vtilitas eius actionis. Idem dicitur de iureiurando, & de confeſſione. De primo iam ſatis dictum eſt ſupra de iureiurando, de confeſſione aliquid dicendum eſt. Actio naſcitur ex iureiurando, ſicut ex ſententia. l. actori. C. de reb. cred. Actio in factum ad ſimilitudinem iudicati, in qua quæritur an iuratum ſit. §. item ſi quis poſtulante. Inſtit. de act. Idem dicitur in l. 5. §. dato. ſupra de iureiur. ſub eo. tit. copioſa eſt diſputatio de hac actione. Vnde ſumptum eſt hoc caput, apparet ex inſcriptione Vlp. lib. 27. ad edict. Quid ſi iuratum fuerit in contractu? An contractus executionē habebit, vt res iudicata? Vlpi. hic loquitur de lite deciſa, & diffinita iureiurādo. Oportet igitur litem motam eſſe, quæ dirempta ſit iureiurando, quamuis nonnulli diſſentiant.

De confeſſione. Confeſſio in iure facta vim habet rei iudicatæ. l. 1. de confeſ. Lex 12. tab. æris confeſſi. Nec condemnatur, nec ad iudicium accipiendum cogitur. l. ſi domus. 71. §. in pecunia. de leg. 1. l. ſi reus. de procur. Nullæ ſunt iudicātis partes in confitentem. l. proinde. ad leg. Aquil. Datur tempus ad ſoluendum ſicut iudicato. l. ſi debitori. de iudic. l. certum. §. vltim. de confeſſ. Æris confeſſi. Hæc regula accipienda eſt de confeſſione, quæ ad deciſionem litis & controuerſiæ pertinet. tot. tit. de interrog. act. Secundo de confeſſione quæ ſit in iure, vt hic dicitur. & in l. vnica. C. de confeſ. Quæ ſit extra iudicium, probationis loco eſt. l. publia. §. vlt. depoſ. Quid ſi confeſſio contineatur inſtrumento quod confectum eſt à publico tabellione? Habet vim rei iudicatæ, in quibus locis hi tabelliones iuriſdictionem habent voluntariam ex conſuetudine. Hodie in Gallia omnia huiuſmodi inſtrumenta executionem habent, ſicut res iudicatæ. Quid ſi quis confeſſus ſit ſe hominem occidiſſe? Idem ſi in iudicio ciuili. l. 4. de confeſ. Diuerſum in iudicio criminali. l. 1. §. diuus. de quæſt. l. non tantum. de appel. l. ſi confeſſus. de cuſtod. & exhib. reor.

Ad l. Quidam conſulebant. 57.

PRÆLECTIO XXXVIII.

MVltum refert, à quo feratur ſententia vt valeat, l. ait prætor, ſupra eodem. Neceſſe eſt, vt iuriſdictionem aut notionem habeat. Inde oritur quæſtio de minore 25. annis iudice. Diſtinguit hic Vlpian. cuius diſtinctio paulo obſcurior eſt iis, quibus nota non eſt differentia iudicis, & magiſtratus. Ait ita demum valere ſententiam, ſi 18. annorum ſit: infra eam ætatem iudicare non poteſt, niſi ſit magiſtratus à principe creatus: item niſi ex conſenſu partium datus ſit, &c. Vt autem hæc commodius declarentur, ſeparatim dicendum eſt de iudice dato, & de magiſtratu. Iudex dari poteſt minor 25. annis, modo ſit 18. annorum, &c. Eſt hæc ætas plenæ pubertatis, l. Mela, de aliment. & cibar. leg. §. minorem. Inſtit. de adopt. Ad poſtulandum ſufficit ætas 17. annorum. l. 1. §. pueritia. de poſtul. Impubes ergo non poteſt iudex dari. l. cum prætor. ſupra de iudic. l. 2. de reg. iur. Antinomia ex l. cum lege. de recept. arbitr. Cum lege Iulia cautum ſit, ne minor 20. annis iudicare cogatur. Sed ex verbis Calliſtrati apparet quid reſpondendum ſit. Ait enim cogendum non eſſe. Nam alias munus iudicandi eſt neceſſarium. d. l. vlt. §. iudicandi. de munerib. Oppon. etiam conſtitutio pontificia, qua definitum eſt tempus 20. annorum. c. cum viceſimum. de off. delegat. in Decretal. Sed dubium nō eſt, quin ius pontificium hic diſcrepet à iure ciuili. Et fortaſſe legit pontifex non 20. ſed 18. & facilis error fuit in numeris propter notas compendiarias. Forte etiam Vlpian. vult dandum quidem non eſſe iudicem minorem 20. annis. Sed ſi datus ſit, & ſententiam dixerit, tuendam eſſe eius ſententiam, propter æquitatem. Cum ait æquiſſimum eſſe, oſtendit ſummo iure id non licere. Æquitas atq; vtilitas exigit, ne hoc prætextu res iudicata reſcindatur, ſi 18. annorum ſit. Excipitur iudex, qui datus eſt ex conſenſu, cum ſcirent eum eius ætatis eſſe. Parum refert cuius ætatis ſit, qui ipſorum conſenſu probatus eſt.

Nota ergo partium conſenſu confirmari dationem iudicis: quamuis priuatorum conſenſus non tribuat iuriſdictionem, &c. l. priuatorum. Cod. de iuriſd. omn. iud. Excipitur etiam iudex delegatus à principe. d. c. cum viceſimum. Ratio diuerſitatis intelligitur ex iis, quæ mox dicturi ſumus. Hactenus de iudice dato, ſiue delegato. Magiſtratus minor 18. annis poteſt ius dicere, & ſententiam ferre. Iuriſdictio interdum accipitur pro decreto ipſo magiſtratus ius dicentis. l. quamuis. ſupra de in ius voc. Quamuis alias pro iure & facultate accipiatur. l. imperium. ſupra de iuriſd. Rationem affert Vlpia. quia princeps, qui ei magiſtratum dedit, &c. Magiſtratuum creatio principis eſt. l. 1. ad leg. Iuliam de ambit. Certa quidem ætas definita eſt legibus cuique magiſtratui, vt oſtendit Ouidius his verſibus in Faſtis:

—Finitaque certis
Legibus eſt ætas, vnde petatur honos.

Scribit Liuius lib. 40. rogationem latam eſſe à L. Villio trib. pleb. quot annos nati quenque magiſtratum peterent, competerentque. Inde cognomen familiæ inditum, vt Annales appellarentur. Sicut leges annales dicuntur à Cicerone. Sed principis eſt ſoluere magiſtratum his legibus, &c. l. princeps. ſupra de legib. Nos vulgo dicimus diſpenſare, id eſt, gratiam legis facere. Itaque ſi princeps & prudens magiſtratum dederit minori, videtur ei legis gratiam feciſſe: idque ſolet annotari ex hoc loco. Nam tunc dubia non eſt voluntas principis, nec eius poteſtatem licet in dubiũ vocare. Et ſimilis eſt locus in l. Barbarius. ſupra de offic. præto. Sed etſi ſciſſet ſeruum eſſe liberum eum effeciſſet. Quod ius in imperatore multo eſt obſeruandum, id eſt, ſi eius conditionis non ignarus, creaſſet eum prætorem, eo ipſo liber effectus fuiſſet. Scientia principis omnem maculam delet: omne vitium tollit, propter quod non poteſt quis aſpirare ad magiſtratum. Similis locus eſt in l. idem Vlpian. §. 1. de excuſat. tutor. Liberatur tutela, qui domicilium alio tranſtulit, principe permittente, & ſciente eum tutorem eſſe. Cum princeps ignorans id facit, non creditur velle contra leges facere. l. vlt. Cod. ſi contr. ius vel vtil. publ. Huc pertinet tit. C. ſi ſer. aut liber. ad decur. aſpir. Si dubitatur, an neceſſe ſit id ſignificari reſcripto principis, ſcilicet principem id ſcientem feciſſe. Variæ ſunt opiniones. Sed magis recepta eſt opinio eorum, qui putant id literis exprimendum eſſe. Vnde mos hic inoleuit in Cancellaria principis, *De noſtre certaine ſcience.* Et hanc ſententiam iuuant verba Vlpian. in dict. l. idem Vlpian. Modo princeps vtrunque literis ſignificauerit, idem de ratione, & de ſcientia ſua. Sic enim legendum eſt, quia in Græco legitur ἑκάτερον. Sed vt eo redeamus, vnde huc digreſſi ſumus: Princeps poteſt magiſtratum creare minorem, &c. quia ſupra leges eſt. Prætori iudicem talẽ dare non licet: quia inferior eſt legib. l. cum ſponſus. de public. l. 1. ex quibus cauſ. maior. Ex iam dictis apparet in magiſtratibus municipalibus hoc locum non habere. Verba Vlpiani id ſatis oſtendunt. Ad munera ſiue honores municipales, minor 25. annis non admittitur. l. ad remp. de munerib. l. ſpurii. §. minores. de decur. Non permittitur ciuibus contra leges magiſtratum creare: niſi ciuitas ſit libera, & regia poteſtate ſoluta. Quæritur, ſi princeps magiſtratum dederit impuberi, an valeat? Plerique exiſtimant dationem non valere, quaſi princeps tollere non poſſit vitium, quod naturale eſt. Impubes natura prohibetur iudicare, quia iudicio caret, l. cum prætor. de iudic. l. 2. de regul. iur. Sed illa lex loquitur de iudice dato, non de eo, qui creatur à principe. Et graue eſt poteſtatem principis in dubium vocare. l. 2. C. de crim. ſacrileg. Legimus puero conſulatum à principe datum eſſe. l. nemo. C. de religio. Honorio nobili puero, & Euodio Coſſ. & in l. vlt. C. de teſta. milit. Tribunatus militum datur pupillo, Aliæ leges, quæ adducuntur, pertinent ad honores municipales. l. 2. §. impuberes. de iur. immuni. l. Lucius. §. pro infante. ad munic. Non poteſt facere princeps, vt recte iudicet impubes, vel imperitus homo: ſed poteſt probalis cauſa interdum mouere principem, vt tales patiatur magiſtratus gerere, perinde ac ſi digni eſſent. Malum quidem hoc eſt per ſe, ſed poteſt vtile eſſe interdum reip. maioris alicuius incommodi vitãdi gratia. Iaſo Theſſalus dicebat in paruis rebus violandam eſſe interdum iuſtitiam, vt in maximis melius conſeruari poſſit. Sic iuriſdictio beneficiaria & hæreditaria trãsfertur in pupillum: exercetur per tutorem. arg. c. grandi. de ſuppl. negl. præla. De rege Portugalliæ & demente, & prodigo Carolo 8. datus tutor. De ætate eorum, qui ad ſacra munera promouentur, ſcripſi lib. 4. de benef. cap. 9. vbi quædam ad diſputationem noſtram pertinentia leguntur. Hic annotari ſolet, ſententiam latam à iudice incompetenti nullam eſſe. C. ſi à non compe. iud. Hoc eſt accipiendum, niſi partes in eum conſenſerint, vt iam dixi. Initio opponenda eſt excep. l. vlt. C. de excep. l. ſed etſi. ſupra de iud. Poteſt tamen litigare quis, non conſentiens: quia forte ignorat eius ætatis eſſe. Quæſtio facti eſt, an conſenſerint. Nota de donatione Conſtantini ſecundum Raphaelem. c. fundamenta. de elect. in 6.

Ad l. Si cum nulla. 58.

PRÆLECTIO XXXIX.

MAgna vis eſt ſententiæ, ſiue rei iudicatæ, vt iam ſæpe diximus. Sine ſententia non poſſumus conſequi quod nobis debetur. Nemo ſibi ius dicere, & alii vim inferre debet, l. extat. ſupra, de eo quod met. cau. Capi igitur non poſſunt pignora antequam res iudicata ſit cauſa cognita. Nõ eſt ab executione incipiendum, ſed ſententia debet præcedere: executio ſequi ſententiam. l. 1. C. de execut. rei iudica. Hinc prohibita eſt ſequeſtratio pecuniæ. C. de prohib. ſequeſtrat. pecun. Species quædam executionis eſt, quæ ante ſententiam fieri non debet. Inde quæritur, an pignora ita capta, & diſtracta poſſint recuperari. Cauſa dubitationis eſt, quia res non eſt integra. Et non poſſunt recuperari ſine graui forte incommodo emptorum: verum nihilominus (ait Vlpianus) poſſe recuperari, quia nullo iure capta ſunt, nec deſiit dominus eſſe, qui prius erat. Itaque vindicabit à poſſeſſore, ſiue emptore. Vnde conſultum videtur pleriſque, vt emptor pignorum captorum in executione habeat acta, & ſententiam, vt poſſit ſe tueri aduerſus eum, qui vindicauerit pignora. Sed graue ac durum hoc viſum eſt aliis: idque merito, vt cogatur omnia acta ſeruare pro emptione rei diſtractæ, auctoritate publica, in auctione publica. Sufficit præceptum iudicis, pro quo præſumitur, niſi contrarium quis probauerit. c. ſicut. de re iud. Hic occurrit antinomia ex l. vlt. §. vlt. de eo quod met. cau. Quamuis non extra ordinem, ſed ciuiliter exactionem fieri oportuit: quæ tamen ſolutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt, reuocari, inciuile eſt. Reſpondeo, non reuocari quod geſtum eſt: quo caſu apparet pecuniam debitam fuiſſe, & interuenit iuſſus iudicis, &c. Forte non inficiatur reus ſe debuiſſe pecuniam: vel in promptu eſt probatio. Vtilius eſt ratum manere quod geſtum eſt: quamuis non recte fecerit iudex. Aliud dicendum eſt, ſi neget reus ſe debuiſſe pecuniam, nec id poſſit ſtatim probari: vel ſi forte ſine iudicis auctoritate capta ſint pignora, tunc poterunt recuperari. Hæc igitur non ſunt pugnantia, ſed vna lex per alteram declaratur. Hinc colligunt nonnulli non eſſe admittendam hanc intentionem in iudicio: Peto reum cogi, & compelli ad ſoluendum, &. Quaſi hæc verba ad executionem referantur, magis quam ad condemnationem. Huius opinionis defenſores magnæ ſunt auctoritatis: ſed tamen aſſentior iis, qui putant hanc petitionem reiiciendam non eſſe: quia commode impetrando poteſt iuſta & ciuilis eſſe. Non male dicitur iudex cogere, qui iubet ſolui pecuniam. Miſſus in poſſeſſionem, id eſt, mitti iuſſus. l. ſi quis miſſus. infra ne vis fiat ei. Ac verba dubia, & obſcura intentionis, ſiue actionis, debemus interpretari pro actore, &c. l. ſi quis intentione. de iudic. Verbum cogere, poteſt referri ad condemnationem magis, quam ad executionem. Qui aliter interpretantur, nimis acute verba reſpiciunt contra ſententiam Menandri. Ait ſycophantam eſſe, qui nimis acute leges inſpicit, & verba conſectatur magis, quam ſententiam: ὁρῶν τοὺς νόμους λίαν ἀκριβῶς, συκοφάντης φαίνεται. Meminiſſe debemus ἐπιείκειαν in omni re neceſſariam eſſe, l. in omnibus. de reg. iur. l. 1. de iuſtit. & iur. Hæc autem executio interdum permittitur ſine ſententia, vt ſuperius diximus, l. poſt rem. ſupra hoc tit. Sed hoc ideo, quia tam iuſiurandum, quam confeſſio vim habet rei iudicatę. Sic in Gallia cum iuſtrumentum publice confectum eſt, eſt receptum moribus, vt executio fiat ſine ſententia: iure Rom. id non permittitur, niſi neceſſitas aliqua id exigat: vt puta ſi debitor qui nullas poſſeſſiones habet, fugiat, & pecuniam ſecum ferat, licet eum perſequi, & auferre pecuniam, l. ait prætor. §. ſi debitorem. ꝟ. quæ in frau. cred.

Ad l. In ſententiis. 59.

HOc capite continetur declaratio quædam capitis primi, in quo dicitur iudicem, vel abſoluere, vel condemnare, &c. Idem in l. 3. C. de ſentent. & interloc. Hoc non eſt ita accipiendum quaſi neceſſe ſit iudici certis quibuſdam & ſolennibus verbis vti: hæc ſcrupuloſitas, & ſuperſtitioſa obſeruatio, quam iure ſuo ridet Cicero in orat. pro Murena, ſublata eſt interpretatione prudentum. Olim in actionibus & iudiciis certa erant, ac ſolennia verba, quibus neceſſario

erat vtendum. C. de formul. & impetrat.ſublat. ſic in ſtipulationibus.l.omnes.C.de contra.& com.ſtipul. ſic in teſtamentis, vt alibi demonſtrauimus. Sufficit igitur in ſententia iudicem his verbis vti, ex quibus appareat eum alterum condemnare, alterum abſoluere. Exemplum in l.qui tamen.§.ſi arbiter. ſupra de arbitr. Nihil videri Titium debere Seio. Hæc verba vi ipſa abſolutionem quandam habent. Deinde interpretatur Vlp. quod dicitur de certa quantitate. C. de ſentent. quæ ſine cert. quant. Hoc à nobis declaratum fuit non indiligenter ad l.ait Prætor. ſupra.

Ad §. *Qui ſortis.* Etiam in acceſſoriis ſententia debet continere certam quantitatem.Hinc annotant plerique non poſſe peti vſuras, aut alias huiuſmodi acceſſiones generales. Eſt eadem fere ratio petitionis,quæ ſententiæ.Citant l.3.§.armamenta. de rei vindic. Armamenta nauis ſingula erunt vindicanda. Non ſufficit generaliter petere armamenta nauis. Alij diſſentiunt, quorum opinio eſt probabilior, ſi recte & ſine cauillatione intelligatur. Et loci ſunt clari & aperti de hac ratione pronuntiandi, tam in iure ciuili,quam in pontificio. Vnus eſt in §.1.Inſtit.de offic. iud. ſi contra poſſeſſorem iudicet, iubere debet ei vt reſtituat rem omnem cum fructibus. Alius eſt locus in l.3. C. de inutilib. ſtipulat. vbi petitur id, quod intereſt generaliter. Alius eſt locus in l.terminato.C.de fruct. & lit.expen. Condemnatur reus ad expenſas generaliter. Ergo & peti poſſunt generaliter. Alius eſt locus in c.cum ad ſedem.C.de reſtit.ſpol. Caſtrum cum pertinentibus.c.cum venerabilis.de except. Verius eſt igitur neceſſariam non eſſe expreſſionem harum acceſſionum, neque in petitione, neque in ſententia. Non obſtat quod dicitur hic, quia iudex non cognouit, an debeantur vſuræ. Stultum eſt ita pronuntiare, *Si quæ debeantur vſuræ, aut fructus, aut expenſæ.* Iudex pronuntiare debet vſuras deberi, fructus, expenſas, &c. Sed neceſſe non eſt certam quantitatem definire. Sic accipienda eſt l.3.C.de ſentent. quæ ſine cert. quantit. cum vſuris competentibus, id eſt, ſi quæ competant vſuræ. Species l.1.eo. tit. longe diuerſa eſt. Hic interuenit cauſæ cognitio, & cauſa cognita pronuntiat vſuras deberi. Nec poteſt aliter exprimi quantitas, etiam ſi iudex vellet. facit §.curare. Inſtit.de act. Non obſtat §.armamenta. Non enim ait Iureconſultus peti armamenta, vt acceſſoria: poſſunt peti principaliter ſine naue. Si quis poſſideat armamenta nauis, mea petere debeo ſingula, &c.l. ſi in rem.de rei vind.ſupra.

Ad §. Si quis ex edicto.

PRÆLECTIO XL.

De edicto peremptorio diximus ſupra ad l. contumacia. Citauimus l.ad peremptorium.68.de iudic.cum ſequen. Cum quibus debet coniungi lex noſtra:inſcriptiones capitum id oſtendunt. Inde igitur naſcitur hæc quæſtio: Lite conteſtata vocatus eſt reus edicto propoſito: mox deceſſit: deinde lata eſt ſententia. Quæritur,an valeat? Vlpian.ait non valere.*quia morte rei peremptorium ſoluitur, &c.* In mortuum non poteſt ferri ſententia.l.2.infra quæ ſent.ſine appell.l. de qua re.74.§. cum abſentem. de iudic. ſupra. In hæredem poteſt ferri, quia tranſit in eum inſtantia. l. ſi eum hominem. 33. de fideiuſſor. Sed nullam vim habebit ad eum condemnandum edictum illud,quod ſolutum eſt morte rei .Quid ergo? Vlpia.ait: *Vt in re integra cognitio cauſæ adhibebitur, & quod optimum videbitur ſtatuetur.* Debet vocari hæres, vt cum eo repetatur cognitio. *En repriſe de proces.*l.1.C.ſi pend.appell.mors interuenit. deinde ex eiuſdem actis ſententia feretur, non in defunctum, ſed in hæredem. Si quis tamen fuerit procurator datus à defuncto, & dominus litis factus, poterit adhuc cauſam agere nomine hæredis, ſine alio mandato.l.nulla. C. de procur. Occurrit antinomia ex l.cum quaſi.de fideicomm.liber. in princ. Decretũ fuit interpoſitũ, cum iam mortuus eſſet, &c. Transfertur decretum in hæredis perſonam. Perinde eſt, ac ſi prætor hunc ipſum ex iuſta cauſa abeſſe pronuntiaſſet. Reſpondeo, multa ſingularia conſtituta eſſe de libertate. l. generaliter.eod. titu. Ea non ſunt producenda ad conſequentiam.l. quod vero. ſupra de legib. Quod ergo conſtitutum eſt de decreto interpoſito libertatis cauſa,non pertinet ad ſententiam, de qua hic diſſeruimus: quæ mortuo reo lata non valet,&c.

Ad l. quæſitum.60.

Locus de ratione ferendæ ſententiæ, de quo iam ſæpe diximus. Sententia ferri debet præſentibus litigatoribus, &c. l. de vnoquoque. hic. Non nocet ſententia abſenti, niſi vocatus fuerit,&c.d.l.de vnoquoque.l.contumacia.hic. Inde quæritur,Vocatus quis eſt ad iudicium,ſed non adfuit propter febrem,qua fuit correptus:an ei noceat ſententia? Reſpondet Iulian. *Morbum ſonticum etiam inuitis iudice & litigatoribus diem differre.* Hoc reſponſum ſumptum eſt ex ipſa lege 12.Tabul.cuius meminit Vlp.in l.2.§.ſi quis in iudicio.3.ſi quis caution. Si iudex, vel alter ex litigatoribus morbo ſontico impediatur,lex iubet diem iudicij eſſe diffiſſum.diffindere diem (id eſt,differre) veteres dicebant.Gell.lib.14.c.2. Loquitur autem non de quocunque morbo, ſed de ſontico, id eſt, maiore, ac vehementiore, qui impedimento eſt ne quis rem ſuam agat.l. morbus. de verb. ſignif.l. vlt. de ædil. edict. Declarat Gellius lib.20.c.1.Sontes nocẽtes vocamus. An autem ſonticus morbus ſit, quæſtio eſt facti, quæ iudicatur ex coniecturis, vt hic Iulian.oſtendit. Conſulendi etiam ſunt medici. Obſeruandum eſt ergo,ſentẽtiam nullã eſſe aduerſus abſentem,qui propter infirmam valetudinem adeſſe non poteſt. Contrarium tamen eſſe videtur quod dicitur alibi, valere ſententiam, ſed reſtitui poſſe in integrum.l.vlt.ſupra de reſtit. in integ. Idque conſentaneum eſſe rationi, quia potuit per procuratorem defendi.l.1.ſupra de procur. Bart. & fere ceteri reſpondent,tunc ſententiam nullam eſſe, cum iudex ſciuit eum infirmum eſſe, &c.Secus autem ſi ignorauit iudex.Nam eo caſu valet ſententia mero iure, ſed reſtituitur. Vnde mos inoleuit, vt mittatur excuſator,ſiue exoniator, ne iudex cauſetur ſe ignoraſſe. Ac ſi iudex pronuntiauerit,tam iuſta excuſatione contempta, non valet ſententia. Hæc opinio vulgo recepta eſt, quæ mihi non probatur. Nam hæc diſtinctio ſcientiæ, & ignorantiæ, non conuenit verbis Iuliani. Nulla hic eſt ſcientiæ mentio, nulla mentio ignorantiæ in aliis locis. Deinde conſiderandum eſt quod ait Iulianus:*Inuito iudice,&c.*ergo & eo ignorante.l.qui poteſt.de reg.iur. Imo forte id dictum propter abſentiam iudicis,quæ cauſa eſt etiam diei differendæ.l.2.ſi quis cautio.Verius eſt igitur ſententiam nullam eſſe, etiam ſi iudex ignorauerit.In abſente cauſa reipub.diuersũ ius eſt.d.l. vlt. ſed de eo poſtea dicemus.Huc pertinet quod dicitur in l. apud Celſum. §.ſi in arbitrum.de doli mali excep.Petens pœnam ſummouetur doli exceptione ſine vlla reſtitutione.Nec diſtinguitur,iudex ſcierit,an ignorauerit. Quid ſi ſit longa infirmitas (vt plerunque accidit) nonne iniquum erit interim differri iudicium? Reſpondeo ex ſententia quorundam, poſſe dari curatorem bonis,cum quo iudicium exerceatur.l. ſi quis inſtituatur. §.vlt. de hæred. inſtit. Valetudine ita impediti, vt in ius produci non poſſint, nec defendantur. Addenda eſt hæc interpretatio iniquitatis vitandæ cauſa, ne ſummum ius, ſumma fiat iniuria: ſi τὸ ῥητὸν ſimpliciter accipiamus de diei dilatione, &c. Nec diſſimile eſt, quod dicitur in l. ſi longius. de iudic.l. penul. de vacat. mun. Dixerit aliquis. Poteſt per procuratorem defendi infirmus, ergo non videtur excuſatione dignus. arg.l.ſed etſi per Prætorem.§.1.ex quib. cauſ. maior. Relegato non ſuccurritur, quia potuit procuratorem relinquere. Idem in l. Papinianus. de minor. Reſpondeo, diſſimilia hæc eſſe. Relegatus facile poteſt procuratorem dare: morbo graui correptus non æque: impedimento eſt hic morbus, & procuratoris dationi,& cuique rei agendæ.Itaque huic etiam plenius ſuccurritur, quam abſenti cauſa reip. Abſens cauſa reip. reſtituitur.d. l. vlt. Nec diſtinguitur an procuratorem dimittere potuerit. d. l. ſed etſi.§.vlt. Fauor reip. facit, vt plenius ei ſuccurratur, quam relegato. Sicut & ei qui abſens eſt cauſa ſtudiorum,l.necnon.eod.tit. Sed his omnibus dignior eſt fauore infirmus,&c. Alij omnes poſſunt procuratorem dare, hic non poteſt ne cogitare quidem de lite, aut procuratore. Nam hic de morbo tantum ſontico loquimur.Itaque non aduerſatur ſententiæ noſtræ quod ait author Rhetor. ad Herennium lib. 2. Ex æquo & bono ius conſtat,quod ad vtilitatem communem videtur pertinere. Quod genus vt maior 60.annis,& iam morbus cauſa eſt,cognitorem det. Loquitur ſimpliciter de morbo,non de ſontico. Sicut l.12. Tab. quam refert Gell.lib.20.c.1.*Si in ius vocatur, ſi morbus æuitaſve vitiũ*

eſt, qui in ius vocabit, iumentũ dato: ſi nolet, arceram ne ſternito. Huius legis rigor temperatur æquitate, vt non cogatur venire, ſed cognitorem det. Si vero ſit morbus ſonticus, nec venire, nec procuratorem dare tenetur. Quod autem dixi non ſuccurri relegato, & aliis huiuſmodi, quod liceat eis procuratorem mittere: hoc accipe, niſi ex magna, & graui cauſa, &c. dicta l. ſed etſi. §. 1. Ex cauſa tamen puto ipſi ſuccurrendum. Grauis eſt cauſa, quæ præſentiam domini maxime requirat. Reſpondi pro Landgrauio Haſſio incarcerato. Dicebatur potuiſſe dimittere, &c. Ideoque reſtitui non debere. Ego contra. Cauſa erat magni ponderis. Comitatus potens aduerſarius, & gratioſus apud Cæſarem.

Ad l. In iudicati. 61.

Declaratum hoc fuit ad l. inter eos, ſupra eodem.

Ad l. Cum quærebatur. 62.

PRÆLECTIO XLI.

Locus iam ſæpe tractatus, An iudex, qui male iudicauit, poſſit iterum iudicare, ſaltem eodem die. Ait Alfenus, non poſſe. hoc accipe niſi ſupplendo circa acceſſoria. l. Paulus. ſupra. Et hoc certum eſt ac indubitatum, cum ſententia valet: quamuis forte ſit iniuſta. Atque ita poteſt accipi dictio *Perperam*. Sed dubitatur, cum ſententia eſt ipſo iure nulla, an poſſit denuo iudicare. Diuerſæ ſunt opiniones: ſed alias dixi diſtinguendum eſſe iudicem datum à magiſtratu. Iudex datus non poteſt amplius iudicare. l. 4. C. quomodo & quando iud. facit l. iudex. ſupra eod. Magiſtratus iterum poterit iudicare. l. ſi præſes. C. quomo. & quan. iud. non finitur eius officium ſicut & iudicis datio. idem dicitur in l. 4. C. de accuſat. idem in l. 1. C. de ſent. & interloc. Ad l. abſentem. C. de accuſ. quid reſpondendum ſit dixi ad l. quod iuſſit. ſupra. Quæritur an iudicabitur ex eiuſdem actis, an tota cognitio ex integro repetetur? Mihi placet diſtinctio, quæ vulgo recepta eſt, vt videamus, an vitium ad ſententiam tantum pertineat. Quo caſu iudicabitur ex eiuſdem actis: vt ſi die feriata lata fuit ſententia, l. 4. C quomod. & quand. iud. non fuit condemnatus procurator, ſed dominus. l. 1. C. de ſent. & interloc. non fuit expreſſa certa quantitas. C. de ſent. quæ ſine cert. quant. Aliquando vitium reſpicit omnia quæ geſta ſunt in iudicio, vt ſi minor indefenſus ſit, l. acta. §. vlt. l. contra pupillum. ſupra eod. Et hoc caſu omnia ex integro ſunt repetenda. Aliquando vitium reſpicit partem actorum tantum: & repetenda erunt pro ea parte. In ſumma, ſi denuo partes ſuas interponit propter nullitatem: ergo quatenus nullum eſt id quod geſtum eſt. Debet autem prius cognoſci de nullitate (vt vulgo receptum eſt) quam iterum pronuntietur de cauſa. Vt factum eſt in Senatu Pariſienſi ſuperiore anno in cauſa nobili, cum diceretur iudicium quoddam curiæ parlamenti Diuionenſis nullum eſſe: ideoque peteret damnatus, vt res denuo iudicaretur. Debet igitur prius cognoſci de nullitate: vtar forenſi verbo docendi cauſa. Ratio eſt, quia alias incertum eſt iudici, an ſit iudex. Non debet de eo pronuntiare, de quo non liqueat. l. Pomponius. ſupr. eodem. l. hæc autem. quibus ex cauſ. in poſſ. Quod eſt intelligendum, niſi vitium appareat ex ſententia ipſa, nullo alio probato extrinſecus: vt quia non eſt certa quantitas, quia non eſt damnatus procurator. Sed an debeat pronuntiari de nullitate, an vero ſufficiat de ea cognoſcere, & ſententiam principalem ferre? Notate ſequentem diſtinctionem, qua vtimur in foro. Si principaliter petitum ſit, vt pronuntietur ſententia nulla, pronuntiatio eſt neceſſaria, arg. l. incerti. Cod. de interd. vbi principaliter quæritur de poſſ. ff. interdicto vti poſſidetis. Deciditur quæſtio de poſſeſſione, & de poſſeſſione pronuntiatur. Aliquando petitur principaliter vt iterum iudicetur quod ſententia ſit nulla. Et hoc caſu non eſt neceſſaria pronuntiatio de nullitate: ſufficit de ea cognoſcere. arg. l. 1. C. de ord. iud. De incidente quæſtione non cognoſcit iudex, ſed de re tantum principali pronuntiat. Itaque in iudicio illo Pariſienſis parlamenti, de quo iam dixi, duplex fuit cognitio, & duplex pronuntiatio: vna fuit de nullitate iudicij Diuionenſis, altera de cauſa principali, &c. Hæc notanda ſunt diligenter, quia vſitata, & cognitu neceſſaria iis qui in foro verſari cupiũt.

Ad l. Sæpe. 63.

Iam aggredior celeberrimam, & difficillimam legem totius huius tractatus. Huius legis eſt varia lectio in aliquot locis, ſed ſequor vbique lectionem Florentinam, quæ verior eſt, vt mox oſtendam. Exponam autem primum ſimplicius & craſſius, deinde ſingula accuratius examinabo. Locus ergo hic tractatur pertinens ad vim & effectum ſententiæ, ſiue rei iudicatæ. Res iudicata pro veritate habetur, l. res iudicata. de reg. iur. l. ingenuum. de ſtatu hom. ſupra. ſed inter eaſdem perſonas tantum, &c. Sed quæritur, an indeſtincte verum ſit, quod ita conſtitutum eſt: an aliis interdum noceat, quibus ſcientibus eſt iudicatum, licet non litigauerint in iudicio. Altius repetit Macer, & ait ſententiam interdum ſcientibus nocere, interdum non nocere. *Etiam ſcientibus non obeſt.* Sic legitur in Pandectis Florent. alij codices non habent negationem: ſed Florentinam lectionem probo. Non nocet etiamſi ſciuerint, &c. imo etiam ſi cõtra ipſos iudicatũ ſit. Parũ refert contra quẽ iudicatum ſit, ſed refert quis cauſam egerit in iudicio. Id oſtendit Macer duobus exemplis. Primum eſt de hæredibus debitoris, quorum vnus conuenitur altero ſciente. Alter intelligit rem ſuam agi, cum quæritur an defunctus debuerit, cuius eſt hæres. Eſt eadem cauſa condemnationis vtriuſque: nempe quia defunctus debuit. Videtur ergo imputandum ei, cur paſſus ſit cohæredem damnari, ſi putabat defunctum non debuiſſe. Aliud exemplum eſt de duob. hæredibus creditoris, quorum vnus agit, & vincitur. Cur hæc ſententia alij non nocet, oſtendit poſtea Macer: quia propria eſt cuiuſque cohæredis actio, vel defenſio, nec poteſt vnus prohibere, vel impedire, &c. Actio diuiditur inter cohæredes, l. 1. C. ſi cer. pet. res ſunt ſeparatæ, & perſonæ ſeparatæ, quamuis eadem ex cauſa pendeat vtriuſque condemnatio.

Ad §. *Sed ſcientibus.* Alterum eſt membrum diuiſionis, quo vſus eſt Macer. Oſtendit quando ſententia aliis noceat: *Cum quis de ea re, &c.* Id oſtendit tribus exemplis, quæ longe ſunt diſſimilia ſuperioribus: prius eſt cum creditor experiri debitorem patitur de proprietate pignoris. Hæc eſt Florent. lectio, quam Accurſ. vocat Piſanicam, quæ mihi videtur verior. Mouetur controuerſia inter creditorem, qui pignus accepit, & debitorem qui contendit pignus ſuum. Primum competit defenſio creditori, ſed patitur debitorem auctorem ſuum experiri. Eſt enim hoc congruum rationi, vt in lite de proprietate experiatur is qui ſe dominum eſſe contendit. Hæc igitur ſententia nocebit creditori, quia ipſo ſciente & conſentiente acta eſt cauſa à debitore. Aliud exemplum de marito, qui patitur ſocerum experiri de proprietate dotis. Aliud exemplum de poſſeſſore, ſiue emptore, qui patitur venditorem experiri.

Ad §. *Cur autem.* Oſtendit quæ ſit diſſimilitudo horum caſuum, & ſuperiorum. Nam etſi demonſtrat verum id eſſe, adducta ſimilitudine, me interueniente, & aſſiſtente in iudicio, quamuis neque actor, neque reus eſſem: diuerſa cauſa eſt hic, non vindico ex eo iure, quo Titius victus eſt. Contra in exemplo de creditore, & debitore, & aliis duobus. Similior ergo hic caſus ſuperiori de cohærede. Obſeruanda eſt vulgaris regula: Res inter alios iudicata, &c. l. Modeſtinus. de exceptio. l. cum quæritur. de except. rei iudic. cap. quamuis. de re iudic. in Decret. huc pertinet tit. C. quibus res iud. non noc. Accedit alius titulus generalior, C. res inter alios. Exempla vulgaria ſunt in l. 2. C. de fid. inſtrum. item in l. Lucius. de his qui not. cap. 2. de except. item in l. 1. C. quibus res iud. de filio qui non eſt procurator. l. 3. §. ſed ſi forte. iudic. ſol.

PRÆLECTIO XLII.

Ex hoc capite quædam obſeruanda ſunt: primum eſt obſeruanda vulgaris regula, Res inter alios iudicata, &c. hæc regula traditur in locis aliis plurimis, l. Modeſtinus. de except. tut. C. quib. res iudic. non noc. & in iure Pontificio, c. quamuis. de re iud. in Decret. Ratio huius regulæ eſt, quia res alia eſt propter diuerſitatem perſonarum, l. cum quæritur. de except. rei iud. quamuis forte petitum ſit idem corpus, vel quantitas, de qua nunc agitur: tamen diuerſitas perſonarum facit, vt alia res, & alia quæſtio eſſe intelligatur. Recte ergo dicimus hanc rem nunquam iudicatam fuiſſe, d. l. cum quæritur. Ad hanc regulam pertinet quod dicitur in

l. 2. C.

l. 2. C. de fide inſtr. Conſequitur quoque ex eadem regula, quod dicitur in l. Lucius. ſupra de his qui not. infa. c. 1. de except. Quod autem ad perſonas attinet, animaduertendũ eſt, ſi quis litiget per procuratorem, tutorem, &c. eos pro eadem perſona haberi: quia hi rem in iudicium deducunt. l. 4. l. ſi ma- §. hoc iure. de except. rei iud. Non eſt idem dicendum de [illegible]e, & filio, l. 2. C. quib. res iud. non noc. & ſi filius agat pro [illegible], ſine mandato, non eſt tamen procurator. l. 3. §. ſed ſi [illegible] iud. ſ[illegible]l. Ex his poteſt intelligi, cur in popularibus actio[nibus] locus non ſit huic regulæ. l. 3. de popul. action. l. eum qui. §. in popularibus. de iureiur. Si vnus egerit, &c. alius ſummouetur exceptione rei iudicatæ. Sed ratio eſt, quia eadem perſona eſſe videtur, nempe populus, cuius quaſi cognitores, & procuratores ſunt ſinguli, &c. Idemque ius eſt, & ſi quis abſolutus ſit iudicio publico. l. ſi cui crimen. §. iiſdem. de accuſ. vbi additur exceptio, niſi quis ſuum dolorem perſequatur, &c. nam tunc non tam pupilli nomine quam ſuo videtur experiri: Idemque dicendum eſt & de popularibus actionibus, de quibus ſupra. Hic reperiuntur quædam velut antinomiæ: vna eſt ex l. ingenuum. de ſtat. hom. Si quis pronuntiatus fuerit ingenuus, ea ſententia ius facit inter omnes, niſi colluſio interuenerit. l. 4. de colluſ. deteg. quæ duæ leges coniungi debent, vt admonui ſub tit. de ſtatu hom. Reſpondeo, hoc receptum eſſe in certis cauſis, veluti in cauſa ſtatus. Quare ſi iudex pronuntiauit rem meam eſſe, ſententia non nocebit vero domino, &c. In cauſa ſtatus ſufficit pronuntiatum eſſe iuſto contradictore præſente vt valeat ſententia inter omnes. l. 3. de colluſ. deteg. Et hoc hodie obſeruatur in quæſtione de nobilitate: Nam ad ſtatum quoque pertinet. Alia antinomia eſt ex l. Papin. §. ſi ex cauſa. de inoffic. teſtam. Si teſtamentum fuerit pronuntiatum inofficioſum contra hæredem, nocet ſententia legatariis. Idem dicitur in l. qui repudiantis. §. vlt. eod. tit. Reſpondeo, hoc etiam eſſe receptum in cauſa inofficioſi teſtamenti contra regulam: quia principalis perſona eſt hæres, quo contradicente ſufficit pronuntiatum eſſe: niſi interuenerit colluſio. l. ſi perluſorio. de appellat. Secundo obſeruandum eſt ſententiam latam contra vnum ex hæredibus, alteri non nocere: hoc conſequitur ex regula iam declarata: etiam ſi ſciuerit cauſam agi: vtriuſque enim propria defenſio eſt: neuter ab altero cauſam habet: neuter alterum impedire poteſt ne experiatur. Obiicitur l. à ſententia. infra de appell. Sententia inter alios dicta appellari non poteſt, niſi ex iuſta cauſa: veluti ſi quis in cohæredum præiudicium ſe condemnari patiatur. Ergo ea ſententia præiudicat cohæredibus. Reſpondeo, præiudicium hic eſſe, quod adfert ſuſpicionem aliquam, & præſumptionem contra cohæredes. Præiudicium hic aliter accipitur, quam in d. l. à ſententia. Nec id aduerſatur regulæ prius traditæ: non ideo alij cohæredes habentur pro condemnatis: idque oſtendit Iuriſconſ. in eodem loco, quamuis & ſine appellatione tutus eſt cohæres. Nemo dubitat, quin condemnato iam cohærede, cuius eſt eadem defenſio, iudex propenſior ſit ad condemnandum, &c. plus fidei & auctoritatis habet aduerſarius, vt verbis vtar Iureconſulti, in l. ſi duo patroni, ſupra de iureiur. in re non ſimili. Qua ratione ait Cicer. 5. in Verr. Metellum noluiſſe dare iudicium de vi & metu aduerſus Apronium miniſtrum & interpretem Verris in expilanda prouincia. Dicebat, inquit, Metellus præiudicium ſe de capite Verris per hoc iudicium nolle facere. Maior enim fuiſſet & grauior ſuſpicio aduerſus Verrem, damnato Apronio: licet id non ſufficeret ad condemnationem. Sic præiudicium accipitur in d. l. à ſententia. de appel. Ambigua vox eſſet, ſed verba ſequentia declarant ambiguitatem. An hæc coniectura faciat ſemiplenam probationem, quæritur: an poſſit deferri iuſiurandum neceſſarium: iuxta l. admonendi. ſupra de iureiur. Puto id relinquendum eſſe iudicis arbitrio, ſicut & alia quæ in facto conſiſtunt, & ad probationem pertinent. l. 3. ſupra de teſtib. Præterea obiicitur l. quidam. 12. de euict. vbi venditio facta ab vno hærede, nocet cæteris, ſi præſentes fuerunt, & conſenſerunt, &c. Ergo idem dicendum eſt & in ſentẽtia, vt noceat cohæredi præſenti & ſciẽti. Reſpõdeo hæc diſſimilia eſſe: ibi quæritur de venditione in qua ſufficit conſenſus etiam tacitus. Tertio annotandum eſt, ſententiam alij nocere cui primum defenſio competit, ſi actorem agere patiatur. Idem dicitur in c. quamuis. quod hinc ſumptum videtur. Exemplum eſt de debitore condemnato patiente creditore, &c. non ad auctorem, ſed ad ſucceſſorem competit primum defenſio: quamuis alij aliter ſentiant, vt poſtea dicemus. Hinc ergo colligendum eſt, ſententiam latam contra debitorem præiudicare creditori. Id colligitur ex lectione Florent. de qua dixi alibi. Hæc lectio conuenit verbis Iureconſulti ſequentibus. Loquitur Macer vbique de lite mota, de proprietate: at debitoris eſt non creditoris litigare de proprietate rei pignoratæ, vt poſtea dicemus. Item conuenit aliis verbis: *Qui priorem dominum, &c.* Neceſſe eſt vt hæc verba referantur ad debitorem potius, quam creditorem. Ratione etiam nititur hæc interpretatio: lata eſt hic ſententia iuſto contradictore, ſciente & patiente eo, qui ab illo ius habet. Præterea alij ſunt loci in iure ciuili de hac re: vnus locus eſt in l. ab executore. §. 1. infra, de appell. vbi dicitur ſententiam latam de pignore aduerſus debitorem nocere creditori, ſi præſens fuerit: nam abſenti nullum præiudicium debitor facit. Alius locus eſt in l. præſes. C. de pign. vbi dicitur non nocere creditori ſententia in duobus caſibus: ſi debitor colluſerit cum aduerſario, item ſi nõ cauſa cognita, ſed præſcriptione, ſuperatus ſit. Alius locus in l. iudicatæ. §. vlt. de execut. rei iud. vbi non nocet ſententia, ſi debitor non admonito creditore cauſam egerit: ergo à contrario, &c. Nam certum eſt ſententiam non nocere creditori abſenti, niſi ſententia præceſſerit conuentionem pignoris. l. ſi ſuperatus. ſupra de pignor. An è contrario ſententia lata contra creditorem noceat debitori ſcienti, &c. Hoc vulgo receptum eſt paucis diſſentientibus, ſed non puto hoc verum eſſe. Primum nullo iure probatur: iam enim oſtendi verba Macri non poſſe referri ad creditorem damnatum, ſed potius ad debitorem Macer vbique hic loquitur de quæſtione proprietatis, quæ eſt cum domino: adde quod nulla quæſtio de proprietate pignoris poteſt eſſe cum creditore, ſaltem principaliter, ita vt non pronuntietur de dominio, &c. Abſurdum eſt igitur ſententiam latam contra eum nocere debitori. Forte ſuccumbit, quia non probat obligationem contractam fuiſſe: nam vtrunque probare debet. l. ante omnia. de probat. ſed principalis quæſtio eſt de obligatione. Obiiciunt aliqui, debitorem poſſe prohibere ne creditor experiatur, &c. Quod non puto verum: nam inuito debitore poteſt pignus ſuum tueri. d. l. ante omnia. d. l. ſi ſuperatus. Si quis forte dicat debitorem adeſſe iudicio: Reſpondeo, non ideo poſſe prohibere, &c. Item cohæres poteſt adeſſe iudicio, &c. l. à ſententia. de appell. non ideo tamen ſententia ei nocet.

PRÆLECTIO XLIII.

OStendimus ſupra quando ſententia inter alios lata noceat aliis ſcientibus: diximus ſententiam latam aduerſus debitorem de proprietate pignoris, nocere creditori: imputandum eſſe creditori, cui primum actio, vel defenſio competit, ſi debitorem experiri patiatur. Idem dicendum eſt de ſententia lata aduerſus vxorem de proprietate dotis. Actio vel defenſio primum, & principaliter competit marito, l. doce ancillam. C. de rei vend. l. in rebus. C. de iur. dot. Sed maritus videns ſibi moueri controuerſiam de proprietate, laudat ſuum auctorẽ, qui magis inſtructus eſt forte: *Son garent.* Huic auctori primum non competit defenſio, ſed ſecundario. Idem eſt dicendum de venditore, contra quem iudicatum eſt, &c. Sententia lata contra venditorem non nocet emptori, &c. Emptori primum competit actio, vel defenſio: is agit & conuenitur, ſed denuntiat auctori ſuo, id eſt, venditori, *Il l'appelle à garent.* l. ſi cum venditor. de euict. Apud Accurſ. quæritur, an idem ſit dicendum, ſi venditor ipſe agat: & hoc ita quæritur, quaſi poſſit agere. Quod eſt verum, vt dicitur in l. ab executore. §. alio. de appell. Sed quomodo poteſt agere, cum non ſit dominus? l. in rem. de rei vind. Receptum eſt poſſe agere nomine emptoris, in quem eſt tranſlatum dominium. Et qui ſciente & patiente emptore agit, videtur eius nomine agere, l. Caius. de pig. act. quia eum prohibere poteſt. Item ſi emptor ageret, deberet venditori denuntiare, vt cauſam defendat, l. ſi plus. §. quæſtione. de euict. Ergo ſi ſciens & prudens patiatur eum experiri, id ei mandare intelligitur. Nomine ſuo inepte ageret venditor, quia deſiit dominus eſſe.

Eademque dicenda ſunt de ſocero, aut vxore: agunt nomine mariti non ſuo. dicta l. doce ancillam. Nihil ergo refert, an agat venditor, an conueniatur: vtroque caſu nocet ſententia emptori ſcienti: &c. Id oſtendunt verba Ma ri, qui paſſim vſurpat hoc verbum agere, pro experiri, &c. Et notandum eſt executionem fieri poſſe contra has perſonas, creditorem, maritum, emptorem, idque vulgo receptum eſt. Verba Macri intelliguntur de actione iudicati, vel exceptione, &c. vt referantur ad titulum. Sub hoc titu. agitur de actione iudicati, vt conſtat vel ex ipſo Prætoris edicto, de quo dixi ſupra, l. 4. §. ait Prætor. hic. Præiudicium hic accipimus, quaſi iam iudicatum ſit aduerſus emptorem, &c. Ex iam dictis colligimus, ſi proteſtetur creditor, maritus, emptor, ſe non conſentire auctori agenti, &c. ſententiam non nocere. Nam Macer hic loquitur de eo, qui patitur auctorem agere, & qui voluntatem ſuam accommodat. Ergo ſi non patiatur, non conſentiat, ſed diſſentiat potius, non debet ei nocere. arg. l. ſi debitor. §. 1. quib. mod. pign. Creditor conſentit, vt debitor vendat pignus ſaluo iure ſuo. Idem in l. ſicut. §. non videtur. eod. titu. Sufficit ergo proteſtatio. Nonnulli diſſentiunt, ſed leui ratione moti, nec ſatis conſiderantes verba Iureconſul. horum tamen opinio poteſt defendi, cum cauſa huiuſmodi eſt vt ſententia ius faciat inter omnes: vt in l. ingenuum. ſupra de ſtatu hom. Cum iudicatur de ſtatu hominis. Non enim ideo nocet ceteris, quod patiantur, &c. ſed quod vtile viſum ſit, vim rei iudicatæ ad omnes pertinere, etiam ignorantes. Hoc igitur caſu non poterit aliter conſuli aliis, niſi vt ipſi adſint iudicio propter ſuſpicionem, &c. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſtam. Præterea notandum eſt ſententiam latam contra libertum nocere patrono: ſi interueniente patrono, id eſt ſciente, patiente, præſente, vt ante diximus. Sic enim loquitur alibi idem auctor de debitore & creditore differens, in l. ab executore. de appell. Ac vereor ne hæc coniuncta fuerit apud Macrum, & erratum ſit in inſcriptionibus hic, lib. 2. de appell. ibi lib. 1. Et notandum eſt hanc cauſam principaliter eſſe liberti, conſequenter etiam patroni, propter ius patronatus. l. principaliter. Cod. de liber. cauſ. Ratio eſt, non ſolum quia magis intereſt liberti, ſed etiam lis mouetur de ea re contra libertum ipſum, non contra patronum. §. præiudiciales. Inſtit. de act. Dixerit aliquis, hæc verba non cohærere cum ſuperioribus. Prius dixerat Macer, ſententiam nocere ei, ad quem actio, vel defenſio primum pertinet, ſi petatur, &c. hic autem fertur ſententia contra eum, ad quem pertinet principaliter, & dicitur nocere alteri. Variæ ſunt opiniones: ſed puto non fuiſſe hoc additum à Macro, quaſi omnino ſimile ſit. Similitudo in eo eſt, quod in vtroque caſu ſententia fertur in alios: in vtroque caſu alij interueniunt tantum, non defendunt: & dicitur eis nocere. Adde quod particula. *Nam*, non ſemper cauſalis eſt, ſed plerunque diſcretiua, vt docent Grammatici: ſed hoc viderint magiſtri in artibus.

Ad l. Negotiorum. 64. & vlt.

RESponſum hoc Scæuolæ quod ſubobſcurum eſt, propter antinomiam, quæ refertur ſub tit. de appell. verbis paulum immutatis, cap. 24. Quod ideo monere volui, quia collatio vtriuſque prodeſt ad vtriuſque declarationem. Dicam ſimpliciter quod ſentio de declaratione verborum, & explicatione antinomiæ. Sciendum eſt in primis lite conteſtata vſuras currere, l. lite. ſupra, de vſur. l. 1. Cod. de iudic. l. cum ſtipulati. 90. de verb. obligat. nam hoc genere nouationis non tollitur obligatio. l. aliam. de nouat. Quamuis ea nouatione, quæ per ſtipulationem fit, tollitur prior obligatio: ideo vſuræ deſinunt currere. l. nouatione. de nouat. quæ coniungenda eſt cum d. l. lite. Non currunt tamen lata ſententia. l. 1. ſupra, de vſur. l. vlt. C. de vſur. rei iudic. nam ſufficiunt centeſimæ, quæ ex lege competunt victori, d. l. vlti. Succedunt in locum vſurarum primi contractus, ſi quæ forte fuerint debitæ, &c. Inde quæritur: negotiorum geſtor condemnatus eſt ad ſortem, & vſuras: nam iudicium bonæ fidei eſt, ex quo debentur vſuræ. l. mora. §. in bonæ fidei, de vſur. De vſuris futuri temporis poſt condemnationem, nihil dixit, quia non pertinet ad eius officium, &c. l. 1. ſupra de vſur. Reus appellauit ab ea ſententia, & diu negotium tractum eſt: tandem ſententia pronuntiata eſt iniuſta, adeo, vt competat actio iudicati, &c. Nec dubium eſt, quin poſſit exigi quod eſt deductum in ſententiam: id eſt ſors, & vſuræ præteriti temporis. Sed dubitatur de vſuris medij temporis: facit quæſtionem, quod nihil dictum eſt in poſteriore ſententia de vſuris huiuſmodi. Quamuis potuerit eum ad eas condemnare vſuras iudex appellationis. l. tutor. in princ. de vſur. Scæuola tamen ait, dandam vtilem actionem iudicati, deficiente directa. Quod dicitur, non currere vſuras poſt ſententiam: verum eſt, ſi res ita ſit iudicata, vt finem acceperit. d. l. vlt. C. de vſur. rei iud. Aliud eſt dicendum ſi appellatum ſit, & iniuſta ac fruſtratoria fuerit declarata appellatio: ſic enim ex bono & æquo interpretamur poſteriorem ſententiam, repugnante ſubtilitate. Quod ſatis oſtendit Scæuola, cum ait, vtilem actionem dari. Non obſtat l. 4. C. depoſ. l. in bonæ fidei. C. de vſur. cum ſimilib. vbi non petuntur vſuræ poſt ſententiam, quæ non fuerunt in obligatione, ſed præſtantur officio iudicis. Satis enim iam reſponſum eſt. Nam prima ſententia damnatus fuit reus ad ſortem, & vſuras. Sic interpretamur verbum, *Deducta*, quod ambiguum eſt. l. in ambigua. de legib. Iudex igitur appellationis, qui appellationem iniuſtam pronuntiauit, videtur etiam ad vſuras condemnaſſe. Perinde accipimus, ac ſi dixiſſet, condemno ad vſuras totius præteriti temporis, id eſt, medij. Et admittitur hæc interpretatio ex bono & æquo, propter appellationem, qua negotium protractum eſt, vt iam dixi. Deinde videntur quodammodo fuiſſe in obligatione vſuræ propter priorem ſententiam. l. 3. §. idem ſcribit de pecul. Et certum eſt, vſuras quæ ſunt in obligatione, recte peti poſſe poſt ſententiam. l. centum Capuæ. ſupra de eo quod certo loco. tit. 4. lib. Pandectar. 13.

EIVSDEM IN EVNDEM TItulum, Methodica Partitio.

DE re iudicata, id eſt, quæ pronũtiatione iudicis finem controuerſiarum accipit, tractaturi: quia quidem re, vt in oratione pro Publio Sylla ait Cicero, Reipublicæ ſtatus maxime continetur: De perſona iudicis primum: deinde de ipſa pronuntiatione diſſeremus.

De perſona iudicis. CAP. I.

QVi rem iudicat, vt de ea notionem habeat neceſſe eſt. Eſt autem notionis verbum generale, ſignificans non modo iuriſdictionem quæ propria eſt magiſtratuum, ſed & cognitionem quæ ad priuatos quoque iudices pertinet. l. ait Prætor. l. notionem. inf. de verb. ſignif. Præterea ſanæ mentis eum eſſe oportet, l. cum prætor. l. cum furioſus. ſupra de iudic. Et hoc ſenſu verba Pomponij accipienda eſſe aliquando cenſuimus. Furioſo ſententia à iudice, vel ab arbitro dici non poteſt. l. furioſo. hic. quæ ſic ab aliis intelliguntur, quaſi Pomponius velit iudicem non poſſe homini furioſo ſententiam dicere: id quod falſum meo iudicio atque iniquum eſt. An autem ſententia à minore 25. annis lata valeat, quæſitum eſt. Sed cum hæc res diſtinctionem recipiat, certis regulis commodius explicabitur.

Prima, Impubes neque iudex eſſe, neque ſententiam dicere poteſt, l. cum prætor. ſupra de iudiciis. l. 2. de reg. iur.

Secunda, Minor 25. annis adultus magiſtratum gerere poteſt, l. quidam conſulebant. hic. Factum enim Principis improbandum non eſt, ad quem magiſtratuum creatio pertinet. l. 1. ad leg. Iul. de ambitu.

Tertia, Ad munera ſiue ad honores municipales minor 25. annis non admittitur, l. ad Remp. de muner. & honorib.

Quarta, Minor vigintiquinque annis dummodo ſit maior 18. recte iudex datus, ſcilicet à Prætore, aut alio magiſtratu, qui ius dandorum iudicum habeat. Non enim tantum periculi in ea re eſt quantum in adminiſtratione Reipublicæ, d. l. quidam conſulebant. in princ. ~~Non tamen ante vigeſimum annum poteſt quis inuitus cogi ad iudicandum~~, l. cum lege. ſupra de arbit. licet alioqui munus iudicandi detrectare nequeat, l. vlt. §. iudicandi. de munerib. & honorib.

De

CAP. II.

De modo & forma pronuntiationis.

SEntentia præſentibus iis quos cauſa contingit ferenda eſt, nec abſenti nocet, niſi contumax fuerit. Sed & ſi dicta fuerit abſenti aut furioſo, idem dicendum eſt, l. certum. §. ſi quis abſente. infr. de confeſſis. & l. furioſo. Contumacem autem eum accipimus, qui rite & legitime euocatus non obſequitur, cum id facere poſſit & debeat. Nam qui ad maius auditorium vocatur, aut quem valetudo, vel alia iuſta excuſatio defendit, contumax non dicitur, l. de vnoquoque. l. contumacia, & l. contra pupillum. & l. quæſitum. hic. Sed & ſi ſententia aduerſus mortuum vel minorem indefenſum lata ſit, idem erit dicendum. l. acta. §. vlt. dicta l. contra. l. in ſumma. §. vltim. Porro ſententia vernaculo & plebeio ſermone concipi debet: Cuius rei argumentum eſt quod decreta à prætoribus Latine interponi iubentur, l. decreta. hic. Fuit enim apud Romanos quondam Latinus ſermo vulgaris & imperitæ multitudini etiam communis, quem hodie eruditi demum & literati homines callent, arg. l. ſi chorus. de leg. 3. Et hoc exemplum Princeps noſter iudiciaria lege nouiſſime ſequutus eſt. Item verba ſententiæ huiuſmodi eſſe oportet, vt abſolutionem contineant aut condemnationem. lege 1. & l. in ſumma. hic. Nam ea pronuntiatio, qua non definitur negotium, abſoluendo ſcilicet aut condemnando, ſententia non eſt, ſed interlocutio, l. quod iuſſit. hic. l. dicere. ſupra de recep. arbit. Ad quid autem condemnatio fiat, vt vniuerſum præſcribi non poteſt, propter negotiorum, de quibus iudicia exercentur, varietatem. Modo enim iudex ad id ipſum quod petitum eſt condemnat, modo ad aliud, vt ad id quod intereſt in faciendis obligationibus. l. ſi quis ab alio. Sed hoc maxime ſpectandum eſt, quid inter litigatores conuenerit vt pronuntietur, nec ab eorum conſenſu recedendum eſt, l. ſi conuenerit. Quod ſi forte pronuntiando quicquam omiſſum ſit eorum quæ ad conſequentiam iam ſtatutorum pertinent, id poterit à iudice ſuppleri, ſicut & emendari verba ſententiæ, tametſi ea reſcindi aut mutari non poſſint. l. Paulus. & l. acta. l. actorum. & l. iudex. & l. conquerebatur. hic. Præterea videndum eſt iudici, vt ſententia ſua certam quantitatem exprimat, l. ait Prætor. §. 1. l. in ſumma. §. 1. & vt ne quid contra leges aut conſtitutiones pronuntiet. Etenim licet ſententia non ideo nulla ſit, niſi de iure conſtitutionis potius quam litigatoris pronuntietur, ab ea tamen vt iniuſta recte appellabitur, l. Præſes. & l. cum prolatis. hic. l. 1. quæ ſentent. ſine appell. reſcind. Quæri poteſt, ſi iudex poſtea quam de re cognouit, vel ſordibus vel gratia ductus nolit ferre ſententiam, ſed velle ſe ad Principem referre teſtetur, an hac arte litigatores impune fruſtrari & eludere queat? Sed certo certius eſt hoc iudici non licere: quod & nominatim prohibet Iuſtinianus ſua nouiſſima conſtitutione, l. de qua re. de iudiciis. & l. vbi, & Authen. nouo iure. C. de relat. Ante cuius conſtitutionis promulgationem de iure quidem, non de facto princeps aut magiſtratus conſuli à iudicibus ſolebat, l. eum quem temere. ſupra de iudiciis, & l. ſolet. ſupra de offic. proconſ. l. penul. ad l. Flauiam de plagiar. Nullo autem iure vnquam permiſſum fuit iudici litigatores ad principem aut ſenatum prætextu obſcuritatis, aut dubitationis ſententiæ audiendæ cauſa remittere. Itaque iudicem qui ita pronuntiauerit per imprudentiam forte, litem ſuam facere, grauique pœna dignum arbitror, l. vlt. C. de variis & extraord. cog. præſertim ſi is iudex ſit qui ſe iuriſperitum profiteatur, in quo iuris error nullam meretur excuſationem, arg. l. 2. §. ſeruus autem. ſupra de orig. iuris. Et quamquam hæc veriſſima ſint, ſi tamen ampliare voluerit, iuraueritque de cauſa ſibi non liquere, veterum exemplo, qui deſcriptis in tabella duabus literis, N. & L. id ſignificabant, hoc caſu neque abſoluere neque condemnare cogetur. l. Pomponius. hic. l. idem Pomponius. §. ſi ex compromiſſo. ſupr. de recept. arbit. Aſconius 3. act. in Verrem. Gell. lib. 14. c. 2. Ac ſi plures ſint iudices, vno ita iurante & munere iudicandi defungente, cæteri ſententiam recte proferunt, quamuis vno abſente duo ex tribus iudicibus iudicare non poſſint, d. l. Pomponius. & l. duo ex tribus. hic.

CAP. XXIII

De effectu ſententiæ.

DE effectu rei iudicatæ ſit hæc prima regula. Lata ſententia nihil quæritur niſi an iudicatum ſit, l. poſt rem. Ea ſi quidem finem liti imponit. Nec prætextu nouorum inſtrumentorum, aut innocentiæ rei poſtea compertæ, eam retractare, ac vt in veteri prouerbio eſt, actum agere licet, l. quod iuſſit. hic. l. ſub ſpecie. C. eod. l. diui fratres. inf. de pœnis, l. 1. §. vlt. de quæſtio. Excipe niſi negotium publicum ſit, aut conſpiratione aduerſariorum teſtibus pecunia corruptis rem iudicatam eſſe appareat. l. Imperatores. & l. diuus Adrianus. hic.

Secunda regula. Si pares ſint numero ſententiæ à diuerſis iudicibus prolatæ, abſolutoria potior eſſe debet. item ea quæ minimam continet quantitatem, l. inter pares. hic. Fauendum eſt enim reo magis quam actori. Quod & Ariſtotel. Problemat. 29. ſect. demonſtrat. & l. fauorabiliores. de reg. iur. l. Arrianus. infra de oblig. & act. Et quod Modeſtinus reſpondit, cum duo iudices dati diuerſas ſententias dederunt, vtranque ſententiam in pendenti eſſe, donec competens iudex vnam earum confirmauerit: l. duo iudices. hic. ſic interpretatur Rom. Pontifex vt hic de iudicibus delegatis: hæc vero regula de ordinariis intelligitur. cap. vlti. de re iudic. extra. Quanquam ego Modeſtini reſponſum ex ſententia quorundam ad ea iudicia pertinere malim. in quibus vterque litigatorum actor ſimul & reus eſt. l. 3. vti poſſidetis. cum ſimilib.

Tertia regula: Res inter alios iudicata aliis non nocet. Rubrica, res inter alios, &c. C. Quod eſt accipiendum, niſi ipſis ſcientibus & patientibus cum prohibere poſſent, iudicatum ſit, l. ſæpe. hic.

CAP. IIII.

De executione ſententiæ.

VIctori ad executionem ſententiæ iudicati actio competit. Bona enim condemnati priuata auctoritate capi ac diſtrahi prohibentur, l. miles. §. qui iudicati. Hæc autem actio perpetua eſt, & ad hæredem tranſit, & ſi vetus actio ſuper qua iudicatum eſt, temporaria fuerit, nec ad hæredem tranſitoria, d. l. miles. §. vlt. Hæc actio datur aduerſus eum qui rite damnatus eſt, ita vt ſententia valeat, l. 4. §. pen. idque nomine proprio, non alieno. Ideo regulariter non conuenitur hac actione procurator, ſicut nec tutor, curator, actor municipij, qui etiam ſyndicus appellatur, d. l. 4. in princ.

Tractari poteſt, intra quod tempus hæc actio competat. Conſtat enim ex pleriſque Iureconſultorum reſponſis, tempus aliquod humanitatis gratia iudicatis indultum eſſe, d. l. 4. §. ſi quis, hic. l. ſi debitori. de iudic. & l. ſi cum militi. ſupra de compenſ. Et quamquam Iuſtinianus referat antiquitatem bimeſtre tempus ſtatuiſſe, l. vlti. de vſuris rei iud. nullius tamen apud Iureconſultos temporis alicuius certi mentionem reperi. Nam reſcriptum D. Pij recitatum à Calliſtrato, duos menſes non ad exequendam ſententiam, & pignora capienda, ſed ad ea potius quæ iam capta ſunt diſtrahenda concedit, l. debitoribus. hic. Certe legibus duodecim tabularum, dubium non eſt triginta dies datos fuiſſe, quos ideo Decemuiri iuſtos appellarunt, quod toto eo tempore iuſtitium quoddam & iuris actioniſque ceſſatio inter litigantes foret, eiuſque legis verba hæc fuiſſe accepimus. *Aeris confeſſi, rebuſque iure iudicatis triginta dies iuſti ſunto.* Gell. lib. 20. cap. 1. Verum vtcunque res olim ſe habuerit, exploratum eſt hodie iure Romano quatuor menſium tempus reo tribui, d. l. vltim. Quod quidem ipſum legibus regiis prouincialibuſque moribus varie coarctatum eſt. Adde quod tempus hoc legitimum ex cauſa prorogare & minuere licet magiſtratui qui ius dicit & ſententiam exequitur: iudici autem dato non licet, l. 2. & l. 4. §. ſi quis. Item reale potius quam perſonale beneficium eſt, & iudicato eiuſdemque hæredibus & ſucceſſoribus præſtatur, l. tempus. hic. Quod vtique non eo pertinet vt intra id tempus ſe liberare non poſſint, ſed vt ne inuiti id facere cogantur, l. intra dies. hic.

Sequens quæſtio eſt, an actione iudicati ſolidum exigatur integrumque debitum, etiam ſi iudicati facultates id commode non patiuntur. Reſpondeo regulariter à reo victo ſo-

lidum exigi, vt ne teruntius quidem ei relinquatur, & quod lege acerbius eſt, in carcerem quoad debitum perſoluerit, cõiici poſſe, l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. Sed ſi in eum carcerem victum vel ſtratum inferri quis iudicato non patiatur, actio aduerſus eum dabitur. l. ſi victum. Nec ſufficit expromiſſorem dare, niſi pecuniam ſoluat, aut ea obligatione ſe liberet, quæ ex cauſa iudicati deſcendit, d. l. 4. §. 1. & §. ſoluiſſe. Excipiuntur certæ perſonæ, quarum in executione habetur ratio, ne egeant, etiam ſi in ſolidum condemnatio facta ſit, l. in condemnatione. infr. de reg. iur. Ex eo numero in primis ſunt pares & patronus qui à filio vel liberto conueniuntur. Non enim decet vt quos omni officio & honore proſequi tenentur, eos egere ſinant, & victu neceſſario ſpolient, l. ſunt qui. hic. l. 1. §. de obſequiis. Proximus eſt iis maritus dotis nomine conuentus ab vxore, l. Patronus. hic. Ea enim marito reuerentiam quoque debet, l. alia. §. eleganter. ſup. ſolut. matr. Idemque iuris eſt, etſi non de dote, ſed de quauis alia re, præterquam ex maleficio, agat, l. non tantum. & l. ſi rerum. Idem dicimus etſi maritus non conueniatur, ſed ſocer, aut viuo marito eius procurator vel defenſor, l. ſicut. cum ſequentibus.

Alia cauſa eſt fideiuſſoris aut hæredis, ad quos hoc beneficium non tranſit, l. etſi fideiuſſor. & l. ſciendum. l. maritum. ſupra ſolut. matrim. Adde militi hoc quoque priuilegium concedi, l. miles. Illudque præterea, vt ne ſtipendia eius in cauſam iudicati capiantur, extra quam ſi nulla alia ſententiæ exequendæ ratio ſuperſit: idque reſcripto Antonini continetur, l. ſtipendia. C. de execut. rei iudic. Principis vero noſtri edicto cautum eſt, quantum ad hæc ſtipendia attinet, vt quæſtores ea retineant, & annonam militibus creditam perſoluant, ſi à militibus ipſis exoluta non fuerit. Porro ſocius aduerſus ſocium hoc beneficio vtitur, niſi ſe negauerit ſocium eſſe, dicta l. ſunt qui. l. ſed hoc ita. l. verum. ſupra pro ſocio. item filius emancipatus à patre, vel exhæredatus, ſi ex eo negotio conueniatur quod in poteſtate patris conſtitutus contraxit, l. & exhæredatum. Quod beneficium amittit, ſi tum ſe patremfam. eſſe mentiatur cum contrahit, l. qui cum ſe. Poſtremo loco eſt donator, qui conuenitur à donatario ex liberalitate ſua, non ab alio cui fortaſſis donator ipſe delegatus eſt, l. diuus Pius. de reg. iur. l. Neſennius. in princ. hic. Damnatur enim in quantum facere poteſt, & quidem is ſolus deducto ære alieno, vt eo videlicet exoluto, ſi quid præter alimenta reſque alias ad vitam honeſte degendam neceſſarias reliquum ſit, id donatarius conſequatur. Nam cæteri quorum prius mentio facta eſt, æs alienum non deducunt, ac inter creditores eorum ſi pares ſint, melior eſt conditio occupantis, l. inter eos. l. & exhæredatum. & l. cum ex cauſa. Quod de donatore dictum eſt, ſic accipe, niſi rei donatæ & traditæ aliquo caſu poſſeſſionem nactus fuerit, & ſic vt quiuis poſſeſſor conueniatur, l. Neſennius. §. fundum.

Cap. V.

Qui ſententiam exequantur.

Magiſtratus non modo ſuam, ſed iudicum etiam, ſiue arbitrorum à ſe datorum ſententias exequuntur, l. à diuo Pio. in princ. Qua in re apparitorum opera vti ſolent, l. ſi pignora. ſupra de euict. Nam iudices dati, qui etiam arbitri à veteribus conſultis dicuntur, quod vel ex Oratione Ciceronis pro Murena cognoſci poteſt, cum neque imperium vllum habeant, neque iuriſdictionem, ſed notionem tantum, id eſt, ſimplicem cognoſcendi facultatem, ſententiam à ſe dictam exequi non poſſunt, l. ait Prætor. hic. §. ſi vero. Authent. de exhib. reis.

Executio igitur magiſtratuum tantum eſt, non iudicis priuati. Puto tamen eum cui à magiſtratu mandata eſt iuriſdictio ſententiam exequi poſſe. Is enim iuriſdictionem habet, imperiumque cohærens iuriſdictioni, quod mixtum appellatur, fungiturque per omnia vice eius qui mandauit, non ſua, l. etſi Prætor. & l. vlt. de offic. eius cui mand. eſt iuriſdict. & l. ſolet. ſupra de iuriſdict. Præterea ſententiam ab vno magiſtratu dictam ipſo poſtulante poteſt alius executioni mandare, idque nonnunquam eſt neceſſarium: veluti cum is, qui Romæ damnatus eſt, prædia alibi & poſſeſſiones habet, d. l. à Diuo Pio. §. à ſententia. Vel Epiſcopus qui caret territorio, aut rector vniuerſitatis ſcholaſticæ, tulit ſententiam, l. epiſcopale. C. de epiſcop. audient.

Cap. VI.

Forma executionis ſententiæ.

Vlpianus hunc ordinem à Præſidibus prouinciarum ſententias exequentibus ſeruari ſolidum tradit, vt res mobiles primo & animales, iiſque omnino deficientibus vel non ſufficientibus, immobiles quoque capi ac diſtrahi iubeant. Quid ſi harum omnium ſit penuria? Ad iura tandem & nomina, velut ſubſidium peruenietur. l. à diuo Pio. §. in venditione. Et hoc ita fere interpretes accipiunt, vt fas eſſe negent hunc ordinem peruertere, & formam quæ debitoris fauorem reſpiciat, in eius præiudicium immutare. Mihi autem probabilius videtur id gratia creditoris introductum, quod hac via commodius & expeditius executio fiat, arg. §. Item quid dicemus. ead. l. Res enim mobiles facilius quam cæteræ emptorem reperiunt. Huc accedat quod debitori eſt vtilius in nominibus executionem fieri, arg. l. magis puto. §. nam paſſim. de reb. eorum. Ea tamen eo ordine ſeruato poſtrema omnium in executionem veniunt. Quamobrem facile adducor vt credam, executori liberum eſſe vel hoc ordine neglecto quod promptius eſſe duxerit ad ſententiam exequendam id ſequi. Quod & iudiciariæ legis recens in Gallia promulgatæ capite ſeptuageſimo quarto nominatim cautum eſt. Hinc variæ oriuntur quæſtiones, vt cum quæritur, Quid iuris ſit, ſi pignora capta & ſubhaſtata emptorem non inueniant: Quid ſi ſuper rebus captis controuerſia fiat? & aliæ huiuſmodi permultæ, quas ab Vlpiano tractatas copioſe viua præceptoris voce tractari ſufficiet. Ad extremum illud adiiciendum eſt, quod vulgo dici ſolet, ab executione non eſſe incipiendum, ſed præcedere ſententiam oportere, l. ſi cum nullam. hic. l. 1. C. de execu. rei iudic. Verum nos alio iure vtimur, & inſtrumenta apud nos non minus quam res iudicatæ promptam habent executionem, nouiſſima conſtitutione cap. 65.

AD TIT. II.

DE CONFESSIS.

Totus hic titulus nihil aliud quam vnam regulam, eiuſdemque explicationem continet. Regula eſt, *Confeſſum pro iudicato eſſe, id eſt, confeſſionem vim rei iudicatæ obtinere.* l. 1. hic. & l. poſt rem. ſupra de re iudic. Ex quo conſequitur, eum qui conuentus ſtatim bonam fidem agnoſcit, & ſe debere fatetur, nec condemnari, nec ad iudicium ſuſcipiendum cogi, l. ſi domus. §. ſi pecunia. ſupra de leg. 1. l. ſi reus. ſupra de procur. Nullæ enim ſunt iudicantis partes in confitentem, l. proinde. ad leg. Aquiliam. Poſt cõfeſſionem ergo tempus abſoluendum habebit reus idem quod iudicatis lege præſtitutum eſt, l. certum. §. vltim. hic. l. ſi debitori. ſupra de iudiciis. Plerunque tamen iudex, ſiue arbiter in confitentem dari ſolet, litis æſtimandæ vel computationis faciendæ, vel rei cuiuſpiam ſimilis gratia, d. l. proinde. l. Iulianus. & l. qui Stichum. §. pen. hic. Hæc regula in primis accipienda eſt de ea confeſſione quæ ad deciſionem litis & controuerſiæ pertinet. Nam interrogationes aliquando fiunt in iudicio, non de re principali, ſed alia quapiam, cuius incertitudo actori obeſt, quominus litem mouere aut motam cœptamque peragere poſſit. Quo caſu confeſſio expreſſa à reo, ſententiæ poteſtatem non habet, toto titulo de interrog. in iure faciend. ſupra: de quibus ſit mentio Conſtitutionis nouiſſimæ c. 37.

Secundo, hæc regula non procedit in iudicio criminali. Nam confeſſus crimen, quamuis ciuiliter ex confeſſione ſua teneatur, l. 4. hic. vt tamen de eo ſupplicium ſumatur inquiſitione aliqua ac probatione opus eſt. Videndumque num forte mortis cupidine magis quam facinoris conſcientia ductus, id confeſſus fuerit, l. 1. §. diuus Seuerus, infra de quæſt. l. non tantum, de appell. Sed tantiſper in vinculis conicitur, dum fuerit de eo pronuntiatum, l. ſi confeſſus. de cuſtod. reor. infra.

Tertio, confeſſionem hic intelligimus in iure factam, l. vnica.

vnica.C.eo.Etenim quæ extra iudicium fit,non ſententię,ſed probationis tantum loco eſt, & ita demum valet ſi cauſam contineat,l.Publia.§.vlt.ſup.depoſ.& l.cum de indebito.ſup. de probat.

Quartò,Regulam accipimus de eo qui certum confitetur, l.certum.in princ.idque merito,cum ne ſententia quidem valeat, quæ certam non continet quantitatem,§.curare.Inſtit. de act.& toto titulo de ſenten.quæ ſine certa quantitate.

Quintò, in huiuſmodi confeſſione præſentia aduerſarii neceſſaria eſt,d.l.certum.§.ſi quis abſente.l. fin. de interrog. actio.l.nuda ratio.de donat.Nec iudicis præſentia confirmatur. niſi abſentis nomine conſentiat & acceptet confeſſionem,arg.l.1.§.exigere.de magiſt.conuenien.

Sextò,confeſſio facta per errorem facti non iuris minime nocet confitenti.leg.1.hic,& reuocari poteſt vſque ad ſententiam.l.error. C. de iuris & facti ignor. Compertoque errore ab eo magiſtratu coram quo confeſſus eſt reus, non à iudice poſt confeſſionem dato abſoluitur.l.pen.hic.

Septimò, confeſſio procuratoris tutoriſve aut curatoris non ſufficit,vt quis pro condemnato habeatur,d.l.certum.§. ſed an ipſos.l .ſi defenſor. ſupr. de interrog. in iure faciend.l. proinde.ad leg.Aquil. Nam licet bonam fidem agnoſcere, nec iniuſtam cauſam tueri debent,l.quoties.§.ſicut. de admini.tuto.non continuo tamen domino aut pupillo præiudicat talis confeſſio : alioqui ipſis rem quodammodo alienam donandi præberetur occaſio.

Octauò, confeſſio facta à pupillo citra tutoris auctoritatem,nulla eſt:ab adulto quidem mero iure valet,ſed captus in integrum reſtituitur,l.certum.ad fin.hic.

AD TIT. III.
DE CESSIONE BONORVM.

CAP. I.

CVm priſcis temporibus debitores qui iudicatum non facerent, coniici in vincula & ſuppliciis affici moris eſſet,lege Iulia tandem hæc aſperitas eſt mitigata. Eſt enim ea lege cautum vt inopes debitores bonis & ſubſtantia ſua creditoribus cedendo, à moleſtia carceris & quacunque alia pœna liberentur.l. 1. & 4. C. qui bonis ced.poſſ.& C.Th.qui bonis cedere ex l. Iul. De ceſſione igitur tractaturi in primis ea quemadmodum fiat videamus,reliquos huius argumenti locos quam breuiſſime fieri poteſt,exequuturi.

CAP. II.
Quomodo fiat ceſſio.

IVre Romanorum nullus exigitur in bonorum ceſſione ritus , aut ſolennitas , ſufficitque ſola voluntatis profeſſio. Nec quicquam intereſt,in iure,an extra ius : præſens an abſens: per nuntium videlicet,aut epiſtolam debitor bonis cedat,id eſt,bona ſua omnia,ſi quę ſint,creditorib.ſe relinquere ac veluti dedere profiteatur.leg. vlti.hic.l.in omni.Cod.eod. Sed cum ea res in Gallia decoctoribus nimiam fraudandi anſam daret,Ludouici 12.conſtitutione cap. 70. ſancitum eſt vt nemo niſi præſens,& in iudicio, diſcinctuſque ac nuda ceruice bonis cedat : vt huius ignominiæ & dedecoris metu pauciores in perniciem creditorum ad tam fœdum & miſerabile ſubſidium confugiant. Notandum autem eſt quod in bonorum ceſſione conſenſus creditorum neceſſarius non eſt : niſi cum ipſis reſcripto Principis datur electio, vel quinquennale ſpacium indulgendi,vel bonorum ceſſionem admittendi:quo caſu maioris partis creditorum conſenſus præualet minori. l. vlt.C.eo. Antequam tamen admittatur hæc ceſſio,audiendi ſunt ſemper creditores,cauſaturi forte neque damnatum neque confeſſum eſſe reum, vel ex maleficio eum teneri , aut quid aliud ſimile,propter quod ceſſio reiici debeat. l. penult. hic.l.1.de pœnis.l.ſed ſi ex parte.§.quod cum eo.

CAP. III.
Quis cui cedat.

DEbitor cedit creditori, vt ex iam dictis liquet:nec diſtinctio perſonarum adhibetur, ſed cuiuis cedere permiſſum eſt,ſiue maſculo,ſiue fœminæ: ſiue patrifamilias, ſiue filiofamilias.l.eum.§.filii. Cod. eod. nam & eccleſia ſi ſoluendo non ſit,hoc vtitur beneficio , idque ad quamcunq; etiam vniuerſitatem porrigitur.auth.vt deter.ſit num.colla.1.

De effectu ceſſionis. CAP. IIII.

LEge duodecim Tabularum debitores qui ſoluendo non eſſent, in ſeruitutem temporariam addicebantur creditoribus:quib.ſi plures forent , reum ſibi addictum diſſecare ac partiri licebat,vt notat Gell.lib.20. c.1.& Tit. Liuius lib.8. Verum hoc ſeruitutis genus iamdudum merito ſublatum eſt, l.ob æs alienum. C.de actio.& obligat. Quo iure conſtituto pœna carceris & vinculorum adhuc remanſit,& aliæ fortaſſis nonnullæ, quarum apud veteres eſt mentio. Nam lege Roſcia certum in ſpectaculis locum decoctoribus conſtitutum fuiſſe ſcribit Cicero in ſecunda Philippica, quamuis fortunæ vitio non ſuo decoxiſſent. Adrianus quoque Imperator eoſdem, ſi ſuæ authoritatis eſſent, catamidiari in amphitheatro iuſſit:cuius rei auctor eſt Spartianus. Sed legis Iuliæ beneficio cuius ante meminimus, aliarumque poſteriorum legum cedens bonis omni pœnæ atque infamiæ eximitur,l.1.& 4.C. eo.l.debitores.ex quib.cauſis infam.irrogat.& tantum ei bona fortunæ, ſi qui extant,auferuntur: ita tamen vt creditores ea inter ſe non diuidant, aut iure dominii non retineant: ſed vendant potius:niſi pœnitentia ductus is qui ceſſit eorum diſtractionem impediat.l. 3.& 5.hic.l.2.& 4.C. eod. Quod ſi bona ad totius debiti ſolutionē non ſufficiant, non liberatur hac ceſſione debitor.l.1.C.eo.ſed locupletior effectus,poſtea quatenus facere poteſt,non in ſolidum conuenietur,vt victu neceſſario & alimentis non careat,l.qui bonis.& l. ſi debitoris.hic.§.vlt.Inſtit.de action.c. Odoardus.de ſolut.

AD TIT. IIII.
QVIBVS EX CAVSIS IN POSSESSIONEM EATVR.

CAP. I.

QVia hoc iure indicta cauſa abſens non damnatur,ſed in poſſeſſionem bonorum eius mittitur aduerſarius:conſentaneum eſt vt poſt tractatum de re iudicata,de hac miſſione quoque eius cauſas generaliter inquirēdo, tractemus. Quod vt commodius fiat, à declaratione verborum eſt incipiendum. Igitur in poſſeſſionem mittere, conſuetudine loquendi à Iureconſultis recepta, nihil aliud eſt quam rei alienæ cuſtodiam & obſeruationem concedere. Is enim qui Prætoris decreto mittitur in poſſeſſionē alicuius rei ob cauſas inferius dicendas,non poſſidet,cum nomine tantum alieno, velut cuſtos, rem detineat.l.cum legati.hic. Nec vllum aliud ius in ea re, præterquam pignoris habet, l.qui legati. C. vt in poſſ. lega.itaq; dominum & poſſeſſorem expellere nequit, ſed ſimul cum eo rem tenere, vt tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat ab eo quod petit,l.is qui.ſupra vt in poſſ.legatorum. Eadem ratione fit vt nec fructus perceptos lucrari, nec etiam alii ex eis debeat: præterquam in exceptis caſibus, l.Fulcinius.in princ.hic.& l. quæ legato. ſupr. vt in poſſ.legat. Agrorum nihilominus cultura fructuumque collectio,ac denique totius rei tutela ad ipſius curam & officium pertinet, l. in venditione.& leg. Prætor ait.infr.tit.proximo,d.l.is cui.§. qui legatorum. Quod ſi fructus perceptos poſtea non reſtituat, aut eius dolo deterior cauſa poſſeſſionis facta ſit, actio in factum ex edicto aduerſus eum dabitur.

CAP. II.
De cauſis in poſſeſſionem miſſionis.

CAuſæ huius miſſionis variæ ſunt:hic obiter,& primorib. (vt aiūt) digitis tactæ.l.1. hic. præter eā de qua potiſſimū agitur. Vna eſt,cum damni infecti nomine nō cauetur,de qua ſuperius abunde tractatum eſt ſub tit. de damno infecto.

Altera eſt, cum legatorum à ſe relictorum nomine hæres, poſtulante legatario non ſatiſdat : idque non tantum ſi eiſdem dies aut conditio adſcripta ſit, ideoque peti nondū poſſint, ſed etiam ſi pure ſint relicta, propter moras quas executio iudicii habet.l.etiam.vt legati nomine caueat. & ſupr. toto tit. vt in poſſeſ.legat.l. 1 .& l.ſi quis creditorē.& l.ſi filiofa. hic.Nec petentib. tantum legatariis, verū etiam quibuſcunq;

aliis creditoribus hæc cautio locum habet, eaque non præſtita, in poſſeſſionem miſſo, ſi vel ſuſpectum hæredem habeã, vel diu hæreditatis aditio differatur, l. ſi diu, cum ſequenti. hic. & l. ſi creditores. infr. de priuileg. cred.

Quarta vero & præcipua cauſa eſt, neque huic loco maxime congruit, cum reus in iudicium vocatus deſerit vadimonium, id eſt, neque ſui poteſtatem facit, neque à quoquam defenditur, l. 2. hic. lite enim nondum conteſtata ob contumaciam damnari non poteſt, ſed hac pœna viſum eſt antiquis eum à iudice coerceri, vt in omnium eius bonorum poſſeſſionem aduerſarii inducantur. Quod & Cicero in oratione pro Quintio aperte declarat, cum ait, Bonorum poſſeſſionẽ ſpectari nõ in aliqua parte: ſed in vniuerſis quæ teneri & poſſideri poſſunt. Verum ex nouiſſima Iuſtiniani conſtitutione, non niſi pro modo quantitatis debitæ, & ſummatim negotio diſcuſſo in poſſeſſionem itur, §. ſi vero. in authen. de exhibend. reis. collat. 5. Et hoc genere coercitionis aduerſus pupillum quoque & alias ſimiles perſonas Prætor vtitur, ſi modo ipſi liqueat eas non defendi: ſed ſimulatq; recte defendi cœperint, de poſſeſſione erit decedendum, leg. 5. cum ſequenti. Tametſi ab aliis nunquam non defenſio exigatur, l. 2. hic. Eſt præterea notandum quod creditore in poſſeſſionem miſſo, ſi quæ actiones tempore perituræ, ſint, dandus eſt bonis curator, aduerſus quem agi poſſit, l. creditore. tit. ſequenti. Item ſi plures creditores miſſi ſint, vnum eligi oportet, à quo inſtrumẽtorum deſcriptio fiat, & qui rationum curam & ſollicitudinem ſolus habeat, ne à ſingulis tractatæ corrumpantur, l. vlt. eo. tit. Hactenus de miſſione in poſſeſſionem, iam de bonorum venditione videndum eſt.

AD TIT. V.

DE REBVS AVCTORITATE IVDICIS POSSIDENDIS, SEV VENDENDIS.

BONA abſentis qui non defenditur, pignoris loco detineri poſſe ſupra diximus. Eius vero qui fraudationis cauſa latitat, bonorum venditio, non ſolũ poſſeſſio Prætoris edicto permittitur, l. Fulcinius. §. 1. hic. l. itẽ ait Prætor. ſupr. ex quib. cauſ. maiores. In qua venditione vſus fructus quoq; venit, ſi quẽ debitor habeat. l. in venditio. tit. ſeq. Statuæ vero in honorem eius in publico poſitæ, concubina, liberi naturales, aliæq; res huiuſmodi non veneunt, l. Aufidius. l. bonis. infr. de priui. l. credit. Excipiuntur pupillus, furioſus, captus ab hoſtibus, itemque is qui ſine dolo malo Reipublicæ cauſa abeſt: quorum omnium bona non ſtatim diſtrahi dicuntur, tametſi in eorum poſſeſſionem eatur. l. in poſſ. hic. l. eum qui. l. vlt. de priuil. creditor. Vendi autem bona oportet in eo loco in quo reus defendendus eſt, id eſt, in loco domicilii, & contractus l. 1. & 2. inf. tit. ſeq. niſi forte in alieno territorio ſita ſint, l. cũ vnus. §. is cui. eo. tit. Poſtremo animaduertendum eſt, formã hanc totam quæ iure Romano aduerſus abſentes introducta eſt, conſtitutionibus regiis abrogatam eſſe, quibus licet aduerſus contumacem, quamuis lite nondum conteſtata, ſententiam ferre: modo aduerſarius præſens de iure ſuo docuerit. conſtit. nouiſſima, artic. 24.

AD TIT. VI.

DE PRIVILEGIIS CREDITORVM.

CVm bona debitoris veneunt inter creditores, nonnunquam oritur cõtrouerſia quis cui præferatur, quia forte ea ad integram æris alieni exſolutionem non ſufficiunt. Hac igitur de re quid iudicandum ſit, ex his quæ ſequuntur regulis agnoſci poterit.

Prima regula: Qui in bonis debitoris ius pignoris vel hypothecæ habent, cæteris omnibus anteponuntur, ac inter eos potior eſt is qui anteriore tempore pignus contraxit, niſi in caſibus qui ſpecialiter excepti reperiuntur, leg. eos. qui potio. in pigno. habean. Secunda regula: inter creditores qui hypothecas non habent, occupantis melior eſt cõditio, id eſt, eius qui pecuniam debitam nomine alio inſtante accepit, antequam bona poſſeſſa eſſent: poſt bona ſiquidẽ poſſeſſa par eſt omnium conditio, l. qui autem. §. ſciendum. infra quæ in fraud. credit. Excipiuntur priuilegiarii, id eſt, qui πρωτοπραξίαν, vt Plinius vocat, & ius ante alios exigendi habent, quos ordine & ſigillatim recenſebimus.

Primus eſt is qui in funus defuncti pecuniam impendit, l. impenſa. de relig. & ſumpt. fune. ſiue funeraria, ſiue quacunque alia actione experiatur. l. 2.

Secundo loco eſt mulier, quę dotem repetit, quod in ſponſa quoque locum obtinet, ſi præmature dotem dedit, nec matrimonium ſequutum eſt, l. 2. §. vlti. cum ſequenti. Hoc amplius ex Iuſtiniani conſtitutione, tacitam habet hypothecam pro dote ſua mulier in bonis mariti, l. aſſiduis. qui potior. in pign. hab. §. fuerat. Inſtit. de act. Pupillus præterea in bonis tutoris priuilegium habet, & in bonis etiam eius qui pro tutore negotia geſſit, l. vlti. de tut. & rat. diſtrah. Idemq; de furioſo, prodigo, aliiſque id genus hominibus in bonis curatorum ſuorum dicendum eſt, l. 4. hic. Hoc autem priuilegium cum perſonæ detur, non cauſæ, ad hæredem non tranſit, l. ex pluribus. ſupr. de adminiſt. tutor.

Quartus eſt is, qui ob reſtitutionem ædificiorum, aut rem aliam huic non diſſimilem pecuniam credidit, l. 1. de ceſſ. bonorum. ſupr. l. ſi ventri. §. 1. l. qui in nauẽ. & l. quod quis. hic. l. creditor. ſi certum petat. Quinimo tacitam hypothecam habere dicitur, & cæteris vetuſtiori tempore ſubnixis præferri, quoniam abſque eius ope res ſalua futura non fuit, l. 1. ſupra in quibus cauſ. pign. tacit. contrahat. l. interdum. qui potio. in pignor. hab.

Quintus eſt, is qui apud menſularium pecuniam depoſuit, non qui fœneratus eſt: ac tametſi Vlpianus alibi generaliter ſcripſerit, eum ante priuilegia hoc beneficio vſurum, l. ſi hominem, ſupra depoſiti. hoc tamen in loco id accipiendum eſſe declarat, ſi nummi depoſiti adhuc extent, & vindicentur à depoſitario, l. ſi ventri. §. in bonis. hic.

Sexto his annumeratur fiſcus, qui etiã præter priuilegium taciti pignoris iure nititur, toto titul. de priuileg. fiſ. l. 2. C. in quib. cauſ. pignus tacite contrahitur. Alioqui iure priuatorum cenſeri ſolet. l. item veniunt. §. in priuatorum. ſupra de petit. hæred. Vnde Modeſtinus non putat, eum delinquere qui in dubiis quæſtionibus contra fiſcum facile reſponderit, l. non puto. infra, de iure fiſci. Plinius in Panegyr. ad Traianum. Quę præcipua tua gloria eſt, inquit, ſæpius vincitur fiſcus, cuius mala cauſa nunquam eſt, niſi ſub bono Principe. hæc ille.

Poſtremo, in hunc numerum referuntur & ciuitates, ſiquę ſint, quibus hoc priuilegium ſpecialiter competat. quod idem Plinius epiſt. libr. 10. Bithynicis quibuſdam & Ponticis ciuitatibus conceſſum fuiſſe ſcribit, vt & l. Antiochenſium. hic. Sane inter priuilegiarios pares nullus ordo ſpectatur, ſed ſimul omnium habetur ratio. l. priuilegia. hic. l. ſi hominem. §. quoties. ſupra mandat.

AD TIT. VII.

DE SEPARATIONIBVS.

CAP. I.

SEparatio eſt bonorum hęreditariorum ab his quę hæredis ſunt auctoritate Prætoris facta diſcretio. Cuius definitionis explicationem ex ſubiectis capitibus diſces.

CAP. II.

Qui ſeparationem impetrare poſſint, & ob quas cauſas.

PRimum omnium hæc ſeparatio creditoribus hæreditariis conceditur, ſi forte contendant bonis vtriuſque confuſis & commiſtis, ſe minus conſecutos. l. 1. in prin. Nec refert pure, an in diem, an ſub conditione debeatur, l. creditoribus. hic. Hæc autem ſeparatio tum creditoribus defuncti vtilitatem adfert, cum ipſius bona ſoluendo ſunt, non hæredis. Adde quod æquitatis cauſa contra ſtrictam diſputandi rationem introducta eſt, cum hæres & defunctus vna & eadem perſona eſſe intelligantur, & adita hæreditate, bona hæreditaria cum proprio hæredis patrimonio confundantur. §. 1. in authen. de iureiur. à morien. præſtito, l. cum hæredes. ſupra de acq. poſſ. Quod dictum eſt de creditoribus, id in legatariis quoque locum habet, l. quoties. hic.

Secundo loco impetratur ſeparatio à creditore, cum debitor fideiuſſori hæres extitit. Nam etſi obligatio fideiuſſionis extincta

extincta ſit. æquum tamen non eſt damno affici creditorem, qui fortaſſis intelligens bona debitoris ſoluendo non eſſe, fideiuſſore accepto ſibi caueat, l. debitor. hic.

Tertio hæc ſeparatio permittitur etiam creditorib. ipſius hæredis in certis caſibus. ſed regulariter eis denegatur. Hæredi enim licet adeundo hæreditatem quæ ſoluendo nō eſt, creditores ſuos onerare. At creditorum defuncti cuius hæres eſt, conditionem deteriorem facere adeundo non poteſt, l. 1. §. ex contrario. & §. quæſitum.

Quarto impetratur ſeparatio ab ipſo hærede, ſi coactus hæreditatem adierit, & non ſit cui reſtituatur. Alioqui de ſuo creditoribus hæreditariis ſoluere cogeretur, l. 1. §. ſed ſi quis. Idem iuris eſt in hærede neceſſario: puta ſeruo, qui patroni ſui vita functi bona nondum attigit, l. 1. §. vlt. Nam is qui attigit, non niſi obtentu minoris ætatis impetrat ſeparationem, l. ait, Prætor. ſupra de minor.

Quinto qui cum milite contraxerunt, poſtquam militiæ nomen dedit, & caſtrenſe peculium cœpit habere, aduerſus alios creditores qui ante id tempus contraxiſſe dicuntur, bonorum caſtrenſium ab aliis ſeparationem impetrare poſſunt, ſi ſua intereſſe exiſtimauerint. leg. 1. §. ſi filii. Nec quenquam moueat quod hic caſus ſub definitione noſtra non contineatur, in qua ea tantum quæ frequentiora ſunt includere voluimus.

A quo & quomodo impetranda ſit hæc ſeparatio.

CAP. III.

Bonorum ſeparatio non niſi à Prætore, idque cauſa tantum cognita decernitur, l. 1. in princ. & l. de his autem. l. 1. de bonis auct. iu. poſſid. C. Nam qui nouandi animo ab hærede ſtipulatus eſt, aut alio quouis pacto eius fidem ſecutus eſt, hoc beneficium amittit, l. 1. §. illud ſciēdum. & §. ſi quis pignus, ſecus ſi creditor hæredem conuenerit, litemque cum eo conteſtatus ſit. l. vlt. hic. Horum igitur omnium rationum habiturus eſt Prætor. Sed & illud quoque animaduertere debebit, num vtriuſque bona confuſa atque commixta ſint, vt ſecerni nequeant: num effluxerit quinquennium ab aditione hæreditatis. Num denique hæreditas ab hærede ſine dolo & fraude vendita ſit. Quibus caſibus ſeparationis beneficium non indulgetur, l. 1. §. Præterea. cum ſeq.

De effectu ſeparationis. CAP. IIII.

Poſt impetratam à creditoribus defuncti bonorum ſeparationem, etſi forte non inueniatur idonea hæreditas, ex propria tamen hæredis ſubſtantia nihil conſequuntur, quāuis aliquid ex ea ſuperfuerit. Creditores autem hæredis proprii quod ſupereſt ex bonis teſtatoris iure capiunt. His enim nihil eſt quod vitio verti poſſit. Illi vero expenſum ſuæ facilitati & temeritati ferre debent, ſi ſeparationem poſtulando bona minime idonea prætulerint idoneis. l. 1. §. penult. l. ſi creditores.

FRANCISCI DVARENI IVRIS CONSVLTI IN LIB. XLIII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE INTERDICTIS SEV EXTRAORDINARIIS ACTIONIBVS QVÆ PRO HIS COMPETVNT.

Quemadmodum pro dominio & proprietate rerum vel acquirenda, vel conſeruanda prodita ſunt iudicia & actiones: ita & poſſeſſiones. Sæpe admonui, inter proprietatem & poſſeſſionem multum intereſſe. l. Naturalem. §. nihil commune. de acquir. poſſeſſ. Hæc iudicia autem interdicta vocantur, quaſi interim dicta, quia non finiunt cauſam: ſed præparant tantum. Sunt quædam ad interdicendum & prohibendum, aliqua quæ nec prohibent, nec interdicunt. Pro poſſeſſione competunt hæc interdicta, & interdicūtur: & ideo poſſeſſoria dicuntur. Eſt iudicium aliud petitorium, aliud poſſeſſorium, in quo de ſola poſſeſſione. Fab. lib. 2. Inſtitut. orat. Poſſeſſionis cauſa interdicta comparata eſſe. Laborandum eſt, inquit, vt iudex de noſtra cauſa optime ſentiat. Non tantum poſſediſſe nos probandum eſt: ſed etiam iure poſſediſſe, facilius obtineamus quod petimus. Proprie actiones nō ſunt: niſi actionis verbum in lata ſignificatione accipiamus: ſed tamen poſtquam deſierunt peti à prætoribus, cœperunt vocari extraordinariæ actiones. Sunt igitur coercitiones ad cogendos homines inuentæ, non autem propriæ actiones, vt de rei vindicatione dici poteſt: interim dum expectatur aliud, de poſſeſſione dicitur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua quotid. & æſtiua. Interdictū proprie eſt, quod interuenit, ne ſcilicet vis fiat ei qui poſſidet. Quæſtio eſt in l. 2. §. quædam. quomodo poſſeſſoria vocantur, cum tamen proprietatis ſint. Sed dicendum eſt quod nullum interdi ctum eſt, quod etſi proprietatem habeat: tamen poſſeſſorium dicitur, vt de itinere actuque priuato quod maxime proprietatem contineant: tamen de poſſeſſione cōſeruanda ſemper agunt. quod in beneficiis hodie maxime obſeruatur, in quib. de poſſeſſione maxime agitur. Interdictum autem Theoph. definit lib. Inſtit. 4. Formula Prætoris, qua non dirimit controuerſiam: ſed remittit ad iudicem pedaneum, vt de ea cognoſcat, & eam dirimat, ſatis oſtendit antiquum morem iudiciorum. Edicta generalia fuerunt & perpetua, quæ proponebant Prætores, leg. 2. ff. de orig. iur. quibus ſe præmunirent omnes. Cicero legem annuam vocat actione in Verrem: perpetuum vocat edictum, quod generale erat: quod nouo Prætori aliud liceret cōmere, ſed quod probare non ferebatur, etſi ſatis conſtet perſonalia quædam fuiſſe. At interdicta erant formulæ Prætorum, quibus iudices dati inſtruebātur quo pacto ea res erat, quæ apud ipſos diſſerebatur, vt d. l. 1. Conceptum interdictum, in rem dicitur cū paciſcor ne petam, cum vero addo, ne à Lucio Titio petam, perſonale dicitur. Actio metus cauſa datur non tantum in eum, qui rem habet, ſed etiam in eum ad quē peruenit metus cauſ. leg. ſi cum exceptione. ff. de his quæ vi metus. cauſ. Ideo hæc interdicta perſonalia ſunt. Sunt in leg. 1. & 2. ff. hic, quędam diuiſiones interdictorum, de quibus etiam in lib. Inſtit. 4. de interdict.

AD TIT. II. QVORVM BONORVM.

Occurrit in primis interdictum: Quorum bonorum. Adipiſcendæ poſſeſſionis interdictū comparatum eſt ad poſſeſſionem adipiſcēdam, datur hæredi cui data eſt à Prætore bonorum poſſeſſio, vt is poſſideat. Bonorum poſſeſſio, & bonorum poſſeſſor eſt hæres Prætorius is, cui hæreditas defertur iure ciuili, non Prætorio. Legibus veteribus cautum fuit neminem hęredem fieri, niſi quem leges ad hæreditatem vocant. Prætor hæredem non facit, ſed mittit in poſſeſſionem. §. quos autem. de bon. poſſ. in Inſtit. Hæredes vocare non poterat Prætor, ne legis latæ auctor haberetur, l. etſi. ff. de bon. poſſeſſ. & C. qui admitti ad bon. Ad bonorum poſſeſſionem admittere & adire hæreditatem idem eſt, vt dicitur dictis ll. hodie hac miſſione in poſſeſſionem non opus habemus: quia conſuetudine *Le mort ſaiſit le vif*, vtimur, qua ſtatim hæreditas mortuo eo qui poſſidebat in hæredē transfertur, l. 1. C. eo. & l. 1. & 2. ff. hic. datur hoc interdictū bonorum poſſeſſori, id eſt hæredi, qui iure Prætorio ſuccedit. Sunt quidā quib. non eſt opus bonorū poſſeſſionis edicto, vt qui ex teſtamēto ſuccedūt. Solet quæri cuius vtilitatis ſit bonorū poſſeſſio ſecundum tabulas? Non datur hoc interdictū bon. poſſ. niſi his, qui ab eo qui poſſidet, acceperunt. Hoc interdictum

doſſeſſorium eſt. In eo de poſſeſſione quæritur, de poſſeſſione tantum agitur. Et propterea licet ad hæredem pertinere dicatur, tamen ſummatim cognita re pronuntiatur poſſeſſionem ei tradendam eſſe, poſtquam ſummatim docuit ſe hæredem eſſe, ac poſſidere: & pronuntiatur tantum ſuper ea poſſeſſione: & ſi quis velit de hæreditate agere, nō impediet. l. licet. ff. de petit. hæred. Pronuntiatur autē hæres eſſe, vel non eſſe. Alia differentia reperitur interdictorum, in leg. vl. hic. ff. Petitio hæreditatis non tantum datur aduerſus eos, qui corpora poſſident: ſed etiam aduerſus poſſeſſores iuris, id eſt, qui ius poſſidendi habent. hoc conuenit inter petitionem hæreditatis, & interdictum quorum bonorum, quod petitur quo pacto quis poſſidet. Antinomia tamen quædam eſt aduerſus l. vlt. hic. ff. ſed de hac alias.

AD TIT. III.

QVOD LEGATORVM.

SCIENDVM lege Falcidia cautum eſſe, ne ſi legata teſtamento relicta dodrantem excedant, liceat hæredi quartam partem retinere, vt ea deducta ſoluantur legata legatariis. Ob eam cauſam ab hærede legatarii legata petunt, & Ideo hæredis eſt videre, an excedat quartam patrem. Itaque ſi legatarius velit petere, & habere nolente hærede, vtetur hæres interdicto, quod legatorum: ſi modo per eum non ſteterit, quo minus ei ſatiſdetur: quod colligitur ex l. 1. & 2. hic. ff. Datur ergo hæredi aduerſus legatarium, qui propria auctoritate legatum accepit & ab hæredibus non petiit. Itaque differentia quę inter interdictū, quorum bonorum, & hoc, quod legatorum, ſatis liquet: coercentur igitur legatarii hoc interdicto, qui non iuſtis vti iudiciis volunt. Hinc quæſtio eſt an is qui rem poſſidet, poſſideat pro legato, an pro hærede? Locus communis de formula agendi: Quoties ex facto aduerſarii incertitudo contingit, vtraque actione vtetur. Executor poteſt negare res ſibi legatas ſumere, cum vtramq; perſonam ſuſtineat, quo in loco non obtinet hoc interdictum. At contradicit l. non dubium. C. de legat. vbi nulla ei ſupereſt actio, ſi ſibi ſoluerit. Sed ſic reſpondendum videtur, Actio quidem legatorum denegatur legatario, qui ſubtraxit de hæreditate pro portione competente: in hoc vero interdicto datur exceptio ſi per hæredem ſteterit, quo minus ſatiſdetur, ab hærede ſcilicet: nam alioqui non vtetur, ſi ſcit rem legatam reſtituturum ſe legatario. Hanc edicti partem interpretatur Vlp. in l. 1. §. vlti. & l. vlt. hic. ff.

AD TIT. IIII.

Ne vis fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſus erit.

HOc edicto Prætor in poſſeſſionem miſſis ſuccurrit, licet non poſſideant, ne vis fiat eis: alioquin inutilis eſſet in poſſeſſionem miſſio. Notandum tamen duplicē eſſe viam ſubueniendi ei qui miſſus eſt in poſſeſſionem. In primis per extraordinariam miſſionem, leg. 3. ſi qui iuſſus. ff. hoc tit. Aliquando per manum militarem, vt ſi per apparitores ſuos non poſſit hodie, niſi Princeps mittat, non per militarem manū mittentur. Etiamſi reſiſtatur curiæ Parlamenti. l. ſi pignor. de pign. l. ſi quis reſtituere. ff. de rei vendi. Hoc interdictū eſt prohibitorium. Alia enim prohibitoria, vt hic reſtitutio, hic prohibet ne vis fiat ei, quem Prætor in poſſeſſionem mittit. Tertium remedium eſt actio in factum. Quæritur an ſit pœnalis aut rei perſecutoria. Ex parte actoris eſt perſecutoria. l. 1. § hęc verba. hic enim quod ſua intereſt perſequitur. Nam niſi interſit non poteſt. l. 1. §. vlt. Ex parte rei pœnalis eſt. Damnabitur enim id ad quod intereſt actoris. Vnde fit vt hæredi detur, in hęredem non detur, niſi quo ad eum peruenerit.

AD TIT. V.

DE TABVLIS EXHIBENDIS.

HOc interdictum comparatum eſt in gratiam eorum, qui teſtamenta habent, vt inſpiciant tabulas teſtamenti quas eos intereſt habere, vt videant quod ex teſtamento habent: vt actionem inde conſequantur. Solet quæri quid inter ſit inter hoc, & interdictum de aperiendis teſtamentis. Idē l. 1. §. 1. hic. ff. & l. 2. §. vlt. quemad teſtament. aper. Ibi de aperiendo teſtamento agitur quod aperiri non poteſt, niſi exhibeatur ab eo qui habet, aut ſe habere confitetur. Et tunc frater exhibere cogit. confeſſi pro iudicatis habentur. dabitur tēpus ad exhibendum. l. ſi debitori. ff. de iudiciis. Si neget ſe habere, remittetur ad interdictum de tabulis exhib. Huic ſimile eſt quod dicitur l. nam poſtea. §. 1. ff. de iureiuran. Nunc videndum cui detur. Datur in primis hæredi, legatariis, fideicommiſſariis, & omnibus qui teſtamento aliquid adſcriptum habent. l. 3. §. ſolent. ff. hoc tit. Idem l. 1. eo. de inſtitutis datur. Item ab hærede & omnibus ſucceſſoribus tranſit ad hæredes. Sed quæritur, an detur teſtatore viuo hoc interdictum, nec ne? l. 3. §. ſi ipſe. dicitur quod non. Prætor loquitur hic de tabulis quas quis reliquit teſtamenti. ſic legendum eſt ex Florent. Pand. verbum vero relinquere ad viuos non pertinet. Datur contra eum, qui poſſidet, l. 3. multis exemplis probatur, l. officium. ff. de rei vind. Poſſidere, pro tenere. Hinc quæſtio de tutore. Hoc interdictum perpetuum eſt. l. 3. §. vlti. Vltimus locus eſt, quod ſit officium iudicis? Et quid veniat in condemnationem, vt ad id quod intereſt condemnet. l. 3. §. condemnari. hic quæritur, an ſi condemnatio ſit, punietur? Reperiuntur duo caſus in quibus nunquam cogitur is à quo teſtamenti tabulæ petuntur. l. vlt. hic. Hoc interdictum pertinet ad præparationem publ. iud.

AD TIT. VI.

NE QVID IN LOCO SACRO FIAT.

HOc Interdictum ſatis demonſtrat quantam curam habuerint veteres locorum ſacrorum, propter religionem: vetatur hoc interdicto aliquid facere in loco ſacro. Locus ſacer dicitur, qui publice conſecratus eſt, Deo dicatus à Pōtifice. l. ſacra. ff. de rer. diuiſ. vocatur ſacrarium, latarium à veterib. eſt inquam, locus in quo res ſacræ ponebantur. Pertinet igitur ad ea hoc interdictum, quæ Deo à Pontif. dicata ſunt. quid de ſanctis dicemus, cū Prætor nihil dicat in hoc interdicto? In authent. ad res ſanctas produximus. Quæ ſint res ſanctæ & religioſę vide Iuſtin. Inſtit. tit. de rer. diuiſ. & hic. l. 3. & 2. Idem colligi poteſt ex l. 1. ſup. de interdict. Nam quaſdam res facit diuini iuris quaſdam humani. Si quid in loco religioſo igitur tactum ſit, datur hoc interdictum. Dicitur autem, ne quid fiat, quod ſcilicet deformitatem, aut incommodum adferat: vt l. 1. hic. ff. Item hoc interdictum populare eſt, datur cuiuis ex populo, quamuis hic expreſſum non ſit: ex ſeq. tit. ſatis conſtat. Videndum an prohibitorium ſit, an reſtitutorium. Si inſpicimus verba Prætoris prohibitorium tantum eſſe dicemus. Tamen ex aliis locis deprehenditur non tantum prohibitorium: ſed etiam reſtitutorium eſſe. Nam ſi quis à nemine prohibitus aliquid in locum ſacrum poſuerit, vel fecerit quod deformitatē adferat, reſtituere cogetur & demoliri, l. 2. §. locorū. ff. ne quid in loco pub. idē in l. 2. §. 1. ſupr. de interdict. in princ. Ex his locis ſupplere poſſumus quod edicto noſtro deeſt.

AD TIT. VII.

De locis & ttineribus publicis.

GENERALIS eſt hic tit. Antequam tractet Iuſtin. de interdictis, quæ bonorum publicorum dicta ſunt, tractat de locis publicis, tanquam προοίμιον ad ſequentes tit. Tempus quod hominum memoriam excedit, facit, vt via vicinalis habeatur pro publica, l. 2. ne quid in loco publico. Militares à militibus dictæ ſunt.

AD TITVLVM VIII.

NE QVID IN LOCO PVBLICO VEL ITINERE FIAT.

SVB hoc tit. proponuntur quatuor interdicta de locis publicis. Primum eſt in l. 2. in princ. Si quis in locum publicum aliquid immittere velit, dabitur interdictum, ſi alteri incommodum adferat. Et eſt prohibitorium tantum: nō autem reſtitutorium. Publico deſtinatus, publico vſui priuatorum hominum. Aliquando dicitur locus publicus, qui fiſci eſt vt

eſt,vt §.ſequent. Locus communis eſt de fiſco hic pro rebus, quæ publicorum ſunt hominum. Iure ciuitatis, eo quod ſumus ciues, nobis loca publica deſeruiunt. *Tantum iuris habemus, &c.* Vult oſtendere Vlpianus hoc interdictum prohibitorium, non reſtitutorium eſſe. Non eſt viſum vtile, eum qui aliquid fecit, cogi ad reſtituendum: ſed antequam faciat prohiberi poteſt. Huc pertinet quod dicitur hic in l.2.§.ſi quis nemine. Atqui poſtquam prohibitum fuit, diruetur. Inde quęſtio tractatur, ſi quis à Principe impetrauerit vt in publico ædificet, an hoc interdictum dabitur? dicitur competere. Nam Reſcriptum Principis ſic accipiendum eſt vt nemini noceat. l.2.§.ſi quis à principe. hic. Locus eſt communis de beneficiis Principum. Secundum eſt interdictum de eo, qui viam publicam deteriorem reddit. l.2.§.ait Prętor. Intereſt cum ſuperiore. hic de via & itinere publico, inſuper de loco publico: hic ſi via iterq; deterior fiat, & eſt prohibitorium, non reſtitutorium, vt ex verbis edicti conſtat, veto. Not. quamuis Prætor loquatur de via generaliter: tamen ad vias ruſticas pertinere, non ad vrbicas. l.2.§.hoc interdictum. hic: quia ædiles curules viarum publicarum curam habent. Vtile eſt igitur hoc interdictum in viis publicis. Vias autem publicas explicat dict. l.2. Tertium eſt interdictum de eo, qui factum immiſſumq; habet in viam, aut iter publicum. l.2.§.Prætor. hic. hoc reſtitutorium eſt. aduerſus eum qui immiſit non datur: ſed qui immiſſum habet, hoc interdicto vtitur: prohiberi tamen poteſt ne quid immittat is, qui immiſit, & ita aduerſus eum prohibitoriũ eſt: aduerſus vero alium qui immiſſum habet, reſtitutorium. quid ſit reſtituere vide leg.2. hic. Quartum eſt de eo, qui vim facit: non qui opus facit, quo minus eat agat. l.2. hic. & eſt prohibitorium.

AD TIT. IX.

DE LOCO PVBLICO FRVENDO.

HOc pertinet ad conductores vectigalium publicorum. Nam ſi prohibeatur aliter quam lege locationis comprehenſum eſt, dabitur interdictum ſalua actione ei, qui oſtendit ſibi ius eſſe prohibendi: hoc fauore publicorum vectigaliũ facit. Nam nerui ſunt reipublicæ. l.1.ff. de quæſtionibus. Locus eſt communis de vectigalib. public. Huius interdicti mẽtio eſt in l. iniuriarum actio.§.conductori.ff. de iniur. Datur actio non tantum redemptori & locatori, ſed eius ſocio propter fauorem vectigalium, quamuis ſit contra rigorem iuris. l.3 ff. pro ſocio. Item quãuis ſocietas ad hæredem non tranſeatq́: hic tamen trãſeunt. l. adeo. ff. pro ſocio. hoc intelligendũ de actione quæ datur ſocio, niſi malit experiri.

AD TIT. X. ET XI.

DE VIA PVBLICA, ET SI QVID IN EA FACTVM ESSE DICATVR, ET DE VIA PVBLICA, ET *itinere publico reficiendo.*

DVo ſunt tituli in Pandect. Florẽt. Primus de via public. & in eo eſt lex Gręca. Deinde eſt alius tit. de via publica, & itinere reficiendo. leges reliquę pertinẽt ad politiã ciuitatis. Hoc interdictum quo fit via dteerior, pertinet ad ruſticas. Eſt addendum quod tractatur in dict. tit. de via public. & itin. refic. ad quatuor illa de quibus diximus ſupra: de reficiendis viis publicis, ne vis fiat ei, qui vias reficere vult. l.1. hic. & eſt prohibitorium. Quid ſit viam reficere ſequitur in d. l.1. Mentio fit ſub hoc edicto de quadam actione viæ reiectæ. l. vlt. hic, quæ datur in eum, qui cum viam publicam reficere debet, in agrum vicini reiecit. Vicinus vtetur hac actione. l. ſi locus. ff. quẽadmod. ſeruit. amitta. Exceptio eſt, quæ non datur, cũ tẽpeſtate coactus viã publicã in agrum vicini reiicere cogitur.

AD TIT. XII. ET XIII.

DE FLVMINIBVS, NE QVID IN FLVMINE PVBL. RIPAVE EIVS FIAT, QVO PEIVS NAVIGETVR. ET NE QVID *in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque vti priore æſtate fluxit.*

QVÆDAM interdicta proponuntur de fluminibus ſimilia his, quæ de locis publicis ſupr. diximus. Primum interdictum recitatur, l.1.§.1. ſimile illi de loco publ. quod damnum alicui adferat: pertinet ad flumina publ. vt verba oſtendunt, & §. hoc interdictum. Si quid fiat in flumine publico, id vetat Prætor hoc interd. ſi deterior reddatur nauigatio, ex quo conſtat ad flumina nauigabilia tantum pertinere. Statio eſt locus quo naues ſtare poſſunt. In hoc interdicto additur exceptio, cuius mentio eſt in l.1.§.Labeo. Exemplum eſt earum exceptionum quæ olim à iudicibus ſolebant addi. Hodie exceptionis nomen manſit, defenſiones vocamus. hoc interdum prohibitorium eſt. Ex verbis edicti Prætoris quæſtio tractatur de inſula, ſi quid in ea factum ſit, an dabitur interdictũ, l.1.§.inſula. hic. Quæritur an hoc interdictũ ad mare pertineat. in l.1.§.ſi in mari. Dicitur competere vtile, nõ directũ: nam hoc vtilitatis cauſa fit, vt ibi dicitur. Secũdum interdictũ hoc eſt reſtitutorium, deinde datur aduerſus eum, non qui fecit aut immiſit: ſed qui immiſſum factumve habet, vt ſupr. ne quid in loco publ. diximus. longe igitur vtilius eſt ſuperiori. Tertium interdictum eſt in titulo ſequẽti. Superiora interdicta ad flumina nauigabilia pertinent: hoc de fluminibus publi. ſi quid in his factum ſit, quo minus aqua more ſolito fluxit, dabitur hoc interdictum. Eſt hoc interdictum prohibitorium, non reſtitutorium. Quæ ſequuntur poſt verba edicti, pertinent ad edicti explicationem. Quartum in eadem l.1. reſtitutorium eſt. Nã cogetur reſtituere ſi minus fluat, quã conſueuit. Quintum eſt in tit. ſeq. vt in flumine publico nauigare liceat. ſimile eſt ei de quo ſup. vt per viam publicam ire liceat. ita qui impedit me nauigare per flumen publicum. Si priuata ſint flumina, interdictum ceſſat. Locus eſt cõmunis de vectig. Sextum interdictum eſt, de ripa munienda, ſimile ei de itinere publico reficiendo. hoc interdictum habetur in l.1.ff. de ripa munienda. Prohibitorium eſt hoc interdictum: Adduntur exceptiones quædam, dummodo nauigatio deterior nõ ſit. Et dummodo ſatiſdet damni infecti nomine.

AD TIT. XVI.

DE VI ET VI ARMATA.

DVORVM interdictorum fit mentio hoc tit. de quo vide diſputat. Cicer. in orat. pro Cecinna. Non tamen de vi priuata, ſed de vi publica & armata. Priuata quæ armis, quam quotidianam Cicero appellat. publica quæ armis, quod armorum vſus priuatis lege Iulia interdictus erat. l.1.ff. ad leg. Iul. de vi public. & Nouel. de arm. De vtroque hic loquitur. Primum de vi priuata. De hac vi per locos communes diſcutiemus. Primum quæ ſit cauſa huius interdicti videamus, & diſtinctione quadam vtamur. Cauſa eſt deiectio de re ſua ſoli. hoc interd. vt competat quædã neceſſaria ſunt, vt rẽ poſſideat vel naturaliter, vel ciuiliter. l.1.§.deiicitur. Naturaliter quæ corpore tenetur. ciuil. quę animo, vt ſequen.§.dicitur hic. Secundo vt detur ob vim priuatam. Non ſatis eſt eum poſſediſſe aliquando: ſed oportet nec vi, nec clã, nec precario poſſediſſe, quod in interdicto ſcriptum fuiſſe non dubito, & hoc interdictum non integrum eſſe exiſtimo ex leg. videamus.§.in Fauiana. ff. de vſur. Item ex orat. Cicero. pro Cecinna. vi poſſideri. l.1.§.vi. hic. Tertio oportet re vera eſſe deiectum eum, qui vult agere. leg.1.§.non alii. hic. Quis autem dicatur deieciſſe. leg.1.§.deieciſti. hic. Vlpianus docet. Locus eſt communis de ratihabitione, quæ perinde eſt atq; mandati actio: & ita punitur. leg. non eo minus. Codic. de accuſat. Etiam in maleficiis perinde punitur qui mandauit atque qui perpetrauit. Quid ſi compulit me per vim ad poſſeſſionem tradendã? Non dari dicitur. l. ſi rerum. alias ſi iterum. ff. hic, quia non eſt vi deiectum. Hinc vulgo vis compulſiua ab aliis generibus diſtinguitur. Ob vim expulſiuam datur hoc interdictum: propter compulſiuam non item. Sed ſuccurrit edicto de eo quod metus cauſa. Quarto, quid ſi deiectus de re ſoli, de re immobili? l.1.§.illud. hic. Pro mobilibus alia iudicia cõparata ſunt. hinc quæritur de naue. l.1.§.de naue, hoc adducitur. Inter mobiles annumeratur nauis. Itẽ de vehiculo. Itẽ neceſſe eſt vim aliquam atrocẽ illatã eſſe vt detur hoc interdict. vnde vi. Non tantum domino datur qui deiectus eſt poſſeſ. ſua: ſed

etiam ei, qui dominus non eſt.l.8.Fulcinius. hoc tit.ff.itaque ſuperficiario datur.l. 1.§.vſufructuarius.hic.l.3.§.vnde vi. De colono quæſtio tractatur an ei detur interdictum.l. 1.§.deiicitur.l.colonus.l.cum fundum.hic.ff.datur etiã hęredi.§.hoc interdictum.hic. Ad rem perſequendam datur. nam non eſt pœnale.datur contra eum qui deiicit aliquid de poſſeſſione,licet res ad alium peruenerit.l.1.§.ex interdicto. Itaq; hoc interdictum in rem ſcriptum non eſt: ſicut pleraque ſunt, vt quod vi aut clam, in quo non expreſſit Prætor perſonam, in quam hoc interdictum detur. At hoc vnde vi, datur tantum in eum qui deiecerit.l.cum à te.hic. Quæſt. eſt de parentum patrono,an detur? Dicitur quod non.l.1.§.interdictum.Nõ eſt famoſum hoc interdictum.l.13.neq; vnde vi.ff.hic.quemadmodum & cætera non ſunt.d.l.1.§.interdictum.Quæritur an in hæredem detur.l.1.§.vlt.hic.l.9.ſi plures. hic idem dicitur. Sequens locus eſt, intra quod tempus hoc interdictum detur.quod ſatis conſtat ex verbis edicti.l.1.in princip. Annale eſt quoties contra eos, ad quos res non peruenit agitur: perpetuum cum contra eos, ad quos res peruenerit agitur, l.1.de diuerſ.& temp.præſcrip. Vltimus locus de fine & effectu. Eſt reſtitutio rei de qua quis deiectus eſt.quod caput deſideratur. Vnde tu, vel familia tua vi deiecisti, eum reſtituamus.l.videamus.§.an Fauiana. ff.de vſuris.leg. 1.hic.§.quod autem.hoc interdicto etiam habetur ratio fructuum,ad quorum reſtitutionem condemnatur reus.l. 1.§.ex die. habetur etiam ratio damni & omnis vtilitatis.l.1.§.qui autem.& §.nõ ſolum. Reſtitutionis verbum hæc omnia continet. Quæſtio eſt, quid ſi res interierit,amiſſa , cuius erit periculum? vide l.merito.hic. Et hæc de priori interdicto de vi priuata.Interdictum de vi armata ſine exceptione conceptum eſt.l.3.§.armis.Quomodo armis deiectum ſit accipiendum. Armorum appellatione multa intelliguntur.l.armorum.ff.de verbo. ſignific. *Port d'armes*, cum turba aliqua coacta eſſe dicitur.l.3. hic. ſed ſi armata.idem l. 3.§.cum igitur.ff. hic. Locus communis de defenſione.l.1.C.vnde vi.& qualis eſſe debeat.l.ſcientiam.§.qui cum aliter.ff.ad l. Aquil. Videndum an aliter nõ potuerit ſe tueri.l.ſi ex plagis.l.tabernarius.ff.ad l. Aquil.

AD TIT. XVII. VTI POSSIDETIS.

Cavsa huius interdicti. Primum proponenda fuit ordinatio & inſtitutio iudiciorum,§.retinendæ.ff.de interdict.& l.1.§.hic.Oritur cõtrouerſia inter duos de proprietate & dominio rei.Vnus ſe dominum eſſe dicit: atque ſi poſſit probare ſe dominum eſſe, alter ei cedit. Nõ poteſt lis inſtitui niſi prius hoc dirimatur. Non oportet vt vnus onere probandi teneatur,& prius cognoſcendum eſt quis poſſidet. Et ideo hoc interdictum eſt vti poſſidetis,& propter turbationem datur.Primus locus eſt cui detur hoc interdictum, datur poſſeſſori.l.1.§.interdictũ.hic. petit à iudice vt tueatur in poſſeſſione. Hoc interdictum poſſeſſorium eſt.Ex hoc conſequitur ei, qui miſſus eſt in poſſeſſionem cauſa rei ſeruandæ, non competere l.ſi domino.§.creditores.hic. Hinc apparet verũ quod dicitur in l.officium.ff.de rei vind.rei vindicationem competere aduerſus omnes, qui rem tenent: ſed hic aliter accipitur. Not.nihil referre, an ſine vitio poſſideat, an non,vt dicitur in ipſo edicto Præt. Nec vi, ne clam , nec precario. Datur poſſeſſori hoc interdictum. Conſequitur ex eo,hoc interdictum duplex eſſe. Duplicia ſunt in quibus vterque actor eſt,vterque reus.l. ſi duo. hic.l. in tribus.ff.fam.erciſcun. Et contra eum qui prohibet alium vti re, quam poſſidet.d.l. Si duo.id eſt,aduerſus eum,qui turbat impeditve quominus poſſideat. Sequens locus eſt, pro quibus rebus hoc interdictum detur.Datur in primis pro reb.omnib.ſoli.l.1.§.penult.quęcunq; in hominum cõmercio ſunt.Idẽ in Interdicto vnde vi, dicendum. Datur non tantum ſi de poſſeſſione totius rei ſed etiam partis certæ vel incertæ pro indiuiſa.l.1.§.hoc interdictum.Hic quæſt.eſt de vſufruct.l.vlt. dicitur,an detur pro vſufruct.quæſt.eſt de ſeruit. ruſt.præd.dicitur competere prędialibus realib.l.quoties via.ff.de ſeruit. Vſus pro poſſeſſione habetur,atq; ideo interdicta quaſi poſſeſſoria ſint. de cloacis non datur: aliud enim eſt interdictum cloacarum nomine. Poſtremus locus eſt,quod ſit iudicis officium de hoc interdicto cognoſcentis.Tres caſus ſunt hic diſtinguendi.Primus eſt cum vnus ex litigatorib. tantum poſſidet. hoc caſu alter proculdubio vincitur & condemnatur.§.Retinendæ.ff.de inter.d.in Inſtit. Præterea ſatiſdatio ab eo qui vincitur exigitur:vt exiſtimo,ne victori moleſtiam vllã inferat,& inquietet eum in poſſeſſione, donec de proprietate iudicatum fuerit,& docuerit ſe dominum eſſe.ex l.penult.ff. de aqua quotidiana & æſtiua. Officium iudicis eſt vt iubeat cauere eum, qui vincitur eo iudicio.Præterea damnatur quanti intereſt aduerſarii, qui contendit hoc interdicto, & ſuccubuit.lege, ſi duo.§.vlt. hic.Locus eſt cõmunis de ęſtimatione.Et hoc fit cum iudex vnum poſſidere tantum comperit. Secundus caſus cum ambo poſſident:ſed vnus poſſidet ab alio vi, aut clam, vel precario, ciuiliter, vel naturaliter.& is vincetur hoc interdicto.Præterea cogetur corporalem poſſeſſionem in alium transferre.& ſic interpretanda eſt l. 1.vti poſſidetis. à victore exigi ſatiſdationem nuſquam reperi, id eſt,ab eo qui docuit ſe poſſeſſorẽ eſſe.Tertius caſus, ſi vterque poſſideat, nec vi,nec clam, nec precario, ab aduerſario, neuter vincitur.l. Si duo.hic in princip.ff.nõ vincetur is,qui ſine vitio poſſidet,nec alter.quia quãuis vitio poſſidet,non ab aduerſario poſſidet: niſi per vim habuerit ab aduerſario cũ quo cõtendit hoc interdicto.Neutro victo iudex vtriq; adiudicabit poſſeſſionẽ rei cõtrouerſæ pro parte dimidia pro indiuiſo.l.locus.ff.de acquir.poſſeſ. Nam hoc fieri poteſt vt conſtat.

AD TIT. XVIII. DE SVPERFICIEBVS.

Hoc interdictum magnam ſimilitudinem habet cum illo vti poſſidetis. Sed differt quod vti poſſidetis pro reb.ſoli,alterũ de ſuperficie cõpetit. Superficiem habere dicitur, qui ædificauit in ſolo conducto.l.vlt.hic.Nã conductio dominium non transfert. & qui ſuperficiem habet,dicitur ſuperficiarius.& hoc interdictum datur quaſi dominium quoddam: & vtile vocatur: quia vtilis actio datur. Hoc interdictũ duplex eſt:quia vterq;eſt actor, vterq; reus. ꝙ colligitur ex l. 1.ex edicto Prætoris,in princ. Vetat Prætor vim fieri, qui ius habet fruendi loci,in quo ſuperficiẽ fecit,quo minus vtatur & fruatur. Habet locum hoc interdictum,inter duos qui de ſuperficie contendunt,vt vterque fruatur,modo ab altero non clam nec vi, nec precario poſſideat. Sunt aliæ actiones pro ſuperficieb.conditæ, vt ex conducto, ex empto,& actio ciuilis naſcitur.l. 1.hic.ff. Alia actio in rẽ quaſi in rẽ.vt hic dicitur, ſuperficiario datur. Nam in rem actio datur ei qui vere dominus eſt. leg. in rem , ff.de rei vindic. ſed tamen datur ei vtilis,vt in rem agere liceat.leg. Superficario. ff. de rei vindic. Ex leg.1.§.vltim. Notand.eſt quid interſit inter ius ipſum & ius prætorium. Ius ipſum à iure diſtinguitur.Ipſo iure conſtituta ſunt ex legibus Romanis. Populus leges ferebat, Prætor nunquam.l.Cum ſponſus.ff.de public. Prætor edicebat quidem: ſed contra legem nihil edixit, niſi interpretandæ legis gratia.Vnde ius prętoriũ dicitur viua vox iuris. Iure ipſo acquirimus ſeruitutes,cum quis concedit mihi ius eundi agẽdi per fundum ſuum,immittendi in ædificiũ ſuum quod poſſidet.quod poſſidet iure, id eſt, legib.Romanis quæ hoc permittunt.Et prætor dat ſuperficiario vtilem in rem actionem, & durabit quandiu conſtabit.leg.ſi ab eo.ff.de pignor.ſuperf. titu.19.de itin.actuque priuat. Duo interdicta pro ſeruitutibus comparata ſunt, ruſticis ſcilicet, non vrbanis. Primum eſt quod Vlp.refert.l.1.in prin.Non diſſimile eſt interdictum vti poſſidet. Si quis rem poſſederit,& quis impedit quo minus vtatur,Prætor hoc interdicto vim fieri vetat. Vnde quaſi poſſeſſoria fit,vt l.Quoties via.ff.de ſeruit. Hoc interdictum prohibitorium eſt.& pertinet ad tuendas ſeruitutes ruſticas, & poſſeſſorium eſt: vt reliqua poſſeſſoria ſunt, modo non vi, clam, vel precario ab aduerſario vſus non ſit.l. 1.hic. Quædam ſunt neceſſaria vt hoc interdictum detur. Primum oportet eũ,qui hoc experitur,vſum eſſe ſeruitute.l.1.hic.quod poſſederit,dicitur vſus ſeruitute.leg.vlt.hic. Locus eſt communis hic,de poſſeſſione eius, qui iure familiaritatis domum alicuius ingreditur, nõ poſſidere dicitur, quia nõ animo dominantis.Theoph.ita,Si quis per fundum meũ ambulet,non dicitur poſſidere,niſi forte ſi ꝓhibitus eſſet,noluiſſet inſiſtere

&tanquam re ſua vti. Vſucapionis ſeruitute tempus non incipit, niſi à tempore prohibitionis, vbi prohibitio facta eſt vera poſſeſſio. Præterea oportet eum qui experitur hoc interdicto vſum eſſe eo anno quo experitur hoc interdicto, non ſaltem minus 30. diebus. l. 1. §. 1. ſic edictum prætoris iuris auctores interpretati ſunt. Hoc intelligitur niſi iuſta cauſa ſit reſtitutionis in integrum, vt ſi quis impeditus ſit. l. 5. §. ſi quis propter inundationem. hic. Deinde oportet vſum eſſe itinere non vi, non clam, non precario ab aduerſario, cum quo agit, vt prætoris interdicto dicitur. l. 1. §. 1. & vlt. hic. vt in interdicto vti poſſidetis, & de ſuperficiebus. Poſtremo oportet eum qui agit, prohibitum eſſe ſeruitute. l. 3. §. item Iulianus. Alioqui agere non poſſet hoc interdicto, niſi ſit prohibitus: nam in eum qui prohibuit datur. Nunc de officio iudicis in hoc interdicto. Idem eſt ac in interdicto vti poſſidetis. tuetur eum in quaſi poſſeſſione ſeruitutis, & iubet cauere vt non prohibeatur ire agere. l. penul. ff. de aqua quot. & ęſtiua. quod ad hoc interdictum pertinet. Condemnat item quanti intereſt. l. 3. § in hoc interdicto. Alterum interdictum eſt de reficiendo itinere quod datur aduerſus eum, qui impedit eum qui reficere vult iter. l. 3. §. Ait Prætor. Inter hoc & ſuperius intereſt multum. Nam hoc proprietatis cauſam habet. Neceſſe eſt vt doceat ius ſeruituti ſibi competere, vt ipſo edicto conſtat: id eſt, vt doceat ſibi longo tempore acquiſitam, vt apparet hoc tit. Dicet aliquis, Nunquid ſufficeret actio confeſſoria, abſque hoc interdicto, & longe vtilior eſſe videtur? Non ideo minus dicuntur poſſeſſoria, quia de proprietate quęratur: ſed vtiliora ſunt, quia ſummatim cognoſcunt, & rem diſcutiunt.

AD TIT. XX.
DE AQVA QVOTIDIANA ET ÆSTIVA.

SVB hoc titul. & ſequenti ſex interdicta ad aquam pertinentia proponuntur: ſub hoc de duob. tractatur, quorum vnum de aqua quotidi. alterum de æſtiua aqua, vnde rubrica interdicti de aqua quotidiana extat apud Vlpian. l. 1. hic. hoc prohibitorium interdictum eſt. Eſt tamen interdictum reſtitutorium. Nam Prætor reſtituit quod factum fuit, vt competat actori, ſufficit ſe vſum eſſe: non cogitur oſtendere hoc ſibi competere, modo vi, vel clam, vel precario duxerit ab aduerſario ſuo. Quæ ſit quotidiana docet Vlpian. l. 1. quæ quotidie duci poteſt, & ſolet: æſtiua, quæ æſtate duci ſolet. Et eſt duplex. Hoc anno, & aliqua die illius anni. Nam id ſufficit. Notandus locus communis de ſeruitute. §. præterea. hic. hoc interdictum pro aquæ ductu datum eſt, & ſi non ſit aquæ ductus fundi, legendum videtur, quia quocunque, id eſt, in quemcunque locum fundi. Seruitutes prædiorum non dicuntur, niſi prædio ſeruiant. De ſeruitute non loquitur hoc interd. ex §. Trebatius (ait.) Locus communis de rebus diuiduis, eſt in ſeparabilis. Alterum interdictum eſt in l. 1. §. ait Prætor. Pertinet ad aquam æſtiuam. vt prius ad quotidianam. Ratio ſuadet vt diuerſa interdicta proponerentur: quia diſtinguendum fuit. Dicitur in priori, vti hoc anno. In hoc, vti proxima æſtate, fieri poteſt vt toto anno non duxerit, & proxima æſtate duci poſſit, & iniquum fuiſſet ſi prohiberetur. Ideo duplex faciendum fuit interdictum. Iuriſconſulti, vt vulgo, diuidunt annum in hyemem & æſtatem. Vnum in quo de aqua quæ quotidie duci poteſt & ſolet: Alterum de ęſtiua. hæc duo tranſeunt ad hęredes, & quoſcunque ſucceſſores, etſi iuris non ſint, quod edicto cauetur, & hoc ad vtrunque transfertur. Tertium interdictum eſt de aqua quæ ex caſtello ducitur. l. 1. §. ait Prętor. hic. Superiora duo pertinent de aqua quæ ex fonte, ex capite ducitur, hoc ex caſtello. Caſtellum eſt recepraculum aquæ. Iulius Frontinus de aquæ ductibus vrbis Romæ. Iuris fuit, &c. à principe ſcilicet. Quandoque, &c. id eſt, quandocunq;, ſic apud Horatium, Quandoque bonus dormitat Homerus. & ſic iuris auctores vti frequenter ſolent. Locus communis de beneficiis Principum. l. 1. §. plane. hic quæritur an poſſeſſorium ſit. vide §. fi. l. 1. hic. hoc interdictum finitur aſſignationibus, tum alia poſſeſſionis cauſa introducta eſſe dicamus. Adſignationes vocat reſcripta & diplomata principum, quibus adſignat ius aquam ducendi ſibi, quæritur de iure, ergo poſſeſſorium non eſt. Cauſam proprietatis habet, vt interdictum de itinere actuque priuato, ſic de iure hic. Nihilominus poſſeſſorium eſt interdictum: quia ad hunc finem vtimur hoc interdicto, vt conſeruemus poſſeſſionem, & ad vim prohibendam, & ne vim faciat aduerſarius, cogitur probare de iure ſuo, ex l. 3. §. ductus aquæ. Notandus locus communis de vetuſtate temporis. quartum eſt ſub tit. ſeq. de riuis.

AD TIT. XXI.
DE RIVIS.

HOc pertinet ad refectionem riuorum, & datur aduerſus eos, qui prohibent riuos reficere. l. 1. hic. vt competat, ſufficit vſum eſſe, nec cogitur de iure ſuo fidem facere. l. 1. §. hoc interdictum. Cum agitur de itinere, cogitur actor fidem facere de iure ſeruitutis, quæ ſibi competit. hic quoq; cur non cogatur fidem facere ius ſibi ſeruitutis competere tractat. Quæſtio in l. vlt. hic. l. pupillo. §. ſi quis riuos. ff. de ope. no. nunt. Prodeſt hic locus ad interpretationem l. 12. alias 15. qui viam. ff. de operis noui nuntia.

AD TIT. XXII.
DE FONTE.

QVINTVM interdictum eſt, quod pertinet ad aquam ex fonte hauriendam. Non enim tantum de aqua ducēda, ſed & haurienda interdicta dantur. l. 1. hic. ff. Et eſt prohibitorium: quia prohibet quo minus de fonte hauriatur aqua. Pertinet hic locus maxime ad ſeruitutes ruſt. præd. Notandum locus communis de ſeruitutibus. Seruitutes omnes perpetuam cauſam habere debent, quia vti quando lubet oportet. Hoc interdictum de ciſterna non loquitur. l. vnica. §. hoc interdictum. ff. hic. Sextum eſt interdictum de reficiendo fonte. §. deinde ait Prętor. d. l. vnica, hic. Hauriendæ duo ſunt interdicta, vnum prohibitorium, alterum reſtitutorium, quo reſtituitur quod factum non fuit.

AD TIT. XXIII.
DE CLOACIS.

EST interdictum vnum de cloacis priuatis, alterum de cloacis publicis. l. 1 in fi. ff. hic. Magnus olim Romæ cloacarum vſus fuit. vnde ſubternauigabilis Roma dicebatur. Duo ſunt de public. cloacis interdicta. Nullum reſtitutorium: quia ad curatores hoc munus reficiendi pertinebat. vide l. 1. §. pen. hic. Datur prohibitorium ne vis fiat reſtituere volenti, reficere cupienti.

AD TIT. XXIIII.
QVOD VI, AVT CLAM.

HOc interdictum propoſitum eſt aduerſus eos, qui in prædiis alienis opus aliquod faciūt quod noceat. eſtque reſtitutorium. Extat huius formula in l. 1. hic in princ. ff. non eſt prohibitorium. iubet reſtitui ſi quid vi, aut clam factum ſit. Ad quæ pertineat, videnda eſt l. 1. §. hoc interdictum, & l. ſi alius. §. notauimus. ff. hic. Qui fructus colligit ex alieno agro, aliquid facit: ſed hic intelligitur de opere. Idem l. vim facit. §. vlti. hic. Locus hic nauem inter res mobiles eſſe oſtendit. Pertinet hoc interdictum ad ea quæ in ſolo fiunt. Quid ſi in loco ſacro, publico, religioſo? adhuc hoc interdictum competet: d. l. vim facit. §. vlti. Vim facere eſt, vt docet Vlpian. l. 1. §. in factum. hic. Clam facere quid ſit docet in l. 3. §. vlti. & ſeq. Notandus locus communis de ignorantia facti: nunc videndum cui, & contra quem detur hoc interdictum. Datur non tantum domino fundi: ſed his omnibus quorum intereſt hoc opus factum non fuiſſe. l. 16. qui. §. vlti. hic & legib. ſeq. l. competit. hic. ff. Notandus locus communis de eo quod intereſt. Datur item contra eum in primis, qui fecit vel qui mandauit fieri. l. Aut qui aliter. §. Hæc verba. Locus communis de mandante. Datur item contra poſſeſſorem operis facti. l. Semper. ff. hoc tit. Hoc interdictum ſcriptum eſt in rem, quod vi aut clam à quocunque eſt reſtituas. Sequens locus eſt de officio iudicis. Ad quid condemnari debet is, qui quid vi, aut clam fecit, vide l. ſemper. §. hoc interdicto hic. Litis æſtimatio in hoc iudicio ineunda eſt. Similis locus eſt in l. competit §. vltim. In hoc interdicto non inquiritur an iure factum ſit, nam poſſeſ-

ſorium eſt, ſicut & cætera. l. 1. §. 1. & nihil pronuntiat iudex niſi vt reſtituat. Sunt autem certi caſus in quibus abſoluitur reus. Primus, ſi remiſſa ſit nuntiatio. Nam poſt miſſionem non reſtituitur. l. 7. §. ait Iulianus. ff. hic. Secundo abſoluitur reus etiam in hoc interdicto, cum actor ipſe opus vi, vel clam fecerat. l. ſi alius. §. belliſſime. hic. ff. Tertio ſi incendii arcendi cauſa opus fiat: ſed eſt diſtinctio in l. ſi alius. §. eſt autem. Hac exceptione vtetur reus ita demum, ſi ad hunc vſque locum ignis peruenerit. Contraria videtur l. ſi quis fumo. ff. ad leg. Aquil. niſi probabilis fuit metus incendii, & veriſimile ſit ignem vſque ad illum locum venturum. Nam tum exceptio daretur. Quarto non datur exceptio, ſi prædium in quo opus factum fuit, non noceat. l. ſi alius. §. plane. Quinto is qui paratus eſt iudicium ſubire & ſatiſdationem offert. l. 3. §. ſi quis paratus. ff. hic. Nunc videndum in quo differat ab interdicto de noui oper. nuntiat. Datur niſi nouum opus denuntiatum fuerit: hic non item. nam non tantum datur: ſed etſi vi, vel clam. Præterea interdictum de noui oper. nunciat. perpetuum eſt. d. l. Prætor. ff. de noui oper. nun. hoc annale eſt.

AD TIT. XXV.
DE REMISSIONIBVS.

PENDET ex tit. ſuperiori quod vi aut clam. Diximus interdictum quod vi aut clam competere ſi nuntiatum ſit nouum opus: niſi remiſſa ſit nuntiatio. vt autem intelligeremus cuius effectus eſſet hæc remiſſio, hic pars edicti adſcripta eſt. Formula eſt hic. Dixi eum, cui nouum opus nuntiatur, accedere Prætorem ſolere, vt remittat ei nuntiationem, ſi nuntiandi ius habeat, alioqui tenet nuntiatio, & remiſſio nulla eſt. Si ius habeam prohibendi, valet pronuntiatio. l. 1. ff. de oper. no. nunt. quod latuit Accurſ. Prodeſt ei qui habet ius ædificandi ipſa remiſſio. Docui in explicatione l. Qui viam. ff. de ope. no. nunt. quomodo hæc verba accipienda ſint. Videtur contraria l. 1. §. vlt. ff. de no. ope. nunt. niſi alieno nomine nuntiet: ſed non eſt contrarietas. Vſufructuarius in re, in qua vſumfructum habet, procurationem quandam habet. l. 1. vſufruct. quem. caue. nomine proprietarii poterit nouum opus nuntiare.

AD TIT. XXVI.
DE PRECARIO.
CAP. I.

PRecarium definit Vlpi. in l. 1. quod concedit quis vtendum: his verbis differre intelligimus hunc contractum ab aliis, in quibus res traditur. Differt à depoſito, quia res non datur vtenda: ſed cuſtodienda. A locato differt, quia gratis ſit & precibus: à commodato differt etiam quod ad certum ſuum res commodatur. l. in rebus. §. ſicut. ff. commod. hic autem quoties voluerit reuocare, id liceat. commodatarium non reuocare niſi vſu finito. à donatione etiam differt, vt hic.

Quæ res precario conceduntur. CAP. II.

RES omnes precario concedi poſſunt, non tantum corporales: ſed etiam immobiles, iura etiam. l. 1. 2. 3. 4. hic. ff. l. & habet. §. precario. ff. hic. Seruitutes enim poſſunt precario concedi, itaque defendi poteſt ſeruitutes in pignus dari. l. viæ. ff. de ſeruitutib. contra receptam opinionem. Poſſeſſio enim conceditur precario. l. & habet. §. vlti. Sed an rei propriæ conſiſtat precarium, tractat. quæſt. in l. certæ. §. quæſitum. hic. Cum dicimus, emptio rei ſuæ non conſiſtit. Verum eſt, ſi proprietarius poſſeſſor ſit: ſed ſi alius poſſeſſionem habet, poteſt precario habere poſſeſſionem.

De effectu precarii. CAP. III.

EFfectus precarii eſt, quod is qui precario rem vtendam habet, eam poſſideat. l. 4. §. 1. & l. & habet. hic. ff. Hic docet Pomponius quomodo accipiendum ſit quod dicitur, duos non poſſe eandem rem in ſolidum poſſidere. Verum eſt enim de eodem genere poſſeſſionis: tamen in l. qui precario, ei qui precario poſſidet, datur interdictum vti poſſidetis: in interdicto vti poſſidetis ille excipitur, qui conceſſit precario. Huic ſententiæ contrarium videtur quod dicitur in l. certæ. §. is, qui rogauit. ff. hic. verum ibi rogauit vt poſſideret precario: ſed vt precario in fundo moretur, & tunc nulla tranſit poſſeſſio: niſi velit quis dicere quod poſſideat nomine alieno. Is qui precario rem accepit ab alio, poteſt ea re vti cum ſuis. l. cum precario. pen. ff. hic. nec eſt opus expreſſione. Eſt locus communis, in l. ſi ita ſtipulatus fuero. ff. de verb. oblig. idem dicitur, vbi ſi aliquem ex familia promiſſor prohibuerit, tenetur. & ita ſtipulatio interpretatur, quamuis ſtrictam interpretationem recipiat. hoc intelligitur donec precarium reuocatur. Reuocatur autem, cum is, qui rogatus eſt expreſſim reuocauit. d. l. & habet. Quid ſi conuentio contraria adiecta ſit in precario? tractatur in l. cum precario. ff. hic. Definitum eſt tempus precarii in Calendas Iunias: qui conceſſit, vult ante reuocare. An ſit danda exceptio ei, qui precario accepit, videtur quod ſic: & tamen hic contrarium dicitur. Vulgo hic dicitur pactum eſſe contra naturam precarii: ſcilicet vt libeat precarium ſoluere cum libuerit, fortaſſis non male diceretur precarium valere in Calendas Iunias. Hæc verba ſunt ambigua, ſcilicet vt vltra non poſſideat: non quod non poſſit ante Calendas Iun. reuocare.

Secundo finitur morte rogantis. d. l. cum precario. §. vlt. & l. quæſitum. §. quod à Titio. ff. hic.

Tertio finitur ſolutione debiti. l. ſi debitor. ff. hic. Quarto alienatione rei finitur. d. l. quæſitum. §. illud. Sed cum diſtinctione hoc accipiendum eſt.

Quinto finitur finito tempore precarium. l. 4. & 5. ff. hic. Videndum eſt finito precario, ſi non reddatur res, quæ precario conceſſa eſt, quænam actio detur. Et dicitur dari interdictum de quo loquimur. l. 2. hic. Et ita habet locum ſi aliter ſibi non cauerit. l. & habet. §. cum quis. Subſidiarium eſt hoc interdictum.

Cui & contra quem detur. CAP. IIII.

HOc interdictum datur non domino ſed ei, qui dedit precario rem vtendam alii. d. l. quæſitum. vult prætor reſtitui ei à quo precario habemus rem. Dominus ergo non vtetur hoc interdicto. Datur etiam hæredi. Datur autem contra eum qui habet, licet alius rogauerit. l. 4. Hæ omnes quæſtiones pendent ex formula prætoris & contra eum qui dolo deſiit poſſidere, vt edicto Prætoris continetur. l. quæſitum. §. eum quoque. ff. hic. Et perpetuum fere eſt aduerſus eum, qui rem habet. An contra pupillum datur? Dicitur quod ſic. l. vlt. §. fin. Not. locum communem de pupillo, qui poſſidet abſque tutoris auctoritate. Contra hæredes etiam datur. d. l. quæſitum. §. fin. idem in l. 2. C. eod. Intra quod tempus detur. Et dicitur perpetuum eſſe. l. quæſitum. §. hoc interdictum. quia ſolemus precarium aliquando vltra annum extendere.

De officio iudicis. CAP. V.

OFficium iudicis eſt, vt iubeat rem reſtitui cum omni cauſa & vtilitate. l. quæſitum. §. ex interdicto. ff. hic. alioqui lis æſtimatur, & damnatur reus ad intereſſe, & culpæ ratio non habetur. Doli tamen ratio habetur. d. l. quæſitum. §. cum quoque. & in hoc differt à commodato, l. ſi vt certo. §. nunc videamus. ff. commoda. Hic eſt locus communis de lata culpa. quia licet reuocare ei, à quo precario acceptum eſt cum libuerit. Concurrit cum hoc interdicto actio præſcriptis verbis, vt dicitur in l. duo. hic. videtur contraria l. 14. interdictum. hic. vt docui in l. iuriſgentium. ff. de pact. Nulla certa formula actionis prodita fuit iure ciuili: quia vero ciuile negotium eſt, poterat actione præſcriptis verbis agi.

AD TIT. XXVII.
DE ARBORIBVS CÆDENDIS.

DVplex eſt interdictum de arboribus cædendis. Vnum eius arboris nomine proditum eſt, quę in alienas ędes impendet. Alterum, eius arboris, quæ impendet in alienum agrum. Deuntiandum eſt prius vt arborem adimat, idque teſtato, vel probationis gratia conficiantur tabulæ. Si nolit, permittitur vicino, cui nocet, adimere. Si impediat, datur hoc interdictũ, quo vis vetatur. hoc interdictũ prohibitorium eſt, & licet adimere & ſecũ portare domũ. Alterũ eſt de arbore, quę impendet in alienũ agrum. l. 1. §. Ait Prętor. ff. ſcilicet vmbra noceat agro meo, denuntiandũ eſt: ſi nolit, ego ramos præſcindam. Si impedire velit, dabitur hoc interdictum. quare autẽ vetet prætor ne deradicetur arbor, vide verba edicti. Dicet aliquis, non ſuadere rationẽ, vt interdicto locus ſit, vt ex Solonis ſententia quæ eſt l. vlt. ff. finiũ reg. Lex permittit

intra quinq; pedes arborem plantare: ſed tamen vult non noere vicini ædibus, vel agro. quæſtio tractatur l. 1. C. de interdict. Videtur interdicto locus non eſſe, dicet aliquis. Nam loquitur de arbore, quæ impendet in ædes alienas. Ideo de ea non loquitur, quæ non impendet: minus etiam ex 2. capite. ſed competere tamen ibi dicitur d. l. 1. C. de interdict. Nam apparet eam mentem fuiſſe Prætoris, & vtilitas ſuadet, vt producamus interpretationem ad illam cauſam vtilitatis gratia. Locus notandus eſt de interpretatione. Præterea, ſi quid in meo ſit, quod mihi noceat, an non potero propria auctoritate dirimere, & ſuccidere? Lex loquitur de opere facto: & licet tollere de opere ſcilicet manu facto, de quo lex loquitur, non de arbore, quæ non manu facta eſt, nec viſum fuit vtile eam excidere.

AD TIT. XXVIII. DE GLANDE LEGENDA.

INterdictum ita propoſitum eſt à Prætore l. 1. hic. Si ex arbore mea glans decidat, volo agrum tuum ingredi vt colligam & legem fructum: tu prohibes. quæritur an licebit? Dabitur hoc interdictum, quo permittitur fructus colligere. Prohibitorium eſt: & dicitur finiri præſcriptione trium dierum. hoc eſt fauore vicini, in cuius agrum decidunt fructus, ne ego moleſtia afficiam: ſed tertio quoque die colligam, ita eſt intelligendum. & male interpretantur, qui præſcriptionem aliter exiſtimant: & quartoquoque licet, ſecundo die non licet, aut vnoquoque. Dixerit aliquis, Nonne ſufficiebat actio de paſtu pecoris? Hic non pertinet. Datur in eum qui in meo pecus paſcit ſuum, & ita locum habere non poteſt: etſi immittat pecus ſuum in agrum vicini. habet vero locum l. qui ſeruandarum. §. vlt. ff. de præſcrip. verb. ſi in meo. Si vero immittat quis pecus in alienum agrum vt depaſcat glandem, quę in eius agrum decidit: quia nulla eſt certa actio, datur pręſcriptis verbis in factum. Addendum eſt hoc interdictum ita demum competere, ſi damni infecti caueam vicino. l. Iulian. ff. ad exhib. Concurrit etiam actio legis Aquiliæ. cum l. vltim. C. ad leg. Aquil. Datur, ſi quis manu aut corpore damnum aliquod fecerit. hic non facit: ſed præbet occaſionem damnum fieri.

AD TIT. XXIX. DE LIBERO HOMINE EXHIBENDO.

INterdictum hoc tuendæ libertatis cauſa proditum eſt. Datur aduerſus eum qui detinet liberum hominem pro ſeruo: vt exhibeat. De ſeruitute locus eſt cōmunis. l. Titio centum. ff. de condit. & demonſt. Viſum eſt hoc interdictum Prætori proponere, quamquam in eum qui detinet, animaduertatur lege Fabia de plagiariis. Exhibere dicitur, vt videatur an liber ſit, an ſeruus. Dicendum locum habere ita demum, ſi dolo malo detineatur. l. 3. §. is tamen. ff. hic. alioqui non habet locum vt ex edicto prætoris conſtat.

Cui competit.

HOc interdictum populare eſt, & cuiuis competit. l. 3. §. hoc interdictum. hic. ff. Actiones ita fere comparatæ ſunt, vt litibus via præcluderetur: vt perſequeretur vnuſquiſque quod ſua intereſt. Hinc quæritur intra quod tempus detur? Perpetuum eſt. & anno non finitur. l. 3. §. 1. hic. Quæri poteſt, ſi debitor latitet, an aduerſus receptantem dabitur hoc interdictum, vt exhibeat? l. vlt. hic. dicitur non competere, neque vtile. Finis huius interdicti eſt, vt libertati faueatur, & proprie propter eos qui ſeruos includunt, & ita eorum libertatem infringunt.

AD TIT. XXX. DE LIBERIS EXHIBENDIS, ITEM DVCENDIS.

DVPLEX eſt hic interdictum, de primo refertur ab Vlp. in l. 1. in princ. aduerſus eum, qui filium meum dolo malo detinet, vt exhibeat. Datur patri, cuius detinetur ab alio filius, hoc eſt, ſi inuitum detineat, l. vlt. hic. ff. Nam ſi ſua ſponte filius latitet, non dabitur aduerſus eum, apud quem latitat. nam datur ei facultas recedendi cum voluerit. Not. quod hoc competit etiam ſi dolo malo non detineat, & ita dolus malus non eſt neceſſarius. Quæſtio eſt, ſi filia, quæ eſt in poteſtate patris, alicui nupſerit, & latitet apud maritum, an aduerſus eum agendum ſit, vt exhibeat: ſic de matre apud quam latitat filius. Dicendum eſt patri competere, exceptis quibuſdam cauſis. l. 3. §. etiam. hic. ff. tametſi in poteſtate matris non ſit: puta ob nequitiam patris. De filia quæſtio eſt, in §. ſi quis filiam. d. l. 3. hic. ff. Nota interdictum de vxore exhibenda, & non tantum aduerſus extraneum: ſed etiam aduerſus patrem, vt exhibeat. Cæteris non datur ſemper, aliquando datur. vt d. l. 3. §. pari modo. hic. ff. Alterum de liberis ducendis interdicti huius mentio eſt. l. 3. in princ. hic. Prætor ipſe cognoſcet, etſi alias non ſoleat cognoſcere & hæc extraordinaria erit cognitio. tit. de extraord. actio. ff. Not. hoc iudicium deferri ex cauſa, ſi impubes ſit, cuius nomine vel interdicitur, vel Prætor cognoſcit. l. 3. §. Iulianus. donec ad pubertatem venerit. Not. ſequeſtrationem aliquando locum habere. l. 3. §. vltim. ff. hic. hodie locum habet, vt pendente lite res ſequeſtretur, quod iuri Romano contrarium eſt.

AD TIT. XXXI. VTRVBI.

HOc interdictum eſt ſimile interdicto vti poſſidetis. Eſt comparatum retinendæ poſſeſſionis cauſa. Differt, quod interdict. vti poſſid. datur pro rebus ſoli & immobilibus: hoc pro mobilibus datur, & in hoc differunt. Duo ſunt qui de proprietate & dominio Stichi contendunt, & non conuenit vter vindicare debeat, neceſſe eſt vt interdictum vtrubi interueniat. Exæquatum eſt cum interdicto vti poſſidetis. tempus rei iudicatæ ſpectatur. Hoc clarum eſt ex §. retinendæ. Inſtit. de interdict.

AD TIT. XXXII. DE MIGRANDO.

INterdictum de migrando in gratiam inquilinorum proditum eſt, qui ex domo conducta migrant, ſi dominus velit eos exportare ſupellectilem, ne vis fiat in ea exportanda, & ſi res obligatæ ſunt quæ portatæ ſunt in ædes locatas. & ideo intelligendum ſi locator neget ſe intuliſſe vt obligarentur ei, ea iuſta cauſa erit reddendi interdicti. Aut ſi dicat ſe quidem intuliſſe ea ratione: ſed tamē perſoluiſſe mercedem. hæc ex verbis interdicti facilius cognoſcuntur. l. 1. hic. ff. Hoc extraordinarium erat remedium, & raro hoc interdictum reddi ſolebat, vt l. 2. ff. ex quib. cauſ. maio. De domo locata loquitur Prætor in interdicto ſuo, & de mercede vtile interdictum dabitur, etiam ſi gratuita habitatio data ſit. Item ſi ante tempus locationis finitæ velit tranſportare, cum penſio non debetur, niſi velit repræſentare, & ante tempus ſoluerit. Non poterit vti hoc interdicto, niſi totam penſionem perſoluerit. Hoc interdictum ad quaſcunque res pertinet, quas inquilinus induxerit in domum locatam.

AD TIT. XXXIII. DE SALVIANO INTERDICTO.

SALVIANVM interdictum interpoſitum eſt in gratiam eorum, qui locant res ſuas & prędia, & eo nomine obligatas habent res debitorum. Pro mercede datur ad perſequendas res mercedis nomine obligatas, vt earum poſſeſſionē mihi acquiram. §. item Seruiana. Inſtit. de actio. Dicitur adipiſcendæ poſſeſſionis eſſe. §. adipiſcēdæ. Inſtit. de interdictis. Differt à Seruiana actione, quod, vt ſæpe dixi, hæc iudicia ſint poſſeſſoria, non petitoria. In Seruiana quæritur de iure pignoris præſertim, & peritur eas dici obligatas eſſe: & iudex pronuntiat id pro mercede debita, & domo locata. Additur etiam vt res reſtituatur ei, cui res obligata eſt. At in interdicto nihil pronuntiat iudex: ſed iubet reſtitui poſſeſſionem rei eius, quæ dicitur obligata eſſe iure pignoris, & non eſt plena cognitio, vt in actione Seruiana. Differt igitur in hoc tantum, quod vnum petitorium eſt, alterum poſſeſſorium: tamen proprietati præiudicium non facit. Hinc quæſtio, cui & contra quem detur hoc interdictum? Contra conductorem debitorem. C. de preca. Vtile interdictum dabitur aduerſus quemcunque poſſeſſorem, vt colligitur ex l. 1. hic. nec directum poterit competere.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI IN LIB. XLIIII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM, PARTITIO METHODICA.

AD TIT. I. DE EXCEPTIONIBVS, PRÆSCRIPTIONIBVS, ET PRÆIVDICIIS.

IVDICIVM à prætore olim conſtitui ſolebat, aut purum, aut ſimplex, aut cum exceptione ſeu præſcriptione aliqua, quam addi iudicio reus commodi ſui gratia poſtulabat, vt dominus, in l. iuriſgentium. ſupra de pactis. Si enim addita non fuiſſet in conſtitutione iudicii, fruſtra eam reus coram iudice dato opponebat. Exempli gratia, ſi Titius petat ſibi iudicium à prætore dari aduerſus Mæuium, ſi paret eum Mæuio ex cauſa mutui dediſſe, poterit Mæuius petere, vt cum exceptione aliqua id fiat, puta niſi poſtea concedat vt ea pecunia non petatur, l. 5. Hanc exceptionem ait Paulus conditionem eſſe, l. exceptio eſt, hic. Nec vero prohibetur reus plures addere exceptiones, quamuis diuerſæ ſint, l. is qui. l. Mæuio. hic. Veluti ſi concedat ne de pecunia petatur, ſi inter me & te iudicatum non ſit, ſi iureiurando lis finita ſit, ſi non longo tempore poſſederim, &c. Id enim expedit ei qui vel omnes, vel ex his aliquas pro arbitrio ſuo probare potuerit: nec ideo dicitur aduerſarii intentionem confiteri, quamuis has exceptiones iudicio addi faciat, l. non vtique. hic. Sed cum impetrationes tam actionum quam exceptionum ſublatæ ſint, de form. & impet. ſubl. quæri poteſt quomodo & quando exceptionibus vti quis poſſit. Et diſtinguendæ ſunt exceptiones peremptoriæ ſeu perpetuæ à dilatoriis & temporalibus, vt l. 2. & 3. hic. Nam exceptiones peremptoriæ poſſunt quandocunque ante ſententiam opponi, modo prius earum conteſtatio habita ſit, l. præſcriptionem. l. ſi quidem. C. eo. l. emptor. C. de præſcript. longi tempo. l. peremptorias. Cod. ſenten. reſcindi non poſſe. Aliquando reus confidit actoris intentionem probationibus deficere, & nulla exceptio eſt ei neceſſaria, ſed tantum inficiatione opus eſt. Aliquando vera eſt eius intentio, vt inficiari eam non poſſit reus: quo caſu confitendo verum eſſe quod intendit actor, exceptionem opponere poteſt. Interdum reus dubitat an actoris intentio vera ſit nec ne, & tunc inficiari poteſt habita exceptionis conteſtatione, vt Diocletianus ait, l. ſi quidem. ac poſtea quam actor probauerit intentionem ſuam, reus exceptionem opponere & probare poterit, modo lata non ſit ſententia, quod facere non poſſe videtur, niſi ab initio eius exceptionis facta fuerit conteſtatio, dicta l. præſcriptione. l. emptor. Licet vulgo perceptum ſit hanc conteſtationem minime neceſſariam eſſe. Dilatoriæ autem exceptiones initio opponi debent, nec ſufficit earum conteſtatio, ſed tunc demum probare eas oportet, cum actor de intentione ſua docuerit, l. exceptionem. C. de probat. l. ita demum. ſupra de procur. C. Præſcriptiones fori quæ vulgo Dilatoriæ dicuntur, in initio opponi debent, & etiam, vti cenſent interpretes, probari, l. vlt. C. eodem. Quædam exceptiones cohærent rei, aliæ perſonæ, l. 7. hic l. in omnibus. l. priuilegium. de regulis iur. not. in §. vlt. de perpe. &c. Inſtit. De præiudi. alibi diſſeremus

AD TIT. II. DE EXCEPTIONE REI IVDICATÆ.

CAP. I.

NON immerito conſtitutum eſt, vt res iudicatæ non tractentur, & vt ſingulis controuerſiis ſingulæ actiones, vnumque iudicium ſufficiat. Nam alioquin lites aduerſus commodum publicũ multiplicarentur, nec vllum exitum res habere poſſet, l. ſingulis. hic. Vnde actum agere vetamur vetere prouerbio, quod ad conſuetudinem iudiciorum tractum eſſe admonet Don. in Terentium. Itaque quamuis abſolutus ſententia iudicis adhuc ipſe obligatus maneat, tamen ſi iterum conueniatur, exceptionem opponet rei iudicatæ, l. Iulianus. de condict. indeb. §. Item ſi in iudicio. Inſtit. de except. Hæc igitur exceptio datur reo, ſecũdum quem iudicatum eſt: actori autem non datur contra quem eſt iudicatum, l. euideter. niſi forte in reſtitutionem fructus, vel partus venerint, æſtimatique ſint. tunc enim exceptionem hanc obiicere poterit, l. ſi quis eum. §. plane. Datur etenim actori aduerſus reum condemnatum: ſi poſt exequutionem ſententiæ reus controuerſiam ei faciat. quod Paulus Caſtrenſis annotauit, l. ſi à te. §. vlt.

Cauſæ huius exceptionis. CAP. II.

CVm eadem res ſiue cauſa agitur, vel (quod idem eſt) eadem quæſtio reuocatur apud poſteriorem iudicem, huic exceptioni locus eſt. Tunc autem dicitur eadem res agi, vel eadem quæſtio reuocari, cum res eadem petitur, eadem eſt conditio perſonarum, eadem eſt petendi cauſa: quorum omnium ſi quid deficiat, aliud negotium, alia quęſtio, ſiue controuerſia eſſe intelligitur, nec obeſt exceptio rei iudicatæ, l. cum quæritur, l. cum de hoc. De iis igitur ſigillatim videamus.

De re petita. CAP. III.

REm accipere debemus corpus, quantitatem, aut ius, ex d. l. cum quæritur. Corpus autem, etſi diminutum, vel auctum ſit, aut aliquo modo (vt fit) immutatum fuerit, idem nihilominus recte ſic dicetur, l. & an eadem. hinc illæ quæſtiones exiſtunt: Quid ſi totum petitum fuerit in iudicio priore, deinde pars in poſteriore petatur, l. ſi quis, cum totum: cum duo corpora, deinde horum alterum, d. l. ſi quis. §. idem erit probandum. ſi cum fundus, deinde arbores ex eo exciſæ: inſula, deinde area, aut ligna vel lapides: nauis, deinde ſingulæ tabulæ: ancilla prægnans, deinde partus editus: hæreditas, deinde res ſingulæ: debitum hæreditarium, deinde hæreditas, d. l. ſi quis cum totum. & l. 3. poſſeſſio, deinde proprietas, l. & an eadem. §. ſi. iter, deinde actus, l. ſi mater. §. ſi quis iter. grex, deinde ſpeciale corpus, l. ſi cum argentum. fundus, deinde vſuſfructus, aut contra, d. l. ſi cum argentum. §. ſi fundum. vſura, deinde ſors, l. ſi in iudicio. ius tollendi vſque ad decem pedes, deinde vſque ad viginti pedes, l. egi. fundus, inſula deinde è regione nata, d. l. egi, §. vlt. menſæ legatæ, deinde totum argentum legatum, deinde veſtis legata. d. l. ſi cum argentum. de quibus hic abunde tractatum eſt à iuris auctoribus.

De perſonis. CAP. IIII.

INter eaſdem perſonas poſteriorem eſſe litem oportet, vt eadem cauſa agi intelligatur, & exceptio rei iudicatæ locum habeat: nec refert an poſterior controuerſia ab ipſis mota, an à procuratore, tutore, curatore aliiſue huiuſmodi perſonis, quę rem in iudicium deducunt, l. 42. l. ſi mater. §. hoc iure. ſed etſi cum hærede hic ſit, pro eadem perſona habetur, in auth. de iureiuran. à moriente præſtito. Quid ſi cum ſingulari ſucceſſore, cuiuſmodi eſt emptor? Conſtat rem aduerſus eum, vel pro eo iudicatam, alteri nec prodeſſe nec nocere: quamuis è contrario exceptio rei iudicatæ à perſona auctoris ad emptorem tranſeat, l. ſi à te. §. ſi. Notandum tamen eſt, rem aduerſus auctorem iudicatã ita demum nocere ſingulari ſucceſſori, ſi antea iudicata fuerit, quã is ſucceſſiſſet, & ab eo cauſam habuiſſet, l. iudicatę. §. ſi debitor. Itẽ ex re pro filio iudicata patri acquitur hæc exceptio, l. ſi mater. §. ſi quis hominẽ. ſcilic. ſi filius cõueniatur vt principalis debitor: pater vero de peculio.

His

His perſonis exceptis res inter alios iudicatæ aliis nec proſunt nec nocent. Vnde ſententia lata contra legatarium non præiudicat libertati, l. 1. & pro vno hærede lata cæteris non prodeſt, l. ſi cum vno. nec etiam nocet, niſi fauore libertatis iure ſingulari, l. iudicatæ.

De cauſa petendi. CAP. V.

EAdem res agi intelligitur, cum eadem eſt cauſa petendi. Nam ſi idem corpus, de quo iudicatum eſt, denuo petatur, ſed ob diuerſam cauſam, non nocet rei iudicatæ exceptio, vt diximus: nec multum intereſt, an eadem actione, an alia quis experiatur: ſed tantum hoc ſpectamus eademne ſit, an diuerſa cauſa propter quam petitur, l. de eadem. l. ſi quis cum totum. §. & generaliter. l. ſi mater. §. eandem. §. denique. l. & an eadem. §. actiones. l. vlti. Sane inter actiones in rem & in perſonam aliqua reperitur differentia. Nam ſi eadem res pluribus ex cauſis mihi debeatur, l. non eſt nouum. de act. empt. ſingulas obligationes ſingulæ cauſæ ſequuntur, id eſt, pro ſingulis obligationibus ſingulæ cauſæ ſiue controuerſiæ poſſunt moueri, l. & an eadem. §. actiones. nec obſtat agenti in perſonam, hoc modo exceptio rei iudicatæ, quia aliam actor exprimit cauſam ſuę intentionis. At cum quis in rem agit, tanquam dominus, quia cauſam dominii exprimere & omittere poteſt, ſi eam non expreſſerit, omnis ei via ad agendum præcluditur. Poſtremo animaduertendum eſt aliquando de re eadem inter eaſdem perſonas, eandemque ob cauſam denuo agi poſſe, cum vel ceſſat cauſa, propter quam reus abſolutus fuit: cuius rei exemplum eſt in actionibus in rem, & ad exhibendum, ſi reus abſolutus ſit, quod non poſſideret, & is poſſidere poſtea cœperit, d. l. ſi inter. l. ſi à te. l. ſi rem meã. l. ſi quis. ad exhibend.

AD TIT. III.

DE DIVERSIS TEMPORALIBVS PRÆSCRIPTIONIBVS, & acceſſionibus poſſeſſionum.

SVB hoc titulo quarundam præſcriptionum ſiue exceptionum temporalium fit mentio, cui titulo reſpondent plerique lib. 8. C. Iuſtiniani. In primis igitur præſcriptio quædam eſt triennii, competens ei qui rem aliquam mobilem cum titulo & bona fide tribus annis poſſedit. Cum enim tanto tempore poſſidendi dominus ſit effectus, dubitandum non eſt, quin præſcriptione temporis quemlibet agentem ſubmouere poſſit, l. 2. C. in quibus cauſis. Hanc autem poſſeſſionem conſummatã eſſe oportet ſine temporis legitimi interruptione. l. 3. & 5. de vſucap. Et ſciendum eſt interruptionem hanc non fieri denuntiatione aliqua, aut etiam litis conteſtatione, ſed ſententia tantum, l. 2. §. vlt ſupra pro empt. præterquam in exceptis caſibus, l. vt perfectius. C. de annali excep. Si tamen lis fuerit conteſtata aduerſus rei poſſeſſorem, quamuis vſucapio interim proceſſerit, tamen ex bono & æquo ſequitur condemnatio, atque ita effecta per litis conteſtationem ſit interruptio, l. ſi poſt acceptum. ſup. de rei vind. Sed de hoc tempore plenius ſupra tractauimus tit. de vſucap. Eſt alia præſcriptio decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes, cui tunc locus eſt, cum res immobilis tanto tempore poſſeſſa eſt cum titulo & bona fide. l. 3. l. reſcriptis. hic, & hæc longi temporis præſcriptio dicitur. Imo poſſeſſori quoque actio datur tanquam domino, l. ſi quis emptionis. C. de præſcrip. triginta anno. Nec id mirum, cum à iuris auctoribus is dicatur vſucapere, vt s. hoc quoque tempus continuum eſſe debet. & litis conteſtatione interrumpitur. l. mora. C. de rei vindic. l. nec bona. C. de præſcrip. longi temporis, item dies vltimus legitimi temporis cœptus, non etiam completus ſufficit. l. permittit. hic. & in vſucapionibus. ſupr. de vſucap. Hęc præſcriptio ceſſat in quibuſdam caſibus, veluti in actionibus perſonalibus, l. neque. C. quibus non obſtat long. temp. præſcrip. Item in iis, quæ mixtam cauſam habent. l. vnus. C. in quibus cauſis præſcript. De quibus vide tit. Cod. in quibus cauſis ceſſ. long. temp. præſcrip. & ſeq. Alia eſt longiſſimi temporis præſcriptio, ſcilicet triginta vel quadraginta annor. cuius mentio nulla eſt in Pandectis, ſed de ea extat tit. in C. Iuſtinianeo lib. 7. Ad hanc pręſcripitonem acquirendam, nec titulo nec bona fide opus eſt, ſed poſſeſſio tantum eſt neceſſaria. vnde quis nomine alieno hãc exceptionem ſibi acquirere non poteſt, l. male agitur. C. de præſcript. triginta vel quadraginta anno. Præſcriptione triginta annorum omnis actio ſiue in rem ſiue in perſonam tollitur: his exceptis, quæ olim perpetuæ non erant, ſed breuiore tempore finiebantur. l. ſicut. C. de præſcript. 30. vel 40. annorum. nec vltimus dies cœptus habetur pro completo, l. in omnibus. de act. & oblig. infra. Actio autem hypothecaria hac præſcriptione non ſubmouetur, niſi tertius poſſeſſor conueniatur. Nam ſi conueniatur reus qui rem ſuam obligauit, duntaxat annorum præſcriptione iuuabitur, d. l. cum notiſſimi. l. 1. & 2. C. de annali except. cuius temporis præſcriptio, & in aliis plerunq; locum habet, vt in l. 1. §. vlt. C. de annali excep. l. in res. C. de iur. dot. & l. ſicut. C. de præſcript. 30. an no. Huius longiſſimæ poſſeſſionis alius eſt effectus præter præſcriptionem ſiue exceptionem, de qua iam diximus. Nam ſi poſſeſſor ab initio bona fide poſſeſſionem rei nactus ſit, actio ei competit tanquam domino aduerſus quemlibet alium nouum poſſeſſorem, l. ſi quis emptionis. §. quod ſi quis. Si vero mala fide poſſeſſionem acquiſierit, deinde eam amiſerit, nulla ei ſupereſt actio, niſi aduerſus violẽtum poſſeſſorem, d. l. ſi quis. §. ſed hæc. Eſt & præſcriptio viginti annorum in fiſci quæſtionibus, l. in omnibus. exceptis quibuſdam cauſis in quibus minora tempora ſeruari ſpecialiter conſtitutum eſt, veluti cum bona vacantia, quæ nondum fiſco nuntiata ſunt, ab aliquo poſſident. Nam is quadriennii præſcriptione agentem ſubmouet, l. intra. hic. l. 1. §. vlt. infra de iure fiſci. l. 1. C. de quadrien. præſcript. Alioqui res, quæ fiſci ſemel effectæ ſunt, per denuntiationem ſcilicet, & incorporationem, non poſſunt vſucapi, vt ſupra dictum eſt, tit. de vſucap. l. vſucapionem. Sed & hæc quoq; præſcriptio annorum 4. alias locum non habet, vt puta cum fiſcus aut Princeps vel Auguſta rem alienam vt ſuam vendidit, quo caſu emptor nunquam, fiſcus vero ante quadriennium duntaxat conuenitur. l. omnes. l. bene. C. de pręſcrip. 30. anno. & §. vlt. de vſuc. Inſtitu. de tempore dato iudicatis & tempore quo lis perit, mentio eſt in l. 1. & 2. de acceſſione poſſeſſionis, in l. 5. 6. 14. 15. 16.

AD TIT. VI.

DE LITIGIOSIS.

HIc tractatur de alio quodam genere exceptionis. Nam ſi quis rem litigioſam ſciens emerit à quocunque eam deinde petat, exceptione ſubmouetur, l. 2. §. 1. & l. 2. quia huiuſmodi alienatio hodie non tenet, ſiue ſciens, ſiue ignorans quid emiſſe proponatur, l. 2. & vlt. C. eo. Idem dicendum eſt, etſi eam in pignus accepit, l. 1. ſupr. quæ res pign. oblig. poſſ. quouis alio titulo eam conſecutus ſit, eademque eſt vera eius cui redditur actio, l. 2. & vlt. C. eod. Litigioſa autem res non fit per denuntiationem, quæ fit venditionis impediendæ gratia, l. 1. & l. 2. C. eod. Sed opus eſt conuentione iudiciaria. in authen. de litigioſ. §. 1. nec refert an cum aliquo ſit mota lis, an cum eius tutore, curatore, procuratore, vt l. 1. hic. Verum intereſt, an ab eo, cum quo lis mota fuerit, emerim, an à tertio: quia hoc poſteriore caſu non dicitur res litigioſa, nec impeditur alienatio, l. 1. §. 1. Hinc apparet hoc ius multum differre ab edicto Prætoris, de alien. iud. mut. cauſ. fact. cum illud edictum de alienatione loquatur ante iudicium, ſeu motam litem facta, l. & hoc edicto dicitur. de alien. iud. mutan. cauſa fact. Pręterea notandum eſt, tam in emptorem, quam venditorem rei litigioſæ pœnas conſtitutione Iuſtiniani ſtatutas eſſe, quarum in Pandectis nulla reperitur mentio, l. vlt. C. eod. Gaius tamen hic cap. vlt. duplici pœna eum afficiendum eſſe ſcribit, qui rem litigioſam dedicat in ſacrum.

Sunt tamen aliquot caſus in quibus non prohibetur alienatio rei litigioſæ, vt puta ſi ex cauſa legati vel fideicommiſſi, dotis ante nuptias, donationis, tranſactionis, diuiſionis rerum hæreditariarum fiat. l. 3. & vlt. C. eo. Idem dicendum eſt, etſi ex quacunque cauſa neceſſaria res alienetur. l. diuus. ſupra, de petit. hæred. l. alienationes. ſupra fam. erciſc.

AD TIT. VII.

DE OBLIGATIONIBVS ET ACTIONIBVS.

HVIVS tituli inſcriptio corrupta circumfertur, nam vulgo ſic inſcribitur, De actionibus & obligationibus. quod perabſurdum eſt & contra fidem Pandectarum Floren. Rationi enim cōgruum eſt, quemadmodum ex obligationibus actiones naſcuntur, ita prior tituli pars ſit de obligationibus posterior de actionibus inſcribatur: quem ordinem nos ſequemur, vt prius de obligationibus, poſt de actionibus dicamus. Obligationis definitionem tradit Iuſtinian. ſub tit. Inſtit. de oblig. Obligatio eſt, inquit, iuris vinculum, quo neceſſitate aſtringimur alicuius rei ſoluendæ gratia ſecundum noſtræ ciuitatis iura. Ex hac definitione ſatis apparet de ea obligatione nos loqui, quæ ad aliquid præſtandum auctoritate publica nos obligat, non de obligatione naturali, quæ proprie non dicitur obligatio. nam (vt Iulianus ait) in l. fideiuſſor. 17. §. fideiuſſor. ff. de fideiuſſori. minus proprie, & abuſiue naturalis debitor debere dicitur. Nec mirum cum vere debitor obligatus dici non poſſit, à quo inuito exigere non poſſumus, l. debitor. infra de verb. ſign. Similis locus eſt in l. is cui. §. fin. hic. Creditores (inquit) eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel ciuilem habent: ſic tamen vt exceptione ſubmoueantur, vt honorariam, vel in factum. Ex quo loco apparet ad hoc vt quis creditor dicatur, non referre an actionem habeat ciuilem vel honorariam, vel in factum extraordinariam vel ordinariam: directam, an vtilem: certā, an incertam. Porro tunc agere in factum dicimur, cum nec formulam nec actionem præſcribimus, quæ actio plerunque extraordinaria dicitur. Nam quoniam actionum plenus non eſt numerus, plerunque actiones in factum deſiderantur, ait Pomponius in l. qui actionum. de præſcrip. verb. Hinc extraordinarium ius dicitur in l. cum filiusfa. ſi cert. pet. Et ordinarium & extraordinarium ius in l. creditores. 10. de verb. ſign. Hinc vtile iudicium in l. ſi longius. §. 1. de iudic. Ex his oritur quæſtio, an is qui ſub conditione debet, proprie obligatus dicatur? hæc quæſtio tractatur in l. is cui. 41. hoc tit. In qua deciditur, in legatis quidem non dici creditorem eum cui ſub conditione debetur: vtique vero in ſtipulationibus. In qua eſt locus communis de ſtipulationum & legatorum differentia. Ex quo apparet actionem ex ſtipulatu firmiorem actionem eſſe actione ex legato, quod ex aliis etiam iuris ciuilis locis apparet. Nam legatum conditionale non tranſit ad hæredem, l. vnica. §. ſin autem. Cod. de caduc. tollen. In ſtipulatione vero ſpes debiti etiam ad hæredes tranſmittitur. Inſtitut. de verbor. oblig. §. ex conuentionali. Item conditio adiecta legato, facit vt res interim ſit hæredis, l. 1. §. ſui. ad Silan. in ſtipulatione non obſeruatur. Ex definitione Iuſtiniani colligimus eā ſtipulationem nullius eſſe momenti, quæ continet conditionem in voluntatem promiſſoris collatam, l. ſtipulatio nō valet. infra de verb. oblig. l. ſub hac. 7. hoc tit. Ex eadem etiam colligitur, eum qui obligationem contraxit, non poſſe obligatione liberari, niſi id amborum conſenſu fiat. Inſtit. quib. mod. toll. oblig. §. vlt. quamuis in certis contractibus plerunque eueniat, vt liceat etiam ſine amborum conſenſu recedere, vt in ſocietate: ſed hæc non ſunt noſtri loci. Ex hac definitione etiam colligitur, hanc eſſe ſubſtantiam obligationis, vt rei dominium acquiramus, ſed vt alterum nobis obligatum habeamus ad aliquid dandum vel faciendum. l. obligationum. vtque poſtea per traditionem dominium acquiramus, vt ibi dicitur. & in l. traditionibus. ſupra de pact. Neceſſaria enim eſt traditio. Sed obiiciet aliquis, etiam ſolo conſenſu dominium transferri in l. vlt. C. de ſacroſ. eccleſ. Sed dicimus in eo non conſiſtere vim obligationis: præterea fauor eccleſiæ expoſcit, vt non ſit neceſſaria traditio.

De diuiſione obligationum. CAP. II.

PRoximus locus eſt de obligationum diuiſione: eſt autem alia ciuilis, alia naturalis. Hæc diuiſio ſumitur ex l. hæres à debitore. de fideiuſ. Porro hoc loco obligationem latius ſumimus quam in definitione Iuſtiniani: quandoquidem & naturalem comprehendimus. Quæ ſit ciuilis obligatio valde controuerſum eſt. Dixi de hac re ſententiam in commun. de pactis. in l. 1. naturalis obligatio eſt quæ ex ratione naturali oritur. Cuius fundamentum eſt ipſa æquitas: quæ ſententia confirmatur ex l. ſi noxali. ſupra de pecul. & l. Stichum. §. naturalis. infra de ſolutio. vbi vinculum æquitatis appellat. & l. nam hoc natura. & §. præcedenti. de condict. indebiti. nam æquum eſt naturali obligationi ſatisfacere. Ex his ſatis conſtat naſci obligationem ex pacto conuento, tametſi multi diſſentiant. Sed noſtra ſententia ex eo nititur quod ait Paulus in l. cum amplius. infra de reg. iur. eum natura debere quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus. Ex iis amplius conſequitur, ſtatus & conditionis perſonarum nullam rationem habendam eſſe, nec ſeruum à libero, nec filiumfam. à patrefamil. diſtinguendum: quia naturalis ratio harum perſonarum aliquam diſtinctionem non nouit, l. naturalis. l. frater à fratre. ſupr. de condict. indeb. inde quæri ſolet an is in quem beneficium collatum eſt, natura teneatur ad remunerationem? Et certum eſt gratitudinem à I. C. maxime commendari. vnde recte ab Vlpiano dictum eſt, eum qui donat, aliquem ſibi naturaliter obligare, l. & ſi lege. §. conſuluit. de petit. hæred. verum hic nulla proprie eſt naturalis obligatio: cum hoc non agatur inter conferentem beneficium & accipientem, vt aliquid eo nomine is qui donat recipiat. Cum enim loquimur de obligatione naturali, eam intelligimus propter quam ſi non iudicio experiri, ſaltem petere & flagitare liceat quaſi debitum. & ſi non præſtetur, conqueri poſſumus. Turpe autem eſt, & viro prudenti non ſatis conuenit, ab eo in quem beneficium contulit, ἀντίδωρον ſeu debitum exigere: alioquin beneficium non erit, ſed creditum, vt diſputat Seneca lib. 3. de benefic. omnes enim obligationes quæ vere & proprie naturales dicuntur, ita contrahuntur vt quo ad propoſitum & voluntatem attinet contrahentium, neceſſariam præſtationem habeant. At cum liberalitatem in alium exercemus, id totum arbitrio accipientis relinquimus, vt idem Seneca ait. Naturalis autem obligatio pleroſque ciuiles effectus habet: ne quis exiſtimet diſputationem hanc ad philoſophos penitus reiiciendam. Nam tametſi non eam vim ſemper habeant, vt inuitus debitor ad ſoluendum cogi poſſit, ſi tamen ſoluerit prætextu erroris, ſolutum repetere non poterit, l. naturalis. hoc titul. Exemplum eſt inſigne in l. ſi quod. de cond. indeb. vbi ſi ſeruo debitam pecuniam manumiſſo poſtea ſoluerit dominus, repetere non poterit: quia (inquit I. C.) naturale debitum agnouit. Secundo hæc obligatio ad conſtituendam pecuniam prodeſt: in obligatione namque naturali etiam conſtitui pecunia poteſt, vt in l. 1. §. vltim. de conſt. pec. Tertio ad compenſationem prodeſt: quia naturale etiam debitum in compenſationem venire poteſt, l. 1. §. fideiuſſor obligari. de fideiuſ. Item nouatio quoque in eam cadit, l. 1. de nouat. Verum ne litibus via aperiretur, viſum eſt iuris auctoribus nō omnibus his obligationibus vim agendi tribuere, ſed certis quibuſdam ad rempub. tuendam neceſſariis: vt diximus tit. de pact. l. iuriſgentium. Atque hæ ſunt obligationes quæ ciuiles dicuntur, quia ex ipſo iure ciuili robur accipiunt, & à naturalibus obligationibus diſtinguuntur, l. hæres à debitore. de fideiuſſor. Nam etſi naturalis obligatio quoſdam effectus habeat ciuiles, vt ſupra diximus: eos tamen habere ex moribus potius & interpretatione prudentum, quam ex legibus dicendum eſt.

Quæſtio hic vulgo agitari ſolet, an pupillus naturaliter obligetur, cum ciuiliter non obligari certum ſit. Et vulgo dicitur, conſenſum parere naturalem obligationem: quia æquum ſit ea de quibus conuentum ſit ſeruari, l. 1. ſupra de pact. quo ſit vt naturaliter obligetur. nam qui infantiæ annos exceſſit, conſenſum habet. Difficultatem auget l. pupillus. hic, in qua dicitur, pupillum mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem naturaliter obligari. Similis eſt locus in l. & quod pupillus. de cond. ind. vbi ſi promiſit, aut ſoluit pupillus ſine tutoris auctoritate, repetitio eſt: quia (inquit) nec natura debet. Qui loci ex diametro pugnare videntur cum infra ſcriptis in l. 1. infra de noua. in fin. l. cum illud. §. hæres meus. quando dies legati cedat. l. ſi pupillus. ad leg. Falcid. l. in numerationibus. de ſolutio. l. Stichum. §. naturalis. eod. tit. l. ſi. de iureiur. l. ſi eius. ad S. C. Trebel. Vulgus interpretum, vt effugiat hęc contraria, exiſtimat l. pupillus. hic. & l. quod pupillus. de cond. indeb. de infante loqui: contrarias vero leges de eo qui infantiam exceſſerit: quod perabſurdum eſt. Nam de infante nulla vnquam fuit dubitatio, cum eius nec conſilium vllum ſit, nec voluntas. fruſtratoria fuiſſet ergo hæc diſpoſitio I. C. Cum vero id perpenderent noſtri temporis plerique doctiſſimi viri, alias rationes excogitauerunt legum conciliandarum. Ferretus exiſtimauit hanc legem ita accipiendam, vt mutuam pupillus

Pupillus an naturaliter obligetur.

pupillus pecuniam accipiendo, ne naturaliter quidem obligetur, id eſt, aduerſus pupillum non poſſit agi honeſte, obſtante naturali æquitate. Sed eius ſententia mihi non probatur, & loci quos ipſe citat, ad hunc locum pertinere non videntur. Baro intellexit hunc locum de iure naturali, quod à iure gentium diſtinguitur, id eſt, de mero iure naturali: cæteras autem leges contrarias intelligendas eſſe de eo iure naturali quod in nomen tranſiit iuriſgentium, id eſt, de eo iuregentium quod plerunque etiam ius naturale appellatur: quæ etiam diſtinctio non ſatisfacit. Ego exiſtimo naturalem rationẽ & æquitatem ſpectandam eſſe, & in primis conſulendam philoſophiam. Nec puto quemquam philoſophum ſimpliciter reſponſurum, pupillum, ſi non præſtet, quod conueniens ſit, contra officium facere. multa enim hic à philoſopho expendenda eſſe videntur. Nec illud ſolum inſpiciendum eſt, an quis conſenſerit & fidem dederit; vt pro hoc natura debere dicatur: ſed etiam an ex firmo iudicio conſilioque conſenſus proficiſcatur. Nam licet pupillus ſanæ mentis dicatur, nec ſit omnino ſimilis furioſo, non ideo tamen eius conſilium firmum eſt. cuius (vt inquit Caius, in leg. vlt. ſupra de manumiſ. vindicta.) infirmum conſiliũ multis captionibus ſuppoſitum eſt. Quamobrem iuris auctores naturam ducem ſecuti, ita rem temperant, vt modo obligari, modo non obligari dictitent. In iis enim in quibus nullum aut certe leue incommodum pupillo adfertur, fatentur eum naturaliter obligari: nempe vt nouatio eius obligationis, quæ in pupillum tranſlata eſt, rata facta intelligatur, dict. l. 1. de nouat. vt fideiuſſor accedat obligationi pupilli, d. l. Stichum. §. naturalis. infr. de ſolut. l. vlt. de iureiur. vt hæres quod ſibi à legatario datum eſt imputet in Falcidiam, leg. ſi pupillus. ad leg. Falcid. & huiuſmodi, de quibus ſupra diximus. Hæc enim non lædunt pupillum. Quoties autem agitur de graui incommodo pupilli, vt de retentione rei per errorem ab eo ſolutæ, ne natura quidem obligatus intelligatur, dict. l. quod pupillus. de cond. indeb. atque ita accipiendum eſt quod dicitur in l. pupillus. hic. ex Licinio Rufino, pupillum mutuam pecuniam accipiendo, ne naturali quidem iure obligari. Verba generaliſſima ſunt. Videtur autem ideo generaliter locutus, quod præcipuus effectus naturalis obligationis in ſoluti retentione conſiſtere videatur. l. naturales. hoc tit. moris autem non eſt Iuriſc. aliquid generaliter definire: ſed recte eorum dicta conſideremus. Cum igitur generalis ſit Rufini definitio, bona occaſio eſt conciliationis & expeditiſſima ratio, vt generi hic per ſpeciem derogetur, leg. in toto. de reg. iur. verba ergo Rufini generaliter accipienda ſunt: cæterarum legum contrarietates ſpeciales erunt. Addo quod inſcriptio Rufini lib. 8. regul. generalitatis fidem probat. Sed obiicitur aliud nobis in eadem ſpecie contrarium, ex leg. ſi cui. 64. ad Trebell. vbi pupillus ſi pecuniam ſine tutoris auctoritate ei creditam (quia naturaliter ibi debere dicitur) defuncto creditoris hæredi ſoluerit, ſi quidem ante reſtitutionem, non repetet. Cæterum animaduertendum eſt, ita aliquando obligari naturaliter ea pecunia credita, vt ſolutum non repetat, cum ſcilicet ex pecunia locupletior factus eſt. Caſus eſt in leg. naturalis. §. vlt. de cond. indeb. Nam vt diximus, naturalis obligatio tota ex naturali æquitate pendet. At natura æquum eſt, neminem cum alterius damno fieri locupletiorem, leg. nam hoc natura. ſupra de cond. indeb. Cum igitur in d. leg. ſi eius. quæritur vtri acquiratur naturalis obligatio pupilli, hæredine, an fideicommiſſario: intelligere debemus de naturali tantum obligatione quæ repetitionem impedit. Quod ideo à Meciano ibi expreſſum non eſt, quoniam non ibi quærebatur quib. ex cauſis pupillus naturaliter obligaretur, vel non obligaretur ex mutuo: ſed quæſtio erat, cui ſolutio vtilis eſſet eo caſu quo obligaretur. Nec me mouet, quod fortaſſis quiſquam obiiciat, pupillum eo caſu quo locupletior factus eſt, non tantum naturaliter, ſed & ciuiliter obligari, cum aduerſus eum actio detur in quantum locupletior factus eſt, l. pupillus. ſupra de aucto. tut. Nam iuris auctores de hac obligatione naturali tantum diſputare conſueuerunt, vt apparet ex d. l. naturaliter. cum ſequen. de cond. indeb. & d. l. pupillus. de auct. tut. ex qua quidem obligatione ante S. C. diui Adriani, cuius crebra eſt in iure mentio, nulla naſcebatur actio, ſed poſt S. C. cœpit ex æquitatẽ vtilis dari, l. 3. ſupra commodati. l. 5. de neg. geſt. Quare pupillus hodie poſt S. C. obligatur tam ciuiliter quam naturaliter, ſi locupletior factus ſit, cum id S. C. lex quædam iuris ciuilis videatur: ſed tempore veterum Iuriſconſ. vim iuris non vſquequaque habebat. Hæc ſenatuſconſulta generalia non erant, ſed in ſingulas cauſas & negotia iuris præſtabantur, vt alias docui lib. 1. Diſputation. cap. 41.

Sequitur alia obligationum diuiſio. Quædam eſt obligatio principalis, quædam acceſſoria ſeu fideiuſſoria. Dupliciter namque quis obligari poteſt, ſuo nomine, vel alieno. Qui ſuo nomine obligatur, reus principalis dicitur, qui alieno, fideiuſſor appellatur, l. 1. §. ſed aut proprio. De fideiuſſoria dicemus infra de verbor. obligat. Circa hanc fideiuſſionem tractatur hic quæſtio, l. cum quis. 21. Quidam ſtipulatus eſt mercem aliquam, Kalendis, puta, quintilib. & vt tutus eſſet, fideiuſſorem accepit. Quæritur cuius temporis habenda ſit ratio in æſtimatione mercis. Reſpondet Aphricanus, ſpectandum eſſe tempus quo fideiuſſor ſe obligauit. Difficultas hic naſcitur ex eo quod nonnullis in locis dicitur ſpectandum eſſe tempus quod ſtipulationibus adiectum eſt, vt dicitur in l. 4. ſupra de cond. triticiar. l. vinum. ſupra ſi cert. pet. l. 5. ſupra commoda. Diximus de his quædam ſub tit. rer. amot. & tit. de verbor. oblig. Sed hic breuiter aliquid attingam. Exiſtimo hic aduerſus fideiuſſorem actum eſſe propter moram rei principalis, non ſuam. Cum enim agitur contra fideiuſſorem propter rei principalis moram, non æquum eſt ſpectari tempus quo mora à reo facta eſt, ſed id tantum quo obligatus eſt fideiuſſor. Vt autem hoc facilius intelligatur, duo n tanda ſunt. Primum eſt moram rei principalis nocere fideiuſſori, l. mora. infrà de verbor. oblig. Alterum eſt propter moram rei non augeri fideiuſſoris obligationem, l. centum Capuæ. ſuprà de eo quod certo loco. Vt hunc locum ita interpretemur moueor, quod hæc l. cum quis. & l. centum Capuæ. eiuſdem ſint auctoris. Pro conciliatione igitur dicendum eſt in ſpecie propoſita, ſi ponamus reum principalem conueniri, tempus ſtipulationis ſpectandum eſſe. Sin autem fideiuſſorem, & quidem non ſuo, ſed rei principalis nomine, tunc ſpectari tempus debere quo ſe obligauit.

Cap. III.

Vnde naſcatur obligatio, & quomodo contrahatur.

Caius in l. 1. hic ait, obligationes naſci aut ex contractu, aut maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cauſarum figuris. Quibus poſtremis verbis oſtendit tantam eſſe earum varietatem, vt partitione aliqua comprehendi non poſſint. Eadem fere diuiſione vtitur Iuſtin. in Inſtit. tit. de actio. §. 1. obligamur, inquit, aut ex contractu, aut ex maleficio: & paulo poſt ſubiicit: & aliis quibuſdam modis. Ex obligationum tamen diuiſione tit. de obligationib. idem adiecit, ex quaſi contractu vel quaſi maleficio, non tamen id aſſecutus eſt, vt omnes cauſas obligationum amplexus videatur. Quæ ex quaſi contractibus naſcuntur, ſunt, quæ contractibus, quàm maleficiis ſunt ſimiliores: quæ vero ex maleficiis naſcuntur, ſunt quæ maleficiorum magis naturam quam contractuum redolent. Sed redeamus ad Caii diuiſionem. Quædam igitur obligationes ex contractu naſcuntur, quædam ex maleficiis, quædam ex variis cauſarum figuris. Quod de contractu dicitur, non eo pertinet, vt intelligamus ex omni contractu oriri obligationem, ſed quibuſdam certis. Et id factum eſt à iuris auctoribus, ne via litibus aperiatur. Nam quamuis honeſtum arbitrentur ſeruare conuenta, ſtandum eſſe pollicitis cenſuerint, nõ tamen ex omnibus pollicitis & pactionibus voluerunt obligationes introducere: ſed quædam etiam fidei, & religioni, & probitati hominum commiſerunt. Atq; ideo traditum eſt in l. Arrianus, promptiores nos eſſe debere ad liberationem, quam ad obligationem. huc pertinet quod dicitur l. fauorabiliores. infra de reg. iur. Certi igitur tantum contractus ſunt, ex quibus obligatio naſcitur, qui à cæteris diſcernuntur, & proprium nomen habent, de quibus in l. iuriſgentium. ſupra de pact. ex quibus etiam ſolis actio datur. Cæterum ſi qui ſint, quibus cauſa ſubſit, & ſi in contractũ nominatim non tranſeant, ex

iis tamen actionem dari Vlpian. ait, & naſci ex eis obligationem in d. l. iuriſgentium. Exemplum vnum eſt in l. inter ſocerum. §. conuenit. ſupra de pact. dot. & in l. fi. hic. Præterea animaduertendum eſt, obligationes quæ ex contractu naſcuntur, contrahi aut re, aut verbis, aut literis, aut conſenſu. Inſtit. de oblig. §. vlt. & in l. 1. hic. Cum dicimus verbis contrahi, olim dubitatum eſt, an ea obligatio valeret, quæ in tabulas relata eſſet. Hæc quæſtio tractatur in l. non figura. 37. hoc tit. quam interpretes intelligunt de obligatione literarum, quod non placet: quia exiſtimo talem literarum obligationem tempore Pauli, ex quo hoc caput deſumptum eſt, incognitam fuiſſe, vt apparet euidenter ex leg. vlt. de conſtit. pec. arg. etiam l. vlt. hoc tit. vbi ex priuata epiſtola nullam naſci actionem Scæuolæ tempore ſolitam eſſe conſtat. Sed potius exiſtimarim Imperatorum conſtitutionibus introductum hoc genus obligationum. Argum. etiam eſt quod Caius in diuiſione ſua hic nullam facit huius generis obligationis mentionem: quod autem dicitur, conſenſu contrahi quaſdam obligationes, non eo pertinet vt arguamus, in cæteris obligationibus conſenſum non requiri, quandoquidem nulla conuentio ſine conſenſu eſſe poſſit. l. 1. ſupra de pactis. Sed eo referri debet, vt dicamus quaſdam eſſe obligationes, in quibus nulla ſolennitas aut traditio requiratur, ſed ſolo conſenſu opus ſit, & is ſufficiat, vnde obligationes ex conſenſu dicuntur, quaſi ſolo conſenſu contrahantur. Et huc pertinet quod dicitur in l. in omnibus. 55. hic. In omnibus rebus in quibus dominium transfertur, concurrere oportere affectum ex vtraque parte contrahentium: alioquin produci ad effectum quod cœptum eſt, non poſſe. Ergo vt diximus conſenſus in omnibus iis contractibus requiritur, atque hinc conſequitur ex contractu imaginatio nullam naſci obligationem. l. contractus imaginarii. 53. & huc pertinet tit. C. plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur. Nam cum apparet conſenſum deficere, deficit etiam ipſa obligatio. Hinc aliud conſequitur, ex iis contractibus qui errore contrahuntur non naſci obligationem, quia & hic conſenſus deficit. Exemplum vnum eſt in l. vltim. in princ. Præterea ex omnibus contractibus quibus impoſſibilis adiecta ſit conditio, nulla etiam oritur obligatio: nec enim contractus valent. l. non ſolum. 50. hic. & l. impoſſibilis. infr. de verb. oblig. cum id tacite agi inter contrahentes iudicatur. In legatis & fideicommiſſis id diuerſum eſt: nam impoſſibilis conditio pro non adiecta habetur.

Ad l. non figura. 37.

Cap. IV.

De his quæ obligationi extrinſecus accedunt.

IN primis dies obligationi extrinſecus accedit: quia id ad ſubſtantiam obligationis non eſt neceſſarium. Variis autem modis id contingit: aliquando enim adiicitur cauſa differendæ ſolutionis. leg. obligationum fere. 43. quod in fauorem promiſſoris fit, vnde ante diem peti non poteſt. leg. cedere diem. infra de verb. ſignif. & l. qui hoc anno. infra de verbor. oblig. Diuerſum autem eſt in vltimis voluntatibus: quia ab initio anni petere poteſt. l. 1. C. quando dies leg. ced. Plenius enim interpretamur defunctorum voluntates. l. in teſtamentis. de reg. iur. Cum autem dies adſcribitur cauſa differendæ ſolutionis, ex die ſolutionis mora committitur etiam ſine interpellatione. l. magnam. C. de contrah. & commit. ſtip. Ex bono tamen & æquo conceſſum eſt, vt ante litis conteſtationem purgari poſſit. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. l. ſi inſulam. infra de verb. oblig. Si tamen adiecta cum die pœna ſit, vt ſi eo die non ſoluerit, pœnæ nomine det aliquid, non admittetur hæc purgatio. leg. traiectitiæ. hoc titulo. niſi per eum non ſteterit quin ſolueret, vt quia pecuniam obtulit, vt ibi dicitur. Aliquando etiam adiicitur dies demonſtrationis cauſa, vt oſtendatur præſens tempus, vt in l. liber homo. §. decem. infra de verbor. oblig. Tertio & dies adiicitur multiplicandæ obligationis gratia. l. ſi Stichum. §. appellatio. infra de verbor. oblig. cum in ſingulos annos ſtipulamur. Quarto adiicitur quoque dies cauſa finiendæ obligationis. l. obligationum fere. hic. Et licet poſt diem illum non finiatur obligatio, id eſt, tollatur: quod patet, quia etiam à Iuſtiniano hic modus tollendæ obligationis non recenſetur ſub tit. quib. mod. tol. oblig. Inſti. tamen ex æquitate introductum eſt, vt poſt tempus finitæ obligationis, is qui petit ex obligatione, vel pacti conuenti, vel doli exceptione ſummoueri poſſit. Secundo conditio obligationis extrinſecus accedit: ſub conditione namque interdum contrahitur obligatio, quæ conditio effectum obligationis ſuſpendit in euentum conditionis: adeo vt ante conditionem obligatio inefficax ſit. Huius conditionis mentio eſt in d. l. obligationum fere. vbi notandum eſt, conditionem eam tantum efficacem eſſe, quæ in conſtituenda obligatione inſeritur, non quæ poſt perfectam obligationem ponitur: nam ea locum exceptionis tantum doli mali aut pacti conuenti obtinet, vt ibi dicitur. Tertio accedit modus, cum ſtipulamur decem aut hominem: nam alterius ſolutio ſolam obligationem perimit, nec alterum peti poteſt. d. l. obligationum fere. hic. Differt autem à ſuperioribus, quia nec conditio, nec dies requiritur, ſed certus modus. Modus autem varie accipi ſolet, ſed hic ſpecialiter ſumitur à Paulo. De hac porro alternatiua dicemus in l. ſi Stichum. de verb. oblig. Quarto obligationi accedit extrinſecus acceſſio, & hæc quidem aut rei accedit, aut perſonæ, inquit Paulus in d. l. obligationum fere. de hac dicemus in leg. eum qui. & l. vlt. infra de verbor. oblig. Ex iis quæ ſupra de conditione dicta ſunt naſcitur quæſtio, Ita ſtipulatus ſum, ſi fundum non dederis, decem dare ſpondes? quid iuris? & Paulus ait in d. l. obligationum fere. decem ſola eſſe in ſtipulatione. Ait tamen liberum eſſe promiſſori fundum dare, vt liberetur. Quæritur quid in hac ſpecie, ſi nauem fieri ſtipulatus ſim, & ſi non feceris, centum? Reſpondet Paulus ibidem duplicem eſſe ſtipulationem, puram vnam, alteram conditionalem: vnam quæ factum contineat, alteram quæ quantitatem. Sed maxima controuerſia eſt, vtrum hæc conditionalis & principalis ſtipulatio, principalem tanquam per nouationem tollat. Et exiſtimo non tollere. l. obligationum fere. §. fi. l. ita ſtipulatus. infra de verb. oblig. Solus hic locus adducitur aduerſus noſtram ſententiam, ſed quod hic dicitur, de obligatione facti accipiendum eſt. Præterea hic Paulus non affirmat nouationem eſſe, ſed ait quaſi nouationem videri. Plura dicemus in dicta l. ita ſtipulatus. Quinto præterea locus adiici obligationibus ſolet, cum ſtipulamur aliquid certo loco dari, qui locus contractus dicitur in l. contraxiſſe. hoc tit. nam contraxiſſe videmur eo loco, vbi quis ſe ſoluturum obligauit. Similis eſt locus in l. 3. de bon. auct. iud. poſſid. l. hæres abſens. §. 1. ſupra de iudic.

Cap. V.

De perſonis inter quas obligatio contrahitur.

DE furioſo in primis quæritur: & dicitur hic in leg. 1. in fi. Furioſum neque obligari neque alterum ſibi obligare: denique ſiue ſtipuletur, ſiue promittat, nihil agere manifeſtum eſt, inquit Caius: nec mirum, cum furioſi nulla voluntas ſit. l. furioſi. infra de reg. iur. At in obligatione voluntas & iudicium contrahentium requiritur. Cæterum ſi obligatio ſit, quæ conſenſu non egeat, non minus ad furioſum, quam ad alium quemuis pertinebit. l. ſi à furioſo. veluti in actionibus quæ ex re veniunt, vt dicitur in leg. furioſus. De muto & ſurdo item quæritur: & hic diſtinctione opus eſt. Nam obligationes quæ verbis contrahuntur, in mutum & ſurdum non cadunt: nam & inuicem loqui & exaudiri debent. l. 1. mutum. Surdum non eum intelligimus, qui tardius exaudit, ſed qui omnino non exaudit, vt ibidem. Qui natura mutus eſt, ſurdus quoque eſſe creditur. l. diſcretis. C. de teſtam. Sunt alia genera obligationum, quæ ſolo conſenſu contrahuntur, vt emptio, venditio, locatio, &c. In iis, quoniam ſermone opus non eſt, ſed ſolo conſenſu, mutus & ſurdus interuenire poteſt: quia poteſt intelligere & conſentire. l. in quibuſcunque. 47. hoc tit. De pupillo quæritur, & ſane furioſo proximus videtur, vt qui nondum intelligat quid agatur. Benignius tamen receptum eſt, vt qui fari poſſit, id eſt, infans non ſit, & ſtipulari & promittere recte poſſit. l. 1. in fin. Quod ait, promittere poſſe, non aliter intelligendum eſt, quam cum tutoris auctoritate: nam ſine tutoris auctoritate non obligatur iure ciuili. l. obligari. 42. Quod ſi obligatio ſit quæ ex re veniat, obligabitur etiam ſine tutoris auctoritate. l. furioſus & pupillus. 45. Alia quæſtio eſt de ſer-

de ſeruo, & hic quoque diſtinguenda ſunt genera obligationis. Sane ex contractibus non obligantur.leg. obligari. 24. intellige in iis quæ ſunt iuris ciuilis. Nam quod attinet ad ius ciuile, ſerui pro nullis habentur.leg.quod attinet. infra de regul.iur. At naturaliter obligantur & obligant.leg.ſerui. 13. Ex maleficio vero obligantur ex delictis, & ſi manumittantur, adhuc remanent obligati. Quid ergo ſi domini iuſſu maleficium commiſiſſe dicatur? Hæc quæſtio dilucide tractatur in leg. ſeruus. 20. & in grauioribus delictis hoc ſane non excuſatur: in iis vero à quibus facinus abeſt, factus liber non amplius tenetur, & ei ignoſcitur. dicta l. ſeruus. & l.ad ea.infrà, de regul.iur. Poſtrema eſt quæſtio de filiofamil. & certum eſt, ex omnibus cauſis tanquam patremfam. obligari, & cum eo tanquam patrefamil. agi.l.filiusfamil. 38.leg.ſi quis.de pecul. Excipiuntur tamen quidam caſus ex mutuo, propter Macedon. ſenatuſconſul. ſed eos nunc enumerare noſtri inſtituti non eſt.

Cap. VI.

Quomodo tollatur obligatio.

HVic loco reſpondet tit. Inſtitut. quib. mod. toll. oblig. Sunt autem certi modi quibus quod deberi cœpit, deberi deſinit, inquit Paulus in l. obligationum fere. Certi namque modi iure ciuili ad tollendas obligationes inuenti ſunt, qui partim ſub hoc titulo, partim ſub dicto titulo Inſtitut. commemorantur. Primus modus eſt ſolutionis.§.1.Inſtitutis, quibus modis tollitur obligatio. Secundus modus eſt, acceptilationis, quæ nihil aliud eſt, quam imaginaria quædam ſolutio. Non tamen pacto conuento obligatio tollitur, vt ait Iuſtin. in §. præterea. Inſtitut. de exceptio. Cæterum quia iniquum eſt pacta non cuſtodiri, datur exceptio pacti conuenti, ei à quo contra pactionem petitur, l.ſi vnus.de pactis. Excipiuntur tamen quædam exceptiones, de quibus in l. legitimam.de pactis. Tertio nouatione tollitur obligatio. §.præterea.Inſtitut.quib.mod.tolli.oblig. Eſt autem nouatio prioris obligationis in aliam tranſmiſſio, vt prior perimatur, & noua conſtituatur.l.1.infra de nouat. Porro iure in Pandectis relato, in nouatione ſpectatur magis quod actum eſt, quam quod dictum eſt, vt cognoſcatur an nouatio ſecuta ſit, l.2.infra de nouat. Sæpe enim I.C. nouationem ex eo non eſſe arguunt, quod actum non eſt, vt in l.6.7. & l.8.§.idem.de nouat.& l.ſi is cui.d.tit. Ideo etiam prodita eſt Iuſtiniani conſtitutio in tit.C.de nouat. Ergo vult nouationem nullam factam intelligi, niſi id à contrahentibus exprimatur: hinc poteſt colligi ex lege, Lucio. 28. hic. vbi nouatio non præſumitur, quia actum non eſt, nec vni per alteram renuntiaſſe videtur. Præterea & quarto obligatio tollitur quoties ſpeciem quæ mihi ex lucratiua cauſa debetur, ex alia cauſa etiam lucratiua conſecutus ſum. Puta tenebaris mihi donare Stichum, eum ab alio ex legato adeptus ſum, vt dicitur in leg.omnes debitores. cum ſeq. huc pertinet quod dicitur in §.ſi res.Inſtit.de legat. Duas lucratiuas cauſas in eundem hominem, & eandem rem concurrere non poſſe. Quinto obligatio tollitur amiſſione ciuitatis, aut deportatione, l. ſi debitori. infra de fideiuſſor. nam contra eum qui deportatur, tota obligatio tollitur. Hinc quæritur in leg.ſeruus.29.hic. Quid ſi is qui deportatus fuerat, & ita ſeruus pœnæ effectus erat, poſtea indulgentia principis liberatus ſit, an adhuc priſtinam obligationem reaſſumere videatur? Et Scæuola reſpondit, non redire ad priorem obligationem. In perpetuum ſublata obligatio non reſtitui poteſt. Paulus in leg.quid res.§. aream. infra de ſolutionibus, & ideo ſi ſeruum alienum promiſi, atque is poſtea manumiſſus ſit, licet poſtea aliquo caſu ſeruus iterum efficiatur, nihilominus liberatus ſum, quia ſeruus effectus alius videtur, vt ibi dicitur. Cæterum ſi à principe plenam indulgentiam meruit, & ius recuperandi bona quoque conſecutus eſt, & ſi ea relinquere maluerit, prioribus obligationibus quibus ante ſententiam ſubiectus fuerat, liberari non poterit, leg.2.infra de ſentent.paſſis. Sexto, obligatio extinguitur interitu ſpeciei debitæ, leg.10. quibus ſi ante moram deceſſerit, quia per eum ſtetiſſe non videtur quo minus præſtaret. Si mora aut culpa commiſſa ſit quominus præſtaret, obligatio non perimitur.l. ſi ex legati cauſa. infra de verbor.oblig. Item ſi antequam in moram incideret, facto ſuo aliquo poſſidere deſinit.l.quod te.ſupra ſi certum petat. Hinc quæſtio naſcitur. Certum eſt nobis obligationem per ſeruum acquiri. Inſtit. per quas perſon. nobis acqui. quid ergo ſi ſeruus cuius nomine actio mihi competit, poſtea manumiſſus aut alienatus, vel mortuus fuerit? Et dicendum eſt, eaſdem obligationes durare, d.l.quæcunque. Quod autem diximus de interitu rei ſupra, intelligendum eſt de interitu rei, quæ in ſtipulationem deducta eſt. Quæſtio autem eſt, an aliquo tempore finiatur obligatio. Et Paulo placet, ad tempus obligationem conſtitui non poſſe. Ergo nec tempore finietur, l. obligationum fere. §.placet. hoc tit. Ex æquo tamen & bono introductum eſt, vt ſupra diximus, vt is qui poſt tempus petit, doli mali vel pacti exceptione ſubmoueri poſſit, d.§.placet. Sed hic dixerit aliquis, hæc omnino aduerſari iis quæ de temporariis actionibus paſſim in iure dicuntur: veluti ſub tit.de diuerſ.& temporalibus præſcriptionibus. Et quidem verum eſt, ſi ius merum ſpectemus, tempore obligationem omnino non finiri: ſed tamen ex bono & æquo ei datur exceptio, vt dicitur in §. præterea. Inſtitut. de except. Quæri ſolet de iureiurando, item de ſententia, an obligationem extinguant: & certum neutrum referri inter modos tollendæ obligationis, ideoque recenſentur à Iuſtiniano inter exceptiones ſub tit.de except. Qui locus nos admonet, eum qui iurauit, aut qui ſententia lata abſolutus eſt, quamuis natura obligatus maneat, vt ait Paulus in leg. Iulianus. de condict.indeb. exceptione tamen actorem ſubmouere poſſe ab intentione ſua. Quod dicimus iureiurando non tolli obligationem, aduerſari videtur l. Stichum.§.naturalis. infra de ſolut. Sed I. C. ibi loquitur de naturali obligatione, quæ etiam pacto tolli poteſt, vt ibi dicitur. Nihil autem aliud videtur iuſiurandum, quam pactum quoddam. Cæterum nos de obligatione ciuili loquimur, quæ pacto tolli non poteſt, vt diximus ex §. præterea. Inſtit. de exceptio. multo minus iureiurando.

Cap. VII.

De actionibus, quæ eſt ſecunda pars huius tit.

IAm ad obligationum effectum veniendum eſt, quæ eſt actio, quæ ab agendo dicitur, vt admonuimus in tit. de pact. ex ſententia Theop. Porro nihil aliud eſt actio, quam ius quod ſibi debeatur iudicio perſequendi, vt ait Celſus in l.nihil aliud. hic. quæ definitio conuenit ei quam tradit Iuſtinian.Inſtit.de actio. Eſt autem actionis nomen ſpeciale & generale.l.pecuniæ verbum.§. actionis verbo.infra de verb. ſignif. Actionis verbo generali comprehenditur & omnis perſecutio in rem etiam extraordinaria. Item continetur in perſonam vtilis, præiudicium, directa, vt dicitur in d.leg.pecuniæ. §. actionis, & leg.actionis verbo.37.hic. Extraordinaria perſecutio dicitur, cum magiſtratus ſolemnem iudiciorum dandorum ritum non ſeruat. Huius extraordinariæ cognitionis exempla multa ſunt ſub tit. de var. & extraord. cognit. & extraordinariæ cognitiones fideicommiſſorum dicuntur apud Vlpian.tit.de fideicommiſ.Inſtit. Comprehendit & actionem in rem quam petitionem appellamus, d.leg.pecuniæ.§.actionis. vnde petitorium iudicium dicitur. in l.qui petitorio.de rei vindic. Et in ſumma quam late pateat hoc verbum actionis, dicitur hic in leg.actionis. Directa actio aliquando opponitur contrariæ actioni, vt cum dicimus, contraria actio tutelæ, commodati: aliquando vtili etiam opponitur. Directa autem actio dicitur quæ ex directo iure, & lege ipſa qua comparatus eſt contractus, ex quo agitur, datur, vnde facile cognitu eſt, cur in leg. in commodato. §.1.ſuprà commod. hæc actio principalis dicatur. Contraria actio eſt quæ datur ei, puta qui rem commodatam accepit, & in ea forte expenſas fecit, contra commodatarium. Hic quæri poteſt, cur in emptione, venditione, locato & conducto, contraria actio non reperiatur. Ratio eſt facillima, quia inter emptorem, venditorem, locatorem & conductorem vtrinque actio eſt principalis. Nam non magis obligatur venditor ad rem tradendam, quam emptor ad pretium ſoluendum, & e contra. Vtilis actio eſt, quæ ex lege ipſa, ſed ex interpretatione ſuppletur, propter vtilitatem aliquam, vt eleganter differit Pompon.in leg.quia actionum.ſup.de præſcrip.verb. vulgo dici ſolet, ex verbis legis directam actionē

dari, ex ſententia vero & mente vtilem, quod ſi ſimpliciter, intelligatur, falſum eſſe exiſtimo. Nam ex mente legis quandoque datur directa. Exemplum eſt in interdicto vti poſſidetis. Et huc pertinet quod dicitur in l. non dubium. Cod. de leg. ſed quoties non eſt certa legis ſententia, ſuadet autem vtilitas, datur actio quæ vtilis dicitur. Sequitur in ea. l. actiones. hic. Præiudicium, de quo plenius dicemus ſub tit. de lib. agnoſ. ſed tamen ex hoc loco notandum eſt, Præiudicium Vlpiano dici actionem, quam Iuſtinianus præiudicialem actionem vocat. §. præiudicialis. Inſtitu. de actio. Porro his actionibus præiudicialibus, ſolet fere quæri de ſtatu hominum: puta, an aliquis liber ſit an ſeruus. Exemplum eſt in l. 1. ſupra de rei vindic. Non poteſt quis per rei vindicationem liberum hominem petere, ſed peter, ait Iuriſcon. præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria. Præiudicium autem ſiue actio præiudicialis eſt, quæ præcedit alia iudicia, quibus agimus, ad aliquid vel dandum, vel faciendum. Ex his facilè intelligi poteſt definitio Theop. tradita in d. §. præiudicialis. Præiudicium eſt, inquit, *τύπος ἀπὸ ἰντεντζίωνος μόνης συγκείμενος*, id eſt, formula ex ſola intentione conſtans. Et huc pertinet quod ait Vlp. in l. vlt. ſi liber ingen. eſſe dica. Quoties de aliquo quæritur an ſit libertus, etiam nulla cauſa interueniente, præiudicium reddi, vel cum quæritur, cuius ſit libertus. Hoc autem actionis verbum tam late patet, vt etiam ſtipulationes prætorias contineat: quia actionum vicem obtinent. d. l. actionis. Sunt autem Prætoriæ ſtipulationes, quæ interponuntur auctoritate Prætoris, quæ à mero Prætoris officio proficiſcuntur, vt damni in fecti. Iudiciales ſtipulationes his opponuntur, quæ ex mero iudicis officio proficiſcuntur. tit. de præto. ſtip. Plura de iis dicemus l. 5. infra de verb. obli. Interdicta quoque actionis verbo continentur, vt ait Vlp. in d. l. actionis. Sunt autem interdicta, iudicia poſſeſſoria. Inſtit. de interdict. Potiſſimum autem comparata ſunt ad compeſcendam eorum audaciam, qui poſſeſſores ſua poſſeſſione deiiciunt, reiectis ciuilibus & legitimis actionibus. Sed vt vnde ſumus digreſſi reuertamur. Primus effectus obligationis eſt actio, quæ nobis datur in obligatione: nam alioquin inutilis eſſet obligatio. Sed circa hunc locum oritur quæſtio, quæ tanti momenti apud Paulum habita eſt, vt de ea ſingularem librum ſcribendum exiſtimarit, vt appareret ex inſcriptione l. qui ſeruum. 35. De concurſu ſcilicet actionum quæritur, namque ſi ex eadem obligatione plures actiones naſcantur, an liceat omnibus experiri. Sed in hac quæſtione diſtinctione opus eſt: plerumque enim accidit, vt omnes hæ actiones rei perſecutoriæ ſint. quo caſu maxima dubitatio non eſt, cum vna aliam tollat: electio tamen eſt ſemper apud debitorem. Exemplum clarum eſt in hac l. qui ſeruum. Contingit etiam aliquando, vt vna ſit pœnalis, altera perſecutoria: hocque caſu vna per aliam non tollitur: veluti ſi mihi furto rem ſubtraxeris. Habeo conditionem, vt rem petam: furti etiam actionem habeo, qua pœnam perſequar. leg. ſi pro furto. §. 1. de cond. furti. Euenit etiam aliquando, vt omnes actiones pœnales ſint. tuncque diſtinguendum eſſe exiſtimo. Nam ſi plura ſint delicta, licebit omnibus actionibus etiam pœnalibus experiri: nunquam enim plura delicta concurrentia faciunt, vt vllius impunitas detur, vt ait Vlp. in l. numquam. ſupra de priua. delict. Qui igitur hominem ſurripuit, & occidit: quia ſurripuit, furti: quia occidit, Aquilia tenetur. Sed videamus, an ex vno delicto plures proficiſcantur actiones, quæ propter varietatem iuris difficilis eſt quæſtio. Nam Paulus ait, Si ex vna obligatione plures naſcantur actiones, vna tantum non omnibus vtendum eſſe. l. plura. 52. Contrà vero Hermogenianus in l. cum ex vno. hic, ait, Cum ex vno delicto plures actiones naſcuntur, omnibus experiri permitti, poſt magnas varietates obtinuiſſe. Vnde tentare poſſumus hac lege ſuperiorem correctam eſſe. Sed alia ratione conciliandæ ſunt: ideoque dicendum eſt, cum agimus vna actione, altera etiam poſſe nos experiri ad id quod pluris intereſt, vt quod in ea pluris eſt, conſequamur. Exempli gratia, Seruum meum iniurioſe verberaſti: teneris mihi & lege Aquilia, & iniuriarum actione. Egi actione legis Aquiliæ quæ duplum continebat: altera cõtinet quadrupulum, an agere hac quoque poſſim quæritur. Et certum eſt me adhuc duplum petiturum, vt compenſem quod priori deeſt, & quod amplius in ea eſt conſequar: quod rationabilius viſum eſt Paulo, qui hanc diſtinctionem tradit in d. l. qui ſeruum. ad prin. d. l. qui ſeruum. hic. Hæc lex in fine duplicem habet lectionem. Quidam legunt: *ſed verius eſt non remanere*, quæ lectio textui maxime conuenit. Alii legunt, *verius eſt remanere*, reiecta negatiua, quæ lectio tolerabilis eſt, & confirmatur l. vnde quæritur. ſupra commod. ad fi. Igitur verum erit quod ait Hermogenianus in d. l. cum ex vno. poſſe nos omnibus experiri, cum hac ſcilicet diſtinctione Pauli in d. l. qui ſeruum. vt agatur ad id quod amplius in alia eſt. Et ita verificabitur etiam Modeſtini dictum in d. leg. plura non poſſe nos omnibus vti, ſcilicet ad totum conſequendum & ſimul. quod autem vna cæteras conſumat, numquam euenit: quod Vlp. not. in l. pen. hic. & quod imo concurrant pœnales actiones ſimul. Exemplum clarum eſt in Inſtit. ſi quadr. paupe. fecif. §. vlt.

De concurſu actionum, vna electa & quãdo alia tollatur.

Cap. VIII.

De diuiſione actionum.

PRima & ſumma actionum diuiſio traditur in l. actionum genera. 24. & in §. 1. Inſti. de action. Actiones autem in rem ſunt, aut in perſonam. In rem actio eſt, inquit ibi Vlpi. per quam rem noſtram quæ ab alio poſſidetur petimus, & ſemper aduerſus eum qui rem poſſidet. quod intelligendum eſt, etiam qui nullo iure nobis eſt obligatus. ſufficit enim ipſum poſſidere, vt dicitur in d. §. 1. Vnde ſimulatque definit quis poſſidere, definit etiam in eum actio, niſi dolo malo fecerit, quo minus poſſidere. l. ſin autem. de rei vindic. quod in actione in perſonam dicendum non eſt. Nam ſi mihi Stichum promiſeris, & cum poſtea manumiſeris, Stichi nihilominus perſona ſemper obligata manet. Vnde à Papirio Iuſto ſcriptum eſt in l. Imperatores. ſupra de public. In actionibus in rem res ipſas conueniri non perſonam. Actio in rem ſemper datur domino aduerſus eum qui poſſidet. De dominio multa eſt dubitatio, & ſæpe quæritur quo iure ſit dominus. l. in rem. 24. de rei vindicat. ſimile eſt in l. in ſpeciali. de rei vind. Dominium autem hic late accipimus, vt etiam quaſi dominium comprehendamus: veluti ſuperficiarium, cui etiam hæc actio competit. l. 1. §. qui autem, ſupra de ſuperfi. l. ſuperficiario. 74. de rei vind. Comprehendit etiam emphyteutam, & eum qui emit à non domino, cui datur actio publiciana. §. namque. Inſtit. de action. & toto tit. de pub. actio. Idem de ſeruitutibus dicitur toto tit. de ſeruit. vrba. prædio. Similis huic actioni eſt actio Seruiana, quaſi Seruiana, hypothecaria, de quibus §. item Seruiana. Inſtit. de actio. Poſſeſſionem hic quoque accipimus pro quacunque detentione. l. officium ſupra de rei vindic. & ita intelligenda eſt l. vnica. de alien. iudi. mut. cauſa fact.

Actio i[n] remqu[ae]

Hactenus de actionibus in rem. Sequitur de actionibus in perſonam. In perſonam actio eſt, inquit Vlp. in d. l. actionum. qua cum eo agimus qui obligatus eſt nobis ad aliquid faciendum vel dandum. Et ſemper aduerſus eundem locum habet. Datur enim in perſonam, non in rem. Exemplum eſt in l. eum cui. C. eo. aliud in l. vlt. de contrah. empt. Actio in rem ſemper ſequitur poſſeſſorem: actio vero in perſonam ſemper ſequitur perſonam obligatam, & ei inhæret, nec intereſt vtrum poſſideat nec ne. Hoc tamen cum aliqua exceptione accipiendum eſt. Exemplum vnum eſt in noxalibus actionibus. Noxales actiones ſunt, quæ ex maleficiis ſeruorum proficiſcuntur, quibus domino conuento, is cogitur aut litis æſtimationem ſufferre, aut ſeruum noxæ dedere. Hæc actio quamuis perſonalis eſt (namque ex maleficio oritur) poſſeſſorem tamen ſequitur. §. omnis autem. Inſtit. de noxalib. actio.

Aliud exemplum eſt in leg. actiones. ſupra ad exhib. & tamen in eadem lege dicitur eam dari aduerſus eum, qui naturaliter aut ciuiliter poſſidet. Aliud exemplum eſt in quibuſdam interdictis, quæ quamuis perſonalia ſint, dantur tamen aduerſus poſſeſſorem, vt videre eſt ex leg. ſemper. & l. competit. quod vi aut clam. Aliud exemplum eſt in quibuſdam actionibus quæ à Prætore conceptæ ſunt magis in rem quam in perſonam: veluti actio quod metus cauſa. Hanc autem perſonalem eſſe, ex eo ſuadetur, quod ex maleficio oritur: de qua re conſulenda ſunt quæ ſcripſi leg. iuriſgentium. §. pactorum. de pactis. Hinc apparet quam perperam

peram

peram vulgo actiones diuidant, in rem, in perſonam, in rem ſcriptas: quæ melius & commodius diuidi poſſunt hoc modo, Actiones quædam in rem, quædam in perſonam. Rurſus actionum perſonalium quædam in rem concipiuntur, id eſt, quædam exequuntur perſonam contra quam dantur, quædam non exequuntur: quo fit vt cõtra poſſeſſorem dentur. Sequitur alia diuiſio actionum. Quædam enim ſunt ciuiles, quædam honorariæ. vt in d. l. actionum. 24. in fin. Similis eſt diuiſio actionum, quæ traditur à Iuſtin. Inſtitut. de oblig. Ciuiles actiones ſunt quæ aut legibus conſtitutæ ſunt, aut certo iure. Prætoriæ ſeu honorariæ ſunt, quas prætor ex ſua iuriſdictione conſtituit, quæ honorariæ dicuntur à iure honorario, de quo in l. ius autem. de iuſtitia & iure. §. prætorum. Inſtitut. de iur. natur. gent. & ciui. Sub iis honorariis continentur etiam aliorum magiſtratuum actiones: puta ædilitiæ, vt in l. 5. de verbor. oblig. Non tantum enim prætores edicta proponebant, ſed etiam Ædiles & alii magiſtratus, vt colligitur ex l. 2. de orig. iur. Quæret aliquis, quomodo diſcerni poterunt prætoriæ actiones à ciuilibus? Sane difficile eſt hoc in vniuerſum definiri, ſed ex interpretatione Iuriſconſ. hoc facile cognitu erit: non tamen arguendum erit ob id actionem eſſe prætoriam, quod prætor dicat in edicto ſuo, Actionem dabo, &c. Solebat enim & legitimas & ciuiles actiones dare. Porro quomodo dari ſolitæ eſſent, vide quæ dixi in l. iuriſgentium. ſupra de pact. Cum actio prætoria eſt, id exprimunt Iuriſconſ. puta hoc modo, Hoc ex iuriſdictione prætoria venit. & huiuſmodi verbis vtitur Iuſtin. in §. ſed iſtæ. de act. in Inſtitut. & tit. de perpe. & temp. actionibus. Sequitur alia diuiſio actionum, quod quædam ſunt perpetuæ, quædam temporales. de hac diuiſione extat tit. Inſtit. lib. 4. vbi docet Iuſtinianus quibuſdam actionibus nullum olim tempus fuiſſe præſcriptum. vnde merito perpetuæ actiones dicebantur. Quamuis autem poſtea imperatorum conſtitutionibus tempus præſtitum fuerit 30. vel 40. annorum: ſemper tamen nomen perpetuarum actionum retinuerunt, ad differentiam aliarum, vt eſt redhibitoria, de qua in l. 1. de ædil. edict. & iniuriarum, de qua in l. ſi non conuitii. Cod. de iniur. Huc pertinet l. in honorariis. 34. hoc tit. Solebant Prætores in ſuis edictis, ſe daturos actionem intra annum, adiicere: & tunc cum pœnalis erat. Cum vero rei perſecutoriæ ſunt actiones, nullum tempus adiicitur, vt docet Paulus d. l. 34. his verbis: Illæ autem rei perſecutionem continent, quibus perſequimur id quod ex patrimonio nobis abeſt. vt cum agimus cum bonorum poſſeſſore debitoris noſtri. & Publiciana quoque in earum numero eſt, & reſciſſoria, quæ & ipſa intra annum finitur, quia contra ciuile ius datur. huius actionis mentio eſt in §. caſus eſt. Inſtit. de actio. Hinc quæſtio naſcitur, An ſufficiat eius temporis poſtremum diem cœptum eſſe, an oporteat eſſe finitum, vt extincta actio dicatur. Et Paulus ait in omnib. temporalibus actionibus, niſi nouiſſimus totus dies compleatur, non finiri obligationem, l. in omnibus. ſupra. Sed videtur aduerſari l. pen. de diuerſ. & temp. actio. vbi in vſucapienda aliqua re ita ſeruatur, vt etiam ſi minimo momento nouiſſimi diei poſſeſſa ſit res, nihilominus repleatur vſucapio, nec totus dies exigitur ad explendum tempus conſtitutum. Idem dicitur in l. in vſucapionibus. de vſucap. leg. 3. §. minor. de mino. l. 1. de manumiſſ. l. cum autem. de verbor. ſignif. l. qua ætate. ſupra de teſtam. Ergo ibi ſufficit diem cœptum eſſe, hic autem oportet eſſe completum. Animaduertendum eſt, veteres Legiſlatores varie interpretatos fuiſſe annum, prout vel vtilitas, vel æquitas, vel fauor exigebat. id docent vniuerſa ſupradicta exempla, ſi conſiderentur. Cum de vſucapione loquuntur, aiunt ſufficere diem vltimum anni cœptum fuiſſe: id fauor, vtilitas & æquitas exigit. Vſucapio enim propter titulum & bonam fidem fauorabilis eſt: de præſcriptione autem de qua hic loquimur, id dici non poteſt: nam nulla hic bona fides, ſed tantum negligentiæ meæ conſulitur. Quod autem dicitur in l. qua ætate. ſupra de teſtam. ſufficere diem vltimum decimiquarti anni, quo teſtari permittitur, cœptum eſſe, fauor poſtulat, vt plenius ius interpretemur. Idem reſponderi poteſt cæteris omnibus in locis ſupra dictis. Huius rei maximum argumentum eſt in l. 3. §. minorem. de minorib. vbi Vlp. interpretatur edictum quod cum minore, &c. de momento ad momentum, de qua res nobis idem faciendi exemplum præbet: nempe quia id ibi fauor pupilli exigit.

Sequens diuiſio eſt, actionum quædam ſunt famoſæ, quæ ſcilicet infamiam irrogant: quædam ſunt quæ infamiam non irrogant. hæc diuiſio colligitur ex §. vlt. Inſtit. de pœna teme. litig. Harum autem actionum quæ infamiam irrogant, mentio eſt in l. 1. de his qui notan. infa. & in dicto §. vlt. Ad hanc diuiſionem pertinet l. ceſſat. hic. Prætor in edicto ſuo de his qui notan. infam. in leg. 1. ait furti damnatum infamia notari. Dubitari poteſt quomodo intelligenda ſint hæc verba. Variis enim rationibus poteſt ex furto agi, condictione furtiua & actione furti: vna eſt in duplum, altera in quadruplum. Qui damnatur actione furti infamis eſt: cæterum in condictione ceſſat infamia, vt dicitur in dicta leg. ceſſat. quamuis ex famoſis cauſis pendeat, & ita intelligi debet edictum de ea actione.

Sequens diuiſio actionum eſt, quod ad hæredem quædam tranſeunt, quædam non tranſeunt. Ad hunc locum pertinet tit. de perpet. & tempo. actio. & tractatur quæſtio in l. 14. hic. Quidam petebat aliquid ab hærede: ſummotus eſt exceptione illa, quæ fiebat in hanc formulam, ac ſi non in ea cauſa tabulæ teſtamenti ſint, vt contra eas emancipato bonorum poſſeſſio dari poſſit. Quæritur ſi emancipatus non petierit, & tranſierit tempus actionis, an ſupradictus aduerſus hæredem reſtitui debeat? Et reſpondetur debere: quia non videbatur quodammodo hæres debitor eſſe, quamdiu non erat certus hæres. Nota ibi formulam exceptionis quæ fiebat ſub conditione. vnde merito alibi exceptiones conditiones dicuntur. Quæritur quæ ſint actiones quæ ad hæredes tranſeant. Et diſtinguendæ ſunt obligationes & actiones. Quædam ex contractu oriuntur, & iſtæ ad hæredem tranſeunt. l. ex depoſiti. 12. l. ex contractibus. 48. Nec refert, an delictum interueniat, necne, vt dicitur in d. leg. ex contractibus. veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depoſitum eſt. Similis locus eſt l. ſi hominem. §. datur. depoſ. Cæterum nobis negotium facit §. aliquando. Inſtit. de perpet. & tempo. Aliquando (inquit) etiam ex contractu actio contra hæredem non competit, veluti cum doloſe teſtator verſatus ſit. Et Theophil. exemplum adfert proprie de depoſito. Huius loci interpretatio ſumenda eſt ex d. l. ſi hominem. §. datur. depoſ. quamquam enim, inquit, aliàs ex dolo defuncti non ſolemus teneri, niſi pro ea parte quæ ad nos peruenit: tamen hic dolus ex contractu, reique perſecutione deſcendit: quaſi inferat, tunc demum dari actionem propter dolum defuncti in hæredem, cum ex contractu & rei perſecutione ſemel oritur, & vtrunque concurrit. Nonnunquam euenit, vt actio depoſiti ſit tantum pœnalis, non etiam perſecutoria, vt apparet ex ſupradicto edicto prætoris, & tunc non datur in hæredem. & ita intelligendus eſt is §. aliquando. & eius obiectio reſoluetur. Aliæ ſunt actiones, quæ ex maleficio naſcuntur, quæ pœnales dicuntur, & ad hæredes non tranſeunt. §. non autem. Inſtit. de perpet. & tempor. niſi lis conteſtata iam fuiſſet viuente iam teſtatore: nam eo poſtea mortuo lite iam conteſtata ad hæredes tranſmittitur. leg. conſtitutionibus. 32. l. ſciendum. 57. l. omnes pœnales. Huic loco congruus eſt locus in l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ſi quis cautio. Hæc autem diſtinctio de prætoriis ſtipulationib. eſt intelligenda: nam prætoriæ actiones quæ pœnales ſunt, in hæredem non competunt. §. non autem. Inſtitut. de perpet. & temp. actio. Quæritur de perſonis inter quas agi poſſit. huc pertinet l. actiones. nempe filio non dari actionem aduerſus patrem, dum emancipatus non ſit, vel extra poteſtatem: niſi in caſtrenſi peculio, vt dicitur in l. lis nulla. de iudic. Huc denique pertinet tit. de in ius vocan. Alter locus de actionibus quæ vnicuique ſuo nomine competunt: & huc pertinet l. filiusfamil. 8. & l. in factum. 12. vbi de actionibus quæ filiofamil. competunt diſſeritur. Et generaliter non habet filiusfamil. ſuo nomine actionem. d. l. 8. arg. etiam l. vlt. C. de bonis quæ liber. ei tamen extra ordinem agere permittitur. l. cum filiusfamil. ſi cert. pet. & vtili iudicio ei agi permitti extra domum cum abeſt, vt dicitur in l. ſi longius. §. 1. de iudic. Actio namque in factum ei datur, cum nulla alia competat. Videte quæ ſcripſi in l. iuriſgentium. ſupr. de pactis.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI COMMENTARIA IN LIB. XLV. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS.

EX conuentionibus Iuriſgentium, paucæ admodum comprobatæ ſunt Iure ciuili, vt efficaces eſſent ad agendum, veluti emptio, venditio, locatio, conductio, & aliæ huiuſmodi. l. Iuris gentium. ſuprà de pact. Cæteræ non proſunt ad agendum. Nam quamuis honeſtum ſit, fidem ſeruare: tamen minuendarum litium gratia, cautum eſt Iure ciuili, vt ex certis tantum conuentionibus actio detur, quæ cæteris, ad Rempublicam continendam, viſæ ſunt magis neceſſariæ, vt aliàs in tractatum de pactis annotaui. Id enim eſt inſitum hominibus, (quod & nos docet experientia) vt ad promittendum, paciſcendumque procliues ſint, ſine magna deliberatione, & conſilio nonnunquam, ac fortaſſis minime futurum ſperantes, vt acceptet alter, quod promittitur. Quamobrem ſi iure publico ad promiſſum ſeruandum adigerentur, data actione, magno ſane incommodo afficerentur, nec vllus eſſet litium finis. Eſt enim hoc præcipuum optimi cuiuſque Legiſlatoris propoſitum, vt omnem litium occaſionem inter ciues tollat. Et hæ leges optimæ, vtiliſſimæque hominibus iudicãdæ ſunt (vt Iſocrates ait) quæ quam pauciſſimas lites gignunt. Itaque non immerito celebratur Catonis ſententia, qui forum, in quo litigatores Romæ conſiſterent, ſternendum eſſe muricibus cenſuit. Dixerit aliquis, Non poterit igitur quiſquam aut obligari alteri, aut ſibi alium obligare, præterquam emendo, vendendo, locando, &c. etiamſi ſerio agat vterque & contrahatur obligatio? Reſpondeo, id cuiuis licere Iure ciuili, modo interueniat ſtipulatio, id eſt, præcedat interrogatio, & ſequatur reſponſio: vt, Promittis? promitto: Spondes? ſpondeo: vt hoc ritu, ac veluti cæremonia ſerio ſe agere, & obligationem contrahere velle teſtetur. Nam, vt auctor eſt Clemens Alexandrinus, lib. 5. Stromat. in plerſque negotiis ciuilibus Romani ſymbolis vſi ſunt: cuiuſmodi videtur hic ritus eſſe, de quo loquimur, vtilis ad obligationem inter homines contrahendam. Quodcunque enim negotium quis cum alio contrahere volet, ex quo naturalis tantum naſcatur obligatio, hac forma ſeruata ſibi proſpicere poterit, & eam obligationem confirmare, atque corroborare. leg. Iuris gentium. §. quod fere. de pact. Vnde Paulus lib. 5. Sentent. ſtipulationes obligationum firmandarum gratia introductas eſſe ait. & à Pomponio dicuntur pendere ex negotio contracto. l. 5. infrà. Hinc Vlpian. ſtipulationes inuentas eſſe, inquit, vt vnuſquiſque per eas ſibi acquirat, quod ſua intereſt l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infra. Nam abſque ſtipulatione, multis ex cauſis acquiri non poteſt nobis, quod noſtra intereſt: vt exempli cauſa, ſi quempiam obligare velim ad rem mihi dandam, ex cauſa permutationis, cum res mea forte præſens non ſit, quã ei traditurus ſum, aut mihi non expediat, eam ſtatim dare. Huc pertinet, quod idem Paulus cum Iuſtiniano ſcribit, ſtipulationem à ſtipulo dici, quod firmum ſignificat apud veteres. §. 1. Inſtit. de verb. oblig. Quanquam aliis placet, ἀπὸ τοῦ ςόφειν potius deductum eſſe vocabulum. Hinc conſequens eſt, quoties apparet, non ideo præceſſiſſe interrogationem, vt aliqua firmaretur obligatio, pactionem eſſe magis quam ſtipulationem. d. §. quod fere. Fieri enim non poteſt, vt paciſci tantum velint aliqui, nec ſtipulationem contrahere: caſu tamen aliquo fortuito vnus alium roget, vt alibi oſtendimus. d. §. quod fere. Nam ita demum ſtipulatio vere contracta intelligitur, cum inter contrahentes hoc actum eſt, vt quod inter eos conuenit, ſtipulatione confirmetur, & mox vno interrogante, & verba concipiente, alter promiſit. Et hoc modo ſtipulationem olim contrahi ſolitam fuiſſe, indicat Plautus in Pſeudolo his verſibus:

P. *Satin' eſt, ſi hanc hodie mulierem efficio tibi,*
Tua vt ſit: aut ſi tibi do viginti minas?
C. *Satis, ſi futurum eſt. P. Roga me viginti minas,*
Vt me effecturum tibi, quod promiſi, ſcias.
Roga. C. obſecro hercle. P. geſtio promittere.
C. *Dabiſne argenti mihi hodie viginti minas?*
P. *Dabo: moleſtus nunc iam tu ne ſis mihi.*

I. VLPIANVS LIB. XLVIII. AD SABINVM.

STIPVLATIO non poteſt confici, niſi vtroque loquente: & ideo neque mutus, neque ſurdus, neque infans, ſtipulationem contrahere poſſunt. Neque abſens quidem: quoniam exaudire inuicem debent. Si quis igitur ex his vult ſtipulari, per ſeruum præſentem ſtipuletur, & acquiret ei ex ſtipulatu actionem. Item ſi quis obligari velit, iubeat, & erit *Quod iuſſu*, obligatus.

Quia ex ſtipulatione naſcitur verborum obligatio, ideo Vlpianus in initio docet, quo modo ſtipulatio contrahatur, & ait, ſtipulationem non poſſe confici, niſi vtroque loquente. Verba igitur ad ſubſtantiam ſtipulationis adeo neceſſaria ſunt, vt ſine his non valeat. Vtilitatis tamen cauſa interdum fingitur ſtipulatio contracta eſſe, quamuis ſolennitas verborum non interuenerit: vt ex pluribus aliis locis animaduertere licet. Cod. de rei vxor. act. in prin. l. cum oſtendimus. §. vlt. de fideiuſſo. tutor.

Et ideo neque mutus, neque ſurdus. De muto & ſurdo dubitari poteſt, ex eo, quod ſcribere poſſunt. Non enim (vt alibi Vlpian. ait) minus valet, quod ſcriptura, quam quod vocibus lingua figuratis, ſignificatur. l. non figura. ſuprà de oblig. & actio. Sed ex ſcriptura præſumitur ſtipulatio contracta eſſe, intra eas perſonas tantum, quæ fari poſſunt, quia in iis, quæ impoſſibilia ſunt, præſumptio iuris locum non habet.

Infans. Infans ſtipulari non poſſe hic dicitur: idemque in aliis locis ſæpe repetitum eſt, l. mulier. l. vlt. infra. l. 1. §. pen. ſub tit. præced. quia loqui non poteſt. Infantem vocamus eum, qui ſeptem annorum non eſt. l. ſi infanti. C. de iure delib. l. 1. §. ſufficit, ſuprà de adminiſtr. tut. Nam licet alii tardius, alii citius fari incipiant: tamen viſum eſt vtile iuris authoribus, certum aliquod tempus infantiæ, ſicut pubertati, præſcribere: idque cauillationum vitandarum cauſa, & controuerſiarum, quæ ex hac incertitudine orirentur. Infantiæ proximus, cuiuſmodi eſt ſeptem vel octo annorum puer, quamuis intellectum non habeat, tamen vtilitatis cauſa receptum eſt, vt ſibi ſtipuletur, idque non ſtipulatione rem pupilli ſaluam fore tantum, ſed & de alia quacunque accipiendum eſt. Caius lib. 28. ad edictum prouinciale. l. ſeruum. rem pupil. ſal. fore. Seruum pupilli ſtipulari ita neceſſe eſt, ſi pupillus abeſt, aut fari non poteſt. Nam ſi præſens eſt, & fari poteſt, etiam ſi eius ætatis erit, vt non intelligat, quid agat, tamen propter vtilitatem receptum eſt, recte eum ſtipulari, & agere. Et Iuſtinianus lib. 3. Inſtit. tit. 20. Pupillus omne negotium recte gerit: ita tamen, vt vbi tutoris auctoritas neceſſaria ſit, adhibeatur tutor, veluti ſi ipſe obligetur. Nam alium ſibi obligare, etiam ſine tutoris auctoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, vtique de iis verum eſt, qui iam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantiæ proximus eſt, non multũ à furioſo diſtant: quia huiuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ, propter vtilitatem eorum, benignior iuris interpretatio facta eſt, vt idem iuris habeant, quod pubertati proximi.

Nec abſens. Inter abſentes ſtipulatio non recte cõtrahitur. §. item verborum. Inſtit. de inuti. ſtipul. l. 3. C. de contrah. & cõmit. ſtip. l. 3. C. de inuti. ſtip. Nec obſtat reſponſum Pauli de

donat.

donat. inter vir. & vxor. cap. 58. l. ea quæ. vbi inter coniuges ſtipulatio videtur contrahi literis. Loquitur enim Paulus de epiſtola, ſiue cautione, quam præſens præſenti dat. l. 1. C. de contrah. & commit. ſtipul. vt docuimus in Diſputat. anniuerſar. Ideo autem de forma ſtipulationis nihil aliud expreſſum eſt, quia de ea non dubitabatur, ſed quærebatur de vi ſtipulationis rite, & ſolenniter factæ, propterea quod inter coniuges facta erat, idque alias ſæpe accidit in iis capitibus, quæ ex reſponſis ſumpta ſunt.

Si quis igitur ex his. Docet quemadmodum conſulatur his perſonis, quæ ſtipulationem contrahere non poſſe dicuntur, ſi ipſorum interſit vel ſtipulari, vel obligari. Poterunt enim per ſeruum ſtipulari, qui præſens ſit. Item poterunt per ſeruum quoque obligari, ſi iuſſus præcedat. Nam iuſſus verba non requirit. l. 1. quod iuſſu. licet auctoritas verba requirat. l. 1. de tuto.

Qui præſens interrogauit, ſi antequam reſponderetur diſceſſit: inutilem efficit ſtipulationem. Si vero præſens interrogauit, & antequam reſponderetur, diſceſſit, & reuerſo reſponſum eſt, obligat. Interuallum enim medium non vitiauit obligationem.

Docet quod ſupra dictum eſt, inter abſentes ſtipulationem contrahi non poſſe, ſic accipiendum, vt præſentia tam in reſponſione, quam interrogatione, neceſſaria ſit.

Si vero præſens. Si quis interroget, & vrgente fortaſſis aliqua neceſſitate, ſecedere cogatur, mox rediturus, ſi reuerſo eo reſponſum ſit, valet ſtipulatio. Nam interuallum medium non vitiat ſtipulationem. Quod eſt intelligendum, niſi ſtipulator aliud agere cœperit, id eſt, niſi aliquid fecerit, ex quo appareat eum cœptam ſtipulationem omiſiſſe. l. continuus. infra, hic. Nam actus contrarius obligationi vitiat ſtipulationem. l. duos. l. ſi ex duobus. infra de duobus reis. Item longum temporis interuallum nocet quoque ſtipulationi, quia præſumitur ſtipulator ſtipulationem omittere. d. l. duos. Adde, quod hunc contractum, qui ceterarum obligationum firmandarum cauſa introductus eſt, omni iuris ſolennitate ſubnixum, numeriſque omnibus abſolutum eſſe placuit: probabileque eſt, ideo hanc formam à veteribus præſcriptam fuiſſe, quod interdum promiſſor oblitum ſe eſſe interrogationis, aut de ea non cogitaſſe cauſaretur, ideoque pactum magis quam ſtipulationem contrahere voluiſſe. l. iuriſgentium. §. quod fere. de pactis.

Si quis ita interroget, Dabis? *& reſponderit,* Quid ni? *is vtique in ea cauſa eſt, vt obligetur. Contra, ſi ſine verbis adnuiſſet. Non tantum autem ciuiliter, ſed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: & ideo recte dictum eſt, non obligari pro eo ne fideiuſſorem quidem.*

Non omnino eadem verba ſtipulatoris, & promiſſoris eſſe neceſſe eſt: ſed ſufficit, verbis idem ſignificantibus vti. l. omnes. C. de contrab. & commit. ſtip. §. 1. Inſt. de verb. obl. l. quæ extrinſecus. l. ſi ſub vna. infra, hic. Itaque ſi ita reſponſum ſit, quid ni? etiam, μάλιστα, aut aliis huiuſmodi verbis, reſponſio interrogationi congruere dicitur. l. blanditus. C. de fideiuſſ. l. Pamphilo. §. propoſitum. de leg. 3.

Non tantum ciuiliter. Sic legendum hic eſt, ex puncta negatione, quam audaculi ſcriptores quidam hic adſcribendam eſſe volunt. Sed phraſim non intelligunt: de qua Budæus in Annotationibus, & in commentariis Græcæ linguæ. Quo autem nutu, vel ſigno conſenſus declaretur, non facile eſt diffinire. Quæſtio enim facti eſt, in qua conſiderandi ſunt varij hominum mores, & multa alia, quæ non magnopere ad Iureconſulti munus pertinere videntur. Sunt qui caput inclinantes diſſentiant, atque renuant, præter morem aliorum, vt docet Galenus lib. 2. de Decret. Hippocr. & Plato.

Nec naturaliter. Inutilis ſtipulatio vtile pactum habet, l. ſi vnus. §. pen. de pact. niſi appareat conſenſum deficere. l. an inutilis. infra de acceptil. Facile autem creditur non conſenſiſſe is, qui ſciens, prudenſque, in eo negotio, quod tantam ſolennitatem deſiderat, ne verbum quidem protulit: quamuis alioqui nutu voluntas plerunque ſignificetur. l. nutu. de leg. 3. l. delegare. de nouat. l. ſeruo inuito. ad Trob.

Si quis ſimpliciter interrogatus, ſub conditione reſponderit, Si illud factum erit, dabo: *non obligari eum conſtat Aut ſi ita interrogatus,* Intra Calendas quintas? *reſponderit,* Dabo Idibus, *æque non obligatur. Non enim ſic reſpondit, vti interrogatus eſt. Et verſa vice, ſi interrogatus ſub conditione, reſponderit pure: dicendum erit, eum non obligari. Cum adiicitur aliquid, vel detrahitur obligationi, ſemper probandum eſt, vitiatam eſſe obligationem: niſi ſtipulatori diuerſitas reſponſionis illico placuerit: tunc enim alia ſtipulatio contracta eſſe videtur.*

Diuerſitas in conditione, aut tempore, ſtipulationem vitiat: nec refert, an breuius tempus contineat reſponſio, an longius. §. præterea. Inſtitut. de inutil. ſtipul. licet quidam diſſentiant.

Intra Calendas quintas. Id eſt, intra quintum menſem. Eſt enim hic mos loquendi veterum. l. liber homo. §. ſi ita ſcriptum. de hæred. inſtit. Martialis lib. 1. Epigr. In Calenum auarum:

Atq; intra (puto) ſeptimas Calendas
Mortes hoc tibi quattuor dederunt.

Quidam Calendas quintas interpretantur menſis Quintilis, ſeu Iulij. Sed noſtram interpretationem iuuat conſuetudo loquendi veterum, apud quos primarum, ſecundarum, tertiarum, atque adeo centeſimarum Calendarum, eſt mentio. Nec video quid incommodi, abſurditatiſve ſit in hac ſtipulatione, cum quis ſtipulatur, intra Calendas quintas, & ei reſpondetur, Idibus. Nam tametſi Idus quintas non ſoleamus dicere: tamen quia interrogatus eſt promiſſor de Calendis quintis, non male intelligetur reſponſio de Idibus, quæ eas Calendas ſequuntur.

Cum adiicitur. Diuerſitas reſponſionis ſi illico placeat ſtipulaturi, conualeſcit ſtipulatio, cum adiicitur aliqua qualitas, ſiue cauſa, obligationi: non autem, ſi de alia re fiat ſtipulatio, vt in capite ſequenti. Atque ita mihi videtur: quanquam articulus eſt iuris controuerſi. Nam qui diſſentiunt in die, vel conditione, in eo, quod ad ſubſtantiam ſtipulationis pertinet nihilominus conſentiunt: vt manifeſtum eſt ex diffinitione ſtipulationis. Itaque mirum non eſt, ſi conualeſcat in hoc caſu ſtipulatio potius, quam cum res noua in obligationem deducitur.

Si ſtipulanti mihi decem, tu viginti reſpondeas: non eſſe contractam obligationem, niſi in decem conſtat. Ex contrario quoque, ſi me viginti interrogante, tu decem reſpondeas: obligatio, niſi in decem non erit contracta. Licet enim oporteat congruere ſummam, attamen manifeſtiſſimum eſt, in viginti & decem ineſſe.

Quæritur, an diuerſitas in ſumma, vitiet ſtipulationem. Iuſtinianus in Inſtit. ait ſtipulationem inutilem eſſe. §. præterea. Inſtit. de inutil. ſtipul. Quod eſt accipiendum, vt hic dicitur, niſi in minorem ſummam, &c. Sunt, qui Iuſtinianum inſectentur, quod ſimpliciter dixerit, ſtipulationem inutilem eſſe: ſed illi non conſiderant hoc eius inſtitutum fuiſſe in Inſtitutionibus conſcribendis, vt capita rerum attingeret, exceptionibus in alios libros reiectis.

In viginti & decem ineſſe. Vulgaris hinc regula colligi ſolet, In maiore ſumma minorem contineri, quæ fallax ſane, & periculoſa eſt, vt aliæ diffinitiones in iure, l. omnis diffinitio. de reg. iur. & ſatis infeliciter operam ſuam collocare mihi videntur, qui ius ciuile in huiuſmodi theſes concludere ſtudent, quæ perplexitatem magnam ac confuſionem pariunt in iuris diſputationibus, nec firmi quicquam, aut ſolidi habent. Et ſane facilius eſt homini, qui iudicio præditus ſit, & mediocriter in iure exercitatus, vnaquaque propoſita quæſtione, quid iuris ſit reſpondere, quam in vniuerſum de his rebus aliquid diffinire ac conſtituere, quamuis multas exceptiones, & exceptionum exceptiones comminiſcantur. Nec eo id dico, quod has theſes omnino contemnam: ſed quod in eis colligendis ac tradendis, modum adhiberi velim, quem in ſcholaſticis Doctoribus, à quibus corrupta eſt mirum in modum his nugis,

ac prope deleta iuriſprudentia, deſidero. Vt igitur de hoc vulgari dicto aliquid breuiter, ac ſimpliciter dicamus, duo notanda ſunt: vnum, quod qui maiorem ſummam dicit, is minorem quoque dicere intelligitur. l. diem proferre. §. ſi plures. de recept. arbit. l. cum furti. de in lit. iuran. Qua in re tamen ſpectanda eſt ſemper mens proferentis. l. diligenter. manda. c. cui de non ſacerdotali. de præb. in 6. l. ex facto. §. item quæro. de vulg. & pupil. Itaque ſi quis domum ſuam locans, ſtipuletur decem, & conductor promittat quinque: ſtipulatio ita demum valet in quinque, ſi ſtipulator poſt reſponſionem, vel expreſſim, vel tacite conſenſerit: quia non eſt veriſimile, locatorem, qui ſtipulatur maiorem pecuniam mercedis nomine, velle, vt quæcunque ei, vel minima ſumma promittatur à conductore, valeat locatio. l. ſi decem. ſupra loca. Quidam hic aliquid nugantur de forma, locum Vlpiani adducentes de fideiuſſoribus. l. Græce. §. illud. de fideiuſſo. cuius ſenſum non perceperunt, vt ego aliàs docui. Nam omnino non obligari apud Vlpianum ſignificat non omnino obligari, l. ſi ſeruus. §. ſi plurium: ſupra ſi q. caut. Secundo hic notandum eſt, eum, qui maiorem ſummam negat, non continuo minorem negare. Non enim recte ita colligitur. Centum non habeo: non igitur habeo quinquaginta. Verum (vt iam diximus) quid actum ſit, præcipue hic ſpectari debet. Exempli gratia, is, cui debentur decem, paciſcitur ne viginti petat, petens decem, exceptione pacti, vel doli ſummoueri dicitur. l. ſi vnus §. ſi cum mihi. ſup. de pact. Nec audiendus eſt, ſi cauilletur, & dicat, Decem peto, non viginti, de quibus tantum pactus ſum. Nam in hac quæſtione, quæ facti eſt, præſumimus eum, qui maiorem ſummam remittit, minorem quoque remittere: niſi aliud actum eſſe appareat. Eadem ratione & calumnia eius reiicitur, qui cum petierit centum in iudicio, abſoluto reo, nonaginta, & nouem petit, iudicij eludendi cauſa. l. ſi quis cum totum. de exc. rei iudic. Mera ſiquidem calumnia eſt, nec in iudiciis ferenda, eius, qui dicit, iuſſus ſum non petere centum, non autem non petere nonaginta, &c.

Sed & ſi mihi Pamphilum ſtipulanti, tu Pamphilum, & Stichum, reſponderis: Stichi adiectionem pro ſuperuacuo habendam puto. Nam ſi tot ſunt ſtipulationes, quot ſunt corpora, duæ ſunt quodammodo ſtipulationes, vna vtilis, alia inutilis: neque vitiatur vtilis per hanc inutilem.

Si vna hic ſtipulatio eſſet, eam redderet inutilem diuerſitas interrogationis & reſponſionis: ſed duæ ſtipulationes ſunt, vt infra docebimus. l. ſcire debemus. Cum ergo vtilis ſtipulatio non vitietur per inutilem, dubium non eſt, ſi de vno interrogatum ſit, ac de duobus reſponſum, aut contra, quin ſtipulatio vnius valeat. l. inter ſtipulantem. §. ſed ſi ego. infr. Diuerſum ius eſt in alternatione, vt puta, ſi quis ſtipulatus fuerit Stichum, aut Pamphilum, &c. quia ineſt in hac ſtipulatione conditio quædam. Arg. l. 3. qui & à quib. ma. libe. l. cum ita. de optio. leg. Sed hæc ſuo loco tractabuntur commodius. l. ſi ita ſtipulatus. infra 109.

Neque vitiatur vtilis. Conantur Accurſiani Doctores in vniuerſum definire, quando vtile per inutile vitietur, aut non vitietur, & regulis ſuis limitationes, ſublimitationeſque addunt. Sed fruſtra: res enim infinita eſt, in qua iuris ſtudioſus multam operam ponere non debet, iudicio meo. Quanquam non inficior, quæ ab eis ſcripta ſunt de hac re, nos poſſe iuuare, ſi cum iudicio ea legamus, nec ea pro certis regulis accipiamus: quale illud eſt, iam vulgare ac protritum, In his, quæ indiuidua ſunt, & ſeparationem non facile recipiunt, quod vtile eſt, per inutile vitiari, in ceteris contra. l. 1. §. illud. §. Trebatius. de aqua quot. & æſti. l. pecuniæ. l. placuit. de vſur. Spectanda autem ſemper hic ratio eſt legis, & voluntas eorum, inter quos negotium contrahitur. Vt exempli gratia, vt in ſeruum quendam, & liberum hominem, compromiſſum eſt à litigatoribus: cum ſeruus iudicare non poſſit, conſtitutum eſt, alterum qui liber eſt, etſi compromiſſum receperit, cogendum non eſſe, iudicare, &c. l. Pædius. de recept. arb. Nam fortaſſis compromiſſum non recepiſſet, ſi ſolus à litigatoribus arbiter ſumptus fuiſſet. Eadem ratione, ne volens quidem iudicare poterit, quia litigatores eius ſolius arbitrio ſeſe committere ab initio noluiſſent. Eſt & cum in his, quæ ſeparari non poſſunt, quod inutile alioquin eſt, valet: vt in donatione inter virum & vxorem. l. ſi ſpõſus. §. generaliter. de don. inter vir. & vx. Non enim vtile hic per inutile vitiatur: ſed quod inutile eſt, propter vtilis coniunctionem, conualeſcit.

Eadem, an alia lingua reſpondeatur, nihil intereſt. Proinde ſi quis Latine interrogauerit, & reſpondeatur ei Græce, dummodo congruenter reſpondeatur, obligatio conſtituta eſt. Idem per contrarium. Sed vtrum hoc vſque ad Græcum ſermonem tantum protrahimus: an vero & ad alium, Pœnum forte, vel Aſſyrium, vel cuius alterius linguæ, dubitari poteſt. Et extat ſcriptura Sabini, ſed & verum patitur, vt omnis ſermo contineat verborum obligationem, ita tamen, vt vterque alterius linguam intelligat, ſiue per ſe, ſiue per verum interpretem.

Stipulatio, quæ ciuilis ac legitima eſt, non videbatur alia lingua, quam Latina, contrahi poſſe. Sunt enim certa verba ad ſtipulationem contrahendam, legibus, & iure ciuili inducta, quæ ideo ciuilia, & legitima dici poſſunt, ſicut in teſtamentis. l. vlt. C. de teſta. tut. l. verbis ciuilibus. de vulg. l. directas. C. de teſta. man. Nam olim Latina lingua vtendum erat in teſtamentis, ſi quis hæredem inſtituere, aut legare vellet, quia verba ciuilia hic neceſſaria ſunt, non autem in fideicommiſſis, quæ non ex iure ciuili, ſed ex prætorum iuriſdictione, proficiſcuntur, vt auctor eſt Vlp. in fragmentis Inſtitutionum, tit. de fideicomm. Sed eo tandem ventum eſt, vt tam teſtamenta, quam ſtipulationes, & alij actus legitimi, Græca quoque lingua fiant. l. hac conſultiſſima. C. de teſta. d. l. vlt. C. de teſta. tut. l. Græce. de fideiuſſ. Fingitur enim ſtipulatio certis ex cauſis iuris gentium eſſe. l. an inutilis. §. vlt. de acceptilat. De magiſtratuum Decretis, & ſententiis iudicum dubitatum eſt. Et Triphoninus ait, decreta à prætoribus Latine interponi debere. l. decreta. de re iudi. Arcadius vero ait, iudices tam Latina quam Græca lingua ſententias proferre poſſe. l. iudices. C. de ſenten. Sed hæc contraria non ſunt. Nam Arcadius Triphonino addit, etiam Græca lingua, &c. Tametſi enim à Græca lingua alieniores quondam eſſent Romani, & Græcis Latine reſponderent, eoſque per interpretem loqui cogerent, vt auctor eſt Valerius lib. 2. titu. de Inſtitut. antiq. tamen poſtea quam imperium translatum eſt Byantium, permiſerunt Imperatores iudicibus Græce ſententias proferre. Sic igitur dictum Triphonini interpretamur, vt nulla alia lingua poſſint decreta interponi, quam Latina, aut Græca. Quidam decreta apud eundem pro edictis generalibus accipiunt, ſed puerile erratum hoc eſt, ac indignum omnino, quod refellatur. Exiſtimaui aliquando, reſcriptum Arcadij de iudicibus datis accipi poſſe. Sed eo ſeculo iudices etiam magiſtratus dicebantur. Qua de re alibi fuſius. Sed cur ſtipulatio quacunque lingua concipi poteſt, decreta, & ſententiæ iudicum non æque? Reſpondeo, ſtipulationes & contractus, cum extraneis fieri, qui Latinam linguam, aut Græcam non callent. At magiſtratus, & iudices populi Romani, non decebat linguam Romanam ignorare. Vnde Tiberius quendam albo iudicum eraſiſſe dicitur, quod Latine neſciret.

Congruenter reſponderetur. Vtile viſum non eſt iuris auctoribus, ob tantillam diuerſitatem interrogationis, & reſponſionis ſtipulationem vitiari. l. omnes. C. de contrah. & commit. ſtipul. §. in hac re. Inſtit. de verb. oblig.

Per interpretem. Quæſitum eſt, an huic interpreti fides habeatur. Et certum eſt, ſi controuerſia ſit, an ſtipulatio contracta ſit, necne, teſtimonium eius ſolum non ſufficere. l. iuriſiurandi. C. de teſta. Proferri enim debent tabulæ de ea re, aut produci teſtes, qui teſtificentur ſe interfuiſſe, cum Titius, exempli gratia, Sempronio ſtipulanti centum promiſit, vt Mæuius tum aſſerebat, quem adhibuerant interpretem, &c. Poſtquam autem tabulis, vel teſtibus, hoc probatum fuerit, dubium adhuc eſt, ſi alter contrahentiũ contendat ſe ita non dixiſſe, vt interpres ille vel tabulario, vel teſtib. præſentibus retulit, an audiendus ſit. Et exiſtimo, ſi ſimpliciter acceptus ſit inter-

interpres, veritati locum ſuperfore. Non enim hic ſimpliciter Vlpianus ait, ſtipulationem recte contrahi per interpretem, ſed ita demum, ſi verus ſit. Quod ſi adhibitus eſt, vt omnino fides ei haberetur, aliud videtur dicendum eſſe, argum. l. Theopompus: de dot. præleg. Arbitror tamen, ſi interpretis perfidia clare probari potuerit, decepto ſuccurrendum eſſe, ſaltem beneficio reſtitutionis in integrum, ex clauſula generali edicti. l. 1. ex quib. cauſ. maio. arg. l. ſi libertus ita iurauerit. de oper. libert.

II. PAVLVS LIB. XII. AD EDICTVM.

STIPVLATIONVM quædam in dando, quędam in faciendo conſiſtunt.

Stipulationum quædam in dando, aliæ in faciendo conſiſtunt. In dando, vt cum quis ſibi pecuniam dari ſtipulatur. Et hoc verbo vt plurimum dominij translatio, non ſimplex traditio, ſignificatur. l. vbi autem. §. vlt. in faciendo, vt cum quis ſtipulatur, inſulam ædificari, rem tradi. l. ſi rem tradi. 28. Et animaduertendum eſt, verbum facere, hic anguſte accipi, vt dationi opponatur. Nam latius accipiendo, qui dat, facere quoq; dici poteſt. l. in facto. de cond. & demonſtr. l. verbum facere. de verb. ſign. Sicut & is, qui loquitur, & aliquid dicit: tametſi dicta opponantur factis, nonnunquam apud noſtros auctores. l. aut facta. de pœnis. Sed de huius verbi ſignificatione fuſius diſſeruimus lib. 1. Diſputa. anniuerſ. c. 59. Huic diuiſioni plerique tertium membrum, quod à Paulo omiſſum eſt, addunt, & quaſdam aiunt mixtas eſſe, vtpote, quæ in dando ſimul & faciendo conſiſtant. l. veteris. C. de contrah. & com. ſtip. Vt ſi quis ſtipuletur ſibi rationes reddi. l. cum ſeruus. de cond. & demonſtrat. Sed nouum non eſt, vt ſub duobus ſimplicibus expreſſis, mixtus caſus contineatur. l. ſi ita ſcriptum. de lib. & poſth. Qua de re Galenus eleganter diſſerit, lib. 2. de Sanita. tuend.

Et harum omnium quædam partium præſtationem recipiunt, veluti cum decem dari ſtipulamur: quædam non recipiunt, vt in his, quæ natura diuiſionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum ſtipulamur: quædam partis quidem dationem natura ſui recipiunt, ſed niſi tota dantur, ſtipulationi ſatis non ſit: veluti cum hominem generaliter ſtipulor, aut lancem, aut quodlibet vas. Nam etſi Stichi pars ſoluta ſit, nondum in vlla parte ſtipulationis liberatio nata eſt, ſed aut ſtatim repeti poteſt, aut in pendenti eſt, donec alius detur. Eiuſdem conditionis eſt hæc ſtipulatio, Stichum, aut Pamphilum dabis?

Sequentia capita, quæ ad obligationes diuiduas atque indiuiduas pertinent, inſignem quandam obſcuritatem habere creduntur: vt non immerito quis hanc diſputationem aggreſſurus, illud Homericum exclamet, ἔσπετε νῦν μοι Μοῦσαι. Mihi autem, ſi quid difficultatis ineſt, non tam in rebus ipſis, quæ tractantur à iuris auctoribus, aut in verbis eorundem, quam in tractandi docendiq; ratione, ac dexteritate quadam, eſſe videtur. Quam ego in vulgaribus iuris Doctoribus, acutis quidem illis fortaſſe, ſed parum eruditis deſidero. Nec vero in quemquam adhuc ſcriptorem incidiſſe me puto, qui rem ita explicet ac doceat, vt plane intelligatur. Quanquam Eguin. Baronis, collegæ quondam noſtri, præclarum de indiuiduis obligationibus extat σύνταγμα, quod diligentem lectorem multum iuuare poteſt. Quid præſtiterim in hoc genere, alij viderint: certe in animo ſemper habui, non alios ſubtilitate vincere (id quod homini mediocriter exercitato non admodum difficile hic eſt) ſed breuiter, dilucide, & enucleate de his rebus diſſerere: tametſi id me aſſequutum eſſe, vix affirmare auſim, adeo operoſa res eſt orationis perſpicuitas. Sed vt ad rem accedamus: Stipulationum tam quæ in dando, quam quæ in faciendo conſiſtunt, Paulus ait, quaſdam partium præſtationem recipere, alias non recipere. Partium præſtationem recipiunt ſtipulationes quantitatis, ſiue pecuniæ. Eademque eſt cauſa ſpeciei, ſiue corporis certi. Vlpianus cap. 9. de ſolutio. Qui decem, inquit, debet, partem ſoluendo, in partem obligationis liberatur, & reliqua quinque ſola, in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem tenetur. Hoc tamen differt obligatio pecuniæ, ab obligatione ſpeciei certæ, quod quantitas ſeu pecunia numero diuiditur, ſpecies diuiditur intellectu, in partes incertas. l. in ſtipulationibus. infra. Nam iuris noſtri auctores alia atque alia diuidendi ratione vtuntur, ad commoditatem hominum & rei cuiuſque naturam reſpicientes. l. cum Stichus. l. ſi is cui. de ſolut. Hæc vt facilius aſſequantur, qui rudes adhuc ſunt, ac tyrones in iure ciuili, quorum gratia hæc potiſſimum ſcribimus, hi conſiderent velim, res non ſolum corpore, ſed etiam intellectu diuidi. l. Mæuius. §. duobus. de leg. 2. Cum enim dicimus, Titium, & Sempronium eiuſdem rei dominos eſſe, rem diuiſam eſſe in partes ſignificamus, quarum partium vnam Titius, alteram Sempronius habet. Verum hæ partes corporaliter ſeparatæ non ſunt, ſed confuſæ, & commixtæ, vt neuter poſſit ſuam partem à parte ſocij ſui diſcretam oſtendere. Vlpia. cap. 5. de ſtip. ſeruo. Seruus communis ſic omnium eſt, non quaſi ſingulorum totus, ſed pro partibus vtique indiuiſis, vt intellectu magis partes habeant, quam corpore. Itaque pars Stichi, ex ſtipulatione tam deberi, quam peti ac ſolui commode poteſt. Qui enim dominus eſt Stichi, poteſt dominium non modo totius Stichi, ſed etiam partis indiſcretæ & incertæ, in ſtipulatorem transferre, vt ſeruus qui proprius erat promiſſoris, incipiat communis eſſe. Cum igitur de diuiſione in partes hic loquimur, partes indiuiſas, atque indiſcretas fere accipimus, quæ appellatione partium proprie continentur: quia cum diuiſio, ac ſeparatio corporalis fit, veluti inter ſocios, à communione recedentes, quod cuique obtigit, totum quiddam verius quam pars appellatur. l. recte dicimus. de verb. ſign. l. ſi quis duas. §. ſi quis partem. com. prædio. Sed cum pecunia in ſtipulationem deducta eſt, aut aliæ res huiuſmodi, quæ conſtant pondere, numero, aut menſura, nihil opus eſt hac intellectuali, vt ita dicam, diuiſione, cum quantitas commode & vtiliter numero diuidatur. Nec vero eum iudico ſatis aptum iuris ciuilis ſtudio, qui credat, cum de diuiſione hominis debiti loquimur, tunc hominem diuidi, cum in partes gladio ſecatur. Hoc enim eſt rem perdere, ac corrumpere. Vnde illud Caſſellianum apud Macrob. *Nauem ſi diuidis, nec tu, nec ſocius habebitis.* Hinc etiam Q. Fabij Labeonis vafrities & calumnia cognoſcitur, qui cum à rege Antiocho, quem bello ſuperauerat, ex fœdere icto dimidiam partem nauium accipere deberet, medias omnes ſecuit. Natura diuiſionem non admittunt ſeruitutes, quia vſus earum indiuiſus eſt. l. viæ. de ſeruit. Sed non facile poteſt intelligi diſputatio de ſeruitutibus, niſi prius de factis tractatum fuerit, atque ideo melius eſt hac parte ſuperſedere, vſque ad capitis 72. enarrationem. l. ſtipulationes non diuiduntur. Dubitari potuit de ſtipulatione hominis incerti, quia natura diuiſionem hic admittit. Nam tametſi promiſſus ſit homo incertus, tamen cum præſtatio, ſiue ſolutio facienda eſt, neceſſario deueniendum eſt ad ſpeciem, id eſt, ad certum hominem, quem diximus ſine incommodo diuidi poſſe. Verum à iuris auctoribus deprehenſum eſt, ex huiuſmodi diuiſione magnum incommodum ſequi. Fit enim, vt ſtipulator aliud conſequatur, quam quod ſtipulatus eſt: nempe pro vno aliquo homine, partes diuerſorum hominum. l. in executione. §. pro parte. Quod iniquum atque iniuſtum eſt, cum aliud pro alio, inuito creditori ſolui non debeat. l. 2. de rebus credit. Paulus, cap. 85. infra. Pro parte peti, ſolui autem niſi totum non poteſt: veluti cum ſtipulatus ſum hominem incertum. Nam petitio eius ſcinditur: ſolui vero niſi in ſolidum non poteſt: alioquin in diuerſis hominibus recte partes ſoluerentur: quod non potuit defunctus facere: nec quod ſtipulatus ſum, non conſequar. Idem iuris eſt, & ſi quis decem, aut hominem promiſerit. Nam ſi ponamus, promiſſorem hominis incerti, dando partem Stichi, pro parte liberatum eſſe, ſupererit pars hominis incerti, in obligatione: quam partem ſi petat creditor, poterit ei ſolui pars Pamphili, aut cuiuſuis alterius hominis, arbitrio promiſſoris. §. huic autem. Inſtit. de act. Itaque huius incōmodi vitandi gratia, conſtitutum eſt, vt quamuis pars hominis incerti, à ſingulis puta

hæredibus petatur, tamen ſolutio partis non ſtatim liberet debitorem, ſed pendeat liberatio, donec alter ſoluerit reliquam partem, quam debet: vt ſi eiuſdem hominis partem ſoluerit, liberatio naſcatur: ſi alterius hominis, non naſcatur. l. ſi non ſortem. §. ſi decem. de condict. indeb.

Tractatur hic quæſtio, an creditor, cui debetur quantitas, vel ſpecies, partem à debitore inuitus accipere cogatur. Et exiſtimo, cogendum non eſſe, ſi de reliqua parte nulla ſit controuerſia, præterquam in caſibus exceptis: l. ſi tutor. §. Lucius. de vſu. l. obſignatione. C. de ſolutio. l. cum hæres. §. pen. de ſtatuliber. quia particularis ſolutio magnam incommoditatem affert. l. plane. ſupra famil. erciſc. Quod ſi debitor in iure, id eſt, apud prætorem, fateatur ſe partem debere, pro iudicato habendus eſt, quod ad eam partem attinet. l. 1. l. certum. de confeſ. l. poſt rem. de re iudic. l. ſi debitori. de iudic. De reliqua parte cuius ſe debitorem eſſe inficiatur, à prætore iudicium dabitur. l. quidam exiſtimauerunt. de rebus. cred. Et hæc ſententia vulgo recepta eſt: ſed eam refellit Alciatus, cuius rationes perquã leues mihi eſſe videtur. Nam quod ait, hoc pacto meliorem fieri conditionem negantis, quam confitentis, locum quoque haberet in eo, qui totum ſe debere negat, aut confitetur. Is enim, qui totum confitetur, ſtatim cogitur ſoluere, non is, qui inficiatur. Deinde ait, diuidi obligationem inter hæredes, lege 12. tabular. quod non fieret, niſi à defuncto diuidi poſſet, quoniam ex perſona hæredum conditio obligationis non mutatur. §. ex his. infra. Sed hic non mutatur conditio obligationis, cum ſemper diuidua ſit: & ſoluens partem, pro parte liberatur. Quod enim dicitur ex perſona hæredum conditionem obligationis non mutari, ſic accipiendum eſt, vt obligatio, quæ indiuidua eſt, veluti ex ſtipulatione hominis incerti, diuidua propter hæredes non fiat. Quod autẽ hic vulgo dicitur, ſi quis decem dari ſtipuletur, partem à debitore ſolui poſſe creditori, ſic accipiendum eſt, ſi creditor id velit. Nec me mouet Alciati ratio, dicentis, ita fore, vt nulla inter ſtipulationem certæ quantitatis, aut ſpeciei, & ſtipulationem rei incertæ, puta hominis, differentia reperiatur. Si enim, inquit, debitor hominis incerti partem Stichi ſoluerit, volenti creditori, non poteſt conqueri creditor, quod iniuria affectus ſit: & ſic ceſſat ratio, de qua iam diximus. § pro parte. Itaque debitor hominis liberabitur pro parte, ſicut debitor quantitatis, vel ſpeciei. Sed puto, debitorem hominis incerti, ſoluendo partem Stichi, non continuo liberari, idque ſatis expreſſum eſt ab Vlpiano his verbis. l. ſtipulatus. § qui decem. de ſolut. Qui decem debet, partem ſoluendo, in partem obligationis liberatur, & reliqua quinque ſola in obligatione remanent. Item qui Stichum debet, parte Stichi data, in reliquam partem Stichi tenetur. Qui autem hominem debet, partem Stichi dando, nihilo minus hominem debere non deſinit. Denique homo adhuc ab eo peti poteſt. Sed ſi debitor reliquam partem Stichi ſoluerit, vel per actorem ſteterit, quo minus accipiat, liberatur. Nam cum intelligat creditor, hanc eſſe naturam ſtipulationis, vt liberatio ex euentu pendeat, cum hac exceptione tantum partem accipere intelligitur.

Quædam partis quidem dationem natura ſui recipiunt.

Si quis ſtipulatus fuerit hominem incertum, natura non impedit, quo minus præſtatio diuidatur: quia certus homo præſtari ſemper debet, qui diuiſionem recipit, vt ante diximus. Sed quia compertum eſt, ex ea diuiſione non leue incommodum ſequi, conſtitutum eſt à iuris auctoribus, eum qui partem certi hominis ſoluit, non ſtatim liberari, ne ſi poſtea alterius hominis pars præſtetur, loco vnius hominis, creditor diuerſorum hominum partes conſequatur. l. in executione. § pro parte. infra. Nam aliud pro alio ſolui inuito creditori, iniquum eſt. l. 2. de reb. cred. An igitur ſolutio partis, pro parte ad liberationem proficiat, ex euentu omnino pendet. l. ſi non ſortem. §. ſi decem. de cond. indeb.

Eiuſdem conditionis. Similis eſt obligationi generis, certarum rerum ſub alternatione promiſſarum obligatio. Nam qui promittit hominem, ſingulos homines quodammodo ſub alternatione & conditione, promittere intelligitur. l. Mæuius. §. duobus. de leg. 2. l. 5. qui, & à quib. ma. libe. l. cum ita. de optio. lega. Differunt tamen hæ obligationes in pleriſque aliis caſibus, de quibus alibi diſputatum eſt. l. ſi vnus. §. ſed ſi ſtipulatus. de pact. l. qui decem. §. Stichum. de ſolut.

Ex his igitur ſtipulationibus, ne hæredes quidem, pro parte ſoluendo, liberari poſſunt, quandiu non eandem rem omnes dederint. Non enim ex perſona hæredum conditio obligationis immutatur, & ideo ſi diuiſionem res promiſſa non recipit, veluti via: hæredes promiſſoris ſinguli in ſolidum tenentur. Sed quo caſu vnus ex hæredibus ſolidum præſtiterit, repetitionem habebit à cohæredibus, familiæ erciſcundæ iudicio. Ex quo quidem accidere poſſe Pomponius ait, vt & ſtipulatoris viæ, vel itineris hæredes ſinguli in ſolidum habeant actionem. Sed quidam hoc caſu extingui ſtipulationem putant, quia per ſingulos acquiri ſeruitus non poteſt. Sed non facit inutile ſtipulationem difficultas præſtationis.

Obligatio generis, aut rerum ſub alternatione promiſſarum, ne inter hæredes quidem promiſſoris diuiditur. Cum enim eadem omnino ſit ratio in hæredibus, quæ in defuncto, natura & conditio obligationis, ex perſona hæredum mutari non debet. l. 2. § incertam. de præto. ſtipul. Si tamen plura genera in ſtipulationem deducta ſint, numero fiet inter hæredes diuiſio, l. in ſtipulationibus. 54. l. ſi centum. 117. Quid ſi in certum hominem non conſentiant hæredes? Officium iudicis eſt inſtare apud eos, vt conſentiant. l. huiuſmodi. 86. §. vlt. de leg. 1. Quod ſi tanta ſit eorum pertinacia, vt ad concordiam reduci nequeant, lis æſtimabitur, manebitque actio ſalua cohæredi, aduerſus eum, per quem ſtetit, &c. l. hæredes. §. ſi incerto. ſupra fam. erciſc. Sunt qui putent ſorte rem diſcerni poſſe: quod ratione non caret. l. 3. Cod. commu. diu.

Non enim ex perſona. Caue putes, theſim, ſiue regulam generalem, à Paulo hic tradi. Loquitur enim de generis obligatione. Itaque ſi quæratur in vniuerſum, an ex perſona hæredum conditio obligationis mutetur, nihil aliud poſſumus reſpondere, niſi ſpectandam eſſe rationem, &c. vt cum ratio eadem apparebit in hæredibus, obligatio naturam ſuam retineat.

Et ideo ſi diuiſionem. Hæredes promiſſoris, ſi obligatio natura diuiſionem non recipiat, in ſolidum tenentur. l. ea quæ. de re iud. l. viæ. de ſeruit. l. hæredes. §. an ea ſtipulatio. ſupra fam. erciſc. Exiſtimo tamen, rectius facturum iudicem, antequam vnum ex hæredibus condemnet in ſolidum, ſi tempus præſtituat ceteris cohæredibus, intra quod ſeruitutem præſtent ſecundum reſcriptum Diui Marci, l. fideicommiſſa. § ſi in opere. de leg. 3. cuius hæc verba ſunt: Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum ſit: vnumquemque hæredem in ſolidum teneri, Diuus Marcus, & Lucius Verus Proculæ reſcripſerunt: tempus tamen cohæredi præſtituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum: poſt quod ſolam Proculam voluerunt facere, imputaturam cohæredi ſumptum pro parte eius: Ergo & in ſtatua, & in ſeruitute, ceteriſque, quæ diuiſionem non recipiunt, idem D. Marcus reſcripſit. Fit autem condemnatio ad litis æſtimationem, quam ſolidam & integram exoluit reus, d. l. hæredis. §. an ea ſtipulatio. licet in facti obligationibus æſtimatio diuidatur. l. ſtipulationes non diuiduntur. infra. Arbitror & ſeruitutem ipſam ab vno conſtitui poſſe. arg. l. procuratorem. §. ſi ignorantes. mand. l. fideicommiſſa. § ſi in opere. de leg. 3. quamuis vnus eam promittere & cedere non poſſit. l. per fundum. de ſeruit. ruſt. præd.

Sed quo caſu vnus. Quod neceſſitate cogente ſoluit vnus ex hæredibus, id ab altero repetit iudicio familiæ erciſcundæ. l. hæredes. § ſi vnus. fam. erciſc. Nec dubito, quin id locum quoque habeat in obligatione generis: quia cogitur totum ſoluere, ſi velit liberari. Ac neceſſitatem hic accipere debemus, non tantum ſimplicem & abſolutam, ſed etiam conditionalem, quam Cicero, cum adiunctione neceſſitatẽ, vocat. lib. 2. de Inuent. l. 3. C. de neg. geſt. Nec nos mouet argum. Alciati,

Alciati, qui Paulum ait, *ſed quo caſu*, dixiſſe, non *quibus caſibus*. Nam hæc verba, *ſed quo caſu*, generalia ſunt: quæ perinde accepit Alciatus, ac ſi Paulus dixiſſet, *quo caſu ſi vnus, &c.* Vult igitur Paulus, quocunque caſu vnus ſolidum præſtiterit, petitionem habere, &c. Repetitio autem fiet, non modo, ſi æſtimationem ſeruitutis, ſed etiam interdum, ſi ſeruitutem ipſam præſtiterit. Vtputa ſi coactus fuerit redimere fundum alienum hæres, cui velut proprio ſeruitutem impoſuerat defunctus.

Ex quo quidem accidere. Singuli hęredes ſtipulatoris ad ſeruitutem petendã in ſolidum agunt. d. l. viæ. de ſeruit. d. l. hæredes. §. an ea ſtipulatio.

Sed quidam hoc caſu. Videbatur extingui debere ſtipulatio, quia per ſingulos ſeruitus acquiri non poteſt, id eſt, ſi duo habeant fundum communem, non poſſunt ſinguli ſeruitutem ei fundo acquirere. l. pro parte. ſupra de ſeruit. Nam nec pro parte poteſt vnus acquirere, quia ſeruitus diuiſionem non recipit: nec in ſolidum, quia alteri acquireret, contra rationem iuris. l. proprium. commu. prædio. Hic autem hæredes fundum hęreditarium communiter poſſident: non igitur vni ſeruitutem ei fundo acquirere licet.

Sed non facit. Subobſcura ſunt hæc verba Pauli, nec ſatis conuenit inter viros eruditos de eorum ſenſu. Sed mihi videtur obiectum diluens interpretari, quod dicitur, per ſingulos acquiri ſeruitutem non poſſe. Id enim de ſtipulatione ipſa, qua acquiritur obligatio, & actio in perſonam, accipiendum eſt, non de præſtatione & conſtitutione ſeruitutis, quæ iam promiſſa ac debita eſt. Nam etſi nemo ſtipulando, aut paciſcendo, poſſit alteri acquirere obligationem, aut actionem, l. quo tutela. de reg. iur. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infra. tamen poſtquam obligatio ex ſtipulatione quæſita eſt, poſſeſſio, ac dominium per quamcunque perſonam poteſt acquiri alteri. l. ea quæ. l. traditio. §. vlt. de acquir. rer. dom. Senſus igitur horum verborum eſt, cum dicimus difficultatem, ſiue impoſſibilitatem acquiſitionis, inutilem facere ſtipulationem, id de ſtipulatione, non de præſtatione intelligi. l. proprium. com. prædio. quoniam in præſtatione difficultas non eſt, ſi ſtipulatio iam contracta ſit. Difficultatis autem verbo hic vſus eſt Paulus, pro impoſſibilitate, fortaſſis vt inſolens verbum refugeret, à quo ex iuris auctoribus nonnulli adeo abhorruerunt, vt Græco vti mallent. l. ab omnibus. de legat. 1. Quod ſi quis obiiciat, ſi ſtipulator fundi partem alienauerit ante conſtitutam ſeruitutem, corrumpi omnino ſtipulationem, l. pro parte. de ſeruit. l. ſi ſub vna. infr. cum tamen ſuperſit tantum præſtatio, ad executionem ſtipulationis: reſpondeo, non de ſola pręſtatione & executione tum agi, ſed de obligatione quoque emptori acquirenda, cui non competit actio ex ſtipulatione, ſicut hæredi, &c. Sed dixerit forte quiſpiam, hac ratione non ſatis conſultum promiſſori, qui poſteà ab altero cohærede conueniri poſſet. Verum nullam agendi cauſam alter habet, conſtituta iam, & impoſita ſeruitute fundo. Nam verius eſſe arbitror, victoriam vnius prodeſſe etiam alteri, quamuis de conſtituta tantum ſeruitute id vulgo intelligatur. l. loci. §. ſi fundus. ſi ſeruit. vind. Si enim vnus ex ſociis, qui emerunt ſimul fundum, poteſt ſolus alteri poſſeſſionem, ac dominium quærere, l. traditio. § vlt. de acq. rer. dom. cur non idem dicamus in rerum incorporalium acquiſitione, non video. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ, quod Iulianus ait itinere ad prædium commune duorum legato, niſi vterque de loco itineris conſentiat, ſeruitutem non acquiri. l. itinere. de ſeruit. ruſt. præd. Cum enim dicimus, vni per alterum poſſeſſionem acquiri, non ita accipi volumus, vt vel diſſentientibus ſociis, ſiue cohæredibus acquiratur. d. l. ea quæ. Sed quæſtio hic proponitur, quaſi nullo modo ſeruitus per ſingulos acquiri poſſit. Quod quidem de ſtipulatione verum eſt, tametſi id velint omnes cohæredes: ſed in præſtatione ſeruitutis locum non habet.

Si tamen hominem ſtipulatus, cum vno ex hæredibus promiſſoris egero, pars duntaxat ceterorum obligationi ſupererit, vt exolui poßit. Idemque eſt, ſi vni ex hæredibus acceptolatum ſit. Idemque eſt in ipſo promiſſore, & in fideiuſſoribus eius, quod diximus in hæredibus.

Quod antè dictum eſt, vnum ex hæredibus promiſſoris, à quo petitur pars hominis incerti, ſi partem Stichi ſoluerit, non continuo liberari, ſed liberationem ex euentu pendere: id perpetuum non eſſe Paulus hic oſtendit, & quoſdam caſus refert, in quibus ſtatim contingit liberatio: veluti ſi ab altero cohærede pars hæreditaria prius petita fuerat, & abſolutio ſecuta. Nullum enim tunc periculum eſt, ne in diuerſis hominibus ſolutio fiat. l. in executione. §. pro parte. ỹ.

Egero. Quibuſdam valde abſurdum videtur, quod hoc verbum ad abſolutionem referatur, non ad ſimplicem actionem. Verum hi conſiderare debent, in ambigua voce legis accipiendam eſſe eam interpretationem, quæ vitio careat. l. in ambigua. de legib. Ambigua autem hæc oratio proculdubio eſt, quia poteſt de ſimplici actione intelligi, quam nulla ſit ſecuta ſententia. Ac ſi ſententiam ſecutam eſſe fateamur, dubium adhuc relinquitur, an abſolutoria fuerit, an condemnatoria. Nec ſane vlla videtur interpretatio afferri huic loco conueniens, niſi abſolutum reum, contra quem actum eſt, dicamus. Qui enim verbis inhærent, de petitione tantum hæc verba intelligunt, quaſi petitione ſola ſtipulator ſibi noceat, qui ne receptione quidem partis ſibi nocet. l. ſi ſtipulatus. §. qui decem. infra. Ac tametſi nitantur quidam noſtras rationes refellere, ſatis tamen perſpicuum eſt, quantis nugis chartas repleuerint in hac diſputatione, dum probare ſtudent, eum, qui egit ad partem, aduerſus vnum ex hæredibus promiſſoris, ſibi præiudicare, contra ius apertum. l. reos. C. de fideiuſſo. Quid enim apertius eſt, quam quod Vlpianus ait, pro parte quidem agi poſſe, ſed non niſi in ſolidum poſſe præſtari? l. in executione. §. pro parte. infra. Adde, quod pleriſque aliis in locis hoc verbum apud iuris auctores ita accipitur. l. ſi quis cum totum. l. ſi à te. de excep. rei iud. Non enim curæ fuit eis, aliter rem exprimere, cum exiſtimarent, neminem tam auerſum à vero eſſe, vt non ita interpretaretur, quemadmodum ratio, æquitas, & materia ſubiecta poſtulat. Et hoc ſenſu poſterior caſus de acceptilatione recte comparatur priori: quia ſicut acceptilatione, ita abſolutione, liberatur reus.

Acceptolatum ſit. Acceptilatione ergo vni facta, non liberatur alter. Quod eſt accipiendum, niſi acceptolata ſit tota res, quæ debetur. l. ſi ex pluribus. de accept. Quid, ſi accepto feratur vna ſpecies? Et conſtat totam obligationem tolli. l. & per iuſiurandum. §. ſi is qui hominem. de acceptil. Quamuis alia ſit cauſa pacti, quod de non petenda ſpecie factum eſt. l. ſi vnus. §. ſed ſi ſtipulatus. de pact. Cuius diuerſitatis rationem alias docuimus. l. pen. §. ſi vir. ſolut. matr.

Fideiuſſoribus. Eadem eſt ratio plurium fideiuſſorum promiſſoris, quæ eſt hæredum, vt non aliter inter eos, quam inter hæredes, diuidatur generis ſtipulatio. §. ſi plures. Inſtit. de fideiuſſ.

Item & ſi in facto ſit ſtipulatio: veluti ſi ita ſtipulatus fuero, Per te non fieri, neque per hæredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat: *& vnus ex pluribus hæredibus prohibuerit: tenentur quidem cohæredes eius, ſed familiæ erciſcundæ iudicio ab eo repetent, quod præſtiterunt. Hoc & Iulianus, & Pomponius probant. Contra autem, ſi ſtipulator deceſſerit, qui ſtipulatus erat ſibi, hæredique ſuo ire agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur: intereſſe dicemus, vtrum in ſolidum ſtipulatio committatur: an pro parte eius, qui prohibitus eſt. Nam ſi pœna ſtipulationi adiecta ſit, in ſolidum committetur: ſed qui non ſunt prohibiti, doli exceptione ſubmouebuntur. Si vero pœna nulla appoſita ſit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus eſt, committetur ſtipulatio.*

Poſt ſtipulationes dandi, nunc tranſit Paulus ad eas, quæ in faciendo conſiſtunt: cuiuſmodi eſt ſtipulatio, *iter fieri*: differt enim hæc ſtipulatio à ſtipulatione ſeruitutis, quæ ius continet: quia qui ſtipulatur *ire licere*, ſeruitutem itineris ſtipulari in dubio non intelligitur. l. ſemper. de regulis iur. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. infr. Sed huiuſmodi ſtipulationes ſolebant accedere conſtitutioni ſeruitutis,

ſicut ſtipulatio, *habere licere*, acquiſitioni rerum corporalium. Is igitur, qui vendit, aut promittit ſeruitutem itineris, tenetur ad dandam ſeruitutem. l. 3. de vſufruct. l. ſi vnus. de ſerui. ruſt. præd. nec aliter liberatur, quam ſi ius illud reale, quod prædio hæret, in emptorem, aut ſtipulatorē, tranſtulerit. Poſt quam translationem, ſi impedierit ſtipulatorem vti ſeruitute, committetur ſtipulatio: nec tantum actione confeſſoria in rem, ſed etiam ex ſtipulatu, aduerſus eum agetur, propter ſtipulationem facti, quæ principali obligationi acceſſit. l. quoties via. de ſeruit. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis, hic.

Tenentur quidem & cohæredes. Quia ſtipulatio hæc indiuidua eſt, vnius facto omnes promiſſoris hæredes tenentur. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus. infra. l. inter. §. quod ex facto. famil. erciſc. Sed pro parte tantum hæreditaria, vt ex Catonis diſtinctione colligitur. l. 4. infra.

Contra ſi ſtipulator. Inter ſtipulatoris hæredes non diuiditur hæc obligatio, ad id, quod intereſt, quia is, qui impeditus non eſt, non poteſt contendere ſua intereſſe, niſi forte quiſpiam ex ipſius familia impeditus ſit. l. ſi ſtipulatus fuero. III. infra. Quamobrem ſi vnus ex hæredibus ſtipulatoris tantum prohibitus ſit, alteri nulla competet actio. l. 4. §. ſi is qui duplam. niſi quis forte cohæredis quoque nomine per fundum ire volebat. arg. l. ſi ſtipulatus.

Nam ſi pœna. Cum pœna ſtipulationi ſubiecta non eſt, dubitationem res non habet. Sed ſi pœna adiecta fuerit, non videtur quærendum eſſe, an interſit. Verum Paulus hic nihilominus ait, ſi is qui prohibitus non eſt, ad pœnam agat, eum exceptione doli ſubmouendum eſſe. Nam tametſi in pœnali ſtipulatione non inſpiciatur, an interſit, l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infr. l. cum pœna. de recept. arbitr. tamen inſpicitur, an contra ſtipulationem aliquid factum ſit. At in hac ſtipulatione, ſi voluntatem contrahentium & æquitatem magis, quam ſubtilitatem iuris ſequamur, nihil contra ſtipulationem factum eſſe videtur, quod ad perſonam eius hæredis attinet, qui prohibitus non eſt. Cum enim ſtipulatur quis, ſibi, hæredique ſuo ire licere, & ſi contra factum fuerit, certam pœnam, intelligitur pœnam hæredibus ſuis ſtipulari, quatenus vnuſquiſque eorum prohibitus fuerit. arg. l. Stichum, qui meus. de leg. 1. Proinde is, qui prohibitus eſt, non cogitur docere, an ſua interſit, quia contra ſtipulationem peccatum eſſe conſtat. Quo caſu nihil referre exiſtimo, an interſit agentis, necne. Itaque cum ſtipulor centum, niſi Titio fundum dederis, ex hac ſtipulatione mihi datur actio, quamuis forte mea non interſit: quia ſi non detur fundus, contra voluntatem contrahentium id fieri certum eſt. Adde, quod certam ſummam ſolemus ſtipulari, ne in difficultatem incidamus id quod intereſt probandi. l. vlt. de prætor. ſtipul. Quod fruſtra fieret, ſi in iudicio quæreretur an interſit, &c. Et hæc interpretatio noſtra probabilior eſt, vulgari Doctorum diſtinctione, & ad rem explicandam accommodatior.

III. VLPIANVS LIB. XLIX. AD SABINVM.

IDem iuris eſt, & in illa ſtipulatione mihi hæredique meo habere licere. *Sed hæc differentia illam habet rationem, quod vbi vnus ex hæredibus prohibetur, non poteſt cohæres ex ſtipulatu agere, cuius nihil intereſt, niſi pœna ſubiecta ſit. Nam pœna ſubiecta efficit, vt omnibus committatur, quia hic non quærimus, cuius interſit. Enimuero vbi vnus ex hæredibus prohibet, omnes hæredes tenentur: intereſt enim prohibiti, à nemine prohiberi.*

Habere, aliquando ad factum refertur. l. ſtipulatio iſta. §. habere. infr. l. habere. de verb. ſign. Et hoc ſenſu ſtipulatio factum indiuiduum continet, ſicut & ſtipulatio ire licere. Sed de hoc plenius in Catonianæ diſtinctionis explicatione. Dicet forte quiſpiam: etſi ius contineat, tamen cum adiicitur hæc ſtipulatio venditioni, adhuc indiuiduam eſſe, quia venditionis natura indiuiſa eſt. l. cum ex cauſa. infra. Sed venditio non eodem modo indiuiſa eſt, quo facta indiuidua ſunt, de quibus hic loquimur, vt poſtea docebimus.

Sed hæc differentia. Explicat differentiam inter hæredes ſtipulatoris & promiſſoris, de qua ſatis ante dictum eſt.

IIII. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

EAdem dicemus, & ſi dolum abeſſe à te, hæredeque tuo ſtipulatus ſum, & aut promiſſor, aut ſtipulator pluribus hæredibus relictis deceſſerit?

Inſcriptio huius capitis indicat, ſumptum id eſſe ex libris Iulij Pauli ad Sabinum, ſicut & totum caput ſecundum, id eſt, ex notis, quas ad libros Sabini ſcripſerat. Itaque ſatis probabile eſt, hæc verba, nō Pauli, ſed Sabini potius eſſe. Verum vt concedamus Pauli non Sabini eſſe, ſic ea interpretabor, vt vtrius ſint non magnopere interſit. Nam poſt verbū, *deceſſerit*, nota interrogationis ſcribi poterit, vt admoneatur Lector, Paulum nihil hoc loco affirmare, aut diffinire, ſed quæſtionem duntaxat proponere, de qua more ſuo diſputaturus eſt. Quæſtio igitur eſt, An hæc ſtipulatio, *dolum abeſſe* à te hæredeque tuo, diuiſionem recipiat, necne: & an ſimilis ſit ſtipulationi, *per te non fieri*, de qua ante locutus fuerat, vt verba ipſa ſatis oſtendunt.

Cato libro quintodecimo ſcribit, pœna certa pecuniæ promiſſa, ſi quid aliter factum ſit: mortuo promiſſore, ſi ex pluribus hæredibus eius vnus contra, quam cautum ſit, fecerit, aut ab omnibus hæredibus pœnam committi pro portione hæreditaria, aut ab vno tantum proportione ſua ab omnibus, ſi id factum, de quo cautum eſt, indiuiduum ſit, veluti Iter fieri, vel non fieri? *quia quod in partes diuidi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videretur. At ſi de eo cautum ſit, quod diuiſionem recipiat, veluti,* Amplius non agi, *tum eum hæredem, qui aduerſus ea fecit, pro portione ſua ſolum pœnam committere. Differentiæ hanc eſſe rationem, quod in priore caſu omnes commiſiſſe videntur (quod niſi in ſolidum peccari non poterat) illam ſtipulationem,* per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat. *Sed videamus, ne non idem hic ſit: ſed magis idem, quod in illa ſtipulatione,* Titium hæredemque eius, ratum habiturum. *Nam hac ſtipulatione & ſolus tenebitur, qui non habuerit ratum: & ſolus aget, à quo fuerit petitum. Idque & Marcello videtur: quamuis ipſe dominus pro parte ratum habere non poteſt.*

Defendi poteſt, hæc quoque verba Sabini eſſe, Catonis ſententiam recitantis, ſuæ confirmandæ gratia. Quod ſi Pauli ea eſſe magis placeat, dicendum eſt, ideo referri à Paulo, quod ratio, qua vſus eſt Cato, volens oſtendere ſtipulationem, *iter fieri*, aduerſus omnes hæredes committi, ſufficere videatur ad probandum ſtipulationem, *dolum abeſſe*, indiuiduam eſſe. Nam ſicut non niſi in ſolidum prohiberi poteſt ſtipulator, quo minus iter faciat, ita dolus non poteſt pro parte tantum admitti, ſed in ſolidum. Exempli gratia, Pone venditorem Stichi mihi ſtipulanti promiſiſſe dolum abeſſe, &c. deinde ab vno ex eius hæredibus intoxicatum fuiſſe ſeruum, vt traditus mihi emptori ſtatim moreretur: nonne hic eadem ratio eſt, quæ in ſtipulatione *iter fieri*?

Pro portione hæreditaria. In factis indiuiduis licet ſtipulatio committatur in ſolidum, l. hæredes. §. in illa. ſupra famil. erciſc. & vnius facto, vel culpa omnes teneantur, l. in executione, infra: tamen ſinguli ad æſtimationem non tenentur in ſolidum, ſed pro portione tantum hæreditaria. l. ad ea. §. vlt. de reg. iur. In factis vero diuiduis ob factum vnius, ceteri nullo modo tenentur: ſed is tantum pro parte ſua. Factum autem diuiduum, aut indiuiduum quid ſit, non diffiniunt iuris auctores in vniuerſum; ſed exemplis rem demonſtrant: veluti iter facere, ſeu ire, ab eis factum indiuiduum dicitur, quia pro parte hæreditaria atque indiuiſa nemo per fundum ire poteſt, aut ne eat, alterum prohibere. Idque generale eſt in omnibus factis, quæ corpore exequimur. l. ſtipulationes non diuiduntur. infra. l. fideicom. §. ſi in opere.

operę.de leg.3.l.ſi is qui.400.§.quędam.ad l.Falcidiam Diuiſio enim, de qua hic loquimur, intellectu fit in partes, ſcilicet pro indiuiſo: nec ea diuiſio, quæ fit in partes certas, ad hunc tractatum pertinet. Itaque in iis, quæ corpore tantum fiunt, hæc intellectualis diuiſio locum habere non poteſt, vt docuimus lib.1. Diſputationum. Quædam vero ſunt, quæ animo magis, quam corpore, exequimur, *vt ratam habere ſiue, amplius non agere.* Nam hæc duo, pro eodem hic accipiuntur, atque ideo inter indiuidua referuntur à iuris autoribus. Nam ius quoddam huiuſmodi factis transfertur in alium quod intellectu diuiditur.leg. ſeruus communis. de ſtipulat. ſeruor. Quamobrem non male dictum eſt à Cumano, ea facta indiuidua eſſe, quæ viſibilia ſunt: diuidua vero, quæ inuiſibilia: ſi quis abſque cauillatione dictum eius accipiat. Et quod obiiciunt aliqui, dationem rei viſibilem ac corporalem eſſe, quá tamen diuiduam eſſe conſtat, parum nos mouere debet: qui tametſi traditio corpore fiat, tamen dominium animo transfertur. Vnde tradens rem alicui eo animo, vt dominium partis in ipſum transferat, non totius rei accipientem pro parte dominum efficit. Traditio enim corporalis eſt, ſed datio, id eſt, dominii translatio, vt ita loquar, intellectualis. Cuius rei argumentum eſt, quod tradere poteſt is, qui intellectu caret, cùm tamen dare nequeat.leg.1.§.adipiſcimur.de acq. poſſ. Atque hinc intelligi poteſt, quod ſupra à nobis dictum fuit de ſtipulatione hac *habere licere*, dict.l. 3. quæ tùnc indiuidua eſt, cum nudum factum, non etiam dominium, continet.

Differentia hanc. Sic legitur in veteribus emendatiſque codicibus: nec dubitandum eſt, quin ea ſit vera lectio: quam non ſequitur Alciatus quod peccari ſtipulationem, rectè dici Latine neget. Verum hic non dicitur peccari ſtipulationem, ſed committere ſtipulationem potius: quod verbum à iuris autorib. vſurpatur.l.Stichum.§.tametſi.de ſolut. Et hęc verba *quod niſi in ſolidū, peccari non poterat, καταχρηστικῶς* legéda ſunt. vt ſit ſenſus, in priore caſu, ideo omnes commiſiſſe videntur illam ſtipulationem, *per te non fieri, &c.* quia non poteſt peccari pro parte, ſed tantummodo in ſolidum. Ex quo apparet, hanc ſtipulationem, *per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, prius dictam fuiſſe, *iter fieri.* Quo compendio vti ſolent iuris autores, ne crebra tot verborum repetitio moleſta ſit.S *amplius non agi, vel ratum haberi*, vocat paſſim hanc ſtipulationem, *Titium hæredemque eius ratum habiturum, neminemque eo nomine petiturum, cuius de ea re actio, petitio, perſecutio ſit*, l.procurator.inf.rem rat.haberi. Sic Vlpianus c. 14.de ſeruit. vrb.præd. *lumina* vocat ſeruitutem, *ne luminibus officiatur*, & c.16.tit.de dolo, *metum*, pro actione *quod metus cauſa*, dicit.

Sed videamus ne non. Dubium non eſt, quin hæc verba Pauli ſint, non Sabini, aut Catonis: quæ quemadmodum accipienda ſint, non conuenit inter eos, qui hunc locum interpretati ſunt. Equidem arbitror, ſi hactenus locutum eſſe Sabinum fateamur (quod mihi probabilius videtur) hoc ſentire Paulum, quod dictum eſt à Sabino, idem dicendum de ſtipulatione *dolum abeſſe*, quod de aliis ſtipulationibus, videlicet, *ire licere*, & *habere licere*, id non vſquequaque verum eſſe, eamque ſtipulationem magis ſimilem videri illi ſtipulationi, *Titium hæredemque eius ratum habiturum*, quam vtique diuiduam eſſe conſtat. Nam hoc verbo, videamus, ſolebant vti veteres Iureconſulti, cū de re dubia & controuerſi iuris quid ſentirent, verecunde, & modeſte vellent exprimere, vt plenè docuimus lib.2. Diſput. Nec vero inficiari quiſquam poteſt, quin ſtipulatio doli factum diuiduum plærunque contineat, & pro parte committatur: vt ſi vnus ex promiſſoris hæredibus rei partem pignorauerit.leg.redhibere.de ædil.edict. Sin autem quis malit à Paulo huculq; referri ſententiā Catonis potius quam quis à Sabino, non multum refert. Nā recitata ea ſententia, ex qua colligi poſſe videbatur, *dolum abeſſe*, factum eſſe indiuiduum, & hæredes promiſſoris, vno dolum faciente, omnes teneri, ſicut in ſtipulatione *iter fieri*, tandem aperit de ea re quid ipſe ſentiat, & ait, Videamus ne non idem hic ſit, &cæt. Quam interpretationem eo libentius amplector, quod eam Lælio Taurello homini erudito placere intelligam. Ac veriſimile eſt pleniorem fuiſſe Catonis ſententiam, quam hic recitetur à Paulo, & Catonem oſtendiſſe, cur altera ſtipulatio *amplius non agi*, diuidua ſit. Et fortaſſis aliquid etiam ſubiecit de ſtipulatione doli, eam comparans ſtipulationi *iter fieri*, cum in vtraque eandem rationem eſſe crederet. Sed Paulus eam diſtinctionem attingere ſatis habuit, cum præſertim libri Catonis eo tempore in manibus omnium verſarentur, ex quibus ſententia eiuſdem plene percipi poterat. Quidam ſic interpretantur, *ne non idem hic ſit*, id eſt, in ſtipulatione *per te non fieri &cæt.* quod in ſtipulatione *iter fieri*, atque ita legūt, paulo ante hæc verba, *peccari non poterat*, vt in illa ſtipulatione, *per te non fieri, nec per hæredem tuum, &cæt.* Sed cum in vetuſtiſſimis, emendatiſque codicibus diuerſa ſit lectio, non poteſt eorum opinio interpretatioque conſiſtere. Sunt qui hæc verba aliter accipiant, *ne non idem hic ſit*, id eſt, in ſtipulatione *amplius non agi*, quod in ſtipulatione *iter fieri*, ſiue *per te non fieri, quo minus &cæt.* Nam vna & eadem eſt ſtipulatio, non diuerſæ. Atque ita interpretantur, quaſi Paulus declarare diſtinctionem Catonis volens, demonſtret ſtipulationem *amplius non agi*, non eſſe ſimilem ſtipulationi *iter fieri*, ſed potius ſtipulationi, *Titium hæredemque eius ratum habiturum.* Verum hæc interpretatio, nec verbis, nec rationi congruit. Nam hæc verba, *Sed videamus, &cæt.* diſſentientis ſunt, non probantis, nec declarantis, vt ante admonuimus. Deinde adeo apertè diſerteque, Cato diſtinctione illa ſua, diſcrimen vtriuſque ſtipulationis docuit, vt nemo ſit tam hebeti ingenio, qui ex ea diſtinctione non facile percipiat, quantum inter vtranque ſtipulationem interſit. Cum igitur dubia non ſit, nec obſcura Catonis de ea re ſententia, credendum non eſt, Paulum de ea explicanda laboraſſe. Adde quod *amplius non agi* ſtipulatio, nihil aliud eſſe videtur hoc in loco, quam ſtipulatio *rem ratam haberi.* Particula autem demonſtratiua, qua vtitur Paulus, ad id referri ſolet, quod in quæſtione potiſſimū verſatur, non ad id quod poſterius fortaſſis obiter dictum eſt. Vlpian.capit.11.de dam. infect. Ait Marcellus inutiliter caueri creditori. Idemque etiam de eo cauendum, qui à non domino emit. Nam nec in huius perſona committi ſtipulationem. Æquiſſimum tamen puto huic proſpiciendum, id eſt, creditori per ſtipulationem. Cicero. lib. 4. de finibus. Cumque duæ ſint partes quibus perfecte ratio & oratio compleatur, vna inueniendi, altera diſſerendi, hanc poſteriorem & Stoici & Peripatetici, priorem autem illi egregie tradiderunt: hi omnino nec attigerunt quidem.

Nam hac ſtipulatione. Oſtendit ſtipulationem de rato, inter hæredes promiſſoris diuidi. Nam ſi ex pluribus hæredibus vnus ratum non habuerit, is ſolus tenebitur pro parte ſua, & actio ex ſtipulatione aduerſus eum tantum dabitur. Et hęc ſtipulatio conuentionalis eſt, non Prætoria, quia non à procuratore, ſed à domino procuratorem conſtituente, interponitur.l.ſi procuratorem.ſupra de procurat. Nam ex Prętoria de rato ſtipulatione, non conuenitur is qui ratum non habet, ſed procurator potius aut eius hæredes.

Quamuis ipſe dominus. Dominus, qui promittit ſe, hæredemq; ſuum ratum habiturum, quod à procurator geſtum fuerit, pro parte ratum habere non poteſt, ad pœnam vitandam quæ ſtipulationi ſubiecta eſt, quamuis obligatio inter hæredes diuidatur. Sed hoc quemadmodum accipiendū ſit, paulo poſt dicturi ſumus.l.5.§. ſi fortem.

Si is, qui duplam ſtipulatus eſt, deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, vnuſquiſque ob euictionem ſuæ partis, pro portione ſua habebit actionem. Ideq; eſt in ſtipulatione quoq; fructuaria, & damni infecti, ex operis noui nūtiatione: reſtitui tamē opus ex operis noui nuntiatione pro parte non poteſt. Hæc vtilitatis cauſa, ex parte recepta ſunt ſtipulatorum: ipſi autem promiſſori, pro parte neq; reſtitutio, neque defenſio contingere poteſt.

Subiicit hic Paulus exempla quædam, quibus oſtendit, quæ ſtipulationes factorum indiuiduæ ſint.

Pro portione. Si ſtipulator duplæ, in contractu venditionis deceſſerit, duobus hæredibus relictis, ſinguli pro portio-

ne ſua, aduerſus venditorem eundemq; promiſſorem agunt, quamuis pœna hic petatur. Cuius rei ex his, quæ ſupra diximus, ratio ſatis manifeſta eſt. l. 2. §. item & ſi in facto.

Fructuaria. In hanc ſtipulationem, ſicut & in ſtipulatione damni infecti, id quod intereſt venit: l. 1. vſuf. quem. ca. l. in hanc ſtipulationem. de dam. infect. ita mirum non eſt ſi diuiſionem inter ſtipulatoris hæredes hic recipere dicatur.

Ex operis noui. Eadem cauſa eſt ſtipulationis ex operis noui nunciatione, ſi quantitas petatur, non ſi petatur reſtitutio operis. Nam vtrunque peti poteſt ſtipulatoris arbitrio. l. ſtipulatio. §. ſiue autem. de operis noui nunt.

Reſtitui. His verbis oſtendit, ita demum hanc ſtipulationē diuidi inter ſtipulatoris hæredes, ſi quantitas petatur, non reſtitutio operis: quia reſtitui opus pro parte non poteſt.

Hæc vtilitatis. Quamuis ſtipulationes, de quibus diximus, factum indiuiduum fere contineant: tamē vtilitatis cauſa receptum eſt, vt inter hæredes ſtipulatoris diuidatur ſtipulatio, quod ſine cuiuſdam iniuria, & incommodo, ea diuiſio fiat, vt ante dictum fuit. l. 2. §. vlt. & l. 3.

Ipſi autem promiſſori. Ex parte promiſſoris nunquam diuiditur ſtipulatio in exemplis, quæ adduximus, non modo ſi petatur reſtitutio, quæ indiuidua eſt, ſed etiam ſi defenſio, quæ natura ſui diuiſionem recipit, vt poſtea dicemus. l. in excutione. & l. cum ex cauſa. Nam & in quibus caſibus pecunia petitur à promiſſoris hæredibus, propter factum indiuiduum, ſtipulatio aduerſus omnes committitur in ſolidum: licet ſinguli in ſolidum non teneantur, ſed pro parte tantum hæreditaria.

V. POMPONIVS LIB. XXVI. AD SABINVM.

Stipulationum aliæ iudiciales ſunt, aliæ Prætoriæ, aliæ conuentionales: aliæ communes, Prætoriæ & iudiciales. Iudiciales ſunt, quæ duntaxat à mero iudicis officio proficiſcuntur, veluti de dol° cautio. Prætoriæ, quæ à mero Prætoris officio proficiſcuntur, veluti, damni infecti. Prætorias autem ſtipulationes ſic audiri oportet, vt in his cōtineantur etiam AEdilitiæ. Nam & hæ à iuriſdictione veniunt. Conuentionales ſunt, quæ ex conuentione reorum fiunt, quarum totidem genera ſunt, quot penè dixerim rerum contrahendarum. Nam & ob ipſam verborum obligationem fiunt, & pendent ex negotio contracto. Communes ſunt ſtipulationes, veluti Rem ſaluam fore pupillo. *Nam & Prætor iubet rem ſaluam fore pupillo caueri: & interdum iudex, ſi aliter expediri hæc res non poteſt. Item duplæ ſtipulatio venit à iudice, aut AEdilis edicto.*

Hanc diuiſionem non recte vulgo explicant, quanquam ex Theophili paraphraſi ſenſus eiuſdem percipi potuerit. Et ſane fieri non poteſt, quin obſcura ſit iis, qui officium Prætoris, à iudicis officio diſcernere non norunt: iudicemque non hic modo, ſed in aliis quoque ſexcentis locis, pro iudice dato, non pro magiſtratu, accipi ignorant. Qua de re nos ſatis accurate diſſeruimus in tractatu de Pactis. leg. Iuriſgentium. §. 1. Theophilus autem, quaſi rem ſuo tempore, vt opinor, non dubiam prætermiſit. Prætoris enim officium non in iudicandis rebus olim verſabatur, præterquam in certis cauſis extra ordinem, ſed in iudiciis, ac bonorum poſſeſſionibus dandis, in decernendis cautionibus, quæ Prætoriæ hic dicuntur & aliis id genus negotiis. leg. 1. l. iubere cauere. de iuriſd. Iudicis vero officium, in cognoſcendo conſiſtit ac iudicando, ſecundū eius formulæ præſcriptum, quam à magiſtratu accepit. Nec ideo iuriſdictionem habet, ſed tantum notionem: vt argumentis pene multis in eodem cōmentario noſtro docuimus. Stipulationes igitur, ſiue cautiones dicuntur Prætoriæ, quas Prætor ex officio illo ſuo decernit, vt damni infecti, & legatorum nomine. tit. de dam. infect. & tit. vt legat. nomi. cautea. His ſimiles ſunt, Ædilitiæ, quæ ab Ædilibus videlicet, ex ipſorum officio decernuntur, circa eas res, de quibus iuriſdictionem habent. l. ſi venditor. de ædil. edict. Et à iuriſdictione dicuntur venire, quia non ſolum Prætores Romæ, ſed etiam Ædiles Curules iuriſdictionem habebant. Iudiciales ſunt, quæ iuſſu iudicis, de lite cognoſcentis, & rei ipſius gratia quæ in iudicium deducta eſt, interponunrur. exempla idem Theophilus valde perſpicua tradit, & ex noſtris auctorib. quędam colligi poſſunt. l. ſi poſt acceptum. de rei vind. l. creditor. de pign. act. leg. ſi cum exceptione. §. quatenus. de eo quod metus. l. redhibere. de Ædil. edict. Cōmunes ſeu mixtæ ſunt, quæ non ex mero, id eſt, ſolo Prætoris, aut iudicis, ſed ex vtriuſque, id eſt, modo Prætoris, modo iudicis officio proficiſcuntur: vt ſtipulatio *Rem pupill. ſaluam fore*, de qua ſpecialis eſt tractatus infra. Item ſtipulatio duplæ, communis dicitur, quia non ſolum iudicis iuſſu interponitur, ſed etiam Ædilis ipſius. Vnde ab Ædilitio venire dicitur, id eſt (vt nos interpretamur) iuſſu eiuſdem, ſeu imperio: licet alii aliter. Quæ res maximorum errorum cauſa fuit. Conuentionales ſunt, quæ ſine Prætoris, aut iudicis cuiuſpiam iuſſu fiunt à contrahentibus. Ac tametſi prætoriarum. & iudicialium, pauca admodum exempla ſunt, harum tamen tot ſunt, quot genera rerum contrahendarum. Nullum enim negotium inter homines contrahitur, ſuper quo non recte interponatur ſtipulatio, vt ſupra alio in loco ſcripſimus. Hinc fit, vt Prætoriæ ſtipulationes ex Prætoris ipſius conuentionales ex contrahentium mente interpretationem accipiant. l. in prætoriis. infra de prætor. ſtipul. In Prætoriis quoque, ſi quid addi vel detrahi, vel immutari oporteat, Prætoriæ id erit iuriſdictionis: in cæteris contra. d. l. in conuentionalibus. l. 1. §. vlt. infr. de prætor. ſtipulat. Porro Prætoriæ ſtipulationes ſubdiuiduntur in iudiciales, cautionales & communes. l. 1. in prin. ỹ. de prætor. ſtipul. iudiciales dicuntur, quæ ideo autore Prætore interponuntur, vt iudicium ratum, ac magis firmum ſit, vt *iudicatum ſolui*, & de rato ſtipulatio. d. l. 1. §. 1. & Inſtit. de diuiſ. ſtipul. §. vlti. Quarum hæc à procuratore actoris, ſi de mandato nō cōſtet, illa à procuratore eius, vnde petitur, quāuis mandatum habeat, exigi ſolet. tit. C. de ſatiſd. & Inſtit. de ſatiſdat. Cautionales ſunt, quæ non ad iudicii confirmationē fiunt, ſed ad hoc tantum, vt quis cautior, ac ſecurior ſit. Dicunturq; cautionales, quod tantum cautionales ſint, non etiam iudiciales, contracto vocabulo, quod alioqui late patet. Huiuſgeneris ſunt, *damni infecti* ſtipulatio, *rem pupilli ſaluam fore*, ac nonnūquam etiam *de rato* ſtipulatio: quam & iudicialem eſſe poſſe diximus. Communes ſunt ſtipulationes, quę fiunt iudicio ſiſtendi cauſa. Licet enim, vt iudicium ratum ſit, minime interponantur, ideoq; iudiciales dici non poſſint: tamen quia ad iudicium aliquatenus pertinent, non mere cautionales dicuntur. Itaque hæ quaſi miſtam quandam naturā habentes, tertiam ſpeciem conſtituunt. l. 1. §. 1. de prætor. ſtipul.

Stipulatio autem eſt verborum conceptio, quibus is qui interrogatur, daturum, facturumve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet.

Hæc eſt ſtipulationis diffinitio, cuius ſingula verba expendenda, atque explicanda ſunt. Ac in primis dicitur, *conceptio* vt intelligamus, licet hoc verbum pro interrogatione nonnunquam accipiatur, vt in titulo, de duobus reis promittendi. Vnde Stipulator teſtium, Ciceroni in Quintiana: tamen hoc in loco ſignificare in totam eam complexionem verborum, quæ ex interrogatione & reſponſione conſtat. Deinde dicitur, *verborum*, quia licet in plæriſque aliis contractibus, conſenſum quomodo ſignificari ſufficiat: l. ſi ſtipuler. §. vlt. tamen in hoc obligationis genere, verbis exprimi debet, idq; ita, vt alter alterum exaudiat. leg. 1. in princ. Præterea dicitur, *is qui interrogatur & cæt.* quoniam ſtipulatio interrogatione, ac reſponſione, ne dum verbis contrahitur. leg. obligamur. ſupra de oblig. & act. §. 1. Inſtit. de verb. oblig. Idem dicitur in diffinitio. *daturum ſe* ἐμφατικῶς idcirco, quia ſi quis alium quempiam daturum, facturum ve promittat, inutilis eſt ſtipulatio. §. ſi quis alium, Inſtitut. de inutil. ſtipul. leg. ſtipulatio iſta. §. 1. hic Vnde tractatum eſt, ſi fuerit ἀπροσώπως concepta ſtipulatio, hoc modo, Dabis? dabitur, an valeat. & pleriſq; placet, ſtipulationē inutilē eſſe. Mouetur cōſtitutione Iuſtiniani, qua cautū eſt, hoc verbo, ſatiſfiet, non recte pecuniam

plam conſtitui. Auth. ſi quando. C. de conſt. pecu. Et quod dicitur de conſtituto, ad ſtipulationem extendunt. Alii diuerſã cauſam eſſe cõſtituti, & ſtipulationis exiſtimant. Cũ enim ſtipulatio non contrahitur, niſi interrogatione præcedenti, & reſponſione ſequente, videtur reſponſio imperſonalis ita accipienda eſſe, vt congruat interrogationi præcedenti, & verbum imperſonale ſic intelligatur, quaſi promiſſor ita dixerit, Dabitur à me. §. præterea. Inſtit. de inut. ſtip. l. ſi defenſor. §. qui interrogatus. de interrog. act. Sed in hac varietate opinionum animaduertẽdum eſt, cũ quæritur, an imperſonalitas noceat conſtituto, aut ſtipulationi, quæſtionem facti eſſe, & in ſtatu coniecturali conſiſtere. Nam cum ſimpliciter reſpondet promiſſor ad interrogationem, dubitari poteſt an verba ad interrogationem retulerit, an vero cogitauerit pecuniam vel à ſe, vel ab alio forte datum iri. Videndum ergo eſt, quid actum ſit inter contrahentes, quorum mens ex coniecturis colligenda eſt: ſi vero quid actum ſit nõ appareat; verba ſtipulationis obſcura contra ſtipulatorem interpretamur, iuxta regulam vulgarem. leg. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. infra. Obiiciet fortaſſe quiſpiam, cum reſpondens ἀπροσωπῶς reſpondet, minime obſcuram videri reſponſionem, propter interrogationem antecedentem, atque ideo contra ſtipulatorem nos interpretari non debere. Verum loquendi conſuetudo maxime ſpectanda eſt in iudicandis hiſce controuerſiis, leg. ſi ſeruus plurium. §. vlt. de l. 1. ſecundum quam is, qui ita reſpondet, Dabitur, non de ſua perſona videtur ſentire. Idq; in Gallico ſermone ſatis perſpicitur, cum quis ita reſpondet, *on le vous baillera.*

Satiſacceptio, eſt ſtipulatio: quæ ita obligat promiſſorem, vt adpromiſſores quoque ab eo accipiantur, id eſt, qui idem promittant. Satis autem accipere dictum eſt eodem modo quo ſatisfacere. Nam quia id, quo quis contentus erat, ei præſtabatur, ſatisfieri dictum eſt. Et ſimiliter, quia tales, quibus contentus quis futurus eſſet, ita dabantur, vt verbis obligarentur, ſatiſaccipi dictum eſt.

Genus quoddam ſtipulationis eſt, quod ſatiſacceptio, ſiue ſatiſdatio appellatur, cum promiſſor ita obligatur, vt ab eo adpromiſſores, ſeu fideiuſſores accipiantur, qui idẽ promittant. l. 1. qui ſatiſd. cog.

Verbis obligarentur. Adpromiſſor, ſeu fideiuſſor, verbis tantum, & ſtipulatione obligatur. l. blanditus. C. de fideiuſſ. l. 1. ſup. de act. & oblig. Proinde inter abſentes per epiſtolam, aut nuntium, eo obligatio non recte contrahitur. leg. 1. ſupra. eod. Idque verum eſt, niſi fauor publicus aliud poſtulet. leg. cum oſtendimus. §. vlti. ſupra de fide. tut. leg. vltim. C. ad Velleian. Quidã exiſtimant, hunc locum ad reos, qui obligantur in ſolidum, non ad fideiuſſorem pertinere. Sed dubiũ non eſt, quin adpromiſſor pro fideiuſſore accipiatur, leg. in omnibus. 43. de ſolut. non apud Iurecõſultos tantum noſtros, ſed etiam apud veteres Latinos auctores. Inter quos Cicero eum, qui pro alio ſe obligat, nuſquam fideiuſſorem, ſed ſponſorem potius, aut adpromiſſorem vocat. Sed nonne valebit vt conſtitutum, talis promiſſio, per epiſtolam facta? Nam conſtitutum nullam verborum formam requirit. Et exiſtimo ita demum pecuniam conſtitutam intelligi, ſi animo conſtituentis promiſſa ſit. leg. 1. §. eum qui, de conſtit. pecu. Nam vt fuſius alibi docuimus, obligatio ex conſtituto naſcitur, non ſi quis ſimpliciter ſe daturum promittat, quod ipſe vel alius debet fortaſſis, ſed ſi ea promiſſio ad ſolutionem debiti referatur. Quare verum vſquequaque non eſt, quod vulgo dici ſolet, ex pacto geminato actionem naſci. §. de conſtituta. Inſtitut. de act. Si igitur animo conſtituentis ab aliquo ſcriptum ſit in epiſtola, ſe ſoluturum, quod Titius debet, & cæt. is ex conſtituto obligatur, nec minorem vim habet hæc obligatio, quam fideiuſſoria. Differunt tamen in quibuſdam, conſtitutum, & fideiuſſio, quia fideiubemus nomine tantum alieno, leg. hæres à debitore. §. ſeruo. de fideiuſſoribus & man. at conſtituimus etiam nomine proprio.

Si ſortem promiſeris, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam: etiamſi vnus ex hæredib. tuis portionem ſuam ex ſorte ſoluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis ſoluatur. Idemque eſt de pœna ex compromiſſo, ſi vnus paruerit, alter non paruerit ſententiæ iudicis: ſed à cohærede ei ſatisfieri debet. Nec enim aliud in his ſtipulationibus ſine iniuria ſtipulatoris conſtitui poteſt.

Quidam promiſit ſortem, & ſi ea ſoluta non eſſet, pœnam, an contra promiſſoris hæredes committatur in ſolidum pœnæ ſtipulatio, an vero diuidatur inter eos quæritur. Cauſa dubitationis in eo eſt, quod res quæ in ſtipulationẽ deducta eſt, tam principaliter, quam acceſſorie diuiſionem recipit. Sed Pomponius ait, in ſolidum committi hanc ſtipulationem, & aduerſus eum quoque hæredem agi poſſe qui partem ſuam ex ſorte ſoluerit. Idemque ab aliis iuris auctorib. ſcriptũ eſt. l. hæredes. §. idẽ iuris. famil. erciſc. l. in executione. §. item ſi ita. infra. Nam pœna ſub conditione promiſſa eſt, ſi ſors ſoluta non fuerit: nec dubium eſt, quin extiterit conditio, parte aliqua ſortis non ſoluta. Qua ratione paulo poſt Pomponius ait, aliud ſine iniuria ſtipulatoris conſtitui non poſſe. Ac tametſi lex duodecim tabularum diuidat obligationes inter hæredes, conditiones tamen non diuidit.

Pœna committetur. Ob culpam vnius hæredis, pęna committetur aduerſus alterum quoque, ſed pro parte tantum hęreditaria, vt ante dictum fuit in Catonianæ diſtinctionis explicatione.

Idemque eſt de pœna ex compromiſſo. Pœna ergo in ſolidum committitur aduerſus hæredes promiſſoris, non modo, ſi dationem quantitatis, ſed etiam ſi factum contineat principalis ſtipulatio. Nam arbitri, ſeu iudices compromiſſariii, vt fiat quoque aliquid, vel non fiat, non ſolum, vt detur pronuntiant ac iudicant. Quid enim, ſi arbiter iudicando præceperit, ne alter aduerſus alterum amplius agat, vt quam ſæpiſſime ab arbitris præcipi ſolet? Itaque huic Pomponii ſententiæ magnopere aduerſari vidètur illa Catonis diſtinctio, in qua dicitur, ſi factum diuiduum ſit, pœnam aduerſus eum committi, qui contra fecit pro paret ſua. leg. 4. §. Cato. Augentque difficultatem verba Pauli, quæ Catonis diſtinctionem ſequuntur, de ſtipulatione *rem ratam haberi*, cum ait, ſingulos hæredes promiſſoris, pro parte ratum habere poſſe, quamuis ipſe dominus, ſiue promiſſor non poſſit. Exiſtimaui aliquando multum referre, an in concipienda ſtipulatione hæredum ſit facta mentio, nec ne: quam ſententiam magis ac magis amplector.

Nam etſi verum ſit, conditionem non diuidi inter hæredes, quæ à promiſſore non eſt diuiſa: tamen ſi pluribus perſonis adſcripta ſit conditio, benigniori interpretatione, quaſi ab initio diuiſa intelligitur. l. cui fundus. . pen. de cond. & demonſt. Si igitur quis ꝓmiſerit ratũ habere, ꝙ à procuratore ſuo geſtum fuerit & ſi id factũ nõ fuerit pœnã, isq; deceſſerit, duob. hæredib relictis, oẽs hæredes qui in locũ eius ſubſtituuntur, pro vna perſona habendi ſunt. d. l. cui fundus. Quare in huiuſmodi ſtipulationibus, omnes hæredes, ob factum vnius teneri, recte Pomponius hic ait.

Cum autem nominantur hæredes à promiſſore, hoc modo, me hæredemque meum ratum habiturum: promiſſor ad vitandam pęnam, quæ huic ſtipulationi ſubiecta eſt, non poteſt pro parte ratum habere, vt Paulus ſcribit, dict. leg. 4. ſinguli vero ipſius hæredes, pro parte tantum ſua tenebuntur: quia cum eorum mentio facta ſit in concipienda ſtipulatione, diuiſa iam inde ab initio videtur eſſe ſtipulatio. Arg. l. falſa. §. vlt. de condit. & demonſt. At enim in diſtinctione Catonis, nulla hæredum mentio eſt in codicib. emendatis, pręſertim cum de facto diuiduo loquitur.

Verum ante admonuimus, integram Catonis diſtinctionem à Paulo non referri & his verbis, *Iter fieri*, *Amplius non agi*, quaſi compendio quodam formulas ſtipulationum, in quibus & hæredum, & pœnæ mentio fiat, eum deſignare. Id quod tam ex iis, quæ præcedunt, quam quæ ſequuntur facile intelligi poteſt. Adde, quod in ambigua voce legis, ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret. leg. in ambigua. de legibus. Nec dubium eſt, quin ambiguitas ſit in his verbis, *Iter fieri: Amplius non agi, Ratam haberi:*

Non ſunt enim verba contrahentium, ſed Iureconſultorum potius qui breuitatis, & cōpendii cauſa ſic vocare ſolent ſtipulationes, quæ plene à contrahentibus concipiuntur. Quamuis autem varie concipiantur, pro contrahentium arbitrio, & modo hæredis mentio fiat, modo non fiat: interdum adiiciatur pœna, interdum omittatur: tamen eodem compendio verborum eas deſignant Iureconſulti. Itaq; cum quæritur, an de ſtipulatione ſenſerint, in qua ſint hæredes nominati, aut pœna adiecta, ambiguitas explicatur coniecturis, & ea interpretatio cæteris potior iudicanda eſt, quæ minus vitii incōmodiq; habeat. d.l. in ambigua. Ac ſi quis pertinacius tueatur, non aliter ſcripſiſſe videri Catonem, quam ſit à Paulo cōmemoratum, nec ferendos eſſe nos, qui leui fortaſſis coniectura ducti, id aſſeramus: huic reſpondere non dubitauerim, tanti apud me hunc Catonem non eſſe, vt eius auctoritate multum mouear, niſi quatenus ſententiam eius probauerit Paulus, aut alius quiſpiam eorum Iureconſultorum, ex quorum libris Pandectas ſuas deſcripſit Iuſtinianus, quibuſq; auctoritatem tribuit, aut quatenus eius ſententia horum ſcriptis conſentanea ſit. Nec eo moueor, quod à quibuſdam fortaſſis obiici poteſt, Catonis ſententiam, cum à Paulo referatur, nec improbetur ab eodem, quaſi ipſius ſit Pauli, habendam eſſe. Nam videndum eſt, quorſum ea ſententia commemoretur à Paulo. Si enim à Paulo relata eſſet ea diſtinctio, nec aliud adiectum eidem, probabile eſſet pro ipſius Pauli, atque adeo Iuſtiniani ſententia habendam eſſe. Verum ex Pauli diſputatione apparet, ipſum rationem tantum adducere voluiſſe, quā ſubiecerat diſtinctioni ſuæ Cato: & quia non poterat illa ratio commode intelligi, niſi breuiter & ſummatim recitata diſtinctione, quicquid ad eam rationem aſſequendam neceſſarium videbatur, ex ea diſtinctione ſtrictim commemorauit.

Sed quæritur, an is qui pro parte ſua ſoluit, aduerſus eum qui petit pœnam, exceptione doli ſaltem ſe tueri poſſit? Et verba Pomponii ſatis demonſtrant, nullam doli exceptionē hic dandam eſſe, cum ait, ſine iniuria ſtipulatoris aliter conſtitui non poſſe. Exceptio nanq; doli, ad depellendam iniuriam, non ad eam inferendam competit. leg. 1. de dol. except. Scribit tamen Labeo apud Vlp. ſi plurium ſeruorum nomine, iudicio ſiſtendi cauſa, vna ſtipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licet vnus ſtatus non ſit: quia verum eſt, omnes ſtatos non eſſe. Verum ſi pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vſurum eum, qui ex hac ſtipulatione conuenitur. l. ſi ſeruus. §. plurium. ſupr. ſi quis caut. Sed animaduertendum eſt, humaniorem interpretationem admitti in ſtipulationibus Prætoriis, cuiuſmodi eſt ſtipulatio *Iudicio ſiſti*, de qua loquitur Labeo, quam in ſtipulationibus, quæ conuentionales dicuntur. arg. l. in conuentionalibus. infra. Ac idcirco facilius diuiſio fit earum ſtipulationum. l. pœnales. ad l. Falcid. Hanc autē interpretationem adiuuat & illud quoq; quod enumeratione perſonarū, quos ſiſti oportebat, diuiſa ſtipulatio intelligi poteſt, d.l. cui fundus. & l. pen. de condit. & demonſt. quaſi non vna ſtipulatio, ſed plures diuerſorum factorum ſtipulationes cōtractæ videantur. arg. l. ſcire debemus. infra.

VI. VLPIANVS LIB. I. AD SABINVM.

IS, cui bonis interdictum eſt, ſtipulando ſibi acquirit: tradere vero, vel promittendo obligari non poteſt: & ideo nec fideiuſſor pro eo interuenire poterit, ſicuti nec pro furioſo.

Quæritur, an prodigus, cui bonis interdictum eſt, ſtipulationem contrahere poſſit. Et Vlpianus ait, ſtipulationem, qua is ſibi acquirit, valere: eam vero, qua alteri obligatur, non valere. Eſt autem prodigus auctore Vlpiano, qui neque tempus neque finem expenſarum habet: ſed bona ſua dilacerando ac diſſipando profundit. leg. 1. de curat. furio. Et huic curatorem dandum eſſe, Diuus Pius reſcripſit, tametſi ea oratione vtatur: quæ mentis ſanitatem arguat. leg. is, qui. §. Diuus. de tut. & cur. Non continuo igitur diſſolutis hominibus, & male rem gerentibus permittenda eſt bonorum adminiſtratio, quod eorum ſermo, aut ſcripta prudentiam, ac ſinceritatem iudicii redoleant. Id quod Sophocli quondam Tragico Poetæ, à filiis in iudicium vocato, vt à rei familiaris adminiſtratione amoueretur, accidiſſe ſcribit Cicero, in Catone maiore. Sed num ante interdictionem Prætoris obligetur ex contractu, is qui ita viuit, vt inter luxurioſos, ac profuſos nepotes vulgo habeatur, ancipitis iuris eſt quæſtio, & in vtranque partem diſputari ſolita. De qua ſic ego cenſeo: Lege 12. tab. ſic interdictum fuiſſe prodigis bonorum adminiſtratione, vt ipſa lege poſt interdictionem magiſtratus, eorum cura ad agnatos proximos deferretur. Nam Prætor interdicebat eis bonorum adminiſtratione, vt docet Paulus lib. 3. ſentent. titul. 5. his verbis: Moribus per Prætorem bonis interdicitur hoc modo: Quando bona paterna nequitia tua diſperdis, liberoſq; tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi commercio interdico. Et Vlpianus in Inſtitutionum reliquiis: Lex duodecim tabularum, inquit, furioſum item prodigum, cui bonis interdictum eſt, in curatione iubet eſſe agnatorum. Sed cum hoc ius aliquid incommodi haberet, paulatim conſuetudine antiquatum eſt: cœperuntque à magiſtratibus curatores ipſis dari, non tantum agnati, ſed alii etiam extranei, ſi id expedire magis videretur. leg. 1. l. ſæpe. de curat. furio. §. furioſus. Inſtitut. de curat. Itaque ante huiuſmodi interdictionem, & curatoris dationem, fraudi cuiquam eſſe non debet, quod cum eo contraxerit. leg. Iulianus. de curat. furio. leg. ſi curatorem. Cod. de integr. reſtit. capit. veritatis. de dol. & contu. Plane ſi quis helluoni, ac luxurioſo homini pecuniam dederit, quam ſciebat eum ſcorto protinus daturum, aut alias turpiter conſumpturum, quorundam opinio eſt inutilem contractum eſſe, vel ante interdictionem: quod nec ratione caret nec auctoritate. leg. ſi quis cum ſciret. ſup. pro emp. leg. ſi vero non remunerandi. §. ſi adoleſcens. ſupra, mandat. Quod autem dictū eſt, eum ex contractu non obligari, ſic accipiendum eſt, niſi ad frugem bonam ſe receperit. Quo caſu, ipſo iure deſinit eſſe in poteſtate curatorum, vt Vlpianus ait, leg. 1. de curat. furio. Verba autem Vlpiani eo pertinere mihi videntur, vt oſtendat, id non ex moribus aut interpretatione, ſed ex iure ipſo, id eſt, l. 12. tabu. quæ ius ipſum ἐμφατικῶς dici ſolet, proficiſci, non quod decretum aliquod magiſtratus cum cauſæ cognitione neceſſarium non ſit. Nam cauſa cognita decernit Prætor, ob vitę mutationem, bonorum adminiſtrationem ei committi, cui ante interdictum fuerat. Mutationem vero hanc non ex vna aut altera frugalitatis actione, ſed ex multis iudicare, ac metiri debemus. §. cumque. in proœ. Inſt. Nam ſicut vna hirundo non facit ver, ita ad iudicium de morib. immutatis faciendum, nec vna actio, nec breue tempus ſufficit. Nouel. de monach. §. ſancimus.

Nec fideiuſſor pro eo interuenire poterit. Cum hic dicatur, pro furioſo, aut prodigo, interuenire fideiuſſorem non poſſe, ſatis perſpicuum eſt, eos ne natura quidem obligatos intelligi. Non enim verum eſt, ex omni conſenſu naturalem naſci obligationem, ſed ita demum, ſi conſenſus ex firmo conſilio, iudicioque proficiſcatur, vt alibi oſtendimus in leg. ſi pupillus. infra. Naturalis ſiquidem obligatio nititur æquitate & ratione naturali. leg. Stichum. §. naturalis. de ſolut. l. nam hoc natura. de cond. indeb. Nec natura æquum eſt, eum debere, qui cum ſanæ mentis non eſſet, negotium aliquod cōtraxit. Prodigus autem, & ſi demens omnino non ſit, tamen quod ad bonorum adminiſtrationem attinet, pro furioſo habetur, quod non multo aliter bona ſua, ac furioſus quiuis, tractare ſoleat. leg. his qui. §. Diuus. ſup. de tutor. & curat. dat. Itaque iuris ciuilis auctores, naturalem rationem ſecuti, conſenſui prodigi eos effectus ciuiles attribuere noluerunt, quos naturalis obligatio habet. Hinc dicitur in regula iuris antiqui, furioſi, vel eius cui bonis interdicitur nullam voluntatem eſſe. leg. furioſi. de reg. iur. Marcellus tamen exiſtimauit, fideiuſſorem prodigi, aut furioſi, non minus, quam pupilli, obligari, nec neceſſe eſſe, vt ei ſubueniatur, quoniam aduerſus prodigum, aut furioſum, nullam mandati actionem habet. l. Marcellus, infra de fideiuſſ. Conſiderabat, opinor, Marcellus, non ſolum id ſine vllo horum incommodo fieri, ſed etiā ſine iniuria fideiuſſoris, qui ſponte ſe alieno nomine obligat. Verum ea ſententia non placuit Vlpiano, cuius hoc

caput

caput eſt, ex lib. 11. ad Sabinum. Nec ideo inſimulandus eſt Vlpianus aut Iuſtinianus potius, quaſi pugnantia contrariaq; in libros ſuos retulerit. Nam animaduertendum eſt, Iuſtinianum, qui hæc omnia vult ita accipi, ac ſi à ſe vno profecta eſſent. C. de veteri iure enucle. hic probare ſententiam eorum, qui putabant prodigum, aut furioſum naturaliter non obligari, ac pro eis fideiuſſorem non interuenire. Sub titulo autẽ de fideiuſſorib. c. 25. refert Marcelli ſententiam, exiſtimantis fideiuſſori ſubueniendum non eſſe. d. l. Marcellus. eiuſq; ſententiam nec probat, nec improbat. Quod & in locis pleriſq; aliis aliquando ab eo factum obſeruauimus. l. quid de creditore. l. qui bona. §. & ſuperficiarium. de damn. infect. §. theſauros. de rer. diuiſ. l. 3. de iure fiſci. l. ſi is qui pro emptore. de vſuc. l. 5. §. de arbore, de rei vind. Cum igitur aliorum opiniones refert, ita demum eas probari ab eodem intelligimus, ſi alio in loco ſententiam ipſe contrariam non expreſſerit. Quod plerunq; accidit, in hac farragine, quam ſine ordine, ac diſpoſitione nobis reliquit. Eam autẽ Marcelli opinionem vſquequaque ei non placuiſſe, vel ex eo coniicimus, quod ex Vlpiano magis quam ex Marcello, illud caput ſumere voluerit. Nam non minus ex Marcelli, quam Vlpiani libris, Pandectas ſuas confici voluit Iuſtinianus. Ac veriſimile eſt, ſi Marcelli ſententiam omnino probaſſet, eũ ita deſcripturum illud caput fuiſſe cum inſcriptione non Vlpiani, ſed Marcelli. Si quis pro pupillo ſine tutoris auctoritate obligato, vel prodigo, vel furioſo fideiuſſerit, magis eſt, vt ei non ſubueniatur, &c. Inſcriptio autem eſt Vlpiani libr. 11. ad edictum, quem ſatis conſtat ex hoc loco, ſententiam Marcelli à ſe relatam, ſecutum non eſſe. Quorſum ergo, dixerit aliquis, Iuſtinianus ſub titulo, de fideiuſſoribus, illud Marcelli dictum collocauit, ſi probandum non ſit, ſed vt falſum potius reiici debeat? Reſpõdeo: Sententiam Marcelli verã eſſe, & ad tractatũ de fideiuſſoribus multum pertinere. tametſi exempla de furioſo, & prodigo bona non ſint. Nam ſi quis pro pupillo fideiuſſerit, non ideo ſubuenietur eius fideiuſſori, quia nullum periculum eſt, ne fideiuſſor, qui ſoluerit pecuniam, poſtea actione mandati aduerſus pupillum experiatur. Eſtque locus ille Vlpiani ſumptus ex libro eius 11. ad edictum, ſub titulo de minorib. in integrum. reſtituendis, in quo ſimiles quæſtiones tractabantur. l. in cauſæ. de minoribus. Sed obiecerit quiſpiam, rectius facturum fuiſſe Iuſtinianum, ſi ea exempla ſuſtuliſſet, quæ minime idonea eſſe dicimus. Verum ego Iuſtinianum ab omni culpa vindicare hic non ſtatui, ſed eum in hoc loco, aliiſq; huiuſmodi, quæ hiſtoricam tantum narrationem continent, pugnantia ſcripſiſſe nego.

VII. IDEM LIB. VI. AD SABINVM.

IMpoſſibilis conditio, cum in faciendum concipitur, ſtipulationibus obſtat: aliter, atque ſi talis conditio inſeratur ſtipulationi, Si in cœlum non aſcenderis. *Nam hæc vtilis & præſens eſt, & pecuniam creditam continet.*

Conditio, quæ impoſſibile continet, cum in faciendo cõcipitur, nocet ſtipulationi, eamque inutilem reddit: vt exempli gratia, *ſi in cœlum aſcenderis.* Cum vero in non faciendo concipitur, non nocet: vt *ſi in cœlum non aſcenderis.* Nam etſi in vtraq; deducatur impoſſibile: tamen in vna affirmatio eſt in altero negatio. Quare poſterior neceſſaria magis quam impoſſibilis dici poſſet. Cuius enim affirmatio poſſibilis eſt, eiuſdem negatio eſt neceſſaria. Impoſſibile autem aliquid dicitur non modo, cum natura impedimento eſt, ne fiat. § ſi impoſſibilis. Inſt. de inutil. ſtipul. ſed etiam cum id ius boni ve mores fieri prohibent. leg. continuus. §. cum quis. Nã quę honeſte non poſſumus, ea nec nos poſſe facere credimur. l. filius, de condit. inſt. l. ſi flagitii. infra. Nec vero dubiũ eſt, quin omnib. cæteris contractibus noceat talis conditio, nedum ſtipulationi. leg. non ſolum. ſup. de oblig. & act. Teſtamento tamen adſcripta non nocet. l. 3. de cond. & demon. l. 1. de cond. in. §. impoſſibilis. de hæred. inſtit. Inſt. Sed cur hoc tam varie? Reſpondeo, quæſtionem hanc, an cõditio impoſſibilis noceat teſtamento, vel ſtipulationi non tam iuris, quã facti eſſe, & in voluntatis coniectura verſari. Quæritur enim quid veriſimiliter actum ſit, aut à teſtatore, aut à contrahentib. Atqui incerta eſt, & obſcura, tam teſtatoris, quam contrahentium voluntas. Nam qui legat, aut promittit, ſub conditione impoſſibili, veluti *ſi in cœlum aſcenderis*, cogitare poteſt nunquam futurum, vt conditioni pareatur, ideoq; deficiente ea, nihil debitum iri. Poteſt etiam nugatorie, & ridicule talem conditionem adiicere, & ioci cuiuſdam gratiam magis, quam ſerio cogitans: quia inciuile eſt quenquam ad id quod impoſſibile eſt, cogere velle, eum qui non paruerit conditioni, rem legatã, promiſſamve, nihilo minus conſecuturum. Cum igitur ambigua ſit, & obſcura voluntas, viri prudentis arbitrium deſiderat. Verum in contractibus, qui duorum pluriumve conſenſu fiunt, contra eum, qui ex contractu agit, obſcuritatem interpretamur, l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. inf. l. eum quæritur de reb. dub. quaſi omnium hæc voluntas ſit, & cogitatio, vt nihil agi exiſtiment, appoſita ea conditione, quam ſciant eſſe impoſſibilem. l. nõ ſolum. ſupr. de obligat. & act. arg. l. an inutilis. ÿ. de accept. In vltimis autem voluntatibus, quæ ex ſolo teſtantis arbitrio pendent, tametſi ea forte cogitatio teſtatoris ſit, tamen legatario, aut hęredi nihil minus cogitanti, ideo nocere non debet, quia ſibi cauere non potuit, ſicut ſtipulator. Imputatur enim ſtipulatori, cuius cõſenſu cõditio adſcripta eſt, quiq; poſuit ſibi proſpicere, & curare, vt vel ea cõditio reiiceretur, vt apertius volũtas vtriuſq; declararetur. Huic autem diſtinctioni noſtræ magnopere aduerſari videtur, quod Paulus de ſtatulibero ſcribit, in hæc verba, l. 4. de ſtatuliber. Non eſt ſtatuliber, cui libertas in tam longum tempus collata eſt, vt eo tempore is, qui manumiſſus eſt, viuere non poſſit, aut ſi tam difficilem imo pene impoſſibilem conditionem adiecerit, vt aliunde libertas ei obtingere non poſſit: veluti ſi hęredi milies dediſſet, aut cum moreretur, liberum eſſe iuſſiſſet. d. l. 3. de condit. & demon. Sic enim libertas inutiliter datur. Et ita Iulianus ſcribit, quia nec animus dandæ libertatis eſt. Verum exiſtimo Paulum hoc ſenſiſſe, ſi ſeruo libertas relicta ſit, ſub cõditione ingentem pecuniam dandi, quia nulla probabilis ſpes eſt eius conditionis implendę, interim ſtatuliberum habendum non eſſe. Impoſſibilis tamen non eſt hæc conditio, vt illa *ſi in cœlum aſcenderit.* Nam & olim ditiſſimos quoſdam ſeruos fuiſſe legimus. Nec ratio ſuadet, vt eodem modo hanc conditionẽ, & cæteras quæ impoſſibiles ſunt, interpretemur, cum potuerit cogitare teſtator, eam conditionem aliquando forte extituram, & lucro ceſſuram hæredis ſui: tametſi id minime futurum ſperaret: ſed quia nulla ſpes eſt, ſeruulum inopem tantam pecuniam, id eſt milies centena milia ſeſtertiorum conficere poſſe, cum quæritur, an interim ſtatuliber iudicandus ſit, ſic interpretatur conditionem Paulus quaſi inutiliter data ſit libertas, & animus non fuerit dandæ libertatis. Eius tamen conditionis expectatur euentus, alioqui pro non ſcripta haberetur. d. l. 3. de condit. & demonſt. cum præſertim id fauor libertatis poſtulet.

Si in cœlum non aſcenderis. Hęc conditio neceſſaria eſt, quia id, quod impoſſibile eſt, negat. Itaq; non ſuſpendit obligationem, & figuram conditionis magis, quam poteſtatem habet. l. ſi pupillus. §. qui ſub conditione. de nouat. Notandum tamen eſt, ſi quis promiſerit in cœlum aſcendere: & ſi non aſcenderit, pœnam: ex tali ſtipulatione pœnam peti non poſſe. quia cum principalis ſtipulatio inutilis ſit propter impoſſibilitatem, conſequens eſt, ne acceſſoriam quidem valere. l. ſi homo mortuus. infra, 69. Hic enim loquimur de impoſſibilitate, quæ in conditione tantum ſit, non etiam in obligatione. Præterea ſi quis promiſerit alicui, ſi hominem non occiderit, conditio hæc nocet ſtipulationi, quia turpitudinem continet. l. Iuriſgentium. §. ſi ob maleficium. de pactis.

VIII. PAVLVS LIB. II. AD SABINVM.

IN illa ſtipulatione, *Si Calendis Stichũ non dederis, decẽ dare ſpondes?* mortuo homine, quęritur, an ſtatim ante Calendas agi poſſit? Sabinus, & Proculus expe-

ctandum diem actionis putant: quod eſt verius. Tota enim obligatio ſub conditione, & in diem collata eſt, & licet ad conditionem committi videatur, dies tamen ſupereſt. Sed cum eo qui ita promiſit, ſi intra Calendas digito cœlum non tetigerim, agi protinus poteſt. Hæc & Marcellus probat.

Cum ſtipulatio diem, & conditionem habet, exiſtente cõditione non ſtatim poteſt agi, ſed dies expectari debet. leg. ſi eius. §. 1. ſi quis caut. Hæc autẽ ſtipulatio, *ſi Calendis Stichum non dederis, decem dare ſpondes?* diem continet ex præſumpta voluntate contrahentium. Nam perinde hæc ſtipulatio accipienda eſt ex mente contrahentium, ac ſi ſtipulatus ſim à te Stichum Calendis, & ſi Calendis Stichum non dederis decem ſcilicet Calendis: vt dies repetita intelligatur. l. qui ſic ſtipulatur. infra. Aut ſic accipietur, quaſi ſtipulatus ſim Stichum aut decem, Calendis mihi dari. Quamuis aliqua diſſimilitudo inter has ſtipulationes reperiatur. Pecunia ſiquidem loco Stichi promiſſa videtur eſſe, qui Stichus licet in obligatione non ſit, in ſolutione tamen eſt. Aliud dicendum eſt in hac ſtipulatione, *Si Lucius Titius intra Calendas Maias in Italiam nõ venerit, decem dare ſpondes?* Ex qua non expectatis Calendis, decem poſſunt peti, ſimulatq; exploratum fuerit, Lucium venire non poſſe. l. hoc iure. quoniam hic ſupra dicta ratio ceſſat. Nunquam enim diem repetitum interpretamur, niſi coniectura aliqua probabilis id ſuadeat. leg. ſi qui hæres. 71. ſup. de acq. hære. Eſt autem hic legendum vt in Florentino codice, licet ad conditionem committi videatur, id eſt, licet ſtipulatio committi videatur, quantum ad conditionem attinet. Hęc enim eſt vis particulæ, ad, apud Ciceronem & alios veteres. Committi conditio non recte dicitur.

IX. POMPONIVS LIB. II. AD SABINVM.

Si Titius, & Seius ſeparatim ita ſtipulati eſſent, Fundum illum, ſi illi non dederis, mihi dare ſpondes; *finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur, ideo occupantis fore actionem.*

Tractatum fuit à veteribus hæc conditio, *ſi Stichum non dederis*, quando exiſtere dicatur, vt ex ſtipulatione agi poſſit. Pegaſus reſpondit, non ante committi ſtipulationem, quam deſierit poſſe Stichus dari. Quam ſententiam Papinianus ſequitur. Sabinus autem exiſtimabat, ex ſententia contrahentium poſtquam homo potuiſſet dari, cõfeſtim agendum, &c. Et hanc ſententiam ait Papinianus poſſe recipi, ſi ſtipulatio conditionem præceſſerit. leg. ita ſtipulatus. inf. 115. Nec dubitandum eſt quin ſequenda ſit Papiniani diſtinctio. Puto & in aliis caſibus ſententiæ Sabini locum eſſe, vt puta, ſi decem in conditione ſint. Non enim ex mente contrahentium recte dicetur committi ſtipulatio, cum exploratum fuerit, decem dari non poſſe. Nam perire non poſſunt. l. incendium. C. ſi cert. peta. l. in ratione. §. incertæ, ad l. Falcid. Nec mortuo promiſſore deſinunt poſſe dari, quia conditiones dandi poſſunt ab hærede impleri, vt alias oſtendimus. l. qui Romæ. §. Agerius, infr. 122. Papinianus autem non de quibuſcunque conditionibus loquitur cum ait, committi ſtipulationem, cum certum eſſe cœperit, &c. ſed de conditionibus, quæ in facto conſiſtunt & cohærent perſonæ veluti, *Alexandriam ire, Capitolium aſcendere*. Idemque Pegaſus dixit de hac conditione, *ſi Phamphilum non dederis*, quia licet morte promiſſoris non deſinat poſſe dari, morte tamen Pamphili deſinit. At decem dandorum conditio, nunquam hoc modo exiſtere poſſet. Quare neceſſe eſt, vt ſecundũ mentẽ contrahentium aliã interpretationem accipiat, ſitq; locus Sabini ſententiæ. Eadem ratio eſt & huius conditionis, *ſi fundum non dederis*, niſi vehementer ipſe fallor. Nam tametſi fundus aliquãdo perire poſſit, chaſmate puta vel inundatione: tamen quia rariſſimum id eſt, ratio nõ patitur, vt de eo cõtrahentes ſenſiſſe interpretemur. Eam igitur conditionem ſic accipiemus ex mente cõtrahentium, vt poſtquam fundus potuerit dari commiſſa ſtipulatio intelligatur. Vnde hic quæritur: Si Titius, & Seius ſeparatim ita ſtipulati ſint à Mæuio, *Si non dederis fundum illum Seio, mihi dabis?* vtri competat actio ex hac ſtipulatione poſtquam extitit conditio, id eſt, poſtquã per promiſſorem ſtetit, quo minus daret. Nam vtriq; per moram promiſſoris agendi facultas quæſita eſſe videtur. Sed Pomponius hic ait, occupãtis fore actionem non aliter, ac ſi duo rei ſtipulandi eſſent: l. ex duob. 2. ∫. de duob. reis. cum par ſit vtriuſq; cauſa. Ac liberũ erit promiſſori, vtri voluerit dare, vſq; ad iudicium acceptum, ſeu litis conteſtationem: quia nullum ius per moram debitoris acquiſitum eſt vni ex creditorib. magis, quam alteri. Verũ vt vitetur perplexitas, vtile viſum fuit iuris autorib. finẽ aliquẽ alteri dandi præſtituere debitori nempe quoad iudicium accipiatur Itaque falluntur, qui nondum exiſtente conditione, hic agi exiſtimant, quamuis nulla ſit nata actio, quæ ſperatur oriri in litis conteſtatione.

X. IDEM LIB. III. AD SABINVM.

Hoc iure vtimur, vt ex hac ſtipulatione, Si Lucius Titius ante Calẽdas Maias in Italiã nõ venerit decem dare ſpondes? *non ante quicquam peti poſſit, quam exploratum ſit, ante eam diem in Italiam Titium venire non potuiſſe neque veniſſe, ſiue eo viuo, ſiue eo mortuo id acciderit.*

Hoc caput ſatis explicatum eſt ſupra c. 8.

XI. PAVLVS LIB. II. AD SABINVM.

Filius dum in ciuitate eſt ſi ſtipuletur patri reuerſo ab hoſtibus videtur adquiſiſſe.

Cũ in ſtipulationib. tempus ſtipulationis ſpectari ſoleat, l. ſi filiusfamilias. infr. 78. videtur ex hac ſtipulatione patri quęſita non eſſe actio, in cuius poteſtate non erat filius contractę ſtipulationis tempore. Sed propter ius poſtliminii fingitur ſemper in poteſtate fuiſſe, l. retro. de capt. & poſtl. reuerſ. §. ſi ab hoſtib. Inſt. quib. mod. ius patr. poteſt. Quid igitur dicemus ſi pater apud hoſtes deceſſerit? Etſi quidem filius ſibi ſtipulatus ſit dari, ipſi competet actio: quia lex Cornelia fingit patrem deceſſiſſe, antequam caperetur: ſecundum quam fictionẽ filius ſui iuris fuiſſe intelligetur tempore ſtipulationis cõtractæ. Quare ſi ponamus patri nominatim ſtipulatum, inutilis erit ſtipulatio, quaſi extraneo homini ſtipulatus ſit. l. bona. §, quod filios. de c. & poſtlim. l. ſi ſeruus communis. §. ſeruus, capto domino. de ſtipul. ſeruor.

XII. POMPONIVS LIB. V AD SABINVM.

Si ita ſtipulatus fuero, Decem aut quinque dare ſpõdes? *quinque debentur. Et ſi ita*, Calendis Ianuariis, vel Februariis dari ſpondes? *perinde eſt, quaſi Calendis Februariis dari ſtipulatus ſim.*

Is cui promiſſa ſunt decem, aut quinque, agit aduerſus promiſſorem, & ſola quinque petit. Quæritur an plus petere dicendus ſit. Nam plus petere cauſa is dicitur, qui ex duabus rebus ſub alternatione promiſſis, alteram tantum petit. §. plus autem. Inſt. de act. Sed ratio, vtilitaſq; poſtulat, vt ſubtilitate iuris neglecta, recte is petere intelligatur, propterea, quod nõ corpora, aut ſpecies ſub alternatione hic promiſſæ ſunt, ſed ſummæ potius, in quib. minima ſemper ſpectatur, quam veriſimile eſt debitorem electurum eſſe. l. ſi ita ſtipulatus fuero. 109. l. inter ſtipulantem. §. ſi ſtipulante, infr. l. ſi ita relictũ. §. vlti. de l. 2. l. qui concubinã. §. 1. de l. 3. Quoties igitur appareret intereſſe promiſſoris, maiorẽ potius ſummã ſoluere, aliud dicendum eſſet. Exempli gratia, ſi quis promiſerit Lugduni decem, aut Romę quinq;. l. qui res. §. mihi. de ſolut.

XII. VLPIANVS LIB. XIX. AD SABINVM.

Qui ante Calendas proximas ſtipulatur, ſimilis eſt ei, qui Calendis ſtipuletur.

Qui ante Calendas ſtipulatur, nihil differt ab eo, qui Calendis ſtipulatur, vt Iulianus ait, l. eum qui ita. §. qui ita. Proinde ex hac ſtipulatione agi non poteſt, donec totus dies Calendarum præteritus fuerit. l. qui hoc anno. l. ſtipulationes non diuiduntur. §. pen. infr. Quod ſane mirum pleriſque, & paradoxum videtur, abſurdum credentibus, eum qui ante Calendas ſtipulatur, non niſi poſt Calendas petere poſſe. Verum hic mos eſt loquendi veterum, vt cum ante diem dicunt, finitum diem intelligant. Cicero Tironi lib. 16. Epiſt. Ante diem 8. Idus Nouembris has literas dedimus, id eſt, octauo Idus Nouembris, vt eruditiſſimi noſtri ſæculi interpretati ſunt. Hinc, Ante diem tertium, pro nudius tertius accipi videtur, compendioſa locutione, quaſi dicas, ante diem tertium finitum. Hinc Gellius Ciceronem natum eſſe ait ante diem tertium Nonas Ianuarij, lib. 15. c. 28. qui (vt ipſe de ſe ſcribit) natus fuit tertio Nonas Ianuarij. Sic dicitur Chriſtus reſurrexiſſe, μετὰ τρεῖς ἡμέρας. Marc. cap. 8. figurata locutione, quam Grammatici ſynecdochen vocant. Atque huc mihi videtur pertinere, quod Paulus ait lib. 3. ad leg. Iul. & Pap. Anniculus amittitur, qui extremi anni die moritur, & conſuetudo loquendi, id ita eſſe declarat, Ante diem decimum Calendarum, Poſt diem decimum Calendarum. Neutro enim ſermone vndecim dies ſignificantur. l. anniculus. de verbo. ſign. Ante annum vero, aut ante menſem, cum dicimus, vſus loquendi non permittit, vt finitum annum, vel menſem, ſed cœptum potius intelligimus. l. ſi ita fuerit. 41. in prin. de manumiſſ. teſta. l. qui filium. §. vlt. ad Treb. 74. Huic ſtipulationi non diſſimilis eſt illa, *Intra Calendas dari*. l. 1. §. ſi intra. de ſuc. edi. l. ſi quis ſic dixerit. de verb. ſig. l. prox. ſupr. Sed animaduertendum eſt, cum quis ſtipulatur intra Calendas dari, verbi proprietatem requirere, vt debitor non expectatis Calendis, ſoluere poſſit. l. ſi ita fuerit. §. vltim. de manu. teſta. Qua de re Apollinaris apud Gellium diſputat lib. 12. cap. 13. Cum autem ſtipulatur quis dari Calendis, multum refert promiſſoriſne, an ſtipulatoris potius cauſa dies adiiciatur, l. ſi ita relictum. §. Pegaſus. de legat. 2. vt poſtea fuſius explicaturi ſumus. l. qui Romæ. in princ.

XIIII. POMPONIVS LIB. V. AD SABINVM.

SI ita ſtipulatus ſim abs te, Domum ædificari? *vel ſi hæredem meum damnauero inſulam ædificare, Celſo placet, non ante agi poſſe ex ea cauſa, quam tempus præteriſſet, quo inſula ædificari poſſet: nec fideiuſſores dati ante diem tenebuntur.*

Quamuis hæc ſtipulatio pura ſit, tacite tamen ei tempus ineſt, quo inſula ædificari poſſit. l. ſi continuus. §. item qui inſulam. infr. Itaque debitor per interpellationem, non ante conſtituitur in mora, quam id tempus præterierit. l. ſi inſulam. inf. Nec eorum ſententiam probo, qui nullam interpellationem hic neceſſariam eſſe aſſerunt, quod dies tacita non minus, quam expreſſa, interpellare dicatur. l. 2. C. de iure emphyt. Id enim de die certa tantummodo accipiendum eſt: nec ob incertam diem à communi iure videtur recedendum eſſe, quod interpellationem requirit, in omnibus tam faciendi, quam dandi obligationibus. l. ſi ex legati cauſa. inf. l. mora. de vſur. cum præſertim eadem in vtriſque ſit ratio. Vtrunque igitur neceſſarium eſt, & interpellatio, & lapſus temporis, vt promiſſor operis in mora eſſe dicatur. arg. l. ſi quis filium. §. ſtipulatio. de collat. bon.

Nec fideiuſſoris dati. Obligationi igitur faciendi, poteſt accedere fideiuſſor, l. ſi quis pro eo. de fideiuſſ. non qui reum facturum promittat, quia alieni facti nulla promiſſio eſt, l. ſicut reus. 66. de fideiuſſor. ſed qui promittat, quanti ea res erit, l. ſtipulatus es opus. 45. de fideiuſſo. aut qui ſimpliciter fide ſua eſſe iubeat, quod à reo promiſſum eſt. Quo caſu æſtimationem promittere intelligitur.

XV. IDEM LIB. XXVIII. AD SABINVM.

ET ideo hæſitatur, ſi aliqua pars inſulæ facta ſit, deinde incendio conſumpta ſit, an integrum tempus computandum ſit rurſus ad ædificandam inſulam, an vero reliquum duntaxat expectandum, quod deerit? & verius eſt, vt integrum ei detur.

Sicut in ſuperiore capite, cum quæritur, quando committatur ſtipulatio, *domum ædificari*, intelligimus ſtipulationem huiuſmodi eſſe, vt committi poſſit, nec quærimus, an certus locus adiectus fuerit, cuius omiſſio ſtipulationem inutilem redderet. l. 3. §. ſi quis inſulam. de eo quod cert. loc. ita etiam, cum hic quæritur, conſumpta incendio parte inſulæ, quantum temporis dandum ſit debitori ad ædificandum, ſatis perſpicuum eſt, obligationem, de qua agitur, ita contractam eſſe, vt debitor caſu fortuito non liberetur: vtputa, ſi hæres à teſtatore damnatus ſit ædificare, ſi quis ſtipulanti promiſerit, ſe ædificaturum, non mercedis alicuius nomine, ſed gratis, & impenſa ſua, &c. Sed & ſi quis conduxerit opus faciendum, diruta parte operis caſu aliquo fortuito, non ideo liberari eum puto, quia ad opus faciendum obligatus fuit, quod non recipit diuiſionem, l. ſi is qui 400. §. quædam. ad leg. Falc. l. pen. C. de iis, quib. vt indig. Itaque huic quoque integrum tempus dandum erit, ad ædificandum, ſed locatoris ſumptu, cuius periculum eſt, non conductoris. l. Martius. ſup. locat.

XVI. IDEM LIB. VI. AD SABINVM.

SI Stichum, aut Pamphilum mihi debeas, & alter ex his meus factus ſit ex aliqua cauſa, reliquum mihi debetur a te.

Stipulatio Stichi, aut Pamphili, quaſi ſub conditione quadam contracta intelligitur, vt Stichus detur, niſi detur Pamphilus, &c. l. cum ita legatur. de opt. legat. Cum igitur vnus ex iis, ex alia quapiam cauſa, ſtipulatoris factus ſit, recte peti alter poterit. l. qui decem. §. Stichum. de ſolut. Nec verendum eſt, ne plus petere dicatur actor, cum electionem nullam ſoluendi reo auferat. §. plus autem. Inſtitut. de action. Quod tamen ita accipiendum eſt, niſi æſtimationem eius qui ſtipulatori acquiſitus eſt, promiſſor malit ſoluere. id enim rationi, & æquitati conſentaneum eſt. l. cum res. 49. §. ſed ſi Stichus. de legat. 1. Quod ſi quis obiiciat, duas cauſas lucratiuas concurrere non poſſe, l. omnes. ſupra titulo proximo: reſpondeo, huic regulæ locum eſſe, cum de vna, eademque re agitur, non de duabus, ſub alternatione debitis. l. non quocunque. §. vlt. de legat. 1. 84. De duabus rebus diſiunctim promiſſis, quarum vna periit, alio in loco tractabitur. l. ſtipulatus ſum Damam. 50. inf. l. Stichum. de ſolut. l. ſi in emptione. §. vlt. de contrahen. empt.

Ex aliqua cauſa. Cauſam hic intellige aliam, quam ex hac ſtipulatione diſiunctiua. Alioqui ſolutione vnius rei totam obligationem tolli certum eſt. l. ſi vnus. §. ſed ſi ſtipulatus. de pact. Sed ſi ſtipulatus decem, aut Stichum decem pactus ſim, & petam Stichum, aut decem, exceptionem pacti conuenti in totum obſtaturam. Nam vt ſolutione, petitione, & acceptilatione vnius rei, tota obligatio ſolueretur, ita quoque pacto conuento de vna re non petenda interpoſito, totam obligationem ſubmoueri.

Stipulatio huiuſmodi: In annos ſingulos, *vna eſt, & incerta & perpetua: Non autem, quemadmodum ſimile legatum, morte legatarij finitur.*

Cum in annos ſingulos certa pecunia promittitur, puta decem, non ideo plures ſtipulationes eſſe intelliguntur, quod plures ſummæ, pluresque præſtationes ſint: quia ad conceptionem verborum reſpicimus in ſtipulationibus, vt poſtea docebimus, l. ſcire debemus. tametſi in legatis aliud conſtitutum ſit. l. ſi in ſingulos. l. ſi in annos. de ann. leg. l. cum in annos. quand. dies legat. ced. Itaque in huiuſmodi ſtipulatione ſemel conditio ſtipulatoris, vt cui acquiri debeat, intelligatur, inſpici debet. l. ſenatus. §. vlt. de don. cauſ. mort. l. ſi filiusfamilias. inf. Nec nos mouere debet, quod Iuſtinianus conſtituit, multas donationes intelligi, ſi quis ſtipulatus fuerit certam quantitatem annuam, quandiu vixerit, &c. Nam ratio, quam expreſſit ea conſtitutione, facit, vt quod ad inſinuationem donationis attinet, non vnam ſtipulationem contractam eſſe interpretemur. l. ſancimus. §. vlt. C. de donat. Si quis (inquit) talem recepit donationem, in qua ſtipulatus fuerit, an-

nuam quandam ſibi præſtari quantitatem tantæ ſummæ, quæ non excedat legitimum donationis modum: variabatur, vtrum eum ex particulari donatione multas feciſſe donationes exiſtimandum ſit, & eas actis non indigere, an ex totius ſtipulationis fundamento, & fonte eius, ex qua annuæ donationes profluxerunt, & vnam eſſe eam donationem putandum, & proculdubio monumentorum obſeruatione vallandam: quod veteres quidem ſat, abundeque variauerunt. Nos autem certa diuiſione concludimus, vt ſi huiuſmodi quidem fuerit donatio, vt intra vitam perſonarum ſtet, vel dantis vel accipientis, & multæ intelligantur donationes & liberæ, monumentorum obſeruatione. Incertus autem fortunæ exitus hoc nobis ſuggeſſit, vt poſſibile ſit, vnius anni tantummodo, vel breuioris, vel etiam amplioris temporis metas ſuperuiuere vel donatorem, vel eum, qui donationem accepit, & ex hoc inueniri totam ſummam donationis nō excedere legitimam quantitatē. Sin autem etiam hęredum ex vtraque parte fuerit mentio, vel adiiciatur tempus vitæ vel donatoris, vel qui donationem accepit: tunc quaſi perpetuata donatione, & continuatione eius magnam & opulentiorem eam efficiente, & vna intelligatur, & quaſi denſioribus donationibus cumulata, excedere legitimum modum, & omnimodo acta repoſcere, & aliter minime conualeſcere.

Minus nos mouet, quod Pomponius ſcribit de ſeruo fructuario, operas ſuas in quinquennium locante. l. ſi ſeruus communis. §. cum ſeruus. de ſtipul. ſeruo. Cum ſeruus (inquit) fructuarius operas ſuas locaſſet, & eo nomine pecuniam in annos ſingulos dari ſtipulatus eſſet: finito fructu, domino reſidui temporis acquiri ſtipulationem, Iulianus ſcriptum reliquit. Quæ ſententia mihi videtur firmiſſima ratione ſubnixa. Nam & ſi in annos forte quinque locatio facta eſſet, quoniam incertum eſt, fructus in quem diem duraturus ſit, ſingulorum annorum initio cuiuſq; anni pecunia fructuario quæreretur, ſecundum quæ non tranſit ad alterum ſtipulatio, ſed vnicuique tantum acquiritur, quantum ratio iuris permittit. Nam & cum idem ſeruus ita ſtipulatur: *Quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero: tantam dari ſpondes?* in pendenti eſt, quis ex ſtipulatu ſit habiturus actionem. Si enim ex re fructuarij, vel operis ſuis pecuniam dederit fructuario: ſi vero aliunde, domino quæretur ſtipulatio. Quamuis enim vna ſtipulatio ſit, non plures, tamen totius quinquennij pecuniam fructuario acquiri iniquum eſſet, ſi vſusfructus ante quinquennium finitus ſit. Alioqui daretur occaſio fraudandi proprietarij, locationem in longum tempus conferendo, quo finitus fuerit vſuſfructus. Cætera, quæ aduerſari videntur, aliis in locis explicabimus: l. pluribus. l. ſcire debemus.

Incerta. Si plures ſtipulationes eſſent, vnaquæque earum certa eſſet, & certam quantitatem contineret, ſed quia infinitum eſt atque incertum tempus præſtationis, ex hac ſtipulatione, dicitur incerta eſſe. l. vbi autem. infr.

Et perpetua. Hæc ſtipulatio ſi ſimpliciter concepta ſit, perpetua eſt, & ad hæredem tranſit, ſecundum communem regulam l. veteris. C. de contrahen. & committ. ſtipul. Sed ſi adiectum ſit, *quoad viuam*, quamuis mero iure ad hæredem tranſeat, tamen ſi petat, exceptione doli ſummouetur. l. eum qui ita. inf. §. at ſi ita. Inſtit. eod. At ſi ita ſtipuleris, *Decem aureos annuos, quoad viuam, dare ſpondes?* & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur, quia ad tempus non poteſt deberi. Sed hæres petendo pacti exceptione ſummouebitur.

Quemadmodum ſimile legatum. Si in annos ſingulos aliquid legetur, tot ſunt legata, quot annuæ præſtationes. l. ſi in annos. de annuis legatis. Nam propter multitudinem præſtationum, interpretamur legata diuiſa eſſe: nec ad conceptionem verborum reſpicimus vt in ſtipulationibus. Primi igitur anni legatum purum eſſe dicitur, ſequentium vero annorum conditionalia. d. l. ſi in annos. & l. ſi in ſingulos. Ineſt enim hæc conditio, ſi viuat legatarius, quæ tranſmiſſionem ad hæredes impedit. Cuius rei illa ratio eſſe videtur, quia teſtatores vt plurimū ſolent in plures annuas præſtationes legata diuidere, vt conſulant perſonæ ipſius legatarij, quaſi alimenta quædam eis præſtari velint. Atque ideo, cum aliud actum eſſe apparet, legatum huiuſmodi ad hæredem tranſire dicitur. l. ſi cum præfinitione. quand. dies legat. ced. Qui vero ſtipulantur, non ſibi tantum, ſed etiam hæredibus ſuis acquirere præſumuntur, quod frequentius id accidere ſoleat. l. ſi pactum. ſupra de probat. Proinde ſtipulatio annuæ quantitatis, non etiam legatum, ad hæredem transfertur.

XVII. VLPIANVS LIB. XXVIII. AD SABINVM

Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata conditione.

Cum obligatio ſit iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur, vt Iuſtianus ait, §. 1. Inſtitut. de oblgat. certum eſt ii utilem eſſe ſtipulationem, cuius conditio in promiſſoris voluntatem & arbitrium confertur. l. à Titio. inf. l. ſub hac. ſupr. titul. proxi. l. centeſimis. §. vltim. infra. Nihil igitur impedit, quo minus ex voluntate ſtipulatoris pendeat, arg. l. ſi ita legatum. §. illi ſi volet. de legat. 1. Inde etiam conſequitur, cum ex contractu naſcitur vltro citroque obligatio, in neutrius voluntatem conferri poſſe. l. in vendentis. C. de contrahen. empt. De ea quæ confertur in arbitrium tertij, tractat Vlpianus cap. 43. Sed hæc omnia accuratius infra diſcutientur. l. centeſimis. §. vlt.

XVIII. POMPONIVS LIB. X. AD SABINVM.

QVI bis idem promittit, ipſo iure, amplius quam ſemel non tenetur.

His verbis ſignificat Pomponius, non modo bis idem exigi non poſſe, ſi bis idem promiſſum ſit, l. bona fides. de regul. iur. ſed ne ad eandem quidem rem agi poſſe ex duplici ſtipulatione. Nam ex poſteriore ſtipulatione, tanquam inutili, non competit actio. argument. l. ſi dari. infra. idque ex iure ipſo, id eſt, legibus ipſis Romanis, non ex Prætorum, aut Iuriſprudentum interpretatione profectum eſt: quibus legibus nemo admittitur ad agendum ex ſtipulatione niſi ſua interſit. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. infr. At ex duabus ſtipulationibus agens, nihil amplius, quam ex vna, conſequi poſſet. Ex ſtipulatione autem, contractui bonæ fidei adiecta, certiſſimum eſt agi poſſe. l. duo ſocietatem. pro ſocio. Cum enim ea, quæ ex bonæ fidei iudiciorum natura veniunt, certa fere non ſint, & ex iudicantium arbitrio pendeant, vtile eſt contrahentibus ea ſtipulationibus comprehendere: vt in tractatum de pactis annotauimus. l. 1. §. ſed conuentionum. Sed & ſi inutilis ſit, & inefficax prior ſtipulatio, propter exceptionem, ex poſteriore licebit agere. l. ſi dari. infr. Idemque dicendum eſt, & ſi poſterior ſtipulatio aliquid amplius, vtiliuſque contineat. l. hæres à debitore. §. 1. de fideiuſſor. Arbitror & tunc quoque agi permittendum ex poſteriore, cum ſtipulator ex ea tantum ſe agere velle declarat, nec aduerſarium contendit ſtipulatione duplici obligatum ſibi eſſe. Æquitas enim ipſum ius hac exceptione temperandum eſſe ſuadet, nec tam ſcrupuloſe inquirendum, an ſtipulatoris interſit, qui ex ea ſola ſtipulatione agere vult. Nam quoties occurrit huiuſmodi locus in Iure ciuili, qui meram artis ſubtilitatem habet, danda opera eſt, vt commoda, ac benigna interpretatione quoad fieri poterit ad æquitatem, & ἐπιείκειαν referatur. Idque Prætorum, ac Conſultorum veterum exemplo, quod nobis ſemper ad imitandum proponere debemus. Itaque non dubito, quin priore obligatione per præſcriptionem xxx. annorum ſublata, ex poſteriore ſtipulator agere poſſit. Qua de re magna eſt altercatio. l. cum notiſſimi. §. ſed ſi quis. Cod. de præſcript. xxx. annor.

Idem. Hæc ſententia Pomponii ad eum tantummodo pertinet, qui idem promittit vtraque ſtipulatione. Quod in ſpecie, ſeu corpore promiſſo difficultatem non habet. Sed ſi quantitas bis fuerit promiſſa, cuius præſtatio multiplicari poteſt, l. plane. de legat. 1. an idem promiſſum ſit facti magis quam iuris eſt quæſtio, quæ alio in loco tractabitur. l. ſtipulatio iſta §. eum qui. inf.

XIX.

XIX. IDEM LIB. XV.
AD SABINVM.

SI ita ſtipulatio facta fuerit, Si culpa tua diuortium factum fuerit, dari? *nulla ſtipulatio eſt, quia contenti eſſe debemus pœnis legibus comprehenſis, niſi ſi & ſtipulatio tantundem habeat pœnæ, quanta lege ſit comprehenſa.*

Sicut pœnæ metu non poteſt quis ad contrahendum matrimonium cogi, ita nec ad matrimonium, quod iam contractum eſt, retinendum. Nam par libertas in vtroque requiritur. l. Titia. inf. l. 2. C. de inutil. ſtipul. l. neque. C. de nuptiis. Proinde ſi ſtipulatus ſit maritus ab vxore centum dari, ſi culpa eius diuortium factum fuerit, nulla ſtipulatio eſt. Quod tamen eſt ita accipiendum, niſi eam pecuniam ei dederit maritus ea lege, vt diuortio ſecuto eam reddat. l. ea quæ. ſupr. de donat. inter virum & vxor. Non enim hic metu compellitur ad manendum in matrimonio, ſed præmio potius inuitatur. l. Titio centum. §. 1. de cond. & demonſt.

XX. VLPIANVS LIB. XXXIIII.
AD SABINVM

HViuſmodi ſtipulationes non ſunt inutiles quod tibi Titius debet, cum debitor eſſe deſierit, dare ſpõdes? *Nam valet ſtipulatio, quaſi ſub quauis alia conditione concepta.*

Varia eſt lectio, variaque interpretatio huius capitis: ſed more meo dicam ſimpliciſſime quod ſentio. Cum à Mæuio centum mutua peterem, & hac excuſatione vteretur, quod Titius pecuniam ei debitam non ſolueret, tandem conuenit inter nos, vt ſtipulationem ita contraheremus, *Quod tibi Titius debet, cum debitor eſſe deſierit, dare ſpondes?* Quæritur, an hæc ſtipulatio vtilis ſit. Non enim videtur in id tempus recte conferri, quo nullum amplius debitum futurum eſt, cum hæc ſtipulatio, *Quod tibi Titius debet, dare ſpondes?* Titio nihil debente, non valeat. l. ſi ſic. 78. de legatis 1. Sed Vlpianus ait, perinde hanc ſtipulationem valere, ac ſi ſub quauis alia conditione concepta ſit. Cum enim ſtipulor, *Quod tibi Titius debet*: ſtipulor certam quantitatem, ſi tunc verum ſit eum debere. d. l. ſi ſic. nec adiecta conditio eam ſtipulationem vitiat. *Stipulationes.* Quidem adeo ſtupidi ſunt, vt dubitent, cur ſtipulationes hic dicat Vlpianus πληθυντικῶς, cum vna tantum ſtipulatio ſubiiciatur. Nec animaduertunt, verba Vlpiani ad ſtipulationes, quæ huic ſimiles ſunt, pertinere. *Quod Titius debet, &c.* quaſi diceret, Stipulationes huiuſmodi, id eſt, huic ſtipulationi ſimiles, non ſunt inutiles. Sed hæc, quæ puerilia ſunt, miſſa faciamus.

XXI. POMPONIVS LIB. XV.
AD SABINVM.

SI diuortio facto, ea, quæ nihil in dotem habeat, dotis nomine centum dari ſtipuletur, vel quæ centum duntaxat habeat, ducenta dotis nomine dari ſtipuletur: Proculus ait, ſi ducenta ſtipuletur, quæ centum habeat, ſine dubio centum quidem in obligatione venire, alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque eſt, etiam ſi nihil ſit in dote, centum venire tamen in ſtipulationem: ſicuti cum filiæ vel ſorori, vel alij cuilibet dotis nomine legaretur, vtile legatum eſſet.

Falſa cauſa non nocet ſtipulationi, vt ſi quis centum, vel ducenta vxori dotis nomine promittat, id eſt, propter dotem quam ab ea accepit. Nam ne legato quidem nocere falſam, cauſam conſtitutum eſt, niſi probetur teſtatorem alias legaturum non fuiſſe. l. cum tale. §. falſam. de condit. & demonſtrat. Si tamen erraſſe promiſſorem appareat, non obligabitur ex ea promiſſione. l. penult. §. mulier. ſolut. matr. Quod facile præſumendum non eſt, niſi probetur, cum facti proprij ignorantia tolerabilis non ſit. l. 3. de iur. & fact. ignor. l. vltim. ſupr. pro ſuo. Nec vero recte quis dixerit ſtipulationem hanc quaſi ſine cauſa factam non valere. l. 2. §. circa. de doli excep. Eſt enim hic cauſa adiecta dotis, licet verum ſit, dotem nullam maritum accepiſſe. Nam & ſi quis cuiuis mulieri leget centum dotis nomine, vtile legatum eſt, vt hic Pomponius ait: nec inſpicimus, an teſtator dotem acceperit ab ea muliere, quæ ne eius quidem vxor fortaſſis vnquam fuit. Quod autem ait Vlpianus, venditionem nullam eſſe, ſi quis vendiderit fundũ, quanti à teſtatore emptus eſt, ſi forte non emptus ille fundus, ſed donatus fuit, l. ſi quis fundũ. de contrah. empt. ad hunc locũ nihil omnino pertinet, quia nulla ibi falſa cauſa eſt, ſed ideo nõ conſiſtit venditio, quia pretium certũ non habet. Hic omnia interueniunt, quæ ad ſubſtantiam venditionis neceſſaria ſunt. Mirantur plærique, quod hæc centum peti dicantur actione de dote, cum ex ſtipulatione deberi videantur, propter nouationem præcedentis obligationis. Sed certum eſt ex noua Conſtitutione Iuſtin. veterem ſemper obligationem manere, niſi aliud expreſſum ſit à contrahentibus. l. vlt. C. de nouat. Iure in Pandectas relato, quomodo fiat nouatio, alibi tractatur. l. qui vſumfruct. infra. Nec dubium eſt, quin de ea re fuerit diſſenſio inter veteres iuris auctores, propter quam diſſenſionem edita eſt illa Iuſtiniani Conſtitutio. Ac ſententia quidem Proculi, quam hic obiter Pomponius refert, Conſtitutioni Iuſtiniani conſentanea eſt. Sed de his alias pluribus.

XXII. PAVLVS LIB. IX.
AD SABINVM.

SI id, quod aurum putabam, cum æs eſſet, ſtipulatus de te fuero: teneberis mihi huius æris nomine, quoniam in corpore conſenſerimus: ſed ex doli mali clauſula tecum agam, ſi ſciens me fefelleris.

Si quis certum vas æneum ab aliquo ſtipuletur, quod putet aureum eſſe, valet ſtipulatio: quia licet in materia erratum ſit, tamen in corpore conſenſum eſt. l. inter ſtipulantem. §. ſi Stichum. infr. Alia cauſa eſt venditionis. l. in venditionibus. de contra. empt. quæ bonæ fidei contractus eſt. Nam bona fides, cuius maxime in huiuſmodi iudiciis, ratio habenda eſt, non patitur, vt teneat emptio eius rei, quam alioqui forte empturus non eram. At in ſtipulatione, quæ ſtricti iudicij eſt, verba ſpectantur: quæ ſi fuerint ad ſtipulationem contrahendam idonea, & conſenſum in corpore fuerit, nihil amplius requiritur. Quod autem dictum eſt de bonæfidei iudiciis, ſic accipiendum eſt ex Vlpiano, ſi omnino erratum ſit in materia: veluti ſi æs, quaſi aurum væneat. Si enim id, quod aurum putabatur, vel inauratum erat, vel ex parte aureum, valebit venditio. l. quid tamen. de contrah. empt. Sed addenda eſt ex Iuliano exceptio, niſi actum ſit inter contrahentes, vt pro ſolido auro væneat, quo caſũ nõ tenet venditio deficiente conſenſu. Sed & ſi deceptus nolit à vẽditione recedere, quia forte ipſius intereſt eam ſeruari: verius eſt, tunc ratam venditionem eſſe, l. Labeo. de contrah. emp. ſed ita, vt ex ea poſſit deceptus ad id, quod ſua intereſt, agere, non vt venditum corpus petere cogatur. Quare is, qui emit aurichalcum pro auro, aurum petit, quoniam ipſius intereſt aurum habere. Sic intelligendum eſt, quod Paulus ait, Quamuis ſupra diximus, cum in corpore conſentiamus, de qualitate autem diſſentiamus, emptionem eſſe: tamen venditor teneri debet, quanti intereſt emptoris deceptum non eſſe, &c. l. ſi ſterilis. §. quamuis, de act. emp. Quo in loco plerique codices negationem habent: ſed hæc eſt purior, emendatiorque lectio. Præterea cum quis æs pro auro in pignus dedit, ſine diſtinctione traditum eſt, pignoris obligationem conſiſtere, l. 1. de pig. actio. quia cautionem aliquam habere quam nullam præſtat, & magis expedit creditori: licet venditionem non manere, nonnunquam ipſius interſit.

Ex doli mali clauſula. Stipulatio dolo inita, ipſo iure nulla non eſt. l. dolo. C. de inutil. ſtipul. nec dolus vindicatur in ſtrictis iudiciis, ſi ius ipſum, id eſt, legem publicam ſpectemus. Quod accuratius à nobis demonſtratum eſt in commentario de in litem iurando. Proinde ſi ſciens promiſſor me fefellerit, ita demum actio mihi aduerſus eum datur eo nomine, ſi adiecta fuerit ſtipulationi doli clauſula, id eſt, dolum malum abeſſe, ab futurumque eſſe. Arbitror & ſi omiſſa fuerit doli clauſula, iudicium de dolo (quod euerriculum omnium malitia-

rum dicitur à Cicerone) adhuc ſupereſſe. l. & eleganter. §. non ſolum. ſupra de dolo.

XXIII. POMPONIVS LIB. IX. AD SABINVM.

SI ex legati cauſa, aut ex ſtipulatu hominem certum mihi debeas, nõ aliter poſt mortem eius teneberis mihi, quam ſi per te ſteterit, quo minus viuo eo, eum mihi dares: quod ita fit, ſi aut interpellatus non dediſti, aut occidiſti eum.

Qui ex ſtipulatu Stichum debet, morte eius liberatur, ſi per eum non ſteterit, &c. l. ſi Stichus. 33. infra. Quod & in eo locum habet, qui Stichum in iudicio ſiſtere promiſit. l. ſi deceſſerit. qui ſatiſdar. cogunt. Idemque dicendum eſt, & ſi aliter amiſſus ſit, vel commercio exemptus, vt præſtari nequeat. l. argentum. commod. l. is qui alienum. infr. 50. Sed quæritur, an mortuo boue, qui debebatur ex ſtipulatione, vel teſtamẽto, ſaltem caro, & corium debeantur. Et certum eſt nihil omnino deberi, l. mortuo boue. 50. de legat. 2. quamuis conditione furtiua aliud conſtitutum ſit. l. ſi ſeruus. §. boue. de condict. furt. not. in l. ſi Stichus. inf. Nec multum referre puto, vt liberetur debitor ſpeciei certæ eiuſdem interitu, an ex conuentione debeatur, quæ tranſit in proprium nomen contractus necne. Nam ſi ſcyphos tibi dedi, vt mihi Stichum des, interitu Stichi liberaris. l. naturalis. §. ſed ſi ſcyphos. de præſcript. verb. Nec præſcriptis in factum verbis aduerſus te experiri poſſum, vt mihi Stichum des: verum ad repetendos ſcyphos, quos dedi, tanquam cauſa non ſecuta, condictio mihi competit. l. vlt. de cond. cauſ. dat.

Hominem certum. Idem dicendum eſt, & ſi quis pecuniam certam, certoſve nũmos promiſerit, puta qui in arca ſunt, &c. l. ſi certos. infr. 37. Si autem certa non ſit ſpecies, vel quantitas, nullus interitus debitorem liberare poterit. l. incendium. Cod. ſi certum petat. l. in ratione. §. incertæ. ad leg. Falcid. Nihil ergo refert, an quantitas, an res alia debeatur: ſed an res certa, an incerta debeatur, multum intereſt. Verum hoc cum quibuſdam exceptionibus accipiendum eſt, de quibus alibi nota, in l. quod te. ſupra de rebus cred.

Si interpellatus non dediſti. Poſt interpellationem igitur, qua debitor conſtituitur in mora, l. ſciendũ l. mora. ſup. de vſur. ſi res debita perierit, nõ liberatur debitor, ſed aduerſus eum perpetuatur actio. l. ſi ſeruũ. inf. Sed hic exiſtit difficilis quæſtio, an, ſi interitu naturali perierit res, quæ penes creditorem fortaſſis erat eodem modo peritura, nihilo minus poſt moram teneatur debitor ad æſtimationem. In qua quæſtione tres mihi caſus conſiderandi eſſe videntur. Primus eſt, cum exploratum eſt, aut ex veriſimilibus coniecturis apparet, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuiſſe, ſi reddita eſſet, nec ideo venditorem potuiſſe eam diſtrahere, precij lucrandi gratia, l. ſi plures. §. vlt. ſup. depoſi. l. ſi is qui Stichum. 57. ſup. de iure dot. l. ſi à domino. 39. §. ſi prædio. ſup. de petitio. hæred. vt puta, ſeruus erat ſenio confectus, quem quis ſe daturum promiſerat. Secundus caſus eſt, cum conſtat rem perituram eo caſu non fuiſſe, ſi reddita fuiſſet. Periit enim forte ſeruus debitus, vel ruina, vel naufragio, &c. l. ſi cum exceptione. §. quod ſi homo. ſupra de eo quod met. cau. l. de eo. §. ſi poſt. ad exhi. l. item ſi verberatum. §. ſi ſeruus. ſup. de rei vind. Tertius caſus eſt, cum dubium, atque incertum eſt, an eodem modo periturus fuerit: vt puta quia febre aliqua vſitata occubuit. Et hoc caſu fruſtratorem interpretamur, perinde ac ſi certum eſſet, interiturum non fuiſſe. Atque ita mihi accipiendum videtur, quod hic dicitur, & in aliis locis ſimilibus, de morte ſerui. l. nemorem ſnam, 82. inf. l. ſi in Aſia. §. vlt. ſup. depoſ. Vnde reus in interdicto, *vnde vi*, in dubio mortalitatem mancipiorum, ac pecorum præſtare dicitur. l. 1. §. rectiſſime. l. merito. ſup. de vi, & vi arm. Hinc etiam conſequitur, ſi fundus legatus poſt moram hæredis chaſmate perierit, hæredem non liberari. l. cum res. 49. §. vlt. de lega. 1. Nam legatarius forte eum ſtatim diſtraxiſſet: itaque apud eum non periiſſet. Nam ille hiatus terræ inopinato accidit, nec deterret fundi emptorem, vt ſerui ætas, de qua iam diximus. Verum bonæ fidei poſſeſſor excipitur, quem conſtat abſolui, ſi res naturaliter interierit, ſecundum Pauli diſtinctionem, qua Proculianorum, & Caſſianorum opiniones conciliat. l. illud. de petit. hæred.

Aut occidiſti. Si culpa debitoris interierit res debita, aduerſus eum perpetuatur actio. l. qui ſeruum. l. ſi ſeruum. inf. l. quid ergo. §. ſi hæres. de leg. 1. Itaque ſi in odium debitoris alius occiderit, ita tenetur debitor, l. ſi merces. §. culpæ. ſupra locat. ſi aliqua eius culpa arguatur. l. pen. ſol. mat. Quod ſi facto creditoris interierit res, ipſius periculum eſt. l. legis. ſupr. ad leg. Aquil.

XXIIII. PAVLVS LIB. IX. AD SABINVM.

SEd ſi ex ſtipulatu Stichum debeat pupillus, non videbitur per eum mora fieri, vt eo mortuo teneatur, niſi ſi tutore autore, aut ſolus tutor interpelletur.

Moram facere non dicitur pupillus, niſi ipſe tutore autore, aut ſolus tutor, interpelletur. Ex duplæ tamen ſtipulatione ſi tutor non appareat, pupillo etiam ſine tutoris autoritate poteſt denuntiari. Idque benignius receptum eſſe Trebatius ait, l. ſi dictum. §. vlt. 56. de euict. Nam interpellatio fere nocet debitori, vel propter periculum interitus, vel propter vſuras, &c. Sed cum in iudicio res agatur, & cauſam ſuam autoriſque ſui defendat emptor, nullum certum imminet periculum pupillo, cui denuntiatio facta eſt: fierique poteſt, vt quod ſæpius accidit, bonam cauſam habens vincat. Deinde non aliter fit hæc denuntiatio pupillo, quam ſi tutor non appareat, nempe poſt diligentem emptoris inquiſitionem. Sic enim nos ſententiam Trebatij accipere oportet propter vtilitatem pupillorum. Sed & eadem vtilitas ſuadet, vt abſente tutore cognati, affines & amici pupilli requirantur & admoneantur. l. hæc autem. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

XXV. POMPONIVS LIB. XX. AD SABINVM.

SI dari ſtipuler, id quod mihi iam ex ſtipulatu debeatur, cuius ſtipulationis nomine exceptione tutus ſit promiſſor, obligabitur ex poſteriore ſtipulatione, quia ſuperior quaſi nulla ſit exceptione obſtante.

Quæ ad huius legis explicationem pertinent, attigimus ſupra cap. 18.

XXVI. VLPIANVS LIB. XLVII. AD SABINVM.

GEneraliter nouimus, turpes ſtipulationes nullius eſſe momenti.

XXVII. POMPONIVS LIB. XXII. AD SABINVM.

VEluti ſi quis homicidium vel ſacrilegium promittat ſe facturum. Sed & officio quoque Prætoris continetur, ex huiuſmodi obligationibus actiones denegari.

Cum aliquid turpe & inhoneſtum promittitur, ſtipulationem nullius eſſe momenti conſtat: quia bonis moribus contraria eſt. Proinde officium Prætoris eſt, ex huiuſmodi ſtipulationibus actiones denegare. Idem & de iis dicendum eſt, quæ turpem cauſam, vel conditionem continent, licet quod promittitur, fortaſſis turpe non ſit. l. ſi flagitij. infr. §. quod ex turpi. Inſtit. de inutil. ſtipul. l. mercalem. C. de condic. ob turp. cauſ. l. Iuriſgentium. §. ſi ob maleficium. de pact. Sunt tamen qui putent has valere quidem ipſo iure; ſed agentem doli exceptione repellendum eſſe. Et hanc ſententiam ſuam verbis Pauli confirmant ſub tit. de condi. ob turp. cauſ. Si ob turpem cauſam promiſeris Titio, quamuis ſi petat, exceptione doli mali, vel in factum ſummouere eum poſſis, tamen ſi ſolueris, non poſſe te repetere, &c. l. pen. Quod ſane verum eſſe exiſtimo, cum id, quod pro cauſa vel conditione poſitum eſt, non prohibetur, nec vindicatur iure ipſo, id eſt, iure ciuili, & legibus: ſed quia contrarium eſt bonis moribus, improbatur, vt ſi quis meretrici aliquid libidinis cauſa promiſerit. 4. de condiction. ob turp. cauſ.

Si ſtipulatus hoc modo fuero, Si intra biennium Capitolium non aſcenderis, dari? *non niſi præterito biennio, recte petam.*

Hæc verba, *Si in Capitolium non aſcenderis*, ambigua ſunt. Poſſunt enim ſic accipi, vt ſi non aſcenderit, cum primum

potue-

potuerit, committatur ſtipulatio. Poſſunt & ita accipi, cum certum fuerit, promiſſorem amplius aſcendere nō poſſe. Sed nos contra ſtipulatorem interpretamur. l. Quicquid adſtringendæ. 69. infr. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. §. ſi quis ita ſtipuletur. Inſtit. eo. tit. Qua de re accuratius infra tractaturi ſumus. l. ita ſtipulatus.

XXVIII. PAVLVS LIB. X. AD SABINVM.

SI rem tradi ſtipulamur, non intelligimus & proprietatem eius dari ſtipulatori, ſed tantum tradi rem.

Tradere, eſt rem ita alicui porrigere, vt eam apprehendat. Dare autem, eſt dominium transferre. l. vbi autem. 75. §. vlt. infr. §. ſic itaque. Inſtit. de action. Qui tamen tradere promittit, aliquando non nudum factum promittere intelligitur, ſed cauſam bonorum, ita vt fructus poſt ſtipulationem capti, ex ſtipulatione debeantur. Quod tum accidit, cum non ſimpliciter de tradenda re, ſed de vacua poſſeſſione tradenda, actum eſt. l. in conuentionalibus. 52. §. vlt. infra. l. 3. de act. empt. l. ſi ſtipulatus. de vſur.

XXIX. VLPIANVS LIB. XLVI. AD SABINVM.

SCire debemus, in ſtipulationibus tot eſſe ſtipulationes, quot ſummæ ſunt, totque eſſe ſtipulationes quot ſpecies. Secundum quod euenit, vt mixta vna ſumma, vel ſpecie, quæ non fuit in præcedenti ſtipulatione, non fiat nouatio, ſed efficiat duas eſſe ſtipulationes. Quamuis autem placuerit tot eſſe ſtipulationes, quot ſummæ, totque eſſe ſtipulationes, quot res: tamen ſi pecuniam quis, quæ in conſpectu eius eſt, ſtipulatus ſit, vel aceruum pecuniæ, non tot ſunt ſtipulationes, quot nūmorum corpora, ſed vna ſtipulatio. Nam per ſingulos denarios ſingulas eſſe ſtipulationes abſurdum eſt. Stipulationem quoque legatorum conſtat vnam eſſe, quamuis plura corpora ſint, vel plura legata. Sed & familiæ, vel omnium ſeruorum ſtipulatio vna eſt. Idemque quadrigæ, aut lecticariorum ſtipulatio vna eſt. At ſi quis illud & illud *ſtipulatus ſit, tot ſtipulationes ſunt, quot corpora.*

Cum plura corpora, aut ſummæ deducuntur in ſtipulationem, quæritur an ſtipulatio vna tantum dicenda ſit, quod vna ſit verborum conceptio: an vero plures, quod plures ea conceptione res contineantur? Et dicendum eſt, ſi plures res, aut ſummæ ſpecialiter exprimantur, plures ſtipulationes eſſe. l. quod dicitur. 86. infra.

Secundum quod euenit. Si quis promiſerit decem, deinde decem, & quinque: dubitari poteſt, an poſteriore ſtipulatione prior nouata ſit. Nam iure veteri, cui derogauit Iuſtinianus conſtitutione ſua, l. vlt. Cod. de nouat. intelligebatur nouatio fieri, cum poſterior ſtipulatio aliquid amplius, quam prior continebat. l. qui vſumfructum. 58. infr. Et ſane ſi hic vna tantum ſtipulatio eſſe diceretur, qua quindecim continerentur, nouatio videretur eſſe facta. Sed quia plures ſummas ſpecialiter expreſſas continet, tot ſunt ſtipulationes, quot ſummæ. Nec vlla eſt harum ſtipulationum, quæ plus, quam prima ſtipulatio, contineat.

Quamuis autem. Si quis ſtipuletur aceruum pecuniæ, aut legata teſtamento relicta, vna tantum ſtipulatio eſt, quamuis multi ſint nūmi, ac multæ res legatæ: quia nulla hic eſt ſpecialis rerum deſignatio. Cum ergo pluribus rebus nominatis, & expreſſis, ſubiicitur generalis ſtipulatio, *ea omnia quæ ſupra ſcripta ſunt, dari,* tot ſtipulationes eſſe intelliguntur, quot ſunt res: l. Titia. 134. §. vlt. l. pluribus. infra. 140. quia verum eſt, res ſingulas à cōtrahentibus expreſſas eſſe, ſi minus ſtipulatione, ſaltem pacto, cui ſubiecta eſt ſtipulatio, quodque ſtipulationi ineſſe creditur. l. lecta. ſup. de reb. cred. Alia cauſa eſt rerum legatarum, quas certum eſt nullo modo à contrahentibus exprimi, quamuis ſtipulationem referendo ad teſtamentum, plures res legatas eſſe appareat.

Dubitatum etiam fuit, apud veteres de hac ſtipulatione, *annua, bina, trima die dari,* d. l. pluribus. Sed hoc ſuo loco explicabitur. Illud videndum eſt, quid referat pluresne ſtipulationes ſint, an vna tantum ſtipulatio. Et ex his, quæ iam diximus, de nouatione, perſpicuum eſt, multum referre. Item ſi quis ſtipulanti Stichum, promittat Stichum, & Pamphilum: ideo reſponſionis diuerſitas non nocet, quia duæ ſtipulationes contractæ eſſe intelliguntur, quarum vna vtilis eſt, altera inutilis, nec vtilis per inutilem vitiatur. l. 1. §. ſed ſi mihi. ſupra. Sed & ſi quis à venditore ſerui ſtipuletur, furem non eſſe, fugitiuum non eſſe, erronem non eſſe, &c. ſæpius agi poteſt, ad duplam, quod plures ſtipulationes ſint, vt Vlpianus ait, l. quia dicitur. de euict. 32. De venditione autem interdum idem, quod de ſtipulatione dicitur, vt euicta ſcilicet re vna, aut redhibita, rata maneat in ceteris venditio. Sed videndum eſt, quid actum ſit, & num fortaſſis emptor non niſi ſimul omnes res empturus fuerit. Ac voluntas ex pretio, vel confuſe in res vniuerſas definito, vel in ſingula capita diſtincto, aut ex aliis coniecturis, argumentiſque colligitur. l. cum plures. 72. de euiction. l. ſi duos. 44. de contrah. empt. l. cum duo. de in diem addict. l. cum eiuſdem. 34. & ſeq. l. Ædiles aiunt. §. vlt. de ædil. edict. Verum vtcunque ſenſerint contrahentes, de ſingulis rebus ſeparatim facile agi permittitur, ſi plures res contractu contineantur, quoniam in ratione & modo agendi magnum incōmodum non eſt. l. & ſi vno. de act. empt. l. in commodato. §. duabus. commodat.

De donatione etiam tractari ſolet, propter inſinuationem: ſed alius eſt locus huic diſputationi magis idoneus, l. ſancimus. §. ſi quis autem. C. de donat. ſicut & de legatis, de quibus ſatis diffuſe alibi diſſeritur. l. 2. 4. 5. 6. de leg. 2.

Si à fure hominem ſim ſtipulatus, quæſitum eſt, an ſtipulatio valeat? Mouet quæſtionem, quod ſtipulatus hominem plerunque meum videor: non valet autem huiuſmodi ſtipulatio, vbi quis rem ſuam ſtipulatus eſt. Et conſtat, ſi quidem ita ſtipulatus ſim, Quod ex cauſa condictionis dare facere oportet? *ſtipulationem valere. Si vero hominem dari ſtipulatus fuero, nullius momenti eſſe ſtipulationem. quod ſi poſtea ſine mora deceſſiſſe proponatur ſeruus, non teneri furem condictione, Marcellus ait. Quandiu enim viuit, condici poterit. At ſi deceſſiſſe proponatur, in ea conditione eſt, vt euaneſcat condictio propter ſtipulationem.*

Quamuis nemo poſſit rem ſuam vtiliter ſtipulari, l. nemo rem ſuam. 82. infra. & l. ſi rem meam. 31. tamen ſi quis ſtipulatus fuerit à fure non ſimpliciter, ſed relata obligatione ad id, quod ex cauſa condictionis furtiuæ dare eum oportet, valebit ſtipulatio. Sicut enim vtilitatis cauſa receptum eſt, quo pluribus actionibus teneantur fures, vt dominus rei ſurreptæ aduerſus furem ad dandum agere poſſit: §. ſic itaque. Inſtit. de actio. ita eius actionis exemplo hæc ſtipulatio defenditur. Sed cur non ſimiliter concipitur ſtipulatio, vt intentio actoris, qui, vt diximus, recte intendit rem ſurreptam ſibi dari oportere? d. §. ſic itaque. Reſpondeo, ſtipulationem ſine vllo incommodo ita concipi poſſe, *quod ex cauſa furtiua mihi dari oportet.* Sed hoc de intentione actoris dici non poteſt, cum res, quæ petitur, ſpecialiter deſignari & exprimi debeat, vt cognoſcat reus cedendumne, an contendendum ei ſit. l. ſi in rem. de rei vin. l. 1. de eden. vbi not.

Vt euaneſcat condictio. Si ſtipulatio, de qua hic diſſerimus, nouaret, dubitare poſſet nemo, quin promiſſor interitu Stichi, ante moram liberaretur. l. parui. de condict. furt. Sed hic locus de ſtipulatione nouante intelligi non poteſt, cum hic dicatur, furtiuam condictionem, quandiu viuit ſeruus, competere. Hæc igitur ſtipulatio, tametſi non nouet præcedentem obligationem, tamen ad purgandam moram plurimum momenti habet. l. ſi Stichum. de nouat. modo præſens ſit res, quæ promittitur. In eadem enim cauſa res eſt, ac ſi oblata eſſet. l. qui decem. 72. de ſolut. cum præſertim videatur omiſſa eſſe debiti repetendi inſtantia, quod ad purgandam moram ſufficit. l. mora. de vſuris.

XXX. IDEM LIB. XLVII. AD SABINVM.

SCiendum eſt generaliter, quod ſi quis ſcripſerit, ſe fideiuſſiſſe, videri omnia ſolemniter acta.

Cum fideiuſſio ſine verbis nulla ſit, l. 5. §. ſatiſacceptio. ſup. l. blanditus. C. de fideiuſ. ſatis conſtat, ſi ſcriptum ſit, aliquem fideiuſſiſſe, omnia ſolenniter acta intelligi, id eſt, ſine quibus nemo fideiubere dici poteſt. §. vlt. Inſtit. de fideiuſſ. Idemque traditum eſt, & ſi ſcriptum ſit aliquem promiſiſſe, aut ſpopondiſſe. l. Titia. §. idem reſpondit. infra. §. ſi ſcriptum. Inſt. de inutil. ſtip. Qua de re alio in loco opportunius. Sed notandum eſt, hoc ita accipiendum eſſe, niſi contrarium probetur. l. iuriſgentium. §. quod fere. de pact. Nam & ſi quis ſcripſerit, ſe promiſiſſe, aut fideiuſſiſſe, niſi res inter præſentes acta ſit, non valebit ſtipulatio, aut fideiuſſio, quæ inter abſentes contrahi non poteſt. l. 1. C. de contrah. & commit. ſtip. Quod autem vulgo dicitur, ſi pro teſtimonio dictum ſit aliquem promiſiſſe, non ad ſtipulationem, ſed ad nudam conuentionem potius, hoc verbum referendum eſſe, mihi non admodum probatur. Nec Antonini reſcriptum, quod ſententiæ ſuæ confirmandæ gratia adducunt, multum ad rem pertinet. l. 1. C. de vſur. Quærebatur enim ab Antonino, an vſurarum obligatio ſcripturam requireret, ſicut ſtipulationem. Et reſpondet, abſque ſcriptura, & inſtrumento valere, ſi interrogatione præcedente promiſſio vſurarum recte facta probetur. Sola enim ſtipulatio abſque ſcriptura ſufficit. Quomodo autem probari poſſit interrogationem præceſſiſſe, & reſponſionem ſecutam eſſe, non docet Antoninus. Et arbitror non multum referre, an in cautione, ſeu inſtrumento ſcriptum exter, Titium promiſiſſe: an vero id præſentibus teſtibus confeſſus ſit. Boni tamen iudicis eſt, interrogare teſtes, de modo & forma conuentionis initæ, ſi forte pro teſtimonio dicant, ſe præſentes fuiſſe, cum Titius ſe daturum promiſit, &c. Eſt enim quæſtio facti magis, quam iuris, quæ prudentis arbitrium iudicis magnopere deſiderat. Dixerit aliquis, Cur non æque venditio valet, ac ſtipulatio, cum in tabulis ſcriptum eſt, Titium Sempronio illam rem vendidiſſe, ſi pretium definitum non ſit? Nihilo enim magis emptio, ſine pretio, quam ſtipulatio ſine verbis conſiſtit. Sed reſpondeo in venditione contrahenda, non ſatis eſſe, ſi de pretio conueniat, niſi certum pretium definiatur. §. item pretium. Inſtitut. de empt. & vend. Nec ex verbis inſtrumenti modus & quantitas pretij cognoſci poteſt. Ea ſiquidem interueniſſe præſumimus tantum, quæ verbis ſignificantur.

Ex iam dictis perſpicuum eſt, ſi ſcriptum ſit, aliquem à pupillo emiſſe, auctoritatem tutoris, & cætera ſolennia interueniſſe non præſumi: l. quæcunque. §. vlt. de public. quia ad emptionis ſubſtantiam ea minime neceſſaria ſunt, quamuis propter pupilli perſonam his omiſſis emptio nō teneat. Sunt qui dicāt, ex diuturnitate temporis omnem ſolennitatē præſumi. l. ſi filius. C. de pet. hære. l. qui in aliena. §. 1. de acq. hær. Quod ita verum eſſe puto, vt iudicantis tamen religio non ad eam ſolam præſumptionis ſpeciem alligetur. arg. l. 3. de teſtib. Eſt enim coniecturalis hæc quæſtio, in qua iudicis prudentia dominatur, nec vlla iuris auctorum conſtitutione in vniuerſum ſatis commode definiri poteſt. arg. l. mora, de vſuris.

XXXI. POMPONIVS LIB. XXIIII. AD SABINVM.

SI rem meam ſub conditione ſtipuler, vtilis ſtipulatio eſt, ſi conditionis exiſtentis tempore mea non ſit.

Si quis ſtipuletur rem ſuam dari, inutiliter ſtipulatur, quia dari ei non poteſt. §. ſic itaque. Inſtit. de actio. Quod & tum locum habet, cum quis ſimpliciter ſtipulatur, vtputa, *promittis mihi Stichum?* l. ſi ita diſtrahatur. 25. de contrah. emp. Nam ſimplex ſtipulatio, quia de re ipſa, non de eius poſſeſſione concepta eſt, non de tradenda aut reſtituenda re, ſed de ea potius danda accipietur. Valet tamen ſtipulatio rei meæ, ſi ſub conditione ſtipuler, & tempore exiſtentis conditionis mea non ſit. Hic enim conditionis exiſtentis tempus inſpicimus, licet alias eius temporis, quo ſtipulatio contracta eſt, magis habeatur ratio. Sed de hoc infra copioſius. l. ſi filiusfam. 78. l. inter ſtipulantem. §. ſacram. l. exiſtimo. 98.

XXXII. VLPIANVS LIB. XLVII. AD SABINVM

SI in nomine ſerui, quem ſtipularemur dari, erratum fuiſſet, cum de corpore conſtitiſſet, placet ſtipulationem valere.

Vt valeat ſtipulatio, ſufficit in corpore de quo agitur, conſenſum fuiſſe: nec error in nomine rei promiſſæ obeſt. Quod accipiendum eſt, non de nomine communi, quod quaſi naturali quodam hominum conſenſu rei inditum eſt, ſed eo nomine, quod hominis cuiuſque arbitrio, vel imponitur rei, vel mutatur. Nam ſi is qui vult promittere ſeruum, promittat librum, credens eo verbo ſeruum ſignificari, non valebit ſerui ſtipulatio, cum ne tale quidem legatum valeat. l. 4. de leg. 1. Cum enim hæc vocabula rerum, immutabilia certaque ſint, pendeatque eorum ſignificatio, non ex cuiuſque hominis arbitrio, & voluntate, ſed ex longo vſu, & conſuetudine loquendi inter homines recepta: l. Labeo. de ſupel. leg. ferenda non eſt ſtultitia eius, qui in eorum verborum ſenſu erraſſe dicitur. Recte igitur ac vere Pomponius Marcellus Tiberio Cæſari aliquando dixit, Hominibus Barbaris ciuitatem Romanam dare potes, nominibus autem Barbaris, non potes: vt ſcribit Suetonius in lib. de Claris Grammaticis & Oratoribus.

XXXIII. POMPONIVS LIB. XXV. AD SABINVM.

SI Stichus certo die dari promiſſus, ante diem moriatur, non tenetur promiſſor.

Quæ pertinent ad huius loci explicationem, tractata ſunt cap. 23.

XXXIIII. VLPIANVS LIB. XLVIII. AD SABINVM.

MVltum intereſt, vtrum ego ſtipuler, rem cuius commercium habere non poſſum, an quis promittat. Si ſtipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem eſſe ſtipulationem placet: ſi quis promittat rem, cuius commercium non habet, ipſi nocere, non mihi.

Quædam res à commercio hominum omnino exemptæ ſunt, vt res ſacræ, & religioſæ, de quibus infra dicemus. l. inter ſtipulantem. §. ſacram. Aliæ in commercio certarum perſonarum non ſunt: vt exempli gratia, prædia Italica in commercio peregrinorum non ſunt, niſi quibus commercium datum eſt, vt ſcribit Vlp. in reliquiis Inſt. tit. de dom. & acq. rer. Pone igitur, ciuem à peregrino, aut peregrinum à ciue ſtipulatum eſſe, an hæc ſtipulatio valeat, quæritur. Et Vlpia. hic diſtinguit. Nam ſi peregrinus ſtipuletur à ciue, inutilis eſt ſtipulatio: ſi vero ciuis à peregrino, valet. Huic non diſſimile eſt, quod de ſeruitutum acquiſitione alibi ſcriptum eſt. Et ſi enim prædium non habens, ſeruitutem vtiliter promittat, l. hæredes. §. an ea. famil. erciſc. tamen prædium non habenti inutiliter promittitur. l. 1. commu. præd. Sed & eadem diſtinctio de legato tradita eſt à Paulo, refutata Trebatij opinione. l. mortuo. 50. §. Labeo. de leg. 2. Sed in fideicommiſſis benignior interpretatio recepta eſt: vt debeatur æſtimatio, cum res præſtari non poſſit. l. filiusfamilias. §. ſi quid alicui. de leg. 1. l. fideicommiſſa. §. ſi ſeruo. de leg. 3. Atque ita accipiendum eſt quod Vlpia. ait c. 40. de leg. 1. Sed ſi res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei (cui ius poſſidendi non eſt) per fideicommiſſum relinquatur, puto æſtimationem deberi. Quo in loco legatarius accipitur pro fideicommiſſario, ſicut alibi legatum pro fideicommiſſo. d. §. ſi ſeruo. Idque ego plenius demonſtraui, & accuratius ad librum primum de legatis.

XXXV. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

SI ſtipuler, vt id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio conſiſtit, quam cum ſtipuler, vt id detur, quod dari non poteſt: niſi per quem ſteterit, quo minus facere id

re id poſſit. Item quod leges fieri prohibent, ſi perpetuam cauſam ſeruaturum eſt, ceſſat obligatio: veluti ſi ſororem nupturam ſibi aliquis ſtipuletur. Quanquam etiam ſi non ſit perpetua cauſa (vt accidit in ſorore adoptiua) idem dicendum ſit, quia ſtatim contra bonos mores ſit.

De ſtipulationibus ante tractatum fuit, quibus conditio impoſſibilis adſcripta eſt. l. impoſſibilis. Hic autem de his diſſerit Paulus, quibus aliquid impoſſibile principaliter continetur, & ait huiuſmodi ſtipulationem inutilem eſſe, vt ſi quis Stichum, qui mortuus eſt, promittat: quod dubitationem non habet. l. ſi homo mortuus. infr. 69. Si vero impoſſibilis ſit effecta præſtatio rei promiſſæ culpa promiſſoris, non ideo minus obligabitur. l. ſi ſeruum. 91. §. vlt. infra. l. 2. §. quod diximus. ſupra ſi quis caut.

Item quod leges. Nihil refert, an natura, an lex aliquid fieri prohibeat. Ea ſiquidem dicimur facere non poſſe, quæ iure non poſſumus. l. filius. ſupra de condit. inſtit.

Contra bonos mores. Quamuis diſſoluta adoptione per emancipationem ſororem adoptiuam ducere liceat: tamen pudor & boni mores vetant, quandiu ſoror eſt, de ea ducenda cogitare.

Si in locando, conducendo, vendendo, emendo, ad interrogationem quis non reſponderit, ſi tamen conſentiatur in id quod reſponſum eſt, valet quod actum eſt: quia hi contractus, non tam verbis, quam conſenſu confirmantur.

Differentia hic traditur inter ſtipulationem & alios contractus, puta locationem, venditionem, &c. Nam ſtipulatio interrogatione præcedente, & reſponſione congrua ſequente contrahitur. l. obligamur. ſupr. de oblig. & act. Hi autem contractus conſenſum ſolum deſiderant, ſine vlla interrogatione ac reſponſione. Quamobrem ſi in locando, conducendo, emendo, vendendo, interrogatus reſponderit quidem ſed non ad interrogationē, aut vt Græci loquuntur, πρὸς ἔπος: valebit nihilominus contractus, modo cōſentiatur in id quod reſponſum eſt. d. l. ætate. ſupra de interrog. act. Et hic mihi videtur ſenſus eſſe horum verborum: quem qui non perceperunt, mirantur, & dubitant, cur hic Paulus in initio reſponſum non fuiſſe interroganti, deinde reſponſum fuiſſe ait: nec animaduertunt, his verbis ſignificari, reſponſum quidē fuiſſe ſed non ad interrogationem. Quo genere loquendi vſus eſt Paulus infra, c. 83. l. inter ſtipul. Atque hinc factum eſt, vt quidam ceteris audacior, ſic legendum eſſe contenderit, Si tamen conſentiatur in id, quod reſponſum non eſt.

XXXVI. VLPIANVS LIB. XLVIII. AD SABINVM.

SI quis, cum aliter eum conueniſſet obligari, aliter per machinationem obligatus eſt, erit quidem ſubtilitate iuris obſtrictus, ſed doli exceptione vti poteſt. Qui enim per dolum obligatus eſt, competit ei exceptio. Idem eſt, etſi nullus dolus interceſſerit ſtipulantis, ſed ipſa res in ſe dolum habet. Cum enim quis petat ex ea ſtipulatione, hoc ipſo dolo facit, quod petit.

Huius capitis explicandi gratia, hypotheſis ſic fingenda videtur: Conuenerat inter nos, vt tibi promitterem centum ex cauſa donationis, ſiue remunerationis alicuius, non pure, ſed ſub conditione ſi nauis in portum appulerit, quia ſperabam appulſa naui me pecuniam conſecuturum. Tu decipiendi mei cauſa falſo affirmaſti nauem in portu eſſe. Itaque mihi incauto homini, & nimis credulo facile perſuaſiſti, vt conditionem eam, in contrahenda ſtipulatione, quaſi ſuperuacaneam, omitterem. Stipulatio igitur pure concepta eſt, & conſcriptæ tabulæ: quæritur, an hæc ſtipulatio valeat? Et dicitur valere quidem ipſo iure, quia lex Romana, quæ ipſum ius dicitur, ſtipulationem propter dolum admiſſum, non infirmat, vt docuimus in Commentario de in litem iurando. Verum prætor æquitate motus, doli exceptionem dat, qua ex ſtipulatu agens ſummoueatur. Sed nonne conditio, de qua actum fuiſſe proponitur, repetita in ſtipulatione præſumenda eſt vt doli exceptione nihil opus ſit? l. Titia. §. idem reſpondit. infra. Reſpondeo, hic præſumptioni, & coniecturæ locum non eſſe, cum nulla ſit voluntatis quæſtio. l. continuus. §. Non enim obſcurum eſt, an actum ſit inter contrahētes, vt conditionalis eſſet promiſſio, necne. Sed conuenit inter eos, ſerio promiſſorem dixiſſe, vt ſtipulatio pure conciperetur, quod verum dixiſſe ſtipulatorem crederet. Itaque cum voluntate contrahentium omiſſa ſit conditio, nullum ſupereſt auxilium, præter exceptionem doli.

Qui enim per dolum obligatus eſt. Stipulatio igitur dolo malo inita, ſi ius ciuile, & leges populi Romani ſpectemus, nulla non eſt, quia veteribus legibus, ante Caium Aquilium Gallum non vindicabatur dolus in contrahendo admiſſus, niſi in iis iudiciis, in quibus Ex fide bona addebatur. Cicero lib. 3. Offic. Sed iure prætorio, propter exceptionem doli, vel de dolo actionē, ſtipulatio inutilis, & inefficax redditur. l. nihil intereſt. de reg. iur. l. dolo. C. de inutil. ſtip. Itaque hodie inter contractus bonæ fidei, & ſtricti iudicii, non multum intereſſe videtur, niſi quod in ſtrictis conteſtatio exceptionis in initio litis neceſſaria eſt. l. præſcriptionem. l. ſi quidem. Cod. de except. Nam ſi quis dolo alterius contraxit, alias non contracturus, irritus omnino erit contractus, non tantum bonæ fidei, ſed etiam ſtricti iudicii. Sed in ſtrictis iudiciis opponenda eſt exceptio, quæ bonæ fidei iudiciis ineſſe dicitur. Qua exceptione oppoſita, iudex contractum infirmat. l. 3. pro ſoc. l. eleganter. de dolo. l. in cauſæ. de minor. Sin autem quis alias contracturus erat, tametſi dolus non interueniſſet, ratus quidem erit contractus, tam bonæ fidei, quam ſtricti iudicii, ſed ex contractu agetur ad id quod intereſt, &c. ſi ſit contractus bonæ fidei: ſi ſtricti iudicii, actio de dolo dabitur. l. & eleganter. §. non ſolum. de dolo. l. Iulianus. de act. empt. Item aduerſus agentem doli exceptio interdum competit, vt in ſpecie, quam hic tractamus, in qua corrigitur dolus, quatenus dolo peccatum eſt. Eſt autem pure concepta ſtipulatio quæ ſub conditione concipi debuit. Ac in ſumma notandum eſt, in omnibus contractibus, ſiue ſint bonæ fidei, ſiue ſtricti iudicii, eatenus corrigi dolum debere, quatenus dolo factum eſt, vt non aliter à contractu recedatur, quam ſi in hoc quis circumſcriptus ſit, vt contraheret. d. l. & eleganter.

Ipſa res in ſe dolum habet. In propoſita hypotheſi quæritur, ſi falſo perſuaſum eſt vtrique nauem veniſſe in portu, abſque dolo, aut machinatione ſtipulatoris, ideoque conſenſit promiſſor, vt ſtipulatio pure conciperetur. Et ait Vlpian. eodem modo promiſſori ſuccurrendum, vt ſcilicet ei aduerſus ſtipulatorem ſtatim agentem, detur exceptio doli. Nam licet dolum non admiſerit in cōtrahenda ſtipulatione, tamen hoc ipſo dolo facit, quod ſciens & prudens aduerſus id quod actum eſt, petit. Æquitas enim non patitur, vt contra voluntatem ſuam promiſſor, ante nauis appulſum conueniatur. Nec multum referre arbitror, quæ ſit quantitas & modus damni accepti à promiſſore. Et quod alibi ſcriptum eſt de dimidia iuſti pretii, ad hanc rem non pertinere, verius eſt. l. 2. C. de reſcin. vend. Cum enim venditor in contrahenda venditione, rem venditam minoris vendidit, aut emptor pluris emit, quamuis lex ei ſuccurrat ob immodicam læſionem, non ideo tamen vllus aduerſarii dolus arguitur. Hic autem ſtipulator dolo carere dici non poteſt, qui hoc actum fuiſſe intelligit, quamuis errore quodam expreſſum non fuerit, vt promiſſor ante nauis appulſum non teneatur. Sed quæri poteſt, quantam oporteat læſionē eſſe, vt venditio, quæ bona fide contracta eſt, reſcindatur. Et animaduertendum eſt, naturaliter licere, emendo, & vendendo contrahentibus inuicem ſe circumſcribere, id eſt, rem, quæ minoris eſt, pluris vendere, aut quæ pluris eſt, minoris emere. Nā tametſi æqualitas in commerciis ſeruari debeat, tamen natura nos docet, ea eſſe hominum vitia, vt nimis exacta eius æqualitatis obſeruatio, plurima atq; maxima incommoda pariat. l. in cauſæ. de mino. l. itē ſi pretio. locat. Veruntamen vtile viſum fuit iuris auctorib. certam quantitatem definire, ad quam vſq; hæc circumſcriptio permittatur. Nam Diocletian. de circumſcripto venditore conſultus reſcripſit, ita demum ei ſuccurrendum eſſe ſi nec dimidiā quidem partē iuſti pretii acceperit. l. 2. C. de reſcin. ven. l. ſi volūtate. eo. ti. Quare ſi fūdus vēditus valeat decem aureos, & venditor pretiū nomine, quatuor tantū aureos

acceperit, ratus non erit contractus: quia verum eſt, eum ne dimidiam quidem partem iuſti pretii accepiſſe. De emptore circumſcripto nihil ſcriptum in iure ciuili comperimus. Nam reſcriptum Diocletiani, lex, conſtitutiove non eſt: alioqui generaliter conſtituendum ab eo fuiſſet, nec de venditore tãtummodo loquendum. Reſcripta namque huiuſmodi, certarum cauſarum ac perſonarum erant, quæ Iuſtinianus in ſuũ Codicem congeſſit, pro legibus haberi generalibus voluit. Proinde quod de venditore à Diocletiano reſcriptum eſt, ad emptorem ita producere neceſſe eſt, vt inter emptorem & venditorem æqualitas, & proportio ſeruetur. Idque vt commodius facere poſſimus, ex ea hypotheſi theſis facienda eſt, & generaliter conſtituendũ, ei qui ita deceptus eſt, vt ne dimidium quidem acceperit eius, quod dedit, ſiue eius, quod accipere debuit, ſubueniendum eſſe. Vel ita, Quoties id, quod datur, altero tanto amplius eſt quam quod accipitur, &cæt. Quamobrem ſi ponamus, inuerſa ſpecie, mercem valere 4. pretium eſſe 10. dubitandum non eſt, quin ſuccurratur emptori: quia verum eſt, eum altero tanto amplius dare quam accipiat, & ne dimiduum quidem eius, quod dat, accipere. Quod ſi ponas pretium eſſe ſeptem, aliud dicendum erit, quia hic non dat emptor altero tanto plus, quam accipiat. Item ſi ponamus, mercem valere decem, & emptorem pretii nomine dediſſe viginti, non reſcindetur venditio, quia verum eſt eum dimidiam partem accepiſſe eius, quod dedit, quodque acciperet: ſi æqualitas in cõmerciis exactè ſeruaretur. Quod ſi vnum & viginti dederit emptor venditori, tunc deceptionis ratio habebitur, cum ne dimidium quidem acceperit. Sunt qui exiſtiment, emptori etiam tunc ſuccurrendum eſſe, cum ſexdecim ſoluit venditori: quoniam par eſt eius iactura, & venditoris, qui ab emptore quatuor accepit: vtrique enim abſunt ſex aurei. Sed illi non animaduertunt, magis decipi eum qui dat decem pro quatuor, quam qui dat viginti pro decem, eandemque eſſe proportionem viginti ad decem quæ eſt decem ad quinque. Ac certum eſt, ei non ſuccurri, qui decem pro quinque dedit, quod tunc dimidium accepiſſe dicatur. Ex quo conſequens eſt, ne eius quidem rationem habendam eſſe, qui viginti dat, & decem accipit. Si cui autem iniquum videatur, & abſurdum, cum vterque ſex aureos amiſerit, vtrique pariter non ſuccurri, is cogitet velim ac animaduertat, grauitatem damni, in quaque ſpecie ex eo, quod mutuo datur & accipitur, æſtimãdam eſſe. Ex quo fit interdum, vt facilius ei ſuccurratur, cui minus, quã ei, cui plus abeſt. Exempli loco. Titius rem valentem 10. vendidit 4. Sempronius rem valentem 20. vendidit 10. Hic ſuccurritur Titio, cuius damnum eſt ſex tantũ, non Sempronio, cuius damnum eſt, decem.

XXXVII. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM:

SI certos nũmos, puta qui in arca ſunt, ſtipulatus ſim, & hi ſine culpa promiſſoris perierint, nihil nobis debetur.

Huius capitis explicatio ex c. 23. petenda eſt. Vnum tamen hic eſt notandum, quod vulgo dicitur de diſcrimine quantitatis & ſpeciei, valde alienum eſſe à more loquendi veterum iuris auctorum, qui rem certam ab incerta, non ſpeciem à quantitate diſcernere, ac diſtinguere ſolent. l. in ratione. §. incertæ. ad l. Falcid. Cum ergo quæritur, an interrempta, vel amiſſa re debita, liberetur debitor: reſpondendum eſt, ſi res certa debeatur, etiam ſi in quantitate conſiſtat, debitorem liberari, vt ſi quis promiſerit Stichum vel centum, quæ in arca ſunt: ſi res incerta, etiam ſi in quantitate non conſiſtat, debitorem non liberari, vt ſi quis promiſerit centum, hominem. d. §. incertæ. l. incendium. C. ſi cer. pet. Ex quo apparet, certum hic aliter accipi, quam in ſtipulationum diuiſione, quæ poſtea ſequitur. l. ſtipulationum.

XXXVIII. VLPIANVS LIB. XLIX. AD SABINVM.

STipulatio iſta, Habere licere ſpondes? *hoc continet, vt liceat habere, nec per quenquam omnino fieri, quo minus liceat nobis habere. Quæ res facit, vt videatur reus promiſiſſe, per omnes futurum, vt tibi habere liceat. Videtur igitur alienum factum promiſiſſe. Nemo autem alienum factum promittendo obligatur, & ita vtimur: ſed ſe obligat, ne ipſe faciat, quo minus habere liceat. Obligatur etiam ne hæres ſuus faciat, vel quis ceterorum ſucceſſorum efficiat, ne habere liceat. Sed ſi quis promittat per alium non fieri præter hæredem ſuum, dicendum eſt, inutiliter eum promittere factum alienum. At ſi quis velit factum alienum promittere, pœnam, vel quanti ea res ſit, poteſt promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controuerſiam faciat, hoc eſt, neque ipſe reus, neque hæredes eius, hæredumve ſucceſſores.*

Hic incipit diſputatio ſatis prolixa, de ſtipulatione, *habere licere*, quæ priſcis temporibus vſitatiſſima fuit, præſertim in contractu emptionis & venditionis, vt conſtat ex Marco Varrone lib. 2. de Re ruſtica. Nam emptor à venditore ita ſtipulabatur, Fundum illum habere licere mihi ſpondes? id eſt, futurũ, vt mihi habere, & obtinere liceat. Itaq; hanc ſtipulationẽ partim valere, partim nõ valere Vlp. hic docet. Nã quatenus de ſe promittit, obligatur promiſſor, ēt hæredum ſuorum, & ſucceſſorum nomine. Quatenus autem promittere videtur, per quoſcunque alios futurum, vt emptori habere liceat, ſtipulatio tanquam alieni facti inutilis eſſe intelligitur. Sciendum tamen eſt, eum qui promittit generaliter habere licere, non ſimplex abnutiuum ſpondere, ſed curaturum ſe, vt habere liceat. l. inter ſtipulantem. in princ. infra. Itaq; curare, & operam dare debet, ne quis etiam extraneus ſtipulatorem interpellet, ab eoque rem auferat. Qua in re ſi fruſtra diligentiam adhibuerit, euictà re ab extraneo, non tenebitur, quia curare tantum, non etiam facere, vt rem obtineat ſtipulator, obſtringitur. Tria igitur hac ſtipulatione continentur, quorum duo vtilia ſunt, tertium inutiliter adiectum intelligitur. Continet enim hæc diſputatio in primis factum promiſſoris, & hæredum ſuorum. Secundo promittit reus ſe curaturum, vt à nullo etiam extraneo res euincatur. Tertio promittit ſe facturum, vt nemo etiam extraneus rem euincat. Sed hoc poſtremum inutiliter promittitur. Præterea notandum eſt, licet promiſſor ex hac ſtipulatione non conueniatur re euictà ab extraneo, tamen eo nomine actionem ex empto competere. l. venditor hominis. de euict. Nec nouum eſt, eius iudicij poteſtate, quod bonæ fidei eſt, quædam contineri, quæ in actionem ex ſtipulatu non veniunt, l. 3. de act. empt. idque propter variam iudiciorum bonæ fidei ſtrictorumque naturam. Alii putant, ſi ſtipulatio accedat venditioni, qua promittatur per omnes habere licere, eam ſtipulationem omnimodo valere, & re euictà, etiam ab extraneo committi. Verum Vlpiani verba, quibus opinionem ſuam confirmare nituntur, mihi non videntur de ſtipulatione accipienda eſſe, ſed de pacto conuento potius, quod ita ineſt venditioni, vt propter id agatur, ex empto actione, quæ bonæ fidei eſt. Qui autem, inquit, habere licere vendidit, videamus quid debeat præſtare. Et multum intereſſe arbitror vtrum hoc polliceatur per ſe, venienteſque à ſe perſonas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam ſi per ſe, non videtur id præſtare debere, ne alius euincat. Quæ vero ſequuntur verba eiuſdem auctoris in eodem loco, minime arguunt, in antecedente ſpecie ſtipulationem contractam fuiſſe. Proinde, inquit, ſi euicta res erit, ſiue ſtipulatio interpoſita eſt, ex ſtipulatu non tenebitur, ſiue non eſt interpoſita, ex empto non tenebitur. Nam argumentum quod à contrario ſenſu ducitur hic, perquam leue infirmumque eſt, vt mirum ſit, eum locum à vulgaribus Doctoribus diligentius expenſum non fuiſſe.

Nemo autem alienum factum. Stipulatio, eſt verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum, facturumve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet. l. 5. §. ſtipulatio. ſupra. Hinc Vlpianus, Inter ſtipulantem, inquit, & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens, daturum

turum, facturumve eum, non obligatur. Nam de ſe quenque promittere oportet. Sed præter ſubtilitatem artis, quæ in ſtipulationibus maxime cernitur, credibile eſt, noſtri iuris auctores ad vtilitatem hominum hic plurimum reſpexiſſe. Temeraria enim eis forte viſa eſt facti alieni promiſſio, quod non ex poteſtate promiſſoris, ſed ex alieno potius arbitrio pendeat. l. ſi apud. C. de ædil. actio. Id quod Cicero in 5. Philip. ſatis oſtendit his verbis: Audebo etiam obligare fidem meam, P.C. vobis, populoque Romano quod profecto cum me nulla vis cogeret, facere non auderem, pertimeſceremq; in re maxima, periculoſam opinionem temeritatis. Promitto, recipio, ſpondeo, Patres conſcripti, Cæſarem talem ſemper fore qualis hodie ſit, qualemque eum maxime velle, & optare debemus. Idem in epiſtola quadam ad Brutum, de eadem re loquens. Eſt autem, inquit, grauior & difficilior, animi & ſententiæ, maximis præſertim in rebus, pro altero quam pecuniæ obligatio. Hæc enim ſolui poteſt, & eſt rei familiaris iactura tolerabilis: reipublicæ, quod ſpoponderis, quemadmodum ſoluas, niſi is dependi facile patitur, pro quo ſpoponderis? Ne igitur homines, qui ad promiſſiones huiuſmodi nimis procliues ſunt in graue aliquod damnum, & captionem crebro incidant, conſtitutum eſt, ita demum quenque obligari, ſi de ſe, nō de alio promiſerit. l. inter ſtipulantē. 83. in prin. infra. §. ſi quis alium. Inſtitut. de inutil. ſtip. l. ſicut reus. 66. infra de fideiuſ. Si quis tamē in ſerui venditione promiſerit, furem non eſſe, fugitium non eſſe, & cæt. receptum eſt, huiuſmodi ſtipulationem valere. l. ſi ita quis. de euict. Idemque reſcriptum eſt, & ſi quis promiſerit, in poſtremum furem, vel fugitium non fore l. ſi apud. C. de ædil. edict. Id enim vtilitas contrahentium poſtulat, cum promiſſio ad qualitatem rei venditæ pertinet. Ac tametſi temeritate non careat vſquequaque hæc promiſſio, d. l. ſi apud. quod homo ſit φύσει εὐμετάβολον ζῶον, auctore Platone, tamen is, qui perfectam habet virtutem ſerui, probabilē habet cauſam, id de eo recipiendi ac promittendi, in quo falli abſque vitio ſerui, non poteſt. Nec eadem ratio eſt eius, qui promittit neminem euicturum, &c. Sed & ſi quis Titium pro ſe fideiuſſurum promiſerit, obligatur ex ea promiſſione, l. qui autem. de conſt. pec. quoniam is daturum ſe Titium fideiuſſorem promittere intelligitur. Diuerſa ratio eſt eius, qui alium pro ſe ſoluturum conſtituit, l. eum qui. §. Iulianus quoque. de conſtit. pecu. cum eadem non poſſit admitti interpretatio. De ſtipulationibus prætoriis alio loco magis idoneo tractaturi ſumus l. quoties. 81. infra.

Sed ſe obligat. Qui generaliter promittit habere licere ſe obligat, ne ipſe faciat, quo minus habere liceat: alieni autem facti nomine non obligatur, præterquam hęredis ſui, adde vel eorum, quos prohibere poteſt. l. fluminum. §. quanquam. de dam. infect.

At ſi quis velit. Qui pœnam promittit ſub conditione, ſi alius fecerit aut non fecerit; factum ſuum promittit magis quam alienum. Itaque valet huiuſmodi ſtipulatio, quia inſpicitur tantum, quæ ſit quantitas, & conditio ſtipulationis. §. alteri. infra.

Sed quatenus. Habere licere emptori recte ac vere dicitur, cum controuerſia non fit, &c. Nam habere eum dicimus, qui ſine interpellatione rem obtinet. l. habere. de verb. ſignif. An autem is, cui fit controuerſia, dicatur non habere, vt committatur ſtipulatio, poſtea videbimus.

Si quis forte non de proprietate, ſed de poſſeſſione nuda, controuerſiam fecerit, vel de vſufructu, vel de vſu, vel de quo alio iure eius diſtractum eſt, palam eſt committi ſtipulationem. Habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur, ex iure quod habuit.

Qui promittit rem habere licere, de plena re, atque integra promittere intelligitur. Proinde habere non dicitur, cui ex iure, & emolumento rei, aliquid decerpitur ac diminuitur. l. etiam. 27. infra de ſolut.

Controuerſiam fecerit. Verba ſequentia oſtendunt, nō ſufficere controuerſiam factam eſſe, ſed rem euinci oportere, per ſententiam iudicis. Nam ante ſententiam nihildum minui dicitur. Adde quod ſi ſola controuerſia ſufficeret, fruſtra quæreretur, an hæc ſtipulatio alienæ rei nomine interpoſita, vtilis ſit, §. quæſitum. infra, cum is qui dominus non eſt, controuerſiam mouere poſſit. Itaque Caius abductam, ablatamve rem eſſe emptori oportere ait, vt ex ſtipulatu actio committatur. leg. habere. 57. de euict. Eaque fuit aliorum iuris auctorum ſententia. l. euicta. 16. §. duplæ. l. ſi mancipium. 34. §. vlt. de euict. Ex his conſequitur, re per vim ablata ab emptore, non per iudicem, minime ſtipulationem committi. l. vlt. C. de act. empt. Non enim æquum eſt, venditorem factū eorum præſtare, qui *Non ex iure manu conſertum, ſed mage ferro rem repetunt*, vt Ennius ait. Qua tamen in re diſtinctio adhibenda eſt, de qua alibi diximus. l. ſi merces. §. culpæ, loca. l. pen. in prin. ſol. matr.

Vel quo alio iure. Quamuis hæc verba late pateant, tamen de iure pignoris, ſuperficiario, emphyteutico, aut alio huiuſmodi, accipienda ſunt, quo impeditur ſtipulator emolumentum rei capere. De ſeruitutibus enim accipi non poſſunt, quarum nomine venditor promiſſorve ita demū tenetur, ſi fundum liberum, vel vti optimus maximuſque eſt, vendiderit, aut promiſerit. l. quod ad ſeruitutes. de euict. l. cū vēderes, de contrah. em. Nam qui ſimpliciter vendit fundum, talem pręſtare eum, qualis eſt, debet: niſi forte ſciens prudenſque emptori id ignotanti vendiderit. l. 1. de act. empt. Cum igitur id ſpecialiter & expreſſim conſtitutum ſit de ſeruitutibus, dubitandum non eſt, quin hæc verba quamlibet generalia, cum hac exceptione intelligi debeant, vt generi per ſpeciem derogetur. l. in toto. de reg. iuris. Ac certiſſimum eſt inter vſumfructum & ſeruitutes prædiorum, quod ad rem noſtram attinet, plurimum intereſſe: quia vſusfructus emolumentum ei omnino continet, ſeruitutes non æque. l. g. Mæuius. 68. §. fundo. l. cum filius. 78. §. dominus. de leg. 2. Nec me mouet, quod Vlpianus ait, quoties de ſeruitute agitur, victum tantum debere præſtare, quanto minoris emiſſet emptor. &c. l. quoties. de Ædilitio edicto. Quibus verbis illud ſignificare mihi videtur, quo caſu de ſeruitute agitur, officium iudicis eſſe, vt venditorem condemnet quanto minoris, &c. Agitur autem de ſeruitute certis ex cauſis: veluti cum venditor fundum liberum vendit, aut ſeruitutem dolo malo celauit, vt iam diximus. Reſponſum vero Papiniani, quod etiam nobis obiicitur, l. in venditione. 41. de act. empt. non de ſeruitute loquitur, ſed de annuo vectigali, ſeu penſione; in tutelam publici aquæ ductus pręſtari ſolita. l. ſi pendentes. de vſufruct. quæ emolumentum rei magnopere diminuit. Eius hęc verba ſunt, male à ceteris vulgo intellecta. In venditione ſuper annua penſatione pro aquæ ductu infra domum Romæ conſtitutam nihil commemoratum eſt: deceptus ob eam rem ex empto habebit actionem. Itaque ſi conueniatur ob pretium ex vendito, ratio improuiſi oneris habebitur.

Quæſitum eſt, vtrum propriam demum rem, an & alienam promittere poſſit habere licere: & magis eſt, vt & aliena promitti poſſit. quæ res ita effectum habebit, ſi propria promiſſoris eſſe cœperit. Quare ſi perſeuerauerit aliena, dicendum erit, ſtipulationem non committi, niſi pœna adiecta ſit, cum neque per eum, neque per ſucceſſorem eius quicquam factum ſit.

Hæc ſtipulatio ſimpliciter concepta ſine pœnæ adiectione videtur ita demum vtilis eſſe, ſi quis rem ſuam vendat, non alienam. Nam alienam rem euincere non poteſt venditor, hæreſve eius: & re ab extraneo euicta, non committitur ſtipulatio. Verum hic dicitur, vendita re aliena, ſtipulationem adhuc committi poſſe, ſi forte poſt venditionem ſtipulationemq; propria promiſſoris eſſe cœperit. Liberum enim eſt emptori, vel intentionem agentis exceptione rei venditę, traditęq; elidere, vel exceptione omiſſa poſt euictam, ablatamq; rem ex ſtipulatu agere. leg. vindicantem. ſup. de euict.

Sicut autem ex parte rei ſucceſſores eius cum ipſo tenentur, ita etiam ex parte actoris committitur ſtipulatio ipſi ſtipulatori, ceteriſque, quicunque ei ſuccedunt, ſcilicet ſi rē ipſi habere non licuit. Ceterum ſi alii rem habere non li-

cuerit, certo certius eſt, non committi ſtipulationem: & nihil intererit, vtrum ita ſtipuler, habere licere? *an* mihi habere licere?

Hæc ſtipulatio ſiue imperſonaliter cõcipiatur, ſiue expreſſa contrahentiũ perſona, tranſit ad hæredes, tam ſtipulatoris, quam promiſſoris. Ad eos autem, qui ſuccedunt in rem magis, quam in vniuerſum ius, non tranſit. arg. l. ſi pro re pupilli. §. vlt. de euict. Et hoc ſatis indicant hæc verba, *Quicunque ei ſuccedunt.* Nam emptor, donatarius, legatarius, non ſuccedunt perſonæ, ſed rei. Quare licet apellatione ſucceſſorum aliquãdo contineãtur pro ſubiecta materia, l. fluminum. §. adiicitur. de dam. infect. tamen pro hæredibus neceſſario hic accipi debent.

Hi qui ſunt in aliena poteſtate, his in quorum ſunt poteſtate, habere licere ſtipulari poſſũt ea ratione qua cetera quoque his poſſunt ſtipulari. Sed ſi ſeruus fuerit ſtipulatus ſibi habere licere, quæſitum eſt, an recte ſtipulatus videatur? & ait Iulianus lib. 52. Digeſtorum, ſi ſeruus ſtipuletur ſibi habere licere, aut per ſe non fieri, quo minus habere ſtipulatori liceat, promittat: ſtipulatio, inquit, non committitur: quamuis auferri res ei, & ipſe auferre eandem poſſit. Non enim factum, ſed ius in hac ſtipulatione vertitur: cum vero ſtipulatur, per promiſſorem non fieri, quo minus ſibi ire agere liceat: non ius ſtipulationis, inquit, ſed factum verſatur. Sed mihi videtur, licet iuris verba cõtineat hæc ſtipulatio, habere licere? *tamen ſic eſſe accipiẽdam, vt in ſeruo, & filiofamilias videatur actum eſſe de poſſeſſione retinenda, aut non auferenda: & vires habeat hæc ſtipulatio.*

Certo certius eſt, ſeruum, & filium familias, qui in aliena ſunt poteſtate, domino, aut patri ſtipulari poſſe habere licere. Sed quæri poteſt, an ſi ſtipulentur ſibi habere licere, exprimendo perſonam ſuam, valeat ſtipulatio, & committi poſſit. Iulianus de ſeruo tantũ quæſtionẽ tractauit & exiſtimauit ſtipulationẽ inutilẽ eſſe, quod ius, non factum, in hac ſtipulatione vertatur. Habere etenim, eſt rem iure dominii tenere: quod in ſeruum cadere non poteſt, ac ne in filiũfamilias quidem, propterea quod non ſibi, ſed patri acquirit. l. 1. ſi à parent. quis fuer. manumiſſ. l. placet. de acquiren. hæred. quod ſi promiſerit ſeruus habere licere, concepta in perſonam ſuã ſtipulatione, æque inutilis iudicanda videtur hæc ſtipulatio. quia tametſi ſeruus auferri poſſit rem, tamen euincere per iudicem non poteſt. l. ſeruus. Cod. de iudic. Et verba huius ſtipulationis credebat Iulianus ad ius duntaxat, non etiam ad factum, referri. Verum hæc ſententia Iuliani non vſquequaq; probatur Vlpiano noſtro, qui ait, hoc verbum, quod ambiguum eſt, §. habere. infra. in ſeruo & filiofamilias, ſic accipiẽdum eſſe, vt ad factum, non ad ius, referatur, quo ſcilicet magis valeat, quam pereat, ſtipulatio. l. quoties. 80. infra. l. vlt. de rebus dub. Sed dixerit quiſpiam, Etſi hæc ſtipulatio ius contineat, nihil prohibere, quo minus ex ea domino acquiratur. Nam quæ iuris ſunt, domino per ſeruum acquirũtur. Nec refert, an ſibi, an domino ſtipuletur ſeruus. l. 1. l. ſiue. de ſtipulat. ſeruorum. Cui reſpondeo, quoties apparet, ſeruum ſibi ſtipulatum eſſe, non domino, ſtipulationem, quæ ius continet, nullam eſſe. Sed hoc non tam ex verbis, quam ex mente conuenientium iudicandum eſt, vt de pactis in rẽ & perſonam, alibi dicitur. l. iuriſgentium. §. pactorũ. de pact. Nec ideo perſonalis ſtipulatio dicẽda eſt, quod ſeruus expreſſerit perſonam ſuam non domini. dict. leg. ſiue. Itaque cum hic quæritur, an ſtipulatio valeat, qua ſeruus ſtipulatus eſt, ſibi habere licere, ſi accipimus, quaſi quæſtio proponatur de ſeruo, quem ſibi ſtipulatum eſſe, vel ex verbis, vel ex coniecturis apparet, vt vox, ſibi, emphaſin hic habere videatur.

Hæc quoque ſtipulatio, poſsidere mihi licere ſpondes? *vtilis eſt, quam ſtipulationem, an ſeruus poſſit vtiliter in ſuam perſonam concipere, videamus, Sed quamuis iure ciuili ſeruus non poſſideat, tamen ad poſſeſſionem naturalem hoc referendum eſt, & ideo dubitari non oportet, quin & ſeruus recte ita ſtipuletur. Plane ſi tenere ſibi licere ſtipulatus ſit ſeruus, vtilem eſſe ſtipulationem conuenit. Licet enim poſſidere ciuiliter non poſſit, tenere tamen eos nemo dubitat.*

Cum quis ſtipulatur poſſidere licere, poteſt intelligi ſtipulatio de poſſeſſione ciuili, cuius capax ſeruus non eſt. Sed ſi ad poſſeſſionem naturalem referatur, in perſonam ſerui vtiliter concipitur, ſicut de ſtipulatione *habere licere*, iam diximus. Quid ſit poſſidere tam naturaliter, quam ciuiliter, docuimus in Diſput. anniuerſariis.

Plane. Etſi probabiliter dubitetur, de ſtipulatione ſuperiori: tamen ſi ſeruus ſtipuletur, ſibi tenere licere, planum ac certum eſt, ſtipulationem vtilem eſſe: quia hoc verbum de nuda detentione accipitur, quæ in ſeruum æque, ac liberum hominẽ cadit. Poteſt enim quis tenere, quãuis ne naturaliter quidem poſſideat, quia forte nec affectionem retinendi, nec opinionem dominii, vel iuris alicuius, aut ſuo, aut alieno nomine habet. l. vlt. de itine. actuq; pri. l. ſi ſeruus depoſitus. de nox.

Habere dupliciter accipitur. Nam & eum habere dicimus, qui rei dominus eſt: & eum, qui dominus quidem non eſt, ſed tenet: denique habere rem apud nos depoſitam ſolemus dicere.

Redit ad explicationẽ ſtipulationis *habere licere*, de qua ſatis ante dictum fuit.

Si quis ita ſtipulatus fuerit, Vti frui ſibi licere? *ad heredem ſtipulatio iſta nõ pertinet. Sed etſi non addiderit,* Sibi, *non puto ſtipulationem de vſufructu ad hæredem tranſire: eoq; iure vtimur. Sed ſi quis* Vti frui ſibi, hæredique ſuo ſtipulatus ſit, *videamus an hæres ex ſtipulatu agere poſſit. Et putem poſſe, licet diuerſi ſint fructus. Nam* etſi ire agere *ſtipuletur* ſibi hæredique ſuo licere, *idem probauerimus.*

Sicut ſtipulationes *habere licere*, & *poſſidere licere*, interponuntur in emptionibus rerum corporalium, & aliis huiuſmodi contractibus, ita cum quis acquirit vſumfructum, ſolet hæc ſtipulatio accedere contractui, *vti frui licere*. Quæ ſtipulatio ad hæredem non tranſit, ſicut ſtipulatio *habere licere*. §. ſicut autem ſupra. quia vſusfructus hæc natura eſt, vt morte finiatur. §. finitur. Inſtitut. de vſufruct. l. antiquitas. Codic. de vſufruct.

Sed & ſi non addiderit, ſibi. Imperſonalitas nõ nocet ſtipulationi, ex parte ſtipulatoris. §. ſicut autem. ſupr. An ex parte promiſſoris noceat, diximus ſupra c. 5. in explicanda ſtipulationis diffinitione.

Diuerſi ſint fructus. Si in ſtipulatione, *vti frui licere*, facta ſit mentio hæredis, vt puta *mihi hæredique meo vti frui licere*, hæres ex ſtipulatu agere poterit. Quod non ita accipiendum eſt quaſi vſusfructus ſtipulatori acquiſitus, in hęredem tranſeat. Is enim finitur morte ſtipulatoris. Verum ea ſtipulatio continere intelligitur duplicem vſumfructum, propter diuerſitatem perſonarum, quę ſtipulatione comprehenduntur, nempe ſtipulatoris & hæredis. Nam & ratio iuris prohibet, ne in diuerſis perſonis idem vſusfructus ſit. l. ſi id quod. infra de duob. reis. l. 4. de nouat. Hæres igitur, mortuo ſtipulatore, vſumfructum ſibi dari petet ex ſtipulatu, quamuis ante mortem ſtipulatori datus fuerit. Exigiturque ab eo ſolennis cautio, nulla eius habita ratione quam defunctus forte præſtitit. Sed hæredis appellatio, de primo tantum hærede, non etiam de aliis ſucceſſoribus accipienda eſt. l. antiquitas C. de vſufruct. An autem ex hac ſtipulatione hæres petere poſſit vſumfructum ſibi dari, vt in fundo fructuario ius acquirat, & poſſit confeſſoria in rem poſtea experiri: an vero ius habeat tantum petendi fructus à promiſſore, facti quæſtio eſt, ac voluntatis, quæ coniecturis explicatur. l. fundi Trebatiani. ſupra de vſu. leg. l. vlt. de contrah. empt.

Nam

Nam & ſi ire agere. Hæc ſtipulatio interponitur ab eo, qui ſeruitutem itineris, vel actus acquirit. Ac tametſi ſeruitus morte non finiatur, vt vſusfructus, tamen ſi quis fuerit ſtipulatus ſibi perſonam ſuam exprimendo, hæc ſtipulatio ad hæredem non tranſibit. Itaque neceſſaria erit hæredis mentio ſicut in ſtipulatione, *vti frui licere.* Nam crediderunt veteres nuda, meraq; facta perſonæ cohærere, adeo vt in perſona alterius puta domini, vel hæredis eadem non videantur. §. ſed cum factum. Inſt. de ſtipul. ſeruo. Quam ſubtilitatem improbat Iuſtinianus Conſtitutione quadam ſua, qua hoc ius emẽdatur & corrigitur. l. veteris. C. de contrah. & cõmit. Eſt enim ea Conſtitutio vt ſatis indicat ſubſcriptio, Codici inſerta, poſt Pandectarum compoſitionem. Quare dubitandum non eſt, quin faciendi ſtipulationes hodie ad hæredem tranſire dici debeant: niſi natura rei, de qua negotium contractum eſt, id non patiatur, vt in ſtipulatione, *vti frui*: aut niſi factum tale ſit vt induſtriam perſonę electam eſſe appareat. §. ne autem. C. de caduc. tollen.

Si quis dolum malum promiſſoris hæredisque eius abeſſe velit ſufficere, Abeſſe, abfuturumq; eſſe *ſtipulari. Si vero de plurium dolo cauere velit, neceſſarium eſſe adiici,* Cui rei dolus malus non abſit, vel non abfuerit, quãti ea res erit, tantam pecuniam dari ſpondes?

Stipulatio doli ſolebat olim adſcribi contractibus, propter incertos caſus, qui in mentem venire omnes non poterant. l. ſtipulationes commodiſſimum. infra 53. atq; ita concipiebatur, *Dolum malum abeſſe, abfuturumq; eſſe.*

Eadem autem quæſtio tractatur de hac ſtipulatione, quæ ſuperius agitata fuit, de ſtipulatione *habere licere.* Nam ſimpliciter concepta dolum continet tantum promiſſoris, & eius hæredum, ne alioquin factum alienum promittens obligetur. Quare ſi quis ſibi caueri velit de dolo, etiam aliarum perſonarum, neceſſaria eſt pœnæ ſtipulatio. l. nouiſſima. iudic. ſolui. Quod autem dicitur hanc ſtipulationem non ſimplex abnutiuum continere, leg. inter ſtipulantem. in princip. quomodo accipiendum ſit, ſatis perſpicuum eſt ex his, quæ diximus in initio huius capitis.

Suæ perſonæ adiungere quis hæredis perſonam poteſt. Sed & adoptiui patris perſona coniungi poterit.

Etſi nemo alteri vtiliter ſtipuletur. §. alteri. infra. tamen hæredi ſtipulari licet. Idem dicendum eſt de patre adoptiuo, qui filio adoptiuo ſuccedit. Inſt. de acquiſi. per arrogat.

Inter incertam, certamque diem, diſcrimen eſſe, ex eo quoque apparet, quod certa die promiſſum, vel ſtatim dari poteſt. Totum enim medium tempus ad ſoluendum liberum promiſſori relinquitur. At qui promiſit, Si aliquid factũ ſit, vel cum aliquid factum ſit, *niſi cum id factum fuerit, dederit, non videbitur feciſſe quod promiſit.*

Quod in diem certam debetur quamuis ante diem exigi non poſſit, l. cedere diem. de verb. ſign. tamen ante diem ſolui poteſt, ſi id debitor velit. leg. quod in diem. 70. de ſolut. Quod eſt accipiendum, niſi diem gratia creditoris adiectam eſſe appareat. l. qui Romæ. in princ. infra. l. eum qui. de annu. legat. Sed hoc in dubio præſumendum non eſt. Itaque à creditore id probari debet. l. cum tempus. de reg. iur.

At qui promiſit aliquid. Dies incertus conditionem habet. l. dies incertus. de cond. & demonſt. l. ſi Titio. quan. dies l. ced. ac idcirco ante diem nihil debitum dici poteſt. dict. l. cedere diem. Ex quo conſequens eſt, ſolui ante diem nõ poſſe inuito creditori, cuius plerunque intereſt, ſua die potius ſolui. Proinde oblatio debitoris ante diem facta, non nocebit creditori. arg. l. ſi ſoluturus. de ſolut. poteſt tamen, ſi velit creditor ſolutionem recipere, ita vt ea ſolutio, conditione poſtea exiſtente, liberet debitorem. leg. ſub conditione. 16. infra de ſolut.

Alteri ſtipulari nemo poteſt, præterquam ſi ſeruus domino, aut filius patri ſtipuletur. Inuentæ enim ſunt huiuſmodi obligationes ad hoc, vt vnuſquiſq; ſibi acquirat, quod ſua intereſt. Ceterum, vt alii detur nihil intereſt mea. Plane, ſi velim hoc facere, pœnam ſtipulari conueniet, vt ſi ita factum non ſit, vt comprehenſum eſt, committatur ſtipulatio etiam ei, cuius nihil intereſt. Pœnam enim cum ſtipulatur quis, non illud inſpicitur, quid interſit, ſed quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis.

Obligationum firmandarum cauſa, ſtipulationes inuentas eſſe, ſupra docuimus. Quod maxime iis conſentaneum eſt, quæ hic dicuntur. Nam pleræq; ſunt conuentiones, ex quib. acquirere non poſſumus, quod noſtra intereſt, niſi ſtipulatio, qua confirmentur, accedat. Quare vtilitas magna neceſſitaſque ſuaſit, hoc genus obligationis introduci, quod ſtipulatione contrahitur. Cũ igitur inuenta ſit ſtipulatio in gratiã eorũ, qui ſibi acquirere volunt, quod ſua intereſt, & ad confirmandas obligationes pertineat, ex quibus veteres, litium minuendarum cauſa, actionem non naſci voluerunt: ratio poſtulat vt ita demum ſtipulatio vtilis ſit atque efficax, ſi quis id quod ſua intereſt, ſtipulatus ſit. Vnde pro regula traditur, alteri neminem ſtipulari poſſe. §. ſi quis alii. Inſt. de inutil. ſtip. leg. quæcunque. ſupra, de oblig. & act. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. infra. l. ſolutum. §. per liberam. de pign. act. l. quo tutela. §. vlt. de reg. iur. Ex qua intelligi poteſt, cur per quamuis perſonam poſſeſſio, dominiumque nobis acquiratur. l. ea quæ. ſupra de acquir. rer. dom. Non enim ea res litigandi occaſionem præbet, vt obligatio, quæ alteri acquiritur.

Intereſſe autem hic accipimus, non ſi quoquo modo interſit, puta propinquitatis, neceſſitudinis, amicitiæ, aut denique humanitatis ratione: ſed ſi id, de quo ſtipulamur, præcipue ad noſtrum commodum, vel incommodum reſpiciat. Arg. l. fideiuſſoris, ſupra de pact. Nam etſi nihil alienum ab homine exiſtimare debeat, quod humanum ſit, & hominem affici beneficio, hominis intereſſe, non male dicatur: l. ſeruus ea lege. de ſeruis export. tamen non ideo crediderunt veteres, ſtipulationes huiuſmodi vires habere per quas in maximam reipublicæ perniciem litibus & contentionibus via aperietur.

Præterquam ſi ſeruus domino, vel filius patri. Excipiũtur ſeruus & filius familias, qui alieno iuri ſubiecti ſunt. Sed de vtroque plenius diſſeremus alibi, ſicut & de aliis quibuſdam perſonis, quæ interdum alteri recte ſtipulari dicuntur, cuiuſmodi ſunt procurator, tutor, curator, actor municipum perſona publica, &c. Sententia tamen Hieroclis de hac re, non videtur hoc loco prætermittẽda eſſe, qui actiones noſtras omnes ait parentum actiones videri poſſe. Nam quemadmodum, inquit, Phidiæ, aut aliorum artificum opera, ſi & ipſa rurſus alia quæpiam opera facerent, ea non dubitaremus opera nominare artificum, Sic actiones noſtræ, parentum noſtrorum opera eſſe dicentur, per quos & nos nati ſumus. Verba eius hæc ſunt: *ἀλλ' ὅμως κινδυνεύει καὶ ταῦτ' ἐκείνων ἔργα. Τυγχάνειν, ὡς καὶ ἡμᾶς τοὺς ταῦτα πράττοντας ἐκεῖνοι πεποιήκασιν. ὥσπερ οὖν τὰ ὑπὸ Φειδίου καὶ τῶν ἄλλων τεχ. τῶν ἀπεργασθέντα, εἴπερ καὶ αὐτὰ ἕτερά τινα κατασκευάζειν, οὐκ ἂν ὠκνήσαμεν καὶ ταῦτα τῶν τεχνιτῶν ἔργα φάσκειν. οὕτως εἰκότως καὶ τὰ ὑφ' ἡμῶν δρώμενα λέγοιμεν ἂν εἶναι τῶν γονέων ἡμῶν ἔργα, δι' οὓς καὶ ἡμεῖς γεγόναμεν.*

Pœnam cũ ſtipulatur quis. Cũ pœnam ſtipulatur quis niſi alteri detur recte petitur pœna ex ſtipulatu, niſi illud datũ fuerit: quia non inſpicimus, an interſit ſtipulatoris, id alteri dari, quod in conditione eſt magis, quam in obligatione. Sed ſufficit, quantitatem promiſſam eſſe, cui adiecta ſit conditio. Hic enim mihi videtur ſenſus eſſe horum verborum, *quæ ſit quantitas, quæque conditio ſtipulationis,* quæ non ſat recte vulgo explicari ſolent. Notandum tamen eſt, ſi quis ſtipulatus fuerit, ſibi hæredique ſuo ire agere licere, & ſi contra factum fuerit, pœnam: vno ex hæredibus tantum prohibito ire, ſi alter pœnam petat, eum exceptione doli ſummouendũ eſſe. l. 2. §. item ſi in facto. ſupra. Cuius rei ſupra rationem oſtendimus, longe diuerſam ab ea quam vulgus Doctorum hic afferre conſueuit.

In ſtipulationibus, cum quæritur, quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda ſunt.

Si obſcuritas aliqua, vel ambiguitas in ſtipulatione reperiatur, quid veriſimiliter actũ ſit, ante omnia inſpiciendum

eſt, l. eum qui Calendis. l. ſi ſtipulatus fuero. 111. l. quoties. 80. Si vero non ſatis appareat, quid actum ſit, verba contra ſtipulatorem interpretanda ſunt. l. cum quæritur. de reb. dub. Nam agenti incumbit probatio quam neceſſariam eſſe oportet. l. matrem. Codic. de probat. Et certum eſt, iuris noſtri autores litigare volentibus, fauere non ſolere. leg. Arrianus. de oblig. & act. Quoties igitur videmus eos pro ſtipulatore verba interpretari, ideo id fieri intelligendum eſt, vel quia verborum proprietas id ſuadet. leg. ſi mihi & Titio. 110. à qua recedendum facile non eſt, leg. 4. de leg. II. l. ille aut ille. de legat. 3. vel quia ex veriſimilibus coniecturis colligitur voluntas contrahentium. dict. leg. eum qui Calendis. leg. ſi ſtipulatus fuero.

Eum qui ita dicat: Mihi decem, & Titio decem, *eadem decem, non alia decem dicere credendum eſt.*

Si quis ſtipuletur ſibi decem, & Titio decem, Titio nihil acquirit, quia alteri ſtipulari nemo poteſt, &c. Sibi autem acquirit partem eius pecuniæ, quæ in ſtipulationem deducta eſt: l. ſi mihi & Titio. infra. Sed quia aduerſus ſtipulatorem fit interpretatio, vt iam diximus, non decem integra, ſed dimidiam partem, id eſt, quinque, ex hac ſtipulatione conſequetur, quaſi eadem decem ſtipulatus intelligatur, tametſi decem bis ſtipulando dixerit.

Si ſtipuler alii, cum mea interſit, videamus, an ſtipulatio committatur. Et ait Marcellus, ſtipulationem valere in ſpecie huiuſmodi: Is qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperat, ceſſit adminiſtratione contutori ſuo, & ſtipulatus eſt rem pupilli ſaluam fore. ait Marcellus, poſſe defendi, ſtipulationem valere: intereſſe enim ſtipulatoris, fieri quod ſtipulatus eſt, cum obligatus futurus ſit pupillo, ſi aliter res ceſſerit. Si quis inſulam faciendam promiſerit, aut conduxerit, deinde ab aliquo inſulam ſtipulatori fieri ſtipulatus ſit, aut ſi quis cum promiſiſſet Titio fundum Mæuium daturum, & ſi is non dediſſet, pœnam ſe daturum ſtipulatus à Mæuio fuerit, fundum Titio datum iri? *Item, ſi quis locauerit id faciendum, quod ipſe cõduxerat, conſtat habere eum vtilem ex locato actionem. Si quis ergo ſtipulatus fuerit, cum ſua intereſſet ei dari, in ea erit cauſa, vt valeat ſtipulatio. Vnde & ſi procuratori in eo dari ſtipulatus ſim, ſtipulatio vires habebit: & ſi creditori meo, quia intereſt mea, ne vel pœna committatur, vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant.*

Ex his, quæ ſuperius diximus, l. alteri. conſequitur, tunc ſtipulationem vtilem eſſe, cum quis alteri dari, aut fieri ſtipulatur, quod ſua intereſt. Idq; variis hic exemplis demonſtratur. Sed hoc caſu actionem ſibi acquirit ſtipulator, non alteri. l. liber. homo. §. vlt. infr. 118.

Si quis ſtipulatus fuerit: illum ſiſtas? *nulla cauſa eſt, cum non obligatio conſtet.*

Qui promittit hominem ſiſtere, factum ſuum magis, quam alienum, promittere intelligitur. quod & infra paulo fuſius explicaturi ſumus, l. quoties, 81.

AEdem ſacram, vel locum religioſum ædificari, ſtipulari poſſumus: alioquin nec ex locato agere poſſumus.

Quamuis rem ſacram, aut religioſam ſtipulari non poſſumus, leg. inter ſtipulantem. §. ſacram. de verbor. oblig. inf. tamen ratio & vtilitas poſcit, vt ſtipulatio de ædificando loco ſacro, aut religioſo valeat, ſicut & locatio valet.

XXXIX. PAVLVS LIB. XII.
AD SABINVM.

D*ominus ſeruo ſtipulando ſibi adquirit, ſed & pater ſilio, ſecundum quod leges permittunt.*

De hac re alio in loco diximus.

XL. POMPONIVS LIB. XXVII.
AD SABINVM.

SI filius meus ſeruo meo ſtipuletur, adquiritur mihi.

Hoc quoque caput alibi à nobis explicatum eſt.

XLI. VLPIANVS LIB. I.
AD SABINVM.

E*Vm, qui Calendis Ianuariis ſtipulatur ſi adiciat,* Primis vel proximis, *nullam habere dubitationem, palã eſt. Sed ſi dicat,* Secundis vel tertiis, *vel quibuſlibet aliis æque, dirimit quæſtionem. Si autem non addat, quibus Ianuariis, facti quæſtionem inducere, quid forte ſenſerit, hoc eſt, quid inter eos acti ſit. Vtique. n. hoc ſequimur, quod actum eſt, eaſque adſumemus. Si autem non appareat, dicendum eſt quod Sabinus, primas Calendas Ianuarias ſpectandas. Plane ſi ipſa die Calendarum quis ſtipulationem interponat, quid ſequemur? & puto actum videri de ſequentibus Calendis. Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, præſenti die pecunia debetur, niſi ſi locus adiectus ſpatium temporis inducat, quo illo poſſit perueniri. Verum dies adiectus efficit ne præſenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adiectionẽ pro reo eſſe nõ pro ſtipulatore. Idem in Idibus, & Nonis probandum eſt, & generaliter in omnibus diebus.*

Quæſtio facti eſt ſi quis ſtipuletur ſibi Calendis dari, nec aliud adiciat, quid actum eſſe intelligatur. Et ait Vlp. ſi non poſſit apparere, quid actum ſit, de primis Calendis verba accipienda eſſe. Nihil enim occurrit veriſimilius: quia ſi ex mẽte promiſſoris interpretemur, facile fiet, vt inutilis, eluſoriaque reddatur ſtipulatio cõtra præſumptã contrahentium voluntatem. l. quoties. infr. Si vero nulla veriſimilitudo ſtipulatorem iuuaret, contra ipſum potius quam contra promiſſorẽ interpretaremur. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus.

XLII. POMPONIVS LIB. XVII.
AD SABINVM.

Q*Vi hoc anno, aut hoc mẽſe dari ſtipulatus ſit, niſi omnibus partib. anni vel menſis præteritis non recte petet.*

Cum quis hoc anno ſe daturum promittit, ambigua oratio eſt, atque ideo contra ſtipulatorẽ interpretamur, vt non niſi finito anno petat. l. eum qui certarum. infra. 138. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationib. ſupra. idem dicendum eſt, & ſi quis in annos ſingulos promittat. Qui enim in annos ſingulos promittit, hoc anno etiam promittere intelligitur. At vltimas volũtates plenius interpretamur, quaſi de initio anni, nõ de fine actum ſit. l. 1. Cod. quando dies leg. ced. l. in teſtamentis. de reg. iuris. Quod autem Celſus ait c. 48. de cond. & demonſt. Si in annos decem, &c. ſic accipiendum videtur, cum legatũ, aut libertas collata eſt à teſtatore in tempus decem annorum l. Thais. §. hærede. de fid. liber. Haloãder legit, ſi intra annos decem. Quæ lectio non videtur repudianda. Nam ſi appareat teſtatorem voluiſſe non ſtatim deberi legatum, aut libertatem, l. ſi in annos. 48. de cond. & demonſt. ſed liberũ eſſe hæredi intra decem annos præſtare. voluntas erit ſeruanda. Sed non continuo interpretabimur teſtatorem id voluiſſe, ſi his tantum verbis ſit vſus, aut aliis huiuſmodi, Stichum liberum eſſe iubeo. &c. l. ſi ita fuerit. de man. teſtam. Falſi igitur ſunt verſus Accurſiani:

Annua ſi debes, tunc reſpicias caput anni.
Anno ſi debes, in fine teneberis anni.

Sane dies interdum adiicitur ſtipulationi, cauſa demonſtrationis, nec vt differatur exactio, ſed vt præſens obligatio oſtendatur: veluti in hac ſtipulatione, *Decem hodie mihi dare ſpondes?* Quo caſu recte agitur, licet dies non præterierit. l. liber homo. 118. §. decem.

XLIII. VLPIANVS LIB. I. AD SABINVM.

SI quis arbitratu, puta, Lucii Titii ſibi reſtitui ſtipulatus eſt, deinde ipſe ſtipulator moram fecerit, quo minus arbitretur Titius: promiſſor, quaſi moram fecerit, non tenetur. Quid ergo, ſi ipſe, qui arbitrari debuit, moram fecerit? magis probandum eſt, à perſona non eſſe recedendum eius, cuius arbitrium inſertum eſt.

XLIIII. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

ET ideò, ſi omnino non arbitretur, nihil valet ſtipulatio: adeo vt & ſi pœna adiecta ſit, ne ipſa quidem committatur.

Stipulatus eſt quidam, ſibi rem reſtitui arbitratu Lucii Titii: interpellauitque promiſſorem, vt reſtitueret: ſed Lucius propter moram ſtipulatoris arbitrari non poterat: quæritur, an promiſſor teneatur, quaſi moram fecerit? & certum eſt, eum non teneri: quia cum promiſſioni huic inſit conditio, ſi Lucius Titius arbitretur, moram facere is dici non poteſt, ſi per ſtipulatorem ſtet, quo minus Lucius Titius arbitretur. Arg. l. ſciendum. de vſur. Sic enim mihi videntur accipienda hæc verba eſſe, quæ ſcholaſtici Doctores vulgo intelligunt de promiſſore moram faciente: & quærunt, cum vterq; moram facit, an promiſſoris mora, an ſtipulatoris, magis noceat. Dubitandum autem non eſt, quin promiſſore impediente ne conditio exiſtat, committatur ſtipulatio. Qua de re opportunius infra, l. in executione. §. vltim.

Quid ergo. Cum hæc ſtipulatio conditionem habeat, *Si Lucius Titius arbitretur*, deficiente conditione conſtat ſtipulationem euaneſcere. Deficit autem conditio, non arbitrante Lucio Titio, cuius perſona expreſſa eſt. Non enim à perſona huius arbitri receditur, cuius videtur fides induſtriaque à contrahentibus electa eſſe. Quod & in aliis quoque contractibus locum habet. l. in compromiſſis. de recept. arbit. l. ſi merces. locat. l. ſi coita. pro ſoc. l. vltim. de contrahen. empt. Quid ergo dicemus ſi arbitratus ſit Lucius, ſed ita, vt eius arbitrii euidens iniquitas appareat? Et exploratum eſt, in bonæ fidei iudiciis hanc iniquitatem corrigi poſſe. leg. ſi ſocietatem, §. arbitriorum. & l. ſeq. ſup. pro ſoc. Idemque in ſtrictis iudiciis receptum eſt, propter veriſimilem contrahentium voluntatem, cuius nullo non in iudicio habetur ratio. l. ſi libertus ita iurauerit. de oper. libert. Legata vero & fideicommiſſa plenius atque benignius interpretamur, quam contractus: & quamuis certa perſona expreſſa ſit, tamen perinde accipimus, ac ſi in viri boni arbitrium collata eſſet, diſpoſitio. l. 1. de leg. 2. l. vltim. §. ſed & ſi quis. C. commu. de leg. Idque verum eſt, niſi de pœna mulctave alicui infligenda agatur. l. mulcta. l. in teſtamento. de condit. & demonſt.

XLV. VLPIANVS LIB. I. AD SABINVM.

QVodcunque ſtipulatur is, qui in alterius poteſtate eſt, pro eò habetur, ac ſi ipſe eſſet ſtipulatus:

Hoc caput alibi explicatum eſt, l. ſtipulatio iſta. § alteri. ſupra.

Sicuti, cum morietur quis, ſtipulari poteſt, ita etiam hi, qui ſubiecti ſunt alienæ poteſtati, cum morientur, ſtipulari poſſunt. Si ita quis ſtipulatus ſit, Poſt mortem meam filiæ meæ dari? *vel ita,* Poſt mortem filiæ meæ, mihi dari? *vtiliter erit ſtipulatus: ſed primo caſu filiæ meæ vtilis actio competit, licet hæres ei non exiſtat. Non ſolum ita ſtipulari poſſumus,* Cum morieris, *ſed etiam,* Si morieris. *Nam ſicut inter hæc nihil intereſt,* Si veneris, *aut,* cum veneris, *ita & ibi nihil intereſt,* Si morieris, *aut,* Cum morieris. *Filius dari patri ſtipulari videtur, etſi hoc non adiiciat.*

Valet hæc ſtipulatio? *Dabis mihi decem cum moriar?* Nec vnquam de ea re inter veteres iuris auctores fuit controuerſia. Nec refert, an is, qui ſui iuris eſt, ita ſtipuletur, an vero filius, aut ſeruus, qui ſubiecti ſunt alienæ poteſtati. Sed & ſi quis poſt mortem ſuam ſtipuletur, aut pridie quam morietur, vtilis eſt ſtipulatio, vt Iuſtinianus antiquo iuri derogans conſtituit. l. ſcrupuloſam. C. de contrah. & commit. ſtipul. l. 1. C. vt actio. ab hæred. & contra hæred. § poſt mortem. Inſtit. de inutil. ſtipul.

Si ita quis. Cum pater ſtipulatur filio, vt poſt ipſius patris mortem effectum habeat ſtipulatio: mortuo patre directa actio deficit: quia non, ſicut filius patri, ita etiam pater filio acquirit, Iure ciuili: ſed vtilis actio filio dabitur. leg. ſi quis operas. l. vt iuriſiurandi. §. liberi. l. cũ patronus. de ope. lib. l. pater pro filio. C. de pact. conuent. Quæri poteſt, an emancipato quoque per patrem acquiratur actio? Diocletianus nullam quæri actionem aperte reſcripſit. l. ſi genero. de iure dot. Sed hoc reſcriptum de actione directa intelligi, vulgo receptum eſt: vtilemque actionem nihilo minus ei dandam eſſe placuit. l. vt iuriſiurandi. §. ſi liberi. de oper. liber. Quæ ſententia argumentis defendi poteſt. Nam ſi nihil refert, certone tempore aliquid fiat, an vero in id tempus conferatur, l. quod ſponſæ. C. de don. ante nupt. conſtetque actionem competere filio ex ea ſtipulatione, quam contulit pater in id tempus, quo filius ſui iuris effectus eſſet, conſequens eſt, filio iam ſui iuris effecto ſtipulari, & acquirere poſſe. Huc accedit, quod patre ſibi ſuiſque liberis operas ſtipulante, Vlpianus ad poſthumos peruenire ſtipulationem ſcribit, d. l. ſi quis operas. quos in ipſius poteſtate tunc non eſſe, nemo dubitat. l. vlt. de cond. inſtit.

XLVI. PAVLVS LIB. XII. AD SABINVM.

CEnteſimis Calendis dari vtiliter ſtipulamur: quia præſens obligatio eſt, in diem autem dilata ſolutio.

Stipulatio, quæ conſiſtit in dando, in mortis tempus recte confertur: quia non ſicut factum, ita etiam datio cohæret perſonæ. l. vlt. de cond. inſtit. Itaq; etſi longiſſimum tempus adiectum ſit ſtipulationi, puta centum annorum, ad ꝙ tempus contrahentium vita produci non poteſt, non ideo inutilis erit ſtipulatio. Centeſimas autem Calendas, cum dicit Paulus, numerum finitum pro infinito ponere videtur, figurata locutione. Nec diſſimile eſt exemplum eiuſdem auctoris cap. 21. quando dies leg. ced.

Id autem, quod in facto eſt, in mortis tempus conferri non poteſt: veluti, Cum morieris, Alexandriam venire ſpondes?

Credebant veteres, facta perſonalia eſſe, multum referre, à qua perſona quidque fieret. Vnde ſi quis ſtipularetur, ſibi ire agere licere, non exiſtimabant hanc ſtipulationem ad hæredem tranſire. l. ſtipulatio iſta. §. ſed ſi quis. ſup. Sed hoc ius emendatum eſt à Iuſtiniano, l. veteris. C. de contrah. & commit. ſtipul. Cum igitur quis ita ſtipulatur, *Cum morieris, Alexandriam venire ſpondes?* ſtipulatio, quaſi impoſſibile continens, dicitur inutilis eſſe: quia licet per alium tempore mortis dare poſſit, tamen per alium facere non poteſt. l. vltim. de cond. inſtit. Arbitror tamen, ob conſtitutionem Iuſtiniani, hæc facta ad hæredem tranſire, niſi aliud actum eſſe appareat. d. l. veteris.

Si ita ſtipulatus fuero, Cum volueris, *quidam eſſe inutilem ſtipulationem aiunt. alii ita inutilem eſſe, ſi antequam conſtituas, moriaris. quod verum eſt. Illam autem ſtipulationem,* Si volueris, dari? *inutilem eſſe conſtat.*

Hæc ſtipulatio, *Si volueris, dari?* inutilis omnino eſt, quia in promiſſoris voluntatem confertur. leg. ſtipulatio non valet. ſupr. Nec promiſſore poſtea voluntatem ſuam declarante, conualeſcit. Si vero quis ita ſtipuletur, *Cum volueris, mihi dari,* quamuis inſit conditio, l. quodcunque. §. vlt. ſupr. leg. ſi Titio. quando dies leg. ced. tamen expreſſa non eſt ea

conditio, ſicut in ſuperiore caſu. Quare ſic eam interpretantur iuris noſtri auctores, vt ita valeat, ſi promiſſor, antequam moriatur, voluntatem ſuam declarauerit. Velle ſiquidem à veteribus exiſtimatum eſt factum perſonale eſſe, atque ita cohærere perſonæ, vt ad hæredem non tranſeat, & alia eſſe intelligatur voluntas defuncti, alia hæredis. Hinc vulgo dicitur, voluntatem morte finiri. l. 4. locati.

XLVII. VLPIANVS LIB. L AD SABINVM.

Qui ſic ſtipulatur, Quod te mihi illis Calendis dare oportet, id dare ſpondes? videtur non hodie ſtipulari, ſed ſua die, hoc eſt Calendis.

Exemplum hic eſt valde appoſitum regulæ, qua dicitur, in ſtipulationibus, verba contra ſtipulatorem interpretanda eſſe. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſup. Cum enim ita ſtipulor, *Quod te mihi Calendis Iuliis dare oportet, id dare ſpondes?* quæſtio facti eſt, quid actum ſit, inter contrahentes, id eſt, an repetita dies videatur, an vero ſtipulatio pura ſit. Et hic dicitur, repetitam diem intelligi adeo vt ſtipulator ante diem experiri nequeat.

XLVIII. IDEM LIB. XVI. AD SABINVM.

Si decem, cum petiero, dari fuero ſtipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, & quaſi ſine mora, quam conditionem habet ſtipulatio. Et ideo licet deceſſero, priuſquam petiero, non videtur defeciſſe conditio.

Veterum quorundam fuit opinio, ante conſtitutionem Iuſtiniani, dict. leg. veteris. ſtipulationes, quæ in faciendo conſiſtunt, ad hæredem tranſire. Proinde ſi quis ita ſtipulatus fuerit, *Decem, ſi petiero dabis?* Et is deceſſerit, antequam petierit, defeciſſe videtur conditio. Quod ius tamen, haud ſcio, an conſtitutione Iuſtiniani antiquatum ſit. Illud conſtat cum quis ita ſtipulatur, *Decem cum petiero, dabis?* hæc verba, quibus quod tacite ineſt, exprimitur, admonitionem quandam habere magis, quam conditionem.

Conditio. His verbis ſignificat Vlpianus, ſi appareret, contrahentes conditionem adſcribere voluiſſe, futurum vt morte ſtipulatoris deficiat. Qua de re diſſeruimus accurate in Scæuola.

XLIX. PAVLVS LIB. XXXVII. AD EDICTVM.

Cum filiusfamilias Stichum dare ſpoſponderit, & cum per eum ſtaret, quo minus daret, Stichus deceſſerit: datur in patrem de peculio actio, quatenus manet filius ex ſtipulatu obligatus. At ſi pater in mora fuit, non tenebitur filius: ſed vtilis actio in patrem danda eſt. quæ omnia & in fideiuſſoris perſona dicuntur.

Qui contrahit cum filiofamilias, duos debitores habet, filium in ſolidum, & patrem de peculio. l. ſi quis cum filiofamilias. de pecul. Et hæc patris obligatio, acceſſoria eſt, filiique obligationi, vt principali accedit, exemplo fideiuſſoriæ obligationis: quamuis à fideiuſſoria obligatione in multis differat. Itaque ob moram filii tenetur pater: ſed non contra filius, ob moram patris. Sed an ob moram ſuam pater ſaltem teneatur, ſi forte is ſolus, non etiam filius, moram fecerit. Cauſa hæc dubitationis eſt. quia ſublata obligatione principali, acceſſoria quoque ſublata videtur. Verum hic Paulus ait, vtilem actionem dari aduerſus patrem, quod æquum, vtileque ſit, moram ſuam ei nocere potius, quam prodeſſe: quamuis ſtricta ratio non permittat, vt agi poſſit, ideoque directa non competat actio.

Vtilis actio. Papinianus refert, in ſimili ſpecie Neratium Priſcum, & Iulianum reſpondiſſe, actionem de dolo reddendam eſſe, quaſi deficiat alia actio. l. ſi fideiuſſor. de dolo. Sed ideo hoc reſponſum ab illis eſt, quia actiones vtiles incertæ erant fere, pendebantque ex Prætorum arbitrio. Directæ autem certis formulis erant concluſæ. Cum igitur viderent nullam certam de ea re formulam eſſe, cenſuerunt ad actionem de dolo, quæ ſubſidiaria eſt, recurrendum eſſe. Neç ideo dicendus eſt Iuſtinianus pugnantia ſcripſiſſe, cum hiç definiat, vtilem actionem dandam eſſe, apud Papinianum vero auctorum veterum ſententias tantum referat.

Quæ omnia. Mora promiſſoris fideiuſſori nocet, quamuis mora fideiuſſoris promiſſori non noceat. Sed quemadmodũ id accipiendum ſit, poſtea docebimus. l. mora. infr. 88.

Si ſtipulatus ſim, Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat, *& fideiuſſorem accepero: ſi per fideiuſſorem ſteterit, neuter tenetur: ſi per promiſſorem, vterque.*

Stipulatus ſum *Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat*, & fideiuſſorem accepi, qui promiſit, quanti intereſſet mea, l. ſtipulatus es. de fideiuſ. aut ſimpliciter fide ſua eſſe iuſſit. Nã factum alienum inutiliter promittere t. l. ſicut reus. de fideiuſſ. Quæritur, prohibente me fideiuſſore, an committatur ſtipulatio. Quæſtionem facit quod ſupra dictum eſt, fideiuſſorem ob culpam ſuam vtili actione conueniri poſſe. Sed hic dicitur, neutrum teneri, niſi per promiſſorem factum ſit, &c. Non enim fideiuſſor facti ſui nomine ſeſe obligat, alioqui diuerſæ cauſæ eſſent vtrarumque obligationum ſcilicet principalis, & fideiuſſoriæ. Eaque diuerſitas cauſarum, & factorum naſcitur ex perſonarum diuerſitate. Et hæc fuit veterum ſententia, qui credebant ob diuerſitatem perſonarum aliud atque aliud factum eſſe. l. ſtipulatio iſta. §. ſed ſi quis. l. veteris. C. de contrah. & commit. ſtipul. In obligationibus autem dandi, quia nihil refert, à quo aliquid detur, l. vltim. de cond. inſtit. facile interpretamur vtrumque, promiſſorem ſcilicet, ac fideiuſſorem de ſe ipſo promittere, nempe rem, aut pecuniam, de qua agitur, daturum, &c. Argum. l. ſi libertus moram. de oper. libert.

Neuter tenetur. Quamuis hac ſtipulatione neuter teneatur ob factum fideiuſſoris, tamen actio iniuriarum aduerſus fideiuſſorem competet, quod ſtipulatorem re ſua vti prohibeat. l. iniuriarum actio. §. ſi quis me prohibeat. ſupr. de iniur. l. qui pendentem. de act. empt.

In hac ſtipulatione, Neque per te, neque per hæredem tuum fieri? *per hæredem videtur fieri, quamuis abſit, & ignoret, & ideo non facit, quod fieri ex ſtipulatu oportet. Non videtur autem per pupillum ſtetiſſe ex huiuſmodi ſtipulatione, ſi pupillus hæres erit.*

Qui promittit neque per ſe, neque per hæredem ſuum fieri, &c. non ſimplex abnutiuum promittit, ſed ſe curaturum. l. ſeq. l. inter ſtipulantem. &c. Ita negligentiæ nomine tenetur hæres. Nec enim excuſat abſentia & ignorantia, quia diligentiam præſtare debet: tametſi alias, qui in ius alterius ſuccedunt, iuſtam ignorantiæ cauſam habeant. l. qui in alterius. de reg. iur. Si tamen talis ſit ignorantia, quæ in virum diligentiſſimum cadat, videtur ex clauſula generali edicti Prætorii in integrum reſtitui poſſe. l. 1. ex quibus cauſis ma. l. ſemper. §. ſed & ſi is. quod vi aut met. cau.

Non videtur autem. Si pupillus hæres ſit, ob negligentiam eius non committitur hæc ſtipulatio: quia probabilior eſt in ea ætate ignorantia, & excuſatione dignior. Argum. l. 1. C. de falſ. mon.

Sed obiecerit quiſpiam, pupillum iure defuncti vti debere in iis, quæ ex contractu defuncti deſcendunt. l. apud Iulianum. quibus ex cauſis in poſſ. leg. 2. C. ſi aduerſ. vend. pign. Quod & Paulus ſenſit lib. 3. Decretorum. Nec ab ea ſententia diſcrepat Antonini decretum, cuius apud eundem mentio eſt: l. Æmilius. de minor. quia tametſi pronuntiauerit minorem in integrum reſtituendum eſſe, tamen ob varias cauſæ circumſtantias id fecit, quibus remotis, aliter pronuntiaturus fuit. Nam & edicto Prætoris ita demum reſtituitur minor ſi quid cum eo geſtum ſit. l. ait Prætor. de mino. Vulgo dici ſolet, cum ſtipulatio talis eſt, vt faciendo committatur, vt hæc *per te non fieri*, &c. rationem habendam eſſe pupillaris ætatis. Cum vero committitur negligendo, atq; omittendo,

tendo, tunc eodem iure vti pupillum, quo defunctus debuit d.l. Æmilius. Sed ſatis conſtat ex iis, quæ iam diximus, hanc ſtipulationem factum continere, & ob negligentiam committi. Itaque probabilius forte dici poteſt, ideo pupillum iure auctoris ſui hic non vti, quia obligatio ab eius perſona incipit, nec à defuncto in ipſum transfertur. Arg. l. ſtipulatio iſta. §. ſed ſi quis. ſupra.

Si promiſſor hominis ante diem, in quem promiſerat, interpellatus ſit, & ſeruus deceſſerit, non videtur per eum ſtetiſſe.

Hoc à nobis declaratum eſt, ſupra cap. 23. leg. ſi ex legati cauſa.

L. VLPIANVS LIB. L.
AD EDICTVM.

IN *illa ſtipulatione*, Per te non fieri? *hoc non ſignificatur, nihil te facturum, quo minus facere poſſis, ſed curaturum vt facere poſſis. Item in ſtipulatione emptæ hæreditatis*, Quanta pecunia ad te peruenerit, dolo ve malo tuo factum eſt, quo minus perueniat, *nemo dubitabit, quin teneatur, qui id egit, ne quid ad ſe perueniret.*

Hoc caput alio in loco à nobis explanatum eſt.

LI. IDEM LIB. LI.
AD EDICTVM.

IS *qui alienum ſeruum promiſit, perducto eo ad libertatem, ex ſtipulatu actione non tenetur: ſufficit enim, ſi dolo, culpave careat.*

Hic quoque locus alibi declaratus eſt.

LII. IDEM LIB. VII.
DISPVTATIONVM.

IN *conuentionalibus ſtipulationibus, contractui formam contrahentes dant. Enimuero Prætoriæ ſtipulationes legem accipiunt de mente Prætoris, qui eas propoſuit. Denique in Prætoriis ſtipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrahere.*

Conuentionales ſtipulationes à prætoriis differunt, quia in conuentionalibus contractui formam contrahentes dant, nec à forma contractui data recedimus. Formula autem in hoc loco modum, legem, conditionem ſignificat. l. Septitia. de pollicit. l. 2. ad municip. Prætoriæ ſtipulationes benignius accipiuntur, & ex mente Prætoris, qui eas propoſuit. l. in. Prętoriis. infr. de Prætor. ſtipul.

Denique in Prætoriis. Si alteruter ſiue ſtipulator, ſiue promiſſor, aliter velit ſtipulationem concipi, quam à Prætore propoſita eſt, altero fortaſſis diſſentiente, cogetur formulam Prætoriam ſequi. Niſi iuſtam aliquam cauſam alleget, cur ab ea formula recedi debeat. Quo caſu Prætoris erit cognitio, &c. l. 1. §. vltim. infra, de prætor. ſtipul. Hic mihi videtur planus, & facilis horum verborum ſenſus, quem cæteri vulgo aſſecuti non ſunt.

Si quis vacuam poſſeſſionem tradi promiſerit, non nudum factum hac ſtipulatio continebit, ſed cauſam bonorum.

Quamuis ſtipulatio, *rem tradi*, nudum factum contineat, l. ſi rem tradi. ſupra: tamen ſi quis ſtipuletur, vacuam poſſeſſionem tradi, non ſufficeret ei rem tradere, ſed ita tradere oportebit, vt in bonis eius eſſe, eaque frui poſſit. Sic accipitur cauſa apud Vlpianum infra ſi quis teſta. lib. l. 1. hæc actio.

LIII. IVLIANVS LIB. XVII.
DIGESTORVM.

S*Tipulationes commodiſſimum eſt ita componere, vt quæcunque ſpecialiter comprehendi poſſunt contineantur: doli autem clauſula ad ea pertineat, quæ in præſentia occurrere non poſſint, & ad incertos caſus pertineant.*

Doli clauſula generalis eſt, & complectitur ea omnia, quę contra bonam fidem fiunt: ideoque videbatur ſola abſque aliis ſpecialibus clauſulis ſufficere. Sed tamen Iulianus hic nobis conſulit, vt ea contenti non ſimus, quia magnam incertitudinem continet, nec certum ſemper eſt, quid à bona fide alienum ſit. Itaque conſultius eſt, ea nominatim exprimere, quæcunque ſpecialiter comprehendi poſſunt: deinde ſubiicere doli clauſulam, quæ incertos caſus, qui occurrere non poſſunt, id eſt, in mentem venire, generaliter complectatur. Hæc enim clauſula comprehendit omnia, quę ſpecialiter excepta non fuerunt. l. doli. 119. inf. l. ſi ſine. 22. §. ſi in ſtipulatione. rem ratam haberi.

LIIII. IDEM LIB. XXI.
DIGESTORVM.

IN *ſtipulationibus aliàs ſpecies, aliàs genera deducuntur. Cum ſpecies ſtipulamur, neceſſe eſt inter dominos & inter heredes ita diuidi ſtipulationem, vt partes corporum cuique debeantur. Quoties autem genera ſtipulamur, numero fit inter eos diuiſio. Veluti cum Stichum & Pamphilum quis ſtipulatur, duos heredes æquis partibus reliquit, neceſſe eſt, vtrique partem dimidiam Stichi, & Pamphili deberi. Si idem duos homines ſtipulatus fuiſſet, ſinguli homines ſingulis heredibus eius deberentur.*

In ſtipulationibus, quæ diuiſionem recipiunt, varia diuidendi ratio prodita eſt à veteribus iuris auctoribus, ad vtilitatem hominum, & rei cuiuſque naturam accommodata. Itaque quantitas diuiditur numero: velut ſi quis ſtipulatus ſit centum, & deceſſerit duobus hæredibus relictis. Nihil enim æquius conſtitui poteſt, quam vt ſinguli quinquaginta auferant ex hæreditate. l. ſi centum. infra. l. cum Stichus. de ſolut. Alia eſt ratio ſpeciei certæ diuidendæ, puta Stichi, vt ante diximus in interpretatione capitis 2. Nam ſi is qui ſtipulatus eſt Stichum, deceſſerit duobus relictis hæredibus, nihil eſt, ꝙ numero diuidi queat vtiliter: ſed diuiſio rei fiet in partes, quæ intellectu habentur magis quam corpore. l. ſeruus communis. de ſtipul. ſeruo. l. Mæuius. §. ſi duob. de leg. 2. quoniam hac ratione ęqualitas commodiſſime ſeruatur inter hæredes. Quid igitur de eo dicemus, qui ſtipulatus eſt Stichum, & Pamphilum? Duæ enim res debentur, quæ numero diuidi poſſunt, ſed commoditas atque vtilitas hominum, ad quam hæc omnia referimus, talem diuiſionem non admittit: quia dando Stichum vni ex hæredibus, & Pamphilum alteri, magna inæqualitas reperiri poſſet. Itaque vtilius viſum eſt, partes corporum cuique aſſignari, vt vnuſquiſque hæredum dimidiam partem vtriuſque ſerui capiat. Cum autem duo homines incerti deducuntur in ſtipulationem, ſingulis hæredibus ſingulos homines dari nihil prohibet. leg. ſi centum. infra.

Operarum ſtipulatio, ſimilis eſt his ſtipulationibus, in quibus genera comprehenduntur. & ideo diuiſio eius ſtipulationis non in partes operarum, ſed in numerum cedit. Quod ſi vnam operam ſeruus communis ſtipulatus fuerit, neceſſe eſt vtrique dominorum partem operæ tantam, quantam in ſeruo habuerit, petere. Solutio autem eius obligationis expeditiſſima eſt, ſi æſtimationem operæ malit libertus offerre, aut ſi conſentiant patroni, vt his communiter operæ edantur.

Si quis ſtipulatus ſit decem operas, & deceſſerit, duobus hæredibus relictis, numero diuiduntur inter hæredes, ſine vllo incommodo, vt ſingulis quinque debeantur. Vnam operam in partes diuidi non poſſe ſatis perſpicuum eſt ex c. 72. infr. & aliis quibuſdam locis. l. libertus, qui poſt. de oper. libert. quamuis æſtimatio operæ, vt quæuis alia quantitas diuidatur. l. ſi quando. de oper. libert.

LV. IDEM LIB. XXXVI. DIGESTORVM.

Cum quis ſibi, aut Titio dari ſtipulatus eſt, ſoli Titio, non etiam ſucceſſoribus eius recte ſoluitur.

Cum quis ſtipulatur, ſibi aut Titio dari, Titii perſona, non obligationis, ſed ſolutionis tantum cauſa, adiici videtur. leg. eum qui.§.qui ſibi.infr. Sed hæc facultas ſoluendi perſonam adiecti, quæ à ſtipulatore electa, probataque eſt, non egreditur.l. ſi ſtipulatus. §. 1. infr.de ſolut. Itaque debitorem alii ſoluentem liberari, cuius fidem, ac integritatem non perſpexit forte, nec probauit creditor, iniquum, atque iniurioſum eſſet. Arg.l.Caius bonis.de curat.furio. Alii de facultate ſoluendi, quæ meri facti eſt, neſcio quid comminiſcuntur, indignum plane quod hic referamus.

LVI. IDEM LIB. LII. DIGESTORVM.

Cum qui ita ſtipulatur, Mihi & Titio decem dare ſpondes? *vero ſimilius eſt, ſemper vna decem communiter ſibi & Titio ſtipulari: ſicuti qui legat Titio, & Sempronio, non aliud intelligitur, quam vna decem communiter duobus legare.*

De hac ſtipulatione ſatis dictum eſt, ſupra, l.ſtipulatio iſta. §.eum qui.

Te, & Titium hæredem tuum decem daturum ſpondes? *Titii perſona ſuperuacue comprehenſa eſt. Siue enim ſolus hæres extiterit, in ſolidum tenebitur: ſiue pro parte eodem modo quo cæteri cohæredes eius obligabitur. Et quamuis conueniſſe videatur ne ab alio hærede, quà à Titio peteretur, tamen inutile pactum conuentum cohæredibus eius erit.*

In hac ſtipulatione Titius non tenetur, niſi quatenus eſt hæres, & vltra portionem hæreditariam habetur pro extraneo.l.cum à matre.C.de rei vind.l.ſi adulta.C.de hær. actio. At ſi quis extraneum aliquid daturum promiſerit, inutilis eſt ſtipulatio. §. ſi quis alium.Inſtit. de inutil.ſtipul. Vnde fit, vt Titii perſona hic ſuperuacua eſſe dicatur. Ideo autem pacti exceptio non competit cæteris cohæredibus, ſi conueniantur, quia voluit defunctus tota decem deberi ſtipulatori, & cauſa eximendi cæteros erat, quia Titius totum daturus ſperabatur. Itaque ſi aperte, ac manifeſte actum ſit, vt à cæteris non petatur, exceptionem competere exiſtimo, quamuis ſubtilitas iuris refragetur: arg.l. obligationum fere.§.plane. ſupra de oblig.& actio. vni ſiquidem ex hæredibus conſulere licet, exceptionem ei acquirendo.l.auus.de pactis. Sed de his quædam alia paulo poſt dicturi ſumus.leg.Iulianus.l.continuus.§.vltim.

Qui ſibi, aut filio ſuo, dari ſtipulatur, manifeſte perſonam filii in hoc complectitur, vt ei recte ſoluatur. Neque enim intereſt, ſibi aut extraneo cuilibet, an ſibi aut filio ſuo quis ſtipuletur. Quare vel manente eo in poteſtate, vel emancipato filio, recte ſoluitur. Neque ad rem pertinet, quod qui filio ſuo dari ſtipulatur, ſibi acquirit: quia coniuncta ſua perſona ſtipulator efficit, vt non acquirendæ obligationis gratia, ſed ſolutionis cauſa perſonam filii apprehendiſſe intelligatur. Quod ſi ſoli filio ſuo, qui in poteſtate ſua ſit, dari quis ſtipulatus ſit, non recte filio ſuo ſoluetur, quia filii perſona obligationi magis, quam ſolutioni applicatur.

Tametſi is, qui ſtipulatur filio, perſonam filii exprimere intelligatur, non ſolutionis cauſa, ſed obligationis, id eſt, vt ſibi acquirat per filium, tamen ſi quis ſtipuletur ſibi aut filio ſuo diſiunctim, dubium non eſt quin perſonam filii exprimat, ſolutionis cauſa. Quorſum enim adhiberet perſonam filii ad obligationem ſibi acquirendam, cum expreſſio perſonæ propriæ adhoc ſufficiat? l. Stichum.§.quæſitum.de ſolut. Sicut autem per eum, qui ſolutionis cauſa adhibitus eſt, nulla obligatio quæritur, ita ei, cuius perſona propter obligationem nominatur, ſolui non poteſt. Nam ne obligatio quidem in filii perſona hic conſiſtit, ſed ſtatim transfertur in patrem.l.placet.de acquir.hæred. Nec mouere nos debet, quod Scæuola reſpondit, ſi auus maternus ſibi, aut nepti, dotem dari ſtipulatus ſit, id nepti, & ad ſolutionem, & ad actionem prodeſſe.l.Caius, ſolut.matrim. Eſt enim ius ſingulare propter fauorem nuptiarum, & coniunctionem perſonarum, vt idem Scæuola ſcribit. Quod autem dicitur, etiam emancipato filio recte ſolui, rationem habet: quamuis alias adiecto, propter mutationem ſtatus non recte ſoluatur. l.cum quis.de ſolut. Tunc enim nocet ſoluenti mutatio ſtatus, cum veriſimile eſt, ſtipulatorem, ſi hoc cogitaſſet, nominaturum eum non fuiſſe. Vnde fit, vt filio emancipato ſoluens, liberetur: ſeruo manumiſſo, non item.l.ſi quis ſeruo. infra de ſolut.

Qui ita ſtipulatur Decem quod viuam dare ſpondes? *confeſtim decem recte dari petit: ſed hæres eius exceptione pacti conuenti ſubmouendus eſt: Nam ſtipulatorem id egiſſe ne hæres eius peteret, palam eſt: quemadmodum is, qui vſque in Calendas dari ſtipuletur, poteſt quidem etiam poſt Calendas petere, ſed exceptione pacti ſummouebitur. Nam & hæres eius, cui ſeruitus prædii ita conceſſa eſt, vt ius eundi haberet, quo ad viueret, pacti conuenti exceptione ſummouebitur. Qui ita ſtipulatur,* Ante Calendas proximas dare ſpondes? *nihil differt ab eo, qui Calendis dari ſibi ſtipulatur.*

Quidam ſtipulatus eſt decem, cum hac actione *quoad viuam*: quibus verbis ſignificat, ſi viuus eam pecuniam non petierit, nolle ſe, vt hæres ſuus petat: quæritur an hæres petere poſſit? Eadem quæſtio eſt in Inſtitutionibus, de eo, qui ſtipulatus eſt decem annua, quoad viuet. §. at ſi ita.Inſtit. eo. Diuerſæ enim ſunt hæ ſtipulationes: nec credendus eſt is, qui decem ſtipulatur, annua decem ſtipulari, niſi aliud actum eſſe appareat.l.ſtipulatio iſta.§.in ſtipulationibus.ſupra. Similis quæſtio hic eſt, de emptore certo, quod adiectum eſt ſtipulationi, non differendæ ſolutionis, ſed finiendæ obligationis cauſa, vt ſi quis ſtipuletur, vſque in Calendas dari. Et certum eſt in his omnibus ſtipulationibus, ſi merum ius inſpiciamus, promiſſorem adhuc poſt tempus obligatum manere. Nam iure ciuili certis modis tollitur obligatio, inter quos non numeratur tempus.l.obligationum fere.ſupra tit. præced.tit.Inſti.quib.mod.tollit.oblig. Sed ne pacto quidem expreſſo obligatio tollitur.§.præterea. Inſtit.de except. ne quis forte putet, ideo hic finiri obligationem, quia actum videtur inter contrahentes, ne poſt tempus petatur. Verum contra hunc rigorem Iuris ciuilis, datur à Prætore exceptio ex bono & æquo, ſi poſt tempus agatur. Eademque eſt ratio ſeruitutis ad tempus conſtitutæ: de qua alius eſt dicendi locus.l.4. de ſerui.

Qui proprietatem ſine vſufructu habet, recte vſumfructum dari ſibi ſtipulatur. Id enim in obligationem deducit, quod non habet, ſed habere poteſt.

Vſusfructus eſt ius alienis rebus vtendi.l.1.de vſufruct. nec dicitur proprie vſumfructum habere, qui re ſua vtitur, & fruitur.l.vti frui.ſi vſusfruct.pet. Vnde ſi dominus proprietatis nudæ ſtipuletur vſumfructum ſibi dari, id videtur in obligationem deducere, quod habere non poteſt. Sed hic dicitur valere ſtipulationem, quia licet vſusfructus proprie ſignificet ſeruitutem quam quis habet in re aliena, tamen pro facultate percipiendorum fructuum, etiam ex re ſua, nonnunquam accipitur.l.4.de vſufruct.l.qui vſumfruct.infra.

Si à te ſtipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum, detracto vſufructu, ab alio ſtipuler, prior ſtipulatio non nouabitur: quia nec ſoluendo fundum detracto vſufructu liberaberis, ſed ad-

ſed adhuc à te rectè fundi vſumfructum petam. Quid ergo eſt? Cum mihi fundum dederis, is quoque liberabitur, à quo detracto vſufructu fundum ſtipulatus fueram.

Interuentu nouæ perſonæ fit nouatio, ſi idem promiſſum ſit à poſteriore, quod à priore debebatur.§. præterea. Inſtit. quibus modis toll.oblig. Cum igitur hic prior fundum promittat, poſterior nudam eius fundi proprietatem. ſatis perſpicuum eſt, nouationem non fieri. Nam idem vtraque ſtipulatione nõ contineri, vel hoc argumento oſtenditur, quia promiſſor fundi, dando proprietatem, ſine vſufructu, non liberaretur, ſed adhuc aduerſus eum agi poſſet.l.etiam.de ſolut.l.Iulianus.infra. Sane ſi prior debitor fundum dederit, hac actione vterque liberatur. Quoties enim (inquit Paulus) id quod tibi debebam, ad te peruenit, & tibi nihil abſit, nec quod ſolutum eſt repeti poſſit, competit liberatio.l. in perpetuum.61.de ſolut.

Si hominem, quem à Titio puro ſtipulatus fueram, Seius mihi ſub conditione promiſerit, & is pendente conditione poſt moram Titij deceſſerit: confeſtim cum Titio agere potero: nec Seius pendente conditione mihi obligatur. At ſi Titio acceptum feciſſem, Seius exiſtente conditione obligari poteſt. Idcirco hæc tam varie quod homine mortuo deſinit eſſe res in quam Seius obligetur: acceptilatione interpoſita, ſupereſt homo, quem Seius promiſerat.

Quoties id, quod pure mihi ab aliquo promiſſum eſt, ab alio ſub conditione ſtipulor, non ſtatim fit nouatio, ſed cum conditio extiterit.l.quoties.de nouat.§.prçterea. Inſti. quibus mod.tollit. obligat. Ac ſi res, quæ deducta eſt in ſtipulationem, perierit ante conditionis euentum, poſterior promiſſor ea exiſtente non tenebitur. Rem enim ſupereſſe oportet eo tempore, quo conditio impletur, cum ab eo implemento vires capiat ſtipulatio.dict.l.quoties. Alia cauſa eſt acceptilationis, vt hic dicitur, ſi creditor pendente conditione, priorem debitorem acceptilatione liberauerit: quia ſufficit rem ſupereſſe: de qua ſtipulatio contracta eſt. Ex his conſequens eſt, cum poſterior ſtipulatio euaneſcit, quia res tempore exiſtentis conditionis non extat, priorem debitorem ita teneri, ſi ante moram fecerat, quo caſu æſtimationem debet ſtipulatori.l.ſi ſeruum.§.vltimo.infra. Non enim verum eſt, poſteriore ſtipulatione, quæ non nouat, moram purgari, niſi forte rem præſentem fuiſſe tempore contractæ ſtipulationis proponatur, ſecundum Marcelli ſententiam, quam refert Vlpianus his verbis.l.quoties.de nouatio. Vnde Marcellus, & ſi poſt moram Stichus in conditionalem obligationem deductus eſt, purgari moram, nec in ſequentem obligationem deduci putat. Nã tametſi apud Vlpianum nulla præſentiæ fiat mentio, quod obiter ab eo commemoretur dictum Marcelli: tamen alibi plene deſcripta extat ſententia Marcelli, cum ea diſtinctione, de qua iam diximus. Locus eſt in cap.72.tit. de ſolut. Quod caput adſcribitur Marcello in Codicibus emendatis. Cur autem præſentia rei tantam vim habeat ad purgandam moram, non admodum obſcure eodem in loco docet Marcellus. Sed hac diſtinctione non vtimur, cum poſterior ſtipulatio nouat. Tunc enim certum eſt, veterem debitorem omnimodo liberari l.parui.de cond. furt.

LVII. IDEM LIB. LIII.

DIGESTORVM.

Si quis, ſi Titius Conſul factus erit, decem dari ſpoponderit: quamuis pendente conditione promiſſor moriatur relinquet hæredem obligatum.

Ex ſtipulatione conditionali, ſpes obligationis in hæredẽ promiſſoris tranſmittitur. Eademque eſt cauſa ſtipulatoris. §.ex conditionali.Inſtit. eo. tit. Idque alibi nos plene, & accurate tractauimus.l.qui Romæ.§.Agerius.

LVIII. IDEM LIB. LIIII.

DIGESTORVM.

Qui vſumfructum fundi ſtipulatur, deinde fundum, ſimilis eſt ei, qui partem fundi ſtipulatur deinde totum: quia fundus dari non intelligitur, ſi vſusfructus detrahitur. Et è contrario, qui fundum ſtipulatus eſt, deinde vſumfructum, ſimilis eſt ei, qui totum ſtipulatur, deinde partem. Sed qui actum ſtipulatur, deinde iter, poſteriore ſtipulatione nihil agit: ſicut & qui decem, deinde quinque ſtipulatur, nihil agit. Item ſi quis fructum, deinde vſum ſtipulatus fuerit, nihil agit: niſi in omnibus nouandi animo hoc facere, ſpecialiter expreſſerit. Tunc enim priore obligatione expirante, ex ſecunda introducitur petitio, & tam iter, quam vſus, nec non quinque exigi poſſunt.

Magna olim incertitudo verſabatur circa nouationes, nec vllo certo iure definitum erat, quando nouatio facta intelligeretur, ſed tota res ex coniecturis quibuſdam, plerunque fallacibus pendebat. Credebant autem veteres, vt ex hoc loco apparet, multum referre, an poſterior ſtipulatio, plus, an minus, quam prior contineat. Sed hodie ſequimur conſtitutionem Iuſtiniani, nec aliter factam nouationem intelligimus, quam ſi id ſpecialiter à contrahentibus expreſſum fuerit.l.vltim.C.de nouat.§.præterea.Inſti.quibus mod. tol. obligat. Eſt enim ea conſtitutio inſerta Codici poſt priorem Codicis editionem, & compoſitionem Pandectarum, vt mirum videri non debeat, quod dicimus, eam iuri in Pandectas relato derogare.

LIX. IDEM LIB. LXXXVIII.

DIGESTORVM.

Quoties in diem, vel ſub conditione, oleum quis ſtipulatur, eius æſtimationem eo tempore ſpectare oportet, quo dies obligationis venit: tunc enim ab eo peti poteſt; alioquin rei captio erit.

LX. VLPIANVS LIB. XX.

AD EDICTVM.

Idem erit, & ſi Capuæ certum olei pondus dari quis ſtipulatus ſit Nam eius temporis fit æſtimatio, cum peti poteſt. Peti autem poteſt, quo primum in eum locum perueniri poterit.

Si ſtipulationi olei adiecta ſit dies, vel ea tacite inſit, & petatur per iudicem olei æſtimatio, in ea æſtimatione ineunda eius diei ratio habebitur: tempus antecedens, quo forte tempore carius fuit oleum, non ſpectabitur. Id enim captioſum reo eſſet, qui ante eam diem conueniri non potuit. Sed hoc plene à nobis tractatum eſt ſub tit. de reb. cred. vnde aſſumi poterunt, quæ ad hunc locum pertinere videbuntur. l. vinum.

LXI. IVLIANVS LIB. II.

AD VRSEIVM FEROCEM.

Stipulatio hoc modo concepta, Si hæredem me non feceris, tamen dare ſpondes? *inutilis eſt: quia contra bonos mores eſt.*

Sicut ſtipulatio inutilis eſt, qua conuenit, vt me hæredem facias, l.ex eo.C.de inuti.ſtipul.ita ſtipulatio pecuniç non valet, ſub hac conditione, ſi me hæredem non feceris. Omnes enim huiuſmodi conuentiones, tanquam bonis moribus contrariæ, improbantur, & adeo inutiles ſunt, vt liberam teſtandi, & alium quemuis hæredem inſtituendi facultatem non impediant.l.pactum quod dotale.C.de pact.l.hæreditas. C. de pact. conuen. Nam captandæ mortis alienæ occaſionem præbent, propterea quod certam ſpem habet ſtipulator, hæreditatem obtinendi, mortuo promiſſore, qui promiſſio-

nem ſuam mutare, aut reuocare non poteſt. l. ſicut. C. de oblig. & actio. Alia cauſa eſt teſtamenti, quod teſtator arbitrio ſuo reuocat, ideoque non tam certa eſt hæredis expectatio, vt alias oſtendimus in partitione tractatus de pactis. Hoc igitur pactum nullius momenti eſt, etiamſi iuſiurandum ei acceſſerit. l. non dubium. C. de legib. Si tamen inter commilitones conuenerit, vt alterutro mortuo hæreditas ad ſuperſtitem deferatur, valet ea diſpoſitio, vt teſtamentum militare, & vltima voluntas, non vt pactum, quod reuocari non poſſit. l. licet. C. de pact. Nam voluntas militum, quoquo modo declarata, pro iuſto teſtamento habetur. l. Diuus. de teſtam. milit. Sed & inter liberos quoque, pater eodem modo diſponere poteſt: valetque conuentio patris ita demum, ſi reuocata non fuerit. l. vltim. C. famil. erciſc. l. hac conſultiſſima. §. ex imperfecto. C. de teſtam. Quædam alia ſunt genera conuentionum, de hæreditate aliena, veluti cum paciſcor tecum, vt tibi hæres non ſim, & renuntio hæreditati tuæ, vt vulgo faciunt filiæ, dote accepta: & hoc pactum ſeruandum non eſt. l. pactum dotali. C. de collat. Vtile enim viſum eſt legislatori, hoc remedio iis proſpicere, qui facile adducuntur, modico præſenti accepto, vt opulentam hæreditatem repudient. argum. l. cum hi. de tranſact. l. vltim. C. de pact. pign. Et hoc pactum iureiurando confirmari, à Pontificibus conſtitutum eſt, c. quamuis pactum. de pact. in 6. Quidam exiſtimant valere huiuſmodi renuntiationem à filio factam, cum filius à patre tantam accipit, quanta eſt eius legitima portio: quam ſententiam ſequor. l. 1. §. ſi parens. ſi à paren. quis manumiſ. Sed & conſuetudo ſeruanda eſt loci cuiuſque, qua huiuſmodi pactiones confirmantur: cuiuſmodi eſt Mediolanenſis, apud Hortenſium relata. tit. de fil. nat. ex matr. ad morg. contra. cap. 1. §. filii. ſi de feudo fuer. contr.

Aliud eſt genus pacti, cum paciſcor cum aliquo, non de eius hæreditate, ſed cuiuſdam tertii, certo modo diuidenda: & ita demum valet hæc pactio, ſi tertius ille conſenſerit, & in eo conſenſu vſque ad mortem perſeuerauerit. l. vltim. C. de pact. l. quidem. §. vltim. de donat. l. 2. de his quib. vt indig. De hæreditate tamen hominis incerti paciſci licet. l. 3. §. de illo. pro ſocio.

LXII. IDEM LIB. II.

EX MINVTIO.

Seruus, vetante domino, ſi pecuniam ab alio quo ſtipulatus ſit, nihilominus obligat domino promiſſorem.

Seruus ſtipulando acquirit domino ſuo, vt ante diximus. Nec refert, an promittente domino, an prohibente, ſtipulatus ſit. l. etiam. de acquir. rer. dom. l. quemadmodum. de iure dot. Itaque ſi vetante domino ſtipulatus ſit ſeruus, poterit dominus, mutata voluntate, poſtea experiri ex ea ſtipulatione, quamuis obligatio ipſi inuito nō acquiratur. l. hoc iure. §. non poteſt. de donat. l. inuito. de reg. iur. Nec vero dubito, quin eodem modo acquiratur poſſeſſio, tametſi contradicant aliqui. §. item vobis. Inſtit. per quas perſon.

LXIII. AFRICANVS LIB. VI.

QVÆSTIONVM

Si ita quis ſtipuletur, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue Titius conſul factus fuerit, *vtra prius conditio extiterit, ſtipulatio committitur, & amplius committi non poteſt. Sed enim cum ex duabus diſiunctiuis conditionibus altera defecerit, neceſſe eſt, vt ea quæ extiterit, huiuſmodi ſtipulationem committat.*

Cum plures conditiones adſcribuntur diſiunctim ſtipulationi, ſufficit vnam exiſtere, vt committatur ſtipulatio. l. ſi quis ita ſtipulatus. 129. Idque accidit, cum quis ita ſtipulatur, *Siue nauis ex Aſia venerit ſiue Titius Conſul factus fuerit.* Nam dictio, ſiue, diſiunctiua hic eſt. Ac tametſi plerunque aliter accipiatur, arg. l. ſi quis ita. de auro & arg. lega. tamen ratio non permittit, vt aliter hic intelligamus: cum præſertim verba ſtipulationis ambigua contra ſtipulatorem interpretari debeamus. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. Atque hinc etiam fit, vt non niſi ſemel committatur hæc ſtipulatio. vnde Vlpian. de hac ſtipulatione loquens, vbi commiſſa eſt, inquit ex priori cauſa, ex altera, licet exiſtat conditio, amplius non committitur. Altera enim cauſa, non vtraque inerat ſtipulationi. l. cum quærebatur. iud. ſolui. Sed pluſcula de his infra. l. ſi ſic. 133.

LXIIII. IDEM LIB. VII.

QVÆSTIONVM.

Huiuſmodi ſtipulatio interpoſita eſt, Si Titius Conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dare ſpondes? *poſt triennium conditio extitit: an huius temporis nomine agi poſſit, non immerito dubitabitur. Reſpondi, eam ſtipulationem vtilem eſſe, ita vt in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam conditionem interceſſerint, præſtatio in id tempus collata intelligatur: vt ſententia eius talis ſit, Tunc cum Titius Conſul factus fuerit, in annos ſingulos, etiam præteriti temporis habita ratione, dena præſtentur.*

Si quis ſtipuletur decem annua, ſub conditione, ſi Titius Conſul factus fuerit, exiſtente conditione ita committetur ſtipulatio, vt futuri tantum temporis penſio debeatur, non etiam eius, quod euentum conditionis anteceſſit. Nam tametſi verum ſit, conditionem aliquando in contractibus retrotrahi, l. neceſſario. de pericul. & commo. ratio tamen non patitur, vt obſcuritatem ſtipulationis contra promiſſorem interpretemur. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. Sed hoc ita eſt accipiendum, niſi aliud inter contrahentes actum eſſe appareat, veluti in hac ſtipulatione, *Si Lucius Titius Conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dare ſpondes?* Vtilis eſt enim hæc ſtipulatio, nec eſt eis ſimilis, quę ante Conſtitutionem Iuſtiniani, ob præpoſteram conceptionem inutiles habebantur, de quibus alibi. l. præpoſteri. C. de teſtam. §. item ſi quis. Inſtit. de inutil. ſtipul. Ac de vſuris idem ſcribit Paulus, ſi conuenerit, vt ex die ſtipulationis pendantur ante moram. leg. lecta. de reb. cred. Nec aduerſatur huic ſententiæ reſcriptum Diui Marci, cuius mentio eſt ſub tit. de vſuris. l. cum quidam. in hæc verba: Cum quidam cauiſſet, ſe quotannis quincunces vſuras præſtiturum, & ſi quo anno non ſoluiſſet, tunc totius pecuniæ ex die, qua mutuatus eſt, ſemiſſes ſoluturum, & redditis per aliquot annos vſuris, mox ſtipulatio commiſſa eſſet: Diuus Marcus Fortunato ita reſcripſit, Præſidem prouinciæ adi, qui ſtipulationem, de cuius iniquitate queſtus es, ad modum iuſtæ exactionis rediget. Hæc Conſtitutio ad infinitum modum excedit. Quid ergo? ſic temperanda res eſt, vt in futurum duntaxat ex die ceſſationis creſcat vſura. Ideo enim voluit Marcus in futurum duntaxat vſuras creſcere, quod odioſa & iniqua ei videretur ea ſtipulatio.

LXV. FLORENTINVS LIB. VIII.

INSTITVTIONVM.

Quæ extrinſecus, & nihil ad præſentem actum pertinentia adieceris ſtipulationi, pro ſuperuacuis habebuntur, nec vitiabunt obligationem. Veluti ſi dicas, Arma virumque cano, ſpondeo, *nihilo minus valet. Sed etſi in rei, quæ promittitur, aut perſonæ appellatione varietur, non obeſſe placet. Nam ſtipulanti denarios, eiuſdem quantitatis aureos ſpondendo obligaberis. Et ſeruo ſtipulanti Lucio domino ſuo, ſi Titio, qui idem ſit, daturum te ſpondeas, obligaberis.*

Tametſi diuerſitas interrogationis, & reſponſionis, inutilem ſtipulationem reddat, vt diximus in primi capitis interpretatione, tamen ob ſuperuacanea verba non vitiatur ſtipulatio. Idem dicendum, etſi diuerſitas ſit in rei, quæ promittitur, aut perſonæ appellatione. leg. ſi ſub vna. infra.

Sufficit

Sufficit enim talia eſſe verba interrogantis, & reſpondentis, vt eos in idem conſenſiſſe appareat.l.omnes.C.de contrahen. & committ.ſtipul.

Nam ſtipulanti denarios. Si de vna moneta interrogatus, de alia reſpondeat, quæ ſit eiuſdem quantitatis, non vitiatur ſtipulatio. Quantitatem hic accipimus publicam nũmi æſtimationem, quam Ariſtoteles ποσὸν vocat, vt oſtendimus lib. 1. Diſputa.cap.6. Vt exempli gratia, apud noſtrates tanti eſt aureus vnus ſolatus, quanti 46.ſolidi. Ideoque æſtimatio, ſiue quantitas aurei ſolati dicitur eſſe 46.ſolidorum. Atque hinc annotandum eſt, nihil referre, an eadem forma, an diuerſa, debitor creditori nũmos ſoluat. Alias diſſenſus in re vitiaret ſtipulationem.l.inter ſtipulantem.§.1. infra. Quod eſt accipiendum, vt Paulus reſpondit, niſi ex ea ſolutione damnum aliquod paſſurus ſit creditor.l.Paulus. 99. de ſolut. Quo caſu non dubito, quin ſtipulatio ob diuerſitatem ac diſſenſum inutilis ſit.

LXVI. PAVLVS LIB. III.

AD LEG. ÆLIAM SENTIAM.

SI minor viginti annis à debitore ſuo ſtipuletur, ſeruum manumiſſurum, non eſt executio ſtipulationis danda. Sed ſi ipſorum viginti annorum erit, nõ impedietur manumiſſio: quia de minore lex loquitur.

Hoc caput ſumptum eſt ex Pauli ſcriptis ad legem Æliam Sentiam, vt inſcriptio indicat. Qua lege minori viginti annis non aliter manumittere ſeruum permittitur, quam ſi vindicta apud conſilium iuſta cauſa manumiſſionis approbata manumittat. §. eadem lege. Inſtit.quib.ex cauſ. manu. & titu.de man.vindi. Vnde hic dicitur, ſi minor 20.annis, cui debetur ſeruus, ſtipuletur à debitore eum manumitti, non valere manumiſſionem, quaſi contra legem, id eſt, contra legis ſententiam, facta ſit. Cum enim lex conſilio minoris, vt parum firmo, reſiſtat. l. ſi minor. de ſeruis export. non multum refert, an ſeruum ipſe ſuum manumittat, an debitum ſibi ſeruum ab alio manumittendum curet. Quid ergo dicemus, ſi ipſorum viginti annorum erit ſtipulator? Paulus non impediri manumiſſionem ait, quod de minore lex loquatur. Eſt enim ita ſcriptum in lege, vt ante diximus. Si igitur lex de maiore loqueretur, & ei tantum manumittere permitteret, qui maior eſſet viginti annis, non ſatis eſſet ſtipulatorem viginti annorum eſſe. Verbum autem, ipſorum, emphaſin habere hic videtur, ſicut apud Ciceronem in iis, quæ ſequuntur locis. lib. 3. ad Attic. Triginta dies erant ipſi, cum has darem literas, per quos nullas à vobis acceperam. Lib. 5. ad Attic. Ego has pridie Nonas Quintiles proficiſcens Athenis dedi, cum ibi decem ipſos fuiſſem dies, &c. Et ad Cæl. Cum Athenis decem ipſos dies fuiſſem.

LXVII. VLPIANVS LIB. II.

AD EDICTVM.

ILLA *ſtipulatio*, Decem ſalua fore promittis? *valet.*

Hæc ſtipulatio, ***Decem ſalua fore***, vtilis eſt eandemque vim habet, quam illa, ***habere licere***, de qua diximus ſupra, cap. 38.

Eum qui decem dari ſibi curare ſtipulatus ſit, non poſſe decem petere, quoniam poſſit promiſſor reum locupletem dando liberari, Labeo ait. Idque & Celſus lib. 6. Digeſtorum refert.

Qui decem dari ſtipulatur, decem petere poteſt, nec liberatur reus ſatiſdando.l. promiſſor Stichi.§. vlt. de conſtit. pecun. Idem dicendum eſt, & ſi quis promittat ſe facturum, vt alius det decem.§. ſi quis alium. Inſtit. de inutil. ſtipul. l. ſi hæres iuſſus. 76. de leg. 1. Si vero quis promittat ſe curaturum, vt alius det decem, fideiuſſorem dando locupletem liberabitur. l.vlt.§.vlt.de reb.cred. Cura enim ab eo tantum exigitur, quæ ſcilicet non nudis, & inanibus verbis, ſed re & facto aliquo oſtendatur. Hoc autem Celſus refert cap. vlt. de reb. cred.

LXVIII. PAVLVS LIB. II.

AD EDICTVM.

SI pœnam ſtipulatus fuero, ſi pecuniam mihi non credidiſſes, certa eſt, & vtilis ſtipulatio. Quod ſi ita ſtipulatus fuero, Pecuniam te mihi crediturum ſpondes? *incerta eſt ſtipulatio: quia id venit in ſtipulationem quod mea intereſt.*

Qui promittit mutuam pecuniam alij, dare tenetur, quanti ſtipulatoris intereſt, vt niſi docuerit ſua intereſſe, nulla ſequatur condemnatio. Arg. l. ſi quis ſtipulatus. 112. §. vlt. infra. Sed quia, quanticuiuſque interſit, in facto magis, quam in iure conſiſtit, l. quatenus. de reg. iur. & difficilis eſt eius rei probatio, l. vlt. de prætor. ſtipul. ideo fit interdum, vt pœnæ ſtipulatio adiiciatur: hoc modo, ***Si pecuniam mihi non credideris, decem dare ſpondes?*** Et hoc intereſt inter has ſtipulationes, quod hæc certa eſt, illa incerta. l. ſtipulationum. 74. inf. Quod autem obiicitur, dationem contineri ſtipulatione, quę de credenda pecunia interponitur, l. 2. de reb. cred. atque ideo certam videri: facile dilui poteſt, ſi quis conſideret, in huiuſmodi obligatione vſum pecuniæ magis quam pecuniam, contineri. Hoc enim agitur inter contrahentes, vt liceat creditori pecunia credita ad tempus vti, quamuis ad eum vſum datio neceſſaria ſit. Itaque factum quodammodo continet hæc ſtipulatio, vt merito incerta dicatur.

LXIX. VLPIANVS LIB. VI.

AD EDICTVM.

SI homo mortuus ſiſti non poteſt, nec pœna rei impoſſibilis committetur: quemadmodum ſi quis Stichum mortuum dare ſtipulatus, & ſi datus non eſſet, pœnam ſtipularetur.

Cum quis id ſtipulatur, quod impoſſibile eſt, ſiue in dando, ſiue in faciendo conſiſtat, ſtipulatio inutilis eſt: adeo, vt ne ſtipulatio quidem pœnæ ei accedens valeat. Nec multum refert, an contrahentes id ſciuerint impoſſibile eſſe, an ignorauerint: quoniam vtroque caſu deeſt conſenſus ſine quo non valet ſtipulatio. l. non ſolum. ſupr. titu. præced. Quod autem hic dicitur, ***homo mortuus***, ſic accipiendum eſt, ſiue mortuus iam erat tempore ſtipulationis contractæ, ſiue poſtea mortuus eſt. Nam ſi caſus ſuperueniens reddat præſtationem impoſſibilem, ratio non patitur pœnam deberi. l. ſi vehenda. ad leg. Rhod.

LXVII. IDEM LIB. XI.

AD EDICTVM.

MVlier, quæ dotem dederat populari meo, Glabrioni Iſidoro, fecerat eum promittere dotem, ſi in matrimonio deceſſiſſet, infanti: & deceſſerat conſtante matrimonio: placebat, ex ſtipulatu actionem non eſſe, quoniam qui fari non poterat, nec ſtipulari poterat.

Etiam ſi dotem, quæ alias fauorabilis eſt, ſtipuletur infans, inutilis eſt ſtipulatio: idque pluribus à me demonſtratum eſt, in capitis primi enarratione.

LXXI. IDEM LIB. XIII.

AD EDICTVM.

CVm quid vt fiat, ſtipulamur pœnam, ſic recte concipiemus, Si ita factum non erit, *cum quid ne fiat, ſic,* Si aduerſus id factum ſit.

Si verba principalis ſtipulationis aientia ſint, ſtipulatio pœnæ verbis negantibus concipi debet, & contra. Atque hinc facile poteſt intelligi ratio concipiendæ pœnalis ſtipulationis, ſi tam agentibus, quam negantibus verbis mixtim & coniuncte principalis concepta ſit. Quod & Venuleij locus oſtendit, cap. 137. & Iuſtiniani in Inſtit. tit. de verb. oblig. Eſt autem hoc caput ſumptum ex titu. de recep. arbit. vt ex inſcriptione cognoſcitur.

LXXII. IDEM LIB. XXII. AD EDICTVM.

Stipulationes non diuiduntur earum rerum, quæ diuiſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæ ductus, cæterarumque ſeruitutum. Idem puto, & ſi quis faciendum aliquid ſtipulatus ſit, vt puta, fundum tradi, vel foſſam fodiri, vel inſulam fabricari, vel operas, vel quid his ſimile. Horum enim diuiſio corrumpit ſtipulationem. Celſus tamen libro 38. Digeſtorum refert, Tuberonem exiſtimaſſe, vbi quid fieri ſtipulemur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere diuidi ſtipulationem. Secundum quæ Celſus ait poſſe dici, iuſta æſtimatione facti dandam eſſe petitionem.

Qui ſtipulatur rem aliquam à duobus, ita ſtipulari intelligitur, vt non inſolidum, ſed pro parte obligentur ſinguli, niſi aliud actum ſit. infra, de duob. reis. Sed hoc eſt accipiendum de iis rebus, quæ diuiſionem recipiunt. Nam ſtipulatio, obligatioque earum rerum, quæ natura diuiſionem non recipiunt, diuidi non poteſt. l. 2. §. 1. ſupra. Cuiuſmodi ſunt ſeruitutes ruſticorum prædiorum, & vrbanorum. Vſus enim earum natura indiuiſus eſt. l. viæ. ſupra de ſeruit. nec fieri poteſt, vt pro parte quiſquam eat, tametſi per certam partem fundi quis ire poſſit. l. ad certam. ſupr. de ſeruit. In hac ſiquidem diſputatione diuiſionem intelligimus in partes incertas, atque indiuiſas, quales ſunt eæ, quæ communionem inducunt. Quod & Accurſium ſenſiſſe credibile eſt, cum de parte multiplicatiua, ſiue quota, hic loquitur. Verum vtcunque ſenſerit is, nec recte nec commode id elocutus eſt: ac ne in ea quidem opinione permanet, ſed fluctuanti ſimilis, varias aliorum ſententias refert. Eadem igitur ratione ſeruitutes indiuiduæ dicuntur, qua & facta omnia, vt ante docuimus, in Catonianæ diſtinctionis explicatione. Nam facere opus, aut ire, nemo poteſt pro parte indiuiſa, propter earum partium confuſionem, atque commiſtionem, quę intellectu magis habentur quam corpore. leg. ſeruus communis. de ſtipula. ſeruo. Adde, quod cum de opere, ſiue apoteleſmate agitur, cuiuſmodi eſt domus, theatrum, balineum, nihil factum intelligitur, ne pro parte quidem, ante cõſummationem totius operis, quæ propriam formam operi dat: quia pars domus dici non poteſt, nulla domo adhuc exiſtente: ſicut pars fundi non recte dicitur, ſi nullus fundus ſit. l. ſi is qui quadringenta. § quædam. ad leg Falcid. Vellem hæc γεωμετρικῶς oſtendere, ſi liceret, ſed qui ingenio ſunt paulo acutiore, noſtram, vt ſpero, ſententiam aſſequentur. Nam omnibus ſatisfacere quî poſſumus?

Ex eo, quod de ſeruitutibus hic dicitur, multa colligi poſſunt, quę nos ſtrictim attingemus, quatenus neceſſaria videntur, ad huius loci explicationem. Nam proprie pertinent ad tractatum de ſeruitutibus.

I. Seruitutis pars in obligationem non deducitur, vt hic Vlpia. ait. Quare ſi quis ſtipulatus ſit à duobus ſeruitutem itineris, ita vt ſinguli partem debeant, corrumpitur ſtipulatio, quia ſeruitutem pro parte præſtari impoſſibile eſt. leg. viæ. de ſeruit.

II. Vnus ex dominis ſeruitutem fundo communi imponere non poteſt. l. 2. de ſeruit. l. per fundum. de ſeruit. ruſt. præ. Nam ſi in ſolidum, & toti fundo imponat, manifeſta eſt iniuria, quam ſocio infert, eius partem, quæ libera eſt, onerando ſeruitute. Si pro parte tantum ſua, nihil agit, quia ſeruitus non recipit diuiſionem. Nam cum partes ſingulorum incertæ ſint, & per totum prædium ſic diffuſæ, vt nulla ſit vel minima gleba, in qua ſinguli partem non habeant, qui fieri poteſt, vt vnam partem abſque alia quiſquam attingat? Itaque cum fundus regionibus diuiſus eſt, parteſque certæ ac ſeparatæ ſingulorum ſunt, partis cuiuſque dominus ſeruitutem ei imponere poteſt. l. ad certam. de ſeruit. l. ſi quis duas. §. ſi quis partem. commu. præd.

III. Vnus ex dominis ſtipulando ſeruitutem fundo communi, nihil agit. l. pro parte. de ſeruit. l. proprium. commun. præd. l. ſi vnus. de ſeruit. ruſt. præd. Nam nec inſolidum acquirere poteſt, quia inutiliter alteri ſtipulamur. d. l. proprium. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ſup. nec pro parte, quia pro qua parte dominus eſt, ſeruitute nequaquam vti poteſt. Ac ſi quis putet, ſtipulatorem hunc, cum per fundum iter facit, pro parte dominij ire, non in ſolidum, quanto in errore verſetur, non difficile eſt oſtendere. Nam actus corporalis, quo vtitur in hac re, integer ac ſolidus eſt, nec aliter faceret, ſi ſolus fundi dominus eſſet.

IIII. Actio ex ſtipulatu ad petendam ſeruitutem, nec inter ſtipulatoris hæredes, nec promiſſoris, diuiditur. l. 2. §. ex his. ſup. Vnde Pomponius, Si ſtipulator deceſſerit pluribus hæredibus relictis, ſinguli in ſolidum viam petunt: & ſi promiſſor deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, à ſingulis hæredibus ſolida petitio eſt. l. viæ. de ſeruit. Ac de his ſeruitutibus multo plura ſubtilioraq; dici hic poſſent: de quibus accurate diſſeruimus lib. Pandectarum octauo.

De ſeruitutibus perſonarum quæſtio hic tractari ſolet, quę non proprie ſeruitutes dicuntur. §. vlti. Inſtit. de vſu & habit. atque ideo verba Papiniani de ſeruitutibus rerum accipienda eſſe, ſupra admonuimus. Et conſtat, inter vſumfructum, & vſum hoc intereſſe, quod vſusfructus diuiſionem recipiat, vſus non item. l. 4. ſup. de vſufr. l. 1. §. ſi vſusfructus. ad l. Falcid. l. vſus pars. de vſu & habit. Nam frui pro parte diuiſa poſſumus, cum vſusfructus dominium fructuum contineat. quod diuiſionem recipit, vt ante diximus: vti autem non magis pro parte indiuiſa poſſumus, quam ire, aut agere: quia vſus in actu tantum corporali conſiſtit, ſine dominij acquiſitione. Non enim vſuarius fructus ſuos facit, atque ideo nec vendere, nec legare, nec gratis concedere poteſt. §. 1. Inſtit. de vſu, & habit. Ex quo perſpicuum eſt, cum dicimus, minus iuris eſſe in vſu, quam in vſufructu, l. 2. ſupra de vſu, & habit. non ita accipiendum eſſe, quaſi maiorem partem fructuum vſufructuarius capiat, vſuarius minorem: quia vſuarius, ne pro parte quidem minima fructuum dominium nanciſcitur, quamuis modice eiſdem vti poſſit.

Idem puto, & ſi quis faciendum. Exempla, quæ ſubiiciuntur, ſatis oſtendũt verbum, facere, ad ea hic pertinere, quæ corpore tantum exequimur, quamuis latiorem habeat alias ſignificationem, veluti in diſtinctione Catonis, qua factum diuiduũ ab indiuiduo diſtinguitur. l. 4. §. Cato. ſup. Sed de hac re plenius alibi diſſeruimus, lib. 1. Diſput. c. 59.

Fundum tradi. Cum hęc ſtipulatio merum factum continet, diuiſionem non recipit. leg. ſi rem tradi. ſupra. Quod ſi transferendi dominij vel poſſeſſionis cauſa res tradenda ſit, aliud dicendum eſt. l. decus. de acquir. poſſeſ. Nam & poſſeſſio, quæ iuris eſt, & dominium, in partes intellectu diuiduntur.

Foſſam fodiri, vel inſulam fabricari. Faceſſit nobis negotiũ, quod Paulus ait, ſi teſtator opus fieri iuſſerit pro portione ſua, eos præſtare cogendos eſſe, quibus pars hæreditatis acceſſit. l. mortuo. §. vlt. de leg. 2. Sed dubitandum non eſt, quin iudicio familiæ erciſcundæ cogantur inter ſe cohæredes partem præſtare, tametſi legatario in ſolidum teneantur.

Celſus tamen libro. Quod dictum eſt, ſtipulationem quæ in faciendo conſiſtit, diuiſionem non recipere, ſic accipiendum eſt, niſi poſt moram promiſſoris petatur æſtimatio, quæ natura diuidi poteſt. Nam etſi ob ceſſationem vnius teneantur omnes, tamen pro parte ſua eos teneri viſum eſt. leg. 4. §. Cato. ſupra. Hinc igitur annotandum eſt, eum qui non facit, quod promiſit, ad pecuniam condemnandum eſſe. Idque generale eſt in omnibus faciendi obligationibus. l. ſi quis ab alio. 13. de re iud. Crediderunt enim veteres inciuile, atque adeo ſeruile quodammodo eſſe quenquam ad faciendum cogi, l. Titio centum. de condit. & demonſt. cum poſſit data pecunia creditori ſatisfieri, nec poſſit res exitum habere, ſi quis tam peruicax, & obſtinatus ſit, vt facere nolit. Cum tamen nullum amplius remedium ſupereſt, quo ſatisfiat creditori, quia forte reus nec facere, quod promiſit, nec pecuniam ſoluere vult, aliquando in vincula conücitur, l. 1. Codic. qui bon. ced. poſſ. Et animaduertendum eſt, factum, & pecuniam in obligatione eſſe: ſed pecuniam tunc demum, cum mora facta eſt. Quod Vlpianus noſter hic ſatis oſtendit, & pleriſque aliis locis confirmari poteſt. leg. ſi quis ab alio.

de re

de re iudic.l.ſi pœnam.l.quoties quis.hic.l.vltim.ſi quis in ius voc.non ierit.§.non ſolum.Inſtit.de obliga.l.ſtipulatus es.de fideiuſſ. Sunt igitur hic quodammodo duæ obligationes, alternationem habentes, quæ perinde accipi debent, ac ſi quis factum promiſerit, aut ſi non fecerit, quanti intereſt,&c. Proinde ſimulatque ſteterit per promiſſorem, quo minus faciat, obligatio faciendi in obligationem pecuniæ transfunditur. Arg.l.obligationum fere.§.vlt.de oblig.& act.43. Ex quo conſequitur ſtipulatorem ita agere poſſe, vt vtrunque disiunctim petat.l.1.§.quia autem.ſupra quod legat. Pecuniam vero ſolam recte petet, ſi factum amplius præſtari nequeat, aut purgandæ moræ non ſit locus.l.ſi quando.de ope.liber.l.6. de vſufr.leg. Nec aliter ſane fieri poteſt in iis ſtipulationibus, quæ in non faciendo conceptæ ſunt, ſi contra factum fuerit: quia factæ res infectæ fieri non poſſunt.l.in bello.§.factæ, de capt. & poſtlim.reuer. Hoc amplius exiſtimo, etſi factum præſtari adhuc poſſit, nihilo minus recte intendere eum, qui pecuniam petit, quoniam ea ſola poſt moram in obligatione eſt, & ea petitio moræ purgationem, & faciendi facultatem reo non adimit, vſque ad litis cōteſtationem.l.ſi inſulam.84. Sed & ſi quis factum ipſum ſimpliciter petierit, ne hunc quidem male agere crediderim, quod ea petitio ſecundum ius intelligi debeat, quaſi æſtimatio peti videatur.d.l.ſi quando.de ope. libert.

Quæri ſolet, an venditor, qui facultatem habet rei tradendæ, cogi poſſit ad tradendum, an vero liberetur, id quod intereſt, præſtando.l.1.de act.empt. Et puto, quia in eo iudicio, quod bonæ fidei eſt, ſpectatur maxime æquitas, officio iudicis interdum contineri, ſi rei venditæ dominus poſſeſſorque ſit venditor, vt ab eo auferatur & in emptorem transferatur. Ar.l.qui reſtituere.de rei vind. Sed & illud indubitatum eſt, poſſe iudicem litem æſtimare, à communi ordinarioque iure minus recedendo, ac quanti intereſt emptoris venditorem damnare.l.ſi traditio.C.de act.empt. Nec id mirum, cum in iis iudiciis latiſſima ſit iudiciis poteſtas.§. in bonæ fidei.Inſtit.de actionib.

Si quis ita ſtipulatus ſit, Si ante Calendas Martias primas, opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit, tantam pecuniam dari? *diem promiſſionis cedere, non ex quo locatum eſt opus, ſed poſt Calendas Martias, quia nec conueniri ante Calendas Martias reus promittendi poterat. Plane ſi inſulam fulciri quis ſtipulatus ſit, non eſt expectandum, vt inſula ruat, vt ſic deinde agi poſſit, nec ſi* inſulam fieri? *vt tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poſſit, ſed vbi iam cœperit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agetur, diesque obligationi cedet.*

Hic tractantur quædam ſpecies ab Vlpiano, vt oſtendat quando poſſit agi ex ſtipulatu ad pecuniam, propterea quod factum aliquid non ſit. Diximus enim paulo ante ſi factum non ſit, pecuniam dari oportere, & poſt moram transferri obligationem faciendi, in pecuniæ obligationem.leg.obligationum fere.§.vltim.ſup.tit.præced. Id quod ſatis expeditum eſt, cum factum quod ſtipulamur, tractum temporis non habet, veluti rem tradere. De aliis vero factis probabiliter dubitatur. Prima ſpecies hic proponitur de locatore operis: qui ſtipulatus eſt à redemptore hoc modo, *Si ante Calendas Martias primas opus perfectum non erit, tunc quanti id opus erit tantam pecuniam dare ſpondes?* Cuius ſtipulationis dies non cedit ante Calendas Martias, nec ante Calendas ex ea agi poteſt. Non enim eſt ſimpliciter concepta ſtipulatio, ſub conditione, ſed diem præterea certum habet, quem expectari neceſſe eſt.l.in illa.ſup.eo. Confirmatur hæc ſententia verbis Papiniani, infr. cap.124. Inſulam, inquit, intra biennium illo loco ædificari ſpondes? ante finem biennij ſtipulatio non committitur, quamuis reus promittendi non ædificauerit, & tantum reſidui temporis ſit, quo ædificium extrui non poſſit. Neque enim ſtipulationis ſtatus, cuius dies certus in exordio fuit, ex poſt facto mutatur.l.inſulam.infra. In ſecunda, & tertia ſpecie ſtipulatio ſimpliciter concepta eſt, ſine die, vt puta, *Inſulam fulcire ſpondes? Inſulam ædificare ſpondes?* tametſi dies ei tacite inſit, quæ non eandem vim habet, quam dies expreſſa. Cum enim diſerte exprimitur dies, vt in prima ſpecie, nullus aut coniecturæ, aut interpretationi locus relinquitur. Die vero non expreſſa, ex rei natura ſtipulationem interpretamur, atque id ſequimur, quod veriſimilius eſt, inter cō rahētes actum eſſe. Itaque Vlpianus noſter hic ait, ſi quis inſulam fieri ſtipulatus ſit, non eſſe expectandum, vt tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poteſt, ſed vbi iam cœperit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agi, diemque obligationis cedere. In quib. verbis nulla eſt obſcuritas. Sed Pomponius atque Marcellus ab Vlpiano ita diſſentire videntur, vix vt conciliari à quoquam poſſint. Pomponius cap.14.ſupra. Si ita ſtipulatus ſum, abs te domum ædificari, vel ſi hæredem meum damnauero inſulam ædificare, Celſo placet, non ante agi poſſe ex ea cauſa, quam tempus præteriiſſet, quo inſula ædificari poſſet: nec fideiuſſores dati ante diem tenebuntur. Marcellus cap.98. Ex hac ſtipulatione, *Inſulam fulciri ſpondes?* quando naſcatur actio, quæritur. & vtique non eſt expectandum vt ruat. nec enim nihil ſtipulatoris intereſt, fultam potius eſſe, quam non eſſe, nec tamen recte agetur, ſi nondum præterierit tantum tempus quo fulcire potuerit redemptor. Ex his igitur locis apparet, ante tempus quod tacite ineſt, agi poſſe, & agi non poſſe. Sed hoc qua ratione fiat, ſatis colligitur ex verbis Venuleij, ca.137.inf. Is enim de ſtipulatione, *inſulam fieri*, loquens, Item, inquit, ſi non inchoetur opus, id tantum æſtimetur, quod in illo interuallo effici potuit.d.l. continuus.§.item qui inſulam. Itaque cum Pomponius, & Marcellus aiunt, ante lapſum totius temporis agi non poſſe, ſic accipiendum hoc eſt, vt æſtimatio totius operis, de quo ſtipulatio contracta eſt, peti non poſſit. Dictum vero Vlpiani eo pertinet, vt ſi quis petere velit, æſtimationem non totius operis, ſed eius quod illo interuallo effici potuit, ante tempus, minime denegetur ei actio. Et hæc diſtinctio, vt vulgo recepta eſt, ita etiam mihi probatur. Alciatus, & alij quidam, aliter interpretantur: ſed nihil adferunt quod mihi probabilius videatur.

LXXIII. PAVLVS LIB. XXIIII. AD EDICTVM.

INterdum pura ſtipulatio ex re ipſa dilationem capit: veluti ſi id quod in vtero eſt, aut fructus futuros, aut domum ædificari ſtipulatus ſit. Tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præſtari poteſt. Sic qui Carthagini dari ſtipulatur, cum Romæ ſit: tacite tempus complecti videtur, quo perueniri Carthaginem poteſt. Item, ſi operas à liberto quis ſtipulatus ſit, non ante dies earum cedit, quam indictæ fuerint, nec ſint præſtitæ. Si ſeruus hæreditarius ſtipulatus ſit nullam vim habitura eſt ſtipulatio, niſi adita hæreditas ſit, quaſi conditionem habeat. Idem eſt, & in ſeruo eius, qui apud hoſtes eſt.

Stipulatio, quæ pure concepta eſt, variis ex cauſis dilationem capit, ac vel dies, vel conditio tacite ineſt. Cauſa eſt aut res, aut locus, aut quid aliud huiuſmodi, vt exempla hic adſcripta demonſtrant. Propter rem quæ deducta eſt in ſtipulationem, dies tacite ineſt, atque adeo conditio, vt cum id quod in vtero eſt aut fructus futuros ſtipulamur.l.1.de cond.& demonſt. Propter locum ineſt tempus, vt puta cum is, qui Romæ eſt, ſibi Carthagini dari ſtipulatur: quod apertius expreſſū eſt infr.ca.137.l.continuus.§.cum ita. Item propter veriſimilem contrahentium volūtatem ineſt conditio: vt cum patronus à liberto operas ſtipulatur. Id enim agi inter eos videtur, ne ante præſtentur operæ, quam indicantur, cum ex commodo patroni præſtari debeant.l.quoties.de ope.liber. Sic probabile eſt, quod vulgo dicitur, eum qui mutuam pecuniā dat, non poſſe eam confeſtim repoſcere, antequam ea vti potuerit creditor.l.in commodato.§. ſicut commoda.l. qui ſic.de ſolut. Sic in omni ſtipulatione pura, tempus aliquod ineſſe dicitur, quo res promiſſa ſolui poſſit.§. vlt.Inſtit.de inutil.ſtipul. quod dicimus.l.ratum.de ſolut. Quod tempus, quia iure definitum non eſt, arbitrio iudicis committitur.l.1.de iure delibe. Cætera exempla nec magni momenti ſunt, nec adeo difficilem explicationem habent.

Stichi promiſſor, poſt moram offerendo purgat moram: certe doli mali exceptio nocebit ei, qui pecuniam oblatam accipere noluit.

Certæ rei promiſſor, veluti Stichi, vt poſt moram perempta re tenetur ad æſtimationem, l. ſi ex legati. ſupra. ita purgata mora per obligationem factam creditori, omne periculum vitat. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. infr. An idem dicendum ſit de promiſſore rei incertæ, puta pecuniæ, non immerito dubitatur, quoniam hic nullo caſu liberari dicitur, l. incendium. C. ſi cert. pet. l. in ratione. §. incertæ. ad l. Falci. vt ante diximus, in l. ſi certos. Et Paulus hic ait, ſi creditor pecuniam certam ſibi oblatam accipere noluit, quæ poſtea caſu aliquo amiſſa ſit, quamuis debitor ipſo iure liberatus non ſit, tamen propter æquitatem doli exceptionem ei competere. Idque Marcellus aliquanto fuſius, ac dilucidius expreſſit cap. 72. de ſolu. Qui decem, inquit, debet, ſi eadem obtulerit creditori, & ille ſine iuſta cauſa ea accipere recuſauerit, deinde debitor ea ſine culpa ſua perdiderit, doli mali exceptione poteſt ſe tueri: quanquam aliquando interpellatus non ſoluerit. Etenim non eſt æquum, teneri eum pecunia amiſſa, qui non teneretur, ſi creditor accipere voluiſſet. Quare pro ſoluto id, in quo creditor accipiendo moram fecerit, oportet eſſe.

LXXIIII. CAIVS LIB. VIII.

AD EDICTVM PROVINCIALE.

Stipulationum quædam certæ ſunt, quædam incertæ. Certum eſt quod ex ipſa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantumſit. Vt ecce aurei decem, fundus Tuſculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modij centum, vini Campani optimi amphoræ centum.

LXXV. VLPIANVS LIB. XXII.

AD EDICTVM.

Vbi autem non apparet, quid, quale, quantumque in ſtipulatione eſt, incertam eſſe ſtipulationē dicendum eſt. Ergo ſi quis fundum ſine propria appellatione, vel hominem generaliter ſine proprio nomine, aut vinum, frumentumve, ſine qualitate dari ſibi ſtipulatur, incertum deducit in obligationem: vſque adeo, vt ſi quis ita ſtipulatus ſit, Tritici Africi boni modios centum? vini Campani boni amphoras centum? *incertum videatur ſtipulari, quia bono melius inueniri poteſt. Quo fit, vt boni appellatio non ſit certæ rei ſignificatiua, cum id quod bono melius ſit, ipſum quoque bonum ſit. At quis cum optimum ſtipulatur, id ſtipulari intelligitur, cuius bonitas principalem gradum bonitatis habet: quæ res efficit, vt ea appellatio certi ſignificatiua ſit.*

In hoc capite, & ſequenti Caius, atque Vlpianus docent, quæ ſint ſtipulationes certæ atque incertæ. Cuius rei cognitio vtilis eſt in primis, propter actionum formulas: quoniam ex certa ſtipulatione certi condictio, ex incerta actio ex ſtipulatu competit §. 1. Inſtit. de verbor. obligat. leg. certi condictio. de rebus credit. Deinde etſi nihil hodie referat, quo genere, aut titulo actionis vtamur, tamen alia ratio petendi eſt ex certa quam ex incerta ſtipulatione. Incerta enim petitio tunc admittitur, cum ſtipulatio incerta eſt, vt poſtea dicemus. §. qui illud. Adde, quod ad diſcernendas ſtipulationes vtiles ab inutilibus, hæc quoque diſputatio conducit. leg. ita ſtipulatus. infra. Stipulatio igitur certa eſt, cum ex ipſa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantum ſit quod ſtipulamur: incerta, vbi hæc tria non concurrunt. Certæ ſtipulationis exempla hæc ſunt, Aurei decem, fundus Tuſculanus, Homo Stichus, Tritici Africi optimi modij centum. Nam cum quis Stichum ſtipulatur, aut fundum Tuſculanum, ſatis perſpicuum eſt ex pronuntiatione, qualis, quantaque ea res ſit: tametſi nec qualitas rei, nec quantitas aliter exprimatur. Incertæ ſtipulationis exempla hic referuntur ab Vlpiano: vt ſi quis ſtipulatus ſit fundum, hominem, vinum, frumentum, &c. Sed & ſi quis vinum Campanum bonum certæ quantitatis ſtipulatus ſit, incerta nihilo minus dicitur ſtipulatio. Quia cum bonitatis gradus varii ſint, & aliud alio melius inueniatur, qualitas vini certa dici non poteſt. Proinde vt certa ſit ſtipulatio, ita concipere eam oportet, Vini Campani optimi amphoras centum. Atque hinc quæritur, an vinum quod mutuum datum eſt, peti poſſit condictione certi, ſi optimum forte datum non eſt. Sed non dubito, quin competat certi condictio, cum certum vinum, id eſt, eiuſdem bonitatis, & æſtimationis debeatur, ac petatur propter naturam contractus, & veriſimilem contrahentium voluntatem. l. cum quid. de reb. cred. quamuis de ſtipulatione idem dici non poſſit, cum nulla res certa datur à ſtipulatore, quam reddi oporteat.

Fundi certi ſi quis vſumfructum ſtipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxiſſe. hoc enim magis iure vtimur.

Si quis ſtipuletur vſumfructum fundi Tuſculani, incerta eſt hæc ſtipulatio. Non enim fundum ſtipulatur, qui certus eſt, ſed fundi vſumfructum, qui eſt incertus. Nam cum vſuſfructus morte, & pleriſque aliis modis finiatur, §. finitur. Inſtitut. de vſufruct. incerta eſt quantitas fructuum, quam ſtipulator ex fundo percepturus eſt, vt ante diximus de eo, qui ſtipulatur in ſingulos annos. leg. Stichum. §. ſtipulatio. Et idem paulo poſt dicitur de vſurarum ſtipulatione. §. qui ſortem. infra. Nec aduerſatur huic ſententiæ reſponſum Papiniani, de vſufructu certæ pecuniæ legato cum cautione. leg. tribus. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſum. De vtroque enim legato loquens, vſuſfructus ſcilicet, & cautionis, ait, alterum eſſe veluti certi, alterum incerti. Quibus verbis oſtendit, non certi legatum eſſe, vſuſfructus ſed veluti certi, quod altero legato, nempe cautionis, aliquanto certius ſit.

Illud dubitationem recipit, ſi quis id, quod ex Arethuſa ancilla natum erit, aut fructus, qui in fundo Tuſculano nati erunt, dari ſibi ſtipulatus ſit, an incertum ſtipulatus videatur. Sed ipſa natura manifeſtiſſimum eſt, incerti eſſe hanc ſtipulationem. Sed qui vinum, aut oleum, vel triticum, quod in horreo eſt, ſtipulatur, certum ſtipulari intelligitur. Qui vero à Titio ita ſtipulatur, Quod mihi Seius debet, dare ſpondes? *& qui ita ſtipulatur,* Quod ex teſtamento mihi debes, dare ſpondes? *incertum in obligationem deduci, licet Seius debeat certum, vel ex teſtamento certum debeatur: quamuis iſtæ ſpecies vix ſeparari poſſint ab ea, quam propoſuimus, de vino, vel oleo, vel tritico, quod in horreo repoſitum eſt. Et adhuc occurrit, quod fideiuſſores certum videantur promittere, ſi modo & is, pro quo obligentur, certum debeat, cum alioquin & ita interrogentur,* Id fide tua eſſe iubes?

Tres hic ſpecies proponuntur, in quibus quæritur, an ſtipulatio certa ſit. Prima ſpecies eſt, cum quis ſtipulatur partum, qui naſcetur ex Arethuſa, aut fructus, qui naſcentur ex fundo Tuſculano. Et Vlpianus ait, incertam eſſe ſtipulationem, idque natura manifeſtiſſimum eſſe. Nihil eſt enim natura incertius rebus futuris, quæ nōdum ſubſiſtunt in rerum natura. leg. cum ad præſens. & ſeq. de reb. cred. Cum autem certus ex ancilla partus editus fuerit, aut certi fructus ex agro nati, probabilius ac verius mihi videtur, condictionem certi competere. Nam tametſi condictio certi, ex certa ſtipulatione detur, ſicut actio ex ſtipulatu, ex incerta. §. 1. Inſtit. de verbo. obligat. tamen cum ſtipulatio incerta eſt propter rem, quæ certa aliquando futura eſt, vt in hac ſpecie, non tam ſpectatur certitudo contractus, quā rei, quæ petitur, quo tempore competit actio. Hinc Vlpianus ſub tit. de reb. cred. Certi condictio cōpetit ex omni cauſa, & ex omni obligatione, ex qua certū petitur, ſiue ex certo contractu petatur, ſiue

ex incerto. Sed obiicitur huic ſententiæ locus Vlpiani cap. 4. de vſur. Si ſtipulatus ſit rem dari, vacuamque poſſeſſionem tradi, fructus poſtea captos actione incerti ex ſtipulatu, propter inferiora verba, conſecuturum te, ratio ſuadet. Ego autem reſpondeo, non ſimplicem eſſe rationem petendorum fructuum. Poteſt enim peti certa quantitas fructuum condictione certi, vt iam diximus. Poſſunt etiam peti generaliter fructus capti à promiſſore, quorum quantitas, & modus ſtipulatori forte ignotus eſt: quo caſu incerti actione ex ſtipulatu agendum eſt. Idem dicendum, & ſi quis velit, quod ſua intereſt, petere actione incerti, in qua petitione fructus quoque comprehenduntur. Altera ſpecies eſt cum quis ſtipulatur vinum, aut triticum, quod in illo horreo eſt: in qua ſpecie demonſtratio certam ſtipulationem reddit. Certum eſt, inquit Paulus, cap. 6. de reb. credit. cuius ſpecies, vel quantitas, quæ in obligatione verſatur, aut nomine ſuo, aut ea demonſtratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantaque ſit, oſtenditur. Nam & Pedius lib. 1. de ſtipulationibus, nihil referre ait, proprio nomine res appellentur, an digito oſtendantur, an vocabulis quibuſdam demonſtrentur, &c. leg. certum. de reb. credit. Cum igitur ex demonſtratione ſatis apparet, quid, quale, quantum ſit in ſtipulatione, merito dicitur certa ſtipulatio eſſe. Tertia ſpecies eſt, cum quis ſtipulatur, quod Seius debet, vel quod ex teſtamento debetur. Quæ ſpecies, ſecundæ dici poteſt ſimilis eſſe. In vtraque enim verba præſens tempus demonſtrant, & relatio in hac poſtrema, non minus, quam in ſecunda, rem certam efficere videtur. Sed ſi quis vtranque paulo diligentius conſideret, non erit ei difficile iudicare, quanto certior hæc ſit altera. In ſecunda enim res ita demonſtratur, vt ſenſu percipi poſſit, cum qualitate & quantitate ſua, ſi quis modo horreum ingredi, & frumentum, quod oſtenſum eſt, inſpicere, ac metiri velit. Debiti vero, aut indebiti cognitio, non adeo expedita, facilisq; eſt. Atque hic locus nos admonet quam recte, ac vere dictum ſit à Platone, nihil difficilius, quam ſimilitudines, ac diſſimilitudines rerum noſſe. Eſt enim id hominis valde perſpicacis, & qui in quaque re, aut arte multum exercitatus ſit.

Qui id, quod in faciendo, aut non faciendo conſiſtit, ſtipulatur, incertum ſtipulari videtur: in faciendo: veluti foſſam fodiri, domum ædificari, vacuam poſſeſſionem tradi: in non faciẽdo, veluti per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat, per te non fieri, quo minus mihi hominem Erotem habere liceat.

Cum factum quis ſtipulatur, poteſt videri nonnunquam ſtipulatio certa eſſe: vt ſi quis quantitatem exprimat domus, vel foſſæ, aliaque huiuſmodi, ex quibus poſſit apparere, quod, quale, quantumque opus fieri, velit ſtipulator. Sed quia non ſubſiſtunt, facta in rerum natura, antequam fiant, leg. 1. de ope. ſeruor. & incertum eſt, an futura ſint, ideo incerta eſſe dicuntur. Adde, quod talis ſtipulatio, id quod intereſt continet, leg. ſi quis ab alio. de re iudic. in quo magna verſatur incertitudo. leg. vlti. de prætor. ſtipul. l. quatenus. de regu. iur.

Qui illud, aut illud ſtipulatur, veluti decem, vel hominem Stichum: vtrum certum, an incertum deducat in obligationem, non immerito quæritur. Nam & res certæ deſignantur, & vtra earum potius præſtanda ſit, in incerto eſt. Sed vtcunque is, qui ſibi electionem conſtituit, adiectis his verbis, Vtrum ego velim, *poteſt videri certum ſtipulatus, cum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tãtum intendere ſibi dari oportere: qui vero ſibi electionem non conſtituit, incertum ſtipulatur.*

Cum quis Stichum, aut Pamphilum ſtipulatur, hæc alternatio incertitudinem parit. leg. Prætor. §. quod autem. de iniur. Cum enim electio eſt promiſſoris, nihil certum ex hac ſtipulatione peti poteſt. §. huic autem. Inſtitut. de act. l. plerunque. de iure dotium. Stipulationis enim certitudinem ex actione, quæ competit ſtipulatori, metimur. Proinde ſi conuenerit, vt ſtipulatoris ſit electio, recte dicitur ſtipulatio certa eſſe.

Qui ſortem ſtipulatur, & vſuras quaſcunque, certum & incertum ſtipulatus videtur, & tot ſtipulationes ſunt, quot res.

Si quis ſtipuletur ſortem, & vſuras quaſcunque, id eſt, ſiue trientes, ſiue ſemiſſes, ſiue alias grauiores, aut leuiores vſuras: duæ ſunt ſtipulationes, vna ſortis, altera vſurarum, vt perſpicuum eſt ex his, quæ diximus cap. 16. l. ſi Stichum. §. vlt. ſupr. quarum vna certa eſt, nempe ſtipulatio ſortis, altera eſt incerta. Eſt enim vſurarum præſtatio infinita, nec certum eſt, quãtum, aut quandiu in futurum pendentur, vt ſupr. diximus de annuæ quantitatis ſtipulatione, cap. 16.

Hæc ſtipulatio, Fundum Tuſculanum dari? *oſtendit ſe certi eſſe continetque, vt dominium omnimodo efficiatur ſtipulatoris quoquo modo.*

Cum ex ipſa pronuntiatione appareat, quid, quale, quantumque ſit in hac ſtipulatione, ſatis apparet, eam certam dicendam eſſe. Non idem dicendum eſt de hac ſtipulatione, *Fundum Tuſculanum tradi*: quia non fundus Tuſculanus ea continetur, ſed nuda eius poſſeſſio. Qui enim ſtipulatur fundum Tuſculanum tradi, nudam poſſeſſionem, quæ facti eſt, ſtipulari intelligitur. Et quia facta, antequam fiant, in rerum natura non ſunt: ideo incerta dicuntur. §. illud. ſupra. l. 1. de oper. ſer. Itaque nihilo magis certa eſt hæc ſtipulatio, quam ſi quis fundi Tuſculani vſumfructum ſtipuletur. §. fundi. ſupra. Qui vero ſtipulatur fundum Tuſculanum ſimpliciter, aut quod idem eſt, fundum Tuſculanum dari, rem ipſam, quæ certa eſt, non eius poſſeſſionem ſtipulatur. At enim acquiri non poteſt ſtipulatori ſine traditione, dixerit aliquis: factum igitur continet hæc ſtipulatio. Reſpondeo, eum qui ita ſtipulatur, nihil de traditione exprimere. Itaque continetur hac ſtipulatione, vt dominium efficiatur ſtipulatoris ſiue traditione, ſiue quocunque alio modo. Nam & ſine traditione dominium aliquando acquiri poteſt. §. interdum. Inſtit. de rerum diuiſio. l. 1. de except. rei vendit. Hinc vulgo annotari ſolet, eum, qui dare promiſit, præciſe ad dandum obligari, nec liberari, id quod intereſt præſtando. l. ſi ſeruum. 91. §. vltim. infra. l. in re furtiua. de condi. furti. & hoc differre obligationes dandi, ab obligationibus faciendi, vt ſupra diximus. l. ſtipulationes non diuiduntur. Alius tamen eſt ſenſus horum verborum, vt ex iam dictis conſtat. Nec per omnia vera eſt vulgaris hæc diſtinctio. Nam etſi res, quam quis dari ſtipulatus eſt, in obligatione, ac petitione ſit: tamen officio iudicis continetur, vt litis æſtimationem ſoluens abſoluatur. Quod maxime locum habet in rebus, pondere, numero, menſura conſtantibus, in quas nulla probabilis cadit affectio, niſi forte hæ res ſint neceſſariæ creditori: vt de frumento Siculo ſcribit Cicero lib. 5. in Verrem. leg. quoties in diem. ſupra. leg. vinum. ſupra, de reb. cred. l. cum quis. ſupra, de obligat. & actio. Sed & de rebus quoque aliis multa exempla reperiuntur. leg. ſi ſeruus venditus. de euict. leg. venditor. 2. §. vltim. de hæred. vel actio. vendit. leg. 3. §. item quæri. ſupra, de reb. eor. qui ſub tutel. l. certum. de confeſſ. Nam etſi ſtrictam rationem ſequendo, dici poſſit, aliud pro alio hic ſolui: tamen ea res non multum incommodi affert: quia pecunia res omnes compenſantur: & in lite æſtimanda, non modo pretium rei ſpectatur, ſed etiam id, quod præterea intereſt, adeo vt contumaciæ quoque interdum habeatur ratio. Itaque iudicatum, qui pecuniam, & litis æſtimationem dare paratus eſt, incarcerandum non eſſe arbitror, ſed eum tantum, qui omnem ſolutionem detrectat. l. 1. Cod. qui bonis ced. poſſ. Quod cum ita ſe habeat, perſpicuum eſt, inter obligationes dandi, ac faciendi, non multum intereſſe. Non inficior tamen, in vtriſque aliquando, ſuadente æquitate, rem, quæ à reo poſſidetur, auferri poſſe, vt ſupra diximus in leg. ſtipula. non diuiduntur. Quod in obligationibus reſtituendi præcipue obſeruatur. leg. qui reſtituere. de rei vindic. leg. ſtipulatio. §. ſiue autem. de noui operis nunt. Adde & quoſdam caſus vulgo obſeruari, in quibus ab eo, qui dare promiſit, id quod intereſt, tantummodo peti videtur, ſicut in faciendi obligationibus. l. ſi pœnam. ſupra. l. liber homo. §. vlt. infra. Sed de his alibi opportunius.

LXXVI. PAVLVS LIB. XVIII. AD EDICTVM.

SI ſtipulatus fuerim, Illud, aut illud, quod ego volue-ro? *hæc electio perſonalis eſt, & ideo ſeruo vel filio talis electio cohæret: in hæredes tamen tranſit obligatio, etiam ante electionem mortuo ſtipulatore.*

Si quis ſtipulatus ſit, illud, aut illud, vtrum voluerit, quæritur, an hæc electio perſonalis ſit, & an alius, quã ſtipulator eligere poſſit? Et Paulus docet, quatenus perſonalis ſit hæc electio. Si enim, inquit, ſeruus, aut filius ita ſtipulatus ſit, eligendi facultas ita cohæret perſonæ ſtipulatoris, vt nec pater, nec dominus eligere poſſit. Idemque ſcriptum eſt à Caio cap. vlt. de electione, quæ in perſonam extranei collata eſt. Sed cum is, qui ſui iuris eſt, ſtipulatur, eo mortuo tranſit facultas eligendi ad hæredem, ad quem & actio hæreditaria ex ſtipulatu. Ac quod magis mirum eſt, tranſit electio quoque in legatarium, in quem actio ex ſtipulatione transfertur. Ait enim Vlpianus, ſub tit. de leg. 1. l. ſi ſic legatũ. 78. §. vlt. Si quis ita ſtipulatus, *Stichum, aut decem, vtrum ego velim?* legauerit, quod ei debeatur, tenebitur hæres eius, vt præſtet legatario actionẽ, electionem habituro, vtrum Stichum, an decem perſequi malit. Sed vnde varietas hæc iuris, vt electio à perſona filij in patrem non tranſeat, à perſona tamen defuncti, non ſolum in hæredem, ſed etiam in legatarium transferatur? Variæ excogitantur rationes tantæ diuerſitatis à vulgaribus Doctoribus: mihi autem ex eo pendere id videtur, quod iam ſæpe à nobis dictum eſt, nempe, in ſtipulationibus ſemper inſpiciendum eſſe quid actum ſit. l. eum qui Calendis. ſupra. Cum enim vni acquiritur obligatio, ſiue per ſe, ſiue per alium, & alterius perſona exprimitur: perſonalis intelligitur eſſe electio, ne fruſtra nominari ea perſona videatur. exemplum vnum hic eſt, cum filius ſtipulatur, &c. Alterum exemplum eſt in cap. vlt. cum quis ſtipulatur, illud, aut illud, vtrum Titius voluerit. Si vero exprimatur perſona ipſius, cui acquiritur obligatio, veriſimile non eſt hoc actum eſſe, vt perſonalis ſit electio. Atque ideo is eligendi facultatem habet, ad quem tranſit obligatio, & actio ex ſtipulatione, ſiue hæres, ſiue legatarius is ſit, vt ante diximus. l. illud. de opt. leg. dict. l. ſi ſic legatum. §. vlt.

Cum ſtipulamur, Quicquid te dare facere oportet? *id duntaxat, quod præſenti die debetur, in ſtipulationem deducitur, non, vt in iudiciis, etiam futurum. Et ideo in ſtipulatione adiicitur verbum,* Oportebit, *vel ita,* Præſens in diemve. *Hoc ideo fit, quia qui ſic ſtipulatur,* Quicquid te dare facere oportet? *demonſtrat eam pecuniam, quæ iam debetur. Quod ſi totam demonſtrare vult, dicit,* Oportet oportebitve, *vel ita,* præſens in diemve.

Si quis ita ſtipuletur, *Quicquid te dare facere oportet?* hoc verbum, quod præſens tempus demonſtrat, ad futurum non refertur. l. ſi à colono. infra. Atque ideo ex hac ſtipulatione, nihil poterit peti, niſi quod tempore ſtipulationis contractæ debebatur. Nam ſi verba obſcura contra ſtipulatorem interpretemur, l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. multo magis verborum, quæ clara ſunt, ſignificationem amplectimur, eique hæremus, ne promiſſori noceatur. l. ſi ſeruitus. de ſeruit. vrb. præd. Vnde fit, vt in legatis idem ius eſſe dicatur, l. ſi ita ſcripſiſſe. de leg. 2. quoniam in vltimis voluntatibus non aliter à verborum ſignificatione recedimus, quam ſi teſtatorem aliud ſenſiſſe appareat. l. non aliter. de lega. 3. Contra tamen, ſi verbo futuri temporis vſi ſint contrahentes, puta hoc modo, *Quicquid te dare oportebit.* præſens quoque debitum continetur. l. verbum oportebit. de verborum ſignif. quia hic à verborum ſignificatione non receditur. Quod enim mihi nunc dare oportet, id poſtea dare oportebit, donec ſolutum, ſatisfactumve fuerit. Sane in pleriſq; iudiciis hoc verbum latius porrigitur, cum ita intendimus, *Si paret dare oportere.* l. verbum oportere. de verb. ſign. ſed de iudiciis alius eſt differendi locus. Not. in l. non poteſt. l. non quemadmodum. de iudic.

LXXVII. IDEM LIB. LVIII. AD EDICTVM.

AD diem ſub pœna pecunia promiſſa, & ante diem mortuo promiſſore, committetur pœna, licet non ſit hæreditas eius adita.

Cum ſtipulatio pœnalis diem certum habet, lapſu diei ſtatim committitur pœna. l. magnam. C. de contrah. & commit. ſtipul. Nec intereſt an interpellatus promiſſor ſit, necne, vt vulgo receptum eſt, licet aliqui diſſentiant. Not. in l. vinum. de reb. cred. Ac ne illud quidem inquirimus, an facultatem habuerit promiſſor ſoluendi ante diem: quia ſufficit conditionem extitiſſe. Itaque mirum videri non debet, ſi iacente hæreditate promiſſoris, committatur hic pœna, quamuis ſæpe alias tempus, quo iacuit hæreditas, detrahi ſoleat. l. is cui. §. ceſſatum. vt in poſſeſ. l. Diuerſum ius eſt ſi hæreditas ſtipulatoris adita non ſit, quia interim nulla eſt perſona, cui promiſſor ſoluere poſſit. l. pecuniæ. §. 1. de vſuris. Illud quæſitum eſt, an hæres promiſſoris in integrum reſtituatur, vt pœnam commiſſam non exoluat. Et exiſtimo ita reſtitui poſſe, ſi magna aliqua & grauis cauſa id ſuadet. Argum. l. 1. quib. ex cauſ. maior. Quod & ſupra annotauimus in ſpecie non diſſimili, cap. 49. l. cum filius. §. in hac.

LXXVIII. IDEM LIB. XLII. AD EDICTVM.

SI filiusfamilias ſub conditione ſtipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio: patri actio competit: quia in ſtipulationibus id tempus ſpectatur, quo contrahimus.

In hac ſpecie ſtricta ratio exigit, vt tempus exiſtentis conditionis inſpiciamus, cum ex eo tempore ſtipulatio vires capiat, nec ante quicquam ex ea debeatur. l. cedere diẽ. de verb. ſign. Idq; obſeruatur in legatis, quæ ſub conditione relinquũtur. l. quæ legata. de reg. iur. l. ſi vxor. C. de cond. inſer. Æquitas autem ſuadet vt ab eo ſtricto iure nonnihil deflectamus in contractibus, qui factum filij, operamque deſiderant, & eius temporis rationem habeamus, quo ſtipulatio contracta eſt, non quo extitit conditio. Nam filius omnem operam, ſtudiũ, induſtriam, actionem debet patri, ſicut ſeruus domino, quãdiu eſt in eius poteſtate, adeo vt quicquid agit filius, id ex re ſubſtantiaq; patris eſſe intelligatur. arg. l. qui bona. de acq. rer. dom. Quod non accidit in legatis, quæ nullam filij operam, actionemve requirunt. l. cum pater. §. ſurdo. de legat. 2. Strictam igitur rationem in legatis ſequimur, quod in eis pater minus iuris, quam in contractibus filij habere videatur. Cætera, quæ ad hunc locum pertinent, tractaturi ſumus cap. 132. l. quidam. §. vlt.

Cum fundum ſtipulatus ſum, non veniunt fructus, qui ſtipulationis tempore fuerunt.

In ſtipulatione id omiſſum eſſe intelligitur, quod palam verbis expreſſum non eſt. l. quicquid. 99. Itaque cum fundum quis ſtipulatur, non veniunt fructus, qui tempore ſtipulationis pendentes erant, quamuis actione ex empto, quæ bonæ fidei eſt, petantur. l. Iulianus. §. fructibus. de act. emp. Nota enim eſt ſtrictorum, ac bonæ fidei iudiciorum differentia, de qua noſter extat Commentarius, qui ante annos duodecim editus eſt. Sed & ſi quis rem ſuam ab aliquo vindicet iudicio petitorio, fructus quoque pendentes veniunt. Quid enim iuſtius eſt, quàm rei ſuæ fructus dominum capere? Qua ratione ſub titul. de rei vindica. collocatum eſt à Triboniano illud Caij, Fructus pendentes pars fundi eſſe videntur. Vtilitas quoque exigit, vt in iudicio, quo alienata in fraudem creditorum reuocantur, horum fructuum habeatur ratio. l. vlt. §. fructus. de his quæ in fraud. credit. Alias in ſtrictis iudiciis, cuiuſmodi eſt actio ex ſtipulatu, nulla horum fructuum nomine fit condemnatio. Quod eſt accipiendum, niſi eorum mentio facta ſit in ſtipulatione concipienda, vel ex vi verborum de iis actum eſſe appareat. argum. l. ſi ſtipulatus. de vſur. De aliis fructibus, qui tempore ſtipulationis in fundo non erant, videnda eſt Pauli diſtinctio cap. 38. de vſuris. leg. videamus. §. ſi

mus. §. ſi actionem. Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur, promiſſorem fundi poſt moram damnandum eſſe quanti intereſt ſtipulatoris, alio in loco videbimus. l. ſi fundum. 114.

LXXIX. VLPIANVS LIB. LXX. AD EDICTVM.

SI procuratori præſentis fuerit cautum, ex ſtipulatu actionem vtilem domino competere, nemo ambigit.

Si ſtrictum merumque ius inſpiciamus, ex ſtipulatione procuratoris nulla domino competit actio, l. poſſeſſio quoque. §. vltim. de acquir. poſſeſ. l. 1. C. per quas perſon. vt oſtendimus ſupr. cap. 38. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. Sed hæc ſubtilitas negligitur, quoties vtilitas aliqua vel æquitas id ſuadet, & deficiente directa actione datur vtilis actio: veluti cum domino præſente ſtipulatus eſt procurator. Quod enim à procuratore fit, domino non conſentiente ſolum, ſed etiam præſente, prope eſt, vt à domino ipſo factum intelligatur. l. falſus. §. ſed ſi is. de furtis. l. quod ſtatu liber. de donat. cauſ. mortis. l. ſi dictum. §. ſi præſente. de euict. Eadem vtilitas eſt, & cum procurator ex re domini ſtipulatur. l. quod procurator. 68. de procurat. l. pen. C. ad exhib. Nec deſunt alii ſimiles caſus, qui legendo facile obſeruari poſſunt. l. in cauſæ. §. vltim. de procur. l. in omnibus. de prætor. ſtipul. l. Iulianus. §. ſi procurator. de act. empt.

LXXX. IDEM LIB. LXXIIII. AD EDICTVM.

QVoties in ſtipulationibus ambigua oratio eſt, commodiſſimum eſt, id accipi, quo res, de qua agitur, in tuto ſit.

Si in verbis ſtipulationis obſcuritas aliqua vel ambiguitas reperiatur ante omnia videndum eſt, quid actum ſit. l. eum qui Calendis. ſupra. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iuris. Quod ex variis coniecturis colligitur, de quibus nihil poteſt in vniuerſum definiri. l. 3. de teſtib. Inter cæteras autem coniecturas hæc multum mouere iudicem debet, cuius hic nos admonet Vlpianus. Si enim exprimat oratio duas ſententias, ac ſecundum alteram inutilis futura ſit ſtipulatio, eam accipiemus, per quam res in tuto eſſe poſſit. Quod enim Epictetus ſcribit in Enchiridio, cuiuſq; rei anſam duplicem eſſe, alteram qua ferri poſſit, alteram qua non poſſit: id maxime locum in hac re habet. Eſtque appoſitum huius rei exemplum ſupra cap. 41. de eo qui promiſit Calendis dare, & infra capite proximo, cum pleriſque aliis. Et huic ſimiles reperiuntur permultæ iuris authorum ſententiæ, quas iudices ante oculos habere ſemper debent, quoties occurrit quæſtio, quæ in ſtatu coniecturali verſatur. c. 1. de reb. dubiis. Commodiſſimum eſt id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat. cap. 12. eod. tit. Semper in dubiis id agendum, vt quam tutiſſimo loco res ſit, bona fide contracta. cap. 63. de reg. iur. Quoties idem ſermo duas ſententias exprimit, ea potiſſimum accipiatur, quæ rei gerendæ aptior eſt. Cum autem nulla coniectura eſt, ex qua poſſit voluntas contrahentium apparere, ſequimur id, quod minimum eſt, & contra ſtipulatorem interpretamur. l. ſemper in ſtipulationibus. de regul. iur. vt diximus ſupra, c. 38. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus.

LXXXI. IDEM LIB. XXVII. AD EDICTVM.

QVoties quis alium ſiſti promittit, nec adiicit pœnam, puta, vel ſeruum ſuum, vel hominem liberum, quæritur, an committatur ſtipulatio. Et Celſus ait, etſi non eſt huic ſtipulationi additum, Niſi ſteterit, pœnam dari? *id quanti intereſt ſiſti, contineri. Et verum eſt, quod Celſus ait. Nam qui alium ſiſti promittit, hoc promittit, id ſe acturum, vt ſtet.*

Si quis alium aliquid daturum, facturumve promittat, inutilem ſtipulationem eſſe, certi iuris eſt. §. ſi quis alium, Inſti. de inutil. ſtipul. Qua de re non indiligenter diſſeruimus cap. 38. Sed hoc ius ex ſubtilitate quadam artis oritur, quamuis vtilitatem habeat. Proinde quoties occurrit ſtipulatio, quæ aliqua ſubtili interpretatione defendi poſſit, facile eo inclinant Iureconſulti, vt eam valere dicant. Sic ſubtilitate ſubtilitas, vt clauo clauus eliditur. Exemplum vnum eſt ſub tit. de conſtitut. pecu. l. qui autem. ſi quis promiſerit Titium pro ſe fideiuſſurum. Hunc enim interpretantur factum ſuum promittere, quaſi ſe daturum Titium fideiuſſorem promittat. Vtraque enim oratione idem ſignificatur. Si igitur quis promittat alium ſiſti, nulla ratio impedit, ac ne verborum quidem proprietas, quo minus ita accipiamus, quaſi ſiſtere, & exhibere illum promittat. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. ſupr. Quidam hunc locum intelligunt, de ſtipulatione Prætoria, cuius eſt benignior interpretatio quam conuentionalis. l. in ſtipulatione. infra rem rat. hab. l. in conuentionalibus, ſupra. Nã & inſcriptio capitis indicat ſumptum id eſſe ex tit. de prætor. ſtipul. Sed melius eſt fortaſſis, vt hæc verba, quæ generalia ſunt, de quocunque ſtipulationis genere accipiantur.

Si procurator ſiſti aliquem, ſine pœna ſtipulatus ſit, poteſt defendi non ſuam, ſed eius, cuius negotium geſſit, vtilitatem in eam rem deduxiſſe: idque fortius dicendum eſt, & ſi quanti ea res eſt, *ſtipulatio proponatur procuratoris.*

Cum procurator aliquem ſiſti promittit, non videtur vtilis eſſe ſtipulatio, quia ſtipulatoris non intereſt. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ſupra. Verum vt valeat ſtipulatio potius, quam pereat, ſecundum regulam prius traditam cap. 80. ſic accipimus, quaſi vtilitatem domini in hanc ſtipulationem deduxerit. Quamuis enim procurator ex ſtipulatione ſibi acquirat obligationem, non domino, vt dixi cap. 79. tamen ſtipulatio propter commodum domini, vtilitatemque defenditur. Sed hic locus paulo plenius, & fuſius tractatur apud Neratium, c. 14. tit. Si quis caution. ſupra.

LXXXII. IDEM LIB. LXXXVIII. AD EDICTVM.

NEmo rem ſuam vtiliter ſtipulatur, ſed pretium rei ſuæ non inutiliter. Sane rem meam mihi reſtitui recte ſtipulari videor.

Si quis rem ſuam ſtipuletur, inutilis eſt ſtipulatio: quia qui dominus eſt rei, ex nulla alia cauſa poteſt eam acquirere. De pretio tamen rei ſtipulatio vtiliter contrahitur, cum rei pretium à re multum differat. l. qui vas. §. vltim. de furt. l. fundum Cornelianum. de nouat. leg. ſi alii. de vſufru. Eademque eſt ratio poſſeſſionis, aut vſusfructus. l. eum qui ita. 56. §. qui proprietatem. Proinde ſi quis ſtipuletur rem ſuam ſibi reſtitui, aut tradi, quam forte non poſſidet, vtilis eſt hæc ſtipulatio, quæ non tam de re quam de poſſeſſione rei, interponitur. Quod autem dicitur, inutilem eſſe ſtipulationem rei propriæ, perpetuum non eſt, ſed exceptiones aliquas habet, de quibus cap. 29. & cap. 31.

Si poſt moram promiſſoris homo deceſſerit, tenetur nihilo minus, perinde ac ſi homo viueret: & hic moram videtur feciſſe, qui litigare maluerit, quam reſtituere.

Quæ ad huius capitis interpretationem pertinent, ſatis diligenter tractata ſunt ſupra, cap. 23. Illud addendum eſt, eum moram facere, qui litigare mauult, quam reſtituere, niſi iuſtam aliquam ac probabilem litigandi cauſam habeat, vt puta quia ſucceſſit in locum debitoris. l. qui in alterius. de regul. iur. Hinc dicitur in regula iuris, Qui ſine dolo malo ad iudicium prouocat, non videtur moram facere. l. qui ſine dolo. Et in alia regula, Non poteſt improbus videri, qui ignorat quantum ſoluere debeat. l. non poteſt improbus. Et Paulus ſub tit. de vſur. cap. 24. Si quis, inquit, ſolutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur feciſſe moram, vtique ſi iuſte ad iudicium prouocauit.

LXXXIII. PAVLVS LIB. LXXII. AD EDICTVM.

INter ſtipulantem, & promittentem negotium contrahitur. Itaque alius pro alio promittens daturum, facturumve eum, non obligatur. Nam de ſe quenque promittere oportet, & qui ſpondet, Dolum malum abeſſe abfuturumve eſſe, *non ſimplex abnutiuum ſpondet, ſed curaturum ſe, vt dolus malus abſit. Idemque in illis ſtipulationibus,* Habere licere, *item,* Neque per te, neq; per hæredem tuum fieri, quo minus fiat.

Hoc caput ſatis interpretati ſumus cap. 38.

Si Stichum ſtipulatus, de alio ſentiam, tu de alio, nihil actum erit. Quod & in iudiciis Ariſto exiſtimauit. Sed hic magis eſt, vt is petitus videatur, de quo actor ſenſerit. Nam ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu valet: iudicium autem etiam in inuitum redditur, & ideo potius actori credendum eſt: alioquin ſemper negabit reus ſe conſenſiſſe.

Cum ſtipulatio ſine duorum conſenſu non perficiatur, perſpicuum eſt, ſi Stichum ſtipulatus de vno ſentiat, promiſſor de alio, quia duo ſunt forte eiuſdem nominis ſerui, ſtipulationem non valere. l. continuus. §. 1. infra. l. in omnibus. ſupra de obligation. Tunc enim ad coniecturas recurrimus, aut eis deficientibus contra ſtipulatorem interpretamur, cum incertum eſt, quid actum ſit inter contrahentes. Nam ſi certum ſit eos diſſenſiſſe, nullus eſt interpretationi locus relictus. Iudicii alia ratio eſt, nec irritum fit propter diſſenſum actoris, & rei. Non enim vtriuſque conſenſus hic requiritur, vt in ſtipulatione, quia iudicium etiam in inuitum redditur. Si quis igitur Stichum petens, ſentiat de vno, & reus forte videns ſe conuinci teſtimoniis, contendat ſe de alio eiuſdem nominis ſenſiſſe, iudicium accipiendo, ſecundum actorem interpretabimur, ne alias reo eludendi iudicii occaſio præbeatur. Sic enim poſſet reus tergiuerſando dicere: Cum de Sticho inter nos iudicium acciperetur, quia duo Stichi ſint, de primo ſenſi: quem me debere pernego. De ſecundo illo, de quo te ſenſiſſe ais, tunc videro, cum eius ſerui nomine iudicium mihi dictabitur. Hic vides eluſorium fore iudicium, ſi id accipiamus, quod reus, non quod actor ſenſerit. Vnde Vlpianus ſub tit. de iudic. Si quis, inquit, intentione ambigua, vel oratione vſus ſit, id quod vtilius ei eſt, accipiendum eſt. l. ſi quis intentione. Sed ſequi non poteſt condemnatio, niſi ante ſententiam appareat iudici, de quo actum ſit, vel ex ipſius actoris declaratione. Ad hæc probatio ſemper hic neceſſaria eſt, quæ & tum requiritur, cum inter litigantes conuenit, de quo actum ſit. l. qui accuſare. C. de edend. Vlpianus cap. 5. de rei vindic. Si plures ſint eiuſdem nominis ſerui, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum ſit, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem. Quod cum ita ſit, nullam habet conquirendi cauſam is, vnde petitur, ob hanc declarationem voluntatis, quæ permittitur actori, quia nullum effectum habitura eſt, niſi certam rem ſibi debitam eſſe docuerit. In ſumma, nihil refert in iudiciis, quid ſenſerit reus, ſed tantum inſpicimus quid ſenſerit, ac declarauerit actor, quidque ſibi debitum eſſe tandem probauerit. Sic enim fit, vt ſine vlla rei captione ratum ſit iudicium. Quidam vir eruditus, cuius monumenta iam fato functi, non ita pridem exierunt, Connanus, tit. de verbor. obligat. alium huius loci ſenſum commentus eſt, quem hactenus latuiſſe ait, ſed opinor hominem, non vulgaris doctrinæ, ac iudicii, ſi vixiſſet diutius, id emendaturum fuiſſe.

Si ſtipulante me Stichum, aut Pamphilum, tu vnum daturum te ſpoponderis, conſtat non teneri te, nec ad interrogatum eſſe reſponſum. Diuerſa cauſa eſt ſummarum, veluti, Decem aut viginti dare ſpondes? *Hic enim, etſi decem ſpoponderis, recte reſponſum eſt: quia ſemper in ſummis, id quod minus eſt, ſponderi videtur. Item ſi ego plures res ſtipuler, Stichum puta, & Pamphilum, licet vnum ſpoponderis, teneris. Videris enim ad vnam ex duabus ſtipulationibus reſpondiſſe.*

Si interrogatus de vna re, duas coniunctim promittat, aut contra, quatenus valet ſtipulatio, ſatis dictum eſt c. 1. De alternatione rerum maior eſt dubitatio: veluti cum mihi ſtipulanti Stichum, aut Pamphilum, tu Stichum promittis. Cũ enim promiſſoris ſit electio, niſi aliud actum ſit, l. vbi. §. qui illud. ſup. eaq; ſit mens ſtipulatoris, vt alterum habeat, quem promiſſor voluerit: videtur valere ſtipulatio, quaſi Stichum promiſſor ſtatim eligat, atque ita ſtipulator & promiſſor in idem conſentiant. Sed Paulus noſter hic ait, ſtipulationem non valere, quod ad interrogatum promiſſor non reſponderit. Nec verum eſt, ſtipulatorem hoc animo diſiunctim ſtipulari, vt alter tantum ſibi promittatur; quaſi nihil interſit ſtipulatoris, vtrum horum fiat. Nam ſtipulatori longe vtilius eſt vtrumque ſibi diſiunctim, quam alterum promitti: quia cum duæ res in ſtipulationem deducuntur diſiunctim, vna perempta, vel ſtipulatoris facta ex alia cauſa, nihilominus debetur altera. l. ſi Stichum. ſ. l. ſi in emptione. §. vltim. de contrah. empt. In ſummis vero nihil cauſari poteſt ſtipulator, cur diſiunctim ſibi plures ſummas, quam vnam tantum, promitti malit. Ac idcirco diuerſitas reſponſionis hic non nocet ſtipulationi. Quod autem hic dicitur, valere ſtipulationem, ſi de minore ſumma reſponſum ſit, rationem habet: quia ſi ſimpliciter reſponſum eſſet, minor ſumma deberetur, ſupr. cap. 12. Sed etſi de maiore ſumma reſponſum ſit, adhuc ſtipulationem valere arbitror, quaſi in eam ſummam, tam ſtipulator, quam promiſſor, conſenſiſſe intelligantur.

Sacram rem, vel religioſam, vel vſibus publicis in perpetuum relictam, vt forum, aut baſilicam, aut hominem liberum, inutiliter ſtipulor: quamuis res ſacra profana fieri, aut vſibus publicis relicta, in priuatos vſus reuerti, & ex libero ſeruus fieri poſſit. Nam & cum quis rem profanam, aut Stichum dare promiſit, liberatur, ſi ſine facto eius res ſacra eſſe cœperit, aut Stichus ad libertatem peruenerit: nec reuocatur in obligationem, ſi rurſus lege aliqua, & res ſacra profana eſſe cœperit, & Stichus ex liberto ſeruus effectus ſit: quoniam vna atque eadem cauſa & liberandi, & obligandi ſit, & quod aut dari non poſſit, aut dari poſſit. Nam & ſi nauem, quam ſpopondit, dominus diſſoluiſſet, & iiſdem tabulis compegiſſet, quia eadem nauis eſſet, inciperet obligari. Pro quo & illud dici poſſe Pedius ſcribit, Si ſtipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeam, donec naſcatur: & ſi natum ſine culpa promiſſoris conſumptum ſit, rurſum expectare debeam, donec iterum naſcatur, & dari poſſit, & per has vices aut ceſſaturam, aut valituram ſtipulationem. Sed hæc diſſimilia ſunt. Adeo enim, cum liber homo promiſſus eſt, ſeruitutis tempus ſpectandum non eſt, vt ne hæc quidem ſtipulatio de homine libero probanda ſit, Illum cum ſeruus eſſe cœperit, dare ſpondes? *Item* eum locum cum ex ſacro, religioſoue profanus eſſe cœperit, dare ſpondes? *quia nec præſentis obligationem temporis recipere poteſt: & ea duntaxat, quæ natura ſui poſſibilia ſunt, deducuntur in obligationem. Vini autem non ſpeciem, ſed genus ſtipulari videmur, & tacite in ea tempus continetur: homo liber certa ſpecie continetur, & caſum aduerſamque fortunam ſpectari hominis liberi, neque ciuile, neque naturale eſt. Nam de his rebus recte negotium gerimus, quæ ſubiici vſibus, dominioque noſtro ſtatim poſſunt. Et nauis, ſi hac mẽte reſoluta eſt, vt in aliũ vſum tabulæ deſtinarẽtur, licet mutato conſilio perficiatur, tamẽ & perẽpta prior nauis, & hæc alia dicenda eſt. Sed etſi reficiente nauis cauſa omnes tabulæ refixæ ſint, nondũ intercidiſſe nauis videtur, & cõpo-*

ſitis rur-

ſitis rurſus tabulis eadem nauis eſſe incipit: ſicuti de ædibus depoſita tigna ea mente, vt reponantur, ædium ſunt. Sed ſi vſque ad aream depoſita ſint, licet eadem materia reſtituatur, alia erit. Hic tractatus etiam ad Prætorias ſtipulationes pertinet, quibus de reſtituenda re cauetur, & an eadem res ſit quæritur.

Hoc caput pertinet ad ſtipulationem earum rerum, quæ in commercio humano non ſunt. Cuius capitis loci quinque ſunt præcipui.

I. Stipulationem rei, quę non eſt in commercio hominum, inutilem eſſe.

II. Non ideo conualeſcere eam ſtipulationem, quod res in commercio eſſe cœperit.

III. Si res aliqua poſt ſtipulationem deſierit in commercio eſſe, debitorem liberari.

IIII. Obligationem, quæ ob eam cauſam extincta eſt, non reſtitui.

V. Etſi conferatur ſtipulatio in tempus, quo futura eſt in commercio, non protinus eam valere. Prætor hos quinque locos, qui etiam in Inſtitutionibus breuiter, & dilucide deſcribuntur, ſub titul. de inut. ſtip. cætera quæ hic extant, πάρεργα ſunt, & horum gratia explicandorum adiecta. Nunc ſequitur eorum verborum, quæ nobis viſa ſunt obſcuriora, explanatio.

Sacram rem. Exempla ſunt earum rerum, quæ non ſunt in commercio humano, de quibus ſupra ſub tit. de rer. diuiſ. Nam publicæ res (vt de cæteris taceam) id eſt, quæ publicis vſibus relictæ, vt Paulus hic loquitur, in commercio hominum non ſunt: veluti theatrum, campus Martius: l. apud Iulianum. §. vltim. de legat. 1. tametſi earum rerum, quæ in pecunia ſunt populi, commercium ſit: cuiuſmodi ſunt prædia quædam, vectigaliaque publica. l. ſed Celſus. de contrahend. emptio. Harum igitur inutilis eſt ſtipulatio, quia dari non poſſunt. Nos enim de ſtipulatione hic loquimur, qua rem dari ſtipulamur, non de ea, qua ſtipulamur, rem tradi, vel alia huiuſmodi, quæ nudum factum continent. l. ſi rem tradi. ſupra. Nam & ſi quis ſtipuletur ædem ſacram, vel locum religioſum ædificari, valet ſtipulatio, ſupra cap. 38. De iis rebus, quæ commercio hominum exemptæ non ſunt, ſed tamen earum commercium non habent aliqui, diximus ſupra cap. 34.

Quamuis res ſacra. Secundus eſt locus huius capitis, quo admonemur, ſtipulationem non pendere ex euentu, ſed ab initio non valere. §. idem iuris. Inſtit. de inutil. ſtipul.

Nam & cum quis. Tertius eſt locus de liberatione: de quo & aliquid attigimus cap. 51.

Nec reuocantur. Quartus locus hic eſt, quo oſtendit Paulus, extinctam obligationem non ideo reſtitui, quod res ad priſtinum ſtatum redierit poſt liberationem. Cum enim res huiuſmodi ſtatum ſuum, & conditionem mutat, alia quædam res nouaque eſſe intelligitur. Id quod Paulus 98. cap. tit. de ſolut. ſubtiliter demonſtrat. l. qui res. §. aream. Quamuis autem in eo cap. Paulus Celſi ſententiam reprehendat, qui exiſtimabat in hoc caſu ſeruum ex ſtipulatione peti poſſe: tamen obtinuit ſententia Celſi in legato. Verba eius hæc ſunt, ſub tit. de legatis 3. Seruus quoque legatus ſi interim manumittatur, & poſtea factus ſit ſeruus, peti poteſt. l. ſi chorus. §. vlt. Nec Pauli ſententia illi contraria eſt, quæ ad ſtipulationes tantum non etiam ad legata pertinet. Nam vt illud generale mittam, pleniorem eſſe teſtamentorum interpretationem. l. in teſtamentis. de reg. iur. nouum non eſt, media tempora in teſtamentis non nocere. Idque cum ſcriptum extet de perſonis, cur ad res minime producatur, non video. l. 6. §. ſolemus. l. ſi alienum. §. 1. de hæred. inſti.

Quorum vna, atque eadem. Obſcurus hic eſt noſter Paulus, & conciſus more ſuo. Sed mihi videtur hic ſenſus eſſe, non ideo reſtitui obligationem, ſtatu rei mutato, quod vna & eadem cauſa liberandi & obligandi ſit, &c. Videbatur enim hac ratione res in obligationem reuocari, quia vna atque eadem cauſa eſt liberandi & obligandi. Cauſa obligandi eſt, quia res dari poteſt. Cauſa liberandi, ſiue obligationem extinguendi, quia dari non poſſe cœpit, quod deſierit eſſe in commercio. Ergo ſi ad priſtinum ſtatum redierit, & cœperit rurſus in commercio eſſe, videtur in obligationem ratiocari debere. Sed hæc ratio Paulum non mouet, quia extincta obligatio in perpetuum reſtitui non poteſt. d. §. areare.

Nam & ſi nauem. Ex ratione ſuperiore, quam diſputandi gratia obiter commemorauit Paulus conſequi videbatur, quod iam diximus, ſtatu rei mutato, obligationem reſtitui. Iam duas ſpecies ſubiicit, in quibus videtur ob eandem cauſam obligatio extincta conualeſcere: ſed eas huic multum diſſimiles eſſe, poſtea oſtendit.

Adeo enim. Si ſtipulatio conferatur in tempus quo futura eſt res in commercio humano, ne hoc quidem caſu valet: quia præſentis temporis habenda ratio eſt, id eſt, eius temporis, quo contrahitur ſtipulatio. Eadem igitur ratione non conualeſcit, cum poſt extinctam obligationem res cœpit dari poſſe. Quod autem dicitur, præſens tempus ſpectari, verum eſt in ſtipulationibus harum rerum, de quibus loquimur, quæ in commercio hominum non ſunt, quoniam, mutato ſtatu, & conditione rei, ipſa quoque res mutari, & alia quodammodo eſſe videtur. Cum vero quis ſtipulatur rem ſuam, ſpectatur tempus exiſtentis conditionis, vt ſi eo tempore aliena fuerit, ſtipulatio valeat. l. ſi rem meam. 31. Status enim rei idem ſemper manet, etſi dominus rei mutatus fuerit.

Vini autem. Oſtendit, quanta ſit diſſimilitudo inter ſuperiores ſpecies, de vino, & de naue & ſtipulationem rei, quæ exempta eſt hominum commercio. Sed horum non admodum difficilis eſt explicatio.

Si rem, quam ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſum, nactus fuero ex cauſa lucratiua, euaneſcit ſtipulatio. Sed etſi hæres extitero domino, extinguitur ſtipulatio. Si vero à me hærede defunctus eam legauerit, poteſt agi ex ſtipulatu. Idemque eſt & ſi ſub conditione legata ſit, quia & ſi ipſe debitor rem ſub conditione legatam dediſſet, non liberaretur: ſed ſi conditione deficiente remanſerit, petitio infirmabitur.

Quod vulgo dicitur, duas lucratiuas cauſas concurrere non poſſe, §. ſi res. Inſtit. de legat. l. omnes. ſupra de obligat. & act. quemadmodũ accipiendum ſit, Paulus noſter hic docet, vt puta ſi is, qui ſtipulatus eſt rem aliquam ex cauſa lucratiua, veluti donationis, ex alia cauſa lucratiua, veluti legati, eam poſtea nactus ſit. Promiſſor enim non minus liberatur, quam ſi ea res ſine eius culpa interiiſſet, cum neutro caſu dari poſſit. Acquirere enim nemo poteſt, quod iam habet. Inter cauſas autem lucratiuas numeratur cauſa hæreditaria, vt hic Paulus ait, C. de impo. lucr. deſcript. quamuis hæreditas onera, atque incommoda plerunque habeat, quia gratis, & ſine pretio defertur hæreditas. Quod ſi ex cauſa emptionis rem conſecutus ſit, quia hæc cauſa nec lucratiua, nec gratuita eſt, is aduerſus promiſſorem agere non prohibetur. Qui enim pretium pro re dedit, rẽ habere non intelligitur. Præterea ſi res ad ſtipulatorem ita peruenerit, vt poſſit ab eo auocari, adhuc agi aduerſus promiſſorem poterit, vt his exemplis demonſtratur. Hinc Iulianus ſub tit. de legat. 1. Non quocunque modo, ait, ſi legatarii res facta fuerit, die cedente obligatio legati extinguitur: ſed ita, ſi eo modo fuerit eius, quo ab eo auelli non poſſit. leg. non quocunque. 84.

Stichum qui deceſſerit, ſi ſtipuler, ſiquidem condici etiam poteſt mortuus, vt furi: vtiliter me ſtipulatum, Sabinus ait. Si vero ex aliis cauſis, inutiliter: quia etſi deberetur, morte promiſſor liberaretur. Idem ergo dicetur, & ſi mora facta defunctum ſtipularer.

Stipulatio hominis mortui inutilis eſt, quia dari non poteſt. l. ſi homo mortuus. ſupra. Quod eſt accipiendum, niſi homo mortuus ita debeatur ſtipulatori, vt eum condicere ac petere poſſit. Idque contingit, cum quis ſtipulatur à fure, aut ab eo, qui moram fecit, ſi poſt moram homo deceſſerit. Neuter enim Sticho mortuo liberatur. l. ſi ex legati. ſupra. l. in re furtiua. de condic. furt. l. merito. de vi & vi arma.

Si quis ancillam ſiſtere ſe aliquo in loco promiſerit, quæ prægnans erat, & ſi ſine partu eam ſiſtat, in eadem cauſa eam ſiſtere intelligitur.

Qui promittit ſeruum ſiſtere, in eadem cauſa, & ſtatu eum ſiſtere debet. l. 1. ſupr. ſi ex nox. cauſ. At ſi partus ancillæ prægnantis editus ſit poſt contractam ſtipulationem, matrem ipſam ſiſtere ſufficit, nec partum ſiſtere neceſſe eſt, vt Paulus hic ait. Actum enim eſt de matre tantum, cuius non mutatur ſtatus, aut conditio, ac idcirco in eadem cauſa ſiſti dicitur. ſupra ſi ex noxali cauſa. Nam partus ancillæ poſtquam editus eſt, adeo ſeparata res eſt ab ancilla, vt pars eius non habetur, auctore Vlpiano. c. 10. de vſucap. l. ſi aliena.

LXXXIIII. PAVLVS LIB. LXXIIII. AD EDICTVM.

Si inſulam fieri ſtipulatus ſim, & tranſierit tempus, quo potueris facere, quandiu litem conteſtatus non ſim, poſſe te facientem liberari placet. Quod ſi litem iam conteſtatus ſim, nihil prodeſſe tibi, ſi ædifices.

Si quis ſtipulatus fuerit inſulam fieri, non poteſt cogere promiſſorem ad faciendum: ſed aduerſus eum agit, ad æſtimationem facti poſt moram, vt diximus c. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur. Quid igitur, ſi reum poſtea moræ, & ceſſationis ſuæ pœniteat, malitque facere, quam æſtimationem ſoluere? Paulus hic ait, facientem liberari, donec ſtipulator pecuniam petens, litem cum eo conteſtatus fuerit: poſt litem conteſtatam non liberari. Cuius diuerſitatis rationem poſtea docebimus. Duo igitur ſunt loci præcipue obſeruandi in hoc capite. Vnus eſt, de moræ purgatione in vniuerſum. Alter eſt de tempore, quod purgationi præſtitutum eſt. Quod ad primum attinet, ſciendum eſt, ſi promiſſor operis moram fecerit, hanc vim eſſe & effectum moræ, vt transfundatur obligatio faciendi, in obligationem pecuniæ. Nec refert, an certa pecunia promiſſa ſit, an non ſit. l. ſtipulationes non diuid. ſupr. l. obligationum fere. ſupra de obligat. & actio. Idque accidit in hac ſpecie, in qua tunc promiſſor dicitur eſſe in mora, cum poſt interpellationem ſtipulatoris tempus præteriit, quo potuit facere: vt annotauimus ſupra cap. 14. Sed nimis durum, & ab æquitate alienum viſum eſt, ita ſtricte, & (vt Græci dicunt) ἀποτομῶς hoc accipere, vt reſipiſcenti nulla detur venia. Quare ſi poſt moram offerat promiſſor, quod continetur ſtipulatione, is moram à ſe factam purgare & emendare dicitur, ita vt non imputetur ei, & ſequens oblatio vitium omne & incommodum, quod ex mora naſcitur, quaſi diluat & abſtergeat. Itaque obligationes, quæ in non faciendo conſiſtunt, veluti *Per te non fieri, quo minus ire liceat*, non magnopere ad hunc tractatum pertinent, quia nullum factum eſt, quod offerri queat, ad vitandam condemnationem: nec quod factum eſt, à promiſſore, infectum vlla ratione fieri poteſt. l. in bello. §. factæ. de capt. & poſtlim. Eademque eſt cauſa factorum quorundam quæ amplius præſtari non poſſunt: vt certa opera quæ præteriit. l. ſi quando. de oper. lib. l. 6. de vſufr. legat. Sane interdum obligatio facti ea eſt, vt ſi is, qui contra quam cautum eſt, fecit, pœnitentia ductus quieſcat, & deſiſtat ab incœpto, nullum patiatur damnum aduerſarius. Quo caſu pœnitenti facile ignoſcitur. Exemplum eſt apud Paulum de locatore fundi, qui paucis diebus colonum frui prohibuit, deinde pœnitentiam egit, cum omnia colono integra eſſent. leg. ſi in lege. §. colonus. loca. Hæc autem æquitas, ex qua moræ purgatio oritur, non tantum in obligationibus faciendi locum habet, ſed etiam interdum in iis, quæ in dando conſiſtunt, vt ſi quis Stichum, vel aliam certam rem promiſerit. Cum enim mora hic quoque incommodum afferat debitori, ſi forte res poſtea interierit, quia poſt interitum tenetur ad æſtimationem, æquum non videtur offerendi facultatem ei denegari, ſi moram corrigere velit, ne periculum interitus ſubeat. l. interdum. §. vltim. ſupra. leg. ſi ſeruum. §. ſequitur. it. ſt. Duo igitur hic notanda ſunt. vnum eſt, oblatione debitoris moram purgari. Sed addendum illud eſt, facto quoque aliquo purgari poſſe, quod vim oblationis habeat, puta nouatione, aut ſtipulatione, vt oſtendimus. c. 56. ad finem. Alterum eſt, moræ purgationem admitti, propter æquitatem, & ἐπιείκειαν, cum ius repugnet, aut certe deficiat. Verba hæc ſunt Pauli, cap. 91. quibus id aperte demonſtrat: Celſus adoleſcens ſcribit, eum qui moram fecerit in ſoluendo Sticho, quem promiſerat, poſſe emendare eam moram, poſtea offerendo. Hanc enim quæſtionem eſſe de bono & æquo: in quo genere plerunque ſub autoritate iuris ſcientiæ perniciose, inquit, erratur. Et hoc animaduerſione dignum eſt vt intelligamus, in hac diſputatione, quæ tot quæſtiones, tamque varias, continet: omnia ad hunc veluti ſcopum referenda eſſe. Atque hinc conſequens eſt, huic purgationi tunc locum non eſſe, cum id æquum non eſſe apparet: veluti cum ita conuenit inter contrahentes. l. ſancimus. Cod. de fideiuſſor. nihil enim magis congruit æquitati, quam ea, quæ placuerint inter aliquos, ſeruari. l. 1. de pact. Conueniſſe autem tum quoque intelligimus, cum in concipienda ſtipulatione ita ſibi cauit ſtipulator, vt minime obſcurum ſit, eum voluiſſe reo purgandæ moræ facultatem adimere, vt cum ſtipulatio diem certam, pœnamque certam continet, hoc modo, *Si intra Calendas inſulam non feceris, centum dabis?* l. traiectitiæ. de obligat. & action. l. Celſus. de arbitr. In hac enim ſtipulatione adeo certa eſt contrahentium voluntas, vt nullus locus indulgentiæ, aut interpretationi illi, quæ ἐκ τῆς ἐπιεικείας fit, relinquatur. Sed vt hæc commodius explicentur, quatuor caſus ſeparatim conſiderandi ſunt. Primus eſt, cum ſtipulatio nec diem certam, nec pœnam habet, vt in hoc Pauli exemplo, *Inſulam fieri ſpondes?* Secundus, cum ſtipulatio diem habet, ſine pœna: vt, *Intra Calendas inſulam fieri ſpondes?* Nam hic non ſatis ſibi cauet ſtipulator, etſi plus exprimat, quam in priore caſu. Quamuis enim certam diem adiiciat, tamen quia certam pœnam non ſtipulatur, videtur hoc animo eſſe, vt ſi non fiat intra Calendas inſula, ſtatuat iudex, quod æquum eſſe viſum fuerit. Quare hic locus eſt indulgentiæ, & interpretationi, quam ex bono & æquo fieri diximus, & iudex reum condemnat ad æſtimationem quæ petita eſt, vel eum facere voluntatem abſoluit. Tertius caſus, cum ſtipulatio pœnam habet, ſine die certa: vt, *Centum dari ſi inſulam nō feceris*, &c. Cum enim tempus inſit huic ſtipulationi, quod incertum eſt, quodque tractum habet, neceſſaria hic eſt interpretatio. Ac tametſi fere id tempus ineſſe intelligamus, quo inſula fieri poteſt, l. continuus. infra. tamen æquitate ſuadente, latius id interpretamur, vt poſtea faciens liberetur. l. ſi cum dies. §. vltim. de arb. l. qui Romæ. §. Flauius, infra. Quartus caſus eſt, cum ſtipulatio diem certam, pœnamque certam continet, vt iam diximus. Quo caſu nulla eſt in ſtipulatione obſcuritas, quæ iudicis clementiam, benignitatemque in interpretanda voluntate ex bono & æquo requirat. dict. l. traiectitiæ. Sed & natura quoque conditionis hic ſpectari debet, propter quam reus ad purgandam moram nō admittitur. Conditione enim exiſtente, committitur ſtipulatio: ea deficiente, non committitur. Nec vnquā dicitur exiſtere conditio, ſi à forma & conceptione eius receſſum ſit: niſi forte contraria voluntas ex coniecturis colligatur. l. qui hæredi. de cond. & demon. Proinde ſi quis ſtipulatus ſit centum, ſi intra Calendas datum non ſit, nil prodeſt reo, poſt Calendas offerre, ad vitandam pœnam: quia quoquo ſe vertat reus, ſemper verum eſt, vt Celſus ait, intra Calendas datum non eſſe, l. Celſus. de arbitr. In hac igitur ſpecie ſic exiſtit conditio, vt nunquam poſſit non exiſtere: quia licet dare poſſit, tamen intra Calendas dare non poteſt. Quod ſi ponamus, pœnam promiſſam eſſe, ſi datum non fuerit, non expreſſo certo tempore: & ſi modicum tempus inſit, quo præterito, pœna poteſt peti, tamen poſt illud tēpus offerens, non condemnabitur. l. ſi cum dies. §. vlt. Ac ſi quis obiiciat, præterito illo tempore, extitiſſe conditionem, & commiſſam ſtipulationē eſſe, reſpondeo, re poſtea oblata, defeciſſe conditionem videri: quia verū eſt datum eſſe, quamuis intra tempus datum non ſit. Cum enim tempus à ſtipulatore expreſſum non ſit, iudex incertitudinem & obſcuritatem latius & benignius interpretari poteſt: nec ideo à forma, & conceptione conditionis receditur, quæ certum tempus nullum habuit.

habuit. Itaque quoties obligatio diem & conditionem habet moræ purgatio non admittitur: vt Scæuola reſpondit de ſeruis, qui conditioni reddendarum rationum intra certa tempora non paruerunt. l. Thais, §. intra. de fideicom. liber. Semper enim verum eſt, intra tempus præſtitutum rationes redditas non eſſe, ideoque conditionem exiſtere non poſſe, quę ſemel defecit. Superior diſtinctio confirmatur verbis Vlpiani, c. 1. de penu leg. quæ neſcio quo modo aliis quibuſdam ei aduerſari videntur. Si penus, inquit, ſemel legata ſit, non per ſingulos annos, certo iure vtimur, in præſtatione eſſe duntaxat penum, quantitatem vero peti poſſe. Habebit igitur hæres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia conteſtetur: niſi forte aliud tempus vel mente, vel verbis teſtator præſtituerit. Hactenus Vlpianus in eo capite: in quo nihil aliud eſt, quod ad rem pertineat. Nam in priore ſpecie de penu legata in ſingulos annos, in qua dies certa eſt, moram purgari non dicit. Eſtque ſimilis locus Iuliani, tit. quando dies lega. ced. c. 19. Cum ſine præfinitione temporis, legatum ita datum fuerit, *Vxori meæ penum hæres dato: ſi non dederit, centum dato*: vnum legatum intelligitur, & ſtatim peti poteſt. Penoris autem cauſa eo tantum pertinet, vt ante litem conteſtatam tradito penore hæres liberetur. Pauli quoque reſponſum cap. 47. de act. empt. quod pro contrario nobis obiicitur, vt noſtram ſententiam iuuare potius quã infirmare, mihi videtur. Lucius Titius, inquit, accepta pecunia ad materias vendendas ſub pœna certa, ita vt ſi non integras præſtiterit intra ſtatuta tempora, pœna conueniatur: partim datis materiis, deceſſit. Cum igitur teſtator in pœnam commiſerit, neque eius hæres reliquam materiam exhibuerit, an in pœnam, & in vſuras conueniri poſſit, præſertim cum emptor mutuatus pecuniam, vſuras grauiſſimas expendit? Paulus reſpondit. Ex contractu de quo quæratur, etiam hæredem venditoris in pœnam conueniri poſſe. In actione quoque ex empto, officio iudicis poſt moram intercedentem, vſurarum pretii rationem haberi oportere. In hac ſpecie, in qua obligatio certam diem certamque pœnam habet, cedunt aliqui, poſt tempus moram purgari, propterea verba: *Neque eius hæres reliquam materiam exhibuerit*, quaſi pœna exigi non poſſit, ſi hæres materiam exhibere velit. Sed inſcriptio eius capitis admonet reſponſum eſſe Pauli, ex facto conſulti, cui res vti geſta erat, expoſita fuit. Ac fit plerunque vt in huiuſmodi conſultationibus, ea narrentur, ſine quibus idem reſpondendũ eſſet, vt aliàs admonuimus. Quare argumento, quod hic ducitur à contrario ſenſu ab hominibus parum eruditis, nihil eſt ineptius. Probabilius eſt quod contra nos adducitur ex Caio, cap. 8. ſi quis caut. iudic. ſiſt. Et ſi poſt tres, inquit, aut quinque pluresue dies, quam iudicio ſiſti ſe reus promiſit, ſecum agendi poteſtatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum ſit: conſequens eſt, dici, defendi eum debere per exceptionem. Sed ſuperior diſputatio ad ſtipulationes conuentionales non ad Prætorias pertinet, cuiuſmodi eſt ſtipulatio, *iudicio ſiſti*. Eſt enim Prætoriarum ſtipulationum benignior interpretatio, quam conuentionalium, ſup. cap. 52. Itaque mirum non eſt, ſi nec certa dies, nec pœna moræ purgationem hic impediat, vt Caius ſenſiſſe videtur, quamuis apud eum nulla ſit pœnæ mentio. Sed hactenus de die & conditione, ſiue pœna, quæ ſtipulationi adiicitur. Ad alia tranſeundum eſt, ex eo æquitatis fonte manantia, ad quam diximus ſemper reſpiciendum eſſe, in hac diſputatione. Ac in primis animaduertendum eſt, ſi ius actoris factum ſit deterius, moram oblatione non purgari: veluti in ſtipulatione, *Inſulam ædificari*, ſi locus deſtinatus ædificationi poſt moram alienatus ſit: aut in ſtipulatione, *Iudicio ſiſti*, ſi actio tempore perierit. l. & ſi poſt tres. ſi quis cautio. iudic. l. mancipiorum. de optio. leg. Ac generaliter idem dicendum eſt, ſi quocunque modo actoris interſit. l. vtique, de arbit. Quod eſt accipiendum in obligationibus faciendi, ſi ſupra facti æſtimationem interſit. Nam quod ad eam æſtimationem attinet, actoris ſemper intereſt: alioqui ne vlla quidem ei competeret actio. Sed receptum eſt, eum qui non ſolum facere vult: ſed etiam ſoluere, quod prætor æſtimationem facti intereſt, abſoluendum eſſe. Hoc enim æquitas exigit, nec vlla hic eſt certior regula: cum in tanta varietate cauſarum & factorum, nihil in vniuerſum definiri poſſit. Argum. l. de acceſſionibus. ſupra de diuerſ. temp. preſcript. l. Mæuia. §. vxor. de ann. leg. Quoties igitur res deſiit integra eſſe, non recipitur moræ purgatio. dict. l. mancipiorum. Hinc Iulianus, Qui ob rem defenſam, inquit, non ſoluit, quamuis poſtea paratus ſit defendere, non repetet quod ſoluerit. l. qui ob rem. de condi. indeb. Ex iam dictis conſequitur, ne creditori quidem moræ purgandæ facultatem denegandam eſſe, cum eadem ſit æquitas, & ratio: vt puta ſi rem ſibi oblatam à debitore accipere noluit, quam nunc paratus eſt accipere, ne ipſius periculum ſit, ſi forte intereat. l. ſemel mora. ſolut. mat. Illud enim non minus æquum eſt, quam vulgo iactatum, nouiſſimam quanque moram nocere. l. illud. de peri. & commo. rei vendit. Ac de mora creditoris extat Scæuolæ reſponſum infra cap. 135. in quo creditori, vt agere poſſit, permittitur poſt moram offerre. l. ſi ita quis. §. Seia. Sed hoc explicabimus ſuo loco. Ex duobus locis, quos præcipue obſeruandos hic eſſe admonuimus, alter nunc tractandus ſupereſt, de tempore, intra quod mora purgari debeat. Paulus noſter in obligationibus faciendi pręſcribit tempus litis conteſtatæ. Quod & in aliis obligationibus locum habet, in quibus mora purgatur, aliud offerendo, quam ꝙ debetur, ac petitur. l. ſi quis ſtipulatus. 57. de ſolut. l. 1. de penu legat. Nam iudicium accipiendo, noua quædam obligatio contrahitur inter actorem & reum. l. 3. §. idem ſcribit. de pec. ac tacite conuenit inter eos, vt ſi actor probauerit quod intendit, reus id præſtet quod petitur, &c. Vt exempli gratia, intendit actor reum promiſiſſe domum ædificari: & quia id factum non eſt, petit æſtimationem: reus conteſtatur inficiando: deinde paratus eſt facere, ſed propter nouum hunc contractum, non admittitur eius oblatio. Eodem pertinet quod ſcribunt Vlpianus & Paulus ad edictum de conſtituta pecunia. Hæc autem verba Prætoris, *Neque feciſſe*, vtrum ad tempus conſtituti pertineant, an vero vſque ad litis conteſtationem trahamus, dubitari poteſt. Et puto ad tempus conſtituti. Paulus lib. 20. ad Edictum. Sed & ſi alia die offerat, nec actor accipere voluit, nec vlla iuſta cauſa fuit non accipiendi: æquum eſt ſuccurri reo, aut exceptione, aut iuſta interpretatione: vt factum actoris vſque ad tempus iudicii ipſi noceat: vt illa verba, *Neque feciſſe*, hoc ſignificent, vt neque in diem, in quem conſtituit, fecerit, neque poſtea. Quem locum ideo recitaui, vt vulgarium interpretum ſocordiam oſtenderé, ac patefacerem, qui nõ animaduerterunt, vtrunque de obligatione faciendi tantum loqui, & ea verba edicti interpretari, quæ ad factum pertinent. Nec ſententiæ noſtræ illud contrarium eſt quod ſcribit Caius, c. 8. titul. ſi quis cautio. Et ſi poſt tres, aut quinque, pluresue dies, quam iudicio ſiſti ſe reus promiſit, ſecum agendi poteſtatem fecerit, ne actoris ius ex mora deterius factum ſit, conſequens eſt dici, defendi eum debere per exceptionem. Nam in eo loco ita ſit mentio temporis vt nullum certum tempus definiatur. Proinde intelligendum eſt ſecundum hanc Pauli ſententiam, donec lis fuerit conteſtata in actione pœnali, &c. Ne Vlpiani quidem locus c. 3. iudic. ſol. nobis aduerſatur: Si plures fuerint fideiuſſores, poſtea quam cum vno lis conteſtata eſt, ex clauſula, ob rem non defenſam, ipſe reus poteſt ſuſcipere defenſionem. Non enim admittitur lite conteſtata, ad defendendum fideiuſſor, cum quo lis conteſtata eſt, ſed reus principalis potius, cum quo lis conteſtata non eſt. Sed in conſequentiam id quoque fideiuſſori prodeſt, vt abſoluatur, propterea quod fideiuſſoria obligatio principalis obligationis acceſſio quædam eſt. Eſtque exemplum huic non diſſimile ſub titulo de tranſaction. cap. 7. Alius locus obiicitur ex lib. 5. reſponſorum Scæuolæ, de fideiuſſore euictionis, aduerſum quem emptor prædii agebat, petens quod ſua intererat prædium euictum non eſſe. Qua in ſpecie reſpondit Scæuola, reum offerentem prædium, quod euictum eſt, non modo poſt litem conteſtatam, ſed etiam poſt ſententiam abſoluendum eſſe. Verba eius hæc ſunt capit. 15. de doli except. Fideiuſſor euictionis nomine condemnatus, id prædium quod euictum eſt, & omnia præſtare paratus eſt, quæ iure empti continentur: quæro an agentem emptorem ex cauſa iudicati exceptione doli mali ſubmouere poteſt? Reſpondit exceptionem quidem opponi poſſe: iudicem autẽ æſtimaturum, vt pro damnis emptori ſatisfiat. Verum ſi dili-

genter hypotheſim expendamus, de qua conſulcus fuit Scæuola, facile apparebit nihil proponi, cur abſolui reus non debeat, cum neque mora vlla, neque culpa eius arguatur. Iniquum enim eſſet fideiuſſorem, qui forte conuentus ab emptore bonam fidem agnouit, nec per eum ſtetit, quo minus prædium obtineret emptor, offerentem prædium, & quicquid præterea intereſt, non abſolui. Solet autem Scæuola, vt & pleriqu alii veteres Iureconſulti, ſecundum id, quod proponitur reſpondere, omiſſa quæſtione, ac diſputatione de facto, vt aliàs admonuimus. leg. qui Romæ. §. Agerius. Eademque videtur ratio venditoris eſſe, ſi moram non fecerit. l. emptori. 67. de euict. Hæc de obligationib. faciendi, & aliis huiuſmodi, in quibus aliud offertur moræ purgandæ cauſa quam quod petitum eſt. Aliud eſt genus obligationis, in quo reus non aliud pro alio ſoluere vult, ſed idem, quod petitum eſt ab actore. Huius generis eſt ſtipulatio certæ ſpeciei, puta Stichi. Nam tametſi petitus ſit Stichus, & lis eo nomine conteſtata: tamen offerre eum poterit debitor, donec res iudicata fuerit, ſi velit periculum interitus vitare. l. interdum. §. vlt. ſupr. Non enim impedit litis conteſtatio, quo minus illud ipſum offeratur, quod petitum eſt: quia cum omnino ſatis fit actori, iudicium abſolutorium eſſe neceſſe eſt, ſecundum iuris antiqui regulam. §. vltim. Inſtit. de perpet. & temp. Interdum vult aliquis moram à ſe factam purgare, vt aduerſus alium agere poſſit, vt in reſponſo Scæuolæ, cap. 135. cuius ante meminimus. Quo caſu abſurdum eſt litis conteſtatæ tempus expectari, id eſt, tempus quo aduerſarius egerit, & litem conteſtatus fuerit, qui fortaſſis de agendo non cogitat. Proinde intra modicū tempus, quod definietur arbitrio iudicis offerre quod debet, & moram purgare poſſe dicitur. Ex iam dictis perſpicuū eſt, ex varietate cauſarū, tantā iuris varietatē naſci, & eos, qui ob hanc Pauli ſententiam, quam interpretamur, putant in omnibus obligationibus, tempus litis conteſtatæ ſpectandum eſſe, non diſſimiliter facere, ac eos, qui ἑνὶ καλόποδι πάντας ὑποδεῖν, vt Claudius Galenus ait. Sed hęc hactenus, ne, vt à plerìſque hic factum eſt, de fæce, quod aiunt, nimis hauriamus.

LXXXV. PAVLVS LIB. LXXIIII AD EDICTVM.

IN executione obligationis ſciendum eſt, quatuor cauſas eſſe. Nam interdum eſt aliquid, quod à ſingulis hæredibus diuiſum conſequi poſſumus: aliud quod totum peti neceſſe eſt, ne[illegible]ſum præſtari poteſt: aliud, quod pro parte petitur[illegible]ui niſi totum non poteſt: aliud quod ſolidum petendum eſt, licet in ſolutionem admittat partis executionem. Prima ſpecies pertinet ad promiſſorem certæ pecuniæ[illegible] petitio & ſolutio, ad portiones hæreditarias ſ[illegible]nda ad opus, quod teſtator fieri iuſſerit. Nam ſing[illegible]les in ſolidum tenentur: quia operis effectus in parte[illegible]i non poteſt. Quod ſi ſtipulatus fuero: Per te, hæred[illegible]que tuum non fieri, quo minus eam agam? ſi aduerſus ea factum ſit, tantum dari? *& vnus ex pluribus hæredibus promiſſoris me prohibeat: verior eſt ſententia exiſtimantium vnius facto omnes teneri: quoniam licet ab vno prohibeor, non tamen in partem prohibeor: ſed cæteris familiæ erciſcundæ iudicio ſarciet damnum. Pro parte peti, ſolui autem niſi totum non poteſt: veluti cum ſtipulatus ſum hominem incertum. Nam petitio eius ſcinditur: ſolui vero, niſi in ſolidum, non poteſt. Alioquin in diuerſis hominibus partes ſoluerentur. quod non potuit defunctus facere: ne quod ſtipulatus ſum, non conſequar. Idem iuris eſt, & ſi quis decem, aut hominem promiſerit. In ſolidum vero agi oportet, & partis ſolutio adfert liberationem, cum ex cauſa euictionis intendimus. Nam auctoris hæredes in ſolidum denunciandi ſunt, omneſque debent ſubſiſtere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur: ſed vnicuique pro parte hæreditaria præſtatio iniungitur.*

Paulus lib. 74. ad edictum varias diuiſiones obligationis deſcripſit, quarum aliquæ ad modum & rationem obligationis contrahendæ magis, quam ad executionem pertinent, vt ea quæ legitur cap. 43. titul. de oblig. & action. Aliæ verſantur circa executionem obligationis, id eſt, petitionem, exactionem, ſolutionem. Sic enim accipitur hoc verbum apud iuris auctores. lege, ſi minor. 66. ſupra. l. quidam. 132. infra. l. centum. de eo quod cert. loc. Quatuor igitur ſpectanda ſunt circa executionem obligationis, vel quatuor cauſæ ſunt, vt Paulus loquitur, non hic ſolum, ſed & in capit. 43. de oblig. act. cuius capitis eadem eſt quæ huius inſcriptio.

I. Quædam eſt obligatio, ex qua pro parte peti poteſt, ac pro parte quoque ſolui: vt ſi quis ſtipulatus ſit pecuniam certam, puta centum. Nam ſi promiſſor deceſſerit, pluribus hæredibus relictis, ſtipulator à ſingulis diuiſim pecuniam debitam conſequetur. Eademque eſt ratio ſpeciei certæ, veluti Stichi: l. ſtipulatus. §. qui decem, de ſolutio. Idque oſtendimus ſupr. cap. 2. & c. 54.

II. Alia eſt obligatio omnino indiuidua, ex qua ſolidum peti, & præſtari neceſſe eſt. Vt ſi quis ſtipulatus ſit opus aliquod certum fieri, puta domum, theatrum. Nam huius operis effectus, ſiue effectio in partes hæreditarias ſcindi non poteſt: id eſt, pro parte hæreditaria opus effici non poteſt. Quod à nobis demonſtratum eſt ſupra in Catonianæ diſtinctionis enarratione, & repetitum cap. 72. Idemque ius eſt in ſtipulatione concepta in non faciendo, de qua diximus c. 2. ſupra. vbi & de ſeruitutibus, quarum eſt eadem, quæ factorum, ratio.

III. Alia eſt obligatio, ex qua pars quidem petitur, ac ſoluitur: ſed parte ſoluta pendet liberatio ex euentu. Veluti cum quis hominem in certum ſtipulatus eſt, vt docuimus ſupra cap. 2.

IIII. Alia eſt obligatio ex qua ſolidum quidem petitur, ſed diuiditur ſolutio pro parte hæreditaria: vt puta cum emptor aduerſus venditoris hæredes ex cauſa euictionis agit. Nam tametſi omnes hæredes in ſolidum denuntientur, & conueniantur, vt defenſionem cauſæ ſuſcipiant, tamen ſi id non fiat, ſinguli condemnantur pro parte hæreditaria. l. 4. §. ſi is, qui duplam. ſupra. l. cum ex cauſa. infra. l. ſi rem quæ. 62. §. 1 de euict. Cur autem in ſolidum defendere debeant hęredes venditoris, mirum pleriſque videtur, cum obligatio ſit diuidua, & rem venditam habere pro parte hæreditaria liceat. Sed animaduertendum eſt, quo caſu promittitur dupla, rationem iuris non permittere, vt pro parte defenſio admittatur: quia conditio, ſub qua promittitur ea pœna, diuiſionem non recipit. l. 5. §. vltim. ſupr. Si vero promiſſa non ſit pœna aliqua, tamen quia in iudiciis bonæ fidei ea pro expreſſis habentur, quæ moris ſunt, ac conſuetudinis: l. quod ſi nolit. §. quia aſſidua, de ædilit. edict. ideo ineſſe aliqua conditio hic intelligitur, vt ſi res defenſa non fuerit, ſimpla, vel dupla præſtetur à venditore. Quare venditionis natura dicitur indiuiſa eſſe à Venuleio cap. 139. infra. Et hanc ſententiam noſtram adiuuat, & confirmat ſpecies, quæ mox ſubiicitur de pœna, ſub conditione promiſſa. Hæc ſtrictim annotare voluimus de diuiduis, & indiuiduis obligationibus, vt ſit hæc diuiſio veluti anacephalæoſis quædam eorum, quæ ſupra, variis in locis tractata plenius, explicataque ſunt. Nam alioqui hoc caput vberiorem & accuratiorem interpretationem requirebat.

Item ſi ita ſtipulatio facta ſit, Si fundus Titianus datus non erit, dari centum? *niſi totus detur, pœna committitur centum: nec prodeſt partes fundi dari: ceſſante vna: quemadmodum non prodeſt ad pignus liberandum partem creditori ſoluere.*

Ideo hic ſubiicitur hæc ſpecies, quia ſimilis eſt ſuperiori de euictione. Nam ſi quis ita ſtipulatus ſit, *Si fundus Titianus datus*

datum non erit, centum dari? pœna cõmittitur aduerſus omnes in ſolidum, niſi totus fundus detur: quia diuiſionem non recipit conditio. Sed nihilo minus tenentur ſinguli pro parte, vt docuimus ſupra cap. 5. ad finem: ex quo loco ſumenda ſunt, quę ad huius explicationem neceſſaria videbuntur.

Quicunque ſub conditione obligatus, curauit, ne conditio exiſteret: nihilo minus obligatur.

Nullum inter homines geritur negotium, quod neglectis verborum anguſtiis, paulo latius aliquando non interpretemur, vitandæ iniquitatis, & abſurditatis cauſa, quamuis alias ſtrictam interpretationem recipiat, veluti ſtipulatio. l. ſi ſtipulatus. III. infr. Itaque promittens aliquid ſub conditione, *ſi nauis ex Aſia venerit*, obligatur, quamuis non venerit nauis ex Aſia, ſi curauerit ne veniret. l. Labeo ſcribit. de contrah. emp. Hinc dicitur in regula iuris, Quoties per eum, cuius intereſt conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac ſi conditio impleta eſſet. l. in Iure ciuili. de reg. iur. Videndum tamen hic eſt, quid actum ſit, vt in omnibus facti quæſtionibus. l. eum qui Calendis. ſup. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Nam plerumque huiuſmodi conditio eſt, vt liceat impedire, ne exiſtat ſecundum voluntatem contrahentium. Quod in ſponſionibus ludendi cauſa factis accidit, vt puta, *Si vicero? dabis mihi centum.* Si enim arte vel induſtria tua forte perfeceris, ne ego vincam, deficiente conditione, pecunia ex ſponſione mihi non debetur.

LXXXVI. VLPIANVS LIB. LXXIX.
AD EDICTVM.

QVOD *dicitur, tot ſtipulationes eſſe, quot res: ibi locum habet, vbi res exprimuntur ſtipulatione: cæterum ſi nõ fuerint expreſſæ, vna eſt ſtipulatio.*

Explanatum hoc fuit ſupra, cap. 29.

LXXXVII. PAVLVS LIB. LXXV.
AD EDICTVM.

NEMO *rem ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, vtiliter ſtipulatur.*

Sicut nemo rem ſuam vtiliter ſtipulatur, quia dari ei non poteſt, vt diximus cap. 31. & 82. ita non poteſt quiſquam rem alienam ſtipulari, collata ſtipulatione in tempus, quo res ſua futura ſit, quoniam dari eo tempore ei non poteſt. Legatarius tamen rem ſibi legatam ſub cõditione, interim vtiliter ſtipulatur ſibi dari, cum extiterit conditio. l. 1. §. ſi quis ſub conditione. ſupr. vt lega no. cau. Nam etſi exiſtente conditione dominus eſſe dicatur, l. à Titio. de furt. tamẽ verum germanumque dominium non habet, quod iuris gentium eſt, quodque poſſeſſione acquiritur. §. per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ. Vtilitatis igitur cauſa receptum eſt, vt quãuis ſubtilitate quadam iuris habeatur pro domino: arg. l. in reb. C. de iure. dot. is nihilo minus recte ſtipuletur ſibi dari. Sic ad petendum legatum agit legatarius ex teſtamento, ſi paret ſibi dari oportere: & idem vindicat, vt dominus: quod ius ſingulare eſt, & à communi iure multum abhorret. l. 1. C. com. de leg.

LXXXVIII. PAVLVS LIB. VI.
AD PLAVTIVM.

MORA *fideiuſſori quoque nocet. Sed ſi fideiuſſor ſeruum obtulerit, & reus moram fecerit: mortuo Sticho, fideiuſſori ſuccurrendum eſt. Sed ſi fideiuſſor hominem occiderit, reus liberatur: fideiuſſor autem ex ſtipulatione conueniri poteſt.*

Mora rei nocet fideiuſſori, vt ante diximus cap. 49. Quare poſt moram rei ſi perempta ſit res debita, tenetur ad æſtimationem fideiuſſor, tameſi forte moram non fecerit. Ob hanc tamen moram non augetur fideiuſſoris obligatio, vt alibi dicitur. l. centum Capuæ. de eo quod cert. l. vlt. de fideiuſ. Quod autem dicitur, fideiuſſorem teneri ob moram à reo factam, ſic accipiendum eſt, niſi fideiuſſor ipſe diffidens reo occurrerit rem debitam offerendo: id enim æquitas maxime exigit. Contra fideiuſſoris mora, vel culpa minime nocet reo, vti hic dicitur, & c. 49. Nocet vero fideiuſſori, tenetur que vtili actione, quamuis reus omnino liberatus ſit. l. mora. §. vlt. de vſur. l. cum filius. ſupra.

LXXXIX IDEM LIB. IX.
AD PLAVTIVM.

SI *à colono, cui fundum in quinquennium locaueram, poſt tres annos ita ſtipulatus fuero,* Quicquid te dare facere oportet? *non amplius in ſtipulationem deducitur, quam quod dari iam oportet. Si autem adiiciatur* oportebitve, *etiam futura obligatio deducitur.*

De hoc ſatis dictum eſt ſupra, cap. 76.

XC. POMPONIVS LIB. III.
EX PLAVTIO.

CVm *ſtipulati ſumus pro vſuris legitimis pœnam in ſingulos menſes, ſi ſors ſoluta non ſit, etiamſi ſortis obligatio in iudicium ſit deducta, adhuc tamen pœna creſcit: quia verum eſt pecuniam ſolutam non eſſe.*

Obligatione ſortis in iudicium deducta per conteſtationem litis, vſuræ nihilo minus currunt. l. 1. C. de iud. Quo ſenſu accipiendum videtur cap. 35. tit. de vſur. quod alij aliter interpretantur. Nam etſi nouatione voluntaria impediatur curſus vſurarum. l. nouatione. infra de nouat. tamen de ea nouatione, quæ fit iudicio accepto, idem dici non poteſt, vt clare demonſtrat Paulus cap. 29. de nouatio. l. aliam. de nouat. Pœna autem hic pro vſura accipitur, vt & alias ſæpe. l. lecta. de rebus credit. l. qui ſine. de nego. geſtis. Atque ideo ſi quis in ſingulos annos vel menſes pœnam ſtipulatus ſit pro vſu pecunię, fœneratitius contractus recte dici poterit. Aliud dicendum eſt, ſi quis reditum annuum certa pecunia emerit, cuius mẽtio eſt in Nouellis Iuſtiniani Conſtit. 160. & in Conſtitutionib. Pontificiis, Extra. regimini. de empt. & vendi. Sed hæc diſputatio huius loci non eſt.

XCI. PAVLVS LIB. XVII.
AD PLAVTIVM.

SI *ſeruum ſtipulatus fuero, & nulla mora intercedente ſeruus deceſſerit: ſi quidem occidat eum promiſſor, expeditum eſt. Si autem negligat infirmum, an teneri debeat promiſſor, quærentibus conſiderandum eſt, vtrum quemadmodum in vindicatione hominis, ſi neglectus à poſſeſſore fuerit, culpæ huius nomine tenetur poſſeſſor, ita & cum dari promiſit: an culpa (quod ad ſtipulationem attinet) in faciendo accipienda ſit, non in non faciendo. quod magis probandũ eſt: quia qui dare promiſit, ad dandum, non faciendum, tenetur. Sed ſi ſit quidem res in rebus humanis, ſed dari non poſſit, vt fundus religioſius, puta, vel ſacer factus, vel ſeruus manumiſſus, vel etiam ab hoſtibus ſi capiatur: culpa in hunc modum diiudicatur, vt ſi quidem ipſius promiſſoris res vel tempore ſtipulationis, vel poſtea fuerit, & quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur. Idemque fiet & ſi per alium, poſteaquam ab hoc alienatus ſit, id contigerit. Si autem alienus fuerit, & ab alio tale quid acciderit, non tenetur: quia nihil fecit: niſi poſteaquam moratus eſt ſolutionem, aliquid huiuſmodi acciderit. Quam diſtinctionem & Iulianus ſequitur. Item ſi homo, qui fuit promiſſoris, ex præcedẽti cauſa ablatus ei fuerit, quod ſtatuliber fuerit, perinde habendus eſt, ac ſi alienum promiſiſſet: quia ſine facto ipſius deſiit eius eſſe. De illo quæritur, an & is, qui neſciens ſe debere occidit, teneatur: quod Iulianus putat in eo, qui cum neſciret à ſe petitum codicillis, vt reſtitueret, manumiſit.*

Dictum fuit ſupra cap. 25. ſi promiſſoris culpa perierit res debita, nihilo minus eum ad æſtimationem teneri: veluti ſi ſeruum promiſſum occiderit. Si vero neglexerit eum infirmum, ob eamque cauſam deceſſerit, quæritur an teneri debeat promiſſor. Et Paulus noſter his verbis, quæ ſubobſcura ſunt, oſtendit promiſſorem eius tantum culpæ nomine teneri, quæ in faciendo, non quæ in negligendo, conſiſtat. Sic enim legendum hic eſt, vt in Pandectis Florentinis, *An culpa (quod ad ſtipulationem attinet) in faciendo accipienda ſit, non in non faciendo?* quod magis probandum eſt: quia qui dare promiſit, ad dandum, non faciendum tenetur. Nec me latet, quomodo hunc locum vulgo interpretentur cæteri. Sed interpretatio noſtra verbis Pauli magis congruit, nec à ratione & æquitate aliena eſt. Nam qui dare promittit ſeruum, ad curandum eũ, cuſtodiendumve non obligatur, ſed ad dandum, quamdiu extat. Non enim æquum eſt eum negligentiam præſtare, qui moram non facit, & per quem non ſtat, quo minus ſoluat, quod debet. Hinc idem Paulus cap. 21. de hæred. vend. Fundi, inquit, venditor fructus præſtat bonæ fidei ratione: quamuis ſi neglexerit, vt alienum, nihil ei imputari poſſit, niſi culpa eius arguatur. l. venditor ex hæreditate. Atque ita accipitur culpa in lege Aquilia, nempe in faciendo, non in negligendo. l. ſi cuius. §. denique. de vſufr. In aliis autem pleriſque iudiciis, negligentiæ nomine fiat condemnatio, veluti in rei vindicatione, l. qui petitorio. l. ſi homo. de rei vindicat. in petitione hæreditatis, l. ſi quid poſſeſſor. §. ſicut autem. l. ei qui. §. vlti. de petit. hæredit. in iudicio redhibitorio. l. quod ſi nolit. §. ſi mancipium, de ædil. edicto. Sed nos de iudicio ex ſtipulatu hic loquimur, quod illis multum diſſimile eſt.

Sed ſi ſit. Docet Paulus variis exemplis, quando teneatur promiſſor, ob culpam, quæ in faciendo conſiſtit.

De illo quæritur. Ignorantia igitur debitoris eum non excuſat, ſi hominem debitum occiderit. Culpam enim ſemper admittit hominis occiſor, etiamſi debitus non ſit: niſi forte iuſtam aliquam occidendi cauſam habuerit. In ſpecie quoq; Iuliani de manumiſſione ſerui culpa imputari poteſt hæredi, quod diligenter non inquiſierit, an codicilli à teſtatore relicti eſſent. Sed poteſt incidere ſpecies, in qua nullius culpæ affinis reperiatur promiſſor. Quid enim, ſi bouem, quem ſe neſciebat debere, veſcendi cauſa occiderit? Itaque in hac quæſtione, quæ facti eſt, conſiderandæ ſunt omnes circumſtantiæ, vt cognoſcatur, an in culpa fuerit promiſſor, necne. At ſufficeret Iuriſconſulto fortaſſis dicere, promiſſorem ob culpam ſuam teneri, ſecundum morem reſpondendi veterum Iureconſultorum. Sed exempla nonnihil ad docendum vtilia ſunt, quibus hic Paulus noſter vſus eſt, modo ea dextre, nec ſuperſtitioſe nimis accipiamus.

Sequitur videre de eo, quod veteres conſtituerunt, quoties culpa interuenerit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum ſit. Et quidem, ſi fecerit promiſſor, quo minus ſoluere poſſit, expeditum intellectum habet conſtitutio. Si vero moratus ſit tantum, hæſitatur, an ſi poſtea in mora non fuerit, extinguatur ſuperior mora. Et Celſus adoleſcens ſcribit, eum, qui moram fecerit in ſoluendo Sticho, quem promiſerat, poſſe emendare eam moram, poſtea offerendo. hanc enim quæſtionem eſſe de bono & æquo, in quo genere plerunque ſub autoritate iuris ſcientiæ pernitioſe (inquit) erratur. Et ſane probabilis eſt hæc ſententia: quam quidem & Iulianus ſequitur. Nam cum quæritur de damno, & par vtriuſque cauſa eſt: quare non potentior ſit qui tenet, quam qui perſequitur.

Conſtitutum à veteribus eſt, ob culpam debitoris perpetuari aduerſus eum obligationem, ita, vt interitu rei debitæ non extinguatur, ſed ſemper debeatur eius rei æſtimatio. In qua conſtitutione culpa accipitur in faciendo, vt ante diximus. Sed & in culpa quoque dicitur debitor, qui moram facit, nec interitu rei poſt moram liberatur. l. ſi ex legati. ſupr. Sed Paulus hic ſcribit, ex ſententia Celſi adoleſcentis, reum, qui moram fecit, poſſe eam emendare, poſtea offerendo, idque ex bono & æquo receptum eſſe, cum ius ſtrictum hic deficiat. Et ratio probabilis affertur huius ſententiæ, quia cum vtrique moram faciat, nempe debitor & creditor, in pari cauſa melior eſt conditio poſſidentis. l. cum par. 190. de reg. iur. l. 2. ne quis eum qui in ius. Notanda autem obiter ſunt aureola Celſi verba, *In boni & æqui diſputatione plerumque ſub auctoritate iuris ſcientiæ pernitioſe errari.* Eſt enim æquum & bonum, benignior ac humanior interpretatio iuris, quæ ſcripto comprehenſa non eſt, quam Ariſtoteles ἐπιείκεια vocat. Quam interpretandi rationem iuriſprudentia nos docet, ideoque ius dicitur ars boni & æqui eſſe ab Vlpiano, l. 1. de iuſt. & iure. Cum igitur hæc boni & æqui tractatio, propria ſit iuris ſcientiæ, nec cuiuſuis hominis ſit, ſed artificis tantum, id eſt Iuriſconſulti, non immerito Celſus ait in hoc genere interdum errari ſub auctoritate iuris ſcientiæ. Sed hunc locum de bono, & æquo, plenius tractauimus ſub tit. de iuſt. & iur.

Nunc videamus, in quibus perſonis hæc conſtitutio locum habeat: quæ inſpectio duplex eſt, vt primo quæramus, quæ perſonæ efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Vtique autem principalis debitor perpetuat obligationem: acceſſiones autem an perpetuent, dubium eſt. Pomponio perpetuari placet. Quare enim facto ſuo fideiuſſor obligationem tollat? Cuius ſententia vera eſt. Itaque perpetuatur obligatio, tam ipſorum, quam ſucceſſorum ſuorum perſona. Acceſſionibus quoque ſuis, id eſt, fideiuſſoribus, perpetuant obligationem, quia in totam cauſam ſponderunt.

Dictum fuit ſupra cap. 88.

An filiusfamilias, qui iuſſu patris promiſerit, occidendo ſeruum producat patris obligationem, videndũ eſt. Pomponius producere putat, ſcilicet, quaſi acceſſionem intelligens eum qui iubeat.

Diximus ſupra cap. 49.

Effectus huius conſtitutionis ille eſt, vt adhuc homo peti poſſit. Sed & acceptum ei poſſe ferri creditur, & fideiuſſorem accipi eius obligationis nomine. Nouari autem an poſſit hæc obligatio, dubitationis eſt: quia neque hominem, qui non eſt, neque pecuniam, quæ non debetur, ſtipulari poſſumus. Et ego puto nouationem fieri poſſe, ſi hoc actum inter partes ſit. quod Iuliano placet.

Veteres cõſtituerunt, ob culpam debitoris perpetuari obligationem, vt paulo ante diximus. § ſequitur. Cuius conſtitutionis effectus in quatuor cõſiſtit. Nam in primis res promiſſa adhuc peti poſt interitum poteſt, quaſi ſemper duret obligatio. Quia tametſi officio iudicis contineatur, vt condemnet ad æſtimationem: tamen recte petitur res ipſa, ſi paret eam dari oportere, vt Pomponius ait, cap. pen. de condict. cauſ. data.

II. Promiſſori acceptum fieri poteſt, quaſi durante adhuc obligatione, ſine qua non valeret acceptilatio. §. item per acceptilationem. Inſtit. quibus mod. toll. obl.

III. Fideiuſſor accipi poteſt eius obligationis nomine, ſine qua non valeret obligatio fideiuſſoria. l. cum principalis. de reg. iur.

IIII. Nouari poteſt obligatio, ſi hoc inter partes actum ſit: quia in locum huius obligationis, quæ adhuc manet, noua ſuccedit obligatio. l. 1. de nouat. Et notandum hic eſt, hac nouatione moram non purgari, quod iam interierit res, quamuis alias nouatione mora purgetur. l. ſi Stichũ. de nouat. l. par. de condict. fur. Ratio hæc eſt diuerſitatis, quia re nondum perempta, cum ſtipulor animo nouandi, rem ipſam, quæ adhuc eſt, in rebus humanis, ſtipulor: cuius interitu poſtea contingente, liberor. At perempta iam re, cum ſtipulor, videor nõ rem ipſam, ſed æſtimationem eius ſtipulari, quæ perire non poteſt. l. in ratione. §. incertæ. ad leg. Falcid.

XCII. IDEM LIB. XVIII.

AD PLAVTIVM.

Si

SI *ita ſtipuler*, Per te non fieri, quo minus mihi hæreditq; meo vindemiam tollere liceat? *etiam hæredi datur actio.*

Veteres credebant facta perſonalia eſſe, & perſonam non egredi: quaſi perſonarum diuerſitas factorum diuerſitatem induceret. §. ſed cum factum. Inſtit. de ſtipul. ſer. vt annotauimus ſupra c. 38. l. ſtipulatio iſta. §. ſed ſi quis. ſupr. Qua ratione ſtipulatio, de qua hic diſſerimus, ad hæredem ita demum tranſit: ſi hæredis mentio facta ſit: quia tollere vindemiam factum eſt, ſicut per fundum ire. arg. l. apud Iulianum. §. ſi quis alicui. de lega. 1. Ideo autem hæredi datur actio: quia ſtipulari ei licet. d. l. ſtipulatio. §. ſuæ perſonæ. quamuis alias nemo alteri vtiliter ſtipuletur.

XCIII. IDEM LIB. III.

AD VITELLIVM.

SI *ſic ſtipulatus fuero, per te non fieri, quo minus hominem ex his, quos habes, ſumam? electio mea erit.*

Hæc oratio, *hominem ex iis, quos habes, ſumam*, videtur duas ſententias exprimere, & ſic accipi poſſe, vt vel promiſſoris, vel ſtipulatoris ſit electio. Poteſt enim ſtipulator hominem capere, quem promiſſor voluerit. Atque interpretatio orationis ambiguæ contra ſtipulatorem fieri ſolet. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. Sed conſuetudo loquendi hic ſpectanda eſt, ſecundum quam nulla hic reperitur ambiguitas. His enim verbis, niſi cauillemur, electio permittitur ſtipulatori, quibus exprimitur, vt ſumat ipſe, non vt promiſſor ei tradat. Non enim adeo fauendum hic eſt promiſſori, vt non magis vſum loquendi inſpiciamus, quam quod is ſenſit, aut ſe ſenſiſſe contendit. Eſtque huius interpretationis aliud exemplum, infra c. 110. l. ſi mihi. §. vlt.

XCIIII. MARCELLVS LIB. III.

DIGESTORVM.

TRITICVM *dare oportere ſtipulatus eſt aliquis: facti quæſtio eſt, non iuris. Igitur ſi de aliquo tritico cogitauerit, id eſt, certi generis, & certæ quantitatis, id habebitur pro expreſſo. Alioquin ſi cum deſtinare genus & modum vellet, non fecerit, nihil ſtipulatus videtur: ne igitur vnum quidem modium.*

Stipulatio tritici, nulla certa quantitate expreſſa, inutilis eſt, vt poſtea dicemus c. 115. l. ita ſtipulatus Ridiculum enim eſt, eum obligari, qui granum vnum tritici dando liberetur. Si tamen appareat de certo tritico actum eſſe, valet ſtipulatio, non minus, quam ſi expreſſum eſſet. Sycophanticum enim eſt, ita hætere verbis, vt ſententia, ac voluntas nobis antiquior non ſit. l. eum qui Calendis. ſupra l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Voluntas autem colligitur ex variis coniecturis: de quibus alibi. Vnum exemplum hic poſuiſſe ſufficiat Cum ſermo habitus eſſet inter duos de certa tritici quantitate alteri danda, nec quidquam aliud ſupereſſet agendum inter eos, præter ſtipulationem, confirmandæ & adſtringendæ obligationis gratia: tandem ita concepta eſt ſtipulatio, *Triticum mihi dabis? dabo.* In hac ſpecie quantitas tritici non eſt expreſſa à contrahentibus in ſtipulatione concipienda: ſed ex tractatu prius habito apparet de certa quantitate actum eſſe. l. Titia. §. idem reſpondit, infra.

XCV. IDEM LIB. V.

DIGESTORVM.

QVI *inſulam fieri ſtipulatur, ita demum acquirit obligationem, ſi appareat, quo in loco fieri inſulam voluerit, & ibi inſulam fieri eius interſit.*

Hæc ſpecies ſuperiori ſimilis eſt de tritico: ac in vtraque verſatur incertitudo, propter quam dubitatur, an valeat ſtipulatio. Nam ſi quis inſulam fieri ſtipuletur, non demonſtrato loco, inutilis dicitur eſſe ſtipulatio propter incertitudinem. l. ita ſtipulatus. infra. l. 3. §. ſi quis inſulam. de eo quod certo loco. Quod eſt accipiendum, niſi appareat, quo in loco inſulam fieri voluit, vt de tritico dictum eſt. Si tamen in fundo alieno quis inſulam fieri ſtipulatus ſit, cum non interſit eius, alia ratione vitiatur ſtipulatio, quia ſtipulari alteri nemo poteſt, &c. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ſupr.

XCVI. IDEM LIB. XVIII.

DIGESTORVM.

QVI *ſeruum mihi ex ſtipulatu debebat, ſi in facinore eũ deprehenderit, impune eum occidet: nec vtilis actio erit in eum conſtituenda.*

Conſtitutionem veterum, de qua diximus c. 91. hic locus interpretatur. Nam quod dicitur promiſſorem ſerui, eo occiſo teneri, ſic accipiendum eſt, niſi ob iuſtam cauſam occiderit, vt nulla ei culpa imputari poſſit. l. quid ergo. §. ſi hæres. de leg. 1. l. eleganter. §. vlt. de pign. actio. Pone dominum occidiſſe ſeruum, quem in facinore deprehendit. Eſt enim domini animaduerſio in familiam ſuam. l. 1. de his qui ſunt ſui. & l. ſi certus. de S. C. Sillani. Et pleræq; aliæ tractãtur ab aliis ſpecies, in quibus eadem interpretatio locum habet, & iuſta cauſa ſemper excipitur. l. quæro. §. inter locatorem. loca. cum ſimilibus. Qua ratione moti quidam aiunt clientem ita demum ad iuuandum in bello dominum teneri, ſi iuſta belligerandi cauſa ſit. Sed eo iure, quod in Hortenſij rhapſodia hodie extat, obligatur cliens, ſine hac exceptione. tit. hic finit. lex. Nec id ſine ratione. Nullum enim imperium eſſet Principis, aut domini in ſubditos nulla auctoritas, ſi in cauſam ſuſcipiendi belli inquirere eis liceret, exemplo Therſitis illius apud Homerum libr. Iliad. 2. Notum eſt illud Euripidis τὰς τῶν κρατούντων ἀμαρτίας φέρειν.

Nec vtilis. Poſt interitum rei debitæ non videtur actio directa competere: ſed vtilis datur propter conſtitutionem veterum. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. ſupra. quæ tamen in hoc caſu locum non habet, quia promiſſor omni culpa vacat.

XCVII. CELSVS LIB. XXV.

DIGESTORVM.

SI *ita ſtipulatus fuero*, Te ſiſti? & niſi ſtiteris, hippocentaurum dari? *perinde erit, atque ſi te ſiſti ſolummodo ſtipulatus eſſem.*

Stipulatio acceſſoria, etſi inutilis ſit propter impoſſibilitatem, non ideo principalis ſtipulatio vitiatur: vt in hoc exemplo, *Te ſiſti, & niſi ſtiteris, hippocentaurum dari?* Eſtque ſimilis locus infra, cap. 126. l. ſi ita ſtipulatus. §. vlt. infra. Contra tamẽ acceſſoria & pœnalis vitiatur propter principalem, quæ impoſſibile continet, ſupra c. 69. l. ſi homo. ſupra.

P*oſſum vtiliter à te ita ſtipulari*, Nomine Titij te ſoluturum? *neque enim hoc ſimile eſt illi*, Titium daturum? *ſed ex ea ſtipulatione, dum intereſt mea, agere poſſum. Et ideo ſi locuples ſit Titius, nihil ex hac ſtipulatione conſequi poſſum. Quid enim mea intereſt id à te fieri, quod ſi nõ feceris, æque ſaluam pecuniam habiturus ſum?*

De hac ſtipulatione, *Nomine Titii te ſoluturum?* duplex eſt quæſtio. Vna eſt, an valeat. Et hic dicitur eam valere, nec ſimilem eſſe illi, Titium daturum? qua factum alienum promittitur. l. ſtipulatio iſta. ſupra. Altera quæſtio eſt de vi & effectu huius ſtipulationis. Et pleriſque videretur fideiuſſio quædam hic eſſe, quaſi promiſſor pro Titio fideiubeat. Sed fideiuſſionem non eſſe, illud argumento eſt, quod fideiuſſor nomine ſuo ſoluit. l. indebitam. de condict. indeb. l. Papinianus. mandati. Proinde liberum non eſt ſtipulatori, aduerſus promiſſorem agere ex hac ſtipulatione, ſi locuples ſit Titius, cum tamen hoc iure aduerſus fideiuſſorem ſtatim agere liceat, l. iure noſtro. C. de fideiuſſo. Ideo autem ex hac ſtipulatione ita demum agitur, ſi interſit ſtipulatoris propter inopiam Titij: quia hæc ſtipulatio nudum factum continet, quaſi reus, vt miniſter, procuratorve Titij, promittat ſoluere, & numerare pecuniam, quod facti eſt. leg. conſilio. de curato. furioſ. ſupra. Nam tametſi promiſſor, ſoluendo pecuniam creditori,

eam accipientis faciat: tamen inſpicitur, quod principaliter agitur inter eos, vt ſupra annotauimus de eo, qui ſtipulatur pecuniam ſibi mutuam dari, c. 68. l. ſi pœnam. ſupra. Nec diſſimilis eſt ſtipulatio illa, *Mihi aut Titio dari?* de qua c. 118. l. liber. §. vlt. Nam ex eo, quod ſoluendum eſt Titio, incerta eſſe dicitur, quia factum continet, & hoc agitur, vt Titio numeretur nomine meo, quaſi is miniſter meus procuratorve ſit: aut vt promiſſor Titio, tanquam creditori meo, ſoluat nomine meo, quaſi promiſſor ipſe procurator meus ſit. Similes igitur ſunt hæ ſtipulationes, *Solues Titio nomine meo?* & *Solues mihi nomine Titii?* & vtraque factum magis, quam dationem continet.

Si tibi nupſero, decem dare ſpondes? cauſa cognita denegandam actionem puto: nec raro probabilis cauſa huius ſtipulationis eſt. Idem ſi vir à muliere eodem modo, non in dotem, ſtipulatus eſt.

Si mulier à viro, aut vir à muliere pecuniam ſtipuletur, cōferendo obligationem in tempus nuptiarum, poteſt vtilis eſſe hæc ſtipulatio, c. de illis. de cond. appoſ. in decret. Veluti ſi dotis cauſa, vel antiphernorum, vel ex alia huiuſmodi iuſta cauſa promittatur. Sed videndum eſt ne in fraudem legis, donationem inter coniuges prohibentis, facta ſit: quo caſu deneganda eſt actio. Hic mihi videtur eſſe ſenſus huius capitis: cui conſentaneum eſt reſcriptum Gordiani, Cod. de don. ante nupt. Quod ſponſæ ea lege donatur, vt tunc dominium eius adipiſcatur, cum nuptiæ fuerint ſecutæ, ſine effectu eſt.

XCVIII. MARCELLVS LIB. XX. DIGESTORVM.

EXISTIMO *poſſe id, quod meum eſt, ſub conditione ſtipulari: item viam ſtipulari ad fundum poſſe, quanquam interim fundus non ſit meus. Aut ſi hoc verum non eſt, & alienum fundum ſub conditione ſtipulatus fuero, iſque ex lucratiua cauſa meus eſſe cœperit, confeſtim perimetur ſtipulatio. Et ſi fundi dominus ſub conditione viam ſtipulatus fuerit, ſtatim fundo alieno euaneſcit ſtipulatio: & maxime ſecundum illorum opinionem, qui etiam ea, quæ recte conſtiterint, reſolui putant, cum in eum caſum reciderunt, à quo non potuiſſent conſiſtere.*

Dubitatum fuit apud veteres, an quis poſſit rem ſuam ſtipulari ſub conditione: id enim certi iuris non erat. Sed Marcelli opinio eſt, valere ſtipulationem: quanquam timide ac diffidenter de ea re hic loquatur, vt vix appareat in quam partem inclinet. Ait enim, ſe ita exiſtimare: ſed poſtea ſubiicit *Aut ſi hoc verum non eſt.* Verum quid de hac re ſentiendum ſit diximus ſupra c. 31. & 83. De lucratiua cauſa cap. 83. §. ſi rem. De fundo alienato poſt ſtipulationem ſeruitutis, ca. 136. l. ſi ſub vna. De caſu, à quo non poteſt incipere obligatio, cap. 140. l. pluribus.

Ex hac ſtipulatione Inſulam fulciri ſpondes? *quando naſcatur actio, quæritur. Et vtique non eſt expectandum, vt ruat. Nec enim nihil ſtipulatoris intereſt, fultam potius eſſe, quam non eſſe. Nec tamen recte agetur ſi nondum præterierit tantum temporis, quo fulcire potuerit redemptor.*

Dixi ſupra c. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur.

XCIX. CELSVS LIB. XXXVIII. DIGESTORVM.

QVICQVID *adſtringendæ obligationis cauſa eſt, id niſi palam verbis exprimatur, omiſſum eſſe intelligendum eſt: ac fere ſecundum promiſſorem interpretamur, quia ſtipulatori liberum fuit verba late concipere. Nec rurſum promiſſor ferendus eſt, ſi eius intererit, de certis potius vaſis forte, aut hominibus, actum eſſe. Si ſtipulatus hoc modo fuero,* Si intra biennium Capitolium non aſcenderis dari? *non niſi præterito biennio, recte petam. Nam etſi verba ambigua ſunt, ſic tamen exaudiuntur, ſi immutabiliter verum fuit, te Capitolium non aſcendiſſe.*

Stipulationes comparatæ ſunt confirmandarum & aſtringendarum obligationum cauſa, vt in explicatione tituli docuimus ex Paulo lib. 5. Senten. Tametſi aliquando promiſſoris gratia aliquid adiiciatur, quod ad minuendam ac veluti relaxandam obligationem pertineat. Quoties igitur ſtipulator aliquid in ſtipulationem deducere vult cauſa adſtringendæ obligationis, qua teneatur promiſſor, videndum eſt ei, vt omnia palam ac diſerte exprimat. Nam obſcuritas, vel ambiguitas ei noceret magis, quam promiſſori. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationib. Ac fit aliquando, vt quod ſatis aperte expreſſum non eſt, omnino omiſſum eſſe intelligatur: vt cum quis triticum ſtipulatus eſt. l. triticum. ſupr. Aliquando, vt ſecundum promiſſorem interpretatio fiat: idque contingit, cum oratio ambigua eſt, & duas exprimit ſentētias: vt in exemplo, quod paulo poſt ſubiicitur, *Si intra biennium Capitolium non aſcenderis, dari?* de quo & ante aliquid diximus, cap. 27. l. veluti. Sed hoc ita accipiendum eſt, niſi appareat quid actum ſit, aut ex vi verborum, aut ex veriſimilibus coniecturis. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Cum enim voluntas certa eſt, quid interſit promiſſoris, quidque ſenſiſſe ſe dicat, curandum non eſt. Cuius rei varia in hoc tractatu exempla occurrunt. cap. 93. ca. 110. cap. 111.

C. MODESTINVS LIB. VIII. REGVLARVM.

CONDITIO *in præteritum, non tantum in præſens tempus relata, ſtatim aut perimit obligationem, aut omnino non differt.*

Conditio tunc vim ſuſpendendi habet, cum in futurum tempus confertur. Quæ in præſens tempus aut etiam in præteritum, non ſuſpendit, nec moratur obligationem. Atque ideo ſi conditio vera ſit, ſtipulatio tenet, etſi contrahentes rei veritatem ignorent. l. ſi ita ſtipulatus. 120. infra. Quæ enim per rerum naturam certa ſunt, veluti præſentia & præterita, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint. §. conditiones. Inſti. eo. l. cum ad præſens. de reb. cred. Nec illud Senecæ hic probamus: Quid ad me, an naturæ certū ſit, quod mihi incertum eſt? Itaque hæ actiones, *Si rex Parthorum viuit, Si Titius conſul factus eſt,* conditionis figuram magis, quam vim, & poteſtatem obtinent, vt verbis vtar Proculi ſub tit. de hæred. inſtit. l. Cornelius.

CI. IDEM LIB. IIII. DE PRÆSCRIPTIONIBVS.

PVBERES *ſine curatoribus ſuis poſſunt ex ſtipulatu obligari.*

Ambigua eſt hæc oratio, & dubitatur quid quo referri debeat. Sed accipienda eſt ea interpretatio, quæ vitio caret. l. in ambigua. de legib. vt ſit ſenſus, Puberes qui curatores ſuos nō habent poſſunt ex ſtipulatu obligari. Nam ſi ita accipimus, vt puberes poſſint ex ſtipulatu obligari, quamuis nō accedat curatorum, quos habent, auctoritas: id falſum reperiretur, & reſcripto Diocletiani contrarium. l. ſi curatorem. C. de in integ. Nec ſententiam eorum probo, qui diſtinguunt alienationem rerum, ab obligatione perſonali: cum Diocletianus in reſcripto illo ſuo de venditione loquatur, ex qua perſonalis naſcitur obligatio. Nec minus ſtipulatione, quam venditione, res alienari poſſunt, ſi ſequatur traditio.

CII. IDEM LIB. V. RESPONSORVM.

VENDITORES *emptori pro euictione cauerant, quanti eius intereſſet: ſed & ſpecialiter ſe agnituros, ſi in lite mota ſumptus feciſſent, & emptori ſtipulanti promiſerant. poſt mortem emptoris, vnus ex venditoribus ad iudicium vocauit, pretium ſibi deberi dicens, hæredes eius, qui*

qui ſumptus in defenſione cauſæ factos (cum probarent pretium ſolutum fuiſſe) ex ſtipulatione petebant. Modeſtinus reſpondit, ſi eas impenſas venditores promiſiſſent, quæ ob litẽ de proprietate inſtitutã factæ eſſent, minime ex ſtipulatu peti poſſe, quod erogatum eſſet, dum alter ex venditoribus pretium, quod iam fuerat exolutum, petit.

Stipulatio de vna re facta ad aliam non porrigitur. l. quicquid. ſup. Veluti ſi venditor cauit emptori, ſe agniturum ſumptus factos ob litem de proprietate rei venditæ inſtitutam, non tenebitur ex ſtipulatu ad ſumptus in alia lite factos: vt puta ſi mota ſit ei controuerſia de pretio rei venditæ, quod ſolutum non eſſe, falſo dicebatur. Hæc autem ſtipulatio de ſumptibus valde vtilis eſt emptori, quoniam omnes ſumptus cõprehendit factos in lite, ſiue obtinuerit emptor, ſiue victus ſit. Quod vt plenius explicemus, animaduertendũ eſt, ſumptuum nomine ita venditorem teneri, ſi emptor ſuccubuerit. Nam alias ad venditorem reuerti non poſſe, Diocletianus reſcripſit. l. ſi ſtatus. C. de euictio. Quod reſcriptum ſic interpretantur nonnulli, vt ſi minus ob euictam rem, ſaltem ob rem non defenſam, agi poſſe exiſtiment, quod venditor emptorem defendere debeat. l. ſi plus. §. mota. de euict. l. qui abſentem. de procur. Eſt ergo hæc quæſtio κατ' ῥῆτον, καὶ ὑπεξαίρεσιν, & in reſcripti interpretatione verſatur. Mihi autem videtur τὸ ῥῆτον cum hac exceptione accipiendum eſſe, niſi ſit bonafides propter iuſtam aliquam probabilemque cauſam emptori venditorem teneri. Omnia enim, quæ ad bonamfidem pertinent, in iudicium empti veniunt. l. 1. de actio. empt. Quare ſi nulli forte ſumptus adiudicati ſint emptori in iudicio de proprietate, aut ſoluendo non ſit reus, qui ad ſumptus propter temeritatem ſuam damnatus eſt, ſane congruit bonæ fidei, & æquitati, venditorem eo nomine teneri. Ex quo apparet, vtilius, conſultiuſque eſſe horum ſumptuum nomine ſtipulationem interponere, vt initio diximus.

CIII. IDEM LIB. V.

DIGESTORVM.

LIBER *homo in ſtipulatum deduci non poteſt, quia nec dari oportere intendi, nec æſtimatio eius præſtari poteſt, non magis quam ſi quis dari ſtipulatus fuerit mortuum hominem, aut fundum hoſtium.*

De rebus, quæ non ſunt in commercio humano, cuiuſmodi ſunt res ſacræ, religioſæ, publicæ, liber homo, ante diximus cap. 83. §. ſacram. De libero homine hic loquitur Modeſtinus: quem ait in ſtipulatum deduci non poſſe. Si quis tamen ignorans liberum hominem pro ſeruo emerit, venditio tenere dicitur. l. & liberi. l. liberi. de contrah. empt. Quod ita accipiendum eſt, non vt liber homo debeatur, ſed vt emptori decepto ad id quod intereſt detur actio. Qua de re Iuſtinianus in Inſtitutionibus, tit. de empt. & vend. hæc ſcribit: Loca ſacra, vel religioſa, item publica (veluti forum, baſilicam) fruſtra quis ſciens emit: quæ tamen ſi pro profanis vel priuatis, deceptus à venditore, quis emerit, habebit actionem ex empto, quod nõ habere ei liceat, vt conſequatur, quod ſua intereſt eum deceptum non eſſe. Idem iuris eſt, ſi hominem liberum pro ſeruo emerit. Sed & de ſtipulatore idem dici poteſt, ſi dolo promiſſoris circumſcriptus proponatur. De dolo enim actio ei competit, tametſi forte ex cauſa lucratiua ſtipulatus ſit. l. Ariſto. §. vlt. de donatio.

Fundum hoſtium. Fundus hoſtium non eſt in commercio noſtro. Nam ſi cum peregrinis hominibus commercium non eſt, vt Vlpianus in Inſtit. ait, id eſt, emendi vendendique inuicem ius, multo minus cum hoſtibus eſſe debet. Quare nec in ſtipulationem deduci fundus hoſtium, nec legari poteſt, niſi forte aliquo caſu emi poſſit, vt Sabinus dicebat. l. ab omnibus. §. etiam. de legat. 1. Ceſſat enim cauſa, quæ acquiſitionem impedit. Receptum ſane eſt, vt res captæ ab hoſtibus, in commercio habeantur, propter ſpem poſtliminij, tametſi interim hoſtium ſint. l. vltim. de actio. empt. l. id quod. l. ſeruus. 101. de leg. 1.

CIIII. IABOLENVS LIB. XI.

EX CASSIO.

C*Vm ſeruus pecuniam pro libertate pactus ſit, & ob eam rem reum dederit: quamuis ſeruus ab alio manumiſſus eſt, reus tamen recte obligabitur: quia non quæritur à quo manumittatur, ſed vt manumittatur.*

Si hæc verba Iaboleni ſic intelligamus, vt pro libertate pecunia promiſſa ſit, non expreſſa aliter perſona, manifeſta ratio eſt cur obligetur reus ſtipulatori. Nulla eſt enim in his verbis ambiguitas, quæ ſtipulatori nocere poſſit. Itaq; hoc actum inter contrahentes interpretamur, vt à quocunque manumittatur. Sed ſi ponamus promiſſam eſſe pecuniam domino, ſi ſeruũ manumiſerit, videtur hoc agi, vt ipſe manumittat, vel alius eius nomine. l. cõſentiente. de manumiſ. l. pater. de manumiſ. vind. Multum enim refert, à quo quis manumittatur, quemque ſortiatur patronum, vt alibi Vlpianus ait l. generaliter. §. vlt. de fideic. liber.

CV. IDEM LIB. XI.

EPISTOLARVM.

STIPVLATVS *ſum,* Damam, aut Erotem ſeruum dari? *cum Damam dares, ego quo minus acciperem, in mora fui. Mortuus eſt Dama. an putes me actionem ex ſtipulatu habere? Reſpondit, ſecundum Maſurii Sabini opinionem, puto te ex ſtipulatu agere non poſſe. Nam is recte exiſtimabat, ſi per debitorem mora nõ eſſet, quo minus id, quod debebat, ſolueret, continuo eum debito liberari.*

Cum quis ſtipulatur, *Damam aut Erotem ſeruum dari?* quãuis electio ſit promiſſoris, l. vbi autem. §. qui illud. tamen altero mortuo alter ſolus debetur. l. ſi in emptione. §. vlt. de contrah. empt. l. Stichum. de ſolution. Quod eſt accipiendum, niſi alterum obtulerit reus, quem accipere noluerit creditor. Quo caſu, ſeruo, qui oblatus eſt, mortuo, reus omnino liberatur, nec alteri9 ſerui nomine actio aduerſus eũ cõpetit. Quod autem in hoc reſponſo Iaboleni dicitur, continuo debitorem liberari, ad verba conſultationis referendum eſt, in qua proponitur, ſeruum poſt oblationem mortuum eſſe. Nam oblatione debitor ita demum liberatur, ſi ſecutus fuerit rei interitus, vt annotauimus cap. 122. §. Seia.

CVI. IDEM LIB. VI.

EPISTOLARVM.

QVI *ex pluribus fundis, quibus idem nomen impoſitum fuerat, vnum fundum, ſine vlla nota demonſtrationis ſtipulatur, incertum ſtipulatur, id eſt, eum fundum ſtipulatur, quem promiſſor dare voluerit. Tamdiu autem voluntas promiſſoris in pendenti eſt, quãdiu id, quod promiſſum eſt, ſoluatur.*

Si quis ſtipulatur vnum ex pluribus fundis eiuſdem nominis, ſine vlla demonſtrationis nota, valet hæc ſtipulatio: quãuis ſtipulatio fundi, non expreſſo fundi nomine, non valeat, cap. 115. infra. Non enim hic tanta incertitudo eſt, vt ſtipulationem vitiet. Hæc autem ſtipulatio incertum continet, atque ideo ex ea agendum eſt non certi condictione, ſed ex ſtipulatũ, vt ſupra annotauimus, cap. 74. Eſtque promiſſoris electio, non aliter ac in ſtipulatione hominis, tametſi in legato diuerſum ius reperiatur. l. qui duos. 20. de leg. 1. Sed de legatis alibi opportunius. Mutare autem poteſt voluntatem promiſſor, ſi forte electionis eum pœniteat, idque donec res ſoluta fuerit. Verum de hac voluntatis mutatione & pœnitentia alij ſunt loci infra cap. 112. & cap. 138.

CVII. IDEM LIB. VIII.

EPISTOLARVM.

VTRVM *turpem talem ſtipulationem putes, an non, quæro: Pater naturalis filium, quem Titius habebat in*

adoptionem, hæredē inſtituit, ſi patria poteſtate eſſet liberatus. pater eum adoptiuus non alias emancipare voluit, quam ſi ei dediſſet à quo ſtipularetur certam ſummam, ſi eum manumiſiſſet. & poſt emācipationem adiit hæreditatem filius. Petit nunc pecuniam pater ex ſtipulatione ſupra relata. Reſpondi, non turpem eſſe cauſam ſtipulationis, vtpote cum aliter filium emancipaturus non fuerit. Nec poteſt videri iniuſta cauſa ſtipulationis, ſi aliquid adoptiuus pater habere voluerit, propter quod à filio poſt emancipationem magis curaretur.

Pater pro emancipando filio pecuniam ſtipulari poteſt: nec turpis eſt cauſa huius ſtipulationis. Hoc enim beneficium patris in filium ex eius volūtate arbitrioque pendet, nec ad id filio tribuendum cogi poteſt, niſi certis ex cauſis, quæ exceptæ reperiuntur, l. non poteſt. de adopti. §. vlt. Inſti. quib. mo. ius patr. l. filiusfamilias. §. ſecūdūm vulgarem. de leg. 1. l. ſicut. de cond. & demonſt.

CVIII. IDEM LIB. X.

EPISTOLARVM.

A TITIO *ita ſtipulatus ſum,* Si qua mihi nupſerit, decem dotis eius nomine dare ſpondes? *Quærebatur, an conſiſtat talis ſtipulatio? Reſpondi, Si ſtipulanti mihi dos ita promiſſa eſt, Quamcunque vxorem duxero, dotis eius nomine decem dare ſpondes? nihil in cauſa eſt, quare ea pecunia, conditione expleta, non debeatur. Nam cum conditio etiam ex incertæ perſonæ facto parere obligationem poſſit, veluti,* Si quis in Capitolium aſcenderit, decem dare ſpondes? Si quis à me decem petierit, tot dare ſpondes? *cur non idem & in dote promiſſa reſpondeatur, ratio reddi non poteſt.*

Vtilis ſtipulatio eſt, tametſi ſub conditione concepta, quæ ex incertæ perſonæ facto pendeat: veluti, *Si qua mihi nupſerit: Si quis in Capitolium aſcenderit, &c.* Quanquam hæc incertitudo alias plerunque nocet: vt ſi quis hæredem ita inſtituat, *Quiſquis primus ad funus meum venerit.* Certum ei im debet eſſe conſilium teſtantis, vt Vlpianus ait in Inſti. tit. quemadm. hære. inſtit. poſſ.

In Capitolium aſcenderit. Hinc vulgo annotari ſolet ſtipulationem conditionalem valere ſine cauſa: & conditionem pro cauſa habendam eſſe: tametſi alias ſtipulatio ſine cauſa efficax ad agendum non ſit. l. 2. §. circa. de do. exce. Idque etiam in ea conditione locum habet, cuius euentus nullam vtilitatem affert promiſſori: cuiuſmodi eſt hæc conditio, *Si quis in Capitolium aſcenderit, ſi rex Parthorum viuit.* l. cum ad præſens. de reb. cred. Quælibet enim cauſa ſufficere videtur quaſi gratia promiſſoris ea adiiciatur. l. ſi quis eum debitore. de iureiur.

Nulla promiſſio poteſt conſiſtere, quæ ex voluntate promittentis ſtatum capit.

Dictum fuit ſatis de hac re, cap. 17. & cap. 46.

CIX. POMPONIVS LIB. III.

AD QVINTVM MVTIVM.

SI *ita ſtipulatus fuero,* Decem aut quindecim dabis? *decem debentur. Item ſi ita,* Poſt annum, aut biennium dabis? *poſt biennium debentur: quia in ſtipulationibus id ſeruatur, vt quod minus, quodque longius eſt, videatur in obligationem deductum.*

De hac re ſupra, cap. 12.

CX. IDEM LIB. IIII.

AD QVINTVM MVTIVM.

SI *mihi, & Titio, in cuius poteſtate non ſim, ſtipuler decem: nō tota decem, ſed ſola quinque mihi debentur. Pars enim aliena in obligatione deducitur, vt quod extraneo inutiliter ſtipulatus ſum, non augeat meam partem.*

In capite 38. dicitur, alteri neminem ſtipulari poſſe, niſi in cuius poteſtate ſit. Vnde exiſtit quæſtio de hac ſtipulatione, Mihi, & Titio decē dari? Et in primis quæritur, quid hac ſtipulatione contineatur: quod ante tractatum fuit cap. 38. §. eum qui. & c. 56. & demonſtratum fuit, non viginti, ſed decem videri in ſtipulationem deduci. Altera quæſtio eſt, quatenus valeat hæc ſtipulatio. Et Pomponius oſtendit his verbis, eatenus valere, quatenus ſtipulator ſibi, non extraneo, ſtipulatus eſt. Proinde ſtipulatori quinque debentur: extraneo, cui ſtipulatus eſt, nihil. Quod enim vtile hic eſt, per inutile non vitiatur: cum pecunia commode diuiſionem, ac ſeparationem recipiat. l. 1. §. ſed & ſi mihi. ſupra. Ideo autem altera pars non debetur ſtipulatori, quia inutiliter alii ſtipulatus eſt: & cum ſibi non ſatis cauerit, vt totum acquireret, parte deficiente, contra eum ſit interpretatio. l. quicquid. ſupr. §. quod ſi quis. Inſtit. de inuti. ſtip. De venditione extat reſponſum Iaboleni, in quo dicitur, venditionem fundi omnino valere. Verba eius hæc ſunt ex lib. 2. Epiſtolarum: Fundus ille eſt mihi & Titio emptus. l. fundus ille. de contrahend. empt. quæro vtrum in partem, an in totum, venditio cōſiſtat, an nihil actum ſit? Reſpondit, Perſonam Titij ſuperuacuo accipiendam, ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere. Sed cōſiderandum eſt Iabolenum ex facto conſultū, de fundo vendito ita reſpōdiſſe ex bono & æquo, cum animaduerteret, venditionem bonæ fidei eſſe. Videbat enim bonæ fidei & æquitati non conuenire, vt pro parte fundi teneat venditio, cum nec venditor cum emptore, nec emptor cum venditore fundum communem habere fortaſſis voluerit. arg. l. ſi quis aliam. de ſol. Quid ergo dicemus, ſi fundum quis ſtipulatus ſit? Exiſtimo ex cauſa ſtipulationis, & aliis coniecturis, iudicandum eſſe, quid veriſimiliter actum ſit. Sed in dubio contra ſtipulatorem interpretabimur, ſecundum regulam vulgarem. l. quicquid. ſupra, quæ in contractibus bonæ fidei locum non obtinet. Plane in ſeruitutibus quæ natura diuiſionem non recipiunt, valet in totum ſtipulatio, vel pactio. Atque ita idē Iabolenus reſpōdit. Quod reſponſum ex eodem ſumptum lib. extat ſub titul. commun. præd. cap. 5.

Stipulatus fuero de te, Veſtem tuam quæcunque muliebris eſt, dare ſpondes? *magis ad mentem ſtipulantis, quam ad mentem promittentis, id referri debet, vt quid in re ſit, æſtimari debeat, non quid ſenſerit promiſſor. Itaque ſi ſolitus fuerat promiſſor muliebri quadam veſte vti, nihilo minus debebitur.*

Is qui veſtem quamcunque muliebrem ſtipulatus eſt, certam veſtem petit ex ſtipulatione. Promiſſor eam non eſſe muliebrem contendit, quod ea, vt virili veſte, vti ſolitus fuerit. Quæſtio eſt, an ea veſtis debeatur ſtipulatori. Pomponius deberi ait, & rei veritatem magis inſpiciendam eſſe, quam opinionem promiſſoris, qui putauit virilem veſtem eſſe, qua vt virili vſus fuerit. Veſtis enim muliebris eſt, quæ matrisfamilias cauſa parata eſt, qua vir ſine reprehenſione, ac vituperatione vti non poteſt. l. veſtis. de auro & argen. leg. Quamuis igitur ſoleat fieri interpretatio contra ſtipulatorem in re dubia & obſcura, l. quicquid, ſupra. tamen ſtipulatori imputari nihil hic poteſt, cum iis verbis vſus ſit, quæ rem proprie ſignificent: nec potuerit diuinare, quænam eſſet promittentis opinio. Si quis tamen legauerit veſtem muliebrem, idem Pomponius ait opinionem & conſuetudinem teſtatoris magis, quā veritatem rei ſpectandam eſſe. Eſtque locus ille Pomponij ſub tit. de auro & arg. leg. ſumptus ex lib. 4. ad Quint. Mutium, ex quo & hoc caput tranſlatum eſt, quod interpretamur. Eſt enim vtriuſque capitis eadem inſcriptio in vetuſtis codicibus. Ex quo facile intelligi poteſt, voluiſſe Pomponium, eo loco differentiam legatorum, ac ſtipulationum oſtendere. In legatis enim quæ pendent ex vnius teſtatoris voluntate, ex conſuetudine eiuſdem facile coniicimus, quid ſenſerit. In ſtipulationibus autem, in quibus duorum conſenſus eſt, l. non ſolum. ſupr. de oblig. & act. contra promiſſoris conſuetudinem opponitur ex aduerſo voluntas ſtipulatoris, quæ propter veritatem rei, & verborum proprietatem, qua vſus eſt, præponderat.

CXI. IDEM LIB. V.

AD QVINTVM MVTIVM.

SI ſtipulatus fuero, *Per te non fieri, quo minus mihi illa domo vti liceat?* an etiam ſi me non prohibeas, vxorem autem meam prohibeas, vel contra, vxore mea ſtipulata, me prohibeas, an committatur ſtipulatio? Et ſatius eſt, hæc verba ſic accipi. Nam etſi ſtipulatus fuero, *Per te non fieri, quo minus mihi via, itinere, actu, vti liceat?* & non me, ſed alium nomine meo ingredientem prohibeas, ſciendum erit committi ſtipulationem.

Stipulationem non ita ſtricte interpretamur, nec verbis adeo ſeruimus, vt non magis ſequamur, quod veriſimiliter actum eſt. l. quicquid. ſupra. Idq; ſatis demonſtrant hæc Pomponii exempla. mera enim aucupia verborum hæc ſunt, meræque cauillationes, non te prohibui, ſed vxorem tuam, vel procuratorem tuum prohibui. arg. l. cæterum. de vſu & habi. Sed hic locus iam ſæpe à nobis tractatus eſt.

CXII. IDEM LIB. XV.

AD QVINTVM MVTIVM.

SI quis ſtipulatus ſit Stichum, aut Pamphilum, vtrum ipſe vellet, quem elegerit, petet. & hic erit locus in obligatione. An autem mutare voluntatem poſſit, & ad alterius petitionem tranſire quærentib. reſpiciendus erit ſermo ſtipulationis vtrúmne talis ſit, *Quem voluero*, an *quem volam*. Nam ſi talis fuerit, *Quem voluero*, cum ſemel elegerit, mutare volutatem non poterit. Si vero tractum habeat ſermo illius, & ſit talis, *Quem volam*, donec iudicium dictet, mutandi poteſtatem habebit.

Cum quis ſtipulatur illud, aut illud diſiunctim, ita demum electio ſtipulatoris eſt, ſi id nominatim conuenerit. Sed multum refert, quibus verbis ſtipulatio ſit concepta, cum quæritur, an ſtipulator voluntatem mutare poſſit. Nam verbum, *voluero*, quod futurum exactum, ſiue abſolutum vocant Grammatici, quia non ſimplex futurum eſt, ſed admixtam habet præteritionem quandam, hanc vim habet, vt ſemel declarata voluntate, eam poſtea mutare non liceat. Verbum autem *volam*, extenſiuum eſt, & tractum habet. l. filii. ad S. C. Tertul. ideoq; mutare non prohibetur voluntatem ſtipulator, qui eo verbo vſus eſt, idq; donec lis conteſtata ſit. De promiſſoris electione poſtea videbimus, cap. 138. In legatis ſane receptum eſt, vt electione ſemel facta, non mutetur voluntas, quibuſcunq; verbis teſtator vſus ſit. Cuius diuerſitatis hæc forte ratio eſt, quia fauor vltimarum voluntatum exigit, vt nō ſuſpendantur, ſed primo quoq; tempore exitum habeant. Non enim (inquit Paulus, cap. vlt. comm. præd.) ſicut viuentium, ita & defunctorum, actus ſuſpendi receptum eſt. Adde, quod ſi res legata, fuerit teſtatoris, dominium eius ſtatim tranſit in legatarium, facta electione, vt mirum non ſit, mutari voluntatem non poſſe, cum res integra non ſit. Hinc Labeo lib. 2. Poſteriorum, Omne, inquit, ius legati prima teſtatione, qua ſumere ſe dixiſſet, conſumpſit, quoniam res continuo eius fit, ſimul ac dixerit eam ſe ſumere.

Si quis ita ſtipulatus fuerit, *Pro centum aureis ſatis dabis?* & reum dederit in iſtam ſummam: Proculus ait, ſemper in ſatiſdationis ſtipulationem venire, quod intereſſet ſtipulantis, vt alias tota ſors ineſſet, veluti ſi idoneus promiſſor non eſſet, alias minus, ſi in aliquid idoneus eſſet debitor, alias nihil, ſi tam locuples eſſet, vt noſtra non interſit, ſatis ab eo accipere, niſi quod plerunque idonei non tam patrimonio, quam fide quoq; æſtimarentur.

Qui promittit ſatiſdare pro centum aureis, multum differt ab eo, qui promittit centum aureos. Nam id quod intereſt, in hanc ſtipulationem venit, ſicut in aliis faciendi ſtipulationib. adeo vt ſi idoneus ſit debitor principalis, agi non poſſit. leg. ſi quis ab alio. de re iud. Idoneus autem debitor iudicatur, non tantum ex patrimonio & facultatibus, ſed etiam ex fide. Quare etſi locuples ſit atq; aſſiduus, tamen ſi perfidus homo ſit, callidus, ac litigioſus, à quo non facile poſſit debitum exigi, is nequaquam idoneus habendus eſt. l. 2. qui ſatiſdar. cog. Contra deficientibus in eo facultatibus, propter ſpectatam fidem atq; integritatem, poterit idoneus iudicari.

CXIII. PROCVLVS LIB. II.

EPISTOLARVM.

CVM ſtipulatus ſim mihi, Procule, ſi opus arbitratu meo ante Calendas Iunias effectum non ſit, pœnam, & protulerim diem, putáſne verè poſſe me dicere arbitratu meo opus effectum non eſſe ante Calendas Iunias, cùm ipſe arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim? Proculus reſpondit, non ſine cauſa diſtinguendum eſt, intereſſe, vtrùm per promiſſorem mora non fuiſſet, quo minus opus ante Calendas Iunias, ita vt ſtipulatione comprehenſum erat, perficeretur: an tunc, cùm iam opus effici non poſſet ante Calendas Iunias, ſtipulator diem in Calendas Auguſti protuliſſet. Nam ſi tunc diem ſtipulator protulit, cum iam opus ante Calendas Iunias effici non poterat, puto pœnam eſſe commiſſam, nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus antè Calendas Iunias fuit, quo ſtipulator non deſiderauit, id ante Calendas Iunias effici: id eſt, quod non eſt arbitratus vt fieret, quod fieri non poterat. At ſi hoc falſum eſt, etiam ſi ſtipulator pridie Calē. Iunias mortuus eſſet, pœna commiſſa non eſſet. Quoniam mortuus arbitrari non potuiſſet, & aliquod tempus poſt mortem eius operi perficiendo ſuperfuiſſet, & propemodum, etiamſi ante Calendas Iunias futurum eſſe cœpit, opus ante eam diem effici non poſſe, pœna commiſſa eſt.

Initio admonendi ſumus, Proculum hic reſpondere ad epiſtolam, cuius verba hic inſeruntur, deinde ſubiicitur reſponſum. Id non ſolum inſcriptio, ſed etiam contextus ipſe ſatis indicat. Quod non admonerem, niſi verba conſulentis, pro ipſius Proculi verbis interdum accipi viderem. Vnus mihi locus in mentem venit, ca. 13. de ſeruit. vrban. præd. vbi hæc verba, *Volo vt cum Iberio loquaris, ne rem illicitam faciat*, in feriis diſputationibus pro verbis Proculi ab ineptis hominibus adducuntur. Sed ad rem. Species, de qua conſultus fuit Proculus, hæc eſt: Quidam à redemptore operis ita ſtipulatus eſt, *Si opus ante Calendas Iunias arbitratu meo effectum non ſit, centum dabis?* Deinde prolata eſt dies in Calendas Auguſti: opus effectum non eſt ante Calendas Iunii: quæritur, an pœna debeatur ex ſtipulatione? Quæſtionem facit prorogatio temporis, propter quam videtur à pœna receſſum eſſe. Sed Proculus ait, pœnam committi poteſt Calendas Iunii, ſi tum prorogatum eſt tempus, cum certum erat, propter moram debitoris opus ante eas Cal. effici non poſſe. Quoties igitur pœna iam commiſſa eſt, aut certum eſt fore, vt cōmittatur, prorogatio temporis debitori ad pœnam vitandam non prodeſt. Idq; mihi videtur generaliter accipiendum eſſe, propter verba Proculi, quamuis pleriq; actorem exceptione doli ſummouendum eſſe putent. Quod autem vulgo creditur, ex hac ſtipulatione pœnam committi, ſimulatq; certum eſſe cœperit, propter morā debitoris opus effici non poſſe: id quam falſum ſit, ſatis oſtendimus ſupra, c. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur. §. vlt. Nec enim aliud ſenſit hic Proculus, iudicio meo, quam pœnā committi lapſu diei, ſi tunc diem ſtipulator protulit, cum iam opus ante Calen. Iunias effici non poterat. Itaq; Proculus ad finem huius capitis ait, pœnam propemodum commiſſam eſſe, ſi ante Calendas opus effici non poſſit, quia certū eſt fore, vt committatur. Illud notandum hic eſt, de hac ſtipulatione ita demum committi pœnam, ſi per ſtipulatorem non ſteterit, quo minus arbitretur. Eo ſiquidem non arbitrante, quia opus effici non poteſt, promiſſor ad pœnam teneri non debet. l. ſi quis arbitratu. ſup. l. mulcta. de cond. & demon. Poſtquam tamen

eo ventum eſt, vt opus ante Calendas effici nequeat, nihil poteſt imputari ſtipulatori, cur eo tempore arbitratus non ſit. Idque iis verbis ſignificat Proculus, *Nec ad rem pertinere, quod aliquod tempus, &c.* Itaq; ſi poſt moram promiſſoris, puta pridie Calen. Iunias mortuus ſit ſtipulator, vt arbitrari tunc non poſſit, nihilo minus committetur pœna.

Cum venderet aliquis, promiſit emptori fideiuſſores præſtare, & rem venditam liberare, quæ vt liberetur, nunc deſiderat emptor: & in mora eſt is, qui ea ſtipulatione id futurum promiſit. quæro quid iuris ſit? Proculus reſpondit, tanti litem æſtimari oportet, quanti actoris intereſt.

Exemplum hic eſt ſtipulationis, quæ conſiſtit in faciendo: ex qua petitur quanti actoris intereſt. Sed locus iam ſæpe tractatus ac repetitus eſt c. 72. c. 112. &c.

CXIIII. VLPIANVS LIB. XVII. AD SABINVM.

SI fundum certo die præſtari ſtipuler, & per promiſſorem ſteterit, quo minus ea die præſtetur, conſecuturum me, quanti mea interſit, moram factam non eſſe.

Qui fundum præſtari, aut tradi ſtipulatur, merum factum ſtipulari intelligitur. l. ſi rem tradi, ſ. Itaq; promiſſor poſt moram, ad id, quod intereſt ſtipulatoris, tenetur. l. ſtipulationes non diuidūtur. ſup. Sed an ad fructus teneatur, q. vulgo agitata eſt. Et pleriq; exiſtimant teneri, cum in tantū noſtra intereſſe dicatur, quantum nobis abeſt, quantumq; lucrari potuimus, vt Paulus ait, l. ſi commiſſa. rem ratam hab. At fructus abſunt ſtipulatori, quos percepiſſet, ſi mora facta non fuiſſet à promiſſore. Alibi tamen dicitur, in ſtrictis iudiciis fructuum ratione non haberi, niſi ex tempore iudicii accepti, ſeu litis conteſtatæ l. videamus. § ſi actionem. de vſur. Ex quo apparet, ἀντινομίαν hic eſſe κτ' [illegible]: de qua diximus ſub tit. de legib. Itaq; melius eſt, ſic interpretari, vt generi per ſpeciem derogetur, l. in toto iure. de reg. iur. & lex generalis de eo quo intereſt, cedat ſpeciali de fructib. Nam id quod intereſt generaliter, & fructus & vſuras, & alias huiuſmodi acceſſiones complectitur. d. l. ſi commiſſa. Sed propter ἀντινομίαν fructus hic excipi neceſſe eſt, hic ergo debetur ſtipulatori ęſtimatio fundi nō traditi, & ſi quid præterea intereſt, extra eas acceſſiones, quæ in ſtricta iudicia venire non ſolent. De fructibus, qui erant in fundo tempore ſtipulationis contractæ, diximus c. 78

CXV. PAPINIANVS LIB. II. QVÆSTIONVM.

ITA ſtipulatus ſum, *Te ſiſti in certo loco? ſi non ſtiteris, quinquaginta aureos dari ſpondes?* Si dies in ſtipulatione per errorem omiſſus fuerit, cum id ageretur, vt certo die ſiſteres, imperfecta erit ſtipulatio. Non ſecus, ac ſi, quod pondere, numero, menſura continetur, ſine adiectione ponderis, numeri, menſuræ ſtipulatus eſſem: vel inſulam ædificari, non demonſtrato loco, vel fundum dari, non adiecto nomine. Quod ſi ab initio id agebatur, vt quocunq; die ſiſteres, & ſi non ſtitiſſes, pecuniam dares, quaſi quælibet ſtipulatio ſub conditione concepta, vires habebit: nec ante committetur, quam fuerit declaratum, reum promittendi ſiſti non poſſe. Sed & ſi ita ſtipulatus fuero, *Si in Capitolium non aſcenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari ſpondes?* non ſtatim committitur ſtipulatio, quamuis Capitolium aſcendere, vel Alexandriam peruenire potueris, ſed cum certum eſſe cœperit, te Capitolium aſcendere, vel Alexandriam ire non poſſe. Item ſi quis ita ſtipuletur, *Si Pamphilum non dederis, centum dare ſpondes?* reſpondit Pegaſus, non ante cōmitti ſtipulationem, quam deſiiſſet poſſe Pamphilus dari. Sabinus autē exiſtimabat, ex ſententia cōtrahentium, poſtquā homo potuiſſet dari, confeſtim agendum, & tam diu ex ſtipulatione non poſſe agi, quandiu per promiſſorem nō ſtetiſſet, quo minus eū daret. Idq; defendebat exemplo penus legatæ. Hæredem etenim, ſi dare potuiſſet penū, nec dediſſet, confeſtim in pecuniam legatam teneri ſcripſit. Idq; vtilitatis cauſa receptum eſt, ob defuncti voluntatem, & ipſius rei natura. Itaq; poteſt Sabini ſententia recipi: ſi ſtipulatio non à conditione cœperit: veluti, *Si Pamphilum non dederis, dari tantum ſpondes?* ſed ita concepta ſit, *Pamphilum dari ſpondes? Si non dederis, tantum dari ſpondes?* Quod ſine dubio verū erit, cum id actum probatur, vt ſi homo datus nō fuerit, & homo & pecunia debeatur. Sed & ſi ita cautum ſit, vt ſola pecunia, non ſoluto homine, debeatur, idem defendendum erit, quoniam voluntas fuiſſe probatur, vt homo ſoluatur, aut pecunia petatur.

Celebris q. hic tractatur de ſtipulationib. conditionem in non dando, vel non faciendo conceptam habentibus, quando videlicet hæ ſtipulationes committantur, an cum certum eſſe cœperit id fieri, aut dari non poſſe, quod in conditione eſt, an vero, cum per promiſſorem ſteterit, quo minus faceret, &c. Et referuntur opiniones diuerſæ Pegaſi, & Sabini, qui ſectarum in iure ciuili veluti duces fuerunt, vt ſcribit Pompo. de origine iuris. Quam litē Papinianus quaſi deciſione quadam, & tranſactione dirimens, ait ſpectandum eſſe tempus, quo certum eſſe cœperit amplius fieri, aut dari non poſſe: niſi ſtipulatio non à conditione incipiat, id eſt, niſi quicquid in conditione eſt, idem quoq; in obligatione ſit. Sed quia huius gereris eſt ſtipulatio, *Te ſiſti certo loco? & ſi non ſtiteris, quinquaginta dari?* quæ poteſt valcre, & poteſt nō valere, ante omnia docet Papinianus vtiliſne ea ſit, an non ſit; alias enim fruſtra quęreretur, quando committatur ea ſtipulatio. Pone igitur ſtipulationem ita conceptam eſſe, *Promittis, te ſiſtere Romæ? & ſi non ſtiteris, quinquaginta?* ſine diei adiectione, an valeat quæritu. Et certum eſt, hanc quæſtionem facti magis, quam iuris eſſe, cum ex eo pendeat quod inter cōtrahentes actum eſt. Nam ſi agebatur inter contrahentes, vt dies aliqua adiiceretur obligationi, qua die ſe ſiſteret reus, ſed per errorem, obliuionemque omiſſa eſt: dicenda eſt inutilis ſtipulatio eſſe. Si autē agebatur, vt quocunq; die ſiſteretur, vtilis erit ſtipulatio. Sed obiiciet forte quiſpiā, in contrahēdo quod agitur, pro cauto habendū eſſe, l. cum quid. de reb. cred. ideoq; diem de qua actum fuit, pro expreſſa hic haberi vt ſit vtilis ſtipulatio. Quod proculdubio verum eſſet, ſi actū eſſe conſtaret, vt certa die ſe ſiſteret reus, quæ tamen in ſtipulatione omiſſa ſit. Hic enim non apparet, de qua die ſenſerint contrahentes. ſed proponitur, eos de die exprimēda cogitaſſe: quā ad extremū minime expreſſerunt. In his ergo quęſtionib. quæ facti ſunt, vt iā diximus, ſpectatur maxime voluntas, quæ ex coniecturis plerunq; colligitur. Vnde fit vt in Prætoria ſtipulatione, *Damni infecti*, ſi dies per errorē omittatur, eā diem interpretemur adiectā eſſe, quæ vt plurimum addi conſueuit. l. ſi finita. de damn. infect. quia ad coniiciendā volūtatem plurimum valet conſuetudo. l. ſi ſeruus plurium. § vlt. de leg. 1. In ſtipulatione autem conuentionali, de qua hic loquimur, nulla certa eſt conſuetudo, qua mens contrahentium explicari queat. Sane cum in Prætoria ſtipulatione, *Iudicio ſiſti.* contrahenda, non conuenit inter litigatores de die ſtipulationi adiicienda, id in ſtipulatoris poteſtate eſſe, non immerito dicitur, moderato tamen ſpacio, à Prætore ſtatuendo. l. de die. qui ſatiſd. cog. Sed illa quæſtio, ab ea, quam hic tractamus, longe diuerſa eſt. Ac ex iam dictis facile intelligi poteſt, cur legatū valere dicatur, ſi vicos legauerit teſtator ciuitati, qui proprios fines habeat, & morte præuentus fines eorum non demonſtrauerit, quos ſe deſignaturum dixerat. l. cū pater § vlt. de l. 2. Aut cur valeat hęredis inſtitutio, hoc modo facta, Ille hęres meus eſto, ſecundum conditiones infra ſcriptas. l. pen. C. de inſtit. & ſubſtit. Nam in his exemplis quicquid ad ſubſtantiam legati, vel inſtitutionis pertinet, certum eſt. Quod de ſtipulatione, *Certo loco ſiſti*, dici non poteſt, cum temporis diuerſitas facti cauſam mutet. l. ſi non ſortem. § liberatus. de condict. indeb.

Non ſecus, ac ſi quod. Si quis ſtipulatus fuerit vinum, frumentum, aut rem huiuſmodi aliam, quæ conſtet pondere, numero, aut menſura, nec certam menſuram, aut pondus, aut numerum

numerum expreſſerit, ſtipulatio propter incertitudinem inutilis eſt. Quod ita accipiendum eſt, ſi non appareat de certa quantitate actum eſſe: vt de cæteris facti quæſtionibus ante diximus. leg. triticum. ſuprà. Itaque pleraque legata ſunt, quæ propter incertitudinem videntur inutilia eſſe: ſed idcirco valent, quia voluntas ex coniecturis certitudinem accipit: vt puta, ſi quis in tutelam viæ Aureliæ legauerit, certa quantitate non adiecta. l. quidam in teſtamento. de leg. 2. ſi quis annuum legauerit ſimpliciter. l. ſi cui annuum. de annu. legat. ſi teſtator hæredem damnauerit, vt Stichum edoceat artificium, vnde ſe tueatur. l. Stichus. de leg. 3. In his enim omnibus, & conſuetudo patrisfamilias, & modus facultatum, & dignitas perſonarum, & legatæ rei natura conſideratur. Proinde à veteribus reſponſum eſt, ſi teſtator vxori ſuæ vinum, oleum, frumentum, mella, ſalſamenta legauerit, ea videri legata, quæ ipſe habuiſſet in bonis ſuis. l. quidam. de tritic. vino & oleo leg. Apparet enim teſtatorem de bonis diſponere velle. Eadem ratio eſt ſtipulationis, quæ de dote danda inter ſocerum, ac generum interponitur, l. cum poſt. §. gener. de iure dotiũ. de qua quid iudicandum ſit, alio in loco oſtendimus.

Non demonſtrato loco. Si quis ſimpliciter inſulam fieri ſtipuletur, non adiecto loco, inutilis eſt ſtipulatio. l. 2. §. ſi quis inſulam. de eo quod cert. Hoc accipe, niſi appareat ex coniecturis aliquibus, de quo loco ſenſerint contrahentes: quia mens, voluntasque ſemper in his quæſtionibus inſpicienda eſt. l. triticum. ſuprà. Quamobrem ſi teſtator in foro aliquid fieri voluerit, de foro ſui municipii, aut ciuitatis ſenſiſſe facile creditur. l. quæ conditio. ſupr. de conditionib. & demonſt.

Vel fundum dari non adiecto nomine. Stipulatio fundi, non adiecto nomine, inutilis eſt, ſicut & legatum. l. cum poſt. §. gener. de iur. dot. Stipulatio tamen hominis incerti valet. l. 2. de opt. leg. Quia cum fundi certitudinem nullam habeant, niſi ex voluntate, ac deſtinatione hominum, l. quod in rerum. de leg. 1. ideoque palmum terræ dando promiſſor, aut hæres liberari poſſit: deriſorium videtur eſſe hoc legatum. At in homine promiſſo, vel legato, non tanta incertitudo reperitur. Idemque de domo promiſſa, vel legata, dicendum eſt, quod de fundo promiſſo, vel legato propter ſimilitudinem rationis. l. ſi domus. de leg. 1. Sed in vtroque ſpectanda voluntas eſt, vt ſuprà admonuimus. Nam ſi teſtator domos habeat in ſubſtantia ſua, aut fundos diſtinctos, de vna domo, aut fundo, eum ſenſiſſe interpretabimur, quem legatarius elegerit. d. l. ſi domus. arg. d. l. quidam. de tri. vin. & oleo. Plane ſi ex pluribus fundis eiuſdem nominis quis vnum fundum ſtipuletur, ſine vlla nota demonſtrationis, eum fundum ſtipulari intelligitur, quem promiſſor dare voluerit. l. qui ex pluribus. ſupra.

Nec ante committetur ſtipulatio. Cum hoc agitur inter contrahentes, vt promiſſor quacunque die ſe ſiſtat, liberum eſt ei, qua die voluerit ſe ſiſtere. Itaque cum ante mortem ſuam cogi non poſſit ſe ſiſtere, perſpicuum eſt, ante mortis tempus ſtipulationem non committi: quia tunc certum eſſe incipit, reum promittendi ſiſti non poſſe. Nec vero hic diſtinguimus, an ſtipulatio à conditione incipiat, &c. Nam ſi nec, vt certa die, nec vt quacunque die ſiſtatur reus, actum eſſe appareat, illi diſtinctioni locus eſt. Poteſt enim hoc agi, vt ſiſtatur ſimpliciter, qua ſcilicet die eum ſiſti æquum fuerit.

Sed & ſi ita ſtipulatus. Hæc ſtipulatio non committitur ſtatim, reo non aſcendente Capitolium: quia licet hodie non aſcendat, tamen poſtea aſcendere poterit: ſed tunc demum cõmittitur, cum certum eſſe cœperit, eum aſcendere amplius non poſſe: quod vtique per eius mortem contingit. Idque dicendum de hac ſtipulatione, *Si Pamphilum non dederis, &c.* ſecundum ſententiam Pegaſi, quæ paulo poſt ſequitur. Nec cautio Mutiana hic locum habere poteſt, quæ teſtamentorum cauſa tantum introducta eſt. l. Mutianæ. de cond. & demon. Nam & conditio hic confertur in perſonam debitoris, non eius, cui debetur: quo caſu inepta eſſet hæc cautio, & voluntati contrahentium omnino contraria. Cum enim ita ſtipulor, *Si in Capitolium non aſcenderis, centum dare ſpondes?* quia voluntas mea eſt, vt Capitolium aſcendatur, cautio de non aſcendendo contra voluntatem meam proculdubio interponeretur. Sin autem ita ſtipulatio concipiatur, *Si in Capitolium non aſcenderis, centum dare ſpondeo:* vtilis poſſet eſſe hæc cautio de non aſcendendo: quia voluntas mea hęc oſtenditur eſſe, vt non aſcendatur. Sed hoc genus cautionis in contractibus receptum non eſt. Generaliter igitur conſtituendum eſt, pœnales ſtipulationes, quæ conditionem in non faciendo, aut non dando, conceptam habent, tunc committi, cum exploratum eſſe cœperit, conditionem amplius deficere non poſſe, vel propter mortem promiſſoris, vel propter interitum rei, quæ in conditione eſt. Hinc Iuſtinianus in Inſtit. §. ſi quis ita. de verbo. oblig. Si quis, inquit, ita ſtipuletur, *Si in Capitolium non aſcendero, dare ſpondes?* perinde erit, ac ſi ſtipulatus eſſet, cum morietur, ſibi dari. Nec enim ad tempus moræ commiſſio ſtipulationis referenda eſt in his exemplis, & aliis ſimilibus in quibus ſtipulatio incipit à conditione. Quod tamen mihi accipiendum eſſe videtur, niſi quantitas, puta decem, aut fundus, in conditione ſint: vt ſupra annotauimus, l. ſi Titius. Idemque dicendum, & quoties aliqua coniectura ſuadet cõtrahentes ad tempus moræ reſpexiſſe. l. fideiuſſor obligari. §. vlt. inf. de fideiuſſ. Tunc enim ſequimur Sabini ſententiam, cuius mox fiet mentio, quamuis à cõditione incipiat ſtipulatio. Sed etſi ſeruo libertas ita relicta ſit, ſi in Capitol. ũ nõ aſcenderit, fauor libertatis exigit, vt cũ primũ data facultate nõ aſcenderit, libertatẽ cõſequatur. l. libertus. de manu. teſta.

Sabinus autem exiſtimabat. Sabini opinio fuit, in ſtipulationibus pœnalibus, de quibus hic loquimur, ſimulatque ſtetit per promiſſorem, &c. quaſi exiſtente iam conditione ſtipulationem committi. Nam etſi intelligeret Sabinus, eum, qui Pamphilum hodie non dat, cras dare poſſe, ac ideo ſubtiliter dici poſſe, nunquam exiſtere poſſe conditionem, quandiu certũ fuerit dari non poſſe, &c. tamen exiſtimabat, magis ſpectandam eſſe voluntatem contrahentium, quos veriſimile eſt ita ſenſiſſe, vt promiſſore ceſſante Pamphilum dare, committatur ſtipulatio. Mouebat præterea Sabinum exemplum penus legatæ. Nam ſi quis ita legauerit, *Si hæres meus penum non dederit vxori meæ, centum ei dato:* poſt moram hæredis ſtatim debetur penus. l. 1. de penu leg. l. 1. §. item ſi ita. ad leg. Falci. l. cum fine. l. ſi penum. quando dies leg. ced. Sed non videtur Papiniano, quod de penu legata receptum eſt, ad ſtipulationes vſquequaq; producendum eſſe. Eſt enim in legato penoris duplex ratio: vna, quia defuncti voluntatem plenius interpretamur: leg. in teſtamentis. de reg. iur. altera, quia natura penoris huiuſmodi eſt, vt primo quoque tempore ſolui debeat.

Itaque poteſt Sabini ſententia recipi. Papinianus ergo ſententiam Sabini probat, cum ſtipulatio non incipit à conditione, id eſt, cum nihil eſt in conditione, quod in obligatione quoque non ſit. Si enim à conditione inciperet, moram facere proprie ac vere dici non poſſet promiſſor, id ſcilicet non præſtando, ad quod obligatus non eſt. l. ſi pupillus. 127. infr. l. ſi quis ſub conditione. ſupra, ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti. Proinde tunc demum commiſſio ſtipulationis ad moræ tempus refertur, cum Pamphilus promiſſus eſt, &c. Arbitror autem, vt moram facere dicatur promiſſor, eum interpellandum eſſe. l. ſi penum. quando dies leg. ced. Non enim video cur à communi regula hic recedendum ſit. l. ſi ex legati cauſa. ſupra. l. mora. de vſur. Verum hoc locum habere nõ poſſe videtur, cum conuenit pacto conuento ſine ſtipulatione, vt Pamphilus detur: quia ex pacto nudo peti nihil poteſt. Augetque difficultatem Diocletiani reſcriptum, in quo dicitur, lite mota conditionem exiſtere. l. nuda. C. de contrah. & cõmit. ſtipu. Sed videtur abſque vllo incommodo agi poſſe ſub alternatione, vel vt reus, quod conuenit, faciat, vel pœnam præſtet. l. ſi pacto quo pœnam. C. de pact. Diocletiani vero reſcriptum, ſecundum propoſitam ſpeciem accipiendum eſt, quæ deſideratur, vt pleræque aliæ in Codice Iuſtiniani. Sed ea ſpecies fingenda eſt, quæ conueniat verbis reſcripti, nec à ratione iuris abhorreat: veluti ſi conuenerit inter aliquos, ne alter ab altero petat. Nam in hac ſpecie exiſtit conditio ſtipulationis pœnalis, lite mota, & committitur ſtipulatio.

Quod ſine dubio verum erit. His verbis oſtendit Papinianus, cum ſtipulatio conditionem præcedit, recipiendam eſſe Sabini ſententiam ſine vlla dubitatione, ſi appareat actum eſſe inter cõtrahentes, vt ſi homo datus non fuerit, & homo, & pecunia debeatur, nec alterum dando promiſſor liberetur. Cum enim tunc peti homo poſſit, dubitandum non eſt, quin moram facere promiſſor recte dicatur. Cum vero actum eſt, vt ſi homo ſolutus non fuerit, ſola pœna debeatur, maior vi-

debatur eſſe dubitatio, quia promiſſor ad dandum hominem cogi non poteſt. Sed Papinianus ait, idem hic quoque dicendum eſſe: quia verum eſt, in ſtipulationem deductum hominem eſſe, & hanc voluntatem fuiſſe contrahentium, vt homo ſoluatur, aut pecunia petatur.

Tractari hic ſolet quæſtio, an ſtipulatione pœnali principalis obligatio nouetur: in qua tot, ac tam variæ opiniones reperiuntur, vt merito de his Terentianum illud dici poſſit, Quot homines, tot ſententiæ. Ego autem non nouari exiſtimo, quia pœna videtur in fauorem creditoris adiecta non debitoris. §. non ſolum. Inſtit. de verb. oblig. leg. vlt. de Præt. ſtipu. Proinde non prohibetur creditor id, quod in principalem ſtipulationem deductum eſt, petere, ſi velit. l. duo ſocietatem. pro ſocio. Cuius rei crebro exempla occurrunt in iuris autorum libris de ſocietate, venditione, & aliis huiuſmodi contractibus. l. ſi quis à ſeruo. ſup. pro ſocio. l. prædia. de act. empt. l. qui Romæ. §. Flauius. infr. l. reſcriptum. §. pacto. ſup. de pactis. l. apud Celſum. §. Labeo. de dol. excep. Sed hoc tamen eſt ita accipiēdum, niſi cautum ſit, vt ſola pecunia petatur. Quod nequaquam præſumendum eſt, niſi probatum fuerit. l. vlt. C. de nouation. Excipiuntur quoque ſtipulationes, quæ factum continent, in quibus poſt moram fit transfuſio obligationis faciendi in obligationem pecuniæ, vt ſupra diximus. l. ſtipulationes non diuiduntur, etiamſi pœna nulla promiſſa ſit: vnde mirum non eſt, poſt moram, quaſi nouatione quadam facta, pœnam ſolam deberi. l. obligationum fere. §. vlt. ſup. de obli. & act. Vera tamen nouatio hęc dici non poteſt: quia poſt moram reus facultatem habet facti præſtandi, donec lis conteſtata fuerit. l. ſi inſulam. Eadem eſt ratio legati, ſi teſtator, exempli gratia, penum legauerit, & ſi hæres non dederit centum. Ideo enim penus peti non poteſt, quia ademptio quædam, & translatio legati hic eſt, conditionem habens, quæ exiſtit, moram faciente hærede. l. ſi penum. quando dies lega. ced. Fit namque translatio legati, cum res pro re datur. l. 6. de adimend. leg. Nec vero vlla proprie hic nouatio eſt, cum penus poſt moram, & transfuſionem peti poſſit, vſq; ad litem conteſtatam. l. cum ſine præfinitione. quand. dies lega. ced. Sed de his legatis alibi. l. 1. de pe. leg. l. 1. §. item ſi ita. ad leg. Falcid. Quod autem diximus, ſtipulationem pœnalem non impedire, quominus res principaliter promiſſa petatur, ſic accipiendum eſt, vt electionem habeat ſtipulator, non vt ei exigere vtrunque liceat. leg. apud Celſum §. Labeo. de doli except. l. reſcriptum. §. ſi pacto. ſup. de pactis. Notandum autem eſt, ſi ex principali obligatione actum ſit, poſſe quod amplius eſt in pœnali ſtipulatione peti, & contra. l. ſi quis à ſeruo. ſupra pro ſocio. l. prædia. de act. empt. Quinimo interdum, quicquid vtraque obligatione continetur, promiſſor recte exigit, cum videlicet actum id probatur, vt hic Papinianus ait. l. qui fidem. ſup. de tranſact.

CXVI. IDEM LIB. IIII. QVÆSTIONVM.

DECEM ſtipulatus à Titio, poſtea quanto minus ab eo conſequi poſſes, ſi à Mæuio ſtipuleris, ſine dubio Mæuius vniuerſum periculum poteſt ſubire. Sed etſi decem petieris à Titio, Mæuius non erit ſolutus, niſi iudicatum Titius fecerit. Paulus notat. Non enim ſunt duo rei, Titius, & Mæuius eiuſdem obligationis, ſed Mæuius ſub conditione debet, ſi à Titio exigi non poterit. Igitur nec Titio conuento Mæuius liberatur, qui an debiturus ſit, incertum eſt: & ſoluente Titio, non liberatur Mæuius, qui nec tenetur, cum conditio ſtipulationis deficit: nec Mæuius pendente ſtipulationis conditione recte poteſt conueniri. A Mæuio enim, ante Titium excuſſum, non recte petetur.

Is qui decem à Titio ſtipulatus erat, poſtea ſtipulatus eſt à Mæuio, quanto minus à Titio conſequi poſſet: quæritur, quæ ſit vis huius ſtipulationis. Ac in primis dicitur Mæuius poſſe vniuerſum periculum ſubire: vt puta, ſi nihil à Titio exigi poterit. Minus namque is ſoluere intelligitur, qui nihil ſoluit. l. ſi ita. 105. de verb. ſignifi.

II. Et ſi ſtipulator decem petierit à Titio, & litem cum eo conteſtatus ſit, non ideo liberatur Mæuius; alioquin fruſtra hæc ſtipulatio interponeretur. leg. ſi decem. de ſolut. l. vlt. de reb. cred. Manet enim Mæuii obligatio in eodem ſtatu, donec Titius ſoluerit. Obiiciet forte aliquis, duos reos promittendi hos eſſe, atque ideo petita re ab vno alterum liberari debere. Hoc enim antiquo iure cautum erat, leg. 2. de duobus reis. præterquam in bonæ fidei iudiciis, l. 1. §. ſi apud duos. depoſ. ante Conſtitutionem nouam Iuſtiniani. l. vlt. C. de fideiuſſ. Sed Paulus, qui ſcripſit Notas in Quæſtiones Papiniani, hic notat Titium & Mæuium eiuſdem obligationis reos non eſſe, ſed Mæuium ſub conditione debere. Nam diſparitas obligationis conſtitutionem reorum impedit. leg. eandem. infra de duob. reis.

III. Non poteſt conueniri Mæuius, donec exploratum fuerit, nihil à Titio exigi poſſe. Eſt enim obligatus ſub hac conditione, ſi & quatenus à Titio exigi poterit. Nam quamuis fideiuſſor non male dicatur hic Mæuius, ſecundum morē loquendi veterum iuris autorum: l. fideiuſſor obligari. §. vlt. l. ſi fideiuſſores. 42. de fideiuſſ. tamen quia non pure accipitur, ſed ſub conditione, expectandus eſt euentus conditionis, vt conueniri poſſit. Itaque ſi quis fideiuſſerit, ſub hac conditione, ſi reus non ſoluerit, reo moram faciente, ſtipulatio committitur: nec ante fideiuſſor conueniri poteſt. Ea ſiquidem conditio tunc exiſtere intelligitur, cum reus interpellatus ſoluere negligit, propter veriſimilem contrahentium voluntatem. l. fideiuſſor obligari. §. vlt. de fideiuſ. Hoc igitur inter vtranque conditionem intereſt, quod ex huius, de qua diſſerimus, conceptione apparet, eam non exiſtere, donec ſpes aliqua ſolutionis ſupereſt. In altera vero, ſimulatque ceſſauerit, reus, exiſtere dicitur conditio. Quia verum eſt, reum non ſoluere, quamuis forte ſoluere poſſit. d. l. fideiuſſor.

IIII. Fideiuſſor, deficiente conditione, quia forte reus totum ſoluit, proprie non dicitur liberari, quia nunquam obligatus fuit, l. ſi decem. de ſolut. Sub conditione tamen debitor, ſi pendente conditione ſoluerit, ea lege, vt conditione exiſtente in ſolutum cedat, liberabitur ea ſolutione, ſi poſtea extiterit conditio. l. ſub conditione. de ſolut.

CXVII. IDEM LIB. XII. QVÆSTIONVM.

SI centum homines, quos ego hæreſve meus elegiſſet, ſtipulatus, antequam elegerim, duos hæredes reliquero: numero diuiditur ſtipulatio. Diuerſum erit, ſi iam electis hominibus ſucceſſerint.

Ante electionem debentur genera, & res incertæ: ideoq; fit numero diuiſio. Poſt electionem ſpecies, ac corpora certa in obligatione ſunt, ad idcirco ſinguli hæredes dimidias partes ſingulorum hominum petunt. De qua diuidendi ratione ſatis diximus ſupra cap. 54. l. in ſtipulationibus.

CXVIII. IDEM LIB. XXVII. QVÆSTIONVM.

LIBER homo, qui mihi bona fide ſeruit, quod ſtipulanti mihi promittit, prope eſt, vt omni modo ſit vtile, quamuis ex re mea promittat. Nam quid aliud dici poteſt, quo minus liber homo teneatur. Nec tamen ideo, ſi ſtipulanti eidem ex eadem cauſa ſpondeo, tenebor. Quemadmodum enim habebit eius actionem aduerſus me, quod ab alio ſtipulatus quæreret mihi? Hoc itaque latere fructuario ſeruo, vel alieno, qui bona fide ſeruit, comparabitur. Seruus autem fructuario ſi promittit ex re ipſius, vel alienus qui bona fide ſeruit emptori, nulla de peculio dabitur in dominum actio. Nam in his caſibus domini eſſe intelliguntur.

Si liber homo, qui bona fide mihi ſeruit, aliquid ſtipuletur ex re mea, vel ex operis ſuis, mihi acquirit: ſicut & fructuarius ſeruus, vel ſeruus alienus, qui bona fide poſſidetur. Inſti. per quas perſo. nob. acquir. Quamuis enim liber ſit, tamen ex his cauſis habetur pro ſeruo, vt poſſeſſori acquirat. Quod ſi ſtipulanti poſſeſſori aliquid promittat, etiamſi ex re poſſeſſoris, vtilis eſt ſtipulatio, & ex ea acquiritur actio poſſeſſori: tametſi ſeruus domino promittens non obligetur.

Hic

Hic enim veritas magis inſpicitur, quam opinio, vt & alias plerunque.§.ſi quis rem. Inſtitut. de legat. ne alias poſſeſſori non acquiratur. Nec habebitur pro ſeruo in hoc caſu, propter opinionem poſſeſſoris,ſed pro libero potius, propter rei veritatem, quia verum eſt eum liberum eſſe. Homo igitur liber bona fide poſſeſſus,contrahendo cum poſſeſſore, ipſi obligatur.l.homo liber.de acq.rer. dom. nec obſtat, quod non hac mente cum eo,qui liber bona fide nobis ſeruit,contrahamus,quaſi eum obligatum habituri. Plerunque enim id accidit,vt extra id quod agitur, tacita obligatio naſcatur: veluti cum per errorem indebitum ſoluendi cauſa datur.l.ſi is cui.§. ſi libero.commod. Ex contrario quæritur, ſi poſſeſſor promittat ex eadem cauſa libero homini,an ei obligetur. Ait Papinianus,eum non obligari: idque propter regulam Iuliani, cuius alibi fit mentio,l.ſi ſeruo.de vſufructu. Quod quis ab alio ſtipulando mihi acquirit, id à me ſtipulando, nihil agit. Cuius regulæ hæc ratio eſt:quoniam alias idem ſibiipſi obligaretur:quod perquam abſurdum eſt. Hoc itaque latere homo bona fide poſſeſſus,fructuario ſeruo, aut bona fide poſſeſſo comparabitur: quia ſeruo fructuario, aut bonafide poſſeſſo promittens,ex eadem cauſa non obligatur.In contrario latere,id eſt,cum poſſeſſori promittit liber homo, non comparatur fructuario: quia liber homo promittens obligatur poſſeſſori:ſeruus fructuarius,aut bonafide poſſeſſus,nõ obligatur,ac ne dominum quidem obligat de peculio. Eſt autem hoc genus loquendi vſitatum apud iuris auctores, *hoc latere, contrario latere.* cuius exemplum eſt ſub tit.de damno infect. cap.11.quod ideo admonui,ne quis hic cum Zaſio nugetur.

Decem hodie dare ſpondes? *dixi, poſſe vel eodem die pecuniam peti,nec videri prœmaturius agi, non finito ſtipulationis die:quod in aliis temporibus iuris eſt. Nam peti non debet, quod intra tempus comprehenſum ſolui poteſt. In propoſito enim diem non differendæ actionis inſertum videri,ſed quo præſens oſtendatur,eſſe reſponſum.*

Si ita concepta eſt ſtipulatio, *Decem hodie dare ſpondes?* eodem die petens ſtipulator ante diem agere, aut plus petere, non dicitur.§.plus autem.Inſtit.de action. Nam etſi is,qui ſtipulatur hoc menſe,aut hoc anno,non poſſit ante finem anni, aut menſis petere,l.qui hoc anno.ſupra.l.eum qui certarum. infra. quia tempus differendæ actionis cauſa inſertum videtur.tamen aliud dicendum eſt,cum quis ſtipulatur,hodie ſibi dari. Hic enim ſpectatur conſuetudo loquendi,ſecundum quam qui ſtipulatur, hodie ſine mora, & dilatione ſtipulari intelligitur,quaſi ita ſtipuletur, *Decem nunc dare ſpondes?* Si tamen promiſſor contendat,ſe ſtatim ſoluere non poſſe, modicum ei ſpatium temporis,humanitatis cauſa dabitur, iudicis arbitrio.l.quod dicimus. de ſolut.§.vlt. Inſti. de inutil.ſtipul. l.ſi cum militi.de compenſ.

Decem mihi,aut Titio, vtrum ego velim, dare ſpondes? *ex eo, quod mihi dandum eſt,certi ſtipulatio eſt: ex eo,quod illi ſoluendum,incerti. Finge mea intereſſe, Titio potius,quam mihi ſolui, quoniam pœnam promiſeram, ſi Titio ſolutum non fuiſſet.*

Cum quis ſtipulatur, ſibi, aut Titio dari, Titius non obligationis,ſed ſolutionis cauſa adiectus eſſe dicitur.l.eum qui ita.ſupr. Itaque nulla ei competit actio: ſed debitor ei ſoluens liberatur,etiam inuito creditore.l.quod ſtipulatus. 10. de ſolut. Ea enim adiectio ad fauorem debitoris ſpectat.l. aliud.de ſolut. Quod eſt accipiendum, niſi aliud cautum ſit,vt in hac ſtipulatione. *Decem mihi,aut Titio,vtrum ego vel m,dare ſpondes?* Quo caſu agit ſtipulator,non tantum vt ſibi detur, ſed etiam vt Titio,ſi ſua interſit.l.ſtipulatio iſta.§.ſi ſtipuler. Nec tamen ideo Titius obligationis cauſa nominatus dici poteſt, vt quidam exiſtimant:quia nulla hic actio ei datur, ſed tantum ſtipulatori. l. quæcunque. ſupra de oblig.& actionibus. Competit autem actio incerti, vt ſoluatur Titio ſecundum hanc Papiniani ſententiam:cuius ratio ſubobſcura eſt. Cum enim certa quantitas ſoluenda ſit Titio, certa videtur eſſe in hac quoque parte ſtipulatio.l.vbi autem.ſupra. Sed quia hæc ſtipulatio merum factum continet in perſona Titii, dicitur incerta eſſe,vt quod intereſt ex ea petatur.l.vbi autem.§. qui id quod. Hoc enim agitur, vt Titio ſoluatur, cui intereſt mea fortaſſis ſolui,quia procurator, aut creditor meus eſt. Ideo nudam ſolutionem, numerationemque hæc ſtipulatio ad perſonam Titii relata continet. Cum enim hoc,quicquid eſt, geratur nomine meo, ex hac ſtipulatione mihi ſemper dari, Titio autem ſolui, ac numerari interpretamur.Idque ſignificat his verbis Papinianus, *Ex eo quod mihi dandum eſt, certi ſtipulato eſt:ex eo quod illi ſoluendum eſt, incerti.* Nec obſtat, quod pecunia ſoluta accipientis plerunque fiat: quia hic inſpicimus,quod principaliter agitur, vt in ſpecie non diſſimili annotauimus,c. 68.&c.97.leg.ſi pœnam.l.ſi ita ſtipulatus.§. poſſum.

CXIX. IDEM LIB. XXXVI. QVÆSTIONVM.

DOLI *clauſula,quæ in ſtipulationib. ſubiicitur,non pertinet ad eas partes ſtipulationis,de quibus nominatim cauetur.*

Doli clauſula ita concipitur, *Dolum malum abeſſe,abfuturumque eſſe,* vt diximus cap. 22. & 53. & complectitur quicquid contra bonam fidem,& æquitatem fit. Dolo enim facit, qui contra bonum & æquum aliquid facit. l. qui æquitate. de except.doli. Quæ tamen ſpecialiter excepta ſunt,hac clauſula non continentur. Vlpianus ſub titulo rem ratam haberi, c. 22. Si in ſtipulatione ratam rem haberi hactenus comprehenſum fuerit,Lucium Titium ratum habiturum, cum id aperte ageretur, vt hæredis cæterorumque perſonæ, ad quos ea res pertineret, omitterentur, difficile eſt exiſtimare doli clauſulam committi. Sane cum per imprudentiam hæ perſonæ omittuntur,actio ex doli clauſula competit.

CXX. IDEM LIB. XXXVII. QVÆSTIONVM.

SI *ita ſtipulatus fuero*, Hanc ſummam centum aureorum dare ſpondes? *etſi maxime ita exaudiatur ille ſermo,* Si modo centum aureorum eſt, *non facit conditionem hæc adiectio:quoniam ſi centum non ſint, ſtipulatio nulla eſt: nec placuit inſtar habere conditionis ſermonem,qui non ad futurum, ſed ad præſens tempus refertur, etſi contrahentes rei veritatem ignorent.*

Hæc ſtipulatio, *Hanc ſummam centum aureorum dare ſpondes?* conditionalis non eſt, etiamſi ex mente contrahentium hunc ſermonem ineſſe interpretemur, *ſi modo centum aureorum eſt.* Nam etiamſi verbis id expreſſum eſſet, non ideo conditionalis eſſet ſtipulatio, quia in futurum tempus non concipitur conditio,vt diximus ſupra c. 100. An autem ita ſit accipienda hæc ſtipulatio, *ſi centum aureorum eſt*, non aperit in hoc loco:ſed locus eſt hac de re Aphricani, ſub tit. de leg. 1. cap.108.l.ſi ſeruus.§.qui quinque. Qui quinque in arca habebat,ita legauit,vel ſtipulanti promiſit, *Decem, quæ in arca habeo.* & legatum, & ſtipulatio valebit: ita tamen, vt ſola quinque vel ex ſtipulatione, vel ex teſtamento debeantur. Sed hæc verba Aphricani ſic accipienda ſunt, niſi alia fuerit mens contrahentium. Si enim de numero, & quantitate actum fuiſſe appareat,nec tanta ſumma reperiatur, inutilis eſt ſtipulatio.

CXXI. IDEM LIB. XI. RESPONSORVM.

EX *ea parte cautionis*, Dolumque malum huic rei, promiſſionique abeſſe, abfuturumque eſſe, is ſtipulatus eſt,ſpopondit ille, *incerti agetur ſtipulationis vtiliter interponendæ gratia.*

In contractibus bonæ fidei, cuiuſmodi eſt emptio, aut venditio,agitur interdum, vt alter alteri caueat, ac per ſtipulationem promittat:veluti cum emptor à venditore petit, vt duplam promittat,ſi euicta res fuerit.l.2.de euicto.leg.quod ſi nolit.§.quia aſſidua.de ædil.edict. In ſtricti iudicii contractibus idem dici poteſt, ſi incerta fuerit doli mali clauſula. Contractus enim,cui hæc clauſula adſcribitur,quam proxime ad naturam bonæ fidei iudiciorum accedit, vt diximus cap.

119.l.doli clauſula. Propter hanc igitur clauſulam, ſi parum vtiliter concepta ſit ſtipulatio, aduerſus promiſſorem poterit agi, vt recte, vtiliterque interponatur.

Mulier ab eo, in cuius matrimonium conueniebat, ſtipulata fuerat ducenta, ſi concubinæ tempore matrimonii conſuetudinem repetiſſet: nihil cauſæ eſſe reſpondi, cur ex ſtipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam aſſequi non poſſit.

Hæc ſtipulatio bonis moribus maxime congruit, imo legibus, & conſtitutionibus, quia vxorem ſimul, & concubinam habere non licet. C. de concu. quamuis alias concubinatus iure ciuili permiſſus ſit. l. in concubinatu. de concub. Itaque in hac ſpecie committitur pœna, ſi concubinæ conſuetudinem repetierit maritus. Idemque in quacunque alia ſpecie ſimili dicendum eſt: veluti ſi aleator promiſerit centum, ſub conditione, ſi alea luſerit. Hæc enim ſtipulatio ex bonis moribus concepta eſt, cum alea res ſit turpis, & à ſapientiſſimis quibuſque ſemper damnata. ſupra de aleæ luſu, & aleator. Quod vel Ouidiani verſus oſtendunt:

Sunt etiam ſcripta, quibus alea luditur, artes.
Hoc eſt ad veſtros non leue crimen auos.

Obiicitur à nonnullis dictum Vlpiani, ſub tit. de pactis, c. 7. Si ob maleficium, ne fiat, promiſſum ſit, nulla eſt obligatio ex hac conuentione. Sed Vlpianus de eo loquitur, qui promittit alii, ne maleficium faciat: veluti ſi mulier marito promittat centum, ne concubinam repetat. In qua ſtipulatione ineſt turpitudo, cum gratis, & ſine mercede, à maleficio abſtinere debeat. l. 2. de cond. ob turp. cauſ. Hic autem loquimur de ſtipulante pecuniam ab eo, quem vult à maleficio metu pœnæ deterrere. Quam diuerſitatem mirum eſt à Zaſio animaduerſam non fuiſſe.

In inſulam deportato reo promittendi, ſtipulatio ita concepta, Cum morieris dari? *non niſi moriente eo committitur.*

In ſtipulatione quicquid palam, ac diſerte verbis non exprimitur, id omiſſum eſſe intelligendum eſt. l. quicquid. Itaq; ſi quis ita ſtipulatus ſit, *Cum morieris dari?* deportato in inſulam promiſſore, ſtipulatio non committitur, cum de deportatione nihil cautum ſit: quamuis alias plerunque, qui capite minuitur, & libertatem, aut ciuitatem amittit, pro mortuo habeatur. Id accidit, vbi eadem ratio, atque vtilitas eſſe videtur. l. 1. §. vlt. de bonor. poſſeſ. cont. tabul. l. intercidit. de condit. & demon. l. actione. §. publicatione. pro ſocio. Nam vbi diuerſa ratio eſt, hæc interpretatio extenſioque locum non habet. Quod in quaque ſpecie iudicare non admodum difficile eſt. l. cum pater. §. hæreditatem. de leg. 2. leg. ſed ſi mors. de dona. inter vir. & vxor. l. Statius. §. vlt. de iure fiſci. Sed de ſingulis hypotheſibus ad hunc locum pertinentibus, dicemus ſuo loco.

Ex facto rei promittendi, doli ſtipulatio hæredem eius tenet: ſicut ex cæteris aliis contractibus, veluti mandati, depoſiti.

Ex delicto defuncti hæres non tenetur, niſi quid ad eum peruenerit, aut cum defuncto lis conteſtata ſit. C. ex delict. defun. Quod eſt accipiendum, niſi ex contractu, & rei perſecutione naſcatur actio: veluti ex ſtipulatione, qua promiſſum eſt dolum malum abeſſe, abfuturumque eſſe. Nam hæres ob dolum defuncti ex hac ſtipulatione conueniri poteſt. Idemq; de aliis contractibus ſcriptum extat. l. ex depoſiti. l. ex contractibus, de oblig. & act. l. ad ea. §. vlt. de reg. iur. l. ſi hominem. §. datur. depoſ.

CXXII. SCÆVOLA LIB. XXVIII. DIGESTORVM.

QVI *Romæ pecuniam mutuam acceperat ſoluendam in longinqua prouincia poſt menſes tres, eamque ibi dari ſtipulanti ſpoponderat, poſt paucos dies Romæ teſtato creditori dixit, paratum ſe eſſe Romæ eam numerare, detracta ea ſumma, quam creditori ſuo vſurarum nomine dederat. quæſitum eſt, cum in integrum ſummam, in quam ſtipulatione obligatus eſt, obtulerit, an eo loco, in quo ſoluenda promiſſa eſt, ſua die integra peti poſſit. Reſpondit, poſſe ſtipulatorem ſua die ibi, vbi ſoluendam ſtipulatus eſſet, petere.*

Is qui promiſit, certo loco & tempore ſe pecuniam ſoluturum, quam mutuo accepit alio loco & tempore, non recte eam offert. l. is qui. de eo quod certo loco. l. obſignatione. C. de ſolutio. Itaque ea oblatio à præſtatione vſurarum minime eum excuſat. l. tutor. §. Lucius. de vſu. quia minus, quam debet, offerre intelligitur. arg. §. plus autem. Inſtit. de act. Receptum tamen eſt, idoneam oblationem eſſe, ſi alio in loco alioque tempore præter pecuniam creditam, quod intereſt offeratur. Nam & creditori alio in loco ita petere licet, actione ſcilicet arbitraria, vt eius quod intereſt, ratio habeatur. l. 1. & 2. de eo quod certo loco. Nec me mouet, quod à quibuſdam obiicitur, hac ratione iniuriam fieri ſtipulatori, qui docere cogetur, quanti ſua interſit, non abſq; magna difficultate & incommodo. l. vlt. de præt. ſtip. Nam imputare ſibi debet, quod certam ſummam ſtipulatione non comprehenderit, ſecundum Venuleii conſilium, dict. l. vlt. Denique reo nunquam ſoluente in eo, de quo conuenit, loco, neceſſario ad æſtimationem eius, quod intereſt, deueniendum erit: cuius probatio incumbit creditori. Idem dicendum eſt, etſi locus tantum ſtipulationi adiectus ſit. Non poteſt enim debitor alio loco ſoluere, inuito ſtipulatore, cuius forte intereſt, pecuniam eo loco ſolui. l. is qui. de eo quod certo loco. Quod enim dicitur, promiſſorem vbique ſoluere poſſe. l. continuus. §. cum ita. cũ hac exceptione accipiendum eſt, niſi creditor, cuius intereſt, diſſentiat. Quæri ſolet, ſi ponamus locum nullum ſtipulationi adiectum fuiſſe, ſed tantum conueniſſe, vt poſt diem certam pecunia reddatur: an ante diem reddi poſſit. Et vulgo dicitur, quia tempus non tantum debitoris gratia adiicitur, ſed etiam creditoris, cui promiſſæ ſunt vſuræ, ante diem offerentem nihil agere. arg. l. eum qui. de an. leg. l. ſi ita relictum. §. Pegaſus. de leg. 2. Quæ ſententia ſi vera eſt, multo facilius eã ſequemur, ſi diſerte cautum ſit, vt debitori ante diem ſoluere non liceat. Sed eruditiores putant huiuſmodi pactiones, contrarias bonis moribus, & publicæ vtilitati, omnino reiiciendas eſſe. l. pacta quæ contra. C. de pactis. Molinæus de vſur. quibus aſſentior non grauate propter vtilitatem: quamuis certi iuris id non eſſe fatear. Durum enim atque odioſum eſt, non poſſe debitorem ab vſuraria obligatione ſoluendo ſeſe liberare: cum præſertim huius vſurariæ vtilitatis in hac diſputatione nullum apud iuris auctoris exemplum reperiatur.

Detracta ea ſumma. Hiſce verbis ſignificat Scæuola in mutuo contrahendo debitorem creditori pro futuris vſuris aliquam ſummam in anteceſſum dediſſe: vt exempli gratia, credita fuit ſumma centum aureorum, ac debitor pro vſuris decem repræſentauit: quo caſu nonaginta tantum penes debitorem reſident. Vnde exiſtimarunt aliqui mutuum non eſſe contractum, niſi in nonaginta. l. ſi tibi. de pact. l. rogaſti. de rebus credi. l. cum vltra. Cod. de non nume. pecun. atque ideo vſuras eius tantum ſummæ deberi. Quæ ſententia recepta non eſt: nec mihi valde probatur: modo nulla fraus arguatur contrahentium. arg. l. qui in futurum. de pactis. leg. 2. §. non male. de doli except. Quod autem hic dicitur, *detracta ſumma,* ſic accipimus, debitorem obtuliſſe quidem integram ſortem, quæ centum aureorum eſt, & aliquid præterea pro vſuris breuiſſimi illius temporis, quo pecunia vſus eſt, vt ſequentia verba oſtendunt: ſed detraxiſſe quod dederat in anteceſſum pro vſuris eius temporis, quod nondum præterierat tempore oblationis. Nec verum eſt, nonaginta tantum accepiſſe debitorem, cum is reuera centum acceperit, ex quibus decem fœneratori dedit.

Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit à Sticho ſeruo Seii in prouincia Syria, in ciuitate Beryto vſque Brenteſium, idque creditum eſſe in omnes nauigii dies ducentos ſub pignoribus & ex hypothecis mercibus à Beryto comparatis, & Brenteſium perferendis, & quas Brenteſio empturus eſſet, & per nauem Beryto inuecturus: conuenitque inter eos, vti cum Callimachus Brenteſium perueniſſet, inde intra Idus Septembres, quæ tunc pro-

proximæ futuræ eſſent, aliis mercibus emptis, & in nauem miſsis, ipſe in Syriam per nauigium proficiſcatur: aut ſi intra diem ſupra ſcriptum non reparaſſet meres, nec enauigaſſet de ea ciuitate, redderet vniuerſam continuo pecuniam, quaſi perfecto nauigio, & præſtaret ſumptus omnes perſequentibus eam pecuniam, vti in vrbem Romam eam deportarent: eamque ſic recte dari fieri, fide roganti Sticho ſeruo Lucii Titii promiſit Callimachus. Sed cum ante Idus ſupra ſcriptas, ſecundum conuentionem, mercibus in nauem impoſitis, cum Erote conſeruo Stichi, quaſi prouinciam Syriam peruenturus, enauigauerit: quæſitum eſt, naue ſubmerſa, cum ſecundum cautionem Callimachus merces Beryto perferendas in nauem miſiſſet eo tempore, quo iam pecuniam Brenteſio reddere Romæ perferendam deberet, an nihil proſit Erotis conſenſus, qui cum eo miſſus erat, cuique nihil amplius de pecunia ſupra ſcripta poſt diem conuentionis permiſſum, vel mandatum erat, quam vt eam receptam Romam perferret, & nihilo minus actione ex ſtipulatu Callimachus de pecunia domino Stichi teneatur? Reſpondit, ſecundum ea, quæ proponerentur, teneri. Item quæro, ſi Callimacho poſt diem ſupra ſcriptam nauiganti Eros ſupra ſcriptus ſeruus conſenſerit, an actionem domino ſuo ſemel acquiſitam adimere potuerit? Reſpondi, non potuiſſe, ſed fore exceptioni locum, ſi ſeruo arbitrium datum eſſet, eam pecuniam quocunque tempore in quemuis locum reddi.

In hac hypotheſi proponitur Callimachum pecuniam nauticam à Sticho ſeruo Seii mutuam accepiſſe. Eſt autem pecunia nautica, quæ & traiectitia, & maritima dicitur, quæ trans mare vehitur periculo creditoris. l. 1. ſupra de naut. fœn. l. 1. & vlt. C. eo. l. traiectitiæ. de oblig. & actio.

Nam tametſi alias periculum debitoris ſit, l. incendium. C. ſi cert. pet. l. in ratione. §. incertæ. ad leg. Falcid. hoc tamen hic agitur, vt periculum creditor ſuſcipiat, & ita demum ei teneatur debitor, ſi ſalua nauis in portum appulerit. Itaque permittitur creditori, maiorem vſuram, quaſi periculi huius pretium quoddam, ſtipulari.

Eſtque centeſima hæc vſura, ex Iuſtiniani conſtitutione, qua antiquum ius emendatum eſt. l. eos. Cod. de vſur. Nam veteri iure modus præfinitus non erat, vt Paulus oſtendit lib. 2. Senten. tit. de vſur. Traiectitia, inquit, pecunia, propter periculum creditoris, quandiu nauigat nauis, infinitas vſuras capere poteſt. Quem locum non videntur legiſſe qui de hac re ante nos ſcripſerunt. Callimachus igitur mutuam pecuniam nauticam accepit, ſed in hoc mutuo pacta quædam interpoſita ſunt, eaq; ſolenni ſtipulatione confirmata, de quibus dicendum eſt.

I. Conuenit, vt periculum ſuſcipiat fœnerator nauigationis à Beryto vſque Brunduſium (quod & Brenteſium dicitur) non pro commeatu tantum, ſed etiam pro remeatu: idque in omnes nauigii dies ducentos. Ex quo apparet, vſuram, de qua hic agitur, ἀμφοτεροπλοῦν. Sed hoc extra rem.

II. Debitor obligauit creditori, huius pecuniæ nomine, merces Beryto comparatas, & Brunduſium perferendas, & præterea merces, quas Brunduſii empturus eſſet, & per nauem Beryto inuecturus.

III. Conuenit, vt debitor reparet merces Brunduſii, id eſt, loco venditarum alias emat, & eis in nauem immiſſis intra Idus in Syriam proficiſcatur: aut ſi intra id tempus non reparet merces, nec enauiget è Brunduſio, vniuerſam reddat continuo pecuniam, id eſt, antequam in Syriam redierit. Siue ergo non reparauerit merces, ſiue non enauigauerit è Brunduſio ante Idus, eam pecuniam ſoluere debet Brunduſii.

Et animaduertendum eſt, ideo hanc legem dictam eſſe contractui, quoniam eo fere tempore maria clauduntur, vt Vegetius ait, & periculoſa incipit eſſe nauigatio. l. 3. Cod. de naufr. Ne ergo temere periculum nauigationis ſubeat creditor, ſi liceat aduerſo tempore debitori nauigare, l. qui petitorio. §. vltim. de rei vind. vtilis eſt ei hæc conditio. Hæc ſunt præcipua capita ſtipulationis, inter Callimachum, & fœneratorem contractæ.

Nunc videndum eſt, quid poſtea acciderit, quidque vel ſecundum ſtipulationem, vel aduerſus eam factum ſit. Quod vtique ſubobſcurum eſt, nec facile ex hoc loco perſpici poteſt. Hæc enim verba, *Sed cum ante Idus ſupra ſcriptas ſecundum conuentionem, &c.* oſtendunt Callimactum ante Idus nauigaſſe.

Verum ſequentia repugnant: *Cum ſecundum cautionem Callimachus merces Berytum perferendas in nauem miſiſſet eo tempore, &c.* Sed verior videtur mihi lectio, quam aliqui Codices habent, *Cum ſecundum cautionem Callimachus merces Beryto perferendas in nauem miſiſſet eo tempore, &c.* Ex ea enim lectione colligimus Callimachum merces in nauem impoſuiſſe ante Idus: ſed ante Idus eum non enauigaſſe. Hæc enim verba, *Sed cum ante Idus ſupra ſcriptas, &c.* quæ ambigua ſunt, quia obſcurum eſt quid quo referendum ſit, ſequentibus verbis explicantur.

Ex quibus apparet non enauigaſſe Callimachum, ſed in naue potius manſiſſe. Nam facile eſt animaduertere, hanc ſpeciem ab homine rudi, & parum diſerto, propoſitam fuiſſe, in qua hyperbata, & battologiæ, atque adeo ſolœciſmi orationem obſcurant. Sed de orationis genere minus eſt laborandum, cum intelligimus, quid conſultor ſentiat. Alciatus negationem hic addendam eſſe cenſet: cui non facile aſſentimur, quod veteris codicis nullius auctoritate nitatur.

Ex iam dictis perſpicuum eſt, Callimachum ante Idus non enauigaſſe è Brunduſio, idque contra formam conuentionis: ſed conſenſu Erotis ſerui id factum eſt, qui miſſus cum eo fuerat ad perſequendam pecuniam, quæ Brunduſii ſolui debebat ſub conditione, &c. Quæritur ergo, an naue poſtea ſubmerſa nihil proſit Callimacho Erotis conſenſus, quo minus ſortem cum vſuris ſoluat fœneratori. Et reſpondit Scæuola, nihilo minus teneri. Non enim aliter periculum hic eſt fœneratoris, quam ſi Callimachus intra Idus nauigauerit. Nec poteſt ſeruus, cui mandatum eſt, vt pecuniam exigat certo loco ac tempore, conſenſu ſuo conditionem domini deteriorem reddere. Idque ad procuratores quoſcunque, & alienarum rerum adminiſtratores pertinet, quos neceſſe eſt fines mandati diligenter cuſtodire. l. diligenter. mandat. Non poteſt igitur procurator tempus ſolutionis prorogare, niſi ſpecialiter id ei mandatum ſit, aut niſi plenam, liberamque rerum adminiſtrationem habeat. l. procurator cui generaliter. de procurator.

Si tamen appareat, in propoſita ſpecie, arbitrium ſeruo datum eſſe, pecuniam quocunque tempore in quemcunque locum reddendi, prorogando tempus non videbitur fines mandati ſui exceſſiſſe. Proinde tametſi Callimachus mero iure teneatur, propter verba ſtipulationis, tamen ex bono & æquo ob ſerui conſenſum, qui à domini voluntate alienus non eſt, exceptio ei dabitur. Cur autem res eius qui vectigal non ſoluit, publicano concedente, in commiſſum non cadat, alio in loco opportunius tractatur. l. vlti. de publica.

Flauius Hermes hominem Stichum manumiſsionis cauſa donauit, & ita de eo ſtipulatus eſt, ſi homo Stichus, de quo agitur, quem hac die tibi donationis cauſa, manumiſsioniſque dedi, à te hæredeque tuo manumiſſus, vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, pœnæ nomine quinquaginta dari ſtipulatus eſt Flauius Hermes, ſpopondit Claudius. Quæro, an Flauius Hermes Claudium de libertate Stichi conuenire poteſt? Reſpondit nihil proponi, cur non poteſt. Item quæro, an ſi Flauii Hermetis hæres, à Claudii hærede pœnam ſupra ſcriptam petere voluerit, an Claudii hæres libertatem Sticho præſtare poſſit, vt pœna liberetur? Reſpondi, poſſe. Item quæro, an ſi Flauij Hermetis hæres cum Claudij hærede ex cauſa ſupra ſcripta nolit agere, an nihilo minus Sticho libertas ex conuentione, quæ fuit inter Hermetem & Claudium (vt ſtipulatione ſupra ſcripta

oſtenditur) ab hærede Claudii præſtare debeat. Reſpondit, debere.

Ex hac hypotheſi triplex naſcitur quæſtio. Prima eſt, An Flauius Claudium de libertate Stichi conuenire poſſit. Et Scæuola ait, nihil proponi, cur non poſſit. Non enim in conditione tantùm eſt manumiſſio ſerui, ſed etiam in obligatione: quod ſatis ex eo manifeſtum eſt, quia Flauius Stichum manumiſſionis cauſa donaſſe dicitur. Alias de libertate agi non poſſet. l. ita ſtipulatus. ſupra. l. ſi quis ſub conditione. ſupra, ſi quis omiſſ. cauſ. teſt. Hic autem locus ſatis demonſtrat, ſtipulatione pœnali principalem obligationem non nouari. Qua de re diſputatum à nobis fuit ſupra c. 115. l. ita ſtipulatus. Secunda quæſtio eſt, An donatarii hæres Stichum manumittere debeat, vt à pœna liberetur. Et ait Scæuola, poſſe, quia idem ius competit hæredi, quod defuncto, cum præſertim hæredis mentio facta ſit in ſtipulatione. Quod autem hic dicitur de pœna, videtur contrarium Diocletiani reſcripto, in quo ſcriptum eſt, ideo pœnam non exigi in ſimili ſpecie, quia ſeruus poſt duos menſes liber fit, abſque facto donatarii ex conſtitutione diui Marci. l. vlt. C. ſi mancip. ita vend. l. vlt. ſupra qui ſine manumiſ. Veriſimile enim eſt, de effectu magis, quam de actu ipſo, à contrahentibus cogitatum eſſe, nec aliud ſpectaſſe, quam vt libertatem ſeruus conſequeretur. L. venditor. de ſeruis export. Verum in hac ſpecie, quia certus manumittendi modus à contrahentibus expreſſus eſt, nempe per vindictam apud magiſtratum, credibilius eſt, non eo tantum animo fuiſſe donatorem, vt ſeruus liber fieret, ſed vt certo modo & ratione ad libertatem perueniret. Cupiebat forte apud magiſtratum manumitti, vt libertas eius magis innoteſceret. Nec enim probo ſententiam eorum, qui exiſtimant conſilium domini fuiſſe, vt per vindictam liberatus ſeruus ciuis Romanus fieret: quoniam ex conſtitutione diui Marci idem conſequeretur, etſi à donatario manumiſſus non eſſet. Calliſtratus cap. 3. qui ſine manu. ad libert. Eum, qui ita venit, vt intra tempus manumitteretur, cum dies præſtandæ libertatis venerit, viuente venditore, & perſeuerante in eadem voluntate, perinde haberi, ac ſi ab eo, à quo debuit manumitti, manumiſſus eſſet: mortuo autem venditore, non eſſe hæredum eius voluntatem explorandam, diuus Marcus cum filio ſuo reſcripſit. Tertia quæſtio eſt, Si Flauius, aut eius hæres, agere nolit aduerſus donatarium, an ſeruus ipſe de libertate ſua eum conuenire poſſit. Et reſpondet Scæuola, poſſe. Seruo enim hic conſiſtere in iudicio permittitur. argum. l. vix certis. ſupr. de iud. Ac tametſi ex alterius ſtipulatione alteri non acquiratur ſtricto iure, l. ſtipulatio iſta. §. alteri. tamen vtilitatis atque humanitatis cauſa ab eo iuris rigore facile receditur. Idemque conſtitutum eſt de eo, qui fundum alicui donauit, ea lege, vt poſt 10. annos eum alii reſtitueret. l. quoties. C. de donat. quæ ſub mo. Sed receptum eſt, in vtraque ſpecie donatori licere voluntatem mutare, quamdiu res integra eſt, adeo vt niſi in eadem voluntate perſeueret, tertio, cum quo negotium geſtum non eſt, nullum ius acquiratur. l. 3. de ſer. export. Quæ ſententia locum habere non poteſt, ſi tertius ille ſtipulatus ſit. l. cum maritus. §. vlti. de pact. dotal. aut eius nomine alius, quo caſu vel ex iure, vel ex recepta conſuetudine, alii ſtipulari licet, ſicut tabelliones moribus noſtris ſtipulantur abſentibus.

Cohæredes cum prædia hæreditaria diuiſiſſent, vnum prædium commune reliquerunt, ſub hoc pacto, vt ſi quis eorum partem ſuam alienare voluiſſet, eam vel cohæredi ſuo, vel eius ſucceſſori venderet centum viginti quinque: quod ſi quis aliter feciſſet, pœnam centum inuicem ſtipulati ſunt. quæro, cum cohæres mulier, cohæredis liberorum tutores ſæpius teſtato conuenerit, & deſiderauerit, vt ſecundum conuentionem aut emerent, aut venderent, hique nihil tale fecerint: an ſi mulier extero vendiderit, pœna ab ea centum exigi poſſit? Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur, obſtaturam doli mali exceptionem.

Quamuis in ſtipulationibus maxime inſpiciamus, quid verbis expreſſum cautumque ſit, l. quicquid. ſupra. tamen verba aucupari non debemus, ſed inſpicere quid veriſimiliter actum ſit. c. 111. Exceptiones enim inſunt aliquando ſtipulationi ex veriſimili contrahentium voluntate, ſine quibus ea iniquitatem aliquam, abſurditatemue contineret. l. quoties. 80. Itaque ſi conuenerit inter cohæredes, vt ſi quis eorum prædii communis partem vendere velit, eam cohæredi ſuo vendat. Hanc conuentionem cum exceptione accipiemus, ſi cohæres emere velit. Nam alias τὸ ῥητὸν, adeo iniquum eſt, & à ratione alienum, vt contrahentes ita ſenſiſſe credibile non ſit. Valet igitur pactum, ne rem alii vendas, quam mihi. l. qui fundum. de contrah. empt. l. ſi ſterilis. §. ſi tibi. de actio. empt. Cuius pacti ea vis eſt, non vt cogaris mihi vendere, ſed vt alii vendere nemini poſſis. Sed & ſi quis pactus ſit ſimpliciter, ne rem vendere liceat, hoc quoque pactum vtile eſſe poteſt. l. vlt. C. de pact. inter empt. Sed de hoc genere pacti dicemus cap. 135. §. ea lege.

Centum viginti quinque. Hic pretium certum à contrahentibus prudenter definitum eſt, ne qua eo nomine controuerſia inter eos poſtea oriretur. Nam ſi de certo pretio inter eos non conuenerit, dubitari poteſt, an quantum ab alio offertur, præſtari debeat, an vero ſufficiat commune vſitatumque pretium ſoluere. Et exiſtimo inſpiciendum eſſe ante omnia, quid actum ſit, quod tum ex conceptione ſtipulationis, tum ex aliis coniecturis, cognoſci poterit. l. ſemper in ſtipulationibus. de reg. iur. Si id non appareat, contra ſtipulatorem interpretamur, qui potuit ſtipulationem latius concipere. l. quicquid. ſupra. Ac pretium rei in dubio id eſſe intelligimus, quo vendi poteſt. l. ſi ſeruus furtiuus. de condi. furt. l. 1. §. ſi hæres. ad Trebell. Sed videndum eſt, ne falſus ſimulatuſque emptor, maioris pretii à conſorte extorquendi cauſa, ſubiiciatur. l. vlt. C. de iure emphyt. l. eum qui. §. cum igitur. de in diem addic.

Sæpius teſtato. In conſultationibus multa recitari ſolent ab imperitis hominibus, quæ non multum ad rem pertinent, nec ius varium inducunt: ſicut hic accidit. Quamuis enim vna interpellatio denuntiatioque ſufficere poſſit, modo nec inſtantia interpellantis remiſſa, nec volũtas mutata ſit, l. mora. de vſur. tamen hic proponitur, cohęredem ſæpius conuentum fuiſſe. Poſt hanc autem conuentionem, ac denuntiationem modicum tempus expectari arbitrio boni viri, ratio, æquitaſque ſuadet. argum. l. continuus. §. cum ita. infra. l. 1. de iure deliber. Sed & elapſo eo tempore, quandiu res eſt integra, moram purgari poſſe, receptum eſt. Qua de re diximus ſupra cap. 84.

Aut emerent, aut venderent. Ex verbis ſupra ſcriptis non videtur ſtipulatio tam plena concepta fuiſſe, vt tali denuntiatione neceſſario hic vtendum ſit. Sed quia hic cohæres à communione tantum recedere fortaſſis volebat, denuntiauit tutoribus, non tantum vt emerent, ſed etiam, ſi ita eis videretur, partem pupilli venderent. Eaque denuntiatio ſecundum conuentionem facta hic dicitur: quoniam qui ita denuntiat, nihil contra conuentionem facere dici poteſt. Sed quocunque modo ſtipulatio concepta hic eſſe proponatur, arbitror tutores non poſſe partem pupilli ſine decreto Prætoris vendere. Nam etſi ob voluntatem parentis defuncti permittatur alienatio rerum pupillarium ſine decreto, l. 1. & vlt. de reb. eorum, qui ſub tute. l. 3. Cod. quando decret. op. tamen cum hæc parentis voluntas eſſe probatur, vt partem ſuam vendat, aut partem cohæredis emat, vtilius eſt ſic eam voluntatem interpretari, quaſi id voluerit, quod magis expedire videretur. Vt ergo cognoſcatur, vtrum è re pupilli futurum ſit, Prætoris interuentu, decretoque opus eſt. l. magis puto. de reb. eor. qui ſub.

Agerius filiusfamilias ſeruo Publii Mæuii ſtipulanti ſpopondit, ſe daturum, quicquid patrem ſuum Publio Mæuio debere conſtitiſſet. quæſitum eſt patre defuncto, antequam conſtitiſſet quid quantumque deberet, an ſi aduerſus hæredem eius actum fuiſſet, aliumue ſucceſſorem, & de debito conſtitiſſet, Agerius teneatur? Reſpondit, ſi conditio non extitiſſet, ſtipulationem non eſſe commiſſam.

Hoc

Hoc reſponſum Scæuolæ, ante aliquot annos accurate interpretati ſumus: editumq; eſt noſter de ea re commentarius: quem ideo Scæuolam inſcripſimus, quod Scæuolæ Iureconſulti morem de iure tantum reſpondendi, non de iis quæ in coniectura poſita ſunt, minime vulgo notum, in eo libro pateſeciſſe ac demonſtraſſe nobis videamur. Huius igitur capitis interpretatio ex eo commentario petenda eſt. Poſt cuius editionem inciderunt in manus noſtras ſcripta quædam eruditorum hominum, Franc. Conani, & Bart. Faii, quorum alter noſtram interpretationem probat, alter, aut vterque potius acrius in Scæuolam inuehitur, quam quiſquam adhuc alius ante eos fecerit. Sed cum ego non Scæuolæ modo ſententiam explicem, ſed conſilium etiam tuear, ac defendam, cauſa Scæuolæ à noſtra ſeiungi profecto non poteſt. Atque eo iuſtior futura eſt defenſio noſtra, ſi quando eam meditari nobis contigerit. Quod mihi non videtur magnopere neceſſarium eſſe. Si cui enim libeat ſcripta noſtra, quæ iamdiu exierunt, euoluere, iſque omni animi perturbatione vacet, quæ hominem à veri cognitione auertat: futurum confido, vt eum adſtipulatorem habiturus ſim. At vt vere ingenueque dicam quod ſentio, cum bona clariſſimi & doctiſſimi viri Barto. Faii venia rationes quibus Scæuolam oppugnat, eiuſmodi ſunt, vt vel dubitantem me de huius cauſæ æquitate confirmare in mea ſententia, ſcrupulumque omnem mihi eximere poſſint. Nam quanto maior eſt apud me talis tantique viri auctoritas, cuius eæ ſunt ingenii dotes, vt ſenatoria dignitas parum ei ſplendoris ornamentiq; adferat, eo profecto difficilius à ſententia auellor, quam is, meo quidem iudicio, expugnare ac conuellere nullo conatu potuerit. Cætera, inquit, aſſentior Duareno, modo vnum mihi viciſſim concedat, minime expetendam eſſe eius Iureconſulti induſtriam, qui de iure tantum aperto, nec πρὸς ἔπος reſpondeat: perinde quaſi Iureconſulti ſit, de quacunq; re propoſita conſulentibus reſpondere. Ego vero ſi concedam nullum eſſe Iureconſulti vſum in republica, qui de iure tantum, non de iis, quæ Oratorum au Medicorum propria ſunt, reſpondeat: cur idem de Medico non fatear, de morbis tantum, non etiam de Iure ciuili reſpondente, non video. Quæ enim in ſtatu coniecturali verſantur, nihilo magis ad Iureconſultum, quam quæſtiones iuris ad Medicum pertinent. Quanquam non inficior, quæſtiones facti, ſeu coniecturales, imo & ad Medicinam pertinentes aliquando à Iureconſultis tractari, ſed parcius multo quã noſtri temporis cauſidici ſoleant. Hi enim Iureconſulti officio non contenti, in facti quæſtionibus fere occupantur. Memini tamen conſultum à me aliquando magni nominis cauſidicum in Baſilica Pariſienſi dicere, ſe teſtationes inſpicere nolle, quæ ad fidem probationemque pertinerent: ſed ſi ſatis probatum exiſtimarem, ſe mihi de iure conſulenti reſponſurum. Qua in re mihi veteres Iureconſultos imitari videbatur, quæcunque eum ratio moueret. Extat quoque reſponſum celebre Philippi Decii, in quo hypotheſim propoſitam de concilio Piſano ne attingere quidem voluit, Iulii opinor Pont. Romani offenſam veritus: ſed de iure in vniuerſum reſpondens, multa de auctoritate concilii Pontificiſque Romani diſſeruit. Quod igitur noſtro tempore fit neceſſitate aliqua interdum cogente, apud veteres vſitatum erat, etſi nulla neceſſitas vrgeret: quia huiuſmodi quæſtiones putabant iuris ſcientiæ, quam profitebantur, proprias non eſſe. Qui enim ita reſpondet, exempli gratia, conditioni fideicommiſſi hæredem fideicommiſſarii parere non poſſe, is proculdubio ius reſpondet, & Iureconſulti officio fungitur: vt Scæuola prudenter fecit c. 108. de cond. & demonſt. Qui vero conditionale fideicommiſſum eſſe reſpondet, cum teſtator ablatiuis abſolutis vſus eſt, exceptis nummis, &c. non de iure reſpondere, ſed de facto, quod in coniectura poſitum eſt, dicitur. Ac tametſi eorum opera non contemnam, qui in talibus quæſtionibus verſantur: non ideo tamen iudicandus eſt parum vtilis reipub. Iuriſconſultus, qui ab iis quæſtionibus abſtinens de iure tantum reſpondeat. Nec inutilia ſane habenda ſunt reſponſa quædam Scæuolæ in Pandectas relata, quibus apertum ius reſpondit. Non enim apertum ius hic intelligimus, quod idiotis notum ſit (quanquam ne huiuſmodi quidem præcepta ab iis contemnenda ac reiicienda ſunt, qui iuris ſcientiam docent ac profitentur) ſed quod inter Iureconſultos controuerſum non ſit. Cuius generis eſt maxima pars Iuris ciuilis, quod interpretamur. Ne quis autem putet, parui momenti eſſe hanc diſputationem, expertus quidem hic ſum, quam vere dictum ſit ab Ariſtotele, leuem etiam errorem in iis, qui ſemel à vero diſcedunt, progreſſu temporis infinitis partibus maiorem exiſtere.

Seia hæres vnius tutoris cum hærede pupillæ tranſactione ſolo pacto facta, maiorem partem ſoluit, in reſiduum cauit: ſed illico negauit hæres ſe tranſactionem ſeruare, & apud iudicem tutelæ egit, & victus prouocauit ad competentem iudicem, & ab eo quoque ad Principem idem prouocauit, & iniuſta quoque hæc prouocatio eius pronuntiata eſt. Quæſitum eſt, Cum per hæredem pupillæ mora interceſſerit, quo minus pecunia in ſtipulationem deducta ab hærede tutoris ſolueretur, nec vnquam petierit, an hodie ei debeantur vſuræ ab hærede tutoris? Reſpondit, Si Seia non ceſſaſſet ex ſtipulatione pecuniam offerre, iure vſuras non deberi.

Hæc quæſtio facti eſt: nec ſatis apparet ex ſpecie propoſita, quid factum ſit. Atque ideo Scæuola more ſuo, de iure reſpondet, ſub conditione, ſicut & in ſuperiore capite ab eodem reſponſum eſt. Nam etſi conſultor proponat, hæredem pupillæ nunquam petiiſſe, & per eum ſtetiſſe, quo minus ſolueretur, quia tranſactionem ſeruaturum ſe negauit, & diu litigauit, &c. tamen hæc omnia moram, & ceſſationem eius neceſſario non arguunt, erratque conſultor, qui moram ideo interceſſiſſe putat. Non enim petere neceſſe fuit, cum vſuræ non propter moram debeantur, ſed propter vſum pecuniæ, & ſtipulationem interpoſitam. l. lecta. ad fin. de reb. cred. Item, non quiſquis litigat, moram facere dicitur. l. ſciendum. l. ſi quis ſolutioni. ſupr. de vſur. ſed quædam alia ſunt neceſſaria, de quibus nihil in vniuerſum conſtitui poteſt. l. mora. de vſur. Itaque Scæuola reſpondet, vt plerunque in aliis facti quæſtionibus ſolet vſuras non deberi, ſi Seia non ceſſauerit pecuniam offerre, id eſt, ſi nulla mora poſſit Seiæ imputari, ſed potius pupillo. Tunc autem ceſſatio eius, & mora arguitur, non pupilli, cum ea non obtulit pecuniam, nec iuſtam differendæ ſolutionis, aut oblationis cauſam habuit. de quo non ſatis conſtat ex recitata hypotheſi. Ex iam dictis colligitur, ad inhibendum curſum vſurarum, oblationem prodeſſe. Sed quæritur, an depoſitio ſit neceſſaria. Et exiſtimo oblationem ſufficere, modo res debita proferatur, & exhibeatur creditori à debitore. Id enim Offerre verbum ſignificat. Nec ſatis eſſet, profiteri ſe velle ſoluere, vt alibi docuimus. l. ſi mora. ſolut. matrimon. Depoſitio autem neceſſaria eſt, ad plenam liberationem conſequendam. l. obſignatione. C. de ſolut. l. acceptam. C. de vſur. quia iniuſtum eſſet, ideo quem liberari à præſtatione rei debitæ, quod creditor eam ſibi oblatam accipere recuſauerit, ſi ſalua adhuc res ſit. l. qui decem. 72. in princ. de ſolut. Sed æquum eſt, eum, qui propter vſum pecuniæ vſuras pendit, tunc deſinere teneri, cum pecuniam debitam offerendo, oſtendit, ſe ea vti aut nolle, aut non poſſe. l. ſi creditrici. Cod. de vſu. Ac tametſi quædam reſcripta, reſponſaque extent, in quibus depoſitio videtur requiri, l. ſi per te. C. de vſur. l. debitor vſurarius. ff. eod. tamen ſi recte inſpiciantur, ſatis apparebit, depoſitionem, quaſi neceſſariam, minime exigi: ſed idcirco depoſitionis ibi fit mentio, quia inciderat ſpecies, in qua res depoſita eſſe dicebatur. Et reſpondetur, eam depoſitionem ad ſiſtendum curſum vſurarum vtilem eſſe. Nec recte colligi inde poteſt, depoſitione omiſſa vſuras deberi. Et hoc genus argumenti ex conſtitutione aliqua generali facilius, quam ex reſcriptis huiuſmodi perſonalibus duceretur. Nam & plerunque ea reſcripta, quæ ſcilicet ad ſingulas cauſas accommodantur, non tam quid neceſſario faciendum ſit, quam quid fieri expediat, continent: ſicut Philippus reſcribit, deponendam eſſe pecuniam, vt curſus vſurarum legitimus inhibeatur: quoniam videt, hoc ſubſecuto, debitorem omnino liberatum iri. l. acceptam. Cod. de vſur. De pecunia debita pupillo ſeparata tractatio eſſe debet, ne res confundantur. Et certum eſt, ſi finita tutela tutor velit ſe liberare ab vſuris, depoſitione opus eſſe, nec ſolam oblationem ſufficere, vt Vlpia-

nus in Marcellum notauit. l. tutor pro pupillo. de admi. tut. Quod eſt accipiendum, ſi certa, liquidaque ſit pecunia, quæ debetur. Nam alioquin ne oblatio quidem neceſſaria eſt, ſed frequentes denuntiationes, ac publicæ profeſſiones ſufficiūt, vt reſcripto Diocletiani continetur. l. vlti. de vſu. pupil. Cod. Alium vero debitorem pupilli non puto ad depoſitionem cogendum eſſe. Quinimo ſi tutorem non habente pupillo, ſolui ei non poſſit, etiam ſine oblatione vlla debitor à præſtatione vſurarum excuſabitur. l. cum quidam. §. ſi pupillo. de vſur. Verum quia minor, cauſa cognita, interdum reſtituitur in integrum, l. 1. C. ſi aduerſ. ſolut. tutior eſt, ac debitori vtilior, depoſitio. l. ſi reus paratus. de procur. l. ait Prætor. de minor.

Duo fratres hæreditatem inter ſe diuiſerunt, & ſibi cauerunt, nihil ſe contra eam diuiſionem facturos, & ſi contra quis feciſſet, pœnam alter alteri promiſit poſt mortem alterius, qui ſuperuixit, petiit ab hæredibus eius hæreditatem, quaſi ex cauſa fideicommiſſi ſibi à patre relicti debitam: & aduerſus eum pronuntiatum eſt, quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet. quæſitum eſt, an pœna commiſſa eſſet. Reſpondit, ſecundum ea quæ proponerentur, commiſſam.

Abſoluto reo, à quo contra ſtipulationem pœnalem actor petere dicebatur, pœna aduerſus actorem committitur. Nec refert, iuſta fuerit ſententia, an iniuſta, qua contra actorem pronuntiatum eſt, ſi ab ea prouocatum non ſit. Æquitas tamen ſuadet, vt reus, cui propter petitionem fideicommiſſi nihil abeſt, pœnam petens, exceptione doli ſummoueatur: niſi aliud actum eſſe appareat. l. reſcriptum. §. ſi pacto. ſupra, de pact. l. qui fidem. de tranſact. Proinde in hac ſpecie, cum quæritur, an competat exceptio, quid inter contrahentes actum ſit, videndum eſt. not. in l. ita ſtipulatus. ſupra.

Quaſi de hoc quoque tranſactum fuiſſet. Duo fratres à patre hæredes ſcripti fuerant, & fidei eorum commiſſum, vt ſi quis eorum decederet ſine liberis, hæreditatem fratri ſuo reſtitueret. Et quærebatur inter eos, an diuiſione rerum hæreditariarum, hoc fideicommiſſum videretur remiſſum eſſe, in qua diuiſione ſibi cauerant, nihil ſe contra diuiſionem facturos, &c. Sed tamen iudicatum eſt, de fideicommiſſo quoque tranſactum videri. Quare dubium non eſt, quin pœnæ ſtipulatio commiſſa ſit, vt iam diximus, quamuis forte iudex non recte iudicauerit, quod tamen credendum non eſt. l. Herennius. de euict. An autem de fideicommiſſo quoque tranſactum ſit, quæſtio facti magis, quam iuris eſt, & tota ex coniecturis pendet. Sed probabilius eſt, fideicommiſſum hac diuiſione, cautioneque remiſſum non videri: niſi aliud actum eſſe appareat. Quia cum fideicommiſſo ſatis cautum expreſſumque non ſit, verba ſtipulationis ſic interpretari debemus, vt ſtipulatori potius, quam promiſſori noceant. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. Qui enim promittit ſe contra diuiſionem nihil facturum, is tantum promittere intelligitur, ſe propter communionem, à qua receſſum eſt diuidendo res hæreditarias, nihil petiturum. Si igitur ex alia cauſa quicquam debeatur, id non videtur remiſſum eſſe. Quid autem mouerit iudicem ad pronuntiandum contra fideicommiſſarium, nec expreſſum hic eſt, nec ad Scæuolæ reſponſum id pertinet, cum ſufficiat rem iudicatam eſſe, vt pœna committatur. Dixerit aliquis, cohæres cohæredi tenetur, euicta re hæreditaria, &c. l. ſi familia. C. famil. erciſc. l. ſi fratres. C. com. vtr. iud. Ergo eam euincere volens, ſummouebitur exceptione. l. vindicantem. de euict. Verum non videtur euicta re hæreditaria, ob factum eius, cui ſucceſſit is, contra quem agitur, actioni de euictione locus eſſe. Cum enim, euicta re ob factum meum, mihi non competat actio, l. fundum meum. de euict. ne ob factum quidem auctoris competere mihi poterit.

CXXIII. PAPINIANVS LIB. I. DEFINITIONVM.

SI flagitij faciendi vel facti cauſa, concepta ſit ſtipulatio, ab initio non valet.

De ſtipulationibus, quæ turpitudinem continent, diximus ſupra cap. 26. l. generaliter. Hic autem locus nos admonet ſtipulationem inutilem eſſe propter turpitudinem, non modo cum flagitii faciendi cauſa concipitur, puta. *Si plagium feceris, &c.* ſed etiamſi in præteritum tempus conferatur, *Quia plagium feciſti.* Nam maleficii renumeratio turpis eſt, ac bonis moribus contraria. l. ſi à reo. §. vlt. de fideiuſſ. Nec ad rem pertinet, quod poſt admiſſum dolum, ſi quis paciſcatur, ne de dolo agat, vtile pactum eſt. l. ſi vnus. §. pacta quæ turpem. de pact. Non enim maleficii admiſſi cauſa tunc fit promiſſio, nec maleficii remuneratio cauſa eſt huiuſmodi conuentionis.

CXXIIII. IDEM LIB. II. DEFINITIONVM.

INSVLAM intra biennium illo loco ædificare ſpondes? *ante finem biennij ſtipulatio non committitur, quamuis reus promittendi non ædificauerit, & tantum reſidui temporis ſit, quo ædificium extrui non poſſit. Neque enim ſtipulationis ſtatus, cuius dies certus in exordio fuit, ex poſt facto mutatur. Idque & in ſtipulatione iudicio ſiſtendi cauſa facta placuit, ſcilicet vt ante diem ſtipulatio non committatur, ſi certum eſſe cœperit, pareri ſtipulationi reſiduo tempore non poſſe.*

Diximus ſup. cap. 72. & cap. 113. l. ſtipulationes non diuid. l. cum ſtipulatus.

CXXV. PAVLVS LIB. II. QVÆSTIONVM.

CVM ſtipulatur, quicquid te dare facere oportet? *nihil aliud in ſtipulationem deducitur, quam quod præſenti die debetur. Hoc enim ſolum hæc ſtipulatio demonſtrat.*

Satis tractatus eſt hic locus cap. 76. & cap. 89. l. ſi ſtipulatus fuerim. l. ſi à colono.

CXXVI. IDEM LIB. III. QVÆSTIONVM.

SI ita ſtipulatus fuero, Si Titus Conſul factus fuerit, tunc ex hac die in annos ſingulos dena dare ſpondes? *poſt triennium conditione exiſtente, triginta poterunt peti.*

Diſputatum hac de re fuit c. 64. l. huiuſmodi.

Titius à Mæuio fundum detracto vſufructu ſtipulatus eſt, & ab eodem eiuſdem fundi vſumfructum. duæ ſunt ſtipulationes: & minus eſt in eo vſufructu, quem per ſe quis promiſit, quam in eo, qui proprietatem comitatur. Denique ſi ille vſumfructum dederit, eumque ſtipulator non vtendo amiſerit, tradendo poſtea fundum, detracto vſufructu liberabitur. Non idem contingit ei, qui fundum pleno iure promiſit, & vſumfructum dedit, deinde amiſſo eo proprietatem ſine vſufructu tradidit. Ille enim liberatus eſt, dando vſumfructum: hic in nulla parte obligationis exoneratur, niſi pleno iure fundum effecerit ſtipulatoris.

Vſumfructum proprie dicitur is habere, qui ius habet re aliena vtendi, fruendi. l. 1. ſupr. de vſufruct. Item, qui dominus eſt rei alicuius, interdum habere vſumfructum dicitur, propter commoditatem, quæ in fructuum perceptione conſiſtit. Eſt ergo quidam vſusfructus à proprietate ſeparatus, qui ſeruitus eſt. Eſt alius coniunctus cum proprietate, quique proprietatem concomitatur, vt Paulus hic ait. Et hinc diuiſio nata eſt, inepta admodum, vſusfructus, in formalem, & cauſalem, apud vulgares interpretes. Vtilis autem differẽtia vtriuſque hic traditur à Paulo in duobus exemplis, quæ ſequuntur. Primum exemplum eſt, cum quis ſtipulatus eſt proprietatem

prietatem nudam fundi, ſed quod idem eſt, fundum detracto vſufructu, deinde vſumfructum eiuſdem fundi ſtipulatus eſt. In qua ſpecie promiſſor vſusfructus liberatur, vſumfructum dando, adeo vt obligatus tantum maneat, ad dandam proprietatem. Sicut is, qui Stichum & Pamphilum promiſit, dando Stichum, non niſi ad Pamphilum dandum obligatur. Hic enim duæ ſtipulationes ſunt, vna proprietatis, altera vſusfructus. Atque hinc conſequens eſt, ſi poſtea vſufructuarius amiſerit vſum fructum, non vtendo forte: isq; redierit ad proprietatem, non ideo promiſſorem teneri ad proprietatẽ, cum vſufructu, ſed ad proprietatem nudam tantum: quia ſemel ab vſusfructus obligatione liberatus fuit. Alterum exemplum eſt, cum quis ſtipulatur fundum, id eſt, proprietatem fundi, cum vſufructu qui eam concomitatur. In qua ſpecie promiſſor dando vſumfructum, nullo modo liberatur. Ideoque amiſſo vſufructu, cogitur pleno iure fundum efficere ſtipulatoris, perinde ac ſi nihil omnino dediſſet. Nec obſtat, quod debitor ſoluendo partem rei debitæ, dicitur pro parte liberari, l. ſi ſtipulatus, §. qui decem. de ſolut. Aliud enim hic ſoluitur, quam quod debetur ſtipulatori: nec pars debiti eſt. Nam tametſi debitor fundi, ſoluendo vſumfructum, videatur partem ſoluere, quaſi plenum dominium conſtet ex proprietate, & vſufructu, l. 4. de vſufr. tamen alterius naturæ eſt hic vſusfr. qui ſoluitur, quam qui debetur ex ſtipulatione. Soluitur enim vſusfructus ſeparatus à proprietate, qui ſeruitus eſt, cum vſusfructus diuerſi generis debeatur, id eſt, qui proprietatem comitatur. Eſt autem minus in vſufructu ſeparato à proprietate, quam in eo, qui cum proprietate coniungitur, vt hic Paulus ait. Quod vel ex eo apparet, quia vſusfructus ſeparatus à proprietate, amittitur non vtendo, alter non amittitur. §. finitur. Inſtit. de vſufr. Ac ſi quis obiiciat promiſſorem ideo videri pro parte liberatum eſſe, vſumfructum ſoluendo, quia volenti creditori ſoluit. l. 2. de reb. cred. huic reſpondendum eſt, vt diximus de ſtipulatione generis, in ſecundi capitis interpretatione,

Chryſogonus Flauii Candidi ſeruus actor ſcripſi coram ſubſcribente, & adſignante domino meo, accepiſſe eum à Iulio Zoſa agente rem Iulii Quintiliani abſentis, mutua denaria mille: quæ dari Quintiliano, hærediue eius, ad quem ea res pertinebit, Calendis Nouembris, quæ proximæ ſunt futuræ: ſtipulatus eſt Zoſas libertus, & rem agens Quintiliani, ſpopondit Flauius Candidus, dominus meus, ſub die ſupra ſcripta, ſi ſatis eo nomine factum non erit, tunc quo poſt ſoluetur, vſurarum nomine denarios octo præſtari, ſtipulatus eſt Iulius Zoſas, ſpopondit Flauius Candidus, dominus meus, ſubſcripſitque. Reſpondi, per liberam perſonam, quæ neq; iuri noſtro ſubiecta eſt, neque bona fide nobis ſeruit, obligationem nullam acquirere nobis poſſumus. Plane ſi liber homo noſtro nomine pecuniam daret vel ſuam, vel noſtram, vt nobis ſolueretur, obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur. Sed quod patrono libertus dari ſtipulatus eſt, inutile eſt, vt nec ad ſolutionem proficiat adiectio abſentis, cui principaliter obligatio quærebatur. Supereſt, vt quæramus an ex numeratione, ipſe qui contraxit, pecuniam creditam petere poſſit. Nam quotiens mutuã pecuniam dantes eandem ſtipulamur, non duæ obligationes naſcuntur, ſed vna verborum. Plane ſi præcedat numeratio, ſequatur ſtipulatio, non eſt dicendum, receſſum à naturali obligatione. Sequens ſtipulatio, in qua ſine adiectione nominis vſuras ſtipulatus eſt, nõ eodem vitio laborat. Neq; enim maligne accipiendum eſt, ei ſtipulatum vſuras, cui & ſortem, videri. Ideoq; in liberti perſona valet ſtipulatio vſurarum, & cogitur ea patrono cedere. Plerunque enim in ſtipulationibus verba, ex quibus obligatio oritur, inſpicienda ſunt, raro ineſſe tempus, vel conditionem ex eo quod agi apparebit intelligendum eſt, perſonam nunquam, niſi expreſſa ſit.

Cautio quædam oblata eſt Paulo, cum de iure conſuleretur quæ à ſeruo quodam perſcripta fuerat, domino non ſolũ præſente, ſed etiam ſubſcribente, & annulo ſuo obſigante. Itaque dubium non eſt, quin ea magna vim ad fidem faciendam aduerſus dominum habeat. Nam & ſubſcriptio ſola prodeſſe ad probationem dicitur, aduerſus eum qui ſubſcripſit. l. ſi ego §. dotis. de iure dot. l. ſi quis ex argentariis. §. 1. de eden. §. 1. Inſtit. de empt. niſi forte, vt teſtem, ſubſcripſiſſe eũ appareat. l. Titia cũ teſtamento. §. Lucia. de leg. 2. l. ſi pater C. de fideiuſ. Huius cautionis exemplum hic deſcriptum eſt, cuius duo ſunt capita. Vnum eſt, de pecunia mutuo data à liberto, & procuratore cuiuſdam, quam ſtipulatus eſt libertus dari, nõ ſibi, ſed patrono. Alterum eſt, de vſurarum ſtipulatione concepta imperſonaliter, id eſt, nec patroni, nec liberti perſona expreſſa. Ex hac cautione triplex naſcitur q. Prima eſt, an valeat ſtipulatio ſortis, concepta in perſonam patroni. Et ait Paulus, eam non valere, quia per liberam perſonam, &c. Eſt. n. libertus libera perſona, quamuis aliquid iuris in eum retineat patronus. Eſtque adeo inutilis hæc ſtipulatio, vt nec ad ſolutionem proficiat adiectio abſentis: cum hæc fuerit voluntas contrahentium, non vt abſenti patrono ſolui poſſit, liberti ſtipulantis nominis, ſed vt ei obligatio acquiratur. Et quia generaliter Paulus loquitur de omni obligatione, hinc obſeruandum eſt, non tantum ex ſtipulatione non acquiri alteri per liberam perſonam, l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ſup. ſed ne ex aliis quidem contractibus, etiamſi bonæ fidei ſint. l. quæcunq; ſup. de oblig. l. fundus ille. de contrah. empt. l. poſſeſſio quoq;. §. 1. de acq. poſ. Ac ſi loquamur de libero homine, qui procurator, aut nuntius non eſt, nullam res dubitationem habet. Nuntius autem à procuratore hic diſtinguendus eſt. Nam emptio, venditio, locatio, conductio, & alii huiuſmodi contractus, qui præſentiam, ac ſolennitatẽ non deſiderãt, per nuntium recte contrahũtur, ex eoq; contractu directo acquiritur obligatio ei, qui nuntium miſit. l. 1. §. vlt. de contrah. emp. l. qui autẽ. §. vlt. de conſt. pec. Non .n. nuntius ipſe emit, vendit, aut aliud negocium contrahit, vt poſſit dici contrahẽdo acquirere do. ſed nudũ miniſteriũ præſtat, l. & licet. de cõſt. pe. id eſt, nũtiat, monet, ſignificat abſenti ad quem mittitur, quid dominus petat, aut velit: hoc modo, Miſit me huc herus meus, vt tibi ſignificarem, velle eum à te fundum illum emere, ſi ita tibi videatur. Pone igitur abſentẽ conſentire, atq; ita mutuo conſenſu perfici venditionem inter abſentes, nemo ſane dixerit, hoc caſu nuntium emẽdo fundum illum hero acquirere, quia nõ nuntius qui nuntiantis, & monentis tantum officio fungitur, ſed herus potius hic emere intelligitur. Atq; ideo verba contractus in perſonã domini, non nuncii concipiuntur. d. l. & licet. Hic ſiquidem nuntius ſimilis eſt quadantenus epiſtolæ, qua abſens abſenti voluntatem ſuam declarat, vt non inſcite, nec inepte nuntius epiſtola loquens, epiſtola vero nuntius mutus dici poſſit. Nam etſi per epiſtolam contrahatur emptio, non idcirco tamen epiſtola acquirit ei, qui eam miſit, ſed ipſa potius per epiſtolam, quaſi inſtrumentum quoddam, ſibi acquirit. Sic nuntius pro inſtrumento quodam habetur, adeo vt nihil referat, cuius conditionis ſit, ſaltẽ vt contractus, miniſterio eius initus, valeat. Multum ergo intereſt, an quis mihi actionem acquirere, an vero facto eius aliquo mihi actio acquiri dicatur. l. ſi quis ſolutioni. de vſu. Cum autem mando alicui, vt emat nomine meo, hic procurator eſt, non ſimplex nuntius: quoniam emptio ipſa, non nuda, & ſimplex nuntiatio, ei committitur. Itaque emit ipſe, & verba concipit in perſonam ſuam, non domini. l. eum qui. §. Iulianus. de conſt. pecun. Sed quia alieno mandatũ, ac nomine alieno emit, cogitur mandati actione ſibi quæſita cedere. l. poſſeſſio quoque. §. vltim. de acquiren. poſſ. Quod ſi verba contractus in perſonam domini concipiat, nihil agitur, cùm quod hic geritur, ex ipſius contractu originem trahat. vnde Paulus c. 10. de oblig. & act. Quæcunq; inquit, gerimus, cum ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona initium obligationis ſumãt, inanem noſtrum actum efficiunt: & ideo neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, vt alter ſuo nomine recte agat, poſſumus. leg. quæ-

cunque. De nuntio, quia non ipſe contrahit, ſed quaſi organi cuiuſdam vice fungitur, quo domini vox ad abſentem perferatur, idem dici non poteſt. l. 1. §. ſi te rogauero, vt rem meam. ff. depoſiti vel contra.

Altera quæſtio eſt, an ex numeratione pecuniæ ſaltem acquiratur vel patrono, vel liberto obligatio. Et aduertẽdum eſt, ea quæ naturaliter acquiruntur, receptum eſſe, vt per liberam perſonam acquiri poſſint: cuiuſmodi eſt poſſeſſio, quæ actu naturali, ac corporali, id eſt, apprehenſione acquiritur. l. ea quæ. l. traditio. §. vlti. de acquirendo rerum dominio. l. ſolutum. §. per liberam. de pigno. act. l. 1. C. per quas perſonas. l. 1. C. de acquirenda poſſeſſio. Idque vtilitatis cauſa productum eſt ad numerationem pecuniæ, ſi forte mutua pecunia detur abſentis nomine. Nam ex numeratione abſenti condictio acquiritur. l. certi condictio. §. ſi nummos. ſupra, de reb. creditis. Eſt enim actus naturalis numeratio pecuniæ. Ideoque obligationem pecuniæ, quæ naſcitur ex ea, Paulus hic naturalem vocat, cum ait, ſi præcedat numeratio, & ſequatur ſtipulatio, receſſum non eſſe à naturali obligatione. Ex hac autem numeratione obligationem acquiri patrono in ſpecie propoſita, ſignificare videtur Paulus his verbis: *plane ſi liber homo noſtro nomine pecuniam daret, vel ſuam, vel noſtram, obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur.* Deinde tranſit ad quæſtionem de liberto, qui pecuniam numerauit: de qua maior erat dubitatio. *Supereſt*, inquit, *vt quæramus, an ex numeratione ipſe, qui contraxit, pecuniam creditam petere poſſit.* Et mox dubitationem, ac difficultatem mouet, tam circa patronum quam libertum. *Nam quoties*, inquit, *mutuam pecuniam dantes, eandem ſtipulamur, non duæ obligationes naſcuntur, ſed vna verborum.* Accedit enim ſtipulatio, confirmandæ obligationis cauſa, vt ex ſtipulatione, tanquam firmiore agatur, ac idcirco propter veriſimilem contrahentium voluntatem vna tantum obligatio hic eſt, quæ verbis contrahitur. l. 7. de nouat. Ex quo videtur conſequi, nec patrono, nec liberto, ex numeratione actionem competere. Tandem concludit Paulus, ſi ſtipulatio ſimul non fiat cum numeratione, ſed præcedat numeratio, & ſequatur ſtipulatio, duas obligationes eſſe, vnam quæ re contrahitur: alteram, quæ verbis, nec per ſtipulationem receſſum eſſe à naturali obligatione, id eſt, ab ea obligatione, quæ ex naturali actu, & numeratione, naſcitur. De ſtipulatione autem quæ ſimul fit cum numeratione, nihil diffinit. Sed dicendum eſt, ex Vlpiani ſententia, ſub titul. de reb. creditis. tunc obligationem naſci ex numeratione, cum inutilis eſt ſtipulatio. l. certi condictio. §. quoniam. Stipulatio igitur inutilis non impedit, quo minus ex numeratione acquiratur actio patrono, ac etiam interdum liberto, ſecundum Philippi reſcriptum, C. ſi cert. petat. cap. 4. Hic mihi videtur eſſe ſenſus Pauli verborum, quæ obſcura ſunt, propter genus ſcribendi perplexum, inuolutum, ac perturbatum, quo vtitur in Diſputationibus ſuis. Quod etiam à nobis obſeruatum eſt ſuperius, in alio loco eiuſdem autoris, enarrando l. inter ſtipulantem. §. ſacram. Tertia quæſtio ad ſtipulationem vſurarum pertinet, quam ait Paulus, non eodem vitio, quo ſtipulationem ſortis, laborare, quoniam imperſonaliter concepta eſt, atque ideo libertus ſibi, non patrono, ſtipulatus intelligitur, vt ſtipulatio potius valeat, quam pereat. Nam & ſi videri poſſit repetita in poſteriore ſtipulatione patroni perſona, quæ in priore nominata fuerat: tamen hæc maligna interpretatio hic admittenda non eſt, per quam ſtipulatio inutilis redderetur. l. quoties. 80. ſup. l. Titia. §. idem reſpondit. infra l. ſeruo alieno. §. ſi ab impubere. de leg. 1. Tempus ſane aut conditionem plerunq; ſtipulationi ineſſe intelligimus, quod ea res ſtipulationem non vitiet, perſonam, cui per alterum acquiratur, nunquam, ne ob eam interpretationem inutilis euadat ſtipulatio. Adeo autem hic vtilitas valet, vt contra ſubtilitatem iuris obligatio ſortis in vno homine, ſcilicet patrono cui ex ea numeratione acquiri diximus, vſurarum obligatio, in altero, ſcilicet liberto, conſiſtat. Sed quia procurator domino cedit actionẽ ſuam, obligatio τῇ δυνάμει in eadem perſona, nempe patroni conſiſtere videtur. Ac ſi quis obiiciat, ideo ceſſionem hic neceſſariam non videri, quia libertus vſuras ex re patroni ſtipulatur, ſicut diximus ſupra de eo, qui ſtipulatur fructus. l. procurator quod ex re. de procurat. not. in §. alteri. ſupra. reſpondeo, non ſicut fructus, ita etiam vſuras ex re ipſa naſci. l. vſura. de verborum ſignificatione. Ac tametſi pignoris obligatio tunc acquiratur alteri per liberam perſonam, cum ea obligatio accedit mutuo, ex quo acquiritur alteri propter numerationem naturalem, ex noua Conſtitutione Iuſtiniani, l. 2. C. per quas perſonas. tamen alia cauſa eſt vſurarum obligationis, de qua nihil conſtitutum eſt à Iuſtiniano. Quamuis enim propter pignus contractum melius, tutiuſque nomen ſit, tamen non auget obligationem, ſicut vſurarum ſtipulatio. Atque ideo pignoris obligatio facilius acquiritur ſine ceſſione, quam obligatio vſurarum, etſi vtraque acceſſoria ſit.

Si ita ſtipulatus fuero, *Te ſiſti, & niſi ſtiteris, aliquid dari*, quod promittenti impoſſibile eſt: detracta ſecunda ſtipulatione, prior manet vtilis: & perinde erat, ac ſi te ſiſti, ſtipulatus eſſem.

Hunc locum interpretati ſumus, c. 97.

CXXVII. SCÆVOLA LIB. V. QVÆSTIONVM.

SI pupillus ſine tutoris auctoritate Stichum promittat, & fideiuſſorem dederit, ſeruus autem poſt moram à pupillo factam decedat, nec fideiuſſor erit propter moram pupilli obligatus. nulla enim intelligitur mora ibi fieri, vbi nulla petitio eſt. Eſſe autem fideiuſſorem obligatum ad hoc, vt viuo homine conueniatur, vel ex ſua mora poſtea.

Quamuis mora rei noceat fideiuſſori, vt antea diximus, ca. 88. l. mora. tamen ſi pupillus ſine tutoris authoritate Stichum promittat, ceſſatio eius fideiuſſori nocere non poteſt, quia cũ naturaliter tantum obligatus ſit, nec vlla aduerſus eum competat actio, moram facere non rectè dicitur. l. nulla, de regu. iur. l. lecta. de reb. cred. Atque hinc ſumpta eſt regula iuris, in qua dicitur, moram nullam eſſe, vbi nulla petitio eſt, vt inſcriptio oſtendit. Nec tamen ideo inutilis eſt hæc fideiuſſio: quoniam fideiuſſor ex ſtipulatione conueniri poteſt, vel viuo Sticho, vel poſt moram ſuam, Sticho mortuo. Reſcriptum Diocletiani, cuius hic meminit Accurſius, quemadmodum accipi debeat, docuimus ſupra c. 115. l. ita ſtipulatus. Diximus etiam de ſententia Marcelli, ad fideiuſſorem pupilli, vel furioſi ſpectante, ſupra c. 6.

Illud pręcipue hic obſeruandum eſt, pupillum abſque tutoris authoritate naturaliter obligari. Nam alioqui fideiuſſ. non obligaretur. l. cum principalis. de regul. iur. Qua tamen in re iuris varietas obſcuritatem non minimam difficultatemq; peperit. Nec facile eſt rem adeo obſcuram explicare, niſi obligationis naturalis origo, & vis paulò altius repetatur. Naturalis igitur obligatio, ex ratione, & æquitate naturali, oritur, l. Stichum. §. nat. de ſol. Nec vlla alia regula eſt, qua obligationẽ hanc metiri poſſimus. l. ſi noxali. de pecul. l. nam hoc natura. de cond. indeb. Itaq; ius naturale hic à iure gentiũ diſtinguere, nihil opus eſt, ſed ad rationem, quæ naturaliter hominib. inſita eſt, reſpicere. Ac cum ſpecies aliqua ꝓponitur, in qua quęritur, an quis naturaliter obligatus ſit, necne, conſiderandum eſt quid veriſimiliter reſponſurus ſit Ariſtoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens, & in Philoſophia eruditus, magis, quam quid legib. & iure ciuili conſtitutum ſit. Diſputant enim Philoſophi de his, quæ ad viri boni officium pertinent, & quæ fides, & honeſtas alteri præſtanda eſſe ſuadet. Quare dubitandũ non eſt, ſi conuenerit inter aliquos pacto tãtum conuento abſq; ſtipulatione, vt alter alteri quicquam det, vel faciat, quin ex ea conuentione naturalis naſcatur obligatio: quoniam fidẽ ſeruandum eſſe nos docet natura & Philoſophia, quæ naturam maxime ſequitur. l. 1. ſupra, de pact. l. 1. de conſt. pec. Hinc etiam conſequitur, ſtatus & conditionis perſonarum nullam rationem habendam eſſe, nec ſeruum à libero, aut filium familias à patrefamilias diſtinguendum eſſe, quia naturalis ratio, ſeu ius naturale harum perſonarum diſtinctionem non nouit. l. ſi id quod dominus. de condict. indeb. l. frater. eodem titu. Quæri ſolet de eo, in quem beneficium collatum eſt, an natura ad remunerandum teneatur. Et certum eſt gratitudinem, vt rem longe honeſtiſſimam, à Philoſophis commendari. Vnde à no-

de à noſtris dictum eſt, naturaliter nos ad remunerandum obligari. l. ſed & ſi lege. §. conſuluit. de petit. hæred. Verum hic nulla proprie naturalis obligatio eſt. Nam hoc non agitur inter dantem beneficium, & accipientem, vt aliquid eo nomine is qui dedit, recipiat. Cum enim de naturali obligatione loquimur, eam intelligimus, propter quam, ſi non experiri in iudicio, ſaltem petere, & flagitare, quaſi debitum, ac ſi non præſtetur, conqueri poſſumus: vt ſi quis aliquid ſe daturum promiſerit, &c. Turpe eſt autem, ac viro prudenti non conuenit, ab eo, in quem beneficium collatum eſt, ἀντίδωρον aliquod, ceu debitum, petere. Alioquin beneficium non eſſet, ſed creditum, vt diſputat Seneca libr. 3. de benefic. Omnes enim obligationes, quæ vere, & proprie naturales dicuntur, ita contrahuntur, vt quod ad propoſitum, voluntatemque contrahentium attinet, neceſſariam præſtationem habeant. At cum liberalitatem exercemus in alium, damus vel perdituri, & totum permittimus accipientium arbitrio, vt idem Seneca ait. Naturalis autem obligatio effectus pleroſque ciuiles habet: ne quis putet, hanc diſputationem ad Philoſophorum ſcholas omnino reiiciendam eſſe. Nam tametſi non ſemper eam vim habeat, vt inuitus debitor cogatur ad ſoluendum, & aduerſus eum actio detur: tamen ſi ſoluerit, prætextu erroris, ſolutum repetere non poterit. l. naturales. de oblig. & act. l. fideiuſſor obligari. de fideiuſ. l. ſi quod dominus. de cond. indeb. Sed & hæc obligatio ad conſtituendam pecuniam, & ad compenſationem prodeſt. l. 1. de conſt. pec. l. etiam. de compen. Verum ne litibus via aperiretur, viſum non eſt iuris authoribus, vim agendi omnibus his obligationibus tribuere, ſed certis tantum, quæ videbantur præ cæteris ad rempublicam continendam neceſſariæ, de quibus in Commentario, de pactis diſſeruimus. l. 1. l. Iuriſgentium. Et hæ obligationes dicuntur ciuiles à Iureconſultis, quia ex iure ipſo ciuili robur accipiunt, & à naturalibus obligationibus diſtinguuntur. l. hæres à debitore. de fideiuſ. Nam etſi effectus naturalis obligationis, de quibus diximus, vere ciuiles ſint: tamen ex moribus, & interpretatione prudentium magis, quam ex certis legibus, naſci eos dicendum eſt.

Quæſtio igitur eſt, an pupillus naturaliter obligetur abſque tutore. Qua in re variæ extant Iuriſconſultorum ſententiæ, quæ obſcuram, ac difficilem explicatu quæſtionem reddunt. Quidam enim pupillum, ne naturaliter quidem obligari aiunt: l. pupillus. hic. l. quod pupillus. de cond. indeb. alii contra. l. 1. de nouat. l. cum illud. §. hæres. quando dies leg. ced. l. ſi pupillus. ad leg. Falcid. l. in numerationibus. de ſolut. l. Stichum. §. naturalis. de ſol. l. vltim. de iureiur. l. ſi eius. ad leg. Falcid. In hac igitur quæſtione naturalem rationem ſpectandam puto, & inprimis conſulendam Philoſophiam eſſe: nec arbitror, quenquam Philoſophum ſimpliciter reſponſurum eſſe, pupillum, ſi non præſtet, quod conuenit, contra officium facere. Multa enim ab homine Philoſopho expendenda hic eſſe videntur: nec illud ſolum inſpiciendum eſt, an quis conſenſerit, ac fidem dederit, vt natura eum debere dicamus, ſed etiam, an ex firmo iudicio conſilioque conſenſus proficiſcatur. Nam licet pupillus non infans, ſanæ mentis eſſe recte dicatur, nec ſit omnino ſimilis furioſo, ac dementi: tamen infirmum eſſe iudicium eius, ſatis conſtat. l. vltim. de manu. vindict. l. 1. de minor. Quamobrem iuris autores, naturam ducem ſecuti, ita rem temperant, vt modo obligari eum naturaliter, modo non obligari dictitent. In iis enim, quæ nullum, aut perquam leue incommodum afferunt pupillo, fatentur eum naturaliter obligari: nempe, vt nouatio eius obligationis quæ in pupillum tranſlata eſt, recte facta intelligatur. l. 1. de nouat. vt fideiuſſor accedat obligationi: dicta l. Stichum. §. naturalis. l. vltim. de iureiuran. vt hæres, quod ſibi à legatario datum eſt, in Falcidiam imputet. l. ſi pupillus. ad legem Falcid. Hæc enim pupillum non lædunt. Quoties autem agitur de graui incommodo pupilli, vt de retentione rei, quæ per errorem ab eo ſoluta eſt, ne natura quidem obligatus intelligitur. l. quod pupillus. de cond. indeb. Atque ita accipiendum eſt, quod Licinius Rufinus ſcribit. Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, nec quidem iure naturali obligatur. l. pupillus. de oblig. & act. quamuis verba eiuſdem generalia ſint. Videtur enim ideo locutus generaliter, quod præcipuus effectus naturalis obligationis in retentione ſoluti, conſiſtere credatur. l. naturales. de oblig. & act. Adde quod cæteri iuris autores nihil definiunt generaliter, ſi recte expendantur eorum dicta: ſed de certis caſibus ſpecialiter loquuntur. Cum igitur Rufini generalior ſit definitio, ratio conciliandi optima & expeditiſſima eſt, vt generi per ſpeciem derogatum eſſe intelligamus. l. in toto. de regul. iur. Alii Rufinum intelligunt de eo pupillo, qui infans eſt, nec vllum intellectum habet. Sed de infante nulla dubitatio eſt: & ex iam dictis perſpicuum eſt, verba Rufini latius accipienda eſſe. Verum faceſſit nobis negotium, quod Voluſius Mæcianus libro 4. Fideicommiſſorum ait, Pupillum, ſi pecuniam ſine tutore creditam, quam debebat naturaliter defuncto, ſoluerit hæredi, ita demum repetere, ſi poſt reſtitutionem hæreditatis ſoluerit: quia reſtituta hæreditate, omne ius, & obligatio, in fideicommiſſariam tranſfertur, adeo vt ſoluens fideicommiſſario poſt reſtitutionem non repetat. l. ſi eius. ad Trebell. Sed animaduertendum eſt pupillum aliquando ſic naturaliter obligari ex pecunia credita, vt ſolutum non repetat, cum videlicet ex ea pecunia locupletior factus eſt. l. naturaliter. §. vltim. de cond. indeb. Nam obligatio naturalis, vt iam diximus, tota ex naturali æquitate pendet: & natura æquum eſt, neminem cum alterius incommodo fieri locupletiorem. l. nam hoc natura. de condict. indeb. Cum igitur apud Voluſium Mæcianum quæritur, vtri ſit acquiſita obligatio naturalis pupilli, an hæredi, an fideicommiſſario, vt cognoſcatur, an repetere poſſit ſolutum pupillus, necne: quæſtionem de ea obligatione tantum accipere debemus, quæ repetitionem ſoluti impediat. Quod ideo non expreſſum eſt à Voluſio, quia non quærebatur in eo loco, quibus ex cauſis pupillus naturaliter obligaretur, aut non obligaretur ex mutuo: ſed quo caſu eum obligari conſtat, vtri ſolutio facta vtilis eſſet, &c. Nec me mouet, quod fortaſſis obiecerit quiſpiam, pupillum, qui locupletior factus eſt ex pecunia credita, non modo naturaliter, ſed etiam ciuiliter obligari, cum aduerſus eum detur actio. l. pupillus. de autho. tuto. Nam iuris authores de hac obligatione, vt naturali tantum, diſputare conſueuerunt. dicta l. naturaliter. de condic. indeb. l. pupillus. de autho. tut. Ex qua ante reſcriptum diui Pii, cuius mentio crebra eſt in iure, nulla naſcebatur actio: ſed poſt id reſcriptum cœpit ex æquitate vtilis dari. dicta l. pupillus. l. 3. de neg. geſt. l. 3. commo. Quare pupillus locupletior factus, hodie tam ciuiliter quam naturaliter, obligatus recte dici poteſt, cum id reſcriptum pars quædam Iuris ciuilis ſit. Sed tempore veterum Iuriconſultorum, vim iuris non vſquequaque habebant huiuſmodi reſcripta, quæ generalia non erant, ſed in ſingulas cauſas, & negotia impetrabantur: vt alias docui in Diſput. Anniuerſ.

CXXVIII. PAVLVS LIB. X. QVÆSTIONVM.

SI duo rei ſtipulandi ita extitiſſent, vt alter vtiliter, alter inutiliter ſtipularetur: ei, qui non habet promiſſorem obligatum, non recte ſoluitur. quia non alterius nomine ei ſoluitur, ſed ſua obligationis, quæ nulla eſt. Eadem ratione, qui Stichum, aut Pamphilum ſtipulatur, ſi in vnum conſtiterit obligatio, quia alter ſtipulatoris erat: etiamſi deſierit eius eſſe, non recte ſoluitur: quia vtraque res ad obligationem ponitur, non ad ſolutionem.

Multum refert, an Mæuius ſtipuletur ſibi, aut Titio dari: an vero Titius & Mæuius ſimul ſtipulentur, tanquam duo rei ſtipulandi, quorum Titius inutiliter ſtipuletur. Hic enim adeo inutilis eſt ſtipulatio in perſona Titii, vt nec ad obligationem, nec ad ſolutionem valeat, quamuis in ſuperiore ſpecie ſoluens Titio liberetur. Ac ratio diuerſitatis hæc eſt, quia cum quis ſtipulatur, ſibi, aut Titio dari, hoc agitur inter contrahentes: debitor Titio nomine ſtipulatoris ſoluat, cum obligatio non conſiſtat in perſona Titii. At in duobus reis, de quibus diximus, non hoc agitur, vt

Titio ſoluatur Mæuii nomine, ſed ſuæ obligationis cauſa. Quæ obligatio nulla eſt, ideoque ſtipulatio ne ad ſolutionem quidem prodeſt. Cui ſimile eſt quod diximus alibi, de eo qui ſtipulatur dari alteri, nec perſonam ſuam exprimit. l.eum qui ita. §. qui ſibi. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. ſupra.

Eadem ratione. Eadem eſt rerum, quæ perſonarum, ratio, vt cum duæ res ponuntur ad obligationem diſiunctim, ſi in vna obligatio non conſiſtat, ne ea quidem res ſolui pro altera poſſit. Nam cum quis ſtipulatur Stichum aut Pamphilum, vterque ponitur obligationis cauſa, & æque conſiſtit in vtroque obligatio, nec dici poteſt alter eorum exprimi, vt pro altero, qui in obligatione eſt, ſoluatur. §. huic autem, Inſtit. de actio. l. cum ita legatur. de opt. legat. l. 3. qui, & à quib. man. libe. Proinde ſi in vno non conſtiterit obligatio, is pro altero ſoluere non poterit, inuito creditore. Sane aliquando accidit, vt res vna deducatur in ſtipulationem, non obligationis, ſed ſolutionis cauſa. Quo caſu recte ea res ſoluitur, licet in obligatione non ſit, nec peti poſſit: vt ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle. Solui enim mel poteſt, inquit Vlpianus, antequam ex ſtipulatu agatur. Sed ſi ſemel actum ſit, & petita decem fuerint, amplius mel ſolui non poteſt. l. ſi quis ſtipulatus. 57. de ſolut.

CXXIX. SCÆVOLA LIB. XII. QVÆSTIONVM.

SI quis ſtipulatus fuerit, *Decem aureos dabis, ſi nauis venerit, & Titius conſul factus ſit?* non alias dabitur, quam ſi vtrumque factum ſit. Idem in contrarium, *Dare ſpondes ſi nec nauis venerit, nec Titius factus conſul ſit?* exigendum erit, vt neutrum factum ſit. Huic ſimilis ſcriptura eſt, *Si neque nauis venit, neque Titius conſul factus eſt?* At ſi ſic, *Dabis, ſi nauis venerit, aut Titius conſul factus ſit?* ſufficit vnum factum. & contra, *Dabis, ſi nauis non venerit, aut Titius conſul factus non ſit?* ſufficit vnum non factum eſſe.

Cum plures conditiones adiiciuntur ſtipulationi coniunctim, omnes exiſtere neceſſe eſt, vt committatur ſtipulatio. Si diſiunctim, ſufficit, vnam exiſtere. Idque tum ex communi ſenſu, tum ex regulis Dialecticorum, facile iudicari poteſt. l ſi hæredi plures. de cond. inſtit. §. ſi plures. Inſtitut. de hæred. inſtit. l. ſi is qui. §. cum ita. de reb. dub. Qua autem oratione, aut quibus verbis vel coniunctim, vel diſiunctim adiiciatur conditio ſtipulationi, non facile eſt diffinire, cum ſæpe coniuncta pro diſiunctis, & diſiuncta pro coniunctis accipiantur. leg. ſæpe. de verbor. ſignific. Sed vſus loquendi maxime ſpectandus hic eſt, & coniecturæ, ex quibus voluntas colligi ſolet. Qua de re etiam aliquid diximus c. 63. ſi ita quis ſtipuletur.

CXXX. PAVLVS LIB. XV. QVÆSTIONVM.

QVod dicitur, patrem filio vtiliter ſtipulari, quaſi ſibi ille ſtipuletur, hoc in his verum eſt, quæ iuris ſunt, quæque adquiri patri poſſunt. Alioquin ſi factum conferatur in perſonam filii, inutilis erit ſtipulatio: veluti, vt tenere ei vel ire agere liceat? Contra autem filius etiam, vt ire agere patri liceat, ſtipulando, acquiret ei. Imo & quod in ſuam perſonam conferre non poteſt, hoc patri adquiret.

De ſtipulatione, quæ confertur à patre in tempus mortis ſuæ vt acquirat filio, dictum eſt ſupra cap. 45. Sed contigit aliquando, vt pater filio ſtipulando ſibi ipſi acquirere velit. Quo caſu ſtipulatio non minus ei vtilis eſt, quam ſi ſibi ſtipulatus eſſet. Quod eſt accipiendum de iis, quæ per filium patri acquiri poſſunt. l. dominus ſeruo. 39. ſupr. §. ei vero. Inſtit. de inutil. ſtipul. cuiuſmodi ea ſunt, quæ iuris eſſe dicuntur: vt ſi pater ſtipulatus ſit filio dari. Nam dominii translatio, quæ iuris eſt, hac ſtipulatione continetur. l. vbi autem. §. vlt. ſupra. Si vero factum merum conferatur in perſonam filii, puta, vt ei ire agere liceat, inutilis erit ſtipulatio: quia factum cohæret perſonæ, nec ab vna perſona in aliam transfertur. §. ſed cum factum. Inſtitut. de ſtip. ſeruo. l. ſeruus patroni. de oper. lib. Dicitur autem inutilis eſſe ſtipulatio, non quia actio ex ea patri acquiri non poſſit, filio ire agere prohibito, ſi hoc actum ſit & patris interſit: ſed quia non perinde vtile ei eſt, ac ſi ipſe ſibi ſtipulatus eſſet, & factum in ſuam perſonam contuliſſet. d. §. ſed cum factum. Cum enim in initio propoſita fuerit de ea re quæſtio, alienum non eſt τὸ ῥητὸν, cum hac exceptione accipere.

Contra autem filius. Nihil refert, an filius ſtipulando ius, an factum ſtipuletur, modo patri, non ſibi, ſtipuletur. d. §. ſed cum factum. d. l. ſeruus patroni. Imo quod in ſuam perſonam conferre non poteſt, vtiliter patri ſtipulatur: vt ſi patri ducturo vxorem, dotis nomine centum dari ſtipuletur. l. item ſi alter. de ſtipula. ſeruor.

CXXXI. SCÆVOLA LIB. XIII. QVÆSTIONVM.

IVlianus ſcripſit, Si neque per te, neque per hæredem tuum Titium fiat, quo minus mihi ire liceat, ſtipuler: non ſolum Titium teneri, ſi prohibeat, ſed etiam cohæredes eius.

In hac ſtipulatione, Titio prohibente, cæteri cohæredes renentur, pro parte hæreditaria, ad id quod intereſt, ſicut in aliis ſtipulationibus quæ factum indiuiduum continent: vt diximus in Catonianæ diſtinctionis interpretatione cap. 4. Nec potuit defunctus obligare Titium, niſi pro parte hæreditaria, vt docuimus cap. 59. l. eum qui ita. §. 1. Obligantur ergo cæteri cohæredes, ſed ob factum Titii duntaxat, qui nominatus fuit in ſtipulatione. Nam ob factum hæredum, qui nominati non ſunt, ſtipulatio committi non poteſt. Ex quo conſequitur, Titii perſonam in hac ſtipulatione, quæ in facto conſiſtit, ſuperuacuam non eſſe: quamuis in hac ſtipulatione, *Te & Titium hæredem tuum daturum ſpondes?* ſuperuacua ſit. d. l. eum qui ita. §. 1.

Qui fundum ſibi, aut Titio dari ſtipulatur, quamuis fundus Titio traditus ſit, nihilo minus petere fundum poteſt, vt ſibi de euictione promittatur. Nam intereſt eius, quia mandati actione fundum recepturus ſit à Titio. Sed ſi donationis cauſa Titium interpoſuit, dicetur traditione protinus reum liberari.

Qui promittit dare fundum, tradendo non liberatur, niſi de euictione promiſerit. Eſt enim vtilis hæc cautio ſtipulatori, quoniam certius id eſt, ac firmius, quod verbis nuncupatum eſt, quam quod arbitrio iudicantis relinquitur. Nec multum refert, an ex cauſa lucratiua, an oneroſa, quis debeat, vt ad cauendum cogi poſſit, modo ad dandum, id eſt, ad tráſferendum ſit obligatus. l. ſi domus. §. de euictione. de leg. 1. not. in l. Ariſto. §. vlt. de don. Donec igitur fundi promiſſor cauerit de euictione, fundus ipſe adhuc peti poteſt, cum dando fundum promiſſor liberatus non ſit: ſed officio iudicis continetur, vt reum abſoluat, ſi de euictione cauerit. Vlpian. tit. de ſolut. c. 27. Etiam circa ſtipulationem, & ex teſtamento actionem, ſi res tradita fuerit, quæ debebatur, quandiu aliquid iuri rei deeſt, adhuc tamen res ipſa petenda eſt: vt puta fundum poſſum petere, licet mihi traditus ſit, ſi ius quoddam cautionis ſupererit. Cauendo ergo liberatur promiſſor: ſed ex cautione poteſt conueniri ſi res poſtea euicta fuerit. l. vlti. de condict. cauſ. dat. Quod autem obiicitur, eum, qui partem ſoluit, liberari pro parte, l. ſtipulatus. §. qui decem. de ſolut. non multum ad rem pertinet. Nam hic ne pars quidem ſolui intelligitur rei debitæ: quia iuri totius rei aliquid deeſt, quæ ita ſolui debet, vt auocari non poſſit, & eo nomine caueatur creditori. Itaque ſicut totum fundum ſoluens, ita vt nihil iuri ipſius deſit, omnino liberatur pro parte. Vnde ſi quis promiſerit ſoluere Epheſi centum, & adiecto ſoluerit Romæ, liberatur ab eius ſummæ præſtatione, vt tantum id quod intereſt, peti poſſit. l. 2. §. Idem Iulianus. de eo quod cert. loc. Ex iam

dictis conſequitur, ſi promiſſor fundi proprietatem nudam ſoluerit, fundum adhuc ab eo peti poſſe, quamuis etiam vſusfructus peti non male dicatur. l. eum qui ita. 56. §. ſi à te. l. ſi ita. 122. §. Titius à Mæuio. Illud conſentaneum eſt iis, quæ diximus, ſi promiſſor rem deteriorem effectam dederit, ex ſtipulatu agi non poſſe, quaſi liberatus non ſit: ſed ſupereſſe tantum actionem de dolo, vel in factum. l. & eleganter. §. non ſolum. de dolo. l. exhibitionis. C. ad exhibend. Quamuis in bonæ fidei iudiciis, & in actione ex teſtamento, quæ cum eis magnam ſimilitudinem, affinitatemque habet, ex eodem contractu agatur. dicto §. non ſolum. l. 3. §. ſi reddita. commod. l. huiuſmodi. 86. §. ædes. de legat. 1. Hic enim res ita ſoluitur, vt plenum ius conſequatur credito, nec eam rem ab eo auocare alius poſſit, puta, propter dominium, pignus, vſumfructum, libertatem, &c. dicta l. etiam. l. ſi rem meam. 10. l. cum quis. 38. §. hominem. de ſolut. Idem dicendum eſt, & ſi promiſſor fundi impoſuerit ei ſeruitutem. Nam ius rei hic intelligimus, quod emolumentum rei continet, cuiuſmodi eſt vſusfructus, vt alio in loco ſupra oſtendimus. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis forte. tametſi autem ante cautionem creditor forte, cui datus eſt fundus, eo libere, ac ſine cuiuſquam interpellatione fruatur: tamen quia periculum eſt, ne aliquid de iure decedat, recte dicitur ius aliquod adhuc ſupereſſe. d. l. etiam.

Nam intereſt eius. Ex eo quod dicitur, donec cautum fuerit, fundum, quamuis iam traditum, peti poſſe, naſcitur quæſtio, an ſi fundus datus ſit Titio, qui adiectus fuerat ſolutionis cauſa, idem dicendum ſit. Et Scæuola reſpondet, poſſe ſtipulatorem experiri, ſi eius intereſt, quia forte actione mandati fundum recepturus eſt à Titio, cui tanquam procuratori ſuo, fundum dari voluit. Si vero donationis cauſa Titium interpoſuit, ait Scæuola, traditione protinus reum liberari. Ex quo annotandum eſt, emptorem de euictione non agere, ſi rem venditam donauerit. Quod eſt accipiendum, niſi remunerationis cauſa donauerit, quoniam donantis intereſt, rem non euinci à donatario, ne ad ἀντίδωρον teneatur. l. ſed & ſi lege. §. conſuluit. de petit. hæred. argumen. l. idemque. §. vltim. mand. Donatarius tamen experiri poteſt, tanquam procurator in rem ſuam, ſi emptor donando actione ſibi aduerſus venditorem competente ceſſerit. l. ſi res quam. 59. de euictio. vt plærique exiſtimant: eaque opinio rationem, & æquitatem habet. Nam & alias interdum accidit, vt actio, quæ cedenti inutilis eſt, ei cui ceditur, vtilis ſit. l. cum is. 37. de fideiuſſo.

CXXXII. PAVLVS LIB. XV. QVÆSTIONVM.

QVidam cum filium alienum ſuſciperet, tradenti promiſerat certam pecuniæ quantitatem, ſi eum aliter, quam vt filium obſeruaſſet. Quæro, ſi poſtmodum eum de domo propulerit, vel moriens nihil ei teſtamento reliquerit, an ſtipulatio committatur, & an quid interſit vtrum filius, an alumnus, vel cognatus agentis fuerit? Præterea quæro ſi filium ſuum quis legitime in adoptionem dederit, & ita, vt ſupra ſcriptum eſt, ſtipulatio interceſſerit, eumque pater adoptiuus exhæredauerit, vel emancipauerit: an ſtipulatio committatur? Reſpondi, ſtipulatio vtilis eſt in vtroque caſu. Igitur ſi contra conuentionem factum ſit, committetur ſtipulatio. Sed videamus primum in eo, qui legitime adoptauit, an poßit committi, ſi eum exhæredauerit, vel emancipauerit. Hæc enim pater circa filium ſolet facere. Igitur non aliter eum, quam vt filium obſeruauit. Ergo exhæredatus de inofficioſo aget. Quid ergo dicemus, ſi & meruerit exhæredari, & emancipari? Plane & hoc remedio carebit. Quare ſic debet interponi ſtipulatio, vt ſi eum emancipaſſet, vel exhæredaſſet, certum quid promitteret. Quo tamen caſu, commiſſa ſtipulatione, poteſt quæri, an exhæredato permittendum ſit, de inofficioſo dicere, maxime ſi patri naturali hæres extitiſſet, & an victo deneganda ſit ex ſtipulatu actio? Sed & ſi ei qui ſtipulatus eſt, non debeat denegari victo filio, nec ipſi deneganda erit debitæ pecuniæ executio. In eo autem, qui non adoptauit, quem intellectum habeat hæc conceptio, Si eum aliter quam vt filium, obſeruaſſet, *non proſpicio. An & hic exigimus exhæredationem, vel emancipationem, res in extraneo ineptas? Sed etſi is, qui legitime adoptauit, nihil facit contra verba ſtipulationis, cum vtitur patrio iure in eo, qui hæc non fecit, licet ſuperuacuo, dici tamen poterit, commiſſam eſſe ſtipulationem.*

Quæſtiones aliquot hic tractantur de ſtipulatione, qua filium alienum ſuſcipiens, promittit certam pecuniam, ſi eum aliter, quam vt filium, obſeruauerit. Ac in primis quæritur, an ea ſtipulatio valeat, & quid interſit, vtrum is qui ſuſceptus eſt filius, an alumnus, vel cognatus tradentis fuerit. Et Paulus reſpondet, ſtipulationem valere, eamque committi, ſi contra conuentionem factum fuerit. Nam in ſtipulatione pœnali non quæritur, an agentis interſit, vt ante diximus. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. Secunda quæſtio ad rationem committendæ ſtipulationis pertinet, non quod hic quæratur generaliter, quomodo committatur hæc ſtipulatio. quod facile non eſt in vniuerſum diffinire: ſed quia in certa ſpecie dubitatur, an promiſſor contra ſtipulationem fecerit, vt puta ſi de domo ſua filium ſe ſuſceptum propulerit, aut moriens nihil ei teſtamento reliquerit. Et admonet Paulus videndum eſſe, num patrio iure vſus aliquid fecerit promiſſor. Nam ſi exhæredauit, vel emancipauit eum, quem legitime adoptauerat, non dicitur contra ſtipulationem feciſſe, quia ius exhæredandi, vel emancipandi habet. Si vero non ſit vſus patrio iure, quia forte pater adoptiuus non erat, aut quia poteſtatis patriæ finis egrediebatur, committitur ſtipulatio. Hæc eſt epitome totius huius diſputationis, cuius magna eſt tum in verbis, tum in rebus obſcuritas. Eſt enim hoc ſcribendi genus vere Paulinum, id eſt obſcurum, implicatum, ac tortuoſum, vt Heraclitus quidam hic eſſe Paulus videatur, qui à veteribus σκοτεινὸς appellatus eſt. Ac præter hoc caput duo alia extant ſupra eiuſdem authoris, quæ ſi nullam ἐπιγραφὴν haberent, id tamen ſtylus facile indicaret. leg. inter ſtipulantem. §. ſacram. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. Nos igitur breuem locorum obſcuriorum interpretationem hic adſcribemus.

Sed videamus prius. Pater adoptiuus, qui exhæredat filium, non videtur aliter quam vt filium obſeruare, etiam ſi forte iuſta non fuerit cauſa exhæredationis, vt ſequentia verba oſtendunt. Exhæredatio enim vſitata fuit apud veteres, nec legibus prohibita. Valet enim iure ciuili exhæredatio non nati modo filii, ſed etiam naſcituri, ac poſthumi. l. in ſuis. l. inter cætera. & toto tit. de lib. & poſtum. quamuis de inofficioſo teſtamento quæri permiſſum ſit, quibuſdam conſtitutionibus. l. non putauit. de bon. poſſeſſ. contra tabul. l. 2. 3. 4. de inoffic. teſtamen. Sed veteri iuri derogatum eſt noua conſtitutione Iuſtiniani. titul. vt cum de appell. cogn. Quoties ergo vtitur iure patrio pater adoptiuus, nec aliquid facit ab officio patris alienum, recte dicimus ſtipulationem hanc non committi. Vnde ſi emancipauit filium, idem quod de exhæredatione, dicendum eſt. Vtitur enim iure patrio, cum emancipat filium, qui forte conſenſit emancipationi, vel infans eſt, vt eius conſenſus non ſit neceſſarius, vt mox dicemus.

Quare ſic debuit. Hæc ſtipulatio dicitur non committi, exhæredato vel emancipato filio, non quod voluntas ſtipulantis ſeruanda non ſit, ſed quod eam non ſatis expreſſerit, nulla exhæredationis, aut emancipationis facta mentione, argum. l. quicquid. ſupr. Valet ergo conuentio, ne filius, qui datur in adoptionem, exhæredetur à patre adoptiuo: quamuis alias pactio de hæreditate aliena improbetur Iure ciuili. l. ſtipulatio hoc modo. ſupra. Stipulatio autem de filio non

emancipando, quando committatur, dubitatum eſt à pleriſque: quoniam filius non emancipatur inuitus, ſecundum nouam Iuſtiniani Conſtitutionem. Auth. quibus mod. nat. effic. ſui. §. generaliter. nec videtur committi, cum filius volens emancipatur. Sed emancipatio valet aliquando, etſi filius non conſenſerit: vt puta ſi infans ſit. l. iubemus. Cod. de emancip. Sed etſi conſentiat filius emancipationi, qui hoc fortaſſis mauult, quam patris adoptiui imperio, & voluntati obſiſtere, exiſtimo, emancipationem valere, & ſtipulationem committi. Nam & ſi volenti nulla inferatur iniuria, nec eo nomine queri poſſit filius: non ideo tamen denegabitur patri actio, cuius conſenſu emancipatio facta non eſt. l. 1. de iniur.

Quo tamen caſu. Duplex quæſtio hic eſt: vna, an commiſſa ſtipulatione, permittatur exhæredato de inofficioſo teſtamento agere. Nam ſi teſtamentum reſciſſum fuerit, hæreditatem conſequetur, perinde ac ſi exhæredatus non eſſet, & nihilo minus pœna debebitur ex ſtipulatione: quod non videtur admittendum eſſe, vt ſupra oſtendimus, de ſtipulatione pœnali diſſerentes, cap. 115. l. ita ſtipulatus. Sed ideo hoc receptum eſt, quia non vnus, atque idem petit vtrunque: ſed filius ad hæreditatem adſpirat, pater vero naturalis ex ſtipulatione ſua pœnam exigit. Idemque ius eſt, etſi filius, qui patri naturalis hæres extitit, pœnam petat: quia hoc caſu duplicem perſonam ſuſtinet.

Altera quæſtio eſt, an filio, qui victus eſt in querela teſtamenti inofficioſi, deneganda ſit ex ſtipulatu actio. Et certum eſt, eam patri denegandam non eſſe: quia tametſi victus ſit filius, ideoque videatur iuſta exhæredationis cauſa fuiſſe: tamen ea exceptione non poterit pater ſummoueri, contra quem res iudicata non eſt. l. ſæpe de re iudic. Quare ne filius quidem agens ex perſona patris, quia patri hæres extitit, ſummouebitur. l. Modeſtinus. de except.

In eo autem, qui non optauit. De eo, qui filium adoptauit alienum, ſatis dictum eſt. Cum autem is, qui non adoptauit filium, promiſerit pœnam, ſi aliter eum, quam vt filium obſeruaſſet, Paulus ait, ſe non perſpicere, quem intellectum habeat hæc conceptio. Quamuis enim ſignificatio verborum nota ſit: tamen quia verba generalia ſunt, non perſpicit, id eſt, non penitus videt, atque intelligit, quid hac ſtipulatione contineatur, ex contrahentium voluntate. Nam emancipationi, & exhæredationi, de quibus ante diximus, nullus hic locus eſt, cum in extraneos, id eſt, eos qui filii non ſunt, emancipatio, & exhæredatio, res ſint omnino ineptæ, & ſuperuacaneæ. Quare dici non poteſt promiſſor in hoc caſu pœnam vitare emancipando filium, aut exhæredando, cum pater adoptiuus non ſit.

Sed & ſi is. His verbis Paulus ſummatim complectitur, quicquid ad hanc diſputationem pertinet, docens in propoſita ſpecie, de eo, qui nihil teſtamento reliquit, vel domo expulit, videndum eſſe, an promiſſor aliquid fecerit patrio iure, an non fecerit. Si enim aliquid fecerit patrio iure, puta emancipando filium, aut exhæredando, quia pater erat adoptiuus, qui exhæredare, & emancipare poterat, nihil factum dicitur contra verba ſtipulationis, nec ſtipulatio committitur. Si vero patrio iure vſus non ſit, id eſt, exempli gratia, ſi domo expulerit, aut ſilentio præterierit in teſtamento, non autem exhæredauerit, vel emancipauerit, quia id forte noluit, cum poſſet, vel non potuit, quod pater adoptiuus non eſſet, committitur ſtipulatio. *Qui hoc*, inquit, *non facit dicit ſuperuacuo*, id eſt, qui non vtitur patrio iure, puta qui domo expellit ſine iuſta cauſa, vel exhæredatione, aut emancipatione non vtitur, quæ patrii iuris eſt, licet forte ſuperuacua ineptaque ſit; quia pater non eſt, cui ius emancipandi, aut exhæredandi, competat, &c. Stultum autem, ac ridiculum puto, quod hic vulgo dicitur, eum, qui legitime non adoptauit, vitare condemnationem pœnæ, emancipando, vel exhæredando, quamuis emancipatio, aut exhæredatio iure non teneat. Non enim Paulus ideo hunc ad pœnam teneri vult, quod potuerit, ſi non iure, ſaltem facto ipſo, vt loquuntur, filium exhæredare, ſed quod eum inſtituere potuerit, ac debuerit.

Filiusfamilias ita ſtipulatus eſt, quantam pecuniam Titio credidero, fide tua eſſe iubes? *& emancipatus credidit. patri non debebit fideiuſſor: quia nec reus ei tenetur.*

In hac ſtipulatione fideiuſſor ſub conditione obligatur, ſi pecunia Titio numerata fuerit. argum. l. qui pecuniam. de rebus cred. Vnde cum quæritur, an patri acquiratur obligatio, an filio, qui iam emancipatus numerauit, videtur patri potius acquiri in cuius poteſtate erat filius tempore ſtipulationis, quamuis tempore numerationis ſui iuris fuerit. Tempus enim contractus inſpici diximus ſupra 78. cap. l. ſi filiusfamilias. Sed ideo fideiuſſor hic non obligatur patri, quia nec reus ei tenetur, cum obligatio fideiuſſoria principalis naturam ſequatur. l. cum principalis. de reg. iur. Filio autem teneri fideiuſſorem humanitatis intuitu Papinianus ſcribit cap. 48. de fideiuſſ. l. ſi debitori. §. ſi filius,

CXXXIII. SCÆVOLA LIB. XIII. QVÆSTIONVM.

Si ſic ſtipulatus ſum, Neque per te, neque per hæredem tuum vim fieri ſpondes? *& egi, quod mihi vim feceris, recte remanet factum hæredis in ſtipulatione. Nam & ex ipſius poſteriore vi poterit committi ſtipulatio. Non enim ad vnam vim tantum pertinet: nam ſicut & ipſius vim, & hæredis capit, & ita ipſius vim, vel ſæpius factam complectitur, vt condemnetur quanti intereſt. Aut ſi ſic volumus factam eſſe ſtipulationem*, Neque per te, neque per hæredem tuum fieri? *vt ad vnam vim primam teneat, ſi vim fecerit, amplius ex hæredis committi non poterit. Ergo ſi actum ſit, quaſi ex ipſius vi tota ſit conſumpta: quod non eſt verum.*

Cum quis ita ſtipulatur, *Per te vim non fieri ſpondes?* id quod intereſt ſua vim factam non eſſe, ſtipulari intelligitur. not. in l. 2. §. item ſi in facto. Quoties ergo vis facta fuerit, toties aget ſtipulator, ſi eius interſit. l. ſi procurator. 18. rem rat. hab. At ſi hæredis facta fuerit mentio, puta, *Neque per te, neque per hæredem tuum, &c.* ob factum hæredis committetur ſtipulatio, quamuis ob factum defuncti prius forte commiſſa fuerit. tametſi igitur ex ſtipulatione actum ſit ob vim ſemel factam, non ideo tamen ſtipulatio conſumpta eſſe dicitur, ſed poteſt denuo agi, quoties poſtea vis facta fuerit. Alia cauſa eſt ſtipulationis pœnalis, quæ ſemel tantum committitur, niſi aliud actum eſſe appareat. l. ſi duo. §. vlt. de recept. arbitr. Hic enim loquimur de actione, qua id quod mihi intereſt petitur, non pœna, quæ debetur plerunque etiam ſi non interſit ſtipulatoris. l. ſtipulatio iſta. ſupra. Cum autem quis ita ſtipulatur, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue Titius Conſul factus fuerit, recte Aphricanus ait cap. 63. vtra prius conditio extiterit, ſtipulationem committi, & amplius committi non poſſe. Nam diſiunctiua ſatis oſtendit hoc actum eſſe, vt ſemel tantum committatur ſtipulatio. l. ſi quis ita. 122. Diſſimilitudo igitur harum ſtipulationum facit, vt ius varium, diuerſumque ſit. Quod ſi ponamus, ſtipulationem de vi ita conceptam eſſe, *Siue tu mihi vim feceris, ſiue hæres tuus mihi vim fecerit*: ſimiles erunt hæ ſtipulationes, ac idem de vtraque iudicandum erit. Quod vulgo obiicitur de ſtipulatione hæreditatis venditæ, ad rem non pertinet. l. venditor ex hæreditate. ſupr. de hæred. vel act. vend. Si enim venditor hæreditatis fundum hæreditarium perſecutus ſit, deinde cum vendiderit: vna tantum res vere ad venditorem peruenit. Quare iniquum eſſet ſtipulationem bis committi, vt rem, & pretium debeat. Nec aliter illa ſtipulatio, actioque huic ſimilis erit, quam ſi ponamus fundum vnum ad venditorem perueniſſe, mox alium, ac vtriuſque nomine emptorem agere velle. Quod Accurſiani doctores non perceperunt.

CXXXIIII. PAVLVS LIB. XV. RESPONSORVM.

Titia, quæ ex alio filium habebat, in matrimonium coit Caio Seio habenti filiam: & tempore matrimonii conſen-

conſenſerunt, vt filia Caii Seii filio Titiæ deſponderetur: & interpoſitum eſt inſtrumentum, & adiecta pœna, ſi quis eorum nuptiis impedimento fuiſſet. Poſtea Caius Seius, conſtante matrimonio, diem ſuum obiit, & filia eius noluit nubere. Quæro, an Caii hæredes teneantur ex ſtipulatione? Reſpondit, ex ſtipulatione quæ proponeretur, cum non ſecundum bonos mores interpoſita ſit, agenti exceptionem doli mali obſtaturam: quia inhoneſtum viſum eſt, vinculo pœnæ matrimonia obſtringi, ſiue futura, ſiue iam contracta.

Paulus ex facto conſultus eſt de hac ſpecie, in qua tria potiſſimum proponuntur. Primum, parentes ſponſalia contraxiſſe liberorũ ſuorum nomine, quos ex diuerſis matrimoniis ſuſceperant. Hanc enim coniunctionem affinitas non impedit. §. mariti. Inſtit. de nupt. Et obligantur inter ſe parentes ex his ſponſalibus. cap. 1. §. vlt. de deſponſ. impub. in 6. Secundo proponitur, adiectam eſſe pœnam, ſi quis, id eſt, ſiue parentes, ſiue liberi, ſiue alius quiuis, etiam extraneus impedimento eſſet nuptiis eorum liberorum. Sic enim interpretor amphiboliam horum verborum, quæ non Pauli ſunt, ſed conſultoris, *Si quis eorum nuptiis impedimento fuiſſet*: quamuis alii aliter intelligant. Tertio proponitur, patre mortuo, qui filiam ſuam deſponderat filio vxoris ſuæ, filiam noluiſſe nubere. Atque ita contra ſtipulationem factum eſſe, dubium non eſt: quia pater promiſerat factum non modo ſuum, ſed etiam filiæ ſuæ, atque adeo cuiuſcunque extranei. Quæritur ergo, an ex hac ſtipulatione pœna debeatur. Paulus reſpondet, non deberi, quod non ſecundum bonos mores interpoſita ſit. Viſum eſt enim honeſtum veteribus, matrimonia libera eſſe, nec metu pœnæ libertatem matrimonii eligendi cuiquam auferri. l. Titio centum. §. 1. de condit. & demonſtra. l. 2. C. de inutil. ſtipul. cap. gemina. de ſponſ. in decretal. Idque non ad matrimonia ſolum futura, ſed etiam ad ea, quæ iam contracta ſunt, pertinet. Sed de his diximus ſupra cap. 19. l. ſi ita. Metu autem pœnæ futurum matrimonium ideo hic obſtringitur, quia tametſi pater promiſerit pœnam, non filia quæ à patre cogi non poteſt ad nuptias contrahendas: tamen credibile eſt, filiam patri facile obtemperaturam eſſe, ne is in pœnam incidat. argum. l. hæres meus. §. vltim. de conditio & demonſt. Proinde inter eos, qui penitus extranei ſunt, nulla iuris ratio prohibet, quo minus valeat ſtipulatio, ſi nulla fraus arguatur. Poteſt ſane pecunia promitti alicui ſub conditione matrimonii, cum certa perſona contrahendi. Aliud eſt enim pœnæ metu libertatem eligendi matrimonii auferre: aliud ad matrimonium certa lege, præmioque inuitare, vt Papinianus ait l. Titio centum. §. 1. de condit. & demonſtr.

De arrhis ſponſalitiis hic tractatur quæſtio: quas qui dedit, ſi noluerit matrimonium contrahere, amittit, qui vero accepit, cogitur duplum reddere, imo vero quadruplum, ſi id in ſtipulationem deductum fuerit. l. vltim. Cod. de ſponſal. Quod cum ita ſit, videtur ſtipulatio pœnæ fruſtra hic prohiberi, cum præſertim ea pœna quadrupli infinita ſit: quia modus arrharum non eſt definitus iure ciuili. Sed animaduertendum eſt, arrhas à veteribus dici annulos, aut res huiuſmodi alias modicæ quantitatis, quæ in hoc dantur, vt veluti argumentum ſit matrimonii contracti. Nam ſi quis ampliſſimas poſſeſſiones, aut magnam pecuniæ vim, donet ſponſæ, & quadruplum ſtipuletur, credendum non eſt ſtipulationem hanc valere. Præterea cum arrha alteri detur ab altero, nec in ſola promiſſione conſiſtat, conſiderarunt veteres, difficilius aliquid dari, quam promitti ſolere. Non enim aut poſſunt ſemper homines, aut etiam volunt magnam pecuniam dare, vt quadruplum eius pecuniæ ſibi reddi ſtipulentur. Ac fere procliuiores ſunt ad promittendum, illud poetæ neſcio cuius, fortaſſis cogitantes,

—*Quid enim promittere lædit.*

Idem reſpondit, plerunque ea, quæ præfationibus conueniſſe concipiuntur, etiam in ſtipulationibus repetita creduntur, ſic tamen vt non ex ea repetione inutilis efficiatur ſtipulatio.

Locus pertinens ad interpretationem ſtipulationis, quem alias interpretati ſumus cap. 4. de pact. Quod autem hic dicitur de repetitione, ex quo ſtipulatio inutilis redd tur, attigimus ſupra cap. 126. §. Chryſogonus. Quo in loco exemplum huius rei extat.

Idem reſpondit, cum Septitius literis ſuis præſtiturum ſe cauerit pecuniam, & vſuras eius ſemiſſes, quæ apud Sempronium depoſitæ ſunt, ſi inter præſentes actum eſt, intelligendum etiam à parte Lucii Titii præceſſiſſe verba ſtipulationis.

Hac de re ſupra diſſeruimus, cap. 30.

Idem reſpondit, quoties pluribus ſpecialiter pactis, ſtipulatio vna omnibus ſubiicitur, quamuis vna interrogatio, & reſponſum vnum ſubiiciatur, tamen perinde haberi, ac ſi ſingulæ ſpecies in ſtipulationem deductæ fuiſſent.

Explanatus eſt hic locus ſupra, cap. 29.

CXXXV. SCÆVOLA LIB. V. RESPONSORVM.

Si ita quis promiſerit, Decem tibi dabo, qua die petieris, & eorum vſuras in dies triginta. *quæro vtrum vſuræ ex die ſtipulationis, an ex die qua petita ſors fuerit, debeantur? Reſpondit ſecundum ea quæ proponerentur, ex die ſtipulationis deberi, niſi aliud actum manifeſte probaretur. Item quæſitum eſt, quando pecuniam reddere debebo, cum primum petierit? Reſpondit, verba, quæ proponerentur, ex die quo ſtipulatio facta eſſet, initium capere.*

Hæc verba, *Qua die petieris*, aut *Cum petieris*, admonitionem quandam habent magis, quam dilationem, ſupra c. 48. l. ſi decem. Qui enim ita ſtipulatur, *Cum petiero dari*? debitorem admonere, & incitare videtur, vt ſemper ad ſoluendum paratus ſit, quoties voluerit ſtipulator. Itaque ne tacita quidem conditio vlla hic eſt, quæ remoretur obligationem. l. Titia. 84. de condition. Atque ideo ex die ſtipulationis ſors debetur, & vſuræ currunt. Nam ſi conditionalis eſſet ſtipulatio ſortis, non deberentur vſuræ ante conditionis euentum l. lecta. §. ſed cum ſortis. de rebus cred. niſi nominatim id cautum eſſet. l. huiuſmodi. 64. l. ſi ita. 126.

Seia cauit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emiſſet, cum pretium omne cum vſuris ab eo recepiſſet, ſe in eum proprietatem hortorum translaturam. Deinde incontinenti inter vtrunque conuenit, vt intra Calendas Apriles primas vniuerſam ſummam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur, cum ante Calendas Apriles non omne pretium cum vſuris à Lucio Titio Seiæ ſolutum ſit, interpoſito tamen modico tempore, reliquum pretium cum vſuris Seiæ Titius ſoluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vſque in hodiernum per Titium non ſtet, quo minus reliquum ſolueret: an ſi nihilo minus Lucius Titius Seiæ pecuniam vniuerſam ſoluere paratus ſit, ex ſtipulatu agere poſſit? Reſpondit, poſſe: ſi non multo poſt obtuliſſet, nec mulieris quicquam propter eam moram intereſſet. quod omne ad iudicis cognitionem remittendum eſt.

In hac hyotheſi quatuor proponuntur, quæ à nobis hic exponenda ſunt. Primum, Seiam quæ ſua pecunia emerat hortos mandatu Lucii Titii, promiſiſſe Lucio Titio ſtipulanti ſe proprietatem hortorum in eum translaturam eſſe, adiecta cauſa promiſſionis, & conditione. Cauſa eſt, quia hortos emit mandatu Lucii Titii: conditio, cum pretium omne cum vſuris ab eo receperit. Hæc autem translatio proprietatis vtilis eſt Lucio Titio, cum traditi Seiæ à venditore, non aliter acquirantur Lucio Titio, quam ſi eius nomine traditos eſſe appareat. l. ſi procurator. 13. l. res ex manda-

to.59. de acquir.rer. dom. Nec vero dubitandum eſt, quin hæc ſtipulatio conditionalis ſit.l. quodcunque.§.non ſolum. ſupra.l.ſi Titio.quando dies leg.ced. Quare Lucio Titio ex ea non competit actio antequam ſoluerit: quamuis mandati actio ei competens nullam conditionem habeat. Secundo proponitur, Conueniſſe pacto tantum conuento, vt Lucius Titius intra Calendas Aprilis vniuerſam ſummam numeret,& hortos à Seio accipiat. Et hoc pactum,quia ſtipulationi ineſſe intelligitur, ad actionem prodeſt. l. lecta. de rebus cred. Idque verba ſequentia ſatis oſtendunt. Tertio proponitur,Lucium non ſoluiſſe intra Calendas vniuerſam pecuniam: proinde mora ab eo facta recte dicitur. l. magnam. C. de contrahen.& commit.ſtipul.Quarto proponitur,Lucium Titium moram ceſſationemque ſuam poſt Calendas purgare velle,pecuniam debitam offerendo. Quamuis enim hic tantum dicatur, Lucium Titium paratum eſſe,&c.nec exprimatur,an nudis verbis,an re oſtenderit,ſe paratum eſſe,quoniam de ea re nulla erat quæſtio : tamen oblationem hic factam intelligere debemus, quæ ad moræ purgationem ſufficiat. not. in l. qui Romæ. §. Seia. In conſultationibus ea tantum exprimi neceſſe eſt,de quibus dubitatur. Cætera obiter narrari, ac breuiter perſtringi ſolent. Ex hac igitur hypotheſi naſcitur quæſtio,an Lucius Titius poſt Calendas moram purgare poſſit,vt ex ſtipulatione agat. Scæuola hic reſpondet,poſſe, ſi non multo poſt offerat,&c. Atque hinc obſeruandum eſt, creditori quoque agere volenti purgationem moræ vtilem eſſe. Quamuis enim Lucius Titius in hac ſpecie debitor & creditor appareat:tamen in eo,de quo quæritur, creditor tantum eſt. Quod autem obiicitur ex alio quodam Scæuolæ reſponſo, ſeruos,qui iuſſi ſunt liberi eſſe ſi rationes intra Calendas reddiderint, poſt Calendas reddendo, non poſſe libertatem conſequi, id nos mouere non debet, cum δὶς διὰ πασῶν hæ ſpecies inter ſe diſcrepent, vt oſtendimus cap.84.l.ſi inſulam. In illa enim ſpecie obligatio diem ſimul, ac conditionem habet, ac idcirco poſt diem pareri non poteſt conditioni, ne ab eius forma, & conceptione recedatur.l. Celſus.ſupra de arb. Hæc vero ſtipulatio licet diem habere videatur, non habet tamen ex conceptione verborum , ſed ex quadam iuris interpretatione , propter quam pacta ſtipulationi ineſſe creduntur. Quare etſi poſt diem admittatur oblatio Lucii Titii, quaſi explendæ conditionis gratia : non ideo tamen, contra formam conditionis quicquam factum eſſe dicetur, cum conditio diem nullam proprie contineat. Alii comminiſcuntur moræ purgationem hic admitti ex parte creditoris, vt conſeruet actionem, non acquirat. Verum ſatis iam demonſtratum eſt, Seiam Lucio Titio ſub conditione tantum obligatam eſſe, ex hac ſtipulatione,ſcilicet,ſi pecuniam numerauerit,&c. Quod ſi verum eſt,nulla proculdubio ei competit actio, antequam conditio extiterit. l.cedere diem. de verb.ſignific. Ac ne illud quidem verum eſt,cum de iure acquirendo agitur, moram à creditore purgari non poſſe. Quod vel ex reſponſo Alpheni Vari cognoſci poteſt,de ſtatu liberis.cap. 14. Seruus,inquit,cum hæredi annorum ſeptem operas dediſſet, liber eſſe iuſſus erat. Is ſeruus fugerat, & annum in fuga fecerat. Cum ſeptem anni præteriiſſent, reſpondi non eſſe liberum. Non enim fugitiuum operas domino dediſſe. Quare niſi totidem dies,quot abfuiſſet,ſeruiiſſet,non fore liberum.Sed etſi ita ſcriptum eſſet,vt tunc liber eſſet,cum ſeptem annis ſeruiiſſet: potuiſſe liberum eſſe,etſi poſt tempus fugæ reuerſus ſeruiiſſet. Cur autem hic certum tempus definitum non ſit,puta litis conteſtatæ,docuimus ſupra cap.84. ad fin.

Ea lege donatum ſibi eſſe à Seia ſeruum & traditum, vt ne ad fratrem eius,aut filium aut vxorem, aut ſocrum,perueniret,ſcripſit, & hæc ita ſtipulante Seia ſpopondit Titius: qui poſt biennium hæredes reliquit Seiam, & fratrem, cui ne ſeruiret,expreſſum erat:quæritur, an Seia cum fratre & cohærede ex ſtipulatu poſſit agere? Reſpondit, poſſe in id, quod eius intereſſet.

De hac ſtipulatione triplex eſt quæſtio. Prima eſt, an valeat:de qua aliquid diximus ſupra,l.qui Romæ.§. cohæredes. Et certum eſt conuentionem valere quæ alienationem non omnino impedit, vt in hac ſpecie. Non enim hic agitur,ne promiſſor alienet, ſed ne ad certas perſonas res perueniant, &c.l.ſi ſterilis.§.ſi tibi.de actionib. empt. Nam alias pactum de non alienanda re,ſimpliciter interpoſitum ſine cauſa, non valet.l.nemo.de pact.l.vlt. C.de pact.inter emp. Eademque eſt ratio alienationis prohibitæ à teſtatore,ſi nudum præceptum, & ſine vlla probabili cauſa ſit.l. filiusfamilias. §. Diuî. de leg.1.l.cũ pater.§.Iulianus Agrippa.de leg. 2. Inciuile enim eſt, id vel pacto vel teſtamento cauere ſine cauſa, quo commercium rei impediatur. Quare ſi quis in traditione rei ſuæ pactus ſit ne res alienetur, vtilis mihi videtur hæc conuentio,propter cauſam,qua non ſecuta, datur condictio. l. ea lege.C.de cond.ob cauſ.Idemque puto dicendum in teſtamento, ſi forte teſtator rem alicui eadem lege & conditione legauerit,cum ratio diuerſitatis non appareat. Nudum enim teſtatoris præceptum intelligimus, cum teſtator vetat rem alienari ſimpliciter,non autem,cum legato eam legem adſcribit.arg.d.l.ea lege.Quod cum ita ſit,differentia contractuum & vltimarum voluntatum, quæ hic vulgo traditur, qua ratione defendi poſſit,non perſpicio. Altera quæſtio eſt,quomodo committatur hæc ſtipulatio. Et verba oſtendunt quocunque modo res alienata ſit, vt ad alium perueniat, ſtipulationem committi, ſiue vendendo, ſiue hæredem inſtituendo,&c.l.peto.§.fratre.de leg.2. Nã & hæredis inſtitutio alienationem continet.l.ſi quis prioris.§.certum.Cod.de ſecun. nup. Quinimo his verbis non male dici poteſt,ſucceſſionem quoque legitimam prohiberi,quaſi promiſſor curare debeat, teſtamentum aut codicillos faciendo, ne res ad fratrem perueniat.l.codicillis.§. matre.de leg. 2.Spectanda tamen hic voluntas prohibentis, quæ ex coniecturis colligitur,vt in omnibus facti quæſtionibus. Quid enim,ſi quis ſimpliciter prohibuerit rem alienari, ſine vllius perſonæ expreſſione? Sane credendum non eſt,eum de hærede ſenſiſſe, cum nemo ſine hærede moriatur. Itaque contingit aliquando,vt cum vniuerſitate tranſeant res alienari prohibitæ.l. quædam.de acq. rer.dom.l.1.de fund.dotal. Tertia quæſtio eſt,de vi,& effectu huius ſtipulationis. Et apparet ex hoc Scæuolæ reſponſo,agi ex ſtipulatione, ad id quod intereſt, ſicut ex aliis ſtipulationibus,quæ in faciendo conſiſtunt. dict.l.ſi ſterilis.§.ſi tibi. Præterea quod ea lege datum eſt,condicitur & repetitur, quaſi ſecuta cauſa non ſit.d.l.ea lege. Sed ea condictio perſonalis eſt, & aduerſus eum, cum quo negotium contractum eſt,tantum datur,vt aut rem,aut æſtimationem præſtet. Vindicatio autem non competit, quæ rei poſſeſſorem ſequatur, quia hæc prohibitio tranſlationem dominii non impedit. d. l.ea lege. Quiſquis enim rem emit, accipitque à domino, eius dominium conſequitur. §. per traditionem. Inſtit. de rerum diuiſ. Nec dubium eſt,quin rei dominus fit is, cui res ea lege datur, ne alienetur:ideoque ita condicitur ab eo, ſi patet dare oportere.d.l.ea lege. Nec obſtat huic ſententiæ Conſtitutio Iuſtiniani, de rebus alienis non alienandis: in qua dicitur,alienationem eſſe prohibendam, &c. His enim verbis ſignificat Iuſtinianus, non quidem rei dominium transferri non poſſe, ſed eum qui dominium transfert, contra pactionem facere : quoniam appellatione alienationis continetur actus,quo dominium transfertur.l.peto.§.prędium.§.fratre. l.cum pater.§.libertis.de leg.2. l.pater.§.filiam.de leg.3.Prohibitio vero teſtatoris impedit tranſlationem dominii, propter vim fideicommiſſi, vt ego quidem exiſtimo,præter aliorum opinionem.l.filiusFam.§.Diui.de legat.1. Sane cum creditor paciſcitur cum debitore, ne pignus vendat, Marcellus ſcribit, nullam eſſe venditionem, vt pactioni ſtetur.l.ſi creditor.§.vlt.de diſtra.pign. Id enim vtilitatis cauſa in pignore receptum eſt:nec eadem eſt ratio eius rei,quam quis ita dat alicui, vt nihil iuris retineat. Ex quo etiam illud conſequitur, emptorem domus conductæ non poſſe conductorem expellere,ſi conuenerit prius inter locatorem,& conductorem, ne domus alienetur, & eo nomine conductori oppignerata ſit. Nam ſecundum Marcelli ſententiam venditio nulla eſt. Nec eorum mihi probatur opinio ,qui putant non omnino nullam eſſe venditionem, ſed ne præiudicet creditori pro nulla habendam eſſe. Nam hæc interpretatio nec verbis auctoris, nec rationi congruit, cum præſertim abſque ea pactione

venditio

venditio non noceat creditori, nec ius pignoris tollat. l. iuſto. §. non mutat. de vſucap. Cur autem manumiſſio non teneat contra legem dictam, in ſerui venditione, dubitatum eſt à pleriſque. Sed exiſtimo vtilitatis cauſa id lege Ælia Sentia cautum fuiſſe, vt maior eſſet dominorum in ſeruos ſuos auctoritas. l. ea quidem. C. ſi mancip. ita fuerit alien. l. is qui. §. in illis. l. ſeruus hac lege. de manumiſſ. l. ille ſeruus. qui à quibus. Vtile enim eſt, ſeruos nullam habere ſpem conſequendę libertatis, niſi ex voluntate dominorum. Denique animaduertendum eſt, Seiam in hac ſpecie id quod à Titio geſtum eſt, improbare: quamuis ei hæres extiterit. Qui enim pro parte hæres extitit alicui, pro ea tantum parte cogitur ratum habere, quod à defuncto geſtum eſt. l. cum à matre. Cod. de rei vind.

Filia, quæ de inofficioſo agere inſtituit, & tranſegit, poſtea cum hæredibus ſtipulatione interpoſita, & ſubiecta doli clauſula, apud Præfectum de falſo teſtamento egit, nec probauit. Quæro, an ex doli clauſula poſſit conueniri. Reſpondit, nihil ad eam ſtipulationem id, quod poſtea actum proponeretur, pertinere.

Qui impugnauit teſtamentum, tanquam inofficioſum, non prohibetur ex cauſa falſi illud impugnare. nec poteſt ſummoueri exceptione rei iudicatæ. l. cum quæritur. de except. rei iudic. Itaque etſi de inofficioſo teſtamento tranſegerit cum aduerſario, ac fortaſſis promiſerit nihil amplius peti: ea tranſactio non obeſt, quo minus de falſo apud præfectum vrbis agat. argu. l. ſi de certa. Cod. de tranſact. cuius eſt de criminibus cognitio. l. 1. de offic. præf. vrb.

CXXXVI. PAVLVS LIB. V. SENTENTIARVM.

SI ſub vna ſignificatione diuerſis nominibus ea res, quæ in ſtipulatione deducitur, appellatur, non infirmat obligationem, ſi alter altero verbo vtatur.

Locus eſt de ratione contrahendæ ſtipulationis, de quo diximus c. 65. l. qui extrinſecus.

Si quis viam ad fundum ſuum dari ſtipulatus fuerat, poſtea fundum, partemve eius ante conſtitutam ſeruitutem alienauerit, euaneſcit ſtipulatio.

Seruitus non acquiritur, niſi ab eo, qui dominus eſt fundi, nec pro parte dominii acquiritur, vt diximus ſupra cap. 72. l. ſtipulationes non diuiduntur. Veluti ſi quis ſtipuletur ſeruitutem fundo communi. l. pro parte. de ſeruit. l. proprium. comm. prædior. Proinde ſi quis poſt ſtipulationem ſeruitutis alienauerit fundum, vel partem fundi, euaneſcit ſtipulatio, quaſi in eum caſum inciderit, à quo non potuit incipere. dicta l. pro parte. l. pluribus, infra. Si enim in initio vel totus fundus, vel eius fundi pars fuiſſet alterius, ſtipulatio vtilis eſſe nō potuiſſet. Quod tamen ita eſt accipiendum, niſi poſt conſtitutam, & iam fundo acquiſitam ſeruitutem, fundus alienatus ſit. Quo caſu ſeruitus manet, ac fundum ſequitur. l. via. §. quęcunque. de ſeruitu. ruſtic. præd. l. pluribus. infr.

CXXXVII. VENVLEIVS LIB. I. STIPVLATIONVM.

CONTINVVS *actus ſtipulantis, & promittentis eſſe debet, vt tamen aliquod momentum naturæ interuenire poſſit; & comminus reſponderi ſtipulanti oportet. Cæterum ſi poſt interrogationem aliud agere cœperit, nihil proderit, quamuis eadem die ſpopondiſſet.*

In contrahenda ſtipulatione non ſufficit interrogationem præcedere, & ſequi reſponſionem, niſi comminus & continuo interroganti reſpondeatur. Continuus enim actus ſtipulantis, ac promittentis eſſe debet. Continuitatem tamen hanc non accipimus Mathematicorum, aut Philoſophorum more, vt ne minimum quidem momentum interuenire poſſit. Sed & hoc plenius interpretatur Vlpianus vtilitatis cauſa: vt ſi ſtipulator poſt interrogationem diſceſſerit, & ei reuerſo reſponſum ſit, valeat ſtipulatio. Interuallum enim medium non vitiat obligationem. l. 1. §. qui præſens. ſupr. Sed videndum eſt, ne magnum ſit temporis interuallum, propter quod videatur omiſſa ſtipulatio. l. 6. §. vltim. de duob. reis. Ac Venuleius, & alii veteres, vnius diei ita meminerunt, quaſi poſt diem vnam facile credendum ſit omiſſam ſtipulationem eſſe, quamuis intra id ſpatium ex coniecturis id definiri debeat. Deinde videndum eſt, ne actus contrarius, aut alienus à ſtipulatione intermiſceatur. l. 6. §. vlti. infrà, de duobus reis. Alterutrum enim, id eſt, vel longum ſpatium temporis, vel contrarius actus, ſufficit ad vitiandam ſtipulationem: vt his verbis Venuleius oſtendit. Nam quod idem ſcribit cap. 12. de duobus reis, huic ſententiæ non repugnat, quæ ex eodem auctore, libroque eodem ſumpta eſt: ſed locus vnus ex alio interpretationem capit.

Si hominem ſtipulatus ſim, & ego de alio ſenſero, tu de alio: nihil acti erit. Nam ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu perficitur.

Hunc locum explicaui c. 83. l. inter ſtipulantem. §. 1.

Cum ita ſtipulatus ſim, Epheſi dari? *ineſt tempus. quod autem accipi debeat, quæritur. & magis eſt, vt totam eam rem ad iudicem, id eſt, virum bonum remittamus, qui æſtimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere poſſit, quod facturum ſe promiſit, vt qui Epheſi daturum ſe ſpoponderit, neque diplomate diebus ac noctibus, & omni tempeſtate contempta, iter continuare cogatur, neque tam delicate progredi debeat, vt reprehenſione dignus appareat: ſed habita ratione temporis, ætatis, ſexus, valetudinis: cum id agatur, vt mature perueniat, id eſt, eodem tempore, quo plerique eiuſdem conditionis homines ſolent peruenire. Eo tranſacto, quamuis Romæ remanſerit, nec poſſit Epheſi pecuniam dare, nihilo minus ei recte condicetur, vel quia per ipſum ſteterit, quo minus Epheſi daret, vel quoniam per alium Epheſi dare poſſit, vel quia vbique poteſt ſoluere. Nam & quod in diem debetur, ante ſolui poteſt, licet peti non poteſt. Quod ſi diplomate vſus aut felici nauigatione, maturius, quam quiſquam, peruenerit Epheſum, confeſtim obligatus eſt: quia in eo quod tempore, atque facto finitum eſt, nullus eſt coniecturæ locus.*

Interdum pura ſtipulatio dilationem tacitam habet. l. interdum. ſupra. vt cum quis ſtipulatur Epheſi dari. Ineſt enim tempus, quo promiſſor Epheſum poſſit peruenire. Sed quia certum tempus non poteſt diffiniri, cum in facto id magis, quam in iure conſtat, relinquitur æſtimandum boni viri arbitrio. Huiuſmodi etenim facti quæſtiones non magis ſunt Iuriſconſultorum, quam cuiuſuis boni ac prudentis viri, qui æquitatem ante oculos habeat. l. vir bonus. iudic. ſolui. l. ſed ſi vnius. §. Prætor. de iniuriis. ſed ad iudicis officium pertinent, quod latius, quam Iuriſconſulti officium, patet, vt in Scæuola oſtendimus. *Poſta* Diploma hic accipe, quod à Principe impetratur, vt equis publice diſpoſitis vti liceat, Poſtam vulgo dicimus. Priuatis enim abſque principis diplomate curſus publicus olim non permittebatur. l. nullis. C. de curſ. public. Cuius moris meminit Plinius, lib. 10. epiſtol. ad Traianum, cum pleriſque aliis. Quod autem hic dicitur, eum qui Epheſi dare promiſit, poſſe vbique ſoluere, quomodo accipiendum ſit, docuimus capite 122. l. qui Romæ. in princip. Ad extremum obſeruandus eſt locus communis de coniectura, cuius nulla in iis, quæ certa ſunt, ratio habetur.

Item qui inſulam fieri ſpopondit, non vtique conquiſitis vndique fabris, & plurimis operis adhibitis, feſtinare debet, nec rurſus vtroque, aut altero, contentus eſſe: ſed modus adhibendus eſt, ſecundum rationem diligentis ædificatoris: & temporum locorumque. Item ſi non inchoetur opus, id tantum æſtimetur quod in illo interuallo effici potuit, tranſactoque tempore, quo inſulam conſummare oportuerit, ſi poſtea ædificetur, liberetur reus, ſicut liberatur, qui ſe daturum ſpopondit, ſi quandoque tradidit.

Tria hoc capite continentur, de quibus ſatis dictum fuit alibi. Primum eſt ſtipulationem facti tractum habentis, diem tacitum habere. l. ſi inſulam. ſup.

II. Ex hac ſtipulatione agi, cum primum cœperit moram facere promiſſor. l. ſtipulationes non diuiduntur. §. vlti.

III. Promiſſorem liberari, poſt moram faciendo, quod eſt accipiendum, modo lis conteſtata nondum ſit. leg. ſi inſulam.

Illud inſpiciendum eſt, an qui centum dari promiſit, confeſtim teneatur: an vero ceſſet obligatio, donec conferre pecuniam poſſit. Quid ergo, ſi neque domi habeat, neque inueniat creditorem? Sed hæc recedunt ab impedimento naturali, & reſpiciunt ad facultatem dandi. Eſt autem facultas, perſonæ commodum, incommodumque, non rerum, quæ promittuntur. Alioquin & ſi quis Stichum dare ſpoponderit, quærimus, vbi ſit Stichus: vt ſic non multum referre videatur, Epheſi daturum ſe, an quod Epheſi ſit, cum ipſe Romæ ſit, dare ſpondeat. Nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet: quia & in pecunia, & in Sticho, illud commune eſt, quod promiſſor in præſentia dare non poteſt. Et generaliter cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non poſſe, qui alienum ſeruum, quem dominus non vendat, dare promiſerat.

Si quis promiſerit pecuniam, quam non habet, quæritur an propter inopiam eius, ac difficultatem, tempus inſit ſtipulationi, ſicut diximus ineſſe, cum quis ſtipulatur Epheſi dari. §. cum ita. ſupr. Venuleius hic ait, non ideo ceſſare obligationem, ſed confeſtim promiſſorem teneri, & aduerſus eum agi poſſe. Multum enim refert, an res promiſſa præſtari non poſſit, an vero promiſſor eius præſtandæ facultatem non habeat. Quare ſi quis ſimpliciter promiſerit Stichum dare, non quæremus, vbi ſit Stichus: ſed promiſſorem ſtatim conueniri poſſe dicemus: tametſi cum quis ſtipulatur Epheſi dari, tempus expectandum ſit. Idem dicendum eſt, ſi quis promiſerit alienum ſeruum dare, quem dominus vendere nolit. Generaliter enim cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimendum ſtipulatoris, pertinet: nec difficultas promiſſoris, quæ in re non eſt, ſed in perſona, impedit, quo minus debeatur ſtipulatori. Si quis tamen ſtipuletur, hodie ſibi Carthagini dari, inutilis dicitur eſſe ſtipulatio. §. loca. Inſtit. de verborum obligat. quoniam ex ipſa conceptione verborum apparet, promiſſorem dare non poſſe. Itaque interpretatio hic contra ſtipulatorem fit, quaſi hæc fuerit contrahentium cogitatio, vt nihil agi exiſtimarent. arg. l. non ſolum. de oblig. & actio. Quod eſt accipiendum, niſi aliud actum eſſe appareat. Poteſt enim agi inter eos, vt per diſpenſatores vtriuſque, qui Carthagini ſunt, impleatur quod promiſſum eſt. Item vt promiſſor id quod intereſt ſoluat. l. vlt. §. ſi inter. infr. Sed in dubio contra ſtipulatorem interpretamur. l. quicquid adſtringendæ. ſuprà. Alia cauſa eſt bonæ fidei cōtractuum, atque vltimarum voluntatum, in quibus benignior fit interpretatio, vt alibi oſtendimus. l. inſulam. §. 1. locat. l. ſi mihi, & tibi. §. 1. de leg. 1. Quamuis autem ob eam, de qua diximus, cauſam non differatur actio: tamen humanitatis cauſa interdum exactio differtur, & condemnato tempus datur ad ſoluendum. l. ſi cum militi. de compenſat. l. ſi debitori. de iudic. Quo tempore præterito, cogitur ſoluere debitor, & in carcerem conijcitur. l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. Præterea hęc difficultas interdum facit, ne promiſſor, quaſi mora facta, teneatur, vt puta, ſi Stichus, quem interpellatus promiſſor dare non poterat, interim deceſſerit. Licet enim difficultas promiſſorem non excuſet, quo minus viuo adhuc Sticho conueniatur: tamen eo mortuo non tenebitur ad æſtimationem, quaſi in poteſtate eius non fuerit, Stichum dare. Cum enim quæritur de mora, inſpicimus, an promiſſor facultatem ſoluendi habeat. leg. quod te. de rebus credit. l. ſciendum. de vſur. l. 2. §. ſi quis in iudicio. ſupra, ſi quis caution. leg. ſi vehenda. ad leg. Rhod. de iactu.

Si ab eo ſtipulatus ſim, qui efficere non poſſit, cum alii poſſibile ſit iure factam obligationem, Sabinus ſcribit.

Hæc ſtipulatio ideo dicitur poſſibilis, quia poteſt promiſſor æſtimationem ſoluere, ſi non fecerit. An poſſit aliena opera vti in ea re, quæſtio facti eſt, quæ ex coniecturis pendet, & alio in loco tractatur. l. inter artifices. de ſolut. l. nemo. de duob. reis. l. ſi ſeruus patroni. de oper. libert.

Cum quis ſub hac conditione ſtipulatus ſit, ſi rem ſacram, aut religioſam Titius vendiderit, vel forum, aut baſilicam, & huiuſmodi res, quæ publicis vſibus in perpetuum relictæ ſunt, vbi omnino conditio iure impleri non poteſt: & ſi velit facere, ei non liceat, nullius momenti fore ſtipulationem, perinde ac ſi ea conditio, quæ natura impoſſibilis eſt, inſerta eſſet. Nec ad rem pertinet, quod ius mutari poſſit, & id, quod nunc impoſſibile eſt, poſtea ſit poſſibile fieri. Non enim ſecundum futuri temporis ius, ſed ſecūdum præſentis, æſtimari debet ſtipulatio.

Nihil refert, an conditio natura impoſſibilis ſit, an vero iure impleri non poſſit, vt ſupra annotauimus c. 7. l. impoſſibilis. Idque his exemplis oſtenditur, de quibus diſſeruimus c. 83. l. ſacram. Tametſi autem vendere has quoque res vere dicamur, cum ad factum reſpicimus: quia tamen venditio nullum iuris effectum habet: non dicitur impleta conditio eſſe. Nec me latet, aliquando factum nudum ſufficere ad implendam conditionem, cum id vtilitas exigit, & voluntas eius, qui conditionem adſcripſit, quæ maxime hic ſpectanda eſt. l. mulier. §. vltim. de condi. inſtit. Item verba conditionis diligenter expendenda ſunt, vt apud Scæuolam c. 77. ad Trebel. vbi dicitur, ſatisfactum eſſe conditioni, quamuis matrimonium cum furioſa non fuerit. l. hæredibus. §. vlti. Nam in conditione nulla erat matrimonii, ſed liberorum tantum mentio: nec dubium eſt, quin liberi ſint, ex quocunque concubitu procreati. Sed de his forte nimis multa: quæ vt leuia admodum, nec ad rem valde pertinentia omitterem, niſi viderem ea ſic à magnis Doctoribus tractari, vt hinc ſeſe expediri vix poſſint.

Si vt aliquid fiat ſtipulemur, & vſitatius, & elegantius eſſe Labeo ait, ſic ſubiici pœnam, Si ita factum non erit. *At cum quid ne fiat, ſtipulemur, tunc hoc modo,* Si aduerſus ea factum erit. *Et cum alia fieri, & alia non fieri coniuncte ſtipulemur, ſic comprehendendum,* Si ita non feceris, ſiue quid aduerſus ea feceris.

Diximus de hac re ſupra cap. 71. l. cum quid.

Præterea ſciendum eſt, quod dari ſtipulamur, non poſſe per nos vni ex hæredibus adquiri: ſed neceſſe eſt omnibus adquiri. At cum quid fieri ſtipulemur, etiam vnius perſonā recte comprehendi.

Si quis ita ſtipuletur, *Mihi, & Titio hæredi meo centum dari?* Deinde deceſſerit, Titio & alio quodam hærede relicto, diuiditur hæc obligatio inter vtrunque hæredem, ita vt Titio quinquaginta tantum debeantur. Nemo enim poteſt alteri ſtipulari, niſi hæredi ſuo, ac ne hæredi quidem ſuo, niſi quatenus hæres eſt. l. ſtipulatio iſta. §. ſuæ. Nam non ſuccedit in ius defuncti, niſi pro parte hæreditaria, & pro alia parte extraneus habetur. l. cum à matre. C. de rei. vindi. l. ſi adulta. C. de hæred. act. Vnde pro ea parte ſtipulatio perinde habenda eſt, ac ſi cuiuis alii extraneo ſtipulatus eſſet defunctus. Cum quid tamen fieri ſtipulamur, recte vnius hæredis perſona comprehenditur. Nam quia facta perſonalia ſunt, vt ante annotauimus, l. quod dicitur. ratio non patitur, in factis omnes hæredes exæquari, cum præſertim vtilitas contrahentium hoc exigat. Ex pacto ſane, quod de non petenda pecunia factum eſt, vni ex hæredibus exceptionem acquiri, Celſus ait. l. auus. de pactis. Sed acquiritur liberatio facilius, quam obligatio, & ſubtilitas iuris plerunque negligitur, vbi de liberatione agitur. l. Arrianus. de obli. & act. An autem quis poſſit vnum ex hæredibus ſuis obligare, alio in loco diſputatum fuit. l. eum qui ita. §. 1. l. Iulianus.

CXXXVIII. IDEM LIB. III. STIPVLATIONVM.

EVM, *qui certarum nundinarum diebus dari ſtipuletur: primo die poſſe petere, ait Sabinus. Proculus autem & cæteri diuerſæ ſcholæ auctores, quandiu vel exiguum tempus ex nundinarum ſpatio ſupereſſet, peti non poſſe exiſtimant. Sed ego cum Proculo ſentio.*

In hac ſtipulatione interpretatio fit contra ſtipulatorem; ſicut in alia ſimili, de qua diximus ſuprà capite 42. leg. qui hoc anno.

Cum pure ſtipulatus ſum, Illud aut illud dari? *licebit tibi quotiens voles, mutare voluntatem in eo, quod præſtiturus ſis: quia diuerſa cauſa eſt voluntatis expreſſæ, & eius, quæ ineſt.*

Reus cui competit electio ex ſtipulatione alternationem habente, mutare voluntatem poteſt, quoties voluerit, donec ſoluta fuerit res debita. l. qui ex pluribus. 106. Videndum tamen eſt in executione ſententiæ, ne variatione ſua iudicium eludat. argu. l. non vtique. de eo quod cert. loco.

Alia eſt cauſa ſtipulatoris, qui electionem habet ex voluntate verbis expreſſa: vt puta, ſi quis ita ſtipuletur; *St. chum aut Pamphilum, vtrum voluero.* Nam eligendi facultas conſumitur prima electione, aut ſaltem conteſtatione litis, ſecundum diſtinctionem capitis 112. l. ſi quis ſtipulatus. Ideo autem actor, cuius eſt electio mutandæ voluntatis, facultatem amittit litem conteſtando; quia petendo alterum, & ſuper eo litem conteſtando nouum quoddam negotium contrahere intelligitur. l. vbi autem. §. qui illud. ſupra. notat. in l. ſi inſulam. Sed cum rei eſt electio, vtrunque petitur, & ſuper vtroque lis conteſtatur. dicto §. qui illud. §. huic autem. Inſtit. de actionibus. Proinde litis conteſtatio mutandæ voluntatis facultatem non adimit. Atque hinc etiam conſequitur, ſi quis ſtipulatus fuerit decem in melle, promiſſorem non poſſe mel ſoluere poſt litem conteſtatam. l. ſi quis ſtipulatus. 57. de ſolutio. Ex ea enim ſtipulatione decem petuntur, & ſuper decem fit litis conteſtatio, cum ea ſint in obligatione, non mel, quod in ſolutione tantum eſt.

CXXXIX. IDEM LIB. VI. STIPVLATIONVM.

CVM *ex cauſa duplæ ſtipulationis aliquid intendimus, venditoris hæredes in ſolidum omnes conueniendi ſunt, omneſque debent ſubſiſtere; & quolibet eorum defugiente, cæteris ſubſiſtere nihil prodeſt: quia in ſolidum defendenda eſt venditio, cuius indiuiſa natura eſt. Sed cum vno defugiente, omnes defugiſſe videantur, ideoque & omnes tenentur, & vnicuique pro parte hæreditaria præſtatio incumbit.*

Explicatus eſt hic locus ſuprà, capite 85. §. item ſi ita.

CXL. PAVLVS LIB. III. AD NERATIVM.

PLVRIBVS *rebus propoſitis, ità ſtipulatio facta eſt,* Ea omnia quæ ſupra ſcripta ſunt, dari: *propius eſt, vt tot ſtipulationes, quot res ſint. De hac ſtipulatione,* Annua, bima, trima, die, id argentum quaque die dari: *apud veteres variatum fuit. Paulus. Sed verius, & hic tres eſſe trium ſummarum ſtipulationes.*

Duplex ſpecies hic proponitur, & quæritur in vtraque, an vna ſtipulatio ſit, an plures. De priore ſatis dictum eſt ſupr. capite 134. l. Titia. §. vlt. Poſterior eſt, cum quis ſtipulatur annua, bima, trima, die dari: de qua nihil diffiniit Neratius: ſed tantum admonuit, varias opiniones veterum fuiſſe. Et ſanè probabilis eſt de hac ſtipulatione dubitatio. Nam etſi vna dicatur eſſe ſtipulatio, cum quis ſtipulatur in ſingulos annos, ante docuimus capite 16. l. ſi Stichum. §. ſtipulatio, tamen hęc vſquequaque ſimilis ei non eſt, quoniam hic ſpecialiter exprimuntur tempora, puta, primo anno, ſecundo, tertio. Sed quia non exprimuntur annuæ præſtationes, poterat videri vna ſtipulatio eſſe. l. ſcire debemus. leg. quod dicitur. 86. ſupra. Paulus autem, qui notas ſcripſit in Neratium, verius exiſtimauit, tres ſtipulationes eſſe, cum tria tempora ſpecialiter deſignata ſint, licet ſingulæ ſummæ expreſſæ non ſint.

Et ſi placet extingui obligationem, ſi in eum caſum inciderit, à quo incipere non poteſt, non tamen hoc in omnibus verum eſt. Ecce, ſtipulari viam, iter, actum ad fundum communem, ſocius non poteſt: & tamen ſi is, qui ſtipulatus fuerat, duos hæredes reliquerit, non extinguitur ſtipulatio, & per partem dominorum ſeruitus acquiri non poteſt, acquiſita tamen conſeruatur, & per partem dominii hoc euenit, ſi pars prædii ſeruientis, vel cui ſeruitus debetur, alterius domini eſſe cœperit.

Locus eſt de ſtipulatione ſeruitutis, iam ſæpe tractatus: ex quo duo præcipue obſeruanda ſunt: vnum eſt, ſi ſtipulator ſeruitutis deceſſerit, duobus hæredibus relictis, ſtipulationem non extingui, quia ſingulis hæredibus ad petendam ſeruitutem actio in ſolidum competit. l. 2. ſupra. Sed obiicitur huic ſententiæ, rem incidiſſe in eum caſum, à quo non potuit incipere. Si enim ab initio duo fuiſſent domini eiuſdem fundi, non potuiſſet per ſingulos fundo communi ſeruitus acquiri. l. ſi vnus. de ſeruit. ruſtic. prædior. Vnde videtur actio ex ſtipulatione ſingulis hæredibus competere non poſſe, qua fundo communi ſeruitutem acquirant. Sed huic obiectioni reſpondendum eſt, ob difficultatem præſtationis ſtipulationē minime inutilem fieri. Quod quemadmodum accipiendum ſit, docuimus in interpretatione capitis ſecundi. Secundo loco annotandum eſt, ſeruitutem iam acquiſitam & conſtitutam, conſeruari, ſi pars prædii ſeruientis, aut dominantis alienata ſit: quamuis ſeruitus pro parte acquiri non poſſit. Qua de re ſuprà capite 136. l. ſi ſub vna. Illud obiter hic expendendum eſt, videri Paulum non magnifacere theſim vulgo receptam tempore ſuo: quam ſimpliciter ait non in omnibus veram eſſe, quod ſatis intelligat, nihil periculoſius eſſe in iure ciuili, quam in vniuerſum quicquam diffinire. l. omnis diffinitio. de reg. iur. Quo exemplo & nos, cum huiuſmodi theſis aliqua nobis obiicitur, vt vulgo fit ab iis, qui eas ex doctorum Accurſianorum commentariis hauriunt, poſſumus reſpondere theſim, ſeu regulam non omnibus veram eſſe, atque ita obiectionem eludere. Sed de his theſibus plura diximus ſupra, l. 1. §. ſi ſtipulanti.

CXLI. CAIVS LIB. II. DE VERBORVM OBLIG.

SI *ſeruus, aut filius ita ſtipulatus ſit,* Rem illam, aut illam, vtrum ego velim, *non pater, dominuſve, ſed filius ſeruuſve deſtinare de alterutra debet. Extranei quoque perſona, ſi comprehenſa fuerit, veluti hoc modo,* vtram earum Titius elegerit, *non aliter ſtipulator alterutrius petendæ facultatem habet, quam ſi Titius elegerit.*

Locum hunc interpretati ſumus c. 76. l. ſi ſtipulatus.

Pupillus licet ex quo fari cœpit, rectè ſtipulari poteſt: tamen ſi in parentis poteſtate eſt, ne autore quidem patre obligatur. Pubes vero, qui in poteſtate eſt, perinde ac paterfamilias obligari ſolet. Quod autem in pupillo dicimus, idem & in filiafamilias impubere dicendum eſt.

Quatuor præcipue hic obſeruanda ſunt, quorum nonnulla partim aliis in locis explicata ſunt, partim nullam interpretationem deſiderant. Primum eſt, pupillum qui in poteſtate tutoris eſt, patre mortuo ſtipulari poſſe, etiam ſine tutore, ſi infans non ſit: quamuis ſine tutore non poſſit obligari. §. pupillus. Inſtit. de inut. ſtipul. l. obligari. de auto. tut.

II. Pupillus, qui in poteſtate parentis eſt, patre autore nō obligatur. d. §. pupillus. Inſtit. de inutil. ſtipul. Pupillum hunc vocamus, quod impubes ſit: vnde & pupillaris ſubſtitutio dicta eſt: tametſi frequentius accipiatur pupillus pro eo, qui

tutorem habet.l.pupillus.de verb.ſig. Pater igitur non eſt filii tutor, licet in eum poteſtatem habeat: ſed poteſtas patria à tutoris poteſtate diſtinguitur: idque vtilitas exigit. Cum enim filio aduerſus patrem nulla ſit actio prodita ob rem male geſtam, non ſatis conſultum ei eſſet, ſi patre auctore obligaretur. Sed tutor eo nomine tenetur pupillo actione tutelæ, & præterea fideiuſſor, quem ipſe tutor dat, antequam tutelam gerat.Inſtit.de ſatiſda.tuto. Sane quoties agitur de obligatione contrahenda propter bona aduentitia filii, recte interuenit pater, quia eorum bonorum legitimus adminiſtrator eſt: vt puta ſi hæreditas delata ſit filio, quam auctoritate patris accedente adeat.l.ſi infanti.C.de iure deli.l.vlt.§.vlt.C.de bonis quæ lib. Alias ſi filius impubes, qui in patris eſt poteſtate, obligari velit, dandus eſt ei curator, quo auctore obligetur. d.l.vlt.§.fin autem.

III. Filiusfamilias pubes perinde obligatur, ac quiuis paterfamilias.l.filiusfamilias.ſupr.de obligatio.& actionib.

IIII. Quod de filio dictum eſt, id in filia quoque locum habet.

Si ita ſtipulatus fuero, Mihi aut Titio? *Et tu mihi daturum te reſpondeas, ſecundum omnium opinionem ad interrogatum te reſpondere: quia conſtat mihi ſoli adquiri obligationem. Titio autem duntaxat recte ſoluitur.*

In hac ſtipulatione diuerſitas reſponſionis non nocet, quia in eo, quod ad obligationem pertinet, congrua eſt reſponſio interrogationi. Cum enim quis ſtipulatur ſibi aut Titio dari, Titius non ad obligationem, ſed ad ſolutionem tantum ponitur.l.ſi duo.ſuprà.

Si inter eos qui Romæ ſunt, talis fiat ſtipulatio, Hodie Carthagini dare ſpondes? *quidam putant non ſemper videri impoſſibilem cauſam ſtipulationis contineri, quia poſſit contingere, vt tam ſtipulator, quam promiſſor, ante aliquod tempus ſuo quiſque diſpenſatori notum fecerit, in eum diem futuram ſtipulationem, ac demandaſſet promiſſor quidem ſuo diſpenſatori, vt daret, ſtipulator autem ſuo, vt acciperet. Quod ſi ita factum fuerit, poterit valere ſtipulatio.*

Anguſtiæ temporis in ſtipulatione contrahenda expreſſi, nocent aliquando ſtipulationi. §. loca.Inſti.de verb.oblig. vt ante admonuimus, l.continuus.§.illud.veluti, ſi quis promittat, hodie dare Carthagini, quia promiſſor dare non poteſt. Quoties ergo accidit, vt dari poſſit, vtilis eſt ſtipulatio, vt in hac ſpecie, quæ nec difficilis, nec obſcura eſt.

Cum mihi, aut Titio ſtipulator, dicitur aliam quidem rem in perſonam meam, aliam in Titii deſignari non poſſe: veluti mihi decem aut Titio hominem. Si vero Titio ea res ſoluta ſit, quæ in eius perſona deſignata fuit: licet ipſo iure non liberetur promiſſor, per exceptionem tamen defendi poterit. tempora vero diuerſa deſignari poſſe: veluti, Mihi Calendis Ianuariis, aut Titio Calendis Februariis? *Imo etiam citeriorem diem in Titii perſonam conferri poſſe: veluti,* Mihi Calendis Februariis, Titio Calendis Ianuariis? *Quo caſu intelligimus talem eſſe ſtipulationem,* Si Titio Calendis Ianuariis non dederis, mihi Calendis Februariis dare ſpondes? *Sed rurſus mihi quidem pure, aut Titio ſub conditione ſtipulari poſſum. Contra vero, ſi mihi ſub conditione, aut Titio pure: inutilis erit tota ſtipulatio, niſi in meam perſonam conditio extiterit: ſcilicet quia niſi, quæ à me vim accipiat obligatio, adiectio nihil poteſt valere. Hoc tamen ita demum tractari poteſt, ſi euidenter appareat, pure Titii perſonam adiectam. Alioquin cum ita ſtipulor,* Si nauis ex Aphrica venerit, mihi, aut Titio ſpondes? *Titii quoque perſona ſub eadem conditione adiici videtur. Ex hoc apparet, ſi diuerſa conditio in meam perſonam, diuerſa in Titii poſita ſit, nec in meam perſonam extiterit conditio, totam ſtipulationem nullius momenti futuram: extante vero mea conditione, ſi quidem Titii quoque conditio extiterit: poterit vel Titio ſolui. Si vero in illius perſona defecerit, quaſi non adiectus habebitur. Ex his omnibus apparet, licet alterius perſona non recte adiiciatur, non ideo minus in noſtra perſona vtiliter procedere ſtipulationem.*

Cum quis ſtipulando alterius perſonam adiicit ſolutionis cauſa, an diuerſitas in perſona vtriuſque noceat vel ſtipulationi, vel adiectioni, quæritur. Qua in re diſtinguendum eſt, vt hic dicitur. Nam in primis, cum diuerſitas circa res conſiſtit, vt in hac ſtipulatione, *Mihi decem, aut Titio hominem?* ſi ipſum ius ſpectemus, inutilis eſt adiectio, nec promiſſor Titio hominem ſoluens liberatur: quamuis alias adiecto ſoluens ipſo iure liberetur.§.ſi quis alii.Inſti.de inuti.ſtipul. Sed propter æquitatem, ac veriſimilem contrahentium voluntatem, promiſſori, qui hominem ſoluit, datur exceptio. Interdum diuerſitas reſpicit tempus: vt in hac ſtipulatione, *Mihi Calendis Ianuariis, aut Titio Calendis Februariis,* vel, *Mihi Calendis Februariis, aut Titio Calendis Ianuariis?* Et hæc diuerſitas non nocet, quæ ſubſtantiam obligationis non reſpicit. Aliquando diuerſitas eſt in perſona vtriuſque propter conditionem adiectam, vel omiſſam: vt cum ſtipulor mihi pure, aut Titio ſub conditione: vel contra, mihi ſub conditione, aut Titio pure: vel cum alia conditio in perſona mea, alia in perſona Titii adſcribitur. Et generaliter notandum eſt, cum non conſiſtit obligatio, inutilem eſſe adiectionem, quæ acceſſoria eſt: tametſi propter inutilem actionem non continuo vitietur obligatio. Exempla, quib. hic Caius vtitur, id apertiſſime demonſtrant, vt pleniore interpretatione opus non ſit. Finis igitur moleſti, prolixique laboris, ac veluti quidam portus, Dei optimi maximi benignitate iam adeſt: vt Diogenicum illud magna cum lætitia vſurpem, γῆν ὁρῶ, id eſt, terram video.

EIVSDEM LIBELLVS QVI INSCRIBITVR SCAEVOLA,

Interpretationem continens cuiuſdam Ceruidi Scæuolæ reſponſi, cap.cxxii.tit.ſuperioris.

SVMMA CAPITA.

1 *Scæuola Iuriſconſultus quis fuerit, & qualia eius reſponſa.*
2 *Variæ interpretum opiniones.*
3 *Quæſtio facti & iuris quæ dicatur.*
4 *Sitne Iuriſconſulti ad quæſtionem facti reſpondere.*
5 *Quæſtiones ad Medicinam ſpectantes.*
6 *Exempla quæſtionũ ad alias artes, ac diſciplinas pertinentium.*
7 *Artium affinitas & coniunctio.*
8 *Scæuolæ prudentia.*
9 *Iuris ciuilis cum cæteris artibus communio.*
10 *Scæuolæ mos reſpondendi ad quæſtiones facti.*
11 *Scæuolæ reſponſorum exempla.*
12 *Senſus huius reſponſi.*
13 *Officium Iudicis à Iuriſconſulti officio differt.*
14 *Conditionis implendæ facultas, an ad hæredem tranſeat.*
15 *Confutata vulgaris opinio.*
16 *Obiectorum diſſolutio.*
17 *Iuriſconſultorum ſecta, vt philoſophorum.*

AGERIVS

AGERIVS filiusfamilias, ſeruo Publii Mæuii ſtipulanti, ſpopondit, ſe daturum quicquid patrem ſuum Publio Mæuio debere conſtitiſſet. Quæſitum eſt patre defuncto antequam conſtitiſſet, quid, quantumque, deberet: an ſi aduerſus hæredem eius actum fuiſſet aliumve ſucceſſorem, & de debito conſtitiſſet, Agerius teneatur? Reſpondit, Si conditio non extitiſſet, ſtipulationem non eſſe commiſſam.

QVINTVS Ceruidius Scæuola (qui imperante primum M. Antonino, deinde Commodo eius filio vixit) inter coryphęos Iureconſultorum numeratur ab Herennio Modeſtino, in libro de excuſationibus tutorum: nec id quidem immerito. Nam iudicio, & prudentia cæteris Iureconſultis (quorum ſcripta ad nos peruenerunt) haud dubie præſtitit, vt ex eius reſponſis perſpicuum eſt. Itaque Theodoſius prudentiſſimum omnium Iureconſultorum appellare eum non dubitauit lib. 4. C. Theodoſ. Sunt tamen, qui ſtultitiæ hominem arguant: reſponſa quædam eius à ſe nunquam intellecta damnantes, & ſuam mirabiliter inſcitiam prodentes, dum alienam falſo inſimulant. Vide Alciat. lib. Parerg. 4. cap. 1. Inter cætera vero reſponſa, propter quæ vir ſapientiſſimus, atque conſultiſſimus ab imperitis reprehenditur, hoc reſponſum, quod nunc interpretandum ſuſcepimus, recenſeri ſolet. Nec vllius adhuc ſcripta extant noſtrorum æqualium (vt quidem noſtra eſt opinio) ex quibus ad depellendam hanc calumniam arma ſatis idonea ſuppeditari queant. Quanquam enim multi ad huius loci explicationem multa comminiſcuntur, perabſurda tamen eſſe, & à mente, ſenſuque auctoris aliena, quæcunque vulgo de ea re ſcripta ſunt, confirmare auſim. Itaque libenter feci, vt qui ſit meus de hoc Scæuolæ reſponſo celebratiſſimo ſenſus, nunc oſtenderem, & ad reliqua eiuſdem auctoris reſponſa intelligenda, in quibus explicandis ſimiliter peccatum eſt, velut viam quandam munirem. In hac autem enarratione operæpretium me facturum cogitabam, ſi in magna varietate opinionum meam ſententiam protinus exponerem. Eſt enim eiuſmodi (ni vehementer ipſi fallimur) vt ea percepta, cæterorum, qui in hoc reſponſum ſcripſerunt, errata facile detegantur, & appareant. Nec ſane mihi admodum placet mos in ſcholis receptus, recitandi quid de quaque re quiſque ſenſerit: ac ſtultitiæ plenum eſſe exiſtimo ſtultas ſententias (vt ait Ariſtoteles) accurate refellere. Duabus tamen de cauſis in explicando hoc reſponſo à confutandis aliorum opinionibus initium facere volui. Vna eſt, vt me non fruſtra hic laboraſſe, ſed res omnium iudicio valde obſcuras illuſtraſſe planum faciam. Altera, vt quoniam magna eſt diſſentientium auctoritas (quæ iuuenes incautos plerunque mouere ſolet) eam facilius eleuare poſſimus. Qua in re agricolarum exemplum ſequimur, qui malas, noxiaſque herbas elidere, ac extirpare conſueuerunt, antequam bonum aliquod ſemen in terram immittant. Illud magnopere mihi cauendum eſſe duxi, ne multus in ea re eſſem, & vt inſigniores tantum ſententias, idque quam breuiſſime fieri poteſt, referrem.

2 Quatuor igitur præcipuæ opiniones circa huius loci interpretationem extant: quarum duas refert Accurſius, cæteras in aliorum ſcriptis offendimus. Prima eſt eorum, qui putant verbum *Conſtitiſſet*, apud Scæuolam ad præteritum tempus referri, atque ita hypotheſim fingunt, *Filiusfamilias velut fideiuſſor patris, promiſit, quicquid iam conſtiterat patrem debere, &c.* Ait Scæuola, ſtipulationem non eſſe commiſſam, ſi conditio non extiterit, id eſt, ſi ante ſtipulationem contractam non conſtitit de debito, licet poſtea conſtiterit: quia conditiones, quæ ad præteritum tempus referuntur, ſi falſæ ſint, ſtatim infirmant ſtipulationem. leg. conditio. l. ſtipulatus fuero. ſupra eo. l. cum ad præſens. de reb. cred. Verum ſi recte expendantur verba Scæuolæ, ita hanc quæſtionem tractat, quaſi patre adhuc viuo, poſt ſtipulationem contractam impleri poſſit conditio: de eoque tantum dubitatur, an patre mortuo cum eius hærede poſſit impleri. At ſi vera eſſet hæc opinio, ne viuo quidem patre, conditio exiſtere poſſet, poſt contractam ſcilicet ſtipulationem. Deinde ſi verum eſt quod aiunt, conditionem in præteritum tempus conceptam eſſe, nulla fuit cauſa, cur Scæuola conditionaliter reſponderet. Mitto quod ſine probatione credi ſibi volunt, verbum *Conſtitiſſet*, ad præteritum tempus referri, cum incertum hoc ſit. Altera eſt opinio (quam vulgo Bartolus, & alii probant) vt verbum *Conſtitiſſet*, ad futurum tempus referatur: & ſecundum hanc opinionem ita fingitur ſpecies, quaſi *Agerius promiſerit, quicquid patrem ſuum debere poſtea apparuiſſet*, ſiue conſtitiſſet. Ideo autem non dicitur impleta conditio, quia mortuo patre non conſtat eum debere, ſed debuiſſe. Verum quod de futuro tempore dicunt, tam incertum eſt, quam quod de præterito ſuperioris ſententiæ auctores: quia verbũ *Conſtitiſſet*, ambiguum eſt, vt poſtea dicemus. Præterea quod dicitur, patrem non debere, ſed debuiſſe, mera calumnia eſt, & aucupatio verborum, homine Iuriſprudente perquam indigna, cum præſertim hæres, & defunctus eadem perſona eſſe intelligatur. in auth. de iureiur. à morien. præſtito. Tertia opinio eſt Alciati, diſpunct. lib. 1. cap. 13. quod cum hic quæritur, an poſtquam de debito patris ipſo mortuo conſtitit, filius teneatur: ſic accipienda eſt quæſtio, An teneatur non ſolum ad ſortem, ſed etiam ad omnes acceſſiones, & vſuras, quæ cucurrerant à tempore ſtipulationis contractæ, vſque ad tempus quo conſtitit de debito. Et reſpondet Scæuola, commiſſam non eſſe ſtipulationem, ſi conditio non extiterit, id eſt, quatenus non extiterit. Nam quia filius promiſit ſub conditione, *ſi conſtiterit, &c.* antequam conſtiterit, non poteſt dici in mora fuiſſe. Itaque iniquum eſſet, eum ad vſuras eius temporis condemnari. Ad vſuras vero eius temporis, quod ſtipulationem anteceſſit, tenebitur. Sed quia nulla hic mentio eſt vſurarum, & nemo non videt, quantum hæc interpretatio à verbis Scæuolæ aliena ſit, non committam, vt in refellenda, atque improbanda tempus fruſtra conteram. Et ſane miratus ſum ſæpenumero tam abſurdam opinionem, homini nec inepto, nec vulgariter erudito, vnquam in mentem venire potuiſſe. Sed verum eſt, quod Plinius alicubi ſcripſit, Neminem mortalium omnibus horis ſapere. Quarta opinio eſt Petri Stellę doctoris in Aurelianenſi ſchola longe clariſſimi noſtro tempore, qui poſtea in Senatum Pariſienſem cooptatus eſt. Is cum animaduerteret cæteros omnes, quorum ſententias recitauimus, nihil ſatis probabile adferre, cur Scæuola conditionaliter reſponderit, cenſuit, conſultum eum fuiſſe ante tempus, quo conſtitit de debito, & quæſitum fuiſſe ab eo, Si contigerit patrem decedere, & eo mortuo conſtare de debito, quid iuris ſit. Itaque Scæuolam ſub conditione reſpondiſſe, ſi conditio non extiterit, ſtipulationem non eſſe commiſſam. Quæ ſententia ſi vera eſt, ſatis aperte oſtendit his verbis Scæuola, hanc conditionem non minus cum hærede, quam cum defuncto impleri poſſe: qua de re infra copioſius diſſeremus. Tametſi autem nihil tam efficax ſit ad hanc ſententiam confutandam, quam reſponſi ipſius explanatio, quæ mox ſubiicietur, tamen fortiſſimo, & inexpugnabili argumento, quod ex verbis ipſis ducitur, eam conuellere poſſimus. Nam Scæuola hic reſpondet, *Commiſſam non eſſe ſtipulationem*, verbiſq; præſentis temporis vtitur. At perſpicuum eſt, eum (ſi antequam de debito conſtitiſſet, conſultum fuiſſe intelligamus) verbis futuri temporis vſurum fuiſſe hoc modo, *Stipulationem committendam non eſſe, &c.* Hactenus opiniones recenſuimus eorum, qui de huius loci interpretatione aliquid memoriæ mandarunt. Supereſt pars inſtituti noſtri longe operoſiſſima, nempe reſponſi huius explicatio. Facilius enim eſt falſa conuincere, quam vera inuenire.

3 Vt igitur ad rem veniamus, Animaduertendum eſt, veteres Iuriſconſultos ad quæſtiones tantum iuris, non etiam facti, reſpondere ſolitos fuiſſe: vt alias ſcripſimus in diſputationibus anniuerſariis. Quæſtionem autem iuris eſſe diximus, cum ſtatus cauſæ iuridicialis eſt: quæſtionem facti, cum eſt coniecturalis, & coniectura verum quæritur. Sed plerique non ſatis intelligentes, quemadmodum quæſtio facti hic accipiatur, nos illudere ſolent, quaſi de re omnino indubitata, & nemini non comperta, tam accurate diſſeramus. Quis, inquiunt, dubitat, Iuriſconſultum facta diuinare non poſſe, & nihil reſpondere, niſi factum ei proponatur? Sed ab eis quæſierim, cur Aquilius Gallus Iuriſconſultus, cum de facto aliquid ab eo quæritur, conſultores ſuos remittit ad Ciceronem?

Idem Cicero ipſe teſtatur in Topicis. An Ariolus erat Cicero, vt diuinaret facilius quid quiſque fecerit, quam Iureconſultus eius temporis? minime vero. Quoties enim aliquid factum eſſe intendit actor, idque omnino inficiatur reus, nec aliquid probatur ab actore, nihil quæſtionis res habet, ſtatimque abſoluitur reus. l. qui accuſare. Cod de edend. Proinde nec iuris, nec facti quæſtio proprie hic eſſe intelligitur. Quæſtio igitur facti proprie tunc dicitur eſſe, cum afferuntur coniecturæ, & argumenta ad fidem faciendam eius facti, quod in iudicium deductum eſt: & dubitatur an ſufficiat ea probatio, & an plene probatum ſit, necne. Et harum quæſtionum tractatio Oratorum magis eſt, quam iureconſultorum. Inquirunt enim Oratores quid ante rem, quid in re, quid poſt rem factum ſit, & omnes circumſtantias negotii ita ſcrutantur, vt plerunque veritas inde eluceat. Exemplum huius rei luculentum eſt in iudicio illo capitali, cuius animaduerſionem ſane grauem, ac ſeueram nudiuſtertius in hac vrbe vidiſtis. Delati erant duo equeſtris ordinis viri, pater & filius, ac in vincula coniecti, quod cædis in iudicem quempiam admiſſæ auctores, ac mandatores fuiſſe dicerentur. Tota quæſtio verſabatur in facto magis, quam in iure. Non enim quærebatur, qua pœna plectendi eſſent ii, quorum mandato cædes facta fuerat: ſed an eis mandantibus cædes facta eſſet, necne: & afferebantur coniecturæ, ex quibus facti quæſtio naſcebatur. Itaque hæc quæſtio ad Iureconſultorum artem non pertinet, ſed prudentis, ac vſu periti iudicis arbitrio iudicanda relinquitur.

4 Obiiciet fortaſſe quiſpiam aliqua veterum Iureconſultorum reſponſa ad huiuſmodi quæſtiones in libris noſtris reperiri, quaſi ad Iuriſprudentiam pertineant. Nec ſane difficile eſt, huius rei exempla reperire, maxime in tractatu de legatis, qui permultos titulos complectitur. Sed reſpondeo, tunc eos artis ſuæ fines excedere: ſicut & cum de morbis diſſerunt in tractatu de Ædilitio edicto. Nec quidquam prohibet, eundem & Medici, & Iureconſulti munere fungi: modo id patiantur Medici, nec finium regundorum formulam, iudiciumque poſtulent.

5 Nam quæſtiones fere, quæ ſub eo titulo agitantur à iuris auctoribus, magis ad medicinam ſpectant, quam ad iuris ſcientiam. Sed eas retulerunt in libros ſuos Iureconſulti, vt non tantum iuris ciuilis, ſed aliarum etiam diſciplinarum peritos ſe eſſe oſtenderent. Itaq; ex libris noſtris præter iuris ſcientiam, aliarum innumerabilium rerum cognitio hauriri poteſt, vt non immerito Pandectæ hi libri appellati ſint, quod rerum omnium ſcientiam complectantur. Scæuola quidem præ cæteris intra ſuæ artis cancellos ita ſe continet, vt quæſtionibus iuris contentus, ab aliis omnibus non ſolum abſtineat, ſed etiam maxime abhorreat, vt exemplis demonſtrare, facile eſt. Quamobrem ſi de ædilitio edicto ſcripſiſſet Scæuola, nunquam eas de morbis quæſtiones tractaſſet, de quibus ſub eo titulo cæteri diſſeruerunt. De iure ſiquidem tantum reſpondiſſet hoc modo *Redhibitorium eſſe eum, qui eo habitu eſt corporis, vt vſus eius reddatur deterior ad id, cuius cauſa natura nobis eius corporis ſanitatem dedit.* vel ita reſpondiſſet ſub conditione, ſicut eum hic feciſſe videmus, *Si talis ſit habitus corporis, vt vſus eius reddatur deterior, &c.* Hæc enim eſt morbi definitio, quam Vlpianus ex Sabino mutuatus eſt. l. 1. de ædil. edict. quamque Iureconſulto noſſe ſatis eſt, vt ad quæſtiones omnes, quæcunq; de morbis proponuntur, reſpondeat. Iureconſulti namq; non eſt, ſed Medici potius, ſingulorum morborum vim cognoſcere, ac docere. Itaq; Vlpianus cum quæreretur, An is, qui αἰγίδας habet, vitioſus ſit, ita reſpondit, *Si αἰγίδες ſint, quas exiſtimo:* id eſt, *inueterati, & qui iam diſcuti non poſſunt faucium tumores: Qui αἰγίδας habet, vitioſus eſt.* l. quæritur. de ædil. edict. Cum igitur hæc ita ſe habeant, videntur profecto multa iis, qui ſcientiam iuris profitentur, detrahi poſſe, quæ nunc ſibi vt propria vindicant. De medicina ſatis perſpicuum iam exemplum adduximus.

6 Nec vero difficile eſt, multa huiuſmodi de aliis artibus reperire. Incidunt enim quæſtiones Philoſophicæ, veluti de partu hominis, &c. ad quas tractandas Hippocrates, & Ariſtoteles aduocari, & in conſilium adhiberi non immerito ſolent. l. ſeptimo menſe. de ſtatu homi. l. ſi pater. de ſolut. Incidunt & Theologicæ, vt cum de hæreſi, & falſa religione agitur. Theologorum enim eſt magis, quam Iureconſultorum, videre quid conſentaneum religioni, quidque ei contrarium ſit. l. 1. C. de ſumma trinit. l. omni nouat. C. de ſacroſan. eccle. De ſignific. autem, ac proprietate verborũ ſæpe quæri ſolet.

7 Nec dubium eſt, quin multa hic à Grammaticis mutuentur Iureconſulti, & communem loquendi vſum maxime ſpectent, qui Iureconſulto, quã alii vel indocto, & illiterato homini notior plerunq; non eſt. l. Labeo. de ſupel. leg. Paulus ſane de penu diſputans: *Nomen*, inquit, *penus mihi traditum eſt omnibus generibus dictum.* l. nam quod. de penu lega. Qui locus oſtendit, eum de quæſtione artis Grammaticæ nihil pronuntiare voluiſſe, ſed tantum referre quid à Grammaticis de ea re accepiſſet. Ad Rhetoricem, Dialecticemque pertinẽt quæſtiones facti, de quib. ante diximus. Ad Phyſicam, Geometriam, Arithmeticam, Aſtronomiã ſpectant plurimæ quæſtiones, quæ in iudiciis crebro accidunt. Exempli gratia, poſtquam Iureconſultus poſuit, *Soluto matrimonio dotis fructus diuidendos eſſe inter coniuges pro portione temporis, quo ſtetit matrimonium:* quæ poſt ea ſequitur ratio diuidendi, ac computandi, tota Mathematica eſt. l. fructus. ſolu. matr. Idemq; in iudiciis familiæ erciſcundæ ſæpenumero contingit. Sunt & alia quædam exempla huius rei, quæ nos breuiter hic ſubiiciemus. Alcibiades olim Athenis impietatis reus poſtulatus fuit, quod ſtatuas quaſdam Mercurii noctu confregiſſet. Verum quia illunis fuiſſe ea nox dicebatur, propter nouilunium, fides habita indicibus non eſt, auctore Plutarcho. Id autem ex Aſtronomia compertum erat, tametſi teſtes nulli forte obſcuram fuiſſe noctem pro teſtimonio dicerent. In vulgaribus quoq; ſcholaſticorum interpretum commentariis ſpecies recitatur, quam relatu nõ indignam exiſtimaui. Quidam aliquot dolia apud vicinum depoſuit, ac ex induſtria vnum repleuit oleo, alia vero ſemiplena reliquit. Cum repeterentur dolia, dicebatur depoſitarius oleum furatus eſſe. Aduocatus eius vnde petebatur, oleum è vaſis extrahi poſtulabat à iudice, ſic fore dicens, vt ex quantitate fæcis in ſingulis repertę facile iudicetur, quantũ olei in vnoquoq; fuerit. Id enim phyſica ratione deprehendi poſſe vir in philoſophia verſatus forte videbat ꝙ ex iuris auctorib. non potuerat ediſcere. Addã ex Vitruuio aliud exemplum, quo nullum in hoc genere inſignius extat, idq; eius verbis referam. Vitruuii locus c. 3. l. 9. Hiero Syracuſis auctus Regia poteſtate rebus bene geſtis, cum auream coronã votiuuam Diis immortalibus in quodam fano conſtituiſſet ponendam, immani pretio locauit faciendam, & aurum ad ſacoma appendit redemptori. Is ad tempus opus manufactũ ſubtiliter regi approbauit, & ad ſacoma pondus coronæ viſus eſt præſtitiſſe. Poſteaquam iudicium eſt factum, dempto auro, tantundem argenti in id coronarium opus admiſtum eſſe: indignatus Hiero ſe contemptum, neque inueniens qua ratione id furtum deprehenderet, rogauit Archimedem, vti in ſe ſumeret ſibi de eo cogitationem. Tunc is, cũ haberet eius rei curam, caſu venit in balneum, ibique cum in ſolium deſcenderet, animaduertit quantũ corporis ſui in eo inſideret, tantũ aquæ extra ſoliũ effluere. Itaq; cum eius rei rationẽ explicationis offendiſſet, nõ eſt moratus, ſed exiluit gaudio motus de ſolio, & nudus vadẽs domũ verſus, ſignificabat clara voce inueniſſe ꝙ quæreret. Nam currens identidẽ Græce clamabat, εὕρηκα εὕρηκα. Tum vero ex eo inuentionis ingreſſu duas dicitur feciſſe maſſas æquo pondere, quo etiã fuerat corona: vnã ex auro, alteram ex argento. Cũ ita feciſſet, vas amplũ ad ſumma labra impleuit aqua, in quo demiſit argenteam maſſam. Cuius quanta magnitudo in vaſe depreſſa eſt, tantũ aquæ effluxit. Ita exempta maſſa, quanta minus factũ fuerat, refudit ſextario menſus, vt eodẽ modo, quo prius fuerat, ad labra æquaretur. Ita ex eo inuenit, quantũ ad certum pondus argenti certa aquæ menſura reſponderet. Cũ id expertus eſſet, tũ auream maſſam ſimiliter pleno vaſe demiſit, & ea exempta, eadẽ ratione menſura addita inuenit ex aqua non tantũ defluxiſſe, ſed tantũ minus, quantũ minus magno corpore eodem põdere auri maſſa eſſet, quam argẽti. Poſtea vero repleto vaſe in eadẽ aqua ipſa corona demiſſa inuenit plus aquæ defluxiſſe in coronã, quam in auream eodẽ põdere maſſam, & ita ex eo, ꝙ plus defluxerat aquæ in corona, quam in maſſa, ratiocinatus deprehẽdit argẽti in auro miſtionẽ, & manifeſtum furtũ redẽptoris. Sed & de reb. ruſticis interdũ agitãtur quæſtiones, vt cũ quæritur, an apta in fundo lapicidina, fund⁹ fructuoſior an deterior fiat. l. fruct⁹. §. ſi vir. ſol. matri. l. vlt. de fundo dot.

De

De quibus rebus Iuriſconſultus cum iudicat, non tam Iuriſconſulti, quam boni agricolæ, aut patrisfamilias partibus fungitur. Sed quid in re tam aperta diutius immoror? Tanta certè eſt affinitas artium, vt aliæ ſemper ab aliis aliquid mutuentur. Verum quid cuiuſque proprium, quidve aliunde accerſitum ſit, noſſe vtile eſt, eiuſque rei ignoratio multa plerunque incommoda parit. His igitur exemplis admonemur latius patere iudicis officium, quam Iureconſulti. Nam iudicis eſt, omnia ſcrutari & inquirere, quæ ad rem iudicandam ſunt neceſſaria, ſiue ad iuriſprudentiam, ſiue ad artem quamuis aliam pertineant, & modo Iuriſperitos, modo aliarum artium profeſſores eruditos de rebus dubiis conſulere. Quiſquis autem ſolo Iuriſconſulti nomine contentus eſt, nihil opus eſt ea admodum curet, quæ in facto conſiſtunt, magis, quam in iure, & aliarum artium propria ſunt. Id, quod à Scæuola factum fuiſſe, & à quibuſdam aliis veteribus Iuriſconſultis ante docuimus. Sed quia diſciplinæ omnes coniunctionem quandam, communionemque habent, multa ex aliis diſciplinis admiſta ſunt iuris ciuilis ſcientiæ, ab iis, qui libros, quibus ciuile ius continetur, ediderunt. Vnde mirum non eſt, cur Vlpianus Iuriſprudentiam rerum diuinarum, humanarumque notitiam eſſe dicat. l. iuſtitia. de iuſtit. & iure. Ac tales quondam fuerunt ij, de quibus loquitur Cicero, lib. 3. de Orat. quos Sapientes magis, quam Iuriſconſultos appellare licet. Equidem (inquit) ſæpe hoc audiui de patre, & de ſocero meo, noſtros quoque homines, qui excellere ſapientiæ gloria vellent, omnia, quæ quidem tum hæc ciuitas noſſet, ſolitos eſſe complecti. Meminerant illi Sex. Ælium, Marcum vero Manlium nos etiam vidimus tranſuerſo ambulantem foro: quod erat inſigne eum, qui faceret, facere ciuibus omnibus conſilij ſui copiam: ad quos olim & ita ambulantes, & in ſolio ſedentes domi, ſic adibatur, non ſolum vt de iure ciuili ad eos, verum etiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio, aut negotio referretur. Hæc fuit Publij Craſſi illius veteris, hæc T. Coruncani, hæc proaui generis mei Scipionis prudentiſſimi hominis ſapientia, qui omnes pontifices maximi fuerunt, vt ad eos de omnibus diuinis atque humanis rebus referretur. Iidemque & in Senatu, & apud populum, & in cauſis amicorum, & domi, & militiæ conſilium ſuum, fidemque præſtabant. Quid enim Marco Catoni, præter hanc politiſſimam doctrinam tranſmarinam atque aduentitiam defuit? Num quia ius ciuile didicerat, cauſas non dicebat? Aut quia poterat dicere, iuris ſcientiam negligebat? At vtroque in genere & laborauit, & præſtitit. Num propter hanc ex priuatorum negotiis collectam gratiam tardior in Repub. capeſſenda fuit? Nemo apud populum fortior: nemo melior ſenator, idemque facile optimus Imperator. Denique nihil in hac ciuitate temporibus illis ſciri, diſcive potuit, quod ille non cum inueſtigarit & ſciuerit, tum etiam conſcripſerit.

Horum fortaſſis exemplum magis, quam Scæuolæ noſtri, quidam ſibi imitandum eſſe ſtatuent, nihil pulchrius, aut magnificentius ducentes, quam artis, in qua verſentur, fines extendere, ac veluti pomœria quodam modo proferre. Verum iuris ciuilis ea eſt vbertas, & amplitudo, vt vix quiſquam in eo excellere poſſe videatur, qui non ſe ei totum dediderit. Conquerebatur Cicero, tempore ſuo neminem vniuerſi iuris ſcientiam tenere, & pontificium ius, quod coniunctum erat, omnino negligi. Tam late etenim diffuſum erat ius, vt vniuerſum ediſcere ſe poſſe nemo non forte deſperaret. Idem in oratione pro Cornelio Balbo ita ſcribit, Si Q. Scæuola ille Augur, cum de iure prædiatorio conſuleretur, homo Iuriſperitiſſimus, conſultores ſuos nonnunquam ad Furium, & Caſtellium prædiatores reiiciebat, ſic nos de aqua noſtra Tuſculana M. Tugionem potius, quam C. Aquilium conſulebamus, quod aſſiduus vſus vni rei deditus, & ingenium, & artem ſæpe vincit. Quis dubitet de fœderibus, & de toto iure pacis, & belli omnibus iuriſperitiſſimis imperatores noſtros anteferre? Noſtro tempore ex iis, qui ſe Iureconſultos profitentur, pauci admodum ius pontificium attingunt. Sunt etiam qui in aliqua iuris ciuilis parte ſibi præ ceteris laborandum eſſe exiſtiment: idque medicorum exemplo, quorum alij morbis, alij vulneribus, alij oculis, aut alteri corporis parti medentur. Memini (cum adhuc adoleſcens, ac pene puer Toloſæ iuris doctoribus operam darem) veterem quendam cauſidicum me videre, qui in iuris ſtudio ita exercitatus vulgo ferebatur, vt eam iuris partem, quæ de ſubſtitutionibus eſt, vnus omnium optime calleret, & nodos omnes facilius, & expeditius multo, quam quiſquam alius, diſſolueret: ſed idem reliqui iuris ignarus, & rudis habebatur. Eſt ergo ius noſtrum huiuſmodi, vt vniuerſum noſſe, in eoque excellere paucis datum ſit. Nec poteſt tam anguſtis finibus concludi, quin propter magnitudinem rerum, & copiam multum operis habeat ac difficultatis. 8. Proinde mihi valde probatur inſtitutum Scæuolæ, qui Iuriſprudentiam ſuam ita complexus eſt, vt ſe ab ea ad res alienas auelli nunquam ſineret, & ſuæ cuique artis profeſſionem intactam, illibatamque relinqueret. Ac fortaſſis ob eam cauſam Theodoſius prudentiſſimum Iureconſultorum hunc Scæuolam appellat, libro 4. Cod. Theodoſ. tit. de teſtam. & codic. Alij quidam acuminis nomine plurimum commendationis habuerunt. l. cum acutiſſimi. C. de fideicommiſſ. Sed nulla maior laus, quam prudentiæ, Iureconſulto præſertim tribui poſſe, mihi videtur. 9. Nec vero hæc ego dico, quod non intelligam, ſicut omnes artes commune quoddam vinculum habent, & quaſi cognatione quadam inter ſe continentur: ita ius ciuile abſque aliarum artium præſidiis, nec intelligi recte, nec tractari fœliciter poſſe. Verum qui ex aliis artibus tantum aſſumpſerunt, quantum ad iuris ciuilis cognitionem neceſſe eſt, tametſi aliarum artium ope adiuti longe dexterius, atque dignius tractant ius ciuile: eos tamen cenſeo rectius, modeſtiuſque facturos, ſi de iis rebus, quæ aliarum artium propriæ ſunt, ſibi iudicium temere non arrogent: ſed iis deferant potius, qui illis artibus addicti, & conſecrati vſum non mediocrem earum, peritiamque ſibi comparauerunt. Sic Cicero ad Aquilium, Aquilius ad Ciceronem conſultores dimittere conſueuerat. Nam etſi Aquilius tantum in eloquentia, & arte dicendi profeciſſet, quantum ad ius ciuile tuendum opus eſſe exiſtimabat, & Cicero eam iuris ciuilis cognitionem haberet, quæ Oratori erat neceſſaria: nec tamen ſe Iuriſconſultum hic profitebatur, nec ille Oratorem, ſed arte vterque ſua contentus, ab aliena facile abſtinebat. 10. Sed vt ad Scæuolam noſtrum reuertamur, triplicem modum reſpondendi ad quæſtiones facti, quæ proponebantur, in ipſius reſponſis obſeruauimus. Interdum enim ait de iure non quæri, aut (quod idem eſt) quæſtionem ad ius non pertinere, his verbis ſignificans ſe nolle ad quæſtionem propoſitam reſpondere. Aliquando reſpondet de iure, ſed adiecta conditione, *quæ ad factum, quod incertum eſt, reſpiciat.* Ad quem reſpondendi morem perquam feſtiue alluſiſſe videtur Caſſellius Iureconſultus apud Macrobium, lib. Satur. 2. cap. 6. Nam cum lapidatus à populo Vatinius gladiatorium munus ederet, obtinuit vt ædiles edicerent, ne quis in arenam, niſi pomum mitteret. Quo tempore Caſſellius conſultus à quodam, an nux pinea pomum eſſet? reſpondit, *Si in Vatinium miſſurus es, pomum eſt.* Sæpiſſime vero addit reſponſo ſuo hæc verba, *Secundum ea, quæ proponuntur.* Idque maxime cum obſcurum non eſt, quid verbis ſignificetur, ſed tamen quid actum ſit, adhuc quæri poteſt. Et quia hoc poſtremum genus paſſim occurrit legentibus, primi tantum ac ſecundi generis exempla ex variis iuris ciuilis locis collecta hic adſcripſimus. 11. Primum exemplum eſt in c. 93. tit. de leg. 3. l. Lucius. §. collegio. de leg. 3. *Quidam legauit collegio fabrorum fundum cum ſyluis, quæ ei cedere ſolent, vti optimus, maximuſque eſt, &c.* Quærebatur an fœnum, pabulum, palea, granaria, & alia id genus debeantur? Reſpondet Scæuola, *Non recte peti, quod legatum non eſt.* Quid autem legatum ſit, non reſpondet, quod hanc facti quæſtionem ad iuris ciuilis ſcientiam non pertinere intelligat. Aliud exemplum eſt eiuſdem, c. 7. tit. de inſtrum. leg. l. taberna. de inſtrum. leg. *Quidam legauit tabernam & cœnaculum, cum mercibus & inſtrumentis, & ſupellectile, quæ ibi eſſet: deinde exuſtum eſt cœnaculum, & poſt biennium eodem loco conſtitutum nouum, quæritur an cœnaculum debeatur? videtur enim mutata voluntas eſſe, &c.* Et reſpondet Scæuola, *Ea, in quibus voluntas mutata eſſet, non deberi*: non definiendo an voluntas mutata ſit, necne. ſic de iure reſpondens, à quæſtione facti & voluntatis omnino abſtinet. Aliud exemplum eiuſdem, c. 20. tit. de inſtru. leg. l. Seiæ. §. vlt. de inſtru. leg. *Quidam legat domum, vti etiam poſſedit:*

quæritur, an cum mancipiis, pecoribus, inſtrumentoque ruſtico debeatur, quia obſcura eſt voluntas, & incertum eſt quid legauerit? Reſpondet Scæuola, *Non de iure quæri.* Si quis forte importunius inſtitiſſet, volens ab eo reſponſum aliquod exprimere, potuiſſet ita reſpondere, *Quicquid apparuerit teſtatorem voluiſſe legato accedere, id totum deberi.* Aliud exemplum eſt eiuſdem, c. 29. tit. de probat. l. Imperatores. de probat. *Mulier grauida, & marito repudiata, enixa filium abſente marito, vt ſpurium in actis profeſſa eſt. Quæſitum eſt, an is filius iuſtus, ac legitimus habendus ſit.* Reſpondet Scæuola, *Veritati locum ſuperfore*, id eſt, *inquirendam eſſe veritatem ab iis, quorum id munus eſt, &c.* Aliud exemplum eſt eiuſdem, c. 29. tit. de pact. dot. l. cum maritus. §. Titius. de pact. dot. *Titius mulieris nomine dotem dedit, & ſtipulatus eſt in caſum mortis, & diuortij: diuortio ſecuto, non repetita dote, mulier ex voluntate eius redintegrauit matrimonium. Quæſitum eſt, an ex ſtipulatu dotem repetere poſſit? pendetque hinc ea quæſtio: An Titius videatur conſenſiſſe, vt ea pecunia dotis fieret inſtaurato matrimonio?* Et reſpondet Scæuola, *Titium ſi conſenſiſſet, vt ea quantitas, quam ex ſtipulatu conſequi poterat, dotis reconciliato matrimonio fieret, poſſe pacti exceptione ſummoueri.* Cum enim hic quæſtio facti, ac voluntatis ſit, de iure reſpondere ſatis habet adiecta conditione, Si de voluntate conſtiterit. Aliud exemplum eſt eiuſdem inſigne profecto ac memorabile, c. 108. tit. de cond. & demonſt. l. à teſtatore. de cond. & demonſt. *Quidam rogatus eſt, vt Titiæ hæreditatem reſtituat, acceptis ab ea centum nummis, ea deceſſit antequam daret centum. Quæſitum eſt an hæres eius offerendo centum, fideicommiſſum conſequi poſſit?* Scæuola reſpondet, *Hæredem conditioni parere non poſſe.* Claudius autem, qui notas ſcripſit in Scæuolam, *Magno* (inquit) *ingenio reſpondit Scæuola de iure aperto: cum poſſet dubitari, an in propoſito conditio eſſet.* Poterat enim Scæuola fortaſſis videri ad quæſtionem facti contra morem ſuum reſpondere. Quæſtio namque facti eſt, an teſtator ablatiuis abſolutis vſus conditionem adſcribere voluerit. Sed eum aliter ſenſiſſe Claudius ait & oſtendit, Scæuolam magno virum ingenio fuiſſe, nec tam ſtupidum, vt de facto, quod incertum erat, reſponderet, ſed de iure tantum aperto. Nam ius apertum eſt, *Legata aut fideicommiſſa conditionalia ad hæredem non tranſire.* Alciatus exiſtimauit εἰρωνικῶς Claudium loqui, & Scæuolam irridere, quod de iure controuerſo tanquam de aperto iure, ac certo reſponderit. lib. 4. παρεργ. c. 1. Sed quantopere fallatur, ſatis perſpicuum ex iam dictis manifeſtumque eſt. Aliud eſt exemplum eiuſdem Scæuolæ in hoc reſponſo, cuius explicandi gratia, ſuperiora exempla adduximus: quod ſatis intelligeremus, nullam eſſe rationem commodiorem locos iuris obſcuriores declarandi, quam ipſorum inter ſe locorum collationem. 12. Verus igitur ſenſus huius reſponſi hic eſt, ſtipulatio ita concepta eſt, *Ageri, promittis mihi dare quicquid patrem tuum debere conſtiterit?* Deinde in tabulis, ſeu cautione ita ſcriptum eſt: *Agerius promiſit quicquid patrem ſuum debere conſtitiſſet.* Quæſitum eſt patre mortuo, antequam conſtitiſſet, an committeretur ſtipulatio. Hæc quæſtio facti eſt, nec conſtat ex verbis ſtipulationis, quid actum ſit inter ſtipulatorem & promiſſorem. Verba enim ſtipulationis, tam ad præteritum, quam ad futurum tempus referri poſſunt. Itaque Scæuola hanc quæſtionem ad Iuriſprudentiam minime pertinere exiſtimans, de iure tantum reſpondet, *Si conditio non extiterit, ſtipulationem commiſſam non eſſe.* An extiterit conditio necne, quia facti quæſtio eſt, & pendet ex voluntate contrahentium, non reſpondet: ſed boni prudentiſque iudicis arbitrio id iudicandum relinquit. Annotant quidam ex hoc reſponſo, facultatem implendi conditionem ad hæredem non tranſire. Quod tamen hic non definit Scæuola, ſed regulam hanc generalem tradit: *Conditione non exiſtente: ſtipulationem conditionalem non committi:* idque verum, & indubitatum eſt. Si verbis claris, & apertis concepta fuiſſet ſtipulatio, vt dubium non eſſet, quin verba futurum tempus ſignificarent, adhuc quæri poterat, an ea tranſiret ad hæredem, & ad eãdem quæſtionem fortaſſe reſpondiſſet Scæuola, quam & nos inferius tractaturi ſumus. 13. Verum quæſierit aliquis, Si hæc quæſtio incidat in iudicium, quodnam iudicis officium eſſe debeat? Nam licet Iuriſconſulti quæſtiones tantum iuris tractent, non etiam facti, tamen officium iudicis ad vtraſque pertinet. l. eum quem temere. de iudic. Nec ferendus eſt iudex ita pronuncians, *Vt Scæuola hic reſpondet.* Iudicis igitur eſt ante omnia inſpicere, num ex coniecturis poſſit apparere, quid inter contrahentes actum ſit. Si conſtet quid actum ſit, diſtinguendum eſt. Nam ſi ad præteritum tempus relatam eſſe conditionem appareat, contra ſtipulatorem pronunciabit: ſi ad futurum, contra promiſſorem: quia verius eſt implementum conditionis ad hæredem tranſire, vt mox docebimus. Si non conſtet quid actum ſit, interpretatio fiet contra ſtipulatorem. l. ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus. ſupra. Eſt enim agentis probare, l. 2. de prob. nec probatio dici poteſt, quæ clara certaque non ſit. l. matrem. C. de probat. Ac fortaſſe in huiuſmodi ſpecie non male reſponderetur à Iuriſconſulto quopiam ſecundum ea, quæ proponuntur, ſtipulationem commiſſam non eſſe: modo vt pro certo iure accipiamus, quod iam dictum eſt, obſcuritatem ſtipulationis ſtipulatori nocere. 14. Nunc videndum eſt, an verum id ſit, quod vulgo aiunt. Facultatem implendi conditionem ad hæredem non tranſire. Eſt enim id cognitu admodum vtile, nec omnino ἀπροσδιόνυσον: quamuis ex hoc reſponſo non recte colligatur, vt iam admonuimus. Eſt autem quæſtio iuris controuerſi, & nodus admodum difficilis, in quo explicando in primis animaduertendum eſt, Inter omnes conuenire, conditionum earum, quæ ex caſu, & euentu tantum pendent, implementum ad hæredem tranſire. l. ſi quis, ſi Titius. hoc titu. Sic enim interpretantur quod Iuſtinianus ait, tit. de verb. obligat. lib. Inſtitut. 3. §. ſi ex conditionali. *Ex conditionali ſtipulatione tantum ſpes eſt debitum iri, eamque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus, ſi prius, quam conditio extet, mors nobis contigerit.* De conditionibus, quæ ex poteſtate noſtra pendent, adhuc eſt controuerſia. Nam eas conditiones ad hæredem non tranſire plerique cenſent, nec ratione, nec auctoritate carentes, qua ſuam tueantur opinionem. Primum enim aiunt, conditionum hanc eſſe naturam, vt à forma ipſa, quæ expreſſa eſt, & conceptione verborum non recedatur. Vnde iuſſus dare ſeruo alieno hæredi inſtituto, cauſa conditionis implendæ: ipſi ſeruo, non etiam domino dare debet, ne à forma expreſſa recedatur, licet domino acquiratur pecunia, vt Paulus ait, c. 43. de condit. & demonſtrat. l. qui hæredi. de condit. & demonſtrat. Item iuſſus dare ei, cum quo teſtamenti factio non eſt, tradere debet pecuniam, licet nullius effectus eſſe videatur ea traditio, nec dominium in accipientem transferatur. Atque ita Priſcus Iabolenus ſcribit, cap. 53. de condit. & demonſtra. l. ſi quis legata. de condit. & demonſtrat. Cui conſequens eſt, ſi conditio in dando, aut faciendo concepta ſit, cuiuſmodi ſunt eæ, quæ ex poteſtate noſtra pendent, & arbitrariæ dicuntur, per hæredem, aut cum hærede impleri non poſſe: quoniam id contra verborum conceptionem, quibus certa perſona expreſſa eſt, fieret. Alterum argumentum ſumitur ex Vlpiano, c. 48. huius tit. ſupra. cuius hæc verba ſunt: *Si decem cum petiero dari fuero ſtipulatus, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, & quaſi ſine mora, quam conditionem habet ſtipulatio. Et ideo licet deceſſero priuſquam petiero, non videtur defeciſſe.* Quibus verbis oſtendit Vlpia. ſi conditionaliter concipiatur ſtipulatio, hoc modo, puta, Decem ſi petiero, dabis: mortuo ſtipulatore ante petitionem, omnino conditionem deficere. Tertium argumentum eſt ex Iuliano, c. 16. tit. de fideiuſſ. vbi ait, *Si fideiuſſor hoc modo acceptus ſit, Si reus quadraginta (quæ ei credidi) non ſoluerit, fide tua eſſe iubes, mortuo reo fideiuſſorem obligatum eſſe: quia verum ſit, reum non ſoluiſſe.* Ex quo colligitur rei principalis hæredem huic conditioni parere non poſſe. Quartum argumentum ducitur ex c. 3. tit. de collat. bon. vbi dicitur, *Emancipatum filium, ante decedentem, quam cauerit de collatione bonorum, hæredi ſuo nihil relinquere poſſe.* Si intelligamus prætorem emancipato bonorum poſſeſſionem promittere ſub conditione ſi cauerit. Nam tali conditioni hæres parere non poteſt, ſed neceſſe eſt, vt per emancipatum ipſum impleatur. 15. Hæc fere ſunt, quæ pro ea opinione, quam recitauimus, tuenda adduci ſolent, probabilia quidem ac ſpecioſa, ſed non tanti apud me ponderis, vt eam ſequi in animum inducam. Verius enim eſſe arbitror, eas quoque conditiones, quæ ex poteſtate noſtra pendent, ad hæredem tranſire. Nec verba Iuſtiniani, *Eamque ipſam ſpem in hæredem tranſmittimus*, abſque cauillatione intelligi poſ-

ſunt

ſunt de conditione caſuali, cum is generaliter de conditionali ſtipulatione loquatur, d. §. ex conditionali. Inſtit. de verb. obl. Mouet me præterea Vlpiani auctoritas, c. 27. tit. de recep. arb. *qui vſu receptam non eſſe Labeonis ſententiam ait, exiſtimantis, ſi arbiter aliquam pecuniam dare iuſſerit, & is deceſſerit antequam daret, pœnam committi, licet hæres eius paratus ſit offerre.* l. diem. de recep. arb. Adde quod regula iuris eſt, *Omnes ſtipulationes ad hæredem tranſire.* l. veteris. C. de contrah. & commit. *nec ſtipulationes conditionales à puris diſtinguuntur.* Præterea certi iuris eſt, conditiones, quæ in poteſtate noſtra ſunt, per alium noſtro nomine impleri poſſe, quod & Papinianus ſcribit, l. vlt. de condit. inſtit. quanto magis per hæredem, qui in locum defuncti ſuccedit, & eadem perſona eſſe intelligitur? 16. Sed & pleraque apud iuris auctores exempla huiuſmodi reperiuntur, quæ nos breuitatis cauſa omittimus. l. ſi prædio. de in diem addic. l. neceſſario. de peric. & commo. rei vendit. l. 2. C. de pactis inter empt. Nec aduerſatur noſtræ ſententiæ, quod de forma & conceptione conditionum diligenter obſeruanda ex Paulo, Iabolenoque nobis obiicitur. Id enim verum eſt, ſi verbis contraria non ſit voluntas. In conditionibus ſiquidem, auctore Vlpiano, primum locum voluntas obtinet, eaque regit conditiones. l. in conditionibus. de cond. & demonſt. Cuius rei exemplum eſt valde appoſitum in reſcripto Antonini, quod Codicis Iuſtiniani lib. 6. tit. de inſtit. & ſubſtit. c. 3. poſitum eſt in hæc verba: *Si mater vos ſub conditione emancipationis hæredes inſtituit, & priuſquam voluntati defunctæ pareretur, ſententiam pater meruit, vel aliter defunctus eſt, morte eius vel alio modo patria poteſtate liberati, ius adeundæ hæreditatis cum ſua cauſa quæſiſtis.* Nam in ea ſpecie, ſi verba conditionis ſpectemus, non poterunt filij hæreditatem obtinere, deficiente ſcilicet conditione, ſub qua hæredes inſtituti ſunt. Sed ad voluntatem teſtatricis reſpexit Antoninus, quæ conditionem emancipationis adſcripſit hæredum inſtitutioni, vt non patri, in cuius erant poteſtate, ſed ipſis potius hæreditas acquireretur. Nihil autem refert, an morte, an emancipatione filij patria poteſtate liberentur, vt hæreditatem ſibi acquirant. Alia ratio eſt in iis exemplis, quæ ex Paulo & Iaboleno citantur, ac in vtraque ſpecie plurimum intereſt quid fiat aut detur. Cum enim ſeruo alieno quis dare iubetur, quamuis pecunia data ſeruo non acquiratur, ſed domino, tamen ſeruo vtilius eſt eam accipere, vt quam, ceu peculium fortaſſis, tam diu retinebit, dum ipſi dominus eam ademerit. Et certo certius eſt, eos qui priſcis temporibus ſeruos alienos hæredes ſcribebant, ipſorum ſeruorum rationem habere, vt plurimum ſolitos fuiſſe magis, quam dominorum. Alioqui dominos ipſos inſtituere ipſis aliquanto facilius, atque commodius licebat. Nec me latet quicquid ſeruus acquirit, eum domino ſuo acquirere. Sed cum per ſeruum hæreditatem adipiſcitur dominus, quam alias conſecuturus non fuit, ſæpenumero fit, vt ſeruum liberalius accipiat, & ad maius peculium, vberiuſque ei relinquendum vehementius impellatur. Idem dicendum eſt, & cum quis pecuniam dare iubetur ei, cum quo teſtamenti factio non eſt. l. Mæuius. de condit. & demonſtra. Etſi enim ea pecunia accipientis non fiat, tamen nuda traditio poteſt ei vſui eſſe, vt ex ea interim ſe tueatur, ac viuat. Nec argumentum quidem ſecundum ex cap. 47. huius tit. ad infirmandam noſtram ſententiam valet. Nos enim hic loquimur de conditionibus, quæ in dando, faciendove conſiſtunt, quæque in noſtra ſunt poteſtate. Conditio autem hæc, *Si petiero*, & aliæ huiuſmodi, non tantum ex poteſtate noſtra, ſed etiam ex ſola voluntatis declaratione pendent. Atque ideo hæ ad hæredem non tranſeunt, quia is, qui ante mortem non petit, & voluntatem ſuam non declarat, ab omni obligatione videtur recedere. Alia cauſa eſt earum conditionum, quæ ex poteſtate quidem noſtra pendent, ſed non ex ſola voluntatis declaratione: quales ſunt hæ, *Si decem dederit, Si in Capitolium aſcenderit.* Fieri namque poteſt, vt ſine incommodo ſuo dare, aut facere quis non poſſit, cum voluntatis declaratio nullum incommodum adferat. Caput 16. tit. de fideiuſſor. maius nobis exhibet negotium. Et facile mihi perſuadeo, id ius ex veterum Iuriſconſultorum diſſenſionibus ortum eſſe. 17. Sicut enim Athenis philoſophorum, ita Romæ Iuriſconſultorum ſectæ variæ extiterunt, quorum auctores fuiſſe dicuntur Labeo, & Capito, vt ſcribit Pomponius capite poſteriore, de orig. iur. Ac ne quis leuiter, ac temere id à nobis dictum ſuſpicetur, Vlpianus noſtram hanc coniecturam multum adiuuat, cap. 27. tit. de recept. arbitr. *Nec vtimur*, inquit, *Labeonis ſententia, qui exiſtimauit, ſi arbiter aliquam pecuniam dare iuſſerit, & is deceſſerit antequam daret, pœnam committi, licet hæres eius paratus ſit offerre.* Probabile enim eſt Iuliano, ſub titulo de fideiuſſoribus, (Nam in emendatioribus codicibus ille locus Iuliani nomine inſcribitur) Labeonis ſententiam placuiſſe, licet alterius ſectæ eſſet Vlpianus. Sed ſi recte expendantur omnia, & ad æquitatis amuſſim exigantur, facile apparebit vtrunque, rationem & æquitatem ſpectaſſe, quam ſolam ante oculos in his quæſtionibus tractandis nos habere oportet. Nam apud Vlpianum agitur de pœna vitanda, ad quam ſubeundam durum eſſet hæredem cogere, qui pecuniam dare paratus eſt. Apud Iulianum vero non magno incommodo afficitur fideiuſſor, cum actio ei ſalua aduerſus hæredes rei principalis maneat. Cum enim damnatur fideiuſſor τῇ δυνάμει, vt loquitur Vlpianus, reus ipſe damnatus intelligitur. l. aduerſus. de recept. arbitr. Caput 3. tituli de collatio. bonor. ne minimum quidem noſtræ opinioni refragatur: quia de hæreditatibus & bonorum poſſeſſionibus loquitur, quarum tranſmiſſio ad hæredes conditione impedit, ſicut & legatorum, fideicommiſſorumve. l. à teſtatore. de condi. & demonſtrat. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollend. Sed aliud ius eſt in ſtipulationibus conſtitutum, vt quiuis mediocriter in iure ciuili verſatus intelligit. Ex iam dictis colligere poſſumus, verum quidem eſſe, quod initio poſitum fuit, conditiones, quæ in poteſtate noſtra ſunt, ad hæredem tranſire: ſed perpetuum tamen id non eſſe, nec ſine exceptione intelligendum. Quibus illud quoque addendum eſt, cum tale eſt factum, vt perſonæ cohæreat, nec promiſcue à quouis impleri poſſit, tunc conditionis implementum ad hæredem non tranſire, veluti in Capitolium aſcendere, Liberalius ſtudiis imbui, Vxorem ducere, & cetera id genus innumerabilia. §. ne autem. C. de caduc. toll. l. vlt. de cond. inſtit.

EIVSDEM IN EVNDEM TIT.

DE VERBORVM OBLIGATIONIBVS, PARTITIO METHODICA.

Quid ſit ſtipulatio. CAP. I.

STIPVLATIONEM, ex qua verborum obligatio naſcitur, l. 1. de oblig. & act. ita definit Pomponius, vt ſit verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, aliquid ſe daturum facturumve id, quod interrogatus eſt, reſpondet, l. 5. §. ſtipulatio. hic. Cuius definitionis ſingula verba expendenda ſunt. In primis dicitur, *Conceptio*, vt intelligamus: licet hoc verbum pro interrogatione nonnunquam accipiatur, vt in rub. de duobus reis. Vnde ſtipulatio teſtium, vt Cic. in Quintiana. Tamen hoc in loco totam verborum complexionem, quæ ex interrogatione & reſponſione conſtat, ſignificare. Dicta eſt autem ſtipulatio vel à ſtipe, id eſt, pecunia: in qua opinione eſt Marcus Varro lib. 4. de lingua Latina: vel à ſtipulo, id eſt firmo, vt Paulus in ſententiis, & Iuſtinianus ſcribunt §. 1. Inſtit. de verb. oblig. vel ἀπὸ τοῦ στύφειν, quod firmare conſtringereque ſignificat. Obligationum enim firmandarum gratia ſtipulationes inductas eſſe idem Paulus auctor

eſt lib. 5. ſententiarum tit. 8. l. quicquid aſtringendæ. hic. & l. iuriſgentium. ſupra de pactis. §. quod fere. Deinde dicitur in definitione, *Verborum*, quia licet in pleriſque aliis contractibus conſenſum quoquo modo ſignificare ſufficiat, l. ſi ſtipuler. §. vlt. hic. tamen in hoc ſtipulationis genere verbis exprimi debet: idque ita vt alter alterum exaudiat, l. 1. in prin. hic.

In l. primam, hæc notanda ſunt.

PRimum eſt, quod inter abſentes per nuncium aut per epiſtolam ſtipulatio non contrahitur, §. item verborum. Inſt. de inutil. ſtip. l. 1. in princ. hic. l. 3. C. de contrahenda vel commit. ſtip. l. 3. C. de inutil. ſtip. tametſi legitime contracta in epiſtolam ſeu cautionem probationis cauſa redigi queat, l. ea quæ ſup. de donat. inter vir. & vx. Sed ſi inſtrumento ſcriptum ſit perſonas præſentes fuiſſe, idem vtique hic fiet; niſi forte rem non ita eſſe aliis probationibus conuicerit. l. optimam. Cod. de contrah. vel commit. ſtipul. Alterum eſt, quod mutus, ſurdus, infans, furioſus ſtipulationem contrahere non poſſunt. Sed de huiuſmodi perſonis poſtea diſputabimus opportunius. Tertium eſt, quod is, qui alio interrogante, verbis annuit, inutiliter ſtipulatur: quod vſque eo verum eſt, vt ne naturaliter quidem obligetur, l. 1. §. ſi quis ita. hic. At enim dixerit quiſpiam, ſub ea ſtipulatione quamuis inutili pactum quoddam contineri videtur, quod naturalem parit obligationem, l. ſi vnus. §. vlt. ſup. de pact. Cui reſpondeo id verum eſſe, niſi contrahentes in hoc conſenſiſſe appareat, l. an inutilis. de acceptil. & ibi vide Auguſtinum lib. 1. emen. Præterea dicitur in diffinitione, *Is qui interrogatur:* quoniam ſtipulatio interrogatione & reſponſione, nedum verbis contrahitur, l. obligamur. ſup. tit. prox. §. 1. Inſt. de verb. oblig. Verum ſi in cautione ſiue inſtrumento promiſſionis inter præſentes facta mentio reperiatur, præſumitur interrogationem præceſſiſſe, l. ſciendum. & l. Titia. §. 2. hic. l. 2. C. de contrah. & commit. ſtip. & §. ſi ſcriptum. de inutil. ſtip. Sunt tamen aliqui caſus, in quibus hac forma non ſeruata vtilitatis alicuius cauſa ſtipulationem contractam ius fingit, de quibus alibi, l. ſi ita ſtipulatus. ſup. de operis liber. l. quamuis. §. ſi cum eſt. ſup. ad Velleia. l. 3. §. item ſciendum. ſup. l. ſi cui plus quam per legem Falcidiam. l. 2. infr. ad municipal. l. cum oſtendimus. §. fideiuſſores. de fideiuſſ. tuto. l. his verbis. de adoptio. l. vnica, C. de rei vxor. act. l. 1. §. cum adiicitur. Item dicitur in definitione, *Daturum ſe facturumve, &c.* idcirco hoc diximus, quia ſi quis alium quempiam daturum facturumve promittat, inutilis eſt ſtipulatio iſta, §. 1. hic. Vnde tractatum eſt, ſi fuerit hoc modo concepta ſtipulatio, Dabis? Dabitur, inutilis ne ſit. Quod Barto. & ceteri fere interpretes cenſuerunt, ea Iuſtiniani conſtitutione moti, qua cautum eſt hoc verbo *Satisfiet*, non recte pecuniam conſtitui. auth. ſi quando. C. de conſtit. pecun. Ego vero Caſtellionei ſententiam magis probo, quod alia ſit cauſa ſtipulationis, quam conſtituti. Nam in ſtipulatione præcedit interrogatio, ſecundum quam intelligi debet reſponſio. §. præterea. Inſtit. de inutil. l. ſi defenſor, §. qui interrogatur. de interrog. act. Itaque promiſſore ἀπροσώπως reſpondente, non vitiatur ſtipulatio, cum perſona ipſa, quæ in interrogatione, aut expreſſa, aut ſubintellecta eſt, in reſponſione repetita videatur, l. ſtipulatio iſta. §. ſicut. & §. ſi quis ita. hic. Huiuſque ſtipulationis exemplum eſt, quo & noſtra ſententia poteſt confirmari apud Plautum in Pſeudolo, *Nullum periculum eſt, quod ſciam ſtipularier, vt concepiſti verba, Viginti minas dabis? Dabuntur. Hoc quidem actum eſt haud male.* Poſtremo dicitur in definitione, *id quod interrogatus eſt.* Quibus verbis oſtendit Pompon. ſi πρὸς ἔπος, & ad interrogatum non reſpondeatur, ſtipulationem non valere, l. obligamur. ſ. tit. prox. Quod tamen ita accipiendum non eſt, quaſi eiſdem verbis vterque contrahentium neceſſario vti debeat. vt enim congrua dicatur reſponſo, ſufficit ſi ex vi verborum eadem vtriuſque mens & voluntas colligatur, l. omnes. C. de contrah. & commit. ſtip. l. 1. §. ſi quis ita. hic. & l. blanditus. C. de fideiuſſor. l. Pamphilo. §. propoſitum. de legat. 3. Proinde diſcrepantia in rei aut perſonæ appellatione non nocent, l. quæ extrinſecus. & l. ſi ſub vna, hic. Vt ſi ſtipulanti denarios, aurei promittantur, eiuſdem quantitatis, inquit Vlpianus, d. l. quæ extrinſecus, id eſt, vt ego interpretor, æſtimationis, l. 1. de contrah. emp. Vide Ariſtot. lib. 1. Polit. c. 6. Notaui in commentario de in litem iurando. Sed nec ſuperuacaneus, & ad præſentem actum non pertinens ſermo quicquam officit ſtipulationi, d. l. quæ extrinſecus. l. teſtamentum. C. de teſta. & l. non ſolent. de reg. iur. Idem dicendum eſt, vt ſi quocunque idiomate ſit diuerſitas, quod tamen à contrahentibus intelligatur. Nam alioqui adhibendus erit interpres, qui ſi verus fuerit, vtiliter contractam ſtipulationem Vlpia. ait, l. 1. §. vlt. hic. An autem ei ſoli fides habeatur, necne, indiſcuſſum omnino relinquit. Quare ex communibus iuris noſtri regulis huic quæſtioni reſpondendum eſſe non immerito Cumanus cenſuit, l. iuriſiurandi. C. de teſt. & §. quod autem. in authen. de non alienan. aut permutan. reb. eccleſ. à quo tamen Bart. & ceteri vulgo diſſentiunt, arg. l. Theopompus. de dote prælegat. Et hæc opinio hodie in iudiciis obtinuit, in quibus ſæpenumero auctorum ſententiæ magis numerari, quam ponderari ſolent. Diuerſitas autem, quæ ſtipulationem vitiat, vel ex re ipſa, vel ex ſtipulationum cauſis, id eſt, ex conditione, tempore, modo oriri poteſt, d. l. obligationem fere, ſupra tit. proximo. D quibus ſingulis ſingulas hic regulas trademus.

Prima regula ſit: *Si rem vnam ſtipulanti, alia promittatur, inutilem eſſe ſtipulationem conſtat*, l. inter ſtipulantem. §. ſi Stichum. hic. §. ſi de alia. de inutil. ſtip. Inſtit. Vnde ſi ſtipulor decem, & tu viginti ſpondeas, vel contra, Iuſtinianus inutilem ſtipulationem eſſe ſimpliciter ait. §. præterea. de inutil. ſtip. Inſtit. At Vlpianus ex bono & æquo addit exceptionem, dicens in ea ſumma, in qua conſenſum eſt, in decem ſcilicet, eam valere. Nam in maiore ſumma minor continetur, l. 1. §. ſi ſtipulanti. hic. Sed & ſi diuerſam reſponſionem ſtatim acceptauerit ſtipulator, in totum valere ſtipulationem receptius eſt, l. 1. §. cum adiicitur. Sane cum ſtipulanti Stichum, Stichus & Pamphilus promittitur, vel è conuerſo: dubium non eſt quod ad Stichum attinet, vtilem eſſe ſtipulationem, cum in ea nihil inſit vitij. Nec Pamphili perſona facit quominus valeat, quæ in alia quam Stichi ſtipulatione adiecta eſſe intelligitur, l. 1. §. penul. l. inter ſtipulantem. §. item ſi ego. Secunda regula: *Stipulanti ſub conditione, ſi pure reſpondeatur, aut contra, vitiatur ſtipulatio*, l. 1. §. ſi quis ſimpliciter. hic. & d. §. præterea. Idem exiſtimarunt quidam, etſi interrogatio & reſponſio diuerſas conditiones habeant, cum diuerſitas temporis noceat, vt mox dicemus. Conditionem eam à regula excipimus, quæ ineſt actui, tametſi expreſſa non eſſet, l. interdum. hic. l. qui liberi. de vulga. & pupil. l. non recte. C. de fideiuſſo. Tertia regula: *Temporis diuerſitas vltro citroque adiecti infirmam reddit ſtipulationem*, l. §. ſi quis ſimpliciter. vt in Vlpiani exemplo, Dabis intra Calendas quintas? Dabo idibus. Quod ego ſic interpretor, vt de quinque diebus interrogatio, de idibus vero ſequentibus reſponſio accipiatur. Nam veteres in ſingulas Calendas fœnerari ſolitos fuiſſe, notius eſt, quam vt probari debeat, l. centeſimis. hic. l. lecta. l. eius, ſupra ſi certum petatur. Tametſi vulgus interpretum Calendas diem quintum ante Calendas interpretetur. Hanc regulam aduerſus. Pontanum intelligo, etiam ſi breuius temporis ſpatium reſponſio contineat. Veluti, Dabis idibus? Dabo Calendis. d. §. præterea. Cuius opinio ſatis defendi poſſet, ſi ita ſtipulatio concepta proponeretur: *Promittis intra Idus? Promitto Calendis.* Nam cum intra idus promittens, aliquo die ante idus promittere intelligatur, reſponſio incongrua dici non poteſt, l. ſi ita fuerit. de manumiſ. teſt. l. qui ante. cum l. præceden. Gellius lib. 12. c. 13. Ceterum, quæ tum tempore, tum de conditione hic dicuntur, quia non tam æquitate, quam ſubtilitate quadam iuris niti videntur, exceptione Vlpiani à Iuſtiniano prætermiſſa, cuius ante meminimus, temperanda ſunt, niſi ſcilicet ſtipulatori diuerſitas reſponſionis illico placuerit, d. §. cum adiicitur. Quarta regula: *Si duas res ſtipulanti ſub alternatione vna promittatur, vel contra, non valet ſtipulatio*, l. inter ſtipulantem. §. ſi ſtipulante. hic. Nam qui ſtipulatur Stichum aut Pamphilum, vtrunque ſtipulari videtur ſub conditione, ſi alter datus non fuerit. l. 3. ſupra qui & à quib. manu. Itaque diuerſitas hic nocet, de qua in ſecunda regula diximus. Alia cauſa eſt ſummarum, quæ ſub alternatione in ſtipulationem deducuntur:

minor

minor tantum in obligatione eſt, d.§.ſi ſtipulante, l.ſi ſtipulatus fuero decem aut quindecim.hic. Hactenus de definitione ſtipulationis, quæ forte non ſatis plena quibuſdam videbitur, quod interrogatio cum reſponſione non ſufficiat, niſi mox reſponſum ſit, l.1.§.1.hic. Verum ego reſponſionem apud Pomponium congruam & legitimam intelligo, l. obligamur ſupra tit. proximo, quaſi poſt longum temporis interuallum fiat, nec recta, nec legitima habenda eſt, l.continuus.in princ. hic. Hunc enim contractum, qui ceterarum obligationum firmandarum cauſa introductus eſt, omni iuris ſolennitate numeriſque omnibus abſolutum eſſe placuit. Probabileque eſt ideo hanc formam à veteribus præſcriptam fuiſſe, quod interdum promiſſor oblitum ſe eſſe interrogationis, aut de ea non cogitaſſe cauſaretur: ideoque pactum magis quam ſtipulationem contrahere voluiſſe, l. iuriſgentium. §. quod fere.ſupr. de pact. quæ cauſa ſicubi ceſſare videatur, non continuo tamen aliter facta ſtipulatio valebit, arg. l. 1.§.origo. ſupr.de poſtulan. Modicum vero temporis ſpatium intercedens non nocet.l.1.§.1.l.continuus.hic.l. duos.infra de duob. reis. Quod Bart. & vulgo ceteri de vno die intelligunt.d.l. continuus. à quibus diſſentientes neoterici deflexiſſe videntur, vt inter iuris controuerſos locos hic annumerari queat. Alciat.lib.1. paradox.c.3. Adde ſupra dictis non longum modo temporis interuallum, ſed actum etiam negotio quod contrahitur contrarium, ab eove alienum nocere ſtipulationi, d.l.1.§.1.d.l.duos.§. vlt. d. l. continuus. l. cum antiquitas. C.de teſta. Deinde inter ſtipulationem, pactum, conuentionem, pollicitationem, aliaque id genus quid interſit. tum ex aliorum commentariis, tum ex noſtris in tractatum de pactis diſcere licet.

De fine ſtipulationis. CAP. II.

EXplicata definitione ſtipulationis, finem ipſius primum, deinde ceteras cauſas inueſtigare oportet. Obligationum igitur firmandarum gratia ſtipulationes comparatas eſſe Paul.ſcribit, & nos ſupra admonuimus. Vnde fit, vt ſtipulatio quæ contrahitur ſine cauſa, & ſuper alio velut principali negotio non interponitur, nullius momenti ſit, l.1.§.circa.de doli excep.l.5.§.conuentionales.hic.l. qui ſine. ſup. de condict. ſine cauſa. Receptum tamen eſt, ſi quid conditionaliter adiiciatur promiſſioni, id pro cauſa habendum eſſe, l. à Titio. hic. l. ſi quis cum debitore. ſupra de iureiur. idque generaliter probandum eſt, ſiue in præſens, ſiue in præteritum tempus, ſiue in futurum conferatur ea conditio, l. cum ad præſens. ſup. ſi cert. pet. Quod & in ea conditione locum habet, cuius euentus nullam vtilitatem adfert promiſſori, d.l.cum ad præſens. d. l. à Titio. Cum enim exiſtente conditione voti compos fiat, nulla commodi aut incommodi eius habetur ratio, §.hunc autem.de act.inſtit. l. vlt. ſup. de vſu & habi. Cuiuſmodi conditionis exemplum adfert Venuleius d.l. à Titio. Si quis in Capitolium aſcenderit, cuius frequentiſſima eſt apud omnes iuris auctores contentio. Nam vt hoc veluti παρέργως legitimo operi à nobis addatur, Capitolij Romani ſolum peraltum erat, adeo vt precaturi in eo, aut ſacrificaturi aſcendere cogerentur. Qua de re ex priſcis auctoribus quædam loca inter legendum aliquando obſeruauimus Tacitus lib. 14. *Exin læti Capitolium ſcandunt, Deoſque tandem venerantur.* Idem lib.15. *Nec ſiſti poterant ſcandentes per coniuncta ædificia, quæ vt in multa pace in altum edita ſolum Capitolij æquabant.* Horatius Carminum lib.3.ad finem Odæ 30.& vlt. *Vſque ego poſtera Creſcam laude recens dum Capitolium Scandet cum tacita virgine pontifex.* Plinius in Panegyrico: *Tibi aſcendenti de more Capitolium, ciuium clamor vt iam principi occurrit.* Idem in eodem lib. *Vbi vero cœpiſti Capitoliam aſcendere, quam læta omnibus adoptionibus tua recordatio.* Lampridius in Alexandro, *Capitolium ſeptimo die cùm in vrbe eſſet, aſcendit, templa frequentauit.* Et alibi: *Dimiſſo ſenatu Capitoliũ aſcendit, &c.* Quæri poteſt, ſi falſa ſit cauſa, quæ ſtipulatione expreſſa eſt, quid dicendum ſit. Et conſtat ſtipulationem hoc caſu ita demum valere, ſi non errauerit promiſſor. l. ſi diuortio. hic.l.pen.§.mulier.ſupr. ſolut. matr. Quod ſi turpis ſit cauſa, omnino inutilis eſt ſtipulatio, l. ſi plagij.hic.l. iuriſgentium.§. ſi ob maleficium. ſupr. de pact. An autem eius ſtipulationis cauſa turpis ſit necne, qua patri pro emancipando filio promittitur pecunia, conſultus Venuleius, nullam ineſſe turpitudinem reſpondit, l.vtrum.hic. Porro ad id quod ſupra dictum eſt, ſtipulationem obligationum firmandarum gratia inuentam eſſe, addendum eſt, hunc quoque ſtipulationis eſſe finem, vt vnuſquiſque per eam ſibi acquirat quod ſua intereſt. Et hinc colligitur regula: Alteri neminem ſtipulari poſſe, niſi ſua interſit, l.ſtipulatio iſta.§. alteri.& §. ſi ſtipuler.hic.§.alteri.Inſt.de inutil. ſtip. Quo caſu ſtipulatori ipſi, non alij competit actio.l.liber homo.§.vlt.hic. Intereſſe autem accipimus, non ſi quoquo modo interſit, amicitiæ puta, propinquitatis, neceſſitudinis, aut denique humanitatis ratione. Sed ſi principaliter id de quo ſtipulamur, ad noſtrum commodum aut incommodum reſpiciat, l. fideiuſſoris. ſupra de pact.l. ſeruus ea lege.de ſeruis export.l.3.ſed ſi forte, infra iudic.ſolui. Nam litium minuendarum cauſa, quæ plurimum reipublicæ officiunt, vt alibi diximus, exiſtimauerunt veteres, ob alienum magis, quam proprium commodum alicuius, non temere ei actionem eſſe dandam. Notaui in l.1. in prin. & l. iuriſgentium. ſupra de pact. Ex ſupra ſcripta regula conſequitur, ei qui decem Titio & ſibi dari ſtipulatur, quinque tantum deberi, l. ſi mihi & Titio. hic. Aliud dicendum eſt, cum quis ſub alternatione ſibi aut Titio dari ſtipulatur. Nam hoc caſu perſona Titij ſolutionis tantum cauſa non obligationis adhiberi videtur, ſiue is extraneus, ſiue ſtipulatoris filius ſit, l.eum qui ita.§. qui ſibi.hic.l. Stichum.§. quæſitum. de ſolut. Nec talis adiectio ob diuerſitatem rei vel temporis, aut cauſæ alicuius in ea expreſſæ vitiatur: vt ſi ſtipuler mihi decem aut Titio hominem: mihi calendis aut Titio idibus: mihi pure, aut Titio ſub conditione, & l. vlt.§. vlt. hic. l. qui hominem. §. ſtipulatus. de ſolut. Proinde Titius nec petere, nec rogare, nec acceptum facere, nec fideiuſſorem accipere, nec ei ſuo nomine poteſt conſtitui, l. ſed & ſi filio. ſupr. de conſtituta pecunia. l. ſi mihi. infra. de fideiuſſor. l. quod ſi ſtipulatus. infr. de ſolut. Solui autem ei vel inuito ſtipulatore poteſt, tametſi pupillus ſit, nec tutoris auctoritas interueniat, l. ſi ſtipulatus fuero, l. vero §.1.l. aliud.& l.vlt.inf. de ſol.§.plane de inutil. ſtip. Quod ſic accipiendum eſt, vt ipſi cuius perſona electa probataque eſt à creditore, non etiam alij, puta hæredi aut domino ſoluatur, quibus non æque fortaſſis confideret creditor, l. cum quis. hic. l. ſi ſtipulatus ſum. infra. de ſolu.l. cuius bonis.ſup. de curat. furio. Quinimo in certis caſibus ne ipſi quidem adiecto recte ſoluitur: Veluti ſi creditor cum debitore litem conteſtatus ſit, l. ſi quis ſtipulatus fuerit decem.infr. de ſolut. Item ſi ſtatum mutauerit adiectio, ita vt tacite appareat creditorem, ſi hoc futurum cogitaſſet, non fuiſſe eum nominaturum, l. cum quis. de ſolut. l. ſi is qui rem. §. Iulianus. de furt. l. in confirmando.ſupra de confir. tuto. Deque eo qui ſtipulatur alteri, vt ſibi quæratur actio, aut vt illi tantum ſoluatur, huc vſque dictum ſit. Nunc videndum eſt, an ei cui quis ſtipulatus eſt, actio competere poſſit. Et certum eſt, regulariter non poſſe.§.ſi quis alij.Inſtit.de inutil.ſtip.l.quæcunque.ſup. tit.prox.l. ſolutum.§.per liberam. ſupr. de pignor. act. l. ea quæ.ſup.de acq.rer.dom.l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. hic. In qua regula fiſcum nos quoque comprehendimus, l.arbiter. ſup. de arbit. l. item veniunt. §. in priuatorum. ſup. de petit. hæred. Excipiuntur certi caſus, in quibus aut directa aut vtilis actio acquiritur. Primum, cum extraneus quiſpiam mulieri ſtipulatur dotem reddi ſequuto diuortio. fauore enim nuptiarum mulieri ipſi datur actio.l.Caius.ſup.ſol.matr.idque ad alias ſimiles & pias cauſas porrigendum eſſe plerique opinantur. Notatur in l.illud.C.de ſacroſan. eccl. Secundus caſus eſt, cum perſona publica, puta Tabellio, aut magiſtratus abſenti alteri ſtipulatur, & tanquam publica perſona non priuata id facit. l. 1. §. exigere. de magiſtra. conuen. l. non eadem. ſup. de adopt.§. cum autem. Inſt. de adopt.& l. 1. inf. rem pupil.ſaluam fore. §.ex his. Auth.de hæred. ab inteſt. venientib. colla.6. authen. Matri & auiæ. C. quando mulier tutelæ offic. fungi poteſt.l. eum pro quo.ſup.de in ius voc.& l.vnica. C. de no. op. nunt. c. quanquam.de vſur.in 6. Tertius caſus eſt, cum domino ſuo præſenti ſtipulatur procurator. l. ſi procurator. hic. Alias autem ex ſtipulatione procuratoria non acquiritur actio domino ſine ceſſione, l.poſſeſſio quoque.ſup.de acq.poſſ.l.1.C. per quas perſ. nob. acquir. niſi ſit in iudicio facta ſtipulatio,

l. in omnibus. infr. de prætor. ſtipul. l. in cauſæ. §. vlt. ſupr. de procura. Addunt alij idem iuris eſſe etſi ſuper re domini fuerit interpoſita ſtipulatio: quod non ſatis expeditum eſt, adeo multæ paſſim occurrunt antinomiæ. Itaque ſic diſtingui ſolet. Cum quis ſtipulatur rem meam mihi reſtitui, vtilis actio mihi aduerſus poſſeſſorem datur abſque vlla ceſſione, l. pen. C. ad exhiben. Dixi, rem meam: quia de re alterius mihi reſtituenda, quam ego forte commodaueram ab alio, facta ſtipulatio mihi non prodeſt, l. 3. C. de inutil. ſtipul. Idem dicendum eſt, de eo quod ex ea re mea naſcitur, cuiuſmodi ſunt fructus ex fundo meo percepti. l. quod procurat. ſupra de procur. Nec diuerſa cauſa eſt pretij, quod etſi ex re vendita vere non ſit, eius tamen loco habeatur, l. venditor ex hæreditate. ſup. de hæred. vel act. vendit. l. Iulianus. §. ſi procurator. de act. emp. Quod ſi ſtipuletur quis mihi dari quod nec meum eſt, nec ex re mea ortum, ne vtilis quidem mihi competit actio ſine ceſſione, l. poſſeſſio. §. 1. de acq. poſſeſſ. quamuis ob rem meam id in ſtipulationem deductum ſit: cuius generis eſt pignus. l. ſolutum. §. per liberam. ſup. de pignor. act. Item vſura, quæ non ex ipſo corpore, vt ait Pomponius, ſed extrinſecus prouenit, l. vſura. de verb. ſignif. Sed quod dicitur de pignore, ſic accipiendum eſt, niſi obligatio pignoris accedat alij principali obligationi, ex qua domino acquiratur actio. l. 2. per quas perſ. nob. acq. Præterea ſi dominus à procuratore rem ſuam ſeruare non poſſit, qui forte abeſt, vel ſoluendo non eſt, æquitas ſuadet actionem ei dandam eſſe, l. 1. & 2. ſup. de inſtit. act. l. ſancimus. §. vlt. C. ad S. C. Trebell. Quartus caſus eſt, cum tutor pupilli, curator adoleſcentis vel furioſi, actor municipij, pro pupillo, adoleſcente, furioſo, municipibus ſtipulantur. Nam etſi ſtipulationem non in ſuam, ſed illorum perſonam conceperint, vtilis tamen datur illis actio, l. eum qui. §. actori. ſup. de conſtit. pecu. Alia eſt cauſa procuratoris, qui ſibi quæſitam ex ſtipulatu actionem poſtea cedendo in dominum transfert. d. l. poſſeſſio. Idcirco neceſſe eſt, vt ſibi non domino dari ſtipuletur, d. l. eum qui. Quod vtique verum eſſe puto, niſi cum talis ceſſio minime eſt neceſſaria, vt exempla à nobis adducta ſatis oſtendunt. Quintus caſus eſt, cum quis rem ſuam donat alicui ea lege, vt poſt aliquod tempus reddat. ſtipulationem enim contractam benigna interpretatione lex fingit, ſiue donator ſtipulatus ſit ſiue non. Ideoque illi tertio aduerſus donatarium vtilem actionem competere reſcriptum eſt, l. quoties. C. de dona. quæ ſub modo. Sextus caſus eſt, cum quis numerat alieno nomine pecuniam, quam ei dari ſtipulatur. Verum eo caſu ex numeratione tantum agi poteſt, d. l. ſi ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. hic, l. certi condictio. §. nummos. ſi certum petat. quoniam ſtipulatio inutilis eſt: quæ ſi vtilis eſſet, ex ſtipulatione tantum ageretur, l. cum enim. inf. de nouat. Nam per actum naturalem, qualis eſt traditio ſeu numeratio, quominus per liberam perſonam nobis acquiratur nihil vetat. l. ea quæ. ſupra de acq. rer. dom. & l. 1. C. de acq. poſſ. Quo fit, vt huiuſmodi traditio non ſolum in mutuo, verum etiam in aliis contractibus ei cuius nomine facta eſt, actionem pariat, l. 1. §. ſi te rogauero. ſupra mandati. l. ſi per. ſupr. de condict. indeb. quanquam in eis quoque ſicut in ſtipulatione regula noſtra locum non habet, l. quæcunque. ſupra tit. prox.

Septimum caſum nominatim excepit Vlpia. à quo hæc regula tradita eſt, cum videlicet filius patri ſtipulatur, d. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. hic. Vna ſiquidem vtriuſque vox atque ideo perſona eſſe intelligitur. §. ei vero qui. §. poſt mortem. de inutil. ſtip. arg. l. ſi ſeruus. ſup. de dam. infecto. Itaque perinde eſt, ac ſi pater ipſe ſtipulatus eſſet, l. quodcunque. in princ. hic. Hæc autem ſtipulatio quatuor modis concipi poteſt. In primis in perſonam patris, tuncque ipſi acquirit filius, etiam ſi forte factum tale ſtipuletur, quod in ſuam perſonam conferre non poſſet, l. quod dicitur. hic. l. perinde. cum l. ſequen. de ſtip. ſeruo. Secundo in perſonam ſerui alicuius paterni, l. ſi filius meus. hic. Tertio in filij ipſius perſonam recte concipitur, eiuſdemque poteſtatis eſt, ac ſi pater ipſe ſtipulatus fuiſſet, niſi factum contineat ſtipulatio, vt ire agere, &c. quo caſu patri facere non licebit, ſed tantum filio: quamuis huius quoque ſtipulationis vtilitas quæ ſit ad patrem deriuetur, §. 1. & §. ſed cum factum. de ſtip. ſeruorum. d. l. ſtipulatio iſta. §. ij qui. hic. Quarto filius imperſonaliter ſtipulationē poteſt concipere, & hoc caſu patri etiam ſtipulari videtur. l. quodcunque. §. vlt. hic. Ac in his omnibus caſibus acquirit filius patri, modo ſit in eius poteſtate, §. ſi quis alij. de inutil. ſtipul. Itaque per naturalem tantum aut emancipatum nihil acquiritur, l. 3. de his qui ſunt ſui vel alieni iuris. l. debitor. §. vlt. ad S. C. Trebel. Vnde quæritur, ſi filiusfamilias ſub conditione ſtipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, an patri actio competat? Paulus competere reſpondit, quod ſtipulationis contractæ tempus ſpectari debeat, l. ſi filiusfamilias. hic. l. quæ legata. infra de reg. iur. Quod ſi quis obiiciat, ex ſtipulatione facta à filio dum in ciuitate eſſet, patri reuerſo ab hoſtibus acquiri, in cuius non erat poteſtate tempore contractus, l. filius. hic. Reſpondeo filium iure poſtliminij fingi in poteſtate patris ſemper fuiſſe, §. ſi ab hoſtibus. quibus modis ius patriæ poteſt. ſoluit. Sed ſi pater apud hoſtes deceſſerit, multum refert, in ſuamne perſonam conceperit ſtipulationem, an imperſonaliter. Priore enim caſu ipſi filio competit actio: poſteriore nemini, l. ſi ſeruus communis. §. ſeruus capto. infra, de ſtip. ſeruor. l. bona. §. quod fil. infra, de capt. & poſtliminio reuerſ. Præterea quod dicitur filiumfamilias patri acquirere, &c. ſic accipiendum eſt, ſi quod ſtipulatur profectitium ſit. Nam aduentitiorum vſusfructus tantum ex Iuſtiniani conſtitutione patri acquiritur, l. cum oportet. Cod. de bonis quæ liber. quam plerique interpretantur & reſtringunt, niſi filius patri nominatim ſtipulatus fuerit, d. l. ſtipulatio iſta. §. ij qui. & §. alteri. Verum ego in contrariam eo ſententiam, tum quod nihil referre Iuſtinianus ſcripſerit ſuamne perſonam, an patris ſtipulando exprimat filius. §. 1. Inſtit. de ſtip. ſeruorum. Tum etiam quod negotij ipſius & rei natura ſuper qua ſtipulatio contrahitur, maxime ſpectari debeat, vt ſupra diximus. l. ſi ſtipulatus. ſupra de vſuris. l. 5. §. conuentionales. hic. Vnde fit, vt qui aduentitias res ab alio forte poſſeſſas nanciſci vult, ſi ſtipuletur eas patri ſuo dari, tanquam vſufructuario & legitimo adminiſtratori tantum ſtipulari videatur, l. 1. Cod. de bonis maternis. Nugatoriumque eſt ac plane ridiculum, quod quidam ex plebeiis (vt ita dicam) interpretibus obiicit, ſtipulationem hac ratione inutilem fore cum ſine cauſa patri fiat, & vſumfructum & adminiſtrationem lex deferat, l. ſi quando. de leg. 1. l. 1. infra ad municip. Cum enim filius controuerſiam habet cum alio de rebus aduentitiis, quæ tales fortaſſis eſſe negantur, ſi litis iſtius ſedandæ cauſa quaſdam res certas dari ſibi vel patri ſtipulatur, quantum ſit commodum huius ſtipulationis obſcurum non eſt. Huc pertinent ea, quæ de ſtipulationis natura alio loco attigimus, in l. 1. §. vlt. de pactis. Octauus caſus eſt, cum pater ſtipulatur filio, vt poſt ipſius patris mortem effectum habeat ſtipulatio. Quo caſu mortuo patre vtilis ei dabitur actio, l. quodcunque. §. ſi quis. hic. l. ſi quis operas. l. iuriſiurandi. §. ſi liberi. l. cum patronus. de operis libertorum. Nam ſi ſtipuletur pater filio in mortis ſuæ tempus non conferendo ſtipulationem, ſeque viuo eam valere cupiat, nullam poteſt filio acquirere actionem, ſed ſibi tantum, l. dominus ſeruo. hic. & l. 2. C. de contrahen. vel commit. ſtipulat. & §. ei vero. de inutil. ſtipulat. Quod eſt accipiendum de iis, quæ iuris ſunt. Nam ſi ſtipuletur pater, vt filio ire aut tenere liceat, quod nudum factum eſt nihil iuris habens: fieri non poteſt, vt à filio in patrem transferatur. Itaque Paulus inutilem eſſe huiuſmodi ſtipulationem ait, l. quod dicitur. hic. Puto tamen ſi patris id fieri interſit, actionem eo nomine ei competere, l. ſi ſtipulatio iſta. §. ſi ſtipuler. hic. Illud quæri poteſt, an emancipato quoque per patrem acquiratur actio, in quibus caſibus filio acquiri poſſe diximus? Et Diocletianus nullam quæri actionem aperte ſcripſit, l. ſi gener. C. de iure dot. Sed hoc reſcriptum de actione directa intelligi vulgo receptum eſt, vtilemque nihilominus actionem ei dandam eſſe placuit. l. iuriſiurandi. §. ſi liberi. ſupra de oper. lib. Quæ ſententia argumentis defendi poteſt. Nam ſi nihil refert, certone tempore aliquid fiat, an vere in id tempus conferatur, l. quod ſponſæ. C. de donat. ante nupt. conſtetque ex ea ſtipulatione actionem competere filio, quam contulit pater in id tempus quo ſui iuris effectus eſſet, d. l. quodcunque. Conſequens eſt, patrem filio iam ſui iuris effecto ſtipulari & acquirere poſſe.

Huc accedat quod patre ſibi ſuiſq; liberis ſtipulante, Vlpianus ad poſthumos peruenire ſtipulationem ſcribit, d. l. ſi quis operas. quos in ipſius poteſtate tunc non eſſe nemo dubitat, l. vlt. ſupra de collat. bonor. Quæ de ea ſtipulatione intelliguntur quæ ad obligandum alium contrahitur. Cæterum cũ pater ſtipulatur aut paciſcitur filio liberandi ipſius gratia, patri ea ſtipulatio aut pactum prodeſt cõuento filii nomine, ſi modo id actum ſit. Sed & filio quoque, cui pater vt hæredi futuro pactus ſtipulatuſve eſt. Alioquin non niſi exceptione doli iuuabitur filius, l. ſi tibi. §. ſi pactum ſit. l. & hæredi. §. nos autem. l. cuius. ſupra de pactis. Nonus caſus eſt, cum ſeruus domino ſuo ſtipulatur, quod genus ſtipulationis apud veteres frequens & vſitatum fuit. Eſtq; Titulus de ea re ſpecialis, in hoc libro nobis profecto non inutilis, cum inde ad monachos noſtri temporis, & ad res alias propter ſimilitudinem argumenta ducamus, infra de ſtipul. ſeruo. Ac vt diſtinctius tradantur à nobis quæ à Triboniano confuſe & nullo ordine adhibitio ſub eo titulo ſcripta leguntur, ſeparatim de ſeruo proprio, alieno, communi, hæreditario, fructuario, quam poterimus breuiſſime diſſeremus.

Vide titulum de Duob. reis conſtituendis poſt hunc tractatum: qui de induſtria, propter materiæ continuationem, hic ab auctore omiſſus eſt.

AD TIT. III.

DE STIPVLATIONIBVS SERVORVM.

De ſeruo proprio.

SERVVS alicuius proprius quod ſtipulatur, domino acquiritur, d. l. ſtipulatio iſta. § alteri. Eſt enim ſeruus quoddam velut domini inſtrumentum, auctore Ariſtotele lib. 1. Politic. c. 3. l. quæſitum. §. Alphenus. de inſtruct. legat. Seruum proprium hic accipimus, etiam ſi Reipublicæ vel municipii, vel coloniæ ſeruus ſit. l. 3. de ſtipul. ſeruor. An autem ſibi an domino aut cõſeruo ſuo aut imperſonaliter ſtipuletur, nihil intereſt. l. 1. in prin. l. ſiue. eo. Niſi in certis caſibus, veluti cum ſe ſibi ſtipulatur non domino. l. 1. §. vltim. de ſtipul. ſeruor. Aut cum à liberto operas ſibi non domino dari ſtipulatur l. ſi ſeruus meus. eod. l. ſeruus patroni ſupra de oper. lib. Nihil præterea intereſt an pure ſtipuletur ſeruus, an vero ſtipulationem in alienationem manumiſſionemve ſuam conferat. l. vlt. eo. Sed ſi inuito ac prohibente domino ſtipuletur, ipſi nihilominus acquirit. l. ſeruus vetante. hic. l. etiam inuitus. ſupra de acquir. rerum domi. Quamuis alioqui non poſſit liberalitas nolenti acquiri, & donatio ſine acceptione nulla eſſe intelligatur, vt Cicero in Topicis ait. l. hoc iure. §. non poteſt. ſupra de donat.

De ſeruo alieno.

Seruus autem alienus mihi ſtipulando, ſicut mihi non acquirit, ita nec domino ſuo l. ſeruus alienus. infra de ſtipul. ſeruor. Quod ita intelligendum eſt, niſi bona fide alii ſeruiat. Quo caſu ita demum acquirit poſſeſſori, ſi ex ipſius re aut operis ſuis ſtipuletur, alias domino. Exempla huius rei ex Iureconſultis nullo negotio colligi poſſunt. l. 1. §. ſi ſeruus. l. ſi alenus. l. liber homo. §. vl. & l. ſi liber. eo. tit. Qui vero poſſidetur ab alio, ſed mala fide, puta ex furtiua cauſa, vel alia ſimili, poſſeſſori ſtipulando nihil agit. l. ſeruus meus. eo. Seruus qui in nullius dominio eſt ſtipulando nemini acquirit. Quo ex genere eſt is quem dominus pro derelicto habuit, nec ab alio occupatus eſt: niſi ob infirmã valetudinem à domino derelictus fuerit, ideoque ſtatim liber factus ſit. l. quod ſeruus. eo. l. vlt. ſupra pro derelicto. l. ſeruo. ſupra qui ſine manumiſſ. ad liber. peruene. Quod & in monacho locum habere, qui nulli certo monaſterio ſeſe adigit, plerique arbitrantur. Eadẽ eſt eius ſerui ratio, cuius dominus ab hoſtibus captus non rediit: medio ſiquidem tempore fruſtra ei ſtipulatur, tametſi ſimpliciter ſtipulatus acquirat hæredi. l. interdum. hic. & leg. ſeruus communis. §. ſeruus capto. de ſtipulat. ſeruor. l. 1. 7. de capti. & poſtlim. reuer.

De ſeruo communi.

Seruus communis plurium dominorum, ſtipulando omnibus acquirit pro partibus dominicis. l. 5. de ſtipul. ſeruor. Idem eſt dicendum etſi emat aut aliud contrahat negotium, ſiue ex re vnius, ſiue omnium id faciat. l. 1. §. ſi ſeruus. l. 25. cũ ſeq. eod. Hæc regula aliquot exceptiones habet. Prima eſt cũ vni ex dominis tantum ſtipulatur, tunc enim ei ſoli acquirit. d. l. 5. vnde fit vt ſeruo communi ſibi & vni ex dominis ſtipulanti vni dodrans, alteri quadrans debeatur. l. 4. eo. Item ſi vni ſortem, alteri pœnam ſit ſtipulatus, recte hic pœnam petet: illi vero petenti obiicietur exceptio, quaſi priore obligatione per nouationem extincta. l. 1. §. vlt. eo Secunda exceptio, cum ſeruus vnius ex dominis iuſſu ſtipulatus eſt: quo caſu ſimiliter ei totum acquirit. d. l. 2. Quod tamen in eo qui vnius iuſſu adiit hæreditatem, locum non habet. l. ſi ſeruus duorum. de acquir. hæred. Cum autem vno iubente alter nominatur, vtrius potior cauſa ſit, Iuſtinianus conſtitutione quadam definire voluit, ſed adeo obſcure edita, vt in vtram inclinet partem neſcias. l. ſi duo. cap. per quas perſonas nob. acquir. Tertia exceptio, cum ab vno ex dominis ſtipulatur alteri. l. 2. 17. & 18. & §. ſi ſeruus. de ſtipul. ſeruo. Inſtit. Quarta eſt, cum ex ſtipulatione non omnibus poteſt acquiri: tunc enim vni totum acquiritur: quod in pleriſque caſibus contingit. l. 1. §. communis ſeruus. l. proinde. §. vlt. cum lege ſeq. eo. Quinta cum omnibus ſtipulatur diſiunctiue. Nam ob incertitudinẽ dicendum eſt non valere ſtipulationem. l. 9. cum ſeq. & l. 21. eo. Aliter atque ſi copulatiue omnes fuerint nominati. l. 29. eod. Sexta cum ſeruus aliquid ſtipulatur quod diuiſionem nõ admittit, vt iter, actum, viam. Hoc enim caſu in ſolidum omnibus acquiritur pro partibus dominicis. l. 17. eod. Septima exceptio cum ſtipulatur decem vni, & eadem decem alteri. Nam duo rei ſtipulandi ſunt, ipſiſque in ſolidum datur actio. l. 25. eo. Octaua, ſi non ſub appellatione dominorum, ſed propriis nominibus expreſſis concepta fuerit ſtipulatio: in hac ſiquidẽ ſpecie nõ pro dominicis, ſed pro virilib. portionibus ipſis acquiritur. Idem iuris eſt cum propria eorundem nomina prius expreſſa ſunt, niſi aliud actum eſſe appareat. l. 32. eo. & l. quoties. ad Trebell.

De ſeruo hæreditario.

Seruus hæreditarius tam hæredi quam hæreditati quæ perſonæ defuncti vicem obtinet, recte ſtipulatur. l. 25. de ſtipulat. ſeruor. l. mortuo. de fideiuſſor. & leg. hæredibus. de acquir. rerum domi. valetque ſtipulatio ſi hęreditas adita fuerit: alioquin nullam vim habitura eſt. leg. interdum, §. 1. hic. At ſi ſeruus fuerit communis defuncti & alterius, interim ei ſocio totum acquiritur. l. 1. ff. de ſtipul. ſeruorum. l. in eo. de acquir. rerum domi. leg. filius familias. de caſtren. pecul. Nec obſtat huic regulæ, quod hæres tunc dominus non eſt cum ſtipulatio fit. nam retrotrahitur hæreditatis aditio, vt hæres eo tempore mortis defuncto ſucceſſiſſe, ex eoque tempore funeſta pollutaque familia intelligatur. leg. ſi ex re. §. vltim. de ſtipul. ſeruor. Seruius in lib. 3. Æneidos Virgilii. Sed animaduertendum eſt, non ex die interpoſitæ ſtipulationis, ſed aditæ hæreditatis tempus cedere: quoniam ex eo demum tempore agi poteſt. d. l. 25. eod. à ſupradicta regula duo caſus excipiuntur. Primus, cum ſeruus hæreditarius qui ſine perſona, quæ videlicet vtatur & fruatur, eſſe non poteſt. l. vſusfructus. eod. & l. 1. quando dies legator. ced. l. hæreditas in multis. de acquir. rerum domi. Secundus, cum expreſſo proprio eius nomine qui erat futurus hæres, facta eſt ſtipulatio. Idemque dicendum eſt de eo qui non hæredi, ſed defuncto ſtipulatus eſt. l. 1. 7. & 8. & §. ſeruus capto. de ſtipul. ſeruor. Inſtit.

De ſeruo fructuario.

Seruus fructuarius ſi quid ſtipuletur ex re ſua, aut operis ſuis acquirit fructuario, non domino. l. acquiritur. & l. liber homo. de acquir. rerum domi. Excipe niſi proprietatis domino nominatim ſtipuletur. l. ſeruum fructuarium. de ſtipul. ſeruo. Hoc caſu tamen fructuario aduerſus dominum condictio datur. leg. cum ſeruus. eod. Diſſimilis cauſa non eſt duorum fructuariorum, ſi ſeruus ex re vtriuſque vni tantum ſtipuletur. Nam eo nomine ei communi diuidundo iudicium inter eos dabitur. leg. ſi cum duorum. Excipitur & alius caſus, cum videlicet ſeruus pro operis ſuis pecuniam in ſingulos annos ſtipulatus eſt: vſufructu ſiquidem finito reſidui temporis ſtipulatio acquiretur proprietario. leg. 18. §. cum ſeruus. eodem. Cæterum extra cauſas iam dictas, id eſt, rem fructuarii & operam ſuam, ſtipulando ſeruus acquirit

domino non fructuario.l. ſi fructuarii.eodem. Hoc accipe. niſi in perſonam fructuarii nominatim cōcepta ſit ſtipulatio, quæ inutiliter ita contrahitur.d.l. ſi vſufructuarii. Sed quid ſi ſtipulatus ita fuerit ſeruus, nulla re adhuc data, vt incertum ſit vtrius rem ſit daturus? Reſpondeo in pendenti eſſe ſtipulationem, vetumque declaraturum vtri competitura ſit actio, d. §.cum ſeruus. l. ſed & ſi quis.§.interdum.ſupra de vſufructu. Ex his facile colligi pōt, ſi ſub alternatione domino aut fructuario fuerit ſtipulatus ſeruus fructuarius, an valeat ſtipulatio. Nam ſi ex re domini, acquiretur ipſi obligatio. Fructuarius autem cui hoc caſu nihil acquiri poſſe diximus, pro adiecto habebitur.l.ſi ex re.in principio, eod. Sin autem ex re fructuarii, quoniam vtiq; acquiri poteſt, incertitudo ſtipulationem vitiat.l.1.§.ſi fructuario.

Cap. III.

De perſonis quibuſcum contrahitur ſtipulatio.

PErſpecto fine ſtipulationis, reliquas eius cauſas perſequi operæ pretium eſt, ex quarum numero eſt ea quæ efficiēs dicitur. Efficientem autem ſtipulationis cauſam voco perſonas ipſas inter quas ea contrahitur, quæ cum non vnius conditionis, ſtatus & qualitatis ſint, perſonæ circumſtantia ſæpe in hoc argumento quæſtionem ac dubitationem gignit. Vt cum quæritur de impuberis aut pupilli ſtipulatione, an valeat Cui quæſtioni reſpondendum eſt, ita demum valer, ſi ſtipulatus ipſe ſit, non ſi alii promittendo ſine tutore ſe obligauerit.l.neque. C.de contrahen.& commit.ſtipul.l.1.C.de inutil.ſtip.& §.pupillus.eod.titul.Inſt. Intellige niſi infans ſit, id eſt, fari non poſſit, quandoquidem ſermone opus eſt in contrahenda ſtipulatione.l.1.in princ.l.mulier.leg. vltim.§. pupillus. hic. Idem plerique cenſent de eo qui infantiæ proximus eſt, & intellectu & iudicio caret, niſi à tutore rem fore ſaluam ſtipuletur. Sed probabilius mihi videtur ſtipulationem à puero non intelligente factam ſemper valere, cum vtilitatis cauſa id receptum eſſe à iuris auctoribus proditum ſit.l. ſeruum.rem pupilli.Inſt. vbi Theophilus.l. donatariū.de acq.poſſeſſ.l.in negotiis.de regul.iur.l.1.§.furioſus.ſupra tit.proxi. Quod dictum eſt de infante in mutuo quoque ſurdo locum habere ratio ſuadet.l. 1. in prin. hic.l. 1. §. vlti. ſupra tit.proxi. Licet alia plæraq; negotia contrahere poſſint. l. in quibuſcunque.ſupra tit.proximo. l. diſcretis. C. qui teſta facere poſſ. & l. in quibuſcunque, ſupra tit. proxi. l. mutum.de acquir.hæredit.l. mutus de procurat.& l. mutus. de iure dot. Eadem cauſa eſt furioſi qui ſiue ſtipuletur ſiue promittat, nihil agit. l. 1.§. furioſus.Inſtit.de inutilib.ſtipul.d.l. in negotiis. Et generaliter dicendum eſt, nullum negotium ab eo recte contrahi, in quo vel tacita voluntas ſit neceſſaria. l.qui ad certum. ſupra locati. vbi autem nullius requiritur cōſenſus ad obligationem contrahendam, obligari poteſt.l.furioſus. ſupra tit. proxi. Itaque mirum videri non debet quod Vlpianus ſcribit, Filiam furioſam, quæ patri dotem petenti contradicere per dementiam non poteſt, pro conſentiente haberi, cum Antinoni reſcripto patri agere permittatur, non ſi conſenſerit filia, ſed ſi non contradixerit. l. 2.§. voluntatem. ſupra ſolut. matr. A furioſo non multum differt prodigus, cui bonorum adminiſtratione interdicitur. Quamuis enim ſtipulari & alium ſibi obligare non prohibeatur, tamen nec tradere quicquam, nec obligari poteſt. leg. is cui bonis. hic. Eſt autem Prodigus (auctore Vlpiano) qui neque tempus neq; finem expenſarum habet, ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profundit.l. 1.ſupra de curat.ffur. Huic curatorem dandum eſſe, Diuus Pius reſcripſit, tametſi ea ratione vtatur quæ mentis ſanitatem arguat, quod in pleriſq; vſuuenit. l. is qui.§. Diuus.ſupra de tutor. & curatorib. datis ab iis qui, &c. Non continuo igitur diſſolutis hominibus, & male rem gerentibus permittenda eſt bonorum adminiſtratio, quod eorum ſermo aut ſcripta prudentium, ac ſinceritatem iudicii redoleant, id quod Sophocli quondam tragico Poetæ à filiis in iudicium vocato, vt à rei familiaris adminiſtratione remoueretur, accidiſſe ſcripſit Cicero, in Catone maiore. Sed num ante interdictionem Prætoris obligetur ex contractu is qui ita viuit, vt inter luxurioſos ac profuſos nepotes vulgo

De impubere aut pupillo.

De furioſo.

De prodigo

habeatur, ancipitis iuris eſt quæſtio, & in vtramque partem diſputari ſolita. De qua ſic ego cenſeo. Priſcis temporibus lege duodecim tabularum, ſic interdictum, fuiſſe prodigo bonorum adminiſtratione, vt ipſo iure eorum cura ad agnatos proximos deferretur. Quod ius cum aliquod incommodi haberet, paulatim deſuetudine antiquatum eſt; cœperuntq; à magiſtratibus curatores ipſis dari non tantum agnati ſed etiam extranei, ſi id expedire magis videretur. l. 1.& l.ſæpe. de curat. furio.& §.furioſus. Inſtitut.de curat. Itaque puto ante huiuſmodi interdictionem & curatoris dationem fraudi cuiquam eſſe non debere quod cum eo contraxerit.l. Iulianus, de cura.furioſ.l. curatorem. C. de reſtit. in integ. c. veritatis. de dolo & contu. in Decretalib. Plane ſi quis belluoni, aut luxurioſo homini pecuniam dederit, quam ſciebat eum protinus ſcorto daturum, aut alias turpiter conſumpturum, quorundam opinio eſt inutilem contractum eſſe, vel ante interdictionem, quod nec ratione caret nec auctoritate.l. ſi quis cum ſciret.ſupra pro empt.l. ſi vero non remunerandi. §. ſi adoleſcens.ſup. mandat. Quod autem dictū eſt, eū ex contractu non obligari, ſic accipiendum eſt, niſi ad frugem, vt dicitur, bonam ſe receperit. Quo caſu ipſo iure definit eſſe in poteſtate curatoris, ac tuto contrahi cum eo poteſt, & l.1.de curat.furio. Receptum tamen eſt declarationem iudicis eſſe neceſſariam, niſi eius vitæ mutatio ſit publice nota.l.eius qui. de iure fiſci. Mutationem vero hanc non ex vna aut altera frugalitatis actione, ſed ex multis iudicare ac metiri debemus. §.cumque. Inſtitut. in prooemio. Nam ſicut vna hirundo non facit ver, vt vulgo dicitur, ita ad iudicium de moribus immutatis faciendum non vna actio nec breue tempus ſufficit, in auth.de monachis. §. ſancimus.collat. 6. Hactenus prodigo.

De eo quod interdictionē contracte prodigo interdictum eſt

Propigo non prorſus diſſimilis eſt minor vigntiquinque annis iam pubes factus. Is enim ſibi acquirit ſtipulando, vt ex iam dictis conſtat: ſi tamen minor ſi viginti, & aliquid ſtipuletur fieri de re ſibi debita, quod facere ipſe non poſſit: puta ſi ſeruus debitus manumittatur à debitore, cuius manumiſſionem inhibet lex Ælia Sentia, inutilis eſt ſtipulatio. l. ſi minor. hic.§.eadem, quibus ex cauſis manumit. non licet. Inſtit. Promittendo autem ita demum obligatur, ſi curatorem habeat.l.puberes. hic.& d.l. ſi curatorem. C. de reſtit.integ. Alia plane cauſa eſt filiifamilias, qui ſtipulando acquirit patri, vt ante diximus l.ſi filiusfamilias.hic. Promittendo ſeipſum obligat, vt quiuis paterfamilias, niſi impubes ſit. Hic enim ne auctore, quidem patre obligatur.l. vlti. §.1.hic.§.pupillus. de inutil. ſtipul.l. filiusfamilias. ſupra tit.proxi. An inter ſponſam ſtipulatio in tempus matrimonii collata valeat quæri poteſt. Et eſt reſpondendum non valere: niſi dotis aut donationis propter nuptias, aliave ſimilis iuſta cauſa ſubſit. leg. ita ſtipulatus. §. vltim.hic. l. quod ſponſæ. C.de donat.inter vir.& vxor.

De minore vigintiquinque annis.

De filiofamilias.

De ſponſo & ſponſa.

Cap. IIII.

De conſenſu ſtipulatio.

COnſenſu velut inſtrumento ſtipulationem contrahimus: itaque inter ſtipulationis cauſas numerari debet. leg.1. §. conuentionis. ſupra de pact. leg. obligationum. ſupra tit. proxi. Quamobrem etſi interrogatio reſponſionem præceſſerit, ſi tamen conſtet non animo ſtipulationis contrahendæ id factum eſſe non valebit ſtipulatio, leg. iuriſgentium.§. quod fere ſupra de pact. Hinc conſequens eſt ſi hominem ſtipulatus de alio ſentiam, tu de alio, nihil inter nos actum videri.leg. inter ſtipulantem.§. ſi Stichum.& l. continuus.§.1. hic. Aliter atque ſi petam à te in iudicio Stichum, cum tu de alio ſentias. Nam quia in inuitum redditur iudicium, nec vtriuſque conſenſum requirit, quod ſenſerit actor, tantummodo ſpectandum eſt. dict. §. ſi Stichum. Sane diſſenſum ſeu errorem in nomine ſtipulationi non obeſſe perſpicuum eſt ſi in corpore conſentiatur. leg. ſi in nomine. hic. Idemque dicendum eſt & ſi in materia ſiue ſubſtantia aut qualitate rei erratum ſit, magis quam in corpore.l. ſi id quod hic. Venditionem tamen ob huiuſmodi errorem omnino vitiari natura bonæ fidei iudiciorum exigit. leg. in venditionibus.l.

bus.l.cum ab eo.§.vlt.de contrah.empt. Niſi eius qui deceptus eſt interſit eam valere. Quo caſu dabitur ei actio.l.ſi ſterilis.§.quamuis.de act.empt.l.de pignor.act. Sed & ſi quis pro auro quod promiſerat æs ſoluerit, adeo inutilis eſt ſolutio, vt nullam liberationem pariat.l.ſi cum aurum.infra de ſolut.

Cap. V.

Quibus de rebus ſtipulatio contrahi poſſit.

QVia ſtipulatio ſine re aliqua, quæ tanquam eius materia ſit, conſiſci non poteſt: ideo qualem rem eſſe oporteat dicendum eſt. Primum itaque ſciendum eſt, ac pro regula conſtituendum, neminem ab alio rem ſuam ſtipulari poſſe. leg.nemo rem ſuam vtiliter, hic. Nam qui ſimpliciter promittit rem aliquam, eam ſe daturum, id eſt, dominium in ſtipulatorem tranſlaturum promittere videtur. leg. ſi ita diſtrahatur. ſupra de contrah.empt. Quod facere nequit, ſi eiuſdem rei dominus ſtipulator ſit.§.ſi itaque. Inſtitut.de act. Idem iuris eſt & ſi quis rem alienam ſtipuletur collata in id tempus ſtipulatione quo ſua futura ſit. leg. nemo rem ſuam futuram. hic. Quid ſi quis ſtipuletur pretium rei ſuæ, aut vſumfructum, cum proprietatem habeat nudam, contra regulam non facit, d.l.nemo rem ſuam vtiliter.l.eum qui ita.§. qui proprietatem. hic. Aliud ſi quidem eſt res, aliud pretium, ſeu æſtimatio rei.leg.qui vas.§.vltim.infra de furt.l.fundum Cornelianum.de nouat.l.ſi alii. ſupra de vſufructu. Hæc regula quaſdam exceptiones habet. Prima eſt, cum quis non dari ſibi rem ſuam, ſed tradi reſtituiue ſtipulatur.dict.leg.nemo rem ſuam vtiliter. & leg. ſi rem tradi.hic. Secunda eſt, ſi ſub conditione aliquis ſtipuletur. Eſt enim vtilis hæc ſtipulatio, ſi exiſtentis conditionis tempore ipſius non ſit.l. ſi rem meam ſub conditione.l. exiſtimo.hic.l. cæteræ.§.1.de legat. 1. Tertia eſt, cum quis ſtipulatur à fure non ſimpliciter rem dari, ſed quod ex cauſa condictionis dare facere oportet: quo caſu ſtipulatio moram præcedentem purgat, quam alioquin fur ſemper facere videtur. leg. ſcire debemus.§. ſi à fure.hic.l. vlti. ſupra de condict.furti. Quarta exceptio eſt, cum quis rei quam ſtipulatur ita dominus eſt, vt tamen poſſit ab eo auocari.leg. in bello.§.ſi quis ſeruum. infra de capt. & poſtli.reuerſ.leg.non quocunque. in princ.de legat.1.l.inter ſtipulantem.§.ſi rem.hic. Tractari poteſt, ſi quis rem ſibi debitam, non ſuam ſibi dari ſtipulatur, num talis ſtipulatio valeat? Et dubium non eſt ſi ex venditione, aliove ſimili contractu debita ſit, ſtipulationem valere. l. duo ſocietatem. ſupra pro ſocio. Huiuſq; ſtipulationis quæ vtilitas ſit, quia non recte ab aliis demonſtratum id puto, videnda ſunt quæ in tractatum de pactis annotauimus.l.1.§.ſed conuentionum. ſupra de pactis. At ſi ex alia præcedente ſtipulatione res debita ſit, omnino inutilis eſt huiuſmodi poſterior ſtipulatio, vt puta quæ nullam vtilitatem ſtipulatori adferat.leg. ſtipulatio iſta.§.alteri.hic. Vnde quod Pomponius ait, *Qui bis idem promittit, ipſo iure amplius quam ſemel non teneri*, ſic intelligo, vt ex priore tantum promiſſione non poſteriori teneatur quæ nulla eſt.l. qui bis idem. hic. Hoc autem accipiendum in primis niſi animo nouandi fuerit poſterior ſtipulatio interpoſita.l.ſi vnus.§.pactus.ſupra de pactis. Idque contingere poteſt velit cum nominatim expreſſum eſt, vt à priore recedatur.§. præterea quibus modis tollat.obligat. & l vlti. C. de nouat. Vel cum plus in poſteriore continetur quam priore, vt cum quis vſum fructum fundi, deinde fundum ipſum ſtipulatur.l. qui vſumfructum.hic.nam ſi minus, licet noua interuenerit perſona, nihil agitur: niſi diſerte id expreſſum ſit, vt ſi quis actum, deinde iter: vſumfructum, deinde vſum ſtipuletur, d. l. qui vſumfructum.l.eum qui ita,§.ſi à te. hic. l. ſi pupillus.§. qui actum.de nouat. Secundo hoc accipiendum eſt, niſi vtilis nõ ſit prior ſtipulatio, & ſtipulatoris interſit poſteriorẽ efficacem eſſe.l.ſi dari ſtipuler.hic.l.hęres à debitore.§.1.inde de fideiuſſorib. Tertio niſi à diuerſis perſonis ſtipulatus ſit quis, actumque ſit vt in ſolidum omnes teneantur.leg. 3. ſupra de duobus reis.

Præterea notandum eſt de his rebus ſtipulationem contrahi non poſſe, quæ in hominum commercio non ſunt, vt ſunt res ſanctæ, religioſæ, ſacrę publicę, de quib. fuſe admodũ diſſerit Vlpianus leg. inter ſtipulantem.§. ſacram. hic. Item liber homo, quamuis Pomponius emptionẽ eius valere intelligat, & ſicut & loci ſacri, vel religioſi, ſi ematur ab ignorante.l.& liberi.cum ſeq.ſupra de contrah.empt. Sed hoc Pomponii dictum accipiendum eſt, non vt ex tali venditione magis quam ex ſtipulatione res debeatur, ſed vt emptori decepto ad id quod intereſt detur actio.l. ſi in emptione.§.contrah. empt.& §.1.de cõtrahe.empt.& §.vlt.de empt. vendit. Inſt. Ideq; dici poſſet de ſtipulatione, ſi dolo promiſſoris circũſcriptus ꝓponeretur, vt videlicet ei de dolo actio cõpetat.l. Ariſt. §.1.de donat. Res quoque hoſtium quæ tanquam extra noſtrum commercium poſita dicitur, promitti non poteſt.l. liber homo. hic. Idque vulgo intelligitur de ea quæ nunquam noſtra fuit. Nam quæ iure poſtliminii aliquando recuperari poteſt, eius ſtipulationem, ſicut & venditionem, & legatum conſiſtere inter omnes fere conuenit.l. vlt.de action. empt.l.id quod.leg. ſeruus.l.ab omnibus.§.etiam.de legat.1. Quinimo eius quæ ſemper hoſtium fuit promiſſionem valere aiunt ſub hac conditione factam, ſi ab hoſtibus capiatur. cap. Abbate ſane.de re iudic.in 6.l.in fuga. C. ad leg. Flauiam de plagiariis. Sed & ſi quis hominem mortuum ſtipuletur ob eandem cauſam aut etiam maiorem, quia non eſt in rerum natura, inutilis eſt ſtipulatio, niſi ob delictum aut moram extare ac viuere fingatur, dict. leg. liber homo. l. inter ſtipulantem.§.Stichum.hic. Res in commercio noſtro non eſſe hic intelligimus, quæ ſimpliciter ab hominum commercio exemptæ ſunt. Nam ſi quis promittat rem cuius commercium non ipſe, ſed ſtipulator habeat obligatur ad æſtimationem, d. l.multum intereſt.hic. l.mortuo boue.§. Labeo. de legat.2.

Ad hæc non tantum ſpecies vt Stichus, ſed etiam genus in ſtipulationem deduci poteſt.leg.in ſtipulationibus.hic.valetque ſtipulatio, niſi ob nimis generalem verborum conceptionem omnino incerta reddatur contrahentium voluntas, vt cum quis exempli cauſa, animal, vinum, triticum, oleum, fundum generaliter & indefinite ſtipulatur.l. triticum,§.cum ita ſtipulatus.hic.l. cum poſt.§. gener. de iure dot. leg. ſi dominus.de legat.1.l.vbi autem.hic. Nam alioquin incerta ſtipulatio inutilis non eſſe intelligitur, vt latius infra docebimus. Item res tam incorporales quam corporales vtiliter ſtipulamur: veluti ſeruitutes, quarum ſtipulatio valet quamuis prædii dominus non ſit ſtipulator: licet non niſi prædium habenti acquiri poſſit. leg. exiſtimo. hic. leg. 1. communia prædio. Sed de his etiam copioſius poſtea. Denique plures ſimul res aut ſummas ſtipulari poſſumus. Et eſt animaduertendum tot ſtipulationes contractas videri, quot res vel ſummæ ſpecialiter exprimuntur. Nam his non expreſſis vna dicitur ſtipulatio, idque cuius effectus ſit ex variis huius tractatus locis obſeruare nemo non facile poterit.l.1. §. ſed ſi mihi. leg. ſcire debemus.leg. vbi autem.§.qui ſortem.leg.quod dicitur.leg. inter ſtipulantem.§.item ſi ego.leg. Titia.§. vltim. leg. pluribus.in princ.hic.& §.vltim.Inſt.de verbor.obligat. Porro non ſolum res, verum etiam facta vtiliter ſtipulamur. dicto §.vltim.Inſtitut.de verbor.obligat.teneturque promiſſor ad id quod inteſt, ſi non fecerit.l. ſtipulationes non diuiduntur.hic.l.ſi quis ab alio.ſupra de re iudic. Exempla horum factorum varia ſub hoc titulo reperiuntur. Vt cum quis rem tradi ſtipulatus eſt: quo caſu promiſſor dare, id eſt, dominium transferre non cogitur.leg. ſi rem tradi. leg.vbi autem. §.vlti. hic. Quanquam Vlpianus in eo, qui promiſit vacuam rei poſſeſſionem tradere contra ſcripſerit.leg. in conuentionalibus. ſupra de vſuris. Hæc enim ſtipulatio non nudum factum continet, ſed ius & cauſam bonorum. leg. ſi ita ſtipulatus. ſupra de vſur. Aliud exemplum eſt, cum quis nomine Titii ſoluturum ſe promittit: cuius ſtipulationis vis & effectus eſt, vt ita demũ promiſſor conueniatur, ſi ſtipulatoris interſit, id eſt, ſi Titius locuples non ſit. leg. ſi ita ſtipulatus fuero. §. poſſum. hic. Qui enim ita ſtipulatur, alteri ſtipulari videtur. vnde inutilis eſt ſtipulatio niſi interſit ſtipulantis. leg. ſtipulatio iſta. §. alteri. Nec ſane credendum eſt promiſſorem in hoc caſu Titii fideiuſſorem eſſe, cum non promittat ſe ſoluturum eſſe quod Titius debet, ſed nomine Titii fideiuſſor tam ſuo quam rei principalis nomine ſoluere poteſt. leg. indebitam. ſupra de condictione indebiti.

Aliorum quorundam factorum hic fit mentio, vt inſulam fieri decem ſalua fore, decem dari curare hominem ſiſti, dolum malum abeſſe, & ſimilium, quæ nos breuitatis cauſa attigiſſe contenti ſimus. l. illa ſtipulatio. l. qui inſulam. leg. ſtipulatio iſta. §. vltim. l. ex ea parte. leg. quoties quis. hic. Sed quod ſupra dictum eſt, ſtipulationem facti vtilem eſſe, ſic accipi oportet, niſi impoſſibile factum ſit. l. non morituꝛum. C. de contrahend. vel commit. ſtipul. l. ſi ſtipuler. leg. ſi homo mortuus. hic. Impoſſibile autē hic vocamus, non quod promiſſori poſſibile non eſt, ſed quod à nemine effici poteſt. leg. continuus. §. ſi ab eo. hic. Sed etſi turpe factum ſit, legibuſque ac bonis moribus contrarium, æque inutilis eſt ſtipulatio. leg. generaliter. leg. ſi flagitii. dict. leg. ſi ſtipuler. hic. Præterea ſi factum alienum promittatur, inutilis eſt ſtipulatio. §. ſi quis alium. de inutilib. ſtipul. leg. inter ſtipulantem. in princip. leg. ſicut. infra. de fideiuſſor. leg. cum qui. §. ſed etſi quis. de conſtit. pecu. Nec obligatur promiſſor ex tali ſtipulatione, niſi pœnam promiſerit. §. verſa vice. Inſtitut. de vera. oblig. Vnde tractatum eſt, ſi emptor à venditore ſtipulatus ſit rem ſibi venditam habere licere, valeatne huiuſmodi ſtipulatio, quam in venditione contrahenda olim interponi ſolitam fuiſſe præter varia iuris auctorum loca, præſertim ſub titulo de euiction. formulæ quoque ac leges venalium vendendorum, quæ apud Varronem leguntur lib. 2. de re ruſtica, fidem faciunt. l. ex empto. alias l. emptorem. §. qui autē. ſupra. de action. emp.

De ſtipulatione habere licere.

Itaque vt Vlpiani verba in capite 38. huius tractatus, quæ vulgo obſcura eſſe creduntur, dilucide explicemus, ſciendum in ea ſtipulatione habere licere, hoc contineri, vt ſine controuerſia aut interpellatione cuiuſquam rem habere liceat. l. ſtipulatio iſta habere licere, in princip. & l. habere. infra de verbor. ſignific. Proinde hanc ſtipulationem partim valere, partim non valere dicendum eſt. Nam qua enus de ſe promittit, obligatur promiſſor, etiam hæredis ſui, vel cæterorum ſucceſſorum nomine, dict. leg. ſtipulatio iſta. verſic. ſed ſe obligat. Quatenus autem promittere videtur per quoſcunque alios futurum vt emptori habere liceat, ſtipulatio tanquam alieni facti inutilis eſſe intelligitur, dict. leg. ſtipulatio. in princip. Quod eſt accipiendum, niſi duplum aut pœnam aliam promiſerit venditor, dict. leg. ſtipulatio. §. ſi quis. & §. quæſitum. Quo caſu quiſquis rem euicerit ab emptore, committitur ſtipulatio aduerſus venditorem. dict. leg. habere licere. leg. ſi rem. leg. ſeruus venditus. de euict. cum ſimilib. Quare tametſi venditor ex natura contractus rem habere licere præſtet quam vendidit: leg. venditor. de euict. tamen quia ſi contractum fuerit, pœna ſolet promitti, vtilitatem adfert hæc ſtipulatio. Pœna vero non adiecta ad committendam ſtipulationem ab ipſo promiſſore aut eius ſucceſſoribus controuerſiam moueri & rem adduci oportet. dict. leg. ſtipulatio §. ſed quatenus. Pleraque alia de hac ſtipulatione ab eodem Vlpiano ſcribuntur. dict. l. ſtipulatio ad quæ intelligenda hæc ſufficere arbitramur. Cæterum ſi quis ſe effecturum aut curaturũ promittat vt alius det vel faciat, obligatur, quia proprium non alienum factum promittit d. §. ſi quis alium, leg. vltim. de rebus cred. At in quibuſdam ſtipulationibus id actum lex interpretatur, ex quibus ideo naſcitur obligatio vt cum quis dominum rem ratam habiturum ſpondet. l. in ſtipulatione. rem ratam haberi. Sed ſi quis alium ſiſti promittat, acturum ſe vt ſtet promittere intelligitur. l. quoties quis. hic. Item qui alium pro ſe fideiuſſurum promittit, nihil aliud quam ſe fideiuſſorem eum daturum promittere interpretamur. leg. quæ autem. §. ſed & ſi quis. de conſtit. pecu. Idem videtur ſenſiſſe Paulus de his ſtipulationibus, Dolum malm abeſſe, & habere licere. Cum ait, eum qui ita ſpondet, non meram negationem, id eſt, ſimplex abnutiuum ſpondere, ſed curaturum ſe. & cæt. leg. inter ſtipulantem. in prin. hic. Quod ſi verum eſt, ſupra nos falſa aſſeruiſſe neceſſe eſt, ſtipulationem habere licere, niſi pœna adiecta ſit, ad factum extranei non pertinere, ſed promittentis tantum eiuſque ſucceſſorum. Hic nodus multis negotium exhibuit, quem nos veterum ſententiam ſecuti, facile diſſoluemus, & Paulum ab Vlpiano nihil diſſidere demonſtrabimus. Nam promittens habere licere, factum ſuum duntaxat ſuorumque hæredum præſtat: extraneorum minime, niſi quod curare & operam dare debet, ne quis etiam extraneus ſtipulatorem interpellet, ab eoq; rem auferat. Qua in re ſi fruſtra diligentiam adhibuerit, euicta re ab extraneo non tenebitur, qui a curare tantum, nō etiam facere vt rē obtineat ſtipulator obſtringitur. Quod ſi teneri eum facere vt rem habere liceat ſtipulatori, quod longe amplius eſt quam curare pugnātia ſcripſiſſe videri poſſent, vt nonnullis perſuaſum eſt l. illa ſtipulatio. hic. l. ſi hæres iuſſus de legat. 1.

Cap. VI.

Quibus modis fiat ſtipulatio.

Stipulatio non tantum pure, ſed etiam ſub conditione, aut in diē fieri poteſt. l. omnis. de verbor. obligationib. Quod pure promittitur, id eſt, ſine die, & conditione, ſtatim debetur, & peti poteſt. d. §. omnis. l. eum qui Calendis. §. quoties. hic. l. cedere diem. de verb. ſignific. l. cum ſine præfinitione. quando dies legati cedit. l. in omnibus. infra de regulis iuris. Aliquando tamen ſtipulationi tempus ineſt, licet adiectum nō ſit. l. ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. hic. idq; variis ex cauſis contingit. Nam ſi quis certo loco ſe daturum ſimpliciter promittat, non niſi eo tempore elapſo conuenietur quo ad eum locum poſſit perueniri. Quod & in fideiuſſore locũ habet. d. §. quoties. l. 2. §. qui ita. de eo quod certo loco. & loca. de verb. ſignif. l. ſi teſtamento. §. vlt. de fideiuſſo. Et hoc temporis ſpacium iudicis aut boni viri arbitrio perpenſis diligenter omnibus circumſtantiis æſtimandum relinquitur. l. continuus. §. cũ ita. hic. Interdum ex re ipſa ſtipulatio dilationem capit, quæ ſcilicet in rerum natura non eſt, ſed eſſe ſperatur: veluti ſi id quod in vtero ſit, aut fructus naſcituros ſtipulemur. leg. interdum. hic. l. 1. de condit. & demonſt. Idem dicendum eſt, & cum quis domum ædificari ſtipulatur. ſicut enim promiſſor fabris & operariis vndique conquiſitis feſtinare non cogitur, ita ſi vnum aut alterum adhibere velit, ferendus non eſt, ſed modum vbique ſeruare σπεύδειν βραδέως, vt eſt in veteri prouerbio, debet. dict. l continuus. §. item qui inſulam. Ex natura quoque contractus aut negotii quod geritur, tempus ineſſe arguimus: vt ſi quis pecuniam creditam pure ſtipulatus fuerit ſibi reddi, quam ſtatim repoſci antequam potuerit vti ea debitor, natura contractus non patitur, arg. leg. in commodata. §. ſicut. ſupra commoda. l. ſi quis ſic. infra, de ſolut. Denique in omni ſtipulatione pura modicum aliquod tempus ineſſe æquitas ſuadet quo res promiſſa ſolui poſſit: quod quia iure definitum non eſt, arbitrio iudicis committitur. §. vltim. de inutil. ſtipul. l. quod diximus. & l. ratum. infra, de ſolut. & l. 1. de iure deliber. Ita tamen vt ſi debitor pecuniā ſe non habere, nec creditorem inueniri poſſe cauſetur, non protinus maior ipſi dilatio indulgetur, d. l. continuus. §. illud Cum ſtipulatio cōcipitur in diem, licet obligetur promiſſor, tamen interim differtur petitio & exactio, d. §. omnis. d. l. cedere diem. & §. quibus autem. de actio. Inſtit. Nec refert an eadem des inſit ſtipulationi, an verbis nominatim exprimatur. l. ſi ita ſtipulatus eſſem. l. eum qui Calend. §. quoties. leg. interdum. l. continuus. §. cum ita. hic. Solui autem recte ante diem poteſt, cum amplius quam debet ſoluat qui ita ſoluit, d. §. quibus autem. l. quod in diem, de ſolutio. l. poſt mortem. C. de fideicom. l. patrem. de his quæ in fraudem credit. l. 1. de condit. & demonſt. Quod eſt accipiendum, niſi creditoris interſit ante tempus non ſolui; ſiue eius tantum gratia, ſiue vtriuſque appoſitum ſit, l. eum qui. de annuis legat. l. qui Romæ. in principio. l. ſi ita relictum. §. Pegaſus. de legat. 2, Quod cum incertum ſit, fauore promiſſoris adiectum interpretamur. l. cum tempus. de regul. iur. Sed ſi in diem incertum quis promiſerit, creditor ante diem recipere ſolutionem non tenetur. l. ſtipulatio iſta. §. inter certam. hic. Nam dies incertus conditionē facit. l. dies. de condit. & demonſt. Atqui graue atq; durum eſſe videtur ſub cōditione debitam pecuniam, ea nondum exiſtente, inuitum creditorem cogi recipere, quā deficiente fortaſſis ea, reſtituere poſtea compellatur. Dubiũ tamen non eſt quin pecuniam ſub conditione debitā ſoluens liberetur, ſi poſtea extiterit. l. ſub conditione. infr. de ſolutionib. Et quia non vno modo tempus adiici ſtipulationib. ſolet, eaque res magnam iuris varietatem inducit, de ſingulis hoc loco tractabimus. Primum igitur Calendis dari recte ſtipulamur,

mur, quæ ſtipulatio de proximis intelligenda eſt, niſi certas Calendas expreſſerimus. Secundo aliquando vel ante Calendas vel intra Calendas: quod perinde accipi debet ac ſi Calendis ſtipularemur, vt ſcilicet ſolis Calendis vtroque caſu promiſſor conueniri poſſit.leg.ſi ita ſtipulatus fuero decem. & l. qui ante.l.eum qui ita.§.qui ita. hic. Tertio ſtipulari poſſumus hoc anno, aut hoc menſe, aut certis nundinis, puta Lugdûnenſibus dari: quo caſu niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, aut quandiu vel exiguum tempus ſupererit earum nundinarum ſpatio, agi non poterit, tametſi ante ſolui poſſit.l. qui hoc anno.leg.eum qui certarum.hic. leg.quod quis. ſupra, tit. proxim. Aliud tamen dicendum eſt, quando quis hodie decem dari ſtipulatur, quandoquidem non differendę actionis cauſa dies inſertus videtur, verum quo pręſens oſtendatur eſſe reſponſum.leg.liber homo.118.§.decem.hic. Quarto ſtipulatio in annos vel menſes ſingulos vtiliter concipitur. Ac tametſi, cum in ſingulos annos aliquid legatur, tot legata eſſe, quot anni credantur, primumque anni legatum ſit purum, ſequentium vero annorum legata ſint conditionalia: tamen hic vna ſtipulatio non plures eſſe dicuntur.leg.ſi Stichum.§.ſtipulatio.hic.leg.ſi in ſingulos. leg. cum in annos.de annuis legatis, leg.ſenatus.§.vltim.de donat. cauſa mortis. Dicitur ea quoque ſtipulatio incerta, ob id, opinor, quod incertum infinitumque ſit præſtationis tempus. Et perpetua, quod morte ſtipulatoris non finiatur, ſed ad eius hæredem tranſeat.dict.§. ſtipulatio. leg. veteris. Codic. de contrah.vel commit.ſtipul. Quinto poteſt quis ſtipulari decem aureos ſimpliciter quoad vixerit. Quo caſu perpetua quidem eſt obligatio, & ad hæredem tranſit: quoniam iuris auctoribus placuit, inter modos obligationis tollendæ tempus non numerari: ſed hæres petendo exceptione pacti ſubmouebitur.l.eum qui ita.§.qui ita.hic. §.at ſi ita.Inſtit.eodem l. obligationum fere.§. placet. ſupra, tit.proxi. Cæterum dies adiecta ſolutionis differendæ non multiplicandæ aut finiendę obligationis cauſa, efficiet vt abſq; vlla interpellatione in mora conſtituatur promiſſor, pœnaque committatur. l. magnam. Codic.de commit. vel contrahen. ſtipul. leg. traiectitiæ. ſupra, tit. proxi. Quod locum habet etſi mortuo promiſſore ante aditam hæreditatem tempus finitum ſit. l. ad diem. hic.l.debitor. de negot. geſtis. Non idem tamen dicendum eſſet de creditore mortuo, cum nemo ſit cui poſſit ſolui.leg. pecuniæ.ſupra de vſuris. Sed quod dicitur lapſu diei pœnam committi, ſic intelligendum eſt, niſi à creditore prolata ſit.l. cum ſtipulatus ſim.hic. Nam procurator diei proferendæ facultatem non habet, niſi libera vniuerſorum bonorum adminiſtratio fuerit ei conceſſa, quod in ſpecie illa nobili de Callimacho mutuam pecuniam nauticam accipiente, apud Scæuolam tractatum eſt.leg.qui Romæ.§.Callimachus. Sub conditione quoque ſtipulatio recte contrahitur, vt ſi hoc vel illud feceris, aut dederis. Item, ſi qua mihi nupſerit, Si in Capitolium aſcenderit, &cæt. Ex qua tunc demum naſcitur obligatio cum conditio extiterit. dict. §.omnis. Si in futurum tempus non in præſens præteritumve collata ſit. l. conditio. leg. ſi ita ſtipulatus fuero. hic. Sed huius obligationis ſpecies ad hęredem tam ſtipulatoris quam promiſſoris tranſmittitur. leg. ſi quis, ſi Titius. hic.§. ex conditionali. Inſtit. eodem. tit. Solet autem concipi hæc conditio per dictionem, Si, vel Cum, inter quas nihil intereſſe ſcribit Vlpianus, leg. quodcunque. §. non ſolum. hic. Cuiuſque rei exempla hæc fere leguntur, cum morieris, cum Titius debitor tuus eſſe deſierit.leg. huiuſmodi ſtipulationes. hic. Si tamen ita ſtipulatus fuero, decem cum petiero dari, admonitionem magis quandam, quo celerius reddantur, quam conditionem habet ſtipulatio.leg.ſi dicam.hic. Plane quod dictum eſt, exiſtente tantū conditione naſci obligationem, non ita accipi debet, quaſi non retro poſſit deberi pecunia, ſi hoc actum ſit, vt in hac ſtipulatione, Si Titius Conſul factus fuerit, tunc ex hac die in ſingulos annos dena dare ſpondes? l. huiuſmodi ſtipulatio.& leg. ſi ita ſtipulatus fuero. hic. Eſt præterea notandum non exiſtente conditione agi poſſe, quamuis obligatio nata ſit: quod fortaſſis præter conditionem ſtipulatio diem quoque habeat, quam expectari neceſſe eſt: vt in hac ſtipulatione, Si Calendis Stichum non dederis, decem dare ſpondes? Nam perinde hæc ſtipulatio accipienda eſt mente contrahentium, ac ſi ſtipulatus ſim dare Stichum Calendis, & ſi Calendis Stichum non dederit, decem ſcilicet Calendis, vt dies repetita intelligatur, leg. in illa ſtipulatione. leg. qui ſic ſtipulatur.hic. Aliud dicendum eſt, in hac ſtipulatione, ſi Lucius Titius ante Calēdas Maias in Italiam non venerit, decem dare ſpondes? Ex qua non expectatis Calendis decem poſſunt peti ſimulatque exploratum fuerit, Lucium venire non poſſe, quoniam hæc ſupradicta ratio ceſſat, leg. hoc iure. hic. Item illud quæritur, ſi plures ſint conditiones adiectæ ſtipulationi, an omnes impleri oporteat, vt committatur ſtipulatio? Et dicendum eſt, ſi diſiunctæ ſint, vnius implementum ſufficere: ſi copulatiuæ, non item.leg.ſi ita quis ſtipuletur. l. ſi quis ita ſtipulatus fuerit.hic. Ad extremum notandum eſt, quaſdam conditiones eſſe quæ ſtipulationi adiectæ ipſam inutilem reddunt, vt hæc, ſi promiſſor voluerit. Nulla enim promiſſio conſiſtere dicitur, quæ ex voluntate promittentis expreſſa ſtatum capit, leg. centeſimis. §. vltim. leg. à Titio. §. vltim. hic. leg. ſub hac conditione. ſupr. tit. proximo. Eiuſdem generis eſt hæc & conditio impoſſibilis, leg. impoſſibilis. Cum enim ſciant impoſſibilem eſſe conditionem quam ſtipulationi adiiciunt, apparet eos nihil agi exiſtimare, ideoque conſenſum ſine quo non valet ſtipulatio deficere, leg. non ſolum. ſupr.tit.proxi.leg. an inutilis.infra de acceptil.leg.cum hęres.de ſtatuliber.leg.ſi ſub impoſſibili.infra de fideiuſſor. §. ſi impoſſibilis.de inutil. ſtipul. Inſtit. idq; in omnib. contractib.locum habet, d. l. non ſolum. Non tamen in vltimis voluntatib.quod fauoris cauſa receptum eſſe videtur, l. 3.ſ.de condit.& demonſt.& l.1.de condit.inſt. Cōditionē impoſſibilē hic accipe non modo cum natura, verum etiam cum ius, vel boni mores impedimento ſunt quo minus fiat.leg.ſi flagitii. hic, leg. ſi filius.de condit.inſtit.leg.ex eo. Codic.de inutil.ſtipul. Vnde hanc ſtipulationem, Si hæredem non feceris, centum dare ſpondes? inutilem eſſe ait Iulianus, leg. ſtipulatio hoc modo concepta. hic. & leg.ex eod. C.de inutil.ſtipul. Cuius rei in Epitome tractatus de pactis actionem à cæteris non animaduerſam docuimus. Sed quid ſi duo ſeparatim ita ſtipulati ſint, Fundum illum ſi illi non dederis, mihi dare ſpondes? Videtur eſſe inutilis ſtipulatio, ex eaque neutri actionem competere poſſe, cum ſemper dare vni poſſit promiſſor, & ita efficere vt deficiat conditio, ſub qua alteri promiſſum eſt. Pomponius tamen finem dandi alteri fore, cum iudicium acciperetur, & occupantis fore actionem reſpondet, l. ſi Titius. hic. Hactenus de die & conditione ſtipulationi adiectis. Sunt alii quidam modi ſtipulationum contrahendarum, qui nequaquam prætermittendi à nobis eſſe videntur. Nam quod ſupra diximus cap.5. res plures in ſtipulationem deduci, ſciendum eſt, aut coniunctim, aut diſiunctim id fieri poſſe. Si coniunctim, nemo dubitat omnes deberi, leg. ſi quis ita ſtipulatus fuerit. & dict.leg. ſi hæredi. Si diſiunctim, ſingulas quoque res in obligatione eſſe arbitror, ſed ſub conditione ſcilicet, niſi alia ſoluantur, l. ſi duo. hic.leg.illud.de conſtit.pecun.leg.cum is. de condict. indeb.leg.3.qui & à quib. Nam promiſſoris eſt electio, eique liberum eſt quam velit ſoluere, leg.plerunque. de iure dotiū. §.huic autem.Inſtit.de act. Vnde fit vt in alternatione ſummarum minor tantum deberi dicatur, quia veriſimile eſt reum maiorem electurum non eſſe, l. ſi ita ſtipulatus fuero, 1.& 2.hic. In quibuſdam ſane caſibus amittit reus hanc electionem.

Primo, Si ex duabus rebus promiſſis vna perempta ſit, l. 3.de eo quod certo loco. l.ſi in emptione.§. vltim. de contrahend.empt. tunc enim reliqua debetur, niſi eam ante obtulerit promiſſor, l. ſtipulatus ſum Damam hic. Secundo, Si altera ex aliqua cauſa ſtipulatoris effecta ſit, leg. ſi Stichum. hic. Tertio ſi nominatim expreſſum ſit vt creditoris ſit electio, dict.l.plerunq;. An autem ei cui competit electio, poſtquam ſemel elegerit, voluntatem ſuam mutare liceat quæritur? Et dicendum eſt, cum quis legis beneficio electionem habet, qualis eſt reus qui pure & ſimpliciter illud aut illud promiſerit, quoties volet voluntatem ſuam eum mutare poſſe, leg. eum qui certarum.§.cum pure.hic. Nam ſi ex conuentione verba ſtipulationis erunt inſpicienda, quæ ſi ita concepta ſit, vtrum voluero, ſemel eligens, ſiue ſit actor, ſiue reus, mutare voluntatem non poterit. Si vero tractum

habeat ſermo, & ſit talis vtrum volam, reo quoties volet, actori vſque ad litem conteſtatam mutandæ voluntatis facultas conceditur, l. ſi quis ſtipulatus ſit.l.vbi autem. §.qui illud.hic. Et nota, quod huiuſmodi electio perſonalis eſt, adeo vt in perſonam filii aut ſerui collata, ad patrem aut dominum non tranſeat, l.ſi ſtipulatus fuerim.leg.vltim.in princip.hic. Tranſit tamen ad hæredem, ſi forte ſtipulator ante electionē deceſſerit, d.l.ſi ſtipulatus.& l.illud.de optione legat. Crediderim tamen mortuo filio, aut manumiſſo ſeruo ante electionem ad patrem dominumve electionē deferri.l. ſi Pamphilo.de opt.legat. Præterea quæ iam diximus, id eſt, diem, conditionem, alternationem, &c. extrinſecus accidere poteſt arbitrium quod in perſonam tertii cuiuſpiam conferatur: & hoc caſu ſi non arbitratur ille, effectum non habet ſtipulatio, cum ab eius perſona recedendum non ſit. l. ſi quis arbitratu. hic.l.vlt.C. de contrahen.vel commit.ſtip. Plane ſi arbitratum eum eſſe proponas, tunc à perſona recedi poteſt. ſed ſi præter æquum forte arbitratus fuerit, ad boni viri arbitratum redigi nihil prohibet.l.ſi ſocietatem. §. arbitriorum. ſup. pro ſocio. De arbitrio vltimis voluntatibus inſerto quid iudicandum ſit, alibi tractatum eſt. l. 1.de legat. 2.l.multa.de condit. & demonſt. Quædam denique clauſulæ ſunt quæ commoditatis cuiuſdam ac vtilitatis gratia magis quam neceſſitatis aſcribuntur ſtipulationibus: quarum præcipua eſt doli mali clauſula, id eſt, dolum malum abeſſe, &c. Cum enim omnes caſus ſpecialiter comprehēdi (vt Iulianus ait) occupari, id eſt, præueniri antequam accidāt non poſſint, conſultiſſimum eſt eam clauſulam ſubiicere quæ ad incertos caſus pertineat.leg. ſtipulationes commodiſſ. Committitur autem hæc ſtipulatio ita demum ſi promiſſor ipſe vel eius hæredes dolo quid fecerint. Nam extranei dolum non præſtat, niſi pœnam promiſerit. l. ſtipulatio iſta.§.ſi quis dolum.hic.l.hæc certa.de verb. ſignif.l.hac ſtipulatione. ſup. vſufruct. quemad. cauea.l.nouiſſima. infr.iudicatum ſolui. C. etſi ita excepta ſit ſtipulatio. Huic rei promiſſionique dolum malum abeſſe, &c.ſi non recte & vtiliter formula cautionis ſiue ſtipulationis concipiatur, ad id quod intereſt poterit agi. l. ex ea parte, hic. Committitur præterea ſi promiſſor non fecerit nec curauerit vt dolus malus abſit, quia non ſimplex abnutiuum continet hęc ſtipulatio, leg. inter ſtipulantem. hic. Ad eas vero partes ſtipulationis de quibus nominatim cauetur, & ad caſus nominatim exceptos hæc clauſula minime pertinet, licet generalis.leg.doli clauſula. hic. Exempli cauſa: Venditor promiſit emptori eius legis beneficio, ſe non vſurum, qua prætextu minoris pretii à contractu recedere permittitur, l. 2.C.de reſcin. vendit. Ob clauſulam doli poſtea ſubiectam non poterit agi vt diſſoluatur venditio, arg.l. ſi fine. §.ſi in ſtipulatione.rem ratam hab. An hæc ſtipulatio diuidua ſit an contra, ſuo loco agetur, l.4.

Cap. VII.

De diuiſione ſtipulationum.

Prima ſtipulationū diuiſio.

STipulationum quædam ſunt certæ, quædam incertæ, l.ſtipulationum.hic. Cum ex verbis ipſis aut aliqua relatione apparet quid, quale, quantumque ſit quod ſtipulamur, certum dicitur continere ſtipulatio.l. certum.ſupr. de reb. cred. Cum id non apparet, incertum. Vtriuſque multa & varia referunt exempla Iuriſconſulti tum Vlpianus, cum cæteri paſſim ſub hoc tit. l. vbi autem, hic. At incertæ quidem hæc fere ſunt, hominem, fundum vinum, frumentum, vſuras, vſumfructum fundi certi, fructus, ex fundo certo naſcituros decem aut hominem ſub alternatione dari, foſſam fodiri, vacuam poſſeſſionem tradi, pecuniam credi, vel mutuam dari, d. l.vbi autem, l. ſi pœnam. hic. Item ſi quis ex pluribus fundis, vnum puta Seianum ſimpliciter fuerit ſtipulatus, incerta erit ſtiputio. l.qui ex pluribus. Certæ ſtipulationis exempla hæc ſunt aureos decem, fundum Tuſculanum, pœnam certam ſi mihi pecuniam non credideris dari, d.l. ſtipulationum.cum ſequenti, d. l.pœnā. Quod mihi debes ex teſtamēto.& d. l. vbi. §.illud. Quædā certū & incertū continent ſimul, vt ſi quis ſortem & vſuras ſibi aut Titio decem dari ſtipuletur, dict.l.vbi.§. qui ſortem l. liber homo.§.vlt. hic. Quæ omnia diligenter obſeruanda ſunt, vt cognoſcamus conditione certi an ex ſtipulatu actio danda ſit, §. 1.Inſtit. de verbor.oblig.l. certi condictio. ſup.de reb.cred. Adde quod ad diſcernendas ſtipulationes vtiles ab inutilibus hæc quoque diſputatio conducit, vt reliquos effectus miſſos faciam. Quædam iudiciales ſunt, aliæ prætoriæ, aliæ conuentionales, aliæ communes, l. 5.hic.& toto tit.de diuiſ. ſtipul.Inſt. Hanc diuiſionem nemo interpretum excepto Theophilo, recte mihi explicaſſe videtur. Et ſane fieri non poteſt quin obſcura ſit iis qui officium Prætoris à iudicis officio diſcernere non norunt, iudicemque non hic modo, ſed in aliis quoque ſexcentis locis pro iudice dato ſeu priuato, non pro magiſtratu accipi ignorant. Qua de re nos ſatis accurate diſſeruimus in tractatu de pact.l.Iur ſ. gentium.§.1. Theophilus autem rem quaſi ſuo tempore (vt opinor) minime dubiam, prætermiſit. Prætoris enim officium non in iudicandis rebus verſatur, præterquam in certis cauſis extra ordinem ſed in iudiciis ac bonorū poſſeſſionibus dandis, in decernēdis cautionibus quę Prætorię hic dicuntur, & aliis id genus negotiis. Iudicis vero officium in cognoſcendo conſiſtit ac iudicando ſecundum eius formulæ pręſcriptū, quam à magiſtratu accepit: nec ideo iuriſdictionem habet, ſed tantum notionem, vt argumentis pene multis in eodem commentario noſtro docuimus. Pretoriæ igitur ſtipulationes ſeu cautiones dicuntur quas Prætor ex officio illo ſuo decernit, vt damni infecti, & legatorum nomine, vt tit.de damno infecto.ſupr.& toto titulo, vt legat.nomine caueat. His ſimiles ſunt ędilitiæ, quæ ab ædilibus videlicet, ex ipſorum officio decernuntur circa eas res de quibus iuriſdictionem habent, l. ſi venditor. ſup. de ædilit.edict. Iudiciales ſunt, quæ iuſſu iudicis de lite cognoſcentis, & rei ipſius gratia quæ in iudicium deducta eſt, interponuntur. Exempla idem Theophilus valde perſpicua tradit, & ex noſtris auctoribus quædam colligi poſſunt, leg. ſi poſt acceptam. ſup.de rei vindic.l.creditor.de pig.act.leg. ſi cum exceptione. §. quatenus.de eo quod met. cauſ.& leg redhibere. ſupr.de ædilit.edict. Communes ſeu mixtæ ſunt quæ non ex mero, id eſt, ſolo Prætoris aut iudicis officio proficiſcuntur, vt ſtipulatio, Rem pupilli ſaluam fore, de qua ſpecialis eſt tractatus inf.item ſtipulatio duplæ. Communes dicuntur, quia non ſolum iudicis iuſſu interponuntur, ſed nonnunquam etiam ædilis ipſius. Vnde ab ædilitio edicto venire dicitur, id eſt, vt nos interpretamur, iuſſu eiuſdem ſeu imperio: licet alii aliter. Quæ res maximorum errorum cauſa fuit. Liuius Decad.3.lib.7.*AEdilium curulium*, inquit, *edicto conuocatæ, quibus in vrbe Roma intraque decimum lapidem ab vrbe domicilia eſſent, ipſæ inter ſe quinque viginti delegerunt, &c.* Conuentionales ſunt, quæ ſine Prætoris aut iudicis ciuſdam iuſſu fiunt à contrahentibus. Ac tametſi prætoriarum & iudicialium pauca admodum exempla ſint, harum tamen tot ſunt quot genera rerum contrahendarum. Nullum enim negotium inter homines contrahitur, ſuper quo non recte interponatur ſtipulatio, vt ſupra alio in loco ſcripſimus. Hinc fit vt Prætoriæ ſtipulationes ex Prætoris ipſius, conuentionales ex contrahentium mente interpretationem accipiant, l. in conuentionalibus. hic.& l. in Pętoris.inf. de prætor. ſtipulat. In Pętoriis quoque ſi quid addi vel detrahi vel immutari oporteat, Prætoriæ id erit iuriſdictionis: in cæteris contra, dict.leg. in conuentionalibus.l.1.§.vltim.infra de prætor. ſtipul.

Secun. ſtipul. tionu. diuiſi.

Iudicis nomen quomodo in textu reaccipiatur.

Cæterum Pętoriæ ſtipulationes ſubdiuiduntur in iudiciales, cautionales, & communes, l. 1. infra. in princ.de prætoriis ſtipul. Iudiciales dicuntur quæ ideo auctore Prætore interponuntur, vt iudicium ratum ac magis firmum ſit, vt iudicatum ſolui, & de rato ſtipulatio. l.1.§. 1. & de diuiſione ſtipul.in Inſtit.§.vlt. Quarum hæc à procuratore actoris, ſi de mandato non conſtet, illa à procuratore eius vnde petitur, quamuis mandatum habeat, exigi ſolet, toto tit. iudicatum ſolui, & rem ratam haberi.infr.& tit.de ſatiſdat.Inſtit.& leg. vnica.Codic.de ſatiſdat. Cautionales ſunt quæ non ad iudicii confirmationem fiunt, ſed ad hoc tantum vt quis cautior & ſecurior ſit. dicunturque cautionales, quod tantum cautionales ſint, non etiam iudiciales, contracto vocabulo quod alioquin late patet. dict.leg. 1.§.1. Huius generis ſunt, Damni infecti ſtipulatio, Saluam fore rem pupilli. Ac nonnunquam etiam de rato ſtipulatio, quam & iudicialem eſſe

Prætoriarum ſtipulationum diuiſio.

lem eſſe poſſe diximus. Communes ſunt quæ fiunt iudicio ſiſtendi cauſa. Licet enim vt iudicium ratum ſit, minime interponantur, ideoque iudiciales dici non poſſint: tamen quia ad iudicium aliquatenus pertinent, non mere cautionales dicuntur. Itaque hæ mixtam quandam naturam habentes, tertiam ſpeciem conſtituunt, d.l.1.§.1. Quædam etiam ſtipulationes in dando, aliæ in faciendo, l. 2. in princ. hic. vt ſi quis ſibi pecuniam dari ſtipuletur, quo verbo & plurimum dominij translatio non ſimplex traditio ſignificatur, l. vbi autem. §. vlt. hic. & §. ſic itaque. Inſtit. de actio. In faciendo, vt cum quis ſtipulatur ædificari inſulam, rem tradi, l. ſi rem tradi. hic. Et animaduertendum eſt verbum facere hic anguſte capi, vt dationi opponatur. Nam latius accipiendo, qui dat, facere quoque dici poteſt, l. in facto. de condit. & demonſtr. l. verbum facere. infra de verbor. ſignific. ſicut & is qui loquitur & aliquid dicit, tametſi dicta proponantur factis nonnunquam, l. aut facta. in princ. infra de pœnis. Hoc amplius aliquando verbum hoc (quod magis mireris) non facere quod ei ex diametro contrarium eſt continet, l. cum quid. hic. & §. vlt. Inſtit. de verb. oblig. l. ſi vxor. de nuptiis. Huic diuiſioni denique plerique tertium membrum quod à Paulo omiſſum eſt, addunt, & quaſdam aiunt mixtas eſſe: vtpote quæ in dando ſimul & faciendo conſiſtant, l. veteris. C. de contrahen. & commit. ſtipul. vt ſi quis ſtipuletur ſibi rationes reddi, l. cum ſeruus. de condit. & demonſt. Sed nouum non eſt vt ſub duobus ſimplicib. expreſſis, mixtus caſus contineri intelligatur, l. ita ſcriptum. de liber. & poſthumis. cum ſimilib. Quædam diuiduæ ſunt, quædam indiuiduæ, l. 2. §. 1. hic. Huius diuiſionis explicandæ gratia ante omnia ſciendum eſt, ex natura ipſius rei quam ſtipulamur, diuiduam ſtipulationem iudicari, aut indiuiduam: vt ſcilicet diuidua ſit ſtipulatio eius rei quæ diuiſionem admittit: alioquin indiuidua. l. 4. § Cato. l. ſtipulationes non diuiduntur. hic. Porro cum quæritur diuiduane ſit res, an indiuidua, non tam vtique ſpectandum eſt, quid Phyſica ratione diuidi poſſit, aut non poſſit, quam quod ius noſtrum, quod & eam rationem in pleriſque ſequitur, ac vſum hominum videlicet, permittat in partes diuidi, aut non permittat, vt ex his quæ ſequuntur manifeſtius apparebit. d.l. 2. §. 1. Hoc iacto fundamento, vt diuiduarum atque indiuiduarum vis & natura magis eluceſcat, nos Paulum veluti ducem ſequuti, eas quæ in dando ab iis quæ in faciendo conſiſtunt diſtinguemus. ac vt ab his quæ dationem continent incipiamus, ſit hæc prima regula: Stipulatio certæ pecuniæ, ſiue quantitatis dandæ recipit diuiſionem. d.l. 2. §. 1. Nam pro parte & peti & ſolui poteſt. Nec refert an eadem perſona ſit, an plures, quæ debeant, quibuſve debeatur. l. in executione, §. ſpecies. hic. l. 1. C. ſi cert. peta. l. ſi ſtipulatus ſim. §. qui decem. infra de ſolut. l. 1. §. ſi pecunia. depoſ. l. ea quæ. C. famil. erciſcund. Hæc enim diuiſio quæ numero fit, & in partes pro diuiſo propter naturam rei quæ functionem recipit in ſuo genere, tam ſtipulatori, quam promiſſori, commodiſſima eſt. l. cum Stichus. de ſolut. l. 2. de reb. credit. Sed quæri poteſt, an creditor inuitus partem pecuniæ ſibi debitæ recipere cogatur, vt pro parte liberetur debitor. Ego cum paucis quibuſdam cenſeo, & inuito creditore diuidi ſolutionem poſſe. l. quidam exiſtimauerunt. de reb. credit. Præterquam in exceptis caſibus, de quibus alibi fuſius. l. tutor. l. Lucius. de vſur. cum ſimilib. Nam alioqui inter generis ſtipulationem & quantitatis contra legis ſententiam nihil intereſſet, cum ſit æquiſſimum, vt debitor generis volente creditore partem ſoluens pro ea parte liberationem conſequatur. l. 2. §. mutui datio. ſupra de reb. credit. Hæc regula quaſdam exceptiones habet. Prima eſt, ſi pecunia pro opere faciendo promiſſa ſit. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de leg. 3. Nam cum operis effectio diuiſionem non recipiat, vt poſtea dicemus, l. in executione. hic. nec pecunia quidem in id deſtinata diuidi debet. Secunda exceptio eſt, ſi pecunia tanquam pœna, niſi fundus puta, vel alia res detur, promiſſa ſit. Quo caſu ſi tota res non fuerit data, in ſolidum committitur ſtipulatio. l. 5. §. vlt. l. in executione. §. item ſi ita. hic. l. cui fundus. de condit. & demonſtrat. Singuli tamen hæredes non ideo conueniuntur in ſolidum, ſed tantum pro partibus hæreditariis, l. 4. §. Cato. Tertia exceptio eſt: cum ex noxali cauſa agitur. Nam à ſingulis ipſius ſerui dominis in ſolidum non pro parte exigitur defenſio. l. ſi ſeruus communis. de noxali actio. l. vt tantum. §. item ſi ſeruus. de ſeruo corrup. l. ſi cum vno. ſi ex noxa. cauſ. aga. Et generaliter dicendum eſt, quoties hanc fuiſſe contrahentium voluntatem apparet, vt ſinguli in ſolidum teneantur, diuiduam ſtipulationem non eſſe, tametſi dationem quantitatis contineat. l. 2. infra de duob. reis. cum ſimil. Secunda regula: Stipulatio certæ ſpeciei, ſiue corporis dandi diuidua eſt, niſi aliud actum ſit inter contrahentes. l. ſi ſtipulatus ſim. §. qui. de ſolut. Fit autem hæc diuiſio in partes incertas & pro indiuiſo, quæ intellectu magis habeantur quam corpore, non in certas atque diſcretas, vt in quantitate diximus. l. in ſtipulationibus. hic. & l. cum Stichus. de ſolut. & l. ſeruus communis. de ſtipul. ſeruor. l. Mæuius. §. duobus. de leg. 2. l. non poſſumus. ſi pars hæred. pet. cum ſimil. Cum enim natura ita comparatum ſit, vt quantitatis non etiam ſpeciei partes omnino pares, atque eædem ſint, hæc diſtributio ſi in partes certas, (& vt loquimur) pro diuiſo fieret, diuerſitas in iis & inæqualitas reperiretur, vt alibi oſtẽdimus in l. 2. de reb. credit. Hoc ita accipiendum eſt, niſi culpa debitoris perierit res, agaturque ad æſtimationem. l. ſi ſeruus. hic. & l. in re furtiua. ſupra de condict. furt. tunc enim fiet diuiſio, vt in prima regula diximus. Tametſi autem debitor ſpeciei partem ſoluendo, liberetur pro parte. dicto §. qui decem. Tamen ſi quis debeat fundum, dando vſumfructum, nullatenus eum liberari conſtitutum eſt. l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. 1. hic. quaſi vſusfructus pars fundi vere non ſit, ſed in quibuſdam caſibus tantum pro parte habeatur. l. 4. ſupra de vſufruct. l. recte dicimus. de verbor. ſignifi. Tertia regula, Stipulatio ſeruitutum eſt indiuidua. d. l. 2. §. 1. Hæ ſiquidem natura diuiſionem non recipiunt. d. l. ſtipulationes non diuiduntur. Quod ita accipiendum eſt, vt ſcilicet ab initio pars indiuiſa in obligationem deduci non poſſit: & pro parte non poſſit peti aut ſolui. Item pro parte hæreditaria ac indiuiſa non tranſeat ad hæredes ſiue ſtipulatoris ſiue promiſſoris. l. 2. l. viæ. ſupra de ſeruit. l. pro parte. eo. l. hæredes. §. an ea. famil. erciſc. l. ſi vnus. l. vnus. de ſeruit. ruſti. prædio. l. ſi quis duos. §. ſi quis partem. l. proprium. communia prædio. l. ſi communis ſeruus. de ſtipul. ſeruor. Nam quicquid commodi percipi poteſt ex ſeruitute, ex vſu eiuſdem, id eſt facto aliquo quod corpore exequamur, puta itione, aut ambulatione oriatur neceſſe eſt, atque vſum huiuſmodi natura indiuiſum eſſe conſtat, cum pro hæreditaria parte, aut alioqui indiuiſa nemo ire aut ambulare poſſit. d. l. viæ. Non enim hic de diuiſione in partes certas ac diſcretas agimus, quæ ab his ſeruitutibus aliena non eſt. l. via. §. vſus. l. ad certam. de ſeruit. l. ſi partem. de ſeruit. ruſtic. prædio. l. arbor. §. pen. communi diuid. Ea namque diuiſio tum fieri ſolet, cum à communione, non cum in commune aliquid acquirere volumus. l. non poſſumus. ſupra ſi pars hæredi. pet. & toto tit. famil. erciſcun. & commu. diuid. Plane ſeruitus iam quæſita per partes retineri poteſt, licet per partes acquiri non poſſit, idque ſtricta ratione repugnante, quod nonnunquam ea diuiſio vtilitatem adferat. l. ſub vna. §. vlt. l. pluribus. §. vlt. l. vt pomum. §. 1. de ſeruit. l. vnus ex ſociis. de ſeruit. ruſtic. prædio. Ab hac regula excipitur vſusfructus, qui inter ſeruitutes perſonales numeratur, & nihilominus recipit diuiſionem. l. 5. de vſufruct. l. 1. §. ſi vſusfructus. l. ſi is qui quadraginta. cum l. ſequent. ad legem Falcid. Vſus tamen indiuiduus eſſe dicitur: quia non ſicut pro parte indiuiſa frui, ita etiam vti poſſumus. l. vſus pars. ff. de vſu & habitatione. Verum horum omnium ratio luculentius apparebit ex iis quæ de ſtipulatione facti poſtea dicentur.

Sequuntur regulæ quædam de indiuiduitate ſeruitutum realium. Prima regula, Vnus ex ſociis ſeruitutem communi fundo imponere non poteſt: quoniam pro parte dominii quod is habet in fundo, nempe indiuiſa, non poteſt vti ſtipulator, ſed in ſolidum duntaxat, quod ſine captione alterius ſocii non fieret. l. 2. de ſeruit. ruſtic. prædio. l. ſi quis duabus. §. ſi quis partem. communia prædio. Secunda regula: Vnus ex ſociis communi fundo ſeruitutem acquirere non poteſt. Nec enim pro parte dominii quod habet ei dari poteſt, quia diuiſionem non recipit, neque in ſolidum.

quia alteri ſocio acquireret contra iuris regulam. l. pro parte. de ſeruit. l. ſi vnus.& l.vnus,de ſeruit.ruſtic. prædio. l. ſi quis ſeruus.de ſtipulat.ſeruo. Tertia regula, Hæredibus ſingulis ſtipulantis, & contra ſingulos promiſſoris hæredes ſeruitutis nomine in ſolidum competit actio. l. ab hærede.§.an ea. famil. erciſcund. l. viæ. de ſeruitut.l.2.§.ex his.hic. Quarta regula, Dominus fundi certæ parti eiuſdem pro diuiſo ſeruitutem imponere & acquirere poteſt: non enim eſt fundi pars, ſed fundus. Itaque in ſolidum, non pro parte diuiſa, hoc caſu ſeruitus acquiritur, aut imponitur. l. ſi quis duas.§.ſi quis partem. commu. prædio.l. ad certam. de ſeruitut. l. certos. §. 1. de ſeruit. ruſtic. prædio. Quinta regula, Seruitutis vſus in partes certas & pro diuiſo certis modis diuidi poteſt, videlicet menſuris aut temporibus. Verum enim eſt, pro parte temporis quem & pro parte non ire poſſe, non autem pro parte ſubſtantiali ipſius actus eundi. l. via. §.vſus. de ſeruitut. l. ſi partem. de ſeruit. ruſtic. prædio. l. arbor. communi diuid. l. Lucio. cum ſequen. de aqua quotid. & æſtiua. Non ideo tamen ſeruitus dicetur diuidua: quoniam in hac materia cum de ſeruitutibus & de diuiſione earum loquimur, partes intelligimus pro indiuiſo. l. ſi quis partem. cum ſequen. citatis ſupra. Nam diuiſio in partes certas fieri ſolet inter eos qui à communione recedere volunt, & per partes diuiſas pro indiuiſis habere. l. non poſſumus. ſupra ſi pars hæredit. petat. Quod ſi forte in ſeruitute acquirenda fuerit hoc modo facta diuiſio indiuidua, ſeruitus nihilominus dicenda erit, quod tunc etiam in ſolidum ad hæredes non pro parte hæreditaria tranſeat. Sexta regula, Seruitus iam conſtituta, fundi dominantis parte aliqua pro indiuiſo alienata, non extinguitur, ſed eam partem ſequitur ſeruitus, ſinguliſque fundi, cui debetur, dominis in ſolidum competit. l. via. §. quæcunque. de ſeruit. ruſtic. prædio.& l.3.ſi ſeruit.vindic. Septima regula, Communicatione prædiorum ſiue dominantis, ſiue ſeruientis, ſiue vtriuſque non amittitur ſeruitus iam quæſita, ſed pro parte retinetur. l. pluribus. hic. l. ſi quis hodie. de ſeruit. ruſtic. prædio. l. vnus ex ſociis. de ſeruit. ruſtic. prædio. Hic enim ceſſant illa incommoda pro parte, quoniam ſeruitutem diuidi non poſſe diximus. Octaua regula, Seruitus promiſſa tantum, nec dum conſtituta, alienata parte fundi dominantis pro indiuiſo amittitur. in eum enim caſum incidit à quo incipere non poteſt: nec poteſt ſequi fundum cui nondum quæſita ſit, l. ex parte, de ſeruit. l. ſi ſub vna. hic. Hactenus. Quarta regula, Stipulatio generis & hominis incerti vel plurium rerum ſub alternatione, veluti Stichi aut Pamphili, quantum ad ſolutionem attinet, indiuidua eſt, dicta l. 2.§.1. hic. Quare tametſi promiſſor hominis partem Stichi ſoluere poſſit, tamen ſolutione ea, donec fuerit altera pars data, neque pro parte quidem liberatur, l. ſi ſtipulatus. §. qui decem. l. qui hominem. de ſolut. idque ex legis diſpoſitione contingit ad mentem contrahentium magis quam ad rei naturam reſpicientis, ne videlicet non vnam rem integram, ſed diuerſarum rerum partes creditor conſequatur: & ſic aliud pro alio ſoluatur, inuito eo, contra iuris regulam, l. in executione. §. pro parte. hic. l. 2. de rebus credit. Quod dictum eſt de promiſſore, in hæredibus quoque eius pro parte ſoluentibus locum habet. l. 2. §. ex his. hic. Idemque de fideiuſſoribus eiuſdem dicendum eſt, d. l. 2. §. ſi tamen. Sed an idem iuris ſit hæredibus in ſtipulatoris hæredibus. Et puto in diuerſis rebus partes ſolui eis non poſſe, ne aliud pro alio ſoluatur, d. l. 2. de reb. cred. Cæterum huius regulæ exceptiones quædam reperiuntur. Prima, cum plura genera, veluti duo homines incerti in ſtipulationem deducuntur: quo caſu numero fit diuiſio, & omnino incommodo caret, vt de quantitate ſupra diſſeruimus, l. in ſtipulationibus. l. ſi centum. hic. Secunda exceptio eſt, Si ſtipulator incerti hominis ab vno ex hæredibus promiſſoris partem in iudicio petierit, vel eum acceptilatione liberauerit. Nam cæteri partem cuiuslibet hominis ſoluendo ſtatim liberabuntur. Etenim verendum non eſt, ne altero abſoluto vel liberato in diuerſa ſpecie poſtea ſolutio fiat, l. 2. §. ſi tamen. hic. Ex ſtipulationibus dandi quæ diuiduæ, quæque indiuiduæ ſint, ſatis opinor hactenus demonſtratum eſt. Iam ad eas quæ in faciendo conſiſtunt, aggrediamur. Has igitur Cato vetuſtiſſimus iuris auctor, apud Paulum lib. 12. ad Sabinum, ita demum recipere diuiſionem ſcribit, ſi factum quod continent diuiduum ſit, l. 4. §. Cato. hic. Vnde cum maior factorum indiuiduorum numerus, quam diuiduorum eſſe videatur, pro regula tradi ſolet, ſtipulationem facti indiuiduam eſſe, à qua id quod diuiduum eſt excipitur, l. ſtipulationes non diuiduntur. hic. & d. §. Cato. Ratio ab Vlpiano huius regulæ prodita eſt, quia talis diuiſio corrumpit ſtipulationem. dicta l. ſtipulationes non diuiduntur. Nam ſi quis pro parte ſcilicet indiuiſa fieri aliquid ſtipuletur, vt domum ædificari, aliudve quid ſimile, inutilis & irrita fit ſtipulatio, cum operis effectus (vt idem inquit) in partes ſcindi non poſſit, id eſt, opus ipſum naturaliter non poſſit pro parte hæreditaria tantum aut alias indiuiſa fieri. l. Mæuius. §. duobus. de legat. 2. l. ſeruus communis. de ſtipulatione ſeruorum. Hæ ſiquidem partes confuſæ ſunt & indiſcretæ, vt ante diximus. Quare nemo ante operis conſummationem pro parte ſua quicquam feciſſe dicitur. l. ſi is qui quadringenta. §. quædam. ad leg. Falcid. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de legat. 3. In partes autem certas factum eſſe nihil vetat, ſed ea diuiſio nihil ad rem noſtram attinet, vt de ſeruitute iam dictum eſt. dicta l. 2. §. præterea, de aqua pluuia arcenda. Sane poſt moram, quoniam & in obligatione & petitione eſt pecunia quæ recipit diuiſionem, licet vnius facto omnes hæredes teneantur, non tamen in ſolidum, ſed pro parte tantum hæreditaria conueniendi ſunt, inter quos eo nomine poſtea familiæ erciſcundæ iudicium datur. l. 2. §. item ſi. l. 4. §. Cato. l. ſtipulationes non diuiduntur. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus. hic. l. ſi quis ab alio. ſupra de re iud. Hæc regula (vt iam dixi) de factis indiuiduis tantum intelligitur: nam in iis quæ indiuidua ſunt contra dicendum eſt. dict. §. Cato. Sed operæpretium eſt videre quomodo facta diuidua ab indiuiduis dignoſcantur. *Diuidua facta ab indiuiduis qui dignoſcantur.* Raphael Cumanus (vt aliorum commenta, quæ tamen vulgo probantur, miſſa faciam) ea facta cenſuit indiuidua eſſe, quæ (vt ipſe loquitur) viſibilia ſunt, diuidua vero, quæ inuiſibilia. Quæ ſententia à cæteris fere refutatur, partim velut ſomnium quoddam riddetur, & contemnitur. Hanc opinor ob cauſam, quod vir eruditior quam eloquentior, non ſatis commode nec dilucide, quod recte ſentiebat, eloquutus ſit. Nos autem, vt eius mentis lux aliqua à nobis afferatur, ea facta indiuidua eſſe dicimus quæ corpore tantum exequimur, vtpote quæ nihil iuris habeant, quod animi functionem requirat: vt foſſam fodere, rem tradere, & ſimilia quæ vel à demente & eo qui intellectu ac iudicio caret, non minus quam à ſano homine expediri poſſunt, l. ſi rem tradi. hic. l. 1. §. adipiſcimur. ſupr. de acq. poſſ. Cum enim in hac executione nihil poſſit animus, ſed corpore omnino opus ſit, quodammodo poteſt ea diuiſio locum habere, quæ intellectu tantum fiat, non etiam corpore, d. l. ſeruus communis. & d. l. Mæuius. §. duobus. Hæc ſunt facta quæ Raphael viſibilia, nos fortaſſe rectius corporalia vocare poſſumus. Diuidua vero ſunt quæ animo magis exequimur, quam corpore, vt dare, quod dominium transferre ſignificat. l. vbi autem. §. vlt. hic. Vacuam poſſeſſionem tradere, &c. quæ aliquod ius continent, veluti dominium aut poſſeſſionem, ad cuius translationem animus eſt neceſſarius, nec corporalis executio, traditioque nuda ſufficit. d. l. 1. §. adipiſcimur. l. qua ratione. §. hæc quoque. de acq. rer dominio, l. in conuentionalibus. §. vlt. hic. l. locus. de acq. poſſ. Fit autem hæc intellectualis (vt ita loquar) diuiſio commodum aliquod ex iuris translatione prouenieus, vt exemplis facile oſtendi poteſt. Quapropter in iis quæ facta ſimplicia ſunt, quibuſque nihil iuris ineſt, cuius pars indiuiſa vtilitatem aliquam adferat, talis diuiſio fruſtra fieret, vt concedamus ea in partes pro indiuiſo intellectu diuidi poſſe. Conſequens eſt vt ſingula facta paulo accuratius hic expendamus, quæ diuidua, quæque indiuidua à noſtris dicuntur, vt regulæ à nobis traditæ veritas atque vtilitas magis perſpicua ſit.

Ac in primis inter indiuidua facta nominatim recenſentur, *Iter fieri*, ſiue quod idem eſt, *Per te non fieri quominus mihi ire liceat*, l. 2. §. item ſi in facto. l. 4. §. Cato. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus, hic. l. inter. §. quod ex facto. famil. erciſcun. Et qui ita ſtipulatur, merum factum non ius ſeruitutis ſtipulati in-

lari intelligitur, niſi aliud actum eſſe appareat, d. §. item ſi in facto. l. ſemper. de reg. iur. Nam verius eſt, ſtipulationem ſeruitutis dationem magis quam factum continere, l. 3. de vſufructu. l. ſi vnus. de ſeruit. ruſticorum prædiorum. Illud conſtat, in conſtituenda ſeruitute viæ vel itineris, ſi hæc ſtipulatio more antiquorum interponatur, factum duntaxat non ſeruitutem ea contineri, l. quoties. de ſeruitutib. l. ſtipulatio. §. ſi quis. hic. Idem Vlpianus ſcribit, cum quis ſtipulatur, Sibi rem habere licere. quam ſtipulationem in venditione olim interponi ſolitam fuiſſe ſupra admonuimus, cap. 5. l. 3. in princ. hic. Quod videtur regulæ à nobis traditæ contrarium, cum ius contineat, ideoque diuiſionem recipere videatur, l. ſtipulatio iſta. §. ij, qui verum. Hoc Vlpiani dictum intelligi poteſt cum contractui venditionis accedit, cuius indiuiſa natura ſiue conditio eſt præſumpta mente contrahentium & legis diſpoſitione, l. cum ex cauſa. l. in executiõne. §. in ſolidum. hic. l. ſi rem. de euict. l. quod ſi nolit. de ædilit. edicto. vel cum hæc ſtipulatio ſimplicem ac nudam detentionem, non ius dominij aut poſſeſſionis continer, quod in pleriſque caſibus contingit, d. l. ſtipulatio. §. ij, qui. & §. habere. Cæterum hanc ſtipulationem inter ſtipulatoris hæredes diuidi dubium non eſt, quod ipſorum non interſit vt in ſolidum eis detur actio. l. 2. §. contra. l. 4. §. ſi is qui duplam. hic. Inter exempla factorum indiuiduorum hæc quoque commemorantur quæ ad opificia & artes quas vocamus mechanicas pertinent, Foſſam fodere, inſulam fabricare, ſtatuam facere. Idemque de aliis ſimilibus iudicandum eſt, quæ corpore tantum exequuntur & expediuntur, nec quicquam iuris habent, quod intellectu diuidi poſſit. l. ſtipulationes non diuiduntur. l. hic. l. fideicommiſſa. §. ſi in opere. de leg. 3. Nec aduerſatur huic ſententiæ quod ſcribit Paulus, Si teſtator opus fieri iuſſerit, pro portione ſua eos præſtare quibus pars hæreditatis accreſcit, l. mortuo. §. vlt. de legat. 2. Nam horum verborum ſenſus eſt, Eum cui accreuit pars, teneri cohæredibus ad partis præſtationem, iudicio videlicet familiæ erciſcundæ, non autem legatariis, quibus non niſi in ſolidum præſtari poteſt. Fundum tradere ſimiliter factum dicitur indiuiduum, cum traditio quæ corpore ſolo fit, in partes indiuiſas ſecari nequeat. l. ſtipulationes non diuiduntur. Proinde quoties animo transferendi dominij aut poſſeſſionis fit traditio, eo caſu ius diuiduum continet, nec corpore tantum, ſed etiam animo explicatur, factum diuiduum iudicari debet, l. locus. de acquir. poſſeſſ. l. in conuentionalibus. §. vlti. hic. l. ex empto. de act. empt. cum ſimil. Item operæ præſtatio in numero habetur factorum indiuiduorum. Eſt enim facti tantum, nec ei quicquam iuris ineſt, l. ſtipulationes non diuiduntur. l. libertis. de operis libert. l. 1. §. ſi vſusfruct. ad l. Falcid. Si tamen plures operas quis ſtipulatus ſit, ad exemplum earum ſtipulationum, in quibus genera comprehenduntur, fit diuiſio, de quibus ſupra diximus, l. in ſtipulationibus. §. operarum. hic. Quod autem apud Pomponium atque Iulianum legitur, Partem operæ peti & debere, &c. ad operæ iam prætoriæ æſtimationem refertur, d. §. operarum. l. ſi quando. de operis libert. Diuiduorum factorum exempla hæc reperiuntur, Amplius non agi: rem ratam haberi. l. 4. §. Cato. hic. l. cum debitor. l. ſi procurator. rem ratam habe. quibus dare, vti frui, & ſimilia quæ ius diuiduum continent addi poſſunt: idque omnino caret difficultate, ſi eiuſmodi facta in ſtipulationem ſimpliciter deducta ſint: ſin autem adiecta ſit pœna, in ſolidum ſtipulatio committitur, ſiue dationem, ſiue factum quodcunque aliud diuiduum contineat, quod conditio pro parte impleri non poſſit. l. cui fundus. ſupra de condit. & demonſtrat. Quod nonnulli ita accipiendum putant, niſi mentio hæredum facta ſit in ſtipulatione contrahenda, quaſi enumeratione perſonarum conditio diuiſa videatur. d. l. cui fundus. l. falſa. §. vlt. eo. l. Seia. de vſur. Eſtque probabilis hæc ſententia, verbis Pauli congruens cum ait, *Nam & hac ſtipulatione ſolus tenebitur, &c.* d. §. Cato. ad fin. Nec obſtat quod Cato de ſtipulatione, Amplius nõ agi, per te nec per hæredẽ tantũ cenſuiſſe creditur, cum præſertim eodẽ in loco his verbis, Iter fieri & p te nõ fieri: quominꝰ mihi ire agere liceat, promiſcue vtatur. d. §. Cato. verſic. ab omnibus. & verſic. differentia, &c. Sed quid de hac ſtipulatione dicemus, dolum malum abeſſe à te hæredeque tuo? Paulus eam comparare videtur ſtipulationi, Per te non fieri, neque per hæredum tuum, quominus mihi ire agere liceat, quam omnino conſtat indiuiduam eſſe. l. 4. in princ. hic. Verum in ea ſententia non permanet, ſed recitata Catonis diſtinctione, in qua extraneæ illius ſtipulationis meminerat, Per te non fieri, &c. ſtatim ſubiicit, *Videamus ne non idem hic ſit, ſed magis idem quod in illa ſtipulatione, &c.* d. §. Cato. verſic. ſed videamus. id eſt (vt ego interpretor) ne non idem ſit in ſtipulatione dolum malum abeſſe, de qua proxime locutus fuerat Paulus, quod in ſtipulatione, per te non fieri, apud Catonem. Eſt enim ſimilior illi ſtipulationi, Titium hæredemque eius ratum habiturum, cum factum diuiduum plerunque contineat, l. redhibere. ſupra de ædil. edict. In hæredibus ſane ſtipulatoris non diſtinguimus facta ſit hæredum mentio, necne, ſed pro parte hæreditaria agunt ſinguli, quod non amplius ipſorum interſit. dicta l. 4. §. vlt.

Cap. VIII.

De effectu ſtipulationis.

PRæcipuus ſtipulationis effectus eſt, actio quæ ex ea naſcitur, nempe certe condictio, ſi certum contineat ſtipulatio: ex ſtipulatu, ſi incertum. §. 1. Inſtit. eo. Sed plerique caſus ſunt in quibus neutra locum habet. Primus caſus eſt, cum ſpecies promiſſa ante moram culpamve promiſſoris aut perempta eſt, aut in commercio hominum eſſe deſiit, l. ſi ex legati cauſa. l. ſi Stichus. l. is qui alienam. l. ſi ſeruum. l. qui ſeruum. l. ſtipulatus ſum Damam. l. mora. hic. & l. quod te. de rebus credit. l. 4. qui ſatiſdare cogant. l. ſi quis ſolutioni. §. vlt. de vſuris. In quantitate diuerſum ius ſeruatur, niſi tanquam ſpecies promiſſa ſit, l. incendium. C. ſi cert. petat. & l. ſi certos. hic. & l. ſed ſi certos. de legat. 1. Moram autem facere is dicitur, qui interpellatus loco & tempore opportuno non ſoluit, ſi iuſtam differendæ ſolutionis cauſam non habeat: quod iudicis arbitrio committitur, d. l. ſi ex legati cauſa. & d. l. ſi ſeruum. l. ſi pupillus. & l. nemo rem. l. filiusfamilias. §. vlt. hic. l. ſi quis filium. de collat. bono. l. ſciendum. cum ſequen. l. mora. l. paratum. ſupra de vſuris. Interdum re ipſa fit mora ſine interpellatione, veluti lapſu diei adiectæ ſtipulationi, conditionis euentu, & aliis quibuſdam modis, l. magnam. Cod. de contrahen. vel commit. ſtipul. l. traiectitiæ. ſupra tit. proxi. l. in minorum. C. quib. mod. in integrum reſt. non eſt neceſſaria. Culpam admittere is dicitur, qui ſeruum promiſſum, exempli cauſa, interfecit abſque iuſta cauſa, vel manumiſit, l. ſi ſeruum. & l. qui ſeruum. hic. Cæterum rei principalis mora nocere poteſt fideiuſſori, vt perempta re debita aduerſus eum perpetuetur obligatio, ſed non contra, l. mora. & l. ſi pupillus. hic. l. ſi à colono. §. vlt. de fideiuſſor. l. mora. §. vlti. de vſur. Non ideo tamen augeri obligationem fideiuſſoris Africanus ait, l. centum Capuæ. de eo quod certo loco. Idemque iuris eſt in patre & filio quod in reo, & fideiuſſore dicimus, l. cum filiusfamil. hic. l. ſi ſeruum. §. an filiusfamil. hic. Sed quod dicitur, perpetuari obligationem interitu rei, ſic accipiendum eſt, niſi poſtea offerendo quod debet moram emendauerit debitor, l. ſi ſeruum. §. ſequitur, l. interdum. §. vlt. hic. & l. illud. de periculo & commodo rei venditæ. Quæ emendatio vſque ad iudicij tempus admittitur, l. ſi inſulam. hic. l. ſed ſi alio. de conſtitut. pecunia. l. ſi cum dies. §. vlt. de recepr. arbitr. Niſi forte actorem eſſe proponamus, qui conſeruandæ actionis gratia intra modicum tempus offerat pecuniam, cuius ſolutionem ante moratus fuerat. Quo caſu ad tempus iudicij reſpiciendum non eſſe euidens ratio ſuadet. l. ſi ita quis promiſerit. §. Seia. hic. & l. non ſolet. de reg. iur. Nam quod de iudicij tempore dicitur, tunc locum habet, cum reus ad vitandum ſcilicet periculum interitus, vel pœnam promiſſam, vel in obligationibus faciendi æſtimationem litis moram à ſe factam purgare vult, quod ei ex bono & æquo permittitur, præterquam in exceptis caſibus. Veluti, ſi ſtipulatio diem & pœnam contineat, ſi huic iuris beneficio renuntiauerit, ſi interſit actoris & aliis ſimilibus, de quibus ſigillatim tractare temporis breuitas non ſinit. l. magnam. C. de contrahen. & commit. ſtipul. l. traiectitiæ. ſup. tit. prox. l. ſancimus. C. de fideiuſſoribus. & l. vtique, & l. Celſus. ſupra de recep. arbitr. Nec iis

aduerſatur vulgare illud, Omnia iudicia abſolutoria eſſe.§. vlt.de perpet.& tempo.act.Inſtit. Quo admonemur,ſi ante ſententiam omnimodo ſatisfaciat reus, ſiue pœnam, ſiue aliud quodcunque petitum fuerit præſtando, eum abſolui debere, & iam pridem docuimus in commentario de in litem iurando. At cum lis nondum conteſtata eſt, offerendo ſolum quod debuit ante moram, aut ſi quid præterea forte interſit actoris, liberatur, d.l.ſi inſulam.d.l.vtique.

Secundus caſus eſt, in quo ex ſtipulatione non competit actio, cum dolus interuenit ſtipulatoris, ſiue cauſam ipſi contractui dederit, ſiue inciderit in contractum. Nam licet ipſo iure actio non denegetur, quia ſtipulatio bonæ fidei non eſt contractus, tamen exceptione doli ſubmouebitur actor, l. ſi quis cum aliter. hic. l. dolo. C. de inutil.ſtipul. Cuius diuerſitatis ratio in loco iam dicto à nobis tradita eſt. Idem de metu ſcilicet mortis, vel cruciatu corporis dicendum eſt.l.ſi quidem. Cod. de contrahen.ſtipul.d.l. dolo. Sed & ſi res ipſa in ſe dolum habeat, nec vlla ſtipulatoris machinatio arguatur, danda erit nihilominus exceptio, vt ſi abſque cauſa quid promiſſum ſit.dicta l.ſi quis.l.2.§.circa.de doli except.

Tertius caſus eſt, cum ſtipulationem ſecuta eſt nouatio.l. qui vſumfructum. hic, id eſt, cum noua ſtipulatione & obligatione vetus perempta eſt.l.1.de noua.l.ſi vnus.§. pactus.de pactis. vel cum ſtipulator cum alio quam promiſſore litem conteſtatus eſt.l.delegare.de nouat.l.ſolutionem. de ſolut. Et hæc nouatio dicitur voluntaria. l. aliam. de nouatio. eſt alia nouatio neceſſaria vulgo appellata, quæ lite conteſtata inter ſtipulatorem & promiſſorem ſit, de qua hic non loquimur. Hac enim nouatione nihil de priſtina obligatione decedit, ſed ideo nouationis nomen ſortita eſt, quia hoc modo veteri obligationi noua pleraque accedunt, quibus actoris conditio ſit melior.d.l.1. C. de iud. l. actori. Cod. de rebus cred. Hinc exiſtit vulgatiſſima quæſtio, an ſtipulatio pœnalis nouet principalem, de qua ſatis ſuperque ab aliis diſputatum eſt: nec tempus ad eam diſcutiendam nobis ſuppetit. cuius ſit mentio l.qui Romæ. §. Flauius. l. ſi ita ſtipulatus fuero.§.vlt. hic.no.in l.ita ſtipulatus.hic.in l.qui pacto.C.de pact. Præterea notandum eſt, actionem ex ſtipulatione competentem ſtricti iudicij eſſe, nec in eorum numerum referri, quæ bonæ fidei ſunt.l.in actionibus.cum ſequen. de in litem iuran. Proinde in hac actione non veniunt fructus, niſi à tempore litis conteſtatæ. l. filiusfamilias. hic. l. videamus. de vſur. Sed nec vſuræ, niſi ſpecialiter promiſſæ ſint.l.3. C.de vſur. l. ſi ita quis. in princ.l.cum ſtipulanti.l.qui Romæ.§. Seia. hic. Item veniunt ea tantum quæ nominatim expreſſa ſunt in ſtipulatione contrahenda.l.quicquid.l.ſi ſtipulatus fuerim. l. ſi à colono.l. venditoris.l.cum ſtipulamur.l.ſi ita quis.§.vlt.hic. Niſi de aliis quoque actum eſſe appareat. Inde etiam conſequitur, ſi quid obſcure aut ambigue dictum ſit in ſtipulatione concipienda, id ſtipulatori magis quam promiſſori nocere.l. quicquid.l.ſtipulatio iſta.§. in ſtipulationibus. l. cum quæritur.de reb.dub. Quod ſi perſpicuis verbis vſus fuerit ſtipulator, quid ea ſignificent, non quid promiſſor ſenſerit ſpectare debemus. l. ſi mihi & Titio.hic. Aliquando tamen verbum obſcurum aut ambiguum non ſecundum promiſſorem interpretamur, ſi ita interpretando res in tuto futura non ſit.l. quoties in ſtipulationibus.hic. Poſtremo hæc actio ad hæredes & in hæredes tranſit. l. veteris.C.de contr.vel commit. ſtip. l. ſi ita ſtipuler. l. ex ea parte.§.vlt.hic. etiam ſi conditionalis fuerit ſtipulatio. l. ſi quis ſi Titius.hic.§.ex conditionali.eod.tit.Inſtit. Adde quod facultas implendi conditionem ad hæredem quoque tranſit: & ita Scæuolæ reſponſum contra receptam opinionem accipiendum eſſe arbitror.l.qui Romæ.§.Agerius. hic.

IN TIT. II.

DE DVOBVS REIS CONSTITVENDIS.

REi ſic dicuntur, quorum res agitur, vt Cicero ait lib. 2. de Orat. licet hoc verbum crebro aliter accipiatur. Reus enim ſtipulandi dicitur is qui ſtipulatur: reus promittendi qui promittit.l.1.hic. Eiuſdem autem obligationis ſiue rei non tantum vnus poteſt eſſe, verum etiam plures quibus eadem res debeatur, aut qui eandem rem debeant in ſolidum. Quomodo autem hi conſtituantur, ac quæ ſit vis & poteſtas huius conſtitutionis, tractatur ſub hoc titulo.

De reis promittendi. CAP. I.

COnſtituuntur duo rei promittendi, cum poſt interrogationem à ſtipulante factam vtique de eadem re, id eſt, ſumma, puta decem aureis vterque ſeparatim reſpondet, ſpondeo, vel ſpondemus.l.4. Eadem enim decem debent ſtipulatori, non ſinguli dena, aut ſinguli quinque. quod ſi vnus tantum reſponderit, alter non reſponderit, is qui reſpondit, ſolus manet obligatus.l. duos reos. hic. l. ſi ex duobus. hic. Idem dicendum eſt, ſi alter poſt longum temporis interuallum reſpondit.l.duos reos. Nam tantum abeſt, vt duo rei ſint, vt ne vllo modo alter quidem obligetur. l. ſi ex duobus. Non aliter autem duo rei promittendi eſſe intelliguntur, quam ſi expreſſum ſit, aut ſaltem appareat actum eſſe, vt eandem rem vterque debeat: vt exempli gratia, cum ita ſit interrogatio, Sempronī, promittis decem, Mæui eadem decem mihi promittis? & reſpondet vterque, ſpondeo, vel ſpondemus: duo ſunt rei promittendi, & tenentur in ſolidum.l. 4. alioqui pro virili parte ſinguli tenentur l. reos cum in tabul. Cæterum duo rei debendi fiunt in omni contractu & obligatione. l.tandem. l. ſtipulatio. hic. adeo vt teſtamento fieri quoque poſſint d. l. eandem. quod eſt accipiendum, modo id actum eſſe appareat. nam aliàs tenentur hæredes legatario pro hæreditariis portionibus. l. ſiue à certis. hic. nec refert an res aliqua deducatur in obligationē, an factum, veluti opera, vt duo rei conſtituantur.l.5. porro ex pluribus reis promittendi alius pure, alius in diem & ſub conditione obligari poteſt, l. ex duobus.hic.& Inſtit.eo. §. vlt. Sed & ſi ex diuerſis locis pecuniam ſibi dari quis ſtipulatus ſit, diſparitas locorum non vitiat reorum conſtitutionem, quamuis non eodem tempore conueniri poſſit vterque.l.eandem.§. vltim. Si tamen in deponendo penes duos paciſcatur quis vt ab altero quoque culpa præſtetur, hæc imparitas obligationis facit vt duo rei non ſint, quia eiuſdem rei nomine obligati non videntur. dicta l. eandem.§.ſed ſi quis.

Effectus. CAP. II.

REi promittendi tenentur ſinguli in ſolidum, l. 2. & 3.hic. l.2. C. eod. niſi actor à ſingulis malit partem exigere.d.l. 3.l.reos. Itaque vno ſoluente alter liberatur. Idem eſt, & ſi vni acceptum feratur, quia acceptilatio ſpeciem ſolutionis habet. l.ſi ex pluribus.de acceptilatione. §.1.Inſt. quibus modis tolli. obligat.aut ſi vnus deferente creditore iurauerit.l.in duobus. §.ex duobus. de iureiur.ſupra. Aliud dicitur cum vnus deportatur in inſulam: nam eo liberato alter manet obligatus.l. vlt. hic.l.quoties.infr.de nouat. Illud notandum eſt, cum vnus alteri hæres exiſtit, vtranque cauſæ cognitionem manere, nec vnam ab altera perimi, cuius rei non minima vtilitas eſt, l. ſi reus.hic.l.ſi duo.infr.de ſolut.l.gratum. de fideiuſſ. Item factum vnius dicitur alteri nocere.l.ex duobus.hic.l. vlt. C. eo. ſed obſtat l.mora. ad fin. de vſur. Poſtremo ſi ſocij non ſint, non proderit vni quod ſtipulator alteri eorum pecuniam debeat, ad compenſationem ſcilicet.l.ſi duo. hic. Quod autem dictum eſt, in ſolidum poſſe conueniri ſingulos à ſtipulatore, ſi velit, ita demum locum habere voluit Iuſtinianus, ſi aliter alij ſoluendo non ſint, vel abſentes ſint, authent. περὶ τῶν ἀλληλεγγύων, id eſt, de duobus reis promittendi.

De reis ſtipulandi. CAP. III.

COnſtituuntur duo rei ſtipulandi, cum poſt omnium interrogationem ſeparatim factam de eadem re, puta decem aureis debitor reſpondet, vtriſque veſtrum dare ſpondeo, vel ſpondeo ſimpliciter. Inſt. de duob. reis. in princ. Nam ſi ſeparatim vtrique reſponſum ſit, promiſſor vtrique eiuſdem rei nomine obligatus minime intelligitur, ſed dena ſingulis, non eadem decem debebit. At hæc reſponſio debet ſequi interrogationem.d.l. duos reos. §. duo rei. vt autem duo rei ſti-

rei ſtipulandi ſint, aut verbis expreſſum, aut actum id eſſe oportet, vt de reis promittendi diximus. Quare ſi in tabulis ſcriptum ſit, Titium & Sempronium decem ſtipulatos, virilem partem ſinguli ſtipulari videntur, l. reos. §. cum tabulis. Quod dictum eſt de eadem re, etiam eò pertinet, vt intelligamus diuerſitatem rei in ſtipulationem deductæ conſtitutionem reorum vitiare: vt ſi duo fuerint ſimul ſtipulati vſumfructum qui non poteſt eſſe idem in perſona vtriuſque, aut dotem etiam, l. ſi id quod. hic. l. ſtipulatio iſta. §. ſi quis ita. de verb. oblig. l. 4. infra, de nouat.

Effectus. Cap. IIII.

Singulis in ſolidum promiſſor obligatur. Itaque petitione vnius ius alterius perimitur. l. 2. l. duobus. l. ſi per imprudentiam. § vltim. de euict. acceptilatio etiam vnius alteri nocet. l. & per iuſiurandum. § vltim. de accept. Eademque ratio eſt iuriſiurandi ab altero delati. l. in duos. de iureiur. ſed & nouare alter in præiudicium alterius poteſt. l. ſi idem. §. ſi duo. de nouat. nec obſtat l. ſi vnus. de pactis. vt ibi dixi, pactum vero vnius non nocet alteri, l. ſi duo. de recept. arbit. quam Fulgoſius recte interpretatus eſt, vt ſcripſi in dict. l. ſi vnus.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLVI. PANDECTARVM, SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE FIDEIVSSORIBVS ET MANDATORIBVS.

Capvt primvm.

Fideivssor eſt, qui quod alius promittit aut debet fide ſua, periculoque ſuo eſſe iubet, qui & adpromiſſor dicitur, quod promiſſioni atq; obligationi principaliter accedat. l. 8. §. ſatis acceptum. ſupra de verb. oblig. Hinc conſequens eſt, per ſe neminem poſſe fideiubere. l. hæres. §. ſed non à mandatore & conſtitutore, quia mandator ſemper obligationem præcedit. l. ſi vero non remunerandi. §. ſi poſt. ſup. mandat. fideiuſſor etiam præcedere, & ſequi poteſt. §. fideiuſſor. Inſtit. de fideiuſſo. l. ſtipulatus ſum. l. ſi ita ſtipulatus. hic. conſtitutor ſemper ſequitur.

Quomodo fideiuſſor obligetur. Cap. II.

Obligatio fideiuſſoria contrahitur interrogatione & reſponſione. Fide tua eſſe iubes, quod mihi Titius debet? iubeo. d. l. 8. §. ſatis acceptum. de verb. oblig. l. Græce. hic. l. blanditus. Cod. eod. Mandator vero ſolo conſenſu. Sed videndum eſt ne is qui pro aliis fideiubet, cum daturum aut facturum promittat, quia factum alienum inutiliter promittitur. l. ſi ut reos. ſed potius eius nomine, cuius intercedere vult. Item cum quæritur quomodo contrahitur hæc obligatio, trium perſonarum habenda ratio eſt, eius qui fideiubet, creditoris apud quem fideiubetur, & debitoris principalis pro quo fideiubetur. Ac fideiuſſoris quidem creditoriſque conſenſum neceſſarium eſſe conſtat, adeo vt alij promittat fideiuſſor, quam creditori eius pro quo intercedit, non valet fideiuſſio. l. fideiuſſor obligari. in prin. debitoris vero conſenſus non eſt neceſſarius. l. fideiub. ſed eum eſſe debitorem ſufficit. Nam nullo exiſtente debitore fideiuſſor fruſtra intercedit, vt infra. Vnde tractatum eſt reo mortuo promittendi, an ante aditam hæreditatem fideiuſſor accipi poſſit. Et Florentinus ait poſſe, quia hæreditas perſonæ defuncti vice fungitur, eo mortuo, fideiuſſor non ſolum pure, ſed etiam ſub conditione & ex die accipi poteſt, l. ſtipulatus ſum. l. Græce. ſup. itidem accepto. l. ſi plures. l. ſi à reo. item poteſt vſque ad certum tempus vel incertum accipi. l. pen.

Cap. III.

De re ſiue cauſa ob quam fideiuſſor obligatur.

Omni obligationi poteſt accedere fideiuſſor. l. 1. etiam naturali. 6. l. fideiuſſor obligari. §. fideiuſſor. l. ſi à reo. §. adeo. & honorariis. l. Græce. nec refert an re an verbis an conſenſu contracta ſit obligatio. d. l. Græce. præcedat fideiuſſionem an ſequatur. l. 7. ſed & ſi reus ex delicto teneatur, recte accipietur fideiuſſor. l. Græce. l. ſi quis pro eo. §. vlt. l. ſi à reo. §. vlt. pro ea quoque actione quam fideiuſſor aduerſus reum promittendi habet, habiturusve eſt, ſcilicet mandati vel negociorum geſtorum fideiuſſorē potuit accipere. l. 4. hic. Item pro fideiuſſore ipſo alium fideiuſſorem creditori accipere licet. l. Græce. §. vlt. Cum igitur nulla obligatione tenetur reus principali, nec naturali, nec ciuili, non obligatur fideiuſſor. l. cum principalis. de reg. iur. veluti ſi pro patre interceſſerit cuius filio contra S. C. Maced. credita fuit pecunia. l. qui contra. §. pro eo. Qui ſine cauſa promiſit. l. ſtipulatus eſt. qui ſolutionis tantum gratia adiectus fuit. l. ſi mihi. qui ſub impoſſibili promiſit. l. ſi ſub impoſſibili. quo tranſacto tempore liberatus eſt, l. ſi quis poſtquam. qui contra legem cōtraxit. l. cum lex, qui deportatus eſt in inſulam. l. ſi debitore. qui cum liberatus non eſſet, iurauit ſe operas præſtiturum. l. ſi quis pro eo. in prin. qui nummos alienos veluti ſuos credidit. d. l. 1. ſi quis pro eo. §. ſi nummos, qui cum furioſus aliquid promiſit, quia ex promiſſione nō obligatur, quamuis ex alia cauſa interdum obligetur. l. intercedere. l. ſi à reo. §. à furioſo. Cæterum eiuſdem rei nomine accipi debet fideiuſſor, cuius & principalis, alioqui inutiliter interuenit. l. Græce. §. ſi quis Stichum. l. ſi ita fideiuſſorem: pro ea tamen qui promittit factum poteſt fideiuſſor ad pœnam ſe obligare, cum reus quoque ad pœnam obligetur. l. ſtipulatus es. hic. eadem ratione fideiubens pro vno ex duobus reis promittendi ad totam pecuniam obligatur. l. cum duo. Quod diximus eiuſdem rei ſic accipiendum, ſiue totius rei ſiue partis. l. fideiuſſores. l. ſi à reo. §. ſi reo denique. In duriorem autem cauſam non poteſt adhiberi fideiuſſor quam principalis, & ſi adhibitus fuerit, eatenus duntaxat obligatur quatenus principalis tenetur, licet plerique diuerſum ſentiant. l. ſi vltra. C. eo. In leuiorem autem cauſam adhiberi poteſt, l. ſi Græce. §. illud. & §. ſeq. qua de re ſub hoc tit. permultæ ſunt à Iuris auctoribus ſpecies tractatæ. d. l. Græce. l. fideiuſſor, qui certo. §. ſi qui. l. ſi à reo. in princ. l. ſi teſtamento. §. vlt.

Qui pro quibus fideiubere poſſint. Cap. IIII.

Qvi poſſunt ſtipulationem contrahere, iidem pro aliis intercedere poſſunt. Excipitur ſeruus, qui ex fideiuſſione non obligatur, ac ne dominum quidem ſuum obligat de peculio. l. ſeruus inſcio. & ſequent. hic. l. licet. §. ſi filiusfamilias. §. de pecul. Alia eſt cauſa filijfamilias qui & obligatur, & patrem interdum obligat. l. 3. & l. ſi dubitetur. §. filiusfamilias. hic. l. filius. Cod. eod. Excipitur quoque mulier, propter S. C. Velleianum. l. 3. hic. & ſup. ad S. C. Velleian. pro omnibus autem perſonis quæ poſſunt vel naturaliter obligari, poteſt interuenire fideiuſſor, veluti pro ſeruo, pupillo. d. l. 2. hic. pro aliis non poteſt. l. ſi à reo. §. ſi furioſo. l. Marcellus. hic. l. is cui bonis. de verbor. obligat.

De effectu obligationis fideiuſſoris. Cap. V.

Fideiuſſor creditori tenetur ſicut reus promittendi, eaque obligatio ad hæredem tranſit. l. 4. & ſi plures ſunt hæredes in ſolidum non tenentur, ſed pro partibus hæreditariis. l. Lucius. l. ſi teſtamenti. §. 1. hinc fit, vt cum debitori ſuo fideiuſſor hæres exiſtit, duabus actionibus teneatur. l. hæres à debitore. §. 1. Hæc autem obligatio fideiuſſoria non impedit quo minus conueniri poſſit reus promittendi, ſi id malit creditor, cui liberum eſt vtrum voluerit eligere. l. iure noſtro. l. ſi alieni. C. eod. nec enim audiri reus deſiderans, vt inter ſe & fideiuſſorem diuidatur obligatio. l. ſi plurium. §. vlt. nec vnum eligendo, & conueniendo, liberatur alter. l. reos. Cod. eo. l. fideiuſſor obligari. §. fin. l. ſi fideiuſſores. hic. Item cum præſens eſt reus promittendi, quod à Iuſtiniano conſtitutum eſt authent. de fideiuſſ. in Nouel. authent. præſente. Cod. eod. Si

perimitur obligatio, & liberatur etiam reus: ſicut vice verſa reo ſoluente, liberatur fideiuſſor. eadem eſt ratio acceptilationis. l. & per iuſiurandum. §. ſi fideiuſſor. infra, de acceptilationibus. Si nolit ſponte ſoluere datur aduerſus eum ex ſtipulatione actio, quamuis forte pignus habeat creditor. l. inter eos. §. creditor, hic. l. omiſſis. C. eo. Verum aduerſus creditorem agentem multa obiici poſſunt, veluti quod ſoluta eſt pecunia quæ debeatur, vel acceptilatio ſecuta, vt iam dictum eſt, quod obligatio à reo legitime nouata eſt. l. nouatione. Cod. eod. quod reus nondum debet, nec conueniri poteſt, l. fideiuſſor antequam. quod locus adiectus eſt obligationi, propter quem tempus ei ineſt, quod nondum effluxerit, l. ſi teſtamento. §. vlt. Quod reus promittendi præſens eſt, necdum excuſſus fuit. §. 1. authent. de fideiuſſ. in Nouel. quod pro litis exercitatione acceptus eſt fideiuſſor, reuſque condemnatus eſt. l. Græce. §. & poſt litem. quod hæres extitit reo promittendi: ita confuſione ſublata eſt obligatio. Quoties enim reus fideiuſſori: vel fideiuſſor reo hæres exiſtit, extinguitur confuſione fideiuſſoria obligatio, pro parte ſcilicet hæreditaria, remanetque principalis. l. generaliter. l. cum reus. l. Lucius. niſi forte principalis vtilis futura non ſit. l. hæres. §. quod ſi. Nam obiici poteſt, quod creditor reum hæredem inſtituit aut contra. Hac enim ſucceſſione perimitur obligatio vtraque, tam fideiuſſoria quam principalis. quamuis creditore ſuccedente fideiuſſoria tantum obligatio tollatur, l. hæres. §. quod ſi ſtipulator. l. fideiuſſorem. Cod. eodem. Aliæ pleræque ſunt exceptiones, quibus fideiuſſor ſe tueri poteſt, quas omnes enumerare non eſt neceſſe. l. ſancimus. l. fideiuſſor. Cod. eodem. Illud notandum eſt, non ſolum ex perſona ſua poſſe fideiuſſorem opponere exceptionem, ſed ex perſona rei quoque etiam ab inuito. l. ſi ſtipulatus eſſes. l. ex perſona. l. ex teſtamento, quod ſi nulla ſe poſſet exceptione tueri, nihil ſupereſt, niſi quod condemnentur ad id quod cautum eſt inter contrahentes, quodque ex natura contractus eſſe intelligitur. l. amiſſi. §. fideiuſſor. l. ſi in pignore. l. ſi quis pro eo. l. ſi nummos. At ſi ſimpliciter promiſit, cogitur eo loco ſoluere quo reus ſe ſoluturum promiſit, l. ſi vt proponitur. Plane contumacia rei non auget obligationem fideiuſſoris. l. vltim. nec fideiuſſor magiſtratus ad mulctam reipub. pendendam, ſed tantum ad id quod intereſt cogitur. l. fideiuſſores magiſtratus. C. Cum tamen facto ſuo reus perpetuat obligationem, etiam fideiuſſoris durat obligatio. l. ſi à colono. §. vlt.

De pluribus fideiuſſoribus eiuſdem rei.

CAP VI.

SI plures ſint fideiuſſores accepti, omnes obligantur in ſolidum. l. liberum. Cod. eod. nec vnius electione liberantur cæteri. l. reos. C. eo. l. vlt. quod adeo verum eſt, vt vnus totum ſoluens non repetat. l. ſi teſtamento. §. quod duo. verum ſi omnes ſoluendo ſint, datur exceptio ei à quo ſolidum petitur, vt diuiſio fiat, niſi ſe fideiuſſiſſe inficietur l. ſi dubitetur. §. ita demum. l. inter fideiuſſores. l. ſi contendat. & ſi dubitetur de ea re, cautionem offerre debet conuentus creditori. l. ſi dubitetur. Nec tantum fideiuſſoribus datur hoc beneficium diuiſionis, ſed & hæredibus eorum. l. ſi plura. §. ſicut. nec refert an aliquid iam ſolutum ſit ab eo qui conuenitur necne. Nam quod iam ſolutum eſt ab eo pro parte ſua venit in diuiſionem, ſi ab eo reliquum petatur. l. inter eos. §. 2. Locum tamen non habet inter reum & fideiuſſorem: nec inter fideiuſſorem & fideiuſſorem fideiuſſoris: eſt tamen loco rei. d. l. ſi plures. §. vlt. Sed nec inter fideiuſſores diuerſarum perſonarum, licet eiuſdem rei nomine ſint accepti. l. ſi aliter. l. inter reos. §. duo rei. Item ſi quis cum muliere fideiubeat, ſubducta ea in ſolidum obligatur, nec diuiſioni locus eſt. l. ſi Titius. Cæterum vno ex fideiuſſoribus ſoluente, cæteri liberantur, licet vno abſoluto cæteri non liberentur. l. amiſſi. §. vlt. Item ſi velit vnus totum ſoluere, actionem ei debet cedere creditor quam aduerſus alios cum pignoribus habet. l. fideiuſſoribus. hic. l. cum quis. l. mandati. l. ſicut. C. eo.

De actione fideiuſſori competente aduerſus reum promittendi. CAP. VII.

SI fideiuſſor ſoluerit creditori debitam pecuniam, ſtatim agit mandati, negotiorum geſtorum actione aduerſus reum promittendi, niſi ante diem ſoluerit. l. ſi fideiuſſor. nec refert an propter obligationem fideiuſſoriam ſoluerit an aliam quamuis, in quam ea transfuſa fuerit. l. tutor. Idem dicendum eſt & ſi debitorem ſuum delegauerit, quia delegatio vice ſolutionis eſt. l. qui debitorem. aut ſi obtulerit pecuniam debitam ac depoſuerit. l. fideiuſſor. Sed & ſi condemnatus fuerit ad ſoluendum, licet nondum ſoluerit, adhuc competit ei actio. l. fideiuſſor pro venditore. niſi culpa ſua condemnatus fuerit. l. exceptione. Aliud dicendum eſt de eo, qui reo ſtipulandi hæres extitit, tametſi ſucceſſio nonnunquam ſolutionis loco habeatur. l. hæres §. vlt.

IN TIT. II.

DE NOVATIONIBVS, ET DELEGATIONIBVS.

CAP. I.

NOVATIONEM ita definit Vlp. vt ſit prioris debiti in aliam obligationem vel ciuilem vel naturalem transfuſio, alias translatio. leg. 1. fit autem cum ſtipulatione, vt cum ſtipulor à Titio quod mihi Seius debet, animo nouandi. Nam tollitur obligatio Seii, & tunc incipit teneri Titius aut naturaliter aut ciuiliter. dict. leg. 1. At etiam poſt litis conteſtationem, vt poſtea dicemus, cum videlicet pro Seio debitore ſe offert Titius, & litem meam conteſtatur. leg. delegare. hic. leg. ſolutione. infr. de ſolut. Aliter autem accipitur nonnunquam nouare, & tunc debet fieri, cum non accedit obligationi contractæ, licet ea non perimatur, veluti cum litem cum debitore meo conteſtor. leg. aliam. hic. leg. 1. Cod. de eod. Et hoc vulgo dicitur nouatio neceſſaria, quod iudicium reddatur in inuitum. leg. inter ſtipulantem, de verbor. obligat. Omnis obligatio nouari poteſt, etiam ſi non verbis aut re, aut conſenſu contracta ſit. leg. 1. Nec refert an pure an in diem, aut ſub conditione contracta ſit obligatio, niſi quod pure aut in diem contracta ſtatim nouari poteſt, ſub condictione ita demum, ſi extiterit conditio. l. ſi Stichum. §. prim. l. quoties obligatione verborum fit nouatio, modo ea aut ciuiliter aut naturaliter teneat. Nam licet obligatio nouando naturalis tantum ſit propter perſonam cum qua contrahitur, atque minime efficax ad agendum, nihilominus prior obligatio tollitur, l. 1. hic. §. præterea. Inſtit. quib. mod. tol. oblig. Nouat autem ſtatim ſi pura eſt, ſi cum conditione, cum extiterit conditio. d. §. præterea. l. ſi Stichum. l. nouatio. l. ſi rem. hic. Et animaduertendum eſt ſtipulatorem nouantem poſſe præcedere ſtipulationem nouatam, vt ſi quis ita ſtipulatus fuerit, quod à Titio ſtipulatus fuero dare ſpondes. leg. ſi Stichum. §. ſi quis ita. Item notandum eſt vltra ſtipulationem plures obligationes nouari poſſe, l. vl. quod enim ſi ſtipulatus ſim à Titio ſub alternatione quod mihi Titius aut quod Sempronius debet, reſpondeo eius perimi & nouari obligationem quam Seius elegerit, & cui ſoluere maluerit. l. ſi Stichum. §. ſub conditione. l. ſi is rei. l. ſi à te. tractatur & illa iuris controuerſi quæſtio, an obligatio principalis per ſtipulationem pœnalem nouetur. Sed Alciati & Zaſij opinionem probo, exiſtimantium non nouari. Hic autem fuſius non diſputo, quod à iuris auctoribus non hic, ſed aliis in locis non ſparſim attingatur. l. 1. de penu leg. l. cum ſiue. l. ſi pœnam quam. §. vlt. l. obligationum fere. de actio. & obligat. l. 1. §. item ſi ita. ad leg. Falcidiam. l. ſi quis à ſocio. ſup. pro ſocio.

Quomodo nouatio fiat. CAP. II.

SI quis obligationem ab vna perſona in aliam transferre velit: puta à Titio in Seium, ſtipulari eum oportet à Seio quod Titius debet, quo caſu Titius licet inſcius, & non conſentiens liberatur, l. ſi Stichum. vel ſi abſque mutatione perſonæ velit in obligationem verborum aliud genus obligationis tranſire interpoſita ſtipulatione, recte nouatio fiet, licet nihil noui contineat nouationis ſtipulatio. Sin autem ipſam verborum obligationem velit in aliam transferre, poſterior ſtipulatio nouabit priorem, modo aliquid noui contineat, id eſt, ſi dies, conditio, pignus, fideiuſſor, aut accedat aut detrahatur. dicto §. præterea. vbi Theoph. Sed notandum eſt pro regula, & veluti axiomate certo, nunquam

intelligi

intelligi factam nouationem, niſi à contrahentibus id expreſſum ſit, vt noua Iuſtiniani conſtitutione ſancitum eſt, l.vlt. C. eod. Iure autem in Pandectas relato ſpectatur, quid actum magis, quam quid dictum ſit. l.2. Sæpe etenim Iuriſconſulti nouationem factam non eſſe aiunt, quod actum eſſe non appareat. l.ſi ita fuero. & ſequenti. l.ſi Stichum. §. idem Celſus. Hinc conſequens eſt, cum vnus promittit ſimpliciter quod alius debet, quia nihil nouatum eſt, vtrumque obligatum manere, ſed ita vt vno ſoluente alter liberetur. l. ſi Stichum. §. vl. niſi res diuerſę in vtramq; ſtipulationem deductæ ſint, veluti fundus & eius æſtimatio. l. fundus.

Quis poßit nouare. Cap. III.

QVi ſui iuris eſt, & bonorum ſuorum habet adminiſtrationem, quin nouare poſſit dubium non eſt: alius autẽ eius nomine non poterit, niſi ſit procurator omnium bonorum aut ſpecialiter id ei mandatum ſit. l. nouare. hic. l. non abſtulit. C. eo. Sed ratihabitio ſequens nouationem mandato comparatur. l. ſi quis abſente. Filiusfamil. nouare non poteſt, licet interdum ei recte ſoluatur. l. filius l. non ideo. ex quo liquet perpetuum non eſſe quod dicitur, eum cui recte ſoluitur nouare poſſe. leg. cui recte. pupillus ſine tutoris auctoritate, prodigus cui bonis interdictũ eſt, & aliæ huiuſmodi perſonæ non nouant. l. 3. l. nouare. Tutor pupilli, curator furioſi, ita demum nouare poſſunt, ſi pupillo, furioſo aut prodigo id expediat. l. nouare. l. vlt. Seruus non poteſt nouare, niſi habeat peculii adminiſtrationem, quo caſu peculiarem obligationẽ ei nouare permittitur, niſi donationis cauſa id faciat. l. ſeruus. l. vlt. Seruus vnus ex reis ſtipulandi communem tantum obligationem nouat, idque argumentis confirmat Venuleus. l. ſi rem. §. ſi duo. Qui ſolutionis tantum cauſa adiectus eſt ſtipulationem non nouat, quamuis ei ſolui poſſit. leg. cui recte. quod de eo cui quis debitorem ſuum ſoluere iuſſit, traditum eſt. l. ſi debitorem.

De effectu nouationis. Cap. IIII.

VEtus obligatio perimitur, nouaq; naſcitur obligatio ex ſtipulatione poſteriore. Pœna autem, quę promiſſa fuerat in poſteriore ſtipulatione, minime repetita intelligitur. l. ſi creditor. Idemq; de pignore & vſuris conſtitutum eſt. l. nouatione l. emptor. & quia vetus obligatio omnino extinguitur, perindeq; eſt, ac ſi contracta nunquam fuiſſet, ſi moram fecerit promiſſor, per nouationem ea purgatur. l. ſi Stichum. l. quoties.

De delegationibus. Cap. V.

DElegatio fit dupliciter: per ſtipulationem & litis conteſtationem l. delegare. Per ſtipulationem, puta cum debitor meus creditori meo vel alii cui iuſſerim, rem mihi debitam promittit. Tres igitur perſonæ hic neceſſariæ ſunt, delegans debitor, & delegatus, & creditor, ſiue alius cui fit delegatio, omniumque conſenſus requiritur. l. nec creditoribus. C. eo. Ac delegans quidem quomodo voluntatem ſuam declaret, parum refert. l. delegare. 2. hic. Delegatus autem reus ſe ſe verbis obligare debet creditori cui delegatur. l. 1. C. eo. Per conteſtationem fit delegatio, veluti ſi quis pro reo conuento iudicium ſubeat, & litem conteſtetur non inuito actore. d. l. delegare. l. ſolutione. infra de ſolut.

Effectus delegationis. Cap. VI.

DElegatione fit nouatio. l. 2. 3. C. eo. Nam cum creditori meo vice mea reum delego, duplex perimitur illa nempe qua teneor creditori meo, & qua mihi debitor meus obſtringitur nouaque naſcitur obligatio, qua tenetur debitor meus creditori meo. Eſt igitur valde vtilis & neceſſaria, quia debitoris debitor à chirographario creditore non aliter conueniri poteſt, quam ſi delegatio facta fuerit. leg. penul. Cod. eodem. Item is, qui vendit nomen, aut mandat actionem alteri abſque delegatione, nihilominus aduerſus debitorem ſuum experiri poteſt præterquam in exceptis caſibus qui vero delegauit, nullam amplius actionem habet. dict. leg. 3. Excipitur, qui debitorem vſusfructus delegauit alicui. Nam vſusfructus perſonæ cohæret, & mutata perſona non idem, ſed alius eſſe vſusfructus intelligitur. Itaque delegatione obligatio mero iure non nouatur, nec perimitur. Attamen propter conſenſum ex bono & æquo exceptio doli aduerſus delegantem competit delegato. leg. 4. hic. Debitor, qui ſciẽs patitur delegari, ſe exceptionẽ ſi qua ſibi competit videtur remittere. Si ignorans nulla poterit exceptione aduerſus creditorem vti, ſed contra delegantem condictio dabitur. l. ſi quis delegauerit. & ſequent. Exceptio quæ obiici poterat deleganti, non poteſt obiici ei, cui facta ſit delegatio, niſi eadẽ ratio ſit. l. doli. l. ſi Titius.

IN TIT. III.

DE SOLVTIONIBVS ET LIBERATIONIBVS.

POSTEAQVAM tractatum eſt de nouatione, qui eſt primus modus tollendarum obligationum, de altero, id eſt de ſolutione videndum eſt. nam ſolutione eius quod debetur, omnis tollitur obligatio. §. 1. Inſtitut. quibus modis toll. obliga. Habet autem hæc res tales locos præcipuos. Quid ſit ſoluere, quæ res ſolui debeat, quis, cui, & cæt. de effectu ſolutionis, & iis, quæ ſolutioni affinia ſunt.

Quid ſit ſolutio. Cap. I.

SOluere is dicitur, qui numerat pecuniam creditori, aut per ſe, aut per alium, ea mente, vt apud creditorem remaneat l. qui ſic ſoluit. 55. l. ſolutam. 49. l. qui mandat. 59. Item qui facit quod facere promiſit. l. ſolutionis. de verb. ſignif. Quod accipiendum eſt, cum totum verbum ad rem, non ad perſonam aut obligationem refertur. Nam cum reum ſolutum, aut rem ſolutam dicimus, liberatum eſſe reum & ſublatam eſſe obligationem intelligimus. l. ſolutione. 54. l. preut. hic. quo l quibus modis fiat poſtea docebimus. Differt ergo ſolutio à ſatisfactione, quia ſatis fit creditori, cum eius deſiderium quoquo modo impletur, licet non numeretur pecunia debita. l. 1. ſupra. qui ſatiſd. cog. & hæc ſatisfactio loco ſolutionis eſt. l. ſatis factio. hic.

Quid ſolui debeat. Cap. II.

VT tollatur obligatio ſolutione, rem quæ debetur ſolui oportet. §. 1. Inſtit. quib. mod. toll. obligat. l. 1. ſupra de reb. cred. Rei appellatione, pars hic continetur, vt ſicut totum ſoluens in totum liberatur, ſic partem, pro parte liberatur: & hæc diuiſio in rebus pondere, numero, menſura conſtantibus fit, in aliis intellectu in partes ſcilicet, pro indiuiſo. l. etſi ſtipulatus. §. qui decem. l. cum Stichus. l. qui hominem. in prin. & l. ſi decem. hic l. 2. ſup. de verb. obl. & l. ſi non ſortem. §. qui decem. de condict. indebit. Quid ergo ſi duorum hominum in genere promiſſor, Stichum ſoluerit, & deinde eiuſdem dominium rurſus creditori dederit; Marcellus ait liberari eum, atq; ita duorum hominum debitor vnum bis ſoluendo in totum liberatur, nedum pro parte, quod vtiq; paradoxum eſt, & iis, qui ad ſubtilitatem magis, quam ad æquitatem reſpiciunt falſum videri poteſt, l. ſi quis duos. eadem ratione debitor quantitatis eius partem ſæpius ſoluendo nonnunquam liberatur, vt idem Marcellus ſcribit d. l. ſi quis duos. Sed vtroq; caſu non partem, ſed totum recte ſoluiſſe dicitur. Igitur ad tollendam omnino obligationem, totam rem, quæ debetur ſolui, neceſſe eſt. Rem autem is demum ſoluere intelligitur, qui integram perfectamque dat, vt nec iuri quicquam deſit, nec morari poſſit à debitore, leg. ſi rem meam. l. etiam. l. cum quis. §. qui hominem. l. qui decem. §. vlt. l. eum. l. ſi hominem. l. cui res. Proinde rem debitam, quæ facta eſt deterior ſoluens ſoluere non dicitur. l. qui ſibi. Exempli gratia, qui hominem vulneratum, aut pecuniam, quæ ærosa auctoritate publica ſublata eſt. l. creditor. 102. Sed & qui tardius ſoluit, eum quoque minus quam debeat, ſoluere interpretamur. l. ſolidum. multo minus rem alienam licet debitam ſoluens liberatur, l. Caſſius. quod eſt accipiendum niſi res poſtea vſucapta fuerit, aut nũmi coniuncti, l. is qui alienos. l. ſi alieni. l. is cui. Ex eo autem quod dictum eſt rem debitam oportere ſolui multa conſequuntur, ſi quod ſub conditione debetur ante conditionis euentum ſolutum fuerit, non niſi ea exiſtente liberatur. l. ſub cõditione. Qui tutus eſt exceptione perpetua, nihil agit, quia non debet. Itaq; ſolutum condicere poteſt. l. qui hominibus. §. vlt. l. qui exceptione. ſ. de cond. indeb. Aliud pro alio non

recte ſoluitur.l.tum à quo. C.eo.excipe niſi debeantur nummi, quos in aliam formam cogitur accipere creditor, ſi ipſius non interſit: veluti coronatos pro ſolatis.l. Paulus. argum.l. quæ extrinſecus.ſup.de verb.obl.Item excipitur ſolutio, ſi volente creditore facta ſit.l.manifeſti.l.pen. C.eo.quod dupliciter intelligi poteſt: nã aut ab initio conuenit, vt res alia ſolui poſſit, quam quæ in obligatione eſt, veluti ſi quis promiſerit decem in melle, & hoc caſu donec lis conteſtata fuerit, ea res ſolui poterit.l. ſi quis ſtipulatus fuerit. Conuentio tamen de pignore in ſolutum dando non præiudicat debitori, quominus debitam quantitatem perſoluere queat.l. quamuis. quia lex commiſſoria in pignoribus reprobatur.l.vlt. C.de pact. pign.aut nihil conuenit, ſed tantum creditor rem alienam accepit, & tunc ſolutio parit liberationem, niſi error interuenerit.d.l. manifeſti.l. ſi cum aurum. Sed ſi ſoluta res poſtea fuerit euicta, vel pro parte tantum, adhuc pro ſolido durat obligatio.l.ſi quis aliam. Atq; alia res inuito creditori tunc ſoluitur, cum rem debitam reus non poteſt ſoluere inopia, auth. hoc niſi.C.eo. Quæritur ſi Stichus, aut Pamphilus promittatur ſub alternatione, vter ſolui debeat. Reſpondeo electionẽ eſſe debitoris, niſi alter perierit.l.ſi in emptione. ſup.de contrah.empt. aut niſi alter fuerit ſtipulatoris, cum ſtipulatio contracta eſt, l.qui decem.§. Stichum. hic.

Quando & vbi ſolutio fieri debeat. Cap. III.

QUod debetur in diem, ante diem ſolui poteſt, licet ante diem non poſſit exigi.l.quod in diem.ſup.hic.l.creditor diem.de verb.ſign. quod debetur pure, ſtatim exigitur etiam ab inuito, ſed cum aliquo temperamento temporis. l. quod dicimus.l. ſi quis filium.§. collatio. ſup.de colla. bon.tempus autem relinquitur arbitrio prudentis iudicis definiendum, vt in l. 1.ſup.de iure delib.Item opportuno loco & tempore, ſolutionem fieri oportet.l.ſi ſoluturus.

A quo fiat ſolutio. Cap. IIII.

IN primis debitor ipſe ſoluens liberatur, niſi ſit pupillus, quo caſu auctoritas tutoris eſt neceſſaria, l.quod ſi forte.§.vlt.i. Sed & ſi in reatu ſit, adhuc ſoluere poteſt. Sed & idem dicẽdum de hærede reſtituere grauato, ſi ante reſtitutionem ſoluerit.l. ante reſtitutum.104.hic. Ceterum nihil refert, an debitor ipſe an procurator, vel alius quiuis eius nomine ſoluat. Nã à quocunq; debitũ ſoluatur, etiam inuito debitore contingit liberatio.l.ſi ꝑ me.l.ſoluere.hic.l.manifeſto.C.eo. Sed ei qui ꝓ inuito cõtradicente ſoluit, aduerſus debitorẽ nulla ſupereſt actio: nam nec ſoluens creditori alieno ad cedendam actionem eum cogere poteſt, l.nulla.C.eo. Alia eſt cauſa procuratoris omnium bonorum, qui mandati actionem habet, quãuis dominus ſolutionem ratam non habeat.l.quodlibet. Si tamen procurator meus pecuniam meam quam pro me, vt creditori meo pro me ſolueret, acceperat, non nomine meo, ſed ſuo potius dederit, ea ſolutione non liberor. l. Caſſius. Tutor pro pupillo recte ſoluit.l. pupilli. Seruus actor pecuniam à domino debitam ſoluere poteſt, ſi modo exigi potuerit: nam generaliter notandum eſt, quoties mandat alicui debitor, vt ſi debuerit, ſoluat, id demum mandato contineri quod exigi poteſt, non quod naturaliter tantum debetur.l.ſi is cui.§.Flauius Ianuarius. fideiuſſor ſoluit pro reo, niſi actum ſit, vt reus aliquod opus ſuis manibus perficiat.l. inter artifices.31.hic.

Cui ſolutio fiat. Cap. V.

CReditori recte ſoluitur, etſi creditor non fuerit tempore ſolutionis, ſed poſtea creditor effectus ſit, conualeſcit ſolutio, nec ſolutum repetitur. l. pupilli.§.vltim. Sed & tunc quoque effectum habet ſolutio, cum creditori ſolutum eſt, qui poſtea creditor eſſe deſiit, cuiuſmodi eſt hæres qui reſtituitur, vt ab hæreditate ſua abſtineat. l.filius qui. Quid ſi creditor in reatu ſit, Marcellus ei recte ſolui ſcribit. l.reo. Quid ſi ſit pupillus ei non recte ſoluitur abſque tutoris ſui auctoritate. leg. pupillo. nec ſoluens liberatur, ſed iterum conueniri poteſt, niſi locupletior factus fuerit pupillus.leg. in pupillo. Quod eſt accipiendum, etiamſi gratia conditionis implendę aliquid dandum ſit pupillo, quamuis conditiones, quæ in faciendo conſiſtunt, abſque tutore impleri poſſint.leg.ſi ſeruus decem. leg. Stichus. leg. vſumfructum. Quid ſi plures creditores ſint, omnibus eſt ſoluendum. Sed ſi res indiuidua ſit, & vnus petat, ei ſoli poterit tradi, auctoritate magiſtratus accedente.l.ſi ſtipulatus ſim.§. ſi lancem. Vnde ſoluens dotem profectitiam patri ſine filia, aut filiæ ſine patre non liberatur, quia vtriq; debetur, l.qui hominem §.ſi gener.l.ſi filia. hic.& l.ſi cum dotem.ſolut.matr.

Alii quam creditori ſolutio facta non valet: quod vtique verum eſt, etſi creditoris maritus.ſit.l. cum maritus. C. eod. aut filius in poteſtate.l. filiumfa.hic. Sed hoc perpetuum non eſt, ab eaque regula multi caſus excipiuntur. Primo excipitur tutor pupilli, curator furioſi.d.l.quod ſi forte.l.ſolutum. l. ſi ſeruus decem.cui recte ſoluitur, tametſi capitis reus poſtulatus ſit, l. quamuis, nec refert cuius generis ſint tutores, modo adminiſtrationem habeant.d. l. quod ſi forte.l. quæro. Vnde Paulus inquit, Si debitor pupilli tutore delegante pecuniam creditori ſoluit, liberationem contingere, niſi malo conſilio cum tutore habito, hoc factum eſſe probetur. l.pupilli debitor.in prin. Is autem qui non tutori, ſed ei qui pro tutore gerit, negotia ſoluit, ita demum liberatur, ſi pecunia in rem pupilli peruenerit.leg. debitoris. Excipitur ſecundo procurator creditoris, ſcilicet, qui ſpeciale mandatum habet, vel cui omnium rerum adminiſtratio conceſſa eſt. leg. vltim.leg.ſolutio. Nam ſoluens procuratori litis, vel ei quẽ falſum procuratorem eſſe putet, non liberatur.leg. qui hominem.§.ſi nullo.l.hoc iure. l. ſi quis offerendum. Hoc accipiendum niſi reuocatus ſit procurator, eumque debitor reuocatum eſſe ſciuerit. l. ſi ſeruus.l. diſpenſatori.l.cum quis.l. qui hominem.§.ſi Titium.§. ſi quis ſeruo. Excipitur tertio ſeruus actor. l. ſolutam. aut is cum quo contraxit debitor, cum peculii adminiſtrationem haberet. d.l.quod ſeruus.leg. fugitiuus. l. ſi ſeruus. hic. l. 3. C.eo. Excipitur quarto is, cui creditor ſolui iuſſit.l. 4.Cod.eod. Nam debitor ei ſoluens omnino liberatur l. pupilli.in prin. quod eſt accipiendum niſi mutata ſit interim eius voluntas, leg. ſi cum Cornelius. aut mortuus ſit. l. vlt. Excipitur quinto niſi iuſſus pecuniam ex certa cauſa debitam dare, ex alia cauſa dederit.l.ſi ex pluribus. §.10. Sexto ſolutio alii facta parit liberationem, cum ab eo ad creditorem peruenit pecunia. leg. debitores. leg.qui hominem.§.ſi prædio. cum creditor ratam habuit ſolutionem, vel ipſe, vel eius ſucceſſor. leg.ſi quis offerendum. Septimo, Recte ſoluitur ali, qui in ſtipulatione contrahenda ſolutionis gratia adiectus eſt.l.vero.l. qui ſibi. leg. qui hominem. §. Stipulatus, hic l. eum qui ita debet. ſup.de verbor. obl. qui ſimpliciter adiectus à iuris auctoribus dici ſolet, l. ſi ita ſtipulatus.quæ eſt 9.l.nam cum.de ſtip.ſeruor. Nam ſoluens adiecto ipſi creditori ſoluere videtur. dict.leg. ſi ita ſtipulatus. quod adeo verum eſt, vt ſi forte indebitum per errorem ſolutum ſit adiecto, id non ab eo, ſed à creditore potius repetatur, leg.qui hominem, in princ. Petere autem non poteſt hic adiectus nec nouare nec acceptum ferre, quia ſolutionis tantum cauſa adiicitur, leg.quod ſtipulatus. 10.nec multum refert cuius conditionis aut ætatis ſit adiectus, vt ſolui poſſit. Nam adiecto pupillo ſoluens dicitur abſque tutorum auctoritate liberatus, leg.ſi ſtipulatus fuero. quamuis & tutori eius facta ſolutio valeat. Idemque de furioſo eiuſque curatore dicendum eſt, leg. Stichus.§.vſumfruct. Idque vtilitatis cauſa eſt receptum. Nam alioqui ſoluendi facultas perſonam non egreditur, adeo vt ſi ſeruus fuerit adiectus, debitor non poſſit ſoluere, niſi ſeruus conſentiat. leg. ſi ſtipulatus ſum, l.Stichum. §.vſumfruc. eademque eſt ratio eius qui adiecto hæres extitit, l. ſi ſtipulatus ſum. 81.de patre & filio quæritur, an recte ſolutionis cauſa adiiciantur, qua de re videnda eſt Pauli diſtinctio.l.Stichum.§.quis ſit.hic.l.eum qui ita.de verb.obl. Ceterum hæc facultas adiecto ſoluendi quibuſdam ex cauſis ceſſat, veluti ſi in eodem ſtatu non manſerit adiectus. leg. cum quis.38.in prin.leg. Stichum.§.vſumfruct.98.ſi creditor ipſe petierit à debitore, & litem conteſtatus fuerit.leg.ſi quis ſtipulatus fuerit. leg.in melle. Conſtitutum vero creditori factum eam non impedit. leg. ſi ita ſtipulatus ſim.59. nec ſolutio partis.l.cum decem.nec creditor prohibetur. leg.aliud.l ſi cum Cornelius. Denique tractatur quæſtio, an diuerſitas in re ac cauſis obligationis, puta diei vel conditionis adiectionẽ inutilem reddat. De qua Pauli & Caii diſputatio videnda eſt. l. qui ſuas res. hic. l.vlt.§. vlt. ſupra de verb. obl. Ma-

tri quæ mandato filiæ pupillæ negotia gerit bona fide ſoluens liberatur, ſi negotium ex quo erat obligatus reus cum ipſa matre contractum fuerit, alioqui non liberatur.l.filię.hic.leg. qui aliena.§.quanquam.de neg.geſt.

Effectus ſolutionis. CAP. VI.

SOlutione tollitur omnis obligatio tum naturalis, tum ciuilis. l. Stichum.§. naturalis.hic §.1.Inſt. quib. mod. toll. oblig. hinc multa conſequuntur. Primum, Si vnus ex tutorib. quicquid ex cauſa tutelæ debebatur, ſoluerit, fruſtra petit, vt ſibi actio cedatur aduerſus contutorem, vt Modeſtinus reſcripſit.l.Modeſtinus.fideiuſſor tamen ſiue mandator ſoluens iure poſtulat à creditore, vt ſibi actionem cedat. Eademque cauſa eſt tutoris qui quidem ſi damnatus quod pecuniam debitam pupillo non exigiſſet, ſoluerit, poteſt ab eodem pupillo petere vt ſibi actionem cedat aduerſus debitorem, qui ea ſolutione liberatus eſt. leg. Stichum.§. ſi mandato. Nam in priore caſu par eſt vtriuſque obligatio, atq; æque principalis: itaq; vnus ſoluens, pro ſua tantummodo obligatione ſoluere videtur, non autem pro aliena: tametſi ei ſubueniatur, ne videlicet creditor bis idem conſequatur. Pro ſolutione facta à reo liberatur omnes acceſſiones.l. in omnibus.ſed ſi duo ſint fideiuſſores, pōt reus vnus ita ſoluere, vt vnum liberet.l. 5.§. ſi duos. vice verſa ſolutio facta à fideiuſſore, ipſi quoque reo prodeſt, niſi aliud actum. l. vbi fideiuſſor.l.inter artifices. l. quoties. vna ſolutione plures tolluntur obligationes, licet ex diuerſis cauſis naſcantur.l. cum quis.§.de pecu.l. numerationibus. Hic agitatur quæſtio cum ex pluribus cauſis debetur pecunia, ex qua cauſa ſolui, & quæ obligatio ſublata eſſe intelligi debeat, de qua videnda aliqua iuris auctorum loca ſub hoc tit.l. 1.2.3.4.5.6.7.8.l.1.& 2.l.ſi ex pluribus.§.vlt.l.ſi is cui.§.Flauius.l.cum ex pluribus.&l.creditor.hic.l.1.C.eod. Secundus effectus ſolutionis eſt, quod ſolutione rei dominium transfertur in creditorem, vel ſolo aſpectu.l.pecuniam. ſcilicet ſi debitor ſit dominus. Nam alioqui transfertur vſucapiendi conditio, tit. pro ſolu. ſupra. Sed animaduertendum eſt, tunc demum ſolutionem eos effectus habere, cum eam interueniſſe probatum eſt. Nam aſſeueranti ſolutionem onus probationis incumbit. §.vlt.C.eo. Probatur, non ſolum teſtibus, ſed & per apocham.l.pecunia.C.de ſolut. Refert, an chirographum cancellatum ſit, aut redditum necne.l. mandatum. C.eod. tametſi ad probationem aliquando id conferat.d.l. pecuniæ.l. quod debitoris.l.inductum. C.eo. Verum hic omittendum non eſt, eum qui poſt propoſitam rationem puta Stichi, confitetur ſibi ſolutum eſſe verbo generali, non videri comprehendere, niſi quod ad eam rationem ſpectat.l. ſi ex pluribus.in princ.

De liberationibus. CAP. VII.

MVlta ſunt genera obligationum tollendarum ſolutioni affinia, quę ad hanc partem rubricę referūtur.l.prout. l.pen.hic.quib.mod.tollatur obligat. Inſt. Ea ſigillatim nos hic recenſebimus. Ac in primis, ſi creditor fundum pignoratum vendiderit, & tantū ex ea venditione conſecutus ſit quātum ei debebatur.ſi creditor. 26. l. triginta. l. pupilli. §. cum eo. l.Paulus reſpondit. idem de fructibus eſt dicendum, quos ex re pignorata percepit.l. Titia. Et oblatione & obſignatione rei debitæ contingit liberatio.l.obſignatio. C. eod.niſi aliud actum eſſe appareat. leg. ſi ſoluturus. 39.hic. Oblatione verò ſola ita demum contingit ſi poſtea res perierit, aut amiſſa ſit. leg. qui decem. 72.nec refert à quo offeratur res, modo præſens dicatur, leg. qui decem. atque ita accipiendum videtur quod Vlpianus ait, ſi debitor offerat pecuniam, quæ petitur, & creditor nolit accipere, denegandam eſſe actionem ei, qui mauult litigare quam accipere, quamdiu in ea voluntate perſeuerat. Nam ſi pœnitentia ductus poſtea acipere velit, vltima mora nocet. l. illud.de peric.& commod. rei vendit. l. ſemel mora. Liberatur reus abſolutione iudicis propter exceptionem rei iudicatæ.tot.tit. ſupra, de exception.rei iudica.quod accipiendum eſt de ea re, quæ petita eſt, ac peti potuit. Nam in reliquo non præiudicat creditori ſententia, vnde quæritur, ſi pater meus vxore prægnante deceſſerit, & ex cauſa hæreditaria totum hoc quod patri meo debebatur, petierim & ſuccubuerim, quatenus mihi noceat ea abſolutio. Nam dubium eſt, quantum ego petere debuerim, cum incertum eſſet, quot eſſent ex ea muliere naſcituri. l. ſi pater.hic.l. ſi petitor. de re iudic.l.ſed ſi reſtituatur.de iud.l.aut qui.ſi pars hæred. petat.l. cum quædam. de acquirend. hæredit. Reus liberatur, quia præſcriptio temporis agenti obiicitur. Sed quandiu poteſt aduerſarius in integrum reſtitui, propter abſentiam vel aliam iuſtam cauſam, poteſt pro eo fideiuſſor obligari, & liberato reo adhuc conueniri interdum poterit. puta ſi lapſus ſit annus petendę reſtitutionis, nec plus cum fideiuſſore experiendum, ſed cum reo tantum ſit, leg. cum quis.§.ſi quis pro reo. Liberatur reus cum res debita ſic peruenit ad creditorem, vt nec poſſit auocari ab eo, ne ei aliquid eam ob cauſam abſit, leg. quoties. 61.leg. Stichus. §. ſi creditor. 6. Satisfactio loco ſolutionis eſt, leg. ſatisfact. 52. Ideo liberat debitorem. vnde qui pro pecunia debita nomine ceſſo contentus fuit, amplius petere non poteſt, & periculum nominis ad eum pertinet. l. pupilli. 96.§.ſoror. 7. Compenſatio debitorem ipſo iure liberat, & vim ſolutionis habet. leg. eius.C.eodem. 8. Pacto tollitur omnino ea obligatio, quæ conſenſu contrahitur. leg. prout.leg. Stichus.§.vltim.quod ſi aliter contracta fuerit obligatio, naturalis duntaxat obligatio perimetur. leg. Stichus. §.naturalis. eadem eſt iuriſiurandi ratio.d.§.naturalis. 9. Liberatur cum abſque eius culpa res perit, vel definit eſſe in commercio hominum. leg.penult. Exempli cauſa, ſi ſeruus alienus quem reus promiſerat, à domino manumiſſus ſit.leg. ſi mihi. Alia cauſa eſt areæ promiſſæ, in qua poſtea ædificatum ſit.leg.qui res.§.aream. Sed cum duæ res ſub alternatione promittuntur, perempta vna, nihilominus altera peti poteſt.l. Stichus.in princ.10. Nouatione tollitur obligatio, ſi hoc actum eſt. toto tit. ſupra de nouat. Poteſtque debitor hac ratione etiam inuitus liberari, quod mirum eſt, vt puta ſi creditor aliquem ſupponat, à quo debitum ſtipuletur animo nouandi, quo caſu conueniri poterit. leg. ſi debitor. 91. Cum debitor ſuccedit creditori, aut cōtra, confunditur obligatio proinde fideiuſſores liberantur.l. qui hominem. §. quidam. l.ſimul.§. Stichum.l.aditio. 12. Cum fideiuſſor ſuccedit debitori, vel contra debitor fideiuſſori, extinguitur obligatio fideiuſſoria, & remanet principalis. l. cum quis. §. vltim.l.Stichum. 95.§.quod vulgo. leg. ſi duo rei. 93. Pignoris tamen obligatio non extinguitur, niſi ſoluta pecunia. dict. leg. cum quis.§. vltim. Obligatio, quæ verbis contracta eſt, tollitur acceptilatione, leg. ſicut.leg. prout.hic, de quo dicam ſub tit. ſeq.

IN TIT. IIII. DE ACCEPTILATIONIBVS.

POST varia iam enumerata genera ſoluendarum obligationum acceptilatio ſequitur, in qua fieri ſolet, vt quaſi acceptum ſolutum habeatur, quod acceptum non eſt .§.item per acceptilationem. quib. mod.tol.obl.in Inſt. Differt apocha ab acceptilatione. nam per acceptilationem omnimodo liberatio contingit, licet pecunia numerata non ſit, nec poterit contra eam opponi exceptio non numeratæ pecuniæ. l ſi acceptilat. hoc tit. Porro hic titulus hos locos proprios habet, qui ſequuntur.

Quomodo fiat acceptilatio.

ACceptilatio interrogatione & reſponſione perficitur: acceptum fers vel habes? Acceptum fero, habeo, facio.l. 1.6.8.§.acceptum. Nec refert, an Latine, an Græce, an quolibet alio idiomate fiat, modo reſponſio interrogationi congruat.l.6.leg.an inutilis.§. vlt. fieri autem in diem, neque ſub conditione poteſt.l.4.& 5. Quod adeo verum eſt, vt die interiecta vel conditione non vitietur.leg. actus legitimi. de reg.iuris.

Quis acceptum faciat.

PRocurator ſine ſpeciali mandato, tutor, curator acceptū ferre non poſſunt. leg.3. & l. per iuſiurandum. §. tutori. Seruus ne iuſſu quidem domini acceptum ferre poteſt. leg. pen. Creditor ipſe aut eius hæres, ſiue ſucceſſor acceptum faciūt.leg.& per iuſiurandū.§.hæres. pupillus non poteſt, niſi tutoris auctoritate.l.1.C. hoc tit. At ſi duo ſint rei ſtipulandi,

vnus acceptum facere poteſt,& liberatio cõtingit in ſolidum. d.l.& per iuſiurandum.§. vlti.

Cui acceptum fiat.

PVpillus abſq; tutore acceptum ferre non poteſt. l. 2. Nec procuratori,tutori,curatori facta acceptilatio valet. d. l. 2.& l.& per iuſiurãdum.§.tutor. Seruus acceptũ rogare,& accepto liberare poteſt.l.an inutilis,§.ſeruus. l.ſpecies. Idem eſt in filiiſfa. d.l.an inutilis. §. filiusfa. fideiuſſori facta acceptilatio vtilis eſt,& prodeſt reo.d.l.& per iuſiuran.§.& ſi fideiuſſor. §. ſi ita.l. ſi ex pluribus §.ſi indicetur.non ſolum debitori ipſi,verum etiam hæredi eius acceptum facere poſſumus. Quod ſi plures rei promittendi aut plures hæredes ſint, vni eorum recte fiet acceptilatio.l. ſed & ſi.l.& per iuſiurandum. §.hæres.l.ſi ex pluribus.

De qua re fiat acceptilatio.

DE re tantum, quæ debetur, fit aceptilatio.l.pluribus.d.l.& per iuſiurandum.§. eum qui. Vnde ſi debitor Stichi, Pamphilum & Stichum acceptum faciat, ſuperuacua eſt Pãphili mentio.l. ſi is qui Stichum. Nec refert de re aliqua certa, certoque contractu ſpecialiter,an de omnibus rebus & cauſis generaliter acceptum fiat.l.& ex vno. Neq; ſufficit tantum rẽ debitam eſſe,ſed ex cauſa ſtipulationis debitam eſſe oportet. Nam verbis tollitur obligatio,quæ verbis contracta eſt l. an inutilis. §. acceptum, hic.leg.prouide.de ſolutio.l.nihil. de reg. iur. Proinde cum quis obligationem aliter contracta. macceptilatione perimere vult, neceſſe eſt, vt eam per ſtipulationẽ nouet ſecundum formam Aquilianam,quæ apud Florentinũ extat,l.& ex vno. Excipitur obligatio iuriſiurãdi,qua libertus ad operas tenetur.l.& per iuſiurãdiũ. l. vt iuriſiurãdi.de oper. lib. Nã ea quodãmodo verbis contracta intelligitur. Quod vero de re debita memoraui acceptilationẽ fieri accipiendũ ſic eſt aut eius rei parte, ſi diuiſionem recipiat. l.pars.cum ſeq. l. ſi qui hominem,& l. per iuſiurandum. Quoties enim,neq; id quod debitũ eſt,neq; pars eius accepto fertur,inutilis eſt acceptilatio. Hinc exiſtunt quæſtiones quas apud Vlpianum vide d.l.& per iuſiurandum. Si ſub conditione res debeantur vel in diem, vtilis erit accepi ilatio,cum dies venerit, vel conditio extiterit.d.l & per iuſiuran.§.ſi is qui Stichum.l. ſi ſub conditione.l.quod in diem.

Effectus acceptilationis.

TOllit obligationem verbis contractam, vt dixi l. 1.hic.§ itẽ per acceptilationem.quib.mod.tolli.oblig.l.an inutilis.§.acceptam.quare omnis agendi via præcluditur,niſi iuſta ſit cauſa in integrum reſtitutionis.l. omnis.C.hoc.tit. Intellige ſi vtiliter fiat: nam ſi inutiliter, datur exceptio parti, niſi forte cõſenſum defuiſſe appareat d.l.an inutilis,in princ. Notandum nihil referre an pecunia fuerit ſoluta necne.l. ſi acceptolatum.hic. Quia & donationis cauſa poſſe fieri acceptilationem non ambigitur.l.2. C. hoc titu. Obligatio vero,quæ verbis contracta non eſt, ipſo iure non tollitur, ſed ope tantum exceptionis.l.ſi acceptolatum. Quod accipe niſi interueniat ſuper venditione, aut aliis huiuſmodi obligationibus, quæ conſenſu conficiuntur.l.vlt.hic. *Ipſo iure.* Quo caſu acceptilatio non ſua natura,ſed poteſtate conuentionis valet.d. l.vlt.l.cum emptor.de reſcind.vend. Nam obligationes conſenſu cõtractæ contrario conſenſu tolluntur.§.vl.in tit.quib. mod.tol. obl. Nota tametſi ab vna parte interceſſerit tantũ acceptilatio in his contractibus in quibus vltro citroque eſt obligatio,omnes nihilominus obligari. d. l.vlt.d.l.cum emptor. Nota etiam intereſſe inter acceptilationem,quæ fit pro parte,& ſolutionem, quando obligatio eſt alternatiua.l.qui hominem.hic.& l.ſi non ſortem.§.ſi.de cond.indeb.

IN TIT. V.

DE PRÆTORIIS STIPVLATIONIBVS.

QVæ ſit prætoria ſtipulatio, & quẽadmodum à iudiciali diſtinguatur, dixi in l. 5.de verb.obligat. & ſimul explicaui diuiſionem hic traditam ab Vlpiano,l.2. Inter exempla cautionalium referenda eſt ea , cuius meminit Paulus in l.8.de ſubſtit.&c.

CAP. I.

Quomodo interponantur ſtipulationes prætoriæ.

IN quibuſdam ſatiſdatio requiritur,in aliis nuda repromiſſio ſufficit.l. 2.§. ſtipulationum. Nec refert an mihi quis caueat, an procuratori meo,tametſi in aliis ſtipulationib.multũ interſit, l. 3. Cauere autem ſæpius quis cogitur,ſi videlicet ſine culpa ſtipulatoris cautum eſſe deſierit.l.4. Sed cum ſatiſdatio deſideratur, neceſſario exigitur fideiuſſor, nec ſufficeret pignus vel auri argentive depoſitio.l.4. Pœnam ſtipulari licet ac certam ſummam loco eius quod intereſt.l.6.& vl.

Quis ſit effectus harum ſtipulationum. CAP. II.

AGitur actione ex ſtipulatu contra eum, qui promiſit, ſiue ſuo nomine ſiue alieno promiſerit.l.6. Ac interdũ ex ſtipulatione procuratoris agit dominus.l. 5. Quædam ſingularia in his ſtipulationibus reperiuntur. Primum eſt, quod interpretationem recipiunt benigniorem, quam ſtipulationes conuentionales,ex mente ſcilicet prætoris qui eas propoſuit.l.8. Vnde etiam fit, vt ſiue ſtipulator ſiue promiſſor aliquid immutari velit ex vulgari ſtipulationis formula quam prætor propoſuit, id facere non poſſit, inuito altero , ſed an iuſta cauſa ſit mutandi, prætoris ipſius eſt cognoſcere.l. 1.§. vlt.& l. in conuentionalibus.ſup.de verb.obl. Secundum eſt, quod hæ ſtipulationes diuiſionem recipiant, quoties incertã quantitatem, id eſt, id quod intereſt continent. leg. 2. hic.l. pœnales.§. Iulianus,ad l.Falcid. Tertium eſt, quod poſterior cautio tollit priorem non ipſo iure, ſed exceptione oppoſita quæ exceptio his fideiuſſoribus, qui in priori ſtipulatione interuenerunt, competit.l.pen.hic.

IN TIT. VI.

REM PVPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

CAP. I.

HÆc cautio exigitur à tutore in commodum pupilli,& auctoritate imperioq; prętoris interponitur. Ideoq; prætoria eſſe dicitur.l. 1.ſ.tit.prę-cedenti. Nam abſq; ſatiſdatione,quæ hic neceſſaria eſt,l.4 pupillo non ſatis proſpectum eſſet. Inſt.de ſatiſd.tut. Exigitur autem hæc ſatiſdatio ab omnib.tutorib.vel curatorib. niſi ſint teſtamentarii,aut ex inquiſitione dati,l.datiuus.hic. & Inſtit.de ſatiſd.tut. Sed & curator ad vnã ſpeciem datus ſatiſdare cogitur.l.8. hic. Quemadmodum interponatur pupilli nomine, ſi abſens aut infans ſit pleniſſime tractatur in l.1.2.3.4.6.hic.

De actione quæ ex hac ſtipulatione competit. CAP. II.

EFfectus huius ſtipulationis, eſt actio, quæ ex ea naſcitur, eaq; tunc competit, cum & tutelæ agi poteſt, id eſt,finita tutela.l.1.

Cui & contra quem detur. CAP. III.

HÆc actio datur pupillo adoleſcenti, furioſo, aliis huiuſmodi perſonis,l. 4.§.vlt.& l. 5.contra tutorem & curatorem.l.4.§.1. Item contra fideiuſſores eorum.l.4.l.ſi poſtea. Quod ſi plures fideiuſſores ſint, inter ipſos non diuidetur actio,ſed ſinguli in ſol dum tenentur,quamuis alias diuiſio fiat inter fideiuſſores per epiſtolam D. Adriani. l. vlt.

Officium iudicis in hac actione. CAP. IIII.

QVod in tutelæ iudicium venit, id conſequitur pupillus hoc iudicio.l.4.§.generaliter.l.cum pupillus. Itaq; fructuum & vſurarum etiam habetur ratio,l.ſi poſtea. Ac tametſi res pupilli non perierit,tamen ſi non præſtetur, ei cõmiſſa ſtipulatio intelligitur, quaſi ſalua ei non ſit,l.cum rẽ ſaluam.

IN TIT. VII.

IVDICATVM SOLVI.

CAP. I.

HAc ſtipulatione cauetis, qui conuenitur nomine alieno, Inſt.de ſatiſd.l.ſi ad defendendũ. Stipulaturq; actor vel alii eius nomine pura procurator,&c.l.3.§.1. Ac in ipſo litis initio præſtatur. C.de ſatiſdat. Continet autem hæc ſtipulatio, De re iudicata, De re defendenda, De dolo malo,l.6. quamuis à prima tantum denominetur.

De actione quæ oritur ex hac ſtipulatione. CAP. II.

PRæcipuus effectus huius ſtipulationis eſt actio, quæ ex ea naſcitur contra promiſſorem, eiuſq; fideiuſſorem.

Cauſæ huius actionis. CAP. III.

EIus actionis tres ſunt cauſæ, quot ſunt clauſulæ ſtipulationis. l. 6. hic. Prima cauſa eſt res iudicata. Cōmittitur enim, in quantum iudex iudicauerit. l. 5. Et ſtatim committitur licet exactio differatur vſque ad tempus legitimum, &c. l. 1. Iudicatum accipere debemus ab eodem iudice, cui ſe ſubdiderunt fideiuſſores, ſi forte certi iudicis nomen in ſtipulatione contrahenda expreſſum ſit, l. 3. in princip. & l. penult. Præterea neceſſe eſt, vt hæc ſtipulatio committatur, cum eadem perſona actum eſſe, quæ ſtipulatione cōprehenſa eſt. Eandēque perſonam intelligimus, quæ eandem qualitatem, quam prius habebat, retinet, leg. ſi ante. quæ lex alioqui non valde obſcura, in Norica editione corrupta eſt. Ad hæc de eadē re, eademq; actione actū eſſe oportet, vt hæc ſtipulatio cōmittatur. l. cum quærebatur, §. vlt. Secunda cauſa huius actionis eſt, res nō defenſa, d. l. 6. de qua multæ tractantur hic quęſtiones. l. 3. 4. 5. Sed fideiuſſor ſoluere volens, quod ob eā cauſam debet iudicium accipere non cogitur, l. ex iudic. 16. Cauetq; ei creditor dominū priore iudicio abſolui, l. ſi ex duob. §. vl. Aliquando tamen re non defenſa ſtipulatio non committitur, veluti ſi lis mortua finitave ſit l. 2. & l. cū quęrebatur. l. hęc ſtipulatio. Idē dicendum eſt, etſi res talis ſit, de qua prætor iudicium accipere non cogat. Hoc enim continetur ſtipulatione, vt res boni viri arbitratu defendatur. l. vir bonus. Aliud dicēdum eſt, ſi res talis ſit de qua prætor petierit, de qua lis erat. l. ſi ſeruus. Aut reus in magiſtratu ſit, l. ſi reus. Sed quid, ſi ob rem non defenſam reus ex eremodicio ſententiam ſit paſſus, an ex vtraq; cauſa poterit agi prima videlicet ac ſecunda? Et certum eſt ex prima tantum agi poſſe. Quia hæ clauſulę in formula ſtipulationis, ita in vnum collectæ ſunt, vt veluli vna claudantur clauſula, ſiue res iudicetur, ſiue non defendatur. Nam ſi ſeparatæ eſſent, nec continerentur vna complexione verborum non idem forte diceremus. d. l. cum quærebatur. Si tamen diuerſæ ſint perſonæ, contra quas agitur ex pluribus clauſulis agi poteſt. l. vlti. Tertia cauſa huius actionis eſt dolus malus. d. l. 6. de qua in l. nouiſſima. Concipitur autem ea ſtipulatio his verbis: *Quod iudicatum erit ab hoc iudice, niſi appellatione id irritum fiat, rem boni viri arbitratu defenſam iri, dolum malum abeſſe, abfuturumq; eſſe ſpondes?* Comprehenditur tamen breuitatis cauſa hęc ſtipulatio triplex appellatione Iudicatum ſolui leg. 6. & leg. in rebus. hic. & interdum iudicatum ſolui vnam ex tribus clauſulis demonſtrat. leg. 19. Morib. Gallorum fere antiquata eſt hæc ſtipulatio. In quibuſdam tamen ſpeciebus & apud quoſdam obſeruatur, vocaturque *Cautio de proceder, eſter en iugement, payer le iugé.*

IN TIT. VIII. REM RATAM HABERI ET DE RATIHABITIONE.

CAP. I.

HÆc quoque ſtipulatio prætoria eſt, quia iuſſu prætoris cauet is, qui alieno nomine agit. Inſt. de ſatiſdat. Quanquam interdum conuentionalis eſt, l. interdum. hic. l. 1. de prętor. ſtipulat. Sed de prætoria hic potiſſime diſſeritur. Agere autem is dicitur nomine alieno, etiam is qui quoquo modo ius alienum perſequitur, vt puta qui ſtipulationem damni infecti poſtulat non ſolum, ſed tunc demum exigitur hæc cautio à procuratore, cum incertum eſt, an mandatum habeat nec ne, l. ne ſatiſdatio. A tutore & curatore non exigitur. l. actor. hic. & Inſt. de ſatiſdat. Ac ne à procuratore quidem rei, in certis caſib. l. tutore. l. procurator. §. vl. hic. l. nō ſolū, de procurator. Peti debet ante litē conteſtatā. l. Pōponius. §. ratihabitionis, de procur. Formula huius ſtipulationis traditur in l. procurator, 23. in qua formula continetur etiam ſtipulatio, *Amplius non agi peti*. Et videntur ſimul iungi olim conſueuiſſe. Apud Francos hoc vtimur, vt procurator qui ſine mandato interuenit, intra tempus præſtitutum à iudice aut mandatum domini, aut ratihabitionem oſtendat, alioqui decernitur abſentia, ſeu defectus ex eo die, quo falſus procurator interuenit: alibi eius ratione obſeruatur, vt ſine mandato nemo admittatur.

De actione ex hac ſtipulatione. CAP. II.

EX hac ſtipulatione datur actio, tam aduerſus procuratorē qui promiſit, quam aduerſus fideiuſſorem, ſi dominus eundem actum retractauerit, ratum videlicet non habendo, quod geſtum eſt, & iterum petendo, &c. l. quo enim. §. vlti. Ratum non habere videtur, non qui quoquo modo id reſcindere, ac reuocare nititur quod actum eſt, ſed qui quod geſtū eſt, improbat, quaſi procurator mandatum nō habuerit. Proinde domino impetrante reſtitutionem prætextu ætatis, aut à ſententia prouocante non committitur hæc ſtipulatio, quia idem faceret dominus, etſi ipſe in iudicio petiiſſet. leg. 3. Item (petendum) verbum ad litis conteſtationem refertur, adeo vt ob ſimplicem denunciationem, aut vocationem non committatur ſtipulatio. l. amplius.

Pręterea notandū eſt, vt hæc ſtipulatio cōmittatur neceſſe eſt dominum ipſum petere, cuius nomine procurator cauit, non alium. l. ſi ſine. §. vlt. l. procurator. 23. Eo tamen petente, qui fundum, de quo lis erat, à domino emit, ſtipulatio committitur. l. ſi indebitum, §. vlt. Sed etſi petatur ab alio, quam qui ſtipulatus eſt, non committitur ſtipulatio, niſi fideiuſſor aut eiuſdem obligationis ſocius ſit. l 1. l. ſi quis vni.

Officium iudicis. CAP. III.

OFficio iudicis continetur, vt tanti damnetur reus hoc iudicio quanti intereſt, &c. l. ſi commiſſa. Hinc fit vt quatenus intereſt, eatenus condemnatio fiat, l. ſi procurator. leg. 18. & l. 19.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI COMMENTARIA IN LIB. XLVI. DIGESTORVM SEV PANDECTARVM.

IN TIT. I. DE PRIVATIS DELICTIS.

IVSTINIANVS de delictis tractaturus incipit à priuatis delictis. Dicuntur autem priuata delicta, ex quibus proditę ſunt priuatæ forenſeſq; actiones, nec publicę legib. vindicātur: cuiuſmodi ſunt furtū, iniuria, &c. Ac tametſi criminaliter quoq; interdū agatur, tamē hæc criminis executio extraordinaria eſt, nec ea ex legib. proficiſcitur. l. vl. Pręcepta autē aliquot generalia hic traduntur de huiuſmodi delictis. Primū eſt, ꝙ actiones deſcendētes ex delictis, ſi rei perſecutoriæ ſint, ad hæredes tranſeūt. l. 1. & Inſt. de perpet. & temp. act. Quod eſt accipiendum, niſi lis cū defuncto conteſtata fuerit. C. ex delicto defunct. in quantum hæredes conuenian. Hæredib. tamen fere competunt hę actiones, excepta iniuriarum actione, vt hic dicitur. Secundū eſt, ꝙ actiones, quæ ex delictis naſcuntur, noxales ſunt, & noxa caput ſequitur. l. 1. §. vlt. Tertiū, plurib. delictis cōcurrentib. plures dātur actiones. Nec ea res dubitationē habet, cum plura

admiſſa ſint, vt in exemplis ab Vlpiano adductis.l.2. Cum autē vnum tantum admiſſum eſt, ſed diuerſi criminum tituli diuerſaque nomina, maior quæſtio eſt, quæ alibi tractatur.l.qui ſeruum.ſup.de act.& oblig. Quartum, ſi quis omiſſo iure ordinario iudicioq; ciuili, criminaliter agere velit, ex huiuſmodi maleficiis in crimen ſubſcribere debet, ſicut in ceteris criminibus, quæ ex legibus oriuntur.l. vlti. Arbitror tamen ei, cuius intereſt tantum, non cuiuis à populo hanc executionē accuſationemve competere, quamuis id certi iuris non ſit, vt merito priuata hæc delicta dicantur.

IN TIT. II.
DE FVRTIS.

Quid ſit furtum. CAP. I.

FVRTVM eſt contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi cauſa, vel ipſius rei, vel vſus eius, poſſeſſionisve, quod lege naturali prohibitum eſt admittere.l.1. Dicitur cōtrectatio quia nec cogitatione, nec verbo, nec ſcriptura, ſed contrectando furtum fit.l.1.l. ſi quis vxori.§. neque.l. inficiando. Id ſuadet ἔτυμον verbi, cum tam apud Græcos quam Latinos à ferendo dicatur, vt Paulus ait. Hinc fit, vt is qui ſimulabat ſe procuratorē eſſe, effecerit vt vel ſibi vel cui me delegauit promitterem, furti cum eo agere non poſſum: quoniam nullum corpus interuenerit, quod furandi animo contractaretur. l. ſi is qui.77. Nihil autem refert, an vnus tantum, an plures aliquid abſtulerint quod ab vno ſolo fortaſſis auferri non poterat. l.vulgares.§.vlt. Notandum tamen eſt amotionem rei nō ſemper hic requiri: quoniā ex contrectatione rei, quę non aufertur, plerunq; naſcitur furtū.l.vulgaris.§.vl.&l.qui ea mēte. Dicitur præterea in definitione (*Rei*) quod verbum de re mobili tantum accipiendum eſt.l. verum. hic. 25.&l. quare. de vſuca. Tametſi autem rei propriæ aliquando furtum fiat.leg. l.is qui rem.61.& 68. tamen vt plurimum rei alienæ furtum eſt.l.falſus. §. qui alienum.& l.qui ea mente. Nam qui contrectat rem cuius dominus eſt, & in qua nihil iuris alius quiſquam habet, fur dici non poteſt.l.falſus.§.1. Sed & rei cōmunis furtum quoq; fieri poteſt, quia pro parte aliena eſt. leg. ſi ſocius.

Item filiorum noſtrorum, quos in poteſtate noſtra habemus, furtū nobis fit.l.ſi filius.&l.mater. De re hæreditaria variatum olim fuit, ſed tandem obtinuit eius rei furtum non fieri: quia in nullius dominio eſt, cui furtum fieri poſſit. Quod tamen eſt accipiendum, niſi ea res ad ius alicuius quoquomodo pertineat.l. hæreditariæ.& ſeq. Dicitur, *Fraudulosa*. Quia is, qui domino volente, rem contrectat, vel cum dominum velle exiſtimet, furtum facere non dicitur.l.qui re.78.l.inter omnes.§. recte. Conſentire autem dicitur is qui ſciens, non contradixit, niſi pudore, vel alia huiuſmodi prohibeatur.leg. pen. Sane cōſtitutio Iuſtiniani hypotheſim refert, in qua furtum fit volente domino, l. ſi quis ſeruo. C.de furt. Sed ſi hypotheſim recte expendamus, conſentit quidem, vt res amoueatur, ſed non eo conſilio, vt ea careat, ſed potius, vt à fure eā repetat. Dicitur in definitione, *Lucri faciendi gratia*. Quoniam animus interuenire debet lucrificandi, nec alio animo res cōtrectans furtum facit, l.verum.40.l qui iniuriæ. Lucrari autem is dicitur, qui rem amouet, vt alteri donet, vel commodet: quia ſpecies lucri eſt, ex alieno largiri, & beneficii debitorem ſibi conſtituere.l. ſi pignore.§.1. Sed notandum eſt, furem pecuniæ etiam ſacci nomine teneri quamuis animum ſacci ſurripiendi non habuerit, l.qui ſaccum. Saccum enim pecuniæ cauſa habere vult, tametſi alias eum habere non curaret. Dicitur, *Vſus poſſeſſionisve*. Quia furtum facit, non tantū is, qui lucrari vult proprietatem, ſed etiam vſum eius, aut poſſeſſionem, l.qui inuenta.l. ſi pignore.leg.fullo. Additur ad finem, *Quod lege naturali, &c.* Quod quamuis in hac diffinitione parum videatur neceſſarium eſſe, tamen huius iuris fontem oſtendit. Nam iuris naturalis ac diuini præceptum eſt, *Non furtum facies*. Vnde dominiorum diſtinctio dicitur iuriſgentium eſſe. Lex hoc iure.de iuſtit.& iure. Et inter iuris præcepta refertur ſuum cuiq; tribuere, neminē lædere. Hinc etiam alibi dicitur, Furtum natura turpe ac inhoneſtum eſſe. l.probrum.de verbor. ſignificat.& iure naturali prohibitum eſt. Atq; vt acquiſitio dominii à naturali poſſeſſione cœpit, ita furtum quod cōtra dominiorum diuiſionem admittitur, iuri naturali contrarium eſt, & multo magis iurigentiū. Quod autem impunitum fuerit olim apud quoſdam, vt Ægyptios & Lacedæmonios, videre eſt apud Gellium, Alexandrum ab Alex. Diodorum Siculū & alios humaniores auctores, poſtea cœpit furtum certa lege coerceri iure ciuili & l.12.tab. quę iure prætorio deinde confirmata eſt, quod videre licet apud Gellium, & in l.1.ſi quis teſtam. lib.

Furtorum genera. CAP. II.

COncepti furti & oblati mē[t]io eſt in Inſt.tit.de oblig.quæ ex delicto naſcun.& apud Caium l.b.2.Inſt. conceptum autem furtum dicit Gellius per lancem & licium lib. 11.c.18. Quia, vt Feſtus ait: Qui furtum quærebat in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemq; ante oculos tenebat propter matremfa.aut virginum præſentiam. ſed hæc in deſuetudinē abierunt. Ac hodie ſuperſunt duo tantum genera furtorum manifeſtum & nec manifeſtum. de quibus ſatis prolixa diſputatio hic eſt.l.2.3.4.5.6.7.8.34.& 35.

Quæ actio detur ex furto. CAP. III.

DVæ ſunt præcipue actiones ex furto. Vna eſt condictio furtiua, qua rem furtiuam perſequimur.& ea datur tātum domino, l.eum qui.§.qualis. De hac pauca hic traduntur, ſed ſub ti.de cond.furti.plene tractatur. Eſt & actio furti, quæ datur ad pœnam, de qua copioſiſſime hic tractatur.

Cui datur actio furti. CAP. IIII.

ACtio furti datur ei cuius intereſt rem non ſurripi, quāuis dominus non ſit.l.10.l.is cuius.87. Hinc multæ & variæ quæſtiones oriuntur, quæ lectionem tantum requirunt.l.eū qui.l.inter omnes.§. ſi ſeruus.l. ſi dominium.l.ne cū.l.ſerui.

Contra quem detur. CAP. V.

HÆc actio non modo aduerſus furem datur, ſed etiā contra eum, cuius ope & conſilio furtum factū eſt.l.in furti 51.l.ſi quis vxori.§.cum Titio. Hinc illa apud Ciceronem formula, *Ope conſilioq; tuo furtum factum eſſe, &c.* lib.3.de natura deorum.& Inſt.de oblig.quæ ex delicto naſc. Contra filium aut ſeruum non datur, in quos ſtatuere & animaduertere nobis licet, l.ſerui & filii. Contra impuberem ita demum datur, ſi is doli capax ſit.l.impuberē. Contra hæredem non datur, quia prætoria & pœnalis eſt.l.ſi cum quis.hic.§.1.Inſt.de perpet.& temp.act. Contra dominum ipſum aliquando datur, vt puta ſi rem pignoratam ſurripuerit.l.in actione.19.§.vl. Noxalis eſt & noxa caput ſequitur.l.ſi cum qui.l.ſi ſeruus.

Qualis ſit hæc actio. CAP. VI.

PRætoria eſt, ſiue ſit furti manifeſti, ſiue nec manifeſti. Nā etſi furtum puniretur lege decemuirali, tamen hanc pœnam dupli, vel quadrupli prætores adinuenerunt, Inſt.de perpet.& tempor.act. vbi Theophilus. Furti manifeſti actio perpetua eſt, nec manifeſti anno finitur.l.1.Inſtitut.de perpet.& tempt.act. Quomodo furti agendum ſit: Et quid exprimi debeat intentione, traditur in l.in actione.

CAP. VII.
Quodnam ſit officium iudicis in hac actione.

REus, qui hac actione damnatur ad pœnam dupli, ſi furtū nec manifeſtū ſit, ad pœnā vero quadrupli ſi manifeſtū, l.qui vas. l.ſi pignore. Sed quid duplatur, aut quadruplatur? Reſpondeo, ſi quis agat vt dominus, duplari pretium rei.l.in ſua.51.l.ſi vendidero. Alias duplatur id quod intereſt. l. in tabulas.l.quidam tabularum.l. inficiando. Damnatus hoc iudicio notatur infamia, à qua præſes prouinciæ non poteſt eum eximere.l. non poteſt. Poteſt tamen, qui de re cognoſcit ex cauſa hanc notam remittere.l.quid ergo.§. pœna grauior. de his qui notantur infam.

CAP. VIII.
De aliis iudiciis atq; pœnis aduerſus fures proditis.

LEx duodecim tabularum permittebat furem nocturnum occidere, diurnum ita ſi ſe telo defenderet. leg. ſi pignore. Sed & fures manifeſtos verberari eadem lex iubebat.

bat.Gell.lib.11.cap.18. Hodie prætor pœnam dupli & quadrupli, de quibus iam dixi, extraordinaria animaduerſione fures coercentur. Hinc quæritur, de eo qui furem ad præfectum vigilum duxit.l.interdum.§.qui furem. Sed nos quid de eo ſentiremus alibi expoſuimus ſupra ſolut.matrim. Fit etiam interdum, vt furtum in aliud genus delicti cadat, vt puta ſi quis rem ſacram aut publicam ſurripuerit.infr.ad leg.Iuliam peculatus. Sed notandum eſt, eum, qui ciuitati alicui, aut municipio pecuniam ſubtraxit, in legem Iuliam non committere, quia publica res in ea lege ad rem populi Romani tantum refertur. l. eum qui vectigal. de verbor. ſignificat. ꝙ & Papinianus reſpondiſſe mihi videtur.l.ob pecuniam. Verum conſtitutionibus imperatorũ lex Iulia ad ciuitates quoq; producitur, vt Martianus ait l.4.§. vlt.ad legem Iul. pecul. Itaque ita mihi videtur Papin. cum Martiano conciliari poſſe. Simile quiddam legitur, in l.annonam. de extra. criminib.

IN TIT. III.
DE TIGNO INIVNCTO.

LEGIS 12.tab. verſus huiuſmodi extat: *In eum qui tignum alieno ædificio, aut vineæ iniunctum habebit, in duplum actio eſto.* Ea lex generaliter ſanxit, ſed ſpecialiter ad hunc locum pertinet. Cum is iniunxit ſciens prudens, cum ea actione de tigno iniuncto, & actio ad exhibendum, & rei vindicatio concurrit, quod dolo malo poſſidere deſierit. Contra aduerſus eum qui bona fide iniunxit, ſola actio de tigno iniuncto competit, nec ad exhibendum & rei vindicatione agere licet. l. adeo. §. cum in ſuo.de acq. rer.dom.l.gemma. ad exhib.quandiu manet ædificium. Quia cum quis ex aliena materia in ſuo ædificat, ædificii dominus fit, non materiæ.l. adeo.§. cum in ſuo.de acquir.rer.dom. Verum quandiu manet ædificium non poteſt vindicari, ſed datur actio ex lege duodecim tabularum, quæ dicitur de tigno iniuncto, in duplum.l.2. Idque iure ſingulari conſtitutum eſt, ne ædificia diruantur, &c. Sed nec actio ad exhibendum competit. l.gemma.ſupra ad exhibendum. Quod autem diximus, nec vindicari, nec ad exhibendum agi, ſic accipiendum eſt, ſi aduerſus dominum ædificii, veluti tigni poſſeſſorem agamus, vt tignum eximatur. Nam agi contra eum poteſt, quaſi dolo poſſidere deſierit.l.2.vt ſcilicet in litem iuretur, &c.l.in rem. § tignum.de rei vindicat.tigno interim manente.l.qui res.§. vltim.de ſolut. Verba enim legis apud Feſtum hæc ſunt, *Tignum ædibus iunctum vindicato, nec ſoluito.* Notandum eſt legem duodecim tabularum loqui de tigno furtiuo.l.2.& l. de eo. ſupra de donat inter virum & vx. Vnde probabile eſt aduerſus eum, qui bona fide poſſedit, hanc in duplum actionem non dari. Præterea animaduertendum eſt, ſi quis litem conteſtatus fuerit, in hac actione vindicare non prohiberi.l.vlt.quia actiones duæ ſunt, quæ electione non tolluntur. Si vero duplum iam conſecutus fuerit, amplius vindicare non poterit.§.cum in ſuo.Inſtit.de rerum diuiſione.

IN TIT. IIII.
SI QVIS TESTAMENTO LIBER
ESSE IVSSVS ERIT.

HANC actionem proponere neceſſarium fuit, propterea quod ciuilis actio, vel furti, vel legis Aquiliæ deficiebat. Nam ſi is, qui liber teſtamento iuſſus eſt poſt mortem domini, ante aditam hæreditatem dolo fecerit, ſecundum ſtrictam iuris rationem, impune id feciſſe dicetur. Non enim actione furti, aut actione legis Aquiliæ conueniri poteſt, quia rei in qua dolus admiſſus eſt, nemo dominus aut poſſeſſor fuit.l.1.§.Scæuola.Item etſi hæreditatem pro domina habeamus, ob furtum domino factum actio furti non competit. l. ſerui.ſup.de furt.l.1.§.1. Ad hæc ſeruus ob huiuſmodi admiſſum coerceri non poteſt ab hærede, propter ſpem imminentis libertatis.l.1.§.1.Itaque magna ratio & vtilitas ſuaſit hanc actionem proponere, quæ prætoria eſt, & in duplum datur. Non ſolum autem ad furta hæc actio pertinet, ſed ad damna, quæcunque hæreditati ſeruus dedit. l.1. §. non tantum. Hæc actio differt ab actione furti, quia ſemper in duplum eſt. Ab actione legis Aquiliæ, quia dolum requirit. Verba edicti ſatis dilucide ab Vlpiano hic declarantur. Hic obſeruandum eſt rei hæreditariæ furtum non fieri, quia ſcilicet à nemine poſſideatur. Hæreditas namque domini loco eſt, in his quæ ſunt iuris, non etiam in poſſeſſione, quæ facto & animo retinetur.l.hæreditariæ.de furt.l.1.§. Scæuola. hoc tit. Notanda eſt etiam lex Gallica, *le mort ſaiſit le vif.* &c contra iuris ciuilis rationem, moribus tamen propter vtilitatem inducta: licet falſo quidam exiſtiment ex iure ciuili ductam.l.denique. ex quib. cauſ. maio.l.ſi hærede. de acq. poſſ. & hic. Quia pœnale hoc iudicium eſt, ex quaſi delicto, ne deliquiſſe videatur, qui ignorans viatores non repulit. In iudicio de recepto contra ex ſuo quaſi contractu horum etiam factum præſtat. Qua in re Accurſius labitur, & certe miſere vacillat.

IN TIT. V.
FVRTI ADVERSVS NAVTAS, &c.

HÆC actio datur aduerſus nautam, cauponem, vel ſtabularium ob furtum, non ab eis factum, ſed ab eorum familia. Itaque non ex maleficio, ſed ex quaſi maleficio naſci dicitur.§.vlt.Inſt.de obl.quæ quaſi ex malefic.naſc. Factum autem viatorum aut vectorum, hac actione non præſtatur.l.1.ſed eorum, qui in miniſterio ſunt, & perpetuo inhabitant.l.2.Datur hæc actio in duplum. l.1.hic.l.licet.§.in factum.ſup.naut.caupo.ſtabul. Dixerit aliquis, Nulla igitur actio dabitur aduerſus has perſonas, ſi res à viatore aut vectore ſurrepta fuerit? Reſpondeo, hanc pœnalem non competere, ſed aliam cuius mentio eſt ſup.l.1. naut. caup. ſtab. Nam in ea actione quocunque modo res amiſſa ſit, citra caſum fortuitum actio datur, etiam ſi nulla vel nautæ vel cauponis culpa interuenerit.

IN TIT. VI.
SI FAMILIA FVRTVM FECISSE
DICATVR.

CVIVS actionis maxima eſt vtilitas, vt hic Vlpianus docet.l. 1. Nam ſi dominus noxaliter conuentus ob furtum à ſeruis admiſſum cogeretur, aut omnes noxæ dedere, aut omnium nomine litis æſtimationem ſoluere, facile eius patrimonium euerteretur. Itaque ſi nolit dominus noxæ dedere, tantum præſtare cogitur, quantum ſi vnus liber furtum feciſſet. Idemque de damno iniuria dato dicendum eſt, propter ſimilitudinem rationis & æquitatis.l.illud.ad leg.Aquil. Alia eſt cauſa plurium ſeruorum ſimul iniuriam facientium. l. ſi plures. infra de iniuriis. quoniam eo grauior eſt iniuria, quo à pluribus fit. Item ſi plures album prætoris corruperint, ſingulorum nomine damnatur dominus, quia contempta maieſtas prætoris hic vindicatur. l.ſi familia. ſupra, de iuriſdict.

IN TIT. VII.
ARBORVM FVRTIM CÆSARVM.
CAP. I.

HVIVS actionis eadem cauſa eſt, quæ legis Aquiliæ.l. 5. Qui enim furtim alienas arbores cædit, damnum iniuria dat. Eſt tamen antiquior legis Aquiliæ actione. l. 1. Et ab ea differt, quia hæc arboris cæſæ tantum nomine competit, non etiam extirpatæ, & l.furtim. Nec ſufficit arborem cæſam eſſe, ſed furtim & clam cæſam eſſe oportet.l. facienda.§.vltim. Differt etiam ab actione furti, quia hæc ob cæſas arbores etiam ſine animo lucrifaciendi datur. l.facienda. Cum hac actione concurrunt plærunque legis Aquiliæ criminalis, actio locati, actio furti, interdictum quod vi aut clam: quod ſi pœnales ſint actiones non concurrentes, quæ plus continet prius intentata alteram conſumit. Si quæ minus contineat prius intentetur, ex alia quod amplius in ea erit, conſequi licebit. An idem eſt, cum altera ſit rei perſecutoria, vt locati, dubitari poteſt.& communiter obtinuit idem ius eſſe. l. 1. de tut.& cur. licet verba ll. huic ſententiæ repugnare videantur.l.ſi ſeruũ.de obl.& act. Alterq; interpretan-

da ſunt.

Cap. II.

Cui & contra quem detur.

DAtur domino arborum cæſarum. l. 5. id eſt, ei in cuius fundo origo eius fuerit. l. 6. At ſi plures domini ſint, omnibus datur actio, ſed vna pœna ei ſemel præſtatur. l. ſi plures. Dominum hic accipimus etiam eum, qui fundum vectigalem habet. l. 5. Sed & ſi quis agrum vendiderit, nihilominus ei dabitur actio. l. vlt. Hæredi autem ceteriſque ſucceſſoribus datur. l. 7. Contra eum, qui cædit vel manibus ſuis, vel alterius ope. l. furtim. §. Ac ſi plures ceciderint, cum ſingulis in ſolidum agetur. l. ſi plures. Nam datur aduerſus hæredẽ. l. 7.

Officium iudicis. Cap. III.

OFficium iudicis in hac actione eſt, vt ad duplum condemnet. l. 7. §. vlt. Duplatur id quod intereſt, in qua æſtimatione deducitur pretium arborum, quæ aſportatæ non ſunt. l. 8. Præter hanc ciuilem actionem poteſt etiam criminaliter accuſari is, qui alienas arbores furtim cædit, & in eum tanquam in latronem ſeueriſſime animaduerti. l. 2.

AD TIT. VIII.

VI BONORVM RAPTORVM, ET DE TVRBA.

DVÆ ſunt partes huius inſcriptionis, vna de vi bonorum raptorum, altera de turba, quæ duobus edictis, ex quibus hæc actio profluxit, continentur.

Cauſa actionis vi bonorum raptorum. Cap. I.

CAuſa actionis vi bonorum raptorum duplex eſt, vna eſt, quia dolo malo hominibus coactis damni quid factum eſt. Altera cauſa eſt, quia bona alicuius capta ſunt, etiam ſine coactis hominibus, vt edicto prætoris expreſſum eſt. l. 2. in princ.

Cui & contra quem detur. Cap. II.

DAtur ei ex cuius bonis res eſt, licet in eius bonis nõn ſit, l. 2. §. in hac actione. Datur hæredi. l. 2. §. vl. contra eum, qui rapuit aut damnũ dedit, &c. nõ contra hæredem. l. 2. §. vlt.

Officium iudicis. Cap. III.

OFficium iudicis eſt damnare reum in quadruplum, ſi intra annum agatur: poſt annum vero in ſimplum. l. 2. huic autem quadruplo ineſt ſimplum aliter atque in furti actione. Inſt. eo. Itaque minor eſt hæc pœna quam furti manifeſti. Vnde oritur quæſtio cur fur manifeſtus pœnam dependeat maiorem quam raptor, quando hic atrocius delinquit. Interpretes hic intricantur, nec Theophilus quidem Græcus ſatis videtur facere. Igitur prætor pœnam pecuniariam, in raptorem temperauit, nempe mediocrem, & inter furti pœnam nec manifeſti, & manifeſti mediam, quod publico iudicio legis Iuliæ de vi publica aut priuata, deportatione, aut publicatione tertiæ partis bonorum coerceretur: fur autem extra ordinem, non publico iudicio præter pœnam pecuniariam puniatur. l. fi. de furt. tit. ad l. Iul. de vi. Eadem eſt ratio cur furti manifeſti agatur, in quadruplum perpetuo: vi bonorum raptorũ intra annũ tantum, in triplũ pœnę nomine. Hęc pœna locum etiam habet aduerſus eum, qui in ipſo admiſſo deprehenſus non eſt. Inſtit. eo. tit. Quadruplatur verum rei pretium non etiam id quod intereſt. l. 2. §. in hac actione. Famoſa eſt hæc actio. l. 1. de his qui not. infam. Arbitraria non eſt. l. pen. Præter hanc ciuilem actionem prodita eſt & criminalis publicaque accuſatio propter quam hæc actio deneganda non eſt, quamuis ei præiudicet. l. 2. §. 2. Nam hæc actio rem familiarem perſequitur, nec ad vindictam competit, ſicut actio iniuriarum. l. prætor. §. ſi dicatur. ſup. de iniuriis.

Præterea notandum eſt obiter, à Iuriſconſultis nomina indita actionibus prætoriis. Quibus autem nomina non indiderunt, in factum generaliter appellarunt, qualis eſt ex edicto ſub hoc tit. l. 4. verſ. hæc autem. Notandum quoque eſt raptorem quantum ad pœnam non poſſe purgare moram, quæ ex re intelligitur ante litem conteſtatam reſtituenda: quia ex quo deliquit, moram facere videtur, & plus quam fruſtrator eſt. l. pœna. de cond. furt. l. pen. de vi & vi arma. De mora, vide quæ diximus in l. ſi inſula, de verb. obl.

De turba. Cap. III.

ALia actio proponitur de damno, quod in turba dolo malo alicuius datum eſt. l. 4. in princ. Et hæc actio neceſſaria ideo viſa fuit, quia ſuperior ita datur damni dati nomine, ſi dolo malo homines coacti ſint. Hæc autem competit quocunque modo turba coacta eſt. l. 4. §. hoc edicto. Cetera difficilem explicationem non habent.

IN TIT. IX.

DE INCENDIO, RVINA, NAVFRAGIO, RATI, NAVE expugnata.

CAVSA huius actionis colligitur ex edicto prætoris. l. 1. in princ.

Cui & contra quem detur. Cap. I.

DAtur ei cuius res direptæ ſunt, &c. l. in eum. 18. C. de furt. & eius hæredibus. l. 4. §. vlt. Datur contra eum, qui rapuit aut damnum dedit, &c. l. 1. in princ. & l. 3. §. non ſolum. In hæredem non datur, niſi quatenus ad eum peruenerit. l. 4. §. vlt.

Officium iudicis. Cap. II.

OFficium iudicis eſt, vt reum condemnet ad quadruplum intra annum, &c. l. 1. in princ. Ex his apparet hanc actionem differre ab actione furti, quia omnino datur in quadruplum, & ſi fur deprehenſus non ſit. Et eadem ratione differt ab actione legis Aquiliæ. Item neutra earum actionum ad receptorem rerum pertinet. Ceterum huic edicto acceſſerunt varia Senatuſconſulta & conſtitutiones principum, quibus pœnæ tam pecuniariæ quam criminales infliguntur. l. 3. §. vlt. l. Pedius. l. ne quid. Huc etiam pertinet edictum de actione depoſiti quod ob eaſdem fere cauſas propoſitum eſt. l. 1. ſupra depoſit. De pœnis incendiariorum quædam hic attinguntur. l. qui ædes. §. penul. & vlt. ſed ea commodius alibi tractabuntur, ſub tit. de pœnis. inf.

IN TIT. X.

DE INIVRIIS ET FAMOSIS LIBELLIS.

PROOEMIVM.

NOn modo legib. coerceri debet is, qui contra ius damnum alicui dat, & aliquid ex eius patrimonio ac ſubſtantia minuit, verum etiam is, qui in contumeliam contemptumq; alterius quicquam facit, quamuis nullum damnum ei inferat. Eſt enim grauis vnicuique contemptus ſui, adeo vt niſi contumelioſorum hominum procacitas cohibeatur, maxime verendum ſit, ne ea res tumultus reipublicæ pernicioſos, & ſeditiones pariat. Merito igitur comparata eſt actio iniuriarum, de qua ſub hoc titulo, qua huiuſmodi contumelia vindicetur. Nam iniuriæ verbum quamuis interdum aliter accipiatur, tamen hic contumeliam proprie ſignificat, vt ſcribit Vlpianus lib. 1. Sed videndum eſt quam iniuriam ſiue contumeliam iuris auctores vindicta dignam iudicarint, & quibus ex cauſis competat hæc actio. *Vide Ariſtot. lib. 2. Rhetor. ad fin. de Achille loquentem, & Victor.*

Cauſa huius actionis. Cap. I.

LEge duodecim tabularum, ob membrum ruptum aut os fractum, & generaliter ob quamcunque iniuriam agere permiſſum fuit, variæque pœnæ eadem lege conſtitutæ ſunt, de quibus diſſerit Cæcilius I. C. apud Gellium lib. 20. cap. 1. & Iuſtin. noſter lib. 4. Inſtitur. titul. de iniur. Sed ea lex in deſuetudinem abiit: quod nec ſatis commode ſcripta, & pœnarum modus, aut durior aut remiſſior eſſe videretur. Itaque Cornelius Sylla legem tulit, quæ ex tribus cauſis deditactionem, Si quis pulſatus, verberatuſue, domuſve eius vi introita ſit. Grauis enim iniuria eſt pulſatio aut verberatio, quamuis nullum inde damnum conſequatur. Vnde apud Saturninum noſtrum Demoſthenes. leg. aut facta. infra de pœnis, Οὐδὲ τὸ τύπτεσθαι (inquit) τοῖς ἐλευθέροις δεινόν, καίπερ ὂν δεινόν, ἀλλὰ τὸ ἐφ' ὕβρει. Id eſt, Non graue liberis hominibus cædi, licet per ſe graue, ſed per contumeliam cædi, &c. Quem locum tractat Seneca lib. 2. de tranquil. vitæ. Sed

Sed & quod de domo dicitur, magnam habet ratioem, cum ſit tutiſſimum cuique refugium. l. pleriſque. de in ius voc. l. is qui. hic. Illud obſeruandum eſt, ſi manus aduerſus aliquem leuatæ ſint, quamuis nec pulſatus, nec verberatus ſit, vtilem tamen actionem competere. l. item apud. Præſcripſit & eadem lex Cornelia ordinem & rationem exercendi eius iudicii. l. 5. l. nõ ſolum. hic. l. hos accuſare. de accuſatio. De maledictis & conuitiis nihil ea lege expreſſum fuit, ſed de ea tantum iniuria ſiue contumelia, quæ manu fit, dict. leg. 5. Eadem lege vel fortaſſis alia, (id enim incertum eſt) aduerſus eum agere conceſſum eſt. Qui librum ad infamiam alicuius pertinentem ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, &c. fuitque hæc pœna ſtatuta, Si damnatus in iudicio inteſtabilis ſit. dict. leg. 5. §. vltim. Cuius legis meminit Horatius lib. 2. Sermo. Saty. 1. Secutum eſt Senatuſconſul. eius legis ſupplendæ interpretandæque cauſa. Eſt enim eo cautum, vt lex de libro loquens, ad epigrammata & ea, quæ ſine ſcriptura fiunt, pertineat. Quædam alia item adiecta ſunt, de quibus apud Vlpianum & Paulum lib. 5. ſentent. Cum autem prætores animaduerterent legibus & S. C. quorum mentionem habuimus. vindicandis iniuriis nondum ſatis proſpectum fuiſſe edictum propoſuerunt, quo rem omnem pleniſſime complecterentur. Nam veteribus legibus nihil de conuitiis ac maledictis expreſſum fuerat, cum tamen ea prohiberi & reprimi publice interſit. Scitum etenim illud eſt, *Maledictum a maleficio occaſione tantum diſtat.* Eius autem, edicti præcipua capita hæc fuerunt. Primo capite prætor daturum ſe iudicium ait contra eum, qui aduerſus bonos mores conuicium cui feciſſe dicetur, &c. l. item apud. Et notandum eſt hac parte edicti non quodcunque maledictum vindicari, ſed id demum quod in cœtu, & cum quadam vociferatione prolatum eſt. Id enim conuitium ſignificat, auctore Vlpiano, dict. leg. item apud. Nec ſufficit vociferatio, niſi talis ſit, vt bonis moribus ciuitatis improbetur, quorum hic maxime ratio habenda eſt, dict. leg. item. Altero capite prohibet prætor, ne quis matronæ comitem abducat, aut eam appellet, affectetur ve contra bonos mores: Ne quis maris aut fœminæ pudicitiam attentet: Ne quid infamandi cuiuſquam cauſa fiat. dict. leg. item apud. Priorem partem interpretatur Vlpianus dict. leg. item apud. §. ſi quis virgines. & §. ſequen. Poſtrema verba latiſſime patent, & dicta omnia factaque complectuntur, quæ ad infamiam contumeliamque alicuius pertinent, dict. leg. item apud. §. ait prætor, Exempla per totum hunc tractatum ſparſa hæc fere leguntur, Si quis ad inuidiam alicuius veſte lugubri vtatur, aut ſqualida, Si barbam dimittat, vel capillos ſubmittat, Si bello dato principi famam alienam inſectetur, ſi euentum ſententiæ vendiderit, ſi bona alicuius per iniuriam occupauerit, ſi quis pignus proſcripſerit venditionis, tanquam à me acceperit infamandi mei cauſa, Si quis non debitorem quaſi debitorem appellauerit iniuriæ faciendæ cauſa. dict. leg. item apud. §. quod ait. Si quis per iniuriam ad tribunal alicuius me interpellauerit mei vexandi cauſa. l. 13. ſi quis me prohibeat in mari piſcari, in publico lauare, in cauea publica ſedere, Si quis re mea vti me non permittat, dict. leg. 13. Si quis mentem alicuius medicamento alioue quo modo alienauerit. l. item apud. Si creditor meus cui paratus ſum ſoluere, fideiuſſores meos interpellauerit. l. ſi creditor. Si quis iniuriæ faciendæ gratia domum abſentis debitoris ſignauerit, &c. lege, ſi in iniuriæ. Si quis proprium ſeruum diſtrahere prohibeatur. l. ſi quis proprium. Si quis ſeruum aut filium meum ludibrio habeat. l. ſi quis ſeruum. Ex iam dictis apparet duplicem eſſe cauſam actionis iniuriarum, quarum vna eſt factum dictumue aliquod iniurioſum ſiue contumelioſum, altera eſt animus contumeliæ ſeu iniuriæ faciendæ. Nam iniuria ex affectu facientis conſiſtere dicitur. l. 3. l. penult. hic. l. ſi non conuitii. Cod. eod. Itaq; ſi quis per iocum percutiat, aut dum certat, iniuriarum non tenetur, dict. leg. 3. Eadem ratione conſultus aſtrologus, aut alius dimicandi artem exercens, ſi aliquem dixerit furem, qui non eſt, iniuriarum cum eo agi non poteſt, dict. leg. item apud. §. ſi quis aſtrologus. Idem dicendum eſt de eo, qui hominem liberum putans ſeruum ſuum eſſe, ceciderit, dict. leg. 3. 4. Nullus enim hic eſt animus iniuriæ faciendæ: alioqui error percutientem non excuſaret, vt ſi quis me percutiat, putans Lucium Titium eſſe, cum ſim Caius Seius. Hinc etiam conſequitur, ſi quis iure publico vtatur, aut reipub. cauſa quidpiam faciat, iniuriarum non teneri. l. iniuriarum. 13. §. 1. quod reipub. Quæri poteſt, an ob leuem iniuriam detur hæc actio? Sane ſi leuiter percuſſus ſit ſeruus, vel maledictum ſit ei leuiter, certum eſt domino actionem non competere. l. item apud. §. prætor ait. Dubiumque eſt, an idem in aliis caſibus dici debeat. Verum illud maxime hic ſpectandum eſſe arbitror, an factum quo de agitur, dictumue eiuſmodi ſi, vt ſecundum mores ciuitatis pudorem lædat, vel contumeliam inferat. Nam in omnibus edicti capitibus bonorum morum ſit mentio, quæ verba de moribus ciuitatis accipienda eſſe Vlpianus ait, dict. leg. item apud. Huc petinet quod Seneca ait lib 2. de tranquillitate vitæ. Eſt minor iniuria, inquit, quam queri magis quam exequi poſſumus, quam leges quoque nulla dignam vindicta putauerunt. Eſt paulo poſt, duos homines inſectatur, quorum vnus eo indignatus fuerat, quod veruex maximus à quodam dictus eſſet, alter fleuerat in ſenatu, cum illum neſcio quis Strutiocamelum depilatum dixiſſet.

Paulus lib. 5. ſen. tit. de iniur. ait. l. 12. tabul. eſt.

Cap. II.

Exceptiones quæ contra hanc actionem opponuntur.

HÆc actio quibuſdam exceptionibus eliditur, quarum præcipuas cauſas hic referemus. Primo, obiicit reus, quod animum non habuit iniuriæ faciendæ, quod ei probare neceſſe eſt. leg. ſi non conuitii. C. eo. Secundo, quod nocens infamatus eſt: peccata etenim nocentium nota eſſe oportet & expedit. l. eum qui. l. ſi quidem. C. eod. & C. de famo. libel. l. 3. C. de offic. recto. prouinc. Nam (vt Cicero in Salluſt. ait.) Sæpe reſpubl. priuatis creſcit inimicitiis, vbi nemo ciuis qualis ſit vir, poteſt latere. Vide Home. lib. Iliad. de Pallade iram Achillis cohibente. Tertio, quod animus poſt factam iniuriam effluxit. l. ſi non conuitii. C. eod. Sed hoc videtur accipiendum de actione iniuriarum prætoria, quæ ex conuitio maledictoque oritur, non de ea, quæ competit ex lege Cornelia ob manu factam iniuriam. Eſt enim ea ciuilis, ideoque perpetua. Inſtitut. de perpet. & temp. actio. Quarto quod nihil inuito actore factum eſt: nulla enim iniuria eſt, quæ in volentem fit. leg. 1. Quinto, quod iniuria affectus æquo animo eam tulit, nec ſtatim ad animum ſuum reuocauit. Nam actio iniuriarum diſſimulatione abolетur. l. non ſolum. Sexto, quod pactum de iniuria interceſſit, vel tranſactum eſt, aut iuſiurandum exactum. l. non ſolum. Nam actio iniuriarum ipſo iure tollitur pacto. l. ſi tibi. de pactis. quia legitimum id pactum eſt. l. legitima. de pact. qua de re videnda eſt diſputatio Cæcilii apud Gellium lib. 20. noct. Attic. c. 1. Septimo, ſi dicatur homo iniuria occiſus, exempli gratia, recte poſtulat reus, ne hoc iudicio quod priuatum eſt, ac recuperatorium, iudicio publico legis Corneliæ de ſicariis præiudicium fiat. Quod vtique contingeret, niſi actio hæc à prætore denegaretur. l. prætor. §. ſi dicatur. Qua de re videndus eſt Cicero lib. 2. de Inuentio. Octauo, quod incertæ perſonæ iniuria facta eſt. l. item apud. §. cui.

Cap. III.

Cui detur hæc actio, & contra quem.

DAtur hæc actio ei, qui iniuriarum paſſus eſt, non cuiuis è populo, quia iudicium priuatum eſt. l. 7. C. eod. aduerſus eum qui fecit, aut cuius dolo & opera facta eſt iniuria. Ideo mandator, conductor, perſuadens alias nolenti actione iniuriarum tenetur. l. non ſolum. Et ſi forte viſum fuerit eam actionem dare, poſtea iudicium publicum & criminale exercere volenti denegabitur iuriſdictio. leg. quod ſenatus. Contra furioſum aut impuberem, qui doli capax nondum eſt, non datur. leg. 3. aduerſus magiſtratum, ſi quid per iniuriam fecerit, & animo iniuriæ faciendæ competit hæc actio. l. nec magiſtratibus. & l. ſeq. Patri ob iniuriam filio factam datur actio. Nam contumelia filii ad patrem pertinet. l. 1. filio tamen pulſato aut verberato ex lege Cornelia ciuilis actio patri non competit, quam lex ei tantum dat, qui ipſe pulſatus aut verberatus eſt, &c. ſed prætoria ei tantum datur ob generalem edicti clauſulam, ne quid infamandi cauſa fiat. Dubium enim non eſt, quin contumelia facta filio patrem infamet. l. 5. §. illud quæritur. Sed an ipſi filio ob illatam ſibi

iniuriam experiri liceat? Et in primis conſtat filio quamuis emancipato aduerſus patrem hanc actionem non dari, niſi atrocitas ſuaſerit. eademque eſt cauſa liberti & patroni. l. prætor. l. non ſolum. l. 6. C. eodem. Aduerſus alium prætor filiofam. ita demum agere permittit, ſi pater præſens non ſit, &c. l. ſed ſi vnus. §. ait prætor. Etſi filiusfam. iniuriarum egerit, pätri actio non competit. l. ſed ſi vnus. §. penult. Quod eſt accipiendum, ſi nomine filii agat. Nam ſuo nomine agere volenti non denegatur actio. l. pater. Sic & patre ſuo nomine agente competit nihilominus actio filiofam. quam vel ipſe (quod interdum licet) vel pater ipſius nomine exercet. Nec enim vnius actio per alium conſumitur. l. 1. l. pater. hic. l. in perſonam. de pact.

Marito ob iniuriam factam vxori hæc actio datur etiam de nomine ſuo, quia iniuria facta vxori ad ipſum ſpectat, & ipſum infamat. Itaque duplex actio ex ea iniuria naſcitur, vna vxori, altera marito. l. 1. l. eum qui. l. 2. C. eod. Et idem de ſponſo, ſponſaque eſt dicendum. l. item apud. §. ſponſum. Vxori tamen ob iniuriam marito factam agere non permittitur, quia eius non eſt maritum defendere. l. 2. hic. Domino competit hæc actio etiam ſuo nomine, ſi quid in ſeruum admiſſum eſt, vt domino fieret iniuria. Si vero non ad ſugillationem domini id factum eſt, ipſi ſeruo facta iniuria inulta relinqui non debet. Itaque domino ſerui nomine datur actio præſertim in duobus caſibus, qui prætoris edicto exprimuntur, ſi ſeruus aduerſus bonos mores verberatus, aut de eo ſine iuſſu domini quæſtio habita ſit. l. 1. l. item apud. §. prætor ait. l. ſi ſtuprum. Nec refert, an ſeruus poſtea manumiſſus aut alienatus fuerit, nec ne. l. ſi ſeruum. Nam ei qui manumiſſus eſt, non dabitur actio, ſed domino, vt aperte ait Vlpian. cuius verba Accurſ. non percipit. l. ſeruo. l. 2. C. eod. l. dominum. Hæredi ob iniuriam factam cadaueri defuncti datur hæc actio. Etenim hæredis intereſt defuncti exiſtimationem purgare. leg. 1. l. ſi ſtatua. Ob iniuriam vero factam defuncto hæres non experitur. Nam actio iniuriarum nec hæredi, nec aduerſus hæredem defuncti competit, niſi lite conteſtata cum defuncto. l. 13. l. item apud. §. iniuriarum. Itaque hæc actio dicitur in bonis noſtris non eſſe antequam litem conteſtemur. l. 28. Aduerſus dominũ noxale iudicium edicto prætoris datur ob iniuriam à ſeruo factam, quo iudicio dominus vel exhibeat verberantem vel noxæ dedat, vel æſtimationem litis ſufferat. Et edicitur edicto arbitratu iudicis modum verberum imponendum eſſe. l. ſed ſi vnus. Ac ſi plures ſerui ſimul iniuriam fecerint, ſingulorum proprium eſt maleficium, & tot iniuriæ eſſe intelliguntur, quot perſonæ iniuriam facientium. l. ſi plures. Et ideo ſingulorum nomine dominus iniuriarum tenetur, quamuis in furto diuerſum ius ſit. l. ſi familia. de iuriſdict. omn. Aduerſus patrem agitur ob iniuriam à filio factam, ſi eum velit defendere: quod ſi eum non defendat, ipſe filius conuenitur. l. ſi filii, hic. l. quoties. de nox. act.

Quomodo inſtituenda ſit hæc actio. CAP. IIII.

HÆc actio & ciuiliter & criminaliter intenditur. §. in ſumma. Inſtit. eod. Ciuiliter, vt iniuriam paſſo iniuriæ æſtimatio adiudicetur: criminaliter, vt ei extraordinaria irrogetur pœna, quæ lucro agentis non cedat. Quod de omni iniuria generaliter eſt accipiendum, etiam ſi atrox ſit, & ex lege Cornelia deſcendat, l. prætor. §. poſſe. l. conſtitutionibus. Niſi forte ea actio publico iudicio præiudicet, vt ſupra diximus. l. prætor. §. ſi dicatur. Qui agit iniuriarum, certum dicere debet, quid iniuriæ factum ſit, vt prætoris edicto eſt expreſſum, quod interpretatur Vlpianus. l. prætor. in princ. & §. quod autem. Sed & quædam alia ad ordinem huius iudicii exercendi pertinentia lege Cornelia continebantur, cuiuſmodi eſt vt iuſiurandum deferre liceat. l. lex Cornelia. vt reus non recipiatur ſeruus. l. hos accuſare. de accuſationib. Illud notandum eſt, cum agitur ciuiliter, poſſe procuratorem interuenire. l. non ſolum cum agitur criminaliter, ita demum ſi reus vel accuſator illuſtris ſit perſona, qui procuratorem cõſtituere velit. l. vltim. C. eod. Ac ſi filio alicuius facta ſit iniuria, non eſt impediendus pater quo minus duobus iudiciis & ſuam iniuriam proſequatur & filii. l. pater. Quamuis alioqui aduerſus eum, qui plures iniurias ſimul fecit, ſeparatim de ſingulis experiri non liceat. l. prætor. §. quod autem.

CAP. V.

Quodnam ſit officium iudicis in hoc iudicio.

MVltum refert, an criminaliter intendatur hæc actio, an ciuiliter. Si enim criminaliter intendatur, extraordinaria pœna irrogatur reo, officio arbitrioque iudicis, id eſt, pœna flagellorum, fuſtium, exilii, aut alia quæ ex perſona & cauſa ſtatui ſolet. l. vltim. hic. §. in ſumma. Inſt. eo. Nam pœna talionis, quæ lege decemuirali præſcripta fuerat, iamdudum exoleuit. §. pœna. Inſtit. eod. Sane ob carmen libellumve famoſum pœnam capitis conſtitutio imponit. C. de famoſ. libel. quæ pœna aliquanto mitior olim fuit, cum eo nomine damnatus inteſtabilis eſſe tantum iuberetur. l. 5. §. vltim. hic. l. ob carmen. de teſtib. l. cum lege. de teſtamen. Sin autem agatur ciuiliter, permittitur iniuriam paſſo eam æſtimare: ita tamen vt iudex vel tanti reum condemnet, vel minoris, prout ei viſum fuerit. l. conſtitutionibus. hic. §. pœna. Inſt. eod. Nam prætor ait in edicto, *Prout quæque res erit, animaduertam.* l. item apud. §. prætor ait.

Non enim iudex ſemper eius deſiderium, qui agit, poſtulationemque ſequitur, ſed minoris interdum condemnat, dict. leg. item apud. §. quod ait. Pluris tamen condemnare ſtulti iudicis eſt. dict. §. pœna. Licet quidam peruicaces id fieri poſſe contendant, quorum opinio nec iure nec æquitate nititur. In æſtimatione autem conſiderabit iudex qualis ſit iniuria, atrox ſcilicet an leuis. Quod ex perſona, tempore aut re iudicari ſolet. l. prætor. §. atrocem. l. ſed ſi vnus. hic. §. atrocem. Inſtit. eod. l. 4. C. eo. Atque ideo ſi filio iniuria facta ſit, propter filii dignitatem aliquando maior ipſi quam patri iniuria facta intelligitur. Proinde non eadem æſtimatio facienda eſt. l. ſeruo. & l. ſequenti. Et huiuſmodi æſtimatio non ad id tempus quo iudicatur, ſed ad id quo facta eſt, referri debet. l. iniuriarum. 21. Quod ſi talis ſit is, qui iniuriam fecit, vt contemnere iudicium iniuriarum poſſit ob inopiam ſuam & egeſtatem, acriter à prætore coercebitur. l. ſi quis iniuriam. Præterea quæ infamandi alterius cauſa in monumenta publica poſita ſunt, de medio tolli debent. l. conſtitutionibus. Damni vero accepti non videtur habenda ratio in hoc iudicio, cum magis vindictam quam pœnæ perſecutionem habeat. l. prætor. §. ſi dicatur. hic. l. item apud. §. ſi quis ſeruo. l. ſecunda. de collat. bono. Sed dubium non eſt, quin ob damnum acceptum augeatur condemnatio, quamuis non principaliter hoc agatur. l. dominum. C. eodem. Denique iniuriarum damnatus quia infamis eſt, in ordine decurionum eſſe prohibetur, nec iudicis error ei prodeſſe poteſt. l. diuus. In ſumma in hoc iudicio omnia ad bonum & æquum redigenda ſunt, cum hæc ex bono & æquo oriantur. l. non ſolum. l. ſed ſi vnus. l. eũ qui. hic. l. qui ſeruum. de oblig. & act. Et hactenus de officio iudicis aduerſus reum, qui condemnari meruit. Nam ſi per calumniam quis actionem iniuriarum inſtituiſſe fuerit deprehenſus, extra ordinem damnari debet. l. qui iniuriarum. Ratio enim poſtulat, vt ſicut extra ordinem coercetur is, qui iniuriam facit, ita etiam is, qui calumnioſam inſtituit actionem.

IN TIT. XI.

DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBVS.

HIc titulus generalis eſt, continens titulos ſequentes vſque ad publica iudicia, & præterea priuata delicta, quæ extra ordinem coercentur. Quod fit pro qualitate delicti & perſonarum. l. g. fin. de priuileg. deb. l. fin. de furtis. l. fin. de iniur. l. 1. hic. Quamuis enim actiones priuatæ & forenſes competant ex delictis, de quibus ſupra diximus, tamen aliquando extra ordinem in delinquentes animaduertitur. Et quia alia pleraque ſunt extraordinaria crimina, propoſitus hic ſit titulus de extraordinariis criminibus. In ſingulis autem capitibus huius tituli exempla referuntur horum criminum extraordinariorum, quæ ſi diligenter expendamus, facile apparebit ea crimina legitima non eſſe aut publica, ſed ſine lege extra ordinem vindicari.

Vt cum

Vt cum priuatis delictis interdum concurrit crimen publicum, ſeu accuſatio publici iudicii, vt cum bona vi rapiuntur. l.infamem. de publ. iud.& infra ad leg.Iul. de vi public. Hic cum publico iudicio concurrit crimen extraordinarium.l.1. C. hoc tit. dict. leg.infamem. Omnis actio ciuilis vel criminalis eſt. Ciuilis eſt rurſum duplex: priuata aut popularis. Similiter & criminalis duplex eſt. Accuſatio publici iudicii, quæ certis legibus conſtituitur, & ordine intenditur, licet is ordo aliqua ex parte antiquatus ſit, infra, de iudic.l.ordo. accuſatio extraordinarii criminis quæ nulla certa lege, nulla certa ſolennitate, ſed extra ordinem intenditur apud præfectum vrbi & præſidem prouinciæ. Et primum mandatis, reſcriptis, conſtitutionibuſq; principum iuſſi ſunt magiſtratus coercere eiuſmodi crimina, quæ iura ſunt extraordinaria, nō perpetuæ leges, vt apud Vlpianum, non vno in loco iudicia dicuntur lege conſtituta de criminibus. De aliis vero criminibus ſenatuſconſulta extra ordinem facta ait.

IN TIT. XII.

DE SEPVLCRO VIOLATO.

CAP. I.

EXTRAORDINARIVM hoc quoque crimen habetur, quamuis dici poſſit auctore Marcello Iuriſconſul. ad legem Iuliam de vi priuata, quod publicum iudicium eſt, pertinere.l.8. Ex hoc autem maleficio agitur, non ſolum criminaliter ad vindictam publicam, ſed etiam ciuiliter ad pecuniarium priuatumque commodum.l.9.

CAP. II.

Cauſa huius actionis, quæ ciuiliter intenditur.

ACtionis ciuilis, quæ ex hoc maleficio deſcendit, cauſa eſt ſepulchri violatio aut inhabitatio, vt edicto prætoris continetur.l.3. Sed quia ſepulchrum in dominio noſtro non eſt, ideoque non poteſt competere actio legis Aquiliæ, l. 1. nec hanc actionem proponere neceſſarium fuit. Quod autem diximus, ſepulchri violati nomine agi poſſe, ſic eſt accipiendum, niſi religioſum eſſe deſierit, vt puta ſi ſit captum ab hoſtibus.l.4.

Cui & contra quem detur. CAP. III.

HÆc actio datur non ſolum ei, ad quem res pertinet, ſed & cuiuis alii ex populo, vt expreſſum eſt edicto prętoris.l.3.& 6. Sed & neceſſario quoque hæredi datur, quamuis ſe bonis non immiſcuerit.l. quæſitum. Datur contra eum cuius dolo malo, &c. l.3. in princ.

Officium iudicis. CAP. IIII.

DAmnatur reus quanti æquum eſſe videbitur iudici, aut extraneo agente ad centum aureos, l.3. in princ.& §. qui de ſepulchri. Hinc dicitur hæc actio in bonum & æquum concepta eſſe.l.quæſitum. Condemnatio autem infamiam irrogat damnato. Eſt & criminale iudicium hac de re conſtitutum.l.3.§. aduerſus. Quod læſæ religionis crimen à Gordiano dicitur.l. 1. C. eo. Ac variæ pœnæ Imperatorum reſcriptis & conſtitutionibus infliguntur, quæ in Codice extant. eo. tit.

IN TIT. XIII.

DE CONCVSSIONE.

COncvtere eſt timorem alicui incutere prætextu iuris exemptionis, & eo nomine pecuniam extorquere. Itaque non is tantum, qui in magiſtratu, munere publico, aut curatione eſt, ſed etiam alius quiuis concuſſionis crimine teneri poteſt. l. 2. Ideo autem refertur inter crimina extraordinaria, quia publicum non eſt, niſi qualitas aliqua accedat, propter quam dici poſſit, ad legem aliquam pertinere. Hoc crimen ciuiliter perſequi licet condictione ob turpem, vel iniuſtam cauſam. l. qui emit. de condic. ob turp. cauſ.& extra ordinem criminaliter accuſare, vt pœna extraordinaria arbitrio magiſtratus commiſſa puniatur. Interdum & publicum iudicium cum hoc concurrit. Sed debet accuſator eligere, nec poterit ob idem crimen pluribus legibus reus fieri.l.ſenatus. de accuſat. Actio tamen ciuilis regulariter criminali nō pręiudicat.l.vnic. C. quando act. ciuil. niſi, ſi quando vtraque ad vindictam pertinet. Quo caſu non concurrunt certe executione.l. prætor edixit, de iniur.& l. præcedenti l.2. vi bono. rapt.l.interdum, de publ. iudic. Nota delictum confundi plerunque cum crimine. l. 1. licet frequenter delictum ad ea maleficia referatur, ex quibus priuatæ actiones ciuileſque dantur. Crimen vero vnde datur accuſatio criminaliſque actio.l. 1. de calum.

IN TIT. XIIII.

DE ABIGEIS.

EXTRAORDINARIVM quoque hoc crimen eſt, non publicum ſiue legitimum, quia furtum quoddam eſt, l. 2. Solaque quantitas furem diſcernit ab abigeo, l. aut facta. de pœnis. l. 3. hic. Is enim abigeus proprie dicitur, non qui pecus vnum, ſed qui gregem aut armentum ſurripit. Sed Calliſtratus ait, abigeos quoque dicendos eſſe eos, qui vnum aut alterum pecus ſurripiunt, modo ſæpius abegerint, l. 3. Nam conſuetudo ac veluti actus cuiuſdam exercitium hic ſpectatur, l. 2. Si quaterna, quinaue capita mediocrium animalium, quales ſunt oues, abegerit, reus erit. Alioqui qui abegit, fur tantum dicitur, non abactor. Eius criminis pœna extraordinaria eſt, nunc metalli, nunc gladii, nunc operis publici, nunc relegationis pro qualitate perſonarum & criminis.

IN TIT. XV.

DE PRÆVARICATORIBVS.

PRÆVARICATIONIS verbum dupliciter accipitur. Nam proprie is dicitur præuaricari, qui cum accuſato colludit, veras probationes omittendo, & falſas excuſationes recipiendo, l.1.§. præuaricatorem. ad Turpill. l. Athletas. de his, qui not. infam. leg. præuaricatores. de verborum ſignificatione. Cuius verbi originem docet Plinius libr. 18. cap. 19. aliter quam à iuris auctoribus, aut interpretibus eorum, adhuc memoriæ proditum ſit. *Arator*, inquit, *niſi incuruus præuaricatur: inde tranſlatum hoc crimen in forum.* Hic præuaricator variis pœnis afficitur. Nam in primis notatur infamia, leg. 1. de his qui notan. infam. quia publico iudicio damnatur, leg. 3. Vnde merito differre ab eo dicitur, qui deſiſtit ab accuſatione, aduerſus quem nulla lex pœnam ſtatuit: Sed ſenatuſconſulto Turpilliano imponitur ei pœna quinque librarum auri, dict. leg. 3. §. vltim. Item in perpetuum interdicitur ei accuſatione. leg. 5. Præterea extra ordinem punitur arbitrio iudicantis. leg. prim.& 2. Sed & reus, qui corrupit accuſatorem, hac pœna plectitur, vt pro victo habeatur. l. vltim. Niſi ſanguinem ſuum redemptum voluerit, l. vltim. Præuaricari etiam dicuntur aduocati, qui clientum ſuorum cauſas produnt, l. 1. hic. De cuius verbi ſignificatione, quæſtio eſt apud Ciceronem in Part. orator. Hic autem punitur extra ordinem non minus, quam accuſator, l. 1. ſed non notatur infamia, quia publico iudicio non damnatur, l. 3. hic.& leg. 1. ſupra, de his, qui notantur infamia. Ea vero condemnatione nullam reddi ſententiam, qua reus abſolutus ſit, receptum eſt, leg. 1. C. de aduocat. diuerſ. iudic. Nec ideo minus neceſſaria eſt reſtitutio in integrum, ſi quis de aduocati perfidia calumniæ pœnam fortaſſis reformidans conqueri nolit, l. minor autem. §. 1. de minoribus. Quædam alia huc pertinentia ſcripſimus in leg. 11. C. de accuſat. Quod ſi quis roget, cur furti condemnatus, vel etiam depoſiti, vel iniuriarum ſit infamis, & non is, qui damnatur crimine extraordinario, quod iudicium ſeuerius eſt? Reſpondendum, quod ſeuerius extra ordinem coerceatur, famæ parcitur. argumen. l. quid ergo. de his, qui notant. infam. Nota hic & aliam nobilem quæſtionem, vtrumne de incidente quæſtione ſententia ſit facienda, quod hic lex arguit. l. 2. hic contra alibi l. 1. C. de extraordin. iudic. Cum quæſtio ſtatus in petitionem hæreditatis incidit, de ſtatu non eſſe pronunciandum Interpretes negantur emergentem quæſtionem ab incidente ſeparantes. Reſpondendum, ſi principaliter de ſtatu, de præuaricatione autem alia quæſtione in aliam incurrente agatur, & actor accuſationem intendat, vt ſententia feratur quod ſua & publice interſit, tunc pronunciandum eſſe. Quod

ſi contra nihil interſit actoris ſententiam ferri, neque id intendat, ſed tantum ſubmoueat incidentem, ne principali noceat, vel contra adhibeat eam vt proſit: eo caſu ſententia ferenda non eſt. Vt ecce, ſeruus petit à me hæreditatem: excipio niſi ſeruus meus eſſet, & ago præiudicio, vt ſeruus meus pronuncietur. Quod ſi excipiam ſeruum alienum eſſe, nihil intereſt mea pronunciari, modo excludatur à petitione hæreditatis.

IN TIT. XVI.
DE RECEPTATORIBVS.

HOc maleficium receptionis latronum, quia legibus publicis non vindicatur, inter crimina extraordinaria hic relatum eſt, & extraordinario iudicio coercetur: nempe ſi pœna, qua latrones puniuntur quos receperunt, qui nunc in crucem aguntur, nunc alia pœna afficiuntur. l. capitalium. §. famoſos. de pœnis. In his tamen puniendis maxime arbitrium boni iudicis verſatur, cuius arbitrio huius criminis pœna relicta eſt. Nam de eis puniendis varie reſcriptum eſt, ſecundum cauſarum varietatem, l. 1. hic. & l. vlt. ſupra, de obligat. l. Metrodorum. de pœnis. infra. Extat titulus in Codice Iuſtiniani huic reſpondens, De his, qui latrones vel aliis crimin. reos occultant. Verum in hac pœna infligenda habenda eſt ratio perſonarum, mitiuſque puniendi ſunt, qui affines vel cognatos, quam qui nihil ad ſe pertinentes latrones recipiunt. l. 2. Vt in cauſa capitali parcitur ei, qui pecunia delatorem corrupit, quod ſcilicet quiſque ſanguinem ſuum ſemper redemptum velit, l. fin. ſupra tit. prox. Ad hunc locum pertinet lex regia, quæ vetat caupones homines ignotos recipere, niſi commonefactis prius magiſtratibus. Qui latrones pecunia accepta, vel parte prędę non apprehendunt, eadem pœna tenentur.

IN TIT. XVII.
DE FVRIBVS BALNEARIIS.

FVrtum licet inter priuata delicta recenſeatur, nec vlla ſit actio furti nomine, præterquam ciuilis prodita: tamen circumſtantia delicti facit, vt non priuatum delictum, ſed crimen putetur extraordinarium, & extra ordinem vindicetur, l. vlt. ſupra de furtis. vt puta cum ſe telo fures defendunt: & ſi noctu aut in balneo publico admiſſum eſt. Nam ea maxime animaduertenda ſunt peccata, inquit Cicero quæ difficilime præcauentur. Qua de re diſputat Ariſtoteles in proble. ſect. 29. Eadem ratione moribus noſtris receptum eſt, vt fures domeſtici pœna capitis puniantur. furtum vero ſimplex ad ius ordinarium remitti debet, id eſt, iudicium ciuile dupli, aut quadrupli, condictione furtiua, aut rei vindicatione.

IN TIT. XVIII.
DE EFFRACTORIBVS ET EXPILATORIBVS.

EFfractores hic accipe tam carcerum, de quibus infra ſub tit. de cuſtod. reor. quam domorum, ſcilicet furandi cauſa. Hi effractores aliquando erumpunt è carcere foribus effractis, & hi vltimo ſupplicio puniri poſſunt: contemnunt enim maieſtatem ipſius magiſtratus. Si per negligentiam cuſtodum euaſerint, minori pœna coercentur. Aliquando effringunt ædes priuatas diripiendi cauſa & expilandi. l. de quibus. infra de cuſto. reorum, & extra ordinem arbitrio iudicis coercentur. l. 1. & 2. dummodo hic ordinem præſcriptum non egrediatur, & honeſtiores leuius, plebeios autem atrocius puniat. Vnde obſerua & nobiles perſonas extraordinaria coercitione leuius puniri quam ignobiles. Expilatores vero ſunt atrociores fures, inquit Aſconius, qui ne pilum quidem in ſpoliatorum corporibus relinquunt. Hi igitur omnes puniuntur extra ordinem arbitrio iudicis, l. 1. & 2. ſicut & ſaccularii, directariique, de quibus ſupra de extraord. criminib. l. ſaccularii.

IN TIT. XIX.
DE CRIMINE EXPILATÆ HÆREDITATIS.

PRo rebus hæreditariis ſurreptis iacente hæreditate, nulla competit furti actio, l. 2. & vlt. hic. l. hæreditariæ. ſup. de furtis. Quanquam hac de re fuit diſſenſio inter veteres iuris auctores, cuius meminit Cicero lib. 7. epiſt. Rei ſiquidem hæreditariæ furtum non fit, quamuis rem hæreditariam eſſe, ignorans eam ſurripuerit, vt Paulus ad Neratium ſcribens, & Neratii ſententiam corrigens ait, l. vltim. Quia à nemine res hæreditaria poſſidetur. l. ſi quis teſtam. lib. Dicitur tamen furtum improbum eſſe hæc expilatio hæreditatis per abuſionem, l. 1. ſi te. C. ex quibus cauſis irrogat. infam. Accuſatio igitur expilatæ hæreditatis extraordinaria eſt, & tunc locum habet cum furti agi non poteſt, &c. l. 1. & 2. cum videlicet res hęreditariæ interuerſæ ſunt ante aditam hæreditatem, vel poſt aditam, antequam res ab hærede poſſeſſæ ſunt, l. 2. Quo caſu nulla competit actio furti, licet ad exhibendum & rei vindicatione & petitione hæreditatis agi poſſit, l. 2. & 3. & l. vni. C. quando ciuil. act. crim. præiud. Neque vna harum actionum aliam conſumit. Quod autem hic lex dicit electionem eſſe, hoc ſignificat priuatam actionem hoc caſu præiudicare poſſe accuſationi criminis, quæ per alluſionem expilatio dicitur, l. interdum. de publ. iudic. l. ſi ita. C. ex quib. cauſ. infam. irrog. Id eſt, licet præiudicium fiat criminali iudicio per iudicium priuatum & pecuniarium quantum ad probationem criminis vel contra attinet, poteſt tamen actor eligere priuatam actionem antequam de crimine criminaliter agatur. Vxor autem ob res hæreditarias amotas hoc crimine accuſari non poteſt, quia cum ſit ſocia rei diuinæ atque humanæ domus, ne furti quidem conueniri poteſt, l. vxor, hic. l. aduerſus. C. de crimine expilatæ hæredit. l. 1. ſupra rerum amotarum: vnde ducere eſt argumentum ad cohæredes, qui ſimiliter contrectaſſe res iure ſuo intelliguntur, niſi euidens dolus arguatur. l. merito. pro ſocio.

IN TIT. XX.
DE CRIMINE STELLIONATVS.

SIcut in priuatis iudiciis, id eſt, ciuilibus actionibus, ſi quando alia ciuilis actio non detur, ex edicto prętoris generaliter competit de dolo: Ita in publicis iudiciis, id eſt, criminalibus, vbi certa accuſatio certuſque titulus criminis non occurrit, confugimus ad accuſationem generalem de crimine ſtellionatus: quod iudicium, vt lex ait leg. 1. neque publicis iudiciis, id eſt, ordinariis publicorum iudiciorum, neque priuatis actionibus, id eſt, ciuilibus continetur. Licet diuerſo reſpectu & priuatum ſit & publicum. Priuatum quidem quod priui, id eſt, ſinguli, non omnes de hoc crimine accuſant: qualia ſunt omnia crimina extraordinaria & priuata communi interpretum ſententia. Publicum vero, quia publice intereſt omnia crimina coerceri, non autem publicum quod quis ex populo inſtituere poſſit: qualia ſunt ordinaria iudicia certis legibus conſtituta. infr. de publ. iud. Diuide igitur iudicium hoc modo: Omne iudicium aut eſt publicum aut priuatum, id eſt, aut quiuis è populo agit, aut ſinguli agunt. leg. 1. de præuari. Rurſus diuide in publicum & priuatum, id eſt, in criminale & ciuile. leg. 3. leg. 1. de calum. Tertio loco diuide iudicium in priuatum, extraordinarium & publicum. In qua diuiſione priuatum iudicium eſt ciuile. Et publicum eſt ordinarium ex legibus publicorum iudiciorum. Itaque hoc crimen eſt ſpecies criminis extraordinarii, quia ob impoſturam, dolum & machinationem proprie competit. l. 3. Videturque ſic dictum eſſe à ſtellione varii coloris animali. Nam varios homines doloſos, fraudulentos vocamus. l. 1. de dolo. Sed generalius accipitur pro omni crimine quod extra ordinem vindicatur, ſed proprium nomen titulumque criminis non habet. dict. leg. 3. Eſt ergo pœna extraordinaria, ſicut & accuſatio ipſa criminum extraordinaria eſt. Qua in re notanda eſt nobilis antinomia: damnatum de ſtellionatu infamem eſſe, & eun-

dem

dem non eſſe,l.2.hic. Vide lib. Diſputa.c. 42. Et quod magis demirere,vtriuſque reſponſi author eſt Vlp. Reſpon. damnatum de ſtellionatu non eſſe infamem,niſi cum eo quoque iudicio concurrat tale, ex quo damnatus notaretur. d.l.2.quod ergo.in fine,de his qui not.infam. Nota periurium exilio puniri quando tranſit in ſtellionatus crimen: alioqui fuſtibus coercetur.l.infamem.de publ.iudic. Lege noua etiam vltimo ſupplicio coercentur.authen. vt non luxur. Licet temerarium periurium ex prioribus conſtitutionibus, ſolum Deum vltorem habeat. l. fin. Interdum etiam infamia ſequitur periuriũ. l.iuſiurandum quod.de iureiurando.l.quod ſit.ſeq.ff.de dolo.

IN TIT. XXI.
DE TERMINO MOTO.

TERMINOS diſcernẽdorum agrorum cauſa poſitos mouens, vel effodiens, grauiſſime puniendus eſt, ſed extra ordinem pro rei & perſonæ qualitate arbitrio ſcilicet iudicantis,l.1.& 2. hic.l.1.C.de accuſat. Hos enim ſacros & inuiolabiles eſſe voluit antiquitas. Cuius rei meminit Plato, lib.de leg. 8.Dionyſ.Halicarnaſ.quoq; lib.2.antiquitatum,ſcribit lapides finales Ioui Terminali conſecratos fuiſſe à Numa Pompilio, conſtitutumque ab eodem, vt quiſquis eos occuluiſſet aut alio tranſtuliſſet,tanquam ſacrilegus impune à quouis occideretur. Ad quem ritum alluſiſſe videtur Iuuenalis in hoc verſu:

Aut ſacrum effodit medio de limite ſaxum.

Lex autem Moſaica eum qui limitem proximi ſui transfert execratur,Deuterono.c.27. Ante tempora Alexandri Seueri, atque Modeſtini qui æqualis fuit, C. Cæſar Caligula actionẽ popularem dandam eſſe conſtituerat, cuius pœna erat pecuniaria,ſicut in aliis ciuilib. actionibus, l. vlti. Sed poſtea receptum eſt, vt criminaliter etiam ageretur,& extraordinaria eſſet coercitio,l.1.C.de accuſat. Et capitalis lex agraria conſtituta fuit à Nerua in ſeruos,niſi dominus mulctam pendere maluerit. Proinde Modeſtinus de hoc criminali iudicio, non de ciuili popularique actione loquens recte ait,Terminorum auulſorum non mulctam pecuniariam eſſe.l.1. Alia ratione leges agrariæ nominantur apud Ciceronem in Orat.cõtra Rullum. In quibus legibus agri vendebantur,donabantur, diuidebantur,& quo iure eſſent apud poſſeſſorem ſtatuebatur. Faciem vero locorum conuertere quæſtionum finalium cauſa crimen eſt extraordinarium. Quod ſi non dolo malo quis lapides ſcrutetur,verum ignorantia, ignorans videlicet terminos eſſe aut caſu fortuito , leuius quam qui ſciens prudens lapides terminales amouerit,punitur.l.2.in fin.

IN TIT. XXII.
DE COLLEGIIS ET CORPORIB.

QVID SIT COLLEGIVM.

COLLEGIVM, ſiue corpus dicitur ſocietas quædam hominum ita cõtracta vt ex pluribus perſonis, veluti vna perſona & vnum corpus fiat, l.1.quod cuiuſque vniuerſitatis. Nam quæ collegij, vel corporis alicuius ſunt, ſingulorum hominum non ſunt, ex quibus id coaleſcit ne pro parte quidem,l.in tantum.§.vniuerſitatis.ſup.de rerum diuiſio. Quare non agunt communi diuidundo,aut pro ſocio inter ſe earum rerum nomine quæ collegij ſunt,nec eas partiri ac diuidere poſſunt,niſi collegio diſſoluto, l.3. Res enim huiuſmodi cõmunes ſunt eis,non vt ſingulis,ſed vniuerſis. Collegium ergo perſonam quandam eſſe imaginariam ex pluribus perſonis conflatam, l. mortuo.de fideiuſſor. quæ à multitudine collegatum differat. Itaque mortuis quibuſdam collegis, & aliis in eorum locum ſubſtitutis, idem collegium ſemper manet, l. proponebatur.de iudiciis. Et ob delictum collegij non temere plectuntur ſinguli,ſed collegium ipſum potius,not.in l aut facta.§.vlt.de pœnis.l.ſi vſusfructus, quibus mod. vſusfruct. amit. Ad collegium autem conſtituendum, tres perſonæ ſufficiunt,l. Neratius. de verb. ſign. Et poſſunt collegæ ſeu ſodales pactionem quam volunt,ſibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant, vt lex decemuiralis quam interpretatur Caius, permittit, l. vlt. & ſodalibus ſit permiſſum,quod ex lege Solonis translatum eſt in Romanos. Nam corpora ſodalitiaque reperiuntur alia licita, quæ mandatis conſtitutionibus & S.C. permittuntur,qualia ſunt collegia in Academiis hominum literatorum & fratriæ negotiatorum & artificum, quæ nuper tamen lege regia reformata ſunt. Alia ſunt ſodalitia illicita, de quibus lex Licinia & aliæ perlatæ fuerunt, vt videre eſt in oratione Ciceronis de ambitu,pro Sylla,pro Plancio,pro Murena. Sed animaduertendum eſt omnia huiuſmodi corpora collegiaq; veteribus ſuſpecta fuiſſe,propter coniurationes in corpus,& alia quædam incommoda. Vnde fit, vt nullum collegium iure Romano licitum ſit, niſi ſpecialiter permiſſum fuerit,l.3.hic.l.1.ſup.quod cuiuſque vniuerſitatis. l.2.de extraordinariis criminibus. Proinde qui illicitum collegium vſurpauerint, puniuntur extra ordinem ad exemplum, ſcilicet,legis Iuliæ,de vi publica, l.2. Quod rurſus argumentum eſt publicas accuſationes concurrere cum accuſationibus extraordinariis.l.1.de ex.crim.l.hæc verba. ad l.Iul. de adul.l. ſepulchri.de ſepul.viol.

IN TIT. XXIII.
DE POPVLARIB. ACTIONIBVS.

DE priuatis delictis ante diximus, ex quibus ciuiles & priuatæ actiones dantur. Priuatas autem voco, quæ ei tantum cuius priuatim intereſt competunt,cuiuſmodi ſunt actio furti, condictio furtiua, vbi bonorum raptorum, iniuriarum,& aliæ ſimiles. Sunt & ex maleficiis aliæ quædam actiones populares dictæ, quæ dantur cuiuis ex populo publici iuris tuendi gratia,l.2. Harum autem nonnullæ ad commodum publicum,principaliter ſpectant,vt quæ aduerſus album Prętoris corrumpentem proponitur, l. ſi quis id quod. ſup. de iuriſdict. Ac ſi plures agere volent, Prætoris erit eam controuerſiam dirimere,& magis idoneum eligere,l.ſi plures. Quod genus iudicij à veteribus diuinatio vocabatur. Itaque nemo ex populo eas habere dicitur in bonis ſuis, l. pen. hic. l. ſi quis pro eo.§.vlt.de fideiuſſor. niſi litem conteſtando cæteros excluſerit, quo caſu lucro eius cedit victoria, l. ſi cui.de verbor. ſignific.l.eum qui.§.in popularibus.de iureiur. Aliæ ad priuatam alicuius iniuriam principaliter pertinent,vt ſepulchri violati actio,& ſimiles, quas qui habet, recte dicitur eo locupletior eſſe. Nam cæteris agere volentibus, ſi velit præfertur,l.3. hic.l. 3.& 6. ſupra de ſepulch.viol. Et procuratorem conſtituere poteſt,licet in aliis non poſſit,l.licet. & leg. non cogendum.§.qui ita.de procurat.l.qui populari. Item mulieri & pupillo,hæ dantur,aliæ non item,l.mulieri. Hoc commune habent,quod anno finiuntur,& in hæredes non dantur,quibuſdam exceptis, l. vlt. quæ pœnales ſunt. Vna tamen popularis actio de termino moto ita inſtituitur vt mulcta pecuniaria in publicum ęrarium conferatur: idque lege ſpecialiter eſt conſtitutum.l.fin.de termi.mot.& hæc eſt recepta interpretum ſententia.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI IN LIB. XLVIII. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM, METHODICA PARTITIO,

IN TIT. I. DE PVBLICIS IVDICIIS.

QVÆ ſint publica iudicia hic docet Vlpianus, l. 1. & nos fuſius pro viribus oſtendimus in lib. Diſputationum.

CAP. I.

De ordine & ratione horum iudiciorum exercendorum.

PRætor, cui lege delata erat cognitio, olim hęc iudicia exercebat coactis iudicibus, quos ſortiebantur accuſator & reus, vt Aſconius Pedianus docet. De hac autem ſortitione ſubſortioneque, De tabulis quæ à Prætore dabantur iudicibus, De clepſydris, De ampliationibus, & comperendinationibus & aliis huiuſmodi, quæ quondam in vſu erant, plæraque annotauit Budæus. Sed & quædam alia colligi poſſunt, ex orationibus Ciceronis, præſertim ex orat. pro Domo ſua. Nec dubium eſt quin ſingula iudicia certam ac peculiarē formam habuerint, vt ex titulis ſequentibus apparebit. Verum Paulus ait, eum ordinem in vſu eſſe deſiiſſe, &c. l. ordo. Quibus verbis oſtendit iudices ordinem ſingulis legibus præſcriptum ſeruare non ſolere, ſed extraordinariam eſſe, & arbitrariam, nulliſque legibus adſtrictam cognitionem. Quæ vero vſus retinuit, hæc fere ſunt quæ ſequuntur. In primis præſentia tam accuſatoris, quam rei neceſſaria eſt, l. pen. §. ad crimen. Nam procurator non interuenit, tametſi abſentiam excuſare liceat eius qui ad iudicium adeſſe nequit, d. §. ad crimen. l. inter accuſatorem. hic. l. reos. C. de accuſat. Hoc eſt accipiendum, niſi iudicium tale ſit, in quo abſens damnari poſſit, l. ſeruum. §. publice. de procurat. & l. abſentem. de pœnis. Quo caſu innocentia etiam abſentis defendi purgarique poterit. Sed & domino quoque ſeruum ſuum præſentem defendere permiſſum eſt, cum eius interſit ſeruum non damnari, cuius dominium forte per ſententiam amitteret, l. 2. C. de accuſat. l. ſeruus. hic. l. Lucius. de appellat. l. ſi ſeruum. infra de accuſat. l. hos accuſare. §. ſi ſeruus. Hoc tamen ex arbitrio domini pendet, ac poteſt eum impune non defendere, l. ſciendum. Notandum eſt præterea aduocationem reo præſenti denegandam non eſſe iure Romano. l. 2. C. de exhi. reis. Quamuis moribus noſtris receptum non ſit. Quæritur ſi reus pendente cognitione defunctus ſit, an poſſit accuſator accuſationem proſequi. Et certum eſt, crimen ac pœnam omnem eius morte extingui, l. 3. & l. defuncto. Nam caput 3. ita legendum eſt, *Publica accuſatio reo vel rea ante defunctis perimitur*. tametſi lectio Pandectarum Florentinarum diuerſa ſit. Huius rei exemplum eſt apud Valerium Maximum, lib. 9. c. 12. de Licinio Marco repetundarum reo. Qua de re infr. plenius, l. ex iudiciorum. de accuſat. Accuſatore defuncto certum eſt iudicante Præſide reum ab alio peragi poſſe, l. accuſatore. In ipſa autem cognitione, Magiſtratus patronos cauſarum, & alios clariſſimos viros qui magiſtratu aliquo functi ſunt, & iuris ſcientiam habent, adhibere debet. l. cuſtodias. Ac diebus etiam feriatis audire cuſtodias poteſt. dict. l. cuſtodias. Quæ ſit ratio totius cognitionis, & quomodo tam accuſare quam defendere oporteat, in vniuerſum definiri non poteſt, ſed ex cauſarum varietate pendet. Vnum tamen ex Vlpiano hic notandum eſt, non relatione criminum, ſed innocentia reum purgari debere, l. is qui reus. Quod quemadmodum ſit accipiendum, dicemus ſub titu. ſequenti.

CAP. II.

De poteſtate & effectu horum iudiciorum.

HOrum iudiciorum publicorum pœna aliquando capitalis eſt, aliquando pecuniaria, aut in corpore coercitio, vt ante diximus, l. 2. ſed damnatum ſemper infamia ſequitur, l. infamem. niſi in caſibus exceptis, l. vlt. Hæc autem iudicia impediunt quominus ciuilibus actionibus, quæ ad rem familiarem magis, quam ad vindictam pertinent, experiamur, l. interdum. hic. l. Prætor. §. ſi dicatur, de iniuriis. C. quando ciuilis actio crimina. præiudicet.

IN TIT. II. DE ACCVSAT. ET INSCRIPTIONIBVS.

SVPRA de criminibus extraordinariis & publicis quæ iudicia per accuſationes ordinantur, Inſtit. de publ. iud. in prin. l. 1. de crim. expil. hęred. Ideo titulus communis de accuſationibus ſubiicitur, id eſt, de perſecutionibus criminum. Et quia libelli recepti ab accuſatoribus offerri debent, qui dicuntur libelli inſcriptionum, ideo ſequitur de inſcriptionibus. Habet autem fere hos locos. De cauſa accuſationis, Quis accuſare poſſit, vel contra. Quæ ſit forma libelli inſcriptionis. Quis poſſit accuſare vel non. Quid ſi pluribus legibus reus fieri poſſit. Quid ſi actio ciuilis cum crimine concurrat. Quid ſi plures accuſatores de vno accuſando contendant. Quis ſit accuſationis effectus reo mortuo poſt litem conteſtatam. Qua in prouincia damnetur vel accuſetur reus. Quo pacto leuia crimina coerceantur.

Quid ſit accuſatio. CAP. I.

ACcuſatio eſt maleficij alicuius apud iudicem delatio ad vindictam publicam, ſolemniter facta. Dicitur, *ad vindictam publicam*, vt intelligamus actionem quæ ad priuatum alicuius commodum, vel vindictam priuatam intenditur, accuſationem proprie non eſſe, quod ex diffinitione actionis ſatis apparet. Actio eſt ius perſequendi in iudicio, &c. §. 1. Inſtit. de actio. Improprie tamen aliquando actio pro accuſatione accipitur, l. 1. de crimine ſtellionatus. & C. quando ciuilis actio criminali præiudicet. Vnde Perduellionis actio, Ciceroni in Partit. orator. Crimen apud Iureconſultos crebro, idem quod accuſatio ſignificat, l. nullum crimen. de reg. iur. & l. ſi cui crimen. hic. Cum igitur accuſatio cum actione nihil commune habeat, certum eſt, ex eodem maleficio & agere quem & accuſare poſſe, nec poſſe cogi omiſſa ciuili actione crimen intendere, l. in eum. Hinc obſeruandum eſt, denuntiationem ab accuſatione differre, quæ citra inſcriptionem vllam recipitur. Ea autem magiſtratibus olim fieri conſueuit, per certos homines quibus id publice mandatum fuerat, ne grauiora facinora deficientibus forte accuſatoribus impunita manerent, l. ea quidem. infra de appellat. l. ab accuſatione. §. nunciatores. ad Turpillianum.

Cauſa accuſationis. CAP. II.

ACcuſationis cauſa eſt delictum, quod animaduerſionem vindictamque publicam meretur, & ad hunc ſcopum finemque refertur accuſatio. Vnde vulgo dicitur, neminem ſine accuſatione damnandum eſſe, quod tamen falſum eſſe demonſtrauimus lib. 1. diſput. Hinc quæritur de quibuſdam delictis, an pro eis competat accuſatio. Cuiuſmodi eſt terminorum auulſio, l. 1. C. de accuſat. Sed de hoc ſatis diſſeruimus ſupra ſub tit. de termino moto. Quæritur etiam de iis qui euentum ſententiæ iudicis venditant, & fumos vendunt. l. qui explicandum. C. de accuſ. de quibus diximus lib. 7. diſputat. Et oſtendimus non modo accuſandos eſſe eos ſed etiam grauiter puniendos eſſe. Alia quæſtio eſt, de maleficio quod mandatu alterius perpetratum eſt. Et conſtat tam mandatorem quam mandatarium pœna afficiendum eſſe, l. non ideo minus. C. de accuſat. Qua de re in commentariis ſatis plene à nobis

nobis tractatum eſt. Tractatur & quæſtio de hæredibus eius qui maleficium admiſit. Et conſtat eos accuſari non poſſe, nec pœnam bonorum ademptionis ad eos tranſire, niſi iam damnatus reus deceſſerit, l. ex iudiciorum. Cuius rei exemplũ memorabile refert Valerius lib. 9. c. 12. de Licinio Macro. Excipitur repetundarum iudicium, Maieſtatis, & quędam alia de quibus infra videbimus. Quod ſi reus iam damnatus pendente appellatione deceſſerit, ſeruanda eſt diſtinctio l. 3. C. ſi pendente appellat. l. vlt. C. ſi reus vel accuſat. mort. Dubium ſane non eſt, quin hæredibus defuncti, ipſius innocentiam defendere, ſi velint, liceat, l. filio. §. Seia. de adimendis legatis.

Cap. III.

De iis qui accuſare poſſunt, aut non poſſunt.

IN his iudiciis accuſatio publica eſt, & cuiuis ex populo cõpetere dicitur. §. 1. Inſti. de publ. iudiciis, præterquam iis qui nominatim excepti reperiuntur. De quibus eſt videnda l. qui accuſare. In primis prohibetur accuſare mulier. Niſi ex certis cauſis. l. 1. & 2. l. qui accuſare. l. mulierem. hic. l. 4. l. de crimine. C. qui accuſa. non poſſ. Pupillus accuſare prohibetur, propter infirmitatem ætatis, l. 2. qui accuſare. niſi ſuam, vel ſuorum iniuriam perſequatur. Quo caſu tutor accuſabit quidem nomine pupilli, ſed ſuo nomine inſcribere ſe cogetur, ne alioquin ob eius calumniam plectatur pupillus, l. 2. & 5. C. qui accuſa. Militi interdicta eſt accuſatio publico nomine, l. qui accuſare. niſi ob cauſas legibus exceptas, l. mulierem. hic. & l. non prohibentur. l. ſi crimen. C. qui accuſare non poſſ. Magiſtratus non accuſant quandiu magiſtratu funguntur, ſicut nec ab aliis interim accuſantur, l. qui accuſare. hic. l. pars literarum. de iudic. Infantibus denegatur accuſandi facultas, l. qui accuſare. l. 4. l. criminis. C. qui accuſ. Niſi in caſibus exceptis, l. mulierem. hic. l. famoſi. ad l. Iul. maieſt. Qui duo iudicia aduerſus duos reos ſubſcripta habet, accuſare tertium non poteſt, l. qui accuſare. hic. l. cum rationibus. C. qui accuſa. Quod Marcellus ait, prohibitum eſſe propter turpem quæſtum, id mihi videtur pertinere ad quartam illam partem bonorum accuſati, quam ex lege accipiebant accuſatores: cuius meminit Tacitus libr. 4. Qui tenues habent facultates, id eſt, qui minus quam quinquaginta aureos habent, idonei accuſatores non ſunt. Quod inopia eos ad calumniandum impellere credatur, leg. nonnulli. Calumniæ alicuius ſuſpectis accuſare non licet. l. 4. 7. & 8. Coniunctæ & neceſſariæ perſonæ ab accuſatione facinoroſorum remouentur, quod inhoneſtum inhumanumque videatur eos ad accuſandum admitti, l. qui accuſare. hic. leg. ſi magnum. l. iniquum. l. pen. & vlt. C. qui accuſa. hic. His perſonis exceptis nemini denegatur accuſatio iure Romano, licet moribus noſtris vnus cognitor regius accuſet. An plures accuſare poſſint eundem reum, tractauimus lib. 2. diſput.

Cap. IIII.

Qui non poſſint accuſari.

SVnt qui legibus accuſari non poſſunt, veluti Magiſtratus & ſerui, ſecundum diſtinctionem à Venuleio traditam, l. hos accuſare. l. 5. item is qui accuſatus ſemel, atq; abſolutus eſt, l. ſi cui crimen. §. 2. hic. l. ſi quis homicidij. C. eod. Sed & ſi quis delatus ſit ab vno, ab alio deferri non poteſt. l. hi tamen. §. vlt. hic. l. qui de crimine. C. de accuſat.

Cap. V.

De iis quæ in accuſatione exequenda præcipue obſeruanda ſint, ad officium tam accuſatoris & rei, quam iudicis pertinentia.

NEmo ad accuſandum admittitur, abſque ſolenni inſcriptione, leg. ſi cui crimen. hic. leg. 3. l. 10. & l. qui accuſare. Cuius inſcriptionis formula, & conceptio hic deſcribitur. leg. 3. hic. l. in cauſis. Codic. eod. concipitur autem his verbis: illis Coſſ. Cal. illis, apud illum prætorem, vel Proconſulem. dic. l. 3. hic. cui libello accuſator ſubſcribere debet. dict. l. 3. l. 7. Sed hic obſeruandum denuntiationem ab accuſatione differre, quia ſine vlla inſcriptione denuntiatio recipitur, vt eſt lib. 1. & 2. Diſputat. Et hæc inſcribendi neceſſitas tum remittitur, cum quis ob publicũ munus quo fungitur denuntiat, l. ea quidem. de accuſat. Quod & in aliis quibuſdam caſibus locum habet. l. de crimine. C. qui accuſare non poſ. l. quamuis adulterij. C. de adulter. l. 1. C. de abig. Si plures contendant accuſatores inter ſe, iudicis eſt magis idoneum eligere. l. ſi plures. Tempus præſcribitur accuſatori, intra quod ſolennia accuſationis impleat. Quo tempore elapſo amplius accuſare volens non auditur, l. Titia. & l. 7. C. qui accuſ. non poſſ. In exequenda accuſatione præſentia accuſatoris neceſſaria eſt, l. 4. & l. tunc conuenit. C. de accuſat. Præſens quoque reus eſſe debet, vt diximus ſup. tit. de publ. iud. l. 3. & 6. C. de accuſat. Domino tamen ſeruum ſuum defendere permittitur quod ipſius intereſt, ſeruo ſuo non carere. l. ſi ſeruum. hic. l. 2. de accuſ. Quid ergo dicendum ſi accuſator deceſſerit pendente accuſatione, & certum eſt nomen rei abolendum eſſe? l. 3. §. vlt. Nam hæres accuſationem cœptam perſequi non cogitur, l. Diui. hic. In qua prouincia quis deliquit in ea accuſari debet, leg. ſi cui crimen. Quod propter commoditatem probationis conſtitutum eſt. authen. vt omnes obediant iud. prouinc. Nihil autem prohibet quem in loco domicilij ſui accuſari, modo eiuſdem prouinciæ ſit ille locus in quo maleficium perpetratum eſt, l. 1. C. vbi de crimine agi oportet. Ob idem crimen pluribus legibus accuſare quemquam non licet, l. ſenatus. Si vero ex eodem facto plura naſcantur crimina, ſingulorum nomine admittitur accuſatio, l. qui de crimine. C. de accuſ. Recriminatio ad depellendam accuſationem, ita demum admittenda eſt, ſi grauius aliquod crimen, non par minuſve obiiciatur, l. 1. & l. neganda. C. qui accuſare non poſſunt. In leuiorum criminum accuſatione ſolennis ordo prætermittitur, l. leuia. Probare debet actor quod intendit. Alias vt calumniator punitur, leg. minus. C. qui accuſ. non poſſ. & l. vlt. C. de accuſ. Ac iuſta legitimaque debet eſſe probatio, nec decreta ciuitatum expreſſa, atque emendicata ad fidem faciendam hic ſufficiunt, l. ſinguli. C. de accuſat. Nam & huiuſmodi decreta Cicero teſtimonia non eſſe contendit, in oratione pro Flacco.

IN TIT. III. DE CVSTODIA ET EXHIBITIONE REORVM.

HIc quoque titulus eſt communis. Nam qui accuſantur vel extra ordinem, vel certa lege de crimine, ſolent dari in cuſtodiam pro qualitate criminis & perſonarum, & ſub fideiuſſoribus dimitti qui promittãt exhibere, id eſt, ſiſtere & repræſentare iudicio, ſi quando poſtuletur. Sequitur itaque titulus de cuſtodia & exhibitione reorum, cui duo Tituli in Codice Iuſtiniani reſpondent, De cuſtodia reorum, & de exhibendis reis. Quæ res admonuit, vt in duo capita præcipua hunc tractatum diuiderem.

De cuſtodia reorum. Cap. I.

CVſtodiæ verbum, pro cuſtodia publica in iure ciuili accipi ſolet, l. vinculorum. de verb. ſign. Nec tantum de carcere hoc verbum intelligitur, ſed etiam de cuſtodia militari, de qua mox dicemus. Eſt igitur Carcer cuſtodiæ genus. Vnde dicitur ad cõtinendos magis quam puniendos homines comparatus, l. aut damnum. de pœnis. Vtimur hoc iure, reos dari in cuſtodiam duobus modis, vel accuſatore libellum inſcriptionis dante & ſubſcribente. leg. libellorum. de accuſat. vel nũtiatore, crimen magiſtratibus denuntiante confecto elogio, vel notorio, quam informationem vocamus, cui poſteriori magis accedit praxis Franciæ. l. 6. Nota quando in carcerem quis coniici debeat nimirum cum graue ſcelus eum admiſiſſe conſtat, vel confeſſus eſt. l. 3. l. 5. hic. l. 3. & 4. C. hoc tit. l. 2. C. de exhib. reis. Atque in ea debet reus prouincia condemnari in qua deliquit. l. ſolent. leg. ſeq. l. non dubium. l. fin. de accuſ. Auth. qua in prouincia. Authen. vt nulli Iudic. §. ſi vero quis.

Cap. II.

Quomodo ſit cuſtodiendus reus.

IVdicis eſt æſtimare quemadmodum cuſtodiendus ſit reus. Nam aut in carcerem coniicitur, aut militi traditur, aut fideiuſſoribus, vel ſibi committitur. leg. 2. Quod autem

dicitur de militibus, locum habet in Procõſulibus, & aliis huiuſmodi qui imperium exercitumq; habent. l. obſeruare. de offic. Proconſ. Hodie apparitoribus viatoribuíve traduntur. Quod ad carcerem attinet notandum eſt eos, qui diſparis ſexus ſunt: ſimul includẽdos non eſſe, l. 3. C. de cuſtod. reorum. Non autem debent vinciri, antequam conuicti, aut confeſſi ſint, l. ſi confeſſus. hic, & l. 2. C. de exhib. reis. Aut niſi graue ſcelus, l. 3. hic. & l. 2. C. de cuſto. reor. Seruus ſane qui non defenditur à domino, ex vinculis cauſam dicere iubetur, l. 2. Ex his apparet, vincula à carcere cuſtodiave multum differre, l. verum eſt. de verb. ſign.

De officio & periculo cuſtodis. CAP. III.

SIcut diligentia exigitur à cuſtode, ita etiam humanitas & moderatio, l. 1. de cuſto. reo. & l. carceri. hic. Itaque ſi reus euaſerit, culpa eiuſdem non caſu fortuito, grauiter plectitur, l. milites. & l. vlti. hic. l. ad commentari. C. punitur etiam is qui effregit carcerem, l. 1. de effract. aut etiam qui conſpirauit, &c. leg. in eos. hic. Præterea officium eius, qui carceri præponitur, eſt in commentarium referre eos, qui in carcerem coniiciuntur, Vnde Commentarienſis dicitur: & iudici ſingulis menſibus eos ingerere, l. vlt. C. de cuſto. reorum.

De exhibitione reorum CAP. IIII.

SEcunda pars huius tituli. Exhibere eſt deducere ac ſiſtere eum coram iudice vt incarcerari, vel aliter cuſtodiri poſſit, tit. C. de exhib. reorum. tit. quor. imper. inter pupil. & vid. l. 3. C. de aduo. diuer. iudi. Huius exhibitionis exempla permulta hic ſunt. Veluti cum fideiuſſor ad ſiſtendum aliquem obligatur, l. 2. §. vlt. l. 3. & 4. Secũdum eſt cum Irenarchæ prehenſum facinoroſum ad Præſidem mittunt cum elogio. l. Diuus. Tertium, Cum in prouinciam, in qua res deliquit, tranſmittitur ab alterius prouinciæ Præſide. l. ſolent. & l. non dubium. hic. l. ſi cui crimen. ſup. de accuſat. Nam vt paratior & expeditior probatio, conſtitutum eſt, vt extra eam prouinciã in qua deliquit non puniatur. Auth. vt omnes obediant Iudi. prouinciæ. Non arbitror tamen iuris auctores prohibere ne in alio eiuſdem prouinciæ loco puniatur, ſi ibi reperiatur, l. 2. C. vbi de crim. agi oport. Et certum eſt olim ita diuiſas fuiſſe prouincias, vt teſtes ex vna prouincia in aliam ſine graui incommodo duci non poſſent, veluti ex Gallia in Germaniam. Quartum, Milites remittuntur ad eum ſub quo militabant. l. de militibus. hic. & l. 1. C. de exhib. reis. Eſt enim vetus illa lex cuius meminit Iuuenalis ſatyra vlt.

Miles nec vallum litiget vltro.

Quintum exemplum eſt, cum accuſator deducit reum, quem accuſare vult, & iudici exhibet. Nam hoc genus reductionis exhibitio dicitur, tit. quor. im. inter pupil. l. 3. de aduo. diuerſ. iudi. l. ſi qua per cal. C. de epiſc. & cleric. l. quoniam. C. de teſtib. Nou. 45. & 151. Sed hæc deductio non aliter permittitur conſtitutione Theodoſij, niſi de ea iudex pronunciauerit, l. vl. C. de exhib. reis. Præterea antequam reus exhibeatur, dandi ſunt ei dies legitimi ad diſponendam rem familiarem. Cuius rei exemplum memoratu dignum refert Iuſtinus Philoſophus, & poſt eum Euſebius hiſtoriæ Eccleſ. lib. 4. cap. 17. Meminit & Gratianus in Collectaneis decretorum, can. hiſtoria. 33. quæſt. 2.

Titulus de priuatis carceribus in Codice Iuſtiniani hic accedit. Adde l. capite quinto, infr. de adult. & Theodoſij conſtit. in C. Theodoſ.

IN TIT. IIII. AD LEGEM IVLIAM MAIEST.

Quid ſit meieſtas. CAP. I

INTERPOSITIS duobus titulis communibus reuertitur legumlator ad ſingula publica iudicia, & quo ordine propoſuerat incipit à lege Iulia maieſtatis, cuius verba colligi poſſunt ex prioribus legibus: de pœna tamen corporali reorum maieſtatis ſub hoc titulo fere non exprimitur niſi obſcurus hic & l. 3. Sed in Inſtit. de publ. iud. apparet eſſe animæ amiſſio. Maieſtas dicitur amplitudo & dignitas populi Romani, à magnitudine ſic dicta. Cicero in Part. Orat. Nam auctoritas dicebatur olim eſſe in ſenatu, maieſtas in populo. Reperitur tamen maieſtas Prætoris in iure ciuili, ſed abuſiue. leg. ſi familia. de iuriſd. l. pen. de iuſtit. & iure. Qui igitur aliquid contra Rempublicam aut Principem molitur, & Reipublicæ ſtatum formamq; imperij euertere conatur, is dicitur maieſtatem lædere aut minuere, & hac lege tenetur. lib. 2. ad Herennium. Dicitur hæc lex Iulia à Iulio Cæſare auctore, ante quam legem fuerat & Cornelia lex maieſtatis, cuius meminit Cicer. in Piſonem.

CAP. II.

Cauſæ huius actionis.

EX iam dictis perſpici poteſt, quæ ſit cauſa huius accuſationis & iudicij: nempe coniuratio & rebellio. Sed hunc locum plenius tractare oportet. In primis igitur qui hoſtili animo aduerſus rempublicam aut Principem aliquid facit, is maxime dicitur maieſtatem lædere. Et hoc crimen perduellionis proprie appellatur l. vlti. Quia perduelles à veteribus hoſtes vocabantur. l. quos nos. de verbo. ſignifi. Item ad maieſtatem pertinent alia quædam admiſſa, quod ea maxime rempublicam labefactent, licet hoſtili non fiant animo aduerſus rempublicam. Capita autem legis hic reſcripta extant. l. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 10. Quibus addenda eſt coniuratio in necem virorum illuſtrium & ſenatorum ex conſtitutione Arcadij. l. quiſquis. C. eo. Crimen quoque priuati carceris & falſæ monetæ huc pertinet. C. de priuat. carcer. & C. de falſa moneta. Contra conſtitutiones Principum iudicantem noluit Alexander optimus Princeps hoc crimine teneri. l. 1. C. eod. Idemq; de periurio eius qui per Principis genium aut fortunam iurauerit. l. 2. Cod. eo. l. 2. C. de reb. cred. Tametſi ex huiuſmodi cauſis atque etiam leuioribus olim ſub malis Principibus accuſatio maieſtatis admitteretur, vt ex Tacito, Dione & aliis cognoſci poteſt. Hinc Plinius in Pinagyr. de crudelitate & auaritia Principum loquens: Locupletabant, inquit, fiſcum & ærarium non tam Voconiæ & Iuliæ leges, quam maieſtatis ſingulare & vnicum crimen eorum qui crimine vacarent. ſed nec ob famoſum libellum hæc accuſatio permittitur, quæ tempore Auguſti locum habebat, vt auctor eſt Cornelius Tacit. lib. 1. Nam quod dicitur publica quæſtione id admiſſum vindicari, de criminali iudicio accipiendum mihi videtur. l. quod ſenatuſconſultum. ſup. de iniur. Addendum eſt ne eum quidem qui imperatori maledicit, hoc iudicio puniri, vt Theodoſius conſtituit. C. ſi quis imper. mal. In ſumma notandum eſt, quod præclare Modeſtinus hic ait, hoc crimen à iudicibus non in accuſatione ob principalis maieſtatis venerationem habendum, ſed in veritate. l. famoſi.

CAP. III.

De pœna huius legis.

POEna huius legis olim fuit exilium, vt auctor eſt Cicero in 1. Phil. pp. Corn. Tacit. lib. 3. c. 69. Paulus lib. 5. Sententiarum. l. eorum. infra de pœnis. Nam lex Portia, cuius meminit Cicero in Orat. pro Rabyrio, & Saluſtius in Catilinam, vltimo ſupplicio affici ciuem Romanum prohibebat. Sed hodie eſt vltimum ſupplicium. §. 1. Inſtit. de public. iudic. l. quiſquis. Cod. ad l. Iul. maieſt. Quo etiam afficiebantur plerique contra leges, propter graue diſcrimen Reipublicæ, vt in coniuratione Catilinaria accidit. Itum eſt enim in Catonis ſententiam coniuratores more maiorum puniendos eſſe cenſentis. Nero etiam cum hoſtis fuit iudicatus à Senatu, pronuntiatum eſt, vt more maiorum in eum animaduerteretur, &c. Sueto. in Nero. legis Portiæ non habita ratione. Huic pœnæ accedit bonorum publicatio. l. vltim. hic. l. quiſquis. Cod. eod. Et certum eſt bona libertorum etiam hæredibus & liberis damnatorum auferri. l. 3. infra de interdict. & releg. l. 1. C. de bonis liber. Quamuis Hermogenianus referat Seuerum aliter decreuiſſe. l. eorum, hic. Verum quod is cognoſcens decreuiſſe dicitur, pro lege Iuſtiniani accipiendum non eſt, ne aliis legibus aduerſetur. Præterea damnatorum ſtatuas detrahi debere, Modeſtinus ait, quo exemplo recte vtimur in inſignibus detrahendis, quæ vulgo arma dicuntur. Poſtremo liberi damnatorum infamia notantur, & ab omni ſucceſſione excluduntur conſtitutione Arcadiana. d. l. quiſquis. Sed in eos animaduerti non vult Arcadius, remittitque ſeueritatem illam veterem, cuius meminit Ci-

cer

cero in quadam ad Brutum epiſtola. Cæteri autem propinqui, affines, noti, familiares nullam pœnam ſubeunt, vt expreſſum eſt alia conſtitutione eiuſdem Arcardij. l. ſancimus. C. de pœnis. quam huic contrariam eſſe exiſtimauit noſter Budæus. Verum ea non de liberis, ſed aliis propinquis & familiaribus accipienda eſt, in quos ſub improbis & inhumanis Principibus, olim animaduerti ſolebat. Extatque huius rei exemplum apud Dionem, de Marco Terentio, qui maieſtatis reus poſtulatus fuit, propter amicitiam & familiaritatem quam cum Seiano habuerat, ſed is cauſatus de amicitia Principis in Seianũ motum fuiſſe vt eum complecteretur, tandem abſolutus eſt. Nota l. 4. Vide & Saluſtium cur conſilium contra rempublicam coniuratio dicatur.

Singularia iura huius iudicii. CAP. IIII.

CVm hoc iudicium munimentum ſit publicæ ſecuritatis, ac tranquillitatis, & ad id facinus vindicandum pertineat, quod multo exitialius eſt reipublicæ, non eſt mirum ſi pleraque hic aliena à iure communi reperiantur, cuiuſmodi eſt: In primis quod ij ad accuſandum in hoc iudicio admittuntur qui alias repelli ſolent. l. famoſi. & l. in quæſtionibus. Item morte crimen non extinguitur, ſi hoſtili animo aduerſus rempub. aut Principem aliquid factum ſit. l. vlt. hic. l. penult. & vlt. C. Præterea ſerui in dominos torquentur. l. pen. & vlti. C. etſi alias torqueri no ſoleant, vt dicemus ſub titu. de quæſtio. Sed nullius dignitatis prætextu reus fidicularum tormenta vitat. l. nullus. C. Spartianus in Caracala, *Damnati ſunt eo tempore qui vrinam in ex loco fecerunt in quo ſtatuæ aut imagines erãt Principis, & qui coronas imaginibus eius detraxerunt, vt alias ponerent.* Tacitus lib. 3. fol. 75. *L. Ennium equitem Romanum maieſtatis poſtulatum, quod effigiem Principis promiſcuum ad vſum argenti vertiſſet, recipi Cæſar inter reos vetuit, palam aſpernante Ateio Capitone, quaſi per libertatem non emi debere, eripi patribus vim ſtatuendi, neque tantum maleficium impune habẽdum, ſane lentus in ſuo dolore eſſet, Reipublicæ iniurias ne largirentur.* Seneca lib. 3. de beneficiis cap. 25. & ſequent. ſub Tiberio Cęſare fuit accuſandi frequens & pene publica rabies, quæ omni ciuili bello grauius togatam ciuitatem confecit. Excipiebatur ebriorum ſermo, ſimplicitas vocantium, &c. Ex paulo poſt, ſub diuo Auguſto nondum hominibus verba ſua tam periculoſa erant & moleſta. Vide Sueto. in Tiber. num. 58. Nota antinomiam inſignem, quam diſſoluunt quod altera de primo capite in quo de perduellionis reo: altera de aliis capitibus accipiatur. vide l. Quiſquis. C. hoc tit.

IN TIT. V. AD LEG. IVL. DE ADVLTER.

CAP. I.

HÆc lex quamuis lata ſit ab Auguſto, vt Vlpianus ait, atque etiam Plutarchus in Apophtegmat. tamen Iulia dicitur. Nam is à nomine patris adoptiui Iulius quoque dictus eſt. Pertinet autem hæc lex ad pudicitiam tuendam. Atque ideo lex Iulia de pudicitia crebro dici ſolet. l. 8. 9. C. Hic autem dicitur lex Iulia de adulteriis & ſtupro, quod adulterium & ſtuprum præcipue ea lege puniantur.

CAP. II.

Quid ſit adulterium & ſtuprum.

ADulterium proprie in nuptam committitur. Stuprum in viduam aut maſculum. Sed lex Iulia promiſcue his verbis vtitur. leg. inter liberas. & l. ſtuprum. hic leg. ſtuprum. de verbor. ſignificat. Nihil autem refert iuſta ne an iniuſta ſit vxor vt adulterium committi dicatur, ſed ſufficit vxorem eſſe, licet in manu viri per coemptionem non conuenerit. leg. ſi vxor. Quod ſi vxor non ſit, quia forte in contubernio eſt, magis quam in matrimonio nullum eſt adulterium. leg. Seia. Cod. eod. Quæritur de ea quæ abſente marito alteri nupſit? Et certum eſt eam adulterium committere, niſi probabili ratione ducta crediderit, maritum deceſſiſſe. l. miles. §. mulier. Et notandum eſt matrimonium illicitum non ſufficere quominus ſtuprum aut adulterium committatur, l. qui pupillam. l. miles. §. 1. hic. l. eum qui. C. ſed ignoſcitur ei qui dolo caret. l. penul.

Cauſa huius accuſationis. CAP. III.

EX iam dictis colligi poteſt, quæ ſit cauſa huius accuſationis. Sed hic locus pleniorem diſcuſſionem exigit. In primis igitur accuſantur hac lege, qui matrimonium alienũ violant, ac temerant, aut ſtuprum admittunt, ſiue in mulierem viduam, ſiue in maſculum. §. 1. Inſtit. de publ. iudic. Verba legis recitat Vlpianus: Ne quis poſthac ſtuprum adulteriumve ſciens facito dolo malo. l. hæc verba. Ex quibus apparet nec ſtuprum nec adulterium abſque dolo committi. l. pen. Quæ præterea vindicentur ac puniantur hac lege, ex aliis locis colliguntur. l. mariti. 29. hic. l. 3. ſup. de accuſat. l. auxilium. de minoribus. Cuiuſmodi hæc ſunt: Qui adulterij damnatum ſciẽs vxorem duxerit. d. l. mariti. & d. l. auxilium. Qui in adulterio deprehenſam vxorem non dimiſit, idq; propter ſuſpicionem lenocinij. Hinc Domitianus equitem Romanum ob reductam in matrimonium vxorem cui dimiſſæ adulterij crimen intenderat, eraſit iudicum albo. Sueto. in Domit. Eſt autem deprehenſio & certitudo neceſſaria, nec ſuſpicio ſufficeret. l. 2. l. miles. §. vl. hic. l. 2. 9. l. ſine metu. C. eo. Derogatur tamen huic capiti per nouam conſtitutionem Iuſtiniani, auth. vt nulli iudi. Qui quæſtum de vxoris ſuæ adulterio facit, hac etiam lege punitur. d. l. 2. & l. mariti. Item qui pretium pro comperto ſtupro accepit. d. l. mariti. l. ſi quis. 33. Item qui domum prębuit ad adulterium ſtuprumve fieret. d. l. 8. 9. 10. Item is qui pactus eſt, vel tranſegit de adulterio etiamſi compertum non fuerit. l. miles. in prin. hic. l. 10. C. l. tranſigere. C. de tranſact.

CAP. IIII.

De pœna adulterij, ſtupri, &c.

IVſtinianus ait gladio puniri adulterum, Inſt. de publ. iudic. quam pœnam ideo legi Iuliæ tribuit opinor, quia pœna legis Iuliæ conſtitutionibus imperatorum immutata fuerat. Nam Conſtantius iubet ſacrilegos nuptiarum gladio feriri. l. quamuis. C. eo. Quamuis ea verba in C. Theodoſiano deſiderentur. Mulier adulterij non plectitur pęna gladij per nouam conſtitutionem Iuſtiniani, ſed verberata includitur monaſterio, vnde eam intra biennium maritus reducere poteſt ſi velit. Mulierem autem adulteram non licet dimittere ante quam conuicta ſit & damnata. auth. vt null. iudic. Quænam autem fuerit pœna legis Iuliæ, vix certo cognoſci poteſt. Conſtat tamen ex variis noſtrorum auctorum locis pœnam mortis non fuiſſe. l. Clodius. de his quib. vt indignis. l. ſi quis viduam. de quæſtio. l. ſcio. de teſtib. l. 2. §. miles. de his qui notan. infam. l. qui cum vno. §. adulterij. de re milit. Ac pœna quidem relegationis exemplum refert Plinius lib. 6. epiſto. Et Tacitus lib. 4. fol. 51. & lib. 2. fol. 45. Tranquillus ſcribit Cæſarem libertum quendam ſuum ob adulteratam equitis Romani vxorem, capitali pœna affeciſſe. Opilius Macrinus reos adulterij varios ſimul incendit iunctis corporibus auctore Spartiano. Apud Francos capitalis pœna adulteris non irrogatur.

De animaduerſione patris & mariti in mulierem adulteram.

LEx permittit patri filiam in adulterio deprehenſam ſimul cum adultero interficere. l. patri. cum l. ſeq. & l. nihil. marito ſimilis vindicta olim permittebatur, vt conſtat ex oratione Catonis quam refert Gell. lib. 10. cap. 23. *In adulterio, inquit, vxorem tuam deprehendiſſes, ſine iudicio impune necares: illa te, ſi adulterares, digito non auderet contingere, nec ius eſt.* Verum lex Iulia omnem hanc facultatem adimit marito. l. nec in ea. Adulterum autem occidere ei permittit qui vilis tantum conditionis ſit. l. marito. hic. l. Gracchus. C. Ob hanc tamen cædem non punietur maritus pœna legis Cornelię, ſed leuius mitiuſque caſtigabitur, propterea quod difficillimum fuerit ei iuſtum dolorem temperare. l. ſi adulterum. §. Imperatores. hic. l. 1. §. vlt. ad leg. Cornel. de ſicariis. l. Gracchus. C. de adult.

CAP. V.

Pœna ſtupri.

STupratorum pœna eſt, ſi honeſtiores ſint, publicatio dimidiæ partis bonorum: ſi humiles, corporis coercitio cum relegatioone. Inſtitut. de public. iudiciis. Hæc pœna ob doloſam aliquam, perſuaſionem aliamve ſimilem cauſam auge-

tur.l.1.de extraord.crimi. Nam & lege Solonis vt auctor eſt Lyſius, grauius puniebatur perſuaſio quam violentia, quod perſuadens corpus & animam corrumpat. Inceſtus autem cũ ſtupro coniunctus facit, vt grauius puniatur admiſſum: à quo tamen crimine ignorantia nonnunquam excuſat. l. ſi adulterium. Raptus etiam grauius punitur, l. qui cœtu. infr. ad leg. Iul. de vi publica. & C. de raptu virginum. Maſcula Venus quæ olim puniebatur lege Scatinia, nunc pœna gladij vindicatur. l. cum vir. C. eo. & auth. de his qui luxuriant. contra natur. Tutor ſtuprans pupillam grauiore etiam pœna punitur. ti. Si quis eam cuius tutor fuer. Item mulier quæ cum proprio ſeruo cōſuetudinem habet. C. de muliere quæ ſe proſtit. ſer. Cuius animaduerſionis meminit Tacitus lib. 12. Qui virginem nondum viri potentem corrumpit, ſeuerius plectitur. l. ſi quis aliquid. §. qui nondum. infra, de pœnis. Lenocinium certis ex cauſis punitur vt adulterium lege Iulia. l. 2. l. mariti. Alias qui lenocinium profitentur, & eas puellas proſtituunt cum quibus ſtuprum non admittitur, non videntur legibus Romanis puniri. Nam conſtitutio Iuſtiniani de lenonib. eos punit qui inuitas puellas detinent.

Qui accuſare poſſint. CAP. VI.

PAtri & marito adulterij accuſatio ita competit vt cæteris præferantur. l. 2. §. vlt. l. ſi maritus is. in pri. l. is cuius. §. pen. In ſtupri vero accuſatione pater nullum ius præcipuũ habet. l. nec in ea. Poſt patrem & maritum admittuntur extranei. l. 4. Sed extranei videntur accipiendi frater, auunculus, &c. propter conſtitutionem Conſtantini quæ cæteris accuſationem adimit. l. quãuis adulter. C. eo. Quod dicitur de marito, idem intellige de ſponſo, quia nec matrimonium nec ſpem matrimonij violare permittitur. l. ſi vxor. hic. & l. propter. C. ſponſam tamen quæ alij nupſit, accuſare ſtupri non licet, leg. miles quærebatur. Quia ſponſalia diſſolui poſſunt. l. 1. C. de ſponſa. Atq; ideo ſtuprum committere nubendo alteri dici non poteſt. Minor vigintiquinq; annis accuſare adulterij prohibetur lege Iulia. Quod accipiẽdum eſt niſi matrimonij ſui iniuriam exequatur. l. ſi maritus. §. lex Iulia. Mulieri non competit hæc accuſatio, tametſi violatum à marito matrimonium ſuũ conqueratur. l. 2. C. eo. tit. Quia par iniuria non eſt mariti in vxorem, quæ eſt vxoris in maritum.

CAP. VII.

Ordo & forma huius cognitionis.

DVos ſimul accuſare adulterij non licet. l. ſi maritus. §. vlt. hic. l. reus. C. eod. In inceſtu tamen id prohibitum non eſt. l. vim paſſam. §. vlt. Poſſunt etiam ſimul accuſari is qui adulterium admiſit, & is qui domum præbuit, &c. l. nihil. §. vlt. Conſtante matrimonio huic accuſationi locus non eſt, ſed tunc demum cum maritus vxorem ſuam dimiſerit, l. miles. §. volenti. l. conſtante. hic. & l. crimen. C. ſi mulier alteri nupſerit poſt diuortium, non poteſt ab eo incipi accuſatio, ſed adulterum prius reum peragere neceſſe eſt. l. 2. in prin. l. miles. §. licet. Nam abſolutio adulterij ipſi mulieri proderit, licet condemnatio non noceat. l. denuntiaſſe. §. vlt. hic. l. & ſi crimine. C. eod. Hoc accipiendum eſt niſi maritus poſt diuortium denuntiauerit, & ſe velle eam accuſare. Quo caſu ab ea incipere poterit. l. qui vxori. l. denuntiaſſe. l. vim paſſam. §. nupta. Si adultera non nupſerit poſt diuortium, liberum eſt accuſationem ab ea incipere. l. 5. l. ſi maritus. §. pen. Inſcriptio neceſſaria non eſt, cum maritus accuſat conſtitutione Conſtantini. l. quamuis adulterij. C. eod. Extraneis vero accuſantibus requiritur. l. accuſationis. Sed nihilominus calumnia horũ omnium punitur. l. is cuius. l. pater. l. ſi maritus. §. lex Iulia. Abſens in reos non refertur, idque lege Iulia expreſſum eſt. l. ſi maritus. §. 1. l. Iuliæ. hic. & l. ſi quidem. C. Quod accipiendum eſt niſi crimine iam inchoato reus abeſſe incipiat. l. adulteram. C. eo. Nam nec per procuratorem recte defenditur reus. l. miles. §. 1. hic. Eſt enim tam rei quam accuſatoris præſentia neceſſaria. l. pen. §. ad crimen. ſup. de publ. iud. Si tamen prope cōfectum ſit negotium, & abſit accuſator reipublicæ cauſa, reſcriptum eſt eum reuocandum non eſſe. l. quamuis indubitati. C. eo. In quo loco delictum admiſſum eſt, hæc accuſatio inſtitui debet. l. 14. & l. ſeq. C. eod. Qua de re ſatis multa ante diximus, ſub tit. de cuſtod. reorum.

CAP. VIII.

De exceptionibus reo competentibus.

QVædam exceptiones reſpiciunt perſonas, veluti, Cum idoneus accuſator non eſt, ſed de hoc ſatis dictum eſt ſupra. Item cum accuſatur ea quæ ob vtilitatem ſuam matrisfamilias nomen nõ retinet. l. quæ adulterium. C. eo. Nam quid agas cum dira libido & fœdior omni crimine perſona eſt? niſi fraudandæ legis gratia id factum appareat. l. mater. §. 1. Cuius rei exemplum eſt apud Suetonium in Tyberio de matronis quæ lenocinium profitebantur, vt pœnam legis vitarent. De minore quæſitum eſt. Et certum eſt eum accuſari poſſe ſi pubes ſit. l. ſi minor. hic. & l. auxilium. de minoribus. Patronus quoque libertum accuſantem non ſummouet propter atrocitatem iniuriæ. l. ſi adulterium. §. liberto. Si quis in honore miniſteriove publico fuerit, reus quidẽ poſtulatur, ſed differtur eius accuſatio in finem honoris. l. ſi adulterium. §. vlti. Aliæ exceptiones reſpiciunt tempus intra quod reus accuſari debet. Qua in re ſic diſtinguitur, vt ſi de accuſatione mulieris agatur, intra ſex menſes accuſetur. l. 1. §. accuſationem. infra ad Turpil. Nam ſexaginta dies vtiles, id eſt, duo menſes dantur marito & patri. Poſt cuius temporis lapſum quatuor menſes vtiles dantur extraneis accuſare volentibus. l. 4. & l. miles. §. quidam. hic. & l. ob commiſſa. Cod. eod. Nec dubium eſt quin marito qui iure mariti poſt ſexaginta dies accuſari non poteſt, tanquam cuiuis extraneo, intra quatuor menſes accuſare liceat. l. iure mariti. Cod. eod. Hoc autem tempus incipit computari à die diuortij. l. is cuius. l. pater. ſi mulier nupta accuſetur adulterij: ſi enim ſtupri arguatur vidua mulier, ex die commiſſi criminis. l. mariti. §. ſex menſium. Sin autem accuſetur maſculus, ſiue adulter, ſiue ſtuprator, quinquennium continuum præſcriptum eſt, idque à die commiſſi criminis non diuortij. l. miles. §. adulterij. hic. & l. 5. C. eod. l. 1. §. accuſationem. infra, ad S. C. Turpil. Verum quod dicitur de muliere, non ita accipiendum eſt, vt deterioris conditionis ſit quam maſculus, vt poſt quinquennium accuſari poſſit. Nam etſi ſuperſint ſexaginta illi dies qui à tempore diuortii computantur, &c. quinquennium tamen ſi prærerierit à die commiſſi criminis, accuſatio ceſſabit contra eam. l. mariti. 29. Raptus vero crimen, aut inceſtus hac præſcriptione non excluditur. dicta l. mariti. §. vlt. l. vim paſſam. §. præſcriptione. Aliæ exceptiones variis ex cauſis obiiciuntur. Veluti quod dolo nihil factum eſt, ſed per errorem. l. ſi adulterium. l. penult. Aut quod vis illata eſt. l. ſi vxor. §. pen. l. vim paſſam. hic. l. fœdiſſimam. C. eo. Quod accuſator ſe accuſaturum negauit. l. ſi maritus. §. ſi negauerint. Aut deſtitit ab accuſatione. l. 2. in prin. hic. l. abolitionem. C. eo. Quod & de eo dicẽdum eſt, qui vxorem reduxit quam prius vt adulteram dimiſerat. l. ſi vxor. §. vlt. l. quæſitum. §. vlt. Exceptio quoque rei iudicatæ opponitur accuſatori, quæ exceptio competit etiam mulieri ſi abſolutus ſit adulter, à quo cœpta fuerat accuſatio. l. denuntiaſſe. §. vltim. Refert tamen qua ex cauſa reus abſolutus ſit. Nam ſi obtentu propinquitatis ac neceſſitudinis, qua mulieri coniunctus erat, abſolutio ſecuta ſit, eamque poſtea vxorem duxerit, non proderit ei abſolutio. l. ſi qui adulterij. C. eod. Exceptio lenocinij, ſi non ad excuſandum crimen, quod quis admiſit, ſed ad ſummouendum accuſatorem, quaſi idoneus non ſit, obiiciatur, prodeſt ei. l. quoniam. l. ita nobis. C. Sed quia dilatoria eſt, non peremptoria, ante litis conteſtationem & receptionem in reos opponi debet. l. ſi maritus. §. præſcriptiones. Si vero non differendi, ſed perimendi negotij cauſa opponatur ad excuſandum admiſſum quod quis forte non inficiatur, ea exceptio non prodeſt. Si tamen opponatur à muliere, facit vt maritus lenocinij cõuictus puniatur, quamuis nulla accuſatio aduerſus eum inſtituta ſit. l. 2. & l. ſi vxor. §. iudex. Exceptio pacti, vel tranſactionis non obſtat accuſatori, quia nõ licet in hoc crimine paciſci, propter lenocinij ſuſpicionem. l. de crimine. C. eod. & l. tranſigere. Cod. de tranſact. Præſcriptiones ciuiles veluti de dote, ab Arcadio ſublatæ ſunt. l. ita nobis. C. eod. Mulier accuſata propter impuberem filium, non iure petit, vt differatur accuſatio, cum id crimen infanti non præiudicet. l. miles. §. defuncto.

IN TIT. VI. ET VII.

AD LEG. IVLIAM DE VI PVBLICA ET PRIVATA.

Cap. I.

SCiendvm eſt legum publicorum iudiciorum quædam capita fuiſſe, vnde leges nomen accipiunt, vt lex Iulia Maieſtatis denominatur à perduellione & læſa maieſtate, lex Iulia de adulteriis ab adulterio. Aliis tamen capitibus, qui neque læſerunt maieſtatem, neque adulterium commiſerunt, coercebantur. Sic lex Iulia de vi publica à vi facta armatis hominibus quaſi vi bellica nomen ſortitur. §. item lege. Inſtit. de public. iudic. Nam quicquid per vim admittitur contra alium, his legibus vindicatur. l. hoc iure. de reg. iur. ſiue publica vis ſit, ſiue priuata. Vis publica dicitur, quæ armis infertur. §. item lex Iulia. Inſtit. de publ. iudic. quia armorum vſus publicus eſt non priuatus. l. 1. hic. & C. Vt armorum vſus inſcio Principe. Et Nouel. Iuſtiniani de armis, vt docuimus lib. 1. Diſputat. Arma autem hic accipimus non tantum tela & gladios, ſed etiam fuſtes, & alia huiuſmodi quæ ad nocendum comparata ſunt, vt lapides, &c. l. armatos. hic. l. arma. de verb. ſignific. Exempla huius vis publicæ hæc referuntur à iuris auctoribus. Qui ſeruos aut liberos homines in armis habuerunt. Et qui habuerunt arma præter vſum itineris, vt vel armatos homines, licet vis nulla facta ſit: nam lege Iulia tenentur, & qui pubes cum telo in publico fuerit. Qui in incendio cum gladio aut telo capiendi cauſa fuerit. Qui hominibus armatis poſſeſſorem domo agrove ſuo, vel naui ſua deiecerit, &c. l. 3. Item qui cum imperium poteſtatemve haberet, ciuem Romanum aduerſus prouocationem necauerit, verberauerit, &c. Nam quia publice id factum & à magiſtratu populi Romani, ea vis publica non male dicitur, quamuis arma adhibita non ſint. Eadem cauſa eſt eius qui legatos ſiue oratores aut eorum comites pulſant, &c. l. 7. Hi enim in tutela ac fide publica ſunt. Idem dicendum eſt & de eo qui noua vectigalia exercet. l. vltim. Sic Publius Seſtius & M. Fonteius de vi publica reus eſt factus, quod puteum vini inſtituiſſet, quod crimen Cicero vinarium vocat in orationibus illis. Nam ſolius Principis eſt, ea inſtituere. tit. C. Noua vectigal. inſtit. Similis ratio eſt eius qui reum vinctum detinet ne Romæ ad iudicium adſit, l. 8. aut qui dolo malo facit quo minus iudicia tuto exerceantur, &c. l. 10. Item ſi vis aliqua atrocior & quæ rempublicam magnopere turbet, admittatur. Veluti ſi quis ex incendio aliquid rapuerit præter materiam. l. 3. Qui ſtuprum alicui per vim intulit, l. 3. 5. 6. Nec ſolum punitur is qui ſtupri cauſa vim intulit mulieri, ſed etiam qui matrimonii cauſa eam quamuis volentem parentibus inuitis abduxit & eripuit. C. de raptu virginum. Idque Iuſtiniani conſtitutione cui iure pontificio derogatum eſt, capit. cum cauſa. de raptoribus. Item tenetur hac lege qui cœtu, concurſu, turba, ſeditione incendium fecit. Qui hominem dolo malo incluſit. Quive fecit quominus ſepeliatur, &c. l. 5. Hac lege etiam tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulſetur, &c. l. 10.

Cap. II.

De vi priuata.

VIs priuatæ exempla hic ſunt, veluti, Si quis ſine armis aliquem deiecerit de agro ſuo. l. 5. Si quis cœtum aliquem & concurſum fecerit, quo minus quis in ius producatur ab eo qui in ius vocat. l. 4. Si quis conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur. l. 2. Ex quo apparet eadem admiſſa vtraque lege vindicari, quod nouum non eſt. Verum non ideo vtraque lege accuſare quem licet, vt alibi diximus. l. ſenatus, ſupra. de accuſ. Electio enim accuſatoris eſt. Addidit Senatus legi Iuliæ, ſi qui improbe coierint in alienam litem. l. 6.

Cap. III.

De exceptionibus reo competentibus.

REus accuſationem hanc aliquando depellit, idque certis ex cauſis, de quibus nunc videndum eſt. Veluti ſi quis vim fecerit alicui tuendæ ſalutis cauſa. l. penult. Si quis armis fuerit vſus ad vſum venationis, itineris, nauigationis, commercii. l. 1. & 2. Si vero dominum ſe eius rei eſſe contendat quam per vim inuaſit, iuſta non eſt hæc defenſio. l. 5. §. ſi de vi. l. ſi quis ad ſe fundum. C. Quod multo magis dicendum eſt, cum creditor res debitoris ſui per vim occupat. l. creditores. & l. ſeq. hic. & l. 5. C. inuaſores qui hoc colore vltimo ſupplicio ſe ſubtrahere conantur, quod caſu aliquis occiſus ſit, non audiuntur, quoniam cauſam facinori præbuerunt. l. quoniam. Notandum eſt eadem admiſſa vtraque l. Iulia publica & priuata vindicari. l. 3. C. l. 8. 10. §. penult. de vi publ. Sed tamen non ideo quenquam accuſare vtraque lege licet, vt diximus. l. Senatus. de accuſ. 24. ſupra de vi priuat.

Cap. IIII.

Pœna vtriuſque legis.

VIs publicæ pœna eſt deportatio. Inſtit. de publ. iudiciis. quę ſucceſſit in locum aquę & ignis interdictionis. l. 10. Vis priuatæ pœna eſt publicatio tertiæ partis bonorum & infamia. l. 1. & vlt. Ac publicatis bonis tranſeunt actiones contra fiſcum, quaſi pro ea parte ei ſuccedat. l. 2. C. Exacerbatur autem hæc pœna propter homicidium ſecutum, & puniuntur vltimo ſupplicio inuaſores, quamuis eorum aliquis occiſus ſit, quia cauſam huic facinori præbuerunt. l. quoniam multa. C. De ſeruis grauius ſumitur ſupplicium quam de liberis hominibus. l. ſeruos. Raptores quoque mulierum acerbius plectuntur. l. 5. Qua de re videnda eſt Iuſtiniani conſtitutio, C. de raptu virginum. poſt eas quæ in C. Theodoſ. extant.

IN TIT. VIII.

AD LEG. CORNEL. DE SICARIIS ET VENEFICIIS.

COrnelivs Sylla hanc legem tulit. l. 2. de orig. iur. in homicidas præcipue qui à ſica, id eſt, gladio ſicarii hic dicuntur. Inſtit. de publ. iud. Habet tamen & alia capita, vt ex his quæ ſequuntur apparebit.

Cap. I.

Cauſæ huius accuſationis.

PRima præcipuaque cauſa eſt cædes ſiue homicidium, vt legis verba oſtendunt: Qui hominem occiderit, &c. l. 1. Occidiſſe autem videtur qui mortis cauſam præbuit. l. 15. Sed quædam excipiuntur ex mente & ſententia legis, in quibus hominem occidens non punitur pœna huius legis: veluti ſi quis occidendi animum non habuerit. l. 1. §. Diuus. Nam voluntas & animus hic maxime ſpectatur. l. Diuus. Cum autem quæritur an quis animum occidendi habuerit, nec ne, quia facti quæſtio eſt magis quam iuris, ex re id æſtimandum erit. l. 1. §. Diuus.

Videndum eſt etiam an vulneratus ex eo vulnere aut ex alia cauſa perierit. Vnde cum in rixa plures aliquem percuſſerint, vniuſcuiuſque perſonam contemplari oportet, vt cognoſcatur à quo interfectus ſit. l. ſi in rixa. Ex his conſequitur eum eſſe abſoluendum qui fortuito caſu hominem interfecit l. 1. & 5. C. eodem. Tametſi hic mos inualuerit in Gallia noſtra vt reo veniam gratiamque à Principe impetrare neceſſe ſit. Itaque infans & furioſus pœna huius legis non plectuntur. l. infans. licet minori adulto non ignoſcatur. l. 6. C. eodem titul. Quod ſi culpa alicuius aut laſciuia cædes facta ſit abſque dolo malo, ratio ſuadet, reum etſi non abſoluatur, mitius tamen ac leuius puniendum eſſe. l. 4. & l. in lege. Præterea ignoſcitur ei qui aggreſſorem occidit. l. 2. 3. 4. C. Eademque cauſa eſt ſtuprum inferentis quæ aggreſſoris. l. 1. §. vlt. l. iſti quidem. de eo quod metus cauſa. Sed & ſi quis transfugam occiderit, qui hoſtis publicus habetur, idem dicendum eſt. l. 3. §. vltim. Furem quoque nocturnum lex duodecim tabularum occidere permittit, quamuis ſe telo non defendat. l. 4. ad legem Aquiliam. Quam legem ita interpretatur Vlpianus, vt neget ei licere occidere qui ſine periculo ſuo potuit euadere. l. furem. Nec pugnantia hæc ſunt, vt Budæo in annotationibus ſuis in hunc locum videntur. Poſſunt & alia quædam addi ex conſtitutionibus. Veluti ſi quis raptorem

mulieris interfecerit. C. de raptu virginum. Sed ea tractari ſufficit quæ hic attinguntur à iuris auctoribus. Hic quæritur an cædes in ſeruum admiſſa excipienda ſit. Et certum eſt occiſorem ſerui lege teneri. l. 1. Nam ne in ſeruos quidem noſtros vltra modum ſæuire nobis permittitur. l. circumcidere. hic. & C. de emenda. ſeruo. Quod multo magis dicendum eſt de filiis. l. 2. hic. & C. de emenda. propinquo. l. 3. C. de patr. poteſt. Sed ne vxorem quidem in adulterio deprehenſam impune interficere licet marito, etſi iuſtus dolor mariti moderationem caſtigationis deſideret. leg. 1. §. vltim. Et in iurgio cum plures vnum percuſſerunt, vniuſcuiuſque factum contemplari oportet, vt ſciatur à quo interfectus ſit.

Cap. II.

Pœna homicidii.

HVius legis pœna non eſt vltimum ſupplicium, nec aliarum fere legum, quæ ad publica iudicia pertinent, ſed deportatio in inſulam, cum ademptione bonorum. l. 3. §. vlt. Sed admonent iuris auctores tempore ſuo à pœna legitima receſſum fuiſſe, & homicidas etiam vltimo ſupplicio puniri ſolitos, arbitrio ſcilicet iudicis. &c. dict. leg. 3. d. l. penult. Moribus noſtris aliud receptum fere eſt: homicida quod fecit ſemper expectet. l. 3. C. de epiſc. aud. Et illud ex diuinis literis: Quiſquis fuderit ſanguinem, fundetur ſanguinis illius. Hactenus de homicidio. Nunc de aliis capitibus legis Corneliæ videndum eſt. Secundo, tenetur hac lege, is cuius dolo incendium factum eſt. l. 1. l. ſi quis dolo. hic. l. data. C. qui accuſ. non poſſ. Et variis pœnis plectitur pro qualitate admiſſi & conditione perſonæ, &c. l. qui ædes. l. vlt. de incend. ruina. l. capitolium. §. incendiarii. de pœnis. Sed ne culpa quidem dolo vacans impunita hic eſt. dict. leg. qui ædes. leg. 3. de offic. præfect. vigil. Caſus vero fortuitus omnino excuſat. l. ſi fortuito. de incend. ruina, & naufrag. Tertio, is qui cum telo ambulauit, hominis occidendi, aut furti faciendi cauſa, tenetur hac lege. l. 1. hic. l. is qui cum telo. C. eo. Sed moribus noſtris receptum eſt, vt hi non eadem pœna qua homicidæ puniantur. Quarto, magiſtratus qui præeſt iudicio publico, ſi operam dederit, vt quis falſum iudicium profiteatur, &c. l. 1. l. 4. Index eſt qui facinoris cuius ipſe eſt conſcius, latebras indicat, impunitate promiſſa, auctore Aſconio differtque ab accuſatore, quia nulla ab eo inſcriptio aut perſecutio exigitur. Eſtque huius indicii exemplum apud Salluſtium in coniuratione Catilinaria de Allobrogum legatis. Index igitur quæſtionis qui operam dat, vt tali indicio innocens circumueniatur, merito punitur hac lege. Quinto punitur hac lege is qui falſum teſtimonium dixit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur. l. 1. Nã aliàs falſa teſtimonia ad hanc legem non pertinent. Sexto, qui hominis necandi cauſa venenum infert, aut dedit. l. 1. & 3. Et hoc quidem graue facinus eſt, & longe grauius quam ſi quis gladio hominem interficiat. l. 1. C. de malefic. & math. Tanto enim grauiora ſunt crimina, & maiori animaduerſione digna, quanto difficilius cauentur, vt inquit Cicer. in Orat. pro Roſ. Amerino. Dixi, hominis necandi cauſa: Nam amatorium aut abortionis poculum dans, hac lege non punitur, tameſi homo ex hac re perierit, quia mali exempli, id eſt, extra ordinem vindicari debet. l. 3. hic. l. ſi quis aliquid. infr. de pœn. Pigmentarii ſiue Pharmacopolæ venena vendere non prohibentur, ſed ſi cui temere dederint, puniendi ſunt. leg. 3. Mulier quæ medicamentis partum abegit nondum animatum, verbis legis nõ continetur, ſed nihilominus extraordinaria pœna iudicis arbitrio ei irrogabitur. l. ſi mulierem. hic. & l. Diuus. infra de extraord. criminib. l. Cicero. de pœn. Præterea qui mares caſtrant, huius legis pœna tenentur. l. 4. 5. 6. hic. Qua de re videnda eſt conſtitutio Iuſtiniani Nouel. 142. Et auctor eſt Dion, primum huius conſtitutionis auctorem fuiſſe Domitianum, iſque in contumeliam Titi imperatoris id eum conſtituiſſe ſcribit, quod Titus eunuchos & caſtratos in deliciis habuiſſet: extantque Martialis verſus in hanc rem lib. 6.

Luſus erat ſacræ connubia fallere tedæ,
Luſus & immeritos execuiſſe mares.
Vtraque tu prohibes Cæſar, populiſque futuris
Succurris, naſci quos ſine fraude iubes.
Nec ſpado iam, nec mœchus erit te præſide quiſquam,
At prius, ô mores, & ſpado mœchus erat.

In eadem cauſa ſunt, qui circumcidunt pueros. Nam hos tantum permittitur Iudæis, Diui Pii reſcripto. Nec mirum eſt hoc eis conceſſum fuiſſe ab imperatoribus, cum Spartianus ſcribat eos bellum mouiſſe, quod vetarentur mutilare genitalia, in Adrianum. Poſtremo huius legis pœna damnantur qui mala ſacrificia fecerint, &c. leg. ex Senatuſconſulto. Quod de magorum & ariolorum, ſeu mathematicorum ſacrificiis accipiendum eſt, de quibus loquitur Paulus lib. 5. Sẽtentia. Quo pertinet titul. de maleficis & mathematic. in C. Iuſtiniani, vbi mathematici pro ariolis & Chaldæis intelligi debent, non pro iis qui liberales diſciplinas, arithmeticam, geometriam, aſtronomiam, muſicam profitentur. Nam hæ diſciplinæ legibus probantur. l. 1. infra de extraordinar. cognitio. Ac de geometria extat reſcriptum Diocletiani. l. 2. C. de malefic. & mathematic. De cæteris idem eſt iudicandum, quanquam de aſtrologia quæ ex aſtris colligit prædicitve, dubitatur, propterea quod leges omnem diuinationem prohibere videntur, tit. C. de mathematic. & titul. de ſortil. in decretalibus. *De aſtrologia.* Verum hanc non improbandam arbitror, ſi quis prædicet inclinationes naturales tantum. Si vero quis ita vaticinetur, vt neceſſario euenturum aliquid affirmet, nec aliter contingere poſſe, receptius eſt hunc animaduerſione dignum eſſe, vt not. Panormitanus extra de ſortileg. in decret. l. 1. l. item apud Labeonem. §. ſi quis aſtrologus. de iniur. Cum igitur de mathematicis hic loquitur, magos, ariolos, diuinatores & maleficos intelligimus: quo ſenſu hoc verbum apud alios auctores crebro reperitur. *De mathematicis.* Spartianus ſcribit Adrianum ſic matheſin ſciuiſſe, vt futura prædiceret. Suetonius, Tiberium expuliſſe mathematicos. Tacitus lib. 12. meminit Senatuſconſulti atrocis & irriti de mathematicis ab Italia pellendis. Idemque lib. 18. ait, mathematicos Italia pulſos fuiſſe. Idem lib. 17. de eiſdem loquens, his verbis vtitur, *Genus hominum potentibus infidum, ſperantibus fallax, quod in ciuitate noſtra & optabitur ſemper & retinebitur.* Hi & malefici ob facinorum magnitudinem dicuntur, vt Conſtantius ait l. nemo. C. de malefic. Gellius lib. 1. cap. 19. ait, mathematicos vulgo appellari, qui gentilitio vocabulo Chaldęi dicũtur. Hęc igitur profeſſio & ars magica legibus noſtris damnatur, eamque exercentes ſeueriſſime puniuntur. l. 4. ſupra familiæ erciſc. l. mathematicos. C. de epiſc. audien. nempe vltimo ſupplicio. l. nullus. l. nemo. de malefic. & mathematic. Quod maxime rationi eſt conſentaneum, ſi homines interficiant arte magica. §. item lex Cornelia. Inſtitut. de publ. iudic. aut aliter homines lædant. Nam & lex duodecim tabularum eos punit qui fruges alienas excantant. Plinius lib. 28. ca. 2. tametſi eam legiſlatorem ſimplicitatem rideat Seneca libr. 4. natural. quęſtionum, cap. 7. Quod ſi qui ægrotantibus ſubueniant, aut grandines vel tempeſtates arceant, nihil ſunt criminationi obnoxii iure ciuili. l. eos. C. de malefic. Verum ius Pontificum huiuſmodi diuinationem cuiuſcunque rei gratia fiat, omnimodo damnat, tit. de ſortileg. De anniculis horum temporum, quæ volitare per aerea, & nocturno tempore ſaltare & choreas agere dicuntur, quæritur? Et ſolent plerique quæſtores in eas acerbius animaduertere, quam ius & ratio poſtulet, cum Synodus Amytana definierit phantaſmata quædam eſſe quæ à cacodęmone miſerarum mulierum mentibus irrogantur, can. Epiſc. 26. quæſt. 5. Itaque curia Pariſienſis, ſi nihil aliud admiſerint, eas abſoluere ac dimittere merito conſueuit. Exemplum legis Corneliæ de Sicariis ex primo pulcherrimũ extat in oratione pro Milone, qui dicebatur Claudium interemiſſe. De corrupto iudicio publico eſt apud eundem in oratione pro A. Cluentio, qui dicebatur data pecunia corrupiſſe iudicium publicum, vt Oppianicum aduerſarium ſuum iudices condemnarent. Aliud eſt exemplum in oratione pro M. Cælio de beneficio in Clodiam.

IN TIT. IX.

AD L. POMPEIAM DE PARRICIDIIS.

VERBA legis Pompeiæ de parricidiis ex l.1.hoc titul. facile in ordinem rediguntur, ex cuius ſententia & aliæ perſonæ quæ eodem gradu ſunt, vel priore comprehenduntur. l. 2. & 3. Eius præcipuum caput fuit in his qui parentes occiderant. Cicer. in Orat. pro Sext. Roſcio, &c. vnde ipſa lex nomen ſortitur. More maiorum ante legem Pompeiam puniebatur parentem interficiens, ea pœna quam hic deſcribit Modeſtinus, l.vlt. At virgis ſanguineis verberatus parricida inſuebatur culeo, &c. Sic enim legendum eſt, non ſagmineis. ex Plinio lib.23.cap.10. Ad hanc pœnam alludens Iuuenalis ait,

Libera ſi populo dentur ſuffragia, quis tam
Perditus, vt dubitet Senecam præferre Neroni?
Cuius ſupplicio non debuit vna parari
Simia, nec ſerpens vnus, nec culeus vnus.

Parricida eſt proprie qui parentem occidit, litera r. abuſu quodam geminata. Aliis tamen capitibus continentur & aliæ perſonæ, vnde abuſiue etiam parricidæ appellantur qui alias perſonas occiderunt in lege cõprehenſas. Nam lex Pompeia præter parentes occiſos, alias quoque perſonas complectitur, l. 2. Sed mitiorem pœnam ſtatuit nempe legis Corneliæ de Sicariis. Nec ignoro etymologicis à pari, non à parente deriuatum hoc nomen parricidium. Hoc nomen etiam pro omni homicidio capi Fabius author eſt. Conſtantinus pœnam antiquam reducit & renouat aduerſus eos, qui parentes aut filios interfecerunt. C. de his qui parentes vel liber. occid. Iuſtinianus in Inſtit. tit. de publicis iudiciis. tam ex conſtitutione Conſtantini, quam ex lege Pompeia, colligit eos qui parentes aut liberos occidunt, culeo inſuendos eſſe: cæteros pœna legis Corneliæ de Sicariis: & hæc omnia attribuit legi Pompeiæ, quamuis pœnæ Culei in lege Pompeia, mentio nulla ſit, propterea quod pœna legis Pompeiæ in hanc pœnam à Conſtantino mutata fuerat. Sic pœnam mortis idem Iuſtinianus adſcribit legi Corneliæ de Sicariis. Eadem ratione dixerit aliquis, quorſum igitur lata eſt lex Pompeia aduerſus parricidas, cum nullam aliam pœnam ſtatuat, quam legis Corneliæ de Sicariis, & lex Cornelia ſufficere videatur? Reſpondeo id ideo factum videri, quia forte aliis legibus, alia ſtatuta erat pœna, quam immutare voluit, nec fuit auſus, propter legem Portiam, quæ vetabat ſupplicium ſumi de Ciue Romano, veterem pœnam reuocare. Ac veriſimile eſt eum alia quædam addidiſſe ad ordinem quæſtionis, & iudicii pertinentia. Conſcii quoque criminis parricidii tenentur. l. 2. l. vtrum, hic. l. Metrodorum. de pœnis, Dubium autem non eſt, quin ante Pompeium, Cornelius Sylla legem tulerit de parricidio. id enim ſcribit Pomponius, l. 2. ſupra de origine iuris. Pœna huius legis eſt duplex. Vna exprimitur l. Pompeia. l. 1. hic. id eſt, deportatio, vel mors pro qualitate perſonarum: alia more maiorum ante l. Pompeiam introducta fuit ad vindicandam immanitatem criminis ſingularis. l. pen. l. vnica. hoc tit. §. item, Inſtit. de publ. iud. Vide Plinium lib. 23. ca. 10. Hic annotandum eſt obiter, ob ſolam conſcientiam facinoris quem puniri, l. 2. & l. vtrum. hic. l. Metrodor. infr. de pœnis. Quo nomine Philotas perduellionis reus, ab Alexandro quondam damnatus & ſupplicio affectus fuit. Sed hac de re alibi diximus. Illud præterea animaduertendum eſt, falſum eſſe, quod plerique exiſtimant legem pœnalem interpretatione non extendi ad eos caſus qui expreſſi nõ ſunt, l. 3. hic. Eſt aliud ſingulare in hoc iudicio, quod nullius temporis præſcriptio huic accuſationi obiici poteſt: cum regulariter viginti annorum prçſcriptio opponatur criminibus, & adulterio. l. fur. hic. l. querela. C. de falſis. l. ſi adult. de adulter.

IN TIT. X.
AD L. CORNELIAM DE FALSIS,
ET DE SC. LIBONIANO.
CAP. I.

HÆc lex à Cornelio Sylla aduerſus falſarios lata eſt leg. 2. de origine iuris. Et teſtamentaria dicitur, Inſtit. de publ. iud. Paul. lib. 5. ſent. quia præcipue ad teſtamenta pertinet, quamuis alia quoque capita complectatur, tam quæ ipſa lege expreſſa ſunt, quam quæ Senatuſconſultis & conſtitutionibus Principum legi addita ſunt. Nos ea promiſcue referemus. Primum caput, Qui teſtamentum amouerit, celauerit, rapuerit, deleuerit, interuerterit, ſubiecerit, reſignauerit, quive teſtamentum falſum ſcripſerit, ſignauerit, recitauerit dolo malo, cuiuſue dolo malo id factum erit, l. 2. hic. Inſtit. de publ. iud. Paulus lib. 5. ſent. tit. ad legem Corneliam teſtam. Quod hic dicitur, de amotione teſtamenti, ad alia inſtrumenta ſurrepta, ſiue amota non producitur, l. Paulus. 16. hic. ſed in teſtamentis locum tantum habet, l. eum qui. C. eod. Reſignare teſtamentum alibi aperire dicitur, l. 1. §. is qui. hic. l. ſi quis aliquid. §. qui vni. de pœnis. Secundum caput, Qui ad falſas teſtationes faciendas teſtimoniave falſa dicenda inuicem coierint, l. 1. l. lege Corn. 9. §. pœna. Tertium caput, Qui ob inſtruendam aduocationem teſtimoniave pecuniam acceperit pactuſve ſit l. 1. in princ. l. lege, 9. & l. falſi. 20. Quartum caput, Qui ſocietatem coierit, ad obligationem innocentium, l. 1. Quintum caput, Qui ob denunciandum remittendumve teſtimonium pecuniã acceperit, l. 1. Denuntiare alicui teſtimonium eſt inuitum euocare teſtimonii dicendi cauſa. Quod olim in publicis iudiciis fieri ſolitum fuit. Hoc caput eſt etiam legis Iuliç repetundarum. Sextum caput, Qui ob teſtimonium dicendum, vel non dicendum pecuniam acceperit, l. 2. Septimum caput, Qui iudicem corruperit, corrumpendumve curauerit, l. 1. & l. qui duobus. Octauum caput, Si iudex conſtitutiones Principum neglexerit, l. 1. hic. Paul. lib. 5. ſent. Hunc non teneri crimine maieſtatis, Alexander Seuerus reſcripſit, l. 2. C. ad l. Iul. maieſtatis. Nonum caput, qui in rationibus, tabulis, cerisue, vel alia qua re, ſiue conſignatione falſum fecerint, l. 1. l. Paul. 16. Hoc caput latiſſime patet, & quicquid contra legem Corneliam committitur, pertinet: poſſentque cætera ad hoc caput, tanquam exempla referri, ſed melius eſt ſingula diſtinguere. Decimum caput, Qui ſignum adulterinum fecerit, ſcripſerit, l. lege Corn. 30. Vndecimum caput, Qui chirographum alienum imitatus fuerit, l. quid ſit falſum. 23. Duodecimum caput, Qui depoſita apud ſe inſtrumenta prodiderit aduerſariis, l. 1. §. is qui depoſita. hic. l. ſi quis aliquid. de pœnis. Decimumtertium caput, Si debitor prælato die pignoris obligationem mentiatur, l. ſi à debitore, l. repetita. ſupra de fide inſtrum. Decimumquartum caput, Si tutor vel curator ante reſtitutam tutelam, vel curationem cum fiſco contraxerit, l. 1. §. tutores, & tit. ne tutor vel curat. vect. cond. Decimumquintum caput, Qui falſam adulterinamque monetam cudunt, l. 9. l. qui falſam. hic. Quod eſt accipiendum etiam ſi probæ materiæ iuſtique ponderis ſit, & σφραγῖδα veram legitimamque habeat. Nam in monetis tantum publicis pecunia cudi debet, l. 2. C. de falſa moneta. Qui vero in falſa moneta operantes extrinſecus ſibi ſignant pecuniam forma publica, non dicuntur falſam monetam aut adulterinam facere, ſed monetæ publicæ furtum facere, l. 6. ad legem Iul. peculat. Tenentur etiam hoc capite legis qui nũmos cudunt, fingunt, l. 8. & extat conſtitutio in C. Theodoſ. lib. 9. tit. 21. in eos qui ſolidum exteriorem circulum incidunt, vt ponderis minuant quantitatem. Alia conſtitutione puniuntur qui pecunias emunt, ac vendunt, quia pecuniam oportet eſſe pretium non mercem. C. Theodoſ. lib. 9. tit. 23.

Præterea hoc capite cauetur, ne quis nũmos ſtanneos plũbeoſve dolo malo emat aut vendat, l. 9. Non enim ſimpliciter emere, ac vendere vetitum eſt, ſed dolo malo. Quia huiuſmodi nũmi ad calculum, aut alias res ſimiles nobis plerunque vſui ſunt. Denique hoc capite legis Corneliæ, qui publicam monetam quæ adulterina nõ eſt reprobauerit, vt Paulus ait, lib. 5. ſent. tit. 27. l. 1. C. de vet. numiſmat. poteſt. Decimumſextum caput, Si quis falſis conſtitutionibus vtatur, l. vltim. Decimumſeptimum, Si quis falſum partum ſuppoſuerit, l. qui falſi, l. lege. 30. l. cum ſuppoſiti. C. eod. Decimumoctauum, Qui edicta propoſita dolo malo corrumpit. l. pen. Decimumnonum, Qui falſum nomen aſſeuerauit, l. falſi. 13. Nam & ſi mutatio nominis permiſſa ſit. C. de mutatio. nominis, tamen nomen ementiri, id eſt, aliud nomen, quam ſibi impoſuerit, profiteri nemini licet. Vigeſimum caput, Qui duobus vendidit eandem rem in ſolidum, l. qui duob. Vigeſimumprimum, Qui menſuris, ſtateris, aut ponderibus adulterinis vtitur, l. pen. hic. l. annonam. de extraord.

criminib. Vigeſimumſecundum, Si quis per obreptionem aliquid à Principe, aut Præſide impetrauerit.l. ſi quis obrepſerit.hic.l.& ſi legibus.C.ſi contra ius, vel vtil. publ. Vigeſimumtertium, qui nomine Prætoris, literas falſas reddidit, edictumve falſum propoſuit, l. qui nomine. Vigeſimumquartum, Qui ſe pro milite geſſit, & falſis inſignibus vſus eſt vel falſo diplomate vias commeauit, l.eos qui.§.vltim. Vigeſimumquintum, Si teſtis falſum teſtimonium dixerit.ac falſum dicere intelliguntur teſtimonium, qui diuerſa inter ſe teſtimonia præbent, id eſt, quæ inter ſe pugnant, l.eos qui. Vigeſimumſextum, Qui falſis inſtrumentis, actis, epiſtolis, reſcriptis, ſciens dolo malo vſus fuerit, vt Paulus ait l. 5. ſent.l.4. & 8. C. de falſ. l. 3. C. de fide inſtrum. Hæc ſunt præcipua capita huius iudicii de falſo, ex quibus cauſæ huius accuſationis perſpiciuntur. Ac tametſi ex aliis ſimilibus cauſis competat accuſatio, tamen animaduertendum eſt, ob mendacium quodcunque aut fraudem occultandæ veritatis cauſa adhibitam, accuſationi locum non eſſe, vt puta, ſi quis in computatione mentiatur. l. quid ſit falſum. 23.

C a p. II.

De Senatuſconſulto Liboniano.

AD cauſas huius accuſationis refertur Senatuſconſultum Libonianum, De his qui ſibi in teſtamento alieno adſcribunt. Nam hoc admiſſum quaſi falſum punitur, quamuis proprie ac vere falſum non ſit, idque Senatuſconſulto cautum eſt, quod à Libone, qui tempore Adriani Conſul fuit, dicitur Libonianum. Ac ante illud Senatuſconſultum, idem Claudius Nero edixerat, vt in ipſius vita Tranquillus refert: Cuius edicti ſicut & Senatuſconſulti crebra hic mentio eſt. l. Diuus. 31.l. Senatuſconſulto. C. de his qui ſibi adſcrib. Vtriuſque autem interpretatio accurata, & copioſa cum multis quæſtionibus ad eam rem ſpectantibus, in variis huius tractatus capitibus extat, l.1.6.10.11.14.15.18.22. & toto tit. C. de his qui ſibi adſcribunt.

C a p. III.

Pœna huius iudicii de falſis.

POEna falſi vel quaſi falſi eſt deportatio, & omnium bonorum publicatio, vt Martianus ait, l.1.§.vltim.& l.vltim. Sed & extra ordinem puniuntur falſarii, ſicut & in cæteris publicis iudiciis, l. Diuus. 31. Atque interdum augetur, vel minuitur pœna pro qualitate admiſſi, & conditione perſonę l. falſi. Decurionem ordine motum hic reperimus, quoſdam temporario exilio punitos, l.falſi.13. Claudius falſario manus præcidi iuſſit. Sueton.in Claud. Alexander Seruus cum quidam falſum cauſæ breuem in conſilio imperatorio retuliſſet, inciſis digitorum neruis, ita vt nunquam poſſet ſcribere, deportauit. Lamprid.in Alexandro. Sed ſingula exempla enumerare non eſt neceſſe. Qui falſam monetam cudunt, vltimo ſupplicio afficiuntur, quaſi maieſtatis crimine teneantur. l.1.&2.C. de falſ. moneta.

C a p. IIII.

Cui & contra quem competat hæc accuſatio.

HÆc accuſatio publica eſt, & cuiuis ex populo competit. l.1.de publ.iudiciis. Excipitur accuſatio partus ſuppoſiti quæ non permittitur, niſi iis ad quos res pertinet. l.lege.30. hic. & l. cum ſuppoſiti. C.eod. Quamuis autem ſeruus aliàs idoneus accuſator non ſit, tamen ſi ſuppreſſæ ſint tabulæ teſtamenti, quibus libertas ei relicta eſt, accuſare poteſt, l. 7. Is qui adiit ex teſtamento, vel legatum accepit: id falſum accuſare non poteſt, niſi errauerit, &c.l.3.hic.l.3.C.eo. Fœmina ita demum accuſat, ſi res ad ſe pertineat, l. etſi. C.eod. Filius non accuſat matrem, l. 5. C. Sed hæc & multo plura ex tit. de accuſat. repetenda ſunt. In hæredem non datur hæc accuſatio ſed ab eo lucrum extorquetur, ſi quod forte ad eum peruenerit. l.4.l.cum falſi.

C a p. V.

Ordo & forma cognitionis.

SVbſcriptio hic neceſſaria eſt, ſicut in cæteris publicis iudiciis, ſi agatur criminaliter. Nam de falſo poteſt & ciuiliter, & criminaliter quæri, l. 5. 9. 11. 16. 17. 23. C. eo. Quoties autem intentionem depellendo magis quam agendo, hoc crimen obiicitur alicui, morandæ ſolutionis cauſa interim debitor ſoluere cogitur, l.1.C.eo. In iudicio criminali procurator non interuenit, ſed præſentia tam accuſatoris, quam rei neceſſaria eſt. l. de fide. C. eo. Ac licet accuſatoris ſit probare quod intendit, l. cum ſuppoſiti. C.eo. Tamen in hoc crimine probatio etiam exigitur, l. Diuus. 31. hic. & l. vltim. C. Ex quo conſequens eſt, & calumniam accuſatoris hic vindicari poſſe, l. vltim. C. de accuſat. Sed & in alia damna incurrit accuſator, qui non probat, veluti ſi falſum teſtimonium dixerit, &c.l. Aithales.hic.l.6.C.eo. Ac veritatis eruendæ gratia nonnunquam habetur quæſtio de reo. l. ſi quis decurio. C.

Defenſiones rei. C a p. VI.

OBiicere poteſt reus accuſatori quod teſtamentum comprobauit, cuius nomine accuſationem inſtituit, l.3.hic. & l. 3. C. Exceptio quoque tranſactionis hic locum habet, l. 7. C. Item quod reus deſiſtit vſu eius inſtrumenti quod protulerat in iudicio, l. 8. C. eo. & l.3.C. de fide inſtrum. Item ꝙ errore inductus eſt ad ſignandum. l. Diuus. 31. Nam falſum ſine dolo malo commiſſum non punitur, l. nec exemplum. C. Hinc Auguſtus tres tabellas fertur dediſſe ſimul cognoſcentibus, Abſolutoriam, Damnatoriam: & tertiam qua ignoſceretur iis quos fraude vel errore inductos ad ſignandum conſtitiſſet. Sueto.in Auguſtum. Præſcriptione etiam viginti annorum hoc crimen excluditur, l. querela. C. eo. tit. Exempla legis Corneliæ memorat Cice. pro Cluentio, quando dicit Opiniacum teſtamenta ſuppoſuiſſe & corrupiſſe inſtrumenta municipii ſui. Idem facit mentionem legis teſtamentariæ in Verrem, in qua illa verba erant, quæ verba notain præcedentibus. l. cum lex. de legib. Ad hanc legem pertinet oratio pro Corn. Balbo & pro Archia Poeta, qui falſi erant accuſati, quod pro ciuibus Romanis ſe gererent.

IN TIT. XI.
AD L. IVLIAM REPETVNDARVM.

C a p. I.

HÆc lex ad coercendam magiſtratuum auaritiam, qui prouincias ſibi commiſſas compilabant, lata eſt à Iulio Cæſare. Cuius legis meminit Cice. in oratione pro Rabirio Poſthumo. Et ait, in ea multa ſeuerius ſcripta fuiſſe: quam in antiquis legibus. Nam ante eam legem fuerant aliæ leges de eadem relatæ. Vna à L. Piſone, altera ab Acilio Glabrione, Cicero lib. 2. Officior. *Nondum centum & decem anni ſunt, cum de pecuniis repetundis à L. Piſone lata eſt lex, cum nulla antea tum fuiſſet.* Idem in Bruto, *L. Piſo Tribunus plebis legem primus de pecuniis repetundis, Cenſorino & Manilio Conſulibus tulit.* Idem lib. 2. in Verrem ait, *Acilium Glabrionem legem ſeueriſſimam tuliſſe de pecuniis repetundis.* Idem in diuinatio. ſcribit legem de pecuniis repetundis ſociorum cauſa conſtitutam fuiſſe.

C a p. II.

Cauſæ huius accuſationis.

PRima cauſa huius accuſationis eſt, ſi is qui magiſtratu aut munere publico fungitur, pecuniam acceperit, quo magis aut minus quid ex officio ſuo faciat, l. 4. idque variis exemplis hic declaratur. l. 3. 6. 7. Et animaduertendum eſt, ne minimam quidem quantitatem ob cauſas huiuſmodi eis accipere licere, l. 7. Item punitur hac lege magiſtratus, qui pecuniam ſibi donatam accipit, quo tempore magiſtratu fungitur: nec diſtinguitur qua lege aut conditione donata ſit, l. 2. l. 6. §. vltim. Nec tantum prohibetur donatio, ſed etiam venditio, l. pen. Qua de re diſputat Cicero 6. actio. in Verrem. Excipiuntur ſobrini atque propiore gradu coniuncti à quibus accipere licet, l. 1. quia veriſimile non eſt, corrumpendi conſilio donare. Nec definita eſt quantitas horum munerum, l. 7. Sed & à cæteris modice poteſt xenia, & munera accipere l. ſolet. de officio proconſ. l. plebiſcito. de off. Præſid. modo non excedant in anno centum aureos, l. 6. §. vltim. Patercul. lib. 2. *Cato repetundarum ex Macedonia damnatus eſt, cum lis eius quatuor mil. æſtimaretur.: adeo illi viri magis voluntatem peccandi intuebantur, quam modum. factaque ad conſilium dirigebant, & quid, non in quantum admiſſum foret, æſtimabant.*

Pœna

Pœna huius iudicij. CAP. III.

POEna huius iudicii hodie extraordinaria arbitrariaq; eſt, leg.7.§.vltim.quamuis certa pœna lege ſtatuta fuerit,l.6. §.1. Et plerunque vel exilio puniuntur,vel morte, dict. l.7. Accedit & pœna quadrupli,l.1.C.eo.tit.l.3.C.de aſſeſſorib. Quam pœnam pecuniariam ſubit Magiſtratus pro delicto ſuorum miniſtrorum ac domeſticorum,l.1.C.eo.licet aliis pœnis ob eorum delictum non plectatur,l.ſancimus.C. de pœnis. Atque ita accipienda eſt formula iuriſiurandi, quæ in Nouella extat.Hęc accuſatio morte rei non finitur,ſed tranſit in hæredem, l.ex iudiciorum.de accuſat.vt ab eo hæc pœna exigatur,l.2.C.eod.præter id quod defunctus contra legem acceperat: ſed datur tantum actio intra annum, à morte eius qui arguebatur,l.2.hic.Poſt annum igitur ne ſimplum quidem ab hærede exigi poſſe arbitror,niſi forte quid ad eum perueniſſe dicatur, l.in hæredē.de calum.Conſtitutio Theodoſii de Comite domorum ſubobſcura eſt, ſed non prohibet poſt annū à tempore finitæ adminiſtrationis accuſare. l.5. C. eo. ſi eius conſtitutionis verba recte intelligantur. In codice Iuſtiniani eo.titu.extat conſtitutio de exigendo ab iis qui munera publica ſuſcipiunt iureiurando: quod videlicet nihil dederint, donaturive ſint. & l.vltim. Qua de re præclara eſt conſtitutio Iuſtiniani, Nouel.8.tit.iudic.ſine ſuffr.in qua Alexandri Seueri exemplum ſequitur: cuius meminit Lampridius in Alexandro: item quod datum eſt contra hanc legem vſucapi non potuit. l.pen. Similiter ex capite de muneribus & donis licebat accipere à perſonis coniunctis vſque ad ſextū gradum ex eo capite quod de officiario ſumptum eſt, vel alioqui de illo qui accepit pecuniam vt officium ſuum faciat: vel contra,ne hic eum quidem accipere licuit à quibuſuis perſonis etiam nomine xeniorum, quæ aliquo modo permiſſa ſunt.l.ſolet. de off.proconſ.l.fin. hic non intelligitur vulgo, in qua munus eſt ſpectaculum quod editur populo. Cic.in Verrem, vt cū moribus noſtris tragœdia Chriſti agitur publice, vel acta apoſtolorum. Adde duo exempla iudicii repetundarum ex oration. pro L.Flacco, & pro Rabirio Poſthumo.

IN TIT. XII.
AD L. IVLIAM DE ANNONA.

HÆc accuſatio inducta eſt lege Iulia aduerſus eos qui cariorem annonam efficiunt,vel auertendo naues nautaſve, vel aliis ſimilibus machinationibus. Contra annonam non faciunt Decuriones,ſi vilius forte nolint vendere ciuibus frumentum, quam annona exigit,l.3. Item & ſi ordo cuiuſque ciuitatis annonæ curam habere debeat, & curare vt iuſto pretio præbeantur, quæ ad victum neceſſaria ſunt, argumento l.1.§.cura carnis. ſupra de off. præfect.vrb. tamen grano quod aliunde inuehitur, pretium ſtatuere eis non licet, ne fortaſſis ea re mercatores ab importando grano auocentur: nec huc refertur reſcriptum l.1.de epiſc. audi. vtunq; doctores ſentiant. Quod autem dicitur non poſſe decuriones pretium ſtatuere frumenti vel minus decernere pretium, l.3. nihil impedit quominus præfectus vrbi vel præſes poſſit in prouincia proſpicere vt iuſto pretio præbeantur quæ ad victum ſunt neceſſaria.l.1.§.Cura carnis.de off.præfe. vrb. In hac accuſatione ſingulare eſt, vt mulieres, & ſerui accuſent, qui alias ad accuſandum non admittuntur,l.1. & vltim.Pœna autem huius iudicii hic dicitur eſſe viginti aureorum, l.2. Verum extra ordinem grauior plerunque infligitur,l.annonam. de extraord. criminib. & interdum lege Cornelia teſtamentaria. l.pen. ſupra de falſis.l.annonam,ſupra de extraord.criminib.

IN TIT. XIII.
AD L. IVLIAM PECVLATVS, ET DE SACRILEGIS, ET DE RESIDVIS.

HAc lege punitur furtum tam pecuniæ publicæ quam ſacræ & religioſæ,l.1. Ac de vtroque ſingulatim & ordine dicendū eſt.Eſt autē peculatus furtum pecuniæ publicæ, ſacræ vel religioſæ ab alio commiſſum quam cuius periculo fuit.l.1.&9. Interdum vero ſacrilegium ſeparatur à peculatu qui reſtringitur ad furtum pecuniæ publicæ. C. eo. Appianus lib.2.cap.4.

De pecuniæ publicæ furto. CAP. I.

QVi pecuniam publicam intercipit, is dicitur peculatum committere, & hac lege tenetur, niſi pecunia eius periculo fuerit, l.9.§.Labeo. Nam ſi periculo eius fuerit, in legem Iuliam de reſiduis, tantum committere dicitur,vt modo oſtendemus. Exempla hic varia reperiuntur. Veluti, ſi is qui moneta publica operatur, extrinſecus ſibi ſignauerit pecuniam forma publica aut ſignatam furatus fuerit. Si quis ex metallis Cæſarianis aurum argentumve furatus ſit,l.6.Si quis tabulam æream leges formamque agrorum continentem refixerit, &c.l.8. Si quis in tabulis publicis minorem pecuniam ſcripſerit, quando quid venierit, aut locauerit, l.11. Si quis perforauerit muros, vel inde aliquid abſtulerit, l.12. Si quis prædam ab hoſtibus captam ſurripuerit, l.14. Si quis pecuniam ciuitatis alicuius,aut municipii ſubtraxerit.l.4.§. vltim. Nam & ſi pecunia publica, in lege Iulia, pro pecunia tantum pop.Rom.accipiatur,l.eum qui vectigal.de verbor. ſig. Atq; ideo crimine peculatus non teneatur huius pecuniæ furtum, ſi legem inſpiciamus, l. ob pecuniam.ſupra de furtis, tamen conſtitutionibus Principum cautum eſt, vt teneatur,l.4.§. vltim. Quæritur de eo qui exigit pecuniam à debitore ſuo, eodemque fiſci debitore? Et certum eſt crimen peculatus ab eo non committi, cum hæc pecunia publica non ſit, l.13. hic. Quanquam fiſcus poſtea propter priuilegium ſuum,eam pecuniam repetere poteſt, l.deferre.§.vltim. C.de iure fiſci. Plane is qui ſe fiſci creditorem eſſe ſimulatus pecuniam à fiſci debitore accipit, crimen peculatus committit.l.9.§.1.hic.

De ſacrilegio. CAP. II.

SAcrilegium quoque hac lege punitur, id eſt,ſacræ rei furtum, l.2.& 4.Nam ſacrilegium genus furti eſt. Eſtque omne ſacrilegium furtum, ſed non contra, l.ſi nondum.C.de furtis.Sacra vero hic intelligimus publica,non priuata, quod proprie ſacra hæc dicantur.l.9. Ad hanc autem legem non pertinet furtum rei priuatæ, quæ in æde ſacra depoſita erat, quia lex de eo loquitur, qui rem ſacram intercipit. Quare huiuſmodi rerum nomine furti actio dabitur, non ſacrilegij, vt Martianus ait, leg.5. Negare tamen non poſſumus quin Latine ſacrilegus recte dicatur, qui ex loco ſacro aliquid ſubtrahit, idque Cicero ſcribit lib.2.de legibus. & ἔτυμον huic etiam ſignificationi congruit. Fabius Quintilianus libr.7.cap.4. Sed Martianus hoc tantum ſentire mihi videtur, non omne genus ſacrilegii ad hanc legem pertinere, in qua de rei ſacræ furto diſerte cautum eſt. Dicitur enim vtrunque ſacrilegium, ac vtrunque grauius ſimplici furto puniri debet, l.aut facta.§.locus. infra de pœnis. Itaque facile aſſentiemur Pontificiis, qui ſacrilegium vocant, rei prophanæ furtum, quæ ex loco ſacro ſurripitur.can. Quiſquis.17.quæſt.4.modo nobis viciſſim dent, pœnam vtriuſque admiſſi parem non eſſe, nec eadem lege vtrunq; puniri:nec vero ſententiam noſtrorum probo, qui exiſtimant vt crimen ſacrilegii committatur, duo neceſſaria eſſe, nempe vt res ſacra ſurripiatur, & vt ex loco ſacro. Nam lex Iulia de rem ſacram furante tantum loquitur. Adde quod huius verbi ſignificatio adhuc latius patet,quam à nobis dictum ſit,vt qui diuinas leges,id eſt, imperatorias,ſic enim dici ſolent ὑπερβολικῶς, aut qui iudicium & authoritatem Principis in dubium vocant, ſacrilegi dicantur.l.1.& 2.C.de crimin.ſacrileg.

Pœna huius iudicij. CAP. III.

VErba l.Iuliæ peculatus deſumere licet ex leg.1.& pœnas eiuſdem l.3.l.6.§.1. Acceſſerunt & conſtitutiones, mandata principum, quibus extraordinariæ pœnæ ſancitæ ſunt, & pecuniæ fiſcalis peculatus introductus, & quadrupli pœna conſtituta.leg.9.§.1.l.pen.hic.Paulus lib.5.ſent. Huius legis pœna eſt deportatio, l.3.quod ad reipublicæ furtum attinet,cui accedit & pœna quadrupli,l.pen.hic.Paulus lib.5. ſent. ſed extra ordinem arbitrio iudicantium animaduerti ſolet in delinquentes. Et acrius puniuntur iudices ob peculatum quam cæteri, conſtitutione Theodoſii. C.de crimin.

ſacrileg. nempe vltimo ſupplicio. Pœnam etenim capitalem in ea conſtitutione pro mortis pœna accipi, manifeſte oſtendit Iuſtinianus in Inſtitut. de public. iudic. Nec mirum eſt, iuſtiſſimo Principi magis exoſum fuiſſe magiſtratuũ iudicumve furtum, quam cæterorum. Nam & Alexander Seuerus fertur iudices hoc probro aſperſos tanto odio proſecutos fuiſſe, vt quoties ei talis occurreret, paratum habuerit digitum, vt illi oculos erueret. Lampridius, Sacrilegium extra ordinem pro modo admiſſi & perſonarum conditione vindicatur, l. 6. 9.

De reſiduis. C a p. IIII.

IS qui debet pecuniam fiſco propter adminiſtrationem eius pecuniæ, quæ ei commiſſa fuit periculo ſuo, non tenetur crimine peculatus, vt iam diximus, l. 9. §. Labeo. Verum ſi reſidua, id eſt, pecuniam quæ penes ſe reſedit, non reddat, alia lege tenetur, l. 2. & 4. Ex quo apparet non omnem pecuniæ publicæ debitorem ea lege teneri, ſed eum tantum, qui reliquator eſt, ob publicæ pecuniæ adminiſtrationem, l. cum eo. Pœna huius poſterioris legis eſt, vt damnatus amplius tertia parte, quam debet puniatur, l. 4. id eſt, vt præter pecuniam quam debet, tertiam partem eius pecuniæ pendat. Vtraque accuſatio competit in hæredem, quod ad bonorum ademptionem attinet. l. vltim. hic. l. ex iudiciorum. ſupra de accuſat. & vtraque finitur quinquennio. l. 7. Hic magiſtratus ſine accuſatore & nuntiatore inquirere debent in hoc crimen vt in aliis quibuſdam criminibus conſtitutum eſt. l. 2. & 4. de adult. Nota obiter antinomiam l. ob pecuniam. de furt. & l. 4. hic. Solue: Pecuniæ municipalis furtum ante reſcriptum non fuiſſe.

IN TIT. XIIII.
AD L. IVLIAM DE AMBITV.

AD coercendam ambitionem quædam leges olim Romæ latæ fuerunt, teſtaturque Cicero in oratione pro Murena, ſe legem tuliſſe de ambitu, ſed poſtrema omnium fuit lex Iulia, quam hic interpretatur Modeſtinus. Hac autem lege puniuntur, qui viritim diſtributa pecunia populum corrumpunt, vt ad honores publicos & magiſtratus proueħantur, non qui Reipublicæ palam offerunt, ac donant ob honorem decretum vel decernendum, l. 1. infra de pollicitat. & l. hoc iure. ſupra de donat. Ex quo perſpicuum eſt, tunc locum fuiſſe huic accuſationi Romæ, cum magiſtratus à populo creabantur in comitiis. Proinde Modeſtinus ait, Poſtquam magiſtratuũ creatio adempta eſt populo, & Principi attributa, hanc legem ceſſare Romæ, & in municipiis tantum vigere, cum magiſtratus municipales, aut ſacerdotia municipalia creantur. Sane conſtitutionibus Imperatoriis puniuntur, etiam interdum huius legis pœna, qui ad honores obrepunt, & eo nomine diplomata à principe impetrant C. eo. tit. Sed & quibuſdam Senatuſconſultis ac legibus addita ſunt huic legi capita quædã quæ ad ambitũ non ſpectant. Idemque in aliis fere legibus obſeruare licet. Pœna huius legis eſt deportatio, niſi fallor, idque tam ex Pauli ſent. lib. 5. quam ex conſtitutione Arcadii perſpici poteſt. C. eod. tit. Eſt tamen caput vnum addititium, quo pœna centum aureorum fiſco inferri iubetur.

IN TIT. XV.
AD L. FABIAM, DE PLAGIARIIS.

C a p. I.

QVIDAM hanc l. Fauiam, alii Flauiam nominant, ſed verius Fabia dicitur à Fabio quodam eius latore, ſic enim legendum hic eſt, ſicut & in Codice Theodoſiano legitur, & in oratione Ciceronis pro Rabirio perduellionis reo. Eſt autem hæc lex aduerſus eos lata qui πλαγίας, id eſt, doloſe & malitioſe, vel liberos homines, vel ſeruos alienos intercipiunt. Quo nomine vult Diocletianus accuſationem publici iudicii eſſe, quæ fortaſſis olim non erat. Nam inter leges publicorum iudiciorum hæc non recenſetur ab Vlpiano, l. 1. de public. iudic. Idque Diocletianus non obſcure oſtendit his verbis, Plagii criminis accuſatio fit publici iudicii, l. 13. C. eo. Quod dicit iam incipere, cum antea non fuiſſet. l. plagii. C.

C a p. II.

Cauſa huius iudicii.

CAuſæ huius accuſationis exprimuntur verbis ipſius legis Fabiæ, apud Calliſtratum, l. 6. §. vltim. Punitur enim in primis hac lege, qui hominem liberum celauerit, emerit ſciens dolo malo, &c. Item qui ſeruo alieno perſuaſerit vt à domino fugiat, vel eum celauerit, &c. Ex quibus verbis apparet verum eſſe quod Adrianus reſcripſit, non continuo plagii nomine teneri, qui ſeruum alienum furatus eſt, l. 6. §. 2. Nam lex non de eo qui ſurripit ſeruum alienum loquitur ſed qui celat, &c. Præterea Senatuſconſulto quod huic legi acceſſit, punitur is qui ſeruum ſuum fugitiuum vendidit, l. in fuga. C. eo. Nam ſpecies libertatis cuiuſdam eſt fugiſſe, & à poteſtate dominica in præſenti liberatum eſſe, l. quis ſit fugitiuus. §. idem recte. de ædilit. edict. Hoc autem Senatuſconſultum non ad quoſuis abſentes ſeruos, ſed ad fugitiuos tantum pertinet, l. 1. hic.

Defenſio rei conuenti. C a p. III.

DEfenſio rei conuenti ex iam dictis facile colligitur. Nam poteſt reus quæſtionem dominii referre, ſi dicatur ſeruos alienos celaſſe, &c. l. præſes. C. eo. Poteſt etiam obiicere bonæfidei poſſeſſionem vel iuſtam aliquam cauſam ignorantiæ, quia lex ſcientem & doloſum tantummodo punit, l. 3. hic. l. 10. C. vnde fit, vt propter probabilem errorem reus criminis abſoluatur. l. 14. C.

Pœna huius legis. C a p. IIII.

HOc crimen capitale eſſe dicitur ab Vlpiano, l. 1. Nam Conſtantinus indicat, tam pœna metalli quam aliis ſuppliciis olim plecti ſolitos fuiſſe plagiarios. Sic enim legendum eſt apud Conſtantinum, Sicut & in Codice Theodoſiano legitur, *Plagiarii metalli pœna cum cæteris ante cognitis ſuppliciis tenebantur*. Alciat. lib. παρέρ. ca. 23. Erat & pœna pecuniaria hac lege ſtatuta, quam Hermogenianus in deſuetudinem abiiſſe ait, l. vltim. hic. l. 12. de manu. Statuit autem Conſtantinus derogans iuri veteri, vt qui filios intercipiunt, gladio conſumantur, ſi ingenui ſint, alias beſtiis ſubiiciantur, l. vltim. C. eo. Ex aliis cauſis leuior pœna infligi debet. §. vlt. Inſtit. de public. iud. Qui ſeruum fugitiuum vendiderit, vel alienum interuerterit, extra ordinem coerceri debet.

IN TIT. XVI.
AD SENATVSCONSVLTVM TVRPILLIANVM, ET DE ABOLITIONIBVS CRIMINVM.

HIc tractatus tria præcipua capita habet, vnum de Tergiuerſatoribus: alterum de abolitionibus criminum: Tertium de calumniatoribus. Et hæc ſingula in Codice Iuſtiniani peculiares habent titulos.

De tergiuerſatoribus. C a p. I.

TErgiuerſatores, id eſt, qui ab accuſatione deſiſtunt antequam reum peregerint, Senatuſconſulto Turpilliano puniuntur, leg. 1. Eſtque pœna quinque librarum auri, l. 3. de præuaricator. quæ tamen poteſt augeri. l. abſentem. infr. de pœnis. Item repellitur ab accuſatione is qui ſemel deſtitit, l. 2. hic. & l. 3. & 4. C. eo. Vt igitur hoc Senatuſconſultum plene intelligamus, videndum eſt, quomodo verbum accuſatio, & verbum deſiſtere accipiantur. Et certum eſt ſolennem inſcriptionem hic neceſſariam eſſe, l. 2. C. eo. Qua nondum interueniente deſiſtere impune licet, l. 5. Tametſi autem de accuſatore loquatur Senatuſconſultum, tamen ii quorum inſtigatione aut mandatu, alius ad accuſandum proceſſit, teneatur ex ſententia magis, quam ex verbis Senatuſconſulti, leg. prim. §. penultim. l. in Senatuſconſultum. Deſiſtere intelligimus eum qui agendi animum depoſuit, non qui diſtulit accuſationem, l. ab accuſatione. l. deſtitiſſe. l. in Senatuſcon-

natuſconſultum.l.qui poſt inſcriptionem.hic.l.vlt.C.eo. Sane qui intra præfinitum à Præſide tempus rem ſuam non peragit, deſtitiſſe videtur, l.ab accuſatione.

Exceptiones. CAP. II.

CEſſat pœna huius Senatuſconſulti in quibuſdam caſibus. Nam in primis excipiuuntur ij, qui crimen publi iudicij non deferunt, l.1.C. eod. Quamuis enim in priuatis delictis impunita non debeat eſſe tergiuerſatio, tamen pœna huius Senatuſconſulti non plectitur. Qua de re multa hic exempla reperiuntur, l.1.§.ſuſpecti.l.ſi quis repetere. §. vlt. Nec ideo minus locum habet hæc pœna in publicis iudiciis, quod extra ordinem hodie exerceantur, ſicut priuata crimina, l. in Senatuſconſultum §.an ad eos.hic.& l.ordo.de public.iudic. Excipitur etiam tutor qui mortuo pupillo deſtitit ab accuſatione, quam ipſius nomine inſtituerat, l. Diuus. 14. Excipiuntur ij etiam de quorum calumnia agi non permittitur, l.in Senatuſconſult.§.eos. de quibus mox dicturi ſumus. Item is qui propter mortem rei deſtitit ab accuſatione, ſi tale crimen ſit quod morte finiatur, l.in Senatuſcõſult.§.ſi propter. Quæritur an ij qui accuſare non poſſunt, pœna huius Senatuſconſulti teneãtur: cuiuſmodi ſunt mulier, minor, is qui præſcriptione temporis ſummoueri poteſt, & cæteri ſimiles, de quibus diximus ſub tit. de accuſa. Et poſt longam diſputationem concludit Martianus, omnes excepta muliere ac minore puniri, l. 1. §. ſi accuſationem. Quod diximus de muliere, ſic accipiendum eſt, niſi propriȩ iniuriæ cauſa accuſat: quo caſu ad accuſandum admittitur, & deſiſtens punitur pœna Senatuſconſulti, l.ſi fœmina. C. eo. Reſponſum autem Papiniani quod aduerſari videtur, non de accuſatione, ſed de denuntiatione, tantum loquitur, l.4. hic. Poſt quam denuntiationem ſi ſolemnis inſcriptio non interuenerit, pœnæ Senatuſconſulti locus non eſt, vt iam diximus. De muliere vero loquitur Papinianus, quoniam ex facto conſultus Papinianus fuerat. Eſt enim ille locus Papiniani ſumptus ex libro reſponſorum 15. Illud etiam quæritur an prouocatione interpoſita à reo condemnato impune deſiſtere liceat? Et Martianus ait non licere, l.1.§. vltim. Nam is demum deſiſtere poteſt, qui reum peregit, l. in Senatuſcon.15. Nec peregiſſe dici poteſt, donec lis finita fuerit.

CAP. III.

De abolitionibus criminum.

CVm ſupra dictum ſit eum qui deſtitit ab accuſatione citra abolitionem puniri: nunc de abolitione tractandum eſt. Aboliri dicitur crimen, ſiue accuſatio, cum à reis eximitur accuſatus, & accuſatori permittitur ab accuſatione deſiſtere. Sed hæc abolitio plena non eſt indulgentia & cõdonatio criminis, vt ex iis quæ ſequuntur apparebit: De qua indulgentia extat tit.in Cod. Theodoſ.de indulgentia criminum. Et de ea diſſeremus infr. ſub tit.de ſent.paſſ.

Triplex autem eſt abolitionis genus. Quædam eſt publica, alia eſt priuata, alia eſt legitima, l.abolitio.& ſequenti. hic, Publica abolitio fit ob diem inſignem aut ob publicam gratulationem, aut ob rem proſpere geſtam, d.l.abolitio. Nam edictis propoſitis indicuntur ferię, l.ſed etſi per Prætorem, ſup. ex quib.cauſ.maior.l.1.C.de gener.abolit. Ceſſatque accuſatio in reos inſtituta, liceatq; accuſatori impune accuſationem deſerere. Reum tamen repetere nihil prohibet poſt finitas ferias, modo intra dies 30. repetatur ex eo tempore computandos ex quo finitæ ſunt feriæ, l.10.12.15.hic. Cod.de generali abolit. Sed notandum eſt non alio iure repetendum eſſe reum quam quo accuſabatur. Itaque præſcriptiones non poterunt obiici quæ ante non ſunt obiectæ, l.7. Hæc publicà abolitio non pertinet ad ſeruos, ſi rei alicuius maleficij delati ſint.l.16. hic.non pertinet ad crimen falſi.l.pen. Abolitio priuata conceditur priuatim accuſatore poſtulante, l.10.& à Præſide impetrari ſolet, non à Principe.l. 1. §. abolitio. ſed cauſa cognita tantum & audito aduerſario. Nam calumniatoribus non indulgetur, ſed iis qui probabilem errorem allegant, l.vlt.& l.2. & 3.C.de abolit. Poſt hanc abolitionem accuſator qui deſiſtit reum prohibetur repetere, niſi id à Præſide impetratum ſit.l. 4.hic.& l.1.C.de abolit. Alius autem poterit accuſare, ſed intra triginta tantum dies, vt opinor.l.3.§.vlt.de accuſ. Tertium genus abolitionis eſt quæ dicitur legitima, cum accuſator deceſſit, aut quid aliud ſimile contingit. Nam lex vult nomen rei aboleri. Quæ abolitio tamen non impedit, quominus ab alio repeti poſſit reus intra tempus legitimum, id eſt, triginta dierum.l.10.hic.l.3.§.vlt.de accuſat.

CAP. IIII.

De calumniatoribus.

NOn ſolum tergiuerſatio accuſatoris, ſed etiam calumnia punitur, id eſt, falſa accuſatio. Et exiſtimo non ſolum lege Rhemmia, aut Memmia potius, cuius meminit Cicero in oratione pro Roſcio Amerino, ſed etiam Senatuſconſulto Turpilliano, de hac pœna aliquid cautum fuiſſe. argumento l. quærebatur.11. Calumniari autem is dicitur, qui nulla probabili ratione adductus falſum crimen intendit, vt late hic Martianus docet.l.1.& 6.hic.l.3. C.eo. Qui vero tempore excluſus non poteſt reum peragere, calumniator iudicandus non eſt.d.l.quærebatur. Damnari autem ſolet calumniator, cum cauſæ cognitione, vt cum cauſa iudicatur & abſoluitur reus contra quem probatum nihil eſt.l.1.C.de calumn. Verum nihil prohibet ſtatim poſt abſolutionem rei de calumnia accuſatoris quæri.l.1.§.1.hic.

CAP. V.

Pœna huius accuſationis.

POEna eſt ſimilitudo ſupplicij.l.vltim. Cod.de calumniat. ſimul cum infamia.l. 1. & 4. ſupra de his qui notantur infamia.l.3.Cod.de calumnia. Sed Paulus ait & in priuatis & in extraordinariis criminibus calumnioſos puniri extra ordinem pro qualitate admiſſi. l. 3. hic. Non omnes autem accuſatores calumniæ cauſa puniuntur, ſed quidam ſunt de quorum calumnia quæri non ſolet nec licet. leg. 15.hic. vt puta mater quæ filii necem vindicat.l.2.C.de calumnia. Is qui paternam mortem vlciſcitur. l. 4.C.eo.& alii ſimiles. De nuntiatoribus publicis dubitari poterat: Sed conſtitutum eſt eorum calumniam impunitam eſſe non debere.l.ea quidem. C. de accuſa. Proinde notoriis ſuis, id eſt, elogiis & teſtificationibus quas ad Præſides mittunt, adeſſe coguntur, vt intelligatur an falſa calumnioſaque ſint. l. ab accuſatione.hic. De præuaricatoribus hic quoque tractandum erat, verum de his extat peculiaris titulus ſupra, vbi rem omnem ſatis fuſe executi ſumus. Hi tres tituli frigent in Gallia, quod procurator fiſcalis ſit accuſator publicus, & priuati proprio nomine vindictam & rem familiarem perſequantur, nec extranei ad denuntiandum, quemadmodum & quorum intereſt, admitti ſolent.

IN TIT. XVII.

DE REQVIRENDIS REIS.

ABSENS in capitalibus iudiciis non damnatur. leg. 1. hic.l.abſentem.de pœnis.ſed requiritur & euocatur ſecundum formam hic traditam. In primis annotat eum requirendum eſſe, id eſt, decernit & in acta referendũ curat vt requiratur.l.2.hic.& l.abſentem.C.de accuſa. Deinde propoſitis edictis iubet eum adeſſe iudex, & literas mittit ad magiſtratus eius loci in quem profugit reus. dict.l.1. Interim obſignantur abſentis bona, ne quid ex eis minuatur, & ne inſtruatur eius fuga.l.vltim.hic.& l.1.C.eo. Eaque bona fiſcus adminiſtrat & cuſtodit, ita vt nihil reus attingat, ac ne debitores quidem ei ſoluere poſſunt.l.vltim. Et aduerſus fiſcum ea bona abſentum occupantem locum habet præſcriptio 20. annorum, quæ in Francia obſeruatur, quod in contumaces ſententia feratur, & bona tam mobilia quam immobilia pendente contumacia publice poſſideantur authoritate iudicis, hoc eſt iniiciatur illi manus regia, quod ſimile annotationi & obſignationi iuris ciuilis. Intra annum veniens & purgans defendensque innocentiam ſuam auditur, recipitque bona ſua iam obſignata.leg.1.& vltim. Annus autem computatur ex quo annotatio publice innotuit.l.4. Poſt annum defendere quidem ſe poteſt ac innocentiam ſuam purgare.l.4.ſed bona nihilominus vindicat fiſcus.l.1.§.vltim. niſi poſt 20. annos ea vindicet.l.2.&3.

IN TIT. XVIII.
DE QVÆSTIONIBVS.

Quid ſit quæſtio. Cap. I.

QVIA in criminibus quæſtio ſolet haberi, ſubiicitur hic titulus de quæſtionibus. Non autem quælibet interrogatio hoc loco eſt quæſtio, ſed cum tormentis & cruciatu corporis facta. Vnde hoc loco ſic definiri poteſt: Quæſtio eſt tormentum & cruciatus corporis ad eruendum veritatem. l. item apud. §. quæſtionem. de iniur. l. 1. §. quæſtionem. de Senatuſconſul. Sylla. Iudicium enim eſt, profeſſio, ſeu ſponte dictum teſtimonium. Teſtimonium vel interrogatio eſt cum interrogatur teſtis. Quæſtio hoc loco, cum ſubiicitur tormẽtis l. 8. Et adhibetur hoc tormentum in criminalibus & grauioribus cauſis. l. edictum. 8. In ciuili enim negotio liberi homines aut ſtatuliberi nunquam torquentur. Serui ita demum, ſi aliter veritas haberi non poſſit. l. diuus. hic. 9. l. 2. infra, de appel. recipien.

Cauſa quæſtionis. Cap. II.

QVæſtionis igitur cauſa eſt graue aliquod maleficium. d. l. edictum. quod plene probatum non eſt, ita vt reus damnari poſſit. Nam etſi ex ſuſpicionibus non poſſit reus dãnari, l. abſentem. de pœnis. torqueri tamen poteſt, ſi vehementioribus ſuſpicionibus, & argumentis vrgeatur. l. 2. §. 1. l. 18. & vlt. hic. l. milites. C. eo. Ex quo conſequens eſt ſi iudex reum conuictum alicuius facinoris pronuntiet, quæſtionem de eo habendam eſſe, non veritatis eruendæ cauſa, ſed pœnæ infligendæ, non recte eum facere. Si enim intelligo quod Adrianus reſcripſit, quæſtionis habendæ cauſa. Fit tamen interdum vt conuictus & damnatus torqueatur in alios, qui eiuſdem ſceleris arguuntur. l. qui vlt. infr. de pœnis.

De perſonis. Cap. III.

DE ſeruis alienis ſi veritas ipſis cognita eſſe dicatur, etſi nihil admiſerint, quæſtio haberi olim ſolebat: ex quo apparet, quam miſera erat eo tempore ſeruorum conditio. l. 9. Verum ne dominus contra ius & rationem ſeruo ſuo fraudetur, ante omnia æſtimari debet. l. certo. hic. l. ſi poſtulauerit. ſup. de adult. Quod ſi liberum ſe dicat is qui in quæſtionem poſtulatur, primo cognoſcetur de eius ſtatu quam torqueatur. l. 12. Quod diximus ſeruos torquendos, &c. ſic accipiendum eſt niſi minoris ſint. l. 10. & 15. aut niſi eos accuſator de domo produxerit. l. 1. §. 1. Serui autem eius qui accuſatur in dominum torqueri nõ poſſunt. l. 1. §. Diuus Antoninus. *Cum enim totidem hoſtes habere dicamur* (veteri prouerbio) *quot habemus ſeruos, non eſt viſum vtile ſalutem dominorum ſeruorum arbitrio committi.* l. vnus. §. ſeruo. Idque Senatuſconſulto cautum eſt cuius meminit Tacitus lib. 2. in hæc verba, *Et quia veteri Senatuſconſulto quæſtio in caput domini prohibebatur, callidus & noui iuris repertor Tyberius mancipari ſingulos actori publico iubet, ſcilicet, vt in Libonem, ex ſeruis ſaluo S. C. quæreretur.* Idem lib. 3. Seruos quoq; Syllani vt tormẽtis interrogentur actor publicus mancipio acceperat, & ne quis neceſſariorum iuuaret periclitantem, maieſtatis crimina verebãtur vinculum & neceſſitas ſilendi. Meminit & Cicero in Part. orat. Item Vopiſcus in Tacito. Excipitur crimen maieſtatis, crimen adulterij, & quædam alia in quibus ſerui in dominos torquẽtur. l. 1. C. eo. tit. l. ſi quis viduam. Nec refert extraneus accuſet adulterij necne. l. extraneo. In crimine autem ſtupri vel inceſtus non torquentur ſerui in dominos. l. 4. & l. extraneo. Serui autem de quibus in dominum quæſtio habita eſt, publicantur ſiue confeſſi ſint, ſiue inficiati ſint. l. 6. hic. l. ſi poſtulauerit. ſupra, de adult. Et hæc quidem in ſeruis ita ſe habent. Liberi vero homines teſtimonij cauſa non torquentur, niſi vacillauerint. l. ex libero. l. vnus. §. teſtes. De reo ipſo quid dicẽdum ſit ſatis perſpicuum eſt ex iam dictis. Illud addẽdum eſt quaſdam perſonas excipi, de quibus non habetur quæſtio quacunque ſuſpicione vrgeantur, cuiuſmodi ſunt, *Nobiles, milites, decuriones. &c.* l. milites. l. duo. l. 1. decuriones. & l. pen. C. eo. tit. In conſtitutione autem D. Marci, quæ de nepotibus & pronepotibus virorum clariſſimorum loquitur, additur exceptio, ſi propioris gradus liberos per quos priuilegiũ ad vlteriorem gradum tranſgreditur, nulla violati pudoris macula aſpergit. l. Diuo Marco. Quam exceptionem addere neceſſe fuit. Alioquin ſi de nepotibus ac pronepotibus ſimpliciter locutus eſſet, verborum ſignificationem ſequeremur, exemplo Vlpiani in interpretatione legis Iuliæ & Papiæ. l. emancipatum. ſupr. de ſenator.

Cap. IIII.
Quomodo habenda ſit quæſtio.

PRæceptiones quædam hic traduntur à iuris actoribus ad iudicem inſtruendum, qui quæſtionem habiturus eſt. Et in primis, Cogniturus de criminibus debet ante diem palam facere ſe cuſtodias auditurum, ne hi qui defendendi ſint, ſubitis accuſatorum criminibus opprimantur. l. vnius. §. vlt. Nec ſolum pro tribunali, ſed etiam de plano audiri poſſunt. dict. §. vltim. Incipere autem iudex debet interrogationem, ſi plures ſint rei eiuſdem facinoris, ab eo qui ſuſpectiſſimus eſt, & à quo facillime verum ſciri iudex crediderit. l. 1. §. 1. Item ab eo qui timidior eſt, vel teneræ ætatis. l. vnius. in prin. Nam & ab his etiam facilius veritas exprimitur. Modus quæſtionis ac tormenti definitus non eſt legibus, ſed eum iudices arbitrari oportet. l. 7. Itaque ſi modum exceſſerit, quem bonus & æquus iudex arbitraturus fuerit, ac reus ob eam cauſam forte perierit, ratio ſuadet vt eo nomine iudex teneatur. In interrogatione ipſa iudex talem ſe præſtare debet, vt non ſuggerere interrogato, ſed ab eo potius veritatem requirere videatur. l. 1. §. qui quæſtionem. Quod ſi nihil confeſſurus fuerit is de quo habita eſt quæſtio, ea repeti poterit. l. repeti. ſed ita demum ſi reus euidentioribus argumentis oppreſſus fuerit. l. vnius. §. 1.

Cap. V.
Quanta fides habenda ſit confeſſioni.

SI confiteatur reus in iudicio crimen quod aduerſus ipſum intenditur, ea confeſſio pro explorata veritate habenda non eſt, ſi nulla probatio religionem iudicantis inſtruat. l. 1. §. Diuus Seuerus. & §. ſi quis vltro. Sin autem in quæſtione & tormentis confeſſus ſit cum argumentis & ſuſpicionibus vrgeretur (nam aliter quæſtio haberi non ſolet) iudicis eſt inſpicere an fides habenda ſit necne. l. 1. §. quæſtioni.

IN TIT. XIX.
DE POENIS.

Cap. II.
Quam ob cauſam pœnæ infligantur nocentibus

CAVSA infligendæ pœnæ vna eſt, emendatio hominum, qui delinquunt. leg. ſi pœna. hic. cum videlicet ea pœna irrogatur quæ vitam non adimit. Altera cauſa pœnæ infligendæ, eſt exemplum. Nam pœna vnius metus eſt multorum. l. 1. C. ad l. Iul. repet. & cæteros à ſimilibus facinoribus deterret. l. bona fides, depoſiti. l. capitalium. §. famoſos. hic. Quod adeo verum eſt, vt in brutis quoque animantibus atq; adeo feris id deprehendatur. Scribit enim Plinius lib. 8. c. 16. viſos fuiſſe in Africa crucifixos leones, à quibus fuerant vrbes obſeſſæ, quo cæteri metu pœnæ ſimilis abſterrerentur eadem noxa. Hinc illud Senecæ quod à Platone mutuatus eſt, *Nemo prudens punit, quia peccatũ eſt, ſed ne peccetur.* Eſt igitur pœna ad continendam Rempublicã valde neceſſaria, vt non immerito dixerit, *præmio & pœna Rempublicã contineri.* Quo reſpexit Vlpianus, cum ait, Iureconſultos tam metu pœnarũ quam præmiorum exhortatione bonos efficere. leg. 1. de iuſtitia & iure. Ac ſi tametſi has duas cauſas Plato tantum commemoret in Gorgia, tamen videntur noſtri auctores vindictam quoque eius cui iniuria facta eſt ſpectaſſe: nempe vt ſupplicio aduerſarij contentus quieſcat, nec vindictæ priuatæ cauſa aliquid moliatur quod reipublicæ perniciem adferat. l. capitalium. §. famoſos. Ex iam dictis conſequitur, eum qui nihil admiſit, nullam pœnam mereri. l. crimen. hic. l. ſancimus. C. quod tamen perpetuum non eſt, vt diximus ſup. tit. ad leg. Iul. maieſt. Nam & Deus ipſe qui iuſtiſſimus eſt, ob vnius hominis admiſſum pœnas nonnunquam à tota aliqua ciuitate expetit, ſi

petit, ſi Heſiodo credimus cum ait, πολλάκι καὶ ξύμπασα πόλις κακοῦ ἀνδρὸς ἐπαυρεῖ, &c. Quæ admiſſa puniantur ſingulis legibus ſatis demonſtratum eſt ſupra. Sed hic traditur velut quidam Epilogus à Claudio Saturnino. l. aut facta. Aut enim (inquit) *Facta puniuntur, vt furta cædesque: aut dicta, vt conuitia & infidæ aduocationes: aut ſcripta, vt falſa & famoſi libelli: aut conſilia, vt coniurationes, &c.* Cogitationis autem nemo pœnam patitur, l. cogitationis. vt exempli gratia. Si quis declarauerit ſe velle hominem occidere. Gonatus tamen aliquando punitur qui fines cogitationis excedit. l. ſi quis non dicam. C. de epiſc. & cler. Quinimo ſola plectitur aliquando conſcientia facinoris ab alio perpetrati. l. Metrodorum. hic. quod & ſupra à nobis obſeruatum eſt titul. ad l. Pompeiam de parric. Nec vero tantum punitur quod dolo malo admiſſum eſt, ſed etiam plerunque id quod abſq; malo animo infelicem euentum habuit. l. ſi quis aliquid. §. qui abortionis. hic. vt ſi quis poculum amatorium dederit, ex quo aliquis interierit. Vnde legem Demoſthenes ait eſſe, ἐπανόρθωμα τῶν ἀμαρτημάτων ἀκουσίων.

Cap. II.

De his quæ præcipue obſeruanda ſunt in peccatis puniendis.

VTilem admodum præceptionem dat Marcellus cum ait reſpiciendum iudicanti, ne quid aut durius aut remiſſius conſtituatur quam cauſa depoſcit, &c. l. reſpiciendum. Ex quo apparet pœnas hodie ex iudicantium arbitrio pendere, nec eorum poteſtatem aliis finibus quam ſolius rationis circumſcriptam eſſe. l. hodie. Haberi igitur ante oculos debent verſus Horatij,

Qui teneros caules alieni fregerit horti,
Regula peccatis, quæ pœnas irroget æquas,
Et qui nocturnus ſacra diuum legerit, adſit
Ne ſcutica dignum horribili ſectere flagello.

Ac multum ſane refert in pœnis infligendis, an propoſito quis deliquerit, an impetu an caſu, vt eleganter Marcellus ſcribit d. l. reſpiciendum. In primis vero habenda eſt ratio perſonarum, id eſt, tam eius qui deliquit, quā eius qui iniuriam paſſus eſt. l. moris. §. vlt. l. in ſeruorum. & l. quædam. l. Diuus. & C. eo. tit. l. 2. 3. 5. 7. 9. 12. Nec dubitandum eſt quod ad qualitatem perſonæ attinet, ſpectandum eſſe tempus delicti potius quam ſententiæ, vt puta ſi ſeruus poſt delictum admiſſum liber factus ſit vt clare hic Vlpianus ſcribit leg. 1. Nec mouet, quod alibi idem Vlpianus ait, *Si ſeruum in eadem cauſa ſiſtere quidam promiſerit & liber factus ſiſtatur, ſi de ipſo controuerſia eſt, capitalium actionum iniuriarumq; nomine non recte ſiſti: quia aliter de ſeruo ſupplicio & verberibus ſatisfit, aliter de libero vindicta ſumitur, vel condemnatio pecuniaria.* l. pen. ſup. ſi ex noxal. cauſa agatur. Nam quod dicit aliter de ſeruo, &c. id non tam ad genus pœnæ, quam ad cognitionis rationem & ordinem referendum eſt. Nam ob genus pœnæ non fit ius actoris deterius. Ac certum eſt aliam eſſe formam ac rationem cognitionis & iudicij, cum liber homo, quā cum ſeruus accuſatur. l. 2. de cuſtod. reor. l. Domitianus. ad Turpil. & toto ti. de quæſt. verba autem Vlpiani quibus diſtinguitur pęna ſeruilis, nempe ſupplicium & verbera, à pœna quæ irrogatur homini libero, noſtræ ſententiæ contraria non ſunt. Quia non ad præſentem hypotheſim refertur ea diſtinctio pœnarum, ſed generaliter ad ea iudicia in quibus vel ſerui vel liberi homines fiunt rei. De aliis circumſtantiis diſſerit Claudius l. aut facta, puta, de cauſa, perſona, loco, tempore, quantitate, qualitate, euentu: in qua diſtinctione cætera non admodum obſcura ſunt. Quod de euentu ſcribit, difficile eſt, *Euentus quoq; ſpectetur, vt a clementiſſimo quoq; facta, &c.* verum his verbis ſignificat niſi fallor, euentum aliquando puniri abſque malo animo, vt ſupra diximus. l. ſi quis aliquid. § qui abortionis. Et quod ſequitur, quanquam non minus lex, &c. hunc ſenſum habet, non tam ſpectari animum accuſati quam infœlicem & pernitioſum euentum, tamen interdum è contrario malus animus tantum punitur ſine malo euentu, vt ſi quis cū telo hominis occidendi cauſa ambulauerit. Euentum autem abſq; malo propoſito puniendum eſſe, illud argumento eſt quod apud Græcos exilio voluntario & ſpontaneo fortuiti caſus luebantur. A quo Græcorum inſtituto mos noſter non valde alienus eſt, quo propter cædem caſu fortuito factam, à rege noſtro pœnæ gratiam impetrare cogimur. Adde ſupradictis quod propter frequētiam delicti & multitudinem delinquentium pœnæ nonnunquam exacerbantur. d. l. aut facta. §. vlt. Conſuetudo quoque delinquendi & perſeuerantia eius qui accuſatur, facit vt ſeuerius puniatur. l. capitalium. §. ſolent. hic. l. 3. Cod. de epiſc. aud. Item ſi quis diutino tempore inter reos fuerit in carcere fortaſſis aut cuſtodia, iuſta cauſa eſt cur eius pœna ſubleuetur. l. ſi quis diutino. Nam & Tranquillus ſcribit, Auguſtum diuturnorum reorum nomina aboleuiſſe. Hæc de circumſtantiis quas iudex conſiderare debet. Nunc videndum eſt de cæteris quæ ab eo obſeruanda ſunt. Igitur cognita cauſa & tam reo præſente quam accuſatore pœna irrogatur, ſi capitalis cauſa ſit, præterquam in caſibus ex tit. l. abſentem. hic. l. ne duo. C. eo. Ex ſuſpicionibus autem nemo puniri poteſt. d. l. abſentem. ſed probationem claram ac certam eſſe oportet. l. qui ſententiam. C. eod. l. ſciant. cuncti. C. de probat. Itaque vanæ voces populi audiendæ non ſunt. l. 12. C. ac ſi incidat lex obſcura aut ambigua quæ pœnam irroget alicui ob delictum, ita interpretari eam debemus, vt pœnam qua de agitur molliamus, non exaſperemus. l. interpretatione. l. ſanctio legum. l. ſi Præſes. Conuicto autem reo ſtatim debet pronuntiari ſententia & executioni mandari. l. cum reis. C. eod. tit. Nam etſi olim ante ſpatium decem dierum ſupplicium de reo non ſumeretur propter Senatuſconſultum, cuius meminit Tacitus lib. 3. & Dion in Tyberio, tamen hodie ita ius conſtitutum habemus vt primo quoque tempore executio fiat. Excipiuntur certi caſus in quibus differtur pœnæ executio: veluti ſi prægnans ſit mulier damnata. l. prægnantis. Si ſeruus alienus nondum reddita domino ſuo ratione damnatus ſit. l. 1. C. de bonis proſcri. Sed etſi Princeps vindicari in aliquem ſeuerius iuſſerit, differri executio debet vſque ad triginta dies, vt Theodoſius conſtituit. l. ſi vindicari. Cuius conſtitutionis quæ cauſa fuerit, hiſtoriæ eccleſiaſticæ auctores memoriæ prodiderunt. can. cum apud. 11. quæſt. 3. Si quis vero dānatus aliquid referre ſe velle Principi dicat, ſalutis ipſius cauſa, Vlpianus ait minime audiendum eſſe, quod dubium nō ſit eludendæ pœnæ cauſa ad hoc eum decurrere, l. ſi quis forte. Circa executionem autem notandum eſt, Si quis propter inopiam eludat pecuniariam condemnationem, eum extra ordinem coercendum eſſe. l. 1. §. vlt. Ac in aliis pœnis ad quarum executionem voluntas damnati eſt neceſſaria, cuiuſmodi eſt relegatio, deportatio, & ea quam vocamus emendationem honorariam, hoc obſeruetur, vt in pœnam grauiorem commutentur ſecundum diſtinctionem Marcelli & Calliſtrati. l. 4. l. capitalium. §. exulibus.

Cap. III.

De variis pœnarum generibus.

QVæ pœnæ ſint ſingulorum delictorum, proprium non eſt huius tractatûs, ſed peculiares ſunt de ſingulis tituli ſupra, tametſi quædam hic reperiantur. l. capitalium. l. ſi quis aliquid. & l. Cicero. In vniuerſum autem diffiniendo videtur Vlpiani diſtinctio commoda eſſe cum ait: Pœnas aut vitam adimere, aut ſeruitutem iniungere, aut ciuitatem auferre, aut corporis coercitionem continere, aut damnum cum infamia aut dignitatis alicuius depoſitionem, aut alicuius actus prohibitionem. l. ſi quis forte. §. vlt. Traditur & alia diuiſio ab eodem Vlpiano. Pœna quædam eſt capitalis, quædam non capitalis. Ac capitalis dicitur non ſolum mors, ſed etiam libertatis aut ſeruitutis ademptio. l. 2. l. capitalium. Quamuis vltimum ſupplicium de morte ſemper intelligatur. l. vltimū. Præterea notādum eſt quaſdam pœnas à Præſidibus ſeu proconſulibus irrogari non poſſe, de quibus ſcribit Vlpian. lib. 10. de offic. procon. l. aut damnum. Nam Proconſul qui ius gladij habet, l. illicitas. §. qui vniuerſas. ſupra. de offic. Præſid. poteſt nocentem damnare vt in eo gladio animaduertatur non autem ſecuri, vel telo, vel fuſtibus, vel laqueo. Item veneno necare non poſſunt, aut liberam mortis facultatem concedere. dict. leg. aut damnum. Item inciuilis habetur pœna vinculorum ſeu carceris. dict. l. aut damnum. l. mandatis. hic. l. 6. C. Præcipitatio de ſaxo. l. ſi diutino. Sed & Conſtantinus prohibuit, ne quid in facie hominis inſcribatur. l. ſi quis in metallum. C.

Quis pœnam imponere poſſit. CAP. IIII.

NOn quæuis pœna à quoque magiſtratu infligi poteſt, vt iam diximus. Nam Præſides prouinciarum non poſſunt in inſulam deportare. l. 2. hic. l. 1. de lega. 3. ſed hoc ſpecialiter Præfecto vrbi conceſſum eſt. Procurator Cæſaris extra cauſas fiſcales nullius pœnæ imponendæ ius habet. l. 2. C. eo. Magiſtratus etiam in ſuos animaduertit, nec eos ſeruat ſucceſſori. l. ſi quis forte.

De effectu pœnæ impoſitæ. CAP. V.

EX pœnæ vnius impoſitione plerunque ſequitur alia veluti infamia, ſi quis publico iudicio damnatus ſit. l. ſi Præſes. Sed qui maiore pœna afficitur quam legibus ſtatutum eſt, infamis non fit. l. in ſeruorum. Conſequitur etiam ſeruitus & ciuitatis amiſſio. l. quod ad ſtatum, l. quidam. l. qui vlt. l. in metallum. Item accedit tacite confiſcatio bonorum quibuſdam condemnationibus. l. deportatorum. C. eod. de qua dicemus tit. ſeq. Pœnæ autem non tranſeunt ad hæredem. l. ſi pœna. l. crimen. Pœnam non poteſt iudex mutare aut reuocare, ſed ſolus Princeps. l. Diui. l. ad beſtias. hic. l. 14 & 15. C. eod. Niſi forte is qui in metallum damnatus eſt, propter valetudinem inutilis faciendo deprehendatur. l. in metallum. Quod ſi quis in metallum damnatus ſit, ſine præfinito tempore, poſt decem annos dimittetur, l. ſine præfinito. Quamuis aliter de ſeruo ſub pœna vinculorũ reddito Alexander reſcripſerit. Nempe perpetuo victum eſſe debere, l. ſeruus. C. eo.

IN TIT. XX.
DE BONIS DAMNATORVM.

QVIA damnatis quandoque adimuntur bona, Spartianus in Adriano. l. 1. de iur. fiſci. quandoque non adimuntur, & dimidia pars liberis reſeruatur, aut ſi plures ſint liberi, omnia & panniculatia cedunt ſpiculatoribus. Hic titulus nõ iniuria ſubiicitur ſuperioribus, ex quo translatum eſt illud apud Francos, *Qui confiſque le corps, confiſque les biens.* & illud, *Tout ce qui eſt ſouz la ceinture, apartient au maiſtre des hautes œuures.* Derogat tamen ius authenticum l. Bona. Cod. hoc tit. Quod plærique apud Francos ſequũtur, apud quos confiſcatio locum non habet, niſi vno aut altero caſu, vt apud Pictones, Bituriges, Britannos. Publicantur autem bona, vt Calliſtratus lib. 1. de iure fiſci & populi ſcribit, damnatione, cum aut vita adimitur, aut ciuitas, aut ſeruilis conditio irrogatur, l. 1. & 4. C. Quæ publicatio ad bona poſtea quæſita etiam pertinet. l. 2. C. Bonorum appellatione continentur etiam actiones & obligationes, ideoq; fiſco acquiruntur. Sed & obligationes quibus reus tenebatur in fiſcum quoque veluti ſucceſſorem tranſeunt, l. ſi vt proponis. Bona autem damnati tantummodo publicantur non cæterorum, vt puta res vxoris, vel dotales, vel quæ parapherna dicuntur. l. pen. C. Iniquum enim eſt ob maleficium mariti vxorem complecti. C. Ne vxor pro marito. Quid ergo ſi mulier ipſa ob delictum ſuum damnata ſit? Reſponde, multum referre qua lege damnata ſit. Nam quinque tantum legibus cautum reperitur, vt mulieris damnatæ publicentur bona. Proinde ſi qua earum legum damnata ſit mulier, quamuis ſolutum non ſit matrimonium, interim fiſcus dotem capiet, ſalua tamen actione marito contra fiſcum, ſi forte poſt mortem vxoris ex pacto dotem lucrari debeat. l. 3. 4. Sin autem alia lege damnata ſit mulier, quæ dotem non publicat, maritus ſi adhuc duret matrimonium dotem retinebit, ſi ſolutum ſit, vel eius lucro cedet, ſi ita conuenerit, vel reddetur mulieri, vel patri, &c. l. 5. hic. Peculia ſeruorum aut filiorumfamilias propter ipſorum delictum non publicantur. l. 1. & 3. C. Panniculatia non confiſcantur, id eſt, panni & veſtimenta quibus indutus eſt reus, cum ad ſupplicium ducitur, ſed Præſides ea in vtilitatem officii impendere debent. l. Diuus. Sed hæc ſpolia non niſi damnato iam reo adimenda ſunt, l. 2. Quod autem de indumentis dicimus, ſic accipimus, vt ſi damnatus gemmam habuerit magni pretij, eam capiat Præſes vt panniculatia: aut ſi zonam circum ſe habuerit, in qua poſita ſit pecunia. Sic enim erat mos veterum, vt in zonis pecuniam geſtarent. Vnde zonarij ſectores dicuntur Plauto crumeniſecæ. Quo etiam pertinet illud Horatianum, *Ibit eo quo vis qui zonam perdidit.* Leues ſane annuli in ratione panniculariæ numerantur. Item numuli quos in ventrali poſitos habet reus victus ſui cauſa. Dicitur autem ventrale ſicut brachiale, femorale, &c. tegumẽtum ventris in quo res leuiores poni ſolent. Plinius lib. 8. c. 48. *Patris mei memoria cœpere amphimalla noſtra, ſicut villoſa etiam ventralia.* Idem lib. 27. cap. 7. De abſinthio loquens, *arcet inguinum tumorem in ventrali habitum.* Vt ad bona reuertamur quæ publicari diximus, animaduertendum eſt eo iure quod in Pandectas relatum eſt, ita adimi bona damnato, vt ſi liberos habeat, ipſis legitima portio ſalua maneat. l. 1. & l. cum ratio. hic. & l vlt. Cod. eo. tit. quod de bonis paternis tantum, non etiam maternis accipiendum eſt. l. 6. C. Verum conſtitutione Iuſtiniani cautum eſt, vt ſi qui extent deſcendentes in infinitum, aut aſcendentes vſque ad tertium gradum, fiſcus bona non vindicet. Nouel. 134. vt nulli iud. Omnes igitur ex latere coniunctos & aſcendentes vltra tertium gradum excludit fiſcus. Nam in ea conſtitutione Iuſtiniani nulla fit eorum qui ex latere coniunguntur mẽtio, tametſi in epitome Irnerij aliter legatur, auth. bona damnatorum. eo. ti. C. Poſtremo in C. Iuſtin. inſcribitur tit. de bonis proſcr. ſeu damnat. vbi proſcriptio aliter accipitur quam apud Cicer. & alios antiquos authores. Nam olim proſcripti dicebantur, quos velut hoſtes Reipub. licebat impune occidere. Et meminit Cicer. 3. Act. in Verrem. legis Corneliæ, quæ proſcriptum inhumari vetat. Velleius Pater. li. 2. de Syllana proſcriptione loquens, Primus (inquit) ille, & vtinam vltimus, exemplum proſcriptionis inuenit, vt in qua ciuitate petulantis conuitij iudicium hiſtrioni exoleto redditur, in ea iugulati ciuis Reipub. conſtitueretur authoramentum, plurimumque haberet qui plurimos interemiſſet, neque occiſi hoſtis quam ciuis vberius ferret præmium, fieretque quiſque merces mortis ſuæ. Nec tamen in eos qui contra arma tulerant, ſed in multos inſontes ſæuitum. Adiectum etiam vt bona proſcriptorũ væniren, excluſiq; paternis opibus liberi etiam petendorum honorum iure prohiberentur, ſimulque (quod indigniſſimum eſt) ſenatorum filij & onera ordinis ſuſtinerent & iura perderent. Verum hic proſcripti dicuntur, quorum bona publicãtur, vel ob delictum proprium, vel quia fiſci debitores ſunt ex negotio quod cum fiſco geſſerunt: ideo forte quia palam proſcribi & proponi ſolebant, l. pen. §. pen. C. Quomodo bona proſcriptorum ſeu damnatorum deſcribenda ſint, oſtendit Valentiniani conſtitutio, l. ſi quis intra. C. eod.

IN TIT. XXI.
DE BONIS EORVM QVI ANTE SENTENTIAM MORTEM SIBI CONSCIVERVNT, AVT ACCVSATOREM CORRVPERVNT.

SVB hoc tit. tractatur de his quorum bona ante damnationem publicantur perinde ac ſi damnati eſſent, ex quo genere ij ſunt in primis qui accuſatore corrupto deceſſerunt. l. 2. hic. Ac tã etſi in crimine repetundarum & quibuſdam aliis defenſio permittatur hæredibus defuncti, not. in l. ex iudiciorum. de accuſ. l. vlt. ad l. Iuliam maieſtat. tamen hic hæredes non poterunt defuncti innocentiam defendere, quia corrumpens accuſatorem confiteri crimen intelligitur. leg. 2. Excipitur crimen, ex quo pœna mortis irrogatur: ignoſcitur enim reo qui ſanguinem ſuum qualitercunque redemptum voluit. leg. 2. Creditur enim in vitæ diſcrimine vel non conſcientia ſceleris paciſci, aut tranſigere: ſed quia dubium periculoſumque euentum iudicii reformidat, l. tranſigere. C. de tranſact. Eadem cauſa eſt eius qui ſibi mortem conſciuit ante damnationem, idque ſceleris conſcientia, non vitæ tædio aut doloris impatientia, &c. l. 3. hic. l. 1. & 2. C. eod. Verum vt hæc explicatio locum habeat tria ſunt neceſſaria. Primum quod reus ſceleris poſtulatus ſit in ſcelere deprehenſus. Secundum, quod crimen tale ſit propter quod bona adimerentur damnato. Tertium, quod metu condemnationis & pœnæ mortem ſibi conſciuerit, l. 3. Et videtur onus probandi hæredibus incumbere poſt accuſationem vel deprehenſionem, leg. 3. §. vlt. hic. l. 2. C. qui teſta. fac. poſſ. Hinc conſequitur bona eius qui liberos habet aut aſcendentes, &c. non publicari, quia ſi damna-

ſi damnatus eſſet, non adimerentur hæredibus, vt ſup.diximus,tit.præced. Quam graue autem & nefarium ſit hoc facinus,docet luculenta & graui oratione Ioſephus lib.3.de excid. Hieroſol. Quamobrem multa reperiuntur ſingularia in odiũ huius ſceleris. Nam teſtamentum quod ante factum fuerat irritum fit.l.2.qui teſta.fac.poſſ.l.ſi quis filio.§.eius qui.de iniuſto rupto. Donatio inter virum & vxorem non confirmatur morte.l.cum hic ſtatus.§.ſi maritus.de don.inter vir.& vxo.Is qui ſibi manus infert, ſi factum non peregerit, grauiſſime punitur,l.3.hic.l.ſi quis aliquid.§.vlt.de pœnis.l.omne delictum.de re milit.Quod ſi inde ſecuta mors ſit,crimen extinguitur morte iure Romano,l.defuncto.de publ.iudic. Sed moribus fere video receptum vt memoriæ damnandæ cauſa cadauer mortui ſuſpendatur.

IN TIT. XXII.
DE INTERDICTIS, RELEGATIS, ET DEPORTATIS.

De deportatis. CAP. I.

DEPORTATI ciuitatem amittunt, & exciuibus fiunt peregrini.l.6.Eorum etiam bona publicantur, quamuis id ſententia expreſſum non fuerit.l.3. Manumittere ſeruos non poſſunt.l.2.liberos in poteſtate non retinent, Inſtit.quib.mod. ius patriæ poteſtat. Ex quo apparet grauem eſſe hanc pœnam: ideoque certis tantum magiſtratibus ſpecialiter permiſſam eſſe.d.l.6.

De relegatis. CAP. II.

REligati in inſulam,ciues manent,ac idcirco liberos in poteſtate retinent,l.4. Ac ne bona quidem ipſius adimuntur, niſi forte id ſententia expreſſum ſit: quod aliquando ex cauſa fit.l.1.4.&7. Et hoc pœnæ genus irrogare poteſt Præſes prouinciæ,quamuis deportare non poſſit.l.7.

De interdictis. CAP. III.

VAria interdictionis exempla hic reperiuntur, veluti cum interdicitur prouincia,vrbe,ciuitate,patria,l.7.& vlt.C. Suet.in Claud.quædam eius edicta refert ad hanc rem pertinentia his verbis: *Sanxit vt hi quibus à magiſtratibus prouincia interdicerentur, vrbe quoq; & Italia ſummouerentur: ipſe quoſdam nouo exemplo relegauit,vt vltra tertium lapidem vetaret egredi ab vrbe.* Alia ſunt interdictionum exempla, vt cum honore interdicitur, foro, aduocatione, negotiatione, &c.l.7. hic.l.moris.ſup.tit.de pœn.

IN TIT. XXIII.
DE SENTENTIAM PASS. ET RESTITVTIONE.

QVIc tit.reſpondet alius in C.Iuſtinia.lib.9. Ac ſub vtroque tractatur tam de indulgentia criminum quam de reſtitutione damnatorum, quæ reſtitutio multo plenior eſt indulgentia. In Codice Theodoſiano ſeparati ſunt de vtraque tituli,li.9.Aliquando enim ſpecialiter reſtituitur reus damnatus,per principem vel patriæ tantum, vel bonis,quo caſu non recipit honorem, non eximitur infamia: interdum ſimpliciter reſtituitur in integrum,& recipit priſtinum ſtatum,& actiones ei & in eum competunt, bonis reſtitutis,quia in fiſcum tranſierunt. Aliquando princeps tantum indulget,pœnamq; ſolam remittit,quo caſu neque bona, neque fama reſtituitur,habetque locum verſus: Pœna poteſt demi, culpa perennis erit. Hodie duplices ſunt eiuſmodi literæ Regiæ. Aliæ purgatoriæ, quas iuſtitiæ vocant: Aliæ deprecatoriæ quas Gratiæ vocant & remiſſionis, quæ poſteriores ſimiles ſunt reſtitutioni in integrum.

De indulgentia criminum. CAP. I.

INdulgentia hæc tollit pœnam tantummodo, nec reſtituit bona damnato.l.2.C. Actiones igitur ſaluæ non manent, quæ prius damnato competebant,l.5.C. Nec filius impetrata indulgentia recidit in poteſtatem patris.l.6.C. Eademque cauſa eſt patris,qui cum deportatus eſſet, indulgentiam obtinuit. Eadem ratione ſeruus damnatus ob hanc indulgentiam nõ recidit in poteſtatem domini.l.8.C. Sed nec fama nec exiſtimatio conſeruatur obtenta indulgentia,l.7.C.eo.l.vlt.C. de generali abolit. Et quemadmodum debitores ſuos conuenire non poteſt, ita etiam à creditoribus non poteſt conueniri,l.3.hic.& l.4.C. In ſumma vis & poteſtas huius indulgentiæ eſt pœnæ remiſſio & condonatio.Proinde is quem abſentem Præſes annotauit requirendum,ſi redierit, impetrata indulgentia, extra omne periculum calumniæ eſſe dicitur.leg. 10.Cod.

De reſtitutione. CAP. II.

REſtitutio damnati maiorem vim & poteſtatem habet quam ſimplex criminis indulgentia. Nam reſtitutus priſtinum ſtatum recuperat,id eſt, bona, ordinem, famam, dignitatem.l.1.C. niſi quod adhuc macula aliqua aſperſus manet,quæ dilui & abſtergeri non poteſt. Eſt enim grauata eius æſtimatio apud bonos & graues viros, etſi infamia notatus non ſit.Hinc Claudius,vt refert Suet. cum orantibus familiaribus, cuidam appoſitam notam ademiſſet, litura tamen (ait) extat. Cum igitur bona reſtituantur,conſequens eſt & actiones quoque reſtitui,l.caſus.C.eod.l. Princeps.de verbo.ſign. Sed & creditoribus quoq; aduerſus eum actiones reſtituuntur,idque pro ea parte bonorum,quam recepit.l.3.hic.l.3.& 12.C.Nec prodeſt reſtituto ſi maluerit bona relinquere, d.l. 3.Ius quoque patronatus reſtituitur.l.1.Itemque cognationis iura ſi mulier in metallum damnata partum ante conceptum ediderit, l.vlt.hic. Patre reſtituto filius poteſtati eius denuo ſubiicitur:ita tamen vt geſta interim per filium qui paterfamilias erat,rata ſint,veluti teſtamentum,&c.l.vlt.C.eo.Hæc autem reſtitutio ad ea bona quæ fiſcus interim alienauit non pertinet.arg.l.2.§.ſi quis à Principe.ſup.ne quid in loco publ. Sed nec fructus interim percepti in hanc reſtitutionem veniunt,vt exiſtimo. Nouel.115.vt cum de appellat.tametſi ſpoliato reſtitui debeant, & ei in cuius fraudem bona alienata ſunt,leg.videamus.§.in fauiana.de vſur. Not.in §. & quid ſi tantum.

IN TIT. XXIIII.
DE CADAVERIBVS PVNITORVM.

DIOCLETIANVS in quodam reſcripto ſe non vetare ait damnatorum corpora ſepulturæ tradi. l.obnoxios.C.de relig.& ſumpt.fun.Itaq; magiſtratus non tantum cognatis, ſed etiam quibuslibet aliis præſentibus ea concedere ad ſepulturam debent.l.vlt.Præſes ille Pilatus permiſit Apoſtolis, vt Chriſti corpus tollerent. Idem & Auguſtus ſe obſeruaſſe ſcribit in liberis de vita ſua.l.1. Sed & medicis quoque ad anatomen faciendam ea dari ſuadet publica vtilitas, quamuis hic Bart. hæſitet. fit tamen interdum vt petentibus denegentur, veluti ſi maieſtatis cauſa damnati ſint,l.1. aut ſi forte videatur publice expedire,vt in patibulis maneãt ad terrorem aliorum. Quod fere in Gallia receptum eſt. Sin autem quis deportatus ſit in inſulam,vel relegatus ſit ſine Principis permiſſu, nõ poterit mortui cadauer inde transferri in alium locum, & ibi ſepeliri. Cum enim ea pœna poſt mortem etiam maneat, quam ſolius Principis eſt remittere,conſtat à Principe ipſo, non à magiſtratu id petendum eſſe.l.vltim.

FRANCISCI DVARENI IVRECONSVLTI COMMENTARIA IN LIB. XLIX. PANDECTARVM SEV DIGESTORVM.

IN TIT. I. DE APPELLATIONIB. ET RELATIONIB.

PRÆTEREVNDVM nō eſt in hoc tractatu, appellare & prouocare verba eſſe eiuſdem ſignificationis, & generaliter ſignificare ad iudicium vocare.l. qui prior.l.36. de iud. In tractatu de appellationibus ſignificat aduerſarium vocare ad iudicem ſuperiorem de iniquitate, iniuria, vel grauamine ab alio & inferiore iudice illato cogniturum. Appellatur autem & prouocat ipſe iudex ſuperior de eadem iniuria cogniturus. Referre autem & relatio eſt cum iudex qui cognoſcit, ob iuris obſcuritatem ponit, vt ita dicam, in conſultationem apud ſuperiorem, vt reſcribat & conſulat quomodo ius ſit reddendū. Et quoniam relatio iuncta eſt conſultationi, & contra, promiſcue relatio & conſultatio dicuntur in eadem re in hac rubric. hic.& l.1.de relation. Cod. Sed hodie ex iure authentico nunquam refert iudex, ſed quod æquum & bonum putat pronūtiat. d.l.1. C. & l.ſeq. Remittere vero & tranſmittere eſt cum iudex qui cognoſcere cœpit quaſi non idoneus remittit litigatores ad iudicem competentem. l. de militibus. l. non dubium. ſup. de cuſto. reor. l. ad Principem. l. ad Imperatorem. hic. qua in re non debet nominatim iudex qui agnoſcit ad alium remittere, ſed ad auxilium opportunum. c. iudex. de off. deleg. in 6. Licet autem id licuerit, ſi tamen iudex idoneus in remittendo non curauerit, poterit eam interlocutionem circumducere, id eſt, quaſſare & annullare, & de integro cognoſcere, & pronuntiare: imo ſi non ad idoneum iudicem remiſerit, iudex competens nihil obſtante ea remiſſione cauſæ ſuſcipiet cognitionem. D. in d.l. ad principem. & d.l. ad imperatorem.

CAP. I.

Cauſæ propter quas appellatio interponi poteſt.

SI iudex ob imperitiam aut iniquitatem ſuam male iudicauerit, iuſta appellandi cauſa eſt.l.1.C.eo. nec obeſt condemnato quod eius conſenſu, aut à principe iudex datus ſit.l.ex conſenſu.hic. Cod.eo. aut quod pro fiſco aut libertate lata ſit ſententia.l.illud.hic.l.lata.C.eo. Sed etſi de modica re ſit contentio, adhuc à ſententia iudicis appellabitur. l. & minoribus. C. eod. c. de appel. ex eo. Præterea ſi iudex dixerit alicui mulctam iniuſte.l.& in matre.C.eo. Si reſcriptum principis ſecutum aliquid contra ius fecerit recte interponetur appellatio. l.1.hic.l.2.C.eo. Item ab electione, curatione, ſeu nominatione appellari poteſt.l.cum in vna.l.4.l.ſi qui. C. eod. licet non ſemper id neceſſarium ſit.l.ſi conſtat.hic.l.1.l.ſi quis tutor. infra qui app.l.nominationes.C.eo. vt poſtea dicemus.

Quis appellet. CAP. II.

NOn ſolum condemnatus à ſententia iudicis iniqua appellat, verum etiam aliquis cuius intereſt. l. 4. l. ab executore.l.à ſentētia.l.ſi pro luſorio. ſed & ſi quis ad ſupplicium ducatur, cuiuis appellare pro eo permiſſum eſt, licet eius non interſit.l. non hic.l.addictos.C.eod. Procurator quoque & appellare, & appellationem proſequi non poteſt, ſiue per ſe, ſiue per alium procuratorem.l.ab executione.C.eo. nec ideo prohibetur dominus ipſe appellare à ſententia contra ſuum procuratorem lata interpoſita ab eo, appellationem exequi. l.dominus.C.eo. An autem procurator appellare cogatur, alibi tractatum eſt.l.inuitus.C.de procur. Tutor & procurator recte appellant, quinimo appellare tenentur, ſi bona ſit cauſa. l.ſi bonam.C.de adminiſt. tutor. & appelationem interpoſitam proſequi, niſi finita fuerit tutela, & cura, & rationes reddiderint, eademque eſt hæredis ipſorum ratio: verum nihilominus adoleſcenti ipſi ſi velit litem cœptam proſequi, licet.l. negotio.l.tutor.l.vlt.hic.l.ſi actor.C.eo.l.vlt. infr. ſi penden. appellatio. Dominus pro ſeruo cōdemnato recte appellat, ſed non contra ſeruus pro domino.l.ſerui.l.cuiuis.l. creditor. Alia eſt cauſa filiifamilias qui nomine patris appellat, ſi aduerſus patrem eius de bonis, quæ per ipſum acquiri poterāt, pronuntiatum ſit.l.ex conſenſu. §.1. Abſens ſi per contumaciam ſit inducta cauſa condemnatus non auditur appellans.l.ex cōſenſu.hic.l.& poſt edictum.ſup.de iudiciis. Si quis tamē iuſſus fuerit rationes exhibere, & quia non perierat, iudicis arbitrio condemnatus fuerit, appellatio ei non denegabitur. l. creditor.§.vltim.

CAP. III.

Finis appellationis.

FInis hic eſt, vt ſententia quæ dicitur iniqua eſſe corrigatur & reſcindatur.l.2.in prin.hic.l.1.§.vlt.ad S.C. Turpil.C. nam etſi iniuſta fuerit pronuntiatio, ſi non fuerit appellata, tenetur, quaſi damnatus conſenſu ſuo eam probare videatur, quod & in electione ſeu nominatione ad munus aliquod publicum locum habet.l.2. qui.l.ciues. C. eo. proinde cum ſententia nulla, nec eam exequi poteſt iudex, fruſtra interponitur appellatio. l. ſi expreſſum. l. ex conſenſu. hic. & infr. quæ ſent. ſine appel. reſcin. & C. quando prouoc. non eſt neceſſ. Idque dicendum eſt de quacunque nominatione & electione, in qua ſolennitas deeſt, quæ ideo intereſt nulla.l.ſi cenſeat. hic.l.nominationes.C.eo.

IN TIT. III. QVIS A QVO APPELLETVR.

CAP. IIII.

MAGISTRATVVM alij maiores ſunt, alij minores, & inferiores, & ab inferioribus ſuperiores appellantur, vt ab illis aliquando princeps appellari debet.l. imperator.hic. Quid ergo ſi per errorem magiſtratus vnus pro alio prouocatus fuerit, diſtinguit Vlp.in l.1. Nam ſi quis minorem appellauerit pro maiore, nocet ei error, adeo vt non appellare intelligatur. Si vero contra maiorem vel parem non nocet, ſed perinde cognoſcere debet is qui appellari debuit, ac ſi nominatim appellatus fuiſſet.l.1.§.ſi quis in appel. Huc pertinent duo tit. à quib. appel. non lic. quis à quo appel. Item pleræq; tam Conſtantini quam Iuſtiniani conſtit. ſub tit. de appel. C.l. ſi apud.l. à proconſule. l. cum appellatio.l.cum poſt.l. præcipuus.l.de caſu.l.in offeren.l.ſi quando. vel Nouel. conſtit.&c. De eo qui ſentētiam exequitur, quæſitum eſt, & conſtat ab eo appellari non poſſe, niſi modum iudicationis excedat, & male ſententiam interpretetur, ſi forte interpretandi poteſtatem habeat. l. ab executione. hic. l. ab executione. C. quomodo appel. non recip. à principe & ſenatu non appel. l. 1. quod & in Francia non obſeruatur, ſed tamen proponitur error aduerſus arreſtum ſupremæ Curiæ. Sic à præfecto prætorio non appellatur. ſup. de off. præfec. prætor. ſed ſupplicatur principi, cui parlamentum aliquod in Francia, ſicuti diximus, deinde qui renuntiauit appellationi appellare nō poteſt, etſi iudex datus ſit à principe vt appelletur ab eo.

CAP. V.

Quomodo interponi appellatio debeat.

VNa voce appellatio apud acta interponi poteſt illico, nec tunc eſt neceſſarius libellus, ſed ſufficit dicere, appello.l.2.hic cap.2. vt debito.c. conſuluit. ex eo. Si vero non ſtatim appellatio interponatur, libellus, qui dicitur ἀπόστολοι, iudici à quo appellatur dandus eſt. l. à ſententia. §. vltimo.l. litigationibus. C.eo. Formam vero & conceptionem huius libelli docet hic Vlpian.l.1.§. vlt. l.3. l.appellanti. quod autem

dixi

dixi eſſe offerendum libellum iudici à quo appellatur, ſic accipiendum eſt, niſi propter violentiam eius facere non auſit appellans: quo caſu proponi publice ſufficit. leg. cum quidam hic. & C. de iis quæ per met. iudic. c. vlt. C. eo. Illud poſtea notandum eſt, ſi qui ſeparatim fuerint damnati, licet ex eadem cauſa, pluribus appellationibus opus eſſe. l. ſi qui ſeparatim. idem ius eſt, etſi in vna cauſa duplex ſententia diuerſa datur, veluti vna ſortis, alia vſurarum. l. cum in vna. denique ſiue quis appelletur voce, ſiue per libellum, cauere debet, ne à iudice conueniatur, alioqui puniendus eſt. l. illud hic. Hodie, in Francia dico ex lege Regia appellandum eſt, aut ſi abierit litigator, ſimulatque peruenerit ſententia ad ſuam notitiam, & hoc in regionibus quæ moribus reguntur, & releuabitur regio reſcripto quæ non appellauit incontinenti: in regionibus iudicialibus ius authenticum obſeruatur, quod præſcribit intra decem dies eſſe appellandum. l. eos. & l. ſeq. hoc tit.

IN TIT. IV.

INTRA QVOD TEMPVS APPELLANDVM SIT.

CAP. VI.

IVRE veteri conſtitutum erat biduum in cauſa propria, triduum in aliena, in l. 1. quando appel. ſit. l. dos. §. ſin autem. C. de appel. ſed noua Iuſtin. conſtit. 10. dierum tempus conceditur, in auth. de appel. & int. quæ tempora. Elapſo igitur eo tempore quod legibus ſtatutum eſt, nemini licet amplius prouocare, tametſi forte miles ſit, leg. ſuſpectum. hic.

CAP. VII.

De officio iudicis a quo appelletur.

APpellationem interpoſitam iudex à quo appellatur, percipere debet, & apoſtolos ſeu literas dimiſſorias appellanti dare, alioqui mulctari eum oportet. l. quoniam iudices. C. eo. l. 1. de libel. dimiſ. l. dimiſſo. infr. de verb. ſignif. Item geſta litigatoribus vnà cum relatione intra dies 30. præſtare debet. l. iudicibus. C. eo. nec impedire debet appellantem, quominus ſuam appellationem libere proſequatur, & ad eum qui de appellatione eſt, accedat. l. imperatores. hic. quod autem dixi recipiendam eſſe appellationem, vtique verum eſt, niſi iuſta cauſa ſit, propter quam recipi non debeat, vt infr. de appel. recip. & C. quomodo appel. non recip. Siue autem recepta ſit appellatio, ſiue non, medio tempore nihil nouari oportet, vt infr. nihil noua. appel. vnde incarceratus ſi appellauerit, in eadem cuſtodia manere eum oportet. l. nunc. C. de appel. Excipiuntur tamen aliqui caſus, in quibus propter vtilitatem aliquid innouare permittitur. l. cum in vna. l. imperatores. Quid igitur refert, dixerit aliquis, an recipiat necne? Reſpondeo, cum cœpta eſt appellatio, nihil omnino nouãdum eſſe, antequam de appellatione fuerit pronuntiatum, cum vero cœpta eſt, tamdiu ſuperſedendum, dum princeps ad quem retulit, deliberauerit, recipiendane ſit, an reſpuenda appellatio, præterquam exceptis caſibus, de qua deliberatio olim fieri ſolebat, antequam appellatio iuſta, aut iniuſta pronuntiaretur. d. l. 1. l. conſtitutiones. hic. l. ſciendum, infr. de appel. recip. l. 3. l. ſi appellationem. C. eo. l. chirographis. de adminiſtr. tut. l. ſi quis filio. de iniuſto, rupto & irrito teſta. Atque ego ita cenſeo de re hac, quæ vulgo mala doctorum explicatione.

CAP. VIII.

De proſequendis appellationibus.

QVi appellauit à ſententia iudicis, appellationem proſequi debet intra conſtituta tempora, ipſe autem procurator vel tutor, l. dominus. §. ſi actor. C. eo. niſi præſentia ductus deſiſtere & renuntiare appellationi maluerit. l. ſi quis libellorum. C. eo. Alioqui tanquam deſerta appellatione ſententia mandatur executioni. l. quoniam nonnulli. l. ſi conſtat. C. eo. Si quis tamen fato & caſu impeditus fuerit, ne intra tẽpus legitimum exequeretur appellationem, ei ſuccurrendum eſt. l. præſens. C. eo. Et notandum eſt eum qui appellat, actoris partibus fungi. Itaque iuſte ſe appellaſſe docere cogitur. l. ſi qui. C. eo. c. interpoſita. extra eo. nec prohibetur quocunque modo poterit, & quacunque etiam cauſa appellationem tueri, tametſi in appellatione interponenda certam cauſam expreſſerit. l. 7. hic. At ſi quid à ſe omiſſum coram iudice inferiore, aut non probatum animaduerterit, ad id allegandum coram ſuperiore iudice, ac probandum admittitur. l. eos. §. 1. C. eo. l. per hanc. C. de tempor. appel.

Intra quod tempus. CAP. IX.

VEteribus conſtitutionibus certa erant definita tempora, quæ ideo fatalia dicebantur, quod eorum lapſus veluti quidam lapſus eſſet appellationis interpoſitæ, niſi à principe impetrata eſſet, toto tit. ſupr. de tempor. appel. Sed eo iure abrogato ſtatuit Iuſtinianus ad proſequendam appellationẽ vnius anni tempus, aut ob iuſtam cauſam biennium. authen. ei qui. de appel. & intra quæ tempor. appel. quod & iure Pontificum confirmatum eſt, poteſtate tamen data iudici à quo appellatur, breuioris temporis ſpatium definiendi. cap. cum ſit Romana. extra eodem tit.

CAP. X.

Officium iudicis ad quem appellatur.

IVdex appellationis debet pronuntiare iuſtam aut iniuſtam appellationem eſſe, nec remittere negotium ad iudicem, vnde appellatum eſt. l. eos. in prin. C. eo. poteſt tamen eã cognitionem alteri delegare, ſi iuſta cauſa id fieri ſuadeat. l. cum poteſt. C. eo. Quod ſi is per quem appellatum eſt, licet ipſe non appellauerit, de iniquitate quoque ſententiæ conqueratur, eius rationem non minus quam aduerſarii habebit iudex. l. ampliorem. C. eo. Si igitur iniuſtam eſſe appellationem cognouerit, ſententia per ipſum confirmabitur executione. l. præcipuus. C. eo. Præterea pœna antiqua plectetur à iudice, is qui temere appellationem proſequutus eſt. l. eos. §. nec temere. & quidem grauiore, ſi appellatio percepta ob iniuſtam cauſam non fuerit. l. à proconſulibus. C. eo. l. ab executore, quorum appel. non recip. C. Si vero iuſta viſa ei fuerit appellatio, ſententiam infirmabit, condemnabitq; victũ ad earum etiam rerum reſtitutionem, quæ ex cauſa iudicati, ex neceſſitate iudicii ſoluta ſunt. l. cum ex cauſa. & hæc victoria non proderit tantum appellanti, ſed cæteris quoq; eadem ſententia condemnandis, ſi vna eademque cauſa fuerit defenſionis. l. ſi qui ſeparatim. hic. & C. ſi vnus ex plurib. appel. c. pen. &c.

IN TIT. XIV.

DE IVRE FISCI.

Quid ſit fiſcus CAP. I.

FIſcus dicitur pecunia publica, autore Aſconio, à fiſcis, id eſt ſportulis. Fiſci (ait) ſunt ſparteæ vtenſilia ad maioris ſummæ pecunias capiendas. Vnde quia maior ſumma pecuniæ quam priuatæ eſſe ſoleat, factum eſt, vt fiſcus pro pecunia publica, & inde confiſcare dicatur. Differt nonnunquam ab ærario, quia fiſcus dicitur pecunia Imperatoris priuata, quæ vulgo Domanium dicitur. Ærarium vero pecunia publica & imperii. Plinius in panegyr. *At fortaſſis non eadem ſeueritate fiſcum qua ærariũ cohibes, imo tanto maiore quãto plus tibi licere de tuo quam de publico credis.* Tacitus lib. 5. *Bona Seiani oblata ærario, vt in fiſcum cogerentur.* Spart. in Adria. *Damnatorum bona in fiſcum priuatum redigi vetuit, omnium ſumma in ærario publico recepta.* Sed promiſcue vtuntur iuris auctores his verbis, nec vlla eſt hodie inter fiſcum & ærarium differentia. Vnde dicitur in l. 2. ne quid in loco publico. res fiſcales quaſi proprias & priuatas principis eſſe. Nam par ius paremque poteſtatem in has omnes res habet, l. bene à Zenone. C. de quadr. præſcript. Vt autem intelligatur, cur de iure fiſci inſcribatur hic tractatus, ſciendum eſt veteres magnam habuiſſe curam fiſci augendi locupletandique, quod aliter ſtatum publicum tueri non liceat. Itaque multa priuilegia habet fiſcus, quæ priuatis hominibus non competunt. Quæ omnia & Cæſaris qui deſignatus imperator eſt, & Auguſti rationi tribuuntur, l. fiſcus. §. vltim. Olim ſub malis Principibus grande piaculum habebatur fiſco non fauere, vt teſtatur Plinius in Panegyr. Verum Modeſtinus nõ putat eum delinquere qui in dubiis quæſtionibus contra fiſcum facile reſponderit. l. non puto.

Cap. II.

Quibus ex cauſis res alienæ fiſco acquirantur.

CAlliſtratus varias refert cauſas ex quibus fiſco aliqua res acquiritur.l.1. Nos ſingulas hic referemus, quibuſdam aliis additis quæ aliunde colliguntur. Prima cauſa eſt, Cum fideicommiſſum incapaci tacite relictum eſt: vtrunque enim neceſſarium eſt. Adeo vt palam relictum quamuis incapaci, fiſco non acquiratur, nec tacite relictum, ſi capi poſſit. l. 1. de delatorib.l.3.l.ita fidei.40. Fiſcus autem ex hoc tacito fideicommiſſo in rem actionem habet, l.imperator.43. Verum his ignoſcitur qui ſeipſos deferunt, parte dimidia ipſis data in delationis huius profeſſioniſque præmium.l.edicto.13.l. Senatus.§.Senatus.& l. Arianus.42. Ac ſi reſtituta ſit hæreditas ex Senatuſconſulto Trebelliano, non totius, ſed dodrantis tantum pars dimidia deferenti dabitur.l. cum tacitum. Hinc tractatur quæſtio in l.Statius Florus.in prin. Denique ſuccurritur ei qui propter ruſticitatem vel ſexum fœmineum iuris ſui ignatus ſe detulit.l.2.§.vlt.& l.edicto.§.vlt. Secunda cauſa eſt, Cum mors defuncti ab hæredibus non vindicatur, aut cum hæres alias indignus hæreditate reperitur. Quo caſu vindicata fiſco hæreditate, legata & libertates manent, l.14. Idem dicendum eſt & de marito vxoris mortem non vindicante, vt ſcilicet dos fiſco vindicetur, &c.l.cum mortem. Exempla huius rei multa ſane peti poſſunt ex tit. de his quibus vt indign. lega.ſupr. Et vnum hic extat de eo qui hæres inſtitutus eſt vt filius. ſed poſt mortem eius qui pater dicebatur, ſuppoſitus declaratus eſt, l.aufertur.in prin. Tertia cauſa eſt, Cum Princeps hæres inſtitutus eſt: quo caſu ſi teſtamentum vel codicilli ſurrepti ſint, nuntiari ſolet.l.1.& l.aufertur.§.pen. Quarta cauſa eſt, Cum quis theſaurum inuenit in loco publico. l. 3. §.vlt.Inſtit.de rer.diuiſ. Alias theſauri inuenti partem nullam fiſcus capit. C.de theſaur.& Inſtit.de rer.diuiſ. §. Theſauros. Quinta, Bona damnatorum fiſco acquiruntur.tit. de bonis damna.ſupr.& l.bona. Quod & in his plerunque locum habet qui ante ſententiam aut accuſationem deceſſerunt, l. ex iudiciorum. ſupr.de accuſ.& l.Lucius.infr.& l.in fraudem. §. 1. Ab eo autem qui in reatu eſt, bona fiſcus non aufert, l. aufertur.46.§.in reatu. Sexta cauſa, Si quis domum diruerit negotiationis cauſa: quo caſu duplum pretii fiſco acquiritur. l. 2.hic.& l.Senatus.de contrah.empt. Septima cauſa, Si quis deſtiterit ab accuſatione: quo caſu incidit in pœnam Senatuſconſulti Turpil. quæ eſt quinque librarum auri.l.3. ſupr. de præuari. Octaua cauſa, Si res litigioſa venierit.l.1. Sed hoc forte inſertum eſt verbis Calliſtrati ex conſtit. Iuſtinia.l. vlt. C. de litigioſ. Nona cauſa eſt, Cum ex priuato contractu pœna commiſſa eſt, quam conuenerat fiſco acquiri. Notat in l.arbiter.de recept.arbit.l.ea quidem.C.ſi manci.ita fuerit alienat. Quo caſu agit priuatus, ſed ad fiſci vtilitatem. Decima cauſa, Commiſſa fiſco vindicantur de quibus ſub tit.de publ. & vectig. ſup.l.cotem.§.dominus, &c. Vndecima cauſa, Addendũ eſt Calliſtrato, bona inteſtati qui nullum legitimum hæredem reliquit, ad fiſcum pertinere.l.1.& 4.C.de bon.vacant. l. 4.C.de præpoſ. ſac. cubil. Duodecima, Captiuorum obſidumq; bona in fiſcum coguntur, niſi, &c.l.diuus, & l.ſequenti. Reperiuntur & alia exempla huiuſmodi acquiſitionis in tractatu, veluti, Si magiſtratus in prouincia aliquid comparauerit.l.aufertur.§.quod à Præſide. Si quis aliquid ſciens in fraudem fiſci ſuſceperit.d.l.aufertur. §. 1. & l.in fraudem.in prin. De his qui in metallũ damnati ſunt, quæritur an ſi quid eis legatum ſit, fiſco acquiratur? Et Calliſtratus ait non acquiri fiſco: quia quamuis libertatem amiſerint, & ſerui pœnæ effecti ſint, fiſci tamẽ ſerui non ſunt.l.in metallum. Item fiſcus litem ſibi vltro donatam non ſuſcipit.l.res quæ.§.pen. Notandum eſt cum bona alicuius deferuntur fiſco, eum creditoribus ſatisfacere debere.l. non poſſunt, ſed, quatenus bona ſoluẽdo fuerint.l.1.§.an bona. Quamuis alioquin hæres ſupra vires hæreditatis teneatur creditorib.l.quæ dotis.ſolut. matr.

Cap. III.

De nuntiatione ſeu delatione.

VTilitas fiſci poſtulat, vt ſi quid ad fiſcum pertineat ob cauſas iam dictas, aut alias huiuſmodi, quod fortaſſis lateat, nuntiare ac deferre volentes audiantur. l. 1. Dixi volentes, propterea quod nemo inuitus nuntiare cogitur.l.res quæ. §. vlt. Nuntiatio autem hæc bonorum vacantium nomine quadriennio finitur, tametſi in aliis pleriſq; cauſis tempus viginti annorum præſtitutum ſit.l.1.§.Diuus.hic.l.intra.& l. in omnibus.ſupra de diuerſ.& tempor.præſcript.

Cap. IV.

De his qui deferre poſſunt, & non poſſunt.

MArtianus lib. ſingulari de delatoribus quaſdam perſonas recenſet quibus deferre non licet.l.deferre. Cuiuſmodi ſunt mulieres, clariſſimi viri, damnati, veterani milites. Sed in his qui ſe deferunt, de quibus ante diximus, delectus perſonarum non habetur.l.ait Diuus.16. Sunt & alii qui certas perſonas deferre prohibentur, vt puta, tutores, curatores, cauſam pupillorum vel adoleſcentum deferre non poſſunt. Item ii qui quaſi curatores negotia alicuius geſſerunt. d.l. deferre. Serui quoque deferentes dominos ſuos, aut liberti patronos, pœna plectuntur.l.2. §. pen.l.edicto.§.vlt.& l.vlt.C. de delator. Illud notandum eſt delatorem eum non eſſe qui protegendæ ſuæ cauſæ gratia aliquid ad fiſcum denuntiat. l. delator.l.deferre.§.ſi communem.hic.l.3.C.de delator. quare hic prohibitus non intelligitur, &c.

Cap. V.

De ratione nuntiandi ſeu deferendi, & de his quæ ex ea nuntiatione conſequuntur.

POſtquam fiſco aliquid nuntiatum eſt, ſi nuntiator edictis de more vocatus à præfecto ærario, non adſit, abſoluitur reus: & ſi poſſeſſor adfuerit, tantum fiſco præſtare cogetur nuntiator, quantum apud fiſcum remaneret, ſi profeſſionem eam impleuiſſet.l.Senatus.§. quod ſi tribus. l. Arianus. Præterea delatori publicam cauſam defendendi ius adimitur. l.2. §.Senatus. In ſumma delator eandem pœnam fert, ſi citatus ad edictum non reſponderit, qua teneretur ſi cauſam non probaſſet.l.Senatus.§.diuus. Compellitur etiam delator edere mandatorem ſuum, quia pari pœna vterque plectitur. l. 2. §.Diuus.l.Senatus.§.ſi quis delatorem.l.non tantum. Si adfuerit delator & reum condemnauerit, præmium conſequetur, quod vulgare Paulus vocat.l.edicto.§. extat. Et exiſtimo quadrupulum illud eſſe, cuius meminit Aſconius. Vnde Quadruplatores dicti, quamuis ſeipſum deferens dimidiam partem lucretur. Si non probauerit delator puniendus eſt. l. de eo.& l.extat. Aut ſi ab accuſatione deſtiterit non impetrata abolitione.l.Senat⁹.in prin.l.res quæ.§.vlt.& d.l.de eo. Eſtq; eadem pœna qua diximus eum puniri, qui vocatus ad iudiciũ non venit, non adeſt, l.Senatus.& l.Arianus. Sed & infamia quoque notatur delator ob calumniam ſuam.l.2. in prin.hic. Excipiuntur aliqui caſus in quibus delatori ignoſcitur, quamuis non probauerit.l.2.in prin.hic.l.2.3.4.C.de delatorib. Si vero reus cum delatore pactus ſit, eumque corruperit pretio vel modico dato, pro confeſſo habetur, l.in fiſci.l.eius, qui delatores.& l.imperatores.

Cap. VI.

De acquiſitione & adminiſtratione rerum fiſcalium.

REs delatæ fiſco incoporantur, ſecundum formam conſtitutione expreſſam.l.3.C.de bonis vacantibus. Nemo autem poteſt eas res ſibi vindicare prætextu donationis à Principe impetratæ, tametſi liberalitas nemine poſcente in aliqua collata valeat.C.de petit.bon.ſublat. Quod ad adminiſtrationem attinet, animaduertendum eſt, ſi pecunia ſit, ita adſeruandam eſſe, vt fœnerari aut mutuam dare non liceat. tit.de his qui ex publicis rationibus. Aliæ vero res interdum venduntur aut locantur. Itaque de venditione primum, & poſtea de locatione videndum eſt.

Cap. VII.

De venditione rerum fiſcalium.

REs quæ fiſco competunt, de quibus eſt controuerſia, vendi poſſunt à Procuratore Cæſaris.l.res quæ.hic.l. defenſionis facultas.hic.C.eo. Sed & ſi rem cum alio communem fiſcus habeat, eam diſtrahere totam ei licet.C.de vendit. rerum fiſcal. Actores ſane bonorum fiſco vindicatorum venundari prohibentur.l.bonorum.& l.ne procuratores.l. aufertur.§.actores. Modus autem venditionis eſt, vt res fiſcales iuſto veroque pretio vendi debeant, quare fides diligentiaque à procuratore exigitur.l.3.§.Diui. Forma autem & ordo ven-

do venditionis traditur ſub tit. de fide inſtrumentor. & iure haſtæ fiſcalis.

Cap. VIII.

Effectus venditionis.

VEnditionis fiſcalis effectus hic eſt, quod res auctore fiſco ſolenniter diſtractæ ſtatim fiunt emptoris. l. 5. Quãuis forte fiſci eæ non fuerint, ſed intra quadriennium fiſcus eo nomine poteſt à domino conueniri. C. de quadrien. præſcrip. §. vlt. Inſtit. de vſucap. Verum re euicta fiſcus nec duplum nec aliam pœnam debet, quamuis promiſſa ſit à procuratore. d. l. 5. Quamuis autem emptor ſtatim dominus fiat, nec poſſit ab alio conueniri, tamen is qui bona vacantia emit à fiſco, actionem quæ contra defunctum competebat excipere debet. l. eum qui. Fiſcus igitur venditionem à ſe factam retractare non poteſt. C. ne fiſcus rem quam vendid. euinc. Niſi forte ſolennis ordo venditionis amiſſus fuerit. C. de fide inſtrumentorum & iure haſtæ fiſcalis. Aut magni pretii res minoris empta ſit. l. 2. De fructib. rei venditæ, tractatur quæſtio in l. vlt. de qua ſcripſi in l. fructus. ſolut. matr.

Cap. IX.

De locatione rerum fiſcalium.

RES fiſcales locari ſolent in quinquennium, valetque huiuſmodi locatio vſque ad finem huius temporis. Nam finito tempore liberum eſt à locatione recedere. leg. 3. §. quinquennium. Quamdiu autem tempus locationis durat, licet conductori aliis locare periculo ſuo. l. Moſchis. §. vlt. Hæc omnia accipienda ſunt, ſi idoneis perſonis res locatæ ſunt. Nam minoribus locari non debent, ne beneficio ætatis vtantur. l. in fraudem. §. vlt. & C. ſi aduerſus fiſcum. Adde tit. C. de locatione prædiorum ciuil. Conductor re locata vtitur fruitur, nec minuere quicquam aut transferre licet. l. in fraudem. §. conductor.

Cap. X.

De cauſis actionibusque fiſcalibus.

QVomodo ſint conueniendi fiſci debitores, traditur ſub tit. de conueniendis fiſci debitoribus. C. Adde debitores debitoris aliquando conueniri poſſe. l. 3. §. multa. hic. & C. quand. fiſc. vel priuat. In his cauſis quæ apud Præfectum ærarii vel procuratorem fiſci aguntur, l. ſenatus. §. vlt. l. Arianus. aduocatus fiſci præſens eſſe debet, l. 3. §. diuus. & l. 7. Dilatio debitori ad comparandam pecuniam datur ſecundum quantitatem pecuniæ debitæ. l. in fraudem. §. fiſcalibus. Cõpenſatio poteſt opponi fiſco, præterquam in caſibus exceptis, ſed opponens ſibi debitum intra duos menſes probare debet. l. aufertur. Inſtrumenta fiſco edere cogitur reus. l. 2. idque in fiſco ſingulare eſt. l. 3. de edendo. De hac aditione vide l. in fraudem. §. neque. Fiſcus in omni cauſa ius pignoris habet. l. aufertur. §. fiſcus. Sed non præfertur iis qui expreſſam hypothecam anteriorem habent, ſi ea ſpecialis ſit. Si vero generalis ſit hypotheca bonorum omnium præſentium & futurorum, conſtitutum eſt in re poſtea acquiſita fiſcum potiorem eſſe debere, l. ſi qui mihi. 28. id eſt, vt ego interpretor, poſt fiſcalem contractum. Nam in acquiſitis poſt obligationem cũ priuato contractam ante fiſcalem contractum fiſcus potior non eſt. l. vlt. qui potiores in pignore habeant. Quas vſuras exigat fiſcus, & quæ ab eo exigantur, vide titulum de fiſcalib. vſur. Lata ſententia aduerſus fiſcum aliquando retractatur. l. imperatores. de re iud. & tit. C. de ſent. aduerſus fiſcum. Differuntur aliquando priuatorum cauſæ, ne fiſco præiudicium fiat. l. apud. Priuilegium protopraxiæ habet fiſcus, cum rem perſequitur, non pœnam. leg. non poſſunt. l. quod placuit. l. ſi Statius. §. vlt. hic. & tit. C. de pœn. fiſca. Fiſcus cum in ius priuati ſuccedit, iure priuati vtitur, pro anteriori tempore, l. 6. vtitur priuilegio etiam in hæredem debitoris. l. eum qui. 33.

In ſecundam partem operum

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI; AD CLARISSIMOS GENERE, DOCTRINA ET VIRTVTE VIROS, PHILIPPVM ET ANTONIVM GEIDEROS, FRATRES, NORINBERGENSIS REIPVBLICÆ SENATOREM & Aſſeſſorem; NICOLAI CISNERI Tribunalis Imperii Aſſeſſoris,

PRÆFATIO.

CVM in aliis bonarum rerum diſciplinis & artibus, præſertim, quarum omne opus eſt in agendo: tum magna eſt in iuris prudentia opinionum diſcrepantia. Nam ius ſuis temporibus fuiſſe, quod inter peritiſſimos ambigeretur, & in multis articulis aliud alii viſum non vno in loco Cicero *a* demonſtrat, ac temporib. Augusti Ateium Capitonem, & Antiſtium Labeonem Iuriſconſultos, veluti diuerſas ſectas Iuriſconſultorum feciſſe, multa innouante Labeone, easque diſſenſiones poſtea à Maſſurio Sabino & Nerua auctas, cum ille Capitonem, hic Labeonem ſequeretur, rurſuſque Sabino C. Caſſio, Neruæ Proculo ſuccedente, adeo illa diſſidia creuiſſe: vt alii Caſſiani, alii Proculiani appellarentur, author eſt Pomponius *b*: qui etiam quos vterque ſucceſſores & ſectatores habuerit, ad Saluium Iulianum vſque commemorat. Sed cum illæ controuerſiæ quarum multa adhuc veſtigia in Pandectis extant, de ipſis iuris capitibus & quæſtionibus eſſent: noſtris temporibus non ſolum de iuris articulis diſſidentes ſunt opiniones: verum etiam de toto genere id interpretandi & tractandi, & inter peritos & ſtudioſos iuris ſumma eſt diſſenſio. Quod ſi eruditorum in iure multiplices ſint ſententię, quibus prudens eſt iudicium, quo æquum ab iniquo, iuſtum ab iniuſto diſtinguant, multo maiores indoctorum in opinionibus de iure varietates ſint oportet: cum imperitia impediantur, quominus quid æquũ bonumque ſit cernere queant. His enim ſunt obtuſiora ingenia, infirmiora iudicia, faciliores & frequentiores, & ad errandum & ad diſſidendum cauſæ & procliuitas. Quamobrem vt non tantum diſcernere poſſimus recta & ſincera iudicia à vitioſis & deprauatis: verumetiam quod optimum ſit exquirere, certæ notæ & formulæ ſunt conſtituendæ, quibus ea diiudicare poſſimus.

a Lib. 1. de Orat. libro 7. Epiſt. ad Trebat. 23.

b l. 2. § poſthumi. & ſeq. ad fi. de orig. iur.

Ac primo quidem ſciendum, Philoſophos & κριτήρια, inſtrumenta nobis à natura ad iudicationem indita, & τὰ ὄντα quæ iis ſubiecta ſunt, & ipſa cognitionum genera diſcriminare, vt id pluribus aliis in locis expoſui, quæ hic perſequi nimis longum fuerit. Vt autem τὰ νοητὰ καὶ διανοητὰ, quæ mente ſiue intelligentia comprehenduntur, & vi ratiocinandi concluduntur, ſimplicia, perpetua, & neceſſaria ſunt, ſic & ſimplex eſt eorum comprehenſio, & ſcientia certa, γνωστικὴ ἐπιστήμη: cõtra perinde, vt τὰ αἰσθητικὰ ex diuerſis partibus compoſita, caduca, incõſtantia ſunt, aliterque atq; aliter ſe habent: ſic & varia & diuerſa multiplexq; eſt eorum apprehenſio & cognitio ἐξ ἐμπειρίας στοχαστική. Et enim à ſenſibus profecta atq; percepta, & τῇ εἰκασίᾳ imaginatione collecta, τῇ συμπαρατηρήσει καὶ ἐμπειρίᾳ obſeruatione, vſu & experientia probatur & confirmatur. Huius poſtremi generis cum omnes artes ſunt ἀρχιτεκτονικαί, tum πολιτικαὶ vniuerſa ciuilis facultas, cuius pars eſt iuriſprudentia.

Quoniam igitur non modo ex ipſarum rerum in quibus hæc poſita eſt, affectione & natura, ſed & ipſorum Iuriſconſultorum in diuerſas quaſi partes diuiſione, difficile eſt certum quid conſtituere: magna cura & diligentia ingenii acies ad bona eligenda, & reiicienda contraria, eſt exacuenda. Quod cum generali illa veri & falſi diſcernendi ſcientia, & cuiuſque diſciplinæ quaſi propriis inſtrumentis, tum his duabus rebus conſequemur: & ſi animaduerterimus, quid omnium conſenſu laudatiſſimis in ſua quibuſque arte probetur, quidque maxime in iis excellat: & ſi ſingularum facultatum præcepta atque regulas obſeruauerimus, & ad vſum applicuerimus. Nam illi longa & diligenti obſeruatione eorum quæ in ſua arte præclara & præſtantia eſſe intelligebant, formam quandam eius diſciplinæ cui dediti erant, abſolutam mente, animoque comprehendebant. Quam ſubinde intuentes quid ei ſimile, quid diſſimile eſſet, quid ab ea propius, quid longius abeſſet cernebant, & in imitando atque exercendo, vt eam affingerent, ſtudium actioneſque ſuas dirigebant. Ex eadem quaſi imaginem quandam animo adumbratam ducentes, notiones, præcepta, & axiomata artium, & doctrinarum conſtituerunt. Hinc Cicero de iis artibus, quæ in rerum actione verſantur, diſſerens *c* ait, quicquid ſit, de quo ratione & via diſputetur, id ad vltimam ſui generis formam, ſpeciemque eſſe redigendum. Itaque ſi his quoque notis in diſſidentibus Iuriſconſultorum & interpretum opinionibus diiudicandis vſi fuerimus, non erit difficile ſtatuere, quid cum in dubiis quæſtionibus, tum in tanta de tota fere doctrina, ac interpretandi iuris ratione diſcrepantia ſit probandum, quid improbandum. Nam qui poſt illos Iuriſperitos, quos Pomponius recenſet, ſectarum illarum ſtudio non tenebantur, præclara & ſcientia, & exquiſito iudicio præditi, Iuris auctores, nunc Proculi ſiue Proculianorum, nunc contrariam Caſſianorum, ſiue Sabinianorum, nunc intermediã inter vtramque ſcholam amplectebantur ſententiam. Eadem libertate iudicandi vſi ſunt qui inſtitutiones compoſuerunt, id quod ex magna copia aliquot exemplis oſtendere viſum eſt.

c In oratore ad Brutum.

Neruæ igitur & Proculo reiecta Caſſii & Sabini opinione, Paulus in leg. 1. de contrah. empt. Diui Principes ante Iuſtinianũ, & Iuſtinianus ipſe in §. item pretium. Inſtit. de empt. & vend. in hac quæſtione aſſentiuntur, an ſine nũmis emptio & venditio dici, vel in cæteris rebus pretium eſſe poſſit: vtriuſque enim partis argumentis expoſitis & examinatis concludunt, aliud eſſe emptionem & venditionem, aliud permutationem: nec ſine pretio ſiue nũmis emptionem & venditionem conſiſtere poſſe. Sic & Paulo in l. ſed Proculus. ff. manda. & Iuſtinianus in §. is qui exequitur. Inſtit. eo. Proculi

ſententia

ſententia & verior, & benignior viſa eſt in hac hypotheſi, cum quis in obeundo mandato plus præſcripta ſumma impendit. Nam Sabinus & Caſſius negauerunt mandati actionem competere, etiam ſi vſque ad præſtitutam ſummam agere voluerit, & paratus ſit id quod excedit remittere. Contra Proculus & diuerſæ ſcholæ auctores recte vſq; ad pecuniam ſtatutam acturum exiſtimant. Ita in hac inter eos diſceptatione, quæ proponitur in l. quidam. ff. de iure codicil. An legata, quæ poſtea quam inſtituti mortem obierint, codicillis adſcripta vel adempta ſint, à ſubſtitutis debeantur, an perinde datio & ademptio etiam hoc tempore codicillis facta valeat, ac ſi teſtamento facta eſſet, cum id affirmarent Sabinus & Caſſius, Proculus negaret: vtriuſq; ſcholæ rationibus excuſſis, veriſſimam Proculi ſententiam eſſe Scæuola ait. In illa etiam quæſtione, quando pubes quis intelligatur, Iuſtinianus in prin. Inſtit. quib. modis tutel. finia. Proculeiorum ſententiam probauit. Nam vt Vlpianus tradit tit. 11. §. vlt. in fragm. Inſtit. Caſſiani puberem eum dicebant, qui habitu corporis pubes appareret, Proculus autem qui quatuordecim annos expleuiſſet. Priſcus Iauolenus eum puberem eſſe, in quem vtrumque concurreret. Sed Proculi ſententia à Iuſtiniano recepta eſt. ratio petatur ex Macrob. lib. 1. cap. 6. Saturnal. Inter illarum quoque ſcholarum auctores controuerſum fuit, quando is qui certarum nundinarum diebus dari ſtipulatus eſt, petere poſſit. Sabinus ait primo die poſſe petere, Proculus eiuſque aſſeclæ, quamdiu vel exiguum tempus ex nundinarum ſpatio ſuperſit: cum hac Venuleius ſe ſentire, l. eum qui certarum, 138. ff. de verb. oblig. tradit.

Contra vero Paulus l. 1. ff. rerum amot. Sabinum & Caſſium ſequitur in hac inter eos controuerſia, an vxor marito furtum faciat. Cum enim Nerua & Proculus exiſtimarent furtum eam non facere, Sabinus & Caſſius autem facere quidem, ſed furti non eſſe actionem iure conſtituto: & Paulo & pleriſque placuit, cum ea quæ vxor fuit, furti agi non poſſe. Sabini quoque ſententiam Scæuola Proculi prætulit, in l. ſi duo rei. 93. in fin. ff. de ſolut. quod ſi fideiuſſor reum promittendi hæredem ſcripſerit, confundatur obligatio.

Sæpe vero vtriuſque ſcholæ placita moderatione, quadam temperabant. Nam in quæſtione illa quando ſtipulationes conditionem in non dando conceptam habentes committantur, veluti ſi Pamphilum non dederis, centum dare ſpondes? an cum certum eſſe cœperit dari non poſſe, quod in conditione eſt, an vero cum per promiſſorem ſteterit quominus daret. Pegaſus qui Proculo ſucceſſit reſpondit, non ante committi ſtipulationem, quam deſiiſſet poſſe Pamphilus dari. Sabinus autem exiſtimabat ex ſententia contrahentium, poſtquam homo potuiſſet dari, confeſtim agendum, & tam diu ex ſtipulatione non poſſe agi, quamdiu per promiſſorem non ſtetiſſet, quominus eum daret, Pampinianus in leg. 115. ita ſtipulatus. §. ſed ſi ita. ff. de verborum obligation. hanc litem temperatione quadam dirimens Sabini ſententiam ait recipi poſſe, ſi ſtipulatio non à conditione cœperit. Itaque ſpectandum eſſe tempus, quo certum eſſe cœperit, amplius fieri aut dari non poſſe, niſi ſtipulatio non à conditione cœperit. Ita media ſententia inter Proculianos & Sabinianos in hac controuerſia, cum quis ex aliena materia ſpeciem aliquam ſuo nomine fecit, cuius ea ſit, recepta eſt à Caio. in leg. adeo. §. cum quis à Paulo. in l. in omnibus. & duabus legibus ſequen. ff. de acquir. rerum domi. & à Iuſtiniano in §. cum ex aliena. Inſtitut. de rerum diuiſ. videlicet ſi ſpecies illa ad priorem materiam reuerti poſſit, eius eſſe cuius materia fuerit: ſin minus, potius videri dominum qui fecit. Eandem mediam ſententiam ſecutus eſt Paulus in non diſſimili ſpecie. in l. lana. 88. de legat. 3. Vlpian. vero alia quadam diſtinctione illa Pauli neglecta ſententiam Iuliani in eadem hypotheſi in leg. Minicius. de rei vindic. vt Sabinia, temperauit in l. Seium filii. 44. §. ſi Procula. de lega. 1. conſiderandum enim putat, vtrum ex materia ſpecies, vel ex hac maſſa iterum facta durauerit, an mutata ſit teſtatoris voluntas. Ipſe etiam Pomponius in l. 26. non amplius. §. vltim. de lega. 1. moderationem quandam adhibuit inter contraria eorundem placita, cum bonorum parte legata dubium eſt, vtrum rerum partes, an æſtimatio debeatur. Diſtinctione etiam vtriuſque familiæ ſententias moderatus eſt Paulus in l. illud quoque. ff. de petit. hæred. Si enim lite conteſtata, mancipia, iumenta, aut pecora depoſuerint, cum damnandum reum eſſe in ſpecialibus petitionibus Proculo placuiſſet, Caſſius contra ſenſiſſet, hanc pugnam Paulus ita componit in prædonis perſona, Proculus recte exiſtimauit: in bonæ fidei poſſeſſore Caſſium atque hoc pleroſque dicere Vlpian. ait, in l. 15. item ſi verberatum. §. vltim. de rei vendic. ſed ipſe verius eſſe cenſet, ſi forte diſtracturus erat petitor, ſi accepiſſet moram paſſo pretium præſtandum eſſe. Nam ſi ei reſtituiſſet, diſtraxiſſet, & pretium eſſet lucratus. Eadem conciliatione vſus eſt in non diſſimili controuerſia inter eos auctores, a quibus diuerſæ illæ ſcholæ originem cœperunt. Vlpian. in l. item videndum. 18. ff. de petit. hæred. Ex his exemplis in quorum expoſitione longius ſum progreſſus, videre licet in huiuſmodi quæſtionibus iuris noſtri auctores, & Iuſtinianum non in vnius eiuſdemque ſcholæ ſententiam ſemper diſceſſiſſe, ſed vti viſum ex re fuerit, nonnunquam illius, nonnunquam huius placita ſectatos, nonnunquam temperatione quadam diſcrepantia inter ſe conciliaſſe.

Iam vero cum his noſtris temporibus non modo in multis iuris capitibus diuerſæ & contrariæ ſint Iuris & conſultorum & Doctorum opiniones, vt iam ante indicaui, ſed & ſummopere de toto genere doctrinæ, & interpretandi ratione, ipſorumque interpretum familiis, quæ quibus ſint anteferendæ inter ſe diſſideant: plurimumque referat, quam partem nos conſectemur, eiſdem illis notis & formulis à me ſupra propoſitis in delectu faciendo eſt vtendum. Nam ſatis conſtat tritam illam iam inde à Bartolo, à pleriſque interpretibus in docendo viam maiorum parentumque noſtrorum memoria in gymnaſiis ab omnibus fere interpretibus, tam conſtanter pertinaciterque ſeruatam, vt eius relinquendæ nunquam in animum vlli eorum venerit. Etſi enim in quarundam legum explicatione, nonnulliſque iuris quæſtionibus inter ſe diſſentiebant, vt à Bartolo Baldus, vt nunc ab illo, nunc ab hoc, vel aliquando ab vtroque, Chriſtophorus Caſtilionæus, eiuſque diſcipuli Fulgoſius & Cumanus, tamen interpretandi ratione congruebant. Itaque noſtra ætate valde inuidioſum eorum fuit inſtitutum, qui primi à recepta illa conſuetudine receſſerunt. Quanta enim inuidia flagrauit Alciatus, qui tamen inueteratum illum morem non adeo immutauit. Nam ab iis, qui tum primas ſibi in iuris ſcholis vindicabant, in Grammaticorum potius quam Iuriſconſultorum numero eſt habitus. Quam graue vero & acerbum odium eorum, qui vulgatam docendi rationem probabant, in ſe concitauit Baro, ipſe in epiſtola quadam, quam præpoſuit commentario de iuriſdictione quæritur, ſubinde ſibi cum nouis auditoribus, quæ ſtudio magis eorum quos ante audiuerant, quam iudicio illorum partes tuebantur, tam continens & acre bellum per annos aliquot fuiſſe: vt nullum tranquillum ſpiritum duxerit. Nec minori inuidia & odio laborauit Duarenus noſter, cum ipſe quoque ante annos 35. eandem ante Baronem in Biturigum Academia viam ingreſſus ius ciuile interpretaretur.

Ac quidem ex iſtis, qui diuerſam à communi & vſitata in docendo & interpretando rationem ineuntibus irati, & iniqui fuerunt, ingenioſiores & acutiores his cauſis commotos eſſe arbitror. Primo quod exiſtimarent hos de verbis magis quam re laborare: prudentiam autem omnem maxime vero iuris in rerum cognitione eſſe poſitam. Eam vero adeo magnam eſſe, & late patere, vt totum hominem deſideret, qui nihil aliud cogitet atque agat, ſed in id vnum ſumma animi contentione & diligentia per omnem ætatem incumbat. Itaque non tantum in eo illos conſequi poſſe putabant, qui non id ſolum operam ſuam conferrent, ſed & linguarum & antiquitatis cognitioni, aliiſque humanioribus diſciplinis vocarent, atque his qui ab ineunte ætate, vſque ad occaſum vitæ in eo vno omnem operam, omneque tempus conſumerent, propterea quod animus diuerſis occupatus & quaſi diſtractus ſtudiis tantum perficere non poſſit, atque, ſi vis eius in vnam diſciplinam ſit defixa ac conuerſa. Deinde quod literarum potius quam iuris ſtudioſos eſſe ducerent: qui florem tantum, non fructum ciuilis ſcientiæ conſectarentur, & colorem modo, non ſuccum atque ſanguinem Iuriſprudentiæ quærerent, exemplo à Budæo ſumpto, qui maxima ex parte in indaganda & interpretanda verborum ſignificatione elaborarit: difficiles reconditæ materiæ nodos non at-

tigerit, nec magna obſcuritate inuolutas quæſtiones explicarit. Tum quod nouitatis magis quam veritatis amore ab inueterata illa conſuetudine, eos deſciuiſſe ſuſpicarentur. Plerique vero, qui in loco aliquo atque ordine erant, idcirco illos infenſo animo oppugnabant, quod timerent, ne hoc nouo iuſtituto, tum ſua met exiſtimatio, quam ſibi hactenus compararant, decreſceret, tum authoritas interpretum, quibus ſummam deferebant, læderetur, cum inſtar legislatorum laudarentur, tum recepta Iuriſprudentiæ maieſtas labefactaretur, quæ omnia illi tamquam ſacroſancta ſarta tecta tueri & conſeruare cupiebant. Hos veluti auctores ſruitus grex reliquorum, qui alios ſtudio magis eorum à quibus toti pendebant, quam vllo iudicio inimice inſectabantur. Nam cum apud eos, vt olim teſte Cicerone apud Pythagoreos tantum opinio præiudicata poſſet, vt etiam ſine ratione valeret auctoritas, negabant hos Iuriſconſultos eſſe, qui non barbaro, horrido, & ſpinoſo illo genere orationis vterentur, quod Doctores ſui & ſuperioris ætatis interpretes vſurpare ſolebant. Vſque eo autem hi & latinitatem & elegantiam ſermonis exoſam habebant, vt qui eam colerent in Iuriſprudentiæ arcem euadere non poſſe putarent. Itaque à ciuitate Iuriſconſultorum in Grammaticorum prouinciam eos relegabant.

Rurſus qui illorum diſciplina deſerta, nouum hoc genus docendi atque interpretandi amplexi ſunt, bis rationibus ſe adductos profitentur, quod Latinam dictionem & ſermonem neglexerint, quem ipſi Iuris authores diligentiſſime excoluerint, quod non modo ipſi inculte, horride, barbare, inepte, vitioſe locuti ſint, ſed nec genus dicendi ipſorum iuris authorum proprium, & familiare ſint aſſecuti: in cuius vi recte cognita totius quæſtionis cardo aliquando vertatur, quæ vnius vocis expoſitione clarius quam multis eorum columnis, paginis, & foliis euoluatur, quod in re quæ per ſe ſatis perſpicua ſit, nec vlla vel explicatione, vel comprobatione indigeat, plurima ſæpe verba ſuperuacaneè & inutiliter profuderint, magnoſque libros & commentarios confecerint: & in amne ſedato Ægei maris fluctus concitarint, quod diſputationes alienas ab eo loco quem ſibi propoſitum habebant, in medium protulerint, eoque frequentius iis, quæ interpretanda ſuſceperunt tenebras offuderint, quam lumen præſtiterint, quod non modo rudes & antiquitatis ignari, & veteris moris & memoriæ expertes, & à literarum cultu alieni, ſed & ab omnibus in genus doctrinis, ſibi ſuiſque interdixerint, quas veteres Iuriſconſul. ſtudioſe ſunt cõplexi. Itaque in iure Iuſtinianeo librariorum errore corrupta, mutila, manca non ſanaſſe nec reſtituiſſe, ſed inſcia ſua deprauaſſe, & mendoſiora reddidiſſe, & idcirco maximis ſæpe controuerſiis cauſam præbuiſſe. Hinc alios capita iuris inuertiſſe, leges torſiſſe, verba earum captaſſe, vim ſenſis intuliſſe, & quæ præclare iure conſtituta erant, ingeniis atque ineptiis ſuis corrupiſſe. Alios vero vix inſpectis ipſis legibus iureque Iuſtinianeo, prioribus interpretibus ſe totos mancipaſſe, nec ex opinionum apud eos quaſi labyrintho vnquam ſe extricare potuiſſe, non ſolum Iuriſprudentiæ finem non ſpectaſſe, ſed nec imagines quidem veri iuris, germanæque iuſtitiæ ſequutos, ac pro arte boni & æqui ſophiſticem, & callida ac verſuta aucupia tractaſſe. Quocirca quoad pleraq; apud eos prudentiæ inaniſſima, ab æquitate alieniſſima, ineptiarum & fraudum pleniſſima reperiantur, multi ex his, eos vt indignos lectu abiecerunt. Sunt etiam qui quod bonos & doctos Iuriſconſultos inique ab ipſis premi cernerent: indignatione quadam correpti eos omnino aſpernentur & contemnant: libros eorum pro Augiæ ſtabulo habentes, cui purgando nec Hercules quidem ſufficiat, & pro herbis noxiis in fœcundo ſolo enatis ducentes, quibus euellendis nullius hominis quantumuis viuacis ac longæui ætas ſufficiat.

In hac igitur non modo diſſidentium opinionum differentia, ſed & pugnantium inter ſe partium diſcordia, vt quod optimum eſt ſequamur, formulæ illæ ac notæ ad diſtinguendum, & diligendum accommodatæ, ſunt adhibendæ. Primo igitur ſpectare oportet, quam interpretandi docendique iuris rationem venerandi illi primi nominis, & ampliſſimæ auctoritatis antiſtites tenuerunt, quos merito vtraque pars colit, ſuſpicit, & admiratur. Ac ſi ſcripta eorum ad noſtram ætatem perueniſſent, facile eſſet vel mediocri iudicio prædito, quem ordinem ac methodum in legum, plebiſcitorum, conſtitutionum, teſtamentorum, ſtipulationum aliarumq; conſtitutionum, teſtamentorum, ſtipulationum aliarumque conuentionum interpretatione, & quam loquendi rationem ſibi familiarem vſurparint, obſeruare: ſed quia omnia fere monumenta huiuſcemodi interciderunt: reſtat vt id ex reliquiis eorum perſcrutemur. Et quidem à diligentibus inueſtigatoribus id ex capitibus in Pandectas coniectis, aliquo modo deprehendi poteſt, ſi quæ cuiuſque ſint auctoris, in alios atque alios titulos diuiſa adminiculo inſcriptionum in vnum collegerint, & ad eorundem ſingulos libros retulerint. Ex quibus conſtat eos & in vocabulorum poteſtate & origine exponenda multum collocaſſe operæ & diligentiæ, quæ in lege, edicto aliiſque iuris partibus continebantur, & cuiuſque proprietatem & vim ac rationem ſtudioſe indagaſſe, & qua ſignificatione accipienda, latene an ſtrictim, enarraſſe, neque verba captaſſe, ſed qua mente quidque diceretur animaduertiſſe: deinde commoda tractandi via & methodo vſos, tum in explicandis ſenſis legum animum & voluntatem eorum, qui tulerunt aut edixerunt, & qua ducti ratione fuerint, & quem ſibi finem propoſitum habuerint, quoad eius fieri potuit accurate conſideraſſe, ſimplicitatem magis quam difficultatem probaſſe. Si quæ vero vel in ipſo iure quod interpretabantur, vel in cauſis & controuerſiis, quæ iis deferebantur, dubia, ambigua, obſcura, perplexa inciderunt, ea æqui bonique diſputatione, recti prauique diſcrimine explanaſſe, diffinuiſſe & diiudicaſſe. In primis autem iuſtitiæ amantiſſimi, æquitatis ſtudioſiſſimi, amputandarum litium, dirimendarumque controuerſiarum cupidiſſimi fuerunt, ſanctiſſimam rem ciuilem hanc ſapientiam ducentes, quæ pretio nummario, nec æſtimanda ſit, nec dehoneſtanda, non pro quæſtus aucupio habentes.

Hæc vt facile quiuis vel mediocriter doctus perſpicere poteſt, à me collecta ſunt, cum ex illorum Iuriſconſultorummet ſcriptis, quæ Pandectis continentur: tum ex aliis probatis auctoribus, iuriſque cognitione imbutis, qui iis vel ætate ſuperiores vel æquales fuerunt. Ac quidem eos præcipuam curam rationemque iuſtitiæ æquitatiſque, quam Ariſt. ἐπιείκειαν vocat, habuiſſe eamque ſtricto iuri prætuliſſe. Et in primis æquum bonumque & ſpectaſſe, & Iuriſconſulto ſpectandum eſſe exiſtimaſſe, non modo Vlpia. *a* oſtendit (quod poſtea etiam Conſtantino & Licinio Impp. placuit *b*, ſed & probatiſſimorum exemplis comprobatur. Quæ cum multa ſint, ne inepte ſingula perſequar, vel maxime principum ſuæ ætatis iuriſprudentum C. Aquilii Galli, & P. Seruii Sulpitii ex Cicerone laudes vtriuſque commemorante ſatis fuerit referre. Ac illius quidem auctoritatem nunquam nimium valuiſſe in oratione, quam pro Cecinna habuit, dicit, cuius prudentiam populus Romanus in cauendo, non in decipiendo perſpexerit, qui Iuris ciuilis rationem nunquam ab æquitate ſeiunxerit, qui tot annos ingenium, laborem, fidem ſuam pop. Rom. promptam præbuerit: qui ita iuſtus & bonus vir ſit, vt natura non diſciplina conſultus eſſe, ita peritus ac prudens, vt ex iure ciuili non ſcientia ſolum quædam, verum etiam bonitas nata videatur, cuius tantum ſit ingenium, ita prompta fides, vt quicquid inde haurias purum liquidumque te haurire ſentias. Seruii vero Sulpitii ſemper, inquit in nona Philip. grauitatem, conſtantiam, fidem, præſtantiam, in Rep. tuenda curam, atque prudentiam omnium mortalium fama celebrabit: nec vero ſilebitur admirabilis quædam & incredibilis, & pene diuina eius in legibus interpretandis, æquitate explicandis ſcientia: omnes qui ex omni ætate hac in ciuitate intelligentiam iuris habuerunt, ſi vnum in locum conferantur, cum Seruio Sulpitio non ſunt comparandi. Neque enim ille magis Iuriſconſultus, quam iuſtitiæ fuit. Itaque quæ proficiſcebantur à legibus & à iure ciuili, ſemper ad facilitatem, æquitatemq; referebat. Neque conſtituere litium actiones malebat, quam controuerſias tollere. Idem Cicero in eadem illa *c* oratione pluribus oſtendit, ſemper id habuiſſe plurimum, quod in ſe auctoritatis habuit, æquitatiſq; plurimum, Iuris retinere ſententiam, & æquitatem plurimum valere oportere, verbo, ac litera, ius omne torqueri. Itaq; ſapientiſſimos homines intellecta æquitatis ratione

a l. 1. de inſtit. & iure.

b l. placuit. C de iudic. de qua Duare. in li. 2. Anniuer. diſputat. ca. 18.

c Pro Cecinna.

tione, verba exquirere omnia noluiſſe. Eos etiam qui conſulebantur Iuriſperitos conſenſiſſe æquitatis rationem non verbi habere oportere. Quocirca vtilitatem communem non deſerere ſolum, ſed & prodere, qui ad verba rem deflectant, conſilium autem eorum qui ſcripſerunt, & rationem, & auctoritatem relinquant, verbiſque æquitatem oppugnent.

Etſi vero iidem Iuris antiſtites priora duxerunt ea ſtudia, quæ ad Iuriſprudentiam ſpectabant, tamen non totam ætatem in iis ſolis triuerunt, ſed cum illis etiam aliarum rerum cognitionem & ſcientiam iunxerunt, præſertim vero quarum proxima eſt cum iuris diſciplina cognatio, vt proprietatis ſermonis, diſſerendi, & veri falſique iudicandi artis, & moralis, ciuiliſque ſapientiæ.

Sed quia magna & patrum, & noſtra memoria & fuit, & eſt opinio, neminem eorum laudem clari, egregii, excellentiſſimique Iuriſconſulti conſequi poſſe, qui literis quoque aliiſque liberalibus diſciplinis operam dederint. Propterea quod acies mentis animique vis diſtrahatur: quam ſolam ad comprehendendam Iuris ſcientiam, & inprimis difficilem, & late patentem intendere oporteat, infirmanda eſt & tollenda eorum exemplis, qui vno omnium ore & animo pro Iuris peritiſſimis habiti fuerunt. Hos enim ita Iuris ciuilis laude floruiſſe, vt aliis etiam literis doctrinaq; præſtarent, certiſſimo multorum veterum teſtimonio planum faciam. Cuius vel locupletiſſimum habemus teſtem eum ipſum, quem paulo ante commemoraui Ciceronem libro tertio, de Oratore. Nam apud eum Craſſus refert; ſæpe ſe audiuiſſe de patre & ſocero ſuo Romanos, qui excellere ſapientiæ gloria vellent, omnia quæ quidem nunc ciuitas illa noſſet ſolitos eſſe complecti. Satis autem conſtat apud nullam gentem, nullamue ciuitatem perinde vel excultam, vel in honore fuiſſe iuriſprudentiam, atque apud populum Romanum, eumque iis in artibus quibus ſe dedidit, cæteros mortales longe ſuperaſſe. Itaque ſummos *a* & ampliſſimos viros & clariſſimos *b* homines & ciues, & principes, *c* ciuitatis Iuriſprudentiæ ſtudio præfuiſſe, iuriſque ciuilis cognitionem atque interpretationem in poſſeſſione ſua retinuiſſe Cicero tradit: & Pomponius *d* Iuris ciuilis ſcientiam maximos viros profeſſos ſcribit: ex quibus eos recenſet, qui maximæ fuerunt apud populum Romanum auctoritatis & dignitatis. Proinde idem Craſſus generali ſuæ propoſitioni ſubiicit exempla excellentiſſimorum virorum, qui omnes Conſules, plerique pontifices Maximi, nonnulli etiam Cenſores fuerunt: Sexti Ælii, M. Manilii, P. Licinii, Craſſi veteris, T. Corruncani, P. Cornelii, Scipionis Naſicæ, & Marci Catonis. Etenim ad primos illos duos S. Ælium, M. Manilium, tranſuerſo ambulantes foro, & in ſolio ſedentes domi ſic aditum. non ſolum vt de iure ciuili ad eos, verumetiam de filia collocanda, de fundo emendo, de agro colendo, de omni denique aut officio, aut negotio referretur. Eodem modo ad Craſſum Corruncanum Scipionem prudentiſſimos homines de omnibus diuinis atque humanis rebus relatum: eoſdemque & in ſenatu, & apud populum, & in cauſis amicorum, & domi & militiæ conſilium ſuum fidemque præſtitiſſe. M. vero Catonem, & in dicendo, & in iuris ſcientia & laboraſſe & præſtitiſſe, & in capeſſenda Republica priuatorum negotiis retardatum non fuiſſe, neminem apud populum fortiorem, neminem meliorem *e* Senatorem, eundem facile optimum Imperatorem, denique nihil Romæ temporibus illis ſciri diſciue potuiſſe, quod illi non tum inueſtigarit & ſcierit, tum etiam conſcripſerit. Atqui apud eundem *f* Antonius propoſita Iuriſperiti definitione exemplis vtitur Sexti Ælii & Marci Manilii, qui vere Iuriſconſulti nominari poſſint. Idem in Catone Maiori Sextum Ælium (ita enim legendum puto, non Sextum Æmilium) cum aliis commemorat, à quibus iura ciuibus fuerint præſcripta. Et in Bruto Sextum Ælium iuris ciuilis omnium peritiſſimum, ad dicendum etiam paratum tradit, Manilium quoque prudenter dixiſſe.

Sed & Sextum Ælium maximam ſcientiam in profitendo habuiſſe, & idcirco ab Ennio laudatum, & M. Manilium inter alios fundaſſe Ius ciuile Pomponius *g* refert. Idem T. Corruncanum, primum Ius ciuile publice profeſſum ſcribit. *h* Eundem Cicero *i* quoque inter eos numerat, qui iura ciuibus

a de legibus. lib. 1.
b lib. 1. de Orat.
c lib. 2. de Offic.
d l. 2. §. iuris ciuil. de orig. iur.
e lib. 1. de Orat.
f d. l. 2. §. deinde S. Ælius.
… §. post … os fue… …
… d. l. 2 §. iuris ciuil.
… in dia… …um de … …
… fuit … item in … im… … rſ. ſed … ipſo.

præſcripſerunt, quorum vſque ad extremum ſpiritum prouecta ſit prudentia. Et in Bruto diſertum etiam fuiſſe coniicit, quod ex Pontificum commentariis longe plurimum ingenio valuiſſe videatur.

Scipionem quoque Naſicam, qui optimus vir à Senatu eſt appellatus, Pomponius in Iureconſultis refert. Sed erratum eſt in prænomine, quod P. fuit, non C. vt ex Cicerone, Verrio, Flacco, Liuio, Plutarcho in Quinctio Frontino, Appiano in Syriaca, authore de viris illuſtribus, Caſſiodoro, Eutropio, Oroſio, & aliis multis ſcriptoribus conſtat. Hunc Iuris ciuilis & Pontificii peritum fuiſſe etiam Cato indicat apud Ciceronem de Senectu. cuius ſtudio ſenex etiam flagarit. Ac quidem eum id temporis adhuc vixiſſe, intelligi poteſt ex Epitome Liuii 49. vbi inter illũ ipſum Catonem & Scipionem Naſicam, qui vir optimus à Senatu iudicatus, de bello Carthaginenſibus inferendo vrbeque illa delenda diuerſi certatum ſententiis ait. Cæteroquin etiam tum floruit huius Scipionis filius, P. Scipio Naſica, qui Corculum appellatus eſt, quem Cicero in Bruto tradit eloquentem habitum fuiſſe. Eundem Author de viris illuſtribus, qui vulgo Plinii II. nomine inſcriptus eſt, eloquentia primum, iuris ſcientia conſultiſſimum, ingenio ſapientiſſimum fuiſſe, atque inde Corculum dictum tradit. Verum ille ex patre, qui vir optimus iudicatus eſt, & filio, qui Corculum dictus vnum facit. Hinc Rutilius quæ Liuius in Epitomis 47. 48. 49. ſcribit, vt hunc ipſum Pomponii locum accipiendum putat de filio, qui Corculum eſt vocatus, ſed & patrem eius P. Scipionem Naſicam, de quo hic Pomponius, Iuriſconſultum fuiſſe ex Cicerone probaui.

P. Craſſum veterem (qui Diues cognominatus eſt, auctore Liuio libro vigeſimoſeptimo) à Cicerone libro tertio, de Oratore, dictum puto, vt eum diſcriminaret ab eiuſdem filio P. Craſſo Mutiano: vterque enim & in Iuriſconſultorum & oratorum numerum peruenit, vterque etiam Pontifex Maximus fuit. Etſi vero veterem illum in Iuriſconſultis non commemorat Pomponius, tamen eum Cato apud Cicero. in libro de Senectut. à ſtudio & Pontificii & ciuilis iuris, vt & P. Scipionem Naſicam commendat, eoſque his ſtudiis deditos ſenes ſe vidiſſe ait. Quare vt locum illum accepi de P. Scipione, qui primus Naſica dictus eſt, non de filio eius, ſic multo magis exiſtimo eum de P. Craſſo veteri, non de P. Craſſo Mutiano locutum eſſe, quod hic temporis nondum fuerit exacta ætate. At iam P. Craſſus multo ante deceſſerat. Nam Liuius lib. 39. in principio anni 570. M. Claudio Marcello, Q. Fabio Labeone Coſſ. hunc P. Craſſum Pontificem Maximum mortuum ſcribit. Cum hac etiam ſententia facit locus ille Ciceron. in libro de Senectute. quem modo de T. Corruncano commemoraui. Nam Cato Maior & P. Craſſus coæqui fuerunt, quippe cum hic ante Catonis conſulatum quindecim annis cenſor, & decennio Conſul fuerit, mortuuſq; ſit anno proximo poſt Catonis cenſuram. Oſtendit autem Cato his verbis vſque ad extremum ſpiritum omnes illos iam diem ſuum obiiſſe, vtriuſque etiam vt Oratoris Cicero in Bruto meminit, vbi etiam hunc P. Craſſum cum ſuperiori Aphricano conſulem fuiſſe narrat, ſed de his alias pluribus.

Iam vero M. Catonem etiam aliis in locis Cicero ob varias ingenii dotes extollit. Nam libro 1. de Oratore, & tanta eum eloquentia, quantam illa tempora atque illa ætas in Romana ciuitate ferre maximam potuerit, & Iuris ciuilis peritiſſimum fuiſſe ſcribit. Et in lib. de Senectute, in hunc modum facit eundem Catonem loquentem. Omnia antiquitatis monumenta colligo: cauſarum illuſtrium quaſcunque defendi, nunc quam maxime conficio orationes: ius Augurum Pontificum ciuile tracto: multum etiam Græcis literis vtor: & in Bruto excellentem & virum, & ciuem, & oratorem, & ſenatorem, & Imperatorem fuiſſe indicat. Eundem ſummis etiam laudibus Liuius proſequitur, cum narrat tantam in eo vim animi ingeniique fuiſſe, vt quocunque loco natus eſſet, fortunam ſibi ipſe facturus fuiſſe videretur, nullam artem, neq; priuatæ, nec publicæ rei gerendæ ei defuiſſe, vrbanas, ruſticaſque res pariter calluiſſe, ad ſummos honores, alios ſcientia Iuris, alios eloquentia, alios gloria militari prouectos. Huic verſatile ingenium ſic pariter ad omnia fuiſſe, vt natum ad id vnum diceres, quodcunque ageret, in bello manu fortiſſimum, multiſq; inſignibus clarum pugnis, eundem-

poſtea quam ad magnos honores peruenerit, ſummum Imperatorem, eundem in pace ſi ius conſuleres peritiſſimum, ſi cauſa oranda eſſet eloquentiſſimum fuiſſe. Sed & Plinius lib. 7. cap. 27. Catonem hunc tres ſummas in homine res præſtitiſſe exiſtimatum eſſe prodit, optimum oratorem, optimum Imperatorem, optimum ſenatorem. Idem lib. 16. c. 39. hominem ſummum in omni vſu fuiſſe ſcribit. Eadem de re Plutarchus in vita Catonis. At Æmilius Probus in omnibus rebus (inquit) ſingulari fuit prudentia & induſtria. Nam & agricola ſolers, & reipubl. peritus, Iuriſconſ. & magnus Imperator, & probabilis orator, & cupidiſſimus literarum fuit, atq; hunc quoque M. Catonem primum Portiæ gentis in Iureconſultis quoq; numerat Pomponius. Ac de illis quorum prudentiam in omni genere verſatam eſſe Craſſus apud Ciceronem lib. 3. narrat, hactenus.

Præterea non modo locum quendam inter diſertos tenuiſſe Q. Fabium Pictorem, ſed & iuris & literarum & antiquitatis bene peritum, iiſdemque fere laudibus Q. Fabium Labeonem ornatum fuiſſe Cicero in Bruto ſcribit. Quin in prænomine Fabii Pictoris mendum ſit dubium non eſt. Nulli enim in tota gente Fabiorum Ser. prænomen fuit, nedum Pictoribus. Itaque Q. Fabium Pictorem legendum eſſe alias docui. Intelligo autem illum Q. Fabium Pictorem, qui annales rerum Romanarum conſcripſit, quem ſæpe & Liuius & Plutarchus, & alii veteres Hiſtorici citant. Nam Cicero illi æque antiquitatis cognitionem, ac iuris & literarum tribuit. Sigonius autem ex Appiano in Annibalis hiſtoria probat eum illum eſſe, qui legatus Delphos miſſus poſt Cannenſem pugnam anno ab vrbe condita 537. reuerſus reſponſum oraculi Pythii Apollinis ex Græco carmine interpretatum in ſenatu recitauit, qua de re Liuius libro 23. Alius autem fuit à Q. Fabio Pictore huius cognominis principe, qui Conſul fuit cum L. Quinto anno 484. Idem enim ædem Salutis pinxit anno 450. iuxta Plinium lib. 35. cap. 4. Interuallum enim inde vſque ad legationem eſt 87. annorum.

Q. Fabius Labeo nepos fuit Q. Fabii Maximi Verrucoſi, qui ipſe quoque perinde, vt & Q. Fabius Pictor Conſul fuit, vt alias oſtendi. Neutrum horum Pomponius enumerat, ſed Q. Fabium qui ad Carthaginenſes miſſus eſt legatus, qui in nonnullis impreſſis codicibus & Ciceronis Philip. 5. & Liui. lib. 21. Q. Fabius Pamphilus cognominatur, ſed nonnulli cæterum codicum habent, Q. Bæbius Pamphilus, nonnulli Q. Bæbius Tamphilus, quæ mihi lectio iis de cauſis, quas alio in loco commemoraui, probatur. At illum Q. Fabium, qui poſterioris apud Liuium eod. lib. 21. legationis princeps fuit, Q. Fabium Maximum Verrucoſum accipiendum eſſe ex Silio Italico, Gellio, Floro, & Faſtis conſularibus alibi oſtendi, quem iuris ciuilis laude floruiſſe nulla quod ſciam, memoria extat. Quo fit, vt locus ille Pomponii iuris doctis admodum ſit ſuſpectus: tum quod Q. Fabii loco in Florentin. editione & aliis, Q. Mutius manifeſto errore ponatur, tum quod nec temporum ratio, ſerieſque ſit ſeruata, tum quod de optione belli paciſque eligendæ, Pomponius noſter ab omnibus hiſtoricis, Polybio, Liuio, Silio Italico diſſentiat, vt alias expoſui.

Iam vero P. Licinium Craſſum Mutianum, tum variis dotibus, tum liberalibus doctrinis præſtantiſſimum fuiſſe, cum aliorum, tum clariſſimis Ciceronis monumentis eſt conſignatum. Siquidem de eo Cicero in Bruto in hunc modum, P. Craſſus valde probatus orator, & ingenio valuit & ſtudio, & habuit quaſdam etiam domeſticas diſciplinas. Nam & cum ſummo illo oratore Ser. Galba, cuius C. filio filiam ſuam collocauerat, affinitate ſeſe deuinxerat, & cum eſſet Mutii filius, fratremque haberet P. Scæuolam, domi ius ciuile cognouerat: in eo induſtriam conſtat ſummam fuiſſe maximamque gratiam, cum & conſuleretur plurimum & doceret. Hinc intelligi poteſt adoptatum eum ex gente Mutia in Craſſorum familiam, non vt B. Rutilius Corraſius & alii putarunt, è Craſſorum gente adoptione in familiam Mutiam tranſiiſſe. Vnde Mutianus dictus, Velleius lib. 2. Idem lib. de Orat. eundem P. Craſſum, & eloquentem & Iuriſperitum fuiſſe tradit. Et paulo poſt commemorat, ad hunc Craſſum ædilitatem petentem, cum eum maior natu etiam conſularis Sergius Galba aſſectaretur, acceſſiſſe conſulendi cauſa quendam ruſticanum, à quo cum reſponſum magis verum, quam ad ſuam rem accommodatum abſtuliſſet, vt eum triſtem Galba viderit, quæſiuiſſe qua de re ad Craſſum retuliſſet: ex quo vt audiuit à Craſſo percontatum, quid ei in mentem venerit ita reſpondere. Craſſum hominem peritiſſimum fidenter confirmaſſe, ita ſe rem habere, vt reſpondiſſet. Galbam autem alludentem varie multa pro æquitate contra ius dixiſſe, atque illum ad auctores confugiſſe, & id quod ipſe dixiſſet, & in P. Mutii fratris ſui libris, & in S. Ælii commentariis ſcriptum protuliſſe: ac tamen conceſſiſſe Galbæ diſputationem ſibi probabilem, & prope veram videri. De eodem Gellius libro 1. capite 13. ſic ſcribit, P. Craſſus Mutianus clarus & inclytus vir, à Sempronio Aſellione, & plerique hiſtoriæ Romanæ ſcriptoribus traditur quinque habuiſſe rerum bonarum maxima & præcipua, Quod eſſet ditiſſimus, quod nobiliſſimus, quod eloquentiſſimus, quod Iuriſconſultiſſimus, quod Pontifex Maximus. Cicero vero eod. 1. de Oratore, fuiſſe Craſſum in numero diſertorum tradit, ſed parem Galbæ nullo modo.

Pomponius in claris Iuriſconſultis quoque commemorat L. *a* Craſſum fratrem P. Mutiani qui Mutianus dictus ſit (ita enim legitur in Florentinis) hunc à Cicerone Iuriſconſultorum diſertiſſimum dici. Hunc locum quoquo modo accepimus, ab errore vindicare non poterimus. Nam ſi intelligamus de Craſſo Mutiano, & in prænomine erratum eſt, quod ei eſt P. non L. & in Ciceronis teſtimonio. Nam Cicero ſenſit de L. Craſſo, quem libris tribus de Oratore cum Antonio, aliiſque colloquentem facit, non de P. Craſſo Mutiano.

a Spoſt hos fuerunt. vel & Lucius Craſſus.

Nec neceſſe erat Budæo, vt ea referret ad Q. Mutium Scæuolam, cum idem Cicero L. Craſſo & in primo, de Oratore, & in Bruto adſcripſerit. Sin autem de L. Craſſo, vitioſe additum eſt, eum & P. Mutii fratrem fuiſſe, & Mutianum appellatum. Vterq; tamen optimo iure in numerum egregiorum Iuriſconſultorum reponi poteſt. Ac quidem ſi ordinis temporum ratio ſit habenda, quæ de Craſſo Pomponius tradit, ad L. Craſſum referenda erunt. Nam P. Licinius Craſſus Mutianus æqualis fuit P. Mutii Scæuolæ, bienioque poſt eum Conſul fuit.

Quam excellens fuerit eloquentia iuris cognitione & doctrina, optimus teſtis eſt Cicero. Is in Bruto hunc Craſſum & Marcum Antonium, qui cum A. Poſthumio quadriennio ante hunc Craſſum Conſul fuit Senatuſconſulti anno 654. exiſtimat Oratores fuiſſe maximos, & in his primum cum Græcorum gloria Latine dicendi copiam fuiſſe æquatam. Item omnes ita iudicaſſe neminem eſſe, qui horum alterutro patrono cuiuſquam ingenium requireret.

Eodem nihil ſtatuit fieri potuiſſe perfectius nihil in interpretando, in definiendo, in explicanda æquitate copioſius, & ita ab hoc Craſſo & Q. Scæuola acutiſſimo, & in iure paratiſſimo cauſam illam M. Curii & Q. Coponii dictam (cum vterque ex contraria parte Ius ciuile defenderet) vt eloquentium Iuris peritiſſimus Craſſus, Iuriſconſultorum eloquentiſſimus Scæuola putaretur. Et Paulo poſt, Noli Brute exiſtimare his duobus quicquam fuiſſe in hac ciuitate præſtantius. Nam conſultorum alterum diſſertiſſimum, diſertorum alterum conſultiſſimum fuiſſe. Eoſdem inter ſe pluribus poſtea comparat. Eiuſdem etiam ſæpe honorificam mentionem facit in tribus illis de Oratore libris, in quibus eum de officio Oratoris diſſerentem facit. Ac ſingula quidem ex iis perſequi nimis longum fuerit.

Vnum adſcribam locum ex libro de Oratore 3. vbi Catullus plus laudis eo illi tribuendum ſtatuit, quod in alia lingua ac moribus natus, occupatiſſima in ciuitate, vel priuatorum negotiis pene omnibus, vel orbis terræ procuratione diſtrictus, maximam vim rerum cognitionemque comprehenderit, eamque omnem cum eius, qui conſilio & oratione in ciuitate valeat, ſcientia atque exercitatione ſociarit. Nec multo poſt Cotta ſe oratione Craſſi, quod omnem rerum ſcientiam ſit complexus, in Academiam totum compulſum fatetur. Eundem in ea, quam in Piſonem habuit, hominem ſapientiſſimum Romanæ ciuitatis appellat.

P. quo-

P. quoque Rutilium Rufum Pomponius in numerum Iuriſconſultorum adſcribit. De eo ita Cicero in Bruto: Rutilius in quodam triſti & ſeuero genere dicendi verſatus eſt, natura vehemens & acer, multaque opera, multaque induſtria fuit, quæ erat propterea gratior, quod idem magnum munus de iure reſpondendi ſuſtinebat: multa præclara de iure, doctus vir & Græcis literis eruditus. Panætii auditor, prope perfectus in Stoicis. Itaque illa quæ propria eſt huius diſciplinæ Philoſophorum de ſeipſis opinio, firma in hoc viro & ſtabilis inuenta eſt. Igitur in Stoicis oratoribus habet Rutilium & laudat, quoniam per illum ne hoc quidem in ciuitate genus oratoria laude caruerit. Eundem lib. 1. de Orat. Hominem doctum & philoſophiæ deditum, exemplumque innocentiæ fuiſſe dicit, quo nemo neque integrior in ciuitate fuerit, neque ſanctior. Liuius quoque epit. 70. virum ſummæ innocentiæ vocat.

Nec Q. Tubero modo Iuriſconſultus, ſed & inſignis Philoſophus fuit. Idem quoque Panætii auditor, & Stoicus Pomponius. a De eo ita Craſſus apud Cicero. lib. 3. de Oratore. Dies & noctes virum ſumma virtute & prudentia videbamus, Philoſopho cum operam daret, Q. Tuberonem. Et in Bruto, Q. Ælius Tubero fuit mediocris in dicendo, doctiſſimus in diſputando. Ex eiuſdem Cicero. lib. de Iure ciuili in artem redigendo, hoc etiam teſtimonium de Q. Ælio Tuberone, quod ſcientia iuris maioribus ſuis non defuerit, doctrina etiam ſuperfuerit, præſtiterit, Gellius citat, quod diſciplinas Stoicas & dialecticas percalluerit: ſed & hiſtorias conſcripſit, Quæ ſæpe commemorantur à Liuio, Dionyſio & aliis probatis auctoribus. Ad eundem & Panætius & Hecaton Rhodius libros aliquos in Philoſophia de moribus à ſe editos ſcripſerunt.

a d. l. 2. §. poſt hos [fu]erunt. [Ve]r. & Q. [T]ubero.

Item Sextum Pompeium Cnei Pompeii Magni patruum, quem Pomponius b ſtatim in Iuriſconſultorum ordine ſubiicit Tuberoni præſtantiſſimum ingenium contuliſſe ad ſummam Iuris ciuilis, & ad perfectam Geometriæ rerumq; Stoicarum ſcientiam refert Cicero in Bruto. Eundem lib. 1. de Orat. eruditum hominem in philoſophia, & libr. 3. Stoicum, Philip. 12. doctum virum atque ſapientem appellat.

b d. §. poſt [ho]s fue[run]t. Verſ. [Serv]iam S. [P]ompeium.

Q. etiam Mutius Scæuola multarum rerum ſcientia antecelluit. De eo Cicero libr. 1. de Oratore ſic: Q. Scæuola, homo omnium doctiſſimus, & diſciplina Iuris ciuilis eruditiſſimus, & oratione maxime limatus & ſubtilis, atque Iuriſperitorum eloquentiſſimus, eloquentium Iuris peritiſſimus. Et paulo poſt, Antonius hunc Mutium paterni Iuris defenſorem, & quaſi patrimonii propugnatorem ſui vocat. Idem Cicero lib. 1. de Offic. cum poſuiſſet quorum patres aut maiores aliqua gloria præſtitiſſent, eorum pleroſque in hoc genere laudis excellere, ſubdit exemplum de hoc Q. Mutio P. filio in iure ciuili. Nam pater eius P. Mutius à iure ciuili optime fuit inſtructus. itaque in lib. 1. de Oratore, Antonius in iis qui Iuriconſulti vere dicantur, refert huius Q. patrem P. Mutium.

Et Pomponius eundem in illuſtribus Iuriſconſultis recenſet, c & decem libellos reliquiſſe tradit. Idem quoque Pontifex Maximus fuit. Hinc lib. 2. de legib. Cicero Pontifices Maximos ambos & eoſdem iuris peritiſſimos, & homines ſuo quidem iudicio acutiſſimos fuiſſe tradit. Eundem P. Scæuolam Cicero in Bruto valde prudenter & acute paulo etiam copioſius dixiſſe refert. Porro Q. Scæuolam Cicero in Bruto hominem acutiſſimum, & in iure paratiſſimum & peracutum ad excogitandum, quid in Iure aut in æquo verum, aut eſſet, aut non eſſet, ac ornatum virum, & excellens ingenium in Rom. Repub. nihilque L. Craſſo, & ipſo fuiſſe in ea ciuitate præſtantius: quem locum paulo ante pluribus expoſui. Nam in Lælio commemorat ſe mortuo Q. Scæuola Augure ſe contuliſſe ad Pontificem Scæuolam, quem vnum ſuæ ciuitatis & ingenio & iuſtitia, induſtria præſtantiſſimum dicere audeat. Pædianus quoque in Cornelianam eundem Oratorem & Iuriſconſultum fuiſſe ex Cicerone notat. Eundem Pomponius Ius ciuile primum conſtituiſſe generatim in libros decem & octo redigendum ſcribit.

c [d.] § poſt [hos] fue[run]t P. [Mu]tius.

Qua in re illi cum Cicerone non conuenit. Hic enim in libro de Orato. Craſſum eodem Scæuola audiente diſputantem inducit, quamobrem cognitio Iuris ciuilis à pleriſque difficilis exiſtimetur, cum nullius ſibi doctrinæ facilior eſſe videatur, & inter alias cauſas hanc quoque commemorantem, quod poſteaquam id editum ſit, expoſitis à Cneo Flauio primum actionibus, nulli fuerint, qui illa artificioſe digeſta generatim componerent: nihil enim eſſe, quod ad artem redigi poſſit, niſi ille prius, qui illa tenet, quorum artem inſtituere vult, habeat illam ſcientiam, vt ex iis rebus, quarum ars nondum ſit, artem efficere poſſit. Deinde in Bruto eidem Scæuolæ magnum Iuris ciuilis vſum tribuit, artem non tribuit, ſed vni Sulpitio, propterea quod ad Iuris ſcientiam Dialecticam adiunxerit, atque ita primus ius arte quadam tractarit. Quod ſi igitur nullus fuit ante Ciceronem, qui Iuris ciuilis capita artificioſe digeſta generatim, per certa & pauca quędam genera componeret, atque ideo id Cicero de ſe pollicitus ſit lib. 2. de Oratore, & præſtiterit: cum Gellius vt iam oſtendi, mentionem fecerit eiuſdem libri de iure Ciuili in artem redigendo, quomodo cum eo conciliabimus hunc Pomponii locum de Iure ciuili primum à Q. Scæuola conſtituto generatim in libros decem & octo redigendo, præſertim cum Cicero & à Scæuola Ius ciuile didicerit, & libros illos de Oratore poſt mortem Scæuolæ compoſuerit? Cuius rei id argumento eſt, quod genus necis eius in præfatione lib. 3. deſcripſerit.

Quid Seruium Sulpitium nominem? neque enim facile alium quenquam illum plus ſtudii, & ad diſcendum, & ad omnes bonarum rerum diſciplinas adhibuiſſe Cicero in Bruto ait. Nam in iiſdem exercitationibus illum & ſe ab ineunte ætate fuiſſe, & poſtea Rhodum vna ſecum profectum, quo melior fieret & doctior. Eundem præter artem diſſerendi ſiue dialecticam, & literarum ſcientiam, & loquendi elegantiam adiunxiſſe. Itaque longe omnium non eiuſdem modo ætatis, ſed eorum etiam qui ante fuerunt in Iure ciuili principem eſſe affirmat. Sunt & alia multa ſummorum virorum exempla, ſed non opus eſt pluribus. Addam tantum ex Pomponii catalogo Antiſtium Labeonem, quem d plurimum ſtudiis & conſcribendis libris, & præ cæteris doctrinæ & ſapientiæ operæ dediſſe refert. Gellius hunc Iuris quidem ciuilis diſciplinam principali ſtudio exercuiſſe, & conſulentibus de iure publice reſpondiſſe, ſed cæterarum bonarum artium non expertem fuiſſe, & in Grammaticam atque Dialecticam literaſque antiquiores penetraſſe, Latinarumque vocum origines rationeſque percalluiſſe, eaque præcipue ſcientia ad enodandos pleroſque Iuris laqueos vſum eſſe ſcribit.

d §. poſt hunc maxime.

Quantum vero poſterioribus etiam Iuris auctoribus, iiſque omnibus, ex quibus Pandectæ ſunt compoſitæ, laudem diligentiæ, grauitatis, prudentiæ, æquitatis, ſcientiæ rerum, orationis puritatis, elegantiæ & dignitatis, vir literatiſſimus limatoque iudicio, & ſeuerus alioquin cenſor tribuerit, in priori præfatione oſtendi. Quo etiam referri poſſunt, quæ de pleriſque Ælii Spartianus & Lampridius literis mandarunt. Nam hactenus nimium multa ſum complexus, & commemoratione tantorum hominum progreſſus ſum longius, atque conſtitueram. Ex qua perſpicuum eſt, veteres illos ſummæ auctoritatis Iuriſconſultos, non modo eximia Iuris ciuilis doctrina, ſed & philoſophia, aliiſque ingenuis artibus inſtructos fuiſſe. Atque vt hoc caput ex eodem Ciceronis loco libr. 3. de Orator. concludam, ex quo principium huius diſputationis duxi, vna quædam omnium rerum, quæ erant homine erudito dignæ, atque eo, qui in Reipublic. volebat excellere, fuit doctrina, quæ omnia ea continebat, quæ de iuſto, æquo, & bono, de officio, de virtute, de dignitate, de honore, de ignominia, de moribus & legibus deſcribendis, de ciuitatibus inſtituendis & regendis, de omni viuendi ratione traduntur. Hæc ad ciuilem ſcientiam quo pertinebat, transferebatur. Vnde Ariſtoteles e hanc πολιτικὴν ἐπιστήμην ἀρχιτεκτονικὴν dominam & principem omnium facultatum eſſe aſſerit, cui reliquæ omnes πρακτικαὶ ἐπιστῆμαι, quarum opus eſt in agendo, ſint ſubiectæ, quaſque ad vſum ſuum adhibeat. Eſt enim incredibilis vis mentis rationiſque humanæ, quæ quam ſe cumque in partem dederit, plurimum poteſt, qua perſpecta minus ille doctrinarum inter ſe quaſi, concentuſque cognoſcitur. Itaque nihil eſt in rerum natura,

e lib. 1. de morib. ad Nico. c. 2.

quod acri ingenio homo non cernat, ſi modo & liberaliter doctrina puerili ſit inſtitutus, & ſtudio flagret, & diligentiam colat, & labore aſſiduo ſit aſſuetus. Hinc videmus clariſſimos illos viros, & ampliſſimos principes ciuitatis Romanæ, tot tantiſque occupationibus, & ſummi Imperii adminiſtratione diſtrictos, plurimarum maximarumque rerum ſcientia fuiſſe expolitos: vt vero vniuerſo genere neglecto, alius aliam partem quam coleret apprehendit & ſepoſuit: inde euenit, vt tum harum ipſarum diſciplinarum & literarum doctrina, quæ vno quodam ſocietatis vinculo continebatur, diſcerpta: tum in multis rebus diſtributione partium, ac ſeparatione, magnitudines artium diminutæ fuerint. Quocirca eodem in loco L. Craſſus lib. 3. de Orator. cum ſummis illis viris, quos ſupra recenſui, præſertim vero cum Catone Maiore, qui tantam rerum varietatem, tantam vim doctrinæ cognitionemque comprehenderant, peruerſis ſuorum temporum moribus collatis grauiter de iis conqueritur. Nunc contra (inquit) plerique ad honores adipiſcendos, & ad Rempub. gerendam nudi veniunt atque inermes, nulla cognitione rerum, nulla ſcientia ornati. Sin aliquis excellit, vnus è multis effert ſeſe, ſi vnum aliquid affert, vt vſum aliquem militarem, aut Iuris ſcientiam, ne eius quidem vniuerſi, aut eloquentiam, quam in clamore & in verborum curſu poſitam putant, omnium vero bonarum artium, denique virtutum ipſarum ſocietatem, cognationemque non norunt. At de hoc quidem argumento ex Cicerone aliiſque bonis antiquitatis Romanæ auctoribus, hactenus: in quo æſtu quodam animi longius à terra in altum ſum abreptus.

Nunc igitur vt ad inſtitutum me reuocem, cum quibus & ingenii dotibus & animi virtutibus, hi iuris coryphæi præditi fuerint, tum vel maxime quibus rebus in Iuris doctrina excelluerint, eſt obſeruandum, & cum iis in ſingulis præſertim quæ ad iuris profeſſionem pertinent, vtriuſque generis interpretes, & Iuriſperiti ſuperiorum noſtrorumque temporum ſunt conferendi, & qui optimis iſtis iuris auctoribus proximi fuerint, eſt diſpiciendum. Quod ſi ex huiuſmodi comparatione animaduerſum fuerit: iam in promptu erit delectum adhibere. Nam quo quiſque illis & in genere dicendi, & in diſſerendi tractandique ratione, & in rerum explicatione ſimillimus fuerit: eo hic cum primis cæteris eſt anteponendus. Sed quia pauciſſimi inueniuntur, qui in his omnibus præſtantiſſimos illos, & omni genere literarum inſtructiſſimos Iuris auctores repræſentent, alii autem in alia parte ad eos accedant, conſequens eſt, qui ex his aliis præſtet cognoſcere. Fac alium in oratione, alium in methodo, alium in rerum diſquiſitione, ſimilitudinem aliquam veterum referre. Nam quales nunc ſunt hominum mores, in pluribus hæc ſeparata & diſiuncta, quam coniuncta reperiuntur. Ergo vt intelligamus, quæ ex his facultas præcipua ſit, quaſi gradus quoſdam conſtituamus oportet.

Primo igitur ſciendum eſt, proprietatem verborum & puritatem ſermonis Grammaticis communem quidem eſſe cum Iuriſconſultis, nec tamen eorum verborum quæ ad Ius pertinent, interpretationem Grammaticis, ita vel cultam, vel ſignificationem eorum perſpectam, vt Iuriſperitis. Neque enim quod M. Varroni contigit, vt à Seruio Sulpitio Iuris antiſtite per literas interrogaretur, quid verbum fauiſſe, in iure cenſorio ſignificaret: de aliis quoque Grammaticis memoriæ proditum eſt. Fuit enim Varro, Cicerone, Fabio & Auguſtino teſtibus, omni doctrina præſtantiſſimus, Romanorum eruditiſſimus, & literarum doctiſſimus: quo nemo vnquam omnem apud Latinos antiquitatem, & in inuentis rebus, & in actis ſcriptiſque veteribus vel diligentius indagauit, vel illuſtrius explicauit. Idem igitur de aliis etiam ſummis Grammaticis ſtatuendum non eſt. Neque enim negari poteſt, eundem S. Sulpitium linguæ Latinæ peritiſſimum fuiſſe, qui tamen antequam operam Iuri ciuili dediſſet, Scæuolam à ſe conſultum de iure reſpondentem non intellexit. Nam nobilibus etiam Grammaticis propria Iuriſconſultorum verba magnam in interpretatione eorum ſæpe difficultatem, aliquando quoque errorem obiecerunt. Inde profecta eſt ſuperiori ætate de ſuo hærede inter Latinæ elegantiæ virum doctum, & Iuris interpretem contentio. Id cum ex propriis Iuriſconſultorum phraſibus, tum ex multiplici eorum verborum poteſtate accidit: quoniam pro ſubiecta materia aliter atque aliter, nunc generaliter, nunc ſpecialiter accipiantur. Quam enim varie iuriſdictionis & imperii verba vſurpentur, cum alii, tum præſertim Duarenus noſter, & Eguinarius Baro plurimis explicant. Quam multiplex etiam vis ſit vocum credendi, debendi, dandi, pecuniæ, familiæ, capiendi, faciendi, gerendi, reſtituendi, & bonorum alienationis, poſſeſſionis, & aliarum nonnullarum, idem in his libris ſuis explicat. Atque hoc aperte oſtendunt l. creditores. 10. l. creditorum. 11. l. conditionales. 54. l. creditor. 55. l. debitor. 108. l. dediſſe. 76. l. habere. 188. l. aliud eſt capere. 71. l. cepiſſe. 146. l. facere. 189. & l. faciendi. 175. l. licet. 58. l. verbum facere. 218. l. Labeo. 19. l. verba. 20. l. plus eſt in reſtitutione. l. reſtituere. 35. l. reſtituere. 75. l. cum prætor. 81. l. vlt. in fin. de verb. ſignifi. Item l. ſubſignatum. 39. §. 1. l. bonorum. 49. l. propie bona. 89. l. bonorum. 208. l. propemodum. 88. l. cum ſtipulamur. 97. l. pecuniæ. 178. l. pecuniæ. 222. l. hæredis. 65. l. ſciendum. 50. l. ex illa. 227. l. deteſtatio. 40. §. familiæ. l. pronuntiatio. §. 1. vſq; ad fin. & l. 196. familiæ. l. alienationis. 28. l. alienatum. 67. l. interdum. 78. l. quæſtio. 115. eo. tit. Etſi vero duo illi poſtremi tituli Pandectarum communes ſunt omnium titulorum ſuperiorum: tamen non idcirco quæ ſub iis traduntur, generaliter intelligenda ſunt, vt plerique exiſtimant, ſed ad ea accommodanda capita, ex quibus ſunt deſumpta, quod inſcriptiones ſingulorum capitum oſtendunt, vt ſæpe in his ſuis operibus Duarenus admonet, & ante eum Ant. Auguſt. animaduertit, poſt autem multi præſtantes Iuriſconſulti, & in his maxime Iacob. Cuiacius, Iacob. Labittus, & Petrus Faber. Itaque in d. l. aliud. vt & in l. non videtur. 5. de reg. iur. longe aliter accipit Vlpianus verbum capere, quam in l. 1. ſi cui plus quam per legem Falcid. in l. 1. ff. ad leg. Falcid. & Paulus in l. cepiſſe. 146. de verb. ſignifi. Illic enim proprie cum effectu accipitur de eo, quod alii non ſumus reſtituturi. Vnde aperte à verbo accipiendi diſtinguitur, quo fit, vt generaliter intelligi non poſſit. Hic vero idem ſignificat, quod accipere. vnde & alterum pro altero ponitur. d. l. 1. §. hæc verba. ſi cui plus quam per leg. Falcid. & d. l. 1. §. ſi in annos. ad leg. Falcid. Quapropter nec ad propriam ſignificationem referri poteſt. Sic quod idem Vlpian. tradit d. l. 20. verba. de verb. ſignifi. verba contraxerunt, geſſerunt non pertinere ad ius teſtandi, non generaliter adaptandum eſt ad rem omnem, ſed ad eam ſolum, de qua actum eſt. At lib. 12. vnde deſumpta eſt, Vlpianus tractauit de capitis diminutione. Etſi enim quod ante capitis minutionem contractum geſtumque eſt, non ſecus velit prætor ratum eſſe, atque ſi ea non interueniſſet: tamen ad ius teſtandi id applicari non poteſt. Nam ſi is qui teſtamentum fecit, capite quouis modo minuatur, infirmatur teſtamentum, nec ex illo prætoris edicto conualeſcit. Quid indicare ſignificet, ſatis inter Grammaticos conſtat: at quis ex iis dixit, indicaſſe eſt detuliſſe, arguiſſe, accuſaſſe, & conuiciſſe, vt Vlpian. l. 197. indicaſſe. de verb. ſignifi. Itaque legem hanc non generaliter, ſed ſecundum ſubiectam quæſtionem interpretandam eſſe, ex inſcriptione eius doctiſſimi viri Antonius Auguſtinus, & Iacobus Labittus collegerunt. Nam idem Vlpian. in l. 3. §. ſi ex ſtipulatu, de Senatuſconſul. Syllaniano. (quæ l. 3. deſcripta eſt ex libro 50. ad Edictum, in quo diſſeruit de Senatuſconſul. Syllaniano, vnde & d. l. indicaſſe. eſt deprompta) tractans hoc argumentum, ſeruum qui cædem domino indicauit, vel arguit libertatem pro præmio conſequi, eum tum domum domini ſui interfectorem indicaſſe docet, cum non modo detulerit, arguerit, accuſauerit, ſed & conuicerit. Ligni ſignificatio nota eſt Grammaticis, ſed non eodem modo apud Iuriſconſultos vſurpatur. Ligni appellatio, inquit Vlpian. in l. ligni. 55. de lega. 3. nomen generale eſt, ſed ſic ſeparatur, vt ſit aliud materia, aliud lignum. Materia eſt, quæ ad ædificandum, fulciendumue neceſſaria eſt: lignum quicquid comburendi cauſa paratum eſt, ſi modo conciſum ſit. Itaque arbores materiæ cauſa ſuccilas non deberi, cui ligna legata ſint, Q. Mutius refert. Ofilius quoque ſcripſit, ad eum ligna pertinere, quæ alio nomine non appellantur, veluti

virgæ

virgæ, carbones, nuclei oliuarum, quibus ad nullam aliam rem quam ad comburendum vti poſſit, ſed & balani, & ſi qui alii nuclei. Ex eiuſdem Ofilii ſententia ſi voluntas non refragatur, & virgulæ & cremia, & ſarmenta & ſeparamenta materiarum, & vitium ſtirpes atque radices continebuntur. in quibuſdam etiam regionibus in Ægypto, vt arundines & papyrum, & herbulæ quædam, vel ſpinæ, vel vepres, quia pro ligno comburuntur, quoque comprehenduntur. Si lignum paratum ſit ad carbones coquendos, & conficiendos, ait Ofilius, carbonum appellatione huiuſmodi materiam non contineri, ſed an lignorum, & fortaſſis quis dicet nec lignorum : non enim lignorum gratia hæc teſtator habuit. Ex hoc capite deſumpta eſt l. carbonum. 167. de verb. ſignifi. quæ niſi ad prius illud caput referatur, recte intelligi non poterit. Nam non modo nimis dure ſecundum Ant. Auguſtinum, verum etiam imperite, vt Labittus notauit, huius legis verba ex illo Pandectarum compilatores excerpſerunt. Neque enim dubium eſt, materiam quæ ligni appellatione non continetur, multo minus carbonum verbo comprehendi. Itaque in d. l. ligni. §. vltim. Vlpian. certam hypotheſim commemorat. Si, inquit, lignum paratum ſit ad carbones coquendos, carbonum appellatione huiuſmodi materiam non ſimpliciter vel generaliter materiam, vt in dicta l. 167. fit, non contineri. Nam iam ante in princip. dictæ l. 55. materiam à ligno diſtinxerat, vt & Paulus in l. 56. eod. lib. de lega. 3. vbi ait, & palos & perticas in numerum materiæ redigendas, & ideo lignorum appellatione non contineri. Inſcite igitur quod de certa ſpecie Vlpianus ex Ofilio tradidit generatim in dicta l. carbonum. detractis circumſtantiis, & omiſſa certa circumſcriptione, ad genus & infinitam materiam eſt traductum. Sed quia de his cum alii, tum præſertim Anton. Auguſtinus & Iacobus Labittus, & pluribus & accuratius, nos his ad inſtitutum noſtrum contenti erimus, ex quibus videre licet, non qui Latine loquendi rationem teneat, eundem protinus eam Iuris partem, quæ eſt de verborum ſignificatione cognitam habere. Quare, licet Iuriſprudentia, magna ex parte in interpretatione verborum, quæ tum in legibus, Senatuſconſultis, edictis, conſtitutionibus, tum cautionibus, & actionum formulis, tum pactionibus, ſtipulationibus, & teſtamentis vſurpabantur, poſita ſit, propterea quod ſine eorum intelligentia ad rerum cognitionem perueniri non poſſit, eaque de cauſa Ælius Gallus, Labeo Antiſtius, & Caius, aliique clariſſimi Iuriſconſulti, in quorum numerum & Verrius Flaccus à Feſto, Macrobio & Diomede adſcribitur, commentarios ac libros de verborum ſignificatione & origine ediderint, eoque nomine ab Oratoribus laudati fuerint : tamen maior potiorque eius vis & poteſtas in ſententia eorum ſcriptorum, quæ in libros Iuris noſtri ex Conſultis & imperatoribus relata ſunt, explicanda, ac æqui, iuſtique, & recti diſputatione, controuerſiiſque, quæ voluntatis coniectura continetur, cernitur.

Iam id quoque dubium non eſt, quin hæc artificioſa tractandi iuris ratio, quæ triplici tradendarum artium methodo conficitur συνθέσει compoſitione, vel conſtitutione, διαιρέσει partitione, ſiue definitione, ἀναλύσει diſſolutione, dialecticorum potius, quam Iuriſconſultorum ſit. Ac quidem plurimum dialectica hæc ratio ad Iuris diſciplinam vtilitatis & momenti adfert, vſque adeo, vt ſicut ea ſola, quæ in aliis diſciplinarum generibus ante confuſa, diſſoluta, & diuulſa erant, ratione quadam conſtricta, & ad artem redacta fuerint, id quod multis modis Cicero in primo de Oratore oſtendit: ſic etiam perfectam artem Iuris ciuilis illa ipſa conſtituere quem poſſe tradat, ſi primum id in genera digerat, eaque ad certum numerum paucitatemque reuocet, deinde eorum generum, quaſi quædam membra diſpertiat, tum propriam cuiuſque vim definitione declaret. Ad hunc locum ſe referens Rodolphus Agricola, *li.2.c.5. inuent. dialect.* Dialecticam ideo à Craſſo in Iuriſconſultis deſiderari ſtatuit, ne apud eos omnia ſint actorum ſimilia. Vt enim in iis ſententiæ cuique ſui auctoris nomen præponitur, ſic in Iure ciuili notatione nominum eorum, quibus quid viſum eſt, cum cuiuſque placita & reſponſa nominatim commemorentur, occupata eſſe omnia. Eodem autem aggregauit, quod Cicer. lib. 2. de Orat. tradidit à Iuriſconſultis impediri eos, qui Iuri ciuili operam naue[...] propterea quod in libris eorum, vt[...] à diſcendo deterreri[...] natim fere referatur, quid alicui de i[...]nis, & Bruti nomi[...] ſponderint, vt illi putarent in hominibu[...]ro aut mulieri re[...]tionis, aut dubitationis cauſam aliquam fu[...] in re conſultanes eſſ[...] innumerabiles, debilitati à iure co[...] quod homi[...]lun[...] diſcendi ſimul cum ſpe perdiſcendi a[...]endo, vo[...]in[...] non[...] hominum innumerabilibus perſo[...]ent. At [...] infinita temporum varietate, ſed in generum cau[...]eque naturis omnia ſita eſſe, quæ in dubium vocarentur : gue autem eſſe definita, non ſolum numero, ſed etiam paucita[...] vt id ſub perſona Craſſi in priori illo loco à nobis relato ex poſuerat. Itaque iſthuc reſpiciens Craſſum ait, hæc aliquando expediturum, & deſcripta generatim explicaturum: pollicitum enim tum eſſe, ſe Ius ciuile, quod nunc diffuſum & diſſipatum ſit, in certa genera coacturum, idque ei non fore difficile, qui & quod diſci potuit de Iure ciuili didicerit, & quod iis qui eum docuerint, defuit, ipſe attulerit, vt quæ ſint in iure acute deſcribere poſſit. Hinc idem Cicero in Bruto ob hanc ſolam rationem Q. Scæuolæ, quam alias iuris peritiſſimum, alias conſultiſſimum appellat, Seruium Sulpitium anteponit, quod præter Iuris ſcientiam, eam quoque artem didiciſſet, quæ doceret rem vniuerſam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obſcuram explanare interpretando, ambiguam primum videre, deinde diſtinguere, poſtremo habere regulam, qua vera & falſa iudicarentur, & quæ quibus propoſitis eſſent, quæque non eſſent conſequentia. Attuliſſe enim hanc artem omnium artium maximam Dialecticam videlicet, quaſi lucem ad ea, quæ confuſe ab aliis aut reſpondebantur aut agebantur. Quocirca & eundem Seruium longe omnium non eiuſdem modo ætatis, ſed eorum etiam, qui ante fuiſſent in Iure ciuili principem, & ſcriptorum eius ſimilia nulla eſſe cenſet. Etſi igitur exquiſita hæc via docendi ad tractandum ius magnopere conducit, tamen non idcirco qui Dialecticus eſt, artificioſa hac ratione Ius ciuile tradere & explicare poteſt, niſi ante id ſciat : nec contra, qui Dialecticorum præceptorum cognitione ſunt deſtituti, idcirco Ius ciuile non tenent, ea præſertim quæ eius p[...] ſunt. Nam vt ex eodem Cicerone & ex Pomponio videre licet, multi fuerunt excellentes Iuriſconſulti ante Seruium Sulpitium, quos omnes ipſum etiam Q. Scæuolam artis Dialecticæ ignaros fuiſſe Cicero oſtendit. Idem fatetur interea, dum hæc quæ iura ſunt diſperſa cogantur, vel paſſim licere carpentem, & colligentem vndique repleri Iuris ciuilis ſcientia. Idque exemplo declarat Cod. Aculeonis cæterarum artium rudis, at iure ciuili ita eruditi, vt nemo illi de iis, qui Iuris peritiſſimi eſſent anteponeretur. Quo fit, vt compendioſa hæc Iuris tractandi ratio comparari non poſſit cum tertia, quæ in æqui & boni notitia, iuſti iniuſtique diſtinctione conſiſtit. Cum enim ius ſit ars boni & æqui, conſequitur in æqui & iniqui ſcientia, & licita ab illicito diſcretione Iuriſconſulti officium potiſſimum verſari. Ac tametſi hæc quoque præcipua Iuriſprudentiæ pars, & functio, fontes & principia habet diſputationum ſuarum ex ipſa Philoſophia, præſertim ea quæ eſt de vita & moribus, ex quibus bene honeſteque viuendi præcepta ducuntur, eaque propter Cicero in libris de Legibus iuſſa, ac vetita populorum, legeſque ciuiles ex recta ratione, menteque ſapientis ortas, illamque ex ipſa rerum natura profectam, & à diuino numine deriuatam doceat, ac Vlpianus hanc poſtremam partem exercens, veram Philoſophiam non ſimulatam profiteri tradat: tamen non ſi quis ex Philoſophis cognouerit, quæ ad mores hominum, quæ ad vitam, quæ ad virtutem, quæ ad Rempublicam pertinent : idem continuo Iuris ciuilis ſcientiam tenet : nec contra, qui Iuris ciuilis peritus, idem protinus Ethicus eſt Philoſophus. Optandum profecto eſſet, ſicut omne ſtudium ſapientiæ & Iuris quaſi cognatione quadam vincitur, ſic in illa communione homines quoque permanſiſſent, nec re cohærentes diſciplinas diſſociaſſent. Sed earum doctrinarum diuortia iam olim facta fuerunt, id quod horum culpa accidiſſe arbitror, qui totum genus complecti nequiuerunt, vnde alius aliam ſibi partem in qua elaboraret, ſeparauit. Nam ſepoſitas diuulſaſque facilius ſe & percipere & tractare poſſe putarunt. Valde autem

inter ſe conſentientes communeſque fuiſſe definitiones vtriuſque declarant. Vt enim Cicero *a* Sapientiam eſſe ait, rerum diuinarum & humanarum ſcientiam, in qua contineatur deorum, & hominum communitas & ſocietas inter ipſos. Sic Vlpianus *b* Iuriſprudentiam deſcribit eſſe diuinarum, atque humanarum rerum notitiam, iuſti atque iniuſti ſcientiam. Cum iis faciunt quos ſupra ex Cicerone & aliis ſcriptoribus de iis Romanis retuli, qui ſapientiæ gloria præſtiterunt. Neque vero in priori ſolum, ſed poſteriori parte hæ definitiones inter ſe conueniunt. Nam conſociationem hominum inter ipſos coniunctionemque ſecundo officii genere conſtare, in quo iuſtitia verſatur, idem Cicero tradit *c*. Hinc & alteram illam partem, è qua honeſtas manat, communitatis ait eſſe *d*. Proinde cum ſapientia, quam à prudentia diſcriminat, princeps ſit, maximaque omnium virtutum, infert id officium, quod à communitate ducitur eſſe maximum. Id autem iuſtitiæ eſſe eodem in loco declarat. Vnde vero tria illa Iuris præcepta, honeſte viuere, alterum non lædere, ſuum cuique tribuere, deprompta ſunt, quam ex illa Philoſophiæ parte, quæ eſt de officiis ſiue moribus? Quãquam ſi quis referre voluerit ad officia iuſtitiæ, quæ ad hominum vtilitatem, vitæque communionem pertinent, ei repugnare nolim, generalis præſertim, quam & Plato, & Ariſtoteles virtutẽ vniuerſam vocant. Propterea quod latiſſime pateat, & per omnes virtutes ſit fuſa. Continet enim τὸ νόμιμον καὶ τὸ ἴσον. tum ordine, id quod legibus cauetur, quæ iubent honeſta, vetant contraria: tum quod æquum eſt, etiam ſi nulla de eo lex poſita ſit. Itaque hac ſignificatione iuſtus eſt, qui & leges ſeruat, & æqualitatis ſtudioſus eſt: vt neque plus ſibi, neque minus aliis, ſed cuique ſuum tribuat, qui denique & ciuis eſt bonus, & vir bonus. Ac omnis quidem iuſtitiæ medium ius, æquumque eſt: in quo tanquam materia ſubiecta verſatur. Idque ex iuſtitiæ ſpecialis & Iuris ciuilis collatione facile perſpici poteſt. Quod enim ſummum iuſtitiæ munus eſt, æqualitatem ſeruare: idem iuris finis neceſſe eſt. Mihi quidem inquit Cicero, non apud Medos ſolum, vt ait Herodotus, ſed etiam apud maiores noſtros ſeruandæ iuſtitiæ cauſa, videntur olim bene morati reges conſtituti, qui cum prohiberent iniuria tenuiores æquitate conſtituenda, ſummos cum infimis pari iure retinebant. Eademque conſtituendarum legum fuit cauſa. Ius enim ſemper quæſitum eſt æquabile, neque enim aliter ius eſſet. Itaque idem, finem Iuris ciuilis eſſe tradit legitimæ atque vſitatæ in rebus cauſiſque ciuium æqualitatis conſeruationem. Nam quod iuſtum eſt, idem æquabile ſit oportet, & quod æquabile, idem medium moderatumque. Vt vero non vnum eſt iuſtitiæ etiam ſpecialis genus, ſic nec eadem vel iuris, vel æqualitatis ratio. Huius enim iuſtitiæ ſpecies duæ ſunt, vna quæ in tribuendo honore, cæteriſque omnibus cernitur, quæ diuidenda æqualiter inter eos ſunt, qui in ciuili ſocietate & communione verſantur. Altera quæ in pactis contrahendiſque rebus tuendam æqualitatem, tanquam regula adhibetur. Totidem etiã iuris quod à iuſtitia ducitur ſunt genera, ergo & æqualitatis. Eadem enim in diuerſis his iuſtitiæ, & Iuris formis ſpectari non poteſt, ſed proportione cuiuſque. Nam in diſtributione æqualitas Geometrica proportione æſtimatur, quæ ratione conſtat, non incremento vel exceſſu numerorum, quippe res, rebus, perſonæ perſonis conferuntur, & ex ea comparatione cuique pro conditione & dignitate, res, officia, honores, & quæ huic parti ſubiecta ſunt congruenter tribuuntur. At in commutatrice parilitas proportione Arithmetica conſideratur, quæ nititur ſimpliciter æquali differentia & incremento, ſiue exceſſu numerorum, non analogiæ, ſiue proportionum. Itaque in eo nulla habetur ratio τῆς ἀξίας perſonæ, ſed rei æqualia pro æqualibus redduntur, vt fit in commerciis, in quibus tantundem alter contrahentium conſequi debet, quantum alter accepit. cæteroquin conſiſtere contractus non poſſent. Eius etiam generis ſunt, quæ Ariſtoteles in contractibus ἀκυσίοις recenſet. Sed ne in iis, quę de Iuſtitia traduntur à Philoſophis alieno loco, progredior longius: ex iis quæ iam adduxi intelligi poteſt, idem apud eos iuſtitiæ propoſitum eſſe, quod apud Cicer. Iuri ciuili, & quaſi communem vtrique materiam ſubiectam videri. Verum & in tractatione, & tuendi modo inter ſe Philoſophi, & Iuriſconſulti differunt. Illi enim in explicanda ea honeſtatis parte, quæ iuſtitiæ tribuitur, & nominis ſignificationem, & rei definitiones & diuiſiones, formaſque ac partes & cauſas atque effecta, & quæ his adiuncta ſint & conſequentia, quæque contra repugnantia, ac contraria generatim tradunt. At Iuriconſulti principiis rationibuſque inde petitis, ſingulas ſpecies, partes, membra, hypotheſes, & exempla ab illis omiſſa minutatim perſequuntur. Satis enim Philoſophis eſt oſtendere legitimum eſſe, quod cuiuſq; populi, ſiue ciuitatis legibus continetur, medium iuſtitiæ ius eſſe æquabile. Leges vero illas & inſtituta, & iura, quæ quiſque ſibi populus conſtituit, quia in diuerſis rebus publicis, alia atque alia ſunt, vt Athenienſium, vt Romanorum, in illa de iuſtitia diſputatione non enumerant, aut declarant. At diligens & accurata eorum diſquiſitio, & expoſitio à Legumlatoribus & Iuriſconſultis ſuſcipitur. Philoſophi docent commutatricem iuſtitiam, æqualitatem in commerciis atque contractibus ſeruare. Ac licet ipſi quoque de communis vitæ officiis, actionibuſque humanis diſſerant, tamen quomodo æquabilitas in pœnis irrogãdis, quomodo in rebus contrahendis ſit tuenda, quidque præſtare alteri alterum oporteat: multo clarius & accuratius Iuriſconſulti in ſingulis quaſi negotiis ob oculos ponunt. Sed in re omnibus, qui vel primis labiis Philoſophiam, Iuriſprudentiamque deguſtarunt, perſpicua quid multis exemplis opus eſt? Deinde Philoſophi monent, quæ iuſta ſint facienda, quæ iniuſta vitanda, virtutes ſequendas, vitia fugienda, & honeſtatem inſtituendo, ac perſuadendo tradunt: At qui iura & leges præſcribunt, eorumque ſtudio & cuſtodiæ præſunt, & præmiis ad recte faciendum impellunt, & pœnis ſuppliciiſque à delictis auocant. Hinc eſt quod Vlpianus ait, ſe ſuique ordinis cupere bones, non ſolum pœnarum metu, ſed etiam præmiorum ſpe efficere, ac veram non ſimulatam philoſophiam affectare. Hinc Cicero vnum duodecim tabularum libellum omnium Philoſophorum bibliothecas, & auctoritatis pondere, & vtilitatis vbertate ſuperare aſſeuerat. Iis enim totam ciuilem ſcientiam deſcriptis omnibus ciuitatis vtilitatibus, ac partibus contineri exiſtimat. Hinc idem lib. 1. de Orat. ex legibus (inquit) & dignitatem maxime expetendam eſſe videmus: cum verus, iuſtus atque honeſtus labor honoribus, præmiis, atque ſplendore decoratur: vitia autem hominum atque fraudes, damnis, ignominiis, vinculis, verberibus, exiliis, morte mulctantur: & docemur, non infinitis concertationumque plenis diſputationibus, ſed auctoritate, metuque legum domitas habere libidines, coercere cupiditates, noſtra tueri, ab alienis mentes, oculos, manus abſtinere. Denique eodem Cicerone auctore aliter leges, aliter Philoſophi tollunt aſtutias, leges quatenus manu tenere res poſſunt: Philoſophi quatenus ratione & intelligentia. Etſi vero hæ ſimileſque ſint inter ius, ſiue leges & philoſophiam, inter Iuriſconſultos & Philoſophos differentiæ: tamen magna alias ſocietate & cognatione inter ſe iunguntur. Itaque priſci illi tum legumlatores, Lycurgus, Solon, Hermodorus Epheſius, tum Iuriſconſulti, quos ex Pomponio ſupra recenſui, tum ex poſterioribus Æ. Papinianus, Pomponius, D. Vlpianus, Paulus, Tryphoninus, Modeſtinus, & pleríque alii, qui in conſilio Alexandro Seuero adfuerunt, vt tam ex fragmentis, quam ex Ælio Lampridio apparet, philoſophia literiſq; inſtructi fuerunt. Quare licet multi Iuriſperitorum diſciplina morum eruditi fuerint, tamen pauci Philoſophorum iura ciuilia didicerunt, ex iis præſertim qui totos ſe ad cognitionem rerum tranſtulerunt, & ipſius ſcientiæ ſuauitate delectati, nihil aliud in vita egerunt. Nam qui ex Philoſophis legumlatores fuerunt, illi non tantũ in rerũ contemplatione verſati ſunt, ſed maximarum & plurimarum rerum ſcientiam ad vſum traducentes Reſpublicas ſumma cum laude gubernarunt. Plato à regendis ciuitatibus abſtinens ſapientiæ ſtudio deditus, libros illos quidem de Legibus ſcripſit, ſed ad eam Rempublicam, quam ipſe nouam finxit accommodatas, ab aliis vero ciuitatibus non probatas: eo quod à moribus earum, communique vitæ conſuetudine abhorrerent. Ac quidem facilius & maiori cum delectatione, quæ à philoſophis de vita & moribus ſcripta ſunt iuris ſtudioſi cognoſcunt, quam illa quæ à Iuriſperitis traduntur: quoniam illa morum informandorum præcepta in vniuerſo genere ſunt poſita, vnde iuris principia & axiomata notioneſque proficiſcuntur, hæc ad cauſas & controuerſias, ac hypotheſes fere aggregata,

a lib. 1. de off. circa finem.
b l. iuſtitia. de iuſtit. & iure.
c lib. 1. off. §. de
d lib. 1. de off. ad fi.
Lib. 2. off.

gregata,& ad has ſingulas adaptata.Itaque multa Iuriſconſulti in ſua arte propria habent,præſertim ad diſceptationes controuerſiarum quod attinet,quæ ex recti & æqui diſputatione oriuntur,quę licet quis eam philoſophandi rationem,quæ eſt de officiis & generali appellatione ἠθικὴ dicitur, teneat,tamen niſi quoque in Iuriſprudentia ſit verſatus,aſſequi nequeat. Vt autem hæc doctrina,quæ virtutes continet, & bene viuendi diſciplinam longe præſtat, tum Latine loquendi rationi,tum diſſerendi ſubtilitati:ſic & tertia hæc Iuriſprudentiæ pars,quæ in legum ipſarum diſquiſitione, iuſti & iniuſti, æqui & iniqui diſtinctione cernitur,prioribus duabus antecellit. Quare vt hunc locum de imitatione egregiorum illorum iuris authorum concludam: eos hodie Iuriſconſultos maximam ex illis ſimilitudinem ducere cenſeo, qui in interpretando Iure, cauſiſque explicandis,& orationis puritatem perſpicuitatemque, & facilem quandam ac artificioſam tractandi rationem, & æqui,bonique artem atque regulam adhibent. Neque enim omnibus numeris perfectum eum exiſtimo iuriſperitum, niſi cui omnium harum rerum inſit ſcientia. Sed quoniam pauci reperiuntur,qui hæc ſimul complectantur:ideo ſi in ſeparatis ſpectandum ſit, quo potiſſimum genere quis cognatione ex veterib. illis antiſtitibus iungatur, quædã ex tribus his, Grammatica, Dialectica,& Iuriſconſultorum propria tractandi rationibus,poſtrema hæc,& præſtantiſſima & vtiliſſima eſt. Sic & qui illa præditus eſt, iuris illos κορυφαῖος præcipue exprimere videtur.

Itaque ad noſtram quæſtionem quod attinet, qui ex his duobus diuerſis & diſſidentibus interpretum generibus, vel omnibus illis virtutibus,vel aliquibus veteres illos,quam maxime effingunt:illi habita ea graduum ratione, quam poſui,& deligendi ſunt & conſectandi. Quod cum ex iis notis, quas commemoraui & deſcripſi,non ſit difficile iuris ſtudioſo diiudicare: malo id cuiuſque arbitrio permittere, quam hic pluribus perſequi. Satis enim eſt huius regulæ generalia præcepta tradidiſſe: ipſius autem hypotheſis diſceptationem, cuiuſque iudicio relinquere, quãquam eaſdem notiones infra ad Duarenum quoque noſtrum ſim accommodaturus. Atque hęc de priori nota & obſeruatione huius generis interpretandi, & tractandi iuris eorum,quod in excellentibus illis Iuris antiſtitibus perſpicitur, & delectu illorum, qui ſimilitudinem aliquam eorum imitando aſſecuti ſunt, & hactenus.

Iam vero quia non cuiuis in promptu eſt, ex fragmentis illis qualis illa fuerit apud veteres interpretandi ratio animaduertere, & cum ea ceu exemplari quodam perfecto huius temporis interpretes comparare: reliqua eſt altera regula, vt inquiramus,quæ præcepta de interpretando, docendo ac tractando iure, cum apud alios probatos auctores, tum à Iuſtiniano in ſua legiſlatione prodita ſint. Vtinam vero liber ille Ciceronis de Iure ciuili in artem redigendo extaret, quem à Gellio citati ſupra indicaui. Neque enim dubito,quin multa in eo ad hunc tractatum pertinentia diſſeruerit. Sed mirum non eſt,& illum,& alios multos præclaros Ciceronis libros in eandem incidiſſe calamitatem,quæ iuris auctorum ſcripta excepit. Quæ tamen eius illa de re ſententia fuerit,ex iſtis locis quos paulo ante ex lib. 1.& 2.de Orat. & ex Bruto ſiue de claris orat.retuli,ſatis aperte intelligi poteſt. Ita enim Ius ciuile, quod id temporis nondum artificioſe compoſitum erat, arte concludi poſſe ſtatuit, ſi in certa quædam genera,eaque pauca cogeretur:deinde ea in ſpecies,ſiue membra,quæ complectuntur tribuerentur:tum quam quæq; vim haberent definitione exprimeretur. Eandem rationem ſecutus eſt Iuſtinianus in tradendis inſtitutionibus ſuis, quam ipſos quoque Iuris auctores in ſuis inſtitutionibus tenuiſſe, recte quidam exiſtimant. Iam vero ita tractandum ius omne Cicer. in libro. 2. de Orat. multis exemplis oſtendit, vt cauſæ perſonis certis & temporibus definitæ ad vniuerſi generis vim & naturam referantur,ab hypotheſi ad theſim reuocentur. Neque enim ex temporibus & perſonis, ſed ex genere quæſtionis cauſa pendet. Nam & quæ infinita eſſe videntur, generatim ſunt componenda,& quæ in vna cognitione,naturaue poſita, in plurima diſpartita, & hinc inde diſperſa ſunt ac diſſipata, iterum coniungenda,& artificioſe ad ſuos quæque locos communes digerenda, rurſuſque quæ mixta & confuſa ſeiungenda, & in certa genera ſingula deſcribenda,eaq; tum diuiſionibus commodis diſtribuenda,tum definitionibus explananda. Et cum fere omnes Iuris partes vel generales ſint,generatim & infinite conceptæ,vel certas facti ſpecies contineant, certamque perſonarum, temporum, & locorum notationem: illæ cum in generum vniuerſa diſputatione conſiſtant, in partes reſoluendæ,eæque ſingulatim ſunt explicandæ,hæ autem à perſonis & temporibus ad communes rerum & generum ſummas ſunt aggregandæ & reuoluendæ. Ac de his ex Cic. præceptis hactenus.

Reſtat vt videamus quem modum & rationem Iuſtinianus iuris à ſe compoſiti, quo hodie vtimur, interpretandi ac docendi præſcripſerit. Ac quidem edixit, ne quis alios commentarios legiſlationi ſuæ apponat, quam παράτιτλα, vt ipſe dicta conſtit. 1. §. vltimo,interpretatur,per indices & titulorum ſubtilitatem quæ admonitoria eius faciat, & κατὰ πόδα interpretationem de lingua vna in aliam, vt ex Latina in Græcam ſub eodem ordine, eademque conſequentia, ſub qua legum voces poſitæ ſunt transformationem, ſiue conuerſionem, vel breuem aptamque expoſitionem, quæ non multo pluribus verbis fiat,quam legibus ipſis continentur. Et ſane ſi quod Iuſtinianus in iure à ſe edito præſtitum, non modo credidit,ſed etiam prędicauit, reuera ita ſe haberet, vtiliſſima hęc ſua præcepta,& ad vnguem obſeruanda eſſent. Sicut enim ante per multitudinem librorum confuſum ius Romanum fuiſſe queritur,ſic, quæ eſt ingeniorum humanorum audacia, & motum licentia,doctores & interpretes commentationibus & diſſenſionibus ſuis,hoc ius tam præclare à ſe,ſua quidem opinione conſtitutum, peruerſuros eſſe verebatur, niſi id ſuis ſanctionibus præcaueret. Semper enim id curæ fuit optimis quibuſq; legumlatoribus, prudentiſſimis rerum publicarum gubernatoribus, tum vt paucas,tum vt apertas, & perſpicuas leges præſcriberent,quod cernerent diligentius eas obſeruari,& minus controuerſiarum parere. Itaq; Solon,vt eſt apud Demoſthenem, ſingulas tantum de ſingulis negotiis leges, eaſque faciles & planas eſſe voluit,ne vulgi ſimplicitati temere imponi poſſet, ſed omnibus æqua facultas eſſet, eas & legendi & perdiſcendi. Et Iſocrates eas leges optimas eſſe iudicauit, quæ & quam pauciſſimas lites gignerent, & quamprimum eas tollerent. Hinc in bene conſtitutis apud Græcos rebuspublicis ſumma in ferendis nouis legibus cautio, cura & diligentia adhibebatur. Nam non mutationem modo earum periculoſam eſſe cenſebant, ſed & multitudinem, ita vt eos, qui ſubinde condant & recondant leges, inſanire Herodotus duxerit. Quare ſtudioſe proſpiciebant, & ne leges cumularentur,& ſi accidiſſet,vt ſylua illa circumcideretur. Vnde Iulius quoque Cæſar, teſte Suetonio, conatus eſt Ius ciuile Romanorum ad certum modum redigere, atque ex immenſa diffuſaque legum copia optima quæque & neceſſaria in pauciſſimos conferre libros. Cum igitur Iuſtinianus hanc ſuam legiſlationem veteri Iuriſprudentia tanto præſtantiorem & perfectiorem eſſe duxerit: vt illam æris,hanc auri loco habeat,eoque nec comparari inter ſe velit: propterea quod multa in illa deſiderarentur, quæ ſingulatim cõmemorat:in hac autem nihil contrarium,nihil ſimile, nihil redundans,nihil perturbatum inueniatur, ne ob multitudinem ſcriptorum idem ei accideret, quod priori eueniſſet, illi incommodo his ſuis conſtitutionibus occurrere voluit.

Conſtit. 2. §. quod autem & primum. Conſtit. 2. Deo nobis. §. noſtrã autem. Conſtit. 3. tanta. §. hoc autem.

Verum ſi diligentius attenderimus,plurimum & opinione ſua Iuſtinianum falſum & Tribonianum,qui ei hoc ius omnibus partibus abſolutum eſſe perſuaſit, vehementer erraſſe cognoſcemus: præſertim ad quinquaginta Pandectarum libros quod attinet. Tantum enim abeſt,vt eos Papiniani, Caii, Vlpiani, Pauli, & æqualium Conſultorum monumentis anteponam : vt nec quidem cum iis conferendum exiſtimem. Quin tam male ex centonibus veterum Iuris auctorum ſunt conſarcinati, vt licet Pandectæ fortaſſis dici poſſint, tamen Digeſtorum nomen mereri vix videantur. Etenim excepta titulorum συνέχεια (quæ congruenter ad formam perpetui edicti,& imitationem Digeſtorum à Iuliano,& aliis ſcriptorum certo quodam ordine coagmentata eſt,) pauca artificioſe digeſta,apteque diſpoſita,& ad ſua genera conuenienter aggregata,rurſuſq; in ſpecies & membra diſtributa, & ſingulis definitionibus explicata, ea ratione & via videre licet, quam & Cicero præſcripſit: & quam cum in Commentariis ſuis ad edictum, tum in Digeſtis veteres Iuris auctores vſurpaſſe ex collatione & coniunctione fragmentorum, ex vno eodem-

que libro, in varios titulos atque libros diſperſorum, & obſeruata cuiuſque capitis inſcriptione ad ſuos libros ſingulorum coaptatione, quoquomodo animaduertere poſſumus. Quanquam facilius ſit ex illa inter ſe capitum compoſitione, titulorum & argumentorum, quæ quoquo libro tractarunt, ſeriem atque continuationem ſeu quam rationem tractandi principalia illa capita, ſiue quæſtiones in ſingulis libris colligere. Quo magis dolendum eſt, ex tot Iuris auctorum Digeſtis, quæ Iulianus, Alphenus, Celſus, Marcellus, Ceruidius Scæuola, Pomponius, Vlpianus, Paulus, Martianus, reliquerunt, nullius non modo non totum opus, ſed nec vnum quidem librum integrum ad noſtram ætatem perueniſſe. Ac tametſi iidem illi quinquaginta libri Iuſtiniani mandato concinnati inſignem theſaurum Iuris, atque omnis generis præclara multa contineant, atque ideo non immerito Pandectarum nomen iis tribui fortaſſe poſſit, vt etiam quidem ipſe gloriatur, optima quæque & vtiliſſima in eos contulerit: tamen non vt idem tractat, idcirco omnes diſputationes ac deciſiones in ſe habent legitimas, omnemque boni & æqui doctrinam & diſciplinam complectuntur. Multo vero minus conceſſero, innumerabilia ab his compilatoribus in melius mutata, & multa in antiquis diſſidentia, ab his diſtincta, & ſuis limitibus determinata & definita eſſe, ita vt cum omnes reliquæ artes ſint infinitæ, hæc ſola ſcientia certis finibus ab his ſit circumſcripta. Non hic referam, quam multa, varia & non læuia errata, atque vitia in horum quinquaginta librorum confectione doctiſſimi noſtræ ætatis Iuriſconſulti notarint: id omnes queruntur, ita præciſa eſſe illa ex Iuris auctoribus fragmenta, quæ in iis erant perſpicua, vt ſæpe ſit de ſententia diuinandum: præſertim deficientibus nos Iuris auctoribus, vnde illa deprompta fuerunt. Nec vero, vt fere in omnibus illis conſtitutionibus prædicat, quæ apud veteres pugnantia fuerunt, diſſoluit, atque conciliauit, vt nulla antinomia in his libris ab eo inueniatur, qui ſubtili mente diuerſitatis rationes excuſſerit. Nam diſſentientes Iuris auctorum opiniones in diuerſis capitibus cernuntur, quæ componi inter ſe nullo modo poſſunt, vt id his temporibus ab eruditis Iuriſconſultis diligenter eſt demonſtratum. Sic Celſus, *a* & Paulus *b* inter ſe ex diametro diſcrepant. Ille enim ſeruum legatum, ſi interim manumiſſus ſit, & poſtea rurſus ſeruus factus, peti poſſe, hic non poſſe ſtatuit, atque ideo Celſi ſententiam Paulus & notat & improbat, propterea quod in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poſſit, ita à Celſo *c* patre & filio Iulianus *d* diſſentit. Illis enim placuit, quod ſeruo communi legatum erat, altero dominorum omittente, ſiue repudiante alteri non accreſcere, huic vero ad alterum totum pertinere. Erant enim diuerſarum ſcholarum: illi Proculiani, hic Sabinianus, teſte Pomponio. *e* Nam idem ante huius præceptor *f* Iauolenus in ſimili ſpecie *g* ſtatuerat, qui Sabino ſucceſſerat. Plures huius generis controuerſias inter Sabini & Proculi diſcipulos ſupra expoſui. Ita diuerſis poſitis iuris principiis Iulianus *h* putauit fructuario vindicandarum ſeruitutum ius eſſe, atque ideo opus nouum nuntiare poſſe argumento cæterorum, quibus vindicatio ſeruitutis datur. *i* Contra Labeo, Nerua, Marcellus, Vlpianus *k*, exiſtimarunt, fructuario ſeruitutis vindicationem non eſſe, atque ideo nouum opus nuntiare non poſſe. In hac quoque quæſtione, an fundo vendito, & in diem addicto vſucapio procedat, & fructus emptoris fiant, Iulianus *l* Paulum omnino ſecutus eſt: Vlpia. non *m*: ſed adhibita diſtinctione in priori membro aſſentitur, in poſteriori repugnat. Nam in hoc non putam, vt illi, ſed conditionalem venditionem eſſe ſtatuit, idque ex Pomponii ſententia, vt coniectari licet *n*. Sed aperte Paulus *o* etiam in hac poſteriori parte, niſi melior conditio adferatur, putam cum Iuliano cenſet eſſe emptionem, & idcirco reiectis aliorum, vt Pomponii, vt Vlpia. ſententiis, Iuliani probat. Nec vero diſſerte Iuſtinia. vtram in his diſſenſionibus ſententiam potiorem ducat, exponit. Itaque iactare non poteſt à ſe diſſenſiones illas ſublatas, præſertim cum vtranque in Pandectas diuerſis locis contulerit. Et ſi vero Iuſtinia. multas quoque diſcrepantes iuris authorum opiniones in Inſtitutionibus, Codice, Nouelliſque decidit, & quid ſequendum eſſet, declarauit, vt in illis diſſidiis Proculianorum & Sabinianorum à me ante expoſitis *a*, quemadmodum & controuerſiam illam in diſtinctione prædiorum vrbanorum & ruſticorum inter Neratium & cæteros

a in l. ſi cherus. 79. §. Vlt. de lega 3. b l. qui res. §. aream. Ver. nec admiſſum. de ſolut. c l. & Proculo. 20. de le. 2. d l. 1. §. 1. de Vſufr. accreſc. e l. 2. in fi. de orig. iur. f l. an manumittere. de manumiſſ. Vind. g l. ſi duobus. 40. de legu. 2. h l. 1. §. penult. de remiſſ. & in l. 2. de oper. noui nunt. i l. 3. §. 1. & §. pen. l. creditori 9. ff. de nouo oper. nunc. k l. 1. §. Vlt. eo. tit. l. 1. in pr. ſi Vſusfr. pet. l. 2. §. 1. ſi ſer. Vindic. l l. 1. de in diem addic. & l. 2. §. ſi in diem addictio pro empt. m l. 2. & 4. de in diem addict. n ex d. l. 4. & ex l. itē quod dictum. de in diē addict. o d. § ſi in diem addict.

a Veluti in d. §. cū ex aliena.

Iuriſconſultos definiuit *b*, cum & Pomponius & Vlpianus *c*, & Vlpianus *d* qualitate, genere & vſu, non vt ille *e* loco diſcernat, vt exempla ex Cod. & Nouellis prætermittam, nihilominus in his libris Pandectarum, contraria illa capita congeſſit, quæ vel in eos non redigere, vel in iis non ſine nota relinquere debuiſſet.

Quare cum non ſit eiuſmodi iuris Iuſtiniani auctoritate compoſiti conformatio & perfectio, cuiuſmodi ille eſſe perhibet: idcirco præter παράτιτλα, breuia monita, ſiue titulorum argumenta & indices rerum, & κατὰ πόδας expoſitionem, ſolidior, vberior, & illuſtrior eius in accidentibus partibus interpretatio poſterioribus temporibus requiſita fuit. Illis quidem anteceſſoribus, qui in tribus illis Gymnaſiis à Iuſtiniano, vel apertis, vel confirmatis, tum ius hoc renouatum profeſſi ſunt, non fuit difficile præceptis eius morem gerere. Nam & pro tali legislatione illam habebant, qualis in conſtitutionibus, ſiue edictis illis non ſine magna tractatione deſcribitur, & ad tempora illa accommodata, & in foro vſuque quotidiano per ſe clara erat: & ſi quæ obſcuritas & difficultas ex fragmentis illis Iuriſconſultis in Pandectas relatis, propterea quod nimium conciſa & truncata eſſet, oriebatur: eius explanatio ex ipſis auctoribus, vnde ſumpta erant, peti poterat.

At ſimul ac nō multo poſt Iuſtinianum exterarum gentium copiis, cum in alias imperii occidentalis prouincias influentibus, tum in Italiam ſe inferentibus, ibique domicilium, ac ſedem principatus ſui collocantibus iure illo Iuſtinianeo, pleriſque in locis antiquato & obſoleto, alia iura ab illis nationibus quæ rerum in Italia potiebantur, inducta eſſent: à Lothario demum III. oblatis ſibi ex præda direptæ vrbis Melphitanæ Pandectis ſancitum eſt, vt ex vno illo iure reliquis legibus abrogatis in Italia iudicia fierent, iuſque diceretur. Itaque cum poſt aliquot ſæcula tandem pleriſque & tribunalibus reſtitutum, & ſcholis redditum fuerit: mirādum eſt Irnerium Germanis Wernherum dictum, qui primus regnante Lothario Pandectas in publico Bononiæ Gymnaſio interpretari cœpit, eiuſdemque ætatis alios, qui certatim ipſius inſtitutum ſunt æmulati, præſcriptum Iuſtiniani tam accurate obſeruaſſe. Nam potiſſimum in ſummis gloſſiſque ſcribendis elaborarunt: quarum illæ loco paratitlorum, hæ autem κατὰ πόδας expoſitionis ſunt. In his refero Hugolinum, Bulgarum, Martinum, Ioannem Pileum, Rogerium, Aldericum, Azonem, atque alios eiuſdem ætatis viros bonos, & in iuris doctrina eruditos, qui Lothario, Conrado III. Friderico primo, eiuſque filiis Henrico & Philippo imperantibus floruerunt. Equidem horum ſimplicitatem in Iuris interpretatione multopluris facio, quam pompam & apparatum, ſuperioris noſtræque memoriæ doctorum ad inanem oſtentationem ſæpe comparatum. Eandem interpretandi rationem in Gallia Ciſalpina conſectatus eſt eadem ætate Placentinus, quem licet acerbe inſectatus ſit Accurſius, tamen eius in vtroque illo genere non contemnenda extant, & ingenii & induſtriæ monumenta. Ex omnibus autem iis, nullus in titulorum argumentis & ſummis explicandis, vberior & copioſior fuit Azone, qui in iis etiam ſuperiorum æqualiumque ſuorum retulit ſententias: ita vt quibuſdam paratitlorum fines tranſiſſe videatur. Sunt qui idem notent in gloſſis Accurſii, quas eum adauxiſſe, & intra gloſſematum nomen, limiteſque non conſtitiſſe certum eſt. Sed vterque ſtudioſorum Iuris ſuorum temporum iuſtam fortaſſe rationem habuit. Quod enim fragmenta ex Iuriſconſultis in quinquaginta illos Pandectarum libros redacta nimium eſſent mutilata, nec amplius ſcripta illa, ex quibus excerpta ſunt in manibus verſarentur, totaque illa Iuſtiniani legislatio, ante multas ætates in deſuetudinem abiiſſet, clarius interpretationis lumen, quam quod gloſſæ illæ ſuperiorum doctorum præſtiterant, ei adiungendum fuit. Primus igitur Accurſius admirabili diligentia, incredibili labore, excellenti ingenio, quæ ſuperiores ad diuerſa loca, quibus interpretatione opus eſſe putabant, gloſſemata paſſim & ſeorſim compoſuerant, collegit, iiſque ſua addidit, & cum ad vniuerſum ius congeſſit, tum ad ſingulas fere leges applicuit. Nec ipſas modo leges, & quæ inter ſe vel ſimilia, vel pugnantia ſibi eſſe viderentur annotauit: ſed & diſſentientes priorum interpretum opiniones ſuis locis retulit, & collatione earundem facta ſuam quoque ſubiecit. At cum nec ſic quidem ſatisfieret Iuris

ſtudioſis,

a deter. a diuiſ. d. . Inſtit. quib. mod. . finita. . d. §. in precium Inſtit. de emp. & Vend. §. qui exequitur. Mand. b §. prædiorum Vrbanorum. Inſtit. de ſeruit. c l. Vrbana familia. . de Verb. ſig. d l. Vrbana ædifi. cia. 138. & l. 1. comm. præd. e l. 2. de ſeruit. ruſtic. præd. l. eo iure. §. ſtabula. in quibus cauſa pignus Vel hypo. contrah.

ſtudioſis,qui eum inſecuti ſunt,velut ducem & auctorem intuentes,non tam ipſas leges ſibi explicandas, quam σχόλια ſeparatim ab illis edita,tum ab Accurſio in vnum quaſi corpus contracta,perpendenda propoſuerunt. Itaque luculentiores expoſitiones & enarrationes ediderunt, in quibus mediam viam inter eos qui ætate maiores,quique minores erant,ſunt ſecuti,cum & gloſſarum modum excederent,& ſibi à Commentariorum magnitudine temperarent. Ex hoc numero ſunt Iacobus Balduinus, Odoffredus, Franciſcus Accurſii filius,& Iacobus Beluiſius, Iacobus de Arena, Dynus,Iacobus, & Bartholomæus Butrigarii, Nicolaus Neapolitanus,& Mutinenſis, & Matarellus, Martinus Silimannus, & Fanenſis, Lambertus Ramponus, Ricardus Malumbra, Rainerius Foroliuienſis, Cynus, Oldradus, Fridericus Petrucius Senenſis,Iacobus de Rauena,Blauaſius,Petrus de Bella Pertica, Ioannes Faber, Gulielmus Cuneus, & eorundem æquales, qui omnes annis Bartolo præſtiterunt. Nec tamen hi omnes vnum idemque tenuerunt inſtitutum, ſed alii preſſiores, alii vberiores fuerunt. Eadem ætas tulit Signorolum Homodeium,cuius reſponſa extant,in quibus nullis aliis, atque legum authoritatibus & teſtimoniis vtitur. Tum fuit Bartolus,qui licet in commentariis faciendis, cum iam aperte contra Iuſtiniani edicta ſcriberentur,illis liberior fuerit,tamen ad eam licentiam & temporum illorum conditione,& auditorum deſiderio adductum ſtatuo.Id vero recitationibus ſuis,atq; ſcriptis nominis authoritatiſque comparauit,vt hactenus primus illi locus inter Iuris interpretes tributus fuerit.Et ſane ſua laude non eſt fraudandus, cum ob alias ingenii dotes, tum quod cum ſe ad exercitationem iuris, & iudicia mature retuliſſet, ius à ſe in ſcolis explicatum ad vſum fori iudiciorumque traducere ſtuduerit. Excuſari eadem ratione poſſunt,& Bartoli æquales,& qui ei ætate proximi fuerunt, vt Franciſcus Tigrinus,Albericus Roſatius, Baldus, & Angelus fratres, Richardus,& Bartolomæus Saliceti,Benedictus Plombinus,& ſimiles, quamuis indies fœcundior fuerit Iuris interpretatio, & ſcribendi cupiditate & multitudo & magnitudo commentariorum creuerit. Neque enim his ſatis fuit de ipſis legibus, & de gloſſematis, cum anteriorum,tum Accurſii diſputare, ſed & anteceſſorum ſuorum ſententias referre, & quid ſibi de iis videretur,explanare.His ſucceſſerunt Chriſtophorus Caſtilionæus, vterque Raphael Fulgoſius & Cumanus, Ioannes Imolenſis,Paulus Caſtrenſis,Ludouicus Romanus,Chriſtophorus Portius,Florianus,Martinus Laudenſis,Guido Papæ, Angelus Aretinus, Iacobus Puteus,& alii nonnulli, qui in commentando & ſcribendo non minus ſibi, atque illis contra Iuſtiniani præcepta licere arbitrati ſunt. Pleriſque vero ex hoc ordine veniam dandam exiſtimo. Nam tres primi cum magno ſtudio atque diligentia in ipſas leges cognoſcendas incubuiſſent,& plurimum ingenio valerent,actiq; iudicio præditi eſſent, & opiniones anteceſſorum ſuorum per manus quaſi traditas, minus cum ipſius iuris Iuſtinianei doctrina conſentire intellexiſſent, veram legum ſententiam aſſerere, & receptas interpretationes impugnare, & confutare non verebantur. Itaque licet pro ſingularibus ab iis ſunt habiti,qui præiudicata opinione authoritates potius,quam rationis momenta ſequuntur: tamen ſæpe rectius multa in iure explicarunt, quam illi quorum dogmata maiori multorum hominum plauſu ſunt approbata. Quocirca noſtris temporibus Iuriſconſult. doctiſſimi Alciatus Mudeus, hic Duarenus noſter,Iacobus Cuiacius, atque alii recentiores in multis quæſtionibus, horum ſententiam olim à pleriſque reiectam, ea opinione quæ pro communi habita eſt, improbata,ſunt amplexi.Iam & genus dicendi facile atque perſpicuum,quo Paulus Caſtren.in comment.ſuis vſus eſt, & in commemorandis integris capitibus Ludouici Romani memoria, quam Æneas Siluius prædicat:argumento ſunt, eos in ipſo iure perdiſcendo grauiter verſatos eſſe. Multo vero minus ſe intra leges, metaſque illas à Iuſtiniano præfixas continuerunt, qui his poſteriores fuerunt, Franciſcus Aretinus,Bartholom. Cæpola, Alexander Imolenſis, Petrus Philippus, Corneus,Marianus Socinus, & Franciſcus Curtius maiores, Ioannes Maria, Riminaldus. At eos immoderata peccandi, aduerſus iſtas Iuſtiniani conſtitutiones, licentia etiam ſuperarunt, qui ætati illi ſuccreuerunt, Bartholomæus Socinus, Ioannes Crotus, Iaſon Maynus,Philippus Decius, Iacobinus à S. Georgio,Ioannes Igneus,multique alii noſtrorum quoque temporum doctores eorundem veſtigiis in interpretando iure inſiſtentes, quorum pleriq; ingentia ediderunt volumina. Cum enim vt interpretum multitudo,ſic & opinionum diſputationumque ſylua,præter modum creſceret,atq; hi omnium ſententias referre,ſuiſque libris complecti ſolerent,inde factum eſt,vt immenſos ſcripſerint commentarios. Hoc vero tractandi Iuris genere vtrum obſcuris in Pandectis, aliiſque iuris Iuſtiniani mandato collecti locis lucem attulerint, an luculentis tenebras obduxerint, facile erit ei ſtatuere, qui regulas illas à me propoſitas in iudicando ſpectauerit.Etſi vero quò poſtremi hi interpretes verboſiores & redundantiores in ſcribendo fuerunt:eo longius à lege modoque interpretandi, in Iuſtiniani edictis præſcripto receſſerunt,tamen & his ignoſcendum eſſe duco: ſi modo in ipſis quoq; legibus explicandis, operam,ſtudiumque poſuerunt.Vt enim ſuperuacanea multa & manca, ac mutila,vt etiam multa à propoſito aliena coaceruarint, vt in interpretum opinionibus recitandis,& excutiendis nimis lōgi fuerint,nihilominus tamē hæc & propter exempla priorum,& inueteratum hunc morem iis condonāda reor,ſi modo ipſa quoque iuris capita contemplati fuerunt,& eodem reliqua omnia veluti ad ſcopum direxerunt. Sin autem vel legibus ipſis neglectis ac relictis, aut verbis menteque earum vix per tranſennam inſpectis omne ſtudium atque tempus,in recenſendis,diſquirendis,confirmandis,repellendis,præcedentium interpretum opinionibus conſumpſerunt,nec venia,nec excuſatione hos dignos arbitror. Neque enim ſolum huiuſmodi interpretum diſputationes peruerſæ, ſed & pernicioſæ ſunt iuris ſtudioſis,quæ eos ab ipſius iuris certi & finiti cognitione, tanquam à veris fontibus, & ſedato quaſi amne ad vaſtum inanium concertationum & incertarum opinionum, infinitarumque argutiarum & verſutiarum mare abducunt.

Ex hac Iuriſconſultorum, qui ſibi ius Iuſtinianeum in lucem reuocatum,tractandum ac interpretandum ſumpſerunt, enumeratione, & cum eiuſdem edictis de illa re promulgatis collatione perſpici poteſt, primæ ætatis interpretes eis obtemperare conatos eſſe: qui autem eis ſucceſſerunt, vel vſu exigente, vel ſtudioſis efflagitantibus ea inſuper habuiſſe, & gloſſarum atque κατὰ πόδα interpretationis fines egreſſos eſſe: vberiuſque atque plenius ius id explicaſſe, vtilemque adhuc eam operam iuriſprudentiæ fuiſſe. At tertiæ, quartæ & huius noſtræ ætatis doctores communem illum morem ſectantes temporis progreſſu ac indies magis atque magis à ſanctionibus illis ſe remouiſſe,atque tandem non ſolum ſupine & edicta Iuſtiniani, & pœnas in iis conſtitutas neglexiſſe,verum etiam audacter contempſiſſe,non ſine magno Iuriſprudentię damno.Cum enim poſtpoſito ipſius Iuſtiniani legiſlationis ſtudio, omne fere tempus in doctoribus contereretur,adaucto interpretum numero,multiplicata ſunt placita,cumulatis opinionibus plures & grandiores factitati commentarii, qui fœcundiores extulerunt partus, atq; rurſus feraciores ediderunt fœtus,eiſq; alii atq; alii ſuccreuerūt, donec eo proceſſum eſt, vt nullus, nec modus, nec finis ſcribendi in iure fuerit. Quare tam ingens & immenſa turba voluminum huius generis extat,vt nullo modo cum ea librorum copia,quæ Iuſtiniani temporibus extitit, vel multitudine vel magnitudine conferri poſſit. Quod ſi igitur vetus ius Romanorum a ob illorum variorum commentariorum copiam confuſum atque perturbatum fuit, vt Iuſtinianus queritur, multo magis id de Iuſtinianea legiſlatione ſtatuendum erit, præſertim cum hæc doctorum noſtrorum opera libros illos & numero & granditate multum exuperent: puritate autem & perſpicuitate orationis, & rerum ipſarum tractatione, atque boni æquique diſputatione longe ſint inferiora. Ergo innumerabili & infinita hac vi voluminum à noſtris doctoribus diuulgatorum, non modo oppreſſa, ſed & penitus obruta fuiſſet, niſi Dei munere & conceſſu perinde vt alia omnia fere humaniora ſtudia ex inueterata barbarie,paulatim emerſerunt,ſic & vera Iuriſprudentia reſpirare,& ſe erigere cœpiſſet. Nam cum refloreſcentibus literis, non modo ipſum ius Iuſtinianeum diligentius ſtudioſi in manibus haberent, ſed & alia quædam veluti ex parietinis fragmenta nacti eſſent, & plura indies Romanæ in omni genere diſciplinæ vetuſti moris hiſtoriarumque & antiquitatis monumenta prodirent, eaque illi ſtudioſius & diligentius colerent, adiuuentiſq; illis inſtructi fœli-

a ad conſtit. 1. 2. 3.

cius in iuris ſtudiis verſarentur, eiuſque cognitionem aſſecuti, quam longe interpretes illi poſteriorum ætatum, tum à veterum Iuriſprudentum more, tum à Iuſtiniani edictis diſceſſiſſent, intelligerent: quoad conſequi induſtria, ingenioque potuerunt, etiam atque etiam enixi ſunt: vt corruptum illud interpretandi genus animaduerſione rectæ & ſinceræ rationis, qua in comment. ſcribendis, ipſi iuris auctores vſi fuiſſent, corrigerent, & ad eandem præceptorum à Iuſtiniano hac de re traditorum accommodationem emendarent. Neq; enim vt & ſupra indicaui, ſola Iuſtiniani præſcriptio & formula in hoc genere, tum propter ipſius legislationis imperfectionem, tum propter intermiſſum eiuſdem per multa ſecula, & in ſcholis, & in iudiciis vſum, tum propter receptam proximis ætatibus contrariam interpretandi conſuetudinem teneri potuit. Itaque non modo à multis, hac noſtra memoria, qui ab inculta illa & ſalebroſa proximorum ætatum via, iuris ſtudioſos in amœnum illud, & pulchrum iter veterum Iuriſconſult. reuocare voluerunt, paratitla, partitiones methodicę, οἰκονομίαι, manualia, & eiuſdem argumenti ſimilia, à nonnullis etiam breuia quædam ſcholia & annotationes, quas inſtar κατὰ πόδας expoſitionis habuerunt, conſcripta fuerunt, in quibus alii aliis longe antecellunt, ſed & commentarii ad varias Iuris partes facti, quorum licet magna ſit inter ſe differentia: tamen quoſdam puto non admodum diſſimiles iis eſſe: quos ad edicta, aliaſque iuris partes primi nominis, iuris auctores compoſuerunt. Ac licet hi quoque ipſi in Iuſtiniani ſanctionem commiſerit, cum is commentarios legislationi ſuæ adiicere penitus prohibuerit: tamen tantum abeſt, vt vllius pœnæ nedum grauis illius à Iuſtiniano ſancitæ reos putem. Siquidem cauſis quibus ad vetandum hoc genus librorum Iuſtinianus inductus eſt, in his locus non eſt: cum perſpicuum ſit, nihil inde incommodi legislationi ſuæ: ſed multum potius commodi acceſſiſſe. Quod enim nec id compilatores in iure illo concinnando præſtiterunt, quod ſibi perſuaſum habebant: quod idem diu in tenebris obſoleuerit: quod reſtitutum, poſtea tum à librariis deprauatum, tum longis illis immenſiſque commentariis conturbatum fuerit, nudæ illæ à Iuſtiniano conceſſæ expoſitiones non ſufficiebant: ſed luculentioribus interpretationibus quibus redintegraretur opus fuit. Quid quod rationes etiam reddendæ erant, quamobrem & verus ille rectuſque mos, iam prorſus obliteratus renouandus & peruulgatus reiiciendus fuerit? Itaque præſcriptum illud Iuſtiniani coniungendum fuit cum norma illa ſiue regula de obſeruatione & imitatione optimi illius generis interpretandi & commentariorum: quod in veteribus illis probatiſſimis Iuris auctoribus deprehenditur, & ea moderatio adhibenda, vt in paratitlis aliiſque permiſſis expoſitionibus, quoad eius fieri poteſt, accurate edicta eius obſeruentur, in iis vero quæ vetuit, in vberioribus interpretationibus & commentariis, qui ad exempla priſcorum Iuriſconſult. ſunt conformandi, vetita eius neceſſaria potius de cauſa neglecta, quam temere ſpreta eſſe videantur. Vt igitur in interpretando & ſcribendo, ſic & in diiudicando vtriuſque regulæ ſimul ratio habenda eſt. Etſi enim non ſolum iam inde à reuocato iure Iuſtinaneo conſeruata temporum ſerie, ſucceſſiones & differentias enumeraui, ſed & ſingulas ætates cum illis Iuſtiniani præceptis contuli & examinaui, tamen in diſcernendis interpretum ſcriptis, non ea ſolum attendenda ſunt, ſed priori illi regulę, vt præſtantiori adiungenda. Nam ſi ad vtramque regulam coniunctim doctorum interpretationes exegerimus, non obſcure cognoſcemus, qui ex iis rectum atque verum, qui contra corruptum & deprauatum interpretandi genus vſurpent. Et cum in vtroque variæ ſint diſſimilitudines, & multiplicia diſcrimina, animaduertere licebit, qui inter laudabiles primum locum mereantur, qui in ſecundis, tertiis atque poſtremis conſiſtant. Perpauci enim poſt culta illa ſecula perfecti Iuriſconſulti laudem ſunt conſecuti. Qui autem quibus præſtent ex gradibus illis quos ſupra expoſui, cum de priori regula egi, perſpici poteſt. Rurſuſq; tum ex illa commemoratione variorum, quaſi graduum & ætatum interpretum, tum ex contrariorum diſciplina ei conſtabit, qui aliis magis, aliis minus ſunt vitioſi: vt enim maior horum eſt caterua, ſic & plura genera, multipliciores varietates & differentiæ. Alii enim dum faciles & breues ſtudioſique eius ſimplicitatis, quę in Vlpiani ſimiliumque auctorum commentariis elucet, videri volunt, ea quæ difficilia, abdita, & retruſa ſunt, prætereunt & tranſiliunt. Alii contra dum ſimplicitatem illam deſpiciunt, ex acumine ingenii & ſubtilitate, in tractatione reconditæ materiæ, inuolutarumque quæſtionum popularem ſibi laudem aucupantur, multa inutiliter & confuſe & verboſe in vtranque partem diſputando ſeipſos implicant, & quæ explanare debebant, obſcurant. Alii vero immemores ſui inſtituti, ius quod interpretãdum erat, vix attingentes, aut ſi id ſibi tractare propoſuerant, protinus ab eo diſcedentes, omnem operam, ſtudium atque tempus in referendis atque diſcutiendis interpretum opinionibus impendunt. Sed quorſum illa exempla quę infinita ſunt commemoro?

Huius autem diſputationis ſumma caputque eſt, vt cuiuſque recitationes & lucubrationes cum normis illis maxime congruerint, ſic potiſſimum eſſe probandas, contraque maxime omnium improbandas, quæ ab illis longiſſime adfuerint. Cum ergo quod optimum & præſtantiſſimum eſt, idem in primis ſit deligendum: nemo eſt quin ex his intelligat, quos interpretes potiſſimum conſectari & peruolutare debeat. In hos igitur ſi tantum temporis atque ſtudii contulerit, quantum ad eos non modo cognoſcendos, ſed & imitandos ſatis fuerit, ſimul vt penitus eos perdidicit, & ſic iudicium ſuum confirmarit: iam alios quoque libros, qui cum iis regulis minus conuenerint, legere ei licebit. Vt enim apes ex omnis generis floribus & herbis, ſi quid eſt boni ſucci exugunt, ſic Iuris ſtudioſi, iudicandi facultate præditi, ex quibuſuis interpretum ſcriptis, optima quæque carpere, & colligere poſſunt, quod & olim Lucretius ſe facere prodidit:

Floriferis vt apes in ſaltibus omnia libant,
Omnia nos itidem depaſcimur aurea dicta.

Idem ſtudii ſibi exemplo Lucretii propoſitum fuiſſe Duarenus noſter diſerte in his ſuis operibus indicat. Vnde & verſus illos ſæpe in ore habebat. Sic ex doctorum hominum monumentis accepimus, tum Vergilium ex Ennii veluti ſtercoribus aurum, tum Horatium ex luto Pacuuii gemmas conquiſiuiſſe. Atque hæc eorum permitto arbitrio, qui ſola iuris cognitione & doctrina delectari, forum & iudicia non ſpectant, vtrum iſtis operæ, & temporis quid tribuere velint. Sed cum Iuriſprudentiæ opus ſit in agendo, vtrum in eorum quoque, qui ad exercitationem, vſumque forenſem ſe volunt conferre (quod præcipue iis qui ſe iuris ſtudio dederunt, propoſitum eſſe & debet & ſolet) facultate omnino poſitum ſit: animum ad interpretum illorum lectionem applicare, vel non adiungere, equidem (prout nunc iudicia ſunt conſtituta) vehementer dubito. Etſi enim leges diſcimus, non vt in ſola earum cognitione acquieſcamus tantum, ſed vt iis in curia, tribunalibus, & foro vtamur, atque hæc ita inter ſe cohæreant, vt alterum ex altero pendeat, eædemque illæ regulæ in exercitatione iuris valere debeant, quæ in interpretatione obſeruantur, (quod Iuſtinia. tum in eandem pœnam falſi velit eos incurrere, qui aliam legem ſiue auctoritatem, quam ex his libris in iudicio citarit, cui obnoxii ſunt, qui contra eiuſdem præſcriptum commentarios faciunt, tum Pandectas ſuas compoſuerit, non modo ex commentariis & interpretationibus ad leges, edicta, ſenatuſconſulta, aliiſque eius generis, ſed etiam quęſtionum cum aliarum, tum publice tractatarum, reſponſorum, epiſtolarum, actionum, publicorum, reliquorumque iudiciorum, protribunalium ſententiarum, cognitionum, decretorum, appellationum libris ex ipſis auditoriis, iudiciis & foro manantibus, ad quorum exempla merito etiam in exercitatione iuris animi noſtri dirigendi eſſent) tamen quia non modo veterum iudiciorum ordo prorſus eſt commutatus & inuerſus, ſed nec ea quidem ratio, quæ à Iuſtiniano tradita, eiuſque imperio in vſu fuit, ſeruata, ſed noua quædam forma noſtris temporibus paſſim iuxta ſuperioris memoriæ doctorum ſententiam effi cta, & fere ad præſcriptum Pontificiorum Decretalium eſt expreſſa, valde vereor, ne quis his hominum moribus & hoc iudiciorum ſtatu, etiamſi in iure Iuſtinianeo, optimoque interpretum genere, multum diuque ſit verſatus, munus parteſque vel iudicis vel aduocati, cauſarumque patroni ſine illorum interpretum vulgo receptorum cognitione tueri poſſit. Quare propter inueteratum licet deprauatum iudiciorum morem Iuris ſtudioſis, poſtquam ſibi ex vera & ſincera Iuriſprudentia iudicium

compa-

comparарunt, etiam illi interpretes cognoſcendi ſunt, quorum magnus hodie eſt in iudicio vſus, quantumuis ſcripta eorum ad notas illas reuocata ab iiſdem diſcrepent. Pręterquam enim quod nonnullas difficiles quæſtiones ex ipſius iuris penetralibus deſumptas, acute & ingenioſe explanarint: multas etiam ſpecies atque hypotheſes, de quibus nihil ſingulatim in legislatione Iuſtinianea proditum eſt, non imprudenter definiuerunt: multas leges municipales, varioſque populorum & ciuitatum mores libris ſuis cōplexi & interpretati ſunt. Quid quod multa eorum placita & dogmata, & in iudiciis recepta, quodque interpretationibus eorum tanta ſit auctoritas tributa, vt inſtar legis habeantur: quod in iure dubio opiniones eorum, plurium conſenſu approbatæ, non raro verioribus, & cum legibus conſentientibus ſententiis, & expoſitionibus in magnis controuerſiis à maiori parte ante ferantur, non quod id quod verius cognoueris, non ſit amplectendum, tenēdum, & ſequendum: ſed quod non perinde aliis, vel ita videatur, vel fidem facere, ſiue perſuadere poſſis, qui quominus in contrariam ſententiam diſcedant, prohiberi non poſſunt. Neque enim vt in ſcholis germana Iuriſprudentia dignitati ſuę eſt reſtituta, ſic & in iudiciis & curiis priſtino nitori reddita. Quare tam diu concedendum aliquid temporum iniuriæ, hominum moribus, iudiciorum conditioni, donec Deus Opt. Max. pro ſua erga genus humanum clementia magiſtratibus in mentem dederit, vt vitiis corrupti iudiciorum ſtatus exploratis in emendationem eorum, omni cura omnique animi cogitatione incumbant. Ac mihi quidem ea de re diu multumq; in hac ſummi huius tribunalis luce cogitanti, nulla melior ratio eius corrigēdi, in mentē venit, quam ſi aut veteris Iuris ac Iuſtinianei coniunctis antiquis cuiuſq; gentis de eodem genere, cum æquitate congruentibus, legibus municipalibus priſtina ſimplicitas reſtituatur, aut ſi id fieri his noſtris moribus non poſſit, tamen ad illam formam, quam proxime iudiciorum ritus, vſuſque forenſis reuocetur, eodem inſtituto, quod C. Iulio Cæſari & Iuſtiniano propoſitum fuit, vt legum multitudine conciſa, ex infinito finitum, ex confuſo concinnum, ex incerto certum, ex obſcuro perſpicuum redderent. Horum alterum ſi fiat, non modo perſuaſum habeo, ſed ex multis iuſtis argumentis & veroſimilibus rationibus, quaſi pro certo ſtatuo, nec immortales, innumerabileſque lites, nec inexplicabiles controuerſias ſtrophiſque & antiſtrophis fallacium hominum maxime callidorum patronorum, & vafrorum cauſidicorum intricatas nos habituros. Vnde enim illæ artes protelandarum litium, exceptionum, & dilationum remoræ his poſtremis ſeculis, & inuentæ & coaceruatæ ſunt? Quare niſi harum verſutiarum radix præcidatur, timendum eſt, ne hæc Iuriſprudentia practica, vſuſque forenſis, cum maximo & rerum publicarum malo & litigatorum detrimento in meram conuertatur ſophiſticam, præſertim cum videamus multos hodie hac veræ philoſophię profeſſione abutentes, & ſanctiſſimam diſciplinam pecuniæ cupiditate polluentes, maiorem rationem quæſtus, quam honeſtatis, priuatorum commodorum, quam communis vtilitatis habere. Hi enim, vt magnas opes ex miſerorum clientum ſudore & ſanguine conſequantur, procliuiores ſunt ad lites protrahendas, quam finiendas, cautelarum verſutarum, & artium aucupiorumq; forenſium ſtudioſiores, quam iuſtitiæ æquique & boni. Itaq; qui ita ſunt affecti, quandoquidem contra boni viri officium faciunt, veteratores, litium concinnatores, rabulæ, moratores, ſophiſtæ, non iuſtitiæ ſacerdotes, æquitatis, patroni Iuris vel prudentes, vel conſulti, quia iidem viri boni ſocietatis humanæ cupidi, reipub. ſtudioſi, & communis tranquillitatis, ac quietis, ſocietatis humanæ amantes ſint neceſſe eſt. Sed quorſum me cogitatio de moribus noſtrorum pragmaticorum prouexit? Vt igitur ad inſtitutum noſtrum redeam, quo in numero Duareni noſtri ſcripta ſint ducenda, ex iiſdem illis formulis ſatis aperte perſpici poteſt. Nam quia pro temporum horum ratione, luce Iuſtinianeę legislationi opus eſſe intelligebat: maiorem operam in commentariis ſuis dedit: vt priorem regulam obſeruaret, veterum iuris authorum ſimilitudinem imitatione aſſequeretur, quam vt Iuſtiniani præſcripto pareret. Itaq; eorum & perſpicuitatem & ſimplicitatem & facilitatem, ordinemque & rationem in rerum tractatione, & in boni atq; æqui diſputatione & diiudicatione conſectatus eſt. At in partitionibus methodicis, titulorumque expoſitionibus ſe ad poſteriorem illam formulam, ad Iuſtiniani edicta de Paratitlis, & κατὰ πόδα interpretatione retulit, quamquam vberius pleniuſque hæc genera ſit perſecutus. Summas ſane primorum illorum ab inſtaurato iure Iuſtinianeo in enarrationibus illis ſuis & genere, & ſermonis puritate, & artificio tractationis, & præſtantia iudicii ſuperauit.

Ad vos autem PHILIPPE & ANTONI Geideri, hunc ſecundum Tomum mittere, & in nomine veſtro multis de cauſis diuulgare volui. Primum quod eos in Iuris ciuilis ſtudiis progreſſus feceritis, vt & quas res & diſputationes in hac Præfatione tractaui, & quæ his Commentariis difficilium quæſtionum & reconditorum in obſcuris Iuris capitibus ſenſorum expoſitiones continentur, de iis optime iudicare poſſitis. Nam & vtriuſque generis interpretes in Italia & Gallia, multum diuque audiuiſtis: & quam magna cum ingenii, diligentiæ & induſtriæ laude iuris cognitionem comparaſtis: ad præclaræ Reipublicæ veſtræ vſum, multos iam annos contuliſtis. Itaque non ſolum intelligitis, quod optimum Iuris in Gymnaſiis ſit interpretandi genus: verum etiam quæ commodiſſima eiuſdem in curiis & iudiciis exercendi, & tractandi ratio perſpicitis. Deinde vt in veſtram notitiam clariſſimi & genere, & eruditione, & virtute equitis, Liuonii Renaldi, Szoynenſis, ſummi & mei & veſtri amici opera veni: quātum inſigni & doctrinæ, & inſtitutioni Franc. Duareni primarii, id temporis in Acedemia Bituricenſi anteceſſoris noſtri tribueritis, & quam ſedulam operam eius ſcholis & recitationibus dederitis, memoria teneo. Ea præterea me iſthic beneuolentia complexi eſtis, vt non modo amicitia mihi vobiſcum fuerit, ſed & magnus vſus, frequenſque ſtudiorum communicatio. Nec dubito, quin tu Antoni diſputationum congreſſuumque noſtrorum, quos ſingulis ſeptimanis de rebus in iure controuerſis non exiguo cum fructu habuimus, memineris. Ad hæc tantis ornamentis, & externorum commodorum, & animi bonorum prędicti, talique in ampliſſima ciuitate veſtra, loco atque honoris (tu Philippe præſertim) conſtituti eſtis, vt ex dignitate veſtra non parum & huic meæ diſquiſitioni, & operum Duareni commendationi momenti ſit acceſſurum. Quocirca tum noſtram & erga anteceſſorem noſtrum memoriam, tum ſtudiorum inter nos coniunctionis veſtræque erga me humanitatis recordationem, tum amoris in vos mei conſtantiam, animique inductionem, quo potui literarum genere, teſtificari volui. Valete. Spiræ Calend. Septemb. anno Domini 1575.

PRAESTANTISSIMO DOCTISSIMOQVE VIRO NICOLAO CISNERO, TRIBVNALIS IMPERII ASSESSORI

Antonius Geuder S. D.

CLARISSIME *Domine Doctor, Præfationem tuam luculentiſſimam præfigendam editioni ſecundi Tomi operum præſtantiſſimi illius quondam Iureconſulti Bituricenſis D. Franciſci Duareni, in qua nempe de modo & arte docendi atque diſcendi iura diſſeris, tumque eam ſimul cum ipſo Tomo & Fratri Philippo & mihi coniunctim peramanter dedicas, ſuperioribus diebus ex manibus itidem clariſſimi noſtrique amantiſſimi viri Doctoris Chriſtophori Herdeſſiani accepimus. Et quamquam res fratris eo nunc loco ſint, vt ille iam quintum ferme menſem grauiter ex febribus acutiſſimis decumbat, nec ipſemet ob proſtratas tam grauiter vires corporis, legere quicquam valeat, tamen ego mea vice non intermiſſi, quin illud ſcriptum totum à principio vſque ad calcem ſummo cum ſtudio euoluerim, vnde ſane voluptatem accepi tantam, quanta mihi vix vnquam antehac ex quouis ſimili alio auctore contigit, propterea quod in eo ſingula vſq; adeo eximia cum eruditione & doctrina congeſta, & poſt in ſuas partes tam artificioſe diſtributa, tum denique tam fideliter, prudenter, & accurate lectori propoſita, & velut ad oculum demonſtrata deprehendi, quanta omnia meo iudicio, vel antiquorum vel recentiorum vix vllus vnquam hactenus præſtitit. Nec dubium eſt, quin hæc ceu Iſagoge tua inſignem etiam lucem ad intelligenda Duareni opera allatura ſit, quæ alias præſertim tyroni difficiliora futura. Duplici ergo nomine tibi merito vniuerſa Reſpubl. literaria gratias ſummas & perpetuas debet, primo pro illis ſeparatis & priuatis tuis lucubrationibus, vnde certiſſimum & immenſum ad percipienda iura fructum capiet ſtudioſa iuuentus, ita vt quæ prius cognitu difficilia, & fere impoſſibilia viſa ſunt, hæc nunc propemodum ſine vllo labore, ſed mediocri ſaltem adhibita diligentia, ceu in ocio aſſequi queat. Nec deinceps minorem meretur laudem pietas tua, cum in colligendo, tum in publicando hoc tam inſigni Theſauro ipſorum operum Duareni, quæ non tibi ſoli, ceu tua ſolius induſtria & aſſiduitate congeſta ad tuum priuatum vſum reſeruanda duxiſti, ſed & aliis, tum poſteritati in primis communicare, eidemque conſulere hiſce ſtuduiſti. Quod autem poſtremum ad ipſas dedicationes noſtro fratrum nomine factas attinet, etſi facile ſtatuere poſſimus, nos tam præclaris muneribus & monumentis impares eſſe, & potuiſſe te multo potioribus illa conferre: tamen quia reuera aliter ratiocinari non quimus, quam illas ex ſingulari erga nos ſyncera & antiqua beneuolentia profectas, ideo eas non niſi econtra ſingulari tui obſeruantia & amore amplectimur & colimus, tibique pro iis maximas & habemus & agimus grates, daturi inſuper operam, vt ſucceſſu temporis nullam omnino tibi tuiſque viciſſim inſeruiendi occaſionem elabi patiamur. Interim bene ac fœliciter vale vir ornatiſſime, noſq; amare nunquam deſine. Datum Norimbergæ die 14. Ianuarij, anno 1576.*

Excell. T. Studioſiſſ. Antonius Geuder.

FRANCI-

FRANCISCI DVARENI IVRECONS. IN LIB. IIII. CODICIS ET TERTIAM PARTEM DIGESTORVM, COMMENTARII

PROOEMIVM.

HIc liber quartus res creditas continet, ſicut & tertia pars Digeſtorum quæ ita inſcribitur, De rebus creditis. Igitur hic liber ad omnes contractus quibus nos alienam fidem ſequimur, pertinet. Id enim credere eſt, vt docet Vlpianus in l. 1. ff. de reb. cred. vnde dicitur creditum differre à mutuo, vt genus à ſpecie. l. 2. §. creditum. ff. eod. Is creditor dicitur, cui ex quacunque cauſa aliquid debetur. l. creditores. ff. de verbor. ſignif. vnde prætor ſub tit. de rebus credi. edixerat de ſingulis contractibus, de commodato, de pignore, & aliis. In edicto quod à Saluio Iuliano propoſitum eſt, quod interpretatur Vlpianus ſub tit. de rebus credit. collocata erant quæcunque ad ſingulos contractus pertinent; hodie autem ſinguli contractus ſingulos habent tractatus. Et Vlpianus in l. 1. loquitur de compoſitione edicti prętorii, ſub eodem tit. de rebus cred. collocatum fuerat etiam à prætore edictum de iureiurando, quod nunc interpretaturi ſumus. Iuſiurandum enim ad res creditas maxime pertinet: nam cum quis defert alteri iuſiurandum, eum conſtituit quodammodo iudicem & teſtem in ſua cauſa, & tunc maxime eius fidem ſequitur. l. vlt. de fideicom. & l. 1. ff. quarum rerum actio non det. Inprimis igitur de iureiurando dicendum eſt, & ea pars edicti prætorii interpretanda eſt quæ ad iuſiurandum pertinet.

IN TIT. I. LIB. IIII. COD. ET TIT. II. LIB. XII. PANDECTARVM, DE IVREIVRANDO.

CAP. I.

Quid ſit Iuſiurandum.

CICERO lib. 3. de Offic. ait, Iuſiurandum eſſe affirmationem religioſam: nullum enim eſt iuſiurandum, quod non aliquã religionem habeat, etiam ſi forte Dei, aut numinis mentio facta non ſit, & Deo teſte nihil aperte affirmauerit. Huiuſmodi exempla reperiuntur paſſim ſub hoc titul. vt ſi quis iurauerit per ſalutem, per naturam, per Principem, per caput ſuum, per caput filiorum ſuorum: ſi ſalutem filiorum ſuorum deuoueat, ſi iureiurando ſciens fallat, ſacrat ſe. hoc deuouere eſt apud Fabium lib. 5. cap. de iureiurando. vnde dicitur etiam ſacramentum eſſe. Multi loci occurrunt quibus iuſiurandum dicitur eſſe ſacramentum: quoniam iurare eſt deuouere, & ſacrare: quia aliquid ineſt ſacri. Hoc autem iuſiurandum variis ex cauſis ſuſcipitur, ex quib. etiã ſpecies quædam iuriſiurandi conſtitui ſolent. Iuſiurandum enim aliquando interponitur ad fidem adſtringendam. In contractibus ineundis iurari ſolet adſtringendæ fidei cauſa, & ſanciendi contractus, cui accedit iuſiurandum. Et huc pertinet quod Cicero Offic. lib. 3. ait, Nulla res efficacior à maioribus excogitata eſt, quam iuriſiurandi religio. Aliquando iuſiurandum interponitur ad lites dirimendas, vt dicitur in l. 1. hic. Inter vtrunque hoc intereſt, quod alterum concipitur in futurum tempus, cum quis iurat ſe facturum, aut non facturum. Alterum concipitur in præſens, aut præteritum tempus, vt cum quis iurat ſe non debere, ſe non feciſſe. De poſteriori tantum edixit Prætor: de priori illo quod ad fidem adſtringendam & ſanciendam pertinet, nihil à prætore edictum reperitur: hoc ſatis apparet ex ſingulis capitibus huius tractatus: nam eius iuriſiurandi, quod ad contractus confirmandos pertinet, nulla mentio fit, niſi aliquando obiter. Vnum exemplum reperimus in l. ſi duo. §. vlt. ff. eod. Sed cur prætor de vtroque iureiurando non edixit, ſed de eo tantum, quod ad dirimendas lites pertinet? Huic quæſtioni ſic reſponderi poteſt: de priore genere iuriſiurandi nihil edixiſſe prætorem, quia ex eo iureiurando nulla naſcitur obligatio, nulla actio. De obligationibus autem & actionibus quæ ad iudicia pertinent, Prætores proponebant edicta ſua. l. 2. ff. de extraord. cogn. Vnus tamẽ caſus excipitur qui ſingularis eſt, Cum ſcilicet libertus patrono ſuo donum, munus, operas ſe præſtiturum iurat: tunc enim contrahitur obligatio. l. vt iuriſiurandi. ff. de oper. libert. Mentio eſt huius obligationis apud Caium lib. 2. Inſtitut. tit. 9. Sine ſtipulatione ſolo conſenſu, pacto conuento obligatio non contrahitur iure Romano. Oportet enim interrogationem præcedere, & ſequi reſponſionem, vt docui ſub tit. ff. de verborum oblig. Ideo ſi quis iurauerit ſe mihi daturum centum ſine ſtipulatione, aduerſus eum mihi eo nomine nulla datur actio. Sed ſingulare eſt in liberto, qui iurat ſe præſtiturum operas patrono ſuo. Ad alias enim perſonas non pertinet, vt dicitur in l. ſi quis pro eo. ff. de fideiuſſor. Hac ratione mihi videtur adductus eſſe prætor, vt edictum proponeret de eo tantum iureiurando, quod ad lites dirimendas, non autem de eo quod ad contractus cuiuſque confirmationem pertinet. In iure tamen Pontificio ſub tit. de iureiurand. multa reperiuntur de priore illa ſcripta, quibus is qui iurauit, cogitur ad fidem ſeruandam.

CAP. II. *Diuiſio iuriſiurandi.*

HVius iuriſiurandi quod ad dirimendas lites pertinet, aliud voluntarium eſt, aliud neceſſarium. Præterea aliud defertur in iudicio, aliud extra iudicium. hæ diuiſiones ex ipſo titulo colliguntur. Voluntarium iuſiurandum eſt, cum conſenſu litigatorum alter alteri defert iuſiurandum, vt dicitur in l. 1. hic. neceſſarium dicitur, quod non interponitur ex pactione & voluntate litigantium, ſed ex neceſſitate quadã: veluti cum iudex ex officio ſuo propter inopiam probationũ defert alteri litigatorum iuſiurandũ. l. admonendi. 31. ff. eo. l. in bonæ fidei. 3. hic. Altera autem diuiſio colligitur ex l. 17. ff. eod. Poteſt quis iurare aduerſario deferente extra iudicium. poteſt etiam iurare in iudicio, licet alter alteri deferat iuſiurandum, quod tamen fieri debet accedente auctoritate iudicis. & tunc quæri ſolet, an hoc iuſiurandũ ſit voluntarium, an neceſſarium. Qui de verbis cõtendere ſolent, has quæſtiones ſerio tractant, quæ tamen nõ ſunt magni momenti. Hoc iuſiurandum poteſt dici voluntarium, quoniã alter alteri defert ſponte, nec quiſquam cogitur deferre niſi velit. Poteſt etiam alia ratione dici neceſſarium, quia is cui defertur, cogitur iurare, aut ſoluere, vt continetur edicto prętoris. Animaduertendum igitur eſt, quoddam iuſiurandum maxime neceſſariũ eſſe, in quo litigantium voluntas aut conſenſus deſideratur, cum iudex ipſe officio ſuo iurandi neceſſitatem imponit,

vt in d.l.admonendi.& l.in bonæ fidei. Alterum de quo iam diximus quadamtenus voluntarium, quadamtenus neceſſarium. Ideo autem neceſſarium eſt, quia cogit prætor eum cui defertur iurare, aut ſoluere. Alterum eſt mere voluntarium, quod extra iudicium alter alteri defert. Iuſiurandum autem, quod naſcitur ex mero conſenſu & voluntate contrahentium, dicitur voluntarium: quoniam non cogitur quiſquam illud deferre, niſi velit, nec is cui defertur, cogitur iurare. Varia ſunt capita huius iuriſiurandi. Vnum eſt quo Prætor cogit eum cui defertur iuſiurandum, iurare aut ſoluere, cuius mentio eſt in l. 34. §. ait prætor. ff. eod. Secundum caput eſt, quo prætor exceptionem ſe daturum pollicetur reo, qui aduerſario deferente iurauit ſe non debere, cuius mentio eſt in l. 3. & aliis ſequen. Exempla multa occurrunt ſub hoc tit. Nam edictum Prætoris præcipue propoſitum fuit huius capitis gratia, in quo agitur de iureiurando quod defert actor reo: de eo quod defert reus actori, pauciſſima exempla reperiuntur. Id factum eſt, quia crebro accidebat, vt deferret actor iuſiurandum propter inopiam probationum. Poteſt ergo vtile eſſe & neceſſarium actori, reo non valde vtile, aut non neceſſarium. Igitur omnia fere exempla quæ in hoc tractatu ſunt, pertinent ad iuſiurandum quod defert actor reo, tum etiam ad exceptionem, quã prætor pollicetur ſe daturum reo qui iurauit aduerſario deferente. Tertium caput pertinet ad actionem competentem actori, qui iurauit ſibi deberi reo deferente, cuius mentio eſt in l. nam poſtea. & l. in duobus. §. vlt. ff. eod. §. item ſi quis poſtulante. de actio. Inſtit. Alia capita in edicto prætoris, quod à Iuliano compoſitum eſt, non fuerunt iudicio meo. Gellius tamen meminit prætorii edicti de Veſtali ſacerdote, & de flamine diali. *Flaminem*, inquit, *dialem & ſacerdotem Veſtalem iurare non cogam.* Sed nouum non eſt quædam edictis conſtituta reperire apud priſcos authores, quæ tamen omiſſa fuerunt à Iuliano in compoſitione edicti perpetui, quod etiam Vlpianus itemque Paulus & cæteri, quorum interpretationes reperiuntur in libris noſtris, expoſuerunt. Fertur autem Iulianus tempore Adriani, & eius etiam auctoritate accedente, vt refert Iuſtinianus in Digeſtorum Præfatione, edicta collegiſſe: vnde dicitur edicti perpetui ordinator, in l. 10. infrà de condi. indeb. De flamine diali & ſacerdote Veſtiali, nihil opus fuit edicere eo tempore. Huic conſentaneum eſt, quod dicitur in l. 1. ff. commo. vbi Vlpianus admonet, aliter olim conceptum fuiſſe edictum de commodato à quodam prætore, quem Pacuuium vocat, qui ſcilicet ſic conceperat: *Quod quis vtendum dederit, iudicium dabo.* Vtendum dare videbatur idem eſſe quod commodare, ſed tamen aliud viſum eſt Iuliano, qui ſic concepit edictum: *Quod quis commodaſſe dicetur, iudicium dabo.* His igitur tribus capitibus mihi videtur contineri quicquid ad iuſiurandum, de quo hic loquimur, pertinet. Nunc de primo capite videndum eſt.

Cap. III.

Primum caput edicti de iureiurando.

PRimum caput edicti de iureiurando quod ad lites dirimendas pertinet, extat in l. iuſiurandum. 34. §. ait prætor. ff. eod. *Ait prætor: Eum à quo iuſiurandum petetur, ſoluere aut iurare cogam.* In hoc primo cap. aliquid deeſſe videtur quod ad facultatem referendi pertinet iudicio meo. Cogit enim Prætor eum cui iuſiurandum defertur, iurare aut ſoluere. Permittit tamen ei & iuſiurandum referre aduerſario: quod dicitur in l. delata. hic. Huc pertinet quod dicitur in l. manifeſtæ turpitudinis. 30. ff. eod. Ibi enim docet, cur ita propoſitum fuerit edictum à Prætore, vt ſcilicet cui defertur iuſiurandum, aut iurare aut ſoluere cogatur, niſi referre malit. *quoniam*, inquit, *manifeſtæ turpitudinis & confeſſionis eſt, nolle nec iurare nec iuſiurandum referre.* Hoc autem videtur quibuſdam durum eſſe propter hominum quorundam ſuperſtitionem, quorum videtur aliquando ratio haberi à Prætore & legumlatorib. noſtris: vtpote cum quidam ſint adeo ſuperſtitioſi & meticuloſi: vt quod ſciunt veriſſimum eſſe iuriſiurandi religione non audeant affirmare, ideoque etiam in iis, quæ ſub conditione iuriſiurandi relinquuntur, id remitti dicatur, in l. quæ ſub conditione. ff. de condi. inſtit. Ideo videtur cogendus non eſſe quiſquam propter religionem, aut ſi mauis ſuperſtitionem. Sed facile his reſponderi poteſt. Prætor enim in iis quæ ſub conditione iuriſiurandi relinquuntur, indulgens hominum ſuperſtitioni, ideo iuſiurandum remittit, quia nullius intereſt vt iuretur, modo id fiat quod teſtator fieri voluit: nihil enim teſtatoris intereſt qui iuſſit iurari vt monumentum fiat, ſi non iuretur, modo monumentum fiat. Sed in hoc edicto vtilitas hominum exigit vt dirimendarum litium cauſa iuretur. Sed hoc edictum multas habet exceptiones. Plerunque enim remittitur iuſiurandum ei à quo delatum eſt, cum aliqua iuſta & probabilis cauſa mouet iudicem. Hoc exemplis declarabimus. Vnum eſt in dicta leg. iuſiurandum. 34. in princip. Quidam promiſit alicui Stichum per ſtipulationem. Agitur ex ſtipulatione aduerſus eum, & petitur Stichus: reus à quo petitur putat eum deceſſiſſe, quod ſi verum eſt, non amplius tenetur. l. ſi ex legati cauſa. ff. de verb. oblig. leg. quod te. ff. ſi cert. petat. Abiens eſt forte in loco longinquo, nec poteſt certo ſcire is deceſſerit necne, ei defertur iuſiurandum, an ex ſtipulatione debeat, an non. Non audet iurare, nec ei conſultum eſt aduerſario referre. Nam ſine dubio ſtatim aduerſarius iuraret, ſibi Stichum ex ſtipulatione deberi. Quæritur igitur, an ſit locus edicto Prætoris, & cogatur iurare, aut ſoluere, aut iuſiurandum referre aduerſario? Hic dicitur eum cogendum non eſſe iurare, ſed ei dandum eſſe tempus, vt certioretur, & ſic iuret. Hæc pendent ex arbitrio iudicis, qui ex circumſtantiis totius negotii æſtimabit, an ſit actori remittendum iuſiurandum, an vero ſit dandum tempus, quo certior fiat debitor vtrum Stichus deceſſerit necne. Aliud exemplum eſt in dict. l. iuſiurandum, §. pupillo. Propter incertitudinem (vt vidimus) iuſiurandum remittitur: propter perſonam etiam eius cui defertur, iuſiurandum remittitur: veluti quia pupillus eſt is cui defertur, aut quia procurator alterius. Huius enim §. hæc ſpecies eſt: Pupillo delatum eſt iuſiurandum ab aduerſario: is iurare non vult, inſtat aduerſarius eum cogendum eſſe, ſecundum edictum Prætoris, ad iurandum, vel ad referendum, aut ad ſoluendum. Quæritur an ſecundum edictum Prætoris cogendus ſit iurare, aut referre, aut ſoluere? Ibi dicitur, non eſſe cogendum, additur enim excipiendas eſſe eas perſonas ab edicto Prætoris (etſi generaliter loquatur) quæ habiles ad hoc non ſunt. Item nec procurator cogitur iurare. Iniquum enim eſt aliquem de facto alieno iurare, l. Marcellus. §. iurare. ff. rer. amotar. Aliquando propter perſonam deferentis iuſiurandum remittitur, nec is cogitur iurare cui defertur. Exempla ſunt in l. tutor. 35. §. 1. Prætoris igitur verba, quæ generalia ſunt, intelligi debent de iis perſonis quæ habiles ſunt: non enim ſatis eſſet conſultum iuranti ſi deferente pupillo iuraret. Tutor tamen pupilli omnibus aliis probationibus deficientibus iuſiurandum deferre poteſt, d. l. tutor. in princ. Additum autem eſt, *omnibus aliis probationibus deficientibus.* ne videatur tutor gratis remittere quod pupillo debetur. Eius enim bonorum adminiſtrationem tantum habet tutor. Hominis autem prudentis eſt omnibus aliis probationibus deficientibus iuſiurandum deferre aduerſario. Itaque ſi pupillus contendat ſibi iuſiurandum nocere non poſſe, & poſtea reſtitui velit, quia à tutore delatum eſt, ſubmouebitur exceptione, quandocunque egerit. Aliud exemplum eſt ſi quis pactus ſit cum aduerſario vt iuret, l. iuſiurandum. 17. Varie hic locus accipi ſolet: cuius tamen hic ſenſus mihi eſſe videtur. Iuſiurandum quod ex conuentione extra iudicium defertur, referri non poteſt, id eſt, ſi conuenerit inter duos vt alter altero deferente iuret ſe non debere, iuſiurandum referri non poteſt. Aliud exemplum eſt, cum non poteſt conueniri is cui defertur iuſiurandum. Quiſquis enim conueniri non poteſt, is ne iurare quidem poteſt cogi, d. l. tutor. §. vltim. vbi loquitur Vlpianus de legatis prouincialibus, qui non coguntur iurare Romæ, quia ſcilicet ius habent reuocandi domum, l. ſed etſi reſtituatur, §. 1. ff. de iudic. Huic non diſſimile exemplum eſt in l. ſi patronus. 16. ff. eod. Actio famoſa aduerſus patronum aut parentem non datur, cuiuſmodi eſt actio de dolo, furti, vel rerum amotarum, l. honori, ff. de obligat. & act. l. non debet. ff. de dolo malo. Liberta igitur aduerſus patronum ſuum, cui nupſit, ſoluto matrimonio non

nio non poteſt rerum amotarum iudicio experiri: ideoque ſi libera detulerit iuſiurandum patrono ſuo, non cogetur iurare: niſi propter rem iuretur. tunc enim nec parenti nec patrono remittitur iuſiurandum, l. 14. ff. eod. Addenda eſt exceptio, ſi non iuret de calumnia is qui defert iuſiurandum, denegari debere actionem, d. l. iuſiurandum. §. qui iuſiurandum. quod in parentibus & patronis locum non habet: nam iuſiurandum de calumnia æque patronis & parentibus remittitur. ſic enim eſt legendum. Idem dicitur in leg. ſi non fuerit. ff. eod. Alia exceptio eſt, ſi non recte concipiatur iuſiurandum, ſi captioſa ſit iuriſiurandi forma: tunc enim poteſt reus recuſare iuſiurandum. d. leg. iuſiurandum. 34. §. ſi de qualitate. idem dicitur in §. vlt. ea tamen exceptio pendet ex arbitrio iudicis. Alia exceptio eſt, ſi quis reuocauerit iuſiurandum. de hac re eſt conſtitutio noua, quæ diligenter obſeruanda eſt, l. ſi quis. hic. Si quis iuſiurandum detulerit, deinde pœnitentia ductus id reuocauerit: ſi poſtea iuſiurandum deferret, aduerſarium non cogetur id ſuſcipere. Fit etiam aliquando vt relatio iuriſiurandi non admittatur. nam etſi Prætor ita cogat eum vnde petitur ad iurandum, niſi referat: aliquando tamen adimit facultatem referendi. Exemplum eſt in leg. Marcellus. & ſequen. ff. rer. amot. hocque ita conſtitutum à Prætore exiſtimo, quia difficilis eſt probatio rerum domeſticarum furto ablatarum. Sed quæritur circa interpretationem huius capitis edicti Prætorii, Si actor nihil probauerit, an nihilominus cogatur reus iurare aut ſoluere. Quæſtio eſt varie agitata. Et ſunt qui exiſtiment reum cogendum non eſſe iurare, ſed tunc demum edicto locum eſſe, cum aliqua eſt probatio, licet perfecta non ſit. Argumentum ducunt ex l. qui accuſare. ſupra, de eden. vbi dicitur, actore non probante, reum, & ſi nihil præſtiterit, abſolui. Ergo cum deficiente omni probatione actor defert reo iuſiurandum, iurare non cogitur, quia abſolui debet. Hæc videntur pugnantia eſſe, Actore non probante reum abſoluendum eſſe: &, Actore non probante, reum cogendum eſſe ad iurandum, aut ad ſoluendum. Ego autem puto huic edicto locum eſſe, etſi ne minima quidem coniectura aut præſumptione nitatur actor. Nam nulla ratio probabilis mihi videtur, cur hac exceptione verba edicti adſtringamus. Impudentis enim eſſet eum nec iurare nec iuſiurandum referre: cum teſtis & iudex reus conſtituatur in propria cauſa, l. vltim. infra, de fideicom. Præterea nulli ſunt loci, in quibus addatur hæc exceptio: imo in l. tutor. ff. eod. & d. l. vlt. infr. de fideicom. confirmatur noſtra opinio. Quid dicemus ad l. qui accuſare? Videtur eſſe antinomia κατὰ περίστασιν. Hæ enim leges caſu colliduntur & euentu, nec contrariæ ſunt. Vna dicit, actore non probante reum abſolui: altera, reum non iurantem damnari, probatione deficiente. Neceſſe eſt alteram alteri cedere. Sed vtra cedet alteri? Videndum eſt vtra ſit vtilior. Ergo l. qui accuſare, his cedet, quia fauor dirimendarum litium hoc maxime ſuadet. Alia quæſtio eſt, Si is cui defertur iuſiurandum probare velit, non autem iurare, an admittendus ſit. Et vt intelligamus id de quo quæritur, non loquimur de eo qui iam probauit: alia quæſtio eſt, & longe diuerſa: nam de hoc non magna eſt dubitatio. Si enim actor probauerit idoneis teſtibus, vel inſtrumentis quod intendit, & reus ad extremum videns ſe conuictum eſſe, & mox futurum vt condemnetur, deferat ei iuſiurandum, is proculdubio non cogetur iurare. Et hoc expreſſum eſt iure pontificio, cap. 2. de probat. in decret. De eo igitur qui iam probauit hic non quæritur, ſed de eo qui probare vult. Exempli gratia, actor iuſiurandum defert reo. Reus refert ei iuſiurandum. Mauult actor vel teſtibus vel inſtrumentis intentionem ſuam probare, quam iurare: hic quæritur an cogendus ſit iurare, ſecundum edictum Prætoris? Hæc quæſtio certi iuris non eſt, hoc eſt, nihil de hac re definitum eſt vllo certo iure. Ideo ex eo quod melius & æquius videbitur, iudicandum eſt de hac quæſtione, ſicut in his quæ in æquitate poſita ſunt, in l. de acceſſionibus. ff. de diuerſ. & temp. præſcrip. Eſt ergo expendenda æquitas & vtilitas tam ex parte eius qui iuſiurandum defert, quam ex parte eius qui mauult probare quod intendit, quam iurare. Is qui iuſiurandum defert, & vult cogere aduerſarium ſuum ad iurandum, qui mauult iurari quam intentionem aduerſarii ſui probari, hac ratione nititur, quod vult defungi moleſtia & vexatione litis. Alter autem hac, quod dicat ſe malle teſtibus & inſtrumentis probare, quam dubium cuiquam relinquere an peierarit: quamuis peierare nolit, & certo ſciat quod intendit: quæ ratio probabilis viſa eſt Fabio Quintiliano lib. 5. cap. de iureiuran. Alter porro dicit, quod quamuis lis poſſit ad extremum perduci legitimis probationibus, tamen ſibi vtilius eſſe iureiurando litem definiri. Et hæc mihi videtur longe æquior probabiliorque ſententia, & magis conueniens ſententiæ Vlpiani, in l. 1. ff. eod. quoniam ad lites dirimendas & expediendas maxime pertinet. Huc pertinet quod Socrates ait, Eas leges maxime probandas eſſe, quæ quam pauciſſimas lites gignunt inter ciues, & quibus fit vt quam citiſſime litibus finis imponatur. Vnde ſi ex æquitate & vtilitate iudicandum ſit, quid ſequi debeamus in propoſita quæſtione, mihi videtur hæc opinio ſequendā, cum maior vtilitas in hac parte & æquitas verſetur. Et hæc ſententia eſt quoque receptior. Sed aduerſus hanc opinionem argumentum à diſſentientibus adducitur ex leg. in contractibus. §. illo videlicet. infr. de non numera. pecun. vbi dicitur, Si quis ſcripſerit cautionem, qua cauerit ſe mutuam pecuniam accepiſſe, ſi conueniatur ante biennium, & proferatur ille chirographus aduerſus eum probationis cauſa, non aliter illo chirographo iuuabitur actor quam ſi pecuniam à ſe numeratam eſſe docuerit. Submouebitur enim exceptione, quæ dicitur non numeratæ pecuniæ, vt habetur in Inſtitut. titul. de liter. oblig. Sed poſt biennium omnino obligatus eſſe dicitur is, qui chirographum ſcripſit, nec poteſt exceptionem amplius opponere non numeratæ pecuniæ. Hoc enim vtilius viſum, hocque adeo verum eſt, inquit Iuſtinianus, vt non poſſit actori iuſiurandum deferri, qui aſſerat ſe pecuniam numeraſſe. Huius autem iuris non videtur alia ratio eſſe, quam quod actor plene probat intentionem ſuam eo chirographo quod profert in iudicio. Sed facile eſt huic obiectioni reſpondere, meo quidem iudicio. Nam ideo non cogitur iurare actor, qui profert cautionem in iudicio, quia rei exceptio aduerſus eum opponi non poteſt: id eſt, non auditur reus obiiciens ſibi pecuniam numeratam non eſſe per modum exceptionis. Et ſi non admittatur ea exceptio, mirum non eſt, ſi non cogatur aduerſarius iurare de eo, quod ea exceptione continetur. Quoties enim quis, vt ſupra diximus, aduerſus aliquem agere non poteſt, ad iurandum ne cogere quidem alterum poteſt. Adduximus exemplum de legatis prouincialibus, qui Romæ conueniri non poſſunt, quia habent ius repetendi domum ſuam: ideoque cogi iurare Romæ nec poſſunt: aliud ſimile exemplum adduximus ex l. ſi patronus. ff. eodem. cur idem de exceptione non dicemus? Reus enim qui excipit, actor eſt. l. 1. ff. de except. Aliud autem dicendum eſt, cum non excluditur is qui refert iuſiurandum exceptione aliqua, vel obiectione oppoſita, id eſt, cum licet reo exceptionem opponere, & ſe in iudicio defendere. nam cum vult actorem cui defert iuſiurandum iurare, tunc cogendus eſt iurare.

Alia quæſtio circa interpretationem huius capitis edicti naſcitur ex l. generaliter. §. ſin autem. hoc tit. hic enim dicimus eum cui defertur iuſiurandum iurare cogi, aut referre: & maximæ turpitudinis eſſe & confeſſionis, nolle nec admittere iuſiurandum, nec referre: cum hic dicatur licere recuſare: & ideo iurare nullum cogi. Hæc antinomia viſa eſt Accurſio adeo implicata, vt non poſſit ſeipſum explicare: mihi tamen non ita videtur difficilis. Prætor edicto ſuo neminem cogit præciſe ad iurandum. Ait enim: *Eum à quo iuſiurandum petetur, aut iurare, aut ſoluere cogam.* Cogit aut iurare, aut ſoluere, aut referre iuſiurandum. Ergo permittit recuſare iuſiurandum. Sic videtis conſentire conſtitutionem hanc Iuſtiniani cum Prætoris edicto. Certe idem ex Prætoris edicto conſequitur, quod ex Iuſtiniani verbis, in ea conſtitutione, de cauſis propter quas iuſiurandum detrectatur. Hic ego non dico præter eas cauſas verum eſſe poſſe recuſari iuſiurandum, nec id repugnare edicto Prætoris. Ego amplius dico, etſi Prætor ſimpliciter ita concepiſſet edictum, iurare cogam, adhuc poſſe nos ita interpretari vt diximus. Verbum enim cogere, hanc ſignificationē ha-

bet, vt docui ſupra cum dicerem de neceſſitate ſimplici, vel abſoluta,& neceſſitate cum adiectione. Cum ergo dicimus, cogitur,id eſt,niſi malit ſoluere, niſi malit referre, ideoque liberum eſt ei recuſare iuſiurandum. Et iſta quidem interpretatio verbis conſtitutionis ſequentibus conuenit, ſi recte expendatur.Recte igitur ait Prætor in edicto ſuo,& conſentaneè his quæ à Iuſtiniano dicuntur : Eum, à quo iuſiurandum petetur, iurare aut ſoluere cogam. Sed hinc alia quæſtio etiam exoritur, an videlicet is qui cogitur iurare, edicto Prætoris,cogatur adeſſe iudicio. Hæc quæſtio tractatur in l.ad perſonas. 15.ff. hoc tit.cuius verbis ſignificat Paulus eum qui iurare cogitur edicto Prætoris, cogi etiam adeſſe in iudicio,niſi ſcilicet egregia perſona ſit, aut valetudine impediatur.De his qui valetudine impediuntur ſimilis eſt conſtitutio in iure Pontificio,c.ſi quis teſtium. de teſtib. in Decretalib.Teſtes enim teſtimonii dicendi cauſa coguntur ſe ſiſtere in iudicio:& tamen ſi debiles ſint,valetudinarii, ſenes,&c. non coguntur adeſſe, ſed debent mitti idoneæ & diſcretæ perſonæ ad eorum domum qui teſtimonium recipiant. De egregiis perſonis hic prolixa eſt diſputatio,quæ ſint. Hanc quæſtionem vix puto in vniuerſum definiri poſſe. Conſiſtit enim huius rei æſtimatio in iudicis arbitrio, qui poteſt æſtimare ex variis cauſis,an perſonæ ea ſit dignitas & amplitudo, vt cogenda non ſit in iudicium venire, ſed domum eius mitti oporteat ad iurandum.De perſonis tamen quibuſdam, id eſt, de epiſcopis,expreſſum eſt in l.nec honore.ſuprà,de epiſc.& cleric.& in Nouell.Iuſtin.de ſanctiſ.epiſc. Hoc enim tribuitur eorum honeſtati.Sacerdotibus olim idem non tribuebatur.Exemplum vnum eſt,& locus obſeruatione dignus apud Corn.Tacit.lib.2.ſed hoc aperte tributum eſt epiſcopis iuxta l.medicos.6.C.de profeſſ.& med.lib.10. vbi etiam doctoribus legum idem tribuendum eſſe dicit Conſtantinus, & aliis profeſſoribus literarum.Hactenus de 1.cap.edicti,iam ad ſecundum veniamus.

Cap. IV.

Secundum caput edicti.

Caput ſecundum ſumitur ex l.3.& l.ſeq.hoc tit.& ex l. 7. ff.eod.quod nos ſic concepimus:*Si is cum quo agetur,conditione delata iurauerit,aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit,eius rei de qua iuratum fuerit, aut iuſiurandum remiſſum, aduerſus eum aut aduerſus eos ad quos ea res pertinet, actionem non dabo.* Quæ autem deſcripta ſunt à iuris authoribus nihil aliud ſunt quam interpretatio edicti.Explicemus igitur ſingula huius edicti verba. In primis ait Prætor,*Si is cum quo agetur.* Eum cum quo agetur accipere debemus ipſum reum, vt ait Vlpianus in l.3.ff.eod.hinc quæritur, ſi is reus pupillus forte fuerit, an nihilominus edicto locus ſit, vt actio aduerſus eum denegetur?Hæc quæſtio tractatur in l.qui iuraſſe. 26. ff. vbi nihil referre dicit Paulus cuius ætatis, ſexus aut conditionis ſit is qui iuraſſe dicetur. Sed dicet aliquis,pupillus non eſt habilis ad iurandum,vt diximus ſupra,ex l.tutor.ff.hic. At non quærimus hic, an habilis quis ſit cui aduerſarius iuſiurandum detulit : in hoc enim genere iuriſiurandi conuentio eſt: qua is qui defert iuſiurandum paciſcitur cum aduerſario, ſe ſi iurauerit,nihil amplius ab eo petiturum : ideo etiam voluntarium hoc iuſiurandum dicitur. Dubium ergo non eſt quin hæc valeant, quamuis alias is qui iurauit, non ſit habilis ad iurandum Deinde ibidem ſubiecit Paulus: *Quamuis pupillus non videatur, &c.* vt oſtenderet non hac tantum ratione iuſiurandum hoc prodeſſe debere ei qui iurauit, cum videlicet eo contentus fuerit actor qui detulit, vtpote qui eius perſonam approbaret, ſed etiam quia pupillus non poteſt dici peieraſſe:quia ſciens fallere non videatur. Et hic Paulus videtur alludere ad veterum iuriſiurandi formam, quæ huiuſmodi fuit:Si ſciens fallo,tum me Dieſpiter ſalua vrbe, arceque bonis eiiciat, vt ego hunc lapidem. & iurans lapidem iaciebat. Huius meminit Polyb.lib. 3. Hiſtor. Pupilli itaque non eſt ea ſcientia, vt poſſit periurus dici, quaſi ſciens tollere videatur.Sed de qua actione hoc verbum, agetur,accipiemus, Vlpianus in l.3. ff. hoc generaliter interpretatur, & ait de quacunque actione hoc accipiendum eſſe. Actio enim verbum generale eſt,& omnia continet: quorum Vlpianus meminit in l.actionis verbo.ff.de oblig.& action. Cum in præiudicio quæritur, an quis ſit filius, an non ſit, poteſt etiam iuſiurandum deferri. De cauſa ſtatus exemplum eſt in l. cum proponas.6.hic. Arbitrum ibi pro iudice accipere debemus, non pro compromiſſario arbitro. vt putat Accurſ. hoc tamen ſenſu frequentius accipitur. Cicero in Oratio. pro Murena inuehitur in Iuriconſultos, quod per multos annos non potuerint ſtatuere, vtrum arbiter, an iudex dici oporteret,hoc autem d.l.6.exemplum pertinet ad tit.Si mulier ventris nomine in poſſeſſ.Sed hic quæritur, an idem dicendum ſit de criminali actione, & in hac poſſit deferri iuſiurandum.Ego de hac re nullum certum ius reperio: rationibus tamen & argumentis,quæ ex variis locis ducuntur,facile definiri poteſt. Solet hic diſtingui iuſiurandum neceſſarium à iureiurando voluntario. Iuſiurandum autem neceſſarium eſſe diximus,quod iudex ipſe defert propter inopiam probationis.l.admonendi.ff.eod. Quo caſu an deferri poſſit iuſiurandum in cauſa criminali, controuerſi & dubii iuris eſt. Conuenit tamen inter omnes non poſſe actori illud deferri : quia ſi actor deficiat à probationibus, abſoluendus eſt reus:nam valde iniquum eſſet, reum condemnari audito accuſatoris tantum iuramento, quo verum eſſe quod intendit affirmaret, cum munita eſſe debeat eius accuſatio idoneis teſtibus, inſtructaque apertiſſimis documentis, l. ſciant cuncti.de probat. Sed an reo poterit deferri? Et nihil prohibet quominus hoc iuſiurandum poſſet ei deferri purgandi ſui cauſa,ſi forte dubia ſit probatio. Et exemplum reperitur de pœna iudicis qui male iudicauit. Et plerunque accidit vt non tantum exigatur probatio ab accuſatore, ſed etiam à reo, vt in crimine falſi : quia tunc etiam à reo exigitur purgatio,l.vbi.ad l.Corn.de falſ. Quid dicemus de iureiurando voluntario, quod defert actor reo, vel reus actori? Vulgo receptum eſt, accuſatori licere iuſiurandum reo deferre : & ſi iurauerit reus accuſatus, illi iuſiurandum prodeſſe, publicamque accuſationem conſumi, modo bona fide delatum ſit iuſiurandum,& ſine colluſione. Argumentum ſumitur ex l.eum qui.§.in popularibus.ff.eod. In popularibus actionibus, quæ ſcilicet ob cauſam publicam inſtituuntur,etiam iuſiurandum defertur, modo ſine colluſione id fiat.Argumento etiam eſt quod dicitur in l. ſi maritus. §.ſi negauerit.ff.ad l.Iul.de adul. Is qui accuſat adulterii, non tantum præſcriptione 60. dierum ſubmouetur ab accuſatione:ſed etiam remiſſione, videlicet ſi reo remittat accuſationem. Si poteſt igitur accuſator reo accuſationem remittere:aut non poterit eidem iuſiurandum deferre? Puto tamen iudicem, comperta rei veritate,licet reus iurauerit, damnare eum poſſe,propter vtilitatem publicam : ex quibus cauſis etiam poteſt quis ſine accuſatione damnari. Hodie locum non habet tit.de accuſat. Nam etiam ſecundum ius ciuile fit,vt ſine accuſatione aliquis damnetur, nempe à magiſtratu qui inquirit nefarios homines, l. congruit. ff. de offic.præſ. Propter ius pontificum dubitatur, an in cauſa matrimoniali deferri poſſit iuſiurandum? In quo diſtinctione vtendum eſt: nam ſi ei qui negat contractum eſſe matrimonium, iuſiurandum deferatur, prodeſſe ei iuſiurandum non debet. Si vero ei qui contendit matrimonium eſſe contractum,ei debet prodeſſe. Argumentum ducitur ex cap.lator. de ſentent.& re iudic.in decret. Tantum enim abeſt vt proſit ei iuſiurandum qui negat matrimonium contractum eſſe,vt ne ſententia quidem prodeſſe poſſit:neque etiam tranſire in rem iudicatam. Quandocunque enim veritas comperta erit, hæc ſententia retractari poterit: alias ſequeretur, matrimonium iam contractum verbis de præſenti, & mutuo conſenſu, iureiurando delato,diſſolui poſſe : quod fieri non poteſt. Ex his intelligitis, quomodo ſint accipienda hæc verba,*Si is cum quo agetur,* tum & de qua actione intelligatur loqui Prætor. Sequitur in edicto,*Conditione delata.* his verbis ſignificat Prætor, ita demum prodeſſe iuſiurandum ei qui iurauit,ſi deferente aduerſario iurauerit. Nam ſi iurauerit non delata conditione ab aduerſario, non prodeſſe ei iuſiurandum. Sed quod hic dicitur de aduerſario deferente,intelligendum eſt,modo is habilis fuerit ad deferendum iuſiurandum. Nam licet hoc non expreſſerit Prætor,tamen ſuadet ratio vt ſic intelligamus. Atque hinc variæ quæſtiones naſcuntur de habilitate perſonarum, quæ tractantur in leg. iuſiu-

An iuſiurandum poſſit deferri in cauſa criminali.

iuſiurandum.17. & ſeq.ff. eod. de pupillo ſcilicet, de tutore, de procuratore, de ſeruo, de filiofamilias, & aliis huiuſmodi perſonis. Videamus in primis de pupillo. Si pupillus ſine tutore iuſiurandum aduerſario detulerit, & eo deferente iurauerit, non proderit ei iuſiurandum, nec ei exceptio iuriſiurandi dabitur. Pupillus enim, inquit Paulus, tutore auctore iuſiurandum deferre debet: & is demum iuſiurandum aduerſario deferre poteſt, qui adminiſtrationem rerum ſuarum habet. At pupillus rerum ſuarum adminiſtrationem non habet, ergo nec iuſiurandum deferre poteſt. Simile eſt quod dicitur in l.4.hic. Orta enim lite quadam inter pupillum & tutorem, pupillus detulit iuſiurandum tutori ſuo: hinc quæritur, an pupillo noceat tutoris iuſiurandum, & exceptione ſubmoueri poſſit. Aiunt Impp. non poſſe nocere, qui detulit ſine tutore, cum ſcilicet aduerſus eum ageret in iudicio. Tutoris igitur auctoritas, pupillo iuſiurandum deferente, interuenire debet: vel ipſe tutor deferre, quod & d. l. iuſiurandum. teſtatur Paulus, inductione id probans. Cum enim tutor aliquando alienare poſſit, & cum decreto Prætoris, & ſine decreto: præterea cum ei ſolui à debitore poſſit pupilli nomine: cum denique videamus tutorem ſtare in iudicio nomine pupilli: alienum non erit, ſi dicamus tutorem nomine pupilli iuſiurandum deferre. De hac alienatione, ſolutione, & iudicio prolixa eſt diſputatio in vulgarium doctorum commentariis: quod non eſt diſputationis noſtræ. Hi enim loci communes obiter notandi ſunt: & abſurdiſſimum eſt alienumque ab inſtituto eius qui de iureiurando diſputaturus eſt, omnia hic referre, quæ ad poteſtatem tutorum, &c. pertinent. Quod autem hic dicitur de tutore, intelligendum eſt, modo iuſiurandum in iudicio deferatur, & deficientibus probationibus: quæ exceptio & interpretatio ſumitur ex l. 1. ff. quarum rer. act. non datur, & ex leg. tutor. ff. eod. nam in dicta l. 1. Vlpianus loquẽs de exceptione iuriſiurandi, quod auctore tutore delatum fuerit, addit, oportere id in iudicio deferri. Rata enim ſunt omnia quæ gerit tutor in negotiis pupilli, modo adminiſtrationis ipſe fines non excedat. Cum igitur boni & prudentis patrisfamilias ſit deficientibus omnibus probationibus iuſiurandum aduerſario deferre, ſi id faciat tutor, non dicendus eſt fines adminiſtrationis ſuę exceſſiſſe. Sequitur de adulto, de quo quæritur, an idem quod de pupillo dicendum ſit. Si igitur pubes, qui quidem iam exceſſit quartum decimum annum, ſed minor adhuc eſt vigintiquinque annis, & curatorem habet, detulerit iuſiurandum ſine curatore, videndum an proſit iuſiurandum ei cui detulit. Mihi verius videtur, vt eadem ſit cauſa adulti curatorem habentis, quæ eſt pupilli tutorem habentis. Hæc ſententia probatur duobus locis: vnus eſt in l. acta. §. vltim. de re iudic. vbi dicitur ſententiam latam contra minorem indefenſum qui curatorem vel tutorem habet, nullam eſſe. Ex quo colligimus quæ geruntur in iudicio cum pupillo vel adulto, qui tutorem vel curatorem habet, ſine tutoris vel curatoris auctoritate non valere. Alius locus eſt in l. in vniuerſis, qui tutor. dar. poſſunt. vbi ſi quis pubes ſit, & velit agere in iudicio, dari debere curatorem in litem, dicitur, quia perſona eius non eſt legitima ſtandi in iudicio. Sed quid de procuratore dicemus? Quæritur enim, an procuratore deferente iuſiurandum reo, & eo iurante, exceptio iuſiurandi ei detur, quod deficiente procuratore, non deferente domino iurauerit? Hæc quæſtio tractatur in dicta leg. iuſiurandum. 17. §. vltim. ff. eod. Vbi oſtendit Paulus in tribus caſibus poſſe procuratorem iuſiurandum deferre, & iuſiurandum eo deferente præſtitum nocere domino, vt ei denegetur aduerſus eum qui iurauerit actio. Primus caſus eſt, ſi vniuerſorum bonorum procurator adminiſtrationem habeat: Alter ſi ſpecialiter ei mandatum ſit vt iuſiurandum deferat. Tertius eſt, ſi ſit in rem ſuam. Is ergo qui liberam bonorum adminiſtrationem habet, iuſiurandum deferre poteſt: ſicut tranſigere poteſt, & alia huiuſmodi facere, quæ ad adminiſtrationem ſuam pertinent. Idem dicendum eſt & de eo, qui procurator eſt in rem ſuam, id eſt, cui mandata eſt ab alio actio: quia tanquam procurator is agit, ſed in rem ſuam. Et procurator impropriè dicitur, nam propriè procuratoris eſt, qui mandatu domini aliena negotia adminiſtrat, leg. 1. ff. de procurat. Hic autem alienum negotium non adminiſtrat ſed ſuum. Atque hæc imaginaria procuratio excogitata eſt à iuris auctoribus, vt is cui mandata eſt actio experiatur, qui alias mandatam ſibi actionem exercere non poſſet. Non enim hominis priuati eſt, cui competit actio, eam actionem dare, cum hoc ad officium prætoris vel magiſtratus pertineat, qui actiones agere volentibus dabant. Non igitur hinc ſequitur, quod quis ideo poſſit agere, quod ſibi alius homo priuatus, qui magiſtratus non eſt, experiundi poteſtatem fecerit. In hac quæſtione hoc ſit exemplum. In edicto de commodato hæc verba ſunt, Quod quis commodaſſe dicetur, actionem dabo. Pone igitur eum qui commodauit rem ſuam, actionem ſibi competentem mandaſſe alii: quomodo poterit ei cui mandata eſt actio dari, cum certum ſit ex verbis edicti eum non commodaſſe? Ergo neceſſaria fuit hæc procurationis conſtitutio, quæ (vt diximus) imaginaria tantum eſt, & à iuris auctoribus inuenta, vt is ſcilicet cui mandata eſt actio, agat tanquam procurator eius qui mandauit actionem. Nam re vera, & ſi mandatas ſibi actiones exerceat, negotium alienum non gerit, l. qui ſtipendia. ſupra, de procurat. Dubitandum ergo non eſt quin procurator in rem ſuam poſſit iuſiurandum deferre. Defert enim in cauſa propria magis quam in aliena. Hic occurrit difficultas ex eo quod dicitur in lege, mandato generali. ff. de procurat. Mandato generali non contineri tranſactionem decidendæ litis cauſa interpoſitam: & oportere ſpecialiter mandatum eſſe procuratori, vt tranſigat cum aduerſario. Nam ſi non poteſt tranſigere is qui generaliter procurator datus eſt, conſequitur, nec eum iuſiurandum deferre poſſe: cum l. 2. ff. eod. dicatur iuſiurandum ſpeciem tranſactionis continere. Sicut enim tranſactione, ita etiam iureiurando lis finitur. Sed animaduertendum eſt, Paulum dicta l. iuſiurandum. §. vltim. de eo loqui cui vniuerſorum bonorum conceſſa eſt adminiſtratio: qui nonnunquam procurator compendio ſermonis dicitur, aliquando procurator totorum bonorum, vel vniuerſorum bonorum: vulgo, procurator cum libera: quod docuimus in partitione tractatus de pactis. Quod vero idem dixit, in dicta l. 15. mandato generali, non eſt ſic accipiendum. Poteſt enim generale mandatum eſſe, licet libera totorum bonorum adminiſtratio non conceſſa ſit: veluti ſi quis conſtituerit procuratorem ad certam litem, quæ cum alio mota eſt. Hic enim dicitur generaliter conſtitutus litis cauſa. Nec tamen tranſigere & decidere cum aduerſario poteſt, ſed tantum perſequi, niſi etiam ſpecialiter hoc ſit ei mandatum. Hunc receptorem vulgo vocamus. Poteſt igitur hic quæcunque ad adminiſtrationem pertinent exercere, perinde ac ſi dominus præſens eſſet: ſed adminiſtrationis fines excedere non debet. alias ratum non habebitur quod ab eo geſtum fuerit: vt ſi quis donauerit, leg. contra iuris. ff. de pact. leg. filiofamil. ff. de donat. ſicque conciliari debet quod dicitur in leg. procurator totorum. & in leg. procurator cui generaliter. ff. de procurator.

Ex his quæ diximus illud conſequitur, procuratorem vniuerſorum bonorum, id eſt, qui liberam adminiſtrationem habet, poſſe deferre iuſiurandum, ſed ita demum ſi probationibus deficiatur, & cauſa dubia ſit. Nam ſi probatio clara & certa ſit, non poterit deferre iuſiurandum. Et cum hac exceptione accipiendum eſt, quod hic dicitur, ratum eſſe debere quod à procuratore totorum bonorum erit geſtum. Nam gratis & ſine iuſta cauſa quod aduerſarius debet, remittere non poteſt: quia hoc donare eſſet, & profundere rem domini, non adminiſtrare. Id etiam colligitur ex leg. tutor. 1. ff. eod. vbi tutor nomine pupilli iuſiurandum deferre poteſt, ſi alias probationes deficiant: quod ad procuratorem vniuerſorum bonorum nihil impedit quin extendatur: quamlibet plenam enim habeat poteſtatem & adminiſtrationem, eius tamen non eſt maior poteſtas quam tutoris: argumento eſt quod dicitur in l. Præſes prouinciæ. ſupra de tranſact. Vbi ſi adminiſtrator ciuitatis debitori ambitioſe & gratia quod indubitate debeat, tranſactione remiſerit, tranſactio non valere dicitur: idque æſtimandum eſſe à Præſide prouinciæ.

De ſyndico quæritur, an poſſit iuſiurandum deferre?

Syndicus autem is dicitur qui ciuitatis, municipii, vel alicuius corporis cauſam defendit, ideoque defenſor dicitur, leg. vlt. §. defenſores. ff. de mun. & honor. Hæc quæſtio tractatur in l. iuſiurandum. 34. §. defenſor. ff. eod. in quo Vlp. iuſiurandum deferri ab eo non poſſe ait, niſi ſpecialiter ei mandatum ſit. non enim habet liberam adminiſtrationem omnium bonorum vniuerſitatis, municipii & collegii. Sequitur in leg. 18. ff. eod. *Alias autem procuratorem, &c.* id eſt, in aliis autem caſibus qui his quos diximus non continentur, non eſt audiendus procurator iuſiurandum deferre volens. Rationem ſubiicit: *Ne poſtea reus qui ſemel iurauit, &c.* non enim eſſet conſultum reo iuranti ſe non debere: quia eum dominus adhuc poſſet conuenire: replicatione ſcilicet eum ſubmoueret, quod eo deferente iuratum non ſit, ſed procuratore tantum deferente, cui hoc mandatum non erat nec libera bonorum adminiſtratio conceſſa. Hinc naſcitur quæſtio, an procurator qui ad agendum datus eſt deferens reo iuſiurandum, & quia ſpecialiter non eſt ei mandatum, volens cauere de rato, tunc admitti debeat. Ait Vlpianus, dicta l. 18. ne hoc quidem caſu admittendum eſſe, quia nec ei conſulitur hac cautione de rato. quod probat dilemmate: *Siue enim dominus petat, cogetur, &c.* His verbis oſtendit Vlpianus non ſatis conſuli reo per hanc cautionem de rato: vtpote quæ non impediat quominus dominus agat, & ſibi dari rem, de qua iuratum eſt, petat. Nam ſi dominus agat, reus cogetur docere ſe liquido, id eſt, vere iuraſſe: nec alias poterit ſubmouere dominum agentem exceptione iuriſiurandi. Si enim ratum haberetur quod à procuratore geſtum eſt, circa delationem iuriſiurandi, ſufficeret dicere ſe iuraſſe, nec opus eſſet aliis probationibus. l. 3. hic. Sin autem velit illa cautione excluſus agere ex ſtipulatione de rato aduerſus procuratorem, qui promiſit dominum ratum habiturum, non erit ſatis ei conſultum hac cautione: quia poterit quidem agere ex ſtipulatu, ſed hoc pacto deteget periurium, & turpitudinem ſuam, ſi docuerit dominus veris probationibus ſibi deberi eam pecuniam de qua iuratum eſt. Notandum ergo eſt hanc cautionem ratihabitionis hic non admitti, cum per eam non ſatis conſulatur reo: quæ tamen alias admittitur ante litem conteſtatam, quoties ſcilicet incertum eſt, an procurator actoris mandatum habeat. Atque illud quidem accipiendum eſt non tantum ſi in ea re verſetur aliquod incommodum pecuniarium, ſed etiam ſi fama alicuius & exiſtimatio periclitetur, quia non forte agere poſſet ex cautione ſine iactura exiſtimationis ſuæ. Hactenus de procuratore. Sequitur de ſeruo, an is iuſiurandum deferens, noceat domino ſuo? Hæc quæſtio tractatur in l. ſeruus. & ſeq. ff. eo. vbi ſeruus deferens iuſiurandum ita demum nocet domino ſuo, ſi cauſa peculiaris ſit, & peculii adminiſtrationem habeat. Duo igitur neceſſaria hi ſunt: nam in primis oportet cauſam peculiarem eſſe, id eſt, de peculio ſerui agi: quia ſi agatur de patrimonio & ſubſtantia domini, quod ei in peculio conceſſum non eſt, ſeruus deferens iuſiurandum non poterit domino nocere: deinde etiam habeat neceſſe eſt liberam adminiſtrationem peculii, quæ ſpecialiter concedi debet, l. quam Tuberonis, in princ. ff. de pecu. Alii hic tractant quando ſeruus poſſit deteriorem conditionem domini facere: huius tractatus locus proprius eſt in l. ſeruus. C. de pact. Aliena enim eſt à propoſito noſtro hæc diſputatio. Eadem autem cauſa eſt filiifamil. ſi dubia lis ſit in cauſa peculii cuius habet liberam adminiſtrationem, quia iuſiurandum deferre poteſt, l. quidam. ff. eod.

Locus tamen eſt l. nec filius, hic, in qua ſpecies tractatur huic diſſimilis: ſi enim filius citra voluntatem patris iuſiurandum detulerit, ei obeſſe non poteſt. Quæritur etiam de quibuſdam aliis perſonis, cuiuſmodi ſunt furioſi, prodigi, de quibus idem dicendum eſt quod de pupillo: & eſt locus de his perſonis in l. tutor. ff. eod. Sequitur in edicto prætoris, *Conditione delata iurauerit.* Diximus conditionem deferendam eſſe ab actore, & habilem illum eſſe oportere ad deferendum. Sequitur alia verborum interpretatio, ſi iurauerit ex præſcripto delatæ conditionis: hoc ſumitur ex leg. 3. §. vlt. & leg. qui per ſalutem. ff. eod. vbi ita oportet iurari ait I. C. vt præſcribitur & defertur ab aduerſario. Exempli gratia: Cuidam delatum eſt vt iuret per Deum, is iurauit per ſalutem ſuam, non recte iuratum eſſe reſpondetur. Sed cum quibuſdam videtur is qui per ſuam ſalutem iurat, reſpectu cuiuſdam numinis iurare, atque hoc pacto ſe ſubiicere vltioni diuinæ, ex qua ſua ſalus pendet, cuique eam deuouet, ſi ſciens fallat, id eſt, ſi ſciens peierarit: fruſtra hic quæri dixerit quis de eo qui per Deum iurat, vt delatum eſt, & eo qui per ſalutem ſuam. At ea maxime de cauſa à formulis in deferendo iureiurando præſcriptis noluerunt recedi iuris auctores, quod plerique homines ea ſuperſtitione ſint, vt facile vſurpent genus aliquod iurandi, nec facile adduci poſſint vt fallant, poſtquam ſe illi adſtrinxerint: de alio genere iuriſiurandi non magnopere ſoliciti: ideoque hac in re propter vtilitatem hominum nonnihil eorum ſuperſtitioni credo indulgeri. Deinde fieri poteſt vt illud ipſum genus à deferentibus proponatur, in quo credunt eos forte non peieraturos. Sic Neroni ſacratiſſimum fuiſſe fertur per Druſillam iurare: hæc tamen ita ſunt accipienda, niſi illicitum ſit iuſiurandum. Quando enim dicimus, ſi quis propria ſuperſtitione iurauerit, ratum habendum eſſe iuſiurandum, l. non erit. ff. eo. hoc ita intelligendum eſt, niſi legibus improbatum ſit iuſiurandum. Nam ſi iuſiurandum improbatæ publicæ religionis & illicitum delatum ſit, ratum non habebitur. Publica Chriſtiana religio tempore Alexandri Seueri & Vlpiani improbata erat, & ideo ſi quis iuraſſet per Chriſtum, iudicabatur illicitum eſſe iuſiurandum, vt quod publice improbaretur, id eſt publica authoritate non reciperetur: nec enim ſi quis hodie per Mahumetam (abſit tamen vt Chriſtum dominum huic impoſtori comparem) iuſiurandum detulerit, ferendus eſt: nam videtur hoc modo Mahumetanam religionem probare quæ publice improbata eſt. Vtilitas tamen publica poſtulare videtur, vt per Mahumetam iurare liceat, ſi Turcæ deferatur iuſiurandum, aut Mahumetano: quia facile per Chriſtum peieraturus eſt, per Mahumetam difficilius. idque vulgo receptum eſt, vt lites dirimantur. Inter Chriſtianos vero hoc non permitteretur. Nam qui aduerſario ſuo iuſiurandum defert per Mahumetam, cum aduerſarius Mahumetanus non ſit, videtur Mahumetanam religionem probare. Illicitum iuſiurandum alio modo intelligi poteſt, vt notat Iuſtinianus in Nouell. vt non luxu. hom. vbi vetat Iuſtinianus ne per Dei membra, aut capillos iuretur. Ideoque ſi quis aduerſario ſuo detulerit iuſiurandum per caput Dei, vel per capillos Chriſti, recuſare illud poterit aduerſarius: alias ſi admiſerit, & iurauerit, ratum non habebitur. Adeo autem hæ verborum formulæ in iureiurando ſeruandæ ſunt, vt etiam proſit iuſiurandum reo, licet de eo non iurauerit quod eſt in iudicium deductum, ſed tantum ſecundum conditionem delatam ab aduerſario, l. ſi quis cum debitore. ff. eod. Ego detuli tibi iuſiurandum hoc modo, hacque pactione, vt ſi iuraueris te Capitolium aſcendiſſe, aut non aſcendiſſe, nunquam à te amplius pecuniam quam mihi debebas peterem: iuraſti vt præſcriptum erat, te non aſcendiſſe Capitolium, aut aſcendiſſe. Si agam aduerſus te, quæritur an tibi proſit exceptio iuriſiurandi. Videtur non poſſe prodeſſe, quia reus non iurauit ſe non debere. Dicitur tamen exceptionem iuriſiurandi ei prodeſſe, quia iurauit ſub ea conditione quæ ei præſcripta fuerat ab aduerſario: ſequi igitur oportet præſcriptum conditionis delatæ ab aduerſario. Sed ſi controuerſia ſit de modo iuriſiurandi, & certo modo deferat iuſiurandum actor, alio modo velit iurare reus, conceptio iuriſiurandi erit in arbitrio iudicis, l. iuſiurandum. §. ſi de qualitate. ff. eod. Arbitrabitur enim iudex quomodo exequendum ſit iuſiurandum. Adde etiam ſuperioribus hæc edicti verba, *ſi conditione delata iurauerit*, ſic accipiendum eſſe, ſi delationem iuriſiurandi ſtatim iuſiurandum ſequatur: ideoque ſi quis detulerit iuſiurandum aduerſario, & is ſtatim non iurauerit, ei non proderit iuſiurandum, l. 5. §. vlt. ff. eod. Ratio mihi hæc eſſe videtur, quia quo tempore iuſiurandum defertur reo, forte non tam facile peieraturus eſt: hocque fortaſſis eligit tempus actor, quod vereatur ne alio tempore facilius peieraturus ſit: aut ſuopte conſilio adductus, aut ſane alterius, qui eum facile ſua perſuaſione induxerit ad peierandum. Hæc ratio mihi videtur ſatis probabilis eſſe. Ad actoris igitur vtilitatem iuris auctores reſpexerunt, cum in deferendo iureiu-

rando

rando electionem illi permiſerunt iuriſiurandi, & temporis quo iurari debeat. Prætoris hæc eadem verba ſic accipienda ſunt, niſi reuocatum ſit iuſiurandum re integra. Cum enim dixit, ſi quis conditione delata iurauerit, actionem aduerſus eum non dabo: hoc intelligendum eſt cum hac exceptione, niſi ante quam iuratum ſit, is qui iuſiurandum detulit, re integra pœnitentia ductus, iuſiurandum reuocauerit, l. ſi quis. 11. hic. Si quis iuſiurandum intulerit, & necdum eo præſtito, &c. Iuſtinianus enim hac conſtitutione permittit ei qui iuſiurandum detulit, ſi ſuperuenerit probationum copia, illud reuocare, & poſt reuocationem, ſi iurauerit is cui prius delatum fuerat, perinde illud habendum, ac ſi omnino iuratum non eſſet.

Sequitur in eodem capite edicti prætorij, *Aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit.* His verbis ſignificat Prætor non tantum actionem denegandam aduerſus eum qui iurauit aduerſario deferente, ſed etiam aduerſus eum qui cum paratus eſſet iurare, tamen ei iuriſiurandi gratia facta eſt. Atque id etſi non videatur expreſſum fuiſſe verbis edicti prætorij: certe verbis Iureconſulti, qui edictum interpretatur, id ſatis cautum & expreſſum eſt, l. ſi non fuerit. & l. remitti. ff. eod. quin & hanc remiſſionem & gratiam iuriſiurandi non tantum præſenti, ſed etiam abſenti fieri poſſe, l. Labeo. ff. eod. modo tamen conſtet eum qui detulit iuſiurandum id remiſiſſe. Dicitur etiam in alio loco, l. iuriſiurandi. 32. ff. eod. pupillum non poſſe iuſiurandum quod delatum eſt remittere. Ratio ſatis manifeſta eſt ex his quæ diximus, pupillum rerum ſuarum adminiſtrationem non habere, ideoque nec iuſiurandum deferre poſſe. l. iuſiurandum. 17. ff. eod. Ex his notandum eſt, aliud eſſe iuſiurandum reuocare, aliud remittere: qua de re hic multum contendunt interpretes. Is enim qui reuocat iuſiurandum, non intelligitur aduerſario remittere. nam cum remittitur iuſiurandum, perinde denegatur in eum cui remiſſum eſt actio, ac ſi iuraſſet: at cum reuocatur re integra, non denegatur actio in eum à quo reuocatum eſt, ac ſi iuraſſet ei qui detulit, ſed ſalua actori manet probandi facultas. Videndum igitur erit, qnid actum ſit inter contrahentes, vt cognoſcamus vtrum reuocatum ſit iuſiurandum, an potius remiſſum. Si quis enim poſt delatum iuſiurandum aduerſario, profiteatur probationum facultatem ſibi iam ſuppetere, qua prius deficiebatur, atque ideo delationem iuriſiurandi à ſe factam reuocare ſe velle, delatio iuriſiurandi non ei nocet, ſi re integra id fiat, id eſt, antequam ſuſceptum iuſiurandum fuerit, aliàs propter conuentionem non poteſt ab eo recedi. Si vero cum paratus eſſet aduerſarius iurare, dixerit actor ſe gratiam ei facere, ſe contentum eſſe eius voluntate, & nolle ſe actorem periurij fieri, tunc perinde eſt, ac ſi reus iuraſſet, denegaturque in eum actio. Animaduertendum igitur eſt, ſuſceptum iuſiurandum remitti: ſuſceptum autem iuſiurandum non reuocari: quia non amplius integra res eſt, poſtquam reus oſtendit ſe paratum eſſe iurare, & tunc conuentio quædam inita videtur intra contrahentes. Ideo ei qui detulit non permittitur reuocare, l. 6. § vlt. Sequitur in eodem Prætoris edicto: *Eius rei de qua iuratum fuerit.* Hæc verba interpretatur Vlpia. in l. 7. ff. eod. vbi de tota re hæc verba, *Eius rei*, intelligenda eſſe cenſet. Sed quid ſi de parte rei tantum iuratum ſit? Exempli gratia, petitur fundus: actor defert eo iuſiurandum, vt iuret ſe fundum non debere: is iurat ſe partem petiti fundi non debere, de altera parte non iurat. Quæritur igitur, an exceptio iuriſiurandi ei pro parte prodeſſe poſſit? Si inhæreamus verbis edicti, magis quam ſententiæ, dicemus cauillando, exceptionem ei non prodeſſe, quia de integro fundo non iurauit, de quo iuſiurandum delatum fuit, ſed de parte tantum. Vlpianus aliter hæc verba interpretatur: nam ſi de tota re iuratum ſit, totius rei exceptionem dandam eſſe ait ei, qui iurauit: ſi vero de parte tantum, partis exceptionem dandam, ſi poſtea ea pars petatur. Nam eadem eſt ratio partis quæ totius, l. rei appellatione. ff. de verb. ſignif. Exemplum vnum eſt in l. ſi quis cum totum. ff. de excep. rei iud. Abſolutus à toto intelligitur abſolutus à petitione cuiuslibet partis. Vnde colligi poteſt cauſidicorum illud, partem non negari, etſi totum negetur, meram eſſe cauillationem: hoc enim loco ſubuerti poteſt. Quod ergo dicitur, appellatione rei partem contineri, hoc in iudicio locum habet, cum res iudicata eſſe proponitur: ſicut & cum res proponitur, ſuper qua delatum eſt iuſiurandum. De contractibus quæri ſolet: ſed hæc quæſtio aliena eſt ab inſtituto noſtro: & videte l. ſi dictum. §. in ſtipulatione. ff. de euictio. Sequitur in edicto noſtro, *Aduerſus eum, &c.* Quod ſic accipiendum eſt, vel aduerſus eum, cuius nomine iuratum eſt. Hæc interpretatio colligitur ex his quæ prius dicta ſunt. Nam ſi forte procurator vel defenſor alterius, iurauerit aduerſario deferente, hoc iuſiurandum procuratoris vel defenſoris proderit ei cuius nomine iuratum eſt, eique acquiritur exceptio iuriſiurandi: quod expreſſum eſt in l. Nam poſtea. § penul. ff. eod. Similis locus eſt in l. vlt. §. vlt. ff. eod. Non dabitur igitur actio in eum qui iurauit aduerſario deferente, exceptioque ei qui iurauit, competet, tum ei cuius nomine iuratum eſt proderit. Idem dicendum eſt in ſeruo qui iurauit dominum ſuum non debere, l. ſi ſeruus. 23. ff. eod. Sequitur: *Neque aduerſus eos ad quos ea res pertinet.* His verbis ſignificat Prætor exceptionem iuriſiurandi non tantum profuturam ei qui iurauerit, ſed etiam omnibus ad quos ea res pertinebit. Exemplum eſt in l. ait Prætor. 7. & 8. de ſucceſſoribus. de his qui ſuccedunt in ius vniuerſale, non eſt magna dubitatio: quia hæredes ſunt: Sed id tamen extenditur etiam in ſingulares ſucceſſores, qui in rem ſuccedere dicuntur, l. fluminum. ff. de dam. infect. Exempli gratia: hæres ſuccedit in vniuerſum ius quod defunctus habuit: legatarius ſuccedit in rem legatam, & emptor in rem emptam, donatarius in rem donatam: exceptio iuriſiurandi non tantum ei proderit qui iurauerit, ſed etiam ei qui in quamlibet eius rei partem ſuccedit de qua iuratum eſt. Ex quo notandus eſt locus communis de iure exceptionis, quod tranſit in ſingularem ſucceſſorem: quia in hoc diſtat ius agendi à iure excipiendi. actio enim non tranſit in ſingularem ſucceſſorem, vt docui in interpretatione l. ſtipulatio iſta. ff. de verb. oblig. niſi teſtator actionem ſibi competentem nominatim ei ceſſerit, & mandarit. Exemplum vnum eſt in l. ſi id quod. §. vltim. ff. pro ſocio. Si inter ſocios coita ſit ſocietas, vt non liceat rem communem vendere, poteſt nihilominus vnus è ſociis partem ſuam vendere: ſed ita vt exceptio iuriſiurandi alteri contra emptorem competat. Hic locus proprius non eſt huius tractatus, ideo hoc loco eum attingere ſatis habeo. Hinc naſcuntur variæ quæſtiones. Quid enim ſi pater iurauerit aduerſario deferente, an exceptio iuriſiurandi ei tantum qui iurauit, an etiam eius filio competat, qui non iurauit? hæc quæſtio tractatur in l. qui iuraſſe. 26. §. ſi pater, ff. eod. Animaduertant Tyrones, eum qui contrahit cum filiofamilias, duos debitores habere obligatos, vt dicitur in l. ſi quis cum filio. ff. de peculio: Filiumfamilias in ſolidum (filiusfamilias enim, ſicut & paterfamilias contrahere poteſt, l. filiusfam. ff. de oblig. & act.) patrem vero quatenus in peculio, ſi peculium habeat filius. Pone igitur actum eſſe aduerſus patrem ex contractu filij, & patrem iuraſſe actore deferente: an exceptio iuriſiurandi dabitur filio? Diſtinguendum eſt quomodo iurauerit pater. Nam ſi iurauit filium dare non oportere, quia hoc iuſiurandum interponitur ſuper principali obligatione, denegabitur actio aduerſus vtrumque. Si vero pater iurauerit nihil eſſe in peculio, non autem iurauerit de eo quod principaliter obligatione continetur, exceptio iuriſiurandi non proderit filio. Pater ſane ſi conueniatur, exceptione agentem ſubmouebit, ſed ſi poſtea propter peculium acquiſitum agatur, non poterit vti exceptione. Simile enim eſt peculium homini: naſcitur, creſcit, decreſcit & moritur, l. peculium. 40. ff. de pecul. Quæritur etiam de duobus reis promittendi, ſi vnus iurauerit aduerſario deferente, an iuſiurandum alteri conreo proſit. Quæſtio tractatur in l. in duobus. 28. §. ex duobus. ff. eod.

Si duo rei promittendi conueniantur, & vni delatum ſit iuſiurandum, eius iuſiurandum alteri prodeſſe poterit, quemadmodum ſi ſoluiſſet. Nam iuſiurandum vim ſolutionis habet, d. l. in duobus. §. 1. l. tutor. §. 1. ff. eo. & l. iuſiurandum. 27. Alia quæſtio eſt de reo & fideiuſſore quæ tractatur in dicta l. in duobus. §. 1. ff. Reus principalis conuentus eſt, deinde iureiurando ei ab actore delato iurauit ſe dare non oportere: Ratio exigit vt hoc iuſiurandum proſit quoque fide-

iuſſori : quia ſi non debet, certe nec tenebitur fideiuſſor. Cum enim non conſiſtit principalis obligatio, fideiuſſoria quæ acceſſoria eſt, conſiſtere non poteſt, l. cum principalis. ff. de reg. iuris. hinc tractatur quæſtio in princip. in l. vltim. ff. eod. de pupillo. Quidam mutuam pecuniam dedit pupillo, & cum intelligeret pupillum non obligari efficaciter, ſine tutoris auctoritate, nec poſſe aduerſus eum agi, acceſſit fideiuſſor. Hic fideiuſſor obligatur : obligatur enim naturaliter pupillus quantum ad hunc effectum, nec non fideiuſſor ei accedens. Hinc actum eſt aduerſus pupillum : qui aduerſario deferente iurauit ſe dare non oportere. Quæritur an hoc iuſiurandum profit fideiuſſori? Hæc quæſtio propoſita Pomponio fuerat à quodam in epiſtola, cuius verba hic referuntur: deinde ſequitur reſponſum Pomponij : qui diſtinguendum eſſe dicit, ex ſententia Iuliani, quomodo ſit iuratum. Varie enim iurari poſſe à pupillo in propoſita ſpecie proponit. Poteſt enim, inquit, controuerſia eſſe, an pupillo mutua pecunia data ſit : quo caſu creditore iuſiurandum deferente, ſi iurauerit pupillus ſe pecuniam mutuam non accepiſſe, id iuſiurandum proculdubio proderit fideiuſſori, quia eo ſublata eſt obligatio naturalis, qua pupillus tenebatur, l. Stichum. §. naturalis. ff. de ſolutio. Ratio eſt, quia obligatione principali ſublata, non poteſt conſiſtere fideiuſſoria. Fideiuſſoria enim non poteſt dici obligatus, ſi nulla obligatio ſit, neque naturalis neque ciuilis. Dubitandum igitur non eſt, quin iuſiurandum profit fideiuſſori. *Sin vero creditor quidem, &c.* Sequitur alia diſtinctio. Sin autem controuerſia ſit inter actorem & reum pupillum, non an pecunia data eſſet, (cum de eo conueniret) ſed de tutoris auctoritate : quia negabat pupillus in hac mutui datique contentione tutorem interueniſſe : & hoc iuſiurandum interpoſuerit : exceptio huius iuriſiurandi non proderit fideiuſſori : quia ſcilicet non iurauit pupillus ſe obligatum non eſſe, ſed tantum, ſe tutore auctore non accepiſſe pecuniam. Nam etſi verum ſit tutoris auctoritatem non acceſſiſſe, nihilominus tamen naturaliter obligatur pupillus : & ſi naturaliter obligatur, nihil cauſæ eſt cur fideiuſſor non obligetur. Sed quid ſi incertum ſit an iurauerit pupillus ſuper obligatione principali, id eſt, ipſam ſe pecuniam mutuam accepiſſe, cum de eo controuerſia eſſet: an vero de iure, id eſt, an quod accepiſſet inconſulto tutore dare deberet? Hoc caſu ſi pupillus iurarit ſe dare non oportere, ab omni conditione diſceditur, & fideiuſſoribus exceptionem dari debere dicendum eſt, vt ibidem aſſerit Pomponius. Sed an iuſiurandum fideiuſſoris ſimiliter reo principali profit? Hæc quæſtio tractatur in dicta l. vltim. §. 1. & l. in duobus. §. 1. ff. eod. Conuentus eſt fideiuſſor, & delatum eſt ei iuſiurandum: idem iurauit: quæritur an exceptio huius iuriſiurandi reo principali profit? Hic etiam dicitur referre quomodo iuratum ſit. Si enim de re ipſa iurauerit fideiuſſor, de qua obligatio contracta eſt, hoc iuſiurandum reo quoque dicitur prodeſſe : veluti ſi controuerſia fuerit, an pecunia data ſit. Nam perinde eſt ac ſi ſoluiſſet. Sin autem iurauerit ſe non fideiuſſiſſe, quia ſcilicet de eo controuerſia erat, non autem an pecunia data ſit, hoc iuſiurandum reo principali non proderit. Præter has perſonas, aut alias huiuſmodi iuſiurandum ab vno præſtitum, cæteris ad quos ea res non pertinet prodeſſe non poteſt. hoc dicitur generaliter in l. 9. §. vl.

Sequitur in edicto: *actionem non dabo.* Videndum eſt quomodo hæc verba accipienda ſunt : interpretatio extat in l. nam poſtea. ff. eodem. Qui veterem morem iudiciorum conſtituendorum non norunt, de quo ſcripſi maxime in l. iuriſgentium. ſupra de pact. hoc intelligere non poſſunt. Si quis igitur iurauerit actore deferente : poſteaque actor petat actionem à Prætore ſecundum veterem morem iudiciorum dandorum, Prætor denegabit actionem, ſi modo conuenerit inter actorem & reum iuratum eſſe : Si autem ambigatur, Prætor non denegabit actionem : nec tamen is cognoſcet an iuratum ſit necne : (Non enim cognoſcebat Prætor de controuerſiis priuatorum hominum, & præſertim de his quæ conſiſtebant in facto) ſed dabit Prætor iudicium cum exceptione, quæ exceptio addita in iudicio proderit reo. Iudex datus cognoſcet, non tantum an pecunia mutuo data fuerit, ſed etiam an poſtea iuratum fuerit. Quia autem hic dicitur, actionem denegandam eſſe : ideo hinc annotari ſolet exceptionem iuriſiurandi exceptionem eſſe litis finitæ : quia ſcilicet is iurauit, litem conteſtari non vult, & exceptionem opponit, ne litem conteſtari cogatur. Litis enim finitæ exceptio, dicitur exceptio ad finem non recipiendi. Aliæ ſunt exceptiones, quæ vulgo dicuntur ad finem non valendi. Qui vero opponit exceptionem peremptoriam, cogitur litem conteſtari, cap. vltim. de litis conteſtat. in 6. Exceptiones litis finitæ excipiuntur, & quæ continentur cap. 1. de litis conteſtat. in 6. vt exceptio tranſactionis, exceptio rei iudicatæ, quæ impediunt litis conteſtationem. In hunc, inquam, numerum dicitur referri exceptio iuriſiurandi : & quamuis nulla eius mentio fiat in dict. cap. 1. eius tamen eadem ratio eſt in l. 1. & 2. ff. eodem. Nam ſicut tranſactione & re iudicata finitur lis, ita etiam iureiurando. Prætor enim in edicto quod de iureiurando propoſuit, & quod interpretari cœpimus, ita ait: *Si is cum quo agitur, &c. aduerſus eum actionem non dabo,* quibus verbis denegat actionem ei, contra quem iuratum eſt. Ideoque litem finire recte dicetur iuſiurandum, & inter exceptiones ſupradictas recenſebitur. Sed de qua actione hæc verba accipienda ſint videamus. Actionem hic generaliter accipere debemus, non tantum eam ſuper qua iuſiurandum delatum eſt, ſed etiam quamcunque aliam per quam eadem quæſtio in iudicium deduci poteſt. Si quis enim iurauerit aduerſario deferente ſe non debere, quacunque actione eadem quæſtio, & eadem res in iudicium deducta fuerit, dabitur iuranti exceptio iuriſiurandi, imo etiam ſi diuerſa quæſtio inſtituatur, ab ea ſuper qua iuratum eſt. Ideoque cum quæritur, an exceptio iuriſiurandi locum habeat, hoc maxime inſpiciendum eſt, an eadem de re agatur, & an ob eandem cauſam: nam vtrum eadem actione, vt diximus, an alia, non refert. Hoc multis exemplis oſtenditur in l. duobus. 28. §. exceptio. ff. eodem. Vnum huiuſmodi eſt: Quidam mihi centum debebet propter ſocietatem, quæ inter nos coita fuerat, vel propter mandatum, quo quia interpoſito negotia mea adminiſtrauerat: egi actione pro ſocio, & actione mandati aduerſus eum: idque me deferente iurauit ſe dare non oportere. Ego vero poſt iuſiurandum præſtitum egi condictione certi, idemque petij quod prius: condictio certi cum actione pro ſocio & mandati concurrit. Ex quacunque enim cauſa certum petatur, ea competit. Obiicit mihi reus exceptionem iuriſiurandi, & ait ſe iuraſſe, nihil ſe eo nomine dare oportere. quæritur, an huiuſmodi exceptio mihi recte opponatur? Dubitatio ex eo naſcitur, quod alia actione egi, non ea ſuper quo iuratum fuit. Dicitur tamen exceptionem iuriſiurandi mihi nocere, quia eadem res in iudicium deducitur. Sequitur aliud exemplum: *Si quis iurauerit, &c.* Si quis egerit actione vi bonorum raptorum, contendens eum cum quo agit bona rapuiſſe : & actore iuſiurandum deferente iurauerit reus ſe non rapuiſſe, iuſiurandum illud non impeditur, quominus actione furti poſtea conueniatur vel condictione furti, ſi actor contendat ſibi furtum factum eſſe. Fieri enim poteſt, vt is qui iurauit, non rapuerit, ſed tantum furatus ſit : quia aliud eſt furtum, quod vel clam fieri poteſt, & celari. l. 2. §. & generaliter. ff. vi bono. rapt. Aliud exemplum: *Colonus cum quo, &c.* in quo variæ actiones dantur ex eadem cauſa : Si colonus arbores prædij à ſe conducti ſucciderit, datur locatori aduerſus eum actio ex locato: itemque actio damni iniuria dati, ex lege Aquilia : nec non interdictum quod vi aut clam : denique actio arborum furtim cæſarum, ex l. duodecim tabularum. Si igitur aduerſus eum actum ſit actione ex locato, & iurauerit ſe non ſucciſiſſe, per exceptionem iuriſiurandi tutus erit, ſi poſtea conueniatur lege Aquilia vel interdicto quod vi, aut actione arborum furtim cæſarum. Aliud exemplum eſt: *Qui iurauit diuortij, &c.* Maritus facto diuortio aduerſus vxorem egit actione rerum amotarum, dicens mulierem conſilio diuortij res eius proprias amouiſſe & interuertiſſe, marito deferente, quia probationibus deficiebatur. iurauit mulier ſe non amouiſſe : deinde agit maritus rei vindicatione: quæritur, an ſubmoueri poſſit exceptione iuriſiurandi? Et dicitur non nocere marito mulieris iuſiurandum : quia hic non tantum mutatur actio, ſed etiam cauſa petendi. Is enim qui agit

agit actione rerum amotarum, petit res quæ amotæ ſunt: qui vero rei vindicatione petit res, dominus eſt, & poſſidentur ab eo cum quo agit. Quamobrem alio iureiurando ſibi opus eſt, vt probet mulierem ſuam eſſe. Quæ denuo ſi iurauerit res ſuas eſſe, & ſe non amouiſſe, agentem maritum & rei vindicatione, & actione rerum amotarum, exceptione iuriſiurandi ſubmouebit.

Et omnino hoc obſeruandum eſt. Generaliter notandum eſt, nihil referre, vt exceptio iuriſiurandi locum habeat, an eadem actione agatur, qua prius actum eſt, an alia, ſed inſpiciendum maxime, an eadem ſit cauſa petendi. Aliud exemplum eſt: *Igitur ſi quis iurauit, &c.* Aduerſus eum qui damnatus eſt ſententia iudicis, duplex actio competit, in primis actio iudicati, l. miles. §. 1. infra, de re iud. deinde ſi reus promiſit actori iudicatum ſolui, poterit conueniri ex ſtipulatione iudicatum ſolui. Igitur ſi cum ageretur aduerſus aliquem actione iudicati, iurauerit ſe damnatum non eſſe: & rurſus conueniatur ex ſtipulatione iudicatum ſolui, quia eadem eſt cauſa petendi exceptione iuriſiurandi, actor ſubmouebitur. Poſteriore enim iudicio eadem quæſtio reuocatur. *Contra ſi cum, &c.* Hic inuertit ſpeciem. In priori enim ſpecie poſuit actum eſſe primo actione iudicati, deinde actione ex ſtipulatione: hic vero proponitur prius actum eſſe actione ex ſtipulatione iudicatum ſolui, deinde actione iudicati. & hic dicitur, agenti iudicati non obſtare iuriſiurandi prioris exceptionem: cuius hæc ratio ſubnectitur, quod fieri poſſit vt nulla ſit contracta inter eos iudicatum ſolui ſtipulatio, etſi res iudicata ſit: niſi forte etiam ideo iuſiurandum reus interpoſuerit, quod nec ſententia iudicis ſe damnatum diceret. Aliud ſimile exemplum eſt in l. ſi duo patroni. §. Iulianus. ff. eod. Aduerſus furem multæ actiones competunt. Datur enim condictio furti, qua petitur res ſurrepta. de qua titulus extat ff. lib. 13. Datur etiam actio furti ad pœnam dupli, vel quadrupli, §. in duplum. & §. tripli. Inſtit. de act. quæ ex delict. Actum eſt aduerſus aliquem condictione furtiua, & ei iuſiurandum delatum eſt: iurauitque ſe furtum non feciſſe: deinde agitur actione furti ad pœnam: quæritur an ei competat exceptio prioris iuriſiurandi. Hic ait Vlpianus, *Videri eum de toto iuraſſe.* Eadem enim quæſtio in iudicium reuocatur. Iuranti igitur ſe furtum non feciſſe, in vno iudicio, exceptio iuſiurandi obſtabit in alio, in quo eadem quæſtio reuocabitur. hæc enim verba, *Furtum non feciſſe*, id omne complectuntur, ex quo vel actio furti vel condictio furtiua naſcitur: ideoque qui iurat ſe furtum non feciſſe, tam de eo iurat quod ad pœnam furti, quam quod ad rem ſurreptam pertinet. Hinc naſcitur & hæc ibidem quæſtio: Quidam egit condictione furtiua aduerſus furem: iuratum eſt aduerſario deferente: deinde idem rurſus conuenitur tanquam furis hæres, non quod furtum ipſe fecerit (hæc enim actio in hæredes extenditur) quæritur, an exceptio iuriſiurandi prioris hæredi competat. In hac quæſtione eadem res in iudicio non deducitur, & eſt alia cauſa agendi. Quod enim in poſteriore iudicio deducitur, nihil habet commune cum eo quod in priore deductum eſt. Ideoque ait Vlpianus: dabitur actori μονομερὴς condictio, id eſt, ſi verbum verbo reddatur, vnius partis condictio. Hoc pertinet ad ea quæ alias tractata ſunt à nobis de more & ritu conſtituendorum iudiciorum apud veteres, l. iuriſgentium. ff. de pact. Aliquando enim iudicium debetur ſimpliciter, & ſine exceptione: aliquando addebatur conditio. μονομερὴς autem actio dicebatur, cum ſimpliciter nulla exceptione addita iudicium dabatur. Ex his omnibus exemplis illud colligendum eſt, exceptionem iuriſiurandi tunc competere aduerſus eum qui agit poſtquam iuratum eſt, ſi eadem de re agatur, eademque cauſa petendi ſit: nihilque referre eadem actione an diuerſa agatur. Sed oritur quæſtio tractata in l. ſi actor. 36. ff. eod. Quidam conſtituit ſe pecuniam ſoluturum, quam prius ex alia cauſa debebat: agitur aduerſus eum de conſtituta pecunia: actor intendit reum conſtituiſſe ſe pecuniam ſoluturum. Cum controuerſia eſſet an reus conſtituiſſet necne, & delatum eſt iuſiurandum: iurauit ſe non conſtituiſſe. Nunc petitur eadem pecunia alia actione, forte ex mutuo: quæritur an aduerſus agentem exceptio iuriſiurandi competere poſſit? Vlpianus ait, non poſſe competere: cum tamen videatur eadem res in iudicium reuocari. Hoc videtur ſubdifficile. Diximus enim quoties eadem res in iudicium reuocatur, ſiue eadem actione, ſiue alia agatur, competere exceptionem iuriſiurandi: quod tamen hic cum videatur eadem res, pecunia ſcilicet, in iudicium poſterius deduci, non obtinet. Animaduertendum igitur eſt diuerſa quidem actione hic non agi, ſed ob cauſam diuerſam. In priore enim iudicio petebatur pecunia à reo, quia conſtituerat ſe eam pecuniam ſoluturum. In hoc vero poſteriori eadem quidem pecunia petitur, ſed cauſa petendi diuerſa eſt: quia petitur pecunia quæ ex mutuo debetur. Huic ſimile eſt quod dicitur de exceptione rei iudicatæ. Exceptio enim rei iudicatæ cum exceptione iuriſiurandi magnam affinitatem habet: & ideo quæ tractantur ſub tit. de except. rei iud. magna ex parte pertinent ad exeptionem iuriſiurandi. Exceptio autem rei iudicatæ tunc competit, cum eadem eſt cauſa petendi, cum inter eaſdem perſonas agitur, & cum eadem res petitur. Nam ſi iudicatum ſit de re aliqua, petatur vero eadem res ob aliam cauſam, exceptio rei iudicatæ agenti nocere non poterit, ex cauſis iam dictis. In hac igitur ſpecie cum ſit diuerſa cauſa petendi, & idem in exceptione iuriſiurandi quod in priore obſeruetur, non mirum ſi poſteriori actioni quæ de eadem re mouetur, non obſtet exceptio prioris iuriſiurandi. Sed ſi iurauerit reus non conſtituiſſe ſe pecuniam ſoluturum, nec mutuam pecuniam accepiſſe, ceſſabit vtraque actio, & de conſtituta pecunia, & ex mutuo. Ex his exemplis ſatis intelligitur, quibus ex cauſis exceptio iuriſiurandi competat, quibuſve non competat. Notandum igitur hanc exceptionem iuriſiurandi variis ex cauſis ceſſare, quarum pleræque ex his colligi poſſunt, quæ iam diximus: ſed aliæ hic ſunt addendæ, quæ nobis inſigniores videntur. Vna eſt in l. nam poſtea. 9. §. 4. ſi minor circumſcriptus ſit. Minor 25. annis tutore ſuo auctore (ſic enim hoc accipiendum eſt) iuſiurandum detulit ei, cum quo agebat, qui iurauit ſe dare non oportere. Minori aduerſus eundem agenti obiicitur exceptio iuriſiurandi: quæritur an minori noceat, ſi ſe circumſcriptum fuiſſe dicat, & ei actio aduerſus eum qui iurauit denegare poſſit. Quidam exiſtimabant loco ipſo quod minor eſt, replicationem ei competere, qua exceptio iuriſiurandi elideretur: at non placuit hoc Vlpiano, qui cenſuit replicationem ita demum minori competere, ſi reuera deferendo iuſiurandum captum ſe fuiſſe docuerit. Prætoris enim eſſe à quo petitur iudicium, plerunque videre, in conſtituendo iudicio, an captus ſit minor necne, & ſic reſtitutionis auxilium concedere. Eſt ergo hic locus communis de reſtitutione minorum notandus, duo eos docere debere antequam reſtitui poſſint. Primo ſe minores eſſe, deinde ſe circumſcriptos. Non enim ſemper ea quæ cum minoribus geruntur reſcindenda ſunt. l. quod ſi minor. §. non ſemper. ff. de minorib. Alioqui deterrima fieret conditio minorum, commercioque hominum hac ratione eis interdiceretur, nemine cum eis contrahere volente. Non igitur aliter reſtituetur minor, quam ſi appareat eum captum eſſe: quia ſi nulla captio arguatur, non ideo hoc auxilium conſequetur quod ſe minorem dixerit. Imo tertium etiam adiiciendum eſt, valde neceſſarium, captos ſe fuiſſe vel lubrico ætatis, vel facilitate ſua, vel dolo aduerſarij. l. verum. §. ſciendum. ff. de minoribus. Hunc locum leuiter attigiſſe ſufficiat, quem pleniſſime ſuis locis explicauimus. Alius caſus, in quo ceſſat hæc exceptio iuriſiurandi extat in l. nam poſtea. §. ſed & ſi quis. de eo qui in fraudem creditorum iuſiurandum debitori detulerit. Hic locus pertinet ad tit. cuius mentio eſt in Cod. de reuoc. his quæ in fraud. credit. alienata ſunt. & §. iterum. Inſtitut. de act. Appellatio enim alienationis latiſſime patet in eo edicto: ita vt ſi quis debitori ſuo in fraudem creditorum detulerit, poſſit id reuocari ſuper quo iuratum eſt, & aduerſus exceptionem iuriſiurandi replicatio fraudis creditoribus dari. Sed quæritur cui ex his verbis Prætoris, Actionem non dabo, deneganda ſit hæc actio. Verba imperſonalia ſunt, nec exprimentia perſonam cui deneganda ſit, id eſt, contra quem ſit danda exceptio iuriſiurandi eius qui iurauit. Sed verba Prætoris ſatis indicant, ei qui detulit iuſiurandum denegandam eſſe actionem. Vnde dicitur in l. 3. in fin. ff. eod. iuſiurandum inter

Quibus ex cauſis ceſſet iuſiurandi exceptio.

quoſdam præſtitum aliis neque prodeſſe neque obeſſe. Huc pertinet l. ſi duo patroni. ff. eod. in princip. de aliis perſonis, procuratore, tutore, ſeruo, & aliis, non opus eſt prolixius diſputare. Procurator enim, qui vniuerſorum bonorum adminiſtrationem habet, vel cui nominatim ſuper negotio mandatum eſt, cum defert iuſiurandum, domino denegatur actio, quod & in cæteris prout diximus, intelligendum eſt. Excipiuntur autem rei ſtipulandi, l. in duobus. in princip. ff. eod. Cum enim dicimus alterius iuſiurandum alteri non nocere, hoc accipiendum eſt, niſi vnus ex duobus reis ſtipulandi iuſiurandum detulerit: quia tunc vnius iuſiurandum alteri nocet. Et hoc ideo fit, quoniam in ſolidum vtrique eadem res debetur. Cur igitur pactum vnius ex duobus reis ſtipulandi non nocet alteri. l. ſi vnus. ff. de pact. Maiorem vim habet iuſiurandum, quam pactum, quod de non petenda pecunia factum eſt. Illud enim vim ſolutionis habet. l. 2. iuſiurandũ. & l. tutor. §. 1. ff. eod. quin & vim iudicii, vt ibidem dicitur, & omnino cuſtodiri debet, l. qui iuraſſe. ff. eodem.

Tertium caput edicti.

Cap. V.

Hoc caput tertium concipi poteſt in hæc verba: *Si actor petitorve conditione delata iurauerit, aut iuſiurandum ei remiſſum fuerit, eius rei de qua iuſiurandum delatum eſt, actionem ei, in qua hoc tantum quæretur, an iurauerit, vel an iuſiurandum remiſſum fuerit, dabo.* Hoc caput edicti Prętoris actori conſulit, qui reo deferente iurauit, vel referente: ſicut ſuperiore capite conſulitur reo qui iurauit actore deferente. Hoc autem expreſſum fuiſſe edicto Prætoris, ex variis locis colligutur: & primum ex l. nam poſtea. §. 1. tum vero ex l. in duobus. §. vltimo. ff. eod. & l. cũ qui. 30. in princip. vbi id apertiſſime expreſſum eſt, denique ex §. item ſi quis poſtulante. Inſtitut. de action. vbi hæc actio refertur inter actiones Prætorias. Mirum autem videri non debet, quod plenius reſcripta reperiantur ſub hoc tit. quæ ad exceptionẽ pertinent, quã quæ ad hanc actionem. Frequentius enim accidit vt actor reo iuſiurandum deferat, quam vt reus actori. Actor defert reo iuſiurandum, cum deficiunt probationes: reus vero cum agitur de probatione exceptionis: tunc enim cogitur actori nonnunquam deferre iuſiurandum, & reus in exceptione actor eſt: quia & is agere videtur qui exceptione vtitur. l. 1. ff. de except. Nunc ſingula verba huius capitis explicanda ſunt, non tamen tam exacte, vt ſuperioris capitis verba: multa enim inibi adduximus, quæ ad huius quoque explicationem pertinent, & ideo hic pro repetitis habenda ſunt: vt ea quæ diximus de perſonis quæ habiles ſunt ad deferendum vel ſuſcipiendum iuſiurandum, tum & de modo iuriſiurandi deferendi: cætera perſequemur. Hoc autem capite pollicetur Prætor ſe daturum actionem ei qui iurauerit ſibi deberi, vel aliquid ſuum eſſe, ſi deferente reo vel eo referente iuratum ſit. Hæc autem actio in factum eſt, vt dicitur in l. actori, Cod. hic. Actori delato, vel relato iureiurando, ſi iurauerit, &c. *In factum actio competit*, quibus verbis ſignificat Diocletianus, conceptis in factum verbis, id eſt, præſcriptis agi debere, ſi non exprimatur certum nomen actionis: quia accidit aliquando, vt negotium de quo iuratum eſt, nullam propriam appellationem ſortiatur, atque ideo neceſſarium ſit verbis in id quod factum eſt conceptis agere, nullo proprio actionis titulo expreſſo. Idque ad ſimilitudinem iudicati. Nam ſicut ex re iudicata naſcitur actio iudicati, quia petitur res iudicata. l. miles. §. vltim. ff. de re iudic. ita etiam ex iureiurando hæc ad ſimilitudinem illius comparata quia iuſiurandum vim iudicati habet, l. 2. ff. eod. Accidit etiam, vt detur actio vtilis ex eo contractu, vel ex ea cauſa, ex qua iuratum eſt deberi, cum ſcilicet cauſa ex qua iuratur, certa eſt & expreſſa, vt quis iuret ex certo contractu deberi: actio enim quæ ex eo contractu comparata eſt, dabitur ob iuſiurandum in qua quæretur tantum, an iuratum ſit: quia illud habebitur loco probationis. Exempla quædam hic reperiuntur, vt in l. ſi duo patroni. §. ſi quis iurauerit vendidiſſe. in l. ſed ſi poſſeſſori. §. vltim. ff. eod. Illius hæc ſpecies eſt, Si quis iurauerit me ei rem aliquam vendidiſſe, vt puta 100. poterit agere ex empto. Nam iurando expreſſit certam cauſam, nec ſibi tantum à me deberi iurauit, ſed ex venditione. atque ideo poterit me conuenire, vt res vendita præſtetur, & caueatur ei de euictione: in hanc enim actionem omnia veniunt quæcunque in actionem ex empto veniunt. In vltimo vero §. dictæ l. ſed ſi poſſeſſori. alia eſt ſpecies, & de eo fit mentio qui rem ſuam eſſe iurauit, ideoque ei datur rei vindicatio vtilis. Vulgus interpretum hæc quæ ſuperius diximus ſic diſtinguere ſolet, an iuratum ſit formiter, an vero informiter: rem per ſe ſatis perſpicuam hac ſua diuiſione & inepta & barbara obſcurantes. Formiter autem exponunt, cum quis iurauit ſibi centum deberi, ex empto ſcilicet, certo contractu, & cauſa addita: Informiter vero, cum nulla certa cauſa, nulluſque ortus contractus exprimitur. Nihil igitur opus eſt hac verborum innouatione in re tam clara, ſed ipſis Iuriſconſultorum verbis inhærendum eſt, idque quod iam attigimus notandum, vt ſi quis iuret rem ſibi deberi, vel ſuam eſſe, nullo actionis nomine expreſſo, verbis in factum actione experiri poſſit: ſi vero ſibi aliquid deberi ex certa cauſa, actio ei vtilis datur ex eadem cauſa ſuper qua iuratum eſt: quod tamen intelligendum eſt, ſi ex eadem cauſa neceſſe ſit actionem naſci: nam alioqui non dabitur. Exemplum eſt in l. in duobus. §. penul. Egi actione furti aduerſus aliquem, eo deferente iuraui mihi furtum factum eſſe: quæro an condictitia actio furti & aliæ actiones quæ ex furto dantur, mihi competant? Ait Paulus condictionem furtiuam non competere, ſed actionem furti tantum, niſi ſe dominum probarit. Hoc enim intereſt inter condictionem furtiuam, qua res furtiua petitur, & actionem furti, qua pœna dupli aut quadrupli petitur, quod condictio furtiua datur tantum domino rei furtiuæ: Actio vero furti competit etiam ei cuius intereſt rem ſaluam eſſe, etſi dominus non ſit. Nam quamuis probatum ſit furtum factum eſſe, non ideo tamen conſequetur rem furtiuam is qui furti aget, niſi doceat ſe dominum eſſe. Ideoque non aduerſatur huic noſtræ ſententiæ quod ſupra diximus, actionem furti nullam competere aduerſus eum qui furtum à ſe factum non eſſe iurauit, l. ſi duo. §. idem Iulianus. ff. eod. Ex his enim furtum factum non eſſe ſequitur, nec condictione furtiua, nec actione furti, nec alia propter furtum agendum: quod diſſimile eſt his, quæ à nobis hic dicuntur. Circa huius edicti interpretationem quæritur quid dicendum ſit, ſi vterque iurauerit tam actor quam reus. Ex priore enim capite damus exceptionem reo, ſi actore deferente iurauerit: ex poſteriore damus actionem actori qui iurauit reo deferente: ſi vterque igitur iurauerit, vtrius potior cauſa erit? hæc quæſtio tractatur in l. in duobus. §. vlti. ff. eod. vbi dicitur poſterioris iuriſiurandi cauſam potiorem eſſe. Non enim inſpicimus vter ſit actor, vterve ſit reus, ſed inſpicimus vter prior, vter poſterior deferente aduerſario iurauerit, ſicut in pactis dicitur, l. pacta nouiſſima. ſupra de pactis.

Sequitur in eo. §. *Nec tamen præiudicium.* Hic occurrit obiectioni. Ponamus enim reum iuraſſe ſe dare non oportere: deinde reo referente actorem iuraſſe, ſibi dare oportere, dicendum eſt, potiorem eſſe cauſam actoris, quia poſterior iurauit. Interim tamen fietne præiudicium reo, qui prius iurauit? neque enim per ciuilem cauſam debet præiudicium fieri criminali, argum. l. per minorem. 54. ff. de iudic. l. 2. §. 1. ff. vi bono. rapto. Exemplum eſt huius rei apud Cicer. lib. 2. de Inuent. Et extat tit. in Cod. quando ciuil. actio criminali præiudic. Hic autem videtur præiudicium fieri criminali iudicio, ſi forte arguatur reus periurij. Paulus igitur reſpondet huic obiectioni. Hoc enim iudicio ciuili nullum præiudicium fieri ait, periurio eius qui prior iurauit, quia in hoc iudicio quæritur non an vere iurauerit, ſed tantum an iurauerit. Et ſane cum nihil hic de veritate quæratur, ſed tantum an iuratum ſit, non poſſumus dicere præiudicium fieri criminali iudicio. Hic mihi videtur eſſe ſenſus horum verborum, quæ cæteri non intellexerunt. Alterum exemplum eſt in l. quod ſi iuraui. 29. ff. eo. quo demonſtratur poſterioris iuriſiurandi potiorem cauſam eſſe debere. Iuraſti dari tibi oportere: cum ageres aduerſus me, & dicens te iuraſſe, peteres me condemnari. Ego dixi te non iuraſſe: tu obtuliſti mihi iuſiurandum, & iuraui te non iuraſſe. Vtrius iuriſiurandi potior

d l. Iu-ianus ... t. l. ſi duo patroni.

potior cauſa erit? Triphoninus ait poſterioris iuriſiurandi potiorem eſſe cauſam. Hinc etiam naſcitur quæſtio de eo qui iurauit poſt præſcriptionem longi temporis, quæ tractatur in l. ſi duo patroni. §. Iulianus. alias eſt §. idem ait. Varia eſt interpretatio huius loci, & difficultas naſcitur ex amphibologia. Dubium enim eſt quo referenda ſunt hæc verba, *Longi temporis præſcriptionem*, an ad ſequentia, an vero ad præcedentia. Ego dicam breuiter quod ſentio. Quæſtio eſt cum vnus nititur præſcriptione longi temporis, alter iureiurando, vtrius potior cauſa ſit. Hæc quæſtio ſimilis eſt alteri nunc à nobis tractatæ. Nec ſine cauſa de hoc quæſitum fuit, quia vtrumque dirimit lites, id eſt, tam præſcriptio longi temporis, quam iuſiurandum. Vſucapio, inquit Cicero in orat. pro Cæcinna, finis eſt litium periculi & ſolicitudinis. Idem dicitur in l. vltim. ff. pro ſuo. hic igitur inſpiciendum eſt, an iuratum ſit poſt longi temporis præſcriptionem, an vero quæſita ſit longi temporis præſcriptio poſt iuſiurandum: quia (vt diximus) paria ſunt hæc & parem vim habent in litibus dirimendis: ideoque ſi iuratum ſit poſt longi temporis præſcriptionem, vtilis actio competet ei, qui iurauit. Sin autem poſt iuſiurandum quæſita ſit longi temporis præſcriptio, vtilis actio ei dabitur qui vſucepit. Sequitur in edicto Prætoris, *Actionem dabo*. Hæc verba ſic accipere debemus, actionem dabo aduerſus eum qui detulit iuſiurandum: quod quemadmodum accipiendum ſit nos mox dicemus, *actionem, in qua hoc tantum quæritur, an iurauerit*. His verbis edicti Prætorij demonſtratur vtilitas huius actionis: cuius hoc proprium eſt, vt in ea quæratur, an debeatur id de quo iurauit actor, ſed tantum an iuratum ſit id deberi, vt iuſiurandum pro veritate habeatur. Idem dicitur in l. non erit. §. dato. ff. eod. & l. poſt rem iudicatam. ff. de re iudic. *Poſt rem iudicatam, aut iureiurando deciſam, aut confeſſione iure factam, nihil amplius quæritur*. Quinimo dicitur hæc actio executionem rei iudicatæ habere: idque receptum eſſe vulgo video, quamuis quidam diſſentiant. Poſtquam res iudicata eſt, pignora in cauſam iudicati capiuntur, magiſtratus iudicis à ſe dati ſententiam exequitur, & plerumque extra ordinem. leg. à Diuo Seio. de re iudic. an idem dicemus de iureiurando? Moueor in primis eo quod dicitur in l. 2. ff. eod. iuſiurandum maiorem habere auctoritatem quam rem iudicatam: quod ſi verum eſt, executionem paratam habebit ſicut res iudicata. Argumento eſt etiam quod dicitur in l. actori. hic. & dicta l. poſt rem. ff. de re iudicata.

Quid veniat in hanc actionem.

Cap. VI.

Actor hac actione in factum, vel vtili ex iureiurando, hoc petet & conſequetur, quod in eam venit ex qua iuratum eſt. Spectanda enim eſt cauſa & actio ſuper qua iuratum eſt: quia quicquid ob eam cauſam peti poterit, hac quoque actione ex iureiurando petetur. Nec quicquam intereſt inter actionem de qua iuratum eſt, & hanc: niſi quod in hac actione quæritur an iuratum ſit. Exempla quæ nos ſupra adduximus, id manifeſte oſtendunt. Vnum eſt in l. ſed etſi poſſeſſori. §. 1. Si quis iurauerit rem ſuam eſſe, cum controuerſia eſſet inter te & illum, is poterit eam rem petere vt dominus: vnaque eius rei fructus. Nam actione in rem ſuper qua iuratum eſt eam rem conſequeretur, vnaque etiam fructus, qui in rei vindicationem veniunt. Aliud eſt in dicta leg. ſed ſi poſſeſſori. §. item ſi iurauero. Ego petebam vſumfructum alicuius domus, cum eſſet controuerſia de eo inter me & te. Iuraui vſumfructum meum eſſe. at poſtquam iuratum eſt, domus eſt combuſta, & ſupereſt tantum area: ago ex iureiurando, quæritur quid hac actione conſequar? Reſpondet Vlpianus, me vſumfructum conſequi non poſſe: quia ſi ea actione ſuper qua iuratum eſt agerem, vſumfructum non conſequerer qui extinctus eſt. l. repeti poteſt. ff. quibus mod. vſusfr. In hanc enim actionem amplius non venit quam in eam ſuper qua iuratum eſt. Aliud exemplum eſt in eadem l. §. ſed ſi rerum. de eo qui petebat vſumfructum pecuniæ ſibi relictæ teſtamento. Teſtator ſuo teſtamento legauit vſumfructum pecuniæ: deferente hærede legatarius iurauit vſumfructum ſibi deberi. Hic quæritur, quid poſſit petere actione ex iureiurando. Mouet quæſtionem quod propriæ pecuniæ non ſit vſusfructus: ſed quaſi vſusfructus tantum, propter Senatuſconſultum, l. 1. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſumuntur. Ait Vlpianus, poſſe eum petere vſumfructum cautione oblata. quod confirmatur l. 2. ff. de vſufruct. earum rer. hæc ego obiter oſtendere volui in gratiam Tyronum. Aliud exemplum eſt in eadem lege. §. ii cum. Si in petitione hæreditatis, cum de ea controuerſia agitaretur, vtrius eſſet, actoris an rei, iurauerit quis ſuam eſſe, in actionem ex iureiurando venerit, quacunque petitione hæreditatis potuiſſet conſequi actor. Aliud exemplum eſt in l. ſi duo patroni. §. ſi quis iurauerit. Lis erat de re empta inter duos, & actione ex empto agebatur: Reus negabat ſe vendidiſſe, actor contra ſe emiſſe 100. delato à reo iureiurando, quæritur quid hac actione ex iureiurando conſequatur actor, vt reus ſcilicet eam tradat, & ei caueat de euictione. *An tamen ad pretium conſequendum, &c.* Certum enim eſſe diximus cum iurauit actor ſibi rem venditam eſſe 100. eum poſſe agere actione vtili ex empto propter iuſiurandum aduerſus eum qui iuſiurandum detulit. Sed an viciſſim dabitur actio ei qui detulit iuſiurandum ad pretium quod iureiurando continetur recipiendum? Hic dicitur actionem competere ad pretium conſequendum, ſi de pretio iuratum non eſt: id eſt, niſi lis finita ſit iureiurando, reus de pretio contendere poteſt. Mirum tamen quibuſdam videtur, quod iuſiurandum proficiat ei contra quem iuratum eſt, abſurdumque eſſe vt actio ei competat. Argumento eſt quod dicitur in l. euidenter. 16. ff. de except. rei iud. iniquiſſimum eſſe, proficere rei iudicatæ exceptionem ei contra quem iudicatum eſt. Sed natura huius actionis exigit, vt aduerſario quoque detur actio, contra quem iuratum eſt. Prætor enim tuetur iuſiurandum, & id habet pro veritate, & tanquam verum ſit id de quo iuratum eſt. Iuratum igitur eſt rem venditam eſſe centum: quaſi id verum ſit, hoc tuetur Prætor: ideoque ſi non conſtet ſoluta eſſe 100. ſupereſt actio reo ad pretium conſequendum, cum res vendita non aliter emptori adquiratur, quam ſi venditori ſoluerit pretium. §. venditæ. Inſtitut. de rerum diuiſ. idem dicendum non eſſet de re iudicata. Nam non niſi in eo quod neceſſario conſequitur ex eo quod iudicatum eſt, res iudicata prodeſſe non poteſt ei contra quem iudicatum eſt. Aliud exemplum eſt in §. ſeq. de eo qui iurauit ſe pro decem mutuis pignori dediſſe fundum. Ex hac enim parte edicti Prætorij ei datur actio iuriſiurandi ad petendum fundum. ſed quæſtio eſt an eadem parte edicti aduerſario detur actio ad petenda decem? & dicitur actionem competere. Duo enim continentur hoc iureiurando. Primum eſt, fundum in pignus datum eſſe. Alterum in decem accepiſſe eum qui fundum in pignus dedit. Atque idem dicendum eſt de omnibus contractibus ex quibus vltro citroque naſcitur obligatio, quod & confirmat Vlpianus hoc Saturnini argumento, ſi quis iurauerit, eam quæ vxor ſua fuerat, rem aliquam in dotem dediſſe, non ſolum ei ex iureiurando vtilem actionem competere, ſed etiam vxori. Duo enim continet hoc iuſiurandum, hanc rem ſibi datam eſſe ab vxore in dotem, & eandem profectam eſſe ab vxore. Aliud exemplum eſt in l. eum qui. §. ſi iurauero. Quidam ſtipulatus eſt Stichum, deinde cum controuerſia eſſet de Sticho, & Stichus iam mortuus eſſet, is qui ſtipulatus fuerat, iurauit aduerſario deferente Stichum ſibi deberi, & dari oportere. Quæritur quid peti poſſit hac actione: an æſtimatio Stichi perempti: de ipſo enim Sticho dubium non eſt, cum peremptus fuiſſe proponatur ante iuſiurandum ſuſceptum. Hic Paulus ait, ne æſtimationem quidem Stichi in hanc actionem venire: idque conſequitur ex his quæ prius à nobis dicta ſunt. Nihil aliud in hanc actionem venire, quam id quod ea continetur ſuper qua iuſiurandum interpoſitum eſt. Ea autem actio, ſuper qua iuratum eſt, ex ſtipulatu: & Stichus mortuus ea actione peti non poteſt: promiſſor enim interitu eius liberatur. leg. ſi ex legati cauſa. ff. de verborum obligation. Ergo nec hac quidem actione Stichus peti poterit, nec eius æſtimatio. Excipit tamen duos caſus I. C. niſi ex cauſa furtiua, vel propter moram.

Nam ſi quis promiſerit Stichum, & is interierit poſt moram promiſſoris, perpetua eſt aduerſus promiſſorem obligatio & actio, l. ſi ſeruum. §. ſequitur. & l. ſi ex legati cauſa. ff. de verbor. oblig. Sed ſi ante moram deceſſerit, omnino liberatur promiſſor. Idem dicendum ſi ex cauſa furtiua debeatur. Fur enim ſemper moram facere dicitur, l. in re furtiua, ff. de condict. furtiua. & ideo perpetua eſt actio aduerſus furem, quandocunque Stichus deceſſerit. Aliud exemplum eſt in §. ſi mulier. in eadem l. eum qui. Mulier cum dotem peteret actione rei vxoriæ vel actione ex ſtipulatu, quæ in eius locum ſucceſſit, iurauit marito deferente: quæritur quid hac actione ex iureiurando conſequi debeat? Ait Paulus, multum referre quæ ſit conceptio iuriſiurandi. Nam ſi mulier iurauerit decem ſibi deberi dotis nomine, tota decem poſſe peti dicit. Si vero decem dediſſe in dotem, tota decem minime conſequetur. His autem verbis oſtendit Iuriſconſul. actionem ex iureiurando ſimilem eſſe actioni ex ſtipulatu, vel actioni rei vxoriæ. Nam cum mulier agit aduerſus maritum hac actione, non continuo totam ſummam conſequitur, quia maritus conueniri non poteſt, niſi quatenus facere poteſt: ſed ſi iurauerit ſibi decem deberi, quia plenior eſt conceptio iuriſiurandi, in hoc caſu tota decem conſequi poterit. Aliud exemplum eſt in §. vlt. in ead. lege. Is cui debetur vſusfructus, teſtamento forte, actione ex teſtamento poterit eum petere. Sed non aliter dabitur vſusfructus, quam ſi cauerit arbitrio boni viri ſe vſurum. De hac cautione titul. eſt in ff. vſufruct. quemadm. cau. Idem ergo dicemus & ſi quis iurauerit vſumfructum ſibi deberi: nam actione ex iureiurando non plus conſequetur, quam ea actione ſuper qua iuratum eſt: vnde non aliter dabitur ei vſusfructus, quam ſi cauerit boni viri arbitratu ſe vſurum. Hæc omnia exempla eo ſpectant, vt intelligamus quid peti poſſit actione ex iureiurando: noſque admonent inſpiciendam eſſe rem, cauſam, & actionem ſuper qua iuratum eſt.

Ex his autem facile intelligi poteſt id de quo dubitatur à quibuſdam, de qualitate actionis tractantibus, an hæc actio ſit pœnalis, an rei perſecutoria. Nam ſi actio de qua iuratum eſt, competat ad rem perſequendam, rem quoque perſequemur hac actione ex iureiurando: Si vero competat ad pœnam, hanc quoque actione pœnam perſequemur. l. in duob. §. penult. ff. eod. Is qui furtum ſibi eſſe factum iurauit, poteſt agere actione furti, qua perſequetur pœnam dupli, aut quadrupli, rem autem furtiuam non perſequetur, niſi iurauerit non modo furtum ſibi factum eſſe, ſed etiam rem furtiuam ſuam eſſe. Hinc naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. eum qui. 30. in princip. ff. eod. vbi proponitur quendam iuraſſe ex ea actione quæ inficiando creſcit, cuiuſmodi eſt actio legis Aquiliæ. l. inde Neratius. §. hæc actio. ff. ad leg. Aquiliam. quæ aduerſus inficiantem datur in duplum, aduerſus confitentem in ſimplum. Pone ergo actum fuiſſe ex lege Aquilia propter damnum iniuria datum, & inficiatum eſſe reum: deinde delato iureiurando actorem iuraſſe damnum ſibi iniuria datum eſſe: quæritur, an pœnam dupli conſequi debeat? Videtur hac actione conſequi duplum debere: cum ea actio inficiatione creſcat: & ex primæua actione id obtineri poſſit. Hic tamen dicitur, non dupli ſed ſimpli perſecutionem tantum acquirere. Rationem adfert his verbis: *Abunde enim ſufficere, &c.* Pedius enim conſiderauit rationem hic ceſſare, propter quam actio legis Aquiliæ datur in duplum aduerſus inficiantem, quia reus inficiando onerat actorem probandi neceſſitate: qui nihilominus, ſi teſtis & iudex conſtituatur reus in ſua cauſa delato iureiurando, & iurare noluerit, actio in duplum competet. In hoc enim iudicio non quæritur an damnum datum ſit, ſed an iuratum ſit damnum datum eſſe. Vnde mirum non eſt, ſi in duplum condemnatio non fiat. Ex iam dictis poteſt etiam intelligi, an hæc actio famoſa ſit: quæ quæſtio hic agitari ſolet. Cui quæſtioni ſic reſponderi poteſt: Si quis iurauerit aduerſario deferente, nec ſecuta ſit ſententia, vel condemnatio, imo forte nec lis cōteſtata, reum nulla notari infamia: quoties autem notatur infamia is, qui damnatus eſt, vt in edicto Prætoris, de iis qui notantur infamia, multa exempla reperiuntur. Sic damnatus iniuriarum furti notatur infamia. Si tamen lis iureiurando deciſa ſit, ſine vlla condemnatione, non poterit reus dici notatus infamia: quia non ob illud factum de quo actum eſt, infamiæ nota inuritur, ſed ob condemnationem. Plerumque tamen ob factum ipſum quis notatur infamia, vt ſi quis in ſcenam ludicræ artis cauſa prodierit. l. 1. ff. de poſtul. Et hæc diligenter conſideranda ſunt, & diſcernenda in edicto Prætoris. argum. eſt quod dicitur in l. ſi reus paratus. ff. de procur. Ante litem conteſtatam prodeſt reo offerre actori, ſiue petitori quod debet, ne iudicium accipiendo, & condemnationem expectando notetur infamia. Vtile igitur eſt & valde expeditum, quoties quis conuenitur ex famoſa cauſa, ſoluere antequam iudicium accipiatur. At ſi poſt iuſiurandum ſecuta fuerit ſententia & condemnatio, damnatus propter iuſiurandum notatur infamia. l. nam poſtea. §. ſi damnetur. ff. eod. Quidam conuenitur ex cauſa furtiua, quæ famoſa eſt, defert iuſiurandum actori, qui iurat, exempli cauſa, furtum ſibi factum eſſe. Iudex poſt iuſiurandum damnauit reum. quæritur an hac condemnatione infamia notetur? Hic dicitur infamia notari. *Famoſum eſſe iudicium magis eſt*, inquit Vlpianus: id eſt, probabilius eſt hunc famoſum eſſe, quia Prætor notat eum infamia qui furti damnatur: & quamuis propter iuſiurandum quod detulit aduerſarius, damnatus ſit, tamen verum eſt eum à Prætore damnatum eſſe. Nec me mouet quod obiici poterit à quibuſdam ex l. eum qui. in princip. non damnari ad pœnam dupli eum qui aliquid debebat ex actione quæ inficiatione creſcit, cum non ſit conuictus teſtibus & probationibus idoneis. Nam non ideo condemnatio ad pœnam dupli fit, propter inficiationem, quia actor ea probandi neceſſitate non oneratur, vt ſupra diximus: & apparet propter hoc onus quo grauatur aduerſarius hanc pœnam dupli aduerſus inficiantem eſſe comparatam: longe igitur diuerſa hic eſt ratio. Hæc ſunt quæ nobis viſa ſunt neceſſaria ad interpretationem verborum prætoris edicti. Iam videndum eſt de quibuſdam effectibus iuriſiurandi, quorum aliqui iam explicati ſunt, alij autem explicationem deſiderant.

De effectu iuriſiurandi.

CAP. VII.

PRimus ac præcipuus effectus iuriſiurandi eſt, quod lis finitur iureiurando, l. 1. ff. eod. Finiendarum dirimendarumque litium multa ſunt remedia, eaque vtiliſſima, cuiuſmodi eſt ſententia, res iudicata. l. 1. ff. de re iudic. Tranſactio, l. fratris. C. de tranſact. Iuſiurandum, & hoc quidem eſt inter cætera maximum. Itaque ſupra diximus, exceptionem iuriſiurandi, litis finitæ exceptionem dici, & litis conteſtationem impedire. Recte igitur opponitur ad impediendum ingreſſum litis, vt expreſſum eſt iure pontificio in cap. 1. & 2. & de litiſconteſt. in ſexto. Hinc dicitur in l. 2. ff. eod. Speciem tranſactionis continere, quorum verborum ſenſum Barbari doctores & indocti non poſſunt aſſequi. Sic enim intelligunt quaſi voluerit Paulus, tranſactionem tanquam ſub genere iuriſiurandi contineri. Sed hic ſpecies pro ſimilitudine accipitur, vt & accipitur ab eodem in l. non diſtinguemus. §. cum quidem. ff. de recept. arb. *Hæc exceptio*, ait, *quædam appellandi ſpecies eſt.* Sic accipitur in l. legationis ff. de iudic. Additur in dicta l. 2. *Minoremque auctoritatem habet quam res iudicata.* Sicut enim tranſactione lites dirimuntur, ſic iureiurando. Sed quid eſt quod hic dicitur, maiorem auctoritatem habere iuſiurandum, quam res iudicata? Nonne ſufficiebat dicere, parem habere auctoritatem cum re iudicata? Res enim iudicata nititur auctoritate publica, iuſiurandum priuata tantum conuentione litigatorum defertur, & plerunque ſine auctoritate iudicis. Sed ideo iuſiurandum dicitur maiorem auctoritatem habere quam res iudicata, quia plus eſt aliquem ſuo conſenſu damnari, quam inuitum iudicari. Quoties enim damnatur quis conſenſu ſuo, maioris auctoritatis eſt quam cum inuitus damnatur. Id autem continetur in iureiurando, quia is qui defert alteri iuſiurandum, dicitur eum facere iudicem in cauſa ſua, lege vltima de fideicommiſſ. & lege 1. ff. quarum rerum act. non dat. Iuſiurandum deferens aduerſario dicitur eum quodammodo iudicare conſenſu ſuo. Eodem modo dicitur magna eſſe auctoritas conſuetudinis. l. imo. ff. de legib. & Senatuſconſul. cuius hæc quidem ratio eſt, quod omnes ciues in hoc ius tacite conſenſerint, nec

vlla neceſſitate opus fuerit ad eos cogendos, vt hanc conſuetudinem reciperent, & ea vterentur. Ius autem ſcriptum neceſſitatem habet, ſic res iudicata vel ſententia in inuitū profertur. Iudicium enim dicitur reddi in inuitum. l. inter ſtipulantem. §. 1. ff. de verb. oblig. An autem iuſiurandum executionem habeat, ſicut res iudicata, nos ſupra demonſtrauimus. Sed quomodo lis finiatur, copioſe docet Iuſtinianus in l. generaliter. hic. quæ vna eſt ex nouis eiuſdem conſtitutionib. quibus emendatur ius antiquum. Cum enim ſolerent olim iudices proferre ſententias ſuas ſub conditione, ſi iuratum ſit: animaduertens Iuſtinianus multa incommoda ex ea ratione iudicandi ſequi, præſcribit hac lege rationem pronuntiandi, cum iuſiurandum defertur. Conſtituit igitur in primis vt ante ſententiam, aut in ipſa ſententia iuretur, non poſtquam ſententia lata erit: ideoque ſi viſum ſit iudici, vel aduerſario deferre, iudex ante ſententiam iuſiurandum exigere debet; deinde ſententiam ſuam proferre vel abſolutoriam vel condemnatoriam. Ante hanc enim conſtitutionem vt iam diximus iudex ſententiam ferebat ſub conditione: ex quo multa incommoda naſcebantur. Damnatus enim appellabat ab ea ſententia, & interim moriebatur: cuius hæres cum forte non eſſet idoneus ad iurandum, vel quod neſciret quid actum eſſet à defuncto, deperibat probatio.

Deinde quædam ſubiicit de officio iudicis poſtquam iuratum eſt, vel celatum iuſiurādum. Nam ſi quis detulerit iuſiurandum aduerſario, & aduerſarius retulerit, isque noluerit iuſiurandum ſuſcipere, condemnabitur tanquam ſi deberet. Si autem reus cui delatum eſt iuſiurandum illud ſuſcipere noluerit, licet ei appellare. Deinde iudex appellationis æſtimabit an iuſta cauſa fuerit appellandi, an non. Tum ſubiicit aliū caſum in quo denegatur appellandi facultas. Exempli gratia, actor detulit iuſiurandū reo: reus iurauit ſe nō debere, abſolutusq; eſt ſententia iudicis: ab ea ſententia appellare vult actor: aut nō audiendū eſſe appellantē. Subiicit rationē quia nō eſt ferendus appellans à ſententia iudicis, quam tulit ſequendo eius voluntatem, & delationem. Ex iam dictis conſequitur, cauſam quæ iureiurando deciſa eſt, retractari non poſſe prætextu periurii. leg. non erit. §. dato. ff. eodem. & leg. quod deferente. ff. de dolo malo, & leg. 1. hic. Ratio autem manifeſta eſt ex his quæ ſupra diximus. Iuſiurandum enim quandam conuentionem habet. Nam cum quis defert alteri iuſiurandum, paciſcitur cum eo, vt ſi iuret, ne quid petat amplius. Si ergo iurauerit, exiſtit conditio, & amplius petere non poteſt. Non enim credibile eſt iuſiurandum, quod defertur alicui, hanc conditionem habere, Si vere iurauerit: quaſi diceremus iuſiurandum quod alicui defertur hanc conditionem habere, ad lites dirimendas non pertinere. Itaque habet hanc conditionem, ſiue falſo iurauerit, ſiue verè. Additur in eadem l. 1. *niſi ſpecialiter hoc lege excipiatur*. excipitur enim vnus caſus, in l. vlt. C. hic. Quidam contendebat ſibi legatum, aut fideicommiſſum relictum teſtamento à quodā defuncto & agebat aduerſus hæredem: & cum non appareret teſtamentum, hæres facile adductus eſt vt ei iuſiurandum deferret: iurauit hærede deferente: deinde apparuit teſtamentum, quod prius inſpectum non fuerat ab eo, ex quo hæres cognouit nihil ei relictum fuiſſe, & legatarium, ſeu fideicōmiſſarium peieraſſe: quæritur an hæc cauſa quæ iureiurando deciſa eſt, poſſit retractari. Iuſtinianus ait retractari poſſe. Sed quia ius ſingulare eſt, ad alias perſonas non eſt producendū, l. quod vero. ff. de legib. & Senatuſcon. Huic non eſt diſſimile quod dicitur in l. de his ff. de tranſact. De his cōtrouerſiis inquit, quæ ex teſtamento proficiſcuntur non recte tranſigi pōt, niſi cognitis & inſpectis verbis teſtamenti. Si quis enim tranſegerit de eo quod teſtamento relictum eſſe dicitur, non inſpectis verbis teſtamenti, tranſactio illa nullius eſt momenti. Hoc autem quod dicimus, ad iuſiurandum pertinet, quod ex conſenſu litigantium defertur, vt dicitur in leg. 1. hic. Aliud enim dicendum eſt de eo iureiurando quod iudicis auctoritate defertur ſine conſenſu litigantium. In initio autem huius diſputationis admonui quoddam iuſiurandum neceſſarium eſſe, aliud voluntarium: dixi de voluntario, ſequitur neceſſarium, quod auctoritate iudicis defertur, non autem ex pactione & conſenſu litigatorum, cuius mentio eſt in leg. in bonæ fidei. hic. in l. admonendi. ff. eo. cuius hæc eſt ſpecies: Iudex quia dubia erat cauſa, & probatio actoris plena non erat, detulit reo iuſiurandum: reus iurauit ſe non debere, abſolutus eſt reus: deinde actor inuenit quædam noua inſtrumēta, quibus paratus eſt docere pecuniam ſibi deberi, & periurium rei detegere, quæritur an is actor audiendus ſit? Ait Caius ex integro cauſam agi, quæ iureiurando deciſa eſt, prętextu periurii, ſi noua inſtrumenta aduerſarius ſe reperiſſe dicat, quibus ſolum vſurus ſit. Deinde ſubiicit: *Sed hæ conſtitutiones*. Circa autem huius legis interpretationem, quæ varia eſt, duo obſeruanda ſunt, vt notant vulgares interpretes. Primum eſt quod propter ſemiplenam probationem actoris, defertur reo hoc iuſiurandum. Sic enim intelligunt quod dicitur in l. 3. hic. *inopia probationum*. Conſiderarunt enim abſurdum eſſe, ſi nihil probante eo qui agit, deferatur iuſiurādum à iudice: & ad plenam probationem duo teſtes requiruntur, l. vbi numerus. ff. de teſtib. Ergo ſi idoneum vnum teſtem habeat actor, dicitur eius probatio ſemiplena eſſe. Alterum eſt, non tantum reo deferri hoc iuſiurandum à iudice, ſed etiam actori ſupplendæ probationis cauſa, id autem committēdum eſſe arbitrio iudicis, cum his locis non ſatis exprimatur an actori an reo iudex deferre hoc iuſiurandum debeat: & d. l. admonendi, non aliter dicat. Mihi tamen neutrum videtur iure probari, & quod dicitur de actore propter ſemiplenam probationem, nullibi ſcriptum extat iudicio meo, nec videtur eſſe conſentaneum rationi vt mox ego oſtenſurus ſum.

Alterum eſt abſurdius vt deferatur iuſiurandum actori, & contra leg. qui accuſare. C. de edendo. Quia actore non probante reus abſoluitur. Ex hac igitur opinione quæ vulgo recepta eſt, multa abſurda conſequuntur: ideoq; circa interpretationem huius l. admonendi. quæ pertinet ad redditionem iuriſiurandi, abſurditatis interpretum oſtendendæ cauſa vtar vno dilemmate. Aut defertur actori iuſiurandū ob ſemiplenam probationem, quia vnum tantum teſtem habet, quod iniquū eſt & iniurioſum: quia eo non probante, reus abſolui debet, d. l. qui accuſare. C. de edend. Nec quicquam abſurdius dici poteſt: cum neque hoc apud nos eſt vſitatum, niſi apud iudices Eccleſiaſticos. Aut defertur iuſiurandū reo, quia probatione deficitur actor: nec magna afficitur iniuria reus, cum purgandi ſui cauſa iudex defert ei iuſiurandum. Sed iniquum eſt hoc caſu retractari cauſam, quæ hoc iureiurando deciſa eſt. Exempli gratia: Actor petit à reo 100. ex cauſa mutui: actor vno teſte tantum intentionem ſuam probat, itaque deficitur probatione. Iudex antequam abſoluat reum, defert ei iuſiurandum ſui purgandi cauſa: iurat ſe non debere, indeque abſoluit eum iudex. Hic quidem dicimus cauſam quæ iureiurando deciſa eſt tractari, quia iuſiurandum non eſt à parte delatum, ſed à iudice. Sed in propoſita ſpecie res iudicata eſſe proponitur. Abſolutus eſt reus propter inopiam probationis actoris: quomodo igitur retractari cauſa poſſet prætextu periurii? Videtur enim hoc iniquiſſimum eſſe, nam iuſiurandum quod neceſſarium non eſt, & ex abundanti interpoſitione, non videtur efficere poſſe vt retractetur cauſa periurii prætextu, cum etſi non iuraſſet reus, abſoluendus eſſet à iudice. Mihi videntur etiam interpretes non ſatis expendiſſe verba Caii, de dubiis cauſis. Dubiam enim cauſam intelligunt interpretes cum actor ſemiplenam probationem habet: quod ridiculum eſt & ineptum; cum dubia cauſa dicatur eſſe tunc cum coniecturę ab vtraq; parte huiuſmodi ſunt, vt iudex dubitet in quam partem inclinare debeat: videlicet ſi hinc inde par eſt numerus teſtium, par eorum dignitas & fides. Sic dubiam quæſtionem aliquando interpretatus ſum in l. non puto. de iure fiſci. Nec enim ibi intelligere debemus dubiam quæſtionem eſſe cum quis ſemiplenam tantum probationem habet aduerſus fiſcum. Cum itaq; vtriuſq; probatio æque idonea eſt, æquum eſt ſecundum eum qui iurauit iudicare. Et ſic intelligendum eſt quod dicitur in d. l. bonæ fidei. hic. de inopia probationum. Non enim intelligendū eſt quod quotieſcunq; deficiet probatio, iuſiurandum deferri debeat, ſed quoties dubia cauſa erit. Vide quæ ſcripſimus Diſput. lib. 2. c. 53. Huic effectui alii quidam addendi ſunt.

Alius effectus iuriſiurandi eſt, quod pro veritate & probatione habetur: id quod colligitur ex variis locis, ex l. non erit. §. dato. ex l. ſed etſi poſſeſſori. §. item ſi iurauero. ff. eo. vbi recte dicitur verum eſſe id de quo iuratum eſt. Huic ſimile eſt quod dicitur in eadē l. ſed & ſi poſſeſſori. §. ſi cum. Probatio tamen vera non eſt: nam vera probatio fit teſtibus idoneis

vel inſtrumentis: ſed quodammodo probatio eſt. Annotauimus tamen ſupra caſum in quo iuſiurandum non vſquequaque probationis vim habet. l. eum qui. ff. eodem. Si quis iurauerit ex ea actione quæ inficiando creſcit, veluti ex actione legis Aquiliæ, non duplum ab aduerſario conſequetur, ſed tantum ſimplum. Nam ceſſare rationem diximus, ob quam aduerſus inficiantem legis Aquiliæ actio datur in duplum, quæ eſt huiuſmodi, quia onerat inficians actorem probandi neceſſitate, hic autem cum iuſiurandum interponitur, non onerat.

Alii effectus deſcribuntur in l. qui iuraſſe. §. vlti. & l. tutor. hos effectus perſequimur. In hac l. tutor. §. 1. dicitur iuſiurandum vim habere pacti conuenti, quia ſicut ex pacto conuento ipſo iure tollitur naturalis obligatio, ita iureiurando. leg. Stichum. §. naturalis. ff. de ſolu. nec id mirum videri debet, cũ hoc iuſiurandum ſemper aliquam pactionem habeat. Præterea d. leg. qui iuraſſe. §. vlti. dicitur nouationis vim habere, quia noua obligatio accedit veteri obligationi propter iuſiurandum. ſic enim aliquando accipitur nouatio. l. alia. ff. de nouat. Nouatio igitur dicitur non modo cum obligatio tollitur, & noua accedit, ſed etiam ſi noua veteri accedit. Habet etiam Iuſiurandum vim ſolutionis ex dicta leg. tutor. Exemplum huius effectus eſt in leg. in duobus. §. 1. Dicitur etiam habere vim iudicii, vt inquit Paulus dict. l. tutor. Iudicium autem dupliciter accipere poſſumus; Primo pro re iudicata, & dicitur hoc ſenſu maiorem auctoritatem habere quam res iudicata. l. 2. ff. eo. Secundo pro litis cõteſtatione, vt iuſiurandum habeat litis conteſtatæ vim, & recte. Nam ſic intelligendum eſt quod dicitur in leg. nam poſtea. §. ſi is qui. Quidam mihi fecit iniuriam, vel conuitium, ex quo mihi competit actio iniuriarum aduerſus eum: is mihi detulit iuſiurandum: iuraui eum ex ea cauſa mihi dare oportere. Deinde cum agere vellem aduerſus eum poſt annum aut biennium: voluit me præſcriptione temporis ſubmouere, cum actio iniuriarum annalis ſit. leg. ſi non conuicii. infra de iniuriis. quæritur an poſſim aduerſus eum poſt annum agere. Et dicitur me poſſe agere, quia actio aduerſus eum perpetuata eſt per litis conteſtationem. At iuſiurandum vim habet litis conteſtatæ: ergo iureiurando perpetuatur actio. Hoc apertius expreſſum eſt in leg. ſed & ſi reſtituatur. §. ex quibus cauſis. ff. de iudiciis. Deinde iuſiurandum vim habet acceptilationis. leg. iuſiurandum. 40. Nam ſicut acceptilatione pignus liberatur, ita etiam iureiurando. Non igitur tantum ſolutione eius quod deberetur tollitur principalis obligatio, & pignus liberatur, verum etiã iureiurando. Ideoque ſi quis deferente aduerſario iurauerit, ſe non debere, non tantum tollitur obligatio quæ aduerſus eum competebat, & pignus. Additur in eadem lege, *Perpetuam certe exceptionem parit. Certe,* hic pro ſaltem. Non enim per omnia iuſiurandum vim acceptilationis habet. Nam iureiurando nõ tollitur ciuilis obligatio. §. æque. Inſt. de except. quæ tamen tolli poteſt acceptilatione. Et ſic accipi debet quod diximus de omnibus effectibus iuriſiurandi. non enim intelligendum eſt quod iuſiurandum vſquequaque vim rei iudicatæ habeat, ſed quod iuſiurandum aliquam ſimilitudinem habeat rei iudicatæ. Hæc eſt vis iuriſiurandi, vt ſubmoueatur is qui detulit agere volens, non tantum ſi principali actione agat, ſed ẽt ſi pœnam perſequatur vel pignus, vel illud retinere velit. Circa effectus iuriſiurandi notandum etiam eſt, iuſiurandum quod inter aliquos interpoſitum eſt, aliis nec nocere neque prodeſſe, vt dicitur in leg. 3. ff. eod. Idque docetur multis exemplis & ad finem ſubiicitur: Nam neq; res iudicata, neq; acceptilatio, neq; tranſactio aliis prodeſt, neq; nocet, inter quos nec iudicatũ eſt, nec tranſactio facta eſt, nec acceptilatio. Exemplum eſt in leg. nam poſtea. §. vltim. ff. eodem. Iuſiurandum ergo quod inter aliquos interpoſitum eſt, aliis neq; prodeſt neq; nocet. Hinc exiſtit quæſtio in l. ſi duo patroni. in prin. qui locus difficilis eſt, & valde obſcurus. Difficileq; eſt eius hypotheſim fingere vel cõminiſci, quæ & conueniat verbis auctoris quem interpretamur, & rationi iuris. Sed hæc mihi videtur vera eſſe. Duo patroni erãt eiuſdem liberti: ſimul manumiſerunt ſeruum, qui erat communis inter eos: manumiſſus ab vtroq; domino, libertus eſt vtriuſque, & vterque eſt patronus liberti, & Titius & Mæuius. Titius litigat aduerſus eundem libertum, quia non exhibet ei vel obſequiũ aut reuerentiam patrono debitam: litigat autem vel de toto iure patronatus, vel pro parte. Hoc enim incertum eſt, nec ad rem pertinet. Mæuius alter patronus interim tacitus expectabat euentũ iudicii, ſperans fore vt ſi Titius victus eſſet in iudicio, ſolus patronus eſſet liberti. Tandẽ cũ Titius ꝓbatione deficeretur, liberto detulit iuſiurandum: libertus iurauit ſe eiuſdem libertum non eſſe: atque ideo hic Titius excluditur omnino exceptione iuriſiurandi. Mæuius qui expectabat euentum iudicii, cogitat nihil cauſæ eſſe cur ſolus patronus iudicãdus nõ ſit, quia de eo nulla eſt cõtrouerſia, quin ꝓ parte ſit patronus cũ alius excluſus ſit, & ideo ſe ſolũ patronũ fore. Poſt mortẽ ei⁹ liberti petit Mæuius ei⁹ ex hæreditate partẽ quę ei iure patronatus debetur: hæredes mortui offerunt ei partem ſemiſſis hæreditatis quia dicunt non eum ſolum patronum eſſe, ſed pro parte, & alteram partem ſemiſſis non ei deberi, ſed mediam tantum ſemiſſis. Mæuius huic allegationi obiicit iuſiurandum, & ait de eo amplius quærendum non eſſe, an ſit ſolus patronus, an vero pro parte ſimul cum Titio, quia cum de eo controuerſia eſſet, lis deciſa eſt iureiurando. Titio enim iuſiurandum liberto deferente iurauit ſe non eſſe. Quæritur ergo quid iuris ſit, & an iuſiurandum quod à Titio delatum eſt, proficiat Mæuio alteri patrono? In hoc mihi videtur conſiſtere quæſtio & difficultas huius capitis. Et hic dicitur iuſiurandum de quo hic loquimur, alteri patrono non prodeſſe: quia ſcilicet iuratum non eſt eo deferente. Nã iuſiurandum interpoſitum eſt inter Titium & libertum, inter Mæuium vero & libertum nullum. In hac ſpecie parati erant hæredes liberti dimidiam partem ſemiſſis dare Mæuio patrono, at is petebat totum ſemiſſem: dicebat enim ſe ſolũ patronum eſſe, quod confirmat vt diximus, iureiurando liberti. Sed vt ait Iuriſconſul. huic Mæuio competit bonorum poſſeſſio ſuæ partis, non totius ſemiſſis: cum ei non proſit quod aduerſus alterum libertus iuraſſet. *Multum tamen fidei.* Quod dixit iuſiurandum à Titio delatum non prodeſſe, ait accipiendum eſſe cum quadam exceptione, id eſt, non prodeſſe ei ad plenam probationem ſui iuris, vt propter hoc iuſiurandum exoneretur neceſſitate probandi ſe ſolum patronũ eſſe, ſed tantum ad præſumptionem aliquam. Solius enim fidei & auctoritatis habetur propter hoc iuſiurandum ſi velit ſe ſolum patronum dicere, id eſt, ſi forte alias probationes & coniecturas habeat, poterit nonnihil hoc conferre. Et hic locus communis notandus eſt, quo oſtenditur, quomodo ſit accipiendum quod dicitur, res inter aliquos iudicatas, vel iureiurando decіſas aliis non prodeſſe. Exempla ſimilia ſunt aliis in locis, de ſententia in l. ſæpe. ff. de re iudic. in leg. à ſententia. ff. de appellat. leg. ſi ſuſpecta. in princ. ff. de inoffi. teſtament. Sic intellecto hoc capite vt debet intelligi, videtur nihil omnino pertinere ad ius accreſcendi. Si enim conſtitiſſet in propoſita ſpecie, Titium patronum eſſe, poſſet quæri an portio deficiens Titii, accreſceret Mæuio pro parte. ſed hæc quæſtio longe diuerſa eſt. Hic enim nulla coniunctio eſt quę ius accreſcendi inducat. Ius autem accreſcendi naſcitur ex cõiunctione. Iuſiurandum ergo aliis perſonis neque prodeſt neque nocet, ſed tantum eis inter quas illud interpoſitum eſt. Hoc verum eſt, ſed tamen aliquas exceptiones habet, quæ colligi poſſunt ex his quæ diximus: vt de tutore. leg. tutor. ff. eod. & l. iuſiurandum. §. 1. Sed alia eſt in leg. eum qui. §. in popularibus. Actio popularis eſt quæ cuiuis ex populo competit: cuiuſmodi eſt ea quæ competit aduerſus eum qui corrupit album Prętoris. l. ſi quis id. ff. de iuriſdict. omn. iudic. vel eum qui ſepulchrum violauit. Pone igitur eum qui violauit ſepulchrum, alium accuſaſſe, eique iuſiurandum detuliſſe: an alii agenti ex populo noceat exceptio iuriſiurandi? Videtur nocere: nam interpretatione quadam iuris eadem perſona agere dicitur, quia is qui agit tanquã aliquis ex populo, & tanquam procurator populi, & alius qui poſtea agit eodem nomine, iidem ſunt. Sed ne hoc fraudi eſſe poſſit Reipublicæ, addit Paulus hoc iuſiurandum non eſſe deferendum per colluſionem aut fraudem: argumentaturque à iudicio ad iuſiurandum. Eſt locus communis de popularibus actionibus, adiiciendus titulo de popularibus actionibus. Poſtremus locus noſtræ diſputationis eſt,

De pœna periurii. CAP. VIII.

PEriurus is dicitur qui ſciẽs & prudens falſum iurat, & iuſiurandum violat. Id colligitur ex l. qui iuraſſe. 26. ff. eod. vbi

vbi peierare eum dicit Paulus qui ſciens fallere videtur. Simile eſt quod dicitur à Cicerone lib. 1. de Offic. Nõ enim falſum iurare, peierare eſt: ſed quod ex animi tui ſententia iuraueris, ſicut verbis concipitur more noſtro, id non facere periurium eſt. Hinc etiam colligitur eum qui aſtute & callide violat iuſiurandum, periurii teneri: Et hoc eſt expreſſum in can. quacunque arte. 22. quæſt. 5. Quæſtio igitur eſt an propter periurium puniri quis debeat? Pœnæ aduerſus periuros ſtatutæ mentio eſt in pleriſq; locis, veluti in l. ſi duo. §. vlt. vbi dicitur fuſtibus caſtigandum eſſe eum qui peierauerit, & ei ſuperindici iubetur *προπετῶς μὴ ὄμνυε*, id eſt, petulãter ne iura. Hunc morem explicaui in commentariis meis ſub titul. de in litem iur. Solebant enim veteres, aliquos titulos publice inſcribere in loco ſupplicii, vt intelligeret populus cauſam ſupplicii eius quod exercebatur: aliquando tamen etiam ſine titulo per præconem hoc indicebatur, & proclamabatur. hunc locum non intellexit Alciatus lib. Diſput. 4. cap. 2. Hic ergo locus oſtendit periuriũ iure ciuili puniri. Alius eſt in leg. vlt. ff. de crimine ſtell. vbi dicitur, Si quis pignora quædam ſua eſſe in inſtrumento affirmauerit, quæ tamen nõ ſint, crimen ſtellionatus committere, & ad tempus exulare cogendum. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. quod ſi deferente. & leg. ſeq. ff. de dolo malo. Si quis iurauerit altero deferente, & poſtea appareat eum peieraſſe, non ideo reſcindi quod geſtũ eſt. leg. 1. hic. Is enim qui defert iuſiurandum alteri paciſcitur cum eo ſub ea conditione, Si iurauerit, ſe remiſſurũ ei omne ius ſuum, & abſurdum eſſet hanc conditionem interpretari ita, ſi vere iurauerit, ſed tamen punietur propter periurium, licet id quod geſtum eſt, ratum ſit. Nam ſufficit periurii pęna. l. 21. ff. de dolo malo, hoc eſt vt puniatur fuſtibus vel relegetur. Sed magnam difficultatem hic parit lex 2. hic. vbi dicit Imper. Alexander, Iuriſiurandi contempta religio ſatis deũ vltorem habet. Itemque leg. ſi quis maior. ſupra de tranſact. variæ enim extant opiniones eorum qui de hac re ſcripſerunt. Ego ſoleo ſequi eam quæ vulgo recepta eſt, ſed aliter eam explicare. Hæc enim lex 2. ita accipienda eſt, vt de eo qui calore iracundiæ iurauit, loqui imperatorem intelligamus cuius iuſiurandum alteri non noceat. Sæpe enim accidit vt quis calore iracundiæ iuret ſe aliquid daturum, aut facturum in quo tamen nemini præiudicium facit, ſi peieret. Aliud eſt cum ſerio iuramus, veuti dirimendæ controuerſiæ cauſa in iudicio, aut in contractib. ineundis ad fidem adſtringẽdam in quibus caſibus poteſt periurium alteri nocere. Temeritas igitur quædam hic arguitur potius eius qui iurauit, ideoque periurium eius alteri non nocet. Aduerſus hanc ſententiam obiicitur, imperatorem generaliter loqui, nec diſtinctione vlla vti. Sed iam ſæpe dixi aliam rationem eſſe interpretandi reſcripta imperatorum, aliam exponendi leges generales: nam Alexander imperator conſultus reſcribit Felici qui ſpeciem fortaſſis propoſuerat huiuſmodi: Quidam in rixa & controuerſia calore iracundiæ motus iurauit per Principem, quæritur an puniendus ſit: is enim videbatur puniendus eſſe pœna maieſtatis: quia olim regnantibus duris & inhumanis Principibus ſi quis iurabat per venerationem Principis per genium eius, & peierabat, grauiter puniebatur, & tanquam læſæ maieſtatis reus. Quo pertinet & quod ſcribit Dion hiſtoricus, Senatuſconſultum Romæ factum eſſe, vt non per aliam quam per principem iurare liceret. Vnde mos venit iurandi per principem. Suetonius ſcribit Caligulam ſæuire ſolitum fuiſſe in eos, qui per genium ſuum non deierarent. Cornel. Tacitus lib. 2. ſcribit. Rubrum quendam accuſatum fuiſſe tempore Tiberii, quod Auguſti nomen periurio violaſſet. Alexander igitur cum ei eiuſmodi ſpecies propoſita eſſet, quæ contemptam iuriſiurandi per genium eius religionẽ oſtenderet, hæc reſcripſit, *Satis hanc habere deum vltorem* In quo humanitatem ſuam aperte oſtendit. Simile exemplum eiuſdem Alexandri, eſt in l. 2. infra ad leg. Iul. maieſt. nã idem eſt reſponſum, eademque fere ſpecies de maieſtatis crimine, & iureiurãdo. quod & notauimus lib. 2. Diſputat. c. 37. Sic igitur diſtinguendum eſt ſecundum communem ſententiam, cum quæritur an puniri debeat is qui periurus eſt: vt ſi quis peierauerit calore iracundię etiam ſi violauerit nomen & maieſtatem principis iureiurando, puniri non debeat: ſi vero in re ſua, non calore iracundiæ motus: puta cum ageretur de lite dirimenda, vel de fide adſtringenda in contractu aliquo puniendus ſit. Sicq; eſt intelligendum quod dicitur in d. l. ſi quis maior. ſupra de tranſact. & in d. l. vlt. de crimine ſtellion. in l. quod ſi deferẽte. & in l. ſeq. ff. de dolo. & in l. ſi duo. §. vlt. ff. eod. Olim cenſores in periuros animaduertebant. Iſocrates ad Demonicum ſcribit, *τοῖς ὅρκοις ἐμμένειν, τῆς δὲ τοῦ τρόπου καλοκαγαθίας τεκμήριον ἐστὶ*. Id eſt, magnum eſſe probitatis argumentum iuſiurandum ſeruare. Contra autem magnum eſſe improbitatis argumentum iuſiurandum violare. Nunc ergo videndum eſt qua pœna puniendus ſit periurus. in leg. vlt. ff. de crimi. ſtell. dicitur ad tempus eum exulare debere qui periurus eſt. Crimen ſtellionatus vocant omnem impoſturam, omnemq; dolum qui nullum alium titulum criminis habet. l. 3. ff. de crim. ſtell. Quod enim in iudiciis priuatis eſt de dolo actio, hoc in publicis criminibus eſt ſtellionatus perſecutio. Recte igitur actio de dolo à Cicer. lib. 3 de Nat. deorũ dicitur euerriculum eſſe omnium malorum. Hac enim Prætor aduerſus varios & doloſos, qui aliis obfuerunt, calliditate quadam ſubuenit. l. 1. ff. de dolo malo. Exemplum autem appoſitum eſt d. l. vlt. de eo qui pignora quædam ſua eſſe affirmauit, quæ tradebat alteri ſecuritatis & cautionis cauſa. Et quod dicit, *& ideo ad tẽpus exulat*. Exemplũ pœnæ extraordinariæ eſt. huic enim crimini pœna definita non eſt. Vnde mirum non eſt, cum crimen & perſecutio periurii ſit extraordinaria, nec vlla certa lege quicquam de eius pœna cautum ſit, varie reſcriptum fuiſſe de hac re ab imperatoribus. Aliquando enim pœna capitis puniuntur, vt ſi falſum teſtimoniũ dixerint in cauſa capitali contra eum qui reus capitis erat, & peierarint. Nam propter falſum quod ſicario coniunctum eſt, tanquam ſicarii puniuntur pœna legis Corneliæ de ſicariis. Alias falſus teſtis in ciuili iudicio mitius punitur. l. 1. ff. ad legem Corneliam de falſis. Itemq; is qui iuſiurandũ violarit. l. ſi quis maior. 41. ſupra de tranſact.

DE IN LITEM IVRANDO. TIT. III. LIB. XII PANDECT.

CAP. I.

SVB hoc titulo tractatur de iureiurando in litem quod cum ſuperiore magnam ſimilitudinem & affinitatem habet, licet ab eo differat. Nam iuſiurandum de quo ſub titulo ſuperiori diſſeruimus, pertinet ad lites dirimendas & finiendas, & tunc defertur vel à parte, vel à iudice, cum quæſtio eſt an aliquis debeat an non debeat: hoc autem iuſiurandum de quo hic diſſerere inſtituimus, non pertinet ad litem dirimendam, ſed potius ad litem æſtimandam. Dicitur enim iuſiurandũ in litẽ, quoniam eo iureiurando lis æſtimatur. Quid ſit litem æſtimare docet Cicero in Orat. pro Cluentio, his verbis, Hic profertur id quod iudiciũ appellari nõ oportet, P. Septimio Scæuolæ litem eſſe æſtimatam. Cuius rei quæ conſuetudo ſit, quoniam apud homines peritiſſimos dico pluribus verbis docere non debeo. nunquam enim ea diligentia quæ ſolet adhiberi in cæteris iudiciis, eadem reo damnato adhibita eſt. In litibus æſtimandis fere iudices, aut quod ſibi eum, quem ſemel condemnarunt, inimicum putant eſſe, ſi quæ in eum lis capitalis illata eſt, non admittunt: aut quod ſe perfunctos iam eſſe arbitrantur, cum de reo iudicarunt, negligentius attendunt cætera. Itaque & maieſtatis abſoluti ſunt permulti, quibus damnatis de pecuniis repetundis, lites eſſent æſtimatæ: & hoc quotidie fieri videmus, vt reo damnato de pecuniiis repetundis, ad quos perueniſſe pecunias in litib. æſtimandis ſtatutum ſit, eos illi iudices abſoluant. Hæc Cicero. quædam etiam Budæus noſter in commẽt. & annot. in Pandect. ſcripſit. Lis igitur dicitur æſtimari, cũ eorum omniũ quæ in condemnationẽ veniunt, æſtimatio quædam & taxatio fit: eſtq; acceſſio quædam litis & iudicii principalis: veluti cũ hodie apud nos poſt ſententiam fit ęſtimatio damnorũ, & eius quod intereſt. Exempli gratia, poſtquã quis damnatus eſt repetundarum, ęſtimantur omnia furta, & breuiter quicquid eſt reſtituendum. Æſtimatio igitur litis, id eſt, rei de qua lis inſtituta eſt. Is autem dicitur in litem iurare, qui iureiurando ſibi à iudice delato litem æſtimat. Aliter tamen in litem iurare videtur accipi apud Ciceronem in Orat. pro

Roſcio Comœdo, in his verbis: Quod in Codicem iniuratus referre noluit, id iurare in litem non dubitet? Hoc igitur iuſiurandum ad litis æſtimationem pertinet, non autem ad litis deciſionem. Huic autem titulo qui in Digeſtis eſt, nullus alius titulus reſpondet in Codice ſub hoc tractatu. Nam titulus qui in Codice eſt, de in litem iurando, de eo tantum iureiurando loquitur, quod defertur pupillo, vel alii nomine pupilli aduerſus tutorē in actione tutelæ, de quo fit mentio in l. videamus. Hic enim titulus generalis eſt, & pertinet ad iuſiurandum quod in quacunque actione & lite ad litem ęſtimandam defertur, vt diximus. De hoc autem iureiurando tractabo ſummatim per locos communes, quia cōmentarius à nobis ante multos annos de hac re editus eſt, in quo pleniſſime quæcunq; huc pertinent deſcripta ſunt. Primus locus eſt

De in litem iurādo tit. C. quid continet.

De cauſis huius iuriſiurandi.

CAP. II.

CVr iuſiurandum in litem litis æſtimandæ cauſa deferatur videndum eſt: cuius variæ cauſæ reperiuntur. In primis enim hoc iuſiurandum defertur propter difficultatem probationis, & dolum aduerſarii, id eſt, cum difficilis eſt probatio eius rei de qua agitur, & propter dolum rei ratio exigit, vt tunc iureiurando actoris lis æſtimetur. Id colligitur ex l. in actionibus. §. vlt. hic. Quidam mihi promiſit Stichum per ſtipulationem, moram fecit: vnde euenit vt Stichus promiſſus deceſſerit: certum eſt promiſſorem teneri ad æſtimationem Stichi, quia ſcilicet deceſſit poſt moram, l. ſi ſeruum. §. ſequitur. infr. de verb. oblig. ideoque ineunda eſt æſtimatio Stichi perempti, quam tamen iudex non poteſt facere: quia Stichus non extat, & eum fortaſſis nunquam vidit. In hac itaque difficultate, & vitio & dolo eius cum quo agitur, cuius ex mora difficilis probatio reddita eſt, quid iuſtius excogitari poterit quam arbitrio actoris cuius iniuria facta eſt, litem æſtimari, & iuſiurandū ei litis ęſtimandæ cauſa deferri? Simile exēplum eſt in l. 2. & l. nummis. eo. Ego nūmos apud te depoſui cum actione depoſiti eos nummos repeterem, noluiſti reddere. ſi mea interſit, poteſt iuſiurandum in litem mihi deferri litis æſtimandæ cauſa. *Quid enim ſit ſub pœna?* Hoc quomodo accipiendum ſit paulo poſt dicturi ſumus. Alia cauſa eſt huius iuriſiurandi ne cogatur quis alicui iuſto pretio rem ſuam vendere, vt dicitur in l. tutor. eod. ideoque hoc iuſiurandum plerunque defertur, etſi difficile non ſit litem æſtimare. Exempli gratia, tu librum meum poſſides: ego eum à te vindico: tu iuſſus à iudice non reſtituis, ſed eum occultas, vt à te auferri non poſſit, ſperans fore vt libereris, æſtimationē libri mei ſoluendo, quem tu facile empturus eſſes, ſi eum ego vendere vellem. At ego ex eo aliquam vtilitatem ſingularem percipio, quam alius percipere non poſſet: quodnam igitur futurum eſt iudicis officium? Hic dicitur deferendum eſſe actori iuſiurandum in litem, vt eo iureiurando ſtatuat & definiat actor pretium quodcunque voluerit libri ſui: quia tanti condemnabitur reus poſſeſſor propter contumaciam ſuam, quanti in litem iurauerit actor. Alioqui nō conueniret hoc æquitati naturali, & hac re maxime inſtringeretur libertas cōmerciorū, ſi cogerentur domini aliorum arbitrio rem ſuam vendere. vel nō vendere l. in cauſæ. ſupra de minorib. & l. itē ſi pretio. infra locati. Primum enim is qui poſſidet rem, nec eam reſtituere vult, cogit dominum eam vendere cum neceſſario veniendum ſit ad pretium, & dominium ſtatim ad poſſeſſorem pertineat. leg. eius rei. ſupra de rei vind. merito igitur iureiurando in litem pretium definitur: adde etiam vt contumacia eius qui iuſſus à iudice non reſtituit, puniatur. Ergo in quibuſdam actionibus, & ex quibuſdam cauſis iuſiurandum in litem defertur, quia alias non poteſt res de qua agitur æſtimari. Aliquando tamen defertur, & ſi æſtimari res poſſit quia ſcilicet iniquum viſum eſt communis & iuſti tantum pretii rationem haberi in iudicio, & alicui auferri licentiā æſtimandi rem ſuam quanti voluerit. leg. ſi cum dos. infr. rer. amot. Hinc naſcitur quæſtio, quæ tractatur in l. 1. hic. Ex his enim quę diximus poteſt quęri an augeatur æſtimatio rei propter hoc iuſiurandum, & dici poſſit rem deductam in iudicio pluris eſſe? Vlp. ait, *Res non fit pluris per hoc.* Ex quo pōt indicari quid iuris ſit in hac hypotheſi. Si quis fideiuſſor promiſerit pro aliquo iudicatum ſolui, & reus damnatus fuerit propter contumaciam ſuam, delato aduerſario ſuo iureiurando in litem, an ad eā æſtimationē teneatur fideiuſſor? Et dicitur ad eam totam æſtimationem fideiuſſorē non teneri, ſed ad id tantum quod in iudicium deductum eſt. Tota enim ea æſtimatio in iudiciū nō eſt deducta: quia reus ad maiorem quantitatem damnatus eſt, propter contumaciam. Similis fere ſpecies eſt in l. vlt. infr. de fideiuſſo. Loquitur enim Paulus de procuratore qui agens rei vindicatione ſatiſdedit dominum ſuum ratum habiturum, qui victus, cum deinde dominus ratum id non habuiſſet, & iterum egiſſet aduerſus eum qui rē poſſidebat, viciſſetq; nec reſtitueret reus poſſeſſionem, propter contumaciam ſuam ad maiorem quantitatem damnatus eſt. Poſtea agit reus aduerſus procuratorem, qui promiſerat dominum ratum habiturum, & petit totam ſummam, quæritur an ad illam totam ſummam procurator damnandus ſit? Et ait Paulus non eſſe condemnandum. Hoc enim, inquit, non debet imputari fideiuſſoribus, quod ille propter ſuam pœnā præſtitit. Exemplis hęc verba declarari poſſunt, vt ſi agatur de fideiuſſore in iudicio ſiſti, de quo diſſeruimus ſub tit. qui ſatiſd. cogantur. Fideiuſſor enim locuples dandus eſt pro quantitate & magnitudine rei quæ petitur. Vnde ſi forte petatur res aliqua, cuius certa quidem ſit æſtimatio: ſed is qui petit fideiuſſorem contemnat, quod futurum forte ſit, vt reus per contumaciam non reſtituat, atque ideo magna fiat condemnatio ſi ob eam cauſam magis idoneum fideiuſſorem petat, non erit audiendus. Inſpicitur enim quanti res ſit quę in iudicium deducitur, non autem creſcere poſſit eius æſtimatio propter contumaciam aduerſarii. Non enim propter hoc pluris fit res quæ in iudicium deducta eſt, ſed maiori condemnatione contumacia tantum eius punitur. Alter locus eſt in quo quæritur,

Secunda cauſa.

In quibus actionibus in litem iuretur.

CAP. III.

HIc diſtinguendum eſt: nam ſi ob dolum aut contumaciam aduerſarii, vel aliam huiuſmodi cauſam difficilis reddita ſit rei æſtimatio, vt probari non poſſit quanti res ſit, non fit diſtinctio actionum. Nihil enim refert qua actione agatur, an in rem, an in perſonam: an actio bonæ fidei, quamquam in his id maxime locum habet: an ſtricti iudicii ſit: quia & in his actionibus hoc receptum eſt, vt in actione ex ſtipulatu & actione ex teſtamento. l. in actionibus. in princ. & §. vlt. & l. ſeq. hic. Quamuis igitur latius pateat iudicis poteſtas in bonæ fidei iudiciis, quam in ſtrictis, accidit tamen aliquando vt ex his cauſis deferatur iuſiurandum in litem, quia alias fieret iniuria actori, qui propter moram, dolum vel culpam rei damnum in re ſua pateretur. *Alias autem*, id eſt, cum difficilis non eſt probatio iuſtæ æſtimationis, non defertur hoc iuſiurandum, niſi in certis caſibus. Videndum iam eſt in quibus actionibus hoc iuſiurandum locum habeat. In primis dicitur iuſiurandum in litem deferri in actione in rem, l. in actionib. hic. Exemplū de rei vindicatione eſt in l. qui reſtituere. ſupr. de rei vindic. Alia exempla actionum in rem ſunt variis in locis, veluti in l. harum. ſup. ſi ſeruitus vindic. l. ſi fundus. §. in vindicatione. inf. de pigno. Sufficiet exemplum de rei vindicatione. Quidam poſſidebat rem meam, eam vindico, & peto mihi reſtituatur. Poſſeſſor iuſſus à iudice, dolo malo eam mihi non reſtituit: quæritur quodnam hic ſit iudicis officium, an debeat eum condemnare quanti res eſt? nam forte res æſtimari poteſt, quia extat, ſi veri & iuſti pretii habēda ſit ratio, nihil erit facilius. Ait ibi Vlp. non ſufficere damnare reum quanti ea res eſt ad verum, ſed deferendum eſſe iuſiurandum actori vt iuret quanti æſtimet eā rem nō quātum ſit iuſtum pretium eius rei: nec ſi quis vellet eā rem ab eo emere, quanti addicturus eſſet. Ideoque in actione in rem qua quod noſtrum eſt à poſſeſſore petimus, locum habet ea ratio, ne cogatur rem ſuam iuſto pretio quis vendere. In actione quoque ad exhibendum in litem iuratur, vt dicitur in l. 2. hic. cuius etiam exemplum eſt in l. pen. Sæpe enim accidit vt eadem ſit ratio actionis ad exhibendum, quæ eſt actionis in rem: quamuis actio ad exhibendum actio ſit in perſonam, l. 3. §. eſt autem. ſupr. ad exhiben. Nam quia actionis ad exhibendum præparatur rei vindicatio, hoc fit, vt re exhibita actor poſſit eā vindicare vt ſuā, l. 1. ſupr. ad exhiben. Cū igitur in actione in rem iuretur in litem, conſequens eſt in actione

Iuſiurandum hoc in rei vindi. quomodo detur.

ad ex

ad exhibendum in litem quoque iurari poſſe. Deinde dicitur d.l.in actionibus. *Et in bonæ fidei iudiciis.* Ideo Marcianus addidit in bonæ fide iudiciis in litem iurari, quoniam in his eſt latiſſima iudicis poteſtas. Libere enim permittitur iudici condemnare in id quod ex bona fide alterum alteri præſtare oportet, §. in bonæ fidei.de act.in Inſt.Et plerunque æquitati conuenit iureiurando in litem pretium ſtatui rei de qua agitur. Recte ergo dicitur in bonæ fidei iudiciis in litem iurari. Exempla varia ſunt in leg. 3.§. in hac.inf.commod. In commodati enim actione in litem iuratur, quia bonæ fidei iudiciis dicitur in litem iurari. Iudex igitur quoties æquum eſſe viderit, poterit in his iudiciis iuſiurandum in litem deferre. Exemplum eſt in l.3.hic.de depoſita pecunia. Certa autem eſt nummorum æſtimatio, id eſt,publica æſtimatio cuiuſque nummi.l.1.inf.de contrah.empt. Idem dicendum in ſingulis actionibus bonæ fidei. Aduerſus tamen quorundam opinionem defendi in actione ex empto in litem iurari non poſſe. Sunt enim quidam qui male percipientes ſenſum horū Marciani verborum, putarunt in hac actione iurari in litem poſſe, quia ſcilicet Iuriſconſ.hic generaliter loquatur. At in actione ex empto hoc non videtur rationi conuenire: quia ſufficit cōdemnare reum in id quod intereſt actoris compleri emptionem, l. ſi traditio.C.de act.empt.& l.1.infr.eo.in ea actione non petitur aliquid reſtitui.Sed hoc etiam producitur ad alias actiones in quibus arbitratu iudicis aliquid reſtituitur,quamuis neque in rem,neque bonæ fidei ſint: cuiuſmodi eſt actio rerum amotarum. l. ſi cum dos.infr.rer.amot. Si maritus aduerſus vxorē agat ſoluto matrimonio ob res amotas propter contumaciam mulieris non reſtituentis, iuſiurandum in litē defertur à iudice marito,ne cogatur maritus res ſuas iuſto pretio vendere. Nec.n.actio rerū amotarū, quæ ſucceſſit in locū actionis furti,bonæ fidei eſt,nec actio in rē,ſed in perſonā:qui oritur ex maleficio. Sed ideo in hac actione iuratur in litem, quia in ea ad reſtituendum agitur. At in omnibus actionibus in quibus ad reſtituendum agitur arbitratu iudicis,in litem iuratur. Hæc regula traditur in l.qui reſtituere. ſupra,de rei vindic. *Arbitrariæ actiones quæ.* Arbitrariæ autem actiones ſunt in quibus iudex antequam definiat negocium,arbitratur quomodo actori ſatisfaciendum ſit. Nam hoc iuſiurandum non defertur niſi ob contumaciam rei, qui iudicis præcepto non paret, videlicet ſi arbitratus ſit iudex rem reſtituendam eſſe: tunc enim ob contumaciam punietur. Exemplum eſt in actione de dolo.l. arbitrio.ſup.de dolo malo. Actio de dolo naſcitur ex maleficio, & eſt in perſonam:in ea defertur iuſiurandum in litem, quia arbitrio iudicis petitur reſtitutio: in quo notatur contumacia rei, qui iuſſus reſtituere à iudice,nō reſtituit. In aliis autem actionibus in quibus arbitrium iudicis de reſtituendo non antecedit ſententiam, non iuratur in litem. & de eo exemplum eſt in d. l. arbitrio. Proximus locus eſt in quo quæritur,

Quis deferat hoc iuſiurandum.

Cap IIII.

Vlpianus in l.4.§.deferri, ait iudicem hoc iuſiurandū deferre oportere. Ex quo apparet differentia huius iuriſiurandi & eius de quo diſſeruimus ſub tit. ſuperiori. Nam iuſiurandum quod ad lites dirimendas pertinet, non tantum defertur à iudice, ſed etiam ab ipſis litigatoribus. vel enim actor reo, vel reus actori illud defert: hoc autem iuſiurādum quod ad litē æſtimandā pertinet, à ſolo iudice defertur. *Alias nulla erit religio,* inquit Iuriſconſ.nam ſi reus detulerit iuſiurandum actori litis æſtimandæ cauſa, & is iurauerit ſe tanti rem æſtimare, nullum erit iuſiurandum. Hoc mirum videtur propter conuentionem mutuam, & voluntatem litigatorum. Cur enim hæc conuentio & voluntas non ſeruetur,Iuſta conuentio eſt, inquit Iulianus, ſi quælibet cauſa in conditione iuriſiurandi deducta fuerit, l. ſi quis cum debitore. ſup. de iureiu. Modo enim conueniat inter litigatores, quid opus eſt iudice? & cur non ſeruabitur eorum voluntas? Hic tamen dicit Iuriſcon. Si alius detulerit iuſiurandum quam iudex, nullum eſſe iuſiurandum. Sed hæc verba nos ſic accipimus,niſi appareat conueniſſe inter actorē & reum, vt tanti condemnetur reus ſi actor iurauerit ſe tanti rem de qua agitur æſtimare: ſi igitur appareat hoc conueniſſe inter eos, puto conuentionem ſeruandam eſſe, ex d.l.ſi quis cum debitore. At cum ſimpliciter reus detulit iuſiurandum,non ſic intelligimus quaſi hoc inter eos conuenerit: tunc enim non iuratur de eo de quo lis mota eſt in iudicio. Sed cum quis defert iuſiurandū de eo,de quo lis mota eſt, facile intelligimus conueniſſe,vt ille cedat liti,ſi aduerſarius iurauerit. Cum hic agatur de lite æſtimanda propter dolum & contumaciam rei, videtur hoc maxime pertinere ad officium iudicis,cum præſertim eius ſit modum præfinire, ad quem vſque iuret actor.d. l. videamus. §. iurare. & l. in actionibus. *In infinitum*, inquit Vlpianus, *iurare licet.* id eſt, modus nō eſt definitus lege aut iure ciuili ad quem vſq; iuretur.Infinitum ſignificat id quod definitum non eſt. Sed cum nullus certus modus definitus ſit , an ſaltem definiri certus modus poſſit ad quem vſque iuretur ? Vlpianus ait hoc permittendum eſſe iudici, nec ab eius officio hoc eſſe alienum. Sicut enim ex arbitrio iudicis pendet huius iuriſiurandi delatio, ita etiam taxatio quantitatis ad quam vſque iuretur. Ex variis autem cauſis defertur hoc iuſiurandum, de quibus diximus: ſed hæ cauſæ nō poſſunt in vniuerſum definiri. Quoties enim id æquum eſſe iudex viderit, toties iuſiurandum in litem deferre poterit. Sicut enim plerunque eſſet iniquum deferre iuſiurandum, ita etiam vbi iuſta cauſa eſt deferendi, non permittere actori iurare in litem. Cum igitur hoc permittatur iudici, eiuſq; arbitrio id committatur,multo magis taxatio quantitatis ad quam vſque iuretur, arbitrio eius eſt relinquenda: nam ſi forte agatur de vili aliqua re, & actor iuret in infinitum, iniquum id erit: ideo iudex in his rebus definire debebit certam quantitatem ad quam iuretur,ne abrepta occaſione in immenſum iuretur. Et ſic intelligēdum eſt, quod dicitur in l. qui reſtituere. ſupr. de rei vind. Sine vlla taxatione in infinitum iurauerit. nam niſi ex cauſa viſum ſit iudici certam quantitatem definire ad quam vſque iuretur, licebit ei cui delatum eſt iuſiurādum à iudice in infinitum iurare. Sequens locus eſt in quo quæritur,

Cui hoc iuſiurandum deferatur.

Cap. V.

Certum eſt actori tantum deferri hoc iuſiurandum: atq; hinc alia etiam cognoſcitur differentia inter hoc iuſiurandum & illud quod ad expediendas lites pertinet. Iuſiurandum enim de quo diſſeruimus ſuperiori tit. non tantum actori ſed etiam reo defertur, nullumque diſcrimen eſt rei & actoris quod ad illud attinet: hoc autem iuſiurandum actori ſemper defertur, vel quia non poteſt niſi ab eo æſtimari res quæ petitur, vel quia committenda eſt æſtimatio arbitrio petentis. Quod autem dicitur actori deferendum eſſe, ita accipiendum eſt, ſi modo is cui defertur, habilis ſit ad iurandū: vnde fit vt pupillus impubes in litem non poſſit iurare, leg. videamus. *Vbi tutelaris cauſa*, eſt actio tutelæ, cum ſcilicet agitur aduerſus tutorem: in qua actione frequentius defertur iuſiurandum in litem quam in aliis actionibus, propter fauorem pupillorum: ideoque etiam cum non deferatur in aliis actionibus niſi ob dolum: in hac tamen actione ſpeciale eſt, vt deferatur etiam ob culpam tutoris. Certum eſt autem pupillum nō eſſe habilem ad iurandum, quia eius conſilium firmum non eſt. qui enim iudicio caret habilis non eſt ad iurandum. Et ſi qua in re iudicium neceſſarium eſt, maxime requiritur in iureiurando : hinc etiam pupillus non dicitur peierare, quia fallere aut decipere non intelligitur, leg. qui iuraſſe. ſup. tit.proxi. Hocque etiam intereſt inter iuſiurandum quod ad lites dirimendas pertinet, & hoc quod pro lite æſtimanda defertur: quia illud etiam pupillo defertur, dict.leg.qui iuraſſe.ſup. tit.proxi.Et ratio manifeſta eſt, quia aduerſarius iuſiurandum defert pupillo. nam cum ex voluntate & conſenſu aduerſarii pupillus iuret, nihil refert cuius ſtatus ſit,an habilis an non. Nulla enim iniuria ei fieri dici poteſt, qui defert: quia licet ei non deferre illud iuſiurandum. Pactionem aliquam habet, & volenti non fit iniuria,l. 1.inf. de iniuriis. Sed alia eſt cauſa huius iuriſiurandi quod à iudice defertur ex ſuo arbitrio, ſine cōſenſu litigatorū:non.n. fungeretur officio ſuo, niſi haberet ætatis rationē eius cui defert. Quis igitur in cauſa tutelæ iurabit? Sequitur in d.l.videamus. *Sed nec tutorē.* an tutor eius iurabit? an mater eius ſi matrem habeat? Si datus fuerit tutor pupillo tutore quē prius habebat

ob ſuſpicionem remoto vel fato functo, contra quem agitur tutor iurare non cogetur. Et rationem adfert Vlpianus *Graue enim videbatur*, inquit, *& ignorantes & inuitos tutores ſub alieni compendii emolumento etiam periurium anceps ſubire*. Idem de curatore intelligendum eſſe dicit. De matre autem ratio perſpicua eſt, quia adminiſtrationem rerum filii nõ habet. Quod autẽ dictũ eſt de tutore & curatore, ſic intelligẽdũ eſt, niſi eam affectionem præſtent adoleſcenti, vt parati ſint eius nomine iurare, tunc enim id eis non eſt denegandum. *Adoleſcens vero.* Occurrit obiectioni quæ fieri poterat. Quãuis enim pupillus iurare non poſſit in litem, adoleſcens tamen iurare poteſt. Quæritur de procuratore, an iurare poſſit in litem? Hæc quæſtio tractatur in l. vulgo. vbi ait Iuriſcon. *Alium in litem non debere iurare quam dominum litis.* His enim verbis ſignificat procuratorem in litem non poſſe iurare. *Conteſtatus eſt.* Dominus litis dupliciter accipitur, tum is qui procuratorem conſtituit ad litigandum, tum etiã procurator poſt litis conteſtationem, l. nulla. & l. procuratoribus. C. de procur. Sed cum addit I.C. ſuo nomine, his verbis excipit procuratorẽ, qui licet dominus litis aliquando dicatur, ſcilicet poſt conteſtationem, tamen non ſuo nomine ſed alieno litem conteſtatur. Vltimus locus eſt

C A P. VI.

De effectu huius iuriſiurandi.

Effectus huius iuriſiurandi eſt, quod iudex tanti condemnat reum quanti actor iurauerit litis æſtimandi cauſa. l. qui reſtituere. ſupr. de rei vindic. idque ob contumaciam rei, vel dolum, vel ob aliquam culpam, ſequendo iuſiurandum actoris cui detulit iuſiurandum. Hoc autem eſt intelligendum niſi ex magna cauſa viſum fuerit iudici illud iuſiurandũ nõ ſequi. l. videamus. §. vl. ex quo apparet rurſus quid interſit inter hoc iuſiurandum, & illud de quo ſupra diſputatum eſt. Illud enim non retractatur etiam repertis poſtea inſtrumentis aut probationibus, niſi in certis caſibus, vt docuimus in l. admonendi. ſup. proxi. tit. Eodem pertinet quod dicitur in l. vlt. hic, his fere locis continetur totus hic tractatus. Aliæ quæſtiones tractari ſolent, quæ facile poſſunt ad hos locos referri: quas ſedulus lector requiret ex commentariis noſtris qui extant in tit. de in lit. iuran.

IN TIT. II. COD. LIB. IIII. SI CERTVM PETATVR, ET IN TIT. I. PANDECT. LIB. XII.

De rebus creditis, ſi certum petatur, & de condictione.

C A P. I.

SVb hoc titulo qui inſcribitur de rebus creditis, & Si certum petatur, nec vllus alius titulus eſt de mutuo in iure ciuili, præter S.C. Macedonianum, quædam capita repetiuntur generaliter pertinentia ad res creditas, id eſt, eos contractus quibus alienam fidem ſequimur. & ad condictionem certi, quæ generalis actio eſt, & competit ex omni cauſa ex qua certum petitur, ſed & potiſſimũ ad mutuum, ex quo certi condictio datur. Hic enim contractus aliquando creditum, dicitur, aliquando mutuum. Nam licet verbum creditum ſit latiſſimum, & complectatur omnes contractus, vt dicitur in l. 1. & 2. § creditum. ff. eo. tamen contrahitur ſignificatio huius verbi, & pro mutuo accipitur. Exempla occurrunt paſſim ſub hoc tit. & alibi etiam veluti in l. 4. ff. & in l. non omnis. § vlt. & l. ſingularia. Non enim ſingularia illa præcepta pertinent ad omnes contractus, quibus alienam fidem ſequimur, ſed ad mutuum: ita etiam accipitur in l. ſi ventri. de priuil. credit. Omnes autem contractus, quibus alienam fidem ſequimur, complectitur res credita. l. 1. hic. ideo etiam præpoſuit hunc titulum Prætor. Breuiſſima autem erant capita edicti prætorii, nec igitur opus fuit titulum vnum facere de commodato, alterum de pignore: nam ſinguli forte erant articuli & ſingula capita de ſingulis contractibus. Sed poſtea de ſingulis contractibus ſinguli tituli conſcripti ſunt: vnde neceſſarium fuit quod ſub vno titulo collectum erat, in plurimos titulos diuidere. Sed vidẽdum eſt, quia proprie de mutuo hic inſtituitur diſputatio, quid mutuum ſit, & quæ ad mutui ſubſtantiam neceſſaria ſint.

Mutuum quid. C A P. II.

MVtui dialecticam definitionem non trademus, ſed docebimus, quæ ad ſubſtantiam mutui neceſſaria ſint. In primis igitur, vt mutuum contrahatur, oportet aliquid interuenire, id eſt pecuniam vel aliam rem dare ad vſum, alias nõ dicitur contractus mutui: vnde in Inſt. ſub tit. quib. mod. re contrahitur obligatio, dicitur mutuum re contrahi. Idem dicitur in l. 2. §. creditum. ff. eod. Mutuum non eſt niſi pecunia *Mutu*
proficiſcatur. Et ſi igitur conuenerit inter te & me vt mihi cẽ- *re ipſa tantu.*
tum mutua des, non prius dicetur contractum eſſe mutuum, *contra*
niſi dederis centum mutua. Hinc quæritur in l. Qui pecuniã 30. Si quis pecuniam accepturus ſpoponderit futuro creditori an liberum ſit ei ſe non obligare. Et ait Paulus, ei liberum eſſe, ne accipiendo pecuniam ſe obſtringat. Exempli gratia: Conuenit inter me & te vt pecuniam quam mihi te ſpopondiſti daturum, ego tibi reddam certo die: & quia pecuniam non habebas ad manum, non numeraſti, ſed ita contractus initus eſt propter ſpem numerationis. Poſtmodum pecunia oblata, is qui eam petebat, mutato conſenſu & voluntate eã accipere non vult: quęritur an cogi debeat, quaſi quędam obligatio contracta ſit? Hic ait Iuriſconſ. ante pecuniam acceptã nullo modo eum obligatum eſſe: Ideoq; liberum ei eſſe ſe nõ obligare, ſi pecuniam nolit accipere. Contractus dicuntur eſſe liberales, ante quã quis obligatus ſit, l. ſicut. infra de oblig. & act. Videndum tamen eſt ne forte interſit eius qui pecuniam ei dare debebat: nam hoc caſu non dubito, quin poſſit aduerſus eum agere, qui pecuniã non vult accipere, quãuis mutuũ nõ ſit. Aget. n. ex ſtipulatione ſi ſtipulatio interuenerit aut actione de dolo, ſi dolus ab aduerſario admiſſus ſit. arg. l. ſi pœnã. de verb. oblig. Is autẽ qui agit ex ſtipulatione, debet docere ſua intereſſe: & æquũ eſt eius quod intereſt illius haberi rationem. Hinc etiam naſcitur quæſtio, quæ tractatur in l. rogaſti. §. ſi tibi. ff. eo. Ego tibi dedi decẽ, vt mihi vndecim debeas. hic quæritur an actione ex mutuo vndecim peti poſſint. ait Vlpianus non poſſe, niſi decem peti. Id conſequitur ex his quæ diximus: quia ſcilicet mutui obligatio re contrahitur, nec poteſt dici vltra id quod datum eſt, obligatio contracta eſſe. Idem dicitur in l. ſi tibi. 10. de pact. Sunt tamen qui diſtinguũt nummos ab aliis rebus quæ conſtant pondere, numero, aut menſura. Sed quid ſentiam de ea re ſcripſi in partitione tractatus de pact. in d. l. ſi tibi. vbi dixi videndum eſſe quid actũ ſit inter contrahentes. Nam ſi conuenerit vt pro vſura, vel eo quod intereſt pro decem vndecim ſoluantur, ea conuentio ſeruãda eſt, ſi interuenerit ſtipulatio, in quib. caſib. ea neceſſaria eſt, vel pactio, in quib. caſib. ea ſufficit. Cum vero de vſuris nihil dicitur, & nihil aliud exprimitur, niſi vt vndecim ex decem mutuo datis debeantur: non vltra id quod datum eſt obligatio contrahitur, alias ſi expreſſum ſit, non vltra contrahitur obligatio ex mutuo, ſed ex conuentione.

Deinde res tradi debet à creditore ei qui mutuũ rogat, alias non contrahitur mutui obligatio. §. 1. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi is qui mutuo rogauit, eam rem prius ex alia cauſa poſſideat, vel detinere cœperit. Exemplum eſt in l. certi condictio. 9. §. vlti. ff. eod. Ego depoſui apud te pecuniam meam: conuenit inter me & te vt eam mihi cuſtodires. Deinde vero tibi permiſi ea vti: an hac permiſſione mutuum contractum dici poſſit, quæritur. Videtur ex his quæ diximus mutuum contractum non eſſe, quia vt ſcilicet, diximus, res tradi debet: ſolus autem hic conſenſus interuenit, & ſola permiſſio. Ait tamen Vlpianus contractum eſſe mutuũ. Et huic ſimile eſt quod dicitur in Inſtitution. §. interdum etiam. de rerum diuiſion. interdum transferri dominium rei ſine traditione, quamuis neceſſaria ſit traditio ad dominiũ transferendum. l. traditionib. C. de pactis, & §. per traditionem. Inſt. de rer. diuiſ. veluti ſi is cui res commodata fuerat, emerit: vel donata illi ſit. Sed Vlpianus ait in leg. 10. ff. eod. idem dicendum non eſſe, ſi res apud aliquem depoſita ſit, & ab initio dictum ſit, vt ea ſi velit vtatur. Hic enim magna ratio diuerſitatis eſt. Nam cum depono apud te rem meam, deinde conuenit inter nos vt ea vtaris, recte quidem hic dicimus mutuum contractum eſſe: quia animo iam

incipis

incipis poſſidere. Sed aliud eſt cum rem meam ita tibi cuſtodiendam trado, vt ea etiam vti poſſis, ſi velis. permiſſio enim mea & conſenſus habet conditionem: adeo vt antequam declaraueris te velle vti ea pecunia quam depoſui, aut ea vti cœperis, non contrahatur mutuum.

Tertio oportet, vt mutui obligatio contrahi dicatur, rem eſſe quæ conſtet pondere, numero, aut menſura, vt dicitur in l. 2. §. mutui datio. ff. eod. Eum locum, qui obſcurus alioqui eſt, declaraui lib. 1. Diſputat. anniuer. c. 14. Ergo vt mutui obligatio contrahatur, non ſufficit quamcunque rem interuenire, ſed rem eſſe oportet quæ conſtet pondere, numero, vel menſura. Sed nonne liber, equus, &c. numerari poſſunt? & cur hæ res mutuo dari non poſſunt? Ego ſcripſi in eo loco res quaſdam eſſe quæ pondere, numero, & menſura conſtare dicuntur, quarum tanta eſt ſimilitudo cum aliis eiuſdem generis, vt non differant niſi ſola quantitate: quod apparet in pecunia, auro, ære, oleo, frumento, &c. Si quis enim alicui certam pecuniam vtendam dederit, aut vini, aut olei certam menſuram, nihil intereſt dantis an idem corpus quod dedit recipiat, an vero rem aliam quæ eiuſdem generis ſit: ita vt modo eiuſdem generis res detur, vel eiuſdem ponderis, vel eiuſdem menſuræ, æque ſatisfiat ei, acſi idem corpus quod datum erat redditum eſſet. Et hoc vtile eſt tam danti mutuum quam accipienti: nec potuit aliter conſtitui ſine incommodo alterutrius: vſus enim harum rerum conſiſtit in conſumptione quadam. Nam non alius vſus vini eſt quam vt bibatur & conſumatur: vtile igitur eſt ei qui vinum vtendum accipit, vt tantundem dando liberetur. In aliis autem rebus ea ſimilitudo non reperitur, vt in libro, in equo, vel alia re huiuſmodi. Primum enim natura harum rerum eſt vt iis vtantur homines ſine conſumptione, & poſtquam ad tempus vſi fuerint, vt eas reddant. Nam ſi aliud redderetur, non ſatisfieret ei qui dedit, cum in his rebus (vt diximus) non ſit ea ſimilitudo, vt nihil eius interſit qui dedit, eandem rem an aliam eiuſdem generis recipiat. Ideoque hoc genus contractus non conuenit his rebus. In his autem rebus quæ conſtant pondere, numero, & menſura, vt *Quæ*, vt ait Paul. in d. l. mutuum. *in ſuo genere functionem recipiunt magis per ſolutionem quam ſpecie*, idem quodammodo ſoluitur. Res fungi dicitur, cum ad eum vſum datur, cuius gratia comparata eſt: ſic dos fungi dicitur, apud Vlp. tit. de dotib. quæ datur marito, vt ea vtatur quandiu conſtiterit matrimonium. Soluto enim matrimonio dos non dicitur amplius fungi, quia dos amplius non eſt, niſi contractus matrimonij renouatus fuerit. *Per ſolutionem.* Soluitur res non cum idem, ſed tantundem redditur, id eſt, non idem corpus, ſed aliud eiuſdem generis, vt Seneca ait, lib. de benef. 6. c. 5. quod in cæteris rebus quæ non conſtant pondere, numero, aut menſura obtinere non poteſt, vt diximus: quia cum non poſſit res vſquequaque in his ſimilis reperiri, aliud pro alio ſolui neceſſe eſſet: in quo nequaquam creditori debitor ſatisfaceret, *Quia aliud pro alio inuito creditori ſolui non poteſt.* Debitor tamen creditori volenti rem aliam ſoluendo liberatur. l. ſi rem. §. omnis. ff. de pignor. act.

Fungi res quomodo dicatur.

Quarto, in mutuo conſenſus neceſſarius eſt, nec enim ad mutuum contrahendum ſufficit pecuniam numerare, niſi quoque interueniat eius qui dat pecuniam & eius qui accipit mutuus conſenſus. l. non omnis numeratio. ff. eod. Oportet igitur hoc agi inter dantem pecuniam & accipientem, vt obligatio mutui contrahatur. Quod enim dicitur obligationem quandam re contrahi, aliam contrahi conſenſu, non ita accipere debemus, quaſi aliqua obligatio cõtrahatur re ſine conſenſu: nam ideo re dicimus contrahi obligationem, quia præter conſenſum neceſſe eſt rem interuenire: itaque niſi præter rem interuenerit vtriuſque conſenſus, non erit mutuum: veluti ſi forte vnus tantum conſentiat. Vnde exiſtit quæſtio, tractata in l. ſi ego. 18. Ego tibi dedi pecuniam quaſi donaturus, tu eam accepiſti quaſi mutuam. hic diſſenſus eſt inter nos. Ego enim ex cauſa donationis rem tibi dare volo, tu autem eam ex cauſa mutui vis accipere: an hoc impediat mutui obligationem, quæritur? Mouet quæſtionem, quod diſſenſus nullus eſt in re ſuper qua contrahitur obligatio, ſed in cauſa dandi: cum vterque conſentiat vt pecunia accipientis fiat. Is enim qui eam accipit quaſi mutuam, hoc animo eam accipit vt in ſe transferatur illius dominium: eodem animo eſt is qui donationis cauſa dat. hic igitur quæritur an mutuum ſit, an donatio; an vero nec donatio nec mutuum? Iulianus ſcribit donationem non eſſe. Donatio enim dici non poteſt, quia is cui pecunia donata eſt noluit ſibi donatam eſſe. Donatio autem ſine acceptione nulla eſt, inquit Cicero in Topic. Sed mutuum fortaſſis erit. Vlpianus negat hanc pecuniam eſſe mutuam: quia ſcilicet is qui dedit, noluit mutuam dare, ſed potius donare. Igitur vt mutui obligatio contrahatur: oportet vtrumque conſentire. Hic reperitur valde difficilis antinomia ex l. cum in corpus. ff. de acquir. rer. domi. Ait enim Iulianus, Cum in corpus conſentiunt contrahentes, etſi forte diſſentiant in cauſa transferendi dominij, non impediri dominij tranſlationem. Varia exempla adfert. Vnum eſt, cum quis mihi pecuniam quaſi ex teſtamento debitam dat, cum ex ſtipulatione debeatur, in me tamen transferri eius dominium, & cauſarum diuerſitatem hoc non impedire. Nam error qui interuenit, non impedit translationem dominij, quia vtraque cauſa eſt idonea ad dominium transferendum. Ergo quamuis in cauſa erratum ſit, nihilominus dominium in eum qui rem acepit transfertur: interuenit enim conſenſus, vt res acquiratur accipienti. Deinde eandem ſpeciem ſubiicit, quæ hic tractatur, & ait eum qui pecuniam numeratam donandi gratia tradit, ſi is qui accipit, quaſi creditam accipiat, proprietatem nihilominus transferre in accipientem, quod contrarium eſt iis quæ hic dicimus, accipientis eam non fieri. Videndum igitur eſt quomodo hic nodus ſit diſſoluendus. Variæ extant aliorum opiniones, quas nihil attinet hic referre. Mihi enim videntur hæ ſpecies diuerſæ eſſe, & in altera errorem deprehendi, in altera diſſenſum, ex eaque diuerſitate diuerſitatem iuris naſci. In hac enim lege noſtra non ſit mentio erroris, ſed diſſenſus potius. at in l. cum in corpus. proponitur errorem interueniſſe: & ex eius verbis apparet Iulianum loqui de contrahentibus qui erant in cauſa transferendi dominij. Exempli gratia: Quidam mihi dat pecuniam eo conſilio vt mihi ex cauſa donationis acquiratur: eius animum ignoro, & in errore verſor, exiſtimans eum potius velle mihi mutuam pecuniam dare: ideoque eam vt mutuam accipio. Diuerſa eſt vtriuſque opinio & exiſtimatio, nec alterius opinio alteri eſt aperta. Eius enim conſilium eſt vt mihi eam donet: ego autem puto eum velle mihi dare mutuo, & tanquam mutuam accipio. Hic error nõ poterit impedire dominij translationem. Non enim apertus eſt inter eos diſſenſus, & incertum eſt an ſi is qui accepit, ſciuiſſet eum qui dedit pecuniam donare velle, cum eo contracturus fuiſſet, denique quid vterque facturus fuiſſet, ſi vtrique opinio & conſilium alterius innotuiſſet. At in noſtra ſpecie nullus error interueniſſe proponitur, eiuſque nullum eſt verbum, ſed tantum diſſenſus. Diſſenſus autem eſſe poteſt ſine errore, etſi error non poſſit eſſe ſine diſſenſu. Nam reſponſum eſt eos qui errant non conſentire, l. ſi per errorem. ff. de iuriſdict. hic igitur opinio alterius alteri nota eſt, ſed eſt diſſenſus apertus: nec enim poteſt dici dubium eſſe an alias contracturi fuerint, cum hic aperte dicat, ſe non accipere niſi tanquam mutuam: nec mirum. Plerumque enim accidit, vt quis malit mutuam pecuniam accipere ab aliquo, quam donatam. Generoſi homines libertatem vendere nolunt beneficium accipiendo, & donatam pecuniam accipiendo. Ex his conſequens eſt, ex mutuo non naſci obligationem, nec agi poſſe certi condictione ex mutuo in hac ſpecie: poteſt tamen data pecunia condici, tanquam ſine cauſa data fuerit, cum ea ſine cauſa ad alterum peruenerit, vtpote cum neque mutuum, neque donatio, nec alia cauſa ſit propter quam retineat pecuniam qui eam accepit. Subiicit Iuriſconſult. in hac noſtra lege: *Quare ſi eos, &c.* Id eſt ſi conſumpta ſit pecunia ab eo qui accepit, & aduerſus eum agatur condictione ſine cauſa, poſſe agentem ſubmoueri exceptione doli, quaſi non videatur is dolo carere qui pecuniam conſumptam conſenſu ſuo & voluntate, repetat & condicat. Is enim qui dedit eam pecuniam, dedit eam tanquam donaturus. Vnde mirum non eſt quod hic dicitur, eum ſubmouendum eſſe exceptione doli. *Nam etſi ego quaſi.* Hic ſubiicit quaſdam ſpecies, in quibus propter diſſenſum dantis & accipientis non contrahitur mutui obligatio. Species huiuſmodi eſt: Ego volebam apud te deponere pecuniam, tu eam vt mutuam accepiſti. hic diſſenſus eſt inter nos: ideo dici non poteſt mutui obligationem inter nos contractam eſſe. Alia eſt, Tu mihi dediſti pecuniam quaſi mutuam, ego accepi eam quaſi cõmodatam. In his duabus ſpecie-

In mutuo contrahendo conſenſus & dantis & accipientis requiritur.

Prima quæſtio.

Donatio quid.

Antinomia ex l. ſi ego pecuniam. ff. eo. & l. cum in corpus. ff. de acqui. rer. domi. diſſoluitur.

bus aliud dicendum eſt, quam in priore ſpecie. Nam condicere poterit is qui dedit condictione ſine cauſa, nec agenti obiicietur exceptio doli. Non enim poteſt is fuiſſe animus dantis vt ea pecunia conſumeretur : & propterea danti actionem competere dicimus.

Quæſtio ſecunda. Ex iam dictis naſcitur alia quæſtio tractata in l. ſi tibi. 20. Petebas à me pecuniam ex cauſa donationis : volebam quidem tibi donare, ſed eo tempore indigebam pecunia: poſt illud tempus facile mihi erat tibi donare. Itaque contractus ita inter nos initus eſt, vt ego tibi eam pecuniam donem, & tu eam mihi credas, vt interim poſſim ea pecunia vti, ſed tua tamen ſit. hic quæritur an ſit mutuum? Ex his quæ diximus probabiliter dubitatur an mutuum ſit. Diximus enim ita demum mutuum contrahi, ſi vterque conſentiat, tam is qui dat quam qui accipit pecuniã. At is qui mihi donat pecuniam, tanquam mutuam accepturus, videtur animum habere liberandi ſe magis in hac ſpecie, quam obligationem mutui contrahendi: ideo dici non poteſt mutuum eſſe. Hic ideo reſpondet Iulianus: *Dixi in huiuſmodi propoſitionibus, &c.* Cum proponitur hæc ſpecies, Ego tibi do pecuniam, vt tu eam mihi credas, impropria locutio eſt. Donatio enim dici non poteſt, ſi proprie donatio accipiatur: quia donatio proprie dicitur, cum aliquid confertur in alium, ita vt nihil alio nomine vel dare vel facere cogatur is qui accipit, l. 1. ff. de donat. Ergo cum ego tibi dono pecuniam vt eam poſtea mihi credas, donatio dici non poteſt. Sequitur: Sed hæc intelligenda ſunt propter ſubtilitatem verborum, benignius tamen eſt, &c. Quæ hactenus dicta ſunt, diſputationis cauſa dicta intelligi debent. His enim verbis oſtendit Iuriſc. ſe negligere ſubtilitatem verborum. Quamuis igitur exigat ſubtilitas iuris, vt hæc intelligantur ſecundum ea quæ ſuperius diximus: benignius tamen eſt tam donationem quam mutuum valere: donationem quidem, vt transferatur dominium pecuniæ in accipientem ex cauſa donationis: mutuum vero, vt pecuniam quæ ſua facta eſt transferatur ex cauſa mutui in donantem. Verum quidem eſt in hac ſpecie eum qui pecuniam mutuo dat, animum habere liberandi ſe ab ea obligatione qua tenetur: ſed habet etiam animum contrahendi obligationem, vt in l. in traditionibus. ff. de pactis. idem dicitur de eo qui vendit aliquam rem ſecundum voluntatem teſtatoris. Hactenus de conſenſu.

Quinto ad mutui obligationem contrahendam hoc agi debet inter dantem & accipientem, vt non eadem res reddatur quæ data eſt, ſed alia eiuſdem generis, vt dicitur in l. 2. in princ. cum enim dixerimus mutuum conſiſtere in his rebus, quæ conſtant pondere, numero, vel menſura: cuiuſmodi eſt pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum: hæcque ponderari, menſurari, vel numerari ſoleant, quia tanta eſt iam rerum ſimilitudo, vt vna ab alia differre non videatur, nihil referet etſi eadem non reddatur ſpecies, ſed alia eiuſdem generis quantitas, quæ cognoſcetur pondere, numero, menſura. Diximus etiam harum rerum vſum conſiſtere in cõſumptione: Ergo vtilitas exigit vt non idem, ſed tantundem reddatur. Cum igitur obligationem de his rebus contrahamus, poteſt quidem conuenire inter contrahentes vt idem reddatur, ſed tunc non eſt mutuum. Nam ſi quis deponit rem ſuam apud aliquem, mutuum contrahi non dicetur, ſed depoſitum: quia agitur vt eadem res reddatur : adde quod ea res vtenda non datur. *Si aliud genus veluti vt pro tritico vinum, &c.* Vt mutuum ſit, non ſufficit hoc agi inter dantem & accipientem, vt non idem reddatur, ſed oportet etiam vt reddatur alia res eiuſdem generis, alias non eſſet mutuum, ſed alius contractus qui innominatus eſt. Hinc etiam conſequens eſt, ſi pecunia detur alicui oſtentandi cauſa, ea conditione, vt eadem pecunia reddatur quæ accepta eſt, non eſſe mutuum. Ex quo intelligi poteſt quod hic Paulus ait, *Mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem, &c.* Exemplum eſt in l. ſi ego. Quidam accepit pecuniam ab aliquo oſtentandi cauſa, non vt pecuniam conſumeret, vt plerunque accidit, vel ad pompam ſeu oſtentationem, vt dicitur in l. 3. §. vltim. ff. commodati. quæritur an ſit mutuum? Forte dicet quiſpiam mutuum eſſe, quia mutuum contrahitur de his rebus quæ conſtant pondere, numero, & menſura, cuiuſmodi eſt pecunia: non autem commodatum: quia hic pecunia dicitur data eſſe mutuo vtenda. Sed ex his quæ diximus apparet mutuum hoc non eſſe. Nam in mutuo contrahendo oportet hoc ſemper agi inter dantem & accipientem, vt non eadem res reddatur, ſed alia eiuſdem generis: id eſt, vt conſumat eam is qui accepit, & dominus eius fiat: ideoque hoc verbo conſilium contrahentium ſignificatur. Ergo cum hoc agitur ab initio in obligatione contrahenda, vt is qui pecuniam accipit, eam non conſumat, ſed vtatur ad oſtentationem, poſt vſum vero reddat, non dicitur mutuum contractum eſſe, l. 4. ff. commodati. vbi ſubiicitur exemplum de pecunia quæ datur dicis cauſa.

Sexto, ad mutui obligationem contrahendam neceſſaria eſt dominij translatio: id colligitur ex l. 2. §. appellata. Probat enim Paulus dominij translationem neceſſariam eſſe in hoc contractu, argumento ducto ab etymologia huius vocabuli: mutuum, quod inde deductum ait, quod de meo tuum fiat. Hinc conſequens eſt, eum qui mutuum dat, dominum eſſe oportere, vt dicitur in dicta l. 2. §. creditum. nam ſi neceſſaria ſit dominij translatio ad mutuum contrahendum, oportet eum quoque qui mutuum dat, dominum eſſe: quia qui dominus non eſt, alium dominum efficere non poteſt. Non enim poteſt quis plus iuris in alium trãsferre, quam ipſe habet. *Nec obeſt quod filiuſfamilias, &c.* Hi etenim quamuis domini non ſint, poſſunt tamen contrahere ex nummis peculiaribus, quia perinde in his eſt, ac ſi quis voluntate mea mutuum contraheret. Huic ſententiæ obiicitur l. non vnde originem. hic. ex cuius verbis colligi videtur, non eſſe inquirendum an pecunia quæ mutuo data eſt fuerit propria creditoris, modo vt propriam crediderit. Sed hoc quemadmodum accipiendum ſit ego accurate docui in interpretatione l. ſi rem alienam. ff. ſolut. matrimo. Dixi enim eum qui agit ex mutuo, non cogi probare ſuam eſſe pecuniam quam credidit : alioqui durum eſſet, eum qui mutuam dedit pecuniam alicui, non poſſe eam aliter conſequi condictione ex mutuo, niſi doceret ſuam eſſe. Sed licet non inſpiciamus in hac actione vnde originem mutuo data pecunia habeat, ſufficiatque eum qui contrahit vt propriam numerare : reus tamen contra quem agitur, ſi vellet docere illius non fuiſſe, eius allegatio admittenda erit. Dominum igitur dantem eſſe oportet: vnde quæritur an ſi ſit dominus tantum pro parte qui credidit, quia ſocietatem forte coiuit cum alio, an recte contrahatur mutui obligatio? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi ſocius. ff. eod. vnus ex ſociis mutuam pecuniam dedit, quæritur an conſiſtat mutui obligatio? Ait Paulus diſtinguendum eſſe: vt ſi propriam pecuniam numerauit, mutuum recte contractum eſſe dicatur, licet alij ſocij diſſenſerint: quia diſſenſus aliorum ſociorum non poteſt efficere quin de pecunia propria mutui obligationem contrahat. Si vero communem pecuniam crediderit, non erit mutuum, niſi cæteri conſentiant. Quomodo hoc accipiendum ſit dicemus ſub titul. de commun. rer. alienat. infr. Solet quæri an quod hic dicitur accipiendum ſit de ſocio omnium rerum: nam de ſocio vnius rei dubitatio nulla eſt quin poſſit de re de qua ſocietas contracta non eſt, mutuum contrahere: ſed & is qui coiuit ſocietatem omnium bonorum, poteſt habere aliquam rem propriam. Nam etſi cum ſocietas initur inter aliquos omnium bonorum, omnia bona quæ habent ſocij tempore coitæ ſocietatis communicentur etiam ſine traditione & apprehenſione, l. 3. ff. pro ſocio: earum tamen rerum quæ non fuerunt tempore contractæ ſocietatis, non fit communicatio, l. 73. & l. ſi quis ſocietatem. 74. ff. pro ſocio. Ideoque de his rebus contracta mutui obligatio valet, etſi ſocius alter habeat actionem pro ſocio, quæ perſonalis eſt, ad cogendum eum vt communicet eam rem de qua mutuum vult contrahere. Sed ea actio non poteſt impedire quin alienetur res, l. quoties. ſupra de rei vindic. non enim eſt in rem actio. Nec *Caſus in quibus is* tamen ſemper neceſſarium eſt vt is qui mutuum dat, domi- *qui pecu-* nus ſit : & quia reperiuntur aliqui caſus in quibus de re alie- *niam mu-* na mutui obligatio contrahitur, hi nunc à nobis explicandi *tuo dat,* ſunt. Vnus eſt in l. Rogaſti. 11. in principio. ff. eod. Qui- *dominus* dam à fœneratore petebat pecuniam mutuam: is reſpondit *non eſt.* ſe pecuniam non habere, vt facere ſolent improbi fœnerato- *Ad l. Rogaſti.* res, ſed pannum, lancem, aut aliud huiuſmodi, vende, inquit, & habe pro certo precio, & nũmis vtere, ſi videbitur. Vendita res eſt, quæritur an ita mutuum recte contractum eſſe dicatur. Ex his quæ iam dixi videtur non poſſe: quia vt mutui obligatio contrahatur, oportet eum qui mutuo dat, pecuniæ creditæ dominum eſſe : at in hac ſpecie is qui dat, dominus non eſt. Hic enim proponitur lancem datam eſſe ei qui mutuum

tuum rogabat, qui eam vendidit, vt precio quod ex ea redactum eſſet vteretur. Non poteſt igitur dici ea pecunia eius eſſe qui lancem dedit: nam ſi quis vendiderit rem meam meo mandatu, non ideo pecunia redacta ex ea venditione mea eſt: traditione enim res acquiri debet, at nunquam ei ea pecunia tradita fuit. Hic tamen dicitur mutuum contractum eſſe: ſed hoc receptum eſt propter vtilitatem, neglecta iuris ſubtilitate, iure quodam ſingulari contra tenorem rationis. Sunt enim quædam ſingularia mutui præcepta, l. ſingularia. ff. eod. & hoc dicitur fieri breui manu, vt loquuntur Iuriſc. in l. licet. §. quoties. ff. de iure dot. Quod verbum explicatur in l. 3. §. ſed ſi debitorem. ff. de donat. inter vir. & vxor. vbi dicitur, celeritate coniungendorum actuum vnum actum occultari. nam vt mutuum ſit in hac ſpecie, tres actus neceſſarij eſſent. Primus traditio lancis vt vendatur: deinde precium redditum eſſe domino lancis: tertio id pretium tradi ex cauſa mutui ei qui mutuum rogauit: ſed vnum actum occultari celeritate coniungendorum actuum videmus, redditionem ſcilicet precij domino. Vtilitas & commoditas hominum hoc ſuaſit, vt à ſubtilitate iuris recederetur, & intelligeretur mutua eſſe pecunia, etſi is cui obligatio mutui acquiritur, re vera nunquam dominus fuerit pecuniæ mutuo datæ. Sed in hac ſpecie vt mutua pecunia ſit, duo neceſſaria ſunt: primum vt res vendita ſit? nam anteq iam recipiatur pecunia ex pretio lancis, mutuum non eſt. Et propterea hic dicitur? *Si vendiderit, puto pecuniam mutuam factam.* Alterum eſt, vt conuenerit inter eos, vt ea pecunia vti poſſit is qui lancem accipit vendendam, poſtquam vendiderit. Nam ſi non appareat conueniſſe vt ſtatim vtatur, hoc non erit mutuum, & ad id quod datum eſt repetendum, alia actione vtemur quam condictione ex mutuo. Hæc ſubieci vt conciliarem l. ſingularia. ff. eod. cum l. qui negotia. ff. mand. in quibus eadem fere ſpecies proponitur. In illa enim ait Vlpi. mutuum contractum, ſi ex cauſa mandati pecuniam mihi debeas, & crediti nomine eam retineas: in hac Africanus id negat, & pecuniam inde redactam peti debere ait actione mandati, quod mutua non ſit. Sed in hac hypotheſi expreſſum non eſt eum qui pecuniæ dominus erat, permiſiſſe accipienti vt ea vteretur: quemadmodum in ſuperiori ſpecie. Ait quidem ſe pecuniam mutuam dare velle: ſed quia expreſſum non eſt, vt ſtatim poſt rem venditam ea pecunia vteretur, intelligimus ita id eſſe actum, vt precium deferret ad dominum rei venditæ, & illud ab eo poſtea acciperet. Aliud exemplum eſt huic omnino non diſſimile, in l. ſi pro mutua. hic. Quidam cum indigeret pecunia acceſſit ad fœneratorem, qui pro pecunia dedit illi ſpeciem aliquam, vt fœneratores noſtri temporis faciunt, ſed æſtimatam: & ſtipulatus eſt vſuras eius quantitatis nomine qua ſpecies æſtimata fuerat: quæritur an ſit mutuum. Eadem ratione iuris interpretatione creditur dominus mutui fuiſſe, is qui rem æſtimatam vendendam alij dedit vt ea vteretur: ideoque hic ſtatim mutuum fieri, propter æſtimationem rei: at in d. l. rogaſti. in prin. non eſt mutuum, niſi poſt venditionem: hic enim æſtimatio rei habetur pro ſorte, hinc & fœnerator eius ſortis vſuræ legitimæ poteſt ſtipulari. nam ſi exceſſerit fœnerator in ſtipulando, non cogetur debitor vltra legitimum earum modum.

Breui manu fieri.

Conciliatio l. qui negotia. cum l. ſingularia.

d. l. ſingularia.

Aliud exemplum eſt in l. ſingularia. ff. eod. de debitore qui iuſſu creditoris numerat alicui pecuniã. Tu petebas à me pecuniam mutuam, ego quidem pecuniam non habebam, ſed quidam mihi debebat, iuſſi debitori meo vt pecuniam tibi daret. Hic mutuum dici non poteſt, ſi communem rationem ſpectemus: quia hæc pecunia nunquam mea fuit, licet fuerit debita. recte igitur ait Vlp. hoc ſingulare eſſe. Hæc enim præcepta aliena ſunt à communi iuris ratione. l. ius ſingulare. ff. de legib. & Senatuſconſ. Ius commune eſt de re propria dantis obligationem mutui contrahi. Nam ſi dominium transferatur in accipientem, oportet eum dominum eſſe qui mutuum dat. Aliud igitur receptum eſt, contra tenorem rationis, vtilitate hominum id ſuadente. Idem dicendum eſt, & ſi ſine iuſſu meo quis pecuniam dederit nomine meo: modo mea voluntate, & ratum id poſtea habeam, l. certi cõdictio. §. ſi nummos. ff. eo. nam nolenti obligatio ab alio non acquiritur. Hic reſpexerunt iuris auctores ad vtilitatem hominum.

Aliud exemplum eſt in d. l. ſingularia. Mihi debebas pecuniam ex cauſa mandati, quia quædam negocia mea geſſeras, vt qui rem meam forte vendideras, & receperas pretium redactum ex venditione. Cum autem peteres à me pecuniam mutuam, cõuenit vt retineres illam pecuniam mutui nomine, quam mihi debebas ex mandati cauſa: quæritur an mutuum ſit. Et ait Vlp. pecuniam mutuam eſſe. Si enim quod diximus in duabus perſonis Titio & Sempronio, cum mihi pecuniam debet Titius, & mutuum rogat Sempronius, vt quod crediti nomine dat Sempronio Titius ex mea pecunia, mutuum ſit, recipitur, multo magis in vna perſona, cum breui manu hoc fieri dicitur. Ex quo intelligi poteſt nuda pactione contrahi mutui obligationem, quamuis ſupra dictum ſit, re id fieri. Nulla enim res eſt quæ proficiſcatur, niſi per fictionem quandam & iuris interpretationẽ. Sed hic occurrit valde & difficilis & obſcura antinomia ex d. l. qui negocia. ff. mand. nullaque creditur eſſe difficilior in toto iure ciuili: & tam variæ opiniones ſunt hac de re ſcribentium, vt quot ſunt capita tot eſſe ſententiæ videantur. Species hic proponitur, in qua quæritur an obligatio mandati quæ eſt inter dominum & procuratorem, conuerti poſſit in obligationem mutui pactione & voluntate contrahentium. Reſpondet Africanus non poſſe. *Alioqui*, inquit, *dicendum, ex omni contractu, &c.* Quomodo, inquit, diceremus creditum eſſe? nulla fuit pecunia numerata. Si enim hoc admitteremus ex omni contractu nuda pactione poſſet fieri pecunia credita. Et tamen in hac l. ſingularia. dicit Vlpia. ſufficere pactionem propter ſingularia præcepta, ad obligationem mandati in obligationem mutui cõuertendam. Idem exemplum eſt in vtroque capite, & tamen ius varium & diuerſum. Pro diſſolutione huius antinomiæ examinanda eſt hypotheſis quæ tractatur apud Africanum in d. l. qui negotia. de qua certum eſt eum ex facto conſultum fuiſſe. Eſt enim ex lib. 8. quæſtionum. quod & probant hæc verba: *Reſpondi non eſſe creditam.* Videndum an aliqua ſit circumſtantia propter quam adductus fuerit Africanus vt contra præcepta mutui reſponderet. Nam inter præcepta mutui eſt, vt diximus, mandati obligationem in obligationem mutui conuerti poſſe nuda pactione. Quibuſdam videtur ita reſpondiſſe Africanus, quia pecunia erat parata: in noſtra autem lege non fuiſſe paratam. Sed hic nihil eſt vnde id colligi poſſit. Alij dicunt, in d. l. ſingularia, pecuniam fuiſſe penes procuratorem. in l. qui negotia. non fuiſſe. ſed nec multo magis hæc mihi ſententia probatur. Nam in l. qui negotia. iis quæ in epiſtola continentur oſtendit Africanus pecuniam apud procuratorem fuiſſe. Ideo non poteſt ea diſtinctio defendi. Animaduertendum igitur eſt (id quod etiam veteribus quibuſdam placuit, & recentioribus etiam nonnullis probatur) in hypotheſi quæ apud Africanum tractatur, concurrere mandatum ſimul cum mutuo, & quæſtionem eſſe de vſuris, an eæ peti poſſint, tum vtrius contractus potior cauſa ſit, & vter altero præferendus, an contractus mandati, an contractus mutui. In quæſtione enim vſurarum multum intereſt: nam ſi dixerimus cõtractum eſſe mandati, debebuntur vſuræ etiam ſine ſtipulatione, & nudo pacto: quia contractus mandati bonæ fidei eſt, at in contractibus ſtricti iudicij non debebuntur vſuræ, niſi per ſtipulationem. l. 3. inf. de vſuris. At procurator epiſtolam emiſit ad dominum ſuum, in qua cauit pecuniam quandam ex adminiſtratione penes ſe eſſe, eamque ſe vt creditam retinere, & promittere vſuras ſemiſſes. Sed hic nulla ſtipulatio eſt: non enim ſtipulatio contrahitur inter abſentes per epiſtolam: nuda tantum eſt conuentio, ex qua vt diximus, non debentur vſuræ, niſi contractus ſit bonæ fidei, vt mandatum. Non igitur ſine cauſa quæritur ratione vſurarum an contractus ſit mandati, an contractus mutui. Probabilis autem dubitatio fuit in hac quæſtione. Nam ex eo quod procurator erat, non poteſt dici actionem mandati competere domino, cum ei dominus tanquam procuratori ſuo permiſerit hanc pecuniam accipere: quinimo poteſt videri mutuum eſſe, quia ſcilicet conuenit inter eos vt pecuniã, quæ relicta erat ex adminiſtratione, mutuã acciperet. Huiuſmodi pleræque ſpecies incidunt, in quibus concurſus eſt contractuum, & quæritur vter alteri præualere debeat: quarum exemplum vnum eſt in l. 1. §. quod ſi rem. ff. depoſiti. Ego tibi mandaui vt ferres rem quandam meam ad Titium: & ſi Titius eam rem accipere nollet, vt eam mihi cuſtodires, quæritur ſit ne mãdatum, an potius depoſitum. Probabilis dubitatio eſt hac de re: nam eo quod mandaui vt ferres

Antinomia difficilis ex l. ſingularia. ff. eo. l. qui negotia. mand. ſublata.

ad Titium, videtur mandatum eſſe: eo vero quod eam rem tibi cuſtodiendam dedi, ſi Titius nollet accipere, depoſitum. Sed tamen fieri non poteſt vt ſimul depoſitum ſit & mandatum: nam effectu multum differt alter contractus ab altero. Mandatarius enim plerunque culpam præſtat: depoſitarius autem de dolo tantum tenetur. Quid igitur dicemus? In huiuſmodi quæſtionibus ſolemus inſpicere id quod principaliter agitur inter contrahentes. Hinc etiam dicit Vlpia. mandatum eſſe in hac ſpecie. Nam principalis contractus eſt mandatum, cui lex & conditio adiicitur. Principaliter enim actum fuit vt res illa perferretur ad Titium: poſtea adiecta eſt pactio, vt ſi eam accipere nollet, mandatarius eam cuſtodiret. Simile exemplum eſt in l. ſi ſacculum. 29. §. vlt. ff. depoſ. Ego depoſui apud te rem meam, & conuenit vt ea vtaris, ſi velis. quis contractus hic iudicandus eſt? an dicemus eſſe depoſitum, quia res data eſt cuſtodienda: an vero commodatum, quia ſcilicet permiſi vt ea vtereris? Ait Paulus depoſitum eſſe, quia hoc principaliter agitur, licet poſtea conuenerit vt ea depoſitarius vteretur: nec enim ideo dicendum eſt commodatum eſſe. Similis quæſtio eſt hæc apud Africanum tractata, quæ oritur ex coniunctione contractuum. Quæritur enim ſitne mandatum, quia mandaui procuratori meo vt pecuniam exigeret, an vero mutuum, quia conuenit poſtea vt mutui nomine haberet. Cui quæſtioni reſpondet Africanus, mandatum eſſe, non autem mutuum: & actionem mandati competere, non autem actionem ex mutuo: ideoque vſuras deberi. Mutuum enim eſt contractus dicti iudicij, ex quo non debentur vſuræ niſi per ſtipulationem promiſſæ ſint: in mandato id non requiritur, vt diximus, quia bonæ fidei contractus eſt: nihilque refert an vſuræ per ſtipulationem promiſſæ ſint: an pacto conuento. Sed cur potius dicitur mandatum eſſe quam mutuum in hac ſpecie? Ratio eſt quoniam qui mutuam hic pecuniam accipit, is eſt, qui procurationem & adminiſtrationem habet vniuerſorum bonorum domini. Manet enim adhuc procurator cum hoc mutuum contrahitur, ideoque perſeuerat eius mandatum, cum ei dominus permittit pecuniam reddendam ex adminiſtratione mutuam retinere: ſicq; videtur tanquam procuratori eam permittere, qui forte alias permiſſurus non eſſet: atque ita mutuum includitur ſub mandato generali, quaſi pars ſit mandati principalis contractus. Hac ratione videtur adductus Africanus vt reſponderet pecuniam hic mutuam non eſſe, nec obligationem mutui, ſed mandati. Confirmat noſtram ſententiam alius locus ſub eod. tit. in l. ſi remunerandi. 6. §. apud Iulianum. Quidam mandauit procuratori ſuo vt certam pecuniam ſumeret, & fœneraret periculo ſuo, ita tamen vt eo nomine certas vſuras penderet domino, reliquum ipſe lucraretur. Quæritur an ſit mutuum? Ait Vlp. mutuum eſſe, atque ideo vſuras non deberi, quia non interuenit ſtipulatio. Mandatum autem non eſſe, quia quod hic principaliter agitur reſpicit commodum mandatarij, quod extra mandati formam eſt. l. Quintus. §. vlt. ff. mand. Si tamen is cui illud mandatum eſt, procurator vniuerſorum bonorum fuiſſet, aduerſus eum daretur actio mandati, actioneque mandati vſuræ peti poſſent: quia hoc videtur etiam ad illam adminiſtrationem generalem pertinere. Cum enim adhuc eſſet procurator, durabat mandatum, eiuſque adminiſtratio: & dominus mandando illi vt pecuniam mutuam acciperet, videri poterat ei mandare tanquam procuratori & adminiſtratori vniuerſarum rerum ſuarum, & quaſi legem quandam dicere principali contractui. Atque huic quidem ſimilis ſpecies videtur eſſe in l. qui negotia. Is enim qui hic proponitur procurabat negotia Titij, & adminiſtrationem habebat vniuerſorum eius bonorum eo tempore quo epiſtola, cuius hic mentio fit, emiſſa eſt, necdum finitum erat eius mandatum: ideoq; cum dominus ei permittit vt pecuniam accipiat mutuam, intelligere debemus dominum voluiſſe legem aliquam dicere principali cõtractui. Principalis autem magis eſt contractus mandati, quam mutui. At in l. ſingularia. quia Vlpian. loquitur de mandato quod finitum erat, non poſſumus intelligere quaſi dominus legem dicere voluerit generali mandato. *Alioqui dicendum ex omni contractu, &c.* Id eſt, ſi hic diceremus creditam eſſe pecuniam, hinc conſequeretur ex omni contractu nuda pactione creditam pecuniam fieri poſſe: hoc eſt, vt quotieſcunque quis permitteret alicui vti pecunia ſua, mutuum eſſet: quod tamen falſum eſt, & contra dictam l. ſi ſacculum. ff. depoſiti. Nam lex de vtendo ibi adiicitur contractui depoſiti. Et hæc mihi videntur hac ratione eſſe concilianda. Addit Africanus in dict. l. qui negocia. aliquot alias ſpecies quæ videntur huic ſimiles eſſe, in quibus tamen maximam oſtendit diſſimilitudinem eſſe, veluti in hac ſpecie. Ego pecuniam meam apud te depoſui: deinde conuenit inter nos vt eam mutuo accipias, id eſt, vt recedatur à priori contractu, & conuertatur in contractum mutui: hic enim diſſimilitudo eſt. Nam pecunia quæ apud te eſt, mea eſt, non mihi debita. Alia eſt, ſi à debitore meo iubeam te accipere pecuniam, quæ ſpecies habetur etiam in l. ſingularia. mutuum enim hic contrahitur: quia hoc ratione quadam ſingulari contra rationem communem recipitur. non eſt igitur producendum ad conſequentiam.

Mandatum à depoſito quid differat.

Aliqui addunt inter pactum & ſtipulationem quantum ad eam rem attinet, multum intereſſe. Cenſent enim, tametſi nuda pactione non ſemper vna obligatio in aliam conuertatur: ſtipulatione tamen id fieri poſſe. Quod colligunt ex l. ſi ex pretio. hic. Sed ea lex iudicio meo alium ſenſum habet. In ea enim non conſtituitur differentia inter ſtipulationem & pactum conuentum, quod ad obligationem vnam conuertendam in aliam attinet, veluti obligationem empti, in obligationem mutui, ſed quantum ad obligationem vſurarum attinet. Certis enim ex cauſis receptum eſt vtilitatis cauſa, vt pacto conuento alia obligatio in obligationem mutui conuertatur, tantamque vim habet pactum conuentum, quantum ſtipulatio in ea re. Sed cum quæritur de vſuris, maior vis eſt ſtipulationis quam pacti conuenti. Nam ſi quis ſtipulatus fuerit, vſuræ ex ſtipulatione debebuntur, quantaſcunque ſtipulatus fuerit, modo legitimum modum non excedant. Sed ſi pacto conuenerit vt pecunia ſit credita, & debeatur ex mutuo cum vſuris: quamuis forte hic mutuum contractum ſit, nihil tamen magis debetur ex hac pactione, quam debebatur ex priore obligatione. Et ideo etſi conuenerit de certis vſuris ſoluendis, non ideo tamen peti poterunt: quia vſuræ ex mutuo ſine ſtipulatione deberi non poſſunt. l. 3. Codic. de vſuris. Sed de ea l. ſi ex pretio. nos quædam alia poſtea dicturi ſumus.

Ad l. ſi ex pretio.

Sequitur alius caſus, in quo mutuans alienam pecuniam obligationem ſibi acquirit. l. ſi abſentis. 4. hic. Quidam mutuatus eſt pecuniam meam nomine meo, ex hoc contractu mihi acquiritur actio & obligatio, ſi id ratum habuero. l. certi condictio. §. ſi nummos. ff. eod. ſed ſi certum non habuero quod geſtum eſt, nulla mihi acquiritur obligatio, nulla actio, ſed ei qui numerauit vtilis actio eo nomine competit. His verbis oſtendit directam actionem ei deficere: ſed vtilitatis cauſa actionem dari, neglecta iuris ſubtilitate, quæ vtilis dicitur: alioqui ſi nulla aduerſus eum competeret actio ad repetendam eam pecuniam, locupletaretur is cui mutuo pecunia data eſt cum alterius incommodo: quod à iure alienum eſt. l. nam hoc natura. ff. de cond. indeb. Nam is cuius pecunia eſt, & cuius nomine numerata eſt, cum ratum non habeat quod geſtum eſt, petet ab eo qui eam mutuam dedit. Recte igitur vtilis actio ei datur qui pecuniam numerauit. Ex his igitur cauſis, & aliis ſimilibus ſi quæ occurant, vt occurrere poſſunt, valet mutuum, etſi de re aliena contractum fuerit. Extra has cauſas non contrahitur mutui obligatio, niſi quis pecuniam ſuam mutuam dederit. Sed tamen notandum eſt quamuis ab initio mutuum non conſiſtat, tamen plerunque conualeſcere: veluti ſi vtiliter contracta initio non ſit obligatio, vt quia res aliena erat quam alius dabat.

Secundus caſus.

De mutuo quod ex poſt facto conualeſcit.

In primis igitur confirmatur conſumptione: nam ſi quis pecuniam alienam crediderit, & ea deinde conſumpta ſit ab eo qui illam accepit bona fide, mutui obligatio quæ ab initio non conſiſtebat, conualeſcit hac conſumptione. l. nam etſi fur. ff. eod. idem dicitur in l. non omnis. 19. §. vlt. ad fin. eod. idem dicitur in l. quædam. de reb. deb. idem in l. ſi quis pro eo. 56. §. ſi nummos. ff. de fideiuſſor. l. Caſſius. ff. de ſolut. Sed quæritur qua ratione conſtitutum ſit vt conſumptio eam vim habeat, quam tranſlatio dominij, id eſt, vt propter conſumptionem detur condictio ei qui alienam pecuniam mutuam dedit. Magna ratio id ſuaſit, ne videlicet is qui pecu-

Mutuum quomodo dicatur conualeſcere conſumptione.

niam accepit mutuam, cum iactura alterius locupletetur, nulla actione aduerſus eum competente. Si quis enim meam pecuniam mutuam dederit, mihi quidem aduerſus eum qui poſſidet, antequam ea cõſumpta ſit, datur rei vindicatio: ſed poſtquam conſumpta eſt bona fide, domino pecuniæ nulla amplius competit actio. l. qui reſtituere. 69. & l. & ex diuerſo. ff. de rei vind. & l. vlt. ſup. eo. Itaque ſi is qui mutuam pecuniam accepit quæ erat aliena, eam conſumpſerit bona fide, & ſine dolo, dominus eius pecuniæ nullam actionem aduerſus eum habet, & hoc ſatis expreſſum eſt in l. rogaſti. §. vl. ff. eod. Is autem qui mutuam pecuniam dedit, ſecundum ſtrictam rationem, nullam actionem habet: non enim contrahitur obligatio mutui de re aliena. Sed tamen conſumptio facit, vt conualeſcat mutuum: quia eo ventum eſt, vt niſi detur actio ei qui pecuniam mutuam dedit, cum aliena pecunia fuerit, nulla competitura ſit actio aduerſus eum qui mutuum accepit. Sic intelligendum eſt quod dicitur in d. l. ſed etſi fur. & l. non omnis. §. vlti. Id colligitur ex l. Caſſius. ff. de ſolut. Sed, vt diximus, oportet rem bona fide conſumptam eſſe: quia ſi mala fide conſumpta ſit, ſupereſt actio. l. rogaſti. §. vlti. ideoque neceſſe eſt obligationem mutui confirmari per hanc conſumptionem. Solet hic quæri, quando conſumpta pecunia eſſe dicatur. Pecunia conſumpta dici poteſt, ſi is qui acceperit, eam in vſus ſuos conuerterit, & impenderit: vel cum eſt commixta cum alia pecunia: cuius vnum exemplum eſt in l. ſi alieni. ff. de ſolut. Eſt enim eadem ratio in commixtione quæ eſt in alia conſumptione.

Conſumpta quando dicatur pecunia.

Alia cauſa eſt propter quam hæc mutui obligatio confirmatur, nempe vſucapio. Exemplum vnum eſt in l. indebiti. §. vlti. infr. de cond. indebi. l. ſi alienam rem. ff. de donat. cau. mor. Quidam mutuam pecuniam dedit alienam, vel frumentum alienum, vel aliam huiuſmodi rem alienam, is qui accepit, eam vſucepit triennio, quia mobilis erat, & eius factus eſt dominus: hic quæritur an poſſit agi ex mutuo. Ratio exigit vt ex mutuo agatur, ſicut agitur propter conſumptionem: quia ſicut ſupra deficere diximus actionem aduerſus eum qui conſumpſit, ſic etiam deficit aduerſus eum qui vſucepit. & hoc expreſſum eſt in d. l. indebiti. §. vlt. nam quemadmodum is qui ſoluit alicui rem ſuam ſed indebitam, poteſt repetere eam: ita etiam ſi rem alienam, etſi vſucapta ſit. Confirmatur etiam hæc obligatio euentu conditionis. l. proinde. ff. eo. l. Sed de conditione quæ mutuo adiicitur, nos dicemus alio in loco. Addunt aliqui mutuũ quoque confirmari ſtipulatione, quod illi conciliati dicunt: id ſumunt ex l. 2. hic. vbi proponitur, Aſclepiadem quendam pecuniam alienam ſuo nomine credidiſſe, & ſtipulatum fuiſſe eam pecuniam ſibi reddi. Et dicitur actionem ei competere cuius pecunia fuit: ſed tamen non propterea dicere poſſis, per ſtipulationem conualeſcere mutuum. nam cum ex ſtipulatione agatur, non ex mutuo, id probari non poteſt. Non enim ſequitur, ex ſtipulatione competit actio: ergo etiam ex mutuo. Ex his intelligitis quomodo contrahatur mutuum, & quæ neceſſaria ſunt ad ſubſtantiam mutui. Secundus locus eſt,

De mutuo, quod vſucapione conualeſcit.

Mutui obligatio euentu conditionis confirmata.

Contra quoſdã, qui ſtipulatione confirmari mutuum volunt.

De perſonis cum quibus contrahitur mutuum.

Cap. III.

Sub hoc titulo variæ quæſtiones tractantur de perſonis, de quibus probabiliter dubitari poteſt, an mutuum contrahere poſſint. Ac in primis quæritur an pupillus mutuum contrahere poſſit. Pupillus mutuam pecuniam dando ſine auctoritate tutoris ſui, mutuum non contrahit. l. non omnis. §. ſi pupillus. ff. eo. nec pecunia data alienatur. Nam pupillus nihil alienare poteſt ſine auctoritate tutoris ſui. l. obligari. 9. §. ſi pupillus. de auct. tut. §. nunc admonendi. Inſt. quib. alien. licet vel non. Hic autem alienatio quædam eſt. nam cum quis mutuam pecuniam dat alteri, alienat eam: quia alienatio eſt omnis actus quo dominium in alium transfertur. l. 1. infra, de fundo dotali. hic tamen dicitur, pecunia conſumpta obligationem mutui conualeſcere, ſed id propter vtilitatem receptum eſt, ne ſcilicet lucretur eam pecuniam cum alterius incommodo is qui accepit. Idemque dicitur de ſolutione quod de mutui datione. Magnam enim affinitatem habet mutui datio cum ſolutione: quia ſicut mutui datione, ita etiam ſolutione transfertur dominium. Nam is qui ſoluit pecuniam debitam, transfert dominium eius pecuniæ in accipientem creditorem cui ſoluit. Itaque ſi pupillus ſine auctoritate tutoris ſui ſoluat alicui, nihil agit, nec liberatur, niſi is qui pecuniam accepit, eam cõſumpſerit: quia vtilitatis cauſa, vt diximus, hoc caſu conualeſcit mutuum. De ſolutione hoc etiam expreſſum eſt in l. quod ſi forte. 14. §. vl. ff. de ſol. vbi dicitur pupillum ſoluentem ſine tutoris ſui auctoritate, non liberari, quia ſpecies quædam eſt alienandi. Sed hic occurrit antinomia, ex l. interdum. ff. de condict. indebit. vbi proponitur pupillus ſine tutoris ſui auctoritate ſoluiſſe nummos: cui ait Vlpianus repetitionem contingere, & eos quidem vindicari poſſe, ſi extent: ſi conſumpti ſint, condici: quod videtur contrarium his quæ paulo ante à nobis dicta ſunt. ideoque hic valde impeditus eſt Accurſius, cum tamen non magna ſit difficultas. Verum enim eſt pupillum qui debet, re vera, ſi ſoluerit, liberari conſumptis nummis. Si vero non ſint conſumpti nummi, quamuis dederit, non liberari, vt exprimitur in ſuperiori caſu. Sed in l. interdum. debemus intelligere debitorem non eſſe pupillum, eumque indebitum ſoluiſſe: alias enim hæc quæſtio non pertineret ad titu. de condict. indebiti. Si igitur pupillus indebitum ſoluerit, quia hoc caſu non transfertur dominium pecuniæ in accipientem, extantque nummi, vindicabuntur: alius autem non poſſet vindicare. Si autem conſumpti ſint, condictio indebiti locum habebit: nam & maior repetere poteſt quod indebitum ſoluit condictione indebiti. Pupillus ergo mutuam pecuniam dare non poteſt, niſi tutore auctore: & ſi eam dederit, non alienat. Quid ſi pupillus mutuam pecuniam acceperit, an obligatur ex mutuo? Et certum eſt, ex mutuo pupillum non obligari ſine tutore ſuo. l. certi condictio. §. idem erit. ff. eod. Imo ne naturaliter quidem obligatur, vt dicitur in l. pupillus. ff. de obliga. & actio. Quæritur an idem de furioſo, & prodigo cui bonis interdictum eſt intelligendum ſit, quod diximus de pupillo? Et certum eſt eandem eſſe cauſam furioſi & prodigi. De prodigo enim locus eſt in l. certi condictio §. idem quæri poteſt. ff. eo. de furioſo in l. ſi à furioſo. 12. ibid. Furioſus mutuam pecuniam dedit alicui: quæritur an valeat mutui obligatio?

Pupillus an poſſit mutuum contrahere.

Furioſus & prodigus an mutuum contrahere poſſint.

Certum eſt ex his quæ diximus, mutui obligationem non conſiſtere. Furioſus enim qui iudicio & conſilio caret, alienandarum rerum ſuarum poteſtatem non habet, & ideo mutuum contrahere non poteſt. Si tamen pecunia quam dedit mutuam, conſumpta ſit, acquiritur ei obligatio & actio, ſed ante conſumptionem vindicabit rem, cuius dominium non tranſtulit in accipientem. *Cum eum compotem eſſe mentis putaret.* Hoc dixit Pomponius, vt oſtenderet in hac ſpecie pecuniam ſine dolo malo acceptam eſſe, & bona fide conſumptam. Si enim dolo malo conſumpſiſſet pecuniam, aduerſus eum alia competeret actio, nempe rei vindicatio, & ad exhibendum, ſi eam dolo malo poſſidere deſiiſſet. Si autem iam dolo malo non deſierit poſſidere, vt puta ſi eam bona fide conſumpſerit, putans ſuam eſſe, ceſſabit rei vindicatio & actio ad exhibendum, ſolaque ſupererit condictio. l. quod meo. ff. de acquir. rer. do. Hic autem obiter notandus eſt locus communis de obligatione furioſi, & aliarum huiuſmodi perſonarum, cum dicitur: Ex quibus cauſis actiones ignorantibus nobis acquiruntur, ex iiſdem acquiri etiam furioſo. Ex his autem cauſis obligatio acquiritur furioſo, in quibus cõſenſus neceſſarius non eſt: eius enim nulla eſt voluntas. l. furioſi. ff. de reg. iur. ideoque cum obligatio ex re venit, furioſus nec tacito nec expreſſo conſenſu obligatur. l. qui ad certum. ff. loca. l. 2. §. voluntatem. ff. ſol. matr. Cauillantur aliqui & diſputant, argumento ducto ab enumeratione partium, vt oſtendant mutuum datum furioſo, non poſſe conualeſcere conſumptione. Sed ſubtilitates hic reiiciuntur. Nam vtilitas ſuadet vt propter conſumptionem in hoc caſu dicamus obligatione mutui furioſo acquiri, etſi ſubtilitas iuris repugnet. Hactenus de pupillo, furioſo & prodigo: nunc videndum eſt de filiofamilias.

In primis igitur quæritur an filiusfamilias mutuum contrahere poſſit. Et certum eſt filiumfamilias mutuum contrahere non poſſe. Non enim obligatur ſi mutuam pecuniam acceperit, propter Senatuſconſultum Macedonianum: de quo Senatuſconſulto multa hic tractari ſolent ab aliis, ſed quia de eo proprio loco diſputaturi ſumus, nos quicquid eo pertinet in eum locum reiiciemus, excepto eo quod eſt huius loci. Senatuſconſultum Macedonianum locum etiam habet in patrefamilias, qui cum filiusfamilias eſſet mutuum accepit: ha-

Filiusfamilias an mutuum contrahere poſſit.

bet etiam locum mortuo patre. Si tamen filiusfamilias ſoluerit paterfamilias factus, quod debebat ex mutuo, repetere non poteſt tanquam indebitum. Hæc enim exceptio comparata non eſt in fauorem filiifam. qui mutuam pecuniam accepit (nullo enim fauore dignus eſt) ſed in odium fœneratoris, l. qui exceptionē. 40. ff. de cond. indebit. Sed quæritur, ſi filiusfamilias ſoluerit quod ex mutuo debebat ex pecunia patris, non ſuam, an pater ſaltem repetere poſſit. Hæc quæſtio tractatur in l. ſi filiusfamil. 14. ff. eod. Et dicitur nullam exceptionem patri vindicanti ſuos nummos, ſi extent, obiici poſſe. Sed quæritur, ſi conſumpti ſint nummi à creditore, an nulla actio patri detur. Martianus ait ceſſare condictionem, cuius dicti reddit rationem: Quoniam, ait, totiens condictio datur, quotiens ex ea cauſa numerati ſunt, ex qua actio eſſe poſſet, ſi dominium ad accipientem tranſiſſet. Hic locus diligenter notandus eſt: multum enim confert ad intelligendum quod diximus de conſumptione pecuniæ ſup. In hac autem ſpecie videbatur condictio patri competere poſſe. Diximus enim ſupra, ſicut res vindicatur cum extat, ita cum conſumpta eſt condicitur. Nam ex quibus cauſis rem ſuam quis vindicare poteſt, cum ea adhuc extat, ex iiſdem cauſis cum conſumpta eſt datur condictio, vt ſup. dictum eſt, l. 12. & l. 13. Huic reſpondet obiectioni Martianus. Quod enim dictum eſt, conſumpta pecunia aliena condictionem acquiri, verum eſt in ea cauſa, ex qua actio fuiſſet competitura ex ea numeratione, ſi dominium in accipientem fuiſſet translatum. Ideoque in omnibus exemplis quæ ſupra adduximus, Si pecunia propria fuiſſet eius qui dedit, & dominium translatum fuiſſet in accipientem, contracta fuiſſet obligatio mutui, & acquiſita actio: atque ita propter conſumptionem acquiſita quoque actio, quamuis dominium in accipientem translatum non fuiſſet ab initio. At in propoſita ſpecie aliud eſt. Nam pecunia non fuit numerata acquirendæ obligationis cauſa: quia etſi filiifamilias fuiſſet ea pecunia, & dominium eius transtuliſſet in accipientem, non ideo tamen aliqua actio acquiſita fuiſſet. Nam eam dedit pecuniam fœneratori, vt ſe liberaret ab ea obligatione mutui qua tenebatur. Hic igitur inſpiciendum eſt quo animo numerata fuerit pecunia, an propter liberationem, an vero propter obligationem. Addit Iuriſcon. Denique per errorem ſoluti contra Senatuſconſultum crediti, &c. Hoc confirmat quod iam diximus ex l. qui exceptionem. ff. de condic. indeb. filiusfamilias igitur ex mutuo propter Senatuſconſultum Macedonianum non obligatur: ſed an ex mutuo aliquem ſibi obligare poſſit quæritur. Certum filiumfamilias nullam actionem habere nomine ſuo, nec ex alia cauſa præterquam in exceptis caſibus, l. filiusfamilias. de oblig. & act. Ergo ſi pecuniam mutuam dederit, non poterit ex mutuo agere. Excipiuntur tamen certi caſus, de quibus diximus ſub titulo, de oblig. & act. Vnus eſt in l. cum filiusfamilias. 17. ff. eo. de filiofamilias qui peregre agens ſtudiorum cauſa accepit viaticum à patre ſuo, & id mutuum dedit: vbi quæritur an poſſit repetere? Videtur enim non poſſe repetere. Sed tamen hic dicitur iudicio extraordinario illi eſſe ſubueniendum: nam etſi actio ei directa non competat, vtilitas tamen hic exigit vt non deficiatur actione: dabitur igitur ei vtilis actio propter vtilitatem, cum directa deficiat. Quomodo autem hic accipiatur extraordinarium, docui in l. Iuriſgentium. ff. de pactis. hic enim accipitur pro vtili actione, vt in l. ſi longius. ff. de iud c.

Procurator an mutui obligationem domino acquirat.

Iam videamus de procuratore, an is mutuam dans pecuniam domini ſui nomine, acquirat ei obligationem mutui: & videtur obligationem acquirere non poſſe. Actio enim perſonalis per procuratorem non acquiritur domino ſine ceſſione. l. poſſeſſio quoque. 49. §. vlt. ff. de acq. poſ. Si procurator meus ſtipulatus ſit aliquid mihi dari, vel ſibi nomine potius ſuo, vel aliquid emerit, ex eo contractu nulla mihi competit actio, ſed procuratori ipſi qui contraxit: mihi tamen competit actio mandati aduerſus procuratorem, qui mandatu meo contraxit, qua cogetur mihi cedere actionem quam ſibi acquiſiuit nomine meo. Hinc etiam videtur is qui pecuniam mutuam dederit nomine meo, tanquam procurator meus non poſſe mihi acquirere actionem. Sed tamen hic dicitur per procuratorem qui nomine alieno pecuniam mutuam dedit, obligationem & actionem acquiri domino: idque à nobis demonſtratum fuit ſupr. ex l. certi condictio. §. ſi nummos. Si quis enim nummos meos dederit nomine meo, mihi acquiretur mutui obligatio, imo etiam ſi ſuos, quod erat dubitabilius. Cuius rationem demonſtrauimus in interpretatione l. ſingularia. Hoc igitur inter ſingularia mutui præcepta refertur: ideoque tametſi actio perſonalis, vt iam diximus, per procuratorem, alij non acquiratur: tamen propter ſingularia præcepta quæ circa pecuniam mutuam obſeruantur, actio perſonalis domino acquiritur per procuratorem, qui nomine alieno pecuniam credidit. Et hanc ſententiam magnopere etiam confirmat ratio quam adduximus nuper in interpretatione l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. Chryſogonus. ff. de verbo. obli. quamuis per actum ciuilem alteri non acquiratur, tamen per naturalem acquiri, iuxta l. ea quæ. 53. ff. de acq. rer. dom. eſt enim actus naturalis numeratio pecuniæ. Inde quæritur ſi is qui nomine meo pecuniam mutuam dedit, fideiuſſorem acceperit, & ſtipulatus ſit, (nam alias fideiuſſor obligari non poteſt, cum alias non obligatur niſi verbis) an ex ea ſtipulatione mihi detur actio, ſicut datur ex mutuo? Quæſtio hæc tractatur in l. ſi pecuniam. 26. ff. eo. vbi de procuratore agitur qui pecuniam militis mutuam dedit, & fideiuſſorem eius obligationis nomine accepit. Ait autem Vlpianus, actionem dari militi, cuius pecunia fuerit. Sicut enim cum tutor pecuniam pupilli vel curator adoleſcentis mutuam dat, eamque dari ſtipulatur, tunc acquiritur actio pupillo non tantum ex mutuo, ſed etiam ex ſtipulatione: ſic etiam dicendum eſt, & ſi quis pecuniam militis mutuam dederit, & dari ſtipulatus ſit. Quibus verbis ſatis oſtendit, ius ſingulare eſſe in his perſonis. Ideoque ſi quis pecuniam hominis priuati, aut eius qui iure ſingulari non vtitur, mutuam dederit, quamuis acquiratur condictio ex numeratione, ex ſtipulatu tamen, ſi ſtipulatio interuenerit, non acquiritur actio. ergo non poterit agi aduerſus fideiuſſorem, qui obligatur ex ſtipulatione. Sed & alias propter fauorem harum perſonarum ſingularia quædam conſtituta reperiuntur, vt in l. 8. ſi vt proponis. ſupr. de rei vindi. Si quis enim emerit rem aliquam pecunia militis, quamuis id quod emptum eſt ex pecunia mea, non ſtatim meum fiat, l. ſi ex pecunia. ſup. de rei vind. tamen continuo fit militis, & poteſt eam rem tanquam ſuam vindicare, & quaſi eius dominus ſit. Igitur propter fauorem militis receptum eſt vt ſi quid ex pecunia eius emptum ſit, propter eius vtilitatem & ex æquitate vtilis ei detur actio.

Militis fauore quædam ſingularia introducta.

Sed quid ſi procurator mutuam pecuniam acceperit, an teneatur dominus, & actio mutui detur aduerſus dominum? Et videndum eſt quæ fuerit voluntas domini, cum procuratorem conſtituit: & quam poteſtatem acceperit procurator à domino. Si enim inſtitor fuerit domini, & præpoſitus negociationi exercendæ, vel pecuniis mutuo accipiendis & fœnerandis, propter voluntatem domini aduerſus eum agi poterit. Inde quæſtio tractatur in l. ſi inſtitorem. 29. ff. eod. qua actione poſſit conueniri dominus, ſi inſtitorem ſeruum habuerit, & is pecuniam mutuam nomine domini acceperit. Poterit quidem iure Prætorio agi actione inſtitoria aduerſus dominum: imo etiam, inquit Iulianus, directo condicere poteſt creditor, etſi omiſerit actionem inſtitoriam, quaſi iuſſu domini mutua pecunia ſic accepta. Quid enim refert an tu pecuniam acceperis, an alius iuſſu tuo & mandatu? Hoc expreſſum eſt aliquando clarius in Inſtit. quod cum eo qui in alien. poteſt. §. vlt. Quæritur etiam generaliter de ſeruo, ſi mutuam pecuniam dederit domini ſui, an mutui obligatio contrahatur? Et reſponſum eſt, obligationem mutui contrahi, ſi voluntate domini mutuam pecuniam dederit, ſecus eſt, ſi ſine voluntate domini ſui pecuniam eius mutuam dederit. Non enim contrahitur obligatio mutui de re aliena, vt ſatis ante dictum eſt. Si igitur ex voluntate domini id factum ſit, valet mutuum. Exempli gratia, ſi dominus liberam peculij adminiſtrationē ſeruo conceſſerit. l. rogaſti. §. vlt. ff. eodem. Si quis enim cōcedat alicui ſeruo non modo peculium, ſed etiam eius adminiſtrationem liberam, videtur ei permiſiſſe vt peculiarem pecuniā det mutuam, cum hoc ad adminiſtrationem pertineat. Nam qui mutuam dat pecuniam, non excedit fines adminiſtrationis, niſi alia circumſtantia hoc ſuadeat: quia nō eadē ratio eius eſt qui donat pecuniā, & eius qui mutuam dat. l. filiusfamilias. 7. ff. de don. & l. contra iuris ciuilis. §. ſi filius. ff. de pactis. Recte igitur hic mutui obligatio contrahitur. Sed hoc ita intelligendum eſt, vt iam diximus, nō tantum ſi peculiū habeat ſeruus permiſſu domini ſui, ſed etiam ſi eius adminiſtrationem

Seruus an mutui obligationem domino acquirat.

liberam habeat. Libera autem adminiſtratio peculii ſpecialiter concedenda eſt, leg. quam Tuberonis. §. alia. ff. de pecul. idem igitur dicendum eſſet de procuratore, cui libera omniũ bonorum adminiſtratio conceſſa eſſet, vt is poſſit mutuam pecuniam dare. Sed quod ſuperius diximus de ſeruo, ita intelligendum eſt, niſi fugitiuus ſit factus poſt liberam adminiſtrationem conceſſam. Nam tunc intelligimus reuocatam eſſe eam adminiſtrationem. dict. leg. rogaſti. §. ſi fugitiuus. quod nominatim expreſſum eſt in l. libera. ff. de peculio. Et hoc etiam pertinet ad procuratorem. l. cum quis. 38. §. 1. de ſolut. Si quis enim procuratorem conſtituerit ad exigendam pecuniam recte ei ſoluitur: ſed tamen cõditione & ſtatu eius mutato, fit aliquando, vt debitor diſſoluens non liberetur, vide licet ſi cœperit diſſolutus eſſe, & domini rem & ſuam dilapidare: idque notum publice ſit omnibus. Subiicitur poſtea dict. §. fugitiuus. *Quod ergo vindicari nũmi poſſunt ſi extant.* Hic locus ſatis explicatus fuit ſupra: nam quia non conſiſtit mutui obligatio in hoc caſu, dominus poteſt nummos à ſeruo ſuo ſine voluntate ſua datos vindicare, ſi extent: ſi conſumpti ſint, propter vtilitatem conualeſcit mutui obligatio. Nulla enim alias actione poſſet conueniri is qui mutuam pecuniam accepit. Aliud exemplum eſt in quo ſeruus voluntate domini pecuniam mutuam dat, & valet mutui obligatio, ex Africano in leg. eius qui in prouincia. ad fin. ff. eod. Dominus præpoſuit Stichum ſeruum ſuum Kalendario ſuo, id eſt, nominibus faciendis, ſic enim idem Iuriſconſult. interpretatur in l. qui filium. ff. de legat. 3. id eſt, pecuniis fœnerandis. Kalendarium exercere eſt fœnus exercere. dicta leg. qui filium. l. vxorem. §. legaueram. eod. tit. Dicitur autem Kalendarium, quia in ſingulos menſes & ſingulas Kalendas veteres ſolebant vſuras exigere & ſtipulari. Si præpoſuit igitur ſeruũ ſuũ Kalendario, dubitandũ non eſt de voluntate domini, quæ omnino videtur fuiſſe, vt mutuum contraheret. Hinc exiſtit quæſtio, an ſi poſt mortem domini ignorãs ſeruus Kalendarium exercuerit, valere id debeat. hæc tractatur in dict. l. eius qui in prouincia. quæ vulgo multum difficilis exiſtimatur, ſed non vt creditur. Hypotheſis autem huiuſmodi eſt: Quidam præpoſuit Stichum ſeruum ſuum Kalẽdario in prouincia, cum ipſe Romæ eſſet. hic ſeruus præpoſitus huic fœnori exercendo pecuniam ſolebat credere, & creditam pecuniam exigere, ſolebat interdum & ſtipulari: (ſtipulatio enim plerunque accedit numerationi pecuniæ) atque etiam pignoris obligationem eo nomine contrahere, omnia denique facere quæ ad fœnus exercendum pertinet: interim dominus qui eum præpoſuerat deceſſit Romæ & teſtamentum fecit. In quo teſtamento Stichum hunc ſeruum ſuum cum quibuſdam aliis inſtituit hæredem, & libertatem ei reliquit: is cum ignarus eſſet libertatis ſibi quæſitæ teſtamento domini ſui, ei hæreditatis ſibi delatæ omnia geſſit circa negociationem ſuam cui præpoſitus fuerat, vt ante ſolebat facere. Exigit enim pecuniam à quibuſdam debitoribus, quibuſdam etiam pecuniam credidit, & ſtipulatus eſt, quæritur, an ea quæ cum eo geſta ſunt, rata eſſe debeant. Et quædam aliæ quæſtiones tractantur. Tractatur autem particulatim, an valeat ſtipulatio, & ex ea cohæredibus quæſita ſit actio, tum etiam an debitores liberentur à quibus exegit: denique, an valeat mutuum. Prima quæſtio eſt, an debitores à quibus pecuniam Stichus exegit ex ratione Kalendarii, poſt domini mortem liberati ſunt? naſcitur ex eo quod dicitur morte mandãtis mandatũ extingui. §. recte. Inſtit. manda. & leg. mandatum. infra mandat. Mandatum enim non eſt ex numero eorum cõtractuum qui ad hæredes tranſeant: quin potius reuocatur quoties deſinit velle is qui mandauit, aliias proprie dicitur mandatum non eſſe. Mandatum autem morte finiri etiam confirmat lex 4. ff. locati. Si quis enim alicui conceſſerit habitationem domus quo ad ipſe voluerit, morte eius finitur locatio, quia deſinit velle. ex quo conſequens eſſe videtur in propoſita ſpecie debitoris ſoluente Sticho non liberari. Quid igitur dicemus ad hanc quæſtionem? Africanus reſpondet: *Placebat debitores quidem qui ei ſoluiſſent, liberatos eſſe.* Æquitas ſuaſit vt ita reſponderetur, quod ad debitores ſoluentes attinet, ſi modo ipſi quoque dominum deceſſiſſe ignorabant: iuſtam enim & probabilem cauſam habere videtur ſoluentes huic Sticho diſpenſatori, cum de morte domini nihildum intellexiſſent. Sed quia ea pecunia exacta non tantum Stichi eſt, ſed etiam cohæredum (proponitur enim hęres inſtitutus fuiſſe à domino ſuo ſimul cum aliis quibuſdam, vt diximus) quæritur, qua actione cohæredes poterunt partem pecunię à Sticho repoſcere, an iudicio familiæ erciſcundæ, an negotiorum geſtorum? Ait Iuriſconſul. iudicium familiæ erciſcundæ hic locum non habere, ſed potius actionem negotiorum geſtorum, quaſi exigens pecuniam à debitoribus Stichus eorũm negotium geſſerit. Sed cur eis non dabitur actio familiæ erciſcundæ, cum pro eo quod vnus ex hæredibus geſſit, ſoleat competere? Ratio traditur in leg. qui erat. 49. ff. famil. erciſcun. vbi dicitur, ſi vnus ex hæredibus aliquid geſſerit animo hæredis, poſſe iudicio familiæ erciſcundæ agere. Sed ſi quis geſſerit non quaſi hæres, tunc ceſſare iudicium familiæ erciſcundæ. Hic autem certum eſt Stichum non exegiſſe hanc pecuniam animo hæredis: proponitur enim eum ignarum eſſe ſui iuris: ergo iudicio familiæ erciſcundę non conuenietur. Secunda quæſtio eſt de pecuniis quas ipſe Stichus mutuas dedit poſt mortem domini ſui reuocato ſcilicet eius mandato, an mutui obligatio earum pecuniarum nomine contracta ſit? Reſpondet Iuriſconſultus, obligationem mutui contractam nõ eſſe, niſi pro parte eius qui pecuniam dedit ex qua hæres erat, ergo pro parte cohæredum erat aliena. Ac de pecunia aliena non recte contrahitur mutui obligatio, quamuis conualeſcat conſumptione. Nec vero error in quo verſatur Stichus talis eſt, vt impediat alienationem pro parte ſua hæreditaria. Credit pecuniam quam mutuam dat, domini eſſe, quæ tamen ſua eſt. *Nam & ſi tibi in hoc dederim nummos, vt eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis, accipientis non facies.* Probat obligationem mutui contractam non eſſe ſimilitudine, & à mandato generali argumentatur ad mandatum ſpeciale. Pone, inquit, me tibi pecuniam dediſſe, vt eam Sticho dares, ſi mortis meæ ignarus dediſti Sticho pecuniam, accipientis non facies. Ergo idem dicendum eſt in hoc mandato, cum dominus præpoſuit ſeruum ſuum Kalendario, & aliquid poſt eius mortem fecit. *Neque enim ſicut illud receptum eſt vt debitores ſoluentes ei liberentur, &c.* Occurrit obiectioni quæ naſcitur ex his quæ ſupra diximus, debitores Sticho ſoluentes liberari, ſi ignorent dominum deceſſiſſe. Ergo idem dicendum eſt de his qui accipiunt pecuniam mutuam ignorantes dominum deceſſiſſe, vt mutuum valeat. Sed his verbis oſtendit Africanus aliam eſſe cauſam debitorum qui ſoluunt pecuniam debitam, aliam eorum qui mutuam pecuniam accipiunt obligationis contrahendæ cauſa. nam liberatio fauorabilior eſt quam obligatio. leg. Arrianus. ff. de obligat. & action. In rebus iudicandis propenſiores eſſe debemus ad liberationem quam ad obligationem. Nam obligatio non æque fauorabilis eſt vt liberatio: non enim facile patere debet via hominibus litigare volentibus. Magnus igitur fauor fecit, vt liberentur debitores, ſi poſt mortem domini ſoluerint: non autem vt illi qui pecuniam mutuam ſumpſerunt, obligentur. Obiici hic ſolet lex ſi mancipiis. §. ſi impubes. ff. de inſtitor. action. vbi dicitur, obligationem contrahi cum inſtitore etiam poſt mortem domini, qui eum propoſuit tabernæ, ſeu negotiationi, propter vtilitatem promiſcui vſus, etiam ſi is qui contraxit ſciuerit eum deceſſiſſe. Sed quia hoc commode explicari non poteſt, antequam plene tractatum fuerit de inſtitoria actione, in eum titulum huius antinomiæ explicationem differemus. *Quod ſi ſtipulatus quoque eſſet, referret quemadmodum ſtipulatus eſſet, &c.* Tertia quæſtio eſt de ſtipulatione. Iam enim diximus, ſi mutuam pecuniam Stichus dederit, non conſiſtere mutui obligationem, niſi pro parte ſua hæreditaria: quia ſcilicet non potuit alienari pecunia quæ erat cohæredum. Sed quid ſi ſtipulatus ſit, an competet actio ex ſtipulatione tam ipſi quam ſuis cohæredibus? Africanus ait videndum eſſe quomodo ſtipulatio cõcepta ſit. *Nam ſi nominatim* inquit, *forte Titio domino ſuo mortuo iam, &c.* Id eſt, ſi in ſtipulatione contrahenda nominatim expreſſerit perſonam domini ſui, inutilis erit ſtipulatio. Certum enim non eſt valere ſtipulationem, cum quis ſtipulatur mortuo. Quid igitur ſi ſibi dari ſtipulatus ſit? nam vtrunq; fieri poteſt. nihil enim refert ad obligationum contrahendã,

Calendarium exercere.

Calendarium quid & vnde dicatur.

Ad l. eius qui in prouincia.

an ſibi ſtipuletur ſeruus, an domino, an vero imperſonaliter, in princip. de ſtipul. ſeruor. Inſtitut. Reſpondet Africanus, eum hæreditati acquiſiuiſſe, tanquam domino, ſi quo tempore iacebat hæreditas, ante aditionem hæreditatis puta, ita ſtipulatus ſit. Hæreditas enim perſonę locum obtinet. l. hæreditas. ff. de acquiren. rerum domin. & l. 1. ff. ſi quis teſtam. lib. Sed ſeruus hic nō eſt, quia proponitur liber eſſe, ob teſtamentum domini. At nihilominus acquirit hæreditati, quaſi bona fide ab ea poſſideatur. Nam is qui bona fide poſſidetur, ſicut vere ſeruus poſſeſſori acquirit duobus caſibus, nempe id quod ex re poſſeſſoris acquirit, & quod ex operis ſuis. Hic autem Stichus ſtipulatus eſt ex re hæreditatis tanquam dominæ: ergo acquirit hæreditati. Hanc regulam diligenter notate, quæ alibi non reperitur in iure ciuili. Legitur quidem alibi, eum qui bona fide poſſidetur, acquirere poſſeſſori ex re poſſeſſoris, vel ex operis ſuis: ſed idem non reperitur de hæreditate

Poſt aditam vero hæreditatem quid dicemus? Hæreditas tantum dicitur ante quam adita ſit: poſt aditionē dicitur patrimonium acquiſitum eſſe hæredibus. Non poteſt igitur dici ex ſtipulatione contracta acquiri hæreditati poſtquam adita eſt, l. hęreditas. ff. de acquiren. rer. do. l. mortuo. ff. de fideiuſſ. Nam poſtquam adita eſt non habetur pro imaginaria perſona. Ideoq; ait Africanus: *Poſt aditam vero à cohæredibus hæreditatem, non æque idem dici.* Id eſt ex ſtipulatione acquiri actionem hæredibus. Sed ſi habeat ſeruus ſuæ conditionis hæredes, eueniet vt bona fide inuicem ſibi ſeruiant. Inſpicitur hic eorum opinio & exiſtimatio. Quo argumēto hic dicitur à quibuſdam, alienum non eſſe quod plerunque accidere videmus inter nobiles & magnates, vt ex duobus dominis alter alterius cliens ſit & vaſallus: quia diuerſa eſt ratio vtriuſque clientelæ. Cætera quæ pertinent ad huius capitis interpretationem, nos plenius partim ſub titul. de mandato tractabimus, partim etiam ſub tit. de inſtitor. actio.

Adminiſtratores ciuitatũ mutui obligationem an contrahere poſſint.

Alia quęſtio eſt de adminiſtratoribus ciuitatum, quos Scabinos vocamus, an ii mutuam dantes pecuniam ciuitatis, vel ab aliis accipientes mutui obligationem recte contrahere dici poſſint. Hæc quæſtio tractatur in l. 27. his verbis: Ciuitas mutui datione obligari poteſt, ſi ad vtilitatem eius pecuniæ verſę ſunt, &c. quibus oſtendit Vlp. non aliter obligari ciuitatem, quam ſi pecuniæ ab adminiſtratoribus mutuo acceptæ in vtilitatem eius verſæ ſint. Ius ſingulare eſt in ciuitate, quæ hic iure priuatorum non vtitur: ne ex adminiſtratorum culpa damnum aliquod ſubeat. Itaque in hac re minori comparatur. Sicut. n. minor ſuos tutores vel curatores habet qui res eius adminiſtrent, ita etiam ciuitas. Minor autem ita demum ex mutuo tenetur ſi is qui dedit, poſſit docere pecuniam mutuo acceptam in vtilitatē minoris verſam eſſe, l. 1. ſupra ſi aduerſus credit. idem dicitur de ciuitate, quia rem publicam, vt pupillam extra ordinem iuuari moris eſt. l. 3. infra, de iure reipub. quamuis aliàs ciuitas loco priuati habeatur. l. eum qui vectigal. ff. de verb. ſignif. Cum autem loquimur de re publica, ſolemus intelligere rē totius populi. Hinc ēt is qui mutuā pecuniam dedit venerabili alicui loco, ſi aduerſus ordinatores eius agat ex mutuo, non poterit obtinere, niſi doceat in vtilitatem eius loci pecuniam verſam eſſe, Authen. hoc ius porrectum. ſupra, de ſacroſanct. eccleſ. idem expreſſum eſt de eccleſia in iure Pontificio. Sed notandum eſt exactam probationem hic non requiri: difficilis enim probatio eius rei eſſet: ideoque exigimus probationem per coniecturas tantum veriſimiles. Eſt locus inſignis de ea re in l. vlt. ff. de exercit. actio. Alioqui ſi pecuniæ mutuæ conuerſæ non ſint in vtilitatem ciuitatis, eius adminiſtratores tenebuntur. Si autē ciuitas mutuam pecuniā dederit: nullo ſpeciali iure vtitur. Hoc expreſſum eſt in leg. nihil. ff. ad Senatuſconſultum Macedon. Macedonianum enim Senatuſconſultum locum habet, etiā ſi ciuitas mutuum dederit filiofamilias, vt tunc locus etiam ſit eius exceptioni.

Ordinator loci Venerabilis quomodo tutò obligationem cõtrahat.

Cap. IIII.

De perſonis quæ mutuum contrahere prohibentur.

IAm videndum eſt de his perſonis quæ mutuum contrahere prohibentur: cuiuſmodi ſunt præſides prouinciales, qui prouincias regunt, & qui circa eos ſunt, vt dicitur in l. eos. hic. & l. prouincialibus. 33. ff. eod. Ij igitur qui prouinciā regunt, vel munus aliquod gerunt, quod ad gubernationē reipublicæ pertinet, prohibentur fœnebrē pecuniā exercere, & non hi tantum qui prouincias regunt, ſed & comites eorum: necnon & omnem negotiationem exercere, quo tēpore in prouincia ſunt. Sic enim ait Modeſtin. *Negotientur, mutuamve pecuniam dent.* Quibus verbis apparet, hanc prohibitionem non tantū ad mutuum aut fœnus pertinere ſed etiā ad alias negotiationes: quod & confirmatur l. non licet. ff. de contrah. empt. & leg. qui in prouincia. ff. de ritu nupt. Extat etiam titul. Vlpian. lib. 1. de contract. iudicum, quo prohibentur iudices emere & mutuum contrahere. Huius autem prohibitionis non vna videtur eſſe ratio. Nam in primis turpis eſt ei qui prouinciam regit, negotiatio: deinde etiam id factum propter impreſſionem, qua per metum adimere poſſent Præſides libertatem vendendi, & aliud commercium exercendi prouincialibus propter magnum ſcilicet imperium & poteſtatem quam habent in prouinciales. de qua re diſputat Cicero ſexta actione in Verrem. addit Iuriſconſu. *Fœnuſve exerceant.* Hæc verba ſignificant non modo fœnus eius prohibitum eſſe, ſed etiam mutuum gratuitum, etſi quidam diſſentiant. Quid enim mali eſt, inquit aliquis mutuam pecuniam dare prouincialibus? Sed hoc conſtitutum eſt fraudis vitandæ cauſa: nā alias facile fraus fieret legi fęnus prohibenti. Vtrunq; igitur prohibere vtile fuit. Exceptio eſt dicti ſuperioris in leg. Præſidis prouinciæ. 34. Prius enim cum dictū ſit nec eos qui prouincias regunt, nec comites qui circa eos ſunt, poſſe mutuā pecuniā dare aut fœnus exercere: excipit officiales Præſidis prouinciæ, qui perpetui ſunt. Sed cur perpetui officiales excipiuntur? quia ſcilicet viſum eſt durum, ſi iis qui perpetui ſunt, in perpetuum interdiceretur commercio. Præſidibus enim prouinciæ non admodum hoc graue eſt, quo tēpore prouinciam regunt, anno forte aut biennio, nam erant annui & temporales hi magiſtratus. Non igitur idem dicemus de magiſtratibus noſtri temporis quod de Præſidibus prouinciarum: quia ſunt perpetui. Sed quid ſi Præſes prouinciæ fœnebrem pecuniam mutuam accipere velit an poſſit? Et hic dicitur illum mutuam pecuniam fœnebrem ſumere non prohiberi. Opponitur huic l. quiſquis. hic. vbi dicitur & eum qui fœnebrem pecuniam dederit iudici in prouincia, & iudicem puniendum, cum hic dicatur Præſidem prouinciæ mutuam pecuniam fœnebrem ſumere non prohiberi. Sed iudici licere pecuniam fœnebrem mutuo accipere, eſt accipiendum cum exceptione. Excipiuntur enim duo caſus ex dict. l. quiſquis. Prior eſt cum is qui aliquod negotium habet in prouincia requirit auctoritatem iudicis: quia nō ſimpliciter ait mutuātem puniendum cum iudice qui pecuniam mutuam accepit, ſed addit conditionem, ſi in prouincia fuerit verſatus. Hæc enim verba quamuis non ſatis commode ſcripta ſint, tamen ſatis apparet ex verbis ſequentibus, hæc quæ diximus denotare. Alius caſus eſt, *Si quis collectarius honoris pretium dederit ambienti.* Collectarium vocat Imp. nummularium, & ἀργυραμοιβὸν, ἤτοι κέρμα εἰς τὸ ἀργύριον ἀλλασσόμενον τραπεζίτην. Sic enim Suidas interpretatur, vt admonuit Alciatus. Itaque ſi cum iudex honorem ambiret nummularius ei pecuniam ſuppeditauerit propter ambitum, qui ambitus cauſa eſt huius fœnoris, exilii pœna vna cum ipſo iudice plectetur. Huc pertinet lex Iulia repetundarum, quæ duo præcipua capita habet, de quibus diximus in interpretatione eius legis. Vno. n. capite prohibet lex Pręſidi prouinciæ quicquā accipere, quominus quid faciat aut nō faciat ex officio ſuo. Nec vllus omnino modus definitus eſt: nam prohibetur ei ne minimū quidem accipiat. l. 3. & 4. ff. eod. Aliud caput eſt quo prohibentur magiſtratus à prouintialib. quidquam accipere. ſed ab iis excipiuntur xenia & munera, modo in anno non excedāt ſummam centum aureorum. Hoc tamen cap. 2. intelligendum eſt de his qui nullum negotium habent nec litigant; ſed nec iudicis requirunt auctoritatem. Excipiuntur etiam conſanguinei, qui creduntur non corrumpendi iudicis gratia ei dare. Hactenus de perſonis cum quibus contrahi poteſt. Proximus locus eſt,

De lege Iulia repetundarum.

De his

CAP. V.

De his quæ mutuo extrinſecus accedunt.

QVædam mutuo extrinſecus accedunt, ſine quibus conſiſtere poteſt: cuiuſmodi eſt conditio, pignoris obligatio, & ſtipulatio vſurarum. De his omnibus dicturi ſumus. Ac in primis, De conditione. Conditio addici ſolet mutuo ex cauſa mutui, leg. omnia. & l. ſeq. Nam ſicut dies conditiove vtiliter adiicitur ſtipulationi, ita etiam adiici poteſt pecuniæ numerationi : cum ſcilicet quis numerat pecuniam ex cauſa mutui. Et hæc conditio impedit interim dominii tranſlationem: nam quemadmodum conditio adiecta ſtipulationi impedit oriri actionem, quæ eſſe non poteſt antequam extiterit conditio: ſic etiam cum pecunia numeratur, vel cum alia res datur & adiicitur conditio. Hæc impedit dominii traſlationem : quia ſuſpenditur, donec extiterit conditio. Et de conditione quæ dationi rei adiicitur alia exempla reperiuntur: veluti in leg. doris fructus. §. vltim. ff. de iure dot. de rebus quæ pro dote ſub conditione datæ erant. Simile exemplũ eſt in l. ſub conditione. ff. de ſolut. de eo qui debebat pecuniam ſub conditione, & tradit eam creditori ea lege, vt ſi extitiſſet poſtea conditio, ea pecunia vel res data ei prodeſſet ad liberationem. Vis enim huius conditionis ea eſſe inibi demonſtratur, vt cum extiterit conditio debitor liberetur. Sequitur in l. 8. *Proinde mutui datio interdũ pendet.* Ex eo quod dictũ eſt de conditione adſcripta numerationi pecuniæ, conſequens eſt vt quamuis non ſit nata obligatio ab initio ex mutui contractu, ex poſt facto tamen confirmetur, cum extiterit conditio.

Conditio quomodo mutuo adiiciatur.

Aliud exemplum adfert eiuſdem rei confirmandæ gratia: *Item ſi legatam pecuniam hæres crediderit, &c.* quod etiam habetur in leg. quædam. ff de rebus. dub. Vbi quæritur, an ſi hæres rem quam teſtator alicui legauerit, mutuam dedit alteri, mutui obligatio cõtracta ſit. Et ait Martianus, ex euẽtu hoc pendere. Nam ſi legatarius repudiauerit legatum, mutui obligatio contrahitur quamuis alias rei legatæ dominium recta via ſine traditione in legatarium tranſeat. l. à Titio. ff. de furt. Nam hoc dominium, quod magis legitimum eſt quã naturale, reuocabile eſt. Ergo quamuis dicatur res eſſe legatarii, ſi tamen eam hæres mutuam det, confirmatur mutui obligatio ex euentu condititionis. *Aut appoſitum* Hæc verba valde obſcura ſunt. Vulgo dicitur appoſitum repudiari cum conditioni non paretur ſub qua legatum relictum eſt: vel cũ adiectum eſt onus legato, & legatarius illud onus ſubire non vult. Nam is qui conditioni vel oneri legato adiecto non paret, videtur repudiare legatum. Sed ex veteribus codicibus videtur legendum : *Acquiſitum* non *appoſitum*. Itaque cum addit Pomponius, *Nam Iulianus ait & traditiones ab hærede factas, &cæt.* hoc ſibi vult: Si quã rem tradiderit hæres alicui quæ legata erat, puta ex cauſa venditionis, vel ex alia cauſa (non enim quod Iulianus ait pertinet ſolum ad mutui dationem) deinde is cui fuerat ea res legata eam repudiauerit, valere eam traditionẽ, & confirmari dominii translatione & alienatione, quæ ab initio non conſiſtebat, cum res aliena eſſet. Sed tamen fingitur tantũ ex die aditæ hæreditatis hæredis fuiſſe, poſtquam ſcilicet legatarius repudiauit legatum. nam ſi legatarius acceptauerit legatum, tunc etiam videtur ei acquiſitum fuiſſe, ex die aditæ hæreditatis. Ad hunc quoque locum pertinet quod dicitur in l. non omnis. ff. hoc tit. Non omnis numeratio eum qui accipit, obſtringit. Nullum hic commodius exemplum adferri poteſt, quam ex dict. leg. proinde. Si quis pecuniam numerauerit alicui, & adiecerit conditionem, qua extante eam pecuniam accipientis voluerit fieri, non ſtatim dici poſſe obligatum eſſe ex mutuo eum qui accepit. Hinc verum eſſe videtur quod hic dicitur, non omnem numerationem eum obligare qui accepit, ſed tunc ſcilicet, quoties idipſum agitur vt confeſtim obligetur : ſi enim conditio adiecta ſit, non ante mutui obligatio contrahetur ex numeratione, quam extiterit conditio. Additur in dict. leg. non omnis. *Nam & is qui mortis cauſa pecuniam donat.* Eſt locus communis de donatione cau. mort. Is autem qui donat cauſa mortis, mauult ſe habere quam eum cui donat. Eum autem cui donat mauult habere quam hæredem ſuum. Inſtitut. de donat. in prin. Duo igitur hic notantur caſus, in quibus reuocatur donatio cauſa mortis: nempe ſi is qui accepit, prior deceſſerit. item ſi conualuerit is qui donauit.

De donatione cau. mortis.

Quod autem diximus de conditione, hoc eſt intelligendum de ea quæ confertur in futurum tempus, non de ea quæ confertur in præſens aut præteritum, vt dicitur in l. cum ad præſens. 37. ff. eod. Eſt locus communis tam ſæpe à nobis tractatus, vt pigeat illum toties repetere. Conditio confertur aliquando in præſens tempus, aliquando in præteritum, aliquando in futurum: ſed proprie conditio eſt, quæ confertur in tempus futurum. Conditio enim collata in præſens tempus aut præteritum, conditio proprie non eſt, nec ſuſpendit actum. Nam ſtatim valet aut non valet quod agitur, quaſi verum ſit aut non ſit. Præſentia enim omnino certa ſunt, quantum eſt in rerum natura. etſi ignota nobis ſint, futura omnino ſunt incognita nobis. Itaque conditio in futurum cõcepta ſuſpendit id quod ſub ea conditione contractum eſt. Conditio autem in præſens aut præteritum tempus concepta dicitur figuram, ſeu inſtar conditionis obtinere. l. Cornelius. 66. in fi. ff. de hæred. inſt. & l. ſi ita ſtipulatus. 120. ff. de verb. oblig.

Conditio proprie quando dicatur.

Hinc exiſtit quæſtio quæ tractatur in l. pecuniam. 36. ff. eod. De qua conſultus fuit Iabolenus epiſtola eo nomine ad eum miſſa. Quidam mihi debeat pecuniam pure ſine die & ſine conditione: conuenit inter nos, vt eam pecuniam promitterer Titio ſub conditione, ſi nauis ex Aſia veniſſet : & iuſſu meo promiſit eã pecuniam Titio ex ea promiſſione non ſtatim obligatur Titio, ſed poſteaquã extiterit cõditio. De eo autẽ nulla eſt dubitatio: ſed quæritur an ego interim ab eo petere poſſim: nulla videtur cauſa eſſe, cur ego interim ab eo nõ petã id. n. mihi ſtipulanti pure promiſit, non vt Titio ſub conditione. Sed tamen hic Iabolenus reſpondet, non poſſe me ſtatim ab eo petere, quaſi conditio quædam ſit huic obligationi adiecta, qua mihi tenetur. At proponitur obligationem pure contractam eſſe, verum eſt: ſed cum iuſſu meo Titio ſub cõditione promiſerit, intelligimus mihi ſub cõtraria conditione eandem pecuniam promiſiſſe, nempe ſi nauis nõ venerit ex Aſia. Et quia incertum eſt, an venire debeat nauis ex Aſia, an non, interim pecuniam petere non poſſum. ideoque hic eſt nouatio quædam & delegatio. Hactenus verba ſunt conſulentis Iabolenum. Sequitur : *Reſpondit, non dubito quin mea pecunia, &cæt.* Duo continet hoc reſponſum. In primis enim ait ſe non dubitare quin ea pecunia credita permaneat, quæ erat debita ſine conditione, antequam conditionalis obligatio contraheretur: ſi defecerit conditio adſcripta poſteriori obligationi, videlicet non veniente naue ex Aſia. Perinde enim eſſe, ac ſi nulla conditio adſcripta fuiſſet. Hinc diligenter notandum eſt, ſi quid contractum ſit ſub conditione, & defecerit conditio, perinde obligationem contractam eſſe intelligi, ac ſi nulla conditio adſcripta fuiſſet. Secundo dicit, interim dum pendet conditio peti non poſſe. Sed difficultas hic oritur & antinomia, ex l. pure. in prin. de dol. mal. except. valde difficilis. Species in ea huiuſmodi eſt: Debebam Titio centum pure, id eſt, ſine conditione: eam obligationem mihi legauit ſub conditione, *Si nauis ex Aſia venerit.* Vis huius legati eſt, vt ſi extiterit conditio, nihil ei debeam. Sed quæritur, an hęres Titii poſſit à me petere interim, & donec incertum eſt, an euentura ſit conditio, necne. Ait Paulus poſſe hęredem interim eam pecuniam exigere, quę pure debebatur defuncto. Illi autem ſupra expoſitæ cum videatur hęc ſimilis eſſe ſpecies, cur dicitur propter obligationẽ quę pure contracta fuerat, interim peti poſſe, cum hic dicatur peti non poſſe? Sed in his ſpeciebus mihi videtur magna eſſe differentia, vt mirum non ſit, ſi ius diuerſum ſit. Id autem apertiſſime cognoſcetur inſpecta diligenter natura legati, cuius mentio eſt in dicta l. pure. & conditionalis ſtipulationis, cuius mentio eſt in lege quam interpretamur. Nam in l. pure : proponitur teſtatorem cui debebatur mutua pecunia, eam debitori legaſſe ſub hac conditione, Si nauis ex Aſia venerit. Pendente autem conditione interim hæredem petere poſſe, atque agere ex ea obligatione quæ pure contracta fuerat cum defuncto, ita tamen vt hæres qui agit cauere debeat, ſe eam pecuniam redditurum legatario, cum extiterit conditio ſub qua legatum relictum eſt à teſtatore.

Quid potuit æquius conſtitui? Natura legati conditionalis hæc eſt, vt antequam conditio exſtet, legatum remaneat penes hæredem præſtita cautione de ſoluendo, cum extiterit conditio vt pleniſſime videri poteſt ex tit. ff. vt legato. nomi. caueat. Imo etſi nulla ſit conditio, petere debet legatarius ab hærede, non propria auctoritate capere. Huius enim rei gratia comparatum eſt interdictum quod legatorum, quo ſi legatarius rem legatam propria auctoritate apprehenderit & occupauerit, cogetur eam reddere hæredi. Magna igitur ratio ſuadet, vt interim poſſit hæres agere, & legatum interim dum extiterit conditio retinere. Iam videamus de conditionali ſtipulatione, & quæ eius natura ſit. In hac ſtipulatione ſolemus inſpicere quod veriſimiliter actum eſt inter contrahentes. Tu mihi debebas pure pecuniam ex mutuo forte, & conſenſu meo promiſiſti Titio eam pecuniam te daturum ſub conditione, ſi nauis ex Aſia venerit: eſt ne credibile hoc inter nos actum eſſe, vt interim dum expectatur eius euentus, ego poſſim à te illam pecuniam exigere? Sane nemo prudens dixerit, re diligenter examinata, hoc actum videri: quoniam ſi exigi poſſet, interim dum expectabatur conditionis euentus, promiſſor ſub conditione cogeretur duobus eandem rem ſoluere. Non eſt credibile eũ hoc animo fuiſſe. Sed pone me qui aduerſus eũ ago, exegiſſe ab eo pecuniam, & poſtea extitiſſe conditionem: Titius exiſtente conditione eandem pecuniam, agens aduerſus eum, exiget. Verum quidem eſt repetitionem ei competere aduerſus me, cum conditio extiterit, ſed non ſatis ei cautum eſt hac perſonali actione: plus enim cautionis eſt in rem quam in perſonam. leg. plus cautionis. ff. de reg. iuris. Idem etiam in leg. pure. qui agit, & cui poſtea ſoluendum eſt legatum exiſtente conditione, non item in hac lege. Extrinſecus quoque accedit mutuo pignoris obligatio. Is enim qui mutuam pecuniam dat, vt ſecurior ſit, ſolet pignus accipere: ideoque obligatio pignoris accedit obligationi mutui. Huius acceſſionis mentio eſt in l. eius qui in prouincia. in princ. ff. eodem. Vnde quæſtio tractatur in leg. creditor. 18. Si creditor qui pecuniam mutuam dedit, non idoneum pignus acceperit, an poſſit nihilominus integram & ſolidam ſummam repetere quam dedit, quia pignus non eſt tantæ quantitatis & æſtimationis quantæ eſt mutuum? Caius ait ſaluam ei manere actionem ſuam. Duplex autem competit ei actio, vna ex mutuo: altera actio hypothecaria: Res ſeparatæ ſunt ſors ipſa, & pignus. Præterea pignoris obligatio contrahitur fauore creditoris, videlicet vt ſecurior ſit: & ideo in eius incommodum retorqueri non debet. leg. quod fauore. ſupr. de legib. & Senat. con. Sed huic ſententiæ obiicitur lex, à diuo Pio. §. ſi pignora. ff. de re iudic. vbi dicitur, ſi pignora quæ capta ſint in executionem rei iudicatæ, emptorem non inueniant, addicenda ſunt ei cui quis condemnatus eſt pro ea quantitate quæ debetur. Ergo dicendum eſt eum qui pignus idoneum non cepit, pignore contentum eſſe debere, nec poſſe amplius petere, quod iniquum videretur. Vulgo dicitur in leg. à diuo Pio. Vlpianum loqui de Prætorio pignore: hic autem Caium de pignore conuentionali. quod verum eſt. Sed cur potius in prætorio pignore quam in conuẽtionali hoc ſtatuitur? Multas rationes friuolas vulgo adducunt, quibus poſſint hanc iniquitatem tegere: ego hunc locum alias explicaui, & aliquid ſcripſi in Diſputationibus anniuer. libro. 1. capit. 6. Et dixi quantitatem hoc in loco pro æſtimatione accipiendam eſſe: Sicque accipi in leg. quæ extrinſecus. ff. de verborum obligat. vbi etiam dixi illa verba l. à diuo Pio. §. ſi pignora. aliter accipienda eſſe quam vulgo accipiantur. Cum enim pignora addicenda eſſe dicuntur ea quantitate quæ debetur, eo pertinet vt pignora addicantur tanta quantitate, id eſt, valore, (vt vulgo loquimur) & æſtimatione, quanta eſt ſumma quæ debetur? ſicq; accipiendum eſſe apparet ex verbis ſequentibus. In eo enim nulla fit creditori iniuria: vt non immerito permittatur in dict. leg. creditor. exactio æſtimationis eius debiti, in quam pignus non ſufficit. Inter cætera quæ mutuo extrinſecus accedunt, numeratur vſura. Si quis mutuam pecuniam dat, ſtipuletur vſuram, id eſt, pecuniam propter vſum eius pecuniæ quam mutuam dat: id enim eſt vſura, & ita demum ex mutuo debetur, ſi in ſtipulationem deducta fuerit: quia ne pacto quidem

Interdictũ quod legatorũ.

De pignore & an mutuo accedat

Vſura an mutuo accedat.

conuento debetur, etſi in ipſo mutuo contrahendo in continenti adiectum fuerit: idq; propter odium vſurarum. l. 3. inf. de vſur. quod quemadmodum accipiendum ſit, docebimus ſub tit. de vſur. Hinc exiſtit nobilis quæſtio, quæ tractatur apud Paulum in l. lecta. quam explicaturi ſumus, poſtquam ipſius ſpeciem expoſuerimus.

AD LEGEM, LECTA.

Hoc caput celebre eſt propter obſcuritatem & difficultatem, quæ in eo eſſe tanta creditur, vt vulgo iactent hanc legem nunquam intellectam: ſed quam falſo hoc dici ſoleat, ſpero me demonſtraturum. Quæſtio omnis naſcitur ex cautione quam Paulus ait lectam eſſe in auditorio Æmilij Papiniani præfecti prætorio. Nam cum Æmilius Papinianus præfectus prætorio ius redderet in auditorio ſuo, id eſt, in eo loco, in quo litigantibus ius reddebatur, prolata eſt quædam cautio, & (vt vulgo nos loquimur) ſchedula. Sic enim auditorium hic accipi debet, vt ſæpe alias, in leg. contra. ff. de re iudic. & l. cum in fundo. ff. de iure dotium, & l. 1. §. ne de ſtatu defuncti. l. mulier. ff. ad Senatuſconſ. Treb. l. prouidendum. §. de poſtulando. & l. cum lege. 41. §. 1. ff. de recept. arbitr. Interdum tamẽ accipitur pro ſchola. Iã videamus de hac cautione. Eius tria ſunt capita. Primum continet ſtipulationem de pecunia mutua reddenda certa die, puta Calendis Ianuariis. Quidam enim cum mutuam pecuniam dediſſet alicui, ſtipulatus eſt eam pecuniam ſibi reddi Calendis Ianuariis. Exempli autem gratia, ait quindecim mutua data fuiſſe. Solet quæri, an de quindecim millibus ſeſtertiorum, id eſt, quindecies centenis millibus ſeſtertium nũmorũ, hoc accipere debeamus, an de quindecim ſeſtertiis? Hoc parum pertinet ad ius de quo hic quæritur, ſed tamen credibile eſt, ex his quæ ſequuntur, quindecim ſeſtertia credita fuiſſe, ſub qua ſumma continentur denarium 3750. & ſeſtertii nummi quindecim millia. Seſtertium enim neutro genere continet ducentos & quinquaginta denarios. Denarius decẽ aſſes, à quo & denarius dicitur: ſeſterius autem nummos quatuor. Nam ſeſtertius nummus duos aſſes cum dimidio continet. Denarius hodie æſtimatur quatuor noſtris Caroleis. Sed de eo non eſt magnopere laborandum. Secundũ caput huius rationis continet ſtipulationem vſuræ centeſimæ. Is enim qui quindecim mutua dat, & ſtipulatur ea ſibi reddi Calendis Ianuariis, ne inutilis ei ſit pecunia ſua, ſed aliquem ei fructum adferat, ſtipulatur eo nomine vſuram, videlicet centeſimam, id eſt, pro centum denariis vnum denarium ſingulis menſibus. Solet hic diſputari ab aliis de vſura centeſima, & cur ſic dicatur. Sed hoc ſæpe oſtendi, & nuper etiam in expoſitione l. qui Romæ. §. Callimachus. ff. de verborum oblig. nonnihil tamen hoc in loco attingemus. Centeſima enim vſura eſt cum quis in ſingulos menſes centeſimam partẽ ſortis ſtipulatur, id eſt, vnum pro centum, quæ in ſingulos annos duodecim efficiunt. Huius exemplum hic affertur à Paulo his verbis: *Si ea die ſuprascripta ſumma Publio Mæuio, eive ad quẽ ea res pertinebit data ſoluta, & tunc eo amplius, quo poſt ſolutam pœna nomine in dies triginta, inque denarios centenos, denarios ſingulos dari ſtipulatus eſt Publius Mæuius, & cæt.* ſic enim legendum eſt, vt in veteribus & emendatis codicibus. Alii legunt, in dies viginti quinque: ſed mendoſa eſt hæc lectio. In dies triginta autẽ, id eſt, in vnoquoq; menſe. nam tunc vere erit centeſima vſura. Duo igitur conſideranda ſunt in hac ſtipulatione vſurarum: vnum eſt quod ſtipulatus eſt in dies triginta: deinde in denarios centenos ſingulos denarios, id eſt, pro ſingulis centum denariis ſingulos denarios ſingulis triginta diebus. Pœnam hic vocat vſuram, licet aliquid interſit inter pœnam & vſuram. Pœna autem nomen generale cum ſit, aliquando complecti poteſt vſuram: cum etiam vſura ſtipulari ſoleat ad puniendam tarditatem eius qui ſerius quod debet ſoluit. Et ex verbis ſequentibus apparet hic pœnam exigi propter moram debitoris: quod maxime notandum eſt ad hanc quæſtionem, aliquando enim ſtipulantur vſuræ propter vſum pecuniæ, ſi hoc ſit expreſſum.

Seſtertii nummi & denarii æſtimatio.

Tertium caput huius cautionis continet pactum conuentum ſine mentione ſtipulationis vlla cum dicit: *conuenitque inter nos, &c.* In aliis capitibus fit ſemper mentio ſtipulationis,

pulationis: ſed in hoc capite pactum conuentum tantum eſt, ex quo iure Romano non naſcitur actio, l. iuriſgentium. ff. de pact. hoc autem pacto differtur ſolutio ſortis, & prorogatur tempus ſolutionis. Subiicitur igitur hoc pactum propter commodum debitoris, vt non cogatur ex prioribus ſtipulationibus totam ſortem Kalendis Ianuariis exſoluere, ſed liceat ei ſoluere certã parte ſingulis menſib. ideoq; hoc pacto receditur à ſtipulatione, cui' mẽtio fit in primo capite cautionis. Primo n. capite (vt dixim' cõtinetur ſtipulatũ eſſe Publiũ Mæuium à Lucio Titio totã ſortem ſibi reddi Kalendis proximis Ianuariis: hoc pacto conuenit inter eos, vt aliter ea ſolutio fiat, nec Kalendis Ianuariis proximis cogatur debitor totã ſortem exſoluere, ſed per partes id eſt, ſingulis menſibus trecentos denarios. De vſuris autẽ nihil exprimitur. Repugnantia ſunt tum quod continetur illa ſtipulatione, tum quod hoc pacto: atque ideo reformatur hoc pacto, & renouatur illa ſtipulatio. His verbis vtitur Vlpianus in leg. iuriſgentium. §. adeo. ff. de pactis. mutatur enim forma ſtipulationis præcedentis quod ad ſolutionem attinet, cum ex ſtipulatione, vt concepta eſt, tota ſors ſoluenda eſſet: propter hoc pactum vero fiat diſtributio totius ſortis in plures penſiones nempe menſtruales, idq; incommodo debitoris. hęc ſunt quę cautione continentur. Deinde proponit Iuriſconſ. eum qui hanc cautionem conceperat, vti diximus, non ſoluiſſe pecuniam aliquo menſe: exempli gratia, duodecimo menſe, vt lapſi ſint duodecim menſes ab eo tempore quo conſcripta eſt hæc cautio. Hinc naſcitur dubitatio de vſuris. Nulla enim quæſtio eſt, an ſors & vſuræ debeantur, ſed tantum an debeat ſoluere vſuras totius ſortis ſingulis menſibus, vt incipiant currere ex die ſtipulationis, id eſt, ex Kalendis Ianuariis. Nam Lucius Titius promiſit Publio Mæuio ſe vſuras ſoluturum Kalendis Ianuariis: an ergo ex die Kalendarum Ianuarii incipiant deberi vſuræ totius ſortis, id eſt, quindecim ſeſtertiorum, quæ continent 3750. denarios, qui mutuo dati ſunt, vt in ſingulis menſibus triginta & octo debeantur ei qui mutuã dedit pecuniã, vt ex ſupputatione cognoſci poterit, ſi duodecies vſuræ ſingulorum menſium multiplicentur, quod tamen ad ius nihil pertinet, magna ſane eſſet hæc vſura. Et tamen ſi dilgenter expendatur ſingula capita huius cautionis, non videtur debitori ſe teneri poſſe, quominus totius ſortis ſingulis menſibus vſuras ſoluat. Secundo enim capite continetnr ſtipulatio de ſoluendis vſuris, ſi ſors Kalendis Ianuariis ſoluta non fuerit. Tertium autem caput eſt de pacto, quo conuenit vt debitor non cogatur totam ſummam ſoluere Kalendis Ianuariis, & vt liberum ſit ei per partes ſoluere: de vſuris vero nihil dicitur. Quid ergo cauſæ eſt, cur vſuræ totius ſortis non debeantur ſingulis menſibus? Hic reſpondet Paulus: (de numero autem menſium, & quod elapſi ſint, nihil hoc ad quæſtionem iuris pertinet.) *Dicebam quia pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe creduntur.* Paulus his verbis ſignificat ſe rogatum ſententiam ab Æmilio Papiniano, cuius erat aſſeſſor, vt ſcribit Lampridius ita ſenſiſſe: videlicet in Alexandro vſuras totius ſortis non deberi ſingulis menſibus, propter pactum conuentum, quo actum eſt vt ſolutio ſortis per partes fieret, vt non cogeretur debitor Kalendis Ianuariis totam ſortem ſoluere, quemadmodum antea cautum fuerat. Hoc enim pacto renouatur ſtipulatio, vt diximus: quod ſi adiectum non eſſet, vſuræ totius ſortis deberentur ſingulis menſibus, & poſt duodecim menſes duodecies multiplicanda eſſet illa ſumma, quam totam auferret creditor pro vſuris. Itaque hac pactione receſſum eſt à priori ſtipulatione. Et licet hoc pactum ad actionem non valeat iure Romano niſi in caſibus exceptis: tamen dicitur ineſſe ſtipulationi, quia ſtatim & in continenti adiectum eſt poſt ipſam ſtipulationem contractam. ita enim accipere debemus, quaſi expreſſum fuerit ſtipulatione, & in ea contineatur de ſoluenda ſorte quæ mutuo data eſt, per partes, id eſt vt ſoluat debitor ſingulis menſibus trecentos denarios, & in ſingulos centum denarios ſingulis menſibus vnum nummum pro vſuris, quoad tardius ſolutio facta erit: ideoque perinde eſt, ac ſi ſtipulatus fuiſſet Publius Mæuius à Lucio Titio ſibi ſolui ſingulis menſibus trecentos denario: & ſi ſingulis menſibus ſoluti non eſſent, in ſingulos centum denarios vnum denarium pro vſuris. Hoc igitur pactum in ipſa ſtipulatione eſſe creditur, & ſic intelligitur ac ſi nullum pactum ſubiectum fuiſſet, ſed quaſi comprehenſum hoc fuiſſet ſtipulatione quod deductum eſt in pactum conuentum. Subiicitur; *Igitur finito primo menſe primæ penſionis vſuras currere.* His verbis apertius declarat quod dictum eſt in propoſita ſpecie. Primo enim menſe elapſo deberi ait vſuras non totius ſortis, ſed primæ tantum penſionis. Nam cum tota ſolutio diſtributa ſit in menſtruales penſiones, ſecundum hoc pactum, quot ſunt menſes, tot ſunt penſiones. Si igitur non ſoluit primo menſe, ſoluit tantum vſuras primæ penſionis, id eſt, trecentorum denariorum, videlicet tres denarios, non autem totius ſortis, ſcilicet triginta octo denarios: quod cogeretur facere, ſi ſolueret ſecundum ſtipulationem quæ continetur primo capite, vt iam diximus. Nam quia hoc pacto conuento reformatur ſtipulatio, ſoluet tantum tres denarios, quia in centenos denarios vnum denarium tantum debet. Secundo menſe autem ſine ſolutione elapſo, debebit vſuras primæ & ſecundæ penſionis, id eſt, ſexcentorum denariorum. Primo enim menſe tantum debebit vſuras trecentorum, vt dictum eſt, quia eo menſe non tenetur debitor ſoluere, niſi trecentos denarios; pro ſecundo igitur menſe, cum debebat totidem ſoluere, debebit ſex denarios pro vſuris primæ & ſecundæ penſionis. Tertio vero menſe debebit vſuras primæ ſecundæ, & tertiæ penſionis: noningentorum ergo denariorum, nouem denarios. Quarto item menſe ſine ſolutione elapſo debebit vſuras primæ, ſecundæ, tertiæ, & quartæ penſionis, id eſt, mille & ducentorum denariorum vſuras, quæ efficiunt duodecim denarios: & ſic deinceps vſque ad vltimum menſem. Incipiunt enim hæ vſuræ currere, ex quo moram facere cœpit debitor. Habenda igitur eſt ratio cuiuſque menſis, & cuiuſque menſtruæ penſionis. Primo enim menſe in mora eſt reſpectu primi menſis, quo ſoluere debuit. Secundo menſe in mora eſt reſpectu primi & ſecundi menſis, & ſic deinceps: ratio enim non patitur, vt vſuræ petantur, antequam ſors peti poſſit. At tota ſors primo menſe exigi non poteſt propter pactum; ergo nec vſura totius ſortis. Errant tamen inquit Paul. qui aliter ſentirent, *Pactum ſcilicet, quod ſubiectum eſt ad ſortis ſolutionem tantum pertinere non etiam ad vſurarum.* Quibus verbis oſtendit Paulus alios aſſeſſores fuiſſe Papiniano in eo auditorio: qui exiſtimabant non tantam vim habere illud pactum conuentum. De Vlpiano autem hoc videtur intelligendum, quem cum Paulo aſſeſſorem fuiſſe Papiniano Lampridius ait in Alexandro. Hic autem quiſquis fuit, diſſentiebat, vt cœpimus dicere, à Paulo, & contendebat ex die ſtipulationis in propoſita ſpecie vſuras totius ſortis deberi: pactumque conuentum hic tantum factum eſſe de ſorte; ideoque ad vſuras non pertinere. Nam vulgare illud eſt, pactum conuentum de vna re factum, ad aliam non extendi. leg. ſi vnus. §. ante omnia. ff. de pact. At pactum de quo hic loquimur, de ſorte tantum interpoſitum eſt. Inſpicite enim formam pacti, ne vllum quidem verbum reperietis de vſuris: nec enim numeratur forma primæ ſtipulationis quę de ſorte ſoluenda interpoſita fuit. Quid igitur cauſæ eſt, cur vſuræ totius ſortis non debeantur ex die interpoſitæ ſtipulationis? Alio etiam argumento vtebantur qui ſuperiorem Pauli opinionẽ impugnabant: Pactum conuentum tantum prodeſſe ad exceptionem; non ad actionem: pactum enim non continet ius ſed factum tantum. His autem obiectis nunc reſpondet Paulus, & ait: *Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt. &cæt.* Dicitis, inquit Paulus, pactum conuentum in propoſita ſpecie, de ſorte tantum factum eſſe non etiam de vſuris. ideoque ſtipulationem vſurarum integram debere manere, qua conuenit vt ſtatim ſoluantur vſuræ totius ſortis. Dico vero ego pactum factum de ſorte ad vſuras extendi: quoniam ex eo quod continetur hoc pacto, conſequitur id quod de vſuris dictum eſt. Si enim tota ſors peti non poſſit ante tempus conſtitutum propter pactum, certe fieri non poteſt, vt debeantur vſuræ ſortis antequam ſors peti poſſit. Nam ſi creditor peteret totam ſortem Calendis Ianuariis ſubmoueretur à debitore exceptione pacti, quo conuenit ne tota ſors petatur Calendis Ianuariis, & liberum ei ſit per partes

ſoluere nimirum vt ſingulis menſib. trecenos denarios, deinde & cum vſuræ debeantur propter pœnam retardatæ ſolutionis & moram debitoris: is autem non ſit in mora qui non poteſt cogi ad ſoluendum: ratio veſtra non ſubſiſtit. Quod autem dicitur, pactum tantum prodeſſe ad exceptionē, Paulus ait ad rem non pertinere: & quamuis hoc verum ſit ipſo iure, tamen non deberi vſuras totius ſortis primo menſe propter pactum: *quia ſcilicet, in mora is non eſt, à quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt.* Eſt hic locus communis de mora. Mora igitur nulla eſt, vbi nulla petitio eſt. Deinde ſubiicit ad finem: *Sed ſi quantitatem quæ medio tempore colligitur, &c.* vbi occurrit obiectioni quæ fieri poterat aliquando vſuras nō deberi tantum propter moram factam, ſed à die interiectæ ſtipulationis currere: ideoque euanidum eſſe quod dicimus, totius ſortis vſuras non deberi, quia tota ſors exigi non poteſt Et huius rei exempla ſunt in l. huiuſmodi. & l. ſi ita ſtipulatus. 126. de verborum oblig. Stipulatus ſum à te hoc modo: Si Titius conſul factus fuerit, tum ex hac die in annos ſingulos dena dare ſpondes? Poſtquam enim extiterit conditio, decem annua peti poterunt, non tantum ex die exiſtentis conditionis, ſed etiā ex die quo contracta eſt ſtipulatio. Sed dicit Paulus hoc intelligēdum eſſe cum expreſſum eſt inter cōtrahentes vt debeantur vſuræ antecedentis temporis, tunc enim vſuræ præteriti temporis peti poterunt: vt in hoc etiam exemplo, Ego tibi mutuam do pecuniam: conuenit vt mihi ſoluas poſt annum, & vt ſingulis menſibus interim mihi pendas aliquid vſurarum nomine: totius huius temporis vſuræ exigi poterunt, licet ante finem anni non poſſit ſors peti: eſt enim ſtipulatio concepta in annum, & de vſuris expreſſum eſt. At in propoſita ſpecie ex ipſa cautione ſatis apparet propter morā debitoris has tantum vſuras deductas eſſe in ſtipulationem, cum aliud expreſſum non ſit. Et exemplum adfert Paulus tam de fructibus, quam de vſuris. Si enim hoc receptum ſit in fructibus, cur non idem dicemus de vſuris? Exempli gratia: Si ſtipuler à te fundum, poſtquam Titius conſul factus fuerit, petam quidem à te fundum ſi conditio extiterit, non tamen potero petere fructus qui percepti ſunt à tempore quo contracta eſt ſtipulatio, ſed tantū à tēpore exiſtētis cōditionis. At ſi à te ſtipulatus fuero fundum & totius eius temporis fructus, poſtquam Titius conſul factus fuerit, non tantum à tēpore exiſtentis conditionis, ſed etiam à tempore contractæ ſtipulationis fructus potero petere. Quō autē pacta inſint ſtipulationib. vide l. iuriſgētium. ff. de pactis. & noſtros cōmentarios. Et hactenus quidem ad l. lecta. Sequitur alius locus,

De actione quæ ex mutuo competit.

Cap VI.

Ex mutuo naſcitur actio quæ certi condictio appellatur, vt Iuſtinianus ait tit. quib. mod. re contr. oblig. Si quis enim alicui mutuam pecuniam dederit, eam repetet per certi condictionem. Sed cur certi condictio dicitur eſſe hæc actio? In primis ſciendum eſt omnes actiones in perſonam condictiones dici. §. appellamus. Inſt. de act. propterea quod condicere priſca lingua ſignificat denuntiare: fiebat autem olim ſolennitas quædam in denunciando, antequam aduerſus aliquem actio inſtitueretur. Quæ cum ita ſint, accidit vt quædam actiones in perſonam hoc nomen vt proprium retinuerint, cuiuſmodi eſt hæc actio de qua loquimur, quæ ideo dicitur certi condictio, quia certum vt mutuum repetitur: cuiuſmodi etiam eſt condictio indebiti cum quis indebitum per errorem ſoluerit: nec non & condictio ſine cauſa, condictio ob turpem cauſam, condictio ex lege, & aliæ huiuſmodi, de quibus dicemus propriis locis. Itaque dicitur hęc actio, certi condictio: quia per hanc certum petitur. Semper enim certum eſt quod petitur ex hoc contractu. Exempli gratia; Ego tibi do certum pondus olei, certam menſuram vini aut frumenti, certum numerum pecuniæ, vt mihi tantundem reddas: non poteſt maior certitudo eſſe in vlla obligatione. Hæc autem actio licet detur ex mutuo, quia ſemper certum eſt quod ex mutuo debetur: tamen competit etiam ex aliis cauſis, veluti ſi ex alia quauis cauſa certum petatur, vt dicitur in leg. certi condictio. ff. eodem. Sed

Cōdictio quid.

quomodo cognoſcemus an certum petatur an incertum? Docet Paulus in l. certum. ff. eo. Certa enim quantitas inquit, dicitur vel certa ſpecies, cum apparet quid, quale, quantumq; ſit quod deducitur in obligationem, Id autem apparet vel ex nomine proprio quo res appellata eſt, vel ex certa demonſtratione. Parum enim intereſt, certa demonſtratione res deſignetur, an proprio vocabulo appelletur vt intelligamus quid, quale, quantumque ſit deductum in ſtipulationem, leg. ſtipulationum. ff. de verb. oblig. & leg. vbi autem. eo. tit. vbi hūc locum accurate explicauimus, ideo nihil referre ait Paulus, ſuo nomine, aut ea demonſtratione, &c. quaſi dicat tantundem præſtare deſignationem rei, quantum proprium vocabulum rei. Quoties ergo certum venit in obligationem, tunc datur hæc actio, quæ dicitur certi condictio: nihilque refert an ex certo contractu, vel incerto quid petatur, quia tantum inſpiciendum eſt, an id quod petitur certumne ſit an incertum. Contractus certus dici poteſt, qui propriam appellationem habet: incertus qui nomine proprio caret, vt l. 1. ff. de æſtimat. act. Sed poteſt etiam hoc alio ſenſu accipi: de quo abunde dixi in interpretatione dict. l. vbi autē. ff. de verb. oblig. Nam plerunque contingit, vt contractus incertus ſit, id eſt, incertum quid contineat; & nihilominus ex eo contractu certum petatur, ideoque hoc caſu nihilominus detur certi condictio. Exempli gratia, ſi ſim ſtipulatus fructus naſcituros ex aliquo fundo, cum incertum ſit qui fructus naſcituri ſint, licet poſtquam fructus nati fuerint, id quod incertum erat tempore ſtipulationis contractæ incipit certum eſſe: potero ne eos petere certi condictione? Non dubium eſt, quin ſi habeamus rationem contractus, dicendum ſit hac actione illud peti nō poſſe: quia incertū deductū eſt in ſtipulationem. Nō enim apparet quid, quale, quantūq; ſit quod ſtipulatione continetur. Exiſtimo tamen certi condictionem poſſe mihi competere, quia certum eſt quod nunc demum petitur, licet fuerit incerta ſtipulatio, & eius contrahendæ tempore non apparuerit quid, quale, quantumque eſſet quod ſtipularer. Cur igitur dicit Iuſtinian. ex incerta ſtipulatione actionem ex ſtipulatu competere; ex certa vero ſtipulatione certi condictionem? §. 1. de verb. oblig. Sed notandum eſt, cum dicimus ex ſtipulatione incerta cōpetere actionem ex ſtipulatu, ſic accipiendum eſſe, niſi quod incertum erat tempore ſtipulationis contractæ, certum poſtea fuerit effectum, ita vt eo tempore quo inſtituitur actio, certum ſit, vt dicemus in l. Si quis certum. 24. ff. eodem. Recte igitur ait Vlpian. in leg. certi condictio. *Hæc actio competit ex omni cauſa, & ex omni obligatione, ex qua certum petitur.* his enim verbis oſtendit Iuriſconſul. quod dicit de cauſa, de obligatione late eſſe accipiendum, vt ex quacunque cauſa petatur, & ex quacunque obligatione agatur, detur certi condictio, ſi modo certum ſit id quod ex cauſa petitur, ſiue ſit ex cauſa legati, ſiue ex maleficio. Deinde ſubdit in eadem lege: *Sed et ſi ex ſenatuſconſulto agetur.* vt demonſtret hanc etiam actionem competere ei, cui directæ actiones non dantur, ſed vtiles tantummodo, veluti ei cui reſtituta ſit hæreditas ex cauſa fideicommiſſi: cum enim proprie hæres non dicatur, ſed hæredis loco habeatur, l. reſtituta. ff. ad Senatuſconſ. Trebell. dantur ei & in eum vtiles actiones.

Certa quantitas, & incerta quomodo dignoſcatur.

Certi condictio quando competat.

Huius autem certi condictionis varia exempla reperiuntur ſub hoc titul. quæ nos hic breuiter explicaturi ſumus. Vnum eſt in leg. ſi quis certum. 24. ff eod. Ex ſtipulatione duplex naſcitur actio: nam ſi ſtipulatio contineat certum, datur certi condictio: ſi vero incertum, actio ex ſtipulatu. Ait itaque Vlpian. eum qui certum ſtipulatus fuerit, non id ex ſtipulatu actione, ſed ex certi condictione perſequi. Hinc notandum eſt veteres valde religioſos fuiſſe in diſtinguendis actionibus. Non enim licebat olim vlla actione, experiri, niſi nomine actionis expreſſo & edito. Quod ideo ab iis, vt credibile eſt, videtur fuiſſe inſtitutum, vt maturandi occaſionem præberent litigatoribus, vtque nemo facile ad litigandum accederet, niſi certo ſciret aliquam certam actionem ſibi competere. Itaque propter commercium hominum quoniam alioqui pleraque conſequebantur incommoda, proditæ ſunt quædam actiones generales, vt certi condictio, quoties ſcilicet certum deberetur ex aliqua cauſa, vt nullus ſit titulus alius actionis requirendus: tum deinde proditum eſt aliud

Ad l. ſi quis certum. ff. eod.

Actionis nomina olim cur tam religioſe expreſſa.

eſt aliud genus agendi, cuius maior eſt vſus, videlicet cum præſcriptis verbis agitur. Nam plerunque dubitare quis poteſt an certum ſit in obligatione, an incertum, nec facile eſt diſcernere, vt ſatis apparet ex leg. vbi autem. & l. ſtipulationum. ff. de verborum obligat. & incidunt multæ quæſtiones in quibus definire non poſſunt Iuriſconſulti an certum an incertum ſit quod continetur obligatione. Hodie tamen non ſolet actionis nomen exprimi, ſed factum ipſum narratur & exprimitur, & actio in id quod factum eſt, concipitur: ideoque ſolemus dicere, verbis in factum conceptis agere. De his nos plenius alibi diximus. Alia exempla ſunt in leg. certi condictio. §. quoniam. Ex eo quod diximus, certi condictionem non tantum competere ex mutuo, ſed etiam ex obligatione quæ verbis contrahitur, puta per ſtipulationem, quæritur poterat, ſi quis numerauerit pecuniam ex cauſa mutui, & ita ſtipulatus ſit, vt ſtipulatio inutilis ſit ob varias cauſas, an poſſit agi certi condictione. Totus hic locus à nobis explicatus eſt ſuperioribus locis in interpretatione leg. ſi ita ſtipulatus. 126. §. Chryſogonus. de verborum obligation. veluti: ego tibi mutuo dedi decem, & ſtipulatus ſum ea decem reddi Titio; cum certum ſit eam ſtipulationem eſſe inutilem, an ſaltem potero agere ex numeratione? & ait Iuriſconſultus certi condictionem competere ex numeratione. Sequitur aliud exemplum: *Idem erit ſi a pupillo*, &c. in quo ſtipulatio nullius eſt momenti, & nihilominus ex mutuo certi condictio datur. Sunt & alia in eadem lege exempla, quæ quia facilia ſunt, & huc referri poſſunt, non perſequemur. Pergamus iam ad alia.

Ad l. certi condictio. §. quoniā.

Ad l. ſi eum ſeruū.

Aliud exemplum eſt in leg. ſi eum ſeruum. 23. Seruus Stichus teſtamento cuiuſdam tibi legatus fuit: ego credebam eum mihi legatum fuiſſe, ideoque ab hærede eum conſequutus ſum: deinde eundem vendidi: quæſtio eſt an pretium redactum de ea venditione, is cui ille ſeruus vere legatus fuerat, poſſit à me petere. Videtur is omni actione deſtitutus eſſe. In primis enim aduerſus me ei actio in perſonam non competit: nam nullum negotium inter me & eum vnquam contractum eſt, actio in rem multo minus. Nam etſi poſſedi ſeruum, cuius dominus fuerat factus legatarius, l. à Titio. ff. de furt. ideoque poterat vindicare: tamen nunc non poſſideo, quia eum vendidi, nec dolo deſii poſſidere. Deinde actio in rem datur aduerſus eum qui poſſidet, vel deſiit poſſidere. Ego eum imprudens, vt meum, vendidi: conſequens igitur eſt aduerſum me nullam actionem tibi competere. Hoc exemplum nos admonet quam verum ſit id quod à nobis iam dictum eſt, magnam eſſe vtilitatem & neceſſitatem huius condictionis, quoniam accidit vt ea detur omni alia actione deficiente. Hic enim cum omnis alia actio deficeret, viderunt Iuriſconſulti, cauſam iuſtam eſſe obligationis, vt is, ſcilicet, qui receperat pretium ex venditione alieni ſerui, id reddere cogeretur: vt non mirum eſſe debeat ſi hoc caſu recepta ſit certi condictio. De æquitate autem huius obligationis nulla dubitatio eſt: quid enim æquius eſt quam mihi pretium rei meæ reddi, quod ad alium peruenit ex cauſa lucratiua? nam eo mortuo dominus agere non poſſet.

Ad l. ſi & me & Titium.

Aliud exẽplum eſt in leg. ſi & me & Titium. ff. eo. petebas à me & à Titio mutuam pecuniam: cumque pecuniam non haberemus, iuſſi cuidam debitori meo vt tibi pecuniam daret. Is ſtatim ſe daturum promiſit, te poſtulante, quin & dedit. Tu autem putabas eum Titii eſſe debitorem & propoſitum erat tuum, vt Titio non mihi obligareris. Quæritur an mihi competat actio? Ait Celſus, probabilius eſſe vt mihi competat, & tu obligeris. Si ſubtilitatem iuris ſpectemus, nulla actio competere poteſt aduerſus eum qui mutuam pecuniam accepit. Primum enim non poteſt competere actio Titio, quia eius pecunia numerata non fuit huic debitori: non poteſt etiam alteri, qui iuſſit ſuo debitori vt hic mutuam pecuniam daret, quia is qui accepit errabat: cum mutui obligatio non niſi inter conſentientes contrahatur. Sed quia iniuſtum erat huic cum alterius incommodo locupletiorem fieri, datur ei qui delegarat aduerſus debitorem actio, cuius etiam pecunia ad eum peruenit: nulla enim iuſta cauſa eſt cur eam retineat: ideoque etſi ſubtilitas iuris refragetur, aduerſus debitorem ad eam repetendam competit actio, id eſt, certi condictio. Dubitandum enim non eſt, quin hoc accipiendum ſit de certi condictione, alioqui hoc caput non pertineret ad hunc titulum. Notandum igitur eſt, quoties res mea ad alium peruenit, nec iuſtam cauſam habet eam retinendi, dari mihi aduerſus eum certi condictionem: quod obſeruatione digniſſimum arbitror. Idem dicitur l. ſeruus cuiuſdam. ff. de condict. indeb. & l. perpetuo. ff de condict. ob turp. cauſ.

Ad l. cū fundū. §. ſeruum tuū. ff.

Aliud exemplum eſt in leg. 31. ſeruum tuum imprudens. ff. eo. Ego ſeruum quendam Stichum qui tibi ſurreptus fuerat, imprudens à fure emi bona fide, ideoque hunc credebam meum eſſe. Is autem cum ſoleret negociari nomine meo, quaſi ſeruus meus eſſet, emit quendam alium ſeruum Pamphilum nomine, ex peculio quod ad te pertinebat, qui mihi traditus eſt. Dominus Stichi vult Pamphilum emptum à ſuo ſeruo petere. De Sticho enim empto à iure, dubium non eſt quin ſit domini: de Pamphilo quæritur. Certum autem eſt Stichi dominum vindicare hunc Pamphilum nõ poſſe, cum dominus eius non ſit, nec ei ſit traditus, vt nec Sticho, ſed mihi qui Stichum bona fide poſſidebam: traditione enim rei dominia acquiruntur. Ex his conſequens eſt, actionem non competere domino Stichi ſerui, qui ſeruum poſteriorem emi: ſed tamen quia æquum eſt eum non fraudari re acquiſita per ſeruum ſuum, ei ſuccurritur. Hoc exemplum affine eſt ſuperioribus, in quibus quæritur an deficiente omni actione actio detur condictitia propter æquitatem. Sabinus & Caſſius aiunt dominum prioris ſerui qui ſurreptus fuerat, id eſt, *S*tichi, poſſe à me condicere Pamphilum, non autem vindicaſſe: quia vindicatio competit domino, qui poteſt agere aduerſus poſſeſſorem ad dominium transferendum. Iulianus videndum eſſe ait, ne actio integra maneat domino aduerſus venditorem ſerui: idque affirmat cum aliqua dubitatione tamen ac diffidentia. Sententia igitur Iuliani fuit, ſi velit dominus ſerui ſurrepti aduerſus venditorem Pamphili agere, vt poſſit hoc modo, Tu vendidiſti illum ſeruum ſeruo meo: cumque ex eo contractu actio mihi acquiſita ſit, peto vt eum ſeruum mihi tradas. Quid ſi iam illum tradidit venditor? Actione ex empto aduerſus venditorem aget dominus, & venditor condictione indebiti aduerſus poſſeſſorem, vt reddat indebitum traditum ſeruum. Si autem dominus nolit agere actione ex empto, poterit vindicare peculiares nũmos, ſi extent. Nam hic proponitur, vt diximus, Pamphilum ſeruum emptum eſſe ex peculio Stichi: quod non potuit alienare, nec eius dominium transferre in emptorem, cum non haberet liberam eius adminiſtrationem: ſed ſi nummi non extent, vindicari non poterunt. Addit autem ad dictum Iuliani Paulus, atque ſententiam Iuliani veram eſſe, ſed tamen domino Stichi actionem ex empto aduerſus venditorem, non aliter competere, quam ſi ei pretium ſolidum præſtiterit: quia cum ratum habet contractum venditionis, idque ſatis oſtendat agendo ex empto aduerſus venditorem, conſequens ſit vt etiam ex empto teneatur. Sequitur in fine, *Paratus ſum*, id eſt venditor. in hoc enim caſu actionem etiam non habet dominus ſerui ſurrepti, aduerſus venditorem, etiamſi iam ſoluerit bonæ fidei poſſeſſori, modo venditor paratus ſit ei præſtare actionem quæ ſibi competit aduerſus bonæfidei poſſeſſorem. Competit autem condictio indebiti. Circa hanc actionem quæritur,

Cui & aduerſus quem competat actio ex mutuo.

C A P. VI.

CErtum eſt hanc actionem ei competere qui pecuniam numerauit aduerſus eum qui mutuam accepit: idque ſatis perſpicuum eſt ex his quæ iam diximus. Sed quæritur ſi plures pecuniam mutuam dederint, an detur eis actio in ſolidum, an vero pro parte? Hæc quæſtio tractatur in leg. 9. hic. Quidam Romanus in Gallia mutuam pecuniam dedit cum quodam alio, de qua conuenit vt Romæ ſoluatur. Ad diem ſi non ſoluatur Romæ, quæritur an vnus ex his in ſolidum poſſit agere certi condictione ex mutuo: quia obiicietur ei quod ſolus non dederit pecuniam. Hic dicitur non poſſe eum agere in ſolidum niſi actum fuerit vt in ſolidum debea-

Ad l. cū te in Gallia. hic.

tur ſingulis pecunia, vel ei mandatum ſit ab altero vt agat. hæc igitur actio datur ei qui pecuniam numerauit. nec quicquam refert an in res alienas pecuniam acceperit mutuam is aduerſus quem ex mutuo agitur, an vero in negocia propria, vt dicitur in leg. eum qui. hic. Ego à te peto pecuniam, quam tibi mutuam dedi: aduerſus meam actionem ita te tueris, vt dicas non te conueniri debere, quia accepiſti eam pecuniam à me in res alienas, & forte ita dictum fuit etiam in negocio contrahendo: quæritur an nihilominus aduerſus te actio mihi detur? Et dicitur mihi competere: quia etſi teſtatus ſis te eam pecuniam in res alienas accipere, tamen quia alterius contemplatione ea pecunia numerata non eſt, competit cõdictio aduerſus te. Sed ſi tibi alterius contemplatione ea pecunia numerata fuerit, non potero aduerſus te agere. Vnde quæritur an aduerſus eum qui ſubſcripſit cautionem, poſſit actio competere: hæc quæſtio tractatur in leg. mutuæ. 14. hic. vbi dicitur, ſi chirographum conſcriptum ſit de mutua pecunia quibuſdam credita, & aliquis ei chirographo ſubſcripſerit, nec ei numerata fuerit pecunia, non teneri eum propter ſubſcriptionem: quia forte is ſubſcripſit tanquam teſtis memoriæ cauſa. Non igitur ideo poſſet conueniri quod conſenſerit ſubſcriptioni, niſi ſtipulatio interueniat. Ex his conſequitur, ſi is qui mutuam pecuniam accepit, eandem pecuniam alii mutuam dederit, non aduerſus poſteriorem debitorem, qui à me non accepit mutuam, competere mihi actionem, ſed aduerſus eum cui pecuniam numeraui. l. non aduerſus. 15. hic. Ego mutuam pecuniam tibi dedi, eam repoſco mihi reddi per certi condictionem: ais te illam alii dediſſe, atque ideo contra illum potius mihi agendum eſſe: quæritur quid iuris ſit? Reſcribit Imperator non aduerſus eum qui pecuniam habeat, ſed aduerſus eum cui pecuniam numeraui ex cauſa mutui, me actionem habere. Hæc enim actio in perſonam eſt, non in rem. Hoc autem intereſt inter actionem in perſonam & actionem in rem, quod illa perſonam ſequitur cum qua negocium contractum eſt: hæc vero ipſam rem, vt quiſquis eam poſſidet conueniatur, l. actionum. 24. ff. de oblig. & act. Dubitandum autem non eſt quin hæc actio ſit in perſonam. Nam dominium pecuniæ creditæ in accipientem transfertur, & dans nullum ius amplius in eam rem habet, ſed perſonam tantum accipientis obligatam habet ad reddendam pecuniam quæ mutuo data eſt. Ratio igitur non patitur vt aduerſus eum ad quem forte ea res à re peruenit agam. Simile eſt quod dicitur in leg. eum qui. 13. infra, de obligat. & act. vbi hæc eſt ſpecies: Is qui mutuam pecuniam dederat volebat aduerſus eum agere, ad quem à ſuo debitore ea res peruenerat. Et reſcriptum eſt, nullam ei aduerſus illum actionem competere. Huic §. Lucius. etiam pertinet l. vltim. ff. de contrah. empt. in qua dicitur, actionem perſonalem non ſequi rem. Tu mihi promiſiſti daturum certam frumenti quantitatem annuam ex illo fundo: deinde illum fundum alienaſti: non poſſum agere aduerſus emptorem. Nam hæc actio eſt perſonalis: hac enim promiſſione fundus mihi non obligatur. Quod ſi aliqua eſſet hypotheca, illa ſequeretur rem. Idem dicitur in leg. 1. §. ſi hæres. ff. ad Senatuſconſul. Trebel. Ex his quæ iam diximus naſcitur quæſtio. Si enim vni numerata ſit pecunia, & alii quibus non numerata eſt, cauerint ſe eam pecuniam accepiſſe, vel ſi cautio conſcripta ſit omnium nomine, id eſt, etiam eorum quibus pecunia numerata non eſt, an hæc actio aduerſus omnes cõpetere poſſit? Hæc tractatur l. non ſinguli. 5. hic. vt diſtinguit imperator. Videndum enim eſt an alii quibus pecunia numerata non eſt, conſtituerint ſe reos debendi, vel fideiuſſerint pro eo cui eſt numerata. nam ſi ſtipulatione ſolenni conſtituerint ſe reos debendi, vel fideiuſſerint, dubium non eſt quin obligentur. Tenentur enim ſtipulatione quæ verbis contrahitur. Quid ſi nec fideiuſſerint, nec ſe conſtituerint reos debendi, ſed tantum cauerint ſe pecuniam accepiſſe ex cauſa mutui, quæ tamen re vera eis non fuit numerata, ſed vni tantum; Reſcribit Imperator, poſt biennium eos teneri propter conuentionem: ante biennium vero minime, propter exceptionem non numeratæ pecuniæ. Nam ſi quis caueat ſe mutuam pecuniam, accepiſſe propter ſpem numerationis, quam non accepit, & conueniatur ex ea cautione intra biennium, poteſt obiicere exceptionem quæ dicitur pecuniæ non numeratæ: poſt biennium, eam exceptionem opponere non poteſt, & dicitur obligatus. Vide titul. Cod. de non numerata pecunia. In eadem lege dicitur ad fin. Si is cui pecunia numerata eſt, cauerit ſe oleum accepiſſe, non poſſe ab eo oleum peti, ſed id tantum quod re vera datum eſt. Plus enim valet quod agitur quam quod ſimulate concipitur, de quo eſt titul. infra, vbi hunc locum tractaturi ſumus.

Ad l. eũ qui. hic.

Ad l. mutua. hic.

Ad l. nõ aduerſus. hic.

Actiones in perſonã & in rẽ quid differãt.

Ad l. ſi nõ ſingulis. hic.

De pecunia non numerata.

Poſtremo notandum eſt, hanc actionem competere aduerſus hæredes eius qui ex mutuo obligatus eſt, portionibus hæreditariis: & hoc perpetuum eſt in omnibus contractibus & obligationibus, vt eadem obligatione teneantur hæredes qua tenebatur defunctus: & ſi plures ſint hæredes teneantur pro portionibus hæreditariis, leg. 2. §. ex his. ff. de verborum obligationib. Et qui ex maiori parte ſunt hæredes, ex maiori etiam parte conueniantur. Nam ex perſona hæredum nõ mutatur conditio obligationis. Ad legatarios autem vel alios qui in rem ſuccedunt, non tranſit hæc obligatio. Vnde dicitur in leg. 1. hic, non debere rationem haberi prælegatorum, cum agitur aduerſus hæredes, ſed quota ex parte quiſque hæres ſit. Teſtator forte prælegauit fundum cuipiam, & inſtituit eum hæredem cum quodam alio ex æquis partibus, an is qui præcipuum habet fundum, maiori ex parte teneatur creditoribus hæreditariis, quam is cum quo inſtitutus eſt hæres; ait Imperator eum non teneri. Non enim pro modo emolumenti, inquit, quod quis capit ex bonis defuncti, tenetur creditoribus hæreditariis, ſed titulo quo id conſecutus fuerit. Similis locus eſt in leg. pacto ſucceſſorum. ſupra de pact. & l. ea quæ. ſup. famil. ercisc. Sequens locus eſt,

Hæredes teneri mutuo pro portionibus hæreditariis.

Ad l. 1. hic

De officio iudicis in hac actione.

Cap VII.

IN omnibus actionibus quæri ſolet quodnam ſit officium iudicis, & quæſtiones tractantur his ſimiles de quibus in titul. de offic. iudic. in Inſtit. Videndum ergo eſt quæ pertineant ad iudicis officium in hac certi condictione. Et in primis certum eſt iudicis officium eſſe vt condemnet reum, qui mutuam pecuniam accepit, ad eam reddendam creditori. Ad maiorem enim quantitatem quam quæ numerata eſt, non poteſt iudex condemnare, etſi id nominatim cautum ſit, l. rogaſti. §. ſi tibi. ff. Ego tibi decem mutua dedi, & conuenit vt mihi vndecim reddas: ad iudicis officium pertinet vt condemnet reum ad decem tantum quæ numerata ſunt, non etiam ad vndecim, quamuis nominatim conuenerit vt vndecim debeantur. Ratio eſt in leg. ſi tibi. ff. de pact. Obligatio enim mutui re contrahitur, vt & diximus: ergo & quatenus datum eſt, eatenus tantum obligatio contrahitur. Hoc tamen non ita accipiendum eſt, vt ſi aliquid conuenerit de vſuris ſoluendis, non fiat condemnatio ad vſuras. Nam ſi conuenerit vt aliquid harum nomine pendatur ob numeratam pecuniam, hæ venient in condemnationem, ſi ſtipulatio interceſſerit, quæ in his cauſis fere neceſſaria eſt, leg. 3. infra, de vſuris. Plerunque tamen debentur vſuræ ex ſolo pacto. l. frumenti. infra, de vſuris. & l. etiam. eod. tit. Nec obſtat quod re non vltra contrahitur obligatio mutui quam in id quod datum eſt: non enim petitur hæc vſura, tanquam debita ex mutuo, ſed tanquam debita ex ſtipulatione & ex conuentione mutuo accedente: in quibus caſibus ſola conuentio ſine ſtipulatione ſufficit. Sic eſt intelligenda l. rogaſti. §. ſi tibi. ff. de pact.

Ex nudo pacto deberi nonnunquã vſuras.

Secundo officio iudicis continetur in hac actione vt condemnet reum ad fructus & acceſſiones ſi talis res ſit debita, ex qua fructus naſcantur. Exemplum eſt in leg. cum fundus. 31. ff. Cum fundus petitur per condictionem, officio iudicis continetur non tantum vt condemnet eum vnde petitur ad fundum dandum, ſed etiam ad fructus fundi, qui ex tempore litis conteſtatæ percepti ſunt, id eſt ex quo lis cum reo conteſtata eſt. Et hoc ita obſeruari ſolet in omnibus ſtrictis iudiciis, l. videamus. 2. de vſuris. vbi hæc aſſignatur differentia inter ſtricta & bonæ fidei iudicia, vt in ſtrictis iudiciis fructus debeantur à tempore litis conteſtatæ, in iudiciis

Fructus quomodo in hac actione contineantur.

diciis vero bonæ fidei, ex tempore moræ. Latius eſt iudicis officium in bonæ fidei iudiciis, quam in ſtrictis. Certum autem eſt hanc actionem bonæ fidei non eſſe. Actionum enim bonæ fidei catalogus, qui recenſetur in §. actionum. de act. in Inſtit. hanc non comprehendit. Stricti igitur iuris eſt hæc condictio, & præſertim cum ex mutuo datur. Dicit autem Paulus d. l. cum fundus. *Cauſa omnis.* Hoc verbum vſitatum eſt apud Iuriſconſultos: eſt enim vocabulum artis, quod vix reperitur apud alios auctores. Et habetur in rub. de vſur. ſic inſcribitur: De vſuris, fructibus, cauſis, & aliis acceſſionibus: quod quomodo accipiatur, colligitur ex l. equis. ff. eod. Cauſam enim ſecundum partum vocat: vt Si quis mihi leget equum, in fructu eſſe dicatur primus partus equi legati: ſecundus autem proprie non dicatur fructus, quia legatus equus non peperit, ſed cauſa: & ita ex cauſa dicatur deberi. Cauſam igitur vocant, quod occaſione rei prouenit, figurata locutione, vt partus mulieris. Exiſtimauerunt enim veteres partum mulieris in fructu non eſſe propter hominum dignitatem. l. in fructu. ff. de vſuris. Hoc verbum Theophilus in Græcam linguam vertere non potuit. tit. de offic. iudic. §. ſi ad exhibendum. Inſtitut. Ergo in hac actione non tantum in condemnationem veniet primus partus, ſed etiam ſecundus & tertius: veniet etiam hominis partus, qui licet fructus non ſit, eſt tamen acceſſio. Omnis autem acceſſio venit in condemnationem à tempore iudicii accepti. Ego ſcio magnam eſſe diſtinctionem circa hunc locum, ſed eum plene explicauimus in interpretatione l. ſi fundus certa die. & l. ſi filiusfam. 78. §. vltim. ff. de verb. oblig.

…uſa …abu… quid …otet.

Tertio ad officium iudicis pertinet, vt res quæ credita eſt reddatur in eadem bonitate, & non deterior quam accepta eſt. leg. cum quid. ff. eo. Mutuum quis dedit vinum vetus & ei redditur vinum nouum, quod deterius eſt, quæritur an is qui reddidit vinum nouum liberetur? Quæſtio naſcitur ex eo quod redditur quidem vinum, & res eiuſdem generis, tum quod nihil de eo cautum, nec expreſſum eſt inter contrahentes vt redderetur vinum eadem bonitate: & ex natura contractus videatur ſufficere rem eiuſdem generis reddi. Dubitationem etiam auget, quod in contractibus ſtricti iudicii, quale eſt mutuum quod palam expreſſum non eſt, pro omiſſo habetur, l. quicquid adſtringendæ. ff. de verbor. oblig. & interpretatio fit contra ſtipulatorem: vt prorſus videatur id ſequendum eſſe quod cautum eſt, & expreſſum in negocio contrahendo: ergo imputandum ei qui mutuum dedit, quod non id expreſſerit. Hic tamen dicitur eadem bonitate vinum eſſe reddendum, & ſi deterius vinum reddatur, debitorem non liberari. Notandum igitur eſt in omnibus contractibus, etiam ſtricti iuris, ſemper nos ſequi quod apparet actum eſſe inter contrahentes, licet expreſſum id non ſit, l. ſemper in ſtipulationibus. ff. de regul. iur. quod colligitur ex coniecturis. Si non appareat ex coniecturis quid actum ſit, interpretamur contra ſtipulatorem, l. eum qui Calendis. ff. de verbor. obligat. In mutuo ergo nos idem dicemus. nam in præſenti ſpecie hoc certe euidenter agi videtur inter dantem & accipientem, idque ex natura huius contractus, vt vinum reddatur eadem bonitate. Quod ſatis perſpicuum eſt ex his quæ iam diximus de ſubſtantia & natura huius contractus. hoc enim tacite agitur, licet non exprimatur, vt par pari reddatur, & idem quodammodo creditor accipiat quod dedit. Et propter naturalem harum rerum ſimilitudinem, vt diximus, quæ conſtant pondere, numero, & menſura, idem quodammodo videtur debere reddi: quod non fieret, ſi debitor rē deteriorem reddendo liberaretur. Solet hic diſputari, de vino veteri & de nouo, vtrum illorum ſit præſtantius. Sed quæſtiones hæ facti ſunt, nec pertinent ad Iureconſultum. Mentio enim vini veteris hic facta eſt tanquam melioris. Nam Romæ vetuſtiſſima quæque vina habebantur præſtantiſſima. Quare ſequenda eſt conſuetudo cuiuſque loci.

…em bonitate de re in… … actio … reddi

Quarto, is qui mutuum accepit caſu fortuito non liberatur, l. incendium. hic. veluti ſi is cui mutuam pecuniam dedi, cum ab eo exigerem, contendat incendio amiſſa eſſe omnia ſua bona, atque ideo ſe non poſſe ſoluere, imo & forte amiſſam eſſe eam pecuniam quam à me mutuam acceperat. Ait enim Imperator, *Incendium ære alieno non exuere debitorem.* Quaſi diceret liberatur is qui incendio, aut alio fortuito caſu ſe omnia ſua bona amiſiſſe dicit, imo etiam ſi ea pecunia incendio fuerit conſumpta quæ mutuo data eſt. Sed videtur aduerſari id quod dicitur in leg. quod te. ſup. ff. eod. tit. Si periit, inquit Pompon. quod te mihi dare oportet, id eſt, quod poſſum à te condicere (Sic enim illud caput intelligendum eſt, vt ad hunc tractatum pertineat) videndum an mihi tenearis. Cui obiectioni ita reſpondet Iuriſconſul. *Si id poſtea perierit, quam per te factum erit quo minus id mihi dares.* Quibus verbis ita demum periculum eſſe debitoris oſtendit, ſi id quod dari debebat, perierit poſt quam factum erit quominus ſolueret. Ergo ſi ante moram eius perierit, liberabitur. At hic nihil diſtinguit Imp. ſed ait ſimpliciter, non debere liberari, ſi res pereat, nulla facta mentione, an ante moram, an poſt moram id perierit. Sed facilis eſt conciliatio horum locorum ex his quæ à nobis diſputata ſunt in interpretatione l. ſi certos nummos. 37. ff. de verbor. obligat. & leg. ſi ex legati cauſa. eo. tit. Diximus enim multum referre, res certa an incerta ſit, quæ debeatur: nec diſtinximus quantitatem à ſpecie, vt vulgo fieri ſolet: quod à more loquendi veterum iuris autorum alienum eſt. Nam ſi res incerta debeatur, veluti ex mutuo verum eſt nullo fortuito caſu debitorem liberari: quia non poteſt dici periiſſe res incerta quæ debetur ex contractu mutui. Exempli gratia, ſi tibi *δοκίμους* dederim decem mutuo, non obligaris ad hæc decem quæ tibi dedi, ſed in genere ad decem. Ponamus ergo hæc decem conſumpta eſſe incendio, vel naufragio, imo omnia bona debitoris amiſſa eſſe, quando dicere poterit amiſſam eſſe eam rem quam mihi debebat? Vbi enim illa conſumpta fuerit meo periculo non eſt, cum pecuniæ creditæ dominus factus ſit debitor. Idem dicendum eſt in omnibus contractibus, ex quibus res incerta debetur, l. in ratione. §. incertæ. ff. ad leg. Falcid. Sed cum debetur res certa, tunc diſtinguitur an perierit poſt moram, & an culpa, an ſine culpa, vt in leg. quod te, quod iudici relinquitur diſcutiendum. Priore enim caſu periculo erit debitoris, poſteriori minime, niſi fuerit in culpa. Nec hic diſtinguenda eſt pecunia, ſi certa ſit, à ſpecie. Exemplum huius eſt in dict. leg. ſi certos nummos. ff. de verbor. oblig. Quod diximus de mutuo, idem dicendum eſt & de alio contractu qui mutui cauſa fit. Plerunque enim accidit vt depoſitum, vel alius contractus ineatur mutui ſecuturi gratia. Exemplum eſt in leg. ſi quis nec cauſam. ff. eod. Cum quis nec cauſam, nec propoſitum haberet fœnerandi, quidam empturus prædia ab eo petiit mutuam pecuniam: quam tamen nolebat crediti nomine accipere, antequam prædia emiſſet: interea vero depoſita eſt apud eum pecunia, vt ſimulatque nactus eſſet facultatem prædii emendi, ea vteretur, & creditam haberet: quæritur itaque cuius ſit periculum, ſi ea pecunia pereat. Depoſitarius non præſtat periculum, ſed dolum tantum. §. ſocius. Inſtitut. de ſocier. & l. 1. ff. depoſ. Ergo videtur in hac ſpecie is, qui mutuam pecuniam accepit, non teneri. Sed Vlpianus ait eum teneri. Nam ea pecunia depoſita eſt in vtilitatem & ad poſtulationem depoſitarii, & mutui ſecuturi gratia. Non igitur obſtat, quod depoſitum eſt, & quod depoſitarius periculum non præſtat. Sic enim conſtitutum eſt mutui gratia, depoſitam eſſe pecuniam, tum verò poſtulante eo qui accepit, vt ea conuerteretur in eius vtilitatem: ideoque licet contractus depoſiti ſit, magna tamen ratio & æquitas ſuadet, vt ſi perierit pereat periculo eius qui accepit. Idem eſt dicendum, inquit Iuriſconſ. de eo qui rem vendendam accepit vt pretio vteretur, quod de eo qui rem cuſtodiendam, vt poſtea vteretur. Si tibi igitur, cum peteres à me pecuniam mutuam, nec propoſitum haberem fœnerandi, nec vllam cauſam, dedi lancem, vt poſtquam nactus eſſes facultatem comparandi prædii, eam venderes, & pecunia ex ea lance redacta vteretis: ea autem perierit, periculum tu præſtabis. Hæc ſpecies fuſius tractatur in l. rogaſti. in qua ex Neruæ ſententia vtitur Vlpianus hac diſtinctione, vt ſi venalem habui hanc lancem, mihi perierit: ſin minus, tibi ea perierit: qua etiam diſtinctione vtitur idem Vlpian. in dict. leg. ſi quis nec cauſam. nihil autem potuit æquius conſtitui. Eadem diſtinctio eſt in l. ſi gratuitam. §. 1. ff. de præſcript. verbis. Huicque ſimile eſt quod dicitur in leg. qui negocia. ad fin. ff. mandati. quæ lex obſcura eſt, & eam ſupra interpretari incepimus: quam etiam hic attingemus, nam in hac leg. qui negocia, ſpe-

…n qui …tuum …pit, li…etur …for…to.

De certa re & incerta quid differat ratione periculi.

De depoſito mutui cauſa contracto.

De eo qui rem vendendam accepit, & cuius periculo ea ſit.

Ad l. qui negocia. ff. mandati. *Procuratorē nonnunquā & præter culpā periculū rei præſtare.*

cies huiuſmodi eſt: Procurator meus, id eſt, is qui adminiſtrarat res meas, permiſſu meo vſus eſt pecunia quam mihi debebat ex ea adminiſtratione: tractatum autem fuit ſupra qua mihi actione teneatur, mutuo, an mandato: vbi diximus teneri ex mandato: quia licet mutuum ſit, tamen accedit mandato, & intelligitur quaſi lex contractus principalis: ideoque etiam ad vſuras tenetur, ex ſimplici conuentione, quod eſt ex contractu bonæfidei, quale eſt mandatum. ſed quæritur eane pecunia ſi perierit, ſit periculo procuratoris an non ſit. Quod ad periculum attinet, multum intereſt quis contractus ſit, & ex quo contractu debeatur hæc pecunia: quia ſi ex contractu mutui debeatur, cum caſus fortuitus, vt diximus, ære alieno non exuat debitorem, procurator periculum præſtabit: at ſi ex contractu mandati, cum in eo præſtetur tantum culpa, periculum eius eſſe non videtur, ideoque conſiderandum eſſe an culpa eius perierit, an non, quoniam tenetur actione mandati, & tanquam ex cauſa mandati vſuras præſtat. Ideoque ibi dicitur periculum eſſe procuratoris quia accepit. Hoc eſt παράδοξον, & his ſimile, de quibus iam locuti ſumus, cum deponitur res apud aliquem vt ea vtatur, ſi opus habeat. propter pactum enim quo conuenit vt procurator vteretur pecunia, videtur actum eſſe inter eos, vt periculum eius præſtaret, eadem ratione qua & is qui mutuam pecuniam accepit: itemque is qui depoſitum ſuſcepit, vt eo vteretur. Quod enim diximus, Depoſitarium non præſtare periculum, hoc ita intelligendum eſt, niſi aliud actum ſit. Non tantum ergo is qui obligatur ex mutuo præſtat periculum, ſed etiam is qui tenetur ex alio contractu qui mutui gratia initus eſt.

Partē pecuniæ debitæ ſoluens, an liberetur

Quinto, officio iudicis conuenit qui de hac actione cognoſcit, vt creditorem cogat partem pecuniæ petitæ ſibi oblatam recipere, etſi tota ſumma non offeratur, leg. quidam exiſtimauerunt. ff. eod. Ego tibi decem mutua dedi, cumque ea peterem à te, obtuliſti mihi quinque: negabas enim te mihi debere decem. Ego vero cum nollem illa quinque oblata accipere, ſed peterem mihi iudicium dari aduerſus te pro decem, quæritur an pro decem iudicium mihi dandum ſit, an cogendus ſim partem illam oblatam recipere, & de reliqua parte iudicio contendere, id eſt, an particularis ſolutio hic admittenda ſit. Iulianus refert veterum opinionem fuiſſe, vt ſi quis decem petat, niſi tota decem ei offerantur, non cogatur partem accipere, ſed poſſit totam ſummam petere, quaſi ei nihil ſolutum ſit. Idque hac ratione, quod viderent multa incommoda adferre particularem ſolutionem, vt dicitur in leg. plane. ff. fam. erciſc. hanc ſententiam tamen non probat Iulianus: *Nam humanius*, inquit, *facturus videtur Pretor, &c.* Id eſt, benignius eſt vt cogatur is cui offertur pars eam accipere, & reliquum iudicio perſequi. l. is enim hac ratione minuitur. Non tamen prorſus. Iudicium ergo poſtea dabitur non de toto, ſed de parte. Sed hoc intelligendum eſt, vt iam diximus, cum is à quo res tota petitur, negat ſe totam debere. Nam ſi fateatur ſe totam ſummam debere, & obtulerit partem ſummæ, vel nolit totam ſoluere, vel non poſſit, non liberatur. Hanc ſententiam defendi contra Alciatum in l. 2. de verborum obligat. qui leuiſſimis rationibus ductus aliud ſentit: quorum repetitio eſſet ſuperuacanea.

De priuilegio creditorum à iudice cōſeruando in hac actione.

Sexto ad officium iudicis pertinet, ius exigendi ante alios, quod competit creditoribus, variis ex cauſis ſeruare. Vnum exemplum eſt in leg. creditor. 25. ff. eod. ibi, Si quis mutuam pecuniam alicui dederit in refectionem alicuius domus, & ſi forte inter eius creditores ſit controuerſia de prioritate, vel poſterioritate, (vt vulgo loquuntur in foro) quia bona forte debitoris non ſufficiunt ad ſatisfaciendum omnibus creditoribus, qui ſimul concurrunt, ait Vlpianus illum qui crediderit in domus refectionem priuilegium exigendi habere. Hic locus pertinet ad tit. de priuileg. credit. Creditores ſane qui hypothecam habent præferuntur omnibus chirographariis, id eſt, qui actionem perſonalem tantum habent, leg. eos. C. qui potio. in pignor. hab. Sed ſi omnes chirographarii creditores ſint, & concurrant, videndum erit an nonnulli priuilegiarii ſint, quibus ob priuilegium aliquod conceditur, vt ante alios, licet priores contraxerint, exigant, (hoc priuilegium vocat Plinius in quadam epiſtola πρωτοπραξίαν) vt in exemplo quod hic proponitur. Ideo enim habet hic ius ante alios exigendi: quia ſine pecunia eius, quam dedit huic debitori, res ſalua non fuiſſet. Quinimo habet ius tacitæ hypothecæ, quod longe maius eſt, qui in rem inſtaurandam pecuniam dedit, leg. prim. ff. in quibus cauſis pign. & præfertur etiam cæteris, qui tacitam hypothecam habent, & ſi priores ſint. l. potior. ff. qui pot. in pign. hab. & leg. eum. & l. interdum. eod. in qua ponit Vlpian. exemplum eius qui in nauem reficiendam credidit, & adfert rationem cur is præferatur aliis creditoribus hypothecariis: quia ſcilicet eius pecunia ſaluam fecit totius pignoris cauſam. Cum enim propter eius pecuniam ſalua facta ſit res, æquiſſimum eſt vt priuilegium habeat ante alios exigendi, & cæteris creditoribus, etiam anteriorem hypothecam habentibus præferatur.

In æſtimatione ineunda rei quæ petitur, quod tēpus ſpectari debeat. *Ad l. Vinum.*

Septimo, ad officium iudicis pertinet in æſtimatione ineunda rei quæ actione ex mutuo petitur, tempus litis conteſtatæ ſpectare: quod traditur in leg vinum. 22. ff. eod. Quidam dedit vinum mutuum, deinde id per iudicem repetiit. Agebatur de æſtimanda lite, id eſt, de æſtimatione vini, vt hoc pacto ſatisfieret creditori. Nam is qui illud acceperat, forte nullum vinum habebat quod reddere poſſet, vel fuerat in mora, & ſecuta fuerat mutatio pretii: quam mutationem tempora & loca adferunt, vt dicitur in leg. pretia rerum. §. vltim. ad leg. Falcid. quo etiam caſu ad æſtimationem veniendum erat. Quæſitum fuit cuius temporis habenda eſſet ratio in æſtimatione ineunda huius vini, an ſpectandum eſſet tempus litis conteſtatæ, vt tanti condemnaretur reus quanti vinum fuit tempore litis conteſtatæ: an vero rei iudicatæ, vt ſcilicet tanti condemnaretur reus quanti vinum fuit tempore rei iudicatæ? Hic reſpondet Sabinus, & ait: *Si dictum eſſet quo tempore redderetur, &c.* His verbis oſtendit Sabinus diſtinguendum eſſe: vt ſi tempus adiectum ſit obligationi, & is qui mutuum accepit vinum, promiſerit id certo die reddere, habeatur ratio eius temporis quo vinum reddi debuit, tantique condemnetur reus, quanti fuit eo tempore quod expreſſum eſt in contractu ineundo: ſed ſi nullum tempus adiectum ſit, tunc ſpectetur tempus quo petitum eſt vinum: quod exprimitur his verbis, *Si non quanti tunc cum petitum eſſet.* Hoc verbum ad litis conteſtationem pertinet, l. amplius. ff. rem rat. hab. & hoc etiam oſtendunt verba præcedentia. Eadem etiam quæſtio tractatur ratione loci: vt ſi quæratur cuius loci pretium ſpectandum ſit, Loca enim adferunt diuerſitatem pretii rerum, ſicut & tempora, vt dicitur dict. leg. pretia rerum. §. fin. Nam vinum ſicut aliquo tempore vile eſt, vel carum, ſic aliquo loco. Quid igitur dicemus? Reſpondet Iuriſconſ. habendam rationem eius loci vbi dari promiſſum eſt, ſi in contractu ineundo mentio eius ſit facta: ſin minus, fori, vbi debitor conueniendus eſt: atque ita ſpectatur tempus litis conteſtatæ. Verba ſatis clara ſunt: ſed obſcuræ antinomiæ reddunt hanc diſputationem difficilem. Huic enim ſententiæ multa videntur aduerſari. Nam in plerisque aliis locis non videtur litis conteſtatæ tempus ſpectandum, ſed aliud, vt tempus contractus, vel tempus moræ, vel tempus condemnationis vt in leg. 3. ff. de condict. tritic. vbi dicitur tempus moræ ſpectari, & tempus condemnationis, & tempus mortis: in leg. vltim. ff. de condict. tritic. tempus quo conuenerit dari, & litis conteſtatæ, vt in noſtra ſpecie, in leg. 3. §. ſi per venditionem. ff. de act. empt. tempus vel moræ vel condemnationis. Idem dicitur in leg. ſi ſterilis. 21. §. cum per venditorem. eod. tit. in leg. ſi Calendis. ff. de re iud. ſpectatur tempus quo nouiſſime quodque ſolui potuit. l. 37. ff. mandati, ſpectatur tempus vel contractus vel moræ: Idem in leg. cum quis. ff. de oblig. & act. In hac difficultate diſtinguendi ſunt contractus, atque ita vt oſtendemus in omnibus his exemplis quæ aduerſari videntur, magnam eſſe diuerſitatem. Et ſane diuerſæ ſunt vbique ſpecies, in quibus tanta iuris varietas reperitur, vt vix doctiſſimus quiſque inde ſe poſſit explicare.

Contractus ſtricti iudicii & bonæfidei, in hac quæſtione quid differat.

In primis igitur diſtinguendi ſunt contractus bonæfidei à contractibus ſtricti iudicii: quam diſtinctionem ſumpſimus ex leg. 3. §. in hac actione. ff. commodati. In ſtrictis iudiciis litis conteſtatæ tempus eſſe ſpectandum, cum quæritur de æſtimatione ineunda eius rei quæ mutuo data eſt: In bonæfidei iudiciis, tempus rei iudicatæ. Hoc ergo erit fundamentum noſtræ diſputationis: In ſtrictis iudiciis

ſpectari

ſpectari debere litis conteſtatæ tempus: idem dicitur in leg. vltim.ff. de cond. tritic. vbi eſt eadem ſpecies quæ eſt in dict. leg. vinum. Quod enim ibi dicit Caius, iudicium accipere, eſt litem conteſtari: vulgo dicitur ſpectandum eſſe tempus quo res mutuo data pluris fuit. Quanti plurimi aiunt: & producitur hoc tempus ab aliis ad executionem vſque ſententiæ. Exempli gratia, tu interpellatus, vinum quod mutuum acceperas, non reddidiſti: lis conteſtata eſt aduerſus te, indeque condemnatio ſecuta: ego peto pro illo vino mutuo centum, hoc eſt vltra communem vini æſtimationem, quia ſcilicet quo tempore tanti fuit, id eſt, inter litis conteſtationem & ſententiam vel ſententiæ executionem. Hæc ſententia nec mihi probatur, nec vſitata eſt. Ego ſcio probari vulgo in foro, nec vbique tamen. Animaduerterunt enim qui in foro verſantur hoc durum eſſe, vt tanti damnetur reus ob moram ſuam, quanti plurimi fuit res inter tempus moræ, & tempus ſententiæ, vel executionis ſententiæ. Nec mihi etiam videtur hoc conſentaneum eſſe ſententiæ Iuriſconſul. veterum, vt mox oſtenſurus ſum: qui cum vidiſſent iniquum eſſe id tempus ſpectari, vtilitatis cauſa ſtatuerunt aliud. In ſtrictis autem iudiciis nullum aptius viſum eſt, quam id quod lis conteſtatur. Ex eo enim pendet iudicis poteſtas: ita vt fructus & aliæ acceſſiones in his iudiciis debeantur, ex quo lis conteſtata eſt, l. cum fundus. 31. & l. videamus. ff. de vſuris. Sed multa obiiciuntur aduerſus hanc ſententiam, quæ nos diluere oportet. In primis obiicitur lex, in re furtiua. 8. §. 1. ff. de condict. fur. vbi ſatis aperte exprimitur habendam non eſſe rationem temporis moræ, nec litis conteſtatæ, nec ſententiæ, ſed eius temporis quo res plurimi fuit. Et ille locus mouit vulgares doctores, vt vulgo receptam ſententiam defenderent. Alciatus exiſtimauit aduerſus furem id receptum eſſe in eius odium, nec id eſſe producendum ad conſequentiam, idem autem non eſſe dicendum cum quis ex mutuo conuenitur in iudicio, vel alia cauſa. Quæ ſententia multis de cauſis mihi probari non poteſt. Primum quia Iureconſultus in dict. leg. in re furtiua. furem comparat ei qui moram fecit, aduerſus quem condemnatio fit, quanti res pluris vnquam fuit, Quaſi dicat, in condictione furtiua qua agitur aduerſus furem, non debet ei mora ſua, quam ſemper facere videtur, prodeſſe, vt nec ei prodeſt qui ob moram ſuam conuenitur: in eoque idem ſeruandum quod in eo qui moram facit. Præterea idem aperte ſcriptum eſt de condictione triticaria quod de furtiua in leg. 3. ff. de condict. tritic. locus eſt obſcurus. In hac tractatur quæſtio de æſtimatione rei quæ per condictionem triticariam petitur, & quæritur cuius temporis habenda ſit ratio. Vlpianus refert Seruii Sulpicii ſententiam, qui dicebat condemnationis tempus ſpectandum, ſi res ſit adhuc in rebus humanis: ſi vero deſierit eſſe, non poſſe nos progredi vltra tempus moræ. quod tamen non vſquequaque probat Vlpianus. Ait enim verum id quidem eſſe, ſed cum exceptione accipiendum: & hoc tempus moræ ſpectandum eſſe ἐν πλάτει, in aliqua latitudine, hoc eſt latius. Non enim debet inquit, nouiſſimum vitæ tempus æſtimari. Quaſi dicat, Recte dictum eſt à Sulpitio ſpectandum eſſe tempus moræ & tempus condemnationis: ſed vtrunque accipiendum eſt cum aliqua interpretatione: nec præciſe, ne iniquitas ſubſit. Ideoque addit: ne ad exiguum pretium æſtimatio redigatur. Serui enim mortifere vulnerati, cum nullius ipſe ſit pretii, ſi dicamus in æſtimatione ineunda ſpectandum eſſe tempus ſententiæ, nulla erit æſtimatio. Deinde ſubiungit: *In vtroque autem.* Verum eſt ſecundum Seruii ſententiam, in rei æſtimatione ineunda ſpectandum eſſe tempus condemnationis, ſed hoc intelligendum eſt niſi poſt moram deterior facta res fuerit. Nam eo caſu deducetur æſtimatio ad tempus moræ. Sic ergo Vlpianus interpretatur Seruii ſententiam, quaſi incrementum rei proſit ei qui agit hac actione, decrementum autem non noceat. Ideoque addit *Habendam æſtimationem quanto deterior res facta ſit.* Non enim ſpectatur tempus condemnationis, ſi res deterior poſt moram fuerit, & pluris tempore moræ: quia hoc caſu reducitur æſtimatio ad id tempus quo res pluris fuit. Nihil ergo intereſt inter hanc condictionem & condictionem furtiuam, atque ita ſubruitur Alciati dictum. Sed tamen hoc non eſt nodum diſſoluere. Cum enim condictio furtiua iudicii ſit, vt & condictio triticaria, & in eis ſpectari debeat in æſtimatione ineunda tempus litis conteſtatæ, cur hic condemnationis tempus vel moræ ſpectari debere ait? Ea res (vt iam dixi) mouit doctores noſtros vt dicerent in actione mutui & aliis ſpectandum eſſe tempus quo res plurimi fuit. At ego aliter reſpondeo. Cum enim quæritur de æſtimatione ineunda rei quæ petitur, duplex eſt quæſtio. nam aut quæritur de æſtimatione & pretio rei propter mutationem quæ acceſſit ipſi rei, & quæ circa rem ipſam conſiſtit, vt puta quia res melior facta eſt, vt ſi Stichus moriatur, vel claudus, luſcus aut mancus fiat: aut deterior, vt ſi agitator aut pantomimus. Vel quæritur de æſtimatione rei non propter ſtatum rei mutatum, ſed quia propter locum, aut propter tempus mutata ſit eius æſtimatio: vt in rebus quæ conſtant pondere numero & menſura, quarum ſtatus non mutatur, ſed loca aut tempora mutant earum pretium. Et magna eſt differentia inter vtrunque. Cum enim quæritur de æſtimatione rei, quæ aut melior aut deterior facta eſt, ſequendum eſt quod dicitur in dict. leg. 3. ff. de cond. tritic. vt in eis ſpectetur condemnationis tempus, niſi res poſt moram deterior facta ſit: quia hoc caſu habetur ratio, (vt diximus) eius temporis quo mora facta eſt, cum ſcilicet eo tempore melior fuerit. Nec potuit aliter conſtitui ſine aliqua iniquitate. Iniuſtum enim erat eum qui debebat rem aliquam, poſt moram ſuam eam reddendo deteriorem liberari. Et ideo non ſimpliciter Vlpianus probat ſententiã Seruii dicentis, nude ſpectandum eſſe aut tempus mortis aut condemnationis: ſed cum hac exceptione; niſi res deterior facta ſit à tempore moræ, tunc enim ad tempus moræ deduci debere æſtimationem ait. Idem de furto dicitur in leg. in re furtiua. ff. de cond. furt. Sit hæc ſpecies: Stichus ſeruus ſurreptus eſt cum adhuc infans eſſet: is adoleuit poſt furtum factum, & condictus eſt. Melior quidem certe & vtilior factus eſt quam erat tempore furti. Quæritur ſi petenti adiudicetur, cuius temporis ratio habenda ſit in lite æſtimanda, an condemnationis, quo longe vtilior factus eſt, vtpote qui adoleuerit, an furti cum adhuc infans eſſet? Sequimur hic Seruii ſententiam, dicentis condemnationis tempus ſpectandum eſſe. E contra ſi ponamus rem quæ ſurrepta eſt, furti tempore pluris fuiſſe, & deteriorem factam poſt moram, certe non ſequemur. Verum igitur eſt quod dixit Seruius, modo id cum diſtinctione Vlpiani accipiamus. Reſpexit enim Seruius ad commodum & vtilitatem actoris, vt ſcilicet incrementum rei ei proſit: quod non obtineret ſi re poſt morã deteriore facta eius ſententiã exacte ſequeremur, & deteriorem rem reddendo liberaretur debitor. Sic enim detrimentum rei ferre cogeretur actor, cum eius nulla culpa ſit: quod iniquiſſimum eſſet. Aliud igitur ius non eſt conſtitutum aduerſus furem, quam aduerſus eum qui rem aliquam debet poſt moram ſuam. nam ex dict. leg. in re furtiua ff. de condict. furt. vbi dicitur: *Semper enim fur moram facere videtur.* Sic enim argumentatur Vlpian. vt oſtendat damnatũ eſſe furem quanti plurimi res fuit. Si enim debitor reddendo rem deteriorem factam poſt moram, non liberatur, dict. leg. 3. de condict. tritic. Fur autem ſemper eſt in mora, etiam ſi non ſit interpellatus vt rem furtiuam reſtituat: recte concluditur, furem deteriorem rem reddendo non liberari; ideoque idem in eo conſtituendum quod in eo qui poſt moram factam deteriorem rem reddidit. Hoc verba ſatis oſtendunt, nihil hic eſſe ſpeciale aduerſus furem. Quoties ergo quæritur de æſtimatione rei qua melior aut deterior facta eſt, & cuius temporis habenda ſit ratio, nos ſequimur ſententiam Vlpiani expreſſam in dicta leg. 3. de condict. triti. & dict. leg. in re furtiua. de condict. furtiua. Idem dicitur, & ſimile omnino exemplum eſt in actione rerum amotarum, in leg. pen. ff. rer. amot. Ideoque contra eam regulam quæ ſuperius poſita eſt, in ſtrictis iudiciis cum quæritur de re æſtimanda quæ petitur, litis conteſtatæ tempus ſpectari, hæc non faciũt. Supereſt vt alias obiectiones diluamus. Obiicitur etiam l. ædiles, 26. ff. de ædil. edict. ſed oſtendam eum locum maxime pro nobis facere. Actio redhibitoria propoſita eſt edicto ædilitio, qua redhibetur res quæ vendita eſt propter morbum aut vitium, l. cum autem redhibitio. 23. ff. de ædil. edict. Is enim qui vendit rem vitioſam, recipit eam (hoc enim redhibere eſt) & reddit eius pretium quod accepit, In-

...l. in re furti... 8. §. 1. ff. de cond. furt. *...l. 3. de cond. tritic.* *Ad l. adiles. 15. ff. de æd. l. edict.*

hac autem redhibitione ratio habetur deteriorationis: nam ſi res deterior ab emptore reddita ſit damnum ſarcire debet: æquum enim eſt eum reſtituere rem in eo ſtatu quo vendita & tradita eſt: ideoque ſi deteriorem reddat emptor poſt contractam venditionem, eius deteriorationis habebitur ratio, vt ait Vlpianus. Docet autem cur hoc expreſſum fuerit ædilitio edicto paulo poſt Iuriſconſul. §. item. ſciendum. Ideo expreſſum fuiſſe in ędilitio edicto de re quę facta eſt deterior. quia iudex in ea actione non habet rationem deteriorationis factæ ante litem conteſtatam, ſed tantum eius quæ poſt litem cõteſtatã facta eſt. Ideoque addit, *Idcirco enim neceſſe habuiſſe ea enumerari, &c.* quibus verbis ſignificat cum res deterior fit poſt litem conteſtatam, iudicem eius deteriorationis rationem habere: quia ſimulatque addictus eſt, ad eius officium pertinent quæcunque poſt iudicium acceptum accidunt: quæ vero ante iudicium acceptum accidunt, cum non magnopere ad eum pertineant, niſi fuerint ei hæc nominatim iniuncta: vt eorum in hoc iudicio iudex haberet rationem, edicto à ſe propoſito eius deteriorationis mentionem habere neceſſe exiſtimarunt Ædiles, quæ ante litem conteſtatam accidit. Verebantur enim ne ſi id expreſſum non eſſet, iudex eius deteriorationis haberet tantum rationem, quæ poſt litem conteſtatam fieret. Hoc igitur exemplum & edictum ædilium curulium contra nos non facit: quia regula eſt quam ſequi nos oportet in omnibus aliis cauſis in quibus agitur de re reddenda, quæ deterior facta eſt, quæ & proponitur in exemplis ſupra poſitis. l. pen. ff. de act. rer. amot. leg. 3. de condict. tritic. & leg. in re furtiua. de cond. furt. Rurſus obiicitur lex, ſi Kalendis. ff. de re iudic. vbi dicitur, Si Kalendis aliquid fieri ſtipulatus ſim, quandocunque accipietur poſtea iudicium, tanti æſtimari debere rem quanti interfuit Kalendis eſſe factam: ergo non ſpectari debet tempus condemnationis, vt diximus. Sed obiicitur, Ex eo enim tempore quodque æſtimatur quod nouiſſime ſolui potuit. ex quibus patet hanc legem non aduerſari noſtræ ſententiæ, imo cum ea conuenire: quod enim ibi dicitur de tempore, idem refertur in dict. leg. vinum. vt ſi conuenerit qua die vinum mutuum reddatur, eius temporis habeatur ratio: quibus conſequens eſt, vt ſi promiſſum ſit aliquo tempore quid fieri, nec ſit factum, in litis æſtimatione ineunda eius temporis ratio habeatur quo promiſſum eſt. Is tamen qui factum promiſit, quamuis poſt moram teneatur ad pecuniam, l. ſtipulationes non diuiduntur. ff. de verborum obligat. tamen poteſt factum præſtare quandiu lis non conteſtatur. l. ſi inſulam. ff. de verbor. obligat. Si quis dicat ſpectandum eſſe tempus quod expreſſum eſt, quo tamen non cogitur ſoluere debitor, ſed poſtea ſoluere poteſt. Sed cur dies eſt expreſſa, quia magis ſibi videntur cauiſſe contrahentes diem certam exprimendo: certe poteſt dici illud tempus eſſe ſpectandum, quo nouiſſime res ſolui poteſt: & verum eſt eo die nouiſſime ſolui debere, multo magis quam cum nullum tempus expreſſum eſt. Item obiicitur l. cum quis. ff. de obligat. & act. vbi dicitur mercem petitam à fideiuſſore tanti æſtimari quanti fuit fideiuſſionis tempore. non igitur litis conteſtatæ, quod tempus diximus in ſtrictis iudiciis obſeruari. Actio enim qua agitur aduerſus fideiuſſorem eſt ſtricti iudicii, cum ſit ex ſtipulatu. Hunc locum explicaui ſub titul. de verborum obligat. vbi oſtendi l. cum quis. intelligi debere cum agitur aduerſus fideiuſſorem propter moram rei. Fideiuſſor enim non tantum tenetur ob moram ſuam, ſed etiam ob moram rei principalis, etſi ipſe nullam moram fecerit, leg. mora. ff. de verborum obligat. non tamen vt mora rei augeat eius obligationem, l. centum Capuæ. ff. de eo quod cert. loc. quia idem in obligatione eſt quod debebatur ab initio. Ideoque ſi is qui mihi debet Stichum, dederit mihi fideiuſſorem, vt fideiuſſor conſtituatur in mora, ſufficit interpellare reum principalem; quia ſi interpellatus fuerit reus principalis, & Stichus deceſſerit poſt interpellationem tenebitur fideiuſſor ad eius æſtimationem. Sed vt hæc l. cum quis. facilius intelligatur, eius hæc conſtituenda ſpecies eſt, Quidam mihi ſtipulanti promiſit mercem ad certum diem, & ad id fideiuſſorem dedit. Et cum moram faceret reus principalis actum eſt aduerſus fideiuſſorem. nunc quæritur cuius temporis habenda ſit ratio. Dicit Africanus, eius temporis debere haberi quo fideiuſſum eſt. Niſi enim ſpectemus tempus quod adiectum fuit obligationi, certe continget obligationem fideiuſſoris augeri propter moram rei principalis: quod fieri non poſſe diximus ex dict. leg. centum Capuæ. Sed cum de hac re nihil dicatur in dict. leg. cum quis, mirum videri poſſit, me ita interpretari, cum hunc locum tractarem ſub tit. de verborum obligat. dixi me adductum eſſe vt ita illum interpretarer ex inſcriptionibus dict. leg. cum quis. & l. centum Capuæ. quę eædem ſunt. Vtrunque enim hanc inſcriptionem habet: Africanus lib. 3. quæſtionum. In dicta autem leg. centum Capuæ. aperte demonſtrat Africanus propter rei moram augeri obligationem fideiuſſoris non poſſe: vt ſi agatur actione arbitraria contra reum, quia non ſoluta ſit res in eo loco in quo debebatur, atque ita intendit creditor quod ſua intereſt, eadem quidem actione teneatur fideiuſſor, non tamen ad id condemnetur quod intereſt in eo loco ſolutum non eſſe in quo conuenit. Docere ibi voluit Africanus non augeri obligationem fideiuſſoris propter moram rei principalis: & eius exemplum appoſuit in leg. centum Capuæ: cui ſimile omnino eſt exemplum dict. leg. cum quis. ex quo patet has duas leges coniungendas eſſe vt aliquando fuerunt antequam diſtractæ eſſent à Triboniano, & ſub diuerſis titu. propter diuerſitatem materiarum collocatæ. Itaque ſi moram fecerit reus, nec ſoluerit mercem ea die qua conuenit, fideiuſſor, qui nõ conuenitur ob moram ſuam, ſed ob moram rei principalis, non cogetur ſoluere quanti merx fuit à tempore moræ, ſed à tempore fideiuſſionis: quod & ſuadet æquitas: ideoque non aduerſatur hæc lex noſtræ regulæ ſuperius poſitæ. In actionibus ſtrictis conſiderari tempus litis conteſtatæ, cum agitur de lite æſtimanda. Hactenus de ſtrictis iudiciis. Nunc de iudiciis bonæ fidei videndum, in quibus diximus conſiderari debere condemnationis tempus. At videmus aliquando ſpectari tempus contractus, aliquando condemnationis, aliquando moræ, vt in dict. leg. 3. § in hac. ff. commo. l. ſi ſterilis. §. cum per venditorem. & leg. 3. §. ſi per venditorem. ff. de act. empt. & l. hominem. ff. manda. Sed hoc mirum videri non poteſt iis qui nouerunt naturam bonæ fidei iudiciorum. In iudiciis enim bonæ fidei ea omnia veniunt quæcunque ad bonam fidem pertinent. §. in bonæ fidei. Inſtitut. de act. Ergo prout bona fides ſuadet modo ſpectandum eſt tempus contractus, modo moræ, modo condemnationis, idque arbitrio iudicis relinquitur diſcutiendum. Sicque intelligendum eſt quod dicitur in dict. leg. hominem. ff. mandati. Tu hominem promiſiſti: ego pro te fideiuſſi mandatu tuo: cumque homo à me petitus eſſet, tuo nomine ſolui. Inde ago actione mandati aduerſus te, & peto vt condemneris ad æſtimationem hominis quē ſolui mandatu tuo, & nomine tuo. Ibi enim dicitur ſpectandum eſſe tempus quo homo ſolutus eſt, non condemnationis, quia bona fides quæ huic mandati iudicio ineſt id ſuadet. Atque ita explicari facile poteſt quod reperitur tam varie ſcriptum de tempore ſpectando in contractibus. Circa officium iudicis in certi condictione notandum etiam eſt quod ſequitur, & his quæ iam diximus addendum, eius officio conuenire vt naturam, cauſam & vim obligationis conſideret: quod facile perſpicitur in quæſt. tractata in l. ſi ego. §. vltim. ff. eo. in qua ſpecies huiuſmodi eſt: Stipulatus ſum à Titio decem & fideiuſſorem accepi Seium, qui promiſit pro Titio hoc modo ſe ſoluturũ quanto minus conſequi poſſem à Titio. genus quoddã hoc fideiuſſionis eſt, vt dominus in interpretatione l. decē. 118. ff. de verb. obl. licet hic fideiuſſor à iuris auctoribus interceſſor vocari ſoleat. Cum enim Seius promittit mihi quanto minus à Titio conſequi potero, certum quidem eſt eum fideiubere pro Titio: non tamen ſimpliciter, ſed ſub conditione, Si & quatenus non poterit exigi à Titio, ita vt non obligetur Seius niſi conditione exiſtente: quæ tunc exiſtere dicitur in hac ſpecie, cum certum eſt à Titio debitam pecuniam exigi non poſſe, & eum ſoluendo non eſſe. Quæritur autem ſi egero aduerſus Titium, an Seius ſit liberatus? Celſus ait, non ideo liberatum eſſe Seium quod aduerſus Titium actum ſit, ſed ita demum ſi iudicatum fecerit Titius, id eſt, ſi conſequutus fuerit creditor à Titio quod illi promiſit. Abſurdum enim erat ideo liberari Seium, quod aduerſus Titium actum eſſet: quia alioqui hæc fideiuſſio eſſet inutilis &

Ad l. ſi Calēdis. ff. de re iud.

Ad l. cū quis. ff. de oblig. & actionib.

Ad l. hominē ff. mādati.

lis & fruſtratoria. nam ideo ago aduerſus Titium, vt experiar an ſoluendo ſit, & poſſim conſequi ab eo, quod mihi debet: vt ſi tandem non poſſim ab eo conſequi, tunc aduerſus Titium experiar, qui pro eo ſub hac conditione interceſſit: videlicet, ſi non poterit exigi à Titio. Inde ſequitur, poſtquam iudicatum fecerit Titius, vt deficiat conditio, ſub qua Seius eſt obligatus: contra obligatus ſit mihi Seius, ſi excuſſo iam Titio deprehenſus ſit non eſſe ſoluendo, vt dicitur in d. l. decem. ff. de verbor. obligat. Sed ſi mihi ſoluerit Seius, & factus ſit poſtea Titius locupletior, velimque aduerſus eum nunc agere, quæritur an poſſim? Dicit Celſus me non poſſe, poſtquam egi aduerſus Seium: quia ſicut ſoluente reo liberatur fideiuſſor, ita ſoluente fideiuſſore liberatur reus principalis. Ideoque addit: Sed ſi egero. quod ita accipiendum eſt, Si egero, ita vt ſim conſecutus quod petebam à Seio. Agere enim in effectu hic accipitur, pro exigere, vt & in leg. 1. §. vlt. ff. de exercit. act. Sunt & quædam alia exempla, quæ addduxi in l. 2. §. ſi tamen. ff. de verbo. obligat. Aliud exemplum eſt huius officij iudicis in eadem l. vlt. §. vlt. Ex quo apparet ad eum maxime pertinere in hac actione, vt naturam cuiuſque obligationis cõſideret & animaduertat. Quæſtio enim talis eſt: Stipulatus ſum à te decem mihi dari curari (ſic enim legendum) tuque promiſiſti id te curaturum. Ago aduerſus te ex hac ſtipulatione, & peto decem, an debeas condemnari ad decem? Labeo ait non poſſe condemnari ad decem, ſed liberari te ſatiſdando, & fideiuſſorem dando, etſi pecuniam non det: multum enim refert, an promittat quis ſe daturum decem, an ſe curaturum vt decem dentur. Hæc Labeonis ſententia refertur ab Vlpiano in l. illa ſtipulatio. §. 1. ff. de verbor. obligat. Is igitur, qui promittit dare decem, dando fideiuſſorem non liberatur, ſed cogitur dare decem, l. promiſſor Stichi. §. vlt. ff. de conſtit. pecun. At is, qui promittit ſe curaturum, vt dentur decem, fideiuſſorem dando liberatur. hac enim ſtipulatione non continetur datio pecuniæ, ſed aliqua cura & diligentia, quæ non verbis inanibus, ſed facto oſtendatur, vt ſi det fideiuſſorem. Quidam ſic legunt: Labeo ait, cum decem tu danda curari, &c. & notant, imperſonalitatem circa verbum executiuum obligationem non vitiare: ſed hæc inutilia ſunt, & inciderunt in corruptos codices. Poſtremo ad hunc locum de officio iudicis pertinet, quod dicitur de probationibus, & inſtrumentis, de chirographis in l. 10. & vlt. hic. Cum enim agitur de probatione obligationis mutui, & contractus, & profertur inſtrumentum, nihil refert an plures in eo contractus plurium perſonarum contineantur: quia in vno inſtrumento decem & mille contractus, & diuerſarum perſonarum conſcribi poſſunt, nec ob id minus valet ad fidem faciendam, quam ſi ſingula inſtrumenta ſingularum perſonarum conſcripta eſſent. Denique in d. l. vlt. quæritur an chirographum ſufficiat ad fidem faciendam in actione ex mutuo. Et Iuſtinianus ſtatuit hac conſtitutione ſufficere, ſi mutuum excedat quinquaginta libras auri, (nos vocamus Marcas) niſi accedat ſubſcriptio trium teſtium probatæ opinionis: immo nec valere ſecuritatem ſuper debito reddito (quam Quittantiam nos vocamus) niſi hoc ſolemnitate teſtium obſeruata. Huic tamen conſtitutioni nonnihil derogatum eſt alia conſtitutione poſteriore, quæ eſt in Nouellis ſub tit. de inſtr. caut. & fide. Sed de his ſub tit. de probation. plenius dicemus.

IN TIT. III. LIB. IIII. COD.

DE SVFFRAGIO.

HIc titulus particula quędam eſt & appendix ſuperioris tractatus, Si certum petat. pertinet enim hæc conſtitutio ad locum de officio iudicis incerti cõdictione. Nam in hac condictione, de qua hic agitur, ſpectandum eſt num ſit iuſta cauſa promiſſionis. nec enim tantum inſpicit iudex, an aliquid promiſſum ſit. Vnde quæritur, ſi quis ſuffragio alicuius, vel ſuffragatione vſus, eo nomine aliquid ei promiſerit, an id exigi poſſit, tanquam iuſta cauſa ſit huius promiſſionis. Suffragium enim intelligimus pecuniam, quæ ſuffragatoribus aulicis datur promitturve honoris adipiſcendi cauſa. Accurſius & cæteri ſuffragium vocant honorarium, quod datur aduocato: quaſi conſtitutum ſit hac lege aduocatum poſſe petere ſalarium ſuum ab eo, qui promiſit etiam ex nuda pactione. Vultque dici ſuffragium à fragore, id eſt, ſono: quid autem hic velit, neſcio, niſi intelligat ſonum pecuniæ, qui cauſidicis noſtri temporis admodum gratus eſſe ſolet. Sed hæc conſtitutio non videtur mihi ad honorarium cauſidicorum pertinere, ſed introducta eſſe in gratiam aulicorum. Suffragari enim is dicitur, qui apud principem intercedit, & aliquid alteri impetrat. Sicque accipitur apud pleroſque auctores, veluti apud Lampridium in Alexandro, vbi loquitur de Turino, quem, cum is cuidam ſuffragium promiſiſſet, dixiſſetque ſe quædam imperatori dixiſſe, cum nihil dixiſſet, ſed in eo pendere, vt adhuc impetraret, fumum hoc pacto vendens, accuſari Alexander iuſſit, & ad ſtipitem ligari, fumoque appoſito ex ſtipulis atque humidis lignis necari, ſuperdicente Præcone, Fumo punitur, qui fumum vendidit. Alter locus eſt apud Capitolinum in Marco Antonino, vbi ſcribit Marcum Antoninum ſuffragatoribus non facile crediſſe. Hinc etiam ſuffragium aliquando ſignificat munus quod offertur in remunerationem beneficij accepti à principe. Vnum exemplum eſt in l. laudabile, & l. per hanc. ſupra de aduoc. diuer. iudic. Aliud etiam in inſcriptione Nouellæ conſtit. 8. Vt iudices ſine quoquo ſuffragio fiant, quamuis Græce ſcripſerit Iuſtinianus, & *δόσιν* dixerit. Meminit & huius rei idem Iuſtinianus, titulo de prætore Paphlagoniæ. §. enimuero. Alius locus eſt titul. de præſid. prouinci. in Nouell. ibi. Cum ergo olim dubitaretur, an ſuffragationis nomine liceret aliquid ſtipulari, vel aliquid accipere, edita eſt hæc conſtitutio à Theodoſio, vt ſi quis à principe aliquid impetrauerit interceſſione alicuius aulici, & eo nomine aliquid promiſerit, ſi poſtea eum eludat, ad ſolutionem debiti coarctari poſſit. Et ſi quid oblatum fuerit in auro vel argento, vel cæteris mobilibus rebus, ſufficere ad dominij tranſlationem ſine ſcriptura id fieri: non poſſe autem prędia ruſtica vel vrbana, ſine ſcriptura offerri: nam aliter poſſeſſio ad alterum dominum tranſire non poterit. Et quia quidam adeo inſipientes erant & temerarij, vt non dubitarent bona ſibi eo nomine promiſſa inuadere, hac etiam conſtitutione Theodoſius vult eos coerceri, eius ſcilicet rei priuatione, quæ promiſſa fuerit. Fuerat olim alia lex à Iuliano ſuffragatoribus edita, l. 1. C. 75. ſi cer. pet. de ſuffrag. cuius meminit Amm. Marcel. lib. 22. & Alciatus Parad. lib. 2. c. 14. hic igitur dupliciter à vulgaribus doctoribus erratum eſt. Primũ quod dicant hic ſuffragium accipiendum eſſe de honorario quod datur aduocato: Secundo, quod credant ſalarium ab aduocato poſſe exigi, quod nudo pacto promiſſum eſt: Sponſionem enim hic nos debemus accipere promiſſionem ſtipulatione roboratam. Et ſpondere verbum ad ſtipulationem magis refertur quam ad pactionem, l. ſpõſio. de verb. ſign. nam hinc ſponſalia dicta ſunt in l. 3. de ſponſal. in quibus moris erat olim ſtipulari & ſpondere ſibi eas vxores futuras. huius ſtipulationis & ſponſalitiæ meminit Seruius apud Gell. noct. Att. lib. 4. cap. 4.

IN TIT. IIII. LIB. IIII. COD.

DE PROHIBITA SEQVESTRATIONE PECVNIÆ.

HIc titulus pertinet quoque ad officium iudicis in certi condictione. Quidam petit pecuniam condictione certi ex mutuo. Inficiatur reus ſe eam pecuniam debere, & exigit probationes ab actore: qui interim petit ſequeſtrari eam pecuniam: quæritur quodnam ſit iudicis officium, & an debeat eam pecuniam ſequeſtrare? hic dicitur, *Quoties ex quolibet contractu pecunia poſtulatur, ſequeſtrationis neceſſitas conquieſcat.* Hac enim conſtitutione prohibetur ſequeſtratio pecuniæ interim dum lis pendet: quia nihil alienus eſt à ratione ciuili, & ab æquitate naturali, quam ei contra quem agitur auferri poſſeſſionem, interim dum

contendit actor. Sic enim accipienda ſunt hæc verba: *Oportet enim debitorem primo conuinci, & ſic deinde ad ſolutionem pulſari, &c. quam rem non tantum iuris ratio, ſed & ipſa æquitas, perſuadet:* quaſi dicat, hoc adeo iuſtum eſt, vt id ſit natura inſitum hominibus, etſi nulla lege cautum eſſet. Sequeſtratio autem eſt rei cõtrouerſæ depoſitio quædã: quæ differt à depoſito, vt ſpecies à genere: depoſitum enim quoddam eſt, ſed rei controuerſæ inter duos vel plures, vt dixi, & ſcribit Modeſtinus l. ſequeſter. de verbor. ſignificat. nec tantum id ex conſenſu litigatorum pendet, ſed & ex iudicis auctoritate. At ſi vnus deponat apud aliquem, dicitur depoſitum: ideoque mere voluntarium eſt, & de eo dicemus ſub titul. depoſiti. Nos autem hic tantum loquimur de ſequeſtratione iudiciali, de qua etiam extat titulus in iure pontificio, De ſequeſtration. poſſeſſionum & fructuum. Notandum ergo eſt ex hac conſtitutione ſequeſtrationem pecuniæ non debere fieri in iudicio auctoritate iudicis, nec reo auferri poſſeſſionem rei quæ petitur, antequam probauerit actor quod intendit, & conuictus ſit reus. Pecuniam autem hic late accipere debemus pro omni re, quæ eſt in patrimonio noſtro, vt leg. 2. infra de conſtitut. pecun. leg. pecuniæ. ff. de verbor. ſignificatio. nam idem dicendum eſt, & ſi quis petat quoduis aliud corpus, licet pecunia non ſit. Sed tamen perpetuum id non eſt, quod de ſequeſtratione hic dicimus, & intelligitur cum quibuſdam exceptionibus. Quarum exemplum vnum eſt in l. ſi fideiuſſor. §. vltim. ff. qui ſatiſdar. cogan. vt res mobilis apud officium deponatur, cum is cum quo agitur, perſona ſuſpecta eſt, & non ſatiſdat iudicio ſiſti. Aliud in leg. ſi cum dotem. §. ſin autem in ſæuiſſimo. ff. ſolut. matrimon. vt ſi maritus diſſipet & profundat rem dotalem, vxore in ſæuiſſimo furore conſtituta, poſſint curatores eius aut agnati petere eã ſequeſtrari, antequam exigatur à marito. Aliud eſt in leg. imperatores. in fin. ff. de appellation. Si poſt appellationem interpoſitam timeatur, ne is, qui appellauit, depopuletur fructus & agros, tunc iuſta cauſa eſt ſequeſtrationis petendæ, maxime ſi res ſit, quæ non facile poſſit in priſtinum ſtatum reſtitui: cuiuſmodi illud eſt cum grandiores arbores cæduntur. Alius caſus ſimilis eſt in leg. ab executione. infra quorum appellat. non recip. Non licere ab executione appellare, ſi merus executor ſit, niſi modum excedat in exequenda ſententia. Aliud exemplum eſt in leg. ſenatuſconſulto. 16. ff. de offic. præſid. vbi ait Macer, præſidem prouinciæ neque ſibi, neque ſuis ius dicere poſſe, quandiu regit prouinciam: quod accipiendum eſſe admonui de præſidibus, qui temporarij erant.

Si quid tamen ablatum ſit per iniuriam à comitibus præſidis, hactenus ius debere reddi & dici, vt lis conteſtetur, & perpetuetur obligatio & actio per litis conteſtationem. atque interim res ſequeſtretur, ſi dicatur res mobilis à comite ablata eſſe. Aliud exemplum eſt in l. 1. §. ſi frater. ff. de collation. bonor. vbi ait Vlpianus, emancipati portionis, qui ad contra tabulas poſſeſſionem admitti vult, ſi nolit conferre, aut cauere non poſſit, curatorem conſtitui, apud quem res deponantur, quas poſtea recipiat cum contulerit. Hæc fere ſunt exempla, vbi ſequeſtratio locum habet, etiam ante rem probatam: alia poſſunt obſeruari legendo: in iiſque idem erit dicendum, in quibus eadem ratio reperietur. His addi poteſt, quod moribus noſtris receptum eſt in interdicto vti poſſidetis, vt ſequeſtratio fiat rei litigioſæ pendente lite, cum vterque aſſerit ſe poſſeſſorem eſſe: quod non ſine magna ratione introductum eſt. Conſtitutio enim quam interpretamur: vetat ne quis ſua poſſeſſione ſpolietur. Sed quid ſi vterque contendat ſe poſſeſſorem eſſe, & futurum ſit, vt ad arma forte veniatur? magna igitur ratio ſuadet, vt ſequeſtratio fiat rei controuerſæ. Hoc tamen olim vſitatum non erat in interdictis, neque huius ſequeſtrationis ſit mentio, niſi in vno loco, leg. 3. §. Iulianus. ff. de liber. exhib. & idem repetitum eſt in iure pontificio, c. ex tranſmiſſa. de reſtit. ſpol. Multo plura poteſtis videre ſub tit. de ſequeſtrat. poſſ. & fruct. in iure pontific.

IN TIT. VI. LIB. IIII. COD.

DE CONDICTIONE OB CAVSAM DATORVM: ET TIT. IIII. LIB. XII. PANDECT.

CAP. I.

De condictione cauſa dati, cauſa non ſecuta.

CONDICTIO nomen generale eſt, ſignificans omnem actionem in perſonam, vt dicitur in §. appellamus. Inſtit. de act. ſed tamen ſpecialiter accipitur pro certis quibuſdam actionibus, quæ aliud nomen non habent, & dantur ad repetendum: cuiuſmodi eſt condictio cauſa data cauſa non ſecuta: condictio ob turpem cauſam, condictio indebiti, condictio ſine cauſa, condictio ex lege, condictio triticaria. Et hæ quidem actiones vocantur condictiones, ſpecialiter accepto vocabulo, nec aliud nomẽ habent. Actio igitur qua repetitur id, quod datum eſt ob certam cauſam, ſi cauſa ſecuta non ſit, dicitur condictio dati. Condicere enim accipimus pro repetere id quod datum eſt. Sic autem legendum videtur, cauſa dati, cauſa non ſecuta: non cauſa data, cauſa non ſecuta. In Codice tamen aliter inſcribitur, videlicet de condictione ob cauſam datorum. Sed vtraque inſcriptio in idem recidit. In hac igitur actione hos locos communes & methodicos conſtituemus. Ac in primis quidem videndum, quæ ſint cauſæ huius actionis.

CAP. II.

Quibus ex cauſis detur hæc actio

DVæ ſunt cauſæ huius actionis: vna eſt, ſi quid datum ſit, vt aliquid fiat, neque id factum fuerit: tunc enim condicitur, id eſt, condictitia actione repetitur quod datum eſt. Altera vero pœnitentia eius, qui dedit alicui, vt quicquam fieret, ſi res adhuc integra eſt, id eſt, antequam condictioni paruerit aduerſarius: nam ob pœnitẽtiam poteſt id quod datum eſt condicere, l. ſi pecuniam. hic. Ex his igitur duabus cauſis competit hæc actio: ſed hoc eſt intelligendum, ſi nulla ſit alia obligatio, quam cauſa dati cauſa non ſecuta: alioquin ex his cauſis non dabitur repetitio. Exempli gratia, ſi contractus ſit is, qui nomen proprium habeat, vt emptio, venditio, locatio, conductio, tunc locus non erit huic repetitioni, de qua loquimur: veluti ſi vendam tibi rem aliquam meam pro certo pretio, tuque mihi non ſoluas pretium. non enim poſſum quod à me datum eſt repetere. Hæc quæſtio tractatur & in l. inciuile. C. de rei vend. vbi dicitur re ſemel vendita & tradita, prætextu non ſoluti ab emptore pretij, eam repeti non poſſe. quia ſimulatque conuenit inter emptorem & venditorem de re vendita certo pretio, dicitur perfecta eſſe emptio, à qua recedi nõ poteſt: adeo vt quamuis emptor non ſoluat pretium, tamen quia manet actio ſalua venditori aduerſus emptorem, qua poteſt cogi ad ſoluendum pretium, irrita non poſſet fieri venditio. In his autem contractibus, qui nomen proprium non habent, non ſtatim contrahitur obligatio antequam res data ſit: ideoq; ſi quis expleuerit ex parte ſua, eo inuito non poteſt recedi à contractu: ſi autem is, qui dedit, velit recedere à contractu, cum alter nondum expleuerit ex parte ſua, hoc illi licet. Et hoc intereſt inter cõtractus nominatos & eos, qui proprium nomen non habent, de quibus in l. iuriſgentium. ſupra de pactis, & l. naturalis. infra de præſcri. verb. cum igitur dicimus ex illis duabus cauſis dari hanc condictionem, intelligendum eſt cum nulla eſt obligatio, niſi ob cauſam dati cauſa non ſecuta. Vnde quæritur plerunque quod genus contractus ſit in hac actione: an emptio & venditio, quæſtio tractatur in l. vlt. hic. cuius ſpecies hæc eſt, Ego tibi dedi centum, vt mihi Stichum ſeruum dares: non mihi das Stichum, quæritur an poſſim repetere pecuniam meam. Hoc pendet ex genere contractus. nam ſi ſit venditio & emptio, repetere non potero: Si vero nulla obligatio ſit, niſi ob rem dati re non ſecuta, tunc repetitioni locus eſſe poterit. Quid igitur dicemus in hac ſpecie? an dicemus eſſe venditionem & emptionem? Videtur eſſe emptio & venditio. hic enim omnia videntur interuenire, quæ neceſſaria ſunt ad perficiendam emptionem & venditionem.

nam

nam ſubſtantia venditionis conſiſtit in merce & pretio, quæ omnia hic concurrunt. Dubitationem auget, quod dicitur in l.naturalis.§.1.infr.de præſcrip. verb. ibi Paulus diſtinguens contractus nominatos ab innominatis, ait: Et ſi quidem pecuniam dem, vt rem accipiam, emptio, & venditio eſt. hic enim datur pecunia, vt Stichus detur & res accipiatur: ergo emptio & venditio eſt. Cur igitur reſponſum à Celſo eſt, in hac ſpecie nullam videri aliam eſſe obligationem, quam ob rē dati cauſa non ſecuta: ideoque pecuniam quæ data eſt, hac actione ab eo, qui dedit, condici poſſe? Huius nodi diſſoluendi gratia notandum eſt, cum quæritur in huiuſmodi exemplis ſitne emptio & venditio, an vero alius contractus, qui non tranſeat in proprium nomen contractus, inſpiciendam eſſe mentem cōtrahentium, quove conſilio pecunia ab his data ſit. fieri enim poteſt, vt pecunia detur tanquam pretium rei: fieri etiam poteſt, vt non detur tanquam pretium, iſq; qui Stichum habet, nunquam illum ſit mihi venditurus, ſed tamen facile donaturus, ſi aliquid remunerationis loco accipiat: quo caſu nemo dixerit venditionem & emptionem eſſe, quia ſcilicet hoc inter contrahentes non agitur. Itaque ſi proponatur pecuniam datam eſſe, vt quid detur, non ſtatim dicendum eſt emptionem & venditionem eſſe, nec priuſquam id actum eſſe appareat. ideoque in hac ſpecie, vbi nihil proponitur ex quo appareat pecuniam datam eſſe loco pretij, aliud iudicandum eſt. Ait enim Iureconſul. *Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichum dares.* Hic nulla ſit mentio Stichi venditi, aut pretij dati. Denique vt ſit venditio, oportet hoc agi inter eum, qui dat pecuniam, & eum qui accipit, vt tanquam pretium ſit pecunia, Stichus tanquam merx. Aliam autem eſſe voluntatem contrahentium colligitur ex argumentis & coniecturis, tum ex facto ipſo, vt in hac quæſtione, quæ facti eſt. Sed & id diſcrimen colligi poteſt ex conditione perſonarum & rei: vt ſi quis hodie ita verba ſua componat: Ita dono tibi hanc pecuniam, vt mihi Abbatiam tuam reſignes, non dicendum emptionem & venditionem eſſe. nec enim credendum eſt homines religioſos & pios ſpiritualia velle vendere aut emere. Sed quid his verbis voluit denotare Celſus: *Pro portione emptionis & venditionis?* Accurſius hic nugatur: nam horum verborum hic mihi videtur verus ſenſus eſſe: Pro portione emptionis, &c. id eſt, quatenus pecunia non excedit pretium Stichi. Ponamus enim Stichum decem valere, & dari centum, vt Stichus detur. hic quæritur, an hoc genus contractus ſit emptio & venditio, ſaltem pro portione, id eſt, quatenus pecunia non excedit pretium Stichi. hæc interpretatio mihi videtur probabilis eſſe. Iam dicamus de cauſis huius actionis, quas duas eſſe diximus.

Cap. III.

De priori cauſa huius condictionis.

Prior igitur cauſa huius actionis eſt, cum quid datum eſt ob cauſam, vel ob rem, re vel cauſa non ſecuta: ideoque ob hanc cauſam vt competat, duo ſunt neceſſaria. In primis enim oportet datum eſſe aliquid: quia ſi nihil datum ſit, non poteſt eſſe locus huic condictioni. Dare autem eſt accipientis facere. §.ſic itaque diſcretis. Inſt.de actionib. & l. vbi autem. §. vlt. infra de verb.obl. ideoque dare aliud eſt, quam tradere. Tradere enim intelligitur etiam is, qui alteri aliquid porrigit, vt id apprehendat. Ergo ſi res data non ſit facta accipientis, non poteſt locus eſſe huic condictioni. Condictio non competit domino, niſi agenti aduerſus furem: hoc caſu enim receſſum eſt à communi regula in odium furum, d.§.ſic itaque diſcretis. Inſt.de act. Condictio igitur, ſicut omnis actio, in perſonam ita intenditur: Si paret eum dare, aut facere oportere. Dare autem eſt, vt diximus, dominium transferre. fieri autem non poteſt, vt dominus ſic agat, vt petat ſuæ rei dominium in ſe transferri. hinc tractatur quæſtio in l.3.§.ſubtilius. Quidam cum exiſtimaret ſe ſtatuliberum eſſe (ſtatuliber eſt is, cui ſub conditione libertas relicta eſt teſtamento domini ſui. l.1. infra de ſtatulib.) qui tamen liber erat, dedit hæredi pecuniam, vt conſequeretur libertatem, quaſi ſub conditione relictam: quæritur an poſtea eam pecuniam condicere poſſit: quia pecunia ipſius erat propria, quam tamen hæredis eſſe putabat.

...hat ...mpetat ...tio, ...uot ne-ceſſaria.

Dare quid.

Ait Celſus non poſſe: quia ſcilicet nummos accipientis non fecerit. Ergo cum quæritur, an competat hæc condictio, videndum eſt, an res data ſit: quia niſi data ſit, licet forte tradita, cum hoc caſu res non ſit tranſlata in accipientem, hæc actio non competet. Hinc exiſtit quæſtio tractata in l. ſi quis accepto: Tu mihi debebas centum, ego te acceptilatione ſolemni liberaui (eſt enim acceptilatio, imaginaria ſolutio. §. item per acceptilationem. quib. mod. toll. obl. in Inſtit.) ea lege, vt mihi des expromiſſorem: tu es liberatus acceptilatione, nec tamen pares conditioni. quæritur an poſſim aduerſus te agere hac condictione? Certe videtur in hac ſpecie locum habere non poſſe hæc condictio. datur enim aduerſus eum, cui aliquid datum eſt: hic autem nihil apparet datum. Sed quamuis proprie locum habeat hæc actio cum aliquid datum eſt corporaliter, tamen in acceptilatione aut remiſſione debiti poteſt etiam locum habere hæc condictio propter ſimilitudinem rationis & æquitatis. Remiſſio enim debiti & acceptilatio ſimilis eſt dationi: quia in effectu nihil refert, an tibi decem dem, an liberem te ea obligatione, qua mihi adſtrictus es ad decem. Quomodo autem hoc intelligatur nos poſtea dicemus. Alius locus ſimilis eſt in leg. ſi mulier. Mulier nuptura pecuniam non habebat, quam daret in dotem marito ſuo: ſed cum maritus deberet ei pecuniam, eam acceptilatione liberauit, hancque dotis cauſa conſtituit: ſi nuptiæ non ſint ſecutæ, condictioni locus erit. Si tamen ſubtilius hæc excutiantur, forte dici poterit, nihil datum eſſe. Sed cum conſtet ad maritum mulieris pecuniam perueniſſe, recte dicetur vtilitatis cauſa editum prætoris de condictione ob cauſam dati, ad hunc caſum produci. Alius locus eſt in leg. 4. Cod. eod. Cum quidam aduocatus mihi numeraret centum, ego caui me accepiſſe ducenta, propterea quod pollicitus erat ſe mihi patrocinaturum eſſe in cauſis meis, & id ſperabam: ille ſpem meam fefellit. Quæritur, an condicere poſſim quod amplius caui? videtur hic condictionem inutilem eſſe. Nam nihil dedi huic patrono, ſed tantum caui: vtilitatis tum cauſa dicitur huic condictioni locum eſſe, cum ea cautio quaſi datio ſit. Igitur vt competat hæc condictio, oportet aliquid datum eſſe: vel acceptolatum, quod eandem vim habet quam datio. Secundo oportet datum eſſe ob cauſam. Cauſam hic accipere debemus futuram non antecedentem. Exempli gratia, Do tibi, vt aliquid facias vel des: non autem quia aliquid feciſti, vel dediſti. Nam hoc caſu aliud dicendum eſſet: ideoque ſi dem tibi pecuniam, quia mihi patrocinatus ſis, & forte ea cauſa ſit falſa, non erit locus repetitioni. At ſi tibi dem, vt mihi patrocineris, ſi ea cauſa non ſequatur, tunc locus erit huic actioni. Hæc diſtinctio traditur in l.damus.§.2.infr.de condic. indeb. vbi tamen ob cauſam dari alio dicitur ſenſu, quam hoc loco. hic enim proprie ob cauſam datum dicitur, quod datur ob cauſam futuram: cum Pomponius eo loci tradat, ob cauſam datum dici, præteritam ſcilicet, ob rem futuram. Ex quo videre eſt hanc diſtinctionem nonnunquam cōfundi. falſa autem cauſa nonnunquam nocet. l.demonſtratio. l.falſa. & l.cum tale. §. falſam. infr. de cond. & demonſt. vulgares interpretes diſtinguunt hic cauſam finalem à cauſa impulſiua, vt cauſæ impulſiuæ non magna habeatur ratio, cum quæritur de hac conditione: cauſam autem finalem tantum inſpiciamus. Ex his conſequens eſt, ſi quid ſimpliciter datum ſit, nulla adiecta cauſa, nō poſſe repeti quod datum eſt ex hac condictitia actione. hoc colligitur ex l.cum ancillam. & l. ſi repetendi. C. eod. huic ſimile eſt quod dicitur in l.3.§.ſi quis quaſi.ad fin.hic. Nihil tamen refert cauſa verbis expreſſa ſit, an vero id actum eſſe ex certis coniecturis colligi poſſit. Exemplum eſt in l. ſi extraneus. Species eius hæc eſt. Quidam extraneus dedit dotem pro muliere nuptura. conuentum autem eſt, vt ſoluto matrimonio dos ei redderetur: nuptiæ non ſunt ſecutæ, condicere vult: quæritur an poſſit? videtur non poſſe: nihil enim in pacto cōuento expreſſum eſt de hoc caſu. Nam ſolutum non poteſt dici matrimonium quod nunquam fuit contractum. hic tamen dicitur eum poſſe dotem repetere, quia ſatis apparet hanc fuiſſe contrahentium voluntatem, vt reſtitueretur dos nuptiis non ſecutis, quæ data erat matrimonij nomine. Præterea hic cauſam honeſtam accipere debemus: quod notatur l.1.hic. nam ſi cauſa ob quam datum eſt, turpis ſit, aliud dicendum eſt, vt tractabimus ſub tit. de condic. ob turpem cauſam.

Cauſa nomen in hac actione quomodo ſumatur.

Ob rem dare & ob cauſam dare, quid differat.

Ad ſe etiam nihil referre, an cauſa, quæ adiecta eſt, ex poteſtate dantis pendeat, an non pendeat. Exempla ſunt huius rei in l. 1. §. vltim. †Teſtator me hæredem inſtituit ſub conditione, ſi tibi decem dedero: Ego vt parerem conditioni, & vt conſequerer hæreditatem, tibi decem dedi: deinde repudiaui hæreditatem: hoc caſu condictioni locus erit. Aliud eſt in leg. 2. †Eram ſub conditione inſtitutus, ſi tibi decem darem, parui conditioni: deinde teſtamentum falſum pronunciatum eſt, vel inofficioſum, ita vt excluderer ab ea hæreditate: quæritur, an poſſim condicere? Dicitur me poſſe, quia cauſa ſecuta non eſt. Similis ſpecies eſt in leg. ſi filius. 13. Ad hunc locum pertinent multa alia exempla, quæ percurram, vt intelligatis propter quam cauſam locus ſit huic condictioni, aut non ſit. In leg. 1. exemplum eſt quod datur pecunia, vt filius emancipetur, vel ſeruus manumittatur, vt conſequatur hæreditatem vel legatum: vel vt à lite diſcedatur, vel vt ad iudicem non eatur. leg. 3. Sunt & hæ cauſæ, vt ſi te acceptilatione libero, vt tu mihi expromiſſorem des. leg. 4. & l. 5. vt Capuam eas nomine meo: In leg. 6. & 7. vt nuptiæ ſequantur: In leg. ſi hæres. cum do vt monumentum fiat: In leg. cum quis. ſi do mortis cauſa, vt reddatur mihi ſi conualuero: In l. ſi filius, ſi confert quis, vt hæreditatem conſequatur: In l. cum ſeruus. ſi dat quis ſeruum ſuum, vt de eo quæſtio habeatur cum venerit in ſuſpicionem furti, & poſt quæſtionem reddatur: In l. 1. Cod. eod. cum mulier dat dotem, vt eam illi quocunque modo ſoluto matrimonio reſtituas: In leg. 2. Cod. eod. ſi donatum vt creditoribus ſatisfiat: In leg. 3. cum datur res ea lege ne alienetur. quem locum accurate tractaui ſub tit. de verbor. obligat. in l. ſi ita quis promiſerit. §. ea lege. In l. 4. cum caueo me daturum pecuniam, vt mihi patrocineris: In l. 5. ſi vt procurator meus ſis: In leg. 6. ſi vt manumittatur ancilla. ſed hæc quidem exempla ſufficiant. Alterum autem eorum, quæ diximus eſſe neceſſaria, vt ex hac priori cauſa hæc condictio competat, eſt vt cauſa ſecuta non ſit. nam ſi quid datum ſit ob rem, & ea res ſecuta ſit, ceſſat condictio. l. 1. hic. Tunc enim condictioni tantum locus eſt cum cauſa ſecuta non eſt ob quam aliquid datum eſt. Sed cum quæritur, an cauſa ſecuta ſit, an non, duo ſunt inſpicienda. Primo quid, actumne ſit an non inter dantem & accipientẽ. ex eo enim iudicatur, quæ fuerit cauſa dandi: & hinc quidem multæ quæſtiones naſcuntur: deinde quid præſtatum ſit aut non: quod perſpicietur ex ſequentibus exemplis. Prima quæſtio eſt ex l. 3. hic. †Volebas me in ius vocare, & aduerſus me actionem inſtituere, ego dedi tibi pecuniam, qua quaſi tranſegi ne ad iudicem eatur. Deinde nonnihil diffidens tuæ promiſſioni, expeto vt mihi caueas te ad iudicem non iturum aduerſus me. id non vis præſtare: & quia non caues, volo repetere pecuniam. quæritur, an poſſim? Quæſtio ex eo pendet, præſtitum ſit, an non ſit quod oportet præſtari: ideoque inſpiciendum eſt, quid actum ſit inter dantem & accipientem, deinde quid præſtitum, vel non ſit ab eo, qui accepit. Pollicitus eſt accipiens ad iudicem ſe non iturum: non igitur ab eo ante poteſt condici quod datum eſt, quam ad iudicem ierit: nec poteſt ideo cauſa ſecuta non eſſe, quod non caueat ſe non iturum. Alia quæſtio eſt in dict. leg. 3. §. Si liber. †Liber homo mihi bona fide ſeruiebat, qui cum in hoc errore verſaretur, vt ſe meum eſſe ſeruum crederet, pecuniam mihi dedit, vt eum manumitterem, ego eum manumiſi: Deinde cum reſciſſet ſe liberum eſſe, non ſeruum meum, voluit repetere quod dedit, quæritur an poſſit? Videtur quidem cauſa ſecuta eſſe, manumiſſio ſcilicet, ideoque nec repetitioni locum eſſe. Cur igitur hic dicitur repetitioni locum eſſe? quia ſi veritatem & æquitatem inſpiciamus, non poteſt dici cauſa ſecuta eſſe. non enim eſt à me libertatem conſecutus, qui antea liber erat. Hoc confirmat exemplo Paridis cuiuſdam pantomimi, qui cum decem Domitiæ dediſſet pro libertate, ea repetiit, quia liber erat. Fuit autem hæc Domitia vxor imperatoris Domitiani, de qua vide Suetonium in Domitiano. Alia quæſtio eſt in dict. leg. 3. §. ſi quis quaſi. †Is qui putabat ſe ſtatuliberum eſſe, id eſt, libertatem ſibi relictam ſub conditione, ſi decem, exempli gratia, daret hæredi, cum tamen libertas ei eſſet pure relicta, decem dedit implendæ conditionis cauſa. quæritur, an ea decem repetere poſſit? Celſus pater negabat repetere eum poſſe: & id quidem probabiliter, quia cauſa expreſſa non eſt, cum data eſt pecunia, nec dans dicit, vt libertatem conſequat. Sed Celſus filius, qui & Celſus adoleſcens dicitur in leg. ſi ſeruum. §. vltim. infra de verbo. obligat. ait repeti poſſe. Certum enim eſt, hoc actum eſſe ab eo, qui ſe tanquam ſtatuliberum exiſtimabat, vt tanquam conditioni parens adſcriptæ à teſtatore, daret pecuniam hæredi ob id tantum, vt libertatem conſequeretur. At cum ea cauſa non ſequatur, & pure libertas illi ſit relicta, eaque conditio remiſſa, quod ea cauſa datum eſt cauſa non ſecuta, condici ęquum eſt. Vltima quęſtio eſt in l. 8. hic. †Contractum eſt matrimonium inter eas perſonas: quarum vna non erat iuſtæ ætatis, id eſt, quæ erat impubes, nec poterat nuptias contrahere, & datum eſt aliquid dotis cauſa. Datio ſane cauſa dotis hanc conditionem habet, vt nuptiæ ſequantur. at nuptiæ ſecutæ non ſunt, quia inutiliter contractæ erant inter impuberes ſcilicet: quæritur an repetere poſſit quod dotis cauſa datum eſt. Et dicitur poſſe repeti, ſi diuortium factum ſit prius quam vtrique legitimam ætatem attigerint: quia non poteſt dici hoc pacto cauſam ſecutam eſſe, cum nuptiæ nondum conſtiterint propter ætatem. Diſtinguit tamen Neratius & ait, cum hæ nuptiæ conſiſtere poſſint, & conualeſcere adueniente pubertate: vt quod datum eſt, repeti poſſit, expectari debere pubertatis tempus, in quo iudicabitur, conualuerint nuptiæ, an non: idque confirmat alio exemplo †petito à ſponſa & ſponſo, inter quos etſi nondum ſint celebratæ nuptiæ, quod tamen ab vtraque parte matrimonij contemplatione datum erit, non ante poſſe repeti, quam ſpes abierit, in dotem id non peruenturum: quod tamen ita intelligendum eſt, niſi per eum qui quid dedit, vel accepit, ſteterit quominus impleretur matrimonium. hoc enim caſu aliud conſtituebatur, vt videre eſt l. vltim. C. de ſponſ. Et huc etiam pertinent variæ leges tam ſub hoc titulo in Digeſtis, quam ſub eod. in Codice. Quod autem ſupra diximus, ſi ob cauſam aliquid datum ſit, nec ſecuta ſit cauſa, tunc huic condictioni locum eſſe, hoc ita accipiendum eſt, niſi per accipientem non ſteterit quominus non ſequatur cauſa. Si quid enim datum ſit, vt detur aliquid, vel fiat, nec per eum, qui acceperit ſtet quominus det vel faciat, ſed caſu aliquo fortuito impediatur, non condicetur id quod datum eſt. l. pen. C. hic: ſecus ſi per eum ſteterit, vt l. vlt. C. eo. huic ſimile eſt quod dicitur in l. 3. §. ſi hic. Si tibi dedero pecuniam, vt Stichum manumittas: moriatur autem Stichus, non potero condicere pecuniam, ſi eum non manumiſeris, niſi poſt moram tuam deceſſerit. Simile etiam eſt, quod dicitur in l. ſi pecuniam. hic. Atque hoc quidem intelligendum eſt, ſi cauſa ab eo implenda ſit, qui accepit: vt exempli gratia, Dedi cuipiam pecuniam, vt Stichum manumittat: hæc cauſa propter quam datur, implenda eſt ab eo, qui accepit, debet enim manumittere Stichum. nam ſit aliquando, vt cauſa non pendeat ex implemento & facto eius, qui accipit, ſed ex alterius, vt dãtis, & tunc etſi non ſtet per accipientem quominus cauſa ſequatur, nihilominus quod datum eſt ab eo repetitur, ſi qui dedit, cauſam non implerit. Exempla ſunt in l. 1. & 2. hic. vt ſi teſtamentum falſum pronunciatum fuerit, vel ſi hæreditatem repudiauero, & tibi quid dediſſem cauſa conditionis implendæ. Sed ſuperiori diſtinctioni noſtræ, per quam conſiderandum eſſe diximus, an per accipientem ſteterit, an caſu fortuito fuerit quis impeditus, maxime aduerſari videtur. l. vltim. hic, qua etſi mortuus ſit Stichus, quem vt mihi dares decem nihilominus me condicere poſſe ait Celſus, & id quod dedi repetere. Sed & iſtud quomodo accipiendum ſit, mox dicemus. Hactenus de priori cauſa.

Secundū neceſſarium.

Ad l. 3. quæſt.

Ad leg quod ſi nim.

CAP. IIII.

De ſecunda cauſa huius actionis.

Altera huius actionis cauſa eſt pœnitentia eius, qui dedit: huius cauſæ mentio eſt in leg. 3. §. 1. & l. ſi pecuniam. hic. ex quibus conſtat licere pœnitere ei, qui dedit, quamdiu res integra eſt, & propter pœnitentiam poſſe repeti quod datum eſt, hac condictitia actione. Ratio autem cur pœnitentia hic locum habeat, eſt, quia nulla adhuc obligatio contracta eſt ex parte eius cui datum eſt. Cum enim do tibi pecuniam, vt mihi Stichum des, non ſum tibi obligatus, nullaque tibi compe-

Pœnitentia cur in hac actione locum habeat.

competit aduerſus me actio. Alia eſt natura contractuum obligatoriorum, quia interuentu tantum rei naſcatur obligatio, vt oſtendimus in tit. de reb. cred. Is igitur, qui non dedit, non habet alium ſibi obligatum. Et ex iis quidem conuentionibus tantum, quæ tranſeunt in proprium nomen contractus, & quæ viſæ ſunt ad rempub. continendam magis neceſſariæ, naſcitur obligatio & actio, de quibus in l. iuriſgentium. de pact. Ex aliis autem conuentionibus non eſt viſum vtile actionem dare, ne lites immodice creſcerent: & certe magna litigandi occaſio præberetur, ſi ex quacunque conuentione ſine delectu homines ad litigandum admitterentur conuentionibus: ideoque ſi nuda conuentio ſit, nulla eſt obligatio nec actio: ſed ſi præter conuentionem res data ſit, is qui dedit, habet alium ſibi obligatum. Itaque in his innominatis contractibus, Do vt des, do vt facias, facio vt des, facio vt facias, de quibus in l. naturalis. infra, de præſcript. verbis. cui ego do, vt aliquid faciat, me non ante habet obligatum, quam fecerit: is autem mihi eſt obligatus, quia interuenit ex parte mea datio rei: cum ex parte eius nihil aliud ſit, quam nudum pactum. Vnde quamuis is ſit mihi obligatus, non tamen ſum ei obligatus. Nihil igitur prohibebit me recedere ab eo contractu per pœnitentiam, perinde ac ſi nihil inter nos actum eſſet. Hæc igitur pœnitentia (vt dixi) locum habet in contractib. non nominatis: minime vero in iis, qui proprium nomẽ habent, quia ſtatim naſcitur vltro citroque obligatio. l. ſicut. C. de oblig. & act. l. inciuile. C. de rei vindic. Dixerit aliquis, nonne locatio eſt in ſpecie d. l. pecuniam. cum cuipiam detur pecunia, vt Capuam eat? qui enim pecuniam accipit, vt quid faciat, videtur locare operam ſuam: quinimo hic omnia interuenire videntur quæcunque neceſſaria ſunt ad perficiendam locationem. Ex vna enim parte res eſt, quæ locatur, ex altera merces. Cur ergo non erit locatio? Si autem ſit locatio, non videtur poſſe propter pœnitentiam ab ea recedi, quia nominatus eſt contractus ideoque inutilis erit hæc quæſtio. Sed animaduertendum eſt (quod & ſupra admonui) in his quæſtionibus, cum quæritur quod genus contractus ſit, facti quæſtionem eſſe. Poteſt enim eſſe locatio & aliud genus contractus. Nam nõ ſequitur ex hac ſpecie: Ego tibi dedi pecuniam, vt Capuam eas, tu eam accepiſti: ob id te locaſſe mihi operam tuam. Cum enim facti habenda ſit in his quæſtionibus ratio, nec non perſonarum, conſiderandum eſt, aliquando tale factum eſſe poſſe, in quo opera locari non ſoleat: veluti ſi dem tibi pecuniam, vt Stichum manumittas. Licet enim videatur hæc conuentio ſpecies quædam eſſe locationis, nihilominus tamen non eſt: quia hoc factum locari non ſolet. l. naturalis. §. at cum do. infra, de præſcri. verb. Aliquando etiam, etſi tale factum ſit, quod locari poſſit, eiuſmodi forte erit perſona, quæ non ſolet locare operam ſuam, l. 1. ſupra ſi menſor fall. mod. dix. Igitur cum proponitur aliquem dediſſe pecuniam, vt aliquid fiat, non ſtatim ſequitur locationem eſſe. Vulgo dicunt, in contractibus de quibus tabulæ ſcriptæ ſunt, locum non habere hanc pœnitentiam: quia in his tabulis adiici ſolet ad finem ſtipulatio, quæ ex his contractibus non eſt, in quibus pœnitentia locum habeat: vt iam diximus. In contractibus igitur innominatis pœnitentia tantum locum habet. Excipitur tamen contractus tranſigendi cauſa initus ab iis, inter quos mota fuerat controuerſia, l. quamuis. Cod. de tranſact. Sed cum hæc quæſtio pertineat ad tractatum de tranſact. non mirum ſi pœnitentia hic locum habeat. Eſt enim hoc inductum, vt minuantur lites, quæ alio reuouarentur. Ex iam dictis conſequens eſt in caſu. l. pen. & vlt. Cod. eod. tit. quamuis per aduocatum non ſteterit quominus patrocinetur, tamen ob pœnitentiam poſſe condici quod datum eſt, ſi nihil dum ſecutum ſit. Si tamen quis patrocinanti aduocationis ſuæ cauſa pecuniam dederit, & caſu fortuito impeditus fuerit, dicitur non poſſe repeti pecunia, licet cauſa ſecuta non ſit: quia per eum non ſtetit quo minus patrocinaretur. dict. l. pen. Alias enim, ſi per eum ſtetiſſet, repeteretur, d. l. vlti. quod enim dicitur in dic. l. pen. ſi per eum non ſteterit, condici non poſſe, verum eſt, quaſi cauſa ſecuta ſit. Cum ergo repetitur pecunia, multum intereſt, quæ cauſa in formula intentionis exprimatur. Et ita quidem accipienda eſt l. ſi pecuniam. hic. & ſic intelligendum, quod dicitur in l. vlt. hic. Quæ tamen lex aduerſatur l. pen. C. hic. Et ſane ſi condictioni locus nullus eſſet, niſi cauſa non ſecuta dationis, hæc pugnantia videri poſſent: ſed alia cum ſit cauſa condictionis, nempe pœnitentia: veluti in hac ſpecie, Do tibi centum, vt mihi Stichum des, cum ſperem mihi opus eſſe Sticho: poſtea ex pœnitentia, quia Sticho amplius vti non poſſum, hanc pecuniam ſi repeto, nulla eſt antinomia. nec enim ſi aduerſarius obiiciat Stichum mortuũ eſſe, ad rem quicquam pertinet, & mihi nihilominus quod ei dedi, reſtituere debet. Huic ſententiæ l. dedi tibi pecuniam, opponitur l. naturalis. §. ſi ſcyphos. inf. de præſcri. verb. in qua ſi moriatur Stichus, periculo meo dicitur eſſe. Sed ego explicaui hanc antinomiam in interpretatione l. ſi ex legati cauſa. infra de verb. obl. Poſterior enim lex loquitur de actione præſcrip. verbis. qua agitur ad id quod intereſt: prior de hac condictione, vt etiamſi Stichi morte liberetur is, cui ſcyphos ideo dedi, vt mihi eum daret, nihilominus tamen ad repetendos ſcyphos, tanquam cauſa non ſecuta, condictio mihi competat. Quod autem diximus iuſtam cauſam eſſe pœnitentiæ, hoc intelligẽdum eſt, cum res adhuc integra eſt, vt iam attigimus. Cum vero integra non eſt, & is, qui accipit pecuniam damno afficeretur, ſi propter pœnitẽtiam ea repeteretur, non vſquequaque pecunia data condici poteſt. Et res quidem integra dicitur, cum nihil adhuc fecit, nec cœpit facere is, qui pecuniam accepit vt faceret, nec damno vllo afficitur. Atque hoc tractatur d. l. ſi pecuniam. multis exemplis, quæ vtcunque ſubtilia & obſcura ſunt: quæ tamen hac diſtinctione recepta facile intelligi poterunt. Sequens locus eſt, in quo quæritur,

Cui & contra quem detur hæc actio condictitia.

CAP. V.

EX his quæ diximus, certum eſt hanc condictionem competere ei, qui dedit ob cauſam, aduerſus eum, qui accepit ob cauſam. Atque hinc naſcuntur aliquot quæſtiones. Vna eſt in l. ſi donaturus. 9. hic. Quidam erat donaturus mulieri centum. mulier autem quæ erat nuptura, iuſſit, vt eam pecuniam numeraret ſuo ſponſo, & numerata eſt: deinde nuptiæ ſecutæ non ſunt. Ex his, quæ diximus, conſtat repetitioni locum eſſe, cum cauſa non ſit ſecuta. Sed quæſtio eſt vtri competat hæc condictio, an mulieri, an ei, qui dedit? Dicimus quidem ei qui dedit ob cauſam, condictionẽ hanc competere aduerſus eum, qui ob cauſam accepit. l. ſi extraneus. hic. Sed hic à duobus videtur datum, donatore ſcilicet, & muliere. Paulus tamen ait potius mulieri hanc condictionem competere, quam ei qui donauit: cum eius iuſſu is, qui donaturus ei erat, marito futuro dederit. Alia quæſtio eſt, quæ tractatur in l. qui ſe debere. hic. Quidam putabat ſe debitorem eſſe mulieris, (nec erat donaturus mulieri: atque ita hæc ſpecies ab ea, de qua iam diximus, differt) cum tamen nihil deberet, & iuſſu mulieris tanquam delegatus eiuſdem promiſit ſe eam pecuniam daturum marito futuro, & poſtea ſoluit: deinde nuptiæ ſecutæ nõ ſunt. quæritur vtri competat repetitio, an huic qui dedit, putans debitorem eſſe mulieris, an potius ipſi mulieri? *Nerua & Atilicinus reſponderunt, &c.* Hic dicitur non competere mulieri condictionem, ſed potius ei, qui dedit errore ductus, cum putaret ſe mulieris debitorem eſſe. Pecunia enim hæc nullo modo ad mulierem pertinet: quia hic ſi cõueniretur à ſponſo ex hac promiſſione, poſſet eũ exceptione doli ſubmouere. Hoc enim modo intelligenda ſunt hæc verba de exceptione doli. Alius caſus ſequitur diuerſus in eadem lege. Si vero debitor erat mulieris is, qui pecuniam numerauit ſponſo iuſſu mulieris, & nuptiæ ſecutæ non fuerint, poterit ipſe repetere: quia non eſſet liberatus ab obligatione mulieris, quamuis ex bono & æquo exceptio daretur contra agentem. Alia ſpecies eſt in l. ſi procurator. 14. ſed ea commode explicari non poteſt, niſi poſt titulum de condictione indebiti. Poſtremus locus eſt, in quo quæritur,

Quid veniat in hanc actionem, & quod futurum ſit in ea iudicis officium.

CAP. VI.

HIc locus nos admonet quid petere debeamus, cum concipitur hæc actio in iudicio. Cognoſcendæ ſane ſunt

Ad l. ſi donaturus.

Ad l. qui ſe debere.

l. pen. & ult. C.

cauſæ actionis, tum etiam quid in eam veniat, vt concludamus. In hanc autem condictionem hoc venit, vt res ob cauſam acceptam reddatur cauſa non impleta. Præterea veniunt etiã fructus & acceſſiones. d. l. qui ſe debere. §. vlt. hic. Venit etiam omnis cauſa. Similis locus eſt in l. cum quis. hic. Dixerit aliquis, hoc iudicium ſtrictum eſt: quomodo igitur veniunt fructus & acceſſiones? Certiſſimum enim eſt in ſtrictis iudiciis non venire fructus neque acceſſiones niſi à tempore iudicij accepti. l. cum fundus. ſupra de reb. cred. Cur igitur non hic diſtinguitur, an lis conteſtata fuerit an non: & ſimpliciter dicitur fructus & acceſſiones in hoc iudicium venire? Sed reſpondendum eſt, in iudiciis ſtrictis, quibus id petimus quod noſtrum eſt, vel aliquando fuit, venire etiam fructus & acceſſiones, ſicut in iudiciis bonæ fidei: quæ diſtinctio traditur in l. videamus. 2. infra de vſuris. In iis autem in quibus petimus id, quod noſtrum non eſt, nec vnquam fuit, veluti cum quis ex ſtipulatione agit, non veniunt fructus, niſi à tempore litis conteſtatæ. d. l. videamus. §. ſi actionem. infra de vſuris. Hac autem condictitia actione, quãuis ſtrictum iudicium ſit, petimus id quod noſtrum aliquando fuit, licet noſtrum iam non ſit. Condictio enim non poteſt domino competere ad rem ſuam petendam. §. ſic itaque diſcretis. Inſtitut. de actionibus. Deinde notandum eſt, omnia reſtituenda eſſe in priſtinum ſtatum: veluti ſi forte res corporalis data ſit, quæ poſſit reddi corporaliter, reſtitui corporaliter debeat. Vnde id quod pro dato habetur, quãmuis vere datum non ſit, vt quod corporaliter reddi non poteſt, reſtitui in priſtinum ſtatum debet. Exemplum eſt in l. ſi quis accepto hic. de eo qui acceptilatione liberatus, vt expromiſſorem daret, neque dedit, condictioni locum fecit, quamuis nihil datum eſſet. Interpretatione tamen iuris aliquid hic datum eſſe intelligitur, per acceptilationem ſcilicet liberatio: vnde vetus obligatio reſtituitur, quæ acceptilatione ſublata fuerat. Expromiſſore enim non exhibito cogetur per iudicem denuo ſe ſolenni ſtipulatione obligare. Sic enim intelligendum eſt quod dicitur, condici poſſe ei qui accepto ſit liberatus. Quod autem diximus, rem eſſe reddendam cauſa non ſecuta, ita accipiendum eſt, vt etiam ſi res perempta ſit, quæ ob cauſam data fuit, nihilominus tamen condictio locum habeat, maxime ſi culpa eius, qui accepit, perierit. Exemplum eſt in l. cum ſeruus. hic. & l. 2. ſupra ad legem Aquiliam. hic autem locus oſtendit quam vilis fuerit cõdictio ſeruorum, in quos ea fuerit dominorum poteſtas, vt necis & vitæ eorum habuerint liberum arbitrium. Præterea hæc actio concurrit cum pleriſque aliis actionibus, puta cum actione præſcriptis verbis, quæ competit ad id quod intereſt datum aut factum non eſſe. l. naturalis §. 1. de præſcript. verb. Nam cum ego tibi do vt mihi des, vel aliquid facias, tu mihi es obligatus, quia ſcilicet tibi ego dedi, licet tamen tibi obligatus non ſim. Poſſum autem agere aduerſus te duplici actione: In primis ad id quod intereſt mea datum aut factum à te non eſſe quod conuenerat actione præſcript. verbis. Vel ſi malim recedere à contractu (quod mihi liberum eſt) tunc potero experiri condictitia actione, vt rem mihi reddas, quam tibi ob cauſam dedi. Et ſic intelligendum eſt, quod dicitur in l. ob eam. infra de præſcript. verbis. & leg. 4. hic. quæ inter ſe pugnare videntur. Nam in d. l. 4. ait Vlpianus: aduerſus debitorẽ acceptilatione liberatum, vt expromiſſorem det, ſi non dederit, condictione agendum, vt vetus obligatio inſtauretur. At in dict. l. ob eam cauſam. refert Papinian. obligationem veterem non reſtaurari, ſed agi aduerſus debitorem, vt impleat quod promiſerit. Sed hæc pugnantia non ſunt, ſed potius diuerſa. Quod enim dicitur in l. ob eam cauſam. veterem obligationem non reſtaurari, verum eſt, ſi quis agat ciuili actione præſcript. verbis. de qua ſub eo titul. Iuriſconſulti loquuntur. Nam id non conſequitur is, qui agit præſcriptis verbis, vt contractus reſcindatur, ſed vt impleatur potius: cuius tamen nomine comparata eſt hæc cõdictitia actio, ad quam etiam pertinet d. l. 4. Hæc actio etiam concurrit, vt quidam dicunt, cum actione in rem: quod quomodo accipiendum ſit difficile dictu eſt. Hæ enim actiones videntur omnino contrariæ eſſe: quia is qui agit condictione contendit dominium rei in ſe transferri oportere. §. ſic itaque. de act. qui vero actione in rem experitur, ſe dominum eſſe contendit. l. in rem. ſupra de rei vind. Hæc repugnantia ſunt, me dominum eſſe rei, & petere vt dominium eius in me transferatur. Quomodo igitur fieri poteſt, vt hæc condictio concurrat cum rei vindicatione? Et ſane quod hæc actio non concurrat cum actione in rem, id ſatis videtur colligi ex l. cum ſeruus. hic. Sed quæſtio & difficultas naſcitur ex l. ſi mortis cauſa. infra de don. cauſ. mort. vbi dicitur eum, qui dederit aliqd cauſa mortis, poſſe in rem agere poſtquã conualuerit. Nam dicit Paulus l. cum quis. hic, condictionem hoc caſu competere. Atque ita ei, qui donauit aliquid cauſa mortis, competit condictio & actio in rem. Sed reſpondendum eſt, in rem actionem vtilem hoc caſu quidem competere. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod. in rem actionem directam minime: ideoque hanc non poſſe concurrere cum condictione, ex dict. l. cum ſeruus. & d. §. ſic itaque. niſi aduerſus furem. Alius caſus ſimilis eſt in d. l. 1. C. de donat. quæ ſub mod. &c. in qua conſtituit Imper. vt ſi quis quid donet alicui alimentorum cauſa, & ea cauſa non ſequatur fauore alimentorum, præter condictionem in rem etiam actio vtilis ei competat. Actio autem in rem competit aduerſus eum etiam cum quo contraxit, ſi poſſideat alimenta, & vtilior eſt quam condictio.

Ad leg. ſi quis accepto.

Cũ quibus actionibus cõcurrat hæc condictio.

Hæc actio quomodo cõcurrat cum actione in rem.

IN TIT. VII. LIB. IIII.

COD. IN TIT. V. LIB. XII. PANDECT.

DE CONDICTIONE OB TVRPEM CAVSAM.

CAP. I.

QVID interſit inter hanc condictionem, quæ dicitur ob turpem vel iniuſtam cauſam, & cõdictionem cauſa data cauſa non ſecuta, oſtendit Paulus in l. 1. hic. Diſtinguit autem rem à cauſa, vt ſæpe diſtingui ſolet, & admonui titulo ſuperiori, allata l. damus. 52. infra de condict. indeb. in qua ſimilis eſt diſtinctio: vt cauſa quidem ad prȩteritum referatur, res ad futurum. Sed tamen aliquando his verbis promiſcue vtuntur Iuriſconſulti, vt cauſa nõ tantum ad præteritum pertineat, ſed etiam ad futurum. Omne igitur quod datur, vel datur ob cauſam honeſtam, vel turpem: Si detur ob cauſam honeſtam, ita demum repetitur, ſi cauſa ſecuta non ſit. At vero id quod datur ob turpem cauſam, plerunque etſi cauſa ſecuta ſit, condictione repetitur. Vt autem intelligamus, de qua turpitudine hoc accipiendum ſit, & propter quam turpitudinem hæc actio detur, animaduertendum eſt, turpem cauſam non vnius generis eſſe, ſed trium. Nam aliquando turpitudo eſt accipientis tantum, aliquando vtriuſque, aliquando dantis. Paulus in dict. l. 1. oſtendit, cum turpis cauſa eſt accipientis, repetitionem locum habere. Quibus verbis oſtendit cum turpitudo eſt dantis, vel vtriuſque, nõ repeti quod datum eſt: idque confirmat ſequentibus exemplis. Sed de priori genere turpitudinis videndum eſt.

CAP. II.

De primo genere turpitudinis.

HVius turpitudinis, quæ eſt accipientis tantum, exempla ſunt in leg. 2. vt puta cum do tibi ne ſacrilegium facias, ne furtum facias, ne hominem occidas: ob turpem enim cauſam id à me non datur, ſed turpitudo hic eſt ex parte accipientis tantum. nam is, qui pecuniam accipit ne furtum faciat, vel ſacrilegium, vel ne hominem occidat, turpiter facit: quia ab eis facinoribus abſtinere debet etiam gratis, & nullo pretio accepto: ex parte autem dantis nulla verſatur turpitudo. Sequitur: *Item ſi tibi dedero, vt rem mihi reddas depoſitam.* Aliud exemplum eſt huius turpitudinis. Ego depoſui apud te rem meam: at cum ego à te repoſcerem, nec velles mihi reddere, dedi tibi eo nomine pecuniam: Hæc pecunia recte ob turpem cauſam data eſſe dicitur. Eſt enim turpe ei, qui accipit pecuniam depoſitæ rei reddendæ cauſa, non vero ei qui dat: ille enim cum gratis rem depoſitam reddere deberet, eo nomine accepit pecuniam. Idem exemplum eſt in l. vltim. hic. Aliud exemplum eſt in l. 4. §. vltim.

Si quis

Si quis indicium, vt ſeruum fugitiuum indicet accipiat: in quo tamen diuerſum ſtatuitur ac in prioribus: nullus enim repetitioni locus hic eſt: quia ſcilicet is non poteſt dici turpiter accepiſſe, qui vt furem indicet, pretium accepit (ſumitur enim indicium hoc in loco pro eo, quod datur indicanti, quod Græci μηνύτρον vocant.) Et certe cum nullus cogi poſſit ad indicandum furem, nec eo nomine vlla actio prodita ſit, vt non mirum, ſi pecuniam eo nomine accipere poſſit. & hac de re locus etiam eſt in leg. ſolent. infr. de præſcr. verb. Poſt paulo tamen ſubiicit in hoc eod. §. diuerſas ſpecies, in quibus locus eſt repetitioni: vt ſi acceperis à fugitiuo meo, ne eum indicares: tunc enim à te hoc poſſum condicere. idemque dicendū eſſe, ſi & furi indiciū dedero. Aliud exēplū eſt in l. 3. C. eod. de eo qui euitandi tyrocinii cauſa dederit: id eſt, vt effugeret laborē qui tyronibus, dū militiæ initiarentur, imponebatur. Tyrones enim olim dicebantur iuniores, q. militiæ adſcribebātur vt facilius exercerentur, & aſſueſcerēt militiæ, qui tamē nōdū erant milites, nec prius, quā in numeros eſſent relati. l ex eo. ff de milit. teſt. Et de iis quidem extat titul. 44. lib. 12. C. & l. deſertorem. l. qui cum vno. l. qui commeatus. infra de re milit. Aliud exemplum eſt propter quod datur hæc condictio in l. ex ea. hic. Tu me per vim coegiſti ad promittendum pecuniam tibi, & ex hac ſtipulatione eam exegiſti: quæritur, an repetere poſſim? videtur me repetere poſſe. idque ex hoc edicto, quia cauſa huius ſtipulationis eſt vis illata aut metus. Et (vt generaliter dicitur in leg. perpetuo. hic.) Quoties ex iniuſta cauſa aliquid datur alicui, poteſt condictio competere ex hoc edicto: quod propoſitum eſt de eo, quod acceptum eſt ob turpem vel iniuſtam cauſam. Hunc locum explicaui in l. ſi me & Titium. ſup. de reb. cred. Sequitur ſecundum genus turpitudinis.

Cap. III.

De ſecundo genere turpitudinis.

2. Secundum turpitudinis genus eſt, cum turpitudo verſatur ex parte vtriuſque. quo caſu condictio non datur, & quod datum eſt penes accipientem remanet. Hinc dicitur in l. penult. hic. meliorem eſſe conditionem poſſeſſoris, cum par eſt cauſa vtriuſque: ideoque datum repeti non poteſt. Idem dicitur in leg. 2. C. eo. Exempla alia multa reperiuntur ſub hoc tit. veluti in leg. 2. & ſeq. ſi quis dederit iudici eius corrumpendi cauſa. At ſi quis dederit iudici, non vt male iudicet, ſed vt ſecundum ſe in bona cauſa, an poterit hæc pecunia repeti? hæc quæſtio tractatur in dict. leg. 2. Condictioni enim locus eſſe videtur: quia nulla hic dantis, vtpote in bona cauſa turpitudo, ſed accipientis tantum apparet. Hunc tamen qui dat, licet in bona cauſa, refert Vlpianus crimen contrahere, quia ſcilicet iudicem corrumpere videtur. Et hoc expreſſum eſt ſub tit. C. de pœna iudic. qui male iudic. in l. 1. vterq; igitur punitur dans & accipiens. Ex his autē verbis, *Relatum eſt*, quæri ſolet, an Vlpian. affirmet condictioni locum eſſe. Plerique exiſtimant hoc ab eo non affirmari, ſed tantum referri opinionem aliorum, à qua recedat propter verba, quæ ſubiicit, *Sed hic quoque crimen contrahit* quaſi hoc velit Vlpian. quamuis relatum ſit condictioni locum eſſe in hoc caſu, tamen cum turpitudo ſit, non tantum ex parte dantis, ſed etiam accipientis, condictioni locus non eſt. Sed receptum eſt hic duos caſus eſſe diſtinguendos, vnū cū quis dat pecuniam iudici, vt in bona cauſa ſua ſecundum ſe pronunciet: alterum cum datur iudici pecunia, vt male iudicet. Hæcque ſententia mihi videtur probabilior eſſe. Vnde dicendum eſt, ſi quis pecuniam dederit iudici, vt ſecundum ſe in bona cauſa pronuntiet, quamuis litem perdat, quia videtur iudicem corrumpere velle, poſſe tamen eum repetere quod datum eſt.

Cap. IIII.

De tertio genere turpitudinis.

3. Hæc turpitudo eſt, quæ ex parte dantis tantum verſatur, quo caſu nulla competit repetitio. huius turpitudinis eſt exemplum in l. 4. hic. in qua quæritur, an is qui meretrici dederit libidinis explendæ cauſa, repetere poſſit. Ex his, quæ ante expoſuimus, videbatur hoc fere ſatis definitum eſſe. Diximus enim ſupra, cum turpitudo eſt ex parte vtriuſque, non poſſe repeti quod datum eſt: quin autem hic inſit ex parte dantis & accipientis turpitudo, nulli dubium. Cur igitur quod hoc caſu datum eſt, repeti non poſſe refert Vlp. Sed, reſpondet idem Vlp. illa quidem mulier quod meretrix ſit, turpiter facit: at cum ſit meretrix, turpiter non accipit, poſtquam ſe palam proſtituit. Ergo turpitudo ab eius parte non verſatur, ea eſt vtilitas & indignitas, vt acceptio pecuniæ & pretii nullam ei maculam aſpergere videatur. Sed quid agas, inquit Satyricus, cum dira ſit & omni perſona fœdior? Tempore Tyberii ſcribit Suetonius multas mulieres ſe ſe proſtituiſſe, ne punirentur pœna adulterii, vel ſtupri. Stuprum enim cum meretrice publica non committitur. Quæri ſolet, an quod meretrici ob eam cauſam promiſſum eſt per ſtipulationem, exigere illa poſſit? Ex his Vlpiani verbis videtur colligi, mulieri ob hanc cauſam actionem competere: ſed tamen probabilius eſt, & id quoque vulgo receptum video, nullam actionem eo nomine meretricibus con petere. Nec id etiam conſequitur ex eo, quod ab Vlpiano dictum eſt. nam etſi meretrix poteſt retinere quod ei datum eſt: non tamen poteſt q. eo nomine promiſſum eſt exigere. Multa enim accipiuntur & retinentur honeſte, quæ tamen honeſte non petuntur, l. 1. infr. de extraord. cognit. Contrariam opinionem non iuuat l. affectionis. infr. de donat. ex qua, ſi quis donauerit meretrici, valet donatio. Excipe tamen niſi miles donauerit ſuæ focariæ, l. 2. C. de donat. inter vir. & vx. Si igitur dederit quis meretrici, non poteſt ab ea repetere quod datum eſt, ſed ſi quid ei promiſerit eo nomine, illud exigi non poteſt. Proprie autem donatio eſt, cum quod donatum eſt, traditur, ideoque repeti non poteſt. At generaliter dicendum eſt, quod ex turpi cauſa promiſſum eſt, exigi non poſſe. Vnum exemplum eſt in l. 1. C. eo. in qua ſi quis cum aliquid peteret, quod honeſte dari non poterat nec promitti, quia ſcilicet turpis cauſa erat, præſcribi fecerit in cautione, eam pecuniam ex cauſa mutui numeratam eſſe: is autem, qui conuenitur ex ea cautione, alleget ſe nullam pecuniam re vera accepiſſe, ſed ob turpem cauſam hoc promiſſum eſſe, huiuſque turpis cauſæ adumbrandæ gratia hanc cautionem perſcriptam: ait Imp. ſi appareat turpem cauſam fuiſſe huius promiſſionis, abſolui eum debere qui conuenitur. Similis locus eſt in l. mercalem. eo. Quidam ſtipulatus fuerat pecuniam propter lenocinium vxoris ſuæ. Hic aiunt Impp. ſi quid promiſſum ſit ob hanc cauſam exigi non poſſe, quia ſcilicet turpitudo eſt ex parte vtriuſque: ſi autem ſolutum ab adultero eſſet, non poſſe repeti. Huc pertinet quæſtio tractata in l. penul. hic. Verba huius legis ſubobſcura ſunt, quorum tamen ſenſus hic videtur eſſe: Si quis ob turpem cauſam promiſerit, & conueniatur ex ea promiſſione, poteſt agentē exceptione doli ſubmouere. Neceſſe autē eſt, vt hæc verba ob turpē cauſam, intelligamus ex parte dantis tantum, quia ſi eſſet ex parte accipientis repeti poſſet: turpitudo enim dantis hic impedit repetitionem. *Sublata proxima cauſa ſtipulationis.* Stipulatio, quæ proxima cauſa eſt, tollitur ſolutione eius quod debetur. Hoc autem figurata locutione dicitur, quaſi diceret, vt ſtipulatio hæc inanis eſſet propter exceptionem doli. exceptio enim efficit, vt quis actionem non habeat, l. nihil intereſt. infr. de reg. iur. Priſtina cauſa, id eſt, turpitudo. Sed quæri ſolet an ſtipulatio, quæ turpem cauſam habet, ipſo iure nulla ſit, an vero elidatur exceptione? Hæc quæſtio tractari ſolet in l. generaliter. inf. de verb. obl. in qua dicitur nullius momenti eſſe tales ſtipulationes, cum hic dicatur huiuſmodi ſtipulationes elidi exceptione doli: ſed maxime diſtinguendæ ſunt ſingulæ ſpecies, ex quibus oritur talis quæſtio. Videndum enim eſt, an id quod promiſſum eſt, contra leges ſit, veluti id quod promiſſum eſt, iure ciuili prohibeatur & puniatur. Exempli gratia, vt faciat quis ſacrilegium: nam tunc nulla erit promiſſio. Si quis autem promiſerit meretrici libidinis explendæ cauſa, hoc quidem honeſtum non eſt, cum tamen non ſit factum, quod ipſo iure & legibus Romanis vindicetur, valere id poteſt. Iam videri poteſt, ex quibus cauſis detur hæc actio, & ob quam turpitudinem. Poſterior locus eſt,

Meretrix an poſſit exigere, quod illi ob explēdam libidinē promiſſum eſt.

Ad l. ſi ob turpē cauſam.

De officio iudicis in hac actione. Cap. V.

Certum eſt reſtitutionem rei, quæ data eſt turpiter, in condemnationem venire. Nam is qui agit, petit, vt ...

bi reddatur, quod dedit ob turpem cauſam. Hæc autem reſtitutio fit cum fructibus & acceſſionibus, ſi res data ſit, ex qua fructus naſcantur. Et quamuis id expreſſum non ſit ſub hoc tit. tamen facile intelligitur ex his, quæ diximus ſub titul. præcedenti. Multa enim repetenda ſunt ex eo titul. nam licet condictio ſtricti iudicii ſit, in quod non veniant fructus, niſi à tempore litis conteſtatæ, vt ſuperius dictum à nobis ſæpius eſt: quia tamen per hanc condictionem petimus nobis dari, quod noſtrum aliquando fuit, & transferri dominium eius rei, quã dando amiſimus, venient eũ fructus & acceſſiones. l. videamus. infra, de vſur. vſuræ tamen non venient, l. quoties. C. hoc tit. quoniam vſuræ in fructu non ſunt, l. vſura. inf. de verb. ſignif. cum natura non proueniant, ſed iure percipiantur, l. ſi nauis. ſup. de rei vindi. Hæc autem actio concurrit aliquando cum aliis actionibus, vt cum actionibus bonæ fidei, vt dicitur in leg. vltim. hic. Et ex huius quidem legis exemplo demonſtratur differentia inter bonæ fidei & ſtricta iudicia: cum ex contractu ob quem turpiter datum eſt, dari aliam etiam actionem, refert Paul. nec eſſe hanc ſemper neceſſariam: veluti ſi tibi dedero, vt depoſitum reddas quod turpe omnino eſt. Nam ad id repetendum competet etiam actio depoſiti. Cum vero aliquid datum eſt ex contractu, qui ſtricti iudicii eſt, veluti ſi quid debeatur ex ſtipulatione, vel teſtamento, tunc ad id repetendum neceſſariam eſſe hanc condictionem, nec agi poſſe ex eo contractu. Et id quidem optima ratione, cum ex illis actionibus nihil peti poſſit, niſi quod cautum eſt. §. 1. Inſtitut. de oblig. quæ ex conſenſu. l. & eleganter. §. non ſolum. ſupra, de dolo.

Differẽtia inter iudicia bonæ fidei & ſtricti iuris.

TIT. V. LIB. IIII. COD. ET TIT. VI. LIB. XII. PANDECT.

DE CONDICTIONE INDEBITI.

CAP. I.

Inter condictiones, de quibus diſſerere cœpimus, hæc inſignis & præcipua eſt, nec vllus locus eſt in iure ciuili, aut memorabilior, aut obſcurior, & difficilior. Condictio autem indebiti actio eſt, qua quod per errorem ſolutum eſt, repetitur: ſicque dicta eſt, quia indebitum hac condictitia actione repetitur, ſi per errorem ſolutum ſit. Quamuis enim ſi ſubtilitatem iuris inſpiciamus, is qui ſoluit indebitum, dominum faciat accipientem, & transferat dominium in eum cui ſoluit, ideoque nullam videatur actionem habere: tamen ex bono & æquo, & æquitate naturali ſuadente datur repetitio. Vnde dicitur condictio indebiti naturalis eſſe, l. indebiti. in princ. & l. hæc condictio. 66. ex bono & æquo venire. Subtilitas enim iuris tantum valere non debet, vt quis locupletior fiat ex re alterius cum eius incommodo, cum id contra naturalem æquitatem, & contra bonum & æquum ſit. Hæc autem actio ex contractu proprio oriri non dicitur. Is enim qui ſoluit indebitum alicui tanquam creditori, hoc animo ſoluit, vt diſtrahat negocium magis quam contrahat, vt dicitur in §. is quoque. quib. mod. re contrah. oblig. in Inſt. quia animum habet recedendi ab obligatione magis, quam ad contrahendam obligationem. Qui enim hac ratione pecuniam dat, id agit, vt ea obligatione liberetur, qua putat ſe adſtrictum. Atque ideo dicitur ex contractu non oriri hæc obligatio, ſed ex quaſi contractu tantum: quod etiam confirmatur ex §. vltim. Inſt. de obl. quæ ex quaſi contr. Poteſt tamen aliquis contractus ei accedere. Exemplum vnum eſt in l. 2. hic. Cum quis ſoluit ei, quem putat creditorem ſuum eſſe, ea lege & conditione, vt ſi apparuerit id eſſe indebitum reddatur. Ad reddendum in hac ſpecie tenetur is, qui accepit, quia id nominatim conuenit: ſed tamen neceſſaria non eſt ad repetitionem ſemper hæc conuentio. Nam etſi ſine hac pactione ſolutioni rei fuerit quid datum, quæ indebita erat, idq; per errorem, datur hæc condictio.

CAP. II.

Condictioni indebiti vt locus ſit quot requirantur.

Vt igitur ſit locus huic condictioni, tria neceſſaria ſunt, quæ diligenter obſeruanda ſunt: quia multum conferunt ad huius tractatus explicationem. Primum eſt, vt quid ſolutum ſit: ſecundum, vt per errorem: tertium, vt indebitum ſit. Hæc tria niſi concurrant, non datur hæc condictio: niſi ratio habeatur perſonæ, vt l. interdum. hic. ſi pupillus ſoluerit eo caſu, quo non admitteretur maior. Pupillus enim ſemper creditur errare. Sed de hoc loco plenius dicturi ſumus infra. De his autem tribus neceſſariis ſigillatim tractandum eſt. Primum igitur eſt, ſolutum eſſe aliquid oportere. id ſatis indicat titulus ipſe, & nomen actionis. Condictio enim, id eſt, repetitio per condictitiam actionem indebiti, hoc eſt, eius quod per errorem ſolutum eſt, cum indebitum eſſet. Hinc dicitur re contrahi hæc obligatio ſub tit. quib. mod. re contrah. oblig. in Inſtit. Exempla eius obligationis ſunt, mutuum, depoſitum, commodatum, quod per errorem ſolutum eſt, cum non deberetur. Hæc igitur actio cum competat ad repetendum, ſolutum aliquid eſſe neceſſe eſt. Hæc propria quidem ſunt huius condictionis: producitur illa tamen & ad promiſſionem, quæ facta eſt per errorem, vt condicatur liberatio vel cautio, cuius exemplum eſt in l. is qui. hic. Vbi quæſtio proponitur eius, qui cum crederet ſe ſolum hæredem, ex ſemiſſe tantum eſſet, interpellatus à quodam creditore hæreditario, promiſit ſe illi ſoluturum centum, quæ ei debebantur à defuncto, cum ſolum quinquaginta promittere debuiſſet: an ſit locus huic condictioni? Mouet quæſtionem quod nihil ſolutum ſit, ſed cautum tantum & promiſſum. Hic tamen videtur declarare Vlp. quamuis proprie locus ſit huic actioni cum aliquid datum eſt, tamen propter vtilitatem & ſimilitudinem rationis produci eam ad hunc caſum, cum aliquid ſine cauſa per errorem promiſſum cautumve eſt. Huic affinis eſt quæſtio de eo, qui in ſolo alieno ædificauit bona fide, cum crederet fundum ſuum eſſe, an poſſit repetere impenſas: quæ tractatur in leg. ſi in area. 33. hic. vbi dicitur repetitioni locum non eſſe. nihil enim datum eſt, ac ne vllum negocium quidem contractum. Nam vt locus ſit huic condictioni, oportet aliquod negocium contractum eſſe cum eo, aduerſus quem agitur: quod obſeruatur in eo, qui ſoluit pecuniam indebitam alicui: licet enim contractus id non ſit, negocium tamen aliquod gerit, videlicet, vt ſi id non debeatur, ius ſit repetendi. *Cum autem ædificium in area ſua poſitum ab alio, &c.* Nam ſi ædifico in ſolo tuo, tuque ædificium illud occupas, quod tibi quæſitum eſt, non ideo mecum aliquod negocium contrahis, imo etiam ſi tradidero poſſeſſionem, nullum negocium inter nos contrahitur. id enim in te transfero, quod tuum eſt. Sequitur: *Et ideo conſtat, ſi quis cum exiſtimaret, &c.* Obiter hic notandum eſt, etiamſi quis bona fide ſumptus fecerit in re aliena, non poſſe tamen eius ſumptus ſeruare niſi per retentionem. Hinc etiam quæri poſſet, cum dicimus aliquid ſolutum eſſe oportere, an ſufficiat rem alienam ſolutam eſſe, an vero ita demum locus ſit huic condictioni, ſi quis ſoluerit ſuam rem. Hæc quæſtio tractatur in leg. indebiti. 15. §. ſed & ſi nummi. vbi dicitur, non tantum condictioni locum eſſe, ſi quis ſuos nummos dederit, ſed & ſi quis alienos. Et quomodo id accipiendum ſit, docet Iuriſcon. videtur enim à ratione iuris abhorrere, vt is qui dat nummos alienos condicere poſſit. Condictione quidem petimus nobis dari (vt dixi ſub tit. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecu.) quod noſtrum eſt: qui igitur condici poſſunt nummi alieni? Sed vt poſſeſſio reddatur peti poteſt, ait Paulus. Hęc enim condictio, ait idem, ob poſſeſſionem, quæ in alium tranſlata eſt, datur, etſi dominium vel proprietas tranſlata non ſit: & hic locus valde notandus eſt, cuius hoc erit exemplum: Exiſtimabam me tibi alicuius rei vſumfructum debere cum eius dominus eſſem: tradidi tibi vſumfructum, licet proprietatis ſim dominus, poſſum tamen condicere vſusfructus poſſeſſionem. nihil enim hæc duo inter ſe commune habent. l. naturaliter. §. nihil cõmune. ff. de acq. poſ. At id non videtur pati iuris ratio. Nemo. n. rem ſuam condicere poſſe dicitur, niſi à fure. l. fi. ſup. vſufru. quemad. caueat. quorum odio receptum eſt, vt quæcunque actio aduerſus eos competere poſſit, ſubtilitate iuris neglecta. §. ſic itaque diſcretis. de act. in Inſt. Cur igitur hic aduerſus non furẽ rẽ meam condico? Reſpond. aliud eſſe hic conſiderandum. etſi enim id repeto quod meum eſt, quia tamen id per errorem ſolui, & quodammodo eius id feci, cui tradidi, non mirum ſi repeto, & poſ-

Solutum eſſe aliquid oportere, quid hic accipiatur.

Ad l. ſi in area.

Re aliena ſoluta quid obſeruandum in hac condictione.

& poſſeſſionem quam in eum tranſtuli condico. Et certe quod dicitur, neminem rem ſuam condicere poſſe, ſic intelligendum eſt, neminem ita poſſe rem ſuam condicere, ſi pareret eum à quo petitur dare oportere: idq; exprimitur in dict. §. ſic itaque diſcretis. ex quo etiam huius loci interpretatio petenda eſt. Is enim qui ita agit: Si paret te mihi dare oportere, petit in ſe dominium transferri: cum autem dominus ſit, ineptum eſt hoc genus actionis. Nam fieri non poteſt, vt eius rei dominus quis fiat cuius iam dominus eſt. At nihil prohibet propter poſſeſſionem agi, etſi is qui agit dominus ſit: nihil enim commune habet proprietas cum poſſeſſione, dict. §. nihil commune. Ergo qui dominus eſt, condictione vti poteſt ob poſſeſſionem quam petit in ſe transferri. Sequitur alia ſpecies: *Sed & ſi poſſeſſionem tuam feciſſem, ita vt tibi per longi temporis præſcriptionem auocari non poſſit, &c.* Ego tibi rem alienam dedi, & in te eius poſſeſſionem tranſtuli: tuque eam rem vſucepiſti poſſidendo, puta quia res erat mobilis, triennio propter bonam fidem & titulum: quæritur, an condicere eam poſſim. Videtur condici non poſſe, nam qui rem vſucepit, iuſtam exceptionem habet, ſi res ab eo condicatur. Cur igitur hic dicit Paulus hanc rem vſucaptam condici poſſe? id mirum videri non debet. Cum enim ego rem tibi meam do per errorem, eius in te transfero dominium, nec hic error impedit eius translationem: & tamen dominus factus nō potes te exceptione tueri aduerſus eum, qui condicit: quia iuſta cauſa eſt eius rei condicendæ. Æquitas enim ſuadet, vt dominium quod tu acquiſiuiſti, rurſus in me transferas. Si ab initio igitur in te translatum dominium te iuuare non poteſt aduerſus condictionem, nihilo magis & id quod acquiſiuiſti poſtea præſcriptione te iuuabit: ideoque id potero condictione repetere. Simile eſt huic quod dicitur in l. ſi alienam. inf. de donat. cauſ. mort. Vbi quæritur, ſi dederim rem alienam cauſa mortis, vt meam, tuque eam vſuceperis longo tempore poſſidendo: poſtea ſi conualeam, an repetere poſſim? Iulianus ait rem petere poſſe. Si enim ab initio res mea fuiſſet, & dominium in te translatum donatione cauſa mortis: nihilominus potuiſſem eam repetere, eo caſu quo reuocari ſolet hęc donatio. Nam tacitam in ſe condictionem habet. Si conualuerit is, qui donauit: quia ſcilicet datur cogitatione mortis. Idem diximus de mutuo ſub tit. ſi cert. per. Si enim quis rem alienam mutuo dederit, quam vſucepit longa poſſeſſione is, qui eam accepit, locus eſt certi condictioni ex mutuo, & perinde eſt ac ſi ab initio rem propriam dantis accepiſſet. Nihil enim refert, is qui accepit rem alienam, cuiuſque dominium in ipſum translatum non eſt, poſtea ſibi dominium acquirat: an vero ab initio eius rei dominium in ſe translatum ſit. Sequitur, *Sed etſi vſuſfructus in re.* Quaſi dicat, Sicut locus eſt condictioni cum tantum transfertur poſſeſſio in aliquem, ita etiam cum ſola proprietas transfertur ſine poſſeſſione. Ergo ſiue quis transferat plenam proprietatem, ſiue proprietatem ſiue poſſeſſione, ſiue poſſeſſionem tantum ſine proprietate, locus eſt huic condictioni. Et cum hac quidem interpretatione accipiendum eſt quod diximus, ſolutum eſſe quid oportere, antequam hæc condictio competat. Sequitur alter locus, quo diximus per errorem aliquid ſolutum eſſe oportere.

C A P. III.

Per errorem ſolutum eſſe quomodo accipiendum.

IS enim, qui ſciens ſoluit indebitum, illud repetere non poteſt, leg. 1. hic. quia ſuccurritur erranti non ſcienti in hoc iudicio. Idem dicitur in leg. indebitum. C. eod. quo pertinet regula iuris, quæ traditur in l. cuius per errorem. de reg. iur. Is enim, qui conſulto ſoluit indebitum, donare id videtur. Sed & idem dicitur in leg. ſi non ſortem. 25. §. qui filiuſfamilias. hic. imo etiam ita id accipiendum eſt, & ſi quis hac mente ſoluerit vt repeteret, l. quod quis. 50. hic, niſi quis eam legem dixerit ſolutioni & dationi, vt ſi appareat non deberi, poſtea repetatur. leg. 2. hic. Sed quid dicemus de eo, qui ſciens promiſit, licet non ſoluat, an condicere promiſſionem poterit? minime, l. ſi is qui. 24. veluti ſi quis perpetua exceptione tutus, promiſerit aliquid, vt liberaretur. Verum quidem eſt eum, qui perpetua exceptione tutus eſt, non debere, ſi quis effectum inſpiciat: ſed tamen poteſt dici debitor eſſe. Ex his igitur ſatis perſpicuum eſt, ita demum condictioni indebiti locum eſſe, ſi quid per errorem ſolutum ſit: ſed de iſto errore videndum eſt: hinc enim variæ quæſtiones naſcuntur. Et primum quæritur de eo, qui errauit in re, qui cum vere debitor eſſet, rem vnam pro alia ſoluit: an condicere poſſit? hæc quæſtio tractatur in leg. ſi pœna. 19. §. penult. vbi ait Pomponius, repetere eum illam rem poſſe, cum pro eo quod debet, non videatur id ſoluiſſe. Sed quid ſi quis errauerit in facto proprio, an ob eum errorem hæc condictio locum habebit? Exēplū eius rei eſt in l. ſed etſi me putem. 22. vbi dicit idem Pomponius locū eſſe repetitioni. Alia quæſtio eſt de eo, qui dubitans ſoluit indebitum, an per errorem ſoluiſſe dicendus ſit, atque ita repetitionem eius quod dederit, habeat. De hac dubitatione magna olim fuit controuerſia inter veteres Iuriſconſultos, quam tamen decidit Iuſtinianus in l. vltim. C. eo. quę vna eſt ex nouis eius conſtitutionibus & deciſionibus. Et ſane multū intereſt, an quis ignorans omnino & etiam ſoluat indebitum, an vero dubitans. Qui enim dubitat an debeat, ſi ſoluat, per errorem ſoluere videtur non poſſe, cum hanc dubitationem ſuſtuliſſe videatur ſolutione: quæ ratio mouit veteres Iuriſconſultos, vt hoc caſu crederent hic repetitioni locum non eſſe. Dicebant enim præſumptionem quandam tranſactionis eſſe, cum tranſactio ſit de re dubia, l. 1. ſupra, de tranſact. & ſolutione rei dubiæ facta, quod controuerſum erat, deciſum protinus fuiſſe: ſed hæc ſententia non placuit Iuſtiniano, vtpote iniqua. Nam ſiue quis dubitet, ſiue erret certum eſt eum animum donandi non habere: ideoque nulla poſſe præſumi videtur tranſactio, cum præſertim nullo retento vel promiſſo hæc procederet, contra l. tranſactio. C. de tranſact. Alia quæſtio eſt de eo, qui iuris errore indebitum ſoluit: veluti ſi mulier intercedens pro alio, quæ tuta erat exceptione Senatuſconſulti Velleiani ſoluat, non errans in facto, ſed in iure, id eſt, credens ſe iure obligatam, nec ſe Senatuſconſulto iuuari: num id quod ſoluit, poſſit repetere? Iuriſconſulti quidem ſub hoc titulo de errore ſimpliciter, & de ignorantia ſeu imprudentia loquuntur, vt leg. prim. & l. cum is qui. 32. §. fideiuſſor. hic. cuius etiam ſit mentio dict. l. cuius, infra, de reg. iuris. Sed exiſtimo ob errorem facti tantum huic condictioni locum eſſe, non etiam ob errorem iuris. Nam diſtinguitur alibi error iuris ab errore facti, cum quæritur de hac condictione, leg. regula. §. ſi quis ius. de iuris & fact. ignorant. & hanc ſententiam alias defendi contra receptam vulgo opinionem. Nec enim ignoro quomodo diſtingui ſoleat ab aliis, videlicet vt aliud ſit cum indebitum eſt naturale, aliud cum ciuile: ſed hæc diſtinctio huc non pertinet, nec ad rem facit. Superior diſtinctio eſt in leg. error. C. ad leg. falcidiam. vbi eum, qui ſoluerit per errorem facti legata, veluti cum falſo putaret eam eſſe hęreditatem defuncti & patrimonium, vt ſufficeret ad legatorum exſolutionem, nec retinuerit quartam, quæ debetur ex lege Falcidia, poſſe repetere ait Gordianus: ſecus eſſe ſi ſciens ſoluerit. Deinde ſubiicit, *Quin etiam ſi ius ignorauerit, ceſſat repetitio.* Nam ſi forte ſciuerit aliquis bona defuncti non ſufficere ad ſoluenda legata, & ad quartam, nec tamen exiſtimauit iure ſibi eam deberi, crediditque ſe teneri ad legata integre ſoluenda ſine vlla deductione, hocque ius ignoret, ceſſat repetitio. Comparat enim eum, qui ius ignorat cum eo, qui ſciens & prudens ſoluit. Iuris igitur ignorantia neminem excuſat, facti vero non nocet. l. regula. infra, de iuris & facti ignorant. Difficultas tamen naſcitur ex duobus locis, qui extant ſub tit. de iuris & facti ignorant. Vnus eſt in leg. iuris ignorantia. in qua ait Papinian. iuris ignorantiam ſuum petentibus non nocere. Alter in leg. error. in qua idem Iuriſconſul. refert, Iuris errorem in damnis amittendæ rei ſuæ omnibus non nocere. Ex priori enim loco ita argumentum ducitur: Iuris ignorantia ſuum petentibus non nocet. Atis, qui repetit indebitum, quod ſuum eſt, petit. Ergo iuris ignorantia non debet ei nocere. Ex alio autem loco ſic: Iuris error non nocet contendentibus de damno amittendæ rei ſuæ: At is qui experitur condictione indebiti, contendit de damno rei ſuæ amittendæ. ergo iuris error ei nocere non debet. Quo factum eſt, vt vulgares doctores ad illam diſtinctionem recurrerint. Sed nihilominus exiſtimo ſequendam eſſe eam

Errorū nomē in hac condictione quomodo ſumēdum.

Indebitū qui iuris errore ſoluit, an poſſit repetere.

In l. cum quis. C. de iuris & fact. ignor.

diſtinctionem, quæ traditur ab Impp. in dict. leg. cum quis. C. de iur. & fact. ignorant. & omittendum quod ab interpretibus hoc loco tractatur. Ad vtrunque enim locum ſic reſpondeo. Fateor enim iuris ignorantiam non prodeſſe acquirere volentibus: ſuum vero petentibus non nocere, nec non contendentibus de damno amittendæ rei ſuæ. Sed eum qui condictione indebiti experitur, id quod ſuum eſt repetere, & contendere de damno amittendæ rei ſuæ: nego. Nam illa propoſitio falſa eſt: quia is, qui agit condictione indebiti, petit quidem quod ſibi debitum eſt, ſed non petit quod ſuum eſt. Inter hæc duo enim multum intereſt. nam quod mihi debitum eſt, proprie meum dici non poteſt. meum autem illud eſt quod vindicare poſſum, l. Quintus. §. argento. inf. de auro & argen. lega. ideoque ſi quis mihi legauerit omne argentum ſuum, argentum quod ei debetur hoc legato non continetur, quia argentum ei debitum ſuum non eſt. Et ita hoc verbum Suum, accipiendum eſt, niſi aliud actum eſſe appareat. Ad dict. leg. error. ſic reſpondeo, in qua dicitur, iuris errorem omnibus non nocere, vt illud, non omnibus nocere, ita intelligam, hoc eſt quibuſdam nocere, non autem nullis. Et eiuſmodi quidem locutionis exemplum aliud eſt in l. ſi ſeruus. §. ſi plurium, ſupra, ſi quis caut. vbi cum ait Vlpianus, omnes ſeruos ſtatos non eſſe, hoc intelligit, quoſdam ſtatos non eſſe. Deinde cum dicit Papin. in dict. leg. error. Suum vero: illud ſuum accipimus pro eo quod proprium eſt. Et omnibus quidem non nocere iuris errorem, hoc exemplum eſt l. 1. infra, vt in poſſeſſ. lega. Hæres enim quamuis non cogatur ſoluere legata ſtatim poſt mortem defuncti, vt quia forte relicta ſunt in diem, vel ſub conditione: interim tamen cogitur cauere ſe ſoluturum auctore prætore, cum aduenerit dies vel conditio. quod ita intelligendum eſt, niſi teſtator eum cui legauerit, vetuerit ſatis accipere: quia ſequenda eſt in ea re teſtatoris voluntas. Quid igitur ſi hæres per errorem ſatiſdederit, cum ſatiſdare non deberet, propter voluntatem teſtatoris, an is repetere ſatiſdationem poſſit? Vlpianus ait eum repetere poſſe, ſi factum ignorauerit, hoc eſt, ſi ignorauerit hoc vetitum fuiſſe à teſtatore. Quid vero ſi ius ignorauerit, veluti an teſtator poſſet hoc prohibere, & ſoluerit tamen, cum ſciret teſtatorem hoc prohibuiſſe, an poterit hoc caſu repetere? Idem Vlpian. ait benigne dici poſſe repetitioni locum eſſe. Quamuis enim error iuris neminem iuuare poſſit, hac in re tamen id ſtatuere benignius eſt. Quod autem ſequitur in dict. leg. error, *de damno rei ſuæ*, de ea re id accipiendum eſt, cuius dominium nullum in alium translatum eſt: quod in eo quod indebitum ſolutum eſt, locum non habet, cum dominus is cui ſolutum eſt, factus ſit. Nunc de tertio capite videndum eſt.

Suũ cuiuſquã id tantum dici, quod vindicare poteſt.

Cap. IIII.

Indebitum aliquid ſolutum eſſe oportere, quomodo accipiendum.

IN primis videndum eſt, quid debitum aut indebitum dicatur in hac diſputatione. Si quis autem hunc locum plene tractare vellet, hic diſſerendum eſſet de obligationibus: quod tamen non eſt neceſſarium. Quid enim debeatur, aut non debeatur ex quauis obligatione, ex aliis locis iuris ciuilis cognoſci poteſt. Sunt & alii loci de contractu & quaſi contractu, maleficio, & quaſi ex aliis cauſis, ex quibus obligationes naſcuntur, & aliquid debetur. Sed quia ſpecies quædam hic tractantur, de quibus probabiliter dubitari potuit, nos breuiter eas tractabimus. Sed in primis notanda eſt regula, quæ traditur in leg. ex his omnibus. 54. hic. in qua dicit Papin. *Ex his omnibus cauſis condictioni indebiti locum eſſe, quæ iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum.* qua fere tota huius materiæ ſumma continetur: ideoque & hoc titulo, quæ tractantur, varia huius regulæ exempla ſunt: vt ſatis appareat verum eſſe, quod Cicero de Iuriſconſultis dixit: Quod poſitum erat in vna conditione, infinitum eos diſperſiſſe. Quæ tamen ſi explicauerimus, inutilia non erunt: quia ex his colliguntur etiam loci communes, qui ad alias diſputationes pertinent. Vnum igitur huius regulæ exemplum eſt in l. 2. §. 1. hic. Quidam ſoluit legata, tanquam hæres ex teſtamento. Cauſa enim ſoluendi eſt hæreditas delata ex teſtamento. At poſt ſolutionem legatorum cum teſtamentum falſi accuſatum eſſet, vel apparuiſſet ruptum eſſe, recte videtur Vlpian. cauſam propter quam ſolutum eſt, nullum effectum habere. Quibus autem ex cauſis vel irritum fiat vel rumpatur teſtamentum, tractandi non eſt hic locus. plene enim id expeditur ſub titul. de iniuſto, rupt. vel irrit. teſtam. & tit. Inſtit. quibus modis teſtam. infr. Aliud huiuſmodi exemplum reperitur l. 3. hic. de ea hæreditate, quam legatis ſolutis, poſthumus natus abſtulerat, quem hæres in vtero fuiſſe ignorabat: vel etiam ab hoſtibus reuerſus filius, quem pater falſo crediderat obiiſſe, vbi ait Papin. vtiles actiones his dandas in eos, qui legata perceperant, eadem ratione qua priori ſpecie, cum rumpatur & hic teſtamentum. Eſt & aliud exemplum l. is qui. 34. Teſtator commiſit fidei hæredis ſui, vt reſtitueret hæreditatem Titio, & præterea legauit fundum eidem Titio. Adiecta eſt cõditio, Si hæredi decem dediſſet. hæres ſponte ſua noluit hæreditatem adire, quia ſuſpectam hæreditatem dicebat: coactus tamen adiit. Quoties enim hæreditatem ſuſpectam eſſe dicit hæres, nec eam adire vult, vt reſtituat eam fideicommiſſario, cogitur adire per prætorem. Sed ita vt omne incommodum atque commodum ex hæreditate proueniens, tranſeat ad fideicommiſſarium, l. quia poterat. ff. ad Senatuſconſul. Trebel. nullum ergo commodum hæres percipere poteſt ex hæreditate, quam ſuſpectam eſſe dicit, & coactus adiit, vt eam reſtitueret fideicommiſſario. Verum quæritur, an quod teſtator hæredi dari voluit conditionis implendæ gratia, ei dari debeat, an non: & ſi id fuerit ſolutum, an condici poſſit? hic ait Iulianus eam pecuniam hæredi non deberi. Licet enim teſtator illam conditionem adſcripſerit legato vel fideicommiſſo, videlicet ſi fideicommiſſarius decem dederit hæredi: tamen cauſa dandi amplius non eſt, cum hæres hæreditatem ſponte ſua adire noluerit, ſed eam ſibi ſuſpectam eſſe dicens, eam adierit periculo fideicommiſſarii. Sed hic reperitur antinomia difficilis ex leg. qui hæredi. §. cum hæreditas. infra, de condit. & demonſtrat. Vbi cum quis hæreditatem ſuſpectam adiit, quod conditionis implendæ cauſa ei relictum eſt, benignius eſſe Paulus ait, non auferri. Hinc enim colligi poteſt, quod relictum eſt hæredi implendæ conditionis gratia, deberi ei, quamuis coactus adierit hæreditatem periculo fideicommiſſarii. Quod prorſus pugnat cum iis, quæ ex dict. leg. is qui. à nobis dicta ſunt. Huius antinomiæ variæ ſolutiones ſunt in gloſſis Accurſii: ſed mihi videtur ſic vtraque lex intelligenda, quaſi generi per ſpeciem derogetur: vt quod dicitur in dict. §. cum hæreditas. non eſſe auferendum hæredi, quod & conditionis implendæ cauſa datur, intelligatur cum hac exceptione, niſi ea conditio implenda ſit à fideicommiſſario, cuius periculo adita eſt hæreditas: veluti in hac ſpecie quam nunc tractamus. Quamuis igitur quiuis alius, à quo impleri debet conditio ſecundum voluntatem teſtatoris, debeat ſoluere hæredi, qui ſuſpectam ſibi hæreditatem coactus adiit periculo fideicommiſſarii, nec ab eo repetere: tamen ſi ſit adſcripta conditio ipſi fideicommiſſario, cuius periculo adita eſt hæreditas, tunc non cogitur ei dari: quinimo ſi dederit per errorem, per hanc condictionem condici id ei poterit quaſi indebitum. Aliud emplum eſt in leg. eleganter. in princip. hic. Quod enim hic dicitur conſentaneum eſt illi regulæ Papiniani à nobis ſupra tractatæ. Nam hoc loco docet Vlpianus, cum cauſa propter quam datur, falſa eſt, locum eſſe condictioni, quaſi indebitum id ſolutum ſit: idque vel cum cauſa ſecuta non eſt, vel cum re ſoluta. Hæc enim in hoc capite proponitur quæſtio. Cum exiſtimarem, ſed falſo errore ductus, tranſactum fuiſſe ob controuerſiam aliquam inter quendam & eum, cui hæres extiti: indeque quaſi ex ea tranſactione deberetur, ſoluiſſem: an ſolutum repeti poſſit? Ait Vlpianus repeti poſſe, cum ſolutum ſit ex falſa cauſa, atque ita indebitum. Idemque dicendum ait, etſi tranſactio non fuerit ſecuta propter quam datum eſt, ex quo apparet hanc condictionem concurrere cum condictione cauſa dati cauſa non ſecuta. Sed mirum eſt, quod dicitur in priori exemplo, condictonem locum habere, quoniam ob cauſam præteritam datum eſt: cum eius quod ob cauſam præteritam datum eſt (vt ſub tit. de cond. cauſ. dat. diximus) & ſi falſa ſit, nulla repetitio competat, l. damus. hic. Sed reſpondendum eſt, quod dicitur datum ob cauſam præteritam etſi

Ad l. 2. hic.

Ad l. is qui. 34.

Conciliatio. l. is qui. hic. cum §. cum hæredi tas. l. qui hæredi. inf. de cond. & demon.

Ad l. eleganter.

tam etſi falſa ſit, repeti non poſſe, ita intelligendum eſſe, niſi appareat eum, qui dedit, alias daturum non fuiſſe. quod in hac ſpecie locum habet. is enim, qui proponitur ſoluiſſe, ſi ſciſſet tranſactum non fuiſſe, eam pecuniam daturus non erat. idemque in aliis exemplis ſtatuendum eſt. nam & expreſſum eſt de legato in leg. cum tale. §. falſam. infra de condit. & demonſtrat. Sed etſi receſſum ſit à tranſactione, idem dicendum eſt. nam id tanquam indebitum repeti poterit, cum hæc cauſa effectum non habuerit propter quam datum eſt. Aliud exemplum eſt, dict. leg. eleganter. §. ſi poſt rem. ſi tranſactio propter quam datum eſt, non valeat, veluti ſi poſt rem iudicatam facta ſit, nam tranſactionem poſt rem iudicatam non valere indubitati iuris eſt, l. poſt rem. ſupra de tranſact. cum tranſactio de re dubia ſit, l. 1. ſupr. de tranſact. poſt rem autem iudicatã deſinat res dubia eſſe: is enim qui tranſigit, non id faciat animo de certa re paciſcendi, aut donandi quod certum eſt, ſed litis finiendæ quam ſubeſſe putat. Vnde etiam dicitur non valere tranſactionem cum nulla lis fuerit, l. ſuus hæres. C. de repudianda vel abſtinen. hære. Si vero poſt ſententiam, à qua appellatum eſt, tranſigatur, non dubium tranſactionem valere, & quod hoc caſu datum eſt, condici non poſſe. Tunc enim tranſigi non poſſe de re iudicata dicimus, cum nullo modo ſententia attentari poteſt: quod etiam hic tractat Vlpianus, addens & aliud exemplum. *Item ſi ob tranſactionem.* Videlicet de tranſactione alimentorum teſtamento relictorum, de quibus non poteſt tranſigi ſine prætoris decreto, & cauſa cognita, l. cum hi. ſupra, de tranſact. vt & hoc caſu repetitio locum habeat. Locus autem hic communis eſt de tranſactione, ex quo nos etiam aliquando annotauimus, tranſactionem exceptionem eſſe litis finitæ, & impedire litis conteſtationem, quod Galli *fin de non recevoir.* appellant.

Tranſactionis locus communis.

Ad l. ſi vrbana.

Aliud exemplum eſt in leg. ſi vrbana. 55. Hoc caput diligenter obſeruandum eſt. vbi ſi quid ſolutum ſit prædoni & malæ fidei poſſeſſori, diſputatur an repeti poſſit. Si quis igitur nullo iure, ſed auctoritate propria prædium alienum occupauerit, idque locauerit, ſi merces ſoluta fuerit, an poſſit repeti hac lege quæritur, quaſi ei indebita: & ſi forte acciderit dominum expellere eum poſſe auctoritate publica, petatque mercedem à colono, qui excipiat ſe ſoluiſſe prædoni, an liberatus ſit. Dici enim poterat, quia prædo nullum ius habebat in prædio, colonum non liberari, & ſaluam tantum repetitionem ei aduerſus prædonem relinqui. Sed hoc à Papin. ſic diſtinguitur, vt ſi prædium quidem colonus conduxerit à prædone, eique ſoluerit ex contractu ſuo quod cũ eo inierat, liberetur: ſi vero ex alio, nõ liberetur. Ponamus igitur prędonẽ ſtatim atq; prædiũ occupauit, illud locaſſe quibuſdã colonis, colonos deinde ei ſoluiſſe mercedẽ debitã ex locatione: Ait enim Pap. colonos hac ſolutione liberari, nec vllam eis repetitionem competere aduerſus prædonem, imo nec eos vlla actione poſſe conueniri à domino prædii. Sed ſi dominus, vel ſeruus eiuſdem locauerit colonis prædium, poſtque locationem prædo aliquis illud vi quadam occupet, cui etiam coloni mercedem ſoluant: colonos hoc caſu non liberari, atque ideo repeti poſſe quod ſolutum eſt: illi enim indebitum ſoluiſſe dicuntur.

Prædoni ſolutum quando repetatur, & quando non.

Quæſtio etiam tractari ſolet de abbate, videlicet ſi inuolauerit in abbatiam aliquam, & poſſeſſiones locauerit, deinde ei alius ſucceſſerit, qui euicerit, an coloni, qui ei ſoluerunt, liberati ſint? Et conuenit inter omnes doct. diſtinctionem quæ hic traditur à Papin. ſequendam eſſe. Sed hæc tamen omnia ita intelligenda ſunt, vt ſi quidem coloni bona fide ſoluerint, liberentur: ſi vero mala fide, non liberentur, etiam ſi ex contractu, qui cum ipſo prædone initus eſt, ſoluerint, idque ex l. filiæ. infra, de ſolut.

Ad l. ſeruum.

Aliud exemplum eſt in leg. ſeruum. 37. de eo, qui inſcius ſeruum ſuum emit. Ego igitur tibi pecuniam dedi pro pretio ſerui, quem deinde reſciui ſeruum meum eſſe. quæritur, an repetere poſſim pretium? Iulianus dicit me repetere poſſe, cum hæc venditio effectum non habuerit. Nam emptio rei ſuæ non conſiſtit, l. ſuæ rei. inf. de contrah. empt. Aliud exemplum eſt in l. ſi non ſortem, §. ſi decem. 26. vbi quæſtio eſt de obligatione alternatiua. Quidam mihi promiſit decem aut Stichum. Certum quidem eſt debitoris eſſe electionem vtrum velit dare, Stichum an decem. l. vbi autem. §. qui illud. infr. de verb. obl. & l. plerunque §. vlt. de iure dot. Sed pone debitorem mihi ſoluiſſe partem pecuniæ, videlicet quinque, quam totam ſoluendo liberari potuiſſet: an liberatus erit ſaltem pro parte? Nam certum eum omnino non liberari. Hic ait Vlpianus eum liberatum non eſſe, ne pro parte quidem: idque à nobis demonſtratum eſt in interpretatione l. 2. infr. de verb. ob. & l. in executione. §. pro parte. eo. Liberatio enim pendet ex futuro euentu. Nam ſi reliqua quinque ſoluerit, prior ſolutio prodeſt ei ad liberationem. At ſi malit ſoluere Stichum, tunc non dicetur liberatus eſſe ea ſolutione pecuniæ, ſed eam partem pecuniæ tanquam indebitam repetere poteſt: quoniam alias fieret iniuria creditori, qui non conſequeretur vnam ex duabus rebus per debitorem promiſſis, ſed partẽ vnius & partẽ alterius, quod eſſet iniurioſum. Hæc autẽ contingeret, ſi diceremus eũ, qui ſoluit partem vnius rei, earum, quæ ſub alternatione promiſſæ ſunt, liberari pro parte. Cauſa propter quam datum eſt, quæ eſt liberatio, non hic ſequitur.

Ad §. ſi decem. l. ſi non ſortem.

Alius locus de hac alternatione eſt in l. cum is. in princ. & in fi. ſed quia locus ille non eſt difficilis, hic non explicabimus. Aliud exemplum eſt in l. qui ob rem. 35. Quidam promiſit iudicatum ſolui: hac autem ſtipulatione continetur defenſio rei, l. iudicatum. inf. iud. ſolui, nec tamen defendit reum in iudicio: tenetur ad pœnam, vel ad id quod intereſt, ſi certa pœna promiſſa non ſit, ſoluit eam pecuniam: deinde vult ſuam moram purgare, quæritur an poſſit? Quæſtio ex eo pendet, an ſit debitum, an vero indebitum quod ſolutum eſt? hic Iulianus ait repetitionem locum non habere. Nam reuera debitum fuit id quod ſolutum eſt. Re ſane integra ex ęquo & bono admittitur morę purgatio, l. ſi ſeruum. § ſequitur. infra, de verb. oblig. Sed quemadmodum hoc accipiendum ſit, diximus in l. ſi inſulam. de verb. oblig. vbi & hunc locum adduximus.

Ad l. qui ob rem.

Alius locus eſt in l. ſi non ſortem. in princ. qui difficilis eſt. Quidam debebat ſortem. ex cauſa mutui: forte vſuræ non debebantur, quia non fuerant promiſſæ per ſtipulationem. Nam in mutuo non debentur vſuræ, niſi per ſtipulationem promiſſæ fuerint, l. 2. C. de vſur. Is autem ſoluit vſuras indebitas, non tamen ſortem: quæritur, an repetere poſſit? videtur nihil cauſæ eſſe cur non repetat, quia hic ponimus vſuras fuiſſe indebitas. Indebitum enim quod per errorem ſolutum eſt, repeti poteſt. Cur igitur hic dicitur repeti non poſſe *Si ſorti debitas ſoluit.* Sed his verbis iudicio meo ſignificat Vlp. quamuis vſuræ non fuerint debitæ ex eo contractu, tamen repetitioni locum non eſſe, quia ſcilicet in ſortem imputabuntur: hic enim proponitur ſortem ſolutam non fuiſſe. Idem dixi in l. eleganter. cum ex tranſactione poſt rem iudicatam facta pecunia ſoluta eſt, quæ cum indebita ſit, tamen imputari poteſt in id quod debetur ex cauſa rei iudicatę. Quis autem ſit legitimus modus vſurarum traditur in leg. eos. C. de vſuris. Cum igitur ſcribit Vlpian. *Debitas*, id eſt, quæ non excedunt legitimum modum ſortis. nam cũ quæritur de quantitate & modo vſurarum, habenda eſt ratio ſortis. Quinimo dicit vſuras, quæ excedunt legitimum modum, imputari poſſe in ſortem: ſic enim intelligo hunc locum, quamuis alii aliter intelligant. Quædam alia ſubiicit de vſuris, veluti de vſura vſurarum, & de ea, quæ promittitur vltra duplum. Sed quia hunc locum tractaturi ſumus ſub tit. de vſuris, quæ hic dicenda erant, ad eum locum remittam. Præterea notandum eſt indebitum dici aliquando, etſi corpus ipſum quod ſolutum eſt, re vera debitum fuerit, ſi aliquod ius omiſſum ſit in traditione eius corporis quod ſolutum eſt: id probatur duobus exemplis. Vnum eſt in leg. ſed etſi me putem. 22. §. 1. hic. Ego tibi fundum liberum tradidi, cum iter excipere deberem: hoc enim actum fuerat inter nos, vt fundus quem tibi dabam, mihi ſeruiret: in fundi traditione non excepi eam ſeruitutem: quæritur, an condicere iter poſſim? Et certe videtur huic condictioni locum non eſſe. nam fundus ſolutus debitus fuit. Cur ergo dicitur repetitioni locum eſſe? quia quamuis debitus fuerit fundus, qui ſolutus eſt: tamen omiſſa exceptio ſeruitutis in traditione fundi efficit, vt eam condicere poſſim. Aliud exemplum eſt in l. ſi quis. 39. Si hæres legatario legata ſoluerit, non exacta ab eo cautione, variis quidem ex cauſis à

Ad l. ſi non ſortẽ in princ.

Ad §. 1. l. ſed etſi me putẽ.

Ad l. ſi quis. 39.

legatario cautio exigi ſolet. Sed exempli gratia vnam propoñam, vnde licet ſi ſub conditione legatum ſit, quę conſiſtat in non faciendo, vt ſi in Capitolium non aſcenderit, exigitur ab eo cautio, quæ dicitur Mutiana, l. Mutianæ cautionis. 7. infra, de condit. & demonſtrat. Si igitur hæres ſoluerit legatum hac cautione omiſſa, locus erit huic condictioni. Sed nonne debitum hæres ſoluit? ita quidem, ſed cum ſoluerit ſine cautione, quam ab eo exigere debuit, quod ſoluit dicitur indebitum.

Ad l. ſi ſub conditione. Quæritur, ſi quid ſub conditione promiſſum ſit, & ſoluatur ante euentum conditionis, an ſit locus huic condictioni? hæc quæſtio tractatur in leg. ſub conditione. 16. vbi ait Pomponius. Si ſub conditione promiſſum ſit, & ea pendente ſolutum ſit, repetitioni locum eſſe. ex conditionali enim ſtipulatione ſpes tantum eſt naſcituram obligationem, §. ex conditionali. de verborum obligat. in Inſtitut. Huius rei exempla traduntur in dict. leg. ſub conditione. & aliis ſeq. hic. nec non etiam in l. qui promiſit. 48. *Sub conditione debitum, ſolutum ante tempus, an repeti poſſit.* Sed hic excipe omnes conditiones, quæ omnino extituræ ſunt: quia ſi ſolutum ſit ante impletam conditionem repeti non poteſt. Quid igitur ſi defecerit conditio? nihil omnino debetur, atque ideo repetitioni locus eſt. Exemplum eius rei mihi videtur eſſe in l. ſeruo manumiſſo. 58. quæ difficilis eſt. Teſtator reliquit teſtamento libertatem cuidam ſeruo, quem credebat ſeruum eſſe, ſed & fideicommiſſum, ſi ad libertatem ex teſtamento peruenerit: pecunia ei ſoluta eſt ſine iudice: deinde pronunciatus eſt ingenuus: quæritur, an ea pecunia repeti poſſit. Et dicit Papinianus repeti poſſe, quia ſcilicet conditio non extitit, nec exiſtere quidem potuit. Quomodo enim ad libertatem peruenire poteſt, qui ſeruus non eſt? Sed hic incidit difficultas ex l. 3. infra, de condit. & demonſtrat. vbi dicitur, conditionem impoſſibilem, quæ legato adiecta eſt, pro non ſcripta haberi. Hæc autem conditio eſt impoſſibilis, quia fieri non poteſt, vt is, qui ingenuus eſt, ad libertatem perueniat: ergo habenda eſt pro non ſcripta, & legatum debetur perinde ac ſi nulla conditio adſcripta fuiſſet. Vulgo dicitur, vt huic antinomiæ occurratur, conditionem impoſſibilem hic appoſitam, non ideo haberi pro non ſcripta, quia teſtator putauit poſſibilem eſſe, id eſt, hunc cui legabat ſeruum eſſe. Sed exiſtimo conditionem, cuius hic fit mentio non eſſe impoſſibilem: nec enim impoſſibile eſt ex teſtamento ad libertatem peruenire. In re igitur nulla eſt difficultas, ſed in perſona tantum. nam etſi quis pauper promiſerit ſe mille daturum etſi forte facultatem non habeat pecuniæ dandæ, non ideo dicitur ſtipulatio eſſe impoſſibilis. Conditionis enim poſſibilitas vel impoſſibilitas, in re ipſa ſpectatur: ideoque dicendum eſt hanc conditionem impoſſibilem non eſſe, nec impoſſibilitatem continere. Sicque dicendum eſt in propoſita ſpecie. nam quamuis perſona hic adſcripta ſit eiuſmodi, quæ non poſſit conſequi libertatem, tamen ſi ſpectemus hanc conditionem, poterit. natura enim non impedit, quin ei pareatur. Itaq; ea conditione deficiente legatum non debetur: ea autem exiſtente debetur.

Cap. V.

Indebitum an dici poſſit propter exceptionem competentem.

Exceptio nis indebitum quod elidi poteſt, an ſolutū condici poſſit. SEd nunc videndum, ſi quid ipſo iure debitum ſit, quod ob exceptionem peti non poſſit, per errorem tamen ſit ſolutum, an condictio indebiti locum habeat. Fit enim aliquando, vt aliquid iure ciuili quidem debeatur, propter exceptionem tamen prætoriam peti non poſſit. Exempli gratia, ſi quis pactus ſit, ne pecuniam à debitore ſuo petat, hoc pacto non tollitur obligatio, ſed manet debitor obligatus, vt prius erat ante pactum. §. præterea. Inſtitut. de except. Pacto enim conuento obligationes non diſſoluuntur. Certis quidem modis obligatio, quæ iure contracta eſt, tollitur & diſſoluitur, de quibus in Inſtitut. titul. quibus mod toll. obligat. veluti ſolutione, acceptilatione, ceteriſque modis ſimilibus. Pacto autem conuento non tollitur. Pactum enim conuentum idoneum non eſt ad producendam obligationem, nec ad eam quæ producta eſt, tollendam. Pacta legitima non ſunt, id eſt, iure ciuili & legibus non confirmantur, quibuſdam exceptis, de quibus in l. legitima. ſupra de pactis. tamen quia æquum eſt, quod inter aliquos conuenit, ſeruari, hæc æquitas facit, vt defenſio competat reo, cum quo pactum factum eſt, ne pecunia petatur, eique ideo detur exceptio, §. 1. de except. in Inſtitu. Licet enim iudicium ita non conſtituatur, nec addatur exceptio in iudicio, tamen adhuc nomen remanſit. Olim ſolebat excipi, & addebatur conditio in iudicio, quod alias purum & ſimplex erat. Multum autem intereſt, an prætor, qui iuriſdictioni præeſt, iudicium purum & ſimplex conſtituerit, an vero ei exceptionem addiderit. Nam ſi purum iudicium conſtituerit, ſequitur condemnatio, nec vlla defenſione vel propter pactum, vel propter aliam rem poterit reus iuuari. Sed ſi prætor addit in iudicio conditionem ex bono & æquo, niſi conuenerit inter creditorem & debitorem, vt non petatur pecunia cum exceptione, iudex datus pacti rationem habebit, & recte ſi proceſſerit, abſoluet reum propter illam exceptionem, quæ addita eſt æquitate ſuadente. Etenim prætor, qui interpres quidam iuris ciuilis eſt, ſeueritatem actionis, quam denegare non debebat, quia videbat eam ſecundum ius ciuile competere, hac exceptione mitigabat. Exceptio autem eſt conditio, quæ modo eximit reum condemnatione, modo minuit condemnationem. fit igitur interdum, vt quamuis aliquid iure ciuili debeatur, propter exceptionem tamen à prætore æquitatis cauſa datam peti nō poſſit. *Exceptio quid.* Vnde etiam quæritur, an id quod ſolutum eſt tanquam indebitum, propter eam exceptionem repeti poſſit. Sed hoc, vt intelligi poſſit, diſtinguendæ ſunt exceptiones, & alia temporalis & dilatoria conſtituenda, alia perpetua & peremptoria: quæ diſtinctio traditur in §. appellantur. Inſtitut. de exceptionibus. *Exceptionum diuiſio.* Et dilatoria quidem ſeu temporalis eſt, qua vtitur is, qui in diem promiſit: qui ſi conueniatur ante diem, exceptione vtitur, ne cogatur ante diem ſoluere. hæc autem exceptio non perimit negotium, nec perpetuo obſtat agenti, ſed tantum ad tempus. Alia eſt perpetua & peremptoria, quæ perpetuo obſtat, veluti exceptio pacti, ſi conuenerit, ne petatur pecunia debita. Sed videamus primum de temporali exceptione. *De exceptione temporali.*

Qui habet exceptionem temporalem, ſoluens non repetit, l. in diem. 10. hic. ſoluit enim debitum: nam id quod promittitur in diem, ante diem debetur, licet propter exceptionem, quæ tantum dilatoria eſt, peti non poſſit, l. cedere diem. infra de verborum ſignific. Cum quid promittitur ſub conditione, nec ceſſit nec venit dies: id eſt, nihil debetur nec peti poteſt: nulla enim nata eſt obligatio ante conditionis euentum: cum vero in diem, ceſſit quidem dies, ſed non venit, ſcilicet vt peti poſſit. Idem dicitur in leg. nam ſi cum moriar. 17. Sed quæritur, an interuſurium medii temporis repeti poſſit. Hæc quæſtio certi iuris non eſt: mihi tamen probabilis videtur hæc ſententia, vt interuſurium medii temporis repeti poſſit, ſi intereſt debitoris qui ſoluit. nam is, qui ſoluit ante diem propter hoc interuſurium dicitur plus ſoluiſſe, §. plus autem. Inſt. de act. Sicut enim is dicitur plus petere, qui ante diem petit, ſic is plus ſoluere, qui ante diem ſoluit. nam dies pars obligationis eſt, l. 1. ſup. de eden. Ergo cum dicitur dict. leg. in diem. ante ſolutum repeti non poſſe, ita accipiendum eſt, vt de ſumma, non de interuſurio medii temporis intelligatur: id eſt, emolumento quod percipi poteſt ex vſu pecuniæ ſolutæ. Nam ſi ante diem non ſoluiſſet debitor, potuiſſet negotiari, & ex ea pecunia emolumenti aliquid percipere: & tum præcipue ſi forte non poterat ante multos annos ab eo exigi pecunia debita. Et certe tot annorum interuſurio fraudari debitorem, valde iniquum eſſet, & eo locupletari aduerſarium cum illius incommodo: maxime vero cum inſpicere ſoleamus in hac condictione quidnam æquum & iuſtum ſit, leg. nam hoc natura. hic. & hæc condictio ex bono & æquo veniat. Hæc de exceptione temporali & dilatoria ſufficiant: nunc de exceptione perpetua & peremptoria videndum. *De exceptione perpetua.* Qui exceptione perpetua & peremptoria tutus eſt, ſolutum repetere poteſt quaſi indebitum, l. ſi non ſortem. §. indebitum. hic. & leg. nihil intereſt. infra, de regulis iuris, vbi ait Paulus, nihil intereſſe ipſo iure quis actionem non habeat, an vero eam actionem, quæ per exceptionem elidatur. *Ad §. indebitum l. ſi non ſortem.* Idem dicitur in eadem lege, §. adeo. vbi etiam adfert exemplum huius perpetuæ exceptionis. *Ad §. ad eo. eiuſd. leg.* Quidam emit fundum à Titio: itaque cum habebat obliga-

obligatum ad tradendum. Teſtamentum tamen fecit emptor, quo hæredem ſuum damnauit, vt venditorem nexu venditi liberaret. Venditor huius rei ignarus, tradidit fundum hæredi emptoris: quæritur an repetere poſſit. Dicit Vlpian. eum poſſe repetere, quia ſcilicet exceptione perpetua ſe tueri poterat aduerſus hæredem emptoris petentem: cum teſtator iuſſiſſet eum liberari ea obligatione. Aliud exemplum huiuſmodi eſt in leg. ſi quis iuraſſet. 43. Is qui debebat pecuniam ex cauſa mutui, aduerſario deferente iuſiurandum, iurauit ſe dare non oportere: non ob id quidem debitor eſſe deſinit, quoniam iureiurando non omnino tollitur obligatio: ſed tamen exceptionem perpetuam habet. & ſi petatur ab eo pecunia, quaſi debita, poterit agentem exceptione iuriſiurandi ſubmouere. Hic igitur ſoluens dicitur indebitum ſoluere, atque ideo repetet per hanc condictitiam actionem, nihil enim refert an quid iure ciuili non debeatur, an vero debeatur, ſed peti non poſſit propter exceptionem quæ ex bono & æquo datur. Hinc exiſtit quæſtio. Si dubium ſit, exceptio ſit temporalis an perpetua, num condictio indebiti competat. hæc tractatur in leg. ſufficit. 56. in qua exemplum huiuſmodi eſt: Quidam mihi debebat pecuniam ex mutuo: pactus ſum cum eo ne eam pecuniam petam, donec Titius Conſul factus fuerit, ex hoc pacto acquiritur ei exceptio aduerſus me, ſi petam. Sed dubium eſt an hæc exceptio ſit perpetua an temporalis. Poteſt enim perpetua eſſe, ſi ponamus Titium deceſſiſſe. nam cum conuenerit ne ab eo petam donec Titius conſul fuerit: mortuus autem ſit Titius ante quam id acciderit, perpetuo obſtat hæc exceptio. Nunquam enim poteſt conueniri, quia Titius nunquam poteſt eſſe conſul. Titio vero ad conſulatum perueniente temporalis eſt.

Ad l. ſi quis iuraſſet.

Exceptio ſit temporalis, an perpetua ſi dubitetur, quid ſtatuendũ. Ad l. ſufficit.

Cum igitur pendeat ex euẽtu an Titius conſul fiat, an non: in hac diſtinctione exceptionis perpetuæ & temporalis merito quæritur quid de hac condictione indebiti dicendum ſit. Reſpondet Papinianus, Sufficit ad cauſam indebiti, &c. Quaſi dicat, In dubio iudicamus perpetuam eſſe, vt locus ſit repetitioni. In dubio enim fauendum eſt magis repetitioni quam aduentitio lucro, l. non debet. §. in re obſcura. de reg. iur. Sequitur ratio, *Vt enim pactum quod in tempus certum collatum eſt, non magis inducit condictionem, quam ſi ex die debitor ſoluit: ita prorſus defenſio iuris quæ cauſam incertam habet, conditionis inſtar obtinet.* Quid enim refert an quis ita certum promiſerit, Si Titius conſul factus fuerit: vel cum Titius conſul factus fuerit? nam inter ſi, & cum, nihil intereſt quantum ad conditionem attinet, l. qui promiſit. hic. in vtroque caſu obligatio conditionalis eſt. Ergo in hac ſpecie perinde reſpondendum eſt ac ſi quis centum promiſerit ſub hac conditione, Si Titius conſul factus fuerit, vel Cum Titius conſul factus fuerit: nam ante euentum huius quod promiſſum eſt, certum eſt, centum ſi ſoluta ſint, repeti poſſe, vt ſupra diximus in interpretatione l. ſub conditione. Nondum enim debet priuſquam ſit impleta conditio. Ergo & in hac ſpecie idem dicendum eſt. Hæc autem ſimilitudo hoc vult: Pactum quod in certum tempus collatum eſt, non inducit condictionem: veluti ſi pactus ſim ne petam à te ante Kalendas Ianuarias, hoc pactum non efficit vt ſi interim ſolutum fuerit, repetere poſſim: non aliter quam ſi ex ea die ſoluiſſet. Cum autem pactum conferatur in tempus incertum, inſtar conditionis obtinet: id eſt, efficit vt res ſoluta condici poſſit. Dies enim incertus conditionem habet, l. dies incertus. infra de condit. & demonſtrat. huic affinis eſt quæſtio de exceptione quæ marito competit aduerſus mulierem ſoluto matrimonio, ne conueniatur vltra id quod facere poteſt, leg. maritum. infra, ſolut. matrimo. quæ tractatur in leg. quod nomine. Si matrimonio ſoluto mulier de dote actionem contra maritum inſtituat, qui ſoluendo non ſit, non exiget ſolidum, ſed quatenus mariti facultates patiuntur, habita ratione eius ne egeat. Hoc enim tribuitur honeſtati coniugij, ne alter alterum ita ſpoliet omnibus fortunis ſuis, vt reducat eum ad mendicitatem. Tantum igitur relinquetur quantum ad victum eſt neceſſarium: hacque exceptione ſe tuebitur maritus, ſi ab vxore ſua ſoluto matrimonio conueniatur. Sed quæritur, ſi maritus ſoluerit per errorem, cum putaret ſe ſoluendo eſſe, an poſſit repetere? hic dicitur repetere non poſſe. hoc enim beneficium eatenus marito indulgetur, vt ab eo exigi non poſſit, non vt ſoluens poſſit repetere. Nam re vera debitor eſt mulieris, quamuis humanitatis cuiuſdam & honoris cauſa ab eo ſolidum non exigatur, ſi dicatur ſoluendo non eſſe. Sed plerique hic comminiſcuntur argutias quaſdam, & contendunt idem hic dicendum eſſe quod in ea exceptione de qua tractatur in dict. leg. ſufficit. Aiunt enim hanc exceptionem illi omnino ſimilem eſſe: quia & incertum hic eſt an exceptio temporalis ſit, an perpetua. Diximus autem cum incertum eſt an exceptio temporalis ſit an perpetua, interim ſolutum repeti poſſe, ex dicta leg. ſufficit. Incertum enim eſt an hæc exceptio perpetuo obfutura ſit vxori dotem repetenti, an vero ad tempus: quia incertum eſt an maritus locupletior euaſurus ſit. Quoties enim locupletior factus fuerit maritus, qui abſolutus eſt propter hanc exceptionem, denuo poterit conueniri, leg. vnic. §. cum autem. Cod. de rei vxor. act. Et quia incertum eſt an is locupletior futurus ſit, an non, incertum quoque eſt an hæc exceptio temporalis ſit an perpetua. Nam ſi nunquam factus fuerit locupletior, nihil vnquam ab eo exigi poterit. Hic nodus multos torſit in hac diſputatione: ſed mihi magna diſſimilitudo videtur inter has duas exceptiones. In ſpecie de qua agitur in dict. leg. ſufficit. obligatio conditionem quandam habet. conuentio enim quæ expreſſa eſt, conditionalis eſt. Cum enim dico, Ego promitto tibi cum Titius conſul factus fuerit: vel ego pactus ſum tecum ne petam donec Titius conſul factus fuerit. hic conditio quædam eſt. At quod promittitur ſub conditione, ante euentum ipſius non debetur: atque ideo ſi ſolutum ſit, repetitur per condictionem indebiti. In ſpecie autem dictæ legis quod nomine. & ſequen. nulla facti eſt conditio, id eſt, ex conuentione contrahentium, ſed iuris tantum, quæ ineſt. Conditio facti differt à conditione iuris, leg. multum intereſt. de condit. & demonſtrat. Conditio enim iuris ineſt tantum ex diſpoſitione & interpretatione iuris, nec ſuſpendit: & hæc conditionis vim non habet: ſed tantum ea quæ à contrahentibus eſt expreſſa, vel à teſtatore. Obligatur quidem maritus ad reddendam dotem integram, ſi locupletior fuerit: ſed hæc conditio iuris eſt, nec proficiſcitur ex facto contrahentium, ſed ex diſpoſitione iuris. Ius enim tribuit hoc beneficium marito, vt ſi facultates eius non ſufficiant ad integram dotem ſoluendam, eius ratio habeatur. Ideo mirum videri non debet, ſi ius diuerſum conſtitutum ſit, cum diuerſæ ſpecies ſint. Qui ergo exceptione perpetua tutus eſt & peremptoria, ſi ſoluerit, repetere poteſt quod ſoluit tanquam indebitum, per condictionem indebiti: quia id indebitum non male dici poteſt propter exceptionem perpetuam. Quod autem de exceptione perpetua dictum eſt, intelligendum eſt de ea exceptione quæ gratia ſoluentis inducta eſt, non autem de ea exceptione quæ inducta eſt in odium creditoris. quæ diſtinctio traditur in leg. qui exceptionem. 40. Quædam enim exceptiones comparatæ ſunt in fauorem eius cui dantur, vt exceptio ſenatuſconſulti Velleiani, quæ datur mulieri, ſi pro alio interceſſerit. nam ex ea interceſſione non tenetur, nec poteſt condemnari. Senatuſconſultum enim Velleianum factum eſt in fauorem mulierum, vt ſuccurreretur infirmitati earum pro aliis temere intercedentium.

De exceptione qua marito competit ſoluto matrimonio. Ad leg. quod nomine. & ſeq.

De exceptione ſenatuſcõſulti Velleiani.

Vnde ſi mulier quæ pro alio interceſſit, cum habeat exceptionem Senatuſconſulti Velleiani, conueniatur, & per errorem ſoluat, ſolutum tanquam indebitum repetere poterit. Eatenus igitur eum qui tutus eſt exceptione perpetua, ſolutum repetere poſſe intelligendum eſt, quatenus talis erit exceptio quæ in gratiam eius cui competit, introducatur. Sunt enim, vt diximus, aliæ exceptiones perpetuæ, quę tamen comparatæ non ſunt in eius gratiam cui competunt: cuiuſmodi eſt exceptio Senatuſconſulti Macedoniani, qua filiusfamilias qui mutuam pecuniam accepit, ſi conueniatur ex mutuo, etiam paterfamilias factus mortuo eius patre, exceptionem habet. Hoc enim ſenatuſconſultum non eſt factum in gratiam filiorumfamilias: cum fauore digni non ſint qui pecunias profundunt, quique forte inſidiantur morti paternæ, vt ſibi pecunias comparent: ſed eo voluit Senatus punire fœneratores: ideoque in eorum odium factum eſt. Reſpicit tamen hoc Senatuſconſultum etiam fauorem patris, ne filiusfamilias tandem obrutus

De exceptione ſenatuſcõſulti Macedoniani.

ære alieno, tendat (vt dictum eſt) inſidias vitæ paternæ. Sed quemadmodum hoc accipiendum ſit, docebimus plenius ſub titulo de Senatuſconſulto Macedoniano. Si igitur filiusfamilias hac exceptione tutus ſoluat, non repetet. Huc pertinet quod dicitur in l. item ſi filiusfamilias. §. vltim. infra, ad Senatuſconſultum Macedonian. Excipitur quoque ab eo quod diximus de perpetuis exceptionibus, exceptio perpetua rei iudicatæ: quod admirabile eſt, cum idem dicere de hac exceptione non poſſimus, quod de exceptione Senatuſconſulti Macedoniani. Qui enim tutus eſt exceptione rei iudicatæ, ſi ſoluerit, repetere non poteſt, l. iudex. 28. Idemque dicitur in l. Iulianus. 60. Quidam recepit mutuam pecuniam: cumque ab eo pecunia peteretur, abſolutus eſt ſententia iudicis. Si igitur denuo ab eo petatur, exceptionem habet rei iudicatę, §. item ſi in iudicio. de except. in Inſtit. & toto tit. infr. de except. rei iudic. Quæritur ergo ſi ſoluerit an repetere poſſit? Videtur repetere poſſe. Nam in primis tutus eſt exceptione perpetua, cum exceptio rei iudicatæ perpetuo obſtet agenti: deinde non poteſt dici hanc exceptionem ad fauorem & commodum eius non pertinere, cum in gratiam eius detur ſecundum quem iudicatum eſt. Ergo ſecundum diſtinctionem quæ traditur in dict. leg. qui exceptionem. videtur repetioni locus eſſe. Cur igitur in vtraque lege dicitur repeti non poſſe id quod ſolutum eſt? Rationem reddit Paulus dict. leg. Iulianus. Licet enim, &c. Nam licet abſolutus ſit reus, tamen debitor adhuc manet. Nam ſententia aut re iudicata non tollitur naturalis obligatio, dict. §. item ſi in iudicio. de except. in Inſtit. At qui natura debet, ſolutum repetere non poteſt. Sed eum locum nos fuſius explicaturi ſumus in diſputatione de naturali obligatione. Quæritur quid de exceptione compenſationis dicendum ſit. Hæc quæſtio tractatur in leg. qui inuicem. 30. Hic locus pertinet ad titulum de compenſ. vbi plene de compenſatione dicturi ſumus: de ea etiam locus eſt in §. in bonæfidei. Inſtit. de actio. Cum idem debitor & creditor eſt, fit debiti & crediti compenſatio & contributio: idque ipſo iure, dict. §. in bonæfidei. Sed excipiuntur certi caſus in quibus compenſatio non habet locum, veluti ex cauſa depoſiti, leg. vltim. C. de compenſ. Si quis ergo ſoluerit ei qui viciſſim debitor erat, quo caſu locus non eſt compenſationi, repetere non poteſt, dict. leg. qui inuicem. Quid ergo faciet creditor? habebit ſui crediti repetitionem. In his autem caſibus in quibus compenſatio admittitur, ſi ſalua ei maneat actio, nihil opus habet hac condictione: veluti ſi forte actionem habeat qua petere poteſt. Sed fit aliquando vt quod peti non poteſt, in compenſationem veniat, leg. etiam. infra, de compenſat. Ergo ſi quis id ſoluerit, quod poterat iure compenſationis retinere oppoſita compenſatione, hoc caſu id repetere poterit per condictionem indebiti. Quæſtio etiam agitatur de retentione, quæ tractatur in leg. ex quibus. Si quis retentionem alicuius rei habeat, actionem autem non habeat, an ſolutum propter illam retentionem repetere poſſit per condictionem indebiti? Ait Pompon. repetere eum non poſſe. At nonne idem eſt retentionem aut exceptionem habere? huius retentionis locus eſt in leg. ſi in area. qui iam à nobis explicatus eſt. Ego in area tua domum ædificaui bona fide, cum ego probabiliter exiſtimarem meam eſſe aream: poſſum ego impenſas & ſumptus factos in ædificium ſeruare per retentionem. Verum quidem eſt ædificium tuum eſſe quod in area tua ædificatum eſt, ſed mihi ſumptus refundi debent: & ſi petas à me ædificium illud quod extruxi, quod forte poſſideo, poſſum retinere fundum, donec mihi ſatisfactum fuerit. Quid ergo ſi ædificium reſtituero, ſumptibus non refuſis, an actionem habebo? Hic ait Iulianus me nullam actionem habere. Non multum igitur differt hoc ius retentionis à iure exceptionis. Eo enim tendit exceptio ne ſoluatur: retentio autem vt ſoluatur. Ego retineo ædificium à me extructum ſumptibus propriis: petis à me vt reſtituam: dico prius ſatisfaciendum eſſe pro ſumptibus factis: & interim me non cogi reſtituere. Retentio eſt alicuius rei. Nec vero contendo de retinenda re quæ mihi debetur: nec enim eam habeo: cum debeatur mihi pecunia: ſed retineo rem, vt mihi ſoluatur quod debetur ſumptuum nomine.

De exceptione rei iudicatæ.

De exceptione compenſationis

De iure retentionis.

CAP. VI.

De obligatione naturali.

SEquens locus eſt an obligationis naturalis habeatur ratio in condictione indebiti, cum quæritur debitum an indebitum ſit quod quis repetere vult. Et videtur huius obligationis nullam rationem habendam eſſe: quoniam is qui ita eſt obligatus, natura tantum debet, non etiam iure ciuili, atque ideo cogi non poteſt ad ſoluendum, vt mox dicturi ſumus. Si autem cogi non poteſt ad ſoluendum, non videtur obligatus eſſe. Nam obligatio eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ cauſa, vt dicitur in princ. tit. de oblig. in Inſtit. Hæc enim obligatio quæ naturalis dicitur, non oritur ex iure ciuili, ſed æquitate tantum naturali: ideoque dicitur naturalis, non ciuilis obligatio. Quidam diſtinguunt ius naturale à iure gentium: & hanc obligationē quam dicimus naturalem referunt ad ius gentium, non autem ad ius naturale: id eſt, ad ius quod cum hominibus natum eſt. Ego docui in interpretatione tit. de oblig. & act. nihil aliud ſpectandum eſſe cum quæritur an quis ſit naturaliter obligatus, an non ſit, quam naturalem æquitatem. Videndum enim eſt an ſit natura æquum eum debere: vt ſi ſit natura æquum, tunc dicatur naturalis obligatio. Hæc igitur obligatio ex naturali tantum æquitate oritur, nec alia eſt huius obligationis cauſa aut fundamentum, l. Stichum. §. naturalis. infra, de ſolut. Naturalis obligatio, inquit Papin. ſicut pecuniæ numeratione, ita etiam iuſto pacto vel iureiurando ipſo iure tollitur: quia vinculum æquitatis quo ſuſtinebatur, contraria æquitate diſſoluitur. Eodem pertinet quod dicitur in l. cum amplius. §. is natura debet. infra, de reg. iur. Is natura debet quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus. Ius enim gētium plerunque accipitur pro iure naturali. Idem colligitur ex leg. nam hoc natura. 14. hic. & l. præced. §. 1. Si pupillus mutuam pecuniam acceperit ſine tutoris ſui auctoritate, ex qua pecunia locupletior factus ſit, ſi ſoluerit eam pecuniam, repetere non poteſt. Vult enim probare Paulus repetitioni locum illo in caſu non eſſe, quia natura pupillus debeat, & natura æquum ſit neminem cum alterius incommodo locupletiorem fieri: nec vllam aliam adfert rationem. Hæc igitur obligatio naturalis, quia ex naturali tantum æquitate naſcitur, non autem ex iure ciuili, obligatio proprie non dicitur, ſed tantum per abuſionem quandam. Ea enim obligatio proprie dicitur, quæ ciuilis eſt & efficax ad agendum, ad cogendum aliquem ad ſoluendum. Sicque definitur obligatio in §. 1. de obligat. in Inſtit. nam is proprie dicitur obligatus, qui ita adſtrictus eſt, vt agi, id eſt, duci in iudicium poſſit. Contingit enim aliquando vt quis obligetur, ſed tamē ita adſtrictus non ſit, vt poſſit inuitus duci & cogi ad ſequendum ducentem. Itaque dicimus ex ſola obligatione ciuili naſci actionem, non ex naturali: id eſt, cum eam rationem naturalem ita probat ius ciuile, vt qui debet, cogatur auctoritate publica ad ſoluendum: ſicque eum obligatum dicere qui natura debet, eſt abuſus. l. fideiuſſor obligari. §. fideiuſſor. infra de fideiuſſ. Hæc tamen obligatio naturalis, etſi non ſit efficax ad cogendum vt ſoluatur, hunc certe effectum habet, vt ſi ſolutum ſit aliquid, impediat ſoluti repetitionem. In hac enim condictione debitum & indebitum naturaliter accipimus, leg. ſi quod dominus. hic. Idem dicitur in l. naturales. infr. de oblig. & act. Naturales, inquit Pau. obligationes non eo ſolo æſtimantur quod earum nomine aliqua actio competat, ſed quod ſolutum repeti non poſſit.

Quoties igitur natura ęquum eſt aliquem debere, etſi nulla actio prodita ſit iure ciuili qua cogi poſſit ad ſoluendum: tamen ſi ſoluerit repetere non poteſt. Exemplum eſt de pacto conuento ſine ſtipulatione. Iure Romano pacto conuento, cui non acceſſit ſolennis ſtipulatio, non cogitur quis ſoluere, l. iuriſgentium. ſup. de pactis. ſed ſi ſoluerit quod pacto conuenit vt daretur, is repetitionem non habebit. Non enim dici poteſt indebitum ſoluiſſe, quia natura debuit, & naturali æquitate debuit præſtare quod promiſit, l. 1. ſupra, de pact. Vnde quæſitum eſt ab aliquibus, an is qui beneficium ab alio acceperit, & natura tenetur ad remunerationem, ſi ſoluerit per errorem, repetere poſſit. Sunt autem qui exiſtiment repetere non poſſe, propter naturalem obligationem, qua is qui benefi-

beneficium accepit, obligatus eſt ad remunerandum. leg. ſed etſi lege. §. conſuluit. ſupra, de petit. hæredit. Sed hanc ſententiam non probo. Quamuis enim dicatur quis naturaliter obligatus ad remunerationem, non tamen exiſtimo hoc ad obligationem naturalem, de qua hic loquimur, deferendum eſſe. Alias etiam rationes adduxi ſub tit. de obligat. & action. quia videlicet inter dantem beneficium & accipientem hoc non agitur, vt is qui dedit eo nomine quicquam recipiat. Damus enim vel perdituri, & totum committimus arbitrio accipientis, vt ait Seneca lib. 3. de beneficiis. Alioqui non eſſet beneficium, ſed creditum. Vnde dici non poteſt naturaliter obligatus eſſe, cum ea obligatio ex mutuo conſenſu oriatur. Obligatio ad ἀντίδωρα non eſt ſimilis pacto conuento, imo turpe eſt homini prudenti petere ἀντίδωρον. Sed ſi quis mihi pacto conuento aliquid promiſerit, non eſt inhoneſtum id ab eo petere, & poſſum conqueri de fide rupta: & poſtulare cum eo vt præſtet quod promiſit, etſi nulla actio mihi competat ad eum cogendum. Huius autem obligationis naturalis varia exempla ſunt ſub hoc titulo, quæ nos breuiter ſumus tractaturi. Vnum eſt in leg. naturaliter. 13. Seruus iure ciuili non obligatur. In perſonam enim ſerui nulla cadit obligatio, l. quod attinet. & leg. in perſonam. infra, de reg. iur. Quæ iuris ciuilis ſunt, ciuibus tantum competunt. Serui igitur qui ciues non ſunt, capaces non ſunt eorum quæ iuris ciuilis ſunt. Ideo obligatio ciuilis cum ſeruo contrahi non poteſt, ſed naturalis tantum. Ius enim naturale & æquitas naturalis in his differentiam nullam facit. Vtilitatis autem & neceſſitatis cuiuſdam cauſa comparata eſt hæc perſonarum diſtinctio, ita vt alij liberi, alij ſerui eſſent, leg. 1. ex hoc iure. ſupra, de iuſti. & iure. Cum ergo hæc obligatio ex naturali tantum æquitate dicatur, dubium non eſt quin etiam ſeruus naturaliter obligari poſſit æque atque homo liber: ideoque ſi quod debebant naturaliter ſoluerint, repetere non poſſunt. Hinc tractatur quæſtio in leg. ſi dominus. 64. Dominus contraxit negocium cum ſeruo ſuo, deinde eum manumiſit: manumiſſo ſeruo ſoluit: quæritur an repetere poſſit. Videtur indebitum eſſe, quia nulla obligatio poteſt conſiſtere inter dominum & ſeruum. Sed tamen hic dicitur repeti non poſſe, hac ratione, quia debitum naturale agnouit. Quod enim dicimus nullam obligationem inter dominum & ſeruum conſiſtere, verum eſt, ſi intelligamus de ciuili obligatione. Hac vero in ſpecie negare non poſſumus, quin aliqua ſit naturalis obligatio. Omnes enim homines iure naturali naſcuntur liberi: introducta autem eſt ſeruitus conſenſu quodam gentium propter neceſſitatem, dict. leg. ex hoc iure. de iuſti. & iure. cum antea nullum eſſet diſcrimen liberi & ſerui. Ergo eo iure quod cum humano genere proditum eſt, nemo dicitur ſeruus eſſe. *Dominatio ex iure gentium introducta eſt*, id eſt, cōſenſu quodam gentium. Hinc ius gentium dicitur quod naturali iuri, quod primæuum dicitur, ſuccedit. *Ita debiti vel non debiti, &c.* Ego hunc locum adduxi alio in loco cum diſputarem de obligatione naturali, vt oſtenderem non ad ius gentium, quod ſecundarium vulgo dicitur, ſed ad ius gentium, quod primæuum dicitur, referri debere hanc obligationem naturalem. Poterat enim obiici, ſeruum non magis obligari naturaliter quam ciuiliter, quia ſi ius gentium inſpiciamus, quo iure ſeruitus eſt introducta, ſeruus multum differt à libero homine, dicta leg. ex hoc iure. ſupra, de iuſtit. & iure. Si enim naturalis obligatio referatur ad illud ius gentium ſecundarium, non magis naturaliter obligari poteſt ſeruus, quam ciuiliter. Sed reſpondet huic obiectioni Tryphoninus, & ait, hoc referendum eſſe ad naturalem libertatem, & illud ius quo omnes homines liberi naſcuntur, quo iure neque dominatio, neque ſeruitus comparata erat. Obiicitur lex, cum amplius. §. is natura debet. infra, de regul. iur. Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem ſecuti ſumus. Ergo illud referri ad ius gentium, non ad ius naturale. Sed certum eſt, illud ius gentium primæuum dici etiam naturale, quia hominibus natura inſitum eſt. Deinde ſubiicit, *Cuius fidem ſecuti ſumus*: vt oſtenderet eum cum quo negocium aliquod contraximus, eo iure nobis obligatum eſſe. Ex his intelligitur, quomodo ſeruus obligetur naturaliter. Solet hic tractari quæſtio de monacho, an is ſaltem obligetur naturaliter; de

Seruus naturaliter quomodo obligetur.

Ad l. ſi dominus.

Mona-

ciuili quidem obligatione nulla eſt dubitatio. Nam certi iuris eſt monachum ciuiliter non obligari: quia nulla actio competit monacho, nec vlla actione teneri poteſt, cum ei dominus ſit abbas. quæritur igitur an ſaltem obligetur naturaliter. ex canoniſtis nonnulli exiſtimant monachum nec ciuiliter nec naturaliter obligari poſſe: quia in conſtitutionibus pontificiis dicitur, nec habere ſuum velle, neque ſuum nolle. Si autem non habeat ſuum velle, nec ſuum nolle, quomodo poteſt naturaliter obligari? Sed mihi magis probatur contraria opinio quæ etiam à quibuſdam defenditur. Cum enim diximus ſeruum nec velle nec nolle habere, l. eius eſt. & l. velle. inf. de reg. iur. id eſt, haberi pro mortuo & nullo: idem dicendum eſt de monacho. Sed nos experimur monachos velle & nolle: velle quidem, vt cum eſt potandum & edendum: nolle vero, vt cum eſt ieiunandum. Vnde dicuntur facere nolentes & volentes.

chus an naturaliter obligetur.

Aliud exemplum huius obligationis naturalis eſt in leg. naturaliter. §. vltim. Pupillus mutuam pecuniam accepit ſine tutoris ſui auctoritate: is factus eſt locupletior ex ea pecunia, deinde eam ſoluit: quæritur an repetere poſſit. Ait Paulus repetere eum non poſſe. Ratio eſt, quia natura debuit quod ſoluit, etiamſi accepit ſine tutore, cum locupletior factus ſit. Oſtendere autem volens Iuriſconſultus eum natura debere, ait: *Nam natura æquum eſt neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri.* At ſi is repeteret, fieret locupletior cum incommodo alieno. Sed hic incidit difficultas. Nam in hac ſpecie non tantum naturaliter videtur obligatus pupillus, ſed & ciuiliter. Cum enim pupillus ex pecunia mutua quam accepit ſine tutoris auctoritate ſit locupletior, datur aduerſus eum actio ex reſcripto Diui Pij. leg. 3. in princip. infra, commod. Si commodatum acceperit pupillus ſine tutore, ex quo factus ſit locupletior, actio vtilis aduerſus eum competit, ſecundum reſcriptum Diui Pij. Idem dicitur in l. 3. §. pupillos. ſupra, de neg. geſt. Itemque in l. pupillus. §. 1. infra, de auctor. tuto. Si autem datur aduerſus pupillum actio, dicendum eſt eum non tantum naturaliter obligari, ſed etiam ciuiliter: ſi ergo ciuiliter obligatus eſt, fruſtra quæritur an poſſit repetere. Cum enim actio aduerſus eum detur: multo magis repetitio ſoluti inhibetur, ſi ſoluerit ſponte ſua. Sed Paulus de hac obligatione tanquam naturali tantum loquitur, quia nulla erat lex propter quam ciuilis & legitima dici poſſet tempore horum Iuriſconſultorum. Non ſine cauſa ſit mentio huius reſcripti in aliis locis. Nam nullo iure cautum videbatur actionem de hac re proditam eſſe, nullaque erat lex ciuilis.

De obligatione pupilli.

Reſcripta autem principum eo tempore non vſquequaq; vim legis habebant. Cum enim in ſingulas cauſas, ſingulaque negocia & perſonas impetrarentur, non erant conſtitutiones generales, ſicut hodie ſunt in Codice Iuſtinianeo. Adducebantur tamen & proferebantur: ſicut hodie adduci ſolent res iudicatæ in ſupremis curiis, quæ etſi propter iudicum auctoritatem magni præiudicij ſint, non tamen vim legum habent. Hinc fit vt Imperatores vocent illam actionem quæ datur in pupillum, vtilem, cum ſatis intelligerent ex iure ciuili actionem nullam in eum dari. Actione autem vtili agitur aduerſus pupillum, vtilitate ſuadente. Quid ſi factus non ſit locupletior, an obligetur pupillus ex mutuo, ſi mutuam pecuniam acceperit ſine tutore? In l. quod pupillus. 41. hic. dicitur ne naturaliter quidem obligari. Idem dicitur in l. pupillus. infra, de act. & obligat. Alia aduerſari videntur, vt l. 1. infra. de nouat. l. Stichum. §. naturalis. infra, de ſolut. in quibus locis dicitur eum naturaliter obligari, & prodeſſe eam obligationem ad nouationem, & fideiuſſionem. Ego conciliaui hos locos ſub titul. de obligat. & actio. & dixi modo pupillum obligari naturaliter, modo non obligari, prout æquitas & naturalis ratio id exigere videtur. Aliquando enim natura æquum eſt eum non teneri. In his certe quæ nullum aut leue incommodum adferunt pupillo, nihil prohibet eum obligari, vt cum quæritur an fideiuſſor accedat pupillo, & an nouatio valeat, vt in dict. l. 1. infr. de nouat. & d. l. Stichum. §. naturalis. Sed cum agitur de incommodo pupilli, vt in condictione indebiti, tunc dicimus eum nō obligari, quia hoc natura æquum eſt. Si quis expendat diligenter quid natura æquum ſit, aut nō ſit, nunquam dicet pupillum qui accepit mutuam pecu-

De reſcriptis principum.

n'am ſine tutore, propter ætatis eius infirmitatem, teneri. Nos pleraque alia diximus de ea re in interpretatione tit. de oblig.& act. Aliud exemplum eſt in l.ſi pœnæ. 19. in princ. quod ſumitur ex leg. extat. ſupr. de eo quod met. cauſ. Is qui pecuniam ſibi debitam non per iudicem repoſcit, ſed ipſe per vim aufert, ius crediti amittit, & debitor liberatur. Sed quomodo intelligemus eum liberari? liberaturne ab obligatione ciuili tantum, an etiam à naturali? Hic dicit Pompon. manere adhuc naturalem obligationem: exoluitur enim tantum vinculo ciuili, non etiam naturali. Hæc ſententia quæ ad coercendam hominum temeritatem pertinet, non tollit naturalem obligationem. Igitur ſi poſtea hic ſoluerit, non poterit repetere quaſi indebitum. ſoluit enim quod natura debebat, & videtur naturale debitum agnouiſſe. Aliud exemplum adduci poteſt ex tit. Quod qu ſque iuris in alium. Si magiſtratus, Prætor Romæ, vel Præſes in prouincia, aliquid inique ſtatuerit aduerſus alium, eodem iure poſtea vti cogitur quocunque aduerſario id poſtulante. Ergo ſi per iniuriam aliquid ſibi debitum amiſerit magiſtratus, debitor tamen non liberatur naturali obligatione. Aliud exemplum eſt in l.cum is. 32. §. mulier. Varia eſt interpretatio huius loci: ſed tamen videtur ſic accipi debere. Mulier quæ nupſit, nullam dotem conſtituit marito ſuo: maritus autem ferebat grauiſſima onera matrimonij ſuis ſumptibus ſine vlla dote: ob idque mulier pietate mota dotem marito dedit. Tandem vero cum intelligeret mulier nulla ſe obligatione teneri, voluit repetere: quæritur an poſſit? videtur poſſe: quia ſcilicet vxor nullam dotem debet, & niſi conſtituerit & promiſerit in matrimonio contrahendo, nullo iure cogetur ad dotem dandam. Sed tamen hic dicitur à Iuliano repetitioni locum non eſſe. *Pietatis enim cauſa relinquitur.* inquit Iuriſconſ. ex qua cauſa ſolutum repeti non poteſt. Nos enim hic interpretamur, mulierem pietate ductam in maritum ſuum, cum videret grauiſſima onera matrimonij eum ſuſtinere, hanc dotem contuliſſe. Nam licet ad dotem dandam mulier cogi non potuerit, tamen id naturaliter facere debuit: quia quod natura æquum & pium eſt, ad naturalem obligationem pertinet. Is enim dicitur natura debere, cum ratio, æquitas, & honeſtas ſuadent, vt aliquid det vel faciat. Hæc igitur naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti. Aliud exemplum eſt in l. ſi non ſortem. §. libertus. Quæſtio eſt de liberto qui operas ſoluit patrono ſuo indebitas, an repetere poſſit. Seruus cum manumiſſus eſt à domino ſuo, nullas ei operas promiſit: ſoluit tamen & præſtitit aliquas operas, vult repetere, quæritur an poſſit? Opera autem (vt iuniores intelligant) dicitur eſſe diurnum officium: ſic definitur in leg. 1. infra. de ope. lib. ſed tamen diſtinguitur opera officialis ab opera fabrili, ſub eod. tit. de oper. liber. quarum differentia traditur in l. fabriles. l. operæ. l. quoties. ff. eod.

Ad l. ſi pœna. *Ad l. cum is. §. mulier.* *Ad §. libertus. l. ſi non ſortem.*

Operæ libertorum officiales & artificiales.

Officiales enim ſunt quæ in officio quodam conſiſtunt erga patronum & dominum: artificiales quæ conſiſtunt in artificio quodam, quod non reſpicit perſonam domini aut patroni. Exempli gratia, colere patronum, & ei in menſa miniſtrare, vel in cœnaculo, dicitur officium: ad quas operas libertus dicitur naturaliter obligatus, propter ingens beneficium libertatis, quod à domino ſuo accepit. quidni enim eum debeat colere & obſeruare? Aliquid autem aliud præſtare quod non reſpiciat perſonam, dicitur artificium: veluti eæ operæ quibus libertus non dicitur præſtare obſeruantiam aut cultum domino ſuo, ſed aliquid aliud, vt quiuis extraneus: veluti ſi artis pictoriæ operas præſtet, quas naturaliter patrono non debet. Hæ autem operæ ſiue fabriles ſiue artificiales, nunquam debentur patrono ciuiliter, niſi libertus ſe ad eas præſtandas obligauerit, nam oportet, vel ſtipulationem, vel iuſiurandum interuenire. Cum igitur quæritur, an libertus qui operas præſtitit, poſſit eas repetere diſtinguendum eſt. Nam ſi officiales præſtiterit, ceſſat repetitio, quia naturaliter eas debet, & naturalis obligatio impedit repetitionem: ſi vero fabriles præſtiterit, vt ſi tabulam patrono ſuo pinxerit, eas repetere poterit. quamuis de eo probabiliter dubitatum fuerit, quia non videtur factum repeti poſſe: ideoq; de eo diſputat Vlpian. & tamen concludit repeti poſſe. Poteſt enim, inquit, iniri æſtimatio eius operæ quæ præſtita eſt, quæ quidem æſtimatio veniet in condemnationem. Aliud exemplum eſt in l.Iulianus. 60.

Ad l. Iulianus.

Species eſt huiuſmodi, Is qui decem mutua acceperat, conuentus eſt à creditore, & lis eſt aduerſus eum eo nomine conteſtata: poſt litem conteſtatam ſoluit ea decem: quæritur an ei detur condictio indebiti ad ea repetenda. Contendit enim ille ſe indebitum per errorem ſoluiſſe: aduerſarius vero eum debitorem eſſe, & ſe facile id demonſtraturum, antequam iudicium ad finem producatur. Reus ex aduerſo obiicit, interim dum expectatur iudicii euentus, ſe repetere poſſe propter incertitudinem: quia ſcilicet incertum eſt an id debeatur an non: argumento eſt quod dictum fuit ſupra, in leg. ſufficit. Quoties enim dubitatur an temporalis an perpetua ſit exceptio, interim quod ſolutum eſt repeti poſſe diximus. Inſpicimus quod poteſt euenire vt indebitum ſit quod ſolutum eſt, propter exceptionem peremptoriam. Vnde dicitur dicendum eſſe, propter euentum dubij iudicij, interim reum repetere poſſe, qui id ſoluerit, de quo lis aduerſus ſe erat conteſtata, antequam res iudicata eſſet. Sed Paulus hic ait ex ſententia Iuliani non eſſe locum repetitioni propter iudicium acceptum.

Nihil enim ad rem pertinet quod iudicium adhuc manet lite conteſtata, & quod incertus eſt iudicij euentus: quia in omnem euentum futurus eſt debitor, qui verus eſt debitor, ſiue fuerit condemnatus ſiue abſolutus. *Si* enim fuerit condemnatus, nulla eſt dubitatio: ſi vero abſolutus, adhuc manet naturalis obligatio. Vnde cum in omnem euentum futurus ſit debitor, ſiue ſecuta fuerit ſententia condemnatoria, ſiue abſolutoria, ille incertus euentus iudicii non impedit quominus obligatio ſuum effectum habeat. Non idem dicendum eſt in ſpecie dict. leg. ſufficit. quia non eſt in omnem euentum futurum indebitum quod ſolutum eſt. Si enim exceptio fuerit perpetua, indebitum habebitur: ſi vero temporalis tantum, debitum. Ergo obligatio naturalis impedit repetitionem ſoluti, etiam ſi lis conteſtata ſit: imo vero etſi ſententia fuerit ſecuta. Sententia enim abſolutoria nõ tollit naturalem obligationem: quia is qui natura debet alicui, non ideo natura debere definit quod à iudice abſolutus ſit. Ideoque ſolutum repetere non poteſt. Idem dicitur in §. item ſi in iudicio. de except. in Inſtit. & in leg. iudex. hic. Si tamen conueniatur qui abſolutus eſt, datur ei exceptio rei iudicatæ: idque propter vtilitatem, vt ſit aliquis litium finis. Non idem autem eſt ſi ſolutio vel aliqua pactio interuenerit, vt nihil debeatur, l. Stichum. §. naturalis. infr. de ſolut. Nam ſi quis ſoluerit id quod debebat, hac ſolutione tollitur omnis obligatio & ciuilis & naturalis. quia ſi rationem & æquitatem ſpectemus, nihil æquius eſt, quam liberari eum qui ſatisfecit aduerſario ſuo. Ita iuſto etiam pacto tollitur naturalis obligatio: quia cõuenit naturali æquitati, id quod conuenit inter aliquos ſeruari, leg. 1. infra, de conſtit. pecu. & leg. 1. ſupr. de pact. Sic etiam iureiurando, quia in iureiurando ineſt ſemper aliqua conuentio. Cum enim quis defert iuſiurandum aduerſario, tacite videtur paciſci cum eo, vt ſi iurauerit, nihil amplius ab eo petat. Quoties ergo æquum eſt aliquem deſinere teneri, ne natura quidem debet.

Sed verus debitor, etſi per ſententiam iudicis abſolutus fuerit, & nihil ab eo peti poſſit propter exceptionem rei iudicatæ: tamen quia manet naturalis obligatio, propter naturalem æquitatem, ſi ſoluerit poſt rem iudicatam, non poteſt repetere. Ergo exceptio rei iudicatæ non prodeſt repetere volenti: prodeſt tamen ei qui abſolutus eſt, ne quicquam ab eo exigatur. Si non prodeſt exceptio rei iudicatę repetere volenti, multo minus proderit ei exceptio litis pendentis, de qua hic loquitur Paulus. Huius exceptionis litis pendentis frequẽs eſt vſus in foro, & hæc multos effectus habet. Exempli gratia, impedit iudicium. Tituli autem multi ſunt hac de re in iure Pontificio, cuiuſmodi eſt titulus, vt lite pendente, &c. & l. vbi acceptum. ſupr. de iudic. Sed hæc litis pendentia (vt vulgo loquuntur) non facit quominus quod debitum eſt, debitum non ſit: aut quod indebitum eſt, debitum ſit. obligationem enim non mutat. Ergo non prodeſt ei qui debet exceptio litis pendentis, vt repetatur tanquam indebitum. *Similemque eſſe ei dicit qui ita promiſit, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue non.* Is qui promiſit ſub his duabus conditionibus diſiunctim, ſiue nauis ex Aſia venerit, ſiue non venerit, obligatur ſub conditione. Sed quia certum eſt eum obligatum fore, vtra conditio

ditio aduenerit, ideo habetur pro debitore: expectatur quidem euentus conditionis, ſed certum eſt quod veniet nauis, aut non veniet. Ergo ſi veniet nauis, agetur aduerſus eum, ſiue etiam non venerit: & quamuis expectandus ſit euentus, tamen in omnem euentum futurus eſt debitor. Idem igitur hic dicendum eſt, vt in priori ſpecie. *Vbi autem quis, &c.* Subiicit Iuriſconſultus quaſdam hic ſpecies, de quibus dubitatur an ſimiles ſint, an diſſimiles: veluti cum is qui debet pure, ſub conditione idem promiſit animo nouandi. Nouatio inducitur exiſtente conditione. Nam ſi extiterit conditio, prior obligatio tollitur. Hæc ſpecies à priore differt, quod in priore vna obligatio eſt: hic duplex, pura ſtipulatio & conditionalis.

Aliud exemplum huius naturalis obligationis eſt, cum inter patrem & filium qui eſt in poteſtate patris, aliquod negocium contrahitur, vel inter duos fratres qui ſunt in eiuſdem patris poteſtate: quod tractatur ab Africano in l. frater à fratre, § 8. Filius accepit mutuam pecuniam à patre, vel pater à filio: nulla ciuilis inter eos contrahitur obligatio. Lis enim nulla, nulla obligatio ciuilis poteſt eſſe inter patrem & filium, l. lis nulla. ſupra, de iudic. Hoc fit propter patriam poteſtatem, quæ iuris ciuilis eſt. §. 1. de patria poteſt. in Inſt. l. nam ciuium. ſupra, de his qui ſunt ſui, vel alieni. Patria poteſtas inducta eſt iure Romano: nec communis eſt aliis gentibus. Verum quidem eſt natura comparatum eſſe, & conſenſu omnium gentium, vt filius obtemperet patri: ſed cum dicimus patriam poteſtatem introductam eſſe iure Romano: hoc volumus, alias gentes non exercere eam patriam poteſtatem quam Romani habent in ſuos. Vnde recte Accurſ. dixit: Francigenas non habere filios in ſua poteſtate. Hinc fit vt quod acquirit filius qui emancipatus non eſt, acquirat patri: quod tamen apud alias gentes locum non habet. Si igitur hoc ius ciuile inſpiciamus, non poteſt dici vlla obligatio conſiſtere inter patrem & filium, nec nō & ſi negotium aliquod contractum ſit à duobus fratribus, qui ſunt in eiuſdem patris poteſtate. Sed inſpiciamus ius naturale, magis quam ciuile, negare nemo poteſt quin alter alteri obligetur. Secundum enim ius naturale nullum diſcrimen eſt harum perſonarum quod ad acquiſitionem attinet, & ad res contrahendas: quia ſimile hoc ei eſt quod ſupra diximus de domino & ſeruo, in leg. ſi id quod dominus. Recte igitur dicemus, inter patrem & filium, ſicut inter dominum & ſeruum, naturalem obligationem contrahi: quia æquum eſt eum qui aliquid promiſit, natura debere: nullaque ciuili conſtitutione hæc æquitas poteſt tolli. Sed veniamus ad quæſtionem hic tractatam ab Africano quæ vulgo obſcura & difficilis eſſe adeo creditur, vt inter damnatas leges numerari ſoleat.

otestas atria omano ire quæ- ſit.

In l. frater à fratre.

HYpotheſis huiuſmodi eſt: Duo fratres erant in eiuſdem patris poteſtate: vnus accepit ab altero mutua decem, puta Titius à Mæuio. Deceſſit pater vtroque hærede relicto ex æquo. Titius qui mutuam pecuniam accepit, peculium quoddam habebat, quod cum fratre communicatum eſt: quia patris erat, vt mox dicturi ſumus, ſicut & reliquum patrimonium defuncti communicatum eſt. Deinde hic Titius ſoluit decem quæ acceperat à fratre ſuo: vult ea decem repetere, quæritur an poſſit. Quæſtionem facit id quod iam à nobis dictum eſt, Naturalis obligatio impedit repetitionem ſoluti: id eſt, is qui natura debet, ſolutum repetere non poteſt. At obligatio naturalis contracta eſt inter has duas perſonas. Frater enim qui mutuo decem accepit ab altero, naturaliter obligatus eſt, non ciuiliter. Nec enim poterat frater cogere eum ad ſoluendum. Sed quia quædam circumſtantiæ in hac hypotheſi conſiderandæ ſunt, ideo hic aliter reſpondit Africanus. Non enim ſimpliciter proponitur, fratrem à fratre mutuam pecuniam accepiſſe, & eam ſoluiſſe per errorem: ſed eos ex æquo patri hæredes extitiſſe, & Titium qui mutuam pecuniam accepit à fratre peculium habere, quod communicatum eſt, ſicut reliquum patrimonium defuncti in adeunda hæreditate. Circumſtantiæ huiuſmodi faciunt, vt aliter reſpondeat. Quare examinandæ ſunt omnes circumſtantiæ huius ſpeciei. Ac in primis ait, *Reſpondi vtique.* Conſiderandum eſt in hac ſpecie, Titium debitorem qui mutuam pecuniam accepit à fratre ſuo, viuo adhuc patre, extitiſſe hæredem patri pro parte. Ergo naturalis obligatio qua tenebatur pro parte ſoluta eſt confuſione. Dicimus autem obligationem tolli confuſione, cum debitum confunditur cum credito, id eſt, cum debitor ſuccedit creditori, vel creditor debitori. leg. Vranius. infra, de fideiuſſoribus. leg. Stichum. §. aditio. infra, de ſolutionibus. leg. debitori. Cod. de pactis. Ius crediti & debiti, quod erat in diuerſis perſonis ante mortem defuncti in vnam perſonam concurrit. Ratio enim non patitur vt idem ſibi obligatus ſit. Sed hæc intelligitur pro qua parte quis hæres eſt, leg. cum à matre. Codic. de rei vindic. Hæres repræſentat perſonam defuncti, pro qua parte ei hæres extitit. In propoſita ſpecie dicitur vtrunque fratrem patri hæredem extitiſſe, cui acquiſita fuerat naturalis obligatio ex mutuo: quia quod acquirit filius acquirit patri: ideoque ſucceſſit debitor creditori: nam fuerat acquiſitum ius obligationis patri. Titius igitur pro qua parte ſuccedit patri, qui creditor erat, pro ea parte liberatur propter confuſionem. In primis igitur certum eſt eum quinque repetere poſſe, quia indebitum ſoluit, cum decem ſoluit Mæuio fratri ſuo.

Nam quamuis naturalis obligatio fuerit contracta ad decem ex mutuo, tamen propter ſucceſſionem & confuſionem ſublata eſt pro ea parte pro qua Titius hæres extitit. De reliquis quinque quæritur: *Pro ea vero parte, &c.* an ea quinque repeti poſſint? Vt hunc locum commodius explicemus, qui prius de peculio, & eius natura aliquid obiter dicemus, de eo plenius dicturi cum ad titulum de peculio peruenerimus. Hęc igitur diligenter notent tyrones. Peculium definitur in leg. 4. & 5. de pecul. eſſe id quod ſeruus permiſſu domini ſeparatum habet à rationib. dominicis, deducto inde ſi quid domino debetur.

Peculiū quid, & de eius natura.

Quod autem in hac diffinitione ſeruus nominatur, hoc tantum pro exemplo dictum eſt: idem enim de filiofamilias eſt dicendum. Nam ſicut cum dominus permittit ſeruo aliquid ex patrimonio ſuo habere ſeparatum à reliqua ſubſtantia ſua, id dicitur peculium eſſe ſerui: ita ſi pater permittat filio aliquid ſeparatum habere à reliqua ſubſtantia ſua, id dicetur peculium eſſe filiifamilias: vt puta ſi dederit ei centum negociandi cauſa. *Deducto inde, &c.* vt ſi forte negocium aliquod contrahat filius cum patre, vel ſeruus cum domino, ex quo ſit ei obligatus naturaliter, (naturalis enim hæc obligatio iudicari debet, leg. nec ſeruus. 41. de pecul.) id deducetur, tantoque minus dicetur eſſe de peculio. Nos autem hic peculium profectitium intelligimus, id eſt, quod proficiſcitur à patre: de peculio caſtrenſi, quaſi caſtrenſi, & aduentitio nos dicemus infra, ſub titulo de peculio. Hoc igitur pelium, ſi ius naturale ſpectemus, filii eſt, quamuis iure ciuili ſit patris. Ratio enim ciuilis non patitur vt ſit filij, quamuis ei permittat pater vti pecunia, & eam ſeparatam habeat filius à patrimonio patris: quia filius nihil habere poteſt proprium quamdiu eſt in patris poteſtate: nihilominus tamen ſecundum ius naturale peculium eſt filij. Sed quid mea refert, inquiet aliquis, an peculium ſit filij, an patris, cum pater ei adimere poſſit, ſecundum ius ciuile? At effectus magnus cernitur in actione de peculio. Nam ſi filiusfamilias, qui peculium habet permiſſu patris ſeparatum à rationibus paternis, contrahat cum alioquo negocium aliquod: vt puta ſi mutuam pecuniam accipiat, non tantum ipſe filius tenetur, ſed & pater, quatenus eſt in peculio: quinimo ſi pater videns oneratum eſſe filium ære alieno, adimat ei peculium, non ideo tamen deſinet teneri creditoribus, quatenus erit in peculio, deducto quod filius patri debuit. Hæc igitur actio datur aduerſus patrem, quatenus fuit in peculio, §. actiones autem. de actionibus, in Inſtitut. Vnde fit vt qui contrahunt cum filiofamilias, dicantur habere duos creditores, vel duos debitores. leg. ſi quis cum filio, infra, de peculio. Filium enim habent debitorem in ſolidum, & patrem quatenus eſt in peculio. Filiusfamilias autem ex omni contractu obligatur ſicut paterfamilias. leg. filiusfamilias. infra, de obligationibus & actionibus. Sed notandum etiam eſt, non modo patrem teneri de peculio, ſed & quemcunque alium ad quem peculium peruenerit.

Actionis de peculio natura.

Nec intelligitiis quæ ſit natura peculii. Si igitur pater conceſſerit filio ſuo peculium, actione de peculio tenetur creditoribus filii: imo quiſquis alius illud peculium filii habuerit, ſiue ſucceſſor ſit vniuerſalis, ſiue ſingularis, qui hæres patri extiterit, actio de peculio aduerſus eum datur, l. peculium. infra, de pecul. Si vero plures ſint hæredes, ſinguli pro hæreditaria parte, & pro modo peculii tenentur. quod ſane notandum eſt. Hoc ſiquidem ſingulare eſt, quemadmodum multa alia ſingularia ſunt in peculio. Si creditori debeantur decem ex peculio, & duo ſint hæredes, à ſingulis non poterunt peti niſi quinque, leg. ſi quis ſeruum. infra, de pecul. quia cum dicimus obligationem tranſire ad hæredes, ita intelligimus, pro qua parte ſcilicet quiſque hæres eſt, nec inſpicimus quantum bonorum ad eos peruenerit, leg. 1. Cod. ſi certum peta. Diximus iam, hanc actionem non tantum tranſire ad vniuerſalem ſucceſſorem, ſed etiam ad ſingularem: vt puta ſi legatum vel venditum fuerit peculium, legatarius aut emptor ad quem peruenit peculium, tenetur actione de peculio, l. ſi noxali. §. denique. & §. idem ſcribit. & l. & ancillarum. §. vlt. l. ex duobus. §. vlt. & l. ſeq. infra, de pecu. l. 1. §. item. infra, quando actio de peculio annal. Mirum autem eſt, quod hæc actio ſequatur rem, nec tantum tranſeat ad vniuerſalem ſucceſſorem, verum etiam ad ſingularem: atque hinc dubitatum eſt, an hæc actio de peculio ſit in rem, an in perſonam. Sed certum eſt, eſſe in perſonam. Oritur enim ex contractu, & numeratur inter actiones in perſonam, leg. ſumma. §. vlt. infra, de peculio. §. in perſonam. Inſtitutis de actionibus. vbi dicitur in principio, eam eſſe in perſonam. Nec enim ideo dicenda eſt actio in rem: quoniam rem ſequatur: quia pleraſque ac multas alias actiones dari in perſonam eius videmus ad quem res peruenit. Exemplum euidentiſſimum eſt in actione ad exhibendum, & in actione de eo quod metus cauſa. leg. ſi cum exceptione. ſupra, de eo quod metus cauſa. in §. Pædius. & §. aliquando, tamen hæ actiones perſonales ſunt. Actio enim ad exhibendum eſt perſonalis. l. 3. §. eſt autem perſonalis. ſupra, ad exhibendum. Nam ex contractu oritur, & tamen ſequitur perſonam, dicta leg. 3. §. finali. Actio autem quod metus cauſa, oritur ex maleficio, & tamen ſequitur poſſeſſorem. Hæc dicta hactenus de actione quæ ex peculio oritur, quæ datur aduerſus patrem aut dominum & alios. Diximus eum qui cum filiofamilias contraxit, duos debitores habere, patrem quatenus eſt in peculio, vel eum ad quem peculium peruenit à patre, vel per legationem, vel emptionem, aut alio quolibet modo: & filium in ſolidum. Nunc ergo videndum eſt de actione quæ aduerſus filium datur. Filius quidem tenetur in ſolidum. Verum hic vnum diligenter notandum eſt, quod quamuis filius dicatur teneri in ſolidum ex ſuo contractu, tamen ſi peculium habeat, ſoluetur illud æs alienum de peculio: quoniam naturaliter ipſius eſt, & hic effectus eſt iuris naturalis. Verum ſi forte alius habeat peculium filij à patre, & filius coactus fuerit aliquid de ſuo ſoluere, filius illud repetere poterit ab eo qui peculium habet, ſiquidem peculium obnoxium eſt æri alieno. Quomodo igitur dicitur obligatus eſſe filiusfamilias in ſolidum? Non ideo minus dicitur teneri in ſolidum: quandoquidem ſi nihil ſit in peculio, aut forte non tantum ſit quantum debet, cogetur profecto de ſuo ſoluere. Hic autem quæſtio eſt de dimidia parte pecuniæ creditæ, an ſi ſoluta fuerit ea dimidia pars, poſſit repeti. Nos ſane hic poſuimus, mutua decem data ſoluta fuiſſe per errorem à Titio fratre Mæuij: & quando quæreretur an poſſet repetere, diximus eum pro ea parte qua hæres extitit, poſſe repetere. Sed nunc quæritur an reliqua pars poſſit repeti. Ait Iuriſconſult. *Ita repetiturum, ſi non minus ex peculio ſuo ad fratrem perueniſſet.* Cum quæritur an reliqua pars poſſit repeti, videndum eſt an ex peculio Titij fratris tantum peruenerit iure hæreditario, & commiſtione peculij facta ad creditorem Mæuium fratrem ſuum, an non. Nam ſi tantum forte peruenerit ex peculio fratris, poterit repetere: quæ ne natura quidem debet. Ex hoc quidem mutuo naſcitur obligatio naturalis: ſed ſicut prior pars ſoluta propter confuſionem factam repeti poteſt: ita & hæc pars tollitur quaſi ſolutione peculij, quod communicatum eſt cum fratre cohærede. In hac igitur ſpecie ſi ponamus fratrem à fratre decem mutuo accepiſſe, & ſoluiſſe eidem illa decem poſt mortem patris: peculium autem tantum quanta erat pecunia communicatum eſſe cum Mæuio hærede, & quæratur an poſſit repetere Titius quod ſoluit: dicendum eſt totum poſſe repetere. Ratio autem cur hac perceptione peculij naturalis obligatio tollatur, hæc eſt: quia æs alienum onerat peculium: at peculiũ filij obſtrictum eſt æri alieno, quaſi peculium magis debeat id de quo quæritur, quam perſona aliena. Si æs alienum oneret peculium, & ſequatur peculium, certum eſt in hac ſpecie peculium perueniſſe ad fratrem debitoris. Ergo naturalis obligatio, qua Titius frater tenetur fratri ſuo Mæuio, tollitur hac perceptione. Et re vera ſi hanc ſpeciem diligenter conſideremus, reperiemus hic quandam confuſionem eſſe, & veluti confuſione tolli naturalem obligationem. Mæuius enim ad quem peruenit peculium, teneretur ad æs alienum, ſi Titius ab alio quam à fratre mutuam pecuniam accepiſſet: quia peculij ea natura eſt, vt is teneatur ob æs alienum ad quem peruenit peculium. *Naturalem enim obligationem quæ fuiſſet, hoc ipſo ſublatam videri, quod peculii partem frater ſit conſecutus*, ſi tantum ad eum peruenerit iure hæreditario. Inſpiciendum enim eſt quota peculij pars ad eum peruenerit, vt pro ea parte peculij quæ ad eum peruenit ſublata ſit naturalis obligatio, quæ ex contractu mutui nata fuerat.

Adeo vt ſi prælegatum. Hic proponitur ſpecies ex qua apparet ratio propter quam dicitur naturalis obligatio ſublata eſſe quaſi confuſione quadam. Ponamus, inquit, peculium Titij fratris nullo modo perueniſſe ad Mæuium, ſed ad Titium ſolum, quia ſcilicet pater ei id prælegauit: non dubium eſt in hac ſpecie deductionem naturalis obligationis ex eo peculio fieri debere. Mæuius enim frater cui debet Titius ex cauſa mutui, poterit ex eo deducere quod ſibi debetur. Sic igitur æs alienum ſequitur peculium: vt mirum non ſit in prima ſpecie ideo ſublatam eſſe naturalem obligationem, qua Titius Mæuio tenebatur ex mutuo, quod peculium peruenerit ad Mæuium.

Idque maxime conſequens, &c. Ponamus filiumfamilias qui peculium habebat, ſcilicet Titium mutuam pecuniam ab extraneo accepiſſe, puta, à Sempronio, cui obligatus fuit non tantum naturaliter, ſed etiam ciuiliter: & Sempronium egiſſe aduerſus eum, vel agere velle hic dicitur Mæuium fratrem ad quem peruenit peculium, cogi debere Titium indemnem præſtare aduerſus Sempronium. Itaque quamuis teneatur, & poſſit in ſolidum Titius à creditore ſuo conueniri: tamen ſi coactus fuerit de ſuo ſoluere, quia peculium non habebat, poterit peculium repetere ab eo ad quem peruenerit: idque iudicio familiæ erciſcundæ deducet. Quid ſi non ſoluerit? Cautio interponetur inter cohæredes, qua cauebit Mæuius, vt indemnem Titium præſtet, ſi coactus fuerit Titius à Sempronio debitum ſoluere ex ſuo. Hæc omnia pertinent ad deciſionem quæſtionis propoſitæ. Si enim vera hæc omnia ſunt, id eſt, ſi verum eſt Mæuium cogi indemnem præſtare Titium in hac ſpecie, certe multo magis cogetur indemnem eum præſtare, cum agetur de obligatione naturali contracta inter eos fratres. *Si re integra*, id eſt, debito nondum ſoluto. *Porro eum.* eſt concluſio. In hac ſpecie agitur de obligatione contracta inter duos fratres, quę naturalis tantum eſt, in qua vult ſe pręſtari indemnem frater à fratre ſuo, cui pecuniam ex cauſa mutui natura debet. Sed ſi cogatur eum præſtare indemnem aduerſus extraneum, multo ergo magis aduerſus ſe. hæc eſt iuſtiſſima obligatio. Itaque ſi tantum peruenerit ex peculio ad Mæuium illa communicatione, tollitur naturalis obligatio: & quia ne naturalis quidem obligatio ſupererat, poteſt repeti ſolutum. Idem dicitur in ſequenti ſpecie quæ tractatur in §. Quæſitum. Pater filio quem in ſua poteſtate habebat mutuam pecuniam dedit, deinde eum emancipauit: filius emancipatus ei ſoluit quod ab eo ex mutuo acceperat: quęritur an repetere poſſit. hinc pendet tota quæſtio, an naturaliter filius debeat pecuniam patri ſuo an non. Si debeat naturaliter, repetere non poteſt: ſi ne natura quidem debeat, poteſt. Ideoq; ait Africanus, *Si nihil ex peculio apud patrem remanſerit, &c.* Quibus verbis oſtendit Iuriſc. filiũ qui ſoluit patri non repetiturũ, quia natura debuit. Naturalis enim obligatio cõtrahitur inter patrem & filium, licet nulla ciuilis obligatio inter eos contra-

Actio de peculio an ſit in perſonã.

De actione qua aduerſus filiumfa. datur.

contrahi poſſit propter patriam poteſtatem quæ iuris ciuilis eſt. Repetere igitur non poteſt filius. Addit tamen Africanus exceptionem, Si nihil ex peculio filii apud patrem remanſerit. nam ſi pater perceperit peculium, quod iure naturali erat filii, hac perceptione tollitur naturalis obligatio: quamuis enim iure ciuili peculium profectitium non ſit, ſed in patris illud ſit patrimonio, & liceat patri illud adimere filio quoties voluerit: tamen ſi inſpiciamus naturalem æquitatem, dicetur ipſius filii eſſe, quia ſcilicet pater permiſit ei habere ſeparatim à ſuo patrimonio hoc peculium. Nam ius naturale non diſtinguit patrem à filio in rebus contrahendis. Hinc dicitur peculium iure naturali filii eſſe propter permiſſum patris, iure autem ciuili eſſe patris. Cum enim quæritur de naturali obligatione, iuris rationiſque naturalis tantum habetur ratio. Sublata eſt hic igitur naturalis obligatio, ſi peculium filii peruenerit ad patrem. Cum enim dixerimus ſuprà, peculium obnoxium eſſe æri alieno: mirum non eſt, dici ſublatam eſſe naturalem obligationem, ſi peculium peruenerit ad patrem. *Argumento eſt.* Hoc argumento demonſtrat naturalem obligationem contrahi inter patrem & filium, ſi filius mutuam pecuniam à patre acceperit. argumento id eſt, inquit, quod intra annum ſi conueniatur pater ab extraneo qui contraxit cum filiofam. actione de peculio intra annum, poteſt is deducere quod filius ſibi debet. hoc pertinet ad Tit. quando actio de pecul. ann. ſit. Actio de peculio proprie datur aduerſus patrem vel dominum quatenus eſt in peculio filii vel ſerui: id eſt quandiu durat peculium filii, vel ſerui: at poſtquam alienatus eſt ſeruus, vel filius emancipatus aut mortuus, quia deſinit peculium eſſe, ſecundum ſubtilitatem iuris non competit actio de peculio, ſed tamen datur actio à Prætore intra annum. *Contrà ſi pater quod filio debuiſſet*, hic caſus eſt controuerſus. Diximus iam quid ſit ſtatuendum, cum pater dat mutuam pecuniam filio ſuo, quem habebat in ſua poteſtate: nunc videndum eſt quid ſit iuris, cum filius dat mutuam pecuniam patri. filius igitur mutuam pecuniam dedit patri, in cuius erat poteſtate. Pater ei cœpit naturaliter debere. Si ſoluerit, quæritur an repetere poſſit. Repeti non poſſe, ait Afric. Nam hic quoque manet naturalis obligatio. Si enim extraneus intra annum emancipationis filii, iuxta Prætoris edictum, ageret aduerſus patrem, imputaretur in peculium filii quod pater ei debet, & maius & auctius fieret peculium ex eo quod filio debet pater. Si igitur in ea actione habeatur ratio debiti naturalis, conſequens eſt ſi pater perciperet filii peculium, ſublatam eſſe naturalem obligationem, & impediri repetitionem. Sed & ſi hæres extraneus patris, qui debebat naturaliter pecuniam filio ſuo ex cauſa mutui patris, ſoluerit filio exhæredato, repetere non poterit. Nam eadem cauſa eſt hæredis atque defuncti. hæc omnia eo ſpectant, vt intelligamus, naturalem obligationem, quamdiu ea manet, impedire repetitionem ſoluti. Multa hic tractari ſolent in vniuerſum de obligatione quæ contrahitur inter patrem & filium, quatenus ea obligatio valeat, aut non valeat. Sed ſufficit nobis condictionem explicare. Interim tamen notandum eſt quod hic dicitur de debito & indebito. eſt enim locus communis, qui diligenter notandus eſt. nam nulla pars iuris eſt in qua neceſſarium non ſit noſſe quid ſit debitum vel indebitum tam ciuiliter quam naturaliter. Sed iam meminiſſe vos oportet diſpoſitionis noſtræ & methodi, quam inſtituimus in hac de cond. ind. tractatione. Cœpimus diſſerere ex quibus cauſis detur hæc actio: inibique tria neceſſaria eſſe, vt locus ſit huic condictioni diximus. Primum, aliquid ſolutum eſſe: Secundo, per errorem id eſſe factum: Tertio, indebitum eſſe: tum & diſputatum eſt quid debitum ſit, & quid indebitum tam ciuiliter quam naturaliter. Nunc videndum eſt

Cap. VII.

An debitum vel indebitum ex parte ſoluentis æſtimandum ſit, an ex parte accipientis in ſolutum.

DVo capita ſunt ſub hoc titulo ad hunc locum pertinentia quæ videntur pugnantia eſſe, videlicet l. repetitio. & l. ſi pœnæ. §. 1. De vtriuſque capitis explicatione magna eſt contentio inter duos magnos Iureconſultos Stellam & Zazium, & extat de ea re vtriuſque diſputatio. Explicabimus primum l. Repetitio. deinde veniemus ad l. ſi pœnæ. §. 1.

In l. Repetitio. 44. hic.

REpetitio nulla eſt ab eo qui ſuum recepit, tametſi ab alio quam vero debitore ſolutum eſt. His verbis ſignificat Paulus, nihil referre an is qui ſoluit debebat, an non debebat: ſed referre an debitum fuerit ei qui recepit, ita vt ſi debitum fuerit ei qui recepit, non poſſit dici indebitum ſolutum eſſe, quamuis is qui ſoluit forte non deberet. Exempla huius capitis multa ſunt quæ hic poſſunt adduci: veluti ſi procurator meus, aut negociorum geſtor ſoluerit: & ſecundum hanc ſententiam dicimus nullam actionem competere aduerſus eum qui recepit. Ratio eſt euidens, quoniam hic non ſoluit nomine ſuo, ſed nomine eius qui debebat, qua ſolutione debitor cuius nomine ſolutum eſt liberatur, l. ſoluendo. ſupra, de nego. geſt. ac eo nomine aduerſus debitorem qui ea ſolutione liberatus eſt, datur ſoluenti actio negotiorum geſtorum. Aliud exemplum ſumi poteſt ex l pure, §. ſi eum. infra, de doli except. l. ſi quis delegauerit. infra, de nouat. Quidam exiſtimans ſe debitorem meum eſſe, ſoluit, cum tamen debitor meus non eſſet: is vult repetere, quæritur an poſſit? Dicitur eum repetere non poſſe, quia is cui ſolutum eſt, ſuum recepit. debebatur enim ei, licet non ab eo qui ſoluit: ideo autem repetere non poteſt, quia alieno nomine ſoluit, cum putaret ſe debitorem eius eſſe. Simile exemplum ſumi poteſt ex leg. ſi procurator. 6. ad fin. hic. Varie ſolet hic locus intelligi: ſed mihi videtur accipiendus eſſe de eo qui ſoluit debitum. Procurator ſoluit debitum, id eſt quod dominus debebat: & tutor ſoluit debitum, id eſt quod pupillus debebat: quæritur an repetere poſſint: & dicitur repetere non poſſe. licet enim tutor vel procurator ſoluerit non de pecunia domini vel pupilli; ſed de ſua, pupillus tamen hac ſolutione facta & dominus liberantur. Veniamus nunc ad l. Si pœnæ. §. 1.

In l. Si pœnæ. §. 1.

HIc proponitur ſpecies, in qua quidam ſoluit quod non debet, ſed debebatur ab alio, & ſoluit nomine ſuo. Eum enim qui exiſtimat ſe hæredem eſſe non eſt credibile ſoluere nomine alterius: ſoluit igitur nomine ſuo, quia putat ſe hæredem eſſe, quamuis tamen non ſit: ideoque etiam repetitionem habet. Non enim idem de iſto dicere poſſumus quod de eo qui putabat ſe debitorem. vel de negotiorum geſtore, vel procuratore, vel tutore. nam non poſſumus dicere liberatum eſſe hac ſolutione verum hæredem, & actionem eo nomine huic putatiuo hæredi competere aduerſus verum hæredem: quia non ſoluit eius nomine. Exemplum prioris ſpeciei eſt in l. de hæreditate. C. de petit. hæred. Huius autem in l. cum quis. §. de peculio. infra, de ſolut. vbi diſtinguitur an quis ſoluerit nomine ſuo, an alieno: Vnde ratio ſuadet hic repetitionem ei qui ſoluit ſuo nomine competere. Nam licet alter debitum receperit, non tamen debebatur ab eo qui ſoluerit, nec ea ſolutione liberatur quis verus debitor fuit, cum eius nomine ſolutum non fuerit. Sic mihi videtur ſine vllo incommodo vtrumq; caput intelligendum eſſe, & ita diſtinxit Accurſius. Budæus noſter in Pandectas, ad l. vlt. infra, de ædil. edict. diſputans de antinomiis, ait aientia & negantia hæc eſſe. Sed vtraque propoſitio eſt vera: Repeti non poſſe ab eo qui accepit quod ſuum eſt, & repeti poſſe. Nam multæ ſunt ſpecies in quibus repetitur quod ſolutum eſt ab eo qui ſuum recepit, multæ etiam in quibus non repetitur. Sicut verum eſt pupillum ſine tutore ſuo naturaliter obligari, & eundem ſine tutore ſuo ne naturaliter quidem obligari. Hactenus de cauſis ex quibus hæc actio datur: ſequens locus de perſonis.

Cap. VIII.

Cui & contra quem detur condictio indebiti.

HÆc actio ei datur qui ſoluit indebitum per errorem contra eum qui in ſolutum accepit. Sed videamus primum de actore, deinde videbimus de reo. Hæc actio datur ei qui ſoluit indebitum, vel hæredi eius. tranſit enim ad hæredem, l. ſi fundi. 12. Aliquando tamen contingit vt quod

alius ſoluit, alius repetat: idque variis exemplis demonſtratur. Exceptiones ſunt in l. 2. §. 1. Is qui putabat ſe hæredem eſſe ſoluit indebitum: deinde teſtamentum reſciſſum eſt, vel quia inofficioſum erat, vel quia irritum factum: condictio indebiti cui dabitur? Ei ſecundum quem de hæreditate iudicatum eſt. Deinde concluditur generaliter in leg. 5. non nouum eſſe vt alius repetat quam is qui ſoluit. Similis locus eſt in l. tutores. 61. Pupillo delata eſt hæreditas: eam adiit auctore tutore, ſoluitque tutor quibuſdam creditoribus: deinde cum videret ſoluendo non eſſe hæreditatem, ab hæreditate pupillum abſtinuit: ſed cum plus ſoluerit quam debebatur creditoribus hæreditariis, quod nocet cæteris, quæritur an repetitio competat? Scæuola ſolutionem factam à tutoribus ante abſtentionem ratam eſſe debere ait, ſi bona fide facta ſit, & debitum ſolutum ſit: ſed ſi indebitum, competere repetitionem, non quidem tutoribus, ſed ei ad quem illud negocium pertinet, id eſt, cæteris creditoribus quorum intereſt. Quæritur, ſi procurator alterius nomine ſoluerit indebitum, cui competat repetitio, eine cuius nomine ſolutum eſt, an alterius? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi procurator. 6. & aliis quibuſdam locis vbi diſtinguitur an mandatu domini ſoluerit, & eo ratum habente, an non: vt ſi indebitum ſoluerit mandatu domini, vel eo ratum habente, domino competat repetitio. Si vero nec mandauerit, aut ratum habuerit, procuratori potius quam domino dabitur repetitio. Nihil intereſt an quis aliquid ſoluat ne mandante aut ratum habente, ac ipſe ſoluam. Aliud eſt ſi ſine mandatu meo procurator meus ſoluat. Nam hoc videtur ei mandatum non eſſe: idemque in eo dicendum qui liberam habet omnium bonorum adminiſtrationem. Non enim videtur mandatum eſſe vt indebitum ſoluat, quamuis videatur mandatum vt ſoluat creditoribus quod debetur: & ideo opus eſt ratihabitione vt ſolutum ſit. Huic ſimilis locus eſt in l. qui hæredis. 46. nam quod ibi dicit Iabolenus, intelligendum eſt ſecundum diſtinctionem quæ traditur in dicta l. ſi procurator. Simile eſt & in leg. cum indebitum. 57. in princip. itemque in l. ſi per ignorantiam. C. eo. Hinc quæſitum eſt de duobus reis pariter eodemque tempore ſoluentibus, vtri eorum competat repetitio? Quæſtio tractatur in l. ſi pœnæ. 19. §. vlt. & l. ſeq. Duo rei pariter ſoluerunt indebitum, quomodo repetent quod ſolutum eſt, & vtri eorum competet repetitio? Pomponius ait, ſingulis repetitionem competere pro rata. Exempli gratia, debebant decem, & ſoluerunt viginti, ſinguli repetent quina. Notandum autem eſt quod dicit, ſi pariter ſoluerint. Nam ſi ponamus duos non pariter ſoluiſſe ſed diuerſis temporibus, condictio indebiti ei qui poſterius ſoluit competet, l. cum duo. 25. Quidam promiſit decem: duo fideiuſſerunt pro eo, Titius & Sempronius: deinde tria ſoluit reus: tribus ſolutis remanent tantum in obligatione ſeptem. Contigit tamen vt hi duo fideiuſſores diuerſis temporibus ſoluerint quina, cum ignorarent tria ſoluta eſſe à reo: & ſic pro decem conſecutus ſit tredecim creditor: ideoque conſtat indebitum ſolutum eſſe per errorem, & competere condictionem indebiti. Sed cui competet condictio? poſterius ſoluenti: quia is ſolus indebitum ſoluit. Reus enim qui ſoluit tria, debitum ſoluit: prior fideiuſſor qui ſoluit quinque ſoluit etiam debitum: quia illa quinque debebantur, & adhuc aliquid reſtabat. Poſterior autem fideiuſſor dum ſoluit quinque, indebitum ſoluit, cum in obligatione duo tantum ſupereſſent: ergo tria ab eo repetentur, & huic ſoli competet condictio. Similis locus eſt in l. Stichus. 67. §. Titius. cuius hæc eſt ſpecies: Titius habebat multos creditores, & in his Seium, Mæuio autem vendidit omnia bona ſua, vt ſatiſfaceret omnibus creditoribus. Non ideo tamen exolutus erat ære alieno: ſed incipiebat ei obligari emptor ad æs alienum ſoluendum, l. epiſtola. ſuprà, de pactis. Emptor igitur ſoluit Seio, cui venditor ante ſoluerat: quæritur cui competat repetitio, an emptori bonorum, an venditori? Scæuola hic dicit emptori bonorum competere condictionem, non venditori, quia venditor debitum ſoluit, emptor autem indebitum: nam quo tempore ſoluit, iam erat liberatus debitor: & hic emptor procurator eſt in rem ſuam. Quæſtio eſt ſi quis fideiuſſerit pro eo qui indebitum promiſit, & ſoluerit, cui competat condictio, vel ei, vel reo: hæc tractatur in leg. indebitam. 47. in qua diſtinguendum eſſe ait Celſus, an fideiuſſor ſoluerit nomine ſuo, an nomine debitoris: vt ſi quidem ſoluerit nomine ſuo, id eſt pro obligatione ſua, repetitionem habeat: ſi vero nomine rei principalis, reo competat repetitio. Ex his intelligere licet cui competat hæc actio. Notandum autem eſt quod diximus eam aduerſus hunc ſolum dari qui in ſolutum accepit, non aduerſus alium, leg. his ſolis. 49. Sed ſi forte pecunia quæ ſoluta eſt conuerſa ſit in eius vtilitatem qui dedit, hæc actio aduerſus eum non dabitur. Nam (vt iam admonui) hæc actio eſt perſonalis & ex quodam quaſi contractu, tit. Inſtit. de obligat. quæ ex quaſi contractu naſcun. atque ideo ſequitur perſonam non rem, vt omnes obligationes perſonales, l. vlt. §. fin. infra, de contrahen. empt. Si igitur ſolutum ſit procuratori, cui competet condictio? Hæc quæſtio tractatur duobus in locis, leg. cum indebitum. §. 1. & leg. ſi procurator. 6. an aduerſus eum cuius nomine ſolutum eſt, an vero aduerſus ipſum procuratorem? Et diſtinguendum eſt. Si enim mandatum ſit procuratori vt reciperet, vel ratum habuerit dominus quod ſolutum eſt, condictio aduerſus dominum competet: ſed ſi neque dominus mandauerit vt reciperet indebitam pecuniam, neque habuerit ratam quod ſolutum eſt, aduerſus ipſum procuratorem competet condictio. Poſtremus locus circa condictionem indebiti eſt

De his quæ in condemnationem veniunt, & de officio iudicis in hac actione.

CAP. IX.

HIc locus præcipue reſpicit ad finem propter quam hæc actio datur. Cauſæ quidem ex quibus naſcitur hæc actio iam explicatæ ſunt ſuperioribus capitibus. ac ex his omnibus locis ediſcitur ratio concipiendæ intentionis, cum quis vult in iudicio experiri. Nam (vt ego iam admonui ſuprà) formula intentionis duo complectitur, cauſam petendi ſcilicet, deinde quid petatur. Exempli gratia: Ego dico me tibi ſoluiſſe centum, nec fuiſſe cauſam ſoluendi, id eſt, debitam non fuiſſe eam pecuniam, & per errorem me ſoluiſſe: hæc eſt cauſa agendi, quam deinde ſequitur petitio, quam nos concluſionem vocamus. Ex hoc poſtremo loco cognoſcitur, quomodo petendum & concludendum ſit. Hac igitur actione petitur vt reddatur vel quod ſolutum eſt vel tantundem. vt dicitur in l. 7. hic. nam ſi ſoluta fuerit ſpecies aliqua, puta Stichus, id ipſum quod ſolutum eſt, hac actione repetitur. Aliquando repetitur quantitas, vt ſi quis ſoluerit nummos, vel aliud quidpiam quod recipit functionem in ſuo genere magis quam in ſpecie, nihil refert an idem an tantundem reddatur, propter harum rerum ſimilitudinem naturalem. Videtur enim plene ſatisfactum eſſe ei qui tantundem recipit. Cum autem dicitur, quod datum eſt repeti, poteſt variis exemplis demonſtrari. Nam ſi fuerit tranſlata proprietas ſpeciei alicuius, repetitur ipſa ſpecies, condicitur proprietas quæ tranſlata eſt in alium. Si vero poſſeſſio tantum tranſlata fuerit, ipſa poſſeſſio tantum repetetur, l. indebiti. 15. §. ſed etſi nũmi. hic. Si quis ſoluerit nummos alienos, non videtur ei competere condictio: nihil enim videtur tranſtuliſſe in accipientem, quod dominium eorum nummorum non haberet, ſed tantum poſſeſſionem. Itaque ei tantum concedetur, vt poſſeſſionem ſolam condicere poſſit. Condictio eſt igitur poſſeſſionis ſicut proprietatis. Exemplum eſt etiam de cautione: vt ſi quis non ſoluerit, ſed cauerit tantum & promiſerit ſe ſoluturum. ſupra enim diximus repetitioni locum eſſe: quia illa cautio habetur pro datione rei. Sed quid condicetur? vt reddatur id ſcilicet quod præſtitum eſt, hoc eſt promiſſio vt liberetur is qui promiſit: & ſi ſcriptura aliqua fuerit de ea re conſcripta, illa reddatur, l. is qui. 31. idemque dicitur in l. 3. C. eo. Condicitur etiam hac actione plerunque æſtimatio rei. exemplum vnum eſt in l. ſi non ſortem. §. libertus, hic. Si libertus patrono operas fabriles ſeu artificiales præſtiterit indebitas, & quas non promiſerat ei cum manumitteretur, repetitioni locus eſt, vt iam diximus. Sed quæſtio eſt quid repetetur? Operas ſuas videtur repetere non poſſe: quoniam infectum fieri non poteſt quod factum eſt. Alias ei operæ reddentur, dixerit aliquis. Sed in hac redditione maxima repe-

titur

ritur inæqualitas, atque ideo iniquitas. Cum enim dicitur reddi alicui, id conſequitur quod præſtiterit: ſed hoc non poſſet conſequi hac redditione. nam operæ non ſunt eædem quæ à diverſis perſonis præſtantur. Opera quam præſto tibi, multum diſſimilis eſt ab opera quam mihi præſtas: diuerſitas perſonarum factorum diuerſitatem adfert. Ego ſæpe adduxi hunc locum ſub tit. de verb. oblig. vt oſtéderem multum referre à quo quid fiat, quamuis non multum interſit à quo quid detur. Quid igitur repetetur hac condictione? Vlpianus ait hoc caſu repetendam eſſe æſtimationem. Ineunda igitur erit æſtimatio operarum quæ præſtitæ ſunt, & hoc in condemnationem veniet. Aliud exemplum eſt in l. in ſumma. §. in frumento. Frumentum indebitum ſolutum eſt per errorem: is qui accepit, conſumpſit: quid condicetur ab eo? frumentum cum non exuet, æſtimatio frumenti. Hæc exempla demonſtrant quomodo ſit intelligendum quod dicitur, in hanc actionem venire aut id ipſum quod datum eſt, aut tantundem. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur. Et in primis quidem quæritur, ſi quis dederit nummos partim ſuos, partim alienos, quid repetere debeat? hæc tractatur in l. ſi pœnæ. 19. §. ſi falſo. cuius mihi videtur hic eſſe ſenſus: nam varie intelligi ſolet. Quidam cum putaret ſe debere centum, dedit centum aureos ſibi communes cum alio, id eſt, partim ſuos, partim alienos. quæritur quid condicere poſſit. Repetet partem, inquies: ſed quam partem? nam ex eo quod dicitur repetendam eſſe partem, quæri poſſet an partem ſingulorum nummorum & corporum repetiturus ſit, an vero quantitatis? Pomponius ait, partem dimidiam ſummæ, non corporum, eum repetiturum. Pars igitur dimidia pecuniæ ſolutæ, id eſt quinquaginta, repetentur: non vero pars dimidia ſingulorum corporum pro indiuiſo. Res ſatis (opinor) perſpicua erit iis qui legerint quæ à nobis ſcripta ſunt in leg. 2. de verbor. obligat. in cuius legis interpretatione admonuimus multum intereſſe inter ſpeciem & quantitatem. Species & conrpora diuiduntur intellectu in partes pro indiuiſo & intellectuales, quæ inducunt diuiſionem. l. ſeruus communis. inf. de ſtip. ſeruor. In hac ſpecie diuiſio admittitur: alias non diuiditur corpus inter aliquos, ſed ſoluitur pro parte indiuiſa Stichus, & pro parte petitur. In quantitate nihil opus eſt hac diuiſione, quoniam numi & aliæ res huiuſmodi recipiunt functionem in ſuo genere magis quàm in ſpecie. Ergo hic recte dicitur non eſſe condicendam partem dimidiam pro indiuiſo ſingulorum nummorum qui dati ſunt, ſicque petentur quinquaginta, non dimidia pars ſingulorum nummorum. hic locus pertinet ad naturam diuiduarum & indiuiduarum obligationum. Alia quæſtio eſt in l. ſi non ſortem. §. ſi centum. Debebam tibi centum, cum exiſtimarem me debere ducenta: dedi tibi fundum in ſolutum qui ducentorum erat: comperto errore volui repetere quod ſolueram tanquam indebitum. Certum quidem eſt locum eſſe repetitioni, & indebitum ſolutum eſſe per errorem: datus enim eſt fundus in ſolutum pro ducentis, cum centum tantum deberentur, ſed quæritur quid condicetur, an totus fundus, an pars fundi? Et videtur condicendam eſſe partem fundi tantum, quia fundus datus eſt pro ducentis. Ergo videtur dimidiam partem poſſe retinere is cui datus eſt fundus. Sed quamuis ſubtilitas iuris videatur exigere vt pars tantum fundi repetatur: tamen hoc alienum eſſe ait Vlpianus ab æquitate: quia aliquem in communionem incidere præter voluntatem ſuam durum eſt. Fundus enim qui futurus erat accipientis, ſi nihil repeteretur, eſſet communis. Verum quidem eſt, rem, id eſt ſpeciem pro pecunia ſolui poſſe, quanquam aliquando diſtinguitur res à ſpecie, vt in tit. de rer. permutat. Sed in hac ſpecie indebitum ſoluitur ex cauſa indebita. Ait enim, Si ex falſa debiti, &c. id eſt pro centum habere debebat dimidiam partem fundi. quod ſubtili ratione videbatur dicendum eſſe. Cur autem admitti id non debeat, ſubiicit rationem, *Nemo enim inuitus compellitur ad communionem.* Durum & inciuile eſt quempiam inuitum compelli ad communionem. communio enim controuerſias parit, leg. cum pater. §. dulciſſ. infra, de legat. 2. l. 3. §. vlt. & l. 4. de rei vindic. Et ideo dicitur ſi conuenerit inter aliquos vt nunquam diuidatur res communis inter ſe, pactum non valere. l. in hoc iudicium. 14. §. ſi conueniat. infra, commun. diui. niſi ad tempus pactum factum ſit. Simile eſt quod dicitur in l. ſi quis aliam. infra, de ſolut. Cum ego tibi deberem pecuniam, ſolui tibi fundum: ſi fundus euictus ſit, poteſt agi aduerſus me qui ſolui: ſi vero pro parte tantum, poteſt perinde agi ac ſi nihil ſolutum eſſet: quoniam alioqui is cui fundus ſolutus eſt, recederet in communionem, qui nullo pretio forte volebat habere fundum cum alio communem. In noſtra igitur ſpecie fundus ſolutus integer condicitur, & manet obligatio incorrupta, iſque qui debebat centum, adhuc debet centum: ſed tamen retinebitur fundus à creditore, donec ſoluerit, licet reddendus ſit. Quod diximus de tota re condicenda, locum habet in ſpeciebus, non autem in his rebus quæ conſtant pondere, numero, vel menſura, & quæ recipiunt functionem in ſuo genere magis quam in ſpecie. Cum tibi deberem centum, & exiſtimarem me tibi debere ducenta, ſi ſolui oleum quod valebat ducenta: comperto errore poſſum ne condicere totum oleum, an partem olei? Et ait hic Vlpianus, partem olei tantum me condicere poſſe, quia nihil incommodi eſt in iis rebus. Sequitur tertia ſpecies à duobus ſuperioribus differens, cum quantitas pro ſpecie datur, quæ & hic tractatur, veluti cum pro parte fundi pecuniæ quantitas ſoluitur. Tres igitur hic ſpecies ab Vlpiano explicantur, in quarum poſterioribus condictio locum habet, & ſi res pro alia ſoluta ſit: in prima vero minime. Prima igitur eſt cum ſoluitur fundus pro pecunia, ſecunda cum ſoluitur quantitas pro quantitate: tertia cum quantitas ſoluitur pro ſpecie. Alia quæſtio eſt de alternatione, veluti cum duæ res ſub alternatione promiſſæ ſunt. Cum enim quis, exempli gratia, disiunctim promittit Stichum, aut Pamphilum: alterum ſoluendo liberatur: electio enim eius eſt. l. vbi autem. §. qui illud. infra, de verborum obligat. & l. plærunque, infra, de iure dotium. Sed ponamus eum qui promiſit ſub alternatione Stichum aut Pamphilum, ſoluiſſe vtrumque, cum alterum tantum deberet: certum eſt locum eſſe condictioni, quia indebitum ſolutum eſt per errorem. Sed quæſtio eſt vtra ex duabus rebus ſolutis repeti debeat, Stichus an Pamphilus? hæc tractatur à Iuſtiniano in l. penul. Cod. eod. Cum enim de hac re magna controuerſia eſſet inter veteres, Iuſtinianus ſtatuit ex ſententia Papiniani, eum electionem habiturum in hac repetitione qui electionem dandi habebat. Ergo is qui promiſit Stichum aut Pamphilum, electionem habet repetendi vtrum voluerit, ſi eos ſoluerit: quia liberum ei fuit ſoluere alterutrum: niſi aliud inter contrahentes conuenerit. Celſi autem opiniones & Marcelli extant in l. ſi non ſortem. §. penult. hic. quæ corriguntur hac conſtitutione Iuſtiniani: nec tamen antinomia eſt. Nam hæc conſtitutio vna eſt ex nouis eiuſdem conſtitutionibus, vt conſtat ex inſcriptione. Lampridius enim & Oreſtes fuerunt conſules poſt primam Codicis editionem: ideoq; dubitandum non eſt quin huiuſmodi conſtitutiones abrogent ius antiquum. De aliis conſtitutionibus quæ eodem tempore relatæ ſunt, aut in Codicem, aut in Pandectas, idem dici non poteſt. Electio igitur eſt eius qui ſoluit in quæſtione propoſita. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi alterum deſierit eſſe in rerum natura. l. cum is. 32. in princ. Ratio eſt quia ſi ante ſolutionem deſiiſſet eſſe in rerum natura, nullam electionem haberet promiſſor. l. ſi in emptione. 34. § ſi emptio. infra, de contrah. empt. Ex iis exemplis & quæſtionibus quæ à nobis tractatæ ſunt, ſatis intelligitur quod diximus, ipſum quod ſolutum eſt per errorem vel eius æſtimationem repeti hac actione. Sed præterea notandum eſt, præter rem de qua principaliter agitur, venire quoque in hanc actionem acceſſiones naturales, vt fructus & partus: atque ideo qui agit condictione indebiti, non tantum concludere debet vt res data ei reddatur, ſed vt acceſſiones naturales indebiti ei quoque reddantur. l. indebiti. in princ. 15. Similis locus eſt in l. in ſumma. ei qui, hic. *Vſura autem minime. l. 1. C.* eod. huic ſimile eſt quod ſupra diximus de condictione cauſa dati cauſa non ſecuta, & de condictione ob turpem cauſam, fructus venire in huiuſmodi iudicia quamuis ſtricti iuris ſint. Et ideo, quia his actionibus peto quod meum aliquando fuit, licet deſierit eſſe meum per ſolutionem, ſecundum diſtinctioné l. videamus. inf. de vſuris. Acceſſiones

igitur naturales in hanc actionem veniunt, vſura autem quæ non ex re naſcitur, l. vſura. infra, de verb. ſig. in condemnationem non venit. Sed hic notandum eſt, quod eſt obſeruatione dignum, eum à quo condicitur indebitum, eatenus damnari quatenus ſit factus locupletior. Nam ſi appareat eum nihilo magis locupletiorem factum eſſe ex eo quod ſolutum eſt, non condicetur ei ſolutum, licet indebitum ſolutum ſit per errorem. Id colligitur ex multis locis huius tituli, veluti ex l. ſi non ſortem. §. libertus. Ego tibi ſolui Stichum, quem me tibi debere putabam: Tu ſine fraude eum ſeruum diſtraxiſti modico. Ago aduerſus te condictione indebiti. quid petam? non petam ſeruum, quia in poteſtate tua non eſt: ſed æſtimationem, ſed an iuſtum pretium? minime. Quid igitur? quanti emptus eſt ſeruus: ita vt ſi minoris ſeruus diſtractus ſit, hoc tantum repetere poſſim, quia hoc tantum peruenit ad venditorem. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. in ſumma. §. in frumento. Ego putabam me tibi debere habitationem, & conceſſi te habitare in domo mea per errorem: poſſum hoc condicere: non quidem habitationem ipſam, ſed æſtimationem. At in æſtimatione ineunda quanti tu condicturus fuiſſes ratio habebitur, quatenus locupletior factus ſis. In §. ſi ſeruum. eiuſdem legis aliud ſimile eſt exemplum. Ego tibi ſeruum ſolui per errorem, indebitum: tu eum manumiſiſti, quid veniet in repetitionem? non teneris ad æſtimationem ſerui, inquit Paulus, quia pretium ſerui ad te non peruenit: ſed propter operas liberti teneberis, ſi ſeruus manumiſſus operas forte tibi promiſerit, & hæreditatem eius reſtitues. Hæc exempla oſtendunt eatenus damnandum eſſe eum qui indebitum accepit, quatenus locupletior factus eſt. Quod eſt intelligendum, ſi in bona fide fuerit is cui res ſoluta eſt. Eodem pertinet quod dicitur in l. hæc condictio. *Ex bono & æquo eſt introducta*. Fundamentum enim huius actionis eſt æquitas: argumento eſt quod dicitur in l. vtrum. ſupra, de petit. hære. Petitio hæreditatis datur aduerſus eum qui poſſidet, quatenus locupletior factus eſt, & ſi nummos perdiderit caſu ſine fraude bonæ fidei poſſeſſor, non tenebitur. Ratio eſt quia obligatio de qua loquimur naſcitur extra id quod agitur inter dantem & accipientem, vt dicitur in l. ſi is qui. §. vlt. infra, commod. & §. 1. quib. mod. re contrah. oblig. in Inſt. Cum enim ego tibi ſolui pecuniam tanquam debitam, quæ indebita eſt, hoc conſilio do vt obligationem diſſoluam: atque ideo ſi ſubtilitatem iuris inſpiciamus, nulla actio competeret ad eam repetendam. Hac ratione fit, vt reus tantum teneatur hac actione, quatenus factus eſt locupletior hac ſolutione.

Cap. X.

Quo in loco agendum ſit hac actione.

Dictum eſt quid veniat in hanc condictionem indebiti, & quod ſit iudicis officium in hac actione. Nunc quæritur, quo in loco agendum ſit hac actione. Hic locus pertinet ad iudicis officium, videlicet, vt reddat is qui indebitum accipit: pertinet etiam partim ad tit. de iudiciis, partim ad tit. de eo quod certo loco. Vnum hic notandum eſt, exiſtimationem & errorem ſoluentis non facere vt alio in loco non conueniatur, quam in quo aliàs ſoluere debuit. l. qui loco. 27. ſed plenius tractabitur hic locus in tit. de eo quod certo loco. Quæritur etiam cui incumbat probatio in hoc iudicio. Hæc quæſtio tractatur in l. cum de indebito. infra, de probat. Is qui experitur hac actione, ante ſe ſoluiſſe, & quidem indebitum: ſed debitum fuerit an indebitum cui incumbat probatio reo an actori.

Cap. XI.

De exceptionibus reo competentibus.

Diximus ſub tit. de probat. hic etiam quæritur, de exceptionibus reo competentibus, quibus ſe tueri poteſt is qui hac actione conuenitur. Exceptiones rei conuenti hac actione ex iam dictis facile colligi poſſunt: ſed quia colligi ſolent nonnulli caſus, in quibus hæc actio ceſſat, de his breuiter dicam. Dicitur in primis hanc actionem ceſſare, cum ex cauſa iudicati vel tranſactionis ſolutum eſt: id colligitur ex l. 1. & 2. C. eo. idem dicitur in l. in ſumma. hic. ſed re vera in omnibus his caſibus & ſimilibus debitum eſt id de quo quæritur, ſi iudicatum ſit aliquem debere? nam dubium non eſt quin debeat, & quin ab eo debitum peti poſſit, & ſi forte debitum non erat ante rem iudicatam, vel ante tranſactionem, vel iuſiurandum. Alius caſus eſt, cum quid ſoluitur ex ea cauſa quæ per inficiationem creſcit: tunc enim huic condictioni locus non eſt, l. 4. C. eo. idem dicitur in §. vlt. de oblig. quæ ex quaſi contract. Inſtit. veluti ex cauſa legis Aquiliæ. Actio enim legis Aquiliæ ob damnum iniuria datur in ſimplum aduerſus confitentem, aduerſus inficiantem in duplum. l. inde Neratius. §. hæc actio. ſupra, ad leg. Aquil. Creſcit igitur hæc actio legis Aquiliæ per inficiationem. Ponamus ergo ex ea cauſa ſolutum eſſe per errorem quod non debebatur. Exempli gratia, putabam me tibi damnum dediſſe iniuria, atque ideo me actione legis Aquiliæ teneri: ſolui tibi, quæritur an repetitioni locus ſit: videtur indebitum ſolutum eſſe. Nam interuenit error, & ſoluta eſt æſtimatio damni dati, cum tamen damnum non dederim. hic nihilominus dicunt Impp. repetitioni locum non eſſe: idque certiſſimi iuris eſſe. Sed quæritur qua ratione hoc ius ſit conſtitutum. Dubium non eſt quin id certo iure cautũ ſit, ex eo quod reſcripſere Impp. ſub his verbis: *Certiſſimi iuris eſt*. Ratio tamen ſubobſcura eſt. Vulgo dicitur ideo repetitioni locum non eſſe, quia damnum datum fuit ab aliquo, licet non ab eo qui damni dati æſtimationem ſoluit. quod valde nugatorium eſt. Sed crediderim veteres Iuriſconſultos ideo id conſtituiſſe, quod experti eſſent ex repetitione aliquod incommodum ſequi, vitandique huius incommodi gratia cenſuiſſe, vt hoc in caſu repetitio denegaretur. Probabilius igitur mihi videtur id conſtitutum eſſe, ne alias fraus facile fiat legi Aquiliæ quod ad pœnam attinet, quæ aduerſus inficiantem datur. Nam ſi locus eſſet repetitioni, is qui damnum iniuria dederit alteri, poſſet agendo condictione indebiti experiri, an aduerſarius probationes habeat an non: idque ſine periculo pœnæ. Sed ſi quis velit experiri an aduerſarius poſſit probare damnum ſibi iniuria datum eſſe an non, conſultiſſimum erit, vt is ſoluat: vt ſi locus ſit repetitioni, deinde id repetat per condictionem indebiti. In condictione enim indebiti inquiritur an debitum fuerit an indebitum quod ſolutum eſt: atque ita inquiretur an damnum datum fuerit an non. Si damnum datum fuerit, debitum eſt: ſin minus, indebitum. Si vicerit in hoc iudicio is qui ſoluit, id eſt, ſi non potuerit probari debitum fuiſſe, tutus erit, & ſolutum repetet: ſi vero probatum fuerit debitum fuiſſe, & damnum datum, is non condemnabitur ad pœnam, quia hæc lex pœnam tantum irrogat damnato ex lege Aquilia: hic autem damnatus non eſt. Ergo ſi permittatur ei condictione indebiti experiri, facile fraudem facere poterit legi Aquiliæ, qua ſtatuitur pœna duplici aduerſus inficiantem. Hæc tamen ratio ceſſat in actionibus pœnalibus, l. eleganter. §. vlt. hic. Aliquando enim lex ab initio irrogat pœnam, veluti aduerſus furem & raptorem. Nam fur non tenetur dupli aut quadrupli propter inficiationem ſuam, ſed propter admiſſum furtum. Sed ob damnum iniuria datum non eſt pœna dupli, niſi inficiatus fuerit reus. Hæc ratio mihi videtur probabilis eſſe.

Condictio indebiti cur locum nõ habeat, ſi per errorem ex lege Aquilia ſolutum ſit.

Quæritur etiam de pœna quæ alicui præſtita eſt, an poſſit repeti? Hæc quæſtio tractatur in l. pœnæ non ſolent. 42. Hic locus valde etiam obſcurus eſt. Condictio ergo indebiti ceſſat in pœna. Dicitur enim pœnas non ſolere repeti, cum depenſæ ſunt. Sed vulgo dicitur, ex ſententia hæc mihi etiam probabilis eſſe videtur, hunc locum eſſe intelligendum ſecundum l. qui ob rem. hic. Qui ob rem indefenſam pœnam ſoluit, ſi poſtea velit defendere, non poterit repetere pœnam. Alia quæſtio eſt de renunciatione, vt ſi quis renunciauerit condictioni indebiti. leg. vlt. §. idem quæſiit. vbi legendum eſt, *In pariationibus*, non, *in pactionibus*, vt male in vulgatis Codicibus. Pariare eſt paria facere: Pariatio nunc dicitur, cum ita rationes redduntur, vt paria ſint accepta cum expenſis. Hinc verbum pariator vſurpatum à Paulo in l. Iulius Paulus. infra, de condit. & demonſtrat. Si igitur poſt redditas rationes, adſcriptum eſt, ex eo contractu nullam inter ſe amplius eſſe controuerſiam, an hæc clauſula impediet condictionem indebiti, ſi forte aliquid per errorem ſolutum ſit? Hic dicitur non impedire. Non enim

Ad l. pœnas non ſolent.

Si renũtiatum ſit, an nihilominus competat indebiti cõdictio.

videtur de eo cogitatum eſſe. Quid dicemus de renunciatione ſpeciali? hoc controuerſum eſt: veluti ſi in tabulis adſcriptum ſit, aliquem renunciare condictioni indebiti, condictioni ſine cauſa, & in factum, an hæc renuntiatio impediet cõdictionem indebiti? Et vulgo receptum eſt, idem dicendum eſſe in hac renunciatione quod in generali. Nam videtur eadem ratio eſſe. Sunt qui diſſentiant: ſed hoc quod dixi receptius eſt, & videtur mihi probabilius eſſe. Alia quæſtio eſt in l. vltim. §. vltim. in qua dubitatur an ceſſet condictio indebiti. Minor aut hæres à Prætore eſt reſtitutus in integrum, ne ſoluat quod debitum eſſe dicebatur, propter hanc reſtitutionem, quæritur an poſſit repetere quod iam ſolutum eſt. Dicitur non eſſe locum repetitioni. eſt enim reſtitutus aduerſus eum tantum cui promiſerat, & cui nondum ſoluerat, hæc autem reſtitutio non pertinet ad id quod ſolutum eſt. Nam antequam impubes reſtitutus ſit, conſtat debitum eſſe. Ergo ad id quod ante ſolutum eſt hæc reſtitutio non porrigetur. Nam & ſi minor captus ſit ſua facilitate & lubrico ætatis, antequam reſtitutus ſit, dicitur debere, nec ei vlla datur exceptio, l. exceptiones quæ perſonæ. infra, de except.

An hæc actio cũ aliis actionibus concurrat.

Poſtremo quæritur circa hunc locum, de concurſu actionum, an hæc actio cum aliis actionibus concurrat? Et certum eſt concurrere poſſe. Exemplum vnum eſt in l. 2. hic. Si quis ſoluerit ea lege vt ſibi reddatur, ſi indebitum eſſe appareat, hic negocium quoddam contrahitur, atque ideo ex eo contractu poterit agi præſcriptis in factum verbis. Eſt enim contractus initus, qui propriam appellationem non habet. Solet quæri an hæc condictio concurrat cum rei vindicatione? Sed haud dubium eſt non concurrere. Nam is qui ſoluit transfert dominium rei ſolutæ in alium, licet per errorem ſoluat: atque ideo dicitur competere, quia ſcilicet petit dominiũ eius rei ſibi acquiri: quod etiam obſeruatur in omnibus condictionibus. §. ſic itaque. de actionibus, Inſtitutis. Et de actione in rem proprius eſt locus in l. dominus. hic. vbi diſtinguitur an dominium translatum ſit in accipientem, cui iam ſolutio facta eſt, an non ſit: vt ſi dominium translatum ſit, quoniam ſcilicet ſoluta res eſt ab eo qui poteſtatem eius alienandæ habebat, ceſſet rei vindicatio, & competat condictio: Si autem dominium translatum non ſit, quia is qui ſoluit manſit dominus, competat rei vindicatio. Is ſiquidem qui experitur actione in rem contendit ſe dominum eſſe. Qui autem experitur condictione indebiti, petit dominium in ſe transferri, quæ profecto repugnantia ſunt.

An hæc condictio concurrat cum rei vindicatione.

Ad l. dominus.

IN TIT. VII. DE CONDICTIONE SINE CAUSA,

Et de condictione ex lege, & ſine cauſa vel iniuſta cauſa, Tit. IX. libr. IV. Cod.

DVOBVS locis præcipuis nos complectemur hunc tractatum. Quæritur enim in primis qua ex cauſa detur hæc actio, & quid veniat in condemnationem, quidve petendum ſit. Ex his enim intelligemus, quod etiam ſupra admonui, diſputans de condictione indebiti, quomodo concipienda ſit formula intentionis, ſi quis velit experiri in iudicio. Hæc enim duo complecti debet intentio, quid petendum ſit, & qua ex cauſa.

Qua ex cauſa detur hæc actio.
CAP. I.

HÆc actio datur cum ſine cauſa aliquid datum eſt, vel promiſſum. l. 1. hic. Et ſæpe accidit, vt nulla ſuperiorum condictionum competat, ideoque hæc maxime neceſſaria eſt. Nititur autem magna æquitate, vt dicitur l. ſi me & Titium. ſupra, de rebus credit. vbi ait Iuriſconſult. Cum aliquid ad te ex pecunia mea peruenit, id mihi reddi æquum & bonum eſt: quo etiam caſu mihi competit hæc condictio. Latiſſime igitur patet hæc actio. Sed quid eſt ſine cauſa aliquid dare? Hoc verbum multis modis intelligitur. Nam aliquando intelligitur cum ab initio nulla cauſa apparet dandi vel promittendi: aliquando accipitur cum aliqua fuit ab initio, ſed ea finita eſt, vel ſecuta non eſt. Sæpe enim cauſa iuſta redit ad cauſam iniuſtam, vt dicitur in l. 1. hic. vbi hæc etiam declarantur exemplis. Exemplum vnum eſt in l. 2. de fullone. Fullo conduxerat veſtimenta lauanda, & polienda: hæc amiſſa ſunt. Coactus is eſt pretium horum veſtimentorum ſoluere domino. Deinde veſtimenta inuenit dominus: quæritur an poſſit condicere? Hic dicitur locum eſſe condictioni. Nam cum poſtea inuenerit veſtimenta dominus, quaſi ſine cauſa datum videtur. Re vera enim fuit aliqua iuſta cauſa dandi, ſed hæc iuſta cauſa rediit ad iniuſtam, cum inuenta ſunt veſtimenta. iuſta igitur cauſa non eſt retinendi. nam nihil refert, inquit Africanus, vtrumne ab initio ſine cauſa quid datum ſit, an cauſa propter quam ſit, ſecuta non ſit, l. nihil refert. hic. Alia quædam exempla reperiuntur ſub tit. de condictione ſine cauſa, in C. Nam in l. 2. huiuſmodi exemplum eſt: Ego mutuam pecuniam à te accepi: deinde tibi ſolui: peto vt mihi reddas chirographum meum: quæ actio aduerſus te competit? Condictio ſine cauſa, de qua hic loquimur. Nulla enim cauſa eſt retinendæ huius cautionis. Initio quidem aliqua cauſa eius retinendæ fuit, ſed nunc cum ſoluta ſit pecunia, nulla cauſa iuſta eſt. Notandum igitur eſt, cum quis ſoluit pecuniam creditori ſuo, non tantum eum cogi poſſe ad apocham reddendam, ſed etiam ad reddendum inſtrumentum, & chirographum quod de ea re ſcriptum eſt. De apocha mentio eſt in l. pecuniæ. Cod. de ſolut. & l. ſicut. Cod. de libera. cauſ. ſed hoc intelligendum eſt, ſi inſtrumentum illud vel chirographum extet in rerum natura. Nam ſi deſierit eſſe in rerum natura, ſatis erit ſi liberet ſoluentem debitorem. l. huiuſmodi. §. ſi ita. infra, de legat. 1. Simile exemplum eſt in l. vltim. huius tit. Cod. qui tamen locus pertinet ad tit. de non numerata pecunia. quem poſtea explicabimus. Ego ſcripſi chirographum, ſperans fore vt ſtatim mihi pecuniam numerares: non numeraſti: datur mihi exceptio non numeratæ pecuniæ, ſi intra biennium aduerſus me experiaris, & petas à me pecuniam quaſi numeratam. Sed ſi quis nolit expectare dum aduerſarius agat, qui forte cautus & aſtutus expectat vt biennium elabatur, vt non poſſit aduerſus eum opponi exceptio non numeratæ pecuniæ, is qui cautionem ſcripſit poterit eam repetere hac actione: quia iuſta cauſa non eſt, eam cautionem retineri. *Necdum tranſiiſſe tempus ſtatutum.* De hoc ſtatuto tempore dicemus ſub tit. de non numer. pecun.

Sine cauſa quid.

Ad l. 2. C. eodem.

Aliud exemplum eſt in l. 3. Cod. eod. malæ fidei poſſeſſor cogitur ad reddendos fructus non tantum extantes, ſed etiam conſumptos. Hoc enim intereſt inter bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſorem. Nam bonæ fidei poſſeſſor lucratur fructus conſumptos. l. certum eſt. C. de rei vind. Sed qua actione petentur? Fructus extantes facile petentur rei vindicatione: nam rei vindicatio datur domino aduerſus poſſeſſorem: fructus vero conſumpti, condictione. Nec enim poteſt dominus vindicare fructus conſumptos: quia nullum eſt corpus cuius ſe dominum dicere poſſit, ſed eos condicet. Idem dicitur in l. aduerſus. C. de crimi. expil. hæred. De promiſſione autem exemplum eſt in l. 1. vt propter promiſſionem, & ſi nihil datum ſit, locus ſit condictioni, ſicut diximus in ſuperioribus tit. Cautio enim habetur pro datione: & ideo repetitioni locus eſt. Deinde quod dicitur, *Sine cauſa*, ita intelligendum eſt, niſi turpis cauſa ſit ex parte vtriuſque. Tunc enim turpitudo repetitionem impedit, ſicut diximus ſub tit. de condict. ob turpem cauſ. Et vna ſpecies eſt in l. auunculo. hic. vbi tamen turpis cauſa non eſt, licet turpis eſſe videatur. Si enim mulier quæ deſponſata eſt auunculo ſuo dotis cauſa aliquid dederit, ſi nullum ſecutum fuerit matrimonium, datur hæc condictio ad repetendum quod datum eſt, quaſi nulla cauſa ab initio fuerit dandi, cum pecunia ea, inquit Papinian. in dotem conuerti nequiret. Sequitur,

Quid petatur hac actione.
CAP. II.

HAc actione rei datæ reſtitutio petitur, vel etiam promiſſio: vt ſi tantum promiſſum ſit, condicatur liberatio. vt liberetur is qui promiſit. Ergo condicitur hac actione id quod datum eſt vel promiſſum: & adiiciendum eſt, pro qua parte datum, vel promiſſum eſt, pro ea parte hanc

actionem competere.l.5.hic. Cætera quæ ad hunc locum pertinent poſſunt peti ex ſuperioribus titulis, puta an reſtituendi ſint fructus an vſuræ. Eſt enim eadem natura omniũ condictionum. Poſtremo hæc actio cum quibuſdam aliis condictionibus concurrit. Exempla ſunt in l.1.hic. Videtur quaſi ſine cauſa datum eſſe, cum cauſa ſecuta non eſt: ergo concurrit cum condictione cauſa dati. Poteſt etiam concurrere cum actione bonæ fidei. Exemplum eſt in l.ſi fullo. Nam fullo repertis veſtimentis poteſt ex conducto agere ad repetendum pretium quod ſoluit, cum veſtimenta eſſent amiſſa. Sed ſpecialiter datur hæc actio, cum ab initio nulla cauſa dandi fuit: quo caſu locus etiam eſt exceptioni doli mali. l. 2.§.circa.infrà, de except.doli, l.cum de indebito.infrà, de probat. Si quis cauerit ſe aliquid daturum, & cauſam non expreſſerit, nulla eſt promiſſio.

DE CONDICTIONE FVRTIVA. TIT. I. LIB. XIII. PANDECT. ET TIT. VIII. LIB. IIII. COD.

HÆc condictio comparata eſt aduerſus fures, ad repetendas res quæ furto ſurreptæ ſunt. quamuis enim multæ aliæ actiones comparatæ ſint eo nomine: tamen hæc actio vtilis & neceſſaria eſt, vt ex iis quæ mox dicturi ſumus perſpicuum erit. De aliis actionibus, cuiuſmodi eſt actio furti, tractatur in aliis locis: de condictione furtiua nunc videndum eſt. In primis quærenda eſt cauſa huius actionis, deinde quid veniat in hanc actionem. In omni enim iudicio (vt ſæpe admonui) hæc duo inquirenda ſunt.

CAP. I.

De cauſa huius actionis.

DVplex cauſa eſt huius condictionis. Prior eſt furtum factum ab aliquo, quod nomen actionis ſatis indicat. Condictio enim furtiua vocatur, videlicet qua condicitur id quod furto ſublatum eſt. Niſi enim furtum factum ſit, locus non eſt huic actioni. Vnde quæritur quid furtum ſit? Eius definitio traditur in leg.1.de furt.& tit. Inſtit.de obligat. quæ ex delict. naſcun. vbi dicitur, furtum eſſe contrectationem fraudulosam lucri faciendi gratia vel ipſius rei, vel etiam vſus eius, poſſeſſionisve. De quibuſdam autem ſpeciebus furti hic quæritur: & aliæ relinquuntur, quia magis ad tit.de furtis pertinent: vt cum quæritur de eo qui per vim rapuit, in l.ſiue manifeſtus.10.§.1. Is qui per vim rapuit rem aliquam raptor dicitur, & aduerſus eum prodita eſt actio vi bonorum raptorum, de qua extat tit.in Cod.& in Pandect. & in Inſtitut. Sed is re vera furtum non facit, imo fure improbior eſt, vt dicitur in Inſtitut. dicto tit.de vi bonor. raptor. is quidem contrectat rem alienam, ſed hoc plus facit, quia per vim rapit. Quæritur etiam de eo qui re depoſita vel commodata vtitur aliter quam debeat.l.qui furtum.15. Dubium non eſt quin is cui res commodata eſt, vel apud quem depoſita eſt, vtendo ea poſſit furtum committere. l. qui re ſibi. & l.qui iumenta. infrà, de furtis. Nam cum in definitione ſupra poſita dicatur, furtum eſſe contrectationem fraudulosam lucri faciendi gratia vel ipſius rei, vel poſſeſſionis aut etiam vſus, & qui longius duxit equum commodatum, ſaltem voluerit lucrari vſum eius, furti tenetur. Idem de depoſitario dicendum, ſi re apud ſe depoſita aliter atque accepit vtatur. Quæritur etiam de eo qui indebitos nummos ſciens accepit. l. quoniam. 18.hic. Si quis ſciens indebitos nummos acceperit, furtum facit, itemque is qui ſimulat ſe creditorem eſſe cum non ſit.l.falſus. 44. in princip. infra, de furt. contrectat enim rem alienam inuito domino. Exempli gratia: Si quis cuipiam pecuniam attulerit, & aliquis ſimulet ſibi amiſſam eſſe, furtum facit. In his igitur omnibus caſibus, & his ſimilibus locus eſt huic actioni, quia re vera furtum fit, & furtum huius actionis cauſa eſt. Nihil autem refert an furtum manifeſtum ſit, an non ſit, vt dicitur in l.10.hic. Quid ſit furtum manifeſtum, vel non manifeſtum, tractatur ſub tit. de oblig.quæ ex delict.naſcun.Inſtit.& in tit.de furt.ff.& C. Multum tamen refert, vt dicitur in eadem lege, an manifeſtus fur ita deprehenſus ſit, vt poſſeſſio ſit ab eo ablata, an vero ablata non ſit. Nam ſi quidam perſequatur furem, & auferat ab eo rem furtiuam, hoc caſu non poterit locus eſſe huic actioni: quia hæc actio datur ad rem repetendam. Is autem iam conſecutus eſt rem ſuam: ideoque aduerſus furem manifeſtum tunc habet locum hæc actio, cum fur deprehenſus eſt, ſed ei res ablata non eſt. Exempli gratia: cum quis perſequeretur furem, videret autem fur ſe apprehenſum iri, eiecit rem, vel effudit vinum quod ſurripuerat, ita vt poſſeſſio rei non fuerit ad dominum reuerſa cui fuerat ſurrepta, datur aduerſus eum hæc actio. Quid dicemus de eo cuius ope aut conſilio furtum factum eſt, an aduerſus eum dabitur hæc actio? Hæc quæſtio tractatur in l. 5. & 6. vbi dicunt Iuriſconſul. nunquam hac actione teneri alium quam qui furtum facit, aut hæredem eius. *Etiamſi furti teneatur.* Actio furti non tantum datur aduerſus eum qui furtum fecit, ſed etiam aduerſus eum, cuius ope & conſilio furtum factum eſt.§.interdum. de obligat.quæ ex delict. naſcun. in Inſtit. cuius vetus hæc erat formula: *Ope, conſilio tuo furtum eſſe factum aio.* Sed hæc condictio furtiua non datur aduerſus eum cuius ope & conſilio furtum factum eſt, licet actio furti detur. Actio enim furti differt ab hac actione. Nam actio furti datur aduerſus furem vel aduerſus eum cuius ope & conſilio furtum factum eſt ad pœnam dupli vel quadrupli: hæc autem actio aduerſus furem ſeu hæredem eius ad rem quæ furto ablata eſt repetendam.

Altera cauſa huius actionis eſt, dominium ex parte actoris. Nam oportet eum qui agit eſſe dominum eius rei quæ ſurrepta eſt. in l. 1. hic. & hoc etiam differt actio furti à condictione furtiua. Actio enim furti competit etiam ei cuius intereſt, etiam ſi dominus rei non ſit. Hæc vero actio ei tantum qui dominus eſt. Ergo ſi quis apud me depoſuerit rem ſuam, & quis eam ſurripuerit, non dabitur mihi condictio furtiua, ſed actio furti. Hinc conſequens eſt, ſi quis rem alienauerit, eum condicere non poſſe poſt alienationem. leg. ſi, ne.§.penult.hic. *Domini facto.* Si is cui res ſurrepta eſt, cum dominus eius eſſet, deinde eius rei facto ſuo dominium amiſerit, non poterit eam condicere. Nam ſoli domino, vt diximus, competit hæc condictio. Ergo qui deſiit eſſe dominus, non poteſt condicere. Inde etiam ſequitur, ſi pendente iudicio actor dominus eſſe deſierit, abſoluendum eſſe reum in hoc iudicio.l.ſi ſeruus.14. Dominus ſerui ſurrepti legauit eum teſtamento ſub conditione poſt mortem teſtatoris, hæres antequam extiterit conditio, poteſt ſeruum condicere à fure, quia adhuc eius manſit dominus. Verum quidem eſt recta via dominium rei legatæ ab eo qui legauit ad legatarium tranſire. l. à Titio. infra, de furtis. Ita tamen ſi pure legatum ſit. Nam ſi ſub conditione, non tranſit dominium ad legatarium, niſi exiſtente conditione: quod ſi lite pendente & conteſtata conditio extiterit reus abſoluitur. Ego dixi quomodo hoc accipiendum in l. ſi mulier. infra, ſoluto matrimonio. Hæres enim ante conditionis euentum ius habet agendi: quia eſt dominus rei. Si igitur lite conteſtata, & pendente iudicio, ius eius perimatur, quia extitit conditio, ſub qua legatus erat ſeruus, dominus eſſe deſinit, & reus abſoluitur. Quid ſi ſententia ſequatur ante conditionis euentum? quodnam futurum eſt iudicis officium? Dices quod condemnabit ad æſtimationem ſerui. At hoc non conuenit rationi, vt ineatur ſerui æſtimatio, & quanti ſeruus eſt, tantum ei adiudicetur, quoniam dominium ſerui receſſurum eſt ab eo, ſi forte conditio extiterit: ideoque Iulianus dicit inſpiciendum eſſe quanti alius empturus eſſet hunc ſeruum cuius dominium receſſurum eſt, ſi extiterit conditio. Propter hanc condictionem nemo tam facile empturus eſſet, quam ſi emeret ſine hac condictione. Emit enim aleam, vt ita dicam. non ergo damnabitur hoc caſu fur ad æſtimationem ſerui. Igitur vt huic actioni locus ſit, oportet eum qui agere vult, dominum eſſe rei ſurreptæ. Sed quid ſi habeat ius aliquod reale, vt ius pignoris, an poterit agere hac actione? Hæc quæſtio tractatur in l.& ideo. 12.§.vltim.vbi ait Vlpianus hunc *certi condictione acturum.* quibus verbis ſignificat hanc actionem non dari, vtpote quæ competat ſoli domino. Nam qui pignus habet, dominus non eſt, licet ius habeat in rem: ſed tamen quia ipſius intereſt propter ius pignoris, ideo poterit incerti condicere.

Condi-

Condictio incerti qua.

Condictio incerti generalis actio eſt, ſicut certi condictio: ideoque vt certi condictio datur ex omni cauſa, ex qua certum petitur: ſic & incerti condictio ex omni cauſa, ex qua incertum petitur: veluti cum petitur id quod intereſt. l. certi condictio. ſup. de reb. cred. Et hactenus quidem, quibus ex cauſis hæc actio detur: nunc videndum eſt,

CAP. II.

Quid veniat in hanc actionem, & in condemnationem.

Certum eſt rem ipſam furtiuam peti hac actione, & in condemnationem venire. l. 7. §. 1. hic. in qua docet Vlpianus differentiam inter actionem furti & condictionem furtiuam. Condictione enim furtiua perſequimur rem, quæ furto ſublata eſt: actione vero furti pœnam dupli vel quadrupli: ita vt vna actio alteram non perimat: cum diuerſæ res petantur his actionibus. Si enim ad eandem rem pertinerent, vna per alteram tolleretur: vnde dicitur in eadem l. 7. §. vlt. hanc actionem rei perſecutoriam eſſe. Inter vulgares diuiſiones actionum, ſub tit. de act. in Inſtitut. hæc refertur quod aliæ pœnales ſint, aliæ rei perſecutoriæ. Qui autem agit condictione furtiua, perſequitur rem quæ ſurrepta eſt, non pœnam: ipſa igitur res ſurrepta in condemnatione venit. Quod ita intelligendum etiam eſt, vt detur res. Is enim qui agit condictione furtiua, petit rem ſurreptam ſibi dari. quod tamen mirum videtur: quia hoc eſt contra naturam condictionum, quæ ſunt actiones in perſonam. §. appellamus. de act. in Inſtitut. Nam actione in perſonam experimur contra eum, qui obligatus eſt ad dandum vel faciendum. Actione in rem petimus declarari dominium rei eſſe noſtrum, nec contendimus eum, aduerſus quem agimus, nobis eſſe obligatum ad dandum vel faciendum ex aliquo contractu, vel maleficio. Sed ob neceſſitatem receptum eſt contra communem rationem, vt qui agit hac actione, petat ſibi dari rem, idque odio furum, vt pluribus actionibus teneantur. §. ſic itaque. de act. Nam alias nemo poteſt condicere rem ſuam. l. vlti. ſupra vſufr. quemadm. caueа. id eſt, ita petere, *Si paret eum dare oportere,* Nam ei qui dominus eſt, dari non poteſt. Dare enim eſt dominium transferre. Deinde hac actione petuntur fructus, & aliæ acceſſiones naturales. l. in re furtiua. 8. §. vlt. Cum is qui agit hac actione petat quod ſuum eſt: idque multo magis in hac actione, quam in aliis condictionibus, in quibus id tantum petimus quod aliquando noſtrum fuit. Petitur etiam hac actione quod actoris intereſt rem ſibi ſurreptam non eſſe, non tantum propter damnum, ſed etiam propter lucrum. l. 3. hic. Intereſſe enim noſtrum dicitur quod nobis abeſt, vel lucrari definimus. l. ſi commiſſa. infr. rem rat. hab. Quæritur, ſi ſpecies noua confecta ſit ex re ſurrepta, an veniat in hanc actionem? Hæc quæſtio tractatur in l. ex argento. 15. Quidam ſurripuit nobis argentum, deinde vaſa quædam ex eo confecit: poſſumus ne condicere ea vaſa? Quæſtionem facit, quod videor cōdicere aliud quam quod mihi ſurreptum eſt. Nulla enim vaſa mihi ſurrepta ſunt, ſed tantum argentum. hic tamen dicit Paulus, pocula facta ex meo argento, me condicere poſſe. Et in hac ſpecie non eſt magna dubitatio: Nam pocula manent domini, ex cuius argento confecta ſunt, ſecundum diſtinctionem, quæ traditur in l. adeo. §. cum quis. inf. de acquir. ret. dom. Cum enim ex aliqua materia ſpecies noua conficitur, ſi ea ſpecies poſſit reuerti ad rudem materiam, eius ſpeciei dominus eſt, qui dominus erat eius materiæ. Sed hic quæritur, ſi res furtiua perierit, an ſit locus huic condictioni? Mouet quæſtionem, quod res perempta reddi non poteſt: hoc autem iudicio agitur, vt res reddatur: nihilominus tamen dicitur huic iudicio locum eſſe. l. in re furtiua. 8. hic. Licet enim res furtiua reddi non poſſit, ſoluitur tamen æſtimatio: ſicut dicimus cum quis per ſtipulationem promiſit rem aliquam, & poſt moram debitoris res illa perimitur, tunc non liberatur reus, ſed perpetua eſt aduerſus eum actio & obligatio. l. ſi ex legat. l. ſi ſeruum. §. ſequitur. infra, de verb. obligat. petitur enim æſtimatio rei. At fur ſemper eſt in mora. l. in re furtiua. & l. vlti. hic: ergo & ab eo peti æſtimatio poteſt. Is qui promiſit rem aliquam per ſtipulationem, non dicitur ſemper moram facere: quia neceſſaria eſt interpellatio, dict. l. ſi ex legati cauſa. & l. mora. infr. de vſur. Nec ſufficit tantum interpellatio, ſed & alia multa neceſſaria ſunt ad conſtituendum debitorem in mora, vt dicitur in l. ſciendum. & in l. mora. infr. de vſur. quod ſecus eſt in fure, etiam abſque interpellatione. Simile eſt quod dicitur in l. qui furtum. 16. hic. In hoc contractu præſtatur fortuitus caſus, in aliis culpa tantum. Quoquo igitur caſu perierit res ſurrepta, fur tenebitur hac actione ad æſtimationem: ſicut is qui promiſit, & interpellatus non ſoluit, præſtat periculum, ſi res poſtea interierit. Sed quæritur cuius temporis habenda ſit ratio in hac æſtimatione ineunda, an eius quo res eſt ſurrepta, an quo iudicatur? Hæc quæſtio tractatur in l. in re furtiua. §. 1. Quomodo hic locus accipiendus ſit docuimus ad l. vinum. ſupra, de reb. credit. Improbaui eorum ſententiam, qui putabant in actione mutui, & aliis condictionibus ſpectandum eſſe tempus, quo res plurimi fuit. Et dixi videndum eſſe, an ſtatus rei mutatus ſit: vt ſi res facta ſit, aut precioſior, aut deterior, hoc caſu ſequendum ſit, quod dicitur in l. 3. de condict. tritic. Cum autem ſtatu non mutato res creuit vel decreuit, ſequendum ſit quod dicitur in l. vinum. Iniquum eſt eum, qui rem aliquam debet, reddēdo rem, quæ deterior facta eſt poſt moram, liberari: idem dicendum eſt de fure quod l. 3. infra, de condict. tritic. qui locus oſtendit hanc actionem, ab aliis condictionibus non eſſe ſeparandam, vt Alciatus putat. Exemplum eſt in l. ex argento. hic. Si infans ſurreptus adoleuerit. Non dubium eſt, quin eo tempore quo ſurreptus eſt, minimi fuerit pretii. Si igitur adoleuit infans, & ſic factus eſt precioſior, mutatuſque eſt ſtatus rei, cuius temporis habebitur ratio? Spectabimus tempus quo res facta eſt precioſior, & habebitur ratio temporis condemnationis: ſed de his plenius diximus ſub tit. de rebus creditis, in interpretatione d. l. vinum: ſupra. Fur ergo re perempta, quæ furto ablata eſt, tenetur hac actione ad æſtimationem rei propter moram ſuam: ſed hoc eſt intelligendum, niſi ante interitum rei moram ſuam purgauerit. l. parui. hic. Fur moram purgat offerendo rem furtiuam domino. Si enim obtulerit rem furtiuam domino, & per dominum ſteterit quominus eam reciperet, dicitur mora furis purgata eſſe, adeo vt ſi perierit res poſt eam oblationem, non teneatur ad æſtimationem quaſi poſt moram eius perierit. Nam hac oblatione purgata omnino eſt mora furis.

Cuius temporis æſtimatio in hac actione ſit ineunda.

Intereſſe noſtrum quid.

Furtiua res cum periit, an ſit locus huic condictioni.

Alia eſt ratio purgandæ moræ, ſi ita obligatio in aliam nouationis cauſam transferatur. dict. l. parui. Hac etiam ratione tollitur omnis obligatio qua tenebatur, ideoque etiam mora purgatur. Igitur ad conſtituendum eum in mora, neceſſaria erit interpellatio: & ſi ante interpellationem res perierit, non tenebitur. *Nec me mouet præſens homo fuerit, necne.* Ego id declaraui in interpretatione l. ſcire debemus. §. vlt. & l. eum qui ita. §. vlt. infra, de verb. obligat. Dicimus ſtipulationem ſolam non purgare moram, niſi animo nouandi facta fuerit. Oportet rem præſentem eſſe. Nam ſi ſtipulatio interuenerit cum res præſens eſſet, etſi nulla nouatio facta fuerit, tamen propter rei præſentiam purgatur mora. l. qui decem. §. 1. de ſolut. Sed hac præſentia opus non eſt, cum nouatio facta eſt. Idem dicitur in l. 2. Cod. eod. vbi dicitur periculum rei furtiuæ pertinere ad furem ante oblationem. Igitur ſi fur obtulerit rem domino, non amplius eſt eius periculum rei furtiuæ poſt eam oblationem. Poſtremus locus eſt,

CAP. III.

Cui & contra quem detur hæc actio.

Huic quæſtioni ex his, quæ iam diximus, facile eſt reſpondere, hanc actionem dari domino rei furtiuæ aduerſus furem, datur etiam hæredi domini. l. 10. §. vltim. hic. & l. ſequen. Sed nec legatarius ſicut dominus poteſt rem furtiuam condicere, ſic etiam hæres. Sed quid ſi plures rem furati ſint? hæc quæſtio tractatur in l. 1. C. eod. ſubtili ratione videtur neminem eorum teneri, quia cum ſimul plures furtum fecerint, non poteſt dici aliquem ex illis furtum feciſſe, tamen dicitur omnes teneri, & conuenientur in ſolidum. Quid autem, ſi vnus ſoluerit domino, an cæteri liberentur? Iuriſconſultus diſtinguit in l. 1. & ait, Si actum ſit actione furti ad pœnam dupli vel quadrupli, ſolutionem vnius alterum

non liberare,ſed ſingulos teneri ad pœnam in ſolidum. Si vero actum ſit condictione furtiua ad repetendam rem furtiuam,& vnus ſoluerit,alii omnes liberantur. Quæritur an hęc actio contra hæredes detur? Et dicitur in l. ſi pro furto. §. vlti. dari aduerſus hæredem furis: quia hæc actio rei perſecutoria eſt. Quid ſi hæres fuerit infans,furioſus aut pupillus,an tenebitur? hæc quæſtio tractatur in l. 2. hic. vbi dicitur hos omnes teneri. Ergo hac actione tenetur vnus propter perſonam alterius,qui propter furtum à ſe factum teneri non poſſet. Ait enim Iuriſconſultus. *Quamuis cum iis agi non poſſit.* Non poteſt agi contra pupillum aut furioſum , ſed poterit agi aduerſus tutorem vel curatorem. Quomodo hi teneantur habetis in l. 9. hic. Tenentur hæredes furis pro parte hæreditaria, non pro eo quod ad ſingulos peruenit.quod notandum eſt in hac actione. Nam cum alias agitur ex maleficio,dicimus hæredes teneri in quantum ad eos peruenit, tit. Cod. ex delict. defunct. &c. Et dicitur hæc condictio extraordinaria actio eſſe. Si ſeruus ſurripuerit,quæritur,an detur hæc actio aduerſus dominum , vel ſi filiusfamilias ſurripuerit, an detur actio aduerſus patrem? De ſeruo eſt quæſtio in l. 4. & in l.quod ab alio. 15. de filiofamilias habetis in l.4.& l. pen. Denique hæc actio cum plerisque aliis actionibus concurrit,de quibus in l. ſi pro furto. Aliæ actiones proditæ ſunt aduerſus furem , veluti rei vindicatio , quæ datur tanquam domino aduerſus poſſeſſorem. Datur etiam actio ad exhibendum domino , & ei cuius intereſt, l.3.ad exhibendum. Concurrit etiam cum hac actione actio furti qua perſequimur pœnam dupli vel quadrupli. d.l. ſi pro furto. & vna actio alteram non perimit,& ſi deciſum ſit pro furto, nihilominus res condici poterit. d.l.ſi pro furto.

AD TIT. VIII. LIB. IIII. COD. ET TIT. II. LIB. XIII. PANDECT.

DE CONDICTIONE EX LEGE.

INTER condictiones de quibus diſſerere cœpimus,numeratur condictio ex lege:cur autem ex lege dicatur,& quãdo competat, docet hic Paulus. Iuris noſtri auctores modis omnibus ſtuduerunt, ne cui deeſſet actio aduerſus eum, qui obligatus ſit, ideoque propoſitæ erant olim de vnoquoque negocio actiones , & nomen cuiuſque actionis exprimebatur agendo in iudicio. Id ego docui, & multis auctoritatibus probaui in interpretatione l.iuriſgentium.ff.de pact.Nomen & titulus actionis exprimebatur , veluti ex empto, ex ſtipulatione,ex teſtamento, &c. Vnde dubitabatur cum noua lege obligatio erat introducta , nec expreſſum erat ea lege quo genere actionis vtendum eſſet , & quæ actio exprimi deberet agendo. hic Paulus ait ex lege agendum eſſe: ſi quis igitur agat ex teſtamento, quia res aliqua teſtamento legata eſt, ita propter obligationem,quæ noſtra lege inducta eſt,aget ex lege. Exemplum eſt in l.ſi poſtulauerit 27.§.vltim.cum l. ſeq. ff.ad leg.Iul.de adul. Cum de ſeruis eius,qui adulterium commiſit , quæſtio habetur in cauſa adulterii, ſi ſerui perierint in tormentis,& poſtea forte reus abſolutus fuerit, reus tunc poteſt condicere æſtimationem ſeruorum. Hoc autem genus obligationis inducitur lege Iulia de adult. Quæritur igitur, quomodo petetur æſtimatio horum ſeruorum? hic dicitur condictione ex lege. Aliud exemplum adduci poteſt ex vulgari lege 2. ſi quis argentum.infra, de donat. Ex pacto conuento,quod donationis cauſa factum eſt, naſcitur obligatio, quamuis alias ex pacto non naſcatur. Si quis ergo velit agere & exprimere actionis nomen,quomodo ei agendum erit? Ex lege & conſtitutione Iuſtiniani, qua hæc obligatio inducta eſt. Sed hodie (vt docui in d.l.iuriſgentium.)non eſt neceſſe exprimere nomen actionis agendo, imo ſufficit exponere negotium , vt geſtum eſt , id eſt , agere præſcriptis in id, quod factum eſt, verbis. Actio præſcriptis verbis non eſt nomen proprium actionis alicuius, ſed quoties deficit actio , id eſt, nomen proprium actionis,quia contractus, ex quo forte agimus , nullam propriam appellationem habet , tunc præſcriptis in factum verbis agimus. l. 1. 2. & 3. de præſcript. verbis. Idem & quoties dubitamus de nomine actionis.l. 1.de æſtim. act. Ergo hodie non eſt neceſſe nomen actionis,qua experimur , exprimere. Sed quid opus erat(dicet aliquis) actionem præſcriptis verbis inducere, cum condictio ex lege ſufficiat, aut aliæ condictiones? At plærunque ex alia parte iuris naſcitur obligatio, quod ius lex non eſt,§.conſtat.Inſtit.de iur.nat. gent. & ciuil. itaque tunc actione præſcriptis in factum verbis neceſſario agitur. Huius condictionis exemplum eſt in l.1. Cod.eo. Cum conueniuntur à fiſco ante tempus debitores alicuius, puta ſi ex primipilari adminiſtratione quis teneatur propter vtilitatem fiſci , contra rationem iuris communis poteſt ante tempus à fiſco conueniri. Eſt igitur quoddam genus obligationis nouum,ideoque ex lege agendum eſt. Regulariter enim ante tempus debitores non conueniuntur. §. plus autem. Inſtitut. de act. Plus petere is dicitur , qui ante tempus petit. Quidam debitor eſt fiſci ex primipilari adminiſtratione (de primipilo extat tit. lib.12.C. Primipilus autem erat centurio , qui curam habebat annonæ inter milites diuidendæ,& cauſa primipilaris multa priuilegia habet) fiſcus omnibus creditoribus præponitur etiam cauſæ dotis. l.4. in quibus cauſ.pign. tacite contr. & ante tempus cogitur ſoluere. Hodie nos eodem iure vtimur in quæſtoribus belli, qui, ſi vera ſint, quæ ex Vegetio legimus, & aliis ſimilibus, ſunt primipili, de quibus hic loquimur, quia munus eorum verſabatur in annona militibus diſtribuenda. videte tit. C.de primip. lib. 12. Si igitur is, qui debitor eſt fiſci ex primipilari cauſa , non habeat vnde ſoluat,debitor eius poterit conueniri à fiſco:& ſingulare hoc etiam eſt, quod ante diem conuenitur, & tenetur repræſentare,id eſt,præſenti die ſoluere,quod in diem debebat. Eſt,vt dixi, hoc ius ſingulare in fiſco, quod valde notandum eſt, quia alias fiſcus non eſt potior hominibus priuatis in hac re.l.item veniunt.§. in priuatorum.de petit.hæred. Sed tamen plerique caſus iure expreſſi ſunt, in quibus potior cauſa eſt fiſci,quam priuatorum hominum , nec vtitur fiſcus iure priuatorum.

Primipilaris cauſa priuilegia.

Quæſtores belli apud Francos qui.

AD TIT. III. LIB. XIII. PANDECT.

DE CONDICTIONE TRITICIARIA.

EGO iam admonui præcipuum fuiſſe legislatorum Romanorum ſtudium, ne quis vlla actione deficeretur aduerſus eum, quem iure obligatum haberet: & ideo varias actionum formulas excogitaſſe, quibus quis aduerſus debitorem ſuum experiretur, quia ſine certa formula olim non poterat agi. Vnde condictio certi inuenta eſt,quæ competit ex omni cauſa,ex qua certum petitur: puta ſi quis promiſerit centum. Aliæ autem res , quæ incertæ ſunt,alia actione petuntur, cuiuſmodi eſt hæc condictio triticiaria, quæ ab auctore mihi videtur nomen habere, ſiue is fuerit prætor , ſiue forte minor, vt ait Bartolus: fratres enim minores omnes res præter pecuniam numeratam facile accipiunt : pecuniam autem numeratam non accipiunt, niſi quis eis dederit. Cum igitur vult quis petere pecuniam mutuam , dubium non eſt, quin ſufficiat certi condictio. nihil enim certius eſt pecunia numerata. Pecuniæ ſemper eſt certa æſtimatio , l. nummis.de in litem iuran. Nummis depoſitis non neceſſarium eſt iurare in litem de eo, quod interfuit, quia pecuniæ numeratæ ſemper eſt certa æſtimatio. Res tamen aliæ peti etiam poſſunt certi condictione ; quæ certæ ſunt, vt fundus Tuſculanus. l. certum. ff. de reb. cred. & l.vbi autem.ff. de verb. obligat. hic autem ſignificat omne genus rerum poſſe peti hac condictione pręter pecuniam numeratam, quia nulla res eſt præter pecuniam, quæ non recipiat incertitudinem. Has omnes res quarum exempla hic adducuntur, poſſumus petere condictione triticiaria, quia aliquando incertæ eſſe poſſunt. Exempli gratia, *Rem autem ſuam per hanc actionem nemo petet.* Vlpianus ait, neminem rem ſuam petere poſſe hac actione, quia in perſonam eſt. At nemo poteſt ita rem ſuam petere, Si paret te dare mihi oportere : natura enim actionis in perſonam eſt, vt competat ad dandum vel faciendum aduerſus eum, qui obligatus eſt.

Triticiaria actio vnde dicta.

Quo-

Quomodo autem fieri poteſt, vt is qui dominus eſt, petat rem ſibi dari? Nam dare eſt dominium transferre in accipientem. Si autem quis agat contra furem, in odium eius receptum eſt hoc genus agendi. §. ſic itaque. de act. Inſtit. Dominus poteſt condicere fundum, Vnde deiectus eſt: quod ſi dominus non erat, poterit condicere poſſeſſionem. Simile exemplum eſt in l. indebiti. & §. nummi. ff. de condict. indebit. Et hoc genus agendi vocatur in foro *ſimple ſaiſine* à Gallis. Quid autem veniat in hanc actionem, & cuius temporis habenda ſit ratio in æſtimatione ineunda, docetur in l. 3. & 4. ſequentibus, quas accurate interpretatus ſum in l. vinum. de reb. cred.

AD TIT. X. LIB. IIII. COD.

DE OBLIGATIONIBVS ET ACTIONIBVS.

HVic titulo ſimilis eſt in digeſtis, quem alias ſum interpretatus, & ideo paucis tãtum aliquos locos hic percurram. Primus igitur locus erit

De vi & effectu obligationis & actionis.

CAP. I.

VIs & effectus obligationis & actionis ſatis oſtenditur à Iuſtiniano in §. 1. Inſtit. de actio. Vim enim actionis declarat eſſe, vt perſequamur per iudicem quod nobis debetur: quibus verbis admonemur neminē ſibi ius dicere poſſe propria auctoritate. l. extat. de eo quod metus cauſa. & l. negantes. hic. Vi armata debitor, qui negat ſe debere ad ſoluendum, non eſt cogendus: quia ſeruandus eſt ordo iuris, & reſpiciendum eſt in iudicio quod nobis debetur: ita vt ſi condemnatus fuerit reus, compellatur ad ſoluendum iuris remediis. in d. l. extat. dicitur eum ius crediti amittere, qui ius ſibi propria auctoritate dicit. idem l. ſi quis in tantam. l. non eſt ſingulis. de reg. iur. hoc ita conſtitutum eſt, ne ſit locus veteri dicto Ennii poetæ. Atque ex hoc apparet, quam ſit aliena à ratione Longobardorum lex de monomachia, id eſt, de ſingulari certamine, quæ aliquando vſitata fuit in Gallia noſtra, vt in pleriſque cauſis non iure, ſed armis contenderetur: quia hoc ferum eſt & barbarum.

CAP. II.

Finis obligationis & actionis.

FInis obligationis & actionis eſt, vt quis conſequatur, quod ſibi debetur, id eſt, vt detur vel fiat. Vnde dicitur in l. ob æs alienum. hic. nos non poſſe cogere debitorem, vt nobis ſeruiat, ſi forte ſoluendo non ſit. Senſus autem loci eſt. Olim debitores, qui ſoluendo non erant, in ſeruitutem dabantur creditoribus, & eis addicebantur, donec ære alieno ſe liberaſſent, & dicebantur addictitii. vt refert Fab. lib. 7. c. 4. & Liuius lib. 2. & 8. Hoc ſeruitutis genus ſublatum eſt à Iuſtiniano hac conſtitutione. Igitur debitor cogendus non eſt ſeruire creditori, quod ſoluēdo non ſit: aliis enim remediis creditor vti poteſt. Qui hinc colligunt, non poſſe quenquam ſe obligare ad carcerem, vt hodie fit, oſtendunt ſe non percepiſſe ſenſum huius loci, & capit. ex reſcripto. de iureiu. Non enim hoc ſeruire eſt, quod quis in carcere ſit. Præterea obligatio ſequitur perſonã obligatam, nec ab ea recedit, l. actionum. hic. & l. vlti. §. vlt. de contrah. empt. l. Titio centum. de cond. & demonſt. huius rei exempla ſunt ſub hoc tit. vnum eſt in l. 3. Si is qui locauit domum aliquam, mihi debeat, non poſſum aduerſus eius conductorem agere, vel aduerſus colonum, quamuis ob rem iudicatam veniamus aliquando ad penſiones huiuſmodi. l. à Diuo Pio. de re iudi. Sed ſi ſatisfecerit locatori cui debebat, perquã iniurioſum eſt eum cõueniri. Aliud exemplum eſt in l. nimia. 11. eo. Quidam mutuam pecuniam dedit colonis quibuſdam, eo nomine vult agere aduerſus dominum colonorum, hoc prætextu quod præſentes erãt procuratores domini, cum pecunia numerata eſt: quæritur an agere poſſit. hic dicitur non poſſe. Non enim qui præſens eſt, conſentit, imo ne obligare quidem dominum ſuum poterunt procuratores, niſi eis fuerit mandatum ab eo. Aliud exemplum eſt in l. pen. Ego tibi do centum mutua, tu ex ea pecunia protinus emiſti mercē, quæritur an ego poſſim ab eo, qui à te pecuniam accepit pro merce, eam pecuniam repetere? Dicitur non poſſe. Nam ille non eſt mihi obligatus, ſed tu ad eam pecuniam reddēdam ex mutuo. Actio mutui perſonalis eſt, nec vindicatio hic locum habere poteſt, quia datur domino: is autem qui mutuam pecuniam dedit dominus eſſe deſiit. Actio in rem ſequitur rem & poſſeſſorem. l. actionum. hic. huiuſmodi eſt actio hypothecaria, de qua aliqui loci ſunt, veluti in l. aduerſus. & l. vlt. Si quis pro pecunia numerata rem ſuam mihi obligauerit iure pignoris, hac obligatione res mihi tenetur. l. pignoris. de pignor. Pignoris perſecutio in rem eſt. Ergo ſi cui mutuam pecuniam dederim, & is mihi rem ſuam obligauerit, duplex mihi datur actio aduerſus eum: datur actio mutui in perſonam, datur etiã actio hypothecaria, quæ datur aduerſus eum, qui rem poſſidet, vel aduerſus quemcunq; alium poſſeſſorem & detentorē rei. Hic notãdum eſt, eum cui competit duplex actio, electionem habere, ita vt ſi malit prius conuenire debitorem quam poſſeſſorem pignoris, vel è conuerſo, ei liberum ſit ſecundum hanc conſtitutionem. Sed tamen hoc emendatum eſt nouella conſtitutione 4. eiuſdem Iuſtiniani de fide inſtrum. qua ſtatuit Iuſtinianus, vt prius excutiatur debitor principalis, quam perueniatur ad extraneos poſſeſſores: quia debitore excuſſo, ſi forte deprehenſus fuerit non eſſe ſoluendo, perueniet ur ad poſſeſſores, tanquam hæc actio ſit ſubſidiaria. Sed iure quod reperitur in Codice Iuſtiniani datur electio creditori, vt hic dicitur. Idem in l. diſtractis. 14. & l. perſecutionis. 24. de pign. Tollitur autem hæc actio præſcriptione, vt hic dicitur, & l. ſi à creditore. Sed quanti temporis præſcriptione tollitur actio hypothecaria? longo tempore tollitur, vt hic dicitur. Longum tempus eſt decem annorum inter præſentes, & viginti inter abſentes. l. 1. & l. ſi aduerſus debitorem. de præſcript. longi temp. Cum quis poſſedit rem cum titulo & bona fide, huic præſcriptioni locus eſt. Quid ſi nec titulum habeat nec bonã fidem? Submouebitur tantum agens hac actione præſcriptione triginta vel quadraginta annorum: ſed ſi agatur aduerſus debitorem ipſum, qui poſſidet res pignoratas, tunc locus erit præſcriptioni quadraginta annorum. Si vero aduerſus extraneos rei pignoratæ poſſeſſores agatur, locus erit præſcriptioni triginta annorum.

CAP. III.

De officio iudicis in actionibus, quæ ex contractu naſcuntur.

HIc dicitur bonam fidem conſiderandam eſſe iudici in cõtractibus & actionibus. l. 4. id eſt, doli admiſſi habeatur ratio l. pro ſocio. Nullus enim eſt contractus, nulla actio quãuis ſtricti iuris ſit, in quo dolus non vindicetur per iudicem, & in quo non habeatur bonæ fidei ratio. non tamen ideo dicendum eſt omnes actiones bonæ fidei eſſe. Nam hæ ſolum dicuntur bonæ fidei eſſe, in quibus olim prætor cum iudicium conſtituebat, addebat, *Ex fide bona*. Dabat facultatem iudici à ſe dato id ſequi in iudicando, quod videret bonæ fidei conuenire. §. in bonæ fidei. de actionib. propterea lat[illegible] tur facultas iudici illis verbis. Id docet Cicero lib. 3. de [illegible] Dixi plenius de ea re ad l. iuriſgentium. de pact. & in con[illegible] dè in litem iuran.

CAP. IIII.

De mandata actione.

CVm ego te procuratorem facio in rem tuam, dicitur mãdari actio, Huius rei exempla ſunt in l. 1. 2. 6. & 7. hic. exempla ſunt mandatæ actionis, id eſt, nominis venditi. Aliquãdo nomen venditur, aliquando in ſolutũ datur, aut in dotem, & ſpecies vna eſt obſeruatione digna in l. 1. de dolo. Qui mandauit mihi actionem ſuam, & deceſſit ante, quam lis conteſtata eſſet: quæritur, an eo mortuo ego poſſim agere illa actionē mihi mandata? Subtilitas iuris non videtur pati, vt poſt mortē eius agatur re integra. Mandatum enim rē integra morte mãdantis finitur. l. mandatum. C. mandati. hic res integra eſt lis conteſtata non eſt: ergo videtur agi non poſſe. ſed tamen hic dicitur agi poſſe actione vtili. His verbis ſignificat, quamuis ſi ſummum ius inſpiciamus, non competat actio directa, tamen propter vtilitatem agi poſſe. Et huic ſimile eſt, quod dicitur in l. illam. 33. C. de donat. vbi fit mentio procuratoris, qui mortuus eſt ante, quam lis conteſtata eſſet. Quibuſdam videtur quia lis conteſtata non eſſet, hæredem procuratoris non

poſſe in rem ſuam agere: ibi tamen dicitur eam ſubtilitatem negligendam eſſe,& propter vtilitatem agi poſſe. Sed hic locus pertinet ad tit. de hæred.action. Poſtremus locus huius tituli eſt,

Quomodo tollatur obligatio.

CAP. V.

HÆc quæſtio tractatur in l. ſicut. hic. Varii ſunt modi tollendarum obligationum, de quibus extat titulus in Inſtitut. quib. mod. toll. obligat. ſed ea tantum attingam, quorum hic fit métio. in d. l. ſicut. Cum duorum conſenſu obligatio contracta eſt, vnius diſſenſu diſſolui non poteſt. nam in initio liberum fuit contrahere, aut non contrahere, ſed obligatione contracta liberum amplius non eſt vni contrahentiū ab obligatione recedere ſine alterius conſenſu. Hic tractatur quæſtio de mandato, depoſito, & ſocietate: ſed de his omnibus dicemus ſub ſuis titulis. Mandatum morte mandantis ſoluitur: ſolius enim voluntate mandantis reuocari poteſt. l. ſi idem. hic. & cum quis mortuus eſt, deſiiſſe velle dicitur.

AD TIT. XI. LIB. IIII. COD. VT ACTIONES ET AB HÆREDIBVS ET CONTRA HÆEREDES *incipiant.*

HIc titulus pertinet ad obligationes & actiones. Olim dubium fuit, an actiones poſſent incipere ab hæredibus, aut aduerſus hæredes. Veteres credebant id fieri non poſſe: quod perſpici poteſt in hac ſpecie. Exemplum eſt, quo vtitur Iuſtinianus in §. poſt mortem. Inſtitution. de inutilib. ſtipulat. quo in loco refertur etiam hæc conſtitutio. Stipulor à te mihi dari poſt mortem meam mortuo me: quærebatur, an ex eo contractu poſſet meus hæres agere. Credebant hæredes nullam actionem habere. Videbatur enim abſurdum hæredi ex contractu defuncti actionem acquiri, quæ nunquam ipſi defuncto competiiſſet. nam cū quis ſtipulatur ſibi poſt mortem ſuam dari, nulla ei acquiritur obligatio ex hac ſtipulatione. Qui fieri ergo poteſt, vt poſt mortem eius acquiratur obligatio hæredi? Obligationes enim hæreditariæ transferuntur in hæredem, quæ cœperunt competere defuncto ante mortem titulo de hæred. action. atqui hæc nunquam competiit defuncto. Sed tamen Iuſtinianus ſtatuit hanc obligationem incipere ab hærede poſſe, id eſt, competere poſſe hæredi, quæ nunquam defuncto competiit, vt incipiat etiam contra hæredes. Exempli gratia, ſi quis mihi dare promiſerit poſt mortem ſuam, is quandiu viuit, non tenetur, ſed tamen hæres poſt mortem eius tenetur. Subtilitas iuris, quæ veteres mouebat, nōn videbatur hoc permittere: ſed Iuſtinianus exiſtimauit potiorem eſſe voluntatem contrahentium quam ſubtilitatem. Dabis mihi poſt mortem meam vel tuam, tunc contractus dicitur eſſe compoſitus poſt mortem vel promiſſoris, vel ſtipulatoris. Eſt eadem conſtitutio in l. ſcrupuloſam. de contrahen. ſtipulat. vide te §. poſt mortem. de leg. Inſtitut. & §. poſt mortem. de inutil. ſtipulat. Nos autem pro communi hominum vtilitate recepimus conſtitutionem, qua hoc receptum eſt, d. l. ſcrupuloſam. Hic autem eſt locus communis de interpretatione voluntatis, propter ſubtilitatem verborum voluntas contrahentium impediri non debet.

AD TIT. XII. EOD. NE VXOR PRO MARITO, VEL MARITVS PRO VXORE, VEL *mater pro filio conueniatur.*

HIc quoque titulus pertinet ad obligationes & actiones, & præcipue ad effectum obligationis. Diximus enim ſupra, hunc eſſe effectum obligationis, vt is, cum quo contracta eſt obligatio, teneatur, alius autem non teneatur. Obligatio ſequitur perſonam, nec ab ea perſona in aliam transfertur. Ergo ſumma horum titulorum eſt, ex alterius obligatione alterum non teneri. Sed de quibuſdam perſonis poterat probabiliter dubitari, vt puta de vxore & marito, de ſeruo & domino, de patre & filio, de liberto & patrono, atque ideo adiuncti ſunt hi ſequentes tituli. Videamus ordine de huiuſmodi perſonis, ac primum

De vxore & marito.

VXor non poteſt conueneri pro marito. Si maritus ſit alicui obligatus, ex ea obligatione non tenetur vxor, ſed maritus tantum. poteſt id accipi, vt in l. 1. etſi vxor pro marito interuenit propter Senatuſconſultum Velleianum: quia ſi mulier, quæ pro alio interceſſit, conueniatur, iuuatur exceptione Senatuſconſulti Velleiani. Mulier quædam verebatur, ne ex contractu mariti ſui conueniretur: quærebatur, an is contractus valeret? Imperator reſpondet eam fruſtra quærere, an is contractus valeat, qui cum marito habitus eſt. Nam etſi valeat is contractus, qui cum marito initus eſt, tamen non poteſt teneri propter maritum. In l. idem dicitur. Ob mariti culpam bona mulieris fuerant occupata, & poſſeſſa à fiſco per rationalem, id eſt, procuratorem fiſci (is enim dicitur rationalis ſub titul. de offic. procurat. Cæſaris) mulier, cum de ea re conſuleret Imperatorem, is reſpondit, Si mulier probauerit res, quæ à fiſco occupatæ ſunt, dominii ſui eſſe, & ex ſuo patrimonio, rationalem ius publicum ſecuturum. Sed cur mulier cogitur probare res in dominio ſuo eſſe, & ſuas eſſe? quia maritus tenebatur, & res vxoris poſſidebat, quas occupauerat fiſcus: & ideo cogitur mulier probare ſuas eſſe, & docere ſui dominii eſſe. Hæc lex vulgo adduci ſolet in ſubhaſtationibus. nam ſi quis velit ſe opponere, neceſſe eſt, vt doceat eas res ſui dominii eſſe, ſi is quorum bona capta ſunt ea poſſidebat. hic igitur notandum eſt mulierem cogi probare. *Ius publicum.* Iure publico non tenetur vxor ex obligatione mariti. Reperitur tamen caſus exceptus, & eſt ius ſingulare in l. ſatis. Cod. in quibus cauſ. pignus tacite contrahit. Cum maritus ex primipilari adminiſtratione tenetur, tunc etiam in ſubſidium bona mulieris dotalia capi poſſunt à fiſco. Ego ſupra docui quis ſit primipilus. Idque ſi non ſufficiant bona mariti qui primipilus eſt. Hoc ius ſingulare eſt & ſpeciale: ſicut fiſcus habet multa ſingularia, & præter fiſcum illa primipilaris adminiſtratio. Nam quod debetur fiſco ex primipilari cauſa, multo plura habet ſingularia priuilegia, quam quod fiſcale eſt, & quod fiſco debetur. Vxor igitur pro marito non tenetur, nec poteſt conueniri, ſed tantum maritus ex obligatione ſua. Hæc tamen apud nos non vſquequaque obſeruantur, & præcipue in his prouinciis, quæ moribus magis reguntur, quam iure Romano, vt fere fit per totam Galliam. Inter maritum & vxorem fit quædam communicatio bonorum quorundam, & mobilium, & eorum, quæ acquiruntur conſtante matrimonio, etſi res ſoli ſint. Præterea communicantur obligationes contractæ tam ante matrimonium, quam poſt matrimonium contractum, ita vt poſſit maritus conueniri pro vxore, & vxor pro marito. Sed nos de iure Romano tantum hic loquimur, non de moribus. Ego aliquando admonui hanc ſocietatem non eſſe iuris Romani, quamuis aliquando vxor dicatur ſocia eſſe mariti, vt in l. 1. rer. amot. & l. aduerſus. Cod. de crim. expil. hæred. Non enim eſt ibi talis ſocietas, qualis recepta eſt iure Gallico. ita enim communicantur res inter virum & vxorem, vt ſeparari non poſſint. Secundo maritus non tenetur pro vxore, ſicut nec vxor pro marito, vt dicitur in l. 3. hic. Sicut vxor non poteſt conueniri pro marito, ita nec maritus pro vxore conueniri poterit. Sed hoc intereſt inter vtrunque, quod etſi vxor nominatim ſe adſtrinxerit pro marito, & interceſſerit, non poteſt conueniri: maritus autem ſi ſe obligauerit pro vxore, tenetur, vt dicitur in leg. 3. quoniam Senatuſconſultum Velleianum vetuit, ne mulier intercedat pro alio: ſed nihil vetat maritum obligari pro alio, pro quo interceſſit. Tertio, hic dicitur, matrem pro filio conueniri non poſſe. quod colligitur tam ex l. 4. quam ex ipſa inſcriptione. matres igitur ex perſona filiorum ſuorum non poſſunt conueniri aut interpellari. Quarto pater non poteſt conueniri pro filio, vt dicetur in tit. ſequen.

AD TIT. XIII. EOD.

NE FILIVS PRO PATRE, VEL PATER PRO FILIO EMANCIPATO, VEL LIbertus pro patrono, vel ſeruus pro domino conueniatur.

EXEMPLVM eſt in l.1.& 3. hic Filius emancipatus accepit mutuam pecuniam, certum eſt eo nomine patrem conueniri non poſſe, & in inſcriptione fit mentio filii emancipati: ſi autem filius ſit in patris poteſtate, multæ actiones comparatæ ſunt iure prætorio aduerſus patrem, quamuis nulla actio aduerſus eum iure ciuili detur. Datur enim actio quod iuſſu, ſi filius iuſſu patris contraxerit. Datur actio de peculio, quatenus eſt in peculio. Datur actio inſtitoria, ſi filius patris inſtitor fuerit. Datur actio de in rem verſo, ſi quid ex contractu filii in rem patris verſum ſit. De quibus omnibus dicemus ſub tit. de eo qui in aliena poteſt. Adeo verum eſt, patrem non teneri ex contractu filii, vt ſi ſoluerit per errorem, illud repetere poſſit auctoritate præſidis prouinciæ. Simile eſt quod dicitur in l.3. filius nominatus eſt decurio, patre eum non nominante, pater pro eo non conuenietur, ſi quid male geſſerit filius in eo decurionatu. Huc pertinet l. quoties. ff. ad municip. & tit. lib. 10. Cod. de filiisfam. & quemadmodum pater pro eis ten. Sed de hac obligatione nos plura dicturi ſumus ſub tit. de eo qui in alien. poteſt. Quinto filius non tenetur pro patre, ſicut nec pater pro filio. l. 2. & 3. Ergo notandum eſt, nec viuo patre, nec mortuo filium poſſe pro patre conueniri, niſi ei hæres extiterit filius, vt dicemus ſub tit. de hæred. act. Sed ponamus filium non extitiſſe hæredem patri, non poterit tanquam filius conueniri, quia filius pro patre non tenetur. Excipitur tamen vnus caſus, in l. cum ex ſola. Cod. de primipilo. lib. 12. ex primipilari adminiſtratione patris filius tenetur, etſi patri hæres non extiterit. quod mirabile eſt, & durum eſſe videtur, ſed hic habetur ratio publicæ vtilitatis magis quam priuatorum. d. l. cum ex ſola. oſtendit aperte filium ex alia cauſa non teneri pro patre, quam ex primipilari adminiſtratione, ſicut & bona doralia vxoris tenentur. Hæc omnia diligenter obſeruanda ſunt, quoniam moribus noſtris obſeruantur in his quæſtoribus belli. Sexto nec libertus pro patrono tenetur, vt ſeruus pro domino. l. vlt. melius legendum eſſet *liberti vel ſerui*. Ex his autem omnibus colligendum eſt, ex contractu vnius alterum non teneri. Huc pertinet noua conſtitutio Iuſtiniani, quæ adſcribitur ſub tit. ne vxor pro marito, & eſt Nouel. 52. vbi Iuſtinianus vetat pignorationem fieri, quam Repreſaliam dicunt barbari doctores, & marquam, de qua etiam extat reſponſum in iure pontificio in cap. de iniuriis & dam. dato. Hæc tamen pignoratio hodie apud nos vſitata eſt aduerſus extraneos, obſeruata certa forma & diplomate impetrato à principe. Oportet in primis eum, qui vult impetrare huiuſmodi diploma à principe, probare ſe conqueſtum eſſe de iniuria ſibi illata apud principem aut magiſtratum extranei, qui iniuriam intulit, vt pote Angli, nec potuiſſe ab eis impetraſſe, vt ius ſibi diceretur: quod poſtquam conſtiterit principi eum fruſtra conqueſtum eſſe apud magiſtratum extranei, tunc permittitur ei pignoratione vti, id eſt, vt pignoret & apprehendat res extranei. Notandum tamē eſt rerum pignorationem tantum hic concedi, non perſonarum, quæ apud Græcos olim vſitata fuit, quæ vocatur ἀνδροληψία. Deinde aliud quoque obſeruatur huius acerbitatis vitandæ cauſa. Is qui prehendit res alienas, actionem cedere cogitur ſibi competentem ei, cui res ſublatæ ſunt aduerſus debitorem. Hæc autem pignoratio maxime prohibita eſt aduerſus ſtudioſos & ſcholaſticos, idque Friderici Ænobarbi conſtitutione, quæ adſcribi etiam ſolet in Codicibus quibuſdam ſub hoc tit. vulgo dicitur auth. Habita. quæ in gratiam ſtudioſorum facta eſt, cum primum ipſum ius Romanum doceri cœpit. *Nemo tam audax.* Alterum eſt, quod à Friderico ſtatutum eſt in gratiam ſtudioſorum adoleſcentum. Si quis litem ſuper aliquo negotio mouere velit ſcholaſtico, hoc capite continetur priuilegium fori. Nam contingebat aliquando ſtudioſos propter controuerſias, quæ ab aliis mouebantur, alio auocari. Proſpexit vtcunque huic incommodo Fridericus, data ſcholaſticis optione iudicum, cuius hic fit mentio. Hic renouat ius antiquum: hoc enim tribuerunt etiam Iuriſconſulti, vt dixi in interpretatione huius loci ſuperiori anno. Dat igitur eis optionem, vt eligant doctorem, quem ſibi æquiorem fore duxerint. Hodie conſeruatores in horum locum ſucceſſerunt. Addunt vulgo & tertium hac conſtitutione contineri, ſcholaſticos ad vectigal ſoluendum (quod nos Pedagium vocamus) non teneri. Id colligunt ex his verbis, *Vt ad loca, in quibus literarum exercentur ſtudia, tam ipſi quam eorum nuncii veniant, & in eis ſecure habitent.* Aiunt hæc verba non poſſe aliter intelligi. Sed hoc permittitur cuiuis, vt poſſit ſecure habitare. *Speciali dilectione.* Quænam hic ſpecialis dilectio eſt? Præfatio eſt vſque ad hæc verba, *Hac igitur*, & ab his incipit diſpoſitio, & duo continet, quorum vnum præcipuum eſt, de illa exactione illicita. Oſtendit autem hac præfatione cur hic conſtituerit de pignoratione & exactione: id ait ſe conſtituere, vt poſſent ſecure habitare. nihil adhuc ſtatuit. *Hoc beneficium*, id eſt, beneficium quod ſequitur. Nam non poſſent ſecure habitare, niſi prohiberetur ea iniurioſa exactio. ſed tamen vulgo receptum, (vti & regiis conſtitutionibus continetur) vt ſcholaſtici immunes ſint ab his vectigalibus.

De pignoratione, ſeu repreſalia & marqua.

Ius pignorationis quomodo impetretur & quatenus eo ſit vtendum.

Conſeruatores priuilegiorum ſcholaſticorum.

Scholaſtici à vectigalibus immunes.

AD TIT. XIIII. EOD.

AN SERVVS EX SVO FACTO POST MANVMISSIONEM teneatur.

EX iam dictis circa effectum obligationis & actionis, conſtat ex obligatione vnius alium non conueniri: quod adeo verum eſt, vt ne ſeruus quidem manumiſſus poſſit conueniri ex eo quod geſſit in ſeruitute. Alius enim homo eſt, non idem. l. qui res. §. aream. ff. de ſolut. Huc pertinet l. quod quis. de regul. iuris. *quod quis dum ſeruus eſt, egit, proficere libero facto non poteſt.* hoc locum habet tam in contractu, quam in quaſi contractu. l. eum qui. ff. de neg. geſt. Exempla ſunt in l.2. l. ſi vt allegas. Idem dicendum eſt de ſtatulibero. l. 1. hic. Statuliber eſt, qui ſtatutam habet manumiſſionem. leg. 1. de ſtatulib. Statuliber adhuc ſeruus eſt, donec venerit dies libertatis. Hæc ſuperior regula intelligenda eſt cum quibuſdam exceptionibus. Vna eſt in l. 3. Species ſimilis eſt in l. eleganter. §. ſeruus. ff. de dolo. Secunda exceptio eſt, niſi quod geſtum eſt in ſeruitute, connexum ſit cum eo quod geſſit in libertate, adeo vt ratio ſeparari non poſſit. l. eum actum. & l. ſeq. de neg. geſt. Quæ hactenus diximus, intelligenda ſunt de contractu & quaſi contractu. Quæritur, an poſt manumiſſionem teneatur de delicto? Et dicitur in leg. 4. conueniri poſſe, quia noxa caput ſequitur, l. tutela. de cap. minu. hoc eſt intelligendum, niſi deliquerit ſeruus aduerſus dominum. Nam hoc caſu nec liber factus quidem tenetur. Nam dominus eum domi potuit coercere. l. ſerui & filii. de furt. huc pertinet tit. Cod. de emendat. ſeru. Huic ſententiæ videtur aduerſari l. quod ab alio. de condict. furtiua. Sed dicendum eſt condictionem furtiuam extraordinarium eſſe actionis genus, & ex quaſi contractu oriri, quamuis cauſa condictionis furtiuæ ſit furtum, tamen hæc condictio furtiua extraordinaria & ſingularia quædam habet præcepta.

AD TIT. XV. EOD.

QVANDO FISCVS VEL PRIVATVS DEBITORIS SVI DEBITORES conuenire poſſit vel debeat.

HIc titulus pertinet ad eum locum, de obligationibus, & actionibus, in quo quæritur, an ex obligatione vnius alter teneatur. Vnde quæritur, an poſſim debitorem debitoris mei conuenire. In hac quæſtione diſtinguitur fiſcus à priuatis hominibus. Fiſcus conuenire poteſt debitores debitoris ſui, & ſi appareat reos principales idoneos non eſſe. l. 4. ſed exprimere debet debitorem ſuum inopem eſſe, nec ſoluendo eſſe. Huc pertinet l. 3. §. multa. de iure fiſci. ſed

& l. 3. hic. vbi quæritur an priuatus poſſit conuenire debitorem debitoris ſui. Et dicendum eſt duabus ex cauſis licere priuato conuenire debitorem ſui debitoris, propter executionem iudicati: quo pertinet l. à Diuo Pio. ff. de re iud. & l. 2. hic. l. miles. §. vlt. de re iud. Fiſcus non expectat cõdemnationem, vel diem, vel conditionem, ſi forte debeatur ſub conditione, vel in diem, ſed ſtatim agere poteſt aduerſus debitorem ſui debitoris. Secundus caſus eſt, cum nomen datum eſt in ſolutum. l. vlt. hic. Sed quæritur, qua actione poſſim agere aduerſus debitorem mei debitoris? Et certum eſt me poſſe agere tanquam procuratorem in rem meam conſtitutum vtili actione. Sed nihil refert, an quis directa, an vtili experiatur. l. actio. de neg. geſt.

AD TIT. XVI. EOD.

DE HÆREDITARIIS ACTIONIBVS.

OMnes actiones aut transferuntur ad hæredes, aut non transferuntur. tit. Inſtit. de perp. & temp. act. §. non autem. Actio hæreditaria eſt, quæ tranſit in hæredes. Sed notandum eſt, etiam actionem hæreditariam dici, quæ non eſt cœpta à defuncto, ſed ab hærede incipit, l. hæreditarium. ff. de bon. aut. iud. poſſid. De hoc diximus ſup. tit. vt actio. ab hæred. Actio igitur ex contractu defuncti tranſit in hęredem, idque ex lege 12. tabularum. l. vlt. hic. Qui ſuccedit in rem vt legatarius, non ſuccedit in ius ſicut hæres. Singularis ſucceſſor eſt, qui ſuccedit in rem aliquam. l. fluminum. ff. de dam. infec. Ergo non datur actio aduerſus debitores hæreditarios creditori, ſed aduerſus hæredem tantum. l. 3. hic. Perſonalem actionem dicit: quia hypothecaria poteſt competere, ſi quid poſſideant legatarii, vt mulier quæ tacitam hypothecã habet in bonis mariti, poteſt aduerſus quemcunque poſſeſſorem bonorum mariti ſui in hypothecaria experiri. Quæritur, quid ſi pupillus ſit hæres defuncti. l. 4. hic. & dicitur non differri exactionem debiti quod pupillus ſit hæres, niſi ex cauſa Carboniani edicti. Præterea quæritur, quid ſi plures ſint hæredes? hæc quæſtio tractatur in l. 2. Singuli hęredes non tenentur in ſolidum, ſed pro portionibus hæreditariis. l. 1. ſi certum petatur, & l. ea quæ. famil. erciſc. l. pacto ſucceſſorum. C. de pact. Quod hic dicimus, de actionibus in perſonam intelligendum eſt. Nam actio in rem ſequitur rem, datur aduerſus poſſeſſorem rei: quare ſi hæres poſſideat, tenebitur: ſi non poſſideat, non tenebitur. Exemplum eſt huius rei in l. 1. & 2. hic. Fit tamen interdum, vt actio quæ ſui natura tranſit in hæredem, extinguatur confuſione. l. vt debitum. hic, quod tamen intelligendum eſt pro parte hæreditaria. l. 1. hic. l. ſi adiecta. hic. Aliæ actiones ſunt, quæ ſui natura non tranſeunt ad hæredes, velut actiones pœnales. §. non autem. de perper. & tempor. act. Idem dicitur in l. vnica. ex delict. defunct. in quantum hæred. teneantur.

AD TIT. XVII. EOD.

EX DELICTIS DEFVNCTORVM IN QVANTVM HÆREDES CONVENIANTVR.

EX eo quod dicitur hæredes non teneri ex delicto defuncti, duo caſus excipiuntur. Primus eſt, cum lis cõteſtata eſt cum defuncto. Alter cum aliquid peruenit ex illo maleficio ad hæredem. l. quod diximus. §. vlt. de eo quod met. cau. & l. in hæredẽ. ff. de calum. Sed quæritur quid ſi actio pœnalis naſcatur ex contractu, veluti depoſiti? Et certum eſt, hæredem teneri. l. ſi hominem. §. datur. depoſiti. & l. ex contractibus. de obl. & act. hoc. intelligendũ eſt, ſi ea actio ſit rei perſecutoria, d. §. datur. & ſic accipiendum eſt, quod dicitur in §. aliquãdo. de perp. & temp. act.

AD TIT. IIII. LIB. XIII. PAND.

DE EO QVOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

CAP. I.

SÆpe accidit, vt locus certus exprimatur in contractu vel teſtamento, idque neceſſarium eſt aliquando, vt valeat obligatio huius rei. Exemplum eſt in l. 2. §. ſi quis inſulam. Quidam ſtipulatus eſt domum tibi ædificari, non adiecto certo loco: ſtipulatio dicitur inutilis eſſe, propter incertudinem. Qua de re diximus in interpretatione l. ita ſtipulatus. ff. de verb. obligat. Locus igitur nonnunquam adiicitur neceſſitatis cauſa, vt valeat ſtipulatio, quæ alioqui inutilis eſſet. Aliquando adiicitur non neceſſario, ſed propter vtilitatem aliquam, quia vtilius eſt aliquid dari certo loco quam in alio. Cum autem locus adiectus eſt ſtipulationi vel alii obligationi, quæritur de natura obligationis. Et variæ ſunt quæſtiones. Exempli gratia, quæritur an ſtatim agi poſſit, ſi quis Epheſi ſibi dari ſtipulatus fuerit? Quęſtionem facit, quod ea ſtipulatio diem non habet. Et videtur ſtatim agi poſſe, cum pure promiſerit. l. cedere diem. de verb. ſignifi. Sed tamen dicitur, non ſtatim agi poſſe, quia ineſt dies quo Epheſum perueniri poſſit. l. 2. §. ſi quis ita. Hunc locum nos explicauimus in l. continuus. de verb. oblig. Et quod etiam tractatur in l. 3. §. item Iulianus.

Sed præcipua quęſtio eſt de natura huius obligationis, quo loco agendum ſit. Quidam mihi promiſit dare centum Epheſi teſtamento ſuo: allego, me poſſe petere Romæ illa centum, id eſt, in alio loco quam in quo dari oporteat, vel ex teſtamento, vel ex ſtipulatione, & videndum eſt, quemadmodum locus adiectus ſit. Nam aliquando locus ſimpliciter adiicitur, vt Epheſi dari promittis: aliquãdo cum alternatione, veluti promittis dare Capuæ, vel Epheſi: aliquando cum coniunctione, vt promittis dare Capuæ & Epheſi: hæc omnia diſtinguenda ſunt. Videamus primum cum locus adiectus eſt ſimpliciter, ſine vlla alternatione aut coniunctione.

CAP. II.

Quid iuris cum locus adiectus eſt ſimpliciter.

SI quis promiſerit dare Epheſi, vel ſi teſtator iuſſerit dari Lutetiæ, certum eſt ex iure ciuili ſummo & directo iure non poſſe alio in loco debitorem cogi ad ſoluendum. Natura enim ſtrictorum iudiciorum non permittit, vt alio in loco debitor ſoluere cogatur: quia in ſtrictis iudiciis maxime ſpectamus verba, niſi appareat aliud actum eſſe extra id quod cautum eſt, vel ſaltem ſi apparet quid actum eſſe, habetur ratio eorum, quæ æqua eſſe apparet. l. quicquid aſtringendæ. de verborum obligat. Si quid omiſſum ſit à contrahentibus in contrahenda ſtipulatione, id interpretatione ſupplendum non eſt. In bonæ fidei iudiciis multa ſupplemus interpretatione. §. in bonæ fidei. de act. Ergo ſi quis promiſerit dare Epheſi centum, non poteſt cogi ad ſoluendum Romæ. Actio enim ex ſtipulatu eſt ſtricti iudicii, nec refertur in numerum bonæ fidei actionum, d. §. in bonæ fidei. Idem dicendum eſt de actione ex teſtamento. l. 6. 7. de in litem iuran. Ergo non poteſt quis ita agere ex huiuſmodi ſtipulatione, vel teſtamento, *Si paret Romæ mihi dare oportere*, quia dandum eſt Epheſi. Iam enim receditur à verbis ſtipulationis aut teſtamenti. Neceſſe ergo eſt, vt ita concipiatur actio, *Si paret mihi Epheſi dare oportere*, hoc tamen ius emendatum eſt iuriſdictione prætoria propter æquitatem & vtilitatem. Cum enim prætores animaduerterent, ex eo iure plurimum naſci incommodi, ſi non liceret alio in loco agere, & debitorem alio in loco ad ſoluendum cogere, actionem propoſuerunt, qua liceat alio quocunque loco experiri, quam eo qui adiectus eſt, & expreſſus in obligatione contrahenda. Nam propoſita eſt ab eis actio vtilis eo nomine, vt dicitur in l. 1. hic. Docet l. C. cur propoſita ſit à prætore actio, de qua hic diſſerere incepimus, per quam id quod certo loco promiſſum eſt, alio loco petitur propter vtilitatem & æquitatem. Iniquum enim erat, inquit, ſi is, qui mihi dare Epheſi promiſit, ad eum locum nunquam accederet, vel quia data opera id facit, vel quia aliis locis neceſſario adſtringitur, alio in loco non poſſe conueniri: ideo viſum vtile eſt actionem vtilem eo nomine proponere. Vtilem vocat, quoniam ex directo ſummoq; iure actio competere non poteſt, propter naturam contractus, qui ſtricti iudicii eſt, in qua ſupplere non poteſt id, quod à contrahentibus expreſſum non eſt. At expreſſum eſt, vt ſoluat debitor Epheſi. Sed hæc ſubtilitas iuris ciuilis neglecta eſt, propter æquitatem, & comparata eſt actio vtilis. Hæc actio dicitur arbitraria in pleriſque capiti-

capitibus huius tractatus, quia pendet ex arbitrio iudicis. Idem dicitur in §. præterea. Inſtitut. de act. & titul. Cod. vbi conueniatur qui certo loco dare promiſit. Ex iam dictis ſatis apparet in actionibus bonæ fidei non eſſe opus hac actione arbitraria, ſed tantum in contractibus ſtricti iudicii. Si in contrahendo negotio quod bonæ fidei eſt, vt puta in venditione, conuenerit vt aliquid certo loco detur, nihil opus eſt hac actione vtili & Prætoria. ſufficit enim actio ex eo contractu. Nam in iudiciis bonæ fidei omnia veniunt, quæ ad bonam fidem pertinent. Magis ſpectamus bonam fidem quam verba contrahentium. Hæc diſtinctio bonæ fidei, & ſtrictorum iudiciorum colligitur ex variis locis huius tituli, veluti ex leg. 2. §. hæc autem. & l. in bonæ fidei. 7. ex l. ſi hæres. 5. cum ſequentib. Exemplum ponit. in l. 2. de ſtipulatione quam conſtat ſtricti iudicii eſſe. Aliud exemplum eſt in l. 7. de teſtamento. Omnes hi contractus iudicii ſtricti ſunt. *Si mutua pecunia data fuerit.* Mutuum eſt iudicii ſtricti contractus, item actio ex teſtamento, vt diximus. Sequitur, *In bonæ fidei.* Si emendo & vendendo conuenerit, vt aliquid certo loco detur, & promiſſor vel petitor aut creditor ad eum locum nunquam accedat, & expediat creditori forte aut promiſſori in alio loco, quam in quo dari promiſſum eſt, ſolui, poterit creditor agere actione ex empto, vel vendito. In his enim iudiciis bonæ fidei, poteſtas iudicis non ita certa formula alligatur, vt in ſtricti iudicii contractibus. Huic ſimile exemplum eſt, quod vidimus ſupra in leg. vltim. de condic. ob turpem cauſam. Si quid datum ſit ob turpem cauſam ex parte accipientis tantum, non dantis, quæritur qua actione id repeti poſſit? Et dicitur ſi fuerit contractus bonæ fidei, puta depoſiti, vel commodati, agi poſſe ex eo contractu: ſed ſi ſit contractus ſtricti iudicii, agendum eſſe condictione ob turpem cauſdam. Cum igitur aliquid dari certo loco oportet, vel ex contractu vel ex teſtamento, ſi creditor velit alio in loco agere, opus eſt hac actione arbitraria & vtili. Ratio autem huius actionis inſtituendæ eſt, vt fiat commemoratio eius loci in quo ſolui oportet, ſecundum formam contractus vel teſtamenti ex quo debetur. Is enim qui agit ſine commemoratione loci, male agere dicitur, & plus petere loco dicitur §. loco. Inſtitut. de actio. De hac re inſignis locus eſt in dict. §. plus petitur quatuor modis, re, tempore, loco, & cauſa. Non tantum is dicitur plus petere qui maiorem quantitatem petit, quam debeatur, verum etiam is qui petit alio in loco quam

Formula actionis in hoc iudicio. debeatur. Sic igitur concipienda eſt formula actionis, vt actor dicat reum cum quo agit promiſiſſe decem Epheſi, exempli gratia, & quia ad eum locum forte non acceſſit, petit, vt condemnetur ad ſoluēdum Romæ, habita ratione eius quod intereſt alterutrius, Romæ potius quam Epheſi ſolui. Hoc maxime proprium eſt huius actionis arbitrariæ. Vtilitas autem vtriuſque tam actoris quam rei hic ſpectatur, vt apertiſſime expreſſum eſt, in leg. 2. in princip. & §. vltim. hic. Si rei intereſt Epheſi ſolui potius quam Romæ, minoris fiet condemnatio. quia deducetur quod eius intereſt. Si actoris intereſt Epheſi ſolui, & per reum ſtet quo minus ſoluat, huius vtilitatis habenda eſt ratio in hoc iudicio, & maioris pecuniæ fiet condemnatio. idem dicitur in eadem lege. Ex eo quod dicitur, eius quod intereſt alterutrius habendum eſſe rationem, quæritur an etiam lucri & quæſtus, non tantum damni habenda ſit ratio. Id quod intereſt aliquando complectitur lucrum. l. ſi commiſſa. ff. rem ratam hab. Id quod mea intereſt non poſſum aliter definire quam quod mihi abeſt vel lucrari deſii. Quæritur ergo, an habeatur ratio lucri in hoc iudicio? Iuriſconſultus ait lucri etiam habendam eſſe rationem, ſi modo erat mercator qui merces ſolebat comparare. Hic igitur obiter notandum eſt, cum quis lucrari conſueuit, puta ex negotiatione, ex artificio aliquo, in æſtimatione ineunda eius quod intereſt, habendam eſſe rationem lucri. Vnde hæc vtilitas oriatur, docet Iuriſconſultus, in l. ideo. & in Inſtitut. §. loco, de action. Tu mihi promiſiſti dare certam quantitatem vini, vel olei Epheſi. Tu non ſoluis in eo loco, ego te Romæ conuenio: id quod alterutrius intereſt noſtrum æſtimabitur arbitrio iudicis propter varietatem pretiorum cuiuſque rei. Sæpe enim accidit vt frumentum, vel vinum, quod carum eſt in vno loco, in alio loco ſit viliſſimum. Nam cum tam ſint varia pretia rerum per ſingula loca, vt dicitur in leg. pretia rerum. ad legem Falcidiam. dubitandum non eſt quin multum interſit quo in loco quid ſoluatur. Sed de pecunia quid dicemus? *Pecuniarum quoque licet videatur vna & eadem poteſtas vbique eſſe, &c.* Oſtendit id quod intereſt conſiderandum eſſe, etiam ſi pecunia ſolui debeat. Sed ſi quis obiiciat, pecuniæ certam æſtimationem eſſe, & immutabilem eſſe, vt dicitur in l. nummis. de in litem iurand. & l. 1. de contrah. empt. Reſpondeo intereſſe tamen poſſe actoris vel rei ſolui in vno loco potius quam in alio: Quoniam (inquit) in aliis locis pecuniæ facilius & commodioribus vſuris inueniuntur, aliis difficilius & grauioribus vſuris. Ex his poteſtis cognoſcere, cur hæc actio dicatur arbitraria: quia pendet ex iudicis arbitrio, quod late patet in hoc iudicio inæſtimando eo quod intereſt alterutrius. Atque ideo fit vt iudex aliquando minoris pecuniæ quam intentatum eſt, aut maioris condemnationem faciat, vt dicitur in leg. 2. in princip. & §. nunc de officio iudicis. Imo vero aliquando abſoluit reum exacta cautione, l. quod ſi Epheſi, §. 1. Quidam promiſit ſoluere Epheſi: creditor eum Romæ conuenit; reus fatetur ſe eam pecuniam debere, ſed tamen ſe Epheſi habere, & ſe facile ſoluturum Epheſi, & per ſe non ſteuiſſe quominus ſolueret Epheſi, & eam ſe obtuliſſe creditori Epheſi: quæritur an ſit condemnandus reus, an vero ſit abſoluendus in hoc iudicio? Nihil poteſt Iuriſconſultus in vniuerſum definire. Sed ait æquum eſſe abſoluere reum exacta ab eo cautione de ſoluenda pecunia. Legendum hic eſt, *Additus eſt*, vt in l. cum furioſus. 39. de iudic. non *Addictus*. Addere iudicem iudi- *Addere iudicem quid.* cio olim veteres dicebant. Prætor qui addebat iudicem huic actioni latam ei poteſtatem tribuebat: late patet iudicis officium in hac actione. Vnde dicitur arbitraria, quod pendet ex iudicis arbitrio. §. Præterea. Inſtitut. de act. exemplum hic eſt ſatis appoſitum, §. præterea. Ex iam dictis conſequitur, ſi in eodem loco agatur, in quo dari oportet, tunc iudicis arbitrium ceſſare. Tunc enim locus eſt actioni directæ. l. quod ſi Epheſi. in princip. & ea ſola ſumma quæ eſt deducta in ſtipulationem tunc petetur. Arbitraria enim actio tunc competit, cum id quod promiſſum eſt in vno loco, in alio petitur. Et idem eſt in titul. Cod. vbi conueniatur qui certo loco. Hic titulus ad competens forum pertinet, ideoque Iuſtinianus eum collocauit in libr. 3. cum agitur, vbi quis conueniri debeat. Sed hic à Triboniano collocatus eſt, quia cum condictione illa generali aliquid affine habet. Ego dixi in hac diſputatione, videndum eſſe, an locus adiectus ſit ſimpliciter, an vero plura loca vel diſiunctim vel coniunctim adiecta ſint. Videndum nunc eſt quid hoc ſecundo caſu dicendum ſit.

Si diſiunctim plura loca adiecta ſint.

CAP. III.

HÆc quæſtio tractatur in leg. 2. ſubobſcure. in §. ſi quis Epheſi: hæc ſpecies eſt: Quidam promiſit decem ſoluere Epheſi, aut Capuæ hominem. Hic alternatio eſt locorum, vel promittit decem Epheſi, vel hominem Capuæ. Hic eſt alternatio & locorum & rerum: mixta eſt alternatio rerum, cum alternatione locorum. quid igitur dicemus? Hic dicitur, *Non debet detracto altero loco experiri: ne auferat loci vtilitatem.* Ego ſtipulatus ſum Epheſi aut Capuæ diſiunctim ſub alternatione: agitur non Epheſi neque Capuæ, ſed Romæ. Exempli gratia, Mihi licet agere Romæ hac actione arbitraria. Eſt enim comparata, vt liceat creditori alio quocunque loco agere. *Altero loco*, id eſt, debet fieri mentio alterius loci vel Capuæ vel Epheſi. Electio creditoris eſt, vtrum malit an Capuæ an Epheſi agere. Sed neceſſe eſt, ſi ſequatur ſtipulationem, vt agat vel Capuæ vel Epheſi. Si igitur Romæ agat ſine commemoratione alterius loci, ſcilicet, vel Capuæ vel Epheſi, aufert loci vtilitatem reo, & plus petere loco tunc dicitur. Vt autem hoc explicet Vlpianus quædam ex Scæuola ſubiicit. *Non vtique ea quæ tacite inſunt ſtipulationibus, ſemper in rei eſſe poteſtate.* Exempli gratia, Ego ſtipulor à te Stichum aut Pamphilum: hoc tacite ineſt ſtipulationi, vt alterum ſoluatur, non vt vtrunque: id ſatis oſtendit alternatio: ſed vtrius eſt electio, an debitoris an creditoris? Debitoris eſt

electio in alternatione rerum, niſi aliud actum ſit. l. vbi autem. §. qui illud. infra, de verborum oblig. & l. plerunque. de iure dot. An debeat, non eſt in debitoris poteſtate, ſed quid debeat. Quid ergo dicemus de alteratione locorum, ſi quis promiſerit ſoluere Capuæ vel Epheſi? Hic dicitur eius eſſe electionem qui creditor eſt, quia ſi electio permitteretur reo, is ſemper eluderet iudicium. Nam ſi conueniretur in vno loco, diceret ſe malle in alio conueniri, atque ita in poteſtate eius eſſet an deberet. *Quare & in propoſito.* Quamuis in alternatione rerum electio ſit debitoris, tamen in alternatione locorum electio eſt actoris. *Et ſine loci adiectione.* Nos diximus, iam non debere creditorem petere detracto vno loco: hic dicitur eum petere poſſe in alio loco & ſine loci adiectione. Dixi, ſi quis promiſerit Epheſi aut Capuæ ſub alternatione, ſi in alio loco velit creditor agere quam Epheſi aut Capuæ, puta Romæ, eum cogi mentionem facere alterius loci: ſic enim dicere oportere, Tu mihi debes ſoluere Epheſi, aut Capuæ, vtrum volueris: & quia ad eum locum non poſſum accedere, vel tu non acceſſiſti, peto vt cogaris mihi ſoluere Romæ. Vtilitas enim aufertur reo, quam haberet ſi ſolueret Capuæ vel Epheſi, ſi creditor agat Romæ ſine commemoratione loci. Ponamus eum agere Capuæ: debetne fieri commemoratio alterius loci? non eſt neceſſe. Debitor promiſit ſoluere Capuæ aut Epheſi: electio eſt actoris ſi velit eum conuenire Capuæ: nulla mentio facienda eſt Epheſi: vel ſi velit eum Epheſi conuenire, nulla mentio facienda eſt Capuæ. Non enim poteſt de eo conqueri reus, cum ex proprio contractu debeat conueniri, vel Capuæ vel Epheſi. Vnde concludimus, vbi eſt iſta alternatio locorum, alterius loci mentionem faciendam eſſe. Nunc videndum eſt quid dicendum ſit,

Si plura loca coniunctim adiecta ſint.

Cap. IIII.

HÆc quæſtio tractatur in l. 2. §. ſi quis ita ſtipuletur. hic. Quidam ita ſtipulatus eſt, Centum Epheſi & Capuæ, quænam vis eſt huius ſtipulationis? hic dicitur quinquaginta ſoluenda eſſe Capuæ, & quinquaginta Epheſi. Sed ſi is qui ita ſtipulatus eſt, velit agere Romæ, neceſſaria eſt arbitraria actio. Idem dicendum eſt, & ſi Epheſi partem petat, quæ ſolui Capuæ debet, vel e conuerſo. Nam vtranque partem directa actione non poteſt in vno loco petere. Sed quæſtio tractari ſolet, an debitor conueniri poſſit in quocunque alio loco, nec ſit habenda ratio fori, ne alias inquiratur an ſit competens forum, an non ſit? Hoc controuerſum eſt inter eos qui de hac re ſcripſerunt. Alii exiſtimant vbique conueniri poſſe eum qui certo loco dare promiſit, ſi agatur aduerſus eum actione arbitraria. Mouentur eo quod ſimpliciter dicitur, alio in loco agi poſſe, vt in §. loco. de act. Actio (inquit) arbitraria propoſita eſt, per quam alio loco agere licet. Idem dicitur ſub titulo Cod. vbi conuen. qui certo loco. Ait Imperator ſimpliciter, debitorem alio in loco conueniri poſſe, nec diſtinguit: ergo ſimpliciter accipere debemus, quocunque alio in loco conueniri poſſe debitorem. Sed fortius vrget, quod dicitur in pleriſque aliis locis, veluti in l. ſi duo. §. 1. de conſtit. pecunia. & in l. eum qui. de iudic. Cum dicitur aliquem vbicunque conueniri poſſe, & quocunque in loco, nullus videtur locus relictus dubitationi, de quo loco hoc accipiendum ſit. Sed abſurdum videtur, eum quocunque in loco conueniri poſſe, qui certo in loco promiſit, cum is qui promiſit ſimpliciter, & ſine loci adiectione, non poſſit quocunque in loco conueniri. Quo in loco quis conueniri poſſit tractatur variis in locis, præſertim in l. hæres abſens. de iudic. veluti in loco contractus, in quo quis domicilium habet. & ſic de ſimilibus, de quibus agitur in dict. l. hæres abſens. Videtur ergo magis conſentaneum eſſe rationi, vt dicamus eum qui promiſit dare certo in loco, poſſe in alio conueniri, modo locus ſit conueniens & idoneus. l. contraxiſſe. de oblig. & actionibus. Probabilis igitur mihi videtur ſententia eorum qui exiſtimant, id quod dicitur debitorem quocunque in loco conueniri poſſe, qui certo loco dare promiſit, ſic accipiendum eſſe, modo alias is locus idoneus ſit. Nam perabſurdum eſt (vt dixi) eum qui ſimpliciter promiſit ſoluere vel dare aliquid, non poſſe vbique conueniri: & eum qui promiſit adiecto certo loco, ſine delectu, & ſine diſtinctione poſſe vbique conueniri. Et quod dicitur, quocunque in loco poteſt conueniri, his verbis Iuriſconſulti voluerunt oſtendere neceſſe non eſſe eum in loco in quo promiſit ſoluere, ſed in quocunque alio loco conueniri poſſe, modo is locus idoneus ſit. Obiiciunt aliqui, nihil profuturam hanc actionem arbitrariam, ſi ſequamur hanc ſententiam. Sed huic obiectioni reſpondeo, in nullo alio loco debitorem cogi poſſe ad ſoluendum, quam in loco expreſſo in ſtipulatione contrahenda, ſi naturam ſtipulationis, quę ſtricti iudicii eſt, inſpiciamus. Cum conuenit vt detur Epheſi, natura ſtipulationis non patitur vt alio in loco reus cogatur ſoluere, ne in loco quidem domicilii ſui. Verum eſt quod poſſet agi in loco domicilii ſui, ſed vt ſoluat Epheſi agi non poteſt. Nam hac arbitraria actione inductum eſt, vt debitor cogatur alio loco ſoluere. Sequens quæſtio eſt, an hæc actio arbitraria detur aduerſus fideiuſſorem, ſicut aduerſus reum principalem datur? Hæc quæſtio eſt celebris quæ tractatur in l. centum Capuæ. hic. Africanus hac lege ait, ſimiliter aduerſus fideiuſſorem arbitraria actione, ſicut aduerſus reum principalem, & poſſe peti vt fideiuſſor condemnetur præter ſummam principalem, ad id quod intereſt pecuniam ſolutam non eſſe, in loco de quo conuenerat, ita etiam aduerſus fideiuſſorem.

Quidam promiſit ſoluere centum Capuæ, non ſoluit, & moram fecit: aget creditor aduerſus eum arbitraria actione, & præter centum petet fortaſſis viginti, id eſt, quanti ſua intereſt eam pecuniam potius alibi quam Capuæ ſolui. Habetur ratio eius quod intereſt. Similiter dicendum eſt, ſi fideiuſſor moram fecerit, ſi non ſoluerit Capuę, cum interpellatus eſſet, & ſi per eum ſteterit quominus Capuæ ſolueret, (tunc enim moram facere dicitur) ſimiliter aduerſus eum agetur actione arbitraria, & non tantum petetur ſors principalis, ſed etiam id quod intereſt, forte viginti. Hoc intelligendum eſt, ſi fideiuſſor propter moram ſuam conueniatur. Sed magna eſt quæſtio & dubitatio, cum conuenitur fideiuſſor, non propter moram ſuam, ſed propter moram rei principalis. Reus principalis non ſoluit pecuniam Capuæ cum interpellatus eſſet, & ſoluere poſſet, ſi per eum ſtetit: vult eo nomine creditor aduerſus fideiuſſorem experiri. Hic quæritur, an actione arbitraria agendum ſit, & petendum à fideiuſſore præter ſortem principalem id etiam quod intereſt creditoris alibi potius quam Capuæ pecuniam ſolui. Quæſtionem facit quod alibi dicitur, moram rei principalis nocere fideiuſſori. l. mora. de verborum obligationib. Si mora rei principalis nocet fideiuſſori, propter moram rei principalis. Videtur in hac ſpecie condemnandum eſſe fideiuſſorem ad id quod intereſt pecuniam Capuæ ſolutam non eſſe. Sed tamen Africanus hic ait, in hac ſpecie ad id quod intereſt fideiuſſorem damnari non poſſe. Augetur fideiuſſoris obligatio propter moram ſuam, ſed propter moram rei principalis fideiuſſoris obligatio non augetur. Hic ergo notandum eſt, quamuis mora rei principalis noceat fideiuſſori, non tamen ſequitur propter moram rei principalis obligationem fideiuſſoris augeri. Vtrunque verum eſt, Si quis promiſerit Stichum, & dederit fideiuſſorem, ſi reus principalis non ſoluerit, & Sichus deceſſerit, non ſolum reus principalis, ſed & fideiuſſor ad æſtimationem Stichi tenetur propter moram rei principalis, & ſi fideiuſſor nullam moram fecerit. Sic mora rei principalis nocet fideiuſſori: non tamen ideo augetur obligatio fideiuſſoris propter moram rei principalis, ſed tenetur ad id quod in obligatione eſt, etſi moram ipſe non fecerit. l. vltim. de fideiuſſor.

Neque enim hec cauſa recte comparabitur obligationi vſurarum. Occurrit tacitæ obiectioni Africanus. Poteſt enim obiici aduerſus id quod diximus, quod alibi dicitur de obligatione vſurarum. Exempli gratia. Quidam ſtipulatus eſt centum & vſuras eius ſummæ, accepit fideiuſſorem: certum eſt fideiuſſorem non tantum teneri ſortis nomine, ſed etiam vſurarum quæ ſunt acceſſoriæ. Ergo idem videtur dicendum in propoſita ſpecie, vt non tantum teneatur fideiuſſor ad id quod principaliter deductum eſt in ſtipulationem, ſed etiam ad id quod præterea intereſt, quaſi accedat ſorti. Sed reſpondet Africanus hæc diſſimilia eſſe. Cum enim

duæ

duæ ſtipulationes ſint, cum quis ſtipulatur ſortem, & ſtipulatur vſuras, accepitque fideiuſſorem, mirum non eſt, ſi dicatur fideiuſſor non ſolum ſortis, ſed etiam vſurarum nomine teneri: quia vſuræ non minus ſunt in obligatione quam ipſa ſors principalis: quia (vt diximus) duæ ſunt ſtipulationes, vna ſortis principalis, altera vſurarum: ergo vſuræ ſunt in obligatione, cui acceſſit fideiuſſor. Non igitur dicitur eius obligatio augeri propter moram rei principalis, quia ab initio cum ſtipulatio contracta eſt, hæ vſuræ erant in obligatione. Sed in hac ſpecie idem dici non poteſt. Hic enim (inquit Iuriſconſ.) vna pecuniæ creditæ eſt. Ego pecuniam tibi mutuam do, puta centum, ſtipulor eam pecuniam mihi ſolui Capuæ. Reus moram facit, nec ſoluit Capuæ: ago aduerſus fideiuſſorem propter moram rei principalis, & peto vt ſoluat mihi centum: & præterea id quod intereſt mea pecuniam alibi potius quam Capuæ ſolui, non cogetur ſoluere id quod intereſt, quia de eo quod intereſt nulla fuit contracta ſtipulatio, ſicut in priori ſpecie dicitur contracta ſtipulatio vſurarum. Si condemnaretur propter moram rei principalis, augeretur eius obligatio, quia fuit ad centum tantum obligatus: ad id autem quod intereſt non fuit obligatus. Sed dixerit aliquis, ſi id quod intereſt in obligatione non eſt, quomodo condemnabitur reus principalis ad id quod intereſt? Addit, *Circa cuius executionem, &c.* Hic dicit ſortem tantum in obligatione eſſe, ſed tamen officio iudicis præſtari id quod intereſt: committitur hoc arbitrio iudicis, vt condemnet reum ad id quod intereſt, quamuis id in obligatione non ſit: quod nouum non eſt. Multa enim officio iudicis præſtantur, & in condemnationem veniunt, quæ tamen in obligatione non ſunt. Exemplum vnum eſt in l.4. Cod. depoſi. Aliud eſt in l. qui per colluſionem. §.1. de action. empt. Ego depoſui apud te pecuniam meam, tu eam interpellatus vt redderes, non reddidiſti: ago actione depoſiti aduerſus te: non tantum pecuniam conſequar, quam depoſui, ſed etiam vſuras. Eſt enim actio bonæ fidei, & in actione bonæ fidei habetur ratio vſurarum: non quod vſuræ debeantur, & in obligatione ſint, ſed quia in condemnationem veniunt officio iudicis: eiuſque differentiæ manifeſtiſſimum argumentum eſt, has vſuras non eſſe in obligatione, quod poſt ſententiam latam de ſorte, quæ depoſita fuit, non poſſint peti: pecunia depoſita erat in obligatione & actione: quandiu illa pecunia peti poteſt actione, iudex qui de ea actione cognoſcit officio ſuo etiam adiudicat vſuras actori ante ſententiam. Aliud exemplum ſimile eſt in dicta l. qui per colluſionem. §.1. de action. empt. Emptor non tantum tenetur ad vſuras pretii, ſed etiam ad vſuras vſurarum. Idem dicendum eſt in hac ſpecie. Cum ego ſtipulor mihi ſolui Capuæ mutuam pecuniam, ea tantum pecunia in obligatione eſt, id quod intereſt in obligatione non eſt: ſed officio iudicis cognoſcentis de actione principali, id quod intereſt actori adiudicatur. Additur, *Quod ſi poſt moram, &c.* argumento oſtendit id quod intereſt in hac ſpecie in obligatione non eſſe, ſed officio iudicis tantum præſtari. Si ponamus ſortem ſolutam eſſe, id quod intereſt non poteſt peti: idem ergo hic dicitur quod in dicta l.4. Cod. depoſiti. & in dicta l. qui per colluſionem. §.1. Ponamus eum qui mihi promiſit centum Capuæ, moram feciſſe, & poſt moram mihi ſoluiſſe illa centum: ob id quod mea intereſt eum non ſoluiſſe, poterone agere aduerſus eum actione arbitraria, & petere id quod intereſt mea? non poſſum. Duæ enim hic non fuerunt ſtipulationes, vt in ſuperioribus ſpeciebus, vna pecuniæ creditæ, altera vſurarum, vel eius quod intereſt, ſed vna tantum pecuniæ creditæ. Igitur id quod intereſt committitur arbitrio iudicis. Hoc ſatis expeditum eſt, cum tota ſors à debitore ſoluta eſt. Sed quid ſi pars ſortis tantum ſoluta ſit? poterit ne peti id quod intereſt aliam partem ſolutam non eſſe? Et dicitur poſſe, ſed peti non poſſe id quod intereſt ſortem totam ſolutam non eſſe. Quia obligatio pro parte ſublata eſt, & pro ea parte tollitur ius exigendi quod intereſt. Cum tollitur tota obligatio, id quod intereſt etiam omnino tollitur: cum vero pro parte tantum tollitur, pro eadem parte tantum id quod intereſt extinguitur, & manet tantum pro reliqua parte.

Hinc ergo obſeruandum eſt, ob moram rei principalis obligationem fideiuſſoris non augeri. Quod diximus de vſuris & fideiuſſoris obligatione, non augeri obligationem fideiuſſoris ob moram rei principalis, cum exceptione intelligendum eſt, niſi appareat fideiuſſorem etiam ſe obligaſſe eius quod intereſt nomine. Nam ſi hoc appareat, ad id conueniri poterit, quod intereſt propter moram rei principalis. Sic eſt intelligendum quod dicitur in l. quæro. §4. in princip. locati. Lex eſt quæ exiſtimatur vulgo difficilis & obſcura, quam huic contrariam dicunt. Loquitur de eo qui promiſit indemnem omnino ſtipulatorem præſtare, ſed de ea dicemus ſub tit. locati. Alia quæſtio eſt affinis ſuperiori quæ tractatur in l. vltim. Quidam ſtipulatus eſt centum ſibi dari Capuæ: moram fecit reus, per eum ſtetit quo minus Capuæ ſolueret: itaque futurum eſt, vt ſi conueniatur actione arbitraria ad id quod intereſt condemnetur. Ponamus id quod intereſt creditoris eſſe viginti, & ſortem principalem eſſe centum, cum creditor vellet arbitraria actione agere aduerſus reum principalem, qui iam moram fecerat, acceptus eſt fideiuſſor eius actionis nomine. Oſtendit Paulus fideiuſſorem promiſiſſe, quod debetur ex ea actione, & quod in eam actionem venit. Cum dicitur acceptus fideiuſſor eius actionis nomine: quæritur an fideiuſſor teneatur non tantum ad ſortem principalem, ſed etiam ad id quod intereſt, puta ad viginti. Nam ſi agatur aduerſus reum principalem, in tantum is condemnabitur: ergo cum eius actionis nomine hic fideiuſſerit, videtur ad tantundem obligatus eſſe. Hoc mihi videtur Paulus velle ſignificare, quæ aliis videntur difficilia & obſcura, qui rationem loquendi veterum Iuriſconſultorum non ſatis perceperunt. *Videamus ne ea pecunia quæ, &c.* His verbis ait non deberi, vt ego alias oſtendi. Accurſius & cæteri omnes exiſtimant hic quæſtionem propoſitam eſſe, nec ad eam reſponderi cum dicit, *Videamus ne ea pecunia, &c.* Ego vero dico his verbis ſolere Iuriſconſultos decidere & definire: & alibi huius rei aliqua exempla adduxi in partitione tractatus de pactis, circa l. in perſonam.

Conciliatio l. centum Capuæ. cum l. quæro. §.1. loc.

Verbum, Videamus, quomodo intelligi debeat apud iuriſconſultos.

Simile aliud exemplum eſt in l.4.§. Cato. de verb. obligat. vbi dixi his verbis non ſignificari inſpiciamus, ſed ſignificare quod Gallice dicimus, *donnons nous garde.* vt in Offic. Cicer. *videndum ne non ſatis id ſit*, ita ſolebant veteres Iureconſulti plærunque ſuam ſententiam exprimere. Nec eſt dubitandum quin hæc ſententia fuerit Pauli in propoſita ſpecie. Ea pecunia quæ ſententia iudicis accedere poteſt, non debetur, id eſt, quod intereſt, videlicet viginti in ſpecie noſtra. Sed [illegible] quæſtio pendet, an id quod intereſt, in obligatione ſit. Nam fideiuſſor acceptus eſt obligationis & actionis nomine. Si dicamus in obligatione eſſe, ergo fideiuſſor eius nomine tenetur, qui ſe obligauit eius actionis nomine. Et ait Paulus, in obligatione non eſſe, nec deberi id oſtendit, *adeo vt nunc quoque ſorte, &c.* Adeo verum eſt id, quod intereſt in obligatione non eſſe, vt ſorte ſoluta arbitrium iudicis ceſſet: verum ſi Capuæ petatur cum Capuæ ſoluendum ſit, ceſſat arbitrium iudicis vt ſupra diximus, in l. Quod ſi Epheſi. cum alibi agitur, tunc locus eſt arbitrio iudicis. hic probat in obligatione non eſſe. Nam ſi in obligatione eſſet, ſorte ſoluta, adhuc peti poſſet, quia maneret ſemper obligatio eius quod intereſt nomine: ſed quia id quod intereſt, non eſt in obligatione, ſed venit officio iudicis, ſorte ſoluta tollitur omnino obligatio & actio. Hic occurrit obiectioni. Poterat quiſpiam ſic obiicere, in ſpecie noſtra in qua ponimus centum pro ſorte, & viginti pro eo quod intereſt debita eſſe, ſi debitor ſoluat centum, videtur ſoluiſſe non tantum pro ſorte, ſed etiam pro eo quod intereſt pro rata parte. Dices, ſoluta ſorte ſolui id quod intereſt omnino, ita vt non poſſit peti, ſi apparet re vera ſortem ſolutam eſſe. Sed ſi ponamus centum deberi pro ſorte, & viginti pro eo quod intereſt, & ſoluta eſſe centum, nonne poſſumus dicere ſortem eſſe ſolutam pro parte, & id quod intereſt pro rata parte, vt hoc caſu remaneat obligatio ſaltem ad ſortis partem petendam, & in hac petitione officio iudicis veniet id quod intereſt pro rata parte? Sed creditor accipiens centum, videtur remiſiſſe pœnam, id eſt id quod intereſt, nempe viginti. Eſt enim pœna reſpectu eius qui ſoluit, quia hoc ei abeſt. *Qui non puto.* Sententia eſt Pauli in hac ſpecie, centum eſſe in ſorte & viginti in eo quod intereſt, ſi quis centum ſoluerit, videtur pro ſorte ſoluere, & creditor qui accepit, videtur ſortem accepiſſe, & propterea

remiſiſſe pœnam. Eſt ergo locus communis notandus quod qui accipit ſortem, videtur pœnam remittere.

AD TIT. XVIII. LIB. IIII. COD. ET IN TIT. V. LIB. XIII. PANDECT.

DE CONSTITVTA PECVNIA.

CAP. I.

EDICTVM de conſtituta pecunia propoſitum eſt à Prætore æquitatis naturalis cauſa, & ſuadente æquitate naturali, vt oſtendit Vlpianus in l. 1. Si quis conſtituerit ſe pecuniam ſoluturum vel ſuo vel alieno nomine, etiã ſi nulla interuenerit ſtipulatio, tamen obligatur, & tenetur actione conſtitutoria. hoc alienum eſt à ciuili ratione, vt ex ſolo conſenſu & ex ſolo pacto quis obligetur. Iure Romano ex pacto nemo obligatur, niſi acceſſerit ſolennis ſtipulatio. Nam quamuis natura æquum ſit, id quod conuenit inter aliquos ſeruari, tamen non videtur publice id vtile eſſe, vt ob quamcunque pactionem homines ad litigandum in iudicio admittantur. Ex certis tantum conuentionibus obligatio naſcitur, & actio datur litigare volenti, quæ conuentiones præ cæteris viſæ ſunt magis neceſſariæ ad rempublicam tuendam. In contractibus igitur modo naturalis, modo ciuilis ratio ſpectatur, vt docui ad l. 1. de pact. Sed in hoc edicto proponendo Prætor magis reſpexit ad æquitatem naturalem, quam ad rationem ciuilem. Is enim qui conſtituit ſe ſoluturum vel nomine ſuo vel alieno, obligatur ex ſolo conſenſu. viſum eſt enim Prætori graue in hac re fidem fallere. Hæc igitur actio de conſtituta pecunia prodita eſt aduerſus eum qui ſolo conſenſu conſtituit ſine ſtipulatione ſe pecuniam ſoluturum. Proficiſcitur ex iuriſdictione prætoria, non ex iure ciuili, qua iuriſdictione prætoria emendatum eſt in hac re ius ciuile. §. in perſona. & §. de conſtituta. de actionib. vbi Iuſtinianus oſtendit Prætorem introduxiſſe ex iuriſdictione ſua quaſdam actiones in perſonam, cuiuſmodi eſt actio in perſonam conſtitutoria, quæ tunc locum habet cum quis conſtituit ſe ſoluturum ſine ſtipulatione ſolo conſenſu quod à ſe vel ab alio debetur. Nam ſi (inquit) ſtipulatio interuenerit, promiſſor iure ciuili tenetur: nec opus erit hac prætoria actione. Sed ſi non interceſſerit ſtipulatio, dabitur aduerſus eum qui conſtituit hæc actio. Sunt qui dicant ideo actionem dari à Prætore ex pacto, quia pactum geminatum eſt, aiunt ex pacto dari actionem, ſi geminatum ſit. Sed quomodo ſæpe accidit vt agatur actione de conſtituta pecunia, tametſi pactum conuentum tantum interuenerit, nec quicquam debeatur ex pacto conuento. Quidam promiſit pacto conuento, ex eo non obligatur: deinde conſtituit ſe ſoluturum : propter illud pactum conuentum ex eo pacto obligatur, quia hoc pactum acceſſit priori pacto. Ego hanc ſententiam refutaui in l. 5. §. ſed ſi accepto. de verb. oblig. Et dixi non ideo dari actionem ex pacto, quod geminatum ſit ac repetitum : imo etſi decies vel centies reiteratum ſit, non ideo actionem dari. Si quis mihi pacto conuento promiſerit aliquid ſe daturum hodie, cras id ſe daturum iterum promittat, dico non dari actionem de cõſtituta pecunia. Nam is qui conſtituit, non ſimpliciter promittit ſe daturum, ſed ſoluturum, quaſi iam debeatur: Sicque Iuriſconſulti loquuntur tam ſub hoc titulo quam aliis in locis. Cum quis conſtituit ſe ſoluturum, conuentio refertur ad id quod iam debitum eſt. Solutio enim non eſt niſi rei debitæ. Is qui promiſit ſe ſoluturum confitetur ſe id debere, & agnoſcit debitum quod anteceſſit. Is qui promiſit ſe daturum centum, non continuo agnoſcit ſe prius debuiſſe centum. Multum refert an quis promittat ſe daturum, an vero promittat ſe ſoluturum quod iam debitum ſit. Qui igitur ita promittit vt agnoſcat iam debitum eſſe, dicitur conſtituere. hoc ſatis colligitur ex l. 1. §. eum qui. dum dicit, non animo conſtituentis, ſed promittentis factum. Videtis differentiam eſſe inter promittere & conſtituere. Si conuenerit inter me & te, vt des mihi aliquid, hoc promittere eſt: Si conuenerit vt ſoluas, quaſi iam debitum, hoc conſtituere eſt. Conſtituere is dicitur, qui ſe ſoluturum promittit, quaſi iam debitum: Græci καταπράξαι dicunt, vt notauit Budæus in Pandect. ex Demoſthene. Gallice dicimus *arreſter*. Hoc cõſtitutum igitur pertinet ad id ſtabiliendum quod prius debitum fuit. Hoc ſit velut argumentum totius huius tituli & diſputationis de conſtituta pecunia. Iam veniamus ad interpretationem edicti prætorii, in cuius interpretatione nos omnia complectemur quæcunq; ſub hoc titulo extant, ſicut à nobis factum eſt in tit. de iureiur. *Cõſtituere quid.*

CAP. II.

De primo edicti capite.

DVo ſunt huius edicti capita: vnum eſt in l. 1. *Qui pecuniam debitam conſtituit, eam ſoluere debet.* Nos ſingula verba explicabimus. Ac in primis dicitur in edicto, *Qui pecuniam debitam*, id eſt: Si quis pecuniam debitam conſtituerit. Vnde quæritur, an mulier his verbis contineatur? Ait Vlpi. in l. 1. §. 1. Verbum qui, ſic accipiendum eſſe, quaſi prætor ita conceperit edictum, Qui quæue, vt mulier etiam verbis edicti contineatur. Nam ſi mulier conſtituerit ſe ſoluturam quod debet, aduerſus eam dabitur actio de conſtituta pecunia, modo non interuenerit pro alio. Poſſumus enim conſtituere, tam nomine noſtro quam alieno. Mulier intercedens pro alio non obligatur propter ſenatuſconſultum Velleianum. Eſt enim genus aliquod interceſſionis, cum quis conſtituit ſe pro alio ſoluturum. Verbum *Si quis*, etiam fœminas cõplectitur, l. 1. de verb. ſignifi. Cum igitur Prætor his verbis vtitur, *Qui pecuniã, &c.* nos ita accipimus per interpretationem quaſi mulier quoque contineatur. Qui conſtituit, hoc etiam ita accipiendum eſt, cum habilis eſt ad conſtituendum. nam quod ait Prætor ſimpliciter, *Qui*, nos ita accipere debemus, vt perſonæ inhabiles non contineantur: cuiuſmodi eſt furioſus, prodigus, cui bonis interdictum eſt, pupillus. &c. De pupillo expreſſum eſt in l. 1. §. de pupillo. Nec opus fuit de his perſonis cõcipere edictum. Satis enim intelligitur ex aliis partibus iuris ciuilis, cum edictũ proponitur de contractu aliquo, id accipiendum eſſe de his perſonis quæ idoneæ ſunt ad cõtrahendum. Et hoc eſt exemplum interpretationis, quoties lex aliqua, vel edictum proponitur interpretãdum, in quorum interpretatione exemplum Iuriſconſulti ſequi debemus. Similes quæſtiones vbique occurrunt, ſicut ſub tit. de iureiuran. de reb. cred. de verb. oblig. & in his verſatur munus Iuriſconſulti. Quæritur de filiofamilias, quid ſi is ſit qui conſtituerit, an tenebitur de conſtituta pecunia? Et Vlpi. in d. §. de pupillo, ait nihil referre an filiusfa. ſit qui conſtituit, an paterfamilias. Nam certum eſt filiumfam. ex omni contractu, ſicut patremfamilias obligari. l. filiusfam. de act. & oblig. l. tam ex contractibus. de iudic. pręter quam ex mutuo propter Senatuſconſ. Maced. de quo dicemus ſub tit. de S.C. Maced. ſed ex aliis cõtractib. obligatur filiusfamilias, ſicut paterfamilias. Et præterea pater etiã tenetur de peculio vſque ad quantitatem peculii quam filius habet, vt diximus in l. frater à fratre. de condict. indeb. Sequitur in edicto, *Qui pecuniam.* Pecuniæ verbum latiſſimum eſt. generaliter hic accipitur pro omni re quæ in patrimonio noſtro eſt, l. pecuniæ verbum. & l. pecuniæ appellatio. de verb. ſignifi. quamuis alias tantum pro pecunia numerata accipiatur, vt ſub tit. ad S.C. Maced. Itemque aliquando accipitur pro rebus quæ pondere, numero & menſura conſtant: hic autem accipitur pro omnibus rebus quæ ſunt in patrimonio noſtro: & ita interpretatur Iuſtinianus in l. 2. cod. In libris veterum iuris auctorum qui iuriſprudentiam tractarunt, reperitur hoc verbum pecuniæ pro quacunque re quę eſt in patrimonio noſtro, & vult ita accipi in actione conſtitutoria. Sequitur præterea in edicto, *Debitam.* Vt quis obligetur ex conſtituto oportet pecuniam debitam eſſe, vel ab eo qui conſtituit, vel ab alio: ſi non fuerit debita pecunia, nulla eſt obligatio conſtitutoria. Vnde variæ quæſtiones tractantur de debito, in quib. quæritur quid debitum ſit. Eſt locus de debito & indebito obſeruatione dignus: quem locum nos etiam attigimus ſupr. ſub tit. de condict. indeb. cum quæreremus quid debitum eſſet & quid indebitum. Similes incidunt in hunc locum quæſtiones de debito vel indebito. Nam vt intelligamus, an ſit locus huic actioni, cognoſcendum eſt an debitum ſit, an indebitum. ſi debitum ſit, habet locum actio conſtitutoria, ſi non ſit debitum, non habet locum

Maſculinum concipere fœminam.

Debiti verbum quomodo accipiendum in hac actione.

locum hæc actio. Vlpian. in l. 1. §. vltim. hoc verbum interpretatur, *Debitum autem ex quacunque cauſa poteſt conſtitui, &c.* Cum prætor ait in edicto ſuo, *Qui pecuniam debitam*, ſic interpretari debemus, quaſi nihil referat ex qua cauſa debeatur pecunia. Nihil refert an ex contractu, vel ex maleficio debeatur. Quis ſit contractus certus aut incertus, nos oſtendimus in l. certi condictio. de reb. credit. Nec refert, an contractus certus ſit, an incertus, vt debitum dicatur. De quaſi contractu idem dicendum eſt. Tutela contractus non eſt, ſed quaſi contractus. Tit. de oblig. quæ ex quaſi contract. Inſtit. De delicto exemplum eſt in l. qui iniuriarum. 29. Si quis mihi debeat propter iniuriam mihi factam, tenetur ex maleficio. Si igitur is qui ita obligatus eſt mihi conſtituat ſe ſoluturum, tenetur de conſtituta pecunia, quia verum eſt eum debere, l. creditorum. de verb. ſignifi. Debitorem igitur intelligimus ex quacunque cauſa. Deinde debitorem intelligimus quocunque iure debeat, id eſt, non tantum debitum hic accipimus quod iure ciuili, ſed etiam quod naturali aut prætorio iure debitum eſt. Exempla ſunt in l. 1. §. vltim. Sic etiam accipitur debitum naturaliter, ſub titu. de condict. indeb. Exempli gratia, ſi quis mihi promiſerit pacto conuento ſine ſtipulatione ſe aliquid daturum, deinde id ſe ſoluturum conſtituat, aduerſus eum agitur hac actione conſtitutoria. Et hinc cernitur maximus vſus & vtilitas huius actionis. Nam ſi quid debitum ſit ciuiliter, & quis ſe id ſoluturum conſtituerit, non eſt magna vtilitas huius actionis, niſi forte quis conſtituat ſe ſoluturum quod alius debet ciuiliter. Sed ſi quis conſtituat ſe ſoluturum, quod naturaliter tantum debebat, tunc maxime neceſſaria eſt hæc actio, quia licet obligatio naturalis aliquos effectus ciuiles habeat, tamen efficax non eſt ad agendum, vt docui ſub titul. de condictione indebiti, ex l. fideiuſſor obligari. § fideiuſſor. ff. de fideiuſſoribus. l. naturalis. de obligationib. & actionib. Is proprie dicitur obligatus qui cogi poteſt ad ſoluendum. Is qui natura tantum debet, quamuis æquum ſit eum ſoluere, nulla tamen actione conueniri poteſt: & tamen ſi agnoſcens ſe debere quod natura tantum debebat, conſtituat ſe ſoluturum, ob hoc conſtitutum tenetur iure prætorio, & poteſt conueniri hac actione conſtitutoria. Debitum ergo vel natura ſufficit. Quod diximus de iure naturali, idem dicendum eſt de iure prætorio. Si quis non debeat iure ciuili, ſed prætorio, id quoque conſtituens obligatur. neque id mirum eſt: nam multo efficax eſt ius prætorium, quam ius naturale: & ideo ius honorarium aliquando appellatur, & actio honoraria, & propter Prætoris auctoritatem & honorem qui delatus eſt huic magiſtratui, cœpit iuriſdictio prætoria haberi pro lege. Eſt (inquit Iuriſconſul.) vna vox iuris ciuilis. Adfert exemplum honorariæ obligationis. *Ideo & pater & dominus de peculio obſtricti ſi conſtituerint, &c.* Si quis cōtraxerit cum filiofamilias, pater non tenetur iure ciuili ex eo contractu, §. in perſonam. de action. ſed tamen iure prætorio tenetur, vel quia aliquod peculium habet filius, vel quia aliquid in rem patris verſum eſt: ideoque agitur de eo quod in rem patris verſum eſt, & actione de peculio. Sequitur l. Quod ſi maritus. 3. hinc quæſtiones naſcuntur, in quibus quæritur, an aliquid debitum ſit vel indebitum, vt ſi maritus plus conſtituerit ex dote quam poterat. Maritus acceperat centum pro dote ab vxore, tantum reddere vxori non poterat. Maritus autem non tenetur in plus quam facere poteſt. l. maritum. ff. ſolut. matrimon. quid ſi neceſſaria erant illi quinquaginta ad victum, & conſtituerit ſe ſoluturum centum? Ait Iuriſconſul. eum non teneri: ſed quæſtio eſt, an ſit debitum an indebitum. Hæc quæſtio à nobis tracta fuit ſup. ſub tit. de condict. indeb. Et diximus debitum eſſe: ſed exactionem differri, donec locupletior factus fuerit maritus. Turpe enim eſſet ita ſpoliari maritum omnibus fortunis ab vxore ſua vt egeret victu neceſſario, §. cum autem. Cod. de rei vxor. actio. Sed nihilominus dicitur ſolidum debere: ſi ſolidum debeat, & conſtituat ſe id omne ſoluturum vxori, eo nomine tenetur actione conſtitutoria. Sequitur alia quæſtio in §. 1. Si quis autem cōſtituerit, &c. Eſt eadem quæſtio quam tractauimus ſub tit. de condict. indebiti, de eo qui debet quidem iure ciuili, ſed ſi conueniatur, poteſt ſe tueri per exceptionem prætoriam, ſi conſtituat, quæritur an teneatur? Et dicitur non teneri, quaſi indebitum ſit, quia propter exceptionem peti non poteſt, modo ſit exceptio perpetua, & quæ eius gratia comparata ſit cui datur, vt dicitur in l. qui exceptionem. de condict. indeb. *Iure prætorio non debeat*, id eſt per exceptionem. Si quis à me pecuniam mutuam acceperit & pactus ſim cum eo ne petam, iure ciuili obligatus mihi eſt ex mutuo. actio enim ex mutuo ciuilis eſt, ſed non debet iure prætorio, propter exceptionem pacti conuenti. Nam Prætor pacta conuenta tuetur, licet iure ciuili nullius ſint momenti, tamen Prætor dat exceptionem pacti aduerſus eum qui pactus eſt ne petat, quamuis iure ciuili pacto conuento obligationes non diſſoluantur. §. præterea. de except. Hoc eſt quod ait Cicero lib. 1. de Inuent. *Pacta ſic iuſta putari, vt interdum iuri præſtare dicantur.* In hoc exemplo pactum efficacius eſt iure ciuili: quamuis enim hic iure ciuili obligetur, tamen ob pactum quod tuetur Prætor ipſo iure nullas vires habet, & abſoluitur reus. Hoc dicitur, iure prætorio, id eſt per exceptionem. Exceptiones vt plurimum prætoriæ ſunt. Nam Prætor conſtituendo iudicium, cum actionem denegare non poſſet, quæ legitima & ciuilis erat, ne videretur legis auctoritatem euellere, addebat Prætor condictionem & exceptionem, extra quam ſi creditor pactus ſit, ne eam pecuniam petat. Exceptionem addebat Prætor æquitatis cauſa, quia æquum videbat eſſe id quod conuenerat inter aliquos ſeruari, l. ſi vnus. §. pactus ne peteret. de pact. Pactum continet factum, ius in ſtipulationibus verſatur. Sequitur, *Et verum eſt eum non teneri.* Ex his verbis annotandum eſt, exceptionem propter quam datur condictio indebiti impedire conſtitutionem: ideóque ad hunc locum referenda ſunt quæ diſputauimus de exceptione ſub titu. de condict. indeb. Alia quæſtio eſt de eo qui obligatus eſt in diem. *Si is qui iure ciuili & prætorio, &c.* Quidam obligatus eſt iure ciuili & prætorio: is mutuam pecuniam accepit, nec vllum ei pactum de non petenda ea pecunia factum eſt: certum eſt eum debere iure ciuili & prætorio: ſed tamen in diem obligatus eſt, & ante diem ab eo non poteſt peti: quæritur, an is conſtituens teneatur de conſtituta pecunia? hic dicitur obligari. Certum eſt eum debere qui debitor eſt in diem, quamuis non poſſit repeti ante diem ſolutum, l. in diem. de cond ct. indeb. Sequitur, *Vel propter has potiſſimum pecunias quæ nondum peti poſſunt, conſtituta inducta.* Si quis obligatus ſit ciuiliter & ſtipulatio diem non habeat, nihil opus eſt conſtituto, quia poteſt ſtatim agi, ſed conſtitutum prodeſt ſi ita ſit obligatus vt propter diem dilationis non poſſit conueniri: quia conſtituere poteſt ſe præſenti die ſoluturum, tunc vtilis eſt hæc actio conſtitutoria. Sed quid dicemus de eo qui obligatus eſt ſub conditione? Quæſtio tractatur in l. id quod. 19 & l. 2. C. eo. Qui promiſit ſe aliquid mihi daturum ſub conditione, Si nauis ex Aſia venerit, deinde conſtituit ſe id mihi ſoluturum, an actione de conſtituta pecunia tenetur? videtur non teneri, quia debitum id non eſt, quod ſub conditione promiſſum eſt, l. cedere diem. de verb. ſign fi. nec ceſſit nec venit dies antequam extiterit conditio. At Prætor loquitur de eo qui debet. Sed nihilominus valet conſtitutum, ita vt tunc actio ex conſtituto naſcatur, cum extiterit conditio. Sed debitum non eſt. Reſpondet id receptum eſſe, quia ſpes aliqua eſt debiti, licet non ſit debitum. §. ex conditionali. de oblig. Quamuis euentus conditionis ſit incertus & nihil debeatur antequam aduenerit, & extiterit conditio: tamen ſi conditio extiterit, propter conditionis euentum ſpes aliqua eſt debiti. Nihil autem refert à quo debeatur id quod quis ſe ſoluturum quaſi debitum conſtituit: & hoc eſt diligenter notandum. Exemplum eſt in l. eum qui. §. quod exigimus. Prætoris verba concepta ſunt in rem, *in rem exactum eſt.* In rem conceptum eſt edictum Prætoris, non in perſonam. Non dicit Prætor, Qui pecuniam debitam ei cui conſtituit, vel à ſe debitam, non exprimit à quo ea pecunia debeatur, vel cui debita ſit. Ergo nihil refert à quo vel cui ea pecunia debeatur. Sic dicitur pactum in rem cum nulla perſona exprimatur. Sic actio de eo quod metus cauſa, dicitur in rem eſſe. Eſt enim edictum conceptum in rem, non in perſonam. l. ſi cum exceptione. §. aliquando. & §. Pædius. de eo quod metus cauſa. Ideo non tantum ea actio datur aduerſus eum qui metum intulit, ſed etiam aduerſus eum, qui metu non ablatam poſſidet. Sic noui operis nuntiatio dicitur in rem con-

cepta eſſe, l. operis. de noui oper. nunc. Si ego conſtituam quod non debeo, ſed quod alius debet, valet cõſtitutum: hoc eſt intelligendum niſi interuenerit error, vt dicitur in l. vltim. hic. Si quis errore ductus conſtituerit ſe ſoluturum quod alius debet, non valet conſtitutum, l. hactenus. hoc tit. Sufficit enim debitam pecuniã fuiſſe, & in ea lege duo exempla ſunt. Debitor deceſſit relicto hærede: hæres nondum adiit hæreditatem, iacet hæreditas, ego conſtitui me eius nomine ſoluturum: quæritur an valeat conſtitutum? videtur conſtitutum non valere: quia nullus eſt debitor iacente hæreditate. Imprimis non poteſt defunctus debitor dici, quia non eſt in rerum natura: hæres non poteſt dici debitor, quia hæres non eſt iacente hæreditate. Et tamen Vlpianus ait valere conſtitutum, quia pecunia debetur. Aliud exemplum eſt in eadem lege, de eo qui captus eſt ab hoſtibus, qui ſeruus hoſtium dicitur. Cum ſeruis nulla eſt actio, l. ſeruus in iudicio. C. de iudic. interim dum apud hoſtes eſt, ſeruus eſt: tamen ſi quis eius nomine conſtituerit ſe ſoluturum, dicitur valere conſtitutum, quia eius reditus expectatur, & ſi redeat ab hoſtibus iure poſtliminii valet conſtitutum. Addendum eſt ſupra dictis, ſi quis conſtituerit plus quam debitum ſit, quatenus debitum eſt conſtitutum valere, alias non valere, d. l. hactenus. §. vlti. l. 1. §. vltim. Prætor enim ait, *Qui pecuniam debitam conſtituit.* Oportet ergo debitam fuiſſe pecuniam quæ conſtituta eſt. Ergo ſiue quis conſtituerit pecuniam, quæ debita non eſt, nullo modo valet conſtitutum, ſiue conſtituerit plus quam debitum eſſet, eatenus valet conſtitutum quatenus debitum eſt. Inde quęritur, an aliud pro alio cõſtitui poſſit, & an ſi rem aliam conſtituerit quis, valet conſtitutum? Quæſtio tractatur in l. 1. §. an poteſt. Ego tibi debeo Stichum, & conſtituo me ſoluturum Pamphilum: quæritur an valeat conſtitutum? Ex verbis edicti Prætorii videtur conſtitutum non valere. Ait enim Prætor, Qui pecuniam debitam conſtituit. his verbis ſignificat, vt valeat conſtitutum oportere eam rem quæ debita eſt conſtitui. Ergo debitor Stichi, ſi conſtituat Pamphilum, non videtur ex conſtituto teneri. Sed tamen hic dicitur valere conſtitutum. nihil probibet. & aliud pro debito conſtitui. Animaduertit Iuriſconſultus conſtitutum ad ſolutionem debiti pertinere, vt admonui ſupra. Non enim quiſquis promiſit ſe aliquid daturum, dicitur conſtituere, ſed qui promittit ſe ſoluturum quaſi iam debitum. Ergo cum receptum ſit aliud pro alio ſolui poſſe, rationi conſentaneum eſt, vt aliud etiam pro alio conſtituatur. Eſt locus communis de ſolutione. Inuito creditori aliud pro alio ſolui non poteſt, volenti poteſt: vt dicitur in l. 2. §. mutui datio. de reb. cred. Cũ aliud pro alio ſolui poſſit, aliud pro alio quoque conſtitui poteſt. Atque ita extenduntur interpretatione quædam verba edicti, cum ait, Qui pecuniam debitam conſtituit eam ſoluere debet. Quamuis enim his verbis edicti non videatur cõſtitutum valere, niſi quis id conſtituat ſe ſoluturum quod debebat: tamen ſi quis aliud conſtituat ſe ſoluturum pro re debita, valet etiam conſtitutum.

Conſtitutor à fideiuſſore quid differat.

Et hoc differt conſtitutor à fideiuſſore, ne quis putet conſtitutorem fideiuſſorem quendam eſſe. Magna enim inter eos eſt differentia: nam & ſi quis conſtituat ſe ſoluturum quod alius debet, non ideo tamen dicitur fideiuſſor eſſe. Iuſtinianus in Nouel. 4. diſtinguit conſtitutorem à fideiuſſore, & conſtitutorem vocat ἀντιφωνητὴν fideiuſſorem vero ἐγγυητὴν. fideiuſſor autem aliud promittens quam quod reus principalis debet, non obligatur, l. Græce. §. illud. ff. de fideiuſſ. ita vt ſi fideiuſſor maiorem quãtitatem promittat quam reus principalis, vltra eam quantitatem non obligetur. d. l. illud commune. Hinc conſequens eſt, ſi quis conſtituerit ſe pignus daturum aut fideiuſſorem, valere conſtitutum. Si valeat conſtitutum, cum res vna pro alia conſtituitur, multo magis valere debet cum non omnino res alia, ſed quæ acceſſoria eſt rei debitæ promittitur vt conſtituatur. De vtroque videndum eſt in l. Qui autem. 14. §. 1. Tu mihi debebas pecuniã mutuam. Cum ego te interpellarem conſtituiſti non te ſoluturum eam pecuniam quam à te petebam, ſed pignus te daturum: quæritur, an valeat conſtitutum? Ex verbis edicti videtur non valere. Nam ait Prætor in edicto, *Qui pecuniam debitam conſtituit, &c.* Non conſtituit ſe eam pecuniam ſoluturum, ſed eius nomine pignus ſe daturum. Ait tamen I. C. valere huiuſmodi cõſtitutum, *Cum vtilitas pignoris irrepſerit.* Ex pignore iure ciuili non naſcitur actio. Si conuenerit inter me & te, vt res mea tibi obligata ſit, iure ciuili inter nos nulla contrahitur obligatio hoc nomine: ſed tamen ex iuriſdictione prętoria viſum eſt aliquam actionem dare, l. ſi tibi. §. de pignore. de pact. hoc alienum eſt à iuris ciuilis ratione, vt quoties conuenit inter te & me, vt res tua ſit mihi obligata, detur mihi actio Saluiana vel hypothecaria. Sed tamen id viſum eſt vtile Prætoribus, & hoc paulatim receptum eſt propter vtilitatem. nam cum vſus pignoris & hypothecariæ actionis venerit in vſum propter vtilitatem, conſequens eſt, ſi quis conſtituerit ſe pignus daturum, valere conſtitutum. Idem dicendum eſt, etſi quis conſtituerit ſe fideiuſſorem daturum, imo etſi certam perſonam pro ſe fideiuſſuram conſtituerit, & ſi nolit fideiubere, tenetur is qui conſtituit, quia valet conſtitutum. Quomodo valeat hęc obligatio docui in interpretatione l. habere licere. in princip. de verb. oblig. Nam videtur factum alienum promittere qui promittit Titium pro ſe fideiuſſurum: factum autem alienum promittens non obligatur. Sed hanc obligationem perinde accipimus ac ſi promiſiſſet ſuum factum. Quæritur, ſi quis hominem puta Stichum debeat, & promittat mortuo Sticho pretium & ęſtimationem eius hominis, an valeat conſtitutum. Hæc quæſtio tractatur duobus in locis. In l. promiſſor Stichi. 21. & l. promiſſor hominis. 23. Quidam promiſit Stichum, moram fecit: poſt moram Stichus mortuus eſt: is mihi promiſit pretium Stichi: quæritur, an valeat conſtitutum? Hic dicitur conſtitutum valere. Sed dices, non id conſtituit quod debebat. Sed iam diximus, aliud pro alio conſtitui poſſe: deinde non videtur pretium indebitum eſſe, licet ſubtili quadam ratione dici poſſit pretium in obligatione non eſſe: tamen ſi factum ipſum inſpiciamus, recte dici poteſt pretium deberi. Idem dicitur in l. promiſſor hominis. Debitor hominis ſi homo deceſſerit poſt moram debitoris nihil refert, an promittat pretium hominis, an vero ipſum, hominem. Nam cum promiſit hominem, nos interpretamur, tunc promiſſam eſſe hominis æſtimationem. Sic homo mortuus petitur, id eſt hominis mortui æſtimatio, l. ſi ſeruum. §. vltim. de verb. obligat. In omnibus autem his locis, quia poſt moram conſtituitur, valet conſtitutum. Nam ſi ante moram conſtituatur, non valet, quia is qui promiſit Stichum, eo ante moram mortuo liberatur, l. quod te. de rebus credit. & l. ſi ex legati cauſa. de verb. oblig. Et debitum eſſe oportet quod conſtituitur. Quæritur etiam ſi id quod debitum erat tempore conſtituti, debitum eſſe deſierit, an ſit locus conſtituto? Et hæc quæſtio tractatur in l. item illa. §. quod adiicitur. & l. id quod. Prætor in altera parte edicti quam poſtea interpretaturus ſum, ait, *Si apparet eum qui conſtituit neque ſoluere, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe quominus fieret quod conſtitutum eſt, actionem dabo.* His verbis Prætor ſignificat tempus conſtituti hic ſpectandum eſſe, cum quæritur an pecunia debita fuerit, an non, ſufficit debitum fuiſſe eo tempore quo conſtituta eſt pecunia, licet poſt debita non fuerit. Vnde dicit Vlpi. l. item illa. §. 1. *Proinde & temporali actione obligatum conſtituendo teneri.* Si is qui tenetur actione temporali, puta actione iniuriarum, conſtituerit ſe ſoluturum, licet deſierit teneri tempore, tamen ex conſtituto tenebitur, quia debebat tempore conſtituti. Idem dicitur in l. ſeq. 18. §. vlt. Si pater qui tenetur actione de peculio, quatenus erat in peculio, conſtituerit ſe ſoluturum, deinde decreuerit peculium, aut conſumptum ſit, quod ſæpe accidit (peçulium enim ſimile eſt homini quod ſæpe creſcit, decreſcit, moritur, l. peculium, de pecul.) ſufficit peculium fuiſſe tempore conſtituti, etiam ſi poſtea deſierit peculium eſſe. His duobus exemplis oſtendit I. C. nihil referre an poſtea debitum eſſe deſierit, an non deſierit, modo tempore conſtituti pecunia debita fuerit. Sequitur in edicto, *Conſtituit.* Quid ſit conſtituere nos ſupra docuimus. Ego dixi conſtituere aliud eſſe quam promittere, nec verum eſſe quod vulgo dicitur, ex geminato pacto actionem de conſtituta pecunia naſci: quia oportet animo conſtituentis aliquid promiſſum eſſe, vt dicitur in l. 1. §. eum qui. Diximus eum conſtituere qui promittit ſe ſoluturum, quaſi iam debeatur. Ergo ſi quis promittat hodie pacto ſiue ſtipulatione aliquid ſe daturum, & poſt aliquot dies idem promittat, non erit conſtitutum. d. §. eum qui. Videndum nunc eſt quomodo conſtituendum ſit: nam id in edicto Prætoris non exprimitur.

Quomo-

CAP. III.

Quomodo ſit conſtituendum.

CVm Prætor ait in edicto ſuo, *Conſtituit*, accipiendum eſt eo modo quo hæc obligatio contrahi poteſt. Sed quomodo contrahitur hæc obligatio? Et dicendum eſt ſolo conſenſu contrahi, l. 1. in princ. Prætor dicitur fauere æquitati naturali, quod conſtituta ex conſenſu pacta cuſtodiat, & teneatur qui ſolo conſenſu ſe ſoluturum conſtituit, quod graue ſit fidem fallere. Vlpianus in initio interpretationis ſuæ ad edictum id præpoſuit, vt oſtenderet contra ciuilem rationem hanc actionem propoſitam eſſe à Prætore. Ex pacto enim iure ciuili neque obligatio neque actio ciuilis naſcitur. Quædam ſunt contractuum ſpecies quæ contrahuntur ſolo conſenſu, vt emptio, locatio, &c. ex quibus naſcitur actio ciuilis: aliàs ex ſolo conſenſu non naſcitur actio iure ciuili. Sed his verbis admonet Vlpianus Prætorem reſpexiſſe ad naturalem æquitatem, quoniam æquum & bonum eſt quod conuenit inter aliquos ſeruari, l. 1. de pact. Cum quis id quod prius debebat vel ciuiliter vel naturaliter, tanquam debitum agnoſcens ſe ſoluturum conſtituit, graue viſum eſt Prætori in hac re fidem fallere. Hinc etiam colligi poteſt quid interſit inter conſtitutorem & fideiuſſorem. Hic dicitur conſtitutorem ſolo conſenſu obligari, ſed fideiuſſor non obligatur niſi verbis, niſi certa forma & ſolennitate verborum: quia oportet vt interrogatio præcedat & ſequatur reſponſio, l. blanditus. C. de fideiuſſ. l. 5. §. ſatis acceptio. de verb. oblig. Conſenſum autem nos accipimus conſtituentis & eius cui conſtituitur. nam duorum conſenſus neceſſarius eſt, ſicut in omni conuentione, l. 1. §. conuentionis. de pact. Conſenſus autem eius non requiritur cuius gratia aliquid conſtituitur. Si quis conſtituat alieno nomine id quod alius debet, debitoris conſenſus non eſt neceſſarius, l. vtrum. 27. Tu debes pecuniam aliquam, ego conſtituo te ignorante & abſente, imo etiam te inuito & contradicente, me ſoluturum quod debes: quæritur an valeat conſtitutum? & dicitur valere conſtitutum. Sed dicet aliquis: quomodo fit vt conſtitutum valeat ſine conſenſu debitoris? Quia cum debitore hoc negotium nō contrahitur, & ſufficit conſenſus eius qui conſtituit & eius cui conſtituitur: conſenſus autem eius pro quo conſtituitur non eſt neceſſarius. Tu cōſtituiſti te ſoluturum pro me quod debebam: ego denunciaui tibi ne ſolueres, conueniris ab eo cui conſtituiſti: quæritur an exceptio aliqua tibi competat. Dicitur nullam exceptionem tibi competere. Idem dicitur in l. vlt. de negoc. geſt. Nam hoc tibi imputandum eſt quod alienam obligationem ſuſceperis. Hinc conſequitur non tantum inter præſentes ſed etiam inter abſentes hoc obligationis genus contrahi poſſe. id enim in omnibus contractibus obſeruatur, qui ex ſolo conſenſu proficiſcuntur. l. 1. §. vlt. de contrah. empt. Contractus qui verbis contrahuntur, veluti ſtipulatio, non poſſunt contrahi inter abſentes. Stipulatio non niſi inter præſentes contrahi poteſt, l. 1. de verb. oblig. quia requiritur certus ritus & certa ſolennitas. Sed in emptione, venditione, locatione, & aliis huiuſmodi nullus eſt ritus, ſufficit ſolus conſenſus, quocunque modo declaratus fuerit. Dubitandum autem non eſt quin conſenſum ſuum declarare poſſit abſens, vt hic dicitur, puta per nuncium aut per epiſtolam, l. qui autem. §. vlt. Hoc valde vtile eſt & ſæpe accidit vt quis reſpondeat pro alio per epiſtolam. Si quis ſcribat epiſtolam ad alium, qua ſe declaret aliquid conſtituere, ſolet quæri an ſit obligatus. Videri poteſt non eſſe obligatus, quia fideiuſſor non obligatur niſi verbis. At obligatio quæ verbis contrahitur, non poteſt contrahi per epiſtolam. Sed videndum eſt an conſtitutum ſit, an non ſit. Certe ſi conſtitutum ſit debitum, dubium non eſt quin per epiſtolam recte contrahatur, & aduerſus conſtituentem non minus quam aduerſus fideiuſſorem datur actio, vt poſtea dicemus, licet fideiuſſio non poſſit contrahi per epiſtolam. Hic locus eſt inſignis & obſeruatione dignus, de acquiſitione quæ fit per procuratorem & per nuncium. Regula iuris eſt vulgata, Per liberam perſonam nō poſſe nobis acquiri obligationem, quam late explicaui in interpretatione l. ita ſtipulatus. §. Chryſogonus. de verb. oblig. vbi hunc locum nominatim adduxi. Ergo multo minus mihi acquiritur obligatio ab eo qui contrahit nomine meo, ſine mandatu meo. Sed cū quis contrahit nomine meo & mandatu meo, acquirit ſibi actionem ex eo contractu, ſed actione mandati ago aduerſus eum vt eam actionem ſibi acquiſitam mihi mandet. Deinde actione ceſſa, potero experiri: alias nulla mihi competit actio. Nos hic mentionem facimus liberæ perſonæ: quoniam directo nobis per ſeruum & filium qui eſt in poteſtate noſtra acquiri obligationem & actionem certū eſt, vt docui in d. §. Chryſogonus: cum docerem multum intereſſe inter nuncium & procuratorem. Nuncius nudum miniſterium præſtat, vt hic dicitur. Nec mirum eſt ſi hic dicatur obligationem nobis acquiri per nuncium. Procurator non præſtat nudum miniſterium. Ita conſtituitur nuncius, Ego mitto ad te nuncium per quem ſignifico me velle tibi conſtituere. Hic nuncius exponit & refert verba domini & ſententiam. Procuratori autem non mandat dominus vt nudo miniſterio vtatur, vt voluntatem ſuam alicui exponat, ſed mandat ei vt vendat & emat, & non mihi acquiritur obligatiō per nuncium quem miſi, non magis quam per epiſtolam. eſt enim loco epiſtolæ hic nuncius: quod de procuratore dici non poteſt. Conſtitutum igitur fit ſolo conſenſu, & non tantum inter præſentes, ſed etiam inter abſentes per epiſtolam aut per nuncium. Exempla hic reperiuntur, velut in l. Titius Seio. 24. hic proponitur ſpecies de eo qui conſtituit nomine pupillorum ſuorum, quorum tutor fuerat, & conſtituit per epiſtolam, an teneatur de conſtituta pecunia? hic dicitur ad ſortem teneri, non ad vſuras. Sed cur magis tenetur ad ſortem quam ad vſuras? quia ſors poteſt deberi ex conſtituto, vel ex pacto. Vſuræ autem non debentur niſi per ſtipulationem, l. 3. C. de vſur. hic non poteſt ſtipulatio eſſe, quia non contrahitur per epiſtolam. Simile exemplum eſt in l. Quidam. 26. ſed facile eſt illud intelligere. Nunc videndum eſt

CAP. IV.

Quibus verbis contrahatur conſtitutum.

QVæri ſolet quibus verbis vtendum ſit in conſtituendo? Et de re extat Conſtitutio Iuſtiniani Tit. vt cum de appellat. quæ collocari ſolet ſub hoc titulo in Codice. Si quis ita dixerit: Ego tibi ſatisfaciam: vel, Tibi à me ſatisfiet, aut ſimilibus verbis vſus ſit, valet conſtitutum. Si quis autem dixerit, Satisfiet tibi, imperſonaliter, nulla eſt obligatio: nam perſonæ expreſſæ mentio neceſſaria eſt. Qui ita loquitur imperſonaliter, animum non habet obligandi ſe. Idem locus tractatur in l. cum qui. §. Iulianus. §. vlt. & l. ſequenti. In d. §. Iulianus. dicitur, Quidam conſtituit Titium pro ſe ſoluturum, valetne conſtitutum? dicitur non valere. Ratio perſpicua eſt, & vulgo trita: factum enim alienum promittens non obligatur. §. ſi quis alium. de inutilibus ſtipulat. Sed & ſi quis conſtituerit alium ſoluturum: nemo enim poteſt alteri acquirere. Sequitur in d. l. eum qui. *Procuratori conſtitui poſſe. Quod Pomponius, &c.* Hic locus oſtendit differentiam inter procuratorem & nuncium, de qua dicere cœpimus. Non mihi tantum poteſt conſtitui, ſed etiam procuratori meo. Si is qui conſtituit procuratori meo, debetne in perſonam procuratoris concipere verba conſtituti, an in perſonam meam? hic dicitur in perſonam procuratoris concipi debere. Igitur hæc obligatio & actio acquiritur procuratori: ſed eam cedere domino cogitur actione mandati. l. poſſeſſio. de acquiren. poſſeſſ. De nuncio idem dici non poteſt. Ego miſi ad te nuncium vt mihi conſtitueres quod tu mihi debebas, conſtitues mihi non nūcio, qui tibi tantum exponit voluntatem meam, & nudum miniſterium præſtat, nec vllum mandatum habet à domino, niſi vt eius voluntatem exponat. De tutore & pupillo idem videbatur dicendum eſſe. Cum conſtituitur tutori, quæritur an valeat conſtitutum, & an ſit tutori ipſi, an vero pupillo conſtituendum? Idem quæritur de actore municipum & ciuitatis, & de curatore. Actor eſt quem nos dicimus Syndicum. Certe videtur idem dicendum eſſe, vt recte conſtituatur tutori, vel curatori, vel actori municipum. Sed tamen hic dicitur poſſe etiam conſtitui pupillo & municipibus, propter vtilitatem ſubtilitate neglecta, & actio directo pupillo & municipibus acquiritur. *Vtilem actionem.* Vtilis actio vocatur, quæ non datur ex ſummo iure, ſed propter vtilitatem contra ius directum, cum aliqua vtilitas ſuadet, vt à ſummo iure recedamus. His exemplis demonſtratur quibus modis fiat conſtitutum. Addendum eſt ſupradictis, vt recte & vtiliter contrahatur conſtitutum, nihil referre an eodē loco quis

ſe ſoluturum conſtituat, an alio, an eadem, an alia die, l. 4. & 5. Quidam mihi debebat ſoluere Calendis Ianuarii, & conſtituit ſe ſoluturum Calendis Martii: vel debebat mihi ſoluere Romæ, is conſtituit ſe ſoluturum Epheſi: nihilominus valet conſtitutum. Sufficit enim debitum eſſe id quod conſtitutum eſt. Non enim ideo minus debitum fuit quod alio die vel loco ſolui debuerit, quam conſtitutum eſt. Deinde nihil refert an certam quantitatem exprimat is qui conſtituit, an vero ſine quantitate conſtituat, l. qui autem. Is qui mihi debet centum, conſtituit ſe mihi ſoluturum quod debet, valet conſtitutum, licet certa quantitas adiecta & expreſſa non fuerit. Nulla incertitudo hic dici poteſt, quæ obeſſe conſtituto poſſit, nec vllam incertitudinem continet hic contractus. Nam ex alia obligatione poteſt apparere quid debitum ſit. Ergo cum ad aliam obligationem referatur conſtitutum, non poteſt dici propter incertitudinẽ vitiari. Sed quid ſi ſine die conſtituerit quis ſe ſoluturum? hæc quæſtio tractatur in l. promiſ-

Ad l. promiſſor Stichi. 21. ſor Stichi. §. 1. verba edicti late patent. Ait Prætor in edicto ſuo, qui pecuniam debitam conſtituit. Ergo nõ refert ex verbis edicti an ſine die, an adiecto die quis conſtituerit. Sed quamuis verba edicti late pateant, inquit, dicit tamen non teneri. *Poteſt quidem dici te non teneri.* Hic locus eſt valde obſcurus, ſaltem ratio obſcura eſt, cur dicatur conſtituens non teneri qui ſine die conſtituit: quoniam ſtatim agi poſſet cum conſtituente, ſi ſtatim vt conſtituit non ſoluat. Conſtitutum ideo fit vt dilatio concedatur & exactio differatur. Cum ego

Conſtituti finis. interpello debitorem meum vt mihi ſoluat, is cõſtituit ſe ſoluturum, vt dilationem aliquam obtineat. Et hic eſt finis conſtituti. Vnde videtur ſi quis conſtituerit ſine die, non valere conſtitutum, quia is qui conſtituit ſine die, ſtatim poteſt conueniri. l. cedere diem. de verborum ſignificatione. Et conſtat ex verbis edicti Prætorii in 2. cap. tempus adiici ſolitum fuiſſe vt apparet ex l. item illa. 18. *Ad diem.* Tempus conſtituti eſt tempus quod in conſtituto exprimitur, cum quis conſtituit ſe certa die ſoluturum. Quid ergo dicemus? valebit ne conſtitutum ſine die? Ait Iuriſconſultus valere, & ne fruſtra quis videatur conſtituere, dabitur ei dilatio decem dierum: quod receptum eſt tam in gratiam debitoris quam creditoris. Hæc autem quæſtio definita eſt aliquanto apertius conſtitutione Iuſtiniani. l. 2. Cod. eodem. vbi dicitur: Quamuis dubitatum fuerit olim an conſtitutum valeret ſine die, ſtatuendum tamen eſt, conſtitutum ſine die valere, & actionem ex conſtituto dari. Quid ſi ſub conditione quis conſtituat, an valebit conſtitutum? hæc quæſtio tractatur in l. id quod. 19. vbi duplex quæſtio proponitur. Prior eſt an id quod debetur ſub conditione, conſtitui poſſit: de qua iam diximus. Altera eſt an id quod pure debetur, conſtitui poſſit ſub conditione? *Nunc vtilem actionem.* His verbis ſignificat Iuriſconſultus, directam actionem de conſtituta pecunia tunc non competere, cum quis conſtituit ſe ſoluturum ſub conditione, ſed vtilem tantum. Cum dicimus actionem competere, hoc intelligendum eſt cum extitit conditio. Sed cum extiterit conditio, an dabitur vtilis an directa actio? Et dicitur vtilem competere. Sed cur directa non competit poſt conditionis euentum? Ideo dicitur non competere, quia proprie conſtitutum non eſt, cum quid promittitur ſub conditione, obligatio ſuſpenditur, nec poteſt agi, nec quicquam debetur ante impletam conditionem ex contractu. Spes tantum eſt debitum iri ex conditionali ſtipulatione, §. ex conditionali. de verb. oblig. Nam ſi inſpiciamus finem conſtituti, facile intelligemus id conſtitutum non eſſe: conſtituto tantum differtur exactio, & is cuius gratia exactio differtur conſtituit. hic autem conditio adiecta non tantum exactionem reſpicit, ſed ipſam ſubſtantiam obligationis. Sed vtilitatis cauſa dabitur actio, hac ſubtilitate neglecta, ſed poſtquam extiterit conditio.

Sequitur in edicto Prætoris, *Neque ſoluere.* His verbis admonemur obligationem naſci ex conſtituto, quæ obligatio non ex iure ciuili naſcitur, ſed ex iuriſdictione Prætoria tantum. Ex conſtituto cum nulla interceſſerit ſtipulatio, non naſcitur obligatio ciuilis ex pacto, cum obligatio ciuilis non naſcitur ex iure Romano, ſed tamen iure Prætorio introducta eſt hæc obligatio, quæ ideo Prætoria dicitur, in §. in perſonam. de actio. in Inſtit. Is qui ſoluere debet dicitur obligatus eſſe: quod ex definitione obligationis manifeſte apparet. Sed notandum eſt, ex hoc conſtituto ita obligationem naſci, vt vetus obligatio nihilominus maneat. Nam nunquam fit conſtitutũ, quin aliqua obligatio præcedat: quia is qui conſtituit, cõſtituit ſe ſoluturum quod debet. Noua quædam obligatio naſcitur ex conſtituto remanente veteri obligatione, vt dicitur in l. vbi. 28. & l. 3. §. in eum. ff. de admin. rer. ciuil. Si quis conſtituit ſe ſoluturum, vel quod ipſe vel alius debet, ſemper ex veteri obligatione debitor obligatus manet. Hic enim nulla eſt nouatio. Nam nouatio proprie fit, cum ita noua obligatio contrahitur vt vetus tollatur. l. 1. de nouat. Quamuis autem vtraque obligatio maneat, tamen ſolutione facta ex vna obligatione vtraque tollitur. Si quis mihi promiſerit ſe ſoluturum quod mihi debebat ex alio contractu ex quacunque cauſa (Vlpia. l. 18. vocat ſortis obligationem principalem) hic dicitur ſolutione ex vna cauſa facta vtranque obligationem tolli: litis autem conteſtatione non tollitur. Si quis egerit vel ex principali contractu, vel actione de conſtituta pecunia, non tollitur vtraque obligatio petitione. Nam ait Prætor, *Soluere debet.* Ex quo conſequens eſt non liberari reum, niſi ſoluat. Satiſdatio igitur vel pignoris aut fideiuſſoris datio non ſufficit, vt dicitur in l. promiſſor Stichi. §. vlt. Satiſdare is dicitur qui pignus aut fideiuſſorem dat pro ſecuritate creditoris, l. 1. qui ſatiſd. cogant. Sed qui obligatur ad ſoluendum non liberatur ſatiſdando. Sed quid de ſatisfactione dicemus? hic dicitur, Si quis conſtituerit ſe ſatisfacturum. Multum intereſt, an quis ſe ſoluturum, an vero ſe ſatisfacturum conſtituat. Qui conſtituit ſe ſatisfacturum, poteſt vel fideiuſſorem vel pignus dare: nihil intereſt quomodo ſatisfiat, l. item liberatur. quib. mod. pign. ſol.

Deinde quod diximus, ſoluere eum debere qui conſtituit, ſic intelligendum eſſe oſtendit Iuriſconſultus, vt ſoluat rem ipſam quam conſtituit, non aliam. Aliud enim pro alio ſolui non poteſt, niſi volente & conſentiente creditore. l. 2. §. mutui. de rebus credit. Vnde oritur quæſtio quæ tractatur in leg. aut illud. Quidam promiſit Stichum aut Pamphilum, deinde conſtituit ſe ſoluturum Stichum, tum demum vult ſoluere Pamphilum: quæritur an admittendus ſit? Ait Iuriſconſultus admittendum non eſſe, quia conſtituit ſe ſoluturum alterum. Verum eſt eum qui promittit Stichum aut Pamphilum, habere electionem, & alterum ſoluendo liberari, l. vbi autẽ. §. qui illud. de verb. oblig. ſed quia conſtituit poſtea ſe ſoluturum alterum, hic dicitur eum quem conſtituit ſoluere debere, & alterum ſoluendo non liberari. Hic autem obiter notandum eſt, cum quis promittit Stichum aut Pamphilum, vtrunque eſſe in obligatione. Hic locus id manifeſtiſſime probat. ſi enim vtrunq; in obligatione non eſſet, quomodo poſſet alterum conſtitui? & tamen valet conſtitutum alterius. Quomodo autem hoc ſit accipiendum, docuimus in interpretatione l. 2. de verb. oblig. Præterea ſicut is qui conſtituit ſe ſoluturum vnam rem, non poteſt aliam ſoluere, ita qui cõſtituit ſe vni ſoluturum, alii ſoluere non poteſt. Eadem eſt ratio perſonarum quæ eſt rerum. Ergo verba Prætoris ſic accipienda ſunt, cum ait, *Soluere debet*, id eſt, ei cui conſtitutum eſt. Excipitur tamen adiectus in l. 7. §. vlt. cum l. ſeq. Quidam conſtituit ſe mihi ſoluturum & Titio: quæritur quæ ſit vis huius obligationis. id ego docui pleriſque in locis ſub tit. de verb. oblig. Titio ex hoc contractu nulla acquiritur obligatio, nulla actio, & intelligitur ſolutionis tantum cauſa adiectus eſſe. Quare debitor ei ſoluens liberatur perinde ac ſi mihi ſolueret, l. eum qui. de verb. oblig. §. ſi quis alii. & §. plane. Inſtit. de inutil. ſtipul. Ego pono mihi & Titio te ſoluturum conſtituiſſe, ſi ſolueris Titio, an maneat actio de conſtituta pecunia, an vero ea ſublata ſit. Iuriſconſultus ait, *Si agam aduerſus te de* conſtituta, poſtquam ſolueris Titio qui adiectus fuit ſolutionis cauſa, dabitur tibi exceptio, quia actum eſt inter nos vt poſſis ſoluere Titio. Si vero mihi, ſtricto iure adhuc manet mihi obligatus is qui ſoluit adiecto, quod videtur falſum eſſe. Nam in §. plane. & §. ſi quis. dicitur ſoluentem adiecto ipſo iure liberari, perinde ac ſi mihi ſoluiſſet. Hic dicitur eum qui ſoluit adiecto iuuari exceptione. Sed hoc intelligendum eſt cum Titius adiectus non fuit in principali obligatione: quod vulgo etiam hic traditur. Ex principali contractu mihi tantum debetur, nec poteſt alii ſolui quam mihi: deinde in conſtituendo adiectus fuit Titius ſolutionis cauſa. Si itaque ſtrictum ius inſpiciamus, qui ita ſoluit Titio adiecto, non videtur liberatus eſſe: ſed tamen propter æquitatem datur exceptio ei con-

ei contra quem agitur de conſtituto, quia videtur actum eſſe vt poſſet ſoluere Titio, cum eius perſona nominata ſit. Huc pertinet quod dicitur in l.8.& ſeq. Tu promiſiſti mihi aut Titio ſoluere, deinde conſtituiſti te mihi ſoluturum: poſt conſtitutum non debebas adiecto ſoluere: ante conſtitutum ex ſtipulatione licebat tibi adiecto ſoluere. Idem eſt etſi huic affinis eſt quæſtio in l.10. de duobus reis ſtipulandi. Ex duobus reis ſtipulandi ſi vni debitor ſoluerit liberatur, l. ex duobus de duobus reis ſtipul. in ſolidum debet ſingulis reis ſtipulandi. Quid ergo ſi conſtituerit ſe ſoluturum vni ex duobus reis? dicendum eſt eum ſoluentem alteri non liberari. Sequitur alterum caput edicti.

CAP. V.

De altero capite edicti.

HOc caput edicti Prætorii colligitur ex l. ſi duo. 16. & aliis ſequentibus. Ait Prætor, Si appareat eum qui conſtituit neque ſoluere (Sic enim legendum eſt, vt in Pandect. Flor.) neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominus fieret quod conſtitutum eſt, eamque pecuniam cum conſtituebatur debitam fuiſſe, actionem dabo. Hoc edicto proponitur actio conſtitutoria, de qua hic loquimur, in l.20. ea actio ex iuriſdictione Prætoria naſcitur, & in locum ſucceſſit receptitiæ actionis, cuius nulla eſt mentio in Pandectis, ſed meminit Iuſtinianus in l.2. Cod. eo. Mentio eſt etiam huius receptitiæ actionis apud Iuſtinianum in §. de conſtituta. & §. in perſonā. de actio. vbi Theophilus exponit differentiam huius actionis conſtitutoriæ, & actionis receptitiæ. Receptitiam actionem, ait dictam eſſe à recipiendo, id eſt, à promittendo, cum quis recipit ſe ſoluturum, id eſt, cum quis promittit ſe ſoluturum. Huius actionis iidē loci ſunt qui & aliarum actionum. Quæritur enim quæ ſit cauſa agendi, quid petatur. Quodnam ſit officium iudicis in hac actione. Nos breuiter hęc attingemus, & ea referemus tantum quæ à nobis adhuc dicta non ſunt: multa enim eorū quę diximus in explicatione ſuperioris capitis, ad hunc locum poſſunt referri. Videndum igitur eſt in primis,

Receptitia actio.

Quæ ſit cauſa huius actionis.

CAP. VI.

CAuſa huius actionis eſt conſtitutum. Nam vt poſſit agi hac actione oportet pecuniam conſtitutam eſſe, vt iam ſupra dixi, atque ideo quæcunque diximus ad hunc locum referri poſſunt. Qui agit hac actione, ita debet concipere formulam intentionis ſuæ, vt dicat ſibi conſtitutam eſſe pecuniam. Addendum eſt, & ſi quis iurauerit aduerſario deferente conſtitutam ſibi eſſe pecuniam, adhuc locum eſſe huic actioni illud. §.1. hic locus pertinet ad tit. de iureiurando. Naſcitur actio ex iureiurando ex iuriſdictione Prætoria. Et dubium non eſt, quin perinde habendum ſit conſtitutum, cum quis iurauit ſibi conſtitutum eſſe, atq; ſi ei conſtitutum eſſet. Nec refert an deferente aduerſario, an referente quis iurauerit. Nunc videndum,

Quid petatur hac actione.

CAP. VII.

ID ſatis intelligitur ex ipſo prætoris edicto in vtroque capite. Petitur igitur hac actione id quod conſtitutum eſt. Sed hoc ita intelligere debemus, peti quod conſtitutum eſt, vel æſtimationem poſt moram. Sæpe petitur æſtimatio, quamuis conſtituta non ſit. Exemplum eſt in obligationibus faciendi poſt moram. Si quis conſtituerit ſe aliquid facturum, poſt moram dubium non eſt quin teneatur ad pecuniam. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. l. ſi quis ab alio. de re iudic. id generale eſt in omnibus faciendi obligationibus: ſed datur moræ purgandæ facultas, donec iudicium acceptum fuerit, vt dicitur in l. ſi duo. & ſeq. *Per actorem.* Si ſteterit per actorem quominus faceret debitor quod conſtituit, non æquum eſt moram & culpam creditoris reo debitori nocere. Ergo ſi non ſteterit per actorem, tenet acti o: ſi ſteterit per caſum aliquem fortuitum & rerum naturam quominus faceret debitor quod conſtituit, an dabitur actio? Si ſpectemus verba edicti, videtur adhuc actionem competere. Nam Iuriſconſultus excipit vnum caſum, ſi per actorem ſteterit. Sed hoc eſſet mera calumnia, ideo potius ſententiam amplecti debemus quam verbis inhærere. Quæritur an admittatur moræ purgatio vſque ad diem conſtituti, an vero vſque ad litem conteſtatam, id eſt, vſque ad tempus quod in conſtituendo expreſſum eſt. Exempli gratia, ſi quis mihi promiſerit inſulam ædificare, & adiecerit certum diem, puta intra calendas Ianuarias, an poſt tempus conſtituti, poſſit faciendo liberari, ſi petam pecuniam, & id quod mea intereſt, inſulam factam non eſſe? Hic dicitur vſque ad litis conteſtationem eum facientem liberari. *Sed & ſi alia die.* Si ſtrictum ius inſpiciamus, ſpectabimus tempus conſtituti, ſed tamen hoc producitur interpretatione ex bono & æquo ad litem conteſtatam. Ego hunc locum adduxi cum agerem de purgatione moræ in interpretatione l. ſi ex legati cauſa. de verb. obl. Et admonui male à cæteris intelligi, qui putant quoties quid promiſſum eſt moram purgari poſſe, vſq; ad tempus litis conteſtatæ, ſed docui hoc intelligendum eſſe de obligatione faciendi. In aliis autem obligationibus varia tempora conſtituta ſunt ad merę purgationem. Ex his conſequitur hanc actionem rei perſecutoriam eſſe, non pœnalem, quia petitur quod nobis debetur ex conſtituto, quamuis de eo dubitatum fuerit apud veteres. l. item illa. 18. §. ere autem. Cauſa dubitationis hæc mihi fuiſſe videtur. Diximus, cum aliqua actione petitur quod non adeſt reo aut quod non abeſt actori, pœnalem eſſe actionem. id dicitur in §. pœnales. Inſtit. de act. l. in honorariis. de oblig. & act. Si quis conſtituerit ſe ſoluturum quod alius debet, exigitur ab eo quod ipſi non adeſt. *Sed hæc ſubtilia.* Et hæc actio eſt vere rei perſecutoria. Ex his intelligitis quid petatur hac actione. Proximus locus eſt,

Cui & contra quem detur hæc actio.

CAP. VIII.

HÆc actio datur creditori & eius hæredi aduerſus debitorem, & eius hæredem. Tranſit enim hæc actio ad hæredes tam debitoris quam creditoris, vt dicitur in l.1. & 2. Eſt enim rei perſecutoria. Actiones rei perſecutoriæ hæredibus & in hæredes dantur. Vnde quæſtio tractatur in l. ſi poſt. 22. Si poſt conſtitutam pecuniam hæres reſtituat ex Senatuſcōſulto Trebelliano, an actio ſit danda fideicommiſſario? Certum eſt actiones hæreditarias tranſire ad fideicommiſſarium. Si de facto conſtituta ſit pecunia, dubitandum non eſt quin actio vtilis detur fideicommiſſario ex eo conſtituto. Omnes enim actiones tranſeunt in fideicommiſſarium poſt reſtitutam hæreditatem, l.1. ad Trebel. & §. reſtituta. de fideicom. hæredit. Sed magna eſt dubitatio cum conſtitutum eſt hæredi, quod defuncto debebatur ante reſtitutam hæreditatem. Sed hic dicitur actionem dari fideicommiſſario. Hoc eſt intelligendum vt dicitur in l. ſi hæres pecuniam. 73. ad Trebel. Si hæres cogitur cedere eam actionem quæ ſibi quæſita eſt fideicōmiſſario. Non enim actio eſt hæreditaria. Eadem quęſtio eſt de poſſeſſore hæreditatis, cui debitor hæreditarius conſtituit ſe ſoluturum, & poſt conſtitutum ab eo euicta eſt hereditas: hic enim dicit, *Sed magis eſt vt fideicommiſſario vel ei qui vicit decernenda eſſet actio.* Quidam tamen ex veteribus Iuriſconſultis aliter cenſuerunt, quorum ſententia refutatur in l. ſi tibi. §. cum poſſeſſor. de pactis. Sic mihi videtur vterque locus intelligendus eſſe. Præterea ſi plures vt duo rei conſtituerint, aduerſus ſingulos datur in ſolidum actio, l. ſi duo. in princ. Natura duorum reorum eſt, vt ſinguli in ſolidum teneantur, vt non diuidatur actio inter eos. At duo rei conſtituūtur in quouis contractu non tantum per ſtipulationem: ergo etiam & in conſtituto in ſolidum agitur aduerſus ſingulos. Sed notandum tamen eſt propter æquitatem, ſi ſinguli ſoluendo ſint, dari eis exceptionem vt diuidatur inter eos actio, ſi ſinguli conueniantur. Eſt beneficium diuiſionis quod cōpetit ex diui Adriani epiſtola, & datur fideiuſſoribus & conſtituentibus pluribus, quamuis duo fideiuſſores vel duo mandatores teneantur in ſolidū ipſo iure, tamen reſcripto ſuo Adrianus conſtituit, cum vterque ſoluendo eſt, diuidendā eſſe inter eos actionem, vt conueniantur non in ſolidum, ſed pro parte. Huius reſcripti mentio eſt, in §. ſi plures. de fideiuſſ. Et Iuſtinia. propter ſimilitudinē rationis, æquitatis etiā vtilitatis cauſa hoc beneficiū diuiſionis pduxit ad cōſtitutores. Hodie in tabulis publicis quæ conſcribuntur à tabellionibus publicis ſolet adſcribi renunciatio propter regulam iuris, l.1. ſi quis in conſcribendo. Cod. de pact. Eſt aliud quoque beneficium

quod hic habet locum, beneficium excuſſionis, cuius mentio eſt in Nouel. Iuſtiniani de pluribus fideiuſſoribus, vbi vult Iuſtinianus ſiue quis fideiuſſerit pro alio, ſiue conſtituerit ſe ſoluturum pro alio quod debet, vt non ante conueniatur, quã excuſſus fuerit reus principalis, ſi præſens ſit. Eo autem excuſſo, ſi forte deprehenſus fuerit ſoluendo non eſſe, tunc agetur aduerſus fideiuſſorem, vel eum qui eo nomine ſe ſoluturum conſtituit. Sed ſolet etiam huic beneficio renunciari.

CAP. IX.

De officio iudicis.

Circa officium iudicis & rationem agendi, hac actione notandum eſt, vbiq; agi poſſe, & ſi quis conſtituerit ſe certo loco ſoluturum, l. eum qui. & l. ſi duo. §. 1. Hic locus pertinet ad tit. de eo quod certo loco. Quemadmodum cum quis promiſit ſe certo loco daturum arbitraria actione quocunq; alio in loco conueniri poteſt: ita etiam ſi quis conſtituerit ſe pro alio in loco certo ſoluturum, poteſt aduerſus eum alio in loco agi. Sed quæſtio eſt de legato, ſi legatus conſtituat ſe Romæ ſoluturum, l. eum qui. §. 1. Legati hoc priuilegium habent, vt non poſſint in legatione conueniri ob negociũ quod antea contraxerunt. Nam poſſunt petere vt domum reuocentur, l. 2. §. legatis. de iudiciis. Hic reperitur antinomia. hic dicitur conueniri poſſe Romæ : in l. ſi quis in legatione. de iudiciis. dicitur non poſſe conueniri. Hęc pugnantia ſunt. Sed mihi videtur vterque locus ſic explicandus, & conciliandus, Si conſtituerit legatus cum eſſet Romæ in legatione ſe ſoluturum quod ante legationem acceperat, non ideo conuenietur Romæ, ſed ius habet reuocandi domum: niſi conſtituerit ſe Romæ ſoluturum, quod in ipſa legatione acceperat. atque ita mihi videtur accipiendum eſſe, quod hic dicitur, & verba ſequentia id ſatis oſtendunt. Aliud autem eſt conſtituere ſe ſoluturum Romæ, aliud non exprimere locum, vbi ſolutio facienda ſit. Poſtremo hæc actio perpetua eſt, id eſt, durat 30. annis, l. omnes. l. ſicut. C. de præſc. longi temp. l. 2. ad ſi. C. eo. in l. 2. Iuſtinianus aliquid ſubiicit de argenti diſtractorib. *His videlicet quæ argenti diſtractores & alii negotiatores indefenſo conſtituerint, &c.* Excipit argenti diſtractores. Eadem exceptio eſt in Nouel. 4. de fideiuſſ. ad ſi. ἀργυροπράτας eos vocat. Accurſius & cæteri hic annotant argentarios, & alios negotiatores, ſtatuta poſſe facere de negociatione ſua: ſed mirum eſt eis in mentem non veniſſe verbum conſtituere, accipiendum eſſe vt in titulo ipſo. Iuſtinianus ſignificat multum intereſſe an argentarii conſtituant aliquid ſe ſoluturos, vel an argentariis conſtitutum ſit, an vero alius conſtituat ſe ſoluturum, vel alii conſtitutum ſit. Si quis autem velit intelligere differentiam inter conſtitutam pecuniam, ab argentariis, & ab aliis conſtitutam, videat Nouel. Iuſtiniani de argentariorum contractibus. Multa conceſſa ſunt argentariis, quia eorum munus publicum multum videbatur proficere reipublicæ.

IN TIT. XIX. LIB. IIII. COD. ET TIT. III. LIB. XXII. Pandectarum.

CAP. I.

De probationibus.

Qvanta ſit huius tractatus quem aggredior vtilitas, nihil neceſſe eſt pluribus explicare: id ſatis cuique notum eſt. In iudicio ſemper requiritur probatio, quoties de facto quæritur, quoties facti quæſtio eſt, & ſtatus cauſæ coniecturalis. Ait Vlpianus in l. duo ſunt Titii. de teſtam. tutela. Cum duo ſunt Titii, & Titius datus tutor proponitur in teſtamento tutoris, dationem inutilem eſſe, quia, inquit, ius non deficit, ſed probatio. Ea tutoris dati o pro nulla habetur propter probationem deficientem: quia non poteſt probari vter datus fuerit tutor teſtamento à teſtatore filiis ſuis. Probatio igitur neceſſaria eſt, quoties facti quæſtio in iudicium venit. Ac tametſi quæſtio facti, quæſtio coniecturalis dicatur ad nos pertinere, vt ego in Scæuola fuſe docui, tamen legiſlatorum eſt modum, formam & rationem aliquam probandi præſcribere. Ciuilis ſcientia eſt ἀρχιτεκτονική, vt ait Ariſtoteles, lib. 1. moral. quia de eis Iuriſconſulti ſtatuunt plerunq; quę aliarum ſunt artium. Sed videndum eſt ante omnia,

Quid ſit probatio.

CAP. II.

Qvid ſit probare non tam difficile eſt docere, quam definire exacte. Si quis definitionem dialecticam requirat, multo difficilius eſt ita definire quam docere, & oſtendere, quid ſit probare, quid probatio. Nec ſane definitio dialectica hic magnopere neceſſaria eſt, cum alias res ſatis intelligatur. Galenus irridet eos pleriſque in locis, qui in quacunque definitione ita ſunt occupati, cum alioqui res per ſe obſcura non ſit, & ſine Dialectica definitione facile explicari & intelligi poſſit. Quod vitium quo plerique laborant, vocat φιλοειδίαν. Mira eſt ſuperſtitio noſtrorum interpretum & morofitas in hac re. Quantæ enim ſint eorum ineptiæ in his definitionibus, maxime oſtendunt quæ ſcripta ſunt ab eis de definitione probationis: vix quinque diebus poſſem recitare quæcunque ab eis traduntur de definitione probationis. Sed hoc eſt multum ſcribere, non multa docere. Tamen vt morofioribus ſatisfaciam, ſolutus definitionem dialecticam trad re: quã ſoleo ita definire, cum quæritur quid ſit probare, *Probare eſt rei controuerſæ iudici fidem facere per teſtes, vel per inſtrumenta.* Eidem facere is dicitur qui probat in iudicio, qui oſtendit verum eſſe quod intendit in iudicio. Nos probationem vocamus, Græci πίστιν vocant. Viſum eſt enim Quintiliano, hoc verbum ad illud vocabulum Græcum πίστις, exprimendum idoneum eſſe. Quicquid eſt quo fidẽ facimus rei alicuius, illud eſt probatio. Deinde dicitur in definitione noſtra, rei controuerſæ. Ineptum enim eſt in eo probando, & docendo laborare quod controuerſum non eſt, quod in iudicio ſæpe accidit. In eo peccari ſolet ab imperitis hominibus qui in foro verſantur. Atq; ideo maxime ſpectare debemus, an cauſa verſetur in ſtatu coniecturali. Nos dicimus, *Quand les parties ſont appoinctees contraires.* Exempla quædam reperiuntur ſub hoc titulo, veluti in l. patronum. Explicatio huius loci pendet ex edicto Prætoris de eo quod in fraudem patroni alienatum eſt, extat tit. ff. ſi quid in fraud. patr. Si libertus aliquid donauerit in fraudem patroni ſui, qui ei defuncto ſucceſſurus eſt, datur patrono actio ad reuocandam rem donatam. Qui experitur aduerſus libertum, duo probare debet. In primis donatum eſſe à liberto, deinde fraudandi cauſa donatum fuiſſe. Ponamus alterum probatum eſſe, puta donatum eſſe, nihil iuuabit hac probatio patronum. Nam id controuerſum eſt in iudicio, nõ tantum an donatum ſit, ſed etiam an fraudandi cauſa ſit donatũ. Cogetur ergo manifeſte probare aliquid in fraudẽ donatum eſſe. Sed videndus eſt ille tit. ſi quid in fraud. patroni. Exemplũ aliud ſumitur ex l. ante omnia. 23. hic locus pertinet ad tit. de pig. & ad hypothecariã actionem. Is qui agit hypothecaria actione duo probare debet: duo. n. intendit, rem ſibi fuiſſe obligatam, & eã rem fuiſſe in bonis eius, qui eam obligauit. Alterũ probare ſatis nõ eſſet. Nam alienæ rei obligatio nulla eſt. Ergo ſi obligatã rem ſibi eſſe tantum probauerit actor, non proderit ei hæc actio. Nã controuerſum fuit inter agentẽ actione hypothecaria, & reum, non tantũ an res obligata eſſet, ſed etiã an ea res eius fuiſſet tẽpore pignoris contracti, & an obligari potuerit. Deinde dicitur in definitione, *Fidem facere iudici.* Ego hanc definitionẽ tradidi lib. 1. diſputat. Sic autem loqui ſolent Iuriſcõſulti, iudici probare, l. quinquaginta. 12. Nõ dicimus probari aduerſario. Hinc poteſt intelligi cur probare dicatur is qui fidem facit iudici. Probare apud Latinos eſt efficere, vt ꝙ intendimus, probum & rectum videatur. Cum actor aliquid intendit in iudicio, tunc dicitur illud ꝓbare, cum efficit vel prolatis inſtrumentis in iudicio, vel teſtib. productis, vt ꝙ intendit iudici videatur probum iuſtumq; eſſe, & propterea dicitur in definitione, teſtib. vel inſtrumentis. Nam omnis probatio conſtat aut tabulis ſiue inſtrumentis, aut teſtibus. Nulla vere probatio dici poteſt, in qua aut teſtes aut tabulæ ſiue inſtrumenta non adhibeantur. Id ſatis oſtendunt duo tituli ſequentes, tam in Cod. quam in Digeſt. vnus de teſtibus, alter de inſtrumentis. Ea collatio titulorum nos admonet probationis duo eſſe genera, vnũ per teſtes, alterum per inſtrumenta. Huc pertinet cap. forus. extrà, de verb. ſign. Magna quæſtio eſt de cõfeſſione, de iureiurando, de euidentia rei, an probatio ſint, an non ſint: ſi aduerſarius confiteatur in iudicio, an ea confeſſio ſit dicenda probatio eſſe. Si quis iurauerit deferente aduerſario, an hoc iuſiurandum

Iurandum ſit probatio, ſi euidens ſit aliquid factum eſſe ex ipſo aſpectu, an ſi ob hanc euidentiam rei iudex pronunciauerit, dicatur probatum eſſe? Hæc ad definitionem noſtram non pertinent, nec probationis vocabulo, ſi vere & proprie accipiatur, mihi videntur contineri. Fateor quidem confeſſionem aduerſarii & iuſiurandum vim probationis habere, & euidentiam rei. nam nihil opus eſt probatione, cum aduerſarius confitetur. Is etiam qui iurat aduerſario deferente non opus habet probare. l. ſed etſi poſſeſſori. & l. eum qui. de iureiur. & perinde obtinet in iudicio ac ſi probatum eſſet. His verbis oſtendit Iuriſconſultus nihil probatum eſſe. in l. eum qui. dicitur, exonerari probandi neceſſitate eum qui iurauit aduerſario deferente: & ſatis oſtendit Iuriſconſultus nullam probationem eſſe, & ſententiam ſequi abſque vlla probatione. Tunc enim probatio neceſſaria eſt, cum reus inficiatur, & res eſt controuerſa. Sed res nō eſt controuerſa cum aduerſarius confitetur, vel aduerſarius conſtituitur quaſi iudex in cauſa ſua & teſtis. Hæc nominū μικρολογία, in qua valde occupantur vulgares interpretes, nullius eſt vſus. Concedo etiam vt hæc probationem voces, ſed abuſio eſt, cum dicimus probatum eſſe. Nam nulla probatio vere dici poteſt, niſi quæ fit per teſtes vel inſtrumenta. Hæc ſatis ſuperque de definitione probationis. Nunc ad diuiſionem accedendum eſt.

CAP. III.

Diuiſio probationis.

Vulgo diuidi ſolet probatio in directam & obliquam. Ego hanc alio in loco ſecutus ſum, quod mihi videretur inepta non eſſe. Nam aliquando aliquid directo probatur, aliquando non directo, ſed per obliquum. Eruditius & ornatius poterit quis aliter vocare ἄτεχνον & ἔντεχνον. Aliquando directo id probatur, vel teſtibus vel inſtrumentis, de quo controuerſia eſt. Exempli gratia, Aio me tibi pecuniam mutuam dediſſe: produco teſtes, qui pro teſtimonio dicant ſe interfuiſſe cum ego tibi pecuniam mutuam numerarem, vel profero tabulas quibus perſcriptum eſt, me tibi pecuniam numeraſſe: directo id probatur quod intendit actor, eſtque ἄτεχνος, & inartificialis hæc probatio: nullo artificio hic opus eſt ad fidem faciendam iudici. Altera vulgo quæ dicitur obliqua, vel ἔντεχνος, id eſt artificialis, eſt cum id quod intenditur non probatur directo, ſed per obliquum, id eſt, id conſequitur ex eo de quo loquuntur teſtes, vel ex eo quod tabulis perſpicuum reperitur. Hic arte aliqua opus eſt vt cognoſcatur quid ex quo conſequatur, an id quod intenditur conſequatur ex eo quod teſtes dicunt, vel ex eo quod tabulis continetur. *[P]robatio[n]is obliquæ diuiſio.* Huius autem obliquæ & artificialis probationis, tria genera vel gradus potius conſtituimus. Eſt enim quædam huiuſmodi probatio certa & neceſſaria, aliqua veriſimilis & credibilis tantum, quæ neceſſitatem aut certitudinem non habet. Alia tantum abeſt vt neceſſaria ſit & certa, vt nihil aliud ſit quam leuis quædam præſumptio & ſuſpicio. Videamus primum de neceſſaria & certa. *[P]robatio neceſſaria.* De hac neceſſaria probatione, locus eſt in l. vltima. Cod. eod. Indicia certa & indubitata valent ad fidem faciendam, & vtilia ſunt ad condemnationem etiam in criminali iudicio. *Cuncti accuſatores.* His verbis oſtendit ſe de iudicio criminali hic loqui. Actionis verbum pertinet ad ciuile iudicium & forenſe, accuſatio autem ad criminale. *Vel indiciis.* Hæc indicia indubitata vocant Ariſtoteles & Quintilianus τεκμήρια, eſtque vulgare exemplum. Si quis velit probare mulierem corruptam eſſe, ex eo probabit quod in mammis lac habeat. Eſt exemplum huius probationis, quam dicimus obliquam eſſe. Aliud eſt de quo teſtificantur teſtes quam quod intendit, tamen id quod intendit ex eo conſequitur. Hoc ſignum eſt certum & indubitatum. Sed quædam alia ego in Scæuola adduxi, quæ poteritis videre. Vulgare eſt etiam & illud exemplum huius probationis, Si quis accuſet aliquem quod hominem certo die, vel certo loco occiderit, reus probabit ſe alibi eo die fuiſſe. l. optimam. C. de cōtrah. ſtip. Dicet, eo die eram Romæ: eo probato id quoq; conſequenter probat quod intendit, ſe hominem non occidiſſe: probatio neceſſaria eſt. Nam fieri non poteſt, vt qui Romæ certo die fuit, eadem die hominem Lutetiæ occiderit. *[P]robatio veriſimi[lis] ſeu [cr]edibilis.* Secundum genus probationis artificialis eſt, eius quæ dicitur veriſimilis ſeu credibilis, ex eo quod continetur inſtrumento, vel ex eo de quo teſtes teſtantur: aliquando id conſequitur, quod intendit actor aut reus, non neceſſario ſed probabiliter tantum, ſi verum eſt id de quo teſtes pro teſtimonio dixerunt, probatum eſt id quod intendit actor. Nos hanc probationem credibilem dicimus non neceſſariam, non certam. Hæc diſtinguitur aliquando apud Iuriſconſultos à probatione, & vocatur præſumptio, vt in hoc tit. de probat. & præſumpt. *De præſumptione.* Sed vocabulo probationis aliquando continetur non tantum apud Iuriſconſultos, ſed etiam apud Rhetores. Subtiliter eam vocant præſumptionem Iuriſconſ. & diſtinguunt eam ab ea quæ certa eſt. Præſumpta eſt opinio, vel præſumpta ſuſpicio. Breuius Iuriſconſulti eam vocant præſumptionem. Præſumpta opinio, id eſt, ante ſumpta opinio, quam rei veritas aperta ſit. πρόληψις à Græcis dicitur. Sed vt ego dixi, probationis verbum generaliter acceptum hæc omnia complectitur. Quid credibile ſit, aut non ſit, non poteſt in vniuerſum definiri, vt ſæpe nos admonuimus, hoc eſt quod Quintilianus ait, lib. 5. cap. 10. Hoc iudicatur ex communi ſenſu. Qui maxime volet iudicare quid credibile ſit, oportet eum probum hominem eſſe. Ariſtoteles de his rebus grauiter & ſapienter diſputat. Proſunt vel maxime exempla Iuriſconſultorum: poſt eas præceptiones ſapientum virorum quæ nos iuuant, vtile eſt exerceri in his exemplis quæ extant in libris Iuriſconſultorum. Exempla ad exercitationem conducunt, non quod certæ ſint regulæ, ſed fallaces non ſint. Ego enim dixi hæc non poſſe in vniuerſum definiri. Alciatus qui ingentem librum ſcripſit de præſumptionibus, mihi certe videtur operam ſuam infeliciter collocaſſe: quia hæc ex cognitione morum cuiuſque hominis & experientia rerum & exemplis iudicantur. de his igitur exemplis videndum eſt. Vnum eſt peruulgare in leg. filium. de his qui ſunt ſui vel alie. iur. Cum quæritur an quis filius ſit, an non ſit, facti eſt quæſtio, & probatio hic requiritur. Sed quomodo poſſit probari aliquem filium eſſe? quomodo id probandum ſit, docet Iuriſconſ. in d. l. filium. Filium, ait, definimus eum qui ex viro & vxore eius natus eſt. Cum matrimonium contractum eſt inter aliquos, & conſtante matrimonio natus eſt aliquis ex vxore, is habendus eſt filius eius mariti. Exemplum eſt huius probationis de qua loquimur. Hoc enim tantum probatur coniecturis probabilibus & veriſimilibus. Nulla hic eſt neceſſaria probatio. Non enim ſequitur, natus eſt filius, conſtante matrimonio, ex vxore, ergo ex eius marito natus eſt: ſed eſt præſumptio quædam iuris. Nos autem definimus eū eſſe filium, quia credibile eſt, & veriſimile, niſi contrarium doceatur. Poteſt enim contrarium doceri, vt colligitur ex eadem lege. Si ponamus maritum abfuiſſe, eo toto tempore quo conceptus eſt is de quo quæritur: videtis maritum hanc probationem euertere. veriſimilis eſt probatio quæ cedit certæ & indubitatæ probationi. Si poſſit oſtendi abfuiſſe maritum, vel propter valetudinem non potuiſſe cum vxore ſua rem habere, vel aliud huiuſmodi. Sed ſi non poſſit contrarium probari, nos hanc veriſimilitudinem ſequimur. Hæc igitur probatio dicitur probabilis. Quidam (vt Connanus) demonſtrant hanc probationem neceſſariam eſſe poſſe, & dicunt mulierem poſſe in arce contineri. Sed his reſpondeo, cuſtodes etiam rem habere poſſe cum vxore. Quidam exiſtimant hanc probationem eſſe impoſſibilem. Sed hoc falſum eſt: verum eſt directo hoc non poſſe probari, ſed per coniecturas ſic. Sed dico eſſe probationem quæ fit per coniecturas. Ad rem nihil pertinet quod adducitur ex l. Lucius. de condit. & demonſt. Vbi dicitur, Inſtitutus eſt filius ſub conditione, Si ſe filium eſſe probauerit: ibi dicitur, nullum eſſe teſtamentum, quia conditio non eſt in eius poteſtate. Sed non dicitur impoſſibilem eſſe conditionem: & multum refert an impoſſibilis ſit conditio, an vero non ſit in filii inſtituti poteſtate: fieri enim poteſt vt impoſſibilis conditio non ſit, & tamen non pendeat ex poteſtate eius cui adſcribitur, l. ſeruus quoque. de hæred. inſtituen. probatio pendet ex teſtibus. Docendum eſt matrimonium contractum fuiſſe, hunc natum eſſe ex vxore conſtante matrimonio. Hoc probato, nos præſumimus hunc legitimum eſſe filium, ſed teſtamentum dicitur nullum eſſe, quia cum filius qui eſt in patris poteſtate, inſtituitur ſub conditione quæ non pendet ex eius poteſtate, nulla eſt inſtitutio, & nullum teſtamentum, l. ſuus quoque. de hæred. inſtit. Aliud exemplum eſt in l. ſi fi-

lius.8. Oritur lis inter patrem & filium de poteſtate. Pater contendit filium eſſe in ſua poteſtate : filius contra ait ſe ſui iuris eſſe, quæritur vtri incumbat probatio, an patri, an filio? hic dicitur, *Si filius in patris poteſtate ſe eſſe neget, prætor cognoſcit, vt prior doceat filius.* Ergo credimus & præſumimus filium eſſe in patris ſui poteſtate, niſi contrarium probetur. Exemplum huius probationis eſt de qua hic loquimur. Hoc neceſſarium non eſt. Nam fieri poteſt vt filius ſit, & tamen ſit ſui iuris, quia emancipatus eſt à patre. Sed credibilius eſt filium eſſe in patris ſui poteſtate quam ſui iuris eſſe, propter pietatem, quæ patri à filio debetur. In hanc partem inclinamus. Aliud exemplum eſt in l. ſi pactum. Pactum factum eſt in quo nulla hæredis facta eſt mentio: exempli gratia, Quidam ita paciſcitur, ne petat à Titio: non dixit ne petat à Titio, neve ab hærede eius: quæritur an poſſit petere ab hærede? Hic inquirendum eſt quid veriſimile ſit, vt intelligamus, vter probare debeat, an is qui contendit pactum eſſe reale, an vero is qui contendit pactum eſſe perſonale? hic locus pertinet ad l. iuriſgentium.§.pactorum.de pactis. Hic dicitur ei incumbere probationem qui contendit pactum eſſe perſonale, & credit pactum eſſe factum gratia hæredis : quia *plerunque* (inquit Celſus) *tam hæredibus noſtris quam nobiſmet ipſis cauemus.* Qua ratione hæc probatio nititur. Solet enim fieri (& hi ſunt mores hominum) vt non tantum ſibi, ſed etiam hæredibus ſuis conſulere ſoleat. hic videtis nos ex moribus hominum quod veriſimilius eſt iudicare. Aliud exemplum eſt in l. eum qui. 22. Qui voluntatem mutatam eſſe dicit, probare debet. Hinc vulgo colligi ſolet, mutationem voluntatis præſumendam non eſſe. Præſumendum eſt eum qui aliquid voluit in eadem voluntate permanſiſſe, niſi ratio aliqua ſuadeat aliud eſſe iudicandum. Si non appareat cauſa mutatæ voluntatis, tunc in dubio creditur permanſiſſe in eadem voluntate. Exemplum vnum eſt in l. fideicommiſſa.§.ſi rem.de leg.3. ſi quis legauerit rem aliquam, deinde eam alienauerit ex neceſſitate, non videtur legatum ademiſſe propter hanc alienationem, niſi probatum fuerit eum adimendi legati voluntatem habuiſſe, & voluntatem mutaſſe. tanta eſt vis huius coniecturæ vt transferat onus probandi in aduerſarium, quia creditur quis in voluntate ſua permanere. Hæc præſumptio ex moribus hominum & natura oritur. Non enim conſtantis & prudentis hominis eſt voluntatem ſuam ſine cauſa mutare, quamuis homo à Platone dicatur ζῶον μεταβολον, animal mutabile. Aliud exemplum eſt in l. cum tacitum.3.eo. Tacitum fideicommiſſum relictum eſt incapaci, atque ideo videtur illud fideicommiſſum fiſcus vindicare ab hærede poſſe, l.3. l. ita fidei. de iure fiſci. fideicommiſſum enim acquiritur fiſco, modo hæc duo concurrant. Primum quod ſit relictum incapaci. Secundo quod ſit relictum tacite, non palam. Quidam fecit teſtamentum. Tacite commiſit fidei hæredis vt aliquid daret & reſtitueret homini non capaci: deinde alterum teſtamentum fecit: in hoc teſtamento nihil commiſit fidei hæredis. Nihil eſt ex quo appareat teſtatorem voluiſſe id fideicommiſſum ab hærede ſuo præſtari. Fiſcus vindicat illud fideicommiſſum tanquam ſibi quæſitum, quia homini incapaci tacite relictum ſit. Fatetur hæres in initio, cum teſtamentum factum eſt, aliquid de eo tacite factum eſſe, ſed poſtea factum eſſe alterum teſtamentum poſt prius teſtamentum, & nihil actum eſſe de ea re inter ipſum & teſtatorem, & poſteriori teſtamento prius eſſe ſublatum, tit. quib. mod. teſtam. infir. in Inſtit. Sed obiicitur aduerſus eum teſtatorem qui voluit hoc fideicommiſſum præſtari permanſiſſe in eadem voluntate: quæritur quid præſumendum ſit? an ſit credendum eum manſiſſe in eadem voluntate, an vero voluntatem mutaſſe, cum alterum teſtamentum fecit? Hic ait Papinianus, credendum potius in eadem voluntate manſiſſe. *Probatio enim mutatæ voluntatis* inquit Iuriſc. *ei debet incumbere qui conuenitur.* id eſt, hæres contra quem agit fiſcus, debet probare teſtatoris voluntatem mutatam fuiſſe. *Cum ſecreti ſuſcepti ratio, &c.* Ratio huius reſponſi eſt, quia mutatio voluntatis non præſumitur: ſecundo quia etiam hic alia coniectura ſuadet. Credibile enim eſt teſtatorem ideo hunc inſtituiſſe hæredem etiam poſteriori teſtamento, quod tacitam fidem non accommodaſſet propter ſecreti ſuſcepti rationem. Plerunque nos coniicimus ex eo quod plerunq; fieri ſolet, & coniecturæ maxime oriuntur ex eo quod plerunq; fieri ſolet: merito igitur ait Papinianus probationem mutatæ voluntatis ei incumbere contra quem agitur. Aliud exemplum eſt in l. quinquaginta.12. Teſtator in teſtamento ſuo quinquaginta legauit Titio: codicillos poſtea fecit, & in iis eandem ſummam repetiit: poſt mortem teſtatoris legatarius vtramque ſummam petit, videlicet quinquaginta ex teſtamento, & totidem ex codicillis. Hæres contendit quinquaginta tantum ei debere, duo legata non eſſe, ſed vnum tantum quod repetitum ſit. Sed quæſtio hic eſt voluntatis, an teſtator voluerit legatum multiplicari. Quantitas enim poteſt duplicari. Stichus aut alia ſpecies multiplicari non poteſt, vt dicitur in l. plane. de legatis primo. Ergo quæſtio hic eſt vt teſtator voluerit. & conſiſtit in facto. Igitur probatio requiritur: ſed quæritur an ab hærede, an à legatario probatio exigenda ſit? *Refert duplicare legatum voluerit an repetere.* Fieri poteſt vt is qui legauit quinquaginta in teſtamento, & legauit quinquaginta in codicillis, duplicare legatum voluerit, id eſt, bis voluerit quinquaginta legatario præſtari. Poteſt etiam dici oblitum teſtatorem quinquaginta teſtamento legatorum, eadem quinquaginta in codicillis repetiiſſe. vtri igitur incumbet probatio? Hic dicitur, *Prima fronte, &c.* Regula eſt, Ei qui dicit probationem incumbere, vt mox dicturi ſumus. Legatarius intendit vtramque ſummam ſibi deberi, & eam quæ codicillis & eam quæ teſtamento relicta eſt. Et niſi probauerit teſtatorem vtramque ſummam præſtari voluiſſe, non obtinebit. Sed quod dicitur actori onus probandi incumbere, non ita accipiendum eſt quaſi reus nihil probet. Idem videtur dicendum vt in hac ſpecie. Petitor duas ſcripturas oſtendit, oſtendit teſtamentum, profert quoque codicillos. Reus hæres ait alteram ſcripturam inanem eſſe: ideo id probare iudici debet, itemque non hanc fuiſſe teſtatoris voluntatem vt bis ea ſumma præſtaretur. Hic ergo creditur teſtatorem voluiſſe legatum duplicare, bis eandem ſummam legando: & hoc facilius præſumitur cum duæ ſcripturæ proferuntur, puta teſtamentum & codicilli poſtea facti. Difficilius autem creditur, cum in eodem teſtamento bis eadem ſumma legetur. d. l. plane. de lega.1. Aliud exemplum eſt in l. ſi chirographum.24. Præſumitur debitor liberatus eſſe, quia inſtrumentum cancellatum reperitur: nam cum inſtrumentum de debito reperitur deletum & cancellatum, videtur remiſſum eſſe debitum. non aliter conſtat niſi ex inductione inſtrumenti. quæritur an præſumendum ſit ideo remiſſum eſſe debitum, & liberatum eſſe debitorem? Hinc dicitur præſumendum eſſe, debitorem eſſe liberatum. Sed hoc quemadmodum accipiendum ſit, ego plenius docui in interpretatione l. Labeo. de pact. vbi dicitur ſi redditum ſit inſtrumentũ, videri remiſſum eſſe debitum. Sed maior hic eſt dubitatio cum non redditum eſt inſtrumentum, ſed deletum eſt tantum. Hic dicitur liberatum videri debitorem, niſi contrarium doceatur. Hæc igitur probatio neceſſaria nõ eſt, ſed præſumptio tantum quæ transfert onus probãdi in aduerſarium. Atque ideo non recte faciunt debitores, qui poſt ſolutionem debiti, contenti ſunt redditione, vel cancellatione chirographi: ſed vtilius eſt, vt vtrumque fiat, & vt reddatur inſtrumentum vel deleatur, & apocha detur, vt diximus ſup. in interpretatione l. diſſolutæ. C. de condict. ex lege. Hæc exempla demonſtrant quænam ſit hæc veriſimilis probatio. Vis autem huius præſumptionis hæc eſt quod ad fidem faciendam valet, donec contrarium probatum fuerit, & transfert onus probandi in aduerſarium. Hoc colligitur ex l. ſi chirographum. hæc tamen præſumptio cedit certæ probationi, vt de hoc loco colligitur & ex l. vlt. de eo quod met. cauſ. Non eſt veriſimile in vrbe coactum fuiſſe indebitam pecuniam ſoluere eũ qui in dignitate clara erat, ſed aduerſus hanc præſumptionem manifeſtam debet probationem opponere. Tertium genus probationis artificialis eſt quæ dicitur leuis ſuſpicio. Quintilianus eam vocat, non repugnantem lib.5. Quæ ſit hæc leuis ſuſpicio exemplis etiam demonſtrari poteſt. *Probatio leuis, vel ſuſpicio.* Apud eundem Fabium vnum exemplum eſt de eo qui domi erat cum furtum factum eſt, ideoque accuſatur ob furtum. Aliud exemplum eſt in l.4. hic. Quidam vendidit ſeruum, ſeruus poſtea aufugit à nouo domino, id eſt ab emptore. Emptor agit actione redhibitoria aduerſus venditorem, & contendit ſibi ſeruum fugitiuum fuiſſe venditum: id negat venditor. probat emptor, ſtatim atque emptus eſt aufugiſſe. Hæc probatio leuis eſt. Nam potuit ex alia cauſa ad aufugiendum impelli poſt venditio-

venditionem, ideoque hic dicitur, emptorem probare debere eum ſeruum, de quo quæritur, antequam emeret fugiſſe &c. nam etſi aufugerit ſeruus poſt emptionem, nõ ideo probatum eſt eum fugitiuum eſſe, ſed ſi poſſit docere fugiſſe ante venditionem, tunc obtinebit in hoc iudicio redhibitorio emptor. Hinc quæſtio tractatur de probatione fugæ, in l. cum probatio. 7. hic. qui locus pertinet ad titul. de quæſt. requiritur probatio prioris fugæ, vt dixi in iudicio redhibitorio. Non enim ſatis eſt probare ſeruum aufugiſſe ſtatim poſt venditionem, ſed ſi probatio prioris fugæ deficiat, an erit locus quæſtioni ſerui? Hic dicitur locum eſſe. Serui olim torquebantur etiam ſine ſuſpicione aliqua: nullaque maior habebatur ratio ſeruorum quam pecorum, & exęquabantur ſerui pecoribus. Hæc quæ conſtituta ſunt de ſeruis, ad liberos homines trahi non debent, & in his peccari ſolet à iudicibus qui ſolent trahere leges loquentes de ſeruo ad liberum hominem. hæ opiniones ex ignorantia proficiſcuntur, & maximam plerunque perniciem Reipublicæ adferunt. Addit, *In ſe enim interrogari, non pro domino, &c.* Occurrit obiectioni, Serui in caput dominorum ſuorum non torquentur, l. 1. de quæſt. quomodo ergo de ſeruo habebitur quæſtio? Et hic dicitur, ſeruum non in dominum aut pro domino interrogari, ſed in ſe. Aliud exemplum eſt in l. pen. huius tituli. In aliis libris eſt antepen. l. imperatores. *Mulier grauida repudiata filium enixa, &c.* Species eſt huiuſmodi. Mulier repudiata eſt à marito, cum grauida eſſet, poſt repudium filium enixa eſt: mulier profeſſa eſt hunc filium ſpurium eſſe in actis: quæritur an ille filius iuſtus habendus ſit & legitimus, & an hęreditatẽ matris, ea mortua inteſtata, patris iuſſu tanquã legitimus petere poſſit? Quæritur quã vim habeat hæc profeſſio matris. Reſpondit Scæuola, veritati locum ſuperfore. His verbis ſignificat Iuriſconſultus ſuſpicionem aliquam eſſe & præſumptionem contra filium propter matris profeſſionem: ſed tamen eſſe ſuſpicionem, nec ideo ſubmouendum eſſe filium à matris hæreditate. Hic noluit reſpondere Scæuola ad facti quæſtionem. Oportet inquiri veritatem. Durum eſt profeſſionem matris, quæ irata forte fuit marito propter repudium, omnino nocere partui. *Profeſſio quid.* Profeſſio quid ſit non intellexit Accurſius, nec cæteri Accurſiani. Profeſſio nõ eſt teſtimonium matris, vt Accurſius & cæteri accipiunt, in leg. etiam. & leg. cum de ætate. Profeſſio fiebat poſt partum editum intra tertiũ diem, ſecundum conſtitutionem D. Marci Antonini, cuius meminit Iulius Capitolinus in Marco Antonino: & profeſſio illa fiebat apud Pręfectum ærarii Saturni: hodie fit profeſſio in baptiſmo apud Sacerdotes. Hæc profeſſio prodeſt ad probationem natalium & probationẽ ætatis. Et multum intereſt an parentes profiteantur ſtatim poſt partum editum, an vero cum lis mota eſt de natalibus filii, vel de eius ætate teſtimonium dicant. De hac profeſſione intelligendi ſunt hi loci. Aliud exemplum eſt in l. qui teſtamentum. 27. Cum quis vellet quantitatem legare incapaci, quam legare non poterat ſpurio forte, legauit ei ſimpliciter quantitatẽ, quam per leges ei licebat, verbi gratia centum. Cum vellet ei maiorem quantitatem legare quam poſſet, quamq; per leges liceret, hæc dixit: Titio do lego centũ quinquaginta, quæ mihi pertulit, de quibus ei nullam cautionem ſcripſi, & ſimilia: hic non ſimplex legatum eſt, vt ſupra, ſed cauſam continet & confeſſionẽ debiti. Quæſtio eſt an hæc confeſſio teſtatoris ad fidem faciendam valeat, vt ſi quæratur an debitũ ſit, omnino ſequenda eſt ea confeſſio teſtatoris: de legato nulla eſt dubitatio, quin inutile ſit. Sed non prohibetur teſtator relinquere teſtamento incapaci ꝙ ei debet: quæritur quid dicendũ ſit, an ea omnia poſſit exigere legatarius. *Si Titius ĩ ſcripta. &c.* Reſpõdit hic Scæuola ita poſſe Titiũ hęc omnia legata exigere, ſi doceat hæc à ſe ad teſtatorem perueniſſe: illa confeſſio teſtatoris ſuſpicionem quidem aliquam inducit, ſed tamen & infirmam. quia cum ea ſit leuis, contraria ſuſpicione facile eliditur. Credibilius autem eſt eũ in fraudem legis hæc adieciſſe, quia videbat ſe ei id ſimpliciter legare non poſſe. Quam vim habeat confeſſio teſtatoris. Sed hic notandum eſt confeſſionem talem nihil prodeſſe ei cui relictum eſt legatum, ſi incapax ſit: ſed credibilius eſt (vt dixi) hanc confeſſionem in fraudem legis factam eſſe. Hoc ſolet quotidie accidere in donationibus. Donator confitetur donatarium de ſe bene meritum eſſe. ſed quæritur an hæc confeſſio fidem faciat? Et puto, ſi incapax non ſit donatarius, fidem facere confeſſionem. Alioqui donatarius cogetur docere ſe bene meritum eſſe de donatore, & ob ſua benemerita hoc ei donari. Aliud exemplum eſt in l. neq; natales. Cod. eod. quæritur de ingenuitate cuiuſdam filiæ, & de eius ſtatu, an ingenua ſit, an ſeruilis conditionis. pro ingenuitate hoc adducitur quod pater eſt ingenuus. Nam honoribus functus eſt, quibus homines ingenui fungi ſolent: an hoc ſufficiat ad probationem ingenuitatis? Et dicitur hoc non prodeſſe. Nam partus ventrem ſequitur: forte mater ingenua non fuit. hæc probatio eſt leuis & infirma. Simile exemplum eſt in l. matrem. Cod. eod. Simile exemplum eſt in l. ad probationẽ ſeruitutis. 22. eod. Tu vis probare aliquem ſeruum eſſe: inducis, frater & mater eius ſeruilia miniſteria fecerunt, ſed ideo non ſequitur eum ſeruum habendũ eſſe: quia hæc ſuſpicio tantum eſt leuis. Sed ſi non valeat ad probationem, cur tam accurate de hac probatione diſſerimus? Sed hæc præſumptio quamuis per ſe non valeat ad fidem faciendam, nec transferat onus probandi in aduerſarium, tamen cum aliis coniuncta valere & prodeſſe poteſt ad probationem. Et vulgo illud in hac re locũ habet, *Quæ non proſunt ſingula, multa iuuant.* Exemplum vero vnum eſt in l. Procula. 26 Quædam Procula magnæ quantitatis fideicommiſſum contendebat à fratre defuncto ſibi debitum eſſe. forte erat inſtitutus in teſtamento & fidei eius erat commiſſum vt reſtitueret ſorori. Procula poſt mortem patris petebat fideicommiſſum: contra proponebatur, remiſſum eſſe, & de remiſſione non conſtabat niſi ex coniecturis aliquibus. Coniecturæ erant huiuſmodi. primum nunquam petiit Procula à fratre quandiu vixit frater: deinde ſæpe ſoluerat fratri quod ei debebat ex variis cauſis: credibile non eſt eam fuiſſe ſoluturam fratri ex alia cauſa, niſi voluiſſet remittere fratri hoc fideicommiſſum, quinimo petiiſſet compenſari quod ipſa debebat fratri cum eo quod debebat illi frater ex fideicommiſſo. Deinde iterata fuit ſolutio. Præterea hic intercedebat coniunctio ſanguinis inter eos. Ex his cauſis facile credimus fideicommiſſum remiſſum eſſe. Si cauſæ ſingulæ per ſe ſpectentur non coniunctæ, nulla ſufficit ad fidem faciendam huius remiſſionis. Nunquam petiit à fratre, ergo remiſit, non ſequitur. Secundo coniuncti erant, & neceſſario, vel ſoluit ei ſæpius, & vſa non eſt cõpenſatione: leuia hæc ſunt. Eodem pertinet quod dicitur in l. inſtrumenta, C. eo. Inſtrumenta domeſtica & priuatæ cautiones non ſufficiunt ad probationem per ſe, niſi aliis adminiculis adiuuentur: quæ inducunt nullam probationem per ſe, niſi aliis adminiculis adiuuentur, ſed tantum aliquam præſumptionem. Ariſtoteles lib. 2. Rhetoric. ait iudices debere iudicare non tantum ex neceſſariis, ſed etiam ex credibilibus: & hoc eſt, inquit, quod dicebant veteres, iudicandum eſſe τῆ ἀείσηνομῆς, cum receditur à iuris rigore. Si rigorem iuris ſpectemus in l. Procula. nulla eſt probatio, quæ ſufficiat ad condemnationem. Non enim neceſſario ſequitur, fideicommiſſum eſſe remiſſum quod nunquam petiit à fratre, ſed alia concurrunt, de quibus alibi diximus. Sed æquitas ſuadet vt non ſummum illum rigorem ſequamur, ſed aliquando amplectamur quod probabile eſt. Dicet aliquis, Tu dicis tria eſſe probationum genera: quomodo poſſunt diſcerni hi gradus probationis? diximus nulla certa regula hæc in vniuerſum definiri poſſe. Hæc enim exempla quæ adduximus, non ſunt accipienda tanquam conſtitutiones generales. Cum igitur quæritur an pręſumptio ſit habenda leuis, an grauis, an vehemens, nõ poteſt hoc in vniuerſum definiri? ideoque dicuntur committi iudicis arbitrio. Multo facilius eſt in quacunq; ſpecie propoſita iudici, videre quanta fides habenda ſit, quam Iureconſulto in vniuerſum hoc definire. Non enim poſſumus certa regula ita iudicẽ inſtruere, vt non multa deſiderentur in arte noſtra. Vnde vulgo dicitur, Omnis probatio arbitraria eſt, & hoc verum eſt. Ideo hæc committuntur arbitrio iudicis, l. cum de ætate. hic. Quæſtio hic tractari ſolet de fama ſeu rumore, an fidem faciat fama, & quantam fidem faciat? Sæpe hoc ſolet accidere in iudiciis, vt fama de re aliqua allegetur. Ad fidem autem omnino faciendam valere famam ratio non patitur. *Fama quid.* Fama enim ſermo diſperſus eſt, cui malignitas plerunq; initium dat, credulitas incrementum, vt ait Fab. lib. 5. Fama dicitur tam falſi prauiq; tenax quam nuncia veri: apud Virgilium lib. 4. Æneid. Contemnenda tamen non eſt fama, opinio & conſenſus populi: creditur enim ꝙ

dam eſſe publicum teſtimonium. Homerus nunciam Iouis eam vocat, & partem veri fabula quæque tenet. Ex his igitur merito dubitatur an fidem faciat fama, & quantam fidem faciat? Et exiſtimo connumerandam eſſe famam ſuſpicioni, quam nos leuem dicimus. Dicimus enim quandam præſumptionem eſſe, quæ per ſe leuis & infirma eſt, ſed cum aliis iuncta proſit ad fidem faciendam. Hæc quæ iam diximus, homini ſano ſatis illud demonſtrant, ſed tamen id confirmari poteſt noſtrorum Iureconſultorum auctoritate, vt l. 3. de teſtib. Fama conſentiens cum aliis argumentis confirmat eius rei de qua quæritur fidem. His verbis ſatis oſtendit Iureconſultus famam ad plenam fidem faciendam nō ſufficere. Non poteſt locus planior adduci ad hoc probandum. Hactenus vidiſtis quid probatio ſit, quæ ſint genera probationis, & quam vim & poteſtatem quæque probatio habeat. Sequens locus eſt

De iis quibus incumbit probatio, aut non incumbit.

CAP. IIII.

IN hac diſputatione de probationibus locus præcipuus eſt Quis probare debeat, aut non debeat. Notanda igitur ſunt, quæ ſequuntur. Primum eſt, Ei qui dicit incumbere probationem, vt dicitur in leg. 2. hic. Et differentia eſt inter eum qui aliquid dicit in iudicio, & eum qui negat. De vtroque videbimus: ſed prius de eo qui dicet. Dicere hic accipimus ſiue quis agat, ſiue quis excipiat, ſiue quis replicet in iudicio. De actione, de exceptione, de replicatione, exempla hic multa reperiuntur, & multa huius tituli capita ad hunc locum referuntur. Ego hæc omnia ordine explicaturus ſum. Ac in primis ad hūc locum pertinet l. 1. vbi exemplum eſt eius regulæ quæ poſtea ſequitur in leg. 2. vbi dicitur: Ei qui dicit probationem incumbere. Veluti ſi quis dicat, eum qui dicit ſe gentem aut genus habere, probare oportere. Et licet mutilus videatur hic locus, tamen facile interpretatio eius loci ex conſequenti ſuppletur. Poteſt incidere quæſtio in iudicio, an quis habeat gentem, an genus tantum. Genus à gente multum differt apud veteres auctores. Significatio huius loci poteſt cognoſci ex aliquot locis Ciceronis, veluti ex lib. 1. de oratore, & maxime ex Topicis, vbi docet qui gentiles ſint: & gentiles ita definit Cicero, qui ab ingenuis orti ſunt, quorum nemo maiorum ſeruitutem ſeruiuit, qui eiuſdem nominis id eſt agnationis ſunt. Poſſunt aliqui eiuſdem cognationis & ſanguinis eſſe, ita tamen vt non ſint eiuſdem nominis & agnationis. Agnati dicuntur qui coniunguntur per virilis ſexus perſonas, tit. de legit. agnat. ſucceſſ. Inſt. Omnes enim agnati eiuſdem nominis ſunt: qui coniunguntur per fœminas, non ſunt eiuſdem nominis: fœminæ enim tranſeunt in alienam familiam: fieri ergo poteſt vt duo ſint eiuſdem ſanguinis, non tamen eiuſdem nominis, quia oportet gentiles ab iiſdem ortum habere. Cum igitur quæſtio eſt in iudicio an quis gentem vel genus habeat, is qui dicit ſe genus habere vel gentem, probare debet ſecundum regulam quæ eſt in leg. 2. Alia exempla, veluti in leg. in exceptionibus. 19. Cum dicimus, ei qui dicit probationem incumbere, intelligimus ſiue agendo ſiue excipiendo dicat. vterque enim dicit tam is qui agit quam is qui excipit in iudicio. Cum ego peto tibi pecuniam creditam mihi reddi, id eſt, aio me tibi pecuniam mutuam dediſſe, tunc mihi incumbit probatio. Si dicas te mihi ſoluiſſe, æquum eſt etiam id quod tu dicis te probare. Exempla hic ſunt variarum exceptionum, vt ſi quis pactus ſit ne pecuniam petat, ſi contendat ſibi conueniſſe cum aduerſario ne pecunia petatur, id docere debet. Ego promiſi me ſiſtere in iudicio, & quia non ſtiti me in iudicio, agis aduerſus me, ego intentionem tuam elidere volo exceptione, & aio me impeditum valetudine, aut alio caſu, aut dolo tuo, mihi incumbit probatio. Aliud exemplum eſt in leg. Quoties. 18. §. qui dolo. Siue agendo, ſiue excipiendo quis dicat dolum admiſſum eſſe, id probari debet. Hoc exemplum pertinet ad tit. de interrog. act. Si quis interrogatus in iudicio an hæres ſit, reſpondeat ſe hæredem eſſe, ex hac confeſſione tenebitur. Si quis obiecerit aduerſus aliquem eum interrogatum in iure an hæres ſit, hæredem ſe eſſe reſpondiſſe, id probare debet. Aliud exemplum eſt de replicatione in leg. verius. Legata eſt res aliena ſciente teſtatore alienam eſſe: legatarius petit eam ex teſtamento. Ait, legata eſt mihi res illa teſtamento defuncti cui hæres extitiſti, peto vt eam mihi tradas. Hæres ita dicit, Legata quidem eſt, ſed legatum inutile eſt, quia propria teſtatoris non fuit, ſed aliena: hæc exceptio eſt. Replicat actor legatarius: Fateor hanc rem quæ mihi legata eſt alienam eſſe, non propriam teſtatoris: ſed tamen quia ille ſciuit alienam eſſe, aio valere legatum, quia veriſimile eſt eum voluiſſe aut rem ipſam redimi, aut æſtimationem præſtari, cum ſciens prudens eam rem alienam eſſe mihi legauerit. Quæſtio eſt de qua iudicandum, an teſtator eam rem alienam eſſe ſciuerit, vtri incumbat probatio, an actori, an reo? Marcianus ait, actori, id eſt, legatario incumbere probationem, quia dicit nempe replicando, & ei qui dicit incumbit probatio. Similes loci ſunt in Codice in leg. 1. Reus in exceptione actor eſſe dicitur, leg. prim. de except. In leg. Cum te minorem. aliud exemplum eſt. Hoc cognito quod iam dixi, ei qui dicit probationem incumbere ſiue agat ſiue excipiat ſiue replicet. Cætera facilia ſunt. Sunt enim eiuſdem rei exempla. Hoc tamen ita eſt accipiendum, niſi præſumptio aliqua aut veriſimilitudo transferat onus probandi in aduerſarium. Id ex his locis colligitur de quibus iam ſuperius diximus, veluti ex chirographo. Si quis dicat ſe liberatum eſſe à creditore excipiendo, id cogitur docere, ſecundum regulam noſtram: ſed tamen ſi proferat chirographum deletum, inductum vel cancellatum propter hanc præſumptionem qua iuuatur, id eſt, propter cancellationem chirographi, aduerſario incumbit probatio, & niſi contrarium probet aduerſarius, debitor intelligitur liberatus eſſe. Huc pertinet quæſtio quæ fuſe tractatur & accurate à Paulo in leg. cum de indebito. 10. Hoc caput pertinet ad titul. de condict. indebiti. Sub eo titulo de condictione indebiti diximus, vt ſit locus condictioni indebiti, quædam neceſſaria eſſe, quæ actor agens condictione indebi intentione ſua complectitur. Intendit enim ſe ſoluiſſe aliquid quaſi indebitum: intendit indebitum id fuiſſe quod ſolutum eſt, & ſe per errorem ſoluiſſe. Reus, contra quem agitur condictione indebiti, ait debitum id fuiſſe quod ſolutum eſt: quæritur vtri incumbat probatio, an actori qui dicit indebitum fuiſſe quod ſolutum eſt, an potius reo qui ait debitum fuiſſe? Secundum regulam traditam in lege 2. videtur probationem incumbere actori tantum, quoniam is dicit ei qui dicit incumbere probationem. Non poteſt quis experiri condictione indebiti, niſi intendat ſe ſoluiſſe aliquid & id quod ſolutum eſt indebitum fuiſſe. Hæc omnia continentur formula intentionis & actionis quę dicitur condictio indebiti. At regula eſt, Ei qui dicit probationem incumbere. Ergo vtrumque probare debet, nec Paulus noſter id negat: ſed docet hoc ſimpliciter non eſſe accipiendum, ſed cum aliqua exceptione. Exceptio eſt de qua iam dixi, niſi præſumptio iuris transferat onus probandi in aduerſarium. Id oſtendit in duobus caſibus. Vnus eſt cum reus inficiatur ſibi ſolutum eſſe, deinde conuictus mendacii per probationem actoris, eo confugit vt dicat ſe debitum recepiſſe. Actor duo intendit, primum ſe ſoluiſſe centum, & ea centum indebita fuiſſe. Reus negat ſe quicquam accepiſſe: cogitur actor probare ſe ſoluiſſe: id enim intendit. Poſtea videns reus ſe conuictum eſſe teſtimoniis actoris, Verum eſt (inquit ille) te mihi ſoluiſſe, ſed inficior id indebitum fuiſſe, quod ſolutum eſt. Hic dicitur transferri onus probandi in reum, nec cogi actorem probare indebitum eſſe quod ſolutum eſt, propter præſumptionem, quod inficiatus ſit reus, falſo ſibi quicquam eſſe ſolutum. Alius caſus eſt, cum perſona actoris huiuſmodi eſt vt credendum ſit eum indebitum ſoluiſſe. Hęc omnia nos commodius aſſequemur, atque explicabimus legendo. Is contra quem agitur condictione indebiti, fatetur quidem ab initio ſibi ſolutam eſſe pecuniam, ſed ait ſibi debitam fuiſſe, vtri incumbat probatio? Hic dicitur actori probationem incumbere, niſi pupillus, vel mulier, vel miles, vel agricultor ſit. Videndum eſt an credibile ſit propter conditionem perſonæ indebitum eum ſoluiſſe. Erat forte pupillus (vt dixi) erat mulier, erat miles, erat agricultor. Hæc omnia eo ſpectant vt intelligamus ei qui dicit in condictione indebiti probationem incumbere, & cogendum eſſe eum docere quod intendit, niſi propter præſumptionem aliquam iuris æquius ſit probationem aduerſario incumbere. Nihil aliud hic dicit. Ex eo quod iam à nobis dictum eſt quæſtio oritur. Dicimus, ei qui

De eo qui dicit in iudicio.

Gentiles qui.

agit condictione indebiti probationem incumbere, niſi in caſibus exceptis, & hoc dubitationem non habet, ſi quis contendat indebitum omnino fuiſſe totum quod ſolutum eſt, vel ab initio indebitum fuiſſe. Sed de eo dubitari poteſt qui partem indebitam fuiſſe tantum ait, & vult condicere partem tantum eius quod ſoluit non totum, vel de eo dicit poſtea deſiiſſe partem deberi. Ait Paulus, nó idem dicendum eſſe hic: Quia ceſſat coniectura de qua diximus, & omnimodo incumbit probatio ei qui dicit. Cum enim fatetur quis partem eius pecuniæ quæ ſoluta eſt deberi, credibile eſt ei totũ debitum fuiſſe, niſi contrarium probetur: aut ſi fatetur totum ab initio quidem debitum fuiſſe, non creditur poſtea deſiiſſe debitum fuiſſe, niſi contrarium probetur. Sequitur. *In omnibus viſionibus.* Cum dicimus ei qui dicit probationem incumbere, non eſt ita accipiendum, quaſi probatione deficiente non liceat ei iuſiurandum deferre. Sed hic locus plenius à nobis tractatus eſt in tit. de iureiurando. Viſiones vocat θεωρίας, quaſi verbum verbo reddens. hoc admonuit Auguſtinus in Caſtigat. Ex his quæ diximus ſatis intelligitur quomodo accipiendum ſit quod dicitur, ei qui dicit incumbere probationem.

De eo qui negat. Secundo, Ei qui negat non incumbit probatio: id etiam ſumitur ex l. 2. eodem pertinet quod dicitur in l. fruſtra. Cod. Rationi conſentaneum non eſt, vt actor à reo exigat probationē. Nam actore non probante, reus abſoluitur, l. qui accuſare. C. de edend. Huc pertinet quod dicitur in l. act. 1. C. vbi dicitur: Negantis factum probationem nullam eſſe per rerum naturam. Sed hoc videtur obſcurum eſſe. Ratio iuris non patitur vt onus probandi ſuſcipiat is contra quem agitur. Sed quare dicit per rerum naturam? Quomodo id prohibetur natura quominus negans factum is probare poſſit? Rationē adduxi aliquando ex Cicerone in part. orat. vbi ait, *Nemo rationem eius quod factum non eſt, aut ſolet aut poteſt reddere.* Si diligenter hoc expendamus, facile animaduertemus verum eſſe quod ait Cicero. Id demonſtrandum eſt exemplo. Petis à me pecuniam quaſi mihi creditam, nego mihi fuiſſe creditam, eius quod factum non eſt quomodo poſſem rationem reddere? Certe nullam rationem reddere poſſum. Si teſtis dicat pro teſtimonio mihi creditam non eſſe pecuniam, certe nullam rationem dicti ſui reddere poteſt. Si dicat, ego ſemper cum eo vixi, nec vnquam me præſente numerata eſt ei pecunia, nunquam ab eius latere diſceſſi, nihil amplius dicere poteſt. Poteſt enim aliquando præſentia & aſſidua conſuetudo interrumpi. Hinc emanauit vulgare dictum Accurſii peruulgatum in iudiciis: Plus creditur duobus affirmantibus quā mille negantibus. *Negationes quanam probari poſſint.* Ex his conſequens eſt, quoties id negatur in iudicio cuius ratio aliqua reddi poteſt, tunc negationis probationem aliquam eſſe poſſe. Nam aliquando id contingit vt eius quod negatur ratio poſſit reddi, vt poſſit cognitum & compertum eſſe aliquid factum non eſſe. Exempla vulgo ſumuntur ex l. optimam. de contrah. vel commit. ſtipul. cum id quod negatur circumſcriptum eſt certo loco & tempore: id eſt, cum is qui agit aduerſus me, non ſimpliciter ait certam ſummam pecuniæ mihi dediſſe, ſed certo loco. Natura rerum non impedit quominus probetur certo die & certo loco numeratam non eſſe, ſi doceam eo die me non fuiſſe in eo loco, ſed in remoto ab eo in quo dicitur pecuniam numeratam fuiſſe: ſed doceri non poteſt pecuniam mutuam creditam non fuiſſe. Huiuſmodi exemplum eſt in l. cum precibus. C. Si ſcriptum ſit in inſtrumento rem donatam eſſe, is aduerſus quem illud inſtrumentum profertur, ſi neget donatam eſſe, id probari poteſt: nam docebit ſimulatum eſſe contractum, idque probabit per eos qui interfuerunt contractui, vel probabit contractum fuiſſe venditionis, ſed velatum fuiſſe & adumbratum donatione. Simile exemplum eſt in l. cum de lege falcidia. hic. Inter hæredem & legatarios oritur controuerſia de lege Falcidia, l. 1. ad l. Falcid. quæritur de quantitate rerum legatarum, & de quantitate patrimonii quod defunctus habuit. Nam ſi non ſit ea quantitas bonorum vt ſufficiat ad exoluenda legata integra, tunc poteſt detrahere quartam partem hæres ſecundum legem falcidiam. Sed quæſtio eſt vtri incumbat probatio? nam legatarii dicunt bona ſufficere ad legata exoluenda: hæres contrarium ait: hæredis eſt probatio. Sed hæres negat. Quomodo probare poteſt, nó plus eſſe in bonis defuncti? hoc eſt negatiuam probare. Facile eſt probare tantum eſſe in bonis defuncti: ſed difficile videtur probare non plus eſſe in bonis defuncti. Sed res eſt huiuſmodi, vt quamuis negetur, tamen probari poſſit. Natura enim eius rei probationem non impedit: quia hæres ex libris rationum poteſt docere defunctum non amplius in bonis habuiſſe. Huiuſmodi multa ſunt, quorum ratio probari poteſt. Huiuſmodi exemplum eſt cum peritus artificii alicuius adhibetur à iudice, vt de eo quod ſuæ profeſſionis eſt renunciet. Exemplum eſt in l. 1. de ventre inſpic. Si obſtetrices adhibitæ ad inſpiciendum ventrem mulieris, quæ dicitur prægnans eſſe, renuncient prægnantē videri, aut prægnantem nō videri. Sed hic renunciatur, prægnantem non eſſe mulierem: at non eſt huiuſmodi hæc negatio vt per rerum naturam non poſſit doceri: & teſtibus id probari poteſt. Idem de medicis, de chirurgis, & aliis huiuſmodi, ſi renuntient vulnus lethale non eſſe, hic probatur id quod negatum eſt in iudicio. Quæſtio eſt in iudicio an vulnus lethale ſit, an non ſit: vulnus lethale non eſſe probatur. Idem dicendum eſt de aliis ſimilibus caſibus. Idem quoque & cum quis negat aliquid iure factum eſſe, vt in l. ab ea parte. hic. Quæſtio eſt an emancipatio iure facta ſit. Conuenit inter litigantes emancipatum eſſe eum de quo quæritur, ſed negatur iure eſſe emancipatum: ideo dicitur inutilis eſſe emancipatio: quæritur an is qui negat emancipationem iure factam eſſe, id probare poſſit? Reſpicendum eſt ad naturam: videndum enim eſt an tale illud ſit quod negatur vt eius ratio propter naturam reddi non poſſit. Et probari poteſt ab his qui interfuerint emancipationi non fuiſſe iure factam emancipationem. Nunc videndum eſt de eo qui poſſidet. Quæritur an is qui poſſidet, onus probandi ſubire cogatur? & dicendum eſt, ei qui poſſidet non incumbere onus probandi. *De eo qui poſſidet.* Hoc enim commodum eſt poſſeſſionis, vt qui poſſidet non cogatur probare, l. 2. C. & l. vltim. C. de rei vind. §. commodum. Inſtit. de interdict. l. is qui deſtinauit. de rei vindic. Atq; hinc fit vt hodie tam vſitata ſint apud nos interdicta, præſertim interdictum retinendæ poſſeſſionis, interdictum vti poſſidetis. Poſſeſſori igitur probatio non incumbit. Exemplum eſt in l. Quidam. 15. hic. Quidam credebatur filius defuncti, & in ea opinione erant fratres defuncti. Ad hos erat delata hæreditas: cauerunt ei eo nomine quaſi filio eius defuncti. quæritur an hæc cautio impediat quo minus poſſint docere eũ filium non eſſe comperto errore? Hæc cautio videtur eis nocere debere, eſt enim quædam confeſſio. Hic dicitur, Cautione exoluti fideicommiſſi. Hac cautione non eſt confirmatus eius ſtatus, vt ſi forte filius non ſit, propter eam cautionem habeatur filius. Sed hic propter cautionem probatio exigi debet à fratribus, quia eſt in quaſi poſſeſſione eius ſtatus. Aliud exemplũ eſt in l. circa. 14. Cũ quæritur an quis ſit ingenuus, an libertinus. Is dicit ſe ingenuum eſſe, aduerſarius dicit eũ libertinum eſſe, vtri incũbet probatio, an ei qui dicit ſe ingenuum eſſe, an aduerſario qui dicit eũ libertinum eſſe? Hic dicitur inſpiciendum eſſe vter poſſideat, vt ei qui poſſidet non incumbat onus probandi. *Et ſi quidem in poſſeſſione, &c.* Si ſit in poſſeſſione libertinitatis, cogetur docere ſe ingenuũ eſſe: Si vero ſit in poſſeſſione ingenuitatis, aduerſarius docere debet, eum libertum eſſe. Hoc eſt intelligendum (vt ait Vlpianus) niſi fiducia ſuæ ingenuitatis vltro docere velit ſe ingenuum eſſe. Atq; ita intelligendum eſt quod diximus, probationem poſſeſſori nō incumbere. Et hoc vſitatum eſt apud nos hodie, nec receptum eſt, vt quis tantum exigat probationem ab aduerſario, & vt quis non poſſit probare ſi velit: præſertim cum tanta ſit hodie morum corruptio, vt quis quod velit, probare poſſit. Et contingit ſæpenumero vt vterq; probet quod intendit: adeo vt difficillimum ſit iudicare vtrius ſit efficacior probatio. Placentinus faſſus eſt hæc verba, *morem exigere*, ſe non poſſe intelligere, vt hic refert Accurſius: Sed Accurſius nihil perſpicacius hoc verbum interpretatur. Nam morem, conſuetudinem iudiciorũ exponit. Videtis quanta fuerit caligo temporis Accurſii. Hic incidit difficultas ex l. ſi tu poſſidetis. C. eod. Pater familias multos filios habebat, alios in poteſtate ſua, alios emancipatos. Inſtituit eos hæredes qui erant in poteſtate, & prædia quædam donauit emancipatis. Poſt mortem patris de prædiis donatis oritur inter fratres contentio. Qui ſunt in poteſtate, & qui inſtituti ſunt à patre petunt illa prædia, quia hæredes ſunt: alii autem emancipati cōtendunt ea ſibi deberi ex donatione paterna: quæritur quibus incumbat probatio? an filiis hæredibus inſtitutis, an

emancipatis? hic reſcribit imperator, probationem incumbere emancipatis, ſiue poſſideant ſiue non poſſideant. Si hoc verum eſt, ei qui poſſidet incumbit probatio. Quod igitur diximus, poſſeſſori non incumbere probationem, hoc perpetuum non eſt, contingit enim aliquando, vt poſſeſſori incumbat probatio. Et hoc eſt quod Iuſtinianus ſcripſit in Inſtitut. §. æque. de actio. Regula eſt: Poſſeſſori non incumbere probationem, id eſt, poſſeſſorem partibus actoris non fungi. Sed hoc perpetuum non eſt. Quidam enim caſus reperiuntur, in quibus nihilominus ei qui poſſidet imcumbit probatio, & actoris partes ſuſtinet. Dum enim ibi ſcribit Iuſtinianus, *Sane vno caſu qui poſſidet, nihilominus actoris partes obtinet.* Hæc verba, *vno caſu*, ita accipi debent, id eſt, *in multis caſibus.* Sed qui hanc phraſim non intellexerunt, hunc locum corruperunt, nihil magis intelligentes hanc Phraſim, quam quid ſit morem gerere. Atque ideo regula quam tradidimus cum exceptionibus eſt intelligenda. Vna exceptio eſt in leg. ſiue poſſidetis. Cod. In hac ſpecie ratio ſuadet, vt probatio exigatur à fratribus emancipatis, quamuis teneant prædia, quæ contendunt ſibi donata eſſe à fratre, propter præſumptionem quæ pro aliis filiis hæredibus inſtitutis facit. Agitur enim de bonis quæ fuerunt patris: & pleroſque caſus in quibus ei qui poſſidet incumbit probatio, poſtea videbimus. Alias autem præter caſus exceptos poſſeſſor non cogitur de iure ſuo docere, l. cogi poſſeſſorem. C. de petition. hæredit. & l. vltima. de eo quod met. cauſ. & l. ſi chirographũ. hic. Obiicitur ab Accurſio & aliis, l. vltim. arbitrio tutel. Cum dicimus aduerſus præſumptionem iuris admitti probationem & eam præſumptionem cedere probationi, hoc eſt intelligendum, niſi aliud iure cautum ſit. Exemplum luculentum eſt in dict. leg. vltim. Si tutor res pupilli curauit deſcribi in inuentario, vel repertorio, vt tenetur ex leg. vltima. Cod. de iure deliberandi. & leg. tutor qui repertorium. ff. de adminiſt. tutor. finita tutela eas cogitur reddere pupillo ſecundum deſcriptionem eius inuentarii. Et ſi forte dicat plures deſcriptas fuiſſe in inuentario, quam repertæ fuerunt in bonis pupilli, non audiendus eſt tutor. Credibile enim non eſt tutorem tam ſtultum fuiſſe, vt paſſus fuerit alia bona deſcribi in inuentario, quam fuerint in bonis pupilli. Legislatores in ea lege condenda rationem habuerunt eius quod frequentius ſolet accidere, & quod veriſimilius eſt fieri à tutore. Sæpius hoc ſolet accidere vt tutor non patiatur maiorem quantitatem deſcribi in inuentario quam reperta eſt in bonis pupilli. l. nam ad ea. ff. de legibus & Senatuſconſult. Quod de iure poſtliminii hic adducitur & ab Accurſio & à cæteris, nihil ad rem pertinet. Præſumptio cum fictione iuris nihil habet commune. Præſumptioni & coniecturæ locus eſt in incertis. Nam quoties aliquid incertum eſt, tunc locus eſt coniecturæ, l. continuus. §. cum ita. de verborum obligat. Quia coniectura recipitur & præſumptio propter incertitudinem: nec eſt mirum ſi quoties veritas eluceſcit, cedat præſumptio veritati, cedat incertitudo certitudini. Sequimur in dubio id quod veriſimilius, donec veritas cognita fuerit. Fictioni autem locus eſt in his quæ ſunt certa, vt cum fingimus eum qui ab hoſtibus captus eſt, ſemper in ciuitate fuiſſe, & nunquam captum fuiſſe ab hoſtibus. Hæc fictio iuris eſt. Certum eſt enim eum captum fuiſſe ab hoſtibus de quo quæritur. Sed tamen vtilitatis cauſa fingitur captus non eſſe. Tanta eſt enim vis vtilitatis in tractatu iuris ciuilis, vt fingamus aliquid factum eſſe quod factum non eſt, vel factum non eſſe quod factum eſt. Ex his intelligitis quantum interſit inter præſumptionem iuris & fictionem.

Ad §. æque. Inſt. de act. — *Exceptio à regula.* — *Præſumptio quid differat à fictione.*

Sequens quæſtio eſt de præiudicio, vtri ex litigatoribus, in præiudicio incumbat probatio. Præiudicium variam ſignificationem habet: ſed hic præiudicium accipitur pro genere quodam actionis. l. actionis verbum. de obligationib. & act. Sic accipitur in leg. 1. de rei vindicat. l. 3. de liber. agnoſcen. & dicitur præiudicialis actio à Iuſtiniano, in §. præiudicialis. de act. Inſtit. Iuſtinianus tamen non definit, nec vllus Iuriſconſultorum. Theophilus ait, præiudicium eſſe formulam quæ conſtat intentione abſque condemnatione. Præiudicium eſt genus actionis, quo quis intendit ſe aliquid iuris habere, aliquid ſibi deberi, nec poſtulat aduerſarium ſuum condemnari. Exempli gratia, cum quæritur an quis ſit libertus an ingenuus. Patronus vult exigere operas à liberto ſuo, ſed veretur ne forte neget ſe libertum eſſe. Ideoq; vult experiri hoc genere actionis, vt ſciat an libertus ſit ſuus, an non. Aio te libertum meum eſſe: poſtquam pronunciatum fuerit eum libertum ſuum eſſe, ſi velit operas petere poterit: & poſt illud iudicium, id iudicium ſemper ei oberit. Nam ſi velit obſequium poſtulare patronus, vel operas, libertus non poterit negare ſe libertum eſſe. Poteſt tamen is qui præiudiciali actione agit, petere vt condemnetur aduerſarius, ſed non cogitur. & ideo videntur hæ actiones in rem eſſe, quamuis extraordinariæ ſint. Non autem ex quacunque cauſa, hoc genus agendi recipitur. Vtri ergo incumbet probatio in præiudicio? nam vix poteſt diſcerni in præiudicio vter dicat, Vterque enim dicit. Vnus ait, Aio te ſeruum aut libertum meum eſſe. Tu dicis te liberum aut ingenuum eſſe. Ergo non ſine cauſa dubitatur de præiudicio, in quo quæritur, an quis ingenuus ſit, an ſeruus, vtri incumbat probatio. Videndum eſt igitur, quid dicendum ſit.

Cui in præiudicio incumbat probatio. — *Præiudiciũ quid.*

Et in primis animaduertendum eſt, ſi appareat aliquem in poſſeſſione eſſe, ei non incumbere probationem. Exemplum eſt in leg. circa. de quo diximus. Sed hoc intelligendum eſt, ſi quis ſit in poſſeſſione ingenuitatis ſine dolo, l. libertis. ff. de lib. cauſa. eſt & aliud addendum, & ſine vi, l. ſi quis liberum. hic. Cum quis vellet mouere controuerſiam de ſtatu hominis, ne cogeretur actoris partes ſubire, rapuit eum, & in vinculis habuit, ſperans fore vt ita onus probandi non ſuſciperet. Quoniam cum quæritur, vter onus probandi ſubeat in præiudicio, nos inſpicimus an in libertinitate fuerit quo tempore lis cœpta eſt. Sed abſurdum eſſet ideo onus probandi hunc non ſubire, quia hominem rapuit, aut in vinculis habuit. Et ideo non ſimpliciter dicitur ſi in poſſeſſione fuerit, ſed ſi in poſſeſſione fuerit ſine dolo & ſine vi. Idem dicitur in leg. vis eius. hic. Si quis aliquem detineat per vim tanquã ſeruũ ſuũ in primis videbit iudex vter ſit in poſſeſſione libertinitatis aut ſeruitutis, ſine dolo & ſine vi: & ex eo iudicabit vter partes actoris fungi debeat. Quæritur an idem dicendum ſit, cum quis agit rei vindicatione aduerſus violentum poſſeſſorem, an cogatur probare, an vero violentus poſſeſſor onus probandi ſuſcipere & ſuſtinere debeat? Sed alterius loci eſt hæc quæſtio, & pertinet ad titul. de rei vindic. Sed ſi incertum ſit an quis in poſſeſſione ſit, vter actoris partibus fungi debeat? Et hic animaduertendum eſt. Is qui intentionem habet in præiudicio, cogitur probare: non dico, is qui dicit: quia forte vterque dicit. Nam tam dicit is qui ait ſe liberum eſſe, quam is qui dicit reum ſeruum eſſe: quare dico is qui intentionem habet. l. generaliter. de except. Videntur omnibus hæc verba obſcura & ænigmatica eſſe. Breuiſſima certe eſt hæc lex, ſed obſcuriſſima: quam ego ſic interpretor: Is qui intentionem habet in præiudiciis, cogitur probare: & quamuis vterque dicat, tamen alter dicit repulſionis cauſa, alter dicit intentionis cauſa. Nam alter dicit ad depellendam intentionem aduerſarii. Id declaratur exemplis in leg. vltima, ſi lib. ingenuus eſſe dic. Si patronus velit conſequi operas à liberto ſuo, præiudicium poteſt reddi eo deſiderante, vel aduerſario: in hoc iudicio actoris partibus fungetur patronus: quia petit operas. Item, ſi petatur obſequium, vel famoſa actio intendatur. Cum ea lege eſt coniungenda dict. lex, generaliter. Nam certum eſt vtrunque locum ſumptum eſſe ex eodem loco Vlpiani: id oſtendit inſcriptio. Vterque enim locus hanc inſcriptionem habet, Vlpianus lib. 38. ad edictum. Ideo vt quis aſſequatur ſenſum dictæ leg. generaliter. anteponenda eſt dict. lex, vltim. Sed quia hæc conueniebant ad diuerſa, ſub diuerſis titulis poſita ſunt. Sequitur in dict. leg. generaliter. Secundum id quod intendit. Hoc additum eſt, vt intelligamus, non vſquequaq; probationem eius eſſe, qui intentionẽ habet. Dicimus enim ſicut actor probat intentionem ſuam, ita probat reus ſuam exceptionem. Si reus dicat ſe ſoluiſſe pecuniam quam tu ei credidiſti, hoc probare debet. Secundum id ꝙ intendit actor non fungitur reus partibus actoris, nec ꝓbare cogitur. Hinc naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. quotiens hic. Patronus petit operas à quodam tanquam liberto ſuo: quæritur vter partibus actoris fungi debeat, an is qui dicit ſe patronum, an vero aduerſarius contra quem agitur, & à quo operæ exiguntur. Hic dicitur, *Licet in præiudicio poſſeſſor patronus eſſe videtur.* Fieri poteſt vt in præiudicio patronus videatur poſſeſſor, id eſt, is cõtra quẽ agitur eſt in poſſeſſione libertinitatis,

Ad l. generaliter. ff. de except.

tinitatis, & habẽdus eſt vt libertus, quamuis forte libertus nõ ſit. Itaque cũ in præiudicio contendit patronus eum libertum ſuum eſſe, propter poſſeſſionem incumbit ei probatio, qui dicit ſe liberum eſſe: tamen cum petuntur operæ, incumbit probatio patrono. Ratio ſatis manifeſta eſt, ex his quæ diximus in l. ſi non ſortem. §. ſi libertus. de condict. indebiti. Dixi operas non deberi à liberto ſuo patrono, niſi promiſſæ fuerint. l. operis. de oper. libert. Non enim ſequitur, ſum tuus patronus, ergo mihi operas præſtare debes: quia forte promiſſæ non fuerunt. Cũ igitur quæritur de operis & petuntur operæ, is qui contendit ſibi deberi operas, id probare cogitur. Sed dicendum eſt, verum eſſe in poſſeſſione patronatus, ſi habuit eum in libertum: atque ideo in iudicio in quo quæritur an libertus ſit an non ſit, propter poſſeſſionem quam habet libertinitatis, non cogitur probare eum libertum eſſe: ſed cum petit operas, debet eas ſibi probare deberi, quia vt dixi, & ſi libertus ſit, non debet forte operas, quia eas forte non promiſit. Nunc videndum eſt quo tempore probandum ſit, & in qua iudicii parte probandum ſit.

Cap. IIII.

Quo tempore ſit probandum.

Iam diximus vtrunque & reum, & actorem probare debere: ſed quo tempore, quæritur? Et certum eſt prius probandum eſſe actori, deinde reo, l. exceptionem. 19. C. eo. Dico me tibi mutuam pecuniam dediſſe: tu obiicis aliquam exceptionem, vel dilatoriam vel peremptoriam, quia dubitas an vera ſit intentio mea: ais te mutuam pecuniam non accepiſſe: & ſi forte probatum ſit te accepiſſe, ais pactum factum eſſe ne ea pecunia petatur, neve intra certum tempus petatur, in l. emptor. Cod. de præſcriptione longi temporis. Idem dicendum eſt tam de exceptione peremptoria, quam dilatoria: & hoc exemplum ſubiecimus, vt conueniret tam dilatoriæ quam peremptoriæ exceptioni. Is qui intendit ex mutuo ſibi pecuniam deberi, negante reo, cogitur probare ſe eam pecuniam crediſiſſe: poſtquam probauerit reus, videns intentionem actoris probatam eſſe: opponet exceptionem, & dicet, Elapſum eſt tempus quo excluditur actio, vel dicet ſe ſoluiſſe. In ratione proponendæ exceptionis alicuius, intereſt inter exceptionem perpetuam & exceptionem dilatoriam. Exceptio dilatoria initio opponenda eſt, & ante litis conteſtationem. Exceptio vero peremptoria poteſt opponi, etiam ſi lis conteſtata ſit, modo res iudicata non ſit, l. peremptorias. Cod. ſenten. reſcind. non poſ. Hoc colligitur ex dict. leg. emptor. Cod. de præſcript. longi tempor. & ex l. præſcriptionem. & l. ſi quidem, Cod. de except. Hic locus oſtendit hanc conteſtationem in initio neceſſariam eſſe, quamuis Accurſius dicat non eſſe neceſſariam. Idem in dict. leg. ſi quidem. Ego dubito an vera ſit intentio tua, an non ſit, vt probes quod intendis: inficior id verum eſſe quod intendis. Habeo litis conteſtatæ exceptionem, vel præſcriptionem temporalem, vel pactum de non petendo: tunc cogetur actor docere id verum eſſe quod intendit: puta ſe pecuniam crediſiſſe. Poſtquam is probauerit, cogetur reus probare exceptionem ſuam ante ſententiam, ſi quam velit opponere. Hodie tamen hoc iure non vtimur in foro: nam vterque ſimul probat actor & reus, ſi forte ventum ſit ad triplicationem. Nam antequam vlla probatio fiat, opponuntur omnes exceptiones replicationes, duplicationes, triplicationes tam ab actore quã à reo, nec ante conteſtatam eſſe litem intelligite, licet ſecundum ius Romanum lis conteſtata eſſe intelligatur, cum reus inficiatur quod actor intendit, l. 1. C. de litis conteſtat. Cum dico me tibi mutuam pecuniam crediſiſſe, ſi quæ competebat exceptio ea tunc opponenda eſt, & dices pactum factum eſſe de non petendo: ſi quam replicationem habeat actor ad elidendam exceptionem rei, eam proponere debet, & dicere ſe impulſum dolo vel metu eſſe ad faciendum pactum: & quando hæc omnia propoſita fuerunt, tunc iudicium conſtituitur, & iudex pronunciabit probandum eſſe, & eadem dilatio ad probandum reo & actori datur. Quinimo ſecundum ius Romanum exceptio dilatoria, quę dicitur declinatoria, opponitur & probatur initio, cum quis declinat forum & iudicium quam nos vocamus, *Fin de nõ proceder.* & hoc iure etiã vtimur.

Lis conteſtata quãdo eſſe dicatur in foro Frãcia.

IN TIT. XXI. LIB. IIII. COD. ET TIT. IIII. LIB. XXII. PANDECTARVM.

De fide inſtrumentorum.

Qvadam alia capita ſunt nondum à nobis explicata in tit. de probat. ſed ea pertinent partim ad tit. de fide inſtrumentorum, partim ad tit. de teſtibus. Initio videndum eſt,

Quid ſit inſtrumentum.

Cap. I.

Hoc verbum variam ſignificationem habet. Inſtrumentum aliquando dicitur id quo opus aliquod efficitur: & hæc vulgaris eſt ſignificatio, & omnibus nota. Aliquando dicitur apparatus rerum, quo fundus inſtruitur, vel alia res: & de hac ſignificatione eſt tit. de inſtru. & inſtrumen. leg. in leg. quæſitum. de inſtrum. leg. Aliter etiam accipitur inſtrumentum, videlicet pro eo quo inſtruitur cauſa. Deniq; quidquid pertinet ad inſtructionem cauſæ alicuius, id inſtrumentum dicitur: quomodo accipitur in l. 1. hic. Non modo teſtationes, id eſt, ſcripturæ ipſæ dicuntur inſtrumenta, ſed etiam ipſi teſtes, quia inſtruunt cauſam. Alius locus ſimilis eſt in l. notionem. §. inſtrumentorum. de verb. ſignific. vbi interpretatur Iuriſconſultus quomodo accipiendum ſit quod dicitur inſtrumentorum cauſa dilationem dari ex reſcripto D. Marci, l. 1. C. de dilat. An intelligemus reſcriptum de dilatione proferendarum tabularum cauſa, an vero id intelligemus de perſonis, quæ eo reſcripto continentur? Iuriſconſultus ait, illud reſcriptum ad perſonas quoque pertinere. Vnde ſi quis petat dilationẽ ſibi concedi propter perſonam, dilatio conceditur: vt ſi producendus ſit ſeruus qui negotia domini geſſit, poteſt inſtruere cauſam. Alia autem ſpecialior eſt & anguſtior ſignificatio inſtrumenti. Nam inſtrumentum aliquando accipitur pro tabulis, & ſcriptura quæ de re aliqua, vt probatio facilior ſit, conficitur, vt accipitur ſub hoc tit. Et hoc ſenſu teſtes diſtinguuntur ab inſtrumentis. Diuerſitas titulorum hanc diuerſitatẽ ſatis oſtendit. Sed in initio ti. & l. 1. ff. hoc tit. illud poſitum eſt, vt oſtenderetur homonymia vocabuli, & interdum accipi pro teſtibus etiam quibus cauſa inſtrui poteſt. l. contrahitur. de pignor. Hæc diſtinctio facile colligitur ex l. in exercendis. Cod. de fide inſtr. Hic videtis manifeſte differre teſtes ab inſtrumentis. Hactenus de definitione, nunc ſequitur

Diuiſio inſtrumentorum.

Cap. II.

Inſtrumentorum diuiſio vtilis eſt ad ſequentem diſputationem, de fide inſtrumen. Hæc autem eſt, Inſtrumentum aliud publicum eſt, aliud priuatum. Hæc diuiſio colligitur ex multis locis, præſertim ex l. ſcripturas. C. qui pot. in pign. hab. Conſtitutum eſt ea lege, ſcripturas priuatas, quæ ἰδιόχειρα dicuntur, non minus valere quam inſtrumenta publice confecta, ſi trium teſtium ſubſcriptionem habeant, & cætera, quæ ibi dicuntur. Publicum autem inſtrumentum dicitur, quia publica auctoritate nititur, & à perſona publica conficitur: huiuſmodi ſunt acta omnia & monumenta iudiciaria. Inſtrumenta publica ſunt, quæ à perſona publica fiunt, vt ab actuario, vel à iudice vocantur forenſia inſtrumenta, dict. leg. comparationes. Cod. eodem. Forenſia inſtrumenta vocat, quia in foro in quo ius redditur, fiunt. Ratio horum inſtrumentorum conficiendorum traditur à Iuſtiniano in Nouella conſtit. quæ in vulgar. exemplar. inſcribitur, vt nom. imper. præp. vbi docet præponendum eſſe imperatoris nomen, adſcribendam eſſe diem, Conſulem, &c. Verũ vſus noſter nõ omnia hæc ſolennia recepit. Publicum autem non eſt ita accipiendum ſub hoc titulo, vt plerunq; accipitur. Publicum aliquando dicitur quod populi eſt, & publicum differat à priuato, ꝙ publica ſint populi, quaſi dicantur populica. Sed inſtrumenta etiam publica ſunt hominum priuatorum, & in eorum patrimonio, ſi in eorum gratiam conſcripta ſint. Vnde tractatur quæſtio in l. vltim. ff. hic. ſi duo habeant inſtrumentum cõmune, apud quem illud aſſeruandum ſit. Inſtrumentum enim non recipit diuiſionem ſine corruptione. Contendunt plures

De ratione inſtrumentorũ conficiendorum.

ad quos pertinet inſtrumentum, de eius inſtrumenti depoſitione: ſinguli volunt apud ſe deponi inſtrumentum: ſinguli volunt obſeruare inſtrumentum. Hic dicitur, *Semper ſeniorem iuniori, & amplioris ordinis inferiori, & marem fœminæ, & ingenuum libertino præferemus.* Hic docet ætatis, ſtatus perſonarum & dignitatis habendam rationem. Aliæ quoque circumſtantiæ conſiderandæ ſunt, de quibus in leg. ſi quæ ſunt cautiones. famil. erciſcun. vbi dicit Gaius inſpiciendum eſſe, quinam eorum ex maiori parte hæres ſit: rationi conſentaneum eſſe dicens, vt apud eum deponantur inſtrumenta hæreditaria: cæteris autem deſcriptum & recognitum dabitur vnumquodque inſtrumentum. Hæc igitur duo capita ſunt coniungenda, cum quæritur apud quem deponendæ ſunt cautiones, & tabulæ communes. Quod ſi omnia paria ſint, ad ſortem veniendum erit, vt in l. ſed ſi ambo. de iudic. l. 2. C. de leg. & dict. leg. ſi quę ſunt cautiones. famil. erciſc. Ex his intelligitis quid ſit publicum inſtrumentũ, quid priuatum. Inde facile intelligi poteſt, ſi inſtrumentum publicum ſit, quod nititur auctoritate publica, vel à perſona publica fit: priuatum inſtrumentum eſſe, quod nulla publica auctoritate nititur, & fit a perſona priuata. Si quis apocham ſcripſerit, dicitur inſtrumentum eſſe priuatum. Nam publicum fit per actuarium, vel iudicem apud quem lites diſceptantur, vel tabellionem. l. orphanotrophos. 30. Cod. de epiſc. & cleric. Orphanotrophi ſunt, quos vulgo hoſpitalarios vocamus, qui ſimiles ſunt tutoribus & curatoribus. Debent enim inuentarium conſcribere bonorum, quæ ſunt orphanotrophii, tabulariis præſentibus vel magiſtratibus, quæ publicæ perſonæ ſunt. Quod etiam dicitur de epiſtola, de inſtrumento priuato accipiendum eſt. Epiſtola accipiebatur apud Iuriſconſultos pro cautione, quam præſens præſenti dabat, quia hæc cautio concipiebatur more epiſtolæ. l. Publia. §. vltim. depoſi. Salutatio enim pręponebatur. Huiuſmodi eſt apocha. apochæ frequens eſt mentio in iure ciuili: nihilq; aliud eſt, quã cautio & ſcriptura de pecunia ſoluta. Nam cum debitor ſoluit creditori, accipit apocham à creditore. Eſt igitur cautio qua cauet & confitetur creditor ſibi ſolutam eſſe pecuniam, quæ debebatur ei à debitore ſuo. Sic accipitur in leg. qui tabulas. 27. §. apocha. de fur, vbi dicitur, Si quis apocham ſuſtulerit, actionem furti dari aduerſus eum, modo interſit eius qui agit. Poteſt autem non intereſſe: quia poſſit aliunde probare pecuniam ſolutam eſſe.

Epiſtola quid apud Iuriſ. Apocha quid.

Apocha non prodeſt niſi ad fidem faciendam pecuniæ ſolutę. Similis locus eſt de apocha in leg. vlti. §. Titius. de condictio. l. indebit. ſed & in leg. ſi acceptolatum ſit. de acceptilat. vbi dicitur, differentiam eſſe inter acceptilationem & apocham. Apocha nunquam eſt niſi pecunia ſoluatur: ſine ſolutione poteſt eſſe acceptilatio. Et propterea dicitur imaginaria ſolutio eſſe. §. item per acceptilationem. Inſtitut. quibus modis tollitur obligat. quoniam qui his verbis ſolemnibus vtitur: acceptum habere, acceptum habeo, acceptum habet quod ſolutum non eſt, quaſi ſolutum eſſet. Mentio apochæ eſt in leg. plures. 18. Cod. de fide inſtrum. Atque ideo in ipſa tit. inſcriptione, eſtque inſtrumentum priuatum. Quorſum antapocha fiat, docet Iuſtinianus in l. plures. C. eod. debitor creditori dat antapocham, id eſt, debitor creditori cauet ſe ſoluiſſe: quod plerumque vtile eſt creditori, propter præſcriptionem temporalem, vt poſſit per eam aut apocham probare ſibi ſolutum eſſe ſemper ſingulis annis, ne poſtea poſſit allegare præſcriptionem temporis aduerſus creditorem. Per apocham non conſulitur creditori, ſed debitori tantum. Nam etſi dat apocham creditor debitori, qua confitetur ſibi ſolutã eſſe pecuniã debitã, nihilominus tamẽ ſi velit ꝓbare ſibi ſolutã eſſe, vt nõ opponatur ei præſcriptio tẽporis, fides vacillabit. nam non feretur illud inſtrumentum à debitore contra ſe pro creditore. Eſt vſitata apud nos ea antapocha, & vocatur, *Vne quittance double.* Hoc faciunt diligentes patresfamilias, vnam apocham retinent cui ſubſcribit debitor, aliam dant debitori. Aliud inſtrumenti priuati exemplum eſt in rationibus quas negotiatores cõficiũt. Conficiunt. n. codices & libros rationũ: qui quidem ſcripturæ publicæ nõ ſunt: quia nõ nituntur auctoritate publica, nec etiam ex perſona publica conficiuntur: ergo ſunt ſcripturæ priuatæ. l. 6. Cod. de probat. Rationes priuatæ dicuntur, quæ à priuatis perſonis conſcribuntur. Rationes vero quæ conficiuntur ab argentariis, publicæ ſunt, l. argentarius. de edend. Olim enim eorum munus publicam habebat cauſam. l. filiæ. de ſolut. Quoties aliquid erat vendendum aut emendum, id per eos argentarios fiebat: cumque erat pecunia fœneranda, ea deponenda erat apud argentarios. De adminiſtratione ſua & actu, argentariis conficiebant rationes, cum eam pecuniam fœnerarent. Vidimus quæ ſint inſtrumenta tam priuata quam publica. Sequitur,

Apocha ab acceptilatione quid differat.

Quæ inſtrumenta fidem faciant in iudicio.

CAP. III.

In primis nulla eſt dubitatio de inſtrumentis publicis, quin fidem faciant. Hoc colligitur præſertim ex leg. ſcripturas. C. qui pot. in pign. hab. Huc pertinet Nouell. conſtitutio Iuſtiniani de inſtrum. caut. & fide. Si inſtrumenta publice confecta ſint, & rite, vt diximus ſupra, plenam fidem faciunt, c. 2. de fide inſtrum. & addit Pontifex, etiamſi teſtes deceſſerint qui nominati ſunt in inſtrumento. Hoc eſt intelligendum modo inſtrumentum ſit authenticum, & (vt vulgo loquimur) originale. l. 2. hic. Exemplum enim non facit fidem: nos vocamus, *Vn vidimus*: idque expreſſum eſt conſtitutione pontificia, cap. 1. de fide inſtru. Idem de reſcriptis dicitur in l. ſancimus. C. de diuerſ. reſcript. Vult Imperator reſcripta à ſe impetrata, non autem exemplare eorum inſinuari, & authenticis pareri, non etiam exemplis. Et quamuis fiſcus multa ſingularia priuilegia habeat, tamen non tantum indulgetur fiſco, vt quem poſſit ex indice & exemplari conuenire. Idem dicendum eſt, & ſi in vno inſtrumento fiat obiter mentio alterius inſtrumenti, authen. ſi quis in aliquo documento. Cod. de eden. Huc pertinet l. vltim. hic. Notandum tamen eſt contra inſtrumentum publicum poſſe admitti probationem, ſi quis contendat vera non eſſe ea quæ inſtrumento publico cõtinentur: quia tunc probatio recipitur. Fidem igitur facit inſtrumentum publicum, niſi verum non eſſe doceatur, quod eo inſtrumento continetur. l. cum precibus. Cod. de probat. De priuatis inſtrumentis eſt dicendum. Hæc quæſtio de priuatis inſtrumentis eſt multiplex. Poteſt enim dubitari an pro eo qui ſcripſit fidem faciant, an contra eum. Poteſt etiam dubitari, an pro tertio aliquid vel contra tertium valeant ad probationem. Ac in primis dicendum eſt, ea inſtrumenta fidem non facere pro eo qui ſcripſit. l. exemplo. C. de probat. Non eſt credendum ei ſcripturę qua vnuſquiſque ſibi adnotatione propria debitorem conſtituit. Nam ea res malis hominibus occaſionem præberet falſa inſtrumenta conſcribendi. Hoc adeo verum eſt, vt ne fiſco quidem hoc tribuatur. Nam tametſi fiſcus multa ſingularia habeat, tamen non indulgetur fiſco, vt ex propria & priuata ſcriptura debitor fiſci aliquis conſtituatur. Exemplum eſt de rationibus in leg. 6. eo. tit. Mercatores ſolent rationes conſcribere, accepta & data ſolent referre in rationes ſuas: quæritur an huiuſmodi rationes fidem faciant pro eo qui eas ſcripſit? Hinc dicitur fidem non facere, ſiue retulerit aliquis in rationes ſuas aliquid ſibi deberi, ſiue moriens & teſtamentum faciens id teſtatus ſit: quia ea res ad probationem non facit. Ea ſcriptura inducit tantum leuem ſuſpicionẽ: eſtq; tã leuis ea ſuſpicio vt pene nullius ſit momẽti.

Alia quæſtio eſt de inſtrumento priuato, quod profertur aduerſus eum qui ſcripſit. Maior dubitatio eſt in hac quæſtione, cum profertur aduerſus eum qui ſcripſit. Et hic diſtinguendum eſt. Nam is aduerſus quem profertur inſtrumentum priuatum, cautio vel chirographum, aut negat ſe ſcripſiſſe, aut fatetur: ſi neget ſe id ſcripſiſſe, quæritur an aduerſus eum fidem faciat. Reſpondet Imperator in l. inſtrumenta domeſtica. *Inſtrumenta domeſtica ſeu priuata teſtatio ſeu adnotatio, &c.* Id eſt, ne aduerſus eum quidem qui ſcripſit cautio priuata, vel alia ſcriptura priuata ſufficit ad probationem, niſi aliis adminiculis adiuuetur. Quaſi dicat, inducit quidem aliquam probationem, & ſuſpicionem, vt ſi forte accedat vel vnus teſtis qui cauſam iuuet, vel alia coniectura, poterunt hæc omnia valere ad fidem faciendam: ſed inſtrumentum domeſticum ſolum plenam fidem non facit. Ego dixi hoc ita accipiendum eſſe, ſi is contra quem inſtrumentum profertur, id ſe ſcripſiſſe neget. Nam aduerſus negantem quod ſcripſerit difficilis eſt probatio. Poteſt quidem ex comparatione literarum vtcunque hoc æſtimari, ſed plane tamen hoc probari non poteſt. Iuſtinianus Nouel. de inſtrum. caut. & fide, facile eſſe ait mutari manum & chirographum alterius: ideo teſtes interrogati de manu & ſcriptura aliena facile poſſent falli.

Sed

Sed & hæc literarum comparatio eſt fallaciſſima, vt idem Iuſtinian. docet in ea conſtitutione de inſtrum. caut. & fid. Notandum tamen eſt, ſi inſtrumenta priuata ſubſcriptionem habeant trium teſtium fide dignorum, non minus valere ad fidem faciendam, quam inſtrumenta publica & forenſia. leg. ſcripturas. Cod. qui pot. in pigno. hab. Sed hoc tamen intelligitur ex conſtitutione pontificia in cap. 2. de fide inſtrumen. in Decret. quamdiu ſuperſtites fuerint illi teſtes qui ſubſcripſerint inſtrumento priuato. nam ſi deſierint eſſe in rebus humanis, vacillat fides inſtrumenti. Ideoque tutius eſt, de quocunque negotio & contractu publicum inſtrumentum confici: alias non eſt ſatis tuta probatio. Nam priuati inſtrumenti fides eſt infirma. Quod autem diximus hæc inſtrumenta priuata fidem non facere plenam aduerſus eum qui ea ſcripſiſſe dicitur, ſi ſe ſcripſiſſe neget, nos ita id intelligimus, vt ne ad comparationem quidem faciendam valeant, ſi proferatur inſtrumentum priuatum ad ſtabiliendam fidem alterius inſtrumenti: quia dubitatur an ſcriptum fuerit ab eo à quo ſcriptum eſſe dicitur. Hæc enim comparatio non poteſt fieri ex inſtrumento priuato, cum non poſſit fieri niſi ex inſtrumento publico. leg. comparationes. 19. Codic. eod. Quid ſi profiteatur ſe ſcripſiſſe, is aduerſus quem cautio priuata profertur, ſed neget ſe debere? Si igitur conſtet chirographum ab aliquo conſcriptum eſſe, adeo vt is non inficietur, quæritur an tunc valeat chirographum ad plenam fidem faciendam? Et certum eſt valere. Non enim auditur is qui negat ſe debere, cum ſe debere ſcripſerit, & manum ſuam agnouerit, niſi aliud oſtendatur. Sunt loci vulgares qui adduci ſolent, vt leg. Publia. §. vltim. depoſ. l. cum tabernam. §. 1. de pigno. Sed hoc intelligendum eſt, modo in cautione expreſſa ſit cauſa debiti & obligationis. leg. cum de indebito. §. vlti. de probat. Si enim quis ſcripſerit ſe debere centum Titio, non expreſſa cauſa, & agatur aduerſus eum, & petantur ab eo centum ex ea cautione, ſi proferatur aduerſus eum cautio, & ſi confiteatur ſe eam cautionem ſcripſiſſe, non tamen condemnabitur. Nam cauſa obligationis non eſt expreſſa in ea cautione. Sic eſt intelligendum quod dicitur in leg. nuda ratio. de donat. Si quis retulerit in rationes ſuas ſe debere Titio, centum, ea ratio non conſtituit eum debitorem, nec ob eam rationem poteſt actio aduerſus eum dari. Hoc eſt planius expreſſum in c. ſi cautio. de fide inſtrum. in Decret. quod caput videtur ſumptum eſſe ex leg. cum de indebito §. vltim. de probat. Alia quæſtio tractatur, an hæ rationes quæ publice conſcriptæ non ſint, fidem faciant pro tertio, aut contra aliquem tertium? Pro eo qui ſcripſit, vel contra eum qui ſcripſit, an fidem faciant, nos iam diximus. Quid ſi cõtra tertium, vel pro tertio alio proferantur? Hæc quæſtio à nobis tractabitur ſub titul. de teſtib. in interpretatione l. ſolet. vbi eſt exemplum huius quæſtionis, de teſtatione. Teſtatio non valet ad probationem: quia teſtibus creditur magis, quam teſtimoniis, ſi à priuata perſona redacta ſit in ſcripturam. Contractus inter duos initus ea ſcriptura fidem non facit: verum eſt quod ij qui ſcripſerunt vel qui ſubſcripſerunt, poſſunt adduci teſtes in iudicio.

De rationibus argentariorum.

De rationibus argentariorum, & nummulariorum iam diximus: illæ enim rationes fidem faciunt aduerſus tertium: aliis proſunt quibus eæ rationes conſcriptæ ſunt: aliis plerunque nocent, nec vt priuatæ ſcripturæ habentur, quia munus eorum publicam cauſam habet. Atque ideo dicitur probationem rerum geſtarum his rationibus contineri. leg. argentarius. & leg. quidam. §. nummularium. de eden. Idemque dicendum eſt de profeſſione natalium, de qua etiam aliquid diximus ſupra. Pater profitebatur ſibi natum eſſe puerum apud acta, (vt olim fieri ſolebat hæc profeſſio apud Præfectum ærarij.) Hæc profeſſio publica eſt, quia publice fit, & in acta publica redigitur: ideo non mirum eſt ſi pleraque exempla reperiantur, in quibus hæc profeſſio fidem facit. leg. etiam. de probat. idem dicitur in leg. cum de ætate. eod.

De inſtru[illegible] & calumnioſis.

Ex his opinor intelligi poteſt, quam fidem faciant inſtrumenta tam publica quam priuata, quæ omnia intelligenda ſunt de inſtrumentis, quæ falſa non ſunt nec ſuſpecta, nec calumnioſa. Si. n. inſtrumentum aliquod in iudicio proferatur, quod falſum ſit, aut ſuſpectum, aut calumnioſum, dicendum eſt illud inſtrumentum ad probationem non valere. l. 2. hic. Nam oportet inſtrumentum quod profertur ad fidem faciendam omni ſuſpicione carere. Quinimo is qui tale inſtrumentum profert in iudicio, puniendus eſt tanquam falſarius. l. iubemus. Cod. de prob. & leg. vbi. ad leg. Cornel. de falſ. Cod. Imo qui inſtrumentum falſum profert in iudicio, debet probare illud inſtrumentum falſum non eſſe, non adulterinum, & ab vtraque parte probatio exigitur quamuis alias ab eo tantum qui accuſat, probatio exigatur. Sed animaduertendum eſt moribus noſtris aduerſus inſtrumẽtum, quod eſt publicum non admitti probationem, ſi quis contendat falſum eſſe. Id videtur ſumptum ex leg. vltim. de fide inſtrumen. niſi inſcriptio deſit: alias is qui accuſat inſtrumentum falſi, punitur pœna calumniatoris, niſi docuerit illud inſtrumentum falſum eſſe. Cum autem quis protulerit in iudicio inſtrumentum quod falſum vel ſuſpectum eſt, poteſt deſiſtere & abſtinere ab vſu eius inſtrumenti, atque ita pœnam falſi effugere, quod eſt hic animaduerſione dignum. Licet enim is qui vtitur falſo inſtrumento, non minus puniatur pœna falſi, quam is qui inſtrumentum falſum conſcripſit, tamen deſiſtenti ignoſcitur, & ei qui profeſſus ſit, in iudicio ſe nolle eo inſtrumento vti, venia datur. l. ſi aduerſarius. Cod. eod. Itaque notanda eſt differentia inter eum qui falſo inſtrumento vtitur, & eum qui falſum inſtrumentum conſcripſit, quæ traditur in l. ſi falſos. Cod. ad leg. Cornel. de Falſ. Falſum autem inſtrumentum, quod ſit, quæri poteſt. Si quis hoc plene tractare velit, adducenda erunt omnia quæcunque ſcripta ſunt de falſis, tam in Codice, quam in Digeſtis. Sed hoc alienum eſt ab inſtituto meo. Ego ea tantum attingere decreui, quorum hic fit mentio. Dicendum igitur eſt non tantum falſum committi poſſe in inſtrumento quod publice conficitur ſed etiam in priuatis ſcripturis, & cautionibus. leg. 3. hic. vbi eſt exemplum, Si repetita die cautio ſcripta ſit. Si is qui mutuam pecuniam hodie accipit ab alio, caueat & confiteatur in cautione, ſe accepiſſe eam pecuniam Calendis Septembris, hic falſum committitur propter repetitam diem. (Hic enim repetita dies, id eſt, retrorſum petita, quam nos antidatam vocamus) hoc apponitur fraudandi alicuius cauſa, & hoc vt hic videatur prior contraxiſſe. Dubium non eſt quin hæc repetita dies poſſit aliis nocere, qui priores cum eo contraxerunt.

Inſtrumentum falſum confici quando dicatur.

Sed notandum eſt quod hic dicitur, inter eos inter quos illa cautio eſt conſcripta, non videri falſi crimen committi. Ego hodie tibi mutuam pecuniam dedi: tu ſcripſiſti te eam pecuniam accepiſſe Calend. Septemb. ego aduerſus te illam cautionem profero: tu contendis falſam eſſe, vt fides eius vacillet: quæritur, an admittenda ſit hæc accuſatio falſi? Dicitur non admitti. Nam inter conſentientes, quantum ad contrahentes attinet, falſum non committitur eam diem repetendo: quia neutri eorum nocere poteſt illa dies repetita, & quæ dies adſcribatur cautioni, nihil refert quod ad eos attinet. Sed hoc poteſt aliis nocere qui priores cum eo contraxerunt. Ideoque addit Iuriſconſultus, *Magiſque debitor quam creditor deliquerit.* Si debitor nolit ſoluere, & contendat probationem legitimam non eſſe, quia falſa dies adſcripta eſt, non eſt audiendus, imo magis debitor quam creditor deliquit, qui ſciens, & prudens ſe cum alio contraxiſſe, eam diem cautioni adſcripſit. Ergo dubium non eſt, quin falſum etiam committi poſſit in ſcriptura priuata, vt etiam apparet ex leg. creditor. ad legem Cornel. de falſ. Ex iam dictis naſcitur quæſtio, Si quis falſi conuictus ſit propter inſtrumentum, quod in iudicio prolatum erat, & quis eo inſtrumento velit vti, an tanquam falſarius dicendus ſit: hæc quæſtio tractatur in l. 2. Cod. eod. vbi dicitur, non nocere ei qui inſtrumentum profert in iudicio ſententiam aduerſus alium latam de eo inſtrumento, ſi forte is qui illud inſtrumentum protulerit falſi conuictus ſit. Ratio eſt, quia inter alios hoc geſtum fuit. l. ſæpe de re iudic. Hinc exiſtit alia quæſtio quæ tractatur in l. vltim. Cod. eod. Inſtrumentum prolatum eſt in iudicio ad fidem faciendam, eius fides approbata eſt, & eſt regiſtratum & perſcriptum in actis: deinde redditum eſt authenticum ipſum ei qui protulerat. Aduerſarius id inſtrumentum contendit falſum eſſe, & petit vt denuo proferatur & exhibeatur in iudicio. quæſtio eſt, an denuo cogatur illud inſtrumentum proferre? Cũ hæc quæſtio magni momenti videretur eſſe imperatori Iuſtiniano, edidit vnam conſtitutionem hac de re. Et certe magni momenti eſt hæc quæſtio. Nam fieri poteſt, vt

ideo aduerſarius poſtulet denuo hoc inſtrumentum proferri, quia intelligit deperditum eſſe inſtrumentum caſu aliquo. Fieri etiam poteſt vt celet actor illud inſtrumentum: quia veretur ne falſi conuincatur. Diſtinctio igitur hic poſita notanda eſt. Oportet vt is qui denuo petit proferri inſtrumentum, iuret ſe exiſtimare falſi ſe conuincere poſſe, atque ideo eius prolationem exigere: poſtquam autem iurauerit, tūc cogetur inſcribere ſe. Hinc videtur eſſe ortus ille ritus & vſus forenſis, de quo iam dixi. In qua conſtitutione additur, Sin autem dicat non eſſe, &c. Si is qui protulit ſemel inſtrumentum, dicat deperditum eſſe, & ſe non poſſe proferre, exigitur etiam ab eo iuramentum, & ſi iurauerit deperditum eſſe, non cogetur illud denuo proferre in iudicio. Quod ſi nolit iurare, ea ſcriptura quam prius protulerat non poterit eum iuuare ad probationem, non tamen punietur vt falſarius. Hinc ergo notandum eſt, quod ab aliquibus obſeruatum eſt, & apud nos eſt vſitatum in foro, exemplum inſtrumenti quod eſt prolatum in iudicio, regiſtratum & deſcriptum in actis, fidem facere, & non exigi authenticum ipſum, niſi quoties aduerſarius vult accuſationem falſi inſtituere: quia tunc exemplum regiſtratum non valet ad fidem faciendam. Atque cùm hac exceptione intelligendum eſt quod diximus, exemplum non ſufficere ad aliquem condemnandum, niſi inſtrumentum deſcriptum ſit in actis & regiſtratum. Et alius locus eſt qui vulgo adduci ſolet in l. chirographis. de adminiſt. tut. Igitur inſtrumentum præſcriptum in actis publicis effectum eſt forenſe & publicum. Hactenus de falſis inſtrumentis, quibus fidem habendam non eſſe diximus: nunc videndum eſt de ſcripturis diuerſis, aut contrariis, quæ proferuntur in iudicio. Sæpe accidit vt proferantur tabulæ & ſcripturæ in iudicio quæ diuerſæ aut contrariæ aut repugnantes ſunt. Si quis ergo huiuſmodi ſcripturas protulerit in iudicio, quæritur an fidem faciant? quæſtio hæc tractatur in l. ſcriptura, 14. C. eod. Cum aperte ſunt contrariæ ſcripturæ nulla eſt dubitatio. l. vbi repugnantia. de teſtib. ſed vbi ſcripturæ ſunt diuerſæ, ſi modo ita diuerſæ ſint, vt fidem ſibi inuicem derogent, non proſunt ad fidem faciendam: dummodo ab vna eademque parte proferantur. Nam ſi à diuerſis partibus prolatæ ſint illæ ſcripturæ, aliud dicendum. Inſpicere enim debet iudex vtra ex his ſcripturis fide dignior ſit. l. optimam. de contrah. ſtipul. ſicut in reliquis ſcripturis iudex debet ſpectare quod eſt credibilius, vt dicemus in l. 3. de teſtibus. quemadmodum & in teſtibus debet iudex ſpectare qui veriſimilia dicant. l. ob carmē. de teſtib. Ex his intelligitur, quibus inſtrumentis fides facienda, quibus fides habenda ſit, & quibus non ſit. Nunc quæritur quis ſit effectus inſtrumentorum quibus fidem habendam eſſe diximus. Nam de aliis non loquimur.

Exemplū inſtrumenti actis inſinuatum quātam fidem faciat.

De ſcripturis diuerſis & repugnātibus.

CAP. IIII.

De effectu inſtrumentorum.

Effectus hic eſt, quod inſtrumenta quæ fidem faciunt, quę vera ſunt nec ſuſpecta, ad ſubſtantiam rei geſtæ non pertinent, ſed ad probationem tantum, id eſt, ſine inſtrumento quod geſtum eſt valet, ſi modo probari poſſit teſtibus vel aliis probationibus. l. 4. & 5. hic eſt locus communis de inſtrumentis & ſcripturis notandus. Inſtrumenta fiunt fidei cauſa, & propterea inſcribitur titulus, de fide inſtrumētorum. Non ideo contractus in ſcripturam rediguntur, quod contractus non valeant ſine ſcriptura. Vnde in pleriſque capitibus tituli de fide inſtrumen. Cod. exempla multa reperiuntur in quibus valet probatio per teſtes, etſi nullum inſtrumentum conſcriptum ſit, aut inſtrumentum deperditum ſit quod erat confectum. Exemplum vnum eſt in l. 1. Aliud eſt in l. illatæ. & leg. ſeq. Si inſtrumentum amiſſum ſit, poteſt is qui ſibi deberi intendit, fidem facere per teſtes, ſi de re geſta teſtes poſſint teſtari. l. ſicut iniquum. cod. Inſtrumentum fuit confectum de contractu aliquo, puta venditionis, aut mutui: illud inſtrumentum amiſſum eſt caſu aliquo: multi ſunt teſtes qui interfuerunt cum negotium illud geſtum fuit, & qui de eo quod continetur inſtrumento poſſunt forte teſtari, quia legerunt inſtrumētum: primum oportet probare caſum fortuitum, poſtea admittitur teſtium teſtimonium, de eo quod inſtrumento continebatur, ſi modo tales fuerint teſtes qui potuerint cognoſcere, an inſtrumentum legitimum & recte confectum eſſet. Huc pertinet quod dicitur in l. in exercendis. ſed eodem pertinet quod dicitur in l. proprietatis dominium. in l. cum res. de probat. vbi dicitur in exercendis litibus eandem vim habere teſtium depoſitionem & fidem inſtrumentorum. Contrarium videtur eſſe quod dicitur in l. cenſus. de probat. vbi dicitur, *Cenſus & monumenta publica potiora eſſe teſtibus ſenatus cenſuit.* Magna ratio ſuadet, vt monumenta publica potiora ſint teſtibus, & maiorem habeant fidem quam teſtes. Dixi inſtrumenta non ideo dici publica, quia Reipub. ſint, ſed ideo dixi publica eſſe, quia nituntur auctoritate publica & à perſona publica conſcripta ſint. Sed monumenta aliquando publica dicuntur quæ publice cuſtodiuntur, Reipublicæ ſunt, & publice approbata ſunt: ideo dicitur ea potiora eſſe teſtibus. Si quid præſcriptum ſit auctoritate publica, & Reipublicæ gratia ad perpetuam memoriam, maior eſt eorum monumentorum auctoritas, vt mirum non ſit ſi natum cenſuiſſe potiora eſſe ad fidem faciendam quam teſtes. Olim illi cenſus ſolebant publice cuſtodiri. Cenſus enim eſt æſtimatio bonorum cuiuſque. tit. eſt de cenſib. Ratio referendi in cenſum traditur in l. forma cenſualis ff. de cenſib. Hoc non eſt intelligendum de poſſeſſione cenſuali. l. Cenſualis profeſſio. C. de donat. quæ alias contraria eſſe videtur. Nam hic dicitur monumenta publica potiora eſſe teſtibus. in l. Cenſualis profeſſio. dicitur, cenſualem profeſſionem præiudicare domino non ſolere, cum quis profitetur apud magiſtrum cenſus quæcunque habet in bonis. Si enim retulerit quæ aliena ſunt in bona ſua, hoc domino non obeſt. Nam profeſſio illa cenſualis priuata ſcriptura eſt. Sed quæ ſuperius diximus ita accipienda ſunt, niſi actum ſit inter contrahentes ante contractum initum, vt in ſcriptis redigatur: id conſtitutum eſt à Iuſtiniano in leg. contractus. Cod. eod. & eius conſtitutionis meminit idem Iuſtinian. tit. de empt. in §. 1. Inſtit. Venditio dicitur perfici ſolo conſenſu, ſimulatque conuenit inter emptorem & venditorem, vt res ſit empta certo pretio: ſed tamen plerunque ſcriptura neceſſaria eſt: & quamuis placuerit inter contrahentes, vt res empta ſit certo pretio, nondum tamen perfectus dicitur eſſe contractus, antequam in ſcriptis factus fuerit. Exempli gratia, volo à te fundum emere: ſermo aliquis habetur inter nos de ea re: ais te velle accerſere tabularium publicum qui inſtrumentum conficiat, & coram eo te declaraturum quibus conditionibus ſis mihi fundum venditurus: aduocatus eſt tabularius coram, eo cōuenit inter nos de certo pretio, de certis conditionibus, quibus vendendus eſſet fundus. Deinde pœnituit alterum huius cōſenſus, antequam redactus eſſet in ſcripturam: quæritur an poſſit recedi à contractu, quæſtio hinc pendet, an contractus perfectus ſit? Ait Iuſtinianus in hac ſpecie perfectam non eſſe venditionem, atque ideo ab ea poſſe recedi. Oportet in mundum contractum eſſe redactum: nec ſcheda, inquit, id eſt, minuta ſufficeret: Græcis σχέδιασμα. σχεδιάζειν eſt opus celeriter & ex tempore factum in mundum redigere, Gallice *mettre au net*. Sic ſcriptura neceſſaria eſt ad perfectionem contractus, quamuis alias ſcriptura pertineat tantum ad fidem rei geſtæ. Cum autem inito iam contractu emptionis & venditionis poſt conſenſum vtriuſque venditoris & emptoris conuenit vt redigatur in ſcripturam, ſcriptura adhibetur tantum ad fidem rei geſtæ, nec pertinet ad ſubſtantiam contractus. l. contractus. de fide inſtrum. Feci mentionem venditionis pro exemplo: ſed idem de omnibus aliis contractibus eſt dicendum. Loquitur enim Iuſtinianus de omnibus contractibus.. Similes caſus obſeruari, & colligi ab aliis ſolent, in quibus ſcriptura aliquando neceſſaria eſt ad ſubſtantiam contractus, nedum ad probationem ſed de his videbitis in ſingulis locis in quibus de his tractatur. Præterea animaduertendum eſt inſtrumenta publica hodie apud nos executionem & vim rei iudicatæ habere: nam ſi obligatio relata ſit in publicum inſtrumentum, illud inſtrumentum executionem habet aduerſus eum qui obligatus eſt: fitque executio perinde ac ſi condemnatus eſſet. Hoc valde alienum eſt à iure Romano. Nam ſecundum ius Rom. nunquam incipimus ab executione, ſed ab actione & perſecutione iudiciaria. l. 1. de execut. rei iud. Sed tamen mos conficiendorum inſtrumentorum in quibuſdam locis dici poteſt conue-

Cenſus quid.

Scheda quid.

conuenire iuri Romano, quia condemnationem continent, quaſi iuriſdictionem quandam voluntariam exerceant tabelliones.l.2.de offic.proconſ.& legat.

IN TIT. XXII. LIB. IIII. COD.

PLVS VALERE QVOD AGITVR, QVAM QVOD SIMVLATE *concipitur.*

HIc Titulus pertinet ad Titulum præcedentem de fide inſtru.& eſt veluti appendix quædam & particula ſuperioris tractatus. In inſtrumentis enim plerunque aliud ſcribitur, aliud ſimulatur: & cum dicimus inſtrumentum fidem facere, hoc ita accipiendum eſt, niſi appareat aliud ſcriptum eſſe in inſtrumento, aliud ſimulatum inter contrahentes: tunc enim præualet veritas rei geſtæ ſcripturæ. l.1. hic. vt autem cõmodius explicemus, quæ ad hunc locum pertinent, ſic diſtinguendum eſt. Duobus modis contingere poteſt, vt aliud ſcribatur in inſtrumento, aliud ſimuletur. Id enim contingere poteſt per errorem, ſed poteſt etiam cum nullus interuenit. De errore primum videamus. Huius rei exemplum eſt in l. cum precibus.C.de probat. Si cum ego vendere vellem fundum, me inſcio & alias res agente ſcriptum ſit, fundum donatum eſſe in inſtrumẽto, hic quæritur, an ex eo contractu fundus tanquam donatus poſſi t peti. Ait imperator fundum non poſſe peti tanquam donatum, ſed magis inſpiciendam eſſe veritatem. Is cum quo ego contraxi curauit adſcribi donationem loco venditionis, id factum eſt per errorem: inſpiciamus igitur veritatem rei geſtæ magis quam quod in inſtrumento ſcriptum reperitur. Aliud exemplum ſimile eſt in l.vltim.hic. Cum ego vellẽ tibi locare fundum, curaſti adſcribi in inſtrumento me vendidiſſe fundum: illud inſtrumẽtum poſtea mihi obtuliſti, vt ego ſubſcriberem: ſubſcripſi inſtrumento non lecto à me neque inſpecto, hic quæritur, an poſſit fundus à me peti tanquam venditus. Imperator dicit peti non poſſe. Aliud enim actum eſt à contrahentibus, & deficit conſenſus eius qui errauit, nec eſt venditio, quia dominus fundi eum locare volebat, non vendere. Non eſt etiam locatio, quia alter volebat emere, non autem conducere: ideoq; hic dicitur neutrum contractum conſtitiſſe. Cum dicimus valere id quod agitur, non poteſt in hoc exemplo locum habere. Non enim agitur inter eos, vt vẽditio ſit aut locatio: neuter cõſentit, nec vt locetur fundus nec vt vendatur. vnus conſentit venditioni non locationi: alter conſentit locationi non venditioni. Et tum demum verũ eſt quod diximus cum apparet quid actum ſit. Aliquando aliud agitur, aliud ſcribitur in inſtrumento: id fit per ſimulationem contrahentium. nullus enim interuenit error, & eſt tantum ſimulatio contrahentium. Vterque conſentit vt aliud ſcribatur in inſtrumento quam quod agatur inter eos: in quo cum quæritur quid ſequendum ſit, ſic diſtinguendum eſt: nam contingit aliquando, vt ſimulatio reſpiciat contractum, aliquando vt reſpiciat perſonam. Sæpe accidit, vt ſimulatio reſpiciat contractum, vt pro vno contractu alius contractus exprimatur. Vnum exemplum eſt in l.3. Emptio fit aliquando pignoris cauſa vel mutui cauſa: & hoc frequentiſſimum eſt apud nos. Fœnerator aliquando cum mutuam pecuniam dat, ſimulat ſe aliquid emere ab eo cui pecuniam dat, & adiicit factum de reemendo: hoc fit vt vſuras percipiat ex mutuo tanquam fructus rei venditæ. Non enim poſſunt vſuræ peti ex mutuo. Fructus rei pignoratæ creditor indebitum computat.l.2.C. de pignor.actio. In hoc ergo caſu non quod ſcriptum eſt, ſed quod geſtum eſt inſpicimus, ſi appareat quid geſtum ſit inter contrahentes. c. vos. de pignor.& cap.ad noſtram.de empt.& vendi. Aliquando hæc ſimulatio reſpicit perſonam. Exemplum eſt in l. 2. hic. Aliud eſt in l.4. Cum quis aliquid vellet emere, ſuppoſuit nomen vxoris ſuæ loco nominis ſui, tanquam vxor ipſa emeret, non maritus: hęc ſimulatio reſpicit perſonam contrahentium: & tunc inſpicimus magis quod actum eſt, quam quod ſimulatum. Talis fuit ille Licinius Stollo, quem Plinius libro 18.cap. 30. ſcribit, ſua lege fuiſſe damnatum, cum ſubſtituta filij ſui perſona amplius quam quinquaginta iugera poſſideret. Eſt autem hęc quæſtio facti, quæ examinabitur per iudicẽ, vt dicitur in l.4. Si quis alteri nomen ſuum accommodauerit in negotio aliquo contrahendo: hic loquitur Vlpianus in l.4.§. Si ab ignoto.de manumiſ. Si quis redemerit ſeruum nummis ipſius ſerui, vt ſeruus liberationem conſequeretur: quia hoc actum eſt, vt ſeruus poſt redemptionem fiat liber: hoc facit ſeruus, quia videt ſe non poſſe vtiliter paciſci cum domino ſuo: quia accommodat nomen ſuum ſeruo in hoc contractu, dicitur imaginarius emptor. Quod autem diximus id valere quod agitur, ita eſt intelligendum (vt admonuimus) ſi appareat quid actum ſit. Aliquando nihil omnino agitur, ſicut in exemplo l. vltimæ. id contingit etiam aliqua ex cauſa vt quid ſimuletur. Exemplum eſt in leg. ſi ſponſus.§.circa.de donation.inter virum & vxor. Maritus aliquid volebat donare vxori ſuæ, quia videbat ſe donare non poſſe, vendidit ei per ſimulationem: hoc caſu non valet contractus venditionis, quia ſimulatio eſt: non valet etiam contractus donationis, quia quod geſtum eſt inter contrahentes eſt contra ius. Deinde dicendum eſt, ſi voluerint cotrahentes alium contractum in alium transferre, & modus ſit idoneus ad transferendum vnum contractum in alium, non proprie ſimulationem eſſe, nec locum habere, quæ hic dicimus de ſimulatione. Mihi debes pecuniam ex cauſa mandati: conuenit inter me & te, vt eam pecuniam tu mutuam habeas, & mihi debeas ex mutuo quod mihi debes ex cauſa mandati. Contractus mandati poteſt transferri in contractum mutui: & è diuerſo. Ponamus eum qui mihi debebat ex mandato falſum eſſe ſe accepiſſe ex cauſa mutui, mutuum erit, propter ſingularia mutui pręcepta: modo ea obſeruentur quę neceſſaria ſunt ad transferendum vnum contractum in alium contractum. Vnum exemplum eſt in l. ſi ex pretio.C.ſi certum petatur. De his diximus in l.rogaſti.& l.ſingularia. ſi certum petatur.& l.qui negotia.mandati.

IN TIT. XX: LIB. IIII. COD. ET TIT. V. LIB. XXII. PANDECT.

DE TESTIBVS.

PRIMVS locus huius tractatus de teſtibus eſt, in quo quæritur,

Qui teſtes eſſe poſſint.

CAP. I.

HIc locus valde vtilis eſt, & pertinet ad rationem refellendorum teſtium in iudicio, quæ eſt res hodie vſitata. Et certe ob quas cauſas poſſint refelli teſtes in iudicio, valde vtile eſt & neceſſarium noſſe. Et in primis notandum eſt: Omnes ad teſtimonium dicendum admitti in iudicio, quibus id lege non interdicitur. Hæc regula traditur in l.1.§.1. Supereſt ergo vt inquiramus quibus interdictum ſit teſtimonium, & quibus interdictum non ſit. Ego ſolitus ſum hæc complecti ſummatim, & vti diuiſione quæ traditur in l.3.§. pen.hic. Ait Calliſtratus ibi quibuſdam interdici teſtimoniũ propter notam & infamiam vitæ, & propter ſcelus aliquod, alios refelli à teſtimonio propter affectionem aliquam: alios propter inopiam conſilij & iudicij. Videamus primum de his qui ob ſcelus aliquod, ob notam & infamiam vel ob turpitudinem vitæ repelluntur à teſtimonio. Hi recenſentur in l.3.§.lege Iulia, hic. In primis qui iudicio publico damnatus eſt repellitur à teſtimonio dicendo in iudicio, quia is notatur infamia qui iudicio publico damnatus eſt.l.infames.de public. iudiciis. Ergo exemplum eſt eorum quibus interdicitur teſtimonium propter infamiam vitæ. Exemplum eſt in l. ſcio. in l.repetundarum. In d.l.ſcio. exemplum eſt de eo qui adulterij damnatus eſt. Iudicium de adulterio publicum eſt, titul. de public. iudic. Inſtit. & ff. Ergo neque in iudicio teſtis eſſe poteſt, nec in teſtamento faciẽdo. Aliud exemplũ eſt in d.l.repetundarũ. Repetundarũ damnatus dicitur etiã damnatus publico iudicio. Nam lex Iulia repetundarum, vna eſt ex legibus publicorum iudiciorum. Aliud exemplum eſt in leg. quæſitum.de eo qui

damnatus eſt calumniæ cauſa in publico iudicio. De hoc maior fuit dubitatio, quam de iis de quibus diximus, quia nihil de hoc cautum fuit legibus. Papinianus ait de eo qui iudicio publico damnatus fuit, calumniæ cauſa nihil cautum fuiſſe. Lex Remmia quę lata eſt aduerſus calumniatores. Leges etiam Iuliæ de vi, repetundarum & peculatus, non nominatim repellunt eos qui calumniæ cauſa damnati ſunt. Quid ergo dicemus? Hic reſpondet Papinianus, *Verum tamen quod legibus omiſſum eſt, non omittetur religione iudicantium.* Eſt locus communis de interpretatione legum. Non omnia poſſunt legibus & ſenatuſconſultis comprehendi. Sed cum aliquid lege cautum eſt, interpretatione producendum eſt ad ſimiles caſus in quibus eadē eſt æquitas. Sequitur, *integræ frontis homo dixerit.* Iudex perpendere debet, an integræ frontis ſit, an inculpatæ vitæ qui teſtimonium dicit. Non igitur repellitur à teſtimonio omnino qui calumniæ cauſa damnatus eſt, ſed tamen iudex non tantam fidem adhibebit eius teſtimonio qui calumniæ cauſa damnatus eſt. Aliud exemplum in l. ob carmen. in princ. Lex Iulia, cuius mentio eſt in l. 3. in §. penult. loquitur de iis qui damnati ſunt in iudicio publico.

Idem dicendum eſt de eo qui damnatus eſt ob carmen famoſum, quamuis non dicatur iudicio publico damnatus qui ob libellum famoſum damnatus eſt. Inteſtabilis interdum dicitur qui neque teſtamentum facere poteſt neque teſtimonium dicere. leg. neque. de teſtament. Aliud exemplum eſt in leg. quoniam liberi. Cod. eod. de his qui ſunt ſocii & participes eiuſdem criminis. Iuſtiſſima igitur eſt cauſa teſtis repellendi ſi dicatur particeps & ſocius eiuſdem criminis, & is accuſatur eiuſdem admiſſi. Cùm enim plures accuſantur eiuſdem delicti, accuſantur omnes tanquam ſocii, & teſtimonium vnius aduerſus alterum non recipitur, præterquam in caſibus exceptis. Ex his quæ diximus conſequens eſt, non quoduis delictum ſufficere ad repellendum teſtem à teſtimonio. Nam ſi quoduis delictum ſufficeret, quid opus eſſet nominatim de iis cauere legibus, veluti lege Iulia? Et hoc iure nos hodie vtimur, præterquam in foro pontificio, vbi quoduis delictum ſufficit ad repellendum teſtem, quod ſumptum eſt ex can. infames. 6. quæſtio. 1. Sed hoc iure nos non vtimur in foro ciuili & regio, nec admittitur obiectum ad repellendum teſtem ob delictum quodcunque admiſſum. Itaque diligenter obſeruandum eſt quod hic diximus, & expendenda ſunt exempla, nec videntur intellexiſſe doctores noſtri quid eo canone contineatur. Putant enim quemlibet, qui aliqua notatur infamia repelli à teſtimonio. quod verum non eſt. Præterea nos hodie alium morem refellendorum teſtium recepimus. Apud nos non ſufficit crimen obiicere, etſi ſit crimen atrociſſimum & publicum: quia oportet obiicere condemnationem. nec ſufficit dicere aduerſus aliquem, eum adulterum eſſe, vel parricidam: ſed oportet dicere eum damnatum eſſe parricidij, adulterij, &c. Et hic vſus omnino contrarius eſt pontificiis conſtitutionibus. Sunt duæ conſtitutiones pontificiæ ſub titulo de teſtibus. c. ſuper. & c. teſtimonium. vbi dicitur ſufficere ſi quis poſſit conuinci ob crimen obiectum, etſi damnatus non ſit, ad repellendum eum à teſtimonio, quod conſentaneum eſt iuri Romano. Et quod dicunt ſufficere ad repellendum teſtem à teſtimonio dicendo, notam infamiæ obiicere, mihi videtur non poſſe colligi ex dict. leg. 3. §. lege Iulia. vbi dicitur eum repelli à teſtimonio, qui ob teſtimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepiſſe indicatus vel conuictus erit. & male intelligūt hunc locum meo iudicio. Subiecta ſunt enim ea verba poſt verbe legis Iuliæ recitata, & hoc breui epilogo continetur quod eſt in lege Iulia. In lege Iulia mentio facta erat impuberis: ideoque quoſdam ait repelli propter lubricum ætatis & iudicij, alios repelli à teſtimonio dicendo propter notam vel infamiam vitæ, veluti qui damnatus eſt publico iudicio. atque ita intellexit Accurſius, qui mihi videtur rectius multo hunc locum intellexiſſe quam canoniſtæ. Exempli gratia, aliquando accidit, vt damnatus tantum notetur infamia, aliquando vt ſine damnatione inuratur infamiæ nota: hæc facilius poſſunt intelligi ex Prætoris edicto de his qui not. infam. vbi Prætor ait, *Qui furti damnatus erit*, non ait, *Qui furtum fecerit.* Sed ait, *Qui lenocinium fecerit* non ait, *qui lenocinii damnatus erit.* Hæc diligenter expendenda ſunt. Quoties ad notam infamiæ alicui inurendam condemnatione opus eſt, minor eſt dubitatio, ſed cum ob factum ipſum ſine condemnatione quis notatur infamia, poteſt dubitari. Et ne moribus quidem noſtris à teſtimonio dicendo repellitur qui lenocinium fecit, nec legibus: verum tamen eſt, quod quamuis non interdicatur teſtimonium ex huiuſmodi cauſa ſine condemnatione, tamen iudicis videre eſt quanta fides adhibenda ſit. Vir enim inculpatæ vitæ magis fidem faciet quam qui aliqua infamiæ nota laborat. Quæcunque nota & infamia, vel turpitudo vitæ, valet ad imminuendam teſtis auctoritatem, non ad eum omnino repellendum à teſtimonio dicendo. Sed de his hactenus. nunc videndum eſt de aliis cauſis propter quas non recipitur teſtimoninium alicuius. Teſtimonium alicuius non recipitur propter veriſimilem aliquam affectionem, quæ poteſt impedire veritatem. Nam eum à quo veritas requiritur, omni perturbatione vacuum eſſe oportet. Igitur ſi aliqua affectione veriſimiliter moueatur, quæ veritatem impedire poteſt, is idoneus teſtis non habetur. Id declaratur ſequentibus exemplis. Ac in primis dicimus in cauſa propria neminem idoneum teſtem eſſe, l. nullus. hic. & l. omnibus. C. eod. natura enim comparatum eſt, vt homines ament ſe & ſua: nam amor ſui & ſuorum natura inſitus eſt homini & omni animanti. Vnde fit vt in re propria nemo teſtis recipiatur. Cicer. in oratio. pro Roſcio Amer. idem ait. Hoc autem adeo certum & indubitatum eſt, vt fruſtra de ea re videamur admoneri à Iuriſconſultis. Eſt quoddam principium in hac diſputatione. & ideo ex his multa alia conſequuntur: quæ niſi hæc pro certis & indubitatis habeantur, non poſſunt facile probari, quoties de his quæſtio eſt. Cum dicimus neminem in cauſa propria idoneum teſtem eſſe, quæri ſolet quæ ſit cauſa propria, quæ aliena. Hinc enim pendent multæ quæſtiones. Exempli gratia, in cauſa euictionis quæritur, an venditor ſit idoneus teſtis. Quidam vendidit fundum, dominus eum vindicat ab emptore: in ea cauſa producitur teſtis venditor qui auctor eſt? quæritur an ſit idoneus teſtis? Quæſtio hinc pendet, an ſit cauſa eius propria an aliena? Si cauſa eius propria ſit, ſubmouebitur à teſtimonio dicendo, alias non ſubmouebitur. Quæ ſit cauſa propria docet Iuriſconſultus in l. 1. §. in propria. quand. appell. vbi cauſam propriam eſſe ait ex qua commodum vel incommodum ad aliquem pertinet ſuo nomine. In cauſa propria biduum datur ad appellādum, in aliena datur triduum. Suo nomine ait, vt excludat procuratores, qui non agunt ſuo nomine, & eos qui aliena negotia gerunt. Ergo in propoſita ſpecie cum quæritur de venditore qui teſtis producitur in cauſa euictionis, quo caſu de euictione tenetur, vt fere tenetur, ſi nihil aliud conuenerit, propter naturam contractus: dicendum eſt venditorem idoneum teſtem non eſſe: nam commodum vel incommodum ad eum pertinere poteſt. Nam ſi victus ſit emptor in eo caſu, actionem habet aduerſus venditorem: argumento eſt quod dicitur in l. ab executione. §. 1. de appell. Vbi dicitur, ſi ſententia inter aliquos lata ſit, alius cuius intereſt, ab ea appellare poteſt, ſi eius interſit: & affert exemplum de cauſa euictionis. Si emptor victus ſit in cauſa euictionis, poteſt ab ea appellare venditor, quia eius intereſt: nec dicitur in cauſa aliena appellare. Hinc naſcitur quæſtio, de cauſa vniuerſitatis, aut alicuius corporis, an ſinguli ex quibus ea vniuerſitas conſtat, idonei teſtes ſint. Quæſtio hinc pendet, an cauſa eius propria ſit iudicanda, an vero aliena. Si cauſa eius propria ſit, dicendum eſt eum idoneum teſtem non eſſe. Et vulgo receptum eſt, in cauſa vniuerſitatis idoneum teſtem eſſe, niſi cauſa ad commodum vel incommodum eius pertineat. Cauſa vniuerſitatis non videtur cauſa ſingulorum eſſe, ex quibus vniuerſitas coaleſcit & conſtat, l. in tantum. §. vniuerſitatis. de rer. diuiſ. Quæ ſunt vniuerſitatis, non ſunt ſingulorum. Aliud igitur eſt rem eſſe vniuerſitatis, aliud eſſe ſingulorum, ex quibus conſtat vniuerſitas. Sed tamen videndum eſt, num etiam ea cauſa quæ nomine vniuerſitatis mota eſt, ad ſingulorum vtilitatem pertineat. Nam hoc caſu dici poſſet ſingulorum cauſa eſſe, & ſingulos à teſtimonio dicendo repelli. Diximus enim iam eos repelli à teſtimonio dicendo, ad quos nomine ſuo res quoquomodo pertinet. At eorū quoquomodo intereſt. Et hæc diſtinctio vulgo recepta mihi

Mos refellendorum teſtium in curiis Franciæ.

Cauſa propria quæ.

In cauſa vniuerſitatis an ſinguli ex vniuerſitate teſtes eſſe poſſent.

De patre & filio. pta mihi videtur probabilis eſſe. Aliud exemplum eſt in patre & filio, in leg. teſtis. In cauſa patris filius non eſt idoneus teſtis, nec in cauſa filij pater idoneus teſtis eſt. Veriſimilis.n. affectio alterius in alterum facit, ne alter in alterius cauſa idoneus teſtis ſit. Et hoc producitur longius ad omnes aſcendentes & deſcendentes in infinitum. Nam alia lex de parentibus & liberis loquitur, leg. parentes. Cod. eod. Appellatione parentum hi omnes continentur, ex quibus naſcuntur, id eſt, omnes aſcendentes in infinitum, leg. 4. §. 1. de in ius voc. ſicut appellatione liberorum continentur omnes qui ex nobis naſcuntur. leg. liberorum. de verbor. ſignificat. vt filij, nepotes, pronepotes, & cæteri deinceps. nihil tamen prohibet patrem & filium in eadem cauſa teſtes adhiberi, leg. pater & filius. 17. hic. Si quis in cauſa ſua produxerit teſtes patrem & filium, vel duos fratres qui ſunt in eiuſdem patris poteſtate: quæritur an hi idonei ſint teſtes. At Iuriſconſult. eos repellendos non eſſe. Ratio enim ceſſat, propter quam dicimus teſtimonium filij aut patris non recipi. Nam ceſſat hæc affectio de qua diximus, cum ſimul producuntur teſtes in aliquo negotio. ex eadem enim domo nihil prohibet plures teſtes alicui negotio adhiberi. Oritur quæſtio ex eo quod dicitur ſub titul. de probat. de profeſſione parentum, ſi agatur de probanda ætate filij, aut natalibus filij, profeſſio parentum admittitur, leg. etiam. l. imperatores. l. cum de ætate. de probat. Et tamen hic dicimus in cauſa filij, patris teſtimonium recipiendum non eſſe. Hæc viſa ſunt repugnantia Accurſio & cæteris, qui non intellexerunt quid ſit profeſſio. Verum ego ſupra docui, profeſſionem multum differre à teſtimonio. Dixi quod ſimulatque natus erat puer aliquis, parentes cogebantur profiteri acta apud Præfectum ærarij Saturni, auctore Capitolino in Marco, & ea acta faciebant fidem quoties probandi erant natales filij. Aui etiam profeſſio & materna recipitur, l. etiam. de probat. Quod ergo dicitur ab aliis de profeſſione matris in probatione ætatis filij, nihil ad rem pertinet. *De fratribus.* Quæſtio agitari ſolet de fratre, an frater in cauſa fratris idoneus teſtis dicendus ſit, & an ſit iuſta cauſa refellendi teſtis, quod is frater ſit eius pro quo producitur. Vulgo dicitur, nulla lege fratrem repelli à teſtimonio dicendo in cauſa fratris, quamuis aliqui excipiant cauſam criminalem. Nos libro primo Diſputationum, capite 28. defendimus, fratris teſtimonium legibus interdictum eſſe, cum leges non recipiant domeſticum teſtimonium. *Teſtimonium domeſticū quod.* Sic enim interpretati ſumus domeſticum teſtimonium in leg. 2. Cod. in l. penul. hic. Frater autem domeſticus teſtis mihi eſſe videtur. Domeſtici non tantum dicuntur qui in eadem domo morantur, vt in leg. reſpiciendum. §. furta domeſtica. de pœnis, ſed etiam dicuntur, qui eiuſdem familiæ ſunt, vt fratres. Sic mihi videtur accipi domus in leg. pater & filius. atque ita interpretatur Theophilus in Inſtitut. tit. de teſtam. Ideoque hæc prohibitio teſtimonij, propter coniunctionem latius producitur, quam vulgo receptum ſit: domeſticum igitur teſtimonium iure ciuili improbatur. Hoc eſt intelligendum cum exceptione quæ vulgo traditur, niſi agatur de eo probando *Teſtimonium ſingulorum ex vniuerſitate quando recipi debeat.* quod domi geritur, & quod non poteſt niſi per domeſticos probari. Id ſumptum eſt ex l. conſenſu. Cod. de repud. Inter maritum & vxorem poſt matrimonium ſolutum, ſi quæſtio moueatur de rebus ſurreptis, & aliis huiuſmodi, ſerui tam mariti quam mulieris interrogantur in ea cauſa, quoniam ea quę domi geruntur non poſſunt (inquit) niſi per domeſticos probari. Atque hinc receptum eſt, cum quæritur de cauſa vniuerſitatis, ſingulos ex quibus vniuerſitas conſtat, tunc idoneos teſtes eſſe, cum de eo probando agitur, quod non poteſt niſi ab eis perſonis cognoſci, atque ideo eorum teſtimonium *De amico.* recipitur. Quæri ſolet de amico, an amicus idoneus teſtis habendus ſit, & an ſit iuſta cauſa repellendi teſtis, quod is amicus & familiaris ſit eius, à quo teſtis producitur? Certum eſt teſtimonium amici non tantum ponderis habere. Id ſatis colligitur ex l. 3. in prin.

Sed quæſtio eſt, an interdicatur ei teſtimonium, an omnino non recipiatur. Quidam enim ſunt quorum teſtimonium non multum ponderis habet, & hoc committendum eſt iudicis arbitrio, vt inſpiciat quanta fides eis habenda ſit: ſed tamen non interdicitur eis teſtimonium. Quidam ſunt quibus penitus interdicitur teſtimonium. Exemplum eius rei eſt, cuius ſit mentio in lege Iulia, l. 3. lege Iulia. hic. Quid ergo dicemus de amico? Exiſtimo ſi ſit magna aliqua, & non vulgaris amicitia, quæ vix reperitur hodie, iuſtam eſſe cauſam interdicendi teſtimonij. Hæc enim amicitia coniunctioni ſanguinis comparatur. Vulgaris autem amicitia, quæ contrahitur ex aliqua notitia, à teſtimonio non repellit, leg. latæ culpæ. §. amicos. de verbor. ſignificat. hanc ſententiam nos poſtea confirmaturi ſumus alio argumento. Aliud exemplum eſt de patronis cauſarum & de procuratoribus. *De patronis cauſarum, et procuratoribus.* hi enim idonei teſtes non ſunt. l. vltim. hic. Legibus nihil cautum eſt de patronis cauſarum, ſed mandatis. Præſidibus mandata dabantur cum mittebantur ad prouincias regendas. Exemplum horum mandatorum eſt in Nouell. Iuſtiniani conſtitutione, tit. de mand. Præſid. Interdicitur autem his teſtimonium propter veriſimilem affectionem. Affectio impedit veritatem, officit veritati, iudicio, conſilio & rationi. Eadem eſt cauſa *De executoribus negotiorum.* executorum negotiorum propter quæſtum: de his executoribus videte quod ſcriptum eſt in Inſtit. tit. de act. & tit. C. de ſportul. Sportulas accipiebant pro rei magnitudine de qua lis erat, Tit. C. de ſportul. Itaque non ſine cauſa his executoribus interdicitur teſtimonium. Quod autem hic dicitur de patronis cauſarum, hoc pertinet ad omnes patronos & procuratores, idque expreſſum eſt cōſtitutione Pontificia cap. Romana. de teſtib. in 6. De his quos ſolicitatores vocamus, quæ- *De ſolicitatorib.* ſtio tractari ſolet an hi poſſint repelli à teſtimonio dicendo. Ego non dubito quin repellantur. Conſtitutio pontificia loquitur de aduocatis & procuratoribus. Aduocati verbum generale eſt. l. 1. Cod. de aduocat. diuerſ. & l. 1. de extraor. cogn. Qui in cauſam quoquomodo operam ſuam præſtant aduocati vocantur. Ergo quod hic dicitur, non tantum pertinet ad procuratores cauſarum, ſed etiam ad ſolicitatores. Hæc exempla demonſtrant idoneos teſtes non eſſe, qui affectione aliqua probabili mouentur erga eum à quo teſtis producitur, vt veriſimile ſit eam affectionem impedituram eſſe veritatem, iudicium, & rationem. Notandum tamen eſt, ſi quis producatur teſtis inter duos qui pariter ei coniuncti ſunt: vt forte duo fratres ſunt, duo cognati, duo pari neceſſitudine & amicitia coniuncti, tunc idoneum teſtem eſſe. Par enim affectio in vtrumque omnem ſuſpicionem tollit. Hæc verba ſunt Iuriſconſulti in leg. non ſolum. ff. de ritu nupt. Præterea ob eam rationem de qua iam diximus, inimici quoque à teſtimo- *De inimicis.* nio dicendo repelluntur, l. ſi quis teſtibus. 13. Cod. eod. Iuſta enim cauſa eſt repellendi teſtes, quod ſit inimicus eius contra quem producitur: ſi doceatur emerſiſſe inimicitiam, ex quibus teſtes recipi leges præcipiunt. Sed notandum eſt quod Iuſtinianus ait, non ſimpliciter repelli teſtes propter inimicitias, ſed propter inimicitias, ex quibus teſtes recipi leges præcipiunt. His enim verbis oſtendit non propter quaſcunque inimicitias teſtem poſſe repelli à teſtimonio, ſed oportet graues inimicitias eſſe: vt ſi quis allegat capitales inimicitias, vel graues alioqui, iuſta cauſa eſt teſtis refellendi. Hoc autem quod dicimus, ſatis colligitur ex Nouell. conſtitutione Iuſtiniani de teſtib. quod poſtea explicaturi ſumus. Argumento eſt quod dicitur in leg. licet. ſupra de arbitr. Licet Prætor diſtricte dicat ſe coacturum iudicare eum qui arbitrium receperit, tamen ex variis cauſis poteſt is qui arbitrium recepit, ſe excuſare ne iudicet, vt poſtea capitales inimicitiæ interceſſerint. Iuriſconſultus autem dicit capitales inimicitias. Nam non cuiuſuis odij ratio habetur in hac re, ſed tales inimicitiæ ſint oportet, quas veriſimile eſt quem peieraturum eſſe. Si hoc verum eſt de inimico, idem certe dicendum eſt de amico. Si ob graues inimicitias repellitur teſtis à teſtimonio, quia capitalis inimicus eſt eius, contra quem producitur, certe eadem ratio ſuadet, vt ſi quis ſit coniunctus ſingulari amicitia ei à quo producitur, eum dicendum non eſſe idoneum teſtem. Hoc autem quod dicitur de inimico, longe certius eſt. Ex quo conſequens eſt, idem de amico dicendum eſſe. Hinc oritur quæſtio quæ tractatur in leg. produci. in fin. *Ad l. produci. 23.* huius tituli. *Produci teſtis non poteſt qui ante in eum reum teſtimonium dixit.* Hunc locum interpretatus ſum lib. 1. Diſput. c. 29. & ſecutus ſum receptam lectionem aduerſus Budæum, cuius opinioni conſenſus omnium exemplarium refragatur, & maxime Florentinorum. Sic autem hoc interpretatus ſum, *Qui teſtimonium dixit in alterum reum*, id eſt, reum dela-

tum. Hoc verbum reus, refertur ad criminalia iudicia, licet plerunque aliter accipiatur, l. ſi quis diuturno. de pœnis. Quod autem ita accipiendus ſit reus in hoc loco, mouet me inſcriptio huius capitis. Inſcriptio eſt: Venuleius lib. 1. de iudic. public. ex quo apparet ad iudicia criminalia hoc verbum referendum eſſe. Veteres credebant inimicum eſſe eum, qui in cauſa capitali teſtimonium aduerſus alium diceret, non minus quam ſi capitis accuſaſſet, nec credebant hoc conuenire amici officio teſtimonium dicere in cauſa capitali. *Productus teſtis quantum poteſt celabit crimen amici.* Ego argumentum alias adduxi ex l. qui cum maior. de bon. libert. vbi dicitur, ſi teſtimonium capitale patronus dixerit aduerſus libertum ſuum, repellitur à bonorum poſſeſſione liberti. Repellitur ergo teſtis à teſtimonio dicendo propter aliquam amicitiam, propter quam veriſimile eſt eum non dicturum verum. Ideoque Iuriſconſultus in l. 3. ait *propter reuerentiam.* Ego alio

De reuerentia. verbo vſus ſum quod latius patet, nam dixi affectionem. Reuerentia & metus huc referri debent: eſtque exemplum de liberto in l. 3. §. lege Iulia. Veriſimile eſt eum qui manumiſſus eſt, & tam grande beneficium accepit libertatis propter reuerentiam, quam debet patrono ſuo, & propter metum etiam, qui huic reuerentiæ ineſt, non facile verum dicturum eſſe. Huc pertinet quod dicitur in l. idonei. non videri teſtes idoneos quibus imperari poteſt, vt teſtes fiant. Hic locus pertinet ad omnes perſonas quibus reuerentia aliqua debetur, quæ reuerentia metum quoque parit. Poteſt etiam huc referri

De pauperibus. quod dicitur de paupertate. Nam propter paupertatem non omnino quis repellitur à teſtimonio dicendo: nec tamen paupertati tanta adhibetur fides, quanta locupleti homini, l. 3. hic. Nam propter paupertatem facile quis adduci poteſt, vt corrumpatur: ſed de eo nos poſtea dicturi ſumus. Sequitur, vt videamus quomodo repellatur quis à teſtimonio di-

De impubere. cendo. *Propter infirmitatem conſilii & iudicii.* Teſtis repellitur à teſtimonio propter lubricum conſilij. l. 3. §. vltim. veluti impubes, cuius fit mentio in lege Iulia. Huc pertinet quod dicitur in l. inuiti. 19. Pupilli non euocantur ad iudicium teſtimonij dicendi cauſa. Hoc enim eſt denuntiare teſtimonium: ex magna tamen, & graui cauſa interrogantur aliquando impuberes, vt in cauſa læſæ maieſtatis, leg. de minore. de quæſt. Eruitur etiã veritas per interrogationem eorũ qui impuberes ſunt: proſunt ad iudicium aliquod, quamuis teſtimo-

Seniani dictum. nium eorum plenam fidem non faciat. Quidam Rhetor Senianus nomine apud Senecam libro 4. dicit, nihil teſte puero certius. Sed hæc ſententia merito reprehenſa eſt ab aliis. Experimur enim quam ſit parum tutum teſtimonio pueri credere. nam magna eſt inconſtantia eius ætatis, magna conſilij inopia. Quod hic dicitur de impubere, idem dicendum eſt de furioſo, & aliis huiuſmodi perſonis quæ iudicio carent. Eſt

De furioſo. enim eadem ratio, quamuis lege Iulia de furioſo nihil cautum ſit. De furioſo in teſtamento faciendo cautum eſt, nempe ad teſtamentum faciendum non admitti teſtem furioſum. l. qui

De pubere. teſtamento, §. furioſus. de teſta. Quid dicemus de eo qui iam pubes factus eſt, ſed eſt minor vigintiquinque annis: an idoneus teſtis ſit? Mouet quæſtionem quod infirmum eſt eius conſilium. Vnde curatoris auxilio regitur, vt dicitur in l. ſed tamen. De hoc conſtitutum eſt, idoneum teſtem eſſe eum qui pubes eſt, minor tamen vigintiquinque annis, in iudicio ciuili. In criminali vero ita demum ſi maior viginti annis ſit, id expreſſum eſt in l. in teſtimonium. Hæc verba ſatis oſtendunt accipiendum hoc eſſe de iudicio criminali. In primis loquitur de accuſatore. Accuſatio pertinet ad iudicia criminalia, ſicut actio ad ciuilia & pecuniaria. Id docet etiam inſcriptio capitis, Venuleius lib. 1. de iudiciis public. ex hac inſcriptione ducitur argumentum, ad id probandum quod dicimus. ſcilicet hoc pertinere ad publicum iudicium. Quæritur

De muliere. quid de muliere dicendum ſit? Magna eſt fragilitas huius ſexus & infirmitas conſilii. Vnde probabiliter dubitatum fuit, an mulier in iudicio teſtis adhiberi poſſit? Sententia Iuriſconſultorum eſt, mulierem in iudicio teſtem adhiberi poſſe: & hoc colligitur ex lege Iulia de adulter. quamuis id ea lege diſerte cautum & expreſſum non ſit, leg. ex eod. 18. Hoc caput ſumptum eſt ex Paulo, lib. 2. de adult. Paulus cum interpretaretur legem Iul. de adulter. hoc collegit. Quorſum enim lex prohiberet, damnatam mulierem teſtimonium dicere, niſi mulier alias admitteretur ad teſtimonium dicendum? Ergo id ideo prohibuit: quia mulier alias ius habebat dicendi teſtimonij. In teſtamento tamen non admittitur, l. qui teſtamento, de teſtam. Maior cautio eo tempore viſa eſt neceſſaria in teſtamentis faciendis propter falſitatem. Quæ-

De Hermaphrodito. ritur de hermaphrodito, quid de eo dicendum ſit? Hæc quæſtio tractatur in l. repetundarum. 15. §. vltim. quia incertum eſt, an ſit mas an fœmina: & quod dicitur de muliere, ſcilicet in teſtamentis faciendis, mulierem adhibendam teſtem non eſſe, ad rem non pertinet. Simile eſt quod dicitur in l. cum quæritur. de ſtatu homin. Vix reperitur Hermaphroditus, in quo alter ſexus non magis inualeſcat & præualeat. Hactenus de his qui poſſunt teſtes eſſe in iudicio vel non poſſunt. Sequens locus eſt,

De his qui teſtes eſſe coguntur, & contra.

CAP. II.

HÆ quæſtiones docendi cauſa ſunt ſeparatæ, vt ſeparat eas etiam Iuriſconſultus in l. 1. hic. Cum ergo quæritur de teſtibus, duplex quæſtio eſt: vna eſt, an teſtis idoneus ſit, & an lege aliqua ei teſtimonium interdicatur: altera, an excuſationem aliquam habeat à teſtimonio dicendo, vt cogi non poſſit ad dicendum teſtimonium. Hanc quæſtionem nunc tractaturi ſumus. Et animaduertendum eſt in primis teſtem inuitum dicere teſtimonium cogi, niſi ſit ex perſonis exceptis. Nam quædam perſonæ excipiuntur, de quibus dicemus. Sed regula eſt, cum teſtis adhibetur ad teſtimonium dicendum, eum cogendum eſſe, ſi nolit teſtimonium dicere. Id colligitur ex leg. ſi quando. 15. in princ. C. Hinc ſimile eſt quod dicitur in l. locum. §. exhibere. de tabul. exhib. Loquitur de teſtibus teſtamentariis, vt recognoſcant ſigilla ſua. Hi poſſunt cogi, & ſi nolint, poſſunt coerceri. Prætor vel pignora capiet, vel eos prehendet, ſi nolint teſtimonium dicere. Notandum tamen eſt in hac re maxime ſpectandam eſſe cuiuſque iudicij & fori conſuetudinem, vt admonet Iuriſconſultus in l. 3. §. vltim. Eſtque locus communis de conſuetudine obſeruandus, nam in his quæ pertinent ad ordinationem litium, ſpectanda eſt eius loci conſuetudo, in quo iudicatur. Si extranei aliqui litigent coram iudice, poteſt dubitari an iudex debeat ſpectare conſuetudinem loci, in quo litigantes habitant: & hic locus oſtendit, ſpectandam eſſe conſuetudinem eius loci in quo iudicatur, in his quæ pertinent ad litem ordinandam. Litis conteſtatio non pertinet ad litis deciſionem, nec teſtium interrogatio. Aliud dicendum eſt, de his qui pertinent ad cauſæ deciſionem: & ad hoc probandum adducitur l. ſi fundus. de euict. vbi quæritur quomodo ſit cauendum emptori à venditore euictionis nomine, an cauendum ſit de ſimpla, an de dupla. Emptor petit ſibi caueri de dupla. Dicitur ſpectandam eſſe eius loci conſuetudinem, in quo contracta eſt venditio. Hoc enim pertinet ad deciſionem cauſæ, non autem ad ordinationem litis. Egò dixi teſtes cogi poſſe ad dicendum teſti-

De perſonis quæ cogi non poſſunt teſtimonium dicere. monium, exceptis quibuſdam perſonis de quib. tractatur in l. 4. hæ perſonæ quæ numerantur in l. Iulia publicorum iudiciorum, non poſſunt cogi ad teſtimonium dicendum. Sed mirum eſt nullam fieri mentionem in lege Iulia parentum & liberorum. Quare lex Iulia non dicit aduerſus parentes & liberos? id expreſſum non eſt lege Iulia: quia de ea re nulla erit dubitatio. Conueniebat enim inter omnes parentes cogi non poſſe, ad dicendum teſtimonium aduerſus liberos, aut liberos aduerſus parentes. Imo ne volentes quidem admittuntur, vt dicitur in l. parentes. Cod. eod. tantum abeſt vt cogi poſſint parentes ad teſtimonium dicendum aduerſus liberos ſuos, & liberi aduerſus parentes ſuos, vt ne volentes quidem ad teſtimonium dicendum admittantur. Hoc enim inhumanum viſum eſt. Nam Iuriſconſul. ſpectans quod honeſtati conuenit. Ego ſcio maiorem iuris partem ad alia duo præcepta iuris vt plurimum referri, *Vt ſuum cuique tribuatur*, & *ne alius ab alio lædatur*, ſed tamen quandoque etiam reſpiciunt ad tertium illud præceptum honeſtatis. Ergo eſt viſum honeſtum, vt pater aduerſus liberos, vel liberi aduerſus parentẽ teſtimoniũ dicant. Idemq; conſtitutum eſt de patrono & liberto. l. libertorum. hic, Huic ſimile eſt quod alibi conſtitutum eſt de

eſt de accuſatione, in l. pen. & l. vltim. de his qui accuſ. nõ poſ. Libertus ad accuſandum patronum ſuum non admittitur, etſi patronum ſuum accuſauerit, licet alioqui iuſta & vera ſit ea accuſatio, plectitur capite: idque receptum eſt de domeſticis. Aliæ perſonæ excipiuntur in l. 8. & 9. Senes valetudinarii, & aliæ huiuſmodi perſonæ, quæ ad iudicium accedere non poſſunt, non coguntur teſtimonium dicere. Sed mirum eſt quod hic dicitur, hos excuſari à teſtimonio dicendo, quia abſentes ſunt ſine fraude, quia publicani, quia milites, quia ſenes, quia valetudinarii. Sed hoc ideo conſtitutum fuit, quia præſentia teſtium erat neceſſaria. Non ſolebant veteres teſtimonium abſentis teſtis recipere, vt poſtea dicemus in interpretatione l. 3. quia non teſtimoniis ſed teſtibus habebatur fides. Ideoq; hi ſimpliciter excipiuntur, quia ad iudicium accedere non poſſunt: nam iis non poterat denuntiari teſtimonium. Simile eſt quod dicitur in l. 3. §. ſi quis in iudicio. Si quis caut. Si quis promiſerit ſiſtere ſe in iudicio, & tempeſtate vel valetudine impeditus ſit, quominus ſe ſiſteret, datur ei exceptio, ſi ex ſua promiſſione conueniatur. Ratio eſt quia præſentia eius neceſſaria eſt. nam qui promiſit ſe ſiſtere in iudicio, non ſatisfacit dando procuratorem. Atque ideo iuſtum eſt eum excuſari qui propter valetudinem, vel tempeſtatem, vel alium huiuſmodi caſum non potuit ſe ſiſtere in iudicio. Hodie autem non vſquequaq; requiritur præſentia teſtium: ideo quod hic dicitur, nos interpretamur, vt non cogatur ad iudicium venire teſtimonium dicendi cauſa propter valetudinem, aut aliam huiuſmodi cauſam: quia mutatus eſt hic mos, vt teſtimoniis non tam credatur, quam teſtibus: ideoque fit, vt ita interpretemur, id eſt, vt excuſetur ne ad iudicium veniat teſtimonii dicendi cauſa. Quid ergo fiet ſi quis propter ſenectutem non poſſit venire ad iudicium teſtimonii dicendi cauſa? In primis poteſt iudex ad eum ire ſi velit, vel mittere hominem idoneum qui interroget. Argumento eſt quod dicitur in leg. ad perſonas. de iureiur. De hac re eſt conſtitutio pontificia in cap. ſi qui teſtium. de teſtib. & iudex eam teſtationem ſequetur, perinde ac ſi ipſe teſtes interrogaſſet. Item poteſt iudex delegare examinationem teſtium iudici eius loci, in quo teſtis ipſe moratur, ne accedat ad eum locum, aut aliquem mittat, & iudex eius loci teſtationem ad eum mittet, l. iudices. C. de fide inſtrum. Duo continentur hac lege: vnum eſt quod dicimus de teſtibus, ſi teſtes abſentes ſint, depoſitionibus factis in eo loco in quo morantur teſtes, teſtatio ad ipſum iudicem qui cognoſcet de eo referatur. Idem dicendum eſt de inſtrumentis, deſcribenda erunt inſtrumenta, hoc eſt quod dicere ſolemus, *Faire extraict*. Excipitur tamen criminalis cauſa in Nouell. conſtitut. Iuſtiniani de teſtibus. Permittit Iuſtinianus ea noua conſtitutione, in ciuili & pecuniaria cauſa teſtes examinari ab alio quam qui iudicaturus eſt. In criminali vero cauſa vult ab ipſo iudice teſtes interrogari. Eſt enim maior cautio adhibenda in criminali cauſa, quam in ciuili: quia maius periculum verſatur. Sed hoc iure nos vtimur hodie, quoties aliqua neceſſitas id exigit vt teſtis examinetur ab alio quam qui iudicaturus eſt, ſi forte extraneus ſit, qui nolit ad iudicem accedere: ideoque neceſſe eſt examinari à iudice eius loci, in quo moratur. Ponamus Germanum eſſe, aut Hiſpanum, & iudicandam eſſe cauſam in Gallia, interrogandus erit à iudice eius loci. Deinde iudex referet eam teſtationem ad iudicem iudicaturum. Nullum eſt aliud remedium. Ex his intelligitis quæ perſonæ excipiuntur à teſtimonio dicendo & non poſſunt cogi ad teſtimonium dicendum. Sed quæſtio hic eſt de his qui magiſtratu funguntur, forte prætura, an poſſint cogi ad teſtimonium dicendum. Hæc quæſtio tractatur in leg. ob carmen. §. 1. qui magiſtratu funguntur non excuſantur à teſtimonio dicendo, ſi præſentes ſint. Id confirmatur auctoritate Senatusconſulti cuiuſdam, quo cautum fuit, vt Prætor quoque teſtimonium dicat in cauſa adulterii. Huc pertinet quod dicitur in l. iurent. hic. magiſtratus curare debent teſtari volentibus ſe ipſos teſtes præbere & etiam alios. Ego hunc locum aliter interpretatus ſum Diſput. lib. 1. c. 29. quam vulgo ſoleat. Ego dixi hunc locum non tantum eſſe accipiendum de his qui teſtamentum faciunt, ſed & de his qui teſtimonium dicunt. *[Te]ſtari [qu]id.* Teſtari eſt in tabulis aliquid redigere memoriæ cauſa. multa loca adduxi, vt oſtenderem hanc eſſe huius verbi ſignificationem. Hæ teſtationes olim fiebant de quibuſcunque negotiis & contractibus, quo tempore nondum in vſum venerant Tabelliones, l. ad teſtium. C. de teſt. & l. hac conſultiſſima. C. de teſtam. & l. hæredes. Adhibentur teſtes in teſtamento qui annulis ſuis teſtamentum ſignant. non adhibebãtur tabularii: ſic etiam fiebat in inſtrumentis. Signatores olim erant qui annulo ſuo ſignabant tabulas: & hic generaliter loquitur de negotiis explicandis. *Signatores qui.* Hæc verba non ſunt tantum ad eos qui teſtamentum facere volunt, referenda, ſed ad eos etiam qui de quocunque contractu volunt teſtationem ſcribere. Hactenus de his qui coguntur teſtimonium dicere vel non coguntur. Proximus locus eſt,

Quot teſtes requirantur ad probationes.

CAP. III.

Dicitur in l. iuriſiurandi. 8. C. vnius teſtimonium admittendum non eſſe cuiuſcunque dignitatis ſit, etſi ſit ſenatorii ordinis, qui Romæ erat maximus ordo. Duo teſtes ſunt neceſſarii, vt dicitur in leg. vbi numerus. eod. Vulgo dici ſolet, vox vnius, vox nullius, id eſt, vnius teſtis teſtimonium ad fidem faciendam non valet. Et oportet teſtes conuenire, & de eadem re dicere. Alioqui pro vno teſte plures teſtes habentur. nos vocamus ſingulares teſtes. Et vulgò dici ſolet, mille teſtes ſingulares tantum probant quantum vnus. Et de his teſtibus locus eſt in iure pontificio, in c. licet cauſam. de teſtibus. De his autem nihil nominatim cautum eſt iure ciuili, vt ſi agatur de mutuo, & vnus teſtis dicat ſe adfuiſſe cum mutuum daretur, alter dicat ſe audiſſe cum debitor confiteretur ſe accepiſſe, videte cap. 13. Danielis, de Suſanna. Quidam volunt horum teſtium teſtimonium valere, cum probatio eſt in genere, non in ſpecie. Sed hæc ſententia mihi non probatur, l. teſtium. 14. C. eod. Quoties inſtrumentum factum eſt de aliquo contractu, & is qui pecuniam accepit numeratam, cõtendit ſe ſoluiſſe, nec probat ſe ſoluiſſe ſcripto aliquo, ſed vult producere teſtes: hic dicit duos teſtes non ſufficere, & niſi protulerit ſcripturam aliquam, vt apocham, cogit probare quinque teſtib. ſe ſoluiſſe. Alii quidam caſus recenſentur ab Accurſio, quos ſuis locis explicabimus. Vnum hic notandum eſt, ſuperfluam multitudinem teſtium non eſſe recipiendam in iudicio, l. 1. in princ. Si permitteretur alicui quotcunque teſtes velit producere, inde conſequi poſſet maxima hominum vexatio. Hodie in Gallia hoc relictum eſt moderationi & arbitrio iudicis, vt iure ciuili extat de eo conſtitutio regia, quæ vult in ſingulos articulos non plures, quam denos teſtes proferri, c. cauſam. de teſtibus. Sequens locus eſt in quo quæritur,

Quomodo teſtes produci, interrogari, teſtificari, & quo tempore debeant.

CAP. IIII.

IN primis teſtes vocati ad iudicium teſtimonii dicendi cauſa iureiurando adiguntur, ne ante recedant quam teſtimonium dixerint: hoc iureiurando ita adſtringuntur, vt ſpatio quindecim dierum iudicem obſeruare debeant, poſt quindecim dierum ſpatium datur eis recedendi facultas. Hæc omnia continentur in l. ſi quando. 15. C. ſi velint ſponte ſua fideiuſſores dare recipiuntur. fideiuſſores autem dare non coguntur nec ideo coniiciuntur in carcerem, quod ſatiſdare non poſſint aut nolint, ſed exigitur ab eis iuſiurandum, quod non recedent antequam teſtimonium dixerint. *C'eſt vn arreſt.* Poſt quidecim dies licet eis impune recedere, quamuis iurauerint ſe non receſſuros antequam iudex eos examinauerit. Interim autem eis ſumptus competentes dandi ſunt. Non coguntur ſuo ſumptu ad iudicium venire dicendi teſtimonii cauſa. Et ſolet quæri, an debeat repræſentari ea pecunia, an vero ſufficiat eis numerare poſtquam teſtimonium dixerint? Receptum eſt eis dandos eſſe ſumptus, antequam pedem domo extulerint: idque ſatis colligitur ex leg. quoniam liberari. hic. vbi dicitur, *venturis*, vult ſumptus dari ad iudicium venturis, id eſt, antequam ad iudicium venerint. Deinde iudex ipſe teſtes interrogare debet, quia teſtibus magis quam teſtimoniis fidem adhibere debet, idque maxime in criminalibus cauſis, l. 3. hic. vbi recenſetur reſcriptum imperatoris, qui reſcripſit ſe teſtibus non teſtimoniis crediturum.

Maior eſt fides & auctoritas præſentium teſtium, quam teſtationem quæ recitari ſolent. Teſtimoniis non magna fides habetur ſine aliis adminiculis. l. ſolam. C. nos vulgo *Atteſtationem* vocamus, cum quis ad fidem faciendam in futurum rei geſtæ adhibet notarios publicos, & curat teſtationem fieri. vide lib. 1. Diſputat. mearum. Quod autem dicimus teſtibus, non teſtimoniis credendum eſſe, hoc eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem, quam tradidimus ſupra in interpretatione l. iudices. C. de fide inſtrum. Diximus teſtium interrogationem aliquando delegari poſſe, & committi alii à iudice, idque in pecuniariis cauſis. Hinc quæritur an geſta ab arbitro compromiſſario fidem faciant in iudicio, ſi forte deceſſerit arbiter cum nondum arbitratus eſſet? Hæc quæſtio tractatur in leg. vltim. C. eod. & ait diſtinguendum eſſe, vt ſi teſtes adhuc ſint ſuperſtites, vt liberum ſit ei contra quem producti ſunt, petere vt denuo interrogentur: ſi vero deceſſerint, fidem facere teſtimonium eorum. Arbiter enim eſt quidam iudex, etſi aliquid interſit inter arbitrum & iudicem. Arbitria ad ſimilitudinem iudiciorum redacta ſunt, leg. prim, de arbitris. Vnde creduntur à iudice interrogati eſſe. Atque idem dicitur in l. cum antea, de recept. arbit. idem in cap. præſentatas. extra, de teſtib. Iudex igitur teſtimoniis fidem non adhibebit. Sed quomodo interrogabuntur? Ratio interrogandi teſtes eſt, vt exigat iudex in primis iuſiurandum de teſtimonio vero dicendo. Hoc iuſiurandum neceſſarium eſt, l. iuſiurandum. C. eod. Cautum tamen eſt, pontificia conſtitutione hoc iuſiurandum poſſe remitti à parte aduerſa. cap. tuis. extra, de teſtibus. Ergo quod dicimus iuſiurandum exigendum eſſe, ita accipiendum eſt, niſi pars aduerſa contra quam teſtes producuntur, iuſiurandum remiſerit. Sed quæſtio eſt an præcedere debeat iuſiurandum, an vero poſſit ſequi teſtimonii dictionem. Si ſpectemus verba huius legis, videtur præcedere debere iuſiurandum. Ergo ſi poſtquam teſtimonium perhibetur, iuſiurandum exigatur à teſte, non recipietur eius teſtimonium. Receptum eſt tamen vulgo vt ſi ſtatim ſequatur iuſiurandum, teſtimonium valeret: quod conſentaneum eſt veteri inſtituto Athenienſium, qui ſtatim poſt teſtimonii dictionem ad aras ducebant teſtes, vt iurarent. Huius inſtituti meminit Cicero in Oratione pro Cornelio Balbo. Ego tamen vtilius eſſe puto, vt prius iuſiurandum exigatur, quam teſtimonium perhibeatur. Multo enim facilius exprimitur veritas à teſtibus poſtquam ab eis iuſiurandum exactum eſt, quam ſi poſt teſtimonii perhibitionem exigatur. Nam facile non fit, vt teſtes qui iam teſtati ſunt exacto iureiurando, id retractent quod dixerunt, nec inſtitutum illud Athenienſium nos mouere debet. Præterea oportet interrogari teſtes parte præſente, aut ſaltem vocata, leg. ſi quando. Cod. Ait igitur lex, teſtimonia capi parte præſente, quod viſum eſt pleriſque durum & abſurdum, quoniam vt ipſi teſtes dicant teſtimonium, ſecreto examinari debent. Hac ratione adducti quidam exiſtimauerunt, hæc verba intelligenda eſſe de iureiurando teſtium, & aiunt iuſiurandum à teſtibus exigi parte præſente. Hoc receptum eſt hodie moribus noſtris. Sed hæc verba non poſſunt ita accipi, *teſtimonia capere*, id eſt, iuſiurandum exigere. Nunquam homini perito Latini ſermonis poterit probari hæc interpretatio. Alia igitur quærenda eſt. Ego conſueui hic interpretari, vt pars præſens non vocetur quæ exaudit teſtimonium teſtium. Verbum enim præſens, multis modis accipitur. Poſſunt partes præſentes eſſe, ita tamen vt non exaudiant teſtimonium eorum teſtium, qui interrogantur à iudice. Palam interrogantur teſtes. id ſatis colligitur ex Orat. Cicer. Illud ſatis etiam colligitur ex leg. ſi poſtulauerit. §. quæſtioni. ad leg. Iul. de adult. & hoc annotauit Budæus in annot. poſter. Ad hæc teſtis teſtificari debet de eo quod ſcit, quodque ipſe percepit oculis vel alio ſenſu corporeo, ita vt appareat ei compertum eſſe id de quo teſtificatur. Hoc vulgo receptum, quamuis non admodum certi iuris ſit: nihil enim expreſſim de eo iure ciuili cautum eſt. Sed huius rei probandæ cauſa ducitur argumentum ex quibuſdam locis, veluti ex leg. teſtium. hic. & l. qui teſtamento. § vltim. de teſtam. *Sub præſentia ſua.* Oportet teſtem dicere ſe vidiſſe, nec ſatis eſt dicere quod ita credat, aut ita arbitretur. Vocatur vulgo teſtis de credulitate. Cicero ait fuiſſe moris veteribus in iudicio vt iurarent teſtes ſe ſcire, non arbitrari, etſi præſentes fuiſſent. Vnde vulgo dicitur, teſtimonium de auditu alterius non recipi, id eſt, cum quis de eo teſtificatur quod ab alio audiuit, quod ipſe non vidit. Et hæc diligenter obſeruanda ſunt, vt intelligamus quomodo teſtes teſtificari debeant, vt eorum teſtimonia valeant: ideoque vafri homines & litigioſi & cauti qui ſolent plauſtrum exacuere teſtibus, diligenter admonent eos vt dicant ſe ſcire, non credere, non audiuiſſe, ſed vidiſſe, & omnibus interfuiſſe, id verentes ne ſibi idem eueniat quod cuidam litiganti qui teſtem produxerat, qui teſtis dicebat ſe ſcire, quia audierat ab hominibus probis. Ergo teſtimonium ex auditu non recipitur moribus noſtris, quamuis nullum certum ius de hac re reperiatur, tamen ex eo, quod conſtitutum eſt iure, argumentum ducitur. Huiuſmodi eſt quod iuſiurandum neceſſarium eſt, etſi huiuſmodi teſtimonium probet Cicero in Oratione pro Roſcio Amerino. Sed id fecit vt cauſæ ſuæ ſeruiret. Excipiendus eſt caſus, in quo huiuſmodi teſtimonium valet, cum facti operis memoria extare probatur, l. ſi arbiter. de probat. Cum quis vult probare facti operis memoriam extare, aut non extare, quæritur quomodo id probandum ſit. Huius rei probatio exigitur in actione, Aquæ pluuiæ arcendæ, cum aqua nocet agro alicuius propter opus manufactum ab alio, tunc datur actio de aqua pluuia arcenda. Ergo propter opus naturale, ſi fluat aqua in agrum meum, hæc actio non datur. Nec hæc quidem actio datur, & ſi vetuſtum opus ſit, & ſi manufactum ſit. Vnde in hoc iudicio quæritur, an memoria extet, an non, ſed quæritur quomodo id probandum ſit. Hoc docet Iureconſultus in dict. leg. ſi arbiter. hoc dicit Labeo. Sed Paulus videns hoc non ſatis plene à Labeone definitum eſſe ait, *Imo cum in arbitrio, &c.* Non eſt exigendum à teſte vt dicat illo die, illo anno opus factum eſſe, & ſe ſcire, non tam ſcrupuloſe hoc inquirendum eſt, ſed ἐν πλάτει hoc accipiendum eſt. Poteſt aliquis meminiſſe opus factum eſſe intra decem annos, ita tamen vt non poſſit meminiſſe quo anno factum ſit. Deinde ſubiicit Paulus, *Sed cum omnium eſt.* &c. Teſtimonium ex auditu hic recipitur, ſi teſtes ita dicant ſe non audiuiſſe, nec vidiſſe, neque ex his audiuiſſe qui viderunt aut audierunt, dicitur periiſſe memoria facti operis. Ergo ſi teſtes dicant vel ſe vidiſſe vel audiuiſſe, recipitur teſtimonium. Quinimo & ſi dicant ſe audiuiſſe ab his qui viderunt, aut audierunt, recipitur eorum teſtimonium. Quoties igitur de probanda memoria agitur, hoc diligenter notandum eſt. Sed dubitari poteſt, an ſufficiat dicere ſe vidiſſe caſu aliquo obiter, an vero oporteat apertum eſſe teſti quod interfuit, adhibitus negotio & rei geſtæ. Hæc quæſtio eſt valde vtilis, & tractatur in leg. ad fidem. hic. Si quis caſu aliquo interueniens viderit aliquod negotium geri quod contrahebatur inter aliquos, idoneus teſtis eſt, etſi rogatus non fuerit. Reperiuntur tamen aliquæ exceptiones in iure ciuili, in quibus rogatum teſtem eſſe oportet. l. hæredes palam. de teſtam.

Athenienſium inſtitutum.

Teſtis de credulitate.

Alia exceptio eſt in Nouell. conſtitutione Iuſtiniani, de teſtibus Authen. rogati. hic. Si quis probare velit ſe ſoluiſſe id quod acceperat ab alio forte, ſi nulla ſcedula de hoc ſcripta ſit, requiritur probatio eius rei per rogatos teſtes. Nam maioris auctoritatis ſunt teſtes rogati, quam illi qui fortuito interuenerunt. Qui verſantur in foro, & periti ſunt rerum, ſciunt quantum periculi oriatur ex teſtimonio eorum qui fortuito interuenerunt. Nam plerunque neſciunt quid ante actum ſit quam venerint. Is qui adhibetur nominatim alicui negotio, is attentus eſt, & videt atque intelligit omnia quæcunque geruntur, donec dimiſſus fuerit à contrahentibus. Sed & hoc teſtimonium maius habet pondus, quam eius teſtimonium, qui caſu audit, iter faciens, & vtilius eſſet ſaltem in contractibus, non alias recipi teſtes quam rogatos. Harmenopulus ſic interpretatur, & hæc ſententia mihi videtur recipienda eſſe, propter vtilitatem: cum quis negotium aliquod contrahere vult, poteſt ſibi conſulere, & facile poteſt teſtes adhibere. Si autem fortuito aliquid accidat, vt aliquis ab aliquo lædatur, non poteſt teſtes rogare, qui de eo teſtificentur, ideoque in his caſibus teſtes fortuiti recipiuntur. Sed cum quis vult teſtamentum facere, vel contractum aliquem in iure, facile eſt teſtes negotio adhibere.

De tem-

De tempore quæritur quo teſtes interrogari debeant: & lite conteſtata teſtes interrogantur: id magis expreſſum eſt iure Pontificio, quam ciuili, eſtque tit. in Decretalibus, hac de re, vt lite non conteſtata teſtes non producantur ad teſtimon. Nihil tamẽ aperte cautũ reperitur iure ciuili de hac re: ideo opinor quia hoc indubitatum erat. Opus eſt teſtes producere ad id probandum de quo controuerſia eſt. Aliquando tamen ante litis conteſtationem teſtes examinantur certis ex cauſis, quoties aliqua iuſta cauſa id exigit: vt ſi teſtes ſint decrepitæ ætatis, aut longe, aut diu ſint abfuturi, ne probatio depereat, examinantur teſtes: idque fit ad perpetuam rei memoriam. De hac examinatione nibil tam aperte expreſſum eſt iure ciuili quam pontificio, quamuis aliqua mentio ſit huius rei in Nouell. conſtitutione Iuſtiniani, de teſtibus. Authentica, ſed & ſi quid. hic. cap. quoniam frequenter. vt lite non cont. cap. ſi non ſignificauit. de teſtibus. vbi docetur ratio huius examinationis, quæ dicitur ad perpetuam rei memoriam fieri. Deinde notandum eſt teſtes non examinari, poſtquam teſtimonia perſpecta ſunt. Is qui teſtes producere vult in iudicio, poteſt tertio eos producere, ſi ſemel producantur coram iudice, & videat eum numerum non ſufficere, poteſt ſecundo & tertio producere: id cautum eſt Nouella conſtitutione Iuſtiniani de teſtibus. §. ſi vero dicatur. & §. quia vero multi. Sed quæritur, an teſtes qui refelluntur, interim debeant examinari à iudice. Dixi enim teſtes multis ex cauſis refelli. Iuſtinianus docet in dicta Nouella §. 1. ſi vero dicatur, & ait diſtinguendum eſſe, Si alicui obiiciat quod probari ſtatim poſſit, puta per ſcripturam, vel inſtrumentum, recipietur eius obiectio, & interim differetur examinatio teſtis: vt ſi obiiciat teſti, quod ſeruilis conditionis ſit, & ille dicat ſe liberum eſſe. *In tempus exceptionis*, vetus interpres ait, *In tempus diſputationis*. ſed male vertit è Græco. Quodnam ſit tempus exceptionum, docui ſub tit. de probat. Exceptio peremptoria opponitur poſtquam actor id probauit, quod intendit. Si quid obiiciatur teſti ad eum refellendum, illud obiectum reſeruatur in tempus exceptionum, interim interrogabitur teſtis & recipietur eius teſtimonium ſine præiudicio. Eſt hæc diſtinctio Iuſtiniani. Hodie autem mos & conſuetudo fori ſequenda eſt, l. 3. §. vltim. hic. Sed ego de iure ciuili hic loquor. Hodie ſolent obiici, & proponi obiecta poſt enqueſtam factam. Poſtremus locus ſequitur huius tituli, in quo quæritur,

De examinatione ad perpetuam rei memoriam.

Quanta fides habenda ſit teſtibus.

C A P. VI.

ARcadius in l. 3. hic. ait, hoc in vniuerſum definiri non poſſe, & refert reſcripta quædam imperatorum de hac re. Verba epiſtolæ hæc ſunt, *Tu magis ſcire potes quanta, &c.* Hic Præſes conſulebat imperatorem, quia dubitabat, an probatio idonea eſſet necne. Non ſatis perſpiciebat quanta fides habenda eſſet teſtibus, quia quædam aduerſus teſtes obiiciebantur. Forte teſtes producti erant ex vtraque parte, & vtri eſſent fide digniores non ſatis erat cognitum: & propterea Imperatorem conſulebat. Sed Imperatori viſum eſt, ſatis eſſe admonere eum vt diligenter expendat, & teſtimonium ipſum, & conditionem teſtium, & cætera omnia ex quibus veritas ſciri poteſt: quia quæſtio facti erat. Quæ verſantur in ſtatu coniecturali, non poſſunt definiri, ſed committuntur iudicis arbitrio. Hunc locum Cicero diligenter explicat in Oratione pro Fonteio. In hoc autem arbitrio multa expendenda ſunt. Et vt via & ratione de rebus diſſeram, ſoleo dicere, tria hic expendenda eſſe à iudice: in primis perſonam teſtis: ſecundo modum teſtimonium dicendi: tertio ipſum teſtimonium. Hæc ſunt veſtigia inueſtigandæ veritatis, quibus aliquo modo inſtruitur iudex, quamuis in vniuerſum definiri non poſſit, quid dicendum ſit. Circa perſonam autem eius qui teſtimonium dicit ſpectantur mores, & conditio eius, forma & affectio, vt ſi amicus vel inimicus ſit. Hæc omnia colliguntur ex leg. 2. & 3. Dixi ob quædam delicta repelli quem à teſtimonio dicendo, non ob quæuis delicta, ſed ob ea de quibus lege Iulia cautum eſt: ſed tamen iudicis eſt videre quanta fides habenda ſit teſti, & ſi quid obiectum eſt aduerſus eum, non ſufficiat ad refellendum eum à teſtimonio dicendo: iudex tamen videbit, an homo ſit bonæ famæ, & ob hæc non tantum pondus habet eius teſtimonium: magis creditur homini locupleti quam egenti: homines inopes facile corrumpuntur, quos fames magis quam fama concitat, vt ait Cicero. Hoc tamen nos intelligimus, & hoc vulgo receptum eſt, & ita ſæpe iudicatum, niſi extrema inopia ſit. Nulla certior regula eſt repellendi teſtis, quam mendicitas. Atque ita ſentit Harmenopulus in lib. 1. Procheiri, ti. de teſtib. Ideoque ſeruis non facile credebatur, l. eos. C. eo. & l. ſeruos. C. & l. ſerui. hic. Affectio etiam ſpectanda eſt, veluti propter amicitiam cum eo à quo producitur, vel propter inimicitias cum eo contra quem producitur. Secundo iudex inſpicere debet modum teſtificandi: id docet Calliſtratus in l. 3. & adfert multa exempla. Ait, videndum eſſe, an teſtis ex tempore reſpondeat, an vero timide & cunctanter. Ex his enim colligitur quanta fides habenda ſit teſtibus, vt etiam colligitur ex leg. de minore. §. tormenta. de quæſtionibus. Ideoque diligenter inquiſitores in ſuis actis perſcribere ſolent, quo metu vel qua conſtantia teſtis loquatur, & quo vultu. Hæc omnia multum conferunt ad examinandam veritatem.

Quæ expendenda iudici in teſtib. examinandis.

Poſtremo teſtatio ipſa diligenter conſideranda eſt, & an quod teſtificatur, ſit credibile, & rei de qua agitur conueniens, vt dicitur in leg. ob carmen. §. vltim. Quidam aliquando teſtificantur quod credibile non eſt, præſertim cum ab eis ratio exigitur, etſi conſtanter teſtificentur ſe ſcire. Videndum eſt an aliquid repugnans ſit in teſtimonio. Inquiſitio igitur huius rei tota committitur arbitrio iudicantium, adeo vt veriſimile ſit, quod vulgo iactari ſolet, omnem probationem arbitrariam eſſe, id eſt, quanta fides habenda ſit teſtibus, hoc committitur arbitrio iudicis, nec aliter poteſt definiri. Vnde dicitur in l. ſi quis teſtibus. C. eo. aduerſus teſtimonia ipſa obiici poſſe non tantum aduerſus ipſos teſtes, vel ante duodecim annos, ſolebant hæc obiecta aduerſus teſtimonia admitti quod hodie ſublatum eſt. Vtilius enim eſt, vt hæc iudicis arbitrio committitur. Sed vetus ille mos ſumptus erat ex hac leg. ſi quis teſtibus. Et ſi iudex deprehenderit aliquid falſo teſtes dixiſſe, vel varie, eos ſeueriſſime puniet. In hac autem animaduerſione nullum recipitur fori priuilegium, nulla præſcriptio. l. nullum. hic. & punientur ab eo iudice, cuius aures offenderunt varie & falſo teſtimonium dicendo.

IN TIT. XXIII. LIB. IIII. COD. ET TIT. VI. LIB. XIII. PANDECT.

DE COMMODATO.

QVIA commodatum ad res creditas pertinet, ideo in hac parte quæ de rebus creditis eſt, de commodato tractatur. Sed in hac diſputatione in primis videndum eſt,

Quid ſit commodare.

C A P. I.

COmmodatum, ſi generaliter accipiatur, vel commodare, eſt alicui quoquomodo prodeſſe. ſed peculiarem hic ſignificationem habet, ſicut & pleraque alia in iure ciuili. Cõmodare igitur, vt accipitur in hoc tractatu de commodato, eſt vſum rei alicuius gratis concedere modo fineque præſcripto. Sic mihi videtur definiri poſſe, ſi quis definitionem dialecticam requirat. Huius definitionis ſingula verba nos hic explicaturi ſumus, idque in gratiam iuniorum: cæteros hortor, vt de his me diſſerentem æquo animo ferant. Dicimus in primis, commodare nihil aliud eſſe, quam alicuius rei vſum concedere: ex quo apparet verum eſſe, quod aliis in locis dicitur hanc obligationem re contrahi non conuentione, non conſenſu. Non enim dicitur cum conuenit inter aliquos, vt aliquis vtatur aliqua re, commodatum eſſe, ſed tunc cum res interuenit. Inſtitut. quibus modis re contrah. obligat. & l. 1. de obligat. & act. Commodatum refertur inter eas obligationes, quæ re contrahi dicuntur. Oportet ergo concedi rem, id eſt, tradi. *Vſum.* Hinc intelligimus dationem, id eſt, dominii translationem, non interuenire in commodato, ſicut in mutuo & aliis contractibus conceditur, ſed tantum vſum

rei. Non enim transfertur dominium, nec proprietas, l. rei commodatæ. 8. hic. Is qui librum ſuum, vel veſtem ſuam, vel aliam rem huiuſmodi concedit alicui vtendam ad tempus, nihilominus manet dominus eius rei, non transfert dominium aut proprietatem in accipientem: & hoc differt commodatum à mutuo, vt ſatis perſpectum eſt ex his quæ ſupra diximus in leg. 2. de rebus cred. Mutuum dicitur ab eo quod ex meo tuum fiat. Qui commodat rem, ad tempus permittit tantum accipienti re illa vti, imo ne poſſeſſio quidem transfertur, vt hic dicitur, tantum abeſt, vt transferatur proprietas & dominium in accipientem, vt ne poſſeſſio quidem tranſeat in eum, licet commodatarius qui rem accepit commodatam, re vera eam detineat: non tamen ideo dicitur poſſidere, l. ſtipulatio iſta. §. plane. de verbor. oblig. c. 18. diſput. lib. 1. Plerunque fit vt quis teneat rem, cum tamen non poſſideat ne naturaliter quidem. l. quod meo. de acquir. poſſeſ. ideoque is poſſidet cuius nomine poſſidetur, §. poſſidere. Inſtitut. Ex his conſequitur ei qui commodat rem ſuam, rei vindicationem cõpetere poſſe. Non tantũ actio in perſonam datur ex cõtractu cõmodati ei qui cõmodauit rẽ ſuam, ſed ẽt actio in rem. Rei vindicatio cõpetit domino. Cũ. n. maneat dominus, merito ei datur actio in rem, qua repetat rem ſuam à cõmodatario, ſicut à quocunque poſſeſſore, nec obeſt quod commodatarius non poſſidet. Habet enim rei reſtituendę facultatem, idq; ſufficit. l. officium. de rei vindica. quamuis de eo contentio fuerit apud veteres Iuriſconſultos: cum rei vindicatio non videretur competere niſi aduerſus poſſeſſorem, commodatarius autem non poſſideat, ſed tamen receſſum eſt ab ea opinione. Nam quod dicitur Rei vindicationem dari contra poſſeſſorem, id accipiendum eſt, vt complectatur quamcunque detentionem, licet alias detentio à poſſeſſione differat, vt iam diximus, idque accidit in interdicto vti poſſideтis: quod vtilitatis cauſa receptum eſt. Deinde dicitur in definitione, vſum rei alicuius concedere. Vſum hic accipimus proprie, vt diſtinguamus ab abuſu, vt intelligamus commodatum earum rerum tantum eſſe, quarum vſus eſt, nõ quarum abuſus eſt, id eſt, earum rerum quæ vſu non conſumuntur: & hoc differt à mutuo. Mutuum conſiſtit in his rebus, quarum nulla eſt vtilitas ſine conſumptione, veluti in vino, oleo, frumento, & aliis huiuſmodi rebus. Commodatum autem earum rerum eſt quæ non conſumuntur vſu: cuiuſmodi eſt veſtis, liber, equus, & aliæ res huiuſmodi. Eſt enim alia vtilitas harum rerum, etſi non conſumantur, licet plerunque accidat vt conſumantur, ſed poſſumus illis vti ſine conſumptione: vino ac ne pecunia quidem numerata, & aliis huiuſmodi rebus non vtimur ſine conſumptione. Cum quis expendit pecuniam, dicitur eam conſumere, etſi ipſa corpora per rerum naturam extent, nec conſumpta ſint. Cicero in Topicis de vſu & abuſu. Sic vſum ab abuſu diſtinguunt Iuriſconſulti in leg. 5. de vſufruct. earum rerum quæ vſu conſu. *Quaſi vſusfructus habeatur.* Vbi Senatuſconſulto cautum eſt, vt earum rerum quæ vtendo conſumuntur, quaſi vſusfructus habeatur, vt vini & olei vſusfructus valeat. Et quod Cicero ſcribit in Topic. recte ſcriptum eſt ſecundum eius tempora. dicit enim legatum nõ valere vſusfructus earum rerum quæ vtendo conſumuntur: quia tempore Ciceronis hoc Senatuſconſultum nondum extabat. Sed quomodo hoc accipiendum ſit nos fuſius mox declaraturi ſumus. Deinde dicitur in definitione, *gratis.* Hoc verbũ otioſum non eſt in definitione noſtra: nam adiectum eſt ad differentiam locationis & quorundam aliorum contractuum, qui differunt à commodato. Nam locatio tunc dicitur cum interuenit merces, vel alius contractus eſt, qui nomen proprium contractus non habet, l. ſi rem tibi. de præſcript. verb. Commodatum autem gratuitum eſſe debet. Simile eſt quod dicitur in leg. ſi vt certo §. nunc. videndum. hic. Ego tibi conceſſi vſum rei meæ, merces interuenit, non poteſt contractus cõmodati eſſe, nec agitur actione ex commodato, ſed actione, vel ex locato, vel actione præſcriptis verbis. Sed quid interſit inter locationem & alios contractus, nos dicemus in interpretatione Titu. de locato & conducto. Deinde dicitur in definitione, *Modo fineque præſcripto.* Nam vt commodatum ſit, non ſufficit vſum rei cõceſſum eſſe, aut gratis conceſſum eſſe, ſed oportet ad certum vſum conceſſam eſſe rem alicui vtendam. Hoc differt commodatum à precario. Precarium dicitur cum alicui precario res vtenda conceditur, quandiu voluerit is qui concedit. Precarium conceditur arbitrio & voluntate concedentis, etiam ſi re, quæ precario conceſſa eſt, nondum vſus fuerit is qui eam accepit, l. 1. de precar. Commodatum igitur hoc differt à precario, quod res commodatur ad certum vſum atque hinc videtur dici commodatum, à modo. hoc facile colligitur ex leg. in commodato. 18. §. ſicut. hic. *eius eſt qui commodat rem.* Cum autem id fecit, id eſt, modum finemque vſus præſcripſerit, id eſt, commodauit. Igitur non alias commodatum dicitur, niſi conceſſerit quis rem ad certum vſum quam commodat. Hactenus de definitione commodati. Proximus locus eſt,

Commodatum à mutuo quid differat.

Commodatum quid differat à precario.

De rebus de quibus commodatum contrahitur.

Cap. II.

Hunc locum nos attigimus in explicatione definitionis, ſed pleniorem diſputationem hæc res exigit. Nos igitur paulo plenius de his rebus dicturi ſumus, de quibus commodatum contrahi poteſt, aut non poteſt. Ac in primis dicendum eſt, non tantum res mobiles ſed etiam immobiles, id eſt, res ſoli commodari, idque obtinuit aduerſus quorundam opinionem veterum, l. 1. §. 1, veteres Iuriſconſulti diſcernebant res mobiles à rebus immobilibus, ſed eorum opinio recepta non eſt. Quæritur quid de re aliena dicendum ſit? Et certum eſt rei alienæ commodatum conſiſtere, l. commodare. hic. ſi fur, ſi prædo rem alienam alicui vtendam conceſſerit, commodatum contrahitur. Non enim translatio dominii neceſſaria eſt ad hanc obligationem contrahendam, vt iam diximus. Nihil ergo vetat de re aliena contrahi commodatũ. An autem quæſtio dominii in commodato referri poſſit, plene à nobis tractatum eſt iam alibi, in interpretatione l. ſi alienam. ſolut. matrimon. Oſtendimus quid obſeruandum ſit in omnibus contractibus, & hunc locum adduximus. Deinde res etiam incorporales commodantur, etſi pauca hac de re ſcripta extent, mihi videtur id colligi ex leg. 1. §. 1. cum loquitur Vlpianus de habitatione. Habitatio enim res incorporalis, & ſeruitus, & in iure conſiſtit, Tit. de vſu & habit. Habitatio eſt habitandi ius in aliqua domo: vſusfructus vſus & habitatio ſeruitutes ſunt incorporales. Commodato igitur non tantum res mobiles & immobiles & prædia, ſed etiam res incorporales poſſunt concedi. Si quis habitationem habeat, poteſt alicui permittere ad tempus vt habitet in ea domo, hoc eſt habitationem commodare. De rebus quæ vtendo conſumuntur, nos iam diximus, oſtendimuſque commodatum in illis rebus non conſiſtere, vt expreſſum eſt in leg. 3. §. vltim. Vſu conſumi dicitur quod non poteſt prodeſſe accipienti, ſine conſumptione, veluti vinum, oleum, & pecunia numerata. Res aliæ poſſunt vſu deteriores reddi, veluti equus & veſtis, ſed tamen earum rerũ alias vſus eſt ſine conſumptione. Cum Iuriſconſultus ait, *Commodari non poſſe.* Nos commodare verbum hic proprie accipimus, quoties aliquod beneficium in aliquem confertur, tunc dicitur generaliter commodari, & apud alios auctores, vt apud Plautum dicitur res commodari etiam, quæ vſu conſumitur, vt aqua. Sed Iuriſconſulti hoc diſtinguunt ſubtilius docendi cauſa. Hoc intelligendum eſt, niſi actum ſit, vt eadem res & idem corpus reddatur quod acceptum eſt. Si quis enim rem aliquam concedat alicui vtendam ad certum tempus, vt eadem res & idẽ corpus reddatur poſtquam vſus finitus fuerit, tunc recte dicitur commodatum cõtractum eſſe. Sed hic diximus commodatum non conſiſtere in his rebus quæ vſu conſumuntur, quia non ſolet accidere, vt quis huiuſmodi rebus vtatur ſine conſumptione: & tamen id contingit aliquando, & quoties id accidit, nos dicimus commodatum eſſe contractum. Duo exempla ſunt in leg. 3. §. fi. & l. 4. hic. Poteſt quis accipere nummos aureos ad pompam & oſtentationem, idq; propter voluntatem contrahentium, nos tunc de nummis idem iudicamus, quod de aliis ſpeciebus, quæ non recipiunt functionem in ſuo genere. *Dicis gratia*, propter imaginariam numerationem, nõ veram. Plerunque enim dantur nummi, vt poſtquam numerati fuerint

ſtatim

ſtatim reddantur, hoc eſt dicis cauſa numerare. Hunc locum explicaui in commentariis de pactis, in l. iuriſgentium. Idem repetitum eſt lib. 1. diſput. noſtrarum, & à verbo Dico, hoc ortum eſſe, vt Varro docet. Hæc de rebus de quibus commodatum contrahi poteſt.

CAP. III.

De actione commodati.

HÆc actio duplex eſt, vna eſt directa, altera contraria, atq; ideo titulus Digeſtorum qui ad hanc diſputationem pertinet, ita inſcribitur, Commodati vel contra, id eſt, de actione commodati, & de actione etiam quæ contra mouetur. Proprie actio commodati dicitur ea quæ directa eſt, id eſt, quæ datur commodatori aduerſus commodatarium, & vocatur Principalis, in leg. in rebus. §. 1. vbi dicitur contrariam actionem etiam ſine principali moueri poſſe, vel contra. Hæc verba tituli oſtendunt hunc tractatum pertinere ad vtramque actionem commodati, tam directam quam contrariam. Directa eſt (vt dixi) quæ datur commodatori aduerſus commodatarium, vt reſtituatur res commodata. Contraria eſt, quæ datur commodatario viciſſim aduerſus commodatorem, vt recipiat ſumptus ſi quos impendit in rem cõmodatam. Contraria actio non eſt hic accipienda actio repugnans quaſi aduerſaria actio, ſed quæ contra, id eſt, viciſſim intenditur aduerſus eum qui rem commodauit. Sic accipitur apud Terentium in Eunucho. Quomodo autem diſtinguatur in ſingulis contractibus actio directa à contraria actione ſolet diſputari. Prolixa eſt diſtinctio Bartoli, nec ea valde vtilis meo iudicio ad rem explicandam. Exiſtimat videndum eſſe, an nomen contractus varietur, an nomen contrahentium, & neſcio quæ alia comminiſcitur ad rem explicandam non apta. Videbat mutuas actiones aliquando competere ex contractu aliquo, nec tamen vt vna earum actionum ſit contraria, alia directa, ſicut in emptione & venditione. In locatione & conductione neutra earum actionum eſt quæ contraria ſit, neutra eſt directa. Exiſtimo inſpiciendum eſſe, an id quod petitur ex contractu petatur, id eſt, ex eo quod principaliter deductum eſt in contractum: ſi id petatur cuius cauſa principaliter contractus initus eſt, tunc directa eſt actio. Si autem duæ actiones naſcantur ex aliquo contractu, quarum vna agatur cuius gratia contractus principaliter initus eſt, tũc dicenda eſt actio directa: ſi vero altera actione agatur cuius gratia cõtractus initus nõ eſt, contraria eſt. Id facile eſt exemplis oſtendere. Ex commodato naſcitur duplex actio, quarum vna (vt dixi) eſt directa, altera contraria. Actio directa commodati datur ei qui commodauit rem ſuam aduerſus cõmodatariũ, vt reddat rem cõmodatam finito tempore quo debebat vti re commodata, vel vſus eſt. Hac actione id petitur quod ex contractu eſt, & cuius gratia initus eſt contractus: actione vero contraria id petitur quod ex contractu non eſt: vt ſi petantur ſumptus in rem commodatam facti à commodatario, quia res commodata alioqui peritura fuiſſet, actio eſt contraria. Directa dicitur etiam principalis, l. in commodato. hic. Principalis dicitur, quia principaliter de eo negotium contrahitur: directa quæ directo iure competit. Si enim ſubtilitatem inſpiciamus, nõ videtur commodatario vlla actio competere, ſed vtilitate atque æquitate ſuadente actio ei prodita eſt, qua aduerſus commodatorem experiatur. In emptione & venditione, in ſocietate & aliis huiuſmodi contractibus id facile eſt animaduertere. Venditori aduerſus emptorem datur actio ex vendito, qua petit pretium rei venditæ, emptori aduerſus venditorem datur actio ex empto, qua petit ſibi rem tradi, aut quod ſua intereſt. neutra harum actionum directa aut contraria eſt, neutra poteſt dici principalis aut directa, magis quam alia. In actione pro ſocio, ſocio aduerſus ſocium datur actio. De vtraque actione ſigillatim eſt tractandum: ac primum,

Directa actio à contraria quomodo diſtingui debeat.

De directa actione. CAP. IIII.

VIdendum eſt quibus ex cauſis hæc actio commodati directa competat, & quid in hanc veniat. Ego iam ſæpe admonui in omnibus actionibus ſiue iudiciis hæc duo ſpectanda eſſe, vt cognoſcamus formam agendi & intentionis concipiendæ in iudicio. Videndum enim eſt in iudicio quid petatur, ex qua cauſa petatur. Forma intentionis continet concluſionem, & cauſam agendi. Variæ autem cauſæ agendi hac actione referũtur à Iuriſconſultis ſub hoc titulo. In primis hæc actio dicitur competere, ſi res commodata non reddatur finito tempore quo ea re vſus eſt, vel vti potuit commodatarius. Id colligitur ex his quæ iam à nobis dicta ſunt, idq; ſumptum fuit à nobis ex l. in commodato. §. ſicut. *Rem commodari certo modo fineque præſcripto.* Hoc enim commodatum proprium eſt, vt vſus concedatur præſcripto fine & modo vtendi. Ergo agitur inter contrahentes vt finito eo vſu reddatur. Huc pertinet quod dicitur in leg. 2. C. eodem. Quidam conceſſit ancillam ſuam alicui temporalis miniſterii cauſa, vt inſeruiret ei ad tempus. Hic præſcribitur modus & finis vtendi. Exemplum hic eſt appoſitum commodati, cum certo modo & præſcripto res vtenda conceditur alicui. ergo hic finito tempore ancilla reddi debet. actor probare debet ad tempus ſe conceſſiſſe alteri vtendam. Huc pertinet quæſtio de eo qui rem commodauit alteri, vt eam pignoraret. Hæc quæſtio tractatur duobus in locis, in l. 3. C. & l. ſi vt certo. §. nunc videndum. Quidam cum ab aliquo mutuam pecuniam accepturus eſſet, nec haberet quod ei daret in pignus, annulum ſuum ei commodauit alter quem in pignus daret: quæritur, an poſſit actio eo nomine competere: & ex qua cauſa detur. Si data fuerit res pignori, & ſolutum fuerit debitum, tunc quia finitus eſt vſus propter quem res conceſſa eſt, repetetur res commodata. Quid igitur ſi nondum luerit rem commodatam is cui commodata eſt, num dabitur aduerſus eum actio? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi vt certo. §. nunc videndum. 11. Vbi dicitur actionem commodati locum habere. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi forte per eum non ſtet, quominus rem illam recuperet à creditore: ſi non ſtet per eum, non tenebitur eam commodatori reddere. Non ſtat autem per eum, ſi offerat pecuniam creditori, & eam nolit accipere creditor, ſed ſufficiet pignoratitiam actionem cedere commodatori, quæ competit commodatario aduerſus creditorem: eſtque locus communis quod præſtatio actionis pro ſolutione eſt, l. quod debetur. de ſolut. Alia cauſa huius actionis exprimitur in l. ſi vt certo. §. plane. Si commodatarius aliter quam præſcriptum eſt & conuentum inter contrahentes re commodata vſus fuerit: tunc enim actio commodati eo nomine aduerſus eum datur, etſi non detrectet & differat redditionem rei. Hoc enim pertinet ad bonam fidem, & in hanc actionem omnia veniunt, quæ ad bonam fidem pertinent. Imo dabitur actio furti, vt mox dicturi ſumus. Tertia cauſa huius actionis eſt, cum res deterior redditur, l. 3. §. ſi reddita. Maior dubitatio eſt de hac cauſa, cum res deterior reddita eſt. Sed hic interpretamur rem redditam non eſſe, quæ deterior reddita eſt: atque ideo perinde agitur actione commodati, atque ſi nihil redditum eſſet. An idem locum habeat in ſtrictis iudiciis, ſatis diximus in interpretatione l. Iulianus. §. 1. de verborum oblig. vbi adduximus l. etiam. de ſolut. Quod autem hic dicitur, ſi reddita ſit res deterior quæ commodata fuit, eo nomine competere actionem aduerſus commodatarium, hoc intelligendum eſt, ſi ſua culpa deterior reddita ſit, l. eum qui. in princ. & l. vlt. difficile enim eſt vt equus commodatus in longinquo itinere non reddatur deterior. Ideoque ſi id accidat non tenebitur commodatarius, quia culpa eius id non acciderit. dicta l. fin. Ergo ſi deterior res reddita ſit, idque culpa commodatarii acciderit, tenebitur commodatarius: ſed de culpa plenius poſtea tractabimus. Ex his fere cauſis datur hæc actio commodati directa. Nunc videndum eſt, quid petatur hac actione. Facile autem eſt ex his quæ diximus cognoſcere quid petatur hac actione. Nam petitur id quod vtendum datum eſt: poteſt etiam peti, vt luatur res, vel actio præſtetur: idque accidit in ſpecie quæ tractatur in l. ſi vt certo. §. nunc videndum. Sed hic quæritur, ſi duæ res commodatæ ſint, quid petendum ſit? an neceſſe ſit ambas ſimul petere, & vna intentione complecti, an vero ſingulæ ſeparatim peti poſſint? Hæc quæſtio tractatur in l. in commodato. §. duabus. Ego tibi commodaui Stichum & Pamphilum ad temporarium vſum. Deinde alterum peto, quæritur, an poſſim alterum poſtea petere? Hic dicitur recte de altero commodati agi poſſe. Ratio ſa-

tis colligitur ex leg. ſcire debemus. de verborum obligat. Nam quot ſunt res commodatæ, de quibus conuenit inter contrahentes, tot dicuntur contractus. *Si ſeparatæ ſint.* Addit exceptionem. Hoc verum eſt, ſi ſeparatæ ſint. Nam ſi ſint coniunctæ, hoc ferendum non eſt. Quid autem ſi quis ſummam aliquam alteri dederit, an poſſit ſingulos nummos petere? Et non puto hoc genus petendi admittendum eſſe, niſi ſingulæ ſummæ ſpecialiter ſint expreſſæ: idque colligitur ex leg. ſcire debemus. de verborum obligat. Si quis ſtipulatus ſit decem, non dicuntur tot ſtipulationes quot ſunt nummorum corpora. Sed ſi ſtipulatus ſit decem & quinque, duæ ſunt ſtipulationes. Nam duæ ſunt ſummæ ſpecialiter expreſſæ. Ex his intelligitis ex qua cauſa agatur actione commodati directa, & quid petatur hac actione. Deinde notandum eſt hanc actionem cum multis aliis actionibus concurrere, ſicut pleræque actiones. Nam concurrit aliquando hæc actio cum actione legis aquiliæ. Exemplum eſt in leg. in rebus. §. ſiue autem pignus. hic. Tu deteriorem reddidiſti rem quam tibi commodaueram, certum eſt eo nomine mihi aduerſus te directam commodati actionem competere. Sed præterea mihi competit aduerſus te actio legis Aquiliæ ob damnum mihi iniuria datum. Sed ita concurrunt hæ actiones vt electio ſit actoris, & vna electa alteram tollat. Concurrit etiam hæc actio cum actione furti, & hic duo exempla reperiuntur, Si commodatarius aliter quam conuenit, re commodata vtatur. Nam dicitur furtum facere, leg. ſi vt certo. §. Quinimo. hic. & l. ſi iumenta. de furt. Additur tamen exceptio in leg. qui re ſibi. 78. de furt. Niſi is qui accepit exiſtimauit id dominum facile permiſſurum eſſe qui commodauit. Aliud exemplum eſt in l. ſi ſeruus. 14. Quidam meus ſeruus rem meam me nolente tibi commodauit, cum ſcires me id nolle. Duplex actio mihi aduerſus te datur. Nam ſi probaueris quod à ſeruo tuo factum eſt, datur mihi actio commodati. Præterea datur actio furti quia furtum hic admittitur: hic enim eſt contrectatio rei alienæ inuito domino. Nam intelligebas tibi rem meam me inuito domino à ſeruo meo tradi. Hæc de actione directa commodati: nunc videndum eſt

De actione contraria.

CAP. V.

Contraria actio variis ex cauſis datur, quæ ex contractu proprie & vere non ſunt, ſicut cauſæ illæ ex quibus datur actio directa. Cauſæ autem hæ ſunt. In primis ſi quid impenſum ſit in tutelam aut conſeruationem rei commodatæ, ad repetendas eas impenſas datur actio commodati contraria. Nam ſicut agit is qui commodauit ſeruum, petitque ſibi eum reddi, ita etiam viciſſim agit commodatarius vt ſumptus factos in tutelam ſerui ſibi reddat commodator. Hoc colligitur ex leg. in rebus. 18. §. poſſunt. hic. Tu mihi commodaſti ſeruum, is ægrotauit, in eius valetudinem ego ſumptum feci: mihi aduerſus te datur actio ad eos ſumptus refundendos. de huiuſmodi autem ſumptibus id eſt intelligendum quod diximus. Nam ſi forte velit repetere quod in cibaria ſerui ſibi commodati impendit, non eſt admittenda ea petitio. Hic dicit Iuriſconſultus, *Naturali ratione ad eum. &c.* Cibariorum impenſæ naturali ratione ad eum pertinent, qui ſeruum vtendum accepit. Deinde ſubiicit, de modicis impenſis idem dicendum eſſe. Modicæ impenſæ ſemper ad eum pertinent qui re vtitur: & quod dicitur impenſas refundendas eſſe, id intelligitur de magnis impenſis. Huic ſimilis diſtinctio eſt cum quæritur de ſumptibus dotis deducendis, cum dos repetitur à marito ſoluto matrimonio, l. fructus. §. pen. ſolut. matrim. Quæ ſit modica impenſa aut magna in leg. penult. de impenſ. in reb. dot. fact. admonet Vlpianus id in vniuerſum definiri non poſſe. Ergo id cōmittendum eſt iudicis arbitrio. Secunda cauſa huius actionis contrariæ eſt, ſi intempeſtiue res commodata repetita ſit: in quibuſdam exemplis demonſtratur in l. in commodato. §. ſicut. hic, quæ exempla oſtendunt, ſi ob intempeſtiuam repetitionem rei commodatæ aliquo damno afficiatur commodatarius, eo nomine agere poſſe, & quod ſua intereſt petere. Aliud exemplum eſt ſi rem vitioſam quis ſciens commodauit, & ex eo damno aliquo affectus ſit commodatarius, vt ſi in dolium vitioſum commodatum vinum infudit. Alia cauſa huius actionis exprimitur in l. rem mihi. 21. Si is qui rem mihi cōmmodauit, eam mihi ſurripuerit, & cum commodati ageret commodator, ego neſciens eam ſurreptam, fuero à iudice condemnatus eam rem reſtituere. Alia cauſa eſt, Si poſt precii ſolutionem res ad cōmodatorem quoquomodo peruenerit, leg. in commodato. §. vltim.

Quid veniat in hanc actionem.

CAP. VI.

Ex iam dictis facile intelligi poteſt quid petatur hac actione contraria. Petitur enim æſtimatio, petitur id quod intereſt rem vitioſam à te mihi commodatam non eſſe, ex qua re damnum aliquod accepi. Hæc actio etiam ſine directa actione intenditur, vt dicitur in leg. in commodato. & in leg. in rebus. §. 1. hic. Dubium non eſt quin is à quo petitur reſtitutio rei commodatæ, poſſit vti compenſatione. Poteſt enim viciſſim obiicere ſe ſumptus feciſſe in rem commodatam & petere vt eorum ſumptuum ratio habeatur: idque fit cum actio directa mouetur. Sed ob hanc cauſam redditæ ſunt mutuæ actiones, vt poſſit contraria actio moueri ſine principali, alioqui enim ſufficeret exceptio. Sed dicet aliquis, quid opus eſt hac actione, cum poſſit iure compenſationis commodatarius id quod ſibi ex dictis cauſis debetur ſeruare? Si acceptio hæc ſufficit, videtur nullius vtilitatis eſſe hæc actio contraria. Sed quæ vtilitas ſit huius actionis docet Iuriſconſul. in l. in rebus. §. vltim. Varii caſus ſunt in quibus neceſſaria eſt hæc actio, nec ſatis conſulitur commodatario per exceptionem & compenſationem oppoſitam, ſi forte amplius eſt quod ei debetur. nam forte maiores ſumptus fecit in conſeruatione rei commodatæ, quam ſit res commodata. Hunc locum ego adduxi ad paradoxum probandum, quod ego defendi in interpretatione l. fructus. §. ob donationes. ſoluto matrimon. Ego defendi aduerſus receptam opinionem, ſpeciei cum quantitate compenſationem admitti, aut ſpeciei cum ſpecie. Ego multis argumentis oſtendi falſam eſſe eam opinionem, & ſpeciei cum quantitate compenſationem admitti. Hic videtis ſpeciem eſſe ex vna parte, & quantitatem ex altera parte eſſe. Pecunia non commodatur niſi vt certa ſpecies. Ex parte igitur commodatoris agitur de ſpecie, ex parte commodatarii agitur de quantitate, id eſt, de impenſis: & tamen hic admittitur compenſatio. Nam Iuriſconſultus ait aperte compenſationi locum eſſe, id eſt, poteſt commodatarius retinere rem, donec ſumptus in rem commodatam à ſe facti ſibi refundantur. Sunt qui diſtinguunt retentionem à compenſatione: ſed male. Hic enim verbo compenſationis vtitur Iuriſconſul. Cum debetur hinc quantitas, ex altera parte ſpecies, non ipſo iure alter ab altero liberatur. Hæc diſtinctio colligitur ex leg. ſi conuenerit. de pign. act. Atque ita intelligendum eſt quod dicitur in leg. vltim. C. eo. Hoc videtur contrarium eſſe his quæ dicuntur in l. in rebus. §. vltim. & tamen recuſatur prætextu debiti ob impenſas, prætextu debiti reſtitutio non recte recuſatur. Hæc fuſius tractata ſunt in commentario noſtro, ſolut. mat. Non minus autem quam directa actio cōmodati contraria concurrit cum aliis actionibus. Exemplum vnum eſt in leg. pe. hic. Si ſeruus quem tu mihi commodaſti, furtum mihi fecerit, duplex mihi eo nomine actio aduerſus te eſt. In primis datur actio commodati contraria, ſi dominus ſerui eum ſciens furem eſſe, commodauerit. Non enim tenetur niſi ob ſcientiam vt diximus de eo qui vaſa vitioſa commodauit: tenetur etiam de furto ſerui actione furti dominus, ſed noxaliter. Nam ſeruum noxæ dedendo liberatur, nec condemnatur in ſolidum. Sed ſi ſciens furem eſſe, commodaueris, datur aduerſus te actio commodati contraria, in qua non abſoluitur noxæ dedendo dominus. Nam tenetur ſuo nomine, quia ſciens ſeruum furem eſſe commodauit. Adiuuari enim nos beneficio, non decipi oportet, vt dicitur in leg. in commodato. §. ſicut. Sequens locus eſt de perſonis.

Cui & contra quem detur actio commodati.

CAP. VII.

Hic de quibuſdam perſonis quæritur, de quibus probabiliter dubitari poterat. Nam hic locus non complectitur

omnes

omnes perſonas, nec etiam id neceſſe fuit. Ex aliis autem titulis plenior de perſonis diſputatio quæri poteſt, atque ideo ex titulo depoſiti, & aliis multa colligi poſſunt quæ huc pertinēt. Quæſtio in primis tractatur hic de impubere, an impubes actione commodati teneatur? Eadem quæſtio eſt de furioſo. Vterque enim caret iudicio & voluntate. Si impubes ſine tutore ſuo rem aliquam commodato acceperit, quæritur an teneatur. hæc quæſtio tractatur in l.1.§. vltim. l. 2. & 3. In huius loci explicatione Accurſius & cæteri diſtinctione vtuntur, quæ rem obſcurat, inuoluitque magis quam explicat. Ego aliam diſtinctionem hic ſequi ſolitus ſum. In primis igitur dicendum eſt, impuberem actione commodati non teneri, ſi res ei fuerit commodata ſine tutoris ſui auctoritate. Imo nec ob dolum admiſſum in re commodata etiam eo pubere facto non tenetur. Nam cum ab initio contractus commodati non valuerit, ex poſtfacto conualeſcere non poteſt ſecundum iuris regulam. Datur tamen hoc caſu actio ad exhibendum, qua actione cogitur rem exhibere, quam tenet ei qui commodauit, *Sed ad exhibendum.* Eſſet enim valde iniquum, eum qui tenet rem alienam nulla actione teneri, quia is iuſtæ ætatis nō ſit, vel non ſit ſanæ mentis. Datur igitur actio ad exhibendum aduerſus impuberem, vt rem commodatā quam tenet exhibeat. Sed cur actione ad exhibendum magis quam actione commodati tenetur furioſus & impubes? Ideo non obligantur, quia conſenſu carent: tunc obligantur cum ex re obligatio venit, leg. furioſus. de obligat. & act. id eſt, ex facto aliquo in quo non ſit neceſſarium iudicium pupilli, vel furioſi: idque demonſtrat Iuriſconſultus duobus exemplis in dic. l. furioſus. Veluti ſi furioſus aut pupillus damnum dederit, datur aduerſus eum actio legis Aquiliæ: vel ſi quis furioſi, aut pupilli negocia geſſerit, datur ei aduerſus pupillum vel furioſum actio negociorum geſtorum. Pupillus igitur aut impubes non tenetur actione commodati. Excipiendus eſt caſus, niſi ex eo pupillus locupletior factus fuerit, l. 3. in princip. *Secundum D. Pii reſcriptum.* Diuus Pius reſcripſit, tunc pupillum conueniri poſſe ex eo quod cum ipſo contractum eſt, ſi locupletior factus fuerit. Id maxime ſuadet æquitas. Nihil eſt æquius quam pupillum cum alterius detrimento locupletiorem non fieri, l. naturaliter. de condict. indebit. l. nam hoc natura, eo. huius reſcripti fit mētio in l. 3. de neg. geſt. Si quis negocia pupilli geſſerit ſecundum D. Pij reſcriptum. datur actio negociorum geſtorum aduerſus pupillum: ſed quatenus locupletior factus eſt pupillus. Mentio eſt etiam huius reſcripti in l. pupillus. de auct. tut. Hocque reſcriptum producitur ad alias, quia in eis eadem eſt ratio. Ego alias admonui obligationem qua tenetur pupillus, ideo quia factus eſt locupletior, pro naturali haberi à Iuriſconſultis, l. naturaliter. de condict. indeb. Hoc ideo fit, quia reſcripta Principum eo tempore auctoritatem legis non vſquequaque obtinebant: quæ tamen legis auctoritatem habent, ideoque vtilem actionem tantum dari dicunt Iuriſconſulti. Sed hodie quia reſcripta Principum legis auctoritatem habent, directa daretur. Alter caſus eſt, in quo pupillus tenetur, ſi doli capax ſit, quo tempore ei res commodatur, & dolum forte admiſerit in re cōmodata. arg. eſt quod dicitur in l. 1. §. an in pupillum. depoſi. vbi dicitur pupillum apud quem ſine tutoris auctoritate depoſitum eſt, teneri ſi dolum commiſerit. Sed hanc exceptionem addit, niſi doli capax ſit, & dolum admiſerit in re depoſita. Si tenetur actione depoſiti, qui doli capax eſt, cur non tenebitur actione commodati? Hic locus oſtendit multa ex aliis titulis ſumi poſſe quę ad hunc locum de perſonis pertinent. Hactenus de impubere & furioſo. Quæritur etiam de filiofamilias, in l. 3. §. ſi filiofam. eſtque eadem quæſtio de ſeruo. Si filiofamilias res commodata ſit, vel ſeruo, cum vterque ſit in poteſtate alterius, ſeruus in poteſtate domini, filius in poteſtate patris, quæritur quæ actio competat? & in primis certum eſt aduerſus ſeruum nullam actionem competere. Nam ſeruus in iudicio conſiſtere non poteſt. l. ſeruus. de iudiciis. Sed quæritur de filiofa. & patre filii & de domino ſerui? Et hic dicitur, *Si filiofamilias ſeruove.* Eſt locus communis de obligatione qua tenetur pater ex contractu filij, & qua etiam tenetur ipſe filius. Is qui cum filiofamilias contrahit, duos debitores habet, patrem & filium: patrem quatenus eſt in peculio filij: filium vero in ſolidum, l. ſi quis cum filiofa. de pecul. & l. filiusfa. de obligat. & act. *Duntaxat de peculio agendum.* Hoc pertinet ad tit. de peculio, l. in depoſiti. de pecul. Sunt qui exiſtimant filiumfamilias conueniri poſſe, ſi conſenſus patris acceſſerit: & exiſtimāt poſſe filiumfa. in iudicio conſiſtere ſine conſenſu patris: ſed verior eſt ſententia eorum qui exiſtimant conſenſum patris neceſſarium eſſe, cum agitur de re cuius vſumfructum habet, l. 1. C. de bon. mat. & l. vlt. C. de bonis quæ lib. vt ſi agatur de adeunda vel repudianda hæreditate quæ delata eſt filio à matre, cuius vſumfructum habet pater. Si ea à filio adiretur, tunc neceſſarius eſt conſenſus patris. Ex eo autem quod dictum eſt de ſeruo, cui res aliqua commodata eſt, naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. ſi is cui. §. ſi libero homini. hic. Si quis libero homini rem aliquam commodauerit, qui bona fide ſeruiebat commodatori, an ex hoc contractu detur actio aduerſus eum? Vult enim agere aduerſus eum, quia poſtea reſciuit hominem liberum eſſe: quæritur an poſſit agere actione commodati? Quæſtio ex eo oritur, quod non fuit propoſitum commodatoris, vt cum eo obligationem contraheret. Quoties enim de obligatione quæritur, maxime inſpicitur conſilium contrahentium, l. non omnis. de reb. cred. Is qui exiſtimat ſeruum ſuum eſſe cui rem commodauit, non poteſt videri hoc propoſitum habuiſſe hanc obligationem contrahendi, cum intelligeret inter ſe & ſeruum ſuum obligationem efficacem contrahi non poſſe: naturalis enim tantum poteſt contrahi. Hic tamē reſpondet Iuriſconſultus actionem commodati aduerſus eum competere. Nec ſimpliciter verū eſt aut perpetuum quod dicitur obligationem non contrahi extra propoſitum contrahentium: Imo interdum tacita obligatio naſcitur, contra quam actum eſt à contrahentibus. Eſt locus communis de obligatione contrahenda obſeruatione dignus. *Veluti cum per errorem.* Id oſtendit ſimilitudine. Cum ergo tibi ſoluo indebitum per errorem, exiſtimans me tibi debere, non hoc agitur inter dantem & accipientem, vt obligatio cōtrahatur, ſed potius vt tollatur, ſi quæ obligatio contracta ſit. §. 1. quibus modis re cont. oblig. & tamen extra id quod agitur inter eos tacita obligatio naſcitur, ex qua datur condictio indebiti. Hactenus de perſonis, nunc videndum de officio iudicis.

De obligatione contrahenda locus communis obſeruatione dignus.

Cap. VIII.

De officio iudicis in actione commodati.

Quæritur quodnam ſit iudicis officium in hac actione commodati. Sed admonendi ſumus non omnia hic requirenda eſſe quæcunque ad officium iudicis pertinent, ſicut in loco de perſonis. Quædam enim hic tractantur quæ viſa ſunt magis neceſſaria, & de quibus probabiliter dubitari poteſt. In primis ad officium iudicis in hac actione pertinet, vt ſi res commodata perierit dolo vel culpa commodatarij, is nihilominus condemnetur: alias autem ſi nec dolo nec culpa eius res commodata perierit, abſoluendus eſt. Id autem maxime ſumitur ex leg. 5. §. nunc videndum. In quibuſdam contractibus præſtatur dolus tantum, in aliis contractibus præſtatur culpa etiam præter dolum. de his omnibus ſigillatim eſt videndum. Ac in primis de dolo. Dubitatio nulla eſt quin dolus in omni contractu præſtetur. Ergo multo magis in hoc contractu, in quo vtilitas tantum eſt accipientis. Officium confertur in accipientem ſine vllo commodo eius qui commodat: quod intelligendum eſt etiam ſi aliud conuenerit. Non enim contraria conuentio rata eſt, ſicut dicitur in l. in commodato. in princip. 17. hic. Hæc pactio contraria eſt bonis moribus: inuitat enim homines ad delinquendum, leg. ſi vnus. §. illud. de pact. Dolus autem eſt vt definitur in l. 1. de dolo, machinatio alterius circumueniendi cauſa adhibita: & hic dolus præſtatur in omni contractu. Hæc ſufficiant de dolo. Videamus de culpa. Culpa ita diſtingui ſolet, vt tres gradus culpæ ſint. Dicitur enim culpa lata, leuis & leuiſſima, vt docui in interpretatione l. ſi moram. ſolut. matr. Culpam latam nos vocamus, cum quis non ad eum modum diligens eſt, quem communis hominum natura deſiderat, leg. quod Nerua. depoſi. Simile eſt quod dicitur in l. latæ. de verbor. ſignific. Latæ culpæ finis eſt, non intelligere quod omnes vulgo intelligunt. Alij ſubtiliorem definitionem hic exigunt, ſed mihi videtur tota res exemplis vtilius demonſtrari poſſe, & explicari, quam definitionibus dialecticis. His exemplis vti ſolitus ſum, vt diſtinguam hæc tria genera culpæ,

Dolus.

De culpæ gradus tres.

Exemplum latæ culpæ eſt, ſi commodatarius rem commodatam nocturno tempore in via publica dimiſerit, & dicat ſe putaſſe neminem eam ablaturum eſſe: tantum abeſt, vt hoc diligentis hominis ſit, vt ne hoc quidem hominis ſit. Hoc admiſſum videtur potius beluinum eſſe, quam humanum. Hæc culpa diſtinguitur à dolo malo. Dolus malus definitur fallacia, & machinatio eſſe alterius circũueniendi cauſa adhibita. Hic nulla talis machinatio eſt: ſed tanta eſt tamē hæc vecordia vt omnino inexcuſabilis ſit, & præſumptionem doli habeat, atque ideo dolo malo comparari ſolet. Is qui tam ſupinus fuit, vt nocturno tempore in via publica rem ſibi commodatam dimiſerit, non poteſt ſe excuſare, leg. quod Nerua. depoſiti. Quod tamen intelligendum eſt, niſi ex coniecturis appareat dolum malum abeſſe, poteſt enim hoc ex coniecturis apparere. Exempli gratia, ſi nihilo diligentior eſſe ſoleat in rebus ſuis, tunc enim ceſſat omnis præſumptio doli mali: atque ita intelligendum eſt, quod dicitur in d. l. quod Nerua. depoſ. Si enim non tam negligens ſit in rebus ſuis cuſtodiendis, facile credendum eſt dolo non carere. Si autem nihilo diligentior ſit in rebus ſuis, hæc culpa lata eſt, ſed tamen pro dolo habenda non eſt. De hac lata culpa dubium non eſt, quin teneatur commodatarius: ſed quæſtio eſt de leui culpa, de qua nunc dicturus ſum. Leuis culpa eſt, cum quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias vitare potuiſſet. Hæc leuis culpa præſtatur plerunque, veluti in l. cum res. §. culpa. de leg. 1. Hæres in re legata omnem culpam præſtat, etiam leuem, l. quicquid. arbit. tut. Tutor in re pupilli culpam etiam leuem præſtat. Ego hoc exemplum adducere ſolitus ſum, vt oſtendam culpam latam & leuem differre. Si commodatarius rem commodatam quæ pretioſa forte erat, annulus puta aliquis, ſi expoſitam in media domo dimiſerit, eaque amiſſa ſit, tenetur nomine eius culpæ. quamuis hoc abhorreat à communi hominum natura: & huius culpæ etiam nomine tenetur commodatarius: l. ſi vt certo. §. nunc videndum.

Culpa leuiſſima. Leuiſſima culpa eſt, cum quis mediocrem diligentiam adhibet in re cuſtodienda, ſed culpam tamen admittit, quam vir exactiſſimæ diligentiæ potuiſſet vitare. Huius culpæ etiam nomine tenetur commodatarius, vt dicitur in l. ſi vt certo. §. nunc videndum. & l. in rebus. hic. §. item is qui. quib. mod. re contrah. obli. Inſtit. Dicitur leuiſſima culpa, quamuis hoc verbum rarum ſit, & in vno tantum loco reperitur, l. in lege Aquilia. ad l. Aquil. Exempli gratia, ſi quis gemmam ſibi commodatã recondiderit & incluſerit in arca, ſed tamen fur arte aliqua eam abſtulerit & ſurripuerit. Videtis hoc exemplum diuerſum eſſe ab eo, quod de leui culpa dicemus: videtis minorem eſſe culpam eius qui incluſit in arca, quam eius qui in media domo dimiſit: & tamen eius culpæ nomine tenetur commodatarius, qui exactiſſimam diligentiam præſtare tenetur, dicto §. item is qui. Furtum huic culpæ annumeratur non caſus fortuitus, l. quæ fortuitis. C. de pigno. Nam vir diligentiſſimus poteſt ita res ſuas cuſtodire, vt non à furibus intercipiantur. Furtum domeſticum ſolet excipi, & id non ſine magna ratione, quia ſolet numerari inter caſus fortuitos. Furtum enim domeſticum non poteſt hominis conſilio præuideri. l. in duobus. §. damna. pro ſocio. Ita diſtinguitur lata culpa, leuis, & leuiſſima. Ex his autem quæ diximus apparet commodatarium omnem culpam præſtare. Id colligitur ex l. ſi vt ex certo. §. nunc videndum. In depoſito prẽſtatur tantum dolus, vel lata culpa, quæ dolo proxima eſt. Nulla enim eſt vtilitas eius cui res cuſtodienda datur. Notanda eſt diſtinctio hæc quæ pertinet ad omnes contractus. Nulla ſimilis diſtinctio eſt, ſaltem nulla tam aperta reperitur in iure ciuili, cum quæritur, in quibus contractibus præſtetur dolus, vel culpa. Nam quidam contractus ſunt in quibus dolus tantum vindicatur, veluti depoſitum, quia fit tantum gratia eius qui deponit, nec vlla vtilitas eius eſt qui accipit. Alii ſunt contractus, in quibus vtriuſque vtilitas verſatur, veluti in emptione, in pignore: & in his præſtatur etiam leuis culpa, non tantum dolus & lata culpa. Alij ſunt contractus in quibus vtilitas tantum eſt eius qui accipit, vt in commodato plerunque accidit: & in hoc caſu omnis culpa etiam leuiſſima præſtatur. *Commodatum à precario quid differat.* Commodatarius enim ad cuſtodiam tenetur. Alia tamen eſt cauſa precarij, quamuis precarium & commodatum magnam ſimilitudinem habeant, tamen in hac re differt commodatum à precario. Commodatarius omnem culpam præſtat, in precario non præſtatur niſi dolus, l. quæſitum, de precar. Et ratiõ ſatis expreſſa eſt in dict. l. quæſitum. commodatum præſcripto modo & fine vtendi contrahitur, nec poteſt intempeſtiue reuocari, ante quam re cõmodata vſus fuerit commodatarius, aut vti potuit. l. in commodato. hic. At precarium reuocari poteſt voluntate eius qui precario dat, & merito ei imputandum eſt, qui cum ſuſpectam habeat eius diligentiam qui precario accepit, non reuocauit precarium. Aliquando tamen præſtatur dolus tantum aut lata culpa in commodato, idque exigit aliquando ratio & æquitas, veluti in l. 6. §. interdum. ſi ita conuenerit. Si in commodato contrahendo conuenerit, vt commodatarius conueniretur tantum de dolo, valet ea cõuentio quamuis non valeat hæc conuentio, vt non teneatur de dolo. Nam hæc conuentio inuitaret commodatarium ad delinquendum.

Alius caſus eſt, ſi ſua duntaxat cauſa commodauit. Si quis commodauerit rem ſuam alicui magis ſua cauſa quam commodatarij, dolum tantum præſtabit commodatarius in hoc iudicio. Ideo enim diximus omnẽ culpam præſtari à commodatario, quia plerunque accidit vt commodatarij tantum vtilitas in hoc contractu verſetur.

Igitur quoties verſatur vtilitas magis dantis quam accipientis, dolus tantum præſtatur & lata culpa. Exempla hic adfert Iuriſconſultus, ſi ſcenicus Prætor veſtimenta commodauerit, quod gratia ſua agebat, vel ipſi Prætori quid vltro commodauit. Ex his verbis videtur colligi poſſe, quoties quis vltro quid commodat non poſtulante commodatario, dolum tantum præſtari. Sed ideo mihi videtur hoc exemplum ſubieciſſe Iuriſconſultus, quia cum ludos editurus eſt Prætor nomine ſuo, quia eo ſpectaculo delectatur, videtur non ſua gratia ſed Prætoris facere.

Commodatarius autem non tenetur de caſu fortuito. In nullo contractu præſtatur caſus fortuitus. *De caſu fortuito.* Caſus fortuitus eſt qui nullo hominis conſilio præuideri potuit. l. 2. de adminiſtr. rer. ad ciuit. pertinent. Varia exempla hic ſunt caſuum fortuitorum, l. ad eos. in l. in rebus. in l. ſi vt certo. §. nunc vidẽdum. *Ita tamen vt eos caſus non.* His verbis oſtendit Iureconſultus inſpiciendum eſſe an id aliqua diligentia vitari potuerit. Hoc eſt intelligendum, niſi expreſſim conuenerit, vt de caſu fortuito teneretur, vt dicitur in l. 1. C. eod. Item ſi hoc actum ſit, quia res æſtimata data eſt, hæc eſt æſtimationis poteſtas, vt periculum ad accipiẽtem tranſeat, l. 6. §. nunc videndum. Sed videndum eſt quorſum æſtimatio inita ſit, l. plerunque. de iure dotium. Si perierit culpa nuncij res commodata, id eſt, per quem res commodata referebatur: quæritur an tenebitur commodatarius, l. eum qui. §. vlt. & l. ſequenti. l. argentum. hic. Diſtinctio traditur in l. eum qui. §. vlt. & l. ſeq. Hoc tamen intelligendum eſt, niſi talem nuncium elegerit quem merito ſuſpectum habere non debuit. Excuſatur enim commodatarius quaſi fortuitus caſus hic ſit, quem diligentia præcedere non potuit: idque humanum eſt, & rationi conſentaneum, l. argentum. 20. hic. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi à bonæ fidei, de rei vindic. Si à bonæ fidei poſſeſſore aufugerit ſeruus, qui integræ opinionis erat, non tenebitur bonæ fidei poſſeſſor, quaſi culpa eius aufugerit ſeruus.

Addendum eſt, illud quoque ad iudicis officium pertinere in hac actione, vt ſi non reddatur res commodata, litis æſtimatio præſtetur actori: id colligitur variis ex locis, & præſertim ex l. ſi vt certo. in prin. Litem æſtimare quid ſit, docuimus ſub tit. de in litem iuran. & plenius in interpretatione l. vbi autem. §. vlt. de verbo. oblig. vbi diximus nullum eſſe genus actionis in quo litis æſtimatio aliquando non habeat locum, ſiue in dando, ſiue in faciendo, ſiue in reſtituendo obligatio conſiſtat. In rei vindicatione quoque in qua proprie petitur reſtitutio rei, locus eſt aliquando æſtimationi litis, ſi res reſtitui non poteſt propter dolum, aut culpam poſſeſſoris. Hæc litis æſtimatio continet non tantum pretium rei, de qua agitur, ſed etiam id quod præterea intereſt præter rei de qua agitur pretium. Exemplum vnum eſt in l. ſi vt certo. in prin. Ego tibi commodaui rem aliquam meam: conuenit vt eam reddas certo loco & tempore. Si forte eam reddas vel alio loco vel tempore, poſſum petere id quod mea intereſt eam mihi reddi eo tempore vel loco de quo inter nos conuenit: & hoc pertinet ad officium iudicis: idque maxime locum habet in bonæ fidei iudiciis: cuiuſmodi eſt actio commodati. §. in bonæ fidei.

Inſtit.

Inſtitut. de actionib. In ſtrictis iudiciis olim id receptum non fuit, cuiuſmodi eſt actio ex ſtipulatu: ſed propter ſtricta iudicia neceſſe fuit proponere arbitrariam actionem, vt poſſit quid peti, vel ſolui alio in loco quam conuenit. Sed animaduertendum eſt, ſi commodatarius litis æſtimationem ſolueret agenti actione commodati, quia forte rem commodatam reddere non poterat, vel quia contentus fuit ea litis æſtimatione actor, hoc caſu poſſeſſione rei commodatarium ſtatim effici dominum rei commodatæ. Hoc dicitur in leg. ſi vt certo. §. 1. hic. idem conſtitutum eſt de rei vindicatione, in l. eius qui. de rei vindicat. Cum quis vindicat rem ſuam à poſſeſſore, & accipit ſibi oblatam æſtimationem, illam rem poſſeſſoris facit. Solutio æſtimationis litis ſtatim dominium eius rei acquirit poſſeſſori. Si res præſens ſit (inquit Iuriſconſultus) in l. ſequenti, id eſt, ſi res penes poſſeſſorem ſit: tunc enim habetur pro tradita, quaſi traditione dominium ſit translatum. Tunc enim dominium ſine traditione transfertur, cum prius quis poſſidet rem antequam eam emat. Ratio traditur in l. eius qui. Quia tranſigere videtur cum reo pro eo pretio quod accepit. Hinc dicitur æſtimationem litis venditionem quandam eſſe, l. 3. pro emptore. Præterea notandum eſt, cum æſtimationem ſoluit commodatarius, interdum exigi cautionem ab actore, interdum compelli officio iudicis actorem, cauere commodatario æſtimationem ſoluenti ſe reſtituturum eam rem, ſi forte aliquo caſu ad eum poſtea peruenerit, l. ſi is qui. 13. in princ. Hic ſi commodatarius condemnetur ad æſtimationem, quia non apparet res commodata, atque ideo commodatarius eam reddere non poteſt. Hæc cautio iudicialis interponenda eſt, cuius mentio eſt in l. 5. de verbo. obligat. Iudicialis cautio eſt, quæ interponitur iuſſu & officio iudicis, cum alter alteri cauere cogitur. l. ſancimus. C. de verbo. ſignificat. Quamuis autem hic ſimpliciter dicamus cauendum eſſe de re reſtituenda, vel de æſtimatione litis, quæ iam ſoluta eſt, id ſumitur ex l. in commodato. §. vltimo. Hic alternatio eſt, Tu à me accepiſti æſtimationem, cogeris eam æſtimationem mihi reddere, vel rem quæ peruenit in tuam poteſtatem. Hæc duo igitur cautio complecti debet. Deinde lis æſtimatur in hoc iudicio, nonnunquam iureiurando actori delato. Hæc æſtimatio permittitur nonnunquam arbitrio actoris, qui rem commodatam ſibi reſtitui petit.

In litem iurare quid. In litem iurare eſt iureiurando litem æſtimare, cum quæritur quanti lis æſtimanda ſit, & iudex iuſiurandum defert actori in litem, permittitur ei arbitrio ſuo litem æſtimare, leg. tutor. de in litem iurand. idem dicitur in leg. ſi cum dos. rer. amot. In hac igitur actione iuratur in litem, ſicut in aliis bonæ fidei iudiciis, l. 3. hic. l. in actionibus. de in litem iuran. Ego alias ſic interpretatus ſum quod dicitur, *In bonæ fidei actionibus in litem iurari*, id eſt, quoties æquitas ſuadet, actori iuſiurandum deferendum eſt. Nam plerunque iudicia ſunt bonæ fidei, in quibus non defertur iuſiurandum in litem, nec deferri debet. Poteſtas iudicis in bonæ fidei iudiciis lata eſt, nec vllis finibus circumſcribitur præterquam æquitatis. Ideo ſi videat æquum eſſe, vt deferat iuſiurandum in litem actori, is deferre poterit. Sicut dicitur in bonæ fidei iudiciis fructus venire & vſuras à tempore moræ. Forte enim talis res eſt quæ nullos fructus producat: id eſt, poterit iudex ad fructus condemnare quoties id videbit æquitati, rationi & bonæ fidei conuenire. Id autem æquum eſt, cum quis petit hac actione rem ſibi reſtitui, & reus eam reſtituere non vult per contumaciam, vel eius dolo, vel culpa factum eſt, quominus eam reſtituere poſſit. Nam iniquum eſt & alienum à ratione naturali libertatem hanc auferri hominibus, in commerciis ſtatuendi pretium rerum ſuarum, quodcunque voluerint. Deinde ſequitur, *Et rei iudicatæ tempus quanti res ſit obſeruatur.* Sic legendum eſt vt in Florentin. Duo enim hic dicuntur, vnum eſt iam à nobis explicatum. Alterum eſt rei iudicatæ tempus ſpectari, cum agitur de æſtimatione rei. Hic locus oſtendit differentiam ſtrictorum & bonæ fidei iudiciorum, de qua plene & accurate diſſerui in interpretatione l. vinum. ſupra, de rebus credit. Explicaui locos obſcuros totius iuris & antinomias perplexas. Diximus in ſtrictis iudiciis cum quæritur quanti res ſit, ſpectandum eſſe tempus litis conteſtatæ, ſi ſtatus rei mutatus non ſit. Abſurdum enim eſſet manente eodem ſtatu rei ſpectari tempus quo res plurimi fuit. Multum enim referre, an res deterior vel melior facta ſit, atque ita explicaui l. 3. de condict. triticiaria. cum hac l. & l. vinum. Cum quæritur de fructibus & acceſſionibus in ſtrictis iudiciis, ſpectatur tempus litis conteſtatæ, l. cum fundus. de reb. credit. ſed in bonæ fidei iudiciis iudex ſpectare poteſt tempus rei iudicandæ, ſi velit: non enim allegatur officium iudicis ad tempus litis conteſtatæ, ſicut in ſtrictis iudiciis, l. 1. de act. empt. Poteſt interdum iudex ſpectare tempus rei iudicatæ in æſtimatione facienda: poteſt etiam ſpectare tempus moræ, leg. 3. §. ſi per venditorem. leg. ſi ſterilis. §. cum per vendit. de act. empt. Circa officium iudicis in hac actione notandum eſt, hæredes commodatarii aliquando pro parte hæreditaria, aliquando in ſolidum condemnari, in l. 3. §. hæres. Is cui res commodata eſt, deceſſit duobus hæredibus relictis: certum eſt actionem commodati ad hæredes tranſire. Nam hæc actio eſt hæreditaria: ſed an in ſolidum ſinguli hæredes conueniantur, an vero pro parte tantum? Non ſine cauſa hæc quæſtio à veteribus tractata eſt. Probabiliter enim de eo dubitari poteſt, an in ſolidum, an vero pro parte hæreditaria hæredes conueniri debeant. Verum eſt, obligationes quæ recipiunt diuiſionem per legem duodecim tabularũ inter hæredes diuidi. Non enim lex duodecim tabularum diuidit eas obligationes inter hæredes, quæ diuiſionem non recipiunt, l. hæredes. §. 1. famil. erciſ. l. ea quæ in partes. de regul. iur. Et videntur ſinguli hæredes in ſolidum tantum conueniri. Nam non poteſt reſtitui res niſi in ſolidum, vt dicitur in l. ſi duo. infra, depoſiti. Sicut quiſquam non poteſt per fundum, niſi in ſolidum, pro parte indiuiſa ire, ſic non poteſt quis rem reſtituere commodatam pro parte indiuiſa: & tamen hic dicitur, hæredes pro parte teneri non in ſolidum: niſi vnus hæredum totius rei reſtituendæ facultatem habeat. Is enim ad eam reſtituendam condemnatur in ſolidum. His verbis oſtendit tam late patere poteſtatem iudicis in hoc iudicio, quam arbitrium boni viri, quia hæc actio bonæ fidei eſt. Sed hic animaduertendum eſt, hanc obligationem factum continere quod eſt indiuiduum. Ex his quæ diximus in interpretatione l. 4. §. Cato. de verbor. oblig. ſatis perſpicuum eſt, hoc factum eſſe indiuiduũ, & verum eſſe quod dicitur in l. ſi duobus. depoſi. Sed tamen quoties venitur ad æſtimationem, quia forte is contra quem agitur, non habet rei reſtituendæ facultatem, condemnatio fit pro parte hæreditaria. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verbo. obliga. Cato in d. l. 4. diſtinguens factum diuiduum à facto indiuiduo, ait, cum factum indiuiduum eſt, teneri hæredes in ſolidũ, ſed pro portione hæreditaria, licet facto vnius omnes teneantur, & ſtipulatio committatur in ſolidum, tamen ſinguli condemnantur ad pecuniam pro portione hæreditaria. Pecunia enim recipit diuiſionem, vt diximus in l. ſtipulationes non diuidũtur. de verborum obligationibus. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. in commodato. §. ſi ex facto. Hæres tenetur pro parte quoties agitur aduerſus eum actione commodati, hoc verum eſt niſi agatur ob factum ſuum, vel ob dolum eius vel culpam. Sed de hac re quædam alia dicturi ſumus in interpretatione l. ſi duo. depoſiti.

Sequens quæſtio eſt, ſi duobus ſimul eadem res commodata ſit, an teneantur ſinguli in ſolidum, an vero pro parte. & hæc quæſtio tractatur in l. 5. §. ſi duobus. Celſus in hac quæſtione poſt diſputationem ſatis prolixam tandem concludit hos in ſolidum teneri, quaſi duos reos, qui in ſolidum obligati ſint. Duo rei conſtituuntur in omni contractu, vt diximus ſub titul. de duob. reis. habentur duo rei, quibus idem vehiculum commodatum eſt: ſed antequam hoc definiat Celſus, quædam hic attingit de dominio & poſſeſſione, atque vſu rei. Docet his verbis quæ obſcura ſunt, quid interſit inter dominium rei alicuius, poſſeſſionem, & vſum. Dominiũ apud duos in ſolidum eſſe non poteſt, ſed pro parte poteſt. leg. ſeruus communis. de ſtipul. ſeruo. leg. nemo. de legat. 2. quæ tamen pars habetur pro indiuiſo intellectu, magis quam corpore. Nam ſicut res communis non eſt ſingulorum, & dominium iure diuiditur in partes indiuiſas; ſic poſſeſſio eſt iuris ſicut dominium, quamuis poſſeſſio ſit aliquando quædam detentio, quæ facti tantum eſt. De vſu idem non poſſumus dicere: veluti res aliqua commodatur, non transfertur in commodatarium nec dominium, nec poſſeſſio, vt dixi in l. rei cõmodatę. hic. ſed vſus tantum conceditur. Non poteſt autem quis vti re commodata niſi in ſolidum. Ego iſta explicarẽ rudioribus,

ſed accurate hæc omnia tractaui ſub tit. de verb. obliga. in pleriſque locis vt l. in executione. in d. l. 4. §. Cato. & l. ſtipulationes non diuiduntur. In hoc contractu tantum quæritur de vſu. Idem dicendum non eſſe videbatur de vſu fundi, quod de vſu vehiculi: ſed hanc ſubtilitatem neglexit Celſus, quaſi videatur actum eſſe inter eos vt in ſolidum obligentur. Itaque ſi vnus ſoluerit, alter liberabitur. quod eſt proprium duorum reorum. Hic tractatur quæſtio de concurſu actionum, quem locum nos interpretati ſumus in interpretatione l. qui ſeruũ. de oblig. & act. Sed obiicitur huic diſtinctioni noſtræ l. rem mihi. 21. §. in exercitu. Ego dedi contubernalibus vaſa vtenda communi periculo: deinde ſeruus meus ea vaſa ſurripuit: quæritur an aduerſus eos detur mihi actio cõmodati, quia eis cõmodaui mea vaſa: an aduerſus me viciſſim aliqua actio eis detur, quia ſeruus meus ea vaſa ſurripuit? Ad vtramque quæſtionem hic reſpondet Iuriſconſultus, & ait mihi aduerſus eos cõmodati actionem competere, & eis viciſſim aduerſus me furti actionem: ſed noxaliter tantum. Nam dedendo ſeruũ meum noxæ, liberabor. Sed expendendum eſt, quod hic dicitur eos teneri actione commodati pro ſua quiſque parte. Nos tamen diximus teneri in ſolidum eos quibus res eadem commodata eſt, quia vſus indiuiduus eſt. Sed reſpondendum eſt, (vt vulgo reſponderi ſolet) in hac ſpecie actum fuiſſe, vt diuidatur periculum inter commodatarios, quia proponitur vaſa vtenda cõmuni periculo data eſſe: vbi autem non apparet hoc actum eſſe, in ſolidum tenentur.

Pro ſua quiſque parte quando teneantur commodatarii.

IN TIT. VII. LIB. XIII. PANDECTARVM, ET TIT. XXIIII. LIB. IIII. CODICIS.

De actione pignoratitia, vel contra.

SVB hoc titul. potiſſimum tractatur de actione quæ naſcitur ex pignore, id eſt, de actione pignoratitia, magis quam de ipſo contractu pignoris. Eſt enim alius titulus de pignorib. in ſequenti parte: ſed hic proprie pertinet ad actionem pignoratitiam. Dicendum tamen aliquid eſt, de verborum ipſorum ſignificatione, & videndum in primis quid pignus ſit, & quomodo contrahatur.

Quid ſit pignus. CAP. I.

PIgnus definitur in Inſtitutis, tit. de act. §. item ſeruiana. res de qua conuenit inter debitorem & creditorem vt ſit pro debito obligata. Pignus ergo pro re obligata accipitur. Pignus rem ipſam quæ obligatur ſignificat, licet interdum aliter accipiatur. hoc ſatis oſtendit tit. de diſtract. pignor. Cum dicimus diſtrahi pignus, ſignificamus rem obligatam diſtrahi: diſtractio pignorum non poteſt aliter intelligi, quam rerum obligatarum pro debito diſtractio. Pignus tamen aliquando accipitur pro obligatione & ipſo contractu, ſicut in l. 1. hic. Nam pro contractu pignus accipi neceſſe eſt: ſic accipitur in l. 1. §. vlti. de pactis. vbi dicitur pleraſque conuentiones tranſire in proprium nomen contractus, veluti pignus & ſtipulationem, &c. frequẽtius tamen eſt vt pro re obligata accipiatur. Quod autem dicimus pignus rem eſſe, de qua conuenit, &c. rem hic etiam immobilem accipimus, ſi conuenerit, vt res aliqua pro debito ſit obligata, ſiue ea res mobilis ſit ſiue immobilis, dicitur pignus contractum eſſe. Quamuis enim aliqua ſit ſubtilis differentia inter pignus & hypothecam, & pignus dicatur rei mobilis, hypotheca vero rei immobilis, tamen propter vſum loquendi non tantum Iuriſc. ſed etiam aliorum auctorum linguæ Latinæ, promiſcue his verbis vtimur, nec obſeruatur illa ſubtilitas. Vnde dicitur in l. res hypothecæ. de pig. inter pignus & hypothecam nominis ſonum tantum differre, atque idem dicitur in §. item ſeruiana. Inſtit. de act. Differunt tamen traditione in l. ſi rem alienam. 9. hic. Alia differentia eſt quæ traditur in l. plebis. §. pignus. de verb. ſignifi. vbi dicitur pignus à pugno dici, ideoque pignus proprie dici de re mobili quæ pugno traditur. Sed tamen confunditur hæc differentia ab omnib. auctoribus, & magis hic ſpectamus vſum loquendi, quã etymologiam. Alterum verbum eſt Græcum, alterum Latinum. Nam hypotheca à verbo Græco ὑποτίθεσθαι deducitur, quod eſt ſupponere: quo verbo vtuntur noſtri auctores in l. creditor. 6. & ſic accipiendus eſt tit. de reb. eorum qui ſub tut. ſunt non alien. vel ſuppon. Nihil ergo refert quod ad obligationem pignoris attinet, an conuenerit de re mobili, an vero immobili, alteri obliganda pro debito. Nam ſi effectum inſpiciamus, nulla eſt differentia. Deinde dicitur pignus res eſſe, de qua conuenit. His verbis oſtenditur nuda conuentione pignus contrahi, vt dicitur in d. §. item ſeruiana. Inſtit. de act. idem dicitur in l. 1. hic. & l. ſi tibi. §. de pignore. de pact. *Iure honorario.* Quamuis alias ex ſolo pacto ſine ſtipulatione iure ciuili non naſcatur actio, tamen iure Prætorio conſtitutum eſt, vt ex ſolo pacto de pignore naſcatur actio, quæ dicitur hypothecaria & quaſi ſeruiana. Sed difficultas oritur ex eo quod dicitur in §. vlt. qu. b. mod. re contrah. oblig. vbi pignoris obligatio refertur inter eas obligationes quæ contrahuntur: oſtendens Iuſtinianus quibus modis re contrahatur obligatio. Exemplum enim adfert de mutuo, commodato, depoſito & pignore. Nam interdum qui pignus accipit, re obligatur. hæc obligatio re contrahitur: & tamen dicimus conſenſu contrahi. Quod dicitur contrahi & re & conſenſu, non poteſt hic conſiſtere, quia cum dicimus obligationem contrahi conſenſu, hoc ſignificamus ſolum conſenſum ſufficere: ſicut cum dicitur locationem contrahi cõſenſu, hoc volumus ſolum conſenſum ſufficere, nec opus eſſe rei traditione: cum autem dicimus re contrahi obligationem, hoc ſignificamus præter conſenſum traditionem rei neceſſariam eſſe, hæc autem repugnantia ſunt: quid igitur dicemus? Inſpicienda ſunt diligenter verba quibus vtitur Iuſtinianus in d. §. fi. non enim ait pignus re contrahi: hoc enim falſum eſſet, ſed ait eum qui pignus accepit re obligari. Ex eo quod quis accipit pro pecunia credita, is ſe obligat, & tenetur pignoratitia actione ad pignus reddẽdum poſtquam ea pecunia fuerit ei ſoluta. Ergo ea obligatio re contrahitur, id eſt, acceptione pignoris. Hoc veriſſime dictum eſt, nec ea res vllam dubitationem habet. Si conuenerit inter aliquos vt res aliqua obligata ſit pro debito, ideo tenetur ad eam reddendam. Qui autem accipit pignus re obligatur, non conuentione: nec ideo concludendũ quin ante acceptionem illam pignoris contractus ſit initus. Sic facile explicatur locus ille Iuſtiniani, qui alioqui obſcurus eſſe videtur. Ergo pignus nuda conuentione contrahitur, etiam ſi res tradita non ſit. Hoc intelligendum eſt de pignore conuentionali, non autem de Prætorio pignore, de quo mox dicturi ſumus. In eo enim non ſufficit ſola conuentio, ſed eſt opus executione iudiciali. Præterea dicitur in definitione noſtra, *Pro debito.* His verbis oſtendit Iuſtinianus pignus dari creditori à debitore pro ſecuritate: ſicut dicitur de fideiuſſore in l. 1. qui ſatiſd. cog. Sed nihil refert quod genus obligationis ſit. Non enim tãtum pro mutua pecunia credita pignus datur, ſed ob aliam cauſam. l. 1. §. 1. hic. Id clarius explicatur in l. res hypothecæ. de pig. Quinimo etſi naturalis tantum obligatio ſit, pignus vtiliter quoque contrahitur. l. quæſitum. Et quamuis ex naturali obligatione non poſſit agi, tamen ſi is qui naturaliter tantum debet pignus dederit, recte contrahitur pignoris obligatio. Sufficit igitur debitorem quoquomodo fuiſſe obligatum, etiam naturaliter. Si autem nihil debitum ſit, pignus non valet: ideoque ſi quis promiſerit ſub conditione, & mihi obligauerit rem aliquam iure pignoris: ſicut ante conditionis euentum non poſſem ex ea promiſſione aduerſus eum experiri, ita nec hypothecaria actione, quia nullum eſt debitum, ideoque pignus nullum eſt, l. grege. §. vlt. de pigno.

Ad §. vlt. Inſt. quib. modis re contr. oblig.

CAP. II.

Quot ſint pignorum genera.

PIgnorum autem duo ſunt genera, vel tria ſecundum vulgarem diſtinctionem. Pignus enim quoddam eſt conuentionale, quoddam eſt Prætorium, alii iudiciale addunt. Hæc diuiſio colligitur ex l. 1. hic. vbi ait Iuriſc. Conuentionale eſſe, quod ex conuentione naſcitur, & id eſt, de quo diximus, quod oritur ex conuentione debitoris, & creditoris, inter quos conuenit vt res ſit pro debito obligata. Huius pignoris ſpecies quædam eſt quæ dicitur antichreſis. Nam hoc pignoris genus hoc modo contrahitur. Cum conuenit vt creditor pro vſuris pecuniæ creditæ fructus capiat prædij pignorati, l. ſi pecuniam. 33. hic. *Cum pignus ſit.* Hoc ſcripſit Matt. ad formulam hypothecariam, volens oſtendere appellatione pignoris hanc antichreſim contineri, cuius antichreſeos mentio

Pignus conuentionale.

Antichreſis quid.

mentio eſt in l. qui bona. Hæc antichreſis hodie maxime vſitata eſt apud nos, & huius meminit Harmenopul. lib. 1. Procheiri ſui, tit. 5. Alterum pignoris genus eſt quod dicitur Prætorium. l. vlt. C. de Præt. pignor. Pignus Prætorium contrahitur cum auctoritate Prætoris, vel magiſtratus: mittitur aliquis in bonorum poſſeſſionem aduerſarij, propter contumaciam eius, aut aliam huiuſmodi cauſam. d. l. vlt. Exemplum eſt in edict. præt. de damno infect. & in edicto Prætor. ex quib. cauſ. in poſſ. eatur. Si quis ad iudicium adeſſe nolit, mittitur aduerſarius in poſſeſſionem bonorum eius ex edicto Prætoris ex quib. cauſ. in poſſ. eatur. Hac autem miſſione in poſſeſſionem non transfertur nec dominiũ rei nec poſſeſſio quidẽ, ſed tantum cuſtodia rei & obſeruatio, & ius pignoris. Is enim qui mittitur in bonorum aduerſarij poſſeſſionem, dominus non conſtituitur, ſed detentor eſt cuſtodiæ cauſa, l. ſi quis ante. de acquir. poſſ. datur ei cuſtodia rei interim, donec ſui copiam fecerit aduerſarius, & transfertur ad eum ius pignoris, l. qui legati. C. vt in poſſ. legator. ſeruan. datur ei actio hypothecaria. Hoc ergo genus pignoris non contrahitur ſola conuentione, ſicut pignus conuentionale: quia tunc cõtrahitur hæc pignoris obligatio cum auctoritate magiſtratus vel Prætoris auctoritate quis in poſſeſſionem bonorum mittitur. Oportet ergo miſſum eſſe in poſſeſſionem bonorum. l. non eſt mirum. §. vlt. hic. & ventum eſſe in poſſeſſionem. Nam etiamſi magiſtratus decreuerit, vt quis mittatur in poſſeſſionem, nondum eſt pignoris obligatio acquiſita, ſed poſtquam inceperit incumbere rei, & rem detinere, tunc dicitur pignus acquiſitum. Hinc colligitur aperta differentia inter pignus Prætorium, & conuentionale. Additur vulgo tertium genus pignoris, quod vocat iudiciale, cum in cauſam iudicati bona eius qui damnatus eſt capiuntur. Nam pro executione rei iudicatę dubium non eſt, quin pignus etiam ſit, l. à Diuo Pio. §. ſi pignora. & aliis §. ſeq. de re iudic. & eſt tit. in C. ſi in cauſam iudicati pignus captum ſit. ex his omnibus pignorum generibus naſcitur pignoratitia actio. Hoc tertium genus vulgo diſtinguitur à ſecundo: Sed Iuriſconſulti non diſtinguũt in d. l. 1. Prætorium vocant quod auctoritate Prætoris vel magiſtratus capitur: id ſatis perſpicuũ eſt ex d. l. à Diuo Pio. de re iudic. in prin. Iſta igitur diſtinctione opus non eſt. Sed hoc intereſt inter pignus conuentionale, & Prætorium: quod non aliter acquiratur obligatio pignoris ex Prætorio pignore, quam ſi pignora capta ſint. Certum eſt eum qui damnatus eſt ſententia iudicis antequam pignora capta ſint, ea poſſe diſtrahere, & ſi diſtraxerit ea ante executionem ſententiæ, nullam actionem habet is ſecundum quem lata eſt ſententia: ex cauſa tamen ſolet interdici damnato, ne ea diſtrahat in præiudicium actoris ſecundum quem lata eſt ſententia. Hactenus de pignoris definitione, nunc videndum eſt,

De pignore Prætorio.

De pignore iudiciali.

De pignoratitia actione.

Cap. III.

Pignoratitia actio duplex eſt, ſicut diximus de actione cõmodati, idque indicat titulus ipſe ex inſcriptio. de actione pignoratitia: vel contra. Sicut inſcribitur titulus commodati, vel contra. His verbis admonemur duplicem eſſe pignoratitiam actionem. Nam vna eſt directa, altera contraria. Directa datur debitori aduerſus creditorem poſtquam ſoluit pecuniam debitam. Contra, id eſt, viciſſim experitur creditor aduerſus debitorem variis ex cauſis, vt puta ſi ſumptus aliquos fecerit neceſſarios, in tutelam rei pignoratæ. Directa actio pignoratitia, quæ datur debitori aduerſus creditorem, ex ipſo contractu eſt. Ego tibi do aliquid pignori pro pecunia debita, & pro ſecuritate tua, donec tibi ſoluero pecuniam debitam: ergo poſtquam ſoluero pecuniam debitam, certum eſt hoc inter nos agi, vt pignus reddas: & ex hac obligatione naſcitur pignoratitia actio quæ re dicitur contrahi, §. vlti. quib. mod. re cõtrah. obl. Is enim obligatur ad reddendũ pignus qui accepit. Hæc actio multũ differt ab actione hypothecaria. Actio hypothecaria illa eſt qua perſequimur rem nobis obligatam. Creditor ſibi rem obligatam pro debito perſequitur, nõ tantum aduerſus debitorem qui obligauit, ſed etiam aduerſus quemcunque poſſeſſorem. eſt enim actio in rem, l. pignoris perſecutio. §. idem Seruiana. Inſtit. de act. Hoc ergo intereſt inter vtrqueã actionem, quod actio hypothecaria in rem eſt, & creditori datur aduerſus quemcunque poſſeſſorem: actio autem pignoratitia in perſonam eſt, & datur aduerſus eum qui obligatus eſt, id eſt, pignus accepit. Nam pignus accipiendo creditor obligat perſonam ſuam ad id reddendum. Vna eſt igitur in rem, altera in perſonam: vna contrahitur conſenſu, altera autem re. Actio hypothecaria datur ex ſolo conſenſu, poſtquam conuenit vt res ſit obligata: Vna eſt Prætoria, altera eſt ciuilis. Hypothecaria eſt Prætoria, l. ſi tibi. §. de pignore. de pact. Pignoratitia eſt ciuilis, quæ non datur niſi creditor acceperit pignus. Notandum tamen eſt pignoratitiam actionem interdum accipi pro hypothecaria, quamuis in re multum interſit inter vtranque actionem. Eodem tamen nomine appellantur aliquando à Iuriſconſultis. Frequentius tamen actio hypothecaria dicitur illa quæ in rem eſt: pignoratitia quæ eſt perſonalis. Sed accidit aliquando vt hypothecaria actio quæ in rem eſt, pignoratitia dicatur. Exempla occurrunt aliquando, veluti in l. rem alienam. hic. & l. ſi à Titio. de pigno. Alius locus eſt in l. 7. §. inter. commu. diuid. Alius eſt in l. 3. §. eſt autem. ad exhib. Alius eſt in l. duobus. de execut. rei iudic. & l. vlt. eo. Alius locus eſt in l. quæ prædium. C. ſi res alie. pig. dat. Nunc videndum eſt,

Actio pignoratitia quid differat ab hypothecaria.

De actione pignoratitia directa.

Cap. IIII.

In primis quibus ex cauſis hæc actio detur. Inquiramus cauſas huius actionis, ſicut à nobis factum eſt in actione commodati directa. Hæc actio pignoratitia directa datur debitori aduerſus creditorem, poſtquam debita pecunia ſoluta eſt. Cauſa igitur huius actionis eſt ſolutio debiti pro quo pignus fuerat datum debitori. Ratio eſt, quia ſolutione tollitur obligatio, §. 1. quib. mod. toll. oblig. Inſtit. & definit debitum eſſe, nam pignus datum fuit ob debitum, ideoque pignus repetitur. De hac cauſa locus eſt in l. pignoris. penul. Cod. eod. Inde quæritur quando aliquid ſolutum eſſe dicatur: dicimus ſoluto debito actionem pignoratitiam directam competere debitori, ad pignus repetendum. Merito igitur quæritur, quando ſolutum eſſe dicatur debitum in hac actione? Vlpianus in l. ſolutum. §. ſi in ſortem. hoc interpretatur. *Si in ſortem tantum pignus ſit obligatum, & ſoluta ſit ſors, competit actio pignoratitia, licet vſuræ ſolutæ non ſint: quia ſolutum fuit id debitum pro quo pignus fuit datum. Item ſi in vſuras obligatum ſit pignus, & vſuræ ſolutæ ſint.* *Alia cauſa eſt earum quas quis ſupra licitum modum promiſit.* De vſuris hoc intelligi non poteſt quæ ſupra licitum & legitimum modum promiſſæ ſunt. Hac de re dixi in l. ſi non ſortem. in princip. de cond. indebiti. & dicemus ſub tit. de vſur. Deinde hic alia quæſtio tractatur. Datum eſt pignus creditori, is deceſſit duobus hæredibus relictis: vni ſoluta eſt pars, an cæteri hæredes poſſint fundum pignoratum vendere, an vero ſit ſolutum pignus hac ſolutione? Hic dicitur poſſe totum fundum vendi. Nam hæc obligatio non recipit diuiſionem, nec ante dicitur pignus ſolutum quam tota pecunia ſoluta fuerit, leg. quamdiu. de diſtract. pign. Quid dicemus, ſi debitor ſoluerit debitum non creditori cui pignus dederat, ſed alij, an ſit ſolutum pignus? Et ait, aliquando pignoratitiam actionem competere, etſi alij ſolutum ſit. Exempli gratia, ſi volente creditore debitor alij ſoluerit. Quidam admonent hæc verba, *Vel ei cui heres extitit, &c.* deeſſe in quibuſdam Codicibus, quæ tamen in veteribus leguntur. Si ſolutum ſit non creditori, ſed ei cui ſucceſſit, ſolutum eſt pignus. *Vel procuratori.* Si quis procuret & gerat negocia alterius, recte ei ſoluitur, licet forte ſpecialiter non ſit mandatum ei vt ei ſoluatur. Etiam ſeruo qui exigendis pecuniis præpoſitus eſt, recte ſoluitur. Quod ſequitur paulo obſcurius eſt, & difficilius. Domum conduxiſti, & mihi partem eius locaſti, cœnaculum forte aliquod: ego tibi pignus dedi, vel illata, & inuecta tibi tacite obligata ſunt, etſi pignus tibi non dedero. l. 3. in quib. cauſ. pign. tacit. l. item quia conuentiones. de pact. Certum eſt ſi tibi ſoluero, pignus ſolutum eſſe, & actionem pignoratitiam mihi competere ad pignus repetendum. Sed ſi tibi non ſoluero, ſed ei qui tibi locauit, qui dominus eſt, quæritur an ſolutum ſit pignus, & an mihi competat actio pignoratitia? Hic dicitur competere. Ergo nihil refert an tibi ſoluero qui mihi locaſti cœnaculum, an vero domino ædium, qui tibi totam domum locauit. Nam ſolui poteſt primo ædium

locatori: & ſi partem ei ſoluero & partem tibi, ſiue totam tibi ſiue totam illi ſoluero, pignus ſolutum dicitur.

Certum eſt inuecta & illata ab inquilino in domum locatam, tacite obligari iure pigneris, etiam ſi nihil de eo expreſſim conuenerit, dict. leg. 3. in quib. cauſ. pign. tacit. Sed in hac ſpecie quæritur an inuecta & illata à me in illud cœnaculum conductori ſint obligata tantum pro cœnaculi mercede, an vero pro penſione totius domus conductæ? Et dicitur obligari tantum pro mercede cœnaculi. Hic quæri ſolet, quomodo intelligendum ſit quod dicitur inuecta & illata in cœnaculum obligari, & an hic accipere debeamus vt teneantur primo locatori, qui totam locauit domum, an vero ſecundo locatori, qui mihi locauit cœnaculum? Sed probabilior mihi videtur eorum ſententia, qui dicunt, illata & inuecta primo locatori obligari, quamuis de colono idem dici non poſſit. l. ſi in lege §. 1. locati. Nam bona coloni non obligantur, niſi conuentione expreſſa, quæ non egreditur perſonam: ſed inuecta & illata ab inquilino etiam tacite obligantur, vt iam dixi. Quod dicitur tacite obligari, nos ſic intelligimus, quaſi tacite conuenerit vt ſupellex non teneatur ad vniuerſam penſionem. Occurrit obiectioni his verbis, *Videtur autem tacite & cum domino, &c.* Poterat enim obiici neminem poſſe alij paciſci. Pactum factum cum vna perſona ad alteram non porrigitur. Hic autem conuentio inita eſt cum ſecundo locatore, non igitur eam producemus ad perſonam domini primi locatoris. Nam pactio quæ facta eſt cum cœnaculario, id eſt, qui conduxit magnam aliquam domum, & ſingula eius cœnaculi alteri locat, non proficit domino. Sed iuris interpretatione intelligitur quædam pactio inita eſſe inter locatorem cœnaculi & dominum cœnaculi, vt teneantur iure pignoris inuecta & illata ab eo pro mercede cœnaculi. Quod dicimus ſolutam eſſe oportere pecuniam, quæ debetur, vt competat actio pignoratitia ad repetendum pignus: oportet probam locabilemque monetam creditori ſolutam eſſe. Nam qui reprobos nummos ſoluit, non liberatur, l. eleganter. §. qui reprobos. hic. & l. ſolutum. §. 1. Iuriſconſult. ait id verum eſſe, ſi re vera numerata fuerit pecunia. Nam ſi nihil ſolutum fuerit, poterit competere actio pignoratitia ad repetendum pignus. Nam ſolutione opus non fuit, cũ à me propter ſpem numerationis futuræ datum fuerit pignus, nec tamen pecunia fuerit numerata. Ex his conſequitur idem dicendum eſſe quoties pignus ſoluitur. Pignus enim non tantum ſoluitur & liberatur ſolutione, ſed etiam aliis pleriſque modis de quibus agitur ſub titul. quibus mod. pignus vel hipoth. & ſub titul. de remiſſ. pignor. Et quædam ad hunc locum pertinentia reperiuntur ſub titulo noſtro, quæ perſtringemus breuiter. Quod ergo dictum eſt ſolutione debiti pignus liberari, atque ideo actionem pignoratitiam competere debitori aduerſus creditorem, idem dicendum eſt etſi per creditorem ſteterit quominus ei ſoluatur, ſi oblatum fuerit debitum creditori à debitore, & cum per eum ſtaret quominus acceperit, ſecuta fuerit ſolennis depoſitio & obſignatio, dubium non eſt quin pignus liberetur & tollatur, perinde ac ſi pecunia ſoluta fuiſſet. Ergo hoc etiam caſu competit actio pignoratitia. l. aliena. §. 1. hic. Tametſi dicatur actio pignoratitia competere cum ſolutum eſt debitum, tamen æquitas ſuadet vt ita interpretemur, Solutum fuerit, aut per creditorem ſteterit quominus debita pecunia ei ſoluatur. & hoc eſt intelligendum vt dixi, modo ſecuta fuerit depoſitio & ſolennis obſignatio pecuniæ debitæ. Hoc ſatis eſt expreſſum in l. creditores, & l. vltim. Cod. eod. Hic requiritur depoſitam eſſe pecuniam quæ oblata eſt & obſignata. Nam ſola oblatio non ſufficeret, vt nos docuimus in interpretatione l. ſi mora. ſolut. matrim. & l. qui Romæ. de verbor. obligat. vt liberetur debitor neceſſe eſt obſignari & deponi pecuniam, leg. obſignatione. Cod. de ſolut. his verbis, obſignanda, & conſignanda & deponenda vtuntur Iuris auctores. Quomodo autem fieri hæc obſignatio & depoſitio ſolita fuerit, ſatis colligitur ex l. vltim. de lege commiſſor. Veteres obſignabant & ſignis & annulis ſuis, cum pecunia oblata non acciperetur à creditore, includebatur in crumena aliqua vel arca, & obſignabatur ſigillo & annulo ſignatorio, aut deponebatur in loco publico. leg. acceptam. Cod. de vſur. igitur hæc obſignatio & depoſitio neceſſaria eſt, nec ſufficit ſimplex & nuda oblatio. Receptum tamen eſt oblationem factam in iudicio in hac re ſufficere, & ſi nulla ſecuta fuerit depoſitio, aut obſignatio. quod colligitur ex l. 9. §. 1. hic. vbi nulla fit mentio depoſitionis aut obſignationis. ergo ſufficit ſola oblatio, quia offertur in iudicio. Si offerretur extra iudicium, non ſufficeret ſola oblatio, ſed neceſſaria eſſet depoſitio & obſignatio, vt iam diximus. Vnum hic notandum eſt quod videtur admirabile, Eum qui non recte egit, nihilominus vincere in iudico pignoratitio. Is qui agit actione pignoratitia aduerſus creditorem ſuum ante ſolutionem pecuniæ debitæ, recte non agit, & tamen hic conſequitur rem pignoratam, quamuis non recte egerit, ideo, inquit Iuriſconſultus, quia poſtquam iudicium cœptum eſt, is ſoluit, licet is non recte egerit pecunia debita non ſoluta. Hoc producendum eſt ad omnes caſus ſimiles, vt puta ſi quid promiſſum ſit alicui ſub conditione, & is ante conditionem egerit deinde pendente iudicio extiterit conditio, ſequitur condemnatio, quamuis ante conditionis euentum nulla fuerit obligatio, nulla actio nata, l. cedere diem, de verbo. ſignific. & §. ex conditionali. Inſtit. de verbo. obliga. in fin. Sed tamen ſi pendente iudico extiterit conditio, ſequetur condemnatio propter illud ius quod ſuperuenit pendente iudicio. Fallax autem eſt quod generaliter colligitur ex Bartolo. Sæpe vos admonui has theſes fallaces eſſe, & periculoſum eſſe ita aliquid in vniuerſum definire. Alia cauſa eſt propter quam pignus liberatur & competit pignoratitia actio, cum ſatisfactum eſt creditori à debitore: idque videtur expreſſum fuiſſe edicto prætoris, vt colligitur ex pleriſque locis huius tituli. Exempli gratia, ſi fideiuſſorem aut expromiſſorem dederit creditori debitor, vt pignus remittat, tunc competit actio pignoratitia expromiſſore vel fideiuſſore dato. Licet enim ſolutum non fuerit quod debebatur, tamen ſatisfactum ei eſt, & imputandum eſt creditori qui contentus hoc expromiſſore aut fideiuſſore pignus remiſit, l. ſi rem. §. 1. Similis locus eſt in l. ſoluitur. §. vltim. & in l. item liberatur. tit. quibus modis pign. vel hipo. ſoluit. Vbi dicitur liberari pignus non tantum ſolutione, ſed etiam ſatisfactione. Quæri enim non poteſt is qui admiſit hanc ſatisfactionem loco ſolutionis. Alia cauſa eſt propter quam pignus liberatur, fructus percepti ex re pignorata, ſi forte datus ſit fundus in pignus, ex quo forte tantum fructuum percepit creditor quantum ei debebatur, ſitque compenſatio fructuum perceptorum de fundo pignorato cum pecunia debita, ita vt pignus omnino tollatur, & incipiat competere pignoratitia actio perinde ac ſi debitor creditori vere pecuniam debitam ſoluerit. Nam creditor fructus rei pignoratæ non lucratur, ſed cogitur eos reſtituere. nec transfert debitor in eum niſi cuſtodiam rei pro ſecuritate ſua, & donec ei ſolutum fuerit, nec vllum ius habet ſibi quærendorum fructuum rei pignoratæ. Hoc expreſſum eſt in leg. 1. & 2. Codic. eod. His exemplis declaratur id quod à nobis dictum eſt de fructibus. Nam quamcunque obuentionem hic vocamus fructus, & quicquid commodi ex re percipitur: de quo dicemus ſub tit. de vſur. Penſionem domus hic pro fructu accipimus. Ex his quæ diximus notandum eſt, extenuari debitum propter fructus non tantum qui percepti fuerunt à creditore, ſed etiam quos percipere potuit ac debuit. Fructuum perceptorum difficilis eſt probatio: ſed facile eſt videre quos fructus percipere potuit creditor ex re pignorata: & fit compenſatio horum fructuum cum debita pecunia propter quam pignus obligatum fuit. Idem dicendum eſt hodie moribus noſtris cum venditio aliqua iudicatur fœneratitia, vel in fraudem vſurarum facta. Sæpe enim accidit vt contractus mutui adumbretur & tegatur velamento venditionis alicuius, quia permiſſa eſt venditio redituum. Dubitatum aliquando fuit an recipiendus eſſet huiuſmodi contractus. Et pleriſque videbatur vſurarius eſſe contractus, atque ideo improbatus propter canones pontificios: ſed tamen vtilitatis cauſa receptum eſt hunc contractum valere in extrauag. Regimini. Sed ſi agatur vt vſurarius contractus tegatur velamento venditionis, & appareat factus hic contractus in fraudem vſurarum, quod ex coniecturis colligitur, iudicabitur vſurarius. Quod de fructibus dictum eſt, idem eſt intelligendum de quocunque lucro quod percipitur ex re pignorata. Quicquid quacunq; ex cauſa percipit ex re pignorata creditor, id imputare debet in debitũ. Exemplum eſt in l. ſi conuenerit. hic. Si ego tibi nomen debitoris mei obligauero. Nomina dubium nõ eſt quin poſſint in pignus dari,

Nomi-

Nomina enim ſunt obligationes, *Debtes*. Valet ergo hæc pignoris obligatio, ita vt is, cui obligatum eſt nomen debitoris, vtili actione exigere poſſit debitam pecuniam. Quod ſi eam exegerit, ea pecunia compenſabitur cum eo quod debet is, à quo datum eſt illud nomen in pignus, & pignus intelligitur ſolutum eſſe. Si nomen erat corporis alicuius, quia forte debebatur Stichus, ipſo iure non fiet compenſatio, ſed erit pignoris loco id quod acceperit. Hunc locum nos ſupra interpretati ſumus. Aliud exemplum eſt in l. ſi pignore. 22. Actio furti dubium non eſt, quin competat creditori pignoris ſurrepti nomine. Datur enim & furti actio cuius intereſt. Pignus ſurreptum eſt, egit creditor actione furti: conſequutus eſt pœnam dupli vel quadrupli: hic quæritur, an hoc quod conſequutus eſt, imputare debeat in debitum. Hic præterea quæritur ſi creditor egerit actione furti aduerſus debitorem ipſum, quia ipſe debitor ei pignus ſurripuerat, & conſecutus fuerit ab eo dupli vel quadrupli pœnam, an id in debitum imputandum ſit? Priore caſu æquum eſt in debitum id imputari, quia ex pignore creditor lucrari debet. In hac ſpecie poſteriore ratio exigit, vt non imputetur in debitum, ne maneat impunitus debitor. Et hæc eſt exceptio eius regulæ in qua diximus, Creditor quicquid lucri percepit ex pignore, id imputare debet in debitum. Hinc vulgo deciditur quæſtio agitata in iudiciis de ſumptibus, qui adiudicantur propter contumaciam aduerſarij. l. ſancimus. C. de iud. Contumax non niſi refuſis ſumptibus admittitur ad litigandum in iudicio: nos ſumptus præiudiciales vocamus. Quod ſi is, qui propter contumaciam ſumptus ſoluit, obtinuerit in iudicio, & ſumptus ei generaliter adiudicati fuerint, an has impenſas repetere poterit, quas ſoluit propter contumaciam ſuam? Et receptum eſt has impenſas non repeti: alias eius contumacia maneret impunita. Eſtque hæc ſpecies ſimilis ei quam hic tractamus. His addi poſſunt & alij modi, quibus liberatur pignus: ſed de his, quæ ad alios titulos pertinent, nihil omnino decreui hic attingere. Vide tit. de remiſ. pign. & tit. quib. mod. pignus vel hypo. ſolui. Variis modis pignus ſoluitur. Vnum hic notandum eſt, ex quibuſcunque cauſis pignus ſoluitur, ex eiſdem pignoratitiam actionem competere, perinde ac ſi pecunia ſoluta fuiſſet, quæ debebatur. Ex iam dictis facile animaduerti poteſt duo neceſſaria eſſe, vt obligatio pignoratitia detur: & hæc duo exprimenda eſſe in formula intentionis pignoratitiæ, & probanda eſſe, ſi creditor aduerſus quem agitur actione pignoratitia id quod intenditur, inficietur. Primum oportet traditum eſſe pignus, ſecundo oportet ſolutum aut ſatisfactum eſſe à debitore creditori, aut aliter pignus liberatum eſſe. Hæ ſunt cauſæ quas neceſſe eſt exprimere in libello, & quas oportet probare. Si alterum horum deficiat, ceſſat hæc actio pignoratitia, nec ea agi poteſt. Plerunque accidit, vt alia actio detur vtilitate id exigente, cum deficit actio pignoratitia. Vnum exemplum obſeruatione dignum eſt in l. petenti. 27. Ego tibi debebam centum ex cauſa mutui: cum repoſceres à me pecuniam debitam, nec haberem, dedi tibi vas aureum, vt illud alij creditori in pignus dares, ſi ita tibi videretur: dediſti, deinde ſolui pecuniam, quæritur, quæ actio mihi competat aduerſus te. Pignoratitia hic habere locum non poteſt, quia nullum pignus contractum eſt. Verum quidem eſt me tibi dediſſe vas aureum, ſed non dedi tibi in pignus. Pignus tantum dicitur contrahi cum conuenit, vt res ſit obligata pro debito. Hic quamuis tibi fuerit data res, tamen non conuenit, vt obligata eſſet iure pignoris, ſed vt pecuniam mutuam ab alio creditore acciperes, & id vas in pignus dares. Sed iniquum eſt defici actione eum, qui rem ſuam ea lege & conditione alteri dedit, atque ideo ad id repetendum alia actio ei danda eſt. Præſcriptis igitur in factum verbis actio dabitur. Præſcriptis verbis tunc agitur cum contractus aliquis nullus eſt inter aliquos, qui nomen proprium contractus non habet, l. 1. 2. & 3. ff. de præſcr. verb. Agetur præterea actione ad exhibendum. hic intelligimus propriam præſcriptis verbis actionem. Ex his intelligitis quibus ex cauſis detur hæc actio pignoratitia. Proximum eſt, vt videamus quid in hanc actionem veniat. Vtrunque enim in omnibus actionibus ſemper inquirendum eſt. Si hæc duo intelligamus in omni actione, nihil erit facilius quam concipere actionis formulam in iudicio.

Sumptus præiudiciales nõ repeti.

Quid veniat in hanc actionem. Cap. V.

HAc actione petitur reſtitutio rei pignoratæ, & id quod intereſt actoris, id eſt, ſi quid præterea eius interſit. Hoc colligitur ex l. ſi rem. §. vlt. hic. Qua autem ex cauſa petere id quod noſtra intereſt, debeamus hac actione, exemplis demonſtratur in l. 2. & l. creditor. 6. C. Si forte res pignorata deterior facta ſit culpa & negligentia creditoris, debet reſtitui qualis fuit tempore obligationis. Idem in l. 6. Simile exemplum eſt in l. eleganter. §. ſi vendiderit. Sed hic quæritur, ſi venditum ſit pignus à creditore, quia videbat ſibi non ſolui pecuniam debitam, quid petatur hac ratione. Nam creditori permittitur pignus vendere, vt poſtea dicturi ſumus. Quid ſi poſtea, id eſt, poſtquam diſtractum eſt pignus debitor ſoluit pecuniam? Quid petet hac actione debitor? Dicendum eſt eum petere ſuperfluum precij quod redactum eſt ex venditione pignoris. l. pen. hic. Ego accepi à te centum mutua, dedi tibi pignus, cum ego non ſoluerem, pignus vendidiſti ducentis: mihi datur aduerſus te actio ad ſuperfluum precij, id eſt, ad centum. Ego petam præter ſuperfluum precij vſuras quoque eius ſuperflui: In actionibus enim bonæ fidei veniunt vſuræ, vt dicemus ſub tit. de vſur. Hinc exiſtit quæſtio, Creditor vendidit pignus (vt propoſitum eſt in hac ſpecie) ducentis: ſed habita eſt fides de precio: agitur aduerſus eum, vt ſuperfluum precij reddat: is contendit ſibi nondum quicquam ſolutum fuiſſe ex ea venditione, ſed ſe paratum eſſe delegare emptorem eius pignoris, id eſt, efficere, vt emptor ille pignoris debeat debitori, cuius pignus diſtractum fuit, & liberetur creditor, qui illud vendidit, tit. de nouat. & deleg. Debitor petit, vt creditor ſibi ſoluat. Hic quæritur, an ſufficiat delegare emptorem, qui rei pignoratæ precium debet? Hic dicitur non ſufficere, atque ideo delegatio hic non recipitur pro ſolutione. Sed obiicitur hic alius locus in hoc tit. in l. eleganter. §. ſi vendiderit. qui huic contrarius videtur. Hic dicitur, ſi creditor, qui vendidit pignus, nondum receperit precium ab emptore, pignoratitio iudicio ſuperfluum precij non cogi ſoluere debitori: ſed debitorem debere expectare, donec ei ſolutum fuerit, vel ſaltem mandandas eſſe actiones à creditore debitori, quas habet contra emptorem pignoris. Hæc videntur contraria eſſe. Iam diximus delegationem non recipi: ſed hæc diuerſa ſunt, nec vlla eſt omnino contrarietas. In l. pen. dicit Papinianus delegationem non admitti, ſed cogi ſoluere: hic non loquitur de delegatione, ſed ait eum poſſe actiones mandare, quas habet aduerſus emptorem, quibus debitor experietur periculo creditoris. Nam is, qui mandat actiones ſibi competentes aduerſus alium, non ideo liberatur. At is qui delegat debitorem ſuum alij, liberatur. Cum creditor, qui vendidit pignus, mandat actionem ſibi competentem aduerſus emptorem pignoris, mandata actione non liberatur, quia manet ſemper obligatus: idque vtile poteſt eſſe debitori, qui agit actione pignoratitia, vt maneat obligatus creditor, donec conſecutus fuerit precium, de quo agitur, ab emptore pignoris, qui forte non eſt ſoluendo. Iniquum eſſet eum, cum quo negocium contractum eſt liberari: ſed cum debitor debitorem ſuum delegat, liberatur omnino. Cum ergo vna lex de delegatione loquatur, altera de actione mandata, apparet hæc diuerſa eſſe magis quam pugnantia. Septem ſolutiones diuerſæ recenſentur ab Accurſio in interpretatione d. l. pen. Nunc videndum eſt de exceptionibus reo competentibus aduerſus quem agitur actione pignoratitia. Nam ex pleriſque cauſis pignus retinetur à creditore, nec id reddere cogitur creditor actione pignoratitia, de quibus nunc tractaturi ſumus.

Cap. VI.

De exceptionibus reo competentibus hac actione conuento.

VNa eſt, ſi creditor pignus emerit à debitore: tunc enim iuſta eſt eius exceptionis defenſio, ſi conuentus actione pignoratitia contendat ſe pignus emiſſe à debitore. l. aliena. 20. §. 1. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. Caius. 29. ad fi. tit. Caius Seius Lucio Titio fundum quendam ſuum in pignus dedit, ob mutuam pecuniam, quam ab eo acceperat:

conuenit, vt eo pignore vtatur ad certum tempus: non autem venditum eſt, aut alienatum pignus. Creditor teſtamento legauit fundum ſibi pignoratum tanquam ſuum, & his verbis vſus eſt, *Lego Sempronio fundum illum quem à Caio Seio emi.* Debitor teſtis adfuit huic teſtamento faciendo, & teſtamentum ſignauit annulo ſuo. Hic quæritur, an amiſerit ius pignoris, an nihilominus danda ſit actio pignoratitia ad pignus repetendum? Quæſtio ex eo naſcitur, quod teſtator faciens teſtamentum ſuum, legauit hunc fundum tanquam ſibi venditum à debitore, & adhibuit teſtem debitorem huic teſtamento faciendo, qui annulo ſuo ſignauit teſtamentum: quia teſtamentum obſignando videtur id comprobare & ratum habere quod in teſtamento adſcriptum erat. Adſcriptum autem erat in teſtamento emptum ab illo fuiſſe illum fundũ. Conuenit tamen inter creditorem & debitorem, vt creditor vteretur certo tantum tempore re pignorata: de re vendenda nihil cautum eſt inter eos. Illa ergo obſignatio non præiudicet ei, quaſi videatur comprobare, quod in teſtamento ſcriptum fuit: & idem dicitur in aliis locis de ſubſcriptione. Si quis ſubſcribat teſtamento tanquam teſtis, ea ſubſcriptio ei non præiudicat. Exemplum vnum eſt in l. Titia cum teſtamento. de lega. 2. Si quis legauerit ſeruo meo fundum in teſtamento ſuo, & hæredes diuiſerint illum fundum, & adfuero illi diuiſioni tanquam teſtis, mea præſentia, etſi teſtis adhibitus ſim, non tollit mihi ius meum. Eſtque ſimile exemplum in l. ſi pater. C. de fideiuſſ. & hunc locum tractaui in interpretatione §. Chryſogonus. de verbor. oblig. Quod ergo dicitur tunc inhibendam eſſe actionem pignoratitiam, cum debitor pignus vendidit creditori, hoc eſt intelligendum, ſi conſtet re vera venditum eſſe pignus creditori, hic autem non conſtat. Sed hic naſcitur difficultas ex l. fideiuſſor. §. pater. de pignor. Difficilis eſt antinomia in ea lege. Pater cum mutuam pecuniam acciperet, iuſſit filio ſuo emancipato, vt cautionem de ea re manu ſua ſcriberet, idque factum eſt à filio emancipato. Cauit pater filio ſcribente manu ſua ſe mutuam pecuniam accipere à Lucio Titio ſub commemoratione domus ad filium emancipatum pertinentis quam obligat iure pignoris & hypothecæ ob hanc mutuam pecuniam: quæritur, an valeat pignoris obligatio tanquam filio conſentiente facta? Nam quæſtio oritur ex eo, quod obligata eſt res aliena, & tunc non naſcitur actio hypothecaria, niſi conſentiente domino obligata ſit. Sed quæſtio eſt, an ex eo videatur conſentire filius emancipatus, quia cautionem manu ſua conſcripſit. Reſpondet Modeſtinus, manifeſtum eſſe filium conſenſiſſe, vt ille fundus pignoraretur, cum manu ſua cautionem ſcripſerit. Iam autem diximus obſignationem teſtamenti non nocere ei, qui teſtamentum obſignauit, quaſi videatur ea comprobare, quæ teſtamento deſcripta erunt: hic vero cautionem manu ſua nomine alicuius conſcriptam nocere. Hæc videntur pugnantia eſſe: hocque difficultatem auget, quod vterque locus eſt eiuſdem auctoris. Vtrunque enim caput habet inſcriptionem Modeſtini: lib. 4. reſponſ. Sed ſi diligenter expendamus vtramque ſpeciem, magna apparebit diſſimilitudo, vt mirum non ſit, varie hic reſponſum eſſe à Modeſtino. In his quæ ex reſponſis Iureconſultorum ſumpta ſunt, & translata in hos libros, ſingulæ ſpecies maxime ſunt conſiderandæ. In hac noſtra ſpecie non potuit Modeſtinus aliter reſpondere, de facto conſultus. Eſt enim quæſtio facti: quæritur, an is qui obſignauit tabulas teſtamenti, id comprobet quod ſcriptum erat in eis tabulis. Modeſtinus hic bene reſpondit ſecundum ea quæ proponebantur. Non eſt propoſitum Modeſtino, nec recitatum, nec lectum eſſe teſtamentum, ex quo poſſit apparere, vel tacitus conſenſus eius, qui tabulas obſignauit. atque ideo reſpondet, *Contractui pignoris non obeſſe, &c.* Signaſſe enim proponitur: nec aliud proponitur quam annulo ſuo ſignaſſe tabulas teſtamenti. Poterit ſignare tabulas teſtamenti, non intelligens forte, quæ in eo teſtamento deſcripta erant. Nam ita teſtamentum obſignari ſolet. l. hac conſultiſſima. C. de teſta. Teſtator chartam complicatam, & inuolutam, quam teſtibus adhibitis oſtendit & affirmat ſuum teſtamentum eſſe, teſtes adhibiti ſignent, & ſignum ſuum imprimunt tabulis. Cum igitur hoc tantum propoſitum ſit Modeſtino, eum de quo quæritur, ſignaſſe tabulas teſtamenti, certe ab eo recte & magna cum ratione reſponſum eſt eam obſignationem nullum ei præiudicium facere. Nullus enim conſenſus arguitur eius, qui ſignauit ex hac ſignatione. In altera autem ſpecie proponitur filium cautionem manu ſua conſcripſiſſe, ita vt cauſari non poſſit ignorantiam eorum, quæ cautione continebantur: atque ideo Modeſtinus reſpondit, manifeſtum eſſe eum conſentire illi obligationi fundi, cum ſua manu chirographum ſcripſerit. Videntur hæc multum diuerſa eſſe. Præterea in hac ſpecie dicitur mentionem factam eſſe venditionis. Sic enim affirmat Lucius Titius ſe emiſſe à Gaio Seio. In altera re vera obligauit fundum, qui pertinet ad filium ſuum. Sed dubitauerit fortaſſis quiſpiam, ſi ponamus eum, qui ſubſcripſit tabulis, vel obſignauit tabulas, non aliter conſenſiſſe negotio, an propter hanc obſignationem conſenſiſſe videatur? Sed hæ quæſtiones facti ſunt: ideoque videndum eſt, quid actum ſit, & an tanquam teſtis adhibitus ſit negotio. Quod ſi verum ſit, nec obſignaſſe, nec ſubſcripſiſſe, ei præiudicare non poteſt. In dubio tamen, qui ſubſcribit tabulis à ſe lectis, ſibi præiudicat, idque ſatis expreſſum eſt in l. ſicut. §. non videbitur. quib. mod. pign. ſolu. Alia cauſa propter quam inhibetur pignoris repetitio, & reo datur exceptio aduerſus quem agitur actione pignoratitia eſt, ſi venditum ſit pignus à creditore, cum debitor ceſſaret pecuniam debitam exſoluere. Nam hoc caſu reus tuendus eſt exceptione, ſi actione pignoratitia conueniatur, ſecundum diſtinctionem, quæ poſtea ſubiicitur, id eſt, non poterit pignus ipſum quod tradiderat repetere. Sed in hac re diſtinctio adhibenda eſt, cum quæritur de venditione pignoris, quando id vendere licet, & quando ea venditio præiudicet debitori, qui pignus tradidit. Quæ traditur in l. 4. hic. Aliquando conuenit, vt liceat creditori pignus vendere pecunia non ſoluta, aliquando nihil tale conuenit: interdum conuenit, ne vendere liceat. Iſti caſus diſtinguendi ſunt. Primus caſus eſt, cum conuenit, vt creditori liceat pignus vendere, ſi pecunia debita ipſi non ſoluatur: & videndum eſt, quæ ſit vis huius conuentionis. In primis dicitur in d. l. 4. licere creditori ſecundum formam huius conuentionis vendere, & eam eſſe vim huius venditionis, vt dominium acquiratur emptori, quamuis venditor dominus non fuerit. Mirum eſt dominium in emptorem transferri ab eo, qui dominus non fuit, cum dicatur neminem plus iuris in alium transferre quam ipſe habet, in l. traditio. de acquir. rer. dom. & tamen, qui dominus non eſt, facit dominum emptorem, §. 1. Inſtitut. quib. alienare non lic. Contingit aliquando (inquit Iuſtinianus) vt, qui dominus non eſt, alienare poſſit; & è conuerſo, vt qui dominus eſt, alienare non poſſit. Huius rei hic exemplum eſt. Multum autem refert, quibus verbis concepta ſit hæc conuentio de diſtrahendo pignore, cum quæritur de vi & poteſtate conuentionis, vt cognoſcamus, an ſecundum conuentionem vendere liceat, & quando vendere liceat. Spectanda igitur eſt forma conuentionis. Atque hinc naſcuntur quæſtiones, de quibus in l. ſi neceſſarias. §. ſi annua. & ſeq. Ego promiſi mutuam pecuniam ſoluere annua, bima, trima die, id eſt, anno primo, anno ſecundo, anno tertio. Si quis promiſerit ſoluere trecenta annua, bima, trima die, hæc verba ſic accipiemus, quaſi promiſerit ſoluere centum primo anno, totidem ſecundo, totidem tertio anno. Dies pro tempore accipietur: annua dies, id eſt, tempus annuum, id eſt, annus. Huius pecuniæ mutuæ nomine dedi tibi pignus, & conuenit, vt vendere liceat, niſi ſua quaque die pecunia ſoluta ſit. Primo anno non ſolui pecuniam, an ſtatim poteris pignus vendere ſecundum formam huius conuentionis? Ait Iuriſconſultus non poſſe ſtatim pignus vendi, etſi primo anno ſoluta non ſit pecunia, quia his verbis omnes penſiones demonſtrantur, ſed oportet expectare, donec tres anni effluxerint. *Sua die ſoluere,* id eſt, die conſtituta. *Si ſua quaque die.* Hæc verba ſic accipere debemus propter vſum loquendi: quaſi dictum eſſet, ſi nulla die ſua. Nec multum hic refert, an præponatur negatio, an vero poſtponatur ſigno vniuerſali. Simile exemplum eſt in l. ſi ſeruus. §. ſi quis plurium. ſi quis cautio. Ergo ſi non fuerint ſoluta centum primo anno, pignus vendere non licebit. *Sed ſi ita.* Si ita concepta ſit conuentio, Si qua pecunia ſua die ſoluta non fuerit. Tu mihi promiſiſti ſoluere trecenta

Cõciliatio l. Gaius Seius. cum l. ſi fideiuſſor. § pater. de pigno.

annua bima die, & conuenit vt ſi qua pecunia ſoluta non fuerit ſua die, pignus vendere liceat. Hæc verba ſatis clara ſunt, etiam ſi ceſſauero pecuniam ſoluere primo anno tantum, pignus poteris vendere. Alia quæſtio tractatur in §. ſequen. de vendendo. Si in conuentione expreſſa ſit perſona de pignore vendendo, an ea pactio ad alias perſonas extendatur? ait Iuriſconſultus non extendi, l. iuriſgentium. §. pactionum. de pact. Pacta quædam ſunt in rem, quædam in perſonam. In rem conuentionem exprimi tutius eſt, vt vendere liceat. His verbis oſtenditur quamuis concepta fuerit conuentio in rem, magis quam in perſonam, tamen etiam comprehenſam videri perſonam hæredis. Nam hæredis & defuncti eadem perſona eſſe exiſtimatur, Nouel. Iuſtiniani de iureiur. à morien. præſt. Alia quæſtio eſt in §. ſeq. de vi & poteſtate pacti huiuſmodi. Ego à te accepi mutuam pecuniam, dedi tibi pignus, conuenit vt debitore non ſoluente pignus tibi vendere liceat. Et hic videtur vendere licere, quia benigna interpretatione ſuadenteque æquitate pactum illud ad vſuras producendum eſt, etſi nihil de vſuris nominatim conuenerit. Præterea notandum eſt de poteſtate huius conuentionis, propter hanc conuentionem non eſſe ademptam debitori pignoratitiam actionem omnino. Nam tametſi non poſſit pignus repetere, iuſte ſummoueatur à repetitione pignoris, tamen ſi vendendum ſit pignus, & maius precium acceptum ſit, quam quod debetur creditori, ſuperfluum precij poteſt peti hac actione, atque ideo non omnino hac pactione, quæ permittit pignus vendere, actio pignoratitia adimitur, l. 3. C. eo. Quomodo id accipiendum ſit, poteſtis intelligere ex l. 6. §. vlt. Hic quæritur etiam an propter hanc pactionem creditor pignus vendere cogatur. Ego tibi dedi rem aliquam meam in pignus, non habeo pecuniam vnde tibi ſoluere poſſim: ego peto, vt vendas pignus, quæritur an poſſim te cogere ad pignus vendendum? Hæc quæſtio tractatur in l. quamuis. in prin. & dicitur eum non poſſe cogi. Hanc enim pactionem ſic interpretamur, quaſi creditoris gratia facta ſit, ſi velit vendere: contra eum ergo non debemus eam interpretari, l. quod fauore. C. de legibus. Cogetur tamen oſtendere & exhibere debitori, ſi debitor vendere velit, & debitor poteſt creditorem cogere, vt exhibeat: quia niſi exhibeatur res, non facile inueniet emptorem. Hic Iuriſconſultus refert opiniones, quas non probat: & dicit ex cauſa tantum cogendum creditorem. Si igitur res mobilis ſit, creditor eam exhibere cogitur. Inciuile enim, cogi inuitum creditorem vendere pignus, cuius gratia inita eſt hæc conuentio. Aliquando conuenit, vt pignus detur ſine vlla conuentione de pignore vendendo: & hoc caſu etiam vendere licet, vt dicitur in l. 4. nam tacite actum eſſe intelligimus, vt non ſoluente debitore liceat creditori pignus vendere. Tertius caſus eſt, cum conuenit inter creditorem & debitorem, ne liceat vendere pignus: & tamen hoc etiam caſu licet vendere non ſimpliciter, ſed poſt trinam denunciationem & monitionem, vt hic dicitur, ſi fuerit ei ter denunciatum vt ſoluat. Nam niſi ſoluerit ter denunciatus, tunc etiam licet creditori pignus vendere. Id etiam ratio exigit. Datur enim pignus creditori, vt ſecurior ſit. Si cogeretur ſemper illud ſeruare, quod forte tempore conſumeretur, nulla eſſet eius ſecuritas. Sed propter conuentionem qua conuenit, ne vendere liceat pignus, requiritur trina denunciatio. In hac autem diſtinctione cum dicimus, ſi non ſoluat debitor, creditorem poſſe pignus vendere, accipimus non ſolui, etiam ſi pars tantum ſoluatur. Duo exempla hic ſunt: vnum eſt in l. 1. ſolutum. §. ſi creditori. Aliud eſt in l. 8. §. ſi vnus. Multa alia ad hunc locum pertinentia adduci poſſunt ex tit. de diſtract. pigno. tam ff. quam Cod. ſed ea non ſunt propria huius tractatus. Alia cauſa eſt propter quam inhibetur pignoris repetitio, & per conſequens actio pignoratitia, ſi pignus abſque culpa & vitio creditoris perierit. Iuſta enim eſt eius defenſio, ſi conuentus actione pignoratitia, dicat rem quæ data fuit pignori, caſu aliquo fortuito intercidiſſe. Exempla multa ſunt in hoc titulo C. & in l. 4. in l. quæ fortuitis. in l. 5. & in omnibus fere legibus ſequent. Notandum eſt vnum exemplum quod extat in l. pignus. C. eod. Si quis rem pignoratam depoſuerit in horreo, in quo alij ſolent publice res ſuas deponere, ſi amiſſa ſit res, non cogetur reddere pignus, quaſi eius culpa & vitio amiſſa ſit. Conſuetudo recepta, aut etiam error populi interdum excuſat à vitio & culpa. Simile exemplum eſt in l. 3. ad S. C. Maced. de eo qui mutuam pecuniam dedit filiofamilias, qui publice habebatur pro patrefamilias: is locabat, vendebat, & iiſdem muneribus fungebatur, quibus patresfamilias vti ſolent. Hæc populi æſtimatio iuſtam excuſationem adfert, vt aduerſus filiumfamil. detur actio ex mutuo, quæ alias non daretur. In iudicio igitur pignoratitio præſtatur dolus & culpa: fortuitus autem caſus non præſtatur, l. ſi cum venderet. 13. hic. Culpam hic leuem intelligere debemus: leuiſſimam enim culpam non præſtat creditor in re pignorata, §. vlt. Inſt. quib. mod. re contrah. oblig. Nam pignus vtriuſque gratia contrahitur, non tantum gratia creditoris, ſed etiam debitoris. Sequenda eſt diſtinctio tradita in l. ſi vt certo. §. nunc videndum. commod. Diximus in depoſito, quia depoſitum fit gratia deponentis tantum, dolum & latam culpam præſtari: nulla enim eſt eius vtilitas apud quem deponitur. In commodato venit leuiſſima culpa, l. in rebus. commod. In his autem contractibus, qui fiunt vtriuſque gratia, præſtatur dolus & lata culpa, quod accidit in pignore. Pignus contrahitur in gratiam debitoris, vt pecuniam mutuam habere poſſit, & gratia creditoris, vt in tuto ſit debitum. Pignus etiam aliquando ſimile eſt commodato. Nam commodatum aliquando fit gratia vtriuſque: & hoc caſu præſtatur tantum lata culpa & dolus. Notandum eſt quod additur ab aliquibus, vnius periculum præſtari aliquando in actione pignoratitia, cum videlicet per vim creditor pignus abſtulit, ſibi obligatum à debitore. Id ſumitur ex l. qui ratiario. 30. hic. Ratiarius dicitur à rate, vt nauicularius à naui. Quidam ratiario mutuam pecuniam dedit, cum ad diem ea pecunia non ſolueretur, ratem detinuit propria ſua auctoritate: periit inundatione ratis: hic dicitur teneri. Sed in hac ſpecie non proponitur pignus obligatum fuiſſe. Is qui ratiario mutuam pecuniam dederat, cum ad diem non ſolueretur pecunia, ratem propria auctoritate detinuit, quaſi iure pignoris, cum tamen nullum ius pignoris haberet. Si voluntate ſua conſenſiſſet debitor, vt ratis detineretur, maior vis non præſtaretur, ſed culpa tantum & dolus. In eo autem caſu, de quo conſultus eſt Paulus, nullum pignus contractum eſt. Tunc etiam retinetur pignus à creditore, quamuis ſoluta fuerit pecunia propter quam pignus datum fuit creditori, cum debitor aliam obligationem poſtea contraxit ſine pignore. Et hic caſus dignus eſt animaduerſione. Hoc traditur in l. vnica. Cod. etiam ob chirogr. pecuniam. Vt autem hoc intelligatis, diſtinguenda eſt pecunia chirographaria ab ea, quæ debetur cum pignore. Cum nulla pignoris obligatio accedit principali obligationi, quæ perſonalis eſt, vocatur chirographaria. Aliquando accidit, vt ob chirographariam pecuniam, id eſt, quæ debetur tantum actione perſonali, non etiam hypothecaria, pignus retineatur. Exempli gratia, mihi dediſti pignus ob mutuam pecuniam, deinde aliam pecuniam à me accepiſti ſine pignore: non conuenit de pignore obligando, nec vllum eſt pignus datum mihi: ſoluiſti pecuniam ob quam datum fuit pignus, & petis illud pignus tibi reſtitui: ego peto mihi ſolui pecuniam quam poſtea tibi dedi: & hic dicitur quaſi iure quodam penſationis pignus retineri poſſe. Sed hinc multæ naſcuntur quæſtiones de rebus ipſis, de quibus contrahitur, atque item de perſonis. Sed de rebus primum videndum eſt.

Ad l. vnic. C. etiam ob chirogra. pec. pignus ten. poſſe.

CAP VII.

De rebus de quibus pignus contrahitur.

Diximus ſupra, pignus contrahi non tantum de rebus mobilibus, ſed etiam de immobilibus. Sed plærunque quæritur an res ſit propria eius, qui in pignus dedit, an aliena, & multa alia de rerum qualitate quæruntur. Et dubitatur, an ideo deneganda ſit actio pignoratitia, exempli gratia, refertur aliquando quæſtio dominij. Si quis agat pignoratitia actione repetendi ſui pignoris cauſa, & aduerſarius, contra quem agitur, contendat eum dominum non eſſe huius pignoris. Hic refertur quæſtio dominij ad impediendam pignoris repetitionem. Vnde quæritur, an pignus rei

alienæ valeat? Hæc eſt prima quæſtio de re aliena, quæ tractatur in l. aliena. 20. hic. *Aliena res pignori dari voluntate domini poteſt.* His verbis ſignificat Iuriſconſultus, rei alienæ pignus non valere, niſi voluntate domini pignus contractum ſit, vel niſi dominus ratum poſtea habuerit. Alia exceptio additur in l. ſi fundus. 16. §. 1. de pign. & in §. aliena. Si quis rem alienam pignori dederit ſub conditione, ſi eius dominium poſtea nactus fuerit, valet pignoris obligatio, l. 1. in princ. ꝭ. de pignor. Sed cur aliena res pignori dari non poteſt, cum res aliena vendi poſſit? l. rem alienam. de contrah. empt. cur idem non dicimus de obligatione pignoris? Ratio diuerſitatis hæc eſt, quia in contractu pignoris res ipſa obligatur, & is qui contrahit pignus, non obligat perſonam ſuam, ſed obligat rem. Si valeret obligatio rei alienæ, id præiudicium adferret domino eius rei: atque ideo conſtitutum eſt rei alienæ pignus non contrahi. Si quis obliget rem meam alicui, non valet pignoris obligatio, nec creditori actio hypothecaria datur ad eam rem perſequendam. Sed cum quis rem alienam vendit, obligat perſonam ſuam non rem: obligatur ad rem tradendam, ſed domini rei non intereſt, an perſonam ſuam quis obliget ad dandum quod ſuum eſt, modo ſtatus rei non mutetur: idooque dicitur actio in perſonam, quæ datur aduerſus venditorem, ſed actio in rem, quæ dicitur hypothecaria, naſcitur ex pignore, & pignus dando obligatur res: ideo obligatio rei alienæ non recte contrahitur, ſed an detur actio pignoratitia pro re aliena? Hæc eſt præcipua quæſtio noſtræ diſputationis. Actio pignoratitia eſt in perſonam, non in rem, ſicut hypothecaria, & datur debitori aduerſus creditorem, ad repetendum pignus, poſtquam debitum eſt ſolutum: an ergo ſi quis ſoluerit pignus, poſſit actione pignoratitia pignus petere? Videtur repetere non poſſe, quia pignus de re aliena inutiliter contrahitur. Si pignus inutiliter contrahitur de re aliena, quî fieri poteſt, vt repetatur tanquam pignus? vt poſſit competere actio pignoratitia, oportet pignus contractum eſſe: hic autem pignus inutiliter contrahitur de re aliena: ergo non videtur actione pignoratitiæ locus eſſe ad pignus repetendum. Sed tamen dicitur actioni pignoratitiæ locum eſſe, in l. ſi rem alienam, §. res quoque. 9. hic. Idem eſt quod ante diximus de commodato. Si quis commodauerit rem alienam, datur ei actio commodati. l. commodare. cum l. ſequen. commo. Sic etiam actio pignoratitia datur ad pignus, quod datum eſt, repetendum, ſiue fuerit proprium dantis, ſiue alterius, ita vt actio pignoratitia detur etiam prædoni. l. ſi pignore. 22. §. ſi prædo. Sic videtur nihil intereſſe inter actionem commodati, & actionem pignoratitiam, de qua hic loquimur. Quod autem diximus de re aliena inutiliter contrahi pignoris obligationem, illud intelligere debemus inutiliter contrahi in præiudicium domini, vt actio hypothecaria detur propter eam obligationem, vel aduerſus dominum, vel aduerſus alium, qui eam rem poſſidet, ad eam rem perſequendam. Id enim iniquum & iniurioſum eſſet. Sed tamen inter dantem & accipientem obligatio contrahitur, de qua hic loquimur. Cum ego tibi rem alienam in pignus do, obligatio contrahitur inter te, & me, & obligaris mihi ad reddendum pignus poſtquam ſoluero tibi pecuniam, ob quam pignus datum eſt, etſi obligauero rem alienam: quæſtione dominij relata non poteſt reus perimere petitionem meam: quia cogendus eſt reus pignus reſtituere. Hic igitur obligatio perſonalis contrahitur inter dantem & accipientem, qua accipiens obligatur ad rem reddendam. Ergo quod diximus rem alienam non obligari, hoc ad hypothecariam actionem referendum eſt, vt in præiudicium domini creditor non habeat actionem aduerſus dominum, vel alium, qui eam poſſidet ad eam perſequendam. Hoc plenius à nobis declaratum eſt in l. ſi alienam. 11. ſolut. matr. vbi diſtinximus omnes contractus, in quibus refertur quæſtio dominij. In hac igitur quæſtione diſtinguitur actio pignoratitia, ab actione hypothecaria. Hinc naſcuntur duæ quæſtiones tractatæ apud Paul. in l. rem alienam. 41. qui locus difficilis eſt propter antinomias, nec vlla eſt antinomia in hoc toto tractatu difficilior explicatu. Duplex eſt quæſtio de eo qui rem alienam obligauit, deinde eius rei dominus effectus eſt, an ob id quod poſtea dominus debitor eius rei effectus eſt, detur actio hypothecaria. Altera quæſtio eſt de eo, qui obligauit rem alienam, cui poſtea hæres extitit dominus: an propterea quod dominus rei obligatæ ſucceſſit ei, qui eam obligauit, conualeſcat pignoris obligatio, & detur actio hypothecaria? Difficilis eſt antinomia propter l. ſi Titio. 22. de pignor. adeo autem viſus eſt hic locus obſcurus interpretibus, vt auſi fuerint verba harum legum immutare. Sed hæc lectio in omnibus veteribus codicibus extat, & præipue in Florentinis, nec tam temere hæc lectio immutanda eſt. Videndum eſt igitur, quid de vtraque quæſtione iudicandum ſit. Prior ſpecies, vt iam dixi, eſt de eo, qui obligauit rem alienam, deinde eius rei dominus effectus eſt. Cum quis obligat rem alienam, nulla pignoris eſt obligatio in præiudicium domini, ſed quia eius rei dominium acquiſitum eſt debitori, poteſt dubitari an conualeſcat pignoris obligatio, quæ ab initio inutilis fuit? Hic reſpondet Iuriſconſultus, *Datur actio vtilis pignoratitia creditori.* Pignoratitiam hic accipimus pro hypothecaria, vt ante diximus, quamuis actio pignoratitia frequentius accipiatur pro ea, quæ in perſonam eſt, qua repetitur pignus à creditore poſtquam debitum eſt ſolutum: tamen accipitur nonnunquam pro in rem actione, qua creditor pignus obligatum perſequitur apud poſſeſſorem. Hæc actio multis nominibus deſignatur: frequenter hypothecariam vocant Iuriſconſult. Non eſt igitur mirum vtroque verbo hanc actionem deſignari, cum inter pignus & hypothecam nominis ſonus tantum differat, vt ſupra dixi. Dicitur etiam & quaſi ſeruiana actio, quia ad exemplum ſeruianæ actionis comparata eſt. Actio ſeruiana proprie eſt de rebus illatis & inuectis à colono in fundum conductum. Viſum eſt vtile & æquum prætoribus res inuectas & illatas in fundum conductum obligari domino fundi locati, atque ideo propoſita eſt actio à Seruio quodam prætore, quæ ideo dicitur Seruiana. Deinde vtilitas eius rei fecit, vt produceretur longius ad quaſcunque res, de quibus conuenit inter debitorem & creditorem, vt ſint obligatæ pro debito: ita vt longe generalior ſit propoſita actio, non ſolum de rebus coloni, ſed de quibuſcunque rebus, quæcunque obligatæ eſſent pro debito: & vocatur quaſi ſeruiana, quia ad exemplum ſeruianæ actionis prodita eſt: atque ideo fit interdum, vt quaſi ſeruiana actio vtilis dicatur. Vtilis eſt relata ad ſeruianum edictum, quo propoſita eſt actio aduerſus colonum. Directa dicitur, de qua ipſa lege nominatim cautum eſt, vt detur actio. Edictum à Seruio prætore nominatim de actione ſeruiana propoſitum eſt ad perſequendas res coloni inuectas, & illatas in fundum conductum: ſed quaſi ſeruiana actio recepta eſt, & inducta ob vtilitatem ad ſimilitudinem actionis ſeruianæ, quaſi ex mente & ſententia edicti à Seruio propoſiti. Mirum ergo videri non debet, quod hæc actio dicatur vtilis actio etiam cum datur ex verbis edicti quaſi ſeruiana, quia per extenſionem & interpretationem quandam manauit ex edicto Seruiano. Simile eſt, quod alibi legimus de actione publiciana. Publiciana actio modo directa dicitur, modo vtilis publiciana. Actio, quæ propoſita eſt à Publicio prætore, magis vtilis quam directa eſſe dicitur, cum refertur ad rei vindicationem, etſi ex verbis edicti detur. §. namque. de act. Inſt. Cautum eſt eo edicto, vt ſi quis bona fide emerit rem alienam ab eo, qui dominus non eſt, actionem habeat ad rem perſequendam. Poteſt directa actio dici, poſtquam propoſita eſt edicto prætoris, quia datur ex ipſis verbis edicti prætorij: ſic actiones quædam vtiles dicuntur ſimul & directæ, l. nec quaſi. de rei vind. Et ſic de actione hypothecaria eſt dicendum. Actio hypothecaria dicitur vtilis, quamuis detur ex verbis ipſius edicti, quo propoſita eſt, relata ſcilicet ad ius antiquius, ad cuius exemplum per interpretationem quandam propoſita eſt. Sic vtilis hypothecaria poteſt nomen eſſe generis & ſpeciei, & diuidi in duas ſpecies, quia aliquando competit ex verbis edicti ipſius, quo propoſita eſt: aliquando datur ad exemplũ alterius actionis antiquioris. Extat tamen reſcriptum Diocletiani Imperatoris, in quo hæc verba Pauli interpretatur in l. cum res. Si res aliena pignori data ſit. vbi dicitur actione ordinaria deficiente dari vtilem tantum: atque ita hic dictum Pauli interpretabimur recte ex eo Diocletiani reſcripto. Hic proponitur altera ſpecies multum diſſimilis priori. Species huiuſmodi eſt, Titius rem meam

Cõciliatio l. rem alienam. cum l. ſi Titio. de pignor.

Quaſi Seruiana actio.

Actio ſeruiana qua.

meam obligauit pro mutua pecunia, quam accepit à creditore: certum eſt pignoris obligationem non valere, nec eo nomine creditori vllam actionem competere: ſed Titio mortuo, qui obligauit rem meam, ei hæres extiti, ita vt tenear eadem obligatione qua tenebatur Titius. Actio enim mutui ad repetendam pecuniam aduerſus me datur: ſed quæritur, an hypothecaria detur ex obligatione pignoris, quæ contracta fuit? certum eſt inutiliter pignus contractum fuiſſe. Sed quæritur, an ita conualeſcat pignoris obligatio me exiſtente hærede, ſicut conualeſcit in alia ſpecie cum dominus effectus ſum? Paulus ait, idem dicendum non eſſe, quod in priori ſpecie. *Nec vtique ſufficit ad competendam vtilem pignoratitiam actionem*, id eſt, hypothecariam actionem non competere. Sic enim interpretor, quaſi dixerit hypothecariam ſimpliciter, cum dicit pignoratitiam vtilem. Vtilis enim eſt, cum refertur ad actionem pignoratitiam. Nam non obligauit rem, quod præcipuum eſt in actione hypothecaria. Eum dominum eſſe verum eſt, ſed is rem non obligauit: in priori ſpecie is, de quo quæritur, re vera obligauit: dominus quidem non erat eius rei tempore obligationis contractæ, ſed poſtea effectus eſt eius rei dominus: & poteſt dici obligaſſe rem ſuam, id eſt, cuius dominium nactus eſt. Sed facile receptum eſt tempore Pauli, vt daretur actio per interpretationem propter vtilitatem. In poſteriori ſpecie idem certè dici non poteſt: non enim tam conuenit verbis edicti. Sed hinc naſcitur quæſtio, an propterea quòd extitit hæres ei, qui obligauit hanc rem, conualeſcat pignus? Et ait, non conualeſcere. Modeſtinus autem addidit Paulo in l. ſi Titio. de pignor. directo quidem agi non poſſe, ſed vtiliter. Hac homonymia animaduerſa, non videbitur difficilis explicatio huius loci. Vtilis enim aliter hic accipitur, quàm apud Modeſtinum. Dubium non eſt, quin vtilis actio apud Modeſtinum accipiatur de ea, quæ propoſita eſt per interpretationem propter vtilitatem: de ſenſu verborum Modeſtini non poteſt dubitari, ſed de ſenſu verborum Pauli dubitari poteſt. Sed in ambigua ratione ea interpretatio accipienda eſt, quæ vitio caret, l. in ambigua. de legib. & Senatuſconſul. hanc autem exceptionem mihi ideo videtur Vlpianus omiſiſſe, quod videbatur tempore ſuo nondum receptum eſſe, vt hoc caſu ageretur actione hypothecaria, quia hic caſus videbatur paulò alienior ab edicto prætoris. Diocletianus autem oſtendit reſcripto ſuo ex interpretatione magis, quàm ex edicto prætoris actionem competere. Modeſtinus fuit poſterior Paulo. actiones vtiles certæ non erant: dabantur magiſtratuum arbitrio propter æquitatem & vtilitatem aliquam, nec eam habebant certitudinem actiones vtiles quàm directæ. Vnde quod Paulus ſimpliciter ſcribit de actione hypothecaria, nos cum exceptione accipiemus quam tradidit Modeſtinus in l. ſi Titio. In poſteriore igitur ſpecie datur etiam actio. Sequitur in eadem l. rem alienam. *Sed ſi conueniſſet de pignore.* Hæc verba obſcura ſunt, quorum ſenſum non potuit aſſequi Accurſius. Oſtendit differentiam inter priorem & poſteriorem ſpeciem. In poſteriore ſpecie, inquit, dominus eſt is, de quo quæritur, & pecuniam debet propter quam pignus datum fuit, quia actio mutui tranſit ad hæredem, ſed is eam rem non obligauit. Sed ſi conueniſſet, id eſt, ſed ſi ipſe obligaſſet pignori, vt in priori ſpecie, *Vt ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit.* In priori ſpecie conuenerat de pignore, ita vt improbè reſiſteret debitor, quo minus & ſuo mendacio argueretur. At in poſteriore ſpecie rem non obligauit, vt illius perfidiæ impoſtura argui poſſit. Nam ab eo res non fuit obligata, ſed ab alio, quamuis ei poſtea ſucceſſerit, & eius rei dominus ſit. Obligatio igitur rei alienæ non valet. Sed quæritur de eo, qui obligauit fundum vectigalem & ſuperficiarium, cuius dominus non eſt, ſed quaſi dominium habet, an valeat pignoris obligatio. De ſuperficiario fundo & vectigali, quæſtio tractatur in l. tutor. 16. §. vlt. Quin fundus vectigalis obligari poſſit, dubium non eſt, & idem dicendum eſt de ſuperficiario. Nam quaſi dominus habetur vectigalis. Locatio illa facta in perpetuum transfert quaſi dominium, quod vulgo dicitur vtile, ita vt ſi amiſerit eam poſſeſſionem, poſſit eam perſequi apud poſſeſſorem. Ergo qui hoc ius habet quod eſt tam affine dominio, poteſt id ius obligare: ſed ea obligatio nullum præiudicium poteſt facere proprietati, l. lex vectigali. infra, de pig. Nam ſi ob penſionem non ſolutam vectigalis is fundus ad dominum redierit, qui obligatus erat pignoris nomine, pignus liberabitur, & redibit ad dominum ſine illo pignoris onere. Addendum eſt, & nudam quoque proprietatem in pignus dari: non tantum ſi quis plenam proprietatem habeat rei alicuius, ſed & ſi quis nudam proprietatem habeat, id eſt, proprietatem & ſeparatam & diſcretam ab vſufructu, poterit eam pignori dare. Huius pignoris quis ſit effectus, habetur in l. ſi conuenerit. 18. §. ſi nuda. Cum in pignus nuda proprietas data eſt quam debitor habebat, ſi vſusfructus poſtea accreuerit, & ex proprietate nuda fuerit effecta plena proprietas, pignoris obligatio de plena proprietate contracta eſſe intelligitur. Idem iudicandum eſt de acceſſione rei, quod de re ipſa, quæ in pignus data eſt. Quæſtio tractatur de ſylua, ſi pignori data ſit, & ex arboribus ſuccìſis aliquod opus factum ſit, an opus confectum ex illis arboribus ſuccìſis ex ſylua pignori data contineatur obligatione pignoris? Hæc quæſtio tractatur in l. ſi conuenerit. §. ſi quis ſic cauerit, *Nauem ex ea.* Naues non continentur obligatione pignoris. Nauis enim non poteſt dici acceſſio ſyluæ, vt in ſuperiori ſpecie, nec poteſt dici ſylua eſſe. Vnde ait in huiuſmodi obligatione pignoris, cum quis ſyluam obligare vult, quæque ex ea facta erunt, nominatim exprimendum eſſe, vt obligentur quæcunque ex ſylua facta erunt. De domo etiam quæritur, de ædificio, & de area. Et breuiter dicendum eſt: Si quis aream obligauerit iure pignoris & hypothecæ, & poſtea ædificium extructum fuerit, obligari quoque ædificium extructum, & è contrario etiam ſi domus obligata ſit, deinde diruta ſit domus, quod ſupereſt, id eſt, ſolum obligatum manet. Quædam aliæ huiuſmodi quęſtiones hic tractari poſſunt, quę mihi videntur alterius loci eſſe. Extat enim titulus in tertia parte Digeſtorum de rebus quæ pign. oblig. poſſ. Satis igitur à nobis dictum ſit, de rebus pro inſtituto noſtro. De perſonis etiam aliquando diſputatur, cum quæritur, an exceptio competat reo in actione pignoratitia, quaſi pignus non rectè contractum ſit. Nos igitur breuiter de perſonis dicemus.

Cap. III.

De perſonis.

In primis quæritur de procuratore in leg. ſolutum. 11. §. penulti. & vlti. cum lege ſequen. Eſt locus communis de acquiſitione rerum, quæ per certas perſonas ſit, quem locum accuratè tractaui in interpretatione tractatus de verborum obligation. & eſt titulus in hoc libro, per quas perſon. nobis acq. Per liberam perſonam nobis obligatio non acquiritur, nec etiam actio: tamen per perſonas, quæ in poteſtate noſtra ſunt, & per filios nobis acquiritur obligatio & actio. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verborum obligationi. ne facile homines ad litigandum admittantur. Nulli permittitur ex contractu ab alio inito agere, leg. ea quæ. de acquirendo rerum dominio. Sed quæ naturaliter acquiruntur, vt poſſeſſio alteri per alterum acquiri poſſunt, etiam per liberam perſonam. eſt enim actus naturalis, in quo requiritur tantum apprehenſio & occupatio rei. Acquiritur ergo nobis poſſeſſio per liberam perſonam, & per poſſeſſionem quoque nobis acquiritur dominium. Per traditionem enim dominia rerum acquiruntur, lege traditionibus. Codice de pactis. Atque ideo ſi procurator aliquid emerit nomine meo, ex contractu procuratoris aduerſus venditorem, nulla mihi competit actio, ſed procurator meus actione mandati cogitur mihi cedere actionem, quam ſibi quæſiuit contrahendo nomine meo, leg. poſſeſſio quoque. §. vlt. de acquir. poſſeſ. nulla ergo obligatio nobis acquiritur per liberam perſonam, nec actio quidem in rem. *Plerunque.* Hoc dicit, quoniam excipiuntur aliqui caſus, de quibus diximus in interpretatione dict. l. ſtipulatio iſta. §. alteri. de verborum obligation. Ipſi, id eſt, procurator & tutor. *Sed nec mutat.* Occurrit obiectioni: Reſcriptum eſt ab imperatore, per liberam perſonam nobis poſſeſſionem poſſe acquiri. Hic de poſſeſſione & detentione rei tantum agitur, quæ pignori data eſt. Nam detentio rei tantum datur non proprietas, non dominium, non poſſeſſio. Sed reſpondeo, aliud hic ſpectari quam poſſeſſionem. Nam datur actio. *Sed ſi procurator.* Hæc ſpecies diuerſa eſt à priori, nam

prior pertinet ad procuratorem, qui pignus accepit nomine domini ſui: & quæritur, an valeat hæc obligatio? Et hic dicitur procuratorem meum dando rem meam in pignus, non poſſe mihi acquirere pignoratitiam actionem, vt ſoluto debito repetam pignus, ſed ſibi acquirere. Sed an ſemper obligatio acquiratur procuratori? Docet Iuriſconſultus quando obligatio acquiratur procuratori. *Quod in procuratore.* Hic locus communis eſt, de poteſtate procuratoris. Cum quis procurator conſtituitur, quam poteſtatem habeat in rebus domini à quo procurator cõſtituitur. Et dicit ſi mandatum ſit vt obliget pignus valere pignoris obligationem, nec ea res dubitationem habet. Idem dicendum eſt (inquit) ſi ſit procurator, cui libera rerum domini adminiſtratio conceſſa eſt. Hic locus obſeruandus eſt, qui adduci debet, cum quæritur de procuratore tototum bonorum. Hic procurator poteſt quicquid dominus ipſe poſſet: modo adminiſtrationis fines non egrediatur: non enim datur ei diſſipandi ac perdendi facultas, ſed tantum adminiſtrandi. Si fines adminiſtrationis exceſſerit, eo nomine tenetur domino ſuo. Vnde cum quæritur, an procurator poſſit rem domini obligare, oportet inſpicere, an dominus ſoleat mutuam pecuniam accipere ſub pignore, & tunc nos facile credimus, & hoc dominum permiſiſſe ex conſuetudine mandantis. Similis locus eſt in leg. qui ſemiſſes. de vſuris. Cum quæritur de mandati interpretatione, magna coniectura ducitur ex conſuetudine mandantis, & hoc diligentes patresfamilias aliquando facere ſolent, vt mutuam pecuniam accipiant ſub pignoribus. Eadem de tutore dicenda ſunt. Et hic Iuriſconſultus promiſcue loquitur de tutore & procuratore. De tutore addendum eſt, quod dicitur in l. tutor. 16. Quod igitur diximus de procuratore, idem dicendum eſt de tutore pupilli, & curatore adoleſcentis, furioſi vel prodigi. *Tutor lege non refragante*, id eſt, modo nihil faciat aduerſus leges, quæ latæ ſunt in commodum pupillorum, id eſt, modo prædia non alienet. Adminiſtratio plena rerum pupillarium tutori conceditur. De pupillo autem ipſo quæritur in l. pupillo 38. Si pignus acceperit pupillus ſine tutoris ſui auctoritate, non contrahitur obligatio. Videtur tamen contrahi debere: quia cum accipit pignus, videtur ſibi proſpicere: ſed ait propter metum pignoratitiæ actionis, etſi ſibi caueat pupillus, non obligatur, quia perditurus eſt forte pignus propter lubricum conſilii & imbecillitatem eius ætatis. Quæritur etiam de ſeruo & filio familias, in l. ſi conuenerit. 18. §. vlt. Si filiusfamilias habet peculium, & præterea habeat liberam peculii adminiſtrationem. Hæc enim diuerſa ſunt, vt docui ſub titul. de rebus creditis. Aliquando enim conceditur filiofamilias habere peculium, nec tamen ei adminiſtratio peculii conceſſa intelligitur, l. quam Tuberonis. de pecu. Et de hac re dicemus ſub titul. de pecul. Si igitur filiusfamilias habeat peculii ſui adminiſtrationem, poteſt rem peculiarem in pignus dare. Nam qui dat in pignus rem ſuam, nihil alienum facit à conſuetudine diligentis patrisfamilias, & ea res non excedit adminiſtrationem. Similis locus eſt in leg. ſi creditor. 28. §. vltimo. Ex his intelligitis, quando propter perſonam pignoris obligatio non competat, & quando ea vtilis ſit. Ex quo cognoſci poteſt, quando exceptio danda ſit, vel non ei, qui iudicio pignoratitio conuenitur. Poſtremus locus eſt.

Cap. IX.

De pignoratitia actione contraria.

HActenus diſputatum eſt à nobis de pignoratitia actione directa, ſequitur contraria actio pignoratitia, quæ datur creditori aduerſus debitorem, ſicut dictum eſt de contraria actione commodati: de qua videndum eſt, ex quibus cauſis detur. Cauſas huius actionis, quæ diſperſe ſunt per hunc tractatum, percurram: quibus cognitis de ceteris idem iudicare poteritis, ſi quæ aliæ occurrant in aliis titulis, qui ſunt in tertia parte Digeſtorum. Prima cauſa eſt, ſi debitor affirmet aurum eſſe, cum æs tantum ſit: nam propter hanc impoſturam & fallaciam debitoris datur aduerſus eum actio pignoratitia contraria. l. 1. in principio. hic. Quidam oſtendit aurum cum pecuniam mutuam accipere vellet, quaſi illud pignori daturus: deinde æs dedit. Hic quæritur de obligatione. Eſt locus, qui à nobis plene tractatus fuit in interpretatione l. ſi id quod aurum. de verb. obl. Eſt quæſtio vulgo agitata, cum erratur in materia, an valeat contractus, vt cum creditor ipſe aurum putat, cum æs tantum ſit: de quo dicemus infra, ſub tit. de contrah. empt. Hic Iuriſconſult. ait valere pignoris obligationem, ſed tantum contraria pignoratitia actione tenetur debitor creditori cui impoſuit: quia eius intereſt ſe deceptum non eſſe fallacia debitoris: ſolum actione pignoratitia contraria, quæ ciuilis eſt, tenetur, ſed etiã poteſt in eum extra ordinem animaduerti, quia crimen ſtellionatus admiſit. Quid ſit ſtellionatus, docet iureconſ. in l. 3. de crim. ſtelli. propter fallaciam, fraudem, & machinationem, & omnem impoſturam competit actio ſtellionatus, id eſt, cum titulus criminis deficit, & nulla eſt alia ſpecialis appellatio criminis legibus prodita: eſtque talis in criminibus accuſatio ſtellionatus, qualis eſt in contractibus actio de dolo. Cic. lib. 3. de natura deorum, vocat iudicium de dolo euerticulum omnium malorum. Quoties deficit actio propria, qua poſſit dolus vindicari, datur actio de dolo. In criminibus quotieſcunq; aliquis dolo aliquo, & fallacia damnum alicui dedit, ſi neque ſit falſum, aut aliud huiuſmodi crimen legitimum aut publicum, tunc competit ſtellionatus perſecutio. Plinius lib. 30. c. 10. ſcribit, quid ſit ſtellionatus. Scribit enim nullum animal fraudulentius, eſſe ſtellione. Huic ſimile eſt id, quod dicitur in l. ſi quis in pignore. Vidimus iam de eo, qui affirmauit aurum eſſe, cum æs tantum eſſet: nunc loquamur de eo, qui ſubiecit æs pro auro. Et hic dicitur, ſi quis cum aurum in pignus dederit, ſubiecerit æs, furtum facere, quia tractat rem obligatam inuito creditore, cui eam rem dederat in pignus. Sed ſi datum non fuit pignus, & in datione ſubiecerit æs, turpiter facit, & tenebitur actione ſtellionatus, non tamen actione furti. Aliud exemplum huius fraudis eſt, Si quis rem alienam aut alii obligatam dederit in pignus, l. ſi rem. hic. nam in re aliena pignoris obligatio non conſiſtit, vt iam docuimus. Debitor ergo, qui dat rem alienam tanquam propriam, is mihi imponit, atque ideo non tantum tenetur actione pignoratitia contraria, ſed etiam actione ſtellionatus, hoc tamen intelligendum eſt, ſecundum diſtinctionem, quæ traditur in l. tutor. in princip. Quid dicemus, ſi ignorauit rem alienã, vel alii obligatam fuiſſe, ſed putauit ſuam eſſe & liberam omni nexu pignoris, quæ tamen aliena erat, vel alii obligata? Sed nihil refert, an ignorans, an ſciens dederit rem alienam, aut alii obligatam in pignus, vt teneatur hac actione pignoratitia contraria, ſed tamen ceſſat perſecutio ſtellionatus, quia damnum dat creditori. Addenda eſt exceptio iis, quæ dicta ſunt, niſi ſciens & prudens aliquis rem alienam, vel alii obligatam acceperit. Volenti enim & ſcienti nulla iniuria, nullus dolus inferri dicitur l. 1. de iniuriis. Quid dicemus, ſi debitum ſolutum ſit, an etiam hoc caſu dabitur actio pignoratitia contraria? Hæc quæſtio tractatur in l. cũ debitore. 32. ff. de pig. actio. Tu mihi obligaſti pignori rem alienam tanquam tuam, ago aduerſus te actione pignoratitia contraria propter hanc fraudem tuam: tu dicis quod mea non intereſt, quia debitum ſolutum eſt, ita vt opus non ſit pignoris obligatione. Pignoris nulla eſt vtilitas, niſi creditor in tuto ſit. §. vltimo. quibus modis re contrahitur obligatio. Inſtitutionibus. Ergo ſi debitum ſolutum ſit, quid tua intereſt, an res propria, an aliena, aut alii obligata, tibi in pignus data fuerit? Sed nihilominus expedit creditori, pignori incumbere. Plus cautionis eſt in rem quam in perſonam, & ſi debitum ſolutum ſit, leg. plus cautionis. de regul. iuris. §. furti. Inſtitutio. de obligatio. quæ ex delict. naſcuntur. Nam non facile poterit creditor à debitore ſuum conſequi, ſi forte cautus ſit debitor & litigioſus. Aliud exemplum eſt in l. 3. hic. Si debitor à creditore per fallaciam aliquam pignus abſtulerit: Exempli gratia, debitor fraudulentus homo finxit ſe velle pecuniam numerare, poſcit ſuum pignus à creditore, pignus acceptum dimiſit per feneſtram alii excepturo: deinde aufugit cum pignore ſuo, nec pecuniam numerauit, dubium non eſt, quin detur hæc actio pignoratitia contraria propter hanc fallaciam. Imo furti agi poteſt cum debitore, nam non tantum furti agi poteſt nomine proprietatis, ſed etiam vſus & poſſeſſionis. Sic furtum rei propriæ fit, idq; fit vſus nomine.

[Margin: *Stellionatus quid.*]

Alia

Alia cauſa eſt, ſi debitor pignus quód precario vtendum acceperit, vel mercede data conduxit, non reddiderit creditori. Vnum exemplum eſt in l. ſi pignore. 22. §. ſi poſt. hæc ſpecies eſt, Mihi dediſti rem in pignus pro mutua pecunia: deinde me rogaſti vt pignus tibi vtendum darem vel locarem. Erat enim tibi opus ea re quam mihi in pignus dederas. Ego tibi precario vtendum dedi, vel etiam locaui: id mihi non reddis: datur mihi actio pignoratitia eius quod mea intereſt nomine. Alia cauſa eſt, ſi ſumptus facti ſunt in rem pignoratam, vel vtiles vel neceſſaria. l. ſi ſeruos pignoratos. & l. ſi neceſſarias. Hic locus de impenſis à nobis tractatus fuit ſupra, ſub titul. commodati. Hic notandum eſt, non diſtingui modicas impenſas ab aliis impenſis, ſicut diſtinguuntur ſub titulo commodati. Dixi cibaria non repeti, quæ impenduntur in ſeruos commodatos: ſed hic etiam minimæ impenſæ repetuntur pignoratitio iudicio. Ratio diuerſitatis eſt, quia commodatarius vtitur re cōmodata, ideoque æquum eſt eum ſuſtinere onus modicarum impenſarum. At creditor pignore non vtitur, ſed illud cuſtodit. Cum autem quæritur de impenſis, multa ſunt ſpectanda & conſideranda arbitrio boni & prudentis iudicis. Primum eſt videndum an voluntate eius qui dedit, hæ impenſæ factæ ſint, & artificia erant neceſſaria, & tunc poterunt repeti. Si tamen impenſæ ſunt immodicæ, quas non poſſit debitor refundere ſine magno ſuo incommodo, non cogetur eas refundere. Addendum eſt & iis quæ à nobis ſupra dicta ſunt, tunc quoque hanc actionem competere creditori aduerſus debitorem, ſi creditor duplam promiſerit in vendendo pignore, & re euicta is condemnatus eſt, ſi tamen non temere, nec ſine cauſa duplam promiſerit, l. ſi pignore. 22. §. vlt. Sed hoc breuiter à nobis dictum pluribus explicandum eſt. Creditor quia non ſoluebatur pecunia credita debitori, pignus vendidit, in ea venditione obligauit ſe pignoris nomine, & duplam promiſit, quamuis id facere non cogeretur. Creditor enim qui vendit pignus, euicto pignore, de euictione non tenetur. Eſtque titulus de hac re in Codice: Creditorem euictionem non debere. quamuis enim alioquin dominus qui vendit rem euictionis nomine teneatur emptori, ſi res euicta ſit & ablata per iudicem, tamen creditor qui vendit pignus propter pecuniam non ſolutam, non tenetur de euictione niſi eo nomine ſe obligauerit, vt dicitur in l. 1. C. credi. euict. pig. non deb. In hac igitur ſpecie propoſuimus creditorem qui pignus vendit ſe obligaſſe euictionis nomine, & duplam promiſiſſe ſi res euinceretur. Dupla promitti ſolet à venditore quarundam rerum venditione. Pignus ab emptore euictum eſt. agit emptor aduerſus venditorem, eundemq́; creditorem, petit duplam, cogitur ſoluere quia ad eam ſoluendam ſe obligauit, quæritur an actionem habeat pignoratitiam contrariam ad duplam repetendam quam ſoluit, aduerſus debitorem, hic dicitur, & poteſt dici eſſe. Poteſt inquit Iuriſconſultus dici regreſſum eſſe per actionem pignoratitiam, ſi ſine dolo & culpa ſic vendidit, ſi non temere id fecit, ſed iuſta ratione ductus. Exempli gratia, quia forte exiſtimabat ſe pluris eam rem vendíturum, ſi ſe euictionis nomine obligaret, & duplam promitteret. Multo enim facilius eſt hoc pacto emptorem inuenire venditori, & iuſto pretio rem vēdere, quam ſi emptor intelligat venditorē de euictione teneri. *Si vero nullum emolumentum.* Senſus horum verborum eſt, quæ non recte vulgo explicantur, ſi ideo non pluris vendidit propter hanc duplæ promiſſionem. Sed tanti vendidit quanti vendere potuit, etiam ſi, &c. id eſt, non pluris vendidit quam poterat vendere, etiam ſi non promiſiſſet duplam, hoc caſu regreſſum non habet. Id enim æquum non eſt, quia nemo eum compulit ad duplam promittendam, & vt de euictione ſeſe obligaret: ſed tamen ſi ex cauſa id fecit, quia pluris vendita res eſt propter euictionem ad quam ſe obligauit, regreſſum habet, & pignoratitiam actionem contrariam. Quæſtio tractatur de eo qui impetrauit à principe, vt iure dominii pignus poſſideret, deinde ab eo euictum eſt, an habeat actionem pignoratitiam contrariam? Hæc quæſtio tractatur in lege eleganter. 24. in principio. Creditor, cum pecunia ſibi debita non ſolueretur, nec emptorem pignoris inueniret, impetrauit à principe vt pignus poſſideret iure dominii. Hoc enim fieri ſolebat, vt ſatis colligitur ex Iuſtiniani conſtitutione titul. de iure dominii impetr. qua conſtitutione derogatum eſt iuri antiquo. Hoc erat vſitatum, vt cum creditor non inueniret emptorem, impetraret à Principe, vt ſibi liceret iure dominii pignus poſſidere. ſic enim pignoris dominium nanciſcebatur creditor. Ponamus ergo poſt hanc impetrationem pignus eſſe euictum, quia alienum erat non debitoris, an hoc caſu dabitur actio pignoratitia contraria? Videtur ex his quæ à nobis ſupra dicta ſunt actionem pignoratitiam contrariam competere. Diximus enim ſi quis rem alienam tanquam ſuam obligauerit, eo nomine aduerſus eum actionem pignoratitiam contrariam competere. Vlpianus tamen hic ait, actionem pignoratitiam contrariam hic locum nō habere, quia finita eſt obligatio pignoris, & à contractu receſſum. Sed quomodo finita eſt pignoris obligatio? Pignoris obligatio eſt finita, quia rei pignoratæ dominium acquiſitum eſt creditori, qui à Principe impetrauit, vt ſibi liceret iure dominii pignus poſſidere & retinere, quia non inueniebat emptorem. Dubium non eſt quin extinguatur pignus, quia pignus rei ſuæ conſiſtere non poteſt, l. neque pignus. de reg. iur. Ergo cum creditor proponatur nactus eſſe dominium rei pignoratæ, conſequens eſt finitam eſſe obligationem pignoris, vtilemq́ue ex empto competere creditori aduerſus debitorem in ſpecie propoſita, non autem pignoratitiam contrariam, quia à pignoris obligatione eſt receſſum. Sed quomodo dabitur actio ex empto? directa non dabitur, ſed vtilis. eſt enim quaſi quædam venditio, non proprie venditio, cum quis impetrat à Principe vt ſibi liceat iure dominii pignus poſſidere, quia emptorem non inuenit, ſicut cum in ſolutum aliquid datur. Datio enim in ſolutum ſpeciem quandam venditionis habet. Hic obiter obſeruandum eſt pignoris obligationem extingui, cum creditor rei pignoratæ dominium conſequitur: quod eſt intelligendum ſi plenum, ſi iuſtum, ſi irreuocabile dominium nanciſcatur, nec videatur aduerſari l. ſi debitor. ad S.C. Treb. quæ hic adducitur vt contraria in [illegible] ſis Accurſianis. Hæc de actione pignoratitia [illegible] quam non contraria. Quædam alia capita à nobis [illegible] quia his perceptis quæ diximus non habent magna[illegible] tatem, tum etiam quia ad alios tractatus magis pertinere [illegible] videntur, qui ſunt in tertia parte Digeſtorum.

Ad ti. C. creditorē euictionē non debere.

IN TIT. XV. LIB. IIII. COD.
ET TIT. I. LIB. XIIII. PANDECTARVM.
DE EXERCITORIA ACTIONE.

PRIMVM hic proponemus totius huius tractatus argumentum, deinde cauſas, & effectus huius actionis exercitoriæ explicabimus.

Argumentum huius tituli.

CAP. I.

EDictum propoſitum eſt à Prætore, quo datur actio aduerſus dominum, ſiue exercitorem nauis alicuius propter negocium quod contractum eſt cum magiſtro qui naui præpoſitus eſt, eo enim nomine datur actio aduerſus dominum ſiue exercitorem nauis, vel aduerſus eum in cuius poteſtate eſt, puta aduerſus patrem, vel dominum. Hæc colligitur ex §. eadem ratione prætor. Inſtitutionib. Quod cum eo qui in alien. poteſtate eſt, negocium geſtum eſſe dicetur. Hæc complectuntur cauſam huius actionis, & multa alia de quibus plane diſſeritur ſub hoc titul. à iuris noſtri auctoribus. Ex quo apparet ſimilem eſſe hanc actionem inſtitoriæ actioni. Nam ſicut ex negocio contracto cum inſtitore quem vulgo *Factorem* appellat, datur actio aduerſus dominum qui eum præpoſuit negociationi, ita etiam ex negocio contracto cum eo qui naui præpoſitus eſt, ad nauem gubernandam actio datur aduerſus dominum eius nauis ſiue exercitorem. Vnde exercitoria actio appellatur. de vtraque actione tituli ſunt ſeparati in Digeſtis, vnus autem eſt in C. de vtraque inſtitoria & exercitoria actione, qui propter ſimilitudinem coniuncti ſunt. Quamuis autem magna ſit affinitas inter vtramq́; actionem, tamen aliqua diſſimilitudo reperitur. Maior enim vtilitas

eſt huius edicti, quod interpretamur de exercitoria actione, quam edicti de inſtitoria actione, vt admonet Vlpianus in leg. prima, in principio. *Cum ſit maior neceſſitas.* Vtilitas magna imo neceſſitas nauigationis ſuaſit, vt hoc edictum proponeretur, ſicut propoſitum eſt edictum, de inſtitoria actione, vt negocii nomine, quod contractum eſt cum inſtitore, teneatur dominus. *Neceſſitas contrahendi.* Cur maior neceſſitas eſt contrahendi cum magiſtro nauis quam cum inſtitore? *Quippe res patitur, &c.* Tanta eſt plerunque nauigantium neceſſitas. Magnæ igitur vtilitatis & neceſſitatis cauſa propoſitum eſt hoc edictum de exercitoria actione, vt agatur aduerſus eum qui magiſtrum nauis præpoſuit, ideoque propter hanc vtilitatem, multa ſingularia conſtituta hic reperiuntur. In explicatione ſingulorum locorum quid ſingulare ſit docebimus. Et Vlpianus in lege prima. §. ſi is qui nauem. hoc titu. cur tot ſingularia reperiantur circa exercitoriam actionem docet, quia ad ſummam reipublicæ nauium exercitio pertinet, exiſtimauerunt noſtri legiſlatores maxime ad publicam vtilitatem pertinere nauium exercitionem. Vnde videtur nauiculariis munerum vocationem tribui, leg. 4. de iure immunitatis. leg. 3. de vacat. & excuſ. muner. leg. 5. de muner. & honor. vt propter annonam & alias res vtiles Reipublicæ. Et huc pertinet quod Vlpianus ſcribit in Inſtitut. titul. de Latinis, in fragm. vbi ait Latinos multis modis conſequi ciuitatem Romanam, vt ſi quis nauem ædificauerit duorum millium modiorum capacem, & pleraque alia reperiuntur in aliis iuris auctorum locis. Hęc de argumento totius huius tractatus: nunc videndum eſt

CAP. II.

De cauſis huius actionis.

VIdendum eſt ob quam cauſam detur hæc actio aduerſus exercitorem. & quid petatur hac actione. Ex his quæ iam diximus, colliguntur ex §. eadem. Inſtitut. quod cum eo qui in aliena poteſt. ſatis apparet cauſam huius actionis eſſe negocium quod contractum eſt cum magiſtro naui præpoſito. Si quis igitur negocium aliquod contraxerit cum magiſtro qui naui præpoſitus eſt à domino vel exercitore, datur aduerſus dominum vel exercitorem hæc actio exercitoria. Magiſtrum autem accipere debemus cui totius nauis cura mandata eſt à domino vel exercitore, leg. 1. §. primo. hic. Is magiſter dicitur qui in quaque re magis quam alii poteſt, leg. cui præcipua. de verborum ſignificatione. Ergo ſi cum aliquo nauta contractum ſit, non ideo dabitur actio aduerſus dominum nauis, quia magiſter non dicitur. Magiſtri enim appellatione nautæ non continentur, qui in naui ſunt nauigandi cauſa. His verbis oſtendit Vlpianus, ex delictis nautarum tantum, exercitorem teneri, ex contractu autem nautarum non teneri, ſed tantum ex contractu magiſtri, cui totius nauis curam commiſit, ex delictis nautarum, puta ex furto, certū eſt exercitorē teneri. *Quanquam ex delicto.* Si quis eorū qui in naui ſunt nauigandi cau. furtū fecerit, eo nomine datur aduerſus exercitorem actio exercitoria in duplum. *Magiſtri autem.* Deinde docet qui ſunt hi magiſtri. Id oſtendit exemplis, quando quis magiſter nauis recte dicatur, vt eo nomine obligetur dominus vel exercitor nauis. Deinde ait nihil referre cuius conditionis ſit, cuius ætatis is cum quo contractum eſt, quia ſibi imputare debet is qui præpoſuit hominem non ſatis cautum, prudentem vel diligentem in ea adminiſtratione, vel impuberem, Hinc naſcitur quæſtio: Si magiſter nauis qui præpoſitus eſt naui gubernandæ à domino nauis ſiue exercitore, alium magiſtrum ſuffecerit, & alii mandauerit curam totius nauis, & cum hoc magiſtro nauis negocium aliquod contractum ſit, an eo nomine dabitur actio aduerſus dominum exercitoremve? Quæſtio tractatur in leg. prima. §. magiſtrum autem. vbi ait Vlpianus, non tantum teneri exercitoria dominum ob contractum initum cum magiſtro quem præpoſuit, ſed etiam ſi contractum ſit cum magiſtro naui præpoſito in locum magiſtri, etiam ſi ipſo ignorante id factum ſit. *Et facilius hoc in magiſtro.* Hic exemplum eſt iuris ſingularis quod conſtitutum reperitur circa exercitoriam actionem. Ego iam admonui multa ſingularia reperiri propter vtilitatem ac neceſſitatem nauigationis, quia nauium exercitium ad ſummam Reipublicæ pertinet. *Quid tamen ſi ſic magiſtrum præpoſuit, &c.* Quod ſequitur multo admirabilius eſt. Diximus ſi ignorante & inſcio exercitore magiſter naui præpoſitus alium ſubſtituerit in locum ſuum, ex contractu inito cum hoc vicario teneri dominum nauis Quid ſi magiſter eum præpoſuerit ea conditione, vt neminem alium in locum ſuum ſubſtituerit? *Dicendum tamen erit*, Eo vſque producenda eſt contrahentium vtilitas ne contrahentes decipiantur, qui forte ignorantes ea lege & conditione eum præpoſitum eſſe naui. Hoc igitur ius ſingulare eſt, atque ideo producendum non eſt ad conſequentiam, quia contra tenorem rationis conſtitutum eſt propter aliquam vtilitatem, leg. ius ſingulare. 16. 15. & 14. de legib. & ſenatuſcon. Non igitur idem dicemus de aliis adminiſtratoribus & procuratoribus. Quia hoc ſingulare eſt in magiſtro qui naui præpoſitus eſt. Cauſa igitur huius actionis eſt negocium contractum cum magiſtro nauis. Quis magiſter nauis dicendus ſit, iam oſtenſum eſt. De naui hic quædam ſubiiciuntur, quomodo nauis accipienda ſit. Et Vlpianus ait nauem generaliter accipiendam eſſe, vt etiam ratem comprehendat, etſi aliqua ſit differentia inter nauem & ratem, tamen quia ratibus plerunque vtimur loco nauium, voluit Vlpianus ad ratem producere, quod de naui ſcriptum eſt in edicto Prætoris. Addendum eſt tunc obligari exercitorem nauis ex negocio contracto cum magiſtro nauis, ſi eius rei nomine contraxerit cui præpoſitus eſt à domino nauis. Et puto hoc etiā nominatim edicto expreſſum eſſe. Verba edicti interpretatur Vlpia. in §. Non autem. lege prima, hic. Id demonſtrat exemplis. *Si onus vehendum.* Exercitor nauis commiſit curam nauis cuidam magiſtro: hic magiſter onus vehendum in nauem locauit, vel ex naue vehendum. Hæc locatio pertinet ad eam rem cui magiſter præpoſitus eſt: ideoque tenetur eo nomine exercitor vel dominus nauis. *Quia qui mutuam pecuniam.* Si mutuam pecuniam acceperit magiſter reficiendę nauis cauſa, dubium non eſt, quin hic contractus mutui pertineat ad eam rem cui præpoſitus eſt. Eſt enim ei mandata totius nauis cura. Vnde quærit filius, ſi acceperit mutuam pecuniam non reficiendæ nauis cauſa, aut propter negociationem illam cui præpoſitus erat, non tenetur eo nomine exercitor nauis. Tantum tenetur exercitor ſi quid contractum ſit cum magiſtro eius rei nomine cui præpoſitus eſt. *Si ad reficiendam.* Hic vtilis quæſtio tractatur de eo qui mutuam pecuniam dedit magiſtro nauis reficiendæ cauſa, & is in nauem reficiendam eam pecuniam non impendit, ſed in alium vſum conuertit, an eo nomine teneatur exercitor nauis? Hæc quæſtio pendet ex interpretatione prætorii edicti, an ita interpretari debeamus edicti prætorii verba, quaſi ſufficiat reficiendæ nauis cauſa pecuniam tantum numeratam eſſe, an vero oporteat pecuniam in refectionem nauis impenſam fuiſſe. Smilis quæſtio tractata eſt à nobis in l. ciuitas. ſupra de rebus credit. atque idem dicitur de minore & pupillo, qui ex mutuo tenetur, ſi pecunia in eius commodum conuerſa ſit. Hæc quæſtio tractatur duobus in locis in lege prima, §. Vnde quærit Ofilius. & leg. vltim. hic. In ſumma autem hæc continentur in hac tota diſputatione, à creditore fidem aliquam exigendam eſſe, vt actionem habeat aduerſus exercitorem nauis. Nam ſi dolum admiſerit in ea re, ratio non permittit ei actionem dari aduerſus exercitorem nauis. Requirimus etiam aliquam diligentiam, non tamen exactam, l. vlti. hic. Quæſtio tractatur apud Africanum, de eo qui mutuam pecuniam dedit reficiendæ nauis cauſa, nec tamen conſtat pecuniam impenſam eſſe in refectionem nauis, qui vult agere aduerſus exercitorem nauis. In primis exigit Africanus, vt neceſſaria fuerit nauis refectio, id eſt vt detur actio hæc exercitoria, oportet vt ſciat hoc conſilium fuiſſe vt reficeretur nauis, & hoc nominatim conueniſſe vt reficeretur nauis ex pecunia credita, tum etiam eam pecuniam creditam eſſe quæ neceſſaria ſit ad nauem reficiendam. Nam ſi maior quantitas credita ſit, eius tantum quātitatis actionem habebit aduerſus exercitorē quæ neceſſaria fuit ad refectionē nauis. Oportet eum exiſtimaſſe, eam pecuniam quam credebat ad refectionem nauis, ad refectionem nauis conſumptam iri: veluti ſi in loco erat vbi nauis refici poterat. Hæc ſunt quæ continentur in lege vlt. quæ ſatis prolixa eſt. *Reſpondi creditori vtiliter.* In primis exigitur, refectionem

ctionem nauis fuiſſe neceſſariam quo tempore credita eſt pecunia: idque probare debet creditor, non tamen cogitur probare in refectionem nauis conſumptam eſſe pecuniam quam credidit. Negocium enim gereret domini. In interpretatione leg. ciuitas. ſupra de reb. credit. admonui hunc locum diligenter obſeruandum eſſe, & ad ciuitatem & ad minores quoque pertinere. Nam valde iniquum mihi videtur cogi quem negocium ciuitatis gerere, qui pecuniam credit vt conuertatur in vtilitatem ciuitatis: quia ſatis eſt eum adhibere aliquam diligentiam vt non appareat eum malo animo mutuam pecuniam dediſſe. Et quod dicitur in dict. leg. ciuitas. & aliis locis, puto interpretationem recipere ex hoc reſponſo Africani. Datur ergo actio exercitoria aduerſus exercitorem vel dominum nauis ex negocio contracto cum eo magiſtro qui naui præpoſitus eſt. Sed quæritur ſi plures magiſtri naui præpoſiti ſint, & cum vno ſit contractum, an hoc nomine aduerſus excitorem nauis actio dabitur? Hæc quæſtio tractatur in leg. 1. §. ſi plures. & §. fi. in leg. 2. & 3. vbi dicitur, *Quodcunq; cũ vno.* Si plures magiſtri ſunt præpoſiti naui gubernandæ, nos intelligimus ſingulos in ſolidum naui præpoſitos eſſe, ita vt ſufficiat cum vno contrahere vt dominus nauis obligetur. Hoc ſingulare quoque eſt in exercitoria actione. Nam de pluribus aliis adminiſtratoribus idem dici non poteſt, veluti cum plures procuratores ſimul dantur, non id actum intelligimus vt in ſolidum dati videantur, niſi id nominatim conuenerit. leg. pluribus. de procuratoribus, *Obligabit exercitorem.* In literis procuratoriis & quæ vulgo conſcribuntur, ſolent exprimi plures clauſulæ. Sed tamen hoc conſtitutũ eſt de magiſtris quib. nauis cura mandata eſt. Ergo ſi vnus magiſter ſine alio contraxerit, tenetur exercitor. Hæc autem actio datur aduerſus exercitorem nauis, vel aduerſus eum ad quem nauis obuentiones & reditus omnes perueniunt. leg. 1. §. exercitorem. Exercitoris mentio facta eſt in edicto Prætoris non domini, quia fieri poteſt vt quis exerceat nauem, & tamen dominus nauis non ſit, & ratio exigit vt is ad quem reditus & obuentiones omnes perueniunt, teneatur hac actione. *Per auerſionem conduxit.* Quid ſit per auerſionem conducere ſatis colligitur ex leg. vltim. ad leg. Rhodiam de iactu. in §. vltim. vbi dicitur, *Si auerſione.* Si non pro numero impoſitarum amphorarum ſed ſimpliciter merces conſtituatur, dicitur auerſione nauis conducta eſſe, non ſi pro ſingulis amphoris merces conſtituta ſit: ſed id nos plenius tractaturi ſumus ſub tit. locati infra. Ab hoc exercitore, exercitoria actio appellata eſt. l. 1 §. exercitorem. De conditione huius exercitoris quædam hic traduntur, de ſtatu, de ætate, de ſexu: & hic dicitur nihil referre an mas an fœmina ſit: idque expreſſum eſt in l. 4. Codic. eodem. cuius ætatis ſit multum refert. Iniquum eſſet & vtilitati contrarium pupillum ideo teneri ex contractu magiſtri à ſe præpoſiti, quod nauem exerceat, ſi abſque ſui tutoris auctoritate eam exerceat. Parui (inquit) refert an ſit paterfamilias, an filiusfamilias, an ſeruus, vt competat hæc actio. Cum quæritur an hæc actio detur, nihil refert an is qui exercet nauem liber ſit, an ſeruus, an filiusfamil. an paterfamilias. Refert tamen paterfam. an filiusfamilias ſit, an liber, an ſeruus, cum quæritur contra quem danda ſit actio. Nam ſi ſeruus exerceat nauem, aduerſus eius dominum dabitur actio. Si filiusfamilias nauem exerceat, aduerſus eius patrem etiam dabitur actio: idque expreſſum fuit edicto prætoris. Caput vnum prætorii edicti ad hunc locum pertinet, vt ſatis apparet ex leg. 1. §. ſi is qui nauem. Hoc edicto proponitur actio nõ tantũ aduerſus exercitorẽ ipſum, ſed aduerſus eum in cuiꝰ poteſtate exercitor fuerit: nam ſi forte in poteſtate patris exercitor fuerit, vel in poteſtate domini, tunc dabitur actio exercitoria aduerſus dominum vel patrem. Seruus enim ex contractu conueniri non poteſt. leg. ſeruus. Cod. de iudiciis. Filiusfamilias conueniri poteſt, ſed præter obligationem qua obligatus eſt filiusfamilias, pater hic tenetur. Oſtendit Vlpianus his verbis ex hac parte edicti non dari actionem aduerſus patrem exercẽtis, niſi filius voluntate patris nauem exerceat. nam ſi ſine voluntate, non dabitur actio ex hoc edicto. Poteſt autem dari actio de peculio. Nam ea actio datur aduerſus patrem quatenus eſt in peculio, etiam ſi filius inſcio patre contraxerit, ſed non datur vltra id quod eſt in peculio. Sed hæc actio exercitoria datur in ſolidum, quia ſi filiusfamilias nauem exercuerit voluntate patris, tenetur in ſolidum pater. his verbis oſtendit quod hic dicitur ius ſingulare eſſe, & alias patrem cuius voluntate filius aliquam negociationem exercet, non teneri in ſolidum. Quod verum eſt. Sed hic multa ſingularia conſtituta reperiri iam admonui, quia nauium exercitio ad Rempublicam pertinet: non eſt idem vſus inſtitoriæ. Hic locus valde obſcurus eſt & difficilis. Mirum enim videtur quod hic dicitur, patrem filii exercitoris nomine iure ſingulari teneri, quia eius voluntate filius nauem exercuit: quia videntur multa huic ſententiæ aduerſari. In primis quod dicitur de actione tributoria, in leg. 1. infra, de trib. actio. Si volente aut etiam ſciente patre filius negociatus ſit ex merce peculiari, non agitur aduerſus patrem in ſolidum, ſed actione tributoria, vt tributio quædam fiat inter patrem & alios creditores. Id ego planius dicam. Cum agitur aduerſus patrem de peculio, pater primum deducit quod ſibi debetur à filio ſuo, ſi quod negocium contraxerit cum filio, ex eoque contractu obligatus ſit ei filius naturaliter. Nulla enim obligatio contrahi poteſt inter patrem & filium quam naturalis: ea res aliquando diminuit peculium, aliquando etiam totum peculium conſumit. Si quid forte ſuperſit deducto eo quod patri debetur, ex eo ſatisfiet aliis creditoribus. Hæc eſt natura tributoriæ actionis. Sed cum filius negociatur ex merce peculiari volente vel ſciente & patiente patre, ſi conueniatur à creditoribus quibus filius eſt obligatus, non deducet quicquid ſibi debetur, ſed fiet contributio inter eum & cæteros creditores pro rata parte quæ ei debetur. Exempli gratia, Si forte centum debeantur aurei patri, capiet illa centum: ſi autem aliis creditoribus debeantur quinquaginta, accipient quinquaginta aureos. Ex eo poteſt aliquis dubitare, cur in ſolidum teneatur pater, quia eo volente nauem exercet filius. & cur non eſt locus ill contributioni quæ habet locum in actione tributoria? Hæc eſt prima difficultas. Alia difficultas naſcitur ex edicto, Quod iuſſu, quo proponitur actio aduerſus patrem, cuius iuſſu filius contraxit. Nam cum iubet pater filium cum aliquo contrahere ex eoque contractu obligatus eſt filius, agitur aduerſus patrem, idque in ſolidum. Iuſſum autem quẽcunque conſenſum accipimus. leg. 1. quod iuſſu. Nam etiam ratihabitio ſufficit: ergo nihil ſingulare eſt in exercitore nauis. Videndum ergo eſt quemadmodum hę actiones diſtinguendæ ſint, & quæ ſit poteſtas harum omnium actionũ: quod fuſius à nobis explicabitur in ſingulis locis. Primum ſi filius meus volente me aut etiam conſentiente negociatus ſit, non tenebor in ſolidum ex contractu filii mei, ſed tenebor actione tributoria, & fiet contributio inter me & cæteros creditores. leg. 1. de tribut. act. Edictum enim illud loquitur de filio qui negociationem exercet ex merce peculiari. Nos autem hic loquimur de eo qui nauem exercet. Alia cauſa eſt eius qui negociatur ex merce peculiari, alia eius qui nauem exercet. Nã hoc ſingulare eſt in eo qui nauem exercet vt pater omnino teneatur in ſolidũ, ſi modo eo volẽte filius nauẽ exerceat, non dico ſciente. Hoc intereſt inter actionem tributoriam & exercitoriã, quod ſola ſcientia ſufficit in actione tributoria: hic requiritur voluntas patris, vel expreſſa vel aliquo modo declarata. Ad actionem quod iuſſu, ego reſpondeo, Si pater conſenſerit certo contractui filii ſui, ex quo obligatus ſit filius, tunc dabitur actio eo nomine aduerſus patrem in ſolidum: Si vero patre ſciente & permittente filium negociationem exercere, filius obligatus ſit aliquo ex contractu, non ideo tenetur pater in ſolidum actione quod iuſſu, quaſi eius iuſſus contractus ille initus ſit.

Multum refert an patre conſentiente dicamus filium exercuiſſe negociationem, an vero eo ignorante negotium cum filio contrahatur. Si pater conſenſerit certo contractui filii ſui, dari actionem aduerſus patrem in ſolidum. Sed accidit nonnunquã vt pater nõ conſentiat certo contractui, ſed ignoret negotium contrahi cum filio, ſed ſciat filium negociationem exercere, & tunc cum quæritur an teneatur pater propter ſcientiam, dicimus teneri, ſi ſciuerit & paſſus ſit filium negociationem exercere tributoria actione, non in ſolidum: ſed ſi exerceat nauem eo inſcio, modo alias paſſus fuerit, tenetur in ſolidum. Sufficit

Cõducere per auerſionem quid.

Cur pater cuius volũtate nauem exercuit in ſolidũ hac actione teneatur.

patre volente eũ exercere nauẽ, & ſi intelligat filium alicuius exercitorem eſſe tenebitur pater in ſolidum. Sic videtis hoc ſingulare eſſe in exercitore nauis propter vtilitatem publicam quia (vt diximus) maximum exercitium ad ſummam Reipublicæ pertinet. Eſt locus communis de nauigatione diligenter obſeruandus: Hic locus pertinet ad actionem tributoriam, de qua dicemus infra, ſub titul. de trib. act. Exiſtit quæſtio ex verbis prætorii edicti. Prætor hic loquitur de filiofamilias, qui volente patre nauem exercet: quid ergo ſi ſciente patre nec expreſſim conſentiente nauem exerceat filius, an dabitur actio ex hoc edicto? De eo dubitatum fuit à veteribus, quia is qui ſcit & patitur filium nauem exercere, videtur quodammodo exercere. Sed hæc ſcientia & patientia aliquo modo differt à conſenſu, vt dicitur in leg. 1. de trib. act. vnde melius eſt in re dubia verbis edicti ſeruire. Certum eſt inter voluntatem & ſcientiã aliquid intereſſe: ergo non recedemus à proprietate verborum in re dubia. Eſtque locus communis de interpretatione, vt à verbis legiſlatoris non recedamus niſi contraria voluntas appareat. Hinc oritur quæſtio, Si plures exercitores ſint nauis, an in ſolidum danda ſit actio ex hoc edicto, & quatenus danda ſit? Edicto expreſſum eſt aduerſus exercitorem dandam eſſe actionem: Sed ſi forte plures ſint exercitores nauis, quatenus dabitur actio? an aduerſus ſingulos pro parte dabitur actio, an in ſolidum? Hæc quæſtio tractatur in leg. 1. §. vltim. & leg. 2. 3. & 4. Si plures exerceant nauem agetur cum ſingulis, non pro parte qua quis nauem exerceat, ſed agetur in ſolidum, quaſi duo rei ſint debendi. Rationem affert Gaius, *Ne in plures aduerſarios diſtringatur qui cum vno contraxerit.* Qua ratione hoc edicto Prætoris cautum fuerit docet. Graue eſt eum qui cum vno magiſtro nauis contraxit, in plures aduerſarios diſtringi. Ergo multum refert, an plures exercitores nauem exerceant ipſi, & cum vno contrahatur, an vero non exerceant ipſi, ſed habeant magiſtrum naui præpoſitum. Nam ex negocio cum magiſtro inito tenentur in ſolidum: ſi autem ipſi per ſe exerceant, pro portionibus exercitionis tenebuntur. Sed is qui præſtitit ſolidum, ſocietatis iudicio conſequetur quod ſoluit pro rata parte: quod fit etiam in duobus reis debendi. *Si tamen plures per ſe nauem exercent, &c.* Quid igitur dicemus ſi plures exercitores nauis exerceant nauem per ſe, nullum habentes magiſtrum naui præpoſitum, ſi contrahatur cum aliquo an teneatur pro parte exercitionis, an vero ſinguli in ſolidum teneantur? Hic dicitur, eos pro portionibus exercitionis conueniri non in ſolidum. *Neque enim inuicem ſui magiſtri videntur.* Occurrit obiectioni. Poteſt videri cum duo ſimul exercent, alterum alteri quaſi magiſtrum eſſe, & hoc modo poſſet quis interpretari vt alter in ſolidum teneretur. Sed non intelligũtur ſibi inuicem magiſtri eſſe, niſi hoc actum eſſe appareat. Forte accidere poteſt vt ex pluribus exercitoribus vnus communi conſenſu magiſter præficiatur, & ſecundum hanc partem edicti ſinguli tenebuntur in ſolidum. Sequitur, *Sed & ſi ſeruus plurium.* Hinc exiſtit quæſtio de ſeruo plurium exercitorum, qui nauem exercet voluntate eorũ. *Idem placuit quod in pluribus exercitoribus.* Plures qui exercent nauem habent ſeruum communem, eum præponunt exercitioni nauis. Is iuſſu dominorum ſuorum excecebat nauem: quæritur ex cõtractu inito cum ſeruo, quatenus teneantur exercitores, an pro parte, an quatenus exercitores ſunt nauis, tenebũtur. Et ait I. C. quibuſdam idem placuiſſe, quod in pluribus exercitoribus, id eſt vt pro parte ſinguli teneantur: quam tamen ſententiam non probat. *Plane ſi vnius ex omnib. &c.* Hic affirmat. Cumq; dubium ſit quod aliis placuit, in ſuperiori tamen ſpecie id quod ſequitur planum eſt & certum. At igitur, eum ſeruum qui plures habet dominos ſi vnius ex omnibus dominis voluntate exercuit, in ſolidum illum cuius voluntate nauem exercuit teneri. *Et ideo puto.* Quod reliquit dubium in ſuperiore caſu, nunc decidit. Cum ſeruus exercet nauem voluntate dominorum plurium exercitorũ, omnes in ſolidum tenentur, idq; infert ex poſteriori caſu. Is cuius iuſſu ſeruus nauem exercet, tenetur in ſolidũ, quia iuſſit ei. Ergo cum iuſſu & voluntate omnium ſeruus nauem exercet, omnes teneri debent in ſolidum. Ex his intelligitis aduerſus quem detur hæc actio exercitoria. Notandum tamen hic eſt, non ideo minus magiſtrum naui præpoſitum teneri, quod actio detur aduerſus exercitorem nauis, à quo naui præpoſitus eſt. Cum enim dicimus, ſi quis contraxerit cum magiſtro nauis, dandam eſſe in exercitorem actionem, non ita accipiendum eſt, quaſi non teneatur ille magiſter nauis ex proprio contractu & propria perſona. Cum quis contrahit cum filiofamilias, duos debitores habet: filium in ſolidum, patrem autem obligatum habet vſque ad modum peculii. l. qui cum filiofamilias. de pecul. Nam præter eam obligationem qua tenetur magiſter, tenetur etiam exercitor: & eſt quædam acceſſoria obligatio: idq; expreſſum eſt in leg. 1. §. pen. hic. *Hæc actio à perſona.* Hæc verba diligenter notanda ſunt, quia complectuntur quæcunque ad hanc diſputationem pertinent. Cum prætor propoſuit actionem aduerſus exercitorem nauis, non tranſtulit actionem à perſona magiſtri in perſonam exercitoris, ſed obligationi qua tenetur magiſter nauis, adiecit etiam obligationem qua exercitor tenetur. Ex his autem obligationibus vna principalis eſt, alia autem velut acceſſoria. Obligatio qua tenetur magiſter nauis eſt principalis: ea autem qua tenetur exercitor, eſt acceſſoria. Non enim ex ſua perſona tenetur exercitor ſed ex perſona magiſtri: atq; ideo vno ſoluente, alter liberatur. leg. 1. §. vltim. Atque ideo quod aliis in locis ſcriptum reperitur de fideiuſſoris obligatione, ad hunc locum referendum eſt. Nã ſicut reo principali ſoluente, ipſo iure fideiuſſor liberatur: hic etiam magiſtro ſoluente ipſo iure exercitor liberatur. Nam fideiuſſoris obligatio quæ acceſſoria eſt, non poteſt cõſiſtere ſine principali. Sed fideiuſſore ſoluente, datur reo exceptio ſi conueniatur. Præterea de qualitate harum actionũ quæritur, an hæ actiones ſint ciuiles, an prætoriæ, an rei perſecutoriæ, an perpetuæ, an temporales. Certum eſt has actiones perpetuas eſſe, & ad hęredem tranſire, vt dicitur in l. 1. §. ſi ſeruus. Verum eſt actionem quæ datur aduerſus exercitorem eſſe prætoriam. leg. 1. §. pen. Naſcitur ex iuriſdictione prætoria, magis quam ex iure ciuili. Si leges & ius ciuilę inſpiciamus, ex contractu inito cum magiſtro nauis non tenetur exercitor, vel dominus nauis: ſed propter vtilitatem hæc actio prodita eſt à Prætore ex iuriſdictione ſua: non ideo tamen hæc actio temporaria eſt quod prætoria ſit. Nam actiones prætoriæ quæ continent rei perſecutionem perpetuæ ſunt, & hæredi & in hęredem dantur: hæc autem rei perſecutoria eſt. Sed an contraria actio detur ſicuti in ſuperiori edicto, id eſt, an ſicut datur actio aduerſus exercitorem nauis ex eo contractu magiſtri: ita detur viciſſim actio ex contractu magiſtri exercitori aduerſus eos qui cũ magiſtro contraxerunt? Vlpianus in l. 1. §. Eſt autem. ait ex contractu magiſtri exercenti nauem actionem nõ competere aduerſus eos qui cum cum magiſtro contraxerunt. Magna vtilitas atque ideo magna neceſſitas fecit vt daretur actio iis qui cum magiſtro nauis contraxerunt aduerſus exercitorem. leg. 1. hic. in prin. Sed nõ eodem auxilio indigebat exercitor. Sed an deſtituetur omni actione, omni auxilio exercitor? Hic dicitur, aut ex locato. Nulla exercitori prodita eſt actio aduerſus eos qui cum magiſtro contraxerunt, ſed aduerſus magiſtrum à ſe præpoſitum habet actionem vel ex locato, ſi forte magiſter ei locauerit operã ſuam: actionẽ vel mãdati, ſi ſine mercede conſtituta naui præpoſitus ſit. Quamuis enim nulla ſit propoſita actio qua poſſit experiri exercitor nauis aduerſus eos qui cum magiſtro nauis contraxerunt, ſolent tamen Præfecti annonæ propter miniſterium annonæ ad quod maxime pertinet nauigationis vtilitas, eos extra ordinem cogere. Huiuſmodi exempla reperiuntur ſub titul. de extraord. cognit. Quod autem his diximus, exercitorem nullam habere actionẽ aduerſus eos qui cũ magiſtro nauis cõtraxerunt, hoc eſt intelligendum niſi magiſter nauis in poteſtate exercitoris fuerit. Nam ſi exercitor præpoſuerit vel filium ſuum vel ſeruum quem habet in ſua poteſtate, & filius contraxerit, vel ſeruus, dubium non eſt quin actio ex contractu filij aut ſerui acquiratur patri vel domino, leg. ſtipulatio iſte. §. alteri. de verborum. obligationib. Ergo quod hic dicitur intelligendum eſt de eo qui liberum hominem vel alienum ſeruum qui in poteſtate eſt præpoſuit naui. Nam per liberam perſonam nobis non acquiritur obligatio, nec actio, vt iam diximus.

IN TIT.

IN TIT. II. LIB. XIIII. PANDECTARVM.

Ad legem Rhodiam de iactu. CAP. I.

VT intelligamus quæ ſit lex Rhodia, & cur titulus de lege Rhodia hic poſitus ſit, animaduertendum eſt in primis Rhodum inſulam eſſe in mari Ionio, & vnam ex Cycladibus inſulis: in qua etiam ciuitas eſt eiuſdem nominis, quam veteres ſcriptores laudant & extollunt propter ἐυνομίαν & naualem diſciplinam. Sic enim loquitur Strabo libr. 14. Geograp. qui & ait nobilem eſſe ciuitatem Rhodum ob diligentiam circa res nauales, & multos annos mari potitam fuiſſe. Hæc igitur ciuitas, cuius naualis diſciplina tantopere commendatur, præcipuis quibuſdam legibus vſa eſt circa rem nauticam. Quanto in pretio fuerint hæ leges Rhodiæ, ſatis argumento eſt, quod imperatores Romani tantum his legibus tribuerunt, quantum Romanis, modo illæ Romanis non aduerſarentur. Maxime autem hoc oſtendit reſcriptum Antonini Imperatoris. cap. 9. huius tit. ἀξίωσις εὐδαίμονος Νικομηδέως. Supplicatio Eudemonis Nicomedenſis Græcè deſcripta fuit, vt hic reperitur. Hic refert Auguſtum imperatorem idem quoque iudicaſſe, vt controuerſiæ nauticæ lege Rhodiorum dirimerentur. Propoſitum fuit imperatori direptionem & ſpoliationem factam eſſe ab his qui Cycladas inſulas habitabant, ex quarum inſularum numero Rhodus eſt, vt dixi. Lex ſcilicet Rhodia his verbis ſignificat legem Rhodiam nauticam quaſi maris dominam eſſe, figurata locutione, & controuerſias de rebus naualibus ſecundum eam legem iudicari & definiri debere. *Lex autem maris.* Quidam ex his verbis colligunt imperatorem dominum eſſe terræ, non etiam maris, propter dictionem aduerſatiuam: ideoque Venetos non eſſe ſubiectos Romano imperio. Sunt qui hoc ita defendant, quia eorum ciuitas ſita ſit in Adriatico mari. ſed hoc ineptum eſt. De hac re contentio fuit inter duos Iuriſconſultos noſtri temporis Alciatum & Inæum. Hinc igitur notandum eſt, ex naufragio nihil diripiendum eſſe, idque cautum fuiſſe lege Rhodia veriſimile eſt, idque etiam vetitum eſt legibus noſtris, præſertim in l. ne quid. de incen. rui. & naufr. Eſt etiam conſtitutio Friderici, quæ deſcripta vulgo reperitur in C. tit. de furtis. auth. nauigia. Improbat conſuetudinem quorundam locorum, qua conſueuerant res naufragorum & nauigia retineri, & vult omnia eis integra conſeruari. Huc etiam pertinere videtur quod dicitur in leg. 7. hic. *Cum depreſſa.* Depreſſa nauis, Gallicè *eſfondree*, non magis propter naufragium conſequitur quis res ſuas, quam propter incendium. Idem dicendum eſt de rebus iactis in mare nauis leuandæ cauſa orta tempeſtate, quia illæ res non ſunt occupantis, vt dicitur in duobus locis ſub hoc tit. l. 2. §. vltim. & l. qui leuandæ. Non videtur eo animo eſſe is qui proiicit res quaſdam ſuas in mare leuandæ nauis cauſa vt eas habeat pro derelicto, niſi contrarium appareat. Idem dicitur in Inſtit. ſub tit. de rer. diuiſ. §. vltim. Idem in l. falſus. §. ſi iactum. de furtis, vbi dicitur ſi quis iactam rem in mare ſurripuerit, furti teneri quia dominus nō habuit eam pro derelicto. Quod igitur à nobis dictum eſt de naufragio, intelligendum eſt cautum fuiſſe primo capite legis Rhodiæ, & quod etiam diximus de rebus direptis & iactis in mare. Videamus nunc de alio capite, de quo pręcipue tractatur ſub hoc titulo,

De contributione. CAP. II.

ALterum caput legis Rhodiæ (vt mihi videtur) præcipuum eſt de contributione rerum propter merces iactas in mare leuandæ nauis cauſa. Nam ſi propter tempeſtatē res aliquæ iactæ ſint in mare nauis leuandæ cauſa remouendi communis periculi cauſa, cautum eſt lege Rhodia, vt alii quorum merces ſeruatæ ſunt, propter hunc iactum cogantur hoc damnum reſarcire & contribuere. leg. 1. hic. Cum pro conſeruatione omnium mercium damnum datum eſt, & pro conſeruanda ipſe naue, id damnum quod datum eſt pro omnibus omnium contributione ſarciri debet. Paulus in leg. 2. id æquiſſimum eſſe ait in §. æquiſſimum. Idem vulgo traditur de incendio, cum diruta eſt aliqua domus cæterarum conſeruandarum cauſa, vt id damnum ſarciatur à vicinis ad quos veriſimiliter potuit ignis peruenire. Id expreſſum non eſt certo iure, ſed argumentum ex his legibus ducitur eius rei probandæ cauſa. Sed legimus quidem domum aliquam dirui poſſe vt aliæ conſeruentur. leg. ſi quis fumo. ad leg. Aquil. & l. 1. quod vi aut clam. Ex hoc autem capite legis dantur aliæ actiones, quarum menti eſt in leg. 2. hic. actio de locato & conducto: & quamuis forte de illis actionibus nihil expreſſum fuerit lege Rhodia, tamen veriſimile eſt magiſtratus & prætorem ad exemplum legis Rhodię has actiones propoſuiſſe. Vt intelligamus vſum huius legis Rhodiæ, hic docet Iuriſconſultus quaſdam actiones propoſitas eſſe ad hanc contributionem, vt damnum reſarciatur ei cuius merces iactæ ſunt in mare, atque eum cuius merces iactæ ſunt in mare, aduerſus alios quorum merces ſeruatæ ſunt propter hunc iactum actionem non habere, ſed aduerſus magiſtrum nauis ex locato: & magiſtrum nauis agere ex conducto aduerſus alios quorum res ſeruatæ ſunt. Hæc eſt ratio agendi & in vſum conuertendi quod cautum eſt ipſa lege Rhodia. Contractus locati initus eſt inter magiſtrum nauis & mercatores, quorum res vehendæ conductæ ſunt: ergo æquum eſt agi aduerſus magiſtrum nauis. Agit is cuius merces iactæ ſunt in mare aduerſus magiſtrum nauis vt retineat aliorum merces, donec ab eis ſatisfactum fuerit. Eſt ratio quædam agendi ſatis vſitata. Exemplum vnum eſt in leg. cum in lege. §. colonus. locati. Propter meſſes ſurreptas colonus non agit furti, quia dominus non eſt antequam meſſis facta ſit, ſed competit actio domino. Agit autem colonus aduerſus dominum vt is agat aduerſus furem condictione furtiua. Sic videtur legendum eſſe, *& ſi non retineat.* Quamuis hæc negatio deſit in lib. Florent. Ergo fruſtra agetur vt retineantur res eorum qui nullas res habent quæ poſſint retineri. Hic ergo videtis actionem ei competere cuius merces iactæ ſunt in mare, vt damnum ſibi reſarciatur, & cogantur alii conferre & damnum ſarcire pro rebus eorum quæ ſeruatæ ſunt. Sed hic videtur aduerſari quod dicitur in leg. 3. vbi dicitur, Qui ſeruandarum mercium cauſa merces aliquas in mare proiecit, nulla tenetur actione: ſi dolo malo aliquas merces in mare proiecit, tenetur de dolo: ſi ſine dolo, & ſine culpa, tenetur actione præſcriptis verbis. Si ſeruandarum mercium cauſa proiecit, nulla tenetur actione. Hæc antinomia multos torſit, & Accurſium & cæteros, nec videntur eam commode explicaſſe. Ego igitur aliter reſpondeo, nulla actione teneri eum qui merces proiecit, ſed dico eum teneri cuius merces ſeruatæ ſunt. Hic non inſpicitur quis proiecerit merces in mare, ſed inſpicitur cuius interſit hanc iacturam factam eſſe, ita vt quamuis actio ſit in perſonā, tamen perſonæ tenentur propter res quæ ſeruatæ ſunt. Ideo cogitur quis ad hanc collationem, quia res eius ſeruatæ ſunt propter iacturam aliarū mercium. Si forte proiecerit, & nullas res habeat, nulla actione tenebitur, vt ſi forte proiecerit, vt ſeipſum ſeruaret. Sic mihi videtur facilis eſſe explicatio & diſſolutio. Sed hoc dilucidius fiet multo ex his quæ ſequuntur. Videndum eſt igitur

Domo diruta vicinarū domorū cōſeruādarum cauſa ab incendio, an id damnū ſarciri à vicinis debeat.

De cauſa huius contributionis. CAP. III.

VT intelligamus quando poſſimus hac actione experiri, & quando non poſſimus, ſciendum eſt duo neceſſaria eſſe vt detur hæc actio. Iactura rerum ex vna parte, & conſeruatio rerum ex altera parte. Is qui iacturam fecit rerum ſuarum petit hanc contributionem, & ab his quorum merces ſeruatæ ſunt propter hanc iacturam. Ergo vt locus ſit huic collationi animaduertere debemus, an iactæ ſint res ex vna parte: deinde an ſeruatæ ſint ex altera parte. Sed vt planius & diſtinctius hæc tractemus, videndum eſt primum de iactura rerum, deinde rerum conſeruatione. Dubium non eſt quin lex Rhodia lata ſit de iactu ſiue iactura rerum, & de contributione propter iacturam: id ſatis oſtendit lex 1. & ipſe titulus & inſcriptio. Sed vtilitas ſuaſit atque æquitas vt lex Rhodia de iactu ad damnum ex alia cauſa datum porrigeretur interpretatione. Itaque videtis ex pleriſque aliis cauſis locum eſſe huic contributioni, & ſi forte nullarum mercium iactura facta fuerit. Dicamus igitur quoties aliquod damnum datum eſt propter iacturam, aut aliam huiuſmodi

cauſam leuandæ nauis cauſa, hoc damnum ſarciri debere ab his quorum merces ſeruatæ ſunt. Id ex variis locis huius tituli colligitur: & hoc percepto difficile non erit animaduertere quæ ſit ratio cuiuſque iuris in ſpeciebus quæ tractantur ſub hoc titulo. Eas quæſtiones nos ordine tractaturi ſumus.

Prima quęſtio eſt de naui & armamentis in leg. 2. §. ſi conſeruatis. Propter tempeſtatem nauis fracta eſt, vel deterior facta, vel exarmata: conſeruatæ ſunt merces, & nihil earum periit tempeſtate: quæritur an ſit locus contributioni & collationi de qua hic loquimur, & an mercatores quorum merces ſeruatæ ſunt, debeant hoc damnum ſarcire magiſtro nauis? Hic iuriſconſultus ait nullam hic contributionem faciendam eſſe, nullam collationem. Verum quidem eſt damnum aliquod hic datum eſſe, ſed tamen non eſt damnum datum propter conſeruationem aliarum rerum quæ erant in naui. Dicendum igitur eſt locum tantum eſſe collationi, cum damnum aliquod datum eſt remouendi communis periculi cauſa, & pro conſeruatione. Hic autem non poteſt dici damnum datum eſſe propter conſeruationem aliarum rerum & communis periculi vitandi cauſa. Locus ergo collationi eſſe non poteſt. Id Iuriſconſultus probat ſimilitudine. *Nam & ſi faber.* Si quis faber locauerit opus faciendum, & is fregerit malleum, id damnum non imputabitur ei qui conduxit opus faciendum. Hoc tamen locum non habet in duobus caſibus, vt oſtendit Iuriſconſultus. *Veluti ſi voluntate vectorum.* Si deterior nauis facta ſit voluntate vectorũ, vel propter aliquem metum id factum ſit, vt merces mercatorum conſeruarentur, damnum tunc ſarciri debet. & hoc eſt obſeruatione dignum. Eodem pertinet quod dicitur in l. 3. Arborem vocat malum nauis. Si deiectum eſt inſtrumentum nauis, contributio debet fieri, ſi remouendi communis periculi cauſa, & conſeruandæ nauis, vel mercium cauſa id factum eſt. Eodem pertinet quod traditur in leg. 5. hic. Si nauis perierit naufragio, locus non eſt contributioni, etſi forte merces ſuas conſeruarint vectores. Non enim eſt depreſſa nauis communis periculi vitandi cauſa. Multum intereſt inter priorem & poſteriorem ſpeciem. Nam in poſteriore ſpecie loquitur Iuriſconſultus de naui quæ naufragio amiſſa eſt. Sed cum arbor cæditur, vt nauis cum mercibus liberari poſſit, tunc æquitas contributionis locum habebit. Alia quæſtio eſt de naui redempta in leg. 2. §. Si nauis. Si nauis capta à piratis redempta fuerit, alii debent conferre: & ex hoc ſatis apparet non tantum propter iactum mercium collationem locum habere, ſed propter aliud etiam damnum datum. Sed ſi aliquid prædones abſtulerint ex mercibus alicuius, & is redemerit ſuas merces, non cogentur alii hoc damnum ſarcire. Sic videtis inſpiciendum ſemper eſſe an damnum omnium cauſa datum ſit, an eorum interſit, cum quæritur an contributioni locus ſit: idque pertinet ad explicationem quæſtionis tractatæ in leg. 2. §. ſeruorum. de ſeruis qui coorta tempeſtate perierunt in naui. Alia quæſtio eſt in leg. 4. de mercibus in ſcapha poſitis leuandæ nauis cauſa. Nauis erat valde onuſta mercibus, adeo vt portum non poſſet intrare, vel flumen cum onere, eæ merces immiſſæ ſunt in ſcapham, quæ periit cum mercibus: quæritur an ij quorum perierunt in ſcapha, poſſint alios compellere ad contributionem? Et dicendum eſt, quia omnium intererat eam nauem exonerari, cum non poſſet intrare portum, vel flumen: quia eſſet nauis nimis onerata, ab omnibus hoc damnum ſarciri debere, & contributioni locum eſſe. E contrario ponamus in ſuperiori ſpecie ſcapham plenam fuiſſe, & merces quæ erant in naue amiſſas quoque eſſe: mercatores qui merces in naui habebant volunt alios cogere ad contributionem: quæritur an poſſint eos cogere? Et dicitur non poſſe, quia nihil ab eis factum eſt, vt eæ res quæ in ſchapha erant cõſeruarentur. Addendum eſt id quod dicitur in leg. 4. ſed ſi nauis. vbi duæ ſpecies ſunt. Quidam naufragium fecerunt, alii iecerunt res quaſdam ſuas in mare leuandæ nauis cauſa. Qui naufragio res ſuas amiſerunt, petunt ab aliis quorum merces iactæ ſunt: & deinde raptæ ſunt ab vrinatoribus, vt damnum reſarciatur: quæritur an cogendi ſint hoc damnum reſarcire? Et iuriſconſultus ait hoc damnum reſarciendum non eſſe, & contributioni locum non eſſe. Vrinatores ſunt qui ſub aqua nauigant, & qui merguntur in caput, ſicut vrna ſolet. Alia quæſtio tractatur in dict. leg. 4. §. cum autem. ad finem. de aſpergine. Quidam habebat quaſdam merces in naui, eæ propter iacturam deteriores factę ſunt, quod aſperſæ fuerint aqua marina forte, & nudatæ. Sic videtur legendum, *nudatis*, & non *mundatis*. Quæritur an harum rerum nomine contributio facienda ſit? Ait Iuriſconſultus contributioni locum eſſe. Nam etſi lege Rhodia de iactu tantum cautum ſit: eſt tamen eadem ratio, cum propter quodcunque aliud damnum res aliorum ſeruatæ ſunt. Hoc enim damnum datum eſſe communis periculi remouendi cauſa apparet. Alia quæſtio eſt de armamentorum comparatione, in leg. 6. Nauis quædam exorta tempeſtate ictu fulminis, deuſtis armamentis arbore & antenna delata eſt in portum Hipponenſem: ibi comparata ſunt tumultuaria quædam armamenta: deinde his ad præſens comparatis armamentis Hoſtiam nauigatum eſt. Magiſter nauis petit ſumptum factum in ea armamenta ſarciri: quæritur an contributioni locus ſit? hic dicitur, *Hic ſumptus inſtruendæ magis nauis.* Diximus hoc damnum reſarciri debere ꝙ datum eſt mercium conſeruandarum cauſa, & communis periculi remouendi. In hac igitur ſpecie damnum non ſarcietur, quia hic ſumptus factus eſt inſtruendæ nauis cauſa, non leuandæ. Nam cum delatam fuiſſe nauem in portum Hipponenſem hic proponatur, apparet in tuto nauem fuiſſe cum eſſet in portu, nec illa armamenta comparata fuiſſe remouendi communis periculi gratia. Hactenus de iactura rerum. Nunc videndum eſt, de conſeruatione.

De conſeruatione.

De rebus ſeruatis ex altera parte propter iactum factum multæ hic quæſtiones tractantur. Dicendum igitur eſt generaliter in contributionem venire quicquid conſeruatum eſt, modo æſtimationem recipiat. Omnes ſpecies quę hic tractantur, huc referri debent, & exempla hic tractata oſtendunt verum eſſe quod generaliter hic traditur. Niſi igitur res ſeruatæ ſint, locus non eſt contributioni: puta ſi nauis cum mercibus perierit, vt dicitur in leg. 4. in prin. Simile eſt quod dicitur in leg. 5. Non tantum dicit contributioni locum eſſe, cum iactæ ſint res in mare leuandæ nauis cauſa, ſed cum res aliorum conſeruatæ ſunt propter hunc iactum. Igitur ſi nauis perierit poſt hunc iactum cum mercibus, locus non erit contributioni. Vnde quæritur in leg. 4. §. ſed ſi nauis. de his qui naufragio res ſuas amiſerunt. Deinde eæ extractæ ſunt per vrinatores, an contributioni locus ſit, quia res quæ erant iactæ leuandæ nauis cauſa perierunt? Et dicitur ad modum rerum conſeruandarum quæ per vrinatores extractæ ſunt, conferendum & contribuendum eſſe. Sed ij qui naufragio res ſuas amiſerunt, non poſſunt petere ſibi damnum ſarciri ab iis quorum res iactæ extractæ ſunt ab vrinatoribus. Nam nihil fecerunt leuandæ nauis cauſa. Quod igitur dicimus vt contributioni locus ſit, oportere ſaluas eſſe res, nos ita intelligimus quocunque modo conſeruatæ ſint, ſiue ideo ſaluæ factæ ſint, quia nauis non periit, ſed ſalua in portum venit, ſiue quia nauis quidem naufragio ſubmerſa eſt, ſed merces extractæ ſunt per vrinatores. Aliæ quæſtiones ſunt de his rebus in leg. 2. §. eadem. Præcipua quæſtio eſt de rebus quibus non oneratur nauis: veluti ſi quis gemmas habeat in naue, an harum gemmarum nomine contribuere debeat: Videtur contributioni locum non eſſe, quoniam huiuſmodi rebus nauis non oneratur. Cum enim dicemus contributioni locum eſſe cum iactæ ſunt res in mare remouendi communis periculi cauſa, id videtur accipiendum eſſe de his rebus quibus nauis oneratur. At gemmis & margaritis nauis non oneratur. Hic tamen dicitur omnes quorum intereſt nauem ſaluam eſſe contribuere. Quæritur etiam de liberis perſonis an contribuere debeant pro ſe. Et dicitur non cogi contribuere, quia liber homo æſtimationem non recipit. *Inde agitatum eſt.* Ex eo quod diximus liberorum corporum cauſa contributionem non fieri, quia liberum corpus non recipit æſtimationem, quæritur an ſi quis habeat annulos & veſtimenta, an horum nomine contribuere debeat? & dicitur veſtimentorum nomine contributioni locum eſſe. Excipitur tantum liberum eſſe corpus. Sed quæritur an cibariorum nomine contributioni locus ſit? Hic ait Iuriſ-

Iuriſconſultus contributioni locum eſſe propter cibaria, & rationem reddit. *Eoq; magis quod.* Earum rerum nomine quas quis proprias habet in naue, conferre debet. At cibaria non videntur propria, ſed communia potius, quia cum deficiunt cibaria in naue, quæcunque quis habet ea cogitur conferre in commune. Atque hinc vulgo illud venit, *Imminente neceſſitate omnia eſſe communia.* Vnde etiam tractatur quæſtio, an ſi quis tempore famis cibaria furatus ſit, an furti teneatur? & ſunt qui dicant non teneri, ca. ſi propter neceſſitatem. extr. de furtis. Alia quæſtio eſt de rebus quæ aſpergine deteriores redditæ ſunt, in l. 4. §. cum autem. Hæc quæſtio multũ diuerſa eſt ab ea quæ iam à nobis tractata fuit, de aſpergine rerum. Diximus eum cuius res deteriores factæ ſunt aſpergine propter iactum, recte petere ſibi hoc damnum ſarciri. Sed hic quæritur an harum rerum nomine aliquis conferre debeat. Hic ſatis prolixa eſt diſputatio, & in primis ait Calliſtratus, *Sed defendendum eſt.* Defendi poteſt ait Calliſtratus, hunc cogendum non eſſe conferre, niſi pro præſente pretio rerum, id eſt, in hac re habebitur ratio in æſtimandis his rebus eius temporis, quo res deteriores factæ ſunt: idque docet exemplis. Verbi gratia, merces duorum mercatorum valent ſingulæ viginti: vnius merces deteriores factæ ſunt aſpergine, alterius non. Alter cuius res deteriores factæ non ſunt aſpergine, cogetur conferre pro viginti: alter cuius res deteriores factæ ſunt, cogetur conferre (propter deteriorationem) pro decem tantum. Calliſtratus tandem concludit adhibita diſtinctione, videndum eſſe an plus ſit in collatione, quam in damno. Nam ſi plus ſit in collatione, quam in damno, tunc conferre cogetur. Exempli gratia, mercator de quo quæritur debebat conferre decem, ſi damnum datum non fuiſſet, aſpergine damnũ eſt duorum aureorum, videtis plus eſſe in collatione quam in damno. Hic dicitur deductis illis duobus aureis reliquum cõferre cogendum: ergo conferet pro octo. Quid ſi plus ſit in damno quam in collatione? Dicendum eſt eum conferre non agi, vt ſi damnum ſit decem aureorum, & collatio ſit duorum aureorum: imo ei potius conferendum eſt, propter damnum quod ei datum eſt aliarum rerum conſeruandarum gratia. Ex his intelligitis quid neceſſarium ſit, vt locum habeat contributio. dixi ex vna parte oportere damnum datum eſſe remouendi communis periculi cauſa, ex altera oportere res conſeruatas eſſe: de quibus rebus hoc intelligendum ſit à nobis dictum eſt hactenus. Nunc videndum eſt

De ratione contributionis facienda.

Cap. IIII.

Paulus noſter in l. 2. duobus in locis ait, contributionem faciendam eſſe pro modo rerum conſeruatarum & amiſſarum, l. 2. §. portio. & §. iacturæ. Vtraque igitur res æſtimantur. Primum res quæ amiſſæ ſunt aliarum conſeruandarum cauſa: deinde æſtimabuntur res quæ ſeruatæ ſunt propter hanc iacturam: & is qui maioris pretij res habebit in naui, plus conferet. In hac autem rerum æſtimatione quæ amiſſæ fuerunt propter iacturam, non habebitur ratio lucri, ſed damni tantum, vt dicitur in dicta l. 2. §. portio. Lex enim Rhodia vult damnũ ſarciri, & tantum proſpicit iis qui damnum vetare volunt, non autem iis qui lucrum ſentire volunt. In aliis rebus quæ ſeruatæ ſunt, cum quæritur quantum contribuendum ſit earum rerum nomine, inſpicimus quantum vænire poſſint. Inde quæritur ſi res quæ iactæ ſunt in mare, quarum rerum nomine petitur contributio, repertæ ſunt, quid faciendum ſit, an nihilominus petitur contributio: Hic Iuriſconſultus ait, exonerati collatione. Cum enim dicimus rerum iactarum nomine collationem fieri debere, ab iis quorum res propter iactum conſeruatæ ſunt: hoc eſt intelligendum niſi hæ res poſtea repertæ ſint. Sed quid ſi iam collatio facta ſit, deinde res poſtea repertæ ſint: forte enim extractæ ſunt per vrinatores? Dabitur actio ex conducto ad repetendum quod contributum eſt, poſtquam res pro quibus contributio facta eſt, apparuerunt & recuperatæ ſunt. Atque hinc notandum eſt, ex qua cauſa detur hæc actio, vt obſeruetis rationem & methodum noſtram. Ego initio oſtendi ex hac parte legis Rhodiæ introductam eſſe actionem qua petitur contributio. Actio ex conducto datur, qua cogentur contribuere ij quorum res propter iacturam ſeruatę ſunt. Eſt cauſa huius actionis. Nunc alia occurrit, cum facta eſt contributio, & res iactæ apparuerunt & recuperatæ ſunt, vt reddatur quod contributum eſt, datur etiam actio ex locato, quam promiſcue vocat ex conducto.

Alia cauſa eſt huius actionis, vtpote vectura & merces quæ ſoluitur pro vectura, de qua diſputatio eſt in l. vltim. hic. Vecturam enim tam pro ſe quam pro mercibus ſuis vectores debent magiſtro nauis. Magiſter nauis hanc vecturam exigit actione ex locato. Hæc igitur eſt vna cauſa huius actionis, cum mercedem nolunt ſoluere mercatores pro vectura pro ſe, vel pro mercibus ſuis. Vnde oritur quæſtio an debeatur vectura pro mancipio mortuo? Et dicitur in d. l. vltim. deberi. Et huic conſentaneum etiam eſt quod dicitur in l. ex conducto. §. item cum quidam. locati. Admonet hic Paulus quæſtionem tractatam à Labeone facti eſſe magis quam iuris, & videndum eſſe quid actum ſit inter vectorem & magiſtrum nauis. Nam ſi merces promiſſa ſit magiſtro pro ſeruis exportandis in certum portum, niſi ſerui deportentur, & moriantur, non debebitur merces: ineſt enim hæc conditio, ſi deportati fuerint. Sed in dubio debebitur merces. Hoc enim actum eſſe tantum intelligitur vt vehantur ſerui. Hinc quæſtio tractatur in l. vlt. §. vlt. hic. Quidam nauem conduxit duarum millium amphorarum: in eam importauit tantum ducentas amphoras, petitur ab eo vectura pro duabus millibus amphorarum: ait ſe importaſſe tantum ducentas amphoras, atque ideo pro ducentis amphoris velle tantum mercedem ſoluere: quæritur quid iuris ſit? Et dicitur nos inſpicere debere quantarum amphorarum capax fuerit nauis, non quantæ impoſitæ ſint amphoræ. Sed Paulus notat in locum Labeonis, quia videbat eam quæſtionem facti eſſe. Et hic locus oſtendit tunc nauem conductam auerſione dici, cum ſimpliciter conducta eſt, non in certum numerum: & dicitur ab auertendo periculo. Poſtrema cauſa huius actionis eſt, cum is qui merces ſuas vehendas locauit, petit detrimentum ſibi reſarciri à magiſtro nauis, quia culpa eius perierunt, aut deteriores factæ ſunt, habetque actionem ex conducto, l. vltima. §. ſi ea conditione. valde elegans exemplum eſt. Hæc ſpecies huiuſmodi eſt: magiſter nauis qui merces meas vehendas conduxerat, eas ſine voluntate mea, & ſine vlla neceſſitate tranſtulit in aliam nauem deteriorem: eæ merces perierunt cum naui. Agam cum priori nauta, vt mihi hoc damnum reſarciat, actione ex locato. Hoc ſimpliciter à Labeone dictum eſt, ſed contra ait Paulus. Dixi in commodato caſum fortuitum non præſtari, niſi culpa caſum ipſum præceſſerit. l. ſi vt certo. §. nunc videndum. & l. in rebus. commodati. Per ſe naufragium dicitur caſus fortuitus. Sed poteſt caſus fortuitus non eſſe, puta ſi quis culpa ſua naufragium fecerit. Exceptio ex hoc loco addenda eſt obſeruatione digna, niſi appareat caſum illum euenturum, etiam ſi culpa non præceſſiſſet. Nos ponimus à magiſtro nauis merces ſine voluntate domini, in aliam nauem impoſitas eſſe. Hic culpam admiſit, nauis illa periit, periit etiam nauis ex qua tranſlatæ erant merces in aliam nauem. Paulus ait non teneri magiſtrum nauis, quia vtraque nauis periit: & ſimile eſt quod dicitur in l. ſi is qui ſeruum. de obligat. & actionibus.

IN TIT. XXV. LIB. IIII. C.

ET TIT. III. LIB. XIIII.

PANDECTARVM.

DE INSTITORIA ACTIONE.

Cauſa inſtitoriæ actionis.

Qvæ ſit cauſa inſtitoriæ actionis, & qua ex cauſa detur, docet Iuſtinianus in Inſtit. ſub tit. Quod cum eo qui in aliena poteſtate. §. eadem ratione. Ait eadem ratione propoſitam eſſe actionem inſtitoriam, qua propoſita eſt actio exercitoria, de qua iam diximus. Nam ſicut actio exercitoria datur aduerſus eum qui magiſtrum naui præpoſuit, ſi quid cum magiſtro nauis contractum ſit: ita etiam datur actio inſtitoria aduerſus eum qui inſtitorem præpoſuit negocia-

tioni vel tabernæ: vt perinde teneatur is qui præpoſuit inſtitorem ex eo contractu inito cum inſtitore, ac ſi ipſe contraxiſſet, modo de ea re contractum ſit negocium, cuius rei gratia inſtitor præpoſitus fuit. Hinc actio inſtitoria dicta eſt, quia datur ex contractu qui initus eſt cum inſtitore præpoſito. Cum autem præpoſita ſit hæc actio, docet Vlpianus in principio huius tractatus. Hæc à nobis ſummatim dicta ſint, vt veluti argumenti totius huius tractatus vice & diſputationis ſint. Iam de his diſtinctius & explanatius diſſerendum eſt. Ac in primis videndum eſt,

Inſtitoria actio vnde dicta.

Quis inſtitor ſit. Cap. I.

HÆc fere præcipua quæſtio eſt totius huius diſputationis, quis inſtitor dicatur. Cum prætor ait, ſe actionem daturum ei qui cum inſtitore contraxerit aduerſus eum, qui inſtitorem præpoſuit, neceſſe eſt ſcire quis inſtitor ſit. Id docent Iuriſconſulti in pleriſque capitibus huius tituli: veluti in l. 3. & l. ſi cum villico. 16. l. inſtitor. 18. & aliis quibuſdam, ex quibus capitibus colligitur inſtitorem dici, qui tabernæ aut negociationi quæſtus cauſa præponitur à domino, quem nos vulgo *Vnfacteur* vocamus: nihil enim refert, an ei ſit aſſignata certa taberna, an ſit præpoſitus cuicunque negotiationi, vt inſtitor quis dicatur, in l. ſi cum villico. Si cum villico contractum ſit, quæritur an eo nomine in ſolidum aduerſus dominum danda ſit actio? quæſtio eſt an villicus inſtitor recte dicatur? Et Iuriſconſultus ait, villicum non recte inſtitorem dici, & adfert rationem. Inſtitor appellatur qui tabernæ aut negociationi præponitur quæſtus cauſa: villicus ergo inſtitoris appellatione non continetur, quia propter fructus percipiendos præponitur villicus. Si tamen villicum meum mercibus comparandis præpoſuero, non autem fructuum tantum percipiendorum gratia, exemplo inſtitoriæ actionis, aduerſus me dominum actio dabitur. Inſtitor igitur eſt, qui negociationi præponitur quæſtus cauſa. Negociationem intelligimus quamcunque rerum venditionem, aut diſtractionem. Nam ad exemplum inſtitoris is accedit. Vnde is qui præponitur fœnerandis vel accipiendis pecuniis, inſtitor non dicitur: ſed is qui ad emendum, & vendendum præponitur. l. inſtitor. 18. & l. in eum. 19. hic. Si quis procuratorem præpoſuerit mutuis pecuniis accipiendis, is inſtitor proprie non dicitur, ſed vtilis actio ad exemplum inſtitoriæ actionis datur. Qui fœnus exercet, non poteſt recte negociator dici. Nam fœnus à negociatione multum differt, vt ex hoc loco ſatis colligitur. Idem in l. penul. C. eo. Cum videret Iuriſconſult. hunc inſtitorem non eſſe, qui conſtituitur ad pecunias fœnerandas & accipiendas, tamen propter vtilitatem exiſtimauit dandam eſſe vtilem actionem, ad exemplum inſtitoriæ actionis, cum inſtitoria actio deficit ex Prætoris edicto: & hæc diſtinctius aperiuntur à Iuſtiniano in §. cæterum. Inſtit. tit. Quod cum eo qui in aliena poteſtate. & §. is quoque. eo. vbi docet quid intérſit inter actionem tributoriam, & actionem de peculio. Actio de peculio datur omnium rerum peculiarium nomine, quaſcunque habet ſeruus in peculio. Actio autem tributoria non datur peculij nomine, ſed mercium peculiarium nomine. Fieri enim poteſt (inquit Iuſtinianus) vt partem habeat ſeruus in merce, & partem in fœnore. Hic videtis fœnus differre à merce. Ex quo apparet procuratorem differre ab inſtitore. Nam procurator dicitur generaliter quicunque mandatu domini negocium adminiſtrat. l. 1. de procurat. ſed hoc verbum ad negociationem tantum refertur. Tametſi autem hæc ſit propria verbi ſignificatio in edicto Prætoris, tamen verba Prætoris propter æquitatem ad alias perſonas producuntur. Huius rei multa exempla ſunt in l. 5. hic. Quod hic dicitur de inſtitore producitur ad inſularium, id eſt, cui mandata eſt cura inſulæ vel domus. *Sed & ſi menſæ.* Erat menſularius, habebat menſæ ſuæ ſeruum præpoſitum, quamuis menſularius non ſit inſtitor: tamen quia eadem eſſe ratio videtur in menſulario, quæ eſt in negociatore, ad eum producitur interpretatione edictum Prætoris. Libitinarij ſunt qui habent curam funerum. Conturbare verbum ſatis honeſte vulgatum eſt, pro eo quod eſt non extricare ſe nominibus, & ære alieno: quamuis Accurſius non intelligat quid ſit conturbare. Vide Budæum in annot. in Pandect. in hoc verbo. Seruus dicitur conturbare rationes hic, id eſt, non ſatiſfacere. Credere pro mutuo dare accipiendum eſt. Et ineptum eſt quod hic quidam ſumunt de literis credentiæ. Exemplum eſt in l. bona fides. depo. Ex his intelligitis quid proprie inſtitor ſit, aut quis inſtitoris loco habendus ſit propter ſimilitudinem rationis. Hinc etiam intelligitur quando detur actio inſtitoria, quæ non datur niſi cum inſtitore contractum ſit, aut cum eo qui pro inſtitore habetur. Deinde notandum eſt de conditione huius inſtitoris, non eſſe quærendum in hoc iudicio. Exempla paſſim occurrunt de omnibus aliis contractibus, in quibus quæritur de conditione perſonarum. Sed hic cum agitur an competat actio inſtitoria aduerſus dominum qui præpoſuit, non quæritur de conditione inſtitoris. l. 7. §. 1. Imo etiam ſi pupillus inſtitor ſit, cum quo contractum eſt, dabitur actio aduerſus dominum. Is enim ſibi imputare debet, qui talem præpoſuerit. Idem à nobis dictum eſt, de exercitoria actione. Eſt enim affinis ratio exercitoria huic actioni inſtitoriæ, cum exercitor præponit magiſtrum naui, nihil refert cuius conditionis ſit, vt propter contractum initum cum magiſtro nauis detur actio aduerſus exercitorem. Addidimus *præpoſito.* His verbis vſus eſt Prætor in edicto ſuo vt ſatis apparet ex interpretatione Iuriſconſulti. Oportet igitur inſtitorem præponi. Sed videndum eſt quomodo præponatur inſtitor.

Inſulariu quis.

Libitinarij qui.

Côturbare quid.

Cap. II.

Quomodo præponatur inſtitor.

NOn tantum expreſſa voluntate præponitur inſtitor ſed etiam tacita, ac etiam patientia inſtitor tabernæ præpoſitus intelligitur. tit. Inſtit. Quod cum eo qui in aliena poteſtate. Nihil autem refert an ipſe dominus præponat, an alius eius nomine, ſi modo præponendi facultatem & ius habeat. Exempla ſunt de tutore, curatore, & procuratore, in l. 5. §. vlt. Si quis rem meam gerat ſine mandatu, is dicitur negociorum geſtor. Deinde dicitur nihil referre an is qui præpoſitus eſt, mas ſit, an fœmina. l. 7. hic. De fœminis dubitatum eſt, & non immerito. Nam propter Senatuſconſultum Velleianum, fœminæ ex contractu alieno non obligantur, & alienam non ſuſcipiunt obligationem fœminæ. Quomodo ergo conueniuntur ex contractu inſtitoris, ſi cum præpoſito à ſe inſtitore aliquod negocium contractum ſit? Sed hæc res non pertinet ad Senatuſconſultum Velleianum. Nam magis rem ſuam gerere videntur, quam alienam. l. 4. C. eo. De pupillo quæritur in l. 7. §. pupillus. Si pupillus præpoſuerit inſtitorem tabernæ vel negociationi ſuæ ſine tutoris auctoritate, ex contractu inſtitoris conueniri non poteſt actione inſtitoria. Verum eſt cum quæritur de inſtitoris condictione, nihil referre cuius ætatis ſit: ſed cũ quæritur de eo qui prępoſuit, refert quoniã agitur de obligatione. Addit duas exceptiones in quibus tenetur pupillus etiamſi præpoſuerit inſtitorem ſine tutoris ſui auctoritate: vna eſt, ſi pupillus locupletior factus ſit ex contractu inſtitoris: & hoc perpetuo obſeruatur in pupillis. l. 3. commodati. l. pupillus. de auctor. tutor. & l. 3. de negot. geſt. Altera exceptio eſt, Si pupillus extiterit hæres ei qui præpoſuit inſtitorem. Nam tunc tenetur pupillus. Quid dicemus de minore vigintiquinque annis: an idem dicemus quod de pupillo? Iuriſconſultus ait aliam eſſe cauſam adulti: is enim obligabitur: poterit tamen reſtitutionem in integrum petere. Sed non ſine cauſæ cognitione beneficio ætatis quod geſtum eſt reſcinditur, id eſt, ſi appareat eum circumſcriptum fuiſſe. l. verum. §. ſciendum. de minorib. Ex his quæ dicta ſunt intelligitis quando præpoſitus inſtitor dicatur: præterea notandum eſt, eum qui reuocatus eſt à præpoſitione, præpoſiti loco habendum non eſſe. Nam ſicut liberum eſt domino inſtitorem præponere neminem: ita liberum eſt præpoſitum negociationi reuocare. Poſtquam reuocatus fuerit inſtitor, ex contractu poſtea cum eo inito non tenebitur dominus. Rationem reuocandi tradit Iuriſconſultus in l. ſed & ſi pupillus. §. 1. *De quo palam ſcriptum.* Docet Iuriſconſultus rationem reuocandi inſtitoris per programmata publice propoſita: idque vtilius eſt. Sed poteſt etiam nominatim prohibere inſtitori ne contrahat cum negociatoribus:

itemque

itemque negociatoribus ne contrahant cum inſtitore. Sed id fieri non poteſt, vt omnibus negociatoribus domini voluntas declaretur. Vtilius igitur eſt publice proponere, ne negociatores contrahant cum inſtitore qui reuocatus eſt. Et hic eſt locus communis diligenter notandus, de his quæ publice proponuntur, l. cum quis. de ſolut. l. regula. de iuris & facti ignorant. & c. 1. de poſtulat. prælat. in 6. *Vt de plano, &c.* Planum terram vocat. Eſt verbum vulgatum apud iuris auctores, quaſi dicat, oportet ita præſcribi, vt poſſit legi programma de plano. Hinc eſt notandus locus communis. Neminem eorum quæ publice propoſita ſunt ignorationem cauſari debere. Sed quæſtio eſt & difficillima totius huius tractatus, an morte præponentis reuocetur præpoſitio inſtitoris.

Morte præponẽtis an reuocetur inſtitor.

Quidam præpoſuit inſtitorem negociationis: is obiit: poſt mortem inſtitor contraxit cum multis mercatoribus, quæritur an dabitur actio aduerſus hæredem? Quæſtio hinc pendet, an reuocata ſit hæc præpoſitio morte præponentis? Ac quidem mandatum morte mandantis re integra reuocatum intelligitur. l. mandatum. Cod. mandati. Sed alia cauſa eſt inſtitoris: itaque Iuriſconſulti ſub hoc titulo dicunt, non reuocari præpoſitionem morte præponentis: idque in pleriſque locis exprimitur. l. 5. §. penul. *Æquum ignoranti dari inſtitoriam.* His verbis oſtendit Iuriſconſultus actionem inſtitoriam dari poſt mortem præponentis. Idem dicitur in l. ſed & ſi pupillus. in princip. Magna fuit dubitatio de pupillo qui hæres extitit præponenti: & tamen Iuriſconſultus ait eum tenere: & occurrit obiectioni, & dicit, potuit remoueri à tutoribus eius, & imputandum eſt tutoribus eius quod eum non remouerint. Igitur ſola morte præponentis non reuocatur præpoſitio inſtitoris. Alius locus eſt in l. mancipiis. 17. §. ſi impubes. vbi ait Iuriſconſultus propter vtilitatem promiſcui vſus actionem dari. De his verbis magna contentio eſt. Receptum eſt propter vtilitatem promiſcui vſus, vt præpoſitio inſtitoris morte præponentis non finiatur, ſed duret poſt eius mortem. Pleraque propter vtilitatem recepta ſunt in hac actione, ſicut & in exercitoria, vt dixi ſub tit. de exercit. actio. ſupra. Ne quis obiiciat mandatum morte mandantis finiri re integra. Illud verum eſt: ſed hic alia cauſa eſt inſtitoris. Magna vtilitas eſt negociationis: multo tamen maior nauigationis, vt diximus ſupra. *Vſus promiſcuus.* Hic vſus promiſcuus in negociatione valde vtilis eſt, non tantum priuatim, ſed etiam publice, propter publicum commodum. Vtilius eſt vt præpoſitio duret poſt mortem præponentis. Promiſcuus dicitur indifferens. Quædam exempla collegi ex quibus huius verbi ſignificatio, & proprietas colligi poteſt. Vnum eſt in l. legatum. & ll. ſequentib. de legat. 3. Cum vir & vxor indifferenter & ſine delectu vtuntur veſtimentis aliquibus, dicitur promiſcuus vſus. Similis locus eſt in l. 1. §. vltim. de acqui. poſſ. Sic accipitur in l. quamuis. Cod. de furt. Si rebus hæreditariis mulier vtatur indifferenter poſt mortem mariti, ſicut ſolebat antea, non tenebitur actione expilatæ hæreditatis. Sic accipitur iter promiſcuum, in l. quid ſit fugitiuus. §. apud Celſum. verſic. plane. de ædil. edict. Sic dicitur promiſcua conditio, in l. ſi iam facta. de cond. & demonſtr. id eſt, quæ indifferenter poteſt impleri tam viuente teſtatore quam eo mortuo, veluti ſi ita legetur, *Si Titius conſul factus fuerit.* Sed difficultas naſcitur ex l. eius qui in prouincia. de reb. cred. ſupr. quæ videtur aduerſari.

Cæcilianus §. ſi impubes. cũ l. eius qui in prouincia. ff. de reb. cred.

Quidam in prouincia Stichum ſeruum Calendario præpoſuit, id eſt, nominibus faciendis, & pecuniis fœnerandis: (ita explicauimus hoc verbum in interpretatione eius loci. Veteres enim ſtipulabantur vſuras in ſingulas Calendas, & ſingulos menſes,) deinde deceſſit Romæ, cum ſeruus ille eſſet in prouincia. Eum ſeruum hæredem inſtituit cum aliis quibuſdam hæredibus. Hic ſeruus exegit pecuniam à debitoribus, quibuſdam etiam pecuniam mutuam dedit ignarus conditionis ſuæ. Hic quæritur an valeat quod contractum eſt cum eo? Dicitur ibi, ſi quid ei ſolutum ſit ab ignorante, id ratum habendum propter fauorem liberationis. Si vero is pecuniam dederit alicui, id ratum habendum non eſſe: quia non dicuntur nummi alienati eſſe, quaſi reuocatum fuerit hoc mandatum morte domini. Hic autem dicimus morte præponentis inſtitorem non intelligi reuocatum eſſe: & hic loquitur Iuriſconſultus nominatim de eo qui ſciuit dominum deceſſiſſe. Hoc probabilius eſſet ſi loqueretur de ignorante, vt dicit in l. 5. hic. Breuiter dicendum eſt Paulum in hoc loco de inſtitore loqui, non autem Africanum in l. eius qui. Dixi negociationem multum differre à fœneratione, §. cæterum. & §. ſequent. Inſtit. quod cum eo qui in aliena poteſtate. Ergo mirum non eſt, ſi diuerſum ius conſtitutum reperiatur, cum ſpecies diuerſæ ſint. Ratio diuerſitatis obſcura mihi non videtur. Nam in negociatione vtilior eſt promiſcuus vſus, quam in fœneratione: vtilitas enim ſuaſit, vt in inſtitore hoc ſtatuatur. Et ne de eo quis dubitet, hic expendenda ſunt verba Pauli in fine, vbi dicitur, exercente mercem. Hoc enim dicit, quia aliquando inſtitoris nomen ad alios qui pecuniis fœnerandis præpoſiti ſunt producitur: ſed id fit vt in ſolidum actio detur aduerſus dominum. Durum viſum eſt, hoc extendere aduerſus eum qui proprie inſtitor non eſt, id eſt, qui non exercet negociationem. Addendum tamen eſt, quamuis poſt prohibitionem domini qui inſtitorem reuocauit, non detur inſtitoria actio, alias tamen actiones competere. Agitur enim forte de peculio, ſi quis ſeruum qui habebat peculium negociationi præpoſuerit. Agetur etiam de in rem verſo, ſi quid in rem domini verſum ſit, quamuis dominus prohibuerit ne cum eo contraheretur: id expreſſum eſt in l. ſi mancipiis. §. vltim. vbi hæc formula eſt exceptionis, ſi ille illi non denuntiauerit, ne illi ſeruo crederet. Exceptiones olim ita concipiebantur per dictionem, ſi, vel niſi. Si non ei denuntiauerit, vel niſi ei denuntiauerit. Reus aduerſus quem agitur inſtitoria actione, paratus eſt ſuſcipere iudicium ſub hac conditione & exceptione, niſi ei denuntiauerit, &c. Atque dicitur defenſio exceptio quæ competit reo, quia excipit aliquid à iudicio: quod alioqui ſimplex & purum futurum eſt. l. exceptio. de excep. vnde exceptio dicitur conditio eſſe, ſi is qui conuenitur actione inſtitoria dicat ſe prohibuiſſe, ne cum inſtitore ſuo contraheretur: poterit ei replicando obiici ex eo contractu aliquid in rem eius eſſe verſum. Hæc replicatio admittenda eſt propter æquitatem, ne aliquis ex aliena iactura lucrum quærat. Deinde diximus actionem inſtitoriam competere, ſi quis cum inſtitore contraxerit, eius rei cauſa, cui præpoſitus eſt. Vt ergo detur actio inſtitoria, non ſufficit inſtitorem negociationi præpoſitum eſſe, & contractum eſſe cum eo de qualibet re: ſed oportet contractum pertinere ad eam rem, cuius nomine præpoſitus eſt. Id variis exemplis demonſtratur in l. 5. §. non tamen. Exempla ſequuntur. *Proinde ſi præpoſui.* Ego præpoſui inſtitorem ad vendendas merces, ille emit, non tenebor eo nomine, quia non eſt contractum de ea re cui à me præpoſitus eſt. *Sed neque ſi ad emendum, &c.* Quod dicimus ita demum dominum inſtitoria actione teneri, ſi contractum ſit cum inſtitore de ea re cui præpoſitus eſt, ſic accipere debemus, vel de eo quod ad eam rem aliquo modo pertinet, & ad eius conſequentiam, hæc præpoſitio inſtitoris producitur: vt exempli gratia, ego præpoſui inſtitorem ad vendendum aut emendum oleum, & oleum ei mutuo datum eſt, ego inſtitoria actione tenebor. hoc enim pertinet ad eam rem cui præpoſitus eſt inſtitor. *Nam eius rei in quam præpoſitus eſt, contractum eſt.* Id enim conſequitur ex eo quod ei mandatum eſt, licet ei hoc nominatim mandatum non ſit. Quicquid neceſſe eſt ad executionem negociationis, cui inſtitor præpoſitus eſt, id dicitur ad inſtitoris negociationem pertinere, & eo quoque nomine tenetur dominus inſtitoria actione. Eodem pertinet quod dicitur in l. penul. §. ſi ſeruus. hic. Seruus præpoſitus eſt pecuniis fœnerandis, is ſuſcepit æs alienum per interceſſionem, & ſe obligauit pro alio: quæritur an dominus tenebitur inſtitoria actione? Iuriſconſultus ait dominum ob hanc fideiuſſionem non teneri, quia præpoſitus tantum eſt pecuniis fœnerandis. Conditio igitur præpoſitionis diligenter obſeruanda eſt, & videndum eſt qua lege, qua forma & conditione præpoſitus ſit: vt ſi præpoſitus exceſſerit mandati ſui fines, non teneatur dominus. l. ſed & ſi pupillus. §. conditio. & §. ſequent. Dominus enim qui præpoſuit inſtitorem negociationi, poteſt quamcunque voluerit legem & conditionem adiicere. Sic videtis non excuſari ignorantiam eorum qui contrahunt cum inſtitore, ſi forte contendant ſe ignoraſſe qua forma & lege præpoſitus ſit. Quod ergo diximus ſupra, palam proponendam

eſſe reuocationem & prohibitionem, hoc intelligendum eſt ſi quis ſimpliciter & indefinite præpoſitus ſit negotiationi. Sed ſi quis præpoſitus ſit ad tempus, nulla neceſſaria eſt prohibitio. *Sed ſi alias cum alio contrahi vetuit.* Addit Iuriſconſultus exceptionem, propter vtilitatem & æquitatem. Cum quis modo vetat, modo permittit, continua eſt hæc variatio, & tenebitur, ne decipiantur contrahentes. Hoc argumento probatum eſt à quibuſdam. Cum quis magiſtratus aut iudex delegat alium iudicem ſibi ſubſtitutum, quem vulgo dicimus, *Locum tenentem*, in abſentia ſua, ſi per ſingulos dies abſit, & præſens ſit continua variatione, quod ab eo iudice fuerit iudicatum etiam eo præſente, valere & ratum eſſe debere, ne alioqui litigatores decipiantur propter hanc continuam variationem. Argumentum hoc ducitur à ſimili, & hoc eſt æquitati & vtilitati maxime conſentaneum. Ex his intelligitis (opinor) quibus ex cauſis detur hæc actio, quæ dicitur Inſtitoria, quas nos ſummatim complexi ſumus. Nunc videndum eſt de aliis quæ ad hanc actionem pertinent. Interdum enim quæritur quid petendum ſit hac actione. Videndum igitur eſt,

Quid in hanc actionem veniat.

Cap. III.

SAtis expreſſum eſt à Iuriſconſultis hac actione ſolidum peti ex contractu, qui initus eſt cum inſtitore præpoſito negociationi, l. 2. Cod. eodem. idem dicitur in l. 5. in prin. hic. Quicquid ergo debetur ex natura eius contractus, qui initus eſt cum inſtitore, id ſolidum exigetur à domino qui præpoſuit inſtitorem.

Cui competat & contra quem detur hæc actio.

Cap. IIII.

ID facile eſt ex iam dictis colligere. Datur enim ei qui contraxit cum inſtitore præpoſito aduerſus eum qui præpoſuit inſtitorem. Vnde naſcitur quæſtio, Si plures præpoſuerint inſtitorem, an actio in ſolidum aduerſus eos detur, an vero pro parte dominica, an pro parte mercis: ſed quatenus detur hæc actio tractatur in l. habebat §. ſi duo. & verius actionem competere exemplo exercitorum, de quibus diximus ſupr. in l. 1. § vltim. ex hoc apparet de exercitoribus expreſſum fuiſſe edicto Prætoris, non de inſtitoribus. Sed tamen Iulianus exiſtimauit propter vtilitatem ad inſtitorem quoque id producendum eſſe, quod dicitur de exercitore, quamuis non ſit tanta vtilitas inſtitoriæ actionis quanta exercitoriæ. Additur exceptio in l. ſequen. tunc plures præponentes teneri in ſolidum ex contractu inito cum inſtitore præpoſito, quoties ceſſat actio communi diuidundo, vel actio pro ſocio. Deinde hæc actio datur hæredi & in hæredem. l. nouiſſime. 15. nam rei perſecutionem continet, nec eſt pœnalis. Nam non omnis actio Prætoria vel temporaria eſt, vel ad hæredem non tranſit, ſed pœnales tantum non tranſeunt, ſed hæc rei perſecutoria. Præterea notandum eſt hanc actionem cum pleriſque aliis actionibus concurrere, ſicut etiam dictum eſt de exercitoria actione. Exempla hic reperiuntur, veluti in l. ſi quis mancipiis. §. vlt. *Ex hac etiam cauſa condici poſſe verum eſt.* Hoc eſt breuius dictum, ſed clarius expreſſum in Inſtit. tit. Quod cum eo qui in aliena poteſtate. §. vlt. Quamuis hæ actiones proditæ ſint ex iuriſdictione, Pretoria actio, quod iuſſu, actio de in rem verſo, actio exercitoria, & actio inſtitoria, tamen ex his cauſis etiam directo condictionem æque competere aduerſus dominum, ac ſi ipſe contraxiſſet.

Quid enim refert an tu mecum contraxeris, an alius iuſſu tuo & voluntate mecum contraxerit? Atque ideo non tantum ex perſona inſtitoris aut magiſtri nauis agi poteſt, ſed etiam ex perſona præponentis. Datur etiam actio fideiuſſoria ex ſtipulatu, ſi is qui præpoſuit inſtitorem, pro eo fideiuſſerit. l. in eum. 19 §. tabernæ. hic. Concurrit etiam hæc inſtitoria & cum actione furti, actione iniuriarum, vt dicitur in l. 5. §. idem ait. cum loquitur de libitinario. Si pollinctor, qui ſubeſt libitinario ſpoliauerit cadauera, non ſolum inſtitoria actio competit, ſed etiam datur actio furti, quia ſurripuit veſtimenta mortui, & datur actio etiam iniuriarum de contumelia. Breuiter dicendum eſt omnem actionem aduerſus eum qui præpoſuit inſtitorem competere, quæcunque naſcitur ex contractu inito cum ipſo inſtitore. Exemplum eſt in l. ſi quis mancipiis, in princ. Si inſtitor vendiderit rem vitioſam, datur aduerſus dominum qui eum præpoſuit redhibitoria actio. Sed & ſi cauerit de euictione, & promiſerit duplam aduerſus dominum, dabitur actio de euictione, vel actio ex ſtipulatu duplæ. Sed difficilis quæſtio eſt, an aduerſus ipſum inſtitorem detur actio. Sub titulo de exercitoria actione diximus aduerſus magiſtrum nauis actionem competere, quamuis aduerſus exercitorem qui eum præpoſuit detur actio exercitoria. l. 1. §. eſt autem. Eo enim edicto non transfertur actio à perſona magiſtri nauis in perſonam exercitoris vel domini, quaſi non teneatur ideo magiſter nauis, quia tenetur exercitor eiuſdem, ſed adiicitur actio: an idem hic dicemus, vt inſtitor teneatur? *An aduerſus inſtitorem actio detur.* Et quæſtio etiam tractari ſolita eſt de procuratore. Si procurator nomine alieno contraxerit, an finito officio ſuo detur aduerſus eum actio? Difficultas naſcitur ex l. vlti. hic. ex qua nonnulli colligunt inſtitorem non teneri. Hæc eſt formula cautionis, *Habes penes menſam patroni mei denarios mille, quos &c.* Libertus præpoſitus eſt à patrono ſuo menſæ nummulariæ: ſcripſit cautionem qua cauit ſe mille denarios habere ab alio apud menſam patroni ſui, quos denarios, inquit, vobis numerare debebo pridie calendas Maias: quæſtio eſt an aduerſus inſtitorem dari poſſit actio ex hac cautione. *Reſpondit nec iure.* Hic Scæuola ait inſtitorem non poſſe conueniri ex ſua cautione. Sed cur inſtitor non ita conuenitur ex cautione ſua, vt magiſter naui præpoſitus, nulla ratio diuerſitatis in hac re apparet. Certum enim eſt (vt iam diximus) magiſtrum naui præpoſitum conueniri poſſe ex contractu ſuo: cur igitur inſtitor negociationi præpoſitus non conuenietur ex contractu ſuo? Hac ratione adducti alij hoc caput aliter interpretantur, eaque ſententia mihi videtur & verior & probabilior eſſe. Nam certum eſt inſtitorem teneri ex contractu ſuo, & conueniri poſſe: & ſi hoc expreſſum non ſit ſub hoc tit. tamen id aliis in locis expreſſum reperitur. Eſtque vnus locus inſignis in l. 7. §. interdum. ad ſenatuſconſult. Maced. Si filiusfa. inſtitor fuerit, & agatur ex contractu cum eo inito, an erit locus exceptioni ſenatuſconſulti Macedoniani? Si agatur aduerſus eum, qui præpoſuit, inſtitoria actione, ceſſabit exceptio ſenatuſconſulti Macedoniani. Sed ſi agatur aduerſus filiumfamilias, poterit vti exceptione ſenatuſconſulti Macedoniani. Hic videtis filiumfamilias inſtitorem ex ſuo contractu conueniri poſſe: ſed datur ei exceptio propter ſenatuſconſultum Macedonianum. Ergo ſi ſui iuris ſit, poterit conueniri ſine exceptione. Quod autem hic dicitur inſtitorem conueniri non poſſe, ideo id dictum eſt, quia verbis huius cautionis non videtur ſeſe obligaſſe. Nam cum dicimus inſtitorem teneri, hoc ita accipiendum eſt ſi vere ſeſe obligauerit etiam nomine alieno. De procuratore aliis in locis tractatur, veluti in l. procurator pro euictione. de euict. & l. ſolutum, de pign. act. Vterque ergo tenetur tam inſtitor & procurator quam dominus, quoties apparet procuratorem vel inſtitorem voluiſſe obligare perſonam ſuam, tenebitur etiam finito officio & adminiſtratione. Addendum eſt hanc inſtitoriam actionem certis modis conſumi & extingui, vt puta nouatione, ſi nouata ſit obligatio. l. habebat. §. meminiſſe. Conſumitur etiam abſolutione, ſi is aduerſus quem agitur inſtitoria actione abſolutus ſit. Sed hic naſcitur quæſtio difficilis ex l. habebat. Hæc ſpecies eſt huiuſmodi. Quidam habebat ſeruum merci oleariæ propoſitum in prouincia Narbonenſi, & eum præpoſuerat mutuis pecuniis accipiendis: is à quodam mutuam pecuniam accepit. Hic qui cum eo ſeruo contraxit, putabat eum tantum merci oleariæ eſſe præpoſitum, nunquam intellexit eum eſſe præpoſitum mutuis pecuniis accipiendis: mutuam tamen pecuniam ei dedit ad oleum emendum: agit eo nomine actione inſtitoria aduerſus dominum. contendit ſe mutuam pecuniam eius ſeruo dediſſe ad oleum emendum: non potuit omnia probare quæcunque neceſſaria ſunt in actione inſtitoria. Difficile enim eſt ea probare, vt apparet ex l. vltim. de exercitoria act. Abſolutus igitur eſt reus qui conueniebatur actione inſtitoria. Deinde reſciuit eum præpoſitum fuiſſe mutuis pecuniis accipiendis, quod ab initio ignorabat: ideoque voluit ob hanc cauſam

experi-

experiri: quæritur an audiendus ſit, & an obſtet ei exceptio rei iudicatæ, quaſi illa actio conſumpta ſit per abſolutionem: hic dicitur, mero iure propter rem iudicatam conſumptam eſſe eam actionem: ſed tamen propter æquitatem & propter errorem vtilem ei actionem competere. Imo videtur nullo modo actio conſumpta eſſe, ex l. cum quæritur. ff. de except. rei iudic. Exceptio rei iudicatæ obſtat agenti quoties eadem quæſtio in iudicium reuocatur. Tunc autem eadem quæſtio in iudicium reuocatur, cum eadem cauſa eſt, cum eadem res petitur, & cum inter eaſdem perſonas. oportet enim hæc tria concurrere, ita vt & ſi eandem rem petam, tamen ab alia perſona petam, vel ex alia cauſa, non poſſit mihi obſtare exceptio rei iudicatæ. Hic autem non eſt eadem cauſa petendi. Ergo non videtur obſtare exceptio rei iudicatæ: ego enim peto primum mutuam pecuniam, quia ſeruus merci oleariæ præpoſitus fuit: deinde peto quia fuit præpoſitus mutuis pecuniis accipiendis, non quia præpoſitus fuit merci oleariæ. Non videtur eadem eſſe cauſa agendi. Variæ ſolutiones hic afferuntur. Ego puto ſic dicendum eſſe, non diuerſam eſſe cauſam vtriuſque actionis, ſed eandem, ſi vim & effectum ipſum inſpiciamus magis quam verbis inhæreamus. Ego illud ſic oſtendo. Is qui agit prima actione, dicit ſe mutuam pecuniam dediſſe ſeruo propter mercem oleariam, cui inſtitorem præpoſitum eſſe contendit: & ideo contendit ſibi dominum teneri, quia ei videtur mandaſſe vt eam pecuniam acciperet. Id ſatis apparet ex his quæ à nobis iam dicta ſunt de ſequela eorum quæ mandato inſtitoris continentur. Is ergo qui agit hac actione, contendit ex voluntate domini ſaltem tacita ſe ei mutuam pecuniam dediſſe, atque ideo dominum teneri. Poſteriori actione, ſi rem ſubtiliter inſpiciamus, eadem cauſa eſt. Dicit enim dominum præpoſuiſſe eum mutuis pecuniis accipiendis. In alia idem etiam dicit. Nam & ſi non dicat expreſſe eum præpoſitum fuiſſe à domino mutuis pecuniis accipiendis, tamen in conſequentiam concludit: & ſic effectu ipſo eadem cauſa eſt petendi.

Cap. IIII.

De actione contraria.

IDem hic dicendum eſt de eo qui inſtitorem præpoſuit, ſi liberum hominem vel alienum ſeruum præpoſuerit, quod de exercitore diximus, nempe vt non competat ei actio contraria ex contractu inſtitoris aduerſus eos qui cum inſtitore contraxerunt. l. 1. & 2. hic. l. 1. §. ex contrario. de exercit. act. Addenda tamen eſt exceptio, niſi alioqui dominus poſſit rem ſuam ſeruare, & niſi permittatur ei agere ex contractu inſtitoris ſui, ſi forte inſtitor vel procurator abſit vel latitet, vel mortuus ſit ſine hærede, ita vt actione ſibi competente non poſſit domino cedere, tunc ſine ceſſione dabitur actio domino ex contractu inſtitoris vel procuratoris: ex cōtractu enim procuratoris vtilis inſtitoria datur.

IN TIT. XVI. LIB. IIII. COD. ET TIT. V. LIB. XIIII. PANDECTARVM.

Quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt negocium geſtum eſſe dicetur, vel de peculio, ſiue Quod iuſſu, aut de In rem verſo.

DIximus ſupra de quibuſdam actionibus quæ ex contractu eorum dantur qui in aliena poteſtate ſunt, cuiuſmodi eſt filiuſfamilias & ſeruus. Inſtitoria actio & exercitoria eo nomine dantur, quamuis etiam ex contractu liberarum perſonarum competant: ſed maxime pertinet ad filios & ſeruos qui in aliena ſunt poteſtate: ex contractu inſtitoris vel magiſtri nauis actio in ſolidum datur aduerſus dominos. Sunt & aliæ actiones ex contractu huiuſmodi perſonarum competentes qui in aliena poteſtate ſunt: cuiuſmodi eſt actio de peculio, actio tributoria, actio quod iuſſu, actio de in rem verſo, & aliæ huiuſmodi actiones. De his omnibus actionibus titulus eſt in Codice, qui inſcribitur, *Quod cum eo qui in aliena poteſtate, &c.* Hic titulus hæc omnia complectitur. In Digeſtis varij ſunt de ſingulis actionibus tituli. Nos autem de vna primum hic dicemus quæ datur aduerſus filium ex cōtractu filij: deinde dicemus de aliis quæ datur aduerſus patrē vel dominū.

De actione quæ datur aduerſus filiumfamilias ex eius contract. Cap. I.

IN primis ſciendum eſt filiosfamilias ex ſuo contractu obligari non minus quam patresfamilias. Nam vt quis ex contractu obligetur parum refert an ſit ſui iuris, an in poteſtate aliena, modo liber homo ſit. l. ſi quis cum filiofam. de pecu. Qui contrahit cum filiofa. duos debitores habet, filiumfamilias in ſolidum, & patrem de peculio. Eodem pertinet quod dicitur in l. tam ex contractibus. de iudic. is, & l. filiusfamilias. de obligat. & actio. filiusfamilias ex contractu obligatur ſicut paterfamilias. Hoc indubitatum eſt, cum filius manet in poteſtate patris, & non emancipatur à patre ſuo. Nam ſi filius à patre ſuo emancipatus fuerit, mero iure teneri deſinit. Obligatio quæ aduerſus eum competebat, extinguitur propter capitis diminutionem: filius enim cum emancipatur à patre ſuo, capite minuitur. Nam emancipatio olim fiebat per imaginariam quandam venditionem, qua redigebatur in ſeruitutem quandam: & ideo dicebatur capite minui. Vnde ſi merum ius inſpiciamus, filius emancipatus qui obligatus eſt ante emancipationem cum in poteſtate patris eſſet, poſt emancipationem deſinit teneri, & obligatio extinguitur quæ aduerſus eum competebat, & dicitur quodammodo alius & nouus homo eſſe. Sic loquuntur Iuriſconſulti: veluti in l. qui res. §. a team. de ſolut. & l. ſi ſeruus. de adim. legat. Prætor tamen cum videret hoc ab æquitate alienius eſſe, vt creditoribus cōſuleret quibus filiusfamilias obligatus erat ante emancipationem, propoſuit edictum quo reſtituit eis actionem aduerſus filium emancipatum, quæ mero iure per emancipationem extincta fuit, vt perinde creditoribus actio detur aduerſus emancipatum, atque ſi emancipatus non eſſet. Hoc edictum extat in l. 2. de capit. minut. Opus fuit hoc edictum proponi ad temperandam illam iuris ciuilis ſubtilitatem benigniori interpretatione. Æquitas enim ſuadet (vt iam dixi) vt hac ratione conſuleretur creditoribus, quos æquum non erat debito fraudari propter hanc iuris ſubtilitatem. Sed cum hoc edictum Prætoris paulo durius videretur, propoſitum eſt aliud edictum Prætoris quod extat in l. 2. hic, quodque interpretaturi ſumus, quo cautum eſt, vt tametſi actio detur aduerſus filiumfamilias qui emancipatus eſt, perinde ac ſi emancipatus non fuiſſet, tamen non poſſit conueniri niſi quatenus facere poteſt. Et hoc edicto Prætor complexus eſt alias perſonas præter filium emancipatum. Loquitur enim etiam de filio exhæredato à patre, & de filio qui ſe abſtinuit hæreditate paterna. Sic temperat quod continebatur alio Prætoris edicto, cuius mentio eſt in d. l. 2. de cap. minu. nihil corrigit. Nam verum eſt filium teneri in ſolidum, ſed hoc temperat vt conueniatur tantum in id quod facere poteſt. Aliæ ſunt perſonæ de quibus mentio eſt in l. ſunt qui in id. cum ſequenti, de re iudic. Sed ſi poſtea locupletior factus ſit, poterit conueniri. l. vnica. §. cum autem. C. de rei vxor. act. Deinde in edicto Prætoris exprimitur hoc tantum locum habere cum agitur aduerſus filiumfamilias ex eo contractu qui initus eſt cum eo, cum in patris poteſtate eſſet. Nam ſi poſtea cum eo contractum ſit, tenebitur in ſolidum. Idem dicitur in l. 2. & l. ſi ex alio. C. eod. tit. hoc reſcriptum idem complectitur quod edictum Prætoris. Idem dicendum eſt & ſi filius viuo patre condemnatus ſit. Nam ſi filius viuo patre conuentus ſit, & eodem viuo condemnetur, ita vt ſuperſit tantum executio iudicati, hoc beneficium quoque ei tribuitur, vt ſolidum non exigatur, ſed quatenus eius facultates patiuntur, vt dicitur in l. 5. hic, in princip. In hoc enim beneficio quod tribuitur huiuſmodi perſonis non ſpectatur tempus litis motæ, nec tempus rei iudicatæ, ſed tempus executionis. Nam in executione ratio eius haberi debet, & ſi condemnatus ſit in ſolidum. Idem hic dicitur quod de beneficio aliis perſonis tributo, quod videlicet hoc beneficium perſonale ſit, nec tranſeat ad hæredem. l. quia perſonale. ſolut. matri. Deinde notandum eſt hoc beneficium, ne filius emancipatus ex contractu inito ante emancipationem vltra id quod facere poteſt conueniatur, interdū

denegari. Nam plærunque iuſta cauſa eſt huius beneficij denegandi: idque exemplo docetur, vt ſi filiusfamilias qui contrahit cum aliquo, mentitus eſt ſe patremfamilias eſſe. Nam propter hoc mendacium æquum eſt vt illi hoc beneficium auferatur, vt dicitur in l. 4. hic. Aliæ etiam perſonæ quibus hoc beneficium tribuitur propter mendacium ſuum illud perdunt, l. ſi quis dolo. de re iudic. & l. qui cum te. eod. Alius caſus eſt, cum filio exhæredato reſtituta eſt hæreditas ex ſenatuſconſulto Trebelliano. l. 5. §. vlt. hic verum eſt eum proprie hæredem non eſſe, §. Quos autem. de bonorum poſſ. Inſtit. Sed quia ei dat Prætor bonorum poſſeſſionem, conſtituit eum loco hæredis. Hoc argumento adductis ſæpe ab eis reſponſum eſt, fideicommiſſarium nihil differre ab hærede, vt cum in ſtatuto fit mentio hæredis, id accipiendum etiam eſſe de fideicommiſſario: vt cum dicimus mortuum tranſferre poſſeſſionem in ſuperſtitem ſucceſſorem ſuum: quod à iure Romano alienum eſt. Nam poſſeſſio non transfertur in hæredem, niſi corporaliter apprehenſa ſit. l. hæredes. de acquir. poſſeſ. Sed quia lex loquitur de hærede, dubitabant quidam an id eſſet accipiendum de fideicommiſſario: ſed iudicatum tamen eſt idem de fideicommiſſario dicendum eſſe, & effectum ſpectandum magis eſſe quam ſubtilitatem iuris. Deinde notandum eſt hoc edictum non pertinere ad eos qui ex delicto conueniuntur, ſed qui ex contractu tantum: id ſatis oſtendunt verba edicti prætorij. Ideoque dicitur in l. 4. Is qui conuenitur ex delicto, nullo iuris priuilegio dignus eſt, ſed tenetur in ſolidum. Præterea hoc edictum pertinet ad filiumfamilias, ad ſeruum non pertinet. Nulla hic quæſtio eſt de ſeruo. Seruus ante manumiſſionem non tenetur nec poſt manumiſſionem. Ratio diuerſitatis ſatis perſpicua eſt. Filiusfamilias etiam ante emancipationem tenetur, etſi in poteſtate patris fuerit: non autem aduerſus ſeruum competit actio ſi contraxerit quo tempore eſt in poteſtate domini ſui. l. ſeruus. C. de iudic. Poſt manumiſſionem ex ſuo facto conueniri non poteſt. Titulus hac de re extat ſuper hoc lib. 4. C. Separata eſt cauſa ſerui & filij hac in re. Viſum eſt iniquum non reſtitui actionem creditoribus aduerſus filiumfamilias, qui emancipatus eſt, quibus erat obligatus etiam ante emancipationem: atque ſubtilitate iuris neglecta, prodita eſt actio cum temperamento, de quo hic loquimur. At ſeruus non obligatur ante manumiſſionem. Iam videamus de aliis actionibus quæ dantur ex contractu eorum qui in aliena poteſtate ſunt, non aduerſus eos, ſed aduerſus eos in quorum ſunt poteſtate. Hæ actiones pertinent ad ſeruos & filiosfamilias, qui in aliena poteſtate ſunt. Nam actiones de quibus hic diſputaturi ſumus, dantur aduerſus dominum vel patrem ex contractu ſerui vel filiifamilias. Nos incipiemus ab actione de peculio, de quo etiam ſub eodem titulo tractatur, *Quod cum eo qui in aliena poteſt. &c.* De quo eſt titulus peculiaris in Digeſtis.

Fideicõmiſſariũ cõprehendi ſub ſtatuto, Le mort ſaiſit le vif.

IN TIT. I. LIB. XV. PANDECT.

DE PECVLIO.

SVb hoc titulo diſſeritur de actione quæ dicitur de peculio, quæ actio ei datur qui contraxit cum ſeruo vel filiofamilias aduerſus dominum vel patrem eius quatenus eſt in peculio. Sed ante omnia videndum eſt,

Quid ſit peculium. CAP. I.

DE ſignificatione huius verbi multa ab aliis tractantur, ſed illi explicant abuſum magis quam verbi proprietatem. Quod adducunt ex l. cogi. ad Trebell. & l. ſi chorus. de leg. 3. & l. ſi ego. de iure dot. ad proprietatem verbi referri non debet. In d. l. cogi, dicitur: Si quis reliquerit teſtamento ſuo, peculium ſuum, locum eſſe reſtitutioni fideicommiſſariæ ex ſenatuſconſulto Treb. Parum refert quibus verbis vſus ſit teſtator, ſiue reliquerit patrimonium ſuum, ſiue facultates, ſiue cenſum, ſiue fortunas, ſiue ſubſtantiam, ſiue peculium. Nam plerique (ait) patrimonium ſuum peculium appellant: ſed loquitur ibi Iuriſc. de abuſu, non de verbi proprietate. In l. ſi chorus. de leg. 3. Sæpe (ait Iuriſcon.) audiui ruſticos ita dicentes, pecuniam ſine peculio fragilem eſſe. Peculium vocabant quod præſidij cauſa reponebant, quod ſæpe in bellis ciuilibus factitatum eſt, & exiſtimabant alias ſuas facultates ſine hoc peculio fragiles eſſe. Sed hic etiam abuſus eſt, eſtque genus ruſticorum loquendi. Simile eſt quod dicitur in l. ſi ego. vbi dicitur parapherna peculium vocari à Gallis. Sed hoc ſatis oſtendit Romanis id vſitatum non fuiſſe. Videnda igitur eſt propria verbi ſignificatio. Definitio peculij hæc traditur ex Tuberone in l. 5. §. vlt. hic. *Peculium eſt, quod ſeruus domini permiſſu ſeparatum à rationibus dominicis habet, deducto inde ſi quid domino debetur.* Idem explicatur aliis verbis in l. peculium. 40. quæ eſt in quibuſdam libris 39. *Quod parſimonia ſua quiſque, &c.* His verbis demonſtrat morem veterum: veteres enim qui multos ſeruos habebant, vt diligentiores eos redderent in officio ſuo, relinquebant eis quod vel ex ſuis facultatibus habebant, vel parſimonia ſua parauerant. Dicitur igitur peculium, quaſi pecunia puſilla, & quaſi patrimonium quoddam ſerui, vt dicitur in §. actiones. Inſtit. de act. & Theophilus in Inſtit. tit. Quod cum eo qui in aliena poteſtate. vocat naturale patrimonium ſerui. Sed ſecundum ius ciuile non poteſt dici eius patrimonium eſſe, quia quæ ſerui ſunt, in poteſtate domini ſunt, etiam ipſe ſeruus. Sed explicemus ſingula verba huius definitionis. In ea definitione in primis dicitur, Quod ſeruus. Seruum hic accipimus ſiue vicarium ſiue ordinarium. Nam hoc edictum Prætoris pertinet tam ad ſeruos vicarios quam ordinarios. l. ſi ſeruus meus. 18. Seruus vicarius dicitur qui eſt in peculio alterius ſerui. Sicut ſeruus poteſt aliquas res habere in peculio ſuo permiſſu domini, poteſt etiam habere alios ſeruos. Hic ſeruus qui alios habet in ſuo peculio dicitur ordinarius, alij dicuntur vicarij. Sic accipitur ſeruus vicarius apud Ciceronem, & apud Martialem. Seruorum tamen dicitur eadem conditio eſſe, vt dicitur in Inſtit. ſed non eſt idem miniſterium. Seruus vnus non eſt magis ſeruus quam alius, ſed miniſterio differunt: nihil enim prohibet diſpar eſſe miniſterium ſeruorum qui in alicuius dominio & familia ſunt. Quod autem hic de ſeruo dicitur, exempli cauſa dicitur. Eſt definitio quæ exemplaris à dialecticis dicitur. Idem de filiofamilias eſt dicendum. Nam dubium non eſt quin actio de peculio pertineat quoque ad filiumfam. §. actiones. Inſtit. de actio. Nos itaque definitionem Tuberonis ſic accipiemus perinde ac ſi dixiſſet, Peculium eſt quod filiusfam. vel ſeruus domini, vel patris permiſſu ſeparatum à rationibus dominicis vel paternis habet, deducto inde ſi quid domino vel patri debetur. Filiusfamilias enim peculium habet, ſicut ſeruus. Sed tamen inter hæc peculia ſerui & filiifamilias reperitur aliqua differentia. Peculium filij (vt id intelligant tyrones) eſt multiplex. Nam quoddam eſt profectitium, aliud aduentitium, aliud caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe. Profectitium dicitur quod proficiſcitur à patre, ad quem hæc actio pertinet. Caſtrenſe peculium dicitur quod miles virtute ſua bellica acquiſiuit. Quaſi caſtrenſe dicitur, quod patrocinio ſuo aduocati ſibi acquirunt, vel quod presbyteri in clericatus ordine ſibi acquirunt. Et hæc diſtinctio peculij traditur in l. vlt. C. de inoffic. teſta. & l. ſacroſanctæ. C. de epiſc. & cler. & l. aduocati. C. de aduoca. diuerſo. iudic. Aduentitium peculium dicitur quod neque proficiſcitur à patre, neque acquiſiuit filius miniſterio ſuo, ſed quod obuenit filio ex hæreditate materna. Non enim poteſt dici profectitium quia à patre non proficiſcitur: non poteſt etiam dici caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe, quia filius nec miles, nec presbyter nec aduocatus id acquiſiuit. Nos autem hic de profectitio tantum peculio loquimur. Nam propter caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe peculium nulla datur actio aduerſus patrem, ſed aduerſus filium. l. 2. ad Senatuſconſul. Macedonia. vbi dicitur filiumfamilias pro patrefamilias haberi cum agitur de caſtrenſi peculio. De aduentitio non poteſt etiam intelligi quod hic traditur. Nam pater pro aduentitio peculio filij non poteſt conueniri, niſi tanquam adminiſtrator filij bonorum: pater enim eorum bonorum aduentitiorum eſt legitimus adminiſtrator: proprietas autem eſt filij. l. cum oportet. C. de bon. quæ liber. Sed fines adminiſtrationis pater excedere non poteſt: ideoque non poteſt alienare. poteſt conuenire creditores filij: actiones etiam ſuſtinet pater, ſi quid debeat filius, eo nomine cõuenietur pater, ſicut

Vicarius ſeruus quis.

Ordinarius ſeruus quis.

Peculiũ filiifamilias, et peculiũ ſerui, quid differant.

Peculiũ profectitium.

Caſtrenſe peculium & quaſi caſtrenſe.

Aduentitium peculium.

ſicut conueniretur curator vel tutor nomine furioſi, vel adulti, vel pupilli.

Deinde dicitur in definitione noſtra, domini permiſſu, id eſt, quod dominus ipſe ſeparauit, vel pater à rationibus ſuis: non autem quod ipſe ſeruus vel filius ſeparauit à ſubſtantia domini ſui vel patris, vt dicitur in l.4.in princip.hic. Eſtque exemplum in l. id veſtimentum. Voluntas ergo domini in peculij conceſſione eſt neceſſaria: idque colligitur ex l. quam Tuberonis.7.§.1. *Niſi concedente.* His verbis oſtendit neceſſariam eſſe domini voluntatem, ſaltem tacitam vel præſumptam, id eſt, patientiam. Idem in l. non ſolum.eo. tit. Si veriſimile ſit dominum, ſi reſciſſet eum habere peculium, id paſſurum eſſe, dicitur peculium eſſe. Quod autem dicimus de voluntate, ita accipiendum eſt, quaſi voluntas neceſſaria ſit, non quaſi nuda voluntas ſufficiat. Eſt enim opus traditione corporali & naturali, vt peculium ſit: vel eam rem apud ſeruum prius fuiſſe ante, quam ei in peculium à domino concederetur. Sed ſi res apud eum iam ſit, ſufficiet tunc tacita etiam voluntas. Alia tamen cauſa eſt liberæ peculij adminiſtrationis. Multum enim refert, an dominus, an vero pater filio vel ſeruo habere peculium permiſerit, an vero ei conceſſerit liberam peculij adminiſtrationem. Nam in libera peculij adminiſtratione concedenda expreſſa voluntas domini vel patris requiritur, vt dicitur in d.l.7.§.alia. Eſt enim multo maius præiudicium liberæ adminiſtrationis peculij, quam ſimplicis peculij conceſſionis. Cum pater permittit filio ſuo, vel dominus ſeruo ſuo peculium habere, non permittit ei liberam peculij adminiſtrationem. Is qui concedit liberam peculij adminiſtrationem permittit alienandi facultatem. l. ſi liberam. hic. Idem in l. ſi peculio.47. hic. Qui peculij liberam adminiſtrationem habet, is delegare & alienare poteſt, modo ea alienatio non excedat fines adminiſtrationis. l. contra iuris. ſup. de pact. Multum intereſt, quomodo concedatur peculium ſeruo vel filio. Nihil autem intereſt, quæ res fuerit in peculio conceſſa filio vel ſeruo à patre vel domino, an immobilis ſit, an mobilis: Imo etiam actiones, quas vocamus nomina, poſſunt concedi filio in peculium. l.7.§. in peculio. Imo etiam quod filius debet patri, & pater debet filio, vel alius filio debet. Poſtrema verba definitionis ſunt, *Deducto inde ſi quid domino.* Cum quæritur, quantum ſit peculium ſerui, non tantum inſpiciendum eſt, quantum habeat ſeparatim à rationibus dominicis, ſed etiam quantum debeat domino ſuo: idque deducendum eſt, ſi forte contraxerit cum domino ſuo. Peculium enim intelligitur deducto eo quod domino debetur. Naturaliter autem hic deberi accipimus. Nam nulla ciuilis obligatio contrahitur inter dominum & ſeruum, inter patrem & filium. l. frater à fratre, ſup. de condict. indeb. Debitum autem accipimus ex quacunque cauſa. Varia ſunt exempla in l. peculium autem. vſque ad fi. quæ lectionem tantum deſiderant. Ex his apparet verum eſſe quod Theophilus ait in Inſtit. titu. Quod cum eo, qui in alie. poteſt. Peculium eſſe naturale patrimonium filij. Nam & Iuſtinianus vocat quaſi patrimonium filij in §. actiones autem. Inſtit. de act. Ob id dicit naturale, quoniam ſi ius ciuile ſpectemus, patris eſt. Quicquid filius acquirit, patri acquirit in cuius eſt poteſtate, ſicuti ſeruus domino. tit. per quas perſo. nob. acquir. in Cod. & Inſtit. eod. tit. Ius ciuile non patitur, vt peculium in patrimonio ſit filij. Iure ciuili dicitur in bonis eſſe patris, ſicut & reliquæ facultates paternæ: ſed quod ad ius naturale pertinet, dicitur eſſe patrimonium filij, cum pater dat filio ſuo, ſeparatque à rationibus ſuis, & dat in ſubſtantiam filio ſuo. Hæc eſt patris voluntas, hoc eſt eius conſilium, vt illud filij ſui ſit, quamuis ius ciuile id non patiatur. Sequendo igitur voluntatem patris, quam ſolam ſpectat ius naturale, nos dicimus peculium eſſe naturale patrimonium filij. Hoc autem ius naturale non ſine effectu eſt. Si nulla eius haberetur ratio, & ſpectaremus ius ciuile, quo iure omnia ſunt patris, quæcunque filius acquirit, fruſtra diſputaremus de peculio, an aliquid in peculio filij ſit, an non ſit: ſed huius naturalis iuris magnus effectus eſt in his, quæ ex hoc iure conſequuntur. Duo ego tantum hic referam quæ præcipua ſunt & digna animaduerſione: Vnum eſt, quod dicitur in l. 3. §. ſed vtrum. de minor. 25. annis. Si bona patris occupata ſunt à fiſco propter debitum aut aliam cauſam, ſeparatur peculium filij, quamuis in bonis patris ſit, ſecundum ius ciuile: idque cautum eſt edicto D. Claudij. In eo loco tractatur quæſtio de filio, qui captus eſt in contractu de re peculiari: quæritur, an reſtituetur in integrum? Ait Iuriſconſultus multum referre, an ex contractu conuentus fuerit, an vero pater. Nam ſi pater conueniatur actione de peculio, filius non reſtituetur in integrum, quia eius non intereſt. Quamuis, inquit, in bonis filij aliquando habeatur peculium. Adfert exemplum, quod iam interpretati ſumus ex edicto D. Claudij, cum bona patris propter debita à fiſco occupata ſunt, voluit D. Claudius non auferri peculium. Claudius hic maiorem rationem iuris naturalis, quam ciuilis habuit. Alius effectus iuris naturalis conſideratur in actione de peculio. Nam ſi filius peculium habens, aut ſeruus, contraxerit cum aliquo, ex eoque contractu obligetur, eo nomine conueniri poteſt non tantum filius, qui obligatus eſt, ſed etiam pater ipſe, qui nullum negotium contraxit propter peculium filij quod habet, vſque ad modum & quantitatem eius peculij: non idem iudicamus de peculio, quod de aliis bonis patris, quamuis ſecundum ius ciuile omnia quæ habet filius, in bonis ſint patris: Hic prætor paululum receſſit à iure ciuili, & amplexus eſt ius naturale, veluti in edicto de conſtituta pecunia, & in edicto de pactis conuentis: quo iure peculium in ſubſtantia filij eſſe dicitur. Edictum autem quo hæc actio propoſita eſt à prætore, colligitur partim ex l. 1. hic. partim ex aliis locis. *Edicti Verba.* Verba edicti talia fuerunt, inquit Vlpia. in l. 1. *Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicetur,* addendum eſt, *De eo aduerſus eum, in cuius poteſtate eſt, actionem dabo, quatenus in peculio erit, aut ſi quis dolo malo captus fraudatuſve ſit.* His verbis edicti prætor hanc actionem propoſuit, cum ante iure ciuili nulla actio competeret. Iure ciuili non tenetur pater pro filio. l. dominum. C. eo. & extat de eo tit. in hoc lib. 4. quem ſupra interpretati ſumus, *Ne filius pro patre tamen.* Hoc iure prætorio ex contractu filij pater obligatur, quatenus eſt in peculio filij. Cum autem his verbis edicti contineatur vis & poteſtas huius actionis, nos ſingula verba edicti interpretaturi ſumus: non tamen ſingulas quæſtiones tractaturi: nos in aliis titulis, in quibus digniora continentur, aliquantiſper immoraturi ſumus. Ait igitur prætor in edicto ſuo, *Qui in aliena poteſtate.* Videndum in primis eſt, quemadmodum poteſtatis verbum accipiendum ſit: id docet Vlpianus in l. 1. §. vltim. hoc verbum refertur, tam ad ſeruum, quam ad filium. Nam vterque eſt in aliena poteſtate, ſeruus in poteſtate domini ſui, filius in poteſtate patris. Sed poteſtatem late hic accipimus, vt ſignificet non tantum dominium, aut aliquod huiuſmodi ius, ſed etiam poſſeſſionem & habendi facultatem. Si homo liber mihi bona fide ſeruiat, quia ego errore ductus exiſtimo eum ſeruum meum eſſe, ſi quid contraxerit cum aliquo, eo nomine aduerſus me dabitur actio. Eſt enim in mea poteſtate. Licet enim eius dominium non habeam, habeo tamen habendi facultatem. Hoc enim verbum poteſtatis, multis modis accipitur, vt apparet ex l. poteſtatis. de verb. ſignif. Quinimo etſi in nullius ſit poteſtate, interdum datur hæc actio, vt in l. 3. in princ. Mirum forte videbitur rudioribus & imperitis, quod hic Vlpia. ita interpretatur verba edicti prætoris, vt cum prætor loquatur de eo, qui eſt in poteſtate, ſic accipiat, vt pertineat ad eum, qui non eſt in poteſtate. Et hic eſt animaduertenda ratio interpretandarum legum. Iuriſconſulti aliquando ſequuntur verborum proprietatem. l. 1. §. vlt. de exerc. act. aliquando recedunt à verbis propter æquitatem & vtilitatem, & extendunt ſua interpretatione quod ſcriptum eſt, aliquando etiam coarctant. Exemplū hic eſt extenſionis in ſeruo hæreditario. Seruus hæreditarius ante aditionem hæreditatis in nullius eſt poteſtate, nullus eſt hæres, nullus dominus, in cuius poteſtate eſſe dici poſſit. Quæritur ergo, ſi quis cum ſeruo hæreditario contraxerit, aduerſus quem hanc actionem de peculio habeat? Et dicitur aduerſus eum habere, qui poſtea hæres hæreditatē adierit. Hoc non fuit expreſſum verbis edicti prætorij, ſed tamen admonet Vlpi. edictum prætorium de hoc quoque accipiendum eſſe. Nam quamuis non ſit in poteſtate hæredis, tamen futurum eſt, vt ſit in poteſtate hæredis hæreditatem adituri: imo etſi ſeruus hæres extiterit ne-

ceſſarius, tenebitur ex ſuo contractu. Et hic locus eſt obſeruandus, ex quo addenda eſt exceptio iis quæ dicuntur, ex ante geſto ſeruum poſt manumiſſionem nõ teneri. Quæſtiones aliquot ſatis leues hic tractantur, de cõditione & qualitate eorum, cum quibus contractum eſt, propter quorum contractum agitur actione de peculio. Quæritur de ſexu in leg. 1. Quid ſi fœmina ſit, an generaliter verba prætoris accipiemus? Ait Iuriſconſultus ad fœminas quoque pertinere, & ſiue mas, ſiue fœmina contraxerit, cum eſſet in aliena poteſtate, ex eo contractu dabitur actio aduerſus eum in cuius poteſtate fuit. Idem dicitur in l. & ancillarũ, in princip. De pupillo etiam quæritur, an referat cuius ætatis ſit? Exempli gratia, Pupillus qui in peculium habebat, contraxit cum aliquo: ex eo contractu obligatus eſt, an dabitur actio aduerſus patrem? Dubium non eſt, qui pupillus habere poſſit peculium, l. quam Tuberonis. hic. Ait Iuriſconſultus in leg. 1. cum impubere agi poſſe, ſi modo peculium locupletius factum fuerit. Non enim agitur quatenus eſt in peculio, ſed quatenus locupletius factum eſt peculium ex eo contractu, quia ex huiuſmodi contractu non ſolet pupillus teneri, niſi quatenus locupletior factus eſt.

Sequitur in edicto prætoris, *Negotium geſtum ſit.* Negotium geſtum accipimus cõtractum vel quaſi contractum, id eſt, quandocunque ex contractu vel ex quaſi contractu obligatus ſit filius vel ſeruus, agitur eo nomine aduerſus patrem vel dominum: ex delicto non agitur. Nam verba prætoris ad delictum non pertinent, puta ad furtum, iniuriam, vel damnum datum. Exempla ſunt in Inſtit. de oblig. quæ ex contr. vel quaſi contractu naſcuntur. & l. 1. de oblig. & act. Exempla quædam hic ſunt in l. 3. §. 2. cum omnibus ſequentibus §§. vbi traditur differentia quædam inter filiumfamil. & ſeruum. Primum exemplum de quo oritur quæſtio, eſt de fideiuſſione filiifamil. aut ſerui. Si filiusfamilias aut ſeruus interceſſerit pro alio, an eo nomine detur actio de peculio aduerſus patrem vel dominum. Hic reperitur aliqua differentia inter filium & ſeruum. Nam ſeruus ex interceſſione ſua non obligat dominum ſuum, niſi in rem peculiarem fideiuſſerit. Noluerunt veteres tantum permitti ſeruo, vt dominum ſuum obligaret fideiubendo. Exiſtimauerunt veteres prudentis hominis non eſſe intercedere pro alio. Vnde vulgare eſt dictum, *Fideiuſſionis comitem eſſe noxam.* Itaque niſi in rem peculiarem intercedat ſeruus, non tenebitur dominus: vt ſi debeat pecuniam ei cuius nomine interceſſerit: ſed ex interceſſione filiifam. ſine hac diſtinctione obligatur pater. Non magna eſt differentia inter eum, qui mandat alteri, vt det pecuniam ei qui fideiubet, vt dicemus ſuo loco. §. ſi ſeruus. Aliud exemplum ſequitur de compromiſſo. Si in arbitrum compromiſerit filiusfam. aut ſeruus, an obligetur ex hoc compromiſſo pater vel dominus de peculio? *Quare & ex compromiſſo.* Et tenetur pater. Poteſt ex cauſa delicti veluti furti compromitti, ſed quamuis ex cauſa delicti nõ poterit agi aduerſus patrẽ actione de peculio: tamẽ ex compromiſſo ex cauſa delicti agi poterit. Nam nouus contractus eſt celebratus. Pater quoque tenetur actione iudicati de peculio, ſi condemnatus fuerit filius. Actio iudicati ex ea ſententia naſcitur. l. g. miles. de re iudic. & hac actione iudicati tenebitur pater, quatenus eſt in peculio. Cum filius eſt condemnatus, nil refert, ex qua cauſa ſit damnatus vt agatur aduerſus patrem de peculio. Iudicio enim quaſi contrahitur leg. 3. §. idem ſcribit. hic. Et edictum prætoris loquitur de eo qui contraxit. Exemplum hic eſt de delicto, & ait actionem non competere aduerſus patrem de peculio ex delicto, niſi in quantum pater locupletior factus eſt. §. vlt. *Si filiusfamilias.* Alterum hic eſt exemplum de filiofamilias, qui erat duumuir. Simile exemplum eſt in leg. 1. C. Quod cum eo qui in alie. poteſt. Aliud exemplum eſt in leg. 5. §. 1. Sic hic notanda eſt alia differentia inter ſeruum & filiũfamilias. Si filiusfam. detulerit iuſiurandum, quo deferente aduerſarius iurauerit, an eo nomine dabitur actio de peculio in patrem? Et dicitur dari. Sed in ſeruo aliud eſt, nam ſeruus non defert iuſiurandum, vt nec compromittere poteſt. Seruus enim non poteſt in iudicio conſiſtere. leg. ſeruus. C. de iudic. Sic nec poteſt compromittere. Nam compromiſſum ad ſimilitudinem iudiciorum redactum eſt.

Fideiuſſionis comes noxa.

l. 1. de recept. arb. Sic nec poteſt iuſiurandum deferre, quia iuſiurandum inſtar iudicii obtinet, vt ſupra dixi. Fuit tamen quorundam diuerſa opinio, qui exiſtimauerunt ſeruum poſſe iuſiurandum deferre, ſed eorum opinio hic aperte improbatur. *Idem in ſeruo non poſſe.* Quod igitur ait prætor in edicto ſuo negotium geſtum eſſe dicetur, de contractu eſt accipiendum. Addendum eſt nihil referre, an volente patre, an vero eo inuito contractum ſit. nec enim eſt neceſſarius conſenſus patris vel domini. in leg. ſi quis ſeruus. §. vlt. Sunt pleræque aliæ actiones, quæ non dantur aduerſus patrem ex contractu filii, nec aduerſus dominum ex contractu ſerui, niſi conſenſerit pater vel dominus, veluti inſtitoria, exercitoria, & alia huiuſmodi. Sed hæc actio quæ datur quatenus eſt in peculio ſerui vel filij, competit etiam ſi contractum ſit, nolente & inuito patre vel domino. Deinde ſequitur in edicto, *Aduerſus eum in cuius poteſtate.* His verbis ſignificat prætor hanc actionem dari aduerſus patrem ex contractu filii, & aduerſus dominum ex contractu ſerui. Patrem autem accipere debemus non tantum naturalem, ſed etiam adoptiuum. leg. 55. nam filium adoptiuum habet in poteſtate ſua. de qualitate eius contra quem hæc actio datur, tractantur aliquot quæſtiones de ſexu, de ætate. leg. 3. §. parui refert. De ſexu quærendũ hic non eſt. nihil enim refert cuius ſexus ſit is qui alium in poteſtate habet, vt conueniatur de peculio. Hic notandum eſt pupillum tunc etiam obligari ſine tutoris auctoritate, cum obligatio ex re venit. Idem dicendum eſt de furioſo & prodigo. leg. furioſus. de oblig. & act. Id eſt, quoties ad eam obligationem contrahendam non eſt opus eorum conſenſu & voluntate, nec neceſſe eſt has perſonas contrahere. Furioſus tenetur actione negociorum geſtorum, ſi quis vtiliter eius negotia geſſerit: tenetur etiam actione communi diuidundo, ſi ſocius aliquid in rem communem impenderit. Idem dicendum eſt de hoc genere obligationis. Nam tenetur hac actione, non quia contraxit, ſed quia filius vel ſeruus, quem habet in poteſtate, contraxerit. Si quis forte obiiciat, ex facto ipſius obligationem naſci videri, quia naſcitur ex quo quod peculium conceſſit ſeruo. Pupillus ergo ex eo obligatur, quod peculium conceſſit ſeruo. Sed facile eſt reſpondere, ex eo quod dicitur in leg. curator. 24. leg. 3. §. 1. & leg. 7. quod forte conceſſum eſt peculium ſeruo à defuncto, cui hæres extitit pupillus, & ademptum non fuit peculium ſeruo. Deinde ſequitur in edicto, *Quatenus eſt in peculio.* Hæc verba edicti prætorii demonſtrant, non competere hanc actionem niſi peculium ſit, & niſi vſque ad peculii quantitatem: de quo ſupra aliquid diximus in interpretatione definitionis peculii, vnde dicitur actio de peculio, quia propter peculium filii & ſerui datur. Si quid mandauit alicui filius, agetur actione mandati aduerſus patrem non in ſolidum, ſed quatenus eſt in peculio. Ergo iuſta eſt defenſio rei, aduerſus quem agitur, ſi dicat nihil eſſe in peculio. Exemplum eſt in leg. depoſui. Ego dedi decem cuſtodienda filio, nihil aliud habet in peculio, agitur aduerſus patrem: quæritur an poſſit agi? Iuriſconſultus ait agi non poſſe. Nihil enim habet in peculio.

Quod autem dicitur, niſi peculium ſit, non habere locum hanc actionem, id eſt, vt ſequatur condemnatio, non vt non recte intendatur, etſi nihil ſit in peculio, vt dicitur in leg. quæſitum. Forte nihil eſt in peculio, quo tempore agitur de peculio, hac actione, ſed aliquid reperitur in peculio tempore rei iudicatæ: quæritur, an ſequetur condemnatio, an vero ſi reus abſoluendus, quaſi male actum ſit cum eo? Et hic dicitur condemnationem ſequi debere. Simile eſt quod diximus in leg. rem alienam. de pignoratitia actione, ſupra. Notanda tamen eſt hic ratio agendi hac actione. Nam actor intendit in peculio eſſe, ſicut is qui agit rei vindicatione intendit rem ab eo poſſideri à quo rem vendicat, vel à quo rem exhiberi petit, & aduerſus quem agit ad exhibendum. His enim actionibus comparatur actio de peculio. Sic accipienda eſt. l. depoſiti. in princ. & l. eo tempore. in princ. hic. quæ magnopere aduerſatur leg. Fulcinius. §. ſi quis actionem. quibus ex cauſis in poſſ. eatur. Si nihil ſit in peculio, & agatur de peculio, ſi res latitet, quæritur, an actor debeat mitti in poſſeſſionem rei, quia ex probabili cauſa non latitet?

itet? Sed ſi contendat aliquid eſſe in peculio, etſi forte nihil ſit, quia poteſt aliquid eſſe in peculio rei iudicatæ tempore, recte intendit. Et idem dicendum eſt de eo, ad quem peruenit peculium, quocunque titulo, ſiue titulo vniuerſali, quia forte hæres extitit, ſiue etiam ſingulari, quia venditus eſt ei ſeruus cum peculio. Multa ſunt exempla huius rei ſub hoc titulo, veluti in leg. ſi noxali. §. denique. & leg. ancillarum. §. ſi ſeruus. l. 1. §. item eius. quando act. de pecul. ann. eſt. In hoc conſentiunt omnes Iuriſconſulti. Quocunq; titulo quis peculium poſſideat, poſſe agi aduerſus eum actione de peculio. Aliquot quæſtiones incidunt de poſſeſſione peculii, quæ ſunt facti quæſtiones, an quis videatur poſſidere peculium ex quo videtur quibuſdam hæc actio in rem eſſe, quia datur aduerſus poſſeſſorem: ſed tamen eſt perſonalis, idq; expreſſum eſt in l. ſumma. Et refertur à Iuſtiniano in numerum perſonalium actionum, in lib. 4. Inſt. tit. de act. Nec mouere nos debet, quod datur aduerſus poſſeſſorem. Nã plerǫ; actiones perſonales ſunt, quæ ſequuntur poſſeſſorem, veluti actio ad exhibendum eſt perſonalis. l. 1. §. eſt autẽ perſona. ad exhib. & tamen datur aduerſus eũ, qui rẽ poſſidet, vt is qui poſſidet, cogatur exhibere. Hæ actiones perſonales ſunt, quia dantur aduerſus eũ, qui obligatus eſt ad dandũ vel faciendum. Imperiti vocant has actiones in rem ſcriptas. Si quis igitur vel pater, vel dominus rem poſſideat, quæ pertinet ad filium ex contractu, nec eã reſtituerit cum haberet reſtituendi facultatem, is condemnabitur in ſolidum propter hanc clauſulam edicti de dolo malo, *Aut ſi quis dolo malo captus.* Quatenus ergo aliquid admiſſum eſt à patre vel domino hac actione damnabitur in ſolidum. Aliud exemplum eſt in l. 1. §. filiumfamilias. inf. depoſi. Ex his perſpicitis, qua ex cauſa detur hæc actio. & quid in hanc actionem veniat. Poſtremus locus eſt, quem ego paucis perſtringam, de tempore huius actionis.

Cap. II.

Quo tempore duret actio de peculio.

QVæritur quo tempore duret hæc actio an ſit perpetua, an temporalis. De hac re propoſitum eſt à prætore edictũ ſub titulo ſequenti. *Quãdo actio de peculio annalis ſit. Edictũ pratoris ita conceptum eſt: Poſt mortẽ eius, qui in alterius poteſtate fuerit poſteave quam is emancipatus, manumiſſus, alienatusve fuerit, duntaxat de peculio, & ſi quid dolo malo eius, in cuius poteſtate eſt, factũ erit, quominus peculii eſſet, in anno quo primũ experiũdi poteſtas erit, iudiciũ dabo. In anno.* Pollicetur prætor hoc edicto actionẽ intra annum, quo primum experiundi facultas erit. Hęc igitur actio tunc annalis eſt, cum filius aut ſeruus deſiit in poteſtate eſſe, quia filius emancipatus eſt, ſeruus eſt manumiſſus aut alienatus, vel quia filius aut ſeruus deſiit eſſe in poteſtate eius in cuius erat cũ negotiũ cõtractum eſt. Hoc igitur caſu agetur intra annũ, quamuis alias actio de peculio perpetua ſit. Huius autẽ rei ratio ſatis perſpicua eſt ex l. vl. hic. *Etiãſi ſeruus.* Quia cum filius deſierit eſſe in patris poteſtate, extinguitur peculium. Nam peculium dicitur propter poteſtatem vel patriã, vel dominicã. l. vlt. de inofficioſo teſtamento. Ideoque ſi rigorem iuris ſequamur, nulla omnino competit actio creditori aduerſus patrem vel dominũ. Quomodo enim agi poteſt de peculio quatenus eſt in peculio poſtquam extinctum eſt peculium? Ideoque boni conſulere debent creditores, ſi permittatur eis agere intra annum. Hinc conſequens eſt hoc edicto actionẽ temporalẽ non prorogari, ſed coarctari tantũ. id demonſtratur exemplo in l. 2. hoc tit. quando actio de pecu. an. ſit. Si ex contractu filii vel ſerui competat actio redhibitoria, quia vendidit iumentũ vitioſum, aut morboſum, hæc actio eſt ſex menſium tantũ, propter hoc edictũ nõ ſit annalis hæc actio de peculio. Sed ſi qua actio propoſita ſit, quæ duorum annorum triumve ſit, cuius tempus longius quam vnius anni, coarctatur propter hoc edictum prætoris. Datur autem hæc actio intra annum, ſi ſeruus ſit alienus aduerſus venditorem, ſi penes eum ſit peculium ſerui, non etiam aduerſus emptorẽ. Is enim inſpicitur penes quẽ eſt peculium, vt dicitur in l. 1. Sed quõ hoc accipiendum ſit nos iam docuimus. Diximus enim actionem de peculio, quamuis perſonalis ſit, tamen aliquid affine habere cum actione in rem. Datur enim hæc actio aduerſus eum qui peculium habet. Is ad quem peruenit peculium quacunque ex cauſa, quocunq; titulo, tenetur actione de peculio. Ergo ſemper inſpiciendum eſt, quis peculium habeat, an emptor, an venditor, an legatarius, an hæres habeat. Atq; hinc multæ quæſtiones naſcuntur, quæ facti ſunt magis quam iuris. Videndum eſt quid actum ſit in l. ſi ex duobus. §. vltim. l. & ancillarum. & aliis locis.

IN TIT. IIII. LIB. XIIII. PANDECT.

DE TRIBVTORIA ACTIONE.

Cap. I.

VT intelligatis naturam huis actionis, quæ dicitur tributoria, meminiſſe vos oportet eorũ, quæ diximus in titulo de peculio, de actione, quæ propter peculium datur aduerſus patrem vel dominum. Diximus .n. ex contractu filii, vel ſerui patrem aut dominum teneri de peculio, deducto inde ſi quid patri vel domino debetur. Priuilegio ergo vtitur pater vel dominus in actione de peculio, vt præferatur ceteris creditorib. extraneis. Concurrit cum ceteris creditorib. cum ait ſibi deberi à filio ſuo, vel à ſeruo ſuo, & potior eſt eius cauſa, quam ceterorũ creditorum. Nã ante omnia deducit, quod ſibi debetur à filio ſuo, vel à ſeruo ſuo, & ſi quid ſuperſit ex eo ſatisfit aliis creditorib. quia habet ius πρωτοπραξίας: & eſt diſputatio ſatis copioſa, de eo priuilegio in l. ex facto. 35. de pecul. ait præferri patrem, vel dominum omnibus iis, qui experiuntur actione perſonali. iis autem non præfertur, qui experiuntur actione hypothecaria. Huic priuilegio tunc locus eſt, cum pater vel dominus ſimpliciter conuenitur de peculio propter peculium ſerui aut filii, quia ſeruus vel filius alteri ſe obligauit. Cum autẽ agitur aduerſus patrem vel dominũ, quia ſeruus vel dominus obligatus eſt, ex negotiatione mercis peculiaris, inter patrẽ vel dominum & ceteros creditores ſit cõtributio pro rata portione eius, quod cuiq; debetur. Ab hac contributione hæc actio dicitur tributoria. Nam in tributum omnes vocãtur. Ergo ſi ſeruus aut filiusfamilias obligatus ſit, ex negotiatione mercis peculiaris ſciente domino aut volẽte & patiente patre tunc datur hæc actio, ſi forte dolo malo vſus ſit pater in ea contributione, vel dominus. Nam patri vel domino datur diſtribuendi facultas. Si igitur à patre vel domino ea contributio bona fide facta nõ ſit, eo nomine datur aduerſus eum actio tributoria. Hoc eſt argumentum totius huius tractatus. Nunc videndum eſt de cauſis huius actionis. *Actio tributoria vnde dicta.*

De cauſis huius actionis. Cap. II.

DVplex cauſa eſt actionis tributorię: vna eſt, quia filius aut ſeruus ex peculiaris mercis negotiatione alicui obligatus eſt, cũ negotiationẽ eã patre, vel domino conſentiẽte aut patiente exercet. Sic videtis hanc actionẽ multũ differre ab actione de peculio. In actione de peculio hæc neceſſaria non ſunt: quia ſufficit obligatũ eſſe filiũ aut ſeruũ ex aliquo cõtractu: & peculiũ aliquod eſſe ſerui vel filii. Sed in hac actione nõ ſufficit peculium habere filiũ aut ſeruũ, ſed oportet negotiationẽ exercere, patre volente aut conſentiente, vel patiente. Deinde oportet eũ negotiatum eſſe de merce peculiari. Nec vero ſufficeret mercem peculiarem eſſe. Nam propter mercem domini hæc actio non habet locum, l. ſed ſi pupillus. §. ſi inſtitoria. de inſtitut. actio. Oportet ergo mercem peculiarem eſſe, & obligatum eſſe filium vel ſeruum ex negotiatione mercis peculiaris. Hæ colliguntur ex variis locis huius tituli, vt ex leg. 1. §. mercis. & §. peculiarem autem. leg. procuratoris. §. mercis. Non omnis ergo negotiatio facta cum filio aut ſeruo tributoriam inducit, ſed negotiatio tantum mercis peculiaris. Eſt apertius & clarius expreſſum in loco, quem adduxi in l. ſed etſi pupillus. §. ſi inſtitoria. de inſtitut. act. vbi diſtinguitur aperte merx dominica à merce peculiari. Oportet igitur ex negotiatione mercis peculiaris obligatum eſſe, quam exercuerit volente aut conſentiente domino, vel patre ſuo. Hoc verbum quemadmodum accipiendum ſit,

docet Vlpianus in l.1.§.ſcientiam.hic. *Non enim velle debet dominus.* Scientia in edicto prætoris non ſolum pro voluntate accipitur, ſed etiam pro patientia, id eſt, hic non requiritur expreſſa voluntas patris aut domini, ſed ita interpretamur edictum prætoris vt hæc actio cõpetat & ſi ſciente aut patiente domino aut patre ſuo non contraxerit, exercueritve mercem peculiarem ſeruus aut filiusfamilias. Non enim voluntatem, ſed patientiam requirimus, id eſt, non modo ſcientiam hic accipimus pro voluntate, ſed etiam pro nuda patientia. De voluntate non eſt dubium, quin potius detur hæc actio ob voluntatem expreſſam patris vel domini: leg.1.§.ſciente.de exercit, act. Sed non requiritur, vt competat hæc actio expreſſa voluntas patris vel domini, ſufficit, vt non impedierit eum negotiationem exercere; nec requiritur dominum aut patrem velle vt cõpetat hæc actio, ſed non nolle, id eſt, pati ſeruum, aut filium negotiationem exercere. Sic non nolle medium quiddam eſt, inter nolle & velle. Multum refert, an quis velit, id eſt, conſentiat aperte, an vero non nolit. Sic eſt intelligendum quod dicitur in regula 3.de reg.iur. Eius eſt non nolle, qui poteſt velle. Corruptus eſt ille locus in omnibus codicibus, præterquam in Florent. in Noricis etiam eſt corruptus. Ego declarabo exemplo, quis ſit ſenſus huius regulæ. Qui non poteſt velle, non poteſt non nolle. Exemplum ſumi poteſt ex leg.qui ad certum.locati. Sicut iudicio opus eſt, vt quis contrahat aliquod negotium, in quo conſenſus eſt neceſſarius: puta in locatione contrahenda: ita etiam in conſenſu tacito iudicio opus eſt. Furioſus non põt locationem contrahere, quia iudicio caret. Conſenſus neceſſarius eſt in locatione contrahenda: at furioſus caret iudicio & voluntate. leg. furioſi.de reg.iur. Non poteſt ergo velle, nec recte dicitur velle: ſed an recte dicatur non nolle, vt ſi locatio contracta ſit cum furioſi patre, & eius patre mortuo paſſus eſt furioſus conductorem in domo conducta, an videatur poſſe dici non noluiſſe, an videatur renouata locatio? Et dicitur eũ non recte dici non nolle. Is dicitur non nolle, qui tametſi non conſenſerit, tamen patitur & æquo animo fert id fieri, quod non cadit in furioſum. Accurſius id explicat adducta ſimilitudine de Epiſcopo, cum Epiſcopus eligitur, ait volens nolo, & nolens volo: vult forte reditum & opes: onus autem non vult. id puto Accurſium ſenſiſſe. Altera cauſa huius actionis eſt, dolus patris aut domini aduerſus quem agitur actione tributoria. id ſatis expreſſum eſt à Iuſtiniano in Inſt. ſub tit. quod cum eo, qui in alie.poteſta. Cum filius aut ſeruus obligatus eſt alicui ex negotiatione mercis peculiaris ſciente vel patiente patre vel domino, merx peculiaris aut quod ex ea redactum eſt, diſtribui debet inter dominum, vel patrem, & ceteros creditores extraneos. quæ diſtributio permittitur patri vel domino facienda. Quod ſi bona fide non diſtraxerit eas res, propter dolum malum aduerſus eum datur hęc actio. Idem colligitur ex l.illud.§ ſi cuius.& l.vlt.hic. Idem docet exemplo in d. l.vlt.non eſt diſtributio facta bona fide, atque ideo datur hæc actio. Intelligitis ex his quę diximus, ex quibus cauſis detur hæc actio. Videndũ m eſt

Ad reg.3. ff.de reg. iur.

Quid veniat in hanc actionem.

CAP. III.

HAc actione petitur, vt merx peculiaris, aut quod ex ea merce redactum eſt, diuidatur pro rata portione inter omnes creditores, inter quos numerantur pater vel dominus aduerſus quos agitur hac actione. leg. vltim.§. non autem. Fit autem hæc contributio pro rata portione eius quodcunque debetur. Ideoque ſi veniat vnus creditor petens portionem ſuam diſtribui, & alij non veniant, portionem ſuam interim auferet, ſed exigitur ab eo cautio de reddendo pro rata portione, ſi alij creditores emerſerint. Ex his, quæ diximus, non eſt difficile intelligere id quod dicitur in vno capite huius tituli, & Inſtitut.eodem. Vtrum magis expediat creditori agere actione de peculio, an actione tributoria? Hæc quæſtio tractatur in leg. pen. Aliquando magis expedit agere de peculio, quam actione tributoria: aliquando cõtra vtilius eſt agere tributoria, quam actione de peculio. Ideo magis vtile eſt actione de peculio experiri, quam tributoria, quia in actione de peculio totius peculii habetur ratio, & fieri poteſt, vt totum peculium non ſit in negotiatione, ſed in fœnore potius, & aliis rebus. Si igitur videat creditor in negotiatione non multum eſſe, conſultius eſt agere actione de peculio. Aliquando vtilius eſt agere tributoria actione, quia forte multum patri vel domino debetur, & in ea actione deducitur quod debetur patri vel domino. Nam in actione tributoria, hæc deductio locum non habet: ſed diſtribuitur merx, & quod ex ea redactum eſt pro rata portione eius quod cuiq; debetur.

IN TIT. III. LIB. XV.

PANDECT.

QVOD IVSSV.

ALIA eſt actio, quæ datur ex contractu filii, aut ſerui aduerſus patrem aut dominum in ſolidum: & dicitur actio quod iuſſu. Agitur enim ex contractu filii vel ſerui cum hac adiectione, quatenus iuſſit pater vel dominus. de hac actione ſpecialis eſt titulus in Digeſtis: in Codice continetur ſub titul.quod cum eo qui in alien.poteſt. Hæc autem actio datur propter iuſſum patris, vel domini, videlicet ſi iuſſit pater vel dominus filium, vel ſeruum cum aliquo contrahere, ex eoque contractu obligatus ſit, eo nomine datur actio aduerſus patrem. Hæc actio longe vtilior eſt actione de peculio. Non enim inſpicimus, quantum ſit in peculio, ſed agitur in ſolidum: nec id mirum, nam quodammodo contrahitur cum eo qui iubet, l. 1. hic. l. ſi mandato.C.quod cum eo, qui in alie.poteſt. Quod autem dicitur de iuſſu, ſic interpretatur Vlpianus, vt in quacunque voluntate patris vel domini, id locum habeat. Id variis exemplis declaratur, nec refert, an ſpecialiter conſenſerit pater vel dominus, an generaliter: vt puta ſi ita dixerit, *Quodcunque cum Titio negocium contrahere volueris, id permitto*: ſufficit voluntas vel conſenſus patris: idque expreſſum eſt in l. ſi res.de in rem verſo. Iuſſus multum diſtat à mandato, vel voluntate. Iuſſus eſt eius, qui imperium habet, mandamus autẽ eis, in quos imperium non habemus: tamen hic nihil refert, an iuſſerit pater vel dominus, vel mandauerit, vel cõſenſerit. Sed cur tributoria actione agitur, cum volente patre, vel domino aliquid contractum eſt, non autem in ſolidum? Nos diximus differentes de tributoria actione, ſi filius aut ſeruus ex contractu obligatus ſit, volente domino aut patre, diſtributionẽ fieri mercis pro rata portione eius, ꝙ debetur patri vel domino, & cæteris extraneis creditoribus: hic autem dicitur agi in ſolidum propter voluntatem patris aut domini. Quomodo fieri poteſt, vt agatur in ſolidum, ac ſi iuſſu patris negotium contractum eſſet? Hoc ego explicaui in interpretatione l.1.§.ſi is qui nauem.& §.ſed ſi ſciente. de exerci. act. In interpretatione §. ſi is qui nauem. dixi tunc actionem quod iuſſu, locum habere, cum iubente aut volente patre vel domino negotium aliquod contractum eſt: actio tributoria non eſt, cum volente patre vel domino negotium contractum eſt, ſed cum negotium eſt contractum ſiue volente, ſiue inſcio patre vel domino, ſed tamen ſciente à filio vel ſeruo negotiationem exerceri. Fieri poteſt, vt dominus vel pater ſciat, & velit negotiationem exerceri à filio ſuo vel ſeruo, & tamen contrahit filius vel ſeruus ſine voluntate patris, vel domini ſui. Dixi actionem tributoriam tunc locum habere, non cum ſciente & volente patre, filius aliquod negotium contraxit, ſed cum obligatus eſt filius vel ſeruus ex negotiatione mercis peculiaris, id eſt, cum pater in vniuerſum ſciret filium negotiationem exercere. Cum autem iubente vel volente patre, aut domino filius vel ſeruus aliquod negotium contraxit, tunc datur actio aduerſus patrem vel dominum in ſolidum. eſtque actio quod iuſſu. Nec refert, an generaliter, an ſpecialiter permiſerit pater vel dominus filio ſuo vel ſeruuo negotiationẽ exercere, ſed hic conſentiendum eſt certo contractui, vt detur actio quod iuſſu. Cum autem conſentit, vt negotiationem exerceat filius vel ſeruus, videamus, quæ actio detur? Et datur actio tributoria, ſi conſenſit ſimpliciter is, vt negotiationem exerceat, in qua ſit diſtributio eorum, quæ vnicuique debentur pro rata portione. Speciale tamen eſt in eo, qui conſentit, vt filius vel ſeruus nauem exerceat, vt teneatur in ſo

in ſolidum propter vtilitatem nauigationis l. 1. §. ſi is qui naué. Quod auté diximus conſentire debere patrem vel dominum, vt contrahatur, ſic accipimus conſenſum in hoc edicto in l. 1. Atq; ideo ſi conſentiat, vt numeretur pecunia quam debet ex contractu à ſe facto non eſt actio quod iuſſu, ſed directo aduerſus eum agi poterit. Tunc locus eſt actioni quod iuſſu, cũ filius voluntate patris vel domini contraxit. Hinc conſequens eſt ſolam commendationem patris filium non obligare, vt dicitur in l. vlt. C. quod cum eo, qui in alie. poteſt. Similis locus eſt de hac commendatione in l. ſi vero non renumerandi. §. cum quidam. mandati.

IN TIT. IIII. LIB. XV.

PANDECT.

DE IN REM VERSO.

CONSEQVENS eſt, vt videamus de actione, quæ dicitur De in rem verſo. Hæc actio per quam ſimilis eſt actioni quod iuſſu, de qua iam diximus. Si iuſſu patris filius contraxerit, aut iuſſu domini ſeruus, datur actio ex eo contractu aduerſus patrem, vel dominum cum hac adiectione quatenus iuſſit pater vel dominus. Sic etiam cũ ex contractu filii, aut ſerui aliquid in ré patris verſum eſt vel in rem domini, ex eo contractu datur aduerſus patrem vel dominum, non ſimpliciter, ſed cum hac adiectione quatenus in rem patris aut domini verſum eſt. Eatenus ergo fit condemnatio, quatenus ex eo contractu verſum eſt in rem patris vel domini. Non enim proprium eſt hoc actionis nomen, vt iam ante diximus, ſed eſt acceſſio quædam actionis propriȩ. Adiectio vocatur in leg. filiusfamilias. 9. ad fin. Hæc igitur actio plerunque vberior eſt, quã actio de peculio, & deficiente actione de peculio interdum datur, leg. 1. ff. eod. Si forte nihil ſit in peculio, ſi tamen verum ſit aliquid in rem vel patris vel domini verſum eſſe, ex contractu filii, vel ſerui agetur aduerſus patrem vel dominũ, quatenus in rem patris vel domini verſum eſt. In rem verſum accipimus in hoc edicto, quod verſum eſt in vtilitatem patris vel domini. Variis exemplis id demonſtratur ſub hoc tit. præſertim in leg. 3. Hæc exempla diſperſa ſunt per totum hunc titulum, quæ lectionem tantum deſiderant. Cõfert autem totus hic locus ad multas alias diſputationes, & maxime ad quæſtiones de pecunia ciuitati credita, de qua diximus in l. ciuitas. de reb. credit. Ciuitas mutui datione ita obligatur, ſi pecuniæ in eius rem verſæ ſint. Sic ſi quis contraxerit cum Eccleſia, Nouel. Iuſtiniani authen. hoc ius porrectum. C. de ſacroſan. eccleſ. Si quęratur, an in rem eius verſum ſit, inſpicienda ſunt maxime præcepta, quæ hic traduntur, & exempla. Datur ergo hæc actio cum ex contractu filii, aut ſerui aliquid in rem patris vel domini, id eſt, in vtilitatem eorum verſum eſt. Ex quo apparet, non ſatis eſſe pecuniam acceptam eſſe, vt in rem patris conuertatur, niſi re vera pecunia in rem patris verſa ſit. l. 3. §. vnde. ad fin. Quidam mutuam pecuniam dedit filiofamilias, vt ex ea aleretur familia patris, vel dedit ſeruo mutuam pecuniam, vt ex ea aleretur familia domini: ob hanc ſolam cauſam non dabitur actio de in rem verſo. Nam oportet eam re vera verſam in rem domini vel patris. Curioſe debet inquirere creditor, qui mutuam pecuniam dat filio, aut ſeruo, quomodo vtatur ea pecunia. Nam ſi nimis credulus pecuniam dederit, non habebit actionem. Sufficit tamen vtiliter cœptum eſſe negotium, quamuis non ſucceſſerit in negotia patris. Accepit filius pecuniam, vtiliter cœpit, atque prudenter, ſed res infelicem euentum habuit, ſine dolo ſuo, aliquo caſu fortuito, an dabitur actio de in ré verſo? Equidem re vera nihil eſt verſum in rem patris: ſed Iuriſconſultus ait dandam eſſe de in rem verſo actionem, l. ſeruus. 7. hic. Hic ſpectamus magis conſilium, quam euentum rei. Idem dicitur de negotiorum geſtore, leg. ſed ait vltro. de negot. geſt. Dicimus ergo tunc competere hanc actionem, cum in vtilitatem patris vel domini aliquid verſum eſt. Sed quid ſi id neceſſarium non erat domino propter quod pecunia accepta, licet forte ad voluptaté aliquam pertineret, an dabitur hæc actio? Et certum eſt ex edicto prætoris, cum loquitur de in rem verſo, non poſſe competere. Ergo ad voluptatem non producemus edictum noſtra interpretatione. Dicitur tamen in leg. 3. idem dicendum eſſe, etſi voluptatis alicuius cauſa, conſentiente tamen patre vel domino, pecunia accepta ſit. l. 3. §. ſed ſi mutua. & §. necnon. Sed vt in ſumma complectamur, quicquid ad hunc locũ pertinet, obſeruanda eſt regula, quam tradit Vlp. in l. 3. §. & regulariter. hic. de procuratore & negotiorum geſtore. Ex quibus cauſis procurator aduerſus dominum actionem mandati habet, vel negotiorum geſtorum actionem is, qui vtiliter negotia geſſit aduerſus eum, cuius negotia geſta ſunt, ex iiſdem cauſis ei, qui mutuam pecuniam dedit, datur actio de in rem verſo aduerſus dominum aut patrem, l. 3. §. in rem. Vt autem procurator habeat actionem mandati propter adminiſtrationem ſuam aduerſus dominum, vel negotiorum geſtor, oportet aliquid vtiliter geſtum eſſe & adminiſtratum. Videndum ergo eſt ſub tit. de procurat. & tit. de negot. geſt. ex quib. cauſis detur actio mandati & negotiorum geſtorum, propter negotia geſta, vel cum mandatu, vel ſine mandatu. Hac actione petitur damnari reum, quatenus in rem eius verſum eſt, ſiue totum verſum ſit in rem eius, ſiue pro parte tantum verſum ſit, l. proxime. §. in rem. Cetera his intellectis facile intelligentur.

[In rem verti quando quid dicatur.]

IN TIT. XXVIII. LIB. IIII. COD. ET TIT. V. LIB. XIIII.

PANDECT.

AD SENATVSCONSVLTVM MACEDONIANVM.

CAP. I.

ABSOLVTO hoc tractatu explicatũ erit, quicquid pertinet ad contractus eorum, qui ſunt in aliorum poteſtate. Ex contractu filiifamilias variæ actiones dantur non tantum aduerſus ipſum filiumfamilias, ſed etiam aduerſus patré eius. datur enim inſtitoria, exercitoria, de peculio quod iuſſu, de in ré verſo, & aliæ huiuſmodi. Sed hæc locum habent præter quam in mutuo. Non. n. locus eſt omnibus illis actionibus in mutuo, propter Senatuſconſultum Macedonianum quod nunc interpretaturi ſumus. Primum, quod ad filiumfamilias attinet, certum eſt ex mutuo cõueniri nõ poſſe, propter S.C. Macedonianũ, ac ne pater quidé cõuenietur actione de peculio, l. filius tuus. C. eod. Senatuſconſulti Macedoniani verba ſunt in l. 1. Hoc Senatuſconſultum Romæ factum eſt auctore Veſpaſiano, vt Suetonius ſcribit in Veſpaſ. Cum filiifamilias à fœneratoribus acciperent pecuniam, & ære alieno valde onerarentur, inſidiabantur vitæ paternæ. Cautũ igitur fuit hoc Senatuſconſulto, Si filiusfamilias mutuam pecuniam acceperit, ne mortuo quidem patre aduerſus eum competere actionem. Dictum autem eſt Macedonianum à nomine fœneratoris, qui Macedo dicebatur. Facile enim mutuam pecuniam dabant fœneratores filiisfamilias ſperantes fore, vt mortuo patre ſoluerent. Ex hoc igitur mutuo non obligatur filiusfamilias, nec poteſt conueniri, etiamſi filiusfamilias eſſe deſierit, vel morte patris vel alio modo. Aliquid hac de re cautum fuerat tempore Claudii Imperatoris, vt ſcribit Cornelius Tacitus in lib. 11. Sed hoc Senatuſconſ. plenius fuit. Huius Senatuſconſulti hæc verba ſunt, quæ nos interpretaturi ſumus, *Placere ne cui qui filiofamilias mutuam pecuniam dediſſet, etiam poſt mortem parentis eius, cuius in poteſtate fuiſſet, actio, petitioque daretur. &c.* In quorum verborum interpretatione complectemur, quicquid continetur ſub vtroque tit. tam in Codic. quam in ff. Hoc exemplum interpretandum nobis proponere debemus ad imitandum. Hic videtis Iuriſconſultos verba huius S. C. amplecti; aliquando à verbis recedere prout æquum videtur id eſſe, & voluntati legiſlatoris conſentaneum. Dicitur imprimis in S.C. *Ne cui.* Hoc verbum ad fœneratorem refertur, quia ſimpliciter loquitur Senatus de eo, qui mutuam pecuniam dat, nec diſtinguit perſonas. Oriuntur quæſtiones de qualitate perſonarum, vt exempli gratia, quæritur, ſi ciuitas aliqua, vel reſpublica mutuam pecuniam dederit filiofamilias, an locus ſit S. C. Non exprimit Senatuſ, an intelli-

gat de priuatis hominibus, an de ciuitate. quid igitur dicemus? Hæc quæſtio tractatur in leg. nihil. 15. Verba S.C. generalia ſunt, *Ne cui actio.* Ergo de ciuitate hæc verba intelligemus. Ciuitas habetur loco priuatorum, vt dicitur in leg. eum qui vectigal. de verb. ſignific. nec ſolet fere ciuitas differre à priuatis hominibus. Verum eſt quod reſpublica ipſa differt à priuatis hominibus, ſed ciuitas habetur pro priuatis hominibus. Dubium tamen de eo fuit, quia veriſimile nō eſt ciuitatis adminiſtratores velle filiosfamilias corrumpere: tamen Diui Seuerus & Antoninus ita reſcripſerunt. Quæritur etiam de pupillo. Hæc quæſtio tractatur in leg. 3. & 4. & cum hac exceptione intelligenda ſunt verba S.C. cum dicit. *Ne cui.* Hic videtis interpretatione reſtringi quod dicitur in S.C. propter æquitatem. Iniquum enim eſſet hæc verba S.C. ita interpretari, vt in eo pupillus contineretur. Deinde dicitur in S.C. *Qui filiofamilias*, id eſt, filio, qui in poteſtate patris id eſt, qui nō eſt emancipatus, qui non eſt ſui iuris: ex quo conſtat hoc S.C. ad filium emancipatum non pertinere. Si filius emancipatus mutuam pecuniam acceperit, eo nomine datur aduerſus eum actio: nec poteſt agentem exceptione repellere huius S.C. In interpretatione horum verborum ait Vlpianus in l. 1. verbis S.C. non contineri hanc exceptionem, ſi conſul ſit, ſi magiſtratu fungatur, vel cuiuſcunque ſit dignitatis filiusfamil. cui credita eſt pecunia: quia habet locum S.C. Vnde quæritur, ſi captus ſit pater ab hoſtibus, & ſuſpenſum ſit ius patriæ poteſtatis an erit locus S.C. ſi filiofamilias data ſit pecunia mutua? quæſtio tractatur in leg. 1. §. ſi pendeat. Cum filium in poteſtate patris eſſe conſtat, nulla dubitatio eſt quin locus ſit S.C. ſed cum pendet ius patriæ poteſtatis, veluti propter paternam captiuitatem, dubitari merito poteſt, an ſit locus S.C. §. ſi ab hoſtibus. Inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſoluit. Et dicitur propter incertitudinem denegandam eſſe interim actionem. Hoc igitur S.C. ad filiosfamilias pertinet, non autem ad patres familias. Interdum tamen eadem ratio eſt filiifamilias, quæ eſt patrisfamilias, veluti ſi filiusfamilias, ſit miles. In caſtrenſi enim peculio filiusfamilias fungitur vice patrisfamilias, quia in illud peculium caſtrenſe pater nullum ius habet, leg. vltim. Codic. eodem. titul. ita vt de eo caſtrenſi peculio libere teſtari poſſit. Idem eſt dicēdum, & ſi quis mutuam pecuniam dederit ei, quē credebat iuſto & probabili errore ductus patremfamilias eſſe. Hic enim pro patrefamilias habetur, leg. pen. & leg. tertia. idem etiam dicitur in leg. 1. & 2. Codic. eod. Igitur quod dicitur in Senatuſconſulto intelligendum eſt cum exceptione, niſi putans patremfamilias eſſe ei pecuniam crediderit. nā licet generalia ſint verba S.C. tamen ignorantia facti excuſationem habet, quæ probabilis eſt, leg. regula. de iur. & facti ignor. Ex iiſdem verbis Senatuſconſulti quæſtiones aliquot vulgares naſcuntur. Loquitur Senatuſconſultum de filiofamilias, quid dicemus de nepote, de pronepote & aliis deſcendentib. & de filiafa. Hic dicitur ſupplendum eſſe interpretatione, quod deeſt S.C. leg. ſed & ſi. §. hoc Senatuſconſultum. De nepote, pronepote, & aliis deſcendentibus, idem dicendum eſt, l. 14. idem dicitur in l. ſi filius tuus. C. eod. Hic videtis recedi à propria ſignificatione verborum S.C. & caſum, qui expreſſus eſt S.C. ad alium, qui expreſſus non eſt, produci interpretatione, propter eandem rationem & vtilitatem. Deinde dicitur in S.C. *Mutuam pecuniam.* Ergo Senatus de mutuo tantum loquitur, non etiam de aliis contractibus. Vnde ſi quis filiofamilias vendiderit, aut aliud negotium cum filiofamilias contraxerit, non eſt locus S.C. ſed dabitur actio aduerſus filiumfamilias, & aduerſus patrem de peculio. Nam S.C. Macedonianum ad alios contractus non pertinet. Id etiam colligitur ex aliis locis, veluti ex leg. 3. Cod. eodem. ſi aliquid mercatus ſit filiusfamil. & ex contractu obligatus ſit, poterit conueniri, nec agenti obſtabit exceptio S.C. Macedoniani. Imo etiam dicendum eſt, & ſi illud debitum conuerſum ſit in mutuum. leg. 3. Huic ſimile eſt; quod dicitur in l. 7. in princ. hic. Si filiusfamilias fideiuſſerit pro alio, dabitur aduerſus eum actio, nec obſtabit exceptio S.C. Macedon. Imo etiam dabitur actio de peculio aduerſus patrem. Adduntur exceptiones. Hoc enim intelligendum eſt, niſi color quæſitus ſit hac venditione, vel fideiuſſione, leg. 3. in fin. Exempli gratia, ſi filiusfamilias erat mutuam pecuniam accepturus: ſed quia intelligebat fœnerator hoc fieri aduerſus S.C. Mace. dedit alij reo pro quo interuenit filius, leg. non dubium. Codic. de legib. & Senatuſconſ. Præterea notandum eſt hoc verbum referri ad numerationem, non verba, vt dicitur in leg. 4. & 5. Atque ideo ſi ſtipulatio ſit contracta de pecunia credenda, quo tempore erat in poteſtate patris, & numerata fuerit pecunia, cum eſſet ſui iuris filius, non erit locus S.C. vt puta quia emancipatus erat, vel mortuus pater. Nihil autem refert, an cum vſuris pecunia fuerit credita, an vero ſine vſuris, vt dicitur in leg. 27. §. ſin autē. Senatus enim inquit, loquitur ſimpliciter de mutuo: ergo nos intelligemus de quocunq; mutuo, etiam ſi fœnus non acceſſerit, etiam ſi pecunia cum vſuris credita non ſit. Deinde dicitur, *Pecuniam.* Pecuniæ verbum latiſſime accipitur plerunque, leg pecuniæ verbum. de verborum ſign. Appellatione pecuniæ. aliquando continentur omnes res, quæ ſunt in patrimonio noſtro. Aliquando pecuniæ verbum accipitur pro his rebus, quæ conſtant pondere, numero, & menſura: aliquando pro nummis: quomodo igitur accipiemus pecuniam? Et hic pecuniam accipiemus pro nummis. Dicitur autē pecunia, quod (vt ait Plinius) nummi olim nota pecudum ſignabātur. Cū diximus de pecunia numerata S.C. accipiendum eſſe, & ſi quid contraxerit filiusfa. non competere exceptionē S.C. nos ſemper intelligimus niſi fraus S.C. facta ſit alia re data. leg. 3. in fi. Nam ſi data ſit filiofa. alia res, vt ea diſtracta mutuo vtatur, locus etia S.C. quia fraudem is facit S.C. Sequitur in S.C. *Actio petitiove*, ne fœneratori actio petitiove detur, id eſt, vt agens eo nomine ex eo contractu ſummoueatur exceptione huius S.C. Sed cur exceptio hic datur, cum expreſſum ſit S.C. actionem denegari? Cur non dicimus ipſo iure actionē non competere aduerſus filium familias? dici non pōt ipſo iure non competere actionem, quia ex mutuo iure ciuili & legibus Romanis datur actio, nec id ius potuit tollere ſenatus. Id ſatis apparet in S.C. Pegaſiano & Trebelliano, l. 1. de Senatuſconſ. Trebell. Vbi dicitur, Reſtituta hæreditate vtiles dari actiones fideicōmiſſario, & aduerſus fideicommiſſarium. Senatus enim eum facere hæredem non potuit, ſed tamen loco hæredis habetur. Ideoq; ſi ius ipſum inſpiciamus actio datur aduerſus filiumfamilias ex contractu mutui: tamen in conſtituendo iudicio additur exceptio, extra quam ſi filiusfa. ſit, cui mutua pecunia data eſt: idque fit propter ſenatus auctoritatem, cnius tanta erat auctoritas, quanta populi Romani. Iam videamus

Pe… Ve… Vnde… dum.

De exceptione Senatuſconſulti Macedoniani.

Cap. II.

HOc Senatuſcōſulto Macedoniano proponitur exceptio. Hęc autem exceptio competit filiofamilias, nec tantum filiofamilias. ſed aliis pleriſq; perſonis. Competit enim patri: ſi pater conueniatur ex contractu filii actione de peculio: cōpetit fideiuſſori, competit hæredi filiifam. l. 7. §. quanquam. Vult igitur ſenatus exceptionem competere, ſed non exprimit, cui competat hæc exceptio. Ergo Senatuſconſulti verba latiſſime ſunt accipienda: Addendum eſt quod dicitur in l. ſed ſi. §. non ſolum. Nam fruſtra exceptio daretur filiofamilias, niſi daretur quoque eius fideiuſſori, quia ſi fideiuſſor conuentus ſoluerit mandati actione, quod ſoluerit, repetet à reo principali: & certe qui petit à fideiuſſore, τῇ δυνάμει petit à reo, vt in l. aduerſus. de arbit. Nam ſi exactum fuerit, quod debetur à fieiuſſore, fideiuſſor actionem mandati habebit aduerſus reum, niſi donationis cauſa fideiuſſerit. Hæc autem exceptio in plæriſque caſibus ceſſat: quos hic paucis perſtringemus.

Exceptio Macedoniani in quibus caſibus ceſſet.

Primus caſus eſt, ſi volente patre filius mutuam pecuniam acceperit, l. ſi tamen. 12. hic. Idem dicitur in l. 2. & 4. C. eo. Si permittente patre filius mutuam pecuniam acceperit, non eſt locus exceptioni huius Senatuſconſulti. Sufficit autem vel tacitus conſenſus patris, vel etiam ratihabitio. l. vltim. C. eod. Nam ratihabitio mandato comparatur: de quo tamen dubitatum fuit apud veteres, vt oſtendit Iuſtinianus in dict. l. vlt. eſtque locus communis de ratihabitione, quod ratihabitione retrotrahitur, & mandato comparatur. Taciti conſenſus inſigne exemplum eſt in leg. filiusfamilias. 16. hic. filiusfamilias

familias accepit mutuam pecuniam ab alio, quaſi mandatu patris: ſcripſit literas ad patrem, vt pecuniam mutuo acceptam in prouincia ſolueret. Pater non continuo interpoſuit proteſtationem contrariæ voluntatis, quamobrem videtur probaſſe, quod à filio geſtum eſt.

Secundus caſus eſt, ſi filiusfamilias mutuam pecuniam acceperit in rem patris neceſſariam. l. 7. hic ad finem. §. penult. Si filiusfamil. pecuniam acceperit ſtudiorum cauſa, in rem patris videtur vertiſſe: ideoque hic ceſſat exceptio Senatuſconſulti: ſed addit exceptionem niſi probabilem modum exceſſerit. Nam ſi quis cum ſoleret decem aureos pro ſtudiis accipere, 20. acceperit propter bacchanalia, erit Senatuſconſulto locus. Huic ſimile eſt quod dicitur in leg. 2. & l. Macedonianum. C. eod.

Tertius caſus eſt, ſi paterfamilias factus agnouerit debitum, vel paterfamilias factus poſt mortem patris nouatione facta fidem ſuam obſtrinxerit, quia non erit locus exceptioni ſenatuſconſulti, l. 2. §. vlt. Partem autem debiti ſoluens videtur debitum agnoſcere. Idem dicitur in l. 17. hic, & in l. 2. C. eo. vbi Imperator loquitur de nouatione. Hoc tamen eſt intelligendum, ſi ſine vllo errore ſe obligauerit, l. vlt. hic. Verum eſt propter nouationem dari aduerſus filiumfamilias actionem. Sed tamen, ſi quis errore ductus nouauerit actionem, tunc poterit replicatione vti. Nunc videndum eſt de effectu huius exceptionis.

CAP. III.

De effectu exceptionis Senatuſconſulti Macedoniani.

DVo notanda ſunt de effectu huius exceptionis. Vnum eſt, quod etſi hæc exceptio peremptoria ſit, tamen opponitur poſt ſententiam, l. tamen. hic. Exceptiones peremptoriæ non ſolent opponi poſt ſententiam, tit. C. ſentent. reſcindi non poſſe. Sed tamen ſingulare ius eſt in hac exceptione Senatuſconſulti Macedoniani, vt opponatur poſt ſententiam. Aliud ſingulare eſt circa hanc exceptionem, quod hac exceptione tutus, ſi ſoluat, non poteſt repetere per condictionem indebiti, etſi ſoluerit per errorem. l. ſed etſi. hic. Hoc docuimus ſupra in l. qui exceptionem. de condict. indebiti. Is qui habet exceptionem peremptoriam, ſi ſoluerit per errorem, repetere poteſt, quia ſoluit indebitum. Indebitum enim dicitur, quod quis perpetua exceptione tutus cum peteretur, ſoluit. Hæc tamen exceptio excipitur, quæ ob pœnam creditorum datur, non autem in fauorem filiifamilias. Lex non vult eum exonerare, ſed voluit punire fœneratores.

IN TIT. XXIX. LIB. IIII. C. ET TIT. I. LIB. XVI. *Pandect.*

AD SENATVSCONSVLTVM Velleianum.

DIſſeruimus ſupra de obligationibus, quæ ex contractibus filiorumfamilias naſcuntur, & diximus tam ipſum filium obligari iure ciuili, quam patrem eiuſdem iure prætorio. Diximus tamen, ſi filiusfamilias mutuam pecuniā receperit ex eo contractu, non poſſe aduerſus eum agi, etiam ſi fuerit paterfamilias factus, vel morte patris vel emancipatione, & dari ei exceptionem Senatuſconſulti Macedoniani. Huic autem Senatuſconſulto quod Macedonianum dicitur, perquam affine & ſimile eſt Senatuſconſultum Velleianum de interceſſionibus mulierum: atque ideo in hac parte collocatus eſt hic titulus de Senatuſconſ. Vell. Sicut enim datur exceptio filiofamilias, ſi conueniatur ex contractu mutui, ita etiam datur exceptio mulieri, ſi conueniatur ex interceſſione ſua, idque cautum eſt Senatuſconſulto Velleiano, quod nunc interpretaturi ſumus.

CAP. I.

Argumentum huius tituli.

SI quis ſummatim cognoſcere velit, quid contineatur Senatuſconſulto Velleiano, colligi poteſt ex l. 1. & 2. hic. Cū facile mulieres intercederent, & fideiuberent pro aliis, ſperantes fore, vt ex ea obligatione nunquam conuenirentur, ob eamque cauſam plerunque afficerentur incommodo, & in magnam captionem inciderent, vtile viſum eſt ſenatui huic mulierum leuitati & infirmitati conſulere, ne ex ea obligatione conueniantur. Cautum igitur in primis eſt Senatuſconſulto, vt ſi mulier interceſſerit pro alio, & quamcunq; alienam ſuſceperit obligationem, ex ea obligatione conueniri non poſſit: & ſi conueniatur, detur ei exceptio aduerſus agentem. Alterum eſt, vt detur actio aduerſus eum, pro quo mulier interceſſit. Nam plerunque mulier ita ſuſcipit alienam obligationem, vt mero iure liberetur is, pro quo mulier intercedebat, ſi forte facta fuerit nouatio. Sed vult ſenatus actionem nihilominus dari aduerſus eum, pro quo interceſſit. Hæc duo continentur Senatuſconſulto Velleiano. Ratio Senatuſconſulti ſatis perſpicua eſt ex his, quæ iam diximus. Voluit enim ſenatus conſulere infirmitati & leuitati mulierum. Tanta eſt mulierum leuitas & infirmitas conſilii & iudicii, vt facile ſuſcipiant alienam obligationem, & non conſiderent id quod à nobis ſuprà dictum fuit ſub tit. de peculio, Sponſionis alienæ comitem eſſe noxam. Ideoque ſi permitteretur mulieribus pro alio ſe obligare, multa inde conſequerentur incommoda. Sed videmus, multa huiuſmodi conſtituta eſſe de mulieribus propter earum fragilitatem & infirmitatem. Cuiuſmodi eſt illud, quod ab omnibus ciuilibus officiis prohibentur, l. 2. de reg. iur. Et olim erant in perpetua tutela etiam coniugatæ mulieres: de hac re adduximus multos locos ſub tit. de ritu nupt. Plerunque ipſo iure, id eſt, legibus ipſis, quæ cum mulieribus contrahuntur propter earum infirmitatem, non valent propter periculum rei familiaris. Adempta ſunt mulieribus officia ciuilia, quia non ſatis viſum eſt decens eſſe mulieribus, ciuilibus officiis fungi. Multo magis adimendum eſt eis id officium, in quo verſatur periculum rei familiaris.

Originem autem huius Senatuſconſulti declarat Vlp. in l. 2. & oſtendit quomodo paulatim ventum ſit ad hoc ius Senatuſconſulti. In primis ait interdictum eſſe temporib. Claudii, & Auguſti prius, ne mulieres pro viris ſuis intercederent: Poſtea factum eſt hoc Senatuſconſultum, cuius verba ſunt. *Quod Marcus Silanus & Velleius Tutor conſules verba fecerūt de obligationibus fœminarum, &c.* His verbis oſtendit à pleriſque prætoribus ita ius dictum fuiſſe, ne eo nomine tenerentur mulieres, quod pro alio interceſſiſſent: ſed quia hoc ius certum non erat, vtilius viſum eſt id hoc Senatuſconſulto comprehendere. Expoſito huius tractatus argumento, nunc ſingula explanatius & diſtinctius declaranda ſunt: & in primis præcipua verba huius Senatuſc. & quia ad interceſſiones mulieris hoc Senatuſconſultum pertinet, & conſulitur mulieribus pro alio intercedentibus, videndum eſt quomodo intercedere pro alio hic accipiatur.

CAP. II.

Quid ſit intercedere & quomodo accipiatur in hoc Senatuſconſulto interceſſio mulieris.

INtercedere variam ſignificationem habet: ſed in hoc tractatu ſignificat alienam obligationem ſuſcipere. Nam quocunque modo, quacunque ex cauſa mulier ſe obligauerit alieno nomine, dicitur intercedere: pertinetque hoc verbum ad omnem obligationem quocunque ex contractu naſcatur. Sic interpretatur Vlp. in l. 2. §. omnes. Id autem contingit tripliciter. Triplex enim genus eſt interceſſionis, propter quam mulieribus ſuccurritur Senatuſconſulto Velleiano. Hæc diuiſio colligitur ex l. 4. & 5. C. eod. Aliquando mulier participat alienam obligationem, aliquando in ſe transfert obligationem qua alius tenetur, aliquando ſe pro alio ſolam ream ab initio conſtituit. Iſta ſigillatim explicanda ſunt: & primum videndum eſt de muliere, quæ participauit alienam obligationem. Imperator in l. 4. Cod. eo. ait ſuccurri mulieri cum participauit alienam obligationem, id eſt, cum mulier ita ſe obligauit pro alio, vt ille nihilominus manſerit obligatus. Exempli gratia, cum mulier mandauit alteri, vt cuidam mutuam pecuniam det; mulier ita intercedit pro alio, vt participet eius obligationem. Nam is, qui accepit pecuniam, tenetur ex mutuo: mulier autem tenetur actione mandati, & actione acceſſoria: Sic cum mulier fide ſua eſſe iubet quod alteri datur, mulier dicitur particeps fieri alie-

næ obligationis, non alienam obligationem in ſe transferre. Item ſi conſtituat ſe ſoluturam quod alius debet. Diximus ſub tit. de conſtit. pecunia. Cum quis conſtituit ſe ſoluturum nomine alieno quod alius debet, veterem debitorem non deſinere obligari: ſed accedere nouam obligationem de conſtituta pecunia. & ſic eſt intelligendum, quod dicitur in l. 4. de participatione obligationis. Idem dicendum eſt, etſi mulier obligauerit rem ſuam pro alio, vel conſenſerit obligationi rei ſuæ. Hic exempla quædam reperiuntur in l. quamuis. hic. Pignoris obligatio acceſſionem facit. Non minus dicitur mulier intercedere pro alio, quæ rem ſuam obligat, quam quæ perſonam ſuam obligat. Exempla ſunt in l. 4. & 5. in l. ſciens. C. eo. Interceſſio non minus pertinet ad hypothecam rerum quam ad obligationem perſonalem. Maritus obligauit res vxoris ipſa conſentiente: ſuccurritur mulieri quaſi ipſa interceſſerit obligando rem ſuam. vel conſentiendo alii rem ſuam obliganti, puta marito. Hoc productum eſt adhuc longius, vt pertineat hoc verbum ad mulierem, quæ conſentit obligationi rei ſibi obligatæ. Primum diximus mulierem intercedere, quæ ſe obligat, poſteà quæ obligat rem ſuam, & quæ conſentit obligationi rei ſuæ. Præterea mulier dicitur intercedere, quæ conſentit obligationi rei quæ ſibi obligata eſt, vt locus ſit Senatuſconſulto: obligat rem cuius dominium non habet, ſed quam habet obligatam ab alio, & in quam habet ius pignoris, l. vir vxori. 17. §. 1. & §. ſi mulier. Talis ſpecies eſt: Mulieri debebatur dos à marito, maritus etiam ei obligatus erat ex cauſa mutui propter pecuniam creditam, & obligata erat ei quædam res mariti: mulier conſentit obligationi huius rei. hic quæritur, an ei ſuccurrendum ſit Senatuſconſulto Velleiano? Hic dicitur mulieri ſuccurrendum, ſi ſciat is, qui cum ea contraxit. Sed in hac hypotheſi aliæ circumſtantiæ ſunt, quæ ad noſtrum propoſitum non faciunt. Mulier enim admonuit ſibi dotem deberi, non expreſſit ex mutuo etiam aliquid ſibi deberi. Sic iſte interpretatur Iuriſconſultus verba huius Senatuſconſulti in fauorem mulierum. Nunc videndum eſt de muliere, quæ alienam obligationem in ſe transtulit.

De muliere quæ alienam obligationem in ſe transtulit.

Secundo mulier dicitur intercedere pro alio, alienam obligationem in ſe transferendo, vt dicitur in eadem l. 4. C. eo. tit. Quidam erat obligatus ex mutuo, mulier animo nouandi promiſit creditori ſtipulanti quod illi debebatur, & ſic eam obligationem in ſe tranſtulit per nouationem. Agitur aduerſus mulierem, opponit exceptionem ex hoc Senatuſconſulto: quæritur, an iuuari poſſit exceptione Senatuſconſulti Velleiani? hic dicitur Senatuſconſulto ei ſuccurrendum eſſe. Dubium enim non eſt, quin dicatur recte pro alio intercedere, quæ in ſe alienam obligationem tranſtulit. Aliena autem obligatio poteſt transferri, vel ſtipulatione, vel iudicio accepto. De ſtipulatione dubium non eſt, l. 1. de nouat. §. præterea. Inſtit. quib. mod. tol. oblig. dicitur nouatio, quia veteri obligatione ſublata, alia noua ſuccedit. Fit etiam iudicio accepto, l. ſolutionem. de ſolut. leg. delegare. de nouat. Siue quis ſoluerit quod debeo, ſiue quis offerat ſe liti pro me, ego liberor etiam ignorans & inuitus. Nam agitur inter eos, vt ego, contra quem actor agere volebat, liberer. Delegare eſt alium reum vice ſua dare. Ad hanc delegationem maxime pertinet hoc Senatuſconſultum Velleianum, leg. 3. §. vlt. Sic eſt igitur intelligendum quod dicitur in l. 4. de muliere, quæ in ſe tranſtulit alienam obligationem.

De muliere quæ ſe ab initio ream ſolam conſtituit.

Tertio mulier dicitur intercedere pro alio, cum ab initio ream ſolam ſe conſtituit pro alio pecuniam accipiente, quamuis is, qui pecuniam accepit, obligatus non ſit. Hoc eſt cautum Senatuſconſulto, ne aliàs fraus fiat Senatuſconſulto. Alias enim fraus fieret Senatuſconſulto. Ego proponam exemplum, vt hoc commodius explicetur. Exemplum eſt in l. quamuis. §. ſi cum eſſem. Quidam petebat à me mutuam pecuniam, & quia non multum ei confidebam, is offerebat mihi mulierem, quæ pro ipſo fideiuberet. Sed ego verebar, ne mulier ex ea fideiuſſione teneretur. Quare ita conuenit inter nos, vt mulier ream ſe ſolam conſtitueret, ita vt ſcriptum ſit in tabulis, dolo & calliditate creditoris & debitoris mulierem ſe ream ſolam conſtituiſſe: hic quæritur, an mulier iuuanda ſit exceptione S.C. quaſi interceſſerit. Et certum eſt hic mulierem intercedere pro alio, atque ideo iuuabitur Senatuſconſulto Velleiano. Idem dicitur l. 4. l. cum ad eas. Cod. eod. Apparet hoc quoque fuiſſe expreſſum edicto prætoris, vt etiam ſi calliditate creditoris & debitoris mulier ſe ipſam ſolam ab initio ream conſtituerit, iuuetur hoc Senatuſconſulto. Hoc autem ita accipiendum eſt, ſi re vera is, pro quo mulier ſe ream conſtituit, erat contracturus, & mulier metu Senatuſconſulti obligata ſit, quæſito colore, vt poſſet aduerſus eam agi, & vt vtilis eſſet & efficax aduerſus eam obligatio. Et hoc eſt quod hic dicitur, *Si cum eſſem tecum contracturus.* Nam ſi mulier pecuniam acceperit, vt eam alicui daret, non continuo ei datur exceptio Senatuſconſulti: nihil enim prohibet mulierem ab alio pecuniam accipere, vt eam alteri mutuam det, qui mutuam ab ea petebat, cum non haberet. Id exprimitur variis in locis huius tractatus, veluti in leg. 4. mulier quædam ſumpſit mutuam pecuniam, vt eam mihi donaret: ex mutuo conueniri poteſt, & ceſſat exceptio Senatuſconſulti. Nam is, cui mulier donauit pecuniam, non erat mecum contracturus, nec mulier conſtituit ſe ream quæſito colore. Huic ſimile eſt, quod dicitur in leg. bona fide. Quidam bona fide mutuam pecuniam dedit mulieri: mulier eam dedit marito ſuo: actionem habet creditor vtilem & efficacem aduerſus mulierem, quæ elidi non poteſt exceptione huius Senatuſconſulti. Huic etiam ſimile eſt, quod dicitur in leg. ſi aduerſarius tuus. 10. C. eod. ſed & quod dicitur in l. ſi fœnebris. 3. C. eodem. Mulier accepit pecuniam fœnebrem, quam conuertit in vſum mariti ſui: agitur aduerſus eam ex mutuo: quæ dicit ſe accepiſſe eam pecuniam pro marito, atque ideo ei ſuccurrendum eſſe hoc Senatuſconſulto. Sed tamen dicitur, mulieri non eſſe in hoc caſu ſuccurrendum. Nam ſe obligauit nomine ſuo, nec actum eſſe proponitur ſe ream conſtituiſſe pro marito metu Senatuſconſulti, qui erat aliàs contracturus. *Licet creditor cauſam.* Id eſt, etiam ſi ſciuerit creditor mulierem velle conuertere eam pecuniam in vtilitatem mariti ſui. Sed hic reperitur valde difficilis antinomia ex l. Seia. §. fundum. 28. hic. Maritus obligauit fundum vxoris ſuæ Sempronio ob conductionem. Conduxerat enim à Sempronio prædium quoddam: mulier mutuam pecuniam ab alio accepit, & eam pecuniam ſoluit Sempronio pro marito ſuo: atque ita mulier mutuam pecuniam acceptam conuertit in vſum mariti ſui, quia ſoluit, vt liberaret maritum ſuum: quæritur, an mulier iuuetur exceptione Senatuſconſulti. Si ſit obligata aduerſus Senatuſconſultum, dabitur exceptio. Hic dicitur, Reſpondi, *Si Numerius ſciſſet eam intercedere, fore Senatuſconſulto locum.* Extant in gloſſis Accurſianis quatuor variæ ſolutiones. Sed nulla earum mihi omnino placet. Breuiter igitur dicam. Ego puto nihil hic contrarium eſſe, ſi diligenter expendantur verba vtriuſque capitis in d. l. ſi fœnebris. Ait nihil referre, an ſciuerit an ignorauerit creditor mulierem eam pecuniam quam ei mutuam dedit, conuerſuram eſſe in rem mariti ſui: hic autem dicitur, *Si ſciſſet eam intercedere, fore Senatuſcō ſulto locum.* Si intercedere mulierem in hac ſpecie ſciuit creditor, dubium non eſt, quin locus ſit Senatuſconſulto, quia Senatuſconſulto conſultum eſt mulieribus pro alio intercedentibus. Et notandum eſt hic Scæuolam more ſuo de iure reſpondere, non de facto, de quo more ſcripſi in leg. qui Romæ. §. Agerius. de verbor. oblig. Cum quæritur, an mulier, quæ ſe ream conſtituit, iuuetur exceptione Senatuſconſulti: videndum eſt quid actum ſit, & an ſe ſolam ream conſtituerit, vt gratificaretur alteri, & in eius rem pecuniam quam mutuam accepit, conuerteret: an vero ream ſolam ſe conſtituerit quæſito colore, cum alius contracturus eſſet metu Senatuſconſulti. Sed hic notandum eſt, vt mulier iuuetur hoc Senatuſconſulto, quæ ream ſe ſolam conſtituit, oportere creditorem ſciuiſſe eam metu Senatuſconſulti, quia alius contracturus erat, pro alio interceſſiſſe. Ex iam dictis conſequens eſt duo neceſſaria eſſe, vt mulier intercedere dicatur, & vt iuuetur hoc Senatuſconſulto Velleiano. Vnum eſt, vt mulier ſe obliget: neceſſaria enim eſt obligatio. Alterum eſt, vt ſe obliget pro alio: vtrunque hic concurrere oportet. Hoc colligitur ex verbis ipſius Senatuſconſulti in l. 2. Hæc autem nos diſtinximus, vt commodius explicemus, quæ hac de re ſcripta extant in hoc titulo. In primis diximus

neceſſe

neceſſe eſſe mulierem obligatam eſſe. Non enim dicitur intercedere pro alio, niſi ſe obligauerit : adeo vt mulieri pro alio ſoluenti quod debetur, non ſuccurratur S. C. Velleiano. Si mulier donationis cauſa vel liberalitatis cauſa ſoluerit creditori meo, quod ego ei debeo, non eſt locus ſenatuſconſulto. Nam ſenatuſconſultum Velleianum ad obligationem mulierum pertinet. Ergo ei tantum, quæ ſe obligauit, pro alio ſuccurretur, non autem ei, quæ pro alio ſoluit, l. 4. & 5. hic. Mulier cum vellet mihi donare centum, ea centum ſoluit creditori meo, vt me liberaret : ait Iuriſconſultus locum non eſſe ſenatuſconſ. quia non dicitur intercedere. Intercedere enim in hoc ſenatuſconſulto interpretamur, ſi ſe pro alio obligaret: nec eſt cautum S. C. vt ſi mulier donationis cauſa ſoluat quod alius debet, dicatur intercedere. Rationem adfert Iuriſc. in leg. 4. videbant veteres legislatores qui ad hominum mores reſpiciebant in ſuis legibus condendis, multo procliuiores eſſe mulieres ad fideiubendum pro aliis, quam ad dandum vel ſoluendum quod alius debet. Cum mulier pro alio fideiubet, hoc non facit liberalitatis cauſa, ſed leuitas eius id facit: quia ſperat reum ſoluturum quod debet. Decretum eſt tantum, vt ob interceſſionem actio aduerſus mulieres non detur : quia ſæpe videbant mulieres periclitari, quæ alienam ſuſcipiebant obligationem. Si igitur mulier pro alio ſoluerit quod debebat, quia ei donare volebat, ei non ſuccurritur ſenatuſconſulto. Et nihil refert, an pecuniam, quæ debebatur, numeret creditori, an vero det aliam aliquam rem ſuam in ſolutum : de quo tamen magis dubitari poteſt. nam videbatur idem dicendum, cum mulier dat rem ſuam in ſolutum, & cum mulier pro alio rem ſuam obligat. Idem dicitur in leg. 1. & 4. C. eod. hoc de primo. Secundo diximus, vt locus ſit beneficio huius ſenatuſconſulti, oportere mulierem alienam obligationem ſuſcipere, non ſufficere obligatam eſſe mulierem, niſi pro alio obligata ſit, vt colligitur ex verbis S.C. Quomodo autem id accipiendum ſit variis exemplis demonſtratur ſub hoc titulo : nec poteſt hoc melius oſtendi, quam exemplis. Nos igitur ſingula exempla hic explicaturi ſumus. Vnum exemplum eſt in l. quamuis. d §. 1. Quidam tutor pupilli volebat prædia pupilli diſtrahere propter æs alienum : forte pupilli mater interuenit apud tutorem, & rogauit eum, vt ea prædia non diſtraheret, promiſit ei indemnitatem, ne forte poſtea ob eam cauſam à pupillo conueniatur, quia non ſoluiſſet æs alienum : nolebat quidem obſequi huic mulieri, ſed mulier ei promiſit indemnitatem. Deinde agitur aduerſus tutorem, & hoc nomine propter negligentiam ſuam conuenitur : allegat mulierem ei promiſiſſe indemnitatem. Mulier vult iuuari ſenatuſconſulto, & ait ſe interceſſiſſe, & ſe ob interceſſionem non teneri: quæritur, an mulier hic dicatur intercedere? Papinianus non putat mulierem hic interceſſiſſe. Sed cur mulier hoc caſu non dicitur intercedere? nam hic videtur pro alio obligari propter indemnitatem promiſſam. Sed hic mulier ideo dicitur non interceſſiſſe, quia ſe obligauit apud debitorem pro eo quod debiturus eſt. Ratio non patitur, vt pro eodem apud eundem quis intercedat : tutor hic futurus eſt debitor, cum hæc obligatio contrahitur, veretur ne ſi non diſtrahat prædia pupilli ad æs alienum ſoluendum, eo nomine poſtea conueniatur à pupillo. Vt autem mulier dicatur intercedere, oportet eam ſe obligare creditori pro debitore. Quod hic non accidit. Nec enim pro debitore apud creditorem hic ſeſe obligat mulier, ſed ſe obligat pro eodem apud eundem. Ideoque hic dicitur in mulierem non poſſe recte dici in hoc caſu interceſſiſſe, ſicque non iuuabitur exceptione ſenatuſconſulti, ſed cogetur quod promiſit præſtare. Species ſimilis eſt in l. tutor. 19. quæ multum confert ad huius explicationem. Hæres tutoris verebatur adire hæreditatem, ne forte damnoſa ei eſſet futura propter male geſtam tutelam : perſuaſit mulier tutori pupilli, vt ſuo periculo adiret, & promiſit ei indemnitatem & fore, vt nihil peteretur hoc nomine ab eo actione tutelæ. Conuenitur mater ob eam cauſam, quia pupillus egit aduerſus hæredem tutoris actione tutelæ. Africanus ait, exceptioni ſenatuſconſulti locum non eſſe, quaſi mulier non dicatur intercedere. Quomodo fieri poteſt, vt apud eundem pro eodem mulier intercedat? Intercedit in hac ſpecie mulier apud hæredem tutoris pro eo, quod ipſe hæres debiturus eſt pupillo, non de eo quod pupillus hæredi tutoris debiturus eſt. Tunc enim eſſet interceſſio, & ita mulier iuuaretur exceptione ſenatuſconſulti: idque expreſſum eſt in leg. ſi mater. C. eod. 6. notanda eſt diligenter diſtinctio d. l. ſi mater. Tutor datus eſt cuidam pupillo : mater pupilli tutelam patrimoniumve gerere volebat : verebatur tutor ne male gereret, & male geſta tutela à muliere conueniretur actione tutelæ à pupillo. Mulier male geſſit tutelam, quæ indemnitatem tutori promiſerat : conuennitur tutor: quæritur, an mulier teneri poſſit? Et dicitur teneri, quia non videtur pro alio interceſſiſſe. Altera ſpecies eſt, *Sin autem tutorem ſe.* Tutor datus volebat ſe excuſare, quia habebat iuſtam cauſam & probabilem excuſationis. Verebatur mulier, ne illud munus tutor detrectaret prætextu excuſationis ſuæ : ipſa ſe interpoſuit, promiſitque ei indemnitatem, id eſt, promiſit ei, ſi quid impenderit in eam tutelam, quæ forte onerata erat magno ære alieno, fore vt à pupillo ei ſatisfiat : mulier in hoc caſu intercedere dicitur, quia obligat ſe pro pupillo, & pro eo quod debiturus eſt pupillus tutori : & ideo recte dicitur intercedere. In aliis exemplis, de quibus locuti ſumus in l. tutor. & in l. quamuis. §. 1. mulier ſe obligauit apud tutorem pro eo, quod tutor debiturus eſt pupillo, ideoque non poteſt dici intercedere obligando ſe pro eodem apud eundem : hic autem promittit pupillum ipſum omne damnum ſarciturum, ſi aliquo damno tutor affectus fuerit : ideoque ſuccurritur huic mulieri. Aliud exemplum eſt in l. aliquando. 13. cum mulier in rem ſuam ſe obligat pro alio. Exempla ſunt, *Si ancilla.* Mulier quæ ſeruiebat, & erat ancilla, ob pactionem libertatis dedit expromiſſorem, qui promiſit pecuniam, vt manumitteretur à domino ſuo : & dedit expromiſſorem, quia ſatis intelligebat dominus non valde efficacem eſſe, & vtilem pactionem cum ſeruo factam. Manumiſſa eſt mulier, deinde eam obligationem, qua tenebatur expromiſſor, in ſe tranſtulit. Si conueniatur mulier, quæritur, an poſſit iuuari exceptione ſenatuſconſulti? Iuriſconſultus ait, ſenatuſconſultum hic ceſſare. Re vera propriam obligationem ſuſcepit. Si effectum inſpiciamus, mulier in rem ſuam interceſſit. Mulier emit hæreditatem : emptor hæreditatis non eſt hæres, & venditor nihilominus poteſt conueniri à creditoribus hæreditariis, & cogitur eis ſatisfacere : hæres actionem etiam habet aduerſus creditores hæreditarios : quæritur, an poſſit iuuari exceptione ſenatuſconſulti? Non poteſt iuuari, quia ſuum negotium gerere videtur, etſi forte mulier, quæ emit hæreditatem, & promiſit ſatisfacere creditoribus hæreditariis, non poſſit conueniri à creditoribus hæreditariis : tamen hæres ab eis conuentus poterit aduerſus eam regreſſum habere : & dicitur ſe obligaſſe in rem ſuam. *Aut ſi pro fideiuſſore.* Simile exemplum eſt in l. de die. §. 1. qui ſatiſd. cog. Aliud exemplum eſt in l. ſi mulieri. 15. Ego debebam tibi centum ex cauſa mutui, mulier quædam petebat à me, vt ego ipſi ſoluere eam pecuniam quam tibi debebam, oſtendens tibi hoc gratum fore perinde ac ſi tibi ipſi ſoluerem: ego ei ſolui, exacta tamen cautione de rato : illa mihi ſtipulanti promiſit te ratum habiturum. Non ratum habes quod ei ſolui: conuenio mulierem ex ea ſtipulatione, illa exceptionem ſenatuſconſulti mihi obiicit : quæritur, an ſit locus ſenatuſconſulto in hac ſpecie? Hic Iuriſc. ait, mulierem propriam magis, quam alienam obligationem ſuſcepiſſe videri in hoc caſu. Nam tenetur mihi ad eam pecuniam reddendam. Aliud exemplum eſt in l. ſi mulieri. 22. Ego tibi debebam centum: dedi cuidam mulieri hac lege, vt eam pecuniam tibi ſolueret, vel expromitteret eam pecuniam tibi ſe ſoluturam : ea maluit expromittere quam ſoluere : retinuit eam pecuniam, quæritur, ſi conueniatur ob eam expromiſſionem, an poſſit iuuari exceptione ſenatuſconſulti? Ait Iuriſconſ. mulierem in hoc caſu iuuari non poſſe. Hic enim magis ſuum negotium geſſit, quam alienum. Nam mulier, quæ accepit meam pecuniam, eam reddere tenetur, niſi expromittat. Aliud exemplum eſt in l. debitrix. 24. Ego debebam tibi centum : mulier quædam mihi debebat tantundem, eam tibi delegaui, vt deberet tibi quod ea mihi debebat, & ego liberarer : pro

miſit mulier ſe ſoluturam ei, cui delegata eſt : conuenitur ex ea promiſſione, & ait ſe alienam obligationem ſuſcepiſſe : ideoque non teneri propter ſenatuſconſultum Velleianum. Iuriſconſultus ait eam vti non poſſe exceptione ſenatuſconſulti Velleiani. Non enim vere ſuſcepit alienam obligationem, quia erat mea debitrix quam ego delegaui. *Sed ſi pecuniam.* Si cum ego vellem eam delegare creditori meo noluit delegari, ſed maluit intercedere mihi, adhuc manet obligata. Sed præterea tenetur illa creditori meo propter fideiuſſorem, & tunc interceſſiſſe videtur. Aliud exemplum eſt in l. ſi domina. 25. Si domina iuſſerit ſeruo ſuo credi, tenetur actione quod iuſſu, nec ſi conueniatur, poterit iuuari exceptione ſenatuſc. Velleiani. Ea actio honoraria eſt, id eſt, prætoria eſt. Hic videtur mulier negotium ſuum gerere, l. 1. quod iuſſu. Nam videtur cum ipſa contractum eſſe. Quid ſi fideiuſſerit pro ſeruo ſuo? non tenebitur, niſi id in rem ſuam fecerit. Nam ſenatus loquitur de muliere, quæ ſuſcepit alienam obligationem. Quoties autem mulier in rem ſuam fideiubet, non eſt ſenatuſconſulto locus. Aliud exemplum eſt in l. bona fide. §. vxor. In omnibus igitur caſibus, in quibus mulier pro ſuo negotio intercedit, non eſt locus ſenatuſconſulto, quamuis prima facie mulier intercedere videatur : & ſic eſt intelligendum quod dicitur in ſenatuſconſulto Velleiano. Ex eo autem quod diximus, Si mulier interceſſerit pro alio, &c. oriuntur quædam quæſtiones de ſtatu & conditione perſonarum. Quid ſi mulier obligauerit ſe pro patre ſuo, pro filio ſuo, & aliis coniunctis perſonis: an dicemus ſenatuſconſulto locum eſſe? Et hic dicitur nihil referre, pro qua perſona obligauerit ſe mulier, l. 3. & l. ſi paternam. Cod. eo. hæc lex loquitur de muliere, quæ ſe obligauit pro patre ſuo. Quid ſi pro ſeruo obligauerit ſe mulier? Ait Iuriſconſultus in l. vlt. §. vlt. hic de ſeruo alieno dubitatum fuiſſe. Quia duo continentur ſenatuſconſulto: vnum eſt, ne aduerſus mulierem detur actio ex interceſſione ſua: alterum eſt, vt detur actio aduerſus eum, pro quo mulier intercedit. Sed quomodo actio dabitur aduerſus ſeruum? Hic dicitur actionem reſtituendam eſſe aduerſus dominum: nihil igitur refert, an mulier intercedat pro libero homine, an pro ſeruo.

Deinde ſequitur in ſenatuſconſulto, *Vt nulla actio petitiove detur.* Iiſdem verbis conceptum eſt ſenatuſconſultum Macedonianum, & eodem modo interpretanda ſunt hæc verba, quomodo diximus accipienda eſſe verba ſenatuſconſulti Macedoniani, id eſt, vt ſi conueniatur mulier, detur ei exceptio. Sed cur ipſo iure non tollitur actio, cum id expreſſum ſit ſenatuſconſulto? Sed iam admonui non eam eſſe ſenatus auctoritatem, vel prætoris, vel alterius magiſtratus, vt actionem tollere poſſet ipſo iure & legibus comparatam & introductam : non enim potuit ſenatus ius ipſum tollere, ſed tamen propter honorem ſenatus actio, quæ ipſo iure competit, inanis redditur per exceptionem. Sic bonorum poſſeſſor habetur loco hæredis, quamuis hæres non ſit. Filius emancipatus ipſo iure non habetur hæres, ſed prætor ei dat bonorum poſſeſſionem, §. quos autem. Inſtit. de bonorum poſſeſſ. & habet eum loco hæredis. Hæc exceptio datur mulieri, vt ex iis, quæ diximus, conſtat. Præterea datur hæredi mulieris, l. hæredes. C. eod. hæc exceptio non ita cohæret perſonæ mulieris, vt non tranſeat ad eius hæredes. Nam rei magis eſt quam perſonæ exceptio, l. exceptiones. de except. Hæc exceptio datur etiam fideiuſſori mulieris : de quo tamen maior dubitatio eſſe videbatur quam de hærede. Si mulier quæ ſuſcepit alienam obligationem, fideiuſſorem dederit, non tantum mulier ipſa iuuatur exceptione ſenatuſconſulti, ſed etiam fideiuſſor, qui ab ea datus eſt, vt dicitur in l. ſi mulier. 16. §. vlt. Quod hic dicitur, ius ſingulare eſt. Caſſius putabat, fideiuſſori mulieris tunc dandam eſſe exceptionem ex ſenatuſconſulto, ſi mandato mulieris fideiuſſiſſet. Sequebatur Caſſius communem iuris rationem. Cum quæritur, an eadem exceptione vtatur fideiuſſor qua reus : dicimus, ſi actio mandati competat fideiuſſori aduerſus reum, tunc eum eadem exceptione vti qua reus principalis : quia niſi eadem exceptione vteretur, fruſtra ea exceptio reo principali daretur. Cum autem fideiuſſor nullam actionem habet aduerſus reum, quia fortè animo donandi fideiuſſit, tunc non eadem exceptione qua reus vtitur, l. quod dictum eſt. de pact. l. ſed et ſi. 9. §. non ſolum. ad ſenatuſconſ. Macedon. Sed receſſum eſt ab hac opinione, & Iuriſconſultus ait, etiam ſi mandati actionem non habeat fideiuſſor aduerſus mulierem, nullumque regreſſum, nihilominus ei dari exceptionem : & rationem adfert huius iuris quod ſingulare eſt, *Quia totam obligationem.* Si verba ſenatuſconſulti integra extarent, hoc plenius intelligi poſſet. Non enim integrum ſenatuſconſultum habemus in l. 2. Deeſt vnum caput de actione, quæ reſtituitur aduerſus veterem debitorem : ſed fides habenda eſt Iuriſconſulto, cui verba ſenatuſconſulti nota fuerunt. His addendum eſt, Idem dicendum eſſe de eo, qui mandatu mulieris pro alio fideiuſſit, quamuis pro muliere intercedente non fideiuſſerit in l. ſi decipiendi. 30. Quidam fideiuſſit pro alio mandatu mulieris, agitur aduerſus eum tamquam fideiuſſorem ex hac interceſſione: quæritur, an ſenatuſconſulto iuuari debeat? quæſtionem facit quod fideiuſſor mulieris non eſt hic, & pro muliere non interceſſit : ſed tamen dicitur exceptionem ſenatuſconſulti ei competere. Quamuis enim non fideiuſſerit pro muliere, tamen mandatum ipſius mulieris fideiuſſit. Quod idem eſt *Ne alias actio intercidat.* Sic enim legendum eſt, vt in Florentinis. *Ne alias actio*, ſcil. mandati procuratori competens aduerſus mulierem ad repetendum id quod ſoluerit : nam ſi cogeretur ſoluere, nec iuuaretur exceptione ſenatuſconſulti, nullam haberet actionem ad id recuperandum quod ſoluit : quia cum mandatu mulieris aliquis fideiubet, etſi ſoluerit, nec competat ei exceptio ſenatuſconſulti, nulla tamen actione mandati repetere poteſt à muliere quod ſoluit, quamuis ei mulier mandauerit. Atque hic mihi videtur ſenſus eſſe horum verborum. Huic ſimile mihi videtur quod dicitur in l. ſi vxor. Cod. eo. Sed plenior diſtinctio eſt & vberior in l. 6. & 7. hic. Proponitur quæſtio de filii abſentis defenſore, pro quo defenſore quidam fideiuſſit mandatu matris iudicatum ſolui, quæritur, an his fideiuſſoribus, qui mandatu matris fideiuſſerunt pro defenſore filii abſentis, exceptione ſenatuſconſulti ſuccurendum ſit? Dicitur non minus his fideiuſſoribus, qui mandatu mulieris fideiuſſerunt, ſuccurrendum exceptione ſenatuſconſulti, quam ipſi mulieri ſi conueniretur. *Nec multum facere, quod pro defenſore fideiuſſerunt.* Occurrit obiectioni. Poſſet fortè aliquis obiicere, eos non fideiubere pro matre, ſed pro defenſore filii abſentis. Non eſt igitur æquum, vt eis ſuccurratur per exceptionem ſenatuſconſulti, quia ſenatuſconſultum videtur eis ſuccurrere, qui pro muliere fideiuſſerunt. Reſpondet igitur, licet non fideiuſſerint pro muliere, ſed pro defenſore filii abſentis : tamen mandatu matris fideiuſſerunt : atque ideo perinde eſt, atque ſi pro ipſa matre fideiuſſiſſent. Quod dictum eſt exceptionem ſenatuſconſulti fideiuſſoribus competere, in propoſita ſpecie, qui fideiuſſerunt mandatu matris, hoc ita accipiendum eſt, niſi fortè ignorauerint creditores eos fideiuſſiſſe mandatu matris, quia forte fideiuſſerunt ſimpliciter, nulla facta mentione mandati matris, ideoque ſi fideiuſſores obiiciant exceptionem ſenatuſconſulti, ea exceptio replicatione eliditur à creditore. Ex eadem ſpecie naſcitur quæſtio, Si fideiuſſores ſoluerint creditoribus, nec proficiat eis exceptio Senatuſconſulti, quia ignorauerunt creditores mandatu matris eos fideiuſſiſſe, habentne actionem aduerſus mulierem ad id repetendum, puta aduerſus matrem? Nam propoſitum eſt hos mandatu mulieris fideiuſſiſſe pro defenſore filii abſentis. Hic dicitur, Si mulier mandati actione ab his fideiuſſoribus conueniatur, exceptione Senatuſconſulti eam vti poſſe. Hæc ſpecies pertinet ad Senatuſconſultum. Nam certum eſt, mulierem in hac ſpecie ſuſcepiſſe alienam obligationem, cum mandat alicui, vt fideiubeat pro defenſore filii ſui: ſed an vlla replicatio fideiuſſoribus aduerſus mulierem dabitur, ſicut in ſuperiori ſpecie datur propter ignorantiam? Ait Iuriſconſultus, nullam replicationem prætextu ignorantiæ competere fideiuſſoribus. Nullam enim facti ſui ignorantiam in hac ſpecie prætendere potuerunt. Eſt locus communis de ignorantia. Ignorantia facti proprii neminem excuſare poteſt. Tertia quæſtio eſt, quæ naſcitur ex

eadem

eadem ſpecie, hæc eſt an dabitur actio fideiuſſoribus aduerſus defenſorem filii abſentis, pro quo fideiuſſerunt? Ait Iuriſc. actionem negotiorum geſtorum competere aduerſus hunc defenſorem. Hic enim liberatur pecunia fideiuſſorum, & vtiliter eius negotium geritur. Similis diſtinctio, ſcientiæ videlicet & ignorantiæ, traditur in l. vlt. §. ſi mulier. Eſt quæſtio eadem de eo, qui fideiuſſit mandatu mulieris. Admonet Iuriſconſultus totum ſermonem Senatuſconſulti, vt actio non detur aduerſus mulierem, ſed aduerſus eum pro quo fideiuſſit. Sed hic incidit difficultas ex leg. vir vxori. 17. vbi ignorantia creditoris non excuſatur, nec vlla ei datur defenſio propter ſuam ignorantiam. Cum vendit maritus vxori ſuæ vili pretio donationis cauſa, non valet venditio quaſi facta in fraudem legis, quæ prohibet donationem. Exempli gratia, Rem quæ erat centum, vendidit forte decem, in id pretium delegauit vxorem ſuam maritus creditori ſuo id ignoranti, iuuabitur exceptione Senatuſconſulti. Hic autem proponitur mulierem nihil debere, quia proponitur venditionem nullius momenti fuiſſe. Si autem delegaretur mulier, quæ debitrix eſt, non videretur intercedere, ſed negotium ſuum gerere. Hic videtis falſam exiſtimationem creditoris & ignorantiam eum non excuſare: quod tamen dictum fuit in aliis quæſtionibus. Sed hoc non fit, cum contrahit cum ipſa muliere. Cum quis contrahit cum ipſa muliere, debet inquirere, qua ex cauſa contrahat & intercedat. Aliud dicendum eſt, cum quis contrahit cum aliquo creditore mandatu mulieris, & non videt mulierem intercedere, nec ſcit, an pecunia ei detur mulieris mandatu. Oſtendit diſſimilitudinem horum caſuum. *Nec id contrarium videri debere ei, &c.* Mulier mutuam pecuniam accepit pro marito, & in commodum mariti ſui. Creditor cum putaret pecuniam pro ſe mulierem accipere, mutuam dedit: non iuuabitur exceptione Senatuſconſulti: quia non intercedit mulier, nec tenetur creditor diligentius & curioſius quærere, in quem vſum eam pecuniam mulier conuertat. Sed quoties mulier intercedit, vt cum delegatur, debet inquirere creditor, an in rem ſuam, an in alienam mulier ſe obliget, an ſit debitrix, an non. Præterea de hac exceptione vnum notandum eſt, quod diximus ſub tit. ad Senatuſc. Maced. nempe hanc exceptionem, quamuis peremptoria ſit & perpetua, tamen opponi poſſe poſt ſententiam, quamuis alias exceptiones perpetuæ & peremptoriæ poſt ſententiam non opponantur. l. peremptorias. C. ſenten. reſcind. non poſſe. Ius ergo ſingulare eſt fauore mulierum, vt ſi damnata ſit, & omiſerit hanc exceptionem in priore iudicio, eam in actione iudicati poſſit opponere. l. tamen. ad Senatuſconſ. Maced. Hoc tamen intereſt inter vtramque exceptionem, quod propter exceptionem Senatuſconſulti Velleiani datur repetitio indebiti, non autem propter exceptionem Senatuſconſulti Macedoniani, l. qui exceptionem. de condict. indeb. & hoc expreſſum eſt de hac exceptione in l. quamuis. §. interdum. hic. & l. 9. Cod. eod. Mulier ſuſcepit alienam obligationem contra ſenatuſconſultum, cum peteretur ab ea hæc pecunia, ſoluit eam per errorem, credens ſe eam debere: poteſt ſolutum per errorem indebitum repetere condictione indebiti. Indebitum autem eſt propter hanc exceptionem, & ſi ipſo iure debeatur. Indebitum enim dicitur, quod propter exceptionem peti non poteſt. Idem dicendum eſt, & ſi mulier delegauerit debitorem ſuum. Nam delegatio inſtar ſolutionis habet hæc de vi & natura huius exceptionis. Hæc autem perpetua non ſunt, ſed exceptiones quaſdam habent. Sunt enim quidam caſus, in quibus hæc exceptio locum non habet: iſtos caſus nos nunc referemus.

Caſus in quibus exceptio Velleiani locum non habet.

Primus caſus eſt, ſi dolus mulieris interuenerit fideiubendo pro alio, l. 2. ad fin. hic. Verba ſenatuſconſulti, idem dicitur in l. ſi decipiendi. 30. Idem etiam dicitur in l. fœminis. 18. Cod. Exempla huius rei varia ſunt, nec commodius explicari hoc poteſt quam exemplis. Vnum exemplum eſt in l. ſi mulier. Interrogata eſt mulier in iure an hæres ſit: (huiuſmodi enim interrogationes fiunt in iure, quarum mentio eſt in tit. de interrogat. in iure fac.) vt ſciret creditor an eam conuenire deberet, illa reſpondit, ſe hæredem eſſe: quæritur, ſi conueniatur ex ea interrogatione, an poſſit iuuari exceptione Senatuſconſulti. Nam alienam videtur ſuſcepiſſe obligationem mulier, quæ cum hæres non ſit, reſpondet ſe hæredem eſſe. nam offert ſe liti alienæ. Hic dicitur, ſi ſciens ſe hæredem non eſſe, reſponderit ſe hæredem eſſe, propter mendacium ſuum, non dari ei exceptionem, nec ſuccurri ei. Idem exemplum eſt in l. ſi mulier. 16. Simile exemplum eſt in l. ſi ſine. 5. Cod. eod. Si maritus obligauerit res vxoris, & ea conſenſerit obligationi, dicitur intercedere, niſi cum ſciret maritum eas res, vt proprias obligare, conſenſerit animo fallendi creditorem. tunc enim hoc Senatuſconſulto non iuuabitur, nec vlla ei dabitur exceptio ſi conueniatur. Secundus caſus eſt, ſi reus pro quo interceſſerit mulier pecuniam acceptam ei dederit, leg. ſi mulier. 16. Senatus voluit exonerare mulierem, ne ei damnoſa ſit interceſſio. At is nullum damnum ei afferre poteſt, quia ſoluit iam eam pecuniam: ergo mulier conueniri poterit. Idem dicendum eſt, & ſi ea pecunia in rem mulieris poſtea verſa ſit, l. ſi pro aliquo. Semper inſpicienda eſt mens ſenatuſconſulti, quæ eſt ne damno afficiatur mulier propter interceſſionem ſuam. Tertius caſus eſt, ſi mulier pro interceſſione pretium acceperit. Hoc enim cautum eſt noua Iuſtiniani Conſtitutione, l. Antiquæ. C. eod. Iuſtinianus oſtendit his verbis magnam fuiſſe hac de re dubitationem ante, quàm eam conſtitutionem promulgaſſet, cum mulier accipiebat mercedem, vt pro alio fideiuberet. Solebant enim fideiuſſores eo tempore pretium pro fideiuſſione accipere, l. ſi remunerandi. §. cum autem. mandati. Hoc etiam hodie fieri ſolet. Quæſitum fuit, an ita demum iuuanda ſit mulier exceptione Senatuſconſulti, ſi gratis fideiuſſerit, an vero mercede accepta ob hanc fideiuſſionem? Cum variæ eſſent opiniones ea de re Iuſtinianus definit hoc modo: Quocunque modo alienam obligationem ſuſceperit mulier, ſi mercede accepta id fecerit, eam amittere beneficium huius ſenatuſconſulti. Hoc enim caſu non videtur tam leuitate, quam lucri vtilitate ducta mulier intercedere. Cum autem generaliter loquatur conſtitutio de pecunia accepta, nec exprimat certam quantitatem, dubitatum eſt à quibuſdam, an ita accipienda ſit conſtitutio, ſi tantum acceperit quanta eſt ſumma pro qua interceſſit? Et plerique ita exiſtimant, quorum ſententia nec recepta eſt, nec probabilis eſt: idque caret dubitatione, l. ſi mulier. 16. ſi mulier tantum acceperit. Sed ſi tantum non acceperit, ſed aliquid pro mercede fideiuſſionis ſuæ, tunc de eo probabiliter dubitari potuit, & de eo ante Iuſtiniani conſtitutionem magna fuit controuerſia: ſed tamen ſtatuit eam beneficium exceptionis amittere. Exiſtimo tamen, ſi exigua quantitas ſit data mulieri mercedis loco, vt intercedat, vt appareat hoc in fraudem datum eſſe, exceptione ſenatuſconſulti adiuuandam eſſe mulierem: idq; relinquendum eſſe arbitrio iudicis. Quartus caſus eſt, ſi cauſa interceſſionis fauorabilis ſit vt puta ſi interceſſerit mulier pro dote, vel pro libertate. Vtraque enim res fauorabilis eſt. l. ſi dotare. 12. Cod. eo. Hoc apertius expreſſum eſt in l. vlt. C. eo. Cum mulier nuptura dotem promitteret: alia quædam mulier eius dotis nomine interceſſit: ſi ex ea interceſſione aduerſus eam agatur, quæritur, an exceptione huius ſenatuſconſulti iuuanda ſit. Hic dicitur ſenatuſconſulto locum non eſſe propter dotem. *Cum enim ſcimus fauore dotium & antiquos iuris conditores, ſeueritatem legis ſæpius mollire, &c.* Eſt locus communis de fauore dotis, ſicut dicitur in l. 1. ſol. matr. Mulier ſingularia iura habet dotis cauſa. Pertinet enim ad publicam vtilitatem. Et nos à regula iuris plerunq; recedimus, propter fauorem dotis. Videmus igitur iuris auctores propter dotis cauſam mollire legis rigorem. Sunt tamen qui exiſtimant, nihil ſingulare eſſe in dote, & vtranque legem omnino ad interceſſionem non pertinere. In hac ſententia eſt Conanus vir doctus, cuius tamen ſententiam non probo. Ait autem in his legibus nullam eſſe interceſſionem. in d. l. ſi dotare. Nulla eſt interceſſio. Non enim mulier intercedit quoties gratificatur alicui, & exercet liberalitatem in aliquem: idque dictum eſt à nobis ſupra. Ergo ad ſenatuſconſultum hic locus non pertinet: nec eſt mirum quod hic dicitur, mulierem hoc caſu exceptione non adiuuandam. Atque præter ea, ſi mulier fideiuſſerit in cauſa dotis, non eſſe adiuuandam exceptio-

Conani ſententia improbata.

ne ſenatuſconſulti. Add. l. vlt. reſpondet, in caſu eius legis mulierem non intercedere, nec vllam aliam eſſe obligationem præterquàm mulieris, id eſt, mulier promittit dotem pro alia, quæ non erat obligata ad dotem: quod fecit gratificandi animo, & liberalitatis exercendæ cauſa. Sed obiicitur aduerſus eum, quod Iuſtinianus ait, *Cum enim ſcimus fauore dotium, &c.* Si verum eſſet quod ille ait, quiſnam eſſet fauor dotium? Reſpondet, in eo fauorem non eſſe, ſed quod obligatur mulier nuda pollicitatione ſine ſtipulatione. Sic ſatis rectè elabitur. Sed aliud argumentum habeo, quod meo iudicio vix poterit diſſoluere, dum ait Iuſtinianus, *Omni auctoritate Senatuſconſulti Velleiani in hac cauſa ceſſante.* His verbis mihi videtur ſatis apertè oſtendere, hoc recipi contra auctoritatem ſenatuſc. Velleiani. Si nos ita interpretaremur, quaſi nulla fuerit interceſſio mulieris, nihil fieret contra ſenatuſc. Velleianum: & tamen vult auctoritatem ſenatuſc. Velleiani fauori dotis cedere. Præterea videmus in cauſa libertatis idem conſtitutum eſſe, l. pen. hic. & dotis tantus eſt fauor, quantus eſt libertatis. Quintus caſus eſt, ſi poſt biennium repetita ſit interceſſio mulieris, l. ſi mulier. 22. C. eod. Mulier interceſſit pro alio: deinde iterum cauit eiuſdem rei cauſa. Hic quæritur, an propter geminatam obligationem amittat exceptionem ſenatuſconſulti? Iuſtinianus ait propter hanc geminatam cautionem mulierẽ amiſiſſe exceptionem ſenatuſconſulti, ſi modo iterum cauerit poſt lapſum biennii. Vtrumque enim neceſſarium eſt: primum biennii lapſus poſt priorem interceſſionem, deinde iterata cautio. Leuitati mulierum ſuccurri tantum voluit Senatus: at mulier non videtur leuitate ducta interceſſiſſe, quæ poſt biennium iterauit cautionem. Ea tamen lex accipienda eſt cum exceptione, niſi obligauerit ſe pro marito ſuo. nam multo facilius adducitur mulier, vt pro viro ſuo intercedat, quam pro extraneo: ideoque maiori cautione opus fuit. authent. ſi qua mulier. C. hic. Sextus caſus eſt quem addunt alii, cum mulier renunciauit huic iuri, quod hodie receptum eſt: vt ſi mulier, cum interuenit pro alio, renunciet ſenatuſconſulto Velleiano, amittat hanc exceptionem. Tabelliones noſtri temporis hanc clauſulam in ſuis tabulis addere ſolent. Ponunt enim mulierem renunciaſſe huic iuri, cum ea eſſet diligenter admonita hoc ius ſibi competere, vt non teneri poſſit ex interceſſione facta pro alio. Hoc autem ſumptum eſt ex vulgari illa regula, quæ traditur in leg. ſi quis in conſcribendo. Cod. de pactis. Hæc tamen ſententia mihi & pleriſque aliis eruditis viris videtur omnino contraria eſſe, d. l. ſi quis in conſcribendo. quare ſtultum eſt adducere quod in ea lege dicitur, videlicet licere omnibus his, quæ pro ſe introducta ſunt renunciare. Nam hoc quodammodo pertinet ad ius publicum. Certum eſt enim eluſorium fore ſenatuſconſultum Velleianum, ſi vno verbo mulier hoc ius repudiando exceptionem amittat. Nam tam facile perſuadetur mulieri, vt exceptioni renuntiet, quam facile inducitur ad intercedendum. Quod adducitur ex leg. vlt. §. vlt. nihil ad rem facit. Eſt enim locus quo putant quidam hanc conſuetudinem confirmari. Huiuſmodi ſpecies eſt: Mulier interceſſit pro alio, & obligationem qua alius tenebatur, in ſe tranſtulit animo nouandi, vt ille liberaretur, ſecundum ſenatuſconſultum Velleianum mulier iuuabitur exceptione: & ita illa actio reſtituetur in veterem debitorem, quamuis nouatio interuenerit. Quid ſi mulier parata ſit iudicium accipere pro reo, pro quo interceſſit, & nolit eum conueniri, an admittenda ſit mulier iudicium accipere parata? Hic dicitur admittendam eſſe mulierem iudicium accipere volentem, pro debitore vetere aduerſus quem agere vult creditor, modo caueat ſe non vſuram exceptione ſenatuſconſulti. Sed hic renunciat exceptioni poſt interpellationem iam factam in iudicio, non in contrahendo: & ſane multum intereſt, quod ad infirmandam mulieris interceſſionem attinet, an in ipſo negotio contrahendo renunciauerit huic iuri, an vero dum videns fore, vt conueniatur reus, pro quo fideiuſſit, cauet ſe non vſuram ea exceptione.

Mulier, an renũ- -etoſ- i (margin note)

Diximus mulierem, ſi conueniatur, exceptione iuuandam eſſe: ſed præterea additum eſt in ſenatuſconſulto, reſtituendam eſſe actionem aduerſus veterem debitorem. Circa interpretationem horum verborum multa extant hic ſcripta à veteribus Iuriſconſultis, ſed in ſumma horum verborum ſenſus eſt, dari aduerſus eum, pro quo interceſſit mulier, id eſt, vel actionem, quæ ſemper ſalua manſit, vel aliam, quæ nũquam competiit. Aliquando mulier, quæ intercedit pro alio, participat obligationem, & datur aduerſus reum actio: aliquando mulier intercedit pro alio transferendo in ſe obligationem qua alius tenetur, & hoc caſu reſtituitur actio à prætore, l. quamuis. §. quoties. & §§. ſequen. l. ſi paternam. C. eod. l. aliquando. hic. Reſciſſoria appellatur hæc actio, quia datur reſciſſo negotio quod contractum eſt. Aliquando mulier intercedit pro alio, ſed ita vt ſe ſolam ream conſtituat pro eo, qui obligatus non eſt, d. l. quamuis. §. ſi cum eſſem. & hoc etiam caſu ſuccurritur mulieri. Sed quomodo dabitur actio aduerſus eum, qui nunquam obligatus fuit, cum mulier ſola contraxit, ſubducta mulieris perſona per exceptionem ſenatuſconſulti? Et dabitur aduerſus eum, pro quo mulier ſe ream conſtituit, actio vtilis, quæ inſtituitur potius quam reſtituitur. Hactenus de ſenatuſconſulto Velleiano.

IN TIT. XXX. LIB. IIII. COD. DE NON NVMERATA pecunia.

ARGVMENTVM HVIVS TITVLI.

SVB hoc titulo tractatur de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ ſimilis eſt quadantenus exceptioni ſenatuſconſulti Macedoniani & Velleiani: atque ideo poſt titulum de ſenatuſconſulto Macedoniano & Velleiano, ſubiectus eſt titulus de non numerata pecunia. Hæ autem omnes exceptiones tam ſenatuſconſulti Macedoniani, Velleiani, quam exceptio non numeratæ pecuniæ, de qua hic diſſeritur, contra tenorem rationis quodammodo inductæ ſunt, ſingulari aliqua vtilitate id exigente. Exceptio non numeratæ pecuniæ tunc datur cum quis inopia & magna difficultate preſſus ſcripſit cautionem, deditque creditori futuro, ſperans fore, vt ſibi numeraret pecuniam, nec ea tamen pecunia numerata eſt. Veluti ſi forte quiſpiam indigens pecunia accedat ad fœneratorem aliquem, & petat ab eo centum, & fœnerator iubeat chirographum & ſchedulam ſcribi. Ego (inquit) numerabo tibi pecuniam, modo de ea mihi cautionem ſcribas: ſcribit debitor chirographum creditori. Sic fœnerator occupationes commentus eſt, ne pecuniam daret. Deinde vel ipſe, vel hæres eius conuenit eum, à quo cautio conſcripta fuit, & pecuniam ab eo petit tanquam creditam. Reus aduerſus quem agitur ex hac cautione, fatetur ſe cautionem quidem ſcripſiſſe: ſed ſibi pecuniam numeratam non eſſe. Si cõmunem iuris rationem ſequamur, is qui cautionem ſcribit, tenetur ex ea cautione. Dubium enim non eſt, quin cautio fidem faciat aduerſus eum, qui eam ſcripſit, l. Publia. §. vlt. depoſiti. l. cum de indebito. §. vlt. de probat. & ideo videtur non audiendus, ſi dicat pecuniam ſibi numeratam non fuiſſe, cum fateatur ſe eam cautionem ſcripſiſſe: ſed tamen legibus comparatum eſt, vt qui cautionem tantum ſcripſit, admittatur, allegans ſibi pecuniam numeratam non eſſe. Huius exceptionis nulla mentio eſt in libris Digeſtorum, ſed tantum in Codice & Inſtitutis titulo de exceptionibus. Hoc ſit veluti argumentum totius huius tractatus. Nunc de hac exceptione diſtinctius & enucleatius tractandum eſt per locos communes. Ac in primis videndum eſt

De cauſis huius exceptionis.

CAP. I.

CAuſæ huius exceptionis ſatis cognoſci poſſunt ex his, quæ iam à nobis dicta ſunt: ſed quæ ſummatim diximus, ſunt diſtinguenda. In primis, vt detur hæc exceptio, oportet cautionem ſcriptam eſſe. Cautionis mentio eſt in l. 1. & 2. hic. Cautio hic ſchedulam ſignificat, l. lecta. de rebus cred. leg. cum de indebito. §. vltim. de probationibus, vbi dicitur, *Cautio emiſſa.* Eadem tamen ratio eſt, & ſtipulationis ſine vlla ſcriptura: quamuis frequentior fiat mentio ſcripturæ. idem tamen dicendum eſt, & ſi quis ſtipulatus ſit pecuniam ſibi reddi, quam tamen non numerauit. leg. cum

cum vltra. Cauſa altera huius actionis eſt, quod oportet cautum eſſe ex cauſa mutui, vel ex alia ſimili cauſa, puta ex cauſa ſolutionis. Si quis enim cauerit ſe pecuniam accepiſſe ex cauſa mutui, vel ex cauſa ſolutionis, tanquam debitam ex aliis cauſis, non datur hæc exceptio, in l. aduerſus. 5. hic. Quamuis aliquando creditum generale verbum ſit, & differat creditum à mutuo, vt genus à ſpecie: tamen frequenter accipitur creditum pro mutuo, vt in l. ſingularia. de reb. credit. ex aliis autem contractibus ſi quis cauerit ſe pecuniam accepiſſe, non dabitur ei hæc exceptio. Exemplum eſt de depoſito, in l. in contractibus. §. 1. hic. id autem in mutuo conſtitutum eſt magis quam in aliis contractibus, quoniam maiora incommoda ex mutuo conſequebantur, & frequentius accidebat vt captioſa eſſet cautio in mutuo, quam in aliis contractibus. Ad ea quæ ſolent frequentius accidere, ſolent legislatores ſuas leges adaptare, l. nam ad ea. de legibus. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur. Vna eſt in l. tranſactiones, 11. Cum inter me & te controuerſia eſſet de pecunia credita, & de cautione quam ego ſcripſeram, qua caueram mihi pecuniam numeratam eſſe: tandem tranſacta res eſt inter nos: agis aduerſus me ex illa tranſactione: volo opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ: quæritur an poſſim? Hic dicitur me non poſſe. Non enim peto iam eam pecuniam ex cauſa mutui, ſed ex cauſa tranſactionis. Et hæc exceptio tum demum locum habet cum pecunia credita petitur, dict. l. aduerſus. Alia quæſtio tractatur in l. generaliter. 13. In chirographo quod factum erat de pecunia credita, expreſſa eſt cauſa venditionis, vt non poſſet opponi exceptio pecuniæ non numeratæ. Cum enim conueniretur reus ex ea cautione voluit opponere hanc exceptionem, obiectum eſt ei non eſſe contractum mutui ſed venditionis: aut eam cauſam veram non eſſe: ſed an coget actorem probare eam cauſam eſſe veram? Hic dicitur, non ſequenda erit cautio. Sed ſi cautum ſit eam pecuniam numeratam eſſe ex cauſa mutui, cogetur actor probare eam numeratam eſſe ex cauſa venditionis. Sed hic ei incumbit onus probationis qui falſam cauſam eſſe ait, affertque rationem. Cautio ergo qua cauet aliquis pecuniam numeratam eſſe, non ſufficit ad probationem: ſed nihilominus cogitur actor probare qui agit ex ea cautione ſe numeraſſe: alioqui abſoluendus erit reus. Atque ideo in his locis in quibus eſt adhuc vſitata hæc exceptio, conſultius eſt vt cum quis numerat pecuniam alicui, non ſoli cautioni confidat, ſed adhibeat teſtes, vel iubeat conſcribi publicum inſtrumentum de numeratione, vt non poſſit opponi exceptio non numeratæ pecuniæ. Tertio, vt locus ſit huic exceptioni oportet pecuniam numeratam non eſſe, ideoque dicitur exceptio non numeratæ pecuniæ. Hæ cauſæ diligenter ſunt expendendæ, vt formam proponendæ huius exceptionis intelligamus. Reus contra quem agit actor in iudicio exponit ſe ex cauſa mutui cautionem ſcripſiſſe, nec pecuniam ei numeratam fuiſſe. Non numerata autem pecunia intelligitur, vel in totum, vel pro parte. l. 2. hic. & l. cum vltra. Sicut exceptio non numeratæ pecuniæ datur pro tota pecunia, cum nihil eſt numeratum: iſta etiam datur pro parte, ſi pars numerata non ſit. Hinc naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. aduerſus. 5. Quidam mihi debebat centum ex cauſa venditionis: is petebat à me ne à ſe exigerem eam pecuniam: voluitque eam habere tanquam mutuam & retinere: ſic cauſa illa venditionis conuerſa eſt in cauſam mutui: conſcripta eſt cautio de ea re. Is cauit ſe eam pecuniam accepiſſe. Ego ex cautione ago aduerſus eum: is opponit exceptionem pecuniæ non numeratæ: quæritur an abſoluendus ſit? Ego non poſſum docere me aliquid numeraſſe. Sed dicitur, eum abſoluendum non eſſe. Nam id debebat ex alia cauſa: ſic enim aliæ obligationes in mutuum conuertuntur, l. qui negocia. mandati. & l. ſingularia. de reb. cred. Illa iuſta cauſa debiti habetur pro numeratione. Hæ ſunt cauſæ ex quibus datur exceptio non numeratæ pecuniæ. Nihil autem refert an ſimpliciter cautum ſit, an vero accedat pignoris obligatio cautioni, vel ſtipulatio, vel etiam iuriſiurandi religio. De his omnibus hic quæſtiones tractantur, veluti de pignore in l. 1. hic. Ego caui me mutuam pecuniam à te accepiſſe, quam ſperabam fore vt mihi mutuam numerares: tibi pignus dedi: tu pecuniam mihi non numeraſti. Ego vendico pignus meum actione in rem. Obiicis eam rem quam vendico tibi in pignus datam eſſe: ego obiicio replicando de pecunia non numerata. Similis locus eſt in l. 3. hic. de hypotheca. De ſtipulatione etiam quæritur ſi ſtipulatio acceſſerit: & certum eſt hanc ſtipulationem non impedire, quominus opponatur hæc exceptio. l. cum vltra. 9. ver. in factum. Caui me à te accepiſſe centum ex cauſa mutui, & promiſi me tibi eam pecuniam ſoluturum: tu mihi non numeraſti eam pecuniam: ego promiſi ſpe futuræ numerationis: aduerſus me agis ex ſtipulatione non ex mutuo, & ais me tibi ſtipulanti promiſiſſe ſoluturum eam pecuniam, an dabitur exceptio pecuniæ non numeratæ in hoc caſu? Tu agis ex ſtipulatione tanquam ea pecunia promiſſa ſit, non tanquam numerata: itaque videtur deficere exceptio. Sed tamen excipietur in factum, ad ſimilitudinem exceptionis non numeratæ pecuniæ. Alia quæſtio eſt de iureiurando. Quid ſi non tantum cauerit quis ſe pecuniam accepiſſe ab aliquo, ſed etiam iurauerit? idem de iureiurando dicendum eſt, quod de ſtipulatione. Nam iuriſiurandi religio non impedit quominus hæc exceptio opponatur: idque expreſſum eſt in l. vltima. Eſt locus communis de iureiurando animaduerſione dignus. Iuſiurandum talem conditionem recipit, qualem contractus ſuper quo interponitur, cum quis cauet ſe mutuam pecuniam accepiſſe, & ſe eam ſoluturum, conditio ineſt, ſi eam numerauerit alter. Proximus locus eſt in quo quæritur,

Cui & contra quem detur hæc exceptio.

C a p. II.

Ex his quæ iam diximus ſatis perſpicuum eſt, hanc exceptionem ei competere qui cauit ſe accepiſſe mutuam pecuniam aduerſus eum cuius gratia cautum eſt, qui pecuniam erat numeraturus. Datur præterea hæredi eius cuius gratia cautio conſcripta eſt, l. ſi intra. 8. Datur etiam fideiuſſori & mandatori. l. tam mandatori. 12. Si quis cauerit ſe mutuam pecuniam accepiſſe, & eo nomine dederit fideiuſſorem, non tantum res principalis, ſi conueniatur, hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere poterit, ſed etiam fideiuſſor, vel mandator, cuius mandatu cauit. Exceptiones omnes quæ competunt reo principali, competunt etiam fideiuſſori, vt diximus ſub titulo ad ſenatuſconſultum Velleianum, niſi perſonæ cohæreant, cum qua contractum eſt. Sed ex numero earum exceptionum, non eſt exceptio non numeratæ pecuniæ. Nam perſonæ non cohæret: & ideo mirum non eſt ſi detur fideiuſſori. Præterea datur creditoribus qui res tenent debitoris à quo cautio conſcripta eſt: quod eſt notandum, nam de eo maior erat dubitatio. l. pen. hic. Is qui cautionem conſcripſit ſpe futuræ numerationis, non conuenitur forte à creditore, ſed habet alios creditores qui conueniunt eum: agitur aduerſus eos qui forte res tenent, vel quia miſſi ſint in poſſeſſionem bonorum quia non ſoluebatur, vel quia habent pignus: quæritur an poterunt hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere? & dicitur poſſe. Subiicit, & ſi permittatur creditoribus exceptionem non numeratæ opponere, nullum tamen præiudicium hoc facere reo principali nec fideiuſſori eius, ſi forte creditor probauerit aduerſus eos agens pecuniam numeratam fuiſſe. Quia res eſt inter alios acta. At res inter alios acta aliis non nocet. l. ſæpe. de re iudicat: Sequens locus eſt in quo quæritur,

Vtri incumbat probatio, reo, an actori.

C a p. III.

Actor ait ſe mutuam pecuniam dediſſe, & profert cautionem: reus contendit ſibi pecuniam numeratam non eſſe, & ſe cauiſſe propter ſpem numerationis ſecuturæ, quæritur igitur an actor probare debeat ſe pecuniam numeraſſe, an vero reus pecuniam ſibi numeratam non eſſe? Si ſequamur vulgarem regulam de probatione, videtur reo incumbere probatio. quod pleriſque viſum eſt, non ſatis attente hanc rem conſiderantibus. Sicut actor intentionem ſuam probat, ſic reus exceptionem, l. 1. de probationibus. At reus excipiendo dicit, ſibi pecuniam numeratam

non eſſe. Ergo cur non probabit exceptionem ſuam, nempe pecuniam ſibi numeratam non eſſe, cum id intendat reus? Sed certum eſt, hic actorem probare debere pecuniam ſe numeraſſe: id colligitur ex duobus capitibus huius tituli, ſatis aperte iudicio meo, & l. ſi ex cautione. 3. & l. adſeueratio. 10. hic. Hic dicitur ad petitorem transferri onus probandi, nec cogi probare reum ſibi pecuniam numeratam non eſſe, cum negantis nulla ſit probatio naturali ratione. Hoc quomodo accipiendum ſit docui ſub titu. de proba. ſupra. Rationem adduximus ex loco Ciceronis in Partitionibus orator. *Nemo poteſt rationem eius quod negat reddere.* Exigetur ergo probatio ab eo qui profert cautionem, quod pecuniam mutuam numerauerit. Sequitur alius locus huius diſputationis, in quo quæritur,

Intra quod tempus hæc exceptio opponenda ſit.

CAP. IIII.

De tempore extat conſtitutio Iuſtiniani in l. in contractibus. vbi ſtatuitur biennium, cum olim quinquennium ſtatutum eſſet, ad opponendam exceptionem aduerſus eum qui ex mutuo agit. Hoc inductum eſt aduerſus fraudem debitorum, quia debitores ſolebant (vt credibile eſt) opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ: ideoque viſum eſt vtile præſcribere certum tempus moderatum huic exceptioni opponendæ. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. ſi intra. 8. de hærede, ſi forte ſuperſit vnus annus ex duobus annis, cum debitor mortuus eſt, intra illum annum poterit exceptionem hæres opponere. *Si forte queſtus eſt.* De forma querendi mox dicemus. Si defunctus ſit debitor poſt biennium, hæres eius, & ſi pupillus ſit, admitti non poteſt ad hanc exceptionem opponendam. Quod hic dicitur de tempore, hoc eſt intelligendum cum reus allegat ſibi pecuniam numeratam non eſſe: ſecus autem dicendum eſt ſi dicat reus ſe pecuniam ſoluiſſe, & nihil ſe debere. Et hæc allegatio etiam poſt tempus legitimum admittenda eſt, dict. l. adſeueratio. 10. Hæc igitur exceptio non numeratæ pecuniæ, non opponitur poſt tempus
De literarum obligationibus. legitimum, quod eſt biennii. Hinc quoddam obligationis genus introductum eſt, quod dicitur literarum obligatio, de qua literarum obligatione eſt titulus in Inſtitut. Non tantum obligatur quis re aut verbis, aut conſenſu, ſed etiam literis. Quæ ſit hæc literarum obligatio facile intelligi poteſt ex his quæ diximus. Si quis cauerit ſe pecuniam ab alio accepiſſe ex cauſa mutui, nec oppoſuerit exceptionem non numeratæ pecuniæ intra tempus biennii, nec de pecunia ſibi non numerata quæſtus ſit, dicitur obligatus eſſe literis. Nam res non interuenit vt dicatur debitor re obligatus eſſe: non verbis obligatus eſt, quia forte non interuenit ſtipulatio: non conſenſu: quia non obligatur quis ex ſolo conſenſu: ſed re vera literis obligatur. Huius literarum obligationis (vt iam diximus) nulla eſt mentio in Digeſtis, ſed tantum in Codice Iuſtiniani, & in Inſtit. manauit enim hæc obligatio literarum ex principum conſtitutionibus. Nam literis non obligamur ſecundum ſententiam veterum Iureconſultorum, l. non figura. de oblig. & actio. Figura ad obligationem inducendam non valet, ſed
Contra Bartolũ & cæteros doctores ſcriptura prodeſt ad probandum quod actum eſt. Bartolus & cæteri vulgo aiunt quod dicitur de tempore quod præſtitutum eſt huic exceptioni opponendæ, ita intelligendum eſſe,
Vtrum poſt biennium hæc exceptio duret. niſi reus ſuſceperit onus probationis, & paratus ſit docere ſibi pecuniam numeratam non eſſe. Ego puto hanc ſententiam veram non eſſe, & dico hanc exceptionem non poſſe opponi à reo poſt tempus legitimum, etſi paratus ſit probare pecuniam ſibi numeratam non eſſe. Id colligitur ex variis locis huius tituli, præſertim ex l. ſi intra. ad finem, cum ait, *Sin vero legitimum tempus exceſſit, &c. omnimodo hæres eius debitum ſoluere compellitur.* Idem colligitur ex l. adſeueratio. ex his verbis, *Querela prius euaneſcat.* Aliud argumentum ducitur ex l. in contractibus. §. illo. vbi dicitur poſt tempus legitimum, id eſt, poſt biennium quod præſtituitur opponendæ exceptioni non numeratæ pecuniæ, ſi velit reus deferre iuſiurandum actori, audiendum non eſſe. tantum abeſt vt probare volens teſtibus ſibi pecuniam numeratatam non eſſe, admittatur, vt etiam ſi velit iuſiurandum deferre aduerſario non audiatur. Idque fit, quia omnino excluditur lapſu eius temporis. De hoc diximus aliquid ſub titulo de iureiurando. Ergo excluditur ab oppoſitione exceptionis à probatione eiuſdem, à iuriſiurandi delatione, quæ vim probationis habet. Et hæc ſunt vulgaria argumenta. Ego alio vtar argumento: quia non diceretur reus literis obligatus. Poſt biennium enim naſcitur obligatio literarum: ſed ſi admitteretur poſt biennium reus ſuſcipiens onus probationis inter ſe, non recte diceretur literis obligatus eſſe, & ſcriptura ad obligationem non valeret, ſed ad probationem tantum: nec diceretur nouum genus obligationis eſſe, ſed diceretur re obligatus eſſe reus, & præſumeretur eum obligatum eſſe ex mutuo: ſed dicitur quoddam eſſe genus obligationis, quia etſi poſt biennium poſſit docere ſibi pecuniam numeratam non eſſe, tamen obligatur, & dicitur obligatus eſſe literis. Non poteſt dici obligatus eſſe re, quia forte conſtare poteſt rem non interueniſſe, & pecuniam non fuiſſe numeratam.

Si autem verum non eſſet quod vulgo dicitur, & receptum etiam eſt, poſt biennium audiendum eſſe reum, ſi velit probare pecuniam numeratam non eſſe, nulla literarum obligatio dici poſſet, ſcriptura tantum valeret ad probationem, non etiam ad obligationem. Scripturæ autem fiunt vt fides rei geſtæ fieri per eas poſſit, vt dicitur in l. contrahitur. de pignoribus. leg. 3. de fide inſtrument. Non valent ad obligationem fere ſcripturæ, ſed tamen in hoc caſu obligatio contrahitur literis, nec tantum valet ſcriptura ad probationem, ſed etiam ad obligationem contrahendam. Si igitur vera eſſet recepta opinio, nulla eſſet literarum obligatio, nullus effectus literarum, niſi in probatione & fide facienda. Secundum receptam opinionem effectus ſcripturæ, & literarum conſiſteret tantum in fide facienda, & vni ante tempus biennii incumberet probatio, poſt tempus alteri. Hoc argumento mihi videtur facile expugnari poſſe recepta opinio eorum, qui putant poſt biennium opponi poſſe exceptionem non numeratæ pecuniæ, ſi modo reus paratus ſit in ſe ſuſcipere onus probationis. Ne autem nimis durum videatur quod iam à nobis dictum eſt de tempore, non poſſe hanc exceptionem opponi poſt tempus legitimum, duobus remediis proſpectum eſt. Nam alias videretur durum eſſe atque inciuile, vt non poſſit opponi exceptio poſt biennium. exceptio opponitur ad excludendam actoris petitionem, leg. 2. de excep. Nec poteſt opponi exceptio niſi agatur. Poſſet ergo actor is, cuius gratia chirographum conſcriptum eſt, actionem, & petitionem ſuam tantiſper differre, dum fuerit lapſum tempus biennii, vt lapſu eius temporis exceptionem hanc reo competentem excludat: & ideo conſtitutum eſt vt exceptiones perpetuæ ſint, quamuis pleræque actiones ſint temporariæ, vt in exceptione doli: quia non eſt in poteſtate rei quando aduerſus ſe agatur: ſed eſt in poteſtate actoris quando agat. Sed huic incommodo (vt dixi) duobus remediis proſpectum eſt. In primis actione condictitia. Nam ſi is qui cautionem conſcripſit, timeat ne actor qui accepit cautionem differat actionem ſuam poſt tempus biennii, interim poterit cautionem illam ſuam condicere, l. ſi quaſi. 7. Is qui cautionem ſcripſit ſpe numerationis ſecuturæ, non tantum habet exceptionem pecuniæ non numeratæ, ſi conueniatur, ſed etiam habet condictionem ſuæ cautionis, quam poterit repetere condictione ſine cauſa. Alterum remedium eſt, cuius ſit mentio in l. in contractibus. §. vltim. querela & denunciatio de pecunia non numerata. Poteſt proteſtari pecuniam ſibi numeratam non eſſe, quamuis cautionem conſcripſerit ſpe numerationis. Hæc denuntiatio ei proderit, vt non excludatur tempore. Iuſtinianus hic docet formam huius denuntiationis faciendæ. Inſcriptis denunciandum eſſe ait. Addit, *Præſens ſit.* Debet enim ei proteſtatio fieri præſenti: ſi abſens ſit, nec expectetur eius reditus, ante biennium denunciatio ſit apud iudicem. Eſtque locus communis, de denunciatione facienda, vt cum denuntiatio facienda eſt, & abſens eſt is cui facienda eſt, fiat apud iudicem. Præterea notandum eſt hanc exceptionem ceſſare in quibuſdam caſibus exceptis.

Primus caſus eſt, ſi reus fidem cautionis agnoſcens partem debiti ſoluerit, l. 4. Quidam cauit ſe mutuam pecuniam accepiſſe ex cauſa mutui: is cautionis fidem agnoſcens poſtea ſoluit

ſoluit decem: petitur ab eo reliquum, vult opponere hanc exceptionem: quæritur an poſſit. Hic dicitur non poſſe, quia agnouit fidem cautionis, ſoluendo partem debiti: ſicut diximus de filiofamil. cui credita eſt pecunia, ſub tit. ad ſenatuſc. Macedon. Si paterfamilias factus partem debiti ſoluerit, atque ita debitum agnouerit. Hic autem vtrumque eſt neceſſarium, vt reus excludatur exceptione. Oportet eum partem debiti ſoluiſſe, & agnouiſſe cautionem. Quibus verbis ſignificat, eum qui errore ductus ſoluit, non excludi ab hac exceptione opponenda.

Secundus caſus eſt in lege 6. Si ſubſtitutus ſit reus in eius locum qui erat obligatus, quia pecuniam acceperat, hic non poteſt opponere exceptionem non numeratæ pecuniæ.

Tertius caſus eſt, in ſecuritatibus publicarum functionum, aduerſus quas nulla exceptio opponi poteſt, l. in contractibus. §. ſed quoniam. Securitatem vocat, quam nos *quittantiam* vocamus. Apocham vocant Iureconſulti. Securitates publicarum functionum vocat apochas publicanorum, cum ſcilicet publicani cauent ſibi ſolutum eſſe publicum vectigal. Quartus caſus eſt, quo poſtea additur, Si maritus poſt confectionem dotalium inſtrumentorum cauerit ſibi ſolutam eſſe dotem, quia nullam opponere poterit exceptionem non numeratæ pecuniæ, ſi contendat ſpe numerationis talem cautionem conſcripſiſſe. Alium caſum addunt plerique, cum reus huic exceptioni renunciauit. & plærumque in cautionibus ſolet hoc adſcribi, in quibus locis adhuc vſitata eſt: nam in pleriſque locis ea exoleuit per Galliam. Ego puto hanc rationem renunciandi iuri non conuenire. Diximus ſub tit. de ſenatuſconſulto Velleiano. Æque decipitur is qui renunciauit huic exceptioni, & tam facile inducitur ad renunciandum huic exceptioni quam ad cautionem ſcribendam. His locis continetur quicquid ſub hoc titulo de exceptione non numeratæ pecuniæ & de literarum obligatione traditur. Additur quædam conſtitutio ex nouella Iuſtiniani de triente & ſemiſſe, quæ non multum ad hanc rem pertinet, de eo qui inficiatur chirographum aut cautionem. Conſtitutum eſt à Iuſtiniano eum puniendum eſſe, ſi modo conuictus ſit teſtibus & probatione.

IN TIT. XXXI. LIB. IIII. COD. ET TIT. II. LIB. XVI. PANDECTARVM.

DE COMPENSATIONIBVS.

CAP. I.

SVb hoc titulo in primis ponitur definitio cōpenſationis, ex cuius definitionis explicatione tota fere pendet diſputatio de compenſatione. Definitio compenſationis traditur in l. 1. hic, quæ eſt ex Modeſtino. Compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio. Exempli gratia, Tu mihi debes centum ex cauſa mutui: ego tibi debeo tantundem ex cauſa venditionis: agis aduerſus me, & petis centum quæ tibi debeo ex cauſa venditionis: ego peto vt compenſatio fiat eius pecuniæ quam ego tibi debeo cum ea pecunia quam mihi debes ex alia cauſa. Hæc contributio dicitur compenſatio. Vtilitatem huius compenſationis docet Pomponius in l. 3. neceſſaria eſt, quia vtilis eſt. Nam alioqui debitum repeti poteſt: quia & ſi ſoluero quod tibi debeo, potero quod mihi debes poſtea petere. Sed tamen dicitur intereſſe noſtra potius non ſoluere quam ſolutum repetere. Nititur autem magna æquitate, vt rem quis petit quod ſibi ab alio debetur, eius quod debet illi compenſatio fiat. Et hæc compenſatio præſertim locum habet in bonæ fidei iudiciis, §. in bonæ fidei. de action. Si ſequamur iuris ſubtilitatem, is aduerſus quem opponitur compenſatio, poterit dicere, Solue quod mihi debes ex mutuo: ſi aliquid tibi debeam ex cauſa venditionis, age aduerſus me, ego me defendam. In iudiciis ſtrictis olim ante D. Marcum non habebatur ratio compenſationis. Iudicis poteſtas obligabatur formulæ. Nam formula certa dabatur concepta ſecundum edictum propoſitum de quacunque actione: vt exempli gratia, ſi cui debebatur pecunia ex mutuo, ita concipiebatur formula, Si Titius Sticho debeat centum, Caius iudex eſto. Fruſtra contendebat reus ſibi tantundem deberi ex alia cauſa. Nihil enim de eo in formula cautum erat: iudex datus cogebatur ſequi formulam. In bonæ fidei iudiciis non ita obligabatur poteſtas iudicis dati, vt non ſequeretur quod æquitati & vtilitati conſentaneum eſſe videretur. Sed D. Marcus voluit in ſtrictis iudiciis per exceptionem doli ſuccurri ei contra quem agitur, qui exceptione vti vult: voluit enim addi exceptionem doli iudicio, vt ſi quis petat ex cauſa mutui, quod ſtrictum iudicium eſt, poſſit aduerſus eum obiici exceptio doli mali. Is enim qui hanc compenſationem recuſat, videtur dolo non carere, iuxta iuris regulam, Dolo facit qui id petit quod poſtea redditurus eſt, l. in condemnatione. §. dolo. de regul. iur. l. ſed etſi ideo. ſoluto matrim. Exceptio doli ineſt bonæ fidei iudicio. Hoc verbum *ex fide bona* continet exceptionem doli, l. 3. pro ſocio. Nam dolus bonæ fidei contrarius eſt. Ex his intelligitis quid ſit compenſatio, cur inducta ſit, qua ratione nitatur, & quæ ſit eius vtilitas. Nunc vt ſingula perſequamur explicanda ſunt verba huius definitionis. *Debiti & crediti.* Hic quæritur quid debitum ſit, quid creditum. In explicatione horum verborum fere conſiſtit totus hic tractatus. Eſtque locus qui ſæpe occurrit de debito & credito, de quo ſæpe tractatum eſt à nobis, & præſertim ſub titul. de condict. indeb. & titul. de conſtit. pecu. *Expoſitio definitionis.* Quæſtiones ergo hic quædam tractantur, in quibus quæritur quid debitum ſit, & quid debitum non ſit: quod debitum aut quod creditum veniat in compenſationem, aut non veniat. In primis quæritur de eo quod debetur in diem, an id veniat in compenſationem, quod tractatur l. 7. cum quis promittit in diem, puta kalendis Martiis, naſcitur ſtatim obligatio: dies non ſuſpendit obligationem, ſicut conditio: ideoque id dari oportet. Obligatio eſt iuris vinculum quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſoluendæ. ſtatim igitur naſcitur obligatio, cum quid in diem promittitur, l. cedere diem. de verborum ſignificat. Vnde probabiliter dubitatum fuit an id quod debetur in diem veniat in compenſationem. Et Vlpianus ait non venire in compenſationem, quia quamuis nata ſit obligatio, tamen peti adhuc non poteſt: ceſſit quidem dies ſed non venit. At compenſatio ſpeciem quandam habet petitionis, l. amplius. ff. rem ratam haberi. Vlpianus interpretatur verba cautionis, amplius non peti. Ait petere quoq; eum intelligi & contra ſtipulationem facere qui compenſatione & deductione vtitur in iudicio. Vnde quod peti non poteſt in compenſationem venire non poteſt. Hinc naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. ſi cum militi. 16. §. cum intra. Ego iudicatus & damnatus fui ad tibi dandum centum ex aliqua cauſa. Præteriit tempus quod mihi datum eſt ad ſoluendum iudicatum: dati forte erant quatuor menſes, qui iudicatis dari ſolent, l. 4. de vſur. rei iudic. Tu ex alia cauſa damnatus es ad mihi ſoluendum tantundem, ſed tempus tibi datum ad ſoluendum iudicatum nondum effluxit: quæritur an ea pecunia de qua iudicatum eſt, & cuius pecuniæ ſoluendæ nondum tempus elapſum eſt, veniat in compenſationem. Et ait Papinianus compenſationem admittendam. Nec enim hic dicitur qui damnatus eſt, & cui datum eſt tempus ad ſoluendum iudicatum, in diem debere, l. quod in diem. ff. de ſolut. Dies obligationis non venit quæ expreſſa eſt in contrahenda ſtipulatione: hic obligatio pura eſt, & purū eſt debitum, licet tempus indulgeatur reo humanitatis & miſerationis gratia ad ſoluendum iudicatum. Quæritur etiam de eo quod natura debetur? Et dicitur in l. 6. etiam quod natura debetur venire in compenſationem. Hoc receptum eſt æquitatis cauſa, ſubtilitate iuris repugnante. Nam quod natura tantum debetur peti non poteſt: igitur in compenſationem venire non poſſe videbatur, quoniam compenſatio inſtar petitionis eſt, dict. l. amplius. Hic notandus eſt effectus naturalis obligationis. Obligatio quæ naturalis tantum eſt, non etiam ciuilis, effectus quoſdam ciuiles habet. Prodeſt enim ad compenſationem, vt hic videtis, ſic ad exceptionem: ad actionem autem non prodeſt, l. fideiuſſor. §. fideiuſſor obligari. de fideiuſſor. Quæritur etiam de eo quod per exceptionem perimi poteſt, licet ipſo iure debeatur, an in compenſationem venire poſſit? Huic

quæſtioni reſpondet Iuriſconſultus in l. quæcunque. 14. hic. debitum non dicitur quod propter exceptionem exigi non poteſt, vt propter exceptionem ſenatuſconſulti Macedoniani, Velleiani, vel aliam huiuſmodi exceptionem, quamuis mero iure debeatur. Nam id dicitur indebitum, quod propter aliquam exceptionem prætoriam exigi non poteſt. Vnde repetitur per condictionem indebiti : ideoque fit interdum vt debitum naturaliter non compenſetur. Vnde quod dicitur de naturali debito intelligendum eſt, niſi illud per exceptionem aliquam prætoriam perimi poſſit. Exemplum eſt in l. Iulianus. 60. ff. de condict. indeb. Rei iudicata non tollitur naturalis obligatio : datur tamen exceptio rei iudicatæ, vt non poſſit peti. hic locus communis eſt diligenter notandus. Deinde quæritur, quod hic dicitur de debito & credito, ad quam obligationem referendum ſit. Debitum aut creditum aliquando dicitur, quia debetur ex contractu, aliquando ex quaſi contractu, aliquando ex maleficio, aliquando ex quaſi maleficio, aliquando quod præſtatur tantum officio iudicis, aliquando quod petitur tantum actione, aliquando quod perſequimur extra ordinem. ſed dicendum eſt nihil referre qua ex cauſa naſcatur obligatio, modo ſit obligatio vel neceſſitas aliqua præſtandi, quæ loco obligationis habetur : cuius rei exempla multa hic extant quæ percurram. Vnum exemplum eſt in l. ſi ambo. 10. Exempla proponuntur eorum caſuum de quibus probabiliter dubitari potuit : vt ſi parem negligentiam ambo ſocii adhibuerunt, qua periit aliquid vel deterius factum eſt ex rebus communibus, eoque nomine alteri aduerſus alterum datur actio pro ſocio, pro eo de quo principaliter contractus initus eſt, non datur hæc actio : ſed tamen propter naturam actionis pro ſocio quæ bonæ fidei eſt, alteri tenetur: ideoque hoc veniet in compenſationem. In §. ſeq. quæritur de obligatione quæ naſcitur ex maleficio. Quod diximus debitum contribui cum credito, nos intelligimus etiam debitum quod debetur ex maleficio. In §. ſequenti ait: In ſtipulationibus quæ inſtar actionis habent, compenſationem habere locum. Stipulatio prætoria, vt ſtipulatio damni infecti, habet inſtar actionis. Si domus vicini ſit ruinoſa adibo prætorem, qui coget vicinum mihi cauere de damno infecto : ſtipulatio prætoria non eſt proprie formula quæ concipiatur à prætore dato iudice : ſed prætor ipſe interponit auctoritatem ſuam. Vnde dicitur prætoria eſſe ſtipulatio l. 5. de verborum obligat. dicitur autem proficiſci ex mero Prætoris officio, ſed tamen inſtar actionis habet, & verbo actionis late accepto continetur, l. actionis verbo. de oblig. at. & act. Aliud exemplum eſt in l. pecuniam. 15. hoc exemplum pertinet ad tit. de eo quod certo loco. Diximus ſi quid certo loco promiſſum ſit dari, poſſe alio in loco peti actione arbitraria, habita ratione eius quod intereſt vel actoris vel rei alio in loco datum non eſſe. Ergo aliquando ad maiorem ſummam quam quæ ſtipulatione continetur condemnat iudex, aliquando ad minorem, l. 4. Cod. depoſiti, l. qui per colluſionem. §. vltim. de act. empti. Quæritur an id quod intereſt propter locum, quia non ſoluta eſt pecunia in eo loco in quo promiſſa eſt, veniat in compenſationem? Et dicitur in compenſationem venire. Nam debitum etiam ad id quod officio iudicis præſtari debet extenditur, cum quæritur quid veniat in compenſationem. Aliud exemplum eſt in l. debitor. 19. Hic quæritur an quod peti poteſt actione de peculio, veniat in compenſationem? Quod peti poteſt actione de peculio mero iure non debetur. Mero enim iure dominus non tenetur ex facto & contractu ſerui ſui : ſed tamen iure prætorio conſtitutum eſt vt teneatur de peculio. Is qui debitum reipublicæ ſoluit ſeruo reipub. citra voluntatem eorum quibus debitum recte ſolui potuit, an ſit liberatus? non. Obligatio enim priſtina manet, ideoque poterit aduerſus eum agi perinde ac ſi nihil omnino ſoluiſſet, manente priſtina obligatione. Sed hic quæritur, ſi quid ſeruus habeat in peculio, an dabitur ei compenſatio? Sed ait Papinian. *Dabitur ei compenſatio peculii fini qua ſeruus.* Ego alias explicaui in libr. 1. diſput. anniuer. cap. 12. quomodo intelligenda ſunt hæc verba, vbi dixi finem ſignificare apud Iuriſconſultos modum & quantitatem. Multa exempla adduxi huius rei oſtendendæ cauſa, qua fini habebit peculium, id eſt ad quantitatem peculii quod ſeruus habet. Aliud exemplum eſt in l. etiam. 5. Cod. eo. Etiam quod debetur ex cauſa fideicommiſſi venit in compenſationem. Probabiliter tamen de eo dubitatum fuit, quia fideicommiſſum dicitur non peti actione, ſed extraordinaria perſecutione, l. pecuniæ verbum. §. actionis. de verbor. ſignificat. Actionis verbo continetur etiam extraordinaria perſecutio, quamuis proprie actio non ſit. Perſecutio fideicommiſſorum eſt extraordinaria perſecutio. Vide Vlpianum in fragment. Tit. de fideicommiſſ. Prætor erat quidam qui cognoſcebat de fideicommiſſis, qui fideicommiſſarius dicebatur. Non ſeruabatur ille ordo ſolennis conſtituendorum & dandorum iudiciorum, ſed ipſe Prætor ius reddebat. Ex hoc igitur loco nos intelligemus, verbum, Debitum, quod in definitione ponitur, accipiendum eſſe pro eo quod quoquomodo debetur, & quod quoquomodo peti poteſt ſiue propria actione, ſiue extraordinaria aliqua perſecutione. Hic aliquid ſubiicit de vſuris. Vſuræ debentur ex fideicommiſſo propter moram, quamuis actio qua petitur fideicommiſſum, ſtricti iuris ſit, l. in minorum. Cod. in quibus cauſ. reſtit. in integr. Aliud exemplum eſt in l. ſi propter. C. eo. Quidam percepit fructus cum poſſideret fundum alienum, eoſque conſumpſit, ad reſtitutionem fructuum tenetur : quæritur an id veniat in compenſationem? Et dicitur venire, quia cum fructus peti poſſint, recte dicitur eos in compenſationem venire.

Stipulatio prætoria quæ.

Addendum eſt ſupradictis, debitum accipiendum eſſe id etiam de quo lis eſt conteſtata, vt dicitur in l. 8. hic. Ego litem conteſtatus ſum aduerſus te propter pecuniam quam mihi debes : poſt litem conteſtatam agis aduerſus me, & petis pecuniam debitam ex alia cauſa : peto vt compenſatio fiat eius pecuniæ quam petere cœpi : quæritur an compenſatio admittenda ſit, quia lis erat iam conteſtata. Videtur pronunciandum eſſe ſuper ea : ſed Iuriſconſultus ait in compenſationem quoque id deduci : rationemque adfert. Iniquum enim eſſet & abſurdum, quo quiſque diligentior eſt, eum deterioris conditionis eſſe. Diligentior autem eſt qui litem prior eſt conteſtatus. Deinde quod diximus debitum in compenſationem venire, debitum accipimus ſi liquidum ſit, id eſt, ſi certum ſit deberi, aut facile probari poſſit. & oſtēdi in l. vltim. Cod. eod. Eſt noua conſtitutio Iuſtiniani. Ego peto à te ex cauſa liquida, ex qua vel certum eſt te mihi debere, vel facile oſtendi poteſt. Tu contendis me tibi debere ex alia cauſa, quæ non adeo liquida eſt, ſed multis ambagibus implicata, ita vt longiorem inquiſitionem res exigat. Hic non admittetur compenſatio. Is enim qui ex certa & liquida cauſa agit, non ſummonebitur Is condemnabitur, ſalua tamen ei manente actione : id eſt compenſatio ab eo obiecta non reuocabit iudicium neque condemnationem. Hoc eſt quod idem Iuſtinianus ait in Inſtitut. eas compenſationes admitti quæ iure aperto nituntur : licet quidam aliter ea verba interpretentur. Sed dubium non eſt quin ea referenda ſint ad conſtitutionem Iuſtiniani. Quæ autem cauſa liquida & ius apertum dici poſſit & ſoleat, hic quæritur: ſed hoc magis facti eſt quam iuris, ideoque id committendum eſt arbitrio Iudicis. *Sed poſſit iudici.* His verbis nihil aliud ſignificat quam iudicis & boni viri arbitrio eſſe relinquendum, vt videat quem facilem exitum ſui cauſa præſtare videatur. Rurſus quod dicitur debitum, accipere debemus debitum ei qui compenſationem obiicit. Nam quamuis ſimpliciter dicatur compenſatio eſſe debiti & crediti inter ſe contributio, tamen ita nos accipere debemus id debitum venire in compenſationem quod debetur ei qui compenſare vult, l. eius. 9. Cod. eo. Is qui opponit compenſationem neceſſe eſt vt oſtendat ſibi eſſe debitum id quod in compenſationem deducit : nec ſufficit allegare debitum eſſe, ſed debitum ſibi eſſe. Nam etſi debitum ſit alteri, in compenſationem non veniet. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. in rem. §. creditor. ff. eod. id eſt non cogetur compenſare quicquid debet, ſed quod debet tantum debitori ſuo. Præterea debitum eſt accipiendum ab eo qui agit, non ab alio : ſicut debitum accipe quod debetur ei contra quem agitur qui compenſationem opponit : ita debitum accipitur ab eo qui agit contra quem opponitur compenſatio. Si ab alio

alio debeatur non erit locus compenſationi. Exemplum eſt in l. ſi cum militi. in principio. Miles inſtituit duos hæredes certarum rerum, ſic duas fecit hæreditates diuiſas & ſeparatas: quod permiſſum eſt militibus. Paganis autem non eſt permiſſum. l. ſi certa. §. 1. ff. de milit. teſta. Vni ex his hæredibus quidam eſt obligatus. Hæres agit aduerſus eum. Reus opponit compenſationem pro eo quod debetur ab alio cohærede: quæritur an id in compenſationem veniat? Iuriſconſultus ait in compenſationem non venire. Non enim debetur ab eo contra quem opponitur compenſatio. Hinc naſcitur quæſtio in l. id quod. penult. hic. Tutor agit nomine pupillorum ſuorum: obiicitur ei compenſatio eius pecuniæ quam debet ſuo nomine: quæritur an ſit admittenda hæc compenſatio? Iuriſconſultus ait, hanc compenſationem admittendam non eſſe. Diximus enim non recipi compenſationem eius quod debetur ab alio quam qui agit. hic autem iuris interpretatione non debetur ab eo qui agit. Nam cum tutor agit nomine pupilli, pupillus agere videtur, & perinde eſt ac ſi ipſe non ageret. Sed alius ſuſtinet perſonam pupilli cum agit, ſuam autem, cum compenſatio obiicitur. Sunt autem aliqui caſus in quibus obiicitur compenſatio eius pecuniæ quæ alii debetur: id fit vel propter coniunctionem perſonarum, vel propter coniunctionem obligationis, vt ſequentibus exemplis oſtendam. Vnum exemplum eſt in l. 5. hic, de fideiuſſore qui compenſat id quod debetur reo principali pro quo fideiuſſit. Si enim agatur aduerſus fideiuſſorem, poterit compenſationem opponere pecuniæ quæ debetur non tantum ſibi, ſed reo pro quo fideiuſſit: idque fit propter coniunctionem obligationis. Aliud exemplum eſt in l. ſi cum filiofam. §. 1. ibi: filius compenſat quod debetur patri ſuo, non ſibi. Ego dixi ſub titulo de peculio, Si quis contraxerit cum filiofam. eum duos debitores habere, filium & patrem: filium cum quo contractum eſt in ſolidum, & patrem de peculio. Si cum filiofamilias agatur, is poteſt compenſationem opponere, non tantum eius pecuniæ quæ ſibi debetur, ſed etiam pecuniæ quę debetur patri: ſed cauebit patrem ſuum non petiturum. Aliud exemplum eſt in l. in rem. 8. in principio. Procurator in rem ſuam compenſat quod debetur domino, etiam ſi conueniatur nomine ſuo. Procurator in rem ſuam eſt cui mandata eſt actio. *Procurator in rem ſuam quis.* Vulgo dicitur, *vng tranſport*, & is cui ceſſa eſt, ceſſionarius dicitur. Eſt enim imaginaria quædam procuratoris conſtitutio. Magiſtratus eſt iudicia & actiones dare: iudicia enim & actiones olim ex formula edictorum propoſitorum à magiſtratibus dabantur. Noſtrum non eſt actionem nobis competentem alii cedere: ideoque inuenta eſt hæc conſtitutio procuratoris, quæ imaginaria eſt: ideoque dicitur procurator in rem ſuam. Procurator datus eſt in rem ſuam per ceſſionem actionis, qui vice mutua conuentus eſt: quæritur an poſſit opponere compenſationem eius debiti quod in ſe tranſlatum eſt. Diximus etiam poſt litem conteſtatam compenſationem opponi poſſe de eo ſuper quo lis conteſtata eſt: an admittetur hic compenſatio? Hic Iuriſconſultus ait admittendam. Licet enim ſubtiliter dici poſſit non eſſe ei debitam pecuniam, ſed potius ei qui eum procuratorem conſtituit: quia tamē is in rem ſuam procurator conſtitutus eſt, recte ei debita pecunia eſſe dicitur potius quam ei qui eum conſtituit. Idem dicendum eſt etſi lis conteſtata non ſit, ſed ita inciderat ex facto. Eſt enim hic locus ex lib. 3. reſponſ. Papiniani: nam plerique hic altercantur de conteſtatione litis. In libris Reſponſorum plæraque huiuſmodi ſcripta reperiuntur quæ neceſſaria non ſunt ad ius conſtituendum, de quo reſponſum eſt. Sed hæc ita ſcripta ſunt, quia ita acciderat, quamuis nihil referat ſiue lis conteſtata eſſet an non. Ex his intelligitis quid ſit debitum in definitione compenſationis, & de quo debito accipiendum ſit quod diximus, debitum in compenſationem venire. Sequitur, *Contributio inter ſe.* Explicatio huius verbi maxime pertinet ad effectum compenſationis de quo nunc dicturi ſumus.

De effectu compenſationis.

CAP. II.

HÆc contributio inter ſe debiti & crediti ita fit, vt ipſo iure alter ab altero liberetur, perinde atque ſi alter alteri ſoluiſſet. Iuriſconſultus ſub hoc titulo in pleriſque locis diſerte exprimit, ipſo iure alterum ab altero liberari, veluti in l. 4. & l. ſi ambo. & l. poſtquam. hic. *Ipſo iure liberantur.* Sicut ſolutione ipſo iure tollitur obligatio, §. 1. Inſtit. quibus mod. toll. oblig. ita etiam ipſo iure tollitur compenſatione, etiam ſine ſententia vlla iudicis. Non eſt opus iudice ad hanc compenſationem faciendam. Compenſatio ſolutio quædam eſt, & ſolutionis vim obtinet. l. 4. qui potiores in pigno. habeantur. Hinc ſimile eſt quod dicitur in l. ſi ambo. 10. in princ. Socius ſocio tenetur negligentiæ nomine & culpæ: vterque culpam admiſit. compenſatio fit ipſo iure eius quod alteri ab altero ob negligentiam ſuam debetur. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. poſtquam. 12. ſi procurator abſentis conueniatur, & obiiciat compenſationem, non cauebit de rato: contendit liberatum eſſe dominum ſuum, & defendit ab initio nihil deberi. Eſt ergo hæc vis compenſationis de qua loquimur, vt alter ab altero ipſo iure liberetur, etiam ſine iudice. Hoc eſt intelligendum vſque ad concurrentem quantitatem, vt dicitur in l. 4. Cod. eo. Tu mihi centum debes ex cauſa mutui: ego ex alia cauſa debeo quinquaginta: compenſatio fit ipſo iure, & alter ab altero liberatur, non à tota ſumma, quæ debetur, ſed vſque ad concurrentem quantitatem. Tibi debeo quinquaginta: Tu mihi debes centum: ad quinquaginta adhuc mihi teneris. Ex his quæ diximus compenſationem haberi pro ſolutione, quædam conſequuntur. Ex eo in primis conſequens eſt, curſum vſurarum ſiſti & impediri propter compenſationem, ſicut impeditur propter ſolutionem, dict. l. 4. Idem dicitur in l. cum aliter. 11. hic. Præterea ſicut ſolutione pecuniæ, quæ debita eſt, pignus repetitur per pignoratitiam actionem, ita etiam per compenſationem, l. in uitum. C. eod. Compenſatio facta eſt inuicem debiti & crediti pro parte quantitatis debitæ: aliam partem offero, & te accipere nolente, conſignatam depono: potero actione pignoratitia pignus repetere. Inde etiam conſequitur agentem ſummoueri hac exceptione oppoſita compenſationis, ita vt non ſequatur condemnatio quæ alias ſequeretur, in l. 2. hic. Tu petis à me centum ex cauſa mutui: obiicio compenſationem pecuniæ mihi debitæ ex alia cauſa: ſuſtinendum eſt iudicium donec cognitum fuerit an id debeatur. Quod tamen apud nos hodie non obſeruatur, niſi eo nomine literæ regiæ impetratæ fuerint: ſed facile hodie huiuſmodi diplomata impetrantur. *Compenſatio hodie in curiis Galliarum locum nõ habet, ſine literis regiis.* Sicut ſolutionem allegans ſummouet agentem, ſimiliter obiecta compenſationis exceptione ſummouetur actor. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 6. C. Is à quo petitur pecunia contendit ex alia cauſa ſibi deberi propter res amotas ab vxore. Nihil autem refert quomodo opponatur compenſatio in iudicio. Olim in ſtrictis iudiciis neceſſaria erat doli exceptio. Hæc exceptio doli introducta fuit à D. Marco §. in bonæ fidei. Inſtit. de act. Idem ſtatuit Iuſtinianus: Omnes actiones ſiue ſint ſtricti iuris, ſiue bonæ fidei, minui per compenſationem, d. §. in bonæ fidei. Inſtit. de act. & l. vltim. C. eod. *Ipſo iure*, id eſt neceſſaria non eſt doli exceptio, etiam ſi ſtrictum ſit iudicium ex quo agitur, ſed ipſo iure compenſatio fit. Sic etiam accipiendum eſt quod dicitur ipſo iure, d. §. in bonæ fidei. Refert tamen quod ad effectum huius compenſationis attinet, an quantitas hinc inde debeatur, an ſpecies: an ſpecies ex vna parte, & quantitas ex altera. Compenſatio etiam admitti poteſt ſiue ex vna parte debeatur quantitas, & ex altera ſpecies, ſiue ab vtraque per ſe debeatur ſpecies: idque vt παράδοξον, defendi aduerſus vulgo receptam opinionem, in leg. fructus. §. ob donationes. ſoluto matrimon. Sed tamen quod dicitur admitti compenſationem cum debetur ex vna parte quantitas, ex altera parte ſpecies, vel ab vtraque parte ſpecies, vel ab vtraque parte quantitas, ſic accipiendum eſt, vt cum hinc inde debetur pecunia, ipſo iure alter ab altero liberetur antequam veniatur ad iudicium. *Si ſpecies ex vna parte debeatur, ex altera quātitas: an ſit locus compenſationi.* Et ratio hæc eſt agendi, vt is aduerſus quem agitur contendat ſe liberatum eſſe: ideo quia debetur & tantundem ex alia cauſa, quoniam alter ab altero ſtatim liberatur: ſed cum debetur ab vna parte pecunia, ab altera ſpecies, idem dici non poteſt. Hoc enim quod diximus ſtatim alterum ab altero liberari, intelligendum eſt in his rebus quæ conſtant pondere, numero & men-

ſura, quæ in ſuo genere functionem recipiunt. Sed cum ab altera parte debetur quantitas, ab altera ſpecies, opus eſt interuentu iudicis. Nam ſi debeatur ab vna parte quantitas, ex altera parte ſpecies, is qui habebit ſpeciem petet à iudice vt ſibi liceat retinere illam ſpeciem pignoris loco, donec ſibi ſatisfactum ſit. Hæc diſtinctio ſumitur ex l. ſi conuenerit. 18. de pign. act. Hæc de effectu compenſationis cum eſt admiſſa compenſatio à iudice. Sed quid ſi compenſatio admiſſa non ſit, & iudex reiecerit eum qui opponebat compenſationem, quæritur an ius quod ei competebat perierit, & ſi velit poſtea agere, ſummouendus ſit exceptione rei iudicatæ? Hæc quæſtio tractatur in l. 6. §. ſi rat. hic. multum refert quid actum ſit in iudicio, & ob quam cauſam non fuerit admiſſa compenſatio. Si iudex ob cauſam non admiſerit compenſationem, quia forte cauſa debiti non erat liquida, non quod falſo obiiceretur compenſatio, manebit ei ſalua petitio, quamuis non fuerit admiſſa eius compenſatio. Si vero ideo iudex non admiſerit compenſationem, quia videbat id debitum non eſſe, propter quod petebatur compenſatio, ſublata eſt omnis actio. Quod enim non poteſt opponere excipiendo, non poterit petere agendo. Et hinc tractatur quæſtio, ſi quis ſit excluſus ab exceptione ſua an per modum actionis poſſit id petere? Sed facile eſt id intelligere ex l. cum quæritur. de re iudicata. Videndum eſt an ſit eadem cauſa petendi, & an eadem res petatur, & an inter eaſdem perſonas agatur. Igitur ſi pronuntiauerit iudex debitum non eſſe id propter quod opponebatur compenſatio, id non poterit poſtea peti per actionem: ſed ſi reiecerit exceptionem compenſationis, quia forte liquidum non erat debitum, nihilo minus poterit id poſtea peti per actionem. Quæ diximus intelligenda ſunt præterquam in exceptis caſibus. Sunt enim quidam caſus in quibus ceſſat compenſatio, etiam ſi ſit ab vna parte debitum, ab altera creditum. Nam excipit in primis Iuſtinianus cauſam depoſiti. Si quis depoſuerit rem aliquam ſuam apud aliquem, & agat aduerſus depoſitarium actione depoſiti: cogetur ſtatim reddere depoſitum, nec vlla admittetur compenſatio. Alter caſus eſt, Si quis perperam poſſeſſionem alienam occupauerit, ex conſtit. Iuſtiniani in l. vlt. hic. Si debitum liquidum non ſit, tunc ceſſat compenſatio. Idem dicendum eſt etſi quid debeatur ſub alternatione, in caſu l. ſi debeat. 22. Quidam debet decem, aut hominem. vtrum aduerſarius volet electio eſt creditoris. Creditor contra quem agitur opponit exceptionem huius debiti, nec exprimit vtrum velit habere, an decem an hominem. Compenſatio non recipitur, quia nec petitio huiuſmodi reciperetur. Nam cum electio ſit eius, debet petere rem certam. Sic mihi hic locus intelligendus videtur, cuius ſenſum cæteri aſſequuti non eſſe videntur. De fiſco quæritur an in cauſa fiſci admittatur compenſatio? Et certum eſt fiſcum vti iure priuatorum niſi in caſibus iure ſpecialiter expreſſis, ideoq; contra fiſcum admittetur compenſatio. l. 1. C. eod. fiſcus regulariter vtitur iure priuatorum. l. item veniunt. §. in priuatorum. de petit. hæredit. Hoc intelligendum eſt cum opponitur compenſatio eius rei quæ debetur ab ea ſtatione fiſcali de qua agitur. Si autem debeatur ab alio ſtatione, id non venit in compenſationem. l. 1. C. eod. fiſcus multas ſtationes habet, & harum ſtationum mentio eſt in leg. 1. ne fiſcus rem quam vendidit euincat. Procurator fiſci qui eſt in hac vrbe aduerſus me agit: obiicio quod mihi debetur ab alia ſtatione fiſci, hæc compenſatio non admittetur. Sunt tamen aliqui caſus excepti in quibus compenſatio aduerſus fiſcum non admittitur. Hi caſus exprimuntur ſub hoc tit. in l. ob negotium. l. in venditione. in l. ideo. 17. exprimuntur etiam in l. aufertur. §. qui compenſationem. de iure fiſci. in dicta l. ob negotium. inſignis locus eſt quem explicaui libr. 1. Diſput. cap. 2. 26. in l. ideo. Is qui frumentariæ pecuniæ debitor eſt, non poteſt opponere exceptionem. l. 3. Cod. eo. *Edulitatis*. Sic legendum eſt. Budæus & Holoander *ædilitatis* legunt, quia forte non intelligebant quid ædulitas eſſet. Ego id docui in diſputationibus noſtris dicto capite. De pupillo quæritur in l. ſi tutores. C. & dicitur compenſationem admittendam eſſe etiam aduerſus pupillum.

Caſus in quibus locum non habet compenſatio.

IN TIT. XXXII. LIB. IIII. C. ET TIT. I. LIB. XXII. PANDECTARVM.

DE VSVRIS ET FRVCTIBVS, ET CAVSIS, ET OMNIBVS ACceſſionibus & mora.

Quid ſit vſura.

CAP I.

IN PRIMIS videndum eſt quid ſit vſura: vario autem definiri ſolet: ſed mihi videtur commoda eſſe hęc definitio, quam ego ſemper ſecutus ſum de vſuris diſſerens. Vſura eſt acceſſio ſortis, quam propter vſum pecuniæ à debitore creditor exigit: vt cum ego tibi do mutuo centum, & ſtipulor pro vſu huius pecuniæ meæ decem ſingulis annis. Hæc acceſſio decem, dicitur vſura. Creditor enim à debitore exigit hæc decem quæ accedunt propter vſum pecuniæ. Sed melius eſt vt ſingula verba huius definitionis explicemus. In primis dicitur in definitione, Acceſſio. Quod verbum generale eſt, & generalius eſt quam vſura, ideoque ſic inſcribitur tit. in ff. de vſur. & fructib. & cauſis, & omnib. acceſſio. Acceſſionis verbum complectitur vſuras, fructus, partus, id quod intereſt, & alia huiuſmodi quæcunque ex alio pendent & conſequuntur. Ideo vſura recte dicitur acceſſio ſortis, id eſt, ſummæ principalis. Hinc conſequens eſt quoties ad ſortem agi non poteſt, ne vſuras quidem peti poſſe, quæ ſunt acceſſoriæ. Cum non poteſt peti quod principale eſt, nec acceſſorium quidem peti poteſt. Huius rei varia exempla ſunt in l. in bonæ fidei. & in l. eos. C. eod. l. qui per colluſion. §. 1. de act. empt. & l. 4. C. depoſiti. & in l. in bonæ fidei. Cum quis mihi deberet & ſortem & vſuras, pronunciatum eſt de ſorte tantum, nihil eſt pronunciatum de vſuris: poſt rem iudicatam vſuræ peti non poſſunt quæ accedunt ſorti. Igitur cum ſors peti non poſſit, nempe poſt rem iudicatam, vſuræ peti non poſſunt. Idem dicitur in l. 4. depoſit. Idem dicitur de ſolutione ſortis in l. qui per colluſionem. §. 1. de act. empt. ſi quis ſoluerit ſortem ſine vſuris, ſorte accepta non poteſt creditor vſuras petere. ſunt enim acceſſoriæ: quare ſoluta ſorte conſumpta eſt obligatio rei principalis: ideoque quod acceſſorium eſt peti non poteſt. Simile exemplum eſt in l. eos. 27. in princ. de præſcriptione. Is qui non poteſt petere ſortem propter præſcriptionem longi temporis, ne vſuras quidem petere poteſt. Exempli gratia vt intelligatis hanc ſpeciem. Ego mutua dedi tibi centum: poſt triginta annos ſortem illam ſi petam, ſummouebor exceptione vel præſcriptione triginta annorum. Hac enim præſcriptione omnes actiones perſonales ſummouentur, l. ſicut, & l. cum notiſſimi, de præſcript. 30. ann. Sed quæritur an poſſit petere vſuras quæ cucurrerunt poſt 30. annos: nam ſingulis annis vſuræ debentur: & an vſuras poſſim petere vel decem annorum, vel viginti, vel breuioris temporis intra tempus triginta annorum? Non enim incipiunt deberi vſuræ ex quo promiſſa eſt ſors: ideo fieri poteſt vt poſt obligationem vſurarum non tantum temporis effluxerit quantum effluxit poſt principalem obligationem, quæ eſt ſortis. Sed tamen hic dicitur vſuras peti non poſſe, quia ſors peti non poteſt. *Principali enim actione.* Huic videtur alia contraria eſſe, l. cum notiſſimi. §. in iis. de præſcript. 30. annorum. Sed vt breuiter dicamus, l. cum notiſſimi. loquitur de annua præſtatione, quæ principaliter debetur, & principaliter in obligatione eſt, non autem de vſuris quæ acceſſoriæ ſunt. Exempli gratia, quidam mihi promiſit decem annua. Poſt promiſſionem elapſi ſunt triginta anni: hic quæritur an poſſim petere ea decem annua? Verum eſt lapſos eſſe triginta annos, ex quo negotium contractum eſt, ſed ex quo deberi cœperunt non tantũ temporis effluxit: ait rationem habendam eſſe ſingulorum annorum & pręſtationum. Nam illæ præſtationes annuæ principaliter debentur, non ſunt acceſſoriæ, ſicut vſuræ. Vſuræ debentur propter ſortem, & ſunt veluti ſequelæ ſortis. Vnde fit cum ſors peti non poteſt propter præſcriptionem temporis, non vſuræ quidẽ ei ſorti accedentes peti poſſunt. Sic eſt intelligendum quod dicitur in

tur in d.l. cum notiſſimi. §. in iis. Sequitur in definitione noſtra, *propter vſum.* Hoc verbum adiectum eſt vt intelligamus tunc vſuram eſſe cum aliquid exigitur pro vſu pecuniæ. Vnde nomen accepit vſura. Vſura enim ab vſu, quaſi merces & pretium vſus, quaſi ipſi pecunia locata ſit, & eius locationis nomine merces aliqua accipiatur.

Quod autem dictum eſt, propter vſum pecuniæ, videndum eſt quomodo accipiendum ſit. Nam varia eſt huius vocabuli ſignificatio. Sic pecuniam accipimus nummos & res alias quæ conſtant pondere, numero & menſura, quæ in ſuo genere functionem recipiunt, vt dicitur in l. 2. §. mutui. de rebus credit. Harum rerum nomine, quarum dominium in accipientem transfertur, debentur vſuræ. De nummis non poteſt hoc ſimpliciter accipi. Et clarum eſt ex aliis rebus vſuras præſtari. Exemplum vnum eſt in l. oleo. C. eod. *Vſuræ euſdem materiæ.* Ego tibi oleum mutuo dedi, pro vſuris ſtipulor certam quantitatem olei, hæc vſura admittitur. Quod autem dicitur in l. pro auro 26. intelligendum eſt cum aurum æſtimatum datum eſt, & chirographum de eo conſcriptum. Ex his apparet mercedem rei locatæ vſuram non eſſe. Ego tibi loco meum equum pro certa mercede, illa merces locationis vſura non eſt. Vſura enim eſt acceſſio pecuniæ, vel res quæ conſtat pondere, numero, vel menſura, cuius dominium in accipientem transferatur : quod dici non poteſt in locatione equi. Equus enim ſpecies eſt quæ non conſtat pondere, numero, aut menſura, nec transfertur equus in accipientem. Sequitur in definitione noſtra, *Creditor a debitore.* Creditorem & debitorem nos late hic accipimus, vt debitor dicatur qui ex quacunque cauſa debet, & creditor cui etiam ex quacunque cauſa debetur : licet plerunque creditor & debitor de mutuo tantum accipiatur. l. 1. de reb. credit. l. creditor. de verborum ſignificat. Hinc admonemur quod hic dicitur de vſura non tantum ad mutuum pertinere, verumetiam ad omnes alios contractus. Vſura enim debetur etiam ex venditione. l. mora. §. in bonæ fidei. ff eod. Sic ergo malim definire vſuram quam vt quidam alii definire ſolent, qui in ſua definitione mutui vel mutuationis mentionem faciunt. Sed illi mihi magis videntur definire fœnus, quam vſuram, cuius mentio crebra eſt ſub hoc titulo. Sed vſura latius patet quam fœnus. Ego vendo tibi rem aliquam meam pro certo pretio, ſi non ſoluas pretium, agam aduerſus te actione ex vendito, vt mihi ſoluas pretium, & præterea vſuras eius pretii. At fœnus de mutuo tantum dicitur. Qui ergo ita definiunt vſuram eſſe lucrum quod accedit pro officio mutuationis, fœnus definiunt non vſuram.

Sequitur in definitione, exigit. hoc verbum demonſtrat vſuram exigi poſſe in iudicio, & actionem competere ad petendam vſuram : atque ita iure ciuili vſuram permiſſam eſſe. Dubitandum non eſt, quin vſura ſit permiſſa iure ciuili, quamuis odioſa ſit, & maxime præter naturam, vt demonſtrat Ariſtot. lib. 1. Politic. Quam rationem ſecuti veteres legislatores maiorem in fœneratores quam in fures pœnam ſtatuerunt. quod facile apparet conſideranti vſum & originem nummi. Nummus enim comparatus & inuentus ad res comparandas: ad nummum alium gignendum, non eſt nummus inuentus. Vſum nummi & originem demonſtrat Vlpianus in l. 1. de contrahend. empt. infra, & Ariſtoteles dict. lib. 1. Politic. ideoque res maxime odioſa habetur, quamuis legibus noſtris permiſſa ſit, velut malum quoddam neceſſarium. Non ſolent legislatores omnia quæ honeſta ſunt præcipere, vel omnia quæ turpia ſunt prohibere. Vix poteſt ſe iuſtum & innocentem dicere qui nihil aduerſus leges peccat. Ex his quæ honeſta ſunt quædam præcipiuntur legibus, quædam turpia etiam prohibentur. Viſum eſt autem noſtris legislatoribus ſine permiſſione vſurarum non poſſe commode inter homines viui : ideoque ad certum modum legibus definitum vſuræ ſunt permiſſæ. Iure diuino an permiſſa ſit vſura, diſputant Theologi 13. quæſt. 3. & 4. vſuræ prohibitæ ſunt iure canonico. Hactenus de definitione vſuræ quæ maxime notanda eſt, ad reliquas de hac re diſputationes. Nam eſt fundamentum totius huius diſputationis. Sed in duabus quæſtionibus oſtendemus quid ſit vſura. Quæſtio eſt an antichreſis vſura ſit. l. ſi is qui bona. 11. de pignoribus. & leg. ſi pecuniam. 37. de pignoratitia actione. Antichreſis eſt cum mutuam pecuniam à te accipio, & fundum tibi do in pignus, & conuenit vt donec reddita ſit ea pecunia, eo fundo fruaris: quæritur an hic contractus vſurarius ſit ? Dubium non eſt quin ſit vſura. Hic exigitur pecunia, & fructus pro vſu pecuniæ accipitur. Hoc genus contractus eſt omnino vſurarium, atque ideo iure canonico improbatum. Nam tametſi leges noſtræ vſuras permittant, tamen iure pontificio improbantur. Et quamuis hic contractus improbetur canonibus, tamen iure ciuili valet. Vna ſpecies huius antichreſis eſt in l. ſi ea lege. C. eod.

Nummi origo & vſus.

Antichreſis quid. & an ſit vſura.

Alia quæſtio eſt de annui reditus emptione, an ſit vſura, an non ſit. Quidam indigens pecunia accepit mille à quodam & vendidit ei vel fundum vel reditum annuum ex fundo quodam, vel generaliter ex omnibus ſuis bonis : & conuenit forte vt liceat ei redimere quoties voluerit: quæritur an hic contractus vſurarius ſit ? Et videtur vſurarius eſſe, & antichreſis eſſe de qua iam diximus. Nam conuenit inter emptorem & venditorem, vt fructus percipiat creditor ex fundo interim dum debitor redemerit eum. Cur igitur non dicemus contractum eſſe vſurarium ? Sed hoc genus contractus multum ſane differt ab antichreſi, nec eſt vllo iure improbatum, ne iure pontificio quidem : eſt enim mera venditio, & omnia hic interueniunt quæcunque ad veram venditionem neceſſaria ſunt: veluti pretium & merx. Cum ego vendo tibi reditum annuum, decem aureos annuos, eſt venditio. l. pacta conuenta, de contrahend. empt. Sed videamus an conueniat definitioni à nobis traditæ. Dicimus vſuram eſſe acceſſionem ſortis quam creditor à debitore exigit propter vſum pecuniæ. Et certum eſt non conuenire verbis definitionis. Nam id lucrum quod percipitur non eſt acceſſio. Ego vendo tibi reditum annuum, decem aureos, vel fundum cuius eſt tantus reditus : tu illos fructus ſingulis annis percipis, non tanquam acceſſionem, ſed tanquam fructus rei tuæ. Nam & ſi conuenerit inter nos vt poſſim redimere quoties voluero, reditus tamen tuus eſt. In venditione non poteſt dici merx vel pretium acceſſio eſſe : neutrum alteri accedit: vtrunque æque principale eſt. Sic videtis hanc ſpeciem non conuenire verbis definitionis noſtræ, cum vſuram acceſſionem eſſe definimus. Nam emptor hic capit fructus ex re cuius dominus eſt. Sed dixerit forte aliquis, in re nihil intereſſe, ſed prætextu venditionis contractum mutui & fœnoris velari & adumbrari, & hoc eſſe verbis legis imponere non rebus. Ego reſpondeo quod cum venditur reditus annuus pro certa pecunia, puta pro mille, ſors illa nunquam repeti poteſt : alienatur omnino, ſicut in venditione cuiuſque alterius rei. Is qui accepit rem aliquam & pretium dedit, non poteſt pretium repetere. Ergo cum emitur annuus reditus, & datur pecunia tanquam pretium eius reditus, ſors illa nunquam repetitur : in mutuo vero repetitur, quoties libitum fuerit creditori. Hic videtis multum intereſſe inter contractum vſurarium, & hanc venditionem reditus annui, & longe odioſiorem eſſe vſuram, quam hunc contractum reditus annui. Eſt tamen receptum apud nos & iudicatum vt venditor poſſit recedere à contractu offerendo pretium, & ſortem quam accepit. Sic deterior eſt conditio eius qui emit reditum annuum, quam eius qui vendidit : vt merito recipiatur hoc genus contractus, tanquam publicæ vtilitati conſentaneum, & nullo modo vſurarium. Iſtud genus contractus probatur iure pontificio capit. ad noſtram, extra, de empt. & vendit. & extrauag. regimini. de empt. & vendit. Ex ea conſtitutione creditur vulgo hunc contractum ortum habuiſſe, ſed ex Nouella conſtitutione Iuſtiniani, quæ inſcribitur exemplum ſacræ formæ de vſuris, apparet fuiſſe veteribus notum. Quod diximus hos contractus probatos eſſe, intelligendum eſt niſi appareat in fraudem vſurarum annuum reditum venditum eſſe : idque ex vna coniectura æſtimatur, ex pretii videlicet exiguitate, cap. ad noſtram. de empt. & vendit. & cap. illo. de pign. Sed de pretio huius reditus nihil certum reperitur. Sed apud nos receptum eſt & iudicatum iuſtum eſſe pretium, cum vnus ſolidus annuus pro duodecim emitur. Quoties exiguum pretium magis eſt, iudicatur contractus vſurarius & non valet, vel ad moderationem reducitur pro arbitrio iudicantium. Explicata definitione vſuræ videndum eſt

Annui reditus an dici poſſint vſura.

Venditio annui reditus vnde ortum habuerit.

Quale pretium eſſe debeat annui reditus.

De cauſis ex quibus vſuræ exiguntur iure ciuili.

Cap. II.

I *De ſtipulatione.* QVod diximus vſuras iure ciuili deberi & exigi, hoc intelligendum eſt, certis tantum ex cauſis. quæ autem ſint hæ cauſæ, nunc à nobis eſt dicendum. In primis cauſa præſtationis vſuræ eſt ſtipulatio. Si is qui mutuam pecuniam dat, ſtipuletur aliquod lucrum acceſſionis nomine propter vſum pecuniæ ſuæ, propter hanc ſtipulationem vſuræ debentur & exiguntur. Sed neceſſaria eſt ſtipulatio in ſtrictis iudiciis. l. 3. Cod. eod. Debentur ex ſtipulatione ſi quis ſtipulatus fuerit: quod eſt intelligendum etiam ſine mora debitoris. Nam licet aliquando vſuræ debeantur ex mora, tamen debentur ex ſtipulatione ſine mora, ſi hoc expreſſum fuerit. l. lecta. ad finem. de rebus credit. In vſuris poteſt hoc exprimi, vt ex die interpoſitæ ſtipulationis debeantur, & pręſtentur vſuræ, licet ex eo die forte moram non fecerit debitor. Exempli gratia. Ego tibi centum dedi mihi ſoluenda intra annum: ante annum non potes dici moram feciſſe: & tamen ſi ſtipulatus fuero ſingulis menſibus pecuniam pro vſu pecuniæ meæ, eam poſſum exigere. Hæc vſura exigitur propter ſtipulationem qua cautum eſt, vt is qui pecunia vtitur, eius pecuniæ vſuras ſoluat. ex pacto autem nudo vſuræ non debentur in ſtrictis iudiciis. Si quis mutuam pecuniam dederit alicui, nec ſtipulatus ſit vſuras ſolui: ſi id tantum conuenerit pacto ſine ſtipulatione, vt vſuras præſtet debitor, non debebuntur. l. 3. Cod. eod. *Quamuis vſuræ.* Hoc ita conſtitutum eſt odio vſurarum. Vſura eſt præter naturam recepta, vt iam admonui: ideoque fit vt quamuis vſuras non reiiciamus, tamen vt veluti rem odioſam habeamus, & quaſi res nullo fauore digna ſit, vt quoties aliquid occurrit, vel dubium, vel ambiguum, vel obſcurum, id interpretemur quaſi rem odioſam & alienam à ratione naturali: Ideoque quamuis ex pacto tunc ſoleat agi ſine ſtipulatione interpoſita, cum pactum adiicitur contractui. l. iuriſgentium. de pactis. & d. l. lecta. de rebus credit. tamen hic non poteſt agi ex pacto propter odium harum vſurarum. Excipiuntur duo caſus in quibus vſuræ etiam vel ex pacto debentur. Vnus eſt in l. frumenti. 12. Cod. eodem. Quod igitur à nobis dictum eſt, debet intelligi de nummis creditis, & cum quis mutuam pecuniam numerauit debitori: de aliis autem rebus hoc intelligendum non eſt, licet in his omnibus mutuum & vſura conſiſtat, tamen quod ad effectum attinet, multum intereſt an quis dederit nummos, an vero res alias quæ conſtant pondere, numero, vel menſura. Nam ſi pecunia numerata data ſit, neceſſaria eſt ſtipulatio: Si vero frumentum, aut vinum, aut aliam huiuſmodi rem præter pecuniam numeratam datam eſſe mutuo proponatur, vſura etiam ex ſolo pacto præſtanda eſt. Sed quæritur quæ ſit ratio diuerſitatis? Ratio diuerſitatis hæc eſſe videtur, quia cum nummi mutuo dantur, ſemper eſt certum lucrum creditoris. Quicquid conuenerit, quicquid ſtipulatus ſit, certum eſt lucrum, quia certa eſt æſtimatio pecuniæ. l. nummis. de in litem iurando, & l. 1. de act. empti. Nihil poteſt euenire vt non ex eo contractu creditor aliquod lucrum acquirat: at in oleo, frumento, vino, & aliis huiuſmodi rebus idem dici non poteſt. Non enim eſt certum lucrum creditoris: imo poteſt is ex eo contractu damno affici. Exempli gratia, ego nunc tibi do centum modios frumenti mutuos, vt mihi menſe Octobri pro vſura des decem. Contingere poteſt vt quod ego tibi nunc do maioris æſtimationis ſit, quam quod à te accepturus ſum, licet à te plures modios frumenti accepturus ſim. Nam temporibus pretia rerum mutantur. l. pretia rerum. §. vltim. ad leg. Falcid. Hanc rationem nos ſumpſimus ex l. oleo. 23. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi ea lege. eod. tit.

Quando vſuræ ex pacto debeantur.

2. Alter caſus eſt in l. etiam. ff. eod. Si ciuitas alicui mutuam pecuniam dederit, etiam ſi vſuras ſtipulata non ſit, ſed tantum vſuras pepigerit eo nomine præſtari, vſuræ debebuntur ex eo pacto interpoſito ſine ſtipulatione. Ciuitates licet priuatorum hominum aliquando loco habeantur, vt dicitur in l. eum qui vectigal. de verborum ſignificatio. tamen quædam habent ſingularia. l. ciuitas. de rebus credit. Nam ciuitas ex mutuo ita demum obligatur, ſi pecuniæ mutuo datæ in eius vtilitatem verſæ ſunt. Duo hic ſingularia ſunt: vnum eſt quod hic agitur ex pacto: alterum quod non tantum ex pacto agitur, ſed etiam ad vſuras. Notandum tamen eſt quamuis ex pacto vſuræ peti non poſſint, tamen pignora poſſe retineri quæ data ſunt etiam vſurarum nomine, de quibus nulla ſtipulatio interpoſita eſt. l. per retentionem. 4. Cod. eodem titulo. Creditor qui mutuam pecuniam dedit, & quipactus eſt ſibi vſuras ſolui, eius pecuniæ nomine pignus accepit. Verum eſt ei nullam actionem ad vſuras petendas ex pacto competere, ſed tamen pignus retinere poteſt, donec ei ſolutæ fuerint vſuræ. Multo fauorabilior eſt retentio rei quam exactio, ſi quis rem non poſſideat. idem dicitur in l. pignoribus. 22. Vſuræ etiam hæ ſolutæ non repetuntur, vt dicitur in leg. 3. ex pacto enim debentur naturaliter, & naturale debitum impedit repetitionem, vt diximus ſupra, ſub titul. de condict. indebit. In condictione indebiti ſpectamus an naturale tantum debitum ſit, an non ſit. Sed ſi alii quando ſponte ſua & conſenſu vſuras debitor præſtiterit, ex ſolo pacto an ad ſolutionem earum in futurum obligabitur? Hæc quæſtio tractatur in l. creditor. 7. hic. Cod. Ego tibi vſuras præſtiti quas non debeam, quia interpoſita non erat ſtipulatio, an in poſterum poſſim cogi ad ſolutionem earum, quia aliquando eas ex conſenſu præſtiti? Dicitur me non poſſe cogi. Simile eſt quod dicitur in l. ſi certis annis. de pactis. Si certis annis præſtitum ſit quod nudo tantum pacto conuenerit dari, non ideo in poſterum præſtabitur quod certis annis præſtitum ſit ab eo qui cogi non poterat ad ſolutionem. Sed huic ſententiæ contrarium videtur quod dicitur in l. cum de in rem verſo. de vſuris. hic. Quærebatur an pater conuentus de in rem verſo actione ex contractu filii ſui, ideo teneretur ad vſuras, quia eas longo tempore præſtitiſſet. Hic dicitur, ideo ſoluendas. Ergo vſuræ debentur propter præſtationem longi temporis, etiam ſi alias vſuræ huiuſmodi ſint vt exigi non poſſint. Eſt difficilis antinomia, & vulgo dici ſolet, propter tempus non poſſe quem cogi ad vſurarum præſtationem quæ exigi non poterant, vt dicitur in dicta l. ſi certis annis. Cod. de pactis. Si tamen quis alleget titulum, præſumi ob hanc præſcriptionem & diuturnitatem temporis, eum qui petit vſuras habere titulum. Sed mihi videtur ſenſus non eſſe huius loci. Ego ſemper hoc caput interpretatus ſum, quaſi interpoſita fuerit ſtipulatio ab eo qui contraxerat cum filio. Et facile præſumitur in rem verſum eſſe, cum longo tempore vſuras præſtiterit pater. In hac enim quæſtione quærebatur, an in rem patris verſum eſſet necne. In ſequenti vero ſpecie fauor dotis exigit, vt propter longi temporis præſtationem cogatur vſuras ſoluere. Hæc de ſtipulatione ex qua diximus vſuras deberi.

Conciliatio l. ſi certis annis. ſup. de pactis. cū l. cum de in rem verſo. ff. de vſuris.

II. *De mora.* Altera cauſa vſurarum præſtationis eſt mora. Vſuræ debentur propter moram in bonæ fidei iudiciis tam directis quam contrariis, & ſi ſtipulatio nulla interpoſita fuerit, imo ne conuentio quidem vlla. l. 1. & l. in contraria. hic l. mora. §. in bonæ fidei. In contractibus bonæ fidei non eſt neceſſe ea exprimere quæ alterum alteri præſtare oportet, quamuis id tutius & conſultius ſit exprimere. Alter alteri condemnatur in bonæ fidei iudiciis, in id quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet propter latam poteſtatem iudicis in his iudiciis in quibus additur, *Ex bona fide.* Ideo fit condemnatio harum vſurarum nomine in his iudiciis, quia æquum non eſt alterius moram alteri nocere. Hoc locum habet non tantum in directis actionibus bonæ fidei, ſed etiam in contrariis. l. & in contraria. hic. l. quia tantundem. de negotiis geſtis. Tantum valet officium iudicis in bonæ fidei iudiciis, quantum in aliis nominatim interpoſita ſtipulatio.

III. *De conuentione.* Tertia cauſa præſtationis vſurarum in bonæ fidei actionibus eſt pactio vel conuentio. Nam quamuis in bonæ fidei iudiciis vſuræ debeantur ex mora, tamen ſine mora debentur, ſi id conuenerit. l. cum quidam. 16. §. ex locato. hic. Sicut diximus in mutuo deberi vſuras ex ſola ſtipulatione ſine mora, aliquando etiam ex ſtipulatione propter moram: ſic in bonæ fidei iudiciis ſi id conuenerit nudo pacto. Sed quid de ſtrictis iudiciis dicemus? An idem dicemus quod de aliis iudiciis, vt debeantur vſuræ propter moram, & à quo

à quo tempore debebuntur ? quæſtio eſt difficilis, quia ſub hoc titulo de eo nihil aperte cautum eſt. Et tamen argumento ducto ex l. videamus. §. ſi actionem. facile quæſtio hæc decidi poteſt. In ſtrictis iudiciis fructus debentur non ex tempore moræ, ſed ex tempore iudicii accepti. l. videamus. 38. §. ſi actionem. Fructus non reſtituuntur ex contractu ſtricti iudicii propter moram, ſed poſtquam lis conteſtata fuerit : ergo multo minus in ſtrictis iudiciis præſtabuntur vſuræ à tempore moræ. Nam fructuum reſtitutio non eſt tam odioſa quam vſurarum præſtatio. Quod autem diximus id expreſſum non eſſe, nec aperte definitum iure ciuili, id ideo dixi, quia l. lite conteſtata. 35. mihi videtur alio ſenſu accipienda eſſe. *Lite conteſtata vſuræ currunt.* Primum Iuriſconſultus non videtur loqui de ſtrictis iudiciis. nam loquitur ſimpliciter. ſed alius eſt ſenſus horum verborum, id eſt, curſus vſurarum lite conteſtata non interrumpitur. l. 1. Cod. de iudic. Sic eam legem interpretatus ſum in interpretatione l. ita ſtipulatus. de verbor. obligat. Non dicit à lite conteſtata vſuras deberi incipere, ſed dicit non deſinere vſuras deberi propter litem conteſtatam. Quæri ſolet quid dicendum ſit de fideicommiſſis & legatis, & an ex legatis & fideicommiſſis debeantur vſuræ à tempore moræ, an à tempore litis conteſtatæ ? Et breuiter exiſtimo, idem dicendum eſſe de legatis & fideicommiſſis quod de actionibus bonæ fidei. Licet enim actio qua petitur legatum aut fideicommiſſum ſtricti iudicii ſit, tamen quadantenus ſimilis eſt bonæ fidei iudiciis : & de vſuris & aliis acceſſionibus hoc ſatis expreſſum eſt, l. in minorum. Cod. in quibus cauſ. reſtit. in integr. Id etiam mihi ſatis expreſſum videtur in l. 3. hic. vbi mihi videtur dici ex legatis & fideicommiſſis vſuras deberi à tempore moræ. Sed difficultas oritur ex l. 1. & 2. C. de vſur. legat. & fideicommiſ. Hic dicitur vſuras deberi ex tempore litis conteſtatæ. Sed hæc pugnantia non ſunt, nec recte ducitur argumentum ex l. 1. & 2. de vſur. leg. ad conuellendam noſtram opinionem, quæ etiam vulgo recepta eſt. Si exigatur vſura ex tempore interpellationis & moræ, multo magis ex tempore litis conteſtatæ. Sed inepti ſunt qui à contrario ſenſu ex his reſponſis argumenta ducunt, quæ facilius admittuntur in l. aliqua generali, & conſtitutione promulgata : etſi reſcripta principum nunc autoritatem legum habeant. Propoſitum enim fuit imperatori litem conteſtatam eſſe, quamuis dicat l. C. in l. 3. raro perueniri ad iudicem, tamen hoc interdum fiebat. Hinc multæ quæſtiones tractantur de mora, quia diximus propter moram vſuras deberi : & ſic inſcribitur titulus. De vſuris & fructibus & cauſis & omnibus acceſſionibus & mora. Plæraque capita leguntur ſub vtroque titulo de mora. Sed hunc locum plene tractauimus in tractatu de verb. obligat. in d. l. ita ſtipulatus, & aliis. Quædam etiam capita huius tituli pertinent ad oblationem, & an oblatione ſiſtatur cauſa vſurarum. Vt in l. ſi creditrici. l. ex prædiis. l. acceptam. C. hic. & l. creditor. l. tutor. §. Lucius. hic. l. ſi per te. C. eodem. Sed hæc omnia tranſmittemus quaſi ante paucos menſes à nobis ſatis explicata : ideoque ea non repetemus. Proximus locus eſt huius tituli,

Ad l. lite conteſtata.

De legatis & fideicõmiſſis.

De modo & quantitate vſurarum.

Cap. III.

Diximus ſupra vſuras iure ciuili permiſſas eſſe certis ex cauſis ad certum modum : de eo modo & quantitate nunc videndum eſt. Hic modus vſurarum definitus eſt à Iuſtiniano in conſtitutione ſua. l. eos. §. 1. Hac conſtitutione Iuſtinianus derogat pleriſque veteribus legibus, vt ipſe teſtatur. Ideoque ſequenda eſt hæc Iuſtiniani conſtitutio. Lege duodecim tabularum olim cautum fuerat ne quis excederet vnciarum fœnus, vt refert Cornelius Tacitus libro 1. His omnibus abrogatis legibus Iuſtinianus hoc de modo vſurarum ſtatuit. Permittit illuſtribus perſonis trientes vſuras, id eſt, tertiam partem centeſimæ vſuræ ſtipulari. Negotiatoribus permittit beſſem, id eſt, octo vncias : ſemiſſes permittit cæteris. In traiectitiis pecuniis permittit centeſimam vſuram. Sed paucis explicandum eſt in gratiam Tyronum quid ſit centeſima vſura. Centeſima vſura dicitur cum ſoluitur centeſima pars ſortis ſingulis menſib. Veteres olim ſolebant vſuras ſtipulari in ſingulos menſes non in ſingulos annos. l. lecta. de reb. credit. & l. centeſimis. de vſur. & centeſimo menſe ſortem æquat hæc centeſima. Hodie ſecundum morem noſtrum poſſumus vocare centeſimam vſuram, cum pro centum ſingulis annis exiguntur duodecim. Si quis velit intelligere quæ ſit vſura triens, quadrans, ſemiſſis, & bes, id facile intelligere poteſt, eo cognito quid ſit centeſima vſura. Nam aliæ omnes vſuræ appellationem ſuam accipiunt à centeſima vſura. Nam ſemiſſis vſura eſt cum ſoluuntur ſex ſingulis annis. Semiſſis eſt dimdia pars centeſimæ vſuræ. Triens vſura eſt, tertia pars centeſimæ, cum ſoluuntur quatuor pro centum ſingulis annis. Bes ſignificat octo vncias, id eſt, cum ſoluuntur octo pro centum ſingulis annis. Vnciaria vſura eſt leuiſſima, cuius mentio eſt in l. litium. de adminiſt. tutor. Illa eſt cum ſoluitur vnum pro centum ſingulis annis. Vetitum erat lege duodecim tabularum, ne quis excederet vnciarum illud fœnus. Quadrans vſura eſt, cum ſoluuntur tria ſingulis annis. Cum ergo quæritur quæ ſit quantitas vſurarum lege definita, diſtinctio perſonarum adhibenda eſt, quæ hic extat in conſtitutione Iuſtiniani, dict. l. eos. quia illuſtribus perſonis vt diximus, permittat trientes vſuras ſtipulari, id eſt, 4. pro 100. ſingulis annis. Permittit artificibus maiorem vſuram, quia magis eorum intereſt quam illuſtrium : nam ſi artifices negotiantur & fœnus exercent ex pecunia ſua : cuiuſmodi ſunt argentarii, quorum mentio eſt in Nouella Iuſtiniani conſtitutione de naut. vſur. In traiecticiis pecuniis & nauticis de quibus dicemus ſub titul. de naut. fœnore, id eſt, cum quis pecuniam mutuam dat periculo ſuo, trans mare vehendam, exigitur hic maior vſura propter periculum quod ſuſcipit creditor : ideoque licet vſuram centeſimam ſtipulari, nec licet eam excedere, licet veteribus legibus id conceſſum fuerit : de hoc ſcripſi lib. 2. diſputat. cap. 2. Aliquando hunc locum de illuſtribus perſonis adduxi cum diſputarem de gradibus dignitatum.

Cẽteſima vſura quid.

Semiſſis vſura.

Triens vſura.

Bes vſura.

Vnciaria vſura.

Quadrãs vſura.

Super illuſtres Accurſius & cæteri omnes Accurſiani addunt, & faciunt quinq; genera dignitatum, cum tantum quatuor ſint. Hi errorem ex hoc loco ſumpſerunt, vbi dicitur, *Illuſtribus perſonis, ſiue eas præcedentibus.* Sed hoc dictum eſt propter conſules & patricios. Nam erat maior eorum dignitas, vt ad ſcriptitium vllum titulum deſiderarent. Iuſtinianus in Nouel. conſtitutione de naut. fœnore ait, ſe idem conſtituiſſe de argentariis quod de aliis negotiatoribus qui ergaſteriis præſunt. *Vel ſpecierum fœnori dationibus.* Hic videtur Iuſtinianus exprimere duos caſus ex quibus permiſſa ſit centeſima vſura. Primum in traiectitiis pecuniis, cum quis mutuam dat pecuniam trans mare vehendam periculo ſuo. Secundum cum ſpecies aliqua datur fœnori, vt cum vinum, oleum, frumentum datur mutuo. Iam diximus multum intereſſe an pecunia numerata detur mutuo, an vero alia res quę cõſtat pondere, numero, vel menſura. Nam multo eſt fauorabilior acceſſio vini, frumenti, & huiuſmodi rerum, quæ petuntur ex mutuo quam quæ ex pecunia numerata, propter incertum lucrum & pretium earum huiuſmodi rerum quæ pretium mutant pro varietate temporum & locorum, vt dicitur in l. pretia rerum. ad legem Falcidiam. §. vltim. Et certum eſt ante hanc conſtitutionem Iuſtiniani permiſſas fuiſſe maiores legitimis vſuras exigere ex fœnore harum ſpecierum, vt apparet ex l. oleo. Additamentum ſignificat, vt ſi aliquid addatur legitimo vſurarum modo, id exigi poſſit. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi ea lege. 16. An tunc vſura ſit & contractus vſurarius, cum conuenit vt creditor percipiat fructus pro vſuris, quæ dicitur antichreſis eſſe? Et dicendum eſt non idem de hac antichreſi iudicandum eſſe. Hoc intelligendum, cum data eſt ſpecies, & creditor eſt ſtipulatus ſpeciem : alioquin non licebat olim excedere legitimum modum vſurarum. l. cum non frumentum. Cod. hic. Species eſt huiuſmodi, Ego tibi dedi pecuniam numeratam, & conuenit vt pro ea pecunia mihi ſoluas certam quantitatem frumenti : ſi ea quantitas excedat legitimum modum vſurarum, exigi non poterit. Notandum igitur eſt, non licere excedere legitimam vſuram ex quacunque cauſa, etſi traiectitia pecunia ſit. Sed difficultas naſcitur ex conſtitutione Iuſtiniani de agricol. Nouel. eſt 32. in aliis inſcribitur null. creden. agric. Iuſtinianus eam

Nov.

conſtitutionem edidit aduerſus eos qui fœnerantes agricolis ruſticis eos omnibus fortunis ſpoliabant. conſtituit enim modum vſurarum quæ à ruſticis agricolis exigi debeant. Et ait, ſi frumentum eis mutuo datum ſit, non poſſe exigi vltra octauam partem in anno. Si vero eis mutuo data ſit pecunia, non poſſe exigi niſi vnam ſiliquam pro ſolido. Octaua autem pars excedit centeſimam, & tamen dicit ſe velle exonerare, & leuare agricolas, cum tamen eos grauat ea conſtitutione. Sed facile ego iis aſſentior, quibus ille locus eſt ſuſpectus, vbi legitur, octauam partem. Certe videtur corruptus eſſe: & facilis eſt lapſus in numeris. Nam credibile eſt vigeſimamquartam pro octaua adſcriptam eſſe à Iuſtiniano: ſicut in mutua pecunia dicitur, cum vult ſiliquam exigi pro aureo vel ſolido. Siliqua eſt vigeſimaquarta pars ſolidi vel aurei. Præterea quænam eſſet tanta ratio diuerſitatis inter pecuniam & frumentum? Ego nihil poſſum aliud vobis afferre antequam emendatiores codices conſuluero.

Ex his quæ diximus naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. ſi ea pactione. 14. Cod. eodem. Quidam mutuam pecuniam dedit, pro vſuris pactus eſt vt ſibi liceret domum quandam inhabitare: is ea domo vſus eſt, & habebat eam habitationem ob vſum pecuniæ à ſe creditæ. is petit pecuniam creditam. Obiicitur ei vſuram legitimum modum excedere, & ſi ineatur æſtimatio mercedis, qua mercede potuit ea domus locari, eam mercedem excedere legitimum modum vſurarum. Hic quæritur an eius æſtimationis ratio habenda ſit? Hic reſcribit Imperator referri quæſtionem minime oportere, & rationem adfert, *Licet enim maiore ſorte, &c.* Hic benignius interpretatur Imperator contentionem de habitatione domus pro vſuris: quia videtur hoc ad quæſtum non pertinere. Animaduertit enim creditorem eam domum non locare, ſed potius eam domum ipſum inhabitaſſe: ideoque licet creditor maiori mercede eam domum locare potuerit, non ideo tamen illicitum fœnus contraxit, ſed vilius conducta habitatio videtur. Sed hinc obiter notandum eſt, vſurarium contractum eſſe cum quis paciſcitur, vt pro pecunia quam mutuam dat liceat ſibi vti re aliqua debitoris. quod tamen aliqui non putant, & hic locus oſtendit contractum eſſe vſurarium qui iure pontificio prohibitus eſt. Ex his igitur quæ diximus apparet non licere modum legitimum vſurarum excedere in ſtipulatione vſurarum, vel actione. Si quis autem eum modum qui lege eſt definitus exceſſerit, quod extra legem adiectum eſt, pro non adiecto habetur. Sic enim intelligendum eſt. Totus enim contractus non improbatur, quia lege definitus modus vſurarum ſeruatus non eſt, ſed id in quo exceſſit creditor pro non adiecto habetur, vt dicitur in l. eos. Cod. hic. nulla actione poterit ſuperfluum petere. Hoc eſt etiam expreſſum in l. 20. & l. 29. hic. Poteſt peti ſors, licet vſuræ legitimum modum excedentes non petantur, & quod illicite adiectum eſt habetur pro non adiecto, & vſuræ licitæ, id eſt, quatenus non excedunt legitimum modum exiguntur. Idem dicendum eſt, & ſi quis quicquam ſtipulatus ſit in fraudem vſurarum. Nihil enim refert an quis vſuras ſtipulatus ſit intra modum lege definitum, an vero pœnam ſtipulatus ſit in fraudem vſurarum: veluti cum ſibi quis licere non videret vltra modum lege definitum vſuram ſtipulari, recurrit ad pœnam, quia de pœna legibus nihil cautum eſſe intelligebat. l. pœnam. 45. hic. Poſſumus vſuram pro pœna ſtipulari, & pœnam pro vſura: ſed hoc, modo nihil fiat in fraudem legis quæ modum definit vſurarum exactioni. Eodem pertinet quod dicitur in l. cum allegas. Cod. eodem. Quidam mutuam pecuniam ſumpſit ea lege vt ſi intra certum diem non ſolueret, redderet eam cum pœna quadrupli. Ait, *iuris forma.* Videndum eſt an hæc pœna excedat legitimum modum vſurarum. Nam ſi excedat modum legitimum vſurarum, peti non poterit: alias facile fraus fieret legitimo vſurarum modo. In omnibus autem his exemplis videndum eſt num in fraudem vſurarum adiecta ſit pœnæ ſtipulatio, vt Accurſius etiam & cæteri hoc in loco admonent. Nam vſuræ debentur propter quantitatem. cum autem pœna adiicitur facto vel dationi ſpeciei alicuius, aliud dicendum. Nam facile non eſt præſumendum tunc pœnam adiectam eſſe in fraudem vſurarum: quia vſuræ ex his cauſis non debentur. Vſura enim eſt vel nummorum tantum vel aliarum rerum quæ conſtant pondere, numero, vel menſura. Hæc ad interpretationem l. eos de modo vſurarum. Quibus addendum eſt, interdum accidere vt ne legitimæ quidem vſuræ exigi poſſint, quamuis modus definitus ſit vſurarum exactionis, ſecundum conditionem perſonarum quæ vſuras exigunt, quia fit aliquando vt non liceat vſuras ad legitimum modum petere. Exemplum vnum eſt, cuius mentio eſt in variis locis vtriuſque tituli tam Cod. quam ff. Si quis ſtipulatus ſit maiores vſuras, & exegerit minores longo tempore, is vſuras quas ſtipulatus eſt, quæ maiores ſunt exigere non poteſt. l. quamuis. & l. aduerſus. Cod. Quidam ſtipulatus eſt vſuras ſemiſſes, non excedit modum lege definitum: & leuiores vſuras, puta quadrantes vel trientes exigit: nunc petit ſemiſſes ex ſtipulatione. Debitor ait tacite actum eſſe ne ſemiſſes petantur, ſed trientes tantum, vel quadrantes, quia certis annis vſuras trientes accepit creditor loco ſemiſſium vſurarum. Ergo ſubmouebit eum exceptione taciti pacti. Idem in l. quamuis. Cod. eodem titulo. Nos facile interpretamur vſuras eſſe remiſſas propter odium vſurarum. Nam cum hoc genus acceſſionis præter naturam ſit, vt dixi, facile contra vſuras fit interpretatio, vt credatur is qui longo tempore minores vſuras exegit, maiores quas ſtipulatus erat remiſiſſe. Similis locus eſt in tit. ff. l. cum quidam. §. Diuus. & l. qui ſemiſſes. & l. 6. Quamuis propter interuallum temporis non debeantur vſuræ, vt iam diximus ex l. cum de in rem verſo. eam enim legem dixi accipiendam eſſe de vſuris quæ ſtipulatione promiſſæ ſunt.

Præterea quæ iam diximus, alia quædam iura circa moderationem vſurarum conſtituta reperiuntur. Non enim ſatis viſum fuit iuris auctoribus quantitatem definire ad quam vſque licitas vſuras ſtipularemur: ſed præterea quædam conſtituerunt de quibus nunc dicemus. At in primis, vt vſuræ vltra duplum non exigantur. Hoc ius multum differt à conſtitutione Iuſtiniani. Nam & ſi quis ſtipulatus ſit intra legitimum modum vſurarum, puta ſi quis ſtipulatus ſit ſemiſſes vſuras, tamen ſi tantum exigatur huius fœnoris nomine, vt excedat duplum ſortis, nihil amplius peti poteſt. Hoc expreſſum eſt in l. ſi non ſortem. §. 1. de condict. indebiti. Et ſi ſolutæ fuerint vltra duplum non retinentur, ſed repeti poſſunt, quia omnino ſunt indebitæ vltra duplum. Veluti ſi quis ſtipulatus ſit centeſimam vſuram, quę centeſimo menſe exæquatur ſorti: poſt centeſimam menſem nihil amplius petere poterit. dict. leg. ſi non ſortem. §. 1. Plutarchus in Lucullo ſcribit hoc primum à Lucullo conſtitutum eſſe. Nam cum multa alia iura de vſurarum moderatione conſtituta eſſent, tandem hoc conſtituit Lucullus, vt vltra duplum ſortis vſuræ exigi non poſſint. Hinc naſcitur quæſtio tractata in l. vſuræ. 10. Cod. eod. hoc caput habetur difficillimum: ideo attendite: varia enim eſt lectio huius capitis. *Ad l. Vſuræ. 10. C. eod.* Vna eſt affirmatiua, altera negatiua. Quidam ita legunt, *Tunc enim vltra ſortis ſummam vſuræ exiguntur.* alii ita, *Tunc enim vltra ſortis ſummam vſuræ non exiguntur.* Et ſic in Noricis codicibus legitur: quam lectionem ſequutus eſt Alciatus, alia reiecta, quam ait obſcuraſſe hunc contextum qui alioquin perſpicuus, & clarus erat. Ego autem vtranque ſententiam defendere ſolitus ſum, vt veram & ſententiæ Iuriſconſultorum conſentaneam: vt ergo intelligamus verum ſenſum huius loci, ponenda eſt ſpecies de qua dubitatum fuit, propter quam dubitationem hoc ita fuit conſtitutum. Quidam ſtipulatus eſt vſurarum centeſimam, id eſt, pro centum ſtipulatus eſt duodecim ſingulis annis, vel vnum ſingulis menſibus. Vnum aureum exegit vſque ad centeſimum menſem: poſt centum menſes pergit vſuras exigere. Reus debitor ait ſe nihil amplius vſurarum nomine debere, quia ad duplum vſque ſortis ventum eſt, & leges vetare vltra duplum ſortis vſuras exigi. Creditor autem ait eo tempore quo agit, ſummam quam petit non excedere duplum ſortis, & ait legem intelligendam eſſe de quantitate vſurarum quæ excedit ſortem tempore ſolutionis. Exempli gratia, ſi fuerit ceſſatum vltra centum menſes in ſolutione vſurarum, & totas eas vſuras petam, non poſſum eas petere vltra duplum:

plum: quæritur ergo quomodo accipienda ſit lex vetus, qua cautum eſt ne vltra duplum vſuræ petantur. Hic Imperator ait, ſic eſſe intelligendam eam legem, quaſi accipienda ſit de vſuris non per tempora ſolutis, ſed quarum quantitas excedit ſortem tempore ſolutionis. Rationem adfert. Primum videtis quomodo lectio affirmatiua quæ vulgo recepta eſt, intelligenda ſit, & quomodo conueniat verbis antecedentibus. *Tunc enim vltra ſortis ſummam vſuræ exiguntur.* His verbis interpretatur veterem legem de duplo, de eo qui exigit vſuras vltra ſortis ſummam, id eſt, vltra duplum pretii. Is demum dicitur exigere vſuras vltra duplum, cum tempore ſolutionis quantitatem petit vſurarum nomine quæ tempore ſolutionis excedit ſortem. Lex quæ lata eſt aduerſus eos qui exigunt vſuras vltra duplum, ad hanc ſpeciem non pertinet: nam in ea lege ii dicuntur exigere vltra duplum, cum tempore ſolutionis ea ſumma quæ exigitur, eam computationem excedit. Hoc modo intellecta hæc lectio mihi non videtur incommoda. Addamus negationem, quam addidit Haloand. *Vſuræ non exiguntur quoties.* Homonymia huius verbi & ambiguitas explicanda eſt. Verbum *exigere,* nunc ad factum refertur: ſupra refertur ad ius. *Non exiguntur,* id eſt, non poſſunt exigi. Lex quæ vult non exigi, id eſt, non debere exigi vſuras vltra duplum, intelligenda eſt cum tempore ſolutionis ſumma quæ exigitur, excedit eam computationem. Hæc eſt clara & ſimplex interpretatio, ni fallor, huius loci. Alii qui acutiores cæteris ſunt iudicio ſuo nouum ſenſum excogitarunt, nec potuit eis placere hæc noſtra interpretatio, cum abſurdum putent particularem ſolutionem non computari in duplo. Aiunt, nihil poſſe abſurdius hoc dici: non perſpexerunt rationem tam diuerſi iuris: ideo forte quia experientiam rerum & negociorum, quę verſantur inter homines, non habuerunt.

Extat apud nos conſtitutio quædam inter regias conſtitutiones, quæ huic omnino ſimilis eſt, & quæ eandem omnino rationem habet, videlicet conſtitutio de reditibus hypothecariis, de quibus iam ſupra diximus: hi reditus hypothecarii affines ſunt & perquam ſimiles vſuris, licet ab vſuris differant. Cautum eſt illa lege regia, vt illi reditus hypothecarii vltra quinquennium exigi non poſſint, ſi diu ceſſatum fuerit in ſolutione redituum, vt ita reditus illi excedant quinquennium. Exempli gratia, ſi toto forte decennio ceſſatum eſt, & is cui debentur petit decem annorum reditus. Obiicitur præſcriptio quinquennii per legem regiam, ne liceat ei vltra quinque annos penſionem, & reditum exigere, ſi nihil petierit: & tamen ea lex non prohibet quin petat reditum ſingulis annis vſq; ad decem annos vltra quinquennium: ita vt reditus illi vltra quinquennium ſoluti non proficiant reo. Sed ſi tempore ſolutionis reditus illi excedant quinquennii penſiones, vltra quinquennium non poterit petere. Ratio diuerſitatis eſt, quia plerunque accidit vt creditores non exigant reditus ſibi debitos, vt tandem miſeros debitores & obligatos mergant, & eos poſſeſſionibus ſuis ſpolient, cum non exigitur ab eis ſingulis annis vt conuentum eſt. Quod non procedit cum ſingulis annis reditus & penſio petitur. Tametſi autem ratio inter hæc diuerſa ſit, tamen Iuſtinianus odio vſurarum & fœneratorum alia quadam conſtitutione ſua hanc legem abrogauit, & voluit vt vſuræ per tempora ſolutæ computentur in duplo, & proficiant reo ad dupli computationem. Hoc conſtitutum eſt in nouel. 138. Addendum eſt igitur huic legi, hoc abrogatum eſſe omnino, nec hodie diſtingui vſuras quæ per tempora ſoluuntur ab aliis. Alia eſt conſtitutio Iuſtiniani in leg. penul. hic. qua lege hanc conſtitutionem extendit ad conſtitutionem de qua iam diximus de duplo vſurarum. Fraus fieri ſolebat à fœneratoribus, ita vt facile ea lex eluderetur. Nam accipiebant pignora & retinebant, donec ſibi ſolutæ eſſent omnino vſuræ, etiam vltra duplum ſortis. Lex non permittebat petere nec etiam petebant: ſed retinebant pignora donec ſibi ſolutæ fuiſſent vſuræ. Cum igitur videret hac ratione fraudari legem, hoc conſtituit. *Quod & in bonæ fidei iudiciis.* Lex loquitur de eo qui vſuras ſtipulatur ex mutuo, vt eas vſuras non poſſit petere vltra duplum. Quid dicemus de eo cui debentur vſuræ ex iudicio bonæ fidei, vt ex emptione? & Iuſtinianus ait, etſi vſuræ debeantur ex mora, eas non poſſe exigi vltra duplum. Idem dicitur in l. eos. Quæ lex definit modum vſurarum. Nam ea lex pertinet etiam ad bonæ fidei iudicia. Præterea Iuſtinianus tantum produxit quod de duplo hic dicitur alia conſtitutione ad id quod intereſt. Dubitatum fuit apud veteres an id quod intereſt poſſet perpetuo exigi ſine vlla præfinitione: vt exempli gratia, Ego tibi vendo rem pro certo pretio, quam tibi tradidi, pretium non ſoluis, ago aduerſus te, & peto id quod mea intereſt. Nam ſi fundum tibi non tradidiſſem, potuiſſem tot fructus percipere. Conſtitutum eſt à Iuſtiniano, vt quod petitur eius quod intereſt nomine non poſſit duplum excedere. Aliud ius eſt de vſuris vſurarum, ne vſuræ vſurarum exigantur, l. placuit. 29. ff. eod. Idem dicitur in l. ſi non ſortem. §. ſupra duplum. de condict. indeb. adeo vt ſi ſolutæ fuerint repetantur tanquam indebitæ per condictionem indebiti. Id etiam colligi poteſt ex definitione vſuræ quam ſupra tradidimus. Vſura eſt acceſſio ſortis. Ex hoc apparet pro ſorte tantum vſuram exigi poſſe, non etiam pro vſuris. Sors eſt, quod Græci κεφάλαιον vocant, & qui vſuras vſurarum exercet improbus habetur, & notatur infamia, l. improbum. Cod. ex quibus cauſ. not. infam. Quod adeo verum eſt, vt ſi iudex aliquem condemnauerit in vſuras vſurarum, ea ſententia ipſo iure nulla ſit, l. præſes. de re iudic. Ratio huius iuris videnda. Probabiliter forte dici poſſet, non minus ſortis quam vſurarum vſuras exigi poſſe. Vſuræ enim exiguntur propter vſum pecuniæ: ergo qui vſuris pecuniæ vtitur ad vſuras pendendas, earum vſurarum teneri videtur. Sed viſum eſt hoc perniciosum reipublicæ, quia in infinitum creſcerent, & fruſtra definitus eſſet modus vſurarum ſi hoc permitteretur. Idem dicitur de fructibus. Non debentur vſuræ fructuum, l. neque. Hic vſuræ loco fructuum cedunt, & locum fructuum obtinent: vſuræ acceſſionum non debentur, ſed vſuræ ſortis tantum. Quod diximus verum eſt, etſi vſuræ præteritæ conuerſæ ſint in ſortem, & eius ſortis renouatæ vſuras ſtipulatus ſit fœnerator. Si quis ne contra legem vſuras vſurarum exigere prohibentem conuertat in ſortem vſuras præteritas, quaſi vſuræ ſolutæ ſint, & rurſus data ſit ſors mutuo veteri debitori breui manu, hæc fraus, hoc conuentum, non poteſt creditori prodeſſe, vt vſuras vſurarum exigat: quod videbatur olim conſtitutum. Nam ſi liceret illas vſuras pręteriti temporis debitas in ſortem conuertere, & eius pecuniæ vſuras exigere, eluderetur illa lex quę prohibet vſuras vſurarum exigi, & imponeretur rebus non verbis legis. Eſt interpretatio communis legum de qua in l. 2. Cod. commun. de legat. Similis eſt conſtitutio Iuſtiniani de vſuris rei iudicatæ, l. 2. Cod. de vſur. rei iudic. Poſtremo notandum eſt quoſdam eſſe caſus in quibus ne ſortis quidem vſuræ præſtantur & exiguntur. Hæc pertinent ad vniuerſum tractatum, & ad id quod ab initio propoſitum eſt vſuras deberi certis ex cauſis. Excipitur enim in primis fiſcus, in l. cum quidam. §. fiſcus. hic: nam fiſcus ex ſuis contractibus vſuras non debet, niſi ſucceſſerit in locum priuati hominis. Veluti quia hominis priuati bona confiſcata ſunt: tunc enim vſuras debet. Eſt locus communis de fiſco notandus & referendus inter iura ſingularia fiſci. Nam alias fiſcus iure priuatorum vtitur, l. item veniunt. §. in priuatorum. de petit. hæred.

Secundus caſus eſt in l. liberalitatem. 16. hic. Si quis liberalitate ductus aliquid reipublicæ donauerit, & ex eo contractu aduerſus eum agatur: cogetur quidem præſtare id quod promiſit, vſuras tamen eius pecuniæ quam promiſit non debet. Videtur contrarium eſſe quod dicitur in l. cum quidam. §. vltim. hic. Quidam legauit imagines Reipublicæ: qui ſi expreſſerit diem intra quem illæ imagines collocentur, poſt diem illum expreſſum poſſunt vſuræ ab eo peti. Verum ſi non expreſſus ſit dies à Præſide, dies ſtatuendus eſt, & niſi intra illum diem poſuerint, hæredes præſtabunt vſuras. Idem dicendum eſt in l. ſi legatum. de oper. public. hic loquitur Iuriſconſultus de liberalitate in rem publicam facta, & tamen vſuræ præſtantur. In alia lege dicitur non præſtari. Sed in hac poſteriore ſpecie ratio ſatis perſpicua eſt propter quam vſuræ exiguntur. Cum enim quis teſtamento legauit imagines, hæredes qui contra voluntatem defuncti non ponunt, æquum eſt eos aliqua pœna puniri, nec libe-

rentur pecuniam dando, ſed pro pœna præſtent vſuras. Sed cum quis conuenitur ex liberalitate ſua, humanitas ſuadet vt vſuræ non exigantur ab eo, ne egenus fiat, l. ad hæreditatum. ff. de re iudic. Sed aliud eſt cum hæredes non parent voluntati defuncti. Hæc enim contumacia meretur vt vſuras præſtent. Sic igitur hæc ſunt concilianda, vt generi per ſpeciem derogetur. Vna harum legum generalis eſt, ſcilicet prior: altera ſcilicet poſterior, ſpecialis, quæ derogat generali legi ſua exceptione.

IN TIT. II. LIB. XXII. PANDECTARVM.

DE NAVTICO FOENORE.

De hoc nautico fœnore nos aliquid diximus in interpretatione l. eos. C. de vſur. ſed quia ſingularia quædam præcepta habet, viſum eſt iuris auctoribus ſeparatim titulum proponere. Nautica pecunia eſt, cum quis mutuam pecuniam dat trans mare vehendam, traiiciendamue periculo ſuo.

Singularia huius fœnoris.

I Primum eſt, quod huius pecuniæ creditæ periculum eſt creditoris. Nam alias in mutuo periculum eſt debitoris non creditoris, l. incendium. C. ſi cer. pet. l. in ratione. §. incertæ. ad leg. Falcid. Incendium ære alieno non eximit debitorem. Si tu mihi centum debeas, ea res eſt incerta: ſcilicet genus: ſi ergo perierit tua pecunia non liberaberis, quia certa pecunia periit, non illa centum quæ mihi debes. Res incerta non poteſt perire. Si ergo nauis non venerit ſalua in portum, nec vſuræ nec ſors peti poterunt, l. 1. hic. & l. 1. C. eod. tit. hic eſt periculum creditoris. Multum refert quomodo lex dicta ſit de hoc periculo, an pro commeatu tantum, an pro remeatu. Refert enim quid actum ſit, cautumque inter contrahentes. Vnde vulgaris eſt diſtinctio huius vſuræ apud veteres. Quod autem dictum eſt periculum creditoris eſſe, hoc eſt intelligendum modo re vera traiectitia pecunia ſit, l. 2. hic. Præterea oportet nauigatum eſſe eo tempore quo conuenit vt nauigaretur. l. 3. hic. Abunde hoc à nobis explicatum eſt in l. Qui Romæ. §. Callimachus. de verb. oblig. Nam ſi nauigatum ſit alio tempore quam conuentum eſt, tunc periculum creditoris non eſt. Amiſſa igitur naue, nulla datur creditori actio neque ad ſortem neque ad vſuras, nec hypothecaria quidem datur, quamuis pignora aliqua ſalua ſint. Finita enim principali obligatione finitur acceſſoria, ſicut eſt pignoratitia, l. fœnerator. 7. Qui dedit pecuniam mutuã mari transferendam ſuo periculo, curauit ſibi obligari merces vnius nauis, & etiam alterius forte: tamen maioris pretii erant ea pignora quæ dabantur fœneratoribus. Nam forte vnius nauis pignora ſufficiebant ad ſatisfaciendum creditori. Si ergo illa nauis perierit, an habebit hypothecariam actionem ad alteram nauem? Dicitur non habere, quia ratio non permittit vt cum principalis obligatio non exiſtit, acceſſoria, ſcilicet hypothecaria, actione poſſit agi. Quod autem diximus, ſi nauis perierit, periculum eſſe creditoris, hoc intelligimus ſi caſu perierit. l. 3. C. eod. non ſi nauis publicata vel confiſcata ſit propter merces illicitas quæ vehebantur. Nam merces confiſcantur & publicantur vt diximus ſub tit. de public. & vect. & dicemus latius ſub tit. de empt. & vendit. infra. Tunc debitor tenetur non ſolum ad ſortem, ſed etiam ad vſuras. Alte-

II rum ſingulare in nautico fœnore eſt quod propter hoc periculum quod ſuſcipit creditor, maior vſura exigitur quam legitima, vt diximus in dict. l. eos. Nam permittitur exigere duodecim pro centum ſingulis annis, quamuis alias centeſima permiſſa non ſit: ſed exigitur propter periculum quod ſuſcepit, l. periculi pretium. hic. Dicit Iuſtin. *Veteribus legibus erat conceſſum.* His verbis ſignificat ſe abrogare veteres leges. Carol. Molinæus qui de vſuris erudite ſcripſit, ait paulo vltra centeſimam exigere licere. Ego autem puto nullum modum diffinitum eſſe, niſi quod non poſſit exigere vltra duplum ſortis. *Pecunia enim traiectitia infinitas vſuras capit.* Verba ſunt Pauli lib. 2. ſenten. Hæc autem vſura exigitur quandiu periculum eſt creditoris, vel ſi ſuſcepit, ſed deſiit eius periculum eſſe, tunc exigitur vſura, ſed non maior legitima. Sic videtis tempore Papiniani nullum modum definitum fuiſſe vſuræ traiectitiæ, cum dicat, maior legitima. In aliis vero caſibus erat modus certus & definitus. Hæc vſura vltra duplum non debetur. Nam ſi ſic ſolutum fuerit vel ſingulis annis vel ſingulis diebus, ita vt ſolutio peruenerit ad duplum ſortis, non poteſt amplius exigi, l. ſi non ſortem. de condict. indeb. & l. vſuræ. C. de vſu. Huc pertinet quod dicitur in l. 4. §. pro operis. Locus eſt obſcurus. Sic legitur in Florent. *Ad finem centeſimæ, non vltra duplum debetur.* Puto ſic legendum eſſe, non autem vt vulgo: id eſt, vſura vltra duplum non debetur. Nec refert an quis ſtipulatus ſit in ſingulos dies vel menſes. *Ad finem centeſimæ.* Id eſt ad modum centeſimæ. Finis autem, id eſt, modus & quantitas. Sic accipitur multis aliis in locis, vt docui lib. 1. diſput. c. 12. Hæcque ratio loquendi eſt familiaris Papiniano. Si ergo centeſima vſura non ſit, non debentur vſuræ. Propoſitum fuerat Papiniano vſuram centeſimam ſtipulatum eſſe creditorem, quamuis licuiſſet in infinitum ſtipulari: & ideo reſpondit vltra eam non deberi. Hoc enim eſt ex libris Reſpon. Papiniani.

Tertium ſingulare & vltimum in nautico fœnore eſt, III quod hæc vſura ex nudo pacto debetur, quamuis alias vſuræ non debeantur niſi ex ſtipulatione, l. 3. C. de vſur. & l. in quibuſdam. hic. Longe fauorabilior eſt hæc vſura quæ exigitur non tantum propter vſum pecuniæ, ſed etiam propter periculum. Idem dicendum eſt, etſi quis dederit pecuniam mutuam vt recipiat plus quam ſortem. Huc pertinet quod dicitur in l. periculi pretium. 5. Do tibi centum vt manumittas ſeruum, & ſi nõ manumiſeris, dabis mihi 200. aut 300. Quæritur an ſit permiſſa hæc exactio? Et dicitur permiſſa eſſe propter periculi pretium: veluti ſi non conualuero tantum reddes, quia periculum aliquod patior, licet mihi exigere maiorem vſuram. *Si modo in aleæ ſpeciem cadat.* Sic legendum eſt, non *in aliam ſpeciem.* Quia cadit in ſpeciem aleæ quæ prohibita eſt legibus, l. quibus. de aleæ luſu, & de aleator. Dedi piſcatori centum, vt ſi quid ceperit, reddat 200. Si nihil ceperit, amittam pecuniam meam. Sic contractus eſt permiſſus, quia certum eſt non eſſe aleam, quę legibus vetita ſit. Eſt quidem alea, ſed non eſt vetita, *c'eſt vng haſart. Et pactum ſine ſtipulatione.* Sicut diximus pactum ſine ſtipulatione valere ad agendum in nautica pecunia, ita etiam in his caſibus ad augendam obligationem pacta proſunt: alias ad exceptionem tantum valent, l. iuriſgentium. §. Quinimo. de pact. Multa tractantur de pœna in l. 2. & 4. & l. ſeruus. & l. vlt. hic. Pœna eſt quam olim ſtipulabatur creditor à debitore operis ſerui, vt docui in d. §. Callimachus. Mittebatur ſeruus in nauem qui pecuniam exigebat poſt appulſum nauis in portum: & quia debitor vtebatur ſerui operis, petebantur vſuræ pro operis ſerui. Sic eſt intelligenda l. Traiectitiæ. de oblig. & act. & l. 2. & 4. & vlt. hic. Hactenus diximus de vſuris. Nunc videndum eſt

De cauſis, fructibus, & omnibus acceſſionibus.

Hic tractatus inſcribitur, De vſuris & fructibus & cauſis & omnibus acceſſionibus & mora, hæc enim omnia inter ſe differunt. Vſura eſt quod pro vſu pecuniæ exigitur, vt ante diximus. Exempli gratia cum quis mutuam pecuniã dat, & ob vſum eius pecuniæ aliquid ſtipulatur, & dicitur ab vſu. Fructus autem multũ differt ab vſura. Nam fructus ex re ipſa naſcitur, l. vſura. de verb. ſign. l. ſi nauis. de rei vind. Vſura non ex corpore naſcitur. Cauſa eſt quod non immediate proficiſcitur ex re de qua quæritur, ſed occaſione eius rei prouenit, *Cauſa quid.* Hic accipitur cauſæ verbũ in hac inſcriptione de vſur. Exemplum huius cauſæ eſt partus. l. 8. hic. Hic locus oſtendit quid ſit cauſa, & quomodo hoc verbum ſit accipiendum hic, quod cæteris paulo obſcurius eſt. Si equus per fideicommiſſum relictus ſit, poſt moram hæredis fœtus quoq; natus ex eo equo præſtatur, & præſtatur vt fructus. Fructum dicimus quod ex re ipſa naſcitur: fœtus naſcitur ex equo per fideicommiſſum relicto. Nam in actionem legatorum & fideicommiſſorum veniunt fructus, vt poſtea dicemus. Fœtus ſecundus petitur, non vt fructus, ſed vt cauſa, id eſt fœtus qui natus eſt ex primo fœtu, hic ſecundus fœtus non poteſt proprie dici natus ex equo qui legatus eſt, ſed tamẽ occaſione eius rei peruenit, ille equus

equus legatus cauſa eſt huius: & ideo cauſam vocamus figurata locutione. Nam potius videbatur dicendus cauſa equus, qui legatus eſt: hoc verbum Cauſa, generale eſt, l. cum fundus. de reb. credit. & Inſtit. tit. de offic. iudic. ſed generale verbum contrahitur. Huius cauſæ exemplum eſt etiam in partu ancillæ, qui in fructu non eſt, vt in l. 8. Magna fuit quæſtio apud veteres, an partus mulieris eſſet in fructu, an non. Vlpianus in l. vetus. de vſufructu. ait veterem fuiſſe quæſtionem, de qua Cicero lib. 1. de finib. bon. & in Academ. quæſtion. Sed obtinuit ſententia Bruti exiſtimantis hominem in fructu non eſſe, cum natura omnes fructus hominis cauſa produxerit. l. in pecudum. 28. hic. Cum ergo petitur partus ancillæ, ſi forte ancilla legata ſit, non petitur vt fructus, ſed vt cauſa.

De acceſſione.

Videndum eſt, quomodo acceſſionis verbum hic accipiendum ſit. Hoc verbo continetur quicquid accedit rei principali, etiam ſi nec fructus ſit, nec vſura, nec partus mulieris primus aut ſecundus. Huiuſmodi acceſſionum habetur ratio in contrahendo. Exemplum eſt in l. 1. de ædil. edicto. l. ſi in emptione. 38. de contrah. empt. Si in emptione dictum ſit, Stichum ſeruum accedere cum venderetur domus, Stichus ſeruus diceretur acceſſio rei venditæ. Alia exempla ſunt in eadem leg. ſi in emptione. Veluti de columnis, de ſtatuis, de imaginibus. Hæc omnia accedunt rei venditæ, non tanquam fructus aut cauſa: & præterea nullo alio vocabulo poſſumus hæc deſignare quam acceſſionis. de his acceſſionibus eſt intelligendum, quod dicitur de vſuris. Sed quia plenior diſputatio eſt de fructibus, quam de aliis: nos hic ſeparatim de fructibus tractaturi ſumus. *Fructus quid.* Fructus proprie diximus ex re, de qua quæritur naſci, veluti frumentum, vinum, oleum, fœtus pecudum, & alia huiuſmodi, vt dicitur in d. l. vſura. de verb. ſignificat. Si quis velit plenam definitionem huius verbi Fructus habere, adiiciendum eſt quod refert Mar. Varro lib. 1. de re ruſtic. qui fructum eſſe ait, quod ex corpore naſcitur, modo vtile id ſit, & ad vſum hominum pertineat. Multa enim ex corpore naſcuntur, quæ ad vſum & commodum hominum non pertinent. Id etiam colligitur ex l. in fructu. de vſu legat. vbi dicitur, fructus etiam immaturos, qui decerpuntur, appellatione fructuum contineri, & ad vſufructuarium pertinere, quia hi ad hominum commodum pertinent, vt oliua, quæ immatura decerpitur. Latinis tamen plerunque accipitur, pro quocunque emolumento quod ex quacunque re percipitur, licet ex ipſo corpore non naſcatur. Exemplum eſt in l. item ſi fundus. de vſufr. l. venationem. 26. hic. vt metalla & lapicidinæ. Quæſtio à nobis de lapicidinis tractata eſt ſub tit. ſolu. matr. l. fructus. §. ſi ver. Et diximus videndum eſſe, an lapis renaſcatur, an non, vt ſciamus, an in fructu ſit, an non. Quæritur de penſionibus prædiorum, an fructus dici debeant. Et certum eſt ex ipſo corpore non naſci: ſed tamen quia aliquod eſt commodum ex re proueniens, fructus loco habetur, l. prædiorum. 36. hic. *Pro fructibus accipiuntur.* His verbis oſtendit Iuriſconſultus proprie fructus non eſſe, ſed tamen ciuili interpretatione pro fructibus accipi. Hic enim late accipitur fructus pro omni commodo, quod ex re percipitur, ſalua rei ſubſtantia. Similis locus eſt de mercedibus & penſionibus in leg. mercedes. de petit. hæred. Sicut in petitione hereditatis fructus veniunt, ita etiam mercedes habitationum & penſiones prædiorum, quia pro fructibus habentur. Breuiter nulla res eſt, neque corporalis, neque incorporalis, cuius non poſſit dici fructus eſſe admiſſa hac catachreſi: & ſolent Iuriſconſulti harum omnium rerum fructum dicere. Exempla quædam reperiuntur ſub hoc titulo, veluti in l. videamus. 19. Si quis petat veſtimentum aut argentum, quia ea potuit locare, ea merces locationis pro fructu habentur. Si quis petat ſeruitutem itineris actione confeſſoria vel negatoria, vtilitas itineris habetur pro fructu, & veniet in condemnationem. Et hoc eſt apertius expreſſum in l. loci. §. 1. ſi ſeruit. vindic. vbi Iuriſconſultus vocat fructum id quod intereſt, denegatam non fuiſſe agendi vel eundi facultatem. Hæc eſt ſignificatio huius verbi fructus vſitata apud iuris auctores. Fructus tamen aliquando aliam ſignificationem habent. Nam aliquando accipiuntur pro fructibus autumnalibus. Sic accipiuntur apud Vlpianum in interpretatione edicti de glande legenda, vbi Vlpianus dicit, glandis appellatione omnes fructus contineri. Ideoque ſi aliqui fructus deciderunt in alienum agrum, eius quoque nomine hoc edictum dabitur.

Præterea ciuili interpretatione fructus dicuntur non omnes, qui naſcuntur ex re, de qua quæritur, ſed qui deductis impenſis ſuperſunt: eſt ciuilis quædam interpretatio vtilitatis cauſa. Sic interpretatur Iuriſconſultus fructus plærunque cum ſubſtantia manet id vtilitate poſtulante. leg. fructus. in princ. ſolu. matr. Vt ſi æſtimatio ineatur fructuum, æſtimantur forte centum, ſi deducantur ſumptus, ſupererunt forte quinquaginta, & dicuntur in fructu eſſe tantum quinquaginta, cum re vera, ſi proprietatem verbi ſpectemus, centum ſint in fructu. Sic accipiendum eſt, quod dicitur in l. 46. quod in fructus. hic.

Diuiſio fructuum.

Vlgaris quædam diuiſio fructuum hic tradi ſolet, quam ego hic perſtringam. Fructus dicuntur alii naſci hominis induſtria, alii naturaliter. Fructus vulgo dicuntur naturales & induſtriales. hæc diuiſio colligitur ex l. 4. & 5. hic. Sunt quidam fructus, quos tantum noſtris operis acquirimus, veluti colendo agro & ſerendo. Alii ſine magna, aut nulla hominis induſtria, vt poma. Alii addunt ciuiles fructus. Ciuiles fructus dicuntur, qui pro fructu habentur ciuili quadam interpretatione, quamuis proprie fructus non ſint, vt ſunt mercedes locationum & penſiones prædiorum, quæ non naſcuntur ex ipſo corpore, ſicut vinum naſcitur ex fundo: ſed ciuili quadam ratione habentur pro fructu. Ideoque non male mihi videntur appellari ciuiles fructus, quamuis hoc aliis diſpliceat: nihil tamen fuit opus tertiam ſpeciem fructuum conſtituere, ſatis erat duas ſpecies conſtituere. Nam hi ciuiles ſub alterutro membro ſtatui poſſunt. Videndum eſt enim, an hæ mercedes & penſiones percipiantur hominis facto, diligentia & opera, an non, vel ſi naturaliter tantum percipiantur.

Qui fructus in reſtitutionem veniant.

In hac diſputatione de fructibus quæritur, qui fructus in reſtitutionem veniant, & quibus acquirantur: magna eſt & difficilis quæſtio, quam ego dilucide & perſpicue, vt exiſtimo & ſpero, explicaturus ſum. Ac in primis ponendum eſt, Fructus rei cuiuſque acquiri domino eius rei, aut ei qui loco domini eſt. Hæc eſt regula obſeruanda. Obtinet locum domini bonæ fidei poſſeſſor, item fructuarius: ideoque & fructuario & bonæ fidei poſſeſſori fructus acquiruntur. leg. qui ſcit. 25. Notate hic diligenter regulam, Nihil refert quis ſeuerit fructus, ſed refert quis dominus ſit ſoli. Ius corporis ex quo percipitur fructus, magis quam ius ſeminis inſpicitur. Hæc omnia demonſtrant verum eſſe, quod à nobis poſitum eſt, fructus cuiuſque rei acquiri domino, aut ei, qui loco domini eſt. Ego addidi non tantum acquiri domino, ſed etiam ei, qui domini loco eſt, cuiuſmodi eſt bonæ fidei poſſeſſor. Id tamen cum diſtinctione accipiendum eſt, quæ ſequitur: *Cum fructuarii.* Hic Iuriſconſultus docet differentiam quandam inter bonæ fidei poſſeſſorem & fructuarium, quod ad fructuum acquiſitionem attinet, quamuis tam fructuario quam bonæ fidei poſſeſſori acquirantur fructus rei: tamen quod ad acquiſitionem attinet, aliquid intereſt inter fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem: fructuarius ita acquirit fructus eius rei, cuius fructum habet, ſi eos fructus perceperit, & à ſolo ſeparauerit. Bonæ fidei autem poſſeſſori acquiruntur etiam ſi ab alio, vel vi ventorum à terra ſeparati ſint, ſed fructuario non acquiruntur, niſi ipſe eos collegerit, & à terra ſeparauerit. *Si quoquomodo à ſolo ſeparati.* Siue ipſe bonæ fidei poſſeſſor à ſolo ſeparauerit fructus, ſiue alius, ſiue id caſu aliquo, vt vi & tempeſtate ventorum id acciderit. De vſufructuario autem quomodo ei acquirantur fructus à ſolo ſeparati, alii ſunt loci inſigniores, velut in leg. eius. de rei vindicat. leg. ſi fur. de vſufructu. & l. ſi vſufructuarius meſſem. quibus modis vſufruct. amitt. Hoc vtile eſt, vt intelligamus, an vſufructuario mortuo fructus ad eius hæredes pertineant, an vero ad

dominum proprietatis. Et dicendum eſt poſtquam acquiſiti ſunt vſufructuario, eos tranſire ad hæredes eius. Acquiſiti autem dicuntur, cum ipſe eos percepit, & à terra ſeparauit. Ex his intelligitis, quibus acquirantur fructus cuiuſque rei, ſed quæritur, in quibus actionibus hi fructus præſtandi ſint, cum quis aliqua actione agit, an poſſit petere fructus? Et notanda eſt differentia, quæ traditur in l. videamus. 38. §. ſi actionem. differentia traditur ſtrictorum & bonæ fidei iudiciorum. In bonæ fidei iudiciis veniunt fructus in condemnationem ex eo tempore quo mora facta eſt. Natura bonæ fidei iudiciorum hoc exigit, in quibus latiſſima eſt iudicis poteſtas, in quibus ſpectatur quod bonum & æquum eſt. In ſtrictis iudiciis non veniunt fructus niſi poſt litem conteſtatam. Viſum eſt enim iniquum eſſe reum poſt iudicium acceptum ad fructus non condemnari. Quod autem diximus de ſtrictis iudiciis, hoc accipiendum eſt cum quibuſdam exceptionibus. In primis enim excipitur actio qua petuntur legata vel fideicommiſſa. Hæc quidem actio ſtricti iudicii eſt, nec refertur in numerum bonæ fidei iudiciorum: ſed tamen in ea actione venit reſtitutio fructuum ex quo tempore mora facta eſt. l. 3. hic. l. in minorum, C. in quib. cauſ. reſtit. in integrum non ſit. & hoc habet commune cum bonæ fidei iudiciis. Secundo excipitur actio ex ſtipulatu, qua quis ſtipulatus eſt vacuam rei poſſeſſionem ſibi tradi. Si emptor ſtipulatus ſit à venditore rei venditæ vacuam poſſeſſionem ſibi tradi, hac actione petuntur quoque fructus rei venditæ, quamuis actio ex ſtipulatu ſit ſtricti iudicii. l. in conuentionalibus. §. 1. de verbor. obligat. hæc ſtipulatio non nudum factum continet, ſed cauſam bonorum, id eſt, is qui ſtipulatur vacuam poſſeſſionem rei ſibi tradi, ſecundum vſum loquendi ſtipulatus non eſt ſimpliciter, vt res tradatur, ſed vt liceat ea re vti frui, & ſit in bonis eius, qui ſtipulatus eſt, & poſſit fructus eius rei capere: ſic accipitur cauſa bonorum in l. 1. §. hæc actio. ff. ſi quis teſta. lib. vt ego dixi cum eum locum interpretarer de verbo. obligatio. Ergo multum refert, an quis ſtipuletur fundum ſibi tradi, an vero vacuam rei poſſeſſionem ſibi tradi. Huc pertinet quod dicitur in l. 4. hic. eſt locus difficilis. Emptor à venditore ſtipulatus eſt rem tradi, vacuamque rei venditæ poſſeſſionem ſibi tradi, fructus poſtea percepti ſunt, agitur actione ex ſtipulatu: quæritur, an fructus in eam actionem ex ſtipulatu veniant? Ait Iuriſconſultus fructus poſtea captos in eam actionem venire propter inferiora verba: hæc nempe, vacuamque poſſeſſionem rei tradi. Sed his aduerſatur l. 3. ff. de act. empt. vbi dicitur, ſi quis ſtipulatus ſit vacuam poſſeſſionem fundi ſibi tradi, eum actione ex ſtipulatu fructus petere non poſſe, ſupereſſe actionem ex empto, quia deficit actio ex ſtipulatu propter ſtrictam naturam ſtipulationis. Videntur hæc pugnantia eſſe. In l. 3. dicitur actione ex ſtipulatu fructus non peti poſſe. Sed in hac l. 4. dicitur actione ex ſtipulatu fructus peti poſſe propter inferiora verba. Ego reſpondeo Papinianum in hac l. 4. loqui de fructibus, qui poſtea capti ſunt: non ſimpliciter ait fructus peti actione ex ſtipulatu, ſed fructus poſtea captos. Quod ergo dicitur in d. l. 3. nos accipiemus quaſi generi per ſpeciem derogetur: vt verum ſit fructus hac actione ex ſtipulatu peti non poſſe, niſi poſtea capti ſint: quamuis quidam diſſentiant ab hac noſtra opinione. Poſt captos fructus intelligimus contractam ſtipulationem, non autem poſt contractam venditionem, cui acceſſit ſtipulatio. Excipitur enim actio, qua petuntur legata & fideicommiſſa. Secundo excipitur ſtipulatio vacuam poſſeſſionem rei tradi. Fructus enim poſtea capti in reſtitutionem veniunt propter hanc ſtipulationem. Sic diximus accipiendas eſſe l. 4. hic. & l. 3. de act. empt. Quod Molinæus obiicit indubitatum illud eſſe, id mouere nos non debet: nam probabiliter dubitatum fuit de fructibus captis medio tempore, id eſt, poſt venditionem & ante ſtipulationem. & hi non petuntur, niſi actione ex empto.

Tertia exceptio eſt, cum id quod peto meum eſt, aut meum aliquando fuit. l. videamus. 38. Docet Paulus in d. l. videamus. cum quæritur de actione, quæ bonæ fidei non eſt, an in eam actionem veniat reſtitutio fructuum poſt moram, ita diſtinguit, vt ſi actione aliqua agatur, qua petatur id cuius dominus eſt agens, aut cuius aliquando fuit dominus, vt veniat reſtitutio fructuum. Si autem nec petam quod meum eſt, nec quod meum vnquam fuit, veluti ex ſtipulatu, tunc non venit reſtitutio fructuum niſi poſt litem conteſtatam. Variis exemplis id docet Paulus. Cum quis agit rei vindicatione petit rem cuius dominus eſt, ideoque in eam actionem veniunt omnes fructus. Idem eſt, etſi petamus eam rem, quæ aliquando noſtra fuit, & cuius rei ſine iuſta cauſa dominium amiſſum eſt: & nemo non videt maiorem eſſe æquitatem huius actionis, quam cum quis petit, quod nec ſuum eſt, nec ſuum vnquam fuit. Cum autem dominus vindicat rem ſuam à poſſeſſore, & quæritur de reſtitutione fructuum, diſtinguit bonæ fidei poſſeſſorem à malæ fidei poſſeſſore, quod notabis. Alia enim eſt ratio fructuum reſtituendorum, cum agitur contra bonæ fidei poſſeſſorem, quam cum agitur contra malæ fidei poſſeſſorem. videamus primum de malæ fidei poſſeſſore. Malæ fidei poſſeſſor dicitur reſtituere omnes fructus ſine diſtinctione vlla, l. certum. C. de rei vindicat. Cum quæritur de fructibus reſtituendis à bonæ fidei poſſeſſore, diſtinctio adhiberi ſolet, de qua mox dicturi ſumus: ſed malæ fidei poſſeſſor, ſine diſtinctione omnes fructus reſtituit, id eſt, ſiue percepti ſint ab eo, ſiue percipi potuerint ab eo, vel à domino rei, quæ petitur. l. ſi nauis. §. penult. de rei vindica. Cum agitur contra malæ fidei poſſeſſorem, non quæritur quantum fructuum perceperit, ſed quantum dominus, qui eam rem vindicat, percipere potuiſſet. Præterea non diſtinguuntur fructus conſumpti ab iis, qui conſumpti non ſunt: nam non tantum ad fructus, qui extant, reſtituendos tenetur malæ fidei poſſeſſor, ſed etiam ad fructus conſumptos, l. malæ fidei. Cod. de condict. ex lege. Fructus conſumptos condicit dominus non vindicat: ſaltem petitur æſtimatio fructuum conſumptorum. De bonæ fidei poſſeſſore eſt videndum, de eo eſt locus inſignis ſub hoc titulo in l. fructus. 45. Hic aperte Iuriſconſultus loquens de bonæ fidei poſſeſſore, diſtinguit fructus, qui naturaliter naſcuntur ſine opera vlla poſſeſſoris, ab aliis qui opera proueniunt & diligentia. De fructibus naturalibus & induſtrialibus diximus in vltima lectione. Vult igitur Pomponius primum bonæ fidei poſſeſſorem lucrari fructus, quos opera & diligentia & induſtria ſua percepit non alios. Deinde vult eos fructus eum lucrari & ſuos facere. In his verbis nulla eſt obſcuritas, ſed tamen magna difficultas naſcitur ex aliis locis, qui videntur huic repugnantes & contrarii. Vtrunque dictum Pomponii videtur falſum eſſe, & aliis locis contrarium.

Primum, cum ait bonæ fidei poſſeſſorem lucrari eos fructus tantum, quos opera & induſtria ſua percepit: in aliis locis dicitur omnes fructus eum acquirere. l. bonæ fidei. de acquir. rer. domin. videtur ſignificare Iuriſconſultus etiam naturales fructus lucrari & ſuos facere. Alterum quod dicitur à Pomponio videtur æque falſum: ait enim bonæ fidei poſſeſſorem lucrari, & ſuos facere fructus, quos opera ſua percepit. Et dicitur in leg. certum. C. de rei vindicat. bonæ fidei poſſeſſorem extantes fructus reſtituere debere, niſi conſumpti ſint. Vult Imperator bonæ fidei poſſeſſorem reſtituere fructus. idem dicitur in §. ſi quis à non domino. Inſtitutis de rerum diuiſione. & leg. 4. §. 1. finium regund. & hic tamen dicitur bonæ fidei poſſeſſorem eos fructus ſuos facere. Si eos fructus ſuos facit, certe videtur diſtinguendum non eſſe, an conſumpti ſint, an non. Quid refert, an conſumpſerit dominus quod ſuum eſt, an ſeruauerit? Pro conciliatione & explicatione horum locorum, qui alioqui valde obſcuri ſunt, & explicatu difficiles, notandum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem nullos fructus ſuos facere, niſi qui conſumpti ſunt: hoc aperte expreſſum eſt in leg. certum. C. de rei vindicat. Cum ait extantes fructus reſtituere debere, idem in d. §. ſi quis à non domino. & d. leg. 4. nullos igitur fructus lucratur niſi conſumpti ſint: conſumptos autem lucratur, ſed non ſine diſtinctione. Quod dicitur fructus, qui conſumpti ſunt bonæ fidei poſſeſſorem reſtituere non cogi, eſt intelligendum cum diſtinctione, quæ traditur in hac l. fructus. Eſt enim intelligendum de fructibus, quos opera & induſtria ſua percepit & quæſiuit, qui non naſcuntur & proueniunt naturaliter ex re ſine facto poſſeſſoris. Ratio diuerſita-

ueritatis ex locis à nobis ſupra adductis ſatis colligi poteſt. naturalis quædam ratio ſuadet, vt cum bonæ fidei poſſeſſor fundum coluerit, & in eam rem ſumptus fecerit, & diligentiam & operam impenderit, eos fructus lucretur. Bonæ igitur fidei poſſeſſor dicitur fructus ſuos facere, ſed eos tantum quos induſtria & diligentia ſua acquiſiuit, non alios. Ex his cognoſcitur, quomodo accipiendum ſit, quod dicitur in leg. ſed ſi ea lege. §. conſuluit. de petit. hæred. vbi dicitur bonæ fidei poſſeſſorem reſtituere debere fructus, quatenus ex iis locupletior factus eſt : quod eſt intelligendum cum diſtinctione quam tradidimus : diſtinguendi enim ſunt fructus, qui naturaliter proueniunt, & naſcuntur ſine opera & induſtria ab aliis : illos enim reſtituit etiam conſumptos bonæ fidei poſſeſſor. Sed tamen oportet eum locupletiorem factum eſſe ex ea conſumptione. Supereſt, vt reſpondeamus ad l. bonæ fidei. de acquir. rer. dom. vbi dicitur bonæ fidei poſſeſſorem lucrari omnes fructus, non tantum quos ſua induſtria ipſe percepit, ſed etiam omnes. Dico cum dicit Iuriſconſultus bonæ fidei poſſeſſorem lucrari omnes fructus debere, id eſſe intelligendum pro ſubiecta materia. id eſt, quos acquirere poteſt bonæ fidei poſſeſſor: omnes, non tantum qui ſua induſtria acquiſiti ſunt, ſed etiam, qui acquiſiti ſunt alterius cuiuſcunque induſtria. Hæc interpretatio deſumpta eſt à nobis ex l. qui ſcit. 25. hic. vbi traditur differentia inter fructuarium & bonæ fidei poſſeſſorem. Fructuarius eos tantum fructus ſuos facit, quos opera & induſtria ſua percepit. Bonæ autem fidei poſſeſſor omnes fructus, quos ipſe percepit, & etiam eos, qui ab alio collecti ſunt : nihil refert, an ipſe bonæ fidei poſſeſſor fructus collegerit, an alius, an vero fortuito caſu deciderint. Hæc eſt differentia, quæ traditur inter fructuarium, & bonæ fidei poſſeſſorem, quæ tamen differentia ceſſat in fructibus, qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, l. certum. C. de rei vend. Nam cum quæritur de fructibus, qui percepti ſunt poſt litem conteſtatam, non differt bonæ fidei poſſeſſor à malæ fidei poſſeſſore. Hinc naſcitur quæſtio tractata in d. l. qui ſcit. §. vlt. Hæc quæſtio naſcitur ex eo, quod diximus de bonæ fidei poſſeſſore : diximus bonæ fidei poſſeſſorem fructus ſuos facere. Quid ſi fuerit bonæ fidei poſſeſſor initio cum emit rem, deinde cœpit malæ fidei poſſeſſor eſſe, quia reſciuit rem eſſe alterius quam emerat? Quæritur, an ſit habendus ille emptor bonæ fidei poſſeſſor propter initium, an vero malæ fidei poſſeſſor habendus ſit, quia ante fructuum perceptionem reſciuit rem eſſe alienam, vtrius temporis habebitur ratio? Reſpondet Iuriſconſultus, Reſpondi bonæ fidei. Reſpondet, bonæ fidei poſſeſſorem eum habendum eſſe, qui ab initio ignorauerit rem eſſe alienam, & fructus ſuos facere. Nam bonæ fidei poſſeſſor eſt intelligendus emptor donec euidens fuerit fundus, aut alia res quam emit. Nihil autem refert, aut cognouerit fundum alienum eſſe, an non cognouerit, modo bonam fidem ab initio habuerit, quod ad fructus percipiendos attinet, hic euictus fundus non eſt. Sed alius locus huic contrarius eſſe videtur d. l. bonæ fidei. §. in contrarium. de acq. rer. dom. Huiuſmodi hæc eſt antinomia & difficultas, vt eruditi quidam negent conciliari poſſe. Proponitur ſpecies ſimilis omnino huic, & quæritur, an bonæ fidei poſſeſſor fructus lucretur : vbi *Reſpondet Iuriſconſultus verendum, ne non ſit bonæ fidei poſſeſſor, quamuis capiat.* Nam ibi docet Iuriſconſultus fructuum perceptionem ab vſucapione eſſe diſtinguendam. Ego ſæpe admonui huiuſmodi verbis Iuriſconſultos ſolere ſententiam ſuam exprimere. Malæ fidei poſſeſſorem eſſe quantum ad fructus percipiendos attinet, oſtendit : & tamen hic dicitur bonæ fidei poſſeſſorem eſſe, donec fundus euictus ſit. In vulgaribus ita legitur, *Puto verendum, ne non ſit bonæ fidei poſſeſſor, quamuis capiat.* Id eſt, vſucapiat. Qui ita legunt mirum non eſt ſi dicant hanc antinomiam conciliari non poſſe. Sed non ita legitur in codicibus emendatis, *Pomponius putat.* Legendum eſt. *Non autem puto.* Pomponii ſententiam hic attingit Iuriſconſultus, quam nec probat, nec improbat, & quid ipſe velit, non explicat. Ideoque nos debemus ſequi, quod dicitur in hac l. qui ſcit, & debemus vtrunque locum ita accipere, ac ſi poſt l. bonæ fidei, ſubiecta eſſet l. qui ſcit. Ego id multis aliis exemplis ſæpe demonſtraui à Iuriſconſultis factitatum eſſe, & incidit nuper vnus in diſputatione publica in l. quoties. de nouat. quem explicaui in interpretatione l. eum qui ita. de verb. obl. De quo videnda eſt l. qui de decem. §. 1. de ſolu.

IN TIT. XXXIIII. LIB. IIII. C. ET TIT. III. LIB. XVI. DIGESTORVM.

DEPOSITI VEL CONTRA.

IN tractatu de depoſito, quæritur primum, quid depoſitum ſit. Incipiemus igitur à definitione depoſiti.

CAP. I.

Quid ſit depoſitum.

DEpoſitum eſt contractus, quo res cuſtodienda gratis alicui datur. Hæc eſt ſimpliciſſima definitio. In primis dicimus depoſitum eſſe contractum : quoniam ex depoſito naſcitur vltro citroque obligatio. l. Labeo. de verb. ſignif. Labeo enim ait contractum eſſe vltro citroque obligationem: quod Græci *συνάλλαγμα* vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, conductionem. Sicut igitur obligatur depoſitarius deponenti ad rem reſtituendam, quæ depoſita eſt, ita etiam deponens obligatur depoſitario ad ſumptus reſtituendos, ſi quos fecerit in rem depoſitam. Vnde inſcribitur hic titulus Depoſiti vel contra. Eſt igitur contractus, quo res cuſtodienda datur alicui. His verbis admonet oportere rem interuenire, vt depoſiti obligatio contrahatur. Depoſitum refertur inter eos contractus, qui re contrahuntur. Inſtit. quib. mod. re contrah. oblig. Quod autem dicimus, *datur*, id ſumptum ex l. 1. hic. Sed verbum, datur, hic accipiendum eſt pro, traditur, vel conceditur. Dare, aliquando ſignificat dominium transferre. §. ſic itaque & ſecretis, de act. empt. l. vbi autem. § vlt. de verb. ob. Sic plerunque accipitur. Sed verbum cum quo coniungitur, ſæpe ſignificat hic dare pro tradere accipi, non pro dominium transferre. Nam ex depoſito non transfertur dominium, nec proprietas, ac ne poſſeſſio quidem. l. licet. in §. vlt. hic. niſi apud ſequeſtrum depoſita ſit. Quomodo accipiendum ſit, quod hic dicitur de ſequeſtro propter duas leges hac de re inter ſe pugnantes, ego docui in noſtris commentariis iuris pontificii: de ſequeſtro eſt caput vnum, in quo vtramque legem explicaui & conciliaui. Deinde dicitur in definitione, *cuſtodienda.* Hoc verbum ponimus in definitione ad differentiam commodati, mandati, & aliorum huiuſmodi contractuum. Commodatarius hoc differt à depoſitario, quod res commodata detur vtenda. Quoties igitur res aliqua datur non ad cuſtodiam, vel eſt commodatum, vel mandatum, vel alius huiuſmodi contractus. l. 1. §. ſi te rogauero. § ſequen. Ego te rogaui, vt rem meam deferres ad Titium cuſtodiendam, aduerſus te mihi datur actio mandati, aduerſus eum ſi rem acceperit mihi datur actio depoſiti. Mandatum eſt, quod ego tecum contraxi: depoſitum eſt, quod contractum eſt nomine meo cum Titio.

Deinde quæritur poſtea. Ego tibi mandaui, vt deferres rem meam ad Titium, ſi nollet, tu eam acciperes cuſtodiendam, an ſit mandatum, an depoſitum quæritur. Hic vtrunque eſt. Iuriſconſultus ait, mandatum eſſe quod habet cuſtodiæ legem. Nam hic principaliter agitur, vt deferas ad Titium Sed huic contractui principali additur lex quædam tanquam acceſſoria, vt tu cuſtodias niſi Titius accipere voluerit. Tunc autem videtur res cuſtodienda dari, quoties apparet quem rem aliquam dediſſe in cuſtodiam: vt puta ſi quis commodauerit rem ſuam. l. Lucius. hic.

Deinde dicitur in definitione *gratis.* Hoc verbum adiicitur ad differentiam locationis. Nam ſi quis det rem ſuam alicui cuſtodiendam non gratis, ſed mercede data, locatio erit. l. 1. §. ſi quis ſeruum. hic. Qui locus eſt animaduerſione dignus, vt intelligamus diſcrimen contractuum. l. 1. §. ſi quis ſeruum. Hæc breuiter & ſimpliciter de definitione depoſiti dicta ſint.

Eſt autem ſpecies quædam depoſiti, quæ dicitur ſequeſtratio, ex qua datur actio depoſiti ſequeſtratoria, ſic enim loquitur Iuriſconſultus. De hac ſequeſtratione tractatur ſub hoc tit. & huius mentio eſt in l. 6. & leg. licet. 17. Seque-

ſtrationem definit Paulus depoſitum eſſe, quod à pluribus in ſolidum certa conditione cuſtodiendum reddendumque traditur. Cum de re aliqua orta eſt inter aliquos controuerſia, & conuenit inter eos, vt deponatur apud quendam tertium, qui finita lite eam victori reſtituat: hic apud quem ea lege res depoſita eſt, dicitur ſequeſter, & hoc genus depoſitionis vocatur ſequeſtratio. l. ſequeſter. de verb. ſignif. Hinc apparet non poſſe ſequeſtrationem dici, aut ſequeſtrum, niſi res à pluribus deponatur. Si vnus tantum rem depoſuerit, vt certa lege ei reddatur, vel alii, non poteſt dici ſequeſtratio eſſe, ſed depoſitum ſimplex. Mentio eſt etiam huius ſequeſtrationis in l. licet. 17. Si apud vnum plures rem aliquam deponunt, de qua habent controuerſiam, quia vterque contendit ſe dominum eſſe eius rei, credendum eſt vnumquemque non pro parte, ſed in ſolidum deponere. Inter depoſitum & ſequeſtrationem tantum intereſt, quantum inter genus & ſpeciem. Deinde ſubiicit, *Res depoſita.* Ex his verbis colligi ſolet differentia inter depoſitum & ſequeſtrationem: nam depoſitarius non poſſidet ius depoſitarii, nec proprietas transfertur, nec poſſeſſio rei depoſitæ, ſed cuſtodia tantum & obſeruatio rei depoſitæ, niſi apud ſequeſtrum depoſita ſit. Sed difficultas naſcitur ex l. intereſſe. ff. de acquir. poſſeſſ. vbi quæritur, an is, apud quem res ſequeſtrata eſt, poſſideat eam rem, an vero poſſeſſio maneat penes eos, qui depoſuerunt. de eo quæritur propter vſucapionem: nam ſi ii, qui depoſuerunt, non poſſideant, non procedit eis tempus ad vſucapiendum. Et ait Iuriſconſultus ſequeſtrum poſſidere, ſi dimittendæ poſſeſſionis cauſa depoſitum fuerit, & hoc aperte fuerit comprobatum. His verbis Iuriſconſultus vtitur, quibus ſignificat niſi id aperte fuerit probatum, quod translata fuerit poſſeſſio in ſequeſtrum, videri, eum cuſtodiam rei ſequeſtratæ tantum habere. Non enim eſt audiendus Accurſius, qui ita interpretatur, niſi fuerit probatum, eo ipſo probatum videri, quia non probatur contrarium. Hoc valde abſurdum eſt. Sed eo confugere coactus eſt Accurſius, quia exiſtimauit eum locum cum eo, quem interpretamur, non poſſe conciliari quando dicit, *Sed poßeſſio niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt.* His verbis ſignificare videtur Iuriſconſultus, quoties res apud ſequeſtrum deponitur, poſſeſſionem transferri in ſequeſtrum. Sed ego alio ſenſu hæc verba accipienda eſſe docui in lib. 3. de benef. c. 10. Sic hæc verba interpretatus ſum, *Niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt.* Id eſt, niſi poſſeſſio dimiſſa eſt, vt deponere imperium, vel magiſtratum: niſi res ſequeſtrata eſt animo dimittendæ poſſeſſionis, & hoc fuerit aperte probatum. Sic ambiguitatem hanc interpretamur accipiendo eam interpretationem, quæ vitio caret ſecundum l. in ambigua. de legib. & ſenatuſcon. Hanc autem interpretationem noſtram iuuant verba ſequentia. *Nam tunc demum.* Id eſt, tunc demum ſequeſter poſſidet, cum apud eum dimiſſa eſt poſſeſſio, id eſt, cum eo animo res ſequeſtrata eſt, vt dimittatur poſſeſſio apud ſequeſtrum. Cur autem hic ſequeſtri mentio facta ſit, aliàs dixi, ideoque fit, quia non ſolet dimitti poſſeſſio apud depoſitarium, niſi ſequeſtrata ſit. Idem ergo ab Vlpiano & Florentino ſcriptum eſt, ſed aliis verbis. Sequens locus eſt

De actione depoſiti.

Cap. II.

Ex depoſito duplex naſcitur actio: vna directa, altera contraria. Inſcriptio ipſa id ſatis indicat, cum dicit, depoſiti vel contra, ſicut in commodato cum agitur commodati, vel contra: vna enim hic eſt actio principalis, altera autem eſt veluti ſecundaria. l. in commodato. ſupra commoda. Quoties agitur ad id, de quo principaliter contractus initus eſt, tunc datur actio directa: quæ actio ei competit, qui depoſuit rem aduerſus depoſitarium. De eo enim principaliter negotium contractum eſt, vt cuſtodiatur, & poſtea reddatur res, cum voluerit deponens eam repetere. Sed vtilitatis cauſa receptum eſt, vt depoſitario contra, id eſt, viciſſim etiam liceat experiri certis ex cauſis, & ea actio dicitur contraria: quod plenius à nobis explicatum fuit ſub titulo de commodato. Directa actio variis ex cauſis datur. Nos hic, quæ referuntur à Iuriſconſultis ſub hoc tit. breuiter explicabimus.

Cap. III.

De actione depoſiti directa, & eius cauſis.

Prima & præcipua actionis depoſiti directæ cauſa eſt, quia res depoſita non reſtituitur dolo depoſitarii. Si depoſitarius deponenti rem depoſitam repoſcenti non reddat, idque dolo malo cum poſſit rem reddere, nec cauſam habeat non reddendi, tunc tenetur hac actione. leg. 1. §. eſt autem. Hæc actio tantum ob dolum datur, vt infra dicemus. Et dubitandum non eſt, quin is in dolo ſit, cum poſſit rem depoſitam reddere, eam non reddit. Hæc igitur cauſa eſt iuſtiſſima huius actionis. *Quid enim.* Idem eſt dicendum, & ſi res quidem reddatur, ſed deterior facta dolo depoſitarii. l. 1. §. ſi res. Quamuis ſubtiliter dici poſſit reddita re, quæ depoſita eſt, hanc actionem ceſſare, tamen hoc non conuenit bonæ fidei, cuius maxime habetur ratio in hoc iudicio quod bonæ fidei eſt. Nos facile interpretamur redditam non eſſe rem, quæ deterior reddita eſt, quod etiam à nobis explicatum fuit, cum ageremus de actione commodati. l. 3. §. ſi reddita. commodati. Idem eſt dicendum, etſi deponens rem depoſitam ante tempus ſtatutum repoſcat, l. 1. §. ſi ſic depoſuero. ad fin. l. 1. Ego depoſui apud te rem meam: lex dicta eſt depoſito, vt redderes eam poſt mortem meam vel tuam, nihilominus poſſum ante tempus rem depoſitam repetere.

Poſſum enim voluntatem mutare, quia depoſitum fit gratia deponentis tantum: nullum ius acquiritur depoſitario ex hoc contractu. Depoſitum non contrahitur gratia depoſitarii, aut gratia vtriuſque, ſed ſolius deponentis gratia: vnde fit, vt ſolus dolus præſtetur, nec culpa nec periculum exhibetur. l. ſi vt certo. §. 1. ſupra, commoda. Cum ergo nullum ius ei acquiratur ex hoc contractu, ſed deponentis tantum gratia fiat: cur non licebit ei, qui depoſuit, mutare voluntatem ſuam, & ante tempus quo conuenit, vt depoſitum reddatur, depoſitum repoſcere? Idem dicendum eſt, & ſi pecunia ea lege depoſita ſit, vt liceat depoſitario ea vti ſi voluerit, nec dein ea vſus fuerit. l. 1. §. ſi pecunia apud te, hic. Hic locus tractatus eſt à nobis in interpretatione l. certi condictio. §. vlt. ſupra de reb. credit. vbi tractatum fuit, an cum quis deponit rem apud alium ea lege, vt ſibi liceat vti ſi velit, an depoſitum ſit conuerſum in mutuum, ſi ſimpliciter actum ſit, vt vtatur depoſitarius ſi velit: dicitur ſimpliciter depoſitum eſſe, & poteſt actione depoſiti agi, perinde ac ſi ea lex dicta non eſſet depoſito. Præcipua igitur cauſa huius actionis eſt, ſi res depoſita non reſtituatur, vel deterior reddatur dolo depoſitarii. Doli mentionem ſemper faciunt Iuriſconſulti, quoniam dolus tantum malus venit in hanc actionem, idque æquum viſum eſt, cum nulla vtilitas depoſitarii in hac re verſetur, ſed deponentis tantum: idque receptum eſt ſecundum regulam, quæ traditur in l. ſi vt certo. §. 1. commod. Diſtinctio contractuum traditur in d. §. 1. & l. contractus. de reg. iur. Cum quæritur, quid veniat in hanc actionem, an dolus, an culpa, & quæ culpa. Videndum eſt, cuius gratia contractus ineatur. In depoſito venit tantum dolus malus. Certum eſt, caſum fortuitum non præſtari in hoc iudicio, præter quam in exceptis caſibus. l. 1. §. ſæpe. vt ſi nominatim conuenerit inter deponentem & depoſitarium, vt depoſitarius periculum ſuſcipiat: hæc pactio ſeruanda eſt. l. 1. C. commodati. hæc explicauimus plenius. Hoc eſt intelligendum, vt diximus ſub titulo commodati, niſi poſt moram depoſitarii res perierit. l. ſi in Aſia. 12. § vlt. hic. vel niſi culpa caſum fortuitum præceſſerit.

Vnde naſcitur quæſtio, ſi poſt litis conteſtationem res depoſita perierit interitu naturali, an idem dicendum ſit, vt teneatur depoſitarius? Quæſtio eſt in l. ſi plures. 14. §. vlt. vbi dicitur *Siue autem cum ipſo.* Ego aliàs hunc locum interpretatus ſum adhibita diſtinctione, vt conciliarem cum aliis, qui pugnare videntur, in interpretatione l. ſi ex legati cauſa. de verborum obligation. Ego dixi tres caſus diſtinguendos eſſe:

Primus eſt, cum conſtat rem, quæ periit eodem modo perituram eſſe apud actorem, ſi reddita fuiſſet, id eſt, cum apparet, vel ex coniecturis colligitur. Seruus ſenio confectus de-

ctus depoſitus eſt, is periit apud depoſitarium : ſi redditus fuiſſet, eodem modo periiſſet: tunc abſoluendus eſt depoſitarius, etiam ſi poſt litem conteſtatam perierit, id ſuadet ratio: & ſic iſte locus intelligendus eſt. *Vtique.* Hoc addidit, vt intelligamus hoc ſimpliciter non eſſe verum, cum interiit interitu naturali, ſed cum interitura ea res eſſet, et ſi reddita eſſet actori. Aliquando apparet ex coniecturis & argumentis non fuiſſe eodem modo perituram eam rem, ſi reddita fuiſſet actori, vt ſi nauigare non ſit ſolitus creditor, qui rem depoſitam repoſcebat, & ea res perierit in nauigatione.

Tertius caſus eſt, cum dubium eſt, an eodem modo peritura eſſet apud actorem, ſi reſtituta eſſet, & in dubio contra fruſtratorem interpretamur. Nunc ad alia feſtinandum eſt. Ergo caſum fortuitum non præſtat depoſitarius, niſi hoc nominatim conuenerit. Idem dicendum eſt de culpa, culpam enim non præſtat : imputandum ei eſt, qui homini negligenti rem cuſtodiendam dedit. exempla ſunt in leg. 1. §. ſi rem à ſeruo. de eo qui à ſeruo quodam rem cuſtodiendam accepit, & reddidit ei quem putabat dominum eſſe, & ibi dicit depoſitarium abſoluendum eſſe: nam propter hanc culpam non condemnabitur.

Aliud exemplum ſimile eſt in d. l. 1. §. vlt. Quod autem diximus, culpæ nomine non teneri depoſitarium, hoc eſt intelligendum, niſi lata culpa ſit : nam oblatam culpam tenetur. l. 1. C. eod. tit. Lata enim culpa dolo comparatur. leg. quod Nerua. 32. hic. *Celſus putat latam culpam dolum eſſe vel latiorem.* Quæ ſit lata culpa, quæ leuis, quæ leuiſſima, docui ſub tit. commoda. Lata culpa eſt, cum quis cauſatur ignorantiam eius quod omnes intelligunt. leg. latæ culpæ. de verbor. ſignificat. Cum quis ad eum modum diligens non eſt quem communis hominis natura deſiderat. Vnum exemplum eſt in l. ſi hominem. hic. Seruus depoſitus eſt apud ſequeſtrum, vt de eo haberetur quæſtio, vt cum habita quæſtio eſſet eum ſeruum redderet. Et miſericordia ductus eum ſoluit ſequeſter : hæc culpa lata eſt. Nam cum intelligeret cauſam huius ſequeſtrationis, & ideo eum vinctum eſſe, vt haberetur de eo quæſtio, non debuit eum ſoluere. Ego adduxi hoc exemplum in interpretatione l. ſi vt certo. commodati. Cum quis rem depoſitam dimiſit nocturno tempore in via publica. Hæc culpa tam diſſoluta eſt & ſumma, vt merito dolo proxima dicatur: hic non videtur dolo carere, qui tam diſſolute negligens eſt. Hoc eſt intelligendum, niſi ex coniecturis appareat eum dolo carere. Exempli gratia, ſi non ſoleat eſſe diligentior in rebus ſuis, vt ſi ipſe ſolitus fuerit res ſuas nocturno tempore in via publica dimittere. Sed ſi tam negligens non fuerit in rerum ſuarum conſeruatione, non poteſt vitare fraudis & doli ſuſpicionem. dict. l. quod Nerua. Interdum etiam leuis culpæ nomine, quamuis lata negligentia non ſit, tenetur depoſitarius, ſi hoc conuenerit inter deponentem & depoſitarium. Contractus enim ex conuentione legem accipiunt. Idem dicendum etſi ſe obtulerit depoſito. l. 1. §. ſæpe. Nam etſi non præſtet cauſam, tamen culpam præſtabit. Hæc de prima cauſa huius actionis depoſiti directæ.

Altera cauſa vel alterum exemplum cauſæ, propter quam datur hæc actio, eſt quod commemoratur ab Vlpiano in leg. 1. §. ſi quis tabulas. Ego tibi tabulas teſtamenti cuſtodiendas dedi, tu eas tabulas publicaſti, cum ſecreta eſſent ea iudicia, actione depoſiti agam aduerſus te propter dolum tuum. Dubium non eſt, quin in dolo ſis, qui tabulas teſtamenti, & ſecreta iudicia teſtatoris euulgaſti, nec tantum actio depoſiti aduerſus te dabitur, ſed actio iniuriarum. Scribit Dion, hanc fuiſſe cauſam diſſidii, & inimicitiarum inter Cæſarem & Antonium, quod Cæſar Antonii ſuperſtitis teſtamentum euulgaſſet, & publicaſſet : vnde dicitur cauſa cognita decreto prætoris aperiendum eſſe teſtamentum. Et cum agitur de cauſæ cognitione, inſpicitur, an is viuus ſit, qui teſtamentum conſcripſit. Qua autem actione teneatur is, qui teſtamentum, vel aliud quoddam inſtrumentum publicauit, & diuulgauit, tam ciuiliter quam criminaliter, poteritis ſcire ex leg. ſi quis teſtamentum. 41. §. ſed etſi. ad legem Aquiliam, & l. ſi quis alicui. §. inſtrumenta. de pœnis. & lege 1. §. is, qui. infra, ad legem Corneliam de falſis.

Tertia cauſa huius actionis eſt in l. vlt. hic. Quidam mihi reddidit ſeruum depoſitum incorruptum, & ſine vlla mora, ſed tamen accepit eo nomine nummos, cum deberet gratis reddere, quæritur, an aliqua mihi detur actio? Si ſubtilitatem ſequamur, videtur actio depoſiti deficere. Res depoſita reddita eſt, & incorrupta, & ſine vlla mora: videtur ergo hæc actio ceſſare, & ad aliam actionem confugiendum eſſe, veluti ad condictionem ob turpem cauſam, ſi quis coactus fuerit alicui dare pecuniam pro eo quod gratis efficere debebat, quia id dicitur turpiter acceptum eſſe, datur condictio ob turpem cauſam. Sed tamen hic dicitur eam actionem depoſiti locum habere, quia eſt bonæ fidei. Non eſt autem congruum bonæ fidei accipere pecuniam, vt id reddatur quod nullo pretio accepto, & gratis reddi debuit. Ex his cauſis & aliis ſimilibus datur actio directa depoſiti. Nunc videndum eſt

Quid in hanc actionem veniat.

CAP. IV.

EX his intelligitis, quomodo concipienda ſit formula actionis. Cum agendum eſt in iudicio, vtrunque cognoſcere neceſſe eſt, vt ſciamus quomodo intentionis formula concipienda ſit, qua ex cauſa agatur, & quid petatur. Libellus actionis hæc duo complectitur. Quid autem petatur hac actione, facile colligitur ex his, quæ diximus de cauſarum explicatione. Nam facile intelligimus hoc peti in hoc iudicio, vt res depoſita reddatur: & id etiam quod intereſt, ſi forte deterior res reddita ſit. Vnde quæritur, an pro parte reddenda ſit, an integra? Forte plures ſunt hæredes depoſitarii. Hæc quæſtio tractatur in l. 1. §. ſi pecunia. vbi diſtinguitur res diuidua ab indiuidua. Aliquando ponitur res, quæ diuiſionem recipit, vt pecunia: aliquando deponitur res, quæ non poteſt reſtitui pro parte, vt Stichus. Si depoſita ſit res, quæ diuiſionem recipit, veluti pecunia, ſingulis hæredibus reſtitutio fiet pro parte, vt dicitur in d. l. 1. §. ſi pecunia. Ex hoc loco notanda eſt obiter ratio obſignandi, cum deponitur res moræ purgandæ cauſa. l. obſignat. C. de ſolut. Obſignatio & depoſitio rei debitæ liberat debitorem, ſi creditor rem ſibi oblatam accipere nolit, pecunia includenda eſt in ſacco, deinde ſigillo impreſſo ſignanda, de qua in l. vlt. de leg. commiſſ.

Notandum autem (vt iam diximus) totam rem hac actione in rei diminutionem venire, vel partem rei ſecundum diſtinctionem, quæ traditur in leg. 1. §. ſi pecuniæ. hic. Fit enim aliquando reſtitutio pro parte cum res depoſita recipit diuiſionem, veluti pecunia. Cum autem res eſt indiuidua, tunc pro parte non fit condemnatio, ſed in ſolidum. Inde naſcitur quæſtio, quæ tractatur in leg. vlt. C. eod. Si vni ex hæredibus reſtituta ſit res depoſita pro parte, pecunia erat, centum erant depoſita, reſtituta autem ei erant quinquaginta, & alia quinquaginta ſine dolo depoſitarii perierunt, quæritur an cohæres, cui nihil reſtitutum eſt, habeat aliquam actionem aduerſus eum, cui pars reſtituta eſt? Iuſtinianus ait nullam ei, cui nihil eſt reſtitutum, actionem aduerſus eum, qui pecuniam ſuam recepit, ſupereſſe. *Cum ſit certa pecunia.* Ratio huius reſtitutionis eſt, quia nihil accepit cohæres à depoſitario quod ſuum non eſſet : nihil recepit, cuius alter cohæres partem eſſe ſuam dicere poſſit. Nam agitur de pecunia, numero fit diuiſio. l. 2. de verb. oblígat. Si ſpecies eſſet, puta Stichus, aliud dicendum eſſet. Duo Stichi depoſiti fuerunt apud aliquem, vni ex hæredibus reſtitutus eſt vnus ex ſeruis, alter reſtitutus non eſt : hic ſeruus reſtitutus intelligitur etiam pro parte alterius cohæredis. Alter cohæres partem habet in eo ſeruo, quia non diuiduntur numero: in ſingulis ſeruis partem habent cohæredes. l. in ſtipulationibus. de verb. obl. Præterea notandum eſt, cum quæritur de officio iudicis in hac actione, hanc actionem bonæ fidei eſſe, vt dicitur in l. 1. §. hanc actionem. Hæc actio refertur in numerum bonæ fidei iudiciorum, in quibus additur (ex fide bona) cum iudicium conſtituitur. §. actionum. Inſt. de act. Ideo non tantum inſpicimus quid cautum ſit inter deponentem depoſitarium, ſed etiam quod alterum alteri ex bona fide præſtare oportet. §. in bonæ fidei. Inſt. lib. 4. de act. Vnde fit, vt nuda res non veniat in reſtitutionem, ſed fructus, vſuræ, & omnes acceſſiones: quoniam bo-

num & æquum eſt, ei hæc omnia præſtari, qui rem ſuam depoſuit: vſuræ, fructus, omnes acceſſiones debentur propter moram, etſi nulla interuenerit ſtipulatio. l. 2. & 3. C. eo. Si quis apud aliquem pecuniam depoſuerit, & depoſitarius ei moram fecerit in ea pecunia reddenda, poſt moram debet vſuras eius pecuniæ.

Vnde quæritur, ſi depoſitarius condemnatus ſit ad ſortem reddendam, quæ depoſita erat, nec vlla mentio facta ſit vſurarum, an poſt condemnationem vſuræ peti poſſint? Hæc quæſtio tractatur in l. 4. C. eo. his verbis oſtendit Imperator vſuras in obligatione non eſſe, ſed pecuniam tantum depoſitam, ſed tamen, cum pecunia depoſita petitur, quæ in obligatione eſt officio iudicis, qui de ea recognoſcit, ad vſuras pertinet officium iudicis. Ceſſat autem officium iudicis poſt rem iudicatam. l. qui per colluſionem. §. 1. de eo, quod certo loco. Inde etiam quæritur, quid ſi pecunia depoſita ſit, & conuenerit, vt tantundem reddatur non idem, an debeantur vſuræ ex hoc contractu? Hæc quæſtio probabilem dubitationem habet, quæ tractatur in l. Lucius. 24. Ego depoſui apud te centum, conuenit inter nos, vt ea pecunia vtereris, ſi viſum fuerit, modo tantundem mihi reddas, quæritur, an vſuræ debeantur ex hoc contractu? Quæſtio naſcitur ex eo, quod videtur mutuum eſſe, magis quam depoſitum: vix depoſitum dici poſſe videtur hic contractus. Nam cum res deponitur apud aliquem, hoc agitur vt cuſtodiat, non autem vt ea re vtatur: dominium rei depoſitæ, in depoſitarium non transfertur. Hic autem rei depoſitæ dominium transfertur, cum conuenit, vt liceat vti re depoſita, modo tantundem reddatur quantum acceptum eſt. hæc eſt natura mutui. Hic damus pecuniam, non eandem pecuniam, quam dedimus recepturi, ergo mutuum magis videtur eſſe, quam depoſitum. Si mutuum eſt, conſtat ex mutuo propter moram vſuras non præſtari, ſed propter ſtipulationem, ſi ſtipulatio interuenerit de vſuris ſoluendis. Hæc quæſtio tractatur apud Papinianum in l. Lucius. 24. Papinianus ait, ſi actum ſit, vt tantundem reddatur, hoc genus conuentionis egredi terminos notiſſimos depoſiti: hic immutatur depoſiti natura, ſed tamen ſententia Iureconſultorum hæc eſt. Depoſitum in propoſita ſpecie magis eſſe quam mutuum, licet ad mutui naturam proxime accedat, & terminos depoſiti egrediatur. Ideoque vſuræ propter moram debebuntur ex hoc contractu, tanquã ex depoſito, quod bonæ fidei eſt. Quæſtio hæc fuit propoſita & tractata apud Papinianum.

Quid enim aliud eſt. Hic depoſitum eſt. nam commendare eſt deponere, vt ſupra diximus. *Quod ita verum.* Subiicit Papinianus hoc verum eſſe, ſi actum ſit, vt corpora nũmorum eadem reddantur, tunc enim propriè conuenit, vt tantundem reddatur: hoc egreditur fines depoſiti, ſed an depoſitum ſit, an mutuum, non definit, quaſi de eo dubitauerit: in hac quæſtione ſi conuenerit, vt tantundem reddatur, non facile eſt dicendum vſurarum haberi rationem. Si dicamus depoſitum non eſſe, non habebitur ratio vſurarum. Sed an depoſiti actio teneat, an non teneat, non reſpondet. Sed hæc quæſtio ab aliis Iuriſconſultis deciditur, veluti in l. de ſponſaliorum. §. qui pecuniam. hic. Loquitur de eo, qui pecuniam depoſuit apud alium, vt tantundem reddat: his verbis apertè oſtendit depoſitum eſſe, non mutuum, quãuis propter legem dictam depoſita res egrediatur terminos depoſiti, licet paulum depoſiti natura immutetur, manet tamen depoſitum, & vſuræ debebuntur poſt moram, vt ex contractu bonæ fidei. Simile eſt quod dicitur in l. Publia. §. 1. hoc tit. hic cauet apud ſe pecuniam eſſe depoſitam, & ſe vſuras præſtiturum. Paulus reſpondit quamuis ex depoſiti natura ſit, vt depoſitarius re depoſita non vtatur, atque ideo vſuræ non debeantur propter vſum, tamen quia hoc conuenit, & res egrediatur depoſiti terminos, iure exigentur, etſi nulla interuenerit ſtipulatio, ſed ſimplex conuentio & cautio. Similis locus eſt in l. Quintus. In hac cautione fatetur 25. nummos quos habet, ad ratiunculam ſuam peruenisse, & ſe daturum operam, ne ſteriles ſint & otioſi, id eſt, vt vſuræ tibi eo nomine pendantur, ſed nulla interuenit ſtipulatio, ex qua vſuræ peti poſſunt. Quæritur igitur, ſi fuerit vſus ea pecunia, an vſuræ peti poſſint? Quæſtio hinc pendet, an ſit mutuum, an depoſitum? Et reſpondet hic de iure Scæuola more ſuo, omiſſa facti quæſtione. Et ait, ſi depoſitum ſit, vſuras exigi poſſe in hac ſpecie, id eſt, ſi animo deponendi fuerit ea pecunia data alteri, tunc debebuntur vſuræ. Igitur ex his omnibus, quæ diximus, concludendum eſt ex depoſito vſuras deberi, propter moram, & propter vſum rei depoſitæ, nec ideo minus eſſe depoſitum, quod conuenerit, vt depoſitarius vtatur re depoſita, ſi voluerit. Si enim depoſita pecunia vſus fuerit, aduerſus eum dabitur actio, etiam ad vſuras.

Deinde notandum eſt in hac actione quæ bonæ fidei eſt, ſpectandum eſſe, quod docet Triphoninus in l. bona fides. Cum diximus hanc actionem bonæ fidei eſſe, hoc ſignificauimus ad æquitatem maximè reſpiciendum eſſe in hoc iudicio, ſicut in aliis contractibus, in quibus Ex bona fide additur. Bona fides quæ in contractibus exigitur, ſummam æquitatem deſiderat, & in hac bona fide æſtimanda ratio habenda eſt, non tantum naturalis rationis, ſed etiam ciuilium præceptorum & prætoriorum. Videndum eſt etiam, an aliquæ circumſtantiæ ſint. Aliis exemplis demonſtrant ſingularium circumſtantiarum habendam eſſe rationem, vt iudicemus, an quid bonæ fidei conueniat, an vero à bona fide alienum ſit. Ex quo apparet, verum eſſe quod Cicero ait in Offic. cuiuſuis non eſſe, ſed magni eſſe iudicis ſtatuere, quid quenque ex bona fide præſtare oporteat. Tanta vis eſt bonæ fidei, vt etiam ad alias perſonas extrinſecus pertineat, quamuis æquum ſit ei, qui depoſuit depoſitum reddere, tamen expectamus, an æquius ſit alteri, quam ei qui depoſuit red[illegible]. Quod hic dicitur depoſitum rei ſuæ conſiſtere non poſſe, h[illegible] interpretarer, ſed diu eſt me hæc interpretatum eſſe in l. ſi alienum. ſolu. matr. & ibi planam omnium contractuum diſtinctionem adhibui. Quod autem hic dicitur ſecundum ius naturale depoſitum reſtitui debere, ei qui depoſuit, etiam deportato, quomodo id intelligendum ſit, docebimus in l. ſi mandato. 22. §. is cuius. mand. Ex eo quod diximus hanc actionem bonæ fidei eſſe: hinc conſequens eſt iudicem poſſe iuſiurandum in litem deferre, ſi res depoſitæ non reſtituantur. l. 1. §. in depoſiti. hic. quæ latiſſima eſt iudicis poteſtas in actione depoſiti, quia bonæ fidei eſt. Ideo poteſt iudex, ſi ei æquũ viſum ſit, actori iuſiurandum in litem deferre, & tanti reum damnare, quanti iurauerit actor.

Eſt locus communis de iureiurando tritus & peruulgatus, tamen compenſatio in ea actione locum non habet, quæ tamen maximè locum habet in bonæ fidei iudiciis. §. in bonæ fidei. Inſtit. de action. Et olim vſitata tantum erat in bonæ fidei iudiciis, nam in ſtrictis non habebatur ratio compenſationis, quamuis hodie propter conſtitutionem Iuſtiniani, l. vlt. Cod. de compen. in ſtrictis etiam iudiciis admittatur. Sed ſingulare eſt, quod compenſatio in hoc tractatu non admittitur. Fauor huius contractus exigit, vt primo quoq; tempore quod depoſitum eſt, reddatur. l. pen. Cod. eo. videtur magna perfidia eſſe depoſitum non reddere. Ideoq; conſtitutum eſt, vt ſine vlla cunctatione depoſitum reddatur. Non admittitur compenſatio, etiam ſi ex cauſa depoſiti tantundem ſibi deberi quis contendat, hoc etiam expreſſum eſt in Inſtit. d. §. in bonæ fidei. tit. de act.

Aliud ſingulare eſt in actione depoſiti, quod is qui depoſuit rem ſuam apud aliquem, ius & priuilegium habet protopraxias, vt præferatur ceteris creditoribus, ſi fortè bona depoſitarii publicè poſita ſint. Hoc ius ſingulare eſt in depoſito. l. ſi hominem. §. quoties. Quoties foro cedunt nummularii, id eſt, *quand ils ſont banqueroutte.* Si quis pecuniam apud nummularium depoſuerit, alii vero pecuniam fœnerati ſint, ſi foro ceſſerit ille nummularius, & bona eius publice poſita ſint, ratio prius habenda eſt eius, qui pecuniam apud nummularium depoſuit, vt is præferatur ceteris creditoribus fœneratoribus. *Et ante priuilegia nulla difficultas eſt, niſi in his verbis.* His verbis ſignificat priuilegariis eos, qui depoſuerunt anteponendos eſſe, quod non videtur rationi conſentaneum eſſe. Nonne ſatis eſt eos parem cauſam habere cum priuilegariis? De priuilegariis videte tit. de priuileg. credit. His aduerſari videtur, quod expreſſum eſt in l. ſi ventri. §. in bonis. de priuile. credit. vbi dicitur eorum, qui habent depoſitam pecuniam, habendam eſſe ratio-

rationem poſt priuilegiá. Hic autem dicitur ante priuilegia, ſed quod poſtea ſequitur in l. ſi ventri. §.in bonæ fidei.oſtendit quomodo hoc accipiendum ſit. Subiicit, ſi res depoſitę extent, & vindicari poſſint, tunc ratio habenda eſt eorum, qui depoſuerunt antę priuilegia. ergo quod hic dicitur, ſimpliciter accipiendum eſt, ſecundum eam diſtinctionem. Sed quomodo? Aliquando accidit & fere hoc contingit in depoſito, vt rei depoſitę dominium non transferatur. Hæc eſt enim depoſiti natura. Nam quoties dominium rei depoſitæ transfertur in depoſitarium, res excedit terminos depoſiti. Ergo cum dominium pecuniæ depoſitæ translatum non eſt, vindicari poteſt pecunia cuius dominium translatum non eſt. Certe æquum eſt, eum qui pecuniam ſuam petit, cuius dominium nõ tranſtulit in depoſitarium, præferri omnibus priuilegiariis, contendit enim de dominio non amittendo eius rei, cuius dominium ſemper habuit, & quam vindicare poſſet, tanquam dominus. Si verò dominium tranſtulit in depoſitarium, quod accidit aliquando vt diximus in interpretatione l. Lucius. cum conuenit, vt poſſit vti depoſitarius, tunc eius qui depoſuit habetur ratio poſt priuilegia. Item, etſi fraudatoris dolo deſierit in bonis eius eſſe. Deinde hæc actio datur aliquando in ſimplum, aliquando in duplum, vt expreſſum eſt in edicto Prætoris. l. 2. §. 1. hic. Hæc actio datur in ſimplum, niſi ex cauſa tumultus, incendij, ruinæ, aut naufragij, quicquam depoſitum ſit. Si quis neceſſitate compulſus in naufragio, ruina, tumultu & incendio, depoſuerit apud alium aliquem rem ſuam, cum non poſſet perſonam idoneam facile eligere cui fideret, tunc æquum eſt, vt huic ſuccurratur, & perfidia eius qui depoſitum accepit, magis puniatur, ideoq; hæc actio datur aduerſus eum in duplum. Sed cum quis nulla neceſſitate coactus rem ſuam depoſuit apud aliquem, poteſt eius culpæ aſcribi, quòd homini perfido nec ſatis idoneo cuſtodiam rei ſuæ commiſerit.

Hæc autem ſeparatio. Inutile eſt in cauſis huiuſmodi fidem frangere: ſic eſt legendum vt oſtendi lib. 1. Diſputat. capit. 10. Non inciuile, vt legitur in libris vulgaribus. Inutile eſt publicæ vtilitati. l. cum plures. de adminiſt. tut. Quod dicimus actionem pœnalem non eſſe, ſed rei perſecutoriam, hoc intelligimus rem nullam peti præter eam quæ depoſita eſt, cum acceſſionibus. Pœna tamen infamiæ damnatus hac actione afficitur. l. quæ depoſitum. C. eod. Poſtremo datur hęc actio in hæredem, in ſimplum, in ſolidum ex dolo defuncti. l. ſi hominem. 7. §. dari. Ait autem Iureconſultus, hanc actionem dari ex dolo defuncti in ſolidum: quod tamen videtur contradicendum eſſe: dicimus enim actionem ex maleficio deſcendentem in hæredem non dari, niſi quatenus ex dolo defuncti ad hæredem peruenerit. At hæc actio oritur ex dolo, dolus autem eſt maleficium, ſed tamen ait Iureconſultus dari actionem aduerſus hæredem, in ſolidum. *Tamen quia hic dolus.* Hæc actio non naſcitur ex maleficio, ſed ex contractu, quamuis propter maleficium detur, agitur ex depoſito, non inſpicimus an cauſa condemnationis ſit maleficium, ſed inſpicimus an ex maleficio agatur, an ex contractu. Actiones ex contractu deſcendentes, quamuis ob maleficium dentur, competunt aduerſus hæredes in ſolidum. l. ex contractibus. de oblig. & actio. Conſequitur igitur hanc actionem non competere aduerſus hæredem ad pœnam, atque ita explicari poteſt locus aliàs obſcurus, & explicatu difficilis in §. aliquando. de perpet. & temp. act. vbi aliquando etiam ex contractu in ſolidum non datur in hæredem actio. quod poteſt intelligi de actione depoſiti, quæ etſi ex contractu deſcendat, non tantum rei perſecutoria eſt, ſed pœna: vt cum petitur duplum: & exemplum de depoſiti actione ibi Theophilus adfert. Sed quæritur cum plures hæredes ſint, an detur in ſingulos in ſolidum actio, an vero pro parte hæreditaria pro quá quiſque parte hæres eſt? Et dicitur in l. ſi hominem. §. datur. pro parte hæreditaria hæredes conueniendos eſſe: hic ergo ſequimur regulam qua obligationes diuiduntur inter hæredes pro portionibus hæreditariis. l. 1. ſi cert. pet. hoc intellige, niſi hæres vnus ex ſuo facto conueniatur, vt diximus de commodato, l. 3. §. hæredes. commod. *Si* vnus ex hæredibus in re depoſita dolum admiſerit, quia conuenitur ex facto ſuo, is tenebitur in ſolidum. Huc pertinet quod dicitur in l. in depoſiti. 9. Ex his naſcitur quæſtio quæ tractatur in l. ſi duo. 29. Res aliqua depoſita eſt apud aliquem: is deceſſit duobus hæredibus relictis: hæredes dolo interuerterunt rem depoſitam: quæritur an in ſolidum an pro parte conuenientur? dolum hic ab vtroque commiſſum eſſe ponimus. Marcellus ait quedam caſu pro parte teneri, poteſt accidere talis ſpecies in qua teneantur pro parte, ſi pro parte admiſſum ſit aliquid à ſingulis vt in hoc exemplo. *Si diuiſerunt decem.* Decem depoſita fuerant apud defunctum: hæredes defuncti dolo malo interuerterunt eam pecuniam, & eam inter ſe diuiſerunt, & ſinguli hæredes quina abſtulerunt, in parte erunt adſtricti. Aliquando incidit ſpecies vt teneantur in ſolidum. *Si lancem conflauerint.* Non idem enim dicitur de pecunia quæ recipit diuiſionem: ſi qua ſpecies interuerſa ſit dolo hæredum, in ſolidum conueniri poterunt. Sed quomodo hæc accipienda ſint, docuimus ſub tit. de ver. oblig. in variis locis. Quamuis in hac poſteriori ſpecie in ſolidum teneantur, tamen cum ſit deueniendum ad æſtimationem rei, quia non reſtituitur ſpecies, conuenientur etiam pro parte: idque accidit in his etiam obligationibus quæ indiuiduæ ſunt, l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. Si quis domum ædificari ſtipulatus ſit, & id non fiat, hæc ſtipulatio eſt indiuidua: tamen ſi promiſſor deceſſerit pluribus hæredibus relictis, pro parte conuenientur hæredes, quia ad æſtimationem venitur. Hæc de actione depoſiti directa.

Cap. V.

De actione depoſiti contraria.

DE hac actione contraria pauca hic extant: locus vnus eſt in l. 5. in prin. Sicut ei qui depoſuit rem ſuam apud alium datur actio depoſiti directa aduerſus depoſitarium, ita variis ex cauſis datur actio contra, id eſt, viciſſim depoſitario aduerſus eum qui depoſuit.

De cauſis huius actionis.

SI quis velit noſſe cauſas huius actionis contrariæ, repetenda ſunt ea quæ diximus de actione commodati contraria: hæ duæ enim actiones magnam inter ſe affinitatem habent, vt ſi ſumptus facti ſint in conſeruationem & tutelam rei depoſitæ: ſed hic dicitur in actione contraria depoſiti non iurari in litem ſicut in directa iuratur in litem in iudicio directo depoſiti, cum depoſitarius rem depoſitam reſtituere non vult: hac ratione punitur contumacia & perfidia eius qui reſtituere non vult dolo malo. Tunc enim iuſiurandum defertur actori: hæc ratio ceſſat in iudicio contrario depoſiti, nam depoſitarius petit ſumptus ſibi reſcindi quos fecit in conſeruatione rei depoſitæ: hic non agitur de fide ruptá, ſed de indemnitate tantum eius qui depoſitum ſuſcepit. Quædam alia ad vtramque actionem pertinentia omitto, quia video nobis feſtinandum eſſe, vt abſoluamus hunc librum.

IN TIT. XXXV. LIB. IIII. COD. ET TIT. I. LIB. XVII. PANDECTARVM.

MANDATI VEL CONTRA.

Cap. I.

IN hac diſputatione de mandato incipiemus à definitione mandati. Quam definitionem ſimpliciſſimè explicabimus, ſicut à nobis factum eſt de depoſito. Mandatum nos definimus contractum eſſe quo negotium alienum alicui gerendum committitur ſine mercede. nos hoc addidimus vt plana ſit definitio. Verbum contractus explicatum fuit à nobis ſub titu. depoſiti. Eodem enim verbo vſi ſumus in definitione depoſiti. Negotium hic accipimus pro quacunque re in qua opera alterius nobis ſit neceſſaria, ſic accipitur in definitione procuratoris. l. 1. de procur. Cum procurator is eſſe dicitur, qui negotia aliena mandato domini adminiſtrat: exempli gratia, cum mando tibi vt fundum mihi emas, vel vt pro me fideiubeas. hæc exempla ſunt in leg. 2. hic. Deinde dicitur in definitione, *alienum*, cum negotium alienum gerendum committitur. Eodem que verbo vſus eſt Iureconſultus in definitione procuratoris. Procurator eſt qui mandato domini negotia aliena gerit &

adminiſtrat, nam ſi quis aliquid gerendum committat quod ad vtilitatem committentis non pertineat, ſed potius eius cui mandatur, non propriè dicitur mandatum eſſe. Ego tibi mando, vt pecuniam tuam potius colloces in comparationem prędiorum quam in fœnus, quia negotium alienum non committitur ſed proprium eius, cui mandatur, propriè non dicitur mandatum eſſe, quamuis mandatum etiam ad hoc pertineat, ſi late accipiatur, conſilium eſt potius quàm mandatum, vt dicitur in l. 2. ego videor tibi conſulere potius quam mandare quod ad me pertinet: quia non intereſt vtrum fœneres pecuniam an colloces in emptionem prædiorum. Ex conſilio nemo obligatur: ex mandato naſcitur vltro, citroque obligatio. Eſt regula iuris, l. conſilij. in qua dicitur conſilij non fraudulenti nullam obligationem eſſe. Neque illud verum eſt, conſilium malum conſultori peſſimum eſt. Deinde dicitur in definitione, *gerendum*. Hoc verbo admonemur iam geſti mandatum nullum eſſe, l. ſi verò. §. ſi poſt. cum ego tibi mando vt pecuniam Titio credas, tunc vere mandatum eſt, etſi mandatu meo credideris: eo nomine tibi aduerſus me actio datur: ſed ſi poſt creditam pecuniam mandem tibi vt credas, nullum eſt mandatum. Verbi proprietas id ſatis oſtendit. Verbum, mandare, non poteſt referri ad id quod iam factum eſt, ſed ad id quod faciendum eſt. Et hoc intereſt inter conſtitutum, mandatum & fideiuſſionem. Conſtitutum fit etiam poſt obligationem contractam. Conſtituo me ſoluturum decem quæ tibi debeo, vel fide mea eſſe iubeo quod Titio credideris. Et fideiuſſio ſequi etiam poteſt obligationem iam contractam, ſed mandatum antecedere debet. Iureconſultus addit exceptionem in qua mandator tenetur poſt obligationem contractam. Tu pecuniam credidiſti Titio, cum vrgeres eum ad tibi ſoluendum, mandaui tibi, vt periculo meo dares ei aliquod interuallum: hoc caſu ad mandantem periculum nominis pertinet. Deinde dicitur in definitione, abſque mercede: nam ſi merces interuenerit, tranſit in alium contractum: non dicitur mandatum eſſe, ſed locatio propter mercedem interuenientem. Is qui pacta mercede negotium alienum gerendum ſuſcepit, operam ſuam locare videtur, l. 1. hîc §. mandatum. Idem dictum eſt de commodato & depoſito, vtrumque eſt gratuitum. Si tamen remunerandi cauſa honorarium interueniat, nihilominus dicitur mandatum eſſe, non ideo eſt locatio, quòd honorarium aliquod remunerandi cauſa præſtetur, vt dicitur in l. ſi remunerandi. 6. in princ. vocat honorem quod aliquando dicitur honorarium. l. 1. ſi menſor falſ. mod. l. 1. de extraor. cognit. Honorate eſt aliquem præmio afficere. l. 1. de poſtul. cum in iudicio honor petitur. d. l. 1. de extraor. cognit. & l. honorarium. Sed de hoc honorario & ſalario nos poſtea fuſius dicemus. Addidimus in definitione, *committitur*. Committi alicui negotium gerendum dicitur cum quis rogat alium, vt negotia ſua gerat: his enim verbis mandatum contrahitur. l. 1. hîc. Solo igitur conſenſu obligatio mandati contrahitur. l. 1. l. ſi remunerandi. §. 1. hîc. Admonet Vlpianus hanc obligationem non naſci ex geſtione negotij. Nam ex negotij geſtione naſcitur obligatio, cum quis negotia ſine mandatu alterius geſſit, & vltro ſe immiſcuit negotiis alienis gerendis. Hîc mandatum neceſſarium, vt hæc obligatio cotrahatur, præter mandatum nihil neceſſarium eſt, nam poſtquam quis ſuſcepit negotium alterius gerendum, etſi non geſſerit, tenebitur. quoniam autem hæc obligatio dicitur contrahi conſenſu, ideo nihil refert quibus verbis quis vſus ſit in hac obligatione contrahenda, vt dicitur in leg. 1. nihil refert quibus verbis conſenſus expreſſus fuerit: hoc eſt intelligendum, modò verba huiuſmodi ſint, vt exprimant voluntatem mandantis, vt ex his appareat mandare voluiſſe negotium alicui gerendum. Nam vulgaris commodatio non ſufficit ad obligationem mandati contrahendam. l. ſi verò. §. cum quidam. Is qui commendat alium per epiſtolam, non videtur mandare vt ei pecunia detur, ſed videtur teſtimonium tantum præbere ſuæ probitatis: non tamen in ſe periculum ſuſcipere, ſi quid ei datum fuerit. Inde etiam conſequitur inter abſentes mandatum contrahi poſſe ſicut & inter præſentes per nuncium & per epiſtolam: quod & in omnibus contractibus locum habet qui conſenſu contrahuntur. l. 1. hic. Quinimo & tacitus conſenſus ſufficit, etiam ſi quis ne per epiſtolam quidem aut nuntium voluntatem ſuam declarauerit, ſed præſente ſe paſſus ſit aliquid fieri, aliquando mandaſſe intelligitur, quia conſenſus ſufficit. At dubium non eſt quin conſentire intelligatur qui ſe præſente aliquid fieri patitur. Exemplum eſt in l. qui patitur. Quidam mandat, vt mihi pecuniam credas, quaſi pro me fideiubens is aget aduerſus me eo nomine, ſed ei non mandauit vt pro me interueniret: ego voluntatem meam verbis non expreſſi, ſed tamen hoc paſſus ſum: hoc ſilentium declarat conſenſum. Simile eſt quod dicitur in l. ſi fideiuſſor. Tu fideiuſſiſti pro me cum ego id tibi mandaſſem expreſſe, ſi ſolueris pecuniam ad quam obligatus es, quia interceſſiſti, mandati aduerſus me actionem habet, alia cauſa eſt prohibentis quam tacentis, & non contradicentis. Si quis prohibuerit alij ne pro ſe fideiuberet, & is nihilominus fideiuſſerit, nulla ei ſupereſt actio mandati aduerſus eum pro quo fideiuſſit. l. ſi pro te. 40. Cum velles pro me fideiubere, ego prohibui me fideiubere: fideiuſſiſti, & pecuniam exoluiſti, eo nomine actio mandati non tibi competit aduerſus me, imò ne negotiorum geſtorum actio eſt, quoniam licet negotiorum geſtorum actio ei detur, qui ſine mandatu alterius negotia geſſit, tamen ei non datur qui contra mandatum geſſit. Hoc etiam expreſſum eſt in l. vltim. Cod. de negot. geſtis. De hac tamen re multæ & diuerſæ fuerunt opiniones Iureconſultorum, & edita eſt conſtitutio à Iuſtiniano ad eas decidendas quæ eſt in d. l. vlt. de neg. geſtis. Quod autem diximus mandatum perfici conſenſu, nos conſenſum intelligimus vtriuſque interuenire debere tam eius qui mandat quam eius cui mandatur: nemo enim cogitur mandatum ſuſcipere, ſed poſteaquam ſuſcepit obligatur: atque ita intelligendum eſt quod dicitur in definitione, cui negotium gerendum committitur, l. ſi mandauero. §. vlt. *Niſi renuntiatum ſit*. Nam renuntiatio hic locum habet, vt poſtea dicturi ſumus. Hactenus de definitione mandati, ex qua intelligitis contractum eſſe ex quo naſcitur obligatio. Hæc obligatio parit actionem mutuam, id eſt, tam directam quàm contrariam. Ex hoc contractu naſcitur vltro citroque obligatio directa quæ datur mandati aduerſus mandatarium. Contraria vero quæ datur mandatario aduerſus mandãtem. de actione directa primum videndum eſt.

Cap. II.

De cauſis actionis mandati directæ.

VAriæ huius actionis cauſæ hic referuntur à Iureconſultis, quas ordine & ſigillatim explicaturi ſumus. Vna eſt, ſi mandatum ſuſceptum ſit, nec mandatarius id impleuerit, vel mandato opportunè non renuntiauerit, mandatarius non impleuit negotium ſibi commiſſum, cum iuſtam cauſam non haberet non implendi nec renuntiauit opportune, tenetur hac actione. Vtrunque enim neceſſarium eſt vt agatur hac actione. l. ſi mandauero. §. vlt. Is qui mandatum ſuſcepit, poteſt renuntiare ob iuſtam cauſam mandato re integra. Sed ſi cum nullam iuſtam cauſam haberet renuntiandi, nec renuntiauit etiam ei, ſed deſeruerit omnino mandatum ſuſceptum, locus eſt huic actioni directæ. Si mihi renuntiatum ſit, cum mihi ius integrum non eſſet, quia importunè eſt renuntiatum, ideo datur mihi aduerſus te actio mandati directa quanti mea intereſt negotium geſtum eſſe. *Sane ſi valetudinis*. Hic Iureconſultus adfert quædam exempla, vt oſtendat ex cauſa poſſe mandatum deſeri, & renuntiari poſſe mandatori. *Seu ob aliam iuſtam cauſam*. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ſi quis alicui. 27. §. qui ſuſcepit. & l. ad comparandas. 17. C. Ego tibi mandaui vt merces mihi comparares, & pecuniam tibi dedi, fidem rupiſti, teneris mihi quanti mea intereſt mandatum ruptum non eſſe. Notandum eſt ex eadem cauſa dari aliquando actionem furti, puta, quia mandatarius ſuſceptum mandatum non impleuit, ſed deſeruit. Veluti ego dedi tibi pecuniam ad comparandas merces, tu fide rupta non comparaſti, ſed meam pecuniam in tuos vſus conuertiſti, dubium non eſt quin furti tenearis. Eſt enim furtum contrectatio rei alienæ inuito domino. l. 1. de furtis. Hoc eſt intelligendum ſi verè contrectaſti rem meam, & ſi nolis reddere quod accepiſti, non tamen teneris furti ſed mandati. l. procurator. 55. Alia cauſa hic refertur, ſi inſtrumenta cauſæ non reddat mandatarius vel

quod

quod ad eum peruenit occaſione mandati. l. ſi procuratorem, 8. Ego tibi mandaui vt cauſam meam ageres, inſtrumenta cauſæ tibi dedi: quæſitum fuit quænam actio mihi competat, cum ea mihi non redderes? Quibuſdam videbatur actionem depoſiti competere, quia agitur inter me & te, vt ea inſtrumenta cuſtodias: ſed tamen quia illa conuentio accedit contractui mandati, competet mihi actio mandati. Nam inſpicimus id quod principaliter agitur. Simile exemplum adduximus in interpretatione tractatus de rebus cred. & etiam titul. depoſiti. Inſpicitur initium & cauſa. Si habeatur initii & cauſæ ratio, propter hoc inter nos agitur: mandatum eſt, & ideo datur actio mandati, non depoſiti, vt hic dicitur. Hac actione etiam agitur ſi procurator nō reddat id quod accepit propter mandatum, quod intelligimus de quacunque re quæ peruenit ad procuratorem occaſione mandati. Aliud exemplum eſt de vſuris in leg. idemque. §. ſi mandauero procuratori. vbi tractatur huiuſmodi quæſtio. Mandaui tibi vt meam pecuniam gratis crederes ſine vſuris, tu vſuras exegiſti: nonne poſſum petere vt eas vſuras reddas? Et Iureconſul. ait te ad eas vſuras teneri, quia ex mandato nihil debes lucrari.

Tertia cauſa eſt, Si dolo vel culpa mandatarii damnum aliquod acceperit mandator, quamuis mandatarius ſuſceptum mandatum non omiſerit: ſed tamen eius dolo vel culpa aliquo damno affectus ſit mandator, eo nomine datur aduerſus eum actio mandati. Itaque mandatarius vel procurator non tantum de dolo, ſed etiam de culpa tenetur. Id ſumitur ex tribus legibus quæ ſunt in titul. C. l. cum per procuratorem. 9. l. procuratorem. & leg. à procuratore. Simile eſt etiam quod dicitur in leg. in re mandata. C. eod. tit. Idem dicitur in leg. contractus. de reg. iur. vbi docet Iureconſultus qui contractus dolum recipiunt, & qui culpam: & ait in iudicio mandati præſtari dolum & culpam. Idem ſcribit Cicero in oratione pro Roſcio Amerino, differens de hoc iudicio mandati in minimis rebus teneri mandatarium, ſi quid non ſolum malitioſe, ſed & negligenter fecerit. Sed huic ſententiæ duo aduerſari videntur. In primis aduerſatur regula quam tradit Iureconſultus in leg. ſi vt certo. §. videndum. ſupra, commodati. vbi docui in contractibus qui ad vtilitatem ſuſcipientis non pertinent, dolum tacitum præſtari, non etiam culpam & negligentiam, veluti in depoſito. Cum quis deponit rem ſuam apud aliquem cuſtodiendam, depoſitarius dolum tantum præſtat, quia depoſitum ad eius vtilitatem non pertinet: In eo enim tantum verſatur vtilitas deponentis. At in hoc contractu eadem eſt ratio: mandatum fit gratia mandantis: mandatum gratuitum eſt: hæc obligatio contrahitur ſine mercede, alias locatio eſſet. Ergo idem dicendum eſſe videtur quod de depoſito, vt dolum tantum præſtet mandatarius ſiue procurator, non etiam culpam & negligentiam.

Secundo obiiciuntur quædam leges huius tituli. l. ſi fideiuſſor. 29. & leg. ſi procuratorem. §. vltim. cum ſeq. & l. idemque. ex quibus legibus colligi videtur dolum tacitum præſtari in hoc iudicio. in d. leg. ſi fideiuſſor. 29. Si fideiuſſor conuentus aliquam exceptionem omiſerit, & ob id condemnatus fuerit à iudice ad ſoluendum, quæritur an id repetere poterit à mandante? Et Iureconſultus ait videndum eſſe an id dolo fecerit, an non. Sic videtis cum quæritur an procurator teneatur, an non, inquiri an dolo aliquid fecerit an non. Sic in leg. ſi procuratorem. §. vltim. cum l. ſequent. & l. idemque. 10. in principio. In hac leg. Idemque. Vlpianus generaliter ait nihil amplius præſtare eum oportere, qui procurat quam bonam fidem. Aperte videtur oſtendere Vlpianus mandatarium vel procuratorem de dolo tantum teneri non etiam de cuſtodia: & tamen in leg. à procuratore. & aliis legibus diſerte expreſſum eſt, & dolum & culpam præſtari. Locus eſt valde difficilis, nec vllus eſt difficilior in hac tota diſputatione de mandato. Sed tamen exiſtimo ſic dicendum eſſe. Quamuis obligatio mandati contrahatur gratia mandantis, nec vtilitas mandatarii in ea re verſetur, mandatarium negligentiæ nomine & culpæ teneri, quia is qui negotium alterius gerendum ſuſcipit, videtur diligentiam & induſtriam ſuam promittere: quia in negotio gerendo opus eſt induſtria & opera. Ideo ſi dicatur negligentiæ nomine teneri in depoſito non eſt eadem ratio: nulla induſtria eſt opus. In depoſito ſufficit, vt depoſitarius depoſitum recondat: ſed in mandato actione opus eſt, quæ induſtriam requirit. Hac ratione videtur mihi reſponſum eſſe, vt quamuis mandatum gratia mandantis contrahatur, nec reſpiciat vtilitatem mandatarii, quia forte nullum ei ſalarium conſtitutum eſt, tamen teneatur negligentiæ nomine. Notandum tamen eſt, quoties negotium eſt quod induſtriam non requirit, quia ceſſat hæc ratio: ideo dolum malum tantum aut culpam latam quæ proxime ad dolum accedit, præſtari. Sic exiſtimo accipiendum eſſe quod dicitur in leg. ſi fideiuſſor. hic. Tu fideiuſſiſti pro me mandante, hæc res nullam induſtriam requirit. Ideoque non interpretabimur hoc actum eſſe inter mandantem & mandatarium, vt is diligentiam adhibeat: vnde dictum eſt in leg. fideiuſſor. ſi fideiuſſorem doli nomine tantum teneri, vel ob diſſolutam negligentiam quæ proxime ad dolum accedit. Quod autem dicitur in leg. idemque. nihil amplius præſtare oportere quam bonam fidem eum qui procurat, paulo obſcurius eſt. Accurſius ait his verbis non excludi diligentiam, & ita interpretatur nihil maius quam bonam fidem præſtare oportere. Sed ego contra exiſtimo bonam fidem præſtare hic eſſe, præſtare etiam diligentiam. Contra fidem enim is facit, qui in amici negotio quod ſuſcepit gerendum, negligentem ſe præſtat: id enim alienum eſt à bona fide. Ideoque cum ait nihil amplius præſtare eum oportere qui procurat quam bonam fidem, ſic intelligimus: Id eſt, ſufficit eum id efficere quod bonæ fidei conuenit, & quod bona fides dictat eum efficere debere. Et exempla quæ præcedunt in leg. ſi procurator. §. vult. oſtendunt ſic hoc accipiendum eſſe quod dicitur de bona fide: quamuis ſæpius bona fides dolo opponatur. Alia etiam diſtinctio mihi ſolita eſt placere, vt diſtinguamus procuratorem ab eo cui aliquid eſt mandatum, vt Cicero in oratio. pro Cecin. & idem Cicero in Topic. Procuratorem vocabant qui operam ſuam locabat ad res alienas gerendas & adminiſtrandas: ita plærunque accipiunt procuratorem iuris noſtri auctores, veluti in leg. ſi quis procuratorem. Codic. de decur. lib. 10. Cum vocant vile officium procuratoris, vocant procuratorem qui mercede accepta aliena negotia gerit: mandatarius autem non gerit aliena negotia accepta mercede, alias locatio eſſet. Sed etſi quis locauerit operam ſuam vt res alienas gerat, dicitur procurator: & re vera ita procurator accipitur plærunque. Noſtra diſtinctio non abhorret à dictione. Is qui proprie procurator dicitur, & accepit mercedem, tenetur non tantum de dolo, ſed etiam de culpa: ſed tamen magis mihi placet ſuperior noſtra diſtinctio. Quartum exemplum eius cauſæ propter quam datur actio mandati, directa eſt, in leg. fundum. 35. Ego tibi mandaui, vt mihi fundum emeres, qui ex parte tuus erat: tu emiſti partem quæ erat aliena non tua, quia tibi mandaui vt emeres mihi totum fundum, peto vt mihi partem quoque tuam præſtes: quæritur an præſtare tuam partem cogaris? Certe ſubtilitas iuris non patitur: vt præſtare tuam partem cogaris, quia non potes partem tuam à te emere. Sed tamen nos benignius interpretamur hoc mandatum quaſi tibi mandatum ſit vt mihi partem tuam vendas, & emas partem quæ tua non eſt. Atq; hinc naſcuntur quædam quæſtiones de pretio. Prima eſt. Quid ſi tibi mandaui vt certo pretio emeres? Et dicitur eo pretio mandato eum emere debere. Deinde quid ſi certum pretium non ſit definitum? Et dicitur definiendum eſſe arbitrio boni viri. l. ſi fundum. & l. ſequenti. *Ita vt omnes ſummas.* Hinc intelligitis ex quibus cauſis detur actio mandati directa.

Præterea notandum eſt hanc actionem famoſam eſſe, licet pœnalis non ſit, ſed rei perſecutoriam, tamen infamiæ pœna infertur damnato hoc iudicio: hoc autem expreſſum eſt in l. in re mandata. 21. C. eo. Exiſtimationis & famæ periculum eſt in re mandata eius qui mandatum de negotiis alienis gerendis ſuſcepit: & videte edictum prætoris de his qui notantur infamia.

Deinde hæc actio non tantum directa eſt, ſed etiam vtilis, ſicut & in aliis iudiciis pleriſque. Vtilis actionis exemplum vnum eſt in leg. ſi mandauero. 22. §. is cuius. quæſtio eiuſmodi eſt de qua hic tractatur. Quidam deportatus eſt, bo-

na eius publicata ſunt: cum bona eius venderentur, mandauit alicui vt ea emeret: hic mandatarius ea bona emit, deinde non vult ei bonam fidem præſtare, quæritur an habeat aliquam actionem aduerſus eum? Hic videtur omni actione deficere. Primum quia deportatus ciuis non eſt, numeratur inter Apolides, ciuitatem amittit, & omnia quæ iuris ciuilis ſunt. Actionum autem formulæ iuris ciuilis ſunt, quamuis ipſæ actiones ſunt iuriſgentium, quomodo igitur agere poteſt? Deinde alia ratione videtur actione mandati agere non poſſe, quia bona eis publicata ſunt. At bonis confiſcatis confiſcantur quoque actiones. Nam in bonis actiones computantur. l. bonorum. 49. §. æque. de verborum ſignificat. & l. quam Tuber. de peculio. Hic tamen reſpondet Iureconſultus, Vtilis erit mandati actio ſi fidem non præſtet, quia propter formulas iudiciorum quę iuris ciuilis ſunt, directo non poteſt agere qui eſt deportatus: ſed ei datur actio vtilis contra iuris rigorem vtilitate id ſuadente. Si quis obiiciat, confiſcatis bonis confiſcari quoque actiones: hic reſpondet Iureconſultus confiſcata non eſſe bona poſt publicationem quæſita. Videtur tamen contraria l. 2. C. de bon. proſcript. vbi deportati nec earum quoq; rerum quę poſt pœnam irrogatam habuerunt, hæredem habent, ſed publicantur. Sed tamen hæc contraria non ſunt, ſed diuerſa. Verum eſt hæredem non habere eorum bonorum deportatum quæ poſt deportationem quæſita ſunt. l. 2. ff. de petit. hæred. quia hæreditates ſunt iuris ciuilis, amittunt autem deportati omnia quæ iuris ciuilis ſunt. l. quidam. de pœnis. Hęreditatem non defert niſi ciuis ciui, ſed tamen ea retinere poſſunt quandiu viuunt. Deportatus ciuis nō eſt, ſed eſt peregrinus: nec poteſt is deferre hæreditatem, nec hæreditas ei deferri poteſt, de obligatione quæ quæſita erat ante publicationem, quæritur: eſtque difficilis quæſtio, & dicitur eam manere, ſed transferri in fiſcum. l. 2. de cap. dimin. l. bona fides. depoſ. Si deportatus cuius bona confiſcata ſunt, agat depoſiti, potius fiſco reddendum eſt depoſitum quam ei: quia fiſcus hæres eſt deportati. l. tutoris. C. ad l. Iul. de vi publ. Omnis ergo obligatio & actio, tā actiue quam paſſiue tranſit ad fiſcum: vnde fideiuſſor accedens obligatur. l. vltim. ff. de duob. reis. & leg. prim. C. de fideiuſſ. Loquuntur illæ leges de fideiuſſore, qui interuenit pro deportato. Iulianus tamen cuius ſententia refertur in l. fideiuſſor. ff. de fideiuſſo. ait, pro reo deportato non recte accipi fideiuſſorem, quia omnis obligatio, omnis actio aduerſus deportatum extincta eſt. Papinianus eam ſententiam refert, aitque ideo ſi ea ſententia probanda ſit, poterit accipi de ciuili obligatione. l. eas. de capitis diminutione. vel poterit etiam accipi de directa actione. Poſtremo notandum eſt hanc actionem ceſſare in quibuſdam caſibus, quos breuiter & ordine recenſebimus, veluti: Si reuocatum ſit mandatum, vel ſi mandantis intereſſe deſierit. l. ſi vero. §. ſi mandauero. Ego tibi mandaui, vt negotium meum gereres, mandatum reuocatum eſt morte vel alia ratione, etiam ſi non geſſeris, non datur mihi aduerſus te actio mandati, vel ſi deſierit intereſſe mea. l. procuratorem. 8. §. mandati. Hactenus de actione mandati directa, nunc videndum eſt de contraria.

Cap. III.

Cauſæ actionis contrariæ mandati.

EGo admonui ſupra proditam eſſe mutuam actionem ex hoc contractu, id eſt, tam directam quam contrariam. Nam ſicut ex cauſis iam à me recitatis mandator aduerſus mandatarium agit, ita etiam contra, & viciſſim agit aduerſus mandantem mandatarius certis ex cauſis: huius autem actionis mentio eſt in leg. ſi vero. 12. §. contrario. Cauſæ huius actionis hæ fere ſunt quæ commemorantur à Iureconſult. ſub hoc titulo. Si quos ſumptus impenderit mandatarius in mandati ſuſcepti executionem, l. idemque. §. idem Labeo. Et hoc eſt intelligendum etiam ſi procurator vel mandatarius negotio finem non adhibuerit, vt dicitur in leg. qui mutuam. §. vltim. hic. Bonum eius fuit & prudens conſilium, ſed tamen euentum non habuit: poterit petere ſumptus in eam rem factos iudicio contrario mandati. Nam euentum præſtare non debet. Sufficit ſi diligentiam adhibuerit quam neceſſe fuit adhibere. Sed quæritur, an cuiuſuis damni habebitur ratio? Si forte ob negocium quod ſuſcepit procurator aliquo damno affectus ſit, & certum eſt ei omne damnum ſarciri, niſi quod caſu fortuito contigerit. l. inter cauſas. §. non omnia. In itinere cum iter faceret mandatarius, vel procurator negotii gerendi cauſa quod ſuſcepit, ſpoliatus eſt à latronibus, id damnum vult imputare procurator, quia id damnum non ſenſiſſet, niſi illud mandatum ſuſcepiſſet. Sed tamen hic Iuriſconſultus ait non ſarciendum eſſe hoc damnum quod caſu fortuito accidit. Altera cauſa huius actionis eſt: Si honorarium ſiue ſalarium ſit conſtitutum mandatario pro remuneratione induſtriæ, quam adhibuit in negotio alieno gerendo. l. ſi remunerandi. in prin. 6. Si conſtitutum ſit aliquod honorarium, non ideo dicitur locatio eſſe, ſed mandatum. Tunc locatio dicitur cum interuenit merces, ſed non ſemper dicitur merces interueniſſe, quoties aliquod ſalarium conſtitutum eſt. leg. prim. ſi menſor falſum mod. Quoties autem aliquod ſalarium conſtitutum eſt, an ſit merces, habenda eſt ratio negotii quod mandatum eſt gerendum, an ſit tale negotium in quo locari opera ſoleat: an etiam ſit perſona quam credibile ſit operam ſuam locare, hoc ſalarium petitur etiam extra ordinem. leg. 7. §. ſalarium. *Extra ordinem.* Ego iam ſæpe docui quid ſit extra ordinem aliquid petere. Extra ordinem aliquid petitur, cum petitur coram magiſtratu, prętore, præſide: non autem per formulam. Nam prætores, præſides, magiſtratus dabant formulas de quacunque re litigatoribus, & iudices ſecundum formulam præſcriptam iudicabant, hic erat ordo iudiciorum. Sed cum ipſe prætor, præſes, vel magiſtratus cognoſcebat, dicebatur extraordinaria cognitio.

Quod autem dicitur de ſalario & honorario petendo, hoc eſt intelligendum, ſi fuerit certa quantitas expreſſa & conſtituta: nam ſi promiſſum ſit ſalarium ſine definitione certæ quantitatis, nulla competit actio, ne extraordinaria quidem cognitio ad id petendum. l. ſalarium. 7. Idem dicitur in leg. qui mutuam. 56. §. vltim. hic. Præterea excipitur id quod promiſſum eſt in euentum litis contra bonos mores, cum quis procuratorem conſtituit ad agendum in iudicio, & promittit ei dimidiam forte litis, hæ omnes pactiones improbandæ ſunt tanquam bonis moribus contrariæ. Nam præbent cauſidicis calliditatis occaſionem, & negotium faceſcendi litigatoribus. Hi redemptores litium vocabantur. dict. leg. ſi remunerandi 6. §. Maurus. & l. ſalarium. 7. Similis locus eſt in leg. ſi contra. C. eod. Redemiſti incertum euentum litis: hæc actio improbatur, ideo nihil ex huiuſmodi conuentione exigere poteris. His cauſis, de quibus iam diximus, addendum eſt, tunc competere hanc actionem cum quis mandatu alterius fideiuſſit & pecuniam ſoluit. Si quis pro me fideiuſſerit mandatu meo & ſoluerit pecuniam creditori meo, eo nomine actionem mandati habet aduerſus me, ſi mandatu meo fideiuſſerit. Si vero nullo mandatu præcedente fideiuſſerit, datur ei actio negotiorum geſtorum, non actio mandati. l. ex mandato. 20. §. vltim. hic. apertum eſt diſcrimen vtriuſque actionis mandati & actionis negotiorum geſtorum. Quod autem diximus actionem competere fideiuſſori aduerſus eum, cuius mandatu fideiuſſit, ſi ſoluerit pecuniam hoc eſt intelligendum etſi ſine iudice ſoluerit, vt dicitur in l. idemque. 10. §. fideiuſſores. de qua re tamen magna erat dubitatio. Forte enim poteſt obiicere is cuius mandatu alius fideiuſſit & pecuniam ſoluit, debere expectare iudicium & condemnationem. Sed tamen dicitur in ea leg. idemque. §. fideiuſſores. referre an condemnatus à iudice ſoluerit, an vero ſine iudice. Non eſt conſentaneum bonæ fidei, quæ maxime ſpectatur in his iudiciis, exſpectare condemnationem & iudicium, cum quis intelligit ſe debere. Boni viri eſt ſoluere quod debet ſine vlla coactione. Soluere autem hic eum intelligimus non tantum qui pecuniam numerat, ſed etiam qui delegat debitorem ſuum. l. inter cauſas. 26. §. abeſſe. Abeſſe enim intelligitur cum debitorem ſuum delegat: hoc tamen ita accipiendum eſt, niſi fideiuſſor aliquam exceptionem ſciens omiſerit, quam obiicere poterat aduerſus eum cui pecuniam ſoluit. leg. fideiuſſor. 29. Fideiuſſor cum ab eo petitur pecunia, in quam fideiuſſit, defendere ſe debet exceptione oppoſita, quam intelligit ſe poſſe obiicere agenti. Eſt forte exceptio pecuniæ non numeratæ. Reus principalis pro quo interpellatus eſt, caueat, ſe accepiſſe pecuniam propter ſpem numerationis, tamen numerata non fuit:

non fuit: fideiuſſoris eſt cum conuenitur tunc exceptionem opponere: ſi ſciens omittat hanc exceptionem, nullam habet actionem aduerſus eum pro quo ſoluit. Si autem ignorans hanc exceptionem omiſerit, ait Iuriſconſul. ei hanc actionem competere. Id variis exemplis declaratur in dict. leg. ſi fideiuſſor. In §. quædã. tractatur quæſtio de eo qui procuratoriã omiſit exceptionẽ. In §. fideiuſſor, tractatur quæſtio qui prę́ſcriptionem tẽporis habebat. Procuratoria exceptio eſt, vt ſi miles erat procurator agentis qui non eſt idoneus procurator. Cum ait procuratorem exceptionem opponere debere, & exceptione oppoſita agentem ſummouere, intelligite de ea exceptione propter quam debitum non eſt: propter quam exceptionem nihil deberi dicitur: propter quam ex bona fide ſolui non debet: veluti ſi ſit exceptio non numeratæ pecuniæ vel pacti conuenti. Nam is qui hanc exceptionem habet, ſoluere non debet. Sed ſi obiiciat quis exceptionem procuratoriam quæ dilatoria tantum eſt, etſi ſoluerit, poterit hanc actionem habere. Exceptione enim procuratoria agens ſubtilitate tantum iuris ſubmouetur. Imo laudandus eſt is qui ſoluit cum bonam fidem agnouerit: & hoc eſſet de apicibus iuris diſputare. Apices iuris vocat Vlpianus, niſi fallor, ſubtilitatem iuris, ſummum ſtrictumque ius. Hoc ad eos referri debet qui ſtrictum ius ita tuentur contra æquitatem, vt verbis ſcriptis, nec verbis tantum, ſed etiam ſyllabis ſingulis atque adeo apicibus hæreant. Hoc boni viri non eſt, nec Iuriſconſulti, ita apices & ſyllabas verborum amplecti, vt ei æquitas non ſit potior. Exemplum de apicibus iuris extat in §. fideiuſſor. Fideiuſſor obligauit ſe pro alio mandatu alterius, ſed ad tempus tantum, non in perpetuum, quod fieri poteſt: vſque ad biennium ſe obligauit: poſt illud tempus conuentus poteſt ſummouere agentem. Fideiuſſor hac exceptione omiſſa ſoluit, quæritur an actionem mandati habeat aduerſus eum pro quo ſoluit? Et dicitur habere. Id enim conuenit bonæ fidei, etſi ſubtilitas iuris videatur repugnare. Nam debitor pro quo ſoluit obligatus erat, & liberatus fuit hac ſolutione. Huic diſtinctioni aliæ ſimiles ſunt in l. Quintus. 48. Cum quæritur an imputandum ſit fideiuſſori qui mandatu alterius fideiuſſit, quod exceptione omiſſa ſoluerit, qua poterat agentem ſummouere: inſpicere debemus, an fuerit honeſtum eam exceptionem opponere, an ſaluo pudore non poterat eam exceptionem opponere, ſed potius debitum ſoluere. Ex his quæ diximus conſtat fideiuſſorem qui mandatu alterius fideiuſſit, hac actione repetere quod ſoluit. Et hæc ratio agendi in iudicio, vt petat quod propter mandatum & fideiuſſionem ſoluit: quod intelligitur tam de pecunia principali quam de aliis ſumptibus. l. inter cauſas. §. præterea. Vnde naſcitur quæſtio tractata in leg. fideiuſſorem. 26. Quidam promiſit triticum, nulla facta mentione bonitatis tritici: fideiuſſor autem pro eo optimum triticum ſoluit: is à reo petit eius tritici æſtimationem: quæritur an reus ei ſoluere optimi tritici æſtimationem debeat hac actione? Quæſtio inde naſcitur quod dicitur fideiuſſorem repetere poſſe quod ſoluit. Sed tamen hic dicitur vltra id quod ſoluere debuit, non poſſe exigere. Is obligatus erat ad triticum, & vile etiam triticum dando potuit liberari. Optimum igitur triticum hac mandati actione repetere non poterit à reo principali. Sed quæſtio eſt an fideiuſſor ante ſolutionem debiti poſſit agere hac actione aduerſus reum pro quo fideiuſſit? Dubium non eſt quin poſſit agere poſt ſolutionem eius pecuniæ pro qua interuenit. Sed ponamus fideiuſſorem non ſoluiſſe. Sed quia veretur ne cogatur ſoluere, agit aduerſus reum, vt ea obligatione eũ liberet: an poterit agere? Hæc quæſtio tractatur duobus in locis, veluti in l. Lucius. 38. hic. in l. ſi & pro ea. 10. C. eo. ẽt iure pontificio. tit. de fideiuſſ. c. vltim. Et breuiter in omnibus illis locis dicitur fideiuſſorem non poſſe ante ſolutionem experiri, aduerſus eum pro quo fideiuſſit, niſi in quibuſdam caſibus exceptis. Mandatarius hac actione petit id quod ſibi abeſt, nihil autem ei abeſt antequam ſoluerit: ſed tamen ex bono & æquo aliquando ei permittitur ante tempus ſolutionis experiri, veluti ſi iam condemnatus ſit fideiuſſor ad ſoluendum, licet ſententia nondum habuerit executionem, quia prope eſt vt ſoluere cogatur. Alter caſus eſt ſi diu ceſſatũ fuerit in ſolutione, ſi multũ tẽporis effluxerit poſtquã deberi cœpit pecunia. Tertius caſus eſt, ſi cœperit dilapidare bona ſua, vt forte periculũ ſit ne propter eius inopiam inanis futura ſit aduerſus eũ actio. l. Lucius. in fin. Hic additur quartus caſus, ſi conuenerit inter fideiuſſorem & reum, vt poſſit eum conuenire antequam ſoluerit. Additur & quintus caſus in l. qui mutuam. *66*. ſi obtulerit pecuniam, & publice eam obſignatam depoſuerit. Ea enim obligatio & depoſitio vim ſolutionis habet. l. acceptam. C. de contrah. ſtipul. de vſur. & l. obſignatione. C. de ſolut. Hinc intelligitis quibus ex cauſis detur hæc actio mandati contraria mandatario ſiue procuratori aduerſus mandantem. Hæc autem actio ceſſat in quibuſdam caſibus exceptis. In quibuſdam caſibus is qui conuenitur hac actione, exceptione ſubmouet agentem: veluti ſi mandatarius vel procurator exceſſerit fines mandati. Cum ego tibi mando vt aliquid facias meo nomine, ita demum tibi actio aduerſus me eo nomine datur, ſi id feceris quod mandaui. l. 5. & l. poteſt. 41. Si mandati fines fueris egreſſus, ratio non poſtulat vt aduerſus me tibi competat hæc actio. exemplum vnum huius rei eſt in l. ſi mandato Titii. 59. §. vlt. hic. Ego tibi mandaui vt pecuniam crederes nomine meo, vtq; idoneam cautionem acciperes. Tu contentus fuiſti nuda promiſſione, ſine fideiuſſore & ſine pignoribus datis, hic quę́ritur an videaris exceſſiſſe fines mandati? Iuriſconſultus ait non videri mandato paruiſſe, quia mandatum fuit tibi vt idoneã cautionem exigeres: tu non exegiſti idoneam cautionem. Verum eſt, appellatione cautionis ſtipulationem vel nudam promiſſionem intelligi. l. ſancimus. de verb. ſign. Sed non ſimpliciter mandatum eſt vt cautio exigeretur, ſed vt cautio idonea, cum voluerit idoneam cautionem exigi: his verbis apparet eum voluiſſe aliter ſibi conſulere quam nuda promiſſione, vel ſtipulatione. Nam cum hoc verbum idonea, vel idoneæ adiectum eſt, complectitur vel fideiuſſorem vel pignoris dationem. Similis locus eſt in l. 4. de fideicom. libert. Alius locus ſimilis eſt in l. creditor. *60*. §. Lucius Titius. Chirographum eſt Græcis ſcriptum, quo libera rerum adminiſtratio permittitur procuratori vel mandatario: quæſtio eſt ſi quid non adminiſtrandi animo, ſed fraudandi alienauerit, an intelligatur fines mandati cuſtodiſſe? Et dicitur non eſſe permiſſum procuratori cui libera rerum adminiſtratio conceſſa eſt, vt fraudem vel dolum admittat. Eſtque locus communis de conſtitutione procuratoris quem vocamus cum libera, id eſt, cui libera vniuerſorum bonorum adminiſtratio conceditur.

Aliud exemplum eſt l. ſi hominem. 30. In his omnibus exemplis quæritur de poteſtate procuratoris, cum quæritur an procurator excedat fines mandati ſui. Videndum eſt quæ ſit eius poteſtas, quid mandatum ſit, quæ poteſtas conceſſa ſit procuratori: hoc pendet ex facto, partim ex verbis, partim ex coniectura & interpretatione voluntatis. Ego dedi tibi hominem vt manumitteres, procurator meus prohibuit ne manumitteres, qui procurator liberam omnium meorum bonorum adminiſtrationem habebat: tu paruiſti: quæritur an id recte factum ſit à te: & præter mandatum aio me tibi mandaſſe vt ſeruum manumitteres: ſed ais, tibi denunciatum eſſe à procuratore meo ne manumitteres. Hic quæritur quid iuris ſit, an ille procurator meus liberam adminiſtrationem habens id prohibere potuerit, quod ego ſpecialiter mandaui? Iuriſconſultus ait eum prohibere non potuiſſe, niſi aliqua ſingularis cauſa fuerit & iuſta interpellandi te ne manumitteres. Hic procurator liberam adminiſtrationem habens non poteſt ea immutare, quæ ſpecialiter à domino mandata ſunt niſi ex iuſta cauſa. Videtis hæc ad bonum & æquum redigi. Hinc variæ quæſtiones tractantur in l. 3. 4. & 5. hic. de eo qui exceſſit fines mandati ſui. Tractatur quæſtio de eo cui mandaui vt mihi emeret fundum certo pretio, puta centum: is maiori pretio emit, nempe ducentis: vult agere aduerſus me, an poſſit quæritur. Et videtur non poſſe ex his quæ diximus. Quidam ex veteribus Iuriſconſultis exiſtimabãt nullam actionem habere ne ad eam quidem pecuniam quæ mandato expreſſa fuerat. Sed tamen æquius & benignius viſum eſt vt poſſit agere ad ſtatutum pretium mandato, & poterit agere ad centum. Diligenter igitur fines mandati cuſtodiendi ſunt.

Secundus caſus in quo ceſſat hæc actio, eſt, ſi de re turpi mandatum interpoſitum ſit. l. ſi vero. *6*. §. rei turpis. Exemplũ vnum eſt in l. 12. §. ſi adoleſcens. Adoleſcens luxurioſus mandauit tibi vt fideiuberes pro meretrice. Non habes actionem mandati contrariam aduerſus eum, quia res turpis eſt propter quam hoc mandatum interceſſit. At rei turpis nullũ eſt man-

datum. Vnde ſi quis tibi mandauit vt hominem interficeres, & ob id damno aliquo affectus ſis, eo nomine non habebis actionem aduerſus mandatorem. l. ideo minus. de accu. Vterque plectitur & mandans & mandatarius. Simile eſt pactum de quota litis. Diximus hoc pactum bonis moribus eſſe contrarium: ideoq; cauſidicus propter turpitudinem pacti, quod pactus eſt ſibi dari in euentum litis, vti non poterit hac actione mandati contraria. Idem dicendum eſt, etſi in fraudem legum quibus hæc pacta improbantur, ceſſa fuerit actio. l. per diuerſas. & l. vltim. C. eo. Si quis conſtituerit procuratorem in rem ſuam, hic ceſſionarius redemptor quoque litis habendus eſt: hoc videtur in fraudem legum fieri, quæ huiuſmodi pacta prohibent tanquam bonis moribus contraria. Alioqui illis legibu, facile fraus fieri poſſet. Illę leges pertinent ad cauſidicos qui alienas cauſas agunt, pacta huiuſmodi mercede. Nam cauſidicus poſſet allegare alienam cauſam ſe non agere, ſed ſuam. Sed hæ ceſſiones improbantur conſtitutionibus tanquam fraudulentæ & ſimulatæ, cum diſtinctione tamen quæ adhibetur in vtraque lege. Anaſtaſius conſtituit ſi pro pecunia actio fuerit ceſſa, & dubitetur an ea ſit ſimulata, id indicari poſſe ex paruitate pretii: & ad vitandas fraudes ſtatuit vt quantæcunque ſummæ fuerit actio ceſſa, non poſſit agi niſi ad pretium quod datum eſt, non autem ad id quod continetur ea actione quæ ceſſa eſt.

Tertio ceſſat hæc actio mandati contraria, cum mandatum finitum eſt, ſi poſt mandatum finitum aliquid geſſerit mandatarius, eo nomine actionem nullam aduerſus mandantem habet. Mandatum ſicut mutuo conſenſu contrahitur, ita etiam mutuo conſenſu contrario diſſoluitur. Mandatum igitur finitur vt intelligant tyrones, vel expreſſa renuntiatione, vel tacita: expreſſa renuntiatione, ſi expreſſim mandauerit procuratori vel mandatario ne negotia ſua gerat. dict. l. ſi vero. 12. §. ſi mandauero. Item tacita voluntate intelligitur etiam renunciatum mandato, puta, ſi ſit ſecuta mors alterutrius, id eſt, vel mandatarii, vel mandantis, id expreſſum eſt in Inſtit. §. recte. titul. de mandato. Similis locus eſt in leg. ſi quis alicui. §. morte. Similis etiam eſt in l. mandatum. C. eo. Si res adeo integra ſit, vt nihil mandatarii interſit, mandatum finitur morte mandantis. Poſtquam igitur reuocatum eſt mandatum ꝙ geſtum eſt, poſtea à mandatario eius nomine non poteſt hoc iudicio experiri: hoc intelligendum eſt niſi forte de ea reuocatione mandati certior factus non fuerit. l. ſi mandaſſem. hic. Idem dicitur in §. ſi præcedente. hic. Idem in §. recte. Inſtitut. de mandato. hoc etiam non eſt intelligendum de eo ꝙ mandauit quis poſt mortem ſuam fieri. Quod enim diximus morte reuocari mandatum, non intelligendum de eo, quod mandatur fieri poſt mortem. d. l. ſi vero. 12. §. vlt. vt ſi quis mandauerit vt poſt mortem ſibi monumentum fiat. Hæc de vtraque mandati actione tam directa quam contraria.

IN TIT. XXXVIII. LIB. IIII.

COD. ET TIT. II. LIB. XVII. PANDECTARVM.

PRO SOCIO.

CAP. I.

IN hac diſputatione de ſocietate incipiendum eſt à definitione, vt cœpimus in ſuperioribus tractatibus, quam tamen nos ſimpliciſſime more noſtro explicaturi ſumus. Societas eſt conuentio qua rerum inter aliquos mutua fit communicatio. Non poteſt ſimplicius definiri & explicari. Cum conuenit inter aliquos vt res eorum communicentur, dicitur ſocietas eſſe. In hac definitione in primis dicitur *Conuentio.* & obtinet locum generis, quia ſocietas eſt ex numero eorum contractuum qui conſenſu perficiuntur. l. 2. de oblig. & actio. ſola conuentione dicitur ſocietas eſſe perfecta, etſi nulla alia res interuenerit, ex quo multa colliguntur.

In primis ſocii mei ſocium, meum ſocium non eſſe. Nam nullus conſenſus mutuus interuenit inter me & eum: in l. qui admittitur. hic. Conſenſus autem intelligitur non tantum expreſſis verbis, ſed etiam tacitus: quocunq; modo interuenerit conſenſus, dicitur ſocietas. At non ſolum verbis conſenſus exprimitur, ſed etiam re ipſa. Exemplum huius ſocietatis eſt in leg. 2. C. eo. & l. 2. ff. commun. diuid. vt ſi duo eandem rem communiter & ſimul emerint, dicitur ſocietas inter eos eius rei nomine coita, quamuis non conuenerit expreſſim inter eos vt ea res communicetur, tamen tacito quodam conſenſu dicitur contracta eſſe ſocietas. Cum duo communiter rem eandem emerunt, dubium non eſt quin tacite agatur inter eos vt ea res communis ſit. Tamen non ſufficit rem communem eſſe inter eos vt ſocietas contracta eſſe intelligatur. l. vt ſit. hic. poteſt inter aliquos communis eſſe res aliqua, ita tamen vt ſocii non ſint, puta ſi eadem res duobus legata ſit. *Cum ſine tractat.* In ſuperiore exemplo cum duo communiter eandem rem emunt, aliquid inter ipſos geritur, ſed cum duobus eadem res legatur teſtamento, nullum negotium inter eos geſtum dici poteſt: ideoque inter eos actio pro ſocio locum non habet, tamen ii ſocii aliquando vocantur. §. item ſi inter aliquos. de oblig. quæ ex quaſi contractu: quamuis abuſiue ſocii ſint. Sic Cicer. in Orat. pro Roſcio Comedo: ait hæreditatem ſimilimam eſſe ſocietatis. Deinde dicitur in definitione, *Qua rerum inter.* Res intelligere debemus vel omnes quæcunque ſociorum ſunt, vel res certas. Societas coiri poteſt vel vnius rei, vel omnium bonorum quæcunque ſocii habent. Exempla ſunt in leg. 3. & ll. ſeq. Cum expreſſum eſt ſpecialiter & nominatim vt omnium bonorum ſocii ſint, quicquid alter acquirit, quacunq; ex cauſa, non tantum ex quæſtu, opera ſua & negotiatione ſed ex lucro aliquo aduentitio, vt ex legato & hæreditate, id totum communicatur. Exemplum ſocietatis quæ de re vna ſpecialiter contrahitur, eſt in § ſeq. ſi ſocietas ſimpliciter coita ſit, quæritur an communicanda ſint ea quæ teſtamento puta vel ex legato, vel hęreditate obuenerunt? Quæſtio tractatur in leg. 5. & l. coiri. cum duab. ll. ſeq.

Multum refert, an ſimpliciter coeatur ſocietas omnium bonorum, an vero ſine expreſſione ſpeciali omnium bonorum, cum exprimitur vt ſocii ſint omnium rerũ. Tunc quicquid acquiritur alteri quacunque ex cauſa, ſiue ex legato, ſiue ex alia cauſa, id communicatur inter ſocios. Si autem ſimpliciter coita ſit ſocietas, tunc communicantur quæ ex quæſtu quis conſequitur. Quæſtus autem eſt quod ex opera cuiuſque deſcendit. *Nec adiecit Sabinus.* His verbis oſtendit hæreditatem vel legatum nobis non quæri induſtria noſtra: ideoque non poſſe dici in quæſtu eſſe, nec communicari inter ſocios. Conſiderandum eſt enim coiri ſocietatem inter ſocios vt quæſtus vberior ſit alterutrius. Conſtat hoc receptum fuiſſe tempore horum Iuriſconſult. nihil venire in hanc communicationem præter quæſtum. Ratio tamen huius rei dubia fuit, vt colligitur ex verbis Iuriſconſulti. *Fortaſſis hoc ideo.* Similis locus eſt in l. aditio. §. 1. de acquir. hæred. Seruus quod acquirit opera ſua, acquirit ei qui eius vſumfructum habet: ſi delata ſit ei hæreditas & eam adierit, non ei acquirit, ſed proprietario. Hic locus pertinet ad explicationem quæſtionis apud nos agitatæ. Moribus noſtris communicantur inter coniuges omnes acquiſitiones & conquiſitiones. Diximus ſocietatem eſſe conuentionem qua res inter aliquos communicantur, &c. In hac definitione ſit mentio communicationis, quia res ſociorum propriæ efficiuntur communes per conuentionem. l. 1. & 2. Communicantur quæ erant ſingulorum propria ante ſocietatem contractam: & in ſocietate omnium bonorum hæc communicatio fit continuo etiam ſine apprehenſione & traditione. Cum duo coeunt ſocietatem omnium bonorum, quicquid proprium eſt cuiuſque, id ſtatim communicatur alteri, etiam ſi nulla traditio, nulla apprehenſio interuenerit, quamuis alias ad acquiſitionem dominii traditio & apprehenſio neceſſaria ſit. l. traditionib. C. de pact. §. per traditionem. Inſtit. de rer. diuiſ. Traditionibus dominia rerum acquiruntur. Sed in hac ſocietate omnium bonorum, eorum dominium acquiritur pro parte ſine vlla traditione. Hoc vtilitatis cauſa receptum eſt, quia non videbatur ſine magno incommodo omnium rerum quæ in patrimonio cuiuſque ſunt, traditionem fieri: igitur vtilitas ſuaſit vt traditionem interueniſſe & apprehenſionem intelligamus. Quod dicimus continuo communicari res quæ propriæ ſunt cuiuſque, id

iuſque, id intelligendum eſt de rebus corporalibus, non de nominibus & actionibus. Nomina enim non continuo communicantur, ſed opus eſt ceſſione. Formulæ actionum & iudiciorum non permittunt, vt actionem quę ex lege, vel edicto competit, vnus in alium transferat continuo ſine ceſſione, opus eſt ceſſione & procuratoris conſtitutione. Oportet alterum ab altero procuratorem in rem ſuam conſtitui, vt actione ſibi ceſſa & mandata experiatur. Non ſatis fuit dicere communicationem quandam rerum fieri in definitione noſtra, ſed oportuit addere, mutuam eſſe communicationem: nam alter alteri communicat, alias non diceretur ſocietas eſſe. Si duo coeant ſocietatem, ita vt vnus in medium tantum conferat, alter nihil conferat, non erit ſocietas. Oportet vtrunque conferre aliquid, ſi nõ pecuniam, ſaltem induſtriam conferat, l.5.hic.& l.1.C.eo. *Contrahi magis obtinuit.* Hęc verba ſignificant certi iuris id non fuiſſe antequam id receptum fuiſſet, vt nunc receptum eſt & conſtitutum, quia opera loco pecuniæ eſt, ſicut etiam pecunia pro opera eſt. Plautus in Aſinar. ait, *Hoſtimentum eſt opera pro pecunia.* Hoſtimẽtum Feſtus Pomponius interpretatur æquamentum, quandam penſationem pecuniæ quæ datur. Vlp. in l. cum duob. 25. §. ſi coeunda. eo verbo vſus eſt, vbi ęquamentum vel hoſtimentum legendum videtur pro veſtimentum. Sed hunc locum poſtea explicaturi ſumus. Quod autem diximus mutuam eſſe debere hanc communicationem, ita accipiendum eſt, vt vterque damni ac lucri particeps ſit, alias non contrahitur ſocietas. Si ita coita ſit ſocietas vt vnus participet lucrum, alter vero damnum tantum ſine vllo lucro, ſocietas non recte ſic contrahitur. Ariſto in l. ſi non fuerint. 29. vocat hanc ſocietatem leoninam. Veteres etiam Iuriſconſulti vocant huiuſmodi ſocietatem leoninam ex Apologo quodam Æſopi de ſocietate Leonis, vulpis, & aſini, cum ad vnum ex ſociis totum lucrum peruenit, & alter nihil aliud quam damnum ſentit. Poteſt tamen in coeunda ſocietate conueniri vt lucri & damni æquæ partes non ſint. l. 6. & l. ſi non fuerint. 29. in prin. Non eſt neceſſe in coeunda ſocietate æquas eſſe partes dãni & lucri. Is qui plus confert vel pecuniæ vel operæ in commune, æquum eſt etiam vt plus lucri auferat, alter vero minus. Sed videndũ eſt quid actum ſit inter contrahentes: & plerunq; accidit vt partitio ſocietatis boni viri arbitrio committatur. l. ſocietatem. hic. 6. Sed hęc quæſtio fuſius tractatur in l. ſi ſocietatem. 77. & ll. ſeq. ad fin. titul. Collata eſt conſtitutio partium in arbitrium communis amici: quæritur an ſi arbitratus fuerit, poſſit ab eius arbitrio quaſi iniquo recedi? Dicitur poſſe recedi, cum diſtinctione tamen quæ hic adhibetur. Varie arbiter accipitur in iure ciuili: Nam arbiter aliquando dicitur is ad quem ex compromiſſo itum eſt tanquam ad iudicem, & is fungitur vice iudicis: hic dicitur arbiter compromiſſarius, quoniam ex compromiſſo litigantium eligitur, id eſt, hinc inde pœna promiſſa, ſi ſententiæ eius paritum non fuerit. Et ad hunc locum pertinet tit. de recept. arbitr. Huic ſententiæ arbitri ſtandum eſt, etiamſi iniqua fuerit. l. diem proferre. §. ſtari autem. de recep. arbit. aliter pœna debebitur. Arbiter etiam accipitur pro eo cui aliquid definiẽdum committitur, de quo tamen eſt controuerſia. Vt cum lex dicitur contractui ſocietatis vt partium conſtitutio fiat arbitrio communis amici, ſi quid iniquum ſit arbitratus, ab eius arbitrio recedi poteſt, præſertim in bonæfidei iudiciis. Bonæfidei conuenit, vt ſi quid iniquum ſit arbitratus, id corrigatur, & ad æquitatem redigatur. Nam nihil aliud commiſſum huic eſſe videtur quam quod boni viri arbitrio conuenit. l. ſi libertus ita iurauerit. de oper. liber. eſt locus communis de arbitrio obſeruandus.

CAP. II.

Quomodo contrahatur ſocietas.

EX hac definitione intelligitis quomodo contrahitur ſocietas. Societas contrahitur conſenſu & conuentione ſociorum, cum conuenit inter eos vt res quæ proprie ſunt ſingulorum communicentur. Addendum eſt, variis modis ſocietatem contrahi poſſe ex l. 1. hic. Societas contrahi poteſt vel in perpetuum vel ex tempore vel ad tempus. In perpetuum ne quis aberret propter homonymiam vocabuli interpretatur Paulus in l. 1. id eſt, dum viuunt. Sic accipitur in l. 1. de iure dotium. cum dicitur dotem dari marito nomine mulieris vt in perpetuum apud eum ſit, id eſt, donec ſolutum fuerit matrimonium quolibet modo. In æternum autem non poteſt coiri ſocietas. l. nulla. 70. Si duo ita coierint ſocietatem, vt non liceat neq; ipſis neq; hæredibus eorum ab ea recedere, nulla eſt ſocietas. Viſum eſt valde durum ob pactionem aliquam homines cogi ad perpetuo manendum in communione. Cõmunio multa parit incommoda, ſed tamen poteſt vel ad tempus certum coiri ſocietas, vel etiam quamdiu vixerint ſocij. Deinde dicitur in eadem lege: non tantum pure cõtrahi poſſe, ſed etiam ſub conditione. Dubitatum olim fuit an ſocietas ſub conditione coiri poſſet: ſed deciſa eſt hæc diſputatio à Iuſtiniano in l. pen. vbi Iuſtinianus ſtatuit coiri poſſe ſub conditione. Dubitatio ex eo fuit quod quidam ſunt actus legitimi, qui nec diem nec conditionem recipiunt. l. actus. de regu. iur. Sed ex numero eorum actuum legitimorum non eſt ſocietas. l. pen. C. Sequens locus eſt in quo quæritur,

Quibus modis diſtrahatur ſocietas.

CAP. III.

SIcut variis modis contrahitur, ita etiam variis modis diſtrahitur ſocietas: qua de re notanda eſt diſtinctio quæ traditur in l. hic. Renuntiatione, morte, capitis minutione, & egeſtate diſſociamur. Nos hanc diuiſionem & ſpecies eius diſtincte explicaturi ſumus. Renuntiatione in primis ſocietas finitur. Dubium non eſt quin mutuo diſſenſu dirimatur ſocietas, ſicut mutuo conſenſu contrahitur. Nihil enim eſt tam naturale quam diſſenſu contrario id ſolui quod nudo conſenſu contractum eſt. l. prout. 70. de ſolut. & l. nihil tam naturale. de reg. iur. Et hoc ſatis expreſſum eſt in l. verum. 63. §. vl. hic. l. tandiu. C. eo. in Inſtit. quoque id expreſſum eſt in §. manet. tit. de ſociet. Quinimo ſocietas diſſoluitur voluntate vnius ex ſociis, non tantum mutuo diſſenſu, ſed vnius tantum. dict. §. manet. Si vnus renuntiauerit ſocietati, vtilitas ſuaſit vt hoc committeretur ſocio, propter magna incommoda quæ adfert communio vt ſocietas dirimatur voluntate vnius ex ſociis. Hoc enim intelligendum eſt de voluntate tacita. Nam tacita etiam voluntate quæ verbis expreſſa non eſt, ſed re & facto aliquo oſtenſa, dirimitur ſocietas. d. l. verũ. 63. §. vlt. & l. ſequen. hic. Negotiationis cuiuſdam coita fuit ſocietas inter duos, deinde ſocij ſeparatim agere cœperunt, & vnuſquiſque eorum ſibi eſt negotiatus: hoc caſu intelligitur diſtracta eſſe ſocietas etiam ſi neuter aperte & expreſſim renuntiauerit ſocietati. De hac renuntiatione variæ quæſtiones tractantur quomodo facienda ſit renuntiatio ſocietatis, & per quas perſonas fieri debeat: quæritur enim an fieri poſſit per procuratorem, & per quem procuratorem: an neceſſe ſit ſpeciale mãdatum, an vero ſufficiat eum habere omnium rerum adminiſtrationem. Hæ quæſtiones tractantur in l. actione. 65. §. renũtiare. Procurator meus nomine meo poteſt renũtiare ſocietati quæ à me contracta eſt cum alio. Imo etiam procurator qui liberam omnium bonorum adminiſtrationem habet: etſi ei ſpecialiter mandatum non ſit vt renuntiaret ſocietati. Non enim videtur excedere fines adminiſtrationis renuntiando ſocietati.

Quæſtio olim agitata fuit de curatore furioſi. Si ſocietas cum furioſo contracta fuerit, an curator furioſi poſſit renũtiare ſocietati? Hæc quæſtio tractatur in l. vltim. Cod. eo. Sicut procurator ita etiam curator furioſi adminiſtrationem rerum furioſi habet: ergo ei permittendum eſt etiam vt renuntiet ſocietati quæ cum furioſo contracta eſt. Videndum tamen eſt ne dolo malo & intempeſtiue huiuſmodi renuntiatio fiat. Nam licet vnus ex ſociis poſſit renuntiare ſocietati, tamen ſi callide hoc ab eo factum eſt vt totum aliquod lucrum ei obueniret, nec communicaret cum ſocio: huius fraudis ratio habenda eſt in iudicio pro ſocio, cum intelligeret fortaſſis ſocius delatam eſſe ſibi opimam aliquam hæreditatem, ne ea communicaretur cum ſocio, antequam is adiret renuntiauit ſocietati: hoc callide factum eſt ab eo vt fraudaret ſocium ſuum. Huius fraudis habenda eſt ratio in hoc iudicio. Idem dicitur in §. manet. titu. de ſociet. Inſtit. In l. actione. 65. §. diximus. vnũ exemplum eſt huius renuntiationis captioſæ & fraudulentæ. Hæc eſt vis vt ij quibus renũtiatum eſt ſocietati, liberentur ab eo qui renuntiauit. Is autem qui renun-

tiauit ab iis nõ liberetur, & multa exempla is adfert. Simile exemplum eſt in l. ſi conuenerit. 14. hic. Si conuenerit vt non recedatur ante certum tempus à ſocietate, nõ valet iſte contractus, quoniam etſi renunciatum ſit ſocietati intempeſtiue tamen competit actio pro ſocio. Similis locus eſt in l. ſocius. 17. §. ſi abſenti. Hactenus de renuntiatione qua diſſoluitur & dirimitur ſocietas contracta.

Secundo ſoluitur ſocietas morte vnius ex ſociis, in ead. l. 4. Mortem accipere debemus etiam vnius ex ſociis, in §. manet. de ſocietate. Inſtit. vbi Iuſtinianus adfert rationem, quoniam qui contrahit ſocietatem, certam perſonam ſibi elegit, ideo contrahitur ſocietas inter aliquos, vt alter alterius opera & induſtria eligatur: ratio non patitur vt mortuo vno ex ſociis, cuius induſtria electa eſt, ſocietas duret cum eius hærede. Certa enim perſona electa eſt, cuius fides & probitas comperta erat, quod forte non eſt in hærede. Ad vtilitatem omnia hæc relata ſunt à Iuriſconſultis, qui intelligebant incommoda quæ ex communione naſci poſſunt. Non tranſit ergo ſocietas ad hæredem poſt mortem vnius ex ſociis. Hoc eſt intelligendum etiamſi nominatim cõuenerit inter ſocios, vt ad hæredẽ trãſeat ſocietas: hæc pactio rata non eſt. l. nemo. 38. & l. plane. 37. Niſi pactio iterata ſit, vt videatur noua ſocietas coita. Actio tamen pro ſocio datur in hæredem. Nouo conſenſu cum hæredibus iniri poteſt ſocietas, ſed nouus erit contractus. Excipitur tamen ſocietas vectigalium in l. adeo. 59. & 60. Si publicani qui redemptores publicorum vectigalium ſunt, ſocietatem inter ſe coierint vectigalium publicorum nomine, & cõuenerint vt tranſeat ſocietas ad hæredes, rata eſt hæc conuentio. Fauor publicus vectigalium hoc ſuaſit. *Sed ita demum, ſi pars defuncti*, id eſt, ſi in ineunda ſocietate conuenerit vt pro qua parte ſocius eſt, is cum quo contracta eſt ſocietas, pro ea parte ſocius ſit eius hæres, ſi interim moriatur. Quamuis autem hoc permittatur in ſocietatibus publicorum vectigalium, tamen id etiam æſtimandum eſt ex cauſa. Poteſt talis cauſa incidere vt talis conuentio rara non ſit, ſicut in priuatis conuentionibus. Sic videtis quæcunque conſtituta ſunt de his rebus ad bonam fidem referri, quoties id exigit vtilitas propter aliquam circumſtantiam: eſt enim hic contractus bonæ fidei, vt poſtea dicemus, in quo boni & æqui maxime habenda eſt ratio. Præterea quod dicimus ſolui ſocietatem morte vnius ex ſociis, intelligendum eſt ſolui ſocietatem inter omnes ſocios qui ſuperſtites ſunt, niſi aliud conuenerit, de quo tamen poterit dubitari. l. actione. 65. §. mortuo. hic. Nam fortaſſis aliquis ex ſuperſtitibus nunquam contracturus erat ſocietatẽ niſi propter eum qui deceſſit. Poteſt tamen conuenire: & rata habenda eſt hæc conuentio, vt ſi vnus ex ſociis deceſſerit maneat ſocietas cum aliis ſuperſtitibus. Tertio dirimitur ſocietas capitis diminutione. d. l. 4. Idem dicitur in l. verum. 64. §. vlt. Vbi hoc explicatur. Cum amittitur libertas, vel etiam ciuitas amittitur manente libertate, ſoluitur ſocietas: inter enim homines eſt quædam mors ciuilis. Quarto egeſtate ſoluitur ſocietas d. l. 4. Varia ſunt exempla huius ſolutionis quæ fit per egeſtatem. Vnum eſt in l. actione. §. publicatione quoque. Cum bona alicuius ſunt confiſcata, hac publicatione ſoluitur ſocietas, quia res interiiſſe dicuntur. l. verum. §. vlt. Res tranſeunt ad alium dominum in quo nollent alii ſocij, nec eis expediret ſocietatem inire Idem dicitur in §. publicatione. Inſtit. de ſocietate.

Alia exempla ſunt in l. actione. §. 1. & l. verũ. 64. §. vlt. hic. §. ſoluitur. Inſtit. eo. Quartus caſus additur à Iuſtiniano ſi ſit impoſitus finis negocio cuius cauſa contracta erat ſocietas. §. ſoluitur. Inſtit. de ſocietate. Ex his intelligitis quomodo contrahatur ſocietas, & quomodo diſſoluatur.

Cap. IIII.

De actione quæ oritur ex contractu ſocietatis.

Ex contractu ſocietatis naſcitur actio quæ dicitur pro ſocio: vnde fit vt hic titulus inſcribatur Pro ſocio, id eſt, De actione pro ſocio. Hæc actio datur ſocio aduerſus ſocium variis ex cauſis. Exempla cauſarum hic reperiuntur, quæ nos ordine explicaturi ſumus. Veluti ſi ſocius non contulerat in medium quod iure ſocietatis conferre debet, eo nomine datur aduerſus eum actio quæ dicitur pro ſocio. Societas contrahitur inter aliquos, vt res quæ propriæ ſunt cuiuſque, communicentur & conferantur in medium. Id ſi non fiat, eo nomine agitur pro ſocio. in l. 3. C. pro ſocio. huius communicationis & collationis multa variaque exempla ſunt tam in Digeſtis quam in Codice, præſertim in l. cum duobus. 52. §. vlt. & l. ſeq. Exempla ſunt eius quod diximus conferendum eſſe inter ſocios quod cuiuſque proprium eſt. Ex quo apparet quid interſit inter hanc actionem pro ſocio, & actionem communi diuidundo.

Actio quæ dicitur communi diuidundo propter res communes datur: ſed tamen differt ab hac actione. Nam agitur actione communi diuidundo principaliter vt res diuidantur, quæ communes factæ ſunt propter ſocietatem, vel propter aliam cauſam ſine ſocietate. Hæc autem actio datur vt res quæ communes ſunt, conferantur in medium & communicentur. Hæc differentia traditur in leg. 1. communi diuidun. In actionem tamen communi diuidundo veniunt etiam præſtationes perſonales: ſed magis propter res communes oritur quam propter præſtationes perſonales. Actione enim communi diuidundo agitur, vt ſocius præſtet ſumptus, qui facti ſunt in diuiſione rerum communium. De præſtationibus perſonalibus quæ veniunt in iudicium communi diuidundo, eſt locus in leg. quibus. 34. Loquitur enim de communione rerum quæ ex ſocietate non naſcitur, ſed ex alia cauſa. Quoties aliqui incidunt in communionem ſine ſocietate, agetur actione communi diuidundo, vel familiæ erciſcundæ: vt ſi duobus aliqua hæreditas delata ſit. Aliud exemplum eſt: Si ſumptus in rem communem facti non reſtituantur à ſocio cum eo quod intereſt & aliis omnibus huiuſmodi acceſſionibus. leg. pro ſocio. 38. §. vltim. Eſt mihi tecum ſocietas, res quædam ſunt inter nos communes, propter ſocietatem in eas res tuendas aliquid impendo: hæc actio mihi datur aduerſus te. Similis locus eſt in leg. cum duobus. 52. §. idem reſpondet. Ædificium erat commune inter nos, ego ſumptus feci in inſtauratione ædificij: agam aduerſus ſocium eo nomine actione pro ſocio, quamuis aliter mihi cautum ſit conſtitutionibus Principum. leg. 4. Codic. de ædific. priuat. Quæ conſtitutio facta eſt in gratiam eorum qui ruinoſa ædificia inſtaurant, & reficiunt, quod maxime pertinet ad publicam vtilitatem & decus publicum, ne ruinoſis ædificiis ciuitatum aſpectus deformetur. Simile exemplum eſt ſi æs alienum non ſoluatur quod manente ſocietate contractum eſt. leg. omnes æs alienum. Cum ſocius tuus eſſem, manente adhuc ſocietate æs alienum contraxi, propter ſocietatem ego id æs alienum ſolui, diſſoluta iam ſocietate nihilominus mihi datur hæc actio aduerſus te.

Aliud exemplum eſt, ſi dolo malo aut culpa ſocij aliquid damni contigerit, ſocius ſocio hoc iudicio tenetur non tantum de dolo, ſed etiam culpa. l. cum duob. 52. §. 1. ſubiicit deinde quæſtionem eodem pertinentem. *Si in coeunda.* Quid dicemus ſi in coeunda ſocietate operam vel artem ſuam quis contulerit? Si pecunia data ſit in commune pecus paſcendum: hic qui ſuſcepit pecus paſcendum, operam tantum ſuam pollicetur. *Aut agrum politori damus.* Sic enim legendũ eſt. Exẽpla multa adduxit Anto. Auguſt. in ſuis caſtigat. Dictum autem ſuperius à nobis eſt, ſic legendũ eſſe, *Pretium enim operæ artiſve eſt æquamentum.* Vnus cõfert operã, alius confert pretium operæ, id eſt, pecuniam. His verbis ſignificat Iuriſconſultus hunc contractum ad vtrunq; ſocium pertinere: comparatur enim opera & ars cum pretio. Sed quam culpam præſtat ſocius ſocio? Hæc quæſtio tractatur in l. 54. & Inſtit. tit. de ſocietate. §. vlt. Socius ſocio præſtat conſuetam in rebus ſuis diligentiam, nihil præterea præſtat. Si negligentior fuerit in rebus communibus quam in propriis, eo nomine tenetur. Ergo exactiſſima diligentia ab eo non requiritur. Præſtat leuem culpam tantum non leuiſſimam. Imputandum enim ei eſt, qui ſocium negligentem ſibi delegit & adſciuit. Nam ſi negligentior non fuerit in rebus communibus quam in propriis, eo nomine damnari non poterit ſocio in hoc iudicio. De caſu fortuito, de damno fatali quæritur. Sed certi iuris eſt, ſi ſocius ſocio non cuiuſuis culpæ nomine tenetur, multo minus ab eo fatale damnum præſtandum eſſe, vt dicitur in l. cum duobus. §. damna. hic.

Obiter annotandum eſt furtum non numerari inter caſus fortuitos, quia latrocinium nulla hominis diligētia vitari poteſt. l. 2. de admin. rerum ad ciuit. perti. l. quæ fortuitis. de pignor. actio. Furtum ſimplex huiuſmodi non eſt: furtum tamen domeſticum excipitur: nam vitari non poteſt, alioqui carendum eſſet ſeruis & ancillis. Atque ideo moribus noſtris in ſeruos domeſticos grauius animaduertitur quam in alios. Ex his facile cognoſcetis quid petatur hac actione. Cum dicimus ideo dari hanc actionem quia ſocius non confert in medium quod conferre debet, vel ſumptus non reſtituit in rem communem factos, vel fructus à ſe perceptos. Ex his intelligitis petendum eſſe vt ſocius conferat in medium: & petendos eſſe ſumptus in rem communem factos, & petendos etiam fructus perceptos.

CAP. V.

De effectu & qualitate huius actionis.

DE effectu & qualitate huius actionis pauca perſtringenda ſunt. In primis hæc actio directa eſt, non reperitur cōtraria: tantum dicitur hæc actio competere ſocio aduerſus ſocium. Diximus in commodati iudicium & depoſiti vnam actionem principalem eſſe & directam, aliam non eſſe æque principalem. Vna datur propter negotium quod principaliter contractum eſt, veluti vt res commodata reddatur, cum ea vſus fuerit commodatarius, vel vt res depoſita reddatur. l. in commodato. §. 1. commoda. Sed his vtraque actio eſt æque principalis & directa. Idem dici non poteſt in hoc contractu ſocietatis: neutra dici poteſt magis principalis eſſe quam altera, ideoque non potuit hic diſtingui à Iuriſconſultis contraria actio à directa.

Deinde hæc actio bonæ fidei eſt. §. actionum. Inſtit. de act. & dicitur bona fides in hoc iudicio exuberare. l. 3. hic. Maxime habetur ratio bonæ fidei in hoc contractu. Huc pertinet quod dicitur in l. 3. hic. Cum dicit ipſo iure nullam eſſe ſocietatem quæ dolo malo & fraude contracta eſt, quia hic contractus eſt bonæ fidei. Cicero lib. 3. Offic. ait legibus Romanis, quod ipſum ius dicitur, non vindicari dolum, ſed in iudicio bonæ fidei habebatur ratio cum addebatur, ex bona fide. De hac re ſcripſimus plenius in commen. de in litem iur. Præterea hæc actio famoſa eſt, ſicut actio depoſiti, commodati. Videtur magna perfidia eſſe ſocij fallentis cum quo magna coniunctio eſt, & velut quædam fraternitas. l. verum. in prin. hic. Præterea damnatus hac actione infamia notatur. l. 1. de his qui not. infa. Præterea hæc actio datur hæredi & in hæredem, quamuis ſocietas in hæredem non tranſeat. Actio tamen pro ſocio ad hæredem tranſit, & in hæredem. l. nemo. hic. Tametſi ſocietas ſocij morte finiatur: actio tamen pro ſocio quæ cōpetit aduerſus defunctum vel defuncto non extinguitur, ſed datur etiam hæredi & contra hæredem. Simile eſt quod dicitur in l. hæres. Hæres etiam præſtat culpam in hoc iudicio. Nam etſi ſocietas finiatur morte, tamen ſi quid à defuncto cœptum ſit & inchoatum, id conſummare debet hęres. In eo autem poteſt dolum & culpam admittere. Similis locus eſt in l. actione. §. morte. Idem dicitur in l. 4. cod. titul. Cod. Denique hæc actio in ſolidum non datur aduerſus ſocium, ſed quatenus facere poteſt. l. verum hic. quamuis actiones ſoleant in ſolidum competere aduerſus reos debitores, vt quicquid debent ab eis exigi poſſit. Sunt tamen quædam actiones quæ non dantur in ſolidum, ſed quatenus is cum quo agitur facere poteſt, habetur ſocij ratio, ne egeat, ne omnibus ſuis facultatibus & fortunis ſpolietur. l. ſunt qui in id. de re iud. De quā re plene tractaui in interpretatione l. maritus. & ll. ſeq. ſol. matr. huiuſmodi eſt actio pro ſocio propter mutuam illam rerum communionem quæ eſt inter ſocios. Viſum eſt inhoneſtum vt ſocius ſocium omnibus ſuis facultatibus exuat, & nihil ei relinquat ad victum vnde ſe tueri poſſit. Ratio ſatis eſt euidens in ſocietate omnium bonorum de qua loquitur Iuriſc. in l. ſunt qui in id. Sed tamen latius eſt productum ad ſocios qui vnius rei ſocietatem contraxerunt. Sic enim conciliari videntur hi duo loci qui alioqui pugnare inter ſe videntur in l. verum. in prin. hic. in l. ſunt qui in id. de re iud. De hoc beneficio quod tribuitur ſocio vt ſolidum ab eo non exigatur, ſed quatenus facere poteſt, vt victus neceſſarius & commodus ei relinquatur, multa tractantur quæ hic omittam propter breuitatem temporis quæ etiam plenius à nobis tractata ſunt in aliis locis: maxime in l. maritum. ſolut. matr.

IN TIT. XXXVIII. LIB. IIII. COD. ET TIT. I. LIB. XVIII. PANDECT.

DE CONTRAHENDA EMPTIONE.

CAP. I.

HIc contractus emptionis & venditionis adeo notus eſt ex communi vſu, vt definitio dialectica non videatur magnopere hic neceſſaria eſſe: nemo enim eſt qui non intelligat quid ſit emere, & quid ſit vendere. Origo autem huius tractatus traditur à Paulo in l. 1. hic. quæ videtur ſumpta ex Ariſtotele lib. 1. Polit. Ego alias admonui hic legendum eſſe *quantitatis*. quamuis alij legant, *qualitatis*. loquitur de ęſtimatione nummi quam quantitatem vocat. Cum quæritur quāti locabilis ſit nummus: nummus habet ſuam æſtimationem, eamque certam. l. nummis. de in litem iur. l. quæ extrinſecus. de verb. oblig. Ariſt. in Polit. τὸ πόσον vocat: hac de re aliquid ſcripſi in diſput. anniuer. lib. 1. In hac diſputatione nos eadem methodo vtemur qua vſi ſumus differentes de contractu mutui. Quoties conuenit vt res aliqua tradatur certo pretio, tunc dicitur contracta emptio & venditio eſſe: modo ſit animus acquirendæ rei, vt differat à locatione & conductione, in quo contractu merces & pretium & res interuenit: ſed non eſt animus acquirendæ ipſius rei. Nam quamuis venditor non teneatur dominum facere emptorem, ſed ſufficiat vacuam poſſeſſionem tradere, tamen conſilium eſt emptoris vt rem ſibi acquirat vel traditione vel vſucapione. Craſſius vobis explicare non poſſum quæ ſit venditio. Ex quo conſequens eſt ad ſubſtantiam huius contractus tria neceſſaria eſſe. In primis neceſſaria eſt res quæ veneat, deinde definiri certum pretium debet. Tertio conſenſus contrahentium interuenire debet. In his tribus conſiſtit ſubſtantia huius cōtractus: quoniam ſine his tribus non poteſt conſiſtere emptio & venditio. De his igitur tribus ſigillatim & ordine tractaturi ſumus. Videamus igitur primum de re quæ væneat.

CAP. II.

De re quæ vendi poteſt, aut contra.

SIt hoc in primis poſitum, ſine re non poſſe conſiſtere venditionem: niſi ſit aliqua res quæ veneat, quæ poſſit acquiri emptori, non eſt venditio neque emptio. l. nec emptio. 8. hic. Huius rei exemplum eſt in l. domum. 57. Domus vendita eſt quæ erat combuſta, emptio non tenet, quia nulla res ſubeſt quæ poſſit dici vendita eſſe. Non domus combuſta eſſe proponitur quæ vendita fuit. Addit Iuriſconſultus in dic. leg. nec emptio. 8. quaſdam exceptiones. Partus naſciturus recte emitur, etſi ſubtiliter dici poſſit res non ſubeſſe quæ emitur, tamen propter ſpem conſiſtit venditio. Affert aliud exemplum quo docet, aliquando ſine vlla re emptionem & venditionem conſiſtere. Cum quis emit iactum retis, ſpes loco rei eſt, cum quis emit iactum retis, ſi forte nihil captum ſit, tenet venditio, & agitur ad pretium: emit ſpem meram. *Vel miſſilium*. Miſſilia erant quod magiſtratus iactabant. Oportet igitur rem aliquam eſſe quæ ſubſit vt teneat venditio & emptio. Vnde quæritur: Si illud aut illud ſub alternatione venditum ſit, puta Stichus vel Pamphilus, vtra res vendita intelligatur, an Stichus an Pamphilus? Et certum eſt electionem venditoris eſſe. Ea res vendita eſſe intelligitur quam venditor elegerit. l. plerunque. de iure dot. l. vbi. §. qui illud. de verb. obl. Et de emptione locus eſt in l. ſi ita diſtrahatur. 25. Additur tamen exceptio in l. ſi in emptione. 34. §. pen. Si vna ex rebus venditis perempta ſit, ea quæ ſupereſt manet in obligatione. Eſt locus communis de alternatione obſeruandus. Quæritur etiam quæ res vænire poſſit an non poſſit? Regula traditur in l. ſi in emptione. §. omnium. Res quæ ſunt in commercio, recte vendi poſſunt, quæ vero extra commercium hominū ſunt, vendi non poſſunt: nulla earum venditio

eſt, inquit Iuriſconſul. Huius regulæ exempla ſunt in l. 4. 5. 6. & aliis ſequentibus de re ſacra, religioſa, libero homine. Rei ſacræ nulla eſt venditio, nulla emptio. de qua plene dixi in interpretatione l. inter ſtipulantes. §. ſacram. C. de verb. oblig. Iuriſconſul. addidit exceptionem, niſi ab ignorante ematur. Nam ſi quis putans eum eſſe ſeruum quem emebat, qui tamē liber erat, vel rem prophanam eſſe quæ ſacra erat, propter eius ignorantiam ei ſuccurritur, vt actio & emptio ei detur: ſed tamen non tenet emptio. Quod dictum eſt de re ſacra & religioſa, idem dicendum eſt de publica. Publicā autem rem quomodo accipere debeamus docet hic Iuriſconſ. Publica res dupliciter accipitur. Publica res dicitur quandoque quæ eſt in patrimonio populi, & nihil prohibet eam rem vendi: & hoc expreſſum eſt in l. pacta conuenta. §. vlt. hic. Sed res publica quæ in vſu publico eſt, vendi non poteſt. Quod autem dicimus hunc contractū propter ignorantiam valere, id accipiendum, vt poſſit emptor agere ad id quod ſua intereſt ſibi venditam eſſe rem ſacram vel religioſam pro prophana: liberum hominem pro ſeruo: rem quæ erat publico vſui deſtinata, pro priuata & propria: non vt teneat emptio. l. qui officij. hic. §. vlt. Inſtit. de empt. Notandum tamen eſt rem ſacram aut religioſam alterius rei venditioni nonnunquam accedere poſſe, quamuis per ſe vendi non poſſit. l. in modicis. 24. hic. Quidam vendidit prædium in quo erat aliquis locus ſacer vel religioſus, vt ſæpe accidit etiam moribus noſtris, an venditum quoque ſit intelligendum quod ſacrum eſt aut religioſum? ita & accedit maioris partis venditioni. Similis locus eſt in l. quædam. de acquir. rer. domi. Sic ius patronatus quod ſacrum eſt, tranſit cum rerum vniuerſitate. ca. cum ſecutum. de iure patron. Quod ius patronatus eſt ius præſentandi & conferendi beneficium. Quod dicitur in l. ſi in emptione. §. omnium. *Omnium rerum quæ in commercio hominum ſunt, venditionem recte conſiſtere.* hoc eſt intelligēdum cum exceptionibus. Nam plerunque rei alicuius commercium eſt, & tamen eius venditio non conſiſtit, vt ſi quis ab alioquo emerit rem ſuam. l. ſuæ rei. 16. hoc tit. Ego emi rem meam quam putabam eſſe alienam, vel quam ſciebam eſſe meam, emptio non conſiſtit, quia finis emptionis eſt, vt iam admonui, vt res empta acquiratur emptori. Eo ſpectant qui venditionem & emptionem contrahunt. At non poteſt mihi acquiri res quæ mea eſt. Fruſtra contrahitur emptio rei quæ emptoris eſt. l. 4. C. eo. *Duplicari ſibi titulum.* Si quis mihi vendiderit rem quæ mihi obligata erat, non tibi, duplicatur titulus poſſeſſionis. Hoc eſt intelligēdum præter quam in caſibus exceptis. Poteſt enim quis rem ſuam emere ſub conditione, ſi ſua eſſe deſierit. l. exiſtimo. Præterea poſſeſſio poteſt emi. Res quædam mea eſt. Ego ſum dominus & proprietarius, ſed tamen alius habet poſſeſſionem: forte habet vſumfructum, ego emere poſſum poſſeſſionem rei quæ mea non eſt. l. ſi in emptione. 34. §. rei ſuæ. Videt ſe poſſeſſionem non habere, quamuis habeat proprietatem: emit poſſeſſionem, & valet venditio & emptio. Nā hæc venditio non fruſtra fit, ſed aliquam vtilitatem adfert. Emptio etiam rei propriæ conſiſtit, ſi forte dominium eius rei aliquo caſu poſſit auferri, l. 4. C. eo. Si donatio ſit in me collata à defuncto quæ recte poſſit reſcindi tanquam inofficioſa. titul. de inoffic. donat. C. Si emero eam rem valebit emptio & venditio: quamuis ſit rei meæ, quoniam illud dominium aliquo caſu poteſt à me auferri. Circa rem etiam notandum eſt, non tātum rem quæ venditoris propria eſt, ſed etiam alienam vendi poſſe. l. Rem alienam. 28. Is qui vendit rem, obligat ſe ad tradendam rem & vacuam rei poſſeſſionem, & vt liceat emptori eam rem habere licere: nihil autem prohibet quomodo ſe eo nomine obliget. Nam ſi rem quæ aliena eſt euincatur à domino, eo nomine datur actio ex empto aduerſus venditorem ad id quod emptoris intereſt rem alienam ab eo venditam non eſſe. Alia ratio eſt pignoris, de quo diximus ſub titul. de pignor. act. Diximus rem alienam pignorari non poſſe. Nam qui rem dat pignori non ſe obligat, ſed rem obligat, & ideo ſi valeret obligatio rei alienæ, id præiudicaret domino. De quibuſdam rebus quæſtiones tractantur, quarum legibus venditio prohibita eſt, vel bonis moribus non conuenit earum venditionem ratam eſſe. Quæritur in primis de veneni emptione, in l. quod ſæpe. 35. §. 1. Si quis vendiderit malum venenum ad intoxicandum hominem, huius rei venditio nulla eſt. Addit exceptionem, *Quæ ſententia.* Venena mala adiecta alia materia aliquando ſunt ſalubria, & nobis poſſunt eſſe vſui: & hoc caſu veneni venditio valet. Aliud exemplum rei cuius venditio prohibita eſt, extat in l. ſenatus. 52. Si quis diruat domum ſuam, vel villam ſuam, ſperans ſe pluris venditurum materiam, & ſingulas res ex quibus domus eſt conſtructa, quam ipſam domum integram, id ei facere non licet. Nam ſenatus cenſuit ne quis domum dirueret: hoc viſum eſt ad publicam vtilitatem & publicum decus pertinere: irrita eſt venditio huius rei: huic ſimile eſt quod legimus in l. cætera. §. 1. de legat. 1. Sicut hæ res vendi non poſſunt, ita non poſſunt legari teſtamento.

IN TIT. XL. LIB. IIII. COD.

QVÆ RES VENDI NON POSSVNT, ET QVI VENDERE VEL MERCARI VETANTUR.

HIc titulus pertinet ad locum de rebus quæ vendi non poſſunt, vt & ſequentes. Purpuram vendere priuatis hominibus non permittitur. Purpura enim induebantur tantum Principes & ſummi magiſtratus, & ideo interdictum eſt commercium purpuræ hominibus priuatis. Comes commerciorum ſericum, purpuram comparare poteſt, cæteri homines non poſſunt. l. 1. & 2. quæ res vendi non poſſ. Nec frumētum poteſt emi quod exercitui mittitur: eſt pœna aduerſus eos qui contra fecerint. l. 3. & 4. hoc tit.

IN TIT. XLI. LIB. IIII. COD.

QVÆ RES EXPORTARI NON DEBEANT.

HOc titulo prohibetur vinum, oleum, liquamina & arma vendi barbaris. Et ſatis manifeſta eſt ratio huius prohibitionis, ne validiores reddantur inſtructi armis. Guſtus tantum cauſa, aut etiam vſus commerciorū prohibetur ferri ad eos vinum, ne fraus fiat legibus 1. & 2. huius tituli.

IN TIT. XLII. LIB. II. COD.

DE EVNVCHIS.

HIc prohibetur venditio eunuchorum. Eunuchi tamen facti in barbaris locis, poſſunt vendi & emi.

IN TIT. XLIII. LIB. IIII. COD.

DE PATRIBVS QVI FILIOS SVOS DISTRAXERVNT.

LIBERI etiam à parentibus propter egeſtatem vendi non poſſunt. Nam etſi eos habeat pater in poteſtate ſua, tamen eos vendere non poteſt, ideoque eos repetere non poteſt per rei vindicationem. l. 1. de rei vindicat. Hactenus de rebus quibus contrahitur emptio & venditio: conſequens eſt vt videamus de pretio.

De pretio. CAP. III.

DIximus in contractu emptionis opus eſſe re quæ veneat, opus etiam eſſe pretio mercis. Sine pretio certum eſt non conſiſtere emptionem, vt dicitur in leg. 2. Cod. eod. Quantitatem vocat pretium. Huc pertinet quod dicitur in leg. ſi quis fundum. 37. Iure hæreditario fundus ad me peruenit: eum fundum vendidi, & adieci, Sit tibi emptus ille fundus quanti à defuncto emptus eſt. Re vera emptus non eſt fundus ſed donatus: quæritur an valeat venditio? Et dicitur non valere quaſi ſine pretio facta ſit. Circa hoc pretium notandum eſt hoc agi debere inter emptorem & venditorem vt pretium exigatur de quo conuenit. leg. cum in venditione. 36. alioqui non dicitur venditio contracta eſſe. Primum hoc pretium debet eſſe certum. Non ſatis eſt de pretio conueniſſe in-

biſſe inter emptorem & venditorem, ſed oportet de certo pretio conueniſſe, aliàs venditio nulla eſt, vt ſatis expreſſum eſt in Inſtit. tit. de empt. & vend. exempla huius rei duo reperiuntur ſub hoc titulo l. emptio. §. huiuſmodi. Ego à te emo fundum illum quanti tu emiſti: forte ex alio inſtrumento apparet quanti emptus eſt, valet venditio, ſi non appareat, nulla eſt venditio. Simile eſt quod dicitur in l. quod ſæpe. 35. §. 1. Si vendidero tibi fundum quanti æquum putaueris, non valet venditio: oportet enim certam quantitatem definitam eſſe, vt valeat venditio. Pretium autem dari non eſt neceſſe, ſed oportet conuenire de pretio. l. 2. hic. etſi pretium non ſit numeratum, valet tamen emptio ex qua datur vltro citroq; actio, tam emptori aduerſus venditorem, vt rem venditam tradat, quàm venditori aduerſus emptorem vt pretium ſoluat. Quod autem dicimus neceſſe non eſſe pretium numerari, ſic intelligendum eſt, neceſſe non eſſe vt valeat emptio, tamen neceſſe eſt vt transferatur dominium rei venditæ. l. quod vendidi. 19. hic. Idem dicendum eſt etſi fides habita ſit de pretio vel eo nomine ſatisfactum ſit. d. l. quod vendidi. Simile eſt quod dicitur in l. vt res. Præterea pretium debet conſiſtere in pecunia numerata vt ſit venditio. §. item pretium. Inſtit. de empt. & vendit. vt l. 1. hic. Qua de re fuit controuerſia inter veteres Iuriſconſultos. Alij putabant etiam ſi nũmi non dentur, venditionem tamen conſiſtere, quaſi nihil intereſſet inter permutationem rerum & venditionem: ſed obtinuit ſententia eorum qui diſtinxerunt rerum permutationem à venditione vt diſtingui debet. Quod autem dicimus de pretio, ad arram non pertinet. Arra quæ interuenit in contrahenda emptione, non eſt pretium, ſed eſt argumentum quoddam pretij conuenti, l. quod ſæpe. hic. & §. 1. Inſtitut. de empt. & vendi. datur aliquid modicum, vt ſit ſignum emptionis contractæ. Tertio requiritur in venditione conſenſus: de eo igitur videamus.

CAP. IIII.

De conſenſu.

VT valeat venditio, oportet conſentire venditori emptorem vt res væneat certo pretio l. 2. C. eod. Ideo furioſus venditionem contrahere non poteſt, quia furioſi nullum eſt conſilium niſi forte intermiſſionis tempore contraxerit. Huc pertinet quod dicitur in l. inuitum. C. eo. Si quis inuitus cogatur emere, nulla eſt venditio, quia deficit conſenſus: conſenſum autem accipimus ementis & vendentis: conſenſus aliarum perſonarum neceſſarius non eſt, quamuis olim conſenſus conſortium & proximorum neceſſarius eſſet in emptione prædiorum l. dudum. Olim cum quis vendebat prædium, propinqui & coniuncti neceſſarij impediebant venditionem, quaſi non liceret eis prædia ſine eorum conſenſu vendere: conſortibus idem permiſſum erat. Sed viſum eſt id iniuſtum eſſe atq; iniurioſum. Conſtitutionibus tamen poſteriorum imperatorum quæ extant apud Harmenopulum lib. 3. Prochiri, ti. 3 huic legi abrogatum eſt & ius antiquum reſtitutum, & conſtitum eſt ius prælationis habere coniunctos in venditione prædiorum, quod etiam moribus noſtris receptum eſt. *On appelle cela Retraict lignagier.* Idem etiam reperitur apud Harmenopolum de conſortibus qui fundum communem habent, vt præferantur in emptione partis aliis emptoribus. Ex his quæ diximus conſequitur emptionem & venditionem non poſſe conferri in voluntatem alterius, vt dicitur in l. in ementis. C. eo. Ego tibi vendo ſi volueris, non conſentimus ambo: non eſt plenus & perfectus conſenſus, ſed ſuſpenditur. De hac re diſſeruimus accuratius & plenius ſub tit. de verb. oblig. Nulla poteſt naſci obligatio ex hoc contractu: nullum enim eſt hic vinculum quo neceſſitate adſtringatur is cui collata eſt venditio in arbitrium vel venditoris vel emptoris. Inde etiam conſequens eſt imaginariam, & ſimulatam venditionem nullam eſſe, quia deficit conſenſus. l. nuda. idem dicitur in l. 3. C. eo. Hic locus pertinet ad tit. plus valere quod agitur, quam quod ſimulate, &c. Hinc etiam conſequitur ob diſſenſum & errorem emptoris & venditoris vitiari venditionem. Diſputatio eſt hac de re in l. in venditionibus. 9. & ll. ſeq. vbi variæ quæſtiones ad hanc rem pertinentes tractantur. Tu mihi vendidiſti fundum, ego ſentiebam de fundo Semproniano, tu de Corneliano: propter hunc diſſenſum & errorem nulla dicitur eſſe venditio. Si in nomine diſſentiamus, hic error non nocet. Eſt locus communis de errore, de quo plene diſſeruimus in l. ſi id quod aurum. de verb. oblig. Quæſtio tractatur de diſſenſu & errore qui interuenit in materia & ſubſtantia rei non in nomine vel corpore, veluti, Tu vendidiſti acetum pro vino: hic in materia erratum eſt: quæritur an valeat venditio? Hic erratum non eſt in corpore: erat forte res præſens, ſed erratum in ſubſtantia rei & qualitate. Acetum videtur vinum eſſe. Exempla varia hic adfert. Difficultas tantum eſt in antinomia: videtur enim huic legi repugnare l. quid tamen. & l. cum ab eo. §. vltim. Si quis vendat rem alicui, vt auream quæ ænea erat, vel pro parte vel in totum, quæritur an valeat emptio? Hic diſtinguit Iuriſconſult. vt hic dicitur l. cum ab eo. §. vltim. dicitur nullam eſſe venditionem. In alia diſtinguit an quid ſit auri, an vero nihil omnino ſit. Hæc videntur pugnantia eſſe. Ego dixi in interpretatione dict. leg. ſi id quod aurum. de verbor. obligat. quod dicitur in l. cum ab eo. §. vltim. eſſe intelligendum cum hoc actum eſt vt pro ſolido argento menſa væneat. Erat quædam materia quam tu mihi vendidiſti pro ſolido argento, ſi non ſit ſolidum argentum, ſed forte argentum mixtum cum aliqua materia, non valet venditio. In l. quid tamen, non dicit viriolam fuiſſe venditam pro aurea. Vendiderunt hæredes vni hæredum viriolam quæ dicebatur aurea: multum intereſt an affirmet aureum eſſe venditor & vendat pro aureo, an vero dicat aureum eſſe. Ego multa ad hæc pertinentia adduxi in interpretatione l. ſi id quod aurum. de verbor. obligat. Hæc igitur de hac re ſufficiant in hoc loco. Conſenſus igitur neceſſarius eſt in contractu emptionis & venditionis. Addendum eſt conſenſum ſufficere. l. 1. §. vlt. Alij quidam contractus iure ciuili introducti verborum quandam ſolennitatem deſiderant, veluti ſtipulatio: ſed iuris ciuilis non eſt emptio, nec ſolennitas aliqua iuris ciuilis hic neceſſaria eſt, ſed ſufficit ſolus conſenſus, id eſt, non eſt ſcriptura neceſſaria, nec ſtipulatione opus nec traditione. Scripturæ enim fiunt vt rei geſtæ fides fieri poſſit. Hoc intelligendum eſt niſi actum ſit inter contrahentes ab initio vt ſcriptura conficiatur, vt dicitur in Inſtit. titul. de emptio. & vendit. in princip. In tractatu ipſo de vendenda re aut emenda actum eſt inter contrahentes vt aduocetur tabellio qui de ea re conficiat inſtrumentum. Cum hoc actum ſit inter contrahentes, non ante perfecta dicitur eſſe venditio quàm fuerit redacta in ſcripturam. l. contractus. de fide inſtrum. Sin autem poſtquam conuenerit de re & pretio, poſtea voluerint contrahentes adhiberi tabellionem, nihilominus dicitur perfecta eſſe venditio. Quoties igitur hæc tria concurrunt de quibus diximus, nempe res, pretium & conſenſus, dicitur perfecta eſſe venditio. Perfectam accipere debemus vt à contractu recedere non liceat, non vt periculum emptoris ſit: nam perfecta venditio dicitur, id eſt, periculo emptoris eſt, aliquando perfecta dicitur vt non poſſit ab ea recedi. Hactenus de re, pretio & conſenſu diximus: nunc videndum eſt

CAP. V.

De perſonis quæ vendere poſſunt, &c.

DE perſonis quædam quæſtiones hic tractantur. Et certum eſt perſonas habiles eſſe oportere ad emendum & vendendum vt rata ſit venditio, quamuis tria tantum neceſſaria eſſe dixerimus, rem quæ væneat, pretium, & conſenſum: ſed horum trium mentionem fecimus, quia pertinent ad ſubſtantiam emptionis & venditionis. Sed certum eſt nullum negotium contrahi niſi ab habilibus perſonis, vt in l. 2. in princ. Ideo inter patrem & filium non poteſt contrahi emptio: quia nulla inter eos contrahitur obligatio niſi naturalis. l. frater à fratre. de condict. indeb. Similiter inter tutorem & pupillum. l. ſi in emptione. §. vltim. Hoc eſt intelligendum cum exceptione quæ traditur in l. cum ipſe. C. eod. Tutor prohibetur emere rem pupilli, ſed tamen ſi forte alius contutor ſit qui vendat tutori bona fide & palam vendat, valet venditio. Aliud exemplum eſt de eo qui prouinciam adminiſtrat, qui prohibetur aliquid emere à prouincialibus, l. non licet. 46. & l. qui officij. 62. de hac re nos diſſeruimus ſub titul. de reb. cred. quomodo ciuitatum adminiſtratoribus interdicitur emptio & venditio, & alij huiuſmodi contractus.

IN TIT. II. LIB. XVIII. PANDECTARVM.

DE IN DIEM ADDICTIONE.

SIc eſt legendum, quamuis alij legant, de in diem actione, quam lectionem tuetur Alciatus. Cum addicitur res vendita in diem, niſi intra illum diem meliorem conditionem alius attulerit. Hæc venditio quomodo fiat docet Iuriſconſult. in l. 1. hic. Multum refert quibus verbis addicatur res in diem. Nam ex verbis, quibus vſi ſunt contrahentes, cognoſcitur an pura ſit venditio, an conditionalis. Multum enim refert an conditionalis ſit venditio, an pura. Quæ quæſtio facti eſt. Accidit enim interdum vt venditio quæ ita fit, ſit pura, ſed reſolutio emptionis ſit conditionalis, vt cum dico: Ego tibi vendo rem tanti: deinde conuenit vt recedatur à venditione, ſi alius intra illud tempus meliorem conditionem attulerit. Aliquando accidit vt conditionalis ſit emptio, vt cum conuenit vt perficiatur emptio, niſi quis intra calendas Martias meliorem conditionem attulerit. Quod ſi ſit pura venditio, emptor fructus lucratur, & dominium eius acquirit, vel interim vſucapit, ſi forte res aliena ſit, imò dominus eſt, ſi dominus erat venditor, atque ideo in rem agere poteſt. leg. ſi quis ea lege. de rei vendicat. Cum autem eſt conditionalis, aliud dicendum eſt, vt in leg. 4. hic. Nam nulla eſt obligatio, nulla venditio ante conditionis euentum. §. ex conditionali. de verbor. obligation. ſed eſt tantum ſpes obligationis futuræ. Quod autem dicimus eum fructus lucrari, hoc intelligendum eſt, niſi alius meliorem conditionem attulerit poſtea. Nam ſi alius meliorem conditionem attulerit, fructus reſtituere cogetur, l. item quod. 6. in princ. & l. Imperator. hoc titu. de in diem addict. Quando autem melior conditio allata eſſe dicatur, docet Iuriſconſult. in l. 4. §. melior. Vendita erat res centum: auctum eſt pretium: oblata ſunt ducenta: dicitur melior conditio allata eſſe: atque ideo reſcinditur venditio: quoniam exiſtit venditionis conditio ſub qua conuenerat, vt à venditione diſcederetur. Hic dicitur, *Cum pretium adiectum eſt.* Et inde manauit error eorum qui putant hic legendũ eſſe, De in diẽ adiectione. Sed addictionis verbum refertur ad rem venditam: verbum (adiicere) ad pretium. vtrumque verbum reperitur in leg. cum in diem: hoc intellecto facile eſt emendare omnes locos qui corrupti ſunt. Melior autem conditio tunc dicitur adferri, cum pretio aliquid adiicitur: & maius pretium offertur. Addendum eſt, etſi ſolutio pretij facilior vel maturior offeratur: in his quoque caſibus oblatam meliorem conditionem videri. leg. 4. §. vltim. & l. 5. Vt autem omnia ſummatim complectamur, ſequendum eſt quod dicitur in l. 5. Si quod oblatum eſt, ad vtilitatem venditoris pertineat, quoquomodo & quacunque ex cauſa dicitur melior oblata eſſe conditio. Hinc conſequitur ſi falſus emptor ſubiectus fuerit, meliorem conditionem allatam non eſſe. leg. 4. §. cum igitur. Is qui adduxit fundum in diem, & pactus eſt vt recedatur à venditione, ſi melior conditio fuerit allata, ſubiecerit emptorem ſimulatum & falſum, vt videretur ei maius pretium ſibi oblatum eſſe, non ideo, inquit Iuriſconſultus, receditur à venditione. nam non poteſt dici melior conditio allata eſſe.

Effectus exiſtentis conditionis de qua loquimur, expendendus eſt & conſiderandus in hoc tractatu. Conditio enim quædam eſt ſi melior conditio fuerit allata. Si hæc conditio extiterit, primum emptor deſinit ſtatim dominus eſſe: quod eſt notandum, etiam ſi nulla traditio ſecuta ſit, quamuis aliàs traditio neceſſaria ſit in transferendo dominio. leg. traditionibus. Cod. de pact. dominium reuertitur ad venditorem. l. quis hac lege. 41. ff. de rei vendic. vbi eſt locus inſignis de hac addictione in diem: ibi, antequam adiectio ſit facta, id eſt, antequam pretium auctum ſit. Diximus iam, addictionem referri ad rem venditam, adiectionem ad pretium. *Iam non poteſt in rem actione vti.* Id eſt, dominus deſinit eſſe: Nam in rem actio ei non datur. Inde etiam fit vt pignoris obligatio ab emptore contracta perimatur, vt dicitur in leg. 4. §. ſed & Marcello. Medio tempore emptor dominus eſt, quod eſt intelligendum ſecundum diſtinctionem heſternam, & quia dominus eſt, poteſt rem ſibi venditam iure pignoris obligare. ſed tamdiu pignoris obligatio illa manet, quãdiu venditio manebit, ſed reſoluta venditione reſoluitur quoque pignus. Hæc de pacto addictionis in diem. Eſt aliud pactum huic ſimile quod dicitur pactum, vel lex commiſſoria.

IN TIT. III. LIB. XVIII. PANDECT.

DE LEGE COMMISSORIA.

LEx commmiſſoria pactio quædam eſt vſitata in contractu venditionis & emptionis. l. legem. Cod. de pact. legem vocamus pactum vel conuentionem. Sic igitur accipitur hic lex commiſſoria, id eſt, pactio commiſſoria: atque ideo ineptè dicitur pactum legis commiſſoriæ, vt Barbari & inepti homines vocare ſolent. Nam lex pactionem ſignificat. Formula huius pactionis magis vſitata eſt in leg. 2. hic. Ego tibi vendo fundum pro certo pretio, conuenit inter nos vt ſoluas intra calendas Auguſti. Si non ſoluas, conuenit inter nos vt fundus inemptus ſit: ſi hoc pactum non adiiceretur, non poſſet recedi ideo à venditione, quod pretium intra illas non ſolueretur: Sed ideo apponitur hoc pactum vt recedatur à venditione, vt perinde ſit ac ſi omnino non eſſet contracta venditio. Poteſt etiam aliter concipi quam vt res ſit inempta, veluti vt dominium ad me pertineat, vt dicitur in leg. 1. Cod. de pact. conuen. inter empt. & vendit. Aliquando aliter concipitur, veluti vt res ad me reuertatur. Exemplum eſt in leg. 3. Cod. de pactis inter emp. Et hæc formula ab aliis differt, vt poſtea dicturi ſumus. Sed cur hæc pactio dicitur commiſſoria? Quia dicitur committi hæc lex, cum ex ea pactione agitur, cum reſoluitur contractus. Exemplum vnum eſt in l. 14. de bonor. poſſeſ. contra tabul. l. commiſſa. de public. & vectigal. Hæc venditio pura eſt, ſed reſoluitur ſub conditione. l. 1. hic. Hic contractus duo continet, primum venditionem ipſam. Ego tibi vendo fundum centum. deinde diſſolutionem contractus continet vt à contractu abeatur, niſi pretium ſolutum fuerit intra annum. Conditio adiicitur non venditioni, ſed diſſolutioni contractus. Ergo emptio non contrahitur ſub conditione, ſi pretium ſolutum fuerit, ſed reſoluitur ſub conditione, ſi pretium ſolutum non fuerit. Itaque emptor interim dominus eſt & fructus ſuos facit, vt dicitur in l. 5. Ex his intelligitis quæ ſit lex commiſſoria, & quomodo lege commiſſoria res vendi dicatur. Nunc videndum eſt

De effectu conditionis exiſtentis.

EFfectus huius conditionis eſt vt committatur lex, & res ad venditorem redeat exiſtente conditione, id eſt, non ſoluto pretio. Lex committitur vt ſtipulatio committitur, cum aduerſus ſtipulationem aliquid factum eſt. Hic eſt vſus. Res poteſt vindicari, vel actione ex vendito peti. Interdum vindicatur res ab emptore non ſoluto pretio, quaſi adhuc dominus ſit venditor. Non enim actio in rem poteſt competere niſi domino, aliquando datur ei actio ex empto, quaſi dominus eſſe deſierit, ſecundum diſtinctionem quæ traditur in l. 3. & 4. Cod. eod. de pact. conuen. Multum refert quibus verbis concepta ſit hæc lex commiſſoria. Si ita concepta ſit, vt non ſoluto pretio res ſit inempta, vel dominium ad me pertineat, dubium non eſt quin non ſoluto pretio dominus maneat venditor, ſed ſi aliis verbis concepta ſit, veluti vt res ad me reuertatur, tunc datur ei actio ex vendito non etiam rei vindicatio ſi pretium ſolutum non fuerit. Ideo cautius eſt & conſultius, vt ita concipiatur formula huius legis commiſſoriæ, vel vt dominium ſtatim ad emptorem pertineat, vel vt inempta ſit, id eſt, perinde ſit atque ſi omnino nunquam empta eſſet. Præterea exiſtente conditione petuntur fructus rei venditæ. Petitur etiam id quod intereſt, ſi forte quid extrinſecus interſit venditoris. l. 4. in prin. & l. 5. Hoc eſt intelligendum cum exceptione, niſi per emptorem non ſteterit quominus pretium ſolueret. Fortaſſis obtulit ei cum accipere nollet venditor pretium obſignatum, depoſuit publicè, nihil eſt quod ei imputari queat, atque ideo non dicitur lex commiſſa eſſe, nec poteſt aduerſus eum agi. l. 4. §. vltim. quia lex commiſſoria continet certum tempus: ſi

pus: ſi non fuerit ſolutum pretium intra illud tempus, debet emptor offerre pretium, nec expectare donec interpelletur à venditore. Dies ipſa interpellat. l. magnam. C. de contrahen. vel commit. ſtipul. Sed ſi non ſit cui offerat, quia per eum non ſtat, non dicitur lex commiſſa eſſe. Hinc ſimile eſt quod dicitur in l. vlti. hic. vbi proponitur mulierem quę fundum emerat, obtuliſſe pretium & depoſuiſſe, poſtea ei denunciatum fuiſſe ne ſolueret, non dicitur lex commiſſa eſſe quia per eam non ſtetit. Ego alias adduxi hunc locum vt oſtenderem morem obſignandi apud veteres. Deinde quod diximus de hac lege commiſſoria vt res inempta ſit, hoc eſt intelligendum ſi ita placuerit venditori. Ea enim lex adiicitur gratia venditoris. Hic locus nos admonet, hanc legem applicari contractui non gratia emptoris ſed venditoris: & ideo ſi venditor velit contractum ratum eſſe, & agere ad pretium, non poterit allegare emptor inemptum eſſe fundum: quia pretium nõ ſoluerit intra diem dictum, ſi forte velit emptor à venditione recedere. l. 2. 3. & 4. §. eleganter. hoc tit. huc pertinet l. 7. poſt diem. conſtitutum eſt inter nos, vt niſi ſoluas intra calendas, res ſit inempta: poſt calendas liberum mihi eſt vel pretium petere ſi velim venditionem valere, vel vendicare rem, vel eam ex empto petere quaſi venditio nulla ſit, quia pretium ſolutum non eſt: ſed ſi vnum elegero, ad alterum petendum via mihi præcluſa eſt. Hæc lex in venditionibus eſt vſitata: in pignoribus vero recepta non eſt. tit. C. de pact. pign. & lege commiſſ. viſum eſt hoc publicæ vtilitati maxime contrarium eſſe. Aliud genus pacti eſt, de quo etiam titulus ſpecialis eſt de ſeruis exportandis.

IN TIT. LV. LIB. IIII. COD. ET TIT. VII. LIB. XVIII. PANDECTARVM.

DE SERVIS EXPORTANDIS.

PONI venditum eſſe ſeruum ea lege vt in aliquem locum pœnæ cauſa deportetur: quæritur quæ ſit vis huius pacti? De vi & poteſtate huius pacti quatuor notanda ſunt. Primum eſt hoc pactum valere, etſi contra hoc pactum aliquid factum ſit ab emptore, aduerſus eum agi poſſe. Hæc eſt ſententia Papiniani, in leg. ſi venditor. ad finem. qui fatetur ſe alias aliter ſenſiſſe & recedere à ſua ſententia veteri, quæ eſt in leg. ſeq. Si emptor non pareat huic conditioni, poterit agi aduerſus eum, nec poterit obiicere nihil intereſſe venditoris ſi nihil aliud proponatur. Nam rei perſecutionem non habet hæc actio. *Nobis aliquando placebat.* Hæc verba referenda ſunt ad ſequens caput, quamuis alii aliter interpretentur. Sabinus conſiderauit ſeruum iuxta hanc conditionem minoris venditum eſſe. Vendo tibi ſeruum vt extra Italiam exportetur. Secundo refert quibus verbis hæc pactio concepta ſit, vt intelligamus quæ ſit vis & effectus eiuſdem. Exemplum vnum eſt in l. 2. Ego tibi vendo ſeruum ea lege vt deportetur ab Italia: de prouincia nihil expreſſum eſt inter nos: an poterit in prouincia morari? Et dicitur poſſe. Hinc naſcitur quæſtio in leg. qui pacto. Eſtote hic attenti: nam mihi videtur hic locus Papiniani non ſatis recte vulgo explicari. Sic interpretatur Accurſius cum omnibus Accurſianis, cui eſt interdictum pomerio ciuitatis, id eſt, ſuburbio ciuitatis, ciuitate quoque interdictum videri: ſed non eſt hic ſenſus horum verborum, cui pomerio cuiuslibet ciuitatis, hoc eſt, cui interdictum eſt qualibet ciuitate, ei quoque interdictum eſſe vrbe videtur, id eſt, Roma: etſi de vrbe nihil cautum ſit. Nam etſi non videatur vrbe Roma ei interdictum eſſe, ſi ſpectemus verba pacti, quia nulla facta eſt mentio in pacto Romæ, tamen æquum eſt eum cui interdictum eſt pomerio cuiuslibet ciuitatis, etiam minoris maiori vrbe non frui, qualis eſt Roma: ſic interpretatione extendimus quod cautum eſt inter paciſcentes ſi id æquum eſt. Eſt locus communis de interpretatione pactorum. Tertio qui ea lege vendidit ſeruum, poteſt eam legem remittere, vt dicitur in leg. 1. Hæc pactio quæ adiicitur in venditione ſerui, vt in Italia non moretur, ſed extra Italiam exportetur, reſpicit gratiam venditoris ne periculum ſubeat, non emptoris. Nam valde reformidabant ſeruos veteres: dicebant enim ſe tot hoſtes habere quot ſeruos habebant. Sed hæc pactio remitti poteſt à venditore.

Quarto ſi ſeruus venditus ſit hac lege, & contra factum fuerit, poteſt ei manus coniici ex pacto, ſi hoc actum ſit inter contrahentes, *il le pourra ſaiſir*. l. Titius. hæc eſt præcipua pactio de qua diſſeritur ſub hoc tit. de ſeruis export. Sunt aliæ huiuſmodi, veluti ne ſeruus pœnæ cauſa exportetur: quæ eſt priori pactioni contraria: & certum eſt hanc pactionem valere, vt dicitur in leg. ſeruus ea lege. Prior pactio duriciem continet & vindictam: hæc vero longe fauorabilior eſt, & in hac pactione intereſt ſeruum non exportari extra Italiam propter affectionem. Sed cur non habetur ratio affectionis etiam in priori caſu, cum conuenit ſeruum exportari extra Italiam? Rationem diſcriminis adfert ibidem Iuriſconſultus. Aliarum pactionum exempla hic reperiuntur, veluti vt ſeruus intra certum tempus manumittatur, ne ſeruus proſtituatur. l. 3. 4. & 6. ſi venditor. & l. 8. quæſitum. hic. Et ſunt tituli ſpeciales in Codice poſt tit. de pact. inter empt. & vend. tit. de ſeruis expor. tit. ſi mancipium ita fuer. Hi tres tituli lectionem tantum deſiderant. His intellectis quæ iam diximus, explicandum eſt nobis aliud genus pacti, cuius mentio eſt in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. Eſt pactum vſitatum in contrahenda venditione. Cum res venditur ea lege vt quandocunq venditor reſtituerit pretium, vel ſi intra certũ tẽpus obtulerit, ea res venditori reſtituatur. Ego tibi vendo fundum hac lege, vt ſi intra certum tempus tibi reſtituero pretium, fundum mihi reſtituas: magna vis eſt huius pacti. Interim emptor lucratur fructus fundi: reſtituto pretio debet fundum reſtituere. Duo dicuntur in hac lege. Primum eſt, ſi fundus venditus ſit hac lege, actionem dari venditori aduerſus emptorem præſcriptis verbis vt reſtituat fundum oblato ſibi pretio. Alterum eſt fructuum habendam rationem poſt oblationem pretii, id eſt, vt poſt oblatum pretium fructus quoque reſtituat venditori. Hoc genus pacti valde vſitatum eſt apud nos, & vocatur *Soubs faculte de reemere*, quoties non apparet in fraudem vſurarum factum eſſe. Sæpe enim in fraudem vſurarum adiicitur quæ prohibitæ ſunt iure pontificio. Fraus iudicatur ex vna coniectura, veluti ex paruitate pretii. c. ad noſtram. de empt. & vend. Sæpe accidit vt contractus pignoris tegatur, & veletur prætextu venditionis huiuſmodi. Exempli gratia: Quidam accedit ad fœneratorem petens mutuam pecuniam, offert ei fundum ſuum in pignus donec ſoluat eam pecuniam: Sed quia fœnerator intelligit eum qui fundum in pignus accipit pro mutua pecunia, non lucrari fructus ſed eos imputari in ſortem, nõ vult dare pecuniã, ſed contentus eſt numerare pecuniam, ſi alter vult vendere fundum ſuum, ita vt poſſit redimere eum fundum quoties voluerit. Exemplum aliud pacti eſt in l. vlt. C. de pactis inter empt. & vend. Cum conuenit inter aliquos ne liceat rem alienare. De vi huius pactionis diximus accurate in interpretatione l. ſi ita quis promiſerit. de verborum obligationibus. De pactis autem in vniuerſum quæ adiiciuntur in contrahenda emptione, eſt locus inſignis in l. pacta conuenta. de contrah. emp. quem explicaui in commentatio ad l. iuriſgentium. de pact.

In l. pacta.

HIc quæritur an ex pacto in contrahenda emptione appoſito detur actio? Et ex pacto conuento regulariter nulla obligatio, nulla actio naſcitur, prodeſt tamen ad exceptionem. Hoc ita conſtitutum eſt ad minuendas lites: hoc eſt intelligendum niſi pactum conuentum in contrahenda venditione vel alio huiuſmodi negotio factum ſit. l. iuriſgentium. §. quinimo. quia pars eſt illius contractus, vt dicitur in l. fundi partem. de contrahen. empt. ideoque non agitur ex pacto, ſed ex contractu vt fiat quod pacto conuenit. Dubium non eſt de pactis quæ in ipſo contractu fiunt, ſed quæritur de pactis quæ ex interuallo poſt contractum interponuntur, an proſint ad actionem. Nam dubium non eſt quin proſint ad exceptionem quocunque tempore fiant. Hic reſpondet Papinianus, & diſtinguit ea pacta quę detrahunt emptioni, ab his quæ adiiciunt emptioni: & dicit ea pacta quæ detrahunt emptioni, ineſſe contractui: ea vero quæ adiiciuntur vt maior

ſet obligatio non prodeſſe. Veluti ſi paciſcatur ne de dupla teneatur vẽditor: nã tenetur venditor cauere de dupla emptori, niſi aliud conuenerit: poſt venditionem contractam conuenit ne teneatur de dupla cauere: an valeat hoc pactum? Valet quia hoc pactum aliquid detrahit venditioni in gratiam rei contra quem agitur: vnde ſi agatur aduerſus eum vt caueat de dupla, poterit ſe tueri exceptione huius pacti. Pacta quæ adiiciunt aliquid obligationi, poſtea facta, non proſunt: nam ea fiunt, vt poſſit agi aduerſus obligatum: veluti ſi conuenerit vt cautionis de dupla nomine fideiuſſorem det venditor. Qui cauet de dupla non tenetur fideiuſſorem dare, ſed ſufficit ſi ſtipulatione promittat duplam. Et ideo ſi conuenerit poſt cõtractum vt fideiuſſorem det venditor nomine cautionis de dupla, non proderit hoc pactum: hoc eſt intelligendum, inquit Papinianus, de his quæ ſunt adminicula emptionis, non de his ex quibus conſiſtit ſubſtantia emptionis. Aliquando pactum interponitur de his quę ſunt adminicula emptionis, aliquando de his quæ pertinent ad ſubſtantiam emptionis. In exemplis ſuperioribus pactũ pertinet ad adminicula emptionis, non etiam ad ſubſtantiam: nam ſine duplæ promiſſione conſiſtit venditio: ſed ſunt quædam adminicula emptionis. Interdum pactum interponitur de his quæ pertinent ad ſubſtantiam emptionis, velut ad augendum vel minuendum pretium: & hæc pacta etiam interpoſita poſt contractam venditionem valent. Ego tibi vendo fundum cẽtum, deinde ex interuallo conuenit inter nos, vt ſit venditus ducentis: quæritur an poſſim agere aduerſus te ad ducenta? Et dicitur me poſſe. Nam intelligitur renouata venditio & noua quædam emptio contracta. l. Iuriſgentium. §. quinimo. Venditio enim contrahitur conſenſu. Cum ergo conuenit inter aliquos vt pretium augeatur, noua dicetur emptio contracta. Si quis velit expendere quod de ea reſcripſi in commentario ad dict. leg. iuriſgentium, facilius hæc omnia intelliget. De pactis in contrahenda venditione appoſitis vni, notandum eſt, ſi pactum ambiguum ſit, vel obſcurum, ſic interpretandum eſſe vt emptori non noceat ſed venditori. l. veteribus. C. de pact. l. cum in lege. 33. de contrah. empt. In l. veteribus, breuis eſt aphoriſmus, cuius exemplum eſt in dict. leg. cum in lege. Sed cur potius contra venditorem quam contra emptorem ſit interpretatio in re dubia? Dices, quia legem dixit contractui. Sed incertum eſt vter legem dixerit. Apertiſſime Iuriſconſulti definiunt venditori & locatori nocere, non emptori nec conductori. Ratio eſt, quia venditor ex contractu venditionis magis lucrari videtur quam emptor, & locator quam conductor: & ideo fauorabilior viſa eſt conditio emptoris vel conductoris in dubio in interpretatione pacti obſcuri. Venditor intelligitur id quod ſibi ſupereſt vendere: emptor autem videtur emere id quo maxime eget. Sæpe videmus hoc accidere moribus noſtris vt quis locet minoris rem in gratiam amici: ſed non videmus hoc accidere, vt quis in gratiam amici conducat minoris quam faceret, ſi non amicus eſſet.

IN TIT. XXXIX. LIB. IIII. COD. ET TIT. IIII. LIB. XVIII. PANDECTARVM.

DE HÆREDITATE VEL ACTIONE VENDITA.

HIc tractatus pertinet ad locum de rebus quæ vęneunt: ſed quia hæreditas & actio vendita quędam ſingularia habent, ideo viſum eſt de his ſingulatim tractare. De his autem duobus coniunctim hic differitur, quia hæreditas & actio magnam ſimilitudinem habent vt oſtendemus. Duo igitur loci præcipui ſunt huius tractatus: vnus eſt de hæreditate vendita, alter de actione vendita. Videndum eſt primum

De hæreditate vendita.

CAP. I.

ET certum eſt in primis hæreditatis venditionem valere, quamuis hæreditas res ſit incorporalis quæ non ſubſiſtit. hæreditas numeratur inter res incorporales quæ ſenſu corporeo percipi non poſſunt. l. 1. de rer. diuiſi. & tit. de reb. corpor. & incorpor. Inſtit. Definitur hæreditas eſſe ſucceſſio in vniuerſum ius quod defunctus habuit. l. nihil aliud. de verb. ſign. nam hæreditatem non accipimus pro pecunia quæ defuncti fuit, non pro rebus ſingularibus quæ fuerunt in patrimonio defuncti: ſed intelligimus ſucceſſionem quandam in id quod defunctus habuit. l. hæreditas. de petit. hær. Hæreditas etſi nulla corpora ſint, iuris tamen intellectum habet, dicitur in iure conſiſtere. l. 1. de rer. diui. etſi nihil reperiatur in bonis defuncti, nihilominus dicitur hæres eſſe. Hæredem eſſe alterius eſt tenere eundem locum quem defunctus tenuit, quod fit aditione hæreditatis. Ideo dicitur hæreditas ſucceſſio illa in locum defuncti. Si quid ſit in bonis, ſuccedit quoque in ea bona. Si vero nihil ſit in bonis, nihilominus ſuccedit in locum defuncti, & perſonam defuncti repræſentat, & tenetur creditoribus hæreditariis. Nec allegare poteſt, ego hæres non ſum, quia nihil repertum eſt in hæreditate. An hæreditas vendi poſſet dubitatum eſt, quia hæreditas etiam eſt quædam res incorporalis, ſed receptum eſt non tantum corpora, ſed etiam res incorporales vendi poſſe. Vt tamen valeat hæc venditio, oportet hæreditatem alicuius eſſe, eumque iam deceſſiſſe. l. 1. hic. vt valeat venditio oportet in rerum natura eſſe id quod venditur. Nam ſine re non conſiſtit venditio. ergo ſi quis vendiderit hæreditatem eius qui nullus ſit, aut qui adhuc viuit, nulla eſt venditio. Vnde dicitur in l. cum hæreditatem. 7. & ll. ſeq. 8. 9. 10. 11. 12. & 13. Cum venditur hæreditas, non eſſe ita accipiendam hanc venditionem quaſi alea vt ſpes vendita ſit, niſi aliud actum ſit. Tu mihi vendidiſti hæreditatem Titii, nullus eſt Titius cuius hæreditas ſit, vel Titius non deceſſit, nihil eſt quod væniiſſe dici poſſit: ideo pretium condicetur quaſi nulla exiſtente hæreditate, niſi aliud actum ſit.

Sed ſi forte quis vendiderit quicquid iuris habet in hæreditate, tunc & ſi forte hæreditas ad eum non pertineat, conſiſtit venditio, nec tenetur eo nomine emptori. Sed ſi ſimpliciter vendiderit Titii hæreditatem, ſi hæreditas ad eum non pertineat: eo nomine tenetur venditor emptori, vt hic dicitur. Nunc videndum eſt

Quid præſtare debeat venditor emptori.

CAP. II.

VT ſummatim complectamur omnia de quibus copioſa eſt hic diſputatio, ſic dicendum eſt, venditorem teneri emptori præſtare quicquid ad ſe peruenerit ex hæreditate, aut peruenturum eſt, aut dolo malo eius factum eſt quominus ad eum perueniret: ſi in fraudem emptoris fecerit venditor quominus ad ſe aliquid perueniret, eo nomine etiam tenetur. Hinc variæ quæſtiones naſcuntur, & præſertim ex l. 2. §. perueniſſe. vſque ad §. illud quæſitum. & l. vltim. in d. l. 2. Vlp. hæc verba interpretari videtur, *Si quid peruenerit ad venditorem aut ſi quid dolo, &c.* Si hæc intelligatis quæ nunc dixi, facile cognoſcetis in d. l. 2. nihil aliud facere Vl. quam interpretari hæc verba. Docet. n. variis exemplis quando aliquid perueniſſe dicatur ad venditorẽ. Deinde vẽditor cogetur ſatiſdare emptori de euictione hæreditatis, & de facto ſuo. De euictione autẽ ſingularum rerũ non cogitur venditor ſatiſdare. d. l. 2. in prin. Certum eſt venditorẽ rei corporalis, vt fundi, cogi ſatiſdare de euictione. Dicemus de hac re ſub tit. de act. empt. Hic dicitur non cogi venditorem ſatiſdare de euictione. Sed quo modo hoc accipiendum ſit, habetis in l. 1. C. de euict. Cur non cogitur venditor hæreditatis cauere de euictione ſingularũ rerum? Quia non vendit ſingulas res, ſed vendit ſucceſſionem in vniuerſum ius quod defunctus habuit. Hæreditas non dicitur res ſingulæ quas defunctus habuit in patrimonio ſuo. Cum vendo tibi hæreditatem alicuius, hoc inter te & me agitur, vt neque amplius neq; minus iuris habeas quam ego habiturus eſſem: Ideo nõ intelligor tibi eam rẽ vendere quæ hæreditaria nõ erat. Ideoq; huius rei nomine nõ cogor ſatiſdare. *Plane de facto ſuo.* Venditor cogitur ſatiſdare de facto ſuo, id eſt, cogitur ſatiſdare ſi quid ad ſe peruenerit propter hæreditatẽ quæ ſibi delata eſt, id ſe reſtituturũ emptori. Hoc genus ſtipulationis vſitatum fuit inter emptorem & venditorem hæreditatis. Mentio eſt in l. cum ſtipulamur. de verb. ſign. & in l. quiſquis. 95. de l. 3. l. venditor ex hæreditate. hic. Satiſdatio quæ exigitur à venditore, dicitur ſtipulatio emptæ & vẽditę hęreditatis quæ ſatiſdatio exigitur à venditore. Ex his intelligetis quid vẽditor hæreditatis præſtare debeat emptori, & ex qua cauſa poſſit emptor aduerſus eũ agere. Cõſequens eſt vt videamus,

Quid

Quid emptor venditori præſtare viciſſim debeat.

CAP. III.

ACtio mutua dicitur ex venditione hæreditatis: datur actio venditori aduerſus emptorem, ſicut emptori actio datur aduerſus venditorem. Exempla actionis quæ dantur venditori aduerſus emptorem reperiuntur in l. 2. §. ſolet. §. ſi quid. & §. vltim. veluti ſi venditor tanquam hęres condemnatus aliquid præſtiterit. Vt autem hoc intelligatis, animaduertendum eſt venditorem hæreditatis poſt venditam hæreditatem nihilominus teneri creditoribus hæreditariis. l. 2. C. de hæred. vel act. vendit. Is cui delata eſt hæreditas & eam adiit, eam vendidit: forte conuenit inter emptorem & venditorem vt emptor ſatisfaceret creditoribus hæreditariis: nihilominus venditor idemque hæres conueniri poteſt à creditoribus hæreditariis, nec audiendus eſt ſi dicat hæreditatem ſe vendidiſſe, & ſe pactum eſſe cum emptore vt ſatisfaceret creditoribus, quoniam adeundo hæreditatem ſe obligauit quaſi ex quodam contractu. tit. de oblig. quæ ex quaſi contract. naſcun. Inſtit. Is qui obligatur ex contractu rei alicuius nomine, bona ſua alienando, non liberatur ea obligatione. Obligatio quæ perſonalis eſt, perſonam ſequitur. l. vlt. de contrahen. empt. & pactum quod cum emptore factum eſt, creditoribus hæreditariis nocere non poteſt: nam res inter alios acta aliis non nocet. l. ſępe. de re iudic. Ergo cogitur ſoluere creditoribus hęreditariis, ſi ab eis conueniatur. ſed eo nomine actionem poſtea habet aduerſus emptorem, ſi condemnatus vt hæres ſoluerit creditoribus hæreditariis. Vlpianus in l. 2. §. ſolet. ait, etiamſi indebitum ſoluerit condemnatus ſine dolo ſuo, id repetere ab emptore.

Aliud exemplum eſt in dict. leg. 2. §. ſi quid. Si venditor hæreditatis aliquid propter hæreditatem neceſſitate compulſus ſoluerit ſine condemnatione: imo ſi nondum præſtiterit, ſed ſe obligauerit, actionem eo nomine habet aduerſus emptorem. l. 2. §. vltim. præterea vt paucis multa complectamur, ſequenda eſt regula quæ traditur in leg. 2. §. ſi Titius. in §. cum quis. vbi dicitur, præſtat emptor venditori quicquid extraneus hæres præſtaret, quicquid venditor hæreditatis, idemque hæres petere poſſet ab extraneo ſi hæres inſtitutus non eſſet, id ſibi præſtabit emptor hæreditatis: nam emptor pro hærede habetur. Exempli gratia, Titius mihi debebat centum ex cauſa mutui: is me inſtituit hæredem ſuum: eam hæreditatem vendidi: Habeo actionem aduerſus emptorem quaſi ſit hæres mei debitoris qui me hæredem inſtituit, & illa centum petam ab hoc emptore: quod tamen ſubtilitas iuris non videtur permittere: quia aditione hæreditatis videntur illa centum confuſa eſſe quæ mihi debebat defunctus: ſed vtilitate ſuadente ab hac ſubtilitate receſſum eſt. nam ſi Titius me non inſtituiſſet hæredem, ſed alium, actionem haberem aduerſus hæredem ad petenda illa centum: ideo ea petere potero ab hæreditatis emptore: in dict. §. cum quis. *Æquiſſimum.* Iuriſconſultus oſtendit vtilitate & æquitate ſuadente hoc receptum eſſe, quamuis ſubtilitas iuris repugnaret: quia re vera hæres eſt, & venditor hæreditatis non definit hæres eſſe. Quod autem dictum eſt venditorem hæreditatis, poſt hæreditatem venditam nihilominus teneri creditoribus hæreditariis: hoc eſt intelligendum cum exceptione quæ traditur in leg. 1. C. eo. Excipitur fiſcus: nam ſi fiſcus vendiderit hæreditatem ſibi delatam, hoc ſingulare eſt vt creditores hæreditarii habeant actionem aduerſus emptorem hæreditatis tantum, non etiam aduerſus fiſcum qui hæreditatem vendidit. Et hi ſingulares & ſpeciales caſus obſeruandi ſunt. Nam fiſcus vtitur iure priuatorum, niſi in caſibus exceptis, de quibus ſpecialiter aliquid conſtitutum reperitur, l. item veniunt. §. in priuatorum. de petit. hæred. Hoc eſt etiam intelligendum cum exceptione quæ traditur in l. 2. C. de pact. Si pactus ſit venditor hæreditatis cum creditoribus hæreditariis non tantum expreſſim, ſed etiam tacite, videlicet, quia forte creditores hæreditarii conuenerunt emptorem: tunc enim venditor eos ſummouere poterit exceptione pacti, ſi ab eis conueniatur. Hæc de hæreditate vendita ſufficiant in præſentiarum. Nunc videndum eſt,

De actione vendita. CAP. IIII.

SCiendum eſt omnium obligationem ſiue actionem vendi poſſe, licet actio ſit res incorporalis ſicut hæreditas Hoc ſimile inter ſe habent hæreditas & actio, quod vtraque res incorporalis eſt: nec quicquam refert an actio ſit in rem an in perſonam. l. vltim. C. hic. Cum loquatur de actione vendita, forte videtur quibuſdam actionem hic accipi debere pro actione in perſonam. l. actionis verbo. de obligation. & actio. Actio proprie in perſonam dicitur, petitio in rem. Cum in rem agimus, hoc genus actionis dicitur proprie petitio: cum in perſonam, dicitur actio. Sed tamen latiſſime hic accipitur actionis verbum, vt appellatione actionis ſub hoc titulo contineatur etiam actio in rem directa & vtilis. l. pecunię. §. actionis verbum. de verborum ſignificat. l. actio. & l. actionis verbo. de obligat. & action. Vnde cum dubitaretur an quod dicitur de actione vendita ad actionem quoque in rem pertineret, conſtituit Iuſtinianus ad actionem in rem id quoque pertinere propter generalem huius verbi ſignificationem. Præterea quod diximus de obligatione, intelligendum eſt ſiue pure ſit contracta obligatio, ſiue ſub conditione, quamuis etiam de eo poterat dubitari: quoniam ante conditionis euentum obligatio nata non dicitur, eſt tantum ſpes obligationis. Inſtitut. de verborum obligat. §. ex conditionali. Receptum tamen eſt vt obligationis conditionalis venditio rata ſit. l. nomina. 17. Eodem pertinet quod dicitur in leg. multum. 19. Multum refert, an quis vendat obligationem quæ ſub conditione contracta eſt, an vero vendat obligationem quæ etiam pura eſt, ſub conditione. Poſteriori caſu, id eſt, cum ſub conditione venditio contracta eſt alicuius obligationis deficiente conditione, nulla eſt venditio, priori caſu ſtatim valet venditio. Nam ſi quis tibi ſub conditione debeat decem, & eam obligationem vendideris, ſtatim valet venditio. Hoc eſt intelligendum niſi in fraudem actio vel obligatio vendita ſit. l. per diuerſas. & l. ab Anaſtaſio. C. manda. quia venditio quotæ litis prohibita eſt. Et ideo ſi quis actionem quam habet cedat cauſidico, vt quaſi cauſidicus videatur cauſam ſuam non alienam agere in fraudem legis, ſequendum eſt quod dicitur in dd. ll. Ex his intelligitis an valeat & quatenus valeat venditio obligationis ſiue actionis. Nunc videndum eſt,

Quid venditor emptori præſtare debeat.

CAP. V.

SI quis mihi vendiderit actionem quam habebat aduerſus aliquem, quid mihi præſtare debet? In primis venditor cogitur emptori cedere actionem quam vendidit, & eum conſtituere procuratorem in rem ſuam ad exigendum, quod continetur ea obligatione, ad agendum tam contra reum quam eius fideiuſſorem. Tu mihi vendidiſti actionem aliquam: actio ex eo contractu mihi datur aduerſus te, vt me procuratorem in rem meam facias, & mihi cedas actionem vt poſſim agere aduerſus debitorem tuum, quatenus mihi ea actio ceſſa eſt. l. 14. qui filiifamilias. Is qui actionem aliquam vel nomen vendit, cogitur præſtare omnem actionem quæcunque ſibi competit ex ea obligatione, ita vt ſi is qui contraxit cum filiofamilias, vendiderit ſuam actionem alteri, teneatur cedere ſuam actionem non tantum quam habet aduerſus filiumfamil. ſed etiam quam habet contra patrem de peculio. Simile eſt quod dicitur in leg. venditor. 23. Titius mihi debebat centum, dederat mihi fideiuſſorem Sempronium, vendidi tibi actionem mihi competentem aduerſus Titium, agis aduerſus me vt ego tibi præſtem non tantū actionem quę mihi competit aduerſus Titium, ſed etiam quæ competit aduerſus fideiuſſorem: quæritur an poſſit? Dicitur poſſe agere vt vtranque actionem cedam, quamuis de fideiuſſoria obligatione nulla mentio facta fuerit: quia æquum eſt vt præſtem quicquid ex ea cauſa mihi competit, tam aduerſus reum quam aduerſus fideiuſſorem, niſi aliud actum ſit. Quinimo pignoris perſecutio debet cedi. l. emptori. 6. Ego tibi nomen vendidi aduerſus Titium, Titius mihi obligauerat res quaſdam ſuas iure pignoris, vel hypothecæ. Ideoque mihi competit aduerſus eum actio non modo perſonalis, ſed etiam hypothecaria ad perſequendum pignus contra quemcunque

poſſeſſorem, vtramque actionem tenebor præſtare. Addendum eſt etſi præſtita & ceſſa non ſit actio emptori, nihilominus actionem vtilem ipſi competere poſſe. Nam directa actione non poterit agere propter venditionem actionis, niſi procurator in rem ſuam conſtitutus ſit: tamen receditur à ſummo iure propter vtilitatẽ & æquitatem. l. poſteaquam. 7.

Si quis dederit mihi cautionem aliquam in pignus, poſſum vtili actione agere aduerſus debitorem, indeque conſiſtit vtilitas eius pignoris, poſtquam eo deuentum eſt. Cum hoc receptum ſit in pignore, viſum eſt etiam id recipi debere in vendito nomine. Eodem pertinet quod dicitur in leg. ex nominis. 8 C. hic. Ex nominis emptione dominium rerum non tranſit ad emptorem. Quid ergo prodeſt nominis emptio emptori? Hoc prodeſt, quod ſi conſtituatur procurator in rem ſuam poterit procuratorio nomine agere actione directa, vel etiamſi non conſtituatur procurator in rem ſuam, poterit agere vtili actione exemplo creditoris. Sed quæritur in hac actione cuius periculi ſit an emptoris an venditoris, ſi forte locuples non ſit debitor contra quem vendita eſt actio? Et hic dicitur venditorem non præſtare debitorem eſſe ſoluendo, niſi aliud actum ſit. l. quarta, & quinta. ſed tantum venditor præſtare debet eum debitorem eſſe, ita vt ſi debitor non ſit, venditor teneatur emptori eius quod intereſt nomine, *ſine exceptione*, quia debitor non eſt à quo propter exceptionem exigi non poteſt, forte quia pactum factum erat de non petendo: nec tenetur venditor certæ pecuniæ nomine, niſi aliud actum ſit, cum quod debetur ſibi vendit, etiamſi teruntium tantum emptor habuerit à debitore ſatis eſt. Deinde notandum eſt quicquid ex hac actione vel compenſatione venditor conſequutus eſt, id integrum præſtare debere emptori. l. venditor. 23. §. vlt. hic.

IN TIT. XLIIII. ET XLV. LIB. IIII.

COD. ET TIT. V. LIB. XVIII.

PANDECTARVM.

DE RESCINDENDA VENDITIONE, ET QVANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

SVB hoc titulo tractatur de cauſis ex quibus reſcinditur venditio. In primis venditio mutuo conſenſu emptoris & venditoris reſcinditur re integra, ſi neque pretium ſolutum ſit, neque merx tradita: id rationi conſentaneum eſt, quia cum mutuo conſenſu contrahi ſoleat, vt contrario conſenſu mutuo reſcindatur. l. 1. 2. & 3. ff. hoc titulo. Vnde acceptilatione ſoluitur, vt dicitur in leg. 5. cum emptor. non poteſtate acceptilationis, ſed poteſtate conuentionis, id eſt, acceptilatione tantum tollitur ea obligatio quæ verbis contracta eſt. tit. Inſtit. quibus modis toll. obligat. Ergo acceptilatio non tollit actionem quæ naſcitur ex contractu emptionis, niſi conceptſa fuerit in Aquilianam ſtipulationem: ſed tamen ob mutuum conſenſum datur exceptio pacti. Hinc variæ quæſtiones tractantur in leg. 1. 2. 3. 4. & 5. de mutuo conſenſu. Alterutro autem inuito non receditur à venditione, vt dicitur in leg. 3. hic. ne reſcripto quidem Principis eo nomine impetrato, recedi à venditione poteſt vnius contrahentium voluntate, etiam ſi fiſcus ſit: etiam ſi duplum pretii offeratur. l. 6. non eſt. C. eo. Imo etiam ſi miles ſit, is qui venditionem contraxit. l. ratas. multa conſtituta ſunt in gratiam militum, vt apparet ex titulo de teſtam. milit. & aliis locis: vnde probabiliter dubitatum fuit de militibus. Sed tamen reſcribit Imperator ratas venditiones factas cum militibus eſſe debere: hoc eſt intelligendum, & ſi quis denuntiauerit alteri ne vendat illam rem aut illam. l. ſi maior. 13. C. hic. Imo etiam ſi non impleatur contractus ex vna parte. l. ea conditione. 12. hic, & toto tit. ſeq. Nam ſi tu cui vendidi non ſoluis pretium, mihi datur actio vt ſoluas pretium. Et ſi verum ſit quod diximus, tamen certæ cauſæ ſunt ex quibus venditio contracta reſcinditur.

Prima cauſa eſt. Si per vim vel metum contracta fuerit venditio. Exemplum eſt de vi in leg. 1. hic. de metu, in l. ſi voluntate. 8. modo ſit metus iuſtus qui cadat in virum conſtantem. Inanis enim metus non habetur ratio. Idcirco ſi quis neceſſitate compulſus propter vrgens debitum vel munus publicum rem ſuam viliori pretio diſtraxerit, non reſcindetur venditio. l. non idcirco. 12. C. Idem eſt dicendum de dolo & fraude. l. 5. ſi dolo. l. venditori. C. hoc tit. Vnde dicitur in leg. ſi quis. C. Si fraus interuenerit etiam in ſubhaſtatione publica, nullam eſſe venditionem: vnde dicitur in leg. ſi qui impoſita. C. eo. Si quid in fraudem fiſci venditum ſit, irritam eſſe venditionem. Vnde quæritur ſi minoris ſit diſtracta res quam valeat, an ideo reſcindi debeat venditio? & dicitur non debere. l. 4. l. dolus. 10. & l. ſi quis. C. eo. Nam licet contrahentibus inuicem ſe circumſcribere. l. in cauſæ. de minorib. Antinomia eſt ex leg. item ſi in pretio. 22. §. vltim. locati. Sed diximus contrahentibus licere inuicem ſe circumſcribere, intelligendum eſt niſi venditor vltra dimidiam iuſti pretii ſit deceptus. l. 2. & l. ſi voluntate. in fin. C. eod. Dimidia autem iuſti pretii eſt cum id quod dicitur excedit duplum pretii, de quo abunde diximus, in leg. ſi quis cum aliter. de verb. obl.

IN TIT. XLVIII. LIB. IIII.

COD. ET TIT. VI. LIB. XVIII.

PANDECTAR.

DE PERICVLO ET COMMODO REI VENDITÆ.

NVNC ordo poſtulat vt de periculo & commodo rei venditæ dicamus, de quo extant duo tituli: vnus in ff. alter in Cod. Quæritur enim plerunque ſi res vendita perierit aut deterior facta ſit poſt contractam venditionem, vter periculum ſuſtineat, an emptor an venditor? Et ponendum eſt pro regula & quaſi fundamento totius huius tractatus & diſputationis, perfecta venditione periculum eſſe emptoris. Id cognoſcere licet ex ipſis Inſtit. tit. de empt. & vend. §. cum autem. Poſtquam perfecta eſt venditio, interim periculum emptoris eſt, antequam ſit perfecta, periculum eſt venditoris. Si exempli gratia, vinum, quod venditum eſt deterius factum ſit acore vel mucore, huius mutationis & deteriorationis damnum ac periculum ſuſtinet emptor poſtquam perfecta eſt venditio: antequam vero ſit perfecta venditio, damnum eſt venditoris non emptoris: idem dicendum eſt de commodo: eſt enim eadem ratio commodi quæ eſt incommodi. Idem dicitur in leg. neceſſario. 8. idem dicitur in leg. 1. C. eo. Sicuti omne commodum ita etiam omne incommodum pertinet ad emptorem perfecta venditione. Vnde quæritur in hoc tractatu quando perfecta venditio dicatur. Et diximus ſupra ex quibus conſiſtat venditio, quæ pertinet ad ſubſtantiam venditionis. Diximus ſimulatque conuenit de re & pretio inter emptorem & venditorem, tunc perfectam dici venditionem. Diximus ſub tit. de contrahen. empt. niſi hoc dictum ſit, vt in ſcripturam redigatur venditio. Nam ſi actum ſit vt in ſcripturam redigatur venditio, tunc non dicitur ante perfecta eſſe quam ſcriptura confecta fuerit, etiamſi contrahentium conſenſus interuenerit l. contractus. de fide inſtrumen. §. in his autem. de empt. & vend. Inſtit. & l. cum inter. C. eod. tit. Dubium autem non eſt quin venditio perfecta hoc ſenſu accipiatur in quæſtionibus ſuperioribus. Cum quæritur quando liceat ab emptione diſcedere, nos dicimus perfecta emptione ab ea recedi non poſſe: antequam perfecta ſit poſſe recedi. Perfectam autem venditionem intelligimus ſola conuentione contrahentium, niſi hoc ab initio conuenerit, vt venditio in ſcriptis fiat: quo ſenſu poſt ſcripturam confectam dicitur perfecta venditio eſſe. In hoc autem tractatu perfecta venditio aliter accipitur. Maior quædam hic requiritur perfectio cum quæritur de periculo & commodo rei venditæ, quam cum quæritur an liceat ab emptione recedere. Cum ergo dicitur, poſt perfectam venditionem periculum emptoris eſſe, videndum eſt quando perfecta emptio recte dicatur, alioqui non poterimus intelligere quando periculum ſit emptoris aut venditoris. Quædam hic annotanda ſunt ex quibus cognoſcetur quando peri-

do periculum ſit emptoris aut venditoris, & quando perfecta emptio aut imperfecta dicenda ſit.

Primum ſi res incerta vendita ſit, puta homo ſine alia deſignatione, tunc periculum ſemper eſt venditoris. Hoc ſumitur ex l. neceſſario 8. hic. Multa requirit Paulus vt venditio perfecta dicatur & periculum emptoris ſit. Primum eſt ſi id quod vænierit, appareat quid, quale, quantumq; ſit: tunc enim res certa eſt. l. vbi autem. de verb. obli. vt cum quis vendit hominem Stichum. Si autem quis vendiderit hominem in genere, tunc non intelligitur perfecta eſſe venditio, quod attinet ad hanc quæſtionem vtrius ſit periculum: hic ergo ſine vlla diſtinctione dicimus periculum eſſe venditoris. Non enim dici poteſt res quæ væniit, periiſſe. Pone venditorem omnes ſeruos amiſiſſe qui erãt in patrimonio ſuo, & omnem ſuam ſubſtantiam, quia non vendidit certum hominem qui eſſet in patrimonio ſuo: non poteſt dicere hominem periiſſe. l. incendium. C. ſi cert. pet. l. in ratione §. quædam. ad leg. Falcid. Atq; ita diſtinguendum eſſe admonui in interpretatione l. certos. de verb. oblig.

Secundo, cum res quæ veniit conſiſtit in pondere, numero aut menſura, & ad põdus, numerum, aut menſurã vendita eſt: tunc dicitur perfecta eſſe venditio cũ res adpenſa, admẽſa, adnumerata eſt. Ego ibi vendidi vinum, vel frumentum vendidi tibi non ſimpliciter, ſed definitum eſt pretium in ſingulos modos frumenti, in ſingulas amphoras vini, vt pro ſingulis amphoris vini tantum mihi ſoluas. Hoc caſu etſi cõuenerit inter te & me de pretio, vt in ſingulas amphoras tantum ſoluas, non ideo dicitur perfecta eſſe venditio, ſed tunc dicitur perfecta eſſe venditio cum admenſum illud fuit, quia ad menſuram illud venditum eſt. Hæc diſtinctio extat in l. quod ſæpe. 35. §. in his. de contrah. empt. ibi eſt inſignis locus de perfectione emptionis & de periculo rei venditæ. Aliquando idem ſeruatur quod in cæteris rebus, vt ſi vinum ſemel definito pretio venditum ſit non in ſingulas menſuras. Sed ſi pretium non ſit ſemel definitum in ſingulas menſuras, in ſingula vaſa & pondera, tunc non dicitur perfecta eſſe venditio. Conditio enim quædam ineſſe videtur, ſi adpenſum ſit, ſi annumeratum, ſi admenſum fuerit quod venditum eſt. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. 2. Codice eodem. Si vniuerſum frumentum quod erat in horreo venierit ſine menſura, idem iudicandum eſt de frumento quod de aliis rebus venditis, & dicitur perfecta eſſe vẽditio. Damnum igitur & mutatio frumenti pertinet ad emptorem: & tunc dicitur venditum eſſe auerſione l. ſi quis vina. §. ſi auerſione. & §. vltim. quia periculum ita vendendo videtur venditor à ſe auertere, etſi nihil aliud expreſſum ſit in vendendo.

Tertio, ſi res venierit quæ deguſtari ſoleat, idque actum ſit vt deguſtetur, non ante dicitur perfecta venditio quam deguſtata fuerit, atq; ante deguſtationem periculum eſt venditoris non emptoris, quaſi perfecta nõ ſit ante deguſtationem venditio. l. 1. & 4. hic. *Si vinum venditum.* Hæc verba ſubobſcura ſunt & videntur pugnantia eſſe. Sed alias admonui in initio huius capitis verba eſſe Sabini, deinde ſequi verba Vlpiani ad libros Sabini. In his quæ ſumpta ſunt ex libris Vlpiani ad Sabinum fere, præponi ſolent verba Sabini, & vix diſtingui poſſunt à verbis Vlpiani. Hoc etſi verum ſit, nimis tamen conciſe videbatur dictum eſſe à Sabino. Ideo quæ ſequuntur adiecit ad verba Sabini Vlpianus, *Aut igitur conuenit quod.* Tunc dicitur plana & perfecta eſſe venditio, cum deguſtatum eſt vinum. Hæc enim res deguſtari ſolet: & hoc agi videtur inter emptorem & venditorem vt deguſtetur ante traditionem. Eodem pertinet quod dicitur in l. 4. quæ eſt hypotheſis quædam ad deguſtationem pertinens. Ego non poſſum omnes hypotheſes hic explicare: ſatis erit capita rerũ attingere.

Quarto, ſi res ſub conditione vendita ſit, pendente conditione periculum pertinet ad venditorem, quaſi nondum ſit perfecta venditio. l. neceſſario. 8. Hic tres caſus conſiderandi ſunt de conditionali venditione. Si pendente conditione res interierit, aut deterior facta ſit, periculum non eſt emptoris, quia non dicitur perfecta venditio, niſi pure res vænierit, inquit Iuriſconſ. Secundus caſus eſt, cum conditio defecit, nulla eſt emptio. Tertius, ſi conditio extiterit, poſt conditionem exiſtentem periculum eſt emptoris. Eodem pertinet quod dicitur in l. cum ſpeciem. C. eo. *Amiſſa rei periculum te, &c.* Periculum emptoris eſt. Sic enim interpretari debemus, quamuis ambiguum ſit quod hic dicitur, *Te*, quo poteſt intelligi venditor vel etiam emptor. Sed ex aliis locis intelligere licet hoc verbum referri ad venditorem.

Quinto, ſi duæ res ſub alternatione vænierint, vna re perempta altera debetur emptori. l. ſi in emptione 34. §. ſi empt. Tametſi perfecta ſit venditio, non omnino periculum eſt emptoris. Venditus eſt Stichus aut Pamphilus diſiunctim: periit Stichus: Pamphilum poteſt emptor qui ſupereſt petere, quamuis electio ſit venditoris, vt diximus ſupra in tit. de contrah. empt. Ex his intelligitis quomodo perfectam venditionem intelligere debeamus in hoc tractatu, in quo quæritur, vtrius ſit periculum rei venditæ an venditoris, an potius emptoris. Sed notandum eſt perfecta aliquando venditione ſi vna res tantum ſimpliciter vendita ſit, nihilominus periculum eſſe venditoris, ſi poſt moram venditoris vel eius culpa res perierit, tunc venditoris periculum eſt, etiam ſi omnino perfecta fuerit venditio. Si forte ſpecies aliqua vænierit pure ſine vlla alternatione, & ea perierit, vel deterior facta ſit, periculum venditoris eſt, cum poſt venditoris moram vel eius culpa res deterior facta ſit vel perierit: nam culpam vel dolum præſtat venditor in hoc iudicio. leg. illud. & l. lectos. l. ſi venditor. Ædiles curam habebant rerum venalium: & ſi non videbatur proba merx eſſe, confringebant. Ego multa adduxi an confirmandam hanc ſententiam ex veteribus auctoribus in lib. 1. Diſputat. de officio ædilium: & citaui etiam hunc locum in quo Plautus ait, Neptunum eſſe faſtidioſum ędilem. Vtrius ergo periculum eſt? Dicitur, *Si traditi eſſent.* Quod ſi neq; traditi ſint, neq; per eum ſteterit quominus ei traderentur, venditoris erit periculum.

Hinc quæſtio de mora tractatur in l. illud. 17. Eſt locus communis de mora. Cum quæritur ſi vterq; moram fecerit venditor & emptor, vtrius mora noceat alteri? Et dicitur poſteriorem moram nocere. De hoc tractauimus in l. ſi mora. ſolu. matri. Eodem pertinet quod dicitur in l. 4. & vlt. C. eo. Suſcipit periculum emptor ſi mora venditoris in traditione non interceſſerit. Idem eſt dicendum etſi conuenerit inter emptorem & venditorem vt periculum alterius ſit. Seruanda enim eſt ea conuentio de periculo rei venditæ. l. ſi in venditione. 10. In venditione conditionali venditoris eſt periculum, vt dixi, ſi pendente conditione res perierit vel deterior facta ſit: quod eſt intelligendum niſi aliud conuenerit: abſq; hac conuentione, vt iam dixi, venditor præſtat dolum & culpam. l. 2. & 3. Hactenus de periculo & commodo rei venditæ: Nunc videndum de actionibus empti & venditi.

IN TIT. XLIX. LIB. IIII. COD. ET TIT. I. LIB. XIX. PANDECT.

DE ACTIONIBVS EMPTI ET VENDITI.

EX contractu emptionis & venditionis duæ actiones naſcuntur: vna eſt quæ dicitur actio empti, altera quæ dicitur actio venditi. actio empti datur emptori aduerſus venditorem: actio vero venditi datur venditori aduerſus emptorem. Eſt ex numero eorum contractuum qui vere contractus dicuntur, quia ſunt vltro citroq; obligatorii. l. Labeo. de verb ſign. Neutra actio hic eſt principalis, neutra ſecundaria, neutra poteſt magis dici directa quam altera, quia vterq; agit ad id de quo contractus principaliter initus eſt. Exempli gratia, emptor petit rem venditam ſibi tradi: venditor petit pretium: in hoc igitur contractu non dicitur vna actio directa eſſe, altera contraria, vt in aliis contractibus. Sed videndum eſt primum de actione ex empto.

De actione empti, & quibus ex cauſis competat.

ACtio ex empto variis ex cauſis competit: nos breuiter hic complectemur, quid petatur actione ex empto & qua ex cauſa agatur. In primis hoc præcipuum eſt in actio-

ne ex empto, vt res vendita tradatur, vel id quod intereſt rem traditam non eſſe. l. ex empto. 11. Cum quæritur de iis quæ inſunt contractui, in primis dicendum eſt, hoc ineſſe vt res vendita tradatur, non vt detur. Dare enim ſignificat dominium transferre. §. ſic itaque. de act. & l. vbi autem, de verbo. oblig. Tradere autem quid ſit, docet Iuriſconſultus ſub hoc tit. veluti in l. 2. & 3. Tradere, vt intelligant hoc tyrones, eſt non proprietatem, non dominium transferre in alium ſed poſſeſſionem. Si quis poſſeſſionem in alium tranferat rei alicuius, ei tradere dicitur. Sed hoc verbum nos plenius interpretamur in hoc iudicio empti, vt res tradita intelligatur cum poſſeſſio ab eo, cui tradita eſt, auocari non poteſt, id eſt, cum in iudicio poſſeſſorio potior eſt: non intelligimus traditã poſſeſſionem quam alius poteſt iure auocare. Huic ſimile eſt quod dicitur in l. ex empto. §. idem Neratius. Is in lite de poſſeſſione potior eſt, in interdicto vti poſſidetis quod eſt retinendæ poſſeſſionis, qui vacuam rei poſſeſſionem habet: hoc præſtare debet emptori vẽditor, vt is potior ſit in iudicio poſſeſſorio. Hæc traditio emptorem facit dominum rei traditę ſi venditor erat dominus, l. ex empto actione is, qui emit. in prin. Si non erat dominus, facit vt emptor poſſit eam vſucapere & longo tempore eam poſſidendo ſibi acquirere. Quod autem diximus de traditione, hoc intelligendum, ſi res aliqua ſit corporalis: nam ſi res incorporalis ſit vendita, non poteſt tradi, vt ſunt ſeruitutes itineris, viæ, & actus, aquæductus. l. ſeruus. §. incorporales de acquir. rer. domi. Ergo ſi quis mihi vendiderit ſeruitutem itineris, viæ, aut actus, non poſſum eam apprehendere, ſed loco poſſeſſionis & traditionis poteſt interponi cautio, vt dicitur in l. 3. §. ſi iter. Venditor cauet emptori per ſe non futurum, quominus emptor ea ſeruitute itineris quę vendita eſt vtatur. Poteſt etiam eum inducere in quandam poſſeſſionem patiendo eum vti frui ſeruitute. l. quoties. de ſeruitut. l. 3. de vſufruct. Ratio agendi eſt in l. 1. hic. nemo cogitur facere quod promiſit. Hæc eſt natura obligationum quæ in faciendo conſiſtunt, vt promiſſor factum præſtare non cogatur, ſed liberetur, æſtimationem eius quod intereſt præſtando. l. ſi ab alio. de re iudic. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. oblig. Viſum enim eſt ſeruile & inciuile eſſe, aliquem cogi aliquid manibus ſuis & corpore ſuo facere. Ideo viſum eſt vtile vt veniatur ad æſtimationem litis. Receptum tamen eſt cum venditor habet rei reſtituendę facultatem, eum præcisè cogi ad rem reſtituendam, ſicut dicitur de eo à quo res vendicatur. l. qui reſtituere. de rei vendic. Quod autem dicitur ſi res vendita non tradatur, in id quod intereſt agi & condemnari reum, hoc intelligendum eſt niſi rei reſtituendæ facultatem habeat venditor. Quid autem ſit id quod intereſt, docet Iuriſconſult. in l. ſi commiſſa, inf. rem ratam hab. Idem dicitur in l. 4. C. hic. Ego alias hunc locum adduxi ad conuellendam eorum opinionem qui exiſtimãt in actione empti in litem iurari, de quod aliquid ſcripſi in commentario de in litem iu. Hic loquitur imperator de eo qui per contumaciam non tradit rem venditam. *Procacia venditoris.* His verbis ſignificat hoc eſſe intelligendum de eo qui contumax eſt, & tamen propter contumaciam condẽnatur in id quod intereſt, non quanti actor iurauerit in litem. Huc pertinet quo dicitur in l. ſi ſterilis. §. cum per venditorem hic. ſi ſteterit per venditorem quominus rem tradat, omne quod intereſt etiam ſupra rei pretium quæ vendita eſt, venit in æſtimationem, modo id circa rem conſiſtat. Hoc docet exemplis. Voluerunt iuris auctores eius quod intereſt propter damnum vel propter lucrum haberi rationem in his iudiciis, modo circa rem id conſiſtat & non nimis ſit remotum à re. Obſeruaui alias locum apud Senec. lib. de beneficiis, qui maxime pertinet ad hunc locum illuſtrandum: id autem æſtimatur iudicis & boni viri arbitrio. Secundo, hoc iudicio petuntur fructus partes & omnes acceſſiones. Si quis mihi vendat rem & eam non tradat, poſt moram eius agam ad fructus, partus & omnia alia quæ rei venditæ accedunt. Varia exempla ſunt ſub hoc tit. veluti in l. Iulianus. 13. & 14. §. ſi fructib. §. ſi quid. & §. vlt. Eſt hic difficilis antinomia de penſionib, quam explicaui in interpretatione l. fructus. ſolu. matr. de aliis acceſſionib. exempla ſunt in eadẽ l. in §. ſi quid & §. vlt. huic ſimile eſt quod dicitur in leg. fructus. & leg. poſt perfectam. C. eod. Tertio petitur cautio habere licere vt caueatur. l. ex empto. 11. §. Et ex empto. & §. qui autẽ. Emptor petit à venditore vt is caueat rẽ venditã habere licere. Quæ ſit poteſtas huius cautionis docui accurate in l. ſtipulatio iſta habere licere. de verb. oblig. id eſt, *Ioyr paiſiblement.* l. habere. de verb. ſignifi. eſt poſſidere ſine moleſtia. Quæ ſit poteſtas & vis huius cautionis traditur in l. emptor. C. eod. l. ex empto. §. animalium & §. etiam. Tu mihi tradidiſti rem: non ago vt amplius eam tradas, ſed ſi ea vitioſa ſit, agam eo nomine aduerſus te. Sed euicta res eſt ab alio, quia erat aliena, quam tamen mihi vendidiſti tanquam tuam: ago vt mihi reſtituas pretium cum omnibus damnis ad quod teneris ex natura contractus, etſi id non promiſeris. l. non dubitatur. C. de euict. & l. ſi cum quæſtio. eod. tit. Quando autem res euicta dicatur, docet Imperator in l. vlt. C. eod. Euictam rem intelligimus quæ ablata fuit per iudicem, non quæ fuit ablata per vim: nam eo nomine interdictũ vnde vi, quod eſt recuperandæ poſſeſſionis, tibi datur. Hoc eſt intelligendum niſi conuenerit vt non teneatur venditor. Non dubium eſt quin hoc poſſit conuenire inter emptorem & venditorem vt venditor non teneatur de euictione. l. pacta conuenta. de contrahenda emptione. Hoc eſt intelligendum niſi dolus eius interuenerit, vt dicitur in l. tenetur. 6. §. vltimo. tametſi vendiderit rem alienam ea lege vt ea euicta non teneretur: ſi tamen ſciens & prudens eam alienam eſſe, vel alteri obligatam vendiderit, tenebitur, nec proderit ei hæc pactio vt non teneatur de dolo: nam in his contractibus maxime ſpectamus quod bonę fidei & æquitati conuenit. l. 1. §. 1. & l. quæro. Hoc autem bonæ fidei non conuenit, vt alter ab altero decipiatur. At decipit venditor alium qui cum ſcit rem alienam eſſe quam vendit, id reticet. Quidam exiſtimant & cum conuenit inter emptorem & venditorem ne venditor re euicta teneatur de euictione, nihilominus agi poſſe aduerſus eum ad pretium. Hæc quæſtio tractatur in l. ex empto. §. qui autem. Et hæc ſententia recepta eſt, atque ita iudicari ſolet in ſummis tribunalib. quia iniquum eſt, vt aiunt, vt vẽditor retineat pretium niſi aliud expreſſum ſit. Solet enim aliquando euenire, vt venditor non teneatur re euicta, nec teneatur reſtituere pretium. Sed cum ſimpliciter conuenit vt venditor nõ teneatur de euictione, ſic vulgo interpetrantur, vt non teneatur ad id quod intereſt, ſed teneatur ad pretium. Hæc fuit ſententia Iuliani quam vulgo ſequuntur, ſed ab hac ſententia Iuliani receſſum eſt.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI, DISPVTATIONVM ANNIVERSARIARVM LIB. I.

FRANCISCVS DVARENVS DECVRIONIBVS, ET ECDICIS CIVITATIS BITVRIGVM, VIRIS CLARISSIMIS S. D.

CVM partim veſtro monitu, partim quorundam Iuris ſtudioſorum iuuenum precibus adductus, veterem ſcholas habendi anniuerſarias conſuetudinem repetere vellem, ſelegi in eam rem ex commentariis meis, retuliq́ in hoc volumen aliquot locos breui tempore, quos vel nouitate ſola, ac varietate plauſibiles fore confido. Hic enim pleraq́ Iuris Doctoribus (quorum certe ad nos ſcripta peruenerunt) incognita prorſus, atq́ inaudita: nonnulla, ne à Grammaticis quidem, aut Rhetoribus (niſi vehementer fallimur) adhuc ſatis intellecta (quamuis ad ipſorum artem, profeſſionemq́ maxime pertineant) in apertum proferimus. Quod ne quis temere fortaſſis, & arroganter à me dictum putet: fateor equidem, nec ſolum fateor, ſed profiteor etiam, ac præ me fero, tumultuaria hæc ſcripta mea non vſque adeo mihi placere, vt falli me poſſe in pleriſque non exiſtimem, & eo me hominem ingenio eſſe, vt errata mea (ſi qua ſint) detegi ab aliis acutioribus forte, aut doctoribus, non æquo tantum, ſed etiam libenti animo patiar. Quanquam enim multis de cauſis magnum iſtud, ac difficile opus aggreſſus ſum: tamen hic præcipue ſcopus mihi propoſitus fuit, vt veritas ipſa (cuius mihi amor natura inſitus eſt) magis ea diſputatione limata ſplendeſceret. Quod ſi mens alia mihi fuiſſet, vno ſane, aut altero inſigniore loco ad concertationem propoſito (qualis eſt de iuriſdictione & Imperio, aut de factis indiuiduis) hac omni moleſtia & cura, tot themata de tam variis rebus cum famæ meæ periculo forte defendendi ſine cuiuſquam fraude, captioneq́ defungi poteram. Eò autem pertinet hæc oratio mea, vt vos primum (quibus facta mea approbare omnia cupio) deinde cæteri (qui noſtra hæc legent aliquando) rationem conſilio, inceptoq́ noſtro, quemcunq́ tandem exitum res habuerit, conſtare intelligatis.

Valete.

AD LECTOREM.

ANNVS iam agitur nonus, ex quo in hanc ciuitatem iuris docendi cauſa publicè accitus ſum. Quod munus quanto cum labore, & moleſtia obierim, nunc pluribus exponere nihil attinet. Certè operam dedi, vt induſtria qualicunque mea, iuuentutis ſtudia adiuuarem: nec me conatus mei adhuc pœnitet. Nam quod fuit nobis grauius, atque odioſius, toto ferme eo tempore cum Sophiſtis & Barbaris hominibus certamen, qui omnia peruertere nos, & corrumpere vociferabantur, quod à vulgari, & recepta Iuris interpretandi conſuetudine nonnihil recederemus: eò nobis gratior eſt, & iucundior victoria, quam nunc minime dubiam conſequuti eſſe videmur. Etenim quæ res quondam nobis crimini dabantur, Latini ſermonis aliqua puritas, rerum tractandarum diſpoſitio, & ordo, locorum obſcuriorum breuis, & dilucida interpretatio, nonnunquam ab antiquitate repetita, eas hoc tempore paſſim amplectuntur omnes, quicunque iuris ediſcendi gratia vndique huc confluere ſolent, & ita auidè arripiunt, vt plurimùm verear, ne explendæ eorum ſiti noſtra tenuitas & inopia tandem minimè ſufficiat. Quid opus eſt verbis? Eam equidem rerum conuerſionem, & viciſſitudinem, in noſtra profeſſione hic experimur, quam ſuperioribus annis in Philoſophiæ ſtudiis, in quibus tum verſabamur Lutetiæ Pariſiorum, ipſi vidimus, & vix quiſquam eſt hodie rerum adeò imperitus, vt non intelligat. Quod ſi quis tanto ſucceſſu nos mediocriter affici putat, næ vehementer is fallitur: cùm præſertim aliarum Galliæ ciuitatum Doctores (abſit inuidia verbo) exemplo noſtro, id eſt, non meo tantùm, ſed meorum etiam collegarum ſingulari iudicio, & doctrina præditorum hominum excitatos, veterem exuere barbariem, Sophiſticemque cepiſſe, compertum habeam. Qua quidem gloria (maior enim vlla quæ poteſt homini ſcholaſtico contingere?) ſic commoueri nos & incendi non diſſimulamus, vt maiore, quam vnquam ante hac ſtudio, & alacritate operi iam affecto, & profligato inſiſtamus, nec vllam de literis ciuilibus bene merendi prætermittamus occaſionem. Itaque cum à ſtudioſis quibuſdam nuper admoniti eſſemus, crebriorem de rebus in Iure controuerſis & obſcuris συζήτησιν & diſputationem publicam, ac ſolennem in ſchola noſtra deſiderari: primo quoque tempore in eam curam incubuimus, ſperamusque breui futurum, vt ne ea quidem in re cæteris ſiue Galliæ, ſiue Italiæ, Germaniæque gymnaſiis noſtrum concedat. Quamobrem ego, qui non eruditionis, ſed temporis beneficio principem in noſtro ordine, collegioque locum teneo, reliquos non tam oratione, quam exemplo ad hoc præclarum facinus, & hoc tempore adeo neceſſarium, prouocare inſtitui. Idque eò libentius, quod non ignorem, veterem omnium penè ciuitatum Galliæ (in quibus Ciuile ius docetur) conſuetudinem eſſe, eamque Pariſienſis curiæ decretis ſæpe confirmatam, vt iuris Doctores quotannis theſes aliquas ex medio Iure depromptas, palamque propoſitas defendant, easque oppugnantibus, ac contradicentibus reſpondeant. Nec verò ſatis habui, nuda (vt vulgò fit) themata proponere, ſed breuem ſingulorum explicationem confirmationemque adſcripſi, coniecique in vnum librum, vt ſententiam meam faciliùs percipiat iuuentus, paratiorque, & maiore cum fructu ad diſputationem accedat. Quo in negocio vix decem totos dies conſumere mihi licuit, vndique colligenti, quæ proximo anno contra pleraſque in vulgus probatas opiniones à me defenſa auditoribus noſtris è ſuggeſto recitaueram, editionemque perinuitus maturaui, vt aliquantò ante ſolennis diſputationis tempus diuulgarentur. Ac moleſtiſſimè fero maius ſpacium, quo ad ea recognoſcenda, expoliendaque opus erat, nobis defuiſſe. Anniuerſarias Diſputationes totum opus ideo inſcribere volui, cuius hic primus liber eſt, quod ex clariſſimi Senatus Pariſienſis præſcripto, conſilium nobis ſit, ſingulos huiuſmodi libros annis ſingulis ſcholaſticæ diſputationis cauſa (ſi vita ſuppetat) emittere. Quod inſtitutum noſtrum, cum Iuris ciuilis ſtudioſos, tum etiam Philologos omnes, & qui ſtudia humanitatis amplectuntur (nam & hos quoque lucubrationibus noſtris nonnihil iuuare ſtuduimus) rogo atque obſecro in bonam partem accipiant. Vale.

Biturigibus, anno 1547.

INDEX

INDEX CAPITVM HVIVS LIBRI.

In ius vocare quid ſit: & de veteri more in ius vocandi, quædam non vulgaria. cap.1
Liquido iurare, apud Vlpianum quid ſit, ex veteribus Latinis autoribus declaratum. cap.2
Literas neſcire, quid ſit, apud veteres iuris authores. cap.3
Locus Pomponii emendatus, lib. 10. Pandect. tit. Commun. diuidi. cap.4
Emendatus Vlpiani locus, qui in exemplaribus Haloandri corruptus legitur. cap.5
Quantitas quid ſignificet apud Iureconſultos. cap.6
Citare quid ſit apud Iureconſultos veteres, in libris Pandectarum. cap.7
Locus Martiani explicatus aliter quam à cæteris. lib. 48. Digeſt. tit. de requir. reis. cap.8
Explanatus Calliſtrati locus perquam obſcurus, de capit. diminutione. cap.9
Reputare verbum apud Iureconſultos, quo ſenſu accipi debeat. cap.10
Vtile, & inutile, quo ſenſu accipiantur apud Iureconſultos, & locus Vlpiani declaratus, lib. 16. Digeſt. tit. Depoſiti. cap.1. cap.11
Quid ſit finis, apud Iureconſultos: & Reſponſa quædam Papiniani elucidata aliter, quam ab interpretibus factum ſit. cap.12
Producere aduerſarium, quid ſit, apud Vlpian. cap.13
Interpretatio §. mutui datio. cap. 2. de reb. cred. lib. 12. Pandect. cap.14
De hac conditione, Si in Capitolium aſcenderit. cap.15
De noui operis nuntiatione. cap.16
De dominio quod directum, & vtile, vulgo dicitur. cap.17
De poſſeſſione tam naturali quam ciuili. cap.18
De interdictis. cap.19
De interdicto vnde vi, diſputatio aduerſus aliorum ſententiam. cap.20
Explanatum Diocletiani reſcriptum de interdicto vti poſſidetis. lib. 8. C. Iuſtiniani. cap.21
Publica vis, ac priuata, à Iuris autoribus quamobrem dicatur. cap.22
Cæcum poſſe iudicem dari aduerſus Accurſii, & aliorum omnium ſententiam. cap.23
De fumi immiſſione, ex Ariſtonis, Pomponiique ſententia. cap.24
De fumorum venditoribus, & qua pœna plectantur. ca.25
Apud Papinianum ſub titul. de compenſat. Edulitatis, legendum eſſe: non AEdilitatis, contra Budeum & Alciatum. cap.26
Probationis definitio, atque diuiſio, ad tractatum de probationibus intelligendum pernéceſſaria. cap.27
Fratris teſtimonium iure ciuili admittendum non eſſe, contra receptam opinionem. cap.28
Explanatus Venuleii Iuriſconſulti locus, cap. 23. de teſtibus reiecta Budæi lectione, & interpretatione. cap.29
Quid teſtari ſit, & teſtatio apud Iureconſultos: & de ſignatoribus. cap.30
Differentia itineris, actus, viæ, aliter explicata, quam vulgo ſoleat. cap.31
Explicatum Scæuolæ reſponſum, ſub tit. de ſeru. vrb. præd. cap. vlt. cap.32
Locus Pauli enucleatus, c. 15. tit. de ſeru. vrb. præd. cap.33
De vſucapione ſeruitutum: & an titulus in ea ſit neceſſarius. cap 34
Ciuile iudicium, & criminale, quid ſit. cap.35
Ciuilium iudiciorum diuiſio. cap.36
Criminalium iudiciorum diuiſio. cap.37
Falſum eſſe quod vulgo dicitur, Neminem ſine accuſatione damnandum eſſe. cap.38
Plures ſimul ad accuſandum admitti poſſe, ſi inter ipſos conueniat: contra receptam opinionem. cap.39
Theodoſianæ conſtitutionis de iure liberorum interpretatio. cap.40
De iuris & facti quæſtionibus, & explicatus Vlpiani locus, c. 79. tit. de Iudiciis. cap.41
Conciliatio duorum locorum Domitii & Vlpiani de crimine ſtellionatus in ſpeciem pugnantium. cap.42
Explicatus præter aliorum ſententiam tractatus de interrogatoriis actionibus, lib. 11. Pandectarum. cap.43
Cur de alimentis, ex contractu debitis, recte tranſigatur abſque Prætore: de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, non item. cap.44
Quid ſit epiſtola, apud iuris autores. cap.45
Cauſæ coniectio quid ſit apud Paulum. cap. 1. de diuerſis regulis iuris antiqui. cap.46
Dicis cauſa aliquid facere, apud Iureconſultos quid ſit. cap.47
De actione, quæ aduerſus corrumpentes edicta publice propoſita datur. cap.48
Ad edictum à Prætore propoſitum, de eo, qui nouum ius aduerſus al um ſtatuit, vel impetrauit. cap.49
Breuis & dilucida interpretatio edicti Prætorij, de eo, qui ius dicenti non obtemperat, ex Vlpiano. cap.50
Patrem filio, aut filium patri recte iudicem dari, quamuis magiſtratus liberis ſuis ius dicere non poſſit, & conciliatio locorum Vlpiani, atq. Africani pugnantium. cap.51
An abſq. Principis permiſſu aqua publica duci poſſit: & explicata ſubdifficilis antinomia. cap.52
Quid ſit iuriſdictio, quidq. Imperium tam merum, quam mixtum. cap.53
Quid ſit imperare apud Alphenum, & locus Annei Senecæ declaratus lib. 6. de Beneſi. præter aliorum ſententiam. cap.54
De Pandectarum compoſitione, ordine, ac methodo. cap.55
Dotem certa quantitate non expreſſa, inutiliter promitti à muliere, non tantum pacto, ſed etiam ſtipulatione contra receptam opinionem. cap.56
Capitis primi, de Epiſcopali audient. lib. 1. C. Iuſtinia. noua interpretatio. cap.57
Reſtituta ſuæ integritati lex Falcidia, quæ apud Paulum nec integra, nec ſatis emendata hodie legitur. cap.58
De factis diuiduis atq. indiuiduis ſententia Raphaelis Cumani à calumniatoribus defenſa. cap.59
De diuiſione fructuum inter coniuges ſoluto matrimonio, aduerſus aliorum, qui de ea re ſcripſerunt, ſententiam. cap.60

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI CLARISSIMI, DISPVTATIONVM ANNIVERSARIARVM

LIBER PRIMVS.

IN IVS VOCARE, QVID SIT: ET DE VETERI MORE IN IVS VOCANDI, QVÆDAM NON VVLGARIA.

CAP. I.

IN ius vocare (vt Paulus definit) eſt iuris experiundi cauſa vocare, l. 1. ff. de in ius voc. vel (vt Tribonianus) ad eum vocare, qui ius dicturus ſit, §. omniū. Inſtit. de pœnis temere litigan. vel (vt alij) ad eum locum vocare, in quo ius dicitur. l. pen. ff. de iuſtitia & iure. Donatus in Phormionem Terentij. Sed notandum eſt, ius hic ad Prætorem duntaxat, & Magiſtratum, non ad datum iudicem, qui pedaneus dicitur, referri. Ac recte Donatus, in ius ire interpretatur, ad ſellam Prætoris ire. Nam & hoc ſenſu apud Ciceronem non vno in loco, hoc verbum accipitur, vt Budæus noſter annotauit. Paulus quoq; tit. de iuſti. & iure, cap. 11. *Ius*, inquit, *dicitur locus, in quo ius redditur.* Quē locum determinare hoc modo poſſumus: Vbicunque Prætor ſalua maieſtate Imperij ſui, ſaluoque more maiorum ius dicere conſtituit, is locus recte ius appellatur. Plautus in Menech. act. 4. Aut ad Populum, aut in iure, aut ad iudicem res eſt. Vnde Vlpianus hæc verba Prætoris interpretans: NE QVIS EVM QVI IN IVS VOCABITVR VI EXIMAT: *Si quis* (inquit) *ad pedaneum iudicem vocatum eximat, pœna huius edicti ceſſabit.* l. 5. ne quis eum qui in ius voc. Sed & idem Vlpia. in interpretatione edicti Prætoris, quo certis perſonis ne apud ſe poſtulent prohibet, dignitatis ſuæ videlicet, & decoris tuendi gratia: *Poſtulare* (inquit) *eſt deſiderium ſuum, vel amici ſui, in iure apud eum, qui iuriſdictioni praeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere.* l. 1. ff. de poſtul. Sic enim poſtulare verbum interpretatus eſt ex mente Prætoris, quamuis alioqui latiorem habeat ſignificationem. Proinde eos qui apud iudices datos, ſiue pedaneos poſtulant, edicto contineri negamus. Tametſi Accurſius, cæteriq; vulgo aliter ſentiant. Nam vt calumniæ cauſa publicô iudicio damnatus, ne apud eos quidem poſtulet, non eo edicto, ſed Senatuſconſ. quodam effectum eſt, l. 1. §. item Senatuſconſ. Cæterum hæc vocatio iure Romano veteri, ſine vllo apparitore, ac iudicis præcepto fieri ſolebat. Vocatuſque ab aduerſario, niſi confeſtim iret, & vocantem ſequeretur, inuitus ab eo ducebatur. Cuius rei argumentum eſt, quod actio aduerſus eos, qui in ius vocatos vi eripiunt, id eſt, è manibus vocantis, ſiue ducentis auferūt, à Prætore proponitur. l. 1. & 4. ff. ne quis eum, qui in ius. Cicero lib. 1. Rhetor. ad Herennium: Lege ius eſt id, quod populi iuſſu ſancitum eſt. Quod genus eſt, vt in ius eas, cum voceris. Plin. in Panegyr. Dicitur actori, atque etiam procuratori tuo, In ius veni, ſequere ad tribunal, &c. Cicero in Quintiana: Debere tibi dicis Quintium, procurator negat: vadari vis, promittit: in ius vocas, ſequitur: iudicium poſtulas, non recuſat. Teren. in Eunuc. act. 4. Scen. 6. Si vim faciet, in ius ducito hominē. Item in Phorm. act. 5. Scen. 8. In ius ambula. Et paulo poſt, In ius eamus. Cui ſimile quiddam legitur apud Plautū in Perſa, Pennulo, & Cur. Horat. Satyr. 9. lib. 1.

Caſu venit obuius illi
Aduerſarius, & quo tu turpiſſime? magna
Exclamat voce, & licet anteſtari? ego vero
Oppono auriculam: rapit in ius. clamor vtrinque,
Vndique concurſus, &c.

Huius concurſus meminit Paulus cum ait cap. 4. ad l. Iuliam de vi priuata. *Legis Iuliæ de vi priuata crimen committitur, cum cœtum aliquis, & concurſum feciſſe dicitur: quo minus quis in ius produceretur, &c.* Valerius Maximus lib. 2. tit. de inſtit. antiqu. de Spur. Carbilio loquens, qui primus omnium Romanorum vxorem ſuam repudiauit: In ius vocāti matronam (inquit) corpus eius attingere non permiſerunt, &c. Nonius Marcellus, vocare poſitum, protrahere, & ducere, ait. Huc accedit Cæcilij Iureconſul. apud Gellium diſputatio de lege 12. tabul. quę lex in ius vocato, ſi morbo impeditus ambulare nequiret, iumentum dari præcipiebat. Et quia nō mediocriter vtilem iuris ſtudioſis totam illam diſputationem comprehendimus, monemus, & hortamur eos vt eam diligenter inſpiciant, & conſiderent. Quod cum ita ſit, mirum profecto videri non debet, ſi filius patrem in ius vocare prohibeatur, abſque permiſſu Prætoris. l. 4. ff. de in ius voc. Quid enim turpius, ac magis indecorum, quam parentem à filio, ad tribunal Magiſtratus inuitum rapi? Aliquando tamen iubetur dimitti vocatus nec inuitus, ducitur. Primo, ſi quis eius perſonam defendat: vel ſi eundo in ius, de re controuerſa tranſactum fuerit. l. neque. ff. de in ius vocan. Secundo, ſi intra domum ſuam, ceu aſylum quoddam, ſe receperit. Ex ea enim inuitus extrahi non debet: quamuis ſi ex publico conſpiciatur, diem ei dicere liceat. l. pleriſque. & ſequen. ff. de in ius vocan. l. nemo. de reg. iur. Cicero in oratione pro domo ſua, & in Vatinium. Tertio, ſi iudicio ſiſtendi cauſa ſatiſdederit, aut cauerit vocanti: Satiſdans enim ex numero eorum eſt, de quibus in quadam epigraphe loquitur Caius, qui videlicet neque ſequuntur, neque ducuntur. l. qui neque alias. l. ſolutum. de verbor. ſignific. Id eſt, (vt obiter Caii locum à cæteris male intellectum explicemus) qui tametſi vacantem non ſequantur, inuiti tamen in ius duci non poſſunt. Huc pertinet tit. In ius vocati vt eant, vel ſatiſdent. Et quod idem Gaius ſcribit, tit. qui ſatiſda. cogāt. cap. 5. *Aduerſus eum, qui locupletem fideiuſſorem iudicio ſiſtendi cauſa non accepit, iniuriarum actionem eſſe: quia non qualibet, id eſt, non leuis, ſeu non vulgaris iniuria eſt, duci in ius eum, qui ſatis idoneum fideiuſſorem det.* Qui locus etiā magnopere noſtram de veteri in ius vocandi more ſententiam confirmat. Qui autem in iudicio ſiſti aliquem promittebat, Vas dicebatur, auctore M Varrone: vnde & Vadimonium. Sed de his fuſius in commentariis noſtris ad primum lib. Pandectarum.

CAP. II.

Liquido iurare, apud Vlpianum quid ſit, ex veteribus Latinis autoribus declaratum.

SVb titulo de iureiurando, lib. Pandectarum 12. extat locus Vlpiani ex lib. 26. ad edictum, quem vnius voculæ ſignificatio vulgo non percepta, valde obſcurum reddit. Nam cum dixiſſet Paulus, *Quod procurator iuſiurandum detulerit, ratum habendum eſſe, ſi aut vniuerſorum bonorum adminiſtrationem ſuſtineat, aut ſi ad ipſum nominatim mandatum ſit: aut ſi in rem ſuam procurator ſit,* mox adiectum eſt ex Vlpiano quod ſequitur: *Alias autem procuratorem deferentem iuſiurandum non eſſe audiendum.* Iulianus lib. 10. Digeſt. ſcribit, *Ne poſtea reus qui ſemel iurauit, à domino conueniatur. Nec multum ei proficere, ſi fuerit ei de rato cautum. Siue enim dominus petat, cogetur docere reus liquido ſe iuraſſe, poſita ſcilicet exceptione. Siue ex ſtipulatione de rato agat, neceſſe habebit ipſe de periurio ſuo docere.* Quęſtio igitur eſt, quid ſit liquido iuraſſe, in hoc Vlpiani loco. Accurſius, & cæteri interpretantur, Liquido, id eſt, manifeſte. Quæ interpretatio quam inepta ſit, & huic loco parum conueniens, difficile non eſt iudicare. Quid enim, quęſo, hoc ſignificat, Manifeſte iuraſſe? Liquido autem iurare (vt paucis quod ſentio dicam) nihil aliud eſt, quam vere iurare. Cicero in Verrem libr. 6. Confirmare hoc liquido, Iudices poſſum, valuas magnificentiores ex auro, atque ebore perfectiores nullas vnquam vllo tempore fuiſſe. Plinius lib. 37. cap. 2. Nos liquido affirmare poſſumus, cautibus Alpium

naſci adeo inuiis, vt plerunq; fune pendentes eam extrahant. Ouid. lib. 3. de Ponto Eleg. 3. ad Maximum,

Scis tamen: & liquido iuratus dicere poſſes,
Non me legitimos ſollicitaſſe toros.

Item lib. 4. Eleg. 6. ad Brutum,

Te quoq; idem liquido poſſum iurare precari,
O mihi non dubia cognite Brute nota.

Terent. in And. act. 4. Scen. 4. Quia ſi forte opus ſit ad herum iurandum mihi nō appoſuiſſe, vt liquido poſſim. Quem locum non recte interpretantur Grammatici. Seneca lib. 7. de benef. c. 9. Video ſericas veſtes (ſi veſtes vocandæ ſint) in quibus nihil eſt quo defendi aut corpus, aut deniq; pudor poſſit. Quibus ſumptis mulier parum liquido nudam ſe non eſſe iurabit. Videtur autem hinc manaſſe hæc locutio, quod veteres nihil vt verum affirmare auderent, iurati præſertim, niſi quod liquidum, id eſt, clarum, certumq; eſſet: vt docet Cicero in Acad. quæſtio. & in Oratio. pro Font. Hinc liquida fides apud Valerium lib. 6. c. 4.

Literas neſcire, quid ſit apud veteres Iuris Autores. Cap. III.

Refert Iuſtinianus lib. 1. Inſtit. tit. de excuſ. tuto. Diuum Pium reſcripſiſſe, *eum, qui literas neſcit, à tutela eſſe excuſandum.* §. ſimiliter. In cuius loci interpretatione cum aliquando verſarer, illud me male habebat, quod doctrinam, & literarum peritiam, ad id munus neceſſariam eſſe non videbam. Nam qui ſtudiis literarum ſe dediderunt, eos ad res gerendas fere ineptiores cæteris eſſe quotidie experimur. Sed nihilominus aſſerere, talem, tantumq; Principem id temere, & ſine graui ratione aliqua reſcripſiſſe: nimis audax mihi videbatur: cum præſertim Iuſtinianus id reſcriptum comprobet, nec diſſentiat Paulus Iuriſconſultus, quamuis exceptionem adiiciat. l. Athletæ. ff. de excuſ. tut. Verum animaduerti tandem ex aliorum locorum collatione, literarum imperitum, plerunque eum dici, qui legere, ac ſcribere non didicit. Quod vitium non mediocre eſt in eo, qui negotia adminiſtrat. Nam & Vitru. Pollio, hanc literarum ſcientiam Architecto neceſſariam eſſe ſcribit: Et villico Columella, niſi tenaciſſimæ memoriæ ſit. Ac ſatis conſtat ex Aſconio, & aliis autoribus, qui hodie in omniū manibus ſunt, quanta fuerit veterum diligentia in conficiendis tabulis. Vitruuius libri primi, capite primo: Literas architectum ſcire oportet, vt commentariis memoriam firmiorem efficere poſſit, &c. Columella libri primi, capite octauo: Poteſt etiam illiteratus, dummodo tenaciſſimæ ſit memoriæ, rem ſatis commode adminiſtrare. Eiuſmodi villicum Cornelius Celſus ait, ſæpius nummos domino, quam librum adferre, quia neſcius literarum, vel ipſe minus poſſit rationes confingere, vel per alium propter conſcientiam fraudis timere. Huc pertinet quod Paulus de libello inſcriptionis loquens, capit. 3. tit. de accuſat. ait: *Item ſubſcribere debebit is, qui dat libellum, ſe profeſſum eſſe, vel alius pro eo, ſi literas neſciat.* l. libellorum. ff. de accuſat. id eſt, ſi ſcribere, ac pingere non didicerit. & Seneca libro ſecundo, de Clementia ad Neron. Vt de Clementia ſcriberem, Nero Cæſar, vna me vox tua maxime compulit: quam ego non ſine admiratione, & cum diceretur, audiſſe memini, & deinde aliis narraſſe, Vocem generoſam, magni animi, magnæ lenitatis: quæ non compoſita, nec alienis auribus data ſubito crepuit, & bonitatem tuam, cum fortuna tua litigantem in medium adduxit. Animaduerſurus in latrones duos Burrus Præfectus tuus, vir egregius & tibi Principi notus, exigebat à te, ſcriberes, in quos, & ex qua cauſa animaduerti velles. Hoc ſæpe dilatum, vt aliquando fieret, inſtabat: inuitus, inuito cum chartam protuliſſet, traderetque, exclamaſti, Vellem neſcire literas, &c. Sic literarum ſcientia apud Paulum accipitur ſub titul. de acquir. hæred. l. pater. & in Codice Iuſtiniani creberrime. l. diſcretis. C. qui teſtamen. facere poſſunt. l. hac conſultiſſima. l. iubemus. l. noſtra. l. vlt. C. de teſtam. Eandemque formam loquendi vſurpauit Græce Iuſtinianus libro ſexto, τῶν νεαρῶν, Nouel. 44. & 73. Vnde literata militia apud Theodoſium, titul. de proxim. ſacror. ſcrin. l. proximos. & in indice ciuilium, militariumq; officiorum, quē non ita pridem edendum curauit Alciatus. Quod verbum non recte vulgo intelligitur. Cicero quoque in Partit. orat. eodem ſenſu memoriam literaturæ germanam dixit. Cuius verba hæc ſunt: Nihil ſane præter memoriam, quæ eſt germana literaturæ quodammodo, & in diſſimili genere perſimilis. Nam vt illa conſtat ex notis literarum, & ex eo in quo imprimuntur illæ notæ: ſic confectio memoriæ, tanquam cera, locis vtitur, & in iis imagines, vt literas collocat. Hęc illæ. Qui in ea re inſtituunt pueros Magiſtri (quos Lampridius in Seuero Literatores vocat) primas literas docere dicuntur ab Vlpiano, nec, vt cæteri profeſſores, munerum vacationem habent, ſub tit. de Vacatio. & excuſat. muner. cap. 2. A Græcis γράμματα διδάσκειν. Plutarchus in Alcibiad. ἑτέρου δὲ φήσαντος ἔχειν ὅμηρον ὑφ' αὑτοῦ διωρθωμένον. εἶτ' ἔφη, γράμματα διδάσκεις ὅμηρον ἐπανορθοῦν ἱκανὸς ὤν; οὐχὶ τοὺς νέους παιδεύεις; Cum quidam alius Homerum ſe habere diceret à ſe emendatum, Literas (inquit) doces ad caſtigandum Homerum idoneus, nec iuuenes inſtituis? Hinc vetus illud prouerbium, cuius meminerunt parœmiographi, ἢ τέθνηκεν, ἢ διδάσκει γράμματα. Vſus eſt hac locutione Ariſtot. lib. 8. Politic. 3. & Laertius non malus autor, in Epicuro. Hinc dicuntur homines indoctiſſimi μήτε νεῖν, μήτε γράμματα εἰδέναι, veteri prouerbio, quo vſus eſt Plato libro 3. de legibus. Nam olim pueri hæc duo primum diſcebant. Suetonius in Auguſto. Nepotes & literas, & natare: aliaque rudimenta per ſe p erunque docuit. Qui locus planum facit, non de bonarum artium ſcientia accipiendum eſſe adagium, vt quidam primi nominis autores exiſtimaſſe videntur. Tametſi autem probabilis ſit ea ratio, quæ Diuum Pium ad id reſcribendum impulit, nec contemnenda tamen, ſi homo ſit non hebeti ingenio, nec expers negotiorum, qui literarum ſit ignarus, tutelæ onus ſubire nihilominus compelletur. Nam ipſe vicaria amicorum opera, aut miniſtrorum, in commentariis ſuis, & ephemeridibus cōſcribendis, vti poterit. Quid quod memoriæ creditur mirum in modum officere ſcriptio? Fab. lib. 2. cap. 2. Etenim plerîſque accidit, vt literis confiſi, minus memoriæ ſtudeant (vt Cæſar, de Druidis loquens, ſcribit in commentar. de bello Gallico) & præſidio literarum diligentiam in perdiſcendo: ac memoriam remittant.

Cap. IIII.

Locus Pomponii emendatus libro decimo Pandectarum tit. Communi diuidundo.

Apud Pomponium libro decimo Pandectarum titul. Commu. diuidun. hæc verba in vulgaribus codicibus leguntur: *Si is, cum quo fundum communem habes, ad edictum non reſpondit, & ob id motu iudicis villa diruta eſt, aut arbuſta ſucciſa præſtabitur tibi detrimentum, iudicio communi diuidundo.* Ex quibus verbis collegerunt interpretes, eius, qui edicto magiſtratus per contumaciam non paret, domum dirui poſſe. Quod ſane mihi durum, & inciuile ſemper viſum eſt. Sufficit enim pignus, aut mulcta, vt Cicero in Antonium diſputat, aut alia genera coercitionis legibus prodita. l. 1. ſi quis ius dicenti non obtemp. & tit. quib. ex cauſ. in poſſ. eatur. Cum præſertim Reipublicæ interſit, ne ædificia diruantur. l. 1. de tign. iūncto. l. 3. C. de ædif. priua. Haloander (quem iuris Romani inſtauratorē vere poſſum nominare) ita legit, *Si is, cum quo fundum communem habes, ad delictum non reſpondit, &c.* Quam lectionem, vt plane abſurdam, & nullius ſenſus, paſſim reſpuunt omnes. Nos vero maximam optimo viro, & de Iuriſprudentia quam optime merito, gratiam habemus quod eam nobis integram ſeruauerit, ac communicauerit, quam in veteribus exemplaribus deprehenderat. Nam tametſi nullus inde poſſit nō abſonus elici ſenſus, ea tamen verba anſam nobis præbuerunt, veram lectionem inquirendi. Et quidem initio ſuſpicatus ſum ad delectum legendum eſſe non ad delictū. Qua de re cum adhuc nonnihil hæſitarem, omnem mihi ſcrupulum exemit Arrianus: cuius hæc verba ſunt, ſub titul. de re militari, cap. 4. in codicibus emendatis: *Grauius autem delictū eſt, detrectare munus militiæ, quam appetere. Nam & qui ad delectum olim non reſpondebant, vt proditores libertatis, in ſeruitutem redigebantur, &c.* Accedit ad confirmationem noſtrę ſententiæ quod Fab. Quintilianus Declam. 3. pro milit. Mar. aut quiſquis eſt alius earum declamationum autor, ſcribit in hunc modum: Eo tamen vſq; popul. Roman. vindicta proceſſit, vt ardentibus bello finibus, ad delectum nemo reſponderet, niſi & pœna corruptoris, & abrogatione legis ſatisfactum eſſet. Quem locum ideo citare volui, vt quorundam errorem

alioqui doctiſſimorum, conuincerem, qui, *Ad delectum reſpondere*, apud idoneos autores non reperiri nobis aliquando hæc commentantibus reſponderunt. Sed & Liuius lib. 24. Cæteri, inquit, centuriones omiſſa appellatione, ad delectum obedienter reſponderunt. Cum igitur iuris huius aſperitas aduerſus eos tantum, qui ad delectum ſcilicet militum non reſpondent, & qui (vt Arrianus ſcribit) proditores libertatis habentur, exerceri dicatur à Pomponio: idque ius ſingulare eſſe appareat, nulla ratio permittit, vt ad quoſcunque contumaces, qui edicto Magiſtratus non obtemperant, producatur. l. quod vero. l. in iis. l. ius ſingulare. ff. de l. Quanta autem ſeueritate fuerint vſi veteres, in delectu militum habẽdo, pręter iam dicta, Liuij quoq; teſtimonio, ac Varronis confirmare poſſumus. Liuius lib. 7. Qua de cauſa, inquit, creatus L. Manlius perinde ac reipubl. gerendæ, ac non ſoluendæ, religione, gratia creatus eſſet, Bellum Hernicum affectans: delectu acerbo iuuentutem agitauit: tandemque in eum, omnibus tribunis plebis coortis, ſeu vi, ſeu verecundia victus, Dictatura abiit. Neque eo minus principio inſequentis anni Q. Seruilio Hala, L. Genutio II. Coſſ. Dies Manlio dicitur à Marco Pomponio Tribuno plebis, acerbitas in delectu non damno modo ciuium, ſed etiam laceratione corporum lata, partim virgis cæſis, qui ad nomina non reſpondiſſent, partim in vincula ductis inuiſa erat. Varro apud Non. Marcellum, Manius Curius Conſul, cum delectum haberet, nec citatus in tribu ciuis reſpondiſſet, vendidit tenebrionem. Huius rei meminit etiam Valerius lib. 6. cap. 3.

Cap. V.

Emendatus Vlpiani locus, qui in exemplaribus Haloandri corruptus legitur.

SIquis (inquit Vlpianus, tit. de petit. hæred. cap. 28.) *re ſua latius vſus ſit, contemplatione delatæ ſibi hæreditatis, Marcel. lib. 5. Digeſtorum putat, nihil eum ex hæreditate deducturum, ſi eam non attingat, &c.* Gregorius Haloander Lautius legit, nõ Latius. Et paulo poſt, lautius impendere, & lautius erogare. Ego vero Latius, & Late, vbique legendum contendo: nec dubito, quin ea ſit germana lectio. Horat. libr. Sermon. 2. Satyr. 2.

Quo magis his credas, puer hunc ego paruus, Ofellum
Integris opibus noui, non latius vſum
Quam nunc acciſis, &c.

Seneca de breuitate vitæ, cap. 8. Annua congiaria homines clariſſimi accipiunt: & in his aut laborem, aut operam, aut diligentiam ſuam locant. Nemo æſtimat tempus, vtuntur illo latius, quaſi gratuito. Salluſtius in Catill. largius vti dixit eodem ſenſu. Plerique Syllani milites largius ſuo vſi, rapinarum & victoriæ veteris memores, ciuile bellum exoptabant. Eiuſdem ſignificationis eſt laxius viuere, apud Liuium lib. 8. dec. 3. in hoſtico laxius rapto ſuetis viue, arctiores in pace res erant. Et hæc quidem emendatio mihi eo magis probatur, quod eam pleriſq; eruditiſſimis mirum in modum placere intellexi: ac præſertim R. Hayo noſtro, cuius ego iudicium, & doctrinam minime vulgarem plurimi facio.

Cap. VI.

Quantitas quid ſignificet apud Iuriſconſultos.

ANte quinquennium, cum de in litem iurando commentarium conſcriberemus, in locum illum Pauli nobilem, de emendi, & vendendi origine incidimus, in quo hæc verba leguntur: *Electa materia eſt, cuius publica, ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret, eaq; forma publica percuſſa, vſum, dominiumq; præbet, non tam ex ſubſtantia, quam ex quantitate.* Cumque dubitatum à pleriſq; intelligeremus de ſignificatione huius verbi, Quantitas, quo non ſemel vſus eſt ibidem Paulus, & doctiſſimis noſtri ſæculi placere, Qualitatem potius, quam Quantitatem dixiſſe Paulum, Budæ. in anno. admonuimus obiter, Quantitatem nummi proprie, & recte dici æſtimationem illam publice conſtitutam, qua quanti locabilis ſit, intelligitur. Cuius quantitas nota & ſignum eſt character, qui nũmo imprimitur: vt Ariſt. lib. 1. Polit. oſtendit his verbis, ὁ χαρακτὴρ ἐτέθη τοῦ ποσοῦ σημεῖον. Non me latet, quoſdam ex Neotericis interpretibus Ariſtotelis, τὸ ποσὸν pondus intellexiſſe, atque ita vertiſſe: forma enim ponderis nota fuit, ſed quam recte, viderint alij. Cæterum Iuliani auctoritate, noſtra quoque cõfirmatur opinio, qui denarios ſtipulanti, eiuſdem quantitatis aureos ſpondentem obligari ſcribit, l. quæ extrinſecus. tit. de verb. oblig. cap. 65. Ex quibus locis (ni fallor) facile colligi poteſt interpretatio verborum Vlpiani tit. de re iud. cap. 15. l. à diuo Pio. *Si pignora, quæ capta ſunt, emptorem non inueniant, reſcriptum eſt ab Imperatore noſtro, & Diuo patre eius, vt addicantur ipſi, cui quis cõdemnatus eſt: Addicantur autem vtique ea quantitate, quæ debetur.* Quæ verba quantum negotij exhibuerint omnibus interpretibus, ſatis norunt, qui in legendis eorum ſcriptis verſantur. Alciat. lib. Parad. 6. cap. 3. idem in l. creditor. de rebus cred. Quod igitur Vlp. ait, *Addicantur vtique ea quantitate*, eo pertinet, vt pignora addicantur tanta quantitate, id eſt, valore (vt vulgo loquimur) & æſtimatione, quanta eſt ſumma quæ debetur: ne ſi forte pluris, aut minoris valeant, alteruter, id eſt, debitor, aut creditor afficiatur iniuria. Alij ſic interpretantur vulgo, addicantur ea quantitate, &c. id eſt, pro ea quãtitate, ſeu ſumma, quæ debetur. Qua interpretatione profecto nihil eſt ineptius, nec iniuſtius. Noſtra autem, æquitate maxima nititur, nec à proprietate verborum recedit.

Cap. VII.

Citare quid ſit apud Iureconſultos veteres in libris Pandectarum.

VVulgus interpretũ iuris, Citare nihil aliud eſſe putat quã in ius vocare: quod Gallice dicimus *Adiourner*, quaſi *Diẽ dicere:* cum tamen longe diuerſa hæc ſint. Nam citari dicitur reus cum ipſa die cognitionis, quæ ante ei dicta fuit, in foro, ac tribunali, per præconem euocatur, vt pręſens ſit, necne, appareat. Cuius rei ignoratione pleriq; Pandectarum loci perperã ab ipſis intellecti, atq; explicati ſunt. Ex quibus duo præcipui nunc veniunt in mentem. Vnus eſt Vlpia. tit. de iud. cap. 37. *Et poſt edictum peremptorium impetratum, cum dies eius ſuperuenerit, tunc abſens citari debet, & ſiue reſponderit, ſiue nõ reſponderit, agetur cauſa, &c.* In cuius enarratione exiſtimatunt interpretes poſt edictum peremptorium impetratum, denuo abſentem in ius vocandum eſſe, itaq; quarto opus eſſe edicto. Verum hæc omnino repugnantia ſunt, & contraria. Cum ideo peremptorium dicatur edictum, quod perimat diſceptationem, nec vltra patiatur aduerſarium tergiuerſari. eod. tit. c. 70. Alter locus eſt Papiniani ſub tit. de publ. iud. cap. 10. *Inter accuſatorem, & reum, cognitione ſuſcepta, excuſatio pro abſente iuſtis rationibus admittitur, nec per triduum per ſingulos dies ter citatus reus damnatur, &c.* Quem locum declarare dum conantur, ſic obſcurant, & peruertunt, vt nihil à mente, ſententiaq; Papiniani excogitari poſſit alienius. Supereſt vt noſtram ſentẽtiam veterum linguæ Latinæ ſcriptorum autoritate defendamus. Marcel. tit. de in integ. reſtit. cap. 8. *Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolennibus, tamen vbi æquitas euidens poſcit, ſubueniendum eſt. Itaq; ſi citatus non reſpondit, & ob hoc more ſolito pronuntiatum eſt, confeſtim autem pro tribunali te ſedentem adiit, exiſtimari poteſt, non ſua culpa, ſed parum exaudita voce præconis defuiſſe.* Tranq. in Tiber. Citatum pro tribunali voce præconis conuitiatorem rapi iuſſit in carcerem. Fab. lib. 6. c. 5. In publicis certe iudiciis vox illa præconis præter patronos, ipſum, qui egerit, citat. Gell. lib. 11. cap. 1. atq; ita M. Varro verba hæc legitima, quibus minima mulcta diceretur, concepit: Marco Terentio, quando citatus neque reſpondit, neq; excuſatus eſt, ego ei vnam ouem mulctam dico. Liui. li. 5. decad. 3. Plebs ita ſciuit, ſi poſthumus ante Cal. Maias nõ prodiiſſet, citatusque eo die non reſpondiſſet, neq; excuſatus eſſet, videri eum in exilio eſſe. Aſco. Pedianus 3. Act. in Verrem: apud veteres, & iudices, & rei, & accuſatores citabantur à præcone prætorio. Ita enim locus ille in omnibus impreſſis codicibus emendandus eſſe mihi videtur. Poſſem alia non pauca ex Cicerone, & aliis probatiſſimis autoribus exempla huc afferre: verum aut hoc veſtium ſatis eſt, aut neſcio quid ſatis ſit, vt Varus ille iudex dicere ſolebat, cuius meminit Cicero lib. 2. de finibus. Obiiciet aliquis fortaſſe in Pontificũ reſcriptis, & conſtitutionibus, atq; adeo ipſius etiam Iuſtiniani, nonnunquam aliter hoc verbũ accipi. Sed ego de proprietate, & vſu loquendi eruditorum, non de imperitorum abuſu hic loquor.

Cap. VIII

Locus Martiani explicatus aliter, quam à cæteris, lib. 48. Digeſt. tit. de req. reis.

VErba hæc ſunt Martiani, titu. de requir. reis, cap. 1. *Diui Seueri, & Antonini Magni reſcriptum eſt, ne quis abſens puniatur: & hoc iure vtimur, ne abſentes damnentur. Neq; enim inaudita cauſa quenquam damnari æquitatis ratio patitur. Si autem grauius quis puniatur, puta in opus metalli, vel ſimilem pœnam, ſiue capitalem, hoc caſu non eſt irroganda in abſentem pœna: Sed abſens requirendus adnotandus eſt, vt copiam ſui præſtet. Præſides autem prouinciarum circa requirendos annotatos: & hoc debent facere, vt eos quos annotauerunt, edictis adeſſe iubeant, vt poſſit innoteſcere, qui adnotati ſint. Sed & literas ad Magiſtratus, vbi conſiſtunt, mittere, vt per eos poſſit innoteſcere, requirendos eſſe eos adnotatos, &c.* Accurſius Annotare reum interpretatur, bona eius publice deſcribere. Quæ interpretatio ab Accurſianis è ſchola in forum perducta eſt, & adeo recepta, vt deſcriptionem, obſignationemque bonorum hodie, qui in foro verſantur, vocent *Annotation de biens.* Verum eos hallucinari in Latinæ dictionis ſignificatione non dubito. Nam Annotare dicitur iudex reum requirendum, cum decernit, & in acta, ſeu commentarios referendum, ac perſcribendum curat, vt is requiratur. Quod genus loquendi non à iuris autoribus modo, ſed ab aliis quoque vſurpatur. Plin. lib. 10. Epiſtol. de Chriſtianis loquens: Fuerunt alij ſimilis amentiæ: quos quia ciues Romani erant, annotaui in vrbem remittendos. Tranquil. in Calig. Cum ad ſaginam ferarum muneri præparatarum carius pecudes compararentur, ex noxiis laniandos annotauit, & cuſtodiarum ſeriem recognoſcens, nullius inſpecto elogio, ſtans tantummodo intra porticum mediam, à caluo, ad caluum duci imperauit. Hinc Annotatio, & Annotationis decretum, Annotare inſulam alicui, & aliæ id genus locutiones crebro leguntur apud iuris Autores. l. 1. Codic. de preci. Imperat. offeren. l. vlt. C. de diuerſ. reſcr. l. 1. ff. de leg. 3. l. 1. ff. quan. appel. l. 1. C. de quib. mun. vel præſ. l. 1. C. de his, qui à princ. l. in fraudem. de iure fiſci. l. 1. ff. nil inno. appel. l. 1. C. ſi nuptiæ ex reſcript. petant.

Cap. IX.

Explanatus Calliſtrati locus perquam obſcurus, De cap. diminutione.

COnſumitur exiſtimatio (inquit Calliſtratus, tit. de extraord. cogn. c. 5.) *quoties magna capitis diminutio interuenit: id eſt, cum libertas adimitur: veluti cum aqua, & igni interdicitur, quod in perſona deportatorum euenit: vel cum plebeius in opus metalli, vel in metallum datur, &c.* Illud ſane mirum hic videtur, quod deportatis adimi libertatem ait, ſicut & iis, qui in metallum damnati ſunt, cum ab aliis iuris autoribus non vno in loco ſcriptum ſit, deportatos ciuitatem tantum, in metallum vero damnatos, libertatem etiam amittere. tit. quib. mod. ius patr. pote. amit. & tit. de cap. dimi. lib. Inſt. 1. l. 5. de bon. dam. Quare non ſimiliter ab eiſdem capite minui dicuntur vtrique: ſed hi maximam, illi vero minorem, ſeu mediam capitis diminutionem pati, quamuis hic non diſtinguat eas capitis minutiones Calliſtratus. Verum antinominiæ vitandæ cauſa, quam in libris ſuis non reperiri teſtatur Iuſtinianus, dicendum eſt, vtranque capitis diminutionem recte magnam dici, tametſi vna ſit maior altera. Vnde Vlp. tit. ad S.C. Tertul. c. 1. *Si quis* (inquit) *ante delatam, ſiue poſt delatam, capite minuatur, ad legitimam hæreditatem admittetur, niſi magna capitis diminutio interueniat, quæ vel ciuitatem adimat, vt puta ſi deportetur.* Et quod ait, libertatem adimi deportato, verum eſt, quanquam non omnino redigatur in ſeruitutem. Nam & dolorem, & ſenectam vires adimere ait Poëta, quamuis minuant tantum eas, nec penitus auferant. Deportatus enim qui peregrinus eſt, non ciuis, iuſtam ac plenam libertatem non habet; vtpote qui nec teſtamentum facere, nec ex alterius teſtamẽto capere quicquam poſſit: nec eorum omnium aliquid habeat, quæ iuris ciuilis magis, quam gentium ſunt. l. ſi quis filio. de iniuſto rupt. l. 1. de leg. 3. l. quidam. de pœnis. Etenim iure ciuili (vt Boëthius in Topic. Cic. ait) fieri aliquid non inter alios, niſi inter ciues Romanos poteſt. Quod & Theophilus docet, tit. de fideicom. hæred. lib. Inſtit. 2. Id autem Ciceronis malo verbis confirmare, quam meis, in Oratione pro Cecinna: Nihil, inquit, rationis adfers, quamobrem ſi libertas adimi nullo modo poſſit, ciuitas poſſit. Nam & eodem modo de vtraque re traditum nobis eſt: Et ſi ſemel ciuitas adimi poteſt, retineri libertas non poteſt. Qui enim poteſt iure Quiritum liber eſſe is, qui in numero Quiritum non eſt, &c. Boëthius tamen in Top. Ciceronis deportationem dicit, maximam capitis diminutionem eſſe. Sed quia in mentionem peregrinorum incidimus, ſciendum eſt, peregrinum dici eum, qui ciuis non eſt, ſiue nunquam fuerit ciuis, ſiue amiſerit ciuitatem. Eiuſque cõditio & ſtatus peregrinitas dicitur. Quod à noſtris interpretibus animaduerſum non fuit. *Qui deportantur* (inquit Ælius Antoninus) *ſi hæredes ſcribantur, tanquam peregrini capere non poſſunt.* l. 1. C. de hæred. inſtit. Vlpianus tit. de in ius voc. c. 10. *Si per pœnam deportationis ad peregrinitatem redactus ſit patronus, putat Pomponius eum amiſiſſe honorem, &c.* Dicuntur & ἀπόλιδες à Iureconſultis, quod ciuitate careant. d. l. quidam. de pœn. & l. 1. de leg. 3. Plane verbum hoc, Peregrinus in peruulgata conſtitutione illa Federici, cuius initium eſt, *Omnes peregrini,* aliter accipi fateor, ſed per abuſionem, vt & in aliis quibuſdam locis: pro eo ſcilicet, qui peregrinatur, & peregre abeſt à domo ſua. Nec aliter indoctorum & barbarorum hominum ſcripta (quales fere ſeculo Federici extitere) interpretari debemus, ne eorum voluntas, quæ verborum proprietati (ſi de ea conſtet) proculdubio anteponenda eſt, peruertatur. arg. l. non aliter. de leg. 3.

Cap. X.

Reparare verbum apud Iureconſultos, quo ſenſu accipi debeat.

CElebre eſt Scæuolæ reſponſum ſub tit. de verbo. oblig. cap. 122. l. qui Romæ. in quo hæc verba leguntur. *Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit à Sticho ſeruo Seii in prouincia Syria in ciuitate Beryto, vſque Brenteſium: idq; creditum eſſe in omnes nauigii dies ducentos, ſub pignoribus & hypothecis, mercibus à Beryto comparatis, & Brenteſium perferendis. & quas Brenteſio empturus eſſet, vt per nauem Beryto inuecturus. Conuenitq; inter eos, & cum Callimachus Brenteſium perueniſſet, inde intra Idus Septembres, quæ tunc proximæ futuræ eſſent, aliis mercibus emptis, & in nauem miſſis, ipſe in Syriam per nauigium proficiſcatur, aut ſi intra diem ſupraſcriptum non reparaſſet merces, nec enauigaſſet de ea ciuitate, redderet vniuerſam continuo pecuniam.* In eo reſponſo, Merces reparare dicitur à Scæuola, qui earum loco, quas in aliquem locum importatas vendidit, alias comparat, aut eas aliis mercibus commutat: quaſi iterum parare, ſeu cõparare. Horat. Carminum lib. 1. Od. 31.

Premant calena falce, quibus dedit
Fortuna vitem, diues & aureis
Mercator exſiccet culullis
Vina Syra reparata merce.

Alfenus tit. de in rem verſo, cap. 16. *Quidam fundum colendum ſeruo ſuo locauerat, & boues ei dederat. Cum hi boues non eſſent idonei, iuſſerat eos vænire, & de his nummis qui recepti eſſent, alios reparari.* Vlpian. cap. 28. titul. de pact. *Prima actio ſublata eſt, & poſterius pactum ad actionem reparandam inefficax eſt.* Seneca ad Lucil. epiſtola 64. lib. 8. Satius eſt amicum reparare, quam flere.

Cap. XI.

Vtile, & inutile, quo ſenſu accipiatur apud Iureconſultos: & locus Vlpiani declaratus, lib. 16. Digeſt. tit. depoſ. cap. 1.

VLpianus edictum Prætoris interpretans, quo in duplum actio proponitur rerum ob tumultum, incendium, ruinam, naufragium, depoſitarum nomine, cæterarum vero in ſimplum, ita ſcribit: *Cum exigente neceſſitate deponat, creſcit perfidiæ crimen, & publica auctoritate coercendum eſt, vindicandæ Reipub. cauſa. Eſt enim inutile, in cauſis huiuſmodi fidem frangere.* Atque ita fere in codicibus non ſolum manu ſcriptis, ſed etiam excuſis per Typographos legitur, præterquam Haloandri, qui inciuile, pro inutile repoſuit, cum vim eius verbi non ſatis (opinor) perciperet. Itaque animaduertendum eſt, iura ad ciuium & populi vſum, ac vtilitatem conſtituta eſſe, ad eundemque finem & ſcopum referri, quæcunque tot, tantiſ-

SSs

iuris voluminibus continentur.l.pen.ff. de iuſti. & iure. Qua ratione vtilitatem, iuſti & æqui matrem ſcite admodum vocat Horat.ſer.lib.1.Saty.3.

Atque ipſa vtilitas iuſti prope mater, & æqui.

Huius rei ſexcenta poſſem ex libris Digeſtorum exempla in medium adducere. Sed quia paſſim legentibus obuia ſunt, his in præſentiarum contentus ero, quæ ſequuntur. Iulianus tit.ad leg. Aquil.cap.52. *Multa iure ciuili contra rationem diſputandi, pro vtilitate communi recepta eſſe innumerabilibus rebus probari poteſt, &c.* Pomponius tit.de præſcr.verb.cap.11. *Prætor reddit actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ, idque vtilitas eius legis exigit.* Paulus tit.de pig.cap.12. *Quæ ſententia propter vtilitatem contrahentium admittenda eſt.* Ex quibus locis perſpicuum eſt, hunc ſibi finem proponere iuris auctores, vt ciuium conſulant vtilitati, & quæ eius rei gratia ſubtiliter inuenta, & excogitata ſunt, quoties occurrit negotium in quo deprehenduntur nocere, ab ipſis ea contemni, & reiici. Atque ita ius ipſum nonnunquam ſupplent, adiuuant, emendant, interpretantur. Quæ maxima pars eſt iuris Prætorii, quod & honorarium dicitur.l. ius autem ciuile. ff. de iuſt.& iure.§.1.Inſtit. de bon. poſſ. Hinc vtilis actio appellata eſt, quæ ex ſummo directoque iure non competit, ideoque directa non dicitur, ſed propter vtilitatem aliquam, & æquitatem datur. l. quia actionum. de præſcr. verb. lege 4. ſi quadrupes paupe.fec.dic.l.ſi vſufr. de aqua plu. arcen. Quod autem huic, de qua loquimur, vtilitati contrarium eſt, inutile à Iureconſultis dicitur, vt in illo Vlpiani loco, *Inutile eſt in huiuſmodi cauſis fidem frangere.* Nam ſicut inimicus dicitur non is tantum, qui amicus, & beneuolus non eſt, ſed etiam maleuolus: ita inutile non id modo ſignificat, quod non prodeſt, ſed etiam quod nocet. l. Moſchi.ff. de iure fiſci. Cic.in Partit. orato. Quærenda etiam ratio, ſi qua poterit inueniri, quare non ſit exceptum, aut iniqua lex, aut inutilis futura dicetur, &c. Paulus c.13.tit.de adminiſt.tuto. *Nam & inutile eſt pupillis, ſi adminiſtratio eorum non ſeruatur: nemine ſcilicet emente.* Vtuntur hoc verbo ſæpe veteres auctores, qui de medicina Latine ſcripſerunt, vt Plin.& Celſ. Plinius lib.21.cap.20. Stomacho tamen inutile eſſe, caputque eo impleri aliqui negant. Idem lib.23.cap.19. Vinum ieiunos bibere nouitio inuento inutiliſſimum eſt. Idem eodem lib.cap.4. Hyoſcyaminum emolliendo vtilius neruis inutile & cap.6. Ex his verna acerba ſtomacho inutilia ſunt. Cornel.Cel.lib.10.cap.5. omnibus inutilis eſt poſt cibum, aut contentio, aut cogitatio animi. Idem eod. lib. c.2. Sæpe inutilis nimia abſtinentia. Et paulo poſt, Condita omnia duabus de cauſis inutilia ſunt. Sed quid opus eſt plura ex eodem auctore hic citare, cum is ſexcentis in locis hoc verbum vſurpet pro eo quod nocet, & inimicum dici ſolet, à Latine loquentibus? vt apud Horat.

Namque pila lippis inimicum, & ludere crudis.

Quanto autem nocentior ſit is, qui in huiuſmodi cauſis fidem frangit, quam qui rem abſq; vlla neceſſitate, & periculo depoſitam ſuſcipit, obſcurum non eſt, cum de ſe nõ nihil queri debeat, qui nulla neceſſitate adactus rei ſuæ cuſtodem non idoneum elegit. At imminens periculum cogit nos ad quamlibet perſonam cõfugere. Adde quod Cicero in oratione pro Roſcio Amerino ſcribit, ea maxime animaduertẽda eſſe peccata quę difficillime præcauentur. Porro quod diximus, finem huius iuris, totiuſq; artis boni & æqui, eſſe vtilitatem: ſic accipiendum eſt, vt minime excludatur honeſtas, ſine qua nihil omnino poteſt eſſe vtile. Cuius honeſtatis gratia pleraq; legib. cõſtituta eſſe animaduertimus, vt filio, fratri, alumno, familiari, liberto, & aliis huiuſmodi perſonis denegetur accuſatio. C. de his, qui accuſ.non poſſ. vt filius patrẽ in ius non vocet abſq; permiſſu Prætoris, vt filius à patre, libertus à patrono, vxor à marito, non quicquid habet per iudicem extorqueat, ſed victum ei relinquat neceſſariũ, & cętera id genus.l.4.ff.de in ius voc.l.in condemnatione.de reg.iur.l.ſunt qui.de re iud.l.maritum. ſoluto matrimo. Non enim hoc tantum ſpectant auctores iuris noſtri, vt nemo lædatur, & cuiq; tribuatur ſuum, ſed interdum etiam, vt honeſte viuatur. Quamuis non quicquid honeſtũ eſt, iure & legibus præcipi, aliàs à nobis dictum ſit.l.Iuſtitia.ff.de iuſt.& iure. Notaui in l. 1. de pactis.

Cap. XII.

Quid ſit finis, apud Iurecõſultos: & reſponſa quædam Papiniani declarata aliter, quam ab interpretibus factum ſit.

Papinianus lib.16. Pandectarum, titul. de compenſat. ita ſcribit in codicibus emendatis ab Haloandro: *Debitor ſi pecuniam publicam ſeruo publico citra voluntatem eorum ſoluit, quibus debitum recte ſolui potuit, obligatio priſtina manebit: ſed dabitur ei compenſatio peculij fini, qua ſeruus publicus habebit.* Quæ verba adeo obſcura vulgo exiſtimãtur, vt nemo ſit quin electionem eam valde ſuſpectam habeat, veteremq; quamuis mendoſiſſimam, ſequi malit. Itaque operæpretium me facturum putaui, ſi elegantem hanc, & Iureconſultorum Principe dignam phraſin, quæ non indoctis modo, ſed mediocriter etiam eruditis durior, & inſolens videtur, iuris ſtudioſæ iuuentuti oſtenderem ac explicarem. Idque eo libentius feci, quod eius rei cognitio quam neceſſaria ad aliorum locorum interpretationem eſſe, non ignorarem. Sed quid lectorem diſcendi fortaſſis auidum pluribus moror? Hæc verba *peculii fini qua ſeruus, &c.* hoc ſignificant, dari compenſationem ad eum finem, & modum, ad quem ſeruus habebit, ſcilicet peculium, & (vt vulgo ſolemus dicere) quatenus erit in peculio ſerui. Quo genere loquendi vſus eſt idem Papinianus lib. 20. Pandect. tit.de pigno. cap. 1. *Pacto placuit, vt ad diem vſuris non ſolutis, fructus hypothecarum vſuris compenſaret fini legitimæ vſuræ,* id eſt, vſque ad modum legibus præſcriptum ſtipulationi vſurarum. Idem Papinianus cap.5.tit.de dot.coll. *Dotem ſcripto fratri conferre non cogetur, cum ea poſſeſſio fruſtra petita ſit, & filia fratris voluntatem ſequuta, fini virilis partis retineat, &c.* Idem Papin.cap.15.ad l.Falcid. *Quod filio debetur, ſi ratio Falcidiæ poni cœperit, fini quadrantis compenſabitur, &c.* Sic etiam veteres non ſolum Iureconſultos, ſed alios etiam ſcriptores Latinos crebro loquutos fuiſſe comperimus. Gell. lib. 1. Noct.Attic. c.3. Quatenus quaq; fini amicitiæ venia dari debeat, &c. Item eodem cap. hac fini ames, tanquam forte fortuna oſurus, hac itidem tenus oderis, tanquam fortaſſe poſt amaturus. Sext. Pomp.lib.16. Quatenus, ſignificat qua fine. Hactenus, hac fine. Cato de re ruſt.cap.149. Qua vendas fini dicito. Senec.lib. 7.Epiſt. Si hoc fine quaſi bona valetudine delector, tam ridicule facio, quam ille quiſquis ſe viciſſe putat, cum vadimonium diſtulit. Ex quibus locis ſatis (niſi fallor) perſpicuum eſt in his duabus dictionibus, Quatenus & Hactenus, ablatiuum fini, vel fine ſubaudiendum eſſe. Verum id Grammaticis diſcutiendum relinquamus. Cæterum aliquot in locis loco ablatiui huius fini, accuſatiuus cum prępoſitione ad, legitur apud Iureconſultos eodem ſenſu. Pomp.tit.de adimen.leg. cap. 25. *Alteri ex hæredibus præceptionem prædii dedit, mox alteri præſtari aduerſus debitorem actiones, ad eum finem mandauit, quo prædium fuerat comparatum.* Papin.titul. Soluto matrimonio, cap. 42. *Sumptus vero neceſſarios & vtiles in prædia, quæ dotalia videbantur, factos, compenſatis fructibus perceptis ad finem ſuperflui ſeruari conuenit.* Quæ duo loca aliquando poſtquam à me annotata hæc, & ſcripta ſunt, reperiri citata ab Alciato eximio noſtræ tempeſtatis Iureconſulto, libro Parer.10.cap.17. Hinc ſimile eſt, quod idem Papinianus ſcribit, c.16. tit. de caſtren. pecul. *Legitimi hæredis exemplo cogetur ad finem peculii perpetuo legata præſtare.* l. pater, qui caſtrenſe. Alibi idem auctor ad modum exilii dicit, pro ad finem exili.l. cui neceſſitas. de lib. cauſa. Ac eodem, vt opinor, ſenſu finẽ pretii excedere, & finem facere erogationi apud eundẽ legimus.l. ſi cum venditor.§.vl. de euict.l.qui aliena.de nego.geſt. Finẽ quoq; expenſarum, & finem præſtitutũ, & finem certum actionis dixit Vlpianus, eadem, vt videtur, ſignificatione.l.1.de curat.furio.l.cum hic ſtatus.de donat.inter vir.& vxo.l.1. ſi quis teſta.lib. eſſe iuſſ.fue.

Cap. XIII.

Producere aduerſarium quid ſit apud Vlpianum.

Alciati mentio facta in ſuperiori capite nos admonet, vt in quandam eius ſententiam inquiramus, quam nõ contentus lib.2. Diſpunctionũ ſuarum ſcripſiſſe, denuo in librum eum retulit, cui tit. Πάρεργα Iuris, lib.8.c.7. Quæſtio autem eſt, quo ſenſu hæc Vlpiani verba accipienda ſint lib.1.Pand.tit.de eden.c.1. *Eum quoq; edere Labeo ait, qui producat aduerſarium ſuum ad album, vt demonſtret, quid dictaturus ſit, &c.* Et exiſtimat Alciatus non pro eo, cum quo lis eſt, aduerſarium, ſed pro tabulis rationum tumultuarie, & ad memoriæ ſubſidium confectis accepiſſe Vlpianum. Cui ſententiæ ſuæ adſtipulatum fuiſſe Eraſmum Rotero.in Adagiis tantum nõ gloriatur. Me vero, tametſi vtriuſque auctoritas non parum moueat,

ſtudium

ſtudium tamen veritatis; quæ longe mihi antiquior eſt, ab eis me diſſentire cogit. Nam, vt quæ Alciatus nullo negotio refellit, miſſa faciam, vtpote leuia, & cauſæ (vt ita loquar) iugulum minime prementia: in primis velim mihi is reſpondeat, apud quem Latinum auctorem aduerſarium numero ſingulari vnquam, pro tabulis illis tumultuariis legerit. Nam aduerſaria, vbique apud Ciceronem & veteres omnes, in numero multitudinis, non aduerſarium, in omnibus, quæ mihi videre contigit, exemplaribus, legitur. Quod ne ipſe quidem (opinor) inficiari poterit. Deinde non vt producere teſtes, ita etiam producere literas, tabulas, inſtrumenta; rationes aduerſaria, ſed proferre potius Latine dicimus. Idque adeo notum omnibus eſſe arbitror, quicunque priſcos Romanę linguę auctores non oſcitanter lectitant, quales hodie ſunt vbique terrarum non pauci, vt eius rei probatio minime neceſſaria videatur. Vide Budæum in Annot. Nam quod inter hæc duo verba Ducere, & Ferre, intereſt (quorum hoc de rebus inanimis, illud de animalibus dicitur) hoc verbum producere, à verbo proferre differt. Cæſar lib. 6. comment. de bello Gallico, arma proferri, equos produci, obſides dari iubet. l. 1. ff. ſi quis ius dicen. non obtemper. l. ferri. ff. de verb. ſignif. Nec me latet quid de productione chartulæ ſcripſerit Iuſtinianus. Verum ego conſuetudinem loquendi imperitorum Latini ſermonis, cuiuſmodi eos fuiſſe conſtat, qui nomine Iuſtiniani illas conſtitutiones ediderunt in puriſſimo, nitidiſſimoque auctore enarrando, id eſt, Vlpiano, ſpectandum eſſe nego. Accedit eodem, quod in eius capitis initio Vlpianus de editione actionis loquitur, quæ cum editione rationum nihil prorſus commune habet. Itaque aduerſarium intelligimus eum vnde petitur, id eſt, reum: quem qui ducit ad album Prætoris, in quo ſcilicet actionum deſcriptæ ſunt formulæ, eique demonſtrat, quam actionem dictaturus ſit, edere intelligitur.

Interpretatio §. mutui datio. cap. 2. de reb. cred. lib. 12. Pandect. Cap. XIIII.

CVm vtilitatum inter homines communicandarum cauſa contractus omnes comparati ſint. §. ius autem gentium. Inſtit. de iure natu. l. quod ſi minor. §. non ſemper. de minorib. ad hunc ſemper finem eos referri neceſſe eſt. l. ſed an viæ. de pignorib. vtilitas autem ea varie, vt in variis, diuerſiſque rebus, de quibus homines contrahunt, conſideratur. Quarundam enim rerum vſum concedimus aliis, quæ vtendo nõ pereunt: vt hominis, equi, libri, veſtis. Et hoc agitur, tametſi expreſſum non fuerit, vt ipſum corpus, quod conceſſum eſt, reddatur. Quod ita fieri debere ſuadet vtilitas; cum id ſine concedentis, qui alteri gratificari voluit, incommodo fiat, & cum aliquo eius, qui rem vtendam accepit, cõmodo. Nam ſi aliud redderetur, vel generis eiuſdem, veluti pro Sticho Pamphilus, id non ſine captione, ac damno concedentis fieret: cui vel magis expedit fortaſſe, vel grauius eſt, rem ſuam, quam aliam, quamuis maioris pretij, obtinere. §. huic autem. Inſt. de actio. Et hoc genus cõtractus, Commodatum dicitur à Iuriſperitis, vel Precarium, &c. Sunt & aliæ res quæ vtendo pereunt, & conſumuntur, & quarum nullus fere citra conſumptionem eſt vſus, vt vinum, frumentum, oleum, & aliæ res pondere, numero, menſura conſtantes. l. 5. de vſufr. ear. rer. quæ. Huiuſmodi res vtendas aliis damus, non eandem ſpeciẽ, ſed idem genus, id eſt, eiuſdem generis rem aliam recepturi. Quod genus contrahendi, Mutuum à iuris auctoribus appellatum, ad vtriuſque contrahentium vtilitatem pertinet. Accipientis quidem, qui re vtendo conſumptam reddere nequit: Dantis vero, cuius nihil intereſt, modo vt eiuſdem generis, & bonitatis rem accipiat. l. cum quid. de rebus cred. Idque propter naturalẽ harum rerum ſimilitudinem, atque adeo (vt vulgari verbo vtar) quaſi identitatem quandam, quæ in aliis rebus nõ æque reperitur. Et hæc contractuum diſtinctio magnopere confert ad explicationem Pauli verborum, cap. 2. de reb. cred. quæ ideo hic adſcripſimus cum breui & dilucida interpretatione noſtra, quod ab interpretibus nondum ſatis explanatus ille locus videretur. *Mutui datio conſiſtit in his rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant. Quoniam earum rerum datione poſſumus in creditum ire, quæ in genere ſuo functionem recipiunt (per ſolutionem) magis quam ſpecie. Nam in cæteris rebus, ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio inuito creditori ſolui non poteſt.* CONSTANT. Vini, olei, frumenti, pecuniæ, & aliarum huiuſmodi rerum ea natura eſt, vt aliæ res ab aliis, quæ eiuſdem generis ſunt, non differre, ſed eædem potius eſſe videantur: adeo vt vnam non poſſis ab alia, niſi ſola quantitate, diſcernere. Quãtitas autem, quia pondere, numero, vel menſura definitur, ideo pondere, numero, vel menſura, conſtare dicuntur. Quapropter ſi eadem menſura (vt præcipit Heſiodus) numero, vel pondere mutuum reddatur, idem redditum quodammodo videri poteſt. IN CREDITVM IRE. Sicut verbum Credere, quamuis generalem habeat ſignificationem, d. l. 2. §. creditum. anguſtius aliquando accipitur, ac mutuum dare ſignificat. l. ſingularia. l. non omnis. §. vlt. de reb. cred. ita In creditum ire, more loquendi à Iureconſultis recepto, mutuum contrahere ſpecialiter hic ſignificat, vt & alibi ſæpe. l. quod ſi ab initio. de reb. cred. licet interdum paulo latius accipiatur. l. 4. §. vlt. ad Maced. l. procuratoris. §. plane. de trib. act. l. in naue. loca. & cond. l. tutor. ad Velleia. l. ſeruo inuito. §. vlt. ad Treb. QVÆ RECIPIVNT FVNCTIONEM. Hoc verbum præter generalem, & vulgo notam omnibus ſignificationem, aliam quandam peculiarem, & reconditiorem habet apud iuris auctores. Nam fungi pœna dicitur is, qui pœnam patitur. l. in metallum. de pœn. fungi pignoribus, qui dat pignora. l. prætoriæ. de præto. ſtip. fungi depoſitione auri, qui aurum depoſuit. d. l. prætoriæ. fungi collatione dotis, qui dotem confert. l. 3. de collat. dot. fungi tributione, qui tributum ſoluit, penſitatque Reipub. l. filij. ad municip. Nec ſolum ad perſonas, ſed ad res etiam hoc verbum refertur: quæ tunc fungi dicuntur, cum eas ad vſum conferimus, cuius gratia comparatæ ſunt, id eſt, cum eas damus, aut ſoluimus, aut conſumimus, &c. Sic Vlpianus in fragmentis quibuſdam, opera Ioannis Tilij, viri de literis optime meriti nuper in lucem editis, tit. de dotibus. *Dos* (inquit) *quæ ſemel functa eſt, amplius fungi non poteſt, niſi aliud matrimonium ſit*, id eſt, res, quæ in dotem data eſt, & qua, vt dotali, vſi ſumus, ſoluto matrimonio deſinit dotalis eſſe, nec amplius in eum ſtatum reuertitur, niſi denuo matrimonium contractum ſit, l. dotem. de iure dotium. Itaque res creditæ conſiſtentes in pondere, numero, aut menſura dicuntur fungi, vel functionem recipere, cum dantur ad vſum, cum ſoluuntur, &c. Sed huiuſmodi res functionem in genere ſuo magis, quam in ſpecie, recipiunt, quia ſunt eius naturæ, vt præſtando rem aliam eiuſdem generis, creditori ſatisfiat, ac inutiliter vtendæ concederentur, ſi ſpeciem ipſam, quæ data eſt, reddere cogeretur debitor. Quod autem dicitur per ſolutionem, id κατὰ παρένθεσιν legendũ cenſeo. Nam ea functio, ac præſtatio, proprie ſolutio dici ſolet, cum videlicet non idem, ſed tantundem redditur. Quod ex Ann. Seneca didicimus, lib. de Benefic. 6. cap. 5. Cum dicimus (inquit) Beneficium illi reddidi: non hoc dicimus, illud nos, quod acceperamus, reddidiſſe: ſed aliud pro illo reddere: eſt enim rem pro re dare. Quid ni? Cum omnis ſolutor non idem reddat, ſed tantundem. Nam & pecuniam dicimur reddidiſſe, quamuis numerauimus pro argenteis aureos, &c. NAM IN CÆTERIS. In mutuo tametſi res alia re vera reddatur, tamen creditori ſatisfit omnino, rem eiuſdem generis accipienti, cum eandem quodam modo rem habere videatur, quam dedit. Sed hoc genus ſatisfactionis in iis tantum rebus locum habet, quæ pondere, numero, menſura conſtant, quoniam in eis nulla reperitur diſſimilitudo. In cæteris vero non ſola quantitate differentibus, quæ pondere, numero, aut menſura circumſcribatur, non contrahitur mutuum: quia cum non poſſit res vſquequaque ſimilis reperiri, aliud pro alio ſolui neceſſe eſſet. Qua ratione creditori nequaquam ſatisfaceret debitor. INVITO. Quod dictum eſt, *Aliud pro alio ſolui non poſſe, &c.* non eo pertinet, vt debitor, volenti creditori rem aliam ſoluendo, liberari non poſſit. Nam hæc ſatisfactio vim ſolutionis obtinet. l. ſi rem. §. omnis. de pig. act. Id quod his verbis Paulus perperam à Franc. Curtio intellectis, & à nullo cæterorum commode adhuc explicatis, haud dubie ſignificat.

Cap. XV.

De hac conditione, Si in Capitolium aſcenderit.

CRebra eſt apud Iureconſultos mentio huius conditionis, *Si in Capitolium aſcenderit.* Eoque exemplo fere vtuntur, quoties de cõditionibus diſſerunt. Nam arcis Capitolinæ, quæ in Saturnio monte à Tarquinio Superbo extructa fuit, ſolum præaltum erat, adeo vt precaturi in eo, aut ſacrificaturi aſcen-

dere cogerentur. Qua de re ex priſcis auctoribus eos, qui ſequuntur, locos inter legendum aliquando obſeruauimus. Tacit. lib. 14. Exin læti Capitolium ſcandunt, Deosque tandem venerantur. Idem lib. 19. Nec ſiſti poterant ſcandentes per coniuncta ædificia, quæ vt in multa pace in altum edita ſolum Capitolij æquabant. Sueto. in C. Iulio, Aſcendit Capitolium, ad lumina quadraginta elephantis dextra atque ſiniſtra lychnugos geſtantibus. Horat. Carm. lib. 3. ad Melpomenen:

Non omnis moriar, multaq; pars mei
Vitabit Libidinam, vſq; ego poſtera
Creſcam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine Pontifex.

Plin. in Paneg. Tibi aſcendenti de more capitolium, ciuium clamor, vt iam Principi occurrit. Idem in eodem lib. Vbi vero cœpiſti Capitoliũ aſcẽdere, quam læta omnibus adoptionis tuæ recordatio? Lamprid. in Alexand. Capitolium ſeptimo die, cum in vrbe eſſet, aſcendit, templa frequentauit. Et alibi, Dimiſſo Senatu, Capitolium aſcendit, &c. Dion Caſſius in Nerua, Quare cum ob ſenectutem omnibus contemptui quodam modo eſſet, in Capitolium aſcendit, atque quod fœlix, fauſtumq; S.P.Q.R. & mihi ipſi ſit. Sic præfatus Marcum Vlpium Traianum adoptauit. Hæc autem obſeruatio, tametſi curioſi nimium hominis, & minutiſſima quæque, ac leuiſſima perſequentis, forte quibuſdam videatur, ea tamen eſt mea ratio, vt nihil eſſe in Romanis Antiquitatibus exiſtimem, quod ius Romanum interpretantibus, quandoque vſui eſſe non poſſit.

De noui operis nuntiatione. CAP. XVI.

DE operis noui nuntiatione copioſius extat, & celebris tractatus lib. 39. Pandect. Cuius primum caput ab Accurſio, Accurſianiſque omnibus, tantis obductum eſt tenebris, vt nuſquam magis inſcitiam ſuam, & inopiam iudicij prodidiſſe eos liquido confirmare poſſim. Conabor itaque non illi tantum capiti, ſed tractatui vniuerſo aliquid, ſi potero, lucis adferre. Atque vt ea prætermittam, quæ, percepta noſtra ſententia, facile quiuis (vt ſpero) aſſequi poterit: illud in primis ſciendum eſt, Nuntiare nouum opus eum dici, qui alteri ne nouum faciat opus, denunciat, & prohibet. Nouum autem opus facere, quod Iuſtinianus lib. τῶν νεαρῶν conſtit. 63. καινοτομίαν appellat, eſt, ædificando, vel detrahendo aliquid, priſtinam loci, vel operis faciem mutare. l. 1. §. opus. de ope. no. nunt. Proinde qui vnum vel alterum cæmentum imponit, aut qui vetus ædificium ne corruat, ſuppoſitis tibicinibus, fulcit, & ſuſtinet, nouum opus facere non dicitur. l. 1. §. ſi quis ædificium. l. ſtipulatio. §. opus. eo. tit. Cęterum nuntiatio noui operis, ſpeciem quandam appellationis habet. Nam vt interpoſita appellatione, ſiue iure, ſiue iniuria, nihil nouari oportet. l. 1. nihil nouari appel. pend. ita etiam à nuntiatione, quamuis nõ iure facta, nihil noui operis facere permittitur. Et ſi factum quicquam fuerit, id poſtea deſtruitur: eoque nomine aduerſus eum, qui fecit, interdictum datur à Prætore. Cuius verba hæc ſunt: *In quem locum nuntiatum eſt, ne quid noui operis fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio remiſſa fuerit, aut in ea cauſa eſſet, vt remitti deberet factum eſt reſtituas.* l. Prætor. de oper. noui nunt. Quod ſi nuntiatione ſibi facta quieuerit, mox Iudice cognoſcente appareat iuſtam nuntiandi cauſam non fuiſſe, merito condemnabitur nuntiator legitimis actionibus, ſi quæ fortaſſis ei competant, plerunque integris manentibus. l. ſciendum. eod. tit. Nam ſi quis, exempli gratia, ob ſeruitutem vię nouum opus nuntiauerit, eoque ſuccubuerit, quod ea ſeruitus iuſta nuntiationis cauſa non videretur, non quod omnino ei non competeret, actione confeſſoria vti non prohibetur. l. qui viam. eod. titu. Verum hæc res multas habet cautiones, ac plerunque ſpreta nuntiatione ei, qui confidit iuri ſuo, cœptum opus impune perficere licet. Veluti cum Reipub. intereſt, vt primo quoque tempore opus fiat. Vt ſi quis riuos, aut fontes purgare, vel reficere velit, quibus non refectis, vſus aquæ auferretur, & homines ſiti necarentur. l. 5. §. ſi quis riuos. eod. tit. l. vlt. de riuis. l. de fonte. Aut cloacas, quarum immunditiæ (vt Vlpianus ait, cap. 1. de cloacis) non modo cœlum peſtilens, ſed etiam ruinas minantur. Id autem ad veteris Romæ ſitum referri debet, quæ tot, tantiſque cloacis, & aquæ ductibus abundabat, vt eam ob cauſam penſilis à Plinio & ſubternauigata dicatur, lib. 36. cap. 15. Qua de re etiam librum Iulius Frontinus conſcripſit. Sed & cum iuſſu Prætoris, cuius iuriſdictioni poſt nuntiationem ſeſe ſubiiciunt litigatores, d. l. 1. §. & poſt operis. remittitur nuntiatio, tunc ea perfectionem operis non impedit: idque verbis Prætoris ſignificatur, *Antequam nuntiatio remiſſa fuerit.* d. l. prætor. Quæ remiſſio his demum prodeſt, quibus iure non eſt facta nuntiatio. Cum enim ad obtinendã remiſſionem, Prætorem adire ſufficiat, ne contemni eius autoritas videatur, neque tum de iure litigatorum diſceptetur, eatenus remiſſio facta intelligi debet, quatenus nuntiator ius nuntiandi non habuerit. l. 1. in prin. l. 5. §. is, cui. l. non ſolum. §. ſciendum. eod. tit. Quod formula illa Prętoris, de remiſſionibus ſatis expreſſum eſt: *Quod ius ſit illi prohibere, ne ſe inuito fiat, in eo nuntiatio teneat.* Cæterum nuntiationem miſſam facio, l. 1. de remi. vt mirum ſit, tot interpretes in re tam aperta prorſus nihil vidiſſe. Præterea contemnitur iure nuntiatio, cum quis vexatione, & moleſtia Prætorem adeundi, poſtulandique vt miſſa fiat nuntiatio, defungi volens, ſatiſdat ſe opus demoliturum: ſi poſtea iudicatum fuerit iure nuntiatum eſſe, aut certe per eum non ſtat quo minus ſatiſdet. d. l. 5. §. ſi is, cui. d. l. prætor. §. ſi quis paratus. Quo pertinent verba Prætoris, *Aut in ea cauſa eſſet, vt remitti deberet.* d. l. prætor. Quamobrem prætor eum, qui ita ſatiſdedit, interdicto tuetur, ne quis eum ædificare volentem prohibeat. dicta l. prætor. §. hoc interdictum. Sunt & aliæ exceptiones, de quibus in commentariis ad eum tractatum noſtris diſſeruimus.

De dominio quod directum, & vtile vulgo dicitur.

CAP. XVII.

DOminium ſic definimus, *Ius de re aliqua corporali plene ac libere diſponendi, extra quam ſi quid lege prohibeatur.* In qua diffinitione *Ius diſponendi*, idcirco dicitur, quia licet pignus, vel hypotheca, ius in rem ſit, l. pignoris. de pignor. quia tamen creditor diſponere non poteſt de re pignorata, non recte dominus appellatur. l. pignus. C. de pignor. act. Dicitur, *Plene ac libere*, quoniam tametſi tutor, & curator, aliæque ſimiles perſonæ, procurationem habeant, & diſpoſitionem alienarum rerum. l. interdum. §. qui tutelam. ff. de fur. plenam tamen, & liberam non habent. l. qui fundum. §. ſi tutor. ff. pro empto. quod dominorum proprium eſt. l. in re mandata. C. manda. Dicitur, *De re aliqua corporali*, quia quamuis is, qui ſeruitutem habet, de ea pro arbitrio ſuo diſponere non prohibeatur, dominus tamen non eſt: cum traditio, qua dominium acquiritur, in res incorporales non cadat. l. ſeruus. §. incorporales. ff. de acq. rer. domi. Extrema definitionis verba propter eos dominos adiecta ſunt, quibus bonorum adminiſtratione lex interdicit, & alios huiuſmodi. l. is, cui bonis. ff. de verbo. oblig. & Inſtit. quibus alienar. non lic. libro. 2. Dominium vulgo partiuntur Accurſiani in directum, & vtile: quæ verba ab ipſis conficta ſunt, nec apud veteres vſquam leguntur. Sed vt rem ipſam percipiamus, quam hac nouitate verborum exprimere, & docere voluerunt, ſciendum eſt, Ius quoddam aliquando repetiri dominio proximũ, quale eſt, exempli cauſa, ius emphyteuticum, propter quod datur actio in rem vtilis, ſicut directa ob verum dominiũ competit. §. namq;. Inſtitut. de act. l. 1. ff. ſi ager vect. vel emph. l. 1. ff. de ſuperfici. Et quia per abuſionem hoc ius nonnunquam ſimpliciter dominiũ appellatur. l. poſſeſſores. C. de fun. pat. ne vnius atq; eiuſdem rei duo in ſolidũ domini eſſe dicãtur, contra rationẽ iuris. l. ſi vt certo. §. ſi duob. ff. commo. duplex conſtituerunt dominium, quorum vnum directũ, ab actione directa, quæ pro eo datur: alterũ vtile, pro quo videlicet vtilis actio cõpetit, appellarunt. not. in l. ſi quis vi. §. differentia. de acq. poſ. Proprietatem nihil aliud eſſe exiſtimo, quam dominium, ſi proprie dominium accipiatur, cum veteres Iuriſconſulti promiſcue his verbis vti ſoleant. l. ſi procurator. l. cum in corpus. ff. de acqui. rer. domi. Ea autem eſt duplex, plena videlicet, & nuda. Plena, quæ cum vſufructu coniuncta eſt: Nuda, quæ ſeparata eſt ab vſufructu. l. 2. ff. quib. mod. vſusf. amitt.

De poſſeſſione tam naturali, quàm ciuili.

CAP. XVIII.

INter cæteras poſſeſſionis definitiones, quæ vulgo proditæ ſunt, vt ſimpliciſſima, ita lõge veriſſima mihi videtur Theophili definitio titulo de interd. lib. Inſtitut. 4. Νομὴ ἐςὶ σωματικοῦ πράγματος κατοχή. Poſſeſſio, eſt rei corporalis detentio. Ac tametſi plerique non ſatis exactam eam eſſe putent:

Si quis

Si quis tamen maioris cuiuſdam declarationis cauſa hæc verba adiecerit, cui affectus tenendi, & opinio dominij, vel proprio nomine, vel alieno ineſt, nihil in ea deſiderauerim. Generis loco ponitur verbum κατοχὴ, ſiue detentio, quod late patet, & omnem poſſidendi, tenendique rationem complectitur. l. 1. ff. de acquir. poſſeſ. l. ſtipulatio iſta. §. plane. de verb. oblig. Quod ſi quis obiiciat, Cum à re poſſeſſa diſceditur, animo nihilominus retineri poſſeſſionem, nec tum vllam detentionem eſſe: Reſpondeo, iuris interpretatione, rem detentam videri, licet corporaliter non teneatur. Eſt enim quædam poſſeſſio, quæ naturalis, ſiue corporalis, altera, quæ ciuilis vocatur. l. poſſeſſio quoque. ff. de acqui. poſſ. l. 2. §. quod vulgo. ff. pro hærede. l. 1. §. deiicitur. ff. de vi, & vi arma. Naturaliter dicitur poſſidere is, qui corpore incumbit rei, eo animo, vt vel ſuo vel alieno nomine poſſideat. l. naturaliter. ff. de acq. poſſ. l. communi. §. neque. ff. communi diuidun. Quod genus poſſidendi non minus in ſeruum, quam in liberum hominem cadit. l. ſtipulatio iſta. §. hæc quoque. de verb. oblig. Ciuiliter vero, qui quamuis rei non inſiſtat, ciuilis iuris interpretatione, eam tenere ac poſſidere intelligitur. Veluti cum quis proficiſcitur ad nundinas, nemine domi relicto, & nihilominus eundem animum poſſidendi, quem prius habuerat, retinet. Idque vtilitatis cauſa receptum eſt, ne teſtudinis more perpetuo domi nos continere, aut ius noſtrum amittere cogamur. l. 3. § ſaltus. l. clam. §. qui ad nundinas. ff. de acq. poſſ. Similis eſt eorum hominum ratio, quorum coloni, procuratores, filij, ſerui, naturaliter, ſeu corporaliter rem ipſam tenent ipſorum nomine. Ciuili enim interpretatione hi poſſidere, plerunque etiam ignorantes dicuntur, cum eorum nomine poſſideatur. l. 1. §. item acquirimus. §. per procuratorem. l. quicquid. l. generaliter. l. quod meo. l. ſi id quod. l. qui pignor. ff. de acquir. poſſeſ. Hinc conſequitur, rem eandem ab vno naturaliter, ab alio ciuiliter poſſideri poſſe: quod de eodem genere poſſeſſionis dici non poteſt. l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. poſſ. l. ſi vt certo. §. ſi duobus. ff. commod. l. & habet. ff. de preca. l. ſi duo. ff. vti poſſid. Rurſus oppugnari poteſt hæc definitio, quaſi ad eos quoque pertineat, qui damni infecti nomine à Prætore in poſſeſſionem mittuntur: quos tamen veteres Conſulti nequaquam poſſidere aiunt. l. 3. §. vlt. l. ſi quis ante. ff. de acquir. poſſ. Verum huic obiectioni ita occurritur, etſi naturaliter poſſideant, ſimpliciter tamen eos dici ſolitos non poſſidere, quia velut rei cuſtodes à Prætore conſtituuntur, ideoque alieno nomine magis, quam ſuo tenent. Nam & eadem ratione vſufructuarius modo naturaliter poſſidere, modo non poſſidere abſolute dicitur. l. naturaliter. ff. de acquir. poſſ. l. acquiritur. ff. de acq. rer. domi. l. certe. ff. de preca. l. Celſus. §. Iulianus. ff. ad exhib. l. officium. ff. de rei vindic. Huius rei demonſtrandæ gratia, quæ non ſatis vulgo percepta, multas altercationes peperit, vtar ſimilitudine (vt mihi videtur) non inepta. Finge Titium iuſſu Sempronij librum mihi dediſſe. Nonne Titium & dediſſe librum, & non dediſſe vere dicemus? Dedit enim quia rem ſua manu tradidit. Non dedit, quia nomine Sempronij res eſt data, qui in ea danda, Titij miniſterio vſus eſt. Hoc igitur inter hæc duo intereſt, quod cum ab vtroque datam rem eſſe dicimus, Sempronius ſimpliciter dediſſe intelligitur. Titius non ſimpliciter, ſed alterius nomine. Cui ſententiæ noſtræ magnopere conſentiunt verba Theophili, titu. quib. mod. tollit. obl. & titul. per quas perſ. nob. acq. κρατεῖν, ὅτι φυσικῶς κατέχειν νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν. Tenere, eſt naturaliter detinere. Poſſidere vero dominantis animo detinere. l. poſſeſſio. ff. de acq. poſſ. Deinde adiicitur, Rei corporalis: quod res incorporalis non poſſideri, ſed quaſi poſſideri dicatur. l. 3. de acq. poſſ. Tangere enim (inquit Lucretius) aut tangi, niſi corpus, nulla poteſt res. Poſtrema verba loco differentiæ à nobis adiecta ſunt, vt oſtenderemus, nudam detentionem ſine affectu, & animo poſſidendi, vel ſibi, vel alij, poſſeſſionem non eſſe nec naturalem, nec ciuilem. l. 1. §. adipiſcimur. l. qui iure. ff. de acquir. poſſ. Vt igitur breuiter, & ſummatim oſtendamus quid ſit tenere, quidque poſſidere tam naturaliter, quam ciuiliter, & quemadmodum hæc inter ſe differant: ſic dicendum eſt: Tenet rem furioſus, infans, dormiens, hoſpes, amicus, &c. quia corpore incumbit rei: ſed non poſſidet, quia vel omni affectu caret, vel nullum ſe ius in ea habere contendit, aut alium, cuius nomine teneat. d. §. adipiſcimur. d. l. qui iure. Poſſidet is, qui ita tenet, vt ſe dominum eſſe contendat, aut eum, cuius nomine rem tenet. l. vlt. de itine. actuque priua. l. ſi ſeruus. de noxal. act. idque vel naturaliter, vel ciuiliter. Naturaliter tantum dicitur poſſidere, ſi corpore incumbit rei: nec ea poſſeſſio iure ciuili probatur, quia forte clandeſtina eſt, aut violenta, aut alias iniuſta. l. 1. §. deiicitur. de vi & vi arma. l. ſi eum qui. de don. inter vir. & vxor. Naturaliter & ciuiliter cum quis corpore inſiſtit rei, & iuſta ex cauſa id facit, quamuis forte non ſit dominus. Cum enim lex eam poſſeſſionem comprobet, ciuilis poſſeſſio cum naturali coniuncta eſſe dicitur. Ciuiliter tantum, cum quis corpore abeſt à re poſſeſſa, ſed eius retinendæ adhuc animum habet. Nam iuris ciuilis interpretatione is poſſidere intelligitur. l. clam poſſidere. §. qui ad nundinas. de acq. poſſeſ.

De interdictis. CAP. XIX.

Ex his, quæ ſuperioribus capitibus continentur, perſpicuum eſt, nihil habere proprietatem, cum poſſeſſione commune, ſed res omnino diuerſas eſſe, adeo vt nihil prohibeat poſſeſſorem eſſe eum, qui dominus non ſit, & contra. l. naturaliter. §. nihil commune. l. exitus. ff. de acquir. poſſ. l. 1. ff. vti poſſ. Vnde fit, vt ſicut pro dominio, ac proprietate varia ſunt prodita iure ciuili iudicia, ita etiam pro poſſeſſione, adipiſcenda ſcilicet, retinenda, aut recuperanda, quæ interdicta dicuntur, tit. de interdi. Inſti. lib. 4. Nam interdicta, poſſeſſionis cauſa fere comparata ſunt. Quod vel Fabius oſtendit lib. 7. Orator. inſtit. Quoties (inquit) poterimus, efficiendum eſt, vt de re quacunque bene ſentiat Iudex. Sic enim iuri noſtro libentius indulgebit: vt in ſponſionibus, quæ ex interdictis fiunt, & ſi non proprietatis eſt quæſtio, ſed tantum poſſeſſionis, tamen non tantum poſſediſſe nos, ſed etiam noſtrum poſſediſſe dicere oportebit. Hæc ille. Quædam tamen reperiuntur interdicta, in quibus de dominio, & proprietate, ſeu iure quæritur, vt de itinere, actuque priuato, de arboribus cædendis. l. 2. §. quædam. ff. de interd. l. 3. §. hoc autem. ff. de itin. act. l. 1. ff. de arb. cæd. Interdictum igitur (ſi quis diffinitionem requirat) formula eſt à Prætore iudici pedaneo inter duos de poſſeſſione contendentes data, qua cognoſcendi, pronunciandique rationem ei præſcribit: vt docet Theophilus tit. de interd. lib. Inſtit. 4. Ad quem locum recte intelligendum, videnda ſunt ea, quæ de veteri dandorum iudiciorum ritu apud Romanos, alias annotauimus, in l. iuriſgentium. verſ. actionem à Prætore dandam. ff. de pact. Atque hinc animaduerti poteſt, quid edictum ab interdicto differat. Nam edicta generalia erant non (ſicut interdicta) perſonalia. l. 1. ff. de interd. Quæ proponebant Prætores & Magiſtratus, vt intelligerent ciues, quod ius de quaque re quiſque dicturus eſſet: id eſt, de quibus rebus actiones, & interdicta daturi eſſent, aut denegaturi. l. 2. §. eodem tempore. ff. de orig. iur.

CAP. XX.

De interdicto Vnde vi, diſputatio aduerſus aliorum ſententiam.

Duplex fuiſſe interdictum *Vnde vi*, teſtatur Cicero in oratione pro Cecinna, & nos multis argumentis comperturn habemus. Vnum de vi priuata, id eſt, ſine armis, quam Cicero Quotidianam vocat. Huius præcipuum caput de reſtituendo eo, qui deiectus eſt, in poſſeſſionem haud dubie fuit. l. videamus. §. in Fauiana. ff. de vſur. Tametſi apud Vlp. non reperiatur cap. 1. de vi & vi arma. Videturque ita conceptum fuiſſe, *Vnde tu, vel familia tua, vel procurator tuus illum vi deiecit, cum nec vi, nec clam, nec precario, à te poſſideret, eo reſtituas. De eo, quod tunc ibi habuit, &c.* Hanc autem exceptionem adſcribendam eſſe interdicto, præter Ciceronem in ea oratione, Paulus quoque lib. 5. Sententiarum auctor eſt. *Qui vi, vel clam vel precario poſſidet, ab aduerſario* (inquit) *impune deiicitur.* Quorum auctoritas eo magis nos mouet, quod Papinianum, Paulum, atque Vlpianum Iureconſultos in pleriſque Pandectarum locis idem ſenſiſſe obſeruauimus. l. 1. §. vi poſſidere. §. qui à me vi. l. Sed ſi vi armata. l. cum fundum. verſ. non enim ab ipſo. ff. de vi & vi arma. Alterum interdictum de vi publica, ſiue armata, apud Ciceronem integrum extat, cum luculenta ſingulorum verborum interpretatione. Eſt autem ſine vlla exceptione conceptum hoc modo: *Vnde tu hominibus coactis, armatiſve, illum vi deiecisti, aut familia tua, aut procurator tuus deiecit, eo reſtituas.* Euiuſque interdicti expreſſiſſi-

ma etiam nunc apparent veſtigia, cum in titulo ipſo, qui inſcribitur, De vi & vi armata, tum in veterum Iuriſconſultorum commentariis ad edictum.l.3.§. armis. l. ſed ſi vi armata. ff. de vi & vi armata. Quæ cùm ita ſe habeant, quod Iuſtinianus libro 4.Inſtit.ſcribit,tit.de interdict.§. recuperandæ. *Interdictum vnde vi competere deiecto de poſſeſſione, licet is ab aduerſario vi, vel clam, vel precario poſſideat*: facile adducor, vt credam, de eo, qui vi armata deiectus eſt, accipiendum eſſe: niſi malis hocius, quod in Pandectas relatum eſt, immutatum fuiſſe conſtitutione aliqua, quæ in Codice Iuſtiniani (vt pleræque aliæ) nunc deſideretur. Nam Inſtitutionum liber ad emendandum, corrigendumque ius antiquum compoſitum non eſt.

Cap. XXI.

Explanatum Diocletiani reſcriptum, de interdicto vti poſſidetis. lib. 8. Cod. Iuſtinianæi.

INterdictum, *Vti poſſidetis*, ita conceptum fuit à Prætore, *Vti eas ædes, de quibus agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero poſſidetis, quo minus ita poſſideatis, vim fieri veto*.l.1.ff.vti poſſid. Idque verbis reſcripti Diocletiani, lib. 8. Iuſtiniania. Cod. ſignificatur: *Vti poſſidetis fundum, de quo agitur, &c.* In quo reſcripto cætera ſatis perſpicua ſunt. Illud non temere inuenias qui explicet: ac ſatiſdationis, vel transferendæ poſſeſſionis edicti perpetui forma ſeruata, &c. Certe ſcriptorum nullus ad hunc diem eorum verborum ſenſum percepiſſe nobis videtur. Itaque admonendi ſumus, Diocletianum his verbis officium iudicis, de hoc interdicto cognoſcentis, demonſtrare: quod tale eſt, vt iubeat eum, qui ſuccubuit, aduerſario ſatiſdare, ſe nullam ei moleſtiam exhibiturum, nec eum impediturum, quo minus ea re libere vtatur, donec de iure ſuo docuerit.l.pen.ff.de aqua quotidia. Quod ita accipiendum eſt, ſi aduerſarium duntaxat inquietauerit, non etiam ſi ſpoliauerit eum ſua poſſeſſione. Nam ſi deiecerit (quo caſu poteſt aliquando hoc interdictum competere aduerſario, ſcilicet animo retinendæ ciuilem poſſeſſionem) curabit Iudex in eum, qui deiectus eſt, poſſeſſionem transferri. Quod cum perfectum fuerit, de proprietate cognoſcetur. Nec ad rem pertinet, quod de transferenda poſſeſſione apud Papinianum legitur, quem citat Accurſius l. 5. vt leg. nomi. caue. & apud Paulum lib. 1. Senten. tit. de ſatiſda. Quia de poſſeſſione cauſa cuſtodiæ loquuntur, quæ ab hoc interdicto aliena eſt. Nec vſquam ſcriptum extat, eum qui vicit in hoc interdicto, ſatiſdare debere, & eo non cauente poſſeſſionem in aduerſarium transferri. Sunt tamen qui pertinaciſſime id affirment, immodicum quendam ſuum contradicendi aliis affectum non hic tantum, ſed etiam alibi paſſim in ſcriptis ſuis mirabiliter prodentes, tametſi eius vitij cæteros odioſe admodum inſimulare, damnareque non dubitent.

Cap. XXII.

Publica vis, ac priuata, à iuris autoribus quamobrem dicatur.

CVm annos abhinc fere ſeptemdecim, Toloſæ iuris profeſſoribus operam darem, ac quidam ex his primi nominis verboſiſſime (vt fit) & magno cum faſtu, de vi tum publica, tum priuata diſſerendo, vociferandoque integram horam tranſegiſſet, memini conſultum à nobis, cur vim publicam iuris autores vocarent, quæ armis: priuatam, quæ ſine armis, aduerſus aliquem infertur, §. ſed ex conſtitutionibus. Inſtit. de interdict. §. item lex Iulia. Inſtit. de pub. iudi. primum obmurmuraſſe: deinde cum diſcendi cupiditate flagrans vrgerem, reſpondiſſe (grauiter, & acute ſcilicet) Non omnium, quæ à maioribus conſtituta ſunt, rationem poſſe reddi. l. non omnium. ff. de leg. Quid enim aliud faceret homo voi addictus Accurſio, vt arte aliqua ex manifeſta inſcitiæ ſuæ confeſsione, elaberetur? Nam nec Accurſius, nec Accurſianorum quiſquam de ea re verbum ſcripſerat. Quos omnes venia fortaſsis aliqua dignos iudicarem, ſi eius rei explicatio ex aliorum potius libris, quam Iureconſultorum, quos haberent in manibus, petenda fuiſſet. Verum id à iuris Autoribus ediſcere poterant. Nam Iuſtinianus in lib. τῶν νεαρῶν, conſti. 85. tit. περὶ τῶν ὅπλων, priuatis hominibus interdicit armorum vſu, ac commercio: eaque in publicis armamentariis ad belli vſum reponi, & cuſtodiri præcipit. Quod & lege Iulia cautum fuiſſe, ſcribit Martianus, tit. ad leg. Iul. de vi publica. c. 1. Extat etiam hac de re breuis admodum Theodoſij conſtitutio in hæc verba, *Nulli prorſus nobis inſciis, atque inconſultis, quorumlibet armorum mouendorum copia tribuatur*. tit. vt armorum vſus. lib. Cod. 11. Commemoratur & à vetuſtis autoribus Magni Pompeij in tertio conſulatu edictum, quo prohibuit, ne vllum in vrbe telum eſſet. Plin. lib. 34. c. 14.

Cap. XXIII.

Cæcum poſſe iudicem dari, aduerſus Accurſij, & aliorum omnium ſententiam.

VLpianus lib. 3. Pandect. tit. de poſtul. cap. 1. de his perſonis diſſerens, quas Prætor apud ſe pro aliis poſtulare prohibet, *Cæcum*, inquit, *vtriſque luminibus orbatum Prætor repellit, videlicet quod inſignia Magiſtratus videre & revereri non poſſit*. Refert etiam Labeo, Publium cæcum Aſprenatis Nonij patrem auerſa ſella à Bruto deſtitutum, cum vellet poſtulare. Quamuis autem cæcus pro alio poſtulare non poſſit, tamen & Senatorium ordinem retinet, & iudicandi officio fungitur. Nunquid ergo & Magiſtratus gerere poſsit? Sed de hoc deliberabimus. Extat quidem exemplum eius, qui geſsit. Appius denique Claudius cæcus conſiliis publicis intererat, & in Senatu ſeueriſsimam dixit ſententiam de Pyrrhi captiuis. Sed melius eſt vt retinere quidem dicamus iam acceptum Magiſtratum poſſe, aſpirare autem ad nouum penitus prohiberi, &c. Accurſius autem quod ab Vlpiano dicitur, cæcum iudicandi officio fungi, ſic interpretatur, *Modo ante cæcitatem iudex datus fuerit*. Veritus puto, ne aliter intellectus ille locus verbis ſequentibus repugnaret de magiſtratu, &c. Quæ ſententia mihi non probatur. Nam nec vlla lex eſt, quæ iudicem dari eum prohibeat, nec iudicio caret, vt cæteri, qui à munere iudicandi icciirco remouentur. l. cum Prætor. l. cæcus. ff. de iud. Alba fateor, & atra luminibus amiſsis diſcernere nequit: ſed protinuſne ad iuſti, atque iniuſti cognitionem, diſcretionemque minus erit idoneus? Cuius rei exempla inquirere volentibus non deerunt. Vide Cic. lib. 5. Tuſc. quæſt. Verum Accurſius ignoratione antiquitatis lapſus eſt, qui quid inter iudicem & Magiſtratum intereſſet, in hoc Vlpiani loco, ne per ſomnium quidem vnquam cogitauit. Quod à nobis non indiligenter alibi demonſtratum eſt, l. iuris gentium. §. 1. ff. de pactis. Ratio autem huius diuerſitatis hæc eſt: Quia in iudice priuato nihil aliud, quam iudicium, prudentiam, doctrinam, virtutem requirimus. In magiſtratu deligendo præter hæc omnia, decoris cuiuſdam, & ſplendoris publici habendam rationem eſſe, ſapientiſſimus quiſque ſemper iudicauit. l. reſcripto. ff. de muner. & honor. Vnde quibus apud Prætorem non licet poſtulare, ii nihilominus apud Iudicem priuatum ſiue Pedaneum poſtulant. Quod ſupra attigimus, cap. 1.

Cap. XXIIII.

De fumi immiſſione, ex Ariſtonis, Pomponiique ſententia.

DE fumi immiſſione magna eſt concertatio inter noſtros iuris interpretes, ob Ariſtonis, Pomponiique apud Vlpianum non ſatis adhuc perceptam ſententiam. l. ſicuti §. Ariſto, ff. ſi ſer. vin. ſcripſit autem Ariſto, quod & Vlpianus probat, *Ex taberna caſearia in ædificium alienum, quod ſuperius eſt, fumum iure non immitti, niſi fuerit nominatim conſtituta ſeruitus, alioqui vicino negatoriam actionem competere, &c.* Quo in loco tabernam caſeariam accipere debemus, in qua fumigari ſolent caſei. Quod Accurſianorum nemo intellexiſſe videtur. Moris enim fuit veteribus Romæ, ac in pleriſque Italiæ locis, colorandi, ſiccandique caſei gratia, fumum, aut ex culmis, aut ex maliginis, viridibuſque lignis facere. Plin. lib. 11. c. 42. Et caprarum gregibus ſua laus eſt Agrigenti maxima, eam augente gratiam fumo, qualis in ipſa vrbe efficitur, cunctis præferendus. Columella lib. 7. c. 8. de caſei faciendi ratione loquens: Eſt etiam, inquit, non ingrati ſaporis muria perduratus, atque ita maligni ligni, vel culmi fumo coloratus. Qui igitur non conſtituta ſeruitute, ex huiuſmodi taberna fumum

immittit

immittit in ſuperius ædificium, actione negatoria recte conuenitur, vt diximus. Quod ſi animo iniuriæ faciendæ id fiat, iniuriarum quoque agi poterit. l. pen. ff. de iniur. Sed prohibitus à vicino, ſi eam tabernam conduxerit, aduerſus locatorem merito experietur, cum ad eum vſum locata ſit, d. §. Ariſto. l. ſi merces. §. ſi vicino. ff. locati. Cæterum in foco ſuo fumum facere, qui vicino noceat, tametſi grauis non ſit, vt qui ex taberna caſearia ad ſuperius ædificium aſcendit, nemini permittendum arbitror. Itaque vtilis eſt huius ſeruitutis conſtitutio, & poterit eo nomine agi confeſſoria, ſicut pro aliis ſeruitutibus, idque exemplo cuniculi, per quem vapor, qui non adeo grauis eſt, ex balineo ad vicinum vſque manat, comprobatum eſt. Nam de huiuſmodi cuniculo habendo, ſeruitutem conſtitui poſſe placuit, d. l. ſicuti. §. apud Pomponium. De his autem, quæ ne leuiter quidem officiunt vicino & cuiuis, iure conceduntur. Cuiuſmodi hæc ſunt: In ſuo ignem facere, ſedere, lauare, inutiliter ſeruitus conſtituitur, & actio confeſſoria non competit. d. § apud Pomponium. l. quoties. ff. de ſerui. Et hæc noſtra de verbis Pomponij ſubobſcuris, opinio.

Cap. XXV.

De fumorum venditoribus, & qua pœna plectantur.

A Fumi immiſſione, ad fumorum venditionem tranſeamus. Fumos vendere dicebantur à veteribus, qui cum magiſtratibus ſiue iudicibus familiares eſſent, aut ſe tales eſſe mentirentur, ſimulato commẽdationis officio, euentum ſententiæ accepta pecunia vendebant litigatoribus: quos vtique dubium non eſt grauiter delinquere, tametſi iudicem non corruperint, ac ne tentauerint quidem. Idque reſcripto Diocletiani ſignificatur, cuius hæc verba ſunt: *Qui explicandi negotij ſpem, cuius finis in iudicis poteſtate, ac motu ſitus eſt, pollicetur, non minus ob illicitam ſponſionem crimen contrahit, quam qui ad huiuſmodi promiſſionis commercium contra diſciplinam publicam aſpirat.* l. qui explicãdi. C. de accuſ. *Nam & eos iniuriam facere iudici, cuius ſententiam venditant: ideoque coercendos eſſe Vlpianus ait,* l. item apud. §. idem ait. de iniur. Ac talem deſcribit Lampridius in Heliogabalo, Zoticum quendam nomine Principis ipſius familiariſſimum. Cuius verba, quod reſcriptum Diocletiani mirum in modum illuſtrent, hic adſcripſimus: Zoticus ſub eo tantum valuit, vt ab omnibus officiorum principibus ſic haberetur, quaſi domini maritus eſſet. Erat præterea idem Zoticus, qui hoc familiaritatis nomine abutens, omnia Heliogabali dicta, ac facta venderet, fumis quam maxime diuitias enormes ſperans, cum aliis, atque aliis polliceretur, omnes falleret. Egrediens que ab illo ſingulos audiret dicens, De te hoc locutus ſum, hoc de te audiui, hoc de te futurum eſt: vt ſunt homines huiuſmodi, qui ſi admiſſi fuerint ad nimiam familiaritatem Principum, famam non ſolum malorum, ſed & bonorum Principum vendunt: & qui ſtultitia, vel innocentia imperatorum, qui hoc non perſpiciunt, infamium rumigeratione paſcuntur. Hæc ille. Sed qua pœna huiuſmodi impoſtores plectendi ſint, quæſitum eſt. Et exiſtimo ſi ex comitibus Magiſtratuum ſint, eos lege Iulia repetundarum accuſari poſſe. l. in comites ff. ad leg. Iul. repetun. Alioqui eadem pœna, qua pecuniam eis dantes hoc nomine, vel promittentes, dignos eſſe verba reſcripti (cuius ſupra mentionem fecimus) oſtendunt. vide l. ſi quemquam. C. de epiſc. & cler. Eſtque ea pœna extraordinaria, quæ olim fuit legis Corneliæ de falſis, nempe aduerſus eum, qui, quod in ſe fuit, iudicem corrupit. l. 1. l. qui duob. ff. ad leg. Cornel. de falſ. d. §. idem ait. Paulus lib. 5. ſentent. tit. ad leg. Corneliam teſtamentariam: *Si qui de iudicis amicitia vel familiaritate mentientes, euentus ſententiarum eius vendant, quidve obtentu nominis eius agant, conuicti pro modo delicti aut relegantur aut capite puniuntur.* Quod, ſi non iudicis, ſed Principis familiaritate quiſpiam hoc modo abuſus ſit, ſeuerius, atque atrocius id vindicandum eſſe Imperatoris Alexandri exemplo admonemur. Quod vtinam Principes noſtri temporis aliquando imitari in animum inducant. Itaque namque de eo ſcribit Lampridius, Solus poſt meridiem, vel matutinis horis, idcirco nunquam aliquos videbat, quod ementitos de ſe multa cognouerat. Speciatim Vetronium Turinum, quem cum familiarem habuiſſet, ille omnia vel fingendo ſic vendiderat, vt Alexandri quaſi ſtulti hominis, & quem ille in poteſtate haberet, & cui multa perſuaderet, infamaret imperium: ſicque omnibus perſuaſerat, quod ad nutum ſuum omnia faceret. Denique hac illum arte deprehendit, vt quendam immitteret, qui à ſe quiddam peteret, ab illo autem occulte quaſi præſidium poſtularet, vt pro eo Alexandro ſecreto ſuggereret. Quod cum factum eſſet, & Turinus ſuffragium promiſiſſet, dixiſſetque ſe quædam Imperatori dixiſſe, cum nihil dixiſſet, ſed in eo pendere, vt adhuc impetraret, euentum vendens: cumque iterum iuſſiſſet Alexander interpellari, & Turinus quaſi agens aliud nutibus annuiſſet, neque tamen interim quicquam dixiſſet, impetratum autem eſſet quod petebatur, Turinuſque ab illo qui meruerat, fumi venditor ingentia præmia percepiſſet, accuſari eum Alexander iuſſit, probatiſque per teſtes omnibus, & quibus præſentibus quid accepiſſet, & quibus audientibus, quid promiſiſſet: in foro tranſitorio ad ſtipitem illum ligari præcepit, & fumo appoſito, quem ex ſtipulis atque humidis lignis fieri iuſſerat, necauit, & præcone dicente, Fumo punitur, qui vendidit fumum. Ac ne in vna tantum cauſa videretur crudelior fuiſſe, quæſiuit diligentiſſime antequam eum damnaret: & inuenit Turinum ſæpe & in cauſis ab vtraque parte accepiſſe, cum euentus venderet, & ab omnibus, qui aut Præpoſituras aut Prouincias acceperant.

Cap. XXVI.

Apud Papinianum ſub tit. de compenſat. Edulitatis legendum eſſe, non AEdilitatis, contra Budæum, & Alciatum.

PApinianus lib. 16. Pand. tit. de compenſ. c. 17. *Ideo,* inquit, *condemnatus quod arctiorem annonam edulitatis tempore præbuit, frumentaria pecunia debitor non videtur, & ideo compenſationem habebit.* Budæus noſter in ſuis Annotat. legit Ædilitatis, reiecta Accurſij opinione, legemque Ciceronis quãdam pro 12. Tab. lege citat. Quam lectionem ſequutus eſt Alciatus in l. pupillus. de verb. ſigni. nec ea diſplicuit Haloandro. At ego veterem, vulgatemque lectionem magis amplector. Edulitas enim quamuis apud Latinos autores, qui nunc extãt, raro admodum reperiatur, tamen ſeculo Papiniani, Vlpianique vſitatã fuiſſe vocem animaduerti, pro rerum ſcilicet edulium largitione, & donatione, quæ à Principe in populum, cum magna eſſet annonæ caritas, conferri ſolebat. Cuius rei fidem facit Lampridius in Alex. Cum edulitatem, inquit, P. R. ab eo peteret, interrogauit per Curionem, quam ſpeciem caram putarent. Illi continuo exclamauerunt, carnem bubulam, atque porcinam. Tunc ille non quidem edulitatem propoſuit, ſed iuſſit ne quis ſuminatam occideret, ne quis lactantem, ne quis vaccam, ne quis damalionem: tantumque intra biennium, vel prope annum porcinæ carnis fuit, & bubulæ, vt cum fuiſſet octo minutalis libra, ad duos, vnumque, vtriuſque carnis libra redigeretur. Sane ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum compenſatione non vti, idem Papinianus reſpondit. l. ob negotium. de compenſ. Quo in reſponſo copias accipimus commeatum, ſiue annonam exercitui neceſſariam. Galli vulgo Munitiones vocant. Cornelius Tacitus: Contraque prodiderit Corbulo Parthos inopes copiarum, & pabulo attrito relicturos oppugnationem. Plinius in epiſtolis. Suggerunt affatim ligna proximæ ſyluæ, cæteras copias Oſtienſis colonia miniſtrat. Hinc copiari verbum caſtrenſe Aulus Gellius eſſe eleganter ſcribit libro 17. cap. 2. Porphyrion Grammaticus enarrans illum Horatij locum,

Proxima Campano ponti, quæ villula tectum
Præbuit, & Parochi, quæ debent ligna, ſalemque, &c.

Parochi inquit, Copiarij dicuntur, ἀπὸ τ̃ παρέχειν, hodieque à copiariis præſtantur hæc iis, qui Reipub. cauſa iter faciunt. Non negauerim tamen rerum in foro venalium, ac præſertim annonæ curam ad Ædiles ſpectaſſe, non Romæ tantum, ſed & in municipiis quoque, ac ædium præterea & viarum publicarum. Theopompus Inſtitut. de iure naturali, gentium. l. AEdiles. ff. de via publica. Nam & horum ea fuit autoritas, vt iniquas menſuras frangere, merces im-

probas, & adulterinas diſſicere, aut diſcindere, earumque negotiatores coërcere, ſummaria tantum cognitione adhibita, ipſis liceret. Paulus cap. 12. de periculo & commo. rei venditæ. *Lectos emptos AEdilis, cum in via publica poſiti eſſent, conſcidit, ſi traditi eſſent emptoris, temporis eſſe periculum placet, &c.* Vlpianus cap. 14. locati & condict. *Si quis menſuras conduxerit, eaſque magiſtratus frangi iuſſerit, ſi quidem iniqua fuerint, Sabinus diſtinguit, vtrum ſit conductor, an non, &c.* Calliſtratus tit. de Decurio. cap. 12. *Eos, qui vtenſilia negotiantur, & vendunt, licet ab ædilibus cædantur, non oportet quaſi viles perſonas negligi.* Iuuenal. Satyr. 10.

Huius qui trahitur prætextam ſumere mauis,
An Fidenarum, Gabiorumque eſſe poteſtas?
Et de menſura ius dicere? vaſa minora
Frangere, pannoſus vacuis AEdilis Vlubris?

Perſ. Satyr. 1.

Seſe aliquem credens Italo quod honore ſupinus
Fregerit heminas Arreti AEdilis iniquas.

Plautus in Ruden.

Neptunus ita ſolet, quamuis faſtidioſus AEdilis eſt.
Si quæ improbe ſunt merces, iactat omnes.

Idem in Sticho.

AEdilitatem gerit ſine populi ſuffragio.

Quod de eo dici ſolet, qui imperioſior eſt in alienis ędibus. vt recte admonuit Eraſmus. Sueto. in Claud. Item ſcribam Quæſtorium, itemque Prætura functum Senatorem, inauditos, & innoxios relegauit, quod ille aduerſus priuatum ſe intemperantius affuiſſet. Hic in ædilitate inquilinos prædiorum ſuorũ cõtra vetitũ cocta vẽdentes mulctaſſet, villicumque interuenientem flagellaſſet. Qua de cauſa etiam coërcitionem popinarum, Ædilibus ademit. Cæterum de venditionibus tantum, non etiam de locationibus Ædiles ius dicebant. l. ſciendum. de ædil. edict. Sed hæc alias opportunius, ac diffuſius.

Cap. XXVII.

Probationis diffinitio, atque diuiſio, ad tractatum de probationibus intelligendum pernecessaria.

Probare, *eſt rei cõtrouerſæ teſtib⁹, aut tabulis iudici fidẽ facere.* Hac diffinitione admonetur litigator, vt eius rei, de qua lis eſt, & de qua iudicem pronuntiare oportet, probationem adferat: atque ideo qui ſit cauſæ ſtatus, conſideret, quodque Græci κελνομενόν vocant, ne aut minus idonea ſit, aut ſuperuacanea probatio. l. patronus. l. ante omnia. ff. de probat. Illud quoque ex eadem diffinitione annotandum eſt, neque confeſſionem, neque iuſiurandum, probationis vocabulo proprie contineri, licet vim & effectum probationis habeant. l. ſed & ſi poſſeſſori. §. vlti. l. eum qui. ff. de iureiuran. Abuſiue tamen vtrunque probatio dici poteſt, quia tam is, qui fatetur intentionem aduerſarij, quam qui ipſo deferente iurat, teſtis quodam modo in propria cauſa eſſe intelligitur. l. vlt. C. de fide. com. Nec illud quidem otioſum eſt, quod dicitur in diffinitione *iudici, &c.* Hæc enim particula oſtendit iudici ipſi, non aduerſario probandum eſſe: id eſt, à litigatore efficiendum, vt ipſius intentio, defenſio ve ſi minus aduerſario, at certe iudici proba rectaque videatur. l. quinquaginta. ff. de prob. Vnde & quæ ſit huius verbi ἐτυμολογία cognoſci poteſt. Dicitur præterea in diffinitione, *Teſtibus aut tabulis.* quoniam nullum genus probationis eſt, quod teſtium aut inſtrumentorum fide non conſtet. cap. forus. de verb. ſignif. Nam & probatio inartificialis (de qua mox dicturi ſumus) niſi teſtibus, aut tabulis aliquid probatum ſit, ex quo ducantur argumenta, nõ conſiſtit. Quid igitur ſi euidenter, & ex aſpectu ipſo iudici appareat, ita ſe rem habere, &c. Reſpondeo: non niſi improprie hanc dici probationem, ſicut & cum fatetur aduerſarius, vt iam admonuimus, vtcumque ſit diſputatio, hæc de verbis tantum eſt: quæ ſi res intelligantur, non adeo magni eſt momenti. Sequitur probationum diuiſio valde ad docendum accommodata, quam nos partim adinuenimus ipſi, & noſtro Marte confinximus, partim à Rhetoribus mutuati ſumus. *Probatio omnis aut directa eſt, aut obliqua. Directa, cum teſtimoniis, vel tabulis id ipſum nominatim continetur quod intendimus: quæ ἄτεχνος dicitur. Obliqua, cum aliud quiddam eis continetur, ex quo conſequitur id, quod intendimus: & hæc ἔντεχνον non male dicetur, cum artis cuiuſdam ſit videre quæ quibus propoſitis ſint, quæque non ſint conſequentia.* Qua in re Dialecticæ, atq; Rhetoricæ neceſſariarum Iuriſconſulto artium præcepta nos iuuabunt. Poſterioris tria genera ſunt. Fab. lib. 5. cap. 8. & cap. 10. vna eſt neceſſaria, alia veriſimilis, ſeu credibilis, alia non repugnans. Neceſſaria cum ex eo quod tabulis continetur teſtimoniiſve, efficitur neceſſario quod intendimus: veluti eam, quæ lac in mammis habet, virginem non eſſe. Qui certo die Biturigibus fuit, eodem die Pariſiis non fuiſſe, l. optimam. C. de contrahenda & committenda ſtipulatione. Cum obſcura, & illunis eſſet nox, quod noctu factum eſſe dicitur, teſtes non vidiſſe. Qua ratione teſtes quoſdam Athenis falſi conuictos fuiſſe, ſcribit Plutarchus in Alcib. Hæc enim ſunt certiſſima ſigna, atque indubitata, quæ τεκμήρια Ariſtoteles appellat. Itaque huiuſmodi probatio ſufficit ad condemnationem. l. vlti. C. de probat. Veriſimilis probatio eſt, cum ex eo, quod in teſtimoniis extat, præſumptione quadam iuris, non phyſica, & neceſſaria ratione infertur, quod probare volumus: vt (exempli gratia) Filium alicuius eſſe, qui ex eius vxore conſtante matrimonio naſcitur, l. filium. ff. de his qui ſunt ſui vel alieni iur. Filium in patris ſui poteſtate eſſe: Voluntatem mutatam non eſſe: Eum qui paciſcitur, ſibi, & ſuis hæredibus conſulere: Quod nunc eſt, ante hoc tempus quoque fuiſſe: Qui pecuniæ ſummam teſtamento legatam repetiit in codicillis, legatum duplicare voluiſſe: Chirographo cancellato, debitorem liberatum eſſe: & cætera id genus, quæ à quouis ſtudioſo lectore obſeruari poſſunt. l. ſi pactum. l. eum, qui ſe. l. ſi filius. l. cum tacitum. l. non eſt neceſſe. l. quinquaginta. l. ſi chirographum. l. cum de indebito. l. Procula. ff. de probat. Cum igitur hæc probatio ex certis ſignis non oriatur, ſed probabilibus tantum quæ εἰκότα dicuntur à Græcis, merito probationi contrariæ cedit. d. l. ſi chirographum. l. vlt. ff. de eo, quod metus cauſa. Non repugnantem probationem, veteres ſequuti Rhetores, hic vocamus, quæ non firmiſſima iuris præſumptione, ſed leui aliqua ſuſpicione nititur: vt, Furtum factum ab eo, qui domi fuit: Seruum, qui ab emptore aufugit, fugitiuum antequam emeretur, fuiſſe: Legitimum filium non eſſe, quem itata mater vt ſpurium in actis profeſſa eſt: Pecuniam ei deberi, cui teſtator vt debitam ſolui iuſſit, ſupra eam quantitatem, ad quam vſque capere poterat: Ingenuam eſſe eam, cuius patrem ex natalibus ingenuum eſſe conſtat, vel de cuius fratribus nulla mouetur ſtatus quæſtio: Seruum eſſe, cuius mater, fraterque ſeruilia feciſſe miniſteria dicuntur. l. emptorem. l. cum probatio. l. Imperatores. l. qui teſtamentum. ff. de probat. l. neque natales. l. matrem. l. ad probationem ſeruitutis. C. eo. Et hæc quidem ſigna tametſi per ſe admodum infima ſint, nec onus probandi reiiciant in aduerſarium, plerumque tamen aliis adiuncta proſunt ad condemnationem, etiam in criminali iudicio. l. Procula. ff. de probat. l. inſtrumenta. l. vlt. C. eod. Quod totum relinquendum eſt arbitrio iudicis, vt quidam ex interpretibus non leuis autoritatis prudenter admonet, cum nulla iuris regula ac diffinitione certa, hi probationum gradus diſcerni poſſint. l. cum de ætate. ff. de probat. l. teſtium. ff. de teſt. l. Lucius. ff. de his qui notan. infam. Panorm. in c. quanto. de præſumption.

Cap. XXVIII.

Fratris teſtimonium iure ciuili admittendum non eſſe, contra receptam opinionem.

Cvm ab Vlpiano iuris autore literis proditum ſit, teſtes idoneos eſſe omnes, quibus lege non interdicitur teſtimonium. l. 1. ff. de teſtib. vulgo receptum eſt, fratrem à teſtimonio non repelli, quod nulla lege prohiberi videatur. Verum hæc ſententia nobis diſplicet, qui certo iure improbari domeſticum teſtimonium ſcimus. l. teſtes. ff. de teſtibus. l. etiam. C. eo. Domeſticus enim teſtis, non is tantum dicitur, qui in eadem domo habitat: ſed & qui eiuſdem familiæ, gentis, agnationis eſt. l. reſpiciendum. § furta. ff. de pœnis. Theophil. tit. de teſta. Inſtit. lib. 2. l. item eorum. ff quod cuiuſ. vniuer. no. l. 1. C. de emenda. propin. Vnde apud Vergil. Domus Aſſaraci, pro gentilibus eiuſdem, & agnatis accipitur. Huiuſmodi teſtem, qui de domo accuſatoris producitur, Cicero mutum accuſatorem vocat in oratione pro Roſcio Amerino, Græcis οἴκοθεν ὁ μάρτυρ dici ſolet.

CAP. XXIX.

Explicatus Venuleii Iureconſulti locus, cap. 23. de teſtibus, reiecta Budæi lectione & interpretatione.

VEnuleius cap.23.de teſti. *Produci* (inquit) *teſtis non poteſt qui ante in eum reum teſtimoniũ dixit.* Quem locum Budæus noſter mutilatum eſſe, aut inuerſum cenſet, ſicque legi debere: *Produci teſtis non poteſt in reum, qui ante in eum teſtimonium dixit.* Sed vetuſti codices omnes refragantur, & Haloandri præſertim editio, quæ merito cæteris integrior, & emendatior habetur. Deinde ratio iuris non permittit, vt ideo quis à teſtimonio aduerſus alium dicendo repellatur, quod in eundem ante dixerit teſtimoniũ. Quod ſi Budæi lectionem ita accipiamus, vt produci teſtis non poſſit in reum, qui ſcilicet reus in eum teſtem productum aliquando teſtificatus eſt, ſane non video quid habeat incommodi ea interpretatio. Sed contra fidem exemplarium omnium ita legere vereor equidem, ne forte audax nimis, ac temerarium ſit. Itaq; vt nihil ex verbis immutemus Venuleij, Reum hic interpretor poſtulatum alicuius criminis, vnde *Reatus* dicitur, *In reos recipere, è reis eximere*. l. ſi quis diutino. ff. de pœnis. l. vlt. ad leg. Iul. maieſt. l. hi tamen. l. hos accuſare. de accu. glo. c. in criminali. 4. quæſt. 3. Qui igitur in reum, id eſt, accuſatum ſemel teſtimonium dixit, quia eiuſdem inimicus eſſe præſumitur, idoneus teſtis non eſt. Nam veteres teſtem & accuſatorem, quantum ad inimicitias pertinet, eodem pene loco habebant. l. qui cum maior. ff. de bon. liber. cap. cum P.c. meminimus. de accuſ. Ac fuit quorundam ſententia, eorumque ſapientiæ ſtudiis deditorum, cum quis aduerſus amicum teſtis producitur, dare eum operam debere, vt amici crimen celet. Verum id Chriſtiano homini non conuenit. Sed Periclis exemplum potius ſequi debet, qui cum ab amico rogaretur, vt pro re cauſaque eius falſum teſtimonium diceret: Δεῖ με συμπράττειν τοῖς φίλοις, inquit, ἀλλὰ μέχρι θεῶν. Cæterum illud nos mouere non debet, quod oratio hæc mutila eſt, vt Budæo videtur, cum in Pandectarum libros velut fragmenta quædam fere congeſta reperiantur, non plenæ perfectæque iuris autorum ſententiæ, vt ſæpe alibi oſtendimus. Conſtantinus Harmenopolus libro 1. titul. 6. ſcribit, eum, qui contra aliquem teſtimonium dixit, pro eodem non poſſe teſtem produci. Quod ego falſum, & à ratione alienum puto. Ac ſi quis dicat probare me eum teſtem non debere, quem ſemel improbauero. Reſpondeo infirmam eſſe hanc rationem, nec Vlpianum loqui de teſte refutato: cuius verba videri poteſt interpretatus fuiſſe Conſtantinus. Huius generis eſt, quod idem ſcribit eodem capite, pauperes teſtimonij dicendi ius non habere: quaſi Vlpianus ita ſenſerit cap. 3. de teſtib. Sed huius ſcriptoris errata, quæ plurima ſunt, perſequi non eſt huius loci.

CAP. XXX.

Quid teſtari ſit, & teſtatio, apud Iureconſultos, & de ſignatoribus.

ALius eſt locus eiuſdem autoris, nempe Venuleij, ſub eo. tit. cap. 22. peſſime, & ineptiſſime ab aliis explicatus: in quo ita legitur: *Curent Magiſtratus cuiuſq; loci teſtari volentib. & ſe ipſos, & alios teſtes vel ſignatores præbere, quo facilius negotia explicentur, & probatio rei ſalua ſit.* Nam quid teſtari ſit, quique dicantur ſignatores, minime omnium intellexerunt. Eſt enim, *teſtari, non modo teſtamentũ condere, ſed de quocunq; negotio tabulas, quæ ad probationem valeant, conficere.* Huiuſmodi autem teſtationes olim nõ à perſonis aliquibus publicis id eſt, tabulariis, ſiue tabellionibus, ſed à priuatis hominib. (ſicut & hodie teſtamenta fieri nemo eſt qui neſciat) lege, ad teſtium. ff. de teſtamentis, ſignabantur: quarum teſtationum, obligationumq; præter Iureconſultos, l. capite quinto. ff. ad l. Iuliam de adult. l. Lucius, ff. de his qui notan. infa. l. ſi pater. C. de fideiuſ. l. penul. ff. de donat. inter virum & vxo. leg. moris. ff. de pœnis, meminerunt Cicero, Quintilianus & alij. Cicero in Quintiana: Tabulæ maximæ ſignis hominum nobilium conſignantur, deſcenditur. Idem in eadem oratione: Eius rei, conditioniſq; tabellas obſignarunt viri boni cõplures, res in dubium venire non poteſt. Idem actione 7. in Verrem, Ipſe in tabellas refert, obſignat ſignis amicorum, prouidens homo: vt contra hoc crimen (ſi quando opus eſſet) hac videlicet teſtificatione vteretur. Fab. lib. 5. cap. 5. Contra tabulas quoque ſæpe dictum ſæpe dicendum eſt: cum eas non ſolum refelli, ſed etiam accuſari, ſciamus eſſe vſitatum. Cum ſit autem in his aut ſcelus ſignatorum, aut ignorantia, tutius, ac facilius id, quod ſecundo loco iam diximus, tractatur: ſcilicet pauciores rei fiunt. Et cap. 7. eiuſdem libri: Sæpe inter ſe collidi ſolent, inde teſtatio, hinc teſtes, locus vtrinque. Hæc enim ſe pars iureiurando, illa conſenſu ſignantium tuetur. Idem lib. 12. c. 8. Promittit litigator omnia, teſtem populum, paratiſſimas conſignationes, ipſum denique aduerſarium quædam non negaturum. Et paulo poſt: Denique linum ruptum, aut turbata cera, aut ſine agnitione ſigna frequenter inuenies. Iuuenal. Satyr. 10.

Veniet cum ſignatoribus auſpex.

Seneca libro 3. de Benefic. cap. 15. O turpem humani generis fraudis, ac nequitiæ publicæ confeſſionem! annulis noſtris pluſquam animis creditor. In quid iſti viri ornati adhibiti ſunt? in quid imprimunt ſigna? Nempe, ne ille neget accepiſſe, quod accepit. Hos incorruptos viros, & vindices veritatis exiſtimas? At his ipſis ſtatim non aliter pecuniæ committuntur. Vlpianus c. 9. tit. de pœn. *Solet & ita interdici ne inſtrumenta omnino forment, neve libellos concipiant, vel teſtationes conſignent.* Sed nemo melius, nemo dilucidius hunc teſtandi obſignandique morem deſcribit, quam Paulus lib. 5. Sententiarum, tit. ad leg. teſtam. his verbis: *Ampliſſimus ordo decreuit, eas tabulas, quæ publici, vel priuati contractus ſcripturam continent, adhibitis teſtibus ita ſignari, vt in ſummã marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino cõſtringantur, atq; impoſitum ſupra linum ceræ ſigna imprimantur, vt exteriores ſcripturæ fidem interiori ſeruent.* Sed & decreta quoque magiſtratuum iſto modo obſignari ſolita fuiſſe innuit Cicero lib. 16. Epiſt. ad Atticum his verbis: Buthrotios cum Cæſar decreto ſuo, quod ego obſignaui cum multis ampliſſimis viris, liberauiſſet, oſtẽdiſſetque nobis ſe, cum agrarij mare tranſiſſent, literas miſſurum, quam in agrum deducerentur, accidit vt ſubito ille interiret. Sane Principes Romanos annulum habuiſſe conſtat, quo Epiſtolæ Reſcriptaque eorum obſignarentur. Cuius annuli teſtatur Trogus Pompeius patrem ſuum ſub C. Cæſare curam habuiſſe. vide Iuſtinum lib. 43. Mœcenatem quoque ſub Auguſto huic muneri atq; officio præfuiſſe ſignificat Horatius, Serm. lib. 2. Saty. 2. Quod & Dion Nicæus teſtatur in Auguſto.

CAP. XXXI.

Differentia itineris, actus, viæ, aliter explicata, quam vulgo ſoleat.

VErba Vlpiani hæc ſunt, cap. 1. de ſeruit. ruſtic. præd. *Iter eſt ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum. Actus, eſt ius agendi iumentum, vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet, iter habet etiam ſine iumento. Via eſt ius eundi, & agendi, & ambulandi. Nam & iter & actum via in ſe continet.* In huius capitis explicatione quæri ſolet, qui fieri poſſit, vt via, iter & actum in ſe contineat: cum is, qui habet actum, iter quoque habere dicatur, ideoq; tam late videatur patere actus, quam via, quæ hic diffinitur ius eundi & agendi eſſe. Verum iis omiſſis, quæ præter rationem omnem vulgo hac de re dicuntur, ſic reſpõdendum cenſeo: Si proprietatem verborum ſpectemus, quæ vel ex ἐτύμῳ ipſo cognoſcitur, iter ius eundi ſignificat, vel cum equo, vel ſine equo. l. inter actum. de ſeruit. ruſti. præd. non agendi, ſiue ducendi. Actus ius agendi tantum, non etiam eundi, vel ambulandi. Via tam agendi, quam eundi. Itaque, via, actum & iter merito continere dicitur. At enim ius eundi etiam ſine iumento habere dicitur is, qui actum habet. Fateor: ſed ex præſumpta mente paciſcentium, non ex vi, & proprietate verbi, cum ſit veriſimile, eum, qui agendi iumentum, aut vehiculi ius concedit, eundi quoque (quod minus eſt) concedere. Idem in alienatione ac donatione animaduertere licet: vt ſimile exemplum huius rei declarandæ gratia adducamus. Nam tametſi alienatio, verbum generale ſit, donationem, & venditionem complectens, l. 1. C. de fundo do. tamen qui ius habet donandi, eundem & vendendi quoque

ius habere conſtat.l. cui ius. de regu. iuris. atque ita effectu & poteſtate plus non continet alienatio, quam donatio ob præſumptam voluntatem contrahentium. Licet quantum ad verborum proprietatem attinet, ſecus dicendum ſit. Quidam idcirco viam plus continere, quam actum aiunt: quod viam habens, non eundi modo, & agendi, ſed trahendi quoque lapidem, aut tignum: & præterea haſtam rectam deferendi ius habeat. Quod quanquam verum ſit, l. cui cella. de ſeru. ruſtic. prædio. tamen aliò hic Vlpianum reſpexiſſe obſcurum nō eſt.

Cap. XXXII.

Explicatum Scæuolæ reſponſum ſub tit. de ſeru. vrb. prædio. cap. vltimo.

IAnuam in publico aperire, ſicut & ſtillicidium habere, cuiq; licet, modò id abſq; vicinorum incommodo fiat, vt Scæuola reſpondit. Quod priſcis temporibus Romæ permiſſum non fuiſſe argumento eſt: quod memoriæ proditum eſt, cum bene meritis de Repub. Imperatoribus publice decernerētur areæ, ad exædificandas domos, ſummum illorum honorem fuiſſe adiici decreto, vt fores extra aperirentur, & ianua in publicum reiiceretur. Aſcon. in orat. Cicer. in Piſo. Plin. lib. 36. cap. 15. Ariſtot. lib. 2. œcon. Scæuolæ verba hæc ſunt, cap. vlt. de ſeruit. vrb. præd. *Lucius Titius aperto pariete domus ſuæ, quatenus ſtillicidii rigor, & tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuit. Quæro cum neque luminibus Publii Mæuii vicini, neque itineri officeret, neque ſtillicidium in vicini domo caderet: an aliquam actionem Publius Mæuius vicinus ad prohibendum haberet? Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, nullam habere.* Cæterum ſtillicidij rigorem hic accipe, quatenus labitur aqua per protectum: antequam vergere, & flecti deorſum incipiat. l. 1. ff. de flum. Nam rigidum flexo opponitur apud Latinos autores. Hinc rigorare, verbū, quo Plinius vtitur. Quod autem refert Scæuola, Lucium Titium, quatenus ſtillicidij rigor, & tignorum protectus competebat, ianuam in publico aperuiſſe: non ita accipiendum eſſe arbitror, vt vulgus putat, quaſi ob ſtillicidium, vel protectum id ei licuerit. Nam de ſtillicidio non minus apud Scæuolam dubitatur, quam de ianua. Sed quod non vltra protectum ſolerent veteres ianuas ſuas in publicum reſicere: veriti ſcilicet, ne pluuia, & aëris intemperie corrumperentur.

Cap. XXXIII.

Locus Pauli enucleatus, cap. 15. tit. de ſeru. vrb. præd.

SEruitus luminis, eſt ius habendi feneſtram verſus ædes alienas. l. 3. de ſeru. vrb. præd. Nam abſque conſtituta ſeruitute lumen à nobis immiſſum non cogitur vicinus excipere. l. eo. tit. eod. Cui conſentaneum eſt, quod Xenocrates dicebat nihil referre, oculoſne, an pedes in alienum inferas. Plutarch. in lib. περὶ πολυπρ. Qui hanc ſeruitutem debet, non prohibetur altius ædificando obſcurare ædes, aut proſpectum offendere, modo lumen totum non auferat. Itaque vitandi huius incommodi gratia, perutilis eſt ſeruitus, ne luminibus aut proſpectui officiatur. l. inter ſeruitutes. eod. tit. Sed videndum eſt, quis ſit ſenſus Pauli verborum, cap. 15. de ſeruit. vrb. pręd. quæ ſubobſcura habentur. *Lumen, id eſt, vt cœlum videatur, & intereſt inter lumen & proſpectum. Nam proſpectus etiam ex inferioribus locis eſt: lumen ex inferiore loco eſſe non poteſt.* l. lumen. eod. tit. Et exiſtimo, Paulum non de luminum ſeruitute loqui, vt vulgo cenſent alij, ſed de ſeruitute, ne luminibus officiatur, potius. Nam Vlpianus lib. 29. ad Sabinum, de ea ſeruitute diſſeruerat, oſtendere volens, quid inter eam, & ſeruitutem, ne proſpectui officiatur, intereſſet: ex eoque Vlpiani loco ſumptum eſſe cap. 14. & 16. eiuſdem tractatus: ex inſcriptione vtriuſque ſatis perſpicuum eſt: inter quæ duo capita hæc verba Pauli interiecta ſunt, quibus differentia ab Vlpiano tradita, fuſius explicatur hoc modo: In proſpectu ideo plus quis habere dicitur, quia proſpectus non tantum ex ſuperioribus, verum etiam ex inferioribus locis eſt: Lumen ex cœlo tantum, & ſuperiore loco eſt. Proinde qui debet ſeruitutem ne luminibus officiatur, iuxta ædes vicinas quiduis facere poteſt, modo lumen ex cœlo veniens non impediat.

Cap. XXXIIII.

De vſucapione ſeruitutū: & an titulus in ea ſit neceſſarius.

SEruitutes omnes, tam vrbanorum prædiorum, quam ruſticorum, eius ſunt naturæ, vt non poſſint vſucapi. l. ſequitur. §. vlt. ff. de vſucap. l. ſeruitutes. de ſeru. Non poſſunt enim poſſideri, cum res ſint incorporales, l. ſeruus. §. incorpora. ff. de acquirendo rerum dominio, ac ſine poſſeſſione eaque continuata nulla eſt vſucapio. l. 3. ſine poſſeſſione. ff. de vſucap. Vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, vt tempore, & diuturno vſu acquirantur. d. l. ſi quis diuturno. ff. ſi ſeru. vindic. l. 1. 2. C. de ſer. & aqua. Nam vſus earum poſſeſſionis loco eſt. l. quoties via. ff. de ſeruit. Theoph. tit. de interdict. lib. Inſtit. 4. Vnde huiuſmodi acquiſitio, tametſi proprie vſucapio non ſit. d. l. 3. de vſucap. tamen pro vſucapione habetur, & quaſi vſucapio quædam eſt, vtiliſque actio eo nomine competit, d. l. ſi quis diuturno: & quaſi ſeruitus dicitur acquiſita. l. 1. Cod. de aqua plu. arcend. Tempus autem hoc non aliud eſſe puto, quam quod rerum immobilium acquiſitioni conſtitutum eſt, l. 2. C. de ſer. & aqua. id eſt, decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes, l. 1. C. de vſucap. transfor. l. vlt. C. de præſcript. longi temp. idque generaliter accipiendum de omnibus ſeruitutibus, tam iis quarum vſus aliquando intermittitur, vt itineris, & viæ, quam aliis quibuſcunque. l. 1. §. vlt. de aqua plu. arcend. l. apparet, de itine. act. cum aliis ſupra citatis in l. 2. §. vlt. eod. tit. Qua de re Longouallius accurate diſſeruit. Sed an titulus in hac acquiſitione neceſſarius ſit, quæri ſolet. Et vulgo receptum eſt, neceſſarium non eſſe propter Vlpiani verba, cap. 10. tit. ſi ſeruit. vind. *Si quis diuturno vſu, & longa quaſi poſſeſſione ius aquæ ducendæ nactus ſit, non ei neceſſe eſt docere de iure, quo aqua conſtituta eſt (veluti ex legato vel alio modo) ſed vtilem habet actionem, vt oſtendat per annos (forte tot) vſum ſe non vi, non clam, non precario.* Verum ego hanc ſententiam probare nunquam potui, Vlpianumque aliter, quam cæteri, interpretari ſoleo. Sciendum eſt igitur, in actione confeſſoria de qua ſub eo titulo diſſeritur, de iure tantum quæri, non de facto: id eſt, eam actionem ei tantum dari, qui ſeruitutem ſibi competere docuerit, nec vllam vſus, ſeu poſſeſſionis rationem haberi. l. 2. §. vlt. eod. tit. Hoc autem ita accipiendum eſſe Vlpianus hic admonet, niſi diuturna fuerit ea poſſeſſio, nempe decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes, vt ante diximus. Idque locum habet, ſi cætera concurrant ad vſucapionem neceſſaria: ſcilicet titulus, & bona fides. l. nullo. C. de rei vind. l. Celſus. ff. de vſucap. Nam qui hanc velut longe poſſeſſionis prærogatiuam habet (vt verbis vtar eiſdem Vlpi. cap. 5. de itin. act. pri. quibus non leuiter confirmatur noſtra opinio) non cogitur docere de iure, quo ſeruitus conſtituta eſt, vt ipſe hic ait: id eſt, vt nos interpretamur, non cogitur probare, ſibi acquiſitam eſſe iure ſeruitutem his modis, quibus iure ciuili acquiritur, puta à domino prædij venditam, donatam, aut legatam fuiſſe, l. 5. de ſeru. l. 3. ff. de vſufr. Hanc enim acquiſitionem, quæ ipſo iure nō fit, tuetur Prætor, vtilem actionem dando, vt quaſi ſeruitus acquiſita eſſe intelligatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arc. Quod autem Accurſiani ius pro titulo hic accipiunt, in eo vehementer falli nobis videntur, cum longe amplius, & maius ſit in hac tractatu ius, quam titulum habere, atque ita paſſim eo verbo vſos fuiſſe veteres comperimus. l. 2. vlt. ſi ſer. vind. l. 1. §. vlt. de aqua plu. arcen. l. apparet. de itine. act. ptiua. Itaque probabilius eſt in rebus quoque incorporalibus longo tempore acquirendis, titulo opus eſſe, cum prēſertim nulla ſatis firma ratio ſit, cur à iuris regula de rerum vſucapione recedamus. d. l. nullo. Nec enim verum eſt, quod pro ratione vulgo adfertur. *Res non magni momenti ſeruitutes prædiorum à iuris autoribus habita eſſe*, cum nullus in iure ciuili locus maiore cura, ac ſtudio ab eiſdem tractatus reperiatur. Et ſatis conſtat ex Cicerone, cauſas, in quibus iura prædiorum verſarentur, olim Centumuirales, & inter grauiſſimas numerari ſolitas fuiſſe. lib. 1. de orat.

Cap. XXXV.

Ciuile iudicium, & criminale quid ſit.

IVdicia quæ pro maleficiis comparata ſunt, quædam criminalia dicuntur, alia vero ciuilia, l. vlt. C. de iniuriis. §. in ſumma.

ſumma Inſtitut. eodem titul. Nam ad maleficia vindicanda quibus magnopere publica tranquillitas turbatur, variæ ſunt pœnæ legibus,& iure ciuili conſtitutæ, de quibus ſub titu. de pœnis, & alibi. Et quia accuſatio ad eam rem valde eſt neceſſaria, vt teſtatur Cicero in Orat. pro Roſcio Amer. permiſſum eſt, non ſolum ei, cui nocitum fuerit, ſed interdum etiam cuiuis è populo nocentem hominem deferre, & accuſare. §. 1. Inſtitut. de publ. iud. Eſtque huius accuſationis finis, & ſcopus, vt Reip. quam, leges violando, non mediocriter offendit, pœnas debitas perſoluat, non vt accuſatori quicquam præſtet, l. licitatio. §. quod illicite. ff. de pub. & vect. Quiſquis autem ita accuſatur, criminaliter dicitur conueniri. Nec quicquam referre puto, corporaliſne ſit, an pecuniaria pœna, qua eius audacia coerceatur. nota. in l. 3. ff. de ſepulc. violat. dicto §. in ſumma. Sed cum hac criminis executione, Reip. tantum conſulatur, non etiam accuſatori, grauiter forte læſo, proditæ ſunt priuatæ & forenſes actiones, quæ ad priuatum ipſius agentis commodum intendantur: vt furti actio, vi bonorum rap. legis Aquiliæ, iniuriarum & ſimiles, quæ ciuiles, non criminales dicuntur, propterea quod humanius, atque vt ciuem decet, tunc agatur. l. 1 ff. de incen. rui. nauf. l. vlt. de pri. del. l. vlt. de furtis. l. vlt. C. de iniur. & quando ciuil. act. crim. præiu. Dicuntur etiam pecuniariæ huiuſmodi cauſæ, quod agens ad pecuniarium propriumque commodum principaliter reſpiciat. l. 1. ff. de teſtib. l. interrogari. C. de quæſt. l. properandum, C. de iud. In criminali autem iudicio hoc potiſſimum ſpectatur, vt admiſſum publicæ vtilitatis cauſa in exemplum vindicetur, tametſi eius rei gratia plerunque pecuniaria ſequatur condemnatio. dicto §. quod illicite. Ex quo perſpicuum eſt, non ſat probabilem eſſe quorundam, alioqui eruditorum, opinionem, ideo contendentium, cum pœna pecuniaria fiſco adiudicatur, ciuile iudicium eſſe, quod pecuniaria cauſa crebro opponatur criminali apud iuris auctores.

Cap. XXXVI.

Ciuilium iudiciorum diuiſio.

CIuilium iudiciorum quædam priuata ſunt, quædam popularia. Priuata dicuntur, quæ ei tantum cuius priuatim intereſt, competunt: de quibus ſub tit. de priuat. delict. Huius generis eſt furti actio, condictio furtiua, vi bonorum raptorum, iniuriarum, & alia ſimiles. Popularia iudicia, ſeu populares actiones, dicuntur, quæ dantur cuiuis ex populo publici iuris tuendi cauſa. l. 1. de pop. act. Harum nonnullæ ad commodum publicum principaliter ſpectant, vt quæ aduerſus album Prætoris corrumpentem proponitur. l. ſi quis id quod. de iuriſd. Ac ſi plures agere volent, Prætoris erit, eam controuerſiam dirimere, & magis idoneum eligere, quod genus iudicij à veteribus, diuinatio vocabatur. l. ſi plures, de popu. actio. Itaque nemo ex populo eas dicitur habere in bonis ſuis, l. pen. de pop. actio. l. ſi quis pro eo. §. vlt. de fideiuſſor. niſi litem conteſtando cæteros excluſerit, quo caſu lucro eius cedit victoria. l. ſi cui. de verb. ſign. l. eum qui. §. in popularibus. de iureiur. Aliæ ad priuatam alicuius iniuriam principaliter pertinent, vt ſepulchri violati actio, & ſimiles: quas qui habet, recte dicitur eo locupletior eſſe. Nam cæteris agere volentibus, ſi velit, præfertur: & procuratorem conſtituere poteſt, licet in aliis non poſſit. l. 3. de pop. act. l. 3. & 6. de ſepulc. viol. l. licet. l. non cogendum. §. qui ita. de procurat. l. ſi vero. de his, qui deiec. vel effud. Item mulieri & pupillo hæc dantur, aliæ non item l. 6. de pop. actio.

Cap. XXXVII.

Criminalium iudiorum diuiſio.

CRiminalium iudiciorum quædam ſunt publica, quædam non publica, ſeu priuata. l. 1. de publicis iudiciis. l. 1. de pœnis. l. quis ſit fugitiuus. de ædilit. edicto. Ac ne homonymia verbi nos fallat, animaduertendum eſt, publicum iudicium aliquando dici omne iudicium criminale, licet criminis executio non cuiuis permittatur. l. interdum. de pub. iud. Idque ad differentiam iudicij ciuilis & priuati, in quo ſcilicet de re familiari, & priuata agitur. l. 3. de crim. ſtel. Nam alioqui furtum, & alia id genus maleficia, publici iudicij non ſunt. l. vlt. ff. de furt. l. ſtellionatus. ff. de extraord. crimin. Et hoc ſenſu iudicium de famoſis libellis publicum dici poteſt. l. quod Senatus. ff. de iniur. quanquam nonnulli ad legem Iuliam maieſtatis id referant. Alciat. in l. hæc ſtipulatio. de verb. ſig. In noſtra autem diuiſione publica iudicia intelligimus, quæ certis quibuſdam legibus populi Romani conſtituta ſunt. l. 3. de præuaric. Eaque variis ex cauſis ſic appellata videntur. Prima, quia leges huiuſmodi publicæ dicuntur. l. vlt. de colle. l. 1. ad leg. Corneliam de ſicar. l. 1. cap. vbi ſena. vel clariſ. Secunda, quia populi ipſius cognitio & animaduerſio erat priſcis temporibus, vt docet Pomponius c. 2. de orig. iur. Tertia, quia maxime ad Rempublicam pertinet eorum facinorum vindicatio. Quarta, quia legibus illis executio & accuſatio publica effecta, id eſt, cuilibet è populo permiſſa eſt. §. 1. Inſtit. de public. iudi. Aſconius Pædia. in 1. actio. Cicero in Verrem: Cauſæ etiam priuatæ ſunt, ſed repetundarum, ambitus, maieſtatis & cæteræ, Reipub. cauſa conſtitutæ ſunt. Cicero pro Rabirio, Miſera eſt ignominia iudiciorum publicorum, miſera mulctatio bonorum, miſerum exilium. Idem publicarum quæſtionum ſæpe meminit, ſicut & Pomponius noſter capite poſteriore de origine iuris. Nec igitur populares actiones in hunc numerum referuntur, tametſi publicæ aliquando dicantur, l. eum, qui iureiuran. quia criminales non ſunt, nec accuſationem continent, vt ex iam dictis conſtat: nec ſuſpecti tutoris accuſatio, quæ quamuis pateat omnibus, ex illis tamen legibus non deſcendit, quæ horum iudiciorum exercendorum ordinem, vim, & poteſtatem continent. l. ordo. ff. de pub. iud. l. 3. de præuaric. Ideoque dicitur non publica, ſed quaſi publica: accuſatio. l. 1. § conſequens. de ſuſpe. tuto. Vnde ſuſpectus, remotus à tutela non continuo infamis fit: cum publico damnatus iudicio notetur infamia. l. infamem. de pub. iud. §. ſuſpectus. Inſtit. de ſuſpect. tut. Et, vt ſummatim dicam, quæ iudiciis publicis attribuunt illæ leges, non conueniunt accuſationi ſuſpecti tutoris, hoc vno excepto, quod omnibus patet. Falluntur ergo qui putant à Iuſtiniano, lib. 4. Inſti. publica iudicia definiri, quorum executio cuiuis è populo datur. §. 1. Inſt. de pub. iud. cum ὀνομολογίαν tradat Iuſtinianus, non diffinitionem. Hæc iudicia recenſentur ab Vlpiano c. 1. de publ. iud. & à Iuſtiniano ſub tit. de pub. iud. Inſtit. lib. 4. Quibus iudicium de hæreticæ impietatis crimine addendum eſt ex Archadij conſtitutione. l. Manichæos. C. de hæret. Sed & præuaricatio nonnunquam publici iudicij eſſe dicitur. l. 3. de præuar. Sepulchri violati iudicium, & concuſſionis inter publica non numerantur, niſi forte violando, vel concutiendo vis facta eſſe proponatur, vel quicquam aliud admiſſum, quod ad leges publicorum iudiciorum pertineat. l. ſepulchri violati crimen. de ſepulc. viol. l. 2. de concuſſ. Publicorum iudiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia. l. 2. ff. de pub. iudic. Capitalia ſunt, ex quibus pœna non eſt mors. l. capitalium. de pœn. exilium quo ſcilicet amittitur libertas, aut ciuitas. Nam relegatio, pœna capitalis non eſt, nec proprie exilium dicitur. d. l. 2. edicto. de bon. poſſ. l. 2. de pœn. l. licet capitalis. de verb. ſig. Vnde Ouidius ad Auguſtum,

Quippe relegatus, non exul dicor in illo,
Parcaque fortuna ſunt tibi verba mea.

Deportati autem vere exules ſunt, qui carent ciuitate, ideoq; modo apolides, modo peregrini dici ſolent. l. quidam ff. de pœn. l. 1. Cod. de hæred. inſti. l. ſed ſi hac. ff. de in ius voc. Exilij tamen appellatio nonnunquam latius patet, pro relegatione ſcilicet, quæ ſalua ciuitate contingit, l. ſed etſi quis. ff. ſi quis cautio. l. exilium. de interd. & rele. vt apud Ciceronem in orat. pro Cecinna, & eundem Ouidium, cum ita librum ſuum alloquitur.

Vade, ſed incultus, qualem decet exulis eſſe:
Infelix habitum temporis huius habe.

Non publica, ſeu priuata dicuntur, de quibus nihil cautum eſt legibus illis, de quibus ante diximus, eaque lib. Digeſtor. 47. continentur. Ac ex iam dictis facile colligi poteſt, in huiuſmodi iudiciis non quemlibet ex populo idoneum accuſatorem eſſe, ſed eum duntaxat, ad quem res pertinet, tametſi iure non ſatis id expreſſum reperiatur. Ro. in l. vlt. ff. de priua. delict. Cæterum quæ his tribus capitibus continentur, quamuis in ſpeciem leuia ſint, tamen tota hæc diuiſio dilucide (niſi fallor) ac breuiter à nobis expoſita iuuenibus legum ſtudioſis vtilis admodum futura eſt, præſertim ad

eam iuris ciuilis partem intelligendam, quæ ad crimina pertinet. Quam ex recentioribus Iuriſperitis quidam ſane acutus, quadam (vt reor) incognita magis, quam iudicij aut doctrinæ inopia, Sanctionem vocauit: cum ſanctio non iuris ſcientiæ, quam nobis ſcriptam reliquit Iuſtinianus, partem aut tractatum aliquem ſignificet, ſed cuiuſque legis partem illam poſtremam, qua aduerſus eos pœna ſtatuitur, qui legi non obtemperauerit. §. ſancta. Inſtit. de rer. diui. l. Sanctio. de pœn.

Cap. XXXVIII.

Falſum eſſe quod vulgo dicitur, Neminem ſine accuſatione damnandum eſſe.

Accuſatio, *eſt maleficij alicuius apud iudicem delatio, ad vindictam publicam ſolenniter facta.* Dicitur, *Ad vindictam publicam:* vt intelligamus actionem, quæ ad priuatum alicuius commodum, vel vindictam priuatam intenditur, accuſationem proprie non eſſe: quod vel ex diffinitione actionis ſatis apparet: *Actio ius perſequendi, &c.* §. 1. Inſtit. de actio. Improprie tamen aliquando pro accuſatione accipitur, l. 1. ff. de crimen ſtelliona. & C. quando ciui. act. crimi. vnde perduellionis actio Ciceroni, notat. in l. qui accuſare. Cod. de eden. ſic & accuſatio pro actione nonnunquam apud eundem in part. orat. Crimen apud Iureconſultos, atque adeo veteres omnes Latinos autores, pro accuſatione, ſiue criminatione crebro vſurpatur. l. nullum crimen. ff. de reg. iur. l. ſi cui crimen. ff. de accuſ. Dicitur, *Solenniter facta*: quoniam abſque libello inſcriptionis nemo admittitur ad accuſandum. l. libellorum. ff. de accuſ. l. 3. C. de his, qui accuſ. non poſſ. Denuntiatio tamen, quæ ab accuſatione non parum differt, citra inſcriptionis vinculum recipitur. Ea autem magiſtratibus fieri olim conſueuit, per certos homines, quibus id munus publice mandatum, ne grauiora facinora, deficientibus forte accuſatoribus, impunita manerent. hi dicebantur Stationarij, ſiue Irenarchæ. l. ea quidem. C. de accuſ. l. 1. §. quies. de offic. præfect. vrb. l. Diuus Adrianus, de cuſto. reor. l. 1. C. de cu. & ſtat. Quo argumento & procuratoribus, quos vulgo regios, ſeu fiſcales hodie vocamus, hæc inſcribendi neceſſitas remitti debet, hocque iure vtimur. Verum ne prætextu muneris ſui innocentibus negotium faceſſant, ſi quid calumnioſe, & fraudulenter denuntiaſſe deprehenſi fuerint, & notoria falſa, id eſt, elogia, & teſtificationes falſas ad Præſidem miſiſſe, impunitam eorum audaciam remanere non oportet, d. l. ea quidem. d. l. 1. de curio. d. l. diu. Adria. l. ab accuſator. ad Senatuſc. Turpil. Quod ſi quis vulgarem regulam obiiciat, qua dicitur, *Neminem ſine accuſatorem damnandum eſſe.* l. reſcripto. §. ſi quis accu. ff. de mune. & hono. ideoque denuntiationem ſolam, vt cognoſcat Præſes, & iudicet, non ſufficere. Reſpondebo, vulgus interpretum eam regulam confinxiſſe, nec apud vllum iuris auctorem extare. Nam Vlpianus, quem eius regulæ auctorem citant, non prohibet, quo minus citra accuſationem facinoroſus puniatur (id enim publicæ vtilitati maxime aduerſarium eſſet, nemine fortaſſis accuſare volente) ſed antequam ſit reus delatus, interim ab honoribus eum arceri vetat. d. l. reſcripto. l. reus delatus. eod. tit. l. 1. C. de re. poſt. Quin etiam iubentur Magiſtratus, latrones, & alios quietem publicam turbantes conquirere, & ſeueriſſime in eos animaduertere. l. 1. §. quis. de offic. præfect. vrb. l. 4. ff. ad leg. Iulia. pecu. l. 3. l. congruit. ff. de offic. præſ. §. vlt. de colla. in nouel. l. 1. C. de cuſto. reor. l. ſi quis in hoc. C. de epiſc. Et hanc ſententiam conſuetudo, quæ optima legum interpres dicitur, confirmat. l. ſi de interpretatione. ff. de legib. Vnde optimus Imperator Traianus ad Plinium, Chriſtianos, quibus fauere videbatur, conquirendos non eſſe: ſed ſi deferantur, & arguantur, puniendos ſcribit, lib. 10. epiſt. Plinij. Qui locus innuit moris fuiſſe, vt alioqui nocentes & ſcelerati, nemine deferente, conquirerentur à iudicibus. Veruntamen conſultius fecerit Quæſitor, ſi non niſi fama publica, aut alia non leui cauſa motus, ad huiuſmodi inquiſitionem acceſſerit, vt à ſe omnem calumniæ ſuſpicionem amoliatur. l. 1. ff. ad l. Corn. de ſicariis, c. qualiter. & quando, de acc. Ob eam enim cauſam excuſabitur, quamuis reus forte conuictus non fuerit. arg. l. habitator. ff. locat. l. ſi quis fumo. ff. ad leg. Aquil.

Cap. XXXIX.

Plures ſimul ad accuſandum admitti poſſe, ſi inter ipſos conueniat, contra receptam opinionem.

Superiori capiti illud addendum eſſe duximus, quod cum alias publice docendo acriter tueremur, παραδοξότατον quibuſdam viſum eſt, nec facile recipiendum, quos Bartoli, cæterorumque eiuſdem notæ ſcriptorum auctoritas magis, quam rationes noſtræ commouebant. Id autem eſt (vt breuiter ac ſimpliciter referam) *Plures ſimul ad eundem hominem accuſandum, eiuſdemque maleficij, admitti poſſe, ſi inter ipſos conueniat.* l. ſi accuſatoribus. C. de accuſatio. Nec enim rei contradictionem morari me dicebam, cuius nihil intereſt, an ab vno, an à pluribus ſimul, qui loco vnius ſint, deferatur. Quinimo videtur hoc ei expedire, vt plures ad damna, & ſumptus in litem factos, ſi vicerit, obligatos habeat. l. ſi quis decedens. §. vlt. de lib. leg. Quæ tametſi vera ſint, non tamen inficias eo, cum quis ab vno accuſatus eſt, & receptus inter reos, à nemine alio accuſari eum poſſe, ne diuerſis iudiciis ſæpius de ſalute ſua periclitetur. l. qui de crimine. C. de accuſ. l. hi tamen. §. vlt. ff. eod. tit. Quod ſi non conueniat inter accuſatores vt ſimul omnes accuſent, iudicis officio dirimetur ea controuerſia, & magis idoneus præfertur, habita ratione dignitatis, morum, ætatis eius, quod intereſt, & aliarum huiuſmodi rerum, de quibus apud Ciceronem luculenta, & copioſa eſt diſputatio in Diuinatione in Verrem, & apud noſtros auctores variis in locis: quod aduerſus aliorum omnium ſententiam ſic intelligendos eſſe cenſemus. l. ſi plures. ff. de accu. l. 3. ff. de lib. hom. exhi. l. ſi vero. §. hæc autem. ff. de his, qui deiece. l. ſi plures. ff. de pop. act. l. 2. §. vlt. ff. ad leg. Iuliam de adult. Quo caſu tamen omnium æque intereſſet, omneſque ſuam iniuriam p[illegible] querentur, eorum neminem ab accuſatione ſummouendum eſſe conſtat. l. 3. ff. de ſepulc. viol. Sed an in ſolidum pœna ſingulis adiudicabitur? Puto adiudicandam eſſe, ſed ita demum ſi nihilo ſit leuior vni facta iniuria, quod eadem opera cæteris quoque illata ſit. l. ſi plures. ff. arbor. fur. cæſ. l. eum, qui innocentem. §. ſi iuxta. ff. de iniuriis.

Cap. XL.

Theodoſianæ conſtitutionis de iure liberorum interpretatio.

Nulla vnquam res maiori curæ fuit ſapientiſſimis quibuſque Reipublicæ gubernatoribus: quam liberorum, quibus repleatur ciuitas procreatio, & educatio. l. 1. ff. ſolut. matrim. l. cum ratio. ff. de bon. damn. Hac enim ratione humanum genus alioqui breui interiturum, immortale quodammodo redditur. Gal. 14. de vſu part. Qua de re ita Iuſtinianus noſter ſcribit in quadam conſtitutione: Εἰ γὰρ ὁ γάμος οὕτως ἐστὶ σεμνὸν ὡς τῷ ἀνθρωπίνῳ γένει δοκεῖν ἀθανασίας ἐπιτεχνήσιν ἐπάγεσθαι, καὶ ἐν τῆς παιδοποιΐας ἀνανεούμενα τὰ γένη μένει διηνεκῆ, τῆς τοῦ θεοῦ φιλανθρωπίας· καθ' ὅσον ἐστὶ δυνατὸν τῇ καθ' ἡμᾶς τὸ ἀθάνατον χαριζομένης φύσει, εἰκότως ἡμῖν περιεσπούδασται τὰ περὶ τῶν γάμων. Τὰ μὲν γὰρ ἄλλα τῶν νομοθετηθέντων, οὐ πᾶσι προσήκει, οὔτ' ἀνθρώποις, οὔτε πράγμασιν, οὔτε καιροῖς. Τὸ δὲ περὶ τῶν γάμων σπούδασμα πάσης (ὡς εἰπεῖν) τῆς ἀνθρωπίνης γονῆς ἐξ οὗ καὶ ἀνανεοῦσθαι μόνου, καὶ πλείονος τῶν ἄλλων φροντίδος καθέστηκεν ἄξιον. Hinc Horatius ſapientiam fuiſſe quondam ait,

Concubitu prohibere vago, dare iura maritis, &c.

Quod ea res procreationi non parum officere ſoleat. Ac eo maius ſemper fuit veterum circa eam rem ſtudium, quod maxime vererentur, ne ciuitates ſuas abſque ciuium copia & multitudine tueri ab hoſtibus, & latronibus non poſſent. Vt autem de Hebræis, Perſis, Athenienſibus, Lacedæmoniis, aliiſque populis, gentibuſque barbaris ſileam, ac de Romanis tantum verba faciam, à quibus hoc ius, quod interpretamur, profectum eſt, huius rei fidem facit oratio Metelli illius Numidici apud Gellium, quam in Cenſura ad populum habuit, vt oſtenderet ciuitatem ſaluam eſſe ſine matrimoniorũ frequentia non poſſe. Si ſine vxore poſſemus, Quirites, eſſe, omnes ea moleſtia careremus. Sed quoniam ita natura tradidit, vt nec cum illis ſatis commode, nec ſine illis vllo modo viui poſſit, ſaluti perpetuæ potius, quam breui voluptati conſulendum. Sed multo illuſtrior eſt, & vberior Auguſti de ea

re ad pop. Romanum oratio apud Dionem libro 56. quam qui volet inſpiciat. Eſt enim ea prolixior, quam vt commode huc transferri poſſit. De vtroque autem id eſt, Metello & Auguſto ita ſcribit Florus in epitome Titi Liuii, lib. 59. Metellus Cenſor cenſuit vt deducere vxores omnes omnino cogerentur, liberorum creandorum cauſa. Extat eius oratio, quam Auguſtus Cæſar cum de maritandis ordinibus ageret, velut eo tempore ſcriptam in Senatu recitauit. Cæterum Iure Romano maxime iis, qui nuptias contraherent, liberoſq; haberent, propoſita fuiſſe præmia, iam inde ab Auguſti temporibus apud varios auctores comperimus, quorum lectio ad iuris noſtri cognitionẽ magnopere conducit. Nec eo contenti, pœnas etiam aduerſus cœlibes & orbos excogitauere, quas ſuſtulerũt deinde quidam Chriſtiani principes, cum virginitatem & cælibatum Deo gratiorem eſſe, & acceptiorem coniugio didiciſſent à Theologis. Sed verba ipſa auctorum præſtat hic adſcribere:

Mart. lib. 2. ad Cæſar.

Rerum certa ſalus terrarum gloria, Cæſar,
Soſpite quo magnos credimus eſſe Deos:
Si feſtinatis toties tibi lecta libellis
Detinuere oculos carmina noſtra tuos:
Quod fortuna vetat fieri permitte videri,
Natorum genitor credar vt eſſe trium.
Hæc ſi diſplicui, fuerint ſolatia nobis:
Hæc fuerint nobis præmia, ſi placui.

Idem in Næuolum lib. 3.

Nunquam dicis, Aue, ſed reddis, Næuole ſemper,
Quod prior & Curius dicere ſæpe ſolet.
Cur hoc expectas à me? rogo, Næuole dicas.
Nam puto, nec melior, Næuole, nec prior es.
Præmia laudato tribuit mihi Cæſar vterque,
Natorumque dedit iura paterna trium, &c.

Idem lib. 9. ad Iulium.

Rumpitur inuidia quidam chariſſime Iuli,
Quod me Roma legit, rumpitur inuidia.
Rumpitur inuidia, quod turba ſemper in omni
Monſtramur digito, rumpitur inuidia.
Rumpitur inuidia tribuit quod Cæſar vterque
Ius mihi natorum, rumpitur inuidia.

Idem lib. 8. in Dentonem.

Neſcio quid, de te non belle Dento fateris,
Coniuge qui ducta iura paterna petis.
Sed iam ſupplicibus dominum laſſare libellis
Deſine, & in patriam ſerus ab vrbe redi.
Nam dum tu longo deſerta vxore diuq;
Tres quæris natos, quatuor inuenies.

Idem lib. 9. ad Fabullum.

Vxor cum tibi ſit formoſa, pudica puella,
Quid tibi natorum iura Fabulle trium?
Quod petis à noſtro ſupplex Dominoque Deoque,
Tu dabis ipſe tibi, ſi potes arrigere.

Hinc ille iocus in Munnam, qui pauciſſimos habebat diſcipulos, apud eundem lib. 10.

Iura trium petiit à Cæſare diſcipulorum
Aſſuetus ſemper Munna docere duos.

Cornel. Tacit. lib. 2. Annal.

De Prętore in locum Vipſanii Galli quem mors abſtulerat, ſubrogando, certamen inceſſit. Germanicus atque Druſus (nam etiam tum Romæ erant) Haterium Agrippam propinquum Germanici fouebant. Contra plerique nitebantur, vt numerus liberorum in candidatis præpolleret, quod Lex iubebat, Lætabatur Tiberius cum inter filios eius, & leges Senatus diſceptaret. Victa eſt ſine dubio lex, ſed neque ſtatim, & paucis ſuffragiis, quomodo etiam cum valerent, leges vincebantur.

Idem lib. 3.

Relatum deinde de moderanda Papia Poppæa, quam ſenior Auguſtus poſt Iulias rogationes in citandis cælibum pœnis, & augendo ærario ſanxerat, nec ideo coniugia, & educationes liberorum frequẽtabantur prævalida orbitate. Cæterum multitudo periclitantium gliſcebat, cum omnis domus delatorum interpretationibus ſubuerteretur.

Idem lib. 15.

Percrebuerat ea tempeſtate prauiſſimus mos, cum propinquis Comitiis aut ſorte Prouinciarum, plerique orbi fictis adoptionibus adſciſcerent filios, Præturaſque & prouincias inter patres ſortiti, ſtatim emitterent manu quos adoptauerant. Qui magna cum inuidia Senatum adeunt, ius naturæ, labores educandi, aduerſus fraudem & artes, & breuitatem adoptionis enumerant. Satis pretii eſſe orbis, quod multa ſecuritate nullis oneribus gratiam, honores, cuncta prompta & obuia haberent: ſibi promiſſa legum diu expectata in ludibrium verti, quando quis ſine ſolicitudine parẽs, ſine luctu orbus longa patrum vota repente adæquaret. Factum ex eo Senatuſconſultum, ne ſimulata adoptio in vlla parte muneris publici iuuaret, ac ne vſurpandis quidem hæreditatibus prodeſſet.

Sueton. in Auguſto.

Leges retractauit, & quaſdam ex integro ſanxit, vt ſumptuariã, & de adulteriis, & de pudicitia, de ambitu, de maritandis ordinibus. Hanc cum aliquanto quam cæteras ſeuerius emendaſſet, &c.

Plin. ad Priſcum lib. 2. epiſt. de quodam Voconio loquẽs: Equidem iuuenis ſtatim iuueni, quantum potui per ætatem, auidiſſime contuli, & nuper ab optimo Principe trium liberorum ei ius impetraui: quod quanquam parce, & cum delectu daret, mihi tamen tanquam eligeret, indulſit.

Idem ad Traianum lib. 10.

Exprimere domine verbis non poſſum quãtum mihi gaudium attulerit, quod me dignum putaſti iure trium liberorũ. Quamuis enim Iulii Seruiani optimi viri, tuique amantiſſimi precibus indulſeris, tamen etiam ex reſcripto intelligo libentius hoc ei te præſtitiſſe, quia pro me rogabat. Video ergo ſummã voti mei conſecutus, cum inter initia feliciſſimi Principatus tui probaueris me ad peculiarem indulgentiam tuam pertinere, eoque magis liberos concupiſco, quos habere etiam illo triſtiſſimo ſeculo volui, ſicut potes duobus matrimoniis meis credere, & cæt.

Idem eo lib. ad eundem Traianum.

Suetonium Tranquillum probiſſimum, honeſtiſſimum eruditiſſimum virũ, & mores eius ſecutus, & ſtudia iam pridem, domine, in contubernium adſumpſi, tantoque magis diligere cœpi, quanto hunc propius inſpexi. Huic ius trium liberorum neceſſarium faciunt duæ cauſæ. Nam & iudicia amicorum promeretur, & parum fœlix matrimonium expertus eſt: impetrandumque à bonitate tua per nos habet, quod illi Fortunæ malignitas denegauit, Scio, domine, quantum beneficium petam, quod peto à te, cuius in omnibus deſideriis meis pleniſſimam indulgentiam experior. Potes autẽ colligere quantopere cupiam, quod non rogarem abſens, ſi mediocriter cuperem.

Idem lib. 7. ad Fab.

Caleſtrium tyronem familiariſſime diligo, & priuatis mihi & publicis neceſſitatibus implicitum: ſimul militauimus, ſimul Quæſtores Cæſaris fuimus, ille me Tribunatu liberorum iure præceſſit, &c. Plutarchus in lib. περὶ τῆς φιλοστοργίας. ὅρα περὶ τοὺς γάμους, ὅσον ἐστὶν ἐν τοῖς ζώοις τὸ κατὰ φύσιν. πρῶτον οὐκ ἀναμένει νόμους ἀγάμου, καὶ ὀψιγάμου, καθάπερ οἱ Λυκούργου πολῖται, καὶ Σόλωνος. οὐδὲ ἀτιμίας τέκνων δέδοικεν, οὐδὲ τιμὰς διώκει τριπαιδίας, ὡς ῥωμαίων πολλοὶ γαμοῦσι καὶ γεννῶσιν, οὐχ ἵνα κληρονόμους ἔχωσιν, ἀλλ᾽ ἵνα κληρονομεῖν δύνωνται.

Seneca lib. 3. de benef. c. 34.

Licet tibi in quantum velis extendere beneficia filii, cum paternum munus & ſimplex ſit, & facile, nec danti voluntarium. Quid neceſſe eſt multis? Dedit etiam quibus dediſſe neſcit, in quo conſortem habet, in quo ſpectauit legem patriæ, præmia patrum, domus, ac familię perpetuitatem, omnia potius, quam eum cui dabat.

Muſonius apud Stob.

Οἱ δὲ νομοθέται, οἷς αὐτὸ τοῦτο γέγονεν ἔργον, ζητεῖν, καὶ σκοπεῖν τί μὲν ἀγαθὸν πόλει, τί δὲ κακὸν, καὶ τί μὲν ὠφελεῖ, τί δὲ βλάπτει τὸ κοινόν· οὐχὶ δὲ καὶ οὗτοι πάντες συμφορώτατον μὲν ταῖς πόλεσιν ἐνόμισαν τὸ πληθύνεσθαι τοὺς τῶν πολιτῶν οἴκους, βλαβερώτατον δὲ τὸ μειοῦσθαι. καὶ ἀπαιδίαν μὲν, ἢ ὀλιγοπαιδίαν τῶν πολιτῶν ὑπέλαβον εἶναι ἀλυσιτελὲς, τὸ δὲ ἔχειν παῖδας καὶ νὴ Δία πολλοὺς ἔχειν, λυσιτελές. τοῦτο μὲν γὰρ ἀμβλίσκειν ἀπεῖπον ταῖς γυναιξὶ, καὶ ταῖς ἀπειθούσαις ζημίαν ἐπέθεσαν. τοῦτο δὲ πολυπαιδίας ἔταξαν, γέρα καὶ ἀνδρὶ καὶ γυναικὶ, καὶ τὴν ἀπαιδίαν ἐπιζήμιον κατέστησαν.

Euſebius in vita Conſtantini.

Τὰς ἄπαιδας παλαιοὶ νόμοι στερήσει τῆς τῶν γονίμων διαδοχῆς ἐτιμωροῦντο. καὶ ἦν οὗτος κατὰ τῶν ἀτέκνων ἀπηνὴς νόμος, ὡσανεὶ πεπλημμεληκότας αὐτοὺς ζημίᾳ κολάζων. λύσας δὴ συγχωρεῖ κληρονομεῖν τοὺς δὲ προσήκοντας. τὸ βασιλεὺς ἐπὶ τὸ ὅσιον μεθήρμοζε, τοὺς κατὰ γνώμην πλημμελοῦντας εἰπὼν, τῇ προσηκούσῃ δεῖν σωφρονίζειν κολάσει. ἄπαιδας μὲν πολλοὺς ἡ φύσις ἀνέδειξεν, εὐξαμένους μὲν πολυπαιδίας εὐτυχῆσαι. στερηθέντας δὲ φύσεως ἀσθενείᾳ. ἄλλοι δὲ ἄπαιδες γεγόνασιν, οὐ παραιτήσει παίδων διαδοχῆς, γυναικείας δὲ ἀποστροφῇ μίξεως, ἣν σφοδροτάτῳ φιλοσοφίας ἔρωτι προείλοντο. ἁγνείαν δὲ καὶ παντελῆ παρθενίαν γυναῖκες ἱερωσύνῃ θεοῦ καθιερωμέναι μετῆλθον, ἁγνῷ καὶ παναγίῳ βίῳ, ψυχῇ καὶ σώματι σφᾶς αὐτὰς καθιερώσασαι. τί οὖν; τιμωρίας ἄξιον τοῦτο ἢ θαύματος, καὶ ἀποδοχῆς ἐχρῆν ἡγεῖσθαι; ἡ μὲν γὰρ προθυμία, πολλοῦ ἀξία. τὸ δὲ κατόρθωμα κρεῖττον φύσεως. τοὺς μὲν οὖν ἀσθενείᾳ φύσεως παίδων ἐπιθυμίας στερουμένους ἐλεεῖσθαι, ἀλλ' οὐ τιμωρεῖσθαι προσήκει, τὸν δὲ τοῦ κρείττονος ἐραστὴν, ἄξιον εἶναι ὑπερθαυμάζειν, ἀλλ' οὐ κολάζειν.

Sozomenus lib. 1. *Eccleſiaſt.hiſtor.cap.9.*

Νόμος ἦν ῥωμαίοις παλαιὸς, ἀπὸ εἴκοσι καὶ πέντε ἐτῶν, τῶν ἴσων ἀξιοῦσθαι κωλύων τοὺς ἀγάμους τοῖς μὴ τοιούτοις. περὶ ἄλλα τε πολλὰ, καὶ τὸ μηδὲν κερδαίνειν ἐκ διαθήκης τοὺς μὴ γένει ἐγγυτάτῳ προσήκοντας. τοὺς δὲ ἄπαιδας, ζημιοῦν τὸ ἥμισυ τῶν καταλελειμμένων. ἔθεντο δὲ τοῦτον οἱ πάλαι ῥωμαῖοι, πολυάνθρωπον ἔσεσθαι τὴν ῥώμην καὶ τὴν ὑπήκοον οἰόμενοι, καθότι οὐ πρὸ πολλοῦ τοῦ νόμου ἔτυχον ἀποβαλόντες τὰ σώματα ἐν ἐμφυλίοις πολέμοις. ὁρῶν οὖν ὁ βασιλεὺς παρὰ τοῦτο χεῖρον πράττοντας τοὺς παρθενίαν ἀπαιδίαν διὰ θεὸν ἀσκοῦντας, εὔηθες ἐνόμισεν ἐξ ἐπιμελείας καὶ σπουδῆς ἀνθρώπων δύνασθαι τὸ τούτων γένος αὔξειν, τῆς φύσεως ἀεὶ κατὰ τὴν ἄνωθεν ἐπιμέτρησιν φθορὰν καὶ αὔξησιν δεχομένης. καὶ νόμον τῷ δήμῳ προσεφώνησεν, ὥστε ἐπίσης πάντων τῶν ὁμοίων ἀπολαύειν τοὺς ἀγάμους, καὶ ἄπαιδας. οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ πλεῖον ἔχειν ἐνομοθέτησε τοὺς ἐγκρατείᾳ καὶ παρθενίᾳ βιοῦντας, ἄδειαν αὐτοῖς δοὺς ἄρρεσί τε, καὶ θηλείαις καὶ ἀνήβοις οὖσι διατίθεσθαι παρὰ τὸ κοινῇ κρατοῦν ἐν τῇ ῥωμαίων πολιτείᾳ. περὶ παντὸς γὰρ ἐβούλετο ὤνητο εἰς ἔργον ἀεὶ τὸ θεῖον θεραπεύειν, καὶ φιλοσοφίαν ἀσκεῖν. ἐπεὶ τούτου χάριν καὶ οἱ πάλαι ῥωμαῖοι ἀδείας διατίθεσθαι τὰς ἑστιακὰς παρθένους καὶ ἑξαετεῖς οὔσας, ἐνομοθέτησαν. τεκμήριον δὲ κἀκεῖνο· μέγιστον τῆς τοῦ βασιλέως περὶ τὴν θρησκείαν σπουδῆς. τοὺς μὲν γὰρ πανταχοῦ κληρικοὺς θέσει νόμου ἀτελεῖς ἀφῆκε. τὴν δὲ ἐπισκόπων ἐπικαλεῖσθαι τὴν κρίσιν ἐπέτρεψε τοῖς δικαζομένοις, ἢν βούλωνται τοὺς πολιτικοὺς ἄρχοντας παραιτεῖσθαι. κυρίαν δὲ εἶναι τὴν αὐτῶν ψῆφον, καὶ κρείττω τῆς τῶν ἄλλων δικαστῶν, ὡσανεὶ παρὰ τοῦ βασιλέως ἐξενεχθεῖσαν. εἰς ἔργον δὲ τὰ κρινόμενα ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, καὶ τοὺς διακονουμένους αὐτοῖς στρατιώτας. ἀμεταθέτους εἶναι τῶν συνόδων τοὺς ὅρους. εἰς τοῦτο δέ με προελθόντα γράφειν, ἄξιον μὴ παραλιπεῖν τὰ νενομοθετημένα ἐπ' ὠφελείᾳ τῶν ἐν ταῖς ἐκκλησίαις ἐλευθερουμένων, τῆς πολλῆς δυσχερείας οὔσης περὶ τὴν κτῆσιν ἀμείνονος ἐλευθερίας, ἣν πολιτείαν ῥωμαίων καλοῦσι, τρεῖς ἔθετο νόμους, ψηφισάμενος πάντας τοὺς ἐν ταῖς ἐκκλησίαις ἐλευθερουμένους ὑπὸ μάρτυσι τοῖς ἱερεῦσι, πολιτείας ῥωμανικῆς τυγχάνειν. ταύτης τῆς εὐσεβοῦς ἐφευρέσεως, εἰς ἔτι νῦν ὁ χρόνος φέρει τὸν ἔλεγχον, ἔθους κρατοῦντος τοὺς περὶ τούτου νόμους, προσγράφεσθαι ἐν τοῖς γραμματείοις τῶν ἐλευθεριῶν. ὁ μὲν δὴ Κωνσταντῖνος τοιαῦτα ἐνομοθέτει, καὶ διὰ πάντων ἐσπούδαζε τὴν θρησκείαν γεραίρειν. ἦν δὲ καὶ καθ' ἑαυτὴν εὐκλεὴς διὰ τὴν ἀρετὴν τῶν τότε μετιόντων αὐτήν. Extant autem duæ Conſtantini & Theodoſij Imperatorum conſtitutiones lib. 8. C. Iuſtin tit. de infir. pœn. cœlib. quibus pœnas omnes aduerſus cœlibes atque orbos ſtatutas antiquarunt, & ſuſtulerunt, ac præcipue pœnam legis Papiæ Poppeæ, ſeu de maritandis ordinibus, ab Auguſto quondam latæ, vt *Si vir & vxor liberos non haberent, eius quod alter legaſſet alteri decimam partem tantum caperet.* Cuius legis tacitus & Tranquillus in locis ſupercitatis meminerunt. Meminit & Vlpianus in libello nuper inuento, tit. de ſolidi capacitate. Eiuſque legis multa fuerunt alia capita, quorum eſt frequens mentio in iure ciuili. Veluti, *Vt non liceat post quinquaginta, ſexagintaue annos matrimonium contrahere.* l. ſancimus. C. de nupt. *Vt inter ſenatores & libertos non permittatur matrimonium.* l. vlt. C. de nupt. *Vt qui duos filios in poteſtate habuit, obligatione operarum liberetur.* l. 7. C. de oper. liber. *Vt iuſiurandum remittatur, quod liberto in hoc impoſitum eſt ne vxorem ducat.* l. adigere. de iure patron. *Vt ſi liberta ab inuito patrono diuertat, alii nubere inuito patrono non poſſit.* vnde vir, & vxor. Et alia id genus, quæ inter legendum à quouis ſtudioſo obſeruari poſſunt. Ad hanc autem legem alluſiſſe Iuuenalem recte cenſuit Alciatus, cum ait,

> *Iura parentis habes, propter me ſcriberis heres,*
> *Legatum omne capis.*

Verum quod idem ſcribit, Theodoſij & Honorij lege ſub titulo de iure liberorum lib. C. Iuſtin. 8. ſublata eſſe priuilegia omnia liberos habentibus conceſſa, & à coniugio, ac fœcunditate nihilo differre orbitatem, & cœlibatum, mihi non modo falſum (pace eius dixerim) ſed etiam perabſurdum videtur. Alciat. l. ter enixa. de verborum ſignif. cum in eodem Codice extent duo tituli de his, qui numero liberorum ſe excuſant, libro 5. & 10. Idque ius in libris Inſtitutionum, quæ poſt Codicem illum editæ fuerunt, repetitum ſit, tit. de excuſ. tuto. Sed & in libris Pandectarum quædam huiuſmodi priuilegia reperiuntur, l. ſpurij. de decur. l. quæret aliquis. de verbor. ſignif. quæ ſi Theodoſi lege ſublata dicamus, ſtultitiæ damnemus Iuſtinianum neceſſe eſt, qui poſt eam legem Codici ſuo inſertam Pandectas conſcripſit & publicauit. Adde quod hæc ſententia legis Theodoſianæ verbis non conuenit: *Nemo poſthac à nobis ius liberorum petat, quod ſimul hac lege omnibus concedimus.* Quis enim non videt longe aliud eſſe ius liberorum omnibus concedere, quam liberos non habentes, habentibus pares & æquales reddere? Exiſtimo autem de his, qui legitimum numerum liberorum habent, loqui Theodoſium, eoſque ante illam conſtitutionem ſolitos à Principe vacationem & immunitatem impetrare. l. vlt. C. de his qui nume. liber. lib. 10. quod cum videretur ſuperuacaneum, ac Principi ipſi permoleſtum, & graue, ſemel omnibus id ius indulgere voluit. Idemque Leo Imperator in ſpecie non diſſimili aliquando feciſſe legitur, boni Principis functus officio. l. 1. C. de theſ. Principem enim (vt de iudice Cato dicebat) nec de iuſtis orari, nec de iniuſtis exorari decet. Illud vero haud ſcio, an fefellerit Alciatum, quod exiſtimauit, ius liberorum tantum dici, quod à Principe liberos non habentibus datur. Nam ius liberorum is quoque habere recte dicitur, qui liberos habet. Inſtit. de Senatuſc. Tertul. §. 1. l. qui teſtamento. de excu. tutorum. Paulus lib. 4. Senten. tit. de inteſt. ſucceſ. *Matres tam ingenuæ, quam libertinæ, ciues Romanæ, vt ius liberorum conſecutæ videantur, ter, & quater peperiſſe ſufficiet, dummodo viuos & pleni temporis pariant. Quæ ſemel vno partu tres vel duos filios edidit, ius liberorum non conſequitur, &c.* Idem eodem lib. tit. Ad Senatuſ. Tertul. *Ius liberorum mater habet quæ tres liberos aut habet, aut habuit, aut neque habet, neque habuit. Habet, cui ſuperſunt: habuit, quæ amiſit. Neque habet, neque habuit, quæ beneficio Principis ius liberorum conſecuta eſt.*

De iuris & facti quæſtionibus: & explicatus Vlpiani locus cap. 79. tit. de iudiciis.

Cap. XLI.

Omnis quæſtio quæcunque apud magiſtratum, ſiue iudicem inter duos litigatores incidit, aut iuris eſſe dicitur aut facti. Quæſtio iuris eſt, cum conſtat factum eſſe id de quo lis eſt, nec vlla eſt inter litigantes controuerſia, an factum ſit, ſed cauſæ ſtatus finitiuus eſt, aut iuridicialis, &c. vt eſt rhetorum loquendi conſuetudo. Nos enim omnes cauſarum conſtitutiones, excepta coniecturali, hoc verbo complectimur. Continetur autem omnis quæſtio iuris aut verborum proprietate, aut æqui diſputatione, aut voluntatis coniectura, vt Fabius ait lib. 12. Nec vero dubium eſt, olim non modo Iuriſconſultorum fuiſſe munus, de hiſce controuerſiis reſpondere conſulentibus, ſed etiam magiſtratuum, ſi forte à iudicibus conſulerentur. l. ſeum quem. ff. de iud. Sed & Principum quoque ea fuit conſuetudo, vt ſatis demonſtrant ea reſcripta, quæ Iuſtinianus noſter in Codicem ſuum congeſſit. Quem morem retinuiſſe Pontifices etiam Romanos, Imperatorum exemplo, indicant epiſtolæ, quæ Decretales vulgo dicuntur. Iulius Capitolinus in Macrino: Fuit in iure (inquit) non incallidus, adeo vt ſtatuiſſet omnia reſcripta veterum Principum tollere, vt iure non reſcriptis ageretur, nefas eſſe dicens, leges videri Commodi, & Caracalli, & hominum imperitorum voluntates, cum Traianus nunquam libellis

bellis reſponderit, ne ad alias cauſas facta præferrentur, quæ ad gratiam compoſita viderentur. Illud obſeruatione indignum non eſt, huiuſmodi reſcripta non ita concipi ſolita fuiſſe, vt quæſtionem omnem conſultationemque complecterentur, ſicut hodie ea concipi videmus, quæ à principe, aut Cancellaria Principis interpretantur. Vulgus *Literas patentes* appellat. Conſultor enim, ſiue is litigator eſſet, ſiue magiſtratus, aut iudex, libellum offerebat Principi, vel iis, qui libellis præfecti erant ab eodem, quales hodie ſunt magiſtri requeſtarum in Gallia. Cui libello ſubſcribebat Princeps, quid ſibi videretur iuri æquitatique conſentaneum. Argumento eſt, quod huiuſmodi reſcripta ſubſcriptiones à Iuris auctoribus vocantur. §. 1. Inſtitut. quibus non eſt permiſ. fac. teſtam. l. ſi quis obrepſerit. ff. ad l. Corn. de falſ. l. 1. C. quomodo & quando iud. l. 3. & 5. C. com. epi. program. Ac plerunque magna in huiuſmodi reſcriptis hodie reperitur obſcuritas, quod quæſtio illa & relatio, ad quam Princeps reſcripſerat, deſideretur in Codice Iuſtiniani. Cæterum in his controuerſiis iudices de iure pronuntiare, & ita ſententiam ferre ſolebant. Cic. in Orat. pro Cecin. l. ſi expreſſi. ff. de appel. leg. 1. ff. quæ ſent. ſine appel. l. 2. C. quando prouoc. non eſt neceſſ. l. qui teſtam. de excu. tut. Quam iudicandi rationem minime obſeruant noſtri temporis iudices: ſed ita abſoluunt reum, aut condemnant, vt prorſus ignoret, quæ res iudicem ad ſententiam ita ferendam impulerit. Quæſtio facti dicitur, cùm non conſtat, an id factum ſit, ſuper quo lis orta eſt, quodque inficiatur reus. Et hanc cauſæ conſtitutionem Rhetores vocant coniecturalē, quod coniectura tunc verum quæratur. Qua in re nullus ſane eſt iuris ſcientiæ locus, vt teſtatur permultis in locis Cicero: ſed quemadmodum Gladiator in arena conſilium capere dicitur, veteri prouerbio: ita bonus ac prudens iudex ex re nata ſtatuet, perpenſis diligenter omnibus circumſtantiis, an ſatis probatum fuerit, necne. l. 3. ff. de teſt. l. 7. C. de fideicom. magiſque eum inſtruent in hoc negotio Rhetorum quam Iuriſconſultorum libri. Ac ſi quid apud noſtros auctores reperitur, quod ad eam rem pertineat: id à Rethoribus mutuati ſunt, nec artis huius proprium eſt. Proinde nec Iureconſulti de huiuſmodi quæſtionibus, nec magiſtratus, nec Principes olim reſpondere ſolebant. l. non ſtatim. ff. ad l. Fauiam de plag. ff. l. eum quem. de iud. l. Seiæ. §. vltim. de inſtr. leg. Cic. in Topic. Admonet hic locus, vt quæratur, qui ante rem, quid cum re, quid poſt rem euenerit. Nihil hoc ad ius. Ad Ciceronem (inquiebat Gallus noſter) ſi quis ad eum tale quid retulerat, vt de facto quæreretur; &c. Denique quicquid eſt vbique talium præceptionum, ſiue apud Rhetores, ſiue Iuriſperitos, ita inſtruit iudicem, vt certa tamen regula minime eum adſtringat, ſed omnia potius eiuſdem relinquat arbitrio. Cic. in orat. pro Font. l. 3. ff. de teſtam. l. mora. ff. de vſur. l. quod dicitur. de impen. in re. dot. fact. Verum vbi cognita cauſa ac diſcuſſo negotio factum iudici probatum eſſe, aut non eſſe, viſum fuerit, pronuntiabit ita factum eſſe, vel ita factum videri, aut contra. Fuit enim hic vetus ferendæ ſententiæ mos, vt ſi conſtitutio cauſæ iuridicialis eſſet, de iure: ſi coniecturalis, de facto pronuntiaretur: vt ſupra diximus. l. viro, ff. ſoluto matrim. l. 1. ff. quæ ſenten. ſine appel. reſc. l. 1. ff. ad Turpillian. l. Diui fratres. ff. de lib. cauſ. l. 14. de falſa. l. maritus. de quæſt. l. ſi præſes. de pœn. l. fin. de adim. leg. l. 4. de mune. patrimon. l. litus. de verborum ſignific. Cicero in Acad. quæſtio. ad finem, & in Verr. lib. 4. & 7. Seneca lib. 2. de benefi. cap. 7. Ex iam dictis ſatis planum, perſpicuumque eſſe arbitror, quanto laxiores habenas iudex in quæſtionibus facti quam iuris habeat. *Facti quæſtio* (inquit Papinianus) *eſt in arbitrio iudicantis.* l. 1. ad S. C. Turpi. & Paulus, *Facti quæſtio* (inquit) *in poteſtate iudicantium eſt: iuris autem auctoritas non eſt.* l. ordine. ff. ad municip. Idq; ſumptum videtur eſſe ex Ariſtotele, cuius hæc verba ſunt, lib. 1. Rhetoricorum: ἔτι δὲ φανερὸν, ὅτι τῷ μὲν ἀμφισβητοῦντος, οὐδέν ἐστιν ἔξω τοῦ δεῖξαι τὸ πρᾶγμα ὅτι ἐστὶν, ἢ οὐκ ἐστὶν, ἢ γέγονεν, ἢ οὐ γέγονεν, εἰ δὲ μέγα, ἢ μικρὸν, ἢ δίκαιον, ἢ ἄδικον. ὅσα μὴ ὁ νομοθέτης διώρικεν, αὐτὸν δήπου τὸν δικαστὴν δεῖ γινώσκειν, καὶ οὐ μανθάνειν παρὰ τῶν ἀμφισβητούντων. μάλιστα μὲν οὖν προσήκει τοὺς ὀρθῶς κειμένους νόμους ὅσα ἐνδέχεται πάντα διορίζειν αὐτοὺς, καὶ ὅτι ἐλάχιστα καταλίπειν ἐπὶ τοῖς κρίνουσι. Πρῶτον μὲν, ὅτι ἕνα λαβεῖν, καὶ ὀλίγους ῥᾷον, ἢ πολλοὺς εὖ φρονοῦντας, καὶ δυναμένους νομοθετεῖν, καὶ δικάζειν. ἔπειθ' αἱ μὲν νομοθεσίαι ἐκ πολλοῦ χρόνου σκεψαμένων γίνονται, αἱ δὲ κρίσεις ἐξ ὑπογύου, ὥστε χαλεπὸν ἀποδιδόναι τὸ δίκαιον, καὶ τὸ συμφέρον, καλῶς κρίνοντας. τὸ δὲ πάντων μέγιστον, ὅτι ἡ μὲν τοῦ νομοθέτου κρίσις οὐ κατὰ μέρος, οὐ περὶ τῶν παρόντων, ἀλλὰ περὶ μελλόντων, τε καὶ καθόλου ἐστίν. ὁ δ' ἐκκλησιαστὴς, καὶ δικαστὴς ἤδη, περὶ παρόντων, καὶ ἀφορισμένων κρίνουσι. πρὸς οὓς, καὶ τὸ φιλεῖν ἤδη, καὶ τὸ μισεῖν, καὶ τὸ ἴδιον, συνήρτηται πολλάκις. ὥστε μηκέτι δύνασθαι θεωρεῖν ἱκανῶς τὸ ἀληθές, ἀλλ' ἐπισκοτεῖν τῇ κρίσει τὸ ἴδιον, ἡδὺ, ἢ λυπηρόν. περὶ μὲν οὖν τῶν ἄλλων, ὥσπερ ἐλέγομεν, δεῖ ὡς ἐλαχίστων ποιεῖν κύριον τὸν κριτὴν, περὶ δὲ τοῦ γεγονέναι, ἢ ἔσεσθαι, ἢ εἶναι, ἢ μὴ εἶναι, ἀνάγκη ἐπὶ τοῖς κριταῖς καταλείπειν. οὐ γὰρ δυνατὸν ταῦτα τὸν νομοθέτην προϊδεῖν. Itaque maiorem gratiæ vel ambitionis materiam præbet facti quæſtio, quam iuris, vt Vlp. ſub tit. de iudiciis, c. 79. dict. leg. eum quem temere. Qua de re diſſerit Cic. in orat. pro Cæcinna, vt grauius nihil elegantiuſue dici poſſit. Cuius verba eo ſtudioſius hic adſcripſi, quoniam locum illum Vlpiani, qui ſubobſcurus eſt, mirum in modum illuſtrant. Nam qui ius ciuile contemnendum putat, is vincula reuellit, non modo iudiciorum, ſed etiam vtilitatis, vitæque communis. Qui autem interpretes iuris vituperat, ſi imperitos iuris eſſe dicit, de hominibus, non de iure ciuili detrahit: ſin peritis non putat eſſe obtemperandum, non homines lædit, ſed leges, ac iura labefactat. Quod vobis venire in mentem profecto neceſſe eſt, nihil in ciuitate tam diligenter, quam ius ciuile retinendum. Etenim hoc ſublato, nihil eſt qua re hoc exploratum cuiquam poſſit eſſe, quid ſuum, aut quid alienum ſit: nihil eſt quod æquabile inter omnes, atque vnum omnibus eſſe poſſit. Itaque in cæteris controuerſiis atque iudiciis cum quæritur, aliquid factum necne ſit, verum an falſum proferatur, & fictus teſtis ſubornari ſolet, & imponi falſæ tabulæ, nonnunquam honeſto ac probabili nomine bono viro iudici error obiici, improbo facultas dari: vt cum ſciens perperam iudicarit, teſtamentum, aut tabulas ſequutus eſſe videatur. In iure nihil eſt huiuſmodi. Recuperatores, non tabulæ falſæ, non teſtis improbus: denique nimia iſta, quæ dominatur in ciuitate potentia, in hoc ſolo genere quieſcit, quid agat, quomodo aggrediatur iudicem, qua denique digitum proferat, non habet. Illud enim poteſt dici iudici, ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioſo, Iudica hoc factum eſſe, aut nunquam eſſe factum, vel cogitatum. Crede huic teſti: Has comproba tabulas. Hoc non poteſt: Cui filius agnatus ſit, eius teſtamentum non eſſe ruptum, iudica: Quod mulier ſine tutore auctore promiſerit deberi. Non eſt aditus ad huiuſmodi res, neque potentiæ cuiuſquam, neque gratiæ. Denique quo maius hoc, ſanctiuſque videatur, ne pretio quidem corrumpi iudex in eiuſmodi cauſa poteſt.

CAP. XLII.

Conciliatio duorum locorum Domitii Vlpiani de crimine ſtellionatus in ſpeciem pugnantium.

VAriis modis infamia quis notari poteſt: in primis hominum opinione. Nam is, qui apud bonos & graues viros male audit, infamis dicitur, licet ei iure & legibus nulla irrogetur infamia, l. ob hæc ver. ff. de his qui not. infam. l. ea. l. verbum. l. interloquutio. C. ex quibus cauſis irro. infam. l. honori. ff. de obſeq. à lib. Itaque eum, qui reſtitutus eſt famæ, hac nota adhuc laborare exiſtimo: verumque eſſe, quod ait Plautus in Perſa,

Hominum immortalis eſt infamia,
Etiam tum viuit, cum eſſe credas mortuam.

Hinc Claudius Cæſar, cum cuidam notam appoſitam deprecantibus familiaribus ademiſſet, *Litura tamen* (inquit) *extat*: ſentiens, remiſſa culpa, infamia prioris veſtigium manere. Hæc infamia tametſi neminem à poſtulando repellat, nec tam efficax ſit, quam ea, quæ iure irrogatur, effectu tamen non caret. dict. leg. honori. l. eos. ff. de decu. l. infamia. C. eo. l. 2. C. de dig. l. fratres. C. de inoffic. teſtam. l. teſtium. l. ob carmen. ff. de teſti. Alterum eſt genus infamiæ, quæ irrogatur, alicui iure ciuili, & ſi forte apud bonos viros non ſit grauata eius exiſtimatio: eaque iuris infamia vulgo appellatur, ſuperior vero facti. Dupliciter autem id contingit. Vno modo cum lex factum ipſum notat, non ſententia. l. palam. §. qui in adulterio. ff. de ritu nupt. l. imperator. ff. de his qui not. infam. vt, ſi quis ab exercitu ignominiæ cauſa dimiſſus ſit: *Si*

artis ludicræ cauſa in ſcænam prodierit: ſi lenocinium fecerit. Idque Prætoris edicto expreſſum eſt.l.1.ff. de his qui not. infam. Aliquando factum, ac perſonam notat non lex, ſed ſententia.dict.§.quæ in adulterio. Vt is demum hanc notam ſubeat, qui feciſſe iudicatus eſt, cum in exemplis ſupra ſcriptis, factum ipſum ſufficiat, nec ſit neceſſaria ſententia. Cuius rei exempla in Prætoris edicto extant.dict. leg.1.ff.de his qui not.infa. Quibus addendum eſt eum qui iudicio damnatur, infamia quoque notari.l.infamem.ff.de public.iud. Nam damnatus ex crimine, quod publici iudicii non eſt, ita demum notatur: ſi ex eodem maleficio ciuiliter, & priuato iudicio damnatus infamis eſſet. l.infamem. Itaque ſtellionatus crimen regulariter dicitur famoſum non eſſe, quia publicis iudiciis non annumeratur.l.2.ff.de crimi.ſtellio. Vt ſi emptor (exempli gratia) venditorem accuſet: quod ſciens, prudenſque rem alii obligatam vendiderit. l.3.ff.de crim.ſtellio.aut creditor debitorem, quod rem alii obligatam pignori dederit.l.tutor.§.contrarium.ff.de pignor.actio. Sed cum ſtellionatus crimen obiicitur ex ea cauſa, ex qua competeret actio famoſa: puta de dolo, l.1.de his qui notan.infamia.§.vltim. Inſtit.de perp.& temp.act.merito damnatus eo crimine, infamia notabitur.dict.leg.infam. Nec aduerſatur huic ſententiæ quod Vlpianus ait, *Crimen ſtellionatus infamiam irrogat damnato, quamuis publicum iudicium non eſt*. l. quid ergo.§. vltim.ff.de his qui not.infam. Non enim hæc verba ſignificant, quiſquis hoc iudicio damnatur, infamia notari: ſed mendoſe colligi: *Publicum iudicium non eſt, non igitur infamat*. Eſtque orationis genus preſſum, elegans, & Iureconſulto dignum, cuius ſimile apud Paulum legitur ſub tit. de pact. c. 28. Nam nec nouare alium poſſe, quamuis ei recte ſoluatur, l.ſi vnus, &c.

Cap. XLIII.

Explicatus præter aliorum ſententiam tractatus de interrogatoriis actionibus, libri 10. Pandectarum.

OLim cogebatur is qui nulla actione conuentus fuerat, interrogationi ab alio ſibi factæ in iure, id eſt, apud Pretorem, reſpondere: vt ſciret actor quantum ab eo petere deberet, & quomodo iudicium conſtituendum eſſet à Prætore: vt puta interrogabatur reus, An eſſet hæres, vel bonorum poſſeſſor? & quota ex parte? ex teſtamento, an ab inteſtato? an in poteſtate haberet eum, cuius nomine iudicio noxali agendum erat? An quadrupes, quæ pauperiem fecit, ſua eſſet? An eſſet 25. annis minor? An fundum poſſideret, & quota ex parte? An loci dominus eſſet, ex quo damnum timeretur? &c. Ac tametſi id Prætoris edicto contineatur, quod Vlpianus, & cæteri Iuriſprudentes interpretantur ſub tit. de interrog. action. lib. Pandectarum 10. Calliſtratus tamen hunc morem iure interrogandi ante iudicium conſtitutum in deſuetudinem abiiſſe teſtatur: quod nemo cogatur ante iudicium de ſuo iure aliquid reſpondere. Proinde actiones interrogatoriæ ſublatæ dicuntur.l.1.de interr.act. Interrogatoriam autem non hic vocamus, qua interrogationi cogitur reſpondere aduerſarius, vt quidam opinantur, quorum nomini parco ne crabrones excitare velle videar: nulla enim eo nomine vnquam fuit actio, nec actionis nomen huic rei conuenit. Sed dicitur interrogatoria, quæ ex interrogati reſponſione datur, perinde ac ſi obligatus eſſet.l.de ætate. l. vltim.eo.tit.& hæc etiam actio confeſſoria dicitur.l. proinde. ff.ad l.Aquil. Verum loco huius interrogationis, quæ à Prætore fiebat, hodie poſt iudicium conſtitutum interrogari poteſt reus, actore poſtulante, ſi id æquum iudici viſum fuerit, proderitque confeſſio actori ad probationem leg. 1.l. vbicunque. de inter. actio. Ac ſi rem principaliter deductam in iudicio reſpiciat, confeſſio ea pro condemnatione habetur. toto tit. ff. de confeſſ. Illud magnopere doctiſſimos quoſq; turbat, quod per totum illum tractatum fit mentio actionis interrogatoriæ. Edictumque Prætoris de ea actione propoſitum interpretantur Iureconſulti, perinde ac ſi ſublata non eſſet: hac (vt opinor) ratione, quia non omnino fuerant hæ actiones ſublatæ, ſed minus frequentabantur.l.1.eo.tit.

Cap. XLIIII.

Cur de alimentis ex contractu debitis recte tranſigatur abſque Prætore: de iis, quæ teſtamento relicta ſunt, non item.

SCribit Vlpianus, *Cum ii, quibus alimenta relicta erant, facile tranſigerent, contenti modico præſenti, Diuum Marcum oratione in Senatu recitata effeciſſe, ne aliter alimentorum tranſactio rata eſſet, quam ſi autore Prætore facta ſit*.l.cum hi.ff. de tranſact. Et quia de alimentis relictis locutus fuerat Marcus (eo verbũ ad teſtamenta refertur) ſubiicit idẽ Vlpianus, *De his, quæ ex alia cauſa*, q̃ *ex teſtamento, aut vltima voluntate debentur, recte tranſigi*, Cuius diuerſitatis variæ ſolent rationes adduci, quas referre ſuperſedeo. Ipſe arbitror, ita ius conſtitutum fuiſſe, vt voluntas teſtatoris ſeruetur.l.1.C.de ſacroſanct.eccleſ.l.vel negare.ff.quemadmodũ teſta.aperi. Quem veriſimile eſt alimenta potius legatario particulatim, qui fortaſſis frugi non eſt, ſed ſegnis, & inertis vitæ, vt de alimentis omnino pendeat, dict.leg.cum hi.§. modus.quam ſummam aliquam pecuniæ ſemel præſtari voluiſſe: quod ipſi proſpectum velit, ne deuorata magis, quam comeſa ea pecunia (id quod Salluſtio obiecit Cicero) tandem eſurire, aut mendicare cogatur.argum.l.eum qui.ff.de annu.leg.l.multi.ff.de liber.& poſth. Quæ ratio ceſſat in his, quæ ex contractu debentur. Obligatio enim, quæ ex conſenſu contrahentium orta eſt, cur eorundem conſenſu non diſſoluetur? l.prout.ff.de ſolut.l.nihil tam naturale.de reg.iuris. Hanc opinionem noſtram confirmare ſoleo, venuſtiſſimis & feſtiuiſſimis verſibus Martialis in Philomuſum lib.epigrammat.3.

Conſtituit Philomuſe pater tibi millia bina
Menſtrua, perque omnes præſtitit illa dies:
Luxuriam premeret cum craſtina ſemper egeſtas,
Et vitiis eſſent danda diurna tuis,
Idem te moriens hæredem ex aſſe reliquit,
Exhæredauit te Philomuſe pater.

Cap. LV.

Quid ſit epiſtola apud Iuris autores.

REſcriptum eſt à Vero & Antonino, *Licet epiſtolæ additum non ſit, ſtipulatum eſſe eum cui cauebatur: tamen ſi res inter præſentes geſta eſt, credendum eſſe præcedentem ſtipulationem vocem ſpondentis ſubſequutam eſſe*. l.1. C. de con.& commmit. ſtipul. Quæ verba enarrans Accurſius, *Res*, inquit, *id eſt, ſtipulatio, non epiſtolæ miſſio? quis enim cum coram eſt, epiſtolam mittit?* Et hæc interpretatio, Ciceronis auctoritate confirmari poſſe videtur, qui inuentam eſſe epiſtolam, vt certiores faciamus abſentes, ſcribit in quadam ad Curionem epiſtola. Verum, non ideo aſſentimur Accurſio: cum epiſtola præter vulgatam illam ſignificationem interdum pro cautione, ſiue Chirographo accipiatur. Cuius appellationis hanc exiſtimo rationem eſſe: quia moris fuit veteribus ſalutationes huiuſmodi cautionibus præponere, & ad exemplum literarum, quæ abſentibus mittuntur, eas concipere. l. publia. §. vltim. ff. depoſ. Scæuola cap.vltim.de conſtitut. pec. *Lucius Titius Seiorum debitor deceſſit: hi perſuaſerunt pupillo Mæuio quod hæreditas ad eũ pertinet, & fecerunt vt epiſtolam in eos exponeret, debitorem ſe eſſe &c.* Marcel.c.34. de pigno. action. *Titius cum crediſſet pecuniam Sempronio, & ob eam pignus accepiſſet, futurumq; eſſet, vt diſtraheret id creditor: quia pecunia non ſolueretur, petiit à creditore, vt fundum certo pretio emptum haberet: & cum impetraſſet epiſtolam, qua ſe vendidiſſe fundum creditori ſignificaret, emiſit, &c.*

Cap. XLVI.

Cauſæ coniunctio quid ſit apud Paulum, cap. 1. de diuerſis regulis iuris antiqui.

QVid ſit cauſæ coniectio apud Paulum, cap.1. de diuerſis regulis iuris antiqui, cum ait, *per regulam igitur breuis rerum narratio traditur*, & (vt ait Sabinus) *quaſi cauſæ coniectio, &c.* Primus omnium (niſi fallor) demonſtraui in commentario, quem ante biennium edidi, in tractatum de pactis, & quorundã noſtri ſeculi Iuriſconſultorum ſententiã confutaui, exiſtimantium *Cauſæ coniunctio* legendũ eſſe apud Paulum, non coniectio. Alciat.lib. 5. parerg. c. 1. Admonuimus enim Coniicere cauſam, forenſe verbum eſſe: nec aliud ſignificare, quam cauſæ argumentum iudici, apud quem agenda eſt, ſummatim exponere. Itaque Sabinus oſtendere volẽs regulã, q̃ iure conſtituta ſunt breuiter, & ſummatim cõplecti,

eam

eam cauſæ coniectioni comparat. Ita enim interpretatur hoc verbum Aſco. Pædianus, cuius eſt & apud alios autores crebra mentio. Autor Rhetor. ad Herennium lib. 2. Afran. apud quoſdam Grammaticos veteres, nam is author (vt verum fatear) nunquam à me lectus eſt. Gellius libr. 5. cap. 10. & lib. 17. cap. 5. Duabus autem de cauſis id denuo hic ponendum duxi. Vna eſt quod contradicere volentibus, ſi qui ſunt, quos à nobis diſſentientium autoritas commoueat, ſatisfacere, eorumque obiecta diluere cupiam. Altera eſt, quia ex commentario de pactis, ſi à typographis iterum excudatur ille liber, quaſi paulo alienius à propoſito id eximere decreui.

Cap. XLVII.

Dicis cauſa, aliquid facere: apud Iureconſultos quid ſit.

EAdem ratio nos impulit, vt quod in eodem commentario ſcriptum à nobis extat de hac forma loquendi, Dicis cauſa, iterum hic adſcriberemus. Eſt autem dicis cauſa facere nec bona fide nec ſerio, & vere, ſed per ſanctoriè tantum, & per ſimulationem quandam facere, vt locis, ad eius rei confirmationem à me citatis, & in eum commentarium congeſtis apparet, nempe Caii, cap. 4. Commo. Vlpian. cap. 1. de Senatuſcon. Silan. eiuſdem cap. 5. ex quibus cauſis ma. Cic. in Verrem lib. 7. Plinius lib. 28. cap. 2. Dicis autem legendum eſſe non dicitis, ex M. Varr. didicimus lib. 5. de lingua Latina. Quo genere loquendi vſus eſt quoque Arnobius aduerſus gentes, cuius verba hæc ſunt lib. 3. vt mihi quidem videtur, nam inemendata ſunt exemplaria: Niſi forte dicetis alias quidem ineſſe Diis formas, & honoris, & dicis cauſa, ſpecies vos eis accommodauiſſe mortalium: quod maioris multo eſt contumeliæ, quam erroris aliquid ignoratione feciſſe. Idem lib. 4. Interrogare vos lubet, ipſoſque ante omnia Romanos dominos rerum, ac Principes, vtrumne exiſtimetis pietatem, concordiam, ſalutem, honorem, virtutem, fœlicitatem, cæteraque eiuſmodi nomina, quibus aras videmus à vobis cum magnificis exædificatas delubris, vim habere diuinam, cœlique in regionibus degere? an (ita vt aſſolet) dicis cauſa: ex eo quod optamus, & volumus bona iſta nobis contingere, ſuperorum retuleritis incenſum? Chariſius autem lib. 1. grammat. oſtendit vnius tantum caſus eſſe, nempe genitiui: quaſi Dix nominatiuus in vſu non ſit.

Cap. XLVIII.

De actione, quæ aduerſus corrũpentes edicta publice propoſita datur.

EDicta Prætorũ quædã erant perpetua, quæ iuriſdictionis perpetuæ cauſa proponebantur. Quod tum fiebat, cum Prætor generaliter edicebat, quibus de rebus, aut quomodo in omnibus cauſis, & omnibus perſonis, ius eſſet dicturus, quandiu magiſtratu fungeretur. l. 2. ff. de orig. iur. vt enim Prætores ex edictis ſuis perpetuis ius dicerent, cautum fuerat lege Cornelia, vt Pædianus ſcribit. Alia erant, quæ in ſingulas perſonas, aut cauſas proponebantur ab eodem, prout res inciderat, veluti quibus abſens in ius vocabatur. leg. ad peremptorium. ff. de iud. Eodem ſenſu M. Cicero in Bruto, quæſtiones perpetuas à L. Piſone conſtitutas fuiſſe ſcribit. Nam antea in ſingula crimina Quæſitoribus mandari eas à Populo moris erat, vt poſtea dicemus. Cum autem ad edicta, quæ perpetua erant, ideo in publicis locis proponerentur in tabula, aut charta, aliaue ſimili materia, vt ſe præmunirent ciues (inquit Pomponius) omnibuſque, quorum maxime intererat, innoteſcerent: ac nemo ex Populo eorum poſſet ignorationem cauſari: nonnunquam fiebat, vt in contemptum maieſtatis Prætoriæ, & totius Populi graue incommodum à petulantibus, & improbis hominibus corrumperentur. Itaque huius temeritatis coercendæ gratia prætor aduerſus eum qui tale edictum dolo malo corruperit, actionem pœnalem dat ad quinquaginta aureos, quæ popularis eſt, & cuiuis ex populo competit. Edicti autem, quo eam actionem proponit Prætor, elegans eſt, & perſpicua Vlpiani interpretatio. l. ſi quis id quod. ff. de iuriſd.

Cap. XLIX.

Ad edictum à Prætore propoſitum, de eo qui nouum ius aduerſus alium ſtatuit vel impetrauit.

EA fuit Prætorum autoritas, & (vt Pauli verbo vtar) maieſtas, l. ſi familia. ff. de iuriſdict. nec ſolum Prætoris, ſed Proconſulis etiam in prouincia, aliorumque ſimilium Magiſtratuum, vt ius ſtatuere ipſis permitteretur: non quidem contra leges (nam id Prætori nunquam conceſſum fuit) l. cũ ſponſus. ff. de Pub. in rem. act. l. 1. ff. ex quibus cauſis ma. ſed de iis, quæ nullo certo iure erant comprehenſa. Statuebant autem ius vel perpetuum, ſiue perpetuæ iuriſdictionis gratia, quandiu in Magiſtratu eſſent, vt ſupra diximus, c. 48. vel in ſingulas cauſas, & perſonas ius dicendo, id eſt, decernendo aliquid, vel ius quoddam præſcribendo iudicibus datis, à quo non liceret eis cognoſcendo iudicandoque recedere; de quo ſatis fuſe diſſeruimus, cap. 53. Quæ res ambitioſis Magiſtratibus anſam dabat, contra morem maiorum, contraque ius & æquum ſæpenumero ius dicendi, eoque nomine Cicero in Verrem acriter inuehitur. Itaque viſum eſt operæ pretium huic malo, ne longius ſerperet, pœna quæ hoc edicto continetur, velut remedio quodam mederi, & non ſolum Magiſtratus cupiditatem, & ambitionem, qui nouum, iniquumque ius ſtatuerit, ſed etiam eius, qui poſtulauerit, impetrauerítque, comprimere, ac vindicare. Priore igitur capite huius edicti cautum eſt: vt ſi Magiſtratus aliquid noui iuris in aliquem ſtatuerit, quemcunque poſteà aduerſarium, & quandocunque habuerit, ipſe, eo poſtulante, eodem vti iure cogatur. Hinc Cicero in quadam ad fratrem ſuum Epiſtola: Qui in Magiſtratibus, inquit, iniurioſe decreuerant, eodem ipſis priuatis erat iure parendum. Quo iure nihil æquius aut iuſtius potuit vnquam excogitari. Æqualitas enim (vt ait Seneca) prima pars æquitatis eſt. Hinc illud Euripidis merito commendatur à ſapientiſſimis quibuſque, τὸ ἴσον νόμιμον. Eſtq; hoc ius à Cicerone lib. de inuent. 2. Par appellatum, quod in omnes æquabile eſſe, & à natura profectum in moremque vulgi approbatione perductum ait. Et nota eſt omnibus Pythagoreorum ſententia, qui iuſtum ſimpliciter τὸ ἀντιπεπονθὸς id eſt, mutuam penſionem, ſeu talionem eſſe, diffiniebant. Nouum autem ius ideo iniquum habetur, quia id ius quod vetuſtas comprobauit, certum eſt fere non minus, quam lex aliqua. In quo iure maximam partem eorum verſari quæ prætores edicere conſueuerunt, idem autor eſt in eodem lib. Hinc etiam libro 3. in Verrem. Veniunt, inquit, ad Chelidonem: domus erat plena, noua iura, noua decreta, noua iudicia poſtulabantur. &c. Poſteriore capite edicti hoc continetur, vt ſi quis à Magiſtratu quicquam noui iuris aduerſus aliquem obtinuerit, quandocunque, & quocunque poſtea aduerſario poſtulante, eodem iure vti cogatur. Exemplo vtitur Vlpian. quod vulgo non intelligitur. ff. quod quiſque iuris. l. 3. Si quis impetrauerit à Prætore iudicium purum, & ſimplex aduerſus debitorem ſuum, ſine exceptione pacti, puta vel doli aut alia huiuſmodi, quæ addi ſolebat, iudicio magis ex æquitate quadam & conſuetudine Prætorum, quam quod lege aliqua id conſtitutum eſſet. Qua de re videnda ſunt ea, quæ alias in commentario de pactis accurate diſputauimus, l. iuris gentium. in ver. actionem à Prætore dandam.

Cap. L.

Breuis & dilucida interpretatio edicti Prætorii, de eo, qui ius dicenti non obtemperat, ex Vlpiano.

EDictum à Prętore propoſitum fuit aduerſus eũ, qui ius dicenti non obtemperat, quod Vlpianus interpretatur his verbis: *Omnibus Magiſtratibus, non tamen Duumuiris, ſecundum ius poteſtatis ſuæ conceſſum eſt iuriſdictionem ſuam defendere pœnali iudicio. Is videtur ius dicenti non obtemperaſſe, qui quod extremum eſt in iuriſdictione, non fecit. Veluti ſi quis rem mobilem vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam, vel ferri paſſus eſt. Cæterum ſi & ſequentia recuſauit, tunc non obtemperaſſe videtur. Si procurator tuus vel tutor, vel curator tuus dicenti non obtemperauerit, hoc edicto ipſe punitur, non dominus, vel pupillus. Non ſolum autem reum, qui non obtemperauerit, hoc edicto teneri, Labeo ait, verum etiam petitorem. Hoc iudicium non ad id, quod intereſt, ſed quanti ea res eſt, concluditur. Et cum meram pœnam contineat, neque poſt annum, neque in hæredem datur.* Huius loci ſenſum (quem omnes qui nominis

alicuius in ſcientia iuris ciuilis, noſtra patrumque memoria fuerunt, ſummo ſtudio conati ſunt interpretari) neminem adhuc ſatis explicaſſe: cuius ſcripta in manus meas venerint, affirmare auſim. Quanquam vetuſtus interpres Bulgarus (cuius ſententia ab aliis exploſa eſt) non procul à ſcopo aberraſſe mihi videtur. Quæ res me mouit, vt in tanta authorum diſſenſione, quanta vix vſquam reperitur, ac præſertim recentiorum Alciati & Zaſii, ſententiam meam, quam ante multos annos in ſchola noſtra defendi, nunc omnibus ſtudioſis aperirem: libenter mutare eandem paratus, ſi eruditis non probari intellexero. Vt igitur ad rem veniamus, Hoc edicto iudicium datur aduerſus eum, qui non obtemperat ius dicenti, id eſt, vt Magiſtratui, qui poteſtatem habet: vel ei, cui mandata eſt ab eodem iuriſdictio. Datur autem (vt exiſtimo) non fiſco, ſed ipſi litigatori: non ad id, quod intereſt, ſed quanti ea res eſt, de qua mouetur controuerſia: adeo vt ſi forte calumnioſa fuerit petitio, nihilominus condemnatio fiat, l. penul. ff. ne quis eum, qui in ius. Itaque meram pœnam continet hæc actio, abſque vlla rei perſecutione, vt hic Vlpianus ait. Ac ne cui durum nimis & acerbum hoc ius videatur, conſiderandum eſt, quam graue ſit Magiſtratuum pop. Roman. qui cum imperio & poteſtate ſunt, maieſtatem contemnere. l. ſi familia. de iuriſdict. Nam his tantum permittitur ſecundum ius poteſtatis ſuæ: & vim imperii, quod habent, l. cum Prætor. de iudi. iuriſdictionem ſuam hac actione data tueri, non etiam Duumuiris, & magiſtratibus municipalibus, vt hic dicitur. Huc accedat, quod ita demum huic edicto locum eſſe ſcribit Vlpian. ſi quis id, quod extremum eſt in iuriſdictione non fecerit. Nam ſi quis Magiſtratui ad ſe vocanti non paruerit, non continuo tenetur pœna huius edicti, quæ ſane grauiſſima eſt, quamuis mulctari poſſit ab eo, l. 2. ff. ſi quis in ius vocat. non ier. modo legitimam quantitatem non excedat. l. eos. C. de mod. mulct. Sed poſtquam magiſtratus eum non comparentem iuſſerit duci, l. iniuriarum actio. ff. de iniur. vel aduerſarium in poſſeſſionem ire aut quid aliud ſimile, nec is obtemperauerit, quia hoc extremum in iuriſdictione eſt, nec poteſt vltra progredi decernendo, aut ius dicendo, tunc pœna huius edicti coercebitur. Alio non abſimili exemplo hic vtitur Vlpianus, cum rem mobilem à poſſeſſore vt ſuam vindicaret quiſpiam, is, vnde petebatur, iudicium accipere recuſabat, futurum ſperans, vt ita condemnationem vitaret, cum lite non conteſtata non poſſit aduerſus quemquam Romano iure ſententia ferri. Quæritur, quid iuris ſit? & reſpond. Impune eum non parere, quod ad pœnam huius edicti attinet, quia in iuriſdictione hoc extremum non eſt: idque ſignificant hæc verba, *Veluti ſi quis rem mobilem vindicari à ſe paſſus non eſt, ſed duci eam, vel ferri paſſus eſt.* quibus addenda ſunt hæc: *Non incidit in pœnam, quaſi non obtemperauerit, vel ſimilia.* Quid igitur? Prætor deinde rem illam mobilem ferri, vel duci iubet, cuſtodiæ ſcilicet cauſa, propter contumaciam. l. is cui. §. qui legatorum. ff. vt in poſſ. leg. ne huic quidem decreto paret reus. Ait Vlpia. *Edicti pœna tunc eum teneri,* nempe his verbis: *Cæterum & ſequentia recuſauit, tunc non obtemperaſſe videtur.* Nam ex duobus propoſitis, quod poſterius eſt, interdum ſequens dici ſolet, vt Zaſius annotauit. l. vltim. ff. de vulg. & pup. ſubſt. ſed qui fieri poteſt, vt petitor non obtemperans, hoc edicto teneatur? Reſpondeo, edictum de reo tantum contumace loqui, non etiam de petitore. Itaque Vlpianus ad petitorem edictum porrigens interpretatione ſua quia ius certum non erat, nec verbis edicti expreſſum, Labeonem eius opinionis auctorem laudat. Commodiſſima autem ratio petitorem contumacem huius edicti pœna plectendi hæc eſt, vt poſtea agere volenti denegetur iuriſdictio, idque ſolitum fieri Vlpianus alibi oſtendit. l. ſed etſi per Prætorem. ff. ex quibus cau. maio. Mouere autem nos non debet, quod mihi à nonnullis obiectum memini. Si actor non adſit edictum circumduci, idque in iuriſdictione extremum videri, vt aduerſus actorem locus huic edicto non ſit. l. & poſt. de iud. Hoc enim accipiendum eſt, cum actor vocatus non fuit, &c. Si enim malit reus litem omnino finiri, quam circumduci edictum, curabit abſentem actorem vocari tribus edictis: vt ob contumaciam ſuam omnino cadat cauſa, vt conſtitutione noua Iuſtiniani expreſſum eſt, l. aut qui ſemel. C. quom. & quan. iud. Nam & eo iure, quod in Pandectas relatum eſt, actor non obtemperans ius dicenti, damno litis afficitur. l. contumacia. de re iud. nempe ſi edictis ſolemniter vocatus non adfuerit, & ſic quod extremum eſt in iuriſdictione non fecerit. Nec mirum cuiquam videri debet, quod verba aliquot hic ſubaudienda eſſe dixerimus: cum huiuſmodi ſchemata apud veteres autores vſitata ſint, vt Budæus noſter non vno in loco admonet. Cic. in Bruto: Forti animo eſſe oportere cenſebas, quod ea geſſiſſem, quæ de me, etiam me tacente, ipſa loquerentur, mortuoque viuerent. Quæ ſi recte eſſent ſaluti Reip. ſin ſecus, interitu ipſo teſtimonium meorum de rep. conſiliorum darent. Quæ forma loquendi ad Græcorum imitationem haud dubie vſurpata eſt à Latinis. Lucas in Euangelio, c. 13. de ficu loquens, Καὶ μὲν ποιήσῃ καρπόν, εἰ δὲ μήγε, εἰς τὸ μέλλον ἐκκόψεις αὐτήν. Et ſi quidem fecerit fructum, ſin ſecus, ſuccides eam. Ariſt. lib. 2. Polit. cap. 9. τὸ μὲν γὰρ τὰ μὲν προσάγειν, τὰ δὲ μὴ προσάγειν πρὸς τὸν δῆμον οἱ βασιλεῖς κύριοι, μετὰ τῶν γερόντων, ἂν ὁμογνωμονῶσι πάντες· εἰ δὲ μή, καὶ τούτων ὁ δῆμος.

Ariſtoph. in Plut.

Καὶ μὲν ἀποφλώσω μόνην
Ἀγαθῶν ἁπάντων οὖσαν αἰτίαν ἐμὲ
Ὑμῖν δι' ἐμέ τε ζῶντας ὑμᾶς, εἰ δὲ μὴ
Ποιεῖτ' ἤδη τοῦθ' ὅτι γ' ἂν ὑμῖν δοκῇ.

Ariſtophanis interpres huius ſchematis, quod ἀνταπόδοσιν vocat, aliud citat exemplum ex Thucyd. lib. 3.

Καὶ εἰ μὲν συμβῇ ἡ πεῖρα, εἰ δὲ μή, Μιτυληναίους εἰπεῖν ναῦς τε παραδοῦναι καὶ τείχη καθελεῖν.

Idem aliud ex Homero. Ἰλιάδ. α.

Ἀλλ' εἰ μὲν δώσουσι γέρας μεγάθυμοι Ἀχαιοὶ
Ἄρσαντες κατὰ θυμὸν ὅπως ἀντάξιον ἔσται.
Εἰ δέ κε μὴ δώωσιν, ἐγὼ δέ κεν αὐτὸς ἕλωμαι·

Menander apud Euſtathium Homeri interpretem,

Εἰ μὲν δὴ ἔστι τινὰ πόρον ἔχεις, εἰ δὲ μή, νενόηκ' ἐγώ.

Plato Comicus, apud eundem, εἰ μέν σοι τὴν θαυμαστὴν ἀποδώσει τίκων, εἰ δὲ μὴ ταῦτα πάντα συντεραίνων, ἀπολεῖ.

Sophocles, εἰ μὲν τις ῥῶν ἕξεισιν, εἰ δὲ μὴ λέγε.

Vlpia. quoque Demoſthenis interpres huic non omnino diſſimilem ἔλλειψιν apud eundem obſeruauit in Olynth. 3. Sed de his iam plus ſatis.

CAP. LI.

Patrem filio aut filium patri recte iudicem dari, quamuis magiſtratus liberis ſuis ius dicere non poſſit: & conciliatio locorum Vlpiani atque Africani pugnantium.

PRætor, qui iuriſdictioni præeſt, in cauſa ſua, aut ſuorum, iudicem dare, & formulam cognoſcendi, ac iudicandi præſcribere non poteſt: ne effectu, & gratia ductus à iuſtitia & æquitate deflectat. Ita Vlpianum interpretor ſub tit. de iuriſdict. c. 10. in Pandect. l. qui iuriſdict. Nam ius dicere ita accipiendum eſt apud eundem, vt cap. 53. demonſtrabimus. *At patrem filio iudicem dari, aut filium patri, ſi priuatum ſit negotium, quo de agitur (nam in publicis iudex dari non ſolet) nihil vetat, conſentiente ſcilicet aduerſario.* Idque Africanus ſentire mihi videtur ſub tit. de iud. 77. l. in priuatis. *Eſt enim iudicare, munus publicum*, vt ſub eodem tit. Paulus ait, cap. 78. *Et in his, quæ ad ius publicum attinent, inuicem extranei habentur pater & filius.* l. nam quod. ff. ad S. C. Trebel. Conſenſu autem litigantium iudices dari olim conſueuiſſe alibi oſtendimus. l. 2. §. ſed ſi iudex. l. obſeruandum. ff. de iudi. l. ex conſenſu. ff. de appel. Quod ſi quis obiiciat, adeo id certum, indubitatumque eſſe, vt Africanum id literis mandare voluiſſe parum credibile ſit: huic reſpondeo, eandem quæſtionem de arbitro, agitatam eſſe à veteribus, quem tamen litigantium conſenſu eligi nemo vnquam dubitauit. l. quinetiam. ff. de rec. arb. Sunt qui negotia priuata peracute (ſi Diis placet) & ſcite apud Africanum domeſtica interpretantur, quæ ad nullius commodum, vel incommodum, præterquam patris ipſius, aut filii pertinent: alii alia comminiſcuntur. Verum mihi propoſitum nõ eſt, omnia ſcriptorum omnium ſomnia, futileſque, & ineptas opiniones ſcrupuloſius hic excutere: q̃ patefactis, confirmatiſque melioribus, ſatis conuelluntur.

C A P. LII.

An abſque Principis permiſſu aqua publica duci poſſit, & explicata ſubdifficilis antinomia

SIquis aquam publicam, id eſt, auctoritate publica ad publicum vſum cõparatam, in ſuum fundum deriuare cupiat, neceſſarium eſſe Principis conſenſum, oſtendit Vlpian. tit. de aqua quotidian. c. 1. §. permittitur. Nec refert hodie, an ex caſtello, an ex riuo, vel quo alio loco ducatur. d. §. permittitur. Licet priſcis temporibus non niſi ex caſtello ducendi priuatis ius eſſet, idque Senatuſconſulto cautum Ælio Tuberone & Fabio Maximo Coſſ. Iulius Frontinus ſcribit: ne aut riui, aut fiſtulæ publicæ frequenter lacerarentur. Sed animaduertendum eſt, hoc ius perſonæ conceſſum, ad nullum hæredem ſucceſſoremve tranſire, mortuo tamen eo, cui conceſſum fuerat, à Principe renouari, adeo vt iniuria eum affici Vlpi. dicat, cui id denegatum fuerit. d. §. permittitur. Cui conſentanea ſunt & eiuſdem Frontini verba: Ius (inquit) impetratæ aquæ neque hæredem, neque emptorem, neque vllum nouum dominum prędiorum ſequitur: nunc omnis aquę cum poſſeſſore inſtauratur beneficium, &c. Diuerſa ratio eſt fluminum publicorum, ex quibus abſque principis permiſſu aquam ducere licet, ſi modo nauigabilia non ſint, vt Pompon. ait. l. quo minus. ff. de flumi. l. ſi autem §. vlt. ff. de aqua plu. arc. l. imperatores. ff. de ſeruit. ruſt. pręd. Quod enim iam dictum eſt Principis permiſſu opus eſſe, de ea aqua, quę in vſu publico eſt, accipi debet, qualis in Vrbem olim ad ciuium vſum variis ex locis ducebatur, aut canalibus ſtructilibus & lapideis, aut tubulis fictilibus, aut fiſtulis plumbeis, vt Plinius, Vitruuius & Frontinus ſcribunt, idque à Pomponio diſerte expreſſum eſt, vt Accurſij hac in re ſocordiam non parum admirer, qui hanc Pomponij diſtinctionem non animaduerterit.

Quid ſit iuriſdictio, quidque imperium tam merum quam miſtum. C A P. LIII.

IVs dicere Magiſtratus dicitur, puta Prætor, vel alius ſimilis, cum in cauſis priuatis, & pecuniariis iudici à ſe dato ius quoddam quaſi conſtituit, & formulam iuris & æquitatis ei præſcribit, quam ſequatur, & à qua iudicando, cognoſcendoq; recedere non poſſit. Nam Prætor cauſas priuatas iudicare non ſolebat, ſed iudicem dare, qui accepta formula, & præſcripto quodam iuris, de facto tantum cognoſceret, vt alias docuimus in commentario de Pactis. l. Iuriſgentium. Hinc dicitur, In iure fieri, quod apud prætorem fit, vt ſupra admonuimus cap. 1. Nec verum eſt, quod plerique opinantur, rebus iudicandis eum præpoſitum fuiſſe legibus Romanis. Nam illa lex, *Qui iudicet iudicarive iubeat, Prætor eſto*: & aliæ huiuſmodi apud Ciceronem ex XII. Tabul. non ſunt, ſed ab ipſo confictæ: id quod non ſemel teſtatur in libris de legibus. Iudex igitur datus, qui & pedaneus dicitur, nec ius dicit, nec iuriſdictionem habet, ſed notionem tantum, & cognoſcendi, iudicandique facultatem, l. ait Prætor. ff. de re iud. quam à iuriſdictione differre, arguit etiam titulus. Ne quis in ſua cauſa iudicet, vel ius ſibi dicat, lib. C. Iuſtin. 3. Huius rei quoque argumentum eſt, quod licet ſuis nemo poſſit ius dicere, in eorum tamen cauſa iudex eſſe poteſt, vt ſupr. annotauimus c. 51. l. qui iuriſd. ff. de iuriſd. l. in priuatis. ff. de iud. Proinde ſententiam ſuam non exequitur, ſed Magiſtratus, qui eum dedit. l. à Diuo Pio. ff. de re iud. Nam quod Vlpianus ait, *Qui reſtituere iuſſus iudici non paret, manu militari, officio iudicis ab eo poſſeſſionem transferri*, &c. l. qui reſtituere. ff. de rei vind. id de pronuntiatione & ſententia iudicis, non de ipſius executione accipiendum videtur. hoc amplius, Magiſtratus ſi quando cognoſcat, & iudicet (quod olim certarum perſonarum fauore, aut cauſarum faciebat) l. 1. ff. de extraordi. cog. l. 1. ff. de rei vindi. tum quidem ius dicere, proprie intelligendus eſt, tametſi latius eo verbo vſus ſit Vlpianus. Cuius rei fidem facit Suetonius, qui Neronem ſcribit in iure dicendo non niſi die ſequenti ſolitum reſpondere, poſtulationibus, in cognoſcendo autem perpetuis actionibus omiſſis, ſingula quæque per vices agere, &c. His intellectis facile, opinor, cognoſcitur quid ſit iuriſdictio. Nam modo iuris dicẽdi, ſeu iudicis dandi poteſtas eſt, ſiue, vt Vlpianus ait, licentia. l. imperium. ff. de iuriſdict. l. 1. §. damus. ff. de ſuſpect. tut. modo ipſum ius dicere, vt ita loquar. l. quamuis. ff. de in ius vocan. Cæterum præter hæc, quæ diximus, quæ à Magiſtratu fiunt, pro poteſtate quadam nec priuatis hominibus permittuntur, veluti datio tutoris, l. muto. §. tutoris. ff. de tutel. ea imperij eſſe dicuntur: Imperij, inquam, aut meri, aut miſti. Sed quid vtrumque ſit, vt commodius explicemus, notandum eſt, prætorem Romæ creatum fuiſſe, vt ius diceret in Vrbe de cauſis, negociisque priuatis, non vt animaduerteret in facinoroſos homines: quod ne Conſuli quidẽ licuiſſe ſcribit Pomponius, tit. de orig. iur. lib. 1. Pandect. Populus enim, cuius ſumma poteſtas erat, quoties animaduerſio neceſſaria videbatur, Quæſitores, ſiue Quæſtores conſtituebat, qui aduerſus facinoroſos inquirerent, idq; extra ordinem, cum nullo magiſtratu fungerentur, vt ego pleriſq; refragantibus cenſeo. l. 2. de orig. iur. Non tamen his finibus vſquequaque circumſcripta fuit poteſtas huius magiſtratus, vt nihil aliud, quã iudicibus à ſe datis ius, æquitatemque præſcriberet, quemadmodum diximus. Nam bonorum poſſeſſionem dare poterat ſecundum tabulas, vel contra tabulas, reſtituere in integrum, modice coercere, & alia quædam exequi, quę in imperio quodam conſiſtere dicuntur magis, quam iuriſdictione. l. 1. l. iubere. ff. de iuriſd. l. 2. ff. de in ius voc. l. ea, quæ. ff. ad municip. vt conſtat ex Ciceronis orationibus in Verrem. Et hoc quidem imperium ideo dicitur miſtum, quia iuriſdictioni admiſtum, & coniunctum eſt, pertinetque omnino ad officium ius dicentis, adeo vt quiſquis habet iuriſdictionem, idem hoc quoque imperium habeat: & qui hoc imperio vtitur, ius dicentis officio fungi exiſtimetur. Qua ratione trãsferri dicitur mandata iuriſdictione. l. imperium. ff de iuriſdict. l. 1. ff. de off. eius cui mand. eſt iur. Hæc de imperio miſto. Quæ de magiſtratibus Romanis, qui ſcilicet creantur à P. R. vel Principe, l. 1. ff. ad l. Iul. de amb. non de municipalibus & Duumuiris accipienda ſunt, l. ea, quæ. ff. ad municip. vt & pleraque alia ad iuriſdictionem Magiſtratuum pertinentia, l. 1. ff. ſi quis ius dicenti non obtemp. de quibus alibi. MERVM autem imperium, gladij poteſtas eſt, dict. leg. imperium. quæ diu poſt creationem ipſius Magiſtratus lege delata eſt Prætori. l. 2. ff. de orig. iur. l. 1. §. qui mandatam. ff. de offic. eius, cui mand. eſt iuriſdic. Nam legibus latis primum à Lucio Piſone (vt Cicero auctor eſt in Bruto) deinde à Cornelio Sylla quæſtiones publicæ ac perpetuæ conſtitutæ ſunt, cum antea in ſingula crimina mandarentur, dict. leg. 2. de orig. iur. & Prætoribus, quorum auctus fuit numerus, in vniuerſum rerum omnium capitalium quæſtio cognitioque demandata. Verum ex eo Prætorum numero ſorte eligebantur certi qui ea iudicia exercerent, cæteri præerant iuriſdictioni, Cic. in Orat. pro Mure. & in Prætore vrbano hæc poteſtas animaduertendi dicebatur merum imperium, quaſi putum, & ſolum, abſque illa generali iuriſdictione quæ aliis Prætoribus ſorte obtigerat. Nam merum & miſtum contraria ſunt. l. cum ſeruus. de condi. & demonſtr. quod vel Martialis verſus indicant facetiſſimi de caupone Rauennate:

> *Sit ciſterna mihi, quam vinea, malo Rauennæ,*
> *Cum poſſim multo vendere pluris aquam.*
> *Callidus impoſuit nuper mihi caupo Rauennæ,*
> *Cum peterem miſtum, vendidit ille merum.*

Et hanc gladii poteſtatem non poteſt is, cui contingit, alteri mandare, niſi proficiſcatur, &c. *quamuis iuriſdictionem habens ſine exceptione cuiuis eam mandare poſſit*, dict. l. 1. de offic. eius, cui mand. eſt iuriſdict. l. ſolet. ff. de offic. proconſ. l. nemo. ff. de regu. iur. Idem dicendum eſt & cum in vna atque eadem perſona concurrunt iuriſdictio, & merum imperium, Iuriſdictio videlicet iure magiſtratus, cum imperio quod illi cohæret: & merum imperium, tanquam lege ſpecialiter delatum. Quod cernere licet in eo, qui Pręſes aut Proconſul eſt in prouincia. Nam omnium iudicum, qui Romæ, ſiue tanquam magiſtratus, ſiue extra ordinem aut ius dicunt, aut de quauis cauſa cognoſcunt, partibus fungitur. l. de omnibus. l. omnia. l. illicitas. §. vltim. ff. de offi. præſid. l. ſi in aliquam. §. vlt. ff. de offi. proconſul. Itaque ſi iuriſdictionem ſuam mandauerit legato ſuo vel alij, omnis quidem iuris dicundi poteſtas cum imperio ei admiſto tranſibit: gladij poteſtas, quæ lege ſpecialiter delata eſt, non item. l. ſi quid erit. ff. de offic. proconſul. l. 1. ff. de offi. eius cui manda. eſt iur. Illa ſiquidem animaduerſio, quæ meri imperij eſt, à iuriſdictione diſtinguitur. Quod cum ex pleriſque locis Ciceronis, tum ex Aſconio Pædiano

in eundem obſeruauimus, qui Ciceronem de Sicilienſibus Verris criminibus quatuor libros ſcripſiſſe ait, Vnum de iuriſdictione, alterum de frumento, tertium de ſignis, quartum, de ſuppliciis. Verum alia reperitur huius verbi apud iuris auctores latior ſignificatio, l. 1. de extraor. cog. & criminalium, capitaliumque cauſarum cognitionem complectitur. l. 1. ff. de offi. eius, cui manda. eſt iuriſd. l. 1. ff. de orig. iur. Quapropter non male diuiditur iuriſdictio in imperium & iuriſdictionem, tanquam & generis, & ſpeciei nomen ſit, ſicut adoptio. l. 2. ff. de adopt. Sed & imperium quoq; paulo generalius interdum accipitur, vt iuriſdictionem etiam contineat, & ius dicere, ſeu iudicium dare, pars quædam eius imperij, quod Prætor iure magiſtratus habet, eſſe videatur. l. cum prætor. ff. de iud. l. & ſi prætor. ff. de offi. eius, cui manda. eſt iuriſdict. l. 3. ff. de recep. arbit.

Cap. LIIII.

Quid ſit imperare apud Alphenum. & locus Annei Senecæ declaratus, lib. 6. de beneficiis, præter aliorum ſententiam.

QVando in ſuperiori capite mentio imperii facta eſt, non alienum erit à propoſito Alpheni reſponſum interpretari ſub tit. de oper. liber. ca. 26. quod in vulgatis codicibus ita legitur: *Medicus patronus, quod putaret ſi liberti ſui medicinam non facerent, multo plures imperantes ſibi habiturum, poſtulabat vt ſequerentur ſe, neque operas facerent: id ius eſt, nec ne? Reſpondi id ius eſſe, dummodo liberas operas ab eis exigeret.* Haloander autem implorantes legit, non imperantes: exiſtimans, vt arbitror, abſurde dici, ægrotos imperare medicis, cum pareant potius, & eorum opem, atque auxilium implorent. At veterem lectionem tuetur Alciat. lib. 7. Pareg. c. 13. & ait, *Imperare* nihil aliud eſſe apud Alphenum quam *Parere*. Quod ſane (cum bona eius venia dixerim) perridiculum eſſe cenſeo. Nam & ſi hęc gerundia *Imperandum*, *Succedendum*, & ſimilia, apud Ciceronem, & alios auctores Latinos παθητικῶς interdum accipiantur, Cic. in epi. Saluſt. in Iug. non continuo tamen *Imperare* verbum, aut participium ab eo deductum ſenſu paſſionis accipietur. Eſt enim hæc gerundiorum natura, vt Grammatici in illum Virgilij locum annotauerint, *Cantando rumpitur anguis*, & in alium eiuſdem auctoris, *Vritque videndo fœmina.* Quibus in locis *Cantando & Videndo*, exponunt dum cantatatur, dum videtur. Sed nemo ſanus ideo cõtenderit, verbum Cantare, aut Videre, paſſiuam habere ſignificationem. Itaque quod ait Alphenus, *Imperantes ſibi habiturum*, &c. neceſſe eſt vt actionis ſenſu accipi fateamur. Quamuis enim magis conuenire videatur imperium medicis, quam ægrotis: Plinius lib. 29. cap. 1. tamen ipſa merces cuius gratia circumambulant, & ægrotos inuiſunt, autoramentum quoddam ſeruitutis eſt, vt ait Cicer. Adde quod blandiri & aſſentari ægrotis, ac non raro vt ipſis morigerentur maximas deuorare moleſtias, non ſecus ac ſi Regis alicuius, aut tyranni ſubeſſent imperio coguntur. Quo pertinet illud Horatianum, *Vt lethargicus hic cum ſit pugil, & medicum vrget, &c.* Quamobrem apud Latinos auctores inualuit hæc loquendi conſuetudo: vt medici mei ego imperator dicar, quaſi imperare, & medici officio fungi, ex genere ſint τῶν συναιρον τῶν, ſicut emere, ac vendere, &c. Ac permultæ huiuſmodi ſunt formæ loquendi in Latina lingua adhuc à pauciſſimis hodie vel intellectæ, vel animaduerſæ, quas aliquando ſtudioſis (vt ſpero) indicabimus ac patefaciemus. Sed ne longius à propoſito euagetur oratio, ſententiam noſtram locupletiſſimi teſtis Annei Senecæ auctoritate confirmabimus, cuius hæc verba ſunt libro de beneficiis 6. capite 16. infinitum erit, ſi latius exempla conquiram, quibus appareat paruo magna cõſtare. Quid ergo? Quare medico & præceptori plus quid iam debeo nec aduerſus illos mercede defungor? Quia ex medico ac præceptore in amicum tranſeunt, & nos non arte quam vendunt, obligant, ſed benigna & familiari voluntate. Itaque medico, qui nihil amplius, quam manum tangit, & me inter eos quos perambulat, ponit, ſine vllo affectu facienda vitandave præcipiens, nihil amplius debeo: quia me non tanquam amicum vidit. Sed tanquam Imperatorem. Pincianus quidam, nec indoctus vir meo iudicio, nec indiligens teſtatur, ſe quindecim vetuſta exemplaria Senecæ manu ſcripta contuliſſe, in quibus ita legatur, ſed nihilominus corruptum eſſe locum arbitratur, & vel inuocatorem, vel emptorem legendum eſſe. Qui quam fruſtra ſe torqueat, ex his quæ diximus, ſatis liquet. Erunt fortaſſis qui hæc velut λεπτολογήματα quædam ad humanitatis ſtudia magis, quam ad iuris ciuilis ſcientiam, quam profitemur, ſpectantia flocci nõ facient. Verum hi cõſiderent velim, nihil me quod à munere, & officio Iureconſulti (cuius perſonam ſuſtineo) alienum eſſe putem facere: ſed Labeonem Antiſtium imitari potius, qui ſcrutandæ verborum proprietati, & origini vſque adeo deditus fuit, vt libros tres poſteriorum eiuſdem rerum ad illuſtrandam linguam Latinam conducentium plenos fuiſſe quidam ſcripſerint. Gel. lib. 13. cap. 11.

Cap. LV.

De Pandectarum compoſitione, ordine ac methodo.

PRætores olim Romæ edicta, quibus admoneretur populus, quod ius eſſent de quaque re dicturi, palam proponere ſolebant. l. 2. §. eodem tempore. ff. de orig. iur. Ea autem edicta perpetua nõ erant, ſed ſimul cum Magiſtratu ipſo finiebãtur, qui & ipſe annuus erat. tit. de perpet. & temp. actio. lib. Inſti. 4. Vnde Cicero, qui plurimum (inquit) tribuunt edicto Prætoris, legem annuam dicunt eſſe. Nam hoc tantum effecit Cornelius lege lata, cuius meminit Aſconius, vt varie ius non dicerent Prætores, ſed ex dictis ſuis perpetuis: id eſt, quę iuriſdictionis perpetuæ ac generalis cauſa ſemel à ſe propoſita eſſent, quamdiu magiſtratu fungerentur, ius dicerent, vt ſupra diximus, cap. 48. Quare cum ſingulis annis edicta noua fere proponerentur, tam ingens multitudo, & varietas ſequuta eſt edictorum vt ea res Saluium Iulianum Iureconſultum ad ea vndique colligenda (nam prius vaga & diſperſa erant) & in vnum volumen redigenda impulerit. Cui compoſitioni Imperatoris Adriani, ac Senatus quoque acceſſit auctoritas, vt ius perpetuum atque immutabile eſſet, quod Prætores in iure dicendo poſtea ſequerentur. l. 2. C. de veteri iure enuc. l. ſi quis ſeruum. C. de condict. indeb. Hoc edictum Iuliani mox interpretati ſunt nobiliſſimi iureconſultorum Paulus atque Vlpianus: quorum hic LXXXIII. ille LXXX. libros ad edictum ſcripſiſſe legitur, vt apparet ex eo librorum catalogo, qui initio Pandectarum adſcriptus eſt. Hinc illę inſcriptiones, *Vlpianus ad edictum*, *Paulus ad edictum*, paſſim in lib. Pan. reperiuntur. Nec dubitandum eſt quin tantus vir rem iudiciariam omnem quam pleniſſime eo libro complexus ſit: Id quod vel ex iis, quæ ſuperſunt fragmentis, ſatis perſpicuum eſt. Qua in re etiam ordine, & methodo ad docendũ accommodata ſic eſt vſus: vt non tantum veteres conſulti, qui poſtea de iure ciuili ſcripſerant ante Iuſtinianum, eam ſibi imitandam propoſuerint, l. 2. ff. de ſtatu homi. ſed etiam Tribonianus ipſe cum ſuis collegis in Pandectar. compoſitione, idque Iuſtiniani mandatu, vt ex conſtitutione eiuſdem, quæ Pandectis ipſis propoſita eſt, & ex numero librorum, quem ſingulis capitibus iuſſit adſcribi, conſtat. Ex quibus capitum inſcriptionibus illud quoque facile perſpici poteſt, nihil fere illis libris contineri, quod ex Pauli, Vlpiani, aliorumq; ad edictum perpetuum commentariis ſumptum non ſit: ac non modo ordinem, ac diſpoſitionem, ſed res quoq; ipſas Tribonianum ab eis mutuatum fuiſſe. Proinde edictum illud perpetuum Iuliani, fons omnis iuris tum publici, tum priuati, quod iis libris præſcriptum nobis reliquit Iuſtinianus, meo iudicio, recte dici poteſt, quod de legibus duodecim ſcribit Liuius. Cum igitur certiſſimum ſit, in Pandectarum librum prætor iudicia, & actiones, quæque ad iudicia exercenda pertinerent, nihil Iulianum contuliſſe, quæcunque illis libris continentur, eo referenda eſſe omnia intelligere debemus. Nam cætera, quæ nonnunquam intermiſcentur, veluti parerga quædam ſunt, & horum gratia explicandorum, commodiusque tractandorum adſcripta. Quod ſi quis diligenter expenderit, facile iudicabit, quantum inter hanc Iuſtiniani methodum, & quorundam noſtri temporis iuris profeſſorum interſit, à quibus ordinem alium, ac diſpoſitionem excogitatam eſſe videmus. Horum enim induſtriam tametſi non contemnam, non tanti facio tamen, vt non multo plura eos peccaſſe, quam Iuſtinianum (ſi quid ab eo peccatum eſt) exiſtimem; idque propediem in ſingulorum titulorum explicatione luce clarius demonſtraturum me eſſe confido. Videntur autem nobis plerique eorum errorem hauſiſſe ex verbis Caii lib. 1. Inſtit. cum

ait,

ait, Omne ius vel ad perſonas pertinere, vel ad res, vel ad actiones. l. 1. ff. de ſtatu homin. Hæc enim verba ſic intellexerunt, quaſi nulla ſit aptior, nec commodior iuris tractandi, docendique ratio, quam ſi de his tribus ſeparatim diſſeratur. Verum longe aliter ſenſiſſe Caium non dubito: nempe nullam partem iuris eſſe, nullum contractum, nullum negotium, nullam actionem, nullum iudicium, in quo tractando hi loci ſimul non incurrant: vt, exempli cauſa, In tractatu de ſtipulationibus oritur in primis quæſtio de perſonis, quæ ſtipulationem contrahere poſſunt, & quæ non poſſunt: illudq; in controuerſiam venit ſitne ſeruus, filiusfamilias, impubes, minor, furioſus, prodigus, qui ſtipulationem contraxiſſe dicitur. De rebus quæritur, ſitne res ſacra, religioſa, publica, propria, aliena, corporalis, incorporalis &c. de actione, quæ ex eo contractu naſcitur: ſitne bonæfidei, an ſtricti iudicii, temporalis, an perpetua, pœnalis, an rei perſecutoria, &c. Idemque in cæteris tractatibus Pandect. obſeruare licet. Hi namque ſunt præcipui loci omnium diſputationum iuris ciuilis. Quamobrem cum inſtitutiones iuris ciuilis conſcriberet Caius, non immerito diuiſiones quaſdam, ac diffinitiones perſonarum, rerum, & actionum, initio proponere voluit ſtudioſis: nimirum intelligens, grauiores illas ſubtilioresq; diſputationes quæ iure ciuili continentur, quæque ad hos locos referri ſolent, percipi aliter non poſſe. Ex quo ſatis liquet, quod 1. lib. Pandect. tum de perſonis, tum de rebus ſcriptum extat, nihil aliud, quam Iſagogen quandam eſſe, quæ res ad alias aſſequendas viam muniat. Quam quidem Tribonianus cum non ſatis vberem, ac plenam eſſe animaduerteret (nam primus, & alter locus non ſolum copioſius, verum etiam clarius & diſtinctius ad rudiores inſtituendos tractari potuiſſe videntur, tertius vero illic deſideratur omnino.) Cum igitur hæc perpenderet Tribonianus, quatuor Inſtitutionum libris, quicquid de perſonis, rebus, & actionibus ad Pandect. interpretationem neceſſarium tyronibus videbatur, miro compendio, artificioq; complexus eſt. Et hanc diſpoſitionem, ac methodum, vt in ea Iſagoge, & inſtitutione probamus, ita inſanire eos contendimus, qui cum libros omnes tum Pandectarum, tum Codicis Iuſtinianæi ita diuiſerint, aut (vt verius liberiusq; dicam) diſcerpſerint, ac dilacerarint, quo ſcilicet Iuſtiniano ſapientiores ab imperita multitudine crederentur, mirificam (ſi diis placet) iuris artẽ poſteritati ſeſe relinquere gloriantur, & iactitant. Quod non eo à nobis dictum quiſquam exiſtimet velim, vt eos libenter inſectemur, quorum conatus, ſi ſtudioſos iuuare voluerunt, aliquam meretur laudem, ſed vt iuuenes nimium credulos plerunq;, & incautos, quos huiuſmodi deliramẽta quotidie experimur, velut pro oraculis quibuſdam habere, quantum in nobis eſt, ab errore in viam reuocemus.

Cap. LVI.

Dotem certa quantitate non expreſſa, inutiliter promitti, à muliere non tantum pacto, ſed etiam ſtipulatione contra receptam opinionem.

Alexandri Seueri reſcriptum quoddam legitur ſub tit. de dotis promiſ. li. 5. C. Iuſt. cap. 1. in hæc verba, *Fruſtra exiſtimas actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi, nec præſtita ſit, cum neque ſpecies vlla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum ſit. Quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiſerit.* Cui videtur quaſi ex diametro (vt aiunt) repugnare, quod reſpondit Papinianus ſub titul. de iure dot. cap. 70. l. cum poſt. §. gener. *Gener à ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re, vel quantitate, ſtipulatus fuerat. Arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit. Nec videri ſimile, quod fundo non demonſtrato, nullum eſſe legatum, vel ſtipulationem fundi conſtaret, cum inter modum conſtituendæ dotis, & corpus ignotum differentia magna ſit. Dotis etenim quantitas pro modo facultatum conſtitui poteſt.* Vulgus interpretum exiſtimat, reſcriptum Alexandri de pacto, reſponſum vero Papiniani de ſtipulatione accipiendum eſſe: quod falſum eſſe, vel ex eo apparet, quia promiſſionis verbum inſtrumento adſcriptum, ad ſtipulationem, non ad pactum refertur. §. ſi ſcriptum. Inſtit. de inuti. ſtipul. atque ita accipiendum eſſe in reſcripto, ſatis arguit ipſa inſcriptio de dotis promiſſione, & nuda pollicitatione. Quod autem de ſpecialium concurſu comminiſcuntur, adeo ineptum, nugatoriumque eſt, vt propemodum id recitare nos pudeat. Itaque diſſoluendi huius nodi cauſa notandum eſt, cum quis generaliter dotem promittit, quam poſtea arbitratus fuerit omnimodo valere promiſſionem, ſiue pacto ſiue ſtipulatione fuerit facta. l. 3. Cod. de dot. promiſ. Non enim ignota prorſus, incertaque res tunc dicitur promiſſa, propterea quod in boni viri arbitrium collata dotis conſtitutio intelligitur. l. in perſonam. §. generaliter. de regu. iur. l. Thais. §. ſorore. ff. de fideic. lib. l. hæc venditio. ff. de contrah. empt. l. ſi in lege. ff. loc. l. ſocietatem. §. arbitrorum. ff. pro ſoc. l. ſi libertus. ff. de oper. lib. Quod ſi dos ſimpliciter promiſſa fuerit detracta arbitrij mentione, multum intereſſe arbitror, an ipſa mulier promiſerit, an pater eius nomine. Priore ſi quidem caſu nulla eſt promiſſio, propter incertitudinem, vt Alexander reſcripſit: idemque ſi extraneus promittat, dicendum puto, cum ſit eadem ratio. Poſteriore caſu promiſſionem dotis vtilem eſſe Papinianus reſpondit, hac, vt arbitror, ratione, quia officium patris eſt, dotare filiam, idque pro modo facultatum ſuarum & dignitate mariti, niſi de certa quantitate conuenerit. Vnde promiſſio ex iure & legibus certitudinem accipit. d. §. gener. l. qui liberos. ff. de ritu nupt. Sed nullus præfinitus eſt legibus modus, nomine dotis, ad quem mulier citra cõuentionem teneatur, poteſtque indotata nubere. Quare viliſſimam rem, & nullius pretii, dando liberaretur, ſi eam tali promiſſione obligari diceremus, atque ita videtur ſenſiſſe Harmenopul. cuius hæc verba ſunt li. 4. tit. 8. ἐὰν ἐπηγγείλατο ἡ γυνὴ προῖκα διδόναι, μὴ εἴποι δὲ ποσότητα ἢ πρᾶγμα ῥητὸν, ἄχρηστος ἐστὶν ἡ τῆς προικὸς ἐπαγγελία, ὡς δυναμένης τῆς γυναικὸς εὐτελέστατόν τι προσενεγκεῖν, πατὴρ δὲ ἐπαγγειλάμενος προῖκα ὑπὲρ τῆς ἰδίας θυγατρός. κἂν μὴ εἴπῃ ποσότητα ἔρρωται ἡ ἐπαγγελία. ὁ γὰρ πατὴρ οὕτω λέγων, οὐχ ὅσην λέγει δίδωσι προῖκα, ἀλλ' ὅσην εὐπορεῖ.

Cap. LVII.

Capitis primi de Epiſcopali audien. lib. 1. C. Iuſtinian. noua interpretatio.

Aliud eſt reſcriptum Valentiniani & Valentis Impp ad Iulianum Comitem Orientis, ſub. titu. de epiſc. aud. lib. 1. C. Iuſtin. c. 1. Ex quo nec Accurſius, nec Accurſianorum quiſquam vllum adhuc ſenſum, qui verbis congruat, elicere potuit. Verba Reſcripti hæc ſunt in iis codicibus, quos cæteris emendatiores eſſe reor: *Negotiatores ſi qui ad domum noſtram pertinent, ne commodum mercandi videantur excedere Chriſtiani, quibus verus cultus eſt, adiuuare pauperes, & poſitos in neceſſitate, prouideant Epiſcopi.* Videtur autem nobis de quibuſdam negotiatoribus loqui Valentinianus, qui frumento, ſali, aliiſque rebus huiuſmodi populo vendendis præpoſiti erant à Principe. Nam olim earum rerum comparandarum neceſſitas, munus erat publicum quod auctoritate Principis indicebatur populo, quodque nulli detrectare fas erat, quamuis forte vacationem munerum, & excuſationem à Principe impetraſſet. C. lib. 10. titul. vt nemi. lic. in empt. ſpe. Hæc enim fiſci augendi locupletandique commodiſſima ratio, & expeditiſſima eſt, quod & Ariſtoteles teſtatur lib. Polit. 1. Qua tamen ipſa ſuperioribus annis cum Franciſcus Rex, qui nuper è viuis exceſſit, ſolito immoderatius vti cœpiſſet in ſalis præbitione, ingentes turbas in Xantonibus, & ea Celticæ Galliæ parte, quam nunc Britanniam vocamus, ea res excitauit. Eſtq; hoc genus vectigalis ex ſalis præbitione, diſtractioneq;, antiquiſſimum in Repub. Romana, vt Liuius auctor eſt non vno loco. Sed hæc extra rem. Cum igitur hoc munus frumenti, aut ſalis emendi, exempli gratia, indictum eſſet populo, publiceq; conſtituti eam ob cauſam certi negotiatores, fiebat nonnunquam, vt immodicum eo nomine à pauperioribus & tenuis fortunæ hominibus pretium exigerent, vel plus æquo eos emere cogerent. Itaque reſcriptum eſt à piis principibus, & Chriſtianæ religionis cultoribus pie, humaniter, & Chriſtiane, vt Epiſcopi, quorum officium eſt adiuuare pauperes, & poſitos in neceſſitate, & qui ex Euangelio, ſacriſque literis didicerunt, verum germanumque Dei cultum in eo ſitum eſſe, videant ne ab huiuſmodi mercatoribus in ea re modus excedatur.

Cap. LVIII.

Reſtituta ſuæ integritati lex Falcidia, quæ apud Paulum nec integra, nec ſatis emendata hodie legitur.

AEm. Ranconeto ſingularis doctrinæ & iudicij viro, qui iamdiu in regis conſiliariorum ordinem & collegium cooptatus eſt, vſus ſum annis ab hinc duodecim familiariter. Ea ſiquidem erat hominis fama vt ego adhuc adoleſcens, & rudis, nihil eius conſuetudine felicius mihi contingere poſſe ſperarem: & ea item facilitas, humanitas, & in ſtudioſos bonarum artium affectus, vt quos diſcendi cupiditate incenſos videret, non grauate in familiaritatem reciperet. Nec vero ſpem meam ſpectationemque fefellit euentus. Multa etenim ab eo in familiaribus congreſſionibus docte, prudenter, acute dicta, cum de iure ciuili diſputaret, memoriæ mandaui: vt ſi inficias iuero, eius doctrina me profeciſſe, vanus merito ſim habendus. Cuius generis illud eſt, quod de lege Falcidia, cum domi ſuæ eam interpretaretur, ab eo me accepiſſe memoria nunc repeto. Nam legis Falcidiæ quatuor fuiſſe capita dicebat, quorum ſingula verba ſic interpretabatur, vt facile demonſtraret, quæcunque toto illo prolixo tractatu, qui ad legem Falcidiam inſcribitur, lib. 35. Pandect. nihil prorſus aliud quam eius legis interpretationem eſſe, quæ ex Vlpiani, aliorumque veterum iuris interpretum commentariis ſumpta ſit. Cuius legis verba ſi quis modice, aut etiam intra modum verſatus in iure ciuili accurate animaduerterit, atque expenderit, de his, quæ ab eiſdem interpretibus copioſe tractata ſunt, tametſi eorum ſcripta aut non inſpexerit, aut in memoria non habuerit, magna ex parte reſpondere poſſe confirmabit. Primum autem caput legis quod eſt apud Paulum, ita legendum eſſe admonebat: *Qui ciues Romani ſunt, qui eorum poſt hanc legem rogatam teſtamentum facere volet, vt quam pecuniam, quasque res quibusque dare, legare volet, ius poteſtasque eſto vt hac lege licebit.* Quamuis in omnibus excuſis exemplaribus, etiam Haloandri ipſius, ita legatur, *eam pecuniam, easq; res*, &c. In veteribus enim libris manu ſcriptis c, & q, literæ adeo confunduntur, vt c, pro q, aut qu, ſcribi crebrum atque vſitatum ſit. Veluti relicum, relicuis, alico, loci, coad, cotidie, cam, cas, pro reliquum, reliquis, aliquo, loqui, quoad, quotidie, quam, quas, &c. Id quod P. Victorius in Ciceronem, & Pub. Valer. in Virgilium, viri admodum diligentes, & eruditi annotauerunt. Qua de re etiam diſſerit Fabius lib. 1. Inſtit. Orat. de Orthographia. Itaque cum in lege Falcidia ſcriptum eſſet, *Ita eam pecuniam easq; res*, &c. imperiti librarij, ac Typographi, e, ſecundam vocalem eſſe credentes, quæ à litera c, parum differt, legis verba corruperunt. Secundum caput ita legebat: *Quicunque ciuis Romanus poſt hanc legem rogatam teſtamētum faciet, is quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare, legare volet, ius poteſtasque eſto, dum ita detur, legetur, ne minus, quam quartam partem hæreditatis ex eo teſtamento hæredes capiant.* In omnibus autem libris vulgo legitur, *Detur legatur*: non *detur legetur*. Tertium caput, quod tranſlatitium eſt, ita, *Eis quibus quid ita datum legatum erit, eam pecuniam ſine fraude ſua capere liceto: isq; hæres qui eam pecuniam dare iuſſus damnatusve erit, eam pecuniam debeto dare quam damnatus eſt.* Quartum vero (quod in Pandectis deſideratur) ita conceptum fuiſſe affirmabat, partim cōiectura ductus, partim auctoritate Caii lib. 2. Inſti. tit. de lege Falc. *Si quis aliter quam hac lege liceat, pecuniā dederit, legauerit, hæredi quartam partem eius pecuniæ, quæ data legata erit, ex eo teſtamento retinere liceto.* In hunc modum fere nobiſcum diſſerebat vir eruditiſſimus, cuius vtinā lucubrationes, ac præſertim edicta Prætorum ipſius induſtria & labore eruta ex omni antiquitate, & in priſtinum ſtatum feliciſſime (vt ſpero) reſtituta, tandem aliquando in lucem prodeant.

CAP. LIX.

De factis diuiduis, atque indiuiduis ſententia Raphaelis Cumani à calumniatoribus defenſa.

STipulationem, quæ in faciendo conſiſtit, diuiſionem non recipere, Papinianus ait, vt ſi quis fuerit ſtipulatus inſulam ædificari. Nam hæc diuiſio corrumpit ſtipulationem. l. ſtipulationes non diuiduntur. ff. de verb. oblig. Si quis enim pro parte domum ędificari ſtipuletur, aliudve quid ſimile: inutiles, & irrita fit ſtipulatio: tanquam id continens, quod natura ſit impoſſibile: *Cum operis effectus* (vt idem inquit) *in partes ſcindi non poſſit*: id eſt, opus ipſum, naturaliter non poſſit pro parte fieri. l. in executione. §. vt pro parte. ff. de verbor. obliga. l. libertus. ff. de oper. libert. Cum autem de diuiſione in partes hic loquimur, diuiſionem accipimus, non in partes certas, atque diſcretas, cuiuſmodi inter cohæredes fieri ſolet, volentes à communione recedere (nam ea impoſſibilis non eſt) ſed diuiſionem quandam intellectualem, (vt ita loquar) per quam inducitur communio. Cum enim dicimus, rem inter duos communem eſſe, hoc ſignificamus, rem ſingulorum eſſe pro parte, non autem ſingulorum totam eſſe. l. ſi ſeruus communis. de ſtipulat. ſeruor. l. Mæuius. §. duobus. de legat. 2. l. ſi vt certo. §. ſi duobus vehiculum. ff. commod. Sed huiuſmodi partes indiſcretæ ſunt, & ſimul confuſæ, ac commiſtæ adeo vt nullam poſſis ab alia, niſi ſolo intellectu diſcernere, ac ſeparare. Ac tales ſunt cohæredum portiones in rebus hæreditariis, antequam diuiſa fuerit hæreditas, aut per iudicem familiæ erciſcundæ, aut ſine iudice. leg. non poſſumus. ff. ſi pars hæred. pet. Cum igitur partium mentio hic fit, partes huiuſmodi indiuiſas, atque incertas intelligere debemus: quæ appellatione partium proprie continentur, niſi aliud actum eſſe appareat: quia cum diuiſus eſt fundus regionibus inter cohæredes, aut ſocios, quod cuique obtigit, totum quiddam verius quam pars & rectius appellatur. leg. ſi quis duas. §. ſi quis partem. ff. commun. præd. l. recte dicimus. de verbor. ſignific. Itaque cum quis ædificare domum promittit, obligatio non diuiditur inter eius hæredes: ſed ſinguli in ſolidum tenentur. Nam etſi ponamus vnum ex hæredibus ita extruere cœpiſſe, vt minima pars ſuperſit ædificanda, non continuo dicitur ſatis feciſſe creditori: quia non minus ad id efficiendum quod reſtat, quam cohæres obligatur, propter partium hæreditariarum confuſionem, de qua iam diximus. Quare nullus cohæredum ante operis conſummationem, pro parte ſua feciſſe recte dicitur. l. ſi is, qui quadringenta. §. quædam. ff. ad leg. Falcid. l. ſi fideicommiſſa. §. ſi in opere. ff. de leg. 3. Sane poſt moram (quia in obligatione, ac petitione eſt pecunia, quæ recipit diuiſionem) licet vnius facto omnes hæredes teneantur, non tamen in ſolidum, ſed pro parte tantum hæreditaria conueniendi ſunt, inter quos eo nomine poſtea familiæ erciſcundæ iudicium datur. l. 2. §. item ſi in facto. l. 4. §. Cato. l. ſtipulationes non diuiduntur. l. in executione. §. quod ſi ſtipulatus. ff. de verbo. obligat. l. ſi quis ab alio. ff. de re iudic. Mirabitur forte quiſpiam, quod dixerit Papinianus, *Stipulationem, quæ in faciendo conſiſtit, diuiſionem non recipere*, dicta l. ſtipulationes non diuiduntur. cum Cato apud Paulum diuiduum factum ab indiuiduo ſeparet. dic. l. 4. §. Cato. Itaque notandum eſt, hoc verbum *Facere*, apud iuris auctores varie accipi. Nam is dicitur facere, qui rei faciem quandam imponit, vt ait Varro. Propterea ad mechanicas tantum artes, & opera quæ corpore efficimus, quæque ſub ſenſum cadunt, refertur. Qui namque aliquid ita operatur, vt nullum extet opus quod ſub ſenſum veniat agere magis, quam facere dicitur. Græci duo verba his duobus Latinis reſpondentia in vſu habent, ποιεῖν καὶ πράττειν, quibus vtitur Ariſt. lib. 1. Moral. Hinc illa artis diuiſio in Poeticen, & Practicen apud F. Quint. lib. 2. Verba hæc ſunt Varronis lib. 5. de lingua Latina, quæ cum mēdoſiſſima offendiſſem in exemplari Aldino, abſque veterum codicum præſidio ita vt potui emendaui. Proprio nomine dicitur Facere à facie, quod rei, quam quis facit imponit faciem, vt fictor, cum dicit Fingo, figuram imponit: cum dicit Informo, formam: ſic cum dicit, Facio, faciem imponit, à qua facie diſcernitur, vt dici poſſit, aliud eſſe veſtimentum, aliud vas: ſic item quæ fiunt apud fabros, fictores, item alios alia. Qui quid adminiſtrat cuius opus non extat, quod ſub ſenſum veniat, ab agitatu, vt dixi, magis agere, quam facere putatur. Sed quod his magis promiſcue quam diligenter cōſuetudo eſt vſa, tranſlatitiis vtimur verbis. Nam & quidem facere verba dicimus, &c. Hæc eſt igitur propria huius verbi *Facere* ſignificatio, ſecundum quam accipienda eſſe verba Papiniani ſubiecta ab eo exempla indicant: quamuis non omnia facta indiuidua complexus ſit, & pleraque ſint indiuidua, quorum opus ſub ſenſum cadens, nullum extat. Idem puto, & ſi quis faciendum aliquid ſtipulatus ſit, vt puta fundum tradi, vel foſſam fodi, vel inſulam fabricari, vel operas, vel quid his ſimile. Cato autem diuiduum factum, ab indiuiduo diſtinguens, latius Factum accepit, quam Papinianus, vt id quoque contineat, quo abſoluto nihil remanet, ꝙ oculis ſubiiciatur. Hoc ſenſu opponitur

factum dationi, vt in illa Pauli diuiſione, *Stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtunt*. l. 2. de verb. oblig. *Eſtq; Datio nihil aliud, quam dominii translatio* l. vbi autē. §. vltim. ff. de verb. oblig. §. ſic itaque. Inſtit. de actio. Generalius tamen accipitur aliquando, vt qui dat, is quoque facere intelligatur. l. in facto. de condit. & demonſt. l. verbum facere. de verb. ſignif. ſicut & is, qui loquitur, tametſi alias facta opponantur dictis. l. aut facta. ff. de pœnis. Sed vt ad Catonis diſtinctionem veniamus, operæprecium eſt videre, quō facta diuidua dignoſcantur ab indiuiduis, & regula aliqua more Technicorum inſtruere iuuentutem, ad quam facta omnia, de quib. inciderit quęſtio exigi poſſint. Quanq̃ iuris noſtri auctores hac de re parum ſolicitos fuiſſe video, & ſane facilius eſt de ſingulis factis, diuiduane ſint an contra, reſpondere, quam in regulam aliquam, & præceptionem generalem, & καθολικὴν omnia includere. Raphael Cumanus (vt aliorum commenta, quæ tamen vulgo probantur, miſſa faciam) ea facta cenſuit indiuidua eſſe, quæ (vt ipſe loquitur) viſibilia ſunt, diuidua vero quæ inuiſibilia. Quæ ſententia à cæteris fere partim refutatur, partim velut ſomnium quoddam ridetur & contemnitur, hanc (opinor) ob cauſam, quod vir eruditior, quam eloquentior, non ſatis commode nec dilucide, quod recte ſentiebat, eloquutus ſit. Nos autem vt eius inuentis lucem aliquam, ſi poſſimus, afferamus, ea facta indiuidua eſſe dicimus, quæ corpore tantum exequimur: Vt foſſam fodere, rem tradere, & ſimilia, quæ vel à demente, & & eo, qui intellectu, & iudicio caret, non minus, quam à ſano homine, expediri poſſunt. l. ſtipulationes non diui. d. l. ſi rem tradi. ff. de verb. oblig. leg. 1. §. adipiſcimur. ff. de acquir. poſſ. Cum enim in hac exequutione nihil poſſit animus, ſed corpore omnino opus ſit, quonam modo poteſt ea diuiſio locum habere, quæ intellectu tantum fiat, non etiam corpore? leg. ſeruus communis, de ſtip. ſeruor. l. Mæuius. §. duabus. de leg. 2. Hæc ſunt facta, quæ vir acutiſſimus viſibilia, nos fortaſſe paulo rectius & ſignificantius Corporalia vocare poſſumus. Diuidua vero ſunt, quæ animo magis exequimur, quam corpore: vt Dare (ſi generaliter factum accipiamus) quod dominium transferre ſignificat, vt diximus, ratum habere, vacuam poſſeſſionē tradere, &c. quæ aliquod ius diuiduum continent, veluti dominium aut poſſeſſionem, ad cuius translationem animus eſt neceſſarius, nec corporalis executio, traditioq; nuda ſufficit. d. l. 1. §. adipiſcimur. l. qua ratione. §. hæ quoque. ff. de acq. rer. dom. l. in cōuentionalibus. § vl. ff. de verb. oblig. l. locus. ff. de acq. poſſ. Fit autem hæc intellectualis (vt ita dicam) diuiſio ob commodum aliquod, ex iuris translatione proueniens, vt exemplis facile oſtendi poteſt. Quapropter in iis quæ facta ſimplicia ſunt, quibusque nihil iuris ineſt, cuius pars indiuiſa vtilitatem aliquam adferat, talis diuiſo fruſtra fieret, vt concedamus ea in partes pro indiuiſo intellectu diuidi poſſe, quod à peruicacibus fortaſſis obiici poteſt. Et hanc Raphaelis ſententiam, quidam ex noſtris collegis velut perpetuis tenebris obrutam, & ſepultam feliciter admodum in lucem eduxit, perfecitque dicendo vt ea non ſolum probabilis (quod exiſtimauit Socinus) ſed etiam vera nunc habeatur. Cuius rei nomine laus non minor ei debetur (ſi Iuſtiniano credimus) l. 1. C. de vet. iure enucl. quā ſi eius ſententiæ primus auctor, inuentorque extitiſſet. Sed de his hactenus. Nam de omnibus diuiduis atque indiuiduis obligationibus plene hic diſſerere non eſt inſtituti noſtri. De quib. propediem fortaſſis tractatū de verborū obligationib. accuratius & fuſius ſcripturi ſumus. Quo labore, atque onere vtinam nos leuare tādem aliquando in animum inducat Carolus Molinæus, Togatorum Baſilicæ Pariſienſis eximium decus, qui iuſtum de ea re librum iuris ſtudioſis iam pridem pollicitus eſt.

Cap. LX.

De diuiſione fructuum inter coniuges ſoluto matrimonio, aduerſus aliorum, qui de ea re ſcripſerunt ſententiam.

MAritus ſingulorum annorum, quibus ſtetit matrimonium, fructus rei dotalis lucratur, ſi onera matrimonii ſuſtineat. l. ſi is qui Stichum. ff. de iure dot. l. pro oneri. C. eod. tit. Quod ſi nondum eo anno finito, quo contractum eſt matrimonium, ſoluatur, morte puta, vel diuortio, eius anni integros fructus non retinebit maritus: ſed proportione temporis duntaxat, quo matrimonij onera ſuſtinuit. Vt ſi fructus illius anni ſint duodecim aureorum, & matrimonium, quod Cal. Ianuarij contractum eſt, menſe Maio ſolutum fuerit: tertiam partem, id eſt, quatuor aureos, iure ſuo retinebit maritus. Reliquas duas partes, id eſt, octo aureos conſequetur vxor, vel hæredes vxoris. Idemque dicendum eſt & ſi pluribus annis ſteterit matrimonium, ſed anno vltimo nondum finito diremptum fuerit. Et hæc ἰσονομία ſecundum proportionem Geometricam eſt, in qua Ariſtoteles conſtitutum eſſe ius diſtributiuum ait. Nam cum eadem ſit proportio duodecim menſium ad quatuor menſes, quæ eſt maioris ſummæ (puta duodecim aureorum) ad minorem ſummam (id eſt, quatuor aureorum) æquum eſt, vt maritus, qui pro duodecim menſibus, quibus prædium dotale fuit, retinet duodecim aureos, pro quatuor menſibus quatuor aureos retineat. l. fructus. §. ex contrario. ff. ſol. matr. Verum quod diximus, pro parte temporis qua matrimonium ſtetit, fructus marito acquiri, ita accipiendum eſſe Vlpianus ait, *Si eodem tempore & contractum matrimonium, & dos data fuerit*. l. de diuiſione. ff. ſoluto matri. Nam ſi poſt matrimonium contractum dotalis fuerit effectus fundus, id eſt traditus, l. dotale. ff. de fundo dot. ex tempore traditionis tantum fructus lucrabitur maritus: percepti vero medio tempore inter matrimonium & traditionem ſecutam dotem augebunt. Ratio enim ſuadet, vt non ante fructus fundi lucretur, quam is fuerit dotalis effectus: vt (exempli gratia) Si matrimonium Calend. Ianuarii contractum, fundum dotalem Calend. Decembris ſequentib. traditum marito, matrimonium Decembri finito ſolutum, & fructuum totius anni æſtimationē duodecim aureorum eſſe proponamus: maritus retento vno aureo, vndecim vxori reddere compelletur: quia vno tantum menſe poſt traditionem dotis ſtetit matrimonium. Quod videtur quibuſdam ideo iniquum eſſe, quia maritus vndecim menſium ſpatio onera matrimonii ſuſtinuit. Sed loquitur Vlpianus de ſolutione, traditioneque dotis conſenſu mariti dilatæ, cui merito imputandum eſt, quod tanto tēpore eā ab vxore nō exegerit. Hinc exiſtit celebris illa quæſtio, quam Papinianus lib. 11. quæſtionum tractauit. l. fructus. §. Papinianus. l. alias. leg. diuortio. ff. ſolut. matr. *Matrimonium contractum eſt tempore vindemiæ, Calend. videlicet Octob.* Plin. lib. 18. l. 2. C. de fer. *data eſt in dotem vinea, ex qua maritus ſtatim fructus percepit, & ex Calend. Nouembr. cuidam colono eandem vineam locauit: Deinde Ianuarii poſtremo die ſolutum eſt matrimonium diuortio: quomodo fructus totius anni inter maritum & vxorem diuidi debeant? Papinianus non tantum ex die locationis, ſed etiam contracti matrimonii diuidendos eſſe fructus ait: ſed ita, vt vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni confundantur vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.* Quæ verba ſic vulgo interpretantur Accur. Bar. Iaſ. Zaſius, & cæteri, vt confundantur fructus omnes vindemiæ cum quarta parte mercedis, & tertiam partem eius pecuniæ confuſæ atque cōmiſtæ maritus retineat. Veluti ſi ponamus duodecim aureorum eſſe fructum vindemiæ, totidem aureorum eſſe mercedem locationis: quia quarta eius mercedis portio cum fructibus coniuncta, & confuſa quindecim efficit, maritus quinq; aureos ex ea ſumma capiet. Sed nemo non videt iniuſtam, & iniquam eſſe hanc computationem: quia cum quarta tantū parte anni ſtetiſſe proponatur matrimonium, quarta reditus annui parte contentus eſſe debet maritus. Et quamuis rationibus ſpecioſis excuſari ſoleat hæc iniquitas, leues tamen admodum ſunt, ſi quis eas propius inſpexerit, & quaſi pictæ (vt aiunt) in parietibus nebulæ. Quæ & ab Alciato acute refellūtur, tametſi rem acu nondum mihi videatur tetigiſſe Alciat. lib. Paradox. 3. c. 1. Itaque animaduertendum eſt, non tertiā partem illius pecuniæ confuſæ, ſed totius reditus annui potius marito relinquendam eſſe ex ſententia Papiniani. Non enim ait Papin. *Eius pecunia*: ſed, *Ex ea pecunia*, &c. quod diligenter expendendum hic eſt. Fit autem hæc cōfuſio fructuū cum quarta parte mercedis, ne alteruter in hac diuiſione afficiatur incommodo, ſi hanc tertiam reditus annui partē vel ex ſola mercede locationis, vel ex ſola fructuum quantitate metiamur. Atq; ita confunduntur, vt neque mercedis ſolius

neque fructuum tantum, ſed ſimul, & fructuum & mercedis habeatur ratio. Fructuum, inquam, à tempore contracti matrimonij, vſque ad tempus locationis: mercedis vero à tempore locationis, vſque ad finem matrimonij. Exemplo id dilucidius fiet. Pone XII. aureorum eſſe mercedem locationis, fructus vindemiæ perceptos à marito aureorum quatuor & viginti. Habita ratione mercedis ſolius, aureos quatuor auferet maritus, quæ tertia pars eſt XII. aureorum: habita vero fructuum ſolummodo ratione, aureos VIII. percipiet, cum eorum æſtimationis tertia pars hæc ſit. Verum ſi confundantur quarta illa pars mercedis, & fructus vindemiæ (non quidem integri, ſed pro modo temporis, quo matrimonium ſtetit ante locationem) quinque aureos capiet maritus, nempe tres aureos pro quarta parte mercedis, quæ eſt XII. aureorum, & duos aureos pro duodecima parte fructuum, quorum æſtimationem diximus XXIIII. aureorum eſſe: fieri namque poteſt, vt longe amplius ſit in fructibus, quam in mercede locationis, aut contra: cum vnius anni prouentus vberior eſſe ſoleat, quam alterius. l. pretia rerum. ff. ad l. Falcid. Quo caſu ſi ex mercede locationis tertiam hanc partem metiamur, damnoſum id quidem erit marito, lucro vero vxoris cedet. Sin autem ex fructibus, contra. Verum nulla ratio eſt, cur ex fructibus ſolis, aut mercede locationis ſola tertiam hanc partem ſumamus, cum vno atque eodem anno minime ſteterit matrimonium, ſed in finem prioris anni, cuius ſunt fructus: & in poſterioris initium, cuius eſt locatio, incurrerit. Itaque huius incommodi vitandi gratia vtilem excogitauit rationem Papinianus, qua vtrique proſpiciatur, & neuter iuſtam querendi cauſam habeat. Quod ſi vulgarem receptamque interpretationem ſequamur, pro quinque aureis nouem debebuntur marito. Nam quarta pars mercedis, quæ trium aureorum eſt, commiſta cum fructibus, quos diximus XXIIII. aureorum eſſe, ſeptem & viginti aureorum ſummam efficiet, ex qua ſumma tertiam partem auferens maritus, nouem aureos conſequetur. Itaque δὶς διὰ πασῶν, quod dicitur, à noſtra diſcrepat hæc computatio. Sed nec Alciati ſententia cum hac noſtra vſquequaque conſentit, tametſi prudenter animaduerterit non de tertia parte illius pecuniæ confuſæ, ſed integri redditus annui Papinianum loqui. Ait enim, dandam marito quartam partem mercedis, & præterea ex fructibus vindemiæ tantum ei ſupplendũ eſſe, quantum ad tertiam partem mercedis conficiendam ſufficiat. Verum hoc non eſt (ſi quid iudicij habeo) fructus confundere cum quarta parte, idque ex iam dictis, opinor, ſatis perſpicuum eſſe. Hoc igitur inter noſtram, eiuſque ſententiam intereſt, quod in hac hypotheſi, ille quatuor aureos tantum, nos quinque, marito dandos eſſe contendimus. Nec aliter fieri abſque manifeſta iniquitate, & iniuria poteſt, id quod à nobis ante demonſtratum eſt, nõ probabilibus modo argumentis, ſed prope neceſſariis etiam ac Geometricis rationibus, quæ in docendo vim adferre dicuntur. Sane ſi eiuſdem æſtimationis eſſe vtriuſque anni prouentum, id eſt, mercedē locationis, & fructus vindemiæ perceptos à marito proponamus, talis computatio neutri coniugum damnoſa futura eſt, ac ne vlla quidem confuſio tunc erit neceſſaria. Sed rationem excogitare voluit Papinianus iniquitatis vitandæ, quę ex varia fructuum quantitate, & æſtimatione vtriuſque anni oriretur, ſi mercedis ſolius, aut fructuum haberetur ratio. Quæ varietas in fructibus crebro accidere ſolet, vt experientia quotidie edocemur. dicta l. pretia rerum. Et hæc quidem paulo verboſius, ſed dilucide (vt puto) in iuuentutis gratiam exequi volui, quod viderem non ſolum falſa atque abſurda à vulgaribus Doctoribus prodita eſſe, ſed etiam ab aliis aliquanto rectius ſentientibus rem ita tractatam, vt ſtudioſorum nõ pauci numeris Platonicis obſcuriora eos tradidiſſe conquererentur.

EXPLICIT
LIBER PRIMVS DISPVTATIONVM ANNIVERSARIARVM.

FRAN-

FRANCISCI DVARENI IVRIS-
CONSVLTI, DISPVTATIONVM ANNIVERSARIARVM
Liber Secundus.

CLARISSIMO VIRO ANTONIO SENNETONIO, CVRIÆ PARISIENSIS SENATORI, Franciſcus Duarenus S. D.

SEPTIMVS iam annus agitur, Sennetoni clariſſime, ex quo editus eſt à nobis liber, variorum Iuris locorum tum correctionem, tum interpretationem continens, cui titulum, inſtituto noſtro conuenientem adſcripſimus, Diſputationum. Hoc autem genus ſcribendi, ſimul cum ipſo profitendi munere aliquandiu intermiſſum vt repeterem, non ſtudioſi tantum iuuenes, quos inſtituimus in Iure Ciuili, ſed plerique etiam alii graues, & eruditi homines, à me contenderunt. Quibus ego admodum grauate, ac pene inuitus morem geſſi. Nam hæc confuſa, & interrupta ſcriptio mihi non valde grata eſt, ex qua ſcriptoris ingenium, & induſtria, non magis, quam ſtatuarii, pictoriſve ars ex ſingulis membris, aut lineis, æſtimari poſſit. Deinde qui locorum emendationem, librariorum vitio corruptorum, vel eorum, qui adhuc ſatis declarati non ſunt, explicationem à me requirunt, opinione aliqua de me fortaſſis non vera adducti, hi ex duobus Commentariis noſtris de repetitione dotis ſoluto matrimonio, & de verb. oblig. multa huiuſmodi poſſunt excerpere: quorum alter iam recens editus eſt in lucem, alterum breui exiturum ſpero. Nam ſi ea, quæ ad reſtitutionem Iuris ciuilis, quam molimur, excogitata à nobis, & aliter, quam à cæteris tractata ſunt, carptim ex vtroque Comment. collecta in volumen redigantur, id grandius multo futurum eſt, illo Diſputat. libro, quem primum edidimus, & cuius veluti guſtu hi, de quibus nunc loquor, allecti, alterum eius generis opus tantopere à nobis flagitare videntur. Sed pleroſque varietas rerum inæquabilis capit, ac delectat magis quam ordo, & diſpoſitio, vt in pictis ſtragulis accidit. Atque hinc fit, vt ex ſcriptis noſtris ea forte acceptiora ſint, ac vendibiliora, quæ mihi & paucioribus forte quibuſdam aliis longe minus probentur. Quod cum ex multorum ſermone verum eſſe comperiſſem, ac tempori indulgendum eſſe nonnihil iudicarem, equidem precibus amicorum tandem ceſſi, & capita aliquot mearum obſeruationum emiſi, ſimpliciter à me deſcripta, & ſine vlla pompa verborum, nec adeo iis diſſimilia, quæ primus Diſputationum liber complectitur. Nec vero inducere animum potui, vt ex cæteris lucubrationibus meis, quarum paulo ante memini, aliquid transferrem in hunc librum, ex quibus tamen acceſſio non mediocris fieri poterat. Sed qualecunque opuſculum hoc noſtrorum eſt, Sennetoni humaniſſime, id in tuo nomine nunc diuulgandum eſſe ſtatui, vt noſtræ neceſſitudinis, quam ego propter eximias virtutes tuas plurimi facio, quaſi publicum extaret teſtimonium, ac monumentum. De amicitia virorum iſtius Curiæ veſtræ ornatiſſimorum mihi parta, iam inde ex quo in Baſilica Pariſienſi verſari primum cœpi, ea eſt mea exiſtimatio, vt nihil vnquam felicius, nec diuinius mihi accidiſſe putem. Tam honorificum vero iudicium patrum ampliſſimorum nuper de me factum eſſe, cum de cooptatione mea in locum demortui Senatoris ageretur, vt ex tuis literis cognoui, gaudeo, eoque nomine ampliſſimo ordini, cui vel notum eſſe glorioſum eſt, pro tanto in me officio, & honore deuinctum perpetuo me eſſe profiteor. Sed cum animaduerterim, te in eo tam illuſtri cœtu non ſolum eruditione, ſed etiam integritate, moderatione animi, aliiſque dotibus excellere, nec vllius vnquam ſtudium in me maius, atque ardentius expertus ſim, mirari nemo debet, ſi te in primis colã, & optimam in te meam voluntatem, qua ratione poſſum, tibi, aliiſque oſtendere cupiam. Accipies igitur hoc munuſculum, ceu amoris in te mei, gratique animi pignus, vt cætera amplecti ſoles quæ à Duareno tuo veniunt. Vale. Auarici Biturig. pridie Natalium 1553.

INDEX CAPITVM HVIVS LIBRI.

DE gradibus dignitatum, quibus ornari ſolebant magiſtratus Romani, recentiorum imperatorum temporibus, & quinam hi magiſtratus fuerint. cap. 1.

Quid ſit præiudicium, ſeu præiudicialis actio, & Theophili diſinitio explicata, tit. de actio. lib. 4. Inſtitutionum. cap. 2.

Quis fuerit modus vſuræ nauticæ, ſiue maritimæ, ante Iuſtiniani conſtitutionem, & explicatum Papiniani reſponſum de nautico fœnore, aliter, quam vulgo ſolebat. cap. 3.

Papinianum, atque Modeſtinum Iureconſultos de obligante rem alienam, cui dominus rei poſtea hæres extitit, diuerſa magis, quam pugnantia, ſcripſiſſe, & pignoratitiam vtilem apud eos varie accipi. cap. 4.

Declaratum breuiter, ac ſimpliciter celebre reſcriptum Valeriani, cap. 14. de fideicommiſſis, lib. 6. Codicis Iuſtiniani. cap. 5.

De numero verſuum, ex quibus veterum Iureconſultorum libri conſtabant, ex conſtitutione Iuſtiniani ad Anteceſſores. cap. 6.

De ſubſtitutionis diuiſione, & reſponſum Papiniani de militari ſubſtitutione, cum reſcripto Diocletiani, explicatum. cap 7.

Paradoxum quoddam de pacto à calumniatoribus defenſum. cap. 8.

De legatis, ac fideicommiſſis, & differentia eorum ſublata à Iuſtiniano. cap. 9.

De lege falcidia, ac S. C. Trebelliano, & differentia quartæ Falcidiæ, ac Trebellianæ declarata ex Martiano, ca. 90. tit. ad leg. Falc. lib. 35. Digeſtorum. cap. 10.

Veterum Iureconſultorum mos in reſpondendo iure, quam ſit cognitu neceſſarius in interpretatione Iuris Ciuilis. cap. 11.

Crimen paſtorum quid ſit in reſcripto Diocletiani: qui ſint Iſauri latrones in conſtitutionibus Imperatoris, & Aſſeſſini in Pontificiis. cap. 12.

De hypotheca ſeruitutum vrbanarum, & ruſticarum, ex Martiano, & Paulo tit. de pignoribus. cap 13.

Declaratus Proculi locus perquam obſcurus cap. 44. tit. de adoption. cap 14.

Emendatio interdicti cuiuſdam de fluminibus, quod mendoſum eſt in libris etiam Florentinis. cap. 15.

Sublatum aliud mendum ex Florentinis libris, cap. 5. vt in poſſ. legator. cap. 16.

An ob ſeruitutem nouum opus nuntietur, & quatenus ratio cuiuſque legis inquirenda ſit. cap. 17.

De æquo & bono, & an æquitas ſcripta recte dicatur. cap. 18.

Locus Vlpiani de lege regia, ad principis imperium pertinente, declaratus. cap. 19.

Conſtantini de pœna plagiariorum conſtitutio emendata. cap. 20.

Quid ſit ſuffragium, & aulica conſtitutio Theodoſij de ſuffragio explicata. cap. 21.

Securitas Pop. Romani quid valeat apud Vlpianum, cap. 1. ad legem Iuliam maieſtatis. cap. 22.

Falſum eſſe, quod plerique tradunt, ei, qui notatur infamia, interdictum teſtimonium eſſe. cap. 23.

Conſtitutionem Arcadii Imperatoris de pœna liberorum in iudicio maieſtatis, abrogatam non eſſe, aduerſus Budæi ſententiam. cap. 24.

De publico teſtimonio, & explicata Gratiani Imperatoris conſtitutio. cap. 25.

Pecuniam ciuitati ſurripiens, an crimine peculatus teneatur. cap. 26.

Hæreditatem adiri poſſe per procuratorem, contra receptam opinionem. cap 27.

Cuius vtilitatis ſint inſcriptiones ſingulorum capitum in Digeſtis, vno exemplo obiter demonſtratum. cap. 28.

Filium Senatoris habendum eſſe, qui natus eſt ante Senatoriam dignitatem: & explicatum Conſtantini reſcriptum, C. de dignitatibus. cap 29.

Triphonini locus de bonorum poſſeſſione contra tabulas, declaratus ex Pandectis Florentinis. cap 30.

Emendatus Vlpiani locus cap 8. de tranſactionibus. cap. 31.

Sententia Iuliani de auctoritate conſuetudinis, & noua reſcripti Conſtantiniani de eadem re interpretatio. cap 32.

Ob ſemiplenam probationem, iuſiurandum non deferri, contra receptam opinionem. cap 33.

Duorum Prætoris edictorum oſtenſa differentia, quorum alterum eſt de tabulis exhibendis, alterum de modo aperiendi, & inſpiciendi teſtamenti. cap 34.

Modicũ honoris cauſa datũ poſſeſſori, quid ſit apud Vlpianũ c. 35.

De diuiſione hæreditatis olim apud Romanos vſitata: & locus Vlpiani obſcurus de eadem re explicatus. cap 36.

Defenſa vulgaris diſtinctio de pœna periurii, quæ à quibuſdam improbatur: & reſcriptum Alexandri de eadem re declaratum. cap. 37.

De poſthumo ſuo, & alieno ad formulam Aquilianam pertinens diſputatio. cap 38.

De Oaſena deportatione, ex Vlpiano & Theodoſio: & de Scythica regione Ægypti. cap. 39.

De veteri more tabularum, alienis prædiis affigendarum, ex Venuleio, & Conſtitutionibus Iuſtiniani. cap 40.

Cretionum ſolennitas, quæ olim fuerit: & deleta macula ex loco Ciceronis lib. 1. de Oratore, quæ doctiſſimos quoſque noſtri ſeculi fefellit. cap. 41.

Explicatus Inſtitutionum locus de codicillis teſtamento confirmatis. cap 42.

FRANCI-

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI CLARISSIMI, DISPVTATIONVM ANNIVERSARIARVM

Liber Secvndvs.

Cap. I.

De gradibus dignitatum, quibus ornari ſolebant magiſtratus Romani, recentiorum Imperatorum temporibus: & quinam hi magiſtratus fuerint.

QVATVOR dignitatũ, ſiue titulorum gradus quibus certi magiſtratus ornabantur, non apud Iureconſultos ſolum, ſed etiam alios quoſdam autores fuiſſe comperimus. Erant enim quidã illuſtres, alii ſpectabiles, alii clariſſimi, alii perfectiſſimi. Quæ diſtinctio dignitatum non videtur fuiſſe tempore Alexandri, ſub quo Vlpianus, & quidam alii ex noſtris Iureconſultis vixerunt, ſed clariſſimi dicebantur, qui ſenatorii ordinis erant. Lampridius in Alexandro, Præfectis prætorio ſuis ſenatoriam addidit dignitatem, vt viri clariſſimi & eſſent, & dicerentur. Idem in Heliogabalo, Solus omnium Imperatorum fuit, ſub quo mulier, quaſi clariſſima, loco viri Senatum ingreſſa eſt. Nam & Antoninus Imper. de Opilio Macrino Præfecto prætorio loquens, eum clariſſimum vocat. leg. 1. C. de ſenten. paſſ. Hinc Vlpianus, Specioſas, inquit, perſonas accipere debemus, clariſſimas perſonas vtriuſque ſexus: item eas, quæ ornamentis Senatoriis vtuntur. leg. ſpecioſas. ff. de verb. ſignific. Poſt Alexandri igitur tempora, hic dignitatum ordo, diſtinctioque cœpit: quæ in pleriſque Iuris noſtri locis obſeruatur. Illuſtres etenim diſtinguuntur à ſpectabilibus, l. ſi quando. C. de appel. nouell. 23. tit. de appel. & clariſſimis, l. 1. C. vbi ſenato. nouel. 71. vt ab illuſtr. ſpectabiles à clariſſimis. l. 1. C. de anno. & capit. l. peculiari. C. de prox. ſacro. Perfectiſſimos autem infimi gradus, & ordinis fuiſſe, ſatis oſtendunt omnes tituli libri duodecimi Codicis ad tit. de perfectiſſimatus dignitate, præter ea, quæ inferius dicturi ſumus. Ac ſi quis velit cognoſcere, quibus magiſtratibus ſingulæ dignitates attributæ ſint, cum ex variis locis Iuris ciuilis, tum maxime ex lib. 12. C. id aſſequi poterit. Confert quoque ad eam rem liber vetuſtus, qui inſcribitur Notitia Romani imperii, omnium fere magiſtratuum deſcriptionem, cum ſingulis titulis & inſignibus, continens. In eo libro, in imperio Orientali, inter illuſtres referuntur Pręfecti prætorio, Magiſtri militum, Magiſter officiorum, Quæſtor, Comes largitionum, Comes rerum priuatarum, Comites domeſticorum equitum & peditum. In imperio Occidentis quidam alii numerantur. Inter ſpectabiles referuntur in imperio Orientis, Caſtrenſis Primicerius notariorum, Proconſul Aſiæ, Proconſul Achaiæ, Comes Orientis, Præfectus Auguſtalis, Vicarius diœceſeos Aſianæ, Vicarius diœceſeos Ponticæ, Vicarius diœceſeos Thraciarum, Comes rei militaris per Ægyptum, Comes per Iſauriã, Dux Thebaidos, Dux Palæſtinæ, Dux Arabiæ, Dux Phœnices, Dux Syriæ, Dux Oſihoenæ, Dux Meſopotamiæ, Dux Armeniæ, Dux Scythiæ, Dux Mœſiæ ſecundæ, Dux Mœſiæ primæ, Dux Daciæ Ripenſis. In imperio Occidentis numerãtur quidam alii inter ſpectabiles. Inter clariſſimos, tam in Oriente, quam in Occidente, recenſentur Conſularis Palæſtinæ, Præſes Thebaidos, Corrector Apuliæ, & Calabriæ: & quoſdam alios refert Iuſtinianus ſub titulo de officio Præf. prætor. Africæ. Inter perfectiſſimos refertur Præſes Dalmatiæ, & Magiſter cenſus in vrbe Conſtantinopoli. l. orphanotrophos. C. de epiſc. & cler. Equites Romani ſecundum gradum poſt clariſſimatus dignitatem obtinere dicuntur. C. de equeſt. digni. Proinde eodem loco habendi ſunt, quo perfectiſſimi. Sed hæc dignitas equeſtris ad noſtram diſputationem non pertinet, quia magiſtratus alicuius acceſſio non eſt: ſed ea præditi ſunt equites, quamuis nullo functi ſint magiſtratu, vt à plebeis ſeparentur. Tametſi autem hi tituli, magiſtratuum fere acceſſiones erant, non inficior tamen, principes his dignitatibus, quos vellent arbitrio ſuo ornaſſe. Ammian. Marcellinus lib. 21. Nec ſub eo dux quiſquam cum clariſſimatu prouectus eſt: erant enim perfectiſſimi. Nam & plerique illuſtratum vacantem, id eſt, ſine adminiſtratione, & quaſdã huiuſmodi alias dignitates à principe conſequebantur, quo honoratiores eſſent, vt conſtat ex formulis Caſſiodori. l. 2. C. vt digni. ordo ſeruetur. Quæri ſolet, an ſupra illuſtrem dignitatem aliqua reperiatur. Et exiſtimo, nullum fuiſſe magiſtratum, cui amplior titulus adiiceretur ornamenti cauſa, quã illuſtris. Conſulibus tamen & Patriciis propter ſummam eorum dignationem nullus huiuſmodi titulus attribuebatur, qualem cæteris magiſtratibus attribui dicimus. l. 3. C. de Conſula. atque ideo ſupra illuſtres eſſe dicuntur. § in ſumma. Inſtit. de iniur. l. eos. C. de vſur. l. ſi quando. C. de appel. Digniores enim & ampliores erant quam vt hæc adſcititia ornamenta deſiderarent. Sed cur Conſularem dignitatem Clariſſimatum interpretantur iuris noſtri auctores, cum, vt diximus, Conſul nullum talem habuerit titulum? l. 2. C. de d[illegible] l. 1. C. de præpoſ. labor. & arbitror non de Conſule hoc accipiendum eſſe, ſed de Conſulari potius, qui inter moderatores prouinciarum erat, vt conſularis Palæſtinæ, de quo ante diximus. C. vt omnes iudic. tam ciuil. quam milit. Nam & huius Conſularitatis formula apud Caſſiodorum legitur.

Cap. II.

Quid ſit præiudicium, ſeu præiudicialis actio: & Theophili definitio explicata tit. de actionibus lib. 4. Inſtitutionum.

PRæiudicium in iure Ciuili variam, ac multiplicem ſignificationem habet. Nam vt ea ſilentio prætercream, quæ ex Cicerone, Quintiliano, Aſconio, & aliis auctoribus Latinis, de huius dictionis vſu & proprietate vulgo adduci ſolent. Pręiudicium apud Iureconſultos nonnunquam accipitur pro interlocutione iudicis, quæ ſententiam antecedit. Vnde & Præiudicialis multa in Codice Theodoſiano, tit. de appel. & tit. quor. appel. non recipi. Sed ne hæc quidem ſignificatio ad inſtitutum noſtrum pertinet. interdum eſt actionis genus, quæ Præiudicialis dicitur. l. actionis verbo. ff. de oblig. & act. leg. 1. ff. de rei vindic. §. præiudiciales. Inſtit. de actio. quam Iuſtinianus exemplis declarare ſatis habuit in Inſtitutionibus. § præiudiciales. Nec vlla alia definitio huius actionis apud eum, aut alios veteres reperitur. Verum Theophili Paraphraſtes Græcus Inſtitutionum, recte ac vere mihi diffiniſſe videtur hoc modo: Præiudicium: *ἐστὶ τύπος ἀπὸ ἰντεντίωνος μόνης συγκείμενος. οὐδὲ γὰρ ἔχει καταδίκην ἐν ἑαυτῇ.* Exempli gratia, ſi quis velit à liberto operas exigere, aut aliud huiuſmodi, ante omnia recte poſtulabit, eum à iudice pronuntiari libertum ſuum eſſe: deinde alio iudicio aget aduerſus eum, vt debitas ſibi operas præſtet. Prius igitur iudicium ideo Præiudicium dicitur, quia aliud iudicium antecedit, huiuſque gratia conſtituitur. Et quia actor in hoc iudicio poſtulat tantum, vt iudex reum pronuntiet libertum ſuum eſſe, non ad dandum aliquid faciendumve eum condemnet (quod forte poſtea facturus eſt, ſi videbitur) ideo Theophilus ait, hanc actionem conſtare ex intentione ſine condemnatione: vt exempla, quæ adducuntur ab eodem, ſatis demonſtrant. Quibuſdam non placet hæc Theophili definitio, qui putant, eum intellexiſſe Præiudicium, inquiſitionem tantum, & examinationem negotii abſque vlla pronuntiatione iudicis: perinde ac ſi diceret formulam eſſe, quæ intentionem habeat ſine pronuntiatione. Sed falluntur illi, niſi ego fallor ipſe, nec Theophili ſententiam aſſequuntur. Quamuis enim hic pronuntiet iudex, de effectu condemnationem aliquam continere dici poſſit ea pronuntiatio, arg. l. 1. Digeſt. de re iudica. leg. 3. C. de

ſentent. & interloc. omnium iudic. tamen præter hanc pronuntiationem iudex non condemnat ad dandum, aut faciendum, vt ante diximus, ac idcirco dicitur hæc formula condemnationem non habere. Hoc autem ita accipi volo, non vt actor non poſſit petere condemnari reum, &c. ſed vt neceſſe id non ſit: quod ex Theophili exemplis facile eſt intelligere. Atque huc pertinet, quod Vlpianus lib. 38. ad edictum ait, etiam ſi nulla cauſa interueniat, præiudicium reddi. l. quoties. vlt. ff. ſi liber ingen. eſſe dicat. Nam patronus, qui præiudicio experitur aduerſus libertum, intendit eum libertum ſuum eſſe, nec cogitur cauſam exprimere intentionis ſuæ, puta quia vel operas, vel aliud huiuſmodi quippiam ab eo ſibi præſtari debere contendat. Et hoc genus actionis tunc receptum eſt, cum quæritur, an is, cum quo agitur, ſit libertus, filius, vxor, &c. dicto §. præiudiciales. Sed ſi quæratur, an debitoris bona ex Prætoris decreto iure venierint, præiudicio locus eſſe dicitur. l. imperatores. ff. de priuileg. cred. In cæteris cauſis huiuſmodi petitio non facile admittitur, nec auditur is qui poſtulat talem declarationem aduerſus eum, quem ſibi obligatum eſſe non contendit: ſed exponere debet, & intentione ſua complecti, quorſum id declarari cupiat, quidque ab aduerſario eam ob cauſam exigere velit, ne alioqui aduerſario captioſa ſit ea petitio. Quæſitum eſt, an hæ actiones in rem ſint, an in perſonam. Et exiſtimo extraordinarias eſſe, ſed ad naturam actionum in rem magis accedere: quoniam iudex ita fere pronuntiat, vt in actionibus in rem, puta ſeruum eſſe, liberum eſſe, ingenuum eſſe, &c. leg. circa eum, qui. 14. ff. de probationib. & præſumption. l. adoptiuum. ff. de in ius voc. Quare Iuſtinianus in rem eas videri, non in rem eſſe, ait. §. præiudiciales. Et iureconſulti pleriſque in locis has actiones diſtinguunt ab in rem actionibus. l. actionis verbo. 37. ff. de obligationib. & actionib. leg. 1. de rei vind. Ac vt cognoſcatur harum actionum differentia, actio in rem datur aduerſus eum, qui poſſidet tantum, nec poſſeſſionem reſtituere vult. l. vlt. ff. de rei vindic. Præiudicium vero redditur etiam nulla cauſa interueniente, & aduerſus eum, qui nullam facit controuerſiam. l. vlt. ff. ſi liber ingen. eſſe dicat. puta ſi quis vereatur ne libertus ſibi controuerſiam aliquando faciat: & ſe libertum eſſe inficietur. Præterea cum de ſtatu oritur controuerſia inter dominum & ſeruum, non datur rei vindicatio: quæ tamen competit, cum à tertio aliquo poſſidetur ſeruus, ſed aut cognoſcit Prætor, aut præiudicium redditur. l. 1. ff. de rei vindicat.

C A P. III.

Quis fuerit modus vſuræ nauticæ, ſiue maritimæ, ante Iuſtiniani conſtitutionem: & explicatum Papiniani reſponſum de nautico fœnore aliter, quam vulgo ſoleat.

CEnteſima vſura, id eſt, quæ centeſima pars eſt ſortis ſingulis menſibus, quibus pendi ſolent vſuræ, permittitur conſtitutione Iuſtiniani in pecunia traiectitia, ſiue nautica, his verbis: In traiectitiis contractibus vel ſpecierum fœnori dationibus, vſque ad centeſimam tantummodo licere ſtipulari, nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat conceſſum. Sed ad quem modum leges illæ veteres centeſimam excedere conceſſerint, nec Iuſtinianus aperuit, nec quiſquam eorum docuit, qui de vſuris libros ediderunt: quanquam Molinæus noſter paulo ſupra centeſimam licuiſſe ſtipulari ait. Ego vero modum nullum veteribus legibus definitum fuiſſe ſemper exiſtimaui, ſed licuiſſe, quantum quiſque vellet, ſtipulari in traiectitia pecunia. Nam cum ea pecunia trans mare vehatur periculo creditoris, vſura non propter vſum pecuniæ, ſed propter periculum, ac tanquam periculi pretium, exigitur. l. periculi. ff. de naut. fœno. Et hanc ſententiam noſtram confirmo auctoritate Pauli lib. 2. Senten. tit. de vſuris. cuius hæc verba ſunt: Traiectitia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu nauigat nauis, infinitas vſuras capere poteſt. Quod accipiendum eſt vſque ad duplum, cum vltra duplum vſuræ nec in ſtipulatum deduci, nec exigi poſſint. l. ſi non ſortem. ff. de cond. indeb. Sed Papiniani reſponſum c. 3. de nauti. fenor. paulo obſcurius eſt, ac explicatu difficilius. Quod in ſingulos dies in ſtipulatum deductum eſt, ad finem centeſimæ non vltra duplum debetur. Sic enim legendum eſt, vt & in vetuſtiſſimis quibuſque & emendatiſſimis codicibus legitur: tametſi Budæus in ſuis ad Pandectas Annotationibus locum inuerſum eſſe ab Accurſio contendat, atq; ita legendum, Ad finem non vltra duplum centeſima debetur. Senſum autē veteris receptæque lectionis mihi videtur hic eſſe. Vſura centeſima vltra centeſimum menſem, quo exæquatur ſorti, non poteſt peti. l. ſi non ſortem. ff. de condict. indeb. Nec refert, an in ſingulos menſes quis ſtipulatus ſit, an in ſingulos dies, ad finem, id eſt, ad modum, & quantitatem centeſimæ. Ita enim accipitur finis crebro apud iuris auctores, ac præſertim apud ipſum Papinianum, cuius hoc reſponſum eſt, vt docuimus lib. 1. diſputat. cap. 12. Nec multum refert, an ea verba Papiniani coniungamus cum ſuperioribus, vt quidam admonuerunt, an ſeparatim legamus. Quod autem dicitur de centeſima vſura, non eſt ita accipiendum, quaſi in alia vſura, quæ centeſima non ſit, vltra duplum exigere liceat. Nam locus ille Papiniani ſumptus eſt ex libro 3. Reſponſorum eiuſdem: ac in ea ſpecie, de qua conſultus reſpondit, centeſima promiſſa fuerat: quam veriſimile eſt vſitatam fuiſſe tempore Papiniani: quāuis liceret maiorem ſtipulari in traiectitia pecunia.

C A P. IV.

Papinianum, atque Modeſtinum Iureconſultos, de obligante rem alienam, cui dominus rei poſtea hæres extitit, diuerſa magis, quam pugnantia ſcripſiſſe: & pignoratitiam vtilem apud eos varie accipi.

PApiniani hæc verba ſunt cap. 41. de pignoratit. action. Rem alienam pignori dediſti, deinde dominus rei eius eſſe cœpiſti, datur vtilis actio pignoratitia creditori. Non eſt idem dicendum, ſi ego Titio, qui rem meam obligauerat ſine mea voluntate, hęres extitero. Hoc enim modo pignoris perſecutio concedenda non eſt creditori: neque vtique ſufficiet ad competendam vtilem pignoratitiam actionem, eundem eſſe dominum, qui pecuniam debet. Sed ſi conueniſſet de pignore vt ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quo minus vtilis actio moueatur. Quem locum vix quiſquam ita poteſt interpretari, vt non ſententiæ Modeſtini aduerſetur tit. de pignoribus cap. 22. adeo vt quidam eruditi lectionem, quæ vulgo recepta eſt, mendoſam eſſe cenſuerint. Alciat. lib. παρέργ. cap. 14. Ego vero vtriuſque auctoris verba ſic interpretari conſueui, vt appareat minime contrarias, aut pugnantes eorum opiniones eſſe, ſed alterius dictum ab altero, velut exceptione quadam adiecta, ſuppleri, ac declarari. Quod nec nouum eſt, nec mirum cuiquam videri debet. Sed vt ſententiam meam hic exponam, duæ apud Papinianum proponuntur hypotheſes de pignoris obligatione: in quibus quæritur, an ea obligatio efficax ſit, & actio hypothecaria eo nomine detur creditori. Prior ſpecies eſt de eo, qui rem alienam pignori dedit, deinde eius rei dominium acquiſiuit: & ait Papinianus vtilem dari pignoratitiam creditori, id eſt, hypothecariam, quæ in rem eſt. Nam hoc verbum ita plerunque accipitur. l. duobus. 19. leg. penult. ff. de except. rei iudic. leg. communi. 7. §. inter eos. ff. commun. diuidun. l. in hac actione. 3. §. eſt autem. ff. ad exhib. Vtilis autem dicitur hypothecaria paſſim in Iure Ciuili, non ſolum ea, quæ ex ſententia per interpretationem, ſed etiam ea, quæ ex verbis edicti prætorii datur. leg. 1. ff. de pignor. Eſt enim inducta primum à Iureconſultis ad ſimilitudinem & exemplum Seruianæ actionis de rebus coloni: vnde & quaſi Seruiana plerunque dicitur. §. Item ſeruiana. Inſtit. tit. de action. Sed prætores poſtea certam formulam, & edictum de ea propoſuerunt. Proinde ad Seruianam relata, ſemper vtilis recte dicitur: quia non tam ex verbis edicti Seruiani, quam ex eius mente per interpretationem Iureconſultorum profecta intelligitur. Ex edicto autem nouo, quo hæc actio poſt Seruianum edictum propoſita eſt, poteſt competere tam directa ex verbis edicti, quam vtilis ex mente & ſententia eiuſdem. Itaque vtilis hypothecaria poterit diuidi in duas veluti ſpecies, quarum vna dicitur directa, altera vtilis. Idemque perſpici poteſt in actione Publiciana, quæ vtilis dicitur, cum ad Ius Ciuile & directam rei vindicationem refertur. §. namque. Inſtit. de action. Directa vero appellatur, cum opponitur ei, quæ ex mente

tantum

tantum edicti Publiciani, non etiam ex verbis competit. l. nec quaſi. ff. de rei vind. Itaque vtilem pignoratitiam, ſiue hypothecariam, perinde hic accipimus, ac ſi hypothecariam ſimpliciter dixiſſet Papinianus: tametſi Diocletianus reſcripſerit, in hac ſpecie non ordinariam, directamque actionem, ſed vtilem tantum competere. l. cum res. C. ſi res alien. pign. dat. Secunda ſpecies eſt, de eo, qui hæres extitit ei, qui rem ſuam obligauerat: in qua ſpecie Papinianus ſcribit non idem quod in priore dicendum eſſe, nec hypothecariam actionem competere. Nam prior ſpecies à verbis edicti prætorii multum aliena non eſt. Si quis rem ſuam obligauerit, &c. Hic enim debitor non male dici poteſt rem ſuam obligaſſe, licet tempore obligationis aliena eſſet. At ſi hæres extitero ei, qui rem meam obligauit, quamuis mea res ſit, & pecuniam debeam creditori, tamen verum eſt, à me nunquam obligatam fuiſſe. Quod cum animaduerteret Papinianus has duas hypotheſes diſtinxit. Nondum enim erat receptum tempore Papiniani, vt in poſteriore ſpecie actionem darent Prætores. Quare Papinianus ait, vtilem pignoratitiam, id eſt, vt nos interpretamur, hypothecariam ſimpliciter non competere, non diſtinguens, an directo, an vtiliter agi poſſit. Conſiderabat enim in priore ſpecie actionem vulgo dari ſolitam eſſe, ſiue ex verbis edicti, ſiue ex ſententia daretur: quod nondum in hac poſteriori ſpecie receptum erat, nec eadem vtraque ratio eſſe videbatur. Verum Modeſtinus ita hoc dictum Papiniani interpretatur, vt ex poſt facto pignus directo quidem non conualeſcere dicat, ſed vtilem pignoratitiam dari creditori. leg. ſi Titio. ff. de pign. Credibile enim eſt, Modeſtini tempore, qui poſterior Papiniano fuit, in vſum paulatim inductam hanc actionem fuiſſe. Proinde dicendum eſt, Modeſtinum Papiniano minime aduerſari, ſed edicto Papiniani exceptionem addere, quam Papinianus ob eam, de qua iam diximus, cauſam omiſit. Quæ interpretatio Modeſtini facit, vt inter priorem poſterioremque ſpeciem nulla ſit differentia. Extremorum autem Papiniani verborum, Sed ſi conueniſſet de pignore, &c. ſenſum aſſequi Accurſius non potuit: quibus mihi videtur docere Papinianus, debitorem in priore ſpecie ex ſuo mendacio argui, ſi reſiſtat quominus actio moueatur, &c. quia verum eſt, eum rem obligaſſe. Sed in poſteriore ſpecie, is, qui nunc debitor eſt, nunquam obligauit rem, vt mendacii alicuius, aut perfidiæ inſimulari queat.

CAP. V.

Declaratum breuiter, ac ſimpliciter celebre reſcriptum Valeriani, cap. 14. de fideicommiſſis, lib. 6. Cod. Iuſtiniani.

Reſcripta, quæ Iuſtiniani Codice continentur, conſtitutiones generales non ſunt, ſed reſponſa quædam Principum de iure in ſingulis cauſis conſultorum, vt oſtendimus lib. 1. diſputat. cap. 41. Quæ reſcripta ideo obſcura plerunq; nobis apparent, quod libelli non extent Principibus oblati, vel à iudicibus, vel à litigatoribus ipſis, in quibus ſingulæ hypotheſes deſcriptæ erant. Itaque ea interdum occurrunt reſcripta, vt nemo, niſi acri admodum iudicio præditus, & valde tritus, ac exercitatus in Iuriſconſultorum libris aptam congruamque hypotheſim fingere poſſit. Idque cum in multis huiuſmodi reſcriptis animaduertere liceat, tum maxime in hoc Valeriani imperatoris: de quo quid ſenſerint, non Accurſius modo, & Bartolus, ſed etiam longe eruditior Alciatus in ſuis Diſpunctionibus, non referam: ſed exponam breuiter ſententiam meam, plenius eam fortaſſis alibi explicaturus, ſi ita occaſio tulerit. Verba reſcripti hæc ſunt: Imperatores Valerianus, & Gallienus Auguſti Falconi. Ea, quam frater tuus inſtituerat, ſiue quæſita, ſiue non quæſita hæreditate deceſſerit: cum tamen ſimpliciter ante, quam duodecimum ætatis annum impleuiſſet, verbis precariis teſtamento facto nonnullos ei voluerit ſubſtitutos, nihil prohibet fideicommiſſum petere, vel ab ipſius hæredibus, qui bona inteſtati tenent. Tunc enim locum habent, quæ regulariter traduntur, ea, quæ in teſtamento relinquuntur, ſi ex teſtamento non adeatur hæreditas, non valere, cum verbis relicta directis adiri potuit hæreditas, non cum illa ipſa ſic eſt data, vt eſſet ab inteſtato ſucceſſoribus poſtulanda. Quod reſcripſimus, ſequentes adſeuerationem tuam, quaſi ſcripta hæres non fuerit iure adoptata. Alioquin ſi in familia relicta hæres facta deceſſit, & conſequenter ipſius hæredes petitioni fideicommiſſi reſpondere coguntur. P P. 14. Calend. Septembr. Valeriano III. & Gallieno II. A A. Conſ. Huius igitur reſcripti ſpecies, ſiue hypotheſis ita à nobis fingetur, vt verbis conueniat, nec à ratione Iuris aliena ſit. Titius frater Sempronii puellam impuberem adoptauit, ſed non iure ac legitime. Deinde eam inſtituit, non ciuilibus verbis vtens, nec directis, ſed precariis tantum, ac fideicommiſſi, hoc modo, Volo vt puellæ hæreditatem meam dent hæredes mei. Deinde ſubſtituit huic puellæ quoſdam alios poſt mortem puellæ ſimpliciter, non autem ſi impubes deceſſiſſet. Deceſſit puella: quæritur, an ſubſtituti poſſint fideicommiſſum petere. Cauſa totius quæſtionis ac dubitationis eſt, quod non adita hæreditate ex teſtamento, fideicommiſſum non videtur deberi. l. ſi nemo. ff. de reg. iur. At hic nullus hæres extitit ex teſtamento, qui hæreditatem adierit. Verum hic reſcribit Valerianus, fideicommiſſum peti poſſe, vel ab ipſis hæredibus, qui bona inteſtati tenent, id eſt, etiam à legitimis hæredibus Titii, nedũ à teſtamentariis, quos conſtat hic nullos fuiſſe. Nec nos mouere debet, quod dicitur, niſi hæreditas adita fuerit, non poſſe fideicommiſſum peti, &c. Id enim accipiendum eſt, cum verbis directis, ac ciuilibus hæreditas eſt relicta, non verbis fideicommiſſi, vt ſit ab inteſtato ſucceſſoribus poſtulanda. Quod accidit in hac ſpecie, vt iam diximus, in qua teſtamentum vim codicillorum habet: quia tametſi ſeruatis ſolennibus factum fuerit, tamen apparet teſtatorem voluiſſe, vt codicillos, valere, ex eo quod nõ inſtituit directo hæredem, nec verbis ciuilibus, ſed fideicommiſſi. l. vlt. ff. de iur. codicil. l. non codicillum. C. de teſta. Poterat autem dubitari in propoſita ſpecie, num poſſint conueniri hæredes puellæ, tamquam legitimi. Quæſtionem facit, quod puella adoptata fuiſſe dicitur à Titio: vnde videtur iure ſui hæreditatem Titii ad ſuos hæredes tranſmiſiſſe. Sed Valerianus reſcripſit à legitimis hæredibus Titii fideicommiſſum peti, nullam faciens mentionem hæredum puellæ: quia propoſitum fuerat, eam non iure adoptatam fuiſſe, atque ideo in familia Titii non fuiſſe. Aliàs non alii eſſent legitimi hæredes Titii, quam ipſius puellæ. Hæc mihi videtur ſimplex, & plana expoſitio huius capitis, quod cæteri, quos adhuc legi, ſcriptores obſcurant magis, quam explicant. Nam de Antonii Goueani, viri, meo iudicio, docti & acuti, interpretatione nuper, vt accepimus, edita, nihil iudicare poſſum, quod ea in manus meas, quamuis à me diligenter quæſita, nondum venerit.

CAP. VI.

De numero verſuum, ex quibus veterum Iureconſultorum libri conſtabant, ex Conſtitutione Iuſtiniani ad Anteceſſores.

IVſtinianus noſter in conſtitutione quadam ad iuris doctores, ſiue Anteceſſores ſcripta, in qua rationem docendi iuris præſcribit, his verbis vtitur: Ex tanta legum multitudine, quæ in librorum quidem duo millia, verſuum autem tricies centena extendebatur, nihil aliud, niſi ſex tantum libros à voce magiſtri ſtudioſi accipiebant, &c. Ex quo apparet, non fuiſſe ſatis viſum Iuſtiniano, numerum librorum exprimere, ſed præterea verſuum ipſorum numerum adiicere voluiſſe: quod mirum pleriſque videtur. Sed hic mos veterum fuit, vt bonorum librorum verſus numerarent, ac deſcriberent, id eſt, vt exiſtimo, membra orationis integra, vel periodos, quæ Hieronymus in Rufinum, verſuum cola vocat. Hic autem mos vetuſtus vel ex Diogene Laertio in vita Ariſtotelis, Theophraſti, & aliorum Philoſophorum cognoſci poteſt: quorum libros ita deſcribit, vt quot verſus contineant, fere adſcribat. Sed & Plinius libro 30. Naturalis hiſtoriæ, cap. 1. Hermippus, inquit, qui de tota ea arte diligentiſſime ſcripſit, & vicies centum millia verſuum à Zoroaſte condita, indicibus quoque voluminum eius poſitis, explanauit, præceptorem, à quo inſtitutum diceret, tradidit Azonacem, &c. Galenus quoque in libros Hippocratis de natura humana, oſtendens qui veri germanique libri ſint Hippocratis, quique adulterini & ſuppoſiti, numerum verſuum, ex quibus ſinguli conſtant libri, refert. Idem libro 1. de Anato. adminiſt. ſcribit, Lyci, neſcio cuius commentarium ſe legiſſe, adeo prolixum, vt quinque verſuum millia contineret.

CAP. VII.

De ſubſtitutionis diuiſione: & reſponſum Papiniani de militari ſubſtitutione, cum reſcripto Diocletiani, explicatum.

CVm de hæredis ſubſtitutione teſtamentaria diſſerimus in publico auditorio, diuiſione vtimur, quæ aptior ad docendum, commodiorque videtur eſſe, quam quæ vulgo traditur: & aliam vulgarem, aliam pupillarem, aliam quaſi pupillarem, aliam militarem eſſe dicimus. Ac de vulgaris & pupillaris appellatione nobis conuenit cum cæteris profeſſoribus Iuris Ciuilis. Quæ vero à nobis quaſi pupillaris dicitur, eam alii exemplarem ineptiſſime vocant, propterea quod exemplo ſubſtitutionis pupillaris inducta & recepta ſit. §. qua ratione. Inſtitut. de pupil. ſubſt. Qua ratione peculium quoq; aduocatorum, exemplare dicendum erit: quia militum exemplo aduocatis id habere permittitur. Sed vt veteres Iureconſulti quaſi caſtrenſe peculium id appellant, non exemplare. l. vlt. Cod. de inoffic. teſta. ſic nos quaſi pupillarem ſubſtitutionem vocamus, quæ ſimilis pupillari, & ad exemplum eius comparata eſt. Non minus inepte compendioſa ſubſtitutio dici ſolet ea, quam militarem appellamus. Nec ſane verbum hoc magis Latinum, aut vſitatum eſt in hac ſignificatione apud Iuris authores, quam verbum exemplaris, de quo iam diximus. Sed de his plenius alias. Iam vero Papiniani reſponſum celebre hoc genere ſubſtitutionis, ſimul cum Diocletiani reſcripto, quod huic contrarium eſſe videtur, explicaturi ſumus: ne quis forte Accurſianorum, me Grammaticum hic agere, non Iureconſultum, ridicule, vt fit, conqueratur. Id enim iſtis in more eſt, cum nullis hominibus Grammaticorum ars, atque opera, magis neceſſaria videatur. Verba Papiniani hæc ſunt. l. centurio. ff. de vulg. & pupil. Centurio filio, ſi intra viceſimum & quintum ætatis annum ſine liberis vita deceſſerit, directo ſubſtituit, intra quatuordecim annos etiam propria bona filii ſubſtitutus iure communi capiet: poſt eam autem ætatem, ex priuilegio militum, patris duntaxat, cum fructib. inuentis in hæreditate. Ex quib. verbis colligimus, cum pater, idemq; miles, ſubſtituit directo filio ſuo, ſi intra viceſimum & quintum annum deceſſerit, multum referre, an filius deceſſerit impubes, an poſt pubertatem. Nã ſi deceſſerit impubes, ſubſtitutus capiet iure communi bona propria filii, tanquam ex pupillari ſubſtitutione: quia ſubſtitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet. Si vero iam pubes filius deceſſerit, ſubſtitutus propter priuilegium militis, bona capiet tantum paterna. Subſtitutio enim militaris ad alia bona, quam militis non porrigitur. l. 5. cum filiusfam. ff. de milit. teſtam. Quod autem Papinianus reſpondit, ſubſtitutum bona teſtatoris capere cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento eſt hanc ſubſtitutionem fideicommiſſariã non eſſe, cum fructus inuenti in hæreditate non reſtituantur fideicommiſſario. l. in fideicommiſſariam. ff. ad Treb. Qua tamen in re magna contentio eſt doctorum ſcholaſticorum, propter ſubobſcura Diocletiani verba, Cod. de impub. & aliis ſubſt. c. 8. quibus ſignificare videtur, poſt pubertatem iure tantum fideicommiſſi, ſubſtitutionem huiuſmodi valere. Si vero, inquit, poſt pubertatem, te eius ſucceſſionem obtinente, velut ex cauſa fideicommiſſi, bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerunt, à te poſſint peti. Verum hic mihi videtur eorum verborum ſenſus eſſe, hanc ſubſtitutionem, quæ directa eſt, perinde valere, ac valeret iure fideicommiſſi, ſi verbis fideicommiſſi facta eſſet. Nam certi iuris eſt, valere fideicommiſſum poſt pubertatem. l. cohæredi. §. cum filiæ. de vulgar. Sed quia verbis ciuilibus directo hic ſubſtituerat teſtator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens, militem eſſe teſtatorem, ita reſcribit, vt iam diximus, oſtenditque militem non minus directo ſubſtituere poſt pubertatem poſſe, quam ex cauſa fideicommiſſi. Hæc autem verba, te eius ſucceſſionem obtinente, &c. ſic accipienda ſunt, vt mater ſuccedat filio: ſubſtitutus bona teſtatoris capiat: quia non iure communi, ſed militari priuilegio, ſuccedit. Sed cur ſubſtitutus petere dicitur à matre dixerit aliquis? Reſpondeo, expoſuiſſe fortaſſis mulierem in libello precum, ſeu occupaſſe omnia bona tam patris quam filii, & conſuluiſſe Imperatorem, an ſubſtitutus ea bona petere ab ea poſſet. Cui reſpondet Imperator, ſubſtitutum bona petere poſſe non filii, ſed teſtatoris. Qui negant in ea ſpecie ſubſtitutionem directo, & verbis ciuilibus factã fuiſſe, conuincuntur verbis Diocletiani, cum ait ſecundum hæredem ſcripſiſſe. Qui contendunt, Diocletianum loqui de ſubſtitutione, quæ vſque ad certum tempus facta non eſt, non videntur horum verborum ſenſum percepiſſe, Si vero ſubſtitutio in ſecundum caſum vel expreſſa, vel compendio non vſq; ad certam ætatem ſcripta reperiatur, &c. His enim verbis, ſi quid iudicii habeo, Diocletianus ſignificat, nihil referre, an ſubſtitutio expreſſim fiat, id eſt, certo tempore expreſſo, puta ſi intra viceſimum & quintum annum deceſſerit, an compendio verborum, non vſq; ad certam ætatem: vt puta, ſi deceſſerit, vel quandocunque deceſſerit. Alciat. lib. παρέργ. 10. cap. 1. Sunt qui exiſtiment Diocletianum velle, ſubſtitutionem militarem in ea hypotheſi, etſi directa ſit, tamen fideicommiſſariæ quadantenus ſimilem eſſe: idque ſignificari his verbis, velut ex cauſa fideicommiſſi. Verum probabilior eſt, niſi fallor, noſtra interpretatio, & verbis Diocletiani, rationiq; iuris magis congruit.

Paradoxum quoddam de pacto à calumniatorib. defenſum CAP. VIII.

CVm annos ab hinc circiter quindecim in ſchola Biturig. in qua etiam nunc profiteor Ius Ciuile, de pactis diſſererem, conatus ſum oſtendere quanto in errore verſentur, qui putant pactum generale nomen eſſe apud Iureconſultos, & omnem contractum conuentionemque ſignificare: id quod inter iuris profeſſores vulgo receptum eſt. Nec vero dubitabam, quin vel nouitas rei ſola pleriſque diſpliceret, iis præſertim, qui in magiſtrorum ſuorum verba iurarunt, nec fas eſſe putant latum vnguem ab eorum opinionibus recedere. Sed quotquot ſunt huius generis, ita fere nos oppugnant: vt defenſio nobis ſuperuacanea videatur. Cum aliis quibuſdam acutioribus non paulo & eruditioribus nunc mihi res eſt, ac cum Eguinario Barone maxime, cuius extat aduerſus noſtrã ſententiam, ſuppreſſo quamuis noſtro nomine, accurata diſputatio, poſt aliquot annos edita, quam noſter de pactis commentarius exiit. Verum ſi abſq; cauillatione accipiantur Iureconſ. de hac re ſcripta, facile erit iudicare, pactum apud eos vſurpari, pro ea conuentione, quæ in proprium nomen non tranſit. Nam Vlpianus c. 1. de pactis. ἐτυμολογίαν docet, & pactum à pactione dictum ait, quæ eſt duorũ pluriumve in idẽ conſenſus: vt oſtendat huiuſmodi conuentionem ideo à pactione & paciſcendo nomen habere, & pactũ dici, quia præter pactionem nihil aliud habet, propter quod vocari aliter debeat. Argumento etiam illud eſt, quod Vlpian. c. 7. ſcribit, conuentiones iuriſgentium, quæ tranſeunt in proprium nomen, actionem parere: eas quæ proprium nomen non habẽt, non parere. Ac paulo poſt ait, ex pacto actionem non naſci: ſatis oſtendens, pactum dici eam conuentionem, quæ non tranſit in proprium nomen contractus. Sed nihil neceſſe eſt, ea argumenta hic repetere, & inculcare, quæ ex noſtris, qui iã vulgati ſunt, commentariis cognoſci poſſunt. Supereſt vt obiecta diluamus. Ac in primis obiiciuntur nobis loci aliquot Ciceronis, in quibus pactum dicitur eſſe, quod inter aliquos conuenit. Sed conuenire apud Ciceronem intelligimus ſimpliciter cõuenire, vt verba antecedentia & ſequentia ſatis demonſtrant. Cum .n. opponit ius, quod ex pacto eſt, ei iuri, ꝙ eſt ex l. ea diuiſio oſtendit venditionem, & alios contractus, qui legitimi ſunt, pacta non dici. Deinde cum ait, ius quoddã eſſe ex pacto, ne de omni quidem pacto id intelligit, ſed de eo quod ex conuentu tantum valet, nec lege confirmatur. Idque docet non obſcure, cum ſubiicit, pacta quædam legibus ſeruari, alia ex conuentu, quæ iuri præſtare dicuntur. Sic verbum promittere, apud Senecam accipitur lib. 5. de benefic. cum ait, Quæ lex ad id præſtandum nos, quod alicui promiſimus, alligat. Querar tamen cum eo qui arcanum ſermonem non continuit, & fidem datam, nec ſeruatam, indignabor. Si quis igitur conuentiones velit partiri in ſpecies, non incommoda erit hæc diuiſio, ſecundum rationẽ loquendi Ciceronis. Conuentionum duo genera ſunt: vnũ, cum quis emit, aut vendit, locat aut conducit, aut alium contractum init, qui proprium nomen habeat: alterum cum duo vel plures inter ſe paciſcuntur. vel cum quid inter aliquos conuenit. Nam in poſteriore membro diuiſionis verba, quæ generalia ſunt, interpretatione

tione reſtringimus, quaſi ita dictum eſſet, quod inter aliquos conuenit tantum, nec tranſit in proprium nomen contractus. Diuiſiones enim eiuſmodi ac diffinitiones interdum occurrunt, quas ſine cauillatione commode interpretari oportet: vt cum dicimus, legitimam hæreditatem eſſe, quæ lege defertur: teſtamentariam, quæ defertur teſtamento. l. 1. ff. de peti. hæred. neceſſe eſt in priore membro ſubaudire dictionem excluſiuam, tantum: quoniam teſtamentaria lege quoque defertur. l. obuenire. ff. de verb. ſignific. Item cum actionem directam dicimus, quæ ex verbis legis datur, vtilem quæ ex ſententia, intelligimus ex ſententia tantum, non etiam ex verbis. Alioqui directa non daretur ex ſentẽtia, quod falſum eſt. Simile quiddã eſt in mortis cauſa capione. l. mortis cauſa capitur. ff. de donat. cauſa mort. item in negotiis geſtis. Sed tam multa hic exempla adducere ſuperuacaneum eſſet. Præterea obiicitur nobis, quod l. C. dicunt, pactum proficere ad nouum contractum emptionis: pacto nouam emptionem interceſſiſſe videri, & ſimilia. l. iuris gentium. §. adeo. l. ſi vnus. §. pactus ne peteret. ff. de pactis. l. pacta conuenta, ff. de contrah. empt. Ex eo enim colligunt, pacti appellatione emptionem contineri: quod noſtræ ſententiæ maxime contrarium eſt. Sed animaduertere hi debuerunt, etſi reperiatur actus interdum, qui & pactum ſit, & emptio, non ideo tamen pacti appellatione emptionem contineri, tãquam pacti ſpecies ſit. Nam poſt contractam emptionem, ſi pacto conueniat vt res ſit inempta, deinde altero pacto vt empta ſit, &c. poſterior conuentio pactum eſt: quia hoc agitur inter paciſcentes, vt venditio prius facta confirmetur, quæ priore pacto ſublata fuerat, non autem vt venditio noua ineatur. Sed quia fieri non poteſt, vt obligatio prius extincta reuiuiſcat, & in hoc pacto interuenit conſenſus, qui ad perficiendam emptionem ſufficit, interpretatione Iuriſprudentum noua emptio contracta eſſe intelligitur. Sic idem actus & pactum eſt ſecundũ propoſitum paciſcentium, & teſtamentum militare ſecundum interpretationem Iuris. l. licet. C. eod. tit. Idemq; in acceptilatione obſeruare licet, quæ pactum aliquãdo in ſe continet. l. ſi vnus. §. ſi acceptilatio. ff. de pact. l. an inutilis. ff. de accep. Nemo tamen ideo contenderet teſtamentum pacti, aut pactum acceptilationis ſpeciem eſſe. Cætera argumenta, quibus in nos vtuntur aduerſarii, adeo friuola, leuiaque ſunt, vt ea confutare non ſit neceſſe.

Cap. IX.

De legatis & fideicommiſſis, & differentia eorum ſublata à Iuſtiniano.

QVid ſit legatum, quidq; fideicommiſſum, docet Vlpianus in Inſtit. tit. de leg. his verbis: Legatum eſt, quod legis modo, id eſt imperatiue, teſtamento relinquitur. Nam ea quæ precatiuo modo relinquuntur, fideicommiſſa vocantur. Idem ſub tit. de fideicom. in eo. lib. fideicommiſſum, inquit, eſt quod non ciuilibus verbis, ſed precatiue relinquitur, nec ex rigore iuris ciuilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquẽtis. In legatis enim, quæ ex legibus & iure ciuili ortum habent, verba quędam ſolennia erãt ipſis legibus inducta, ſicut & in hæredis inſtitutione: quæ idcirco legitima & ciuilia verba dicuntur. l. verbis ciuilibus. ff. de vulg. l. vlt. C. de teſta. tut. l. directas. C. de teſta. manumiſ. veluti do, lego, capito, ſumito, habeto, hęres meus damnas eſto dare, hęredem meum dare iubeo, &c. Nec licebat aliis verbis vti legando, ne contra leges fieret: adeo vt Vlpiani tempore non potuerit Græce legatum relinqui. ibidem tit. de fideic. At in fideicommiſſis, quorum origo non eſt ex legibus, ſed ex more potius, ac iuriſdictione magiſtratuum, vt oſtendit Iuſtinianus in Inſtit. tit. de fideicom. hæred. non multum referebat, quibus verbis teſtator relinqueret, modo certa eſſet eius voluntas, l. pen. ff. de leg. 1. l. cum virum. C. de fideicom. adeo vt fideicommiſſum non minus Græco, quam Latino ſermone ſcriptum valeret. Vlpia. tit. de legat. Quæ enim plus ſubtilitatis habent, quam vtilitatis, ea neglecta ſunt in fideicommiſſis ab iis, qui ea introduxerunt: quũuis in legatis nihil immutare auderent propter legum auctoritatem. Huius generis eſt, quod ante hęredis inſtitutionem legari non poteſt, ſed per fideicommiſſum relinqui. §. ante hæredis. Inſtit. de legat. quod poſt mortem hæredis legatum relictum non valet, ſed fideicommiſſum. §. poſt mortem. Inſtit. eodem, quod à legatario legari non poteſt, ſed per fideicommiſſum relinqui. §. 1. Inſti. de ſingu. reb. per fideicom. rel. quod legari non poteſt, niſi in teſtamento, aut codicillis teſtamento confirmatis, ſed fideicommiſſum etiam ab inteſtato vtiliter relinquitur. §. præterea. Inſtit. de fideic. hęred. quod Latini Iuniani, qui ciues Romani nõ ſunt, legatum capere non poſſunt, ſed fideicommiſſum poſſunt, vt Vlpian. ait: idemque videtur de quibuſcunq; aliis peregrinis. Theoph. Inſtit. de fideicom. hær. Sed & aliæ differentiæ reperiuntur, tam in Vlpiani, quam Caii Inſtitutionib. Nam fideicommiſſa, inquit Vlpianus, non per formulam petuntur, vt legata, ſed cognitio eſt Romæ conſulum, aut prætoris, qui fideicommiſſarius vocatur: in prouinciis vero Præſidum prouinciarum. Vnde perſecutio hæc dicitur extraordinaria à iuris auctoribus. l. pecunię verbum. §. actionis. ff. de verb. ſignif. quia ſolennis ordo dandorum iudiciorum hic prætermittitur: nec iudices dat Prætor, ſed ipſe cognoſcit, ac iudicat. Præterea ex fideicommiſſo tardius ſoluto, vſuras & fructus deberi, Caius ſcribit: ex legato, non deberi, ſed legatum duplari. Has autem differentias, & quaſdã alias (non enim hic omnes referre nobis curæ fuit) ſuſtulit Iuſtinianus Conſtitutionibus ſuis ſub tit. commu. de leg. & exæquauit legata fideicommiſſis. Itaq; dubitandum non eſt, quin hæc verba ex Conſtitutione Iuſtiniani ſumpta ſint, quæ leguntur c. 1. de legat. Per omnia exęquata ſunt legata fideicommiſſis. Ac in pleriſq; vetuſtis codicibus illud caput inſcriptionem Imperatoris, non Vlpiani, habet. Qua de re cũ aliquando ſtudioſos admonuiſſem in commentario de pactis, fuerunt qui nobis contradicerent, auctoritate exemplaris Florẽtini adducti, in quo inſcriptio hæc legitur, Vlpian. lib. 67. ad edict. Sed cum illud exemplar multis in locis mendoſum ſit, nec archetypum Iuſtiniani, non arbitror tantum ei tribuendum eſſe, vt in veritate lectionis inueſtiganda, aliorum librorum auctoritas, interdum alicubi meliorum, nihil nos moueat. Ac fortaſſis Tribonianus verbis Vlpiani quędam detraxit atq; addidit, propter eam Conſtitutionem, vt & in plurimis aliis locis ab eo factũ animaduertimus. Vlpian. aliquid forte ſcripſerat de ſimilitudine legatorum, & fideicommiſſorum, inter quæ magna erat olim etiam Vlpiani tempore affinitas. Sed quia non omnino ea exæquauerat, viſum eſt Triboniano, eius verba immutare, vt Conſtitutioni Imperatorię conuenirent. Atque hinc factum eſſe credibile eſt, vt quidam libri inſcriptionem Imperatoris, alii Vlpiani habeant. Nec alienum à vero eſt, aliquid de hac re ſcriptum fuiſſe ab Vlpiano ad interdictum quod legatorum. Sed hoc à me fuſius diſputatum eſt in capitis illius primi de legatis interpretatione.

Cap. X.

De lege Falcidia, ac S. C. Trebelliano: & differentia quartæ Falcidiæ ac Trebellianæ declarata ex Marciano, c. 90. tit. ad leg. Falcid. lib. 35. Digeſtorum.

LEx Falcidia, quæ lata eſt à Falcidio tribuno plebis, vt Dion auctor eſt in Auguſto, & Hieronymus in Chron. Euſebii. c. quædam. 2. diſt. 1. can. liberam legandi facultatem dat his verbis: Qui ciues Romani ſunt, &c. apud Paulum c. 1. ad legem Falcidiam. Abrogantur enim eo capite leges Furia & Voconia, quæ non permittebant ciuibus, quicquid vellent, legare, vt ex Theophilo cognoſci poteſt, & Vlpiano in Inſtitutionibus titu. 1. quamuis lex duodecim Tabularum, vtraque longe antiquior, liberam legandi poteſtatem concederet. l. verbis legis. ff. de verb. ſignifi. Secundo capite modus præfinitus eſt legatis, & cautũ eſt, ne minus quam quartam partem hęreditatis ex teſtamento hæredes capiant. Tertium caput tranſlatitium eſt, nec fere quicquam in eo continetur, quod ad confirmationem aliorum non pertineat. Quod autem dicitur, Sine fraude, ſic interpretor, ſine pœna quadrupli legis Furiæ, de qua iam diximus: etſi quidam eruditi de periculo æris alieni hæc verba intelligant. Vlpianus in Inſtitutionibus titul. 1. Minus quam perfecta lex eſt, quæ vetat aliquid fieri, & ſi factum ſit, non reſcindit, ſed pœnam iniungit ei, qui contra legem fecit: qualis eſt lex Furia teſtamentaria, quæ plus quam mille aſſium legatum prohibet

capere, & aduerſus eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam conſtituit. Poſt legem Falcidiam ſecutum eſt Senatuſconſultum Pegaſianum, quo cautum eſt, vt ei, qui rogatus eſſet hæreditatem reſtituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Eſtque eadem retentio permiſſa ex ſingulis rebus, quæ per fideicommiſſum relinquuntur. §. ſed quia hæredes. Inſtitut. de fideicommiſſ. hæred. Lex igitur Falcidia ad legata, Senatuſconſultum ad fideicommiſſa pertinet. Et quia Trebelliano Senatuſconſulto, quod de hac re factum eſt poſt Senatuſconſultum Pegaſianum, omnia attribuit Iuſtinianus, quæ de fideicommiſſis conſtituta ſunt, Inſtitut. de fideicommiſſ. hæred. hanc quartam nos Trebellianam vocamus, tametſi ea quoque à Iureconſultis Falcidia dicatur, quod ad exemplum Falcidiæ introducta ſit. Sed melius ac commodius erit, docendi cauſa ſuo quanque rem nomine appellare. Itaque vt ad diſcrimen quartæ Falcidiæ ac Trebellianæ veniamus, Martianus lib. 13. Inſtit. ait, in Falcidiam imputari ea tantum, quæ iure hæreditario capit hæres, non quæ iure legati, vel fideicommiſſi, vel implendæ conditionis cauſa: in Trebellianam vero, quicquid hæres capit iudicio teſtatoris, ſiue iure hæreditario, ſiue legati, vel fideicommiſſi capiat. l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. Diuerſitatis autem huius ratio ſubobſcura eſt, de qua multæ variæque opiniones reperiuntur, quas refellit Alciatus in Paradoxis. Nec facile rationem hanc aſſequuntur, qui originem iuris non norunt, aut non ſatis accurate expendunt. Ius enim ciuile, quod nobis ſcriptum reliquit Iuſtinianus, ex variis partibus conſtat, veluti ex legibus, Senatuſconſultis, Edictis, Reſponſis, &c. Quarum partium aliæ ſucceſſerunt aliis, veluti Senatuſconſulta quædam & edicta Prætorum legibus veteribus: nec eodem tempore omnes hæ iuris partes receptæ ſunt. l. 2. de orig. iuris. Ac interdum accidit, vt Senatuſconſulta, & edicta Prætorum, leges ſubſequantur, ac imitentur cum aliquo temperamento æquitatis: tametſi Prætorum, atque adeo Senatus quoque ipſius poteſtas inferior legibus eſſet, vt alias oſtendimus. Exempli gratia, lege cautum eſt, vt filiusfamilias iuſſu patris hæreditatem adeat. Quam legem ſic interpretantur Iuriſconſulti, vt præcedere iuſſum patris oportere dicant, nec conſenſum eius, ſiue ratihabitionem ſufficere. l. ſi quis mihi bona. ff. de acquir. hæred. Legem etenim interpretantes, non temere ſibi permittunt à verborum proprietate recedere. At in bonorum poſſeſſione, quam ad exemplum hæreditatis introduxerunt Prætores, ſufficere dicitur patris conſenſus. l. 1. C. qui admit. ad bonorum poſſeſſ. Cum enim lex ſubtilitatem quandam magis, quam æquitatem, videretur eis habere, ſic eam imitari voluerunt in bonorum poſſeſſione, vt æquitatis maiorem haberent rationem. Qua in re non immutarunt quod lege cautum erat de hæreditate, ne quid decederet legis authoritati: ſed in bonorum poſſeſſione exemplum legis ita ſecuti ſunt, vt æquitate eam temperarent. Simile exemplum eſt in reſtitutione hæreditatis ex cauſa fideicommiſſi: quæ reſtitutio non ex legibus, ſed ex magiſtratuum iuriſdictione, & Senatuſconſultis ortum habet. Inſtit. de fideicommiſſ. hæred. Nam in ea reſtitutione, non magis requiritur iuſſus patris, aut domini, quam in bonorum poſſeſſione de qua iam diximus, ſed conſenſus vel ratihabitio ſufficit. l. ſeruo inuito. ff. ad S. C. Trebellian. Quamuis enim hæc reſtitutio fideicommiſſaria, ſimilis ſit hæreditatis acquiſitioni, & ad eius exemplum recepta, æquitas tamen & vtilitas ſuaſit, vt ab eo exemplo nonnihil recederetur in introducenda reſtitutione. Et frequenter exempla occurrunt, in quibus Iureconſulti ſimplicitatem in fideicommiſſis amplectuntur magis, quam in legatis, propterea quod in legatis ſequuntur authoritatem legum, quibus ea introducta ſunt. Recepta enim ſunt fideicommiſſa exemplo legatorum cum quodam temperamento, & pleriſque ſubtilitatibus neglectis, quæ in legatis obſeruabantur: idque intelligi poteſt ex his, quæ diſſeruimus cap. 9. Præterea exemplum eſt luculentum in lege Falcidia, & S. C. Pegaſiano ſiue Trebelliano. Nam capite ſecundo legis Falcidiæ, cuius paulo ante meminimus, ita cautum eſt de quarta parte ex legatis detrahenda, vt ex verbis appareat, legislatorem voluiſſe hæredem habere cum quadrantem ex hæreditate, Ne minus quam quartam partem hæreditatis ex teſtamento hæredes capiant. Quare hanc partem legis ſic interpretati ſunt prudentes, quaſi in eam quartam voluerit tantum imputari Falcidius id, quod hæres iure hæreditario caperet. Succeſſit longo poſt tempore S. C. Pegaſianum, cuius verba ſi extarent, vt legis Falcidiæ, minus fortaſſis in eo laboraremus, quod hic nos tantopere angit. Sed quantum colligi poteſt ex inſtitutionibus Iuſtiniani tit. de fideic. hæred. cautum fuit eo S. C. vt hæredi liceret quartam partem retinere, non aliter facta mentione hæreditatis. Vult igitur quartam partem bonorum deduci ex fideicommiſſis, ſicut lege Falcidia quarta hæreditatis pars ex legatis deducitur. Ex quo intelligimus, Senatum ita ſecutum eſſe exemplum legis Falcidiæ, quæ de legatis lata fuerat, vt æquitatis temperamentum adhiberet, & ſimplicitatem magis ſpectaret in fideicommiſſis, quam veteres Legiſlatores in legatis: quanquam de legatis nihil inmutatum eſt à Senatu, propter legis auctoritatem. Et ſane æquius videtur, quod de fideicommiſſaria reſtitutione conſtitutum eſt: nempe ea imputanda eſſe in quartam, quæ hæres iudicio teſtatoris quacunque ex cauſa capit. Nam hæc quartæ detractio ad conſeruationem teſtamentorum pertinet, ne is, qui ſine commodo eſt hæres inſtitutus, non adeat hæreditatem, & ſic irritum fiat teſtamentum. Inſtit. de lege Falcid. Senatus igitur non tam verbis Falcidiæ hærens, quam ad rationem, & æquitatem reſpiciens, exiſtimauit ſufficere, ſi hæres quocunque iure quartam bonorum teſtatoris habeat, quaſi hoc commodo ad adeundam hæreditatem ſatis alliciatur. Quod autem Martianus ait, in Falcidiam non imputari quod hæres capit iure legati, ſic accipiendum eſt, pro ea parte, quam accipit à cohærede. Nam ſi teſtator inſtitutis duobus hæredibus, vni prælegauerit fundum quendam ſuum, hæres idemque legatarius partem fundi quaſi à ſeipſo capit iure hæreditario, partem vero alteram iure legati à cohærede ſuo. l. in fideicommiſſariam. §. vlt. ff. ad S. C. Trebel. Proinde pars tantum ea imputatur in Falcidiam, quæ hæreditaria eſt, non etiam altera, quæ à cohærede accipitur. Et hoc videtur ſignificari his Martiani verbis: Pro ea vero parte, quam accepit à cohærede, extra quartam, id eſt, quod à cohærede, accipitur. Quæ verba cæteri fere de quarta Trebelliana, non ed Falcidia, intelligi volunt. Quanquam ex iuris profeſſoribus huius temporis quidam non incelebris nec ineruditus, vt audio, à vulgari opinione nuper quoque auſus eſt recedere.

Cap. XI.

Veterum Iureconſultorum mos in reſpondendo de iure quam ſit cognitu neceſſarius in interpretatione Iuris Ciuilis.

QVamvtile, neceſſariumque ſit, priſcorum Iuriſconſultorum rationem de iure vel reſpondendi, vel diſſerendi noſſe, quamque multorum & variorum iuris locorum interpretatio hinc pendeat, ſæpe alias admonui, idque paulo fuſius & explicatius nunc demonſtraturus ſum. Nam vt Theophilus docet in Inſtit. tit. de iure nat. reſponſum, quo vtuntur I. C. diuiditur in ſententiam & opinionem. Ac ſententia eſt vt idem ait, ἡ αὐτοτελὴς καὶ ἀναμφίβολος ἀπόκρισις, οἷον, ἔξεστι τόδε ποιεῖν, οὐκ ἔξεστι τόδε ποιεῖν. ὀπίνιο δὲ, ἡ ὑπεσταλμένη καὶ μετὰ ἐνδοιασμοῦ προσφερομένη ἀπόκρισις, οἷον, νομίζω ἔξεστι τόδε ποιεῖν, νομίζω ὅτι οὐκ ἔξεστι τόδε ποιεῖν. Quoties autem exiſtimare ſe dicunt, putare, arbitrari, opinari, probabilius eſſe, magis eſſe, verius videri, quid ſequendum nobis ſit facile eſt indicare, cum eorum opinioni auctoritas legum tributa ſit à Iuſtiniano. Sed & ſi reſpondeant hæſitantes, ac velut ἐφεκτικοὶ, ita tamen vt appareat in quam partem propenſiores ſint, idem dicendum eſt. Huiuſmodi enim reſponſa nunc ita accipi debent, quaſi certa ſit, & indubitata ſententia, quæ ab ipſo Imperatore profecta ſit. l. 1. §. & ideo. C. de vet. iur. enucl. Veluti cum Papinianus ait, cap. 1. de pignor. difficilius creditori, qui non ignorauit alienum, vtilem actionem dari: ſed faciliorem fore poſſidenti retentionem. Item cum Iureconſulti ſe vereri dicunt, vt in exemplis quæ ſequuntur. cap. 4. de ritu nupt. Si ab hoſtibus patronus captus eſſe proponatur, vereor ne poſſit iſta connubium habere nubendo, quemadmodum haberet ſi mortuus eſſet, cap. 67. eo. ti. Nam finita iam tutela, & nupta

nupta puella alii, vereor ne longum ſit adoptionem mariti eius impediri,&c.c.10.de iure dot. Et vereor,ne non poſſint in dominio eius effici,cui datæ ſunt, quia poſt mortem incipiat dominium diſcedere ab eo,qui dedit.cap.60.eod.tit. Vereor ne non ſit obligatus.cap.20.de bon.poſſeſ. cont.tab.Et vereor,ne hactenus filio ſuo profuerit factum hæredis ſcripti non adeuntis,vt eum ad portionem admitteret bonorum paternorum.c.48.de acquir.rer. domin.Pomponius,verendum,ne non ſit bonæ fidei poſſeſſor, quamuis capiat.c.1.de cloacis. Verendum tamen eſſe Pomponius ſcribit,ne in eo caſu damni infecti ſtipulatio non committatur. Eſt & cum Iureconſulti videndum eſſe dicunt, id eſt cauendum, & attente conſiderandum, his verbis exprimentes opinionem ſuam,ſed timide,ac verecunde,nempe de eo,quod certi iuris non ſit. Quo genere loquendi Cicero quoque,& cæteri auctores Latini non raro vſi ſunt. Cic.lib.1.Officiorum:Itaque videdum eſt,ne non ſatis id, quod apud Platonem eſt in Philoſophos dictum, quod in veri inueſtigatione verſentur, quodque ea, quæ plerique vehementer expetunt,de quibus inter ſe digladiari ſolent, contemnant, & pro nihilo putent, propterea iuſtos eſſe. Idem libro 1. Tuſcul. Illud angit, vel potius excruciat, diſceſſus ab omnibus his,quæ ſunt bona in vita: vide ne à malis dici verius poſſit. Sed & Hippocratem quoque oſtendit Galenus, non diſſimiliter locutum fuiſſe, cum de rebus dubiis non auderet conſtanter pronuntiare: & multa exempla colligit ex eodem,cuiuſmodi eſt illud: Nũ quod vrinas minxerint aquoſas, conſiderandum eſt? Galenus lib.de Comate. Sed maxime omnium Iureconſulti noſtri hanc locutionem vſurparunt in ſuis reſponſis, quemadmodum ſequentia exempla demonſtrant: in quibus Accurſiani putant Iureconſultos proponere quæſtionem, ſed ad eam non reſpondere:quod nos alibi oſtendimus in part.tracta.de pact.& l.4.ff.de verb.oblig.cap.31.de pact. In perſona tamen filiifamilias videndum eſt, ne aliquando, etſi pactus ſit ne ageret,valeat pactio. Vbi Accurſius phraſim Iureconſulti non intelligens,ait eum non reſpondere, an filio ſit nocitura pactio. cap. 27. de ædilit.edicto. Videamus ne iniquum ſit,emptorem compelli dimittere corpus, & ad actionem iudicati admitti,ſi interdum nihil pręſtatur propter inopiam venditoris.cap.57.de euictio. Quod cum ita eſt,videamus num etſi ab eo, qui vicerit, donata legataue res fuerit emptori, æque dicendum ſit ex ſtipulatu actionem non naſci,&c.cap.46.de petit.hæred. Videamus tamen,ne non aliter petitor hæreditatis legatum reſtituere debeat, quam caueatur, ſi contra eum de hæreditate iudicatum fuerit, reddi ei legatum,cum ſit iniquum,&c.cap.24. de lib. cauſ. Videndum,ne inueniatur ratio, quemadmodum ſubiecto aliquo, qui libertatis controuerſiam moueat, interim actiones excludantur: æque enim ex euentu iudicii liberalis, aut vtilis, aut inanis actio efficietur.cap.55.de acquiren.rerum domin. Videamus ne interſit,laqueum in publico,an priuato,poſuerim,&c.cap.65.eod.tit. Videamus ne hoc falſum ſit de ea inſula, quæ non ipſi alueo fluminis cohæret, ſed virgultis, aut alia qualibet leui materia ita ſuſtinetur in flumine, vt ſolum eius non tangat,atque ita mouetur:hæc enim propemodum publica,atq; ipſius fluminis eſt inſula,&c. In quo capite Pauli verba verbis Labeonis interſeruntur. cap. 11. quod vi aut clam. Si tamen precario ſit in poſſeſſione, videamus, ne quia intereſt ipſius,qualitercunque poſſidet, iam interdicto vti poſſit. Ergo etſi conduxit, multo magis. cap.2. de præto. ſtipul.Sed & ſi vnus ex hęredibus promiſſoris totam rẽ poſſideat,in ſolidum damnandum eum Iulianus ſcribit. In quantum autẽ ipſe ex ea ſtipulatione, vel fideiuſſores, & an omnino teneantur dubitari poteſt: & videndum eſſe ait, ne non committatur. Vbi Accurſius,In ſolidum,inquit,tenentur fideiuſſores,vt & reus principalis,hæredes autem pro parte:licet Paulus ſurda aure tranſiens hanc quæſtionem non ſoluit. cap.5.ſi fam.furt. fec. Et videamus,an etiam in ſociũ alterius ſerui nomine non ſit dandum iudicium, quemadmodum ſi omnium nomine ſocius dediſſet: niſi forte hoc caſu ſeuerius à Prætore conſtituendum eſt,&c. cap.59. de hæredib.inſtit. Si ita ſcriptum fuerit, Titius ex parte tertia, Mæuius ex parte tertia hæredes ſunto: Titius,ſi intra tertias Calendas nauis ex Aſia venerit, ex reliqua parte hæres eſto: videamus, ne Titius ſtatim ex ſemiſſe hæres ſit. Nam duo hæredes inſtituti ſunt,ſed Titius aut ex ſemiſſe,aut ex beſſe.cap.1.de ſeruit. legat. Videamus ne hoc ita verum ſit, ſi aut nominatim hæc ſeruitus impoſita eſt, aut ita legatum datum eſt, Tabernam meam, vt nunc eſt, do lego.cap.13. de inſtru.leg. Sed videndum eſt, ne inter inſtrumentum tabernæ, & inſtrumentum cauponæ, ſit diſcrimen,&c.cap.40. de conditio.& demonſt. Videamus,ne id falſum ſit,quia nihil interſit, vtrum ita ſcribatur,Quas pecunias cuique legaui,eas hæres meus,ſi mater mea moritur, dato: an ita, Niſi mater moritur, ne dato.cap.3. de collat.bon. Videamus ergo, ne commodiſſimum ſit, emancipatos quartam partem ex bonis paternis conferre, cap.4.de verbor.obligat. Videamus, ne non idem hic ſit,ſed magis idem, quod in illa ſtipulatione, Titium hæredemque eius ratum habiturum. Quo in loco verba quædam inſerta reperiuntur ab iis,qui mutilum eſſe locum credebant,& tantum proponi,nec decidi quæſtionem.cap.19. de vſu & habit. Si domus vſus legatus ſit ſine fructu, communis refectio eſt in ſartis tectis tam hæredis,quam vſuarii. Videamus tamen, ne ſi fructum hæres accipiat,& ipſe reficere debeat,cap.8 de inoffic.teſtament.Si conditioni parere teſtator hęredem iuſſerit, in perſona filii vel alterius,qui eãdem querelam mouere poteſt,& ſciens is accepit, videndum eſt, ne ab inofficioſi querela excludatur: agnouit enim iudicium. Quo in loco Hugolinus ait,non reſponderi, ſed cauſam dubitationis poni. cap.vlt.de eo,quod cert.loc. da. Si poſt moram factam quo minus Capuę ſolueretur,cum arbitraria vellet agere, fideiuſſor acceptus ſit eius actionis nomine, videamus ne ea pecunia, quæ ex ſententia iudicis accedere poteſt, non debeatur, &c. Vbi Accurſius,& cæteri multum æſtuant, dubitantes,an quæſtioni reſpondeatur.cap.18.commodati. Sed videndum eſt,ne & culpa præſtanda ſit,vt ita culpæ fiat æſtimatio, ſicut in rebus pignori datis,& dotalibus æſtimari ſolet.cap. 57. de pecul. Quod ſeruus meus pro debitore meo mihi expromiſerit,ex peculio deduci debet, & à debitore nihilominus debetur. Sed videamus, ne credendum ſit peculiare fieri nomen eius,pro quo expromiſſum eſt. Paulus vtique, ſi de peculio agente aliquo deducere velit, illud nomen peculiare facit. In quo loco verba Neratii verbis Pauli præponuntur cap.18.de damno infecto. Iulianus ſcribit, videndum, ne carum duntaxat nomine cautum habeat, de quibus inter eum & promiſſorem in initio actum fuerit.cap. 6. de fideicom.libert. Videamus vtique ne in hac ſpecie aliud dicendum ſit: ſed in ſuperiori caſu ſunt qui putant,&c.cap.31.de reb.credit. Iulianus ait, Videndum ne dominus integram ex empto actionem habeat.

CAP. XII.

Crimen paſtorum quid ſit in reſcripto Diocletiani: qui ſint Iſauri latrones in Conſtitutionibus Imperatoris, & Aſſaſſini in Pontificiis.

Diocletiani reſcriptum in Codice Iuſtiniani legitur tit. qui accuſare non poſſunt, in hæc verba: Si quis homicidii crimen exiſtimat perſequendum, ſecundum iuris publici formam, debebit eum, qui primordio homicidii poſtulauerit reum, neque probauerit, ideoque reus abſolutus eſt,præuaricationis arguere. Id enim ſalubriter ſtatutis principum parentum noſtrorum, iuriſque forma præſcriptum eſt. Vel ſi id non putauerit agendum, ad ſequens crimen, id eſt, paſtorum, latronumue deſcendere eum coges, atque id exequi iudicio tuo : cum ſiquidem id ab inculato appareat eſſe commiſſum, ob vltionem publicam obnoxius legibus fiat. In huius reſcripti interpretatione Accurſius,& Accurſiani aiunt, latrones, vel homicidas ideo paſtores dici à Diocletiano, quia hoc crimen à paſtoribus initium cepit nempe Cain & Abel. Ego autem exiſtimo, reſcriptum accipiendum eſſe de paſtoribus, qui latrociniis dediti eſſe conſueuerunt : vt de Achæis & Heniochis ſcribit Strabo, quos ait viuere ληστρικῶς καὶ νομαδικῶς: idque etiam noſtro tempore crebro experimur. Et hanc ſententiam noſtram confirmat conſtitutio Theodoſiana libro 9. C. Theodoſ.tit. 31. cuius hæc verba ſunt : Nemo Curialium plebeiorum poſſeſſorumue filios ſuos nutriendos paſtoribus tradat:aliis vero ru-

ſticanis,vt fieri ſolet, nutriendos dari non vetamus. Si vero poſt iſtius legis publicationem, quiſquam nutriendos paſtoribus dederit, ſocietatem latronum videbitur confiteri. Huc pertinet quod ſcribit Liuius lib. 39. Tarentum prouinciam L. Poſthumius prætor habebat. Is de paſtorum coniuratione, qui vias latrociniis paſcuaque publica infeſta habuerant, quæſtionem ſeuere exercuit, ac ſeptem millia hominum condemnauit, &c. De altero genere latronũ, qui Iſauri dicti ſunt ab Iſauria, quam incolebant, aliquid Alciatus attigit. Sed nos de his paulo plenius atque diſtinctius tractaturi ſumus. Incipiemus autem à Piratico bello, quo hi latrones ſiue piratæ victi ſubiugatique ſunt. Idque factum eſt duce P. Seruilio, ſub quo meruiſſe dicitur Iulius Cæſar à Suetonio: vnde Iſaurici cognomen Seruilius accepit. Author eſt huius rei Strabo libro 12. qui ſub Tiberio ſcribens, Seruilium ſe vidiſſe refert, & Iſauriæ vicos ſeu pagos ληςῶν κατοικίας, id eſt, latronum ſedes ac domicilia vocat. Huius etiam victoriæ Seruilianæ teſtes ſunt Ouidiani verſus lib. 1. Faſto.

Africa victorum de ſe vocat: alter Iſauras
Aut Cretum domitas teſtificatur opes.

Verum ex quo Reſpublica Romana in monarchiam conuerſa eſt, ſæpe recruduit hoc malum, totieſque bellum aduerſus eos geſtum eſt à principibus Romanis, vt non immerito eos Claudianus Poeta indomitos vocet, hoc verſu:

Indomitos curru Seruilius egit Iſauros.

Locos vero, qui ad hanc rem pertinent, ex veteribus authoribus adſcribemus, ſed temporum ordinem ſecuti, vt res tota melius intelligatur. Tempore Galieni Imperatoris quid acciderit, Trebellius Pollio in triginta tyrannis docet his verbis: Quare & in Trebellianum factum in Iſauria Principem, ipſis Iſauris ſibi ducem quærentibus, quem cum alii archipiratam vocaſſent, ipſe ſe Imperatorem appellauit. Monetam etiam cudi iuſſit, palatium in arce Iſauriæ conſtituit: qui quidem, cum ſe in intima Iſaurorum loca munitus difficultatibus locorum, & montibus contuliſſet, aliquandiu apud Cilicas imperauit. De tempore Probi Imperatoris Vopiſcus hæc ſcribit in eius vita: His geſtis Orientem, atque itinere potentiſſimo quodam latrone Palfuerio capto, & interfecto, omnem Iſauriam liberauit, populis, atque vrbibus legibus Romanis inſtitutis, barbarorum, qui apud Iſauros ſunt, vel per timorem, vel per voluntatem, loca ingreſſus eſt, quæ cum peragraſſet, hæc dixit, Facilius eſt, ab iſtis locis latrones arceri, quam tolli. Veteranis omnia illa, quæ anguſtæ aceuntur, loca priuata donauit, addens, vt eorum filii ab anno octauo decimo mares duntaxat ad militiam mitterentur, ne ante latrocinari, quam militare, diſcerent. Idem in eodem loco paulo poſt: Edita præterea gladiatorum paria trecenta, Blemyis pleriſque prægnantibus, qui per triumphum erant ducti, pleriſque Germanis, & Sarmatis, nonnullis etiam latronibus Iſauris. De tempore Conſtantini Imperatoris Ammianus Marcellinus ſic ſcribit libro 14. Nec ſane hæc pernicies ſola Orientem diuerſis cladibus affligebat. Namq; & Iſauri, quibus vſitatum eſt ſæpe pacari, ſæpeque inopinis excurſibus cuncta miſcere, ex latrociniis occultis & raris, alente impunitate adoleſcentum in peius audaciam, ad bella grauia proruperunt: diu quidem perduelles ſpiritus irrequietis motibus erigentes, attamen indignitate perciti vehementi, vt iactabant, quod eorum quidam capti conſortes apud Leonium Piſidiæ oppidum in amphitheatralis ſpectaculo feris prædatricibus obiecti ſunt præter morem. Atque, vt Tullius ait, etiam feræ monitæ plærunque ad eum locum, vbi aliquando paſtæ ſunt, reuertuntur, ita omnes inſtar turbinis digreſſi montibus impeditis & arduis, loca petiuere mari confinia, per quæ in latebroſis ſeſe conuallibus occultantes, cum appeteret nox, luna etiam tum cornuta, ideoque nondum ſolido ſplendore fulgente, nauticos obſeruabant, quos cum in ſomnum ſentirent effuſos, per ancoralia quadrupedo gradu repentes, ſeſeque ſuſpenſis paſſibus iniectantes, in ſcaphas, eiſdem nihil opinantibus, adſiſtebant, & incitante auiditate ſæuitiam, ne cadentium quidem vlli parcendo, obtruncatis omnibus merces opimas, velut viles, nullis repugnantibus auertebant. Hæcque non diu perpetrata. Cognitis enim viatorum cæſorum funeribus, nemo deinde ad has ſtationes appulit nauem. Sed vt Scironis prærupta lethalia declinantes, litoribus Cypriis contigui nauigabant, qua Iſauriæ ſcopulis ſunt controuerſa. Procedente igitur mox tempore, cum aduectitium nihil inueniretur, relicta ora maritima in Lycaoniam adnexam Iſauriæ ſe contulerunt: ibique denſis inter obſidentium itinera prætenturis, prouincialium & viatorum opibus paſcebantur. De tempore Honorii locus eſt in hiſtoria tripartita Caſſiodori, ex Sozomeno Græco authore: Iſauriæ, inquit, latrones maxima multitudine congregata, vſque ad Caras & Phœniciam venientes, vrbes, & vicos in medio poſitos populati ſunt. Verba Sozomeni hæc ſunt: οἱ δὲ ἐν Ισαυρίᾳ λῃσαὶ εἰς πλῆθος ἀθροισθέντες μέχρι Καρῶν καὶ φοινίκων τὰς ἐν μέσῳ πόλεις καὶ κώμας ἐλεηλάτησαν. Hæc cum ita ſe habeant, mirum videri non debet, quod idem Honorius conſtituit, in quæſtionibus Iſaurorum nec venerabilem Paſchæ diem expiendum eſſe, &c. l. prouinciarum. C. de furt. Sub Leone & Anthemio Imperatoribus, edita eſt conſtitutio aduerſus eos, qui Iſauros in prædiis ſuis, aut iuxta ſe haberent: cum plerique audaces, & improbi homines eo tempore horum latronum opera, vt credibile eſt, vterentur. Quæ conſtitutio extat in Codice Iuſtiniani, cap. vlt. ad leg. Iuliam de vi publica. Anaſtaſius Imperator, hos Iſauros ob facinora ſua eiectos ex vrbe Conſtantinopolitana, diutino afflixit bello, vicitque, vt author eſt Theodorus Lector lib. 2. Collectaneorum, à quo res tota plenius deſcribitur. De Aſſaſſinis, quorum mentio eſt in Iure Pontificio, c. 1. de homicid. in 6. multi ſcripſerunt. Sed nullum de his habeo grauiorem authorem, nec nobiliorem Paulo Æmilio, quamuis recens ſcriptor is ſit, qui lib. 5. de rebus geſtis Francorum ita ſcribit: Non agri modo infeſti ab hoſte erant, ſed & in vrbibus inſidiæ proceribus ſtruebantur, nec vllus locus tutus, nullum tempus metu vacuum. Nec tam magni Reges, Imperatoreſque formidoloſi erant, quam Aſſaſſini gens obſcura. Decem omnino incolunt oppida, circiter ſexaginta virorum millia. Phœnicibus tunc contribuebantur. Eadem vere in regione fuere Eſſeni, quos, vt Plinius tradit, nocentes fugerent, quiq; ſine pecunia & fœmina, duabus generis humani peſtibus, degerent. Sed Aſſaſſini ex Perſide profecti creduntur, receptaque Mahumetis perſuaſione, ſanctiſſimi omnium à Barbaris exiſtimabantur: nec, qua cæteri mortales, honorum cupiditate ducuntur, ipſi inter ſe maxime vnanimes: nulla de imperio, magiſtratuque ambitio: ſummam, arbitriumque rerum non nobilitati, ſanguinique committunt. Quem virum optimum iudicarint, eum ſibi præficiunt, ſenioremque, ac Arſacidam vocitant, eoque nomine contentum cæterorum curam gerere iubent, & vt illum in commune conſulere volunt, ita ipſi ea opinione imbuti ſunt, vt ſibi perſuadeant, in rebus humanis nihil antiquius eſſe, quam pro publica ſalute, cum tempora poſtulent, mortem oppetere. Eorum alii alias linguas à pueris edocentur, omnes ita animo affecti, vt cœleſtem immortalitatem adepturos ſe munere numinis confidant, ſi ſectæ ſuæ hoſtes occiderint. Cui prouincia euenerit alicuius è noſtris proceribus interimendi, is vt vnus è noſtris, ſe noſtrorum turbæ immiſcens, per fallaciam cædem facit, ſibi minime parcens, gnaruſque ſibi ſtatim occumbendum eſſe. Sic Raimundus Comes Tripolitanus, quod eis infeſtus eſſet, Tripoli à duobus Aſſaſſinis confoſſus, cæterorum curam acuit, vt cuſtodes corporibus ſuis adhiberent. Ex his igitur Æmilii verbis perſpicuum eſt id, de quo nonnulli dubitant, vnde Aſſaſſinatus appellatio, quæ vſitata eſt apud nos, orta ſit.

Cap. XIII.

De hypotheca ſeruitutum vrbanarum, & ruſticarum, ex Martiano & Paulo, tit. de pignoribus.

QVæſtio eſt vulgo agitata, de pignore, ſeu hypotheca ſeruitutum, tam ruſticarum, quam vrbanarum: in qua ſolitus ſum à recepta opinione recedere, & Iuriſconſultorum de hac re ſententiam aliter, quam Accurſius cum ſuis ſectatoribus, interpretari. Nam ſeruitutes, quæ prædiis debentur, pignerari non poſſe exiſtimo. Cum enim prædiis cohæreant. l. via. l. vnus. ff. de ſeru. ruſt. præd. certum eſt, eas dari, id eſt, in creditorem transferri, niſi pignorato fundo, cui debentur, non poſſe. Ac fruſtra talis conuentio fieret, ſi creditor à debi-

à debitore hypothecam auocare nunquam poſſet. l. fundus. §. creditor. ff. de pigno. Hanc rationem tradit Martianus ad formulam hypothecariam, his verbis: Iura prædiorum vrbanorum pignori dari non poſſunt: igitur nec cōuenire poteſt, vt hypothecæ ſint. l. is qui bona. §. vlt. ff. de pign. Ex quo facile colligi poteſt, in omnibus prædiorum ſeruitutibus id locum habere: tametſi de vrbanis tantum loquatur Martianus. Atque hinc exiſtit quæſtio apud Paulum tractata, & à Iuſtiniano cum ſuperioribus Martiani verbis coniuncta, an dominus prædii alicuius, ſeruitutem ei prędio imponere ex cauſa pignoris poſſit. Et ait Paulus, eam rectè imponi in creditoris gratiam vicinum prædium habentis, cui ea ſeruitus poteſt vtilis eſſe: idque ad tempus, id eſt, vt creditor, donec pecunia ſoluta fuerit, vtatur ſeruitute. Quę pignoris obligatio, ſi ſummum ſtrictumque ius intueamur, non conſiſtit: quandoquidem ad tempus conſtitui ſeruitus non poteſt. l. 4. ff. de ſerui. l. foramen. ff. de ſerui. vrb. præd. Sed Paulus ait, propter vtilitatem, qui finis eſt, & veluti ſcopus totius iuris, admittendum hoc eſſe: ſicut & pleraque alia contra ſtrictam rationem recepta eſſe videmus. l. 4. ff. de ſeruit. l. certo. ff. de ſeruit. ruſtic. l. ita vulneratus. ff. ad leg. Aquil. Et hæc Pauli ſententia ad ſeruitutes quoque vrbanas pertinet, in quibus eſt eadem ratio: quamuis apud eum autorem ruſticarum tantum mentio fiat loco exempli. Nam & vtraſque precario concedi poſſe ſcribit Caius c. 3. de precario. Quare dicendum eſt, nullam eſſe inter vrbanas ſeruitutes & ruſticas differentiam, vt falſo creditum eſt à pleriſq;, cum forte non animaduerterent hos (vt ita dicam) centones eiuſdem authoris non eſſe, & vtrunq; locum quaſi ab vno & eodem authore profectum interpretarentur. Martianus igitur de ſeruitute iam conſtituta & acquiſita prędio loquitur, quam is, cui debetur, non poteſt in pignus dare: Paulus de ſeruitute, quæ nulli vnquam fundo acquiſita eſt, ſed titulo pignoris quodam modo cōſtituitur à domino prædii, eodemque debitore, tantiſper dum fuerit exoluta pecunia, quam debet creditori.

Cap. XIIII.

Declaratus Proculi locus perquam obſcurus cap. 44. tit. de adoptio.

PRoculi verba hæc ſunt c. 44. tit. de adopt. lib. 1. Digeſtorum: Si is, qui nepotem ex filio habet, loco nepotis aliquē adoptauit, non puto mortuo auo iura conſanguinitatis inter nepotes futura eſſe. Sed ſi ſic adoptauit, vt tam iure, legeque nepos ſuus eſſet, quam ſi ex Lucio, puta filio ſuo, & ex matre familias eius natus eſſet, contra puto. Sic enim legendum opinor; non vt in Florentino codice, Sed ſi ſic adoptauit, vt etiam iure legis, &c. Et admonuerunt quidam, ita legi in vetuſto codice viri clariſſimi & doctiſſimi Æmari Ranconeti, qui hodie Senatus Pariſienſis cuidam Decuriæ magna cum laude præſidet. Quam lectionem confirmat formula rogationis, cuius meminit Gellius, Velitis iubeatis, vti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius ſibi ſiet, quam ſi ex eo patre matreque familias eius natus eſſet, &c. lib. 5. c. 19. Hūc autem Proculi locum interpretari voluiſſe quidam videtur, annotatiuncula addita in libris editionis Pariſienſis. Non enim, inquit, tanta erat Prętoris authoritas, vt iura conſanguinitatis daret: cognationis vero, legiſque maxima. Verum, vt quod ſentio ingenue dicam, hic felicius locum emendauit ac reſtituit, iudicio meo, quam interpretatus eſt. Quęritur enim apud Proculum, ſi is, qui nepotem ex filio habet, in nepotis locum aliquem adoptauerit, an nepos hic adoptiuus conſanguineus ſit, id eſt, frater nepoti naturali: ſic enim accipitur conſanguineus ſæpe apud Iureconſultos. l. 2. ff. de ſuis & legit. hæred. Nec dubium eſt, quin ei cognatus ſit, cum iis omnibus fiat cognatus, quibus agnaſcitur. l. qui in adoptionem. ff. de adopt. Sed de conſanguinitate quæritur, id eſt, fraternitate, vt iam diximus. Ait igitur Proculus, ſi ſimpliciter adoptio facta ſit, iura conſanguinitatis nulla inter nepotes futura eſſe: ſi vero ſic adoptauit, vt tam iure legeque nepos ſuus eſſet, quam ſi ex Lucio, &c. eſſe iura conſanguinitatis, ac fraternitatis. Nam in priore caſu incertum eſt, cuius filii loco eum adoptauerit, ſi forte plures filios habuerit, item, an nullius filii loco, cum is, qui filium non habet, nepotem adoptare poſſit. l. adoptare. l. adoptiones. ff. de adopt. In poſteriore caſu, expreſſio verborum omnem dubitationem tollit.

Cap. XV.

Emendatio interdicti cuiuſdam de fluminibus, quod mendoſum eſt in libris etiam Florentinis.

DE Pandectis Florentinis, quod obiter diximus in ſuperiore capite, nolo quiſquam interpretetur in contemptū optimorum librorum à nobis dictum eſſe, qui opera, ac diligentia viri doctiſſimi Lælii Taurelli ante paucos menſes, magno iure ſtudioſorū bono, editi ſunt. Nam vt eos libros plurimi facio propter vetuſtatem & integritatem, ita libere profiteor me non adeo iis addictum eſſe, vt nulla me ratio vel authoritas à ſequenda eorum ſcriptura dimouere poſſit. Ac quo magis id planum faciam, ſuperiori exemplo addam aliud à me aliquando obſeruatum, cum interdictum de Fluminibus in publico auditorio enarrarem: quod interdictum ita deſcriptum comperimus apud Vlpianū in lib. Florentinis, & in aliis, qui ad eorum exemplum conſcripti impreſſique ſunt: Quod in flumine publico ripaue eius fiat, ſiue quid in flumē ripamue eius factum vel immiſſum habeas, quo ſtatio iterue nauigio deterius ſit, fiat, reſtituas. l. 1. §. deinde. ff de flumin. Sed hæc lectio mihi valde ſuſpecta eſt, & ita legendum eſſe exiſtimo, Quod in flumine publico ripaue eius factum, ſiue quid in id flumen ripamue eius immiſſum habes, quo ſtatio iterue nauigio deterius ſit, fiat, reſtituas. Id quibus argumentis tuear, oſtendam. Ac in primis Vlpianus poſt recitatam formulam interdicti mox ſubiicit: Hæc verba, Factum habes, vel immiſſum habes, oſtendunt non eum teneri, qui fecit vel immiſit, ſed qui factum, aut immiſſum habet. Item mouet me, quod aliud interdictum reſtitutoriū huic ſimile ita concipitur paulo poſt, ſub tit. ne quid in flumine publico fiat. Quod in flumine publico ripaue eius factum, ſiue quid in flumen, ripamue eius immiſſum habes, ſi ob id aliter aqua fluit, atque vti priore æſtate fluxit, reſtituas. Eademque eſt conceptio interdicti de via publica, ad cuius exemplum videtur hoc propoſitum eſſe ſub tit. ne quid in loco pub. fiat. vbi ita legitur: Quod in via publica, itinereue publico factum, immiſſum habes, quo ea via, idue iter deterius ſit, fiat, reſtituas: & quæ ſequuntur, ex Vlpiano.

Cap. XVI.

Sublatum aliud mendum ex Florentinis lib. cap. 5. vt in poſſeſſ. legat.

IMperator Antoninus reſcripſit, legatarios nōn modo in poſſeſſionem rerum hæredi ariūm mittendos eſſe, ſed etiā rerum hæredis propriarum, ſi poſt ſex menſes quam aditi pro tribunali fuerint ii, quorum de ea re notio eſt, ſatisfactum non eſt, &c. l. 5. ff. vt in poſſ. legat. In cuius reſcripti interpretatione Vlpi. ita ſcribit in Pandect. Florentinis: ſex menſium puto continuum tempus, non poſſeſſionum, computādum. Sed non dubito, quin ſeſſionum legendum ſit, non poſſeſſionum: ſeſſio enim eſt magiſtratuum, aut iudicum, qui ius reddunt ſedentes, apud Ciceronem & alios authores Latinos. l. quiſquis. C. de poſtul. Nouel. 8 2. 5. ſedeant. tit. de iudic. Ac ſimilis eſt locus Vlpiani eiuſdem c. 2. tit. quis ordo in bon. poſſ. ſerue. Dies, inquit, bonorum poſſeſſionis, vtiles eſſe palam eſt, ſed non ſeſſionum numerabuntur, ſi modo ea ſit bonorum poſſeſſio, quæ de plano peti potuit, &c. Suſpicor autem hanc errati cauſam fuiſſe, quod homines parum eruditi, & vocis Latinę vim ignorantes, facile adducti ſunt. vt ſeſſionem conuerterent in poſſeſſionem, cum in eo loco de poſſeſſione rerum tractetur. Hæ ſunt coniecturæ noſtræ, quas nullius antiqui codicis authoritate fulcire poſſumus: quanquam doctor quidam Iuris Ciuilis nomine Ianotius in Germania, vt accepimus, aſſerit ſe vetus exemplar nactum eſſe, in quo vera lectio adhuc integra manſerit: ſed fides penes authorem eſto.

Cap. XVII.

An ob ſeruitutem nouum opus nuntietur, & quatenus ratio cuiuſque legis inquirenda ſit.

QVi viam habet, inquit Iulianus, ſi opus nouum nuntiauerit, aduerſus eum, qui in via ædificat, nihil agit. l. qui

viam.ff.de operis noui nunt. Sic enim legitur in vetuſtis,atq; emendatis codicibus:nec temere ab ea lectione recedendum eſſe cenſeo. Quod autem alibi legitur,ob ſeruitutem nouum opus nuntiari poſſe,l.de pupillo. in princ. eod.titu. l.inter.de ſer. vrba. præd.l. 1. de remiſſ. multum negotii interpretibus exhibuit.Sed cum ibi mentio fiat, non viæ,ſed aliarum ſeruitutum, quæ vrbanæ ſunt, ſatis perſpicuum eſt, diuerſa magis quam pugnantia hæc eſſe.Itaque ratio tantum diuerſitatis inquirenda eſt, ſi quis forte eius rei curioſus ſit. Non enim omnium, quæ à maioribus conſtituta ſunt,ratio reddi poteſt. Alioqui multa ex his,quæ certa ſunt, ſubuerterentur.l.non omnium.ff.de legib. Videntur autem iuris authores ſeruitutes ruſticas à cæteris ſeparaſſe, quod ædificatio in via minus incommodi afferre ſoleret,quam opus contra ſeruitutem vrbanam factum: quia hæc opera ſemper nocent,ædificatio in via iter non vſquequaque impedit, cum per alium locum iter fieri poſſit.arg.l.2.§.pen.ff.de religio.l.vlt.de riuis. Quod ſi quis obiiciat, locum aliquando ita anguſtum reperiri, vt per aliam partem iri non poſſit, aut ſeruitutem aliquam ruſticam eſſe, in qua ædificium noceat, non minus quam in vrbana: veluti in ſeruitute aquæ ductus,&c. Reſpondeo, iuris authores ad ea reſpicere, quæ frequentius contingunt. l. iura. ff. de legib. Nec vllam aliam rationem poſſumus probabiliorem afferre, quam quod hi,vt veriſimile eſt, vſu & longa rerum experientia edocti animaduerterunt, huiuſmodi opera in ruſticis viis ſolere minus incommodi afferre, & moribus hominum ſuas leges accommodare voluerunt. Non enim neceſſarias rationes à Iuriſconſulto exigere debemus, vt à Mathematico quopiam,ſed probabilibus,ac ciuilibus cõtentos eſſe nos oportet, autore Ariſtotele. Quod non ſatis perpendunt, meo iudicio, qui ius ciuile tractant hoc tempore, cum in ratione cuiuſque legis excutienda,anxii nimis & ſcrupuloſi ſint. Nec fere vllam admittunt rationem, quæ ſophiſtę cuiuſuis argumentis quoquo modo impugnari aut labefactari poſſit. Idque accidit in hac re,de qua diſſerimus: adeo vt interpretum nonnulli,cum rationem diuerſitatis inter ruſticas & vrbanas ſeruitutes, non ſatis firmam eſſe crederent,ſententiam vulgo receptam facile contempſerint. Alciat lib. παρέργ.c. 24.alii putant verba Iuliani accipienda eſſe de eo, qui ædificat non impediendo vſum ſeruitutis,puta reſtituendo,aut exornando, &c. Quæ opinio à ſententia Iuliani perquam aliena eſt,cum præſertim ſeruitus hoc caſu ne vindicari quidem poſſit.

CAP. XVIII.

De æquo & bono: & an æquitas ſcripta recte dicatur.

CVm certo certius ſit, æquitatem, ſeu æquum & bonum, nihil aliud eſſe, quam benigniorem, & humaniorem interpretationem iuris,quę ſcripto comprehenſa non eſt,quam Ariſtoteles ἐπιείκειαν vocat, vt fuſius oſtendimus ſub titul. de iuſt.& iure. mirum videtur pleriſque, quod æquitatis ſcriptæ in Iuris ciuilis libris mentio fiat:veluti in reſcripto Conſtantini de iudiciis, in quo ſic vulgo legitur : Placuit in omnibus rebus præcipuam eſſe iuſtitiæ, æquitatiſque ſcriptæ, quam ſtricti iuris rationem. Sed in vetuſtis codicibus verbum ſcriptæ,non eſt,nec dubito quin additum ſit ab iis,qui vim æquitatis non intelligentes,conciliare illud reſcriptum cum c. 1. de legibus,non poterant. Nec vero ignoramus,quæ alii non ſolum Iureconſulti, ſed etiam Philoſophi ac Theologi comminiſcantur, tuendi huius erroris cauſa. Extat oratio cuiuſdam valde eruditi hominis, de ſcripto iure, & dignitate veterum interpretum iuris, in qua vulgare dictum de ſcripta æquitate excuſat,& interpretatur. Sed quam fruſtra ſe torquent, hinc ſatis perſpicuum eſt.

CAP. XIX.

Locus Vlpiani de lege regia, ad principis imperium pertinente, declaratus.

VLpianus c. 1. de conſti.principum ait, quod principi placuit,legis habere vigorem: cum lege regia, quæ de eius imperio lata eſt,populus ei, & in eum omne ſuum imperium & poteſtatem conferat. In cuius loci interpretatione hærent plerique,nec ſatis vim horum relatiuorum aſſequuntur. Ego autem ſic interpretari ſolitus ſum, quaſi lege regia,id eſt, de regno,ſeu imperio Principis lata,conferatur poteſtas Principi non tantum in prouinciales,& ſubiectos populo Romano, ſed in ipſum etiam populum:vt relatiuum pro reciproco accipiatur: quod vſitatum eſſe docet Budæus in Commentariis Græcæ linguæ. Et hanc ſententiam iuuat magnopere locus Senecæ,epiſt.14.cuius non meminerunt cæteri de hac re ſcribentes, tametſi interpretationem noſtram minime improbent. Interdum,inquit,populus eſt,quem timere debeamus, interdum ſi ea ciuitatis diſciplina eſt, vt plurima per Senatum tranſigantur, gratioſi timeantur in eo viri interdum ſinguli, quibus poteſtas populi,& in populum data eſt.

CAP. XX.

Conſtantini de pœna plagiariorum Conſtitutio emendata.

FAbia lex de plagiariis lata eſt aduerſus eos qui πλαγιῶς, id eſt,doloſe ac malitioſe vel liberos homines,vel ſeruos alienos intercipiunt. De pœna autem huius criminis extat Conſtantini Imperatoris Conſtitutio C. ad l. Fabiam de plagiar.l. vlt.qua derogauit veteri iuri, ſtatuitque, vt qui filios intercipiunt,gladio conſumantur, ſi ingenui ſint: alias beſtiis ſubiiciantur. Verba Conſtantini hæc ſunt à nobis reſtituta ex Codice Theodoſiano: Plagiarii,qui viuentium filiorum miſeras infligunt parentibus orbitates, metalli pœna cum cæteris ante cognitis ſuppliciis tenebantur.Si quis tamen eiuſmodi reus fuerit oblatus, poſteaquam ſuper eius crimine claruerit,ſeruus quidem, vel libertate donatus, beſtiis ſubiiciatur, ingenuus autem gladio conſumatur. Alii legunt,non tenebantur, ſed teneantur. Quæ lectio magnopere torſit Alciatum in Parergis,lib.παρέργ. 1.cap.13.cum ea verba ſic interpretari conaretur, ne poſterior pars legis priori contraria, ac repugnans eſſet.Sed nos hanc correctionem optimo viro,& doctiſſimo, Ioanni Tilio acceptam ferimus, cuius beneficio Codex ille Theodoſianus nuper in lucem prodiit. Ac eo libentius,& cupidius huius excellentis viri mentionem facio, quod ad eam amicitiam, quæ inter nos,ob ſimilitudinem ſtudiorum inſtituta erat, noua acceſſit iam neceſſitudo, poſtquam Briocenſium noſtrorum Pontifex eſſe cœpit: vt quem prius fraterno amore proſequebar,nunc vt patrem colere,obſeruare,ac venerari debeam.

CAP. XXI.

Quid ſit ſuffragium: & aulica Conſtitutio Theodoſii de ſuffragio explicata.

THeodoſius conſtitutionem edidit, ſuadente,vt credibile eſt, Rufino,ad quem ſcripta eſt,in aulicorum gratiam, quorum ſuffragatione, ac interceſſione aliquid impetratum fuerit à Principe: quam conſtitutionem ideo aulicam vocare ſolitus ſum.l. 1. Cod.de ſuffrag. Cautum eſt ea conſtitutione, ſi quid huiuſmodi ſuffragationis, ſiue ſuffragii nomine promiſſum ſit per ſponſionem, ſiue ſtipulationem, ex ea promiſſione dandam actionem eſſe, quaſi nec iniuſta, nec turpis cauſa obligationis ſit. Suffragium enim ita accipitur in eo loco, ſicut & apud alios authores plerunque : vt cum Lampridius in Alexandro ait, Thurinum quendam promiſiſſe ſuffragium ſuum. Et Capitolinus de Marco loquens,ſcribit eum ſuffragatoribus non cito credidiſſe. Atque hinc fit,vt ſuffragium aliquando accipiatur pro munere ipſo,quod datur in remunerationem beneficii accepti à Principe. l. laudabile. l.per hanc.C. de aduo. diuer.iudic. Quo verbo Iuſtinianus,quamuis Græce ſcribens, vti ſolet Nouell. 8. vt iud. ſine quoquo ſuffrag. Nouel. 29. de Præto. Paphlagoniæ, Nouel. 161. de prouin.præſi.Fuit & alia Conſtitutio Iuliani Imperatoris,qua cautum eſt,nullum interpellari ſuffragatorem, ſuper his,quæ recte eum conſtiterit accepiſſe, authore Ammiano Marcellino lib. 22. Quem locum Marcellini citat Alciatus:nec animaduertit,opinor,eam conſtitutionem extare in Cod.Theodoſiano : quamuis Accurſianorum in hac re errorem primus detexerit,cum ii ſuffragium pro aduocati ſalario,& ſponſionem pro pacto conuento acciperent. Verba Iuliani hæc ſunt lib.2.C. Theodoſ.tit. 29. Fœdis commmentis,quæ bonorum merito deferuntur, quam occupare meruerunt, & cum meruiſſent in Rep. quolibet pacto verſari, repetendam ſibi pecuniam,quam inhoneſte ſoluerant,imprudentius, atq; inhone-

inhoheſtius arbitrantur. Alii etiam, quæ tunc donauerant, vel potius proiecerant ob immeritas cauſas, inuadēda denuo crediderunt. Sed quia leges Romanæ huiuſmodi contractus penitus ignorant, omnem repetendi eorum, quæ prodige, nefarieq; proiecerint, copiam prohibemus. Qui itaq; repetere nititur, vel repetiiſſe conuincitur, & quod dedit, apud ſuffragatorem eius manebit, vel extortum reſtituet, & alterum tantum fiſci iuribus inferre cogetur. Verum hæc Theodoſiana conſtitutio, quæ actionem dat aduerſus promittentem, plenior eſt Iuliani conſtitutione, & aulicis, qui eam condiderunt, vtilior.

Cap. XXII.

Securitas populi Romani quid valeat apud Vlpianum c. 1. ad legem Iuliam maieſtatis.

MAieſtatis crimen, inquit Vlpianus, eſt illud, quod aduerſus populum Romanum, vel aduerſus ſecuritatem eius committitur, l. 1. ff. ad legem Iul. maieſtat. Quem locum Vlpiani cum inepte, ac ridicule interpretarentur Accurſiani, Budæus noſter admonuit, ſecuritatem nihil aliud ſignificare, quam tranquillitatem. Iudicium enim de maieſtate ad ſecuritatem tranquillitatemque publicam maxime pertinet. Sed hanc interpretationem, quam Accurſiani adhuc in dubium vocant, auctoritate corroboraturus ſum maxime Theodoſii, cuius hæc verba ſunt Cod. de Nili aggeribus non rumpen. Si quis poſthac per Ægyptum intra 12. cubitum fluminis Nili valla fluentis de propriis ac vetuſtis vſibus, præter fas, prætetq; morem antiquitatis vſurpauerit, flammis eo loco conſumatur, in quo vetuſtatis reuerentiam, & propemodum ipſius Imperii appetierit ſecuritatem. Sed & Seneca lib. 10. Epiſto. epiſto. 24. Hi, inquit, quibus ad propoſitum bene viuendi aditum confert ſecuritas publica, neceſſe eſt, auctorem huius boni, vt parentem colant, &c. Sic Cato ad Ciceronem: Vale, & nos dilige, & inſtituto itinere, ſecuritatem, diligentiamque ſociis & reipublicæ præſta.

Cap. XXIII.

Falſum eſſe, quod plerique tradunt, ei qui notatur infamia, interdictum teſtimonium eſſe.

ARcadius cap. 1. de teſtib. ait, adhiberi poſſe teſtes in cauſis, & criminalibus, & pecuniariis, quibus teſtimonium non interdicitur. Itaque diligenter animaduertendum eſt, quos homines à teſtimonio leges repellant. Et Calliſtratus cap. 3. de teſtib. verba legis Iuliæ de vi refert, quæ varias perſonas complectitur: deinde ſubiiciens veluti anacephalæoſin quandam, ait, quoſdam admittendos non eſſe ad teſtimonium propter reuerentiam perſonarum, alios propter lubricum conſilii ſui, alios propter notam, & infamiam vitæ ſuæ. Hæc igitur verba Calliſtrati referenda ſunt ad eas perſonas, de quibus lege Iulia nominatim cauetur. Nam ea lege non admittitur libertus propter reuerentiam patrono debitam: impubes, propter lubricum conſilii: iudicio publico damnatus, propter infamiam. Proinde Calliſtrati verba male interpretantur, qui putant, ob quaſcunque cauſas notatur quis infamia, eum à teſtimonio repelli: vt puta, ſi quis actione iniuriarum, pro ſocio, tutelæ, mandati, depoſiti damnatus ſit. l. 1. ff. de his, qui notan. infam. Non negauerim tamē, infamiam, quocunque modo irrogetur alicui, etiam abſque condemnatione, teſtimonii fidem & auctoritatem minuere. l. 3. in prin. ff. de teſtib. Sed nos de iis hic loquimur, quibus teſtimonium omnino interdicitur.

Cap. XXIIII.

Conſtitutionem Arcadii Imperatoris de pœna liberorum in iudicio maieſtatis, abrogatam non eſſe, aduerſus Budæi ſententiam.

LIberi eorum, qui lege maieſtatis damnantur, conſtitutione Arcadii notantur infamia, & ab omni ſucceſſione excluduntur. l. quiſquis. C. ad legem Iuliam maieſtat. quamuis in eos non animaduertatur ſecundum morem illum veterem, cuius meminit Cicero in quadam ad Brutum epiſtola. Cæteri autem propinqui, affines, noti familiares, nullam pœnam ſubeunt: vt expreſſum eſt alia conſtitutione eiuſdem Arcadii, altero poſt priorem anno edita. Quam huic contrariam Budæus noſter putat, atque ita ſe cenſuiſſe in ampliſſimo conſenſu teſtatur in ſuis Annotationibus. Verum poſterior conſtitutio non de liberis, ſed aliis propinquis, & familiaribus accipienda videtur: in quos ſub improbis, & inhumanis principibus olim animaduerti ſolebat. Eſtq; huius rei exemplum apud Dionem de M. Terentio, qui maieſtatis reus poſtulatus fuit, propter amicitiam, & familiaritatem, quam cum Seiano habuerat. Sed is cauſatus ſe amicitia principis in Seianum motum fuiſſe, vt eum complecteretur, tandem abſolutus eſt. Præterea cum in poſteriore conſtitutione mentio nulla ſit maieſtatis, non male dici poſſet eam ad crimen maieſtatis non pertinere. Verba eius hæc ſunt C. de pœnis, c. 22. Sancimus ibi eſſe pœnam, vbi & noxa eſt. Propinquos, notos, familiares procul à calumnia ſummouemus, quos reos ſceleris ſocietas non facit. Nec enim affinitas vel amicitia nefarium crimen admittunt, & quæ ſequuntur.

Cap. XXV.

De publico teſtimonio: & explicata Gratiani Imperatoris Conſtitutio.

SInguli, inquit Gratianus, vniuerſique iudices cognoſcant, in publicis criminibus non oportere emendicatis vti ſuffragiis decretorum, aut relationibus, à publicis perſonis deſtinandis credere, ſed rei veritatem inquirere. l. ſinguli. C. de accuſation. Quorum verborum ſenſum Accurſiani minime perceperūt, ac ne Alciatus quidem ipſe, niſi fallor, qui de hac re ſcripſit lib. 4. de verb. ſignific. Itaque animaduertendum eſt, publica teſtimonia, id eſt, ciuitatum, & muncipiorum, olim recipi ſolita fuiſſe, non minus, quam priuatorum hominum. Decreta enim, ſeu pſephiſmata quę dī ſuffragiis populi fiebant, fidei, teſtimoniique cauſa, vt facile cognoſci poteſt ex Orationibus Ciceronis: ex quibus locos aliquot hic collegimus. In Oratione pro Archia Poeta: Adſunt Heraclienſes legati, nobiliſſimi homines, qui huius iudicii cauſa cum mandatis, & cum publico teſtimonio venerunt, qui hunc adſcriptum Heraclienſem dicunt. Hic tabulas deſideras Heraclienſium publicas, quas Italico bello incenſo tabulario interiiſſe ſcimus omnes? Eſt ridiculum, ad ea quæ habemus, nihil dicere, quærere quæ habere non poſſumus, & de hominum memoria tacere, literarum memoriam flagitare: & cum habeas ampliſſimi viri religionem, integerrimi municipii iuſiurandum, fidemque, ea, quæ deprauari nullo modo poſſunt, repudiare, &c. Lib. 5. in Verrem: Recita ex literis publicis. Quo S.C. erat hoc legato permiſſum? nullo. Cur fecit? Coactus eſt. Quis hoc dicit? Tota ciuitas. Recita teſtimonium publicum. Ideo autem Gratianus voluit hæc decreta, teſtimoniaque, ad fidem faciendam non ſufficere, quod plerunque corrumpatur populus in ſuffragiis ferendis, quæ ideo emendicata hic dicuntur. Cicero in Orat. pro Flacco, Nego eſſe iſta teſtimonia, quæ tu ipſe pſephiſmata appellas, ſed & fremitum egentium, & motum quendam temerarium Græculæ concionis, In eadem Oratione, Sic ſunt expreſſa iſta pręclara, quę recitantur, pſephiſmata, non ſententiis, neque auctoritatibus declarata, nec iureiurando cōſtricta, ſed porrigenda manu, profundendoque clamore multitudinis concitatæ. Non igitur dubito, quin de teſtimonio publico, vel ciuitatis vel municipii verba conſtitutionis accipienda ſint. Nec multum referre puto, an populus vniuerſus in gratiam alicuius aliquid decreuerit, an ordo decurionum. Nam huiuſmodi decreta ad fidem faciendam non ſufficere oſtendit Gratianus, ſed accuſationem rite & ſolenniter inſtitui oportere. Nec mihi placet, vt conſtitutionem, quæ extat in Codice Theodoſ. lib. 9. ſic interpretemur, vt de decurionibus tantum intelligatur: talem enim decernendi morem, præſertim populi ipſius, omnino improbandum eſſe, Imperator optima ratione cenſuit, atque conſtituit.

Cap. XXVI.

Pecuniam ciuitati ſurripiens, an crimine peculatus teneatur.

QVi pecuniam publicam intercipit, ac furatur, is tenetur lege Iulia peculatus, l. 1. ff. ad leg. Iul. pecul. Publicam autem accipimus, quæ populi Romani eſt: quia ciui-

tates loco priuatorum habentur.l.eũ qui vectigal.ff.de verb. ſignifi. Quare ſurripiens pecuniam ciuitati alicui vel municipio, lege Iulia peculatus non tenetur. Atque ita mihi videtur ſenſiſſe Papinianus c. 83. de furt. cum ait, ob pecuniam ciuitati ſubtractam actione furti, non crimine peculatus, teneri. Conſtitutionibus tamen principum cautum eſt, crimen peculatus hic quoque locum habere, vt Martianus ait cap. 4. de leg. Iuli. pecul. Alciatus cum non poſſet Papinianum cum Martiano conciliare, negationem addidit verbis Papiniani. Sed non video, cur ab optimi cuiuſque, ac antiquiſſimi libri ſcriptura hic recedere nobis permittamus, cum hæc dicta pugnantia, contrariaue non ſint. Id quod facilius intelligetur, vtrunque caput ita coniungendo, vt ex duobus quodam modo vnum fiat, quaſi ita ſcriptum ſit: Ob pecuniam ciuitati ſubtractam, actione furti, non crimine peculatus, tenetur: quia lex Iulia peculatus ad eum pertinet, qui populi Romani pecuniam intercipit. Si tamen de re ciuitatis aliquid ſurripiatur, conſtitutionibus principum Diuorum Traiani & Adriani cauetur, peculatus crimen committi: & hoc iure vtimur.

Cap. XXVII.

Hæreditatem adiri poſſe per procuratorem, contra receptam opinionem.

PRocuratorem non poſſe hæreditatem adire, vulgo creditur: & adducitur hæc ratio, quia cum quis procuratorem dat ad hæreditatem adeundam, hoc ipſo adire videtur, ac idcirco nihil relinquitur procuratori quod agat, cum hæreditas ſolo animo adeatur. Sed hanc ego rationem non probo: quia fieri poteſt, vt is qui hoc mandat procuratori, cogitet, eam non ſtatim id facturum eſſe, ac totum medium tempus ſibi liberum fore ad deliberandum. Itaque exiſtimo, per procuratorem adiri hæreditatem poſſe, cum id nullo iure exceptum reperiatur. Paulus autem ex cuius reſponſo inueteratus hic error manauit, non de procuratore loquitur, ſed de curatore, in codicibus emendatis. l. per curatorem. ff. de acq. hæred. Nam curator datus pupillo ad adeũdam hæreditatem non ſufficit, ſed tutor neceſſarius eſt, l. cum in vna. ff. de appellat. vt & Vlpianus ſcribit in reliquiis Inſtitutionum tit. de tutelis. Procuratorem hic accipimus, cui ſpecialiter mandatum eſt. Nam procurator vniuerſarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit, excepto procuratore Cæſaris, ſi opulenta ſit hæreditas, l. 1. de offic. procur. Cæſar. Ac ne tutor quidem, aut curator propter ſubtilitatem iuris veteris. l. potuit. C. de iure delib. Sed per tutorem, aut curatorem recte dicitur adiri hæreditas, id eſt, interueniente tutore, aut curatore, quamuis ipſe minor adeat, argu. l. vinum. de reb. cred. Verum de his plura ad tit. de acquir. hæred.

Cap XXVIII.

Cum vtilitatis ſint inſcriptiones ſingulorum capitum in Digeſtis, vno exemplo obiter demonſtratum.

DE vtilitate inſcriptionum, quæ reperiuntur in ſingulis capitibus Pandectarum Florentinarum, multa eleganter, atque vtiliter diſſeruit Ant. Auguſtinus. Nos etiam quoties occurrit exemplum, in quo erratum eſt ab interpretibus, propter eas inſcriptiones non intellectas, id variis in locis oſtendimus, ac præſertim ſub tit. de verb. oblig. & tit. ſol. matr. quemad. dos. vt eadem hic repetere inutile, ſuperuacaneumque ſit. Vnum eſt, de quo ſtudioſos tantum obiter admoneri cupio: Cum inſcriptio indicat locum eſſe ſumptum ex libro aliquo epiſtolarum, veluti Proculi, Iaboleni, aut Pomponii, magna cautione opus eſſe, in diſcernendis Iureconſulti verbis, qui ius reſpondet, à verbis eius, qui epiſtolam ſcribit. Vt exempli gratia, c. 13. de ſeruit. vrb. præd. quod caput ſumptum eſt ex lib. 2. epiſtolarum Proculi Iureconſulti, conſultor per epiſtolam rogat Proculum, vt cum Hibero quodam loquatur, & eum admoneat, ne tubulos admotos habeat ſecũdum parietem communem, ſperans fore, vt tanti Iuriſconſulti auctoritas & admonitio aduerſarium commoueat. Cui reſpondet Proculus, nihil opus eſſe admonitione, & auctoritate ſua, cum res adeo certa ſit, atque indubitata, vt ne Hiberus quidem ipſe dubitet, quin rem illicitam faciat. Alii putant hæc verba Proculi eſſe, Qua de volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat: atq; inde conſequi aiunt, actionem non poſſe aduerſus aliquem intendi, niſi præcedente admonitione, ac denunciatione: quod perquam ridiculum eſt.

Cap. XXIX.

Filium Senatoris habendum eſſe, qui natus eſt ante Senatoriam dignitatem: & explicatum Conſtantini reſcriptum, C. de dignitatibus.

QVæſtio eſt, an filius ſenatoris dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem. l. 5. ff. de ſenat. Oritur autem quæſtio ex ambiguo, quoties lege aliud expreſſum non eſt: quod tamen aliquando accidit. l. cum aduocatus. C. de aduocat. diuerſ. l. vlt. C. de decurio. l. vltim. C. de his qui ſpon. mun. public. Et exiſtimo benigniorem interpretationem accipiendam eſſe, vt filius ſenatoris etiam is dicatur, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem. l. moris. §. ſed vtrum. ff. de pœn. l. 2. §. in filiis. ff. de decurio. Sic filia honeſtæ mulieris, non ſcenicæ habetur, quæ tempore natiuitatis ſcenicam matrem habuit, ſi mater poſt natiuitatem filię, ſcenica eſſe deſierit. l. imperialis. §. his illud. C. de nupt. Obiicitur nobis Conſtantini reſcriptum, cuius hæc verba ſunt ſub tit. de dignitat. l. ſi ſenator. ſubobſcura propter hyperbatum: Si ſenator, vel alius clariſſimus, priuatos habeat filios, quippe editos antequam ſuſciperet dignitatem (quod non ſolum circa maſculos dignoſcitur conſtitutum, verumetiam circa filias ſimili conditione ſeruandum) cum autem paternos honores filiis inuidere non oporteat, à ſenatore vel ſolo clariſſimo ſuſceptum, in clariſſimatus ſciendum eſt dignitate manſurum. Verum hoc reſcriptum, ſi recte intelligatur, maxime conſentaneum eſt noſtrę ſententiæ. Vult enim Conſtantinus, ſi ſenator priuatos ſuſceperit filios, nempe editos ante ſenatoriam dignitatem, quamuis non videantur clariſſimi eſſe, tamen quia durum eſt, paternos honores filiis inuidere, benigniore interpretatione inter clariſſimos referri. Parentheſis autem oſtendit, hoc ius non ad maſculos tantum, ſed etiam ad filias pertinere. Qui aliter interpretati ſunt hoc reſcriptum, non animaduerterunt conſtructionem, & formam orationis cœptæ nonnunquam mutari poſt parentheſim. Quod frequentiſſimum eſt apud auctores, tum Græcos, tum Latinos, vt annotauit Budæus noſter in Commentar. Græcę linguæ. Nos aliquot præcipua, ex multis ac prope infinitis, exempla hic adducemus. Cicero in 4. Tuſculanarum: Quando & aliis locis de virtute diximus, & ſæpe dicendum erit (pleraſque enim quæſtiones, quæ ad vitam, moreſque pertinent, à virtutis fonte ducunt) quando igitur virtus eſt affectio animi conſtans, conuenienſque, laudabiles efficiens eos, in quibus eſt, & ipſa per ſe ſua ſponte, ſeparata etiam vtilitate, laudabilis, ex ea proficiſcuntur honeſtæ voluntates, ſententiæ, actiones, omniſque recta ratio. Huius igitur virtutis contraria eſt vitioſitas. Idem in quinto: Similemne putas C. Lælii conſulatum vnum fuiſſe, & eum quidem cum repulſa (etſi cum ſapiens, & bonus vir, qualis ille fuit, ſuffragiis præteritur, non populus à bono conſule, potius, quam ille à vano populo, repulſam fert) Sed tamen, vtrum malles, te, ſi poteſtas eſſet, ſemel vt Lælium conſulem eſſe, an vt Cinnam quater? Idem in ſecundo: Etenim ſi orationes, quas nos multitudinis iudicio probari volebamus (popularis eſt enim illa facultas, & effectus eloquentiæ eſt audientium approbatio.) Sed ſi reperiebantur nonnulli, qui nihil laudarent, niſi quod ſe imitari poſſe confiderent, quique ſperandi ſibi eundem bene dicendique finem proponerent, quid futurum putamus, cum adiutore populo, quo vtebamur antea, nunc minime nos vti poſſe videamus? Xenophon in 4. τῆς παιδείας: Τοῦτον οὖν υἱὸν ὁ ἐμὸς βασιλεὺς οὗτος καλέσαντος τοῦ τότε βασιλέως, πατρὸς δὲ τοῦ νῦν, ὡς δώσοντος τὴν θυγατέρα τῷ ἐμῷ παιδί, ἐγὼ μὲν ἀπεπεμψάμην μέγα φρονῶν, ὅτι δῆθεν τῆς βασιλέως θυγατρὸς ὀψοίμην τὸν ἐμὸν υἱὸν γαμέτην. ὁ δὲ νῦν βασιλεὺς ἐπὶ θήραν αὐτὸν παρακαλέσας, καὶ ἀνεὶς αὐτῷ θηρᾶν ἀνὰ κράτος, ὡς πολὺ κρείσσων αὐτοῦ ἱππεὺς ἡγούμενος εἶναι, ὁ μὲν ὡς φίλῳ συνεθήρα. φανείσης δὲ ἄρκτου, διώκοντες ἀμφότεροι, ὁ μὲν ἄρχων οὗτος ἀκοντίσας ἥμαρτεν, ὡς μήποτ᾽ ὤφελεν. ὁ δὲ ἐμὸς παῖς βαλὼν οὐδὲν δέον, καταβάλλει τὴν ἄρκτον.

Cap. XXX.

Tryphonini locus de bonorum poſſeſſione contra tabulas, declaratus ex Pandectis Florentinis.

Bonorum poſſeſſio contra tabulas datur, ob præteritos liberos in teſtamento paterno. Nec ea locum habet, niſi facto teſtamento, quamuis contra teſtamentum detur §. ſunt autem. Inſtit. de bon. poſſeſ. Oportet igitur extare tabulas teſtamenti, vt detur hæc poſſeſſio, & tales eſſe, vt ex iis poſſit adiri hæreditas. Sic interpretatur Tryphoninus, quod vulgo Romæ dictitabatur, liberis datam bonorum poſſeſſionem contra lignum eſſe, l. quod dicitur. ff. de bon. poſſ. cont. tab. id eſt, contra teſtamentum, quod ligneis tabulis deſcribi ſolebat. l. 1. ff. de bonor. poſſ. ſecund. tab. Nam hæc eſt lectio Pandectarum Florentinarum: quamuis, contra legem, non contra lignum, alii codices vulgo habeant. De qua lectione admonuerat nos Florentiæ quidam profeſſor eruditus ſcriptis ſuis, paulo ante quam Pandectæ illæ Florentinæ ederentur. Quod ſi cui durior videatur hæc forma loquendi, is cogitet, hoc dictum à Tryphonino quaſi ex vulgi ſermone ortum referri. Ac multa huius generis reperiuntur, quæ primum à vulgo profecta, deinde à viris eruditis, atq; politis vſurpata ſunt: veluti cum Celſus ait, ſe ruſticos ſenes audiuiſſe ita dicentes, pecuniam ſine peculio fragilem eſſe: peculium appellantes, quod præſidii cauſa reponeretur. l. ſi chorus. de leg. 3. Nec vero nouum omnino eſt, lignum appellari tabulas, quæ ex materia lignea conficiuntur. Apuleius Madaurenſis, auctor non contemnendæ eruditionis, & lingua ſua diſertus, in Apologia ſecunda ad Claudium Maximum proconſulem: Quæ tibi ob os obiiciuntur, porrige Æmiliano: tabulas iſtas, Lignum conſideret, ſigna quæ impreſſa ſunt, recognoſcat, Conſules legat, annos computet, &c. Laertius quoq; ſcribit Pittacum Mitylenæum Crœſo percontanti quod eſſet maximum imperium, reſpondiſſe, ποικίλον ξύλον, id eſt, ligni varii, leges innuentem quæ olim in tabulis ligneis inſcribebantur.

Cap. XXXI.

Emendatus Vlpiani locus c. 8. de tranſactionibus.

Vlpianus interpretans orationem Diui Marci, de alimẽtorum tranſactione teſtamento relictorum, his verbis vtitur, in omnibus, quotquot vidi, exemplaribus. Sed & perſonarum contemplatio habenda eſt: hoc eſt, cuius vitæ ſint ii, quibus alimenta relicta ſunt, vtrum frugi vitæ ii ſint, qui alias ſufficere ſibi poſſint, an ſequioris, qui de alimentis pendeant. Verum ſemper exiſtimaui non ſequioris, quæ nullius ſenſus vox eſt, ſed ſegnioris potius legendum eſſe: tametſi hanc lectionem Alciatus defendat, citans locum quendam Apuleii Madaurenſis, qui mihi quoq; mendoſus videtur. Ac memini Eguinarium Baronem, acerrimi hominem iudicii, ingenue teſtari, vulgarem lectionem ſibi ſuſpectam eſſe, cum tamen ab ea omnino recedere non auderet, nec vlla auctoritate hunc ei ſcrupulum eximere poſſem. Nondum enim mihi in mentem venerat alius locus Vlpiani, qui cum hoc collatus rem omnem ſatis planam, perſpicuamque reddit. Extat autẽ ſub tit. de iniur. c. 17. his verbis: Quod autem ait prætor, cauſa cognita ipſi, qui iniuriam accepiſſe dicetur, iudicium permitti, ita accipiendum eſt, vt in cognitione cauſæ hoc verſetur, quam longe pater abſit, & quando pater ſuperuenturus, & nunquid is, qui iniuriarum actionem vult mouere, ſegnior, vel inutilis admodum, qui non ſufficiat ad rei cuius adminiſtrationem, &c.

Cap. XXXII.

Sententia Iuliani de auctoritate conſuetudinis, & noua reſcripti Conſtantiniani de eadem re interpretatio.

Leges non ſolum ſuffragio Legiſlatoris, ſed etiam tacito conſenſu omnium, per deſuetudinem abrogari, Iulianus ait. l. de quibus. ff. de legib. Quod ſi de populo Romano intelligas, qui legis condendæ poteſtatem habebat, idq; etiam Iuliani tẽpore, vt credibile eſt, nihil certius dici poteſt. Poſtquam vero deſiit populus leges condere, quæritur, an poſſit ius à principe conſtitutum tollere. Et exiſtimo, ſi princeps ab initio non coegerit inobedientes ad parendum legi, ſed diſſimulauerit longo tempore, adeo vt conſuetudo inoleuerit paulatim legi contraria, ea conſuetudine legem abrogari. Euentus enim docet, eam legem moribus populi non conuenientem, atque ideo contemnendam eſſe. canon. erit autem. diſtinct. 4. Inde illud Auguſtini celebratum eſt, Leges firmantur, cum moribus vtentium approbantur. can. in iſtis. 4. diſtin. Hinc Solon interrogatus, quas leges optimas, condidiſſet Athenienſibus, reſpondit, eas ſe iudicare optimas, quibus populus vteretur. Huc pertinet quod Ariſtoteles ait, lib. 2. Politic. cap. 7. in Politicis, ὁ γὰρ νόμος ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι, πλὴν παρὰ τὸ ἔτος. τοῦτο δ' οὐ γίγνεται, εἰ μὴ διὰ χρόνου πλῆθος. Et Iuſtinianus noſter, Nouell. 40. legem quandam ſuam, tempore & vſu forenſi receptam fuiſſe teſtatur: quaſi ad vim roburque legis id maxime pertineat, καὶ ὅ γε νόμος ἤδη που χρόνιός ἐστι, καὶ ἐν τοῖς δικαστηρίοις εὐδοκιμῶν διετέλεσε. Verum obiicitur nobis reſcriptum Conſtantini, l. 2. C. quæ ſit long. conſuetud. cuius hæc verba ſunt: Conſuetudinis, vſuſque longæui non vilis auctoritas eſt, verum non vſque adeo ſui valitura momento, vt aut rationem vincat, aut legem. Ex quo conſequi videtur, legem conſuetudine abrogari non poſſe. Sed alius mihi videtur eorum verborum ſenſus, quam vulgo creditur. Non enim his verbis ſignificat Conſtantinus, ſi conſuetudo legi omnimodo contraria ſit, legem ea abrogari non poſſe, ſed conſuetudinem maioris auctoritatis nõ eſſe, quam legem, &c. Legem enim imitatur, & vim legis habet, vt alibi diximus, l. vltim. C. quæ ſit longa conſuet. Id exemplo dilucidius fiet, ſi ponamus conſuetudinem proferri, non contrariam legi ſua natura, ſed cum lege pugnantem in aliqua hypotheſi. Non enim ſemper neceſſe erit, legem conſuetudini cedere, quaſi conſuetudinis maior ſit auctoritas, quam legis, ſed ea conſideranda erunt, de quibus diximus in diſputatione de contrariis legibus.

Cap. XXXIII.

Ob ſemiplenam probationem iuſiurandum non deferri, contra receptam opinionem.

Caii verba hæc ſunt c. 31. de iureiur. lib. 12. Digeſtorum: Admonendi ſumus, interdum etiam poſt iuſiurandum exactum, permitti conſtitutionib. principum ex integro cauſam agere, ſi quis noua inſtrumenta ſe inueniſſe dicat, quibus nunc ſolis vſurus ſit. Sed hæ conſtitutiones videntur tunc locum habere, cum à iudice aliquis abſolutus fuerit. Solent enim ſæpe iudices, in dubiis cauſis exacto iureiurando, ſecundum eum iudicare, qui iurauerit, & quæ ſequuntur. Ex quibus verbis illud ſumptum eſt, quod vulgo dici ſolet, ob ſemiplenam probationem iuſiurandum à iudice deferri, vel reo, vel actori ſupplendæ probationis cauſa, & ob noua inſtrumenta retractari: quod mihi probari nunquam potuit. Nam actori deferre ob ſemiplenam probationem, iniquum ſane, & iniurioſum eſt, cum eo non probante reus abſolui debeat. l. qui accuſare. C. de eden. Reo autem deferre, cum probatio actoris plena non eſt, quamuis nec iniuſtum ſit, nec adeo graue, vt de eo reus queri debeat, poſtquam tamen iurauerit, & abſolutus fuerit, ratio non patitur, vt iuſiurandum prætextu inſtrumentorum poſtea repertorũ retractetur. l. ſub ſpecie. C. de re iudic. quia etiam ſine iureiurando abſolutus fuiſſet. Itaq; dubia cauſa videtur eſſe Caio, ſicut & quæſtio dubia Modeſtino, l. non puto. ff. de iure fiſci. cum iudici non liquet, & eo redactus eſt propter paritatem probationis forte, vt hæſitet in vtram partem propendere, & inclinare debeat. Cicero in oratione pro Ligario: Principum dignitas erat pene par, non par fortaſſe eorum, qui ſequebantur: cauſa tum dubia, quod erat aliquid in vtraque parte quod probari poſſet: nunc melior certe ea iudicanda eſt, quam etiam dii adiuuerunt. Sic dubia cœna apud Terentium dicitur, cum tantus eſt ciborum apparatus, vt neſcias quid potiſſimum ſumas. Quo caſu ſine iniuria cuiuſquam iudex poteſt iuſiurandum deferre: ſed maxime reo, cuius fauorabilior eſt cauſa, quam actoris. cap. vlt. de iureiur. in decre. Verum quia dubia eſt, atque incerta cauſæ æquitas, vt vix abſoluatur tandem reus, nec aliter quam exacto iureiurando, conſtitutum eſt, retractari poſſe. Nec vero idem dici poteſt, cum actor vnum teſtem ha-

bet, aut alias iuſta probatione deficitur: cum dubia aut anceps cauſa tunc non ſit, ſed actore non probante abſolui reus ſine cunctatione, & hæſitatione debeat. d.l. qui accuſare. Hæc eſt noſtra de perobſcuro illo Caii loco ſententia, quem à nemine adhuc eorum, qui ſcripta ſua ediderunt, ſatis explicatum animaduerti.

Cap. XXXIIII.

Duorum prætoris edictorum oſtenſa differentia, quorum alterum eſt de tabulis exhibendis, alterum de modo aperiendi & inſpiciendi teſtamenti.

Edicto, quod propoſitum eſt à prætore de teſtamentis aperiendis, pollicetur prætor ſe poteſtatem facturum inſpiciendi, ac deſcribendi teſtamẽti, &c. l. 1. in prin. ff. quemad. teſta. aper. Sed quid inter hanc coercitionem prætoriam interſit, & interdictum de tabulis exhibendis, non facile eſt eis explicare, qui morem dandorum à prætore iudiciorum non norunt: de quo ſatis accurate à nobis diſputatum eſt aliis in locis. Quid vero Curtius, & alii comminiſcantur, in l. 1. C. de eden. operæpretium non eſt hic referre. Sufficit enim expoſitio Vlpiani verborum cap. 2. quomod. teſta. aper. Si quis non negans penes ſe tabulas eſſe, non patiatur inſpici ac deſcribi, omnimodo ad hoc compelletur. Si tamen neget penes ſe tabulas eſſe, dicendum eſt, ad interdictum remitti, quod eſt de tabulis exhibẽdis. Nam cum vocatus ad prætorem poſſeſſor, ſiue detentor tabularum, ſe eas habere confitetur, ab ipſo prætore cogẽdus eſt exhibere, ſi nihil cauſetur, quamobrem eas exhibere non debeat. Si vero eas ſe habere neget, aut aliquid alleget, cur exhibere eas non oporteat, prætor aduerſus eum nihil decernit, ſed reddito de tabulis proferendis interdicto, iudicem dat, qui de toto negotio cognoſcat ac iudicet. d.l. 2. §. vltim. Nam prætor cauſas priuatas non ipſe cognoſcere, ſed ad iudicem priuatum litigatores remittere ſolebat. Theoph. Inſtit. de interd.

Cap. XXXV.

Modicum honoris cauſa datum poſſeſſori, quid ſit apud Vlpianum.

Ait Vlpianus cap. 15. de rei vindicat. Si ager fuit, qui petitus eſt, & militibus aſſignatus eſt, modico honoris gratia poſſeſſori dato, an hoc reſtituere debeat? Et puto præſtiturum. Eſtque alius locus Pauli huic non diſſimilis, cap. 11. de euictiõn. Nam in vtroque fit mentio prædiorum militibus aſſignatorum. Cum autem de hac aſſignatione alii non indiligenter ſcripſerint, nequaquam ea res interpretationem noſtrã deſiderat. Illud vero, quod ſubiicitur, honoris cauſa, &c. nituntur, quid ſit, exemplis oſtendere. Sed nullum eſt aptius, nec illuſtrius, quam ex Apuleii Apologia ſecunda ad Claud. Max. Proconſulem: Rumpi, inquit, tabulas iſtas iube, Maxime: inuenies filium hæredem, mihi vero tenue neſcio quid honoris gratia legatum: ne ſi quid ei humanitus accidiſſet, nomen mariti mei in vxoris tabulis non haberem.

Cap. XXXVI.

De diuiſione hæreditatis olim apud Romanos vſitata: & locus Vlpiani obſcurus de eadem re explicatus.

Solennis, & vſitata diuiſio hæreditatis, eſt in duodecim partes, quæ vnciæ appellantur. l. ſeruum. §. vltim. de hæred. inſtit. §. hæreditas. Inſtit. eod. tit. De cuius numeri vtilitate, & commoditate, à philoſophis, & Mathematicis diſputatur. Et Claudius Galenus ait, Romanos in diuiſione hæreditatis, ponderum ac menſurarum, hanc vtilitatem experientia comprobaſſe. Verba eius hæc ſunt, quæ ideo hic adſcribere volui, quod huiuſmodi diuiſionis cauſam à nullo Iuriſperitorum adhuc traditam eſſe animaduerterim: ὅτι ἀλλὰ τοῦτον μὲν τὸν ἀριθμὸν, ὡς χρησιμώτατον, προείλοντο. καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ τρίμοιρον, καὶ τέταρτον, ἕκτον τε, καὶ δωδέκατον· ἀτὰρ οὐδεὶς ἄλλος ἔχει μετ' αὐτὸν, μέχρι τοῦ εἰκοστοῦ τετάρτου. τοῦτο μὲν, ὡς σμικρὸν, παρῃτήσαντο, σύμμετρον δ' εἶναι κρίναντες τὸν δωδέκατον, εἰς τοσαῦτα μέρη τὸν χρόνον τῆς ὅλης διέτεμον. ὅτι δὲ χρήσιμόν ἐστι τῇ τοιαύτῃ τομῇ, πείρᾳ βασανίσαντες αὐτὴν, ἄλλοι τε πολλοὶ, καὶ Ῥωμαῖοι χρῶνται, τὴν οὐσίαν ἅπασαν ὅταν διατίθενται, διαιρούντων δ' εἰς δώδεκα μέρη καὶ τῶν ἐν τῷ βίῳ σταθμῶν τε, καὶ μέτρων, εἰς δώδεκα μοίρας τέμνονται τὰ πλεῖστα. Si tamen in plures partes, aut pauciores hæreditatẽ diuidere voluerit teſtator, minime improbabitur ea diuiſio, ſed ad aſſem, qui 12. vnciarum eſt, ſemper reuocari poterit: idque variis exemplis demonſtratur ſub tit. de hæred. inſtitu. tamen in libris Digeſtorum, quam Inſtitutionum. Sed quæſtio difficilis eſt, propter obſcura Vlpiani verba, de eo, qui aſſe expleto ſcriptus eſt ſine parte. Et ait Vlpianus hunc in alium aſſem venire: vt in hoc exemplo: Titius ex duodecim vnciis hæres eſto: Sempronius hæres eſto. Hoc enim caſu hæreditas æquis portionibus inter eos diuidetur, quaſi ſinguli ex ſemiſſe inſtituti ſint. Nihil enim refert, an hæreditate diuiſa in 24. vncias, ſinguli habeant duodecim: an vero ea diuiſa in 12. ſinguli ſex auferant. Quod ſi quis dupondium, id eſt, duos aſſes diſtribuit hoc modo: Titius ex duodecim vnciis hæres eſto: Sempronius ex duodecim vnciis hæres eſto: deinde tertium ſcripſerit ſine parte: non ita diuidetur hæreditas, ſicut in ſuperiori hypotheſi, id eſt, vt hic tertius in alium aſſem veniat, & tantum capiat, quantum alii duo hæredes, ſed tres potius aſſes fient, quorum ſinguli ſingulos ferent. Hæc mihi videtur eſſe vera & ſimplex Vlpiani verborum interpretatio, quę ſic leguntur in Pandectis Florentinis. Quod ſi quis dupondium diſtribuit, & tertium ſine parte inſtituit, hic non in alium aſſem, ſed in trientem venit, vt Labeo quarto poſteriorum ſcripſit. Nec Ariſto vel Aulus vtpote probabile notant.

Cap. XXXVII.

Defenſa vulgaris diſtinctio, de pœna periurii, quæ à quibuſdam improbatur: & reſcriptum Alexandri de eadem re declaratum.

An periurium Romano iure puniatur, ſæpe quæſitum eſt. Cicero quidem meminit animaduerſionum cenſoriarum in periuros, & ait, Cenſores nulla de re diligentius, quam de iureiurando iudicaſſe. lib. 3. Offic. Et in libris noſtris loci aliquot reperiuntur de pœna in periuros ſtatuta. l. ſi duo. §. vlt. ff. de iureiur. l. vlt. ff. de crim. ſtellion. l. quod ſi deferente. ff. de dolo. Sed difficultas oritur ex reſcripto Alexandri, cuius hæc verba ſunt: Iuriſiurandi contempta religio ſatis Deum vltorem habet. l. 2. C. de iureiur. Quæ verba mihi videntur de eo iureiurando accipienda eſſe, de quo conſultus fuerat Alexander. Propoſita enim fuerat quæſtio, de eo, qui quodam calore iracundiæ peierauit, per venerationem ſcilicet principis. Quod periurium, quia nemini nocet, pœna dignum non videtur. Moris autem fuit veteribus, iurare per principem, aut genium principis: qua de re S. C. Romæ factum eſt tempore Tiberii, vt auctor eſt Dion. Et Suetonius ſcribit, Caligulam ſæuiiſſe in eos, qui per genium ſuum nunquam iuraſſent. Meminit & Tertullian. in Apologet. cap. 28. Tacitus quoque lib. 2. ait, Rubrio cuidam crimini datum fuiſſe, violatum periurio nomen Auguſti. Sed optimus princeps Alexander hãc vindictam neglexit: cuius & aliud reſcriptum eſt, ei de quo iam diximus, perquam ſimile, C. ad leg. Iul. maieſt. Alienam, inquit, ſectæ meæ ſolicitudinem concepiſti, quaſi crimen maieſtatis ſuſtineres, ſi ſeruo tuo iratus eſſe non perſeueres, quod ſemper te facturum inconſulte iuraueris. Multum ergo intereſt, an quis calore quodam & iracundia motus peierauerit, ſine alterius incommodo, d. l. 2. an vero in negotio contrahendo fraudandi alterius cauſa, aut in iudicio, cum iuſiurandum delatum eſſet. l. ſi duo. §. vlt. l. vlt. de crimi. ſtellion. Quam diſtinctionem ab aliis quoque probatam receptamque video paucis diſſentientibus. Sed nos vetuſtis nouitatem dare, & κοινὰ καινῶς, vt dicitur, explicare interdum conamur.

Cap. XXXVIII.

De poſthumo ſuo & alieno, ad formulam Aquilianam pertinens diſputatio.

Caius Aquilius Gallus docuit poſthumos nepotes ſic inſtitui poſſe: Si filius meus viuo me morietur, tunc ſi quis mihi ex eo nepos poſt mortem meam natus erit, hæres eſto. l. Gallus. in princip. ff. de lib. & poſthu. Ex quo colligunt nonnulli, hac cautione Galli abrogatam eſſe legem 12. tabularum, quæ eos poſthumos inſtitui vetaret. §. 1. Inſtitut. de bono. poſſ. l. pen. ff. de leg. 1. Sed conſtat, non eam fuiſſe

fuiſſe Iuriſconſultorum eius temporis authoritatem, vt leges publicas tollere, ac abrogare poſſent. Officium autemque eorum in interpretando iure, in reſpondendo, ac cauendo verſabatur. Ac præ cæteris Gallus in cautionibus & formulis concipiendis occupatus fuit, cuiuſmodi hęc formula eſt: item formula ſtipulationis, quæ Aquiliana dicitur: & formula de dolo malo, cuius meminit Cicero. Et quod obiiciunt, poſthumum alienum non potuiſſe iure ciuili hæredem inſtitui, §. 1. Inſtit. de bon. poſſeſſ. noſtræ non aduerſatur ſententiæ. Nam poſthumus alienus is dicitur, qui natus inter ſuos, hæres teſtatori futurus non eſt, §. poſthumo. Inſtit. de leg. id eſt, qui ſi naſcatur, nunquam eſt futurus ſuus hæres teſtatori. At is, de quo hic loquimur, poteſt aliquando ſuus hæres naſci teſtatori: vt puta ſi filius, qui eum gradu præcedit, viuo teſtatore deceſſerit. Sed vt tota res commodius explicetur, altius repetenda eſt hæc diſputatio. Et ſciendum eſt in primis, iure ciuili antiquo permiſſum non fuiſſe, incertis perſonis quicquam teſtamento relinquere. §. incertis. Inſtit. de legat. quia certum debet eſſe conſilium teſtantis, vt Vlpianus ait in Inſtitutionib. Ac idcirco poſthumus inſtitui non poſſe videbatur. Quæ ratio quanquam ad ſuos quoque poſthumos pertinet, tamen hi excepti ſunt iure ciuili non ſine magna ratione. Quod autem Iuſtinianus ait, poſthumum alienum non potuiſſe hæreditatem adire iure ciuili, §. 1. Inſtit. de bon. poſſeſſ. Theophilus ad legem 12. tabularum id refert. Quam legem Gallus ita interpretatus eſt, quaſi ad poſthumos nepotes teſtatoris non pertineret, ſi conferatur inſtitutio in caſum, quo ſui futuri ſunt, ſecundum formulam hic deſcriptam, Si filius meus, &c. Poſthumorum igitur tria ſunt genera: quidam ſunt ſui poſthumi, qui quandocunque nati fuerint, alieni eſſe non poſſunt: cuiuſmodi ſunt filii ex vxore teſtatoris, poſt ipſius mortem naſcituri. Licet enim in poteſtate eius non ſint, tamen propter ſpem ſui dicuntur. §. poſthumi. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Nec dubium eſt, quin hi recte inſtituantur iure ciuili. l. placet. ff. de lib. & poſth. Alii ſunt poſthumi alieni, qui quandocunque nati fuerint, nunquam ſui poſſunt eſſe teſtatori. §. poſthumo. Inſtit. de leg. Et hos lex 12. tabularum non admittit ad hæreditatem ex teſtamento: ſed prætor legem emendans, dat eis bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. §. 1. Inſtit. de bon. poſſ. Edita tamen eſt conſtitutio à Iuſtiniano, qua permiſſum eſt eis hæreditatem adire, ſublato iure veteri. d. §. poſthu. & §. 1. de bon. poſſ. Quod autem ait Iuſtinianus, poſthumo alieno inutiliter ante legatum fuiſſe, ſed eundem potuiſſe hæredem inſtitui, d. §. poſthumo. & §. poſthumus. de leg. ad ius prætorium referendum eſt, cuius alibi Iuſtinianus meminit, §. 1. Inſt. de bon. poſſ. Nam hoc iure prætorio, inſtitutionibus hæredum tantum, non etiam legatis proſpectum eſt. Alii ſunt poſthumi, qui ſi naſcerentur tempore teſtamenti, non eſſent ſui, vt poſthumi nepotes, de qnibus hic diſſerimus. Et dubitari poterat, an hi debeant ſui dici, an alieni, id eſt, an ſit habenda ratio temporis teſtamenti, an eorum natiuitatis. Et Gallus docuit, eos inſtitui poſſe, collata inſtitutione in tempus, quo ſui naſcituri ſunt: ideoque pro alienis poſthumis eos habendos non eſſe. Nam cum Iuſtinianus diffinit poſthumum alienum, qui natus teſtatori ſuus hæres futurus non eſt, d. §. poſthumo. de leg. ſatis perſpicue oſtendit, eum demum recte alienum dici, qui nunquã poteſt ſuus hæres eſſe teſtatori, quocunque tempore natus fuerit. Nec video ſane, quomodo hæc verba ad tempus teſtamenti facti referri commode poſſint. Nec vero me vſquam legere memini, hos poſthumos à iuris auctoribus alienos vocari: quanquam Pauli locus adduci ſolet ab iis, qui contra ſentiunt. Sed is, meo iudicio, ad rem non facit. Obtinuit, inquit, ſententia Galli, alienos quoque poſthumos, legitimos nobis hæredes fieri. l. pen. ff. de leg. 1. Sic enim ea verba interpretantur vulgo, quaſi nulla alia vnquam fuerit Galli ſententia, præter hanc formulam, quæ ad nepotum poſthumorum inſtitutionem pertinet. Nec animaduertunt, Paulum de legitima hæreditate, non teſtamentaria loqui. Plæraque enim à Gallo de hæreditatibus ſcripta, cautaq; ſunt, præter hanc cautionem, de qua nunc tractamus. l. ſi ita quis. 74. ff. de hæred. inſtit. Sed ſententia cuius meminit Paulus, ad legitimam hæreditatem pertinet, quam Gallus cenſuit poſthumo etiam extraneo deferri iure ciuili, quamuis inſtitui hæres non poſſet.

Et ſane locus ille Pauli ſumptus eſt ex libro ſingulari eiuſdem de iure codicillorũ, vt inſcriptio indicat. Ac probabile eſt, in eo loco tractatum fuiſſe de fideicommiſſo, quod in codicillis relinquitur à legitimo hærede, qui ab inteſtato ſucceſſurus erat, non ex teſtamento: quia in codicillis hæres inſtitui non poteſt. §. vlt. Inſt. de cod. Codicillos igitur quidam fecerat, in quibus rogauerat fratris ſui poſthumum, qui omnino alienus erat, vt daret centum Titio: an id fideicommiſſum valeret, quærebatur. Duo videbantur obſtare huic fideicommiſſo, ne peti poſſet, quia ſicut poſthumo alieno inutiliter legatur, ita ab eo inutiliter legari videtur. Item non poteſt hæres eſſe iure ciuili. Sed hæc obiecta duo breuiter diluit Paulus, & ait, ſolam voluntatem ſeruari in fideicommiſſis: quibus verbis ſignificat, licet in legatis, quæ iuris ciuilis ſunt, pleraque huiuſmodi ſpectari ſoleant, tamen in fideicommiſſis, quæ pendent ex prætorum iuriſdictione, ſolam voluntatem conſiderari. Idque exemplis aliquot demonſtrat Vlpianus in Inſtitutionibus, tit. de fideicom. Deinde ſubiicit Paulus, iure ciuili poſthumos alienos non prohiberi hæredes eſſe, quaſi lex antiqua ad eos, qui ex teſtamento tantum ſuccedunt, pertineat. Ex his apparet, cur C. Aquilius hanc formulam conceperit, & quis fuerit huius ſcopus. Quibus intellectis facilior, expeditiorque futura eſt Scæuolæ in eam formulam interpretatio. Quem Scæuolæ locum Æmilius Perrotus Pariſienſis, ſingulari vir non ſolum eruditione, ſed etiam probitate, adeo luculentis illuſtrauit commentariis, vt magno ſcriptorum eius in alias partes iuris ciuilis deſiderio teneamur.

Cap. XXXIX.

De Oaſena deportatione ex Vlpiano & Theodoſio, & de Scythica regione Ægypti.

Apud Vlpianum cap. 4. de interdictis & relegatis, hæc verba leguntur in Pandectis Florentinis: Eſt quoddam genus quaſi in inſulam relegationis, in prouincia Ægypto, in Ouaſim relegare. Quæ verba non intelligentes librarii & typographi, pro, in Ouaſim, ſuppoſuerunt, in nouas inſulas. Eſt autem Ouaſis, ſiue Oaſis tam parua, quam magna, locus deſertus in Africa, in quem nocentes olim relegari ſolebant. Nam vtriuſque meminit Ptolomæus in tertia tabula Africæ. Item Plinius lib. 5. cap. 9. Arſinoitæ, inquit, duo ſunt: hi, & Memphites vſque ad ſummum Delta peruenerunt, cui ſunt contermini ex Africa duo Oeaſitæ. Mentio eſt etiam vtriuſque apud Quintum Curtium, & auctorem, qui inſignia magiſtratuum Romanorum deſcripſit, in deſcriptione ducis Thebaidos. Strabo libro 17. ſcribit, Ouaſes loca habitata eſſe in magnis deſertis, quaſi inſulas quaſdam in mari. Οὐάσεις, inquit, οἱ αἰγύπτιοι καλῦσι τὰς οἰκυμένας χώρας περιεχομένας κύκλῳ μεγάλαις ἐρημίαις, ὡς ἂν νήσους πελαγίας. Socrates in hiſtoria Eccleſiaſtic. libr. 2. cap. 28. de Georgio quodam Arriano loquens, ait eum quoſdam catholicos interfeciſſe, alios vero ſuperſtites in exilium ad magnam Oaſim relegaſſe. Euagrius lib. 1. Eccleſiaſt. hiſtoriæ cap. 7. refert Neſtorium hæreticum, edicto Imperatoris Theodoſii, in Oaſim relegatum fuiſſe, quam & Ibim vocari ſcribit. Quare apud Plinium lib. 5. cap. 4. in deſcriptione Africæ ſic legendum videtur: Ibis ciuitas Oeenſis &c. Idemque de hoc Neſtorio à Socrate, Theodoro Lectore, & Caſſiodoro ſcriptum eſt. Socrates lib. 7. cap. 24. Theodo. lib. 2. Caſſio. Tripar. lib. 12. cap. 5. Theodoritus lib. 4. Eccleſiaſt. hiſtoriæ, cap. 15. ſcribit. Euolcium quendam diaconum factione Arrianorum in Oaſim eiectũ eſſe, quam Eremum vocat. Et hunc locum Theodoriti tranſtulit in hiſtoriam ſuam Caſſiodorus lib. 7. cap. 16. Sed de Oaſeno hoc exilio locus eſt obſeruatione digniſſimus in Cod. Theodoſ. lib. 9. tit. de Nili agger. non rump. Si quis poſthac per Ægyptum, intra duodecimum cubitum fluminis Nili vlla fluenta, de propriis ac vetuſtis vſibus, præter fas, prætérque morem antiquitatis vſurpauerit, flammis eo loco conſumatur, in quo vetuſtatis reuerentiam & propemodum ipſius Imperii appetierit ſecuritatem, conſciis, & conſortibus eius Oaſenæ deportationi conſtringendis, ita vt nunquam ſupplicandi eis, vel recipiendi ciuitatem vel dignitatem, vel ſubſtantiam licentia tribuatur. Eſt autem in C. Iuſtiniani eadem Theodoſii

conſtit. lib. 9. tit. 38. vbi verbum Oaſenæ deſideratur, quod vel ab indoctis librariis id non intelligentibus omiſſum eſt, vel forte à Iuſtiniano ipſo ſublatum, quem multa in veteribus conſtitutionibus mutaſſe certum eſt, cum eas in codicem ſuum referret. Porro alius eſt locus in Ægypto Scythis dictus, qui olim à monachis incolebatur. Eſtque huius loci crebra mentio apud Sozomenum, & Socratem in hiſtoria eccleſiaſtica. Sozome. lib. 1. c. 14. lib. 9. c. 29. lib. 7. c. 30. Socrates lib. 4. c. 23. Quod quidem hic commemorare volui, vt Hieronymi locum explicarem, in Gratiani rhapſodia, quæ pro iure pontificio vulgo recepta eſt. c. hinc etiam. 16. quæ. 1. Scribit enim Gratianus ex Hieronymo, monachos Scythię conueniſſe in vnum, vt ſacerdotem ſibi inuenirent, qui eis miſſarum ſolennia celebraret.

Cap. XL.

De veteri more tabularum alienis prædiis affigendarum, ex Venuleio, & conſtitutionibus Iuſtiniani.

VEnuleius c. vlt. tit. quod vi aut clam, ita ſcribit: Si ad ianuam meam tabulas fixeris, & ego eas prius, quam tibi denunciarem, refixero, deinde inuicem interdicto, Quod vi aut clam, egerimus, niſi remittas mihi vt abſoluar, condemnandum te quaſi rem non reſtituas, quanti mea interſit, aut certe exceptionem mihi profuturam, Si non vi, nec clam, nec precario feceris. Quæ verba interpretans Alciatus, neſcio quid comminiſcitur de tabulis, & teſtationibus. citato quodam loco Ciceronis, quem non ſatis intellexiſſe videtur, lib. parerg. 4. c. 20. Sed hic mos tabularum figendarum, facile cognoſcitur ex aliquot Iuſtiniani conſtitutionibus Græcis, quibus vetat σανίδας, id eſt, tabulas affigi prædiis alienis, & affigentium bona publicari iubet, tabulis ipſis ad caput eius impactis, confractiſque. Verba Iuſtiniani hæc ſunt in noua conſtitutione, quæ inſcribitur παραγγέλματα τῶν ἀρχόντων: Σανίδας δὲ ἐπιτιθέναι χωρίοις ἀλλοτρίοις, ἢ ἐργαστηρίοις ἐν πόλεσι διακειμένοις, καὶ ἐπιγράφειν τὰς ἑαυτῶν προσηγορίας, οὕτω τοῖς τολμῶσιν ἐπικίνδυνον καταστήσεις, ὡς γινώσκειν, ὅτι ταῦτα πράττοντες αὐτοὶ τὴν ἑαυτῶν περιουσίαν, προσάψουσι τῷ δημοσίῳ. εἰ γὰρ πράγματα μόνῃ τῇ βασιλείᾳ, καὶ τῷ δημοσίῳ διδόμενα, πειρῷτο ὑφαρπάζειν, ἐν τοῖς ἑαυτοῦ μανθανέτω τὴν πεῖραν, καὶ τοῖς αὐτοῦ πράγμασι τίτλων ἐπιτιθεμένων δημοσίων, γινέσθω τοῖς ἄλλοις παράδειγμα σωφροσύνης. οἵπερ οἱ τῶν αὐτῶν ἅψαιντο κακῶν, τῆς ὁμοίαις ποιναῖς ὑποκείσονται. Idem in conſtitutione περὶ τοῦ Μοδεράτωρος ἑλενοπόντου: εἰ δὲ εἰς ἕτερόν τινος εὕροι προσηγορίας σανίδας ἀνατεθείσας, αὐτὰς μὲν εὐθὺς καθαιρήσει, ἀνιχνεύσει δὲ τὸν ταῦτα καταπήξαντα. καὶ εἰ μὲν αὐτὸς ὁ λέγων ἑαυτὸν εἶναι δεσπότην τοῦ πράγματος, τοῦτο πράξοι, παραχρῆμα τοῖς ἐκείνου αὐτοῦ πράγμασι τίτλους προσθήσει δημοσίους, εἰς κεφαλὴν αὐτοῦ περιρρήξας τοὺς ἀπ' αὐτοῦ τεθέντας τίτλους. & quæ ſequuntur. Suntque huic non diſſimiles loci in conſtitutione de prętore Paphlagonię, & de Proconſule Cappadociæ, ſed & titulum quoque decimumquintum & decimumſextum libri ſecundi Codicis Iuſtiniani ad has tabulas pertinere exiſtimo.

Cap. XLI.

Cretionum ſolennitas quæ olim fuerit: & deleta macula ex loco Ciceronis lib. 1. de Oratore, quæ doctiſſimos quoſque noſtri ſeculi fefellit.

COnſtitutionis Theodoſianæ verba hæc ſunt c. 17. C. de iure deliberandi, Cretionum ſcrupuloſam ſolennitatem, hac lege penitus amputari decernimus. In cuius interpretatione, Accurſius, & Alciatus locum quendam Iſidori citant lib. 5. Ethymolog. c. 24. Verum Vlpianus noſter in Inſtitutionibus, auctor non paulo grauior, rem omnem plene, ac dilucide explicat, tit. qui hæredes inſtitui poſſunt. Cretio, inquit, eſt certorum dierum ſpatium, quod datur inſtituto hæredi ad deliberandum vtrum expediat ei adire hæreditatem, necne: velut, Titius hæres eſto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus ſcieris, poteriſque: niſi ita creueris, exhæres eſto. Cernere, eſt verba cretionis dicere, adhunc modum: Cum me Mæuius hæredem inſtituerit, eam hæreditatem adeo, cernoque. Sine cretione hæres inſtitutus, ſi conſtituerit nolle ſe hæredem eſſe, ſtatim excluditur ab hęreditate, & amplius eam adire non poteſt. Cum cretione vero hæres inſtitutus, ſicut cernēdo fit hæres, ita non aliter excluditur, quam ſi intra diem cretionis non creuerit. Ideoque etiam ſi conſtituerit nolle ſe hæredem eſſe, tamen ſi ſuperſint dies cretionis, pœnitentia actus, cernendo hæres fieri poteſt. Cretio autem vulgaris dicitur, aut continua: vulgaris, in qua adiiciuntur hæc verba, Quibus ſcieris, poteriſque. Continua, in qua non adiiciuntur. Ei, qui vulgarem cretionem habet, dies illi dati computantur, quibus ſciat ſe hæredem eſſe, & potuit cernere. Ei vero, qui continuam habet cretionem, etiam illi dies computantur, quibus ignorauit ſe hæredem inſtitutum, aut ſciuit quidem, ſed non potuit cernere. Hæredes aut inſtituti dicuntur, aut ſubſtituti: Inſtituti, qui primo gradu ſcripti ſunt: Subſtituti, qui ſecundo gradu, vel ſequentibus, hæredes ſcripti ſunt. Velut, Titius hæres eſto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus ſcieris, poteriſque: niſi ita creueris, exhæres eſto: Tunc Mæuius hæres eſto, cernitoque in diebus, & reliqua. Hæc ſunt Vlpiani verba, quibus aliquando admonitus ſum, vt locum Ciceronis lib. 1. de Oratore corruptum in omnibus exemplaribus reſtituerem, ac emendarem hoc modo: De his, credo, rebus, inquit Craſſus, vt in Cretionibus ſcribi ſolet, de quibus ſciam, poteroque. Nam vulgo legitur, in conditionibus: quod verbum in antiquis exemplaribus non eſt. Victorius autem diligens & perſpicax veterum ſcriptorum corrector, ſuſpicatur legendum eſſe in actionibus: & ait, ſcripturam, quæ eſt in exemplaribus calamo exaratis, proxime ad eam lectionem accedere. lib. 9. varia. c. 21. Sed exiſtimo viros eruditos, loco Vlpian. animaduerſo, facile nobis aſſenſuros eſſe.

Cap. XLII.

Explicatus Inſtitutionum locus, de codicillis teſtamento confirmatis.

QVæſtio ſubdifficilis eſt, an codicilli valeant ſine confirmatione teſtamenti. In qua mihi videtur ſic diſtinguendum eſſe, vt codicilli poſt teſtamentum factum nullam confirmationem deſiderent. Sic enim Iulianus ſcribit cap. 3. ff. de iure codicillorum: Teſtamento facto, etiam ſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capient. De his vero, qui fiunt ante teſtamentum, ita loquitur Iuſtinianus in Inſtitutionibus, §. ſed cum ante. Inſtit. de cod. Sed cum ante teſtamentum factum codicilli facti erāt, Papinianus ait, non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmentur. Sed Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerunt, ex iis codicillis, qui teſtamentum præcedunt, poſſe fideicommiſſum peti, ſi appareat, eum, qui teſtamentum fecit, à voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe. Nam facile creditur is, qui teſtamentum ſolenniter facit, à codicillis ante factis recedere, niſi contrarium appareat. Neceſſaria igitur eſt confirmatio factorum ante codicillorum, ſaltem tacita, & quæ ex coniecturis colligatur. Sententia vero Papiniani de ſpeciali confirmatione, quam refert Iuſtinianus, minime extat in Digeſtis. Quod enim Papinianus ait cap. quinto Digeſtorum de iure codicillorum, Ante tabulas teſtamenti codicilli facti non aliter valent, quam ſi teſtamento, quod poſtea factum eſt, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur. Hæc inquam, verba Papiniani, conſentiunt cum Seueri reſcripto, vt credibile ſit, à Pandectarum compoſitoribus immutata eſſe, ne reſcripto aduerſarentur. In Inſtitutionibus autem, hiſtorica tantum narratio eſt, nec quicquam diffinit in eo loco Iuſtinianus, quod ſatis habeat, rudiores inſtituendo, rem leuiter attingere. Hęc cum ita ſe habeant, videtur locus Plinii lib. 2. Epiſtolarum, de codicillis ante teſtamentum factis accipi debere. Verba eius hæc ſunt in epiſtola ad Ammianum, al. ad Annium: Tu quidem pro certa tua diligentia admones me, codicillos Attiliani, qui me ex parte inſtituit hęredem, pro non ſcriptis habendos, quia non ſunt confirmati teſtamento. Quod ius ne mihi quidem ignotum eſt, cum ſit iis etiam notum, qui nihil aliud ſciunt. Sed ego propriam quandam legem mihi dixi, vt defunctorum voluntates, etiam ſi iura deficerent, quaſi perfectas tuerer. Conſtat autem codicillos iſtos Attiliani manu ſcriptos. Licet ergo non ſint confirmati teſtamento, à me vt confirmati, obſeruabuntur, & reliqua.

HEPTA-

HEPTAEMERON, SIVE DE IVRE ACCRESCENDI, LIBRI DVO FRANC. DVARENI IVRECONSVLTI, AD CLARISSIMVM SENATVM PARISIENSEM.

AMPLISSIMO ORDINI PATRVM SENATORumque Pariſienſis Curiæ Franc. Duarenus S. D.

SI quam iuſtas probabileſquè cauſas habeam, Pátres grauiſſimi, ſcripta in ius ciuile mea euulgandi, quas & in aliis iam libris magna ex parte expoſui, vos ſcire nunc ex me velle arbitrarer, facerem libenter, vt eas pluribus verbis deſcriberem. Nam quæ ſit ſapientiſſimorum hominum de interpretibus Iuris ciuilis opinio, non ſum adeo rudis & imperitus rerum, vt ignorem: nec ab iis profecto iudicium meum diſcrepat. Laudo Socratis modeſtiam, qui rogatus, cur nihil ſcriptum ederet, reſpondit, Quia video chartam multo pretioſiorem, quam quæ ſcripturus eſſem. Placet conſuetudo Ægyptiorum, apud quos præclara cuiuſque hominis in artibus vitæ neceſſariis inuenta, ſacrarum ædium columnis non ante inſcribebantur, quam ſi à viris eruditis examinata probataque fuiſſent. Et lex illa Platonis magni apud me eſt momenti, ne cui liceat, quæ conſcripſerit, oſtendere aliis, priuſquam ea Iudices ac Nomophylaces viderint. Quæ lex quãuis Poeticæ Muſicæque propria ſit, tamen nulla eſt ars in qua eius obſeruatio magis neceſſaria videatur, quã in Iuris ciuilis ſcientia: cui nimia ſcriptitandi licentia, & malum illud ambitioſum, quod Satyricus Poeta cacoethes vocat, quantopere nocuerit, ipſa res oſtendit. Verùm quo magis contaminata eſt præclara hæc ſcientia barbarorum & ſophiſtarum præſtigiis, eo vehementius decet homines eruditos ac politos conniti & contendere, vt eam in priſtinum ſuum nitorem, decus, ſplendorem reſtituant. Arduum opus, fateor, & perquam difficile, in tantis tenebris, quibus circunfuſa ſunt omnia. Sed nihil non audendum eſt in veritate inueſtiganda, quam etſi non aſſequamur omnino, tamen propius quam nunc ſumus, ad eam peruenire, magno ſtudio diligentiaque adhibita, poterimus. Itaque qualeſcunque ſunt lucubrationes meæ, quæ mihi non ita multum arrident, certe confido vobis gratum acceptumque fore, quod in re tam honeſta ac neceſſaria tantum operæ curæque à nobis ponatur: vt longiore apud vos ſermone excuſandi mei cauſa opus non eſſe exiſtimem. Quid tamen effecerim, imo quid efficere conatus ſim in hoc opere, paucis dicam: in quo idem mihi plane, quod in aliis, quæ iam exierunt, monumentis noſtris, propoſitum fuit: in iis præſertim, quæ de verborum obligationibus, & de Repetitione dotis, partim ad Principem heramq; noſtram Margaritam, fœminam non tam generis ſplendore, quam ſingularis tum virtutis, tum eruditionis nomine illuſtrem, partim ad M. Hoſpitalem, noſtri temporis Papinianum, miſimus: Studii, id quod præcipuum erat, in tanta & obſcuritate rerum & ſententiarum varietate, qua in Iure ciuili maior nulla reperitur, aliquanto certiora ac probabiliora, quam vulgus interpretum, docere, confutatis multorum falſis prauiſque opinionibus, quæ ſic inueterauerant, vt legum authoritas propemodum eis tribueretur. Adeo illud verum eſt, probabilis orationis vim plerunque maiorem eſſe, quam veritatis, & ad perſuadendum multitudini aptiorem. Quod Menander his verſibus elegantiſſimis expreſſit:

Τὸ πιθανὸν ἰσχὺν τῆς ἀληθείας ἔχει, Ἐνίοτε μείζω, καὶ πιθανώτερον ὄχλοις.

Errata autem, quæ hic deprehendimus, eiuſmodi ſunt, vt ſi quis nullum abſque reprehenſione dimittere velit, verendum ſit ne diſputatio in infinitum euadat. Deinde non minus diſpoſitionis ac methodi rationem habui, quam breuitatem, ſed perſpicuam, affectaui: quod his duabus rebus, nihil ad docendum aptius eſſe commodiuſque viderem. Et quanto ſubtiliora eſſe animaduerti, quæ hic tractantur, & à populari captu remotiora, tanto ſimplicius ac mage populariter, ea explanare mihi curæ fuit. Ac ſpero fore, vt ſi quis non oſcitanter, & animi cauſa, velut hiſtoriam Saluſtii aut Liuii, ſed paulo attentius & accuratius, commentationẽ hanc noſtram lectitauerit, facile omnia per ſe intelligat, quæ vix à ſtudioſis, vel viua præceptoris voce adiutis, percipi poſſe creduntur. Quo in genere peccatum hic fere ab omnibus videas, paucis exceptis, quos Antonius Goueanus, in libello, quẽ edidit de iure accreſcendi, elegantia & concinnitate omnes ſuperaſſe videtur. De cæterorum arguta nimium ſedulitate, barbaraq; loquacitate, quid multa dicere neceſſe eſt? A quorum ego more vt refugi, quantum potui, ſic dedi operam, perlectis diligenter omnium commẽtariis, ne quid memoratu dignum omitterem, quod ad ius accreſcendi pertineat. Ac ſi cui libeat, noſtra cum aliorum ſcriptis conferre, is niſi fallor, comperiet me Pythagoræ præceptum ſequi, nec multis verbis pauca, more vulgari, ſed paucis multa, complecti voluiſſe. Et memini, cùm duobus ab hinc annis hæc recitaſſem in auditorio publico, & ſeptem dierum ſpatio diſputationem abſoluiſſem, pleriſque admirationi breuitatem meam fuiſſe, qui ſcirent alios quoſdam Doctores Iuris ciuilis ſolitos eſſe in hoc argumento totidem menſes aut eo amplius conſumere, magnificas ſcilicet illas rhapſodias ſtudioſis venditantes, quas non ſine cauſa Repetitiones appellant. Qua ratione adductus, hos libros Heptaëmeron inſcripſi, vt titulus ipſe, de ratione docendi, qua vſus hic ſum, quamque ſtudioſis probari, ſtatim ipſos commonefaciat. Et hæc quidem paulo diffuſius commemoraui non oſtentandæ induſtriæ alicuius, ſed facti mei potius vobis iudicibus meis approbandi cauſa, quibus hunc librum mitto, vt quaſi rei geſtæ in munere meo rationem vltro vobis reddam, quam à me repoſcere etiam inuito, pro veſtro iure, authoritate, imperio poteſtis. Quanquam libri huius in veſtro nomine diuulgandi cauſa hæc ſola non fuit, ſed quod pro ingentibus in me officiis, quibus mirum in modum deuinctus obſtrictuſque ſum, nihil aliud haberem in præſentia, quo gratum erga vos animum meum d

clararem. Nam vt taceam de cæteris, equidem non mediocre beneficium à vobis accepiſſe me ſentio, cum toties ante ornatus iudicio teſtimonioque veſtro, nuper & abſens, & nihil tale ſuſpicans in veſtrum collegium lectus à vobis cooptatuſque ſum. Quanti enim æſtimandum eſt talium virorum iudicium, quorum ea eſt virtus, integritas, vſus, doctrina, vt conuentus non hominum, ſed horum eſſe videatur, in quo Deæ illius virginis, quam Themin vel Dicen vocamus, quæ fingitur iudiciis præeſſe, maieſtas multo quam alibi vſquam, auguſtior appareat? Cineas Pyrrhi Epirotarum regis orator, cum Romam ad ſuos reuerſus eſſet, dixiſſe fertur, Senatum Rom. multorum ſibi regum conſeſſum videri. Sed multo admirabilius atque illuſtrius theatrum illud iudicandum eſt, in quo tot Seruii, tot Scæuolæ, tot Vlpiani ius quotidie reddentes æquiſſime & ſanctiſſime conſpiciuntur: in quo tanta ſit iuris iuſtitiæque æquabilitas, vt quamlibet inops tenuiſq; fortunæ homuncio, ius ſuum non in regni proceres modo, ſed in ipſum quoq; Regem obtineat. Quamobrem, ſi qui forte ſint hoc tempore, quos de autoritate detrahere tanti Senatus iuuet, ac ordinem longe honeſtiſſimum & clariſſimum, quaſi in ordinem cogere, quid conſilii habeant, ipſi viderint. Optarim ſane, eos meminiſſe & conſiderare quæ calamitates Antiſenatum Sulpitii conſecutæ ſint in repub. Romana, de quibus nunc non eſt dicendi locus. Tametſi autem nulla ſint merita mea, propter quæ dignum me eſſe tam eximio honore vnquam duxerim, tamen qui opinioni, quam de virtutibus literiſque noſtris nonnullam habuiſtis, magis quam cupiditati aut gratiæ id datum eſt, tanto præclarius ac laudabilius, à viris bonis factum hoc veſtrum, vt ſpero, iudicabitur. Veriſſima enim eſt illa Æſchinis ſententia, quæ vtinam in hac temporum incommoditate, principum animis infixa & quaſi inſulpta maneat: Ἐὰν μὲν τὰς δωρεὰς ὀλίγοις καὶ ἀξίοις, ἢ κατὰ τοὺς νόμους διδῶτε πολλοὺς ἀγωνιστὰς ἕξετε τῆς ἀρετῆς. Ἐὰν δὲ τῷ βουλομένῳ καὶ τοῖς διαπραξαμένοις χαρίζησθε, καὶ τὰς ἐπιεικεῖς φύσεις διαφθερεῖτε. Quam ſententiam, quam nemini non hodie notam eſſe cupimus eorum qui ſcripta noſtra legent, ita Latine reddidimus. Si præmia ac munera, paucis, & dignis, & ex legum præſcripto dederitis, multos pro virtute certantes habebitis; Sin volenti cuilibet, ac ambitioſe contendenti & prehenſanti, bona etiam frugique ingenia corrumpetis. Verum parcius hac de re loquor ac verecundius, qui vt erraſſe vos in delectu dignitatis, viros omnium prudentiſſimos & ſapientiſſimos dicere non auſim, ita mediocritatem meam agnoſco, & quam exigui homo ſim pretii, ac iudicio tam honorifico indignus, ipſe mecum reputo. Si quid tamen eſt in me eius vel eruditionis vel vſus, quem fortaſſis eſſe credidiſtis, cum me in ampliſſimum ordinem veſtrum adſciuiſtis, id vobis acceptum referre non minima ex parte debeo: qui poſt ſcholaſticam multorum annorum profeſſionem ſic verſatus ſum in foro Pariſienſi, vt me quantum in eo profecerim, grauiſſima illa iudicia veſtra, ceu oracula quædam, audiendo, legendo, expendendo, non pœniteat. Itaque idem vere poſſum dicere, quod Demades orator Athenienſis, qui interrogatus, quem præceptorem habuiſſet, reſpondit, Tribunal Athenienſium. Sed hæc prolixius forte, quam ad tales viros ſcribentem deceat. Supereſt, vt vos orem atque obteſter, Patres ampliſſimi, vt onus, quo iam opprimor ob veſtrorum in me beneficiorum magnitudinem, ipſi alleuetis: & quia non modo re, ſed ne verbis quidem vllis vobis ſatisfacere poſſum, meum erga vos ſtudium, quod per tenui hoc munere vtcunque vobis probare volui, perpetuamque obſeruantiam pro relata gratia accipiatis. Valete. Auarici Biturig. pridie Idus Iulii, 1555.

CAPITA LIBRI PRIMI.

VNDE ortum ſit ius accreſcendi: & de cauſa eiuſdem. cap 1.
Inuito cohæredi partem deficientem accreſcere: & cur ita id conſtitutum ſit. cap 2.
Cur in legatis pars deficiens non accreſcit inuito, vt in hæreditatibus. cap. 3.
Coniunctio tam hæredum, quam legatariorum, quæ ſit. cap. 4.
Repetita quædam ex ſuperiore capite, ac nonnullis additis plenius declarata. cap. 5.
De variis coniunctorum generibus, inter quos locum habet ius accreſcendi. cap 6.
Qui ſint re coniuncti: & an inter eos habeat locum ius accreſcendi. cap. 7.
De coniunctis re & verbis. cap 8.
De iis, qui verbis tantum coniuncti ſunt. cap 9.
De effectu coniunctionis, & iure accreſcẽdi, quod ex ea oritur. c. 10.
De iure non decreſcendi: & an coniuncti ab initio partes, an ſolidũ potius habeant. cap. 11.
An inter eos qui omnino disiuncti ſunt, ſit ius accreſcendi. cap 12.
Cum legatur ſeruo communi, an inter dominos tanquam coniunctos, ſit ius accreſcendi. cap 13.
Inter eos, qui ſuccedunt ab inteſtato, eſſe ius accreſcendi, non tamen in liberorum falcidia. cap. 14.
An in contractibus ſit ius accreſcendi. cap. 15.
De donatione tam inter viuos, quam de mortis cauſa capione & aſſignatione libertorum. cap. 16.
De duobus patronis, quorum alter ius patronatus amiſit. cap 17.
Deficere partem, quomodo accipiendum ſit in iure accreſcendi. cap 18.
An illud recte dictum ſit, oportere partem deficere ipſo iure, non ope exceptionis. cap. 19.
An ſit ius accreſcendi, cum iure prætorio excluſus eſt is, cui duplici iure ſucceſſio defertur. & quæ ſit bonorum poſſeſſio cum re & ſine re. cap. 20.
An pars acquiſita & poſtea amiſſa, deficere hic dicatur, vt accreſcat alteri. cap. 21.

CAPITA LIBRI SECVNDI.

QVOMODO accreſcat pars deficiens: & an inuito tantum accreſcat. cap. 1.
An pars deficiens cum onere ſuo accreſcat: & an inter caduca, & ea quæ pro non ſcriptis habentur, aliquid interſit. cap 2.
Pro qua parte accreſcat hæreditas, aut res legata cohæredi vel collegatario. cap 3.
Portio accreſcens qua actione petatur. cap. 4.
An impuberis cohæredi hæreditas quoq; impuberis accreſcat. c. 5.
An ius accreſcendi tranſeat in ſucceſſorem. cap. 6.
De varia earum coniunctionum permiſtione: & declaratus Pauli locus ad leg. Iuliam Papiam. cap. 7.
Variis exemplis illuſtratus Pauli locus de permiſtione coniunctorum. cap 8.
Inter coniunctos eiuſdem generis interdum ordinem ſeruari, vt alii aliis præferantur: & explicatum Scæuolæ reſponſum tit. de legat. 2 aliter quam vulgo ſoleat. cap. 9.
An in ſucceſſione ab inteſtato gradatim cõpetat ius accreſcẽdi. c. 10.
Coniunctos re tantum cæteris nunquam præferri. cap 11.
Quomodo accipiendum ſit quod dicitur, re & verbis coniunctos cæteris præferri. cap 12.
Verbis coniunctos, iis qui re tantum coniuncti ſunt, præferri: & explicati loci duo perquam obſcuri, quorum alter Pomponii eſt tit. de hæredibus inſtit. alter Iaboleni tit. de legat 2. cap 13.

In lega-

In legato alimentorum non eſſe ius accreſcendi: & an prohibitio teſtatoris ius accreſcendi impediat. cap. 14.
Scæuolæ reſponſum, quod legitur cap. 78. ad Trebell. ad ius accreſcendi non pertinere, aduerſus aliorum opinionem. cap. 15.
Subſtitutionem iure accreſcendi potiorem eſſe propter voluntatem teſtatoris. cap. 16.
An ius accreſcendi ceſſet ob tranſmiſſionem hæreditatis. cap. 17.
An ob ſucceſſionem edicti Prætorii, quod ſucceſſorium dicitur, ius accreſcendi ceſſet. cap. 18.
Cur omittente eo, qui hæres ſcriptus eſt à liberto, portio eius patrono non accreſcit. cap. 19.
Quam ob cauſam, mulieri & Titio vſufructu, ſi mulier non nupſerit, legato, non eſt ius accreſcendi: & declaratum Papiniani reſponſum cap. 7. de conditionibus & demonſtrationibus. c. 20.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI CLARISSIMI, DE IVRE ACCRESCENDI, LIBER PRIMVS.

CAP. I.

Vnde ortum ſit ius accreſcendi, & de cauſa eiuſdem.

CVM lex naturalem aut ciuilem rationem ſecuta, plures ad eandem hæreditatem vocat, puta liberos defuncti, aut agnatos eius proximos: ſi forte pars vnius deficiat, quum viſum eſt iuris auctoribus eam aliis accedere ſeu accreſcere. l. ſi ex pluribus. de ſuis & leg. hæred. quaſi hæreditas deferatur cognationi aut gradui collectiue, vt ita loquar, ac inter eos, qui eius cognationis aut gradus ſunt, concurſu diuidatur. Id facile demonſtrari poteſt, in legitima agnatorum hæreditate: de qua lex lata eſt his verbis: Vlpian. in Inſtit. tit. de legit. hæredit. leg. pronuntiatio. §. familiæ. ff. de verb. ſignific. *Agnatus proximus familiam habeto.* Itaque Iuſtinianus in Inſtit. Quamuis, inquit, ſingulari numero vſa lex XII. tabul. proximum vocet, tamen dubium non eſt, quin ſi plures ſint eiuſdem gradus, omnes admittantur. §. ſi plures. Inſt. de legit. agnat. ſucc. l. 2. de ſuis & legit. hæred. Eadem eſt ratio hæredum ex teſtamento: quia & ſi forte extranei ſint, quibus alias non deferretur lege hæreditas, tamen lex voluntatem teſtatoris amplectitur: qui eos vocat ad hæreditatem, idque ſimul & coniunctim, vt eos agnatorum aut cognatorum loco habere videatur. Cod. de caduc. tollen. §. his ita. Ac ſicut proximis agnatis hæreditatem lex defert, ita eam, quæ ex teſtamento defertur, confirmat. l. lege obuenire. de verb. ſignif. Voluntas enim teſtatoris, quaſi lex quædã eſt, ac pro lege ſeruari debet. l. verbis legis. de verb. ſignif. Nouel. de nupt. §. diſponat. Idem ius eſt de his, quibus eadem res teſtamento legatur, quamuis hæredes non ſint, nec in ius vniuerſum ſuccedant. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Coniunctio igitur hæredum aut legatariorum, quæ fit à teſtatore, cauſa eſt iuris accreſcendi in teſtamentis. Verum hoc ius legitimum nihilo minus dicendum eſt, quod ex lege proficiſcatur, magis quam ex voluntate iudicioque teſtatoris. Argumento eſt, quod Caius de iure accreſcendi loquens, ſcribit capite 5. de vulga. & pupil. ſubſtit. eum qui ex parte hæres eſt partem alterius per legem vindicare. Facit l. interdum. §. 1. ff. de hæred. inſtit. Quem Caii locum vulgo receptum eſt, de lege XII. tabul. accipiendum eſſe. Sed hæc opinio caret veterum auctoritate: & ipſius capitis inſcriptio in Pandectis Florentinis ſatis oſtendit, verba Caii ad legem Iuliam & Papiam referenda eſſe: etſi ius accreſcendi ante legem Iuliam Romæ fuiſſe vſitatum non negauerim. Sane voluntatis quædam ſignificatio eſt in hac re, ſed tenuis admodum & obſcura: vt merito totum hoc ius legi plerunque attribuamus. Nam ſi voluntas teſtatoris hic eſſet certa, proculdubio ſubſtitutio eſſet, vel expreſſa vel tacita, non ius accreſcendi, quod à ſubſtitutione multum differt: tametſi quadantenus ſimile ſit ſubſtitutioni. l. ſi Titio. §. Iulianus. ff. de leg. 2. Quinimo ius accreſcendi plerunque locum habet contra voluntatem expreſſam teſtatoris: veluti inter præteritos filios, aut exhæredatos, quibus bonorum poſſeſſio vel querela teſtamenti inofficioſi competit. l. ſi duobus. ff. de bonorum poſſeſſione cont. tabul. l. ſi ponas. §. vlt. ff. de inoffic. teſta. Hi enim Prætoris edicto, aut alia parte iuris ciuilis pariter vocantur ad hæreditatem, exemplo legitimorum, de quibus iam dictum eſt. Hoc autem ius ideo accreſcendi dicitur, quia pars hæreditatis, aut rei legatæ, quæ deficit in vno ex hæredibus aut legatariis, accreſcit alteri. Eſtque hoc verbum à Iureconſultis vſurpatum variis in locis. Toto titulo de vſufr. accreſ. Hinc Theophilus in Inſtitutionibus ius accreſcendi, quod προσαύξησιν vocat, ait eſſe μέρους ἀφαίρεσιν, tit. de exhæred. liber. Quanquam in eo loco Inſtitutionum, paulo aliter ius accreſcendi accipiatur, quam in hoc tractatu, ſicut & in conſtitutione Iuſtiniani de liberis præteritis. l. maximum vitium. Sed & accreſcere dicitur quæcunque res accedit atque adiungitur alteri: vt cum dicimus inſulam fundo accreſcere. l. Inſula. l. ergo. de acquir. rer. dom. Hinc Saluſtius in Ciceronem, Redde, inquit, rationem, quantum patrimonii acceperis, quid tibi litibus accreuerit. Sed de ſignificatione verborum iam ſatis. Quod autem à nobis paulo ante dictum fuit, coniunctionem hæredum aut legatariorum cauſam eſſe iuris accreſcendi, &c. hoc ita accipiendum eſt, cum plures ſunt hæredes aut legatarii. Nam ſi quis ſolus ſit hæres ſcriptus, non ex aſſe, ſed ex parte reliqua pars ei accreſcere dicitur. l. interdum. §. 1. ff. de hæred. inſtit. §. hæreditas. Inſtitut. eo. Cuius rei traditur ratio in ſequenti cap. Sed ius accreſcendi, de quo hic diſſerere inſtituimus, precipue id eſt, quo pars vnius deficiens accreſcit alteri. not. in l. teſtamento. C. de impub.

CAP. II.

Inuito cohæredi partem deficientem accreſcere: & cur ita id conſtitutum ſit.

PArs hæreditatis deficiens accreſcit cohæredi, etiam inuito ac nolenti, ſi hæreditatem adierit pro parte ſua. §. his ita. C. de caduc. tol. Nec refert, an hæreditas lege tantum, an teſtamento deferatur. Caius c. 53. de acquir. hæred. Qui ſemel ex aliqua parte hæres extiterit, is deficientium partes etiam inuitus accipit, id eſt, ei tacite deficientium partes etiam inuito accreſcunt. l. qui ex duabus. Nam & ratio Iuſtiniani ad omnem hæreditatem pertinet, qua vtitur, oſtendere volens, cur hæreditas accreſcat inuito cohæredi. Cod. de caduc. tollen. §. his ita. quia abſurdum eſt eiuſdem hæreditatis partem agnoſcere, & partem reſpuere. Eſt tamen & alia ratio peculiaris & propria hæreditatis ex teſtamento delatæ, ne quis decedat partim teſtatus, & partim inteſtatus. §. hæreditas. Inſtit. de hæred. inſtit. l. ius noſtrum. ff. de regul. iur. Ac vt de vtraque ratione ſeparatim dicamus, mirum forte videbitur pleriſque, cur abſurdum exiſtimauerit Iuſtinianus, hæreditatem pro parte agnoſci, pro parte repudiari. Nec enim id natura hominibus notum eſt, vt quædam alia, de quibus latæ leges reperiuntur. Sed animaduertendum eſt, hæredem fungi vice defuncti, & vnam atque eandem perſonam haberi fictione quadam iuris. l. hæres. ff. de vſucap. auth. de iureiuran. à mor. præſt. Hæres enim dicitur, qui in locum defuncti ſuccedit, eiuſque perſonam repræſentat, quaſi adhuc viuere quodammodo intelligatur is, qui mortem obiit, alio in locum eius ſuffecto. Idque humanitatis ratio ſuaſit mortalium votis indulgeri, qui pro immortalitate, quam ſe conſequi poſſe diffidunt, ſpecie quadam immortalitatis atq; vmbra delectantur. Et quia in his fictionibus, veteres Iureconſulti ſolent naturam, quoad fieri poteſt, imitari, crediderunt abſurdum atque ineptum eſſe, quenquam defunctum fingi in rerum natura eſſe tantum pro parte, cum vere non poſſit quiſquam in vita certus homo, puta

Titius pro parte eſſe. Sic in adoptione, per quam fingitur alterius eſſe filius, qui re vera filius non eſt, ad naturam reſpiciunt Legiſlatores & Iureconſulti. Minorem natu (inquit Iuſtinianus) maiorem non poſſe adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur: & pro monſtro eſt, vt maior ſit filius, quam pater. §. minorem. Inſtit. de adopt. Eademque ratione receptus eſt, vt ad tempus nequeat filius adoptari. l. quæſitum. ff. de adopt. Et quædam alia huius generis. Nec vero obſcura eſt ſimilitudo adoptionis & hæreditatis in hac re: cum vtraque eodem ſpectet, ac veluti eundem propoſitum finem habeat. Illa enim, de qua iam diximus, innata generi hominum cupiditas immortalitatis facit, vt vel procreationi liberorum ſtudeant, vel horum loco filios ſibi adſciſcant alienos, adoptionis imagine contenti, quæ ad naturæ veritatem proxime accedit: vel quod paulo eſt à natura remotius, hæredes in locum ſuum poſt mortem ſucceſſuros inſtituant. Itaque hac perpetuitate ſucceſſionis conſeruatur in æuum memoria defuncti, & hæres, vt ait Poeta, hæredem alterius velut vnda ſuperuenit vndam. Quod cum ita ſit, nec nouum profecto, nec alienum videri debet, quod iuris auctoribus placuit, hæreditatem, id eſt ſucceſſionem in locum defuncti, quæ ad exemplum & imitationem naturæ comparata eſt, pro parte eſſe non poſſe. Hinc Paulus ait: Qui totam hæreditatem acquirere poteſt, is pro parte eam ſcindendo adire non poteſt. l. 1. ff. de acquir. hæred. Altera ratio eſt, ne quis decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus. De qua Iuſtinianus in Inſtit. ita loquitur: Et ſi vnum tantum quis ex ſemiſſe, verbi gratia, hæredem ſcripſerit, totus as in ſemiſſe erit. Neque enim idem ex parte teſtatus, & ex parte inteſtatus decedere poteſt, niſi ſit miles, cuius ſola voluntas in teſtamento ſpectatur. §. hæreditas. Inſtit. de hær. inſtit. Et Paulus ca. 7. de diuerſis regulis iuris antiqui, Ius noſtrum, inquit, non patitur, eundem in paganis & teſtato & inteſtato deceſſiſſe: earumque rerum naturaliter inter ſe pugna eſt, teſtatus, & inteſtatus. Ob hanc autem rationem interdum iuri accreſcendi locus eſt, quamuis ſuperior ratio id non exigat. Nam duobus hæredibus inſtitutis, quorum vnus repudiat partem ſuam, locum habet ius accreſcendi: quamuis legitimus hæres ab inteſtato partem deficientem adire poſſit: & à duobus hæredibus, teſtamentario nempe, & legitimo, defuncti perſona omnino repræſentetur. Sed poſterior ratio id prohibet, ne teſtator partim teſtatus, partim inteſtatus decedat. Hæc autem regula iuris quam vim habeat, inquirendum eſt cum nulla hominum vtilitas, aut ratio naturalis vel ciuilis exigere videatur, ne quis partim ex teſtamento, partim ab inteſtato hæredem habeat. Quare non dubitauerunt quidam affirmare, ſubtilitatem hîc quandam eſſe, indignam his hominibus, qui ſe iuris & æqui magiſtros profiteantur. Ego vero, vt ſubtilitatem non magni momenti aut ponderis agnoſco, ita iuris noſtri auctores, qui regulam hanc nobis ſcriptam reliquerunt, culpa vacare, & immerito ab aliis accuſari, argumentis, vt ſpero, non contemnendis oſtenſurus ſum. Ac in eo falli videntur accuſatores, quod regulam ſic accipiunt, quaſi lex aliqua de ea re lata ſit: quod nulli vnquam legiſlatorum in mentem venit, niſi fallor. Hoc enim ex quibuſdam legibus, non vno tempore latis deductum eſt, per interpretationem quandam & ratiocinationem præter conſilium ac propoſitum legiſlatoris, vt alia non pauca in iure ciuili. Quod qui non animaduertit, is profecto quid proprium ſit legiſlatoris, quodque legiſlatoris officium ſit, ignorare ſe oſtendit: ac ne hiſtoriam quidem compoſiti iuris Romani ſatis expendere, ex qua apparet, hoc ius diuerſis temporibus particulatim conſtitutum, non eodem tempore conditum fuiſſe. Duæ igitur leges hic conſiderandæ ſunt huius rei demonſtrandæ cauſa. Vna eſt, eaque vetuſtior, Neminem pro parte teſtatum decedere poſſe. Id enim per legem non licet quæ formam teſtamenti ſolenniaque præſcribit. Quia ſi quid ex ſolennibus omiſſum ſit, inutile eſt teſtamentum: nec ideo recte dicitur pro parte valere, quod ſolennia pro parte obſeruata fuerint. l. hæredes palam. ff de teſta. Idque adeo perſpicuum eſt, vt confirmatione non egeat. Poſterior lex eſt, inteſtatum quoque habendum eſſe eum, qui hæredem minime habet ex teſtamento: quæ lex aliquid addit ſuperiori legi, eiuſque manifeſta eſt æquitas. Nam lex ſuperior ad factionem teſtamenti ſpectat: hæc ad effectum pertinet, ac eum iudicat inteſtatum, non modo qui teſtamentum non fecit, ſed etiam, cui ex teſtamento hæres non extitit. §. 1. de hæredit. quæ ab inteſtat. defer. Inſtit. Nihil enim referre credidit legiſlator, an factum non ſit teſtamentum, an vero effectum non habuerit, nemine ex eo hærede exiſtente. Ex vtraque lege conſequutum id eſt per quandam ratiocinationem, de quo neuter legiſlator, vt veriſimile eſt, cogitauerat: nempe neminem partim ex teſtamento, partim ab inteſtato hæredem habere poſſe. Sic enim ratiocinati ſunt regulæ huius auctores, coniunctis ambabus legibus, Nemo poteſt partim teſtatus, partim inteſtatus decedere: at inteſtatus decedit etiam is, qui hæredem non habet ex teſtamento: nemo igitur poteſt partim ex teſtamento, partim ab inteſtato hæredem habere. Ex eodem fonte & illud profluxit, Neminẽ pro parte temporis hæredem habere poſſe ex teſtamento, niſi ſit miles. l. miles ita hæredem. ff. de teſta. milit. §. hæres. Inſtit. de hæred. inſt. Inde illud etiam efficitur, ne volente quidem teſtatore fieri poſſe, vt duobus hæredibus inſtitutis, pars vnius deficiens non accreſcat alteri, ſed ad hæredem legitimum deferatur. l. ſi duobus. ff. de milit. teſt. Illa enim prior lex, quæ vetat quenquam pro parte inteſtatum decedere, publicum ius continet, quod voluntate priuatorum non mutatur. l. 3. ff. de teſtamentis. Cum autem hoc ius ſubtilitate quadam magis nitatur, quam æquitate, facile ab eo receſſum eſt in teſtamentis militum, in quibus ſola voluntas eorum ſpectatur. In priuatorum ſeu paganorum teſtamentis, hoc ſubtile ius adhuc remanſit, quod nulla euidens vtilitas, aut æquitas id mutari ſuaderet, neque leui de cauſa leges veteres abrogari debeant. l. in nouis. ff. de conſt. princ. Sane ſubtilitates eiuſmodi, quæ ex antiquo iure proficiſcuntur, plerunque emendari videas, aut iure Prætorum, aut interpretatione prudentum, cum abſque manifeſta iniquitate aut incommodo ius antiquum retineri non poteſt. Cuius rei exemplum eſt in obligatione ad tempus conſtituta. l. obligationum fere. de oblig. & act. & alia quædam ſimilia nullo non in loco occurrunt Pandectas legentibus. Verum in hoc iure, de quo diſſerimus, vt nulla eſt vtilitas, quæ hominem cordatum ac prudentem mouere potuerit, vt ea de re legem ferret: ita incommodum ex eo proueniens nullum tale eſt, vt noua lege id tolli abrogarique ſit neceſſe. Finge teſtatorem velle partem hæreditatis ſuæ ad fratrem ſuum peruenire, partem ad extraneum, quem teſtamento hæredem inſtituit: quid prohibet eum, qui hoc animo in fratrem eſt, hæredem ſimul cum alio inſtituere? Quod ſi poſt tempus certum cupiat hæreditatem ſuam ad fratrẽ peruenire, ſatis ei conſulitur per fideicommiſſum, quod vice hæreditatis eſt. Et hæc quidem à nobis paulo diffuſius explicata ſunt, vt oſtenderemus, quid de huiuſmodi paradoxis & ſubtilitatibus iudicandum ſit: & ſimul eis ſatisfaceremus, qui Anneum Senecam imitati, acutas (ſic enim loquitur) ineptias Iuriſconſultorum rident, ea in noſtris damnantes, quæ ſapientiſſimis quibuſque legiſlatoribus accidere ſolent.

CAP. III.

Cur in legatis pars deficiens non accreſcit inuito, vt in hæreditatibus.

DVabus igitur de cauſis conſtitutum eſt, vt hæreditatis pars deficiens cohæredi, etiam inuito ac nolenti, accreſcat. §. his ita. Cod. de caduc. tol. Et quia harum neutra locum habet in legato, merito dicitur pars rei legatæ volenti tantum collegatario accreſcere. §. vbi autem. C. de caduc. tol. Si tamen res eadem vni legata ſit: placuit eum legatum ſcindere non poſſe, & partem accipere, partem repudiare. l. 4. ff. de leg. 2. Idque adeo verum eſt, vt ſi rem legatam voluerit aliqua ex parte ſuam eſſe, totam acquirat. leg. ſi cui res. 60. ff. de leg. 2. Ac de hæreditate idem à nobis dictum eſt ſuperiori capite, l. 1. ff. de acquir. hæred. ſed diuerſa ratione. Alia enim videtur eſſe ratio legati, quæ non ſpectet ad ius publicum, ideoque ex voluntate & arbitrio teſtatoris omnino pendeat, quamuis in hæreditate non inſpiciatur voluntas teſtatoris. Nam legatarius qui teruncium forte accipit, quaſi dicis cauſa, & reliquum repudiat, facile creditur contemnere ac faſtidire liberalitatem teſtatoris. Quod graue eſt ho-

eſt homini beneficium conferenti, & ſpeciem iniuriæ quandam habet. Seneca lib. 2. de beneficiis, factum eius improbat, qui non magno æſtimans, quod offertur, accipit faſtidioſe tanquam qui dicat, non mihi opus eſt, ſed quia tam valde vis, faciam tibi mei poteſtatem. Idem alio in loco de potentibus hominibus loquens, nihil referre ait, vtrum dare eis aliquid nolis, an accipere ab eis, & eos in æquo vtranq; ponere repulſam. Cum igitur honeſtum non ſit, liberalitatem cuiuſquam ſperni quæ accipienti non noceat, tum maxime fauendum eſt morientium ſupremæ voluntati, qui fortaſſis extare poſt fatum volunt monumentum aliquod ſuæ benignitatis. l. 1. C. de ſacroſanct. eccleſ. Quæ ratio prima facie hoc inducit, ne omnino poſſit legatum repudiare legatarius. Sed hoc inciuile aliam ob cauſam exiſtimatum eſt: & ſatis viſum eſt hactenus ingratitudinem moroſumque faſtidium legatarii coercere ac reprimere, ne eiuſdem rei legatæ partem acquirere & partem repudiare ei permittatur.

Ex iam dictis conſequitur, legatum poſſe diuidi teſtatore volente. Eſt enim prohibita hæc diuiſio, quaſi teſtatoris voluntati contraria videatur. Hæreditas autẽ non ſcinditur, ne volente quidem teſtatore, vt ante diximus. Ex eadẽ ratione illud etiam colligimus, ſi duobus eadem res legata ſit, legatum partim acquiri, partim repudiari poſſe, d. §. vbi autem. Sed & ſi legatarius deceſſerit, duobus hæredibus relictis, ratio non prohibet alterum eorum partem ſuam acquirere, altero ſuam repudiante. l. legatarius. 38. ff. de legat. 1. Quod & in eo receptum eſt, cui duæ res legatæ ſunt. l. 5. ff. de leg. 2. quaſi à teſtatoris voluntate minime alienum ſit, legatum diuidere, quia res diuerſas ac ſeparatas reliquerit.

CAP. IV.

Coniunctio tam hæredum, quam legatariorum, quæ ſit.

QVoniam ius accreſcendi interdum competit propter coniunctionem hæredum ac legatariorum, nos de ea coniunctione nunc diſſerere inſtituimus, Iulium Paulum imitati, qui ad legem Iuliam & Papiam, de vtraque coniunctione ſcripſit, & vtranque eodem libro complexus eſt, vt oſtendit inſcriptio c. 87. de legat. 3. & c. 142. de verborum ſignificatione. Vt enim vtrunque caput ſumptum eſt ex lib. Pauli ſexto ad legem Iuliam & Papiam, ita alterum ad hæredes, alterum ad legatarios pertinet. Quæ capita ideo Tribonianus ſeparauit, quia diuerſis titulis conuenire videbantur. Coniuncti igitur generaliter dicuntur qui ad eandem rem vocantur eodem teſtamento: vt exempli gratia, ſi duobus eadem res legetur. Sunt enim hi coniuncti, quibuſcunque verbis fuerit vſus teſtator. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. nec aliter coniunctio inter duos eſſe poteſt. Nam ſi teſtator Titio Stichum, Sempronio Pamphilum, aut Titio & Sempronio ſingulos ſeruos legauerit, hos non recte nec vere coniunctos dixeris, quia res diuerſæ ſingulis legatæ ſunt. Sic enim ſcribit Iulianus de leg. 1. Quibus ita legatum fuerit, Titio & Mæuio, ſingulos ſeruos do lego: conſtat non concurſuros in eundem ſeruum, ſicuti non concurrunt, cum ita legatur, Titio ſeruum do lego, Mæuio alterum ſeruum do lego, l. huiuſmodi. 86. §. quibus. & hoc diligenter eſt obſeruandum in legatis, cum pluribus legatariis modo res eadem, modo res diuerſæ relinquantur, pro arbitrio & voluntate teſtatoris. Alia cauſa eſt hæredum, quos ad eandem rem vocari ſemper contingit, quocunque modo & quibuſcunque verbis inſtituti fuerint à teſtatore. Id vt planum faciam, animaduertendum eſt, plures inſtitui hæredes aut ſimpliciter, aut adſcriptis partibus, aut certa re expreſſa. Simpliciter inſtituuntur hoc modo, Titius & Sempronius hæredes ſunto. In quo genere inſtitutionis nulla eſt dubitatio. Fit partium diſtributio, cum teſtator inſtituit ex ſemiſſe, ex triente, ex quadrante, &c. §. ſi plures. Inſtit. de hæred. inſtit. Eſt autem ſolennis & vſitata diuiſio in duodecim vncias. l. ſeruum. §. vlt. ff. de hæred. inſtit. §. hæreditas Inſtit. eod. titul. De cuius numeri vtilitate & commoditate à Philoſophis & Mathematicis diſputatur. Et Galenus ait, Romanos in diuiſione hæreditatis ponderum ac menſurarum hanc vtilitatem experientia comprobaſſe: cuius verba à nobis deſcripta ſunt lib. 2. Diſput. cap. 36. Si tamen in plures partes, aut pauciores hæreditatem diuidere voluerit teſtator, minime improbabitur ea diuiſio: ſed ad aſſem, qui 12. vnciarum eſt ſemper reuocari poterit: idque variis exemplis alibi demonſtratum eſt. l. interdum. ff. de hæred. inſtit. §. & ſi plures. Inſtit. eod. Quoties ergo talis diuiſio fit à teſtatore, perſpicuum eſt, hæredes omnes coniunctos eſſe, & ad eandem rem vocari, quia diuiſio eſt in partes, quæ intellectu magis habentur, quam corpore, nec facit ea diuiſio vt res eadem non maneat. l. Mæuius. §. duobus. ff. de leg. 2. Interdum hæredes inſtituuntur ex certis rebus, puta vnus ex rebus Italicis, alter ex prouincialibus, quo caſu videntur prima facie ad diuerſas res vocari, atque ideo coniuncti non eſſe. Sed non ita eſt. Cum enim hæres ſucceſſor iuris ſit, l. quoties. §. hæredes. ff. de hæred. inſtit. leg. hæreditas. ff. de petit. hæred. & ſuccedat in vniuerſum ius defuncti. leg. hæreditas. ff. de verb. ſignific. ex re certa non poteſt quiſquam hæres eſſe. l. 1. ff. de hæred. inſtit. l. quoties. C. eod. Proinde cum duo inſtituuntur hæredes, vnus ex Italicis rebus, alter ex prouincialibus, ſic accipimus eam inſtitutionem, quaſi ex æquis partibus teſtator eos inſtituerit, & res Italicas vni, prouinciales alteri legauerit. l. ex facto. ff. de hæred. inſtit. Cum ergo vocentur ad eandem hæreditatem, & ſuccedant ambo in ius vniuerſum defuncti, conſequens eſt, eos coniunctos dicendos eſſe. Ex quo apparet, verum eſſe, quod iam diximus ad coniunctionem faciendam inter hæredes, nihil referre, quibus ex partibus, aut rebus inſtituantur à teſtatore. Sufficit enim hæreditatem eis eandem relinqui, & eodem teſtamento eos inſtitui. In legatis autem multum refert, in res ne certas, an incertas, diuiſio fiat, vt coniuncti dicantur legatarii. Coniuncti enim ſunt, ſi ita legetur, Titio & Sempronio fundum æquis partibus do lego: vel ita, Titio dimidiam partem fundi, Sempronio dimidiam lego. Partes enim hæ ſunt eiuſdem rei, quæ intellectu magis habentur, quam corpore. dicta l. Mæuius. § duobus. l. ſeruus communis. ff. de ſtipulat. ſeruorum. Si vero ita legetur, Titio anteriorem partem fundi, Sempronio poſteriorem lego, coniuncti non ſunt legatarii, quia res diuerſæ, non partes eiuſdem rei, ſingulis legantur. Cum enim fundus diuiditur regionibus, pars quæq; fundus totus rectè dicitur, & ex vna atq; eadem re, duæ ac diuerſæ res efficiuntur. l. ſi quis duas §. ſi quis partem. ff. comm. præd. l. rectè dicimus. ff. de verbor. ſignific.

CAP. V.

Repetita quædam ex ſuperiore capite ac nonnullis additis plenius declarata.

QVæ continentur ſuperiore capite, etſi leuia fortaſſis appareant primo aſpectu, ignoratio tamen eorum grauiſſimos errores parit in hac diſputatione. Ac eo diligentius in hoc initio ea ediſcenda & expendenda ſunt. Hinc ergo obſeruandum eſt, tria in coniunctione hæredum aut legatariorum neceſſaria eſſe. Primum enim plures inſtitutos eſſe, aut pluribus legatum eſſe oportet: idque ipſa vox ſatis oſtendit. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. Quanquam non inficior, vno exiſtente hærede aut legatario, qui partem repudiet, eam partem ipſi accreſcere. l. 1. ff. de hæredi. inſtit. l. ſi cui res. ff. de legat. 2. Sed hoc non fit propter coniunctionem, vt poſtea dicemus. Itaq; cum ſeruo communi duorum aliquid legatum eſt, nulla inter dominos eſt coniunctio, cum vni legatum ſit, non duobus. l. & Proculo. ff. de legat. 2. Verum coniunctio quædam legitima inter eos eſſe vulgo dici ſolet, ſed contra morem loquendi veterum Iuriſconſultorum, apud quos legis coniunctio, vt puto, non legitur. Sed hoc ſuo loco. Deinde vt ſit coniunctio inter hæredes aut legatarios, neceſſe eſt eodem teſtamento vocatos eſſe. Nam ex diuerſis teſtamentis (vt ait Vlpianus) ius coniunctionis non contingit. l. ſi ſub conditione. ff. quibus modis vſusfructus. Patris autem & filii teſtamentum hic pro vno & eodem habetur, l. cohæredi. §. cohæres. ff. de vulga. l. plane. §. ſi coniunctum. ff. de l. 1. ſicut & in pleriſque aliis locis. l. patris & filii. ff. de vulg. Adduntque plerique, ne tunc quidem legatarios coniunctos eſſe, cum res aliqua à diuerſis hæredibus legata eſt. l. pen. ff. de vſuſfr. accreſc. l. quid ergo. 65. §. ſi quis duos. ff. de legat. 1. Qua de re dicam, quod ſentio capit. 7. Poſtremo debent coniuncti ad eandem rem vocari, vt ante diximus. Eſtque hoc axioma eo dignius animaduerſione, quod ex eo multæ variæque manant quæſtiones, de quibus aut controuerſia eſt, aut

probabilis dubitatio: veluti cum quæritur de eo qui fundum legauit duobus, eo animo, vt ſolidum vterque conſequatur. l. ſi pluribus. ff. de leg. 1. Item de quantitate duobus ſimul legata: in qua quæſtione magna eſt iudiciorum opinionumque varietas. Sed in eo vertitur quæſtio, an eadem ſumma vtriq; an diuerſæ potius legatæ intelligantur. De eo etiam quæritur, qui legauit vni fundum, & alii vſumfructum: quo caſu Modeſtinus ait, vſumfructum inter eos communicari debere. l. ſi alii. 6. de vſufruct. leg. Cum tamen videri poſſit prima facie non eadem res vtrique legata eſſe. Sed & eodem axiomate vtimur ad refellendam opinionem eorum, qui putant verbis coniunctos eſſe, quibus ſinguli ſerui à teſtatore legati ſunt. Nam ſi coniuncti non ſunt, quia diuerſæ res ipſis leguntur, ſatis conſtat eos verbis coniunctos non recte dici. l. huiuſmodi. §. quibus. ff. de leg. 1. Sed hæc omnia ſuo loco explicabuntur fuſius & accuratius, quæ ſtrictim hic attigimus: vt interim admoneantur ſtudioſi, quorum gratia hæc à nobis ſcribuntur, quantum momenti habeant hæc veluti principia, ad rerum obſcuriorum, quæ ſequuntur, declarationem.

Cap. VI.

De variis coniunctorum generibus inter quos locum habet ius accreſcendi.

TRiplici modo intelligi coniunctionem poſſe, Iulius Paulus ait, leg. triplici. de verbor. ſignific. l. re coniuncti. de leg. 3. Quidam enim ſunt coniuncti re tantum, quibus eadem res legatur, vel eadem hæreditas relinquitur, ſed ſeparatim ac diuerſis orationibus, veluti, Titio fundum Cornelianum lego, Sempronio fundum Cornelianum lego: Titius hæres eſto, Sempronius hæres eſto. Alii ſunt re & verbis coniuncti, qui non ſolum ad eandem rem vocantur, ſed eam coniunctim & eadem oratione vocantur: veluti, Titio & Sempronio fundum Cornel. do lego: Titius & Sempronius hæredes ſunto. Alii enim ſunt coniuncti verbis tantum, non etiam re: quoniam tametſi res eadem eis legetur coniunctim, tamen ea res à teſtatore in partes diuiditur: Veluti, Titio & Sempronio fundum æquis partibus do lego: Titius & Sempronius æquis partibus hæredes ſunto. Sed cur diſiuncti à Iuris auctoribus dicuntur, quos re tantum coniunctos hic vocamus? Sic enim eos vocat Iuſtinianus in Conſtitutione ſua de caducis tollendis. §. his ita. Reſpondeo diſiunctos ideo à Iuſtiniano dictos eſſe, quia nulla inter eos eſt coniunctio, præter communem omnibus & generalem: quia videlicet ad eandem rem vocantur: quod in omnibus coniunctorum generibus accidit, vt mox demonſtrabimus. Cum igitur hi minus coniuncti ſint, quam cæteri, fit nonnunquam, vt comparati cum cæteris, diſiuncti appellentur. Sic obligatio naturalis comparata cum ciuili, aliquando dicitur obligatio non eſſe: tametſi obligatio in naturalem & ciuilem diuidatur. l. fideiuſſor obligati. ff. de fideiuſ. Illud quoque in dubitationem venire poteſt, num rectius re & verbis coniuncti videantur dici, quos verbis tantum coniunctos dicimus. Certum enim eſt, eandem rem ſingulis legari: alioquin ne coniunctio quidem vlla eſſet, vt ante diximus. l. huiuſmodi. §. quibus. ff. de legat. 1. Verum non ideo dicuntur coniuncti re non eſſe, quod res eadem non legetur eis, ſed quia teſtator rem in partes diuidit. Ex quo apparet, re coniunctos, & re diſiunctos duplici ſenſu accipi poſſe. Ac ſi quis forte peruicacior ex ὀνοματομάχων natione, hos, de quibus loquimur, velit re & verbis coniunctos appellare, cum eo nullum mihi futurum eſt certamen. De rebus enim magis, quam de verbis ſolicitos eſſe nos oportet in docendo, auctore Platone. Res igitur ita ſe habet: qua intellecta, per me licet, vt quiuis arbitrio ſuo nomina imponat, niſi malit receptis vſitatiſque contentus eſſe, quæ nec inepta, nec temere immutanda iudicamus. Interdum plures ad eandem rem vocantur, nec vlla eſt inter eos alia coniunctio: vt in hoc exemplo, Titius hæres eſto, Sempronius hæres eſto. Ac inter hos reperitur differentia. Quibuſdam enim legatur res ſine diuiſione partium: vt in exemplo ſuperiore: aliis leguntur partes rei diuiſæ à teſtatore: vt in hoc exemplo, Titio dimidium fundi lego, Sempronio dimidium lego. Et quamuis hi omnes re coniuncti ſint, tamen alii magis coniuncti, alii minus coniuncti quodammodo ſunt. Et multum refert, an hoc vel illo modo vocentur. C. de cadu. tollen. §. ſin vero non omnes. Interdum vocantur ad eandem rem coniunctim, eademque oratione: & horum duo ſunt genera. Quidam enim coniunguntur ſine diſtributione partium: veluti, Titius & Sempronius hæredes ſunto. Alii coniunguntur cum partium diſtributione: veluti, Titius & Sempronius æquis partibus hæredes ſunto. Nec dubium eſt, quin ex his alii magis coniuncti ſint, alii minus, quod vel cum diuiſione partium, vel ſine diuiſione, teſtator eos coniunxerit: idque ſuo loco explicabitur. Hæc eſt ſimplex & rudis deſcriptio coniunctionum: quam diffuſior & accuratior tractatio mox ſequetur.

Cap. VII.

Qui ſint re coniuncti, & an inter eos habeat locum ius accreſcendi.

QVi ſint coniuncti re tantum, re & verbis, ac verbis tantum, & quod inter eos ius ſit accreſcendi, iam à nobis dictum eſt. Sed vt via & ratione procedat diſputatio noſtra, vtrumque plenius & ſubtilius tractandum atque explanandum eſt, ſingula coniunctorum genera percurrendo, quorum ſupra meminimus. Et vt ab iis incipiamus, qui re coniuncti ſunt, plerunque occurrunt ſpecies huiuſmodi, in quibus, an talis ſit coniunctio, non facile eſt iudicare: quæ ad ſupra ſcriptam regulam exigendæ atque examinandæ ſunt. Id autem vel ex verborum vi, quibus teſtator vſus eſt, vel ex coniectura voluntatis æſtimare oportet. Ac ſæpe contingit, vt teſtator duobus eandem rem legando, vtrunque velit ſolidum capere: quo caſu coniuncti non ſunt, nec concurrunt in eandem rem, ſed vnus rem ipſam conſequitur, alter eiuſdem rei æſtimationem. l. ſi pluribus. 33. ff. de leg. 1. Et hoc facile præſumitur, cum à ſingulis hæredibus eadem res ſingulis legatur: ac idcirco dicitur inter eos ius accreſcendi non eſſe, quaſi coniuncti non ſint. l. pen. ff. de vſufr. accreſ. l. quid ergo. §. ſi quis duos. de leg. 1. Non igitur vſquequaque verum eſt, quod vulgo dicitur, in re legata à diuerſis hæredibus, non eſſe ius accreſcendi. Iure quidem antiquo, cum duobus ſeparatim legabatur eadem res per damnationem, ſingulis ſolidum debebatur, vt Caius atque Vlpianus in Inſtitutionibus oſtendunt. Sed differentiæ huiuſmodi legatorum ſublatæ ſunt, ac coniuncti in eandem rem hodie intelliguntur, niſi manifeſtiſſimè appareat teſtatorem voluiſſe, ſingulis ſolidum præſtari. §. ſin autem diſiunctim. Cod. de cad. tol. An idem dicendum ſit in ſumma, ſeu quantitate legata, quæritur: vt puta, ſi ita legatum ſit, Titio decem lego, Sempronio decem lego: aut ita, Titio & Sempronio decē lego. Et mihi videtur duplex quæſtio hic eſſe. Vna eſt an teſtator multiplicare decem voluerit, an potius eadem decem legare. Altera an coniuncti ſint Titius & Sempronius: quo caſu vna tantum ſumma ambobus debetur ex voluntate teſtatoris. Quod ad priorem quæſtionem attinet, exiſtimo ſi ſemel tantum ſumma expreſſa ſit, vt in hoc exemplo, Titio & Sempronio decem do lego: decem tantum non dena, eis legata intelligi. l. ſi quis teſtamento. ff. de leg. 2. l. eum qui ita. ff. de verb. obl. Si vero ſumma bis adſcripta ſit dena, id eſt, ſingulis decem, legata videri: niſi contraria teſtatoris voluntas appareat: nec referre ſeparatimne, an eadem oratione conceptioneque legatum ſit. Non enim aliter à verbis recedendum eſt, quæ ſatis clara ſunt pro legatariis, cum teſtator bis decem ſcripſit. l. non aliter. ff. de leg. 3. Nam & Celſus idem ſcribit, cum eadem quantitas vni legata eſt, tam in teſtamento, quam in codicillis poſt teſtamentum factis. l. quinquaginta. ff. de probat. quaſi credibilius ſit, teſtatorem duplicare legatum voluiſſe, quam ideo id repetiiſſe in codicillis, quod ſe in teſtamento legaſſe oblitus eſſet. Quare cum legatarius duas ſcripturas oſtendat, hæres poſteriorem inanem eſſe dicat, hæres, inquit Celſus, id probare iudici debet. Proinde & in hac ſpecie duplicatam eſſe ſummam intelligimus propter ſimilitudinem rationis. Nam ſicut in ſpecie Celſi, in qua duæ ſcripturæ ſunt, & vnus tantum legatarius, creditur ſumma duplicata eſſe: ita etiam in hac ſpecie, in qua duo legata ſunt, & duæ ſummæ expreſſim adſcriptæ duabus perſonis. Coniecturæ ſiquidem eæ non minus profecto efficaces ſunt, quam illa Celſi, vt diſſimilitudo vtriuſque ſpeciei varium ius inducere

ducere non debeat. Nec verò nos mouere debet, quod de ſpecie legata ante diximus, cum ſpeciei & quantitatis magna ſit differentia ac diſſimilitudo. Eadem enim res ſæpius præſtari non poteſt, ne volente quidem teſtatore: quamuis ob voluntatem teſtatoris interdum præſtetur res, & eius æſtimatio. At eadem ſumma volente teſtatore multiplicari poteſt. leg. plane. §. ſi eadem. ff. de legat. 1. Sed nec Diui Pij reſcriptum huic aduerſatur ſententiæ, quo reſcripto imponitur legatario neceſſitas probandi, teſtatorem multiplicare legatum voluiſſe, cum quantitas eadem in eodem teſtamento ſæpius legata eſt: tametſi difficilis habeatur hæc antinomia, vt vix reſcriptum hoc Pij cum reſponſo Celſi quis conciliare queat. Sed diſſimilitudine vtriuſque ſpeciei animaduerſa, non adeo difficilis futura eſt explicatio. Nam in ea ſpecie de qua reſcripſit Pius eidem perſonæ, eodemque teſtamento bis legatum fuiſſe proponitur. Quare cum nulla appareat ratio, cur maluerit teſtator bis decem, quam ſemel viginti legare: ſic interpretamur eius voluntatem, quaſi aut oblitus, aut non cogitans ſe decem ſemel legaſſe, eandem ſummam repetierit. Quæ coniectura ceſſat in diuerſis perſonis, nec ideo coniicimus, teſtatorem legaſſe decem Sempronio quod non meminerit, aut non cogitarit ſe decem prius legaſſe Titio. Ac ne in diuerſis quidem ſcripturis, ex interuallo factis, locus eſt huic coniecturæ, etſi vni tantum perſonæ in vtraque ſcriptura legatum ſit, leg. quinquaginta. Nam in eodem teſtamento, qui viginti legare vult, non ſolet bis decem legare: ſed in diuerſis teſtamentis hoc plærunque accidit, ideoque præſumitur teſtator, qui decem legauit teſtamento, & tantundem codicillis, priori ſummæ parem adiicere voluiſſe, vt Celſus ſcribit. Coniecturæ tamen huiuſmodi, ne quid diſſimulemus, leuiculæ ſunt: ſed cum in ſtatu coniecturali verſatur quæſtio, eas in re dubia amplectemur, ſi aliæ fortiores deficiant quibus voluntas contraria oſtendatur.

Altera ex duabus propoſitis quæſtionibus hæc eſt, an coniuncti dicendi ſint legatarii, quo caſu apparet teſtatorem non dena, ſed decem tantum ambobus legaſſe: vt in hoc exemplo, Titio & Sempronio decem lego: vbi ſumma non repetita, ſed ſemel tantum prolata eſt. Et probabiliorem exiſtimo opinionem eorum, qui putant nullam hic coniunctionem eſſe, quaſi ſummæ diuerſæ ſingulis legatæ ſint. Argum. leg. huiuſmodi. §. quibus. ff. de leg. 1. Nam enumeratione perſonarum videtur ſumma diuiſa eſſe, perinde ac ſi teſtator ſingulis legaſſet quinque. leg. cui fundus. ff. de condit. & demon. Quod & in omnibus aliis rebus, numero pondere aut menſura conſtantibus, admittendum eſt: quarum rerum ea eſt natura, vt numero commode diuidantur. leg. cum Stichus. ff. de ſol. Solet quoque hæc ſententia confirmari quodam Scæuolæ reſponſo quod legitur cap. vlt. tit de l. 2. his verbis: Seio quem hæredi ſubſtituerat, ita legauit: Seio ſi mihi hæres non erit, & vxori eius Marcellæ, argenti libras xv. dari volo. Quæro cum Seius hæres extiterit, an Marcellæ legati dimidia portio debeatur? Reſpondi ſecundum ea, quæ proponerentur, deberi. Sed in eo reſponſo de parte ea tantum agitur, quæ dicebatur eſſe legata vxori, non de altera, quæ ei deberi ob coniunctionem videbatur: vt alibi oſtendemus, capit. 15. libro 2. In hac autem quæſtione maxime ſpectāda eſt voluntas teſtatoris, propter quam legatarii interdum coniuncti eſſe, & ad eandem rem vocati intelliguntur: veluti ſi teſtator vtrique ſe eadem decem legare dixerit. §. 1. Inſtitut. de duobus reis. Qua ratione ſi quis vnam ſummam filiabus legauerit, coniunctim legaſſe dicitur, quod expreſſa non ſit enumeratio perſonarum, ideoque nec diuiſa ſumma, teſtatoris voluntate. leg. qui quartam. §. vltim. de legat. 1. Interdum teſtator ſic legat duobus, vt legatum priori ademptum transferat in poſteriorem: vt in hoc exemplo apud Caium, Quod Titio legaui, id Seio do lego, leg. ſicut. ff. de adim. leg. §. vltim. Iuſtitut. de adempt. leg. Nam multum intereſt, an ſimpliciter quis leget fundum duobus ſeparatim, vt ante diximus, an vero poſterius legatum ſub commemoratione primi relinquatur, vt tacitam ademptionem contineat. leg. non ad ea. 88. ff. de condit. & demon. Nec mouere nos debet Iuliani ſententia, quæ pleroſque mirum in modum conturbauit in hac diſputatione. leg. Iulianus. 15. de hæred. inſtitu. l. triplici. ff. de verbor. ſignific. Exiſtimauit Iulianus ſi teſtator ita dixerit, Titius ex ſemiſſe hæres eſto, Sempronius ex ſemiſſe hæres eſto, ex qua parte Titium inſtitui, ex eadem Mæuium inſtituo: exiſtimauit, inquam, Iulianus, Titium & Mæuium in vnum atque eundem ſemiſſem coactos & coniunctos eſſe: tametſi poſterior inſtitutio ſub commemoratione prioris facta ſit, & poſterioris verba ad priorem referantur, ſicut in exemplo tacitæ ademptionis, quod apud Caium extat. d. ct. leg. ſicut. Sed diſſimiles ſunt hæ ſpecies, ſi quis non oſcitanter eas expendere voluerit. Nā in ſpecie Iuliani, poſterior inſtitutio cum commemoratione prioris ita fit, vt verba non ad ius ipſum hæreditarium, quod prior habet, referantur, ſed ad partem ex qua inſtitutus eſt. Non enim ita dicit teſtator, Quam hæreditatem reliqui Titio eam Mæuio relinquo, &cæt. His igitur verbis, Ex qua parte Titium inſtitui, &cæt. oſtendit ſe velle Titium hæredem eſſe, ſed ita, vt quod ad partem ei adſcriptam attinet cum Mæuio poſterius inſtituto concurrat. In exemplo Caii verba teſtatoris, Quod Titio legaui, ad rem legatam omnimodo referuntur, atque ideo tacitam ademptionem continere dicuntur. dict. leg. ſicut. Quamobrem ſi poneremus teſtatorem ita dixiſſe, Titio dimidiam partem fundi lego: deinde, Quam partem Titio legaui, eam Seio do lego: non video cur idem dici non poſſit, quod in ſpecie Iuliani, quam ſupra recitauimus. Nam in exemplis huiuſmodi dubium non eſt, quin teſtator velit, vtrunque hæredem aut vtrunque legatarium eſſe: ſed quæſtio eſt, quam partem hæreditatis aut legati capiant. Quid, ſi vni totum, alteri pars legetur, aut vni generaliter, alteri ſpecialiter? Accurſiani Doctores verba ex vulgaribus Dialecticorum ſcriptis mutuati rem obſcuraſſe potius, quam explanaſſe, mihi videntur. Nos à ratione loquendi auctorum, quos interpretamur, quam minimum deflectentes, exempla ac ſpecies, de quibus oritur quæſtio, commodius explicaturi ſumus. Pone igitur teſtatorem ita legaſſe, Titio fundum Cornelianum lego, Sempronio dimidiam partem eius fundi lego. Qua in ſpecie vulgo creditur nulla coniunctio eſſe, quod teſtator tantum adimat Titio, quantum adſcribit Sempronio ſecundum conſtitutionem Iuſtiniani, qua derogatum eſt iuri antiquo. leg. quæſtio. Codic. de leg. Ego vero hos coniunctos eſſe arbitror: quia hęc ademptio non impedit, quo minus ambo ad partes eiuſdem rei vocentur: id quod ex ſupra ſcriptis non difficile eſt intelligere. Quod ſi vni generaliter, alteri vero ſpecialiter legatum ſit, nulla coniunctio eſſe intelligitur: ſed legatum ſpeciale derogat generali. leg. vxorem. 39. §. feliciſſimo. ff. de leg. 3. leg. ſeruis vrbanis. 97. §. vltim. eodem. titul. Exempli gratia, teſtatoris ſerui omnes vernæ ſunt: ſed ex his quidam ſunt curſores; Titio vernas legauit, curſores Sempronio. In hoc exemplo quamuis ſecundum verba teſtatoris, videantur curſores vtrique legati eſſe, tamen ea ſic interpretamur coniectura voluntatis, quaſi legauerit Titio vernas omnes, exceptis curſoribus Sempronio legatis. Generali enim ſermone non creditur eos complecti voluiſſe quos alteri ſpecialiter legauerat. Ideo autem in ſuperiore ſpecie, magis quam in iſta, dicitur eſſe coniunctio, quia in illa partes indiuiſæ ſingulis attribuuntur ex voluntate teſtatoris, quæ coniunctionem non impediunt: hic ſpecies certæ ſingulis debentur, quaſi ex pluribus ſpeciebus vni legatis teſtator ademerit vnam, & alteri adſcripſerit. Sed cur non idem dicimus cum Titio optio ſeruorum legatur, Sempronio Stichus, qui ex numero ſeruorum eſt? Nam Titius Stichum optare poteſt, & ſi eum optauerit, coniunctus cum Sempronio intelligitur. l. ſi domino Stichus. 102. ff. de leg. 1. Sed legatam optionem Titio non perinde accipere hic debemus, ac ſi teſtator ſeruum generaliter legaſſet; quo caſu ſpecies derogaret generi. Cum enim teſtator non ſimpliciter legauerit Titio ſeruum, ſed dederit ei facultatem eligendi quem vellet, ex ſeruorum numero, hæc verba ſic interpretari nos oportet, ne fruſtra videantur adiecta fuiſſe, vt Titio quemlibet ſeruū eligere, nullo excepto, liceat. Alia proponitur ſpecies, Cū quis Titio fundum, & Sempronio fundi vſumfructū legauit: Et certum eſt, Titium & Sempronium in vſufructu coniunctos eſſe, & vſumfructum inter eos communicari. l. ſi alii. ff. de vſufr. leg. l. ſi decem. ff. de vſufruct. ear. rer. quæ vſu conſu. Vtrunque enim legatum ſpeciale hic eſt; ideoque

mirum non eſt, ſi alterum alteri non deroget. Ac ſi obiecerit quis ſeruitutem vni legatã eſſe, id eſt, ius fruendi ſeparatũ à proprietate, alteri facultatem percipiendorum fructuum, coniunctam cum proprietate, ideoque non videri coniunctos propter rerum ſingulis legatarum diuerſitatem. Not. l. rectè dicimus. de verb. ſignific. Huic reſpondeo, vtriq; rem eandem, id eſt ius percipiendi fructus ex fundo, legatam eſſe: quamuis id ius coniunctum cum proprietate, aliquid proprium habeat, quod ſeparatum à proprietate non habet, vt nos alibi oſtendimus, l. ſi ita ſtipulatus. ff. de verb. oblig. Argumento illud eſt, quod is cui legatus eſt fundus, vſumfructum petere poſſe ab hærede dicitur. leg. Mæuius. §. fundo. ff de leg. 2.

Cap. VIII.

De coniunctis re & verbis.

CVm præter communem illam & generalem coniunctionem, quæ inter eos reperitur, qui ad eandem rem vocantur, illud quoque accedit, vt ſimul & eadem oratione vocentur: hi re & verbis coniuncti dicuntur, niſi partes diuiſæ ſint à teſtatore, vt mox docebimus. Exempla huius coniunctionis varia apud Paulũ leguntur c. 142. ff. de verb. ſignific. Titius & Mæuius hæredes ſunto, Titius Mæuiuſq;, Titius cum Mæuio, &c. l. triplici. Quoniam autem in hoc genere coniunctionis, eandem rem pluribus relinqui, & eos re coniungi neceſſe eſt, quæ ſuperiore capite dicta ſunt de re coniunctis, quaſi hic repetita intelligi debent, ſicut & ea, quæ dicturi ſumus capite ſequenti, de his qui verbis coniuncti ſunt. Nam vbi intellexerimus, qui ſint re tantum, & qui verbis tantum coniuncti, facile erit re & verbis coniunctos cognoſcere. Vt enim rei coniunctioni addita coniunctio orationis, ſic à coniunctione verborum detracta partium diuiſio, hoc genus conſtituit.

Cap. IX.

De iis qui verbis tantum coniuncti ſunt.

CVm omnia de quibus ante diximus, concurrunt, id eſt, cum duo ad eandem rem, & eadem ratione vocantur, & præterea accedit diuiſio partium coniuncti verbis, non etiam re, dicuntur. Id quomodo accipiendum ſit, ſupra à nobis demonſtratum eſt, capit. 2. vbi diximus, in hoc quoque genere coniunctionis oportere legatarios ad eandem rem vocari; ſed propter rei diuiſionem in partes eos dici re coniunctos non eſſe. Nec verum eſt, quod nonulli aiunt, ſi duobus diuerſæ res legatæ ſint eadem oratione, legatarios verbis coniunctos eſſe. leg. huiuſmodi. §. quibus. ff. de legatis 1. Cum enim coniuncti non ſint ob diuerſitatem rerum legatarum, vt ſupra oſtendimus, ratio non patitur, vt coniuncti verbis dicantur. Qui igitur ita loquitur inteſtamento ſuo Titio & Sempronio ſingulos ſeruos lego, non tam cõiungere, quam celerius dicere velle iudicandus eſt. Argum. leg. ſi ita quis. ff. de hæred. inſtit. Quamuis autem ii, quos re & verbis coniunctos dicimus, tacite intelligantur partes habere non minus quam hi, de quibus hic loquimur: leg. legata inutiliter. 19. §. vltim. ff. de leg. 1. tamen quia partium diſtributio hic expreſſa eſt verbis teſtatoris, atque ideo eius voluntas certior eſt, mirari debet nemo, cur his verbis tantum coniuncti, illi vero tam re, quam verbis coniuncti dicantur. Proinde reiicienda eſt eorum opinio, qui putant verbis tantum coniunctos eſſe legatarios in hac ſpecie: Titio & Sempronio fundum lego, quod partes habeant ex voluntate teſtatoris. d. l. triplici. Nam in hac cõiunctione verborum, maxime ſpectantur verba teſtoris, quamuis in coniunctione reali, ad mentem ſolam plærunque reſpiciamus: veluti cũ quæritur quantitate duobus legata, an eadem res legata eſſe ambobus intelligatur. Id enim non tantum ex verbis, ſed etiam ex mente teſtatoris iudicandum eſſe docuimus. Duo igitur ſunt neceſſaria in hac coniunctione, quorum vnũ cum miſta etiam coniunctione commune, alterum huius coniunctionis proprium eſt. Non enim ſolum verba hic requiruntur, quæ coniungendarum perſonarum vim habeant, ſed etiam, quæ ad rem in partes diuidendam apta ſint: vt in hoc Pauli exemplo, Titio & Seio fundum æquis partibus do lego dicta leg. re coniuncti. In quo tamen, quia aliquid ambiguitatis eſt, ſpectanda eſt voluntas teſtatoris. Nam his verbis teſtatoris non ſolum coniunctionis, ſed etiam celeritatis & compendii cauſa vti ſolent. dict. leg. ſi ita quis. ff. de hæred. inſtitue. Sed cum verba coniungendi vim habeant, facile creditur coniunctio eſſe, niſi contraria voluntas appareat. Sicut & cum duobus ſeparatim legatur eadem res, coniunctos re legatarios eſſe intelligimus, niſi teſtatorem contra ſenſiſſe oſtendatur. leg. ſi pluribus. ff. de l. 1. Nec mirari quiſquam debet, cur exemplo vſus ſit Paulus ambiguo, & in quo ad coniunctionem faciendam aliquid deſit. Nam exempla, quæ docendi cauſa hic traduntur fere, ſimplicia ſunt ac breuia, vt in eis quædam interdum ſuppleri debeant: alioqui ne valeret quidem legatum in hoc Pauli exemplo, in quo nomen fundi minime expreſſum eſt. leg. ita ſtipulatus. ff. de verb. oblig. leg. poſt. §. gener. ff. de iure dot. idque videtur ſenſiſſe Paulus, cum ait, non coniunctos eſſe, ſed videri, de his loquens, tam qui re, quam qui verbis coniuncti dicuntur, dicta leg. re coniuncti. Nec diſſimiliter Iureconſulti, diſſerentes de conditione arbitraria, vtuntur his exemplis, Si decem dederit, Si Alexandriam ierit: cum tamen accidat plerunque vt nec Alexandriam ire, nec decem dare in arbitrio noſtro poſitum ſit. leg. ſuus quoque. ff. de hæred. inſtitu. leg. vltim. ff. de condit. inſtitut. Atque hinc cognoſcitur vſus exemplorum, quæ in quaque re demonſtranda adducuntur à Iureconſultis, & cur Paulus ea breui conceptione verborum vſus ſit. Sufficere enim ei viſa eſt ea formula, qua admonemur, quoties ex verbis apparet, teſtatorem coniungere voluiſſe legatarios, & quaſi in vnum corpus redigere, eos vere coniunctos eſſe, &cæt. Sed quia de hoc exemplo alius erit poſtea deinde locus, iam ad alia tranſeamus, in quibus quæritur de particularum vi & proprietate in ratione coniungendi. Et certum eſt, ſi teſtator disiunctiua particula vſus ſit, hoc modo, Titio, aut Sempronio lego, coniunctionem legatariorum plerunque intelligi, quod disiunctiua particula pro coniunctiua accipiatur, leg. ſæpe. ff. de verb. ſignific. leg. cum quidam. Codic. eod. Nec video, cur idem non dicamus de ea, quam aduerſatiuam vocant: vt puta, Titio dimidiam, Sempronio autem dimidiam lego. Ac reſponſum Scæuolæ, quod nonnulli pro contraria opinione adducunt, nihil ad rem pertinet, vt infra oſtendemus capit. 15. lib. 2. leg. Lucius. §. quæ habebat. Idem dicendum eſt de nominibus, quæ collectiua dicuntur: vt Filiis meis, aut libertis meis lego: Filii mei, aut liberti mei hæredes ſunto. leg. interdum. ff. de hæred. inſtitu. leg. qui quartam. §. vltim. ff. de leg. 1. Idem & de diſtributiuis. veluti, Quiſquis mihi hæres erit, & Titius filio meo hæres eſto. leg. vlt. C. de impub. Tractari ſolet quæſtio de duabus orationibus, quæ particula copulatiua connectuntur: vt puta, Titio fundum lego, & Sempronio fundum lego. Et plerique; exiſtimant, legatarios verbis coniunctos hic eſſe, quod, & ſyllaba coniunctionẽ facere dicatur, l. ſi ita quis. ff. de hered. inſt. l. ſi hæredi plures. ff. de cond. inſt. Verum in hac coniunctione, non tantum complexus orationum, ſed etiam nominum requiritur, vt Paulus ait, l. triplici. ff. de verb. ſign. Proinde cum in diuerſis orationibus ſeparata ſint nomina hæredum aut legatariorum, non vicina, non coniuncta, non vnita: verius eſt, eos minime cõiunctos eſſe. Nec admittendum eſt, vt copulatiua oratio maiorem vim habeat, ad coniunctionem hanc inducendã, quã ſoluta, quæ copulatiuæ ſimilis eſt: vt cum dicimus, Titio fundum lego, Sempronio fundum lego. Itaq; coniuncti verbis non ſunt legatarii in hac ſpecie, Titio & Mæuio vſumfructum lego, & ſi Titius capite minutus fuerit, eidem vſumfructum lego, quo caſu Titius ex repetitione vſumfructum habeat. leg. 3. ff. qui. mod. vſuſf. amit. Quamuis enim vtrique idem vſusfructus legatus ſit, ideoque ſint re coniuncti, tamen quia nomen Titii in repetitione coniunctum non eſt cum nomine Mæuij, ſed ab eo potius ſeparatum & remotum, coniuncti verbis non dicuntur. Species vero illa apud Scæuolam huic diſſimilis eſt, Prædiolum meum dari volo libertis libertabuſque meis, & quos hoc teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ, &cæt. quia nomina legatariorum, aut demonſtrationes, quæ nominum vice ſunt, coniunguntur. leg. Lucius. 90. §. Lucius. ff. de l. 2. Hęc de verborum coniunctione, quę tam ad miſtam, quam ad eã quæ ſine re eſt, pertinet, vt ſupra admonui. Ex quo perſpicuũ eſt, quam inepta ſit quæſtio hic agitata à quibuſdam, de collectiuis nominibus, an apta ſint ad faciendam coniunctionẽ verbo-

verborum, an miſtam, &c. Nam ſi quis ita dixerit, Filiis meis fundum lego: coniunctio miſta eſt. Si vero ita dixerit, Filiis meis fundum lego æquis partibus, coniunctio tantum eſt verborum.

De effectu coniunctionis & iure accreſcendi, quod ex ea oritur. CAP. X

EX hac coniunctione naſcitur ius accreſcendi, de quo inſtituta eſt hic à nobis diſputatio. Nã ſi plures coniuncti ſint, vel in hæreditate, vel in legato, & pars alicuius defecerit, vel repudiatione, vel alio modo, ea cæteris accreſcit: nec refert, quomodo coniuncti ſint. §. his ita. C. de cadu. tollend. Cum enim Titio & Sempronio (exempli gratia) fundus Cornelianus legatus eſt, Titio omittente partẽ ſuam, Sempronius ideo totum fundum obtinet, quia re vera ei legatus eſt, ſed ita vt vtroq; concurrente partes fiant. l. coniunctim. ff. de l. 3. Olim lege Iulia & Papia, non capientis pars fiebat caduca, & fiſco acquirebatur. Qua lege excipiebantur liberi, quibus ſeruabatur ius antiquum: vt auctor eſt Vlpianus in Inſtitutionibus. Verba eius hæc ſunt tit. de leg. Non concurrente altero, pars eius alteri accreſcebat. Sed poſt legem Iuliam Papiam Poppæam, non capientis pars caduca fit. Idem tit. de caducis. Quod quis ſibi teſtamento relictum, ita vt iure ciuili capere poſſit, aliqua ex cauſa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo. Verbi gratia, ſi cælibi, vel Latino Iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum, vel cœlebs legi paruerit, vel Latinus ius Quiritum conſecutus ſit, aut ſi ex parte hæres ſcriptus, vel legatarius, ante apertas tabulas deceſſerit, vel peregrer factus ſit. Hodie ex conſtitutione Imperatoris Antonini, omnia caduca fiſco vindicantur, ſed ſeruato iure antiquo liberis & parentibus. Et paulo poſt: Item liberis & parentibus vſq; ad tertium gradum lex Papia ius antiquum dedit, vt hæredibus illis inſtitutis, quod quis ex teſtamento non capit, ad hos pertineat, aut totum, aut ex parte, prout pertinere poſſit. Hæc Vlpianus ſcribit in Inſtitutionibus: ex quo intelligimus, inter coniunctos non ſemper fuiſſe locum iuri accreſcendi. Et hanc ob cauſam Iureconſulti veteres ad legem Papiam, id eſt, ad interpretationem legis Papiæ de coniunctis diſſeruiſſe videntur. Sed Iuſtinianus Conſtitutione ſua ſuſtulit omnia caduca, & emendata lege Papia, quæ tempore bellorum ciuilium, fiſci augendi cauſa lata fuerat, ius antiquum reſtituit. C. de caduc. toll. Quod autem diximus, nihil referre, quomodo coniuncti ſint hæredes, aut legatarij, id plenius & accuratius explicandum eſt. Ac in primis illud certi iuris eſt, ſi ex coniunctis re tantum, portio alicuius defecerit, eam accreſcere cæteris, quamuis coniunctim & eadem oratione vocati non ſint à teſtatore. §. ſi eadem. Inſtit. de leg. l. 1. §. interdum. ff. de vſufruct. accreſcen. leg. hæc ſcriptura. l. ſi ſeparatim. ff. de cond. & demonſt. §. his ita. C. de cad. tol. Quod multo magis dicendum eſt de his, qui re ſimul & verbis coniuncti ſunt. De his qui verbis tantum coniuncti ſunt, diſſenſio eſt. Verum exiſtimo ius accreſcendi inter hos quoque eſſe, quamuis ab initio partes habeant ex voluntate teſtatoris: quia diuiſio in partes huiuſmodi, quæ incertæ ſunt, non facit quominus ad eandem rem vocentur. Et hæc ſententia noſtra auctoritate veterum haud dubie nititur. Pomponius capit. 16. de leg. 1. ſcribit, ſi teſtator Titio & poſthumis viriles partes dare voluiſſet, vel etiam id expreſſiſſet, totum legatum Titio deberi, non nato poſthumo. l. ſi duob. §. vlt. Caius & Metianus aiunt, ſi quis ex parte te, & ex parte poſthumũ hæredẽ inſtituerit, legatúve ſimiliter vel fideicommiſſum dederit, eo nõ nato, totum ad te pertinere, quaſi ab initio tibi ſolido relicto. l. 7. ff. de reb. dub. Iuſtinianus in Conſtitutione ſua de caducis tollendis, aperte ſtatuit ius accreſcendi eſſe inter eos, quibus aliquid coniunctim relinquitur: & ait coniunctos propter vnitatem ſermonis quaſi in vnum corpus redactos eſſe. Ex quo intelligimus eum loqui de ea etiam coniunctione, quæ verborum tantum eſt. cui conſentaneum eſt, & quod idem ſcribit in Inſtitutionibus tit. de legat. Si eadem res duobus legata ſit ſiue coniunctim, ſiue disiunctim: ſi ambo perueniant ad legatum: ſcinditur inter eos legatum, Si alter deficiat, quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti ſi quis dicat, Titio & Seio hominem Stichum do lego. Disiunctim ita, Titio hominem Stichum do lego: Seio hominẽ Stichũ do lego. Sed & ſi expreſſerit eundẽ hominẽ Stichũ, æque disiunctim legatũ intelligitur. Nec mouere nos debet, quod Iuſtinianus ibi exemplũ afferat miſtæ tantũ coniunctionis, cum generaliter dicta debeant generaliter accipi, nec ea exemplis reſtringatur. l. regula. ff. de iuris & fact. ignor. Nam qui coniunctionem hic nullam eſſe aſſerunt, ſed feſtinationem potius quandam loquentis, mihi non videntur ſententiam Pomponij ſatis percepiſſe, de qua diſputatur à nobis lib. 2. c. 13. Cur autem ius accreſcendi ceſſat, cum duobus alternis annis legatus eſt vſusfructus, meo iudicio non valde obſcurum eſt, cum res diuerſas magis quam partes eiuſdem rei habeant ex teſtamento, & teſtator certas partes non pro indiuiſo ſingulis attribuat. l. 2. ff. quibus mod. vſusfr. amit. Sed etſi partes vſusfructus inſertæ ac indiuiſæ ſingulis attribuantur, placuit veteribus ius accreſcendi non eſſe, leg. 1. in princ. l. 4. l. penul. ff. de vſufruct. accreſc. hac vt opinor, ratione quia cum vnaquæq; pars hæreat perſonæ, cui adſcripta eſt à teſtatore, deficiente perſona finitur, & ad proprietatem redit. §. finitur. Inſt. de vſufruct. Et hoc inter proprietatem & vſumfructum intereſt.

CAP. XI.

De iure non decreſcendi & an coniuncti ab initio partes, an ſolidum potius habeant.

CVm duobus ſeparatim res eadem legatur, ſinguli ab initio ex ipſa oratione verbiſque teſtatoris ſolidum habent: idque oſtendit Iuſtinianus in conſtitutione ſua de caducis tollendis, cum ait: Sermo teſtatoris omnibus prima facie ſolidum aſſignare videtur. Dicitur enim prima facie, id eſt, primo aſpectu, aſſignari, quia id verborum enunciatio ſtatim oſtendit. Sed vt concurrente vtroque legatario partes fiunt ex teſtatoris volũtate, & alterius petitione legatũ alterius minuitur: ita non petente vno ſolida res apud alterum remanet, non quaſi accreſcens ei, vt legatum augeri videatur, ſed quaſi nullius concurſu diminuta, vt Iuſtinianus ait. Solidum ergo hic aliter accipitur, quam apud Vlpianum & Caium in Inſtitutionibus titulo de legatis, qui ſolidum deberi ſingulis cum dicunt, non partes fieri, ſed vni rem, alteri æſtimationem præſtari volunt. Atque hinc natum eſt diſcrimen iuris accreſcendi, & iuris non decreſcendi, tritum & peruulgatum apud noſtros interpretes. Veteres tamen accreſcere hic etiam dicunt partem deficientem, magis quam non decreſcere, nec tam ſubtiliter hæc diſtinguunt quam à Iuſtiniano factum eſt. l. 1. §. interdum. ff. de vſufruct. accreſc. l. hæc ſcriptura. l. ſeparatim. ff. de condic. & demonſt. Spectarunt hi voluntatem teſtatoris, magis quam verba in ratione loquendi: Iuſtinianus ad expreſſionem verborum magis reſpexit. Hæc de coniunctis re tantum. Coniuncti verbis tantum dicuntur à Paulo partes ſemper habere, l. re coniuncti. Id eſt (vt Vlpianus loquitur) etiam ab initio, leg. plane. §. ſi coniunctim. ff. de leg. primo. Quod recte, & vere dicitur, habita ratione verborum teſtatoris. Sed ſi ad voluntatem magis, quam ad verba reſpiciamus, omnibus coniunctis, cuiuſcunq; generis ſint, totum videtur legatum eſſe. leg. idem Neratius. ff. de vſufr. l. vtrum. ff. de reb. dub. Hinc Celſus, Coniunctim, inquit, hæredes inſtitui, aut coniunctim legari, hoc eſt, totam hæreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri. l. coniunctim. ff. de leg. 3. Et Vlpianus in Inſtitutionibus tit. de legatis, ait, coniunctos facere partes concurſu. Hoc igitur inter re coniunctos, & verbis coniunctos intereſt, quod re coniuncti ex verbis teſtatoris habent ſolidum, ſed partes ex interpretatione voluntatis: contra, verbis coniuncti ex verbis partes, ex voluntate ſolidum habent. Sicut enim re coniunctis prima facie ſolidum dicitur aſſignatum eſſe, quia id ſtatim ex verborum conceptione apparet, ita verbis tantum coniunctis teſtator prima facie partes attribuere videtur. Dicam id planius, ſi potero, vt diſtinctio hæc verborum ac voluntatis facilius intelligatur. Cum re tantum coniuncti ſunt legatarij, verba teſtatoris, quib. ſolidum aperte ſingulis aſſignatur,

interpretamur, quaſi exceptione addita ex mente eiuſdem, Niſi concurrant legatarij,&c. Sin autem verbis tantum coniuncti ſint, verba quibus partes ſingulis attribuuntur, cum exceptione accipimus, niſi alter non petat, quaſi ſolidum eo caſu penes alterum remanere debeat ex voluntate teſtatoris. Cum igitur maior ſit vis atq; poteſtas expreſſæ voluntatis, quam tacitæ,(vt diximus capit.9.) concludendum videtur ex iā dictis ita diſtinguendos eſſe coniunctos re tantum ab iis qui verbis tantum coniuncti ſunt, vt hos ab initio partes, illos ſolidum habere: in his ius accreſcendi, in illis vero non decreſcendi potius eſſe dicamus. Quæſtio eſt de iis, qui re & verbis coniuncti ſunt. Sed verius eſt, eos partes habere, non ſolidum, ab initio. Mouent me Vlpiani verba c.34.de l.1. Si coniunctim res legetur, conſtat partes ab initio fieri, & quæ ſequuntur in eodem loco. Nam & ſi teſtatoris voluntas partes diſtribuentis obſcurior ſit in hac coniunctione miſta, nec tā diſerte verbis expreſſa, quam in ea quę verborum tantum eſt: tamen videtur ad eam expreſſionem propius accedere. Quare ſimiliores hi exiſtimandi ſunt ijs, qui verbis tantum, quam qui re tantum coniunguntur. Præterea conſtitutio Iuſtiniani de ſolido loquens, & iure non decreſcendi, ad re coniunctos tantum pertinet, quos prima facie ſolidum habere Iuſtinianus ait: vt vel hinc ſatis appareat, in cæteris omnibus, qui aut verbis tantū, aut re ſimul & verbis coniuncti ſunt, diuerſum ius eſſe. Effectus autem huius diſtinctionis, ex ſequentibus quæſtionibus apparebit, ne quis forte exiſtimet, nos de verbis tantum inaniter hic contendere.

An inter eos, qui omnino coniuncti ſunt, ſit ius accreſcendi. CAP. XII.

VVlgaris quæſtio eſt, an inter eos, qui omnino coniuncti ſunt, locum habeat ius accreſcendi. De qua quid ſentiendum ſit, non difficile eſt ex capite primo & ſecundo cognoſcere. Itaque ſatis erit, leuiter in hoc loco id attingere, quod pluribus ante explicatum fuit. Et certum eſt in primis, in hæreditate ab inteſtato, ius eſſe accreſcendi, quamuis nulla ſit talis coniunctio, qualem hic deſcripſimus. Sed & ſi vnus tantum ſit hæres aut legatarius, conſtat eum non poſſe pro parte acquirere, pro parte repudiare, l.1.ff.de acquir.hær. l.ſi cui res.60.ff.de l.2. adeo vt ſi forte hæres ſcriptus ſit, non ex aſſe, ſed ex parte, reliqua pars ei accreſcat.l. interdum. §.1.ff. de hæred.inſt. Sed cum plures hæredes ſunt ex teſtamento, aut plures legatarii, pars vnius deficiens accreſcit alteri propter cōiunctionem, vt ſupra diximus. Eſtq; hoc ius accreſcendi, de quo hic ꝓprie loquimur. Illud inter hæredes teſtamētarios & legatarios intereſt, quod nunquam accidit, vt cohæredes coniuncti non ſint, ac idcirco Iureconſ. ſine diſtinctione admittunt inter eos ius accreſcēdi.§.his ita.C.de cad.tol.l. hæredes ſine partibus. 63.ff. hæred.inſt. Inter legatarios vero, ita demum ſi coniunctim eis legatum ſit.l.1.ff.de vſufr.accreſcen. Nam etſi res diuerſæ interdum legentur pluribus legatariis.l. huiuſmodi.§.quibus.ff.de l.1. ita vt in eandem rem non concurrant: tamen neceſſe eſt omnes hæredes ſcriptos eodem teſtamento, quocunq; modo ſcripti fuerint ad eandē hæreditatem vocari. Qua de re ſupra c.5.

CAP. XIII.

Cum legatur ſeruo communi, an inter dominos tanquam coniunctos, ſit ius accreſcendi.

VEterum hæc fuit ſententia, inter dominos nec coniunctionem, de qua hic loquimur, nec ius accreſcendi eſſe cum ſeruo communi legatur. Quam ſententiam refert Celſus filius, cap. 20.ff. de legat.2. Et Proculo inquit placebat, & à patre ſic accepi, quod ſeruo communi legatum ſit, ſi alter dominorum omitteret alteri non accreſcere. Non enim coniunctim, ſed partes videri legatas. Nam ſi ambo vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quem in ſeruo haberent. Non enim hic duobus eandem rem (quod in coniunctione neceſſarium eſt) ſed vni tantum legat teſtator, id eſt ſeruo: quamuis poteſtate iuris acquiratur ſingulis dominis per ſeruum, pro parte dominica, ideoque partes legatæ hic eſſe dicantur. Partes enim legatæ intelliguntur quadam iuris interpretatione. Sed quia verba teſtatoris nō ad dominos, ſed ad ſeruum referuntur, eæ coniunctim legatæ dici non poſſunt, vt admonuimus ſupra c.5. Et certum eſt, ſi verba ad dominos relata eſſent, eos pro æquis partibus, non pro dominicis, legatarios fore.l.legata inutiliter.§.vlt.ff.de l. 1. Ac partes dominicas attribuere legatarijs, neſcio quomodo alienum eſſe videtur à coniunctione teſtamentaria, de qua diſſerimus. Idq; Vlpianus ſignificat c.1.ff.de vſufr.accreſcen. his verbis: Et licet dominis vſusfructus non æquis partibus, ſed pro dominicis acquiratur, tamen perſona ipſius non dominorum, inſpecta, &c. Nec vero coniunctionem hic metimur, ex perſona eorum, quibus acquiritur, ſed quibus legatur. Quare vt coniunctio eſt, cum quod legatur duobus, vni acquiritur, l. ſi duobus. 41.de l.1. ita è contrario, cum res vni legata duobus acquiritur, nulla coniunctio eſt. Alioqui ſi ponamus vni legatum eſſe, qui cum alio ſocietatem coierit, videbitur coniunctio eſſe inter ſocios, quibus legatum acquiritur partibus ſocietatis. Quod nemo vnquam, opinor, dixit, aut poſthac dicturus eſt. Et hæc ad explicandum Proculi Celſique patris ſententiam adduximus, quam retulit tantum Celſus iunior, nec eam aperte ſequi auſus eſt (vt coniicere licet) quod non improbabile videatur, legatarios in ea ſpecie coniunctos eſſe. Iulianus tamen apud Vlpianum ſcribit, ſi communi ſeruo vſusfructus ſit relictus, altero ex dominis repudiante, vel amittente vſumfructum, totum ad alterum pertinere, inſpecta ſerui ipſius magis, quam dominorum perſona. l. 1.§.1.ff. de vſufr. accreſc. Nam quia vſusfructus hæret in perſona ſerui, quandiu viuit ſeruus, arg. l.inter antiquam. l.vlt.C. de vſuf. quoties non poreſt vtriq; domino acquirere pro parte dominica, alteri totum acquirit.l. 1. §. communis ſeruus.ff.de ſtipul. ſer.l. Plautius.ff. ad legem Falcidiam.l.verum.§.ſeruo.ff.pro ſocio. Hac igitur ratione, quod decedit vni ex dominis, alteri accedit quaſi coniuncto, tametſi vere coniunctus non ſit: idque propter ſeruum, in cuius perſona hæret vſusfructus, vt iam diximus. Proinde mortuo ſeruo ceſſat hæc acquiſitio, l. mihi pure. 61.ff.de l.2. quamuis vſusfructus iam quæſitus domino per ſeruum, mortuo ſeruo hodie non finiatur.l. vlt. C.de vſufr. Et hæc de re legata ſeruo communi, non etiam de hæreditate accipienda ſunt. Si enim ſeruus communis hæres inſtitutus ſit, omittente vno ex dominis, tacito iure partes alteri accreſcunt.l. ſeruus. 66.ff. de acquir. hæred. Ne ſcilicet teſtator pro parte teſtatus decedat. leg.ius noſtrum.6.de reg.iur. Nec dubium eſt, quin ius accreſcendi locum habeat in hæreditate, etiamſi nulla ſit coniunctio inter hæredes.C. quando non pet.part.l.ſi ex pluribus.ff.de ſuis & legit.hæred.

CAP. XIIII.

Inter eos qui ſuccedunt ab inteſtato, eſſe ius accreſcendi: nō tamen in liberorum Falcidia.

DIximus, inter eos qui ſuccedunt ab inteſtato, ius eſſe accreſcendi, quamuis coniuncti non ſint hoc genere coniunctionis de quo ante diſſeruimus. Videtur enim lex quodammodo eos coniungere vt pleriq; arbitrantur non abſurde, ſed præter morē loquendi veterum iure Iureconſultorū, apud quos nulla coniunctionis huius, quam vulgo legalem vocant, mentio reperitur. Sed cur locum habeat hic ius accreſcendi, docuimus ſupra c.1. Succedentes autem ab inteſtato vocamus eos, quibus lege defertur hæreditas ſine teſtamento: de quibus, Vlpianus capi. 1.ad Senatuſc. Tertull. Si nemo filiorum, eorumve, quibus ſimul legitima hæreditas defertur, volet ad ſe eam hæreditatem pertinere: ius antiquum eſto. Hoc ideo dicitur, vt quandiu vel vnus filius vult legitimā hæreditatem ad ſe pertinere, ius vetus locū non habeat. Itaq; ſi ex duob. alter adierit, alter repudiauerit hæreditatē, ei portio accreſcet: & ſi forte ſit filius & patronus, repudiante filio patrono defertur. Et Marcellus c.9.de ſuis & legit. hęredib. Si ex plurib. legitimis hæredibus, quidam omiſerint adire hæreditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeāt: reliquis qui adierint, accreſcit illorum portio: & licet deceſſerit ante q̄ accreſceret, hoc ius ad hæredes eorum ptinet. Alia cauſa eſt inſtituti hęredis, & cohęredis ſubſtituti: huic

huic enim viuo defertur ex ſubſtitutione hæreditas: non etiã ſi deceſſerit, hæredem eius ſequitur. Idem dicendum eſt de iis, qui ſuccedunt iure tantum Prætorio accepta bonorum poſſeſſione: de quibus Vlpianus & Caius tit. de bon. poſſ. In bonorum poſſeſſione ſciendum eſt, eſſe ius accreſcendi. Proinde ſi plures ſint, quibus bonorum poſſeſſio competat, quorum vnus admiſerit bonorum poſſeſſionem, cæteri non admiſerunt: veluti quod ſpreuerunt ius ſuum, aut tempore bonorum poſſeſſionis finito excluſi ſunt, aut ante mortui ſunt, quam petierint bonorum poſſeſſionem. ei qui admiſit, accreſcunt etiam eæ portiones quæ cæteris competunt, ſi petijſſet bonorum poſſeſſionem. Atq; ita intelligendum eſt reſcriptũ Gordiani, cuius hæc verba ſunt: Quoties pluribus liberis, ceſſante legitima ſucceſſione, bonorum poſſeſſio defertur: beneficium edicti perpetui quibuſdam omittentibus, ijs ſolis qui bonorum poſſeſſionem agnouerunt, portionem nõ petentiũ accreſcere, in dubiũ non venit. C. quando nõ pet. part. pet. accreſcan. Quod enim Gordianus ait, Ceſſante leg. tima ſucceſſione, ſic accipiendum puto, vt non tantum inter eos, quibus legibus & iure ciuili defertur hæreditas, locum habeat ius accreſcendi, ſed etiam inter eos, qui ſuccedunt iure tantũ Prætorio, veluti liberi emancipati. §. emancipati. Inſt. de hæredit. quæ ab inteſt. defe. §. emancipatos. Inſtit. de exhære. lib. Quanquam ea verba, quæ ambigua ſunt, aliter quoque accipi poſſunt, vt dicemus c. 20. Sed & inter eos qui exhæredati ſunt quibus competit querela teſtamẽti inofficioſi, ius accreſcendi locum habet. l. ſi ponas. §. vlt. ff. de inoffic. teſta. Ac perinde eſt, ac ſi teſtator inteſtatus omnino deceſſiſſet. Querela enim vnius, totum teſtamentum rumpit, & patrẽ familias teſtatum facit. l. vlt. eod. tit. Ex iam dictis naſcitur quæſtio multum agitata, an ius accreſcendi habeat locum in legitima parte filiis debita, olim ex lege Falcidia, nunc vero ex Nouella conſtitutione Iuſtiniani, quæ ſemis eſt, aut triens, ſecundum numerum liberorum, &c. Authent. de trient. & ſemiſ. Pone quinque filios eſſe, quorum vnus vel deceſſit, vel repudiauit partem ſuam: an quatuor reliqui ſemiſſem integrum habebunt? Et probabilius eſt ceſſare hic ius accreſcendi, cum lex deferens hanc partem filiis ad numerum eorum reſpiciat. Auth. de triente. quod non accidit in hæreditate, de qua diximus c. 1. ac ne in portione quidem debita patronis, in qua dicitur eſſe ius accreſcendi. Sed & aliis argumentis hæc opinio à pleriſque defenditur, quæ mihi firmum ſolidumq; habent. l. ſiue. §. ex duobus. ff. de iure pat. Huius generis illud eſt, Sine coniunctione non eſſe ius accreſcendi, niſi in hæreditate & vſufructu: at bonorum portionem hanc non hæreditatis eſſe. leg. Papinianus. §. quarta. ff. de inoffic. teſt. Sed nugas iſtas iam omittamus.

Cap. XV.

An in contractibus ſit ius accreſcendi.

CVm in contractibus interdum aliqua ſit coniunctio, ſicut in hæreditatibus & legatis, dubitari poteſt, an inter contrahentes ſit ius accreſcendi: vt puta ſi mihi & Titio ſtipulatus ſim decem; qua in ſpecie Pomponius ſcribit ſola quinq; mihi deberi, & quod inutiliter ſtipulatus ſum extraneo, non augere meam partẽ. l. ſi mihi. ff. de verb. oblig. §. quod ſi quis. Inſt. de inut. ſtipul. Atq; hinc generaliter concludere ſolent interpretes, in contractibus non eſſe locum iuri accreſcendi. Si quis tamen velit tergiuerſari, contrariæ opinionis tuendæ cauſa dicet forte probabiliter in ſpecie illa Pomponij, ſtipulationem ab initio non conſtituiſſe in perſona extranei, ideoq; mirum non eſſe, ſi ea pars alteri non accreſcat. Nam ne in legatis quidem erat ius accreſcendi tempore Pomponii, cum legatum ab initio non conſiſtebat in perſona legatarii. l. plane. §. ſi coniunctim. l. huiuſmodi. §. Titio. ff. de l. 1. Vnde exiſtimant quidam, in ſpecie Pomponii locum fore iuri accreſcendi, ſi forte lex ciuitatis aut municipii permittat alii ſtipulari; & extraneus cui ego ſtipulatus ſum, nolit partem habere. Verum probabilius mihi videtur, ne hoc quidem caſu eſſe ius accreſcendi. Leges enim de iure accreſcendi in hæreditatibus & legatis latæ ſunt, quarum ante meminimus cap. 1. l. 5. ff. de vulg. & pup. Nec vero vlla extat lex, quæ ad contractus ꝑprie pertineat, tametſi leges voluntatem certam contrahentium ſeruari iubeant, ſiue de iure accreſcendi, ſiue de alia re agatur, quæ iuris publici non ſit. Adde quod cum tam multi variique loci vbique diſperſi occurrant de iure accreſcendi, nullum tamen caput de contractibus reperitur. Nam titulus de vſufructu accreſcendo, ad legata haud dubie pertinet: quod vel exempla, quæ ſub eo titulo leguntur, ſatis demonſtrant. Et ineptum eſt, quod in contrarium adducitur ex Vlpiano capit. 1 eiuſdem tit. vbi loquitur de vſufructu conſtituto. Conſtituitur enim vſusfructus, qui legatus eſt. Præterea Iuſtinianus in cõſtitutione ſua de caducis tollendis, quaſi ex profeſſo diſſerens de iure accreſcendi, & in quibus caſibus locum habeat oſtendens, de hæreditatibus loquitur, legatis, & donationibus cauſa mortis: nec vlterius progreditur. Deinde non eſt eadem ratio contractuum, quæ hæreditatum aut legatorum, cum vltimas voluntates plenius interpretemur. leg. in teſtamentis. ff. de reg. iur. Proinde ſi quis ſibi ſtipulando, non cauit, vt totum ſibi acquireretur, id ipſius culpæ imputandum eſt. dict. leg. ſi mihi. Certa tamen voluntas contrahentium ſeruanda eſt pro lege, l. iuriſgentium. §. Prætor ait. ff. de pact. quamuis nulla lex de iure accreſcendi in contractibus lata ſit, vt iam diximus. Nec refert an ſtipulatio ſit, an alius contractus. l. ſemper in ſtipulat. ff. de reg. iur. etſi in dubio fiat interpretatio contra ſtipulatorem: nec facile interpretemur, ſingulis promitti aut deberi ſolidum, niſi aliud appareat. leg. quicquid ff. de verb. oblig. Si igitur ſtipulatus ſum mihi decem, & Titio eadem decem: quia ſolidum hac ſtipulatione continetur in perſona vtriuſque, Titio non petente decem integra obtineo, quaſi iure ac creſcendi, aut potius non decreſcendi. Idemq; eſt dicendum, & cum res indiuidua, veluti ſeruitus, in obligationem deducta eſt. Exempli gratia, ſi fundum vendendo, mihi & vicino ſeruitutem recipiam. Quo caſu adiectio vicini pro ſuperuacua habetur, & tota ſeruitus ad me pertinet. l. proprium. ff. com. præd. Natura enim rei quæ indiuidua eſt, non patitur, vt quicquam ex ea decreſcat, aut minuatur. Quid ergo dicemus: ſi res natura quidẽ ſui diuiſionem recipiat, ſed tamen ſine incommodo contrahentium non poſſit diuidi? Iabolenus ex facto conſultus, de fundo quem ſibi & Titio quidam emerat, reſpondit Titii perſonam pro ſuperuacua accipiẽdam eſſe, & totum fundum ad emptorem pertinere. leg. fundus ille. ff. de contrah. emp. Et recte quidem Iabolenus in venditione propter naturam iudiciorum bonæ fidei, in quibus id quod bonum & æquum eſt, tantum ſpectatur. §. in bonæ fidei. Inſtut. de act. ſicut in ſtrictis, quod expreſſum eſt, vel actum eſſe apparet. Non enim ei æquum videbatur, emptorem & venditorem præter conſilium & propoſitum ipſorum, in communionem incidere. Argum. l. ſi quis aliam. ff. de ſolut. De reſponſo Scæuolæ, quod huic videbatur contrarium eſſe, dicemus alibi, l. vxorem. 38. §. agri plagam. ff. de leg. 3.

De donatione tam inter viuos, quam mortis cauſa: de mortis cauſa capione, & aſsignatione libertorum. Cap. XVI.

IVſtinianus in conſtitutione de caducis tollendis, oſtendit quæ à ſe conſtituta ſunt de iure accreſcendi, locum habere in quacunque vltima voluntate, atque etiam in donatione cauſa mortis, quæ ſimilis eſſe legato alibi dicitur. l. vlt. C. de don. cauſ. mort. Ex quo ſatis apparet, diuerſum ius eſſe in donatione inter viuos: ſed excipitur ea, quæ ex liberalitate Principis proficiſcitur: quam pleniſſime interpretari debemus. leg. pen. ff. de conſt. Princ. leg. vltim. C. de præp. agent. in in reb. Extatque Conſtantini hac de re conſtitutio lib. 10. Codic. Cuius hæc verba ſunt: Iubemus vt ſi quis forte ex iis quibus communiter à nobis aliquid donatum ſit, nullo hærede relicto deceſſerit: ad conſortem potius ſolatium, quam ad perſonam aliã, pars decedentis perueniat. tit. ſi liber. imp. ſoc. De mortis cauſa capione controuerſia eſt. Sed puto in ea quoque eſſe ius accreſcendi, ex conſtitutione Iuſtiniani de caducis tollendis, cum mortis cauſa capio inter vltimas voluntates referatur. Vnde reſponſum eſt à Iureconſultis, eum qui iuſſus eſt dare decem hæredibus, tota decem ei qui ſolus extiterit hæres, dare debere. leg. qui duobus. 23. ff.

de condit. & demonſtrat. leg. Thais. §. Stichus. ff. de fideico. libert. Ac longe diſſimilis eſt ea ſpecies in qua Pomponius à cæteris diſſenſiſſe videtur. Proponitur enim apud Pomponium, ita legatum fuiſſe, Si Symphoro & Ianuario centum Titius præſtiterit, fundum ei lego: & quæritur, Symphoro mortuo, an legatum perierit, quaſi defecerit conditio. Nam ſi verba ſpectemus, & iuris ſubtilitatem magis, quam æquitatem amplectamur, non poteſt conditio exiſtere, Symphoro mortuo: ideoq; legatum non debetur. Sed benigna, inquit, interpretatione dicendum eſt, ſi nō poſt mortem Titij Symphorus deceſſerit, debere partem dimidiam Ianuario dare, & partem fundi dimidiam legatarium eſſe cōſecuturum. Cũ enim ex rigore iuris ciuilis intercidat legatum, ſane hęc diuiſio legati conditioniſq; boni conſulenda eſt. In aliis autem ſpeciebus, in quibus dicitur eſſe ius accreſcendi, vel nulla eſt conditio qua deficiente legatum perire dici poſſit, d. l. Thais. §. ſeruus. vel iuſſus eſt legatarius dare hæredibus, non certis perſonis nominatim, vt in ſpecie Pomponij. d. l. Thais & d. l. qui duobus. Cum enim fit mentio hæredum à teſtatore, videtur hæc eius eſſe voluntas, vt quiſquis fuerit hæres, ei detur. De aſſignatione libertorum perſpicua eſt Pomponij Vlpianique ſententia ſub tit. de aſſignā. lis libertis, quorum verba hęc ſunt: Si quis duobus aſſignauerit libertum, & alter in ciuitate eſſe ſine liberis deſierit, alter non, vel viuus ad ſe hæreditatem liberti pertinere noluerit: vtrum portio eius, qui in ciuitate eſſe deſiit, vel repudiauit in familiam redeat? an vero ei potius accreſcat, in cuius perſona durat aſſignatio? Et Iulianus lib. 75. ſcripſit, aſſignationem in huius ſolius perſona locum habere, & ſolum admittendum. Quod verum eſt. Quod ſi non ſine liberis deceſſerit, an cum viuo admittatur? Et puto adhuc ſolum admittendum: defuncto autem eo, liberos alterius ſuccedere, non in familiam libertum redire. Sed ſi ex duobus iſtis alter filios, alter nepotes reliquerit: an ſimul ad legitimā hæreditatem admittantur? Et puto ordinem inter eos faciendum. Nam aſſignatio liberti ſimilis eſt legato aut fideicommiſſo, eandemq; rationem habet; quamuis à legato & fideicommiſſo diſtinguatur. l. aſſignare. ff. de aſſig. lib.

Cap. XVII.

De duobus patronis, quorum alter ius patronatus amiſit.

IVlianus c. 23. de bonis libertor. ita ſcribit: Communi liberto, ſi ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorē ducat; ſiue viuo liberto deceſſerit, is qui extra hanc culpam fuerit, vel ſuperuixerit, partis vtriq; debitæ bonorũ poſſeſſionem ſolus habebit. Nec id mirum videri debet, cum liberti hæreditas non aliter deferatur patronis, quā hæreditas agnatorum, aut cognatorum, de qua diximus c. 1. Vlp. c. 3. ff. de ſuis & leg. hæred. Inteſtato liberto mortuo, primum ſuis deferri hæreditatem verum eſt: ſi hi non fuerint, tunc patrono. Sed quia alius eſt locus Vlpiani c. 13. de iureiurādo, qui videtur Iuliani ſententiæ aduerſari, l. ſi duo patroni. ff. pro explicatione antinomiæ animaduertendum eſt, vt portio hæreditatis alteri patrono accreſcat, duo neceſſaria eſſe. Nā in primis oportet duos reuera manumiſiſſe ſeruum, vel ex alia cauſa patronos eſſe: ſicut duobus eandem hæreditatē delatā eſſe, aut eandem rem legatam eſſe neceſſe eſt, vt portio vnius accreſcat alteri. Itaq; ſi quis doceat ſe ſolum manumiſiſſe eum libertum, de quo quæritur, totum habet iure proprio, non iure accreſcendi. Sed iuſiurandum liberti ad hanc probationem ei non ſufficit, vt puta ſi libertus iurauerit, altero deferente, ſe libertum eius non eſſe. d. l. ſi duo patroni. quia iuſiurandum alterius alteri neque prodeſt, neq; nocet. l. 3. ff. de iureiuran. Secundo, vt ius accreſcendi hic locum habeat, oportet vere defeciſſe ius patronatus in perſona vnius. Quod accidit, ſi is viuo liberto deceſſerit, ſi libertum non aluerit, ſi ad iuſiurandum adegerit, ne vxorem ducat. d. l. communi liberto. l. ſi patronus. 33. eo. tit. l. 5. l. qui cōtra. ff. de iure patronat. Sed huius rei probatio exigitur ab altero patrono: neç ſufficiet iuſiurandum liberti, ſi forte iurauerit ſe alitum non eſſe, aut iureiurando adactum eſſe. d. l. ſi duo. Quid ergo ſi quis alleget iuſiurandum libertis, vt cauſam ipſam amiſſi iuris patronatus, non vt cauſæ probationem? Nam iuſiurandum non ſolum probationis, ſed etiam pactionis & conuentionis vim habet. l. qui iuraſſe. §. vlt. ff. de iureiur. Verum de hac quæſtione dicemus cap. 19.

Cap. XVIII.

Deficere partem, quomodo accipiendum ſit, in iure accreſcendi.

CAuſam iuris accreſcendi duplicem eſſe, conſtat ex ſuperioribus capitibus. Vna eſt hæreditas, aut legatum, &c. de qua cauſa ſatis diſputatum eſt. Altera eſt defectus partis, quæ accreſcere dicitur. Neceſſe enim eſt partem hæreditatis, aut rei legatæ deficere, vt accreſcat alteri. Et Iureconſulti noſtri modo partem hæreditatis, aut rei legatæ, modo hæredem ipſum aut legatarium deficere dicunt eodem ſenſu. §. his ita. & §. vbi autem. Cod. de caduc. toll. §. ſi eadem. Inſtitut. de leg. Apud veteres autem dicebantur triplici modo deficere, quæ vltimis elogiis relicta erant: cuius diſtinctionis meminit Iuſtinianus in Conſtitutione de caducis tollendis. §. & cum triplici. Primi generis relicta dicebantur pro non ſcriptis eſſe, cum videlicet legatum ab initio non conſiſtebat in perſona legatarij. Et ſententia veterum hæc fere eſt, tunc non eſſe ius accreſcendi: quaſi partem quodammodo faciat is, qui ad partem non admittitur. Et crebra occurrunt huius rei exempla in libris Pandectarum: veluti cum Titio & Mæuio legatus eſt ſtichus, qui Titij erat. l. huiuſmodi. 86. & §. ſi Titio. ff. de leg. 1. cum Titio & ſeruo proprio ſine libertate legatum eſt. l. plane. 34. §. ſi coniunctim. ff. de lega. 1. cum duobus legatum eſt, quorum alter non eſt in rerum natura. l. ſi duobus. 16. ff. de lega. 1. & alia huiuſmodi. l. 7. ff. de lega. 2. toto tit. de his quæ pro non ſcrip. habent. Legata igitur huius generis ſubtiliter diſtinguebant antiqui ab his quę initio valebant, & caduca dicebantur: nec id abſq; probabili ratione. Nam quę ab initio non valent, perinde habentur, ac ſi omnino ſcripta nō eſſent, ideoq; remanere penes hæredem debere videntur. Sed iuri antiquo derogauit Iuſtinianus conſtitutione illa de caducis tollendis, quæ poſterior eſt, & voluit quocunq; modo deficiat pars rei legatæ, etiamſi pro non ſcripta ſit, eam accreſcere coniuncto. §. in primo. nec reperitur quidquam exceptũ conſtitutione, præter ea, quæ vt indignis auferuntur. §. quæ au.... Et ita hodie interpretari debemus verba Iuſtiniani in Inſtitutionibus. Si alter deficiat, quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit: totum ad collegatarium pertinet. §. ſi eadem. Inſt. de l. Nam ea conſtitutio edita eſt poſt compoſitionem Pandectarum, nempe Iuſtin. & Paulino Conſulibus, vt ſubſcriptio oſtendit. Eſtq; in ea, compoſitionis noui iuris, id eſt, Pandectarum, mentio. §. ne autem. Quanquam & ante eam conſtitutionem idem lege aliqua ſtatutum fuiſſe indicat Iuſtinianus. Nec alienum eſt, ea verba Iuſtiniani accipi de iure illo antiquo, quod legem Papiam de caducis latam anteceſſit: de qua nos ſupra aliquid diximus c. 10. Sed quæcunq; ea lex fuerit certum eſt, eam iuri, quod in Pandectas relatum eſt, non conſentire, leg. ſi duob. & ſimul.

Cap. XIX.

An illud recte dictum ſit, oportere partem deficere ipſo iure, non ope exceptionis.

QVod vulgo dicitur, cum pars deficit ope tantum exceptionis, non eſſe ius accreſcendi, an verum ſit videamus. Et exiſtimo, nihil intereſſe, vtro modo pars deficiat, propter regulam iuris antiqui, leg. nihil intereſt. ff. de regul. iur. Nec ad rem pertinet locus ille Vlpiani capit. 13. de iureiurando, quem ſupra interpretati ſumus capit. 17. & oſtendimus in in eo agi de probatione, non de iure accreſcendi. Cum autem quæritur, ſi quis contendat alterum ex patronis ius ſuum amiſiſſe, propter iuſiurandum liberti, quod vim pactionis habet: hæc quæſtio multum differt ab Vlpiani quæſtione. Et puto ius accreſcendi non eſſe, quia pars defeciſſe hic non intelligitur, propter conuentionem huiuſmodi, quę inter alios facta eſt. Idemque eſt dicendum, & ſi interceſſerit ſtipulatio, quæ ipſo iure efficax eſſe dicitur. l. ſi vnus. §. pactus. ff. de pact. Conuentio enim inter alios facta, aliis nō prodeſt. d. leg. ſi vnus §. ante omnia. Proinde etſi acceptilatione ſolutum eſſe

rum eſſe ponamus vinculum obligationis, quo libertus patrono adſtringitur, ne id quidem alteri patrono proderit.

Cap. XX.

An ſit ius accreſcendi, cum iure prætorio excluſus eſt is cui duplici iure ſucceſſio defertur: & quæ ſit bonorum poſſeſſio cum re, & ſine re.

VEtus quæſtio eſt, an omiſſa bonorum poſſeſſione ab eo, cui iure etiam ciuili defertur ſucceſſio, pars eius, tanquã deficiens, cohæredi accreſcat. Et certi iuris eſt, cum duplici iure alicui defertur ſucceſsio, id eſt, iure ciuili, & prætorio, repudiato iure nouo, adhuc vetus ſupereſſe. l. quoties duplici. ff. de reg. iur. l. ſuum. C. de iure delib. Quod cũ ita ſit, non videtur ius accreſcendi hic eſſe, quandiu hæreditas iure ciuili põt adiri. Nam ius accreſcendi locum non habere dicitur, niſi cum pars omnino deficit, vt hæredi eam acquirere liberum nõ ſit. C. de caduc. toll. Atq; ita pleriq; accipiunt conſtitutionẽ Gordiani, cum ait, quoties pluribus liberis ceſſante legitima ſucceſſione, bonorum poſſeſſio defertur, portionem non petentium petentibus accreſcere. C. quando non pet. par. pet. Quæ interpretatio admitti poteſt, tametſi aliter nos ea verba interpretati ſumus c. 14. Animaduertimus tamen, iuris noſtri auctores, de ſucceſſorio edicto, in bonorum poſſeſſione ita loqui, vt non videantur iuris ciuilis rationem habuiſſe. l. 1. ff. de ſuc. edict. l. 1. ff. quis ordo in bono. poſſeſ. Vnus eſt loc⁹ præcipuus Inſtitutionum, tit. de bon. poſ. vbi Iuſtinianus ait: Cũ igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſq; per ordinem diſpoſuiſſet, & in vnaquaq; ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures extent diſpari gradu perſonæ: ne actiones creditorum differrentur, ſed haberent quos conuenirent, & ne facile in poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent: ideo petendæ bonorum poſſeſſioni certum tempus præfiniuit. Liberis itaque & parentibus, tam naturalibus, quam adoptiuis, in petenda bonorum poſſeſſione anni ſpatium: ceteris autem agnatis, vel cognatis centum dierum dedit. Et ſi intra hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, eiuſdem gradus perſonis accreſcit: vel ſi nullus ſit, deinceps ceteris bonorum poſſeſſionem perinde ex ſucceſſorio edicto pollicetur, ac ſi is qui præcedebat, ex eo numero non eſſet. Nec facile credendum eſt, Iuſtinianum de his tantum ſenſiſſe, qui iure prætorio, non ciuili, ad ſucceſſionem vocantur. Itaque exiſtimo, cum vnus bonorum poſſeſſionem omittit, eam protinus alteri accreſcere, interim dum is, qui omiſit, iuris ciuilis auxilio vti voluerit. Et eſt hęc bonorum poſſeſſio, quam ſine re Vlpianus dari ſcribit in Inſtitutionibus tit. de bonor. poſſeſſione. Bonorum poſſeſſio, inquit, aut cum re datur, aut ſine re. Cum re ſi is qui accepit, cum effectu bona retineat: Sine re, cum alius iure ciuili euincere hæreditatem poſſit. Idem eodem libro, tit. quemadm. teſt. rump. Si ſeptem ſignis teſtium ſignatum ſit teſtamentũ, licet iure ciuili ruptum vel irritum factum ſit, prætor ſcriptis hęredibus iuxta tabulas bonorum poſſeſſionem dat, ſi teſtator & ciuis Romanus, & ſuæ poteſtatis, cum moreretur, fuit. Quæ bonorum poſſeſſio cum re, id eſt, cum effectu habetur, ſi nemo alius iure hæres ſit. Ac tametſi in Pandectis noſtris hæc diſtinctio non adeo expreſſa ſit, tamen veſtigia eius non obſcura adhuc in illis libris ſuperſunt, præſertim capit. 12. titul. de iniuſt. teſtamento, vbi ita ſcribit Vlpianus: Poſthumus præteritus, viuo teſtatore natus, deceſſit: licet iuris ſcrupuloſitate, nimiaq; ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur: attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas accipere hęres ſcriptus poteſt, remq; obtinebit. Sic enim eſt legendum, licet plerique ſenſum horum verborum non intelligentes, legant, hæreditatemq; obtinebit. Nec diſſimile eſt quod Papinianus ſcribit cap. 84. de acq. hæred. poſt pleraq; alia. Eademq; ratio facit, vt emancipato quoque ſubueniri debeat, qui alterutro caſu rem omnimodo habiturus eſt, id eſt, bonorum poſſeſſionem, nõ quãlibet, ſed cũ re & effectu: vt vel hinc iuſtior ſubueniẽdi cauſa appareat. Hic ſubit animum cogitatio grauiſſimi illius damni, quod amiſſis veterũ Iuriſconſultorum libris fecimus. Cum enim vnus Vlpiani libellus, iſque mutilus ac mendoſus, tantũ nobis adiumẽti adferat ad ius ciuile interpretandũ, facile hinc conіicere licet, quanta ſit, quamq; deploranda alio rũ, qui & multi, & magna eruditione referti erãt, iactura. Sed non minus profecto deploramus quorundam noſtri ordinis hominum ineptias, qui harum antiquitatis reliquiarum contemptu & faſtidio ſibi mirum in modum placent. Ex his nuper quidam in ſuggeſto nonnulla grauitatis ſpecie, diſſentire ſe à nobis teſtatus eſt, in legis neſcio cuius de repetitione dotis interpretatione, ad quam explicandam locus forte vnus ex hoc Vlpiani libro citatus fuerat. Mox valde æſtuans, cum rem aliter expedire nõ poſſet, valeat inquit, Duarenus cũ ſuo antiquo Vlpiano, quem ego vnius oboli non æſtimo: & diſcat prohibitam eſſe à Iuſtiniano iſtorum librorum allegationem, qui non ſunt in corpore iuris. Tales etiam nũc iuris profeſſores reperiri in tanta luce huius ſeculi (reperiri autem? imo honorari & coli) quis paulo cordatior homo non admiretur ac doleat? Sed quid cum hominibus agas curioſitatem noſtram damnantibus, qui ingenti nonnunquam pretio & labore vetuſtos codices nobis comparemus, cum noui quotidie ex officinis librariorum, belli ſcilicet, venuſti ac terſi prodeunt: Verum hos ego ſimiles dicere ſoleo Mummio illi imperatori, qui tam rudis fuit, vt capta Corintho, cum maximorum artificum perfectas manibus tabulas ac ſtatuas in Italiam portandas locaret, iuberet prædici conducentibus, ſi eas perdidiſſent, nouas ſe ab eis repetiturum eſſe.

Cap. XXI.

An pars acquiſita, & poſtea admiſſa, deficere hic dicatur, vt accreſcat alteri.

SI quis rem ſibi acquiſitam, poſtea habere noluerit, aut amiſerit, ea non accreſcit coniuncto, & plerunq; tanquã derelicta occupanti conceditur. l. 1. §. interdũ. ff. de vſufruct. accreſ. Ac deficere partem hic accipimus, quæ repudiatur aut amittitur, antequam acquiſita ſit. Nam & hæreditate adita ſubſtitutio expirat. l. poſt aditam. C. de impub. cui ius accreſcendi ſimile eſt. l. ſi Titio. §. Iulianus ff. de leg. 2. Sed hoc de proprietate intelligendum eſt: quia vſusfructus conſtitutus & poſtea amiſſus, nihilominus ius accreſcendi admittit. d. §. interdum. Cuius diuerſitatis hæc videtur eſſe ratio, quia vſusfructus acquiritur patientia debitoris, quæ tractum temporis habet. l. 3. §. dare. ff. de vſufr. ac idcirco nunquam poteſt dici omnino acquiſitus & conſtitutus eſſe. Hinc Celſus & Iulianus dicebant, vſumfructum quotidie conſtitui & legari, figurata locutione. & animaduertẽdũ eſt, ſi ſtricti iuris ſubtilitatem inſpiciamus, non poſſe vſumfructũ vere acquiri, quia res eſt incorporalis, quæ traditionem non recipit. l. ſeruus. § incorporales. ff. de acq. rer. dom. Vtilitatis tamen cauſa receptum eſt, in quibuſdam cauſis, vt patientia habeatur pro traditione, in vſufructu conſtituendo & acquirendo, d. l. 3. §. dare. Qua ratione fit, vt vſusfructus vindicetur, tit. ff. ſi vſusfruct. pet. & amittatur tempore. l. vl. C. de præſcript. longi temp. Sed priſca ſubtilitas adhuc manet in iure accreſcendi, nec vlla vtilitas exigit vt emendetur, quo ius accreſcendi ceſſet in vſufructu. Nam cuicunq; accreſcat vſusfructus, ſemper eius morte finitur, tandemq; reuertitur ad proprietatem. Sunt & aliquot caſus ab alijs obſeruati & collecti, in quibus poſt acquiſitionem locum habet ius accreſcẽdi, veluti in donatione principis, C. ſi lib. imper. ſoc. in aſſignatione libertorum, l. vtrum. ff. de aſſig. lib. in donatione facta à muliere ſecundo nubente filijs ex priore matrimonio ſuſceptis. l. ſi qua mulier. C. ad Tertul. Item cum minor poſt aditionem hæreditatis in integrũ reſtituitur. d. l. ex contractu. ff. de re iud. Quo tamen caſu, pars deficiens cohæredi inuito non accreſcit, ex conſtitutione Seueri. l. ſi minor. ff. de acq. hęred. Ad hæc cum hæres priuatur hæreditate, quia non paret voluntati defuncti, ſecundum nouam Iuſtiniani conſtitutionẽ, pars ei adempta accreſcit cohæredib. Auth. de hęr. & falc. §. ſi quis autẽ nõ implens. Excipi quoq; ſolet querela teſtamẽti inofficioſi in qua dicitur ius eſſe accreſcendi poſt acquiſitionẽ, &c. Argumẽto eſt, ꝙ Paul⁹ ait c. 23 de inoffi. teſta. ſi duo ſint fratres exhæredati, & ambo de inofficioſo teſtamẽto egerint, &

vnus poſtea conſtituit non agere, pars eius alteri accreſcit, &c. Cum enim is qui agit de inofficioſo hæreditatem petat, leg. qui de inofficioſo. eod. tit. l. ſi quis filium. Cod. eodem. & teſtetur ſe velle hæredem eſſe: neceſſe eſt, vt dictum Pauli intelligamus, quaſi poſt aditam hæreditatem pars non agentis accreſcat alteri. Sed in eo falli videntur huius ſententiæ auctores ac defenſores, quod non animaduerrunt, ius accreſcendi locum habere, donec pars acquiſita ſit, vt ante diximus l. 1. §. interdum. ff. de vſufr. accreſc. Hac enim petitione non acquiritur agenti hęreditas, quę nõdum ei delata eſt. Argum. leg. delata. ff. de verb. ſignific. Alioqui alter conſtituens non ideo pro repudiante haberetur, d. leg. ſi ponas. cum hæreditas ſemel acquiſita non poſſit repudiari. Similis eſt fere vſusfructus ratio, quem ideo dicimus ſemper ius accreſcendi admittere, quia nũquam vere ac proprie acquiſitus eſſe intelligitur. d. §. interdum.

FRANCISCI DVARENI DE IVRE ACCRESCENDI,

LIBER SECVNDVS.

Quomodo accreſcat pars deficiens, & an inuito tantum accreſcat. CAP. I.

CAVSAS iuris accreſcendi liber ſuperior præcipue continet: ſed quia variis modis accreſcit portio deficiens, variæ quoque naſcuntur de ea re quæſtiones, quas in hunc poſteriorem librum coniecimus. Subiecimus ad extremum aliquot exceptiones, quæ effectum iuris accreſcendi (de quo & in priore libro diximus) reſpiciunt. Illud igitur in primis quæritur, quomodo pars deficiens accreſcat? Et receptum eſt, ipſo iure accreſcere, adeo vt noua hæreditatis aditio non ſit neceſſaria, ſed ſemel adiiſſe ſufficiat. leg. ſi ſolus. ff. de acqu. hæred. l. ſed cum patrono. ff. de bonor, poſſeſ. leg. 2. §. ſi duo. ff. de bon. poſſ. ſec. tabul. Deinde quæritur, an pars deficiens inuito accreſcat. Ac tametſi tractatus eſt hic locus non indiligenter libro ſuperiore, & ratio explicata, cur tantum inuito pars deficiens accreſcat, tamen quæ prætermiſſa à nobis ſunt ordinis & methodi cauſa, ea nos hic addemus, diſtinctione vtentes, quæ rem omnem paucis complectatur. Et quia ſeparat Iuſtinianus hæredes à legatariis, exemplum eiuſdem imitabimur, ac de hæredibus primum dicemus. Et conſtitutum eſt à Iuſtiniano, partem hæreditatis deficientem cohæredibus, ſi ſuas portiones agnouerint, etiam nolentibus accreſcere. §. his ita. C. de caduc. tollend. Quod multo magis eſt dicendum, ſi cohæredes poſtea adierint, quam pars defecit. Vlpianus cap. 38. de acquir. hære. Si duo ſunt hæredes neceſſarii inſtituti, quorum alter ſe abſtinuit, alter poſteaquam prior abſtinuit, immiſcuit ſe: dicendum eſt, hunc non poſſe recuſare, quo minus tota onera hæreditaria ſubeat: Qui enim ſcit aut ſcire potuit, illo abſtinẽte ſe fore oneribus implicitum, ea conditione adire videtur. Ac ſi quis ſubſtitutus cohęredi ſit, videtur inuito potius accreſcere pars debere, quam ſi nulla ſubſtitutio eſſet. leg. ſi quis hæredes. 35. ff. de acquir. hæred. leg. teſtamento. C. de impub. cum inſtitutus ex pluribus partibus nõ poſſit quaſdam repudiare, quaſdam agnoſcere. leg. 2. de acquir. hæred. Nam cum ex vna parte ſit inſtitutus, ex altera ſubſtitutus, non diſſimilis eſt ei, qui ex parte vna pure, ex altera ſub conditione inſtitutus eſt. leg. ſi tu. leg. ſi ſolus. ff. de acquir. hæred. leg. cohæredi. §. cohæres. ff. de vulg. Sed obſeruantur aliqui caſus, in quibus ius accreſcendi in inuitos locum non habet, veluc cum hæreditas alicui per ſeruum, quem habet in poteſtate, defertur. Dominus enim, cui pars vna iam quæſita eſt, alteram poteſt repudiare, quæ poſtea ei delata ſit. leg. ſi ſolus. § vltim. Quamuis aliud dicendum ſit, cum vtraque pars eodem tempore defertur. leg. ſi hæres. 35. Item cum pars hæreditatis ſemel hæredi acquiſita, adimitur ei, quod admonitus non paruerit teſtatoris voluntati: ea pars cohæredi tantum volenti accreſcit noua Iuſtiniani Conſtitutione, tit. de hæred. & falcid. §. ſi quis autem non implens. & §. ſeq. Nec id mirum videri debet, cum ratione quadam ſingulari pars hæreditatis iam quæſita hæredi deficiat. Nam etſi minor, poſteaquam ex parte hæres extitit, in integrum reſtitutus eſt, cohæres eius partis onus ſuſpicere non cogitur. leg. ſi minor. leg. pen. ff. de acquir. hæred. Cui conſentaneum eſt, quod Martianus ait c. 55. de acquir. hæred. Cum hæreditate patris neceſſarius hæres ſe abſtinet, conditionem deferri cohæredi, vt aut totam agnoſcat, aut à tota recedat. Hic enim pars non deficit ipſo iure, ſed beneficio tantum prætoris, quod contra ius ciuile conceditur. Quare hoc edictum Martiani ad alium hæredem qui extraneus ſit, non videtur trahendum eſſe. Supereſt, vt de legatariis dicamus, quibus tantum volentibus partem deficientem accreſcere, Iuſtinianus ait in Conſtitutione de caducis tollendis, §. vbi autem. Sed vix ratio patitur, vt de coniunctis re tantum qui ab initio ſolidum habẽt, id accipiamus: cum nemo partem rei ſibi legatæ repudiare poſſit. l. legatarius. 38. de leg. 1. l. 4. de l. 2. Quod tamen dubitatione non caret, propter conſtitutionem, in qua dicitur, legatariis, ſi habere maluerint, partem accreſcere. Nam tametſi diſtinctio quædam coniunctorum in eo loco ſit circa onus, de quo diximus ſuperiori capite: tamen in hac re ſimpliciter, ac ſine diſtinctione, loquitur Iuſtinianus. Et poteſt non incommode dici, tunc verum eſſe quod dicitur, legatum non ſcindi, cum vni ab initio res legata eſt, non autem, cum duobus, inter quos propter concurſum diuiſio fiat. d. l. 4. de lega. 2. Verum tutius eſt, receptam ſequi opinionem, quæ his verbis Conſtitutionis adiuuatur. Et ideo, ſi onus fuerit in perſonam eius, apud quem remanet legatum, adſcriptum: hoc omni modo adimpleatur, vt volũtati teſtatoris pareatur. Cõcludimus igitur coniunctis tantum legatariis, non etiam diſiunctis licere partem accreſcentem repudiare: quod hi rem vnam habeant, eamq; indiuiduam ex teſtamento: illi plures quodammodo propter diuiſionem teſtatoris.

CAP. II.

An pars deficiens cum onere ſuo accreſcat, & an inter caduca, & ea quæ pro non ſcriptis habentur, aliquid interſit.

IN hac quæſtione mira iuris antiqui varietas fuit: cuius iuris aliqua mentio reperitur in Pandectis. Sed Iuſtinianus conſtitutione de caducis tollendis, hanc, vt opinor, varietatem tollere, & ad ſimplicitatem legibus conuenientem reducere voluit. §. & cum triplici. §. pro ſecundo. Eſt enim ea conſtitutio edita poſt compoſitionem Pandectarum, vt diximus capit. 18. prioris libri. Itaque vt eam conſtitutionem interpretemur, ex qua omnis pendet quæſtio, ſciendum eſt in primis, quod idem Iuſtinianus ait, partem hæreditatis deficientem accreſcere cohæredi, cum onere ſuo, puta legati, aut fideicommiſſi. Verba eius hæc ſunt: Si cohæredes ſunt omnes coniunctim, vel omnes diſiunctim, vel inſtituti vel ſubſtituti, hoc quod fuerit quocunque modo vacuatum, ſi in parte hæreditatis vel partibus conſiſtat, aliis cohæredibus cum ſuo grauamine acquiratur. §. his ita. Ac plerunque occurrunt ſpecies in Pandectis ipſis, in quibus idem ius locum habet. leg. ſi duobus. 16. leg. ciuitatibus. 125. ff. de leg. 1. l. ſi Titio. 63. ff. de leg. 2. Sed hoc perpetuum non eſt leg. Celſus. 29. ff. de l. 2. cum ſimilib. Verum omne ius quod conſtitutioni repugnans deprehendetur, id ei cedere, vt poſteriori, neceſſe eſt. leg. penult. ff. de conſtit. princip. De legatariis idem ſtatuit Iuſtinianus, quod de hæredibus, exemplo veterum Iuriſconſultorum. §. vbi autem, l. ſi quis legata.

gata.63.ff.de condit.& demonſtrat. Eſt enim hic hæreditatis & legati eadem ratio, ne ſcilicet is, qui lucrum amplectitur, onus reiiciat. §. pro ſecundo. Sed addit exceptionem Iuſtinianus, Si quis facere aliquid iuſſus ſit, quod ab alio non poſſit impleri. §. ne autem. quid enim, inquit, ſi teſtator iuſſerit eum in certum locum abire, vel liberalibus ſtudijs imbui, vel domum ſuis manibus extruere, vel pingere, vel vxorem ducere? quæ omnia teſtatoris voluntas in ipſius ſolius perſona intelligitur concluſiſſe, cui & ſuam munificentiam relinquebat. Excipiũtur quoq; legatarij, qui re tantum coniuncti ſunt, & ſolidum habent ex verbis teſtatoris, idq; propter rationẽ in ipſa conſtitutione expreſſam, de qua diximus cap. 11. libri ſuperioris. Quid autem iudicandum ſit de ijs, qui re & verbis coniuncti dicuntur, ex capite eodem cognoſcere licet: prætereà excipiuntur legata, quæ ab initio non conſiſtunt in perſona legatarii, & pro non ſcriptis habentur: de quibus diximus capite decimooctauo eiuſdem libri. Ait enim Iuſtinianus, ea ſine grauamine ad coniunctum peruenire. Nec id à ratione alienum eſt. Nam cum nullo vnquam tempore valuerit legatum, & perinde habendum ſit, ac ſi ſcriptum non eſſet: idem de oneris adiectione dicendum eſſe videtur. Sed dubitatur, an id ius in hæreditate, quæ pro non ſcripta ſit, locum habeat: an vero ad legata tantum pertineat. Et probabile eſt, Iuſtinianum voluiſſe legatum ab hæreditate diſtinguere: tametſi conſtitutionis obſcurus ſit cõtextus. Nam poſt diuiſionem, qua vſus eſt in legatis, §. in primo. §. pro ſecundo. tandem de hæreditate loquens, hæc verba ſubiicit: Hoc quocunque modo fuerit vacuatum, ſi in parte hæreditatis, vel partib. conſiſtat, alijs cohæredibus cum ſuo grauamine acquiratur, &cæt. Quibus verbis ſignificare videtur, nihil referre, an pars hæreditatis caduca ſit, an alio quocunq; modo deficiat. Et quamuis Vacuare verbum dici poſſit ad ea pertinere, quæ aliquando valuerunt, quaſi exinanire ſit, ac vacuum reddere, quod plenum refertumq; eſt: tamen alijs in locis, atq; adeo in ipſa conſtitutione aliter vſurpatum reperitur, dict. §. in primo. Adde, quod ambiguam orationem ſic interpretari debemus, vt vitio incommodoq; careat. leg. in ambigua. ff. de legibus. & Senatuſconſul. Nec ea interpretatio caret vitio, per quam Iuſtinianus de caducis tantum hæreditatibus videatur diſſerere, de alijs omnino tacens, quæ pro non ſcriptis habentur. Nec ſane improbanda eſt ratio diuerſitatis, quæ ab alijs adducitur. Nam onus impoſitum hæredi, quaſi hæreditati ipſi quodammodo impoſitum intelligitur, vt in eum transferatur ad quem tranſit hęreditas. Quod vero adijcitur, legatario, perſonam eius reſpicit. §. ſed vt manifeſtetur. Cod. de cad. toll. vt vna cum perſona, onus quoque pro non adiecto habeatur. Argumento eſt, quod æs alienum pro portione hęreditaria ab hęredibus exoluitur, nõ pro modo legati aut fideicommiſſi. leg. 1. C. ſi cert. pet. An autem ſuperius dicta locum obtineant, etiam in legitima hęreditate, ex Vlpiano intelligitur, cap. 63. de legat. 2. cuius verba hæc ſunt: Iulianus quidem ait, ſi alter ex legitimis hæredibus repudiaſſet portionem, cum eſſet ab eo fideicommiſſum relictum, cohæredem eius cogendum non eſſe fideicommiſſum præſtare: portionem enim eius ad cohęredem ſine onere pertinere. Sed poſt reſcriptum Seueri, quo fideicõmiſſa ab inſtituto relicta à ſubſtitutis debentur, & hic quaſi ſubſtitutus cum ſuo onere cõſequetur adcreſcentem portionem. l. ſi Titio. §. Iulianus. ff. de legat. 2.

Cap. III.

Pro qua parte accreſcat hæreditas, aut res legata, cohæredi vel collegatario.

IVſtinianus in conſtitutione de caducis tollendis, vult hæreditatem accreſcere cohæredibus pro parte hæreditaria. §. his ita. Eademque fuit veterum Iuriſconſultorum ante Iuſtinianum ſententia. l. liber homo. 59. §. cum quis. ff. de hæred. inſtit. quæ coniectura voluntatis probabili nititur. l. quoties. ff. ad Treb. l. 1. Cod. de impub. & aliis ſubſtit. Idem vulgo receptum eſt de legatarijs, quod de hæredibus: & reſponſum eſt à Iaboleno, partem quæ ceſſat, pro portione legati, cuiq; legatariorum accreſcere. l. Mæuio. 42. ff. de legat. 2. Nec ſane perſpicio, quid inter hæreditatem & legatum interſit. Iuſtinianus tamen diſerte ait, pro virili portione partem legati deficientem accreſcere. §. vbi autem. Et in alia parte conſtitutionis ait, quod relictum eſt à legatariis, ſi caducum fiat, nec vllus ſit coniunctus, remanere penes legatarios pro virili portione: quamuis apud hæredes remaneat, non pro parte virili, ſed hæreditaria, niſi nominatim ab vno vel certis hęredibus relictum fuerit. §. ſed vt manifeſtetur. Æquum enim eſt, vt pro qua parte onerati intelliguntur à teſtatore, eandem lucri partem ſentiant. Et certum eſt, multum referre, an hæredes nominatim onerati ſint: cum in legatariis nihil interſit. d. §. ſed vt manifeſtetur. l. turpia. 57. §. vl. l. ſi hæredes. 127. ff. de legat. 1. Cuius differentiæ hæc videtur eſſe ratio: quia cum hæredum mentionem facit teſtator, facile creditur velle eos, vt hæredes teneri, exemplo hæreditariarum obligationum, quibus teneantur hæredes, pro qua parte in defuncti locum ſucedunt, eiusq; perſonam repræſentant, nulla habita ratione emolumenti, quod quiſq; capit ex iudicio teſtatoris. l. 1. C. ſi cer. pet. Quæ ratio locum non habet in legatarijs, qui non in ius vniuerſum, ſed in rem tantum ſuccedunt. Videndum igitur eſt, num opinio illa de parte accreſcente pro portione legati defendi poſſit. Ea enim verbis conſtitutionis ipſius facile refutari poſſe videtur: niſi virilem partem in ea conſtitutione accipiamus, pro parte viri cuiuſq;, etiam ſi æqualis non ſit. Not. in l. virilis. ff. de verb. ſing. Quæ interpretatio, vt in ambigua oratione, probabilis eſt. l. in ambigua. ff. de legib. Nam & in eadem conſtitutione Iuſtinianus, de relictis penes legatarios remanentibus diſſerens, cum animaduerteret ambiguum hoc verbum eſſe, & vereretur ne quis forte, ſic acciperet, vt in ſequenti parte, quæ ad coniunctos pertinet: ipſe ambiguitatem explicare voluit his verbis: Manere hoc apud enumeratas perſonas ſancimus, vt pro virili omnimodo portione. id eſt, pro numero perſonarum. Ac fortaſſis non ſuccurrebat ei, qui conſtitutionem perſcripſit, verbum aliud ſatis aptum, ad eã partem exprimendam, cum pars legataria non recte dicatur, vt hæreditaria, de qua paulo ante dixerat. Et certo certius eſt, multas acyrologias reperiri in huiuſmodi conſtitutionibus Iuſtiniani, quicunq; earum perſcriptor fuerit. At ſi quis obiiciat, videri Iuſtinianum opponere virilem portionem hæreditariæ, ſi quis ea expendat, tam quæ de hęredibus, quam quæ de legatarijs ab eo dicta ſunt: huic reſpondeo, Iuſtinianum non ita diſtinguere hæredes à legatarijs, vt nihil commune habeant. Quod vel ex eo apparet, quia non ſolum hæreditas, ſed etiam legatum cum onere accreſcere dicitur. §. vbi autem.

Cap. IIII.

Portio accreſcens qua actione petatur.

ETſi ex lege magis, quam ex iudicio teſtatoris ſit ius accreſcendi (vt diximus capit. 1. lib. ſuperioris) tamen quia lex ſubſequi videtur in ea re voluntatem aliquam, licet obſcuram, teſtatoris, verius eſt, eadem actione partem accreſcentem peti, qua & eam, cui accreſcit. Non enim res principalis, & pars ei accedens, diuerſo iure cenſeri debent. leg. inter ſocerum, §. cum inter. ff. de pactis dotal. Itaq; quod hæredi acquiritur iure accreſcendi, id partem hæreditariam augere, & pro hæreditaria parte haberi dicitur. l. 5. ff. de vulg. Et Papinianus ait, ſi mihi & tibi eadem res legata fuerit, eam ex meo legato ad ad me totam pertinere. leg. ſi mihi. 12. ff. de legat. 1, &cæt. Hinc Paulus tit. vt legat. nom. caueat. Si ab vno ex hæredibus legatorum ſatis accipimus, cum ab omnibus hæredibus nobis legatum eſſet, ſi pars cohæredis accreſcat promiſſori: in totum fideiuſſores tenentur, ſi ſolidum legatum his cœperit deberi. His igitur argumentis facile demonſtratur, verum eſſe quod iam diximus, eadem actione experiendum eſſe. Hoc amplius addunt alii, portione fundi petita, & abſolutione ſecuta, ſi poſtea pars altera, quæ accreuit, vindicetur, iudicatæ rei exceptionem obſtare. l. ſi Titio. ff. de vſufruct. idque non alia (vt illi exiſtimant) ratione, quam quod eadem actione agatur. Ego vero in exceptione rei iudicatæ, magis ſpectandum eſſe puto, an eadem quæſtio in iudicium reuocetur, & an ex eadem cauſa inſtituatur actio: nec adeo multum referre, quo genere actionis experiamur. l. & an eadem. l. ſi quis cum totum. §. generaliter. ff. de except. rei iud.

Cap. V.

An impuberis cohæredi, hæreditas quoque impuberis accreſcat.

CErti iuris eſt, in diuerſis hæreditatibus non admitti ius accreſcendi, ſed eiuſdem hæreditatis partem alteri parti accreſcere. l. ſi ſub conditione. ff. quib. mod. vſufr. amitt. Quare ſi quis Titium inſtituerit hæredem cum filio ſuo, Titius filio non adeunte, bona teſtatoris, non etiam filii, capiet: diuerſæ enim hæreditates ſunt patris, & filij. leg. 2. §. 1. ff. de hæred. vel act. vend. Si tamen hic cohæres ſubſtitutus ſit in ſecundum caſum filio impuberi, & filius, poſtquam hæres extitit patri, impubes deceſſerit, hæreditas eius cohæredi etiam inuito acquiritur: idq; à Iuſtiniano conſtitutum eſt. l. quidam. C. de iure delib. Et Neratius diſerte ſcribit, accreſcendi iure acquiri: vt merito improbanda ſit eorum opinio, qui putant acquiri potius iure ſubſtitutionis. Verba Neratii hæc ſunt c. 59. de acq. hæred. Qui patri hæres extitit, ſi idem filio impuberi ſubſtitutus eſt, non poteſt hęreditatē eius prætermittere. Quod ſic recipiēdum eſt, etiam ſi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceſſerit. Nam is qui hæres extitit, pupillo quoq; neceſſario hæres erit. Nam ſi ipſum inuitū obligat, coniungi eam paternæ hæreditati, & accreſcendi iure acquiri cuicunque patris hæredi, exiſtimandum eſt. In his verbis Neratij ſingularia quædam obſeruantur. Nam in primis ius accreſcendi locum habet poſt aditam hæreditatem patris à filio, contra regulam ſuperius traditam capit. 21. libri ſuperioris. Quod enim expreſſum eſt Conſtitutione Iuſtiniani, filium extitiſſe patri hæredem, id in ſpecie Neratii pro expreſſo habendum eſſe arbitramur: quia Neratius ait hæreditatem impuberis coniungi hæreditati paternę. Cauſa eſt coniunctio iuris accreſcendi, cum ſubſtitutione pupillari: cui ſubſtitutioni, & poſt aditam hæreditatem locum eſſe dubium non eſt. Illud præterea ſingulare hic eſt, quod non eiuſdem hæreditatis pars alteri parti, ſed hæreditas vna potius alteri hæreditati accreſcit. Verum hoc ideo contingit, quia cum aditione filij confuſæ ſunt hæreditates, pupillaris hæreditas quaſi portio quædam hæreditatis paternæ habetur. Hæc igitur duo aſſumit ius accreſcendi ex natura pupillaris ſubſtitutionis, propter coniunctionem & cōmunionem, de qua iam ſæpe diximus. arg. l. ſi cōmunem. ff. quemadmodum ſeruit. amit. Sed & ſubſtitutio quoq; ipſa viciſſim hoc trahit ex natura iuris accreſcendi, quod ad hæredē tranſmittitur, d. l. qui patri. l. qui duabus. eo. tit. cum alias ad hæredem minime tranſeat. l. ſi ex plurib. ff. de ſuis & legit. hæred.

Cap. VI.

An ius accreſcendi tranſeat in ſucceſſorem.

COnuenit inter omnes, ius accreſcendi in hæredem tranſire, qui in vniuerſum ius defuncti ſuccedit. §. his ita. C. de cad. tollen. l. hęc ſcriptura. ff. de cōd. & demonſtrat. Et hoc differt ius accreſcendi à ſubſtitutione apud Martianum. c. 9. ff. de ſuis & l. hæred. Si ex pluribus, inquit, legitimis hæredib. quidam omiſerint adire hæreditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quo minus adeant: reliquis, qui adierint, accreſcit illorum portio: & licet deceſſerit antequā accreſceret, hoc ius ad hæredes eorum pertinet. Alia cauſa eſt inſtituti hæredis & cohęredis ſubſtituti. Huic n. viuo defertur ex ſubſtitutione hæreditas: non et ſi deceſſerit, hæredem eius ſequitur. Addendum eſt, & ad fideicommiſſarium quoq; ſtatim tranſire, qui loco hęredis eſt, ex Papiniani Vlpianiq; ſententia. leg. Papinianus. 43. ff. ad Trebell. Nec intereſſe puto, fiſcuſne, an priuatus alicui ſuccedat. l. ſi totam. ff. de acquir. hæred. cū fiſcus nihil habeat ſingulare, niſi quod nominatim ei à legibus indultum eſt. l. item veniunt. §. priuatorū. ff. de petit. hæred. Sed quæſtio eſt perobſcura ac difficilis, an portio deficiens accreſcat iis, qui in rē ſuccedunt: cuiuſmodi eſt emptor hæreditatis, vel rei legatæ, aut alij ſimiles. Ego autem in hac quæſtione ſententiam Iuliani amplector: quæ tam aperta eſt, vt probabilibus argumentis eam ſubuertere velle, parum prudentis conſultiq; hominis eſſe videatur. Fundi, inquit, portio, velut alluuio, portioni accreſcit. l. ſi Titio. ff. de vſufr. Quibus verbis oſtendit, ei ad quem tranſit portio, puta emptori, competere ius accreſcendi. At enim venditor, qui pretium habet portionis, eam habere intellgiitur, quaſi in locū rei ſuccedat. l. ſi & rem. ff. de petit. hæred. l. quia. ff. de vſufr. l. ſi quis pecuniam. §. vlt. ff. ſi quis omiſ. cauſa teſtam. Id quod non inficior interdum contingere: ſed Iulianum de vera portione fundi legati ſenſiſſe, vel eo cognoſcitur, quod alluuione interſerit. Quod enim accedit fundo vendito per alluuionem, emptoris lucro eſt, non venditoris, quamuis pretium fundi venditi habeat venditor. l. id quod. ff. de peric. & commod. rei vend. Itaq; ſicut venditor fundi, non ideo fundum habere intelligitur, quia pretium habet, vt commodum alluuionis ipſi acquiratur: ita de venditore hæreditatis, aut rei legatæ, dicendum eſt in propoſita quæſtione. Nam ea ſimilitudine vſum fuiſſe Iulianum credibile eſt, vt ſophiſticis huiuſmodi rationibus viam præcluderet. Quod tamen aſſequi non potuit. Atque eodem modo reſponderi iis poteſt, qui venditorem hęreditatis dicunt hæredem ſemper manere. l. 2. C. de pact. ideoq; etiam ex Iuliani ſententia portionem ipſi accreſcere. Ex iis enim, quæ diximus apparet Iulianum reſpexiſſe ad eum, qui reuera poſſidet rem hæreditariam, vel legatam, non ad eum, qui iuris interpretatione vel fictione quadam rem habere intelligitur. Sed Vlpianus hanc ſententiam magnopere cōnfirmat ſub tit. de acquir. hæred. l. ſi totā. 82. Ait enim ideo hæredi, qui tacite rogatus eſt reſtituere, nihil accreſcere, quia rem non videtur habere. Nam ſi quis in fraudem legis tacite fidem ſuam accommodauerit alicui, vt hæreditatem non capaci reſtituat, ac idcirco fiſcus hæreditatem ſibi vindicauerit: nihil proficiet huic hæredi, quod hæres maneat adempta hæreditate. Not. in l. ex facto. §. Iulianus. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. Itaq; ſiue hæres partem ſuam hæreditatis, ſiue legatarius partem rei legatæ vendiderit, portio deficiens, emptori magis quā venditori accreſcit. Sed & hoc de proprietate accipiendum eſt, non de vſufructu, qui cohæret perſonæ, & perſonæ magis, quam portioni accreſcere dicitur. d. l. ſi Titio. l. interdum. ff. de vſufruct. accreſc. leg. & an eadem. §. qui cum partem. ff. de except. rei iudic. Quod autē obijcitur de his, qui ſuccedunt diuerſo iure, quomodo accipiendum ſit, dicemus c. 19.

Cap. VII.

De variarum coniunctionum permiſtione: & declaratus Pauli locus ad l. Iuliam Papiam.

CVm vnius generis coniuncti tantum reperiuntur, conſtat partem deficientem omnibus accreſcere. §. his ita. C. de caduc. tollen. vt puta ſi ei, cuius pars deficit, omnes re & verbis ſimul, aut re tantum, aut verbis tantum coniuncti ſunt. Sin autem ita coniuncti ſint, vt alii ſint re coniuncti, alii re & verbis, aut verbis tantum: quæritur, quis eorum potior eſſe debeat. Et mihi videtur Paulus ad legem Iuliam Papiam, paucis verbis complexus eſſe quicquid ad hanc quæſtionem pertinet. Præfertur, inquit omnino ceteris, qui re & verbis coniunctus eſt: quod ſi re tantum coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem. Si vero verbis quidem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an coniunctus potior ſit. Et magis eſt, vt ipſe præferatur. Hæc verba quæ alij pleriq; mirabiliter contorquent ac peruertunt, nos veluti παραφραςικῶς ſic intrepretabimur, vt inde appareat, oſtendere Paulum voluiſſe, in omni genere coniunctorum, quis cui præferri debeat. Prima igitur quæſtio apud Paulū eſt, de coniuncto re & verbis. Et ait Paulus, eum ceteris præferri. Quod & Iuſtinianus conſtituit, & adeo certum eſt, vt de eo inter omnes conueniat. d. §. his ita. Altera quæſtio eſt de coniuncto re tantum, quem Paulus ait non eſſe potiorem ceteris, id eſt, ceteris non præferri. Nihil. n. reuera habet, quod ceteris commune non ſit, qui coniuncti eſſe non poſſunt, niſi ad eandem rem vocentur, vt ſupra oſtendimus. Tertia quæſtio eſt, de eo qui verbis tantū coniunctus eſt. Et Paulus ait, verius eſſe, vt is quoque potior ſit ceteris, & eis præferatur, vt puta ijs, qui re tantum coniuncti ſunt. Sic enim interpretor particulam, &, quæ in emendatis codicibus legitur: quaſi hoc ſentiat Paulus non modo eum, qui re & verbis, ſed & qui verbis

verbis tantum coniunctus ſit ceteris potiorem eſſe. Eſt igitur hæc Pauli ſententia (vt ſummatim dicamus) coniunctos etiamſi verbis tantum coniuncti ſint, disiunctis potiores eſſe. Nam is qui deficienti coniunctus eſt verbis, primum eodem iure nititur, quo ceteri, quia ad eandem rem vocantur. Deinde hoc amplius habet, quod coniunctim & eadem oratione eiſdemque verbis vocatur. Vnde Iuſtinianus hos ideo ceteris præferendos ait, quia propter vnitatem ſermonis quaſi in vnum corpus rediguntur. d. §. his ita. Alii quidam exiſtimant Paulum loqui de iis tantũ, qui re & verbis, nõ etiam de iis qui re tantum, aut verbis tantum, coniuncti ſunt; & ſic interpretantur hæc verba; Quod ſi re tantum, &c. quaſi Paulus ſubiiciat ratio nẽ ſententię ſuę, quod ſi ꝑ quia ſi, accipiẽtes, contra morem loquendi Latinorum auctorum. Nam, quod ſi, apud Latinæ linguæ auctores, ſed ſi, ſignificat: vt apud Terentium, Quod ſi quieſſem, nihil eueniſſet mali. Noſtra autem interpretatio, verbis congruit Pauli, à quorum propria ſignificatione non facile recedendum eſt in legum interpretatione. leg. 1. §. ſi is qui nauem, ff. de exerc. act. Deinde rationi iuris conſentanea eſt, atque adeo conſtitutioni imperatoriæ vt iam oſtendimus, d. §. his ita. Huc accedit, quod nullus eſt locus in iure ciuili, cui hæc noſtra interpretatio repugnet, vt nos facile demonſtraturos confidimus, c. 13.

Cap. VIII.

Variis exemplis illuſtratus Pauli locus de permiſtione coniunctorum.

Iam ſatis demonſtratum eſt, quid ſenſerit Paulus de permiſtione diuerſi generis coniunctorum: ſed varietate exemplorum ad rem illuſtrandam opus eſt: ſine qua vix à quoquã intelligi plene poterit; itaque exempla quædam ſatis apposita (vt nobis videtur) collegimus: in quib. qui exercitati fuerint de ceteris quæ proponẽtur, melius & facilius iudicabunt. Et quia eadem eſt hæredum legatariorumq; ratio, de quibus eodem in loco diſſeruiſſe Paulum, inſcriptiones capitum iudicãt, l. re coniuncti. ff. de l. 3. l. triplici. ff. de verb. ſignificat. exemplis quæ vtriuſq; conuenirent, hic vti voluimus.

Commiſtio re & verbis coniunctorum, cum iis qui re tantum coniunguntur.

Titio & Sempronio Cornelianum lego: Caio Cornelianum lego.

Titius & Sempronius hæredes ſunto; Caius hęres eſto.

Hic in parte Titii, Sempronius præfertur Caio, quia re & verbis ei coniunctus eſt.

Aliud exemplum commiſtionis re & verbis coniunctorum, cum re coniunctis.

Titio & Sempronio Cornelianum lego; Mæuio Cornelianum lego; Caio Cornelianum lego.

Titius & Sempronius hęredes ſunto; Mæuius hęres eſto; Caius hæres eſto.

Hic in parte Mæuii non præfertur Caius ceteris, qui re cõiunctus; ſed par eſt omnium cauſa, quia ii ſimiliter re coniuncti ſunt.

Comiſtio re coniunctorum, & verbis coniunctorum.

Titio Cornelianum lego; Mæuio & Caio Cornelianum lego æquis partibus.

Titius hæres eſto; Mæuius & Caius hæredes ſunto æquis partibus.

Hic deficiente Mæuio, Caius Titio præfertur, quia verbis coniunctus potior eſt re coniuncto.

Aliud exemplum cõmiſtionis re coniunctorum cum verbis tantum coniunctis.

Titio & Sempronio Cornelianũ lego; Męuio & Caio Cornelianum lego æquis partibus.

Titius & Sempronius hæredes ſunto; Mæuius & Caius hæredes ſunto æquis partibus.

Hic deficiente Mæuio, Caius ceteris præfertur, quia coniunctus eſt verbis Mæuio. Ceteri re tantum ei coniuncti ſunt, quamuis inter ſe coniuncti ſint re & verbis.

Commiſtio coniunctorum verbis tantum, & re ac verbis coniunctorum.

Titio & Sempronio Cornelianum lego æquis partib. Quã partem legaui Titio, eam Mæuio lego.

Titius & Sempronius hęredes ſunto æquis partibus; Ex qua parte Titium inſtitui, ex eadem Mæuium inſtituo.

Hic deficiente Titio, pars eius accreſcet Mæuio, qui vtroq; modo coniunctus eſt; non Sempronio, qui verbis tantum.

Commiſtio triplicis generis coniunctorum.

Titio & Sempronio Cornelianum lego æquis partibus: Quam partem legaui Titio, eandem Mæuio lego: Caio fundum Cornelianum lego.

Titius & Sẽpronius hæredes ſunto æquis partibus: Ex qua parte Titium inſtitui, ex eadem Mæuium inſtituo: Caius hæres eſto.

Hic Titio Sempronius eſt coniunctus verbis tantũ: Caius re tantum: Mæuius re & verbis ſimul. Quare Titio deficiente, portio eius vni Mæuio accreſcet.

Cap. IX.

Inter coniunctos eiuſdem generis interdum ordinem ſeruari, vt alii aliis præferantur, & explicatum Scæuolæ reſponſum tit. de legat. 2. aliter quam vulgo ſoleat.

Dictum fuit capite ſuperiore inter coniunctos eiuſdẽ generis æqualitatem ſeruari, & partem deficientem pariter omnib. accreſcere: vt puta ſi omnes ſint re & verbis coniuncti. Sed quia inter ipſos alii interdum aliis coniunctiores reperiuntur, dubitatur, an in iure accreſcendi ceteris potiores ſint. Exempli gratia ſi ita ſcriptum ſit, Titius & fratris mei filii hæredes ſunto. l. interdũ. ff. de hære. inſt. Titio & hæredib. meis lego. l. ſi quis Titio. ff. de vſufruct. accreſc. Nam etſi in his exemplis omnes ſint coniuncti re & verbis: tamẽ qui collectim vocantur appellatione filiorum aut hæredum, videntur inter ſe magis coniuncti eſſe. Et quia Iuſtinianus, de coniunctis loquens, ait eos in vnum corpus redactos videri, huius rei demonſtrandæ gratia, vtar ſimilitudine ab ipſis corporibus ſiue collegiis ducta. Et ſi magna eſt ciuium inter ſe coniunctio, tamen interior eſt eorum, qui in collegium aliquod eius ciuitatis cooptati ſunt: cuiuſmodi ſunt magiſtri ac profeſſores omnium artium ac literarum. Arctior vero colligatio eſt eorũ qui eandem artem ſcientiamve profitentur, & proprium corpus faciunt. Quamobrem ciuitate noſtra propior mihi eſt Philoſophiæ profeſſor negotiatore. Sed doctor iuris ciuilis vtroque mihi eſt coniunctior. Sicut ergo ex variis corporibus conſtat ciuitas, quorum aliqua ſunt cum omnibus ciuibus aut cum multis communia, alia ſunt quorundam ciuium propria, atque ita gradus quidam ſocietatis ac neceſſitudinis inter ciues reperiuntur: ſic in coniunctione, de qua hic loquimur, accidit. Nam in ſuperioribus exemplis hæredes omnes in commune quaſi corpus, aliqui in proprium ac ſeparatum teſtatoris ſermone rediguntur: Nec dubium eſt, quin habeantur pro vna perſona, cum omnes concurrunt: & quæſtio eſt, quam quiſque partem hæreditatis, aut rei legatę capiat. dict. leg. interdum. leg. ſi quis Titio. l. qui liberis. Sed quia aliquando accidit, vt qui coniuncti ſunt, non habeantur tamen pro coniunctis in iure accreſcendi, leg. item quod Sabinus, §. 1. ff. de hæred. inſt. ideo dubitari poteſt, an ceteris præferri debeant, cum id certo iure definitum non ſit. Sed probabile eſt, huius coniunctionis & hic rationem haberi. Nam præter conſtitutionem illam de caducis tollendis (in qua dicitur, coniunctos præferri ceteris, quod propter vnitatem ſermonis quaſi in vnum corpus redacti ſint) extat Pauli locus de hac coniunctione ſub tit. de vſufruct. accreſcen. qui profecto non recte poſitus ibi fuiſſet, ſi ad ius accreſcendi non pertineret. dict. leg. ſi quis Titio. Quod autem dicimus, hos haberi loco vnius, ſic accipiendum eſt, niſi voluntas teſtatoris appareat contraria: Veluti cum ita ſcriptum eſt, Titius & fratris mei filii æque hęredes ſunto, dicta leg. interdum. aut ita: Quiſquis mihi hæres erit & Titius, idem filio meo impuberi hæres eſto. leg. vltim. Cod. de impuber. In poſteriore enim exemplo dictio, quiſquis,

vim partitionis ac diſtributionis habet, & perinde accipitur, ac ſi nomina hæredum expreſſa eſſent, hoc modo: Sempronius, Caius, & Titius filio meo hæredes ſunto. Atque ita interpretamur conſtitutionem Iuſtiniani, quæ Labeonis ſententiæ aduerſari videtur. leg. qui liberis ff. de vulg. Sed cum apud Labeonem expreſſa non ſit fomula inſtitutionis, ea ſic concepta intelligi debet, vt appareat hæredes vere coniunctos, & in vnum corpus redactos eſſe, hoc modo: Hæredes mei & Titius, filio meo hæredes ſunto: quo caſu loco vnius habentur, vt iam diximus. Verum huic ſententiæ noſtræ, vt contrarium, opponitur Scæuolæ reſponſum, in quo plures coniuncti non funguntur vice vnius, ſed viriles partes capiunt, perinde ac ſi nominati eſſent à teſtatore. Verba Scæuolæ hęc ſunt c. 90. de legatis 2. Lucius Titius teſtamēto ita cauit; Prædiolum meum dari volo libertis libertabuſque meis, & quos hoc teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ: ita, ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad vnum proprietas perueniat. Quæro, an Seia in communione cum libertis habeat portionem, an vero ſibi partem dimidiam eius prædioli vindicare poſſit? Reſpondi, perſpicuam eſſe teſtatoris voluntatem, omnes ad viriles vocantis. l. Lucius Titio. §. Lucius Titius. ff. de legat. 2. In horum verborum interpretatione, mirum eſt quantopore ab Accurſio Accurſianiſq; omnibus ſudatum ſit, cum tamen res ſit, iudicio meo, non admodum obſcura, ſi quis verba auctoris attente conſideret atq; expendat. Sic enim accipio, quaſi teſtator in hac ſpecie nullos habuerit libertos, niſi teſtamento manumiſſos. excepta Seia alumna: quæ liberta quidem erat teſtatoris, ſed non teſtamēto manumiſſa. Quare cum teſtator omnibus libertis ſuis prædium legare vellet, & vereretur, ne quis forte dubitaret, de quibus libertis ſenſiſſet, non fuit contentus ſimpliciter libertis legare, ſed maioris expreſſionis ac declarationis cauſa hæc verba adiecit, Et quos hoc teſtamento manumiſi, & Seiæ alumnæ meæ: quaſi diceret, libertis, tam quos teſtamento manumiſi, quam Seiæ alumnæ meæ, quæ ante teſtamentū manumiſſa eſt. Nam particulæ, &, geminatio hanc vim habet. Seiam vero libertam fuiſſe teſtatoris, argumento eſt quod teſtator prædium totum, quod his communiter legatum eſt, non partem eius prædii, vt vetat de nomine familiæ ſuæ exire: quaſi Seia quoque ipſa ex familia eius ſit. Liberti enim apud Romanos accipiebant nomina patronorū, & eiuſdem familiæ cenſebantur. leg. pater filium. 36. ff. de legatis 3. Hinc apud Ciceronem Cæcilius, Eutychides, & M. Pomp. Diony. ſerui manumiſſi appellantur.

Cap. X.

An in ſucceſſione ab inteſtato gradatim competat ius accreſcendi.

QVæ dicta ſunt ſuperioribus capitibus, propria ſunt ſucceſſionis teſtamentariæ. An idem ius ſit in ſucceſſione ab inteſtato, in qua etiam ius eſt accreſcendi, quæritur. Et certum eſt in hac quoque ſucceſſione alios aliis præferri in iure accreſcendi. Ac duo ſunt de ea re iuris auctorum loci, quorum alter eſt Caii de bonor. poſſeſſ. contra tabul. alter Vlpiani de coniugendis cum emancipato liberis. Verba hæc ſunt Caii cap. 12. de bonor. poſſeſſio. contra tabulas. Si duobus filiis, & ex altero filio duobus nepotibus, bonorum poſſeſſio competat, & alter ex nepotibus non petat, pars eius fratri accreſcit. Si vero ex filiis alter non petat, tam fratri, quam nepotibus, id prodeſt. Namque tunc duo ſemiſſes fiunt, ex quibus alterum filius, alterum nepotes conſequentur. In hac igitur ſpecie, ſi vnus ex nepotibus non petat, qui in vnam ſtirpem vocantur, & veluti corpus quoddam ſeparatum habent, pars eius fratri accreſcit, non patruis. Nā etſi ponamus, nepotem illum, qui non petit, nunquam in rerum natura fuiſſe, in ſucceſſione ab inteſtato eandem hæreditatis partem retinebit nepos: nec ideo pars filiorum amplior erit, quia nepotes ſuccedunt in locum patris ſui defuncti, & tantum capiunt ex hæreditate, quotquot fuerint, quantum pater eorum, ſi viueret. §. cum filius. de hæred. quę ab inteſta. Inſt. Si vero vnus ex filiis non petat, qui non faciūt proprium corpus, quia ſinguli trientem habent: portio deficiens accreſcit omnibus, ſed ita vt plures nepotes nihilo amplius, quam vnus filius, accipiant. Itaque hæreditas diuiditur in duos ſemiſſes, quorum vnum filius, alterum nepotes conſequuntur. Nam etſi poneremus, filium illum, cuius defecit pars, nunquam in rerum natura fuiſſe, eodem modo hæreditas ab inteſtato diuideretur. Alter locus eſt Vlpiani cap. 1. de coniung. cum emancipat. lib. vbi vult Vlpianus, ſi ſunt duo filii, & ex altero eorum duo nepotes, deficiente vno ex nepotibus, partem eius omnibus accreſcere, id eſt, non ſolum fratri, ſed etiam patri & patruo, ordine tamen ſeruato, vt frater fratri, pater patruo pręferatur. Verba Vlpiani hæc ſunt: Si quis ex nepotibus portionem ſuam omiſerit, eueniet, vt non ad ad patrem eius, ſed magis ad fratrem pertineat. Sed & ſi omnes nepotes omittant, patruo nihil accreſcet, ſed ſoli patri. Quod etſi pater omiſerit, tunc patruo accreſcet. l. 1. §. ſi quis ex nepotibus. ff. de coniung. cum emancipat. lib. &c. Nam etſi his omnibus ſimul deferatur hæreditas edicto prætoris, tamen quia prætor coniungit patrem cum liberis ſuis, & ipſos liberos inter ſe, propria quadam coniunctione, æquum eſt, vt portio nepotis deficiens ita gradatim accreſcat. Qua ratione, ſi filius ipſe emancipatus non petat, pars deficiens, nepotibus ex eo ſolis, non etiam reliquis, accreſcit. l. 4. §. vlt. ff. vnde lib. Atque hinc obſeruandum eſt, non multum referre, quo conſanguinitatis vinculo inter ſe deuincti ſint ii, qui de iure accreſcendi contendunt, cum in ſpecie Vlpiani frater patri anteponatur. Proinde germani fratres conſanguineis potiores non ſunt in iure accreſcendi, cum de hæreditate patris agitur. l. vlt. C. ad Treb. Æque etenim coniuncti ſunt patri, & æqualiter ad eius hæreditatem vocantur, quamuis inter ipſos par neceſſitudo conſanguinitaſq; non ſit, ac idcirco cum de hæreditate ipſorum agitur, germani ceteris præferantur in ſucceſſione ab inteſtato. Authent. de hæred. ab inteſta. Nam cum ius accreſcendi rem ſequatur magis quā perſonam. l. ſi Titio. ff. de vſufruct. qui partes habent æquas hæreditatis paternæ, diſpares eſſe non debent in iure accreſcendi.

Cap. XI.

Coniunctos re tantum ceteris nunquam præferri.

COniunctos re tantum ceteris nunquam præferri, ante docuimus, d. l. re coniuncti. Nihil enim habent, quod cæteris commune non ſit: & comparati cum ceteris dicuntur diſiuncti. C. de caduc. tollend. Inde Celſus: Cum quis inquit ex inſtitutis, qui non cum aliquo coniunctim inſtitutus ſit, hæres non eſt: pars eius omnibus pro hæreditariis portionib. accreſcet, leg. liber homo. §. cum quis. ff. de hęred. inſtituen. ſic enim legendum eſt cum negatione, quæ in Norica lectione deſideratur. Proinde reiicienda eſt eorum opinio, qui cenſent re coniunctum ideo præferendum eſſe verbis coniuncto, quod ſolidum habeat ex verbis teſtatoris, & de iure non decreſcendi magis quam accreſcendi, de damno vitando magis, quam de lucro faciendo, contendat. Quod argumentum, quam leue & ineptum ſit, exemplis facile demonſtrari poteſt, ex cap. 8. formula petitis. Pone igitur ita ſcriptum eſſe in teſtamento, Titius hæres eſto: Mæuius & Caius hæredes ſunto æquis partibus: quæſo num deficiente Mæuio, æquum ſit Titium, qui diſiunctus ab eo eſt, Caio, qui verbis eſt ei coniunctus, præferri? Si dixeris, Titium ex verbis teſtatoris ſolidum habere: reſpondebo, Mæuium & Caium, qui loco vnius ſunt propter coniunctionem verborum pariter ſolidum habere, quaſi Titius ex vna parte, & Mæuius cum Caio ex altera, partes concurſu faciant. Ex quo apparet, quamdiu coniunctorum aliquis, quorum veluti corporis ſolidum relictum eſſe dicimus, cum Titio concurrit, nihil poſſe Titio, qui diſiunctus eſt, accreſcere. Itaque quod obiicitur de damno vitando, nihil nos mouere debet, cum Caius in hac ſpecie, reſpectu Titii, cum quo concurrit, non minus, quam Titius ipſe de damno certare dici poſſit. Solidum enim Mæuio, & Caio, tanquam vni perſonæ, relictum eſſe intelligimus.

Quomodo

Cap. XII.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur; re & verbis coniunctos cæteris præferri.

PAulus de coniunctis diſſerens, ſcribit, re ac verbis coniunctum cæteris omnibus præferri, qui aut re tantum, aut verbis tantum coniuncti ſunt. dict. l. re coniuncti. Quod etſi verum eſt, & ab omnibus receptum: tamen exceptionem aliquam habere mihi videtur. Sic enim id accipiendum puto, niſi ſine parte inſtitutus ſit, alii vero partes habeant ex verbis teſtatoris. l. item quod Sabinus. §. 1. ff. de hæred. inſtit. Nam etſi reuera coniuncti ſint, qui ſine parte inſtituuntur, & eis accreſcat deficiens portio hæreditatis, l. triplici. ff. de verborum ſignificat. tamen quia partes non habent expreſſas verbis teſtatoris, eorum potior cauſa non eſt, quam cæterorum, qui re tantum coniunguntur. Qua ratione Vlpianus ait, quantum ad ius accreſcendi, eos coniunctos non eſſe, id eſt, in ſpecie quam tractat, pro coniunctis non haberi, ſed ꝓ diſiunctis, vt non magis accreſcat eis portio deficiens, quam cæteris hæredibus, qui diſiuncti, id eſt, re tantum coniuncti ſunt. Obiecerit forte quiſpiam, in ſpecie Vlpiani eos ex vncia, quæ aſſi deeſt, inſtitutos intelligi. Sed ex interpretatione quadam iuris hoc accidit, non ex teſtatoris certa voluntate, quam verbis expreſſerit: cuius maiorem eſſe vim atque poteſtatem, quam tacitæ voluntatis, ante admonuimus, cum diſcrimen oſtenderemus eorum, qui re ac verbis, & eorum, qui verbis tantum coniunguntur. In ea igitur ſpecie, tametſi coniunctiores videantur, quam cæteri cohæredes, tamen in eam vnciam coacti & coniuncti vere dici non poſſunt, quam teſtator non expreſſit, atque ideo pro diſiunctis habentur, vt alii hæredes, quibus teſtator partes adſcripſit.

Cap. XIII.

Verbis coniunctos, iis qui re tantum coniuncti ſunt præferri: & explicati loci duo per quam obſcuri, quorum alter Pomponii eſt tit. de hæred. inſtit. alter Iaboleni tit. de leg. 2.

VErbis coniuncti, re coniunctis præferuntur, vt iam ſæpe docuimus, oſtenſa ratione cur id fiat. Sed obiiciuntur nobis duo iuris noſtri auctorum loci, in quibus videntur coniuncti verbis, re coniunctis omnino exæquari, ita vt portio deficiens omnibus accreſcat. Primus locus eſt Pomponii lib. 1. ad Q. Mutium, l. ſi ita quis. 66. ff. de hæredib. inſtit. vbi hæc verba leguntur: Si ita quis hæredes inſtituerit, Titius hæres eſto: Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto: quamuis, & ſyllaba coniunctionem faciat: ſi quis tamen ex his decedat, non alteri ſoli pars accreſcit, ſed omnibus cohæredibus pro hæreditariis portionibus: quia non tam coniunxiſſe, quam celerius dixiſſe, videatur. Verum extrema verba oſtendunt, Pomponium idem ſenſiſſe de iis, qui verbis coniunguntur, quod iam à nobis dictum eſt: ſed eum non exiſtimaſſe, in ea ſpecie Caium & Mæuium verbis coniunctos eſſe. Itaque ſi diſſentit à ceteris auctoribus Pomponius, in facto magis, quam in iure, diſſentit. Duplex enim quæſtio hic eſt: vna, an ſint coniuncti: & hæc eſt facti magis, quam iuris quæ pendet ex voluntate teſtatoris. Nam etſi recte dicatur, his verbis coniungi hæredes, Caius & Mæuius hæredes ſunto æquis partibus. l. re coniuncti. leg. triplici, tamen id cum hac exceptione procul dubio intelligendum eſt, niſi aliud actum ſit: vt quia appareat breuitatis ſtudio ita locutum fuiſſe teſtatorem, quaſi prolixa nimis ei videretur hæc oratio, Caius hæres eſto: Mæuius hæres eſto. Altera quæſtio iuris eſt, cum quæritur, vbi conſtat teſtatorem, qui his verbis vſus eſt, voluiſſe hæredes coniungere, quæ ſit vis huius coniunctionis. Et in hac quæſtione conſentit Paulus cum ceteris l. C. de quibus diximus. Circa priorem igitur quæſtionem difficultas tantum verſatur: quæ tamen nos multum mouere non debet, cum facti quæſtiones coniecturis explicentur, nec ad Iureconſultos valde pertineant, vt fuſe docuimus in Scæuola. Ac fortaſſis apud Mutium plenius deſcripta erat ſpecies, vt ex ea appareret, teſtatorem voluiſſe hæredes verbis coniungere. Eſt enim hoc caput, adſcripta Mutiana, veluti quædam acceſſio atque additio, qua contentus fuit Tribonianus in compoſitione Pandectarum (vt credibile eſt) quod videret, ad id, quod iuris eſt, docendum eam ſufficere, ac de quæſtione altera magnopere laborandum non eſſe, quæ in ſtatu coniecturali eſt, & à Iureconſulti officio videtur paulo eſſe alienior. Vt tamen aliquid certius in re admodum incerta afferamus, meminiſſe oportet eorum, quæ diximus c. 9. prioris libri de verborum ambiguitate. Nam hæc verba Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto, aliquid ambiguitatis habere oſtendimus, quia incertum eſt, an teſtator coniungere hæredes, an celerius loqui tantum voluerit. In hac autem ambiguitate facile præſumitur cõiunctio, ſicut & rei cõiũctio præſumitur cũ duobus ſeparatim eadẽ res legata eſt: ſed ita demũ, ſi cõtraria voluntas ex coniecturis nõ appareat. l. ſi pluribus ff. de l. 1. Itaq; cũ hic agatur de vno hærede præferendo ceteris ꝓpter coiunctionem (ꝙ in dubio teſtatorẽ voluiſſe credendũ nõ eſt) ſic interpretamur paulo humanius hæc verba, quaſi celeritatis & cõpendii cauſa teſtator ita locutus ſit. arg. l. item ꝙ Sabinus. §. 1. ff. de hære. inſt. Alter locus, qui noſtræ ſententiæ velut contrarius opponitur, eſt Priſci Iaboleni lib. 7. epiſtolarũ. l. Mæuio. 42. ff. de leg. 2. Mæuio, inquit, fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius deceſſerit, pars eius vtrique accreſcit: quia cum ſeparatim & partes fundi, & totus legatus ſit, neceſſe eſt, vt ea pars quæ ceſſat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus ſeparatim legatus eſt, accreſcat. Sed hæc quæſtio ſimilis eſt ſuperiori, & in facto quoque conſiſtit. Nec vero reſpondit Priſcus, partem Seii omnibus accreſcere, quod cenſeret verbis coniunctos ceteris præferendos non eſſe, ſed ꝙ in ea ſpecie non videretur plena ac vera eſſe coniunctio, partibus fundi ſeparatim Mæuio & Seio adſcriptis. Non enim ea oratio tam aperte coniunctionem demonſtrat, quam hæc, Mæuio & Seio fundum æquis partibus lego: tametſi non ita ſeparati ſint, vt in hac conceptione, Mæuio fundum lego: Seio fundum lego. Cum igitur Iabolenus ex facto conſuleretur, & animaduerteret in ſpecie propoſita ſubobſcuram eſſe teſtatoris voluntatem, in dubio maluit in partem humaniorem inclinare, & exæquare legatarios, quam alios aliis anteponere. Voluntates namque defunctorum benignius interpretari debemus. l. cum in teſtamento. ff. de reb. dub. Hæc eſt noſtra de duobus his locis ſententia, quorum obſcuritate adeo territi ſunt plerique, vt coniunctis præferre diſiunctos, aut certe exæquare non dubitauerint, Paulo inuito ac reluctante, cuius verba nos paulo ante interpretati ſumus. dict. l. re coniuncti. Alii alia comminiſcuntur vix relatu digna, in quibus nonnulli confidentiores addunt verbum, lego, in ſpecie Iaboleni, vt ſeparatæ ſint orationes, hoc modo: Mæuio fundi dimidiam lego: Seio dimidiam lego. Ac teſtantur ſe vidiſſe antiquos codices, in quibus ſi diis placet, ea ſit lectio: ὁμολόγως θαυμαστὸς, ὁ δὲ λίζων ἄπιστος.

Cap. XIIII.

In legato alimentorum non eſſe ius accreſcendi: & an prohibitio teſtatoris ius accreſcendi impediat.

SVpereſt, vt poſt cauſas effectuſque iuris accreſcendi, exceptiones quaſdam, tum à me, tum ab aliis obſeruatas, hic ſubiiciamus. Accidit enim interdum, vt ceſſet hoc ius, idque propter voluntatem teſtatoris, vel rationem aliam, quæ in vnaquaque ſpecie perſpici poteſt. Huiuſmodi eſt, quod ſcribit Papinianus, per fideicommiſſum fructu prædiorum ob alimenta legatis relicto, partium emolumentum ex perſona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrere. l. dominus. ff. de vſufr. Ideo enim hic ceſſat ius accreſcendi, quia cum teſtator in alimenta legauerit, videtur voluiſſe ne vltra modum alimentorum quicquam habeant ſinguli legatarii. Vnde illud vulgare, Legatum alimentorum non iterari, nec multiplicari. l. alimenta. §. Baſilicæ. ff. de alimen. leg. Atq; hinc conſequitur, ius accreſcendi poſſe prohiberi à teſtatore. Quod in legatis planum expeditumque eſt, cum à ratione iuris alienum non ſit, partem legati deficientem, penes hæredem remanere. dict. leg. dominus. De hæreditate ingens eſt controuerſia: ſed exiſtimo, ſequendam eſſe teſtatoris volun-

tatem quæ pro lege habetur in teſtamentis.§. diſponat. auth. de nupt. Argumento eſt, quod teſtator ſubſtituendo vni ex cohæredibus, tacite intelligitur prohibere ius accreſcendi, ideoque ſubſtitutio dicitur eo iure potentior eſſe.l.2.§. ſi duo. ff.de bon.poſ.ſecun.tab. Sed hoc eſt ita accipiendum, niſi ob eam cauſam teſtator pro parte teſtatus decedat: quod iuris ſubtilitas non admittit.l.ius noſtrum.ff.de reg.iur. Non enim contra hoc ius voluntas teſtatoris quicquam valet.l.nemo poteſt.ff.de leg.1.niſi ſit miles, in cuius teſtamento ſola voluntas ſpectatur, neglecta ſubtilitate iuris.l.ſi miles.l.miles ita.ff. de milit. teſtam. Vnde Licinius ait: Si quis ita hæres inſtitutus fuerit, Excepto fundo & excepto vſufructu, hæres eſto: perinde erit iure ciuili, atq; ſi ſine ea parte hæres inſtitutus eſſet. l.ſi ita quis.ff.de hæred.inſtit. Cum hac igitur exceptione intelligendum eſt, quod Vlp.ait c.9. ff. de hæred. inſtit. Si duo ſint hæredes inſtituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex beſſe eiuſdem fundi: Celſus expeditiſſimam Sabini ſententiam ſequitur, vt detracta fundi mentione, quaſi ſine partibus hæredes ſcripti hæreditate potirentur: ſi modo voluntas patrisfam.manifeſtiſſime non refragatur. Sic enim Vlpiani dictum de teſtatoris voluntate, interpretari debemus, quaſi ſentiat, hæredes inſtitutos partes æquas habituros eſſe, niſi teſtator voluerit alterum ex triente, alterum ex beſſe hæredem fore.

Cap. XV.

Scæuolæ reſponſum, quod legitur c.78.ad Trebell. ad ius accreſcendi non pertinere, aduerſus aliorum opinionem.

VErba Scæuolæ hæc ſunt c.78.ad S.C. Treb. Quæ habebat filium, & ex eo nepotem, vtroſque in mariti poteſtate, maritum ex aſſe ſcripſit hæredem, eiuſque fidei commiſit in hæc verba: Si Titius maritus meus mihi hæres erit, peto, fideique eius committo, quicquid ex hæreditate mea ad eum peruenerit, cum mori cœperit, id reſtituat Caio Seio filio noſtro: ita tamen vt decem quidem vncias Caius habeat, duas autem vncias Seius nepos habeat: quod vt fiat, fidei eius Titii hæredis mei committo. Pater emancipauit filium, nepotem amiſit, & ſuperſtite filio deceſſit. Quæſitum eſt, an priore parte ſcripturæ vniuerſa hæreditas patris, ex cauſa fideicõmiſſi filio debeatur: & illa ſequentia verba, ita tamen, vt decem vncias filius, duas autem nepos habeat, ex voluntate defunctæ ita demum locum haberent, ſi die fideicommiſſi cedente, filius & nepos eorum in natura ſint: cum autem non superuixerit ad diem fideicommiſſi nepos, ſequens ſcriptura ceſſet. Reſpondi, ea quæ proponerentur, oſtẽdere decẽ duntaxat vncias filio datas. Hactenus ille: ex cuius reſpõſo colligũt plerique, in ea ſpecie ius non eſſe accreſcendi, ob voluntatem teſtatoris, quæ his verbis ſignificetur, ita tamen, vt decem quidem vncias Caius habeat. Sed nemo vnquam perſuaſerit ei, qui vim verborum teneat, teſtatorem qui ita loquitur, ius accreſcendi prohibere. Alii coniunctionem hic non eſſe contendunt, quod filio & nepoti non eadem oratione fideicommiſſum relictum. Quod vt verum eſſe fateamur, tamen certum eſt, eos ſaltem re coniunctos eſſe, eamque coniunctionem ad ius accreſcendi ſufficere. Verum exiſtimo, Scęuolam ex facto conſultum, reſpondiſſe more ſuo, ad quæſtionem tantum quæ ſibi propoſita fuerat. At quæſtio erat, quantum filio relictum eſſet verbis teſtatoris, non quantum ei accreſcere poſſet deficiente nepote. Eratque probabilis dubitatio, propterea quod teſtator priore parte ſcripturæ, generaliter fideicommiſſum reliquit filio, licet verbis ſequentibus generalem ſermonem reſtrinxerit. Sic igitur ea interpretatur Scæuola, quaſi teſtator ſimpliciter filio 10. vncias, nepoti duas reliquiſſe videatur. Ac ſimile eſt reſponſum eiuſdem Scæuolæ c. vlt. de leg.2.in cuius explicatione idem interpretũ error deprehenditur. Seio inquit, quẽ hæredi ſubſtituerat, ita legauit: Seio, ſi mihi hæres nõ erit & vxori eius Marcellæ, argenti libras 15.dari volo. Quæro, cũ Seius hæres extiterit, an Marcellæ legati dimidia portio debeatur? Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, deberi. Et poſſent alia exempla his non diſſimilia proferri. Sed de more Scæuolæ, in reſpondendo ad quæſtiones facti, edita eſt iam diſputatio noſtra.

Cap. XVI.

Subſtitutionem iure accreſcendi potiorem eſſe, propter voluntatem teſtatoris.

EX his, quæ iam dicta ſunt de teſtatoris voluntate, illud conſequitur quod vulgo receptum, & ab omnibus probatum eſt, eum qui ſubſtitutus eſt vni ex cohæredibus, alteri cohæredi præferendum eſſe: nec aliter partem deficientem accreſcere cohæredi, quam ſi ſubſtitutus omiſerit. Idque præter varias conſtitutiones Iuſtiniani.C.de caduc.toll.& Nouel. de hæred.& falc. Vlpianus c.2.de bon.poſſ.ſecun. tab. aperte oſtendit, his verbis: Si duo ſunt hæredes inſtituti, primus & ſecundus, ſecundo tertius ſubſtitutus: omittente ſecundo bonorum poſſeſſionem, tertius ſuccedit. Quod ſi tertius noluerit hæreditatem adire, vel bonorum poſſeſſionem accipere: recidit bonorum poſſeſſiõ ad primum: nec erit ei neceſſe petere bonorum poſſeſſionem, ſed ipſo iure ei accreſcet. Hæredi enim ſcripto, ſicut portio hæreditatis, ita & bonorum poſſeſſio accreſcit. Nec multum referre puto, expreſſane ſit à teſtatore ſubſtitutio, an ex certis aut probabilibus coniecturis appareat, teſtatorem ſubſtituere voluiſſe.l.vltim. vbi not. C. de hæred. inſtitu. Nam ius accreſcendi ex lege magis, quam ex teſtatoris voluntate oritur, vt diximus c.1.lib.prioris. Cum ergo quæritur, an ſubſtitutus quis ſit, vt præferatur cohæredi: diligenter expendenda eſt teſtatoris voluntas, & videndum eſt, an extiterit conditio ſubſtitutionis.l.quamuis.C.de impub.itaque in ſpecie Iuliani c.30.de vulg.& pup.ſubſt.quadrans Proculo datus, ideo ad cohæredem pertinet, quod ſubſtitutionis conditio non extiterit, non quod coniunctus (vt vulgo creditur) ſubſtituto præferatur. Quid igitur dicemus ſi ſubſtitutio inutiliter facta ſit, an impediet ius accreſcendi, quaſi ea ad demonſtrandam teſtatoris voluntatem ſufficiat? Arg.l.plane.ff.de l.1.l. etſi transferam.ff.de adimen.l. Puto, ne ea quidem ſubſtitutione, quæ iure facta ſit, tolli ius accreſcendi, ſi ea non habeat effectum. Non enim hoc eſt voluntas teſtatoris, vt quod vni adſcribit, alteri adimat: ſed potius, vt alterum alteri anteponat.dict.§.ſi duo. Verum opponitur nobis obſcura Scæuolæ ſententia, c.19.de iniuſto, rupto teſt. vbi ceſſat ius accreſcendi propter ſubſtitutionem, quæ ob pręteritionem poſthumis inutilis eſt. Si ego, inquit, & Titius inſtituti ſumus, & à nobis poſthumus exheredatus ſit, à ſubſtitutis noſtris non ſit exhæredatus: Titio defuncto, ne ego quidem adire potero. Iam enim propter inſtituti perſonam à quo poſthumus exhęredatus eſt, in cuius locum ſubſtitutus vocatur, à quo poſthumus exhæredatus non eſt, ruptum eſt teſtamentum. Sed ita reſpondet Scæuola, ne alias teſtator pro parte teſtatus decedat: contra regulam iuris.dict. leg. ius noſtrum.ff.de reg.iuris. Nam poſthumus, cuius gratia cõſtitutum eſt, vt rumpatur teſtamentum, ſibi locum facit rumpendo, non alii.l.nam etſi.ff.de iniuſt.rup.l.ſi poſthumus. ff. de lib.& poſth.ideoque ſuccedit ab inteſtato, & impedit, ne cohæres Titii hæreditatem adeat ex teſtamento. Proinde ſi cohæredes inuicem ſubſtituti proponantur, non idem dicendum erit: quia in ea ſpecie, in qua eædem perſonæ, & eadem fortaſſis oratione, in vtroque gradu inſtitutæ ſunt, exhæredationem ab omnibus gradibus factam interpretamur: quamuis à ſecundo gradu poſthumus nominatim exhæredatus nõ ſit. not.in leg. 3.§.filius.ff.de lib.& poſth. Sic enim ait Scæuola: Sed ſi ego & Titius, inuicem ſubſtituti ſumus, quamuis in partem ſubſtitutionis exhæredatus non ſit, mortuo vel repudiante Titio, me poſſe adire puto, & ex aſſe hæredem eſſe.

Cap. XVII.

An ius accreſcendi ceſſet ob tranſmiſſionem hæreditatis.

QVi putãt tranſmiſſionem hæreditatis ſubſtitutione efficaciorem eſſe, mirum non eſt, ſi idem exiſtiment de tranſmiſſione & iure accreſcendi, cum eo iure potior ſit ſubſtitutio.leg.2.§.ſi duo.ff. de bonorum poſſeſſio.ſecundum tabul. Sed quia controuerſum adhuc & ambiguum id eſt, quod de vi ſubſtitutionis, ac tranſmiſſionis dicitur, licet vulgo receptum ſit: videndum eſt, num aliquid certius afferri poſſit. Et conſtat in primis, vt rem paulo altius repetamus, eum qui decedit, non adita hæreditate, eam ad ſucceſſo-

ceſſorem ſuum nõ tranſmittere: quod & Iuſtinianus poſt veteres legiſlatores conſtituit. §. in nouiſſimo. C. de caduc. tollen. De cuius conſtitutionis ratione variæ ſunt opiniones interpretum, quas ex Alciato ediſcere licet. lib. 4. Paradox. cap. 5. Verum hi non ſatis conſideraſſe mihi videntur, quam multa ab antiquis conſtituta ſint ærarii locupletandi gratia, quamuis incommodum priuatis afferrent. C. de caduc. tollen. & ſimilib. Ea autem conſtitutio ad ſuos hæredes non pertinet: quia loquitur de aditione, quæ in ſuis, cum ipſo iure hæredes fiant, minime eſt neceſſaria. l. in ſuis. ff. de ſuis & legit. hæred. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſtam. In extraneis igitur tantummodo locum habet: quod ne in his quidem perpetuum eſt, ſed variis conſtitutionibus temperatum atque emendatum. Vna eſt Theodoſii, qua ſtatutum eſt, vt liberi inſtituti à parentibus, hæreditatem non aditam tranſmittant ad liberos ex ſe deſcendentes: nec diſtinguuntur ſui hæredes à cæteris: ideoque in hæreditate etiam materna conſtitutioni locus eſt. Ius enim ſanguinis, magis quam ius ſui, hic inſpicitur. C. de his qui ante apert. tabul. Sed hi ad deſcendentes ſolum ex ſe, non etiam ad alios ſucceſſores tranſmittunt. Illud notandum eſt in conſtitutione Theodoſii, quod tranſmitti hæreditatem ait, etiamſi liberi à parentibus inſtituti ſint cum extraneis. Ex quo apparet, extraneum cohæredem non præferri deſcendentibus ex filio mortuo, quaſi pars deficiens ipſi acquiratur iure accreſcendi. Proinde qui generaliter inde colligunt, tranſmiſſionem iure accreſcendi potentiorem eſſe, quid ſibi velint, non ſatis perſpicio. Alia conſtitutio eſt Iuſtiniani, qua plene conſulitur hæredibus contra legum veterum duritiem, quæ tranſmiſſionem hæreditatis non aditæ impediunt. l. cum antiquioribus. C. de iure deliber. Nam ius tranſmiſſionis ad quoſcunque hæredes, quamuis extraneos, ea conſtitutione producitur. Verum vtile viſum eſt Iuſtiniano hoc remedium, quod nouum extraordinariumque eſt, ſpatio vnius anni concludere. At tametſi fere conueniat, eum demum hoc ius tranſmittendi habere, qui ſciat hæreditatem ſibi delatam eſſe, tamen verius eſt, ſcientiam hæredis non requiri, ſed ideo ſcientiæ mentionem fieri à Iuſtiniano, quod tempus ſcienti tantum, non etiam ignoranti currat. Qua de re fuſius alias atque opportunius. Cum autem in hac conſtitutione poſteriore ne litera quidem ſit, quæ ad ius accreſcendi pertineat, in propoſita quæſtione conſtitutio Theodoſiana, cuius nunc memini, ſequenda eſſe mihi videtur.

Cap. XVIII.

An ob ſucceſſionem edicti prætorii, quod ſucceſſorium dicitur, ius accreſcendi ceſſet.

Svcceſſorii edicti, & iuris accreſcendi, diuerſæ cauſæ ſunt: ex quibus poterit intelligi, quando alterum alteri impedimento ſit. Nam ſucceſſio edicti prætorii inter eos tantum, qui diſparis ordinis aut gradus ſunt, locum habet: vt, exempli gratia, primus ſuccedentium ordo eſt liberorum, ſecundus legitimorum, tertius cognatorum, quartus viri & vxoris. l. 1. ff. quis ord. in bonor. poſſeſſio, ſeruet. At deficiente vno ordine, ſequens ordo ei ſuccedit: vocaturque vulgo hæc ſucceſſio de capite in caput. l. 5. C. qui admitti ad bonor. poſſeſſ. In vnoquoque autem ordine reperiuntur plures gradus, præterquam in ordine viri & vxoris: vt puta in primo ordine ſunt filii, nepotes, pronepotes, & ceteri deinceps. In ſecundo fratres, patrui, conſobrini. Itaque defertur bonorum poſſeſſio omnibus gradatim, nec ante ad ſequentem gradum deuoluitur, quam ſi omnes, qui antecedentis ordinis ſunt, gradatim fuerint excluſi. Et hæc ſucceſſio de gradu in gradum dici ſolet. In ſingulis igitur ordinibus, ſi qui ſunt eiuſdem gradus, puta duo filii, aut duo fratres, & vnus eorum deficiat, pars eius accreſcit alteri, nec iis qui inferioris ordinis ſunt, edicto ſucceſſorio defertur. l. 3. §. vltim. de bonorum poſſeſſio. Id quod ſatis oſtendunt verba conſtitutionis Iuſtiniani, l. meminimus. C. de legit. hæred. Succeſſionis videlicet iure & in hac parte ſeruando, vt ſi qui ex ſecundo gradu vocati renunciauerint hæreditati, & noluerint eam adire, nullusque alius ſit in ſecundo gradu, qui ſuccedere ei poteſt & vult: tunc ii quos præſenti lege enumerauimus, ex tertio gradu in locum recuſantium ſuccedant. Sed & differentia hæc ſucceſſionis prætoriæ, & iuris accreſcendi, perſpicue tradita eſt in Inſtit. tit. de bonor. poſſeſſ. vbi Iuſtinianus hæc ſcribit: Cum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſque per ordinem diſpoſuiſſet, & in vnaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures extent diſpari gradu perſonæ: ne actiones creditorum differrentur, ſed haberent quos conuenirent, & ne facile in poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent, ideo petendæ bonorum poſſeſſioni certum tempus præfiniuit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus, quam adoptiuis, in petenda bonorum poſſeſſione anni ſpatium, ceteris autem agnatis vel cognatis centum dierum dedit. Et ſi intra hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, eiuſdem gradus perſonis accreſcit: vel ſi nullus ſit, deinceps cæteris bonorum poſſeſſionem perinde ex ſucceſſorio edicto pollicetur, ac ſi is qui præcedebat, ex eo numero non eſſet. Nec vero effectu caret hæc differentia: quia ius accreſcendi ad hæredem tranſit, l. ſi pluribus. ff. de ſuis & legit. hæred. bonorum poſſeſſio non item. dict. leg. 3. §. acquirere. Inde naſcitur quæſtio, quam alibi tractauimus, Si ex duobus filiis vnus repudiauerit partem hæreditatis paternæ, an repudiantis liberi potiores ſint altero filio, qui non repudiauit. Sane cum liberi vocantur cum vxore inope defuncti ad hæreditatem, ex noua conſtitutione Iuſtiniani, plerique cenſent liberis repudiantibus partem vxori non accreſcere, ſed ad ſequentis gradus cognatos deuolui, ſi hæreditatem acceptare voluerint. Eſtque probabilis hæc opinio, Nouell. C. quando non pet. par. pet.

Cap. XIX.

Cur omittente eo, qui hæres ſcriptus eſt à liberto, portio eius patrono non accreſcit.

Paulus c. 6. de bonor. poſſeſſ. ait non eſſe ius accreſcendi, cum à liberto ſcriptus hæres hæreditatem omittit. Cum patrono, inquit, contra tabulas certæ partis bonorum poſſeſſionem prætor polliceatur, ſcripto autem hæredi ſecundum tabulas alterius partis: conuenit non eſſe ius accreſcendi. Igitur non petente ſcripto hærede ſecundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono poſſeſſionem pollicetur: cum ceteri quibus accreſcendi ius eſt, ſemel debeant agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Hactenus Paulus: ex quo intelligimus, æquum ei viſum non eſſe, vt pars hæredis ſcripti accreſci parti, quam habet ex lege, non ex liberti voluntate, patronus. Quare ita demum ei acquiritur, ſi eo nomine bonorum poſſeſſionem petere à prætore voluerit, cum alias portio deficiens accreſcit inuito. Nam ea pars adeo debita eſſe patrono intelligitur, vt iniquum ſit ei parti inuito patrono partem teſtamentariam accreſcere. Alia igitur cauſa eſt eius, qui partem hæreditatis aut legatæ rei emit, quam patroni: quamuis nonnulli hinc ducto argumento, contendant partem deficientem emptori non accreſcere. Et quod magis mirum eſt, ne volenti quidem emptori aiunt eam portionem acquiri, cum volenti patrono acquiratur. Sed de hac re fuſius ante diſſeruimus cap. 6.

Cap. XX.

Quam ob cauſam, mulieri & Titio vſufructu, ſi mulier non nupſerit, legato, non eſt ius accreſcendi: & declaratum Papiniani reſponſum cap. 73. de conditio. & demonſtrat.

Papiniani verba hæc ſunt c. 73. de condit. & demonſtrat. Mulieri & Titio vſusfructus, ſi non nupſerit mulier, relictus eſt. Si mulier nupſerit, quandiu Titius viuet, & in eodem ſtatu erit, partem vſusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri conceſſum eſſe intelligendum eſt, quantum haberet, ſi conditioni paruiſſet. Nec ſi Titius, qui conditione defectus eſt, legatum repudiet, ea res mulieri proderit. Horum Papiniani verborum, quæ perobſcura eſſe vulgo creduntur, hic mihi videtur ſenſus eſſe: Mulier in ſpecie propoſita conſequitur legatum, tametſi condi-

tioni non paruerit, propterea quod ea conditio, quæ auocat mulierem à nuptiis, tanquam publicæ vtilitati contraria, reiicitur, & pro non ſcripta habetur. Titius quoque partem vſusfructus habet propter mulierem, quamuis conditione defectus ſit. Cum enim mulieri ex beneficio legis non amplius concedatur, quam ſi conditioni paruiſſet: conſequens eſt, eam totum vſumfructum minime habituram eſſe, ſed ita diuidendum eſſe, vt Titius partem obtineat. Sed eam partem habet Titius, quamdiu viuit tantum, ac in eodem ſtatu manet: quoniam vſusfructus morte & ſtatus mutatione finitur. Sed & ſi Titius forte repudiet legatum, ne hoc quidē caſu totum vſumfructum habebit mulier, quaſi pars Titii propter coniunctionem ipſi accreſcat. Nam quia iure quodam ſingulari vterque admittitur ad legatum contra voluntatem teſtatoris, boni conſulere debet vterque, ſi ſua ei pars ſalua ſit, nec pars alterius accreſcat alteri. Idemque dicendum eſt, etſi Titius mortuus fuerit, cum ſit eadem mortis & repudiationis ratio: quamuis plerique aliter ſentiant. Hi enim perquam inepte colligunt, mortuo Titio ius accreſcendi eſſe, ex his verbis, Quandiu Titius viuit, &c. ex quibus verbis argumentando à contrario, nihil efficere poſſumus, niſi vſumfructum, quem habet Titius, morte ipſius, vel ſtatus mutatione extingui. Eſt igitur obſeruanda hæc ſpecies Papiniani in iure accreſcendi: cui non diſſimilis eſt alia apud Vlpianum cap. 5. ff. de leg. præſtan. ſi filio præterito teſtator legauerit coniunctim parenti ſuo, & alii extraneo, & petita bonorum poſſeſſione contra tabulas, reſciſſum fuerit teſtamentum. Quo caſu etſi edicto prætoris præſtanda ſint legata coniunctis perſonis relicta, tamen parenti ſua tantum portio conſeruabitur, nec ei pars extranei collegatarii accreſcet. Nam licet pro legatario ſit voluntas teſtatoris, tamen obſiſtit ei edictum prætoris de reſciſſione teſtamenti per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quod naturalem æquitatem habet, & filium ad ſucceſſionē patris contra rigorē iuris ciuilis admittit. Quamobrem recte Vlpianus ſcripſit, parentem in hac ſpecie ſolidum legatum non conſequi, ſed contentum ea parte eſſe debere, quæ ex gratia quadam & humanitate ei conſeruatur. Quod ius ſi quis velit interpretatione ad alios caſus producere, videndū eſt ēt, atq; ēt ne forte ratio diuerſa ſit, vt in bonorum poſſeſſione contra tabulas, in reſtitutione minoris, & aliis huius generis. l. ſi duobus. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. Nec vero me latet, quoſdam eſſe qui dubitent, an Vlpianus de iure accreſcendi loquatur. Cum enim ait, Sua tantum portio ei conſeruabitur, videntur hæc verba referri ad edictum de legat. præſtandis: quod interpretatur Vlpianus, non ad ius accreſcendi, ſicut in Scæuolæ reſponſo, de quo diximus cap. 15. huius lib. Sed probabilius eſt, hic non eſſe ius accreſcendi. Nam cum Vlpianus non reſpondeat ex facto conſultus, vt Scæuola, ſed commentetur in edictum prætoris, credibile eſt eum, ſi alteram partem accreſcere poſſe exiſtimaſſet, dicturum non fuiſſe ſimpliciter. Sua tantum portio ei conſeruabitur: ſed aliquid adiecturum fuiſſe, quo ſententiam ſuam planius & apertius declararet. Verū hæc ſententia defendi poteſt in legato quod ſolidum ſingulis relictum eſt, ita vt legatarii re tantum coniuncti dicantur. Qua de re videnda ſunt, quæ ſcripſimus cap. 11. prioris libri.

ADMONITIO AD LECTOREM.

MVLTI iam anni ſunt, cum primum cœpi libris editis oſtendere, quæ mihi optima ratio iuris docendi videretur. Nec dubitabam, cum de ea re ſcriberem, quin ea eſſet plurimorum peruicacia, vt nullis rationibus ab inueterata opinione auelli poſſent. Illud præter meam expectationem accidit, quod abſoluto iam hoc opere, mihi nunciatum eſt, nonnullos haud ita pridem extitiſſe iuris Doctores, qui mihi non tantum vitio, ſed etiam crimini darent, quod Bartolum & Baldum, alioſq́ huius generis ſcriptores, quorum lectione nonnihil profecerim, nominatim non appellarem. Ac mihi quidem expeditiſſima eſſet reſponſio, aduerſus eos, ſi publicam ſtudioſorum cauſam agerent: imo ſuperuacanea fortaſſis, cū tot iam euulgatis libris, epiſtolis, orationibus ſatis docuerim, quem fructū aut vtilitatem ex hoc genere ſcriptorum ſperare ſtudioſi debeant. Quamobrem, vt iuuenes legendis ſine delectu huiuſmodi ſcriptis nimiū dediti, in veterum lectione facilius continerentur: interdum vſu euenit, vt ab his ſcriptoribus nominandis abſtinendum mihi eſſe duxerim, quorū frequens cōmemoratio atq́ vſurpatio ſic inſidet plerunque in mente ſtudioſorum, vt ad eos legendos, neglectis veteribus, multo propenſiores euadant. Nec ſane recuſo, ſi inciderit aliquando tempus, quo id ſtudiis non inutile videbitur, quo minus de inſtituto, propoſitoque meo decedam. Verum alio ſpectat aduerſariorum accuſatio, qui Bartoli magis, quā ſtudioſorū, quaſi negotium agentes ingrati animi eſſe dictitant, eos nulla mentione dignari, quorum lucubrationibus adiuti ac ſubleuati ſimus. Ego vero hos ſcriptores me attingere nonnunquam, ex iiſq́ vtiliſſima quæque ſeligere ac decerpere in rem ſtudioſorum conſueuiſſe, nunquam diſſimulaui. Qua confeſſione mea Bartoli ſimiliumque manibus ſatisfactum eſſe, quiuis, vt ſpero, æquus arbiter hoc tempore iudicaturus eſt: cum præſertim ea ſit iſtorum gloria & nominis celebritas, vt nec cōmendatione mea augeri, nec ſilentio minui, aut obſcurari poſſe videatur. Tempora vero quibus illi floruerunt, & quibus ego vixi, quid ab eis ſumpſerim, ſic demonſtrabunt poſteris (ſi modo id curæ futurum eſt poſteritati) vt incertum id obſcurumve eſſe nequeat. De æqualibus & cœtaneis non ſimiliter iudico, in quibus vt ingenua confeſſio laude digna eſt, ſic diſſimulatio callida & aſtuta, multum vituperanda. Scio hæc à pleriſq́ ingenioſis ſcilicet hominibus rideri: vt à quodam nuper factum meminimus, qui lectis forte literis, quas ad me Franciſcus Hotamanus dederat, raræ ingenuitatis ac pudoris, ſtatim hominis ſimplicitatem cauillari non ſine faſtu faſtidioq́ cœpit. Sed quid vetat rem vt geſta eſt, breuiter exponere? Exierat recens ex officina typographica liber meus Diſputationum ſecundus: in cuius libri capite quodam locus vnus Ciceronis de cretione à nobis emendatus eſt ex lib. 1. de Oratore. Hotomanus, vbi de libri mei editione certior factus eſt, literis mihi ſignificauit, ſe idem ſcripſiſſe de correctione huius loci in Commentariis ſuis ad Orationes Ciceronis, qui iam excudi cœpti, breui tempore in manus hominum venturi eſſent. Petit à me magna contentione, ne quid de ſe ſuſpicer, quod a viri boni candidiq́ officio alienū ſit. Teſtes citat, quibus ſe ſententiam de ea re ſuam declaraſſe ait, ante aliquot menſes, quam de libri mei editione quicquam audiuiſſet. Quid plura? Perſuadet facile homo ea virtute & probitate, vt mihi alioqui non admodum credulo nihil non perſuaſurus ſit. Itaq́ reſcripſi, me excuſationem eius accipere, & ſubmonui, vt ſententiam ſuam ita mandaret literis, ne quæ amicitiæ parum ſyncere inter nos cultæ ſuſpicio forte moueretur, neve maleuolis hominibus maledicendi præberetur occaſio. Reſpondet ille perquam humaniter, nihil antiquius ſibi eſſe, quam in ea re explicanda mentionem aliquam noſtri facere, quæ beneuoli in me animi, & honorifice ſentientis de me ſignificationem habeat. Sed integrum id ſibi nō eſſe confirmat, parte illa Commentarii iam tum impreſſa, cum literæ meæ ſibi redditæ eſſent. Tandem menſibus ſex, opinor, tranſactis, prodit hominis eruditi, & omni literarum genere exculti commentarius, in quo nullam emendati à me Ciceroniani loci mentionem reperio. Quod vt præter optatum meum ceciderit, tamen Hotomanni humanitatem & ἀφέλειαν in hoc negotio amplexus ſum, & ceteris omnibus, quibus exemplum hoc prodeſſe aliquando poterit, notum perſpectumq́ eſſe volui.

DE IVRISDICTIONE ET IMPERIO, APOLOGIA FRANC. DVARENI IVRECONSVLTI ADVERSVS EGVINARIVM BARONEM IVRECONSVLTVM.

FRANCISCVS DVARENVS EGVINARIO BAroni Iuriſconſulto S.

CVM Typographorum mancipes huius vrbis lucubrationes aliquot noſtras, quę iam diu Lugduni editæ fuerant, denuo excudere hic vellent, facile adductus ſum, vt eas non ſolum emendatas à me ſed etiam auctiores, locupletioreſque redditas, ipſis traderem. Apologiam vero aduerſus te noſtram *De iuriſdictione & imperio*, quæ nobis inſciis nomine *Ambroſii Leti* ſuperiore anno exierat, vt ſimul imprimerent, nunquam eis id à me contendentibus permittere volui, quod eam perire omnino cupiebam. Verebar etenim quia paulo ſtomachoſior videbatur, ne ea fortaſſis animum tuum plus æquo exulceraret, deque amicitia, ac neceſſitudine noſtra aliquid imminueret. Nã etſi hæ ſcholaſticæ contentiones nonnihil ſtudiis conferunt, ſi vere dixit Heſiodus ἀγαθὴ δ᾽ ἔρις ἥδε βροτοῖσι, tamen eas hactenus probo vt nulla eo nomine inter coniunctiſſimos homines amicitiæ iactura fiat. Vt autem ea Apologia obliuione ſempiterna quaſi obrueretur, ac minore eius deſiderio tenerentur iuris ſtudioſi, præcipua eius capita, vt à nobis tumultuarie deſcripta fuerant, Typographis dedi. Nec dubito quin hoc inſtitutum noſtrum tibi gratum futurum ſit: tametſi vt laceſſiti à te, ac prouocati, liberius cauſam hic noſtram tueamur. In hac autem defenſione quicquid à te contra nos allatum eſt, eodem prorſus, quo tu nos oppugnaſti, ordine refutaturus ſum, licet, vt cum bona tua venia, ingenue quod ſentio dicam multa ſatis perturbate, confuſeque à te ſcripta videantur. Ac in primis illud damnas, quod à me ita ſcriptum eſt, lib. 1. Diſputationum anniuer. cap. 53. *Ius dicere magiſtratus dicitur puta prætor, vel alius ſimilis, cum in cauſis priuatis & pecuniariis iudici à ſe dato ius quoddam quaſi conſtituit, & formulam iuris, & æquitatis ei præſcribit, à qua iudicando, cognoſcendoque recedere non poſſit, &c.* Nec tamen argumentis reſpondes, quibus opinionem noſtram confirmamus in cõmentario de pactis. l. iurisgentium. Ais tunc ius dicere prætorem, cum iudicat: officiumque eius in iudicando conſiſtere, & pronunciationem ſententiæ iuriſdictionem eſſe, &c. Citas edictum prætoris de re iudicata, quod interpretatur Vlpianus in l. ait prætor. eo. tit. quod noſtræ ſententiæ ne tantillum quidem aduerſatur. Nos enim conſueuiſſe prætorem iudicare aſſerimus, niſi fauor certarum perſonarum cauſarumve, aut alia non leuis ratio æquitaſque id ſuaderet, ſed ius dicere præſcribereque litigatoribus quod iudex à ſe datus iudicando ſequeretur. Idq; ita moribus comparatum fuiſſe, Ciceronis locus ad Q. fratrem oſtendit, quem tu male recitaſti, & peius interpretatus es, vt poſtea dicturi ſumus. Quamobrem cum cognoſcebat prætor, extraordinaria huiuſmodi cognitio dicebatur, tit. de extraord. cog. Adde, quod ſi prætoris munus ordinarium fuiſſet iudicare, edictum eius quaſi male conceptum non improbaſſet, nec correxiſſet Vlpianus, ſed interpretando potius pro more ſuo ad iudices datos produxiſſet. Sed quia non ſolebant prætores iudicare, niſi extra ordinem, ſed iudices dare, vt diximus, merito Vlpianus rectius facturum fuiſſe prætorem ait, ſi verbo notionis vſus fuiſſet: quod non tantum ad magiſtratus, qui raro, & extra ordinem cognoſcunt, pertinet, ſed etiam ad iudices datos, quorum munus proprium eſt iudicare.

II. Negas de facto tantum cognouiſſe iudices datos: & ais de iure quoque apud eoſdem certatum fuiſſe. Sed tu verba noſtra aucuparis, & captas: quæ vt veriſſima ſunt, ita contentioſis hominibus forte calumniandi anſam præbere poſſunt. Nam quod aio, *De facto tantum cognouiſſe, non de iure*, ſic accipiendum eſt, quaſi non licuerit eis diuerſum ius ab eo, quod formula continebatur, cognoſcendo, iudicandove ſequi. Non enim inficiamur de iure, & æquitate ex formula ipſa, præſertim ſi ex bona fide additum eſſet, potuiſſe oriri controuerſiam in priuatis iudiciis, & à iudicibus datis eam definiri. Atque ita Ciceronem ſenſiſſe non dubito, tam in Topicis, quam lib. 1. de Oratore.

III. Contendis à Cicerone confictas leges non eſſe, quæ ab ipſo deſcriptæ ſunt in libris de Legibus, verſariſque adhuc in hominum noſtri temporis errore non tolerando, qui pro legibus 12. tabularum eas adducere ſolent. Et ait Ciceronem pro te ſatis refellere, lib. 3. de leg. his verbis: Nihil habui ſane non modo multum, quod putarem nouandum in legibus. Quæ verba non minus tu confinxiſſe videris, quam leges ſuas Cicero. Niſi forte culpam in librarios quoſdam conferas, quibus magna hodie ſapientia eſt, iuxta Epicharmi ſententiam, *non temere credere.* Nam cum eos libros Ciceronis corruptiſſimos eſſe intelligerem, conſului præter manuſcriptos codices pleroſque, eos etiam, qui Venetiis à Victorio caſtigati, & qui Pariſiis à Rober. Stephano accuratiſſime impreſſi ſunt, in quibus ita legitur, Nihil habui, ſane non multum, quod putarem nouandum in legibus. Verum ne quis amplius de ea lectione dubitet, omneſq; intelligant Platonis exemplo, Ciceronem leges arbitrio ſuo deſcribere voluiſſe illi Reip. conuenientiſſimas, quam prius inſtituerat in libris de Rep. recitabo ex eiſdem libris, quæ ad hanc rẽ pertinentia excerpſi & annotaui. Ex lib. 1. Si quæres, ego quid expectem quoniam ſcriptum eſt à te de optimo Reipub. ſtatu, conſequens eſſe videtur, vt ſcribas tu idem de legibus. Sic enim video feciſſe Platonem illum tuum, quem tu admiraris, quem omnibus anteponis, quem maxime diligis. & cætera quæ ſequuntur.

Ex eodem libro. Nec Licurgi leges, neque Solonis, neque Charondæ, neque Zaleuci, nec noſtras duodecim tabulas deſidero, nec Plebiſcita deſidero: ſed te exiſtimo, cum populis, tum etiam ſingulis hodierno ſermone leges viuendi, & diſciplinam daturum. M. Eſt huius vero diſputationis Quinte, proprium quod petis, vtinam eſſet etiam facultatis meæ.

Ex lib. 2. Q. Eas tu igitur leges rogabis, quæ nunquam abrogentur? M. Certe, ſi modo acceptæ à duobus vobis erunt. Sed vt vir doctiſſimus fecit Plato, atque idem grauiſſimus philoſophorum omnium, qui princeps de Republ. conſcripſit, idemque ſeparatim de legibus eius, id mihi credo eſſe faciendum, &c.

Ex eodem lib. Et quoniam & locus, & ſermo familiaris eſt, legum leges voce proponam. Q. Quidnam id eſt? M. Sunt certa legum verba, Quinte, neque ita priſca, vt in veteribus ſacratiſque legibus: & tamen quo plus auctoritatis habeant, paulo antiquiora, quam hic ſermo eſt, &c.

Ex eod. lib. A. Concluſa quidem eſt à te magna lex ſane quam breuiter: & (vt mihi quidem videtur) non multum diſcreptat iſta conſtitutio religionum à legibus Numæ, noſtriſque moribus. M. An cenſes cum in illis de R. P. libris perſuadere videatur Aphricanus, omnium Rerum Publicarum, noſtram veterem illam fuiſſe optimam, non neceſſe eſſe optimæ Reipublicæ leges dare conſentaneas? A. Imo prorſus ita cenſeo. M. Ergo adeo expectare leges, quæ genus illud optimum R. P. continent, & ſi quæ forte à me hodie rogabuntur, quæ non ſint in noſtra R. P. nec fuerint, tamen erant fere in more maiorum, qui tum vt lex valebat.

Ex eod. lib. Non enim P. R. ſed omnibus bonis, firmiſque populis leges damus.

Ex lib. 3. Non autem quoniam leges damus liberis populis, quæq; de optima Republica ſentiremus, in ſex libris ante diximus, accommodabimus hoc tempore leges ad illum, quem probamus ciuitatis ſtatum.

Ex eod. libro. Q. Quam breui frater in conſpectu poſita eſt à te omnium magiſtratuum deſcriptio, ſed ea pene noſtræ ciuitatis, & ſi paulum à te allatum eſt noui, &c.

Ex eod. lib. Quoniam non recognoſcimus nunc leges R. P. ſed aut repetimus ereptas, aut nouas ſcribimus, non quid hoc populo obtineri poſſit, ſed quid optimum ſit, tibi dicendum puto.

Ex eod. lib. Deinde de promulgatione, de ſingulis rebus agendis, de priuatis, magiſtratibuſve audiendis. Tum, leges præclariſſimæ de duodecim tabulis tralatæ duæ, quarum altera priuilegia tollit, &c.

Ex quo loco apparet non omnes, quas deſcribit, leges ex duodecim tabulis tralatas eſſe: ſed paucas tantum, quas diſcernere ab aliis non facile poſſumus. Vtinam autem, vanitatis ac mendacii hac in re conuincar abs te Eguinari, & quod ſemper optaui magis, quàm ſperaui, leges illas Decemuirales tandem aliquando mihi contingat inſpicere. Nam quid poteſt veri germanique iuris ſtudioſus homo à Deo immortali legibus illis maius, aut præclarius optare? quas Liuius, Diuini humanique iuris fontem vocat, Cicero omnibus philoſophorum bibliothecis anteponit.

IIII. Ais prætorũ inſtituto fuiſſe in decretis interponendis, & in rebus iudicandis ex ſententia Pædiani: perinde quaſi negem prætorem iudicaſſe. Nec locus Gellii magis ad rem pertinet.

V. Quod opinaris me de edictis & decretis in contumaces, & reſtitutionibus in integrum non reſponſurum fuiſſe, &c. recte coniectas. Nam ex commentariis à me editis ita me ſenſiſſe obſcurum non eſt.

VI. Ais cum de iure, lite conteſtata, omnis quæſtio eſſet, iudicem dari non conſueuiſſe. Quod conſentaneum eſt noſtræ ſententiæ, qui exiſtimamus de facto magis, quam de iure datos iudices cognouiſſe, vt ſupra dictum eſt. Paulus tamen cap. 36. de auro & argento legato (quod à te non animaduerſum miror) de prætore fideicõmiſſario loquitur, apud quẽ ſcilicet fideicõmiſſa petebantur. Nec. n. perſecutio huiuſmodi, iuris ordinarii habebat executionem, nec iudices tum dabantur à prætore, ſed ipſe cognoſcebat extra ordinem, vt oſtendit Paulus in leg. pecuniæ. de verborum ſignificat. cuius ſenſum eius loci interpretes non perceperunt. Huius rei fidem facit Vlpiani locus in fragmentis librorum nondum in lucem editis, ſub tit. de fideicom. *Fideicommiſſa* (inquit) *non per formulam petuntur, vt legata, ſed cognitio eſt Romæ quidem conſulum, aut prætoris, qui fideicommiſſarius vocatur: in prouinciis vero præſidum prouinciarum.* Ex quo loco illud certiſſimum eſſe maxime apparet quod docuimus, res debitas per formulã peti ſolitas fuiſſe, nec ordinariam fuiſſe magiſtratuũ cognitionem. Dicitur enim ordinem quis experiri, cum actio ei à prætore datur extra ordinem, cum ipſe prætor cognoſcit, tit. de extraord. cogn. quod & Gellius ſign. lib. 11. cap. 18. Nec vero dubitandum eſt, quin fideicommiſſum ſit, non legatum in ea ſpecie, de qua Paulus prætorem pronunciaſſe refert. d. leg. Titiæ. de aur. & argen. legat. §. vltim. Inſtitut. de ſingul. reb. per fid. rel. Vlpianus in libro veteri (cuius ſupra meminimus) *Fideicommiſſum* (inquit) *eſt, quod non ciuilibus verbis relinquitur, nec ex rigore iuris ciuilis proficiſcitur, ſed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicõmiſſorum in vſu hæc ſunt, Committo, Peto, Volo dari, & ſimilia.* Hæc Vlpianus. Nec me mouet, quod aurum legatum fuiſſe ſcribat Paulus: cum appellatione legati fideicommiſſum contineri dubium non ſit. l. & fideicommiſſum. de legat. 3. l. annua. l. liberto. §. 1. §. pater. de ann. legat.

VII. Ais à iuris auctoribus traditum eſſe, iudicem dare poſſe, quibus lege, vel conſtitutione, vel S. C. conceditur. l. eum prætor. de iudic. Ex quo colligis, prætores non ſolere paſſim iudices dare. Quæ ſane argumentatio & ridicula, & nugatoria eſt. Docet enim Paulus, qui poſſint iudicem dare: vt oſtendat non cuiuis (puto priuato homini) hanc poteſtatem permitti debere: & ita diffinit, iudicem dare poſſunt, &c. Tu ex eo infers mendoſiſſime, magiſtratus, quibus hoc conceſſum eſt, paſſim id facere non poſſe. Quo nihil poteſt dici à verbis, ſententiaque Pauli alienius. Et quod ais, more maiorum comparatum eſſe, vt magiſtratus iuriſdictionem ſuam mandare poſſint, l. more. de iuriſdict. quid ad rem pertineat, non video.

VIII. Quod obiicis ex l. 16. de offic. præſid. & cap. 10. tit. de iuriſdict. tametſi mentem tuam non ſatis aſſequi potuerim, tamen vtrunque caput ita interpretabor, vt ea interpretatio ad diluendum obiectum ſufficiat. Qui iuriſdictioni præeſt, iudicium dare, ſeu ius dicere libertis ſuis non poteſt. Hæc Vlpiani ſententia eſt ſub tit. de iuriſdictione. Cui Iureconſultus Macer ſub tit. de offi. præſidis, adiicit exceptionem, Niſi quid inuito acciderit, quo caſu hactenus ius dicendum eſt, vt lis conteſtetur, &c.

IX. Adducis cap. 8. & 9. tit. de offic. præſidis vt præſides prouinciarum cognouiſſe oſtendas: quanquam id ego non inficior, vbi de officio præſidis ordinario minime tractatur: ſed de vi & poteſtate reſcripti, quo princeps litigatores ad præſidem remittit.

X. Oppugnas noſtram ſententiam Hermog. auctoritate, c. 10. de officio præſid. qui cognouiſſe vrbis Romæ magiſtratus diſerte (vt ais) ſcriptum reliquit. Sed toties iam repetiui, nunquam aut negaſſe me, aut dubitaſſe, quin pleriq; prætores cognouerint, ac ipſe etiam vrbanus prætor interdum, vt hinc te cauillari facile appareat.

XI. Locum Ciceronis ex quadam ad Quintum fratrem epiſtola adduxeram, quo vno conuellitur omnino opinio tua. Sic enim legitur in omnibus, quicunque extant, codicibus: Quid? Prætor ſolet iudicare deberi? Quibus verbis conſuetudo prætorum in iure reddendo haud dubie demonſtratur. Tu nimium audacter (pace id tua dictum velim) verba immutans, & corrumpens, ita locum recitas. Quid prætor iudicat deberi? quanquam ne ea quidem lectio interpretationi tuæ conuenit. Nec dubito quin nobis tandem aſſenſurus ſis eo loco diligentius perſpecto, perpenſoque, quem fortaſſis præ nimia feſtinatione, non ſatis attente legeras. Nam te ex induſtria locum illum immutaſſe, vt opinioni tuæ ſubſeruiret, mihi nequaquam perſuadeo, quod à viri boni prudentis officio alienum id ſit.

XII. Varios locos iuris ciuilis te præterire ais, ex quibus apparet cognitionem, & iudicationem non ſolum iudicum priuatorum eſſe, &c. Et merito quidem id facis. Quid enim attinet in re non dubia, nec controuerſa teſtibus vti non neceſſariis?

XIII. In hunc modum ratiocinaris: Mandata generali iuriſdictione, totum officium iuris dicendi transfertur in eum, cui mandatur. l. 1. de ſuſpect. tut. At incertum eſt, an transferatur iudicis dandi licentia, &c. Reſpondeo, Certo certius eſſe, iudices dandi licentiam, mandata iuriſdictione transferri. Nam id adeo aperte expreſſum eſt, l. cum prætor. de iud. vt nullus dubitationi locus relictus ſit.

XIIII. Vrges quod Vlpianus cap. 3. de iuriſdict. non ſimpliciter dicit, *Iuriſdictio eſt iudicis dandi licentia*: ſed ita, *Iuriſdictio eſt etiam iudicis dandi licentia.* Reſpondeo, Me ſecutum eſſe emendata exemplaria, & præcipue Haloandri editionem in quibus particula (etiam) deſideratur. Quam lectionem tibi quoq; in commentar. ad Vlpianum placuiſſe video. Nam & ad finem libri aduerſus nos tui ita ſcribis, *Si qua in commentariis ad Pandectas his repugnantia ſcripſiſſe videamur: eo in loco Haloandrinos libros ſecuti ſumus.* Qui locus aperte oſtendit, quã parum tibi conſtes in hac diſputatione: vt minus mirum videri debeat, quod à me ceteriſque diſſentias. Sed quam vim habeat particula, etiam, in aliis codicibus, oſtendimus in commentariis ad illud c. 3. quos cum plus ſuppeteret nobis otii edituri ſumus.

XV. Non moueri te ais conſtitutione, *Ne quis in ſua cauſa iudicet, vel ius ſibi dicat*: cum non ſit nouum, generale verbum ſubiici ſpeciali: vel contra, ſpeciale generali. Et ais hæc verba, *Iniquum eſt in re propria alicui ius tribuere ſententiæ*: magis ad magiſtratus ſententiam, quam iudicis dati referenda eſſe: quoniam, inquis, filius patri iudex dari poteſt, conſentiente ſcilicet aduerſario. Primum reſpondeo, hac ratione tua nihil ineptius eſſe. Quamuis enim pater in cauſa filii, aut filius in cauſa patris iudex recte detur, conſentiente

tiente aduerſario, l. in priuatis. de iud. argu. l. quinetiam, de recept. arb. quod & ego tractaui lib. 1. Diſput. anniuerſ. cap. 61. Nunquam tamen mihi probabis iudicem in cauſa ſua quempiam eſſe poſſe, cum id rationi iuris non conueniat. l. pen. de recep. arb. Illud tibi non grauate aſſentiar, & concedam, poſſe eam conſtitutionem de Magiſtratu vbique intelligi, quẽ non ſolum ius dixiſſe, ſed etiam interdum iudicaſſe in confeſſo eſt. Harmenopulus Græcus autor lib. 1. Prochir. tit. 4. prius verbum videlicet, *Iudicem eſſe, ſiue iudicare* ad cognitionem, pronuntiationemque de cauſa priuata retulit, quod tunc proprie ius dicere non dicatur Magiſtratus. Poſterius verbum quod eſt, *ius dicere*, explicat adducto nominatim exemplo de bonorum poſſeſſione danda. Nam dare bonorum poſſeſſionem iuriſdictionis eſſe nō male dicitur: cum ſit imperii miſti, quod cum iuriſdictione coniunctum eſt, & ad officium ius dicentis pertinet.

XVI. Apud Papinianum in l. qui reſtituere. de rei vind. cum ait, *Officio iudicis poſſeſſionem transferendam*, negas officium iudicis de pedaneo intelligi, ſed nihil probationis loco affers, quod reſponſionem mereatur, quodque admodum leue, friuolumque nō ſit. Prætor, inquis, aliquando iudex appellatur. Quis hoc ignorat? Liuius certe Prętorem à veteribus iudicem appellari ſolitum diſerte ſcribit. Cuius loci nuſquam te meminiſſe in hoc tractatu mirum eſt, cum ambitioſius quā fortaſſis par fuit (ne dicam odioſius) autorum locos, vel parum ad rem pertinentes huc inculcaueris. Iuris tamen noſtri autores in Pandectis fere iudicem pedaneum, ſiue datum hoc nomine deſignant, vnde & Prætoria ſtipulatio opponitur iudiciali. Verum quis hāc argumentationē ferat? Prætor interdum iudex appellatur: Officium igitur iudicis apud Papinianum pro officio Prætoris accipi debet. At enim quæ imperij ſunt (inquis) per Magiſtratus expediri ſolent. Quaſi vero pronuntiatio, iudicatioque imperij ſit, quæ ne iuriſdictionis quidem eſt, niſi improprie, & καταχρηστικῶς iuriſdictionem accipias: quod & Vlpiani verba oſtendunt, l. quidam conſulebant. de re iud. *Si minor* (inquit) *Prætor vel conſul ius dixerit, ſententiamve protulerit, valebit.*

XVII. Locus Suetonij Tranquilli, quem adduxi, manifeſtiſſime iuriſdictionem à cognitione, vt rem omnino diuerſam, ſeparat, ac diſtinguit. Tu ſpecem, generi ſubiectam eſſe affirmas: nec vllam tamen huius rei fidem facis.

XVIII. Diffinitionem tam iuriſdictionis, quam imperij meri, ac miſti vna cum diuiſione, quam tradidimus, in dubium vocas: ita tamen vt probeſne, an improbes, ex diſputatione tua facile non ſit iudicare. Vt igitur tibi ſatisfaciam, hoc in primis habeto, me ſexaginta illa capita, in quibus illud, quod ad iuriſdictionem ſpectat, quinquageſimum tertium numeratur, publicæ cuiuſdam diſputationis, in ſchola cui præeram inſtituendæ gratia, propoſuiſſe: vtque paratior ad eam eſſet iuuentus, quæ tum nobis operam dabat, ea per typographos feſtinanter publicanda curaſſe: tametſi aliis occupationibus diſtrictus, quod maxime optabam, perficere non potuerim. Non enim inſtitutum meum fuit, plenum de iuriſdictione tractatum id temporis edere: ſed quædam veluti præludia, iuuentutem tantum admonendi gratia, eo capite breuiter, & (quod ipſe me præſtitiſſe etiam fateris) dilucide complecti. Itaque de officio Prætoris, & aliorum huiuſmodi Magiſtratuum differens, quodnam eſſet præcipuum, & (vt ita loquar) ordinarium eorum officium, tunc demonſtrare ſatis habui. Exempli gratia, Præcipuum vrbani Prætoris officium eſt ius dicere, bonorum poſſeſſionem dare, & cætera id genus exequi, quæ iure Magiſtratus ei competunt. Nam poteſtas de prædiis minorum alienandis decernendi, aduentitia eſt, & extrinſecus accedit. Præterea ius animaduertendi in facinoroſos homines (quod merum dicitur imperium) quamuis lege ſpecialiter deferatur: tamen in eo præcipue verſatur Prætoris munus, cui ſortio id obtigit. His præceptis nullum exiſtimo aduerſus nos calumniæ locum fore. Ad quæſtionem igitur tuam, ſub quo ſcilicet genere conſtituenda ſit in diuiſione iuriſdictionis, & imperij poteſtas illa decernendi de rebus minorum, &c. Reſpondeo, *In imperio quodam videri conſiſtere.* Et quia imperium coniunctum eſt cum iuriſdictione, nec alii competit, quam qui ita Magiſtratu fungitur, vt iuriſdictionem generalem iudicumque dandorum facultatem habeat (puta Prætori vrbano) miſtum dici imperium nihil prohibet. Poteſt & iuriſdictio appellari lata ſignificatione. argum. l. 1. de ſuſp. tut. Nec ideo transfertur mandata iuriſdictione, quoniam ea mandata tranſit omnis iuriſdictio, omneque imperium iure magiſtratus competent. At iuriſdictio, aut imperium, quod ſpecialiter lege defertur, non tranſit. arg. d. l. 1. de ſuſpect. tuto.

XIX. De edicto Prætoris aduerſus eum propoſito, qui ius dicenti non obtemperat, Vlpianique commentariis ad illud edictum, quod ſcripſimus lib. 1. diſput. anniuerſ. cap. 50. non quidem reprehendis: ſed tamen perſuadere lectoribus conaris, noui quicquam à nobis allatum non eſſe: Et te poſt Bulgarum, eandem (ſi Diis placet) expoſitionem, antequam Duarenus hæc ederet, ſuis auditoribus dictaſſe, quæ poſtea impreſſorum opera publicata ſit. Nam & illud te male habet, quod ſcripſerimus neminem, cuius ſcripta in manus noſtras venerint, recte eum locum explicaſſe. Quod quidem à nobis vere dictum eſſe, quis tam impudens eſt, vt inficiari auſit, qui modo noſtra ſcripta cum cæterorum commentariis contulerit? Bartolus, quem cæteri fere ſequuntur, *Extremum*, pro *primo* apud Vlpianum accepit, nihilo rectius quam ſi *Album*, id eſt, *Nigrum* dixiſſet. Bulgarus *Extremum* ſignificare *Vltimum* vere ait, & ſubaudiēda quædam verba eſſe putat. Sed quam recte id explicet, teſtimonio ſunt, quæ ab aliis ſcriptoribus de opinione eius referuntur (nihil enim eius extat) quam omnes explodunt, & reiiciunt. Tu non tanquam exponens Bartoli opinionem, ſed tuam expromens (nuſquam enim Bartoli mentionem facis) *Extremum*, inquis, *id eſt, primum*, & paulo poſt, *Niſi malis extremum eſſe vltimum, nimirum reſtituere rem mobilem vindicanti arbitratu iudicis, duci vero, & ferri manu militari.* Hoccine eſt explicare, & interpretari? an non potius res per ſe claras obſcurare, & inuoluere, miſeroſque auditores multo incertiores dimittere, quam acceperis? Denique, vt tibi demus quid ſit *Extremum* te intellexiſſe (nam in eo præcipua difficultas eius loci non vertitur) quomodo, quæſo, reliqua eiuſdem Vlpiani verba interpretaris, & cum ſuperioribus connectis? *Cæterum ſi & ſequentia recuſauit, &c.* Quibus nos lucem eam attuliſſe ſperamus, vt nemo ſit ſani, rectique iudicij, cui noſtra opinio non magnopere probetur. At Bulgarus (inquis) ea verba multis ante ſæculis ſubaudienda eſſe cenſuerat. Eſto, ſed quamobrem ſubaudienda eſſent nuſquam ſane docuit, ac ne intellexit quidem. Hinc factum eſt vt poſterioribus interpretibus vulgo diſplicuerit ea ſententia. Quid vis amplius? Ipſe quoque confiteris (vt Bulgari ſubauditionem effugeres) typographo te mandaſſe vt lectionem affirmatiuam in margine imprimeret. *Is videtur ius dicenti obtemperaſſe, qui quod extremum eſt in iuriſdictione fecit.* Nam quia nihil comminiſci poteras, quod ſpeciem aliquam veri haberet: eo confugiſti tandem, poſt alios quoſdam non minus audaces, quam imperitos excuſores librorum, vt verba Vlpiani elegantiſſima inuerteres, & corrumperes. Quæ cum ita ſe habeant, æquum erat profecto gratiam aliquam ei habere potius, quam maligne perſtringere, qui primus omnium has tenebras diſcuſſit, & in eo Vlpiani loco ἀνταπόδοτον ſchema Græcis, Latiniſque vſitatum eſſe demonſtrauit. Galenus ſcribit, homines quoſdam eſſe, qui ſe nunquam victos agnoſcunt in diſputando: hoſque ſimiles eſſe ait vulgaribus Palęſtritis qui deiecti à luctatoribus, & humi iacētes ſupini, tantum abeſt vt lapſum agnoſcant, vt etiam ceruices eorum à quibus deiecti ſunt, teneant, non ſinentes illos auelli, ac vel ita ſe viciſſe arbitrantur. Quo ex genere hominum tametſi non ſis (id enim affirmare nec auſim, vel velim) optarem tamen te ſtylum ita hic temperaſſe, vt nullam bonis viris tale quidpiam de te ſuſpicandi dediſſes occaſionem. Atque vtinam, Eguinari, cœptam à te non infeliciter docendi iuris rationem tenuiſſes, nec adeo tui oblitus ad has velitationes, homine præſertim ſene, & Iuriſconſulto indignas, animum conuertiſſes, quibus veritatem amitti non immerito ſapientiſſimi quique ſemper iudicauerunt. Permiſerunt hoc ſibi interpretes iuris, qui vulgo in manibus habentur. Quæ ex re quanta ſit perturbatio, confuſioq; ſecuta nō ignoras. Cęperant noſtra ætate nōnulli huiuſmodi ſophiſticis altercationibus exploſis, ſimplicitatem in

docendo amplecti, in quibus tu nobiſcum ſtrenuam aliquando operam nauaſti. Atq; hinc ſpes nobis aliqua ſincerioris in poſterum doctrinæ affulſerat, & inſtitutionis in iure ciuili. Quid, malum, tibi nunc in mentem venit, vt hoc peſſimi ſane exempli facinus aggrederere? equidem ſatis mirari nequeo. Quod ſi imitari in animum inducant cæteri, quo euaſura ſit res, & quis futurus exitus prudentiæ tuæ erit animaduertere. Quod ad me attinet, Chaos neſcio quod eo longe intolerabilius, quod interpretum veterum (quos damnas) digladiationes pepererunt, hinc exiturum animo cogitationeque ſatis proſpicio: futurumque tandem vt iuris ſtudioſam iuuentutem, Bartoli, Baldi, ac reliquorum eiuſdem notæ ſcriptorum, quos præ noua, eademq; puriore doctrina cœperat faſtidire, & auerſari, breui deſiderium capiat. Eſt enim veriſſimè ſcriptum ab optimo poeta,

Qui velit ingenio cedere, rarus erit.

Et ab alio quodam.

Nulla in re modum humana ingenia nouere.

Ac pleroſque videas Plautino illi coquo non abſimiles, qui ſe intro iturum ait, vt quod alius condiuit coquus, alio pacto condiat: hoc vnum ſpectantes, vt nouent, ac perturbent omnia: & quo iure, quaq; iniuria de aliorum laude aliquid delibent, ac decerpant.

XX. Circa eiuſdem edicti interpretationem ais me diffidenter, ac timide à ſententia tua receſſiſſe, cum ex eo edicto litigatori, non fiſco iudicium dari ſcripſi, &c. A ſententia tua vt recederem ne cogitaui quidem vnquam, vtpote quam ignorauerim omnino, donec (vt aduerſus calumniam tuam ipſe me defenderem) coactus fui commentarios à te editos nuper inſpicere. Deinde illud à te quæſierim, Vnde hanc diffidētiam noſtram, ac timiditatem arguis? An quod *Exiſtimare nos dicimus*, &c. Magnum hercle timiditatis argumentum: ſed hæc quæ leuia ſunt ac puerilia, prætereamus. Ais non admodum tibi placere quod ſcribimus *Hoc iudicium ſoli litigatori competere.* Credo vt timiditatis tuæ fidem nobis facias, quā nobis neſcio qua de cauſa hic adſcribere voluiſti. Equidem nō ignoro, veteres Iureconſultos ita nonnunquam ius reſpondere quaſi hæſitare videantur: ſed ita demum ſi ius non certum, neque exploratum, ſed dubium, atque controuerſum ſit. De re autem certa minimeque obſcura nobiſcum hic contendere videris. Nam ſi iuris noſtri autorum loci conferantur, Sophiſtice, cauilationeque omni remota, nihil poteſt reperiri dilucidius. Dico, *Hoc iudicio peti, non quod actoris intereſt ſed quanti ea res eſt*, id eſt, quanti ea res, de qua quæritur, ab actore æſtimata eſt, ſiue iuſta, ſiue iniuſta, & calumnioſa fuerit eius petitio. Nihil enim aliud hoc ſermonis compendio ſignificare voluit Vlpianus. Nam propter hanc contumaciam dāno, & perditione litis afficitur reus. Quod pœnę genus in pleriſq; caſibus hodie in foro vſitatum eſt. Hæc interpretatio & verbis, & rationi mirum in modum congruit. Nec enim (vt tu ais) principaliter Reip. intereſt, ſed litigatoris potius, qui cum reo alias iudicium conteſtari non poteſt, nec eo animo propoſitoq; fruſtratur reus vt contemnat ius dicentem, ſed vt aduerſario noceat, quamuis in conſequentiam quoque eius imperium contemni videatur. Itaque popularis non eſt hæc actio iudicanda, quæ competit actori, vt diximus. Nam actione data mulctam peti inauditum eſt: quam à pœna multum differre conſtat. l. ſi qua pœna. de verb. ſignif. Et hoc differt titulus, Si quis in ius vocatus non ierit: ab hoc titulo, quod hic de amiſſione cauſæ ob contumaciam agatur, illic de mulcta dicendi à Magiſtratu. Eſtque tunc locus pœnæ huius edicti, cum Magiſtratus mulctam dicendo pignora capiendo, in poſſeſſionem mittēdo, & cætera, ad extremum vſque iuriſdictionis, poteſtatiſq; ſuæ peruenit, nec aliquid ei amplius reliquum eſt, quo non obtemperantem coerceat, & ad iudicium ſubeundum compellat. Quod autem ais hæc verba *Secundum vim poteſtatis ſuæ*, ad conſtitutionem de modo mulctarum referenda eſſe, mihi nunquam perſuadebis, cum ea nihil aliud ſignificent, quam hanc facultatem concedi Magiſtratibus Populi Romani, propter vim poteſtatis ſuæ & imperii, non autem Magiſtratibus municipalibus, ac Duumuiris, qui nō ſimilem poteſtatem, aut imperium habent. Sed cur meram pœnam continere dicitur? Nam hoc quoque tu calumniatus es. Reſpondeo, Meram pænam cōtinere hoc iudicium, quod ad pœnam tantum infligendam comparatum ſit, nec in eo quæratur an interſit actoris, ſed quid petitum ſit, quamuis forte eius intereſſe poſſit. Non enim reus in hoc iudicio auditur, contendens iniuſtam, & calumnioſam actoris intentionem fuiſſe. Et ſane nuſquam legitur, actionem rei perſecutoriam, aut miſtam dici, niſi in qua de eo quod abeſt litigatori, eiuſque intereſt quęritur. Quod cum in hoc iudicio non fiat, meram pœnam continere abſque vlla rei perſecutione merito dicitur. Hoc autem edictum ad plectendam contumaciā eius vnde petitur à Prætore propoſitum eſt, quod crebrius ſoleat fruſtrari & iudicium fugere, quam actor. Quare à Græcis φεύγοντες dicuntur, quos Latini reos appellant. Sed quia contingit aliquando vt etiam actor contumax, & dicto audiens non ſit, cenſuit Labeo edictum (tametſi verbis id expreſſum non eſſet) ad actorem porrigi oportere vt ſcilicet damno litis afficiatur. Quod quemadmodum fiat, quanquam obſcurum non eſt, tamen eiuſdem Labeonis verbis, quæ ab Vlpiano referuntur, id confirmare volui, l. ſed et ſi. ex quibus cauſ. ma. *Sed etſi dum decreto Prætoris non obtemperat,* inquit Vlpianus, *iuriſdictionem ei denegauit, nō eſſe eum reſtituturum Labeo ſcribit.* Ecce, Prætor ei, qui non obtemperat edicto ſuo, denegat iuriſdictionem, id eſt, actionem non dat, non dat Iudicem, non admittit ad agendum. Hæc enim verbo iuriſdictionis ſignificantur, vt ſupra annotauimus. Et hoc etiam caſu pœnam recte dicitur actori infligere Prætor: quia licet forte calūnioſa fuerit actio, ad quam inſtituendam non admittitur, tamē hoc non inquirit Prætor, ſed ad contumaciam tantum reſpicit. Pro coronide ſubnectam verba Hermogeniani, quæ non minus perſpicue, quam breuiter, totam hanc ſententiam, tam de actore, quam de reo complectuntur. l. contumacia. de re iudic *Contumacia eorum* (inquit) *qui ius docenti non obtemperant, litis damno coercetur.* Calendis Ianuarij. 1549.

EPISTOLA

FRANCISCI DVARENI AD ANDREAM GVILLARTVM, CLARISSIMI VIRI ANDREÆ GVILLARTI, LIBELLORVM IN REGIA MAGISTRI, FILIVM,

De ratione docendi, diſcendique Iuris conſcripta.

SÆPE mecum egiſti, Guillarte, vt quæ tu, & ex æqualibus tuis nonnulli ciuilis diſciplinæ ſtudioſi iuuenes, me aliquando de ratione docendi, ediſcendique Iuris ex tempore diſſerentem audieratis, ea vobis paulo accuratius deſcripta traderem, ac communicarem, quo & diutius permanerent prodita literis, & facilius etiam à vobis repeti, ac per otium conſiderari poſſent. Quod autem expectationē tua id tardius effecerim, vna hæc cauſa, me Hercule, fuit; quia verebar, vt ſatis maturum noſtrum iſtud conſilium eſſet, quod in gratiam potiſſimum tuam à nobis deſcriptum, ad multorum manus peruenturum augurabar. Itaque ego aliquantiſper cunctandum eſſe duxi: vt non ſolum in eius rei cogitatione diutius verſari, verum etiam cum viris ſapientibus, & eruditis, de toto hoc genere colloqui, ac commentari poſſem, haudquaquam ignarus quantum ea συζητήσεις, & com-

& communicatio opinionum, ad quamque rem cognoſcendam, percipiendamque momentum habeat. Illud vero percommode cecidit, quod ſicut M. Cicero de optimo Reipubl. ſtatu ſcripturus, Romanam tantum Rempublicam ſibi deſcribendam eſſe putauit, quod ea omnibus aliis antecelleret: ita & mihi quodnam eſſet optimum illud iuris docendi genus inquirenti, quo etiam magna ex parte eiuſdem diſcendi ratio videtur contineri, non aliud tandem mihi hoc tempore præſtantius occurrit, quam quod in noſtra ſchola haud ita pridem inſtitutum, & à te, cæteriſque felicioris ingenij atque indolis iuuenibus magno cum plauſu exceptum fuit.

Sic enim futurum ſpero, aut confido potius, vt noſtrum hoc inſtitutum, quod vel primoribus deguſtatum labris tantopere placuit, vbi variam, multiplicemque eius vtilitatem, ac ſuauitatem oſtendero, ſingulari quodam ſtudio, & amore complectamini. Atque vtinam ego tam graphice rem totam depingere, vobiſque velut oculis ſpectandam proponere poſſim, quam vehementer, quamque ex animo de veſtris, omniumque proborum adoleſcentium ſtudiis bene mereri ſtudeo. Non enim ſum neſcius, quam perſonam in hac celebri ſchola ſuſtineam, & quantum expediat iuuentuti, de his rebus, quæ ad ſtudiorum rationem pertinent, ſubinde admoneri: cum præſertim hodie quam pauciſſimi ſint, qui ea recto conſilio aggrediantur, & in quos illud non conueniat, καλῶς μὲν τρέχουσιν· ἀλλ' ἐκτὸς τῆς ὁδοῦ. Inde fit, vt ſedulo quidem pleroſque, ſed irrito labore, & admodum infeliciter moliri videamus: quos ab errore in viam reuocare, boni præceptoris eſſe exiſtimo.

Sed cum vos iam cohortatione noſtra excitati, rectam (niſi fallor) viam ingredi cœperitis, non adeo fortaſſis neceſſarium vobis hoc noſtrum officium videri poſſit. Attamen vt currentes (quod aiunt) inſtigemus, operam dabimus, vt quæ nos ad rectam ſtudiorum inſtitutionem idonea, atque vtilia eſſe comperimus, ea ſi minus eleganti, & ſplendida oratione, ſimplici certe, & non nimis (vt ſperamus) abiecta, nunc breuiter exponamus. Verum antequam ad eius rei tractationem aggredimur, quædam de vulgari illo Profeſſorum in legibus interpretandis more, qui etiamnum vbique in ſcholis retinetur, dicturi ſumus, Iſmeniamque tibicinem imitaturi, qui diſcipulis ſuis non tantum bene, ſed etiam male canentes oſtendebat, dicens, Hoc modo canendum eſt, illo nequaquam. Nam & hac ratione aduerſariorum calumnias refellemus, quos vtique nobis æquiores fore confidimus, vbi intellexerint veterem receptamque docendi conſuetudinem non temere à nobis, nec qualibet de cauſa, immutatam fuiſſe. Scimus enim, quanta nos premant inuidia apud imperitam plebeculam nonnulli, duorum ſcilicet vitiorum nos inſimulantes, quorum vnũ Græci φιλόκαινον, id eſt, nouarũ rerum appetentiam, alterum huic germanum, ac propinquum ἀψίκορον vocant, quo mox faſtidiuntur paulo ante adamata. Quibus vitiis haud ſcio an aliud in Republ. ſit periculoſius. Et vtinam accuſatores noſtri à maledicentia, & obtrectandi libidine tam alieni eſſent quam nos hæc vitia odimus, ac deteſtamur. Etenim tantum abeſt, vt res bonas, atque vtiles innouantibus faueamus, vt ne eas quidem, quæ aliquid habent incommodi (modo nimis intolerabile non ſit (facile mutari patiamur. Nec adeo Plautinum illud improbamus, quod à quibuſdam accepimus nobis obiici ſolere, *Nota res mala, optima eſt.* Veruntamen ſi quid, tempore ipſo admoniti, in veteribus inſtitutis deprehendimus, quod ſeculi noſtri moribus parum conueniat, idque emendatione aliqua dignum iudicamus, equidem non arbitror iure id nobis vitio verti poſſe. Nam & in legibus publicis idem vſuuenire ſcimus, quæ (vt ait Liuius) mortales, ac temporibus ipſis mutabiles ſunt, vt quę in bello latæ ſunt, pax quæ in pace, bellum plerũque abroget. Sic & in nauis adminiſtratione, alia in ſecunda, alia in aduerſa tempeſtate vſui eſſe videmus, & experimur. Iam vero cum inter omnes ſanos, atque eruditos homines, qui ſe ſe huic ſtudio dediderunt, conſtet eam interpretandi Iuris cõſuetudinem inoleuiſſe, vt nullo vnquam ſeculo ferri à quoquam debuerit, nedum hoc feliciſſimo, & præcellentium ingeniorum feraciſſimo tempore, quis tam iniquus in nos Iudex, vt cauſam noſtram, bonorum omnium fauore, ac patrocinio magis, quam inſectatione dignam eſſe non protinus iudicet? Nec ſane opus eſt, quæ peccantur in ea re ſingula copioſius hic recenſeri, quæ vobis non ignota eſſe reor. Memini ſiquidem ex vobis audire cum nuper in huiuſmodi Doctores incidiſſetis, tantum iſtius corruptiſſimæ doctrinæ odium animo concepiſſe, vt parum abfuerit, quin ſtudio Iuris multa ſalute dicta, ad quamuis aliam ex inferioribus, ac leuioribus diſciplinis, animum applicaretis: idque vos facturos fuiſſe, niſi noua noſtra docendi ratio, aut (vt verius dicam) vetus, ſed à nobis longe interuallo repetita ac renouata, cuius fama vos in ſcholam, auditoriumque noſtrum pertraxerat, eoſdem repreſſiſſet, & continuiſſet. Dicam igitur ex multis, ac propemodum infinitis pauca, ex quibus noſtrum de ea re iudicium à veſtro non multum diſcrepare cognoſcetis: & vos iſtius incepti, quaſi ex certa ratione magis, quam errore aliquo, ac leuitate iuuenili profectum ſit, minus (vt ſpero) pœnitebit.

Ac in primis illud magnopere improbandum ducimus, quod proprietas Latini ſermonis (cuius merito tribuitur laus veteribus Iureconſultis) hodie in omnibus fere gymnaſiis negligitur. Nam pro Latinis, propriis & elegantibus vocabulis, noua, eademque inepta, & monſtroſa à profeſſoribus cuduntur, ex quibus conflata oratio, quia præ nimia obſcuritate non intelligitur, idonea ad docendum eſſe non poteſt. Idque factum à pleriſque ſcio, qui cum verbis propriis, & apud ſcriptores probatos, quos quotidie manibus tererent, vſitatis, ſatis commode, & dilucide cogitata ſua efferre poſſent, tamen quo diſputationes ſuas obſcuriores redderent, & offuſa rudioribus caligine maiori in vulgus eſſent admirationi, noua, atque inaudita comminiſci maluerũt, quæ nemo, niſi ab ipſis permultos annos edoctus, aut in huiuſmodi ſcriptis diu multumque verſatus, intelligeret. Erunt fortaſſe, qui dicent, rudi adhuc, & impolito ſeculo verbis ex medio ſumptis vtendum fuiſſe, quæ ab idiotis & plebeiis hominibus (quales tum plerique huius artis ſtudioſi erant) minore negotio perciperentur. Balbus enim (vt in prouerbio eſt) balbum rectius intelligit.

Sit ita ſane: Non enim ſummo iure cum iis, qui iſta defendunt, contendere cupio. Sed quæ, malum, dementia eſt? Vobis, veſtrique ſimilibus, id eſt, bonarum artium, linguarumque peritia non leuiter inſtructis iuuenibus, quales hodie magna ex parte videmus, eos qui ad Iuris ciuilis ſtudia ſe conferunt, haſce ineptias obtrudere, & ea oratione vti, quæ rebus obſcuris, nullam addat lucem, claris vero & perſpicuis tenebras obducat. Accedit hoc etiam mali, quod ea ſermonis ruſticitas, & pluſquam Scythica barbaries, authores ipſos elegantioribus perpolitos literis, ab hac diſciplina prorſus alienat, & auertit: quos ad eam potius, vtpote ſeueriorem, & primo aſpectu inamœnam: orationis nitore, & puritate, velut illecebris quibuſdam, & lenociniis, allici conueniebat. Nec tantum ideo nocet iuuentuti horrida incultaque iſtorum oratio, quod nullis eam blanditiis demulceat, verumetiam quia nullius fere creduntur eſſe iudicij, qui tam inepte & inquinate, ſiue ſcribunt, ſiue loquuntur. Nam incredibilis illa infantia, eos in recte dicendi ſtudio & iis auctoribus legendis, quibus prudentia, & iudicium acquiritur, & confirmatur, ſeriam operam non poſuiſſe, ac ne puerilibus quidem diſciplinis imbutos eſſe ſatis arguit. Itaque talibus profeſſoribus ſi qui dant operam, vel inopia meliorum, vel aliqua fortaſſis neceſſitate adacti, quia contemptim, & oſcitanter audiunt magis, quam auſcultant, minore cum fructu id faciant neceſſe eſt. Cæterum iſta corruptæ loquendi, ac ſcribendi conſuetudo, quos errores, quaſque contentiones pariat, tam facile mihi eſſet hic demonſtrare, quam liquido confirmare poſſum ingentem illam commentariorum molem, qua totum pene ius obrutum eſt, magna ex parte ex futilibus, & otioſis altercationibus, quas puri ſermonis contemptus, & ignoratio peperit, natam eſſe. Sed quia inſtituti noſtri ratio fuſius hæc differri non patitur, ad reliqua iuris profeſſorum vitia atque errata, iam noſtra feſtinat oratio. In quibus illud non minimum eſt, quod methodus, & ars docendi, non minus, quam ſermonis proprietas apud eos contempta iacet,

licet vtraque res ad docendum æque ſit neceſſaria. Nam (vt præclare inquit Cicero) non ſolum aliquid ſcire, artis eſt, ſed eſt quædam ars etiam docendi, in qua Seruium Sulpitium valde exercitatum fuiſſe, ideoque cæteris excelluiſſe Iureconſultis, idem auctor eſt. Fieri enim non poteſt, vt ſine ea Methodo, quam Ariſtoteles, Galenus, & alij eruditiſſimi viri docuerunt, quaque in ſcriptis ſuis vſi ſunt, quicquam recte doceatur. At in iſtorum doctrina, Dij boni, quam confuſanea, ac (vt vere dicam) monſtroſa ſunt omnia. Miſcentur, & confunduntur, quæ oportebat ſecerni, & quæ natura coniungi poſtulat, ſeiunguntur, ac diſtrahuntur: vt quod de veteribus quibuſdam Iureconſultis ſcriptum reliquit Cicero, multo rectius in iſtos torqueri poſſe videatur. Sed Iureconſulti, inquit, ſiue erroris obiiciendi cauſa, quo plura, & difficiliora ſcire videantur: ſiue (quod ſimilius veri eſt) ignoratione docendi ſæpe quod poſitum eſt in vna cognitione, id in infinita diſpertiuntur.

Nonne videtis, vt omnes in omnium interpretum, qui prope innumerabiles ſunt, commentariis magis quam Legibus interpretandis occupari, de re pauciſſima, præter rem infinita tum ſcribunt, tum loquuntur? vt alieniſſimis locis inculcant quæcunque libet? vt vnius voculæ arrepta occaſione, euagantur à propoſito, nihil penſi habentes (vt recte quidam ait) quid quoquo loco aut dicatur, aut ſcribatur? vt denique Bartolis, Baldis, Paulis, Fulgoſiis, Alexandris, Iaſonibus, Sociniis, Curtiis, Deciis, Purpuratis, aliiſque multo ignorabilioribus appellandis, eorumque receſendis opinionibus, ſibi placent? Quaſi vero non cuiuis homini ingenioſo, & mediocriter in his ſtudiis verſato, id factu perquam facile ſit: aut obſcurum ſit, eos ad inanem quandam memoriæ oſtentationem, non ad ſtudioſorum vtilitatem id facere. Titus Quintius, Imperator populi Romani, cum Etolorum legati in concilio quodam Achæos à fide Roma. abducere volentes, vires ſuas ſupra modum extollerent, ac variis generibus armorum, & inauditarum gentium nominibus commemorandis ipſos terrerent, facete ſic eos eluſiſſe fertur: Res (inquit) ſimillima eſt cœnæ Chalcidenſis hoſpitis mei, hominis & boni, & ſciti conuiuatoris, apud quem ſolſtitiali tempore conuiuio accepti, cum miraremur, vnde illi eo tempore anni tanta ſuppeteret venatus copia: tum arridens homo (quam iſti ſunt) glorioſus, ex vno ſuo domeſtico varietatem illam, & ſpeciem ferinæ carnis factam eſſe confeſſus eſt: non ſecus iſti faciunt (inquit) qui variis & horrendis nominibus vos territant, cum vna gens ſit. Hi enim omnes Syrii ſunt, ſed armis inter ſe ad ſpeciem ingentis exercitus diſtincti.

Idem & vos de hac tam magnifica, & faſtuoſa variorum Iuris interpretum librorum, tractatuum commemoratione proculdubio, exiſtimare debetis: quæ ſine vllo fructu, & commodo ad miraculum excitandum fieri ſolet. Eadem enim deſcripta ſunt à pluribus, ſed paucis commutatis verbis, ac plerunque ne commutatis quidem toties repetita, vt non dubitem, quin omnia huiuſmodi ſcripta quamlibet prolixa, & verboſa, ſi quis in eo modice ſibi elaborandum eſſe duxerit, ad pauciſſimum numerum librorum facile redigi queant. Eſt & aliud, idque tertium, in quo ita grauiter, meo iudicio, peccatur à multis, vt cætera, quæ per ſe grauia ſunt, errata, præ hoc vno leuia, ac prope contemnenda videantur, nempe quod illis impoſtoribus non ſatis eſt barbare, confuſe omnia tractare, niſi etiam diſputationibus ſuis Sophiſticen perpetuo admiſceant: Summam enim ingenij laudem eſſe ducunt, non vera explicare, ſed bonas, vtiles, & receptas aliorum ſententias petulanter euertere: quaſi ipſos pudeat vſquam cum quoquam conſentire, & nihil verum, niſi idem diuerſum ſit. Et quia turpe ſibi exiſtimant homines plus ſatis ambitioſi, quæ recta & ſimplicia ſunt, quia nimium ſcilicet vulgaria, & facilia, ſequi, quibus præſtigiis (Dij boni) & commentis veritatem obruunt, quo aliquid paulo argutius, nec ab aliis ante excogitatum (id enim palmarium eſt inter eos) in medium adduxiſſe videantur. Itaque de huiuſmodi Doctoribus illud vere dici poteſt, quod Antonius apud Ciceronem de Philoſophis ſcribit: Ipſi ſe compungunt ſuis acuminibus, & multa quærendo reperiunt, non modo ea, quæ iam non poſſint ipſi diſſoluere, ſed etiam quibus ante exorſa, & potius detexta, prope retexantur. Hæc quia non intelliguntur à iuuenibus, nec adeo intelligi poſſunt, videntur pleriſque ingenioſa, qui ea ſola mirantur, & habent in pretio quæ non intelligunt, & ſubtiliſſimam oportere rem eſſe arbitrantur, quam ipſi non cernant. Quæ vero ſimplicia, atque perſpicua ſunt, quæque plus operis habent, quam oſtentationis, ipſis vt puerilia ſordent, ac nihili fiunt.

Ego vero, tantum abeſt vt acumen iſtud magnopere mirer, vt etiam bonorum omnium virorum, & eruditorum odio, & inſectatione dignum eſſe putem. Nam pleraque id genus inuenta, quæ magno illi cum faſtu, vt noua, atque inaudita in cœlum efferunt, huiuſmodi eſſe certo ſcimus, vt mirum videri non debeat, ſi homini ſano, & integri iudicij, nullo vnquam tempore in mentem venerint. Quæ quidem vt arguta ſint, atque ingenioſa, quia tamen inſulſiſſima prudentiæ ſunt, nullum adferunt ſtudioſis fructum: quin potius ita iudicium omne peruertunt, & corrumpunt, vt vulgus hominum rectius, ac ſincerius, quam qui talibus argutiis, ſophiſticiſque cauillis aſſueuerunt, de ciuilibus, ac ſeriis rebus iudicare ſoleat. Quid enim aliud eos facere videas, quam λεπτολογεῖν, καὶ περὶ καπνοῦ στενολεσχεῖν, vt de Philoſophis Ariſtophanes ait, id eſt, non tantum de rebus tenuibus ac friuolis diſputare, ſed etiam de meris nugamentis anxie torqueri? Euclidis ſchola, quod arguta quidem, ſed ad recte viuendum inutilia docere videretur, χολὴ, id eſt, bilis, ac moleſtia, à quodam vocitata eſt, cum tamen diſcipulis ſuis ea traderet, quæ ſi minus ad mores, & rectam vitæ inſtitutionem, ſaltem ad id ipſum, quod profitebatur, magnopere pertinerent. Quo igitur nomine iſtorum ſcholam vocari par eſt, qui veram germanamque Philoſophiam, id eſt, boni, & æqui ſcientiam profeſſi non tam iuſtitiæ, & æquitatis, quam litigandi monſtrant, via? Quædam fortaſſis augendi criminis cauſa nonnullis confinxiſſe videbor: verum non dubito quin homines ſani & eruditi, quibus hæc σοφισμανία ignota non eſt, multo parcius, quam res tanta poſtulet, de ea me loqui exiſtiment.

Ac breui futurum auguror, vt fucus ille (quem pauci tantum hodie perſpiciunt) non minus innoteſcat hominibus, quam Ariſtotelicæ Philoſophiæ profeſſorum impoſtura, noſtro ſeculo omnibus patefacta atque explorata eſt. Eo enim iam euaſerunt iſtorum præſtigiæ, vt nulla diſſimulatione tegi diu poſſint, quas ne ipſi quidem omnino probant: ſed eos id piget confiteri, tum quia ſeram eſſe pœnitentiam credunt, tum etiam quia niſi omnia perturbent, & de induſtria nebulas offundentes, artem reddant obſcuriorem, verentur, ne in tenui, & expoſita omnibus ſcientia verſari: nec tanta mercede, quanta plerique eorum docent, id eſt, ampliſſima, digni videantur. Scitum eſt illud Catonis, qui mirari ſe aiebat, quod non rideret aruſpex, quoties aruſpicem vidiſſet: ſentiens hoc genus diuinationum nihil aliud, quam meram impoſturam eſſe.

Nobis vero longe aliud accidit, quam Catoni, qui iuuentutis imperitæ ſtultitiam, & patientiam facete, & ſuauiter eos ridere ſolitos, non ignoramus. Malam eorum mentem, atque improbitatem magis demiramur, quos non pudet ſtudioſorum iuuenum ſimplicitate ſic abuti, & in ea re, quæ maxime omnium ſeria eſt, maximique momenti, tum procaciter ludere: idque vel in ipſis Inſtitutionum libris, qui Elementa Iuris ciuilis, via & ratione perquam eleganter, accurateque deſcripta, continent. Quo quid indignius dici, cogitari ve poteſt? Hæc ſunt mi Andrea, quæ de corruptiſſima illa Iuris interpretandi conſuetudine, quæ vulgo in gymnaſiis hodie recepta eſt, quantum inſtituta breuitas, & modus epiſtolæ patiebatur, imo vero magis quam patiebatur, dicenda putaui. Ex quibus (opinor) intelligis quantopere hæc peſtis diſcentium ſtudia remoretur, quantumque detrimenti qua publice, qua priuatim adferat. Vnde fit, vt cum ſcientia iuris omnium facillima merito à veteribus ſit exiſtimata, nullus tamen labor, nulla ætas ad percipiendam eam ſatis eſſe credatur. Menedemus quidem Heretrienſis dicebat, Plurimos nauigare Athenas ſtudiorum gratia, qui primum eſſent Sapientes, deinde Philoſophi, hoc eſt, Sapientiæ amantes, poſtea Rhetores, demumque progreſſu temporis euadere

idiotas

idiotas. Idem de huius diſciplinæ ſtudioſis vulgo iactari ſolere quis neſcit? Nimirum, quod primo anno ſint Doctores, altero Licentiati, tertio Baccalaurei, poſtremo rerum omnium imperiti. Quod vtique de his, qui à ſycophantis iſtis, & præſtigiatoribus inſtituuntur, qui frigidiſſimis, neſcio quibus argutiis inſtructi, artem iuriſprudentiæ ſolos ſe tenere iactitant, veriſſimum eſſe puto. Nec tamen inficias eo ex illis tenebris quamlibet denſis, ac plane cimmeriis quoſdam fortaſſis emergere, & ad culmen eruditionis aliquando aſpirare: Id ꝙ ſi forte nobis obiiciat aliquis, in prõptu eſt quod reſpondeam: qui hoc exemplo adducti à methodo, & recta diſcendi ratione abhorrent, iis hominibus perſimiles videri, quos accepimus, cum ipſis Romam contendentibus tuta, plana, compendiaria, & facilis demonſtrata eſſet via, per aliam nihilominus aſperiorem, longioremque, ac longe periculoſiorem, iter facere maluiſſe, quod eo itinere pleroſque cum ingenti ſudore, ac ſummis difficultatibus eo perueniſſe intelligerent.

Supereſt vt illam ipſam vobis commonſtremus viam, qua facile, & ſine vllo, aut certe quam minimo errore (vt quidem noſtra eſt opinio: ad ſummum doctrinæ ciuilis faſtigium conſcendere poſſitis. Qua in re vereor, ne ſi forte reconditam quiddam, aut valde difficile, & magnificum à me expectatis, intellecta oratione, conſilioque noſtro, protinus audiam, ὤδινεν, αἴλουρος εἶτα μῦν ἀπέτεκεν. At videndum eſt vobis, ne quod plerique faciunt, rei vtilitatem, & fructum ex ſpecie eiuſdem metiamini, idemque vobis eueniat, quod cani Æſopico, qui vmbras carnium, quod ea maior appareret, captans, veras amiſit carnes. Quæ enim hac de re à nobis dicentur, & ſi primo aſpectu tenuia forte appareant, ea tamen multo plus habere in receſſu, quam in fronte pollicentur, confirmare auſim. Sed iam ad inſtitutum reuertor meum.

Si igitur mihi iuuenis in iure ciuili detur inſtituendus, explorabo primum ac perſpiciam, an his literis, quibus tinctum eſſe eum oportet, qui non tam Leguleius, quam iuriſconſultus, ac (vt Græci dicunt) πολιτικὸς ſit futurus, mediocriter ſaltem inſtructus ſit. Nam ſicut Argeſilaus dicebat, In officinam fullonis lanam deferendam non eſſe: ita magno in errore verſari eos exiſtimo, qui cum literis Græcis ac Latinis ne imbuti quidem ſint, intempeſtiue, & illotis (quod aiunt) pedibus ad iuris ciuilis ſtudium irrumpunt. Ac ſi mihi quidem videbitur ab iis rebus non omnino imparatus eſſe, quæ viam ad cognoſcendum ius ciuile muniunt, hortabor eum ante omnia, vt libros quatuor Inſtitutionum accurate legat, atque ediſcat: quos magna ex parte vel abſque Doctoris opera per ſe ipſe aſſequi, & intelligere poterit. Quia tamen viua præceptoris vox maiorem fere vim habet, quam lectio, nec ſicut præceptor, ita libri dubitantibus nobis (vt ait Plato) ſatis commode reſpondent, hoc quoque adiumento laborem eius minuere, ac ſubleuare conabor: ſed ita, vt præter ſimpliciſſimam quandam, & breuiſſimam obſcuriorum vocum, & propriarum huius artis explanationem nihil à me accipiat. Quod cum paucis menſibus perfectum à nobis fuerit, is, ſi me audiet, eandem crebro repetet lectionem, ac tamdiu leget, relegetque, quoad memoriæ penitus hæſerint, quæcunque illis libris deſcripta ſunt. Eſt autem ea Iuſtiniani Iſagoge tam artificioſe contexta, vt ſi quis οἰκονομίαν eius atque ordinem, quo nihil eſt ad memoriam iuuandam vtilius conſiderauerit, adhibita mediocri diligentia, facile totam recitare memoriter queat.

Hoc veluti iacto gradu, ad Pandectarum lectionem progrediendum erit, quæ (vt nomen ipſum indicat) vniuerſam boni, & æqui ſcientiam, atque doctrinam complectuntur. Sed ne rerum infinita prope multitudine & varietate obſcuriorum præſertim, & perplexarum, quæ his libris diſputatæ ſunt, paulo rudius adhuc ingenium obruatur, facturus mihi videor operæpretium, ſi titulos ipſos, eo quo deſcripti ſunt ordine à Triboniano, leui, ac ſimplici interpretatione percurrero, & tanquam in tabula depinxero, quid ſub quoquo ſummatim contineatur. Ac in ſingulis fere edictum aliquod à prætore propoſitum videas, cui ex Vlpiano, aliiſque veteribus conſultis ſubiecta ſit interpretatio. Quod qui non animaduertunt, quia ſcopum non vident, ad quem referenda ſint omnia: maximis ſæpe, & grauiſſimis erroribus implicantur. Itaque demonſtrata ſerie, ac diſpoſitione titulorum (quam vulgo continuationem vocant) eius edicti tum auditorem admoneri, tum verba, ſi qua ſint, quæ lucem interpretationis deſiderent, breuiter & perſpicue declarari ſufficiet. Quod munus in noſtro gymnaſio quanta cum laude obierit collega meus, Doctorque veſter, nomine Baro, ſed doctrina & eruditione Varro, nemo veſtrum eſt, qui ignoret. Earum vero quæſtionum omnium, quæ ex ſingulis edicti verbis exiſtunt, & ab Vlpiano, ac cæteris diligentiſſime explicantur, in aliud tempus tractatio reiicienda eſt. Huiuſque conſilij mei ſane grauiſſimas cauſas habeo. Nam eruditorum conſenſu receptum eſt, In docendis artibus, ab iis, quæ vniuerſalia, & nobis notiora ſunt, ad ſingularia procedendum eſſe. Ac ſæpe numero expertus ipſe ſum, quantum ea res fructum ſtudioſis adferat. Legendo ſiquidem, ac docendo in pleraque iureconſultorum reſponſa crebro incidi, quæ etſi breuiſſima ſint, & ad titulum vnum ſpecialem maxime pertineant, nemo tamen ex iis, ſenſum aliquem idoneum, niſi perceptis quinque, ſexve aliis titulis, elicere poſſit. Titulos cum dico, capita, & ſummas rerum intelligo, quas tenere, ac velut in cõſpectu habere, mirũ in modum prodeſt iuris ſtudioſo, antequam vaſtiſſimum illud pelagus præceptionum, quæ circa ſingula verſantur, ingreſſus fuerit. Tantaque eſt huius rei vtilitas, vt confirmare non dubitem, ſi quis ita ſe bona fide exercuerit, eum in iure ciuili rudem habendum non eſſe. Verum vt operi inchoato faſtigium imponatur, nihilque prætermittatur eorum, quæ iuris noſtri auctores prodiderint, quæque ad cumulãdam iuriſprudentiam pertineant, conabor equidem eum, quem, vt dixi, inſtituendum ſuſcepero, quaſi decurſo ſpatio à calce (vt ita dicam) ad carceres reuocare. Itaque iam inde ab initio repetita Pandectarum prælectione, omnia ſic excutiam, vt nihil tam minutum ſit in his libris, quod non perſequar, & explanem. Nam etſi prima illa, de qua iam diximus, informatio mire vtilis ſit, non tamen ea eſt, vt hominem ciuilis diſciplinæ auidiſſimum omnino explere, & ſatiare queat. Nec vero hęc paulo ſubtilior diſputatio, vt ingentem eius fructum mittam, aut iniucunda, aut omnino difficilis ei futura eſt, ſi ratione, ac modo gubernetur: id eſt, ſi exploſis primum argutiſſimis illis (ſi Diis placet) interpretum nugis, omnia ad boni & æqui normam ſincera, & commoda interpretatione exigantur: deinde diſponantur, & artificioſe digerantur ea, quæ ſparſim, & ſine vllo ordine à Triboniano ſub ſingulos Pandectarum, & Codicis Iuſtinianæi titulos congeſta ſunt. Tametſi enim de titulorum collocatione neminem iure cõqueri poſſe arbitror, tamen res ipſa loquitur, Tribonianum in tractando cuiuſque tituli argumento, nullam ordinis, aut methodi rationem habuiſſe.

Quamobrem ad profeſſoris munus maxime hoc pertinere exiſtimo, vt quæ ſic diffuſa ac diſſipata ſunt, generatim deſcribere, & tum diffinitionibus, tum diuiſionibus ex arte petitis digerere, atque illuſtrare ſtudeat. Ita enim fiet, vt quæ infinita, ac innumerabilia videntur, in certa, eademque pauciſſima cogantur genera: nec ſolum commodius doceri, & percipi, ſed etiam multo facilius memoria comprehendi poſſint. Idque ego pluribus oſtenderem, niſi ad quos hæc à me ſcribantur cernerem. Nam ex quo hanc iuris diſcendi viam in publico auditorio iuuẽtuti præmonſtrare, atque adeo prętire cœpi, equidem facile animaduerti, quam cupide eam ſecuti ſitis: vt iam non poſſit tota noſtra ratio vobis perſpecta non eſſe, quam quo vehemẽtius amare, & amplecti in animũ induxeritis, eo maiorem, ac vberiorem ex ea fructum vos percepturos ſperamus, atque confidimus. Confecto enim hoc curſu, libriſque Pandectarum, & Codicis Iuſtiniani hac ratione atque arte compoſitis, & concluſis, ſi quis tertio, aut quarto quoque menſe non oſcitãter eos perlegerit (quod fieri commodiſſime poſſe non ſemel expertus ſum) non dubito, quin omnia tandem, quæcunque eiſdem voluminibus continentur, velut vngues, digitoſque ſuos in memoria, & tanquam in numerato habiturus ſit. Itaque quod cæteri toto vitæ ſuæ tempore vix credendis laboribus, & vigiliis, ac permagno valetudinis incommodo, aut raro, aut nunquam

aſſequuntur, facile, & cum tanta voluptate, quanta ex cuiuſque [illegible] ſtudio maxima percipi poteſt, breui tempore perueniet. Quod tamen non ita accipi velim, quaſi eo aſpirare quenquam hoc ſtudio poſſe contendam, vt omnes caſus, qui quandoque inciderint, quidque de ſingulis reſpondendum ſit, in promptu habeat. Natura enim rei non patitur hæc vllis literis, aut ſcriptis, comprehendi: tantum abeſt, vt hominis memoria contineri poſſint. Quapropter eorum ſtultitiam admirari ſoleo, qui in vulgatiſſimis interpretum commentariis omnem ætatem terunt, vt inde ſingulorum negotiorum cognitionem hauriant: ei profecto abſimiles, cuius meminit Lucianus, qui in maris litore ſedens, conabatur ſingulas vndas pernumerare, donec vndas vndis trudentibus obrueretur, animoque angeretur, quod eas numero amplecti non poſſet.

Nam vt quis memoriæ mandet quæcunque à Bartolo, & cæteris ſcripta ſunt, quod fieri profecto nequit: quota tamen erit portio eorum, quæ quotidie inter mortales contingunt, nec vllis adhuc ſcriptis definita ſunt? Ex hoc igitur ſtudio præceptionum quarundam, & theorematum vniuerſalium, quibus ad iudicandum ex bono & æquo de ſingulis negotiis præparemur, & informemur, cognitio tantum ſperanda eſt. Nam ſingularia, quia infinita ſunt, ſub nullam artem, aut præceptionem cadunt. Verum vt certius atque expeditius boni & æqui artem ad negotia ſingula accommodare queamus, adhibendus eſt vſus, ſine quo diſciplinæ fructus omnis perit: vt vice verſa, vſus abſque methodo, & via minimum valeat: alterius ſic altera poſcit opem res, & coniurat amice. Iis igitur, qui ad perfectionem huius artis conſequendam acervum ingentem librorum ſibi parant, periculum eſt, ne idem quod illi Medico eueniat, quem Galenus ſcribit, cum nullam vnquam methodum componendorum pharmacorum didiciſſet, amiſſis libris, quibus multæ huiuſmodi compoſitiones deſcriptæ erant, tabe confectum periiſſe. Sed verba ipſa Galeni, quibus ille diuinus vir nos docet, quam infeliciter in quibuſque artibus & diſciplinis verſetur is, qui duabus hiſce rebus non vtitur, in vniuerſalibus methodo, in ſingularibus exercitatione, ſubiiciã: τῆς προκειμένης πραγματείας σκοπὸν ἐχούσης σὺν τοῖς ἄλλοις καὶ τοῦτον ὡς ἐὰν ἀπολέσωμεν ποτὲ τὸ βιβλίον, ἐν ᾧ τῶν φαρμάκων οἷς χρώμεθα τὰς συνθέσεις γεγραμμένας ἔχομεν, αὐτοὺς ἡμᾶς δύνασθαι συνθεῖναι. παραπλήσια τοῖς ἀπολλυμένοις ἀναγκαῖον δεῖ πρῶτον μὲν ἡμᾶς καθόλου τινὰ τύπον ὁδοῦ μεμαθηκέναι, δι' ἧς εὑρήσομεν ὃ προτιθέμεθα. δεύτερον δὲ γεγυμνάσθαι κατὰ τὴν ὁδὸν ταύτην ἐπὶ πολλοῖς τῶν κατὰ μέρος, εἰδότας ὅτι χωρὶς τοῦ γυμνάσασθαι τὸ τοιοῦτο γυμνάσιον οὐδὲν τῶν ἔργων ὀρθῶς περαίνεται. δεινὸν δὲ καὶ τὸ συμβὰν ἤδη ποτὲ, ὧν ἐγὼ γινώσκω, δυοῖν ἰατροῖν. ὁ μὲν γὰρ ὑπὸ λύπης, ἐπὶ τῇ τῶν τοιούτων γραφῶν ἀπωλείᾳ συντακεὶς, ἀπέθανεν, ὁ δὲ ἀπέστη τῶν ἰατρικῶν ἔργων. ὑπάρχει δὲ τοῖς γυμνασθεῖσιν, ὡς ἐγὼ λέγω, πρὸς τῷ δύνασθαι συνθεῖναι φάρμακα χρήσιμα, καὶ τὸ κριτικοῖς εἶναι τῶν γεγραμμένων τοῖς πρὸ ἡμῶν ἰατροῖς, ἐπιτηδείως τε χρῆσθαι πᾶσι τοῖς ὑπ' ἐκείνων γεγραμμένοις, οἷς τ' ἂν αὐτὸς εὕρῃ κατὰ τὴν διδαχθησομένην μέθοδον. Expectas forſitan à me, vt quid de Bartolo, Baldo, Iaſone, & aliis eiuſdem notæ ſcriptoribus, ſentiam, quoque in numero apud me ſint: & an eorum ſcripta exiſtiment ad id, quod inſtituimus, profutura, planius explicem. Quod an facturus eſſem, hoc tempore multum addubitaui. Qui enim iſtorum auctoritatem aut conuellere omnino, aut labefactare ſtudent, quanta etiam nunc flagrent inuidia, quantaque tum inſcitiæ, tum arrogantiæ, & temeritatis ſuſpicione laborent: non ſum tam imperitus rerum, vt non intelligam. Quoſdam item ſcio clari nominis iureconſultos mandaſſe literis, adeo neceſſarios huiuſmodi commentarios eſſe, vt ſine illis tueri ſe non poſſit iuris ciuilis diſciplina. Quorum auctoritatem, ac iudicium eleuare hominis confidentis, atque impudentis, eſſe videtur.

Attamen quia non ego is ſum, qui me falli non putem poſſe, neque hoc mihi aſſumo, vt quenquam ex iis, qui aliter quam ego ſentiunt, ad meam opinionem traducam. Equidem in nullius hominis iuſtam reprehenſionem incurſurum me putaui, ſi de rebus vtiliſſimis, & cognitione digniſſimus qui meus ſit ſenſus, tibi id efflagitanti familiariter & humaniter, vt ſingularis tua in me beneuolentia, atque obſeruantia, & meus in te amor poſtulat, explicarem, ac patefacerem. Hæc igitur mea ratio eſt, vt quamuis non nemo ex eorum auctorum lectione aliquid forte vtilitatis referre poſſit, ſi quis tamen via à nobis monſtrata ad veræ ſolidæque eruditionis laudem graſſari volet, nulla re vehementius curſum eius tardari atque impediri exiſtimem, quam ſi in huiuſmodi ſcriptis hæreat. Quæ qualia ſint, quia abunde iam à nobis diſputatum eſt, hoc loco nihil attinet dicere. Ne tamen hæc ad viuum (vt dicitur) reſecare videamur, Platonicæ cuiuſdam legis in hac re exemplum ſecuturi ſumus. Sicut enim in legibus ſuis aquam alienam vicinis haurire prohibet, antequam in ſuis fundis ad argillam vſque terram effoderint, regionemque aqua carentem inuenerint, ita & nos huius diſciplinæ ſtudioſo permittimus, vt cum ſe in veterum iuris auctorum lectione diligenter exercuerit, ſi doctrina eorum ſuauiſſima non vorata modo, ſed concocta etiam, & in ſuccum, ac ſanguinem conuerſa nondum expletus fuerit, ad præclaros hoſce magiſtros ſe conferat, eorumque doctrina arbitrio ſuo ſe ingurgitet. Verum non puto (vt dicam ingenue) cuiquam mortalium hoc accidere poſſe, vt tam lautis innutritus epulis iſtorum menſas vnquam expetat. Quanquam enim homini in veterũ ſcriptis fœliciter verſato multa ex facto proponi poterunt, in quibus hærere videbitur, ſubſidium tamen non ab huiuſmodi comentariis, ſed ab vſu, & exercitatione magis petendum ſibi eſſe cogitabit. Recte ſiquidem, & vere Anaxagoras dixit: Manum eſſe cauſam ſapientiæ: his verbis innuens, eam ſine vſu & experientia parari non poſſe. Sed quia non paucos huic noſtræ ſententiæ adeo refragaturos eſſe ſatis perſpicio, vt nullis poſſint rationibus flecti, quibus, videlicet perſuaſum eſt, omnia quæcunque in quæſtionem venire poſſunt, ex lectione & libris diſcenda eſſe: auctoris grauiſſimi, & locupletiſſimi Ciceronis iudicium ipſis opponam, qui libro 2. de Orato. ita ſcribit: Sic ſtatuo, vt in cæteris artibus, cum tradita ſunt cuiuſque artis difficilima, reliqua, quia aut faciliora, aut ſimilia ſint, tradi non neceſſe eſſe, vt in pictura, qui hominis ſpeciem pingere perdidicerit, poſſe eum cuiuſuis vel formæ, vel ætatis: etiam ſi non didicerit pingere: neque eſſe periculum, qui leonem, aut taurum pingat egregie, ne idem in multis aliis quadrupedibus facere non poſſit: neque eſt omnino ars vlla, in qua omnia, quæ illa arte effici poſſunt, à Doctore tradantur: ſed qui primarum, & certarum rerum genera ipſa didicerint, reliqua perſequuntur. Similiter arbitror in hac ſiue ratione, ſiue exercitatione dicendi, qui illam vim adeptus ſit, vt eorum mentes, qui aut de Republ. aut de ipſis rebus, aut de his, contra quos, aut pro quibus dicat, cum aliqua ſtatuendi poteſtate audiant, ad ſuum arbitrium mouere poſſit, hunc de toto illo genere reliquarum orationum non plus quæſiturum eſſe quid dicat, quam Policletum illum cum Herculem fingebat, quemadmodum pellem, aut hydram fingeret, etiam ſi hæc nunquam ſeparatim facere didiciſſet. Habes mi Andrea omnem rationem conſilij mei, quæ vt grauior ſit apud vos, atque etiam gratior, illud vere dixero, non tantum me (ſi ita tulerit occaſio) libenter ea vſurum, vt illa apud Homerum Calypſo loquitur:

> Ἀλλὰ τὰ μὲν νοέω καὶ φράσομαι ὅσ' ἂν ἐμοί περ
> Αὐτῇ μηδοίμην, ὅτε με χρειὼ τόσον ἵκοι.

Verum etiam poſt quindecim, & eo amplius annos, quos euoluendis interpretum omnium quamlibet leuium, ac plebeiorum commentariis conſumpſi, cum me profectus mei maxime pœniteret, aliis prius tentatis diligenter omnibus viis, in hac vna tandem me conquieuiſſe, nec portum vllum adhuc, qui me, tanquam ex longo errore diu iactatum exciperet, alium reperire potuiſſe. Cum igitur tantum in hac ſtudiorum ratione commodi deprehendiſſe mihi videar, quantum vix eloqui poſſum, non ſolum tibi ſæpius idem roganti conſilium impertiri meum volui: ſed hortari etiam, & admonere, vt ab ea, quam pleno iam gradu me autore ingreſſus es via, ne vnquam deflectas. Tametſi enim me errare, & labi poſſe cogito: tamen quia te propter ſuauiſſimos mores, eximiamque tuam, ac vere heroicam indolem vnice diligo, meque tibi chariſſimum eſſe ſentio: facere profecto non poſſum, quin te ad id ſtudiorum genus exſtimulem, atque incendam, quod cum longo vſu & meditatione optimum eſſe iudicaui: tum vſque eo mihi probatũ eſt, vt præ cæteris

teris id mihi amplectendum eſſe duxerim. Excitat me præterea non mediocriter hinc muneris mei, illinc generis ordiniſque tui recordatio, vt ibi quem ſapientiſſimus, clariſſimusque pater mihi in diſciplinam tradidit, honeſtiſſima quæque, & vtiliſſima ſuggeram. Si enim longe vtilior eſt is, qui multos reddit idoneos gubernandæ Reipubl. quam qui ipſe recte gubernat, vt Socrates dicebat: tanto certe felicius operam in ſtudiis tuis promouendis poſiturus ſum, quanto doctrina tua ob ſplendorem fortunæ, patriamque ſimul, & auitam amplitudinem illuſtrior, & magis conſpicua futura eſt, eiusque fructus, & vtilitas latius diffundetur. Marcus Cicero quondam Romæ Senatum decreuiſſe ſcribit, vt de principum filiis ſex ſingulis Ethruriæ populis in diuinandi arte inſtituendi traderentur, ne ars (vt ipſe inquit) tanta propter tenuitatem hominum à religionis auctoritate abduceretur ad mercedem, atque quæſtum. Sic mihi videtur iuriſprudentia (quam eorum hominum conditione, qui lucri tantum cauſa illi ſe dedunt, vulgo obſoleſcere videmus) non aliter dignitatem, maieſtatemque ſuam retinere poſſe, quam ſi nobilitas capeſſendæ Reipubl. auida, ſtudio iuris præcipuè excolatur, & velut interdicto aliquo in veterem reſtituatur poſſeſſionem. Nam priſcis temporib. ita ſe huic ſtudio nobiles adoleſcẽtes dabant, vt eius ordinis proprium quodammodo eſſe videretur. Quod vt ſumme optandum eſt hoc tempore, ita maiore quodam ſtudio & alacritate in id incumbendum eſſe duximus, vt tritam à maioribus viam, quæ aſperitate ſua non te ſolum, ſed quoſcunque alios generoſioris animi iuuenes ab itinere ſuſcepto deterrebat, aut induſtria noſtra complanaremus, aut certe quemamodum id commode perfici queat, oſtenderemus. Quod & ſi forte nos vſquequaque aſſecuti non ſimus, honeſtam tamen voluntatem noſtram, & conatum, qui in magnis rebus plerunque laudari ſolet, te alumnum diſciplinæ noſtræ boni & æqui conſulturum non diffidimus. Vale Biturig. Calend. Septemb. 1544.

DE

PLAGIARIIS ET SCRIPTORVM ALIENORVM COMPILATORIBVS,

aliiſque rebus cognitu dignis, Franciſci Duareni Iuriſconſulti, ad Franciſcum Balduinum Iureconſultum epiſtola.

Franciſcus Duarenus Franciſco Balduino S. D.

AD multas variasq́ tuas literas, Balduine, cur tanto interuallo nunc demum reſcribam, initio huius epiſtolæ tibi exponendum eſſe putaui. Veritus enim ſum, ne aut negligentiæ meæ, aut obliuioni tui, hæc intermiſſio epiſtolarum potius adſcriberetur, quam moleſtiſſimis occupationibus, quibus ego diſtrictus, nullas tibi adhuc literas dare potui. Itaq; otii quantum ſatis eſt forte fortuna nactus, hoc tempore ſingulas, quas ad me dediſti, literas magna profecto cum voluptate relegi. Nec vero quicquam antiquius habui, quam vt vniuerſis accurate, prolixeque reſcriberem. Quemadmodum enim qui longa necati ſunt inedia, ſi forte in lautas aliquas, præter ſpem epulas inciderint, auidiſſime ſtomachum iis explere ſolent, ſic ego in hac otii abundantia (quæ mihi contra quàm aſſolet nunc diuinitus obtigiſſe videtur) libenter feci: vt ſcriptione literarum, quaſi tecum ſuauiſſime de communibus ſtudiis confabulans, animum ipſe exſatiarem. Et eo magis quod eadem opera, hoc me conſecuturum ſperaui, vt velut fœnore quodam præteriti temporis perſoluto, te in poſterum placatiore vterer. Equidem non ſum neſcius, breuitate & ſubtilitate epiſtolarum te magnopere delectari. Sed quoniam hæc epiſtola multarum vice nunc ad te mittitur, vt longi temporis vſuram, quo noſtra conſuetudo intermiſſa eſt, cumulatius ſarciam, dabis mihi hanc veniam, Balduine, vt bene longam, ac prorſus inelegantem minime faſtidias: cum præſertim vberrimum ſcribendi argumentum à te mihi ſuppeditatum ſit. Nam (vt hinc exordiar) nulla eſt fere epiſtola ad nos tua, qua non velut mecum expoſtules, quod reliquas commentationes meas in Ius ciuile non emittam. Ac illud ſubinde commemoras, quanta de me apud ſtudioſos Iuris expectatio Diſputationum anniuerſariarum edito libro concitata ſit, & quantopere annuum hoc munus à nobis quotidie efflagitent. Addis & alia quædam ex intima arte tua deprompta, quibus me ad id negotium impellis, & incitas. Sed tu velim pauliſper depoſita petitoris perſona, Iudex mihi ſedeas, dum apud te cauſam meam agens omni me culpa vacare oſtendo. Principio igitur de voluntate noſtra, animique propenſione quadam, ad excolendum, illuſtrandumque Ius ciuile, neminem, qui me non ignoret, hominem dubitare arbitror. Cuius rei quodnã eſt illuſtrius teſtimonium, quam quod annos ad viginti in eo ſtudio ita conſumpſi, vt nec monitis, nec precibus, nec conuiciis amicorum, ac neceſſariorum ab eo incepto, propoſitoque auocari potuerim? Tantaque fuit noſtra hac in re ſiue conſtantia, ſiue pertinacia, vt interim dum ſtudiorum cauſa peregrinamur, nec amicorum nos ſubinde reuocantium exhortationibus flectimur, magnam rei familiaris iacturam fecerimus. Idem enim fere nobis quod Democrito accidit, qui cum ad ſtudium Sapientiæ, neceſſariam ſibi eſſe peregrinationem intelligeret, agros non inuitus dereliquit ſuos, publicaque paſcua fieri paſſus eſt. Atque vtinam noſtra conditio non ſit deterior futura, quam illius: qui cum apud Abderitas ciues ſuos cauſam diceret amiſſi patrimonii, prolatis libris, quos de Phyſica ſcripſerat, abſolutus fuiſſe fertur. Sed hoc Deus viderit. Certe nihil vnquam aut præclarius, aut felicius duxi, quam ſi ita mihi otio literario frui daretur, vt inde fructum aliquem minime vulgarem, non noſtri ſolum æquales, ſed poſteri quoq; percipere poſſent.

Itaque otioſum illud, ac quietum vitæ genus, quod vulgo parum dignitatis habere creditur, aliorum negotio, Magiſtratibus, & Præfecturis, longe anteponendum eſſe ſemper exiſtimaui. Sed iam te ſubmurmurantem audire videor, ac dicentem: Quo igitur repentinus hic tuus ex ſchola, cui præeras, longe nobiliſſima, in forum tranſitus? Proinde, vt qui ſit meus de toto hoc genere ſenſus planius intelligas, paucis accipe: Cum vltro hanc prouinciam duram ſane, & grauem iam olim ſuſcepiſſem, vt in iure ciuili interpretando, expurgandoque reliquum vitæ meæ tempus conſumerem, cogitaremque quam multis magniſque rebus inſtructum eſſe eum oporteat, qui tantum facinus aggrediatur, dedi operam, vt Latinis, Græciſq; auctoribus euoluendis mediocrem vtriusque linguæ peritiam mihi compararem, ſine qua omnis noſter futurus erat irritus labor. Cætera quæ ex mutis (vt aiunt) Magiſtris, id eſt, libris ediſci poſſunt, ad eam rem neceſſaria ſic deguſtauimus, vt operæ in id impenſæ non admodum nos pœniteat. Supererat vſus fori, ſine quo (vt vere dicam) nec Ius ciuile ſatis percipi, nec recte, commodeque doceri poſſe mihi videtur. Nam cum ad omnes artes perdiſcendas, tum maxime ad Iuriſprudentiam, exercitatione & vſu opus eſſe merito ſapientiſſimus quiſque ſemper iudicauit.

Quamobrem vt quod eram exorſus, pertexere, ac conficere poſſem, tantiſper cum Pragmaticis, cauſidiciſque iſtius fori veſtri verſatus ſum, donec ſero tandem ſenſi, quod tantopere affectabam, in his inferioribus Tribunalibus vix me vnquam aſſequuturum eſſe. Quare magnis, grauibusque viris auctoribus ad hanc totius orbis celeberrimam Lutetiæ Pariſiorum Baſilicam eo me contuli, vt iuris ciuilis vſu modice inſtructus, commodius atque fœlicius opus à me inchoatum conſummare, & Spartam noſtram (vt veteres loquebantur) aliquanto ornatiorem reddere queam. Itaque maximam temporis partem forenſia negotia, in quibus terimur, ſtudiis noſtris detrahunt, nec quandiu nobis in hoc ſit piſtrino viuendum, adhuc plane conſtitutum habemus. Interea certe tam incredibili affectu ad ſtudia iam biennium intermiſſa rapimur vt quotidie cum genio naturaq; noſtra belligerari videamur, ac pleriſque iam ſit perſuaſum, nos in aduerſariorum noſtrorum, id eſt, quæſtui magis, & ambitioni, quam literis deditorum hominum, caſtra, vt exploratores magis, quam vt transfugas conceſſiſſe.

Iam tenes qui ſit rerum noſtrarum ſtatus, & quæ vitæ ratio. Nec difficile tibi eſt ex hac narratione cognoſcere, eam eſſe voluntatem in ſtudia ciuilia noſtram, vt ſuaſionibus tuis nõ tam nos commouere languentes, quam currentes incitare videri poſſis. Sed curſum noſtrum remorantur, & impediunt forenſes illę, de quibus iam dixi, occupationes, quæ vacui temporis paulum admodum nobis relinquunt.

Deinde ſic mihi à prædonib. & plagiariis metuo Balduine, (tecum enim nunc iocari libet) vt fœtus noſtros foras dare nõ auſim. Alii pleriq; ſcriptores cum quid laude dignum ſeſe excogitaſſe credunt in re literaria, ne quis forte alius anteuertat, & eam laudem ipſis præripiat, feſtinanter id exprōmere ſolẽt, ac interdum ea de cauſa præcipitant editionem. Nec fortaſſis alia fuit quondam noſtra ratio.

Ego vero longe aliter affectus ſum, ex quo prædonis cuiuſdam inſignis audaciam experiri mihi contigit, qui fuci inſtar alienis inſidiatur laboribus, & ſimulatque ſcriptum aliquod melioris notæ in lucem exiit, in id protinus inuolare, & rapaces manus iniicere conſueuit. Quod ſi quis eum recentes teneroſque partus, & iniuriæ magis obnoxios rapere tantum exiſtimat, mihi crede, vehementer is fallitur: nam ne à grandioribus quidem, & iam adultis, quod longe eſt impudentius, hic manus abſtinet. At enim lautiores modo copioſioresque homines ſpoliat, de quibus illud dictum eſt à Poeta:

Exilis domus eſt, vbi non & multa ſuperſunt,
Et dominum fallunt, & proſunt furibus.

Imo vero nullus libentius deprædatur, quam mediocris, aut tenuis fortunæ homines, ſi quid ſpecioſius habeant quod ipſis arrideat. Eos etenim ceu terrę filios, deſpiciens homo potens, & ſplendidus, imbecilliores exiſtimat, quam vt ſibi illatam iniuriam vlciſci, & ius ſuum obtinere poſſint. Eſt aũt mira (ſi Diis placet) hominis iſtius in tegẽdis, diſſimulãdiſq; fucis ſuis aſtutia, qui alienas ſententias nonnihil ex eis callide ac ſubdole immutans, pro ſuis vſurpare ſolet. Quod genus hominum Caſſius Seuerus ſimile eſſe furibus dicebat, qui poculis alienis mutarent anſas, ne à dominis agnoſci poſſent. Sed interim tamen imprudenti (vt ſit) ac alias res agenti, bono viro, integri verſus excidunt ex noſtris, aliorumque ſcriptis, quæ nunquam legiſſe videri vult, vt vel hinc maxime fucus ſuboleat.

Aliud commentum hominis vafrum non minus, ac callidum, tibi referam. Quia ſcripta compilat aliorum, quæ iamdiu edita, ac peruulgata ſunt, moris eſt ei retrorſus ementita die, ſcripta ſua, aut furta potius, in lucem emittere, nomine ciuitatis adſcripto, in qua ante multos annos hæc ſe docuiſſe aſſerit: vt non ipſe aliis, ſed cæteri potius ipſi ea ſublegiſſe ab imperita multitudine credantur. Qui quidem ſi ante noſtram editionem (quam ignorauit, opinor) idem quod nos ſenſerat: male, me Hercule, de Republica & ſtudiis meritus fuiſſe videtur, qui inuenta ſua tandiu ſubticuerit, cum præſertim aliis multo leuioribus (ne quid acerbius dicam) edendis, vulgo ſe oſtentare ſoleret.

Ac ne quis forte ſuſpicetur, hominem eloquentem, rudia, impolitaq; aliorũ ſcripta ornare, & expolire (quod haud ſcio, an tolerabilius ſit) illud dicam quod paulo humanius inſtitutis perſpicere licet, hunc hominem ſcriptoribus à Poeta notatis ſimilem prorſus videri,

Qui carmine fœdo
Splendida facta linunt, &c.

Nam quæ ab aliis commode & luculente tradita ſunt, hic barbare ineptequе deſcribere ſolitus eſt. Credo, vt ea, quaſi cœno quodam, aut fuligine oblita, difficilius agnoſcantur, & auctorem ſuum (lapſus ſum, interuerſorem dicere volebam) magis referant. Hac arte vir ingenioſus, (vt quidem videri cupit) ſed veram gloriæ viam penitus ignorans, tantum huius ſeculi theatro ſe imponere, & fucum facere poſſe confidit: ea eſt hominis ſtolida ambitio, cæcitas, & vecordia.

Non expectas, opinor, Balduine, vt tibi eius nomen edam, quem ita depictum à me videas, cum is furtorum huiuſmodi nomine, vulgo notus ſit magis, quam nobilis, & velut quidam Autolicus hodie inter iuris ciuilis profeſſores habeatur.

Ac quam plurimos nominare poſſem grauiſſimos noſtri tẽporis Iureconſultos, qui partim voce, partim literis, crebro apud nos ea de re conqueſti ſunt. Quorum qui mitiores ac homini æquiores videbantur, non imperitum quidem illum, ſed minime candidum, & quouis Corace nigriorem eſſe dicebant. Alii improbum, mendacem, impoſtorem, non obſcure, nec diſſimulanter teſtabantur. Fuerunt & feſtiuiores nonnulli, qui eum Coraci illi ſiue coruo Ouidiano non adeo diſſimilem eſſe contenderent, qui ab Apolline miſſus ad aquam ex viuo fonte hauriendam fertur. Nam ficu conſpecta, cuius erant adhuc poma duriora, quam vt legi commode poſſent, immemor imperii, ſedit tandiu ſub arbore, donec ea maturеſcerent, ac dulceſcerent. Deinde iam ſatur, ad Apollinem tandem rediit, fictam moræ ſuæ cauſam adfert, & fontem obſeſſum fuiſſe comminiſcitur. Sic iſte (dicebant illi) ad viuos illos fontes qui ad mortaliũ vſum ita comparati ſunt, vt ad eos nemini aditus negetur, numquam bona fide accedit: ſed interim dum ſe ex illis haurire ſimulat, alienis fructibus legendis intendit animum. Qui poſtquam in boni, attentique patrisfamilias prædio diligenti cultura, labore, & induſtria maturitatem aſſecuti ſunt, eos diu captatos, expectatoſque deuorat. Ad extremum mendacia culpæ addens (vt de coruo illo poeta ſcribit) non homines modo, ſed Deum etiam ipſum fallere nititur.

Quidam alii non inſulſi profecto homines etiam atq; etiam videndum huic eſſe dicebant, ne ſibi idem quod Coraci Æſop. accideret, qui cum eſuriens ſerpentem in aprico dormientem rapuiſſet, confeſtim ab eo morſus interiit.

Sed quid ego plura apud te? Perinde quaſi hodie quiſquam noſtri ordinis reperiatur, cui hæc notiora atque exploratiora ſint quàm tibi? Quo igitur ſim animo, & affectu in hunc hominem quæris? Equidem quod ad me priuatim attinet, riſum potius, quam ſtomachum hæc iocularis impudẽtia, inſolentiaq; mihi commouet. Quanquam inficiari nolo vbi primum in ea loca incidi, quæ de arbitrariis actionibus, in litem iurando, de ſeruitutibus, de diuiſione fructuum, & aliis quibuſdam difficillimis Iuris noſtri quæſtionib. à me tanto ante conſcripta, peruulgataq; fuerant, ſtupore quodam inſolito me perculſum, correptumq; fuiſſe, donec ſenſim me colligens, hominis leuiſſimi vanitatem riſu aut miſeratione magis quam ſtomacho dignam iudicaui.

Dicam amplius: etſi incredibile tibi forſan videbitur. Ego, mi Balduine, maximas ei gratias tanquam pro accepto beneficio agẽdas eſſe fateor: idq; Anyti illius exemplo erga Alcibiadem, cuius nota eſt hiſtoria. Cum enim ſupellectilem noſtrã eodem iure totam compilare poſſet, quo partem auertit, homo liberalis, & perhumanus res quaſdam ex ea minime contemnendas nobis reliquit.

Sed extra iocum, tametſi ob iniuriam priuatim acceptam, non multo factus ſim cõmotior, eamq; animo æquo, non ſolũ forti, ferã, tamen vt de iſtis Plagiariis ꝙ ſentio libere eloquar, hós ego publico odio, & coercitione dignos cẽſeo, quod multum noceant ſtudiis, & non minus Rempubli. lædant, quam ii, in quos lege Fabia animaduertitur. De ſtudiis in vniuerſum nunc

ſrim nunc non eſt dicendi locus, ſed de iure tantum ciuili, & Romano, quod non multis ante nos ſeculis inſtaurari cœptum eſt, ſed ab indoctis hominibus, & ἀμούσοις tam infeliciter tractatum, vt in tam præclaro opere (arciendo (in quo magnum quaſi curſum ad laudem apertum eſſe vides) eruditiſſimi quique noſtri temporis gloriam ſibi parare ſtudeant. Eſt enim vna hæc merces propoſita honeſtiſſimo, ac Reipublicæ perneceſſario labori (cui nullum ſatis dignum rependi præmium poteſt) memoria quædam nominis, & apud bonos doctoſq; viros exiſtimatio. Qua mercede, ac remuneratione ſublata, quo euaſura ſit res, difficile non eſt, tibi præſertim, indicare. Meminiſti illud Xenophontis, Eoſdem labores non æque graues eſſe Imperatori & militi, quod laborem Imperatorium honos leuiorem faciat. Itaque Reipublic. non minimum intereſt, vt qui in hoc (vt ita dicam) campo exercentur, & excurrunt, virtute & induſtria inuicem, non fraude & malitia certent. Alioqui periculum eſt, ne eorum qui ingenui, altique animi ſunt, tandem frigeſcat impetus, ſi gloria iure ſibi debita ab alio quopiam maligniore, ſed minus induſtrio, fraudentur. Scite Cryſippus apud Ciceronem, Qui ſtadium (inquit) currit, eniti, & contendere debet, quam maxime poſſit, vt vincat: ſupplantare autem eum, qui cum certet, aut manu depellere, nullo modo. Sic in vita ſibi quenque petere quod pertineat ad vſum, non iniquum eſt, alteri diripere ius non eſt. Scio pleriſque eruditionis nomine claris hac tempeſtate hominibus hunc ſcribendi morem probari, vt nihil de re quapiam dicatur, niſi citatis ad vnum auctoribus, ſi qui ſint, qui prius ea de re aliquid ſcripſerint. De quo quid in vniuerſum ſentiam, neceſſe non habeo nunc dicere. Certe non adeo moroſus cenſeor, ſeuerusque ſum, vt ſcriptores omnes ad crebram hanc authorum commemorationem adigi velim. Verum quæ in ſingulis ſcriptoribus præcipuam quandam ingenii, doctrinæque laudem merentur, boni, candidique viri non eſſe arbitror, ſed maligni potius, verſuti, ac fraudulenti, ea pro ſuis vſurpare, vt honori velificetur ſuo, & partam aliis gloriam in ſe transfundat. Idque tametſi præceptionibus certis vix definiri poſſe videatur, ac ideo cauillari facile ſit, & latebram fallaciæ aliquam inuenire iis, qui eo nomine inſimulantur: tamen fit, neſcio quo modo, vt quid viro bono, atque ſincero hic conueniat, homines non hebetes ſatis ex re nata perſpiciant, ac iudicent. Nec ſane nouum eſt, ab iſtis librorum ſuppilatoribus, vt à furibus aliis, latronibuſque pœnas expeti. Ac huius rei luculentum & memorabile exemplum refert Vitruuius libro 7. in hanc ſententiam: Ptolemæus Philadelphus poſtquam inclytam illam bibliothecam Alexandriæ comparauit, in qua ſeptingenta voluminum millia fuiſſe dicuntur, Muſis & Apollini ludos, certamenque literarium ibidem dedicauit, propoſitis præmiis. & honoribus iis, qui ſuperiores deceſſiſſent. Cum autem ex iudicibus ſeptem conſidentibus in eo conuentu, ſex rogati ſententias ampliora iis prҿmia decernerent, quos animaduerterent, multitudini placuiſſe, ſeptimus nomine Ariſtophanes, qui longo iam tempore in ea bibliotheca verſatus fuerat, eum cæteris anteponere non dubitauit, qui populo minime placuiſſet. Sed ea re tam Rex, quam cæteri omnes vehementer indignati ſunt. Proinde ſurrexit Ariſtophanes, & venia impetrata, factoq; ſilentio, eum quem nominauerat, ſolũ Poetam eſſe, cæteros aliena recitauiſſe confirmauit. Admirante vero populo, & rege dubitante, fretus memoria è certis bibliothecæ armariis magnam librorum copiam deprompſit, eoſque cum recitatis conferendo, recitatores ipſos, qui Regi multitudinique fucum fecerant, ad turpem, ignominioſamque de ſe confeſſionem adegit. Itaque Rex eos vt furti conuictos damnauit, Ariſtophanemque muneribus ampliſſimis ornatæ bibliothecæ ſuæ præfecit. His profecto non diſſimiles ſunt noſtro tempore, qui vt priſcos authores linguæ Latinæ diligenter euoluiſſe, & humaniores quæ dicuntur, literas cum Iuriſprudentia coniunxiſſe videantur, locus ex eiſdem auctoribus multos paſſim inculcant, qui ex vulgaribus Grammaticorum lexicis eos mutuari, aut ſuffurari potius compertum habemus. Nam ſi in veteribus ſcriptis (quæ tertio quoque verbo citant) ſtudioſe multumque volutatos eſſe, quemadmodum, quæſo, tibi, tuique ſimilibus fidem facturi ſunt? cum genus ipſum ſcribendi, quo vtuntur, eos, non modo tolerabilem aliquam diſcendi ſcribendique facultatem ſibi comparaſſe, ſed ne puerilibus quidem literis imbutos eſſe ſatis arguat. Nam ſicut qui in ſole ambulant, etiam ſi aliam ob cauſam ambulent, fit natura tamen, vt colorentur: ita fieri non poteſt quin legendis veterum libris, purior, elegantior copioſior efficiatur oratio noſtra, quamuis nullam ex ea lectione vtilitatem ad dicendum aucupemur. Nec eo hæc dico, quod eorum inſtitutum non probem, qui ex iis Grammaticorum indicibus, & commentariis excerpunt, quod ad iuris ciuilis interpretationem conducat, cum in pleriſque magnam variamque eruditionem contineri ſciam: ſed qui hæc populo vt noua, inaudita, & ſua vendirant, impudentiſſimi merito iudicandi ſunt. Accedit ad hanc imprudentiam exaggerandam, quod furta furtis cumulantes, quicquid inſignius extat, atque eminet in recentibus commentariis noſtrorum æqualium, qui paulo ingenioſiores, & politioris doctrinæ inter iuris profeſſores ſunt, id ſtatim in ſua ſcripta tacito auctoris nomine transferunt, & paucis quibuſdam ex Bartolo, atque Baldo commiſtis hoc ſe aſſecutos putant, vt rara quadam miſcellaneaque doctrina præditi eſſe credantur. Intelligunt enim hanc artem ſuam vix etiam à perſpicaciſſimis quibuſque hominibus nonnunquam percipi: cum ne his quidem aut vacet, aut libeat plerunque in aliorum ſcripta inquirere, Ariſtophanis illius exemplo, cuius ante meminimus, & ea ſic expendere, ac conſiderare, vt iudicium de iis omnino fieri poſſit. Itaque fit interdum, vt iuxta vetus prouerbium ſint κόρακες ἀηδόνων αἰδεσιμώτεροι, ſed vulgi tantum opinione non etiam eruditorum, quorum iſti iudicium non admodum curant fortaſſis, modo placeant multitudini, quæ nihil audius arripit, quam nugaciſſimas quaſque nænias, & Poetam feſtiuum imitantur, qui cœnam ſuam conuiuis, potius quam cocis gratam eſſe optat. Nam vulgus & imperiti laudare ſolent ea, quæ laudanda non ſunt, nec quid in vnaquaque re ſit vitii poſſunt iudicare. Ac tametſi cum edocentur à peritis, interdum deſiſtant à ſententia, tamen ſæpenumero contingit vt ab ea opinione, quam ſemel complexi ſunt, nulla ratione diuellantur, quod ne admoniti quidem verum peruideant, & qui eos erudire conantur, in odii alicuius, aut liuoris ſuſpicionem veniant. Non poſſum mihi temperare, quin tibi nunc referam, quod Budæus noſter de Angelo Politiano quondam nobis domi ſuæ narrare ſolebat, idque ſe ex Iano Laſcare, qui Politiani fuerat æqualis, crebro audiuiſſe confirmabat. Cum enim Politianus Florentiæ interpretationem Homericæ Iliados in magna celebritate aggrederetur, non ſine ingenti oſtentatione, quæ de Homeri poœmate præſcripta ſunt ab Herodoto, auditoribus ſuis è ſuggeſto recitabat, quo tempore Herodoti liber Græce ſcriptus à nullo adhuc conuerſus in Latinam linguam, nec typographorum formis excuſus erat. Itaque Laſcaris qui tum honoris, ac dicis cauſa numerum auditorum augebat: cum paucis quibuſdam aliis Græce doctis hominibus, qui non ignorarent vnde omnia quæ pro ſuis recitauerat hauſiſſet. Is igitur paulo poſt ad hominem conuerſus: eumque ſeducens, dic mihi, quæſo, inquit, Politiane, quo ore Herodoti opus inſigne, quod ante tot ſecula conſcriptum eſt, in tanto cœtu vt tuum recitaſti? Cui mox ſubridens Politianus, Nunquam (inquit) putaſſem, Iane, hominem Græcum adeo eius artificii rudem & ignarum eſſe, quo apud multitudinem exiſtimatio, & fama comparari ſolet. Quaſi vero (inquit) non ſatis intelligam, tres, aut ad ſummum fortaſſis quatuor vos hic adeſſe, quibus Herodoti libros aliquando inſpicere contigerit. Sed quænam hic ſit turba nobis applaudentium, & in cœlum laudibus ferentium vides, apud quos ſi exiſtimationem noſtram (quod minime ſpero) vel tantillum lædere volueritis, oratio profecto veſtra, vt gloriæ noſtræ inuidentium hominum non multum fidei, ponderiſque habitura eſt. Hoc exemplo admonemur Balduine, qua arte ambitioſi ſupra modum homines, iidemque verſuti, ac malitioſi auram popularem captent: vtque inanem aucupentur rumorem, & omnes vmbras etiam falſæ gloriæ conſectentur. Quod cum per ſe fœdum, & à viro bono alienum, tum eo homine per quam indignum eſt, qui ſe Iuriſconſultum profiteatur. Nec vlla res quale cuiuſque ſit ingenium in reliqua vita, magis indicat, & oſtendit. Philippus Macedonum Rex quendam è numero iudicum ſum-

mouit, quod eum tingere barbam, & capillos reſciuiſſet: dicens, Qui in capillis fidus non eſſet, eum in rebus gerendis dignum minime videri, cui fidatur. Quanto iuſtius degeneres huiuſmodi homines (ne quid grauius dicam) & illiberali ingenio præditi à Reipubl. gubernaculis, & vero à bonorum omnium conſortio procul arceri debent? Sed ad noſtrum Autolicum reuertor, quem vt lege veluti Fabia reum poſtulem & inſecter, aperte multi à me non pœnitendæ auctoritatis viri efflagitant, aliis leuiſſimi hominis ineptias, quem ſui mores ſatis vlciſcantur, contemnendas eſſe dictantibus. Ego vero eam accuſationem non prius inſtituendam putaui, quam tuam ſimul, & clariſſimi iſtius veſtri conuentus, ac quorundam fortaſſis aliorum, non Galliæ modo noſtræ, ſed Italiæ etiam ac Germaniæ illuſtrium iuris Profeſſorum (quorum apud me grauis eſt auctoritas) ſententiàm elicuero. Cauſa enim huiuſmodi eſt vt non aliorum magis iudicum cognitionē pronuntiationemque deſideret. Scito autem Balduine, rerum ominium commentarios iam me paratos habere, & ita me in cauſam incubuiſſe, vt nullo negotio reum peracturus mihi videar. Nam etſi non ignorem quid ab eo dici poſſit, non dicam qui ſemel verecundiæ fines tranſiliit, ſed qui frontem omnino perfricuit: tamen ita me cauſam hanc acturum polliceor, vt non modo ſignis, & argumentis luce clarioribus: ſed & teſtimoniis quoque, ac documentis omnia confirmem, & iudices in rem (vt dicitur) præſentem ita perducam, vt quamlibet confidens reus tantum crimen vix ſuſtineat, χαλέπων δ' ὅτάν τις ἐμφανῶς ἐφευρέθῃ Σιγᾶν ἀνάγκη κἂν καλὸν φέρῃ στόμα. Etenim feci non inuitus, vt ſcriptorum noſtri temporis (qui alicuius nominis ſunt) lucubrationes in iure ciuili, atq; Pontificio percurrerem ac euoluerem, quo facilius perſpicerem fucum impoſtoris noſtri, & ſi opus fuerit, indicarem etiam, ac patefacerem. Quid quæritis? Corniculam Horatianam plane mihi deprehendiſſe videor, quam furtiuis nudare coloribus nihilo mihi difficilius eſſe puto, quam Ariſtophani illi poetarum Alexandrinorum furta detegere, ac conuincere. Sed veſtrum hac de re iudicium vehementer expecto: nec aliter cum homine congredi, & in aciem deſcendere ſtatui, quam ſi inſtitutum noſtrum ad reip. decus, & commodum ſpectare tibi tuique ordinis hominibus viſum fuerit. Mihi enim animus non eſt ob priuatam iniuriam ἀπήρυκτον πόλεμον πολεμίζειν, ἠδὲ μάχεσθαι. Verum Publicam cauſam ſuſcipere vobis præſertim auctoribus, inhoneſtum, aut indecorum nobis qui poteſt eſſe? Nam nec domeſtica nos exempla deficient, cum Budæus, atque Tiraquellus ambo eruditionis nomine ſuſpiciendi, cum plerisque aliis idem aliquando factitarint. Periculoſum vero multo minus futurum eſt cum eo aduerſario certamen, qui vt alium Homeri verſum vſurpem, γύμνος ἄτερ κόρυθός τε καὶ ἀσπίδος οὐδ' ἔχεν ἔγχος. Verum enimuero longius me iam lapſum eſſe video, quam fortaſſis par erat, & modus epiſtolæ patiebatur. Itaq; finem prolixiori huic ſermoni tandem faciens, ad reliqua tuarum literarum capita venio. Cooptatum te in iuris doctorum collegium, & vnum ex omnibus delectum, cui nos velut emeriti, lampadem curſu traderemus, valde ita me Deus amet, lætor. Quem enim mihi alium ſucceſſorem magis optauerim, quam qui ex aſciata iſthic à nobis opera expoliat, & puram, germanamque iuriſprudentiam à ſophiſtarum, barbarorumque impetu quibuſcum diu nobis ἄσπονδος πόλεμος fuit, in iſta ſchola tueatur, ac vindicet? Id quod fœliciter te præſtiturum, ſi neruos in ea re tuos omnes contendas, ſpero, atque confido. Nam quod non ignorare te ais, quid ſit poſt Roſcium in ſcenam prodire, vt ab homine amico, modeſtiſſimoque dictum amplector. Diffidentiam vero nullam in eo negotio aut hæſitationem probare poſſum. Vale, Pariſiis, Idibus Ian. 1549.

FRANCISCI DVARENI AD CLARISSIMVM VIRVM SEBASTIANVM ALBASPINEVM, REGIS GALLIÆ Oratorem ac Legatum, Epiſtola, de ſuo in Biturigum ciuitatem reditu.

Ex literis, quas ad tuos nuper dediſti, cum Biturig. eſſem, ſatis intellexi te literarum noſtrarum deſiderio teneri. Ac veritus ſum, ne tu, cuius memoriam abſentis ſancte, diligenterque conſeruaui, me tui oblitum eſſe ſuſpiceris, quod meam ad te ſcribendi conſuetudinem aliquandiu intermiſerim. Itaque nihil antiquius habui, quam vt ſimul ac paulum otii ac temporis vacui mihi daretur, aliquid ad te literarum exararem. Nam me ſuperioribus menſibus crebræ peregrinationes, occupationeſque variæ, an inſolitæ tantiſper à ſcribendo auocarunt, dum ex longa quaſi iactatione in hunc portum me recepi, in quo tamen diu conſiſtere nequeo. Conditionem namque tum ab illuſtriſſ. Duce Biturigum, Regiaque ſorore Margareta, tum à ciuibus mihi delatam, de qua ad me non ita pridem te ſcripſiſſe, conſiliumque tuum mihi explicaſſe recordor, tandem accepi. Quare ad munus penſumque meum iam ita me vocant, atque vrgent illi, vix vt breue ſpatium temporis, quo & hic inuiſerem amicos, & res domeſticas componerem, impetrare ab eis potuerim. Illuc igitur intra Natalia cogito, modo firmiore aliquanto valetudine ſim, vt in viam me tuto dare queam. Cum enim nudiuſquartusdecimus, id eſt, pridie Martinalium profiteri publice illic cœpiſſem, ac me frequens amicorum ac ſtudioſorum cœtus ex auditorio egredientem comitaretur, fato quodam in mulum incidimus, qui ob mulionis imperitiam, credo, temere in eam turbam ſe coniicientis, calcis ictu ita mihi crus oblæſit, vt lectica mihi in itinere vtendum fuerit, nec ſatis belle adhuc habeam. Non expectas, opinor, vt κατὰ μίτον de ſingulis tibi perſcribam, quæ in illo meo cum ciuibus Ducisque ipſius Conſiliariis, negotio acciderunt, quæ iam ex multorum literis te cognouiſſe arbitror. Quia tamen ex me fortaſſis de me aliquid audire cupis, quædam hac de re nunc dicturus ſum, quæ tibi nec ingrata propter mutuum amorem, ac neceſſitudinem noſtram, nec auditu iniucunda fore exiſtimo. Ego, mi Sebaſtiane ampliſſime, nunquam fore putaui, vt ab hoc tam celebri, atque illuſtri doctrinæ, virtutis, & gloriæ domicilio, Lutetia Pariſiorum, auelli me ſinerem. Nullus enim in terris locus ad eum quem propoſui, finem vitæ, mihi vnquam viſus eſt accommodatior. De quo parciùs eo mihi nunc apud te dicendum eſt, quod propter contubernium, & domeſticam noſtram conſuetudinem, nec clariſſimorum, doctiſſimorumque hominum neceſſitudines, nec reliqua vitæ commoda, quibus hic magna cum voluptate frui mihi licebat, cuiquam mortalium exploratiora ſint, quam tibi. Sed nunc profecto ſi vnquam alias expertus ſum, quam illud verum ſit è comœdia. *Nunquam ita quiſquam bene ſubducta ratione ad vitam fuit, quin res, ætas, vſus ſemper aliquid apportet noui.* cætera noſti. Poſtquam etenim diu, multumq; de toto negotio cum amicis contuli, & rem omnem accuratius expendi, atque conſideraui, ad extremum dedi manus, ſententiamque mutaui: nec conditionem iſtam aut contemnendam, aut à rationibus meis alienam omnino arbitratus ſum. Nam vt Magiſtratuum, Præfecturarum, aduocationūq; forenſium & dignitas forte ſit maior, & quæſtus longe vberior, isque ab omni prudentia, & ſenſu communi alienus hodie habeatur, cui hæ res potiſſimum curæ non ſint: tamen in litibus, atque ex litibus perpetuo hic viuere quid ſit, nō nunc primum diſpicio. Cum autem hæc dico, nolim ita me deſipere putes, vt à Reipublicæ procuratione abhorream, aut eos qui rempulicam gerunt, non præclare mereri de hominum genere exiſtimem. Sed ex duobus vitæ generibus Reipubl. admodum neceſſariis, vtrum magis expendendum nobis ſit, nunc familiarius ad te ſcribens ſignifico, & oſtendo. Equidem iuriſdictioni ante annos quindecim in Celtica noſtra Britannia non omnino infœliciter præfui, eoque Magiſtratu, in quo patri iam ſeni ſucceſſeram, vixdum adoleſcentiæ annos ingreſſus, ita functus ſum, vt ſi nihil aliud, integritatis certe, ac diligentiæ laudem vltro mihi ciuium noſtrorum conſenſus tribuerit, & eo nomine magnum apud eoſdem mei deſiderium reliquerim: in Baſilica vero Pariſienſi ad tres annos libenter verſatus ſum: tametſi

(vt ve-

(vt verum fatear) immodicos, ac prope inexplicabiles litium anfractus, quibus illud forum præ cæteris abundat, magis, quam lites ipſas, ac iudicia, quibus humanum genus carere non poſſe videtur, per inuitus, nec abſque ingenti faſtidio illic viderim. Vix enim credibile eſt, quanta ibi hominum, eorumque grauiſſimorum, & lectiſſimorum, multitudo, quam minutis, ac puſillis in rebus quotidie occupata ſit. Ac vt de ampliſſimo Purpuratorum Patrum ordine, & conuentu loquar, num tibi videntur pleraque eorum iudicia, quæ ſtatis, legitimiſque diebus ὡς ἐκ τρίποδος palam eduntur, non dicam auguſto illo conſenſu, ſed infimo aliquo tribunali ſatis digna eſſe? Nam cum moribus comparatum, ac receptum ſit, vt à iudiciis, quæ cauſam non finiunt, ſed præparant, prouocare ad illud Centumuirale conſilium liceat: eaque prouocatio iudicis cognitionem ſiſtat, ac remoretur, fere fit, vt quæ illic aguntur cauſæ, ad litem modo inſtituendam ordinandamque ſpectent. Patefacta enim hac prouocationis via, is vnde petitur, ſi inferiorem eſſe cauſam ſuam intelligat, nihil non comminiſci ſolet, quo iudicium declinet, & fugiat: futurum ſperans, vt ſi forte obiectam à ſe præſcriptionem iudex vt ineptam, calumnioſamque reiiciat, ſaltem prouocatio tantiſper cognitionem protelet, dum Curiæ Centumuiralis iudices de ea pronuntiarint. Et quia tot iudicia ſummæ illius curiæ expectanda ſunt, quot fuerint aliæ ſuper alias interpoſitæ appellationes, non raro contingit, vt quadraginta aut eo amplius iudiciis, antequam lis de re fortaſſis non adeo magni ponderis ad exitum perducatur: opus ſit. Idque cum conſidero, magis magiſq; & Romanã Iuriſprudentiã admiror ac exoſculor: quæ nos docet talibus prouocationibus ante ſententiam deferendũ non eſſe, & ſimul noſtram vicem doleo non parum, ac miſereor, qui huic malo, ac (vt vere dicam) peſti remedium nullum inueniamus. Et eo magis, quia Romanum Ius, quod in manibus habemus, ad amputanda ſemel huius Hydræ capita maxime idoneum, commodumq; videtur. Nam ſi pro corruptiſſimis moribus id ius aliquando ſequi in animum induxerimus, ſupremus ordo grauiorum tantum cauſarum diſceptationi intentus, ac deditus, plus aliquanto veri ſplendoris, maieſtatiſque proculdubio habiturus eſt, nec tot, tantiſque litibus Gallia noſtra (quæ iam diu apud exteras gentes male audit eo nomine) implicabitur. Fruſtra etenim veremur, ne prouocationis ſpe omni præciſa, eædem lites apud inferiorum tribunalium iudices exoriantur. Sed nimis multa fortaſſis hac de re, quæ ideo fuſius tibi expoſui, vt oſtenderem me non à iudiciis (ad quæ exercenda ars noſtra omnis refertur) ſed à corruptione quadam iudiciorum, quam hic inoleuiſſe videmus, alieniorem animum habere. Ea ſiquidem ſunt noſtra iudicia, vt magna ex parte non tam conſulti, aut prudentis hominis, quam vafri, ac veteratoris, qui longo vſu tritus ſtrophas omnes, antiſtrophaſque forenſes calleat, operam, induſtriamque deſiderent. Itaque nullo quæſtu facile adduci poſſum, vt ei vitæ inſtituto me totum addicam, ac deuoueam, in quo qui excellunt, ſi è finibus Galliæ pedem extulerint, non multo eruditiores reliqua multitudine, aut ſapientiores reperiantur. Ac ne in Gallia quidem ipſa, ſi vno forte Principis edicto, calumniarum forenſium radix, quod facile factu eſt, aliquando ſucciſa fuerit. Sed fac ita conſtituta eſſe apud nos iudicia, vt in eis non callidiſſimus, & audaciſſimus quiſque, ſed probiſſimus ac conſultiſſimus, regnare poſſit, nec quicquam in eis ſit, quod ingenui liberaliſque ingenii hominem abalienare queat. Ea tamen eſt noſtra conditio, vt ſiue rei familiaris, ſiue dignitatis tuendæ, atque augendæ ratio ducatur, nemini Regnum illud iudiciale inuidendi occaſionem habere videamur. Decretum enim mihi eſt ex ærario publico ſtipendium annuum ad vicena millia ſeſtertiorum nummum, id eſt, longe amplius & honorificentius (ſi vnum Alciatum excipias) quam Iuriſconſultus adhuc vllus habuiſſe in ea ciuitate dicatur. Acceſſit velut corollarii cuiuſdam vice (quod tamen ego præcipuum, ac primarium duco) Præfectura libellorum in illuſtriſſimæ Ducis Margaretæ comitatu, nec ea quidem ſine ſtipendio, tametſi eius muneris vacatio mihi (vt audio) iam conceſſa ſit. De ſolennibus ſtudioſorum gratationibus non opus eſt, vt à te ſcribens aliquid dicam: ex quibus non exiguam poſſe conficipecuniam non ignoras. Illud ſilentio minime prætereundum exiſtimaui, quod te rarum, ac ſingulare iudicaturum eſſe certo ſcio, ſtudioſam iuuentutem, quæ hic potiſſimum ex Germanica nobilitate floret, vltro eam pecuniam mihi obtuliſſe, vt publicorum ſtipendiorum ſummam exceſſura videatur: idque oneris extraordinarii nomine, quod nec ita valde moleſtum mihi, nec laborioſum futurum eſt. I nunc & philoſophari me dicito (hoc enim verbum tibi frequens in ore eſt, cum de me meique ſimilibus loqueris) quem tantum colligendæ pecuniæ artificium iam tenere vides. Sed hoc tu me iocari velim exiſtimes, quem nulla profecto vnquam pecuniæ coaceruandæ cupiditas tenuit, tametſi negligendam minime eam puto: quam virtutis inſtrumentum eſſe ſapientiſſimi quique ſemper iudicarunt. Nec vero quicquam turpius eſſe duco homini veram germanamque ſapientiam profeſſo, quam lucro & quæſtu ita moueri, quaſi non antiſtitem, ſed inſtitorem potius quendam nacta ſit. Ac facile aſſentior præſtantiſſimo ſimul, & Medico, & Philoſopho, qui poſſe fieri negat, vt pariter diſciplinam aliquam fœliciter quis exerceat, & ex ea ſibi opes, ac diuitias paret. Dignitatem porro tueri, & conſeruare in huius muneris functione, cur non poſſumus, equidem non video. Nam interpretari Ius ciuile vt præclarum, honeſtumque eſt, ita ſemper habitum fuit. Ac M. quidem Cicero miratur, nec id citra indignationem aliquam (vt mihi videtur) quod cum primas tenuerit eloquentia vrbanis, pacatiſque rebus, ſecundas Iuris ſcientia, tamen ius ciuile docere, quam artem dicendi pulchrius ſemper & honeſtius fuerit. Diſcipulorum enim (vt idem ait) & iuris ſtudioſorum frequentia, hominum clariſſimorum floruerunt domus, cum is qui ad dicendum acueret, inſtitueretq; iuuentutem, vituperaretur. Quamobrem Maſſurius Sabinus, qui à Tiberio Cæſare in equeſtrem ordinem receptus eſt, hoc munere perpetuo contentus vixit, & cum more aliorum in foro creſcere, & rem facere poſſet, ſuorum auditorum liberalitate ſuſtentari maluit. Labeo conſulatum ſibi ab Auguſto oblatum recuſauit, nec à ſtudioſorum inſtitutione vnquam auocari potuit. Noſtra patrumque noſtrorum memoria tot clariſſimi homines in Iure ciuili docendo magna cum laude & gloria conſueuerunt: nec eos pœnituit hoc quietum vitæ genus Præfecturis omnibus, ac Magiſtratibus anteponere. Ac tametſi in Gallia noſtra forte honos non idem Iuris profeſſioni, qui in Italia, Germaniaque haberi ſoleat; tamen aut ego multum fallor, aut hæc perſona ſi ab homine paulo magis idoneo ſuſtineatur, cum honeſti alicuius præmii, ſtipendiiq; acceſſione, facile eum non modo à vulgi contemptu vindicare, ſed ornare etiam non mediocriter hic poteſt. Nec me latet hoc quicquid eſt dignitatis, & honeſtamenti à Magiſtratuum, Sacerdotiorum, Legationum denique veſtrarum ſplendore (vt nunc ſunt mores) quam longiſſime abeſſe. Verum vt Stoicus ἀπαθὴς non ſum, qui honores omnino contemnam, ac pro nihilo ducam: ſic tanta cupiditate, ambitioneque non ardeo, vt mediocritatem illam non ſumme complectar, & amem, quam non immerito optimus Poeta auream appellauit. Deinde quod inter nos dicere liceat, quantum, quæſo, ornamenti, decoris, ac dignitatis eſſe putas hodie in Præfecturis iſtis, ac procuratoribus quamlibet alioqui ſpecioſis, & magnificis? ad quas indigniſſimi & abiectiſſimi quique (modo bene nummati ſint) quotidie aſpirant. Flauium meminiſti, quo ædile creato quondam Romæ annulos aureos abiecit nobilitas. Succurrit fortaſſis & illud Platonis, qui cum flumen naue tranſiſſet, nec ab illo quicquam portitor exegiſſet, honori ſuo hoc datum credens gratias egit, & ſe beneficio affectum arbitratus eſt, donec alios gratis ab eodem transfuehi paulo poſt animaduertit. Atenim dices, ne noſtros quidem honores ſcholaſticos, his vitiis, corruptionibuſque vacare, quas in aliis tantopere auerſamur, atque damnamus. Id quod inficiari profecto nolim, ſi de vulgaribus Profeſſorum inſignibus, muneribuſque loquare. Sed extraordinaria hæc, amplioraque ſtipendia quenquam conſecutum eſſe poſt hominum memoriam, niſi doctrinæ ac virtutis commendatione, auditum opinor non eſt. Quanquam interdum errore quodam hominum, & falſa perſuaſione de alicuius eruditione & facundia obrepti etiam poſſe ad eos honores, vel iudicium, illud argumento eſt, quod ab illuſtriſſ. Duce Margareta & Biturig. populo de me modo

factum intelligis. Quid enim in me tam eximium eſt, vt opinioni eorum de me, & expectationi reſpondere, ac ſatisfacere poſſim? Sed in eo ac reprehendendus ipſe ſim: rogo diſpice, qui mediocritatis meæ mihi ſatis conſcius non modo hunc honorē non ambii (ſi honos magis, quam onus, dici debeat) ſed tam diu mihi oblatum recuſaui, dum & Principum eius ciuitatis virorum, & totius ſtudioſæ iuuentutis, ac denique clariſſimi viri Michaelis Hoſpitalis (quem honoris, amplitudiniſque cauſa nomino) precibus tandem victus, fractuſque ſum. Quia in re nobilis Architecti inſtitutum Vitruuii Pollionis ſequi me haudquaquā piguit, qui in libro quodam ſuo docere volens, cur ignotior, & obſcurior vulgo ſit, quam alii ſui temporis Architecti: Cæteri, inquit, Architecti rogant & ambiant, vt architectentur. Mihi autem à præceptoribus eſt traditum, *Rogatum non rogantem oportere ſuſcipere curam, &c.* Verum nulla me res magis ad hoc onus ſubeundum impulit, quam ſtudioſorum in me affectus, & voluntas, quam haud dubie ſingularem expertus ſum: non quod iudicium ampliſſ. notum de me virorum nōn plurimi (vti debeo) faciam, ſed quod præcipue noſtram eis operam probari neceſſe ſit, quibus ea potiſſimum dicata eſt. Video etenim, ac tanquam ea, quæ oculis cernuntur, perſpicio, quanta ſit apud eos de me concitata expectatio, & quo me amore, ſtudio, obſeruantia proſequantur. Quantam mihi pecuniæ vim polliciti ſint, iam tibi expoſui. Qua quidem vt me parum moueri, ac perinuitum hinc diſcedere ab eis intellectum eſt, quās machinas, Deus bone, ad nos retinendos admouerunt. Nihil opus eſt tibi omnia ſigillatim præſcribam, vnum modo notis, vnde coniectura facile de reliquis fieri poteſt. Nam ſi nulla ratione adduci queam, vt Biturigibus commorari velim, Lutetiæ ſaltem ipſos ius ciuile doceam, à me etiam atque etiam contendunt, migrare ſe Lutetiam paratos mecum eſſe profitentur, nec vlli ſe parſuros ſumptui, & pecuniæ, vt Lutetiæ veluti ludum quendam ipſis aperiam. Fecit autem ſingularis illa, qua in Eguinarium Baronem vſos fuiſſe eos conſtat pietas, atque humanitas, vt de eorum in me voluntate, & fide minus dubitarem: ac ſubinde mihi illud Comici ſenis in mentem venit, Quid mihi hic faciet patri? Nam & viuo, & mortuo homini incredibilem beneuolentiam & memoriam præſtiterunt: nec vllum boni, gratique diſcipuli erga optimum, doctiſſimumque præceptorem officium ab eis prætermiſſum eſt. Sed quia non dubito quin tum de luctu, & mœrore ſtudioſorum omnium, tum de pompa ipſa funeris & exequiarum, quæ plane admirabilis fuit, accurate ab aliis tibi ſcriptum ſit, non committam, vt te eius rei narratione diutius obtundam. Vt igitur eo redeam, vnde huc deflexit oratio noſtra, habes clariſſime Sebaſtiane, quibus de cauſis hoc docendi munus, quaſi parum ex re, dignitateque noſtra minime repudiandum hoc tempore cenſuerim. Quid? quod Biturig. vrbem tot annos Ius ciuile docens, iam incolui, vt eius ciuitatis de me iudicium vel eo nomine pluris æſtimandum videatur, & quod in primis cupio & opto, mihi, qui procul à patria & affinibus abſum, non cum ignotis & extraneis hominibus, ſed cum mei amantibus potius, & neceſſitudine coniunctis ſit viuendum. Stimulant quoque nos, & incendunt vehementius, qui Reipublicæ gubernacula tenent hoc tempore, quos ſtudiis noſtris mirum in modum fauere videmus. Cuius rei magnum nobis ſpecimen iam dedit Dux Margareta, fœmina non ſolum omnibus egregiis dotibus, quæ in muliebrem ſexum cadunt, prædita: ſed ea etiam literarum cognitione vt cum eruditiſſimis viris merito conferri poſſit. Ad hæc ſpem nobis non minimam oſtendat Hoſpitalis noſter, nec minorem Claudius, ac Franciſcus fratres tui, vt iam ab eis nihil non expectemus, quod ad tuenda, promouendaque ſtudia, in quibus verſamur, neceſſarium ſit. Ante multos annos eam docendi Iuris rationem inſtitueramus in ciuitate Biturig. quæ propter rei nouitatem non ſat plauſibiliter in vulgus recepta fuerat. Nec deerant nuper, qui Eguinario Barone extincto, me vero abſente, & à docendi munere iam diu ad res alias diſtracto, expulſam antea deiectamque barbariem, proh pudor, in ſcholam noſtram inducere, ac velut interdicto quodam in veterem poſſeſſionem reſtituere cuperent. Sed cum nunc videam irritos eorum conatus, præter omnium fere expectationem, quaſi fato neſcio quo, ad nihilum recidiſſe, & eos homines nunc Reipublicæ habenas moderari, qui inſtitutum noſtrum, conſiliumque probent, commendent, ſuſpiciant: equidem non dubito, quin Deo immortali maxime id gratum acceptumque ſit. Spero igitur, quod diuino magis, quam humano regitur conſilio Deum ipſum Opt. Maximum tandem fortunaturum eſſe, niſi forte ſuperſtitioſior es, & ominoſum, ac infauſtum mali ictum, de quo iam ad te ſcripſi, grauiuſque aliquid portendere putas. Verum de eo tuum vehementer iudicium expecto, qui non modo eximiam liberalium artium ſcientiam es conſecutus, ſed abditas etiam, & ſecretiores rerum cauſas diligenter ſcrutari ſoles. Nam ne ab Aſino aliquo, id eſt, ſtupido & plene indocto homine aliquod mihi malum impendeat, ſubuereor, idque eo magis, quod ſigna quædam alia aliquanto certiora id ipſum prænuntiare iam viſa ſint. Certe vna me res conſolatur, quod etſi hoc omen Deus omnino fortaſſis à me non auertat, confido tamen fore, vt ſicut non adeo graue mihi vulnus ea percuſſione inflictum eſt, ita aſini illius perſonati audacia, & petulantia negotium quidem aliquod nobis, ſed abſque magno incommodo faceſſat. Extra iocum, mi Sebaſtiane, poſtquam mente cogitationeque ſedulo omnia luſtraui, & perpendi, in hac (vt ita loquar) Sparta mea ſic acquieſco, vt eam mihi diuinitus obtigiſſe iudicem. Nec quicquam magis habeo in votis, quam vt eam qualicunque induſtria mea, quam ornatiſſimam, ac florentiſſimam reddam. Cogito enim ſubinde, quam fœlix ac vere beatum ſit otium hoc literarium: in quo nec hominum ſtultitias ac ineptias deuorare neceſſe ſit, nec eorum fraudes, calumnias, malitiam ediſcere: quod proculdubio vel inuiti coguntur facere, qui in foro, ac litibus vitam agunt. At hic ſecura quies & neſcia fallere vita, quæ tamen (ſi vere dixit Socrates) longe forenſi illa publice vtilior eſt. Quid plura? Si, vt auguror, & ſpero, ita res nobis ſucceſſerit, næ εἰς μακάρων νήσους relegatum me putabo. Sed hoc fortuna viderit. Tu vere, quis tuus ſit hac de re tota ſenſus, ſi paulo accuratius ad me ſcripſeris, quod ſine incommodo tuo moleſtiaque fiat, tam mihi gratum id futurum eſt, quam quod gratiſſimum. Vale Pariſiis, VIII. Calendas Decembris, 1550.

IN EPISTOLAS BVDÆI

PRÆFATIO AD LECTOREM.

CVR has duas Gulielmi Budæi epiſtolas cum opuſculis meis ediderim, ſi noſſe libet, paucis tibi, amice lector, exponam. Poſteaquam Budæum fata nobis eripuerunt, amici quidam mei eius conſuetudinis non ignari, quę mihi quondam magna cum eo viro interceſſerat, vehementer à me contenderunt, vt ſi quid ſcriptorum eiuſdem eſſet apud me, quod forte nondum extiſſet, id in gratiam ſtudioſorum Typographis excudendum traderem. Quod non ſemel me facturum negaui. Nam præter aliquot epiſtolas, & pauculos verſus, nihil ex eius monumentis aſſeruabam, quod publicum non multo ante factum eſſet: ſubuerebarque, ne Budæi liberis, ac hæredibus id non probaretur. Verum vbi commentarios quoſdam eius, quos paulo antequam exceſſit è vita, ad me ſcripſit, non in hoc à ſe confectos, vt donec eis extrema manus acceſſiſſet, ederentur, de ipſorum voluntate, in lucem emiſſos, nec dum ab eo emendatos eſſe reſciui, religione ea quæ me diu ſuſpenſum tenuerat, aliqua ex parte exolutus ſum. Itaque harum epiſtolarum participem te fieri volui, quædam alia fortaſſis communicaturus, ſi id è re ſtudioſorum eſſe videbitur. Vale.

G. B V.

G. BVDEVS IOANNI DVARENO S.

FRANCISCVS Duarenus filius tuus: & induſtriæ ſuæ merito, & doctrinæ commendatione mihi notus, & iam familiaris, ad me paucis diebus cum veniſſet, longe triſtiore vultu, quam ſolebat, mutationis cauſam rogare eum cœpi, ſuſpicatus incommode valere, cum reſpondere cunctantem vrgerem, is quaſi poſtremum me ſalutaturus inuitum ſe facere dixit, vt à liberorum meorum conſuetudine, & iam propemodum contubernio, diuelleretur. Ibi cum improuiſo eius conſilio nonnihil commotus (nihil enim minus ſuſpicabar) porro percunctari inſiſterem, ſatin' ſalue aut iſtic tecum, aut hic cum eo ageretur? ac deinde alia, quę in huiuſmodi aſſolent caſibus addidiſſem, ait ſe nuper iſtic, & in patria male audire cœpiſſe, quaſi apud nos nugis ferieretur magis, quam pro tua ſpe, atque expectatione ſtudium Iuris coleret. Re intellecta minus atroci, quam quantum eueniſſe verebar, abruptum iuuenis hic iam florentis propoſitum inhibere auctoritate conatus ſum, verbisque non paucis reprehendere. Ne multa, eo ſermo meus euaſit, cum ille ad extremum in auctoritate mea futurum ſe diceret: literis vt potius, quam coram purgandæ ſuſpicionis, ac diluendæ criminationis fiduciam ſuſciperet. Sperare enim auctore me potius, eſſe cenſuit literarum patrocinium apud patrẽ egregie literatum pro filio de literis ciuilibus indies magis ac magis merenti, nec ingratum tandem futurum, nec irritum. Porro autem cum ipſe ad opinionem tuam labefactandam (ſi forte altius inſederit) teſtimonium meum continuo flagitare inſtitiſſet: negare non ſuſtinui operam ſucciſiui tempuſculi. Ac ne id quidem modo, ſed in cauſam eius etiam defenſitandam ſubſcriptorem me obtuli: ne putes hoc officium perfunctorium eſſe, atque ab inuito efflagitatum, & expreſſum. Equidem, vir clariſſime, teſtificanti mihi velim credas, tanquam iuratiſſimo, homini vtique ætate certe graui, & alias veritatis amanti, ac reuerenti hunc ipſum tuum Duarenum, ſtudiorum ſuorum rationem ita inſtituiſſe, ſtudio vt Iuris operam impendat iuſtam & inculpatam, & vero bonarum (quæ dicuntur) literarum cultui, quod ſatis eſt, impertiat, ſine tua, aut ſua captione: quippe iis diebus, horisque, quæ & publicæ prælectionis, & impenſioris ſtudii vacationem indulgent. Hoc meum teſtimonium ne aut eblanditum putes, aut à me ambitioſe perhibitum, aut etiam incomperte: Tres ipſos filios habeo, quos iuris vtriuſq; diſciplinæ ſic deſtinaui, poſt vtriuſq; linguæ modicam cognitionem, nihil vt antiquius ipſis eſſe eo ſtudio etiam etiamque iuſſerim. Hi aliis cum multis adoleſcentibus operam dant huic tuo quotidianam, volumen alterum Pandectarum fœliciter interpretanti, atq; plauſibiliter. Cuius rei merito officij viciſſitudinem lubens ipſi rependo, diebus feſtis ad me cum meis ventitanti. Neq; vero quicquã eſt omnino, cur ſuſpicari debeas, aut inanem, falſamque gratiam inire me à te voluiſſe, commendanda filij tui induſtria, & ſcribenda hac epiſtola: aut ab eodem ipſo, cuius precibus id facio. Quid enim ille aliud ob hanc operam rependere mihi poteſt, niſi liberos meos in eo ſtudio (quod nunc induſtrie facit) adhuc tyrocinij nonnihil redolentes, impenſe adiuuet, & propenſe: vt mittam etiam (quod tuapte ipſe ſponte reputas) quod ſeptem filiorum parens, omniumq; ſuperſtitum, ægre animum induxiſſem, parentem te fallere, hominem (vt audio) alioqui mihi obſeruandum: ſiquidem diuinam prouidentiam credo, huiuſmodi admiſſi vltricem ſeueriſſimam. Vale vir doctiſſime, & filij tui merito profectus gratulare fœlici iſti ſenectuti. Pariſij veſperi Diualiorum, aut pridie feralium, Anno 1536.

Budeus tuo, filiique tui merito tibi amiciſſimus

GVLIELMVS BVDAEVS FRANCISCO DVARENO S.

QVo die literas tuas accepi, is dies mihi negotioſiſſimus fuit: ſed nihil antiquius habui, iis perlectis à prandio, quam vt iiſdem reſcriberem. Non mediocrem ſiquidem lætitiam accepi è reditu tuo, quem mihi non dubium, atque propinquum ſignificabant. Acceſſit, quod in ipſis libenter & hilariter admiratus ſum ſingularem, & luculentum tuum in diſciplinis noſtris profectum, quem earum literarum phraſis non leuiter ſignificat, ſed aperte declarat. Quo argumento vehementius adductus ſum, vt crederem, te bona fide hactenus, & plena pene contentione operam impendiſſe vtriuſque linguæ ſtudio. Nam ante arbitrabar hominem te Leguleiorum Magiſtrum, & Iuriſprudentum æmulum & cultorem, in ſpeciem magis, quam re ipſa literarum elegantiam conſectari, ingenioque potius, quam ſtudio loquendi, ac ſcribendi facultate eſſe præditum. Nunc vero, vt video, periculum eſt, ne ij qui de tui animi ſententia iudicium è ſtylo tuo facient, nec eſſe tot tibi retinacula tantaque priſtini ſtudij nouerint, valere iuſſiſſe iura ciuilia, Pontificiaque cum eorum interpretibus dictitent, putidi ipſis, & alliati ſermonis amantibus. Memini me aliquando audire de te ipſo, in ſuſpicionem te iſtic veniſſe apud patrem tuum, & propinquos deſerti ſtudii iuris, ob Philologiam olim noſtram, nunc pene omnium ingenioſorum communem, quaſi eam deperire hic cœpiſſes, quod mihi moleſtum fuit, vt noſti. Vereor igitur ſi huiuſmodi multa dederis documenta nauatæ in literis lautioribus operæ, ne iterum te calumniatores, quaſi è reis exemptum denuo, atrociusque repetant. Id quod ſi euenerit, alius tibi quærendus patronus erit, qui parem afferre facundiam tanto crimini poſſit in iudicium hominum, aqud quos id crimino ſiſſimum futurum eſt: vt & ex literis tuis intelligo, & de futuro ex præteritis coniecturam facio. In priore autem illo patrono (id eſt, in me) qui tibi haud ita pridem affui per epiſtolam apud indulgentiorem parentem, exiguum tunc ſubſidium erit defenſionis: maiore enim organo agenda tum erit tibi cauſa, quam vt viribus noſtris tractari poſſit. Sed enim poſt iocos iam σπουδαιολογητέον. Velim igitur iſto vt eſſe animo pergas, id eſt, vt ingenii tui contentionem ea ratione temperes, vt quod hactenus (vt ſentio) feciſti, quod τῇ φιλολογίᾳ temporis imparties, id ſine captione τῆς νομικῆς παιδείας factũ eſſe, ſuſceptumque intelligatur tandem. Sic autem optime fiet, atque commodiſſime, ſi τὸ μὲν ὡς ἔργον σοι, iuris dico ſtudium, τὸ δὲ ὡς πάρεργον erit, τὰ τῶν ἀστείων, καὶ κομψῶν λόγων φιλοπονίας ſcilicet: ſiquidem hanc bipartiti ſtudii rationem, cum tibi natura iſta benigna, & felix indulſerit, tum aſſidua contentio, & ſibi ſemper inſtans, facilem, iucundamque reddiderit. Vale. Pariſiis Idibus Octobris, qui dies fuit acceptarum tuarum literarum.

ORATIO FRANCISCI DVARENI, HABITA IN COOPTATIONE DOMINI Hugonis Donelli, Anno 1551. Die 17. Iulij.

SI tanta dicendi facultas mihi ſuppeteret, quam vehementer hunc virum eruditiſſimum ornare, & commendare cupio, Viri ornatiſſimi, qui frequentes huc conueniſtis, facerem non inuitus, vt eximias eius dotes vobis hodierno die veluti ſpectãdas oculis exhiberem, ac oſtenderem. Id enim mos poſtulat, quem à maioribus quaſi per manus traditum accepimus. Sed cogito, me non eo præditum, vel ingenio, vel doctrina, & facundia eſſe, vt rem tantam pro dignitate nũc tractare valeam. Itaque maxime vereor, ne ieiuna inconcinnaque noſtra oratione non illuſtrentur eius virtutes, ſed obſcurentur potius, atque ita depingantur, vt longe minora omnia, ac leuiora, quã re vera ſint, audientibus appareant. Verum vna me res conſolatur, quod à Iureconſulto, magnam illam dicendi vim, & eloquentiam non exigitis, opinor. Et ſic vulgo teſtata, cognitaque hic ſunt ea, de quibus dicturi modo ſumus, vt eorum narratio parum neceſſaria ac prope ſuperuacanea videri poſſit. Huc accedit ſummi, excellentiſque viri, Michaelis Hoſpitalis de eo iudicium, quod quanti facere debeatis, nihil opus eſſe arbitror, vt pluribus explicem, cum mihi dubium non ſit, quãtum eius hominis virtuti, doctrinæ, prudentiæ tribuatis, & quantopere hominem pene diuinum, & omni laude cumulatum ſuſpiciatis, & complectamini. Sicut enim Cicero ſcribit, ſe facile pati ſolitum à cæteris reprehendi, cum à Catone ſuo laudabatur: ſic videtur Donellus, tanti viri teſtimonio, aliorum iudicia aut poſſe contemnere, aut non multum affectare debere. Facio igitur libenter, vt capita rerum tantummodo attingẽs, paucis ea perſtringam, quæ alioqui copioſiorẽ multo, & accuratiorem deſiderarent orationem. Quod vt cõmodius faciam, conſiderandum etiam atque etiam videtur, præclarum illud Pariſienſe Senatuſconſultum, quod non multos annos pro ſcholæ huius conſtitutione factum eſt. In eo ſenatuſconſulto caput vnum extat, de iuris Doctorum cooptatione in hanc ſententiam: Senatui placere, vt cum in Doctoris demortui locum, alius ſufficiendus, & cooptandus erit, is deligatur ab ordine, & collegio Doctorum, qui moribus, doctrina, & facundia cæteris antecelluerit. Quibus verbis ampliſſimus ordo quicquid ad bonum, perfectumque Doctorem pertinet, paucis complexus eſt. Idque Iuliani imperatoris exemplo, qui Magiſtros ſtudiorum, & Doctores excellere oportere ait, moribus primum, deinde facundia. Nec vero arbitramur, quicquam huiuſmodi eſſe, quod in Donello noſtro deſideretur. Ac, vt de moribus primũ dicam, quorũ in hac cooptatione maiorem quam doctrinę rationem habendam eſſe non immerito voluit Iulianus, ſpero huius modeſtiam, ſimplicitatem, facilitatem, continentiam, ſobrietatem, diligentiam, maturitatem, grauitatem, pietatem denique, & religionẽ, ita vobis probatam eſſe, vt vitam eius velut honeſtatis, ac virtutis ſpecimen, & exemplum iuuentuti ad imitandum proponere non dubitemus. Et hæc quidem eo cõmendabiliora ſunt, quo rariora, in hac ætate præſertim, & ſeculi licẽtia. Qui in adoleſcentia paulo incontinentiores, ac inconſultiores fuerant, ætatis excuſatione vulgo defendi ſolent, ſi poſtea ad frugem bonam ſe receperint, quaſi adoleſcentiæ cupiditates, & voluptates ſatietate abieciſſe, & experiendo contempſiſſe videantur. Nam quia lubricas habet pleraſq; vias adoleſcentia, in quibus inſiſtere, aut ingredi, ſine caſu aliquo vix poteſt, fit vt eius ætatis errata, nimiaque libertas, veniã aliquam mereri credatur. Quanta igitur laude dignum eſſe putamus eum, cuius adoleſcentia ab omni libidine, temeritate, inſolentia, leuitate, quam maxime ſemper abhorruit? Cuius ad laudem cum labore, & ſtudio directum iter fuit, in quo adhuc iuuene ea fuit conſilij maturitas, & prudentia, quæ raro admodum, in iis, qui confirmata corroborataque ætate ſunt, reperitur. Nã hæc omnia, egregiam quandã, & plane heroicam indolem, atque naturam arguunt, quæ nulla ratione corrumpi, & à recto itinere deduci poſſit. Vetus eſt apud Platonem dicteriũ, Quiſquis probus eſt inter Athenienſes, eum inſigniter probũ eſſe: quod in male morata Republica nulla infici, & deprauari vitiorum contagione, eximiæ cuiuſdam virtutis argumentum. Ex quo perſpicuum eſt, quid de hoc noſtro iudicare, & quantum de eo ſperare, cum ætate proceſſerit, debeamus. Cuius ea eſt naturæ bonitas, & felicitas, ea ad virtutem propenſio, vt à iuuenilibus vitiis, quibus magna pars adoleſcentũ hodie conſtricta tenetur, quam alieniſſimus, ſenilẽ plane, id eſt, grauem, continentem, pudicam, frugalẽ, & ab omni leuitate, ſtultitiaque remotam, perpetuo vitam egerit. His tot, tantiſq; animi dotibus, acceſſit ea doctrina, quam non modo amplecti, & amare, ſed etiam admirari debeamus. Cum præſertim ante oculos ponimus eos, qui vulgo ius ciuile profitentur hoc tempore, de quibus nõ neceſſe eſt vt multa hic dicam. Quis enim neſcit, pleroſq; eorum, qui magno cum faſtu, & ridenda quadam grauitatis imitatione, magnificas illas (ſi Diis placet) nugas ſuas iuuentuti hodie venditant, atque oſtentant, nõ dicam earum artium, quæ libero homine dignæ ſunt, cognitionem nullam habere, ſed ne puerilibus quidem literis imbutos eſſe? Quantum autẽ mali adferat inerudita iuriſprudentia, magno cum noſtro labore, in dies experiri cogimur, qui iuris prudentiam, quæ ab indoctis hominibis prope deleta, extinctaque eſt, in veterem dignitatem, maieſtatemque ſuã reſtituere conamur. Ac tametſi, his paucis annis, non infeliciter tentatum id ſit, in hac ſchola præſertim, tamen danda opera eſt, vt tam præclari operis conficiendi gratia, deligantur alij ac veluti ſuccenturientur, qui oneris huius partem nobiſcum ſuſtineant, quibuſque aliquando quaſi currentibus (vt eſt in prouerbio) lampadem tradere poſſimus. Hoc profecto vidit, atque perſpexit prudentiſſimus ille Hoſpitalis, cum ex hac ſchola, ceu ſeminario quodam, legendos eſſe eos iudicauit, non aliunde accerſendos, qui in poſterũ in hunc ordinem, & collegium aſciſcerentur. Non enim eos cenſuit idoneos ſatis eſſe, ad id pertexendum, quod iam hic exorſi ſumus, niſi qui in hoc ipſo gymnaſio tyrocinium feciſſent. Quo nulla maior laus, huic ordini noſtro tribui poſſe, mihi videtur. Nec vereor, cum hæc dico, ne verecundiæ modeſtiæq; fines tranſilire videar, quod ea res ad meã laudem, meorumq; collegarum, nonnihil pertineat. Etſi enim conſcij nobis ſumus, omnia conſilia noſtra, & conatus, ad illuſtrandam iuriſprudentiã ſemper ſpectaſſe, tamen non adeo noſtri amantes, inſolentesque ſumus, vt noſtram in hoc genere induſtriam, aliis omnibus anteponere audeamus. Sed quoquo ſe res modo habeat, profecto tanti viri de nobis ſcholaq; noſtrã elogium, ac teſtimonium pluris faciamus, vt debemus. Nec tantum mihi ſumo, vt de eius iudicio, iudicium facere, non graue nobis, temerariumq; eſſe, ducam. Quod quale ſit, vel ex eo intelligitis, quod de Donelli noſtri indole, & doctrina ex vno, aut altero congreſſu ita iudicauit, vt eius ſentẽtia cum omnium bonorum, eruditorumque hominum opinione, quibus ob diturniorem vſum, & conſuetudinem notior eſt, haud dubie conſentiat. Quamobrem, tota re magis, ac magis explorata, atque intellecta, non conquieuit ille, donec eum tandem ad hunc honorem promouendum curauit. Amabat in eo nitorem, ac elegantiam orationis, ſcientiam linguarum, cognitionẽ antiquitatis, ſine quibus præſidiis, ius ciuile doceri non poteſt, probabat amorem veritatis, ac ſimplicitatis in docendo, & quantum ſophiſticæ illius odium,

odium, animo concepiſſet, quæ non iuriſprudentiam modo, ſed omnes etiam diſciplinas corrupit, vir ſapientiſſimus intelligebat. Denique videbat, id quod præcipuam, in hoc genere, commendationem habet, quam aptè, commodè, acutè, prudenter, erudite, iuris nodos, & legum ænigmata (vt verbis vtar veteris poetæ) diſſolueret. Quod nunquam ſane aſſequi Donello licuiſſet, niſi ſummo ſtudio, labore, & exercitatione, iuſtam, ac ſolidam iuris ciuilis cognitionem, non fucatam adumbratamque ſibi comparaſſet. Nam etſi aliarum literarum rudem, minime eſſe iuris doctorem oporteat, tamen eos nequaquam dignos hoc munere contendimus, qui verba quædam latina paulo quam cæteri commodius interpretantur, vel qui hiſtoriam forte aliquam, aut ſcriptoris antiqui ſententiam ad id, quod interpretandum ſuſceperunt, belle detortam in medium afferunt (quod falſo à quibuſdam obiici nobis ſolet) ſed qui eo peruenerunt aſſidua meditatione, ſtudio, contentione, vt vim poteſtatemque Legum teneant, qui ita in iuris autorum libris triti, exercitatique ſunt, vt omnem eorum doctrinam non deuoraſſe modo, ſed velut in ſuccum, & ſanguinem conuertiſſe, etiam videantur. Hæc autem cum in Donello prędicamus, & extollimus, viri ſtudioſi, iam enim ad vos orationem meam conuerto, ſatis, opinor, intelligitis, quid à vobis requiramus, quibus virtutibus, ac ſtudiis, vos deditos eſſe optemus. Hæ ſiquidem orationes Panegyricæ, more maiorum, in ſchola publice haberi ſolent, non tam ornandi Doctoris alicuius gratia, quam iuuentutem, de iis, quæ ad mores, & ſtudia, pertinent, admonendi: fuitque hoc maiorum noſtrorum, vt arbitror, conſilium, vt quas laudes prædicari palam in aliis, & commendari iuuentus viderit, ad earum æmulationem vehementius incendatur, eiiſdemque veſtigiis inſiſtere ſtudeat. Ac vt de moribus quidem veſtris, quod verum eſt, ingenue fateamur, nullam profecto magnam, niſi nos omnia fallunt, conquerendi cauſam habere nunc videmur. Quo feliciorem, ac beatiorem hanc ſcholam eſſe iudico, Deumque Opt. Max. precor, vt vos in hac moderatione, modeſtiaque in perpetuum contineat. De ſtudiis vtinam ego vere idem dicere poſſim. Nam quoſdam adhuc eſſe audio, qui à vulgari tractandi iuris ratione, aut corruptione potius, quæ iamdiu ab hac ſchola exploſa eſt, animum abducere non poſſint. Quibuſcum vt fuſius diſſeram, anguſtia temporis, quod ad dicendum nunc mihi præſcriptum eſt, non patitur. Ac de ea quidem re alias edito libello (quem in manibus ſtudioſorum verſari video) ſatis copioſe à me diſputatum eſt. Illud dicturus hic libenter ſum, quod ſilentio prętermitti non debet, me, qui cum ſæpe alias, tum maxime hoc triennio proximo, cum forenſibus hominibus verſatus ſum, vix vnum, aut alterum ex tanto numero offendiſſe, qui veterem iſtam docendi rationem non damnaret, ac ceu peſtem quandam, non execraretur. Contra vero, eam, quæ à nobis inſtituta hic eſt, probare eos ſolitos fere animaduerti. In quibus etiam fuiſſe non paucos graues viros, & iam ſenes recordor, quos à nobis admonitos, & perſuaſos ad præſcriptum noſtrum ſtudia ſua inſtituere, non pigeret. Quod quidem eò dico, vt planum faciam noſtrum hac de re iudicium, cum iis etiam, qui magnum vſum iuris ciuilis habent, & in foro verſantur, conuenire. Ac ſi aliud ſentiremus, quo tandem conſilio, aut qua ſpe adducti, ad hanc ſtudendi, & ediſcendi iuris rationem tantopere vos hortaremur, ea reiecta, & damnata, quam aliquāto liberius plauſibiliuſque nobis liceret defendere? Quid facilius nobis eſſet, quam ſcholaſticorum Doctorum opiniones ex Iaſone aliquo, aut Felino decerptas, in quorum ſcriptis omnem prope ætatem noſtram conſumpſimus, totidem verbis referre, ſi è re ſtudioſorum id foret? Reprehenſus eſt à veteribus Albutius Rhetor, quod in omni controuerſia dicere cuperet, non quicquid debebat dici, ſed quicquid poterat. Argumentabatur enim (vt quidam ait) moleſte magis, quam ſubtiliter, argumenta argumentis colligebat, & quaſi nihil eſſet ſatis firmum, omnes probationes probationibus aliis confirmabat. Quo genere dicendi, nec corruptius, nec ad docendum ineptius, vllum dici, fingive poteſt. Ac veriſſimum mihi videtur eſſe, quod ab eo, cuius iam memini, ſcriptum alicubi eſt, nihil eſſe inamabilius, quam diligētem ſtultitiam. Hæc autem corruptio quanta ſit, vel illud argumento certiſſimo eſt, quod vobis quotidie experiri contingit, nempe iis, qui rectiorem explicandi iuris rationem amplexi ſunt, in eaque ſe exercuerunt, nihil facilius eſſe, quam de iſtorum ſcriptis iudicium facere, & omnes, quotquot huius generis ſcriptores ſunt, & copia rerum, & ſubtilitate diſſerendi, ius ciuile docendo, atque interpretando vincere. Verum de his plura hic dicere non eſt neceſſe, cum præſertim hic pauciſſimos reperiri tam corrupti iudicij, pertinaciſque ingenij nobis nuntiatum ſit, plurimos autem eſſe, qui recta ſtudia ſectentur, & veterem barbariem, ſophiſticenque oderint, atq; contemnant. His tamen videndum eſt, ne facilitate illa tractandi iuris, quam ipſis demonſtramus, in perniciem ſuam abutantur, & ea re freti laborem diſcendi remittant. Fallitur enim quiſquis putat viam vllam excogitari à nobis poſſe, qua ſine labore, ſtudio, cura, vigiliis, ad plenam iuris ciuilis ſcientiam, peruenire liceat. Sed de his accuratius diſputandi, alias dabitur locus opportunior. Iam ad te redeo, Donelle eruditiſſ. & quia vt te Doctoræ cingulo, & inſignibus exornem, petis, in primis vt hoc ſuggeſtum conſcendas, moneo: deinde quicquid mearum erit partium, exequar. Dixi.

ORATIO

FRANCISCI DVARENI

RECITATA IN COOPTATIONE

D. Nicolai Buguerij, Anno 1551. Die 15. Decemb.

ETSI neſcius non ſum, viri ornatiſſimi, quam graue humeris meis onus impoſitum nunc ſit, quamque mihi parum conueniat hæc, quam ſuſtineo, perſona, tamen facile patior, de ſtudiis literarum noſtrarum, apud vos aliquid dicendi occaſionem mihi oblatam eſſe. Ac ſpero fore, vt de rebus vtilibus admodum, ac neceſſariis à me admoniti, hodierno die orationis noſtræ humilitatem amplectamini, nec protinus me dicentem faſtidiatis, quod eas res, de quibus dicturus ſum, ornare eloquentiæ luminibus, & illuſtrare nequam. Nam ſi M. Tullius, à Philoſopho oratoriam eloquentiam non admodum flagitare ſe ait, modo res bonas, & cognitu dignas afferat: quanto magis ignoſcendū huius temporis Iureconſulto, in quo vel Latinitas ſola, & ſermonis puritas tā rara eſt, vt pene prodigioſa habeatur. Quod quidē à me dictum eſt, non quia eloquentiam aſperner, ſine qua cæcam, atque mancam eſſe Iuriſprudentiam, clare profiteor: ſed vt venia me dignū aliqua eſſe oſtendam, ſi quam in aliis admiror, & exoſculor, quamq; mihi aſſequi propter infelicitatem temporum, aliaq; commoda, non licuit, eam oratio noſtra aut ſermo potius parum redoleat, cum præſertim ad hanc recitationē non mea me voluntas, ſed publici muneris ratio impulerit. Ac fortaſſis nuda ſimplexq; rerum expoſitio ſine vllo ornatu, & fuco, eo vobis gratior futura eſt, ſicut ex mulieribus eæ dicuntur cæteris melius olere, quæ nihil olent. Cum autē de argumento deliberarem (non enim ἐγκωμιαστικῷ genere ſemper vtendū hic eſſe putaui) nullum aptius, nec commodius occurrit, quam de iuris tractādi ratione, qua in hac ſcola hodie vtimur. De qua nuper in cooptatione Hugonis Donelli, collegę noſtri, diſſeruimus, ſed temporis anguſtia, quod mihi ad dicendum præſcriptum fuerat, me rem totā ſatis explicare non permiſit. Itaq; mihi idem quod Romanis Oratoribus accidit, qui eandem actionem

aliquando in plures dies partiebantur, cum integram vno die cauſam orare non poſſent. Dico igitur, nullam eſſe vtiliorem iuris tractãdi rationem, quam ſi eorum ſimplicitatem imitemur, qui id nobis ſcriptum reliquerunt. Ac pro exemplo ſufficere poteſt vnus Vlpianus, in commentariis ad edictum Prætoris Vrbani, quibus nihil purius, ſimplicius, elegantius, reperiri in hoc genere poteſt. Itaque mihi ſæpe venit in mentem mirari, non quod noſtri ab illa germana ſimplicitate tantum degenerarint (id enim eis commune fuit cum multis, propter fatale quoddam ſeculi malum) ſed quod cæteris tandem reſipiſcentibus, Philoſophis, Medicis, Theologis, adhuc inſanire non deſinant. Quam corruptionem cum animaduerteremus, certiſſimam peſtem ciuilium ſtudiorum eſſe, non deſtitimus per hoſce tredecim, & eo amplius annos, quibus in hac ſchola ius ciuile docuimus, tum voce, tum ſcriptis, iuuentutem admonere, vt ab errore in viam rediret. Et quia libri extant à nobis editi, quibus ſententiam, de toto hoc genere, noſtram expoſuimus, non committam, vt eiſdem repetendis tempus inaniter conteram. Quæ vero nobis vulgo obiiciuntur, partim ab imprudentibus, partim & inuidis, & maleuolis hominibus, ea nunc refellere, ac diluere conabor. Quoſdam enim mouet exemplum Iuriſconſultorum noſtræ memoriæ nobilium, veluti Alciati & Zaſij, & quorundam aliorum, quos vulgari genere vſus fuiſſe, aut certe non longe ab eodem receſſiſſe vident. Sed animaduerti, duo genera huiuſmodi Doctorum eſſe. Vnum eorum, qui nec eo præditi ſunt iudicio, vt quid optimum ſit videant, nec ita literis exculti, vt cum à commentariis ſuis vel latum vnguem receſſerint, quicquam melius præſtare poſſint. Cum his minime neceſſaria nobis eſt concertatio, qui inſcitiam ſuam ita nequeunt tegere, vt non eam iuuentuti paulo humanius inſtitutæ, tertio quoque verbo prodant. Quare ſtupidos, ac plumbeos eſſe eos neceſſe eſt, à quibus horum ſtoliditas, & ignorantia non deprehendatur. Alij ſunt, quibus nec doctrinam elegantiorem, nec iudicium prorſus adimo, ſed bonam, ſynceramque mentẽ in eis deſidero, quæ non minus in Iuris doctore, quam erudito mihi neceſſaria eſſe videtur. Quiſquis enim putat, vllam artem eſſe, in qua plus fallaciæ, ac præſtigiarum hodie ſit, quam in hoc munere docendi Iuris, profecto in magno is errore verſatur. Nam eruditiorum quam plurimi, ambitione ducuntur, & ea ſectari ſolent, non quæ vtiliora iudicant ſtudioſis, ſed quæ plus oſtentationis habent, & maiorem eis admirationem vulgi conciliant. Hinc fit, vt vix vnquam ſimpliciter, rem aliquam exponant in Iure docendo, ſed opiniones opinionibus, & argumenta argumentis accumulantes, rem obſcurent, quam tractandam ſuſceperunt, magis quam explicent, & poſt longam, faſtidioſamq; diſputationem, incertiores à ſe dimittant auditores, quam acceperint. Sibi nanque perſuadent, ſimplicem rerum enarrationem, tam magnificam, ſplendidamve non eſſe, quam, cum in vtranque partem adductis rationibus, & legibus, ex horrendo illo, ac tenebroſo commentariorum Chao, depromptis, & omnes, quæcunque occurrunt, quæſtiones prolixè, & verboſè, ita diſputantur, vt mirificum (ſi Diis placet) doctoris acumen, & copiam miſera iuuentus obſtupeſcat. Ac pleroſque eorum animaduerti, occultandæ ignorantiæ ſuæ cauſa, ſuis ſe tenebris quaſi inuoluere, & ſepiam imitari, quæ atri cruoris effuſione, aquam obſcurare ſolet, ne à perſequentibus ſe deprehendatur. Quamobrem non eſt quod nobis opponant aduerſarij, exemplum aliorum Iuris profeſſorum, ne eorum quidem, qui doctrinæ nomine claruerunt noſtro tempore, aut quorum etiam nunc fama celebratur. Nam & horum plurimos ſcimus, nõ probare quod agunt, ſed hoc prætextu ſe excuſare, quod ſcenæ ac tempori (non enim quæſtui, & ambitioni dicere volunt) ſeruiendum ſibi ſit. Quæ vero extat viri eruditi meo iudicio, & prudentis oratio, pro interpretibus iuris, non tam iſtis patrocinatur, quam vulgo ab eis iactari ſolet. Qui, etſi contendat, abſque interpretum ſcriptis Iuris artem intelligi non poſſe, tamen hunc coaceruandarum opinionum morem, qui vulgo receptus eſt in publicis ſcholis, ei nõ probari compertum habeo. Nam hos interpretes, ne nos quidem ipſi ex hominum manibus excutere nitimur hoc tempore: ſed ad iuuentutem inſtituendam, nihil prodeſſe, imo vero plurimum obeſſe eos, confirmamus. Et ſane, eorum, qui talibus ſcriptoribus plurimum tribuunt, hæc fere eſt ſententia, ne attingenda quidem eſſe illorum ſcripta, ab iis, qui in veteribus Iuris authoribus nondum ſatis exercitati, præceptoribus adhuc dant operam, & in ſchola inſtituuntur. Atque vtinam is, de quo nunc loquimur, vir in cæteris diſciplinis excellens, iudicium illud ſuum acre, & limatum, magis quam alienum, hic ſequutus eſſet, nec profeſſoribus Iuris, neſcio quibus, tam ſe credulum præbuiſſet: quos virum bonum, ſimplicem, modeſtum, & in iis, quæ alienæ ſunt profeſſionis, iudicio ſuo parum fidentem, facile decepiſſe credibile eſt. Ad alios venio, qui puriorem eſſe doctrinam noſtram, liberalioremque, ac eruditiorem non inficiantur: ſed hunc eſſe rerum humanarum ſtatum, aiunt, vt ad forenſem vſum, aut nihil, aut parum, cõferat. Quod ſi verum eſſet, iuſtiſſima profecto de nobis ſtudioſorum foret querela, quorum plurimi eo tantum conſilio, huic ſe dedunt ſtudio, vt vel ad res iudicandas, vel ad cauſas agendas in foro, inſtructiores paratioresque reddantur. Itaque noſtrum eſt non iis modo conſulere, qui huius arti ſola tractatione delectati, nihil aliud in vita ſunt acturi, ſed eorum vel maxime rationem habere, qui ciuilem hanc ſcientiam, ad vſum transferre cupiunt. Noſtra vero doctrina ea eſt, vt iis, qui in foro verſari aliquando volunt, nihil vtilius eſſe putem. Non enim omnia ſubuertimus, quæcunque vulgo recepta ſunt (vt calumniantur aduerſarij) ſed ex vulgaribus ſcriptis, quæ inanibus, ac friuolis diſputationibus referta ſunt, & ingẽtes tenebras habent, optima quæque decerpimus, ac vt Lucretii verbis vtar,

Floriferis, vt apes, in ſaltibus omnia libant,
Omnia nos itidem depaſcimur aurea dicta.

Deinde ea ſimpliciter, pure, populariter, tradere & ad ciuilem conferre vſum, maxime conamur. Ab aliorum ſententia interdum deſciſcimus non ſine multorum exemplo, ſed parce, ac propemodum religioſe, nec aliter, quam cum errata eorum tam aperta eſſe nobis videntur, vt nec diſſimulari, nec excuſari poſſint. Qua in re, & boni præceptoris, & boni viri, ac veritatem amantis officio nobis fungi videmur. At enim Iudices noſtri temporis, Bartoli, & aliorum huiuſmodi ſcriptorum opinionem, iudicando pro lege, ac certo iure ſequuntur. Et quidem de omnibus iudicibus in neutram partem loqui ſine temeritate poſſum. De iis, qui ſummis Galliæ tribunalibus hodie præſunt, quod longo expertus ſum tempore, id ſine reprehenſione cuiuſquam dicere poſſe mihi videor. Ego autem quamdiu cum eis vixi, tales fere cognoui, vt qui Bartolis, atque Baldis, omnino addictos eſſe contendunt, nec vlla ratione ab eis auelli poſſe, eos magnam viris ſapientiſſimis iniuriam facere exiſtimem: tametſi non nego, plus aliquanto his opinionibus tribui nonnunquam ſolere, quam vellem, & quam veritas, ac ratio patiatur. Sed ita ſunt res humanæ, vt quæ tam altè radices egerint, ea non ſtatim è mentibus hominum eximi poſſint. Facile autem ſuſpicor, vnde orta ſit eorũ calumnia, qui aſſerunt, ea nos tradere iuuentuti, quæ foro nõ conueniant. Sunt enim plerique, in noſtra Gallia præſertim, qui eo tantum animo in forum ſe conferunt, vt quæſtum faciant, quo iure, quaque iniuria, & vt litibus inter homines ferendis dent operam, quo ſcelere nullum eſt in Republica grauius, aut animaduerſione dignius. Hi altercationes Doctorum, & interpretum Iuris, opinionumque varietatem illam, quæ in vulgaribus commentariis legitur, ad eam rem ſibi non parum conducere exiſtimant, quod quamcunque cauſam tueri velint, æquam, iniquam, iuſtam, iniuſtam, nunquam defutura ſit eis Doctoris alicuius auctoritas, aut cauillationes ab iis excogitatæ, qui omnia vocare in controuerſiam ſolent. Vix enim vlla eſt tam iniqua, abſurdaque opinio, ſi omnia omnium ſcripta excutias, quæ non defenſorem aliquem, aſſertoremque habeat. Qui tam praua mente ingenioque præditi ſunt, mirum profecto non eſt, ſi inſtitutum noſtrum, tanquam foro non accommodatum, id eſt, à forenſibus impoſturis alienum, ipſis non placeat, cum modis omnibus enitamur, vt iuſtitiæ, & æquitatis artem, ac viam magis, quam litigandi cauillandique doceamus. Nec vero nobis animus eſt, talibus hominibus blandiri, aut quod ſentimus, diſſimulare, quo in auditorium noſtrum eos pelliciamus, quos arceri ab eodem potius, ac procul ſummoueri, publice interſit. Etenim libere profitemur, nos eo potiſſimum ſpectare, vt forenſes artes, ac fraudes (quæ Galliam, præſertim noſtram, multos annos miſerabiliter afflixerunt) tandem aliquando detegantur, & orbi innoteſcant. Quod nunquam accidere poteſt, niſi re-

ſtituta

ſtituta Iuris veteris, tum Romani, tū Gallici ſimplicitate. Cuius rei exemplum legitur in libris cuiuſdam noſtræ memoriæ ſcriptoris eruditi, non indignum quod hicà nobis commemoretur, quodq; noſtri Principes, tandem aliqua ex parte imitari, in animum inducant.

Quo tempore Matthias Coruinus, Pannonici Regni habenas tenebat, id eſt, annos abhinc circiter ſeptuaginta, ſicut & ante illud tempus præclaris legibus, inſtitutis, ac moribus, ſed quam pauciſſimis, regebatur populus. Ac tametſi Iuriſprudentiam Romanam, ac veterem non aſpernarentur, tamen nouitia hæc noſtra (quæ Doctorum Accurſianorum eſt) nunquam ipſis nota fuerat. Nec verò quicquā facilius erat, quàm lites omnes, & controuerſias, quæ inter ipſos orirentur, componere, ac dirimere. Qua fœlicitate, quænam maior vlla ipſis cōtingere poterat? Nam (vt Iſocrates ait) Eæ leges optimę iudicandæ ſunt, quæ lites quàm pauciſſimas gignunt. Hic Matthias vxorē duxit, filiam quādam Ferdinandi Neapolitani Regis, in cuius comitatu venerant è Neapoli acutiſſimi, ac celeberrimi totius Italiæ Iureconſulti, id eſt, qui in ſcholaſticorum interpretum argutiis omnium exercitatiſſimi ferebantur. Hi magna grauitatis ſpecie, barbarum (vt ipſi dicebant) morem aſpernati, homines, qui pro ſapiētibus habebantur, facilè Regi perſuaſerunt, vt ſubtilior quædam actionum, & iudiciorum formula populo præſcriberetur. Dicam paucis, nam expoſitio totius fabulæ prolixa nimis eſſet, vbi nullæ prius erant lites, omnia litibus feruere cœperūt, & in dies magis, ac magis graſſabatur ea lues, donec Iureconſ. illos tandē Rex prudentiſſimus expulit, & rem omnē iudiciariam ad priſtinā ſimplicitatem reuocauit. Quæ igitur ſit noſtra ratio, quod conſilium, qui ſcopus, videtis auditores. Nec dubitamus, quin omnes, qui generoſioris animi ſunt, & liberalioris naturæ (quales permultos hic adeſſe ſcimus) eodem animo ſint in rempublicam, quo nos ſumus, & noſtrum inſtitutum, vel longè honeſtiſſimum, amplectantur. Cur autem tot iam annos hic à nobis ſudatum ſit, ſine magno, vt pleriſque videtur, fructu, & curſus noſter tamdiu retardatus, non abs re quiſpiam fortaſſis mirabitur. Itaque huius rei, velut hiſtoriam quandam, ſed breuem admodum, texere hic ſtatui, ex qua cognoſci poterit, quæ fuerint renouatæ huius doctrinæ initia, & progreſſus, quidque de ea re in poſterū ſperari debeat. Incipiam autē ab Andrea Alciato, quod neminē, qui ante hunc aliquid memorabile præſtiterit, in hoc genere nominare poſſim, vt meritò qui eum anteceſſerunt, inter obſcuros, & (vt ita dicam) plebeios Doctores ſint numerandi. Is, annis ab hinc, opinor, duobus & viginti, accitus in hanc ciuitatem, toto quinquennio ita Ius ciuile docuit, vt facilè demonſtraret (quòd antè vix cuiquam perſuaderi poterat) eius Iuris ſcientiam à literis elegantioribus nō abhorrere. Alciato igitur hoc debemus, quòd, etſi iuuentutem inſtituendo, in minutis quibuſdam, & futilibus magis, quàm ſubtilibus, quæſtiunculis nimium hæſerit, tamen primus omniū, animos iuuenum ad hanc elegantiæ cum iuriſprudentia coniunctionem excitauit, frementibus, non paucis, atque indignantibus, & pleroſque viros ingenioſos, ac literatos, ad Iuris ciuilis ſtudium accendit: qui ab eo propterea refugiebant, quòd aut deſperarent, cum bonis literis id cōiungi poſſe, aut eam coniunctionem nimis inuidioſam fore putarent. Nam Cato Saccus, Aretinus, & quidam alij Græcè & Latinè, vt accepimus, non vulgariter eruditi, vitandæ inuidiæ cauſa, ita ſcripſerunt de iure ciuili, vt eorum monumenta, quæ nunc extant, non adeò reliquorum Barbarorum commentariis, diſſimilia appareant. Itaque maiore dignus laude eſt Alciatus, quòd rem à nemine tentatam, fortiter aggreſſus ſit, quàm vituperandus, quòd inuidiæ fortaſſis nonnihil cedens, ex inueterato more aliquid retinuerit. Optarem certè, eos, qui in huius locum ſucceſſerunt, in ſchola noſtra homines, in quibus miram varietatem ingenij, ſtudiorum, doctrinæ, morumque, deprehendi, ſaltem eius veſtigia perſecutos fuiſſe, quod profectò tolerabilius longè fuiſſet, quàm quod plerique eorum in hoc negotio factitarunt. Nam ego, qui triennio, poſt diſceſſum Alciati, profiteri Ius ciuile hic cœpi, incredibilem rerum perturbationem in hac ſchola offendi, vt facilè animaduerterem, quod experientia verum eſſe edocemur. Nunquam contingere rerum publicè receptarum mutationem, quin multa incommoda pariat. Ac, vt generatim dicam (nec locus enim, nec tempus patitur, vt ſingulos nominem, & alioqui viuentium nominibus parcere decreui) tametſi omnes ferè, Accurſio, & Bartolo plus ſapere videri vellent, & tritam ab aliis viam defugere, ac contemnere, tamen inter ipſos non conueniebat, & vnuſquiſq; propriā quaſi ſectam, quam tueretur, inſtituerat. Nōnulli verba quædam Latina paulò commodius interpretabātur, quàm cæteri, ſed nihil rerum afferebant, ſtatimque inanis fucus apparebat. Quæ res grauem nobis inuidiam conflabat apud eos, qui ex vno aut altero iudicium de omnibus faciebant, ac idcirco non Iureconſulti, ſed Grammatici cōtēptim vulgò dictitabamur. Alij, ex vulgarium commentariorum lacunis omnia hauriebant nō magno iudicio adhibito, ſed ea paulo ornatius, & more quodā ſuo, referebant, quorum inſtitutum plauſibilius populariuſq; tū erat: & iis ego me, vt plurimū adiungere ſolitus fui, ſed temporis cauſa magis, quam ꝙ eorū mihi ratio probaretur. Alii, in conuellendis veterib. opinionib. nouiſq; cōminiſcendis, penitus occupati erāt, & ſummopere nitebantur (id quod factu facillimū eſt in hac profeſſione) quamlibet abſurdas opiniones ſuas, rudi, & imperitę iuuenti, probabiles reddere. Cogitabant, opinor, Paradoxorum quorundā editionem Alciato non infeliciter ſucceſſiſſe: cuius imitatores videri cupiebant. Verū nullus in ea re modus ab eis adhibebatur, ac ne poterat quidem, niſi aliquis Deus, in ipſorum mentem Alciati iudicium, prudentiā, eruditionē repente immiſiſſet, atq; transfudiſſet. Horum ego ſophiſtarū cacozeliam infeliciſſimā, quoties mecum ipſe expenderem, atq; conſiderarem, non diſſimiles mihi videbantur ſimiis illis, quæ poſteaquā animaduerterunt domos ab hominibus ædificari, crebro idem tentarunt, ſed fruſtra, ꝙ inſtrumentis ad eam rem neceſſariis deficerentur. Præterea angebar animo, & dolebam nō mediocriter, iuriſprudentiā noſtrā, cum vix reſpirare cœpiſſet, confeſtim in hanc calamitatē incidiſſe. Quæ ſi loqui more humano potuiſſet, illud mihi videbatur dictura, ꝙ ex ore morientis Adriani, exceptum fuiſſe fertur: Heu multitudo medicorum me perdidit. Sed ad cœptā narrationem vt reuertar interea, nec multo interiecto tempore, diuino quodam beneficio, Eguinarium Baronem hic nacti ſumus, virum acri ingenio, incredibili memoria, & multa, variaque eruditione inſtructum, vt vix quicquam in eo homine deſideres, quod ad excolendam, illuſtrandamq; iuriſprudentiam neceſſarium ſit. Nec minor fuit in eo voluntas, iuriſprudentiam iuuandi, quam facultas: adeo vt vitio illi verteretur à quibuſdam, ꝙ maiore, quā par eſſet, feruore & impetu ad corruptionem ciuilium ſtudiorum emendandam, ac corrigendam ferretur. Vtrum ad hos morbos profligandos, qui tam inueterati, ac prope deſperati erant, haud ſcio an medico tam acri, atque immiti opus fuerit. Is ſimul atque huc acceſſit, facile conuenit inter nos, quibus vnus, atq; idem finis propoſitus erat de ratione ſtudiorum corrigendorum, quam poſtea ferre ſecuti ſumus. Et quanquam aduerſariorum noſtrorum, id eſt, Sophiſtarum, & præſtigiatorum artibus seducti, ex iuuenibus ſtudioſis nonnulli à nobis alieniores erant, tamen optimi quique noſtris conatibus non obſcure fauebant, & applaudebant: Maius erat nobis cum ciuibus, & Magiſtratibus quibuſdam negocium, qui cum ne ſuſpicari quidem poſſent, quis olim futurus eſſet huius tam neceſſariæ ſtudiorum renouationis fructus, ſcholæ ſolitudinem (quæ tum nobis, non minus, quam ipſis ingrata erat) culpæ noſtræ, vitioque adſcribebant, & nos eo nomine, odioſe admodum inceſſebant, exagitabantque. Nec vero magni apud eos ponderis erant rationes noſtræ, ſed protinus audiebamus. Ergo vos conſultiores eſtis omnibus Tholoſanis, Pictauienſibus, Aurelianenſibus, Legum doctoribus, qui tanta frequentia & celebritate profitentur ius ciuile? Meliores eſtis doctores Alciato ipſo, qui cum non minus ſit, quam vos, Latinus, gloſſas Accurſii, cum apparatu Bartoli, magnifice interpretatur? Sapientiores denique Senatu Pariſienſi, qui doctoribus iuris eam formam rationemque docendi præſcripſit? Itaque, pro tam honeſtæ voluntatis in recta ſtudia noſtræ præmio, ac mercede, non modo imprudentiæ, ſed etiam impudentiæ, temeritatis, inſolentiæ, ac peruicaciæ, falſo crimine notabamur. In hac tanta indignitate ſuccurrebat exēplū Timothei cuiuſdam Muſici, quem propterea, quod in arte Muſica quædam nouauerat, à populo exibilatum, exploſumque,

Euripides bonō animo eſſe iuſſit, futurum addens, vt ipſe mox omnib. theatris ſuperior iudicaretur. Sic enim nos aduentantis melioris ſeculi recreabat ſpes, ac cōſolabatur, quaſi id diuinantes, præſentientesq; fore, quod iam à nobis obtigiſſe Dei Opt. Max. benignitate videmus, & experimur. Nam aut vehementer ipſi fallimur, aut ab huius fabulæ cataſtrophe nō longe abſumus, quam quidem nos, non iucundam modo ac plauſibilem, ſed etiam nobis, ſcholæque noſtræ honorificam, glorioſamq; fore confidimus. Non enim ignoramus quæ iam ſit bonorum virorum de nobis, noſtroque inſtituto opinio, ac expectatio, & eorum præſertim, qui in foro, & ſummis tribunalibus agunt, quibus ante hoc tempus, noſtra docendi ratio, nonnihil ſuſpecta fuerat. Quis ſit iuuenum nobiliſſimorum, & ſtudioſiſſimorum concurſus in ſcholam noſtram, perſpicimus. Ex ciuibus, atque magiſtratibus, qui prius infeſti nobis erant, eis nunc moderatis, placatisq; vtimur. Dux noſtra Margarita, fœmina præter eximias dotes omnes, quæ in muliebrem ſexum cadunt, etiam literis inſigniter erudita, quam præclare de nobis ſentiat, ac loquatur, quanto nos proſequatur ſtudio, & affectu, & quantopere nos, ſcholamque noſtram ornare ſtudeat, nec obſcurum, nec dubium nobis eſt. Sæpe audita eſt eius vox, cum diceret, nullam rem quæ ſui Imperii ditionisque ſit, tam ſibi curæ eſſe, quam Biturigum ciuitatis ſcholam, eam in qua iuriſprudentiæ decus ſuum, ſplendoremque reſtitui intellexerat. Ex quo perſpici poteſt, quid in poſterum de ſchola ipſa ſperandum, expectandumque ſit, cum præſertim profeſſorem omnium idem animus, eadem ratio, conſiliumque ſit, & omnes in hoc veluti conſpirarint, vt reiectis veteribus nugis, atque ineptiis, pure, dilucide, atque vtiliter ius ciuile doceatur. Sed de profeſſoribus qui ſumma cum laude ius ciuile nunc docent in hac ſchola, ne plura dicam, temporis breuitate impedior, vt ne de Buguerio quidem noſtro, optimo, & eruditiſſimo viro, cuius ornandi cauſa, in hunc locum conuenimus, mihi dicere, pro eius dignitate, & meritis liceat. Quid autem de eo maius, ac illuſtrius dici poteſt, quam quod hoc tempore, in quo ad iuriſprudentiam veterem inſtaurandam, tanta cura, & ſtudio homines idonei vndique hic conquiruntur, is dignus præ cæteris habitus ſit, non à noſtro ordine tantum, ſed etiam à ſummo illo iuriſprudentię Antiſtite, M. Hoſpitali, qui prouinciam hanc nobiſcum ſuſcipiat. Quamobrem finem dicendi hic facio, & ad noſtri operis clauſulam accedo. Dixi.

OMNIBVS

IVRIS VTRIVSQVE STVDIOSIS IVVENIBVS, IN CLARISS. BITVRIGVM GYMNASIO S.

QVI noſtra, Patrumque memoria in inſtaurandis elegantioribus diſciplinis operam omnem, curamque conſumpſerunt, quæ temporibus infeliciſſimis, graſſante barbaria, inſcitiaque miſere iacuerant, hi mihi præclare, & diuinitus de vniuerſo hominum genere meriti fuiſſe videntur. Horum enim induſtria perfectum eſt, vt eæ literæ, quę procul dubio rudimenta ſunt, & incunabula omnis virtutis, ſplendori ſuo tandem reſtitutæ, non ſine ingenti in mortales Dei Opt. Max. beneficio, iam ad ſui ſtudium, & amorem facile quemuis alliciant. In ciuilibus vero literis, quæ quidem ipſe rudioribus illis ſeculis nihilo ciuilius, ac humanius acceptæ fuerant, qui eo iam progreſſi fuerint, & quibus id inceptum adeo feliciter ſucceſſerit, vt non inuitus fateor, quam pauciſſimos hac memoria reperiri, ita pleroſque commemorare poſſum, quorum egregiam in hoc genere voluntatem, & conatum aſpernari non poſſumus. Ex quorum numero hi noſtri ciues, quanto cæteris in eo negocio præſtiterint, tum diligentia, tum facultatibus ſuis, non noſtris tantum hominibus cognitum eſt, verum externis quoque gentibus, vel quam longiſſime diſſitis, teſtatiſſimum, id quod argumentis minime obſcuris, aut fallacibus compertum habemus. Alciatum omitto, virum me hercule, ſummum & ad illuſtranda iuris ciuilis ſtudia quaſi cælitus miſſum, quem non multis ante annis hæc ciuitas nullo non honore, atque officio proſequuta eſt, quo ad recte inſtituendam in iure ciuili iuuentutem magis commoueret. De aliis mihi ſermo eſt, huius temporis profeſſoribus, viris ſane lectiſſimis, & in omni genere, atque arte præter eximiam iuris vtriuſque ſcientiam, exercitatiſſimis, quos illius ætati, & gloriæ quaſi ſuccreſcere, atque adeo ſuppares eſſe arbitramur. Etenim tantam huiuſmodi profeſſorum copiam eiuſdem ciuitatis humanitas, liberalitas, & ſingularis in literas non modo bonas, ſed etiam optimas affectus, Legum interpretandarum cauſa huc pertraxit, vt confirmare auſim, iura ciuilia nuſquam gentium ſyncerius, verius, diligentius enarrari. Satis magno argumento illud eſſe debet, quod vel ex vltimis Europæ finibus nobiliſſimos quoſqueinuenes huius noſtri gymnaſii fama, & celebritate permotos, huc quotidie tanquam ad ciuilis ſapientiæ mercaturam quandam, certatim confluere videmus. Hæc cum tanta ſint, ecquis veſtrum ſic ab humanitate alienus eſt, vt tam honeſtam ciuium erga ſe voluntatem non ita amplectatur, vt ab eiſdem vix maiora deſideret? Hos tamen ad prouehenda, atque amplificanda ciuilia ſtudia ſic affectos, atque propenſos eſſe, ſic animo excubare pro veſtris, publicisq; commodis iam intelligetis, vt non veſtram modo, & aliorum expectationem benefactis cumulandis eos viciſſe fateamini, verum etiam nouo & ſingulari beneficii genere totā iuris ſtudioſorum nationem in æternum ſibi deuinxiſſe Nam, ſi quid in hac re iudicii habeo, ſane hoc Decurionum decreto vtilius nihil in hoc genere, atque ſplendidius, ne voto quidem fingi poſſe videtur. De quo plura nunc non dicam, cum eius decreti capita quædam ex autographo ipſo ſumpta, & in Latinum ſermonem à nobis conuerſa, hic adſcripta ſint: quorum hoc tempore vobis neceſſariam eſſe cognitionem iudicauimus. Cætera quæ nundum exierunt, etſi forte vobis minus erunt intellecta, attamen, vt ſpero, fructus ex illis vberes, atque amplos nihilominus percepturi eſtis. Quod ſupereſt, Deo Opt. Max. primum quem huius boni authorem non agnoſcere ſcelus eſt, deinde ciuibus optimis, & veſtri per quam ſtudioſis, gratiam quam maximam habetote: tum date operam, vt ne in tanta rerum omnium copia ad ſtudia veſtra neceſſariarum vobis ipſis potius, quam vlla facultas defuiſſe videatur.

SENATVS

QVARTO Calendas Iunias cum Senatu coacto verba fecerint ex eo ordine nonnulli, tum de Iuriſconſultorum officio, qui honorario publice accepto profitentur, tum de Iuris ſtudioſorum iuuenum profectu, ac de his, quæ in vniuerſum ad totius ſcholaſtici conuentus tutelam pertinent: Cumq; æquiſſimum ſit iis, qui Reip. gubernacula tenent, magnæ curæ eas artes eſſe, ſine quibus ipſa conſiſtere nequit, ob eas cauſas Senatum arbitrari, clariſſimum ordinem Iuriſconſultorum recte, atque ordine facturum, ſi diligenter, & ſolicite curauerit tum monendo, tum pro poteſtate præcipiendo, vt iuuentus, quæ vndique huc confluit Iuris ediſcendi gratia, plena animi contentione in eius ſtudium incumbat: neque ſolitaria modo, & domeſtica lectione ſeſe exerceat: ſed viuam præceptorum vocem continenter, attente, & auidis auribus excipiat: quo genere ſtudiorum nullum præſtantius eſſe, & virorum ſapientiſſimorum teſtimonio, & rerum experimentis comprobatum eſt.

Et cum natura comparatum ſit, vt hi præſertim, qui nondum ætatis ſunt confirmatæ, non niſi præſente rei alicuius vtilitate magnopere moueantur, ingentemque ſtudiorum ciuilium fructum, aut non videant omnino, aut veluti per caliginem quandam videant: ob eamque cauſam præceptoribus dicto audientes non ſint, exiſtimare Senatum è Repub. eſſe, eos aliquibus gloriæ ſtimulis excitari, ac honorificentiſſimum aliquod & publicum præmium iis decerni, qui præ cæteris in eo ſtudio iuris viſi fuerint excellere.

Itaque placere, vt quotannis ex iuuenum iuris ſtudioſorum numero, qui Iuriſconſultorum iudicio probati, ſelecti, & ad Bulen ipſam, ſeu Senatum producti fuerint, ſeptem vt minimum ad ſolennes honorum ſcholaſticorum gradus magnifico, & viſendo ritu, in frequentiſſimo Profeſſorum omnium, atq; adeo Magiſtratuum, & ſplendidiſſimorum ciuium conſeſſu, quo maiore theatro ſpectata ſit eorum virtus, & eruditio, publicis impendiis promoueantur.

Ex quibus tres αὐτοὺς προλύτας totidem (quos vulgo Baccalaureos, & Licentiatos appellamus) ordo Iuriſconſultorum declarato, ſeptimum vero docturæ inſignibus exornato.

Vt autem ea probatio, & electio ab omni gratia, & ambitione remota ſit, placere, eos demum hoc honore dignos iudicari, qui certo ſtatutoque tempore, in publicis auditoriis aſſidui, non ſine libris (contra quam hactenus factitatum ſit) profeſſoribus ordinariis operam dederint, non leuem & perfunctoriam, vt antehac, ſed plenam, iuſtam, atq; inculpatam: quiq; profeſſores ſuos frequentius conſulendo, ac diſputatione laceſſendo, ipſis diligentiam ſuam, ſtudium, & induſtriam approbauerint.

Idem arbitrari Senatum (quod ſine fraude cuiuſquam edicti regij, alteriuſve conſtitutionis, aut ampliſſimæ Pariſienſis Curiæ Senatuſconſultorum fiat) primo gradui annos duos, tres annos alteri, quatuor vero tertio gradui ſufficere, ita vt quadriennio omnes iam dictos gradus conſequi liceat.

Et cum tertius hic Docturæ gradus ſummum ſit honoris faſtigium, ad quod non temere quenquam aſpirare decet, ne obſoleſcant tantę dignitatis inſignia, placere nemini ad eum dignitatis gradum hac via aſcenſum patere, qui non aliquot publicis diſputationibus (quas Repetitiones vocant) ingenij profectus, eruditionis ſpecimen, & documentum non obſcurum dederit. Quo in genere qui cæteris frequentius, ſubtilius, & diligentius ſeſe exercuerit, ſuoque exemplo ad vtiliſſimum ſtudiorum exercendorum genus alios inflammauerit, hunc ceu candidatorum omnium digniſſimum eorundem Iuriſconſultorum ſuffragiis renuntiari.

Et quo ſtudioſa iuuentus pleniorem, atque vberiorem ciuium erga ſe benignitatem experiatur, illud quoque placere, ineunte proximo anno eos promoueri, quos tunc temporis ipſi profeſſores ob cauſas iam memoratas, ſua commendatione ac teſtimonio dignos iudicauerint. *D*atum Biturigibus Anno 1541.

FRANCISCI DVARENI COMMENTARIVS IN CONSVETVDINES FEVDORVM.

Summis rerum & ſententiarum, mutuiſque teſtimoniis ad ſingula capita adiectis: AVCTORE IOANNE HAVICHORSTIO MONAST.

Generoſo Heroi ac Domino Theodoro à Bronckhorſt & Barthenborch, Baroni in Anholt & Baër, ac domino in Lathum, &c. Mecœnati ſuo,

Ioannes Hauichorſtius Monaſt. I.C.S.D.

OMNIA *fatis in peius ruere, & retro ſublapſa referri*: inquit, Vergilius, inſignis atque authoritate grauis Poëta: generoſe & illuſtriſſ. Heros. Idque cum cæteris in rebus atque artibus: tum vero in doctrina legum, & ciuili ſcientia, quam Græci νομικὴν πολιτικὴν δύναμιν vocant, nimis, pro dolor, manifeſte perſpicitur. Tametſi enim hæc olim pro dignitate ſua πασῶν γὰρ ἐπιστημῶν κυριωτάτη, vt ſcribit Ariſtoteles, Q. Mutij Scæuolæ, & Saluij Iuliani ætate, verbis verborumque formis pura, & via ac ratione explicata fuerit: tamen neſcio quo fato paulatim à ſtatu dignitatis ſuæ deiecta deturbataque, & multis, & denſis omnino tenebris eſt circũfuſa. Nam quæ docto illo ſeculo Q. Mutius Scæuola, quod Saluius Iulianus, quæque alij vſu rerum, & diſciplinarum doctrina eruditi homines, de publico priuatoque iure artificioſe digeſta, magno Reipub. bono generatim compoſuerant: ea cum ſuis collegis Tribonianus ingenti omnium hominum incõmodo, temere diſſecta diſtractaque, late diſſipauit: artemque iuris ciuilis (ſi modo ars dici poteſt, in qua plus induſtriæ & laboris, quam artis & doctrinæ apparet) magis difficilem & obſcuram, quam magnã atque vberiorem nobis reliquit: Adeo vt non mediocriter pertimeſcendum, ne hiſce incommodis debilitata, ciuilis philoſophia penitus concidiſſet: niſi à maximæ naturæ & perfectæ doctrinæ hominibus hoc noſtro tandem æuo, nonnihil eſſet recreata: qui ad hanc illuſtrandam ornandamque ſua & ingenia & ſtudia contulerunt. Verum enimuero illud mirum, quid ſit, quod cum tot ſummi conſulti iuris, homineſque literatiſſimi in vniuerſa propemodum φιλοσοφίᾳ πολιτικῇ integritati ſuæ reſtituenda, operæ plurimum ſtudiique conſumpſerint: hæc ciuilis iuris ſpecies quæ de beneficiis eſt & feudis, relicta ab omnibus fere, ac deſerta. Viliſſima hæc ex omnibus? minime. at perſonarum, rerum & factorum, in quibus verſatur, excellentia, vtilitatiſque magnitudine, cum cæteris philoſophiæ ciuilis partibus non comparanda ſolum, ſed etiam iis anteferenda. Quæ igitur res illos auocauit, vt non idem in beneficiorum feudorumque iure adhuc præſtiterint: quia reliquæ ciuilis ſapientiæ partes, ordine ac diſpoſitione rerum licet minus conuenientes, verbis tamen aptæ ſunt, & ſententiis congruæ. Veteres enim prudentes iuris, è quibus Pandectarum libri à Triboniano conſuti, & verbis & verborum formis puros & elegantes fuiſſe, quis ignorat? Hæc quæ de ſacris fundis extat veterum doctrina, neque diſpoſite, neque pure & emendate confecta eſt: ita vt eam in certa genera digerere, generũ quaſi quædam membra diſpertiri, propriam cuiuſque vim definitione declarare, latinitatem orationis, & purum genus dicendi accommodare, non cuiuſuis eſſe videatur. Accedit illa quoque cauſa, quod res diffuſas & diſperſe dictas, in lucidum ordinem cogi quidem certe omnes æquo animo patiuntur: at purum ſermonem paulatim renaſci volunt, & barbarum ſenſim cadere: repente & ſubito commutari moleſte ferunt: præſertim qui in compoſitis legibus, vt Luciliani Scæuolæ verbis vtar, non ſuo, ſed vitio temporum aſſueti, artificioſa lectiſſimarum vocum terminatione abſolutis ſententiis, non perinde delectantur. His de cauſis, credo ego ſerius omnino quidẽ generoſe Baro quam vtilitatis magnitudo poſtulabat, aliquãdo tamen ad hoc genus donationis, quod feudum appellatur ornandum, præſtantes doctrina viros acceſſiſſe. Inter quos Guilhelmum Hannetonium, & Franciſ. Duarenum minime poſtremas tenere exiſtimo: vterque ingenij magnitudine fretus, & quod inſtitutus liberaliter doctrina rerum optimarum, huic iuri lumen afferre conatus eſt: neque id infœliciter, mea quidem ſententia. Ingenioſius enim & grauius de iure beneficiorum, quam veteres, vterque perſcripſit. Sed de Hannetonio alias: ad Duarenum vero quod attinet, quamuis hunc de feudis Commentarium paulo ante mortem, rogatu quorundam Germanorum conſcripſerit: neque omni ratione perfecerit: tamen ordo & via docendi, quia in primis lucida: & quia oratio non contemnenda, ſaneque tolerabilis in eo cernitur: hiſce duabus ego cauſis adductus, iudicio illorum qui ciuilis ſapientiæ ſtudioſis Commentarium hunc edendum eſſe arbitrabantur, facile acquieui: dedique operam, vt tum collatione aliquot manu ſcriptorum exemplarium correctius: tum etiam ſummis rerum & ſententiarum, mutuiſque celebrium huius Iuriſconſultorum teſtimoniis auctus, in lucem prodiret: quo ſtudioſi vtraque re ad legendum inuitati, minimo labore ex hoc libro maximam vtilitatem perciperent. Tibi vero Theodore vere generoſo Baroni, librum hunc, & quod in eundem laboris impendi, mitto: non ſolum quod hanc feudorum doctrinam præclare intelligas, & maxime probes: qui honeſte in bonis diſciplinis educatus tota pueritia: qui annis vndecim in Caroli V. ſummi Imperatoris Aula edoctus: qui in plurimis clientulorum vaſallorumque tuorum Curiis verſatus, quam ſit late patens doctrinæ huius iuris vtilitas nõ obſcure perſpicis: ſed etiam quod tanta in te ſit dignitas & amplitudo, vt beneficiorum feudorumque leges & mores exiſtimatio atque auctoritas nominis tui, contra reprehenſores, & nunc, & in poſterum facile tueri poſſit: qui auita generis claritate illuſtris, (ſiquidem origo tibi eſt ex familia Bronckhorſt & Bartenborch: quarum hanc à Batauorum, illam vero à Bohemorum regibus deductam eſſe æterna antiquitatis inſignia monumentaque teſtificantur) qui vera pietate, iuſtitia & animi fortitudine, ac reliquis virtutibus, patrem, maioreſque tuos imitaris: atque id agis, quod & genus & dignitatem & fortunas tuas decet: ideoque & nunc es in admiratione, & immortalem gloriam, & famam in omne æuum relicturus eſſe videris. Vale Mecœnas in primis obſeruande. Coloniæ Agrippinæ è Scholis artium, Anno reparatæ ſalutis 1563. Calendis Auguſti.

CAPITA

CAPITA HVIVS COMMENTARIJ IN CONSUETUDINES FEUDORUM.

Ius Feudorum à quibus conſcriptum: & quam habeat authoritatem. Caput 1.
Quid ſit feudum. 2.
De origine feudorum. 3.
De diuiſione feudorum. 4.
De rebus, quæ poſſunt in feudum dari. 5.
De his qui in feudum dare, vel accipere poſſunt. 6.
Quibus modis feudum acquiritur: ac primum de inueſtitura. 7.
De longa poſſeſſione. 8.
De ſucceſſione feudi. 9.
De ſucceſſione fœminarum. 10.
De ſucceſſione maſculorum. 11.
De iure, quod habet vaſallus in feudum. 12.
De iure domini. 13.
De amiſſione feudi. 14.
De ingratitudine vaſalli in alium. 15.
De amiſſione feudi ſine vaſalli culpa. 16.
Amiſſum feudum, cui aperiatur. 17.
De actionibus feudi nomine competentibus: ac primum quæ dentur vaſallo. 18.
De actionibus domino, aliiſque perſonis competentibus: & interdictis poſſeſſoriis. 19.
De iudice competenti, in controuerſiis feudalibus. 20.
De forma exercendi iudicij. 21.

Ius feudorum à quibus conſcriptum: & quam habeat authoritatem,

Cap. I.

1 *Feudorum libri quales. Curtius in prologo tract. feudorum. Zaſius initio Epitom. in vſus feudo. Connanus lib. 1. c. 10. Hannetonius lib. 1. c. 1. Iuris feudorum.*
2 *Quid his libris contineatur. Curt. & Connanus ibid.*
3 *Num recte conſuetudines appellentur. Curtius 1. part. q. 1. Hannetonius lib. 1. c. 1.*
4 *Quis primo ius feudorum confecerit. Connanus d. c. 1. lib. 1. & Hannetonius lib. 1. c. 1.*
5 *Liber feudorum an ſit authenticus. Curtius 1. part. q. 1. Zaſius initio Epito. in vſus feud. Hannetonius d. lib. 1. cap. 1.*

VICTVS ergo precibus veſtris, aggrediar interpretationem beneficiorum, quæ feuda appellantur: in qua interpretationis ratione ſequemur methodum, qua vti ſolemus, in explicatione digeſtorum. 1 Eſt enim huius tractatus, & rerum, quæ in eo continentur, tanta perturbatio, vt non videam aliter explicari poſſe. Incipiendum eſt à vulgaribus nonnullis quæſtionibus. Nam initio huius tractatus quæri ſolet: quid contineat, quis ſit author, & quam authoritatem habeat?

2 In primis dicendum eſt, contineri mores & inſtituta Mediolanenſia, de beneficiis militaribus & feudis: Item contineri conſtitutiones quaſdam Imperatorum, vt Lotharij, Frederici, & aliorum: non ſunt igitur leges, quæ continentur in hoc volumine: vt oſtendit ipſe titulus, cum incipit, *Conſuetudines feudorum.*

3 Obiiciat quis, non recte conſuetudines dici, quæ ſunt deſcriptæ hoc libro; quia conſuetudo eſt ius non ſcriptum. l. de quibus. ff. de legibus. §. ſine ſcripto. Inſtitut. de iure natural. gent. & ciuil. Reſpondeo, deſcriptas has eſſe à ſtudioſo quopiam: qui nullam habuit authoritatem legis condendæ. Quare non poſſunt dici leges. Nec ideo mutatum eſt nomen conſuetudinis quòd à priuato ſunt conſcriptæ. Sed ſi authoritate publica eſſent conſcriptæ hæ conſuetudines, recte dicerentur leges: vt ſunt mores receptæ Galliæ: qui ſunt redacti in ſcripta authoritate principis: ideo recte leges dici poſſunt.

4 Nunc videndum eſt, quis ſit author huius libri. Vulgo dicitur ab Oberto ſcriptus, & Gerardo quodam: quanquam eſt liber ἀνώνυμος. Huius Oberti nomen eſt in quibuſdam capitibus huius tractatus: hinc creditur eum totius huius libri authorem eſſe: ſed nihil tamen reperio Oberti eſſe: multo minus Gerardi illius. Sane animaduerti quædam ex ſcriptis huius Oberti eſſe ſumpta, & huc tranſlata: eiuſmodi ſunt capita, de quibus iam dixi. Sed hoc non arguit authorem eſſe hunc eius libri, non magis quam Vlpianus Pandectarum: eo quod in eo libro quædam eius referuntur ſententiæ. Eſt ergo rapſodia quædam, conſtituta ex variis libris ſtudioſorum, qui in foro hoc Mediolanenſi verſabantur. At inter omnes conuenit, priuatum hominem fuiſſe, qui haſce conſuetudines ſine vlla legis condendæ authoritate perſcripſerit.

5 Vnde quæritur de authoritate huius libri: & an eius authoritas ſequenda ſit in iudiciis, ſicut aliorum librorum iuris ciuilis? Certum eſt ius moribus receptum, non minus ſeruandum eſſe, quam ius ſcriptum. l. de quibus. ff. de legibus. Igitur an Mediolani ſeruari debeat, non eſt magna dubitatio: de aliis regnis maior eſt dubitandi cauſa. De Imperio quæri ſolet: ſed receptum eſt, in orbe Romano ſeruandas has conſuetudines: non minus quam Mediolani. Quidam huius ſententiæ confirmandæ cauſa, affirmant hunc librum à Federico Imperatore confirmatum: de qua re non ſatis conſtat. Attamen dicitur in imperio tacite receptum eſſe & approbatum ab Imperatoribus & Principibus: & eam tacitam approbationem ſufficere, eiuſque tacitam eſſe auctoritatem tanti, quaſi expreſſe eſſet approbatus. Longo tempore, inquiunt, quod excedit hominum memoriam, publice hic liber lectus eſt in Scholis Bononiæ, aliiſque locis, ſciente, & non contradicente Imperatore. Igitur tacita approbatione videri probatum. Nam cum palam DD. hunc librum interpretati ſint, tanquam ciuilis iuris partem, nullum Principem cauſari potuiſſe ignorantiam huius rei. Quod enim publice fit, eius cauſam nemo ignorare debet. l. ſed etſi pupillus. §. præſcribere. de inſt. act. Tempus illud memoriam fugiens hominum ius facere dicitur. l. hoc iure. §. ductus. de aqua cotid. & æſtiua. His rationibus omnes docti conſentiunt, hunc librum auctoritatem legis habere in Imperio. In Gallia eſt maior dubitatio. Etenim falſum eſt, quod quidam dicunt, Galliam ſubeſſe Imperio: ergo & idem de Gallia dicendum. Contrarium enim eſt in canonibus. Igitur ſcribit Gallorum Rex in titulo ſuo, Dei gratia, &c. quaſi nullius hominis, ſed ſolius Dei gratia Rex ſit. Quod in contrarium afferri ſolet ex gratia, l. ἀξίωσις. ff. ad legem Rhodiam de iactu. ridiculum eſt, ac nugatorium: vbi ait Imperator ſe mundi dominum eſſe. Aliis videtur hic liber tacito conſenſu comprobatus: ſicut in Imperio: & eſt quæſtio facti, de qua nõ auſim quicquam facile definire. Quidam aiunt quod vbi conſuetudo deficit, ſequendum eſſe quod hoc libro traditur. Molinæus negat, oſtendens id in iudiciis vim legis non habere in Delphinatu. Sed ſequendos eſſe mores cuiuſq; ciuitatis. Scio magni ponderis eſſe in iudiciis, etſi non auſim affirmare, an habeat auctoritatem legis. Neque tamen ea res debet nos Gallos à lectione huius libri deterrere: ſine quo ne mores quidem patriæ recte intelligi poterunt.

Quid ſit feudum. Cap. II.

1 *Quid ſit feudum. Franciſchinus Curtius 1. part. tractatus feudorum, quæſt. 6. Ardizon in Summa ſeu Epitome de vſib. feud. c. 3. Zaſius in 1 part. Epito. in vſus feudo. Hannetonius lib. 1. Iuris feu. c. 2.*
2 *Finitionis explicatio verbatim confecta. Curtius d. 1. part. q. 6. Ardizon d. c. 3. de vſibus feud. Hannetonius c. 2. lib 3.*
3 *Feudum vnde nomen habeat. Curtius in 1. part. eiuſdem tractatus feudorum, q. 7. Ardizon c. 4. Zaſius in 1. part. Epito. Hannetonius cap. 2. lib. 1. Connanus cap. 9. lib. 2.*
4 *Fidelitas an ſit de ſubſtantia feudi. Curtius d. 1. part. q. 7. & q. 8. Zaſius in d. 1. parte.*
5 *Diſcrimen feudi & emphyteuſeωs. De hoc præter Curtium in 1. part. queſt. 3. perquam diſſerte Gulielmus Hannetonius lib. 1. iuris feudorum. c. 2.*
7 *Feudum qualis contractus ſit. Curtius 1. part q. 9. Zaſius in Epitome ſua, part. 1. Hannetonius lib. 1. c. 2.*

7 *An contractus feudi pacto conuento mutabilis. Curtius admodum ſcite in 1.part.tractat.feud.q.6.Hannetonius c.2. lib.1.*

8 *Quænam propria, ſeu naturalia huius contractus. Curtius d. q.6.part.1.& Hannetonius lib.1.c.2.*

9 *Quæ ſint feudi ſubſtantialia. Curtius d.q.6.ſub finem. Hannetonius libro, & capite iam citatis.*

NVnc videndum quid ſit feudum, & quale beneficium. 1 Eſt itaque beneficium ſeu feudum, res immobilis, quæ fidei, vel obſequij gratia certo modo fruenda alicui conceditur. Hæc diffinitio fundamentum eſt totius diſputationis. Dico *Rem immobilem*, feudum pro re accipimus: quamuis interdum pro ipſo contractu accipiatur, frequentius tamen pro re ipſa accipi videas, quemadmodum in pignore: quod interdum pro re pignorata accipitur.l. 1. de pignor. act. Interdum pro contractu ipſo.tit. quibus modis pig.ſoluitur.

2 *Immobilis*. Quia res mobilis in feudum non datur: nec habent mobilia feudum, vt dixi in Emphyteuſi, cum in hoc differre diximus à locatione. Feudum magnam habet affinitatem cum emphyteuſi: vt poſt fuſius dicemus. Et hoc eſt quod dicitur, feudum non poſſe, niſi in rebus ſoli, conſiſtere. Diſtinguenda ſunt ea, ex quibus ſubſtantia feudi conſiſtit: & ea ex quibus natura. Quædam ſunt ſubſtantialia, v. ſit nimirum res immobilis, ſicut in venditione pretium.l.pacta.72.ff. de contrahend.empt. Sequitur, *Certo modo fruenda.* Hæc explicatur libro 2.cap.23. Non enim dicimus dominium transferri in beneficiarium: ſed tantum datur ei fundus fruendus: ſicut dicitur de emphyteuſi. Sed Obertus oſtendit in hoc cap. vſumfructum in accipientem tranſire non tantum: ſed ad ipſius etiam hæredes: ex quo intelligimus vſumfructum hic non eſſe, qui morte finitur: ſed quaſi dominium transferri in beneficiarium intelligitur: ita vt vtilis ei actio competat, ſicut emphyteutæ. Tempore Hortenſij nondum fuerat diſtinctio vtilis & directi dominij (vt ego puto.) Igitur ſimpliciter hic vtitur voce dominij. Sed idem eſt: ius enim proximum dominio transfertur in beneficiarium: vnde ei vtilis in rem actio datur. Obertus vtitur verbo, fruendi: quia aliud non habet, non quod verus ſit vſusfructus. Vnde in definitione additur, *Certo modo fruenda*, non ſimpliciter fruenda, ne videatur vſusfructus. Obertus addidit, *in perpetuum*, quod ſuſtuli ex definitione mea: quia plerunque accidit, vt detur feudum ad tempus.lib. 1.titul.2.de feudo Guardiæ & Caſtaldiæ. Et quamuis Obertus voluerit deſcribere, quod frequentius eſt in feudis: tamen ego cenſeo definiendum, vt omni tam temporario, quam recto feudo conueniat definitio. *Pro fide & obſequio*, id eſt, vt fidem & obſequium præſtet beneficiarius domino. Obertus etiam hic exprimit exigi beneficium perſonale vt vocant, & obſequium. Sed in quo maxime conſiſtit obſequium feudi? An ne vt fides debeatur potius, quam obſequium, vel ſeruitium? lib. 2.tit.6. de forma fidelitatis. Cætera enim magis ad naturam, quam ſubſtantiam feudi pertinent, vt poſtea dicam. Auxilium enim perſonale, & obſequium, ſpeciem ſeruitutis habent: etſi ſeruitutes non ſint: fides itaque maxime eſt neceſſaria.

3 Feudum, à fidelitate dictum eſt, lib. 2. titul. 3. Videtur quibuſdam fidelitas non neceſſaria ad ſubſtantiam feudi: niſi pacto ſit acquiſita, vt hic. Pacta vero ſubſtantias mutare nequeunt: ergo fides non videtur ex ſubſtantia feudi. At hoc ſic eſt intelligendum: Pacto poteſt conueniri, ne exigatur iuſiurandum fidei præſtandæ gratia: ſed vt fides non præſtetur, conueniri nullo modo poteſt. Dicitur enim fidelis, à fealis: & Princeps omnes ſubiectos ſibi feales, id eſt, fideles vocat ab hac fide, quæ domino debetur.

4 In hoc igitur maxime verſatur ſubſtantia feudi. Hinc quoque beneficium dicitur: quia videtur omnino gratuitum: Cum non exigatur penſio, ſeu merx: quod ſi mera liberalitate domini fidei cauſa detur, obſequium, veluti pro remuneratione, præſtatur: ad quam natura obligatus eſt is, qui beneficium accepit.l.ſed etſi.§.conſuluit.ff.de pet. hæred. Eadem ratione dicti ſunt Eccleſiaſtici redditus, beneficia: quia gratis conceduntur, vt alias docuimus, lib. 2.de beneficiis: ſicut prædia militaria, quæ conceduntur & dantur militibus. Hinc colligi poteſt id, de quo dubitari ſolet: an Epiſcopi, qui fidelitatem debent Papæ, ſi iureiurando obſtringantur Papæ, eo nomine ſint Vaſalli? Quidam putant eos eſſe Vaſallos, à definitione: quia ſe fidelitatem ei præſtituros iurauerunt. Veruntamen hoc non conuenit noſtræ definitioni: in qua dicitur beneficium, ſeu feudum concedi pro fide, & obſequio: nō quod quoties fides exigitur, ſit beneficium: ſed quod prædium illud datur pro ea fide: quod non conuenit beneficio Eccleſiaſtico. Dantur quidem eis redditus, & fidem præſtare debent, ſed nō debentur iis pro fide: ſed pro miniſterio Eccleſiaſtico.

5 Vnde apparet emphyteuſim à feudo differre. Emphyteuſis datur pro penſione & vectigali.toto tit.ff. ſi ager vectigalis petatur. At prædia, quæ dantur fruenda, vt inde ſoluantur ſtipendia, non poſſunt dici beneficia: quia non dantur pro fide & obſequio. Itaq; quæritur, quid ſi pecunia detur, vtrum feudum erit, an beneficium? vel ſi is, qui rem accepit ab aliquo, ei feudum obliget ad annuum reditum, vel pecuniam, (vt fit interdum) an ferendum ſit? Videtur nō eſſe, ex his quæ diximus. Addendum quod alibi lib.1.tit.27.c.1.videtur ſignificari, feudum debere eſſe gratuitum: at ſi pecunia interuenerit, feudum non eſſe. Sed multa huic ſententiæ aduerſantur capita, lib.1.tit.2.& tit. 15.lib.2. Item 24.tit.1.lib. & ſeq. vbi dicitur, *Vel niſi emerit feudum.* Ex quibus locis aperte apparet, pecuniam interuenire poſſe, ſaluo feudo. Igitur non puto gratuitum, ad ſubſtantiam feudi pertinere: nec interueniēte pecunia ſubſtantiam eius corrumpi. Pacta conuenta ea mutari poſſunt: quæ ſunt de natura cōtractus: modo ad ſubſtantiam non pertineant. Nihilominus debetur fides & obſequium, etiamſi pecunia interueniat, tanquam merces: nec minus dicetur feudum, licet accedant & aliqui redditus. Quod dicitur lib.1. tit. 27.nihil nos mouere debet: Loquitur enim de pecunia mutua, non de quolibet pretio. *Sub prætextu pecuniæ*, id eſt, pecuniæ creditæ: de qua prius locutus fuerat. Lex commiſſoria eſt prohibita in pignorib.l.finali.C.de pact.pignor. Feudum non ſub prætextu pecuniæ, ſcilicet mutuæ, ſed amore domini acquirendum eſt. Quare ſi pecunia interuenerit, manebit quidem feudum: ſed ſi ob pecuniā receptam feudum tibi pignori dedero lege commiſſoria: vt niſi ad tempus ſoluam, fundus tibi cedat in feudum: non valebit pactio eadem ratione, qua in pignoribus eſt prohibita.

6 Hæc feudi definitio obſeruanda eſt, quoties dubitatur, an contractus innominatus ſit feudum, vel alius cōtractus: ſæpe enim propoſito inſtrumento de contractu conſcripto dubitatur, qualis ſit contractus, an venditio, locatio, an innominatus cōtractus, an feudum. Nec ſine cauſa de eo quæritur: quia hic cōtractus naturā ſingularē habet: vt quod hic de fidelitate dicitur, quā Vaſallus domino debet: quod in feudo ſingulare eſt: ſic etiā, quòd dicitur, feudū abſq; conſenſu domini alienari nō poſſe: quæq; de diuiſione, ſucceſſione, inueſtituraq; referūtur, huius cōtractus ꝓpria ſunt. Obſeruandū eſt igitur, quis ſit cōtractus: ad quam rem dignoſcendam vtilis eſt definitio.

7 Sed quid ſi pacto aliquid fuerit immutatum, dixerit aliquis? Pacto ſolet ſæpe natura contractus mutari: ſi ergo de ſucceſſione quicquā fuerit mutatum, vel de amiſſione feudi, an nihilominus ſit feudum? Notanda eſt ſupradicta diſtinctio ex l.pacta.ff. de contrahen.empt. Cum pactum initur contra naturam contractus, nihilominus manet contractus: niſi de eo pactum fuerit factum, quod ad ſubſtantiā contractus pertinet: Vt ſi conuenerit ne venditor de euictione teneatur, nihilominus tenet venditio: at ſi conuenerit de pretio, hic mutatur contractus: quia pretium ad ſubſtantiam vēditionis pertinet. d. l. pacta. Eodem modo ſi in hoc contractu conuenit, ne res ſit immobilis, vel ne fidelitas præſtetur, (quæ duo ſemper neceſſaria ſunt: licet obſequium nō ſemper exigatur, tanquam ſubſtantiam attingens, ſine qua feudum eſſe non poteſt) pactum non valebit.

8 Percurramus nunc ea, quæ propria huius contractus ſunt; & oſtendamus, quid pacto hic mutari poterit, quid non. In primis, cum res traditur in feudum, quaſi dominium trāſit in vaſallum; verum dominium retinet is, qui rem concedit fruendam.lib.2. tit. 8. de inueſt. de re aliena facta. Beneficiarius rem beneficiariā poteſt quaſi vindicare; quia habet vtile dominium. Simile dixi de Emphyteuta & ſuperficiario.lib.1.ff.ſi ager vectigalis pet.& lib.1.§.quod autē.ff.de ſuperficieb. Hoc igitur ꝓpriū eſt huius cōtractus; niſi aliud cōuenerit: tunc enim dubiū non eſt, quin cōuenta ſeruanda ſint: Vt ſi cōuenerit, vt trāsferatur plena ꝓprietas, retēta tātum fide, & ſalua fidelitate: hoc pactū ſeruandū eſt: & nihilominus eſt feudū, quia ſine

domino

dominio poteſt conſiſtere: ſine fidelitate non item. Idem dicendum eſt, ſi conueniat, vt vaſallus vſumfructum tantum habeat, non dominium, vel quaſi. Exemplum hoc de dominio, & ſpecies illa, quam recito, hic inter omnes DD. aliquando eſt agitata. Ideo dixi in definitione, *Cum res certo modo fruenda conceditur.* Sæpe transfertur quaſi dominium in vaſallum, vt in rerum verborumque expoſitione dixi, verum dominium retinetur ab eo, qui concedit rem in feudum. Obertus deſcribit certum feudum, ſecundum id, quod plerunque accidit. Proprium quoque huius contractus eſt, ſacramentum fidelitatis: cum fidelitatis nomine iuſiurandum exigitur ſolenniter à vaſallo. Poteſt tamen conuenire, ne fidelitatis iuramentum vaſallus præſtet, nulloque iureiurando aſtringatur ad illam fidelitatem, lib. 2. tit. 3. Fides quidem eſt de ſubſtantia, ſed non iuſiurandum. Tertium proprium eſt, quod vaſallus amittat feudum, niſi fidem præſtiterit, & aliis quibuſdam de cauſis, de quibus infra lib. 1. tit. 17. Seniores vocant *ſeignours*, honoris cauſa. Et ſunt qui putant, etiamſi pacto cõueniat, ne ob has cauſas feudum amittatur, non tamen valere, quia homines inuitarentur huiuſmodi pacto ad dolum. l. illud cõuenire. de pactis dotalibus. ff. Sed mihi non probatur, nam etſi non amittat feudum, alia tamen ratione poteſt puniri.

Quartum eſt, quod feudum ſine conſenſu domini nõ alienatur hoc iure Longobardico. lib. 1. c. 13. de alienatione feudi, quod ſi conuenerit in inueſtitura, vt liceat vendere ſine conſenſu domini, certe hoc ſeruandum erit, quia ad ſubſtantiam contractus hoc non pertinet, & hoc moribus noſtris ſeruatur ſine pacto, quæ res argumento eſt, pactum hoc non eſſe contra bonos mores.

Quintum, vaſallus debet intra annum inueſtituram petere lib. 1. tit. 22. quo tempore miles inueſtituram petere debet. Sed tamen conueniri poteſt, ne cogatur intra annum inueſtituram petere. Nam etſi ſit de natura contractus, tamen aliter conuenire poteſt.

Sextum, quod fœminæ non ſuccedant in feudis: Etiamſi in cæteris rebus ſuccedant, hoc tamen iure ſingulari in feudis repelluntur. lib. 1. tit. 8. de ſucceſſ. feud. §. filia. niſi aliud conuenerit. In inueſtitura enim hoc ſolet aliquando exprimi, vt ſuccedant non tantum maſculi, ſed & fœminæ, & nihilominus feudum ſuam retinet naturam.

Septimum, quod obſequium incertum debet domino vaſallus, id eſt, quod dominus ei imperaturus erit. lib. 2. tit. 23. in quibus cauſis feudum amittatur. Natura huius contractus eſt, vt non ad certum ſeruitium obligetur cliens, ſed cum officium eſt perſonale, quæ commode & honeſte poterit, præſtabit. Neque hæc in vniuerſum definiri poſſunt, quia certum non eſt officium, quod vaſallus debet. Sed tamen cum domino paciſci poterit, vt tantum ad certam ſeruitutem teneatur, & humaniora pacta ſeruabuntur. lib. 2. tit. 51. in fine. Hæc eſt opinio Gerardi & Oberti, qui authores creduntur huius contractus. Imo poterit excipere vaſallus omne obſequium, præter fidem, vt cum datur alicui arx in feudum (quam cuſtodiam guardiam vocant lib. 2. tit. 10. quis dicatur Dux, Marchio, Comes, Capitaneus vel Valuaſor) hic exprimitur certum genus officij, quod præſtari debet. Caſtaldum vocant procuratorem rerum domeſticarum, voce Longobardica, à Caſa, quæ eſt domus & alda formula. Simile eſt, quod dicitur vaſallum teneri officium præſtare, cum fuerit requiſitus à domino. lib. 2. tit. 2. §. adhoc quandocunque. Nam ei offerre ſeruitium cogitur, ſed tamen ei denuntiare debet dominus. Hoc proprium eſt feudo. Sed ſi conueniat, ne vaſallus domino ſeruitium offerat, ſeruandum eſt tale pactum. Multa ſunt alia ſingularia, de quibus ſuo loco dicemus. Hæc tantum diximus, vt videremus, ſi quid contra naturam feudi conuenerit, ſeruandum eſſe, & in aliis retineri naturam feudi: ſin quid conuenerit contra ſubſtantiam feudi, non ſeruandum. lib. 2. tit. 48. de feudo non habente propriam naturam feudi. In cæteris retinetur natura feudi. Quare ſemper inueſtitura inſpicienda eſt, id eſt, inſtrumentum inueſtituræ, an & quid conuenerit inter dominum & vaſallum. Et hoc axioma inuenitur in multis locis, & confirmatur lib. 2. tit. 2. quid ſit inueſtitura. §. præterea. Item lib. 2. tit. 18. de duobus fratribus à Capitaneo inueſtitis. In ſcriptis, dicunt DD. ſemper videndum quid ſcriptura inueſtituræ contineat, vt ſeruetur quod conuenerit, ſi nihil conuenerit, ſpectandum erit quæ ſint propria feudi, vt ea ſeruentur. Recta feuda vocant, in quibus nihil mutatum eſt. Condidionata, in quibus quid de natura feudi mutatum eſt. Hinc ergo poteſtis intelligere quid feudum ſit, & quomodo iudicari poſſit, an initus ſit contractus feudi, an non. 9. Tum ex ſubſtantia eſſe hæc duo, vt ſit res immobilis, & fides præſtetur.

De origine feudorum. Cap. III.

1 *An à clientelis Romanorum, ſuam primam originem ius feudorum habeat. Budæus in l. Herennius. ff. de euict. Zazius in l. 2. ff. de orig. iuris, & cap. ſeu par. prima Epitom. in vſus feud. Hannetonius c. 2. lib. 1. Iuris feud.*

2 *Feuda noſtra an ex veterum militiis ducta, atque iis ſimilia ſint. Haloander ad Nouellas D. Iuſtiniani. Viglius in Inſtitutionibus ad Rubricam de teſt. milit.*

3 *Num feuda à limitrophis Romanorum fundis, & extremis Imperii agris deriuata: Lælius Taurellus in libello de militiis ex caſu. Zazius lib. 1. de republic. Romana. c. 2.*

4 *An leges & iura feudorum a Longobardis primum omnium nata, ad alios inde populos venerint. Aluarotus, & communiter DD. in cap. vnico. de content. inter domi. & vaſall.*

5 *Non deſunt, qui morem feudorum à primis Gallis deductum cenſent: in qua ſententia Franciſ. Connanus lib. 2. Commentariorum iuris ciuilis c. 9.*

1 PRoximus locus eſt de origine feudorum. Dubitatur an ex iure Romanorum ortum habeat hoc ius: & ſunt qui putant oriri ex iure Romanorum, & referunt Clientelas Romanorum, quarum meminit Dionyſius Halicarnaſſeus. Magna ſunt inter patronum & clientem, vt inter patronum & libertum, vincula, non diſſimilis multum ea coniunctio, quæ eſt inter dominũ & vaſallum. Huius clientelæ frequens mentio eſt apud Iuris auctores. l. 3. ff. de vſu & habitat. l. ſi vero plures. ff. de his, qui deiecerunt, vel effuderunt. l. non dubito. ff. de captiuis. l. 3. C. de nouat. l. qui penum. ff. de penu legata. l. ſi libertus. ff. de furt. Cum oſtendunt fœderatos populi Romani, quamuis eius maieſtatem non obſeruent, liberos tamẽ manere, dicique clientes. Cæterum ego puto hæc ſimilia magis eſſe, quam eadem, vt diximus de locatione & emphyteuſi. Diſſimilitudo hic maxime reperitur, quod feudum nullum eſt tale, quale hic deſcribimus. Nam prædium hic datur, quod non fit in veteri iure clientulorum. Magna quidem neceſſitate obſtringuntur patronus & cliens, item patronus & libertus, ſed iis non debentur prædia, quod proprie ad ſubſtantiam feudi pertinet. Si quis tamen hoc ius velit Clientelam vocare, non vehementer repugnabo. lib. 1. tit. 13. de alienatione feudi. Modo intelligamus hæc valde diſſimilia eſſe. Conſtantinus lib. 1. prædia, quæ dantur fruenda, vocat στρατιωτικὰ κτήματα, & στρατιωτικοὺς τόπους: quem locum adduxi in Commentariis de beneficiis. lib. 2. cap. 3. Ideo non inepte beneficia militaria vocari poſſunt, licet etiam aliis dari poſſint, quam militibus. Ob hanc ſimilitudinem receptum video argumentum à liberto ad vaſallum, ab omnibus DD. feudiſtis.

2 Alij referunt ad militias, inter quos Haloander, qui putauit militias, quarum mentio eſt in iure Romano, feuda eſſe, Sed feudum à militia, quæ in commercio hominis verſatur, multum diſtat, quia nulla eſt talis coniunctio hic, qualem requirimus inter dominum & vaſallum. Item militaria officia quædam olim erant, quæ vendebantur. l. omnimodo. C. de inoffi. teſta. ſicut apud nos: quod deeſt in clientela, hic inuenitur, nempe prædium, vel res quæ pro immobili debet haberi, ſed alterum quod eſt clientelis, hic non reperitur. Ex quo apparet feudum non eſſe militias, quarum meminit ius Romanorum.

3 Alij referunt ad fundos limitaneos, quorum meminerunt antiqui. C. de fundis limitrophis. lib. 11. tit. 59. Cum referunt quinam fuerint illi fundi, qui militibus donabantur. Si enim duces nouerãt agrum in limitibus, ſeu finibus hoſtium, vel prædia capta ab hoſtibus, ſolebant ea militibus aſcribere, vt ita eorum eſſent perpetua, ſi hæredes eorum eſſent milites. Et addit Lampridius dixiſſe Auguſtum, fore, vt hac ratione eſſent attentius iura ſua defenſuri. Hoc genus conceſſionis imaginem habet feudi, ſed fidelitatis & obſequij nulla mentio reperitur in illis locis. Atqui habere prædia, vt feuda ſint, oportet ea concedi pro fide & obſequio.

4 Probabilius eſt ergo, potius ex iure Longobardorum or-

tum habere, non ex iure Romano. Veriſimile eſt, & paulo ante Caroli Magni tempora originem duxiſſe ex Longobardorum iure, qui à Carolo Magno deuicti ſunt. Sed tamen apud Cæſarem in Commentariorum lib. 6. & 7. colligi videtur vetuſtum fuiſſe morem in Gallis, celebreque clientum nomen. Ait enim, quo quiſque amplior eſſet, eo plures clientes habet. More Gallorum, inquit, nefas eſt deſerere clientes dominos ſuos, etiam in extremis malorum. Vides morem illum affinitatem habere cum his quæ diximus, ſed eo ex loco Cæſaris, non apparet ſatis an prædia habuerint illi clientes. Semper igitur interuenire debet & fides, & res immobilis, quæ pro fide concedatur.

De diuiſione feudorum.

Cap. IIII.

1 *Quid ſit feudum rectum, quid non rectum. Franciſchi. Curt. q. 8. primæ partis tract. feudo. Zazius c. 2. Epit. in vſus feudo. Hannetonius lib. 4. iuris feud. c. 3.*

2 *Ligium feudum quid ſit. Franciſc. Curtius d. q. 8. part. 1. Hannetonius lib. 1. ſub capite, quomodo feudum conſtituatur: vbi quid ligium & non ligium iuramentum ſit, interpretatur.*

3 *Ligii feudi nomen vnde ducatur. Curtius d. parte 1. quæſt. 8.*

4 *Rectene feudum ligium duorum dominorum intuitu conſtituatur Curt. d. q. 8. 1. partis. Hannetonius d. lib. 1. iuris feu.*

5 *Feudum ligium cui potius, rei an perſonæ cohæreat?*

6 *Homo ligius quis dicatur. Curtius d. q. 8. primæ part. Hannetonius. lib. 1. ſub c. quomodo feud. conſtituatur.*

7 *Quid ſit regale, & non regale beneficiū. Curt. in 1. par. tract. feu. q. 8. Zazius c. 5. Epitom. in vſus feud.*

8 *Quid feudum nobile, itemq; ignobile quid ſit. Bal. atque Iaſon in decima diuiſione. Aluarot⁹ in diuiſione 2. Curtius in 41. cauſa, ob quam feud. amitt. q. 30. vocat maius feudum. & cui dignitas eſt annexa. Zazius c. 2. Epit. in vſus feudor.*

9 *An feudum nobile poſſeſſorem ſuum nobilitet. Hortenſ. lib. 2. feudorum c. 10. Zazius c. 2. Epit. in vſus feudo. Hannetonius c. 5. lib. 1.*

10 *Quid feudum nouum, quid antiquum, & paternum quid ſit Curtius in prima part. q. 8. Zazius c. 3. Epitom. Hannetonius c. 3. lib. 1.*

11 *An vulgaris diſtinctio antiqui & paterni feudi: quæ eſt apud Bal. tit. 11. lib. 2. §. hoc quoq;. & Zazium in 2. parte ſubſiſtat? Curtius q. 8 primæ partis. Hannetonius c. 3. lib. 1.*

12 *Beneficium paternum deſcendentium cauſa repudiatum, an noui beneficii naturam aſſumat. Curt. in ſecunda parte. De feudo laicorum. Hannetonius lib. 1. c. 3.*

13 *An feudum nouum hoc ipſo antiquum efficiatur, quod veteris, & antiqui feudi iure detur?* κατ' ἀποδίωξιν.

POſt definitionem feudi vulgo tractatur quædam diuiſio feudorum quæ ſumitur vel ab effectu feudi, vel ab aliqua cauſa efficiente, vel formali, de quibus omnibus in aliis locis dicemus. Igitur non eſt neceſſaria harum diuiſionum accurata explicatio, ſed ab aliorum more recedens, præcipuas breuiter perſtringam. Primo diuiditur in feudum rectum, & non rectum, ſiue, vt loquuntur, conditionale.

1 Rectum eſt, quod retinet perpetuam naturam & propriam feudi, cum nec conuentio nec lex vel pactio vlla eſt expreſſa, per quam ſit mutata natura propria. Sic intelligo, quæ alibi dicuntur lib. 2. titu. 48. de feudo non habente propriam naturam feudi. Exemplum vnum eſt in d. tit. 48. Si in inueſtitura ſit expreſſum, vt ipſe & hæredes eius habeāt, is cum vendiderit, nō dicitur rectum feudum, ſed conditionatum. Conditionatum quacunq; conditione vocatur: licet plerunq; aliter accipiatur conditio. Secunda diuiſio, feudum eſt aliud ligium, aliud nō ligium. Ligij feudi mirum eſt in hoc tractatu nullam fieri mentionem, cum etiam idiotis notum ſit, & Clementina mentionem eius faciat, cum ait Pontifex Regem Siciliæ ſuum hominem ligium fuiſſe.

2 Quid ſit homo ligius quæritur, & quid feudum ligium, docet gloſſa in d. c. & Specul. in tit. de feudis. Eſtque videlicet, cum quis fidelitate alterius aſtringitur, nullius fidelitate excepta. Si quis enim iurat fidelitatem alicui, excepto alio, feudum hoc ſimplex eſt, non ligium.

3 Ligium dictum volunt, quod arctius liget, & obſtringat vaſallum, cum nullus alius excipitur ex iure fidelitatis. Hinc vulgo dicitur, feudum ligium nullum eſſe, niſi quod recognoſcitur ab Imperatore, & Rege, qui non habent ſuperiorem. Nam in omni alio feudo Imperator ſemper debet excipi, neque quiſpiam Comiti, aut Marchioni fidelitatem promittere poteſt, nullo excepto. lib. 2. tit. 55. in fine. Ergo nullum poteſt eſſe feudum ligium, niſi quod ab Imperatore accipitur, nam quod ab inferiore accipitur, ſemper habet exceptionem.

4 Ligium feudum duorum dominorum reſpectu eſſe nequit, vt nec talium feudorum duorum vaſallus eſſe poteſt. Simplex vaſallus quin poſſit eſſe duorum dominorum, nulla dubitatio eſt, debetque vnicuique obſequium præſtare. Sed homo ligius non poteſt eſſe duorum: pugnantia enim ſunt, hominem ligium eſſe duorum, cum in feudo ligio nullus excipiatur. Ideoque feudum ligium nemo habet, niſi à Rege & Imperatore, qui ſuperiorem non agnoſcunt. Quod diximus vaſallum eſſe poſſe duorum feudorum, & vnicuique cogi ſeruire, intellige vtrique, aut ſaltem antiquiori, ſi vtrique non poteſt. Nam excipitur, vt Imperator ſit etiam antiquior dominus. lib. 2. tit. 28. ad finem.

5 De hoc feudo vnum notandum, quod ab omnibus traditur, feudum hoc inhærere perſonæ magis, quam rei, cum ſimplex feudum magis ſit ſeruitus rei, quam perſonæ. Perſona quidem in ſimplici feudo obligatur, ſed propter rem. Quapropter intelligitur vaſallus iurare fidem domino, quamdiu poſſidet rem feudalem. Cum autem dominus feudum ei abſtulit, nullum ei amplius obſequium præſtare cogitur. lib. 2. tit. 38. nec tamen propter reliquias priſtinæ fidei, debet dominū offendere: quamuis à prēſtando obſequio liberetur. Nam hoc accidit quod rei cohæreat: quare amplius ad obſequia compellendus non eſt, argumento l. cum fructuarius. 64. ff. de vſufr. reuera enim tenetur propter rem. Hæc eſt natura ſimplicis feudi ſed alia eſt natura ligij.

6 Homo ligius arctius ligatur, propter perſonam ſuam Principi, atque eo ipſo omnia ſua obligat nemine prorſus excepto. Tertia diuiſio feudi eſt. Feudum aliud eſt regale, aliud non regale. Quorum mentio fit frequens in hoc tractatu, lib. 1. tit. 14. & lib. 2. tit. 34. de lege Corradi.

7 Beneficium regale eſt, vt ſatis apparet ex dicto tit. 34. de quo quis à Rege inueſtitus eſt. Sed vt regale ſit, duo requiruntur. Primum à principe inueſtiri oportet non cognoſcente ſuperiorem. Secundo oportet eſſe dignitatem maiorem, veluti Marchiam, Ducatum, vel Comitatum. lib. 1. tit. 10. Inde fit, vt ſi quis fuerit inueſtitus à principe de prædio, quod nullam habet dignitatem, aut non ſit conceſſum cum poteſtate aliquā, vel imperio, non dicatur regale feudum, vt omnes feudiſtæ affirmant. Exempli gratia, Poteſt quis inueſtiri de vno manſo, qui nullam dignitatem habet. lib. 1. titu. 4. §. ſi quis de manſo. Manſus ſignificat agrum, quem par boum quotidie arare poteſt. c. 1. de cenſib. Hæc conſtitutio vna eſt ex capitibus Caroli Magni ex concilio Wormacienſi, refferturque inter capitularia Caroli Magni. Statuit enim, vt vnus manſus integer maneat eccleſiæ, ſi quid remaneat, id præſtatur ſenioribus. Eadem eſt formula loquendi in capitulo Caroli Magni, quæ eſt in hoc tractatu, quia fere eodem tempore ſunt ſcriptæ.

8 Quarta diuiſio, Feudum aliud eſt nobile, aliud ignobile. Nobile eſt, quod dignitatem aliquam habet, & poſſeſſorem ſuum nobilitat, vel nobilem eſſe arguit. Sumitur hæc diſtinctio ex lib. 2. tit. 10. Nec dubium eſt feuda maiorum dignitatum nobilia eſſe, vt Marchia, Comitatus, quarum inueſtitura poſſeſſores nobilitantur. Princeps enim, qui tantam dignitatem in eos confert, creditur eos nobilitare. De cæteris feudis, an nobilitent dubitatur, vt ſunt quæ non à principe, ſed à valuaſoribus, aut capitaneis plebeiis dantur. Vnde hic locus oſtendit, vaſallos quoſdam plebeios eſſe. Ego intelligo vaſallos, qui feuda, nulla dignitate adiuncta, accipiunt, nobiles non eſſe, nec feuda ipſa arguere nobilitatē. Feudiſtæ omnes aſſerunt feudum, quod dignitatem habet nobilitare: quod nō puto verum, quia feudum non nobilitat, niſi accipiatur à principe. Quomodo igitur poteſt Baro, vel Comes in dando feudum nobilem efficere, cum nobilitare non ipſius, ſed ſolius principis ſit? Vacatio muneris in alium transferri non poteſt, niſi qui ius eius à principe accepit. Cod. de his qui à principe ius accep. Nobiles vacationem habent munerum, quam à principe impetrarunt. Solius ergo principis eſt nobiles facere. Verum intelligimus nobilitari poſſeſſorem feudi, quia dignitatem habet, ſi id à principe acceperit. Vt ſi quis ſit factus Baro,

vel

vel Comes à principe, vel ab eo, qui ius nobilitandi habet. Qui tamen habent feudum antiquitus, facile creduntur nobiles, niſi contrarium appareat, quod indicant hæc verba, *Cæteri vero, qui ab antiquis temporibus bene, &c.* Accidit vero maxime, vt qui cum dignitate feudum ab antiquo poſſident, nobiles exiſtimentur iis in locis, vbi vectigalia & tributa non exiguntur. Sed apud nos facile dignoſcuntur nobiles ab aliis, propter continuas & nunquam intermiſſas tributorum exactiones. Quinta diuiſio: feudum aliud eſt nouum, aliud paternum, aliud antiquum.

9 Nouum feudum eſt, cum quis omnium primo inueſtitur à principe, neque à parentibus deſcendit. Paternum vocatur quod non tam à principe, quam ab auo, proauo, &c. ad nos deuoluitur. Parens enim hic dicitur, communis parens noſtræ notionis. lib. 2. tit. 11. & tit. 50. Sed ſi hoc verum eſt, quomodo diſtinguemus feudum paternum ab antiquo? Vulgo ita diſtinguunt, Paternum eſſe, quod quis à ſuperioribus & aſcendentibus acquiſiuit, vſque ad quartum gradum: Antiquum, quod ex vlterioribus acquiſitum eſt. Ego puto aliter hæc diſcernenda eſſe: Paternum dici, quod ex ſuperioribus quis acquiſiuit. Licet hoc etiam interdum antiquum dicatur, non tamen omne paternum dicitur antiquum, ſed diſtinguitur inter antiquum, & quod ſimpliciter paternum eſt. Hoc autem tempus, quod definitum non eſt certo iure, videtur relinqui debere arbitrio iudicis. Exempli gratia, ſi quis nouam inueſtituram probare velit, aliter eam non poteſt probare, niſi per vaſallos Curiæ. Quod dicitur, *Pares extranei non admittuntur*, ſi quis probare velit cauſam acquiſitam fuiſſe à parente. Contra vero in veteris beneficij probationem admittuntur, etiam extranei, cum tempus adeo longum eſt, vt non poſſint commode reperiri, qui eius rei memoriam habeant. Tunc enim relinquitur arbitrio iudicis, vt iudicet feudum antiquum eſſe. Sic accipiendum eſt, quod de inueterata conſuetudine dicitur. l. de quibus. ff. de legibus. Cum dicunt eam eſſe decem annorum, quod ſtultum eſt, ideo relinquitur arbitrio iudicis, quia definitum non eſt. Et ſic mihi videtur accipienda vulgaris diſtinctio noui, antiqui, & paterni feudi. Feudum nouum à paterno diſcernitur in pleriſque locis, vt lib. 2. tit. 3. Vnum hic addendum eſt, ſi pater, vel quis ex aſcendentibus acquiſierit feudum, & repudiauerit in gratiam deſcendentium: non igitur putandum id nouum eſſe feudum, ſed patennum manere. libro 2. titul. 14. Si vaſallus decrepitæ ætatis rogat principem, vt filios inueſtiat de feudo, quod ipſe hac mente refutauit, non videbitur nouum feudum, quod pater refutauit, nec illud ſucceſſione ad filios peruenire potuit. Tractatur quæſtio à feudiſtis DD. an feudũ nouum ſit, an antiquum in hac ſpecie, ſi quis ſit inueſtitus in feudo, quod nemo ex aſcendentibus habuit, ſed inſtrumento inueſtituræ ſcriptum ſit, vt poſſideat id vaſallus ex more & conſuetudine paterna, hic traditur feudum paternum ei iure antiquo & paterno poſſidendum. Quæſtio hæc eſt magni momenti propter ſucceſſionem in feudo paterno, in quo ſuccedunt fratres agnati, vt dixi, in nouo feudo frater fratri non ſuccedit, in antiquo etiam collaterales admittuntur. Variæ ſunt opiniones, at receptior eſt eorum ſententia, qui dicunt habendum eſſe pro feudo antiquo, quamuis reuera ſit nouum. Sed hæc diſputatio alterius eſt loci.

De rebus, quæ poſſunt in feudum dari.

Cap. V.

1 *Quæ res in feudum dentur. Ardizon cap. 24. 27. & ſeq. aliquot: Curt. q. 6. prima part. Hannetonius lib. 1. c. 4. Et quid ſi res aliena? Zaſius cap. 6. Epitom. in vſus feud. num. 18.*

2 *Quid ſit feudum de camera, & cauena. Ardizon c. 24. Zaſius ibidem. Hannetonius lib. 4. c. 3.*

3 *Vaſallus an feudum ſuum alteri in feudum recte concedat. Ardizon c. 15. Franciſchi. Curtius in quarta parte. cauſſa 41. & vltima ex qua feudum amittitur. Hannetonius lib. 3. cap. 4.*

4 *An res Eccleſiæ non ſpiritualis in feudum dari permitti queat, Curtius in 2. parte tractatus feudorum, q. 1. Zaſius d. c. 4. Epit. in vſus feudorũ. q. 4. Hãnetonius c. 4. lib. 1. ſub fine.*

5 *Nunquid in hac ſpecie conceſſionis, ſolennitas & ceremonia neceſſaria adhibeatur, & copioſe & docte Curtius part. 2. tractatus feud. quæſt. 2.*

6 *Quotnam actus requirantur ad hoc, vt res cenſeatur in feudum dari ſolita: Franciſchi. Curtius in 2. part. tract. feud. q. 3. & 4.*

7 *An res eccleſiæ ſpirituales, verbi gratia, decimæ in feudũ dari poſſint. Ardizon c. 31. Curtius in 2. part. q. 8. Zaſius c. 4. Epito. in vſus feud. Hannetonius lib. 1. c. 4. iuris feudorum.*

8 *Decimæ in feudum dari ſolitæ, ac pleno iure ad eccleſiam reuerſæ: an rurſum poſſint homini laico in feudum concedi. Curtius in 2. part. tract. feud. q. 2. Zaſius c. 4. & c. 5. Epitom. in vſus feud. num. 51. Hannetonius lib. 1. iuris feud. cap. 5.*

1 IN ſequenti quæſtione certum eſt eas res, quarum alienatio eſt interdicta, non poſſe in feudum dari. lib. 2. titulo 3. vt ſunt res ſacræ. l. inter. §. rem ſacram. de verb. oblig. Oportet etiam rem eſſe in patrimonio noſtro. Si enim permiſſa eſſet rei alienæ in feudum datio, id fieret in præiudicium veri domini: ſed is, cui conceditur, habet perſonam obligatam, in rem vero nullum ius habet, cum ſit alienus. Adde, quod nec res omnes, quæ ſunt in patrimonio noſtro, poſſunt in feudum cõcedi, ſed tantum immobiles: quod ex definitione noſtra feudi perſpicitur, & plenius eſt expreſſum lib. 2. tit. 10. in fin. Non dico quod res mobilis non poſſit dari pro fide, ſed aliud genus tum contractus exiſtet, quod proprium nomen non habet. Prętereà inter immobiles res quædam cõputantur, quæ tamẽ immobiles non ſunt: vt annui reditus. Solet huius ſententiæ conſeruandæ gratia, textus adduci in Clementina, exiui. §. cumque annui reditus. De verb. ſignif. quod & expreſſum eſt in Iuſtin. Nouella, De non alienan. vel permutandis. Panes ciuiles inter res immobiles numerantur. l. fin. §. vlti. De iure dotium. C. l. iubemus. 2. C. de ſacroſanct. eccleſ.

2 Et ſi quis nullum prædium concedat, ſed tantum fundum quempiam, dicetur beneficium, ſeu feudum nouum de Camera. Cameram vocat locum, in quo pecuniæ principis reconduntur: & in quo vinum, frumentum, & alia annona reponitur, cauena eſt. Baldus & Andreas de Iſernia. Principes conſtituunt annuum reditum ſumendum de Camera, aut certam quantitatem vini, olei. Vnde hodie videmus multa huiuſmodi feuda in prætoriis: quæ non ſunt res ſoli, ſed tamen pro immobilibus habentur, propter fructus. Cœpimus tractare de rebus, quæ in feudum dari poſſunt, vel contra. Sequuntur iam quædam quæſtiones, ad eam rem pertinentes.

3 In primis quæritur, an feudum à vaſallo poſſit in feudum alteri dari, id eſt, ſubfeudari. Mouet quæſtionem, quod alienatio feudi vaſallo hoc iure Longobardico eſt prohibita. lib. 2. tit. 55. De prohibita feudi alienatione. Dicendum tamen eſt hanc ſubfeudationem, ſi bona fide fiat, valere. Permittitur enim hæc ibidem. §. callidis. §. illud. At vetat pretium inueſtituræ accipere eos, qui feudum vendere volunt, vt infra latius de alienatione feudi diſputabimus.

4 Deinde controuertitur, an res eccleſiaſticæ in feudum dari poſſint? Et certum eſt rerum eccleſiaſticarum alienationem prohibitam eſſe. Authent. de alienandis & permutand. cap. nulli. De reb. eccleſ. non alienand. Ego hac de re ſcripſi c. 9. lib. 7. de beneficiis. Niſi certis ex cauſis, idque ex cauſa cognita. c. ſine exceptione. 12. q. 2. cap. dudum. de rebus eccleſ. lib. 6. ſolemnibuſque adhibitis. Sed quantum ad propoſitam quæſtionem attinet, communis eſt ſententia rem eccleſiaſticam in feudum dari poſſe. c. 2. de feudis, in decretalibus. c. vt ſuper. de reb. eccleſ. non alienandis. Nam eccleſiæ quaſdam habent res proprias, ita vt plenum dominium, ac proprietas penes eccleſias ſit: vt quæ dicuntur de menſa Epiſcopi. Cle. de epiſc. poteſtate. Aliæ ſunt res quæ dantur in Emphyteuſim vel feudum: vbi eccleſia verum retinet dominium, & transfertur vtile, quæ res non debentur de menſa Epiſcopi. Conſiderandum igitur, an fuerint res, quarum plenam proprietatem ſemper retinuerit eccleſia, an res ſint, quæ ſolitæ ſint infeudari: ſi ſoleant infeudari, dabuntur etiam in feudum. d. c. 2. & cap. vt ſupra. Idque ſatis videtur expreſſum c. 1. huius tractatus. *Si antiquitus conſuetudo eorum, &c.* quæ verba diligenter notanda ſunt.

5 At quæres, num ſolemnitas, de qua dixi in hac infeudatione, ſit neceſſaria? Vulgo colligitur ex cap. 2. de feudis, in

verbis, *Si videris expedire.* non requiri hanc ſolennitatem, ſed tantum, vt inſpiciat Epiſcopus, an expediat illas res alienari. Probatur & ipſorum ſententia: quod in his non ſit noua infeudatio, ſed quaſi executio veteris infeudationis: cum enim res primum infeudatæ ſint, interueniente iuris canonici ſolennitate: videntur non de nouo in feudum dari, ſed executio potius veteris infeudationis. Decretum eccleſiæ duo de ea infeudatione continet, vt res infeudetur, & vt huic in feudũ detur: ſicut de arbitri præcepto duplici diximus in l. Celſus. De arbitris. Primum, vt res infeudetur, & in eo ſolennitas eſt adhibita, cum res reuertitur ad Eccleſiam, & alij datur in feudum. Præterea argumentum ſumitur efficaciſſimum ex c.2. per quam inueſtitura. vbi quæritur, an minor poſſit quem inueſtire, & diſtinguitur vetus feudum à nouo: in veteri poſſe minorem inueſtire aliquem de eo, in nouo non item. Quia non habet legitimam rerum ſuarum adminiſtrationem. Gloſſa hanc adfert rationem, quia non alienat, ſed maiorum ſuorum facta confirmat. Ergo idem hic dicendum, res eccleſiæ in feudum dari poſſe: ſi antea ſolitæ ſint in feudum dari, ſub hac tamen exceptione, niſi aliqua iuſta cauſa ſit, quæ impediat infeudationem: forte quia non expedire videatur Epiſcopo. d.c.2. de feudis. Confert enim in meram voluntatem Epiſcopi, ſed ita, vt arbitrium interim ceſſet, multumque intereſt, an in arbitrium conferatur, an in meram voluntatem. l. ſi ſic. ff. de leg. 1. Exempli gratia, pone feudum ſterile concedi, vt cultius reddatur opera vaſalli & induſtria, reuertitur ad eccleſiam, tunc quoniam locuples eſt forte eccleſia, & facile ſoluendo, ideo expedit eccleſiæ retinere feudum, & non alteri dare in feudum. Expendenda ſunt ergo diligenter verba: *Si videris expedire.*

6 Ex prædictis quæſtio naſcitur, quomodo ſtatuendum ſit, rem in feudum dari ſolitam eccleſiaſticam: an ſufficiat ſemel aut bis rem datam in feudum, & quantum temporis ſpatium neceſſarium ſit, vt res dicatur in feudum dari ſolita? Duæ inueniuntur opiniones in gloſſa, lib. 1. cap. 1. ſi vel non exte: memoria, vel per triginta annos retro ſolita fuerit in feudum dari. De tempore, vt eſt ſpatium centum annorum, non dubitatur, quod hominis memoriam excedit, rem ſolitam eſſe. cap. ſuper. de verb. ſignif. Sed de breuiore temporis ſpatio quæritur. Alij decem requirunt, alij quatuor annos. Ego vero puto hoc relinquendum iudicis arbitrio. Si tantum ſpatium ſit, vt appareat totius eccleſiæ conſenſu iudicatum eſſe, vt res in feudum daretur, iudicabimus & nos eo caſu rem ſolitam eſſe infeudari. In dubio autem 40. anni mihi ſufficere videntur, quia eo tempore præſcribuntur res Eccleſiæ. c. de quarta. & c. ad aures. de præſcript. Authent. Exactis. C. de ſacroſanct. Eccleſ.

7 Nunc de bonis eccleſiæ ſpiritualibus quæritur, nempe de decimis. Dicunt Laicos non poſſe acquirere decimas. c. ad hæc. cap. quamuis. de decimis, & proditum in concilio Lateranenſi, ne illæ decimæ Laicis alienarentur. c. prohibemus. de decimis. Si hoc verum eſt, non poſſunt decimæ in feudum Laicis dari. Verum hoc quomodo fiat docuimus lib. 7. De beneficiis. Laicos præſertim nobiles, qui decimas illas poſſident, hunc ſolum titulum habere, ſed eas ante concilium Lateranenſe acquiſiuiſſe, quo earum conceſſio inhibita eſt, neque Concilium Lateranenſe adimere voluiſſe poſſidentibus iam decimas, ſed tantum ad futura pertinere. Et quoniam difficile eſt hunc titulum probare, igitur hodie receptum eſt, vt Laici eas obtineant, modo poſſeſſionem immemoriatam, id eſt, centum annorum probent, & iure feudi ſe cognouiſſe ab eccleſia, & ſe recognouiſſe eccleſiã earum decimarum nomine. Atque hic in Gallia dantur & venduntur, ſicut aliæ res laicæ, & cognitio de iis iudiciis eſt Regij magiſtratus, non eccleſiaſtici. Quoties enim iudex eccleſiaſticus vult cognoſcere, appellatur ab eo. De his decimis infeudatis duplex reſtat quæſtio, vna an nobilis, qui eas decimas habet, poſſit eas alteri in feudum dare an vendere. Pone in Gallia, vbi feuda non tantum ſubfeudari, ſed & vendi poſſunt: nobilem qui decimas habet infeudatas ab eccleſia, alteri velle in feudum dare, id eſt ſubfeudare, quæritur, an liceat? Obſtare videtur conſtitutio Concilij Lateranenſis, c. prohibemus. de dec. cap. cum apoſtolica. De his, quæ fiunt à maiori parte capituli. In qua non ſunt ademptæ quidem decimæ laicis, qui eas poſſidebant, ſed interdictum eſt, ne eas in poſterum acquirerent. Deinde & prohibitum eſt, ne Laici tenentes decimas, in alios laicos eas transferrent. Magna hic opinionum eſt varietas, & Zaſius multum hæſitat, dicens, Non licere quidem propter cap. prohibemus. ſed fieri tamen ſolere in Germania. At ego puto nihil obſtare illud cap. quo minus laicus, qui eas decimas habet infeudatas, eos poſſit donare, vendere & in feudum laicis dare. Quam ſententiam & Molinæus vir eruditus tuetur. Quamuis enim Concilium alienationem in laicis prohibeat, nihilominus tamen conſeruatur conſuetudo, quæ eſt vt feuda poſſint ſubfeudari, vel alienari, vt in Gallia. Ergo ante Conciliũ, quando decimæ in feudum datæ ſunt, data eſt etiam poteſtas ſubinfeudandi vel alienandi. Quod ius quæſitum laicis Pontifex non potuit adimere.

8 Altera quæſtio eſt, ſi decimæ, quæ ſolitæ ſunt infeudari, ad eccleſiam reuertantur, an poſſint denuo infeudari? Ponamus exemplum de decima in feudum data, ante Concilium Lateranenſe. Poſtea reuerſa ad eccleſiam, quæritur an poſſit alicui laico in feudum dari? Aliqui putant non poſſe, quaſi ad ſuam propriam naturam redierit. Apud nos caret res dubitatione, propter Ludouici 4. conſtitutionem, qua habetur pro mere ſpirituali, cum reuertitur ad eccleſiam. Atque ideo non poteſt laico dari in feudum. Verum hic notandum, cum quæritur de reuerſa decima, ſpectandum eſſe num vere reuerſa ſit, id eſt, tranſlata ſit iterum in eccleſiam ſimpliciter, ſine onere feudi. Vt habeo decimam ab eccleſia in feudum, quam dono ſimpliciter eccleſiæ: tunc reuerſa eſſe dicetur ad eccleſiam, nec poterit in feudum dari, tanquam mere ſpiritualis, iuxta c. prohibemus. Sed ſi habeam decimam in feudum ante Concilium Lateranenſe: quam eccleſiæ do in feudum: non dicetur omne ius reuerſum ad eccleſiam, nam qui rem dat in feudum, iuſtum dominium retinet, & vtile transfert. Ergo nequit hoc caſu res reuerſa dici ad eccleſiam. Quod diligenter nota, cum propter cap. prohibemus. & conſtitutionem quintam Ludouici: tum quod iuris ſingularis ſit, quod non explicant feudiſtæ.

De his, quæ in feudum dare, vel accipere poſſunt.

Cap. VI.

1 *De qualitate perſonarum prædia beneficiaria concedentium: ac primum de clericis, nunquid hi feudum dare poſſint. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 8. & 9.*

2 *Romanus Pontifex an ex poteſtatis ſuæ plenitudine, cuiuſuis eccleſiæ res in feudum conferre queat. Curt. part. 2. tract. feud. quæſt. 11. & 12.*

3 *An beneficiarij prædii collator vſitatam eccleſiæ conſuetudinem in inueſtitura ſeruare debeat. Curt. part. 2. tract. feud. queſtio. 6. Zaſius cap. 5. Epito. in vſus feud. num. 60. Hannetonius lib. 1. iuris feud. c. 5.*

4 *Num ſolus, & ſine capituli aſſenſione Epiſcopus eccleſiarum ſibi ſubiectarum res in feudum concedat. Curt. part. 2. tract. feud. q. 2. Zaſius c. 5. Epitom. in vſus feud. num. 47. Hannetonius lib. 1. iuris feud. c. 5.*

5 *Epiſcopus an rem eccleſiaſticam non extraneis tantum: ſed agnatis quoque, & cognatis ſuis in feudum largiatur. Curt. part. 2. tract. feud. q. 7. Hannet. lib. 1. iuris feud. c. 5.*

6 *Epiſcopus an propria ſua bona, quæ allodia vocantur, in feudum etiam de nouo concedendi liberam poteſtatem habeat. Ardizon c. 8. Sum. in vſus feud.*

7 *De laicis & profanis hominib⁹, an beneficia militaria & feuda recte conferant. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 10. Curt. part. 2. tract. feud. q. 1. de feudis laicorum. Zaſius c. 5. Epit. in vſus feu. num. 2. Hannetonius lib. 1. iuris feud. c. 5. initio.*

8 *Quid ſit Dux, quid Marchio, itemq; Comes quid ſit. Curt. part. 2. tract. feud. q. 1. de feudis laicorum. Zaſius c. 5. Epitom num. 6. 7. 8. 9. 10. Hanneton. ibid.*

9 *An quiuis paterfamilias bona ſua patrimonialia, quibus nulla ineſt dignitas in feudum de nouo dandi facultatem habeat. Curt. part. 2. Tract. feud. q. 4. de feud. laicor. Zaſius c. 5. Epito. in vſus feud. num. 31. Hannet. ibid.*

10 *Minor viginti quinq; annis, itemq; furioſus & mente captus, an poſſit inueſtiturã facere ac feudũ alicui tribuere. Ardiz. Sum.*

Sum.in vſus feud.cap.12.Curt.part.2.Tract.feu.quæſt.1. Zaſius cap.5.Epitom.in vſus feudorum,numero 36.& 38. Hannetonius ibidem.

11 *Fœmina beneficiarium prædium,et militare beneficium,nunquid dare & concedere valeat. Ardizon Sum.in vſus feud. cap.11. Curt.part.2.tract.feud.q.4.de feudis laic. Zaſius cap.5.Epito.in vſus feud.num.33. Hanneton.ibid.*

12 *Quænam tutoris, quæ curatoris, & quæ ſit procuratoris in inueſtiendo feudoq; concedendo poteſtas. Zaſius cap.5.Epito. in vſus feudorum,num.40.& 41.Hanneton.ibid.*

13 *De perſona feudum recipientis qualitate: An cuiuis homini* ϛρατιωτικȣ̃ κτήματος *acceptio indiſcriminatim data ac permiſſa. ArdiZon Sum.in vſus feud.cap.23.Gulielmus Hanneton.lib.1.iuris feud.cap.5.*

14 *Seruuſne & filiusfamilias beneficium militare feudumq; recipiant. Ardizon ibid. Zaſius eodem cap.num.62.Hannetonius ibidem.*

15 *An fœmina beneficiarij prædij ſit capax. Curt.part.1.tract. feu.q.8.& part.3.eiuſdem tract.membr.1.Zaſius ibid.nu. 65.Hanneton.d.lib.1.iuris feud.cap.5.*

16 *Minor natu 25.annis, nunquid feudum acquirat. Zaſius.d. c.5.Epitom.in vſus feud.num.66.Hanneton.ibid.*

17 *An plebeius, & obſcuro loco natus ad feudum admittatur: & num admiſſus nobilitetur.Zaſius & Hannet.ibid.*

18 *Deo conſecrati, quos clericos dicimus, an militaria beneficia acquirant.Curtius 2.memb.3.part.tract.feudorum.Zaſius cap.5.Epitom.in vſus feudorum,num.71.Hanneton.lib. 1.iuris feud.cap.5.*

VIdendum primo loco de perſonis eccleſiaſticis,ordinem ſecuti noſtri auctoris,cap.1.lib.1.

1 Dicit, omnes qui habent adminiſtrationem rerum eccleſiaſticarum, in feudum dare poſſe. Decanus in quibuſdam eccleſiis dicitur Abbas. De Papa Romano nihil hic dicitur, vel quod de eo non dubitatur,vel quod his verbis continetur.

2 Eſt enim Pontifex Romanus Epiſcopus Romanus: & dicitur poſſe infeudare non tantum bona Romanæ eccleſiæ, ſed etiam cuiuſuis alterius: quia Vniuerſitatis Epiſcopus vocatur, conſtitutione Cuncta per mundum.q.43.Hic addendum, quod ab Vrbano eſt conſtitutum,lib.1.titul.6.ne bona Eccleſiæ alienentur. Alienare vero eſt etiam in feudum dare, vt ſupra expoſui.

3 Quod dicitur res eccleſiæ ſolitas in feudum dari poſſe, animaduertendum eſt in hac infeudatione ſeruandam eſſe feudi, de quo quæritur, conſuetudinem. Vt cum dicitur Epiſcopum infeudare poſſe res, quæ ſolitæ ſunt infeudari: intelligendum eſt, modo non recedatur à conſuetudine illius feudi. Exempli gratia, feudum conſueuit dari maſculis. Epiſcopus igitur non poteſt dare fœminis, lib.2.tit.34. Quamuis enim, inquit, permittitur Epiſcopo feudum dare: tamen conſuetudo feudi ſeruari debet.

4 An requiratur conſenſus capituli, quæritur? De ſolennitatibus ſatis dictum eſt, non requiri. Sed an ſolus Epiſcopus poſſit infeudare? & videtur ſine capitulo ſolus infeudare poſſe, lib.1.tit.26.§.in clerico, ſi res ſolitæ ſint infeudari. Magna eſt quæſtio.

5 Deinde alia quæſtio ſequitur: an poſſit dare cognatis ſuis, & amicis: quæ ex eo oritur, quod certum eſt Iuſtiniani Nouella, De alienatione & emphyteuſi, vetari, ne ab œconomo dentur res eccleſiaſticæ in feudum cognatis, quod fraudis euitandæ cauſa conſtitutum eſt: ne in perſonas parum idoneas res eccleſiaſticæ transferantur. Si hoc de emphyteuſi conſtitutum eſt, quæ ſimilis eſt feudo: cur idem de infeudatione non conſtituemus? Et quod reſpondetur ad authenticam, loqui ibi de œconomo, non epiſcopo, parum mouet. Nam cum Epiſcopi de certo officio ſuo, quod eſt concionari & docere, œconomias habeant, curamque domeſticarum rerum, cur non de epiſcopo idem dicemus, quod de œconomo? quapropter melius reſpondetur, nos hic loqui de rebus, quæ ſolitæ ſunt in feudum dari. Iuſtinianus vero de emphyteuſi, quæ non poteſt in feudum dari. Addenda eſt quædam exceptio. Si Epiſcopus tempore introitus ſui in dominico quid inuenerit, non poteſt id dare in feudum.lib.2. tit.25. Dominica vero ſunt, quæ differunt à feudis, & hæc quæ dicuntur bona de menſa, dominica ſunt. Alia ſunt feuda, quæ non ſunt in dominico Epiſcopi: attamen inter omnes feudiſtas conuenit, Epiſcopum dare in feudum poſſe etiam quæ inuenit in dominico, tempore ſui introitus, & aiunt quod hic dicitur, ſingulare tantum eſſe in epiſcopo Mediolanenſi.

6 Ad hæc quid de Epiſcoporum propriis bonis dicendum putas? Certum eſt hoc non pertinere ad bona eorum propria, ſed tantum ad bona eccleſiæ, lib.2.tit.35. cum diſtinguit inueſtituram à clerico factam de bonis propriis ab ea, quæ de bonis eccleſiæ fit.

7 Hactenus de perſonis eccleſiaſticis, nunc de laicis videndum. Et in primis Dux, Marchio, Comes, feudum legitime dant, lib.1.titul.1.& lib.2.titu.10.& Barones, ſiue Capitanei. De Imperatore vel Rege, in ſuo regno non dubitatur, quin feuda dare poſſint. lib.1.titul.7.& 14.& lib.2.titul. 34.quamuis bona coronæ alienare nequeant. cap. intellecto, de iureiur. An minimi valuaſores poſſint dare feudum, videre lib.1.titul.1. Auctor dicit, ſi minores valuaſores dederint in feudum, non iudicari iure feudi: quod ideo viſum eſt, ne res in infinitum abiret. Addit duas exceptiones: & refert in lib.1.titul.7. opinionem quorundam, qui idem in minoribus valuaſoribus dicendum, quod in maioribus exiſtimauerunt.

8 Videndum obiter, qui ſint Duces, Marchiones, & Comites. Marchiam ait eſſe, quod iuxta mare ſit poſita. Verius tamen eſt, à limine dictam eſſe. Duces enim limitanei præficiebantur regendis prouinciis, vt eſt apud Lampridium in Seuero: nec aliena eſt lingua noſtra ab hoc etymo. Marches Germani vocant *Marckgraffen*. Comites dicuntur à Comitatu principis, erantque conſiliarij principis. Barones inferiores, ſunt Comites, dicunturque Capitanei ſimpliciter, vt Bald. exiſtimat cum reliquis, in cap. fundamenta. de elect. Vicecomes eſt officium temporarium: quibuſdam in locis, vt in Normandia. Tales erant olim Comites & Barones. Dabantur enim iis ciuitates regendæ titulo Ducis, Marchionis: eratque tenor alibi arbitrio principis, qui eas dederat, conſcriptus. Poſtea vero dabantur eis prouinciæ adminiſtrandæ: ita vt adminiſtratio fruenda etiam hæredibus concederetur. Fuerunt equidem nomina hæc quondam officij ac dignitatis, non patrimonij: cuius exempla eſt inuenire multa apud Marcellum. & idem in Gallia obſeruabatur, donec Hugo ea officia hæreditaria fecit. Alibi item dicitur c. verum. quando Reges prouincias Comitibus ſuis regendas concedunt plerumque adminiſtrationi deberi hos titulos honoris cauſa, ſicut fit hodie in nomine conſiliarij: quod ſæpe datur aliquibus honoris ergo, quorum conſilio tamen nunquam vtuntur. Quare Marchio & Comes dicuntur Regis capitanei: quod velut capita potiora ſint totius regni. Qui ſunt inferiores, vt Barones, ſimpliciter Capitanei nominantur. li.1.c.7.li.2.c.11.& 34. Hi omnes poſſunt dare in feudum, & vlterius non porrigitur illa facultas.

9 Tractari ſolet quæſtio difficilis: an quiuis paterfamilias habens prædium allodium nulla cum dignitate, illud in feudum dare poſſit? Conuenit fere inter omnes feudiſtas, ignobilem qui nullius dignitatis feudum habet, poſſe id etiam ruſtico in feudum dare: quia rerum ſuarum adminiſtrationem, quam habet, cenſetur in feudum dare poſſe, lib.2.tit.3. Contraria opinio mihi videtur probabilior. Nam in c.3. negatiue quidem ait, *Qui non habet rerum ſuarum adminiſtrationem in feudum dare nequit, at non ctõra.* Mouet me quod de Marchionibus, Comitibus, & perſonis dignitate præditis loquatur auctor li.1.c.1. quando de dando meminit: non quod omnibus indiſcriminatim liceat in feudum dare allodia. Neque verum apparet, quod dicunt caput 1.correctum per c.7. lib.1.de nat.feu. Præterea quod vaſallos habere, res in feudũ dare, aliquid dignitatis habeat. Quia vaſallos qui habet, iuriſdictionem in eos exercet.c. imperialem. lib.2.tit.55. de prohib.feu.alienat.per Frederi. Quæ dignitas non videtur ruſtico homini conuenire, & ignobili. Sed cum dicimus minimo valuaſori licere feudum ſuum, quod accepit, infeudare, non intelligitur quod ei liceat allodium ſuum in feudum dare, & vaſallos ſibi ſubiectos conſtituere. Verum hac in re

ſequenda eſt cuiuſque loci conſuetudo. Hactenus de perſonis, quæ propter ætatem & iudicium habent bonorum ſuorum adminiſtrationem.

10 Nunc de minore 25. annis quæritur, an poſſit in feudare. Non poteſt de nouo beneficio quem inueſtire, neque in quemquam alienare res ſuas, de veteri autem poteſt. Quia non videtur alienare, qui veterem alienationem renouat. arg. l. 1. §. aquæductus. ff. de aqua cot. & æſt. nec hæredi debet denegari, licet à Principe ſit impetratum. Pupillus autem non poteſt ſe obligare, quamuis conditionem ſuam meliorem facere poſſit. Igitur pupillus non poteſt quemquam inueſtire, vt ſe liberet obligatione, qua tenebatur in feudo antiquo vaſalli hæredibus & agnatis. arg. tit. de auctor. tut. in Inſt. lib. 1. vt & in feudo nouo. Idem dicendum eſt de minore, curatorem habente, quia tunc pupillo comparatur. l. ſi curatorem. C. de integ. reſt. Et cum hac exceptione intelligenda erunt, quæ dicuntur lib. 2. tit. 3. Idem de furioſo, & aliis ſtatuendum eſt, qui non habent rerum ſuarum adminiſtrationem. l. is cui. ff. de act. & obligat.

11 De fœmina quæritur, an poſſit feudum dare? Reſpondetur quod poſſit. d. titul. 3. §. fœminam. lib. 2. Qui autem in feudum dat, habet iuriſdictionem. lib. 1. tit. 15. §. 1. & lib. 2. tit. 46. Ergo fœmina poteſt habere iuriſdictionem: cum tamen iure ciuili Romanorum ab omnibus ciuilibus muneribus remoueatur. l. fœminæ. de reg. iur. l. cum prætor. ff. de iudic. Sed inueterata conſuetudo retinenda eſt: donec per contrariam conſuetudinem tollatur. Dixerit aliquis, fœmina non eſt capax feudi: quomodo ergo poteſt dare quod non habet? Reſpondeo, fœminam poſſe habere feudum ſucceſſione: ſi hoc expreſſum ſit in inueſtitura. Si taceatur, in hoc non ſuccedet. Mulier etiam poteſt prædium ſuum, vel allodium infeudare. Recte igitur dubitatum eſt de ruſtico, non de fœmina nobili: huc pertinet tit. 7. lib. 2.

12 Quæritur de tutore & curatore, & procuratore, lib. 2. titul. 3. Etſi ſpecialem habet adminiſtrationem procurator, non dubito quin poſſit infeudare: ſin habet generalem, diſtinguendum erit, an nouum ſit feudum, an vetus: & ſi vetus, dare non prohibetur: quia illud veterem infeudationem magis eſt renouare, quam infeudare. Nouum dare non poteſt, quia id alienare eſt: ille vero non alienationem, ſed adminiſtrationem habet. l. magis. §. pater. ff. de rebus eorum, qui ſub tutela.

13 Diximus de his, qui feudum dare poſſunt, nunc de his, qui poſſunt accipere: vtrumque locum tit. 3. lib. 2. complectitur: & regula generalis ex eodem loco colligitur: Cuique licere feudum accipere, niſi nominatim ei prohibeatur. *Perſonam, inquit, inueſtituram accipientis, non diſtinguimus à minimis:* hoc adiecit, quia ante dixerat multum referre, an maior ſit, an minor is, qui inueſtit aliquem. Dixi, niſi nominatim ei prohibeatur: quod ſunt qui prohibentur feuda accipere.

14 At quæritur num ſeruus poſſit accipere feudum, de quo nominatim loquitur dictus tit. 3. lib. 2. Et quemadmodum ſeruus omnes res iure ciuili poteſt domino acquirere: ſic & inueſtitus feudum domino quæret. Nec dubium eſt, quin idem de filiofamilias dicendum: quia vterque in poteſtate eſt. Addenda tamen exceptio, Niſi ignorantia prætendatur. Si enim per ignorantiam ſeruum inueſtierit, quem falſo putauit liberum eſſe, non valebit inueſtitura.

15 Fœmina hoc iure non prohibetur feudum accipere: quamuis non ſuccedat in feudum: niſi id nominatim expreſſum ſit in inueſtitura. lib. 1. tit. 8. §. vlt. hinc dicitur, feudum aliud eſſe maſculinum, aliud fœmininum.

16 Quæſtio etiam eſt de minore: ſed dicemus minori acquiri, ſicut & maiori, iuxta iam traditas regulas: *Nihil refert quis ſit, cui feudum acquiritur.* Notandum tamen eſt, exigi fidelitatem à minore. lib. 2. tit. 26. §. ſi minori. Hoc eſt, quod ait, dari tolerantiam, donec factus fuerit maior: qua ætate fidelitatis iuſiurandum poteſt exigi. Quod dicitur de minore, idem intelligendum eſt de furioſo, aliiſque perſonis, in quibus eadem eſt ratio.

17 Alia quæſtio de plebeiis & ruſticis eſt, an poſſit feudum accipere: de hac re ſupra annotauimus in quarta feudorum diuiſione. Ignobili quoque feudum dari poſſe auctor ſcribit, lib. 2. cap. 10. quaſi certum ſit plebeio feudum cõcedi: ſed quoniam dubitatur an plebeius maneret, an efficeretur nobilis: ideo vocat id ipſum in quæſtionem. Dixi quædam feuda plebeium nobilitare, qualia ſunt à Principe conceſſa, Marchia, Comitatus, &c. Qui ab aliis accipiunt, ideo non nobilitantur: quia hi ius nobilitandi non habent: ſed ſolus princeps, vel is cui princeps eam poteſtatem conceſſit. Sequenda tamen erit in his conſuetudo cuiuſque loci: quia in quibuſdam prouinciis feuda nobilia non niſi nobilibus acquiri poſſunt.

18 Quæritur præterea, an monachus aut clericus, poſſint feudum accipere? Quæſtio hæc eſt iuris controuerſi, & in hoc tractatu paſſim hæ infeudationes improbantur, tanquam canonibus eccleſiaſticis contrariæ. Locos præcipuos obſeruaui; veluti cum de milite vaſallo dicitur. lib. 2. titu. 21. feudum ei duabus de cauſis auferri, & quod miles factus ſit Chriſti; & quod non poſſit capax eſſe officij huius. Cum vetant Canones, ſecularia negotia gerere clericos. Alio in loco lib. 2. tit. 30. dicit eandem eſſe rationem in fęmina & in monacho. Quamuis diſtinctio quædam ſit, vt docui alibi, lib. 2. tit. 36. vbi refert opiniones duas, quarum poſterior auctori videtur potior fuiſſe; non quod Obertus & Gerhardus huius libri fuerint auctores, vt hic locus oſtendit. Idem aſſeritur non ex opinione aliorum, ſed ipſius text. lib. 2. tit. 26. quo loco nihil poteſt dici apertius. In Decretalibus vero Pontificis hæ infeudationes permiſſæ inueniuntur, corruptis moribus eccleſiaſticis, corrupta iam diſciplina eccleſiaſtica. cap. cæterum. de iudic. cap. ex tranſmiſſa. de foro compet. Dicitur enim clericum, qui feudum habet, de eo non litigare coram eccleſiaſtico iudice; ſed coram domino, à quo feudum accepit. Receptum eſt autem, vt ſeruitium præſtetur per ſubſtitutum. Et hoc iure vtimur contra veteres canones, contra hoc ipſum ius Longobardicum. Hactenus de perſonis.

Quibus modis feudum acquiratur: ac primum de inueſtitura.

Cap. VII.

1 *Quot, quibuſque modis feudum conſtituatur. Ardizon, lib. in vſus feud. cap. 36. Curtius part. 2. tract. feud. quæſt. 4. de feudis laicorum. Zaſius cap. 6. Epitom. in vſus feud. num. 1. & 2. Hannetonius lib. 1. iuris feud. cap. 7.*

2 *Quid ſit inueſtitura, quibuſque ceremoniis & ſolennibus ea ipſa peragatur & conſtet. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 42. Curt. & Zaſius, & Hanneton. ibid.*

3 *An vaſalli vnius & eiuſdem domini, qui pares dicuntur, ad ſolennia inueſtituræ neceſſario adhibeantur; & quid ſi tales eſſe deſierint? Ardizon lib. in vſus feud. cap. 41. Curtius, Zaſius & Hannetonius ibidem.*

4 *Quænam vis ſit efficientia, καὶ τὸ ἔργον huius inueſtituræ. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 39. Curtius part. 2. quæſt. 3. in materia inueſtituræ. Zaſius c. 6. Epitom. in vſus feud. num. 7. Hanneton. d. lib. 1. iuris feud. cap. 7.*

5 Αντινομία *ex tit. 25. lib. 1. & tit. 33. libri 2. erudite ac plane diſtinguendo expoſita, Zaſius cap. 6. Epit. in vſus feu. nu. 10.*

6 *An per inueſtiturã impropriã & verbalẽ, ſine traditione rei in feudũ conceſſæ, dominium transferatur. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 39. Hannetonius lib. 1. iuris feudorũ. c. 7.*

7 *An poſt inueſtituram dominis præſtando id quod intereſt liberetur; ſi nondum translata ſit poſſeſſio. Ardizon Sum. in vſus feudorum, cap. 41. Curtius part. 2. tract. feud. q. 2. de inueſt. Hanneton. d. lib. 1. iuris feud. cap. 7.*

8 *Differunt hæc, inueſtitura, contractus, & poſſeſſio.*

9 *Iuramentum fidelitatis quando præſtandum; & num veram rei poſſeſſionem antecedat. Curt. part. 2. tract. feud. quæſt. 3. in mate. inueſtituræ. Zaſius cap. 6. Epito. in vſus feud. num. 6. Hanneto. lib. 1. iuris feud. cap. 9.*

10 *Si non vna ſed plures ſint inueſtituræ, quæ harum ſeruanda & ſequenda. Ardizon Sum. in vſus feudorum, quæſt. 7. circa mater. inueſtituræ. Zaſius cap. 6. Epito. in vſus feudorum, num. 23. Hannteonius ibid.*

1 Variis modis acquiritur. Sed præcipui hi ſunt, Inueſtitura, longa poſſeſſio, & ſucceſſio. De quibus omnibus ſingulatim

ſingulatim dicemus. In primis inueſtitura peculiarem habet ſignificationem.

2 Inueſtire ſiquidem hic eſt inducere in poſſeſſionem, libro 2. titu. 21. cap. ex ore. quæ fiunt à maiore parte capituli. Quod fit vſitatis cæremoniis, quibus vtitur dominus in transferendo feudo in eum, quem vaſallum ſuum cupit effici. Aliquando haſta, annulus, & gladius adhibetur. Verba ſolennia hæc ſunt: *Ego hac haſta te inueſtio, &c.* Apud nos huiuſmodi inueſtitura fit à principe, cum Epiſcopatus aliquis, aliorum iure obnoxius confertur Archiepiſcopo: ea inueſtitura fit per traditionem libri: de quo genere ſcripſi quædam lib. 3. de benefic. & adduxi Canones, & loca ex annalibus noſtris: in quibus fit mentio eius inueſtituræ. Differt inueſtitura à poſſeſſione, vt dicetur: differt etiam à contractu, qui inter vaſallum & dominum initur. Contractus enim prior eſt, deinde ſequitur inueſtitura: poſtea miſſio in poſſeſſionem. Et quamuis differat à contractu, tamen interdum pro ipſo contractu accipitur: quia vtrunque ſimul plerunque fieri ſolet. Ideo retinendum ſemper eſt, quod dixi, tenorem inueſtituræ inſpiciendum: etſi plures ſint inueſtituræ, antiquior prior eſt habenda: niſi pacto ſit aliquid naturæ feudi detractum.

3 Addendum eſt & teſtes quoque adhibendos eſſe, vel pares Curiæ, id eſt, conuaſallos eiuſdem Domini: interdum extraneos volunt ſecundum diſtinctionem traditam, adhiberi teſtes: ſi forte dominus alios vaſallos non habet. Curiam vocamus illum dominum, à quo accepimus prædium vel feudum. Pares curiæ dicuntur vaſalli eiuſdem domini, non quod pares ſunt domino, ſed quod pares ſunt inter ſe, reſpectu eius curiæ. Eadem ratione Pares Franciæ appellantur: quod non pares ſint Principi: ſed quia pares inter ſe. Conſiderandum igitur, ſi alios habet vaſallos, adhibendi ſunt non tantum ad probationem, ſed etiam ad ſubſtantiam inueſtituræ lib. 2. titul. 32. Quod eſt mirum. Eius autem quod ſoli pares ſint in inſtrumento inueſtituræ neceſſarii, ratio eſt, lib. 2. tit. 58. §. idcirco. ne quid excogitetur ab extraneis falſitatis in perniciem domini: quæ ſuſpicio in paribus ceſſat. Addenda eſt exceptio libri 1. tit. 26. de infeudatione clericorum: quæ clandeſtina plerunque eſt. Receptum eſt igitur quoſcunque teſtes adhiberi poſſe etiam extraneos, in clericorum inueſtitura. Hinc quæſtio naſcitur libro 2. titul. 19. An pares, qui fuerunt, ſed iam deſierunt eſſe pares, ad teſtimonium adhibendi ſunt, lite inter dominum & vaſallum coorta: an potius remouendi, quod iam non ſint pares? Et ait ſufficere tempore inueſtituræ eos fuiſſe pares curiæ. Rationem ſubiungit: quia ab initio teſtes iuſtos adhibuit, & ſi poſtea æquales eſſe deſierint, nihil peccauit vaſallus.

4 Item quæritur, quem effectum habeat talis inueſtitura? Vtilis eſt hæc inueſtitura, quamuis ad poſſeſſionem nihil conferat, vt dixi, quia feudum ea conſtituitur. libro primo, titul. 25. Igitur ad transferendum ius feudi opus eſt hac inueſtitura: nec aliter illud dominium tranſit: etiamſi domino iubente quis prædij poſſeſſionem teneat nomine feudi, non poterit tamen ea ratione feudi dominium conſequi: quia eſt contractus. Igitur ad ſubſtantiam feudi pertinet inueſtitura.

5 Obiicitur locus contrarius, lib. 2. tit. 33. quod dicitur, ſi quis poſſedit feudum domino iubente, haberi illam poſſeſſionem pro inueſtitura. Ego illa duo capita ita ſolitus ſum explicare: quaſi generi per ſpeciem derogetur. In contrario non ait ſimpliciter, haberi pro inueſtitura, accedente iuſſu domini: ſed tunc, cum dominus iuſſerit poſſidere coram paribus curiæ. Hoc præcipuum eſt, quod diximus de adhibendis paribus curiæ in ſolennitatibus inueſtituræ. Quare parum diſtat ab inueſtitura: quia tantum deſideratur, vt tradat illi haſtam, vel annulum. Sed in cap. 15. non ait, coram paribus curiæ iuſſum eſſe poſſidere: verum iis inſciis ſimpliciter inſtituiſſe.

6 Porro quemadmodum iſtud dominium vtile in hac ſpecie, ſine apprehenſione transfertur, hoc ſingulare eſt, ſicut alia multa in feudis. Simile eſt in iure ciuili. l. cum hæredes. de acquir. poſſeſſ. ff. Quod licet traditione rerum dominia acquirantur: l. traditionibus. Cod. de pactis. tamen rerum hæreditariarum dominia acquiruntur hæredi: quamuis corporaliter eas non apprehenderit. Ergo transfertur dominium, retenta poſſeſſione. libro 2. titul. 7. Quia inueſtitus de feudo ſolenni ritu, nondum feudi poſſeſſor eſt: nec poteſt petere adhuc à domino, vt ſe in vacuam, id eſt, à nemine hucuſque occupatam poſſeſſionem mittat: & ſi in feudum poſſeſſi præſtare cogatur dominus fructus omnes, & id quod intereſt.

7 Vnde quæritur, ſi pœniteat dominum poſt inueſtituram, antequam poſſeſſionem transferat, vtrum liberetur præſtando id quod intereſt? lib. 2. titul. 26. §. ſi facta. Auctor reſpondet, non liberari præſtatione eius, quod intereſt: & compellendum tradere poſſeſſionem, quod ſingulare eſt. Nam aliàs, qui promittit, ſoluendo intereſſe, liberatur. l. ſtipulationes non diuiduntur. ff. de verbor. oblig. Vt qui promittit tradere, vel ædificare domum, præſtando quod intereſt liberatur, cum hic videamus dominum cogi ad tradendum. Hic quidam conantur Barto. diſtinctionem tueri de venditore, qui habet rei tradendæ facultatem. Nam quamuis alioqui venditor ad traditionem tantum teneatur, l. 1. ff. de act. empt. tamen dicitur cogi poſſe ad tradendum, ſi habet tradendi facultatem. Sed quid de traditione ſentiendum ſit, alio in loco docui.

8 Igitur hæc ipſa inueſtitura à contractu differt, cum loquimur de feudo tranſferendo, & à poſſeſſione. Quia hæc ſeries eſt, & ordo. Primo contractus, deinde inueſtitura, poſtea fidelitas, tandem miſſio in vacuam poſſeſſionem. Dictum eſt hactenus per inueſtituram non transferri poſſeſſionem, ſed tantum dominium. Præterea non liberari dominum inueſtitura facta, præſtando id quod intereſt: ſed præciſe tradere cogendum poſſeſſionem. Hoc eſt intelligendum de noui feudi inueſtitura, cum dominus ipſe adhuc poſſidet: non vero de veteri. Nam quando ſemper in poſſeſſione fuit vaſallus, nō quæritur tunc de transferenda poſſeſſione, quam habet. Debet poſt, poſtquam ſemel eſt tranſlata poſſeſſio, ſemper manere in poſſeſſione.

9 Notandum eſt fidelitatem debere antecedere hanc poſſeſſionis translationem lib. 2. tit. 7. Quare inueſtitura præcedit, fidelitas ſequitur, deinceps fidelitatem traditio ſeu poſſeſſio. lib. 2. titu. 4. & ſequent. Forma fidelitatis iuris naturalis traditur, lib. 2. tit. 5. 6. & 7. Hic ſuccurrit quæſtio, quam ſupra attigimus.

10 De pluribus inueſtituris feudi antiqui, cui potius ſtandum ſit? vt quidam inueſtitur de feudo: interpoſita ſunt pacta, quibus eſt nonnihil mutatum de natura feudi. Hic repugnantia vides feuda, quæritur, quæ habeantur potiora? Dicendum erit, veteris inueſtituræ & primæ maximam habendam eſſe rationem, quæ dicitur radix omnium aliarum. Sic intelligendum eſt quod dixi formam tenoremque inueſtituræ eſſe ſemper inſpiciendum: etiamſi quid contra naturam feudi inueſtitura contineat. Pono exempli cauſa, primam inueſtituram non tantum ad maſculos, ſed ad fœminas quoque pertinere: quamuis maſculi tantum ſuccedant, tamen receſſum iam ab ea feudi natura eſt. Deinde in ſequenti inueſtitura cautum fuit, vt maſculi tantum ſuccedant, & ſic ex fœmineo feudo maſculinum fiat. Orta eſt inter maſculos & fœminas controuerſia de ſuccedendo. Reſpondendum eſt inueſtituræ primæ tenorem eſſe ſequendum. Sic ſentit gloſſ. libro 2. titul. 14. Primæ enim inueſtituræ non poteſt ſequens nocere, gloſ. lib. 2. titul. 49. cum per pactum quodlibet, ius hoc quæſitum perimi nequeat; niſi plane quis refutet feudum, ſpe noui conſequendi ductus. Nam tunc nouum feudum quæſitum, ad agnatum qui refutauit, pertinebit; non requiſitum ad eum qui non refutauit; quod ſingulare eſt, & obſeruatione digniſſimum. Et confirmari poteſt iure ciuili. l. ſi vnus. §. ſi autem omnia. ff. de pact. Per primam inueſtituram ius quæſitum certis perſonis non poſſe illis pacto adimi; vt præteream quod dicitur libro primo, capit. 8. ſi in inueſtitura appareat feudum ad maſculos pertinere, & dominus in teſtamento ordinauit, vt fœminis deferatur, non poſſe ius aliis quæſitum, hac conſtitutione defuncti mutari. Ergo idem dicemus de poſteriore inueſtitura, quod de domini vltima voluntate; quia eadem eſt ratio. Tenendum eſt igitur quod

diximus, ſi plures ſint inueſtituræ, primam ſequendam, tanquam radicem aliarum.

De longa poſſeſſione.

Cap. VIII.

1. *Quæ ſit longa poſſeſſio in hac doctrina feud. & num præſcriptione beneficium acquiratur. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 52. Hannetonius lib. 2. iuris feud. cap. 1.*
2. *Quot quibuſq; rebus præſcriptio conſtet ac perficiatur. Ardizon. & Hanneton. ibi.*
3. *Quid ſit in fundis beneficialibus ab eccleſia & repub. acceptis: quanto tempore præſcribantur. Iaco. Ardizon, & Guliel.* Hanneton. *ibidem.*
4. *Si inueſtitio teſtibus probari nequeat: vtri iuramentum ſit deferendum: vaſallo ne an domino.*
5. *An contra ius domini vaſallus longo tempore præſcribat, κατ' ἀντιδίαξιν. Guliel. Hanneton. d. l. 2. iuris feud. cap. 1.*
6. *Beneficium præſcriptione acquiſitum, an veri feudi propriè accepti vim naturamque præſeferat.*

1 Longam poſſeſſionem hic triginta annorum dicimus: licet iure ciuili longa poſſeſſio dicatur viginti aut decem annorum. l. vlt. C. de præſcript. long. temp. Quia ſingulare eſt hoc ius in feudo, vt quamuis nõ ſit quis inueſtitus: nihilominus tamen præſcriptioni locus ſit, & tanto etiam tempore iure ciuili tolluntur actiones. l. omnes. C. de præſcrip. triginta annorum.

2 Notandum duo neceſſaria eſſe. Primo vt poſſederit per triginta annos: deinde vt poſſederit tanquam feudum. Veluti cum nullum ius haberem, tamen ſpatio triginta annorum vſus ſum eo fundo tanquam feudo, præſtans ſeruitium tanquam vaſallus, quamuis poſtea probari poſſit; nunquam in feudum conceſſum, tamen præſcriptione ſe tueri poteſt. Idem ex parte domini dicendum, ſecundum omnes DD. licet id hic non ſit expreſſum, quia eadem ratio eſt. Vt ſi quis nihil iuris habens in feudo, eo vtatur triginta annis, vſurpans directum dominium & ſeruitia, tanquam dominus in feudum conceſſiſſet, dicemus hoc ſpatio directum dominium acquiri.

3 Solet quæri an idem dicatur, ſi quis præſcripſerit contra Eccleſiam? & omnes exiſtimant eccleſiam eſſe excipiendam: quod his verbis generalibus non videatur eccleſia comprehendi, licet de ea ſpecialiter nihil cautum ſit. Sane proprium eccleſiæ eſt, res eius non præſcribi: niſi quadraginta annis. Authent. exactio. C. de ſacroſanct. eccleſ. capit. 4. de præſcriptio. Quod dictum eſt de eccleſia, locum habet etiam in Republica, ſecundum omnium ſententiam. l. vltim. C. de ſacroſanct. eccleſ. l. cum notiſſimi. C. de præſcript. triginta annorum. Cum hac itaque exceptione huius cap. 26. verba ſunt intelligenda. Nec obſtat huic ſententiæ, quod dicitur, de tempore triginta annorum, quia ibi dicitur ſufficere tempus vnius anni, vt vaſallo iuſiurandum deferatur.

4 Et cum non ſint teſtes, qui fidem facere poſſint factæ inueſtituræ: quæritur vtri deferendum ſit iuſiurandum, domino, an vaſallo? Et late diſputant in eo capite. Si vnius anni ſpatio poſſedit, deferendum ei eſt iuſiurandum: neque tamen acquiret poſſeſſionem feudi vnius anni ſpatio. Sed iuſiurandum deferri ei poteſt ex iſta cauſa. Obſtare videtur libri 2. titul. 40. §. primus, titul. 55. verſic. nos autem. cum dicitur dominum reuocare poſſe alienationes: nulla præſcriptione obſtante. Solent quidem illa verba intelligi de præſcriptione decem vel viginti annorum, & ſic triginta quoque annorum præſcriptionem obſtare. Mihi probabilius videtur, de omni præſcriptione intelligendũ, quaſi hoc ſpeciale ſit in alienatione feudorũ. Quæ enim ita alienantur contra mores feudorũ. reuocari poterunt, nulla exceptione obſtante. Porro aliud eſt, ſi quis triginta annis poſſederit feudum titulo feudi, non tanquam alienatum ſibi.

5 Rurſum ex his alia quæſtio naſcitur: An vaſallus longo tempore præſcribere poſſit, contra domini ius: quod alioquin dominus habet, & contra? Veluti, feudum habet vaſallus non liberũ, ſed fidei obnoxium: quæritur, num poſſit ipſi libertatẽ parere ab obſequij præſcriptionem? Idem de domino quæritur: vterque enim alteri obligatur: vt dominus non habet plenum ius, an poſſit, quod iuris ei deeſt, præſcribere, & plenum dominium acquirere? Quæſtio hæc huius loci non eſt, ſed eam alias tractabimus: infra, de eo, quod vaſallus non debet, &c. Apud nos conſuetudinis eſt, vt præſcribatur.

6 Poſtremo nota, feudum præſcriptione quæſitum, habere naturam veri & ordinarij feudi. Bald. in l. liberti. C. de operis libert. Quod ab omnibus celebratur: quamuis in aliis plerunque recedatur pactis ab ordinaria natura feudi. Si autem non accedat pactum, ſemper natura feudi retinetur, vt in præſcriptione. Itaque ſecundum propriam naturam feudi debet haberi: ac ſi ſimpliciter in feudum datum eſſet: in quo nec fœminæ, nec collaterales ſuccedunt, quemadmodum hoc feudum præſcriptione quæſitum, veram ac genuinam naturam feudi retinet.

De ſucceſſione feudi.

Cap. IX.

1. *Quotuplex ordo illorum hominum, quibus ſucceſſio & hæreditas ab inteſtato Romanis legibus data ac permiſſa. Caius l. 1. ff. de gradibus affinita. lib. 38. tit. 11. Alciatus lib. 4. παρέργων cap. 4.*
2. *Deſcendentium, eorumque naturalium & legitimorum, quæ ſuccedendi ratio, atque obiter quid ſit in capita, quid in ſtirpes ſuccedere. Capita ſingulæ perſonæ intelliguntur, vnde in capita, idem valet, quod ſingulatim, qua ſignificatione Liuius in capita cõferre dixit, lib. 2. Ab vrbe condit. Stirpes vero ſunt initia, & originis authores.*
3. *Deſcendentium ſucceſſio quouſq; legum authoritate porrigatur, & num graduum diſparitas, ſucceſſionis diuerſitatem in deſcendentibus afferat.*
4. *Naturalibus tantum, non etiam legitimis & ciuilibus, quo modo inteſtata hæreditas ſucceſſioq; deferatur. ff. Ad Senatuſc. Tertul. & Orficia. lib. 38. tit. 18.*
5. *An ſucceſſio aliqua detur iis, qui non ex permiſſo quidem illo, ſed damnato vetitoq; legibus concubitu naſcuntur.*
6. *Quid in adoptiuis? Vlpianus l. 1. §. vlt. ff. de ſuis & legit. hæred. tit. 17. lib. 38. idem l. poſt conſanguineos. §. parui. ff. eod.*
7. *Aſcendẽtium ab inteſtato ſuccedentiũ, quæ ſit iure ciuili approbata ratio. ff. de ſuis & legitimis hæred. & Inſtit. de hæredit. quæ ab inteſt.*
8. *Num illi, qui ſuperioris ordinis ſunt, eos omnes, quæ ex tranſuerſo, ſiue a latere iunguntur, a ſucceſſione excludant, & quæ ſit in hac re veteris iuris emendatio?*
9. *Qui ſunt ex latere, ideoque collaterales nominantur, quando ad inteſtatam ſucceſſionem vocentur.*
10. *Quid de fratrum vita defunctorum filiis, qui patrueles dicũtur? Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 137. Curtius part. 3. tractatus feudor. memb. 3. de mutua tranſuerſalium ſucceſſione. Zaſius part. 8. Epitom. in vſus feudorum. 20. Hannetonius lib. 2. iuris feudorum, cap. 6. Azonis ſententiam, cuius hic meminit, ſuperioribus annis Carolus V. Imperat. conſtitutione ſua renouauit.*
11. *Et fratribus, & fratrum filiis omnino deficientibus, quibus hæreditas ab inteſtato ciuili iure competat.*
12. *An feuda beneficiaq; Longobardorum iure per ſucceſſionem acquirantur. Ardizon Sum. in vſus feudorum cap. 53. & cap. 137. Curtius par. 3. tractatus feudorum, ſtatim in initio. Zaſius parte 8. Epitom. in vſus feud. num. 1. Hannetonius lib. 2. iuris feudorum, cap. 2.*
13. *In quibus fundorum beneficialium generibus ſucceſſio ab inteſtato locum habeat. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 137. Hanneto. lib. 2. iur. feud. cap. 2.*
14. *Marchiæ & Ducatus feudum, an propriis beneficiis, & quæ ipſi rei, nõ perſonæ cohærent, adnumerentur. Ardizon ibid.*
15. *Audiendi ſenſu, & loquendi facultate carens, an ad beneficij ſucceſſionem admittatur. Ardizon ibid. Curtius part. 3. tract. feud. memb. 1. Zaſius part. 8. Epit. in vſus feud. num. 68. Hanneton. lib. 2. iuris feud. cap. 3.*
16. *Quid de clericis & Monachis, nunquid hi ad militaria beneficia ab inteſtato vocentur? Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 97. & cap. 137. Curt. part. 3. tract. feud. q. 10. Quemadmodum in feudo maſculi deſcendentes ſuccedant. Hanneton. ibid.*

17 *An fœminarum in ſucceſſione beneficii aliqua ratio habeatur. Ardizon Sum. in vſus feud. c.*138 *Curtius part.*3.*tractatus feud. in principio. Zaſius part.*8.*Epitom. in vſus feud. n.*36.*Hannetonius lib.* 2.*iuris feud. c.*8.

18 *Vera accurataq; ratio, cur fœminarũ filii ad prædia beneficialia non admittantur.*

19 *Nobile & illuſtre exemplum de filiis fœminarum, an in beneficia ſuccedant.*

MVlta hic ſingularia reperiuntur, quæ vt melius intelligantur, ſummatim dicendum erit de ſuccedendi ab inteſtato ratione iure Romano; Deinde quid ſingulare ſit in feudi ſucceſſione, apparebit.

1 Iure Romano triplex eſt ordo ſuccedendi; deſcendentium, aſcendentium, tertius eſt collateraliũ agnatorum & cognatorum. Deſcendẽtium potior eſt cauſa poſt aſcendentium mox collateralium. Deſcendentes vocamus filios, nepotes, pronepotes.

2 Hi ſuccedunt omnes in hæreditate defuncti cuiuſcunq; ſint gradus omnibus alijs excluſis. Nouell. de hæred. quæ ab inteſta. Non dicimus filium excludere nepotem, ſi quis decedat filio & nepote relicto, ſed omnes ſimul ſuccedunt: licet non eodem modo. Succedere non in capita; id eſt, non diuidi hæreditatem in ſingula capita, vt quot ſint perſonæ, tot ſint partes, verum in ſtirpes. Exempli cauſa, deceſſit quis auus, filio & duobus nepotibus ex altero filio relictis, hæreditas non diuidetur in tres partes, ſed in duas: quia nepotes ſuccedunt in ſtirpes, id eſt, locum patris, & tantum capiũt, quantum eorum pater fuiſſet accepturus, ſi ſuperuixiſſet. §. cum filius. Inſt. de hæred. quæ ab inteſt. & § vlt. eod.

3 Quæ deſcendentium ſuccedendi ratio non ſolũ ſe extendit ad tertium gradum (vt quidam putarunt) ſed in infinitum: nec refert an pari gradu an diſpari ſint, qui ſuccedũt in ſtirpes. De gradu inæquali iam exemplum recitauimus. At qui pari gradu ſunt, omnes quoque repræſentant locum patris. §. cum filii. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſta. leg. 2. Codic. de ſuis & legiti. hæred. Quidam deceſſit nullis filiis relictis ſed nepotibus ex filiis, ex vno filio vnum nepotem habet, ex altero duos, hi quamuis æquali gradu ſint: tamen vnus ille nepos tantum conſequetur, quantum alii duo, propter ius repræſentationis. Hęc autem ſunt intelligenda de filiis naturalibus & ciuilibus tantum.

4 Nam qui ex iuſtis nuptiis ſuſcepti non ſunt, quique ex concubinatu naſcuntur, hi quomodo ſuccedant quæritur? Hi filii ſi legitimi ſint facti, nihil differunt à legitimis, & naturalibus. toto titulo, Quibus modis naturales effic. legit. §. reliqui. §. ad optio. § quibus. Inſtitu. de hæred. quæ ab inteſta. Sin legitimati non fuerint, & adhuc extent alii legitimi, cum iis nõ ſuccedũt; ſed alii debent viri boni arbitratu tantũ. Si legitimi nõ extent, Iuſtinianus vult eos ex hæreditate duas vncias conſequi; ita vt mater partem vnciarum accipiat. Quantum ad ſucceſſionem matris attinet, filii ſuccedunt naturales tantum, perinde ac ſi eſſent legitimi. §. nouiſſime. Inſt. de Senatuſconſult. Orficiano, excepto caſu, ſi mater ſit illuſtris extentq; legitimi, tunc non ſuccedit naturalis tantum, alias admittuntur. Quia in mulieribus illuſtribus caſtitatis obſeruatio pręcipuum debitum eſt. l. Si qua illuſtris. C. ad Senatuſ. Orficia. Vulgo quæſiti, id eſt, ex meretrice nati poſſunt matri ſuccedere. d. §. nouiſſime. De patre fruſtra diſputatur, quẽ demonſtrare nequeunt. l. vulgo. De ſtatu hom.

5 Ex damnato concubitu procreatorum tam eſt odioſa cõditio, vt ne alimenta eis præbeantur. Authen. 74. in fin. verſ. eos enim. Etſi pontificum ius præcipiat hos ali. c. cum haberet. De eo, qui duxit in matrimonium. Hodie omnes extra matrimonium ſuſcepti tales ſunt; quo iure vtimur, quia omnis concubinatus nunc prohibitus eſt, ideoque cum de naturalibus tantum liberis quæritur, idem reſpondendũ, quod eſt conſtitutum iure ciuili de his, qui ex inceſtis nuptiis ſunt procreati.

6 Adoptiui ſuccedunt patri, vt diſtinximus alias, De hæredit. quæ ab inteſtato defer. in Inſt. & l. cum in adoptiuis. C de adoption. Nunc de aſcendentibus Iuſtinianus tradit.

7 Eos ſuccedere vt quiſque eſt proximior, Authen. 118. §. ſi igitur. Inſtit. de hæredit. quæ ab inteſtato. Licet in primo ordine deſcendentium non reſpiciamus cuius gradus ſint; tamen hic proximiores tantum ad hæreditatem vocantur. Igitur pater, mater defuncti excludunt auum, proauum, & alios remotiores. Quando eiuſdem ſunt gradus, tunc omnibus ad ſucceſſionem vocatis, hæreditas diſpartietur non in capita, ſed in lineas; ita vt partem dimidiam capiant, qui ex linea paterna ſunt, dimidiam qui ex materna. Vt ſi auus paternus tantum ſit, & auus maternus, & auia materna, ille conſequitur dimidium hæreditatis, vt hi.

8 Ab his aſcendentibus omnes collaterales excluduntur; præter fratres germanos, non autem conſanguineos, aut vterinos, veluti ſi defunctus habeat parentes, & fratrem germanum, ex iis frater in ſucceſſione dimidiam partem acquirit cum patre & matre, excludique haud quaquam poteſt; Corrigitur ergo hac conſtitutione ius Codicis. l. in ſucceſſione. Cod. de legi. hæred. Quod excludit ab aſcendentibus fratres: Quæritur de fratrum filiis, quos Iuſtinianus admittit ſimul cum parentibus defuncti ad hæreditatem. dict. Authen. §. ſi cum. Verba conſtitutionis ſatis indicant, Iuſtinianũ voluiſſe ius antiquum emendare, nec hic idem iudicandum eſt de conſtitutionibus huius libri, quod de reſcriptis principum, quæ ſunt in Codice. Nam hæc tametſi diuerſorum ſint principum, habenda ſunt tamen quaſi Iuſtiniani eſſent, cum eodem tempore omnia in Codicem redegerit, exceptis iis conſtitutionibus, quæ poſtremo inſertæ ſunt Codici. Sed nullum librum conſcripſit; in quem ſimul congeſſit has conſtitutiones. Ideo ſequenda eſt regula; priores conſtitutiones trahendas ad poſteriores. l. non eſt. cum legibus ſeq. ff. de legibus.

9 Deficientibus tam deſcendentibus, quam aſcendentibus, vocantur qui ſunt ex latere, in primis fratres germani defuncti, ac fratrum filii, quamuis ſint remotiore gradu, non tamen excluduntur à fratribus, tanquam in propinquiori gradu exiſtentibus, ſed ſuccedunt pariter in ſtirpes, non in capita. Vt ſi duo ſint fratres, vnus ſuperſtes, alter obierit, relictis duobus tribusve filiis, omnes iſti filii ex fratre non plus ex hæreditate conſequentur, quam patruus eorum, diuideturq; hæreditas in duas tantum partes.

10 Maior eſt quæſtio, ſi defunctus non relinquat duos fratres, ſed fratrũ filios pari gradu, in ſuccedãt in capita, an in ſtirpes? Semper ego probaui Azonis ſententiam, eos ſuccedere in capita, non in ſtirpes, idque iure antiquo eſt expreſſum. l. 1. §. hæreditas. ff. de ſuis & legit. hæredibus. l. 1. ſi pars hæred. petat. Cui in iure nouo nihil reperitur contrarium, propter quod correctum dici debeat, & Græcus interpres Theophilus, De legit. agnatorum ſucceſſ. §. in hæc. Inſtitut. hanc opinionem ſecutus eſt. Nam tunc in ſtirpes ſucceſſio fit, quando fratrum filii cum patruo volunt ſuccedere. Quia is eſt proximiore gradu, hi vero patrueles in pari gradu. Vnde apparet differentia inter primum, ſecundum, & tertium ordinem. In primo ordine deſcendentium diximus ſemper ſucceſſionem fieri in ſtirpes, non in capita, ſiue fratrum filii cum patruo ſuo admittantur, ſiue fratrum filii ex vtraque parte ſint, id eſt, defuncti nepotes, ſiue paris ſint gradus ſiue imparis. §. cum filius. Inſtitut. de hęrdit. quæ ab inteſtato. Sed quando ſuccedunt cum patruo ſuo in linea tranſuerſa, tunc diſtinguendum eſt, cum quæritur, an in capita, an in ſtripes ſuccedant. Si enim diſpari gradu ſint, ſucceſſio fit in ſtirpes, non in capita. Sin pari, ſucceſſio erit in capita. Deficientibus germanis fratribus, conſanguinei, & vterini admittuntur, quorum tum eſt par conditio, & eorum filii non minus admittuntur, quam in germanis fratribus diximus fieri. Non autem germani fratres, verum filii eorum excludunt conſanguineos, & vterinos, ex quibus manifeſtum fit, omnes cognatos, & patruos, & auunculos, à fratribus & eorum filiis excludi, Authen. poſt fratres. C. de legit. hæred. quod eſt notandum.

11 Quid ſi deficiant fratres, & fratrum filii, qui ad hæreditatem admittentur? dicendum proximiores admitti agnatos, & cognatos indifferenter, ſublata videlicet omni differentia. dict. Authen. §. ſi vero. Si plures ſint eiuſdem gradus inter eos diuidetur hæreditas non in ſtirpes, ſed in capita, nec

filii venient in locum patris. In hac tota deſcendentium, aſcendentium, & collateralium cognatorum vel agnatorum, maſculorũ & fœminarum ſucceſſione, nulla eſt differentia, licet iure antiquo diſcernebantur, nec quicquam refert hodie, ſint ne emancipati, an in patris poteſtate. Hæc ſummatim attigi, quæ continentur Iuſtiniani conſtitutione & faciunt ad cognitionem ſucceſſionis in feudis. De ratione ſuccedendi in feudo, nunc dicendum.

12 Et notandum moribus receptum eſſe, vt ſucceſſione nobis feudum acquiratur, ſicut inueſtitura. lib. 2. tit. 11. cum antiquitus feuda temporaria eſſent. l. 1. tit. 1. vt etiam in Gallia, ſed vtrobique aliud poſtea ſtatutum eſt. Quod autem de feudo per ſucceſſionem acquiſito diximus, intelligendum eſt de feudo proprio.

13 Nam quædam non transferuntur ad hæredes vt feudum Guardiæ, & Caſtaldiæ, & ſoldata. lib. 2. tit. 10. Quanquã proprie feudum non ſit, tamen quia conuenit in acquiſitione feudi, perſonale eſſe beneficium, ideo tunc non tranſit ad hæredes, & nihilominus recte proprium feudum dicitur, & hoc conuenire poteſt, vt in annuis reditibus conſiſtat proprium feudum. In dubio credimus reale eſſe beneficium, nam quilibet præſumitur voluiſſe caueri hæredibus ſuis. l. ſi pacta. de probat. ff. Hinc nata eſt diſtinctio vulgaris feudi in perſonale, & reale. Perſonale quod cum perſona extinguitur. De quo diximus in feudorum diſtributione. Cum ergo feudum aliud reale, aliud perſonale ſit, cur author in definitione feudi hæredum mentionem fecit? libro 2. tit. 23. in fi. Dixi ſupra rectum feudum definiri ab authore; & reſpexiſſe eum ad id quod frequentius accidit: ego latius definiui, vt complectar etiam quoduis feudum temporarium.

14 Dubitatur de feudo Marchiæ & Ducatus, an ad hæredes tranſeant? Videntur perſonalia, libro 1. tit. 14. in princ. & Regalia dicto tit. 14. & lib. 1. id eſt à principe conceſſa beneficia: quod non deceret Principem ea, quæ regni ſunt, ſeparare à Repub. vel ab Imperio, id quod Bald. ait. Alii hanc rationem improbant quod ſcilicet de poteſtate principis diſputare ſacrilegium ſit. l. 2. C. de crim. ſacrileg. Mihi videtur hoc eo dictum, quia hæc nomina olim erant officii, ſeu adminiſtrationis temporariæ, & quod capite ſuperiore ait, moribus receptum eſſe, vt ad hæredes tranſeant, libro 1. tit. 13. in fin. innuere videtur, conſuetudine contraria ius illud vetus mutatum eſſe. Alii dicunt verbum (vſurpatum) ibi in malam partem accipi, pro abuſu. Vulgo enim vſurpationem abuſum dicimus: & ideo eſſe ſequendum rationabilem vſum, vt ait author. Sed quia nouum non eſt aliquid conſuetudine recipi cõtra tenorem rationis, idcirco hæc ratio mouere nos non debet. Et de quo dubitatur, confirmatum videtur per Fredericum. Imp. lib. 2. tit. 55. §. præterea. cum ait Marchiã & Ducatum inter hæredes non diuidi. Oſtendit itaque dignitates huiuſmodi ad hæredes tranſire. De his quæ nõ tranſeũt diximus: videamus modo de his, quæ tranſeunt. Porro habẽda eſt in primis ratio perſonarum, quia non admittuntur ad ſucceſſionem in beneficio, ſicut in patrimonio. Sed ſpectari oportet an poſſint, vel debeant officio fungi, propter quod beneficium datur. lib. 2. tit. 36. & 21.

15 Hinc quæſtio eſt de ſurdo, muto, & monacho, libr. 2. tit. 36. An mutus, vel alius imperfectus feudum retineat? Author refert tantùm opiniones quorundam, exiſtimãtium feudum paternum eos retinere, ſed alii putant non retinere, eo quod obſequium præſtare non poſſint. Quid hic igitur definiendum ſit quærat aliquis. Sequendum dico, quod alio loco libri primi, tit. 6. apertius exprimitur, non retinere feudum: ſed ſi inops ſit tantum ei relinqui debet, vt ſi ſuſtinere poſſit. Nam quod dicitur alium ſubſtitui poſſe, & debere in eo, quod principi eſt præſtãdum, id à ratione alienum eſt. l. ſi quis ex corpore. C. de murilegulis. Quia ſi velint liberari à munere quod Principi præſtandũ eſt, iſtud ex triumphali abſolutione veniat oportet, id eſt, vt liberentur data venia à principe: præhabita etiam in ſede Prætoria diligenti examinatione, num ſubſtituti ſint idonei. Et de hoc quidem inter omnes conuenit: quamuis apud nos vſitatum ſit, mutos ac ſurdos retinere feudum, & per ſubſtitutum præſtare obſequia.

16 Clericos & monachos olim aſſũpto habitu religionis perdere feuda non eſt dubium. lib. 2. tit. 30. quamuis iure Pontificio aliud receptum ſit, vt dixi.

17. Quæritur ad hæc an fœminæ ad ſucceſſiones feudi admittantur? Nõ diſtingui maſculos ac fœminas iure Authenticorum plus quam manifeſtum eſt: ſed hic ſingulare eſt vt fœminæ non ſuccedant in feudis. lib. 1. tit. 1. §. hoc autem. Nec tantum fœminæ remouentur, ſed & maſculinati ex fœminis. lib. 2. titul. 11. Ratio colligitur ex dicto titul. 30. lib. 2. vbi confert clericum in eo plane cum muliere: quod videlicet non ſit capax officiorum, quæ ad obſequia feudorũ pertinent: nec ſint idoneæ ad militandum. l. cum Prætor. ff. de iudiciis.

18 Ardices quæ eſt ratio, vt excludantur fœminarum filij, cum ſint idonei ad ſeruitutem præſtãdam, quæ à vaſallo exigitur, & docueris mulieres ideo excludi, quod idoneæ non ſint ad militandum? Gloſſa reſpondet, tit. 1. lib. 1. pro ratione voluntatem eſſe. Sed alia ratio videtur probabilior, quia mihi quidpiam concedi, quod auctori meo non licuit, iuris ratio non permittit. l. quod ipſis. l. in omnibus. §. non debeo. ff. de reg. iuris.

19 Hac ratione aliquando conſultus ex facto reſpondi Gulielmum Comitem de Naſſau, & filium eius principem Vraniæ non poſſe ſuccedere in comitatu Catzenellenbogen: ſed potiorem eſſe Landtgrauium Haſſiæ, tanquam agnatum: quia feudum maſculinũ eſt, vt apparet ex inueſtituris. In feudo autem maſculino, remotis fœminis, ſuccedunt agnati, & eorum filii: Ergo excluſa Elizabeta matre Gulielmi Comitis à Naſſau, remotus quoque erit Gulielmus Comes cum filio. Genealogia Landtgrauii hæc eſt, Ludouicus primus Landtgrauius tres filios habuit, Hermanum Archiepiſcopum Colonienſem, Ludouicum ſecundum, Patrem Philippi huius Landtgrauii, & Henricum, qui habuit vxorem filiam Comitis in Catzenellenbogen. Hic Henricus fuit inueſtitus de feudo Catzenellẽbogen viuo ſocero, ab Epiſcopo Herbipolenſi: deinde filias duas habuit, Mechteldam coniugem Ducis Cliuenſis, & Elizabetham quæ nupſit Comiti Naſſouiæ: ex qua natus eſt hic Gulielmus: ex quo poſtea princeps Vraniæ. Apparet ex his feudum eſſe maſculinum, neque in inueſtitura fuit expreſſum, admitti debere fœminas. Excluſis ergo fœminis, excludatur & Gulielmus Comes Naſſouiæ & Vraniæ. Supereſt, vt deferatur agnatis. lib. 2. titul. 11. §. his vero. Agnati ſunt Ludouicus II. & filius eius Philippus Landtgrauius Heſſiæ. Hoc ipſum adducere volui: quia nobilis eſt hodie controuerſia, nondum in præſenti definita.

De ſucceſſione fœminarum

Cap. X.

1 *Excepta quædam ſpecies, ſeiunctionesq́ à cõmuni regula, per quam inteſtata feudorum ſucceſſio fœminis denegata eſt. Prima, ſi cautio ſucceſſionisq́ prouiſio nominatim inueſtitura inſerta & ſpeciali pacto inde ab initio inter feudi dominum & vaſallum expreſſim cõuenerit, vt fœmina ſuccedat. Ardizon Sum. in vſus feudo. c. 137. Curtius part. 3. tract. feud. memb. 1. Zaſius c. 8. Epito. in vſus feud. n. 38. Hannetonius lib. 2. iuris feudorum c. 8.*

2 *An hæredis appellatio ad vtrumq́ ſexum in hac doctrina porrigatur: ita vt non ii tantum accipiantur, qui ex maſculis procreati, ſed omnes ſiue ex maſculis ſiue ex fœminis. Curtius part. 1. Tractat. feud. quæſt. 6. & part. 3. eiuſdẽ tract. memb. 1. ſub finem. Hanneto. lib. 2. iuris feud. c. 8.*

3 *Deſcendentium maſculorũ nomen, an ex fœminis deſcendẽtes, & non ex maſculis tantũ demonſtret. Franc. Curt. part. 3. tractat. feud. memb. 1. ſub finem.*

4 *Altera ſeiunctio, Si beneficium ſit fœmineum, hoc eſt, quod pro ſe & hæredibus ſuis fœmina conceſſum, Ardizon Sum. in vſus feudorum, c. 137. Curtius part. 3. tract. feudorum, memb. 1. Zaſius c. 8. Epit. in vſus feudorũ, n. 39. Hannetonius lib. 2. iuris feud. c. 8.*

5 *Tertia ſeiũctio, Si filia poſt obitũ patris ſui aut pretio, aut quadã munificentia, & liberalitate cõceſſum. Ardizon Sum. in*

vſus feud c.137. Curt. part. 3. Tract. feud. memb. 1. Hanneton. lib. 2. iuris feud. c.8.

6 *An filiæ in præiudiciū agnatorum, beneficiarius fundus dari ac permitti queat. Ardizon & Curtius & Hannetonius ib.*

7 *Quarta ἐξαίρεσις atq; cōmuni regula ſeiuncta ſpecies Si feudum ſit francum, & ab iis omnibus, quæ fidelitatis iureiurando continentur liberum. Ardizon, Curtius Gulielmus Hanneton. ib. Zaſius c.8. Epitom. in vſus feu. n.43.*

8 *Quinta ſpecies à generali canone exēpta, Si mos ſit cōſuetudoq; aut regionis & prouinciæ aut generis alicuius & familiæ, quæ iuriſdictionem habet, vt fœminæ per ſucceſsionem ad beneficia admittantur, Ardizon & Curtius ibid. Zaſius c. 8. Epit. in vſus feudorum, nu.42. Hannetonius. lib 2. iuris feud c.9.*

9 *Progredientibus à communi regula ſeiunctionibus, & caſib. quib. fœminæ à beneficiis non repelluntur num locus ſit ſi ex eo qui de feudo primum inueſtit⁹ fuit aliquis maſculus ſiue in directa ſiue in collaterali linea conſtitutus, ſupererit. Ardizon & Curt. ibidem. Zaſius c.8. Epitom. in vſus feudorū, 46. Hanneton. lib. 2. iuris feud. c.9.*

10 *An maſculus ex linea fœminea natus, fœminam à beneficiis militaribus excludat, repellatq;. Ardizon Curtius & Hannetonius ibidem.*

11 *Cum ius inteſtatæ ſucceſsionis expreſſe fœminis permiſſum eſt, an excluſo patruo, ſolæ ad defuncti parentis feudum admittantur. Curt. part. 3. tract. feud. memb. 1. quæſt. 22.*

12 *Nunquid fœmina per maſculos ſuperſtites à feudo beneficiario ſemel excluſa in perpetuum excluſa permaneat: etiam ſi nullum omnino maſculum per quem impediatur, in poſterum ſupereſſe contingat. Curt. part. 3. tract. feud. memb. 1. quæſt. 27. Zaſius c.8. Epitom. in vſus feud n.58. Hannetonius lib. 2. iuris feudorum, c.9*

13 *Quid de vterinis, & ex diuerſo connubio, matrimonioq; procreatis. Curtius part. 3. tractat. feudor. memb. 1. q.24.*

1 QVod autē ſupra diximus feuda iure ſucceſſionis ad fœminas non deuolui perpetuum non eſt, ſed exceptionem habet. In primis ſi pacto in inueſtitura impetrauerit, vt fœminis etiam deferatur, tum fęminæ, & ex fœminis deſcendentes ſuccedent. lib. 1. c. 1. & lib. 2. tit. 11. Quod ſi dicatur in inueſtitura, recipere ſe feudum pro ſe, & ſuis hæredibus, an fœminæ admittentur?

2 Videntur hæc verba omnes ſucceſſores, maſculos & fœminas continere, ſine vlla diſtinctione. l. hæredis. de verborum ſignif. l. in annalibus. C. de legatis. Ergo ſatis videtur eſſe, ſi in inueſtitura conuenerit, vt ſibi & ſuis hæredibus feudum acquiratur. Attamen receptum eſt ſecundum ſubiectā materiam appellatione hæredum tantum maſculos contineri, licet alias late accipiatur. Ad huius ſententiæ confirmationem, permulti loci huius tractatus faciunt libro 2. tit. 34. Vt Titius pactus eſt, cum fratre ſuo, de non petendo feudo ab eo, & hæredibus ſuis, hic ſine hærede maſculino deceſſit, relicta filia. Titius petit feudum, obiicitur ei pactum feudi, reſponſum eſt mentionem hæredum in pacto, de maſculis hæredib. intelligendam, ſecundum ſubiectam materiam.

3 Quod ſi dixerit pro me & deſcendentibus maſculis inueſtituram accipio, quæritur an maſculi ex fœminis deſcendentes admittantur? Videntur debere, ſecundum propriam verborum ſignificationem. Hinc enim filius eſt ex deſcendentibus, deinde & maſculus. Sed tamen communis ſententia feudiſtarum hunc non admittit ad ſucceſſionem, & tum maxime, quoties quis vſus eſt his verbis agnationis conſeruandæ gratia: certum eſt non contineri eos, qui ex fęminis deſcendunt, quia illi cum matre extra agnationem & familiā ſunt. Sed credibile eſt eum hoc adieciſſe propterea, vt feudum maneret in familia. Hoc ſcribit Carolus Molinæus in conſuetudinibus Pariſienſium. §.76. admonęns in vltima voluntate idem diligenter inquirendum, quæ fuerit mens teſtatoris. Vt quidam inſtituit Titium hęredem, ſubſtituens Sempronium ſi Titius deceſſerit. Deceſſit ſine deſcendentibus maſculis Titius, relicto nepote ex filia, quæritur an admittatur Sempronius ad hæreditatem? Quęſtio facti eſt, ac voluntatis ſi ex coniecturis appareat ad cognationem & familiā conſeruandam reſpexiſſe, deficiet conditio, quia appellatione liberorum maſculorum non continentur ex fœmina deſcendentes, alias ſuccedent nepotes ex filia, & excludent ſubſtitutum. l. 1. de condi. inſtit. ff. Secunda exceptio,

4 Si feudum ſit fœmineum, & maternum: id eſt, quod originem habet à fœminis: tunc filię eodem modo, quo maſculi ſuccedunt. lib. 2. tit. 50. Opponitur lib. 1. tit. 30. ſequendum tamen eſt quod titul. 50. traditur, fęminas in feudo fœmineo ſuccedere, ſub hac exceptione, ſi maſculi deficiant, ſecundum Oberti ſententiam. Nam in cap. de feudis fœminarum, tantum diſputatio eſt, & recitatio opinionum diuerſarum: conſtitutio edita de filiorum ſucceſſione in feudis, tractat non de paterno, ſed materno beneficio: quod obtinuit ſuadente æquitate, vt fœminæ quoque in feudo fœmineo, deficientibus maſculis, ſuccederent: alias arcta ſtrictaque iuris ratione, non tantum filiæ, ſed ne filii quidem admitterentur in feudo fœmineo, lib. 1. titul. 15. Tertia exceptio eſt,

5 Si filia, mortuo patre, ſit à domino inueſtita, vel quia redemit feudum à domino, vel quia voluit propter benemerita patris eam inueſtire. lib. 1. titul. 24. quod frequenter ſolet accidere. Hic parentes vocat agnatos. Les parens, in lingua Gallica.

6 At dixerit aliquis, non poterit filiam inueſtire in pręiudicium agnatorum, ad quos nihilominus refertur hæreditas, quia ius quæſitum agnatis, dominus pacto tollere nō poteſt, libro 1. tit. 8. §. 1. Reſpondent Doctores, id quod dicimus de inueſtitura, intelligendum eſſe de feudo nouo, non paterno. Nam in feudo paterno agnati ſuccedunt, non in nouo, vt poſt dicam, nec aliter conciliari poſſunt capita alioquin pugnantia. Notandum tamen, idem de feudo paterno dicendū, ſi filia inueſtiatur agnatis conſentientibus, tunc enim nulla eis fit iniuria. lib. 2. tit. 39.

7 Quartam exceptionem quidam addunt, ſi feudum ſit francum, & liberum, id eſt, nulli ſeruitio obnoxium, tunc debet fęmina ſuccedere, ad quam ſententiam probandam (quod hic non requiritur) crebro adducunt cap. ſi cum militi, De capitulis extraordinariis, Aluarotus in libro ſuo ad finem. Curtius & Bald. l. quoties, de ſuis & legit. hæredibus, ait, ſi nullum ſit ſeruitium, vel ſi tale ſeruitium ſit, vt à fęmina præſtari poſſit, tunc fęminam in feudum poſſe ſuccedere. Sed hæc opinio non eſt ſatis tuta: quia illa capita dicuntur ſuppoſititia, ideoque non reperiuntur in his libris. Dixi ſeruitium non eſſe de ſubſtantia feudi, & ideo conueniri poſſe actione, ne ſeruitium præſtetur, non quod fidem non debeat pręſtare domino, tametſi à ſeruitio ſit exoneratus, quia offendere dominum non debet, etſi ei præſtare ſeruitium non cogatur. Quinta exceptio,

8 Si ſit contraria conſuetudo eius prouinciæ, ea ſeruanda eſt, lib. 2. titul. 1. vt in tota fere Gallia. Hinc dicuntur feuda eſſe redacta ad modum patrimoniorum. Feudiſtæ omnes aſſerunt, in Sicilia eſſe eoſdem mores, quod ſane mirum eſt, cum Gallicis moribus non vtantur, niſi forte ex eo tempore quo Galli Siciliam perdomuerunt, Gallicis moribus vſi ſunt. Spectanda igitur conſuetudo Curiarum, Reipub. ac prouinciæ eius loci, in quo illud feudum ſitum eſt. Sed quæritur, ſi in familia quadam fęminæ conſueuerunt in feudum ſuccedere, vt maſculi, an ſit habenda ratio eius conſuetudinis, licet eius prouinciæ conſuetudo non ſit? Receptum eſt, valere conſuetudinem, ſi familia ſit, quæ habeat iuriſdictionem. Hoc dictum Alexandri eſt in l. ſi non ſpeciali. C. de teſtamentis. quod allegatum fuit à Carolo Borbonio contra auiam Henrici Regis, quū quæreretur, an vſitata in familia illuſtri conſuetudo valeret contra generalem regni conſuetudinem? Alexander ait valere. De aliis familiis, quæ iuriſdictionem non habent, magna controuerſia eſt. Adduci ſolet Bartolus conſil. 72. vbi oſtendit, ſi familia illuſtris ſit, valere pactum de diuiſione inter hæredes. Si enim valet pactum expreſſum, cur non & conſuetudo, quæ eſt pactum tacitum? Zaſius ait in præiudicium domini non poſſe eam conſuetudinem introduci: quæ ſententia mihi parum probatur. Nam ſi longiſſimo tempore vſi ſunt ea, ſciente domino vel rege, cur non valebit in præiudicium domini, ſicut diximus hos mores feudorum legis authoritatem propterea

habere, quia longa patientia tacite videntur eſſe approbati, c. ſuper quibus. de verb. ſignific.

9 Vnum notandum, quod eſt maximè neceſſarium ad eorum, quæ dixi, explicationem, in quibus caſibus fœminæ dicuntur ſuccedere, ſemper eas excludi, ſi extent maſculi iis deficientib. admitti. Quod omnes feudiſtæ probant. Alex. conſ. 79. & author noſter lib. 1. tit. 8. §. filia, apud quem nota parentheſin. Tunc demum ſuccedit, inquit, filia filiis non extantibus. Et quamuis dictum ſit, vt filii ſuccedant cum filiab. tamẽ filiæ ſuccedere non poterunt, niſi filiis non extantibus, lib. 2. titul. 17. lib. 1. tit. 6. §. quin etiam. Non enim patet locus fœminæ quamdiu maſculus ſupereſt: quod ſub hac exceptione intelligendum eſt, niſi conſuetudo, vel pactum expreſſum contra ſit, tunc. n. dubium non eſt, quin & pactum, & cõſuetudo ſeruanda ſit. Oportet autẽ pacti verba eſſe, expreſſa nã ſi nihil aliud conuenit, quam vt deſcendentes fœminæ cum filiis ſuccedant, non habebitur earum ratio, ſuperſtite maſculo; ſi vero in pactione expreſſiſſet, vt maſculis obſtantibus filiæ ſuccederent, illud vtique ſeruaretur. Diligenter ergo inſpiciendum an ſatis ſit expreſſum, fœminas ſuccedere debere, quia niſi ſatis ſit expreſſum, fœminæ nunquam admittentur, niſi maſculis omnibus deficientibus, ſiue feudum ſit fœmineum, ſiue aliud quodlibet, in quo fœminas ſuccedere poſſe diximus. Hinc variæ quæſtiones oriuntur, quæ factæ ſunt, id eſt, in quibus aliquid de fœminis conuenit.

10 Primum quæritur, an maſculus natus ex linea fœminina fœminam excludat? Vt quidam inueſtitus de feudo ea lege, vt ad fœminas tranſiret, deceſſit relictis duabus filiabus, quarum vna filium maſculum habuit, altera filiam. Quæſitum eſt, lib. 2. tit. 51. §. ſimiliter, apud Obertum & Gerhardum, an maſculus debeat tantũ habere feudum excluſa matre & matertera? Sed Gerhardi opinio ꝓbatur magis generali illa regula lib. 2. tit. 17. fœminas ſemper excludi per maſculos, etiam ſi per fœmininam lineam deſcendant.

11 Huic affinis eſt quæſtio: Si duo fratres, Titius & Seius, à capitaneo de nouo beneficio inueſtiantur, quam diu ipſi vel eorum hæredes maſculi viuerent, vel deficientibus maſculis, fœminæ; Titius deceſſit relicta filia, fratre adhuc ſuperſtite, ait portionem patris deferendam filiæ excluſo patruo. lib. 2. tit. 18. Quia vnuſquiſq; & ſibi & ſuis hæredibus proſpexiſſe videtur, & perinde eſt, ac ſingulis ſeparatim pars feudi eſſet conceſſa.

12 Alia quæſtio eſt, an filia ſemel excluſa, ſemper habeatur pro excluſa. Pone eum, qui feudum accepit in feudum fœmineum, reliquiſſe filium, & filiam, extante maſculo excluditur filia; ſed decedente maſculo, an ſemel ab initio excluſa, in poſterum quoque excluſa cenſeatur? Communis opinio eſt, fœminam manere ſemper excluſam. Quod mihi videtur durius, ſed tamen ita receptum eſt, lib. 1. titul. 6. §. quin etiam, propter fauorem maſculorum in his feudis relicto maſculo, vlterius fœminas non admitti: multum tamen refert, quomodo lex & ſtatutum ſit conceptum. Si enim ita habeatur, donec maſculus ſupererit, omnes feudiſtæ concludunt non in perpetuum excludi fœminam, ſed quam diu maſculus ſupereſt.

13 Alia quæſtio; Mulier habens feudum reliquit filios ex duob. matrimoniis, inter quos orta quæſtio, vtri eſſent ꝓferẽdi? Videbatur ſecundum rationem ciuilem eos ſimul admittendos. Sed ait lib. 2. titul. 26. §. mulier. filios prioris matrimonii, tam in feudo, quam in cæteris bonis potiores eſſe. Quod cum feudiſtæ à ratione abhorrere viderent, dicunt hoc caput eſſe intelligendum, quando matrimonium eſt contractum ad Morganaticam (vt Longobardi loquuntur) id eſt, cum conuenit, an filii ſuccedant, vel non ſuccedant, lib. 2. titul. 29. Si igitur conuenerit in contrahendo matrimonio, vt filii prioris matrimonii ſuccedant, tum excluduntur ex poſteriori matrimonio nati. Exemplum quod ad huius contractus etiam explicationem pertinet, lib. 2. tit. 26. §. filii nati. legendum eſt cum negatione. Alii putant hoc caput eſſe intelligendum, cum eſt conſuetudo loci. Ego autem hic expendo, nihil authorem noſtrum hic adfirmare, aut ſtatuere, ſed tantum refert, ita iudicatum fuiſſe. Quid iudicem mouerit, non exprimit: forte pactum matrimonii ad Morganaticam contracti, interuenit. Et ſic enarratis plurium opinionibus relinquit indeciſum ius: quemadmodum alibi ſæpe, lib. 2. titul. 51. §. ſimiliter. Hæc de fœminarum ſucceſſione.

De ſucceſſione maſculorum.

Cap. XI.

1 *Vaſalli defuncti liberi maſculi & ex his deſcendẽtes quomodo inteſtatæ ſucceſſionis iure ad vera ꝓpriaq; feuda ſiue antiqua, ſiue noua admittantur. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 137. Curtius part. 3. tractatus feud. memb. 2. Zaſius c. 8. Epitom. in vſus feud. n. 3. Hannetonius lib. 2. iuris feud. c. 2.*

2 *Sitne par conſimilisq; ſucceßionis ratio in feudo eccleſiaſtico, et quæ eſt in beneficio laico. Franciſchinus Curtius ibidem.*

3 *Emancipatus, & qui ex patris iure exiuit, num eidem patri ſuo in feuda ab inteſtato ſuccedat. Ardizon Sum. in vſus feudor. ca. 137. Curt. part. 3. tract. feud. memb 2. q. 1. Hanneton. lib. 2. iuris feud. c. 2.*

4 *Paternorum bonorum exhæres Vaſalli defuncti filius naturalis & legitimus, an à feudis quoq; repellatur. Ardizon & Curt. ib. Hanneto lib. 2. iuris feud. c. 3.*

5 *Vtrum ex filio nepotes vna cum filiis tam ad feudorum, quã aliorum bonorum ſucceſſionem vocetur. Ardizon ibidem, Curtius part. 3. tract. feud. memb. 2. q. 9. Zaſius part. 8. Epitom. in vſus feud. nu. 17.*

6 *Filius non ciuilis & legitimus, ſed naturalis tantum, idemq; adptiuus, an ad feuda admittatur. Ardizon & Curt. ibid. Zaſius part. 8. Epit. in vſus feud. nu. 14. & 72. Hanneto. lib. 2. iuris feud. cap. 2.*

7 *Filius naturalis, quibus caſibus in feuda ſuccedat. Ardizon, Curt. Zaſius, Hannetonius idem.*

8 *Qualis ſit filiorum in beneficiis militarib. ſucceßio, æqualisne an vero diſpar & inæqualis, Zaſius part. 8. Epitom. in vſus feu. nu. 66. & 67. Hanneto. lib. 2. iuris feu. c. 2. & c. 10.*

9 *An liberi naturales & legitimi defuncti parẽtis hæreditatem ex teſtamento, vel ab inteſtato ſibi delatam repudiãtes, à beneficiorũ tam antiquorum, quam nouorum ſucceßione excludantur. Zaſius part. 8. Epito. in vſus feud. num. 6. & 16. Hanneton. lib. 2. iuris feud. cap. 3.*

10 *Deſcendentibus vaſalli vita defuncti prorſus deficientibus, an feuda inteſtatæ ſucceſſionis iure aſcendentibus deferantur, Ardizon Sum. in vſus feud. c. 137. Curtius part. 3. trac. feu. memb. 2. Zaſius parte 7. Epit. in vſus feud. nu. 2. Hanneton. lib. 2. iuris feud. cap. 5.*

11 *Species quædam, καὶ ὑποθέσεις quibus mortuo Vaſallo, contra communem regulam iuris feud. aſcendentes ab inteſtato ad feuda admittuntur. Ardizon, Curt. Hanneton. ibid.*

12 *De his qui ex latere iunguntur: quomodo & quando Vaſalli defuncti beneficium, inteſtatæ ſucceßionis iure ad eos deuoluatur. Ardizon ibidem. Cur. part. 3. tract. feud. memb. 3. Zaſ. part. 8. Epit. in vſus feud. nu. 5. Hannetonius lib. 2. iuris feudorum, cap. 5.*

13 *Vterini, & fratres ex matre quidem vna eademque, ſed alio atq; alio patre nati, an Longobardorum moribus ad feuda ab inteſtato admittantur, necne. Ardizon ibidem. Curtius part. 3. tract. feud. memb. 3. quæſt. 5. Hannetonius lib. 2. iuris feud. c. 5.*

14 *Duorum aut plurium fratrum filii, quos patrueles appellamus quomodo patruo ſuo defuncto ſuccedant: an in capita, an vero in ſtirpes. Ardizon Sum. in vſus feu. c. 137. Curt. part. 3. Tract. feu. memb. 3. q. 5. Zaſius part. 8. Epit. in vſus feud. nu. 17. 18. 20. Hannetonius lib. 2. iuris feudorum c. 6.*

15 *Ius inteſtatæ ſucceßionis quouſq; in fundis beneficiariis, & fidei obſequiique gratia ad fruendum certo modo conceſſis, porrigatur. Ardizon ibidem. Curtius part. 3. Tract. feud. memb. 3. in initio. Hanneto. lib. 2. iuris feud. cap. 6.*

16 *Quid de viro & vxore, an ſibi inuicem ab inteſtato in feudis ſuccedant. Ardizon ibidem. Zaſius part. 8. Epitom. in vſus feud. nu. 70. Hanneton. lib. 2. iuris feud. c. 11.*

17 *Adhuc de inteſtata expoſitum eſt: nunc de teſtata feudi ſucceßione breuiter ſubiicit: An Vaſallus teſtamento vel codicillis, de beneficiis hoc iure diſponat. Curt. part. 4. tract feu. 41. cauſa, ex qua feudũ amittitur. q. 31. Zaſius part. 8. Epit. in vſus feud. nu. 63. Hanneto. lib. 2. iuris feud. ca. 10.*

Nunc

NVnc de maſculorum ſucceſſione dicendum eſt: qui ſecundum veram, & propriam feudi naturam ſuccedere dicuntur. In primis de ordine deſcendentium tractandum: poſt de aſcendentibus & cognatis videbimus.

1 Maſculi deſcendentes in infinitum, cæteris excluſis ſuccedunt. lib. 1. tit. 1. §. hoc quoque: & cum loquitur lib. 2. tit. 11. §. hoc quoque, de ſucceſſione fratrum omnes deſcendentes in infinitum complectitur.

An hoc etiam intelligendum ſit de feudo eccleſiaſtico & laico, quæri ſolet? Videtur quibuſdam ſucceſſionem non fieri feudo eccleſiæ vltra nepotes. arg. Nouell. 7. De non alien. & permut. §. emphyteuſim. At communis eſt opinio in feudo eccleſiaſtico eſſe ſucceſſionem in infinitum: quia generaliter loquitur lib. 1. c. 1. author ſine diſtinctione de feudis: & præcipua eius voluntas, & diſputatio fuit de feudis: & cum fiat mentio ſucceſſionis in infinitum, in definitione feudi, ſatis arguit ex natura feudi id eſſe: & ſic generaliter accipiendum. neque obſtat Nouella, quia inter emphyteuſim ac feudum multæ ſunt differentiæ: & fœminæ in emphyteuſi ſuccedunt.

3 Alia quæſtio de filio emancipato, an in feudum ſuccedat? & verius eſt ſuccedere: quia feudalia iura non diſtinguunt filios emancipatos ab his, qui ſunt in poteſtate. & cum docet libro 1. tit. 3. quomodo hæredis appellatio in feudis ſit accipienda, non loquitur de filio in poteſtate: ſed ſimpliciter de filio maſculo. Deinde mouet me, quod vbi his moribus nihil eſt expreſſum, Ius Romanorum ſequimur. lib. 2. tit. 1. Quod poſtea rurſum mutatur Nouella de hæred. quæ ab inteſtato defer. At dixeris eſſe ſatis aperte deciſum iure feudorum, emancipatos non ſuccedere: quia agnati tantum, non cognati ſuccedunt. lib. 2. tit. 11. Et emancipatus deſiit agnatus eſſe, ſed agnatos vocat author, qui per maſculos coniuncti ſunt, qui per idem nomen cognationis familiam retinent: qui vero per fœminas coniunguntur, non retinent nomen, & in aliam familiam tranſeunt. Atque ita locus ille non obeſt: imo dicendum filium emancipatum in feudo admitti ad ſucceſſionem.

4 Sequens quæſtio eſt, an filius exhæredatus, ſicut à reliquis bonis & allodiis, ita & à feudis excludatur? Communis opinio eſt, filium bona mente, iuſtaque de cauſa exhæredatum, non ſuccedere in feudo: quia amittit id ex eiſdem cauſis, ob quas exhæredatur. lib. 2. tit. 44. Præterea filius exhæredatus plerunque amittit, quod ei non defertur tanquam hæredi, ſed tanquam filio: ſententia Bart. in l. vt iuriſiurandi. §. ſi liberi, de oper. liber. exemplo liberorum patroni, quia patroni liberique eorum ſuccedunt liberto, exiguntque operas ab eo. Hoc ius liberis patroni competit, tanquam filiis, non tanquam hæredibus patroni, dicitque eos agere ad operas pro virili parte, non pro hæreditaria: at iuſte exhæredatus filius ius amittit, quo defertur ad eum feudum, ergo ſuccedere nequit. Item alio argumento hanc ſententiam confirmamus ex Authen. de nupt. §. ſaluto. verſic. neq; enim. Maritus in contrahendo matrimonio ſtipulatus eſt decem ſibi dari, ſuſcepit liberos ex eo matrimonio, & poſt ad alias nuptias tranſiit: hęc lucra nuptialia magis debētur filiis prioris matrimonii, quam poſterioris. Et tamen, ſi ob ingratitudinem exhæredati fuerint, perdunt non tantum bona paterna, ſed etiam lucra nuptialia: ſin minus, tum ex æquo inter ſe ea in partes viriles, non pro portione hæreditaria diuident.

5 Alia quæſtio, vtrum cum filiis nepotes in hac ſucceſſione concurrant? Diximus in ſucceſſione allodiorum, iure Romano nepotes cum filiis concurrere in ſtirpes. §. cum filius. Inſtit. de hæred. quæ ab inteſta. Idcirco ſequenda eſt regula: Quoties nihil certi reperitur expreſſum hoc iure feudorum, tunc ad ius Romanum confugiendum. lib. 2. tit. 1. verſic. ſtrenuus. Sic eſt intelligendum generaliter lib. 1. tit. 19. etſi concurrant filii, & nepotes ex filio, tamen ſuccedent in ſtirpes, non in capita.

6 Quæritur rurſum, an filius naturalis vel adoptiuus ſuccedat? Autor determinat lib. 2. tit. 26. §. ad adoptiuos. §. naturalis. nec adoptiuum, nec naturalem ſuccedere, quod ſingulare eſt in feudis. Adoptiui tamen ſuccedunt in allodiis. l. cum in adoptiuis. C. de adopt. Verum ſi legitimatus ſit filius naturalis per reſcriptum Principis, tamen hoc iure ſingulari non admittitur. d. §. naturalis. licet ſupra dixerim, iure ciuili legitimatos æque ſuccedere, ac legitimos naturales. Nouel. quibus modis natural. effic. ſui. Et omnes feud ſtæ ſentiunt, eum nec matri ſuæ quoque ſuccedere poſſe, contrarius ciuile. §. nouiſſime. Inſtit. ad Senatuſconſ. Orficia. Neq; e intereſſe, an extent alii filii legitimi naturales, an non; quia author generaliter loquitur.

7 Temperanda tamen hæc ſunt quibuſdam exceptionibus. In primis, niſi ſit in inueſtitura expreſſum, vt naturales ſuccedant. Nam perſonam inueſtituram accipientis non diſtinguit, ſi domino placet, lib. 2. tit. 30. qua ratione etiam ſeruus poteſt inueſtiri. Præterea niſi à principe ita fuerint legitimati, vt poſſint in feudo ita ſuccedere mandato principis. gloſ. in d. §. naturalis. & omnes Doct. ibidem. Item niſi legitimi facti ſint per ſubſequens matrimonium. cap. tanta. qui filii ſint legiti. Matrimonium enim vim eam habet, quam expreſſa voluntas principis: ſi igitur Princeps habet eam poteſtatem, multo magis matrimonium.

8 Quæritur num ſuccedant æqualiter? Hoc ius certum non eſt ex iure Longobardico, ſicut nec Romano: & probabile eſt ab Hebræis deſumptum eſſe, ex c. 25. & 26. Geneſ. & Deuteron. 21. dicendum tamen eſt æqualiter omnes ſuccedere. libr. 1. tit. 8. nec haberi rationem primogenituræ, ſed dixi incertum ius eſſe: quia in vna prouincia diuerſum fere ab alia obſeruatur. Moribus noſtris primogenitus ſolet præferri.

9 Quæſitum eſt, an filius repudiata patris hæreditate in feudo ei ſuccedat? Iure Romano non poteſt filius partem hæreditatis amplecti, & partem repudiare, l. 1. de acquirend. hæred. Nec hoc iure permittitur filio. lib. 2. tit. 45. & 51. §. filius retento feudo renuntiare hæreditati, ſi eam oneroſam ſibi videat fore. Sed cur filio id non permittitur, cum permittitur agnato? dicto tit. 45. Animaduertendum eſt eum, qui in feudo ſuccedit, non dici iure hæreditario ſuccedere, niſi aliud actum ſit in inueſtitura. ſic adduximus exemplum ex iure ciuili, de ſucceſſione in ius patronatus filium admitti, tanquam vnum ex liberis, non tanquam hæredem. In filio igitur viſum eſt tendere in iniuriam patris, Inſtitut. tit. quibus ex cauſ. manumiſ. non procedat: & inhumanum, contraque pietatem, propter æs alienum repudiari eius hæreditatem. Iure enim Romano antiquo filius erat neceſſarius hæres: quamuis prætoris habebat beneficium, quæ ratio mihi probabilis videtur inter filios & agnatos. Exceptiones quædam aliæ in aliorum Comment. traduntur, quas ipſe legite.

10 Secundum ius Romanum ſupra docuimus, non extantibus deſcendentibus, ſuccedere aſcendentes, vtpote parentes. At in feudis non ſuccedunt lib. 2. tit. 50. vt in Gallia receptum eſt in allodiis. Ratio autem quare excludantur, eſt: Nam cum beneficia olim annalia eſſent, atque precaria, nulla erat ſucceſſio. lib. 1. titul. 1. ſed poſtquam fuiſſent primum precaria, deinde cœperunt dari ad vitam fidelis: tandem ad omnes filios fuit poſſeſſio redacta: & ſic paulatim cōceſſum, vt ad fratres quoq; poſſeſſio porrigeretur. De parentibus non erat quæſtio: quod rarius euenerit: filios ante parentes decedere, & ad eorum ſucceſſionem parentes vocari. Igitur ne ordo naturæ turbaretur, l. nam & ſi parentes. ff. de inofficioſo teſta. facile permittenda hæc ſucceſſio non fuit: quia ſemper ſit aliquod præiudicium domino:

11 Exceptiones aliquot recenſentur: Vna, ſi parentes vt ſuccederent in inueſtitura ſit expreſſum: quæ exceptio nominatim probatur in capitibus extraordinariis, quæ dubiæ auctoritatis eſſe dixi ſupra in quarta exceptione, qua fœmina poteſt ſuccedere. Ratio tamen ſuadet, etſi iure de hoc cautum nihil ſit, valere pactum. Nam extraneus omnino per pactum admittitur ad feudum, cur non & pater? lib. 2. tit. 48. Alia exceptio, ſi filius inueſtitus ſit propter benemerita patris: tunc receptum eſt, mortuo filio patrem ſuccedere. Argumentum adducitur ex iure Romano, nihil referre an mihi quid datum ſit, an alteri mei contemplatione. l. dotem quam. ff. de collatione bonorum. Plures exceptiones in aliorum commentariis vide.

12 Deficientibus liberis ſuccedunt collaterales, ſed agnati tantum non cognati. Cum enim fœmina non admittatur in ſucceſſionem feudi, multo minus hi, qui ex ſexu fœmineo

deſcendunt.lib.2.tit.11.frater igitur fratri in beneficio paterno ſuccedit,non in nouo.lib.1.tit.8.in fine. Etiamſi ſimul in id inueſtiti ſint fratres.lib.1.tit.14.§. ſi duo. Vel ſimul habitántes communiterque viuentes, vnus eorum feudum acquiſierit.lib. 2.tit.12. Sed vaſallo mortuo beneficium ad dominum reuertitur. Excipitur,ſi ſimpliciter de fratris ſucceſſione actum ſit in inueſtitura. d. tit. alias ſi ignorāte domino emptum ſit feudum ab vno, ex communibus bonis,non admittitur alter.lib.2. tit.12.§. quod ſi,& ibi gloſſa.ſin vero de communibus bonis vnus fratrum emat domino ſciente, tūc hoc mortuo alter fratrum ſuccedet.lib.1.tit. 20. Item ſi contra hoſtes acquiſierint,dicendum eſt alterum alteri ſuccedere.Alias exceptiones vide apud DD.

12 Quæritur an vterinus hoc iure Longobardico in feudo ſuccedat?diximus iure Romano eum ſuccedere:ſed diximus contra lib.2.tit.11. Non eſſe ſucceſſionem niſi per agnationem. Vterinus mihi agnatus non eſt:quia non habemus eundem patrem, ideoque tantum germanus frater, qui ex vtroque parente mihi coniunguntur, & conſanguineus, qui ex eodem patre eſt,ſuccedunt. Sequitur,an Germanus excludat conſanguineum : iure ciuili diximus eum præferri conſanguineis & vterinis. Authent. de hæred. quæ ab inteſt. quod duplex in eo ratio ſit,cur ſuccedat. Sed Baldus & omnes feudiſtæ.l.2.C.de legit. hæred. dicunt conſanguineum non excludi per Germanum:quia etſi duæ qualitates concurrant in Germano,videlicet agnationis & cognationis : tamen qualitatis alterius ratio non habetur in feudis:cum coniunctio per fœminas hic non ſpectetur. Quod ſingulare rurſum in feudis eſt,diligenterque notandum. Quod ſi fratrum filii ſimul concurrant, cum patruo admittentur ad ſucceſſionem in ſtirpes : vt fieri diximus in allodio iure Romano, nec obierit,quod remotiore gradu ſint : quam patruus. lib. 2. tit. 11.§. his vero.

14 De filiis duorum fratrum quæritur. ſequenda eſt regula ſupradicta lib.2.tit.1.vbi deficiunt mores recurritur ad ius Romanum.Diximus in pari gradu ſucceſſionem fieri non in ſtirpes,ſed in capita.authen.de hæred. quæ ab inteſtato.36.l. 2.C.de legit.hæred.quamuis fratrum filii debeant aſcendenti ſuccedere in ſtirpes, non vero patruo. Si deficiant fratrum filii,vocantur proximiores agnati. lib. 2. tit. 11. qui remotiores ſunt gradu repelluntur, & quod hic deeſt, ex iure ciuili ſuppleri debet:nec alia hic eſt computatio graduum quam in iure ciuili.

15 Quæſtio eſt difficilis, an ſuccedant in infinitum. Quodam in loco lib. 1. tit. 1. hoc quoque limitatur vſque ad quartum graduum:alibi,lib.1.tit.8.§.1.refert opinionem quorundam,qui putauerunt,vſque ad ſeptimum gradum ſuccedere. Ratio igitur, quam ſupra de ſucceſſione feudorum diximus, hoc tempore repetenda eſt.Primum obtinuit,vt ad quartum gradum ſuccederetur in feudo:deinde vſq; ad ſeptimum:poſtremo vſque in infinitum.tit.31.tit.50.lib.2.Alii alias diſtinctiones comminiſcuntur, quas diſce ex eorum Commentariis. At inter omnes conuenit,in Regiis feudis ſucceſſiones fieri vſque in infinitum,quod hoc ſit receptum in ſummis dignitatibus.Baldus lib.1.c.1. vult dominum Borboniæ ſuccedere in regno Franciæ, etiam vſque ad milleſimum gradum.

16 Quęritur de ſucceſſione inter maritum & vxorem,quę iure Romano permittitur deficientibus agnatis. tit. vnde vir & vxor. Sed in feudis nulla eſt talis ſucceſſio. libr. 2. tit. 13. excepto niſi ſpecialiter inueſtitus ſit maritus. lib. 1. tit. 15. Cuius exemplum ſupra retulimus de Comitatu Katzenellenbogen. Landtgrauius duxit filium eius Comitis, & inueſtitus fuit à domino : ſocero adhuc viuo. Hic propter vxorem ei acquiſita fuit ſucceſſio per ſpecialem inueſtituram: ita vt Comitatus iſte peruenerit in familiam Landtgrauiorum. Quare cum dominus quem vult inueſtire,omnino illi permittendum.

17 Hæc de ſucceſſionibus ab inteſtato : de ſucceſſione teſtamenti inſignis locus eſt, lib. 1.tit. 8. quo docemur nihil in teſtamento ordinare ac diſponere poſſe teſtatorem in præiudicium agnatorum,& domini.Vnde vulgo dici aſſoler,non poſſe patrem feudum inter filios diuidere, vt vni maiorem partem attribuat,quam alteri. Sed hic locus plenius explicabitur,vbi attigerimus locum de alienatione feudi.

CAP. XII.

De iure, quod habet vaſallus in feudo.

1 *Contractu negotioque cui proprium ac peculiare feudi nomen eſt, vtrinque perfecto & abſoluto:quid iuris & poteſtatis beneficiarius in re data & apprehenſa conſequatur. Ardizon Sum. in vſus feudorum cap. 48. Zaſius parte 6. Epitom. in vſus feud. num.34.Hannetonius lib.1.iuris feud. cap. 7.*

2 *An beneficiarius rem immobilem, cuius ratione dominio affectus eſt & obnoxius alienare poßit, vt neque ingratus,neque iniurioſus in eum eſſe videatur. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 98. Curtius part. 4. tractat. feud. 41. cauſſa, ex qua feudum amittitur.Zaſius part. 9. Epitom. in vſus feud, num. 1.3.13. & 14.Hannetonius lib.1.iuris feud.c.vlt. & lib.3.c.4.*

3 *In quibus beneficiorum generibus alienatio ſolius domini aſſenſione facta, ſubſiſtat:& in quibus non tātum domini,ſed agnatorum quoq; aſſenſu & iudicio hanc approbari neceſſe eſt, vt rata ſit ac firma. Ardizon Sum. in vſus feudorum cap. 103. & 106. Curtius part.4.tract.feud. 41.cauſa,ex qua feudum amittitur, regula 2. Hanneto.lib. 3.iuris feud. cap.6.*

4 *Appellatio agnatorum in hac alienationis doctrina, an proximos agnatos duntaxat,an vero & quoslibet alios,qui vltra hos ſunt,amplectatur.*

5 *Quid in iis filiis,ad quos nouum beneficium remotis agnatis inteſtatæ ſucceſſionis iure deuoluetur : an horum conſenſus approbatioq; ad alienandum requiratur.*

6 *Alienatum quomodo hic accipiatur:an κυρίως & proprie, vt illud tantum ſignificet,quod in dominio noſtro non manet. Vlpianus l.alienatum ff.de verb.ſign.an vero improprie & ἀκύρως vt quācunque iuris diminutionem voluntate noſtra factam declarat. Paulus l.alienationis.ff. eodem tit. Ardizon Sum. in vſus feudorum,cap. 99.*

7 *Species quædam alienationis impropriæ: atq; vndecim formæ quibus non dominium & proprietas, ſed nonnihil iuris,quod eſt præter directum dominum,ad alium tranſit. Ac primum de pignore quæritur num in beneficiis non accedente domini voluntate,conſtitui poßit. Ardizon Sum. in vſus feud.cap.116.Curtius part.4.tract.feud.q.6.primæ regulæ alienationis. Zaſius part.9. Epitom.in vſus feud.num.6.& 18. Hanneton. lib. 2. iuris feud. c.vlt.& lib. 3.cap.5.*

8 *Altera ſpecies alienationis minus propria, emphyteuſin & locationem fundi certis penſionibus,iuſq; perpetuus factum continet: an hæc ipſa in beneficiis ignorante domino permittatur. Ardizon Sum.in vſus feud.cap.119 Curtius part.4.tract.feud. 41.cauſa. ex qua feudum amittitur:quæſt.2.primæ regulæ alienationis.Libellarius vero contractus quid ſit,atq; vnde nomen habeat, erudite ſcienterq; Connanus lib. 7. Comment.iuris ciuilis. c.12.ſub finem.*

9 *Tertia ſpecies eſt, in dotem datio: An beneficiarius fundus poßit dotalis fieri:& ſine conſenſu domini in filiam nubentē transferri: vt eo facilius matrimonii onera ferat gener. Ardizon Sum. in vſus feudorum,cap. 130.Curtius part.4. tractatus feud. 41. cauſ. ex qua feudum amittitur. q. 4.primæ regulæ alienationis. Zaſius part.9. Epitom. in vſus feudorum, num.7.& 8.Hannetonius lib. 3.iuris feud.cap. 5.*

10 *Quarta alienationis ſpecies, tranſactionem complectitur: num vaſallus controuerſiam de beneficio motam cœptamque litem cum aduerſario, ſine domini ſui venia tranſigendo, decidat.Curt.part.4.tractat.feud.cauſ.41. ex qua feudum amittitur.quæſt.7.primæ regulæ alienationis.Zaſius part.6. Epitom. in vſus feud.num.45 & part.. 9.num. 18. Hanneton.lib.3.iuris feud.cap.6.*

11 *Quinta ſpecies eſt compromiſſum, & arbitrii conceßio. An liceat beneficiario ſine domini ſui conſenſu litem arbitrorum iudicio committere vt hi feudalem controuerſiam cognoſcant, eamque ſua ſententia decidant. Curt. ibidem. quæſt. 8. & 9. Zaſius part. 8.Epitom.nu.46.& part.9.num.20.Hannetonius ibidem.*

12 *Sexta ſpecies alienationis.poſſet ne prædialis ſeruitus nō aſſentiente domino iure conſtitui : & conuentione pactoq; beneficiario fundo recte per vaſallum imponi. Ardizon Sum.in vſus feud. cap.118.Curt.part.4.tract.feud.cauſa 41.ex qua feudum amittitur. q.14.primæ regulæ alienationis. Zaſius part.6. Epitom.in vſus feud.num.55.Hanneton.lib.3,iuris feud.cap.5.*

13 *Septima*

13 *Septima ſpecies ſubfeudationem continet. Nunquid vaſallus rem beneficiariam alteri alicui, ſine domini ſui approbatione & iudicio, in feudum dare: ſicq́; in eadem illa re ſibi vaſallum conſtituere poſſit: quod ſubfeudare dicitur. Curt. par. 4. Tract feudor. cauſſa 41. ex qua feudũ amittitur. Zaſ. part. 9. Epitom. in vſus feud. num. 15. & 34. Hanneto. lib. 3. iuris feud. c. 8.*

14 *Superior dominus: an vaſallum ſui vaſalli ad obſequia officiaq́; ſuſcipiendum, & præſtandum recte compellat. Curt. part. 4. Tract feu. cauſſa 41. & vltima, ex qua feudum amittitur. Hannet. lib. 3. iuris feu. c. 8.*

15 *Beneficiarius decimas ſine conſenſu & voluntate Prælati in feudum alteri dare, an Longobardorum moribus receptum. Curtius part. 4. Tract. feud. cauſſa vltima, ex qua feudum amittitur. 8. exceptione a prima alienationis regula Zaſius part. 9. Epitom. in vſus feud. num. 16. Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 8.*

16 *Octaua ſpecies alienationis: Vaſallus teſtator num teſtamento ſuo de beneficiis, & bonis feudalibus iuſte quippiam, vtiliterq́; diſponat. Curtius ibidem q. 31. Hannetonius lib. 2 iuris feud. c. 10.*

17 *Nona ſpecies: An parens vni filiorum teſtamento ſuo plus cæteris poſſit ex feudo attribuere & donare. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 126. Hanneto. ibid.*

18 *Decima ſpecies, An beneficiarius beneficio ſuo renuntiare, nolenteq́; domino illud ipſum reddere poſſit: quod vulgo refutare, & in ipſius domini manus reſignare dicitur. Curtius part. 4. Tract. feud. q. 33. prima regulæ alienationis. Hannetonius lib. 1. iuris feud. c. 9. lib. 2. c. 8.*

19 *Vndecima ſpecies alienationis, quæ eſt de partitione feudi inter conſortes Numquid beneficium inter cohæredes, non conſentiente domino, in partes diuidatur. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 132. & c. 133. Curtius part 4. Tract. feud. 41. cauſa ex qua feudum amittitur. n 30. Zaſius part. 9. Epito. in vſus feud. num. 40. 41. & 42. Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 8.*

DOcuimus hactenus, quibus modis feudum acquiratur: longa ſcilicet poſſeſſione, inueſtitura, & ſucceſſione: nunc videndum quid conſtituto iam feudo, vaſallus, quidque dominus hoc contractu acquirat.

1 Vaſallus quaſi dominium conſequitur, quod vt ſupra in explicatione definitionis lib. 2. cap. 23. declarauimus: vtile dominium vulgo appellatur: feudum namque eſt, cum res fruenda datur, ita vt certo modo in vaſallum tranſeat vſusfructus, & quaſi dominium. Non eſt ſimplex vſusfructus, qui finiatur morte, vel ob quem cautio exigatur: ſed hoc ius vtendi fruendi, quaſi dominium eſt: propter quod actio iuris datur quaſi vindicar, inquit lib. 2. titul. 8. qui mos loquendi veteribus quoque iureconſultis vſitatus eſt. l. 1. de ſuperficiebus.

2 Hinc quæritur an vaſallus feudum alienare poſſit? quæſtio ex eo naſcitur, quod plenum ius non habet in re beneficiaria, iuſto dominio penes concedentem manente. Itaque prohibita eſt omnis feudi alienatio, per Lotharium tertium lib. 2. tit. 72. & per Imper. Fredericum. lib. 2. tit. 55. præciſe admodum: Non ſolum ne in futurum alienationes fiant, prohibet: verum alienationes iam factas, vult omnino irritas eſſe: licet alias nunquam, niſi hoc nominatim exprimatur, ad præterita, ſed ad futura tantum leges pertineant. l. leges. C. de legibus. Addit Fredericus, nulla temporis præſcriptione impediente: quia rerum feudalium poſſeſſores nulla ſe poſſunt tueri præſcriptione. lib. 2. titu. 40. §. 1. Derogatur autẽ hac conſtitutione veteri conſuetudini. lib. 1. tit. 13. & lib. 2. tit. 9. & 44. Quia hæ alienationes in iniuriam & damnum domini vergebant, & vtilitatis publicæ. Indulgetur hîc in Gallia vaſallis diſponere de feudo quocunque modo: dum iura dominica ſalua maneant domino.

3 Quod dicimus prohiberi omnino alienationem, intelligi debet, niſi dominus conſentiat alienationem fieri. Addendum etiam eſt, niſi feudum ſit paternum. lib. 2. tit. 39. Nam tunc valet alienatio, etſi domini voluntate fiat: niſi & agnatorum conſenſus accedat. Proximorum igitur agnatorum conſenſus tantum requiritur: quia his obuenturum eſt beneficium, vt auctor dicit, mortuo vaſallo: quibus magna fieret iniuria, ſi per huiuſmodi venditionem excluderentur. Vnde manifeſtum eſt, agnatis ipſis vendi poſſe, ſine conſenſu domini: quia per hanc alienationem ei non fit iniuria. Nam vaſallo mortuo, deuoluitur feudum ad agnatos proximos, non ad ipſum dominum. d. tit. 39. lib. 2. tit. 3. §. ſed etiam. & lib. 2. tit. 49. fidem facere ibi dicitur remittere, cedere, refutare.

4 Dubitatur: an quod dicitur de agnatis, de proximioribus tantum ſit intelligendum, an de quibuſuis? Baldus in vtramque partem diſputat lib. 1. tit. 13. mihi probabilius videtur tantum proximioribus licere vendere, atque etiam remotioribus conſenſu proximiorum. l. ſciente. de reg. iur. Sed in omni negotio neceſſarius eſt eorum conſenſus, quorum intereſt. l. nam ita Diuus Marcus. ff. de adopt. At quando vendo feudũ extraneo, conſenſus tantum proximiorum agnatorum non minorum requiritur: ſed in feudo nouo ſufficit conſenſus domini, vt alienari poſſit: nec eſt neceſſarius agnatorum conſenſus: quia ii non ſuccedunt.

5 Vnde quæritur an filiorum conſenſus, qui remotis agnatis in feudo nouo ſuccedunt, in alienatione ſit neceſſarius? Et verius eſt, ſi ius quæſitum habeant filii in feudo nouo, illorum ſententiam requirendam: vt ſi contemplatione filiorum feudum ſit conceſſum: vel ſi id actum ſit, vt filii ſuccedant in feudum: tum enim nihil poteſt ordinare parens, nec ſtatuere, quod adimat ius quæſitum filiis, arg. lib. 1. tit. 8. in princip. Si quis tamen accipiat feudum pro ſe, & pro hæredibus ſuis, aliud dicendum erit. Quia ibi in feudo non ſuccedunt, niſi tanquam hæredes. lib. 2. tit. 17. & ideo conſentiente domino illis diſplicere alienatio non poteſt. l. cum à matre. C. de rei vindic. Igitur alienatio feudi ſine domini, & quorum intereſt, conſenſu ruit.

6 Alienationis autem verbo continetur omnis actus, quo ius aliquod, ſiue quaſi dominium transfertur. l. 1. C. de fundo dotali. Et cum prohibetur alienatio, ſimplex vẽditio ſine traditione prohiberi non intelligitur: Quia dominia rerum per traditionem, non venditionem transferuntur. §. per traditionem. Inſtit. de rerum diuiſione. Oportet ergo rem traditam eſſe, vt venditio comprehendatur verbo alienationis.

7 De pignore idem dicendum eſt: quia in Frederici conſtitutione id nominatim cautum eſt: non poſſe obligari feudum in præiudicium domini. Hoc tamen receptum eſt, Vaſallum pro pecunia à domino mutuo accepta, poſſe feudum domino pignori dare. cap. 1. de feudis: ſicque percipiat fructus rei ſuæ: & eſt caſus vnicus, quo pignus rei propriæ valet. Nam etſi dominus rei propriæ ſit, tamen eius fructus non habet, neque ius vtendi: quod ipſum facit, vt pignus valeat: & quia verum eſt, nullum præiudicium hac pignoratione adferri. Idem dicendum eſt, ſi vaſallus neceſſitate adactus propter feudum ipſum, ratione domini oppignorauerit feudum, ſecundum Bald. l. 2. C. communia de legat. argu. eſt quod ait Marcellus in l. cum fidei. ff. de fideicom. libert. ſi teſtator fideicommiſerit hæredi, ne alienetur ſeruus: tamen in caſu neceſſitatis alienatio conceditur: quia veriſimile eſt, ait, defunctum nihil ſenſiſſe de huiuſmodi caſu alienationis. Et hanc ſententiã omnes ſequuntur: ne quod domini fauore ſtatutum eſt, in eius odium conuertatur. Deinde nihil prohibet pignorari fructus ipſos, & facultates fructuum percipiendorum: quia nos hoc loco de ipſius feudi alienatione loquimur.

8 Ex his, quæ iam diximus, videtur datio in emphyteuſin prohibita eſſe, quamuis de hoc controuerſia ſit: quia alienatio prohibetur: In emphyteuſin vero dare, eſt alienare. libro 2. titul. 9. §. donare. §. alienatio. auth. 36. de non alienand. & permutan. Ergo conceſſio in emphyteuſin prohibetur. Nam quod Longobardi libellarem contractum, nos emphyteuticum vocamus. Ius libellarium iis eſt, cum perpetuo res datur fruenda pro penſione annua. libro. 1. tit. 5. quod conuenit cũ iure emphyteutico: ſecus ſit, ſi quis vno nummo conduxerit. l. ſi quis conduxerit. ff. locati.

9 Idem de dotis donatione dicendum. lib. 2. tit. 9. quæ licet aliàs ſit fauorabilis: tamen ante cõſtitutionem Frederici, nullius Curiæ conſuetudine poterat res feudalis in dotem dari. Quæ conſuetudo non inuenitur mutata iure feudorum. Poteſt tamen feudum dari fruendum, quandiu durat matrimonium, ita vt finito matrimonio reuertatur ad eum, cuius eſt ſucceſſio. cap. nuper. de donat. inter vir. & vxo. Quod exemplis hoc ex tractatu deſumptis approbatum videtur lib. 2. tit. 17. Vbi in dotem dediſſe intelligere debemus, id eſt permiſiſſe marito capere fructus, retento ſemper iure dominii.

10 Quæſitum eſt de tranſactione, an vaſallus litem habens de feudo, poſſit tranſigere? Permiſſam eſſe tranſactionem aperte probari poteſt, lib. 2. titul. 26. §. ſi vaſallus, & tit. 43. modo bna fide fiat, abſque colluſione.

11 Sed & compromittere poterit: licet id plerique negent. Quoniam ſub iudice, vel arbitro litem de feudo motam finiendam iubet. lib. 2. tit. 34. in princ. & titul. 46. Et ne quis putet de alio arbitro hoc accipiendum eſſe, addit, vtriuſque conſenſu electum, lib. 2. tit. 15.

12 Poteſt quoque ſeruitus imponi feudo. lib. 2. tit. 8. §. quid ergo. Sed hæc impoſitio ſeruitutis non nocebit domino: reſtituto enim feudo, reſoluetur etiam ſeruitus. l. lex vectigalis. ff. de pignor.

13 Quæritur an vaſallus poſſit feudum ſubfeudare. Quæſtio ex eo naſcitur, quod alienatio feudi prohibeatur: & hoc etiam nominatim de ſubfeudatione dictum intelligatur lib. 2. tit. 55. §. callidis. Verum hac conſtitutione feudi alienationem, non ſubfeudationem prohibet Imperator: quæ fit bona fide. §. illud. eod. tit. Si tamen vaſallus accipiat pretium, dicatque illud ſe accipere pro inueſtitura ne videatur venditio, in dolo verſabitur, nec ſubſiſtet quod agitur. Quocirca vt vaſallus alium vaſallum habere poſſit, tria ſunt neceſſaria. lib. 2. titu. 34. §. ſimiliter. & tit. 39. Primum vt fiat ſubfeudatio abſque fraude: Deinde vt fiat homini paris conditionis, & gradus: Tertium, vt iiſdem pactis & conditionibus, quibus accepit feudum, alteri detur: vt ſi feudum ſit maſculinum, non poteſt ita dari, vt ad fœminas tranſeat. Sed cur ſubfeudatio potius, quam emphyteuſis permittitur? quoniam non videtur alienatio. Nam vaſallus poſt ſubfeudationem manet vaſallus: atque alter etiam vaſallus eſt prioris domini: & quamuis vaſalli vaſallus, domini vaſallus proprie non fit: ſicut nec ſocius mei ſocii meus ſocius dici poteſt, l. nam ſocii. ff. pro ſocio. leg. conſilii. ff. de reg. iur. l. Modeſtinus. de verb. ſign. l. ſi quis à libertis. §. ſi quis à libertis. ff. de agnoſc. liber. tamen late accipiendo, quaſi duos vaſallos dominus habet: vt in poſteriorem quoque aliquid iuris habeat. Si enim vaſallus dominum domini ſui offenderit: & admonitus ſe ei ſupplicem non præbeat, feudo priuatur. Et ſi vaſallus dominus requiſitus à ſuo domino, inquirat ſuum inferiorem vaſallum, vt domino maiori ſatisfaciat, neglexerit eius mandatum: ſuo quoque feudo ſpolietur. §. illud. d. tit. 55.

14 De dubitatione, quam hic feudiſtæ mouent, nihil certi iuris eſt conſtitutum: An vaſallum vaſalli cogere poſſit dominus ad ſeruitium? ſed mediate poſſe pluſquam manifeſtum eſt: id eſt, primus vaſallus poteſt cogi à domino, vt ipſe cogat ſecundum ad præſtanda officia. Notandum eſt, vaſalli poſterioris ius durare ſæpe, & ſi primi vaſalli ius finitum ſit: quamuis alii ſecus exiſtiment: Quia vaſallus meus ſi alicui etiam in feudum det: & feudum poſtea ad me reuertatur: poſterior tantum vaſallus ita demum amittit feudum, ſi nolit mihi ſeruire: ſi ſeruiat, & recognoſcat à me beneficium, non auferetur id ab eo. lib. 2. tit. 9. §. ſi autem. Cui conſuetudini nihil inuenitur derogatum conſtitutione Lotharii & Frederici Imperatorum.

15 Animaduertendum tamen eſt, decimas feudales ſubfeudari non poſſe conſtitutione Pontificia, cap. prohibemus. de decimis: vt plenius ſupra diſſeruimus, cum ageretur de rebus, quæ poſſunt in feudum dari. Dixi autem, ante concilium Lateranenſe poſſeſſas eas fuiſſe plerunque à nobilibus: ita vt de iis diſponere poſſent, veluti de aliis allodiis. Ergo vetare conſtitutio videtur, ne poſtea in laicos transferantur: manentibus illis, quæ ante concilium erant infeudatæ nobilibus. Pontifex enim & Synodus non potuit plenum ius ante concilium Lateranenſe in laicos translatum, ſubuertere: licet hac in re aliter ſentiat Zaſius.

16 An vaſallus de feudo teſtari poſſit quæſitum eſt? Dicendum eſt non poſſe: omnis enim diſpoſitio, quæ fit in teſtamento, ſubmota. tit. 8. lib. 1. lib. 2. tit. 9. §. donare: Quia graue eſt præiudicium domini, ſi forſitan in Eccleſiam transferat. Eccleſia enim non moritur: vaſallus vero moritur. lib. 1. tit. 13. §. inde poteſt. Vnde moribus noſtris eſt receptum, ſi quis alienet Eccleſiæ feudum: cogatur Eccleſia hominem viuentem dare, cuius morte aperitur feudum: Et dantur iura dominica, quæ aliàs nunquam darentur domino. l. an vſusfructus. de vſufructu. ff.

17 Quæſtio perdifficilis eſt, an pater vni ex filiis prælegare ex feudo poſſit teſtamento: vt vnus duas partes habeat, alter tres? Scio varias eſſe conſuetudines multis in locis. Sed vbi nulla eſt conſuetudo, tum mihi probabilior videtur opinio, patrem vni ex filiis maiorem partem aſſignare non poſſe. lib. 1. tit. 8. Sub hoc tamen temperamento, niſi feudum ſit hæreditarium: vbi nullus eſt filiorum reſpectus, niſi quatenus ſunt hæredes, quo pater vni filiorum plus cæteris poteſt ex feudo attribuere. Qui contrariam opinionem tuentur, dicunt illa verba, Nulla ordinatione, d. tit. 8. de extraneo accipienda: vt ſi pater velit auferre filiis, & dare extraneo, hoc ei non licere: ſed ſi plures habeat filios, vni maiorem partem aſſignare poſſe. Argumentum ducunt ex iure Romano, l. fœminæ. C. de ſecun. nupt. Lucra nuptialia dantur filiis, & tamen mater poteſt vni filiorum ea donare, legare, quemcunque elegerit. Item pater vni ex filiis poteſt libertum aſſignare, & ius patronatus in eum transferre. l. 1. de aſſignand. liber. l. vnum ex familia. in princ. de legat. lib. 2. cum tamen ius patronatus omnibus debeatur vt filiis, non tanquam hæredibus. l. vt iuriſiurandi. §. ſi liberi. de oper. libert. Sed quod aiunt verba illa referri ad extraneum, falſum eſt: quia de filiis loquens dicit, patrem non poſſe ordinare, vt filii inæqualiter ſuccedant. Et quod ad argumenta obiecta pertinet, valerent quidem iure hoc deficiente: etſi nihil definitum eſſet iure beneficiario. lib. 2. titul. 1. Quare cum hic aliud expreſſum inueniatur, non eſt ab eo recedendum.

18 Sequens quæſtio eſt, an refutari poſſit feudum ſine conſenſu domini. Si vaſallus domino, vel agnatis proximis velit feudum cedere, videtur non poſſe: Quia inter dominum & vaſallum naſcitur vltro citroque obligatio: vnde contractus appellatur. l. Labeo. ff. de verb. ſign. qui ſine vtriuſque conſenſu ſolui non poſſit. Illis non obſtantibus, concluditur eum refutare poſſe. lib. 2. tit. 30. in fin. Nam obligatus fuerat domino propter rem magis, quam perſonam, vt dixi ſupra, arg. l. cum fructuarius. de vſufruct. Ergo ceſſat obligatio deſinendo rem poſſidere, non minus ac in fructuario. Sed tamen offendere non debet dominum: hoc eſt, non poterit aduerſus eum militare: etiamſi non cogatur ei ſeruitium præſtare. Hinc dixi, ſi quis refutaret feudum antiquum, proximis agnatis cedendo, abſque conſenſu domini ceſſionem valere. lib. 1. tit. 3. & lib. 2. tit. 29. Quia renouatio verius feudi, quam alienatio cenſetur.

12 Quæritur præterea, an diuidi feudum inter conſortes poſſit? Diuiſio autem quædam eſt alienatio, & ſpecies alienationis. l. 1. C. communia vtriuſq; iudicii. Notandum ergo ex conſtitutione Frederici. lib. 2. tit. 55. §. præterea. Primum, feuda magnarum dignitatum, non recipere diuiſionem: vt ſunt Marchia, Comitatus: ſed hæredes omnes conſortes cõmunem Ducatum habent, & in ea communione coguntur manere contra rationem iuris Romani. l. ſi non ſortem. §. ſi centum. ff. de condict. indeb. quo nemo cogitur, vt in communione maneat. Communio enim multas diſcordias ſolet excitare. l. cum pater. §. dulciſſimis. de legat. 2. Hic ergo propter vtilitatem publicam, & obſequium, quod debetur Principi, conſtitutum eſt hæc feuda conſenſu conſortium diuidi non poſſe. arg. l. ius publicum. ff. de pactis. Secundũ quod dicit, Aliud feudum ſi conſortes voluerint diuidatur: quibus verbis indicat ſuperiora feuda conſortibus etiam volentibus non diuidi. Excipiuntur dignitates quædam recipientes diuiſionem. Si videlicet præſcriptio allegetur temporis memoriam hominum excedens: quia ſemper ſolita ſunt feuda diuidi, hac quoq; præſcriptione manebunt diuidua. c. ſupra quibuſdam. §. præterea. de verbo. ſignifi. l. hoc iure. §. ductus. ff. de aqua quotid. Idem dicendum eſt, ſi ſit contraria conſuetudo. libro 2. titul. 1. Item ſi princeps dominusve permittat diuiſionem fieri horum feudorum, rata erit diuiſio. Quod enim ait, *De cætero non fieri diuiſionem*, hoc referendum eſt ad initium conſtitutionis: vbi vetat alienationem ſine conſenſu domini. Subiicit deinceps de diuiſione, quæ ſpeciem habet alienationis. Igitur erit intelligendum idem, vt ſine permiſſu domini non valeat: permittente domino, valeat. Mihi quoque probabile videtur, requiri in feudo paterno diuidendo agnatorum proximiorum conſenſum: vt diximus in alienatione non tantum dominorum voluntatem: ſed & proximorum agnatorum in feudo paterno conſiderari: quod ad hanc diuiſionem eſt pro-

eſt producendum. Animaduertendum ſane eſt etiamſi hæ dignitates, niſi ex dictis cauſis diuidi nequeant; tamen vſus & adminiſtratio poteſt diuidi, quia hoc nõ eſt feudum diuidere. Sic diuiditur tutelæ adminiſtratio, quamuis tutela non diuidatur. l. 3. §. inter tutores. ff. de adminiſtr. tuto. ſic diuiditur vſus ſeruitutis. l. cum cõſtet. de aqua quotid. quæ alioqui eſt indiuidua. l. ſtipulationes nõ diuiduntur. de verborum obligat. Idem igitur hic erit reſpondendum, ne abſurdum & inconueniens ex hac conſtitutione ſequatur. Nã plures conſortes ad feudi ſucceſſionem concurrentes, ſe inuicem impedirẽt: & ſicut in vſufructu, l. quoties. de vſufructu: conuenire ſolẽt vt prior vno anno fruatur, altero ſecundus: ita & in feudo cõſentire debent vt alternis vicibus vtantur, ne ſe mutuo impediant, & ſi res ad nihilum reducatur; quod prouidere boni iudicis eſt. leg. æquiſſimum. de vſufructu. Poteſt etiam adminiſtratio diuidi cõmuni diuidundo iudicio l. communi. §. ſed etſi de vſufruct. ff. comuni diuidun. Vt vni ex vaſallis locetur fundus, vel tertio cuipiam pro certa annua penſione, quã deinde æquis portionib. conſortes diuidant. Sequitur deinde in conſtitutione Frederici, §. præterea. tit. 55. Cętera beneficia, pręter Ducatum, Comitatum, Marchiam diuidi poſſe: quanquã enim ſit alienatio, tamen quia durum videbatur cogi conſortes manere in communione: niſi euidenti vtilitate ſuadente, (vt in maximis illis dignitatib. relaxatũ iis eſt parum de illo iure) Quidam putant ita demũ diuiſionem concedi, ſi omnes conſortes conſenſerint. Quæ ſi vera eſt interpretatio, ius ſingulare hic eſt. Nam vno etiam conſortium ad diuiſionem prouocante, res diuiditur. l. & ſi omnes. ff. communi diuidun. Sed horum ſententia mihi nõ probatur, argum. l. in ambigua. de leg. Qui eam ſequuntur interpretationẽ, *Si conſortes voluerint*, id eſt, ſi omnes conſenſerint, infinitum vniuerſali æquipollere dicentes, inducunt hac voce infinitum aliquod contra tenorem rationis, & mouet me regula ſæpe tradita lib. 2. tit. 1. ſequi nos Romanum ius, veluti commune: vbi certum non eſt ius beneficiarium. Melius ergo puto, ſi huius cõſtitutionis verba ſecundum ius commune interpretemur.

De iure dominii. CAP. XIII.

1 *Beneficiarius ad quid domino ſuo, beneficii accepti nomine viciſſim obligetur, & num fidem & obſequium iureiurando eidem adſtringat: Ardizon ſum. in vſus feudorum, c. 142. Curtius part. 2. Tract. feudo. Zaſius par. 7. Epit. in vſus feudorum. Hannetonius lib. 1. iuris feud. c. 9.*

2 *Quinam obſequium ſuum & fidelitatẽ iureiurando firment: & ſi plures ſint ſucceſſores hæredeſq; beneficiarii, nunquid omnes ad hoc ipſum teneantur. Ardizon ibid. Hannetonius lib. 2. iuris feu. c. 2.*

3 *Qui promiſcue & communiter beneficium aliquod poſſident inter ſe, vt verbi cauſa, vnius reipub. ciues vt ſacris initiati vnius Eccleſiæ, an ſinguli ſeparatim, an vero vnus omnium nomine iuſiurandum fidelitatis iuret. Ardizon & Hannetonius ibidem.*

4 *Quibus hoc fidei & obſequii iuramentum præſtetur; an omnibus ſingulisq; ſeorſim ſucceſſoribus ſi plures ſint hæredes domini: & quid de vaſallo reipublicæ alicuius ciuitatis. Iacob. Ardizon ibidem. Zaſius part. 7. Epitom. in vſus feudo. n. 12. & n. 53. Hanneto. lib. 3. iuris feudor. c. 2.*

5 *Religioſa fidelitatis & obſequii affirmatio, quantam habeat, & quam late patentem efficientiam. Gulielmus Hannetonius lib. 1. iuris feud. c. 11.*

6 *Iuramenti fidelitatis duo genera, quorum alterum ligium, non ligium vero alterum a Longobardis appellatũ fortaſſe parum Latine. Hannetonius lib. 1. iuris feudorum c. 9.*

7 *Mutua eſt & reciproca inter dominum vaſallumq; obligatio, & quemadmodum vaſallus domino; ita viciſſim dominus vaſallo affectus & obnoxius eſt. Ardizon ſum. in vſus feu. c. 142. Hannetonius lib. 1. iuris feudo. c. 11.*

8 *Quid de iure iurando & obſeruantia, an hæc ipſa vices ſuas inter vtrunq; commutent; ita vt non minus domino erga beneficiarium, quam beneficiario erga dominum iuriſiurandi & obſeruantiæ onus imponatur, Ardizon ibidẽ, Zazius part. 7. Epitom. in vſus feudo. nume. 57. Hannetonius ibidem.*

9 *An feudorum morib. requiratur laudemiarum præſtatio? Laudemias intelligit honoraria, quæ dominis pro renouatione, vtiliq; dominii confirmatione à beneficiario tribuuntur, fortaſſe à laudando appellata; laudare enim veterib. idem valet, quod nominare, vt ſcribit Gellius libro 2. Noct. Att. c. 6.*

1 HActenus de iure vaſalli, quod ex beneficio acquiri diximus: quod quia non omnino eſt gratuitum: ideo fidem & obſequium domino, quaſi remunerationis loco præſtare debet, facto eo nomine ſolenni iuramento, quod fidelitas nominatur lib. 2. tit. 4. & ſeq. Noſtri vocant homagium, id eſt, ſanctum iuſiurandum, quaſi à Græco verbo ὄμνυμι deſcendat. Ego puto non à Græco verbo, ſed quia vulgo ſubiectos, id eſt, ſubditos, homines appellant: inde potius deductum homagium. Nec tantum à vaſallo hoc iuſiurandum exigitur lib. 2. titul. 5. verum etiam à domeſticis vaſalli: veluti cõſiliariis, & iis, qui ſub vaſalli iuriſdictione ſunt, & territorio etiamſi nulllum feudum habeant. Sed forma huius iuriſiurãdi differt ab ea, quæ à vaſallo exigitur: & iurant tantum ſe fideles fore: non aſtringentes ſe ad ſeruitia. Addenda eſt exceptio, niſi pacto hæc fidelitas ſit remiſſa. Sunt enim feuda tali pacto acquiſita in principio, vt ſine iureiurando habeantur. lib. 2. tit. 3. in fi. lib. 2. tit. 34. §. 1. quæ pactiones ſunt ſeruandæ. fides enim neceſſaria eſt ad ſubſtantiam feudi: ſed nõ iuſiurandum.

2 Quæſitum eſt: ſi plures ſint hæredes vaſalli, an omnes debeant iurare? Reſpondet, omnes ad hoc homagium teneri. lib. 2. tit. 26. §. omnes. Si vero ex diuiſione feudum ad vnũ perueniat, is tantum iurabit; ſi ad plures, vnum iurare nõ ſufficit, ſed coguntur omnes. Hinc notandum eſt, non cogi dominum, ſingulos volentes iurare fidelitatem, recipere: quãuis ſit controuerſa quæſtio, vtrum omnes, an ſinguli admitti debeant. Mihi videntur omnes ſimul admittendi, ſi velint, ad iuſiurandum.

3 Solet quæri de ciuitate, Eccleſia, vniuerſitate, corpore, quod feudum habet: an ſinguli ciues debeant iurare fidelitatem? Ciuitas, Collegium, vna intelligitur perſona. l. mortuo. de fideiuſſo. l. in tantum. §. vniuerſitatis. de rerum diuiſ. Sed quia ſinguli non ſunt vaſalli, ideo vnus qui accipit totius nomine ciuitatis, fidelitatem iurabit.

4 Quęſitum etiam eſt an omnibus ſucceſſoribus iurandũ ſit, ſi plures ſint hæredes domini, vide gloſſ. lib. 2. tit. 36. in qua hæc diligenter explicantur. De vaſallo reipublicę certum eſt non omnibus iurari, quia ſinguli domini non ſunt; ſed iurandum eſt reipublicæ, vel Eccleſiæ, id eſt, adminiſtratorib. reipub. vel Eccleſiæ, argum. l. ſed & ſi hac lege. §. qui manumittitur. de in ius vocan.

5 Hæc fidelitas latiſſime patet, vt latius nos tractabimus poſtea: & aſtringit vaſallum ad omnia, quæ continentur his formulis, quæue ex illis conſequi poſſunt: quamuis ob certas cauſas tamen priuetur feudo.

6 Verum notandum, quod eſt ad finem formulæ, de imperatore vel Rege: ſic iurant omnes, qui non ſunt homines ligii vt ſupra diximus. clem. paſtoralis, de ſent. & re iudic. Nã ſemper in iuramentis excipitur princeps. Et ſi vaſallus etiam dominum habeat antiquiorem; cogi non poteſt, vt ſine exceptione ſimpliciter iuramentum præſtet, niſi antiquior dominus tacite excipiatur. lib. 2. titul. 28. in fine. hinc quæſtio naſcitur lib. 2. tit. 52. cõſtit. ſatis bene. Quidam miles duo feuda à duobus dominis acquiſiuit; antiquiori domino iurauit fidelitatem, nemine excepto: alteri iurauit excepto antiquiore domino, deceſſit duobus relictis filiis qui diuidentes beneficia paterna vnius cui antiquum feudum obuenit, iurauit nemine excepto: alter ſimiliter, quia non habuit alium dominum, quẽ exciperet: poſterior frater deceſſit ſine liberis, & ſic poſterius feudum ad fratrem antiquum feudum poſſidentem quoque peruenit, dominus autem poſterioris feudi poſtulat, vt iuret nullo excepto, ſicut defunctus frater iurauerat. Ait in tertiã generationem licet iuratum ſit nemine excepto: etſi mortuus frater & omnes deſcendentes ita iurauerint: tamen recurrendũ eſſe ad primam iuriſiurandi formã, & originem feudi ſemper inſpiciendam, vſq; in infinitũ. Si autẽ cogeretur iurare ſimpliciter, nullo excepto: alterum feudum, quod à domino antiquiore habet, amitteret: quia eo non excepto alteri iuraſſet.

7 Sed notandum eſt, hanc obligationem reciprocam eſſe: & vice verſa dominum quoque obligari vaſallo: vt vulgari

axiomate fertur. lib. 2. titul. 6. in fin. & lib. 2. tit. 74. & quo ad hanc neceſſitatem, nihil differunt à patronis, & clientibus veteribus, quemadmodum dixi ſupra. Dionyſius Halicarnaſſæus lib. 2. Nam vaſallus offendens dominum priuatur feudo: ſic quoque iiſdem de cauſis dominus proprietate feudi. Hinc dicitur feudum non poſſe vendere dominum ſine voluntate clientis. lib. 2. tit. 34. §. ex eadem. Ait Mediolani non obtinere, ſed conſtitutio Frederici illud tamen plane confirmat. lib. 2. tit. 55. §. præterea. Sicut intereſt domini vaſallum non mutari abſq; eius conſilio, ſic & vaſalli intereſt ne domin⁹ mutetur ſine ſuo conſenſu. l. ſenatus. ff. de fideicom. libert.

8 Et licet vaſallo omnia debeat, vt diximus: tamen iuſiurãdum è diuerſo ei præſtare non cogitur: quia hoc iure non reperitur expreſſum: ergo ſecundum ius ciuile definiemus, domino iuſiurandum remitti debere. l. quæ bona. §. ſi alieno. de dã. infect. l. iuſiurandũ. §. qui iuſiurandũ. ff. de iureiur. l. de die. §. iubetur. qui ſatiſd. cog. Præterea nec reuerentiam debet vaſallo. Hæc de iure, quo tenetur tam vaſallus domino quam dominus vaſallo: conſuetudo tamen cuiuſque loci ſequenda eſt.

9 Omiſi de laudemiis, quæ moribus noſtris penduntur dominis, an iure beneficiorum præſtentur? Dicendum eſt non dari hoc iure, quia nihil debet amplius, quam ad quod tenetur iureiurando: ſed laudemiæ dantur ex iure emphyteutico, ex quo in noſtros mores videtur perductum eſſe, vt præſtentur in feudis.

De amiſsione feudi. Cap. XIIII.

1 *Efficientibus feudi cauſis quas Græci ποιητικὰς vocant, expoſitis: beneficii amittendi rationes opportune ſubiungit: φθαρτικαὶ ab iiſdem nominata. Vnus tãtum generalis modus eſt, quo feudũ commiſſum amittitur: ſi cliens ἀχαριστίας crimen ſubeat: atq; inſigniter in dominum ingratus ſit. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 55. Curtius part. 4. Tract. feud. in initio, Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 1.*

2 *Paradigmata, ſiue ſpecies numero ad duodecim criminũ ἀχαριστίας, quæq; animum accepti à domino beneficii immemorem declarant. Prima eſt ſi renouatio inueſtitionis alterutro mortuo, differatur vltra tempus feudorum moribus, & legibus definitum. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 72. Curtius par. 4. tract. feu. 24. cauſ. ex qua feu. amittitur. Zaſius par. 7. Epit. in vſus feu. n. 1. & 4. Hannetonius lib. 3. iuris feu. c. 1.*

3 *Altera ſpecies ingrati animi: ſi contractu inito, vaſallus admonitus conceſſionem feudi, & nouam inueſtituram petere, fidem & obſequium offerre prætermiſerit, hac pœna tenebitur. Ardizon ibi. Curtius parte 4. Tract. feud. 23. cauſa feudi amittendi: Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 1.*

4 *Tertia ſpecies. Si dominum, quem tutari debebat, in bello graui & periculoſo deſertum eſſe patiatur. Ardizon ſum. in vſus feu. c. 55. Curt. part. 4. Tract. feu. 1. cauſa feudi amittendi Hannetonius lib. 3. iuris feu. c. 9.*

5 *Tertium hoc παράδειγμα quæſtionibus aliquot illuſtratur: vna, quid ſi non examinatus, ſed vehemens, periculoſum & mortiferum vulnus acceperit. Curtius ibidem, quæſtio. 8. Hannetonius ibidem.*

6 *Secunda quæſtio: Quid ſi in acie inſtructoq; ad pugnam exercitu, relictus incolumis & ſanus ex periculis euadat, & nihil ex vaſalli abitione incommodi ſentiat? Ardizon ſum. in vſus feu. c. 62. Curt. ibi. q. 10.*

7 *Tertia quæſtio: quid ſi temere & iniurioſe ſuſceptum cum aliquo bellũ habeat? Ardizon ſum. in vſus feud. c. 65. Curtius ibid. q. 2. Zaſius part. 7. Epitom. in vſus feud. n. 28.*

8 *Quarta quæſtio: quid ſi contra parentem vaſalli bellum inferat aut fratrem eius perſequatur, aut filio bellũ faciat. Curt. ibi. q. 4. Zaſius part. 7. Epitom. in vſus feud. n. 29.*

9 *Quinta quæſtio: Se potius quam dominum reſpicere: ac ſaluti & incolumitati ſuæ magis, quam domini conſulere debebit. Curt. ibi. Zaſius par. 7. Epito. in vſus feudo. nu. 34. & 37. Hanneto. lib. 3. iuris feud. c. 9.*

10 *Quarta ſpecies criminis ἀχαριστίας ob quam beneficio & liberalitate indignus cenſetur: Si dominum ſuũ in diſcrimẽ, & vitæ, aut exiſtimationis periculum adduci animaduertens ea de re certiorem non fecerit, ne circumueniatur. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 55. Curt. part. 4. Tract. feud. 26. cauſa ex qua feudum amittitur. Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 9.*

11 *Quinta ſpecies. Si oblitus ſacramenti honeſtatis, aut domini vxorem vitiauerit: aut cum eius filia concubuerit: & quid de luſione petulanti, atque indecora? Ardizon ſum. in vſus feud. c. 82. & 86. Curt. part. 4. Tract. feud. 34. & 5. cauſa priuationis feudi. Hanneto. ib.*

12 *Sexta ſpecies ingrati, beneficiiq; immemoris animi: Si munus ſuum deſerat, prætermittatq; officium erga eum, cuius ſe obſequio deuouit: atq; operas recuſet præſtare domino. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 95. Curt. part. 4. Tract. feu. 28. cauſa feudi amittendi. Zaſius part. 7. Epito. in vſus feud. n. 27. Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 9.*

13 *Septima ſpecies, ſi de crimine aliquo ſponte ſua cliens & nulla neceſſitate impellẽte, domini nomẽ detulerit. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 79. & 81. Curtius part. 4. Tractat. feud. 29. cauſa feudi amittendi. Zaſius part. 7. Epito. in vſus feud. n. 49. Hanneto. ibidem.*

14 *Quæſtiones duæ, ad exempli huius τὴν ἐξήγησιν atq; explicationem accommodatæ: vna. Quid ſi nullam in accuſando calumniam adhibeat: ſed graue crimen & verum obiectet? Curtius ibidem in prima exceptione. Hanneto. d. l. 3. iuris feud. c. 9.*

15 *Altera quæſtio: Quid ſi amplitudinem dignitatemq; imperii læſiſſe dicatur? Curt. ibid. in 2. exceptione.*

16 *Octaua ſpecies ingrati animi, & obliuionis meritorum: ſi inſciente domino & ex ſua tantum voluntate cliens, vera traditione vtile dominium beneficiarii fundi, poſſeſſionẽq; trãſtulerit. Ardizon ſum. in vſus feud. c. 110. & c. 118. Curt. part. 4. Tractat. feud. 41. & vltima cauſa priuationis feu. Zaſius part. 7. Epit. in vſus feud. n. 26. Hanneto. lib. 3. iuris feu. c. 4.*

17 *Tria τὰ ζητήματα quibus hoc παράδειγμα exponitur primum, quid ſi per ignorationem transferat: ac forte neſcius rem eſſe beneficiariam, alteri tradat? Curtius ibid. 23. q. Hanneto. lib. 3. iuris feud. c. 7.*

18 *Alterum ζήτημα: Quid ſi vtile dominum reuera tranſlatum, mox recuperauerit? Ardizon ſum. in vſus feud. c. 110. Curtius part. 4. tracta. feud. q. 13. Zaſius part. 10. Epito. nu. 2.*

19 *Tertium ζήτημα: Quid ſi non omnes feudi partẽ: ſed vnam aut alteram tantum præter voluntatẽ domini transferat: an toto beneficio priuabitur? Ardizon Sum. in vſus feu. c. 118. Zaſius part. 10. Epitom. in vſus feu. nu. 1. Hanneto. lib. 3. iuris feud. c. 4.*

20 *Nona ſpecies, per quã beneficium amittitur: Si filium adducere iuſſus, vt domino in cuius odium offenſionemq; incidit, reconcilietur: & neutrum faciat, neque adducat, neq; à ſe dimittat, tanquam improbum filii ſui factum tacite approbans feudo cadet. Zaſius part. 10. Epito. in vſus feudo. nu. 57. Hannetonius lib. 3. iuris feudo. c. 9. ſub. fi.*

21 *Decima ſpecies contemptionem & deſpicientiam continet: Si ad Curiam domini vocationem pro nihilo ducat. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 76.*

22 *Vndecima, Si fundo beneficiario immoderate & ingrate abutatur: eodem indignus cenſebitur. Ardizon Sum. in vſus feud. c. 55. Curtius part. 4. Tracta. feud. 22. cauſa priuationis Hanneto. lib. 3. iuris feud. c. 10. in princ.*

23 *Duodecima ſpecies, Si dum operas officiaq; dominus exigit, ſciens prudens feudum inficietur, ac poſtea de mendacio cõuictus fuerit. Ardizon Sũ. in vſus feud. c. 94. Curt. part. 4. Tractatus feud. 19. cauſa priuationis. Hannet. lib. 3. iuris feud. c. 9.*

24 *Duplex regula amiſſionis beneficiorũ: vna ſi nominatim propoſitis & conſuetudinis lege expreſſis ἀχαριστίας criminib. aut ſimile & par, aut maius ſubeat, eadem vel maiori iuſtitia ſiue æquitate exigente, beneficio indignus iudicabitur. Curt. part. 4. Tract. feud. 40. cauſa priuationis. Hannet. lib. 3. iur. feu. c. 10.*

25 *Altera regula, Iiſdem de cauſis feudum amittitur, quibus iure ſcripto filius exhæredatur, legitime cõtractæ nuptiæ reſcinduntur, perfectæ donationis irritæ fiunt. Curt. part. 4. Tract. feud. cauſa. 28. priuationis feudi. Hannet. lib. 3. iuris feud. c. 10.*

IN primis amittitur feudum culpa vaſalli. lib. 2. ti. 23. & 24. eaque commiſſa, vel in dominum, vel in alium.

1 In dominum vt cum in dominum vaſallus eſt ingratus. Ingratitudo vero non quælibet hic, ſed inſignis, quæ non videtur

videtur veniam mereri, accipiendā: vt definit Obertus lib. 2. tit. 28. §. ad hoc. Ergo non priuatur vaſallus feudo, quoties aduerſus ſuum iuſiurandum aliquid admittit, niſi enormiter peccet. lib. 2. tit. 24. §. illud. ſed retento beneficio, exiſtimatio eius læditur, & habetur improbus.

2 Huiuſmodi exempla quibus amittitur feudum, nobis aliqua recenſenda ſunt, vt de cæteris, quę definita non ſunt, facilius iudicari poſſit. Primum eſt, ſi inueſtituram non petierit hæres vaſalli, lib. lib. 2. tit. 24. in prin. intra annum ſcilicet & diem, vel ſi vaſallus ab hærede domini ſui mortui inueſtituræ renouationem petere neglexerit. In Gallia, etſi petita non ſit renouatio inueſtituræ, non tamen amittitur feudum: ſed dominus eo fruitur, & fructus percipit, donec ei fidelitas facta ſit. Quare nec Galli, nec Mediolanenſes, vt hic auctor dicit, hoc iure vtuntur. Militibus vero annus, & totus menſis conceditur, ad repetendam inueſtituram. lib. 1. tit. 22.

3 Diximus nunc de inueſtituræ renouatione non petita alterutro mortuo: ſed quid ſi vaſallus nouam inueſtituram ipſe non petat? lib. 2. tit. 24. §. 1. Quidam prædium dans in feudum, promittit ſe vaſallum inueſtiturum: vaſallus ter requiſitus fidelitatem non facit: priuabitur ergo feudo, quod iurare nolit. Neque hic vllum tempus eſt definitum ad nouam inueſtituram petendam. Ignoſcitur autem, & ſuccurritur minori quatuordecim annis, ſi non petierit inueſtituræ renouationem. lib. 2. tit. 55. §. præterea, & lib. 2. tit. 26. §. ſi minori. Præterea & alius quilibet iuſta, & graui tamen de cauſa excuſatur, ſi inueſtituræ renouationem intra annum & diem non petat. lib. 2. tit. 52. §. vlt. Veluti mors interueniens, capitales inimicitiæ, & iuſta abſentia. in prin. tit. 22. lib. 1.

4 Tertium exemplum ingratitudinis: Si dominum periclitantem in acie deſeruerit. lib. 2. tit. 24. §. item qui. Quod Cæſar in Comment. belli Gallici iudicauit ſemper nefas, & viro indigniſſimum.

5 Addendum eſt, ſi reliquerit non mortuum dominum, ſed ad internecionem vulneratum, lib. 1. tit. 5. & 21. ad fi. licuit enim cum nulla ratione dominū mortuum iuuare poſſet, in fugam ſe conuertere.

6 Sed quæritur, domino ſaluo euadente prælium, in quo à vaſallo deſertus fuit, an nihilominus feudum ab eo auferri debeat? Dicendum eum ſpoliandum eſſe: quia non ait, lib. 1. tit. 5. ſi in prælio deſertus à vaſallo dominus perierit, tum feudo eum priuandum: ſed ait, ſi ſaltem dimiſerit.

7 Si appareat bellum eſſe iniuſtum, debet iuuare dominum ad eum defendendum, non ad alium offendendum ſi volet. lib. 2. tit. 28. Quod ſi tamen dominum iniuſtum bellum aliis inferentem, neque ad corporis defenſionem, neque alterius læſionem quod attinet iuuare volet, non ideo, inquit Obertus, amittit feudum.

8 Si vero contra patrem, filium, aut fratrem vaſalli dominus bellum gerat, debebit etiam domino aſſiſtere, dicto tit. 28. in fi. Nec hoc nouum eſt: cum & iure Romano huiuſmodi exempla habeamus. l. minime. de relig. & ſumpt. Sed ſi ſtatutum habeat, paternam pietatem ſe pręferre malle iſti officio, poterit in feudum refutare: alias idem perditurus ſi nō ſeruiat.

9 Quæritur, an teneatur domini vitam ſuæ anteponere? adduci ſolet l. 1. de ſenatuſc. Syllan. Vlpiani locus: in quo ſub pœna capitis ſerui præſtant cuſtodiam dominorum ſuorum. Sed non recte comparantur ſerui cum vaſallis: quia ſunt liberæ conditionis, & conferri ſolent cum libertis: nam alia quoque inter eos eſt ſimilitudo. Hinc vulgo fertur, ſtatuta in ſeruos, ad liberos homines non pertinere, vt ſerui torquentur etiam ſine culpæ ſuſpicione. vt d. S. C. Syllania. & de quæſt. l. exceptio. ad ſenatuſcon. Sylla. liberi non item.

10 Quartum exemplum: Si vaſallus ſciens domino inſidias, aut exitium ſtrui, eum non fecerit certiorem, feudo indignus erit, dicto tit. 28. §. præterea. lib. 2. Et eſt caſus, in quo ob ſolam ſcientiam priuatur quis beneficio, quod ſingulare eſt. Vulgo eſt quæſtio agitata, an conſcii propter ſolam ſcientiam plecti debeant: cum notum ſit conſentientem, & facientem eadē pœna affici. l. non ideo. C. de accuſat. quando videlicet conſtat alterius conſilio perpetratorem vſum fuiſſe l. ſi ſciente. ad l. Pompeiam. de parricid. Debet ergo dominū eius admonere, ꝙ niſi fecerit, ob ſolam illam ſcientiam feudo cadet: multo magis ſi, vt dixi, hoſtiliter aduerſus dominum ſe geſſerit lib. 2. tit. 57. 24. §. porro ſi dominum. lib. 1. tit. 5. §. ſimiliter. In hoc tamen voluntas ſola, & ne conatus quidem puniuntur. lib. 2. tit. 5. §. ſi voluerit. leg. cogitationis. ff. de pen. Vt ſi ex eius propria confeſſione conſtet, habuiſſe eum in animo perpetrare aliquod flagitium contra dominum, nec ad effectum peruenerit, feudum retinebit.

11 Aliud exemplum: Qui vxori vel filiæ domini ſe miſcuit, eius attentata pudicitia, feudum amittit. lib 1. tit. 5. §. 1. ſi cū ea turpiter luſerit, hoc de honore conſeruando eſt intelligendum, ſi in domo domini habitet: ideo adiicit, quia ſi in domo alia habitat ſoror, aut nurus, non perdet feudum; vt alibi etiā. lib. 2. tit. 24. §. rurſus. dicitur in capillo, id eſt, antequam nupta eſt. Hinc quæritur, ſi luſerit vaſallus cum ancillis an feudo priuetur? de qua re apud alios.

12 Sextum exemplum; Si domino ſeruitium non præſtiterit, ad quod tenetur, feudo priuabitur. li. 2. tit. 26. §. licet. & 55. §. firmiter. Et ſi percipiat magnum periculum domino imminere, vltro etiam ſine requiſitione debet ſeruitium offerre, alias vocatus à domino ſuo veniet, & dimidiam partem reditus vnius anni, (vt fit etiam in Gallia) domino ſubminiſtrabit. Quod dixi requirendum eſſe vaſallum à domino, vt ſeruitium præſtet, id intelligendum, ſi ſeruitium certum non ſit, id eſt, certa die præſtandum, loquimur enim hic de ordinaria feudi natura, ſed aliquando de certo ſeruitio in inueſtitura conuenit certa die præſtandum, tumq; ſequimur iuris ciuilis regulam, diem interpellare. l. magnam. C. de contrah. empt.

13. Septimum exemplum feudi amittendi; Si vaſallus detulerit dominum, vel accuſauerit. lib. 2. tit. 24. §. item ſi delator.

14 Quid ſi iuſta ex cauſa ſine calumnia eam accuſauerit? dicendum nihil ominus eum feudo priuari, ſicut & libertus. l. qui cum maior. de bonis liber. Et ſeruus delator etiamſi obiecta probet, puniendus. l. vl. tit. 10. C. de delato. Sunt qui dicunt illam legem de ſeruo tantum intelligendam, nec argumentum recte ad vaſallum inde duci, ſed idem de familiaribus hominibus comperi reſpondendum. l. pen. C. qui accuſ. non poſſunt.

15 Excipitur tamen crimen læſæ Maieſtatis in dictis duab. legib. & Nouel. 115. §. cauſam. Neque etiam licebit vaſallo in criminali pręſertim iudicio contra dominum teſtimonium dicere. lib. 2. tit. 33. §. ſimiliter. vt nec liberto. d. l. qui cum maior. §. ſi libertus. de bon. libert. neque cogi poteſt ad ferēdum teſtimonium.

16 Octauum exemplum; Si vaſallus ſine conſenſu domini feudum alienet; conſtitutione Frederici Imperat. feudo cadet. lib. 2. tit. 55. §. callidis. In Gallia tamen diximus hanc conſtitutionem non obſeruari, ſed vaſallis licitum eſſe libere feuda alienare, modo feudalis laudemia ſecundum curiæ cōſuetudinem dominis perſoluatur.

17 Hinc quæritur, Si vaſallus ignorans feudum vendiderit, num in hanc pœnam incidat? lib. 2. tit. 26. §. ſi vaſallus. Reſpondet, ei non nocere ignorantiam, ſed reſtituendum eſſe vaſallum, & emptori condemnandum ad intereſſe. Porrò ſi quis omnia bona ſua alienauerit, non videtur ea in re feudum comprehendiſſe, quod à domino recognoſcit, niſi id nominatim exprimatur. lib. 2. tit. 26. Nā in generali hac alienatione nō eſt credendū alienaſſe, ꝙ ſpecialiter non fuiſſet alienaturus. l. obligatione generali. de pign. Et quoniam facti eſt quæſtio, addi hic exceptio debet, niſi appareat & feudum vendere eū voluiſſe; quod colligimus ex pretii quantitate, & aliis circumſtantiis; veluti ſi pretium maius ſit, quam reliqua bona præter feudum; hæc prudens iudex facile æſtimabit.

18. Quæritur, Si recuperauerit alienatum feudum vaſallus, vtrum nihilominus ad dominum reuertatur. lib. 2. tit. 44. Si ſine permiſſu domini alienauerit, non poterit recuperatum in priſtinū locum feudi recidere. Nam ſemel ius ꝑ alienationē dominis quæſitum, nō pōt aliqua acquiſitione illis adimi.

19 Alia quæſtio eſt: Si vaſallus non totum feudum, ſed partem alienet, vtrum hac pœna teneatur? Quidam putāt nihilominus amittere: quia conſtitutio Frederici generatim loquitur de quacunq; alienatione prohibita: cuius nomine feuda reuocantur: ideo totum feudum amittit: etſi partē quis tātū vendat. Sed verba conſtitutionis ſunt (cū ait, feudū amitti) ambigua & obſcura, an de parte an de toto ſenſerit. Igitur æquius eſt explicare iſtam ambiguitatē aliis locis lib. 2. titul. 38.

quibus parte alienata, demonſtratur partem feudi tantum domino aperiri.

20 Nonum exemplum quo feudum amitti dicitur: Si filius vaſalli dominum offenderit, & non vaſallus ipſe, deinde monitus à domino adducere filium, vt delicti veniam à domino petat, ſi hoc non fecerit, neque filium à ſe ſeparauerit, feudo ſpoliandus eſt. lib. 2. tit. 55. §. inſuper. Idem faciendum vaſallo, ſi ex domeſticis quis offenderit dominum. d. tit. 55. §. illud. vt ſi vaſallus habeat ſubuaſallum, qui dominũ ſuum offenderit, feudo priuatur: niſi à domino admonitus curet vaſallum poſteriorem domino ſatisfacere.

21 Exemplum decimum: Si vaſallus ſit contumax aduerſus dominum, id eſt, cum vocatus in Curiam domini, ſe ſiſtere non vult lib. 2. tit. 22.

22 Vndecimum: Si abutatur iure feudi, vel iuriſdictione vaſallus. lib. 2. tit. 27. §. quicunque aduocatia. feudum eſt aduocatiæ, quod datur pro aduocatione: ſicut dixi feudum Caſtaldiæ dari pro adminiſtratione rerum domeſticarum. Propterea ſi minima eius culpa arguatur in iuriſdictione (hoc eſt, quod dicit, inornate adminiſtret) iuſta ex cauſa beneficio carebit. Et eſt notandus hic caſus, qui adduci ſolet, vbi de minima vaſalli culpa agitur.

23 Duodecimum exemplum: Si vaſallus exigenti domino ſeruitia, neget ſe eius vaſallum eſſe. lib. 2. tit. 26. §. vaſallus. & tit. 34. §. vlt. quod noſtris moribus eſt vſitatum: Si dicat ſe dubitare, an ſit vaſallus, nihil videtur fraudulenter facere: nec eam ob cauſam debet feudo priuari, ſi fateatur dimidiam partem prædii ſe in feudum tenere, alteram inficietur: ea tãtum pars, quam inficiatus eſt, ab eo auferetur. *Aut ſi feudi conditionem neget*, id eſt, ſi forte feudum ligium eſſe dicat, ligium non ſimplex: & licet hoc modo feudum non neget, tamen non excuſatur. Duo autem neceſſaria ſunt domino, vt ad ſe feudum trahat: primum inficiatio vaſalli, deinde vt eum falſitatis conuincat. Idem obſeruatur in Gallia, de hac inficiatione: de qua multas quæſtiones tractauit Molinæus. §. tertio Conſuetudinum Pariſienſium. Ex his exemplis intelligitis, vaſallum ob magnam ingratitudinem priuari feudo.

24 Sed ſi alia ſit cauſa his, quas expreſſimus, ſimilis aut maior: non minus ei etiam adimetur feudnm. lib. 2. tit. 24. §. ſed quia natura. Quænam vero ſint tales, prudens diligensque iudex ex circumſtantiis negotii facile iudicabit: quamuis & alias hæc facti ſint, non iuris: Quare in vniuerſum definiri (vt ait Obertus lib. 2. titulo 23. §. 1.) non poſſunt. l. mora. de vſur. Exempla autem, quæ recitauimus, poſſunt iudicẽ inſtruere, vt de ſimilibus, in quib. eadẽ eſt ratio, ſimiliter iudicet, ſed cum eius arbitrio & religioni relinquuntur res definiendæ: tũ propenſus eſſe debet magis ad abſolutionem, vt admonet author noſter lib. 2. tit. 28. §. ad hoc. & l. Arrianus. de oblig. & actio. Hinc vulgo notandum in pœnalib. interpretationib. etiam extenſionẽ admitti. l. ſi quis. de pœnis; quod certum eſt.

25. Ad extremum regula vulgo traditur, quæ ſi vera eſt, multa bene complectitur; & ad cognitionem perutilis eſt. Ex quibus cauſis donatio perfecta reuocatur, ex quibus cauſis matrimonium iure contractum ſoluitur, ex quibus cauſis filius recte exhæredatur; ex eiſdem cauſis recte beneficium amittitur. lib. 2. tit. 24. §. prædictis. Cauſæ autem multæ ſunt, ob quas matrimonium diſſoluitur. l. conſenſu. C. de repud. multæ itẽ, ꝓpter quas donatio reuocatur. l. vl. C. de reuoc. donat. Sed mihi videtur authorem aliud ſenſiſſe. Vult enim oſtendere cauſas omiſſionis feudi, quas recenſui, æquitati iuris non tantum naturalis, verum etiam ciuilis reſpondere, eiuſque rei argumentum eſſe, quod filius ex eiſdem cauſis in conſtitutionibus ciuilibus exhæredetur, matrimonium ſoluatur, donatio reuocetur. Inde non ſequitur, ob quaſcunq; cauſas matrimonium ſoluitur, donatio reuocatur, & filius exhæredatur, ex iiſdem feuda amitti; quod annotauit Frãciſchinus Curtius contra aliorum opinionem. Animaduertendum ergo diligenter, in quibus cauſis iuris ciuilis eadem æquitas ac ratio ſit, quæ in iure beneficiario; quo perluſtrato, ſequemur, hoc iure deficiente, ius Romanorũ lib. 2. tit. 1. §. ſtrenuus.

De ingratitudine vaſalli in alium.

Cap. XV.

1 *Exempla duo culpæ non in patronum, à quo beneficium acceperit, ſed in aliũ commiſſæ, cuius pœnã cliens non effugit. Primum eſt, ſi fratrem ſuum beneficiarius, ſpe ſucceſſionis necauerit. Ardizon Summa in vſus feudo. c. 5. 6 Curtius part. 4. tractatus feud. 11. cauſa priuationis feudi. Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 9.*

2 *Secundum exemplum: Si cliens non ſuum, aut domini ſui & patroni cognatum: ſed quemlibet alium hominem per inſidias nefarie crudeliterq; occiderit. ArdiZon Sum. in vſus feudor. c. 57. Curt. part. 4. tract. feud. 17. cauſa priuationis. Zaſius part. 10. Epitom. in vſus feud. nu. 67. Hannetonius ibidem.*

3 *Generalis amittendæ proprietatis regula: Ob quas Clientulus iure ſuo cadit, ob eaſdem cauſas patronus fundi beneficiarii proprietatem, directumq; dominiũ perdere cenſetur. Ardizon Sũ. in vſus feudo. c. 135. Curt. part. 6. Tractatus feud. vbi hac de re tantũ agit. Zaſius part. 7. Epit. in vſus feud. nu. 56. Idẽ Zaſius part. 10, Epito. in vſus feud. n. 80.*

4 *An delicti nomine, & propter ingrati animi vitium ipſo iure feudum amittatur; an vero iudicis decretum accedere, atq; interponi neceſſe ſit; quo aut fiat priuatio, aut quæ iam facta eſt, declaretur. Curt. part. 4. Tract. feud. in tertio canone alienationis. Zaſius part. 10. Epito. in vſus feud. nu. 72. & 73. Hannetonius lib. 3. iuris feud. c. 10.*

5 *Quid vero in ea reuocationis ſpecie, quæ propterea inſtituitur, quod beneficiarius fundus abſq; domini voluntate & conſilio dimiſſus, an ſententiam iudicis interuenire oporteat? Curt. Zaſius & Hanneto. ibid.*

6 *Adminiſtratoris ſiue culpâ, ſiue negligentia nunquid iacturam atq; damnum eccleſiæ afferat ita vt ob eam cauſam beneficium acceptum prorſus amittat, feudoq; in totum priuetur. Hanneto. lib. 3. iuris feu. c. 10.*

Dixi in principio huius partitionis feudum aliquãdo amitti ob culpam vaſalli; aliquando ſine culpa. Propter culpam rurſus dupliciter, vel quæ in ipſum dominum, vel quæ in alium admittitur; de priore membro egimus. Poſterioris exemplum eſt.

1 Si vaſallus fratrem ſuum interfecerit, ſpoliatur feudo. lib. 2. tit. 37. ait propter homicidium ſi videlicet fratrem domini occiderit, feudum non adimi, licet interficiendo fratrem, non leuiter dominum offendat, tamen quia non omnis, qui dominum offendit, feudum amittit, ideo certæ cauſæ ſunt conſuetudine receptæ, ne ob quamuis ex affectione iudicantium offenſionem, feudo priuaretur. Sed quod fratrem ſuũ occidit, non ſimplex parricidium cõmittit. Quia addit: ſi ſpe totius hæreditatis conſequendæ trucidet, feudo indignus erit.

2. Deinde ait: *Si hominem occidat proditorie*: quo facinore, cum nihil ſit abominabilius, præcipue inter nobiles: ita, vt amplius in curia propter ſceleris atrocitatem ſtare non poſſit merito feudo deiicitur. Similiter parricidium in fratrem commiſſum, non fuiſſet tam atrox, ſi calore iracundiæ, non ſpe hæreditatis eum trucidaſſet.

3 Porro eiſdem de cauſis, quas in vaſallum recitauimus, etiam dominus proprietatem amittit lib. 2. tit. 47. ob reciprocam inter dominum & vaſallum obligationem. lib. 2. tit. 6. §. dominus quoque. Huius rei memorabile exemplum eſt de rege Eripto in annalibus Franciæ, qui proprietatem feudi ſententia Pontificis ob interfectum vaſallum perdidit: cum antea feudum eſſet regni Franciæ.

4 Dubitatur in hac quæſtione, vtrũ ipſo iure cadat de feudo vaſallus, poſt admiſſum ſcelus: an ſententia adhuc opus ſit? Dicendum, ad demonſtrandam noxam & feloniam vaſalli cognitionem condemnationemque requiri. Quia is niſi cõuictus fuerit, dominus feudum recipere non poterit lib. 2. tit. 26. §. vaſallus. & lib. 1. tit. 21. & 22. §. ſancimus.

5 Quid ſi dominus propter alienationem ſine ſuo conſenſu, velit feudum reuocare: an ne ſententia erit neceſſaria, an ipſo iure redibit ad dominum? Cum arguitur conſilium & propoſitum, requiritur condemnatio, ſed in alienatione, communi omnium opinione, non eſt expectanda ſententia ſed iure ipſo redit ad dominum. Nam eius conſilium fuit amittere, qui id alienauit: & ſic interpretantur verba conſtitutionis lib. 2. tit. 55. §. callidis. *feudum amittat, & ad dominum libere reuertatur*. Qui diſſentiunt ab his, interpretantur verbũ *reuertatur*, id eſt, poſt ſententiã. At mihi probatur non eſſe neceſſariã priuatoriã cõdemnationẽ: ſed declaratoriã tantũ: ſicut in omni re quę perimitur ipſo iure. c. cũ ſecundum. de hæret.

hæret.in 6. Iudex pronuntiat, bona eſſe confiſcata, non adimit bona, ſed declarat adempta eſſe, ex tempore admiſſi ſceleris: ita hoc loco pronunciat, eum eſſe conuictum, ita vt ſententia retrohatur. Idque probatum eſt iure ciuili. l. eius qui. de iure fiſci. l. 3. C. de pignor.

6 Sequens quæſtio eſt de feudo dato eccleſiæ, quod Epiſcopi, vel adminiſtratoris alterius culpa periturum eſt. Durum videtur propter negligentiam ac culpam epiſcopi, eccleſiam feudo priuari. Itaque conſtitutum eſt lib. 2. tit. 40. §. vlt. quandiu viuit Epiſcopus, qui culpam admiſit, eccleſiaſticum beneficium ad dominum pertinere: poſt eius mortem ad eccleſiam reuerti. An culpa prælati eccleſiæ noceat, alterius eſt loci. Hactenus diximus de feudo, quando vaſalli culpa amittitur.

De amiſſione feudi ſine vaſalli culpa.

Cap. XVI.

1 Quatuor modi quibus amittitur beneficium, & quidem omnino: tamen ſine vllo prorſus, aut delicto, aut ſcelere beneficiarii. Primus eſt, ſi decedens, conficienſq; extremum vitæ diem morte ſucceſſorem maſculum, agnatumve nullum relinquat vaſallus. Curt. part. 2. Tract. feud q. 4. de feudis laicorum. Zaſius part. 8. Epit. in vſus feud. num. 1. Hannet. lib. 2. iuris feud c. 2. lib 3. c. 12.

2 Alter modus, Si domino contractum feudi renunciauerit, eidemq; fundũ beneficiarium ſponte ſua reddiderit, reſtitueritq; clientulus. De beneficii renuntiatione Curt. part. 1 Tractatus feud. q. 8. ſub finem Hannet. lib. 3 iuris feud c. 8. in fin.

3 Tertius modus, quo ſine beneficiarii culpa feudum perditur: Si aut propter vitia, corporiſq; incommoda: aut propter ſuſceptum vitæ genus ad inſeruiendum idoneus eſſe deſierit. De poſteriori membro Ardizon Sum. in vſus feud. c. 97. Curt part. 3. Tract. feud mẽb. 2. q. 10 de vtroq; Hannet. l. 3. iuris feud. c. 9.

4 Quartus, dominium vtile admittendi iure ciuili inuentus modus per vſucapionem. Nunquid ius feudi præſcribatur: atq; per continuationem poſſeſſionis à beneficiario ablatum, alteri alicui adiiciatur, acquiratur que? Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 122. Curt. part 2 Tract. feud. de feud. laic. q. 4 Hannet. libro 2. iuris feud. c. 1.

5 Quid vero in ipſo domino & vaſallo? nunquid hi ſeſe mutuo per long. temp. poſſeſſ. iure ſuo priuent: & beneficiarius dominum ſuum à quo feudum accepit, operas & obſequia exigentem: viciſſimque dominus beneficiarium, cui feudum conceſſit, debitam fidem poſtulantem præſcriptionis exceptione efficienter ſubmoueat? Curt. Hannet. ibid.

6 Sitne vſucapioni, & quæ per continuationem poſſeſſionis fit, acquiſitioni locus in iis iuribus, quæ dominica appellantur? & quid in hac beneficiorum doctrina de præſcript. centum ann. quæ hominum memoriam excedit, ſentiendum?

1 Perdit vaſallus feudum ſine ſua culpa: ſi moriatur ſine hærede maſculo, vel agnatis, ſicut docuimus ſupra, de iure, quod habet vaſallus in feudo, & lib. 1. tit. 3.

2 Amittitur etiam repudiatione, ſeu refutatione. lib. 2. tit. 38. nam dixi ſupra, vaſallum ad ſeruitia obligari domino propter rem magis quam perſonam: & ideo ſi rem velit refutare amplius nõ tenetur, quamuis offendere dominũ non debeat.

3 Amittitur & propter vitium corporis: aut ſi religionem ingrediatur, ita vt idoneus non ſit amplius ad obſequia præſtanda. lib. 2. tit. 26. § qui clericus. Si tamen Galliam ſpectes, non obſeruatur hoc ius propter Conſtitutiones Pontificias. cap. ex tranſmiſſa. de foro compet. Mutus, ſurdus, vel alias imperfectus feudum perdit. lib. 2. tit. 36.

4 Quæritur an præſcriptione hac quoque ratione feudum amittatur? arg. lib. 2. tit. 26. §. ſi quis per triginta. dicitur quidem præſcriptione vaſallus fieri, licet inueſtitus non ſit: & ſic tantum de acquiſitione feudi ibi loquitur, non de amiſſione. Verum ſi penitius introſpiciamus, reperiemus eoſdem plane modos acquirendi, & amittendi feudi. Pone me vaſallum Titii, & feudo inueſtitum eſſe: illud Seium per triginta annos poſſediſſe: qua longa poſſeſſione dicetur vere feudum acquiſiuiſſe: Si illi acquiritur: ergo neceſſe eſt vt mihi adimatur. Non poteſt enim transferri in eum feudum, niſi ego meum ius amittam. Igitur notatum eſt ab omnibus, in c. ad audientiam. de præſcript. beneficium illud amitti, cum per triginta annos ab alio poſſeſſum fuerit. Idem de proprietate domini ſtatuendum: quia eadem eſt ratio domini & vaſalli: Vt recepi feudum à Titio, & alium recognoui, vt dominum ſpatio triginta annorum: Titius 30. annis ſeruitium nullum à me exegit: dicendum eſt hoc ſpatio proprietatem eſſe quæſitam alteri, atque ademptam Titio, qui verus erat dominus. arg. d. §. ſi quis per triginta.

5 Maior quæſtio eſt, an dominus & vaſallus poſſint inter ſe præſcribere, alter alteri: vt vaſallus longo tempore nullum ſeruitium præſtitit ei, à quo erat inueſtitus: an poſſit ſe triginta annorum præſcriptione tueri, & præſcribere libertatem aduerſus dominum? Moribus noſtris pro vaſallo, vel domino nulla præſcriptio locum habet: ſed hoc iure Longobardico non videtur mihi definitum. Quidam contrarium ſentientes, adducunt conſtitutionem Frederici. quæ ad rem nihil facit. Verum notandum eſt communem eſſe ſententiam: inter dominum & vaſallum non eſſe locum præſcriptioni hoc iure. Si dominus longo tempore non indiguerit eius opera, atque ideo non exegerit, tamen poterit nihilominus poſt, vbi libuerit, ad exhibendum ſibi ſeruitium vaſallum compellere. arg. lib. 1. tit. 21. Natura enim feudi talis eſt, vt obſequium præſtetur cum opus fuerit, & cum id popoſcerit dominus: non vt in præſtationibus annuis, in quibus locum poſſet habere præſcriptio. Sed hoc ſeruitium eſt incertum, & in arbitrium domini collatum: vt cum opus eſt, id poſtulet. Ergo natura eius non patitur, vt locum habeat præſcriptio.

6 Non loquimur autem hic de iuribus dominicis: in illis enim ſequimur quod iure ciuili conſtitutum eſt de perſonalibus actionibus: ſed hic tantum prohibetur præſcriptio feudi. Itaque iura dominica, ſicut aliæ actiones perſonales, ſpatio triginta anno. præſcribuntur, vt C. de præſcript. 30. ann. Si eccleſiæ debeantur hæc iura quadraginta annis. c. in quarta. de præſcript. Præterea nec loquimur de præſcriptione centum annorum: quæ poſſeſſio eſt immemorabilis, cum inter vaſallum & dominum præſcriptionem vetari dicimus: neque hæc præſcriptio vnquam excluditur his verbis, *præſcriptione non obſtante.* c. ſuper quibuſdam. de verb. ſign. l. hoc iure. §. ductus. de aqua quotid. & æſti. Talis enim conſuetudo habetur pro pacto: & pactum valeret, ſi cõueniſſet inter dominum & vaſallum, vt hoc iure non vterentur.

Amiſſum feudum cui aperiatur.

Cap. XVII.

1 Aliæ atq; aliæ beneficii amittendi cauſſæ, diſtinctionem afferunt conditionis eorum hominum quibus feudum per amiſſionem legitime vacans, defertur hoc iure. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 135. Curt. part. 5. Tract. feud. in princ. Hannet. lib. 3. iuris feud. c. 12.

2 Prior cauſſa, ob quam vaſallus non iniuria priuatur beneficio: nefarium crimen & fraudem continet. Quid ergo ſi hæc domino illata, ad quem Longobardorum moribus feudum pertinebit? Ardizon ibid. Curt. part. 5. Tract. feud. in prima concluſione feudi deferendi. Hannet. lib. 3 iuris feudi. c. 13.

3 Quid vero ſi in non dominum vehementius peccatum ſit: ad quem beneficiarius fundus iure deuoluetur? Agnatorumque nomen quam hic late patentem ſignificandi poteſtatem habeat? Iacobus Ardizon ibid. Curt. in eadem part. Tract. feud. concluſione 2 Hannet. ibid.

4 Scelerate à beneficiario, & non expectata domini conſenſione dimiſſum, alterique conceſſum ius feudi, cuiuſnam erit? Itemque duarum τῶν ἀντινομιῶν explicatio. Ardizon ibidem. Curt. part. 5 Tract. feud cõcluſione 4. Hannet. lib. 3. iuris feud. c. 12.

5 Elaborata fertilitas, & magna cultura vaſalli multoq; labore confecta prædii beneficiarii bonitas, quam Græci ἐμφύτευμα, Iuſtinianus l. vlt. Cod. de iure emphyt. meliorationem dicit, cuinam cedet?

6 Incrementa atq; acceſſiones prædiorum, quæ iure fundi poſſidentur, an domino & patrono, an vero clienti vaſalloque debeantur? Ioan. Copus lib. 3. de fructibus, c. 7.

7 Fructus emolumentaque rerum in contractum beneficii deductarum & vacantium, quiſnam ſuos faciat, & lucretur? Hanneton. lib. 3. iuris feud. c. 12. Ioannes Copus dictio lib. 3. de fructibus. cap. 7.

SEquens locus eſt, vt videamus amiſſum feudum ob cauſas, quas enumeraui, cui deferatur: domino ne, an agnatis proximis.

1 Diſtinguendi ſunt hic varii caſus, quibus declarauimus feudum perdi: vnus eſt, cum adimitur ob culpam vaſalli: eamque commiſſam, vel in dominum vel in alium. Alius eſt, cum citra voluntatem domini alienatum, nobis adimitur.

2 Culpa in ipſum dominum admiſſa, reuertitur ſine diſtinctione feudum ad dominum, lib. 2. tit. 24. §. vlt. quamuis paternum ſit feudum, vel antiquum: in quo alias ſuccedunt agnati: tamen ſi peccatum fuerit in dominum, reuertetur ad dominum, non ad proximos: quia agnati ſuccedunt iure inueſtituræ, non iure hæreditario. lib. 2. tit. 8. §. filia. Ideo hoc caſu domino aperiri exiſtimo: quia tacite illud ab initio actum videtur: quaſi ita eſſet datum feudum Titio & agnatis eius: vt ſi offenderet grauiter dominũ excluſis agnatis, reuertetur ad dominum. Sed ſpectandus eſt ſemper tenor inueſtituræ, nũ aliquid expreſſum ſit in ea. Si id non appareat, ſequemur quod feudi proprium eſt.

3 Si vero crimen admiſſum eſt in alium quempiam non in dominum, propter quod vaſallus feudo indignus declaretur: veluti proditio vel parricidium: transferetur feudum, ſi paternum ſit, ad agnatos, excluſis filiis deſcendentibus. lib. 2. tit. 37. ſin nouum, ad dominum reuertetur. lib. 2. tit. 24. §. ſi vero non. Agnatos autem hic accipi conueniet, qui quarto gradu ſunt remoti ab eo, qui feudum accepit lib. 2. tit. 26. §. ſi vaſallus, & tit. 31. Excluduntur igitur hic non tantum filii vaſalli: ſed & alii agnati, vſque ad quartum gradum.

4 Alter caſus eſt, vbi alienatio ſine conſenſu domini facta, feudum aperit: obſcurum eſt ad quem redire debeat. In quibuſdam locis lib. 2. tit. 24. §. fin. & 38. & 44. ſimpliciter ait, ad dominum beneficium pertinere. Alibi videtur his aduerſari. tit. 8. lib. 1. §. hoc quoque. Diſtinctione concilianda hæc ſunt, vt hic §. de antiquo feudo loquatur, ſuperiora capita de nouo. Sed probabilior eſt opinio eorum, qui putant ad dominum reuerti feudum ex conſtitutione Frederici. lib. 2. tit. 55. §. callidis: qua veteri conſuetudini derogatur. Hoc etiamſi durum ſit: quod videlicet præbeat occaſionem alienandi vaſallis in præiudicium agnatorum, tamen poſſunt agnati occurrere, antequam alienatio fiat: & dominum certiorem facere, vt Bal. & alii hic ſentiunt.

5 Quæſitum eſt, an melioramenta, cum feudum reuertitur ad dominum, vaſallus afferre poſſit? Reſpondet poſſe. lib. 2. tit. 28. §. ſi vaſallus. Sicuti etiam iure Romano conſtituitur. Inſtitutionib. de rerum diuiſione.

6 Quæritur de incremento, ſi quid acceſſerit feudo, an reuertatur ad dominum. lib. 1. tit. 4. §. fin. lib. 2 tit. 8. §. e contrario. Viſum eſt redire feudum cum emolumentis omnibus ad dominum. Sed ſi quid additum fuerit, quod per ſe cenſeatur, & ſeparatum quid ſit à feudo, id retinebit ſibi vaſallus.

7 De fructibus & eorum diuiſione quoque eſt quæſtio lib. 2. tit. 28. §. his conſequenter. in quo diſtinguitur, vtrum ante menſem Martium deceſſerit vaſallus, necne. Eſt diſtinctio recepta, licet à Baldo ea improbetur. De diuiſione fructuum alibi, l. fructus. ſol. matri. & aliis locis docui.

De actionibus feudi nomine competentibus: ac primum quæ dentur vaſallo.

Cap. XVIII.

1 *In ea ſpecie donationis, quæ feudum appellatur, poſt debitam clientelaris officii ſponſionem, veramq́; collati beneficii traditionem, rei vindicatio aduerſus quemcunq; poſſeſſorem vaſallo competit: per quam collatum ſibi beneficium, & rem in contractum feudi deductam vna cum fructibus recuperat. Curt. par. 1. Tract. feud. q. 10 Hanneto. lib. 4 iuris feud. cap. 2. Ioan. Copus lib. 3 de fructibus. c. 7.*

2 *Facta donatione, beneficioq; recens collato, ſed nondum tradito: beneficiarius contra dominum actione ex lege vel ſtipulatu recte experitur, vt rem feudi iure datam tradat, & quod ſua intereſt adhuc traditam non fuiſſe præſtet. Curt. ibidem.*

3 *At quid in eo genere beneficii, quod paternum eſt? veteris ne poſſeſſionis, quæ eſt apud Clientulum, approbationem confirmationemq́; potius, quam noua traditionem vaſallus perſequetur? Curt. ibidem in prima part. tract. feud. q. 10.*

4 *Quando & quibus caſibus patronus damni dati, ceſſantisq́; lucri æſtimationem præſtando, liberetur? Curt. part. 2. Tract. feud. q. 2. de inueſtitura.*

5 *Quid de hæredibus & ſucceſſoribus domini & vaſalli: nunquid iis, & in eos hæc actio, & ius perſequendi competat.*

6 *Quid ſi res clientelæ, & feudi iure data, euicta ſit, & per ſententiam iudicis ob eam cauſam ablata, vel quod aliena fuerit, vel quod à domino per vaſallum interpellato, non defenſa: ad quid vaſallus aget?*

7 *Commiſſa proprietate, quomodo vaſallus à clientelaris officii ſponſione, agnitioneq; à fide & obſeruantia immunitatem ac libertatem conſequetur?*

ORdo poſtulat, vt perſequamur iudicia, actioneſque feudi nomine competentes, tam domino quam vaſallo, & aliis perſonis.

1 Vaſallus poſt realem poſſeſſionem quam à domino conſequetur, actionem in rem habet vtilem aduerſus quemcunque poſſeſſorem. lib. 2. tit. 8. Datur ei vtilis actio: quia in vaſallum quaſi dominum tantum transfertur. l. officium. in fin. de rei vind. Et quemadmodum vtilis in rem actio datur ei, qui fundum in perpetuum conduxit contra dominum, atque etiam municipes, qui pro dominis habẽtur. l. 1. ſi ager vectig. pet. ita quoque & vaſallo dabitur. Nam quia hoc iure beneficiario expreſſum non eſt, ideo id iure Romanorum definimus. lib. 2. tit. 1.

2 Ante realem vero poſſeſſionem agit vaſallus aduerſus dominum. veluti ſi dominus eum ante poſſeſſionem actualem ſolenniter inueſtierit, vel etiamſi ſimpliciter promiſerit, aget contra dominum, vt ſibi tradatur poſſeſſio. lib. 2. tit. 7. ad finem. Hæc lex noua nouum genus obligationis introducit: igitur dicetur hæc actio ex lege tit. de cond. ex lege. Nihil etiam impedit ex ſtipulatu agere, ſi interuenerit vt plerunque ſolet inſeri à tabellariis contractus. l. ſi quis certum. De reb. cred. Petit hac actione poſſeſſionem in ſe transferri, & omnem vtilitatem, id eſt, quanti ſua intereſt dominum in transferenda poſſeſſione moratum non fuiſſe. d. tit. 7.

3 Atque genus hoc actionis, ex ſententia omnium feudiſtarum, locum habet in feudo nouo, non in antiquo. Quia in hoc non poſſeſſio, ſed tantum renouatio feudi petitur. Siquidem vaſalli ſucceſſor actualem habet poſſeſſionem, petitque ſolum renouari ſibi inueſtituram: idque moribus noſtris frequentatur. In nouo autem feudo petit actor vel inueſtituram tantum, quia ſua intereſt: vel poſt ſolennem inueſtituram, petit in ſe transferri poſſeſſionem præciſe. lib. 2. tit. 26. §. ſi facta.

4 Neque tum dominus præſtando quod intereſt, liberabitur, quia feudum dicitur conſtitui inueſtitura. Nam antequã inueſtiatur, nullum ius habet vaſallus: ſed inueſtitura facta, quaſi dominium acquirit. Sed ſi contractus tantum initus ſit de feudo, liberabitur præſtando id quod intereſt, ſequendo ius commune. l. ſtipulationes non diuiduntur. de verb. oblig.

5 Hæc actio datur hæredibus, & contra hæredes: nec ea res dubitationem habet, ſi laicus ſit qui inueſtiuit. lib. 1. tit. 9. Cogitur enim hæres eius inueſtituram nondum factam implere. Eccleſiaſtica vero perſona, ſi moriatur antequam inueſtiuerit vaſallum ſuum, & in poſſeſſionem miſerit: non coguntur Epiſcopi ſucceſſores inueſtituram talem facere, vel confirmare. lib. 1. tit. 3. Vt Seio ante aliquot annos Epiſcopus feudum conceſſit: deinde Titium de eo, adhuc viuo Seio, inueſtiuit hac ratione: vt Titius poſt mortem Seii illud conſequatur: & Epiſcopus ante Seium moritur, qui feudum poſſidet: non coguntur ſucceſſores Epiſcopi ratam habere inueſtituram, niſi Titius nomine eius feudi in poſſeſſionem miſſus ſit, viuo & conſentiente Seio. Quod ſi ante epiſcopum inueſtitorem moriatur Seius, omnino cogendus eſt ad transferendam poſſeſſionem hæres. Et ſi feudum euictum fuerit, aget vaſallus perinde, ac ſi traditum non fuiſſet. lib. 2. tit. 8.

6 Accepit rem alienam ignorans quis in feudum, exiſtimans propriam eſſe inueſtitoris, agit vt ea res, aut alia eiuſdem bonitatis ei præſtetur. Simile eſt, Si vaſallum ſuper feudo interpellatum dominus nolit defendere, & ſic feudum euincatur: cogetur dominus reſtituere vaſallo aliud eiuſdem æſtimationis cuius prius fuit tempore rei iudicatæ. lib. 2. tit. 25. dummodo conſtet eum à domino inueſtitum eſſe.

7 Quarto datur actio vaſallo aduerſus dominum proprietatis nomine ſibi in feudo acquiſitæ. Diximus dominum eiſdem ex cauſis, ob quas vaſallus priuatur feudo, proprietatem amittere, lib. 2. tit. 47. vt ſi dominus cum vaſalli vxore rem habuerit, vel ei grauem iniuriam fecerit, proprietate ſpoliatur. Verum actionem oportet dari vaſallo, qua id impetret. Proinde dabimus ei condictionem ex lege (nullum enim actionis genus eſt expreſſum hoc iure) qua petet ſe declarari immunem ab omni officio atque obſequio, ad quod propter feudum tenebatur.

De actionibus domino aliiſque perſonis competentibus: & interdictis poſſeſſoriis.

Cap. XIX.

1 *Actiones & varias, & multiplices dominus habet: & quinque numero affinia, naturaq́ꝫ cõmunione inter ſe iuncta remedia: quib. vti iudicioq́ꝫ experiri poteſt. Curt. part. 1. tract. feud. q. 10.*

2 *Quidnam veniat in hac actione: quidque hiſce iudiciis perſequamur? Rei perſecutoria eſſe conſtat: Iudicis enim ſententia dominus conſpicuum fieri, & declarari poſtulat, ob ſcelus vaſalli commiſſum, beneficium ſuum eſſe.*

3 *Quibus & aduerſus quos hæ perſecutiones, iudiciaque Longobardorum moribus & legibus permittantur? & quid de bonæ & malæ fidei emptore? Ardizon Sum. in vſus feud. c. 138. Hanneto. lib. 4. iuris feud. c. 1. & 2. Zaſius part. 1. Epito. in vſus feud.*

4 *De genere naturaq́ꝫ actionum, quæ patrono in clientem, & vice verſa clienti aduerſus patronum dantur, quæſtio eſt: ſtricti ne iuris, an vero bonæ fidei cenſeri debeant? Curt. part. 1. Tractat. feud. q. 8. ſub finem.*

5 *De retractus iure quæritur in eo genere donationis, quod vulgo feudum appellatur: an beneficium hæreditarium à vaſallo dimiſſum, illi quorum intereſt, reddito intra annum precio, ab eo in quem translatum reuocent?*

6 *Interdicta, atque ad ſacri fundi poſſeſſionem vel adipiſcendã vel retinendam, recuperandamve ſpectantia prætorum decreta, vtri horum, domino an vaſallo, an vero vtrique dentur? Hanneto. lib. 4. iuris feud. c. 2.*

1 DOmino certum eſt competere rei vindicationem directam, ex iure communi. Item domino aduerſus vaſallum actio datur ad exhibendum ſeruitium, & obſequium, vt in bello ſuppetias ferat. Poteſt etiam actio ex ſtipulatu competere: ſi dominus à vaſallo ſeruitium ſtipulatus ſit. Præterea datur actio, ſi feudum domino ſit apertum propter culpam feloniæ, vel alterius criminis culpam, nempe condictio cauſa data cauſa non ſecuta, lib. 1. tit. 31. ad repetendum, & cõdicendum id, quod datum eſt cauſa non ſecuta, id eſt, miniſterio, fide, & obſequiis: ob quæ feudum conceditur, idque maxime ſi expreſſum ſit. Eorum vero nomine, quorum non eſt expreſſa actio, datur condictio ex lege: cuius obligationis nomen eſt lege introductum.

2 Petit autem dominus his actionibus declarari iudicis authoritate, feudum ob culpam vaſalli apertum ſibi iam acquiſitum eſſe.

3 Si reperitur propter feloniam, non poteſt agi, niſi contra vaſallum, poſtulando vt reſtituat ei feudum. Si alienatum ſit, etiam contra emptorem agitur, lib. 2. tit. 42. Eſt hic in gloſſa quæſtio non magnæ vtilitatis: an contra emptorem agatur condictione, an rei vindicatione. Condicitur poſſeſſio, ſicuti proprietas. l. 1. de condict. tritic. Notandum eſt dari emptori bonæ fidei contra venditorem actionem de euictione. lib. 2. tit. 55. Alias malæ fidei emptor, qui ſciens rem alienam emit, non habet actionem ex empto de euictione. l. ſi fundum. C. de euict. Ergo videtur, inquies, illud pretium venditori, qui ſciens vendidit, lucro cedere. Emptor enim non habet regreſſum ad eum, nec dominus contra eum agit: ſed contra emptorem. Dicendum eſt hoc caſu venditorem pretium non lucrari: ſed eo priuari cum beneficio. lib. 2. tit. 24. in fin. & 52. §. ſi quis vero. Et communis ſententia obtinet, vt pretiũ fiſco applicetur, iuxta communem regulam: Quæ iniuſte quæſita ſunt, fiſco cedere. l. Lucius, in fin. de iure fiſci.

4 Solet quæri: vtrum actiones, quæ domino in vaſallum competunt, & contra vaſallo in dominum tribuuntur, ſint bonæ fidei, an ſtricti iudicii? Quidam volunt non eſſe bonæ fidei, quod non numerentur inter actiones bonæ fidei. §. bonæ fidei. Inſtit. de act. Sed certum eſt hoc genus actionis redolere naturam actionis bonæ fidei: cuius natura eſt, vt inuicem præſtetur, quod quiſque debet ex fide bona. & hoc contractu maxime alter alteri obligatur ad fidem præſtandam. d. §. bonæ fidei. Quod cum verum ſit, nihil video cur hoc iudicium bonæ fidei contractibus non addamus: ſicut & addita eſt actio ex ſtipulatu: quæ rei vxoriæ actionem in ſe continet, bonæ fidei iudiciis, à Iuſtin. l. 1. Cod. de rei vxor. act. §. fuerat. Natura igitur ſuadet, vt idem de his actionibus ſtatuamus.

5 Docui ſupra, de alienatione feudi, vaſallum non poſſe alienare feudum, in quo filius, vel agnatus ſuccedit: niſi ſit feudum non hæreditarium. Inde comparata eſt hæc actio, quo reuocatur alienatio feudi à vaſallo facta ſine conſenſu eorum quorum intereſt: puta filiorum, & agnatorum proximorum: quare agunt aduerſus emptorem, vt reſtituat beneficium. lib. 2. titul. 26. §. Titius. Vt cum Titius nullos haberet filios, conceſſit agnato ſuo partem vnam feudi: & extraneo cuidam alteram partem conſenſu domini vendidit. Sempronius proximior agnatus volens reuocare Titio mortuo alienationem: nullo etiam reddito pretio id facere poterit, & ad ſucceſſionẽ feudi venire: eo quod ius habet quæſitum ex inueſtitura: neq; vllum potuit agnato præiudicium afferre illa alienatio. Qua vero actione reuocare debeat, non exprimit: ideoque intelligimus condictionem ex lege, mortuo demum Titio, ei dari. Recuperat etiam proximus agnatus viuo Titio vaſallo rem venditam, reddito pretio: ſed ſi velit recuperare ſine reſtitutione pretii, oportet expectare mortem Titii. Eſt hic redemptio & velut retractus quidam moribus noſtris receptus quẽ linealem vocamus. Eſt & alius apud nos, qui retractus feudalis appellatur. Quia cum moribus noſtris concedatur vaſallo, alienare feudum ſine permiſſu domini: ita tamen hoc permiſſum intelligitur, vt olim fuiſſe oſtendit text. tit. 9. lib. 2. §. porro. Notandum tamen agnato ad reuocandam alienationem intra annum actionem dari. d. §. Titius. lib. 2. tit. 26. Poſt annum, ex quo ſciuit alienatum fuiſſe beneficium, non auditur. Idem quoque tempus retractui feudali datur, lib. 2. tit. 9. gloſ. ad §. Titius. hoc dicit accipiendum de eo, qui vult reuocare partem alienatam agnato: quanquam ea verba ad omnia ſuperiora videantur referri, vt mihi videtur. Ait. n. anni tempus præſtitutum eſſe.

6 Quæſitum eſt: vtrum interdicta poſſeſſoria domino, an vaſallo competant? & dicendum vtrique dari, quia vterque poſſidet: non tantum ſi de dominio, & quaſi dominio agatur: ſed & ſi de poſſeſſione inter dominum & vaſallum controuerſia ſit, poterit vterque experiri. Certum eſt dominum retinere ciuilem poſſeſſionem: etiamſi rem in Emphyteuſim concedat. l. quod meo. de acquir. poſſeſ. leg. 2. C. de præſcript. 30. anno. Actus vero poſſeſſionis eſt, exigere ſeruitia, & alia ſimilia, quæ debet vaſallus domino. Ergo dubium non eſt dominum poſſe experiri. Vaſallus naturaliter poſſidet domino ciuilem poſſeſſionem retinente. l. naturaliter. de acquir. poſſeſſ. Atque vaſalli poſſeſſionem hanc aliquid ciuilitatis habere inde patet: quia, vt ſupra dictum eſt, per §. ſi quis per triginta. lib. 2. tit. 26. acquirit feudum per longam poſſeſſionem: & ſic plus iuris habet vaſallus quam fructuarius: cui tamen fructuario conſtat interdictum poſſeſſorium dari. l. fin. vti poſſid. igitur multo magis vaſallo: cum ad interdictum poſſeſſorium naturalis poſſeſſio ſufficiat. leg. 1. §. deiicitur. de vi & vi armat.

De iudice competenti in controuerſiis feudalibus.

Cap. XX.

1 *Quiſnam de beneficio motæ quæſtionis idoneus iudex ſit, perſonis atq́ꝫ rebus incluſæ qualitates euidenter oſtendunt. Ac pares quidem Curiæ inter patronum clientemq́ꝫ natam ſuper fundo ſacro quæſtionem, ſententia ſua dirimunt. Ardizon Sum. in vſus feud. cap. 138. Curt. part. 7. Tractatus feud. Zaſius part. 11. Epito. in vſus feud. Hannet. lib. 4. iuris feud. c. 1.*

2 *Apud dominum beneficiaria cauſſa peragitur: ſi litigatores eidem accepti beneficii nomine affectos eſſe perſpicuum ſit, Ardizon, Curt. Zaſius, Hannet. ibidem.*

3 *Duæ ἐξαιρέσεις, & ſeiunctæ ſpecies quibus diſceptandis non dominus, ſed pares Curiæ præſunt: Vna ſi vter illorum beneficiarius ſit, quæratur, Ardizon, Curtius, Zaſius, & Hannetonius ib.*

4 *Altera ſeiunctio: Si dominus ſuſpectus ſit, & non ſine cauſa videatur parum integer iudex nobis futurus: vel parium Curia, vel ordinarii pronuntiatione, res controuerſiarum finem accipit. Ardizon, Curt. Zaſius & Hannet. ibid.*

5 *Rex tantum & princeps, idoneus eſt controuerſiæ diſceptator, & iudex: ſuper eare, quam feudi beneficiiq; iure litigantibus dono dedit. Ardizon, Curtius, Zaſius, Hannetonius ibidem.*

6 *De tribus qualitatibus, perſonarum vna, altera rerum, tertia factorum καὶ προλήψιν quæritur an iudicem mutent. Quid ergo, ſi vterq; aut vnus litigatorum Deo conſecratus: nunquid feudalis controuerſia coram prophano iudice ac domino diſceptabitur? Ardizō, Curt. Zaſius ib. Hānet. lib. 4. iuris feud. c. 2.*

7 *Alterum ζήτημα. Quid ſi non de fundi ſacri dominio, ſed poſſeſſione tantum quæſtio ponatur, idemne, cuius eſt proprietatis cognitio, hanc quoq; litem dirimet? Curt. part. 7. & vlt. Tract. feud. q. 6. ſecūdæ regulæ, vbi hanc quæſtionem copioſe diſputat.*

8 *Tertium ζήτημα: Alius ne iudex litigatorum pacto conuento rite ſumatur, eligaturq;? Curt. ib. q. 5. ſecundæ regulæ. Hannet. lib. 4. iuris feud. c. 3. Zaſius part. 11. Epitom. in vſu feud.*

1 DIſtinguendum eſt ab initio huius quæſtionis. Nam ſi inter dominum & vaſallum lis ſit de inueſtitura, felonia, vel ſimili caſu: per pares Curiæ, id eſt vaſallos eiuſdem domini ea terminabitur. lib. 2. tit. 55. §. pen. Parmæ vocant Curiam, modo curtim: eſtq; domus, à qua dependent feuda, ſiue ſint feuda, ſiue allodia. Feuda ſunt, veluti prædia ſeruiētia reſpectu eiuſdem curiæ: & ſic fieri poteſt, vt ſint multi vaſalli eiuſdem domus. Subiicit lib. 2. tit. 16. & tit. 20. litem eſſe dirimendam per pares, ſimul in vnum conuocatos, ſi ita inter dominum & vaſallum conueniat: ſin in hoc diſſentiant, & nolint ſimul omnes conuocari, tum dominus habet electionem, quam ſequi etiam vaſallus cogitur: ita vt ſi dominus elegerit tres pluresque ex partibus, vaſallus quoque totidem, nec plures nec pauciores eligere cogatur. Moribus noſtris cognoſcunt iudices & Magiſtratus à domino creati: ſi lis oriatur inter dominum & vaſallum, de quacunque re ad feudum pertinente. Sane horum Magiſtratuum non fit mentio in hoc tractatu. Eo tempore non licebat dominis magiſtratum creare: poſtea magiſtratuum electio inter Regalia eſt numerata. lib. 2. tit. 56.

2 Si inter duos vaſallos lis ſit de feudo, cognoſcit dominus. lib. 2. tit. 55. §. pen. ſed hoc ita, ſi conſtet eos eiuſdem domini vaſallos eſſe, & contentio ſit inter eos de feudo: id eſt de re aliqua ad feudum pertinente. lib. 2. tit. 34.

3 Si vterque contendat ſe vaſallum eſſe, tunc domini non eſt cognitio. cap. cæterum. de iudic. & glo. ibidem, ſed pares Curiæ, vel iudex Curiæ, id eſt, cui ſubeſt curia iudicabit: quem etiam quibuſdam capitibus lib. 1. tit. 29. §. vocat Comitem: quod nomen eſt officii: Hinc Vicecomitis nomen: & in Normandia quidam iudices adhuc Vicecomites dicuntur.

4 Altera exceptio eſt: ſi ſuſpectus ſit dominus, tunc cognoſcunt pares Curiæ. lib. 2. titul. 46. ſi non ſint Pares, vel ſuſpecti ſint, cognoſcit iudex ordinarius. lib. 2. tit. 15. Hæc ſunt accipienda, cum inter duos vaſallos, qui non habent regalem dignitatem, lis eſt.

5 Nam ſi ſint à rege inueſtiti, ſemper cognoſcit rex & princeps, nec diſtinguitur, an controuerſiam habeant de feudo ipſo, an de re aliqua feudi. libro 1. tit. 8. & lib. 2. tit. 38.

6 Quod diximus dominum feudi iudicem eſſe inter vaſallos, ampliandum eſt, etiam ſi clerici ſint: licet hoc inter Canoniſtas ſit controuerſum: quod nimirum clerici proprios iudices habeant. cap. ſi diligenti. de foro compet. eſt tamen receptum in cauſa feudi. d. c. ſi diligenti. & cap. cæterum. de iudic. c. ex tranſmiſſa. de foro compet.

7 Dubitatur multum: num idem dicendum ſit in cauſa poſſeſſoria. Quidam exiſtimant dominum non cognoſcere: quādo de poſſeſſione eſt controuerſia: quoniam poſſeſſio à proprietate differt. l. naturaliter. §. nihil commune. de acq. poſſeſſ. Sed hoc eſt cauillari verba Conſtitutionis Friderici. Cū enim dicit de feudo controuerſiam apud dominum, vel pares curiæ determinandam, idem de poſſeſſione intelligitur: cum idem debeat eſſe iudex proprietatis & poſſeſſionis. l. nulli. C. de iudic. c. 1. de cauſa proprietatis & poſſeſſio. Ducitur quoq; argumentum ex c. ex parte. de foro compet. à ſpecie ad genus: alioquin non liceret coram alio iudice litigare.

8 Quæſitum eſt an conſenſu litigantium alius iudex poſſit cognoſcere? Dubitandi cauſa ex eo naſcitur, quod dicitur d. l. nulli. Cod. de iudiciis: vulgo tamen receptum eſt, vt in Gallia quoque, alium iudicem cognoſcere non poſſe. gloſſa in tit. 55. lib. 2. quam omnes ſequuntur. Nam iuriſdictio infeudata domini patrimonium eſt: qua non poteſt ſine ſuo conſenſu priuari.

De forma exercendi iudicii.

CAP. XXI.

1 *Quæſtio feudi eo modo coram ſuo iudice diſceptatur, qui iure ciuili Romanorum deſcriptus eſt. Ardizon Sum. in vſu feud. c. 138. Curt. part. 7. Tractatus feudo q. 3. ſecundæ regulæ. Hanneto. lib. 4. iuris feud. c. 3. Niſi aliud Longobardorum moribus nominatim cautum ſit, cuius generis quinq; afferuntur exempla, quibus perſpicuum ſit, quidnam peculiari huic diſcuſſioni, quæ de beneficiis apud ſuum iudicem inſtituitur. Ac proprium quidem huic iudicio, quod in nouo recentiq; feudo Pares tantum Curiæ firmum nobis teſtimonium impartiantur. Ardizon ibidem. Curtius part. 2. Tract. feud. q. 1. de inueſtitura. Hannetonius lib. 4. iuris feudorum cap. 4.*

2 *Prima hac differentia tres numero ſeiunctiones habet, Vna ſi pares Curiæ abſint. Si Deo cōſecratus, qui inueſtitionem probauerit. Tertia ſi vaſalli deſiderentur, & nulli omnino ſint alii. Ardizon & Curt. & Hannet. ibid.*

3 *Altera differentia, ſeu proprietas, criminis ἀχαριστίας beneficiarius legitime, niſi quinque teſtibus non conuincitur. Zaſius part. 10. Epito. in vſus feud. num. 108.*

4 *Tertia proprietas, mulieris teſtificatio in diſceptationibus cōtrouerſiisq; beneficiariis, non ſatis idonea cenſetur.*

5 *Quarta ἡ ἰδιότης & proprietas. Publicum inſtrumentum in hoc eodem genere cauſarum probare, atque indubitatam fidem facere non poteſt niſi à tribus, aut duobus ſaltem eiuſdem Curiæ vaſallis confirmatum. Hanneto. lib. 4. iuris feud. c. 4.*

6 *Quinta ἡ διαφορὰ & proprietas, In re controuerſa, & præſumptionis defectuq; probationis ergo dubia & incerta, iuſiurandum, niſi cum duodecim ſacramentalibus, non defertur. Ardizon Sum. in vſu feudorum c. 138. Hānet. lib. 4. iuris feud. c. 5.*

7 *Τὰ ἴδια, diſceptationiſq; cauſſarum proprietates nunquid apud Gallos locum habeant?*

8 *Si de rebus, & fundis quæſtio ſit, an Clientelæ, an vero Allodii iure poſſideantur, vtri onus probandi incumbat?*

9 *Διάκρισις & diſcrimen, quo beneficium & allodium inter ſe diſtant. Allodium intelligit, quod vti optimum maximum poſſidetur, & cuius nullum hominem præter nos ipſos, dominum autoremq; laudamus & nominamus. Dictum videtur quaſi alaudium ab à priuandi particula, & laudo, hoc eſt, nomino, vt ſuprà c. 13. nu. 9. ex Gellio interpretati ſumus: dum obiter quid laudemia eſſent, exponeremus.*

10 *Duarum τῶν ἀντινομιῶν accurata explicatio: ad docendum fieri poſſe, vt quis ſine domino allodium poſſideat.*

1 POſtremus locus eſt de ordine iudiciario: ſeruatur autem hoc ius Romanorum, niſi quatenus conſuetudo in his feudorum libris reperiatur contraria. lib. 2. tit. 1. quæ ius aliquod ſingulare in exercendis iudiciis inducat. Exempli gratia, iure feudorum ſoli pares admittuntur ad teſtimonium dicendum, nulli extranei. lib. 1. tit. 26. quod à iure Rom. abhorret.

2 Subiicit dehinc author duas exceptiones, ſi vel tempore inueſtituræ pares abfuerint, vel ſi clericus velit probare inueſtituram, tunc recipiendi ſunt extranei. Addenda eſt & alia. lib. 2. tit. 2. §. ſi autem. nempe ſi nulli alii ſunt vaſalli, per extraneos licebit ei probare. Quod tamen eſt intelligendum de noua inueſtitura probanda. Nam in veteri etiam extranei recipiuntur. lib. 2. tit. 32. §. nouam. Quia ſi vetus feudum non poſſet probari niſi per pares Curiæ, quorum forte aliqui diſceſſerunt, manifeſta eſſet iniuria.

3 Aliud ſingulare eſt, quod quinq; teſtes ſint neceſſarii ad probandam ingratitudinem. lib. 2. tit. 57. cū iure ciuili ad probandam ingratitudinem duo ſufficiant teſtes. l. vbi. de teſtib.

4 Singulare quoq; eſt, quod in his cauſis fœmina ad teſtimonium non admittitur. lib. 2. tit. 32. in fi. cum in aliis cauſis iure Romano fœminæ teſtimonium recipiatur. l. ex eo. De teſtib.

5 Præ-

5 Præterea ſingulare eſt, quod inſtrumentum publicum nullam vim habeat: niſi à tribus, vel duobus paribus Curiæ ſit confirmatum. lib. 2. tit. 2. & 32. Inſtrumentum tamen publicum iure Romano per ſe fidem facit. Breue teſtatum vocant inſtrumentũ. Videtis hic multa ſingularia, maxime circa probationes, & iuſiurandum: de quo plura ſunt in hoc tractatu capita, quæ quiſq; per ſe videat. Vnum tamen recitabo ſingulare, de duodecim ſacramentalibus, lib. 1. tit. 26. §. ſi quis ſe.
6 Exigitur iuſiurandum cum duodecim ſacramentalibus re dubia propter præſumptionem, & inopiam probationum. Qui ſacramentales ſint, docet Andreas de Iſernia, in tit. De contentione inter dominum & vaſallum: Non ſunt quidem teſtes, ſed iurāt ſe credere, quod iurauit dominus verum eſſe.
7 Hæc ſingularia num in Gallia locum habeant, merito dubitabitur. Molinæus aſſerit in Gallia nos ſequi ius Romanũ, nec ius feudorum eſſe receptum, & ſic teſtimonium mulieris recipi, ſufficere duos teſtes ad probandam ingratitudinem, admittitque extraneos. Alii diuerſam opinionem tuentur. Guido dicit 518. ita iudicatum eſſe, quinq; teſtes eſſe neceſſarios. Sic videtis magni momenti quæſtionem eſſe, quam in exordio huius tractatus explicaui, vbi ille liber feudorum ſit receptus, ad quam recurre.
8 Alia quæſtio eſt ſi duo contendant, vtrum beneficiatium ſi prædium, an francum? vtri incumbat probatio, an ei qui aſſerit prædium eſſe feudale, an ei qui francum. Dicendum eſt rem omnem præſumi liberam, nec beneficiariam, niſi probetur contrarium l. altius. l. ſi in ædib. C. de ſeruit. Nec multum ad rem pertinet, ſi dominus dicat ſe habere iuriſdictionem in eo territorio. Nam fieri poteſt vt iuriſdictionem ibi habeat, ſed nec feuda, nec vaſallos, lib. 2. tit. 5. §. ſi vero. Et beneficium ſeruitus quædam eſt, ſed rei magis, quam perſonæ. Res igitur vnaquæque non præſumitur eſſe feudalis: quia forte allodium poſſidet vaſallus, & ſic ſub alicuius iuriſdictione eſt.
9 Differt autem allodium à feudo, tit. 54. lib. 7. qui titulus videtur eſſe pars conſtitutionis Frederici præcedentis, quia francum eſt, id eſt, ab omni ſeruitio liberum. Bald. definit allodium eſſe proprietatem, quæ à nullo domino recognoſcitur, id eſt, cum nemo poteſt contendere ſe dominum eſſe. Et ſi cui reditus debeantur, non ideo minus dicitur allodium: ſed oportet vt recognoſcat poſſeſſor ab alio tanquam domino, vt allodium dici non poſſit.
10 Nec verum eſt, quod dicitur, neminem tenere poſſe allodium ſine domino: niſi contraria in aliquibus locis ſit conſuetudo. Ideo hac ratione intelligi debent (vt res vitio careat) hæc verba, *Sine domino*, id eſt, ſine iuriſdictione alicuius, at ſine domino, in cuius fide ſit, alioquin allodium habere poteſt. Simile eſt quod dicitur de imperatore, eum eſſe totius orbis dominum. l. ἀξίωσις. ad leg. Rhod. Quomodo hoc ſit accipiendum Seneca docet lib. 7. de benefic. Omnia imperia poſſidet ſingulari imperio, imperium habet & poteſtatem in omnes, non quod ſingularum rerum dominus ſit, vt quidam conantur oſtendere, ex Conſtit. Iuſtin. l. bene à Zenone. C. de quadrien. præſcrip. Quod enim ait, omnia Principis eſſe, referri debet ad antecedētia verba in quib. qua ratione hoc ſit intelligendum, videbis. Pleraque alia hic dici poſſent, quæ huc pertinere videbantur, ſed ego exiſtimo vos his perceptis, facile proprio Marte, quæ reſtant, conſecuturos.

FRANCISCI DVARENI IVRISCONSVLTI, DE SACRIS ECCLESIÆ MINISTERIIS AC BENEFICIIS LIBRI VIII.

In quibus, quicquid ad plenam Iuris Pontificii cognitionem neceſſarium eſt, breuiter ac dilucide explicatum continetur.

ITEM.

Pro libertate eccleſiæ Gallicæ aduerſus Romanam aulam Defenſio Pariſienſis curiæ, Ludouico XI. Gallorum Regi quondam oblata.

ILLVSTRISSIMAE ET ORNATISSIMAE DOMINAE MARgaritæ Francicæ, Regis Henrici II. ſorori Duciq; Biturigum, Franciſcus Duarenus. S. D.

CVM nuper ex vrbe ad fanum Mauri, ego & quidā alii noſtri ordinis viri ſane boni, & literarum amantes feſtis diebus otioſiſque conceſſiſſemus, nuntiatumque nobis eſſet, Michaelem Hoſpitalem, qui inter Senatores curiæ Pariſienſis & integerrimus & doctiſſimus habebatur, illuc aduentaſſe, confeſtim ad eius villam ſalutandi viſendiq; hominis cauſa perreximus. Qui vt ſalutantes nos comiter ac humaniter excepit, moram nullam interponēdam eſſe putauimus, quin ſimul cum eo amœniſſimis in locis eius vici ſuauiſſime colloquentes deambularemus. Ac multis iam ſpatiis confectis, tandem ad prætorium hortoſq; ventum eſt, qui Gul. Budæi fuiſſe dicebantur. Quo in loco nullus profecto fuit, quin libentiſſime conſiſteret, non ſolum quia ad æſtum, caloremq; vitandum lōge erat commodiſſimus: ſed quia talem tantumq; virũ, qui memoria noſtra vniuerſam Europam ſui nominis gloria impleuerat, nobis velut in conſpectu ponere videbatur, ac ita verſabatur ante oculos ſpecies eius & imago, cuius ſedem, domicilium, veſtigia contemplamur, vt nihil poſſet cadere iucundius. Eſt enim neſcio quo pacto natura hoc nobis inſitum, vt locis in quibus ſummi præcellenteſq; viri multum verſati ſunt, aut ſupellectile, vel re alia, quam in vſu habuerunt, magis quam librorum ab eiſdem conſcriptorũ lectione ſæpenumero commoueamur. Teſtatur Cicero cum aliquando veniſſet Metapontum, non ante ad hoſpitem diuertiſſet, quam locum ipſum in quo vitam ediderat Pythagoras, ſedemq; vidiſſet. Et Lucianus author eſt, Epicteti Philoſophi lucernam, quæ fictilis erat, tribus drachmarum millibus emptam fuiſſe. In hortis igitur Budæi viſum eſt omnibus conſidere, qui ſimul Hoſpitale duce illuc conuenerant, optimis ſane ac eruditiſſimis viris, quorum nomina, raram eximiamque eorum virtutem admiratus, continere me non potui, quo minus hic adſcriberem. Fuerunt enim hi, Bart. Fayus, & Anton. Sennetonius, ordinis ſena-

rii lectiſſimi ornatiſſimique viri, & inſignis cum doctrinæ, tum etiam integritatis & probitatis nomine conſpicui ac venerandi, Franciſcus & Sebaſtianus Albaſpinei fratres, quorum hic adoleſcentiæ vixdum annos egreſſus, multas legationes magna cum laude obiuerat, ac in rebus gerendis vbique talem ſe præſtiterat, vt ampliſſimis iam ſacerdotiis atque honoribus benignitate Regis auctus eſſet, ille tuam Biturigum prouinciam ita tum regebat ac moderabatur, vt ab eo omnis æquitatis, iuſtitiæ, prudentiæ, magnitudinis animi exempla peterentur, vterque nobis propter ſimilitudinem ſtudiorum & beneficiorum magnitudinem coniunctiſſimus erat. In eo conſeſſu & colloquio multos varioſque ſermones habitos fuiſſe recordor, tum de ſtudiis Budæi, quæ mihi propter veterem cum eo homine conſuetudinem aliquando erant notiora quam cæteris, tum de triſti admodum atque acerbo caſu, quem literæ interiores extincto illo lumine pertulerunt. Ac vt alius ex alio naſcitur ſermo, hinc arrepta eſt occaſio commemorandi, quam paucis annis, quantam literæ bonæ iacturam, paucorum hominum interitu, in Gallia noſtra feciſſent. Nam Budæi fatum non longo admodum interuallo ſecuta eſt Regis Franciſci patris tui mors luctuoſa, principum omnium, quos vnquam ſol vidit, literis deditiſſimi, vt iam bonorum omnium conſenſu, literarum ac diſciplinarum parentis cognomen ei tribuatur. Nec ita multo poſt Reginam Nauarræ Margaritam, cæleſti haud dubie præditam ingenio fœminam, & eo in literas amore ac ſtudio, vt Franciſco Regi, cuius erat ſoror, non concederet, inuida fata nobis eripuerunt. In hanc ſententiam cum multa grauiter & copioſe à ſingulis dicerentur, memini tum ita locutum Hoſpitalem fuiſſe, vt dolorem noſtrum, mœroremque oratione ſua non parum leniret ac minueret. Is enim ex tanta clade fœminam vnam ſupereſſe dicebat, cuius ea eſſet non ſolum authoritas ac maieſtas, verum etiam doctrina ſingularis cum honeſta voluntate affectuque coniuncta, vt literas collabentes ſola facile ſuſtentaret ac tueretur. Ac poſtquam de te ſtudiiſque tuis, & admirabili literarum omnium, tum Græcarum, tum Latinarum cognitione, pleraque non audita ab aliis, vt ipſe affirmabat, ſed à ſe comperta, atque intellecta, nobis magna cum attentione & admiratione audientibus narrauit, nemo me hercule fuit, qui protinus in cœlum manus præ gaudio non tolleret, & ad bene ſperandum de re literaria vehementiſſime commoueretur. Eſt enim in Hoſpitalis oratione præter elegantiam & vbertatem, eruditiſſimo viro dignam, grauitas etiam ſumma, & vt prudentis rectique hominis quædam naturalis authoritas, quæ ad fidem faciendam plurimum valet. Hunc vero ſermonem ſic excepit Franc. Albaſpineus, vt Biturigum ciuitati prouinciæque mirum in modum gratularetur, quod nuper eius tibi procurationem, gubernationem, ducatumque Rex Chriſtianiſſ. Henricus frater tuus mandaſſet, atque credidiſſet. Quid enim, inquiebat, nobis optatius, fœlicius, diuinius contingere potuiſſet, poſt eam animi conſternationem, quæ Margarita Regina Nauarræ fato functa, inter ciues noſtros oborta eſt, quam repente eam nobis ducem quaſi cœlitus demiſſam eſſe, in qua eadem pietas ac religio, bonitas par atque humanitas, ingenium fœlicius, & longe politior doctrina inſint, quæque ad ea quæ iam recte præclareque inſtituta ſunt, non ſolum tuenda & conſeruanda, ſed etiam augenda & amplificanda diuinitus quodammodo nobis data videatur? Subiiciebat ille, veniſſe iam tempus, quo Biturigum ciues veriſſime idem dicere poſſent, quod Themiſtoclem Athenienſem dixiſſe ferunt, cum exul & profugus ad regem Perſarum confugiſſet, & ab eo honorifice exceptus locupletatuſque fuiſſet: O amici perieramus, niſi periiſſemus. Longum eſſet, nec valde neceſſarium ſigillatim omnia hic recenſere, quæcunque in eo congreſſu de te recitata ſunt. De quibus omnibus tametſi fama vbique terrarum increbuerat (magna ſiquidem fortuna nihil occultum eſſe patitur) tamen ad opinionem confirmandam, quam animo vtcunque prius imbiberam, magnum pondus habuit ea diſputatio. Nam ante vix adduci poteram, vt has lucubrationes noſtras in tuo nomine diuulgari & apparere ſinerem. Cogitabam enim non eo me hominem eſſe vel ingenio, vel doctrina, vt quicquam auribus tuis dignum afferre poſſim, & ſcholaſticas diſputationes, de Iure præſertim, & quæſtionibus forenſibus mulieri offerri ineptum ac indecorum quibuſdam viſum iri ſatis intelligebam. Ac ſicut olim prouerbio notati ſunt, qui Veneri ſuem immolabant, quod Adonis apri dente peremptus, ideoque ſus Veneri, aut amaſij interfector gratus non eſſet: ſic ego ſubueritus ſum ne mihi vitio detur, quod nec muneris oblati, nec perſonæ tuæ rationem habuerim. Verum omnem mihi ſcrupulum dubitationemque exemit iſta, quæ nunc animo meo inſedit penitus de te perſuaſio. Nam ſingularis tua in bonarum artium ſtudioſos humanitas facit, vt qualemcunque ſedulitatem noſtram te in bonam partem accepturam confidamus, quamuis hoc opus ita à nobis elaboratum perfectumque non ſit, vt ſi ex noſtra æſtimatum fuerit induſtria, magis quam dignitate ipſius argumenti, dignum tuo nomine patrocinioque iudicari debeat. Ac ſi qui forte ſint qui rem à nobis tractatam parum tibi conuenire exiſtiment, in eo falli eos conſtat, quod te ex aliarum mulierum natura, ingenio & moribus fingunt: nec ſatis norunt quantum inter te reliquaſque huius ſeculi fœminas interſit. Cum igitur ea ſit & naturæ tuæ bonitas, & doctrina ac eruditio, vt præter pudorem pudicitiamque inſignem, muliebre nihil in te conſpiciatur, & cum excellentiſſimis viris merito conferri poſſis, equidem iure culpandus non videor, ſi tibi munus literarium obtulerim, quod aptum conuenienſque viro eſſe nemo non fateatur. Non deerunt fortaſſe, qui dicent ſtudium literarum in muliere quidem ferendum eſſe, ſed non earum quæ ad res politicas & forenſes pertinent. Sed cum ita moribus noſtris comparatum ſit, vt principes fœminæ gubernacula Reipublicæ teneant, cur earum rerum ſcientia, quibus ad Rempublicam regendam opus eſt, eiſdem interdicta ſit, non video. Niſi forte quis dicat eas vicaria magiſtratuum opera vti hic ſolere, quos iſta cognoſcere ſufficiat. Verum ego an anxiam nimis & exactam harum rerum cognitionem à principibus minime flagito, ita minus idoneos eſſe ad gubernationem Reipublicæ eos cenſeo, qui ne primoribus quidem labris, vt dicitur, hæc deguſtarunt. Ac huiuſmodi ſunt hi noſtri libri, niſi vehementer ipſi fallimur, vt iis etiam qui forenſem iudiciariamque artem ipſi non exercent, ſed rerum cum diuinarum, tum ad ſtatum publicum ſpectantium ſtudio capiuntur, nonnihil conducant. Quarum rerum cognitione, vt honeſta ac perneceſſaria te mirifice delectari

accepi-

accepimus. Et hæc quidem à nobis dicta ſunt, vt ineptiarum ac temeritatis crimen, quod nobis obiici poſſet, ſi minus à te, certe ab aliis quibuſdam, in quorum manus ſcripta noſtra venient, aliquando fortaſſis, dilueremus. Nec difficile eſt ex iis, quæ iam diximus, perſpicere ac iudicare, quæ me ratio impulerit, vt libros meos tibi legendos exhiberem. Verum alia quædam non leuis huius incepti cauſa etiam fuit, præter eas, quæ hactenus à nobis expoſitæ ſunt, quod videlicet in locum illuſtris Reginæ Nauar. duciſq; Biturigum modo ſucceſſeris, quæ ſtudiorum noſtrorũ fructum, ſi quis exiſtat, iure ſuo à nobis repetere poſſet. Quam enim ſuperſtitem adhuc & viuam diutiſſime colui, & obſeruaui, cum apud Bituriges tuos ius ciuile interpretarer, & annuum mihi eo nomine largiretur, eidem profecto mortuę quod potero officium præſtare quam maxime cupio: vt eius, quæ tam præclare ac diuinitus, non dicam de me & ſtudiis, ſed de vniuerſo hominum genere merita eſt, ſacroſanctam apud nos memoriam eſſe omnes intelligant. Sed quia animo iam fœliciter in cœlum recepto humana non conueniunt, nec quantum vellem ei in præſentiarum tribuere poſſum, quicquid in viuã officij collaturus fui, nemini iuſtius quam tibi nunc deferendum eſſe videtur, vtpote quam illa incredibili amore ſemper complexa ſit, & pietatis, religionis, doctrinæ, cæterorumq; ornamentorum ſuorum velut hęredem quodammodo reliquerit. Et arbitror pios illos ſanctiſſimoſq; Manes, ſi loqui nobiſcum poſſent, id ſibi pergratum ac iucundum eſſe dicturos. Quo nomine fortaſſis opera hæc noſtra, qualiſcunque ea ſit, acceptior tibi futura eſt, eamq; vt boni conſulas, te vehementer etiam atq; etiam rogo. Vale, Lutetię Pariſiorum, Idibus Iunii 1550.

FRANCISCVS DVARENVS LECTORI S.

ETSI non diffidebam, cum hos de iure pontificio libros emiſi, operam meam in re honeſta, conatumque integris & ſanis hominibus probari poſſe, tamen fœlicior fuit eorum librorum (vt ita dicam) genius, quam ſperabam. Nec vero id ita eſſe iudico, quod tam auide expetiti ſint à multis, vt eos quam ſæpiſſime excudi formis neceſſe fuerit. Non enim is ſum, qui iudicio multitudinis multum tribuam, ſed bonis placere quam plurimis honeſtius ſemper eſſe duxi. Sed quia ex literis multorum ac nunciis cognoui, nullum fere locum in Europa eſſe, in quo hominibus piis, ac intelligentibus gratus non ſit noſter hic qualiſcunque labor, merito id fœlicitati cuidam, aut diuinæ potius erga nos bonitati adſcribendum eſſe puto: cum præſertim neq; ea vis ingenii in me ſit, neq; eruditio, vt tot taliumq; virorum iudicio reſpondere me poſſe exiſtimem. Itaq; facile animum induxi, vt hos libros denuo in manus ſumens, menda corrigerem, & nonnulla adderem, quæ omiſſa fuerant in ſuperiore editione. Hoc autem maturius eram facturus, ſi mihi per typographum quendam licuiſſet, qui iam quater eos impreſſit me inſcio, & ita imitari, & exprimere conatus eſt primam editionem, eamq; mendoſam, vt primo aſpectu eadem eſſe videretur. Nam fuit ea hominis confidentia, vt annum etiam ipſum ac diem primæ illius editionis adſcribere in aliis poſterioribus non dubitarit. Quid opus eſt pluribus? Ipſe tandem comperi tractatos non aliter eſſe libros meos, quam accidere ſolet, cum quid furtim, feſtinanter, & in magno deprehenſionis metu, admittitur. Feci igitur non minus libenter, quam neceſſario, quanquam aliquanto, quam vellem ſerius, vt his libris impoſita vulnera ſanarem, quibus præter me nemo facile mederi poterat. Auarici Bitur. Calend. Maii, Anno 1557.

INDEX SINGVLORVM CAPITVM, QVAE HIS OCTO LIBRIS CONTINENTVR.

LIBER PRIMVS.

De Eccleſia, & miniſteriis eccleſiaſticis.

DE Eccleſia, poteſtate eccleſiaſtica & ciuili, ac de vtriuſq; diſcrimine cap. 1.
De poteſtate, & iuriſdictione eccleſiaſtica 2.
De pœnis, & coercitionibus eccleſiaſticis 3.
An ius gladii habeat Eccleſia 4.
De ciuili gubernatione 5.
Quam poteſtatem habeat princeps circa miniſteria Eccleſiæ 6.
De Hierarchia, & variis adminiſtrationibus Eccleſiæ 7.
De variis presbyterorum generibus 8.
De epiſcopis, qui gradus ſint epiſcoporum, & quæ poteſtas olim fuerit eorum, qui chorepiſcopi dicebantur 9.
De epiſcopo Romano, ac de eius amplitudine, & auctoritate, tum de nominibus variis, quibus appellari ſolet 10.
De conuentibus eccleſiaſticis, quas ſynodos vocant 11.
De diaconis, hypodiaconis, & aliis inferioris ordinis & gradus clericis 12.
De cardinalibus Romanæ Eccleſiæ, cur ita vocentur, & vnde ortum habuerint 13.
Qui fuerint olim oſtiarii, lectores, exorciſtæ, acoluthi, & cæteri omnes, qui clerici appellantur: vnde mos tondendi capitis ortus ſit, atq; item conſuetudo canendi in ſacris ædibus 14.
De ſchola eccleſiaſticis magiſtris, & doctoribus 15.

De ſacris ordinationibus, & cur olim abſolute quenquam ordinari vetitum fuerit 16.
De pſeudoclericis 17.
De canonicorum collegio 18.
De miniſtris Eccleſiæ, qui clerici non ſunt 19.
De monaſteriis & monachis, eorumq́ ſtatu, conuerſatione & inſtituto 20.
De monachorum ſectis 21.
De monachorum gradibus, & officiis 22.
De mendicantium ſodalitate 23.
De monialibus 24.
De ſacerdotiis veterum Rom. ante Chriſtianiſmum 25.

LIBER SECVNDVS.

De origine, definitione, ac diuiſione beneficiorum.

De facultatibus Eccleſiæ, earumq́ origine, & proceſſu cap. 1.
De vulgari diuiſione bonorum eccleſiaſticorum in temporalia & ſpiritalia 2.
Vnde dicatur beneficium 3.
Quid ſit beneficiũ, beneficii eccleſiaſtici dominiũ, vſusfructuſq́ cuius ſit, & an penſiones annuæ, atq́ hoſpitalia beneficii appellatione contineantur 4.
Beneficiorum diuiſio, & qualitas 5.
Quæ ſint dignitates eccleſiaſticæ, & quot modis accipiantur 6.
De curatione animorum 7.
Simplicia beneficia quæ ſint, & præbendarum vocabulo quid ſignificetur 8.
Beneficiorum diuiſio in regularia & ſecularia 9.

LIBER TERTIVS.

De iis qui poſſunt beneficia conferre.

Quorum beneficiorum diſtributionem habeat Romanus pontifex, & quemadmodum is ordinari eligiq́ debeat cap. 1.
An concilium Oecumenicum beneficia conferat, & an ei ſubſit Romanus pontifex 2.
De legato Romani pontificis 3.
De epiſcopis, cæteriſq́, qui ordinarii collatores dicuntur 4.
De curatore dato epiſcopo, quẽ vulgo coadiutorem appellamus 5.
De collegio eccleſiaſtico vacante ſede epiſcopali 6.
De propontifice, qui vicarius appellatur 7.
De conductore 8.
De poſſeſſore 9.
Sequeſtrum beneficia conferre poſſe, & obiter explicata duo loca, quæ inuicem pugnare videbantur, Iuliani ſcilicet, & Florentini I C. aduerſus aliorum ſententiam 10.
Ius conferendorum beneficiorum in Gallia regem habere, & vnde id ius quod Regalia dicimus, ortum habuerit 11.

LIBER QVARTVS.

Quibus poſſint beneficia conferri.

Quibus præditum moribus, & a quibus vitiis alienum eſſe eum oporteat, cui beneficium confertur cap. 1.
Quarum literarum atq́ linguarum cognitione inſtructus debeat eſſe beneficiarius 2.
An ob vitium corporis à ſacro miniſterio, beneficioq́ repelli quis debeat 3.
De morbis corporis, qui hominem miniſterii beneficiiq́ eccleſiaſtici incapacem reddunt, item qui dicantur energumeni, & engaſtrimyti in iure pontificio 4.
Eos qui ex iuſtis nuptiis procreati non ſunt, ad miniſteriũ ac beneficium eccleſiaſticum admitti non debere, & qua ratione id conſtitutum ſit 5.
Quibus ſacris initiatum eſſe eum oporteat, qui ad ſacrũ beneficium promouetur 6.
An cœlibatus beneficiariis neceſſarius ſit 7.
Digamum a ſacerdotio, & beneficio eccleſiaſtico ſummoueri, & qua ratione id canonibus ſancitum ſit 8.
De beneficiariorum ætate, & legibus annalibus: item de iis, qui plura aduerſus canones beneficia impetrauerunt 9.

LIBER QVINTVS.

Quibus modis acquirantur beneficia, & miniſtri Eccleſiæ ordinentur.

Quæ ſit forma, & ratio eligendi miniſtros Eccleſiæ, tam vetus quam noua, quidq́ inter ea beneficia interſit, quæ vulgo collatiua & electiua dicuntur cap. 1.
De eo genere ad ſacra miniſteria beneficiaque promouendi, quod vulgo poſtulationem vocamus 2.
Tranſlatio epiſcoporum quamobrem ſit prohibita, aliter explicatum, quam a iuris pontificii enarratoribus factum adhuc ſit 3.
Quale ſit nominationis ac præſentationis ius, iis competens, qui patroni eccleſiarum dicuntur 4.
De iure ordinandi miniſtros Eccleſiæ, beneficiaque conferendi, quod tanquam caducum ad ſuperiorem antiſtitem deuoluitur 5.
Coniunctio beneficiorum, quam vnionem vocãt, quæ ſit, & quibus ex cauſis permittatur 6.
De fiduciis eccleſiarum, tam perpetuis quam temporariis, quæ commendationes dicuntur 7.
De pontificiis diplomatis, quæ vulgus gratias expectatiuas, & mandata de prouidendo appellat, copioſa diſputatio 8.
De reſeruationibus beneficiorum, tam vniuerſe, quam ſigillatim factis 9.
De pontificum diplomatis, quæ vacantium beneficiorum nomine impetrantur 10.
De concilio Conſtãtiano, ac Baſilienſi, & de pragmatica Gallorũ ſanctione, Romanorumq́ pontificum decretis, quibus eam aut conuellere omnino, aut labefactare ſtuduerunt 11.
De nominatione regia in ordinandis antiſtitibus, quales regis candidatos eſſe oporteat 12.
De ſcholaſtica nominatione, qua nunc in Gallia fere vtimur cõpendioſa, ſed accurrata commentatio 13.

LIBER SEXTVS.

De iis, quæ in beneficiis diſtribuendis præcipue obſeruanda ſunt.

Beneficium antequam vacet, nec dandum, nec promittendum eſſe, & quam grauiter in hac re aduerſus ſacros canones peccari ſoleat cap. 1.
Omnem ambitum à collatione beneficiorũ procul abeſſe debere 2.
De annuo vectigali, quod vulgo Annatam vocant, a nouis antiſtibus exigi ſolito, & explicata lex Iulia de ambitu 3.
De annuis ſiue penſionibus, quæ beneficiis velut ſeruitutes quædã imponuntur 4.
Beneficium pure ac ſimpliciter conferendum eſſe 5.
An abſque ſcriptura beneficii collatio valeat. 6.

LIBER SEPTIMVS.

Quod ius habeat beneficiarius in beneficio ſuo, & quemadmodum beneficia retineantur & conſeruentur.

De decima tam ordinaria & legitima, quam extraordinaria atque indicta cap. 1.
De primitiis 2.
De oblationibus 3.
De diariis, quæ diſtributiones quotidianæ appellãtur, & cur hoc genus erogationis adinuentum ſit 4.
De reditibus, & obuentionibus quibuſdam epiſcoporum 5.
De his quæ ſacramentorum, & aliarum huiuſmodi rerum nomine contra veteres canones exiguntur 6.
An mortuo beneficiario hæres legitimus ei ſuccedat 7.
An beneficiarius ſucceſſorem eligere, & fructus beneficii teſtamento legare poſſit 8.
Quibus ex cauſis rerum eccleſiaſticarum alienatio permittatur: quæ forma in huiuſmodi alienatione debeat obſeruari: & declaratus canon Agathenſis concilii ad eandem rem pertinens, qui vulgo male intellectus magnam iudiciorum varietatem peperit 9.
Quorum munerum vacationem beneficiarii, & eccleſiarũ miniſtri habeant 10.
De iudiciis & actionibus, quæ pro beneficio comparatæ ſunt 11.
De his qui libere & quiete beneficium triennio poſſederunt 12.
De ſubrogationibus iudiciariis 13.

LIBER OCTAVVS.

Quibus modis beneficia amittantur, & vacent.

De beneficiis morte beneficiariorum vacantibus cap. 1.
De beneficii eiuratione, quæ & reſignatio appellatur 2.
De beneficiorum permutatione 3.
De beneficiorum multitudine canonibus prohibita 4.
De aſſiduitate beneficiariorum, quã reſidentiam appellamus 5.
De criminibus propter quæ beneficia amittuntur 6.

IN QVA

PRÆFATIO,
IN QVA DE VNIVERSO IVRE PONTIFICIO, AC DE INSTITVTO AVCTORIS DISSERITVR.

CVM de iure canonico ſiue pontificio aliquid ſcribere inſtituerem, ſatis proſpiciebam fore, vt hoc conſilium meum in varias reprehenſiones incurreret. Non enim adeo rerum imperitus ſum, vt non intelligam, quam male audiat hoc temporis iſtius iuris profeſſio, quamq; diſpliceat non vulgo tantum & imperitæ multitudini: ſed iis etiam, qui cæteris acutiores, acrioriſq; iudicii haberi volunt. Nam pleriſq; perſuaſum eſt, ius pontificium nihil aliud eſſe, quam incõditam quandam decretorum, & cõſtitutionum farraginem à ſemidoctis pontificibus ad quæſtum magis, quam ad Reip. Chriſtianæ commodum editam: cuius nec liberalis cognitio, nec admodũ neceſſaria videatur. Nec deſunt, qui totũ hoc ius plenum erroribus eſſe non obſcure teſtentur, è quorum numero Cynus Piſtorienſis clari nominis I.C. fuit. Alii tametſi multa pręclara & vtilia iure pontificio contineri nõ inficientur: tamen quia partim ea in deſuetudinẽ abiiſſe vident, partim diplomatibus põtificum venalibus fere ſubuerti ſolere, inanem prorſus noſtrũ eſſe laborem cõtendunt, nec vllam in hoc genere doctrinã reconditiorem magnopere requiri dictitant, ſed eam ſufficere, quæ in foro vſitata ſit, & ex vulgaribus commentariis hauriatur. Non neceſſe habeo hic commemorare, quoties mihi cum his dimicandũ fuerit, qui vicem meam (ſi Diis placet) non mediocriter dolere ſe dicerent, quod ſtudiis grauioribus omiſſis, in his nugis ineptiiſq; tempus contererem. Quorum ego iudicium, & auctoritatem, vt prorſus non contemno, ita rationes aliquas habere mihi videor, quibus hoc inſtitutum conſiliumq; meum bonis & eruditis hominibus approbare facile poſſim. Nam vt de iure pontificio dicam quod ſentio, cõſtat in primis iam inde ab initio naſcentis eccleſiæ apoſtolos Chriſti, ac ſacerdotes de ritibus in eccleſia neceſſariis quædam conſtituiſſe, cum abſq; ordine & εὐταξίᾳ verum Dei cultum retineri non poſſe animaduerterent. Hinc Paulus ad Corinthios ſcribens, πάντα, inquit, εὐσχημόνως, καὶ κατὰ τάξιν γινέσθω. Hos imitati ſucceſſores per multas ætates variis in conuentibus veluti leges quaſdam condiderunt, quas canones, id eſt, regulas, ſeu ius canonicum vocamus. Ea ſiquidem erat horum modeſtia, vt decreta huiuſmodi ſua, leges vocare non auderent, ne principum ac magiſtratuũ auctoritatem ſibi arrogare viderẽtur. Et quanquam principes ipſi negligentibus epiſcopis ac ſacerdotibus leges plerunq; ad gubernationem eccleſiarum, & ritus eccleſiaſticos pertinentes ferrent: tamen ea veneratione ſacros illos canones proſequebantur, vt ab eorũ præſcripto vix vnquam ſibi deflectendum eſſe ducerent. Et Iuſtinianus noſter diſerte ait, ſe ita leges ſcribere, vt ſacros canones imitentur. Totum autem ius canonicum, quo nunc vtimur, præcipuis aliquot voluminibus continetur. Vnum eſt à Gratiano cõpoſitum quadringentis fere ab hinc annis, quod variis canonibus ſentẽtiiſq; veterum patrum vndiq; collectis refertum eſt, decretorumq; titulo inſcribitur. Nec eo libro vllus eſt in hoc genere vtilior, quamuis in eo nonnihil deſiderent eruditi. Fatetur Martialis quodã verſu, in ſuis libris mala plura eſſe, quã bona, aut mediocria, nec aliter vllum ſcribi librum ſolere: nemo tamẽ ſanus ideo libros eiuſmodi omnes contemnendos aut reiiciendos eſſe dixerit. At Gratianus noſter plurimus abundat præclaris aureiſq; ſententiis, vt æquum nõ ſit, ob nonnulla, ſi quæ in eo deprehenduntur errata, è ſtudioſorũ manibus librum longe vtiliſſimum excutere, nullo duntaxat meliore, probatioreq; allato. Alterum volumen eſt Gregorii noni editum nomine, quod diuerſorum pontificũ Romanæ ſedis epiſtolas, quæ dicuntur Decretales, complectitur. In eo Decretalium volumine multa intueri licet, quæ à priſca illa diſciplina, quã decretorum liber à Gratiano editus continet, multum degenerent. Atq; hinc natum eſt illud apud noſtrates tritum ac vulgo iactatum, Male cum rebus humanis actum eſſe, ex quo decretis alæ acceſſerunt. Eſt enim hæc rerum humanarum conditio, vt fere in deterius prolabantur: Sic omnia fatis, inquit poeta, in peius ruere, & retro ſublapſa referri. Eius tamen libri lectio negligenda iuris ſtudioſo non eſt, quod multa ad iuris non modo pontificij, ſed etiam ciuilis cognitionem vtilia contineat. Quo enim tempore conſcriptæ ſunt illæ epiſtolæ, quibus pontifices Romani de iure conſulentibus more veterum imperatorum reſpondebant, cauſæ eccleſiaſticæ antiquam ſimplicitatem iam amiſerant, erantq; huiuſmodi, vt ad eas dirimẽdas ac definiendas I.C. & pragmatici adhiberentur: vnde factum eſt, vt canonum peritus, niſi idem iuris ciuilis ſciẽtia inſtructus ſit, vulgari prouerbio inter rudes & imperitos numeretur. Alius eſt liber Bonifacij octaui, quẽ ideo in Francia receptum non eſſe accepimus, quod quæ in eo extant conſtitutiones, pleræq; in odium, & æmulationem Philippi Francorum regis editæ, & ad Romanæ aulæ quæſtum excogitatæ credãtur. Vtcunq; ſe res habeat, quiſquis in foro hodie verſari cupit, non parũ eius libri lectione iuuari poteſt: nec diſſimilis eſt cæterorum librorum tum à Clemente quinto, tum ab aliis promulgatorum ratio: ex quibus, ſi cum iudicio legãtur, fructus & commodi plurimum colligere licet. Quanquam enim libenter facio, vt iuuenes ad horum librorum ſtudium adhorter: tamẽ ab omnibus vitiis eos pertinaciter vindicare nequaquam inſtitui. Illud enim fateri vel inuiti cogimur, mores hominũ eccleſiæ titulo inſignitorũ ita paulatim degeneraſſe, vt poſteriores conſtitutiones pontificum fere anterioribus cedant, ac de eis merito dici poſſe videatur, quod ſcribit Homerus:

Παῦροι γὰρ οἱ παῖδες ὁμοῖοι πατρὶ πέλονται. Οἱ πλέονες κακίους, παῦροι δέ τε πατρὸς ἀρείους.

Itaq; ſicut hoc tempore valde neceſſarium eſt, ſacerdotum deformatos mores ad priſcam religionem reuocare: ita expediret fortaſſis ex tot tantiſq; conſtitutionibus põtificiis, quicquid verius, ſyncerius ac vtilius eſt in breue aliquod volumen conferre. Nec id futurum aliquando deſperamus hoc præſertim põtifice Iulio tertio, quem rumor eſt (atq; vtinam is vanus non ſit) de ruinis eccleſiæ fulciendis & reſtituendis canonibus antiquis ſerio cogitare. Quo nihil poteſt in eius mentem ac cogitationem cadere diuinius. Extant Heſiodi verſus, quibus ætatis ſuæ vitia deplorat, & ſe alio tempore natum non eſſe conqueritur:

Μηκέτ' ἔπειτ' ὤφελλον ἐγὼ πέμπτοισι μετεῖναι Ἀνδράσιν, ἀλλ' ἢ πρόσθε θανεῖν ἢ ἔπειτα γενέσθαι.

Sed quoniam his votis nihil proficitur, modis omnibus enitendum eſt, vt veteres mores ac inſtituta reuocantes, auream quandam ex ferrea ætatem efficiamus. Vetus eſt illud, moribus antiquis res ſtat Romana, viriſque. Quod de eccleſia & ſtatu eccleſiaſtico multo verius dici poteſt. Nec aliter cenſuerunt antiqui illi patres in conuentu Niceenſi, qui ita decreuerunt, τὰ ἀρχαῖα ἔθη κρατείτω. Quam ad rem noſter hic tractatus nonnihil vt ſpero, adiumenti allaturus eſt: hoc enim mihi propoſitum fuit, vt ſenſim ab heroicis ætatibus ad noſtrorum vſq; temporum fecem deueniens, priſcos canones ac inſtituta primum, deinde recentiores conſtitutiones in medium adducerem: ſed temporis vbique habita ratione, quo edita ac promulgata quæq; fuit. exempla quoque interſerui, ex Euſebio, Sozomeno, Socrate, Theodorito, Chryſoſtomo, Baſilio, Gregorio, Hieronymo, Auguſtino, Cypriano, atq; aliis veteribus ſcriptoribus eccleſiaſticis decerpta, quos mihi eam ob rem euoluere omnes non ſine magno labore ac vigiliis neceſſe fuit. Itaque quiſquis omnium ſæculorum, atque ætatum à Chriſto, & eius apoſtolis ad noſtra vſque tempora canones, decreta, conſtitutiones, ritus, moresq; eccleſiaſticos noſſe, ac inuicem conferre volet, hi noſtri libri ſi minus ſatisfacient omnino, certe non minimo ei futuros adiumento confirmare auſim. Nam cum hæc primum ſcribere aggreſſus ſum, mihi tantum animus erat, commentarios ad memoriæ ſubſidium, & locos communes de rebus in foro vſitatis conſcribere, qui mihi ad cauſas forenſes tractandas vſui eſſent. Verum ab amicis perſuaſus, vt commentationes meas cum ſtudioſis communicarem, non inuitus feci, vt rerum omnium, quæ in iure pontificio diſputantur, fontes indicarem ac patefacerem, quo ad plures manaret noſtrarum vigiliarum, ſi quæ ſit, vtilitas, & non iis tantum, qui foro & litibus dediti ſunt: ſed cæteris etiam omnibus prodeſſem. In iis ſane, quæ ad forum & iudicia præcipue ſpectant, modum adhibui, qui docendi rationi & methodo, quam in toto hoc opere ſecutus ſum (haud ſcio, quam fœliciter) mihi conuenire videbatur: nec ſingulas, quæ incidere ſolent, quæſtiones, quæque ab aliis ſpinoſe ſubtiliterque diſputantur, omnino hic agitandas eſſe putaui. Quanquam pleraſque ſic attigi, vt verear, ne à quibuſdam in ea re nimius exiſtimer, qui nihil de fece, quod aiunt, nos haurire facile patientur. Male etenim docet, qui omnia docet. Idq; à nobis non multos ante annos ſatis demonſtratum eſt in eo libello, quem de docendi diſcendique iuris ratione ad And. Guillartum ſcripſimus, qui tum nobis ius ciuile interpretantibus operam dabat, nunc præfectura libellorum iuuenis adhuc, ſed prudentia ſenili in regia, ſummiſque tribunalibus fungitur. Ac eleganter Chryſoſtomus: In lampadem, inquit, ſi parum inſtillaueris olei, ſatis alimenti habet ignis: ſin iuſto largius infuderis, etiam quæ in ea eſt, flammam extingues. Nec minus venuſta ſimilitudine vſus eſt Ariſto, Græce quidem vti & Chryſoſtomus, ſed in hanc ſententiam: Veratrum ſi craſſius ſumptum fuerit, purgat: tritum vero ac comminutum, ſuffocat: ſic & nimis anxia ſubtiliſque in philoſophia diſputatio. Quod ad elocutionem attinet, quidnam hic præſtiterim, paucis dicam. Equidem vt à nouo illo & vere portentoſo genere orationis, quod barbari doctores condiderunt, multum ſemper abhorrui: ita dedi operam, vt proprie, Latine, ac dilucide res mirum in modum inuolutas & obſcuras explicarem: nam ius pontificum, quod multos annos iacuit, nec vllum habuit lumen Latinarum literarum, nonnihil excitare ac illuſtrare conatus ſum: idq; tametſi conſecutum me non profiteor: ſecutum tamen eſſe præ me fero. Ac vehementer eos hortor, qui maiorem dicendi facultatem ſibi comparauerint, vt inchoatum informatumq; à nobis opus aliquando expoliant. Non enim hæc niteſcere poſſe diffidimus, modo egregius quiſpiam artifex operi manus admoueat. Illud ſane omnino vitare non potuimus, ne rebus nouis noua quædam imponeremus nomina, aut recepta vulgo retineremus: quanquam id à nobis modice factum eſt, & cum ad id nos cogere inopia videbatur. Licuit enim, ſemperq; licebit Signatum præſente nota producere nomen. Quod & in philoſophia Cicero ipſe fecit plerunq;, & alii non pauci, quorum apud omnes eruditos grauis eſt auctoritas. Liuius quidē de ſummis magiſtratibus Carthaginenſium loquens, non conſules eos, ſed Suffetes potius vocat. Itaque faſtidii delicatiſſimi eſt, ea verba contemnere ac deſpuere, quæ à noſtræ religionis auctoribus, & veteribus theologis vſurpata ſunt. Quo nomine Spiridion quendam epiſcopum apud Cyprios concionãtem, acriter obiurgaſſe fertur, vt Sozomenus ait. Hæc de pontificio, ſeu canonico iure, deq; noſtro inſtituto paulo fuſius præfari volui, vt quanta ſit huius iuris non ſolum vtilitas, ſed etiam dignitas quædam & amplitudo, iis præſertim iuuenibus, qui liberalius inſtituti, cane peius & angue ius pontificium oderunt hoc tempore, planum facerem, & ſimul oſtenderem in re tenui, ieiuna & abiecta, vt eſt quorundam perſuaſio, tantam me operam non collocaſſe. Nam ceteris, qui nulla re magis, quam quæſtu & lucro commouentur, quales permultos alunt fere tribunalia, ſuperuacanea fortaſſis oratio noſtra futura eſt; cum hi vel eo ſolo nomine ius canonicum amplectantur, ac velut filiolam exoſculentur ſuam. Iis enim litibus, quę ex rebus eccleſiaſticis oriuntur, & iure magis pontificio, quam ciuili dirimuntur, omnia vix fora hodie ſufficiunt: cuius rei duæ mihi præcipuæ videntur eſſe cauſæ: Vna eſt, quia perſonarum eccleſiaſticarum, quæ iure pontificio reguntur, ea eſt multitudo, vt populus vniuerſus in tres ordines diſtribuatur, Sacerdotium, Nobilitatem, ac Plebem, quorum omniū ampliſſimus eſt ſacerdotum ſiue eccleſiaſticorum ordo: Altera cauſa eſt, quia immenſas eccleſiæ opes nemo non, quibuſcūque modis poteſt, ad ſe rapit: innumerabiles eius rei gratia paſſim excogitãtur technæ & fraudes: veteres canones indigne miſerabiliterq; ſoluuntur: vt quæ inde naſcuntur, controuerſiarum neq; finis neq; modus vllus reperiatur. Vnde fit, vt nulla alia ex re v berior quæſtus ad cauſidicos, pragmaticoſq; redeat. Proinde qui ad quæſtum omnia referunt, nec vllum ſibi alium finem ſtudiorum, ſcopumq; proponunt, hi mea oratione non egent, quo ad ſtudium iuris pontificii alliciantur. Cum iis igitur mihi res eſt in pręſentiarū, qui cum generoſioris indolis ſint, & literis elegantioribus expoliti, ius pontificium ob eas, de quibus iam diximus, cauſas auerſantur & faſtidiunt: quibus noſtra oratione iam aliqua ex parte ſatisfactum eſſe opinor. Nam iſti vituperant factum, quod ab aliis vnum laudatur maxime: quod videlicet cum antiquorum canonum ſimplicitate, & grauitate recentiorum argutas, vt dicunt, ineptias coniunxerimus. Eſt enim poſteriorum canonum vſus hodie maior & frequentior in foro. Sed illi fortaſſis de rebus forenſibus admodum ſolliciti non ſunt.

ſunt.Itaq; illud eis obiiciemus, quod elegans & feſtiuus poeta ſcribit: Non opus eſt nobis nimium lectore guloſo: Hunc volo, qui fiat non ſine pane ſatur. Et ſane mirari ſatis non poſſum iſta ab iis deſpici, qui libros de ſacris, ſacerdotibus, cæremoniiſque veterum ethnicorum cum voluptate legunt, eiuſque rei ſcientia, vt honeſta ac liberali delectantur. Nam vt eis concedamus poſteriorum pontificum decreta veteribus longe diſſimillima eſſe, & quædam forte in eis reperiri, quæ aliquam emendationem correctionemq; deſiderent: tamen viciſſitudinem illam admirabilem ac mutationem cognoſcere iuuat, quam in noſtra religione tot ſæcula pepererunt. Num minus libenter Neronis & Caligulæ perditiſſimorum hominum res geſtas legimus, quam Auguſti, Traiani, Marci quorundam aliorum, qui prudenter & fœliciter Romano præfuerunt imperio? Eſt enim harum rerum cognitio homine politico digna: nec dubium eſt quin iura, quibus nunc vtimur, pontificia, ad ſtatum publicum & politiam maxime ſpectent, quæ tametſi aliquando emendata immutataq; fuerint, vt ſæpe res huiuſmodi ſolent: tamen futurum auguror, & eorum cognitionem nihilominus affectet poſteritas, nec ſatis eruditus habeatur, cui hæc ignota fuerint. Illud poſtremo hic admonere lectores volumus, quædam in his ſcriptis inueniri poſſe, quibus nondum ſuprema manus impoſita ſit. Id enim nobis non licuit, cum otii temporiſq; ſatis ad ea recognoſcenda, limandaq; non ſuppeteret, & magnæ nos rationes impellerent, ne vltra editionem differremus. Idq; eo nos æquiore animo fecimus, quod ſpes nobis ſit multorum exemplo ſcripta noſtra, quamuis edita iam peruulgataq;, cum id neceſſitas popoſcerit, emendare, & ſubinde opus ſub incudem ita reuocare, vt nouiſſima quaq; editione abſolutius atq; limatius in publicum prodeat.

LIBER PRIMVS DE ECCLESIA ET MINISTERIIS ECCLESIASTICIS.

ARGVMENTVM.

Quoniam via & ratione de beneficiis eccleſiaſticis diſſerere inſtituimus, operæpretium nobis viſum eſt, ab ipſa Eccleſia initium facere: Deinde miniſteria, officiaque eccleſiaſtica ſic deſcribere, vt quid vniuſcuiuſque ſit proprium, facile intelligi poſſit. Nam hoc fundamento non iacto, qui rem tractant beneficiariam, ſæpenumero eos perturbare omnia ac confundere videmus. Quiſquis enim neſcit, quid ſit Eccleſia, quid poteſtas eccleſiaſtica, quemadmodum à politica differat, qui ſint epiſcopi, presbyteri, diaconi, hypodiaconi, & alij huiuſmodi eccleſiarum ſiue gubernatores, ſiue miniſtri, hunc neceſſe eſt in magna rerum, quæ ad hoc argumentum pertinent, ignoratione verſari. Elementa ſiquidem hæc ſunt totius iuris pontificij, quo vtimur quodque tot voluminibus perſcriptum nobis pontifices reliquerunt. Sed & de monachis quoque aliquid attingere oportet: idque eo magis, quia beneficia, quæ regularia dicuntur, aliter ſatis commode explicari, cognoſcique non poſſunt.

DE ECCLESIA, POTESTATE ECCLESIASTICA ET CIVILI, AC DE VTRIVSQVE DISCRIMINE.

CAPVT PRIMVM.

CIVITAS vna eſt inter Chriſtianos, vnaque Reſp. late per orbem diffuſa, nec vllo circumſcripta loco, quam vſitata iam receptaque appellatione Eccleſiam dicimus, huius ſacroſanctæ & auguſtæ ciuitatis ſtatus in ſacris, & ſacerdotibus, & magiſtratibus conſiſtit, vt de publico Romanorum iure ſcribit Vlpianus. leg. 1. de iuſtit. & iur. Nam etſi religionis & ſacrorum procuratio omnibus aliis rebus antiquior nobis eſſe debeat, tamen imperio magiſtratus ad tranquillitatem inter homines tuendam eſt opus, ſine qua ne religio quidem conſiſtere poteſt. Itaque Iuſtinianus noſter maxima Dei inter homines dona eſſe ait Nouel. 6. ſacerdotium & imperium, quod vnum diuinarum rerum adminiſtratio, alterum humanarum gubernatio moderatioque ſit. Non enim vt apud Hebræos quondam atque Romanos iidem & reges erant & pontifices, Euſebius lib. 1. hiſtor. eccleſ. cap. 5. c. cleros. 21. diſtinct. ita in Chriſtiana Republ. idem homo vtramque perſonam ſuſtinet, & vtrumque munus exequitur: ſed duæ ſunt functiones diuerſæ, quarum vnaquæque plurimum operis habet ac difficultatis. c. duo ſunt. 96. diſtin. Communis tamen eſt vtriuſque finis & ſcopus, nempe religionis & mandatorum diuinorum in otio & pace conſeruatio. Hinc Iuſtinianus noſter de conſenſu & concordia rerum diuinarum & humanarum, ſacerdotii & imperii loquens, ſymphoniæ verbo vtitur. Eius verba hæc ſunt: Nouel. 42. ὥστε τὰ θειότερά τι, καὶ ἀνθρώπινα συνδεδραμένα μίαν συμφωνίαν ταῖς ὀρθαῖς ποιήσασθαι ψήφοις. Nec minus imperium magiſtratus, quam ſacerdotium à Deo conſtitutum eſt, vt docet Paulus ad Rom. c. 13. Sunt enim magiſtratus & ſacerdotium velut vnius corporis, id eſt, Eccleſiæ duo membra præcipua: quorum alterum alterius auxilio eget. Sed eo ſacerdotium magiſtratu dignius habetur, quod hic corpori & rebus externis, illud animæ, ac ſpiritui potiſſimum ſeruiat. d. c. duo ſunt. Itaque harum gubernationum altera ſpiritalis vulgo dicitur, quia ſpiritus & animæ tantum eſt curatio: altera temporalis, quia non æternarum rerum ac ſpiritalium adminiſtratio eſt, ſed externarum potius & corporalium, quæ ad temporaliam hanc vitam pertinent, & pro tempore, mutationem recipiunt. Id ſatis oſtendit Valentiniani imperatoris oratio, de Ambroſii ad epiſcopale munus promotione, apud Theodoritum lib. 4. c. 7. Nam cum Ambroſius, qui tum præturа fungebatur, omnium ſuffragiis lectus eſſet epiſcopus Mediolanenſis eccleſiæ, exultans gaudio Valentinianus, dixit ſe gratias agere Deo, quod is animorum curationem ei viro tradidiſſet, cui ipſe antea corpora commiſerat. c. Valentinianus. 63. diſt. Tametſi autem eccleſia, cœtus ac multitudo Chriſtianorum omnium, fidelium que ſit, tamen aliter nonnunquam accipitur in iure pontificio: nempe pro collegio & conuentu ſacerdotum, ac miniſtrorum doctrinæ diuinæ, qui clerici appellantur. not. in c. relatum. de teſta. c. cum clerici. de verb. ſignificat. c. vlt. ne præl. vices ſuas. Hinc poteſtas eccleſiaſtica, à ciuili ſeu politica diſtin-

guitur. Sed de vtriuſq; poteſtatis diſcrimine & officiis videndum eſt, & ab eccleſiaſtica tanquam ſublimiore dignioreque incipiendum.

CAP. II.

De poteſtate & iuriſdictione eccleſiaſtica.

SAcerdotum functio & officium latiſſime patet. Nam præter docendi munus, adminiſtrandi ſacramenta, ordinandi miniſtros eccleſiæ, & quædam alia, quæ non ſunt inſtituti noſtri, poteſtatem habent aliquas, veluti leges condendi de ceremoniis, & aliis id genus, vt omnia decenter & ordine fiant. Item de rebus in religione obſcurioribus iudicium faciunt: ac ſi quæ dubitatio emerſerit, eorum cognitio eſt, non magiſtratuum ciuilium. l. omni innouatione. Cod. de ſacroſ. eccl. Cauſam enim fidei in eccleſia agendam quis abnuat? inquit Ambroſius c. conuenior. 23. q. 8. Præterea iuriſdictionem aliquam, & coercitionem habent in eccleſia, quoniam abſque diſciplina aliqua munus ſuum tueri non poſſunt. Ea autem diſciplina duplex eſt, vna populi, altera cleri. Nam populum ſibi commiſſum, corripiendi caſtigandique & à ſacra communione arcendi ius habent, ob graue ſcilicet delictum & contumaciam, quæ noceat eccleſiæ. c. nouit. de iudic. Quæ poteſtas nihil detrahit imperio magiſtratus, quia nihilominus coercere, & legitimis ſuppliciis delinquentes afficere ei licet. l. 1. C. de ſumma trin. l. placet. C. de ſacroſ. eccl. Poteſt & ſacerdotibus obſiſtere, ſi temere & ob alias cauſas, quam quæ canonibus expreſſæ ſint, quempiam à communione ſummouerint. No. 123. vt paulo poſt docebimus. Ad hæc delicta quędam ſunt, quæ legibus non puniuntur, vt vſura, concubinatus, periurium, &c. correctioni tamen eccleſiæ ſunt obnoxia, & ideo crimina eccleſiaſtica appellantur. Hæc de cauſis criminalibus. Cauſæ vero ciuiles laicorum in eccleſia non iudicantur, niſi quæſtio aliqua de fide, aut re alia ſpiritali occurrat. d. c. conuenior. d. l. omni innouatione. aut niſi conſentiant litigatores. l. ſi qui ex conſenſu. C. de epiſc. aud. Non ignoro Theodoſium imperatorem Romanum legem promulgaſſe, qua cautum erat, vt lites omnes & controuerſiæ forenſes ad iudicium eccleſiæ remitterentur, ſi alteruter litigatorum id poſtularet. Quæ lex à Carolo Magno poſtea renouata, confirmataque fuit. c. quæcunque. 11. q. 1. c. nouit. de iud. Sed mutatis epiſcoporum moribus, in deſuetudinem abiit, vt credibile eſt, vtraq; conſtitutio. Nec vero dubium eſt, quin ſacerdotibus reges omnes ac principes in huiuſmodi rebus cedere, ſeq; eis ſubiectos agnoſcere debeant. c. quoniam. 18. diſtin. c. quis dubitet. c. duo ſunt. 96. diſtin. Quamobrem Valentinianus imperator, cum de epiſcopi cuiuſdam electione ageretur, ita locutus eſt ſacerdotibus. Talem in pontificali conſtituite ſede, cui & nos qui gubernamus imperium, ſyncere capita noſtra ſummittamus: & cuius monita, dum tanquam homines deliquerimus, neceſſario veluti curantis medicamenta ſuſcipiamus: & Conſtantinus ad epiſcopos conuentus Niceni: Deus, inquit, vos conſtituit ſacerdotes, & poteſtatem vobis dedit de nobis quoq; iudicandi. hiſt. eccl. lib. 10. Proinde Innoc. pontif. Roma. Arcadium Imperatorem à ſacra communione ſummouit, quia conſenſerat, vt Ioannes Chryſoſt. à ſua ſede pelleretur. d. c. duo ſunt. Et Ambroſius Valentiniano Imperatori fortiter obſtitit iubenti, vt templum ſedemque ſuam Arrianis cederet. Sed nihil eſt ea hiſtoria memorabilius, quam Theodoritus lib. 5. deſcribit de Theodoſio Imperat. quem idem Ambroſius cum Mediolanenſis epiſcopus eſſet, non ſolum excluſit à communione & ingreſſu templi, ſed etiam ad publicam pœnitentiam depoſita purpura, omnique regio ornatu, adegit, quod apud Theſſalonicam aliquot millia hominum indicta cauſa, ipſius iuſſu trucidata eſſent: vt neſcias maioremne epiſcopi libertas, an imperatoris obedientia animique demiſſio admirationem mereatur. c. cum apud. 11. q. 3. Ac vt eius rei perpetuum ſupereſſet monumentum, pleniorq; eſſet ſatisfactio, ſuis monitis & exhortationibus perfecit quoque Ambroſius, vt legem promulgaret Imperator, quæ etiamnum in codice Iuſtiniani inter conſtitutiones Imperatorias extat. tit. de pœnis. l. ſi vindicari. in hæc verba, Si vindicare in aliquos ſeuerius contra noſtram conſuetudinem pro cauſę intuitu iuſſerimus, nolumus ſtatim eos aut ſubire pœnam, aut excipere ſententiam: ſed per dies triginta ſuper ſtatu eorum, ſors fortuna ſuſpenſa ſit. Eadem humilitate ac deiectione vſus eſt Federicus primus, qui Ænobarbus eſt appellatus, in Alexandrum III. pontif. Rom. ſed vi & armis, ne dicam tyrannide pontificis coactus, qui Imperatorem pro templi foribus humi proſtratum pedibus calcaſſe fertur, ac illud ex ſacris literis pronunciari iuſſiſſe, Super aſpidem & baſiliſcum ambulabis, conculcabis leonem & draconem. Nec vero aliorum principum neceſſaria eſt commemoratio, qui à pontificibus Rom. excommunicati ſunt & anathemate notati: cum in manibus omnium ſint hiſtoriæ, & quæ adduximus exempla, ad id quod inſtituimus demonſtrandum ſufficiant. Quod ad diſciplinam clericorum attinet, notandum eſt, ob quaſcunque cauſas laici caſtigantur ab eccleſia, multo magis eos puniendos eſſe. Sed magiſtratus nihilo ſecius in eos animaduertunt, poſtquam à ſuis antiſtitibus depoſiti, ac de gradu ſuo deiecti fuerint, niſi crimina ſint eccleſiaſtica. Nou. 83. & 123. Eccleſiaſtica voco non ea tantum, de quibus locuti ſumus, concubinatum, periurium, &c. ſed etiam venationem, bellum, aut negotiorum ſæcularium tractationem, aliaue id genus, quæ clericis interdicta ſunt, cæteris non item. Nam de iis non cognoſcunt magiſtratus. d. Nou. 83. & 123. De cauſis vero ciuilibus clericorum non ſacerdotes olim, ſed præſides & magiſtratus cognoſcebant. l. cum clericis. l. omnes. l. iubemus. C. de epiſc. & cler. Sed ne auocarentur à miniſterio ſuo, & vt promptius lites finirentur, Iuſtinianus ciuilium quarundam cauſarum cognitionem eis permiſit: ſed ita vt liberum eſſet victo, ſententiæ contradicere & ad ciuilem magiſtratum prouocare. d. Nouel. 83. & 123. can. ſi quis. 11. q. 1. Verum conſtitutiones Romanorum pontificum huic iuri non parum derogauerunt: quibus cautum eſt, non ſolum vt clerici ad magiſtratus tribunal inuiti non trahantur, ſed vt ne volentes quidem iuriſdictioni magiſtratus ſe ſubiicere poſſint, ſiue ciuilis ſit, ſiue criminalis cauſa. c. ſignificaſti. c. ſi diligenti. de foro compet. Qua de re videnda ſunt, quæ Gratianus ex variis auctoribus collegit quæſtione prima, cauſæ ſiue hypotheſeos vndecimæ.

CAP. III.

De pœnis & coercitionibus eccleſiaſticis.

QVod autem diximus de coercitione, quam habent ſacerdotes tum in clerum, tum in populum, id paulo longiorem explicationem deſiderat: quia nondum ſatis demonſtratum eſt, quo genere coercitionis poſſint vti, & varia commemorantur pœnarum genera in antiquis recentioribuſque canonibus, quarum vt grauiſſima, ita etiam vſitatiſſima fuit olim exterminatio illa, quam canones ἀφορισμὸν, & ἀνάθημα, nos excommunicationem vulgo appellamus: Eaque vti aduerſus quenquam non licebat, niſi ex graui aliqua cauſa, propter quam canones id fieri iuberent, vt ait Iuſtinianus Nou. 123. Nam is qui excommunicatus & anathema factus eſt, non ſolum à ſacris ſummouetur, verum etiam ab hominum conſortio, quaſi aqua & igni quodammodo interdictum ei fit. Eſtque hoc pœnæ genus illi non diſſimile, quo Druydes ſacerdotes Gallorum olim vſos fuiſſe teſtatur Cæſar lib. 6. de bello Gall. his verbis: Si quis aut priuatus, aut publicus eorum decreto non ſtetit, ſacrificiis interdicunt. Hæc pœna apud eos eſt grauiſſima. Quibus eſt interdictum, ii numero impiorum ac ſceleratorum habentur, ab iis omnes diſcedunt, aditum ſermonemque defugiunt, ne quid ex contagione incommodi accipiant: neque iis petentibus ius redditur, neque honos vllus communicatur. Solebant quoque Græci εἴργειν τῆς ἀγορᾶς, καὶ τῶν ἱερῶν, id eſt, foro & ſacris arcere. Cuius pœnæ pleraque in Græcis auctoribus exempla reperiuntur. Sed & Plin. lib. 6. cap. 22. teſtatur regem Arabum morte mulctari, nullo interimẽte, auerſantib. cunctis, & commercia etiam ſermonis negantibus. Magnus autem eſt huius excommunicationis vſus propter diſciplinam Eccleſiæ & excommunicati emendationem: eſt enim neruus eccleſiaſticæ diſciplinæ, vt vere Innocentius quartus ait c. cum inter. de conſue. Nec vt pareat quis, ideo excommunicatur, ſed vt pudore ſuffuſus reſipiſcat tandem, & ad frugem bonam redeat. Quod cum acciderit, abſoluitur, & ad ſacram communionem admittitur. can. inter hæc. 33. q. 2. & hæ ſunt

hæ ſunt claues regni cœlorum, poteſtaſque ligandi & ſoluendi, quam Chriſtus apoſtolis ſuis eorumq; ſucceſſoribus conceſſit. can. audiuimus. can. quodcunque. 24. quæſt. 1. Quod eſt accipiendum, ſi quis ſimpliciter excommunicatus fuerit. Si enim inter ſacros homines, & vt Græci dicunt ἀναθήματα, habitus ſit auctoritate Eccleſiæ propter atrociſſimum forte ſcelus aliquod, omnis ei ſpes veniæ, vt plurimum adimitur. can. Engeltrudam. 3. quæſt. 6. can. nemo. 11. quæſt. 3. can. ſi quis ſuadente. 17. quæſtio. 4. Sed quo grauior eſt pœna, eo apud Deum futurus eſt acceptior, ſi eccleſiæ iudicium æquo animo ferat, hocque commodo ſeueritas condemnationis compenſatur & mitigatur. Verum animaduertendum eſt, non temere quenquam olim abſolui conſueuiſſe abſque caſtigatione aliqua propter exemplum, vt dixi, & vt exploratum eſſet, eum ſerio ad Eccleſiam redire. Itaque vt ſatisfaceret Eccleſiæ quam læſerat, & ſimul pœnitentiæ ſuæ, ac mutatæ voluntatis clarum documentum præberet, plorans & ſordidatus publice abſolutionem petere cogebatur. c. cum aliquis. 11. quæſt. 3. Sed hæc ſatisfactio ex cauſa aliqua honeſta aliquando remittebatur, ſicut & pleræque aliæ pœnæ eccleſiaſtica auctoritate alicui inflictæ. Eaque remiſſio, quæ indulgentia vulgo appellatur, res eſt apud nos hodie frequentiſſima. notat. in c. quod autem. de pœn. & remiſ. Pręter hanc excommunicationem, quæ tam clericis quam laicis varias ob cauſas irrogatur, aliæ ſunt pœnæ eccleſiaſticæ, quibus clerici præcipue affici ſolent. Nam miniſterio, officioque ſuo vel ad tempus. c. presbyter. 2. quæſt. 5. vel in perpetuum iis interdicitur. c. ſi quis viduam. 50. diſtinct. c. ſi quis amodo, 81. diſtinct. Fitque interdum hæc interdictio ſimpliciter & ſine adiunctione, interdum adiicitur, vt nudum honoris graduſque ſui nomen retineat abſque adminiſtratione. Qua pœna Melitium epiſcopum aliquando multatum fuiſſe ſcribit Theodoritus lib. 1. cap. 9. Tripar. lib. 2. cap. 12. c. presbyter. 28. diſtinct. c. presbyteros. 50. diſtinct. Aliquando etiam augendæ pœnæ cauſa exprimitur, vt in monaſterium coniiciatur & includatur. c. ſi epiſcopus. 50. diſtinct. Eſt & pœna carceris iure pontificio recepta. cap. quamuis. de pœn. in 6. Quamuis à iuris ciuilis auctorib. non probetur. l. aut damnū. de pœnis. Sed & curiis olim tradi ſolebant, eiſdem ſeruituri, ac ex clericis fiebant curiales, quorum in iure ciuili crebra eſt mentio. c. clericus. 3. quæſt. 4. c. ſi quis ſacerdotium. c. ſtatuimus. 11. quæſt. 1. Verum curiam interpretati ſunt quidam pontifices poteſtatem ciuilem, & magiſtratum, cui traduntur ſolenni exauctoratione præcedente, quam degradationem vocant, vt magiſtratus in eos animaduertat. c. ad falſariorum. de cri. fal. c. nouimus. de verb. ſign. c. degradatio. de pœn. in 6. Quod non eo dico, vt eiuſmodi exauctorationem improbem, aut magiſtratus animaduerſionem in criminibus, quæ eccleſiaſtica non ſunt. Cuius etiam meminit Iuſtinianus in locis ſupra adductis: ſed morem in eccleſia receptum nocentes clericos tradendi ſuppliciis afficiendos, veteribus cognitum fuiſſe vix mihi perſuadeo. Huius autem pœnæ exemplum eſt apud Iuſtinianum, Nou. 123. cum iubet presbyteros aut diaconos, qui poſt ordinationem vxorem ducunt, curiæ cum bonis ſuis tradi. Meminit & Theodoritus lib. 4. cap. 22. trip. hiſt. lib. 7. c. vlt. & lib. 6. cap. 7. Sed notandum eſt eos, qui ita condemnati eſſent, honore & priuilegiis curialium ſiue decurionum frui ſolitos nō fuiſſe, quamuis onera omnia curialia ſubirent, vt ex Nouel. Iuſtiniani 45. de Iudæis, Samaritanis & hæreticis facile colligitur. Ac de iis curialibus, quos Maiorianus in quadam cōſtitutione ſeruos Reip. vocat, multa apud Gratianum leguntur. 33. 51. 53. diſt. quæ à propoſito noſtro alieniora ſunt, & alias forte à nobis explicabuntur. Reperitur & inediæ ſiue ieiunii pœna in iure pontificio. cap. presbyter. 82. diſtin. Item infamię, atque adeo ſupplicii corporis. c. ante omnia. 35. diſt. c. conſpirationum. 11. q. 1. c. 1. 23. q. 5. De exilio, & deportatione loquitur Gregorius in quadam epiſtola decretali. c. 1. de calum. Ex quo apparet iudicia eccleſiaſtica à magiſtratuum animaduerſione non multum differre, ſi recentiorum canonum ſine delectu ratio habeatur. not. in c. qualiter. de accuſat. Sed magiſtratus noſtri vſquequaque non permittunt, vt à veterum canonum pręſcripto hic recedatur. Ac memoria repeto damnatum fuiſſe non ita pridem iudicio curiæ centumuiralis archiepiſcopum Biturigum, quod ſacerdotes aliquot liburnicarum, ſiue triremium præfecto vinciendos & remigio mancipandos tradidiſſet. De mulcta ſeu pœna pecuniaria, quæ hodie quorundam antiſtitum ærarium non mediocriter augere ſolet, quæſtio agitata eſt, & ſane propter auaritiæ ſuſpicionem ab eo ſacerdotes abſtinere decet. c. licet. de pœnis. Idque exemplo Theodoſii Imperatoris, qui ſe hoc cauere ait, ne in iis, quæ ad morum correctionem ſpectant, fiſci rationem habere videatur. l. 1. C. de ſecun. nupt. Quatenus autem eam pœnam irrogare liceat, copioſe docet Felinus in c. irrefragabili. de offic. ord. Sed inſtituti noſtri eſt in hoc exordio capita rerū attingere, non ea ſigillatim pertractare, quæ propriam diſputationem requirunt.

C A P. IIII.

An ius gladii habeat Eccleſia.

EX his conſtat ſacerdotes iuriſdictionem aliquam tam in populum, quam in clerum ſemper habuiſſe: ſed olim moderatius aliquando exercebatur, nulla vi corporali adhibita. Sed incorruptius ac ſincerius, & magis ex vſu, vt arbitror, eccleſiæ. Cuius rei vel illud argumentum eſt, quod Eugenius ſecundus inſtituiſſe carceres & vincula ad clericos coercendos primus omnium fertur. Nunc ea pœnarum genera excogitata, & vſitata ſunt, vt iuriſdictio eccleſiaſtica à gladii poteſtate non multum diſcrepet: cum tamen nullo vnquam tempore tanta fuerit morum corruptio in eccleſia. Sed nec ea iuriſdictio ab epiſcopis ipſis nunc exercetur, quod olim non ſolum magna cum grauitate & decore, ſed etiam lenitate ac ſimplicitate fiebat, ſed à vicariis quibuſdam iuridicis, qui officiales vulgo dicuntur. Quorum auditoria calumniis, impoſturis ac ſtrophis forenſibus quæcunque regia ac prophana tribunalia longe ſuperant. Gladii igitur ius, imperium non habent ſacerdotes, ſed magiſtratus ciuilis, vt clare teſtatur Chriſtus, cum ait: Regnum meum non eſt de hoc mundo, &: Reges gentium dominantur eis: Vos autem non ſic. Nam & Petrus præcipit eis, vt paſcant gregem non dominantes. Inde Hieronymus ad Nepo. Epiſcopi, inquit, ſciant ſe ſacerdotes eſſe, non dominos. c. eſto. 95. diſtinct. Itaque dicuntur non habere territorium, nec præbendi, ſummouendique facultatem, l. pupillus. §. territorium. de verb. ſign. magiſtratibus quibuſdam Romanis non diſſimiles; qui vt Gellius ait lib. 12. vocationem habebant, non prehenſionem. Nam & Iuſtinianus noſter epiſcopos non dominos, vt hodie vulgo appellari ſolent, ſed ſpiritales patres vocat, Nouel. 81. Nec nos mouere debet, quod pleroſque ſacerdotes, atque eccleſias imperium illud, quod à Iureconſultis dicitur merum, omnemque iuriſdictionem exercere videamus. Ea ſiquidem poteſtate non vt ſacerdotes, ſed vt Duces, Comites, ac domini vtuntur. Quod non videtur vſquequaque improbandum eſſe, modo ea gubernatio à ſpiritali procuratione eos non auertat. Nam ſicut prædia ſibi donata à principibus aut aliis propria habere ac retinere poſſunt: ita & iuriſdictionem, quæ cum prædiorum donatione transfertur. Præterea quid vetat dominum ac principem ciuitatis alicuius aut prouinciæ, ſi idoneus reperiatur, epiſcopum creari: Quod ſi vſu venerit, nemo dixerit, opinor, eum facultates ac patrimonium ſuum deſerere oportere: quaſi id retinendo, epiſcopali munere fungi non poſſit. Certe apud Theodoritum lib. 2. cap. 30. cuiuſdam Iacobi mentio eſt, qui eiuſdem ciuitatis & princeps & epiſcopus fuit. Sed ea iuriſdictio nihil commune cum ſacerdotis officio habet. Ideoque cum eam exercet ſacerdos, aut eius nomine alius, duplicem gerere perſonam intelligitur. Itaque ab eorum iudiciis non ſynodi, non Epiſcopi, non Archiepiſcopi, non denique Romani pontifices: ſed rex tantum: ac iudices regi appellantur. Hinc etiam vulgo traditum eſt, ſecundum leges ciuiles & regias eam iuriſdictionem exerceri debere. gloſſ. in cap. vltim. de præſcript. cap. quo iure. 8. diſtinct. Nolim tamen epiſcopos neglecta propria functione prophana tractare negotia, niſi forte neceſſitas aliqua vrgeat. Idque Euſebii illius exemplo, quem Theodoritus libro 4. cap. 13. ſcribit militari ornatu & thyara capiti impoſita Syriam circumeuntem presbyteros & diacones creaſſe. Sed plerique ſunt noſtro tempore à religione & ſa-

cris, quam quiuis Satrapæ, & principes prophani longe alieniores. Nec aliud eis curæ eſt, quam vt ditionem & poſſeſſiones ſuas quo iure quaque iniuria tueantur & augeant. Similes enim plane ſunt Demadi illi Athenienſi, qui, nolentibus Athenienſibus diuinos honores Alexandro decernere, Videte, inquit, ne dum cœlum cuſtoditis, terram amittatis. Ac mihi nunc venit in mentem fabellæ, quam vulgoſius ille, qui Ligurum imperio deiectus fuit, lib. 6. ſuorum collectaneorum refert in hanc ſententiam. Cum Archiepiſcopus idemque dux Coloniæ Agrippinæ in Germania per quendam pagum iter faceret, & ingens armatorum numerus more gentis eum proſequeretur, forte fortuna bubulcus neſcio quis eum aſpiciens, vehementius ridere cœpit. Ac interrogatus quænam tanti riſus cauſa eſſet, reſpondit, valde ſibi ridiculum videri, quod Petrus apoſtolus ſacerdotalis ordinis princeps, in tanta inopia vitam egiſſet, vt eius ſucceſſores adeo locupletarentur, & regibus ſatrapiſque pares fierent. Obiiciente vero Archiepiſc. perſonam ſe duplicem ſuſtinere, ducis ſcilicet, & epiſcopi: & tam ducis munere fungi, cum armatus, ſatellitioque ſtipatus incedit, in ſacra autem æde epiſcopum ac ſacerdotem agere, multo maiorem cachinnum ſuſtulit ruſticus. Denuo igitur cauſam rogatus, Velim, inquit, hoc vnum abs te doceri, cum hunc ducem cuius perſonam geris, iam fato functum cacodæmones ad inferos rapient, quonam iturum eſſe epiſcopum exiſtimas? Excipitur tamen pontifex Romanus conſtitutione Bonifaciana, quaſi ius gladii habeat in omnes Chriſtianos, ſed vſum & executionem ſponte regibus concedat, negotiis ſpiritalibus nimis ſcilicet diſtrictus & occupatus. extrauag. Vnam ſanctam. de maior. & obed. Itaque conferendi regna totius orbis Chriſtiani, & eadem auferendi poteſtatem ſibi vendicat. c. venerabilem. de elect. c. ad apoſtolicæ de re iud. in 6. cle. Romani. de iureiu. Et certum eſt Childericum regem Francorum hominem minime malum ac ſimplicem à Zacharia pontifice deiectum regno, & Pipinum in locum eius ſuffectum fuiſſe. c. alius. 16. quæſt. 6. Alius quoque pontifex nomine Leo, Carolum Magnum creauit Imperatorem, & imperium ex Græcia Romam tranſtulit. & Innocentius quartus habito conuentu Lugduni Federicum ſecundum Imperatorem Romanum abdicauit imperio. d. cap. ad apoſtolicæ. Quibus exemplis admonemur pontificem Romanum, tanquam monarcha ſit, in omnes imperatores ac reges imperium exercere, & quicquid habent imperii ac maieſtatis reges ac imperatores, id ab eccleſia Romana omnino pendere. Quod & Clemens quintus in concilio Viennenſi conſtituit. ca. paſtoralis. de re iudic. Sed ea conſtitutio ſic diſplicuit nobili Iuriſconſulto Cyno Piſtorienſi, vt eam quaſi ex pontificiorum errore profectam notare ac eleuare non dubitauerit. Atque ita cenſuerunt plerique alii non contemnendæ auctoritatis Iuriſconſult. Bar. vero eam perfunctorie & dicis cauſa, vt ita loquar, tueri videtur magis, quam vere & ex animo. Idque apparet primum ex eo, quod fluctuat ille contra morem ſuum, nec certam profert ſententiam. Deinde, quia non obſcure ſignificat, ideo ſe eam conſtitutionem defendere, quod in loco Eccleſiæ Romanæ ſubiecto maneat. Bart. in l. 1. de req. reis. Extat ſane conſtitutio Clementis V. qua Bonifacianam ſic interpretatur, vt Francorum regem non aliter pontifici Romano ſubiectum eſſe dicat, quam ante eam conſtitutionem fuerat. Idque in Philippi Pulchri Francorum regis gratiam ſe facere teſtatur, qui grauem ea de re contentionem cum Bonifacio habuerat. extrauag. meruit. tit. de priuileg. Quale vero hoc beneficium pontificis in regem fuerit, alii viderint. Ego certe neminem paulo ſaniorem, eruditioremque hoc tempore eſſe arbitror, cui incœptum illud Bonifacii probari poſſit. Ac maxime verendum eſt, ſi tales eſſe pergant reliqui, ne D. Bernardi vaticinium tandem verum eſſe comperiamus, qui ad Eugenium pontificem Romanum ſcribens de vtroque gladio: Vtrumque, inquit, habere ſi voles, vtrumque perdes. lib. 2. de conſid. ad Eugen. Traditum eſt in Meroe, Iouis ſacerdotes adeo ſuperſtitione impleſſe animos, vt nonnũquam miſſo nuntio necem regi Æthiopiæ demandarent nullo detrectante, aut mandatum iuſſionemue abnegante: donec ad Erganem regem peruentum eſt, qui omnes occidit, & ſacerdotium ſuſtulit.

Cap V.

De ciuili gubernatione.

Politica gubernatio magiſtratus, à Deo perinde conſtituta eſt ac ſacerdotium ipſum, vt ante diximus. c. quæſitum. 23. quæſt. 4. Quod adeo verum eſt, vt ita ſenſerint Ethnici, inter quos Homerus diſerte ait, regis imperium à Ioue proficiſci. Verſus eius hi ſunt, lib. 1. Illiad. ἐπεὶ οὔποτ' ὁμοίης ἔμμορε τιμῆς Σκηπτοῦχος βασιλεύς, ᾧ τε ζεὺς κῦδος ἔδωκεν. Et lib. 2. θυμὸς δὲ μέγας ἐστὶ διοτρεφέος βασιλῆος Τιμὴ δ' ἐκ διός ἐστι, φιλεῖ δέ ἑ μητίετα ζεύς. Id enim natura eſt inſitum hominibus, auctore Ariſtotele. Quare cum id ius naturale ſit, id eſt, à Deo naturaliter mentibus noſtris inditum, neceſſe eſt, vt & diuinum quoque dicatur. Id docet Paulus Roman. 13. cum ait, Omnem hominem poteſtatibus excellentibus ſubditum eſſe debere, nec magiſtratum ſine cauſa gladiũ geſtare, cum ad vindicanda ſcelera Dei miniſter ſit. Quos enim doctrina & exhortatio ſacerdotis compeſcere, ac meliores efficere nequit, hi metu ſuppliciorum abſtinere à flagitiis per magiſtratum coguntur. c. non fruſtra. 23. quæſt. 5. l. 1. de iuſtit. & iur. Petrus quoque nos admonet, vt regem honore proſequamur, vtque non tantum ei, ſed etiam præſidibus ab eo miſſis ad nocentium vindictam, & laudem recte agentium pareamus. Magnum igitur Dei donum eſt, & non mediocris vſus inter homines hæc poteſtas, quæ rerum omnium ad incolumitatem ſtatus publici ſpectantium gubernationem complectitur. Sola enim ſacerdotibus relinquitur Eccleſiæ rerumque eccleſiaſticarum ac ſpiritalium curatio. c. te quidem. 11. quæſt. 1. Sed poteſtas hæc ciuilis vtcunque delibata primum à ſacerdotibus, deinde ſenſim ac pedetentim adeo imminuta eſt, vt ad extremum pene in ordinem redacta ſit. quod iam à nobis demonſtratum eſt. Illud præcipue hic tractandum occurrit, an principes ſeu magiſtratus in Eccleſiam, reſque aut perſonas eccleſiaſticas imperium aliquod & poteſtatem habeant, & ſciendum eſt verbis tam Petri, quam Pauli ſupra recitatis, quia generalia ſunt, etiam clericos & perſonas eccleſiaſticas contineri. cap. magnum. 11. quæſt. 1. De Romanis pontificibus aliquid ſupra attigimus, quorum aliqui Imperatorem dominum ſuum nominare haudquaquam veriti ſunt. c. ſacerdotibus. 11. quæſt. 1. c. Salonitana. 63. diſtinct. c. quoties. 1. quæſt. 7. Alii etiam ipſius iudicium libenter aut æquo certe animo ſubierunt. c. nos ſi incompetenter. 2. quæſt. 7. Sed hoc nimis ſane odioſum hac tempeſtate argumentum omittamus. Notandum eſt præterea magiſtratum ſiue principem non modo corporis ſubſtantiæque noſtræ cuſtodem eſſe, quaſi ad vim atque iniuriam prohibendam tantum conſtitutus ſit: ſed etiam religionis & cultus diuini, quod ad externam diſciplinam attinet. Quamuis enim legibus ciuilibus ea præcipue contineantur, quæ ad arcendam iniuriam tuendamque pacem pertinent: tamen de pleriſque aliis rebus ad honeſtatem aliquam, & maxime ad religionem ſpectantibus leges fiunt. Quarum omnium cuſtodem eſſe magiſtratum Ariſtoteles ait. Tria ſiquidem iuris præcepta ſunt, quorum primum eſt, Honeſte viuere: eiuſque præcepti multa exempla ſunt in iure ciuili, de quibus alibi diximus. Nec me latet de rebus ſacris ac ſpiritalibus iudicium eſſe ipſius eccleſiæ. Nam ſynodi epiſcoporum ac presbyterorum de rebus ſacris rectius, quam prophani homines iudicare poſſunt. dict. l. omni innouatione. Cod. de ſacroſanct. eccleſ. d. cap. conuenior. Quod ſatis animaduertit Alexander Romanus Imperator quamuis Chriſtianæ religioni addictus non eſſet. Sic enim de eo ſcribit Lampridius: Pontificibus tantum detulit & quindecim viris, atque auguribus, vt quaſdam cauſas ſacrorum à ſe finitas iterari, & aliter diſtingui pateretur. Nec alienum eſt à propoſito, quod de Leontio Tripolitano epiſcopo à ſcriptoribus eccleſiaſticis memoriæ proditum eſt. Cum enim Conſtantius Imperator in conuentu epiſcoporum de eccleſiaſticis multa verba faceret, & promulgaret conſtitutiones, omnibus aliis approbantibus, hic ſolus obſtinate tacuit. Ac ſciſcitante Imperatore, cur ipſe loquentibus cæteris ſolus taceret, reſpondit ſe cogitabundum mirari apud ſe, quod à propriis negotiis tantum ei ſupereſſet otii, aliena vt curaret.

curaret. Quamuis autem de rebus ſacris iudicium ſit eccleſiæ, vt diximus: tamen vbi ſemel conſtituta ſunt ac iudicata, magiſtratus officium eſt eccleſiæ iudicia & decreta tueri & conſeruare, ſi id neceſſarium eſſe perſpexit. Itaque blaſphemias, hæreſes, & omnem impietatem externam punit & vindicat. can. quando. 23. quæſt. 4. can. de Liguribus. can. quali. 23. quæſt. 5. Sacerdotes item in officio continet magiſtratus, diſciplinam eccleſiaſticam conſtituit ac reformat. c. filiis. 16. quæſt. 7. Quorſum enim tot conſtitutiones principum editæ ſunt de officio ſacerdotum, diſciplina eccleſiaſtica, niſi eas executioni mandare poſſint? Quales permultæ ſunt Romanorum imperatorum lib. 1. Cod. Iuſtinia. & lib. τῶν νεαρῶν. Sed multo plures extant principum Galliæ antiquorum, & Caroli Magni præſertim, breui, vt ſpero, in lucem exituræ, vt de recentioribus taceam, quæ nemini non hodie in Gallia cognitæ ſunt. Ex quibus facile perſpici poteſt, principem leges condere poſſe, quibus epiſcopi cæteriq; omnes eccleſiæ miniſtri ad canonum eccleſiaſticorum, veteriſq; diſciplinæ obſeruationem in regno ac dictione ſua compellantur. Eoque iure atque auctoritate poſt hominum memoriam vſi fere ſunt reges noſtri, non tantum in Galliæ ſuæ epiſcopos, ſed in ipſos etiam pontifices Romanos, ſi quid in finibus Galliæ aduerſus canones & diſciplinam eccleſiaſticam moliri viderentur. Huiuſque libertatis expreſſima quotidie veſtigia conſpiciuntur in ſummis tribunalibus, cum à reſcriptis Romani pontificis appellationes interponuntur. Nam etſi ab executione eiuſmodi reſcriptorum appellari ſoleat magis, quam à reſcriptis: tamen effectu hæc appellandi genera non differunt: & videtur hic mos ex errore interpretis ortum habere, cap. 1. de appell. qui reſcriptum D. Pii apud Vlpianum è Græco in Latinum male conuertit. Et quoties præſens rerum ſtatus mutationem aliquam in ſpiritualibus rebus poſcere credebatur, habito conuentu epiſcoporum Eccleſiæ Gallicæ, quod tempori viſum erat conuenire, conſtituebatur. Ac tantum abeſt, vt Romani pontificis vllum interueniret decretum, vt is etiam interdum in ordinem cogi ſoleret. c. de capitulis. 10. diſt. Exemplorum pleni ſunt annales noſtri & acta monumentaque curiæ Pariſienſis de Clodoueo, Carolo magno, Ludouico Pio, Philippo Auguſto, ſancto Ludouico, Philippo Pulchro, Carolo quinto, Carolo ſexto, Carolo ſeptimo, & aliis regibus perpetuæ memoriæ cauſa diligentiſſime perſcripta, & vulgo circumfertur libellus curiæ Pariſienſis ad Ludouicum vndecimum Francorum regem miſſus, in quo miſerabilis illa Eccleſiæ confuſio, ac perturbatio demonſtrata eſt, quæ ex Romanæ curiæ nundinatione tum naſcebatur, & ſimul Regum noſtrorum ac magiſtratuum in aſſerenda libertate Eccleſiæ Gallicæ aduerſus pontificem Romanum virtus, & conſtantia. Suffragatur nobis Iſidorus apud Gratianum, cuius hæc verba ſunt: Principes ſeculi nonnunquam intra Eccleſiam poteſtatis adeptæ culmina tenent, vt per eandem poteſtatem diſciplinam eccleſiaſticam muniant. & paulo poſt: Cognoſcunt, inquit, ſe Deo reddituros eſſe rationem propter Eccleſiam, quam à Chriſto tuendam ſuſcipiũt: nam ſiue augeatur pax & diſciplina Eccleſiæ per fideles principes, ſiue ſoluatur, ille ab eis rationem exigit, qui eorum poteſtati ſuam Eccleſiam tradidit. can. principes. 23. quæſt. 5. Principes enim ſunt religionis & Eccleſiæ defenſores, ac vt Eſaias loquitur, nutritii, cap. 49. Id quod Iuſtinianus noſter expediſſe videtur, cum ait ſe nihilo minorem Eccleſiæ, quam vitæ ſuæ curam habere. Nouel. 3. Eodem pertinet Ioadis regis exemplum memoria dignum, quod imitari coguntur aliquando reges magiſtratuſque noſtri: nam cum ſuſpectos haberet ſacerdotes, ne pecuniam interuerterent, quæ offerebatur à populo ad tutelam templi, eam primum in arcam clauſam inferri, deinde ſcriba ſuo præſente fabris ac cæmentariis erogari iuſſit. 4. Reg. capit. 12. Porro ex iam dictis ſatis colligi poteſt, non omnino alienum à vero eſſe, quod plerique aſſerunt, concilium ſiue conuentum Eccleſiæ, principis iuſſu & imperio conuocari poſſe. Nam etſi de pontificis Roma. auctoritate contendere hic nolim: tamen ſi officio in hac re ſuo non fungatur, nec cæteri forte eius conſiliarii & collegæ Cardinales vulgo appellati: ſed canones omnes, quod abominor, & diſciplinam eccleſiaſticam contemnant, ac pro nihilo ducant: boni certe principis eſt eius negotii curam ſuſcipere, niſi malit Eccleſiæ deſertor ac proditor verius, quam tutor haberi. Quod non modo Conſtantinum, ſed pleroſque etiam alios imperatores Rom. feciſſe veteres teſtantur hiſtoriæ. c. 6. 16. diſt. c. Adrianus. 63. diſt.

Cap. VI.

Quam poteſtatem habeat princeps circa miniſteria eccleſiæ.

DE clericorum ac miniſtrorum Eccleſiæ ordinatione loco magis idoneo diſputaturi ſumus. Sed interim animaduertendum eſt, quamuis ſacra res & maxime ſpiritalis habeatur, nihilominus regem noſtrum in eam plurimum iuris atque auctoritatis merito ſibi vindicare: nam epiſcoporum & archimandritarum creatio fere ex eius nutu pendet, ſublata canonicorum atque monachorum electione. Quod ægre admodum fert hodie vniuerſa eccleſiaſticorum hominum natio, queruntur que vulgo ex aulicorum fece prophanos abiectiſſimoſque homines ſibi antiſtites dari ſolere. Verum eos cogitare & expendere in primis decet cum eorum cupiditas & corruptio tanta eſſet, vt nulla veterum canonum habita ratione indigniſſimos quoſque promouerent, vt in re prorſus alioqui deſperata, hoc veluti cauterium quoddam neceſſarium viſum fuiſſe. Deinde non ita de his rebus princeps decernit, vt incommodis, ſi quæ ſunt, vitiiſque medendi facultas Eccleſiæ, aut eis qui ſe κορυφαίους eius eſſe & capita dictitant, omnino erepta ſit. In conſecrationibus enim & ſolennibus ordinationibus liberum eſt eis, ſine graui morum, ætatis, doctrinæ examinatione neminem in clerum recipere, & tales conſecrare ſacerdotes, qui idonei ſint ad quamcunque functionem Eccleſiæ, quam princeps ipſis committere voluerit. Nam princeps impoſitionem manuum, conſecrationem, inquiſitionem eccleſiaſticis viris nunquam ademit, ſine qua nemo eccleſiis præficitur. Huc accedit, quod cum princeps patronus ſit eccleſiarum, ac monaſteriorum, non permittunt canones eum hoc iure fraudari: quod nihil plane aliud eſt, quam præſentatio quædam, ſeu nominatio: adeo vt pontificibus oblatum nominatumque, ſi idoneus non videatur, reiicere & aliter eccleſiis conſulere liceat. Ac certo certius eſt, nullo vnquam tempore ſiue canonicos ſiue monachos tantum potuiſſe, vt ſine permiſſu regis electionem aliquam celebrare ipſis liceret. Eodemque iure imperatores ac reges alios pleroſque vſos fuiſſe conſtat etiam in electione Rom. pontificis. Qua de re multa Gratianus collegit, ad quem lectores remitto. c. Adrianus. c. in ſynodo. c. cum longe. ca. Reatina. 63. diſtinctio. can. hinc etiam. 16. quæſt. 1. Optarem ſane à principibus maiorem haberi delectum perſonarum. Attamen res eiuſmodi eſt, vt eccleſiaſtici viri de ſe magis, quam de principe, qui patroni tantum, non etiam ordinatoris officio fungitur, conqueri debeant. Quod ſi culpam conferant in pontificem Roma. vt pleroſque eorum crebro facere audio, quod probationem ac examinationem ſibi retinere, & legibus omnibus ac canonibus, quoſcunque paſſim ſoluere conſueuerit, ipſe me nihil interpono. Penes alios eſto hac de re iudicium. Illud vnum vere ingenueque dico, nihil reipubl. Eccleſiæque Gallicæ mihi videri vtilius, quam auctoritate regis paſtores præfici eccleſiis, ſi à pontifice Romano obtinere poſſint epiſcopi, vt ordinatio, inquiſitio, ac confirmatio ſecundum veteres canones libera ipſis relinquatur, modo ipſi officii ſui meminiſſe velint. Quis enim eſt adeo imperitus rerum, vt Roma. curiæ artes non norit, & quantum ea hirudo Gallici exorbeat ſanguinis quotidie, non ſatis intelligat? Dicam, quod à viris peritiſſimis, ac diu in Republ. verſatis non ſemel accepi, quanquam incredibile videtur, quotannis variorum diplomatum à pontifice obtentorum nomine ad ſeptingenta, aut eo amplius aureorum millia Romam hinc exportari ſolere, quæ ita illic velut capta vinctaque detineantur & cuſtodiantur, vt nullo vnquam poſtliminio ad nos redeant. Quid multa? In prouerbium abiit iamdudum Romana permutatio, plumbi videlicet cum auro non minus quam illa Diomedis & Glauci apud Homerum: cuius

& Vlpianus noſter meminit, l.1. de contrah.empt. Nec cauſari poſſunt epiſcopi huius regni liberam non fore ordinationem, ſi regis auctoritas neceſſario accedat: eſt enim ad frenandam non paucorum cupiditatem ſumme vtilis ac neceſſaria, qualis fuit olim populi conſenſus, ſine quo non poterāt miniſtri Eccleſię ab epiſcopis ordinari. Idque poteſt iis obiici, quibus abſurdum videtur ius, quod regaliorum à noſtratibus vulgo appellatur, regem noſtrum in quaſdam ſui regni eccleſias habere. Quid enim aliud hic agit rex, ſi pauca quædam excipas, quam quod à ciuibus cuiuſq; ciuitatis & plebe quondam fieri ſolebat? cuius cōſenſu, vt dixi, paſtores eccleſiarum ordinabantur. Nam ipſam ordinationem, & inquiſitionem, quæ cum beneficii collatione coniuncta antiquitus erat, nunquam ſibi attribuit. Populo autem propter tumultus & diſſidia veriſimile eſt hoc ius ademptum, ac in principem translatum eſſe. Nam ſcinditur incertum ſtudia in contraria vulgus. Quo tamen iure nec ſemper, nec in omnibus eccleſiis princeps vtitur. Sed de his omnibus infra copioſius diſſeremus, lib.3.c.vlt.

Cap. VII.

De Hierarchia, & variis adminiſtrationibus Eccleſiæ.

QVæ ſit poteſtas eccleſiaſtica, & quemadmodum à politica differat, ſatis pro inſtituto diſſeruimus. Nunc de iis videndum eſt, per quos eccleſiaſticæ res procurantur & adminiſtrantur. Quorum varii ſunt gradus. Nam, vt Petrus Apoſtolus in epiſtola Clementis ait, Eccleſia magnæ cuipiam naui ſimilis eſſe videtur, in qua præter vectores ſeu epibatas, gubernatore, proreta, nauta, & miniſtris quibuſdam aliis opus eſt. Populus enim in Eccleſia vectoribus, Epiſcopus proretæ, presbyteri nauticis, diaconi & alii, qui clerici dicuntur, reliquo nauis miniſterio comparantur. Horum igitur alii pareant, nulloque munere eccleſiaſtico funguntur: & hi verbo Græco laici, quaſi populares vulgo dici ſolent. Alii imperant, & principatum quendam in cæteros habent, qui hierarchia à Græcis appellatur. Quanquam eo verbo rariſſime vſos fuiſſe veteres exiſtimo. Hi enim miniſtri aliorū, quam domini aut principes vocari maluerunt. Quod eorum ſingulari modeſtiæ & ſanctitati adſcribendum eſſe putamus. Sed de nomine, [illegible] rem teneamus, minus eſt laborandum. Vt igitur tota res commodius explicetur, miniſterium doctrinæ diuinæ, quod Lucas vocat διακονίαν τ͂ λόγυ, à cæteris miniſteriis diſtinguemus. Circa miniſterium doctrinæ animaduertēdum eſt, Chriſti legatos, ſiue Apoſtolos initio exorientis Eccleſiæ per ſingulas ciuitates, in quibus Chriſtus colebatur, adminiſtratores quoſdam inſtituiſſe, qui gubernarent eccleſias, ipſique præeſſent. Hos vocarunt ſacerdotes, quod ſacrorum curationem haberent, & presbyteros, id eſt, ſeniores, quod prudentia & grauitate venerabiliores eſſent cęteris, Nam hoc Græcum verbum non ad ætatem, ſed ad dignitatem quandam potius refertur. c. cleros. 21. diſt. Idque multis exemplis demonſtrat Budæus noſter. Quam loquendi formam noſtrates imitantur, Seignores vulgo appellantes eos, quos honore aliquo dignos iudicant. c.1. de cenſ. Dicuntur præterea miniſtri, vt ait Chryſoſtomus, homil.2. in epiſt. ad Philip. & paſtores quod miniſtrent magis, quam dominentur cæteris, & gregem ſibi commiſſum paſcant. Quod verbum iis conuenire, qui alios gubernandos ſuſceperunt, indicat Homerus, cum Agamemnonem ſubinde vocat ποιμένα λαῶν. Sed & epiſcopi quoque, quaſi ſpeculatores atque inſpectores ſunt appellati. Quo fere ſenſu epiſcopi ab Arcadio Iureconſulto vocantur, qui pani cæteriſque rebus venalibus præſunt. l. vlti. de muner. & hono. Nam Paulus in epiſtolis vtraque appellatione, presbyteri nempe & epiſcopi, promiſcue vtitur. Idque Chryſoſt. Auguſtin. Hierony. & pleriq; alii annotarunt. d.c. cleros. c. olim. 95. diſt. Verum communis illa adminiſtratio presbyterorum viſa eſt incommoda propter diſſidia & contentiones, quas pariebat. Quare ne vnuſquiſque ad ſe trahens Chriſti eccleſiam rumperet, vt inquit Hierony. operæpretium duxerunt in ſingulis ciuitatibus vnum ex præsbyterorum ordine cæteris præficere, ita vt cum eorum conſilio omnia gereret, atq; adminiſtraret. Huic vni nomen epiſcopi quod ante omnibus erat commune, attributum: vt inſigni aliqua propriaque appellatione à cæteris facilius decerni poſſet. can. legimus. 93. diſtinct. Proinde ex eo tempore reliqui presbyteri, nunquam epiſcopi ſunt appellati. Euſeb. lib. 6. c. 33. hiſtor. eccleſ. & tripart. hiſtoriæ lib.4. cap.24. Quamuis epiſcopi presbyterorum nomen non reſpuerint. Euſebius lib.5. cap. 24. & notandum eſt in ſingulis ciuitatibus horum presbyterorum collegium quoddam fuiſſe, cui præerat epiſcopus. Cuiuſmodi eſt hodie canonicorum collegium, qui in eorum locum ſucceſſiſſe videntur. & hunc cœtum presbyterorum vocat ſenatum Eccleſiæ Hieronymus. c. Eccleſia. 16. quæſt. 1. Nondum enim presbyteri ſeparatas habebant Eccleſias, in quibus docerent, & ſacramenta adminiſtrarent. Quod vel Sozomenus demonſtrat, cum ait, conſuetudinem fuiſſe in Alexandria tempore ſuo, vt vno exiſtente ſuper omnes epiſcopos, presbyteri ſeorſum Eccleſias obtinerent, & populus in eis collecta ſolenniter celebraret. Trip. hiſto. lib.1. c.19. Sed creſcente numero Chriſtianorum, cum paſſim conſtructæ eſſent baſilicæ ſeu Eccleſiæ non in ciuitatibus modo, ſed etiam in vicis atque pagis, tandem inter presbyteros confuſionis diſcordiæque vitandæ cauſa, vbique terrarum diuiſæ ſunt regionibus, ita vt vnuſquiſque ſua Eccleſia regioneque contentus ab aliena omnino abſtineret. Cuius rei auctor fuiſſe dicitur Dionyſius vrbis Romæ epiſcopus, vt ex ipſius epiſtola ad Seuerinum epiſcopum Cordubenſem ſcripta colligitur, quæ integra apud Gratianum non extat. can. 13. quæſt. 1. De eccleſiis, inquit, parochianis, vnde apoſtolicam ſedem conſulere voluiſti, qualiter ſint cuſtodiendæ per Cordubenſem prouinciam, ac diuidendæ ſacerdotibus, nihil tuæ charitati melius nobis videtur intimare, quam vt ſequaris, quod nos in Rom. Eccleſia nuper egiſſe cognoſcitur. Eccleſias vero ſingulas ſingulis presbyteris, dedimus parochias, & cœmiteria eis diuiſimus. Sed vnicuique ius proprium habere ſtatuimus, ita videlicet vt nullus alterius, parochiæ terminos, aut ius inuadat: ſed vnuſquiſque ſuis terminis ſit contentus, & taliter Eccleſiam & plebem ſibi cōmiſſam cuſtodiat, vt ante tribunal æterni iudicis ex omnibus ſibi commiſſis rationem reddat, & non iudicium, ſed gloriam pro ſuis actibus accipiat. Hanc quoque normam chariſſime, te & omnes epiſcopos ſequi conuenit, & quod tibi ſcribitur, omnibus quibuſcunque potueris, notum facias, vt non ſpecialis, ſed generalis fiat iſta præceptio. Anacletum autem idem decreuiſſe apud Gratianum legimus, quod Dionyſius Romæ factum fuiſſe refert. Presbyteri, inquit, per caſtella & modicas ciuitates atque villas debent ab epiſcopis ordinari & poni: ſinguli tamen per ſingulos titulos ſuos, &c. can. epiſcopi. 80. diſtinct. Hiſtoriographi, vt Platina, diuiſionem quandam titulorum & diœceſium in vrbe, Euariſto atque Marcello aſcribunt. Sed cuius inuentum hoc fuerit, non multum arbitror ad rem pertinere. Parœcias autem appellarunt veteres fana illa & Eccleſias, aſſignantur presbyteris in cuiuſque epiſcopi diœceſi. Sed paulatim corrupto vocabulo, parochiæ appellari cœperunt. titul. de paroch. Quanquam pro tota illa diœceſi ipſius epiſcopi, quæ in varias regiones diſtributa eſt, frequenter hoc verbum accipitur, vt poſtea dicemus. lib.2. cap.7. Sciendum eſt pręterea poſt hanc Eccleſiarum partitionem & diſtributionem Epiſcopi in magna illa diœceſi ſua & presbyterorum in ſuis Eccleſiis parem non fuiſſe poteſtatem atque auctoritatem: cum ordinatio presbyterorum, cæterorumque miniſtrorum Eccleſiæ, baſilicarum conſecratio, & quædam alia epiſcopo tantum permiſſa ſint, non etiam presbyteris inferioribus. can. perlectis. 25. diſtinct.

Cap. VIII.

De variis presbyterorum generibus.

PResbyteri, quos epiſcopo ſubeſſe diximus: non omnes eiuſdem gradus, dignitatis atque auctoritatis ſunt. Nam archipresbyteri inter eos reperiuntur: ſicut & inter epiſcopos archiepiſcopi. Grat. in dec. 60. diſtin. c.1. de ætat. & qualit. Sunt autem archipresbyterorum duo genera: quorum vrbani quidam dicuntur, alii vicani. Vrbani dicuntur, qui in vrbe & in maiore Eccleſia officio ſuo funguntur. Cum enim epiſcopus propter abſentiā forte vel occupationes ſuas, non poſſit

poſſit omnia epiſcopi munia vel ſolus, vel vna cum presbyteris obire, ſed curas ſuas cũ eis partiri neceſſe habeat: vtilius viſum eſt ex presbyteris vnum cæteris præponere, qui ea quę ad presbyterorum officium pertinent, partim ipſe exequatur, partim aliis facienda præſcribat: quam omnibus ſimul presbyteris id committere, ne contentio aliqua inter ipſos ex communione adminiſtrationis oriretur. c. officium. de offic. archipresbyt. d. c. perlectis. 25. diſt. Itaque archipresbyter vrbanus eam poteſtatem habet in maiore Eccleſia, quam quiuis presbyter in parœcia ſibi aſſignata habere dicitur. Sed & cæteris quoque eiuſdem Eccleſiæ presbyteris, qui cardinales, id eſt primarii & præcipui dicuntur, ad differentiam eorum, qui in inferioribus Eccleſiæ ſunt conſtituti, haud dubie præeſt. c. 2. de offi. archipresbyt. Archipresbyteri vicani nullam in vrbe poteſtatem, nullum miniſterium habent, ſed in maioribus celebrioribuſque pagis conſtituuntur. Ac ſingulis præter Eccleſiæ propriæ curationem, certarum Eccleſiarum, certorumque presbyterorum, qui videlicet per minores titulos habitant, inſpectio, obſeruatioque committitur. c. vlt. de offi. archipresbyt. Hactenus de presbyteris epiſcopo inferioribus. Nunc de epiſcopis eſt videndum, quorum varii quoque gradus reperiuntur.

Cap. IX.

De epiſcopis, qui gradus ſint epiſcoporum, & quæ poteſtas olim fuerit eorum, qui chorepiſcopi dicebantur.

EPiſcoporum varii ſunt gradus. Quidam enim prę́ſunt vni alicui ciuitati, & vicis, qui illi ciuitati ſubſunt. Et hi ſimpliciter epiſcopi appellantur. Alii non tantum ciuitati, ſed etiam prouinciæ, quæ multas ciuitates complectitur, præſident, & dicuntur archiepiſcopi: quod epiſcopis ſuperiores ſint. Metropolitani autem ideo vocantur, quia in metropoli aliqua, id eſt, matrice ciuitate iam olim conſtituti ſunt. Alii non vni prouinciæ, ſed multis præfecti ſunt: & in omnes non ſolum epiſcopos, ſed etiam archiepiſcopos poteſtatem habent. Ideoque primates ſeu patriarchæ dicti ſunt. c. cleros. 21. diſt. c. vrbes. 80. diſt. c. prouinciæ. 99. diſt. Hi ſunt numero quatuor (præter Romanum Epiſcopum, qui vertex omnium, & princeps eſſe dicitur, de quo mox videbimus) Conſtantinopolitanus, Alexandrinus, Antiochenus, Hieroſolymitanus. c. antiqua. de priui. c. ſacroſanctæ. c. Conſtantinop. c. renouantes. c. diffinimus. 22. diſtin. Quibus & alii quidam veluti minorum gentium patriarchæ adiecti ſunt, Aquileienſis, Cantuarienſis, Biturigenſis & Gradenſis. Ideo autem inſtituta eſt potiſſimum hæc hierarchia, vt auguſtæ illius ac diuinæ ciuitatis, quam nos Eccleſiam vocamus, vnitas ac tranquillitas melius conſeruetur. Nam Eccleſia vna eſt, inquit Cyprianus, quæ in multitudinem latius incremento fœcunditatis extenditur. Quomodo ſolis multi radii, ſed lumen vnum, & rami arboris multi, ſed robur vnum tenaci radice fundatum. c. loquitur. 24. q. 1. Deinde huius ordinis hierarchici ingens in eo conſpicitur vtilitas, quod ſicut epiſcopus conuocat presbyteros ſuæ ciuitatis & vicorum ciuitati ſubiectorum, vt eorum conſilio res eccleſiaſticas adminiſtret, & controuerſias dirimat: ſic archiepiſcopus, aut patriarcha ſuæ prouinciæ aut nationis antiſtites cogit & congregat, quo grauiora negotia in ampliori maiorique conuentu tractari ac definiri poſſint, & quæ perperam ac iniuſte decreta, vel iudicata ſunt, ad maius iudicium gradatim referantur. 6. q. 3. & 4. Nam huius rei gratia ſynodi tam ciuitatum, quam prouinciarum, atque nationum ſingulis annis indici ſolebant. 18. diſt. c. ſicut olim. de accuſatio. Quod & conſtitutione quadam præcipit Iuſtinianus No. de ſanct. epiſc. Illud prætermittendum non eſt, antiquitus cum epiſcopi otio, vt veriſimile eſt, ſuo conſulere vellent, vicarios quoſdam epiſcopos ordinare ſolitos fuiſſe, qui vulgo chorepiſcopi dicebantur, auctore Damaſo in verboſa quadam epiſtola, quaſi χωρικοί, id eſt, ruſtici epiſcopi: quia nõ in ciuitate, ſed per vicos & pagos munus epiſcopi quadantenus gerebant. Nam lectores, exorciſtas, cæteroſque inferioris ordinis clericos ordinare ipſis licebat, quamuis presbyteros, aut diaconos ordinare non poſſent. conc. Ancyr. c. 13. conc. Neocæſ. c. 13. conc. Antioch. c. 8. & 10. c. eccleſ. 68. diſt. Verum hoc prætextu, quod epiſcopalem honorem ſibi inſolenter arrogarent tandem, nec vlla ſatis bona ratio eorum inſtitutionis appareret, id munus omnino ſublatum atq; antiquatum eſt, c. quamuis. c. chorepiſcopi. 68. diſt. & facile mihi perſuadeo, archipresbyteros, de quibus ante locuti ſumus, in eorum locum ſucceſſiſſe, quibus neque epiſcopi nomen attributum eſt, neque aliud quicquam eorum, quæ epiſcoporum propria ſunt: ne fortaſſe ipſis audaciæ atque inſolentiæ illius, propter quam deiecti fuerant minuti illi epiſcopi, occaſio præberetur.

Cap. X.

De epiſcopo Romano, ac de eius amplitudine, & auctoritate, tum de nominibus variis, quibus appellari ſolet.

EPiſcopus Romanæ vrbis, quin primus patriarcharum olim habitus ſit, dubium non eſt. Id enim variis conciliis & principum ſanctionibus eſt conſtitutum. Nov. Iuſtin. 131. Vnde in hiſtoria eccleſiaſtica non ſemel legimus ius conuocandi vniuerſalis concilii ad ipſum pertinere. Quam poteſtatem à Chriſto acceperit, necne, meum diffinire non eſt, ſed theologiæ profeſſorum. Ego etenim, qui me Iuriſconſultum profiteor, de his rebus tanquam politici cuiuſdam ordinis cauſa hominum conſenſu inſtitutis, ita diſſero: veritus ſcilicet, ne theologi noſtri temporis aut interdicto mecum contendant, aut me ex iure manu conſertũ vocent, quod temere in proprias ipſorum poſſeſſiones irruerim. Siue igitur hoc datum eſt vrbi, quæ caput imperii erat, ſiue apoſtoli Petri memoriæ, qui primus in ea ſediſſe dicitur, aut denique ipſius Chriſti inſtitutioni, vt vulgo receptum eſt, conſtat vetuſtis temporibus, primam præcipuamque ſedem epiſcoporum in Eccleſia Romana fuiſſe. Quo honore atque dignitate initio moderate admodum vſi ſunt, adeo, vt cæteros epiſcopos fratrum, collegarumque loco ſemper habuerint, nec imperium exercere in eos regum ac principum more vnquam in animum induxerint. Id quod ex epiſtolis Hieronymi ad Nepotianum & Euagrium facile perſpici poteſt. Nam & concilio Carthaginenſi 3. cap. 26. vetitum fuerat, ne quis princeps ſacerdotum, aut ſummus ſacerdos: ſed tantum primæ ſedis epiſcopus appellaretur. c. primæ ſedis. 99. diſtinct. Itaque quod de ſummo Romanæ vrbis pontificatu legitur in Nouel. Iuſtiniani, qua de præſcriptione centum annorum loquitur, quibuſdam valde ſuſpectum eſt, nec in Græco Iuſtiniani codice τῶν νεαρῶν reperitur ea conſtitutio. Hinc Gregorius pontifex Roma. Ioanni epiſcopo Conſtantinopolitanæ vrbis, quæ noua tunc Roma propter tranſlationem imperii dicebatur, vehementer obſtitit, cum Imperatoris Mauritii auctoritate fretus epiſcopum ſe vniuerſalem Eccleſiæ eſſe contenderet, & extat eiuſdem Gregorii in Gratiani collectaneis epiſtola ad Eulogium patriarcham Alexandrinum ſcripta, qua epiſcopi vniuerſalis titulum quaſi ſuperbam inſolentemque appellationem reſpuit. can. ecce. 99. diſtinct. Verum non ita multo poſt Bonifacius tertius magna contentione à Phoca Imperatore obtinuit, vt epiſcopus œcumenicus & vniuerſalis fieret: eamque auctoritatem cæteri eius ſucceſſores non ſolum mordicus retinuerunt, ſed mirabiliter auxerũt etiam, præſertim à Pipini & Caroli Magni Franciæ regum temporibus, qui ſtudio incredibili Eccleſiam Romanam ſunt proſecuti, adeo vt regium excedat faſtigium pontificatus, & magnitudine ſua nunc laborare videatur. Admirati ſunt veteres ſacerdotem Commanorum in Ponto, cui vt à Strabone literis proditum eſt, regum Ponticorum tempore maximus ſecundum regem honos habebatur, & regium diadema geſtare licebat. Commana etiam imperio eius ſuberat, cum ſacris ſeruis, qui hieroduli dicebantur, non pauciores ſex millibus, in quos omnem poteſtatem habebat, dempta ſolum vendendi facultate. Nec eo inferior perhibetur Commanorum ſacerdos in Cappadocia, de quo multa idem auctor ſcribit. Fuerunt & alii, quorum ſplendor & magnitudo multum celebratur. Verũ ea eſt pontificis Romani amplitudo & maieſtas, vt omnes, quotquot vſquam fuerunt pontifices ac ſacerdotes, longo poſt ſe interuallo reliquerit, & hæc, vt ita dixerim, monarchia magno conſenſu Chriſtianorum ideo recepta eſt, opinor, quia tot tantaque inter epiſcopos erant

diſſidia tā diſcrepantes ſententiæ & voluntates, vt in illa iam propemodum ferrea ætate nullū aliud præſentius remedium ad cōſeruandam Eccleſiæ vnitatē ſupereſſe videretur. Scitum etenim eſt illud Homeri: Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη· εἷς κοίρανος ἔστω, εἷς βασιλεύς. Quid quod naturales dicuntur eſſe conuerſiones Rerum publ. vt mirum non ſit Ariſtocratiam aliquando in Monarchiam commutari, & rurſus Monarchiam in aliud gubernandi genus, cum vel hæc in tyrannidem, vel illa in Oligarchiam degenerat. Etenim Hierarchia hæc de qua loquimur, Eccleſiaſtica eo euaſit, vt non abs re quis ciuili cuipiam gubernationi eam comparauerit: tametſi longe dignior auguſtiorque habeatur. Nec ſane me fugit quid Chriſtus ipſe de muneris eccleſiaſtici, & principatus atque imperii diſcrimine Apoſtolos ſuos docuerit, quidque Petrus ea de re ſcripſerit in graui illa epiſtola, qua epiſcopi officium ab eo deſcribitur. Sed hæc theologis libenter diſcutienda relinquimus. Quæſitum eſt à pleriſque, cur Epiſcopus Rom. Eccleſiæ Papa appelletur, quaſi hoc vocabulum cæteris epiſcopis commune non ſit. Verum illi magnopere falluntur, cum ex antiquis ſcriptoribus conſtet omnes epiſcopos ac presbyteros, qui ſanctitate vitæ & doctrina commendarentur, honoris cauſa ſic nuncupari olim conſueuiſſe, not. in cap. ſi Papa. 40. diſtin. pauca ex infinitis exempla hic proferam. Hieronymus in epiſtolis, Auguſtinum epiſcopum Hipponenſem ſubinde Papam vocat. Apud eundem Athanaſius, Epiphanius, Euagrius, Alypius, Chromatius, Theophilus Papæ dicuntur. Martinus Epiſcopus Braccarenſis paſſim apud Gratianum, Papa vocatur, & ſæpe concilium Martini Papæ commemoratur ab eodem c. epiſcopo. 8. quæſt. 1. cum ſimil. Sic enim fere librum vocant, quem is ex variis Græcorum ſynodis excerpſit atque collegit. Cyprianus quoque Papa crebro appellatur in iure pontificio. c. abſit. 50. diſt. c. omnis. de conſec. diſt. 1. c. 1. de conſecr. diſt. 2. Nam πάππας Græcum nomen à veteribus vſurpatum patrem ſignificat, vel Suida auctore. Hinc Arrianus in Bithyniacis ſcribit, Iouem à Bithyniis πάππαν appellari ſolitum fuiſſe. Sed vulgo receptum eſt, vt vni Romano pontifici hoc vocabulum attribuatur. Illud quoque proprium eſſe Romani pontificis nonnulli tradunt, vt ſeruus ſeruorum Dei nuncupetur. not. in procem. Decret. Quo pertinent vulgares nec omnino in[illegible] verſus, quos Decretorum Gratiani interpres ef[illegible] gl. in c. q[illegible]ies. 1. q. 7.

Roma tibi quondam ſuberant domini dominorum:
Seruor[illegible]m ſerui nunc tibi ſunt domini.

V[illegible] omnino, aut certe non admodum vſui [illegible]mittimus.

Cap. II.

De conuentibus eccleſiaſticis, quas Synodos vocant.

De Synodis iam aliquid attigimus ſuperiori capite: ſed ea res pleniorem diſcuſſionem requirit. Sunt autem Synodorum tria genera: Vnum eſt earum quæ à cuiuſque ciuitatis epiſcopo celebrantur. Nam epiſcopus ſacerdotes ac presbyteros parœciæ ſuæ quotannis conuocare ſolet. c. annis. 18. diſtinct. cap. ſicut olim. de accu. Sed quoties, aut quo tempore anni iure pontificio non ſatis expreſſum eſt. Itaque hic ſpectanda erit conſuetudo. Nicenſis enim concilii canon quo certum tempus definitum eſt, de prouincialibus conciliis loquitur, de quibus mox dicturi ſumus. c. habeatur. 18. diſtinct. Quod à pleriſque animaduerſum non eſt. gloſ. prag. Ac tametſi ſolenne ordinariumque ſit, ſacerdotes qui Eccleſias regant ad Synodum conuocare, non etiam cæteros clericos & archimandritas ſeu monaſteriorum præſules: tamen ſi iuſta aliqua cauſa epiſcopum moueat, his etiam mandare poteſt, vt ad Synodum accedant. cap. quod ſuper his. de maior. & obed. c. epiſco. cap. vlt. 18. diſtinct. ca. vlt. 28. quæſt. 2. not. in c. dilectis. de offic. ord. c. ex ore. de priuileg. De ſodalibus mendicantibus aliquando dubitatum fuit. Verum Gregorius pontifex conſtituit eos ab epiſcopis cogendos non eſſe, vt ſolennibus Synodis adſint. c. nimis. de exceſ. prælat. Illud animaduerſione dignum eſt, eos qui ad Synodum ire non compelluntur, canonibus in Synodo editis obtemperare nihilominus debere. Olim hi conuentus indicebantur, vt epiſcopus ſimul cum presbyteris de diſciplina cleri, de cauſis eccleſiaſticis, de doctrina diuina deliberaret. Nihil enim quod paulo grauius eſſet, epiſcopi abſque eo cœtu ac veluti ſenatu quodam facile decernebant. 15. quæſt. 7. in decret. Sed huius honeſtiſſimi inſtituti vix vmbram hodie retinemus. Synodus prouincialis eſt conuentus epiſcoporum cuiuſque prouinciæ, qui à Metropolitano aut patriarcha conuocatur, cap. regula. 3. diſtinct. & tota 18. diſtin. Addit Gratianus auctoritate etiam Romani pontificis præſente ipſius legato concilia prouincialia celebrari. d. c. regula. Quamuis autem hic conuentus præcipue epiſcoporum ſit: tamen ab Innocentio tertio conſtitutum eſt, collegia eccleſiaſtica, quæ vulgo Capitula vocamus, etiam conuocari debere. cap. vlt. de his quæ fiunt à præl. Quod tamen pleriſque iuris pontificii doctoribus parum probatur, not. in cap. graue. de præ. Archimandritas inuitos adeſſe non cogi, vulgo receptum eſt, quod ſinguli epiſcopi poſtea ipſis exponant, quæ in concilio geſta, conſtitutaque ſunt. c. decernimus. 18. diſtinct. Sed verius eſt, non hos tantum, ſed hos interdum etiam laicos homines adeſſe debere: quod vel eorum interſit fortaſſis, vel neceſſarium ſit eorum conſilium, not. in d. c. graue. c. ad ſedem. 35. quæſt. 5. Nec aliter hoc definiri poſſe videtur, cum ex varietate cauſarum pendeat. Et animaduertendum eſt huiuſmodi ſynodos ſecundum veteres canones bis in anno aut ſaltem ſemel celebrari. cap. habeatur. & ſequen. cap. quoniam. 18. diſtinct. Ac in eo conuentu tractantur & iudicantur cauſæ eccleſiaſticæ, totiuſque cleri mores reformantur, & corriguntur, vt ſcribit Iuſtinianus, Nouel. 123. de ſanct. epiſc. & Synodus Antiochena conſtituit. cap. propter. 18. diſtinct. Cuius rei gratia teſtes, qui dicuntur Synodales, conſtitui moris eſt, ſicut & in cuiuſque epiſcopi Synodo. c. epiſcopus in ſynodo. 35. quæſt. 6. cap. præterea. de teſtib. cog. Nam ſi quid grauius occurrat in conuentu epiſcopi, & presbyterorum quod maioris & amplioris conuentus iudicium poſtulet, aut ſi quis ab eo iniuria ſe affectum conqueratur, ad concilium prouinciale id deferendum eſt. c. ſi quis à proprio. 21. quæſt. 5. Illud quæſitum eſt, an epiſcopus in eo conuentu deponi, ac de gradu ſuo deiici poſſit. Et certum eſt priſcis temporibus id vſitatum fuiſſe concilio Antiocheno. c. 12. c. ſi quis à proprio. 21. quæſt. 5. Sed pontificiis quibuſdam decretis talis condemnatio prohibita eſt, inconſulto Romano pontifice. c. accuſatus. & ſeq. 3. quæſt. 6. not. in c. ex tuæ. de cler. non reſid. Sed & Gratianus ait huiuſmodi concilia ad corrigendum non etiam ad conſtituendum, vel diffiniendum efficacia eſſe. 18. diſtin. in prin. Verum hanc Gratiani ſententiam improbant multi exiſtimantes Synodum prouincialem canones conſtituere poſſe, qui intra prouinciæ fines vim habeant. gloſſ. ibidem. Cuius rei pleræque exempla ex veterum monumentis proferre licet. Sane in iudicandis cauſis eccleſiaſticis antiquitus multum Romanæ ſedi tributum eſt, adeo vt plerunque eius ſedis arbitrio iudicia epiſcoporum atq; adeo conciliorum prouincialium vel infirmarentur, vel rata manerent. Quod vel ex canonibus Sardicenſis concilii perſpici poteſt c. ſi quis epiſcopus. 2. quæſt. Ac ſi tametſi magna ſæpe fuerit hac de re contentio, & canonibus concilii Mileuitani ab epiſcopis Africanis prohibitæ fuerint huiuſmodi prouocationes, c. placuit. 2. quæſt. 6. quas etiam magnopere deteſtatur Bernardus lib. 3. de conſi. Romani pontifices ad extremum obtinuerunt, vt eorum iudicio cæteri omnes epiſcopi ſubeſſent, vtque ipſi nullius cenſuræ eſſent obnoxii. c. cuncta per mundum. 9. quæſt. 3. c. nemini. 7. quæſt. 4. Quod ad cauſas tamen attinet, in quibus ad Romanam ſedem hodie interponitur appellatio, decreta Baſilienſis concilii in Gallia fere obſeruātur, nec diſcutitur aut iudicatur Romæ negotium, ſed in qua diœceſi lis cœpta eſt, in ea iudices dantur. tit. de cauſis. in prag. & in concor. Supereſt, vt de ſynodo vniuerſali & œcumenica aliquid dicamus. Ac in primis quæritur, qui intereſſe huic ſynodo debeant: quod Panorm. fatetur nullo iure expreſſum eſſe in cap. graue. de præb. Et ſane magna canonum decretorumque pontificiorum varietas hic reperitur. De epiſcopis orbis Chriſtiani minus dubitatur, & extat in decretalibus formula & conceptio iuriſiurandi, qua obſtringuntur omnes epiſcopi, vt ad Synodum veniant. cap. ego. de iureiuran. De monaſteriorum antiſtitibus, presbyteris, & qui-

& quibuſdam aliis clericis aliquot exempla leguntur in iure Pontificio, c. in nomine domini. 23. diſtin. c. Adrianus. 63. diſt. Reges præterea ac Imperatores non adfuiſſe tantum Synodo, ſed & præfuiſſe legimus. c. futuram. 12. quæſt. 1. c. nos. ad finem. 96. diſtinct. ca. ſi quis ingenuus. 29. quæſt. 2. cap. Adrianus. 2. 63. diſt. Sed & alios quoq; laicos homines interdum concilio adhibitos fuiſſe conſtat. c. ad ſedem. 35. q. 5. Verum illud, ſcrupulum pleriſq; iniicit. quod immenſa illa quorumlibet clericorum turba non videtur abſque magno incommodo, & confuſione ad hunc conuentum admitti poſſe. Deinde alienum videtur ab eccleſiaſtica diſciplina, vt laici de eccleſiaſticis negotiis iudicium faciant. c. bene quidem. 96. diſt. c. non placuit. 16. q. 7. Confuſio autem vitari poteſt, ſi ex ſingulis prouinciis moderatus aliquis numerus eruditorum ac probatiorum eligatur, & ad Synodum mittatur. Nam & alioqui paſtoribus deſtitutæ manerent Eccleſiæ. De laicis vero nihil aliud reſpondendum nunc occurrit, quam quod Nicolaus Pont. ſcribit ad Micha. Imperatorem. 96. diſtin. Vbinam legiſtis, inquit Imperatores anteceſſores veſtros Synodalibus conuentibus interfuiſſe, niſi forte in quibuſdam, vbi de fide tractatum eſt, quæ vniuerſalis eſt, quæ omnium communis, quæ non ſolum ad clericos, verum etiam ad laicos, & omnes omnino pertinet Chriſtianos? Quamuis enim iudicia eccleſiaſtica ſoli exerceant ſacerdotes & clerici, d. ca. bene qui. tamen vbi de eo negotio agitur quod ad Eccleſiam vniuerſalem pertinet, quæ non ſolum ex cleris, ſed etiam ex laicis conſtat. ca. Eccleſia. de conſec. diſtin. 3. æquum non eſt laicos ab huiuſmodi deliberationibus ſummoueri, ſed communi potius decreto omnia diffiniri, quod & ab ipſis Chriſti Apoſtolis obſeruatum fuiſſe ſatis Lucæ teſtatur hiſtoria, Acto. 15. Atque ita celeberrimi iuris pontificii doctores ſenſerunt glo. cap. Adrianus. 1. 63. diſt. glo. c. vlt. de his quæ fiunt à prælatis. etſi Panormitanus in libro quæſtionum, laicis deliberationē & conſilium permittens, iudicium ac definiendi facultatem adimat. Nolim tamen in hunc conuentum quoslibet laicos paſſim recipi, ſed cum regibus & principibus eos qui in quaque prouincia inſignis alicuius doctrinæ, & ſanctitatis nomine celebrantur. d. c. ad ſedem. Idque ſi vnquam alias, maxime hoc ſæculo neceſſarium eſt, quo epiſcopatus & ſacerdotia indoctiſſimis hominibus & à religione alienis deferri ſolent. Priſcis temporibus ratum ac prodigio ſimile habebatur, aliquem Eccleſiæ præfici, qui diuinarum literarum doctor non eſſet, nec ideo laicorum contemnebatur iudicium. Cum igitur hodie epiſcopi noſtri paucis exceptis, ſacrarum literarum ſcientia cæteris ex populo longe inferiores ſint, quonam ore ſoli de rebus diuinis iudicium ſibi arrogabunt?

CAP. XII.

De Diaconis, Hypodiaconis, & aliis inferioris ordinis & gradus clericis.

HVcuſque de iis Eccleſiarum adminiſtratoribus tractauimus, qui miniſtri doctrinæ diuinæ dicuntur: iam de cæteris eſt videndum, id eſt, Diaconis, Hypodiaconis, &c. Dicuntur autem Diaconi verbo Græco epiſcoporum miniſtri, nec epiſcoporum modo, ſed etiam presbyterorum, vt concilio Carthaginenſi quarto, cap. 37. cap. Diaconi. 93. diſt. ſancitum eſt. Et quamuis Diaconi ſeu miniſtri vocabulum epiſcopis quoque ac presbyteris conueniat, magis quam principis aut domini, atque ita olim vſurpatum ſit, tamen iis de quibus loquimur proprie id tributum eſt, vt facilior eſſet eorum à cæteris diſtinctio. Appellantur & Leuitæ aliquando, propter ſimilitudinem miniſterii: lege ſiquidem Moſaica inſtituti ſunt Leuitæ, vt Aaroni ſacerdoti inſeruirent, ac miniſtrarent. 21. diſtinct. cap. 1. Quamobrem in cœtu ſacerdotum, aut coram ſacerdote aliquo Diaconis ſedere vetitum eſt. cap. peruenit. cap. non oportet. 93. diſtin. Inſtitutio autem eorum orta eſt ab Apoſtolis, quamuis presbyteri ſeu epiſcopi à Chriſto ipſo inſtituti ſint, vt ait Cyprianus c. dominus. 93. diſtinct. Cum enim Apoſtoli in diuina doctrina occupati miniſtrare non poſſent menſis, quæ pauperibus tum parari ſolebant, ſeptem Diaconos, ſiue miniſtros eius operis gratia conſtituerunt. Act. 6. cap. Eorum igitur officium olim in cura pauperum præcipue, & rerum earum quæ Eccleſiæ offerebantur, pauperum clericorumque alendorum gratia verſabatur. ca. præcipimus. 12. q. 1. c. in ſancta. 92. diſtin. Hinc fit vt hodie in Eccleſia oblationes ad altare factas recipiant, cum hypodiaconis ſuis. cap. cleros. 21. diſtin. cap. perlectis. 25. diſtin. Proinde quidam iuris pontificii conſultus non leuis apud noſtrates authoritatis, Diaconus, inquit, hoſpitalitatis nomen eſt, presbyter ætatis. gloſſ. prag. tit. de æta. & qualit. card. verb. cardinales. Sed poſtea id munus auctum eſt, vt Clementis & Euariſti reſcripta indicant. Ait enim Clemens, Diaconi Eccleſiæ ſint tanquam oculi epiſcopi oberrantes, & circumluſtrantes cum verecundia actus totius Eccleſiæ, perſcrutantes diligentius ſi quem videant vicinum fieri præcipitio, & proximum eſſe peccato, vt referat hoc ad epiſcopum, & ita epiſcopo ſuggerere, quæ ad cultum Eccleſiæ & diſciplinam eius pertinent, diaconis cura ſit. c. diaconi. 93. diſt. Et Euariſtus, Diaconi, inquit, qui quaſi oculi videntur eſſe epiſcopi, in vnaquaque ciuitate ſeptem debent eſſe, qui cuſtodiant epiſcopum prædicantem, ne ipſe epiſcopus ab inſidiatoribus quoquo modo infeſtetur, aut lædatur à ſuis, aut verba diuina detrahendo, aut inſidiando polluantur, vel deſpiciantur, ſed veritas ſpirituali redoleat feruore, & pax prædicata labiis cum voluntate animi concordet. cap. diaconi. 2. 93. diſtinct. Hieronymus quoq; ad Ruſticum de Diaconis ita loquitur, vt magnum fuiſſe eorum munus in Eccleſia facile appareat. Diaconi, inquit, ſunt quos in Apocalypſi legimus, ſeptem angeli Eccleſiarum, hi ſunt ſeptem candelabra aurea: hi ſunt voces tonitruorum, virtutum operatione præclari, humilitate prædîti, quieti, humiles, euangelizantes pacem, annuntiantes bona, diſſenſiones & rixas, & ſcandala reſecantes: docentes, ſoli Deo colloquentes in templo, nihil penitus de mundo cogitantes: dicentes patri & matri, Non noui vos: & filios ſuos non agnoſcentes. Sine his ſacerdos nomen non habet, ortum non habet, officium non habet. Hic miniſter Dei dicitur: quia ſcriptum eſt: Maior eſt qui miniſtrat, quam cui miniſtratur, & ſicut eſt in ſacerdote miniſtratio, ita in miniſtro ſacramenti diſpenſatio. Sacerdotibus etiam propter præſumptionem non licet de menſa domini calicem tollere, niſi eis traditus fuerit à diaconis: ita enim dominus noſter omnipotens vniuerſa diſponit, vt qui maiorem ſe eſſe crediderit, minor eſſet, & qui minor videretur, maior exiſteret. Denique quam hoc verum ſit, ipſe perpende. Leuitæ componunt menſam domini: Leuitæ ſacerdotibus cum ſacramenta benedicunt, aſſiſtunt: Leuitæ ante ſacerdotes orant: vt ſi diſtinctio locorum creditur in mundo, etiam in altari Dei videant ſibi Epiſcopi qui ſuperbi ſunt, diaconos anteponi: ſi humilitatem diligant, & diaconi maiores ſe eſſe in eo quod ſunt humiles, recognoſcant: tunc demum vt aures habeamus ad Deum, diaconos acclamat, ipſe prædicat, ipſe hortatur, ipſe etiam commouet aſtantibus ſacerdotibus, ne leuiter hanc vocem qua loquitur hæc, & pacem annuntiat, audiant, aut negligenter aſpiciant. Sufficit huic ordini, tantum fuiſſe per Deum conceſſum, vt non ſolus ſacerdos in templo Dei ſolum agere & implere videatur. c. diaconi. 5. 93. diſt. Ex quibus locis planū, vt arbitror, factum eſt, tunc doctrinam diuinam & ſacrorum procurationem, tum diſciplinam eccleſiaſticam ad diaconorum munus & functionem aliquatenus pertinere, quamuis non ſolum epiſcopis, ſed etiam presbyteris inferiores ſint. Extiterunt ſane nonnulli quondam adeo vecordes, vt eos presbyteris anteponendos, nedum exequandos eſſe contenderent, aduerſus quos acriter inuehuntur Hieronymus, in Epiſt. ad Euag. ca. legimus. 83. diſt. & Auguſtinus, in quæſtio. ver. & noui teſta. 9. 101. Et hanc ſcribit Hieronymus cauſam fuiſſe tantæ inſolentiæ & ſupercilii, quia diaconos paucitas honorabiles, presbyteros turba contemptibiles faciebat. De Diaconis Romanæ Eccleſiæ Cardinalibus vulgo appellatis, qui moribus noſtris epiſcopos omnes non modo presbyteros antecedunt, paulo poſt diſſeremus. Hypodiaconi longo poſt Diaconos tempore inſtituti ſunt, quod diaconi omnia quæcunque ad miniſterium ſuum pertinent, obire & exequi præ multitudine negotiorum non poſſent, nondum videlicet inſtitutis ordinibus, qui inferiores dicuntur. Subeſt ergo Hypodiaconus diacono, vt presbytero diaconus, iuxta vetus prouerbium, δῦλος θεῶ δῦλος, διακόνου διάκονος

idque vox ipſa ſatis indicat. c. cleros. 21. diſt. Archidiaconi ex corpore diaconorum creari primum ſoliti ſunt eadem ratione qua & Archipresbyteri ex presbyterorum ordine, de quibus ſupra locuti ſumus. d. c. legimus. nempe vt quæ ad diaconorum officium ſpectant, tam ipſi exequerentur, quam à diaconis exequenda perficiendaque curarent ac iuberent. c. perlectis. 25. diſtin. c. volumus. 89. diſt. & 94. diſt. c. ſi quis c. vlt. Horumq; inſtitutionem nouam non eſſe ex eo conſtat, quod Hieronymus eorum meminerit ad Nepo. & veterum alii plerique. hiſto. trip. lib. 5. cap. 48. Theo. lib. 2. c. 13. Tradunt & hiſtoricorum nonnulli Laurentium martyrem ſub Sixto Pont. Romano hoc munere functum, & pecuniæ eccleſiaſticæ cuſtodiam habuiſſe. Porro huic diaconorum cœtui, qui ſub epiſcopo oblationum omnium obuentionumque eccleſiaſticarum curam habebant, cum valde excreuiſſent eccleſiaſticæ poſſeſſiones ac reditus, adiuncti ſunt œconomi, vel potius in œconomos hoc onus reiectum eſt. c. quoniam. ca. in noua. 16. q. 7. vt liberius poſſent diaconi presbyteris ſacramenta diſpenſantibus in Eccleſia aſſiſtere & miniſtrare: & ne prædiorum poſſeſſionumque procuratio variæque lites, quæ earum rerum nomine moueri ſolent, à ſacro ſpiritalique munere eos auocarent. concil. Chalced. c. 26. & Hiſpal. 2. c. 9. Horum crebra mentio eſt in conſtitutionibus Iuſtiniani. Tametſi autem presbyterorum gradus quam diaconorum longe ſublimior nunquam non habitus ſit, & contradicentium ambitioſa temeritas grauiſſimorum virorum auctoritate repreſſa ſemper ac damnata: illud tamen obtineri ad extremum non potuit, vt archidiaconi in presbyteros, atque adeo in archipresbyteros ipſos poteſtatem non haberent. Idque excuſatur hoc prætextu, quod Archidiaconi nō modo inſpectionem & obſeruationem, vt olim, ſed coercitionem etiam iuriſdictionemque habeant, & veluti quodam magiſtratu fungantur. c. 1. de offic. archid. can. perlectis. 25. diſtin. Maximæ autem dignitatis hoc munus fuiſſe ſuperioribus ſæculis in Gallia, vel illud argumento eſt, quod noſtrorum annalium ſcriptores memoriæ prodiderint, Ludouici Craſſi Francorum regis filium in Eccleſia Pariſienſi hoc munere functum fuiſſe. Quanquam id alia etiam ratione factum dici fortaſſe poteſt.

Cap. XIII.

De Cardinalibus Romanæ Eccleſiæ, cur ita vocentur & vnde ortum habuerint.

Ordo poſtulare videbatur vt poſt Pontificem Romanū, de ampliſſimo purpuratorum collegio, qui Cardinalium nomine cenſentur, diſſereremus: ſed quia inter eos epiſcopi quidam ſunt, alii presbyteri, alii diaconi, melius eſſe duximus & ad docendum accommodatius, de diaconis aliquid prius attingere. Et videntur Cardinales appellati quaſi præcipui atque primarii, cæteriſque epiſcopis, presbyteris, & diaconis digniores ac præſtantiores, non aliter ac magiſtri quidam militum dicuntur Cardinales in vetere indice ciuilium, militariumque officiorum, qui abſque vllius auctoris nomine editus eſt. Nam epiſcopo Romano ad tantæ maieſtatis faſtigium euecto, par erat non ſolum epiſcopos vrbi vicinos, à quibus conſecrabatur, ſed presbyteros & diaconos quoque eiuſdem vrbis ſimul cum capite ſuo paulatim creſcere, cum præſertim horum conſilio vt quiuis epiſcopus ſiue archiepiſcopus in Eccleſia regenda ab initio vteretur, vt ex iam dictis perſpicuum eſt. Non enim videntur presbyteri vrbis Romæ aut diaconi multo maioris olim dignationis, quam aliarum eccleſiarum fuiſſe. Idque Hieronymus Eccleſiæ Romanæ presbyter & ipſe crebro affirmat. Cuius temporibus Cardinalis appellationem in vſu nondum fuiſſe veriſimile eſt, cum nuſquam ea vox in ſcriptis eius reperiatur. Deducitur autem à cardine, niſi fallor, quo ſuſtinētur & voluuntur oſtia ſiue ianuæ. Eorum ſiquidem conſilio, nutu & autoritate totus orbis Chriſtianus moueri, volui, ſuſtentarique creditur. Inde apud Latinos authores hæ loquendi formulæ manarunt, in eo rei cardo vertitur, id eſt, ex eo tota res pendet: &, Cardinem cauſæ in aliquo ponere, id eſt, ſummam litis conſtituere. Quintil. Hic cauſæ cardinem ponit, in quo ſi victus fuerit etiam in ſequentibus ruit. Quamuis igitur vſitatum non fuerit apud veteres Cardinalis vocabulum, tamen ratio probabilis oſtenſa eſt, quamobrem ſumma illa Eccleſiæ columina nunc ita appellentur. Sed omittendum non eſt aliquanto latius olim acceptum fuiſſe vocabulum ab iis, qui illud fabrefecerunt atque vſurparunt. Nam Gregorius Magnus ſæpenumero in epiſtolarum volumine de epiſcopis loquens ſacerdotes cardinales eos appellat, quod presbyteris, vt ſuprà diximus, maiores & excellentiores ſint. c. relatio. c. illud. 21. q. 1. c. paſtoralis. 7. q. 1. Et Leo. c. 2. de of. archipreſ. lib. 5. decret. presbyteros cardinales meo iudicio vocat, non quoſuis presbyteros, ſed qui in maiore Eccleſia, quam cathedralem dicimus, rem diuinam ſimul cum epiſcopo ſuo faciunt: Canonici hodie vulgo appellati. Mitto quod in quibuſdam ciuitatibus, cuiuſmodi Rauenna eſt & Compoſtella, etiamnum ſacerdotes quidam præcipui hoc nomen retinent. Sed ſplendor amplitudoque Senatus illius Romani, qui ex cardinalibus conſtat, facit vt hodie in cæteris eccleſiis excepta Romana, ludibriis obnoxia ſit non minus quam luetorii regis apud nos iſta appellatio. gloſ. can. pudor. 32. quæſt. 2. Hi enim à regio non longe abſunt faſtigio, eorumque inſigne eſt ruber pileus. Cuius vſum Innocentius IIII. ordinandi eius ordinis cauſa ipſis conceſſit. Ex his facile eſt colligere quod interpres Decret. quodam in loco ſcribit, Epiſcopi cuiuſque ciuitatis maiorem quam diaconi aut presbyteri Romanæ Eccleſiæ cardinalis dignitatem eſſe. Quod vel authoritate Auguſtini confirmatur in quadam ad Hieronymum Romanæ Eccleſiæ presbyterum epiſtola. Quamquam, inquit, ſecundum vocabula quæ vſus obtinuit, epiſcopatus ſit presbyterio maior: Auguſtinus tamen Hieronymo minor eſt. c. quamquam 2. q. 7. vbi glo. Nec aliam eſſe cauſam presbyterorum aut diaconorum vrbis Romæ, quam cuiuſcunq; alterius ciuitatis demonſtrat Hieron. in epiſtola ad Euag. c. legimus. 93. diſtinct. vbi gloſſ. Quod quidem ſacroſanctæ poteſtatis eleuandæ gratia nunc à me dictum nolim quiſquam exiſtimet, ſed vt fons & origo eiuſdem magis innoteſcat. Verum hæc inualuit conſuetudo, quæ ſpecioſis quibuſdam rationibus vulgo defendi ſolet, vt tam presbyteri quam diaconi Romanæ Eccleſiæ cardinales lōgo interuallo omnes alios epiſcopos ac presbyteros antecedant. gloſſ. in prag. ſanct. in verbo, legitime. tit. de num. & qual. card. Ac tametſi ad dignitatem epiſcopalem promoueri eos quotidie videamus, certum tamen atque exploratum eſt, contra veteres canones & inſtituta maiorum id fieri, cum aſſidui in Eccleſia parœciaque ſibi commiſſa more aliorum cuiuſque diœceſeos presbyterorum, aut diaconorum eſſe debeant. c. 2. de cler. non reſid. Itaque veniam eis & gratiam canonum impetrare neceſſe eſt.

Cap. XIV.

Qui fuerint olim Oſtiarii, Lectores, Exorciſtæ, Acoluthi, & cæteri omnes qui clerici appellantur: vnde mos tondendi capitis ortus ſit, atque item conſuetudo canendi in ſacris ædibus.

In veteri Eccleſia non erat hæc munerum diſtinctio, quæ poſtea in vſum venit, vt alii Oſtiarii dicerentur, alii Lectores, Exorciſtæ, aut Acoluthi, ſed Diaconorum Hypodiaconorumque muneri coniuncta erant hæc omnia. c. 1. 21. diſt. c. vlt. 60. diſt. Huius rei locuples teſtis eſt Hieronymus, in 19. c. Eſaiæ, qui ordines quinque ac veluti claſſes totius Eccleſiæ deſcribens poſt epiſcopos, presbyteros & diaconos, nec oſtiariorum, nec lectorum, aut acoluthorum mentionem vllam facit: ſed fideles omnes in quarto ordine locat, & catechumenos in poſtremo. Verum procedente tempore vnum idemque munus in plura diſpertitum eſt, idque à Caio Pontifice Romano primum vt quidam ſcribunt: eiuſque partitionis faciendæ magna oblata eſt occaſio. Nam vt ſeminarium quoddam eſſet eorum, qui epiſcopis, presbyteris & diaconis ſuccederent, alebatur ſumptu publico magnus iuuenum numerus Eccleſiæ miniſterio conſecratorum, qui interim non ſolum inſtituebantur in ſtudio literarum, ſed portio aliqua etiam munerum eccleſiaſticorum ipſis committebatur. Eorum nempe quæ leuiora minoriſq; momenti eſſent, quæque antea à diaconis obiri ſolebant, vt his veluti rudimentis quibuſdam ad maiora grauioraque obeunda prapa-

præparentur. Ac ne qua confuſio perturbatioque eam functionem impediret, diſtincta ſunt diuiſaque inter ipſos officia, ita vt vnuſquiſque ſuo muneri bona fide incumbens, de alieno ſolicitus non eſſet. In qua diſtributione gradus quidam ideo conſtituti ſunt, quod eorum munerum alia aliis digniora videbantur, nec poterat quiſquam ad maius promoueri, qui in minore antea verſatus non fuiſſet. Sed de his gradibus conſtituendis, ac diſcernendis, quia non conuenit inter iuris pontificii theologiæque doctores, & ſubdifficilis eſt explicatio propter varietatem locorum ac temporum, quæ authorum locis, qui de ea re ſcripſerunt, nonnihil tenebrarum obduxit, ſequar diſtinctionem ordinemque traditum à Gelaſio Syluestroque pontificibus Romanis apud Gratianum, can. illud. 77. diſtinct. can. à ſubdiacono. 93. diſtinct. qui quatuor claſſes ponunt, oſtiariorum, lectorum, exorciſtarum, acoluthorum, nec diſſimilis eſt enumeratio Leonis Pontificis, can. ſeriatim. 32. diſtinct. niſi quod iis omnibus præponit clericos, ſicut & ſynodus Carthagin. pſaltas, can. pſalmiſta. 23. diſtin. quaſi pſaltarum & aut clericorum diſtinctus ſit à cæteris ordo, iſq; infimus omnium. Nam Iſidori deſcriptiones non moror, in quibus mihi non videtur vſquequaque ordinis rationem habuiſſe. can. cleros. 25. diſtinct. can. perlectis. 25. diſtin. Primus igitur gradus, vt ab infimis incipiamus, eorum eſt, qui Græce πύλωροι, Latine oſtiarii dicuntur, quibus aperiendi & claudendi templi cura mandatur, eoſq; repellendi & excludendi, quibus ſacra communione interdictum eſt. d. can. perlectis. Hi numero centum fuerunt in Eccleſia Conſtantinopolitana, authore Iuſtiniano Nouel. 3. Secundus gradus eſt eorum, qui ſacras ſcripturas ex ſuggeſto in Eccleſia recitant, & hi ἀναγνῶσται, id eſt, lectores dicuntur. d. c. perlectis. Quo munere aliquando functum fuiſſe in Eccleſia Iulianum imperatorem teſtis eſt Theodoritus lib. 3. Author eſt etiam Socrates, in Alexandrina Eccleſia non ſolum fideles, ſed etiam catechumenos huic miniſterio adhiberi ſolitos fuiſſe, cum in cæteris eccleſiis id minime obſeruaretur. Tripar. lib. 9. cap. 38. Tertius gradus eſt Exorciſtarum, quorum officium erat catechumenis & energumenis, qui à cacodæmone vexabantur, manus imponere, & ſolennibus quibuſdam imprecationibus, & obſecrationibus dæmones fugare. d. can. perlectis. Vlpianus noſter exorcizare verbum impoſtorum eſſe ſcribit. l. 1. ff. de extraor. cognit. Nec mirum eſt ab Vlpiano Chriſtianæ religionis hoſte acerrimo impoſtores fuiſſe miniſtros Eccleſiæ appellatos, cum & Chriſto ipſi idem aliquando obiectum fuerit. Matth. 27. Nam Vlpianus (vt obiter id referam quod de eo Lactantius ſcribit) reſcripta principum contra Chriſtianos lib. 5. de Offic. procon. collegit, vt doceret quibus pœnis affici oporteret eos qui ſe cultores Dei confiterentur. Horum exorciſtarum non meminit Iuſtinianus in libro τῶν νεαρῶν, quod in Eccleſia Conſtantinopolitana, vt exiſtimo, vſitatum non eſſet hoc miniſterii genus, ſed meminit Valentinianus, l. presbyteros. Cod. de epiſc. & cler. Quartus gradus eſt eorum qui Acoluthi Græce dicebantur, id eſt, comites ſeu miniſtri, ideo fortaſſis quia epiſcopum comitabantur, quocunque proficiſci vellet. Nam epiſcopus magno famulitio ſtipatus iam olim incedebat, vt author eſt Iuſtinianus, Nouel. 6. Et extat reſcriptum cuiuſdam Pontificis apud Gratianum, quo præcipitur epiſcopis vt comites ſemper aliquos ſecum ducant famæ ſuſpicioniſque vitandæ cauſa. can. iubemus. de conſecr. diſtinctione prima. Vel ideo Acoluthi appellati ſunt, quod funus vnà cum canonicorum & alcetriarum cœtu comitarentur. Nam eos id munus obire ſolitos fuiſſe ſatis perſpicuum eſt ex conſtitutione Iuſtiniani Nouel. 59. Sed neſcio quomodo tandem factum eſt, vt hoc munus in luminariorum curam poſtea conuerſum ſit, & doctores noſtri paſſim acoluthos ceroferarios interpretentur. dicto can. perlectis. An autem cantores propriam claſſem ordinemque diſtinctum à cæteris habuerint, necne, quæri ſolet, & hoc ſenſiſſe videtur Iſidorus d. can. perlectis: cuius ſententia auctoritate Iuſtiniani vtcunque iuuatur. Nouel. 3. Et fortaſſe aliquo tempore, & aliquibus in eccleſiis ita obſeruatum eſt. Ego autem puto omnium ordinum ac præſertim inferiorum, de quibus ante diximus, commune fuiſſe pſallendi officium. can. in ſancta. 92. diſtinct. Mouet me quod Pontifices, quorum ſupra meminimus, in ordinum catalogo hunc non recenſeant. can. illud. 77. diſtinctione. can. à ſubdiacono. 93. diſtinctione. Ideo autem Leo Pontifex in primo ordine poſuit clericos, eoſque oſtiariis præpoſuit: & ſynodus Carthaginienſis pſaltas, ſiue cantores: quandoquidem recens cooptatis in clerum non ſtatim proprium concedebatur officium, quamuis permitteretur eis vnà cum cæteris in choro pſallere, idque ſine vlla epiſcopi ordinatione. dicto cap. pſalmiſta Verum quia nihil habebant, quod cæterorum commune non eſſet, quamuis & pſaltæ, & clerici vere dicerentur, in certam claſſem eos non retulit Gelaſius. Vtcunque ſe res habeat, certum eſt eos non minus inter clericos, quam cæteros, de quibus ſupra diximus, numerandos eſſe, cum diuino cultui addicti mancipatique ſint. can. duo ſunt. 11. quæſt. prima. Nam quamuis appellatione τῶν κλήρων in ſacris libris fidelium grex contineatur, qui cuique epiſcopo ſiue presbytero ſorte obtigit gubernandus, 1. Petri, cap. 5. tamen peculiariter his hoc nomen tribuitur conſuetudine loquendi vulgo recepta, qui ſacro miniſterio Eccleſiæ dediti deuotique ſunt, ideo fortaſſis, quia olim ſorte eligi ſolebant, vel quod eos Deus velut ſorte quadam in ſuos elegiſſe videatur. can. duo ſunt. 12. quæſt. 1. Specialiter autem hoc nomine deſignari ſolent ii qui raſo tonſoque capite in clerum recepti nullo adhuc proprio miniſterio funguntur, nec aliud nomen proprium habent: vnde autem hic mos tondendi radendique ortum habuerit, vix certo cognoſci poteſt. Quidam exemplo Nazareorum Moſaicæ legis inductum id putant, de quorum inſtituto mentio eſt in libr. Numerorum, cap. 6. Nazaræi vero dicebantur, vt quidam eruditi interpretantur, qui vt liberius vacarent legi diſcendæ & expendendæ benignitati Dei, aliorum commercio ſe abdicabant ad tempus, & Domino ſe totos dedebant: Vel qui cum profuſius vino, & reliquis corporis deliciis vſi fuiſſent, poſtea ſeueriori vitæ generi ſe mancipabant, vt corpus affligerent. Alii à ſacerdotibus Ægyptiis id ortum aſſerunt, quorum meminit Herodotus in Euterpe. Alii vero hunc fuiſſe morem antiquum teſtantur, vt ii demum comam nutrient, qui elegantiæ, ornatus & lauticiæ ſtudioſiores eſſent. Ideoque vt clerici inanis cuiuſcunque apparatus, & ſplendoris ſe contemptores profiterentur, ſtatutum fuiſſe ne quis in clerum niſi vertice raſo admitteretur. Buguſtinus de oper. monachorum, ad finem, & in libro retractuum. Et huic ſententiæ maxime ſuffragatur, quod Æmilius & alii quidam non leues authores ſcribunt, olim in Longobardia capillum barbamque ponere, ſanctioris cuiuſdam deditionis argumentum fuiſſe. Æmil. in Carol. Magno. Nam & apud Francos, vt idem ait Aemil. in Clodo. & Clota. 2. promiſſa barba, intonſuſque capillus Regiæ nobilitatis inſigne habebant. Adde quod apud Lacedæmonios quondam ingenui tantum comam alebant. Inde illud Ariſtophanis in Auibus, cuius meminerunt Parœmiographi, Δοῦλος ὢν κόμην ἔχεις. Seruus cum ſis, comam habes. Curioſitatem vero & delicias veterum Romanorum in coma & capillis inſectatur Seneca, lib. de breuit. vitæ. cap. 12. his verbis: Quid illos ocioſos vocas, quibus apud tonſorem multæ horæ tranſmittuntur, dum decerpitur ſi quid proxima nocte ſuccreuit, dum de ſingulis capillis in conſilium itur; dum aut diſiecta coma reſtituitur, aut deficiens hinc atque illinc in frontem compellitur? Quomodo iraſcuntur ſi tonſor paulò negligentior fuit, tanquam viuum tonderet? Quomodo excandeſcunt, ſi quid ex iuba ſua deciſum eſt? ſi quid extra ordinem iacuit, niſi omnia ſua in annulos ſuos reciderunt? Quis eſt iſtorum qui non malit rempub. ſuam turbari, quam comam? qui non ſolicitior ſit de capitis ſui decore, quã de ſalute? qui non comptior eſſe malit, quam honeſtior? Hos tu ocioſas vocas, inter pectinem ſpeculumque occupatos, &c. Ego in pleriſque conſtitutionibus obſeruaui tonſuram pœnæ genus, idque graue & ignominioſum fuiſſe, quarum nonnullæ quæ Principum Romanorum ſunt, apud Hermenopolum extant, aliæ inter conſtitutiones Caroli Magni, & quorundam aliorum Franciæ regum referuntur: Tantus erat hominum eius temporis in Gomam ſuam affectus. Sed & Paulus in epiſtola ad Corinthios indecorum ait

viros comatos eſſe, idque naturam ipſam ſatis nos docere ſcribit 1. Corint. 11. Quæ Pauli admonitio huius clericorum inſtituti forte cauſa fuit. c. prohibere. 24. diſtin. Verum vt ad cantiones reuertamur, ſciendum eſt hunc canendi morem longe antiquiſſimum, & iam inde ab apoſtolorum temporibus in Eccleſia vſitatum fuiſſe. Quod vel ex epiſtolis Pauli facile animaduerti poteſt. Teſtatur id ipſum & Plinius Cæcilius in quadam ad Traianum epiſtola, in qua de Chriſtianis ita loquitur: Affirmabant hanc fuiſſe ſummam vel culpæ ſuæ, vel erroris, quod eſſent ſoliti ſtato die ante lucem conuenire, carmenque Chriſto quaſi Deo, ſecum dicere inuicem, &c. Sobria enim illa muſica & pronunciationi vicinior quam cãtui, quam in Alexandrina Eccleſia fertur inſtituiſſe Athanaſius. Auguſtin. lib. 10. confeſ. facit vt verborum ſenſus efficacius influant in animos auditorum, non illa operoſa & theatrica quæ hoc tempore in Eccleſia frequentatur. In pleriſque ſane eccleſiis ſero admodum ritus canendi receptus eſt, cum Auguſtinus in lib. 9. confeſ. c. 7. ſcribat tempore Ambroſii primum in Eccleſia Mediolanenſi inſtitutum, ac inde in alias occidentales eccleſias perductum fuiſſe. Et Theodoritus author eſt lib. 2. c. 24. Flauianum, & Diodorum in Eccleſia Antiochena morem Dauidicos pſalmos decantandi, in duas partes diuiſis canentium cœtibus, induxiſſe. Hodie ſic iſta modulatio vbique probatur, vt inter omnia Eccleſiæ miniſteria tãquam præcipuum maximeq; neceſſarium habeatur, celebreturque. Nulliuſq; rei tutela maior eſt ac ſumptuoſior in ſacris ædibus. Nec tantum iis cantionibus vacant inferiorum ordinum clerici, quibus hæc cura olim mandabatur, ſed ſacerdotes etiam & diaconi, quibus officio cantandi aliquando interdixit Gregorius, ne vel hi à pauperum cura, vel illi à doctrina diuina propter hoc pſallendi onus auerterentur. c. in ſancta. 92. diſtinct. Adde quod ſicut ex ordine presbyterorum & diaconorum antiquitus creati ſunt archipresbyteri & archidiaconi, ſic cantorum choro hodie præſidet vnus, præcentor vulgo appellatus, penes quem eſt auſpicatus melodiæ, quod Græci ἐνδόσιμον vocant. ca. cleros. 21. diſtinct. Quo in munere plurimum ineſſe dignitatis creditur, adeo vt vel archipresbyteris ipſis, niſi fallor, præponi ſoleant.

Cap. XV.

De ſcholæ eccleſiaſticæ magiſtris & doctoribus.

QVamuis epiſcopi officium ſit populum in Eccleſia docere, tamen apud Paulum doctores à cæteris Eccleſiæ miniſtris & paſtoribus diſtinguuntur. Ephe. 4. Fuerunt enim antiquitus eccleſiaſticæ ſcholæ, ad clericorum & aliorum egentium eruditionem, inſtitutæ: quibus ſcholis præficiebantur magiſtri, qui non literas modo ſacras, ſed Grammaticam etiam & liberales diſciplinas docerent. Erat igitur hoc munus à paſtoris officio diſtinctum & ſeparatum. Qua ratione Gregorius epiſcopum quendam obiurgat, quod Grammaticam profiteatur. c. turbat. 37. diſt. c. cum multa. 86. diſt. Et veteris huius conſuetudinis in Alexandrina Eccleſia meminit Euſebius, lib. 5. eccle. hiſto. 10. in qua Eccleſia functos eo munere fuiſſe Pantenum, Origenem, & Achillam viros doctiſſimos refert, lib. 6. c. 3. lib. 7. cap. 29. Idemque de Didymo Alexandrino ſcribit Ruffinus lib. 11. eccle. hiſt. c. 7. Recentioribus veris canonibus ſtatutum eſt, vt non ſolum in maioribus, ſeu cathedralibus eccleſiis, ſed in cæteris etiam inferioribus magiſtri, doctoreſque liberalium artium iuuentutis erudiendæ gratia ab epiſcopo & collegio Eccleſiaſtico conſtituantur. c. de quibuſdam. 37. diſtin. c. 1. c. quia nonnullis. de magiſt. Sed inualuit conſuetudo, vt ab epiſcopo ſcholarchus quidam omnibus his ſcholis eccleſiaſticis præficiatur qui magiſtros deligat, & cætera quæ ad ſcholarum tutelam neceſſaria ſunt, procuret & exequatur.

Cap. XVI.

De ſacris ordinationibus, & cur olim abſolute quemquam ordinari vetitum ſit.

PResbyter, Diaconus, Hypodiaconus, Lector, &c. nomina quondam fuerunt certorum miniſteriorum, ac onerum in quaque eccleſia, nec vllus horum erat qui munus illud ſuum non exequeretur. Nam quia abſolute & ſine titulo ordinationes fieri vetebantur, certum erat miniſterium cuiuſque ſiue presbyteri, ſiue diaconi, ſiue lectoris, &c. & cuique certus locus aſſignabatur, cui velut mancipatus adſtrictuſq; erat. glo. c. vlt. 66. diſtinct. Verba concilii Chalcedonenſis hanc prohibentis ordinationem hæc ſunt, Μηδένα ἀπολελυμμένως χειροτονεῖσθαι, μήτε πρεσβύτερον, μήτε διάκονον, μήτε ὅλως τῶν ἐν τῷ ἐκκλησιαστικῷ τάγματι, εἰ μὴ ἰδικῶς ἐν ἐκκλησίᾳ πόλεως, ἢ κώμης, ἢ μαρτυρείῳ, ἢ μοναστηρίῳ ὁ χειροτονούμενος ἐπικηρύττοιτο, &c. Quæ verba refert Gratian. 70. diſt. vbi poſſeſſionis legitur, pro pagi, ſed fortaſſis interpres νόμης legit, non κώμης. Huic conſentaneum eſt, & quod ibidem ex concilio Placentino recitatur. Sanctorum canonum ſtatutis conſona ſanctione decernimus, vt ſine titulo facta ordinatio irrita habeatur, & in qua Eccleſia quis intitulatus eſt, in ea perpetuo perſeueret. c. ſanctorum. 70. diſt. Poſteriores vero conſtitutiones Pontificum huic iuri derogauerunt, quibus conſtitutum eſt, vt irrita non ſit ordinatio, ſed is qui ordinauit, ordinatum ſi egens ſit, interim alere cogatur, dum certus ei titulus aſſignatus fuerit. c. 2. c. epiſcopus. cap. cum ſecundum. de præbend. Quæ conſtitutiones confuſionem incredibilem & dedecus attulerunt Eccleſiæ. Idque ſatis proſpexerat futurum Iuſtinianus, vt ex Nouel. 111. facile colligitur. Sed ad rem. Quia igitur reditus fere aliquis, ſiue, vt loquimur, beneficium cum miniſterio coniunctum erat, ſimul cum miniſterio & beneficium ipſum conferebatur. Non aliter ac hodie cum Princeps magiſtratum creat, annonas & ſtipendia illi magiſtratui attributa concedere eadem opera intelligitur. Hinc factum eſt, vt omnes clerici, tutelæ cæterorumque munerum perſonalium vacationem habeant, ne videlicet ob munera publica à functione miniſterioque ſuo auocentur. l. presbyteros. C. de epiſco. & cler. Argumento illud eſt, quod iis demum hæc vacatio tribuitur qui in miniſterio ſuo occupati ſunt. leg. generaliter. C. de epiſco. & cler. can. generaliter. 16. quæſt. 1. Hodie nec diaconis, nec aliis inferioribus clericis vllus locus eſt in Eccleſia, vllumve miniſterium, aut munus quod exequantur. Sed quia priſcis canonibus ſtatutum eſt, vt nemo presbyter ordinetur niſi per omnes gradus inferiores aſcenderit, ideo dicis cauſa, vt ita dicam, gradatim ordinari ſolent, idque certo quodam ſolennique ritu, vt ad honorem presbyterii, aut quemuis alium ſublimiorem capeſſendum idonei reddantur. Poteſtque dici imaginaria hæc ordinatio, quomodo olim imaginaria militia dicebatur ſine vllo labore & exercitatione. Presbyteri autem ordinantur certo etiam ritu ac cæremonia, non vt eccleſiam certam regant, certumve populum, vt olim fiebat, ſed vt ſi forte contingat eos ad curationem alicuius Eccleſiæ promoueri, ii quaſi iam conſecrati atque initiati eam ſuſcipere, beneficioque illi coniuncto frui poſſint. Ac interim miſſas paſſim celebrare eis permittitur, vel gratis, quod perraro fit, vel accepta ab aliquo leui tenuique mercede. Itaque Vtopienſes presbyteri non inſulſe fortaſſis nec inepte dici poterunt, vt à Germanis illis presbyteris qui certas eccleſias regunt, diſcernantur. Septem vero huiuſmodi ordinationem gradus vulgo eſſe dicuntur, totidemque ſacramenta, & quamquam de numero controuerſia eſt inter iuris pontificii theologiæque Doctores. Primus eſt Presbyterorum, Secundus Diaconorum, Tertius Hypodiaconorum, & ſic deinceps. Proinde tam onus procurationis Eccleſiæ rerumque eccleſiaſticarum, quam emolumentum beneficiumque illi cohærens, ab ordinatione moribus noſtris ita ſeparatur, vt ordinatio abſque iniuncto onere beneficioque collato fiat. cap. cum ſecundum, de præbend. Et hæc quidem verbi ſignificatio hodie vulgo probatur, nec eam improbare volo. Ego autem latius hoc vocabulum in tota hac diſputatione fere accipio, nempe pro quacunque ad miniſterium eccleſiaſticum promotione. Et hoc ſenſu Archiepiſcopi, epiſcopi, archipresbyteri, archidiaconi, præpoſiti, decani, œconomi, archimandritæ recte dicuntur ordinari, cum eliguntur, creantur, inſtituuntur. Eſtque hæc ſignificatio apud iuris pontificii quoque auctores vſitata. 60. diſtin. can. 1. 2. 3. can. abbatem. c. nullam. 18. q. 2. Nam & apud veteres Latinos ordinari dicebatur is, qui ad honorem magiſtratumve aliquem prouehebatur. Tranquillus in Veſpaſ. Quendam è charis miniſtris diſpenſationem cuidam quaſi fratri

fratri petentem cum diſtuliſſet, ipſum candidatum ad ſe vocauit, exactaque pecunia quantam is cum ſuffragatore ſuo pepigerat, ſine mora ordinauit. Idem in Domitia. Auditus eſt certe dum ex eo quæric ecquid ſciret, & quid viſum eſſet ordinatione proxima Ægypto præficere Metium Rufum. Hinc conſequitur presbyteri duplicem ordinationẽ eſſe. vna eſt, cũ ſolenni ritu conſecratur, & idoneus redditur ad Eccleſiæ gubernationem, quamuis nulla ei Eccleſia tum aſſignetur quam regere poſſit. Altera eſt, cum ei certa Eccleſia committitur regenda, certumque beneficium confertur ſine vllo ritu, ac cæremonia: etenim verbo ordinationis vtitur Gratianus in vtraque ſignificatione. c. adiicimus. 16. q. 1. vide c. paſtoralis. 7. quæſt. 1.

De pſeudoclericis, CAP. XVII.

Diximus in ſuperiori capite, veteres canones hodie frigere & negligi, quibus cautum erat vt nemo abſolute clericus ordinaretur. Qua ex re plurimum incommodi natum eſt in Eccleſia Chriſtiana. Nam quia nulli certo muneri deſtinantur qui vulgo ordinari ſolent, & raſum habere verticem ſatis eſt, vix vllus reperitur, qui ad ſacrum illum ordinem non adſpiret, vt eius ordinis priuilegiis atque immunitatibus fruatur. Cum autem nemini fere hæc initiatio negetur ab antiſtitibus, qui fortaſſis e re ſua credunt eſſe quamplurimos ſibi obſtrictos, ſubiectoſque homines habere, nunc perditiſſimus quiſque ac profligatiſſimæ vitæ in eum ordinem cooptatur, & ad illud veluti impunitatis aſylum confugit. Quondam ii demum clerici habebantur, qui munere ſuo fungebantur in Eccleſia, nec alius quiſquam priuilegia iſtius ordinis ſibi vindicare audebat. not. in vltima. de vita & honeſt. cler. l. generaliter. Cod. de epiſcop. & cler. Sed hodie inualuit ea conſuetudo aut corruptio maxima potius, vt ad ſeueritatem iudiciorum publicorum eludendam, detonſum caput cum antiſtitis neſcio cuius elogio, id eſt grauiſſimorum ſcelerum impunitatis ſymbolo quodam, iudicibus oſtendere ſufficiat. Atque hinc fit vt principum atque magiſtratuum in tanta tamque manifeſta indignitate conniuentiam ſatis admirari non poſſim. Sed hoc genere clericorum, aut pſeudoclericorum potius, aliis in locis infra diſſeremus.

De canonicorum collegio. CAP. XVIII.

De canonicis ſatis ante dictum videtur ea parte, qua de presbyteris & aliis quibuſdam Eccleſiæ miniſtris diſſeruimus. Nam canonicorum collegium, quod veluti ſenatus quidam eſt Eccleſiæ, vt verbis vtar Hieronymi can. Eccleſiæ. 16. q. 1. ex his conflatum eſt. Dicti autem videntur canonici à canone ſiue regula, quia communem quandam vitæ regulam, inſtitutumque obſeruant, ideoque canonice viuere dicuntur à Gregorio can. quoniam. 12. q. 1. Quo ſenſu canonicas quaſdam mulieres à Iuſtiniano dictas arbitror Nouel. 59. Nam eccleſiarum miniſtri antiquitus certis ſe votis obſtringebant, fere non aliter ac monachi, de quibus mox dicturi ſumus. Nec eorum vitæ ratio à monachorum inſtituto multum diſcrepabat. Sed poſteaquam horum ſodalitiorum nonnulla iis vinculis ſoluta liberataque ſunt: factum eſt vt cæteri ab imperitis, qui vim Græci verbi parum aſſequebantur, non ſimpliciter canonici, ſed canonici regulares vulgo dicerentur, quaſi diuerſa eſſet vtriuſque vocis ſignificatio. Quod ſi quis à canone dictos potius eſſe contendat, id eſt, penſione, ſiue annona quæ ipſius diſtribuebatur velut pro ſtipendio & mercede, equidem non repugno. Canonicam enim ordinariamque ac certam penſionem ii tantum accipiebant forte, qui in id collegium cooptabantur: cæteris Eccleſiæ miniſtris ſiue clericis pro cuiuſque merito aliquid erogari ſolebat, ex oblationibus incertis, quæ fiebant in Eccleſia. Nam ea eſt fere eius verbi ſignificatio apud veteres. l. placet. C. de ſacr. eccleſ. l. 1. C. de indict. tit. c. de cano. fruen. verb. Romæ. & lib. τῶν νεαρῶν conſt. 128. Vnde videtur & canonica illa portio nomen accepiſſe, cuius mentio crebra eſt in iure pontificio c. vlt. de teſta. Quamuis Innocentius III. ſatis probabiliter canonicam legitimam interpretetur. cap. officii de teſta. Habent hæc canonicorum collegia ſuos quoſdam præfectos, qui vel præpoſiti vel decani ſecundum cuiuſque Eccleſiæ conſuetudinem dicuntur.

CAP. XIX.

De miniſtris Eccleſiæ qui clerici non ſunt.

Quidam ſunt miniſtri in eccleſiis, qui laici atque adeo plebeii nonnunquam magis quam clerici cenſentur. Huiuſmodi ſunt œconomi, qui diſpenſationem facultatum eccleſiaſticarum ſub epiſcopo habent, quorum meminit ſæpe Iuſtinianus ſub tit. de ſacroſan. eccleſ. & tit. de epiſc. & cler. Item ſyndici ſiue defenſores & apocriſiarii ſiue reſponſales, qui cauſis forenſibus nomine Eccleſiæ & legationibus dant operam. tit. de Synd. Hi quoque qui nolarum ænearum pulſatione & campanæ ſonitu conuocant populum, Eccleſiæ miniſtrant atque inſeruiunt. Sed nemo horum ideo clericus eſſe intelligitur. Eadem eſt cauſa eorum qui ad ægrotantium curam adhiberi olim conſueuerant, & Parabolani ideo fortaſſis dicebantur, quia παράβολον ἔργον, id eſt, rem periculi ac diſcriminis plenam tractabant. l. placet. C. de epiſc. & cler. & l. parabolani. His annumerandi ſunt & decani, de quibus loquitur Theodoſius. l. non plures. leg. qui ſub prætextu. C. de ſacroſan. eccleſ. Nam hos in numerum clericorum non referri ſatis aperte oſtendunt Iuſtiniani conſtitutiones, quibus eorum officium deſcribitur. Nouel. 43. & 59. Quamuis nonnulli decanos pro clericis & canonicis accipiant. Alciat. in dictis ll. Sed cur inter clericos non numerantur, dixerit aliquis, ſicut oſtiarii & acoluthi, quorum munus non magis ſpirituale quam iſtorum eſſe videtur? glo. in c. 1. q. 3. Reſpondeo oſtiarios, acoluthos, & alios huiuſmodi, de quibus ſupra dictum eſt, ideo clericos cenſeri, quia in clerum recipiantur, vt aliquanto ſpiritalia tractent, & presbyterorum atque epiſcoporum officio fungantur. Sed onus claudendi templi vel aliud ſimile, vt interim ſe exerceant, vt ad ſacram functionem ſe præparent, ipſis iniungitur. Alii vero qui ſpiritali adminiſtrationi dicati conſecratique non ſunt, quamuis Eccleſiæ inſeruiant ac miniſtrent, inter clericos non ſunt habendi. Conſtitutionibus tamen pleriſque cautum eſt, vt non niſi ex clericorum cœtu ad tractanda Eccleſiæ negotia quiſquam aſſumatur. c. indicatum. 89. diſt. c. in noua. 16. q. 7. c. decernimus, de iudic. Quod ius aliquam vtilitatem habet, ſi opera quædam ſordida ſeruiliaque demas, & earum rerum procurationem, quæ ab inſtituto clericorum abhorrent, cuiuſmodi ſunt forenſes controuerſiæ. l. repetita. C. de epiſc. & cler. Nam laicorum opera & labore in talibus negotiis vti magis decet.

CAP. XX.

De monaſteriis & monachis, eorumque ſtatu, conuerſatione, & inſtituto.

Abſoluto tractatu de clericis ac miniſtris Eccleſiæ, optimum iudicauimus & de monachis eorumque officio & inſtituto aliquid attingere, quandoquidem eius rei cognitio valde vtilis & neceſſaria eſt in re beneficiaria. Dicebantur autem olim monachi verbo Græco homines à cæterorum conſortio ſegregati, & quietam tacitamque vitam duriſſime & laborioſiſſime in montibus, ſaltibus, ac ſpeluncis degentes, idque certis legibus ac inſtitutis, de quibus mox videbimus. Iidem & Eremitæ & Anachoretæ, & heſycaſtæ vocari ſolebant authore Iuſtiniano Nouel. 5. Hinc Hieronymus ad Paulinum: Si cupis, inquit, eſſe quod diceris, monachus, id eſt, ſolus, quid facis in vrbibus, quæ vtique non ſunt ſolorum habitacula, ſed multorum? c. ſi cupis. 16. q. 1. Et Pelagius Pontifex Romanus de eorum officio diſſerens, hæc tria ipſis attribuit, quietem, orationem & laborem manuum. c. de præſentium. 16. q. 1. Labore enim ſuo monachi olim victum ſibi aliiſque egenis parabant, vt Chryſoſtomus, Auguſtinus, aliique veteres tradunt, adeo vt celebretur in eccleſiaſtica hiſtoria cuiuſdam monachi apophthegma, Monachus qui non operatur, latroni par iudicandus eſt. tripar. hiſt. lib. 8. c. 1. Quapropter Iuſtinianus Nouell. 133. Duabus, inquit, potiſſimum in rebus operam & diligentiam reponere oportet Monachos, vt aut ſacris vacent ſcripturis aut quas manuarias vocare ſolent artes monachos decentes meditentur exerceantque: ſiquidem mens inerti otio dedita haudquaquam ſane quicquam bonorum pepererit. Ac illud quidem ex Hieronymi aliorumque ſcriptis liquet, literis præſertim ſacris

operam eos dare ſolitos fuiſſe, vt non morum probitate vitæque ſanctimonia tantum excellerent cæteris, ſed etiam doctrina. c. ſic viue. c. ſi clericatum. 16. q. 1. Itaque mirum videri non debet, quod vitam monaſticam Iuſtinianus vt rem ſacram ac diuinam tantopere commendet: Nouel. 133. cum ii non tantum ſibi, ſed etiam vniuerſo generi humano, precibus ſuis apud Deum, exemplo, doctrina, labore & induſtria multum prodeſſent. Non enim natura abhorrebant ab hominum congreſſu, quod Ariſtoteles non immerito damnat, tales improbos eſſe dicens, aut homine præſtantiores. Nec ita ocio dediti erant, more pſeudomonachorum noſtri temporis, vt nihil in commune conferrent, & ſe homines eſſe, id eſt, ad ſocietatem hominum iuuandam natos non recordarentur. Non ignoro quoſdam in eo grege repertos fuiſſe, quorum ſuperſtitio nemini ſano probari queat. Nam Theodoritus lib. 4. c. 28. ſcribit monachum quendam ſexaginta annos neque locutum cum vllo, neq; à quoquam conſpectum fuiſſe. Sed rara admodum fuiſſe hæc prodigia compertum eſt. Proinde ex monaſteriis velut ex quodam ſeminario, legi & aſſumi conſueuerant ad munera eccleſiaſtica, qui probatiſſimæ inter ipſos vitæ & eruditionis habebantur: vt Auguſtinus cum alibi ſæpe, tum maxime ad Aurelianum ſcribens teſtatur. can. nos autem. can. legi. 16. q. 1. In qua quidem promotione & graduum ratio habebatur, de quibus ante diſſeruimus. can. monacho. 16. quæſt. 1. & eorum antiſtitis ſeu archimãdritæ conſenſus erat neceſſarius. c. monachi cum pro vtilitate. 16. quæſt. 1. Et quoties ad miniſteria Eccleſiæ eos vocari contingebat, monaſticum inſtitutum officiumque deſerere cogebantur, vt maiore præſtantiorique fungerentur munere: quia ſimul vtrumque obire & exequi non poterant: ſicut & clerici cum vitam monaſticam amplectebantur, militiam ſuam, vt ait Gregorius, munuſque clerici amittebant. c. nemo. c. presbyteros. c. ne pro cuiuslibet. 16. q. 1. Officium enim clerici eſt docere & paſcere populum, monachus vero, vt ait Hieronymus, non doctoris, ſeu plangentis habet officium. c. monachus. c. alia. can. hinc e[illegible] 16. q. 1. Quam ob cauſam nulli in monaſteriis rep[illegible]: ſacerdotes, aut clerici: not. c. non eſt. de regula. [illegible] cæteri ex populo qui laici Græce dicuntur, ad c[illegible]em omnium ædem ſacram, percipiendorum ſacra[illegible]rum cauſa ſe conferebant. Panor. in cap. dilectus. de capel. monach. Quod & Iuſtinianus ſatis aperte oſtendit Nouel. 133. [illegible]d & ſacerdotem accerſebant interdum qui ipſis liturgiæ, quam miſſam vocamus, ſolennia celebraret, vt à monachis [illegible]ythi factum aliquando fuiſſe refert Hieronymus. c. hinc etiam. 16. q. 1. Ac idcirco ſuberant tam monahi, quam eorum antiſtites, Eccleſiæ presbyteris & clericis. not. in d. c. cum dilectus. ipſiſque longe inferiores habebantur. c. à ſubdiacono. 93. diſt. c. generaliter. 16. q. 1. Verum vt hac moleſtia liberarentur monachi, poſtea cœperunt ex his aliqui in ſuis monaſteriis presbyteri ordinari, ſed ita vt in cœtu tantum ſuo ſacramenta adminiſtrarent, nec ad alias eccleſias amplius accedere, aut alienos presbyteros aduocare cogerentur. c. 1. peruenit. c. interdicimus. 16. q. 1. Atque ita ratio excogitata eſt qua idem & presbyteri, id eſt, paſtoris atque doctoris, & monachi officio fungeretur ſine vllo, vt videbatur, incommodo. Cuius inſtituti mentio eſt in hiſtoria Tripert. lib. 8. Quare cum quidam epiſcopus prohiberet in certo monaſterio liturgiam celebrari, acriter eo nomine increpauit eum Gregorius. c. Agapitius. 16. q. 1. Idemq; Bonifacius feciſſe legitur. c. ſunt nonnulli. 16. q. 1. Hac via patefacta omnes monachi, paſſim ſine vllius Eccleſiæ gubernatione ſacerdotes creari cœperunt, quamuis ea turba monaſterio fortaſſis non adeo neceſſaria eſſet, credo vt ea re maiorem ſibi dignitatem conciliarent. Nam vt ſupra diximus, monachorum ordo gradu clericorum erat inferior. Præterea variis conſtitutionibus poſtea ſancitum eſt, non ideo monachum ab inſtituto vitaque monaſtica recedere poſſe, quod in aliena Eccleſia clericus ordinatus ſit, non quod ſimul cum eccleſiaſtica procuratione, monaſtica obire munia vſquequaq; compellatur, quod vtique fieri nequit, ſed vt habitum monaſticum retineat, cæteraq; huiuſmodi obſeruet, quorum executionem Eccleſiæ miniſterium non impedit. c. de monachi. c. hinc eſt. 16. q. 1. Quamuis autem ſupra dictum ſit, monachos in cœtu ſuo tantum ſacramenta adminiſtrare, nec populum eos regere poſſe: tamen ſi intra monaſterium Eccleſia aliqua ſit, in eoq; populus regi ſoleat, conſtitutum eſt abſque eorum conſilio, presbyterum illi Eccleſiæ ab epiſcopo præficiendum nõ eſſe. cap. 1. de capel. monach. Nam veriſimile eſt ibi Eccleſiam initio inſtitutam eſſe, vt populus fidelis à viris ſanctis & eruditis quales fere tum monachi erant, priuatim doceri & admoneri commodius poſſet, tametſi palam docendi & concionandi ad populum facultatem non haberent, vt ante docuimus. Poteſt & alia huius conſtitutionis ratio adduci, ſed ea ex his quæ mox dicentur ſatis eluceſcet. Fuerunt poſtea & aliquæ extra monaſteria Eccleſiæ, hodieque ſunt ita ſubiectæ & obnoxiæ monaſteriis, vt ab ipſis aut certe ipſorum arbitrio & voluntate presbyteri in eis ordinentur atque inſtituantur, idq; accidit, vel quia in monaſterii prædiis conſtructæ ſunt fortaſſis ædes ſacræ, in quas populus ſacramentorum cauſa conuenit: vel quia à dominis prædiorum monaſterio id ius poſtea conceſſum eſt, & aliis quibuſdam modis, de quibus ſuo loco diſſeremus. cap. illud. cap. cum paſtoralis. cap. cum ſeculum. de iure patrona. not. in cap. de monachis. de præbend. cap. paſtoralis, de donat. Et harum quidem eccleſiarum duo ſunt genera: quædam enim à monachis tantum reguntur, aliæ à quibuſcunque aliis ſacerdotibus: quia ſic ab initio inſtitutum eſt, vel conſuetudine longa introductum. cap. poſſeſſiones. de rebus eccleſiæ non alienan. c. cum de benefic. de præbend. in 6. clemen. quia regulares. de ſupplen. negligen. prælatorum. Ex his perſpicuum eſt quantum iuris & authoritatis monachorum natio in populum & Eccleſias paulatim ſibi vindicarit & acquiſierit.

De monachorum ſectis CAP. XXI.

MOnachorum variæ ſectæ & profeſſiones ſunt, ſed eas tantum perſequi in animo eſt, qui ad inſtitutum noſtrum conferunt, & ad rem beneficiariam maxime pertinent, cuiuſmodi ſunt Benedictioni, omnium vt fertur, antiquiſſimi, & qui Canonici regulares vulgo appellantur. Cum primum igitur exoriri cœperunt monachi, idque in Ægypto, congruentem nomini ſuo vitam, id eſt, ſolitariam agebant. Et quanquam ſtatis horis fere in vnum locum eos cõuenire moris eſſet, tamen ſimul non commerabantur, ſed domunculas ſparſim per montes & ſaltus extructas habebant, vnde non ſolum monachi, ſed etiam Eremitæ, & Anachoretæ merito dicebantur. Sed poſtea viſum eſt conducibilius ac decentius in eiſdem ædibus eos habitare & viuere, omnia habentes inter ſe communia, & paupertatis, caſtitatis, obedientiæque votis obſtrictos, quam Timoniano quodam more in ſpeluncis deliteſcere. can. ſi clericatus. 16. quæſtio. 1. Quod & Iuſtinianus conſtituit Nouel. 133. & cõcilio Agathenſi cap. 38. & concilio Aurelianenſi confirmatum eſt. can. monachum. 20. quæſt. 4. Cœnobia tunc ea loca à communione vitæ, verius quam monaſteria à ſolicitudine appellata ſunt. dicta Nouel. 133. Sed monachi appellationem nihilo ſecius hi retinuerunt, quod ea conuerſatio non multum adhuc abeſſet à ſolitudine. Et Benedictini ſunt appellati, quod vir ſanctimonia clarus Benedictus honeſtorum inter eos quorundam inſtitutorum, author fuiſſet. Deinde cum in vrbibus & celebribus locis manentes viri eccleſiaſti, horum monachorum vitam & inſtitutum ſequi in animum inducerent excepta ſolitudine, quia conuerſari cum populo & multitudine propter eccleſiaſticum miniſterium cogebantur, canonicorum regularium nomen aptius eiſdem & accommodatius viſum eſt, quam monachorum. Quod inſtitutum æmulati ſunt, & alii miniſterio nulli eccleſiaſtico addicti. not. in cap. cauſam quæ. de iud. Nam & noſtra patrumque memoria in pleriſque cathedralibus Eccleſiis, ſacerdotes & clerici qui nunc canonici ſimpliciter & ſine adiunctione dicuntur, ſimul cum Epiſcopo ſuo huic monaſticæ vitæ generi erant addicti: & aliquas huiuſmodi Eccleſias adhuc ſupereſſe exiſtimo. cap. ſi quis. 58. diſtinct. cap. quorundam. 64. diſtinct. not. in d. cap. cauſam quæ. & cap. quod Dei timorem. de ſtatu monacho. Itaque dicebantur non ſimpliciter, vt nunc canonici, ſed regulares ab illo peculiari inſtituto, ac regula quam amplectebantur, & hoc modo

modo diſcrimen inter eos deſignabatur, & aliarum Eccleſiarum canonicos, qui huiuſmodi ſe votis non alligauerant, idque ſupra à nobis oſtenſum eſt. Hæc ſecta cuius auth or Auguſtinus perhibetur, cum Hiponenſis Epiſcopus eſſet, late Chriſtianum orbem peruagata eſt, adeo vt eorum cœnobia hodie, in quibus locis manachorum nomen deletum non eſt, nuſquam non reperiantur. Sed effectu à cæteris monachis differre non videntur. cap. 2. de poſtul. quamuis plerique aſſerant in odioſis monachos eos habendos non eſſe. notatur in dicto capitulo, quod Dei timorem. de ſtatu monachorum.

Cap. XXII.

De monachorum gradibus & officiis.

INter monachos atque eos qui regulares dicuntur, non minus quam inter clericos, gradus officiorum & adminiſtrationum hodie reperiuntur, quorum inſigniores & præcipuos cæteris omiſſis breuiter hic perſtringemus: nam ſicut clericis cuiuſque Eccleſiæ præeſt epiſcopus, ita ſingulis monaſteriis præſidet vnus qui à Iuſtiniano & pleriſque veterum archimandrita, & cœnobiarcha, à cæteris vulgo Abbas appellatur. Hinc intra monaſterii ſui ſepta præfectum quendam, ſiue vt loquuntur, Priorem clauſtralem conſtituit: cuius vicaria vtatur opera vigilantiaque in his, quæ ad ſodalitatis gubernationem ſpectant. Et quia plerunque extra monaſterium minores aliqui conuentus, atque ſodalitia monachorum ſunt eidem archimandritæ ſubdita: alii quidam præfecti eo cum libera poteſtate & authoritate dimittuntur, quos Priores conuentuales appellant. In quibus autem locis cōuentus ille deſideratur, quem veriſimile eſt olim nuſquam defuiſſe, hi præfecti alia atque alia nomina ſortiuntur, de quibus hic non eſt magnopere laborandum. Omnibus autem non ſolum præfectis, ſed etiam archimandritis præſidet vnus qui à Iuſtiniano Exarchus vocatur, Nouell. 133. Ac haud ſcio an is ſit quem ἀρχιστράτηγον vocat Hieronymus ad Pammach. Sed certæ tantum ſectæ monachorum hos ſummos antiſtites nouerunt. not. in c. ne religioſi. de regul. Et notandum eſt quamuis in pleriſque cœnobiis & monaſteriis hodie votis illis ſolennibus & religioſis alligari non ſoleant, de quibus paulo ante diximus, ſed more clericorum viuant qui ſeculares dicuntur, priſtinam tamen appellationem adhuc retinent. Quod ideo adieci, ne quem forte admiratio teneat, cum in abbatiarum aut prioratuum ſæculariū mentionem inciderit.

Cap. XXIII.

De mendicantium ſodalitate.

SOdales mendicantes ideo à monachis ſeparauimus, quoniam ab eis differre videntur. Monachorum enim propria eſt ſolitudo, & ſeceſſus quidam à cæterorum hominum conſortio: à quo hi multum abhorrent, cum palam docere euangelium, & ad populum concionari ſoleant. Itaque fratres ſodaleſque dictitantur magis quam monachi. Panor. in c. cauſam quæ. de iudici. Eiſdem tamen votis & aliquanto grauioribus obſtringuntur quam monachi, cum nec ſinguli, nec vniuerſi quicquam proprium habere queant: & votiuam mēdicitatem, nedum paupertatem, quæ illius germana eſt, vt apud Ariſtophanem Chremylus ait, ſi minus re, at certe verbis profiteantur. c. exiit. de verb. ſign. in 6. Diſcrimen autem πενίας καὶ πτωχείας, id eſt, paupertatis & mendicitatis docet Ariſtophanes: cuius hi ſunt verſus in Pluto,

Πτωχοῦ μὲν γὰρ βίος, ὃν σὺ λέγεις, ζῆν ἐστὶν μηδὲν ἔχοντα.
Τοῦ δὲ πένητος ζῆν φειδόμενον καὶ τοῖς ἔργοις προσέχοντα.
Περιγίνεσθαι δ' αὐτῷ μηδὲν, μὴ μέντοι μηδ' ἐπιλείπειν.

Porro hi mēdicorum cœtus ſuos habent præfectos, cuſtodes ſiue obſeruatores, & adminiſtros, tam vniuerſales, quam prouinciales, per quos velut quædam Reſpublica inter eos regitur, & adminiſtratur exemplo monachorum, de quibus iam diximus.

De monialibus. Cap. XXXIIII.

NOn ſolum viri, ſed mulieres etiam apoſtolorum, Chriſti tempore miniſterio Eccleſiæ addicebantur, vt conſtat ex epiſtola Pauli ad Timoth. Et harum mulierum quæ diaconiſſæ dicebantur, crebra in iure tum pontificio, tum ciuili eſt mentio: eumque morem quaſdam Eccleſias retinere etiam nunc accepimus. Verum procedente tempore inſtituta ſunt collegia, ſiue monaſteria virginum Deo conſecratarum, & ſolennibus votis obſtrictarum, vt de manachis ante dictum eſt. Quod genus monialium vetus vt exiſtimo, non nouit Eccleſia, ac ne canonicarum quidem, quarum meminit Iuſtinianus Nouel. 59. Hæ in ſingulis parthenonibus ſuis, ſuas habent antiſtitas exemplo monachorum, quibus nihilominus parent quam monachi archimandritis ſuis. De his autem aliquot extant conſtitutiones Iuſtiniani, quibus vetat ne duplicia monaſteria, id eſt, virorum ſimul & mulierum vſquam ſint, & vt eunuchi in ſingulis monaſteriis conſtituantur, qui ipſarum negotia gerant. Nouell. 123. & 133. Sed quicquid ad harum monialium inſtitutum, & vitæ regulam pertinet, Bonifaciana conſtitutione & Clementina plenius continetur. c. periculoſo. de ſtat. reg. in 6. clem. attendentes. de ſtatu monach.

Cap. XXV.

De ſacerdotiis veterum Romanorum antè Chriſtianiſmum.

IN iuris pontificii libris mentio reperitur Pontificum, Flaminum, Augurum, aliorumque huiuſmodi ſacerdotum, qui apud priſcos Romanos ante Chriſtianiſmum in vſu fuere. c. cleros. 20. diſtinct. c. in illis. 80. diſtinct. & 26. q. 3. q. 5. Nec veteris illius ſacerdotii cum noſtro inutilis videtur eſſe collatio, cum præſertim Latine ſcribenda pleraque vocabula inde mutuemur. Itaque de eo pauca quædam ex multis hic dicturus ſum, quæ ad noſtrum inſtitutum magis ſpectare exiſtimaui. Fuerunt autem hæc fere ſacerdotum genera: Pontifices, Augures, Flamines, Curiones, Feciales, Veſtales, Salii, Duces celerum, &c. Pontifices omnibus ſacris ac cæremoniis præerant, & ſacerdotum omnium erant maximi ac ſupremi, id quod oſtendit Cicero in Orat. pro domo ſua, & lib. 2. de legib. Huic Pontificum collegio qui præerat, Pontifex Maximus dicebatur, cuius officium & authoritatem deſcribit Liuius lib. 1. de Numa Pompilio loquens his verbis: Omnia publica priuataque ſacra Pontificis ſcitis ſubiecit, vt eſſet quo conſultum plebs veniret, ne quid diuini iuris (negligendo patrios ritus, peregrinoſque aſciſcendo) turbaretur. Nec cœleſtes modo cæremonias, ſed iuſta quoque funebria placandoſque manes, vt idem pontifex edoceret, &c. De eorum etiam munere, authoritate dignitateque plura ſcribit Halicarnaſſeus lib. 2 & nos ex Pandectis iuris ciuilis quoſdam locos obſeruauimus, vt cum dicitur, Pontificem, dum ſacra facit, in ius vocari non poſſe. l. 2. de in ius vocan. Pontificiali authoritate compelli hæredes ad monumentum ædificandum. l. hæreditas. de pet. hæred. Pontificem de religioſis locis conſulendum eſſe. leg. vltim. de mortuo infer. Pontificem à quibuſdam muneribus non excuſari. leg. vltim. de muner. & honor. Sed longe eorum maxima authoritas in legum actionibus conſpicitur, quas ſcribit Pomponius apud collegium pontificum fuiſſe. l. 2. de origine iuris. Nam vt Valerius ait, Ius ciuile permulta ſæcula inter ſacra cæremoniaſq; deorum immortalium abditum, ſoliſque Pontificibus notum fuit. Quanta autem huius pontificatus dignatio fuerit vel hinc æſtimare licet, quod Imperatores Romani, vt auguſtiores eſſent, fere eo ſacerdotio fungebātur. Sed cur hi ſummi Sacerdotes ita appellati ſint, inter veteres tum Græcos, tum Latinos authores non conuenit. Scæuola, vt refert Varro lib. 10. de ling. Latina, dicebat Pontifices dici à poſſe & facere. Nam verbum facere apud Plautum, Ciceronem, Virgilium, & alios ſcriptores probatos, pro ſacrificare accipitur, ſicut ῥέζειν τῷ θύειν apud antiquos, vt docet Athenæus lib. 14. Sed idem Varro à ponte eos dici mauult, quod ab eis Sublicius pons factus primum, ac ſæpe reſtitutus ſit. Plutarchus in Numa aliam etymologiam adfert. Verum hanc inueſtigationem, quæ non eſt magni vſus, libenter miſſam facimus. Augures qui à Græcis οἰωνοπόλοι dicuntur, auſpiciis præerant vt ſacris pontifices. Cicero lib. 1. de natura deorum. Erant enim artis diuinandi periti, & ſigna à diis miſſa interpretabantur, vt Halicarnaſſeus ait, quamuis ab vna ſpecie, id eſt ab auium garritu nomen acceperint. Tantum autem venerationis & authoritatis eorum collegio acceſſit, vt nihil pu-

FFF

blice ſine auſpiciis, nec domi, nec militiæ gereretur. Cicero lib. 1. de Diuinat. Vt non immerito ſcribat Cicero in Orat. de Aruſp. authoritatem rerum bene gerendarum augurio cõtineri. Itaque nobiliſſimis quibuſque & lectiſſimis ciuitatis Romanæ viris hoc ſacerdotium deferebatur: eratque perpetuum, adeo vt nemo quamlibet flagitioſus eo ſeſe abdicare cogeretur. Plutarchus in Problem. Quanta vero horum Augurum authoritas fuerit in Republica, docet Cicero lib. 2. de Legib. cuius hæc verba ſunt, Maximum & præſtantiſſimum in Republica ius eſt Augurum, & cum authoritate coniunctum. Neque vero hoc, quia ſum ipſe augur, ita ſentio: ſed quia ſic exiſtimare nos eſt neceſſe. Quid enim maius eſt, ſi de iure quærimus, quam poſſe à ſummis imperiis, & ſummis poteſtatibus, comitatus, & conſilia, vel inſtituta dimittere, vel habita reſcindere? Quid grauius, quam rem ſuſceptam dirimi, ſi vnus Augur alium dixerit? Quid magnificentius, quam poſſe decernere, vt magiſtratu ſe abdicent conſules? Quid religioſius, quam cum populo, cum plebe agendi ius aut dare, aut non dare? Quid leges non iure rogatas tollere? nihil domi, nihil militiæ per magiſtratus geſtum ſine eorum authoritate poſſe cuiquam probari? Ac huius authoritatis memorabile exemplum refert Plutarchus in Marcel. in hanc ſententiam: Cum Augures comitiis conſularibus vitio creatos conſules renunciaſſent, confeſtim Senatus literis ab exercitu eos reuocauit, quatenus depoſito conſulatu hoſtibus vt conſules bellum non inferrent. Flaminius acceptas literas non ante aperuit, quam collata pugna verſisque in fugam Barbaris, in agrum eorum excurſionem feciſſet. Redeũti igitur & multa referenti ſpolia, non proceſſit obuiam populus, quia reuocatus non continuo mandatis paruerat: ſed tam is, quam ipſius collega conſulatu ſe abdicare coacti ſunt. Flamines, quos Dionyſius Græce στεφανηφόρους vocat, diis ſingulis erant attributi, Cice. lib. 2. de legib. à quibus cognomina habebant, authore Varrone lib. 4. de ling. Lat. vt flamen Dialis, Martialis, Quirinalis, Carmentalis, Pomonalis, &c. & quia inter Deos qui colebantur, aliquod diſcrimen erat, non omnium flaminum par erat dignitas, vt Feſtus ait. Proinde is qui ſacra Ioui faciebat, id eſt, Dialis maxime dignationis habebatur, de quo multa annotauit Gellius. Maiorum minorumque flaminum meminit Feſtus, & archiflaminum Gratianus in rhapſodia ſua. Sed & flaminicarum, id eſt, mulierum, quæ hoc ſacerdotio ſicut viri fungebantur, mentionem apud veteres quoque comperimus. Verum omnia ſigillatim hic perſequi ab inſtituto noſtro eſt alienum, qui hæc veluti πάρεργα quædam breuiter perſtringere voluimus. Curiones ſingulis erant aſſcripti curiis, quæ num. 30. erant Romæ, vt Dionyſius ſcribit, & pro curialibus ſacra faciebant. Horum vero nec genus ſacrificandi, nec inſignia deſcribuntur ab eodem, quibus rebus maxime à Flaminibus differebant. Illud ex Feſto didicimus, quod minime prætereundum hic eſt, Curionem maximum à veteribus eum dici, cuius authoritate curiæ, & curiones omnes regebantur. Huiuſque meminit præter Liuium & alios veteres Arnobius lib. 4. aduerſ. gent. Sedent, inquit, in ſpectaculis publicis ſacerdotum omnium, magiſtratuumque collegia, Pontifices maximi, & maximi Curiones, ſedent quindecim viri laureati, & Diales cum apicibus Flamines, ſedent augures interpretes diuinæ mentis & voluntatis, nec non & caſtæ virgines perpetui nutrices & conſeruatrices ignis. Quem locum ideo hic referre volui, quia ſacerdotiorum Romanorum breuem deſcriptionem continet Fecialium, quos εἰρηνοδίκας appellat Dionyſius, collegium belli cauſa inſtitutum fuit. Cum enim religioſus vir, ac quietis publicæ ſtudioſus Numa animaduerteret bellum, quod abſq; iuſta cauſa infertur, nihil aliud quam latrocinium eſſe, totam eam rem ex arbitrio ſacerdotum ac religioſorum hominum pendere voluit. Non enim licebat Romæ bellum mouere, niſi cognita cauſa feciales id iuſtum eſſe pronunciaſſent. Itaque fœlicitatem & ſucceſſum Romanorum in bello, huic inſtituto & religioni quidam aſſcribere non dubitauerunt. Quænam autem fuerit horum fecialium authoritas, & qui ritus præter eundem Dionyſium Plutarchus docet in Numa. Veſtales erant virgines, quæ Veſtæ deæ ſacra faciebant, & ſacrum ac ſempiternum cuſtodiebant ignem: de quarum inſtitutione, ritu, cooptatione, caſtitate videnda ſunt quæ Dionyſius, Plutarchus, Gellius, & quidam aliæ memoriæ prodiderunt. Hæc enim, quæ vulgaria ſunt, & pro trita, accuratius hic deſcribere inſtituti noſtri ratio non ſinit. Præter hos Sacerdotes, commemorantur & Salii, qui ſacra Marti facientes choreis & ſaltationib. dabant operam, ὑμνηταὶ τῶν ἐνοπλίων θεῶν, vt Dionyſius ait. Erant & duces Celerum, qui tametſi milites eſſent & regum cuſtodes: tamen ſtata quædam ſolenniaque ſacrificia celebrabant, nec vllos alios commemorat Dionyſius, diligentiſſime omnia perſecutus ſacerdotia, quæ à Numa inſtituta fuerunt. Ait enim leges ſacrorum Numam ita libro vno complexum fuiſſe, vt tota ea deſcriptione, in octo partes diſtributa: de ſingulis ſacerdotiis, quorum erant totidem genera, ſeparatim diſſereret. Reperitur tamen aliorum apud authores ſacerdotum mentio, cuiuſmodi ſunt Fratres aruales, Rex ſacrificulus, duũmuiri, & decem viri ſacrorum Galli, Epulones, & qui Titii ſodales dicuntur. Quorum ſacerdotiorum explicatio, & cognitio ex Tito Liuio & aliis veteribus petenda eſt. Extat & Pomp. Læti non inutilis ea de re libellus. Quod vero titulo Feneſtellæ circumfertur eiuſdem argumenti opuſculum, recentiſſimi ſcriptoris eſſe nemo dubitat, qui alicuius ſit in re literaria iudicii. Vnum ſupra dictis adiiciendum eſt, quod à cæteris prætermiſſum eſſe miror, priſcos Romanos non modo ſacerdotes habuiſſe, qui Diis ſacra facerent, ſed etiam miniſtros quoſdam ſacrorum ac ſacerdotum iis non abſimiles, quos in ſacris noſtris Diaconos appellamus. Eoſque Camillos tum dictos fuiſſe teſtes ſunt Dionyſius lib. 2. Plutarchus in Numa. Feſtus & Seruius, cum pleriſque aliis. Et hactenus de ſacerdotiis vrbis Romæ, quibus ſimilia quædam in prouinciis atque municipiis fuiſſe dubium non eſt: quorum in iure ciuili crebra eſt mentio. l. 1. ad legem Iuliam de ambi. l. in honoribus. de vacat. mune. Nam Phœniarchia, & Syriarchia in conſtitutione quadam Imper. Conſtantini, nomina ſunt prouincialium ſacerdotiorum. l. 1. C. de natur. liber. Et Martianus tit. de matrimon. Senat. vetat Flamini munipali & ſacerdoti prouinciæ ne vxorem ducat ancillam, ſcenicam, tabernariam, &c.

DE ORIGINE DIFFINITIONE AC DIVISIONE BENEFICIORVM,

LIBER SECVNDVS.

ARGVMENTVM.

Superiore libro de miniſteriis officiisque eccleſiaſticis, propter quæ beneficia conferuntur, ſatis copioſe diſputatum fuit: Iam de beneficiis tractandum eſt, & ab origine eorundem diffinitionibusq́, ac diuiſionibus incipiendum.

CAP. I.

De facultatibus Eccleſiæ, earumque origine & proceſſu.

VT bonorum, quæ Eccleſia poſſidet, origo, finis & vſus rectius intelligatur, à Chriſti vſque ac legatorum eius ſiue Apoſtolorum temporibus repetenda eſt noſtra oratio. Ac in primis conſtat ex ſacra hiſtoria Chriſtum facultates aliquas, quamuis pertenues habuiſſe, nec ita vixiſſe eum, vt nihil proprium obtinens mendicare cogeretur, quod nonnulli aſſerere non dubitarunt aliquando, ſed merito eorum opinio damnata eſt, cap. 4. & 5. de verborum ſignificat. in extrauag. Ioann. 22. Mendicitas namque in valentibus & otioſis res eſt minime toleranda, & furti ſpeciem habet. C. de mend. val. & in auth. de quæſtor. Oblatam enim ſibi pecuniam, aut quocunque modo quæſitam, Chriſtus diligenter cuſtodire ſolitus fuit, ex qua victum veſtitumque, tam ſibi quam ſectatoribus & comitibus ſuis cōpararet. Ioh. 13. Hinc Auguſtinus, Habebat dominus loculos, à fidelibus oblata conſeruans, & ſuorum neceſſitatibus, & aliis indigentibus tribuebat. Tunc primum eccleſiaſticæ pecuniæ forma eſt inſtituta, & vt intelligeremus quod præcipit non eſſe cogitandum de craſtino, non ad hoc fuiſſe præceptum, vt nihil pecuniæ ſeruetur à ſanctis, ſed ne Deo propter iſta ſeruiatur, & propter inopiæ timorem iuſtitia deſeratur. can. habebat. 12, quæſt. 1. Mortuo atque ſublato in cœlum Chriſto, Apoſtoli, Diſcipulique & cultores eiuſdem non mediocrem pecuniæ vim poſſediſſe leguntur, adeo vt quamuis ingens eſſet eorum numerus, tamen nemo inter eos egens repeiretur. Nam vt ſcribit Lucas de fidelibus Chriſtianis, qui tunc Hieroſolymis erant: Multitudinis credentium erat cor vnum & anima vna, nec quiſquam eorum quæ poſſidebat, aliquid ſuum eſſe dicebat, ſed erant illis omnia communia. Et quotquot erant poſſeſſores agrorum, aut domorum, vendentes afferebant pretia, & ponebant ante pedes Apoſtolorum, diuidebaturque ſingulis, prout cuique opus erat. Eadem referuntur à Clemente, qui illis temporibus fuiſſe creditur, in epiſtola, qua fratres & condiſcipulos ſuos ad bonorum communicationem hortatur & incitat. ca. dilectis. 12. quæſt. 1. Quod autem ex prædiorum venditione pecuniam conficere maluerint, quam ea retinere, & ex eorum fructibus ſe ipſos alere, Melchiades id factum ideo ſcribit, quia cum futuram Eccleſiam in gentibus viderent, prædia poſſeſſioneſque adipiſci in Iudæa vtile non putauerunt. ca. futuram. 12. quæſt. 1. Sed notandum eſt eos ad communicationem bonorum neminem inuitum compuliſſe, quod ſatis intelligerent eam à Chriſto non fuiſſe præceptam, & proprietatem dictinctionemq; dominiorum, quæ conſenſu hominum naturalem rationem ſequentium recepta eſt, iuri diuino Chriſtianæque religioni repugnantem non eſſe: ea ſiquidem eſt hominum corruptio & improbitas, vt ſocietas humana commode retineri & conſeruari nequeat, ſi quis Platonicam communionem inter homines indiſcriminatim cōſtituere velit: Si qui tamen mutuo illo affectu & charitate, quam nobis vnice commendauit, præcepitque Chriſtus, conſtantiſſime ita ducantur, vt vltro non modo facultates, ſed operam quoque ſuam, laborem, induſtriam bona fide & citra fraudem vllam in commune conferant, non dubito quin vita eorum in hac æquabilitate, & communicatione rerum omnium, & iucundiſſima & fœliciſſima futura ſit. Scite enim à veteribus illud dictum eſt, ſi quis id ciuiliter interpretari magis quam calumniari velit: quietiſſime victuros homines, ſi hæc duo verba Meum & Tuum de medio tollerentur. Quod & ſenſit haud dubie Clemens in epiſt. cuius paulo ante meminimus, glo. in dict. c. dilectiſſimus. Ideo autem proprietas & diſtinctio dominiorum probatur iure gentium, cui religio noſtra minime refragatur, quia obtineri ab hominibus non poſſe creditur in tantis eorum vitiis, vt ſine fraude & diſcordia in ea communione perſeuerent. Proinde cum Ananias agri venditi pretium retinuiſſet, parte tantum ad Apoſtolos delata, Petrus eo nomine illum non damnauit, ſed quod dolo, ſimulatione, ac mendacio vſus eſſet. Anania, inquit, cur impleuit Sathanas cor tuum, vt mentireris Spiritui ſancto & fraudares de pretio agri? Nonne prorſus tibi manebat, & vænundatus erat in tua poteſtate? Actor. c. 5. Hæc omnia ſatis demonſtrant qualis fuerit ſtatus atque vſus bonorum eccleſiæ, tempore Apoſtolorum. Poſt eorum vero tempora, cum viderent Sacerdotes & Leuitæ, & reliqui fideles per vniuerſum orbem diſperſi, vtilius fore ſi hæreditates & agros, quos vendebant, eccleſiis, quibus præſidebant epiſcopi, traderent, eo quod ex ſumptibus eorum, tam præſentibus, quam futuris temporibus plura & elegantiora miniſtrare poſſent fidelibus communem vitam ducentibus, quam ex pretio ipſorum, cœperunt prædia & agros quos vendere ſolebant, matricibus eccleſiis tradere, & ex ſumptibus eorum viuere. Hæc totidem fere verbis ex Vrbano tranſcripſimus, c. videntes, 12. quæſt. 1. à quo id quoque decretum fuiſſe ſcribunt Platina & quidam alii eum ſecuti, vt ſacerdotibus liceret prædia ac fundos à cultoribus religionis oblatos recipere. Sed falluntur illi meo quidem iudicio, cum inter Vrbani decreta, quæ extant, excepto eo quod recitauimus, nihil reperiatur quod ad hanc rem pertineat. Ex eo igitur tempore certatim vnuſquiſque pius & fidelis prædia, poſſeſſioneſque dabat. Eccleſiæ: ex quorum fructibus non miniſtri tantum, ſed quicunque etiam alii egentes alerentur. Et hinc perſpicuum eſt quod & ſupra admonuimus, veteres Chriſtianæ religionis cultores non ita paupertatem affectaſſe, vt opes nullas ſibi parare atque aſſeruare vellent, quamuis Imperator Iulianus inde anſam arripuerit eccleſias fortunis ſuis ſpoliandi. Eccleſiarum enim bona auferens dicebat maximo ſe beneficio Chriſtianos afficere, nimirum vt pauperes facti citius regnum cœlorum intrarent. Qua arte in philoſophos quoque noſtri iuris authores vſos fuiſſe aliquando animaduerti. l. in honoribus. de vacat. mune. Ac præ cæteris Conſtantini celebratur liberalitas in Eccleſiam. c. Conſtantinus. 96. diſtin. can. futuram. 12. q. 1. Tripar. lib. 1. c. 9. Et extat eiuſdem conſtitutio in Codice Iuſtiniani, qua permittit vnicuique bona ſua Eccleſię relinquere. Licinia quoque diues & potens matrona, bona ſua eccleſiæ Romanæ teſtamento reliquit, Marcello ſedente, vt ſcriptores eccleſiaſtici literis prodiderunt. Sed nulli plus contulerunt Eccleſiæ Romanæ, nec magis potentiam eius auxerunt, quam Pipinus, Carolus, & Ludouicus Francorum reges. Quid ingentia hic commemorem beneficia in cæteras totius orbis eccleſias vndique à piis hominibus collata, cum iuſtum volumen deſcriptio eius rei deſideret? Quale illud eſt quod de Hilario Arelatenſi epiſcopo Proſper memoriæ mandauit, nempe eum acceptis fidelium numeroſis hæreditatibus, eccleſiam mirum in modum locupletaſſe. can. expedit. 12. quæſt. 1. ex quo de cæteris coniectura fieri poteſt. Ac præter eos reditus, præterque decimam partem, non modo fructuum, ſed etiam negotiationis, quæſtus & lucri, de qua mox diſſeremus, & alias quaſdam largitiones, quotidie in ſacro ipſo conuentu fiebant oblationes ad altare. Theodor. lib. 5. cap. 18. c. omnis. de conſecr. diſtin. 1. Vt mirum non ſit,

quod nunc omnibus teſtatum & manifeſtum eſt, opes eccleſiæ in immenſum excreuiſſe. De oblationibus Eccleſiæ Romanæ loquitur Marcellinus lib. 27. cuius verba quia huius tractatus noſtri loca etiam alia quædam illuſtrant, hic ſubiicere volui: Damaſus, inquit, & Vrſicinus ſupra modum humanum ad rapiendam epiſcopalem ſedem ardentes, ſciſcis ſtudiis aſperrime conflictabantur, aduſq; mortis vulnerumque diſcrimina adiumentis vtriuſque progreſſis, quæ nec corrigere ſufficiens Viuentius, nec mollire, vi magna coactus ſeceſſit in ſuburbanum, & in concertatione ſuperauerat Damaſus, parte, quæ ei fauebat, inſtante. Conſtatque in baſilica Sicenini, vbi ritus Chriſtiani eſt conuenticulum, vno die centum triginta ſeptem cadauera reperta peremptorum, efferatamque diu plebem, ægre poſtea delinitam. Neque ego abnuo, oſtentationem rerum conſiderans vrbanarum, huius rei cupidos ob impetrandum quod appetunt, omni contentione laterum iurgari deberi, cum id adepti, futuri ſint ita ſecuri, vt ditentur oblationibus matronarum, procedantque vehiculis inſidentes, circumſpecte veſtiti, epulas curantes profuſas, adeo vt eorum conuiuia regales ſuperent menſes, qui eſſe poterant beati reuera, ſi magnitudine verbis deſpecta, quam vitiis opponunt, ad imitationem antiſtitum quorundam prouincialium viuerent, quos tenuitas edendi potandique parciſſime, vilitas etiam indumentorum, & ſupercilia humum ſpectantia perpetuo, numini veriſque eius cultoribus vt puros commendant & verecundos. Omnes autem huiuſmodi obuentiones, reditus ac oblationes, in ſua poteſtate habebat epiſcopus, vt præcipiunt canones apoſtolorum. c. præcipimus. 12. q. 1. c. peruenit. 16. q. 7. Sed ita tamen vt eas res non diſpenſaret ipſe ac adminiſtraret, ſed diaconis, hypodiaconis, œconomis ac defenſoribus earum diſpenſationem diſtributionemque committeret, qui rationem poſtea totius adminiſtrationis ſuæ ipſi redderent. c. epiſcopus. 12. q. 1. c. vobis. 12. q. 2. Fiebatque hæc diſtributio clericis & miniſtris eccleſiarum. dict. cap. peruenit. quorum erat vt plurimum communis vita & conuerſatio, can. quia tua. c. ſcimus. c. nolo. c. non dicatis. 12. q. 1. quamuis ad eam communionem inuiti nequaquam cogerentur, c. certe. 12. q. 1. Sed præcipuum locum in hac largitione merito tenebant pauperes, quorum ingentem numerum alere ſolebat Eccleſia. Nec enim vlla res vnquã maiori curæ priſcis Chriſtianis fuit, quam pauperum ſuſtentatio, vt pleriſque in locis teſtatur Euſebius. Ac tot tantæque opes eo potiſſimum conſilio in eccleſiam conferebantur, vt inde nutrirentur pauperes, eaque cura mandabatur epiſcopis, quod eorum erga pauperes ſtudium omnibus perſpectum eſſet. leg. prim. C. de epiſc. aud. Quare bona Eccleſiæ paſſim in veteribus canonibus dicuntur patrimonia pauperũ. c. quia iuxta. 16. q. 1. Qua ratione Auguſtinus eos qui decimas Eccleſiæ non perſoluunt, tot homicidiorum reos futuros ait, quot pauperes fame mortui fuerint, quia rem à Deo pauperibus delegatam ſuis vſibus referuent. can. 10. 16. quæſt. 1. Proferre hic poſſem & alia præclara veterum dicta in hanc ſententiam, ſed aliquot præcipua tantum referam. Nam omnia perſequi infinitum eſſet. Ambroſius, Aurum Eccleſia habet, non vt ſeruet, ſed vt eroget, & ſubueniat in neceſſitatibus. Quid eſt opus cuſtodire quod nihil adiuuat? An ignoramus quantum auri atque argenti de templo domini Aſſyrii ſuſtulerunt? Nonne melius conflat ſacerdos pro alimonia pauperum, ſi alia ſubſidia deſunt, quam ſi ſacrilegus contaminat & aſportat hoſtis? Nonne dicturus eſt dominus, Cur paſſus es tot inopes fame mori? Certe habebas aurum vnde miniſtraſſes alimoniam, &c. can. aurum. 12. quæſt. 2. Hieronymus ad Nepot. Gloria epiſcopi eſt pauperum opibus prouidere. Ignominia ſacerdotis eſt propriis ſtudere diuitiis. Idẽ amico rapere quidpiã furtũ eſt: eccleſiam fraudare ſacrilegiũ eſt: accepiſſe pauperibus erogandũ, & eſurientibus plurimis illud reſeruare, vel cautũ, vel timidũ eſt, aut, quod apertiſſimi ſceleris eſt, exinde aliquid ſubtrahere, omnium prædonũ crudelitatem ſuperat. can. gloria. 12. q. 2. Idem, Clericos autem illos conuenit Eccleſiæ ſtipendiis ſuſtentari, quibus parentum & amicorum nulla ſuffragantur ſtipendia. Qui autem bonis parentum & opibus ſuſtentari poſſunt, ſi quod pauperum eſt accipiunt, ſacrilegium profecto incurrunt & committunt. 16. quæſt. 1. c. vltim. Ex his apparet diſpenſationem facultatum eccleſiaſticarum epiſcoporum arbitrio commiſſam fuiſſe. Verum ob cupiditatem quorundam parum recte ac ſincere adminiſtrantium, canones veteres modum rationemque diſpenſandi ipſis præſcripſerunt, nempe vt quatuor partes tam oblationum quam aliarum quarumcunque obuentionum fiant: quarum vna pauperibus diſtribuatur: altera clericis: tertia in ædificationem templi impendatur: quartam epiſcopus retineat hoſpitalitatis exercendæ cauſa. c. vobis. c. Vulteranæ. can. conceſſo. c. quatuor. & ſeq. 12. quæſt. 2. can. præſulum. 16. quæſt. 3. Sed vt eſt rerum humanarum conditio in eodem ſtatu nunquam permanentium, hæc communium rerum diſtributio ad extremum antiquata prorſus & ſublata eſt, ac ſingulis miniſteriis certi reditus adiuncti & aſſignati, quibus miniſtri tanquam re propria fruantur: eoſque ipſi arbitrio ſuo diſpenſent atque adminiſtrent ſine vllius aut diaconi opera, aut epiſcopi authoritate, & hos reditus miniſteriis attributos hodie vulgo Beneficia appellamus: cuius verbi ſignificatio & origo plenius infra diſcutietur. Quam partem abſtulerint pauperes in hoc, vt ita dicam, familiæ herciſcundæ iudicio, mihi nondum plane compertum eſt, tametſi quid ipſis hic acciderit, & quam humaniter accepti ſint, ſatis ſuſpicor. Sed hac de re alias erit opportunior dicendi locus.

Cap. II.

De vulgari diuiſione bonorum eccleſiaſticorum in temporalia & ſpiritalia.

Bonorum eccleſiaſticorum quędam temporalia dicuntur: alia vero ſpiritalia. Temporalia vocant prædia illa & poſſeſſiones, quæ ex principum aliorumque liberalitate obuenerunt. Spiritalia, decimas & alia id genus, quæ à fidelibus Eccleſiæ offeruntur. Nam decimas primitiaſque, aut quæ loco primitiarum offerri ſolent, arbitrantur iuris Pontificii doctores diuino iure ſacerdotum & Eccleſiæ miniſtrorum eſſe, quod lex Moſaica eas exolui præcipiat. Itaque res diuinæ dicuntur, quod eas vnius Dei benignitati, non cuiuſquam hominis munificentiæ acceptas referamus. Sacræ vero & ſpiritales, quod huiuſmodi oblationes Deo præcipue conſecrentur, & animæ ſpirituique noſtro maxime exiſtimentur conferre. Reliquæ autem poſſeſſiones, quas non à Deo, ſed ab hominibus accepit Eccleſia, prophanæ omnique religione puræ habentur, ideoque temporales vulgo appellatæ ſunt. Nam quæ diuina ſunt ac ſpiritalia, eadem perpetua eſſe & nunquam interitura creduntur: cætera omnia caduca, fluxa & temporaria. Hinc ea videtur fluxiſſe appellatio. Sed vt ingenue dicam quod ſentio, diuina & ſacra aliquanto rectius & ſignificantius appellari poſſe mihi videntur, quæ ſpiritalia vocant, vt incommode ſic efferatur diuiſio: Bonorum eccleſiaſticorum quædam diuina ſacraque ſunt, alia humana ac prophana. Huius ergo diuiſionis, quam iuris Pontificii conſulti probant, fundamentum eſt lex Moſaica, de quo quid ſentiendum ſit, viderint alii. Certe ſi Thomæ aliorumq; Theologorum opinionem ſequamur, vereor vt conſiſtere poſſit. not. in ca. in aliquibus. de decimis. Exiſtimant enim illi decimas non idcirco deberi ſacerdotibus, quod lege Moſaica id præcipiatur, cum ea lege non aſtringamur, niſi quatenus præceptum aliquod morale iuriſque naturalis continet. c. tranſlato. de conſtit. Naturalis enim lex, quam, vt Paulus ait, gentes habent ſcriptam in cordibus ſuis, nunquam abrogatur. Itaque quamuis honeſtum piumque ſit, ac iuri naturæ conſentaneum, quo benemerentes de nobis remunerari iubemur, miniſtros Eccleſiæ & paſtores alere ac fouere. Determinatio tamen certæ quantitatis eo nomine præſtandæ, puta octauæ vel decimæ partis bonorum, &c. non tam iuris naturalis eſt, quam Moſaici, id eſt, quod Deus per Moſem Iudæis tantum, non etiam aliis gentibus & populis ad tempus conſtituit. Quæ ſententia ſi vera eſt, equidem non video cur potius decimæ, quam alii reditus Eccleſiæ, ſiue diuini, ſiue ſpiritales dici debeant. Verum vtcunque Theologi ſuam tueantur ſententiam, inficiari nemo poterit, vetuſtiſſimam eſſe conſuetudinem de ſoluendis decimis in Eccleſia, quam

ſanctiſ-

ſanctiſſimi & doctiſſimi quique veterum maxime comprobarunt atque commendarunt, can. reuertimini. c. 10. 16. q. 1.

Cap. III.

Vnde dicatur beneficium.

De origine facultatũ eccleſiaſticarum admirabilique earum incremento, & vt poſſeſſiones ac reditus, qui ante communes erant, diuiſi ſint, & certis miniſteriis aſſignati, ſatis demonſtraſſe videmur ſuperiori cap. Cur autem beneficium appelletur certa illa redituum portio, quæ cuique miniſterio obtigit, videndum eſt. Nam plerique hanc vocem, vt barbaram omnino & ineptam refugiunt, & ſacerdotia malunt, quam beneficia hos reditus appellare. Verum, niſi fallor, ſacerdotium pro munere ac dignitate magis, quam pro reditu aut obuentione accipi videtur apud Latinos authores. Et conſtat hæc ſacra ſtipendia non tantum ſacerdotibus, ſed aliis etiam miniſtris concedi. Animaduertendum igitur eſt, moris fuiſſe veteribus prædia quædam ac poſſeſſiones militibus tribuere, vt hoc beneficio deuincti animoſiores ad Rempubl. tutandam redderentur. Id factum ab Alexandro Seuero teſtis eſt Lampridius, quem & alii Imperatores ante Iuſtinianum ſequuti ſunt, vt ex eorum conſtitutionibus apparet. C. de fundis limitro. Meminit & prædiorum huiuſcemodi militarium Conſtantinus quidam Imper. apud Hermenopulum, lib. 1. eaque ϛρατιωτικὰ κτήματα, & ϛρατιωτικὰς τόπους vocat. Quibus per quam affinia ſunt ea, quæ ob fidem & obſequium fruenda conceduntur, moribus non Longobardorum modo, à quibus hoc prædiorum fruendorum genus manaſſe ad nos videtur, ſed etiam noſtris, & omnium prope totius Europæ populorum ac gentium. Et hæc quidem prædia non inepte beneficia à quibuſdam appellata ſunt: & beneficiarii qui ea poſſident. Nam & beneficiariorum militum mentio eſt apud Cæſarem in Comment. ſenſu haud omnino diſſimili, & apud pleroſque alios authores, quorum pura Latinaque eſt oratio. Hunc vero morem qui in rebus prophanis receptus erat, imitati ſunt eccleſiaſtici viri, & prædia poſſeſſioneſque ob miniſterium Eccleſiæ ſingulis miniſteris adſcriptas Beneficia vocauerunt (quæ vtinam beneficia pleriſque hodie non ſint) quia poſt eam, de qua iam diximus, diuiſionem hi reditus eccleſiaſtici magnam cum illis militaribus prophaniſque beneficiis affinitatem habere credebantur, id quod alio in loco oſtenſurus ſum. Itaque non tantum de miniſteriis, ſed etiam de beneficiis eccleſiaſticis hoc noſtrum σύνταγμα inſcribere voluimus, vt veterem ſimul & nouam loquendi conſuetudinem in Eccleſia titulus indicaret. Nam ita hoc argumentum apud veteres tractatum offendimus, vt miniſterii fere mentio fiat, non prouentus aut ſtipendii alicuius. At poſtquam honos non onus affectari cœpit, & quæſtus eſt habita ratio magis quam muneris atque officii, vna cum moribus hominum mutata eſt loquendi ratio. Vt exempli gratia: ſolebant ita diſputare antiquiores, vt quærerent, quis Eccleſiæ miniſtrum ordinare, & quis ordinari deberet. Recentiorum vero quæſtiones hæ ſunt vulgo vſitatæ, quis beneficium conferre, cui conferri poſſit &c. Quod igitur primarium ac præcipuum merito habebatur quondam, id nunc acceſſionis cuiuſdam locum vix obtinet: qua in re tanta eſt indignitas, vt eam diſſimulare nemo bonus poſſit. Nam ſi Plinius ſuo tempore conqueſtus eſt ex gemmis confici vaſa in quibus aurum acceſſio eſſet, cum gemmæ vaſis aureis accedere ſoleant, quanto iuſtior hac de re futura eſt bonorũ virorum querela? Hoc autem ideo hic adiicere volui, vt oſtenderem veteres canones de miniſteriis loquentes, quamuis ætatem, vt ita dixerim, non ferant, & magna ex parte antiquati ſint, tamen ad hanc diſputationem de beneficiis plerunque trahi poſſe. Hinc natæ ſunt illæ theſes: Qui poteſt ordinare, poteſt beneficium conferre. Qui poteſt ordinari, poteſt beneficium capere. & contra: Qui non poteſt ordinare, non poteſt beneficium conferre. Qui non poteſt ordinari, non poteſt beneficium capere. gl. c. ſi eo tempore, de reſcr. in 6. gl. c. de his. 28. diſt. Ordinationem vero hic late accipimus, pro quacunque ad ſacrum miniſterium aliquod, aut munus eccleſiaſticum promotione, vt ante explicatum fuit.

Cap. IIII.

Quid ſit beneficium, beneficii eccleſiaſtici dominium, vſuſfructuſve cuius ſit, & an penſiones annuæ atque hoſpitalia, beneficii appellatione contineantur.

Explicatio verborum qua iam vſi ſumus, ſufficere poſſe videtur iis, qui ſimplicitatem amant in iuris interpretatione: attamen vt iis quoque faciamus ſatis qui hac ſimplicitate non contenti ſubtiliorem & accuratiorem interpretationem requirunt, trademus definitionem beneficii, non perfectam quidem illam fortaſſis, & omnibus Dialecticæ legibus inſeruientem, ſed quæ quantum rei natura patitur, ab earum legum præſcripto non longe recedat. Sit igitur hæc definitio: Beneficium eſt res eccleſiaſtica, quæ ſacerdoti vel clerico ob ſacrum miniſterium vtenda in perpetuum concedatur. Cuius definitionis ſingula verba ἀμαθέστερον, vt dicitur, καὶ σαφέστερον hic explicanda ſunt. Ac inprimis dicitur res, quoniam non miniſterium ipſum ſiue officium, ſed commodum potius inde proueniens beneficium appellatur. Proinde is qui dignitate eccleſiaſtica ornatus eſt ſine reditu ac prouentu, cuiuſmodi ſunt Archidiaconi quidam, nos imaginarios & honorarios vocare ſoleo, is beneficiatus dicendus nõ eſt. Dicitur eccleſiaſtica, quod ea bona Deo & Eccleſiæ dicata conſecrataque ſint, ex quibus huiuſmodi reditus conſtant. c. res eccleſiæ. 1. q. 3. Dicitur Sacerdoti, &c. quoniam ſi quid fruendũ concedi ſoleat laicis hominibus ex bonis Eccleſiæ, quales ſunt ii, de quibus diximus 19. cap. 1. lib. id beneficium proprie non dicetur. Dicitur ob ſacrum miniſterium, quia ſicut beneficia militaria ac prophana militibus ac prophanis hominibus ob fidem & obſequium dantur, ita hæc ſacra beneficia, Deo conſecratis ob ſacram ſpiritalemque functionem conceduntur. Itaque hæc beneficia ſacra ſpiritaliaque quodammodo eſſe dicuntur, quia tametſi prouentus ſacri non ſint, ſed prophani, tamen ſacro ita cohærent muneri, vt ſeparationem non recipiant. c. 1. c. ſi quis obiecerit. 1. q. 3. c. ad noſtram. de ſimo. c. vltim. de reſcr. in 6. Nec vlli conceduntur, qui ad munus illud obeundum idoneus non ſit, puta ſacerdoti aut clerico, vt iam dixi. Nam licet oſtiarii, aut acoluthi munus, prophanum forte quibuſdam videri poſſit: quia ſacræ ædis oſtia claudere, & alia id genus exequi etiam laicus poteſt: idque nos quotidie fieri videmus, & experimur, tamen conſiderandum eſt: quod ſupra admonuimus, clericos eos dici, qui ſacris initiati ſunt, & ad ſacram functionem delecti ac deſtinati, ſed in leuioribus muneribus inſtitutionis cuiuſdam cauſa adhuc occupantur & exercentur, nec eis aſſignantur potiſſimum reditus eccleſiaſtici, vt oſtia claudant, ſed vt interim alantur ac inſtituantur, & ſacerdotum epiſcoporumque perpetuum extet ſeminarium. Proinde annonæ ſiue præbendæ eccleſiaſticæ laicis hominibus, & in canonicorum collegium minime cooptatis ſolitæ concedi ob nolarum æneàrum pulſationem, aut aliud huic ſimile miniſterium, beneficia eccleſiaſtica proprie non dicuntur, ſed abuſiue, & latiſſima ſignificatione. not. in cap. cum M. de conſtit. & in c. dilecto. de præb. Spiritalia autem officia quæ ſint, facile ex his quæ diximus in ſuperiore lib. perſpici poteſt, veluti doctrina Euangelii, adminiſtratio ſacramentorum, ordinatio miniſtrorum Eccleſiæ, excommunicatio, abſolutio, dedicatio eccleſiarum, & alia id genus, quæ epiſcoporum, presbyterorum, & diaconorum propria ſunt. Sel. 1. part. quæſt. 7. Et quoties dubitatur an reditus, de quibus hic loquimur, ad ſpiritale ſacrumque miniſterium conſtituti deſtinatique ſint, necne: quia facti quæſtio eſt magis, quam iuris, vulgo traditum eſt ad ſigna, notas & coniecturas recurrendum eſſe. Itaque ſi baſilica, ſiue ædes ſacra, altare, tintinabula, cœmeterium, & alia id genus, in eo de quo quæritur loco, reperiantur, ſacrum ac ſpiritale beneficium eſſe iudicabimus, niſi contrarium appareat. Dicitur Vtenda: quia dominium & proprietas clericorum non eſt, ſed quam diu viuunt, & munere ſuo funguntur, fructibus perceptis ad alendum ſe familiamque ſuam, vtuntur. Quod ſi præter victum veſtitũq; neceſſariũ aliquid ſuperſit, id alienare tanquã domini nõ poſſunt, ſed egentibus erogare debent, extatq; hac de re conſtitutio cuiuſdã ſynodi, quam vir quidam eruditus diram vocat, c. epiſcopus. 10. q. 2.

Cui alia ſimilis reperitur concilii Antiocheni, &c. epiſcopus. c. vltim. 12. q. 1. Contendit enim eos vſumfructum beneficiorum ſuorum habere, & fructus tanquam ſtipendium aliquod mercedemque ſui laboris capere. Quod nec ratione, nec æquitate caret. Sed puto maiores noſtros ſatis animaduertiſſe, nihil Eccleſiæ exitialius peſtilentiusque eſſe, quam miniſtrorum eius nimiam opulentiam, id quod euentus, qui non modo ſtultorum magiſter eſt, vt ait Liuius, ſed etiam prudentiſſimi nonnunquam & perſpicaciſſimi cuiuſque, ſatis docuit: vt merito illud è Satyra nunc dici poſſe videatur: Nullum crimen abeſt facinuſque libidinis, ex quo paupertas Romana perit. Res enim ipſa loquitur: immenſam principum quorundam munificentiam, vtcunque pius eſſet eorum affectus, tantum virus in Eccleſiam ſparſiſſe, vt ex pixide illa Pandoræ à poetis decantata, non plus malorum inter homines, & calamitatum exiliiſſe videatur. Initio ægre admodum hoc datum eſt Eccleſiæ, vt prædia poſſeſſioneſque ſibi relictas aut donatas retineret. Et ſatis conſtat ex epiſtola Hieronymi ad Nepot. legibus Chriſtianorum principum aliquando prohibitum fuiſſe clericis, ne hæreditates caperent. Nam vt in omni genere mediocritas illa, quam optimus poeta auream vocat, merito commendatur, ita modus facultatum ſummopere hic neceſſarius eſt. Bonifacius martyr aliquando interrogatus, an liceret ligneis calicibus in ſacris vti, ita reſpōdiſſe fertur: Olim aurei ſacerdotes ligneis vaſis, nunc lignei aureis vtuntur. Haud dubie ſentiens immodicis opibus facile ſacerdotes & gubernatores eccleſiarum corrumpi. can. vaſa. de conſe. diſt. 1. Quæ ratio impulit veteres illos, vt clericis præter victum neceſſarium nihil permitterent ex facultatibus eccleſiaſticis ſumere, nec puto quicquam ſalubrius potuiſſe conſtitui ad cohibendam eorum cupiditatem, & πλεονεξίαν, non quod hæc ad viuum, vt dicitur, reſecanda, & ſummo iure cum eis agendum exiſtimem, quod nec canones exigunt, opinor: ſed quia veriſſimum eſt illud Satyrici poetæ: nemo ſatis credit tantum delinquere, quantum permittes, adeo indulgent ſibi latius ipſi. Legimus in hiſto. Tripar. lib. 11. c. 10. Epiſcopum quendam Conſtantinopolitanum nomine Chryſanthum, nihil ex reditibus eccleſiaſticis capere ſolitum fuiſſe, niſi dominico die panes duos: nec deſunt alia huiuſmodi exempla in ſcriptoribus eccleſiaſticis: ex quibus apparet quænā fuerit veterum de bonis eccleſiaſticis eorumque vſu & adminiſtratione ſententia. Nec vero diſſimile fuit quorundam politicorum hominum in Repub. iudicium, idque ſatis oſtendit Anaxander, qui interrogatus cur Spartani pecunias in ærarium publicum non colligerent: Ne inquit, earum cuſtodes corrumpantur. Itaque beneficiarios vſuariis magis quam vſufructuariis comparandos eſſe non vno in loco Panorm. docet, in c. vlt. de pec. cler. & in repet. c. cū eſſes. de teſtam. c. illud. 16. q. 6. Nec vllum arbitror canonem eſſe, cui repugnet hæc ſententia, quamuis ea moribus noſtris recepta non ſit. gloſ. pragm. tit. de anna. in verbo, acquiſitos. Dicitur in perpetuum, quia cum ad tempus miniſter Eccleſiæ ordinari non poſſit, neceſſe eſt beneficium ipſum, quod miniſterio coniunctum eſt, perpetuum eſſe. c. 1. de capel. mon. in 6. Nā & de beneficiis militaribus ac prophanis idem conſtitutum eſt, quibus hæc perquam vicina ſimiliaque eſſe iam admonuimus. titul. in quibus cau. feud. amit. §. vltim. in vſib. feudo. Excipitur tamen Romanus Pontifex, qui velut legibus canonibuſque ſolutus beneficia ad tempus conferre poſſe dicitur. not. in c. veniens. de fil. presbyt. c. ſi gratioſe. de reſcr. in 6. Inde conſequitur præfecturas illas monaſteriorum, quas vulgo Prioratus clauſtrales vocant beneficiis non annumerari, quia perpetuæ non ſunt, ſed precariæ tantum, ac temporariæ adminiſtrationes. Hoſti. in c. de multa. de præb. Sal. q. 21. par. 3. Hactenus de diffinitione beneficii: cuius vt magis eluceſcat vſus, tractandæ hic ſunt duæ vulgares quæſtiones: quarum vna eſt de Annuis ſiue penſionibus: altera de hoſpitalibus ædibus, an ſcilicet appellatione beneficii contineantur. Nam contingit aliquando, vt ex reditibus, beneficii certa portio quotannis alicui pendatur authoritate Romani pontificis, vel alterius epiſcopi ob certas cauſas, de quibus alibi diſſeremus. c. niſi eſſent. de pręb. Sed huiuſmodi penſio, quæ Annuum genere neutro proprie ac Latine dici poſſe nobis videtur, beneficium non eſt. c. quamuis. de præb. in 6. not. in c. ad audientiam. 2. de reſcrip. Cum enim ob nullum in Eccleſia ſacrum miniſterium conſtituatur, & non tantum clerico, ſed etiam laico competere poſſit, ſatis perſpicuum eſt definitioni quam tradidimus, non conuenire. c. poſſeſſiones. 16. q. 1. not. in ca. præterea. 1. & 2. de tranſact. glo. pragm. tit. de collatio. §. item quod vniuerſitates. in verbo, beneficiorum. ſed de his infra plenius. Quod ad ſecundam quæſtionem attinet, ſciendum eſt, ſtudium ingens Chriſtianorū in ōnes egenos, debiles, ſenes, peregrinos, ac pupillos ſępe extitiſſe, adeo vt omnes paſſim Eccleſiæ noſocomia ſua, xenodochia, brephotrophia, orphanotrophia, gerontocomia, ptochotrophia haberent: quorum mentio eſt apud Iuſtinia. tit. de epiſc. & cler. Theodor. lib. 5. Eccleſ. hiſtor. c. 18. Sozom. lib. 6. Tripar. cap. 29. Ea omnia nos hodie hoſpitalia vocare ſolemus, quæ vox apud veteres Latinos in vſu fuit, pro ea parte domus, quam opulentiores hoſpitibus aduenientibus inſtruebant, eaque vtitur noſter Vlpia. l. ſi vero. de his qui deiec. vel effude. Vitru. lib. 6. Sed quæritur, an huiuſmodi hoſpitalia in numerum beneficiorum referenda ſint? & conſtat ex diffinitione beneficii, ſi ab homine priuato propria authoritate inſtituta ſint, beneficia non eſſe: quia res eccleſiaſticæ non ſunt. Quod ſi in ea inſtitutione epiſcopi authoritas interuenerit, ne hoc quidem caſu beneficium dici meretur. clem. 2. de præb. quia eorum redituum procuratio & adminiſtratio non clericis, ſed quibuſcunque viris probis & idoneis mandari ſolet, qui adminiſtrationis ſuæ rationem exemplo tutorum & curatorum reddere coguntur. Et hæc ita accipienda ſunt, niſi ex ipſa inſtitutione, aut, vt loquimur, fundatione, contrarium appareat. Quod in ſynodo Viennenſi Clemens V. conſtituit. clem. quia contingit. de religio. domib. l. orphanotrophos. C. de epiſc. & cler. Fel. in c. de quarta. de præſc. & ca. in noſtra. de reſcript. Nam contingere poteſt vt beneficium ſacerdoti attributum ſit, ita vt præter ſacerdotalem functionem, onus quoque pauperes alendi ſuſtineat. Certe apud Nicephorum in Eccleſiaſtica hiſtoria Euphemii cuiuſdam mentio reperitur, qui ſimul & ptochotrophus & presbyter fuit.

Cap. V.

Beneficiorum diuiſio & qualitas.

EXplicata diffinitione, aliquot diuiſiones beneficiorum docendæ ſunt, ad noſtri temporis mores accommodatæ? quarum in forenſibus controuerſiis hodie magnus eſt vſus. Ac ſumma quidem diuiſio hæc eſt: Quædam beneficia titulum habent dignitatis, vt epiſcopatus, archidiaconatus, &c. Quædam habent curam animarum ſine dignitate, vt parœcia. Alia neque dignitatis titulum habent, neque curam animarum, ſed ſimplicia nudaque beneficia ſunt. Inter hæc tamen aliqua differentia reperitur. Nam quædam aliquid eminentiæ ornamenti, & decoris habent, vt canonicorum præbendæ. Quædam infima ſunt atque humilia, de quibus omnibus ſigillatim hic diſſeremus.

Cap. VI.

Quæ ſint dignitates eccleſiaſticæ, & quot modis accipiantur.

IN rebuſpublicis honores diſtinguuntur à muneribus. tit. de muner. & honor. Et diffinitur honor, adminiſtratio Reipubl. cum dignitatis gradu. Munus vero, adminiſtratio Reipubl. ſine titulo dignitatis. l. honor. de muner. & honor. An autem adminiſtratio dignitatem habeat necne, ex conſuetudine & hominum exiſtimatione iudicari ſolet. leg. vltim. de muner. & hono. Similiter in rebus eccleſiaſticis quædam adminiſtrationes titulum dignitatis habent, & dignitates à pontificibus appellantur, tit. de præb. & dign. idque fere accidit quoties adminiſtratio cum iuriſdictione aliqua & poteſtate coniuncta eſt. glo. in c. 1. de conſuet. in 6. Panor. & alii in c. de multa. de præb. Sed hæc exemplis illuſtriora fient. Epiſcopus ſummam in Eccleſia dignitatem habet, & quamuis alius alii præponatur, veluti archiepiſcopus epiſcopo, archiepiſcopo patriarcha, & his omnibus Pontifex ſiue epiſcopus vrbis Romæ: idem nihilominus ordo horū omnium eſſe dicitur. Vnde omnes epiſcopi, fratres à Pont. Rom. vocari ſolent. c. quam graui. de crimin. fal. Archimandritæ ſiue cœnobiarchæ, qui & Abbates dicuntur, proximum epiſcopis locum hodie obtinent, quamuis olim, vt ſupra diximus,

omnibus

omnibus clericis poſtponerentur.c.ſi quis deinceps. 16.q.7. c.1.de ætat.& qualit.c.2.de iud.vbi not. Archidiaconi quoque, Archipresbyteri, primicerij dignitatem habent in Eccleſia, eorumque munus ante à nobis deſcriptum explanatũque eſt, de quibus ſpeciales extant tit.lib.1.Decret. Decani,non quorum meminit Iuſtinianus, ſed qui vulgo ſic appellantur, hoc tempore, item Præcentores, præpoſiti & cæteri ſimiles, de quorum officio perſcriptum nihil eſt in pontificio iure,dignitate præditi ſunt,ſi conſuetudo eccleſiarum, quæ maxime hic ſpectatur,in numerum dignitatum officia huiuſmodi referat. Id quod nominatim de Decano ſcriptum reliquit Bernardus, in c.ex parte. de cleric.non reſid. Sed notandum eſt,hæc miniſteria,de quibus poſtremo locuti ſumus, proprie & vſitate, dignitates appellari in pontificio iure. Itaque ſpecialius hic accipitur dignitas,quam ſupra diximus, vt videlicet epiſcopatum non comprehendat.c.dilectus.de conceſ.præb. Quæri ſolet an præfectus monaſtici conuentus, qui Prior conuentualis dicitur, aut ſodalium mendicantium ſiue præfectus, ſiue cuſtos & obſeruator,dignitatem habeat? Et receptum eſt eos habere, quoniam appellatione prælatorum continentur, & iuriſdictionem aliquam habent.no.in c.edoceri,de reſcrip. clem.1.eo.tit.glo.in clem.dudum,de ſepult. Fel.in c.inſuper. de teſtib. Idem traditum eſt de vicario generali epiſcopi, non de eo qui extra ciuitatem in aliqua diœceſis regione conſtituitur, quem foraneum vocant.not.in clem. & ſi principalis, de reſcript. His exceptis nullus clericus in Eccleſia dignitatem habere dicitur,niſi generaliter hoc verbum accipias. Nam adeo late patet aliquando huius verbi ſignificatio, vt omnem clerici dignitatem habere dicantur.c.denique.4. diſtin.c.reperiuntur,1.q.1.c.ſi quis poſt,51.diſtin. Atque hinc colligi poteſt,triplicem huius vocis ſignificationem eſſe. Nam in primis generaliter omnem gradum eccleſiaſticum ſignificat.

II. Omnem adminiſtrationem,cum qua coniuncta eſt iuriſdictio.

III. Archidiaconatum,& alia huiuſmodi officia,de quibus iam diximus. Hinc exiſtit quæſtio cum ſit tam varia huius vocabuli ſignificatio, quo ſenſu accipi debeat. Sed ex locis communibus de interpretatio ne definiri põt,ac in primis ſubiecta materia,& mẽs diſponentis ſpectari debet. Itaq; in materia odioſa,quæ interpretatione adiuuari non debet, ſed potius reſtringi appellatione dignitatis, non continentur epiſcopatus, veluti,ſi de gratia legis,ſiue canonis facienda agatur.Panorm. in c.cum Vinton.de elect. Sal.in 1.par.quæſt.

Cap. VII.

De curatione animorum.

ORdo poſtulat vt de beneficiis, quæ propter curam animorum dantur abſque vllo dignitatis titulo, aliquid dicamus. Hæc autem beneficia habere dicuntur presbyteri,quibus Eccleſia aliqua parochialis curãda regendaque committitur. Nam ea diœceſeos pars,cuius curationem habẽt ſinguli presbyteri ſub epiſcopo,parochia, aut fortaſſe rectius parœcia appellatur.c.omnes baſilicæ.c.nullus.16.q.7. Budæus noſter iamdudum admonuit hæc aliter Latine exprimi poſſe, vt curia dicatur, quam nos parochiam vocamus. Curiales vero parochiani ipſi, & Curio presbyter, qui parochianorum curationem ac gubernationem habet. Non me latet parochiam vſurpari pro tota diœceſi epiſcopi, quæ multas complectitur eccleſias.c.bonæ rei.12.q.2.c.apoſtolicæ,de donat. Sed hic aliter accipitur. Cura autem presbyteri, ſiue Curionis in ligatione animarum,vt ſcriptura loquitur, & earum abſolutione præcipue verſatur. Sicut enim noxios à ſacra communione arcet,ita veniam poſcentes abſoluit,vt ſupra docuimus. Itaq; iuriſdictionem quandam ſpiritalem exercet, quæ pœnitentialis fori poteſtas vulgo dicitur. Sunt & alii qui diſciplinam & contentioſam exercent iuriſdictionem, & cauſas forenſes iudicant, quæ iudicia ad Eccleſiam aliquando pertinere ſupra admonuimus. Et quia ſpiritalis eſt ea iuriſdictio,eam exercens dicitur etiam curam animarum habere, quamuis forte nulli curiæ ſeu parœciæ præfectus ſit. Innocen.in c.cum ſatis.de offic.archid.ca.dudum.2.de elect.ext.c.execrabilis. ad finem de præb.

Cap. VIII.

Simplicia beneficia quæ ſint,& præbendarum vocabulo quid ſignificetur.

INter beneficia ſimplicia, quæ nec titulum dignitatis habent,nec curam animorum,primum gradum tenent canonicorum præbendæ. Nam ea maioris cuiuſdam dignationis ſplendoriſq; exiſtimantur,quam cætera,propter ius ſuffragij, quod habent in collegio honoratiſſimo,adeo vt ſeparatim de his tractare commodius videatur Panor.in c. vltim. de præb. Præbenda autem vulgo dicitur annona quædam ſodalibus ſiue canonicis alicuius Eccleſiæ in compenſationem miniſterij ſui præſtari ſolita.c.ſi monachus.16.q.1. Vtiturq; hoc verbo Caſſiod. lib.5. variarum,in epiſtola ad Ampelium quendam ſcripta. Præbenda aliquando rectius & Latinius παντωλικόν quis vocauerit, exemplo veterum linguæ Latinæ ſcriptorum, à quibus eam vocem vſurpatam eſſe animaduertimus. l. inuiti.de teſt. Gell.lib.5.ca.4. Sed & canon ea quoque præſtatio dici poterit,vt ante diximus. Huiuſmodi autem annonæ ſiue præbenda,ideo ſacra ſpiritaliaque exiſtimantur. c. dilecto, de præb. quod ſodalibus tantum ſiue canonicis Eccleſiæ dicata ſint,quos ſacris initiatos eſſe neceſſe eſt:quorumq; ſacra ſpiritaliſque functio habetur,quamuis animarum curationẽ, quã olim habebant,nunc deſeruerint.c. 2. de inſtit. Nihil tamen prohibet ex reditibus Eccleſiæ communibus partem aliquam, quæ canonicis adſcripta non ſit,laicis hominibus vt laboris induſtriæque ſuæ mercedem largiri, vt puta æditui, aut iis quibus campanæ tinnitus cura mandatur. Quod genus erogationis per me licet vt præbenda ſiue præbendam quis voluerit appellet, ſed quia nihil ſacri ſpiritaliſque habet, multum differt ab ea,de qua hic diſſeritur, quam muneri ſacro ſpiritaliq; dicatam eſſe dicimus.not.in c.cum M.de conſtit. Et quia canonicorum corpus & ſodalitium ex variis Eccleſiæ miniſtris conflatum eſt,quorum aliqui ſacerdotes ſunt, alij inferiorum ordinum clerici: item alij doctores Theologiæ, alij magiſtri & profeſſores literarum, magna hinc præbendarum diuerſitas nata eſt. Nam quædam ſacerdotales dicuntur, quarum nemo capax eſt, niſi ſacerdos: aliæ inferiorum ordinum clericis conferri poſſunt, & hæc varietas in quibuſdam eccleſiis obſeruatur. cap. cui de non ſacerdotali. c. ei cui.de præb.in 6. Præterea quædam Theologales ſunt appellatæ,quæ Theologiæ doctoribus tantum in cathedralibus eccleſiis aſſignantur. Sunt & magiſtrales dictæ, quæ literarum magiſtris & præceptoribus attribuuntur. c. quia nonnullis, de mag. & in prag.ſanct. Sed hæc omnia accuratius infra diſputabuntur. Ex iam dictis facile apparet quænam ſint reliqua beneficia, quæ ſimplicia appellantur. Nam ideo ſimplicia dicuntur,quia beneficia tantum ſunt,nec eis vlla qualitas ineſt,ex iis quas ſupra commemorauimus. Quoties igitur beneficium tale eſt, vt beneficiarius curam alterius non habeat, ſed aliter diuinæ rei incumbendo, munere ſuo defungatur, ſimplex beneficium vocari ſolet. Exempla paſſim obuia ſunt.

Cap. IX.

Beneficiorum diuiſio in regularia & ſæcularia.

SEcunda diuiſio beneficiorum hæc eſt, cuius explicatio ex iis quæ ſuperiore libro diſſeruimus de monachis, omnino pendet. Beneficiorum quædam Regularia dicuntur: alia vero Sæcularia. Regularia ſunt, quæ monachis & regularibus tantum acquiri poſſunt. Sæcularia, quæ clericis etiam ſæcularibus,id eſt,monaſtico voto regulaque non obſtrictis. Cuiuſmodi cenſenda ſunt omnia beneficia, niſi contrarium oſtendatur. Nam ſi conſtet ita inſtitutam fuiſſe eccleſiam, vt à monachis ſiue regularibus gubernetur, Regulare beneficium dicendum erit.gloſſ.prag. tit.de collatio.§.item quod ad dictas. Verum ſpatio temporis,nempe 40.annorum,ſtatus beneficij poteſt mutari, vt ex regulari ſæculare, aut contra ex ſæculari regulare fiat.c. cum de beneficio, de præb.in 6.clem.1.de ſuppleu.neglig.prælat.

DE HIS QVI POSSVNT BENEFICIA CONFERRE, LIBER TERTIVS.

ARGVMENTVM.

Poſt diffinitiones diuiſionesq; beneficiorum eccleſiaſticorum, proximus locus eſt de iis qui beneficia conferre ac diſtribuere poſſunt. Et quia frequentes de ea re incidunt controuerſiæ, propterea quod varij non ſolum ſacerdotes, pontifices, epiſcopi, antiſtites, ſed alij etiam prophani homines hoc ius vt fructuoſum valde, ne quæſtuoſum dicam, certatim ſibi vendicent, hic locus ſeparatim hic tractandus fuit.

CAP. I.

Quorum beneficiorum diſtributionem habeat Romanus Pontif. & quemadmodum is ordinari eligique debeat.

DE his qui beneficia conferre poſſunt tractaturi à Pontifice Romano incipiemus, qui primus epiſcoporum, primamque ſedem occupare dicitur. Et huius quidem diſputationis noſtræ duę ſunt præcipuæ quæſtiones. Vna de poteſtate Romani epiſcopi in beneficia & miniſteria Eccleſiæ. Altera de promotione ipſius atque ordinatione. Quod ad primum attinet, ſciẽdum eſt eum priſcis temporibus nullum ius nullamque poteſtatem ordinandorum ſacerdotum aut clericorum extra propriam diœceſin ſibi vindicaſſe. Nam veteribus canonibus epiſcopus à metropolitano & aliis qui ſunt in prouincia epiſcopis, iubetur ordinari electione cleri, ac plebis conſenſu hanc ordinationem antecedente. 62. 63. 64. 66. diſtin. Cæteri vero clerici ab epiſcopo ſuo ordinantur, non à Romano epiſcopo, ſed cum aſſenſu plebis & ciuium, vt de epiſcopo iam dictum eſt, 67. diſtin. Cum ergo pontifex Romanus ſecundum antiquos canones in alienis eccleſiis neminem ordinare, id eſt, ad miniſterium Eccleſiæ promouere poſſit, ſatis perſpicuum eſt ex his, quæ ſecundi libri cap. 3. diximus, eccleſiaſtica beneficia totius orbis ab eo cõferri non poſſe. Nec vero dubiũ eſt quin vetuſtiores ſanctioresq; vrbis Romæ epiſcopi ſede Eccleſiaq; propria contenti, reliquis epiſcopis eccleſiarum ipſis commiſſarum liberam adminiſtrationem reliquerint, quaſi vrbis vnius magis quam orbis epiſcopi, vt ante annotauimus. Quæ ratio forte epiſcopum neſcio quem mouit, cuius meminit Æmilius lib. 9. de reb. geſt. Fràcorum, vt paulo liberius Gregorio vndecimo pontifici Romano reſponderet. Cum enim Gregorius tum Auenione ſedens, ab eo ſciſcitaretur, cur ſedem ſuam nõ inuiſeret: Si quis, inquit, te roget cur vrbem tuam Romam tandiu ab epiſcopis ſuis deſertam non adeas, multo minus habeas quod reſponſurus ſis quam ego. Poſteriores vero pontifices ſeſe intra hos fines non continuerunt, ſed velut domini regesq; omnia pro poteſtate agere, ac vniuerſalis Eccleſiæ gubernationem ſibi arrogare non dubitarunt. Itaque dicitur Pontifex Romanus plenam, liberam, nullisque legum vinculis adſtrictam diſpoſitionem omnium beneficiorum habere, & cum omnibus epiſcopis quoties ei libuerit cõcurrere, eosque omnes præuenire vacuum beneficium conferendo, & anteuertere poſſe, idque conſtitutionibus aliquot expreſſum eſt. can. cuncta per mundum. 11. quæſt. 3. cap. propoſuit. de conceſ. præben. ad 9. honorem. de auth. & vſu pal. c. 2. ca. dudum. de præb. in eodem. 1. vt lite pẽd. gloſ. pragm. tit. de electio. in verbo, reſeruationes. Quæ quidem ipſæ ſatis tolerabiles eſſent, ſi nihil grauius inde conſecutum fuiſſet. Non enim facilis erat Romanis pontificibus in tot prouinciis, quot habet Chriſtianus orbis longiſſime ab vrbe Roma diſtantes, ea præuentio & occupatio. Ideoque non multum incommodi ſeu publice, ſeu priuatim, poterat afferre. Verum hac via patefacta, mox ratio excogitata eſt aliquãto certior & expeditior, qua cæteris epiſcopis conferendorum beneficiorum facultatem adimerent. Inualuit enim mos, antiquis omnino incognitus, diplomatũ expediendorum, quibus beneficia nondum vacantia mandantur certis perſonis conferri, cum ea vacare contigerit. Gratiæ expectatiuæ vulgo dicuntur, & mandata de prouidendo, de quibus infra. Hæc de priore quæſtione. Nunc de Romani epiſcopi ordinatione tractandum eſt, quæ quidem olim à cæterorum epiſcoporum electione non multum differebat. Vicini etenim epiſcopi, qui Cardinales dicebantur, clericis cardinalibus Romanæ Eccleſiæ conuocatis, de ordinatione cum eis tractabant ac deliberabant. Deinde requiſito non ſolum reliqui cleri ſed etiam populi conſenſu, Pontifex ab ipſis ordinabatur, & conſecrabatur, vt ſexta Synodus ſtatuit, can. in nomine domini. 23. diſtin. Quod ſi diuerſa forte eſſent ſuffragia, vincebat ſententia plurimorũ. c. ſi tranſitus. 79. diſtin. Eligebatur vero presbyter, aut diaconus Eccleſiæ Romanæ, qui per omnes gradus inferiores aſcenderat. c. nullus. 79. diſtin. Aliarum eccleſiarum epiſcopi etiam Cardinales ideo non eligebantur, opinor, quia vetitum erat canonibus ne epiſcopus vnius Eccleſiæ ad aliam tranſiret. Quoniam autem multitudinis conſenſus videbatur neceſſarius, par erat & principis voluntatem non negligi: & eo magis quod ad compeſcendam furentis plerunque populi temeritatem, eius authoritas ac maieſtas plurimum valeret. Itaque ſine Imperatoris Romani conſenſu & authoritate non ſolebat antiquitus Romæ pontifex ordinari. ca. Agatho. cap. vota. cap. quia ſancta. 63. diſt. Eademque fere poteſtate ſinguli reges in eccleſias regni ſui vtebantur. c. cum longe. 63. diſt. Sed non ideo ius eligendi clero ademptum erat. Verum poſtea Carolo Magno & Othoni imperatoribus, vltro ius eligendi pontificis Romani omnino conceſſum ac permiſſum eſt. c. Adrianus. c. in ſynodo. 63. diſt. Quod cũ videretur cleri populique Romani libertatem infringere, tandem inſtantibus Romanis pontificibus, ſeſe non amplius eo iure vſuros confirmarunt atq; iurarunt. cap. ego Ludouicus, cum cap. ſeq. 63. diſt. Forma autem iuriſiurandi, quæ apud Gratianum hodie legitur, authoritatem & conſenſum imperatoris, qui ante adhibebatur, ipſi fortaſſis non aufert, ſed plenam illam poteſtatem arbitrio ſuo eligendi, quæ Carolo conceſſa fuerat. Qua tamen in re amplius deliberandum eſt. can. cum Adrianus. 63. diſt. Hæc fere Gratiano decerpſimus, quibus poſteriores aliquot conſtitutiones Romanorum pontificum addendæ ſunt. Vna eſt Alexandri tertii: in qua id præcipuum reperitur, quod electionem à duabus partibus Cardinalium fieri neceſſe eſt, cum antea maioris partis ſententia ſufficeret. cap. licet, de electio. Altera eſt Gregorij X. in concilio Lugdunenſi, quę formam electionis præſcribit: & diſerte ea cautum eſt, Cardinales abſentes decem dierum ſpatio tantummodo expectandos eſſe. cap. vbi periculum. de electio. in 6. Tertia eſt Clementis quinti in cõcilio Viennenſi edita, quæ pauca Gregorianæ addidit conſtitutioni, non multum digna quæ hic referantur. clem. ne Romani. de electio.

CAP. II.

An concilium œcumenicum beneficia conferat, & an ei ſubſit Romanus pontifex.

TRactatur quæſtio, an ſynodus œcumenica, ſiue vt loquimur, concilium vniuerſale Eccleſiæ, beneficia poſſit conferre. Quæſtionem facit, quod pontifex Romanus, cui hoc ius competit, ſubeſſe dicitur concilio, & eo inferior eſſe. Quod an verum ſit, ante omnia diſcutiendum eſt. Et videtur hoc in primis iuri diuino conſentaneum eſſe, vt Eccleſia quam repręſentat ſynodus, poteſtatem omnimodam habeat, vtque

vtque pontifex ſe ei ſubiectum agnoſcat. Non enim vni Petro, cuius dicitur ſucceſſor Pōtifex Romanus data eſt à Chriſto poteſtas ligandi & ſoluendi, ſed toti Eccleſiæ. Matth. 18. cano. quodcunque. 24. quæſt. 1. Quanquam inficias non eo cæteris apoſtolis eum præpoſitum fuiſſe. Hinc, temporibus apoſtolorum quoties ordinandus fuit aliquis, ſiue epiſcopus, ſiue diaconus: vel aliquid decernendum, quod ad Eccleſiam pertinet, nunquam id ſibi ſumpſit Petrus, ſed toti Eccleſiæ permiſit. Illud fuit in eo præcipuum, quod cæteros conuocare tanquam princeps apoſtolorum, & de his quæ agenda forent, apud eos orationem habere ſolitus fuit. Act. cap. 1. 6. 15. Sicut hodie apud nos curiæ parlamentalis præſes Senatum cogit, primus in Senatu, cum opus eſt, verba facit, multaque alia exequitur, quæ præſtantiam quandam perſonæ quam gerit, facile oſtendant. Non ideo tamen maior aut ſuperior tota curia eſt, nec poteſtatem in vniuerſos Senatores, aut contra eorum iudicia quicquam decernendi habet: quinimo ipſius curiæ, cuius caput eſſe præſes dicitur, de controuerſiis omnibus iudicium eſt, non præſidis. Adde quod curia in ipſum, ſi res exigat, vt in quemuis alium ius dicit, & animaduertit. Et hæc quidem olim ita ſe habuerunt. Verum neſcio quomodo tandem factum eſt, vt ſummū in omnes Chriſtianos imperium vni ſit tributum, vtque legibus omnibus, canonibuſque ſynodalibus imperatorum exemplo ſolutus ſit. Nam Paſchalis decretali epiſtola cautum expreſſumque eſt, nulla concilia Romanæ Eccleſiæ legem præfigere poſſe, can. ſignificaſti. de electio. & in decretis quibuſdam ſynodalibus Romani pontificis excepta reperitur authoritas. can. ideo. 25. quæſt. 1. Quæ varietas diu magnam in Eccleſia perturbationem diſſenſionemque peperit. Panormit. in prima ſuarū quæſtionum, & in tractatu de concilio Baſil. Sed Conſtantienſis ſynodus hanc dirimere voluit controuerſiam, ſtatuitque in iis, quæ ad fidem religionemque pertinent, aut Eccleſiæ tam in capite quam in membris conſtitutionem & reformationem, concilio pontificem ſubeſſe, eique obtemperare oportere. Id quod veteribus quibuſdam canonibus ſatis conuenit, can. Anaſtaſius. 19. diſtin. can. ſi papa. 40. diſtin. & ſynodo Baſilienſi poſtea confirmatum eſt. tit. de poteſt. ſacr. concil. in pragm. Vt igitur ad propoſitam quæſtionem redeamus, nec ius quo nunc vtimur, nec mores, qui vt Plautus ait, optimas leges perducunt aliquando in poteſtatem ſuam, videntur permittere, vt ſynodus vniuerſalis beneficiorum conferendorum poteſtatem ſibi vindicet, cum epiſcopatus diſtincti ſint, & certis perſonis hæc poteſtas attributa. Nec veterum exemplo carere videtur vſquequaque hæc ſententia, cum Theodoritus ſcribat libr. 5. c. 9. Nectariū in concilio generali epiſcopum Conſtantinopol. ordinatum fuiſſe, ſed non ſine clericorum omnium ciuiumque approbatione. Ac tametſi non inuitus fateor, authoritate Romani pontificis ſynodum conuocari, can. multis. 17. diſtin. quod ex Euſebio, Socrate, Theodorito cæteriſque ſcriptoribus eccleſiaſticis diſcere licet, id tamen parum ad rem pertinere exiſtimo, multumque ab iis diſſentio, qui in eo firmamentum ſuæ opinionis conſtituunt. Non enim hic quærimus an pontificis totiuſque ſynodi conſenſu facta collatio valeat necne, quod indubitatum eſt, ſed an quod ſynodus de ea re decreuerit, vel maior pars ſynodi etiam diſſentiente pontifice ratum ſit.

Cap. III.

De legato Romani pontificis.

Quamuis Romanus pontifex, vt iam diximus, concurrat cum omnibus ordinariis in beneficiorū collatione, legatus tamen ipſius in prouincia ſibi commiſſa eodem iure nō vtitur, niſi ſit Cardinalis. Nam ſi pontifex ex collegio cardinalium aliquem ſibi legauerit, qui vulgo legatus à latere dicitur, hoc præuentionis ſiue occupationis ius ei competit. cap. 1. de offic. leg. in 6. Poteſt & beneficia nondum vacantia reſeruare certæ perſonæ, ita vt ſecuta deinde vacatione ordinarius ea conferre non poſſit. cap. præſenti, de offic. leg. in 6. Ad beneficia tamen vacatura ius concedere ei non licet. cap. dilectus, de præben. Nam mandata quibus hoc ius tribuitur, odioſiora ſunt reſeruationibus, & maiorem captandæ mortis alienæ occaſionem præbent. Reſeruatio enim non impedit, quo minus vacans poſtea beneficium, ab eo qui reſeruauit cuius pro ipſius arbitrio conferatur. glo. in c. 1. de offic. l. in 6. Sed notandum eſt beneficia quædam eſſe, in quæ legatus, quamuis Cardinalis ſit, nullum ius habet: cuiuſmodi ſunt ampliora beneficia ac dignitates: de quibus in quadam conſtitutione loquitur Bonifacius. cap. de liberatione. de offic. leg. in 6. Item beneficia ad patroni laici præſentationem ſpectantia. ca. cum dilectus. de iure patron. Nam patroni clerici alia cauſa eſt, cap. dilectus. de offic. legati. in antiquis. vt ſuo loco demonſtrabimus.

Cap. IIII.

De epiſcopis cæteriſque, qui ordinarij collatores dicuntur.

Beneficiorum collatio non niſi extra ordinem Romano pontifici competit, vt iam diximus. nunc videndum de iis, qui ordinario quodam iure beneficia conferre poſſunt. Qua in re ſic diſtinguendum videtur. Quoties vacat epiſcopalis ſedes, collegium ius Eccleſiæ futurum epiſcopum eligit. cap. 1. de elect. quam electionem confirmat Metropolitanus. cap. cum dilectus. de electio. Idem obſeruatur in Metropolitani ipſius electione, quem ab vniuerſis collegis electum confirmat Patriarcha, ſicut & Patriarcham ipſum confirmat pontifex Romanus. authent. de priuileg. Non diſſimilis eſt cauſa abbatis. Is enim à monachis eligi. can. vlt. 16. quæſt. 7. can. abbatem. 18. quæſt. 2. & ab epiſcopo cōfirmari ſolet. can. 2. 18. quæſt. 2. Præbendas autem Eccleſiæ cathedralis, ac dignitates eiuſdem receptius eſt ab epiſcopo conferri, ſed totius collegij eccleſiaſtici conſenſu accedente, niſi cōſuetudo contraria oſtendatur. capit. ea noſcitur. de his quæ fiunt à prælat. notat. in capit. cum eccleſia Vulterana, de electio. In eccleſiis vero inferioribus, quæ collegij nomine & titulo inſignitæ ſunt præſentatio quidem ad prælatum collegiumque ipſius Eccleſiæ pertinet, ſed epiſcopi tanquam ſuperioris eſt inſtitutio. can. nullus. 16. quæſt. 7. not. in dict. cap. cum eccleſi. Cætera beneficia quæ nomine collegij non cenſentur, confert epiſcopus, ſed in hac collatione, cleri collegiique conſenſus ſiue conſilium requiritur. c. nouit. ca. quanto, de his quæ fiunt à prælat. Et notandum eſt ſimulatque quis electus eſt & confirmatus, ius beneficiorum conferendorum ei competere, licet nondum conſecratus ſit, cap. noſti. cap. tranſmiſſam. cap. qualiter. de elect. ca. auaritiæ. eo. ti. in 6. Quod adeo verū eſt, vt ne inductio quidē illa in poſſeſſionem ſit neceſſaria, niſi beneficium ab alio prius occupatum ſit. ca. eum qui. de præben. in 6. Sed & ſine confirmatione vlla interdum hoc iure vti poteſt: veluti ſi epiſcopus aliquis cis Alpes electus ſit, cuius confirmatio à Romano pontifice pendeat. Nam interim ei denegandа non eſt adminiſtratio, ſi totius collegij ſuffragia meruerit. ca. nihil, de electio. Item Antiſtita monialium poſt electionem ſtatim adminiſtrare incipit. cap. indemnitatibus. §. ſi vero, de electionib. in 6. De fiduciariis antiſtitibus, id eſt, quibus velut fiducia contracta, commendantur Eccleſiæ moribus noſtris, lib. 5. dicemus.

Cap. V.

De curatore dato epiſcopo, quem vulgo coadiutorem appellamus.

Cum epiſcopus ob morbum animi vel corporis aliamve huiuſmodi cauſam fungi munere ſuo non poteſt, durum inhumanumque viſum eſt, eum epiſcopatu ſuo deficere, ſed ne Eccleſia paſtore deſtituta maneat, datur ei adiutor atque diſpenſator rerum eccleſiaſticarum, quem nos & curatorem poſſumus appellare: qua de re multa leguntur apud Gratianum. 7. quæſtio. 1. Huius rei exemplum eſt apud Euſebium libro 6. eccleſiaſtic. hiſtor. cap. 9. de Alexandro, qui adiutor datus eſt Narciſſo Hieroſolymorum epiſcopo, quod is iam ſenio fractus pontificis munia obire non poſſet. Et conuenit inter omnes, ſi quaſi non ſanæ mentis homini datus ſit huiuſmodi curator, eum poſſe beneficia conferre, quia plenam adminiſtrationem habet. leg. inter bonorum. de adminiſtrat. tutor. & incertum eſt, an & quando epiſcopus ad ſanitatem mentis reuerſurus ſit. leg. ambiguitatem. Codic. de vſufruct. Si vero propter ſenium vel

morbum corporis, qui vſque ad animum non penetret, datus fuerit curator, crebrior opinio eſt, collationem beneficiorum nihilominus ad epiſcopũ ipſum pertinere. glo. prag. ti. de collat. idque exemplo minoris, qui ſine authoritate ſui curatoris contrahit matrimonium. l. in copulandis. C. de nup. Sed mihi videtur alia cauſa eſſe matrimonij quam beneficiorum collationis. Nam curator minoris rerum ipſius tãtum adminiſtrationem habet, non etiam perſonæ. Itaque mirum non eſt, ſi in nuptiis contrahendis minime requiratur eius conſenſus. Cum autem generaliter datur hic curator, rerum eccleſiaſticarum diſpenſationem ſiue adminiſtrationem habet. can. quamuis. 7. quæſt. 1. Itaque non video cur beneficiorum conferendorum facultas hac generali conceſſione nõ contineatur. Fateor tamen hoc caſu æquum eſſe ita curatorem dari ab initio, vt epiſcopo libera coferendorum beneficiorum facultas relinquatur: aliaque huiuſmodi ſalua ei maneant, quorum executionem morbus ſenectuſve non impedit. Sed his alibi copioſius, tit. de cler. ægrot. in 6. cap. grandi, de ſupplen. negl. prælato. in 6. cap. is cui. de elect. in 6. cap. venerabili, de officio delegati. in antiquis.

Cap. VI.

De collegio eccleſiaſtico vacante ſede epiſcopali.

Paulo ante diximus collationem beneficiorum iure quodam ordinario ad epiſcopum ſpectare, niſi mentis compos non fuerit, &c. Nunc quæritur mortuo epiſcopo, & vacante ſede epiſcopali, quis poſſit beneficia conferre? Et iure cautum eſt, collegium ipſius Eccleſiæ, quod vulgo Capitulum appellatur, interim conferre non poſſe, ſed collationem futuro epiſcopo integram relinquere debere. ca. 2. ne ſede vacant. Quod eſt accipiendum, niſi collatio ad collegium ipſum cum epiſcopo communiter pertineat. Hæc enim communio efficit, vt deficiente vno, poteſtas conferendi ad alterum deuoluatur. eo. tit. in 6. Poteſt ſane collegium electiones confirmare, & præſentatos à patronis inſtituere, cap. cum olim, de maior. & obed. quoniam ea res futuro ſucceſſori non adeo grauis eſt, vt beneficiorum collatio. Nam tametſi beneficia principaliter conferantur, vt eccleſiis conſulatur, non perſonis: tamen epiſcopus cui vult gratificatur conferendo, & ita viros probos ſibi conciliat, ac deuinctos reddit, adeo vt collatio beneficiorum in fructibus ipſius epiſcopatus numerari ſoleat. in d. c. cum olim. Receptum quoque eſt interim dum vacat epiſcopatus, licere collegio Eccleſiam commendare, & viro idoneo adminiſtrationem concedere, donec eligendus epiſcopus miniſtrum paſtoremq; ei præfecerit. Notat. in d. cap. cum olim. & c. bonæ. de appel. Illud animaduertendum eſt, quamuis collegium eccleſiaſticum beneficia non conferat, ea tamen quæ iuriſdictionis ſunt, expedire & exequi poſſe. tit. de maior. & obed. in 6. not. in d. c. cum olim.

Cap. VII.

De propontifice, qui Vicarius appellatur.

Certi iuris eſt vicarium generalem epiſcopi beneficiorum conferendorum ius non habere. cap. vltim. de officio vicar. Poteſt tamen ſpecialiter ea facultas ei concedi ab epiſcopo, nec cuiquam alij qui vicarius generalis non ſit. notat. in dict. cap. vltimo. cap. de liberatione. §. vltimo. de officio lega. in 6 cap. ſtatutum, de præben, eod. libro. Quo caſu beneficia vacantia quibuſcunque perſonis idoneis recte confert, præterquam ipſi epiſcopo, cuius vice fungitur. c. 1. de conſect. in 6. Cum enim vna & eadem perſona eſſe intelligantur, inter dantem ac recipientem beneficium nihil intereſſet, quod abſurdum videtur. cap. vlt. de inſtit. Verum ſi vicarius, qui poteſtatem ſubſtituendi ab epiſcopo accepit, aliquem ſibi ſubſtituerit, non prohibetur ſubſtitutus vicario beneficium conferre, cum ab epiſcopo magis quam à vicario ſubſtitutus intelligatur. l. item eorum. ff. quod cuiuſcum. Quamuis autem beneficia non conferat vicarius generalis, confirmare tamen electos & præſentatos à patronis inſtituere poſſe creditur. cap. ex frequentibus de inſtit. cap. dilecto. de præben. Tractari ſolet an epiſcopus vicario ſuo certi tantum beneficii conferendi facultatẽ concedere poſſit. Quod dubitationem non habet, ſi de beneficio iam vacante loquamur. Sed ſi nondum vacet beneficium, vulgo traditum eſt, hanc facultatem ne vicario quidem concedi poſſe, ca. conſtitutus, de conc. præben. ne fraus fiat Lateranenſi concilio, quo beneficiorum nondum vacantium collatio tanquam inducens votum captandæ mortis alienæ prohibetur. cap. nulla, de conc. præb.

De conductore. Cap. VIII.

Conductor redituum obuentionumque epiſcopalium, an poſſit beneficia conferre quæſitum eſt. Solent enim antiſtites noſtri temporis nouo more ac veteribus incognito, muneris ſui vacatione impetrata, eccleſiarum ſibi creditarum reditus omnes fruendos locare, vt lib. 8. dicemus. Et videtur non poſſe, cum id ne vicario quidem ipſi liceat, vt ſup. diximus. Ius tamen præſentandi habet, vt ex Alexandri reſcripto colligitur, quod nonnulli interpretatione ita reſtringunt, vt de conductione ad non modicum tempus facta intelligatur. cap. ex literis. de iure patron.

De poſſeſſore. Cap. IX.

Qui ius non habet conferendi beneficia, ſi bonæ fidei poſſeſſor ſit, nihilominus conferre poteſt. Quod adeo verum eſt, vt ea collatio proprietarii ipſius collatione prior habeatur. cap. cum olim, de cauſ. poſſeſ. cap. querelam. de elect. cap. conſultationibus, de iure patronat. Nam collatio beneficiorum, vt ante admonuimus, fructuum pars eſſe intelligitur: & conſtat bonæ fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari. §. ſi quis à non domino, Inſtit. de rerum diuiſione. cap. grauis, de reſtit. ſpol. Proinde ſi malæ fidei poſſeſſor contulerit beneficium, irrita eſt ea collatio. Et quorundam ſententia eſt, hoc caſu collationem à proprietario, qui non poſſidet, factam valere. Sed opinio contraria verior eſt, cum propria authoritate inuaſorem ſpoliare non debuerit cap. in literis. de reſtit. ſpol. Panorm. in dicto cap. conſultationibus.

Sequeſtrum beneficia conferre poſſe: & obiter explicati duo loci, qui inuicem pugnare videbantur, Iuliani ſcilicet & Florentini Iureconſultorum aduerſus aliorum ſententiam.

Cap. X.

Quæſtio eſt controuerſi iuris, an ſequeſter beneficia conferre poſſit. Sequeſtrum vocamus eum apud quem res controuerſa deponitur, vt finita lite & controuerſia, reſtituatur victori. l. ſequeſter, de verborum ſign. l. ei apud quem. l. proprie. l. licet. depoſ. Et probabilior mihi videtur eorum opinio, qui exiſtimant eum conferendi ius habere. Innocent. in cap. examinata. de iud. Felin. in cap. cum Bertoldus, de re iudic. non quod poſſideat: nam & poſſeſſor eſſe, & non eſſe poteſt. Qua de re magna eſt in iuris Doctores contentio, nec ſatis conuenit quando poſſidere dicendus ſit. Ego autem ita ſentio, ſi ea mente ſequeſtratio fiat, vt ipſa poſſeſſio: de qua exiſtit controuerſia, dimittatur, ſequeſtrem poſſidere: aliàs cuſtodiam rei tantum ei commiſſam videri. Sed ſi incertum ſit, qua mente id factum fuerit, poſſeſſionem in eum tranſlatam minime interpretabimur: id quod ex Iuliani verbis apertiſſime colligitur, leg. intereſſe, de acquiren. poſſeſ. Nec me mouet quod Florentinus ſcribit leg. licet, depoſ. Rei depoſitæ proprietas apud deponentem manet, ſed & poſſeſſio, niſi apud ſequeſtrum depoſita eſt. Nam tunc demum ſequeſter poſſidet, &c. Quibus verbis ſignificare videtur ſequeſtrum ſemper poſſidere, quamuis depoſitarius non poſſideat. Hæc enim verba non recte meo iudicio ab interpretibus vulgo accipiuntur, ſed mihi videtur is ſenſus eſſe, rei depoſitæ poſſeſſionem apud deponentem manere, niſi ipſa poſſeſſio depoſita eſt, id eſt, niſi res animo dimittendæ poſſeſſionis tradita eſt, vt Iulianus ait dict. leg. intereſſe. Nam deponere verbum, dimittere ſignificat, vnde imperium deponere, magiſtratum deponere, & ſimiles locutiones. Et Vlpianus cap. 34. de acquiren. poſſeſ. deponere poſſeſſionem dixit eodem ſenſu: Animo, inquit, deponere & mutare poſſeſſionem nos poſſe Celſus & Marcellus ſcribunt. Cui interpretationi mirum in modum congruunt & ſequentia eiuſdem Florentini verba: Nam tunc demum ſequeſter poſſidet, id eſt, eo tantum ca-

eum caſu poſſidet ſequeſter, cum poſſeſſio apud ipſum dimiſſa depoſitaque eſt. Et ſubiicitur ratio. Id enim agitur ea depoſitione, vt neutrius interim poſſeſſionis tempus procedat. Dixerit aliquis: Nihil ergo opus erat ſequeſtri mentionem facere, ſed generaliter excipere ſufficiebat, niſi depoſita eſt poſſeſſio, id eſt, dimiſſa. Reſpondeo ſequeſtri mentionem ideo factam eſſe à Florentin. quod penes depoſitarium non ſoleat poſſeſſio dimitti, niſi ſequeſter ſit. Vt igitur ad propoſitam quæſtionem reuertamur, quamuis ſequeſter fortaſſis nō poſſideat, eum nihilominus beneficia conferre poſſe arbitror. Nemo ſiquidem inficiari poteſt, quin adminiſtrationem habeat non temporalium modo ſed etiam ſpiritualium. clem. de ſeq. poſſeſ. Itaque fructuum collectio ad eum pertinet, in quibus & beneficiorum collatio numeratur. Adde quod vtilitas exigit, vt primo quoque tempore eccleſiis vacantibus prouideatur. c. ne pro defectu. de electio. Non obſtat huic ſententiæ quod fructus rei ſequeſtratæ debent reſtitui victori, quos ſequeſter conſumere hic videtur. clem. de ſeq. poſſeſ. Nam id accipiendum eſt de fructibus, qui conſeruari poſſunt: at collationem beneficiorum differre, donec finem acceperit controuerſia, fauor Eccleſię non permittit: nec vlla eſt alia horũ fructuum reſtituendorum ratio. Taceo quod tametſi viros bonos conferendis beneficiis demereri fructus non exiguus merito habeatur, quo non temere quenquam priuari oportet, glo. c. cum olim. de maior. & obed. nimis tamen præfracte hoc ius defendere haud ſcio an ſacerdotem deceat: ſuſpicionem certe πλεονεξίας cuiuſdam, atq; adeo turpis quæſtus effugere vix poteſt, qui tanti hoc ius facit, vt pro eo ſibi aſſerendo tanquam pro reditu quouis commodoque pecuniario dimicandum putet. Nihilo magis obſtat quod ſequeſter nomine tantum alieno adminiſtrat, & creditori ſimilis videtur, quem conſtat ob ius patronatus, quod cum vniuerſitate ei obligatum eſt, præſentare ad beneficium obtinendum neminem poſſe. cap. cum Bertholdus. de re iud. Ceſſat enim hic ratio, cuius ante meminimus, cum patronus, idemque debitor interim præſentare queat. Nullus autem litigatorum, quamdiu res ſequeſtrata eſt, eius rei nomine quicquam exequi poteſt.

Cap. II.

Ius conferendorum beneficiorum in Gallia regem habere, & vnde id ius quod Regalia dicimus, ortum habuerit.

QVædam ſunt in Gallia cathedrales ſeu epiſcopales Eccleſiæ, quibus rectore paſtoreque deſtitutis, ſi quæ beneficia interim vacauerint, dum aliquis in demortui pontificis locum ſuffectus fuerit, rex noſter iure ſuo, ſed certo quodam modo ea confert, ac diſtribuit. Nam quæ beneficia pontifex ipſe viuus ac ſuperſtes conferret (exceptis, quæ parochiales dicuntur, eccleſiis) eorum collatio interim principis eſt: idque ius Regalia vulgo appellatum, ſingularia quædam præcepta habet: de quibus variis in locis huius tractatus noſtri diſſeremus. cap. generali. de elect. in 6. gloſſ. pragmat. titul. de annat. Nec dubitandum eſt, quin hoc ius regi competat, ſaltem ob temporis vetuſtatem, quæ hominum memoriam excedit. cap. 1. de præſcript. in 6. Sed quia collatio beneficiorum res ſacra ſpiritaliſque eſſe dicitur, ideoque à laicis prophaniſque hominibus aliena, cap. decernimus, de iud. ſunt qui hanc conſuetudinem ex errore magis, quam ratione profectam eſſe contendant. Archidiac. in cap. imperium. 10. diſtinct. Cuius opinionis refellendæ gratia non dicam quod Marſilius Patauinus ante annos ducētos ad Ludouicum IIII. Imperatorem Romanorum ſcripſit, nempe beneficiorum diſtributionem rem omnino prophanam temporalemque iudicandam eſſe, quæ principibus ac magiſtratibus prophanis magis quam epiſcopis conueniat. Quæ res forte quondam ex regibus noſtris nonnullos impulit, vt proceres ac milites prophanos monaſteriis præficerent, eiſque monaſteriorum opes fruendas largirentur. De quibus ita ſcribit Æmylius libro 3. in Carolo Simplice. Summi proceres prophani locupletiſſimorum cœnobiorum opes beneficio regum acceperant, ac monachis tantum in ſumptum ſuppeditabant quantum neceſſarius vſus poſtulabat, ex iiſque ipſi deligebant, qui non Abba (nam id ſibi nomen velut ampliſſimum arrogabant) ſed Decurio vocitaretur. Per multas ætates is mos tenuerat, iam epiſcoporum iura inuadebant. Simplex coacto concilio diuitias pontificum ſanctas eſſe conſtituit. Cœnobiorum libertas ſanciri nondum poterat, quod earum facultatibus Robertus magiſter equitum ac Vgo fratres militem alebant, ac iam cum factionis ſuæ hominibus ad occupandum regni ius enitebantur. Idem lib. 5. Cœnobiorum opes prophanis proceribus attributas in Francia, oſtendimus. Robertus Francus rex eum morem ſoluit. Henricus rex paternæ ſanctitatis ea in re fuit æmulus. Quamuis igitur beneficia eccleſiaſtica Marſilius non minus prophana eſſe cenſuerit, quam quæuis alia prædia, & reges Franciæ prophanis hominibus ea erogare non dubitauerint, tamen nec ratione, nec exemplis huiuſmodi ius Regaliorum tueri velim. Illud dicam quod libro 1. iam attigi, & cuius mediocriter docto homini, facile me probaturum ſpero, in his Regalibus nihil eſſe, quod à Chriſti apoſtolorumque doctrina & veterum Eccleſiæ patrum canonibus & inſtitutis magis diſcrepet, quam in pontificia beneficiorum collatione. Nam ſi ad priſcorum inſtitutorum normam omnia exigere velimus, nullum eſt in Gallia beneficium, nullum Eccleſiæ miniſterium, quod abſque regis conſenſu cuiquam deferri poſſit. Conſtat enim ſecundum veteres canones in eligendis Eccleſiæ miniſtris, non ſolum cleri, ſed etiam populi conſenſum maxime requiri: idque ab apoſtolis etiam ipſis obſeruatum fuiſſe poſtea docebimus libro 5. Cum igitur princeps non modo vnus è populo, ſed totius populi κορυφαῖος ſit, in quem omne ius quod populus habet, aut poteſt habere, transfuſum eſt, ſatis liquet veteribus canonibus hoc ius ei ablatum non eſſe. Adempta ſiquidem populo ob tumultus forte ac ſeditiones eligendi facultate, magna ratio ſuadet, vt in principes populi ac magiſtratus, magis quam in ſacerdotes tranſlata ea poteſtas intelligatur. Dixerit aliquis, principem ius omne quod clerus olim habebat hic ſibi vindicare, adeo vt nullum clero, antiſtitibuſque ſuffragium relinquat. Quod vtique perquam abſurdum eſſe videtur. Nam etſi nominationem illam, qua principes velut eccleſiarum ac monaſteriorum patroni, vtuntur, de qua ſuo loco dicemus, tolerabilem eſſe fateantur plerique, quod clero ſuum ius hic ſaluum maneat: nulla tamen ratione fieri aiunt, vt plenum ius miniſteria beneficiaque eccleſiaſtica deferendi principes habeant. Verum admonuimus libr. 1. ordinationem, conſecrationem ac probationem miniſtrorum Eccleſiæ, quæ olim cum beneficii collatione coniuncta erat, regem ſibi non arrogare, ſed antiſtitibus liberam omnino atque integram dimittere. Videant igitur antiſtites, ne vllos ordinent clericos abſolute & ſine certa functione in eccleſia, vt concilio Chalcedonenſi præcipitur, cuius libro 1. meminimus: vel ne quenquam ordinent, qui miniſterio Eccleſiæ dignus non ſit, cui rex eum præficere voluerit. Hoc ſi facere in animum induxerint, nec paſſim quoslibet canonibus eccleſiaſticis ſoluere, vt fieri hoc tempore ſolet, confirmare auſim hoc ius Regaliorum à nominatione illa, quæ fundatoribus patroniſque eccleſiarum recepto iure competit, non multum differre. Itaque merito antiſtitibus, qui grauiter eo nomine de regibus conqueruntur, obiici poteſt vetus prouerbium, Δασύποδες κρεῶν ἐπιθυμεῖ. Ex iam dictis perſpicuum eſt, ſi vetuſtiſſimorum canonum atque inſtitutorum ratio habeatur, principem in omnia Eccleſiæ miniſteria atque beneficia plurimum iuris & auctoritatis habere: tantum abeſt, vt ius Regaliorum, quo nunc vtitur in quibuſdam tantum eccleſiis, nulla auctoritate aut ratione in mores perductum dici debeat. Poſteriora vero decreta Romanorum pontificum, item ſynodi eccleſiaſticæ, quantum regibus ac imperatoribus hac in re tribuant, vel etiam ex Gratiani rhapſodia ſatis notum eſt, ex qua nos quæ ſequuntur, excerpſimus. 63. diſt. Adrianus pontifex Romanus cum vniuerſa ſynodo Romæ congregata, Carolo magno ius conceſſit Romanum pontificem creandi, præter ea ſtatuit, vt archiepiſcopi & epiſcopi per ſingulas prouincias ab eo inueſtituram acciperent, vtque aliter conſecrari non poſſent. c. Adrianus eadem diſtinctione. Nec vero iſta conceſſio, vt priuilegium aliquod ex mera pontificis gratia & libera-

litate profectum accipi debet, ſi vera ſunt, quæ ante diximus, ſed tanquam hominis vltro bonam fidem agnoſcentis confeſſio. Leo pontifex Romanus cum toto clero ac Romano populo Othoni imperatori idem ius conceſſit. capite, in ſynodo. eadem diſtinct. Concilium Toletaneum XII. aperte decreuit, epiſcoporum creationem regii iuris eſſe. can. cum longe, eadem diſtinctione. Leo pontifex Romanus quadam epiſtola Lotharium & Ludouicum imperatores rogat, vt Reatinæ eccleſiæ gubernationem cuidam diacono concedant. can. Reatina. eadem diſtinctione. Apud Gregorium mentio eſt cuiuſdam monaſterii, quod in finibus erat Franciæ, præcipiturque ne abbas in eo abſque Regali prouiſione conſtituatur. can. hinc eſt. 16. quæſt. 1. Poſſem & alia quædam non leuiora his teſtimonia proferre: ſed quia volumen illud Gratiani ita vulgo probatum eſt, vt pars iuris pontificii hodie habeatur, libenter feci, vt auctoritatibus ex eo ſumptis vterer. Non ſum autem neſcius quanta fuerit poſtea inter pontifices & imperatores quoſdam de huiuſmodi inueſtituris contentio.

Quod vel ex Æmylio rerum Gallicarum ſcriptore luculentiſſimo cognoſci poteſt. Sic enim ſcribit lib. 5. Cum bellum ſacrum in Aſia geritur, & in Europa ſummus pontificatus cum imperio Cæſaribusque decertabat, quod vetuſta iam conſuetudine Auguſti ſcipionem ſacrum, annulumque paſtoralem epiſcopis cæteriſque patribus dabant, eamque ſacrarum dignitatem veſtituram iuraque regia appellabant, contendebantque illa Carolo Magno à pontifice maximo Adriano cum patriciatu, & à Leone cum imperio data penes ſe eſſe. Item eod. lib. de Henrico imperatore loquens: Paſchali neceſſe fuit caput hoſtis ſui corona exornare, ac ius ſacrarum veſtiturarum fando illi permittere. Diſceſſus Cæſaris pontifex habita ſynodo decretum vi factum induxit. Eodem libro veſtituræ eccleſiaſticæ baculique ſacri ac annuli dandi iuri ceſſit Auguſtus. Et legatus Romanus in gratiā conſortionemque piorum recepit: & ius litui dandi ea ratione reſtituit, vt id priuilegium foret, ac homini datum ad poſteros non valeret, nec exemplo haberetur. Eodem libro. Philippo primum ac deinde Craſſo regibus mirum eſt, quantum incrementi res ſacræ cœperint. in primis abrogatum eſt ius Cæſaribus locupletiſſima ſacerdotia, quibus videretur, dandi, quæ res multum virium illorum maieſtati detraxit in animis popularium. Cauſa imperatorum victa, indignatio tamen manebat & quærela. Fuit etiam de ea re controuerſia non mediocris inter Philippum Pulchrum Francorum regem, & Bonifacium octauum: cuius meminit idem Æmilius libr. 8. Poſt tantas igitur tamque diutinas concertationes, hoc ius, quod Regaliorum appellatur, in ſacra beneficia ſolum retinuerunt reges noſtri, & credibile eſt eos ita decidiſſe, ac veluti tranſegiſſe cum Romanis pontificibus, cum totum obtinere quod petebant, ipſis non liceret. Certe illud ius concilio Lugdunenſi primum, cui Bonifacius octauus præfuit, c. generali, de election. in 6. deinde Baſilienſi probatum atque confirmatum eſt. §. item quod dicto, de annat. in pragmatica. De hoc autem iure melius erit fortaſſis pauca quædam obiter ſubiicere ad forenſem vſum neceſſaria, quamuis ea diſputatio ab huius libri argumento paulo alienior eſſe videatur. Ac in primis ſciendum eſt, hoc ius non ſolum in diſtributione beneficiorum, ſed etiam in perceptione fructuum conſiſtere. Nam princeps, quamdiu vacat epiſcopalis ſedes, prædiorum omnium adminiſtrationem ſuſcipit, ipſiſque arbitrio ſuo vtitur ac fruitur: idque exiſtimant nonnulli ex clientelarum, ſeu, vt nunc loquimur, feudorum lege ortum eſſe, quod à vero non abhorret. Nec ſane multum refert, quomodo vacet Eccleſia epiſcopalis, an morte, an promotione ad aliud munus eccleſiaſticum, aliiſve modis, de quibus libro octauo tractabimus. De eo qui in cardinalium Romanæ Eccleſiæ ordinem & collegium cooptatur, quæſtio agitari ſolita eſt.

Verum ex iis, quæ ſcripſimus libro primo, ſatis apparet Cardinalis Romani officium huiuſmodi eſſe, vt alterius ciuitatis epiſcopo id exequi non liceat. Panormitanus in cap. bonæ, de poſtulat. præl. Proinde is, qui ad eum dignitatis gradum prouehitur, non immerito dicitur epiſcopalem honorem amittere. Atque ita ſæpe iudicatum eſt in curia centumuirali, cuius propria ac peculiaris eſt de Regalibus cognitio, 1361. 20. Nouembris: 1384. 2. menſis Iulij: 1363. 20. Ianuarij. Vt autem vacare deſinat epiſcopalis ſedes, quædam requiruntur, quæ vulgari illa conſtitutione, cuius initium eſt, Dum epiſcopus, diſerte expreſſa ſunt. Primum enim nouum antiſtitem rite ac legitime creatum lectumve eſſe oportet. Deinde eum vt regis clientem iureiurando in ipſius verba adactum eſſe, & literas regias iuriſiurandi huius ſolennis nomine apud præfecturam ratiociniorum receptas præſcriptaſque eſſe neceſſe eſt. Hoc amplius aliis literis opus eſt, quibus præfecti ratiociniorum, regio fundorum epiſcopalium diſpenſatori mandent, vt nouum antiſtitem eiſdem frui ſinat. Nec ante deſinit rex iure ſuo vti, quam adminiſtrator ille, ſeu diſpenſator huiuſmodi literas acceperit. Et quia ſæpenumero quæri ſolet, in quas epiſcopales eccleſias hoc ius Regaliorum rex ſibi vendicet, apponam hic catologum, qui apud præfecturam ratiociniorum præſcriptus reperitur, in hunc fere modum: In tota prouincia Senonenſi, excepta diœceſi Antiſſiodorenſi, Regalia locum habent: in prouincia Rhemenſi, excepta diœceſi Cameracenſi: In prouincia Bituricenſi, Lemouicenſi, Chaturicenſi, Ruthenenſi, Albienſi, Mimatenſi: In prouincia Turonenſi, excepta Macloüienſi, Venetenſi, & aliis Britanniæ eccleſiis. In archiepiſcopatu Burdegalenſi ſolum, non etiam in aliis eiuſdem prouinciæ. De Pictauenſi, quia dubitabatur, præcepit rex vt inquireretur, &c. In tota Normania, Regalia locum habent. Supereſt, vt ex præceptis Regaliorum ſingularibus quædam hic perſtringamus. Nam omnia perſequi non eſt huius loci neque inſtituti noſtri. Ac præcipua quidem eorum præceptorum ad vacantia beneficia pertinent, quæ Regaliorum iure rex diſtribuit, tantiſper dum ſedes epiſcopalis vacat. Quæritur enim quamdiu vacantia iudicari debeant, vt rex ea conferre poſſit: & an ea, quæ vacare cœperunt ob mortem, aut delictum, aut aliam huiuſmodi cauſam ante Regaliorum inceptorum tempus, collato alicui beneficio, vacare deſinant. Et receptum eſt quamuis beneficium ante id tempus collatum ſit à Romano pontifice, ſi tamen poſſeſſio nondum fuerit eo tempore apprehenſa, liberum ſit regi beneficium vt vacans, arbitrio ſuo conferre. Dupliciter enim hic dicitur vacare beneficium.

Primo, Cum nemini ante tempus Regaliorum ita collatum eſt, vt ius aliquod adhuc ei quæſitum ſit.

Secundo, Cum is cui forte collatum eſt, non poſſidet: tametſi iure communi poſſeſſionis ratio haberi non ſoleat. Siue igitur vtroque modo beneficium, ſiue altero tantum vacet, collatio regis eſt iure ſingulari; idque Philippina conſtitutione nominatim cautum eſt.

Sed & quorundam opinio eſt, durante lite, quæ poſſeſſionis nomine mota eſt ſine fraude, adhuc vacare beneficium, donec vindiciæ alterutri adiudicatæ fuerint, quāuis forte quis corpore incumbat poſſeſſioni. Secundum quam opinionem iudicatum eſt, anno 1387. die 18. Ianuarij. Idemq; dicendum putant aliqui, etſi quis per procuratorem tantum poſſeſſionem beneficij adeptus fuerit. Quia conſtitutio Philippina veram requirit poſſeſſionem, nec vllam iuris fictionem admittit. Sed hæc ſententia ſcrupulo non caret, vt alias demonſtraturi ſumus.

Adde quod ſi quis in canonicorum collegium lectus & cooptatus ſit, receptio & in poſſeſſionem inductio, quæ ab eodem collegio peti ſolet, adeo neceſſaria eſt, vt de ea re collegium appellaſſe, & omnem diligentiam adhibuiſſe non ſufficiat, vt iudicatum eſt anno 1380. die vero 27. Nouemb.

Aliud ius ſingulare in Regalibus reperitur, quia pendente lite poſſeſſio, quam ſtatum vocant, interim regia liberalitate ſubnixo adiudicari, nec aduerſarius rem controuerſam ſequeſtrari poſtulans audiri conſueuit. Quinimo ſi triennii cōtinui poſſeſſionem alleget, ne hac quidem præſcriptione regis beneficiarius ſummouebitur, cui ſola triginta annorum exceptio obſtare poterit, vt Ludouici 12. conſtitutione ſancitum eſt. Sed vereor ne cancellos quos mihi ipſe circumdedi, iam nimium egredi videar. Itaque finem hic facio, reliqua paulo commodius ſuis quæque locis explicaturus.

QVIBVS

QVIBVS POSSINT BENEFICIA CONFERRI, LIBER QVARTVS.

ARGVMENTVM.

Sequens locus eſt de perſonis quibus beneficia poſſunt diſtribui, quo nullus eſt in tota hac diſputatione tractatus dignior. Non enim Iſocrati aſſentimur, qui ad Nicoclem ſcribens ait: Non ſicut ſacerdotium, ita & regnum cuiuſuis hominis eſſe, cum in his beneficiis conferendis, morum, eruditionis, ætatis, natalium, coniugii, aliarumque rerum huiuſmodi maxime ſit habenda ratio, ne parum idonei ad honores eccleſiaſticos promoueantur. De quibus ſigillatim in hoc libro diſſerere, & à moribus promouendorum exordiri inſtituimus.

CAP. I.

Quibus præditum moribus, & à quibus vitiis alienum eſſe eum oporteat, cui beneficium confertur.

IN eũ qui ordinandus eſt, & ad ſacrũ miniſteriũ promouendus, ſic inquirendum eſſe canones præcipiunt, vt morum & vitæ ante actæ potiſſimũ habeatur ratio, ca. cũ in cũctis, de electionib. c. ſi quis viduã. 50. diſtin. c. qui in aliquo. 51. diſt. c. priſcis. 55. diſt. Nã ſicut conſtitutio imperatoria magiſtros & profeſſores artiũ primũ vult excellere moribus, deinde facundia, l. magiſtros. C. de profeſſoribus & medicis, ita à ſacerdote, morum grauitatem & honeſtatem præcipue efflagitamus. Scitum etenim illud eſt: Quales in rebuſpublicis principes ſunt, tales & reliquos ſolere eſſe ciues. Quod & ad Eccleſiæ præfectos atque miniſtros pertinere dubium minime eſt. Quomodo enim poteſt, inquit Diuus ille Hieronymus, præſes Eccleſiæ auferre malum de medio eius, qui in delictum ſimile corruit? Aut qua libertate peccantem corripere poteſt, cum tacitus ipſe ſibi reſpondeat, eadem ſe admiſiſſe quæ corripit? cap. vlt. 25. diſtinct. Verum & aliam rationem affert Iuſtinianus noſter nouella 123. Si hi, inquit, quorum munus eſt orare pro populo, indigni miniſterio Dei inuenti fuerint, quomodo pro populi delictis placare Deum poterunt? 49. diſtinctione, in principio. Et conſtat hunc morem iam inde ab initio fuiſſe in Eccleſia obſeruatum, vt nemo ad ſacerdotium ſeu miniſterium Eccleſiæ reciperetur, niſi publice in eius mores inquiſitione facta. Quod vel Lamprid. teſtatur in Alex. Seuero his verbis: Vbi aliquis voluiſſet vel rectores prouinciis dare, vel præpoſitos facere, vel procuratores, id eſt, rationales, ordinare, nomina eorum proponebat, hortans populum, vt ſi quis quid haberet criminis probaret manifeſtis rebus, ſi non probaſſet, ſubiret pœnam capitis. Dicebatque graue eſſe, cum id Chriſtiani & Iudæi facerent in ordinandis ſacerdotibus, non fieri in prouinciarum rectoribus quibus & fortunæ hominum committerentur & capita. Ob quæ autem vitia arceatur quis à ſacro illo miniſterio, Paulus ipſe non vno in loco docet ac demonſtrat. 1. ad Timoth. ca. 3. ad Titum cap. 1. Ex quo fere ſumpta ſunt ea quæ diffuſiſſime tractantur à Gratiano, à 25. diſtinct. ad 50. ſuorum collectaneorum. Ait enim Paulus eum eligi epiſcopum ſeu presbyterum debere, qui ſit νηφάλιος, id eſt, vigilans, σώφρων, id eſt, ſobrius, κόσμιος, id eſt, modeſtus, φιλόξενος, id eſt, hoſpitalis, μὴ πάροινος, id eſt, non vino deditus, μὴ πλήκτης, id eſt, non percuſſor, μὴ αἰσχροκερδής, id eſt, non turpis lucri cupidus, ἄμαχος, id eſt, à pugna & contentione alienus, ἀφιλάργυρος, id eſt, pecuniæ non auidus, μὴ αὐθάδης, id eſt, non ſuperbus nec præfractus, μὴ ὀργίλος, id eſt, non iracundus, φιλάγαθος, id eſt, bonarum rerum ſtudioſus, δίκαιος, id eſt, iuſtus, ὅσιος, id eſt, pius ſiue ſanctus, ἐγκρατής, id eſt, temperans. Hoc autem ita accipi debet, non vt epiſcopus is demum eligatur, in quo nihil horum vitiorum penitus inſit: res enim contra naturam pene eſt, (inquit Hieronymus) ſine peccato aliquem eſſe, ſed egregium & animi dotibus virtutibuſque præcellentem multitudini eſſe oportet, vt eius comparatione (quod idem ait) cæteri grex dicantur. cap. vnum. 25. diſtin. Maxime vero illud cauendum eſt, ne quid accuſatione iudiciali criminationeque dignum ab eo perpetratum ſit. Quod ſatis oſtendit Paulus cum ait eum ἀνέγκλητον, aut quod idem eſt, ἀνεπίληπτον eſſe debere. Et quanquam Paulus in eo loco de epiſcopis loquitur, tamen de cæteris omnibus presbyteris dubium non eſt, quin ea verba accipi debeant, cum eo tempore iidem & presbyteri, & epiſcopi appellarentur, vt Chryſoſtomus & Hieronymus aiunt. De diaconis vero ſeu miniſtris eccleſiarum, qui presbyteri nondum creati ſunt, paulo poſt ita loquitur Paulus, vt facile appareat eum non minorem vitæ integritatem puritatemque ab illis, quam à presbyteris exigere. Hinc à noſtris traditum eſt ob crimen hæreſeos, cap. odit. 1. quæſt. 1. ſchiſmatis, can. inter hæreſim. 24. quæſt. 3. ambitus. l. ſi quenquam. C. de epiſcopis. cap. nobis. de ſimon. cap. cum clerici. de pact. maieſtatis, cap. fœlicis. de pœnis. in 6. ſacrilegii cap. venerabilem. de elect. falſi, cap. ad falſariorum. de crimin. falſi. periurii. cap. querelam. de iureiuran. homicidii, cap. accedens, de accuſat. cap. ad aures. de ætate & qualitate. cap vltim. de tempor. ordin. & alia huiuſmodi crimina hominem beneficii incapacem reddi. Et obſeruandi hic ſunt Canones atque conſtitutiones, quæ cauſas continent, propter quas amittitur beneficium, de quibus poſtea aliquando pleniùs diſſeremus. Nam ob eaſdem cauſas multo magis beneficium adipiſci quis prohibebitur. cap. vltim. 15. quæſt. 1. cap. ſuper his. de accuſat. Adde ſupradictis eum cui nota aliqua infamiæ inuſta eſt, & cuius apud bonos & graues viros grauata eſt exiſtimatio, beneficiũ conſequi non poſſe. c. laici. 33. diſtin. cap. vlt. de furt. Quod & in eo locum habet, qui reus alicuius delicti poſtulatus eſt, quamuis forte damnatus nondum ſit. c. vltim. de teſti. c. omnipotens. de accuſa. Idem de eo eſt dicendum, cui vel ſacra communione, vel officio miniſterioque ſuo interdictum eſt, ca. poſtulatis. de cler. excommu. ca. cum bonæ. de ætate & qual. ca. cum dilectus. de conſuet. Hæc autem omnia ſic accipienda ſunt, niſi veniam reſtitutionemque impetrauerit beneficiarius vel à ſummo põtifice, cuius pleniſſima eſt in hac re poteſtas ac libertas: vel ab alio inferiore epiſcopo, cui interdum & gratiam canonis facere permittitur. c. 2. de cler. non ord. miniſt. c. 2. de cler. pug. in duel. vbi not.

CAP. II.

Quarum literarum atque linguarum cognitione inſtructus debeat eſſe beneficiarius.

IMperitis literarum beneficia conferenda non eſſe certi iuris eſt, c. illiteratos. 36. diſtin. c. pœnitentes. 55. diſti. c. cum in cunctis. de elect. c. vltim. de temp. ord. in 6. adeo vt irrita cenſeatur huiuſmodi collatio authore Innocentio, quem & Felinus ſequitur. Innocent. in c. cum noſtris. de conc. præb. Feli. in c. per tuas. de ſimon. Proinde ſi quis forte literarum ignarus ad ſacrum miniſterium obrepſiſſe deprehendatur, is confeſtim ab eo remouendus eſt. cap. vltim. de æta. & qual. Nam ſi laicis prophaniſque hominibus doctrina neceſſaria eſt, in iis profecto qui cæteris præſunt & ſe doctores aliorum profitentur, intolerabilis eſt, nec vllam veniam meretur inſcitia. cap. ſi in laicis. 38. Hinc legitur Oſeę 4. cap. Quia tu ſcientiam repuliſti, ego te repellam ne ſacerdotio fungaris mihi. cap. omnes. 38. diſtin. cap. niſi cum pridem. de renunt. Et Malach. 2. Labia ſacerdotis cuſtodiunt ſcientiam & legem exquirunt de ore eius. c. ſit rector. 43. diſtin. Quibus locis admonentur ſacerdotes, vt ignorantiam veluti peſtem quandam, vt ait Iſidorus, & vt legitur in concilio Toletano, matrem cunctorum errorum à ſe abiiciant. c. ideo. 37. diſtin. c. 1. 38. diſtin. Sacerdotis enim partes ſunt, non ſolum docere verbum Dei, ſed etiam contradicentes refellere, ac vt Paulus ad Titum ſcribit, cap. 1. ἐπιστομίζειν. Et rationem omni poſcenti de

fide ſua eos reddere iubet Petrus. 1. Pet. cap. 3. Quæ omnia abſque doctrina & eruditione præſtari non poſſunt, can. qui eccleſiaſticis, 36. diſtin. periculum ſiquidem eſt, ne ſi cæcus cæco dux fuerit, ambo in foueam cadant. can. ideo. 37. diſtin. can. quæ ipſis. 38. diſt. cap. cum ſit. de ætate & qualit. Verum ad hanc eruditionem ſibi parandam ſtudio, labore, vigiliis, meditatione opus. Cuius rei quodnam locupletius teſtimonium eſſe poteſt, quam quod Paulus ad pedes Gamalielis legem & prophetas ſe didiciſſe teſtatur? Actorum 22. quodque Timotheum ac Titum ad ſtudium & lectionem tantopere hortatur & ſtimulat? 1. ad Timotheum. 4. ad Titum cap. 1. 38. diſtin. can. 1. Qua ratione conſtitutum eſt, vt beneficiarius ſtudiorum cauſa abſens, integros ſui beneficii fructus percipiat. ca. 2. de priuilegiis. in 6. Nec nos mouere debet ꝙ noſtræ religionis Coryphæi literas non didicerint, cum omnia ſpiritus ſanctus ipſis ſuggereret, vt ait Hieronymus, eſſentque vt loquitur Eſaias cap. 54. Theodidacti. Nec vero ſacras tantum literas, id eſt, vetus & nouum Teſtamentum intelligere ſacerdotem oportet, ſed canones quoque, qui dogmata & diſciplinam eccleſiaſticam continent, noſſe debet. can. nulli. 38. diſtin. ac præſertim epiſcopus, cui ad dirimendas de matrimoniis aliiſque huiuſmodi negotiis controuerſias, canonici iuris ſcientia perquam neceſſaria eſt. cap. 1. de conſang. vbi not. Alia cauſa videtur eſſe iuris ciuilis, cuius ſtudium beneficiariis quibuſdam Honorius tertius pontifex interdixit, cap. ſuper ſpecula. ne cler. vel mon. His etenim opprobrium eſt, inquit Iuſtinian. ſi peritos ſe velint oſtendere forenſium diſceptationum. l. repetita. C. de epiſc. Si tamen ius ciuile ſacerdos velit legere, non vt in foro verſetur, & cauſas agat, ſed vt ex illo æquitatis iuſtitiæque vberrimo fonte aliquid hauriat ac deguſtet, quod ad profeſſionem ſuam conferat, minime id improbandum reor: nam vt de illo doctrinarum orbe taceam, qui à Græcis ἐγκυκλοπαιδεία dicitur, ius canonicum ſiue pontificium, ſaltem id, quo nunc vtimur, magna ex parte cum iure ciuili coniunctum eſt, vt abſque eo commode tractari nequeat. Quæ ratio fortaſſis mouit Alexandrum cũ tota ſynodo Lugdunenſi: vt non modo iuris ciuilis ſtudium permitteret beneficiariis, ſed vacationes quoque & immunitates ſtudioſis largiretur. cap. 2. de priuileg. in 6. De Honorio ſane nobis affirmare religio eſt: quod iuris pontificii interpres Goffredus Beneuentanus in literas retulit, ignorantiam iuris in pontifice notans, nempe Honorium non aliter ac vulpem feciſſe, quæ cum vuas proceræ cuiuſdam vitis decerpere fruſtra diu conata eſſet, tandem eas contempſit ac damnauit, quod ſibi acerbiores viderẽtur. Alluſit opinor ad illud Gabriæ poetæ Græci tetraſtichum:

Κερδὼ βότρυων, βλέπουσα μακρᾶς ἀμπέλου,
Πρὸς ὕψος ἦρτο, καὶ καμοῦσα πολλάκις
Ελεῖν, ἀπῄει, πρὸς δ' ἑαυτὴν ζῶντ' ἔφη.
Μὴ κάμνε, ῥαγὲς ἰμφαμίζουσιν μάλα.

Verum de his iam plus ſatis. Studium medicinæ, ſeu vt loquuntur, phyſicæ, eadem Honorii conſtitutione non aliter ac ius ciuile prohibitum eſt. Nam medicos rudi illo ſeculo phyſicos fuiſſe appellatos, multis teſtimoniis argumentiſq; compertum habemus. cap. ad aures. de æta. & qualit. Videndum tamen eſt meo iudicio quorſum hoc medicinæ ſtudium amplectantur, vt de iure ciuili diximus. Quod enim præfatur Honorius de amplificando theologiæ ſtudio, ſatis oſtendit conſtitutionem de his accipiendam non eſſe: qui eo conſilio ſtudent medicinæ, vt theologiam commodius ac fælicius tum diſcere, tum docere queant. Conſtat enim plurimum commodi atque ornamenti ex medicina, ſicut & ex reliqua Philoſophia, theologiæ ſtudio accedere poſſe. Vt mittam quod Galenus doctrinam anatomicam theologiæ initiũ eſſe ſcribit, & additum ad agnitionem Dei. Id quod ſatis probaſſe videtur ſynodus Baſilienſis, quæ profeſſores medicinæ à ſacris beneficiis minime arcendos eſſe voluit. tit. de collat. §. inſuper. in pragm. Ac vt ſummatim omnia complectar, nulla eſt liberalium diſciplinarum, quamuis forte ethnicorum libris contineatur, quæ ſacerdoti admodum vtilis ac neceſſaria non ſit, ſi modum in ea re adhibeat, & ad eum de quo iam dixi, ſcopum ſtudia ſua conferat. can. turbat. 37. diſtin. Qua de re Baſilius magnus in homilia, cuius titulus eſt, De vtilitate capienda ex Gentilium authorum libris, copioſiſſime diſſerit. Nec aliter veteres illos patres ſenſiſſe veriſimile eſt in ſynodo Carthagin. cum epiſcopo præcipiunt, ne gentilium libros legat, can. 1. 37. diſtin. niſi quis eorum nimiæ ſimplicitati, ne dicam ſuperſtitioni id adſcribere malit. Paulus epiſcopum διδακτικὸν eſſe vult, id eſt, aptum idoneumque ad docendum: id enim eſt epiſcopi munus præcipuum. cap. inter cætera. de offic. ordin. At docere & explicare cõmode non poteſt, qui in veterum authorum lectione diu verſatus, magnam ac variam doctrinam ſibi non comparauerit. Quamobrem Iulianus imperator, qui dictus eſt Apoſtata, quod à religione Chriſtiana defeciſſet ad helleniſmum, ſcholas Grammaticorum, Rhethorum ac Philoſophorum, Chriſtianis, quos Galilæos vocabat, interdixit, futurum ſperans vt abſque liberali eruditione religionem tueri ſuam non poſſent. Author eſt Ammianus Marcellinus lib. 22. & 25. Et Theodoritus eccleſiaſticæ hiſtoriæ lib. 3. his eum verbis vſum fuiſſe refert: Propriis pennis configimur, ex noſtris enim libris arma capiunt, quibus in bello aduerſus nos vtantur. Vide eundem lib. 4. c. 29. & Tripar. hiſtor. lib. 6. c. 17. De peregrinis linguis, quibus theologiæ fontes continentur, extat Clementis V. conſtitutio, in concilio Viennenſi edita, quæ nemini nõ iuris pontificii ſtudioſo hodie nota eſt. clem. 2. de mag. Et Auguſtinus in quadam epiſt. Vt veterum, inquit, librorum fides examinanda eſt, ita nouorum veritas græci ſermonis normam deſiderat. c. vt veterum. 9. diſtin. De libris ethnicorum pulchre loquitur Beda: cuius verba hic ſubiecimus: Turbat acumen legentium, & deficere cogit, qui eos à legendis ſæcularibus libris omnibus modis exiſtimat prohibendos, in quibus ſi qua inuenta ſunt vtilia, quaſi ſua ſumere licet, alioqui Moſes & Daniel ſapientia & literis Ægyptiorumque Chaldæorumq; non paterentur erudiri, quorum tamen ſuperſtitiones ſimul & delitias horrebant. Nec etiam ipſe magiſter gentium aliquot verſus poetarum ſuis vel ſcripturis vel dictis indidiſſet. c. turbat. 37. diſtin. Sed, vt iam admonui, etiam atque etiam videndum eſt, ne huiuſmodi Sirenes ab inſtituto itinere nos auertant, & τὸ πάρεργον, vt eſt in prouerbio, ἔργον fiat. Si quis (inquit Hieronymus, enarrans epiſtolam ad Titum) artem nouerit grammaticam vel dialecticam, vt recte loquendi rationem habeat, & inter falſa & vera diiudicet, non improbamus. can. ſi quis artem 37. diſtin. Idem alibi, Nonne vobis videtur in vanitate ſenſus & obſcuritate mentis ingredi, qui diebus ac noctibus in dialectica arte torquetur? &c. can. nonne. 37. diſtin. Et Gratianus refert à Gregorio quondam epiſcopum reprehenſum fuiſſe, non quia ſæculares, vt vocant, literas didicerat, ſed quia contra epiſcopale officium, pro lectione euangelica grammaticã populo exponebat. c. turbat. 37. diſt. Quæ hactenus à nobis dicta ſunt de beneficiariorum eruditione, ea de epiſcopis accipi volumus, & cæteris animarum curatoribus, quorum munus in docendo conſiſtit. Nam cæteri clerici ordinum inferiorum, puta, lectores, aut cantores, quamuis literarum expertes eſſe non debeant, vt ſcribit Iuſtin. Nouel. 6. & 123. eorum tamen inſcitia non adeo eccleſiæ pernitioſa eſt, toleraturque in eis qualiſcunque literatura, modo vt pſallendi ac legendi periti ſint, aut alias ad munus ſuũ obeundũ inſtructi. not. in d. c. cũ in cunctis. & in d. c. illiteratos. At enim nimium ſeueri cenſores ac rigidi pleriſque fortaſſis videbimur, qui rerũ omniũ tam humanarum, quam diuinarum ſcientiam à ſacerdote exigamus, cum vel in vna aliqua arte ac diſciplina excellere difficillimũ ſit. Sed quid mirũ nos in theologo ac ſacerdote idem requirere: ꝙ in oratore Cicero, in architecto Vitruuius? Eſt .n. artium omniũ vt præſtantiſſima, ita longe operoſiſſima ac periculoſiſſima, quæ ad curam animarũ pertinet. c. ante. 40. diſt. c. cũ ſit. de æta. & qualit. Nec vero perfectam illam omnibuſq; numeris abſolutam rerũ cognitionem, quæ nuſquam fortaſſis reperitur, ita deſidero, vt non hic mediocritatem amplectendam eſſe cenſeam, & nos homines eſſe, in eſt, id magna caligine & rerum ignoratione verſari, obliuiſcar. In his enim tenebris beneficio ſacroque miniſterio dignus is iudicari poteſt, qui mediocrem earum rerũ, de quibus diximus, ſcientiam eſt aſſecutus, quiq; talis eſt, quales vulgo homines eruditos appellare ſolemus. c. cũ nobis olim. de elect. c. niſi cũ pridem. §. pro defectu, de renun. l. ſciendũ. ff. de ædil. edict. Nec diſcrepat ab hac ſententia, ꝙ de ſuo architecto ſcribit Vitruuius in hunc modum: Non debet, nec poteſt architectus eſſe grãmaticus, vt Ariſtarchus, ſed non agrãmatos: nec muſicus vt Ariſtoxenus,

ſed nec

ſed nec amuſos: nec pictor vt Apelles, ſed graphidos non imperitus: nec plaſtes quemadmodum Myron ſeu Polycletus, ſed rationis plaſticæ non ignarus: nec medicus vt Hippocrates, ſed non aniatrologetos, nec in cæteris doctrinis ſingulariter excellens, ſed in his non imperitus, &c. Verum ad hanc perfectæ eruditionis ideam reſpicere debet is qui alium ordinat, & beneficium ei confert: ac eo digniorem exiſtimare, quo propius ad eam perfectionem acceſſerit. Nec enim vlla certa regula aut conſtitutione id definiri poteſt, ſed eius arbitrio tanquam viri boni ac prudentis id committitur, vt magnitudine muneris ſeu miniſterii perpenſa, cæteriſque circumſtantiis omnibus diligenter conſideratis, de doctrina & eruditione iudicium faciat. Et ſi qui ſint à ſtudio literarum penitus alieni, & patinis magis quam paginis incumbentes, cuiuſmodi noſtra fert ætas quamplurimos, quod vtinam vere ne dicerem, eos ceu peſtem quandam auerſetur, nec ad vllum beneficium miniſteriumve admittat. gloſſ. pragm. tit. de elect. §. deinde. Hæc autem eo libentius hic explanare volui populariter quidem, & craſſa, vt aiunt, Minerua, ſed niſi fallor vtiliter, quod vulgaris illa ſcientiæ diuiſio in eminentem, mediocrem, & ſufficientem parum commode ac erudite ab interpretibus tradita tractataque nobis videatur. not. in dict. c. cũ in cunctis. de electionibus.

CAP. III.

An ob vitium corporis à ſacro miniſterio beneficioq́; repelli quis debeat.

CVm quæritur an ob vitium aliquod corporis debeat quis repelli à ſacerdotio, multum refert an quis hoc malo ſe affecerit, affligendumue curauerit, an violentia, aut natura id ipſi contigerit: & hi caſus diſtinguendi atq; ſeparandi ſunt. Quod ad primum attinet, præcipiunt canones apoſtolorum, cap. 21. vt ἀκρωτηριάζων, id eſt, vt vulgo interpretantur, qui ſibi ipſi virilia amputauit, clericus minime efficiatur, quod ſui ipſius homicida ſit, & inimicus creationi Dei. c. ſi quis abſciderit. can. hi qui. c. ſi quis pro ægritudine. 55. diſtin. cap. ſignificauit. de corpor. vit. Nam is neque virorum, neque mulierum numero habendus eſſe videtur, vt olim Romæ in cauſa Genutii cuiuſdam decretum fuit, cuius meminit Valerius lib. 7. cap. 7. Eademque cauſa eius eſt, qui ſponte digitum aliudve membrum huiuſmodi ſibi abſciderit, tanquam inimicus creaturæ Dei, vt diximus can. qui partem. 55. diſtinct. quod Ammonio monacho quondam accidiſſe ferunt, hiſtor. Tripar. lib. 8. qui autem dexteram ſibi amputauit, ne epiſcopus ordinaretur. Nam verbi ἀκρωτηριάζων, quo canon vtitur, latior videtur eſſe ſignificatio, quam vt de virilium amputatione tantum intelligatur. Excuſatur ſane is qui valetudinis cauſa ſecari ſe à medicis paſſus eſt. Nam quamuis id conſulto factum fuerit, nec abſoluta fuerit hæc neceſſitas, tamen valetudinis ratio & inſtans periculum, quod vitare voluit, veniam meretur. ca. ſi quis à medicis. 55. diſtin. c. ex parte. de corpor. vit. Si quis autem ſuperſtitione, vel impatientia libidinis ductus, aut malæ alicuius ſuſpicionis vitandæ cauſa ſeipſum caſtrauerit, vt quondam Origines feciſſe traditur ab Euſebio lib. 6. eccleſ. hiſtor. & alius quidam nomine Leontius, cuius apud Theod. mentio eſt, lib. 2. ſi quis inquam, ſibi ob huiuſmodi cauſam genitalia exciderit, ſacro miniſterio indignus iudicatur. c. hi qui. 55. diſtin. Grati ſunt enim deo eunuchi, quos caſtrauit voluntas, non neceſſitas, vt inquit Hieronym. can. qui ſint. 33. quæſt. 5. Sed de his iam ſatis: ad eos qui non ſponte & conſulto mutilati ſunt veniamus. Si quis igitur per vim à barbaris ac latronibus, puta eunuchus factus eſt, aut ita natus, is ordinari non prohibetur, vt habet viceſimus canon apoſtolorum, & canon primus Nicænæ ſynodi. can. eunuchus. 55. diſtinct. cap. ex parte, de corpor. vit. Proinde Dorotheum Anthiochiæ epiſcopum fuiſſe ſcribit Euſeb. lib. 7. eccleſ. hiſto. c. 28. quamuis natus eunuchus eſſet. Idem dicendum eſt, etſi caſu aliquo fortuito id acciderit. c. præcepta. 55. diſtin. Si quis tamen aliquod membrum, aut partem corporis amiſerit, quæ ad miniſterium functionemque eccleſiaſticam neceſſaria ſit, tametſi caſu & ſine culpa ſua, is ordinari prohibetur, non quia læſo corpore eſt, inquit canon apoſtol. 77. ſed ne miniſterium eccleſiaſticum impediatur. Quod ſi forte claudicet tantum, vel oculo defectus ſit, ſed ita vt munus ſuum exequi nihilominus valeat, canones eum non arcent à miniſterio. Non enim, vt inquit canon 76. apoſtol. mutilatio corporis ipſum polluit, ſed inquinatio animæ. Poſterioribus tamen decretis pontificum miniſterio excluditur altero carens oculo, aut aliter læſus, ſi ea res magnam ei deformitatem afferat. c. ſi euangelica. 55. diſt. c. presbyterum. de cler. ægrot. Quod ex cacozelia quadam legis Moſaicæ profectum videri poteſt, Leuit. 21. c. vſque adeo. 33. diſtin. vtcunq; eam legem Theologi allegorice interpretentur, canone, Hinc etenim. 49. diſtin.

CAP. IIII.

De morbis corporis, qui hominem miniſterii beneficiiq́; eccleſiaſtici incapacem reddunt, item qui dicantur energumeni & engaſtrimythi in iure pontificio.

QVisquis graui morbo laborat, vt ad ſacrum munus obeundum non ſit idoneus, is beneficii capax non cenſetur, quamuis non eruditio, nec morum probitas, nec aliæ dotes animi in eo deſiderentur. cap. cum inter canonicos. de elect. Quid enim ſi morbo comitiali corripiatur, quem Græci ἐπιληψίαν vocant? Nam qui ſubito concidit, cuius ex ore ſpumæ mouentur, vt inquit Celſus, cum membrorum ac neruorum diſtentione, is ad rem diuinam in eccleſia faciendam vtilis iudicandus non eſt. c. communiter. 33. diſtin. Idemque de aliis huiuſmodi morbis eſt ſtatuendum, tametſi eum qui iam ordinatus promotusque eſt, non deiiciant. tit. de cler. ægrot. Maniaci autem ac fanatici, qui à cacodæmone vexari exiſtimantur, quin ad hunc locum pertineant, minime dubito, quamuis Vlpiano is morbus animi magis, quam corporis eſſe videatur. l. 1. de ædil. edict. Nam & hi à ſacerdotio repelluntur veteribus canonibus. 78. c. apoſt. c. maritum. c. communiter. c. clerici. c. vſque adeo. 33. diſtin. Et animaduertendum eſt variis nominibus eos appellari ſolere: dicuntur enim energumeni, quaſi lunatici, vt quidam interpretantur: de quibus ſic ſtatuit ſynodus Carthagin. IIII. Vt exorciſtæ energumenis manus imponant, vt energumeni pauimenta domorũ Dei verrãt, vt energumenis aſſidentibus in domo Dei, victus quotidianus per exorciſtas oportuno tẽpore miniſtretur. c. exorciſta. 23. diſtin. c. omni die, de conſe. diſtin. 5. Vocantur & ἐγγαστρίμυθοι, cuius vocis mentio eſt apud Ariſtophanem, quaſi dicas ventriloqui. Sic enim eos Latine vocat Auguſt. c. illud. 26. quæſt. 2. qui ſpiritum pytonem habere dicuntur. Act. 16. c. quod malus quiſpiam genius (immotis nempe labiis) ipſorum in ventre incluſus loqui credatur.

CAP. V.

Eos qui ex iuſtis nuptiis procreati non ſunt, ad miniſterium ac beneficium eccleſiaſticum admitti non debere, & qua ratione id conſtitutum ſit.

QVi ex iuſtis legitimiſque nuptiis procreati non ſunt, cuiuſmodi ſunt ſpurii ſeu nothi, & quos naturales appellamus, ii ad miniſterium eccleſiaſticum admitti prohibentur. 56. diſtin. & ca. 1. de filiis presbyter. Sunt qui authoritate legis Moſaicæ id confirmare nitantur, propterea quod in Deuteronomio ſcriptum ſit. ca. 23. Non ingredietur Manſer, id eſt, ex ſcorto natus, in eccleſiam Domini. Sed viri eruditi ingredi eccleſiam Domini interpretantur, habere commercium cum populo Dei, & habere ius ducendi Iſraelitidem. Quare ad rem ille locus non multum pertinet. Ratio autem huius prohibitionis triplex affertur: Vna, eſt metus incontinentiæ paternæ: quoniam ſæpe accidit vt mores patris ſectetur filius, ſitque non corporis tantum paterni, ſed etiam animi quædam imago. Hinc illud tritum apud Græcos prouerbium, κακοῦ κόρακος κακὸν ᾠόν. can. ſi gens Anglorum. 56. diſtin. Fortes enim creantur fortibus, &c. Huc pertinet quod Honorius in quadam conſtitutione de filiis eorum, qui perduellionis rei ſunt, loquens, ſcriptum reliquit: paterno deberent perire ſupplicio, in quibus paterni, hoc eſt, hæreditarii criminis exempla metuuntur. l. quiſquis. C. ad l. Iul. maieſt. Quod

ſi quis mihi aut Herculem ex adulterio natum obiiciat, cuius maxime virtus enituit, aut eos pontifices, quos Damaſus apud Gratianum recenſet, ca. Oſius. 56. diſtin. aut ſi qui ſint alii ſimiles, quibus arte benigna, & meliore luto finxit præcordia Titan. Huic reſpondeo ex Theophraſti ſententia, quæ raro accidunt, ea contemni à legislatoribus. l. iura. ff. de legibus. Altera prohibitionis ratio eſt, vt hoc etiam pœnæ genere plectatur ac vindicetur crimen paternum, quamuis nihil admiſerint filii, & reuera alieno laborent vitio. l. ſpurii. ff. de decurio. l. legem. C. de natur. lib. c. naſci. 56. diſtin. Nam verum eſt quod ſcribit Paulus Iureconſultus, l. iſti quidem, ff. de eo quod met. cau. tantum eſſe affectum patris in filium, vt pœna moleſtiaque filii magis quam ſua terreatur & excrutietur. Qua ratione inductum eſt, vt libera non ſit cum filiis naturalibus teſtamenti factio, nec poſſit eis pater quantum voluerit, relinquere, l. vltim. C. de natur. lib. Vnde ob crimen perduellionis, filii quanquam inſontes & nulli affines culpæ, puniuntur dict. leg. quiſquis. Qua de re ſic loquitur Cicero in quadam ad Brutum epiſtola: Nec vero me fugit, quam ſit acerbum parentum ſcelera filiorum pœnis lui: ſed hoc præclare legibus comparatū eſt, vt charitas liberorum amiciores parentes reipublicæ redderet. Et alibi: Illud videtur eſſe crudele, quod ad liberos, qui nihil meruerunt, pœna peruenit, ſed id & antiquum eſt, & omnium ciuitatum. Huic non diſſimile eſt, quod ſtatuit Conſtantinus, de muliere, quæ ſe proprio ſeruo iunxit, nempe vt filii, quos ex ea coniunctione habuerit, exuti omnibus dignitatis inſignibus, in nuda maneant libertate. C. de mul. quæ ſe pro. ſer. Tertia ratio eſt, eorum qui ita nati ſunt, probrum quoddam & ignominia, ob quam indigni tanto munere iudicantur. Nam etſi prætoris edicto notati non ſint, nec inter infames habiti, tamen ea eſt fere hominum de ipſis opinio, is contemptus, vt non immerito macula quapiam aſperſi quibuſdam videantur. Azo in ſumma, C. tit. ex quibus cauſis irrog. infra argum. dict. c. ſi gens Anglorum. Cuius rei argumentum illud eſt, quod nemo eſt quin tali appellatione vt turpi ac contumelioſa offendatur, receptumque eſt eo nomine actionem iniuriarum competere. l. 3. vbi not. ff. de libe. & poſthum. Itaque quamuis ſpuriis iure ciuili Rempub. capeſſere liceat, præſertim ſi neceſſitas, & hominum penuria id flagitet, l. generaliter. l. ſpurii. ff. de decurion. tamen alia cauſa eſt ſacri huius miniſterii, quod publicis omnibus ciuilibuſque muneribus longe præſtat. Nam & Ariſtot. lib. 7. polit. cenſet viliores humilioreſque perſonas ad ſacerdotium admitti non debere propter honorem qui Deo & religioni à ciuibus eſt impendendus. Id enim maieſtati Dei indulgetur (vt verbis Pauli Iureconſulti vtar) cuius ſacris vacare ſacerdotes oportet. l. non diſtinguemus. §. ſacerdotio. ff. de recept. arbitr. Non me mouet quod à quibuſdam dicitur ſpurii nomen apud veteres ignominioſum non fuiſſe, cum Homerus lib. Iliad. 8. Teucrum alloquens, eumque laudibus extollens, νόθον nihilominus appellet:

Καί σε νόθον περ ἐόντα κομίσσατο ᾧ ἐνὶ οἴκῳ.

Sed nec Euripidis verſus ab hac ſententia nos dimouere poſſunt, quibus oſtendere nititur legitimis liberis nothos inferiores non eſſe: ita namq; ſcribit in Antigone,

Ὀνόματι μεμπτὸν τὸ νόθον, ἡ φύσις δ᾽ ἴση.

Et in Euriſtheo:

Μάτην δὲ θνητοὶ τοὺς νόθους φεύγουσ᾽ ἄρα
Παῖδας φυτεύειν. ὃς γὰρ ἂν χρηστὸς φύῃ,
Οὐ τοὔνομ᾽ αὐτοῦ τὴν φύσιν διαφθερεῖ.

Et in Andromeda:

Ἐγὼ δὲ παῖδας οὐκ ἐῶ νόθους λαβεῖν.
Τῶν γνησίων γὰρ οὐδὲν ὄντες ἐνδεεῖς
Νόμῳ νοσοῦσιν, &c.

Non enim veterum hic Græcorum mores reſpicimus, apud quos non ita magno in pretio pudicitia fuit, ſed noſtros Romanorumque tantum, qui nihil antiquius caſtitate & pudicitia vnquam habuerunt. Cum igitur hæc ita ſe habeant, ponendum eſt, & pro certa firmaque regula conſtituendum, eum qui ex iuſto matrimonio editus non eſt, nullum beneficium conſequi poſſe. ca. cum in cunctis. ca. innotuit. de elect. cap. prim. de fil. presbyt. Idque potiſſimum in ſacerdotum filiis locum habet, cum ne filii quidem eorum iuſti ac legitimi, beneficium paternum capere poſſint. Paternum vocamus, quod pater ἀμέσως & nulla media intercedente perſona poſſedit. cap. ad extirpandas. cap. ex tranſmiſſa, de fil. presbyt. Regula ſupraſcripta ſic accipienda eſt, niſi quis natalibus reſtitutus, aut vt vulgo loquimur, legitimatus ſit. cap. per venerabilem, qui fil. ſint leg. Nam hæc reſtitutio naturales filios iuſtis & legitimis omnino exæquat, vt ait Iuſtinianus, Nouel. 74. tit. quibus modis natur. efficiun. ſui. Præterea profeſſio monaſtica hanc maculam ex natalibus contractam quadamtenus abſtergere dicitur. Nouel. Iuſtinian. 5. tit. de mona. ca. non liceat. 19. quæſt. 3. Nā ordinari poteſt monachus, quamuis nothus ſit, ſed nullam dignitatem, ſeu præfecturam eccleſiaſticam conſequi poteſt. can. 2. 56. diſtin. cap. 1. de fil. presbyt. gloſſ. cap. vltim. eod. tit. Sed etſi gratiam canonis ſpurio facere viſum fuerit ſummo pontifici (quod interdum expedit & neceſſarium, eſt, ne ſummum ius, quod dicitur, ſumma fiat iniuria) is quodcunque beneficium adipiſci poterit. cap. innotuit, de elect. cap. vltim. de fil. presbyt. Plenam ſiquidem & liberam quid libet ſtatuendi, permittendi, decernendi facultatem habet Romanus Pontifex in re beneficiaria, quaſi legibus omnibus canonibuſque omnino ſolutus ſit, vt ſupra admonuimus. Eadem cauſa videtur eius eſſe, cui pontifex ipſe ſciens & prudens beneficium contulit, cum eo caſu voluntas eius obſcura non ſit, eaque tanquam principis pro ratione habeatur. arg. l. quidam. ff. de re iudic. Sed an hæc iuris ſcripti mitigatio ac moderatio cæteris quoque pontificibus & epiſcopis in ſua cuique diœceſi permiſſa ſit, quæritur. Et vulgo recepta eſt hæc diſtinctio. Si de eo quæratur, qui ad beneficium paternum aſpirat, gratia ſummi pontificis neceſſaria eſt, non modo ſi ſpurius, ſed etiam ſi verus legitimuſque filius ſit. ca. dilectus, de fil. presbyt. Sin autem de alio quopiam beneficio, nō de paterno agatur, quod ſpurius nanciſci velit, ad conſtitutionem Bonifacianam recurrendum eſt quam ex recentioribus ſcriptoribus quidam legiſſe non videtur. Ea autem conſtitutio omnem faciendæ gratiæ facultatem, niſi circa minores ordines beneficiaque ſimplicia, quibus animarum cura non cohæret, epiſcopis ademit, & ſummo pontifici attribuit. c. 1. de fil. presbyt. in 6.

Cap. VI.

Quibus ſacris initiatum eſſe eum oporteat, qui ad ſacrum beneficium promouetur.

Nemini poteſt ſacrum beneficium conferri, niſi ſacris initiatus ſit. cap. cum adeo. de reſcript. cap. ex literis. de tranſact. cap. 2. de inſtit. Proinde ſi cui nondum manus impoſita eſt, quamuis forte clericus fieri & in numeros, vt ita dicam, ſacræ militiæ referri mox cupiat, rata non eſt beneficii collatio. arg. l. ex eo. de milit. teſtam. not. in dict. c. 2. de inſtit. Idem dicendum eſt & de eo qui clericorum more & ritu viuit. nec tonſura, nec veſte, nec cæteris rebus quibuſcunque ab eiſdem differens. not. in dict. c. 2. Sel. 3. part. q. 6. Hinc conſequens eſt, ſi quis obtento iam beneficio clericus effectus fuerit, irritam nihilominus beneficii collationem eſſe: quia quod initio non valuit, tractu temporis conualeſcere non poteſt. l. quod in initio. de reg. iur. not. in dict. c. 2. Verum in primis videndum eſt, vt ea ordinatio manuumque impoſitio recte atque ordine fiat. Alias beneficii collatio, tanquam laico prophanoque homini facta, nullius momenti plerunque iudicabitur. gloſſ. pragm. tit. de elect. §. deinde. ver. ordinibus. Exemplis, vt res dilucidior ſit, hoc demonſtrabimus. Beneficii, quod cum animarum curatione coniunctum eſt, quiſquam capax non eſt, niſi ad presbyterii vſque gradum promotus fuerit, nec enim clericum eſſe hic ſufficit. ca. licet canon. de electio. in 6. Sed gradatim ad hunc presbyterii honorem aſcendiſſe oportet. Nam is, cuius virtus in minoribus leuioribuſque officiis probata non eſt, vt ad maiores amplioreſque honores non tam aſcendat, quam proſiliat, nec ratio nec vetus diſciplina eccleſiaſtica patitur. 52. 59. diſtinct. & 61. tit. de cler. per ſal. pro. l. vt gradatim. de muner. & honor. Nam & Paulus vetat ne νεόφυτος epiſcopus ordinetur, id eſt, qui recens Chriſtianæ militiæ nomen dedit. 1. ad Timoth. cap. 3. & in decret. 48. diſtinct. Quid enim abſurdius quam ei gubernacula tradere, qui remum tenere nō nouit? vt verbis vtar Auguſtini ad Valerium. c. ante. 40. diſt. Itaque is

que is qui beneficiũ huiuſmodi petit, nõ tantũ ſe ſacerdotẽ ſeu presbyterum eſſe, ſed gradatim & progrediendo per omnes inferiores ordines eo prouectum docere debet. Et quanquam hic rigor interdum laxatus legitur, vt cum Nicolaus etiamnum laicus ad epiſcopatum promotus eſt: Seuerus ex lanificio vocatus eſt ad archiepiſcopatum: Ambroſius nondum ſacra tinctus aqua archiepiſcopus eſt electus, c. ſtatuimus. 61. diſt. Thedor. lib. 4. eccleſ. hiſto. c. 6. tamen nouorum, vt ait poeta, fatorum exempla contra veteres canones eccleſiaſticamque diſciplinam non temere ad conſequentiam trahi debent. l. 1. de conſtit. princ. c. non exemplo, 26. q. 2. Vide can. apoſtol. 79. Hinc tractatur quæſtio, ſi quis non à ſuo, ſed alterius ciuitatis antiſtite ordinatus ſit, an ea ordinatio valeat: & in primis conſtat, ſimulatque inter alicuius Eccleſiæ clericos quis receptus eſt, non poſſe eum ab alterius eccleſiæ epiſcopo ordinari. Id enim concilio Sardicenſi ideo vetitum eſt, quod diſcordia inter epiſcopos inde naſci ſoleret: cautumque eſt nominatim ac diſerte vt irrita ſit ordinatio. Graue ſiquidem erat epiſcopo, qui iuuenem inſtituere & erudire in ſua eccleſia cœperat, ſperans ſibi & toti eccleſiæ inpoſterum vſui fore, ob alterius epiſcopi ſolicitationem fortaſſis eo commodo priuari. ca. 1. 71. diſtin. Itaque quo caſu ea ordinatio ad conſequendum beneficium iure pontificio neceſſaria eſt, ita ordinatum beneficii incapacem eſſe arbitror. Verum is qui nondum in eccleſia aliqua facto, vt ita dicam, tyrocinio, ad alienam ſe eccleſiam contulit, & ibidem ordinatus eſt, videtur tanquam ſacris recte initiatus beneficium capere poſſe cum ratio ſupra ſcripta hic ceſſet. Nec me latet conſtitutionibus pontificum poſterioribus, atque adeo conciliis generaliter prohibitum eſſe, ne quis ab alienæ ciuitatis epiſcopo ordinetur, quod perditiſſimi quique quorum in patrio ſolo mores cogniti eſſent, ad alienam ciuitatem confugere, & ad ſacrum munus obrepere ſolerent. c. 1. c. eos. de tempo. ordin. in 6. Sed nuſquam ſtatutum reperio, vt irrita nulliusque momenti ſit talis ordinatio. Guid. Pap. q. 449. Etenim pleraque in iure tum ciuili tum pontificio facta tenent, quamuis ea fieri prohibeantur. l. 1. §. biduum. quan. appel. l. relegatorum. §. ad tempus, de interdict. & relega. Quæri poteſt, quomodo probet quis ſe ordinatum & ſacris initiatum eſſe, ſi fortaſſis ea de re controuerſia oriatur. Et videtur Theodoſii imperatoris conſtitutio nullam probationem, niſi quæ literis epiſcopi fiat, admittere. l. ſi qua per calumniam. C. de epiſc. & cler. At iure pontificio à clericis peregrinantibus literæ probationis huius gratia minime exiguntur, ſed teſtes aut etiam argumenta ſufficiunt. c. 2. & 3. de cler. pereg.

Cap. VII.

An cœlibatus beneficiariis neceſſarius ſit.

VT intelligamus an coniugati beneficiorum capaces ſint, altius repetenda eſt diſputatio noſtra, videndumque eſt non modo, qui recentioribus conſtitutionibus pontificum, ſed etiam quid priſcis canonibus de ea re ſtatutum fuerit. Igitur vetus eccleſia coniungatos à ſacerdotio nõ ſummouebat, modo vnius vxoris mariti eſſent. Sic enim habet canon Apoſt. 5. Epiſcopus aut presbyter aut diaconus vxorem ſuam prætextu religionis non abiicito: ſi abiicit, ſegregator à communione: ſi perſeuerat, deponitor. Non enim idonea hæc cauſa viſa eſt matrimonii diſſoluendi, tametſi ea Iureconſultis veteribus probetur. l. vitricus. de donat. inter vir. Idem & ſynodo Gangrenſi, & ſexta ſynodo ſancitum eſt can. ſi quis docuerit. can. ſi quis diſcernit. 28. diſtin. can. quoniam. 31. diſtin. Sed & in Nicæna ſynodo id quoque comprobatum eſt. Nam vt ſcribit Sozomenus, cum in Nicæna ſynodo vellent aliqui epiſcopis, presbyteris & diaconis vxorum ſuarum vſum interdicere, exurgens quidam nomine Paphnutius contradixit, honeſtam rem coniugium eſſe contendens, & caſtitatem cum propria vxore concubitum. Cuius ſententiam ſynodus laudauit, & amplexa eſt. c. Nicæna, 31. diſtinc. Sed & ipſi Apoſtoli Chriſti Petrus, Philippus, Paulus, leguntur vxores habuiſſe. lib. 3. eccleſ. hiſto. cap. 30. Hinc Iuſtinianus Nouel. 3. Epiphanium patriarcham œcumenicum laudat, quod ex ſacerdotibus genus & originem ducat. Et Harmenopulus lib. 4. proch. de lege clericis matrimonium interdicente diſſerens, verbo ἀκριβείας vtitur, περὶ ἀκριβείας νόμου inquit, περὶ κληρικῶν, id eſt, de rigore legis quæ de clericis lata eſt, quandoquidem legislator θεομαχεῖν, vt puto, & cum natura pugnare ipſi videbatur. Nec aliter ſenſiſſe Chryſippum opinor, qui ducendam vxorem ſapienti præcipit, ne Iouem Gamelium & Genethlium violet. Quamquam id ceu ridiculum notat Hieronymus in Iouin. Ex his autem qui cœlibes in clerum peruenerant, id eſt, qui ante ordinationem matrimonium non contraxerant, Canon apoſtolorum 25. iubet vt lectores tantum & cantores, ſi velint, vxorem ducant, cæteris puta diaconis & presbyteris, id non permittit. Conſtitutum tamen fuit ſynodo Ancyrana, vt diaconi tantum, nam de presbyteris nulla mentio eſt, ſi in ipſa ordinatione proteſtati fuiſſent, ſe velle matrimonium contrahere, nec poſſe ſe continere, poſtea vxorem ducere poſſent, & nihilominus in miniſterio manere. c. diaconi, 28. diſtin. Adde quod presbyteri, quamuis aduerſus votum in ordinatione factum, & expreſſam profeſſionem, vxorem duxiſſent, excommunicabantur tantum, niſi gratiam eis epiſcopus facere voluiſſet, vt habetur c. 16. Concilio Chalced. aut à miniſterio ſacerdotioque ſummouebantur, vt ſcribit Iuſtinianus Nouel. 22. de his qui nuptias iterant. & habetur in c. 1. Neocæſar. conc. nec ideo dirimebatur matrimonium. ca. nuptiarum, 27. q. 1. c. quidam. 27 diſt. Hodie autem ita ius conſtitutum eſt, vt coniugati nullo modo ordinentur, nec ad beneficia aut dignitates eccleſiaſticas aſpirent, id quod de presbyteris ſanxit Iuſtinianus, Nouel. 123. cap. 2. c. cum decorem. de cler. coniug. Veriti ſunt forte iſtius iuris authores ne grauiſſima matrimonii onera functionem muneris eccleſiaſtici impediant, nec immerito. Negotium habere qui volet, inquit Plautus, nauem & mulierem, hęc duo ſibi comparato. Hinc Cicero rogatus ab Hircio, vt poſt repudium Terentiæ ſororem eius duceret, omnino facere ſuperſedit, dicens non poſſe ſe vxori & philoſophiæ pariter operam dare. author Hieronym. in Iouin. Coniugatos accipimus, qui verbis in præſens tempus conceptis nuptias contraxerunt, quamuis fortaſſe ſecutus non fuerit concubitus extr. c. antiquæ, de vot. not. in c. 1. de cler. coniug. Orientalis tamen eccleſia hanc conſtitutionem tanquam moribus populi parum congruentem non recepit, ſed adhuc veteres canones ſeruat. c. cum olim, de cler. coniug. Quod ad eos attinet, qui cœlibes in clerum admittuntur, hoc iure vtimur, vt lectores, cantores & qui in inferioribus ordinibus ſunt conſtituti, nec ad ſubdiaconatum vſque conſcenderunt, vxorem ducere poſſint, tenetque matrimonium quod ita contractum eſt, niſi alia cauſa obſiſtat: beneficia vero ſua minime retinent, ſed ſtatim vacare dicuntur. c. 1. vbi gl. c. diuerſis, de cle. coniug. id quod nonnulli accipiunt, etiamſi matrimonium ob aliquod impedimentum efficax non ſit: ſed hoc inferius diſputabitur. Cæteris omnibus, puta hypodiaconis, diaconis, presbyteris, epiſcopis vxorem ducere fas non eſt, nullumque eſt matrimonium, quod ab ipſis contrahitur pręterea beneficiorum ſuorum amiſſione mulctantur. c. vt lex. 27. q. 1. c. 1. c. 4. de cler. coniug. c. pen. 27. diſtin. nec proteſtatio diaconorum recipitur cuius paulo ante meminimus, quoniam epiſcopi nullos ordinare iubentur, niſi ſe perpetuo cœlibes victuros promiſerint. c. 1. 28. diſtin. nouel. Iuſtinia. 123. Sed an ſtatim ac nuptiæ contractæ ſunt, beneficia vacent, an vero priuatio condemnatioque ſit neceſſaria, controuerſi iuris eſt quæſtio, de qua ſuo loco diſſeremus. not. in ca. 2. de cler. coniug.

Cap. VII.

Digamum à ſacerdotio & beneficio eccleſiaſtico ſummoueri, & qua ratione id canonibus ſancitum ſit.

QVamuis coniugatus ad ſacerdotium veteribus canonibus admittatur, vt diximus, digamus tamen omnino repellitur. Digamum vocamus non qui eodem tempore duas habet habuitve vxores, quod nunquam in eccleſia orthodoxa permiſſum, Romano autem iure ſemper vetitum fuit. l. 2. C. de inceſt. nupt. ſed qui diuerſis temporibus. Sic enim habet canon qui dicitur Apoſtolorum XVI. Qui poſt baptiſmum duabus implicitus fuit nuptiis, aut concubinam habuit,

is epiſcopus, aut presbyter, aut diaconus, aut denique in conſortio ſacerdotali eſſe non poteſt. Cui conſentaneæ ſunt conſtitutiones Iuſtiniani Nouel.6. nouel.22. nouel.123. Idque ſumptum ex Paulo videtur, qui ad Timotheum & Titum ſcribens, epiſcopos & diaconos vnius vxoris viros eſſe vult. 1. ad Timoth.c.3.& ad Titum c.1. Idem ad Timoth. Vidua, inquit, deligatur, quæ vnius viri vxor fuerit. 1. ad Timoth.ca.5. Quorum verborum interpretatio apud Gratianum extat.26.diſt. Sic apud veteres Romanos ante Chriſtianiſmum, & alias item gentes, digami à ſacerdotio repellebantur. Hieronymus ad Geruntiam: Hierophanta apud Athenas euiratur, & æterna debilitate fit caſtus. Flamen vnius vxoris ad ſacerdotium admittitur. Flaminea quoque vnius mariti eligitur vxor Ad tauri Ægyptii ſacra ſemel maritm aſſumitur. Hinc ſacerdos vniuiria dicitur à Trebellio Pollione. Nam etſi polygamia humano diuinoque iure permiſſa ſit, vitandæ incontinentiæ cauſa, tamen à veteribus patribus non ſatis honeſta iudicata eſt, quod immodicæ cuiuſdam incontinentiæ argumentum eſſe videretur: adeo vt non dubitauerit Chryſoſtomus coniunctionem huiuſmodi, ſcortationem appellare. Et ſane Paulus vt ab eo, cuius ſumma ſacroſanctaque eſt apud nos authoritas, incipiam, hortator eſt virginitatis ac cœlibatus, 1. ad Corinth.7. Præterea ſatis conſtat, his omnibus, qui plures nuptias contraherent, quanquam laicis, pœnam olim impoſitam fuiſſe. Sic enim legitur in canone III. Neocęſarien. concilii. De his, qui frequenter vxores ducunt, & de his quæ ſæpius nubunt, tempus quidem pœnitentiæ iis conſtitutum, manifeſtum eſt, ſed conuerſatio & fides eorum tempus abbreuiat, &c.c.de his, 31.quæſt.1. Itē Chryſoſtomus apud Gratianum, Hac ratione, inquit, & Apoſtoli præceperunt ſecundas adire nuptias propter incõtinentiam hominum. Nam ſecundam quidem accipere ſecundum præceptum apoſtoli licitum eſt, ſecundum autem veritatis rationem vere ſcortatio eſt, &c.can.hac ratione. 31.quæſtio.1. Et Auguſtin. Nec contra humanæ verecundiæ ſenſum audeo dicere, vt quoties voluerint, nubant, nec ex corde meo quotaslibet nuptias condemnare.c.vltim.31.q.1. Hæc ratio mouit antiquos iuris pontificii conditores, vt digamos ad ſacerdotium non admitterent. Quomodo enim poteſt hortator eſſe viduitatis apud populum, qui & ipſe coniugia frequentauerit? vt inquit Ambroſius in lib.de off. c. vna.26.diſtin. Nec vero tantum à ſacerdotio, ſed ab aliis etiã inferioribus ordinibus eos ſummouendos eſſe putauerunt.c.ſi quis viduam.c.cognoſcamus. 34.diſtin. c. maritum.33.diſt. Quod ſi forte ordinationem eorum ſequuta fuerit digamia, vt ſi forte in inferioribus ordinibus conſtitutus, alteram vxorem duxerit, ſtatim irrita fit ordinatio, digamique omni priuilegio nudari eſſe intelliguntur, adeo vt à laicis hominibus, & qui nunquam ordinati fuere non differant, idque nouo iure pontificio expreſſum eſt. tit. de biga.in 6. Veteri ſiquidem iure hac pœna tantum afficiebantur clerici, vt ad ſublimiores ordines non pateret eis aſcenſus. Diaconi vero presbyterique à miniſterio ſummouebantur, vt ex Iuſtiniano colligere licet. Nouel.22.de his qui nupt.interant. c. ſeriatim.32.diſtin. Quod autem nouo iure matrimonium huiuſmodi cum ſacerdotibus diaconiſue contractum non teneat, nemini dubium eſſe poteſt.ca. à nobis, de biga. non ord. cum ne monogamia quidem ipſis vllo modo conceſſa ſit poſt ordinationem, vt ex iam dictis apparet. Quod autē diximus humano ciuilique iure polygamiam iis qui initiati non ſunt, permiſſam eſſe de iure ciuili, quod in libros Iuſtiniani relatum eſt, accipi volo. Nam apud Harmenopulum Gręcum authorem lib.4.tit.7. conſtitutio cuiuſdam Imperatoris legitur, quæ quartas nuptias interdicit omnino, & irritas eſſe iubet. Quod de digamis hactenus dictum eſt, in iis quoque qui viduam duxerunt, locum habet. c.3. c. debitum, de biga. c. ſi quis viduam.34. diſt. Nam hos canon apoſtolorum XVII. digamis omnino comparat, hac vt arbitror ratione, quia digamiam vxoris, quam ducunt, probare videntur, eiusque digamiæ occaſionem eis præbere. Nam digamia mulierem non minus, imo magis quam virum dedecere videtur. Quare Portia cum laudaretur apud eam (inquit Hieronymus in Iouin.) quædam bene morata, quæ ſecundum habebat maritum, reſpondit, Felix & pudica nũquam præterquam ſemel nubit. Itaque lege Moſaica præceptum fuit, vt Pontifex virginem tantum vxorem ducere poſſet. Leuit. 21. Adde ſi lubet, quod ridicula vulgo res eſt, & cauillis hominum obnoxia, vxorem viduam ducere, quod vel tritum apud iuris ciuilis doctores dicterium Bulgari Iuriſconſulti diſcipulorum in præceptorem ſatis oſtendit.gl.l.rem non nouam.C.de iudic. Sed & Verrius Flaccus, vt refert Varro iuris pontificii peritiſſimus, eos qui viduas ducerent, veteres foſſas tergentibus comparare per quam facete ſolitus fuit. Hæc.n. fuiſſe eius ſententia fertur, quia feriis tergere veteres foſſas liceret, nouas facere ius non eſſet: ideo magis viduis, quam virginibus idoneas eſſe ferias ad nubendum. Macrob.lib.1.Satur.cap.15. Quamobrem non immerito præcipit Heſiodus, virginem ducendam eſſe, vt gratis moribus imbui poſſit, lib.2. ἔργων καὶ ἡμερ.

Παρθενικὴν δὲ γαμεῖν, ὡς κ' ἤθεα κεδνὰ διδάξῃς.

Eiuſdemque ſententiæ eſt Ariſtoteles lib.1.œcono. Porro idem ius eſſe in meretrice, quod in vidua ſatis perſpicuum eſt, ex canone apoſtolorum, cuius ſupra mentionem habuimus cap.17. Qui viduam, inquit, duxit aut diuortio ſeparatam à viro, aut meretricem, aut ancillam, &c.c.ſi quis viduam.34.diſtin. Meretrix autem quam canon Græce ἑταίραν vocat, accipienda eſt authore Hieronymo, quæ multorum libidini patet.ca.vidua.34.diſtin. vel vt Auguſtinus ait, cuius publice venalis turpitudo eſt.ca.meretrices.23.q.4. Quæ igitur cũ vno aut altero ſe miſcuit, meretricis appellatione non continetur l. palam. de ritu nupt. Verumtamen ad hanc quoque canon productus eſt, vt quiſquis talem duxerit, à ſacro miniſterio arceatur.c.curandum.c.præcipimus, 34.diſtin.c.qualis 30. quæſt.5. Idque Toletano concilio diſerte cautum atque expreſſum eſt. ca.qui in aliquo.51.diſtin. De eo autem qui vxorem adulteram retinuit, quid iudicandum ſit, malo ſynodi ipſius verbis quam meis referre. Verba ſynodi Neocæſar. ca.8. hæc ſunt: Si cuius vxorem adulterium commiſiſſe, cum eſſet laicus, euidenter fuerit probatum, hic ad miniſterium eccleſiaſticum admitti non poteſt. Quod ſi in clericatu eo iam conſtituto adulterauit, dato repudio dimittere eam debet. Si vero retinere eius conſortium velit, non poteſt ſuſcepto miniſterio perfrui.ca.ſi cuius, 34.diſtin.

Cap. IX.

De beneficiariorum ætate, & legibus annalibus: item de iis, qui plura aduerſus canones beneficia impetrauerunt.

AEtatis quoque habenda eſt ratio in beneficiis conferendis: idque nos docet Paulus cum Timotheo præcipit, vt nemini cito manum imponat. 1. ad Timoth.ca.5.ca.quid eſt. 78. diſtin. Sed & Chriſtus Ioanni, quem maxime charum habebat, ideo prætuliſſe Petrum fertur, quod hic ſenex, ille iuuenis admodum eſſet. Paulus tamen Timotheum adhuc adoleſcentem Eccleſiæ præfecit, cum nulla adhuc regnaret ambitio in eccleſia, & cum prudentia ſenili eximiaque pietate & doctrina eſſe intelligeret. Nam ſicut veteres Romani, authore Cicerone, leges annales non habuerunt, quas attulit ambitio, vt gradus eſſent petitionis inter æquales: ſic videntur canones eccleſiaſtici miniſtrorum ætatem deficientes ex hominum vitiis profecti eſſe. Leges egregiæ, inquit Tacitus, honeſta exempla apud bonos ex delictis aliorum gignuntur. Sic oratorum licentia, Cinciam rogationem: candidatorum ambitus, Iulias leges: magiſtratuum auaritia, Calphurnia ſcita pepererunt. Horum igitur canonum conſtitutio & obſeruatio perutilis Eccleſiæ ac neceſſaria non immerito viſa eſt, in iis præſertim muneribus, quæ grauiora maioriſque momenti ſunt. Ratio enim vtilitasque ſuadet, vt ſenex aliquis iam maturus, ac vt Homerus ait, παλαιά τε πολλά τε εἰδὼς potius quam iuuenis rerum imperitus, clauum Eccleſiæ teneat. Idque in omni parte Reipublicæ præceptum maxime tenendum, nec vnquam ſine graui neceſſitate violandum eſt. Quare Sylla de Mario iuniore dicebat, debere iuuenem prius remo, quam gubernaculo admoueri. Ac tametſi tribunatum militum puero delatum aliquando, atque adeo conſulatum apud iuris ciuilis authores legamus, l.nemo.C.de religioſ.l.vltim.C.de milit.teſt. tamen arbitror nullam id ætatis hominibus adminiſtrationem le-

nem legibus conceſſam fuiſſe, & iuris authores de tribunatu conſulatuve honorario ſiue imaginario tantum loqui, quo titulo tenus & abſq; vlla adminiſtratione fungebantur. Nam & militiæ huius imaginariæ apud Ciceronem & Tranquil. mentio eſt. Videamus igitur quæ ætas legibus & canonibus definita ſit. Et in primis epiſcopus prohibetur eligi, niſi, qui XXX. annum exceſſerit. Idque conſilio primum Agathenſi, deinde Lateranenſi conſtitutum eſt. c. epiſcopus. 77. diſtin. c. cum in cũctis, de electio. quamuis Iuſtin. in Nouel. XXXV. annorum tempus ſtatuat. Nouel. 123. Archimandrita ſiue abbas cuius ætatis eſſe debeat, nuſquam certo iure definitum expreſſumq; reperitur. Quare ad canonem de dignitatibus epiſcopali inferioribus generaliter editum, cuius mox à nobis mentio fiet, hunc referemus. d. c. cum in cunctis. §. inferiora. Mulieri ſane monialium curam gerenti, quæ abbatiſſa dicitur præſtituti ſunt anni XXX. c. indemnitatibus, de elect. in 6. Sed eam conſtitutionem interpretatione ad viros porrigere & extendere diſſimilitudo rationis non patitur: cum præſertim exemplo turpe eſſe dicant Iureconſulti fœmineo vocabulo maſculos contineri. l. ſi ita ſcriptũ, de l. 2. In dignitatibus conferendis cuiuſmodi ſunt decanatus, archidiaconatus, &c. tempus XXV. annorum ſpectatur. Quod non ſolum in archimandrita locum habet, vti diximus, ſed in præfectis etiam illis monaſticorum conuentuum, qui priores conuentuales appellantur. c. ne in agro. § cæterum. de ſtatu monac. In presbytero ætas 35. annorum, aut ſaltem 30. annorum requirebatur priſcis canonibus. c. presbyter. 78. diſtin. Quod etiam Iuſtinianus conſtituit Nouel. 123. c. nemo. 78. diſtin. Presbyterumque intelligebant veteres, qui curationem animarum habebat, cuique certe alicuius Eccleſiæ committebatur gubernatio. Sed hodie breuius aliquanto temporis ſpatium, nempe 25. annorum definitum eſt, dict. c. cum in cunctis. §. inferiora. Quo tempore diaconi, ſubdiaconi, acoluthi & cæteri inferiores clerici ordinari debeãt in re beneficiaria, quam hic tractamus, parum refert. Nam ceremonialis eſt & imaginaria tantum hæc ordinatio ſine vllo onere ac beneficio, quãuis olim promotio eſſet ad certum miniſterium, & cum beneficij collatione coniuncta. Quum igitur ordinationes fiebant, ad certum miniſterium beneficiumq;, non vt nunc abſolute contra Chalcedonenſe concilium, alia ætas ordinationi ſeu miniſterio, alia beneficij, quod illi miniſterio coniunctum erat, collationi præſcripta non erat. De præbendis canonicorum nihil ſatis expreſſum offendimus in iure pontificio, ſed vulgo receptum eſt 14. annorum tempus, vt minimũ requiri. Panor. in c. ſuper inordinata. de præb. Aliqui ſeptem annos ſufficere putant. ca. ſi eo tempore, de reſcr. in 6. c. ex eo, de elect. eod. lib. quorum opinio in ſimplicibus leuioribusq; beneficiis ſine curatione animarum, & dignitate vlla, defendi poteſt, cum ſit veriſimile non alio conſilio clericis inferiorib. hæc aſſignata eſſe quam vt ex eis ali, & ad miniſterium Eccleſiæ inſtitui poſſint. not. in d. c. ſuper inordinata. d. c. ſi eo tempore. Tempus ergo quo poteſt clericus ordinari, id eſt, ſeptem annorum, hic inſpicitur. can. de his, 28. diſtin. c. in ſingulis. 77. diſtin. c. vltim. de tempor. ordin. in 6. not. in c. cui. de præb. in 6. clem. vlt. de ætate & qualitate. Hæc de legibus eccleſiæ annalibus breuiter dicenda putaui: quibus illud præterea adiiciendum eſt, ſolere pontifices Romanos pro poteſtate paſſim harum legum gratiam facere, vt telę quędam aranearum, vt Anacharſis dicebat, eſſe videantur. Cæteris vero epiſcopis ita demum permittitur hæc relaxatio, ſi animarum curationem beneficium non habeat. c. 1. de ætat. & qualit. in 6. De huiuſcemodi gratia, quod ſcribit alicubi Budæus noſter, continere me non potui, quin hic adſcriberem: Translatitium, inquit, eſſe iamdiu cœpit, interpretatione iuris Mercurialis eos, qui nondum tutelæ ſuorum bonorum facti ſunt, imo vero qui necdum in ſuam tutelam venerunt, ad annos veniſſe fingi tutelæ animarum annalium legum ſolutione. De iis qui ob multitudinem beneficiorum canonibus prohibitam, beneficiorum minime capaces eſſe dicuntur, lib. 8. diſſeremus.

QVIBVS MODIS ACQVIRANTVR BENEFICIA, ET ECCLESIÆ MINISTRI ORDINENTVR.

LIBER QVINTVS.

ARGVMENTVM.

Ne homines non idonei ad miniſteria honoreſve eccleſiaſticos aut irrepere aut irrumpere poſſint, editi ſunt varii canones, quibus ratio munerum huiuſmodi diſtribuendorum continetur: quam hoc libro accurate ac diffuſe exequemur & explicabimus. Nam mores hominum variis ætatibus ac ſeculis ſubinde mutati effecerunt, vt ex vno genere honores eccleſiaſticos deferendi tandem multa exorirentur, Electio videlicet, Poſtulatio, Translatio, Coniunctio, Fiducia, Mandatum apoſtolicum, Reſeruatio, Nominatio, & cætera quæ ſingulis capitibus hic deſcribuntur.

Quæ ſit forma & ratio eligendi miniſtros eccleſiæ, tam vetus quam noua: quidq; inter ea beneficia interſit, quæ vulgo collatiua & electiua dicuntur. CAP. I.

DE ratione & forma ordinandi miniſtros Eccleſiæ, nullum in ſacra ſcriptura præceptum extare arbitror, ſed ritus ab apoſtolis obſeruatus, quorũ exemplum vice cuiuſdam præcepti nobis eſſe debet, ex aliquot ſcriptorum ſacrorum locis cognoſci poteſt, quæ nos hic adſcripſimus. Ac primum omnium Lucas ſcribit, Actor. cap. 1. apoſtolos hortante Petro in locum Iudæ proditoris Mathiam ſuffeciſſe, ſed conuocatis prius omnibus diſcipulis, quorum communi conſenſu id factum eſt. Cum enim duo ipſis ſacro munere digni viderentur, Ioſephus & Mathias, quos in conſpectu omnium ſtatuerant, tandem precibus apud Deum fuſis, & facta ſortitione, in eorum cœtum Mathias cooptatus eſt. In hac igitur creatione quamuis interuenerit ſors, tamen electio aliqua iudiciumque anteceſſit. Idem in creãdis diaconis ſorte vſos fuiſſe apoſtolos nequaquã ait, ſed vna cum diſcipulis, communi conſenſu elegiſſe ſeptẽ, quibus coram tota multitudine poſt precationem manus impoſuerunt. Actor. c. 6. Idem in cooptatione Barnabæ & Sauli, quæ facta eſt Antiochiæ poſt preces & ieiunium adhibitam fuiſſe manuum impoſitionem refert Actor. cap. 13. Idem presbyteros per ſingulas ciuitates à Paulo & Barnaba conſtitutos fuiſſe ait, facta precatione cum ieiunio. Actor. cap. 14. Ex quo loco ſunt qui colligant, ſuffragio populi creatos fuiſſe quod verbum Græcum χειροτονεῖν, quo vſus eſt Lucas, non ſimpliciter creare ſignificat, ſed ſuffragio & conſenſu populi tantum, quæ manuum eleuatione ſignificetur. Sed hæc ſententia apud me dubia adhuc eſt, cum id verbum ad alia transferri plerunque ſoleat. Ex authoribus aliis qui ſacri non habentur, Clemens apud Euſebium ſcribit, eccleſ. hiſtor. lib. 2. cap. 1. Iacobum fratrem Domini à Petro, Ioanne & Iacobo apoſtolis creatum fuiſſe epiſcopum, ſed is nullius certi ritus meminit. c. porro. 66. diſtin. Teſtatur & Euſebius lib. 3. eiuſdem hiſtoriæ, c. 11. vita functo Iacobo, omnes apoſtolos ac diſcipulos Domini, qui tunc ſuperſtites erant, ex variis locis in vnum conueniſſe, & communicato conſilio Symeonem epiſcopũ elegiſſe. Nec aliud præterea adiicit. De epiſtola Clementis, quã ſe Petri ſucceſſorem in Eccleſia Romana delectum ab eodẽ fuiſſe aſſerit, poſtea videbimus. Poſt apoſto-

lorum tempora editi ſunt varij canones de epiſcoporum & aliorum Eccleſiæ miniſtrorum ordinatione. Nam canones qui dicuntur apoſtolorum, à Clemente, vt fertur, conſcripti ſtatuunt, vt epiſcopus à duobus aut tribus epiſcopis, preſbyter, diaconus, & cæteri clerici ab vno epiſcopo ordinentur. Nam eo tempore cœperat in ſingulis ciuitatibus vnus epiſcopus, qui presbyteris omnibus præeſſet, conſtitui, eiusque erat ordinatio & manuum impoſitio, non presbyterorum. Creatis archiepiſcopis & Metropolitanis conſtitutum eſt, vt epiſcopus ab omnibus ſuæ prouinciæ epiſcopis, ſi commode congregari poſſint, ordinetur: in eoque negotio primas partes obtineat Metropolitanus, eiusque præcipua ſit authoritas. Sic enim Synodi Nicænæ Græcum canonem interpretor, qui de confirmatione apud nos vſitata non loquitur. cap. epiſcopi. 64. diſtin. Nam præſentibus tam Metropolitano, quam cæteris epiſcopis, fiebat epiſcopi electio, quamuis hodie poſt electionem adiri ſoleant: cuius rei teſtis eſt Cyprianus lib. 5. epiſto. 4. Cæteri vero miniſtri, præſente epiſcopo, qui eos ordinabat, eligebantur. Ac ſuffragia non tantum cleri, ſed etiam populi erant in huiuſmodi electionibus. c. epiſcopus. 24. diſtin. & 63. 67. diſtin. Quod veriſimile eſt & apoſtolorum temporibus obſeruatum fuiſſe, licet non ſatis exploratum id ſit. Vnde Leo pontifex, Nulla, inquit ratio ſinit vt inter epiſcopos habeantur, qui nec à clericis ſunt electi, nec à plebibus ſunt expetiti, nec à comprouincialibus epiſcopis cum Metropolitani iudicio conſecrati. cap. nulla, 62. diſtin. Idem, Vota ciuium, teſtimonia populorum, honoratorum arbitrium, electio clericorum in ordinationibus ſacerdotum, &c. conſtituatur, &c. cap. vota. 63. diſtin. Ipſi etiam principes cum opus erat, authoritatem ſuam interponebant. Nec ſane æquum erat eos deterioris conditionis, quam cæteros ciues haberi. Ac ſimilis propemodum fuit ratio creandorum ſacerdotum apud veteres Romanos ante Chriſtianiſmum, vt teſtatur Cicero in 2. oratio. de lege agra. contra Rullum, his verbis: Ne hoc quidem vidit maiores noſtros tam fuiſſe populares, vt quod per populum creari fas non erat propter religionem ſacrorum, in eo tamen propter amplitudinem ſacerdotij noluerunt populo ſupplicari. Atque hoc idem de cæteris ſacerdotiis Cn. Domitius tribunus plebis vir clariſſimus tulit, quod populus per religionem ſacerdotia mandare non poterat, vt minor pars populi vocaretur: ab ea parte qui eſſet factus, is à collegio cooptaretur.

Recte tamen conſtitutum fuit in concilio Laodiceno, cap. 13. vt multitudini & plebi non permittatur electio. cap. non eſt. 63. diſtin. quæ, vt ait Origines, ſæpe clamoribus aut gratia, aut pretio excitata moueri ſolet. can. ſi ergo. 8. q. 1. Quanquam enim populo inuito non dabatur epiſcopus, tamen immoderatam eius cupiditatem clerus non cogebatur ſequi, quaſi ex populi arbitrio penderet electio, ſed eos docere ac admonere debebant, & grauitate prudentiaque ſua ab incœpto reuocare. c. docendus, 62. diſtin. Electio igitur tam à clero, quam populo celebrabatur, epiſcopo vno præſente vel pluribus epiſcopis, vt iam diximus, inquirebaturq; in mores, doctrinam, ætatem, natales, & cætera, de quibus integro libro diſſeruimus ſupra. Ac ſi nulla nota aſperſus reperiebatur propter quam reiici deberet, ſtatim ab epiſcopo vel epiſcopis manus ei imponebantur. Nec abſque ea inquiſitione conſecrari ordinarive poterat. concil. Nicæ. cap. 9. Et plerique authores ſunt, palam proponi ſolita fuiſſe nomina ordinandorum, facta omnibus poteſtate quicquid vellent eis obiiciendi. Lamprid. in Alexan. Hæc fuit vetus forma ordinandorum Eccleſiæ miniſtrorum. Nec fuit vllum diſcrimen inter epiſcopos & alios miniſtros inferiores, niſi quod hi ab vno, illi à pluribus epiſcopis ordinabantur. Verum hæc forma eligendi non ſolum immutata, ſed etiam in quorundam miniſtrorum ordinatione omnino ſublata eſt, adeo vt plerique citra electionem in Eccleſia conſtituantur, iure quo nunc vtimur, pontificio. Hinc beneficia quædam electione dicimus acquirere: alia collatione quadam & conceſſione, quæ nullam electionem requirat. Nam maiora quædam ampliora que miniſteria ac beneficia, cuiuſmodi epiſcopia ſunt, ſolenni electione deferuntur. Cætera ab epiſcopis, & interdum à collegiis prætermiſſo illo ſolenni electionis ritu, tribui & conferri ſolent. Fit autem epiſcoporum electio à collegio canonicorum cathedralis Eccleſiæ, eo ritu & ordine, quem Innocentius in quadam ſynodo præſcripſit. c. quia propter. de elect. Cæteri vero clerici præter canonicos ſuffragia non ferunt, ac multo minus laici, qui priſcis temporibus intereſſe electioni, & vere eligere conſueuerant. c. Maſſana. de elect. Is igitur in quem omnes canonici, aut certe πολλοὶ κἀγαθοί, id eſt, maior meliorque pars conſenſerit, poſt communicationē deliberationemq; mutuam, quæ ſolennem ſuffragiorum perſcrutationem continuo in ipſis, vt ita dixerim, comitiis ſequitur, à collegio eligi debet: id à veteribus dirimere ſententias vel ſuffragia, niſi fallor, dicebatur. Non enim ſuffragia & ſententiæ ſingulorum hic numerantur ſolum, ſed etiam ponderantur, & is potior habetur nonnunquam, quem pars grauior atque melior comprobauerit. c. in geneſi. c. Eccleſia veſtra. de elect. Vincitque in dubio numerus, ſi nulla in meritis candidorum, aut eligentium affectu, cæterisq; huiuſmodi, inæqualitas appareat. Ad quam demonſtrandam admittitur is, qui contra numerū pugnat, niſi aduerſarius duarum partium collegij puncta tulerit, vt concilio Lugdunenſi ſtatutum eſt. c. ſi quando. de elect. in 6. Cum autem nulla præterquam in calculis atque ſuffragiis inæqualitas reperitur, non ſatis eſt aliquē maiore numero, quam aduerſarium niti vt eligatur, ſed maiorem partem eorū canonicorū, qui adſunt, ab eo ſtare oportet. c. eccleſia. c. Cumana. de elect. tametſi iuris ciuilis authores maiorē partem anni in interdicto vtrubi aliter interpretati ſint. l. maiore. de verb. ſig. Et notandū eſt omnes canonicos, qui in prouincia degunt, ad hæc comitia vocandos eſſe. c. corā, de elect. Alioqui vulgo dici ſolet, magis obeſſe electioni contemptū vnius abſentis, quam multorū præſentium interceſſionem, & contradictionem. c. bonæ, de elect. Infirmatur enim ob eam cauſam electio, quanquā alias rite, & plurimorum conſenſu celebrata, niſi forte is, qui ſpretus eſſe dicitur, quod ita geſtum eſt, poſtea ratum habuerit. c. quod ſicut, de elect. Poſt electionem hoc modo factam, cōfirmatio Metropolitani requiritur. c. nihil. c. cum dilectus, de elect. nec ante electus quicquam adminiſtrandi facultatem habet. c. noſtris. c. qualiter. eaq; confirmatio mature fieri debet, & inquiſitione examinationeq; accurata præcedente, vt ſupra diximus, ca. 3. cap. nihil, de elect. ita vt omnes audiantur, qui ordinationis impediēdæ cauſa quidpiam obiicere voluerint, quamuis forte competitores non ſint. Quamobrem Bonifacius veterem illam conſuetudinem nomina ordinādorum publice proponendi, cuius ante meminimus, non immerito repetiit, ac renouauit. c. vlt. de elect. in 6. Quod ſi facta diligenti inquiſitione electus non reperiatur idoneus, non modo non confirmatur, ſed etiam in futuris comitiis, in quibus iteratur electio, iure ſuffragij carent, qui ſcientes prudentesq; talem elegerunt. c. cum in cunctis. c. cum Vintoni. Confirmationem ſequitur conſecratio, quę olim à confirmatione nō diſtinguebatur. Nam canonem illum Synodi Nicænæ, quem ſupra recitauimus, male conuerſum è Græco in Latinum huic diſtinctioni occaſionē dediſſe ſuſpicor. c. epiſcopi, 64. diſt. Fit autē hæc conſecratio ab epiſcopis prouincialibus cum authoritate Metropolitani, vt ex canonibus à Gratiano congeſtis perſpicuum eſt. 64. diſt. & ſeq. Ac tametſi poſt confirmationem res eccleſiaſticas adminiſtrandi ius habeat electus, tamen conſecrare, & alia quædam id genus exequi ei demum licet qui cōſecratus eſt. c. tranſmiſſam. c. quod ſicut, de elect. Hæc cum ita ſe habeant, dubium non eſt quin epiſcopium inter miniſteria ſeu beneficia, quæ dicuntur electiua, recte connumeretur. De cæteris autem quęri ſolet. Et quorundam veterum opinio eſt, conſtitutionem Innocentianam, quæ ritum ordinemque electionis præſcribit, ad omnia eccleſiarum quarumcunque collegia pertinere. Quę opinio ad veteris Eccleſiæ ritum propius cæteris accedit. Sed moribus comparatum eſt, vt in epiſcoporum tantum & archimandritarum promotione hæc forma ſeruetur. Et ſane plurimum in hac re conſuetudini videtur tribuendum eſſe. Non enim inſtitutum Innocentij fuit, quæ miniſteria beneficiaque electiua eſſent aut contra, definire, quod eo tempore fortaſſis erat indubitatum, ſed in omnibus electiuis formam atque rationem eligendi ideo conſtituere voluit, quod vnuſquiſque propriam quandam eligendi viam, aut inutilem plerunque, aut pernicioſam eccleſiis pro ſuo ingenio comminiſceretur. d. c. quia propter. & exco-

& excogitaret.Itaque in canonicorum promotione, aut aliorum qui inferiores ſunt,eam formam ſeruari neceſſe non eſt. Sed cur ea beneficia, atque alia huiuſmodi electiua non dicuntur,cum ſuffragiis omnium canonicorum promotio fiat? Reſpondeo duplicem huius rei cauſam eſſe:vna eſt, quia cum ſuffragiis ſuis protinus beneficium conferant collegæ, nec vllam epiſcopi confirmationem expectent , ſimplex meraque electio nequaquam eſſe intelligitur , quocunque modo ſententiam in conuentu ſuo dixerint. Vt enim beneficium collatione acquiri dicatur,an ab vna aliqua ſingulari perſona, an ab vniuerſitate aut collegio conferatur,nihil refert. Sunt qui hæc beneficia mixta appellent:nec id quidem male,præſertim ſi ſolennis ille conſtitutionis ritus in dicendis ſententiis obſeruetur. Eadem enim opera, & eligere & conferre dicuntur, quia nulla ipſis confirmatione poſt eam electionem opus eſt. Altera cauſa eſt, quia quoties Innocentianæ conſtitutionis forma ſeruari non ſolet,ſed conſenſum quoquomodo in cœtu atque conuentu declarari ſufficit, vt fit plerunque, non videtur proprie electio dicenda eſſe, quamuis forte conſenſus, authoritas,aut confirmatio antiſtitis ſuperioris requiratur.gl. cap.ſicut.de electio.in 6.Proinde collatiua dicuntur etiam ea beneficia, quæ epiſcopus cum conſenſu & conſilio collegij confert, quoniam abſque ſolenni ritu conſtitutionis Innocentianæ,is cõſenſus voluntasq; declaratur. Cum autem eximia habeantur ea miniſteria beneficiaq;, in quibus præter ritum ſolennitatemque electionis, confirmationem quoq; antiſtitis neceſſariam eſſe maiores noſtri voluerunt, conſtitutum eſt à Bonifacio octauo,vt generalibus diplomatum pontificiorum verbis contineri minime intelligantur.c.cum in illis.de præb.in 6.

Cap. II.

De eo genere ad ſacra miniſteria beneficiaq; promouendi,quod vulgo poſtulationem vocamus.

ANtiquis recentioribusque canonibus multifariam proſpectum eſt, vt hominum ambitioſorum temeritas retundatur,& vt ne quis indignus promoueatur ad miniſterium Eccleſiæ. Volunt enim canones in miniſtrorum electione, morum, doctrinæ, ætatis rationem haberi,& cæterarum rerum,de quibus lib.4. abunde tractatum fuit. Illud etiam nominatim cautum eſt , ne quis epiſcopus ad aliam ciuitatem transferri poſſit,de quo plenius infra diſſeremus. Quod ſi qui contra hanc diſciplinam aliquem elegerint, non ſolum intercidit electio,ſed electores etiam,qui ius ſuffragii habent, eius amiſſione mulctantur,vt ante diximus. Verum hæc ſeueritas abſque humaniori interpretatione & ἐπιεικείᾳ conſiſtere non potuit. Quid enim ſi vir ſpectatæ integritatis & eruditionis reperiatur , qui ſacris initiatus nondum ſit, aut iuſtæ ætatis non ſit,nec alius idoneus forte exiſtat, qui Eccleſiæ præficiatur? Quid ſi Eccleſiæ magna aliqua vtilitas ac neceſſitas ſuadeat,epiſcopum vnius ciuitatis in aliam transferri? Itaque viſum eſt iuris pontificij authoribus ita rem temperare,vt ſummum ius æquitati cedat , & nihilominus ſalua ſit priſcarum legum canonumque reuerentia. Non enim temere electoribus permittitur alienæ ciuitatis epiſcopum aut nothum hominem vel prophanum, vel non legitimæ ætatis quaſi ſacro munere dignum,contra leges inſtitutaque maiorum eligere, ſed ſuperiorem antiſtitem adire, ab eoque veniam gratiamque canonum poſtulare ipſis licet. Qua impetrata eligere ita demum poterunt , ſi vitium propter quod canones electionem prohibent , libello poſtulationeque ſua complexi fuerint,& nominatim expreſſerint. not. in cap. innotum. de elect. & in c. vltim. de poſtul.prælat. Idque iure pontificio ſic eſt conſtitutum. Sed moribus receptum eſt viſitandi circuitus inanis cauſa, vt ſi viſa fuerit æqua poſtulatio, ſtatim ordinetur miniſter Eccleſiæ, adeo vt poſtulationis admiſſio iuſtæ electionis confirmationiſque vim ac poteſtatem habere dicatur.not.in ca.vltim. de poſtul.prælat. Huius autem poſtulationis nullum apud veteres exemplum reperio, niſi forte in promotione Ioannis Chryſoſtomi, cuius mentio eſt libr. 10. Tripar.hiſto.cap.3. Sed ne ea quidem promotio huic noſtræ omnino ſimilis eſt. Nam tametſi vtilitatis ac neceſſitatis cauſa à canonum præſcripto nonnunquam recederent, vt docet canon Apoſtolorum 79.tamen quia epiſcopi prçeſſe electioni,nedum intereſſe conſueuerant , eorumque ductu & authoritate omnia gerebantur,hæc ſollennis poſtulatio , quæ hodie vſitata eſt,omnino fuiſſet ſuperuacanea.Itaque Theodor.lib.4.eccleſ. hiſtor. de Ambroſio loquens,qui ſacro ablutus lauacro nondum erat , eum à populo & epiſcopis, qui iuſſu Imperatoris Valentiniani conuenerant,epiſcopum Mediolani edictum fuiſſe ſcribit.c.ſtatuimus. 61.diſt. Quamuis Gratianus ad priſci ſæculi mores non reſpiciens, poſtulatum fuiſſe potius aſſerat.c. Valentinianus. 63.diſtin. Cum autem dictum ſit poſtulationis comprobationem electionis confirmationi parem eſſe, quibuſdam fortaſſis videbitur inter electionem ac poſtulationem hodie nihil intereſſe. Verum aliquod diſcrimen, nec id quidem leue adhuc animaduerti poteſt.c.epiſcopus.61.diſtinct. Non enim vt electo, ita etiam ei cuius promotio ordinatioque poſtulatur, vllum ius ex poſtulatione intelligitur acquiſitum eſſe.Atque ideo interim canonicis variare,& ſententiam mutare permiſſum eſt, donec antiſtes aditus,ipſique oblata poſtulatio fuerit.ca.bonæ. de poſtul. prælat. Nam canonici cum communi conſenſu & conſilio poſtulandum eſſe aliquem decernunt , nequaquam ſe eum eligere teſtantur , ſed libenter electuros oſtendunt, ſi per leges & canones liceret. Quorum canonum rigorem laxari ac remitti, & eligendi poteſtatem ſibi fieri ſupplicitec petunt, aut certe voluntatem ſuam à ſuperiore antiſtite comprobari,perinde ac ſi vera legitimaque eſſet electio,quod hodie receptum eſt, vt diximus.Ea ſiquidem petitio ſi iuſta vtiliſque Eccleſiæ videatur , pro ſolenni legitimaque electione haberi ſolet , vt nullam aliam electionem poſtea celebrari neceſſe ſit. Qua ratione vulgo traditum eſt in huiuſmodi poſtulationibus , ritum ordinemque conſtitutionis Innocentianæ , cuius paulo ante meminimus, omnino,ſeruandum eſſe. Nam licet ex duabus viis altera extraordinaria ſit, nihilominus eodem ferre ambas,& par in vtraque periculum eſſe videmus. Præterea qui hominẽ ſacro munere indignum poſtulant, non continuo ius ſuffragii , vt electores amittunt, cum poſcentes veniam , & vitium agnoſcentes confitentesq; eius quem ordinari deſiderant, canones violare non videantur.can.innotuit.de elect. Quod tamen eſt ita accipiendum, niſi tale vitium ſit , vt gratiam canonum remiſſionumque ſperare non debeant, vt puta, ſi noxius aliquis ſceleratuſque vir poſtuletur, in quo nulla vitæ emendatio eluceat. Hunc enim quem nefarium eſt promouere,poſtulantes, exemplo eligentium plecti mulctarique debere conſtitutum eſt. c.2.de poſtul. prælat. Quamuis autem electio ac poſtulatio res diuerſæ ſint, c.epiſcopus , 61.diſt.tamen quibus verbis vtantur poſtulare volentes , non multum refere abitror, modo voluntas eorum obſcura non ſit. Nam ſiue poſtulandum ſe eligere, ſiue eligendum poſtulare dixerint,nihil cõtra canones facere videntur, ſi conſtet eos gratiam ab antiſtite ſuo expoſcere velle,quia forte vitium aliquod exponunt propter quod iure ſuo eligere ſe non poſſe vltro fatentur. c. poſt tranſlationem , de renunt. Nam & veteres promiſcue his verbis vſos fuiſſe animaduertimus.c.literas.63.diſt.Nec me mouet quod Bonifacius conſtitutione quadam ſua, hoc pronuntiandi genus vt captioſum ſubdolumque improbauit. titul. de poſtul. prælat. in 6. Nam aduerſus eos edita eſt ea conſtitutio, qui ſacro munere indignum quempiam eligere cupiunt, ſed quia verentur ne patefacta tandem eius indignitate,pœnæ ſint obnoxii , his verborum inuolucris improbitatem ſuam tegere conantur. Quæri ſolet à quo gratia remiſſioque , de qua hic loquimur , poſtulanda ſit. Et quidem Romanus pontifex, cum de promotione epiſcoporum agitur quod res magni põderis ſit, & ad exemplum maxime pertineat: eo nomine adiri conſueuit. not.cap. vltim. de poſtul, prælat. Pro cæteris vero maioribus miniſteriis ita demum , ſi vitium propter quod inhibetur electio, tale ſit, vt aliis antiſtitibus gratiam canonum facere non liceat. Proinde ſi candidatus XX. annos natus ſit,nec animarum curatio petatur,ſed aliud quiduis miniſterium Eccleſiæ, apud proprium epiſcopum hæc venia recte poſtulabitur:cum hoc genus gratiæ inter ea quæ recepit, ac ſibi reſeruauit Romanus pontifex,non recenſeatur. tit.de æta.& qualit.in 6.

Cap. III.

Tranſlatio epiſcoporum quamobrem ſit prohibita: aliter explicatum, quam à iuris Pontificij enarratoribus factum adhuc ſit.

Diximus in ſuperiori capite, epiſcopum vnius ciuitatis ad aliam tranſire non poſſe, ſed quia obiter id tãtum attigimus, & res eſt animaduerſione digna, nunc de ea breuiter hic diſſerendum eſt. Dubium autem non eſt, quin hæc ſedium mutatio, vt eccleſiis valde pernicioſa, iam olim canonibus prohibita ſit, idque ex concilij Nicæni c.15. Sard.c.1. Antioch.16. c.12. Chalced.c.5. Carthag.3.ca.38. perſpicuum eſt. d.c. epiſcopum. c. propter. 7.q.1. Fit & huius prohibitionis mentio in confeſſione fidei quam miſit Papa Damaſus Paulino epiſcopo Theſſalonicæ apud Theod. lib.5. eccl. hiſtor. c.11. Ac idem Theod. lib.1. ca.19. Euſeb. quẽdam inſectatur, qui Nicomedia deſerta, cuius erat epiſcopus, contra canones ad Conſtantinop. eccleſiam tranſierat. Cuius prohibitionis rationem hanc eſſe dicunt iuris pontificij conſulti, quia matrimonium quoddam inter epiſcopum & eccleſiam intelligitur contractum eſſe, quod hominum arbitrio diſſolui non poteſt, iuxta illud, Quod Deus coniunxit, homo non ſeparet. Itaque aiunt eum qui epiſcopio ſe abdicauit, in alia ciuitate eligi & ordinari poſſe, quod priori vinculo matrimonij obſtrictus eſſe deſierit. not. in ca. vlt. de poſt. prælato. Sed profecto longe alia ratio veteres ad id conſtituendum impulit, quæ concilio Sardicenſi apertiſſime expreſſa eſt, cuius cõcilij hæc verba ſunt, è Græco in Latinum ſermonem conuerſa. ca.1. Oſius epiſcopus dixit, non minus mala conſuetudo, quam pernicioſa corruptela funditus eradicanda eſt, ne cui liceat epiſcopo de ciuitate ſua ad aliam ciuitatem tranſire. Manifeſta eſt enim cauſa qua hoc facere tentant, cum nullus in hac re inuentus ſit epiſcopus, qui de maiore ciuitate ad minorem tranſiret, vnde apparet auaritiæ eos ardore inflammari, & ambitioni ſeruire, & vt dominationem exerceant. Si ergo omnibus placet, vt huiuſmodi pernicies auſterius vindicetur, nec laicam communionem habeat, qui talis eſt: vniuerſi dixerunt, Placet. etiam ſi talis aliquis extiterit temerarius, vt forſitan excuſationem afferat, quod populi literas acceperit, cum manifeſtum ſit præmio & mercede paucos, qui ſynceram fidem non habent, potuiſſe corrumpi, vt clamarent in Eccleſia, & ipſum petere videantur epiſcopum, omnino has fraudes remouendas eſſe damnamus, ita vt nec laicam communionem in finem accipiat talis, quod ſi vobis omnibus placet, ſtatuite. Vniuerſi dixerunt, Placet. Huius autem canonis pars tantum poſterior extat, in cap.2. tit. de elect. li.1. Decr. ſed à iuris pontificij doctoribus, qui ex fonte non hauſerunt, parum recte explicata. Eandem quoque rationẽ confirmat Leo pontifex in quadam epiſtola his verbis, Si quis epiſcopus ſuæ ciuitatis mediocritate deſpecta adminiſtrationem celebrioris loci ambierit, & ad maiorẽ plebem ſe quacunque ratione tranſtulerit, à cathedra quidem pellatur aliena: carebit etiam propria, vt nec illis præſideat, quos per auaritiam cõcupiuit, nec illis, quos per ſuperbiam ſpreuit. c. ſi quis epiſcopus. 7. q.1. Et Theod. lib.5. eccl. cap.8. clare teſtatur authores canonum huiuſmodi tranſlationes prohibuiſſe, vt ambitionem præciderent. Illud non poſſum non admirari, quod Socrates in eccl. hiſtor. priſcis canonibus hanc tranſlationem epiſcoporum vetitam fuiſſe negat, ideoque Proclum quendam qui Cizicenus erat epiſcopus, Conſtantinop. epiſcopum ordinari potuiſſe contendit. lib.2. Tripar. c.8. canones enim ante id tempus de ea re editi hodie reperiuntur, quos ſupra indicauimus. Verumenimuero mutatio hæc tantam poteſt vtilitatem aliquando afferre eccleſiis, vt non immerito tolerari debeat. Canones ſiquidem mutationem ſedis interdicentes, de ea non intelliguntur, quam neceſſitas vtilitasque eccleſiarum flagitat, ſed quæ ex cupiditate & ambitione epiſcoporũ proficiſcitur. c. mutationes. c. ſcias. c. epiſcopus. 7. q.1. Cuius rei exempla apud Socratem varia leguntur in hiſtoria eccleſiaſtica, cuius modo mentionem fecimus, lib.2. Tripar. c.8. Theod. lib.5. c.8. Et quædam alia põtifex Antherius refert, vulgoque receptum ac probatum eſt, quod is de Petro ex Antiochia Romam tranſlato ſcribit, tametſi de ea re nonnulli dubitent. d.c. mutationes. Sed ne prętextu vtilitatis ac neceſſitatis leges eccleſiaſticæ eludantur & infringantur, hodie vnius Romani pontificis arbitrio hæc transferendi facultas omnino commiſſa eſt. toto tit. de trãſlat. epiſ. Qui alia via ad epiſcopalem ſedem aſpirauit, pœna aduerſus eum iure pontificio ſtatuta eſt, vt munere vtroque careat. c. ſi quis epiſcopus. &c. ſeq. 7. q.1. c. quanto. de tranſlat. epiſc.

Cap. IIII.

Quale ſit nominationis ac præſentationis ius iis competens, qui patroni eccleſiarum dicuntur.

Præter epiſcopos canonicosque, quorum ante mentio facta eſt, ſunt aliæ quædam perſonæ, quarum voluntas & conſenſus interdum in ordinandis miniſtris eccleſiarum requiritur. Nam ſi quis ſacram ædem condiderit, atque conſtituerit clericum, qui ſacri miniſterij curationem habeat, nominare ei licet, & epiſcopo offerre, vt ab eo ſi idoneus iudicatus fuerit, ordinetur, nec poteſt epiſcopus abſque ea nominatione quenquam in huiuſmodi Eccleſia ordinare. Id enim non ſolum canonibus pontificiis, ſed etiam iure ciuili conſtitutum eſt. c. decernimus. 16. q.7. nouel. 67. 123. Sicut inſtitutum eius merito commendatur, qui pio affectu religioſoque ductus de ſententia conſilioque antiſtitis ſui, rem ſuam conſecrat Deo, eiuſdem proprietate amiſſa, ita æquum viſum eſt eum aliquid iuris retinere, quod pietatis ipſius ſingularíſque in eccleſiam voluntatis perpetuum monumentum eſſe poſſit. Idque adeo probatur, vt vulgo proditum ſit, tale ius ei competere, quamuis nominatim non receperit in cõſtituenda Eccleſia. c. ſignificauit. de teſti. Nec multum refert, vt hoc ius retineat, an baſilicam fundauerit, in ſuoque ſolo aut extruxerit ab initio, aut dirutam collapſamque reſtituerit, an vero ad ædificij miniſtrorum tutelam reditum ei vectigalque certum largitus fuerit. c. filiis. 17. q.7. Nam ſine reditibus, qui dotes eccleſiarũ in quibuſdam canonibus non male dicuntur. c. decretum. 10. q.1. vt dotes prædiorum apud Papinianum. l.3. de inſtruct. lega. nec quicquam ædificaretur eccleſia. Quamuis ergo dominus ſit eius ſoli, in quo baſilicam ædificat, aut earum rerum quas Eccleſiæ conſtitutæ donat: tamen ratio iuris non patitur, vt poſt conſecrationem dedicationemque is locus, aut aliæ res Deo conſecratæ, in eius dominio manere dicantur, quamuis eo verbo quidam abuſi fuerint. c. monaſterium. 16. q.7. Itaque patroni appellatio magis quam domini ei conuenire credita eſt, quaſi Eccleſiæ defenſor propugnatorque tantum ſit. Poteſt & idcirco patronus appellatus videri, quod cum eo qui ſeruum ſuum manumiſit, aliquam ſimilitudinem habeat. Is enim etſi dominus ſerui manumiſſi eſſe deſinat, tamẽ ius quod dicitur patronatus, in iure ciuili, in eum perpetuo obtinet. Horum vero patronorum duo ſunt genera. Vnum eſt laicorum, ad quos nomine ſuo ex iis cauſis, de quibus locuti ſumus, id ius pertinet: Alterum eſt eccleſiaſticorum, quibus non ſuo nomine hoc competit, ſed Eccleſiæ potius, cuius gubernationem adminiſtrationemque habent. Operæpretium igitur eſt ea iura, quę patrono poſt Eccleſiæ conſtitutionem ſuperſunt, breuiter & ſummatim perſtringere. Quorum illud primum præcipuumque habetur, quod iam attigimus, nempe eorum qui eccleſiis præficiendi ſunt, nominatio. Sic enim à veteribus linguæ Latinæ authoribus dicitur. Brut. ad Cicer. epiſt.7. Plinius lib.2. & 4. epiſt. cui vocabulo & Græcum, quo Iuſtinianus vtitur, reſpondet, vulgus præſentationem vocat. Verum hominem idoneum & ſacro munere dignum, idque intra certũ tempus nominare patronus debet. Nam patrono laico tempus quatuor menſium, eccleſiaſtico ſex ad nominandum iure pontificio præſcriptum eſt. Quo tempore præterito abſque patroni conſenſu liberum eſt epiſcopo Eccleſiæ miniſtrum ordinare. tit. de iure patronat. in 6. Quamuis autem nominandi ius habet patronus, in eum tamen qui ab epiſcopo ordinatus eſt, nullam ſibi poteſtatem vindicat. Quare ne ob culpam quidem gradu ſuo deiicere eum poteſt, ſed hoc ad antiſtitis officium ſpectat. Nec vero rerum Eccleſiæ adminiſtrandarum vllam habet facultatem, ſed quia patronus eſt atque defenſor Eccleſiæ, ſi male verſari miniſtros deprehenderit, non ſolum admonere eos & increpare, verumetiam deferre, tam apud magiſtratum ac principem, quam apud epiſcopum poterit. c. filius. 16. quæſt.7. Sed & ſi ad inopiam fuerit redactus patronus, ex prouentibus Eccleſiæ ali ſuſtentariq; debet.

debet.c.quicunque.16.q.7.c.nobis.de iure patro.licet eorum diſpenſationem alias non habeat. Nam & is qui ſeruum manumiſit,cui hunc quadamtenus ſimilem eſſe diximus,à liberto ſuo alimenta quoque exigit iure ciuili.l. ſi quis à liberis, de liber.agnoſ.Ius igitur patronorum in eccleſias in iis fere conſiſtit. Et notandum eſt,mortuo patrono id ius ad hæredem ipſius tranſire.ca.conſiderandum.16.queſt.7.Ac ſi plures exiſtant hæredes,in ſolidum quidem patroni ſunt, non pro partibus hæreditariis.c.1.de iure patrona. Verum quod ad nominationem,de qua hic diſſerimus,attinet,non ſinguli hæredes in ſolidum ius nominationis habent, vt melior ſit occupantis conditio, ſed omnes ſimul nominant ac eligunt, in qua electione ſtirpium magis, quam capitum rationem habendam eſſe conſtitutum eſt,ita vt plures vnius patroni hæredes,vnius tantum perſonæ vicem ſuſtineăt.clem.2.de iure patron. Huius quoque iuris donatio permutatioq; permittitur. ca. ex inſinuatione,de iure patron.c.nemini.36.quæſt.7.Sed quia iuris diuini aliquid immixtum habet, honeſtum viſum non eſt iuris pontificij authoribus, vt pretio cuiquam acquiratur. Ideoque venditio eius prohibita eſt , niſi vniuerſitas quædam prædiorum,cui hoc ius accedat, diſtrahatur. c. ex literis. c. de iure.c.cum ſæculum,de iure patronat.

Cap. V.

De iure ordinandi miniſtros Eccleſiæ, beneficiaq; conferendi, quod tanquam caducum ad ſuperiorem antiſtitem deuoluitur.

QVia ſæpenumero contingit, vt qui ius habent promouendi miniſtros Eccleſiæ, ſiue beneficia miniſteriis aſſignata conferendi negligentiores ſint in eo negotio: æquum ſane fuit, huic malo atque incommodo idoneum aliquod remedium quærere. Itaque canonibus pontificiis certum tempus definitum eſt, intra quod ſi Eccleſiæ vacăti proſpectum non fuerit, ſtatim id ius tanquam caducum, ad ſuperiores antiſtites deuoluitur,idque gradatim,vt qui propioris gradus eſt primum adeatur,& eo ceſſante reliqui ſurſum verſus progrediendo,donec ad ſummum pontificem peruentum fuerit. c. licet.de ſupplen.neg.prælat.cap.nulla.de conceſ.præben. Caducum autem ſatis commode ac Latine dici poſſe videtur, nō aliter ac Iureconſulti veteres caducam hæreditatem,caducum legatum,caducam dotem, caduca bona vocant.l.item veniŭt, de pet.hær.l.ſi quis officium.l.dote,de rit. nup. l. 3. de iis quæ in teſta.delen.l.9.de S.C.Syllan.l. 2. ſi quis aliq. teſt. prohib. tit. C.de cadu.tollen.Qui verſantur in foro,& qui ius pontificium interpretantur, ius etiam deuolutum,nec id quidem inepte meo iudicio appellare ſolent. Sic enim à veteribus iuris authoribus hæreditas,tutela, dominium, bona deuolui dicŭtur.l.pupilli,de ſolutio.l.ad fiſcum,rer.amot.l.in fraudem. de iur.fiſc.l.denique.quod vi aut clam.l.ſi quis ſub conditione,de teſta.tut.Sed vt cognoſcamus quod ſpatium temporis ſingulis antiſtitibus,vel ſodalitiis canones præſcripſerint,ſciendum eſt,ſi de præſulatu aut cœnobiarcha agatur, triŭ dŭtaxat menſium illud tempus eſſe.c.ne pro defectu, de elect. c. obeuntibus.63.diſtin.c.poſtquam. 50.diſt. Sin de aliis præfecturis atque miniſteriis inferioribus, ſex menſium.c.nulla.c.dilectus. de con.præb. Quod tempus non ex quo vacare cœpit Eccleſia, computandum eſt, ſed ex quo antiſtes vel collegium vacare eam ſciuit, nec impedimento aliquid ei fuit, quominus Eccleſiæ vacanti conſuleret. c. quia diuerſitatem. de conceſ. præb. De tempore patronis eccleſiarum dato ad nominandum ſiue,vt loquimur,præſentandum, quod quatuor aut ſex menſium eſt,poſtea dicemus.Vnum hic notandum eſt, quod vulgo receptum video, ei qui nominatum à patrono inſtituēdi ius habet, id temporis ſpatium, de quo hic diſſerimus, tribuendum non eſſe, quod canones de temporis præfinitione editi, de eo qui nominatum inſtituit, minime intelligantur. Non enim videtur rationi conſentaneum, vt poſt ſemeſtre tempus,quod patrono indulgetur ad nominandum, tantundem antiſtiti ad eum qui nominatus eſt, inſtituendum concedatur,ne Eccleſiæ nimis diu paſtoribus miniſtriſque ſuis carentes ac deſtitutæ iaceant.Itaque vtilius eſſe putant iuris pōtificii conſulti, ſi moderatum aliquod tempus à ſuperiore antiſtite ſtatuatur,intra quod inſtitutio promotioque huiuſmodi fieri debeat. Eademque cauſa eius eſt, ad quem electionis confirmatio pertinet.not.in ca.nulla.de conceſ.præb. Et hæc quidem omnia de ceſſatione & negligentia eorum accipienda ſunt, qui ius promouendi vel beneficia conferendi habent. Nam ſi promotus ſit indignus, vel aliter contra canones peccatum ſit, &c. caduci iure ordinatio promotioque protinus, & ἀμέσως ad ſummum pontificem deuoluitur:præterquam in inferioribus eccleſiis,vt Bonifacius conſtituit, c. quanquam. de elect.in 6.

Cap. VI.

Coniunctio beneficiorum, quam Vnionem vocant,quæ ſit,& quibus ex cauſis permittatur.

GEnus quoddam acquirendi beneficia hodie vſitatum eſt, cum beneficio,quod quis poſſidet, aliter adiicitur & cōiungitur.Nam etſi legibus canonibuſq; pontificiis ſolutus nō fuerit, tamen vtrunq; obtinere poteſt. Cuius coniunctionis cauſa eſt vtilitas aliqua,vel neceſſitas Eccleſiæ,vt exempli gratia: Si duæ vicinæ ciuitates, pagi vel compoleis ſint,in quibus multitudo populi non mediocriter decreuerit, ſi fana diruta ſint,quæ reparari ac in priſtinū ſtatum reſtitui facile nequeăt: ſi duo paſtores ex oblationibus commode non poſſint ali, & vnus pro tēpore ſufficere videatur.c.& temporis. c. poſtquā. 16.q.1.c.2.de relig.do. c.eam te. de ætate & qualit. Ac tales magiſtratuum cōiunctiones multæ apud Iuſtinianum deſcriptæ reperiuntur,quales beneficiorum, munerumq; eccleſiaſticorum ſunt,de quibus hic diſſerimus. Nouel.8. 24.25.26. 27.28.29. Ciuitatum quoque ac populorum, qui in vnū coierunt,quædam exempla reperiuntur in antiquis monumentis, veluti Albæ atque Romæ apud Liuium. Extat & elegans deſcriptio Ouidiana lib.6.Faſtor.in his verſibus:

Hæc vbi narrauit,Tatiumque fortemq; Quirinum,
Binaq; cum populis regna coiſſe ſuis:
Et lare communi ſocios generoſq; receptos,
Hu nomen cunctis Iunius,inquit,habet.

Hæc autem coniunctio tribus modis fieri poſſe dicitur. gloſſ.in dict. c.& temporis,& in cap.1.ne ſede vacan. Primus eſt cum duæ Eccleſiæ in vnum veluti corpus confunduntur & coaleſcunt,adeo vt vna Eccleſia,vnum miniſterium vnumque beneficium,non duo vere dici poſſint. Et hanc confuſionem Iuſtinianus verbo Græco ἕνωσιν Nouel. 28.alij vulgo vnionem , quaſi verbum verbo reddentes, ſed non ſatis Latine vocant. Itaque beneficium, quod huiuſmodi acceſſione auctum & amplificatum eſt, non modo συνημμένον, vt noſter Pomponius loquitur , ſed etiam ἡνωμένον recte appellabitur. l.rerum mixtura. de vſucap. Secundus modus eſt, cum ita connectuntur Eccleſiæ , vt in vnum quaſi corpus minime conſlentur , ſed vt vna ſuperior ſit ac principalis, altera inferior & acceſſoria. Quo caſu in inferiore vicarius, qui ſacrum miniſterium obeat, conſtitui ſolet.c.extirpandæ.§. qui vero. de præb. Tertius modus eſt, cum neutra ſubiicitur alteri , ſed ambabus ſuum titulum gradumque retinentibus, idem miniſter præficitur.cap.1.ne ſe.vac. Sic enim à Gregorio Cumanam Muſitanamque eccleſiam copulatas legimus, vt quamuis vtraque maneret epiſcopalis, vnum tamen atque eundem epiſcopum haberet.c.& temporis.16.q.1. Sed quæritur , cuinam hoc ius coniungendi beneficia competat. Et certi iuris eſt , Romanum tantummodo pontificem duos epiſcopatus coniungere poſſe adeo vt ne legato quidem eius id liceat.c.quod tranſlationem, de offic.legato. Aliarum vero eccleſiarum ἕνωσις & colligatio epiſcopis cuiuſque ciuitatis ac diœceſeos permittitur.cap.ſicut vnire.de exceſ. prælato. modo vt collegij eccleſiaſtici conſenſum adhibeant. cap. dudum,de reb.eccleſ.non alien.in 6. Beneficium tamen epiſcopio ſuo adiungere , vel collegio conſentiente , eos non poſſe conſtitutum eſt.clem.ſi vna,de reb.eccle.non alien.Archimandritæ autem hanc coniungendi poteſtatem non habent , ſed ipſis conſentientibus , epiſcopi cum opus eſt, id exequuntur.clem.in agro.§.ad hæc. de ſtatu monacho. Verum animaduertendum eſt, ita demum hăc beneficiorū coniunctionem valere,efficacemq; eſſe, ſi ob manifeſtam Eccleſiæ vtilitatem neceſſitatemve fiat, idq; cauſa cognita, & iis omnibus vocatis quorū intereſt.c.1.ne ſede vac.c.expoſuiſti,de præb.c.dudum,de reb.eccl.in 6.Qua de re celebria Oldr.atq;

Decij, reſponſa in manibus ſunt. Oldr. conſi. 261. Deci. conſ. 275. Eſt enim valde alienum à ratione, & canonibus pontificiis contrarium, vt abſque graui cauſa & neceſſitate duabus eccleſiis præficiatur vnus, aut duobus in Eccleſia muneribus fungatur. c. cum non ignores. de preb. ac multo magis vt duas eccleſias ad vnam redigendo, cultus diuinus aliquod decrementum recipiat. Proinde quiſquis contendit ἑνώσει acquiſitum ſibi eſſe beneficium, rite ac ſolenniter eam factam docere debet, ſiue à Romano epiſcopo, ſiue ab alio quocunque antiſtite facta proponatur. l. actor. C. de probatio. Oldr. & Deci. vbi ſupra.

Cap. VII.

De fiduciis eccleſiarum tam perpetuis quam temporariis, quæ commendationes dicuntur.

PRiſcis temporibus cum Eccleſiæ vacanti paſtor idoneus ſtatim præfici non poterat, interim vt ea euitarentur mala atque incommoda, quæ vt plurimum ἀναρχία parit, ſolebat Eccleſia vacans probo alicui viro commendari, & committi, qui tanquam tutor quiſpiam aut procurator bona fide actus ſui rationem redderet. Hic enim paſtor Eccleſiæ non erat, & ad tempus ſolum conſtituebatur. ca. conſtitutum. 7. q. 1. Itaque poterat & alterius Eccleſiæ miniſtro hæc curatio adminiſtratioque mandari. Non enim contra canones pontificios duabus eccleſiis præfici videbatur, aut ab vna ad aliam transferri, cum vnius Eccleſiæ paſtor perpetuus, alterius vero cuſtos temporarius eſſet. c. clericum. c. qui plures. 21. q. 1. c. obitum. c. Gatinenſis. 61. diſt. c. dudum. 2. de electionibus. Sed nec illa inquiſitio vſquequaq; adhibebatur, quam in promotione paſtorũ miniſtrorumve neceſſariam eſſe diximus. Proinde ei qui monachus nõ erat, ſiue regularis, vt vulgo loquũtur, monaſterium poterat commendari, donec aliquis ex ſodalibus hæteriarcha electus creatusque eſſet. Verum res longe vtiliſſima, & ad conſulendum eccleſiis vacantibus inuenta & excogitata, tandem in ipſarum perniciem peſtemque mirabiliter conuerſa eſt. Nam quibus per canones non licet præfici eccleſiis aut monaſteriis, moribus comparatum eſt, vt eiſdem Eccleſiæ, vel monaſteria in perpetuum, & quamdiu viuunt commendentur. Atque ita concipitur formula huius commendationis in diplomatibus pontificiis, vt libera non ſolum diſpenſatio rerum, ſed etiam conſumptio atque diſſipatio ipſis permiſſa intelligatur. Et ſane mirum eſt homines ingenioſos, qui fucum hunc commẽti ſunt, tantæ corruptelæ non alium colorem quæſiiſſe, ne tam aperte deſpici canones, & palam ludibrio haberi viderentur. Quaſi vero conſilium eorum non cuiuis notum perſpectumque ſit, qui hac arte corruptelam maximam tueri & adumbrare conãtur, qui verbis decoris obuoluunt vitium, & vt Ariſtophanes ait, ὀνόματι καλῷ περιάπτουσι τὴν μοχθηρίαν Itaque etſi vetus nomen adhuc remãſerit, & commendatio dicatur hoc beneficij acquirendi genus, quod Latine & proprie fiduciam appellari poſſe crediderim: tamen res ſic immutata ac deleta eſt, vt priſcæ illius fiduciæ, de qua iam diximus, vix imago quædam vmbrave ſuperſit. Vnde vulgo dicitur titulum hunc fiduciarium hodie à legitimo titulo nihil differre: not. in c. nemo. de elect. in 6. & fiduciarium adminiſtratorem perinde ac iuſtum verumq; gubernatorem Eccleſiæ fructus ſibi acquirere, quanquam ſi ad veritatis amuſſim, & veterum inſtitutorum normam hæc exigere velimus, neuter rebus Eccleſiæ aliter quam vt commendatis vti debet. Idque Leo pontifex ait, & nos ſupra annotauimus. c. ſine exceptione. 12. q. 2. Nec aduerſatur huic ſententiæ, quod Commendare apud iuris authores nihil aliud eſt quam deponere: ac idcirco cuſtos & procurator tantum videtur dici debere, qui hac ratione promouetur. l. commendare. de verb. ſign. l. Lucius. de poſſ. c. 1. de poſſ. quoniam, vt diximus, plenior illa conceptio diplomatis pontificij, & mores vbique recepti faciunt, vt non ſimplex cuſtos, depoſitarius procuratorue, ſed dominus quodammodo habeatur. Nam & procuratores in rem ſuam appellantur à Iureconſultis, qui nihil minus quam procuratores ſunt, & ſuum, non alienum negotium gerunt. l. qui ſtipendia. Cod. de procur. Et certum eſt huiuſmodi procuratoribus fiduciarios iſtos diſpẽſatores, aut vt verius dicam fucatos diſſipatores, de quibus loquimur, perquam ſimiles eſſe, cum ipſis non Eccleſiæ gratia, ſed ſua potius (vt recte quidem aiunt) adminiſtratio concedatur. Alcia. in l. pactũ curatoris. C. de pact. Atque hinc fit, vt fiduciæ huiuſmodi perpetuæ nunquam reuocentur, quamuis depoſitum madatumve ſimplex reuocari poſſit. l. 1. §. ſi ſic depoſuero. de poſ. Illud poſtremo annotãdum eſt, quod Rom. pont. epiſcopia monaſteriaque in perpetuum commendandi poteſtatem ſibi vnus vindicat, eodemque iure vtuntur cæteri epiſcopi in fana miniſteriaque parœciæ ſuæ, exceptis curationibus animarum, quas ad ſemeſtre ſolum tempus commendare poſſunt. c. nemo. de elect. in 6. not. in c. ſi conſtiterit. de accuſatio.

Cap. VIII.

De pontificiis diplomatis, quæ vulgus gratias expectatiuas, & mandata de prouidendo appellat, copioſa diſputatio.

INter genera diſtribuendorum Eccleſiæ beneficiorum quæ hodie vſitata ſunt, vnum longe celeberrimum eſt, de quo iam dicturi ſumus, per diplomata ſcilicet pontificia, quæ vulgo mandata de prouidendo, & gratiæ expectatiua appellantur. Ex aula ſiquidem pontificis Romani proficiſcuntur diplomata, quibus mandat ac præcipit, beneficia quibuslibet conferri in diem mortis eorum ſacerdotum ac miniſtrorum, qui ipſis fruuntur. Conuenit tamen inter omnes quotquot ſunt iuris pontificij enarratores, hanc beneficiorum diſtribuendorum rationem apud veteres in vſu non fuiſſe. Cuius rei argumentum afferunt ſane quam probabile, quod ne in volumine quidem decretorum, quod Gratianus edidit, vllum exemplum vllave mentio horum diplomatum reperiretur. Auaritia etenim aulæ pontificiæ, poſt aliquot ſæcula, hoc nouum pecuniæ aucupium adinuenit, quod nunquam veteribus in mentem venerat. Ac tametſi ſpecioſæ rationes adduci ſoleãt, quibus tanta αἰσχροκέρδεια tegatur & excuſetur, tamen res ipſa loquitur, & nos quotidie ſatis docet experientia, quantum hæc lues peſtiſque noceat Eccleſiæ. Nam in primis occaſio datur captandæ mortis alienæ, præſertim ſceleratiſſimis & profligatiſſimis hominibus, qui talia diplomata fere impetrãt. Iureconſulti veteres, quibus hæc Euangelij lux nõdum affulſerat, pacta conuentioneſque deteſtantur, quibus hæreditatem ſuã quis promittit alteri ne eius hæreditatis ſpe ad optandam promiſſoris mortem inuitetur, cum tamen veriſimile ſit, inter notos homines & amicos huiuſmodi pacta initi, & eum qui ita paciſcitur ac promittit, probabili aliqua cauſa adduci, vt alteri fidat. Hoc autẽ diplomatum genere beneficium non ei quem eligit charumque habet beneficij poſſeſſor, cuique iuſta aliqua cauſa eſt confidendi, ſed homini plerunque non ſolum ipſi ignoto, ſed etiam improbo ac maleuolo, quẽ libuerit Roman. pontifici nominare, confertur aut conferri mandatur. Deinde lites & controuerſias innumerabiles pariunt hæc diplomata, quibus nec Reipubl. quicquam eſt exitialius, nec Chriſtiano homine indignius. Veriſſimum enim eſt quod Iſocrates homo à noſtra religione alienus, ſcribit, officium eſſe boni principis eas leges condere, quæ inter ciues quam pauciſſimas lites gignant. Nec dubium eſt cordatis hominibus, nedum Chriſtianæ religionis cultoribus, hanc partem iuris pontificij probari non poſſe. Hæc enim diplomata tantum offundunt vbique tenebrarum, tantamque fraudibus & ſtrophis forenſibus feneſtram aperiunt, vt aliæ ſuper alias contentiones & lites hinc quotidie exoriantur, ac veluti Andabatarum more pugnent litigatores & cauſidici, nec iudices quamlibet perſpicaces facile ius & æquum in tanta caligine perſpicere poſſint. Quæ res efficit vt aſtutiſſimus quiſque, calidiſſimus, & improbiſſimus, quamuis iure nullo aut titulo nitatur, ſæpius in hoc certamine victor euadat; & ſimpliciores homines liberalioriſque ingenij iuſtiſſimã cauſam amittant. Non enim libenter tam odioſis litibus ſeſe implicari ſinunt, & ancipitem iudiciorum aliam reformidant, cum præſertim ad ſtrophas eludendas, quas fraudulenti captioſique homines facile hic comminiſcuntur, nati aſſuefactique non ſint. Quid? quod in his litium anfractibus ingenti ſumptu opus eſt, cui ſufficere nequeunt inopes clerici, ideoque opulentioribus cedere coguntur? Præterea hæc πολυπραγμοσύνη pontificum ἀλλοτριοεπισκόπων & ipſos auertit à

proprio

proprio munere functioneque ſua, & alios antiſtites non ſine aliqua fortaſſis iniuria interturbat, vt neutri in tanta confuſione munus ſuum obire poſſint. Ac vt ſummatim omnia complectar, nec neceſſe habeam ſpeciatim enumerare, quæ in canonibus concilij Baſilienſis perſcripta ſunt, illud dicam, quod aulæ Romanæ quidam alumnus, Gomeſius, ab alio neſcio quo acceptum in commentaria ſua referre non dubitauit. Nempe huiuſmodi pontificum diplomatis, ius canonicum funditus euerſum deſtructumque eſſe. Sunt tamen nonnulli, qui ſtudio, vt credibile eſt, pontificibus blandiendi, aſſerunt, quicquid habent iuris reliqui epiſcopi in re beneficiaria, id Romano pontifici acceptum ferendum eſſe, quaſi omnia ab ipſo tanquam fonte aliquo prodierint. Et cum poſſit iure ſuo totius orbis beneficia arbitratu ſuo diſpenſare ac diſtribuere, præclare cum cæteris agi cenſent, ſi partem aliquam benigne ſcilicet eis largiatur & indulgeat. gloſ. cap. quāquam, de elect. in 6. Sed quæ fuerit olim epiſcoporum in hac re poteſtas atque authoritas, ſatis ante demonſtrauimus libro tertio. Vt autem concedamus Rom. pontifici quiduis impune hic licere, tamen omnes boni, vt ſpero, mihi aſſentiuntur, non modo quid liceat, ſed etiam quid honeſtum ſit ab eo ſpectandum eſſe. Quid autem indecentius ac fœdius in Eccleſia poteſt eſſe, quam hæc miniſteriorum, functionumque eccleſiaſticarum perturbatio? ca. peruenit, 11. quæſt. 1. Mitto quod peſſime videntur pontifices Romani ſibi ſuæque maieſtati conſulere, cum eo nomine, vt cætera miſſa faciam, quæ non ſunt huius inſtituti, tantam apud Chriſtianum populum ſibi conflent inuidiam, vt niſi Deus aliquis huic rei proſpiciat, magnum ab vniuerſa ruina excidioque periculum ſit. Quanto circumſpectius Lacedæmoniorum ille rex, qui vxori obiurganti, quod minus ac humilius regnum filiis eſſet traditurus, quam accepiſſet, Ego, inquit, eo maius relinquam, quo diuturnius. Verum vt ex diuerticulo in viam redeamus, certum exploratumque eſt ius quo vtimur, quacunque ratione id conſtitutum fuerit. Quod vt intelligamus, animaduertendum eſt, cum primum Romani pontifices cœperunt vbique terrarum beneficia diſpenſandi facultatem ſibi vindicare, parce admodum ac moderate ipſos ea poteſtate vſos fuiſſe. Non enim imperioſis iſtis diplomatis terrebant ſtatim epiſcopos, & ad ſibi parendum cogebant, ſed vt leuiter primum tentarent eorum patientiam, literis monere eos ac rogare ſolebant. Sed cum preces & monita grauate ab epiſcopis reciperentur, ac plerumque ea contemnerent, mox in præcepta conuerſa ſunt. Verum ne ea quidem ſatis neruorum habuere, cum beneficium interim collatum alij adimendum non videretur, ſed contumacia tantum non obtemperantis plectenda. Itaque ratio tandem excogitata eſt, qua beneficiorum diſpenſatio ad pontificis Romani poteſtatem & arbitrium omnino reuocaretur: datis nempe per diplomata executoribus, qui aut epiſcopos ad parendum cogerent, aut eis imperium detrectantibus ipſi conferrent. Sic precibus primum vſi pontifices Romani, deinde iuſſis ac minis, poſtremo vi aperta, hanc ſibi poteſtatem comparauerunt. Proſpiciebant enim epiſcopos æquiore animo iugum accepturos, cui paulatim aſſueuiſſent, quam ſi id ab initio per vim ceruicibus eorum eſſet impoſitum: ſicut Milonem ferūt eo facilius taurum geſtaſſe, quod eundem adhuc vitulum crebrius ferre ſolitus fuiſſet. Ac fuit tempus cum hic ritus obſeruabatur, vt trinas literas eiuſdem beneficij nomine ad epiſcopos mitteret pontifex, quarum vnæ monita tantum, alteræ præcepta, poſtremæ legis actionem atque executionem complecterentur. Verum hoc ritu antiquato, in quo veteris moris quædam velut reliquiæ conſpiciebantur, vltimas ſolum, id eſt, executorias, vſus Romanæ aulæ ad hunc vſque diem retinuit: quæ effectum habent in octo menſibus tantum, vt Canon pontificius docet. Nam quatuor menſes liberos habent reliqui epiſcopi, nec beneficia eo tempore vacantia coguntur iis conferre, qui talia diplomata impetrant, quamuis nullo non tempore pontifex Romanus beneficium vacuum iure occupationis conferat. Sed etſi nullum à pontifice diploma impetratum fuerit, dubium non eſt, quin cæteri antiſtites in ſua quiſque parœcia, eccleſiis quocunque tempore anni vacantibus prouidere poſſint. Sunt autem huiuſmodi executorum pontificis Romani duo genera. Quibuſdam enim ita mandatur executio reſcripti pontificij, vt antiſtites & collegia compellant ad beneficium conferendum, ſacra communione eis interdicta, non etiam vt ipſi beneficium conferant, aut in poſſeſſionem mittant. not. in c. abbatem, de reſcript. Itaque hoc mandato ita demum poteſtas cōferendi adimitur antiſtitibus, ſi irritum & inane decreuerit pontifex quicquid aduerſus ea factum fuerit. c. ſi ſoli. de conceſ. præbenda. in 6. Alij ſunt executores ad prouidendum vulgo appellati, quibus à Romano pontifice mandatur, vt negligentibus epiſcopis, ipſi prouideant Eccleſiæ qua de agitur, & beneficium conferant. Eſtque magna vis & poteſtas huius mandati, quia ſimulatque oblatum eſt Epiſcopo vel collegio, omnem prouidendi Eccleſiæ facultatem continuo amittit, & quaſi vinculo quodam iniecto conſtrictas manus habens, beneficium amplius dare non poteſt. c. ſi capitulo. de conc. præb. in 6. Sed hoc ius Leonina conſtitutione, cuius ſæpe meminimus ſupra, magnopere in Francia immutatum eſt. Nam ea cōſtitutione modus diplomatum quaſi vectigalis cuiuſdam ab antiſtitibus exigēdi definitus eſt, ita vt nulli pontifici Romano toto ſui pontificatus tempore plura concedere liceat. Eſt enim conſtitutum vt in eos antiſtites, qui decem beneficiorum diſtributionem habent, vno diplomate contentus ſit: in eos vero quibus quinquaginta, aut eo amplius beneficiorum diſpenſatio competit, duobus diplomatis poſſit vti. Deinde ea conſtitutio nulla diplomata probat, quibus beneficiorum nondum vacantium ſpes offeratur, niſi verbis, ita vt conſtitutum eſt, conceptis perſcripta fuerint. Eſt enim præſcripta forma & conceptio diplomatis pontificij, qua prætermiſſa vel mutata, mandatum pontificis irritum nullumque habetur.

Quod tamen eſt ita accipiendum, ſi quid contra voluntatem ac ſententiam eorum, qui formulæ exemplum propoſuerunt, vel adiectum, vel detractum fuerit. Nam qui exiſtimant id exemplum omnibus negotiis conuenire, vt ne tantillum quidem ex eo immutare fas ſit, perſimiles iis ſunt, qui ex vulgaribus exomologeſeos formulis peccata enunciant ſacerdoti, etiam ea quæ non admiſere confitentes. Extat autem formula reſcripti ſiue diplomatis in ea conſtitutione Leonis plene deſcripta, quam nos hic integram non referemus præcipuas tantum eius clauſulas diſcuſſuri & explanaturi.

Prima igitur clauſula diplomatis eſt, qua pontifex Rom. excommunicatum abſoluit, hactenus vt diplomate ei conceſſum valeat. Nam alias reſcriptum ab eo, qui ſummotus eſt à ſacra communione, impetratum nullas vires habet. c. 1. de reſcr. in 6. c. poſtulaſtis, de cler. excom. Effectus autem huius clauſulæ ad nullam aliam rem porrigitur, adeo vt plerique tradiderint, niſi excommunicatus poſtea abſolutus fuerit, beneficium ei prætextu diplomatis conferri non poſſe. Quæ ſententia non ſolum Leonis formulæ, ſed æquitati etiam ac rationi congruit. Interdum quoque hæc clauſula ne ad diploma quidem, de quo hic loquimur, confirmandum prodeſt, ſed eas exceptiones, quæ ab aliis collectæ ſunt, omitto. Facile autem hinc perſpici poteſt, quod ante diximus, ſingulas huius formulæ clauſulas non in omnibus diplomatis neceſſarias eſſe. Quid enim ſi is cui conceditur diploma, piorum ac fidelium communione ſummotus non ſit?

Secunda clauſula eſt, qua pontifex omnia beneficia eius, cui diploma conceditur, cum vera eorundem æſtimatione ac precio, pro expreſſis habet, quamuis expreſſa forte non ſint. Nam reſcriptum tanquam obreptitium careret viribus, niſi pontifex huius expreſſionis gratiam faceret. c. ſi proponente, de reſcrip. cap. ſi motu proprio, de præb. in 6. Cætera vero ſi quæ inſint perſonæ vitia obtentu huius clauſulæ, pro expreſſis habenda non ſunt: quia hanc extenſionem formula non admittit. Sed ne hæc quidem clauſula vbique neceſſaria eſt, cum beneficia non habentibus conſtet eam omnino ſuperuacaneam eſſe. Eademque eſt ſequentium fere clauſularum ratio.

Tertia clauſula eſt, qua pontifex exprimit, ſe nemine poſtulante, diploma vltro conceſſiſſe, quæ clauſula omnem obreptionis ſuſpicionem tollit, efficitque vt ea tacuiſſe nihil noceat, quibus alioquin non expreſſis pontifici obreptum videretur. cap. ſi motu proprio, de præbend. in 6. & reg. cancel. Non enim ob conceptionem diplomatis arguendis & is qui ipſum non impetrauit, ſed vltro ſibi delatum accepit, tametſi forte contra leges, aut canones conceſſum fuerit. l. 1. Cod. de pet. bon. ſubl. Hæc clauſula tamen non impedit, quominus vi-

tia perſonæ, quæ diplomate iuuari vult, ipſi obiiciantur, quaſi legibus canonibuſque ſolutus ſit à principe, idque vulgo receptum eſt. gloſſ. in c. Romanus, de præbend. Alij ſunt præterea varij effectus huius clauſulæ, de quibus cæteri diligenter ſcripſere. Fel. in c. ad aures. de reſcrip. c. cauſam. 1. c. vlt. de teſt. Staphil. de lit. grat.

Quarta clauſula eſt, qua pontifex oſtendit nõ pure ac ſimpliciter ſe mandare, ſed ita demum ſi pro alio non ſcripſerit. non enim velle intelligitur pontifex plurium beneficiorum diſpenſationem ab ordinario antiſtite exigere. cap. mandatum. de reſcript. Et hæc quoque clauſula ſatis demonſtrat hanc formulam pro varietate negotiorum mutari poſſe. Quid enim ſi antiſtes quinquaginta beneficiorum conferendorum ius habeat? Nonne ex iam dictis conſtat pontificem Romanum duorum beneficiorum donationem ſibi vindicare poſſe? Itaque conditio ita concipi poterit, ſi pro duobus aliis non ſcripſerimus.

Quinta clauſula eſt, qua Romanus pontifex canonicum creat eum, cui diploma concedit, hac fine vt ad honores eccleſiaſticos aſpiret: idque propter morem eccleſiarum fit, quo honorem eccleſiaſticum conſequi nemo poteſt, niſi in canonicorum collegium aſcitus fuerit. Et quia hi canonici honoratij ſuffragia ferre dicuntur, & quædam alia huiuſmodi iura habere, quamuis nulla ſit eis annona adhuc attributa, cap. pro illorum, de præb. ideo Romanus pontifex ne canonicorum numerum augendo eos oneret, non ſimpliciter hic canonicum creat, ſed cum hac adiectione, vt dignitatem ſiue adminiſtrationem obtinere poſſit.

Sexta clauſula eſt, qua pontifex exprimit ſe beneficium duntaxat conferri velle, quod poſt menſem quam oblatum fuerit antiſtiti diploma, vacauerit. Nam alioqui periculum erat, ne tantiſper mandati põtificij denuntiatio ſuſtineretur ac differretur, dum alicui opimum beneficium habenti mortem inſtare exploratum eſſet. Sic enim futurum erat, vt muneribus expectationum donati à pontifice, opulentiſſima quæque beneficia auferrent. Verum hęc clauſula facit, vt appetente hora mortis, facta denuntiatio non valde profit denuncianti, cum ante finem menſis liberum ſit antiſtiti beneficium alij dare. Clauſula autem ſummota pontificis, candidatus non niſi certior factus de imminente beneficiarij morte, & certa iam ſpe deuorato beneficio mandatum denunciaret antiſtiti.

Septima clauſula eſt, qua Roma. pontifex vt legibus omnibus canonibuſque ſuperior, cuicunque legi, conſtitutioni, priuilegio, conſuetudini derogat, per quam effectus diplomatis impedire poſſet. Hactenus de eo diplomate, quod antiſtitib⁹, & cæteris mittitur: quorum partes ſunt, vacantibus proſpicere eccleſiis, & eiſdem miniſtros præficere. Cui diplomati aliud ceu appendix quædam accedere ſolet, quod ab executione vulgo nomen accepit. Nam eo diplomate mandat cuipiam alij Romanus pontifex, vt non obtemperante antiſtite, mandatum ipſe exequatur. Nec difficilis eſt hæc poſterior formula, modo vt prior recte intelligatur.

De exhibitione ac denuntiatione diplomatis pontificii.

MAndatum Roma. pontificis denunciari ac exhiberi debet, vt de nominatione poſtea dicemus, fitque ea exhibitio antiſtiti aut vicario, ad quem diſpenſatio beneficiorum ſpectat, non ei cui executio mandati pontificij committitur. cap. duobus, de reſcript. in 6. Hæc enim denuntiatio eſt neceſſaria, ne alioqui poſſit antiſtes mandati ignorationem cauſari, cap. ſi capitulo. de conceſ. præbend. clement. cauſam. de elect. Qua ratione mortuo interim antiſtite ſucceſſori eiuſdem denunciabitur. l. qui in alterius, de reg. iur. Cum autem hæc reſcripta pontificis perpetua ſint, nulla ad ea offerenda tempus præſcriptum eſſe videtur. l. falſo. C. de diuerſ. reſcript. quamuis de reſcriptis quæ litium cauſa impetrantur aliud cõſtitutum ſit. c. ſi autem, c. plerunque, de reſcript. Tractatum eſt an ea quoque appendix edi debeat, quæ non ad antiſtitem, ſed executorem potius dirigitur: quod non videtur magnopere neceſſarium eſſe: nec formula id Leonina aperte requirit: tamen quia controuerſum ius, tutius & conſultius erit vtraſque literas edere.

De effectu diplomatis pontificii.

OBlatio exhibitioque mandati ſiue diplomatis pontificij obnoxium quodammodo obſtrictumque beneficium reddit, vt alij conferri nequeat. c. ſi capitulo, de conceſ. præbend. Quod adeo verum eſt, vt is qui mandatum denunciauit ac exhibuit, cæteris omnibus anteponatur, quamuis ſcholarum candidati ſint. tit. de mand. apoſt. Sed hoc eſt ita accipiendum, ſi beneficium quod petitur tale ſit, vt ad diplomaticam hanc pontificis diſpenſationem pertineat. Quædam enim beneficia his mandatis non includuntur, vt exempli cauſa, beneficia electiua, in quibus regiæ nominationi locus eſt. tit. de reg. ad prælat. nom. Item beneficia in comitatu Romani pontificis vacantia, quæ pontifices, quibus voluerint, dare ſolent, atque ita conſtitutum eſt c. 2. de præb. in 6. Beneficia quoque ſæcularia iis qui mandatum habent ad regularia obtinenda non obſtringuntur, aut contra. §. voluimus, tit. de col-lat. in concord. Nec alia videtur earum eccleſiarum cauſa eſſe, quarum præfectos nominant patroni, qui laici dicuntur, aut earum quæ in ciuitatibus ſunt, vel oppidis muro cinctis, aliarumve id genus, de quibus in tractatu nominationum dicemus. Cum autem plures ſimul ambiunt, petuntque idem beneficium ab antiſtite ſibi dari, is præfertur cæteris, in cuius gratiam prius reſcripſit pontifex, quamuis forte alius ante ſuas literis ediderit. c. eum cui, de præb. in 6. c. tibi qui. de reſcrip. in 6. Quod ſi eodem tempore pro omnibus reſcriptum fuerit, tunc literarum editionis denunciationiſque tempus ſpectatur: in qua editione ſi concurrant, poterit antiſtes aditus, cui viſum fuerit gratificari. c. duobus, de reſcript. in 6. Canon tamen pontificius in hac gratificatione impetrationis, gradus, temporis, poſſeſſionis, patriæ, & quarundam aliarum rerum habendam eſſe rationem ait. reg. cancel. 15. Fit etiam interdum, vt poſterioris melior ſit, quam prioris conditio: veluti ſi pontifex in poſteriore mandato diſerte expreſſerit, vt is anteriori præferatur. c. pen. de conceſ. præben. in 6. Sed hæc clauſula apud nos minime recipitur, quod contra Leoninam formulam adiiciatur reſcripto. Idem accidit & cum prior mandati executionem non proſequitur. §. declarantes, titul. de manda. apoſt. Quid enim ſi iuri ſuo expreſſim renuntiauerit? c. ſollicite. cap. audita. de reſt. ſpol. Quid ſi eo negligente & alias res agente, beneficium forte alteri iam collatum ſit? cap. ſi tibi abſenti. c. ſi clericus, de præbend. in 6. c. tibi qui, de reſcript. in 6. Panor. & Felin. in c. capitulum, de reſcrip. Idem & in omnibus caſibus dicendum, in quibus mandatum extinguitur: veluti ſi is qui obtinuit diploma, poſtea vxorem duxerit, c. 1. de cler. coniug. ſi aliud beneficium conſecutus ſit, quod ſimul cum eo quod petitur retineri nequeat. clem. gratiæ, de reſcrip. Mortuo ſane pontifice mandata huiuſmodi expirare vulgo receptum eſt, c. ſi cui, de præben. in 6. §. recte, Inſtit. mand. Panor. in c. dilectus. 2. de præben. Quod quidem eſt ita accipiendum, res niſi integra eſſe deſierit. capit. ſi ſuper gratia, de offic. deleg. in 6.

De reſeruationibus beneficiorum tam vniuerſe quam ſigillatim factis.

Cap. IX.

AFfines ſunt beneficiorum reſeruationes mandatis pontificiis, de quibus iam diſſeruimus. Nam Roma. pontifex beneficia quædam ſibi reſeruare ac accipere ſolet, vt cum poſtea vacauerint, ea ſolus conferat, idque vel vniuerſe, vel ſigillatim. Vniuerſe, cum maiores (loco exempli) dignitates Eccleſiæ: ſigillatim, cum certi alicuius fani beneficium reſeruat. Hoc inter mandata, de quibus diximus, & reſeruationes iſtas intereſt, quod illa ius tribuunt impetrantibus, his vero nihil iuris cuiquam acquiritur, quamuis forte perſona expreſſa ſit, cuius gratia reſeruatum eſt beneficium: ideoque vacante poſtea beneficio, liberum eſt pontifici, cuiuis alij arbitrio ſuo id dare. not. in cap. cum dilectus. de iure patron. & in cap. 1. de offic. leg. in 6. Verum hæ reſeruationes Leonina conſtitutione, qua nunc vtimur in Gallia, optima ratione ſublatæ ſunt, ſicut & cætera diplomata, quibus beneficiorum nondum vacantium ſpes oſtenditur. Quod quemadmodum accipiendum ſit, ante docuimus. Sed animaduertendum eſt eas tantum reſeruationes prohiberi, quæ à pontifice Romano fiunt. Nã beneficia, quæ in aula Romana vacãt, quæque

q; æque non tam à pontifice, quam à iure ipſo pontificio excipiuntur ac reſeruantur, à diſpenſatione pontificis non eximit conſtitutio. cap. 2. de præb. in 6.

Cap. X.

De pontificum diplomatis, quæ vacantium beneficiorum nomine impetrantur.

De poteſtate Roma. pontificis in beneficiorum vacantiū diſtributione breuiter diſſeruimus lib. 3. Verum vt iam orſis quędam attexamus, ſuperiorum capitum diſputatio nos admonet. Nec videtur docendi ratio, quam inſtituimus, permittere, vt pontificum diplomata, quæ vacantium beneficiorum nomine impetrantur, ab iis de quibus proxime tractatū fuit, ſeparemus. Romanus igitur pontifex fani cuiuſcunque beneficia quocunque tempore anni vacent, iure occupationis largitur, & cum omnibus Chriſtiani orbis antiſtitibus ita concurrit, vt eos, beneficium dando, anteuertere poſſit, idq; lib. 3. docuimus. Donat & ſuo magis quam vllius occupationis iure fanorum omnium beneficia, quorum præfecti in comitatu pontificio mortem obierint. cap. 2. de præbend. in 6. Sed quæſtio hinc exiſtit, quam in iudicio agitatam memini. An ſi quæ beneficia vacent eo tempore anni, quod Leonina conſtitutio ſcholaſticis viris attribuit, pōtifex Romanus aliis perſonis ea beneficia arbitratu ſuo donare poſſit? Et conſtitutionis verbis expreſſum eſt, libere pontificem ea beneficia conferre poſſe. Sed ea verba abſque vllo incommodo videntur poſſe intelligi, modò vt ſcholarum candidatis, & cæteris quibus alia parte conſtitutionis hi menſes attributi ſunt conferat. Quam interpretationem vtilitas ipſa, quæ, vt Horatius ait, iuſti & æqui mater eſt, hoc præſertim tempore admittendam eſſe ſuadet.

Cap. XI.

De concilio Conſtantiano ac Baſilienſi, & de Pragmatica Gallorum ſanctione, Romanorumq; pontificum decretis, quibus eam aut conuellere omnino, aut labefactare ſtuduerunt.

Antequam de nominationibus tam regis quam ſcholaſticorum conuentuum dicere incipio, licet hic pauliſper digredi, & pauca quædam de duobus nobiliſſimis conuentibus Conſtantiano ſcilicet & Baſilienſi, in medium adducere, quorum cognitio ad id quod inſtituimus, ſumme eſt neceſſaria. Sigiſmundus Imperator cum diſſidia motuſque ingentes videret in Eccleſia (erant enim tres Romani pontifices, Ioannes Bononiæ, Gregorius Arimeni, & Benedictus in Hiſpania) nihil antiquius habuit, quam vt pacem & tranquillitatem Eccleſiæ reſtitueret. Itaq; magna cura ſtudioque perfecit, vt eius rei gratia, conſenſu regum ac principum ſacer conuētus indiceretur Conſtantię: in quo ipſe cum Ioanne pontifice interfuit. Nec ſane irritus fuit eius conatus: nam in eo conuentu, pontificio imperio tribus illis, quos iam nominaui, abrogato, Martinus V. omnium conſenſu & ſuffragiis pontifex declaratus eſt, & omnes fere contentiones ſublatæ. De conſtitutione vero ac emendatione Eccleſię, quia quadriennium iam totum in diſſidentium pontificum negotio cōſumptum fuerat, & nimis diu Eccleſiæ ſuis paſtoribus caruerant, nihil confici potuit, eaq; res in proximum conuentum ſynodumq; reiecta eſt. Duo autem memorabilia decreta eius conuentus, & ad corrigenda vitia Eccleſię magni vſus extiterunt. Vnum, vt conuentus, ſiue ſynodus œcumenica, quaſi à Chriſto protinus accepta authoritate, pontificem etiam Romanum parere ſuis decretis cogat: & contumacem dictoque non audientem coerceat. Alterum eiuſdem ſynodi decretum eſt, vt decimo quoque anno conuentus Eccleſiæ habeatur, ac ſub finem cuiuſq; conuentus, locus ad proximum celebrandum idoneus à pontifice Romano de ſententia totius conuentus aut ab ipſo conuentu conſtituatur. Nec pontifici id tempus prorogare liceat, ac ne locum quidem mutare, extra quam ſi neceſſitas aliqua id flagitet, & collegarum conſenſus accedat. Itaq; mox ſecutus eſt conuentus Baſilienſis recte, ſi quis vnquam alius, legitimeq; indictus. Verū Eugenius, qui in Martini defuncti locū ſuffectus fuerat, modis omnibus hunc conuentum diſſoluere conabatur, nulla ratione decretorū Conſtantianorum habita, quia ſatis proſpiciebat, niſi ea decreta delerentur omnino, & perpetuæ obliuioni traderentur, fore vt paulatim coactis in ordinem Romanis pontificibus, quorum erat iam inuidioſa poteſtas, maiorem ſibi libertatem Eccleſia vindicaret. Sed Baſileæ congregati patres nequaquam ab incœpto deſiſtunt, præter paucos quoſdam factioſos, qui ad conuentum alium Eugenii in Italia quo iure quaq; iniuria ab ipſo indictum, proficiſcuntur. Nam cæteri quorum & numerus maior erat, & authoritas amplior, egregia conſtantia vſi, Eugenium vt contumacem & factioſum pontificatu deiecerunt, multaq; præclare & vtiliter decreuerunt in eo conuentu, quorum pręcipua capita partim ad authoritatem conciliorum aſſerendam, partim adminiſtros Eccleſiæ ordinandos, in officioq; continēdos, partim ad rem iudiciariam conſtituendam, & lites dirimendas ſpectant. Quare Gallorum rex Carolus VII. ſynodo per oratores ſuos id ab eo contendente, non inuitus fecit, vt ea decreta in regno ſuo tuenda ſuſciperet: ſed habito prius in Biturigum ciuitate procerum, antiſtitum, aliorumq; eruditiſſimorum hominum atque grauiſſimorum conuētu, quorum authoritate & conſilio adductus, ad eius ſynodi decreta confirmanda nobilem illam conſtitutionē edidit, quæ Sanctio pragmatica vulgo appellatur. Quam fœda autē ac plane miſerabilis facies Eccleſiæ, quanta rerum omnium perturbatio atque indignitas rum fuerit, vel præſcriptio ipſa procœmiumque conſtitutionis Carolinę ſatis indicat. Proinde nihil ea cōſtitutione popularius in Gallia, nihil maiore bonorum omnium plauſu vnquam exceptum fuit. Ante eius promulgationē infinita emanabant ex aula pontificis Romani diplomata, quæ ordinem eccleſiaſticum & hierarchiam perturbabant omnino atque peruertebant. Antiſtitibus ordinandorum Eccleſiæ miniſtrorum adimebatur, & è manibus extorquebatur facultas. Indigniſſimi quique paſſim ad munera eccleſiaſtica (viris ſanctitate & doctrina commendabilibus præteritis) promouebantur. Et quod longe turpiſſimum, ac bonis moribus maxime contrarium eſt, non eorum modo qui è viuis exceſſerant, ſed ſuperſtitum etiam ſpirantiumque hominum ſacerdotia beneficiaq; in diem mortis eorum, cuius captandæ dabatur occaſio, conferri ſolebant. Præterea lites & controuerſiæ de rebus ſacris & ſpiritalibus Romę diſceptabantur, contra veteres canones, & alia quædam huiuſmodi quotidie deſignabantur, quæ ſigillatim hic recenſeri non eſt neceſſe. Ex quibus omnibus malorum atque incommodorum Ilias excitabatur. Nam pręter neglectam religionem, cultumque diuinum, quo nihil poteſt exitialius dici, exhauriebatur res nummaria pecuniis omnibus ad ſacerdotiorum nundinas, id eſt, ad Romanam aulam exportatis. Niſi forte quis credat, aut gratis fuiſſe conceſſa, aut paruo conſtitiſſe ea Romæ, quæ magna ex parte ad quæſtum excogitata eſſe, nemo eſt adeo rerum imperitus, vt non intelligat. Adhæc litibus omnia feruebant, præſertim inter eccleſiaſticas perſonas. Superiorem cauſam habens, ob difficultatem itineris, & magnitudinem ſumptuum vt plurimum cedere aduerſario, & manus dare cogebatur, deſerebantur ciuitates populo certatim Romam commigrante, & vt verbis Vlpiani ſummatim omnia complectar, viribus & viris miſere deſtituta erat Reſpublica. l. 3. de muner. & honor. Proinde rex Chriſtianiſſimus Carolus cum vniuerſa Gallię ſuæ Eccleſia facile adductus fuit, vt Eugenii cauillationibus valere iuſſis, tam neceſſaria eo tempore decreta, quaſi cœlitus ad ſe demiſſa complecteretur, & ſanctione ſua confirmaret. Scite etenim ac vere quidam eruditionis nomine vbique terrarum notus ac nobilis, cum quo mihi ſatis diu magna fuit familiaritas & conſuetudo, de hac ſanctione loquens, Palladium Franciæ eam vocare conſueuit. Vt enim Palladis illud ſimulachrum in vrbe Troiana è cœlo quondam cecidiſſe fertur, ita & hæc ſacratiſſima conſtitutio ad fouendas Palladis artes, & viros eruditione inſignes honoribus & beneficiis ornandos diuino quodam fauore Gallis conceſſa videtur: Ac ſicut prædictum fuit ab Apolline eius ciuitatis futurum exitium, ſi id ſimulachrū extra mœnia portaretur: ſic illa ſanctio ſine maximo noſtro incommodo è Republica tolli omnino non potuit. Et tamē adeo inuiſa fuit Romanis pontificibus, ob eam, de qua iam diximus, cauſam: vt ex annalium ſcriptoribus cōſter, nunquam eos quieſcere potuiſſe, donec ea ſi non penitus conuulſa & abrogata, at certe mirum in modum labefactata imminutaque eſſet. Non enim obſcurum eſt, quibus machi-

nis Pius II, Sixtus IIII, Innocen. VIII, Alexander VI, Iulius II, Leo X, eam oppugnauerint. Sed nemo acrius Pio eam aggreſſus eſt, ſi noſtris annalibus fides habeatur: à quo tamen ipſo cum adhuc priuatus eſſet, & Æneas Syluius vocaretur, Synodus Baſilienſis ſtrenue contra Eugenium defenſa fuerat. Atque hinc facile apparet, ſimul cum nomine mutatum hominem, & velut quodam Circeo poculo in aliam naturam repente conuerſum fuiſſe. Quod & pleriſque aliis principatu pontificio exornatis aduerſus omnium expectationem accidiſſe ferunt. Hoc enim eſt axioma certiſſimum inter id genus homines: Si ius violandum eſt, regnandi cauſa violandum: aliis rebus pietatem colas. Pius igitur pōtifex à Ludouico vndecimo Galliarum rege inductus miris technis edictum expreſſit de huius conſtitutionis abrogatione. Et fama eſt in ea coitione pōtificem Ioanne Ballua Gallo homine, & apud regem gratioſo, qui ad purpuram tunc aſpirabat, ſequeſtro & interprete vſum fuiſſe. Certe conſtat Balluam magno cum impetu, & gladiatorio, vt ita dicam, animo mandata regis ad curiam centenariam detuliſſe, vt ea iudicio ſuo de more comprobaret: & eo nomine contentionem ei fuiſſe non mediocrem cum regio cognitore, ſingularis integritatis, conſtantiæque viro, qui à fano Romani cognominabatur. Is enim tam iniquæ poſtulationi quanquam ſub principe imperioſiſſimo adeo viriliter obſtitit, interceſſitque, vt negotium confici non potuerit. Hunc etiam conatum grauiter admodum ac prudenter curia ipſa repreſſit. Ac circumfertur etiam nunc libellus eiuſdem curię, quo Ludouico regi perſuadere nititur, nihil exitialius Reipublicæ Gallicæ poſſe contingere, quam ſi pontificis Romani ea in re deſiderio aut cupiditati potius obſequatur. Religioſior enim hic videbatur eſſe rex, apud quem fortaſſis nulla non in re, vt plerunque fit, ſacroſancta pontificis authoritas habebatur. Idque cum conſidero, in mentem mihi venit quod Liuius de Bacchanalibus loquens ſcribit in hæc verba: Nihil eſt in ſpeciem fallacius quam praua religio, cum deorum numen prætenditur ſceleribus. Subit enim animos timor, ne fraudibus humanis vindicandis diuini iuris aliquid immixtum violemus. Itaque totus fere liber Ludouico oblatus eo ſpectat, vt is omni religione exolutus, pontificis authoritatem in eo negotio non magnifaciat, nec tam quid impotentes homines flagitent, expendat, & cōſideret: quam quid vtilitas regni, atque adeo Eccleſiæ, cuius propugnator eſt, exigat. Erant enim eo tempore, nec hodie tales plerique deſunt, qui aduerſus Baſilienſem conuentum, Carolinamq; conſtitutionem diſſerentes, ſimplicioribus hominibus, & diuini iuris humanique peritia non ſat inſtructis facile argutiis ſuis imponerent, vt Ludouico regi fucum eos feciſſe mirum non ſit. Sed ſophiſticę eorum rationes, ne dicam ſycophanticæ, nihilo magis eruditos ac pios homines mouere poſſunt, quam philoſophi neſcio cuius argumenta, qui niuem, qua nihil eſt candidius, atram eſſe hominibus perſuadere conabatur. Et horum calumnias ac ſophiſmata acute refellit, edito nominatim hac de re libello, clari inter Iureconſultos nominis Panormitanus archiepiſcopus, qui & ipſe conuentui Baſilienſi interfuit. Merito igitur Pii non ſatis piæ volūtati, & poſtulatis iniuſtiſſimis vehementer ab omnibus reclamatum eſt: ideoq; re infecta eius nuncii atque interpretes abire coacti ſunt. Quod cum animaduerteret Sixtus, non ita multo poſt cōſtitutionem annuente Ludouico, ſed mitiorem paulo, ac pacis cuiuſdam fœderiſque titulum præ ſe ferentem, edidit. Verum ea quoq; bonorum omnium conſenſu, quibus Romanę artes nō incognitę erant, cōfeſtim exploſa reiectaque eſt. capit. I. de treu. & pace. in extrauag. comm. Ad extremum Leo decimus telam pertexere cupiens, quā Iulius paulo ante exorſus fuerat, poſt varias coitiones, quæ in vulgus tandem innotuerunt, non ſine perpetuo quorūdam noſtratium probro, conſtitutionem promulgauit, qua Pragmaticæ ſanctioni multum derogatum eſt, quamuis ea omnino antiquata abrogataque non ſit, idque prius ineſcato mirabiliter Franciſco rege factum eſt, vt nouis aſſentiretur decretis, quæ ob eam cauſam conuentorum nomē poſtea ſemper retinuerunt. Maluit enim rex ſcenæ & tempori ſeruire, cum aliquo ſuo commodo, quod & ipſe fatetur: ac de iure publico aliquid remittere, quam pro hac Helena toties cū Roman. pontificibus dimicare, cum præſertim ab illis nonnihil periculi imminere ſibi intelligeret. Ac tametſi ſcholaſticus Lutetiæ conuentus hoc, vt ita dicam, Palladium ſibi ereptum ęgre ferens à pontificis decreto ad ſacrum Eccleſiæ conuentum prouocaſſet, obtinuit nihilominus Leo, vt eius prouocationis ratione non habita, decretum ſuum regia authoritate ſubnixum curia centenaria reciperet: vtque ex eius præſcripto in omnibus ſummis imiſque tribunalibus inpoſterum ius redderetur. Nec dubitat quiſquam paulum modo verſatus in foro, quin hac conſtitutione Leonina, tanquā certo iure in rebus iudicandis hodie vtamur.

CAP. XII.

De nominatione regia in ordinandis antiſtitibus, & quales regis candidatos eſſe oporteat.

CONuentis regiis, ac pontificiis, aut, ſi mauis, conſtitutione Leonina, cuius ſupra meminimus, honores eccleſiaſtici longe aliter quam canonibus ſtatutum ſit, in Francia deferuntur: ita vt nec electioni, nec poſtulationi vllus hodie ſit locus relictus. Itaque duplex hoſce honores conferendi genus apud nos vſitatum eſt, per nominationē ſcilicet regiam, & ſcholaſticam, de quibus ſigillatim hic tractabimus. Nominatio autem verbum eſt maxime huic rei accommodatum & appoſitum, quo & veteres Latinos authores in re non adeo diſſimili vſos fuiſſe comperimus. Plinius libro 2. epiſtolar. Sic illa die, qua ſacerdotes ſolent nominare, quos digniſſimos ſacerdotio iudicant, me ſemper nominabant. Idem libro 4. Mihi vero etiam illud gratulatione dignum videtur, quod ſucceſſi Iulio Frontino principi viro, qui me nominationis die per hos continuos annos inter ſacerdotes nominabat, tanquā in locum ſuum cooptaret, quod nunc euentus ita comprobauit, vt non fortuitum videretur. Brutus ad Ciceronem, Is Panſæ locum petere conſtituit, eam nominationem à te petimus, neque coniunctiori dare beneficium, quam nos tibi ſumus, neq; digniorem nominare poteſt, quam Bibulum. Græci autem nominationem huiuſmodi προβολὴν appellant. Quo verbo etiam vſus eſt aliquādo Gregorius. Quamobrem vt à Regia nominatione incipiamus, Caput vnum eſt conſtitutionis Leoninæ, ad eam nominationem pertinēs, quo hęc fere continentur. Vacante Eccleſia cathedrali vel Metropolitana, epiſcopus à collegio canonicorum non eligatur, ſed rex intra ſex menſes virum grauem atq; idoneum Romano pontifici offerat ac nominet. Vt autem idoneus habeatur, præter ea de quibus lib. 4. diſſeruimus, annos vt minimum ſeptem & viginti natum eum eſſe oportet, quamuis veteres canones maiorem ætatem requirant. Præterea neceſſe eſt eum in ſchola aliqua celebri ſolennibus gradibus ac titulis præditum eſſe: nempe Theologiæ aut iuris ciuilis vel pontificii magiſterio ſiue doctura, qui apex eſt honorū ſcholaſticorum, aut certo huic proximo gradu, quem vulgo Licentiam vocant. Nos aliquanto eruditius vel prodoctoram, vel ὑποδιδασκαλίαν poſſumus appellare. Romanus vero pontifex principis candidato, in quo nihil horum deſideretur, vacantis Eccleſiæ gubernationem committere debet. Quod ſi idoneus non fuerit is qui proditus ac nominatus eſt, principis partes ſunt, alium quemuis intra ſpatium trium menſium digniorem & commodiorem nominare. Et hoc quidem trimeſtre ſpatium labitur, ſimulatque repulſam accepit candidatus, & is qui in comitatu pontificis hoc negotium ipſius nomine procurabat, de ea repulſa certior factus eſt. Sunt tamē ex candidatis principis nonnulli, quos pontifex creare antiſtites cogitur: tametſi hęc eis non inſint, quæ ſcilicet conſtitutione Leonina veteribus canonib' addita ſunt: id eſt, tametſi honores illos ſcholaſticos conſecuti non ſint. Sic enim ea conſtitutio videtur accipienda eſſe. Nam eos qui ſecundum canones nullo modo idonei ſunt ad regendam eccleſiam, à pōtifice ordinari ratio non patitur. In hunc numerum regis gentiles ac conſanguinei & alii illuſtres ſplendidique homines referuntur. Sæpe enim vtilitas aliqua & ratio temporis exigit, vt huiuſmodi perſonę, ſi mediocritas aliqua eis adſit, poſthabitis humilioribus, ad ſacra antiſtitia promoueantur: nec aliter id fieri debere conſtitutione ipſa diſerte expreſſum eſt. His adſcribendi ſunt & ſodales mendicantes, quibus lege ſodalitii ſolennibus conuentuum ſcholaſticorum gradationibus interdictum eſt: ſi modo tam excellens ſit eorum virtus & doctrina, vt eos pręfici eccleſiis publice interſit. Quod dictum eſt de epiſcopiis. id in cœnobiarchiis, quas vulgo abbatias vocamus, locū habet, &

bet, &

ber, & aliis præfecturis inferioribus, ſi tales ſint, vt electiuæ eſſe mereantur. Quod quemadmodum accipiendum ſit, ſupra diſſeruimus cap. 1. Sed animaduertendum eſt inter epiſcopia & cœnobiarchias aliquid diſcriminis reperiri. Nam ætas trium & viginti annorum hic ſufficit, nec ſcholaſticis gradibus ornatum eſſe principis candidatum neceſſe eſt. Monaſticæ autem vitæ ac inſtituto, idque eiuſdem ſectæ & ordini (nam ſectarum inter hos diuerſitas magna eſt, vt lib. 1. diximus) addictum ſolenniter eum deuotumque eſſe oportet: alioqui nec regis nominatio, nec pontificis ordinatio proderit. Poſtremo notandum eſt hoc nominandi ius interdum principi non competere, vt puta, ſi in aula & comitatu pontificis Romani mortuo antiſtite vacauerit Eccleſia, quia tunc ſolius pontificis nutu & arbitrio Eccleſiæ prouidebitur. Eiurato tamen præſulatu principis nominatio adhuc neceſſaria eſt, cum lex de morte tantum loquatur. Sed etſi collegio alicui eccleſiaſtico, aut monaſterio conceſſa fuerit ſpeciali quodam priuilegio facultas paſtorem antiſtitemque eligendi, conuenta regia pontificiaque eiſdem non præiudicant.

De ſcholaſtica nominatione, qua nunc in Gallia fere vtimur, compendioſa, ſed accurata commentatio.

Cap. XIII.

Conuentu Baſilienſi, & inclyta illa Caroli conſtitutione, de qua fuſe diſſeruimus, literatis viris tertia honorum eccleſiaſticorum pars certa forma contributa fuerat, exceptis antiſtitiis ac præfecturis, de quibus ſuperiori capite tractatum fuit. Eamque partem eis ſaluam reliquit pontifex Leo, etſi forma nonnihil ab eo immutata ſit. Nam beneficia quæ quatuor menſibus vacant, id eſt, tertia parte anni, literarum cultoribus, qui ſcholaſticis gradibus præditi fuerint, conferuntur, ſed ita vt inter eos aliqua ſit diſtinctio. Quidam enim à ſcholaſtico ipſo conuentu ſolenniter nominantur atq; commendantur, honores eccleſiaſticos ac beneficia collaturis antiſtitibus. Alij abſque vlla ſcholæ commendatione ambiunt, & vtriſque ſui menſes ad petitionem ſunt attributi. Sed de his qui ſcholarum candidati, ſeu, vt loquimur, à ſcholis nominati ſunt, potiſſimum hic loquimur: de quibus librum vtilem & copioſum Rebuffus noſter conſcripſit. Et quia diffuſum eſt hoc argumentum, ſummatim id tractaturi ſumus, ſed adhibita methodo, quæ res implicatas euoluat ac explicet: & paulo obſcurioribus lucem aliquam adferat. Sunt autem præcipui quidam loci totius tractatus, quos his attingere ſingulos decreuimus.

I. *Quis nominare poßit.*

Certo certius eſt ſcholis publicis ac celebrioribus Franciæ hoc ius nominandi, prodendique beneficiarij competere. Id enim ita conſtitutum eſt, tum vt honoratiores eſſent ſcholæ, quas nullo nō honoris, beneficentiæque genere proſecuti ſunt maiores noſtri, l. quicquid. C. de aduoc. diuer. iud. tum etiam quia certius ac fide dignius videbatur magiſtrorū præceptorumve de diſcipulorum ſtudiis, quam aliorum teſtimonium. l. nemini. C. de aduoc. diuer. iud. Scholas publicas hic vocamus, publice, ſeu, quod idem eſt, publica authoritate inſtitutas, quas Leo, more vulgari, vniuerſitates vocat: non quod omnium diſciplinarum in eis vigeat profeſſio, vt ait Eraſmus de pronunt. ſed quod profeſſoribus ac ſtudioſis literarum, corpus, collegium ac veluti Rempublicam habere liceat, quamuis alias id iure prohibitum ſit. Id enim ſignificat vniuerſitas apud Iureconſultos. tit. quod cuiuſque vniuer. & tit. de coll. illic. l. actor. tem ratam hab. Itaque tametſi ſchola aliqua publica ad certarum tantummodo diſciplinarum profeſſionem inſtituta ſit, quales ſunt in Gallia pleræque: ea nihilominus hoc iure vtetur. Cum autem Leo de ſcholis publicis regni Franciæ paſſim loquatur in conſtitutione ſua, ſatis perſpicuum eſt, in finibus tantum Franciæ huic ſcholaſticę nominationi locum eſſe. Verum prouincia aut ciuitas Franciæ accedens & coniuncta, quaſi pars quędam ipſius ad conſtitutionem nihilominus pertinere videtur. l. ſi conuenerit, §. ſi nuda, de pig. actio. l. inter ſocerum, §. cum inter. de pact. dot. Nec multum referre arbitror, an poſt conſtitutionem coniunctio huiuſmodi, & ἕνωσις facta, aut ſchola fortaſſis noua publice inſtituta ſit necne, cum ſermo generalis atq; indefinitus futura quoque complectatur. Nam ſi in conſtituenda ſeruitute ita ſit cautum, ne luminibus officiatur, omne lumen tam præſens quam futurū contineri veteres reſponderunt. l. ſi ſeruitus. de ſeruit. vrb. præd. Atque ita in ſpecie non diſſimili cenſuit Liuius lib. 1. Decad. 3. In fœdere Romanorum Carthaginenſiumque cautum fuerat, vt neutri alteris eorumve ſociis bellum inferrent. Saguntinis poſtea in populi Roma. ſocietatem adſcitis bellum intulere Carthaginenſes: quærebatur an id contra fœdus ab eis factum eſſet. De qua re is ita pronuntiat, Satis cautum erat, Saguntinis ſociis vtrorumque receptis. Nam neque additum erat iis, qui tunc eſſent, necne qui poſtea aſſumerentur: & cum aſſumere nouos liceret ſocios, quis æquum cenſeret, aut ob nulla quemquam merita in amicitiam recipi, aut receptos in fidem non defendi, &c.

II. *Quis poßit nominari.*

Vt quis nominari poſſit à ſcholaſtico conuentu, non ſufficiunt vulgaria illa, de quibus li. 4. diximus, ſed quædam alia neceſſaria ſunt, ex Leonina conſtitutione. Nam gradibus titulisque ſcholaſticis præditum eſſe eum, qui nominatur, oportet: quorum primus eſt eorum qui tyrocinij depoſiti inſignia accipiunt, & vulgo Baccalaurij dicuntur: ex quo gradu Theologię profeſſores duos faciunt: alter eſt eorum qui mellodidaſcali deſignantur: tertius ac ſupremus doctorum ſiue magiſtrorum eſt, quorum ſupra mentionem habuimus. Scholaſticos titulos cum dico, eos tantum intelligi volo, qui à ſcholaſticis conuentibus ſolenni & accurata inquiſitione prius facta, deferuntur. Quare doctores codicillares (ſic enim more veterum appellari poſſe videntur, qui diplomate principis ſeu pontificis honorarios illos titulos conſecuti ſunt) vulgo receptum eſt, eius nominationis, de qua loquimur, capaces non eſſe. Et notandum eſt horum graduum, vel infimum ac minimum ſufficere, vt valeat nominatio, præterquam in medicinæ dialecticeſque ſtudio: cum in hoc magiſtrum, in illo mellodidaſcalum eſſe oporteat. Præterea tempus certum conſtitutione definitum eſt, quod in ſtudiis ante ſolennem illam gradationem conſumptum eſſe neceſſe eſt, vt puta in Theologiæ ſtudio, in quo gradus quatuor reperiuntur: tribus ſuperioribus gradibus decem annorum ſpatium, ſex vero annorum infimo præſcriptum eſt. In ſtudio iuris ciuilis aut pontificij ſummo ac medio ſeptenniū, infimo quinquennium eſt ſtatutum. Eademque eſt ratio medicinæ, niſi quod infimi gradus in ea ratio non habetur, vt diximus. In dialecticæ philoſophiæque ſtudio quinquennium magiſtris præſtituitur: & is qui μελλοδιδασκαλίας titulo ornari ſolet. §. præterea, tit. de collat. in conc. Excipiuntur generoſi homines, & claris natalibus orti, quos nobiles ac gentiles appellamus. In qua nobilitate iudicanda vtriuſque parentis genus ſpectatur. Nam hi ad primum gradum in ſtudio iuris ciuilis aut pontificij poſt triennium aſpirant, idque arbitror conſtitutum eſſe, vt id genus homines ad ſtudium iuris alliciantur, quibus publice intereſt Reipublicæ gubernacula potius, quam tenuis fortunæ hominibus committi, eadem prorſus ratione, qua M. Cicero quondam Romæ ſenatum decreuiſſe ſcribit, vt de principum filiis ſex ſingulis Hetruriæ populis in diuinandi arte inſtituendi traderentur: Ne ars, vt ipſe inquit, tanta propter tenuitatem hominum à religionis authoritate ad mercedem & quæſtum abduceretur. Splendor enim ille natalium non mediocre calcar eſt ad virtutem. Vnde Saluſtius in Iugurth. Sæpe, inquit, audiui Quintum maximum, P. Scipionem, præterea ciuitatis noſtræ præclaros viros ſolitos ita dicere, cum maiorum imagines intuerentur, vehementiſſime animum ſibi ad virtutem accendi, ſcilicet non ceram illam, neq; figurā tantam vim in ſeſe habere, ſed memoria rerum geſtarū eam flammam egregiis viris in pectore creſcere, neq; prius ſedari, quam virtus eorum famam atq; gloriam adæquauerit. Quod ſi quis indignetur nobilibus tantum deferri in eccleſiaſticis honoribus aſſequendis, quorum pleriq; fortaſſis à maiorum virtute & gloria quam longiſſime abſunt, is quæſo, Senecā audiat, ita loquentem lib. 4. de benefic. c. 30. Aliquando daturum me etiam indignis quædam non negauerim in honorem aliorum: ſicut in petendis honoribus quoſdam turpiſſimos nobilitas induſtriis, ſed nouis, prętulit. Nō ſine ratione ſacra eſt magnarum virtutum memoria, & etiam plures bonos iuuat, ſi gratia bonorum non cum ipſis cadat. Ciceronē filium quæ res conſulem fecit, niſi pater? Cinnam nuper quæ res ad conſulatum

recepit ex hoſtium caſtris? Quæ Sextum Pompeium, aliosque Pompeios, niſi vnius viri magnitudo? Tanta quidem vt ſatis alte omnes ſuos etiam ruina eius attolleret. Quid nuper Fabium Perſicum, cuius oſculum etiam impediret viri nota boni, ſacerdotem non in vno collegio fecit, niſi Verrucoſi & Allobrogici, & illi trecenti, qui hoſtium incurſioni pro Republica vnam domum obiecerant? Hæc debemus virtutibus, vt nõ præſentes ſolum illas, ſed etiam ablatas è conſpectu colamus. Quomodo illi id egerunt, vt non in vnam ætatem prodeſſent, ſed beneficia ſua etiam poſt ipſas relinquerent: ita & nos non vna ætate grati ſumus. Hic magnos viros genuit, dignus eſt beneficiis, qualiſcunque eſt, dignos dedit. Hic egregiis maioribus ortus eſt, qualiſcunque eſt, ſub vmbra ſuorum lateat, vt loca ſordida repercuſſu ſolis illuſtrantur, ita inertes maiorum ſuorum luce reſplendeant.

III. *Quomodo ſit concipienda nominatio.*

NOminatio in ſcripturam debet redigi, vt ex Leonina conſtitutione ſatis apparet, quæ literarum identidem meminit. §. præfati. §. volumus. Quamuis alioqui ſcriptura ad conficiendum negotium minime ſit neceſſaria, l. contrahitur, de pign. A ſcriba autem ſcholaſtici conuentus deſcribi, & eiuſdem conuentus annulo ſigno ve obſignari eam oportet. §. præfati. §. volumus. Cuius ſigni quænam ſit ſculptura ſiue apoſphragiſma parum refert, modo à conſuetudine hic non recedatur. not. in §. poſſunt. Inſtitut. de teſtament. Idemque dicendum eſt de ea teſtatione, quæ ad legitimi ſtudiorum temporis fidem faciendam conficitur. Præterea nominationis formula ſacerdotia omnia ac beneficia quæcunque is qui nominatur, obtinet, poſſidet ve vna cum vera iuſtaque vectigalis obuentitionumque æſtimatione, & quantitate complecti debet. §. volumus. Cum enim eos nominare non liceat, qui beneficiis aucti ſunt ad quantitatem ducentorum aureorum, vtile viſum fuit in nominationis formula huius quantitatis mentionem fieri. Qua ratione percepta quæſtiones aliquot, quæ ab aliis copioſe hic tractatæ ſunt, facile definiri poterunt. Quid autem appellatione beneficiorum contineatur, docuimus lib. 2.

IIII. *Apud quos nominare oporteat.*

QVia nominationis, de qua loquimur, finis & ſcopus hic eſt, vt nominato beneficium quod poſtea vacauerit, conferatur, ſatis conſtat ita concipiendam eſſe nominationem, quaſi apud eos fiat, qui beneficiorum conferendorum ius habent: cuiuſmodi ſunt epiſcopi, collegia, & cæteri, quos libro 2. commemorauimus. Eadem eſt patronorum ratio, ſed eccleſiaſticorum tantum, quos nominatim exprimit Leonina conſtitutio, non etiam laicorum, in quos non ſimili poteſtate & imperio, ac in eccleſiaſticos vti ſolent Romani pontifices. Durum ſiquidẽ eſt nec ſacerdotali modeſtiæ congruum, prægrandes vbereſque poſſeſſiones à laicis hominibus non modo gentilitiis hæreditatibus detractas, ſed etiam iuri humano & commercio exemptas, ita ſacerdotes tenere, vt liberum etiam illud eccleſiarum patrocinium, quod benefici homines receptum voluerunt, ipſis auferatur. not. in c. 2. de præben. in 6. Sed de his patronis aliquanto fuſius ſupra diſputatum fuit.

V. *De profeſſione ac denunciatione, quam Inſinuationem vocant.*

IN ſcholaſtico conuentu nominari ſolent literati viri abſentibus antiſtitibus, aliiſve, qui promouendi ad ſacra miniſteria poteſtatem habent. Quamobrem ne eius rei ignorationem cauſari poſſint, profeſſio quædam denuntiatioque apud eos eſt neceſſaria. Et eſt conſtitutum, vt quadrageſimæ tempore ea denuntiatio fiat. Triplex autem ac interdum quadruplex teſtatio ipſis edenda eſt. Vna de gradu, quo quis præditus eſt: altera de legitimo ſtudiorum tempore: tertia de nominatione ſcholaſtici conuentus: quarta de nobilitate & genere. Harumq; omnium deſcripta exempla penes antiſtitem, vel patronum alium ve cui editio facienda eſt, demitti debent. Ac poſtquam edita ſemel fuerint hæc omnia, editionem repetere candidatus non cogitur, ſed quotannis nomen ſuum proferri debet, ne fortaſſis mutaſſe voluntatem, & nullum amplius beneficiũ affectare credatur. §. præfati. §. teneantur.

VI. *De effectu nominationis.*

EA vis eſt ac poteſtas nominationis ſcholaſticæ, vt petitio legiſque actio ſit prodita, qua nominatus beneficium ſuo tempore vacans petere poſſit, ſi modo rite & ex formula profeſſus fuerit: Tempus autem quod Leonina conſtitutio nominatis attribuit, menſis eſt Iulius cum Ianuario. Nam cæteri qui gradibus ſcholaſticis inſigniti ſunt, non tamen proditi ſeu nominati à ſcholaſtico conuentu, Aprilem & Octobrem, alij alios menſes habent. Quibus omnibus in orbem beneficia conferuntur, nec vlla potuit commodior ratio excogitari, qua viri literati tertiam partem beneficiorum conſequi poſſint, quam hac circulari collatione. Quæ igitur menſe Iulio, Ianuarioque vacant, ob mortem, inquam, beneficiarij, non ob beneficij eiurationem, adeo nominatis obſtricta, vt ita loquar, obnoxiaque ſunt, vt ſuo iure ipſis ea petere liceat, & alij facta collatio irrita ſit. §. ſi quis vero. §. vlt. Hinc plerique aiunt eum qui alij contulit beneficium, poſſe mutata voluntate, nihilominus nominato conferre, quæ ſententia probabilis eſt. c. non præſtat. de regul. iur. in 6. Sed animaduertendum eſt, quoties ſcholæ candidatus petit, curare eum oportere, vt non ſimpliciter, ſed tanquam nominato expreſſim beneficium ſibi conferatur: alioqui inutilis eſt collatio. atque ita confuſionis fraudumque vitandarum cauſa ſæpe iudicatum eſt. Tempus autem intra quod petere debeat nominatus, conſtitutione expreſſum non eſt. Itaque videtur id boni viri arbitrio relictum eſſe. Sed æquum eſt ac rationi conſentaneum, Lateranenſis concilij tempus ſpectari, quod ſex menſium eſt. c. 2. de conceſ. præb. Quod ſi requiſitus antiſtes petentem ambientemque repulerit, ius conferendi, vt caducum ad ſuperiores antiſtites gradatim deuoluitur. §. ſi quis vero. vt ſupra diximus. c. 5. Et pœna conſtitutione expreſſa eidem irrogatur, niſi iuſtam huius repulſæ cauſam allegauerit. §. vltim: Iuſta vero cauſa poteſt eſſe, exempli loco, ſi is qui monaſticis votis minime obſtrictus eſt, beneficium petat, quod eius tantum ſectæ atque inſtituti homines capere poſſint, aut contra. Sic enim habet conſtitutio, vt ſæcularia ſæcularibus, & regularia regularibus conferantur. §. & inſuper. Quæ verba à nobis explicata ſunt lib. 2. Sed etſi alius cum ambiente concurrat, qui videatur ei præferendus eſſe, iuſta negandi cauſa eſt. Nam inter nominatos is potior cæteris habetur, qui prior nominatus eſt. Ac ſi plures eodem anno ſint nominati, qui ſummo gradu, id eſt doctura, prędititi ſunt, mediis, & medij infimis anteponuntur, quibuſdam exceptis, quos exprimit conſtitutio. §. ſtatuimus. Inter eos qui à ſcholaſtico conuentu proditi non ſunt, ſed in candida pura petunt, vt ita dicam, locus eſt gratificationi, ſicut & inter eos qui proditi nominatique ſunt, cum nulla inter ipſos diſparitas inæqualitaſque reperitur. Hęc autem circularis promotio collatioque beneficiorum nõ perpetuo locum habet. Nam in metropolitanis cathedralibuſq; eccleſiis annonæ quædam ſunt theologis attributæ, quas præbendas theologales vulgo appellamus, quod nemini, præterquam theologo, poſſint conferri, quoquo tempore anni vacent. §. ſtatuimus. Curatio quoque animorum in ciuitate ſemper ei defertur, qui gradibus ſcholaſticis prędítus eſt: aut ſaltẽ legitimo temporis ſpatio, id eſt, triennio, vel theologiæ, vel iuri ciuili aut pontificio operam dedit, &c. Nec id modo de ciuitate conſtitutum eſt, quod verbum peculiarem habet ſignificationem in iure pontificio, ſed etiam de quacunq; comopoli mœnibus cincta. §. ſtatuimus, quæ authore Pomponio oppidum dici poſſe videtur. l. pupillus. §. oppidum, de verb. ſignific. Adde quod Romanus pontifex occupationis cuiuſdam iure, à nonnullis exiſtimatur beneficia quocunque menſe vacantia cuiuis conferendi liberam poteſtatem habere. Sed hæc quæſtio quæ iuris controuerſi eſt, paulo poſt à nobis diſcutietur.

DE

DE IIS QVAE IN BENEFICIIS DISTRIBVENDIS PRAECIPVE OBSERVANDA SVNT, LIBER SEXTVS.

ARGVMENTVM.

Genera omnium acquirendorum beneficiorum recenſuimus in ſuperiore libro, & explicauimus. Sed quia in huiuſmodi acquiſitione multa neceſſario obſeruanda ſunt, viſum eſt nobis ea ſtatim hic ſubiungere, & idcirco ſeparatim hoc libro tractare, quod ſuperior ad iuſtam magnitudinem excreuerit.

Beneficium antequam vacet, nec dandum, nec promittendũ eſſe: & quam grauiter in hac re aduerſus ſacros canones peccari ſoleat. CAP. I.

BENEFICIA eccleſiaſtica, vt admonuimus lib. 2. temporaria non ſunt, vt publica ciuiliaque munera quondam in Rep. Romanorum, ſed perpetua potius, vt in Gallia ſunt magiſtratus regij. Ac talis fere olim fuit Romæ Auguratus, quem Plin. lib. 4. Epiſt. exiſtimat inſigne ſacerdotium eſſe, quod non adimatur viuenti: hoc tamen intereſt, quod ſacra miniſteria ac beneficia noſtri temporis ob maleficium & aliam legitimam cauſam amittuntur. Auguratus vero ita perpetuus eſt, vt quamlibet nocens ac ſceleratus homo nunquam eo priuari queat, authore Plutarcho in Problem. Proinde ſi quis adminiſtrationem eccleſiaſticam habeat, non aliter ei ſucceſſorem mittere licet, quam ſi mortem obierit, aut alias vacauerit Eccleſia, quam adminiſtrat. toto titulo de conceſſione præbend. c. non furem. 7. quæſt. 1. Ac fuit quorundam opinio, ne mortuo quidem beneficiario poſſe beneficium dari, antequam de mortui cadauer ſepulturæ traditum fuerit. c. bonæ. 2. de elect. quod tamen vſquequaq; receptum non eſt. Vacantem vero Eccleſiam aut beneficium dicimus, cum præfecto gubernatore ſeu adminiſtratore caret, non diſſimiliter ac Iureconſulti vacantem mulierem vocant, l. qui cœtu. ad l. Iul. de vi publ. χηρεύουσαν ἐκκλησίαν dicunt Græci, con. Antioch. & hac voce vtitur Plin. lib. 10. Epiſt. vt lib. 8. dicemus. Nec multum refert an poſſideatur ab alio beneficium, an vero ſit vacua eius poſſeſſio, vt cõferri poſſit. Sufficit enim in ea cauſa id eſſe, vt iure vacans dici queat. c. licet. 2. de præbend. in 6. c. 1. §. ſacri. de homicid. in 6. Ac ſicut viui ſuperſtitiſque hominis beneficium conferri prohibetur, ita etiam promiſſio eius interdicta eſt, quamuis in tempus, quo mortuus fuerit beneficiarius, conferatur. Nec ex tali promiſſione vlla naſcitur obligatio: quod & locum etiam habet, ſi quis ſermone vſus generali, tunc beneficium ſe daturum promittat, cum eius dandi facultas ſe obtulerit. c. 2. de conceſſ. præb. in 6. Nam huiuſmodi promiſſiones anſam præbent affectandæ captandæque mortis alienæ, c. de conceſ. præbend. in antiq. quo nihil eſt à viri boni officio alienius. Idque vel Demadis illius exemplo edocemur, qui Athenis neceſſaria funeribus venditantem damnauit, cum probaſſet magnum lucrum optaſſe, quod contingere illi ſine multorum morte non poterat. Seneca lib. 6. de benefic. c. 38. Receptum tamen eſt, vt aſcito in collegium canonicorum, annona ſeu præbenda quæ poſtea vacauerit vtiliter promittatur: quia indecorum viſum eſt, quemquam ſine ſtipendio canonici munere fungi in Eccleſia. c. relatum. de præbend. gloſ. c. 2. de conc. præben. in 6. Pontifex ſane Romanus ab hac regula excipi ſolet, qui beneficia omnia, licet nondum vacantia, donandi, conferendi, promittendi, & arbitrio ſuo diſtribuendi, ac diſpenſandi poteſtatem ſibi vnus vindicat. cap. propoſuit, de conceſ. præben. Sed æquius erat ac longe decentius, eum non imperio tantum, ſed etiam exemplo cæteros epiſcopos in officio continere. Nam in tanto faſtigio collocatus, ſi leges, canones ac maiorum inſtituta contemnat, exemplo magis quam peccato nocet Reip. Chriſtianæ. Atque hinc fit plerunque, vt non adeo grauis cum in reliquos antiſtites, tum in gregem ipſum vniuerſum eius ſit authoritas.

In cõmune iubes (inquit Claudia.) *ſi quid cenſes, tenẽdum:*
Primus iuſſa ſubi, tunc obſeruantior æqui
Fit populus, nec ferre negat, quum viderit ipſum
Authorem parere ſibi: componitur orbis.
Regis ad exemplum: nec ſic inflectere ſenſus
Humanos edicta valent, quam vita regentis.
Mobile mutatur ſemper cum principe vulgus.

Qua pœna autem afficiatur is qui ſuperſtitis hominis nondum vacans beneficium impetrat, tractatum eſt. Et in primis conſtat eum eccleſiaſtica communione ſummoueri. c. 1. de cõceſ. præb. Deinde ſi quo honore graduq; eccleſiaſtico præditus ſit, eo priuatur. c. in primis, 2. q. 1. Eſt & pœna infamiæ aduerſus eum ſtatuta. 3. q. 2. c. audiuimus. Sed ſi quis probabili errore ductus mortuum aliquem eſſe crediderit, iuſtã habere videtur excuſationem. c. præſentium. 7. quæſt. 1. Qua de re Philip. Decius in quodam reſponſo diſſeruit, conſil. 398.

Omnem ambitum à collatione beneficiorũ procul eſſe debere.

CAP. II.

IN aſſequendis beneficiis nihil magis fugiendum eſt, quam ambitus & largitio. Qua de re extat canon concilii Chalcedonenſ. c. ſi quis epiſcopus. 1. q. 1. in hæc verba: Si quis epiſcopus per pecuniam ordinationem fecerit, & pretio redemerit ſpiritus ſancti gratiam, quæ vendi non poteſt: ordinaueritq; per pecuniam presbyterum aut diaconum vel quemlibet de his qui cognominantur in clero, promouerit: & diſpenſatorem aut defenſorem, vel quemlibet qui ſubiectus eſt regulę, pro ſui turpiſſimi lucri commodo: is qui hoc attentaſſe probatus fuerit, proprii gradus periculo ſubiacebit, & qui ordinatus eſt, nihil ex hac ordinatione vel promotione, quæ eſt pro negociatione facta, proficiat: ſed ſit alienus à dignitate vel ſolicitudine, quam pecuniis acquiſiuit. Si quis vero mediator tam turpibus & illicitis datis vel acceptis extiterit, ſi quidem clericus fuerit, à proprio gradu decidat: ſi vero laicus, anathematiſetur. Græce ſic habet. Εἴ τις ἐπίσκοπος ἐπὶ χρήμασι χειροτονίαν ποιήσαιτο, καὶ εἰς πρᾶσιν καταγάγοι τὴν ἄπρατον χάριν, καὶ χειροτονήσοι ἐπὶ χρήμασιν ἐπίσκοπον, ἢ χωρεπίσκοπον, ἢ πρεσβυτέρους, ἢ διακόνους, ἢ ἕτερόν τινα τῶν ἐν τῷ κλήρῳ κατηριθμημένων, ἢ προβάλλοιτο ἐπὶ χρήμασιν οἰκονόμον, ἢ ἔκδικον, ἢ παραμονάριον, ἢ ὅλως τινὰ τοῦ κανόνος, δι᾽ αἰσχροκερδίαν οἰκείαν, ὁ τοῦτο ἐπιχειρήσας ἐλεγχθεὶς, κινδυνευέτω περὶ τὸν οἰκεῖον βαθμόν· καὶ ὁ χειροτονούμενος μηδὲν ἐκ τῆς κατ᾽ ἐμπορείαν ὠφελείσθω χειροτονίας ἢ προβολῆς, ἀλλ᾽ ἔστω ἀλλότριος τῆς ἀξίας ἢ τοῦ φροντίσματος, ὅπερ ἐπὶ χρήμασιν ἔτυχεν, εἰ δέ τις καὶ μεσιτεύων φανείη τοῖς οὕτως αἰσχροῖς καὶ ἀθεμίτοις λήμμασι, καὶ οὗτος, εἰ μὲν κληρικὸς εἴη, τοῦ οἰκείου ἐκπιπτέτω βαθμοῦ· εἰ δὲ λαϊκὸς ἢ μονάζων, ἀναθεματιζέσθω. Extat & conſtitutio Anathemij Imperat. cuius hæc verba ſunt; titul. de epiſc. & cler. in C. Iuſtin. &c. Si quemquam vel in hac vrbe regia, vel in cæteris prouinciis quæ toto orbe diffuſæ ſunt, ad epiſcopatus gradum prouehi Deo authore contigerit: puris hominum mentibus nuda electionis conſcientia, ſyncero omnium iudicio proferatur. Nemo gradum ſacerdotii venalitate precii mercetur: quantum quiſq; meretur, non quantum dare ſufficit, æſtimetur: profecto enim quis locus tutus, & quæ cauſa poterit eſſe excuſata, ſi veneranda Dei templa pecunia expugnentur? quem murum integritatis, aut vallũ fidei ꝓuidebimus, ſi auri ſacra fames in penetralia veneranda ꝓſerpat? Deniq; quid cautum eſſe poterit aut ſecurũ, ſi ſanctitas incorrupta corrumpatur? ceſſet altaribus imminere profanus ardor auaritiæ, & à ſacris adytis repellatur piaculare flagitium: ita caſtus & humilis noſtris temporibus eligatur epiſcopus, vt quocunq; locorum peruenerit, omnia vitæ propriæ integritate purificet: non precio, ſed pre-

cibus ordinetur antiſtes: tantum ab ambitu debet eſſe ſepoſitus, vt quæratur cogendus, rogatus recedat, inuitatus effugiat: ſola illi ſuffragetur neceſſitas excuſandi: profecto.n. indignus eſt ſacerdotio, niſi fuerit ordinatus inuitus. Cum ſane, ſi quis hanc ſanctã & venerandam antiſtitis ſedẽ pecuniæ interuentu ſubiiſſe, aut ſi quis vt alterum ordinaret, vel eligeret, aliquid accepiſſe detegitur: inſtar publici criminis & læſæ maieſt. accuſatione propoſita, à gradu ſacerdotij retrahatur: nec hoc ſolum deinceps honore priuari, ſed perpetuæ quoq; infamiæ damnari decernimus; vt eos quos per facinus coinquinat & æquat, vtroſque ſimilis pœna comitetur. Quod autem de ordinatione dicitur, ad beneficiorum conceſſionẽ pertinet, quæ olim cum ordinatione ipſa ſeu promotione erat coniuncta, vt lib. 1. diximus. c. ex multis, 1. q. 3. Si quis igitur largitione ad ſacrum miniſterium promotus, aut beneficium aſſecutus fuerit, ab eo repelli & ſummoueri debet, cum irrita ſit ac nulla talis promotio. c. ſanctorum, 1. q. 1. c. cum clerici, de pact. Nec refert an quis pecuniã, an aliquid pro pecunia paciſcatur: quia omnes huiuſmodi pactiones iure pontificio improbantur: quibus interuenientibus, gratuita dici non poteſt collatio. c. quam pio, 1. q. 2. c. vl. de pact. Hic autem ambitus vulgo Simoniacus dicitur à Simone quodam apoſtolorum contemporaneo, qui mirificam illam diuinamq; vim ac poteſtatem Spiritus S. gratiam infundendi per manuum impoſitionem, quam habebant apoſtoli, ab ipſis emere & mercari voluit. Act. c. 8. Quiſquis enim rem ſacram ſpiritalemq; precio ſibi parat, aut alia re quæ precij vice fungatur, hunc Simoniacũ, quaſi Simonis illius æmulum & imitatorem appellamus. Nec quicquam intereſt an ordinatori, an alij qui forte competitor noſter ſit, largiamur aut pmittamus. Quod ſi quis litẽ habeat beneficij nomine, & aduerſario alias liti cedere nolenti pecuniam det vel promittat ob ſumptus in litem factos, & vexationis redimendæ cauſa, hæc deciſio tranſactioq; non videtur ad Simoniacũ ambitũ pertinere: ſpeciem tamẽ quandam ambitus habere dicitur: & vt fraudibus via præcludatur, merito improbata eſt, niſi authoritate antiſtitis iuſta aliqua probabilique de cauſa fiat. c. cum pridem, de pact. c. conſtitutus, de tranſact. Cum igitur ambitus vere non ſit, ſed commentitio iure pro ambitu habeatur, pœna tranſigentem non teneri vulgo receptum eſt: quamuis tranſactio irrita ſit. not. in d. c. conſtitutus. Sed quæritur an librariis, qui tabulas ad fidem ordinationis faciendam conſcribunt, recte aliquid detur. Et generaliter conſtitutum eſt à Gregorio, ne quid eo nomine accipiatur. c. 1. de ſimon. Quod pleriq; ſic intelligendum cenſent, ſi huiuſmodi librarijs publice ſalarium præbeatur. Nam alioqui opera eorum videtur aliqua remuneratione digna. Et ſane Baſilienſis ſynodus pro labore ſcribentis moderatam dari mercedem ſtatuit. Seſſio 21. Idque Iuſtiniani conſtitutionibus cõſentaneum eſt, quibus quantitas deſcribitur, quæ miniſtris Epiſcopi ordinandis ab eo qui ordinatur danda eſt Nouel. 123. Sed etſi quis ex ſubſtantia facultatibuſq; ſuis aliquid Eccleſiæ offerre velit, non priuatim aliquibus perſonis eccleſiaſticis, id ab eodem Iuſtiniano non ſolum permittitur, ſed etiã maximopere cõmendatur. Verum ab inuitis nihil exigitur, modica illa quantitate excepta, quã pro enthroniaſtico idem definiit.

De annuo vectigali, quod vulgo Annatam vocant, à nouis antiſtitibus exigi ſolito, & explicata lex Iulia de ambitu.

CAP. III.

Viſitatum eſt apud nos, & Leonina conſtitutione, cuius ſæpe meminimus, confirmatum genus vectigalis, quod vulgus Annatam vocat. Nam cum primum recens lectus eſt, & à rege nominatus, aut epiſcopus aut cœnobiarcha, Roman. pontifex anni integri fructus eius beneficij percipit, eoſq; ſibi ſtatim ſolui ac repræſentari curat. Hoc vectigal, quod annuũ appellamus, nõ quod anniuerſarium, ſed quod vnius anni ſit, quidam à Bonifacio nono inuentum, alij à Ioãne 22. ſcribunt. Platin. Sępe autem quęſitũ eſt, an iure poſſit exigi. Et hęc fere Theologorum eſt opinio, iuriſque pontificij conſultorũ Romanum pontificẽ lege ſimoniaci ambitus, vt cæteros epiſcopos teneri, ſi pro ſacris miniſteriis pecuniã accipiat. not. in c. 1. de ſimon. Nam præter canones, quos ſupra citauimus, qui pecuniam omnino exigi vetant, hoc genus vectigalis à ſynodo Baſilienſi damnatũ eſt: & pœna ambitus aduerſus eos qui hac via ad ſacra miniſteria Eccleſiæ graſſantur, atque adeo aduerſus ipſum pontificem ſtatuta. Seſſ. 21. Nec ſatis perſpicio vt ſe excuſare poſſint hoc modo promoti à pontifice, quominus in canonum pœnam incurrant, & tanquã vitio creati, vt veteres loquebãtur, dignitatẽ honoremque eccleſiaſticũ amittant, ſi quis ad priſcæ inſtitutionis normã potius, quã receptæ cõſuetudinis, hæc exigere velit. Nam quoquo ſe vertant pontifices, quibuſcunq; decretis, cõſtitutionibus pactiſque hanc exactionem tueantur, diuinum oraculũ ſemper eis opponemus. Gratis accepiſtis, gratis date. gl. pragm. tit. de annat. Quod cum ita ſit conuentio inter regem noſtrum, pontificemque Leonem inita, turpis omnino ac inhoneſta quibuſdam videtur, ideoq; pro nõ ſcripta haberi ac reiici debere: ita tamen vt cætera capita eiuſdẽ conuẽtionis, quæ à ratione honeſtateq; nõ abhorrent, nihilominus obſeruẽtur. Non me latet, à iuris ciuilis autoribus pollicitationes probari, quibus ob ſacerdotium pecuniam Reip. quis promittit. tit. de pollicit. Sed alia cauſa eſt ſacerdotiorũ Chriſtianæ religionis, vt ex iam dictis conſtat. Deinde vltro offertur Reip. ea pecunia, nec eam promittere, aut nõ promiſſam dare quiſpiam cogitur. Nec vero inficias eo ex fructib. beneficiorũ partem aliquã decerpi poſſe, ſi neceſſitas aliqua magnaque vtilitas Eccleſię id flagitet. Verum id coacto cõcilio fieri debet, vt appareat in Eccleſię gratiam & vſum reuera, non in priuatum paucorũ hominum cõmodum eas facultates erogari & impendi. Quod & in ſynodo Conſtan. decretũ eſt, Seſ. 43. Sed obiiciunt aliqui ꝙ Modeſtinus ait, legem Iuliam de ambitu Romæ ceſſare, quod magiſtratuũ creatio ad principis curam pertineat, non ad populi fauorẽ. l. 1. ad legem Iul. de amb. Idemq; dicendum putant de põtifice Rom. cuius in eccleſia ſummus eſt principatus, vt ambitus argui nõ poſſit. Quibus ego breuiter reſpõdeo legem Iul. aduerſus eos latam eſſe, nõ qui Reip. palam aliquid dabant, quod nulla lege vetitum erat, tit. de pollicit. ſed qui populum viritim diſtribuendo pecuniã clandeſtinis largitionibus corrumpebant. Proinde ea lex in iis magiſtratib. locum habere nõ poterat, quos princeps, non populus creare ſolebat. Verum vt gratis dentur hæc ſpiritalia ſacraque munera, nec eo nomine quicquã accipiatur, epiſcopis omnibus ac pontificibus & voce diuina, & ſacrorum cõuentuum canonibus præceptum eſt, quandoquidẽ eorum cupiditati & auaritiæ aliter occurri non poterat. Ac vt obiter de principe dicam, ꝙ diſſimilari non poteſt, quamuis nulla lex principem coerceat, nihil tamen videtur magis à regia liberalitate, ſplẽdore & maieſtate alienũ, quam ob munera publica à ſubditis pecuniam exigere: id quod Iuſtinian. noſter in quadam conſtitutione grauiter & copioſe demonſtrat, ac dedignari ſe ait imitari eos qui ante ſe imperio præfuerant, qui pro pecuniis conferentes munera publica caſtigandi eos qui male & iniuſte verſabantur in munere ſuo poteſtatem ſibi ademerant. Sed memoratu dignum eſt, ꝙ idem ait, atq; vtinam principes noſtri hoc corruptiſſimo tẽpore ſæpius id expenderent, Ἀργυρολογεῖν τὰς ἀρχὰς πάσης ἐστὶ πονηρίας προοίμιον τε καὶ πέρας. Pecunias ex magiſtratibus colligere, omnis iniquitatis & iniuſtitiæ principium eſt finis. Nouel. 8. vt iudic. ſine quoquo ſuffr. Huic cõſentaneum eſt quod Lampridius de Alexandro Seuero ſcribit, Honores iuris gladij nunquam vendi paſſus eſt, dicens, Neceſſe eſt, vt qui emit, vendat. Ego non patiar mercatores poteſtatum: quos ſi patiar, damnare non poſſum. Erubeſco.n. punire illum hominem qui emit & vendit. At hodie, ô turpem notam horum temporum! quotuſquiſque abſque precio, eoque ingenti, ad vllum magiſtratum in Republica noſtra prouehitur? Nam etſi principes eam nundinationem minime probare ſoleãt, in iis quidem certe magiſtratibus, qui iuri dicendo præficiuntur, nemo tamẽ eſt, qui neſciat ea munera ſuffragatores aulicos, velut in auctione licitationeque publica grandius pretium numerantibus addicere ſolitos eſſe. Itaque vix vllus hodie reperitur commendatione virtutis & doctrinæ vllo honore auctus in Republica, & cui idem vere dici non poſſit, quod Caium Cæſarem Syllæ quondam obieciſſe ferunt. Cum enim Sylla indignabundus Cæſari, ſua ſe in illum poteſtate vſurum eſſe diceret, ridens Cæſar: Recte, inquit, tuũ putas eſſe magiſtratum, quẽ tuis pecuniis cõparaſti.

De annuis ſiue penſionibus, quæ beneficiis velut ſeruitutes quædam imponuntur. CAP. IIII.

Beneficia cum vacant, integra & ſine vlla diminutione debent conferri. Quare ſi partem redituum antiſtes benefi-

beneficium conferendo retineat, in legem ambitus committit. tit. vt eccle. benef. ſine dimi. Sed nec duobus idem beneficium conferre, aut inter duos idem beneficium diuidere poteſt, niſi ex iuſta aliqua cauſa rite legitimeque talis diuiſio fiat. c. maioribus. c. vacante. cap. cum cauſam. de præb. Receptum tamen eſt, vt quamuis vni tantum detur beneficium, nihilominus ei onus imponatur certam portionem ex beneficii reditibus alteri ſingulis annis pendendi. Quod genus penſitationis annuum neutro genere appellari poſſe arbitror: idque exemplo veterum quos ita locutos eſſe crebro animaduerti. l. ſcio. §. vxori. l. ſicut annuum. l. Titia. §. qui Marco, de ann. lega. l. ex annuo. l. ſi ſtipulata, de donat. inter vir. Eſt igitur hoc annuum delibatio quædam beneficii, qua ex eo quod vniuerſum beneficiarii foret, pars quædam alicui confertur. Sic enim id nobis vtcunque deſcribere ac delineare viſum eſt, exemplo Florentini Iureconſulti in legati definitione, l. legatum, de lega. 2. Sunt autem huiuſmodi annorum tria genera. Quædam enim ob ſacrum ſpiritaleque munus penduntur: vt cum in eccleſia aliqua conſtituitur à monachis vicarius, qui eccleſiam ac populum regat: nam huic ex reditibus ſuis partem aliquam idoneam erogare coguntur. c. de monachis. c. extirpandæ, de præben. c. 1. de præben. in 6. Item cum præter eccleſiæ rectorem ſiue paſtorem clericus quiſpiam ad eccleſiæ miniſterium neceſſarius inſtituitur: cui etiam portio redituum beneficii debet à rectore ipſo ſuppeditari. c. conquerente, de cler. non reſid. Ac tametſi beneficii, vt ita dicam, hi domini non ſint, ſed hanc portionem velut vſufructuarii, & à dominis quodammodo accipiant, tamen hoc ſtipendium à vero iuſtoque beneficio non differt, cum ob ſacrum ſpiritaleque miniſterium detur. Alia ſunt annua, quæ ob munus aliquod profanum, ac, vt loquimur, temporale, præberi ſolent, vt puta, aduocatis eccleſiæ, & iis qui ſonitus tinnitusque campanæ curam gerunt. Et hæc annua profana omnino ſunt, quæ ob profanum officium profaniſque hominibus tribuuntur. can. quicunque. 12. quæſt. 2. can. poſſeſſiones. 16. quæſt. 1. Rota in clemen. 1. de rebus eccleſ. non alienan. Alia ſunt quæ abſque vllo onere ac miniſterio conceduntur, & ἀσυμφ-τα ἐ αὐνήεχτα proueniunt: de quibus hic potiſſimum tractaturi ſumus. Ac in primis ſciendum eſt, certis ex cauſis hæc onera ſeruituteſque beneficiis imponi poſſe, non ſolum à pontifice Romano, ſed etiam ab aliis antiſtitibus, qui inferiores dicuntur. Itaque ſi in fraudem, aut abſque cauſa legitima annuum alicui attribuerint, nihil actum eſſe intelligitur. c. extirpandæ, de præb. c. audiuimus, de colluſ. deteg. Sed voluntas Romani pontificis pro iuſta legitimaque cauſa habetur in re beneficiaria. clem. 1. vt lit. pend. Prima igitur cauſa eſt, cum quis beneficium eiurat, ac dimittit in gratiam alterius, hoc conſilio, vt pars aliqua fructuum, vnde ſe tueatur, ei ſalua maneat. Nam etſi huiuſmodi conditio à Simoniaco ambitu prope videtur abeſſe: not. in cap. ex parte, de offi. deleg. tamen quia totum negotium in voluntatem arbitriumque pontificis confertur, conuenit inter omnes iuris pontificii doctores impune id dicere. Et ſane iuſtiſſima plerunque huius rei cauſa poteſt eſſe, vt ſi ponamus paſtorem alicuius eccleſiæ ſenio confectum velle miniſterium ſuum cum bona pontificis venia alii cedere, nec tamen eas facultates habere, vt ad victum ei ſufficiant: idque alibi annotatum eſt. Secunda cauſa eſt, cum duo permutare cupiunt beneficia ſua, ſed vnum longe opimius eſt ac vberius altero: tunc enim ipſis conſentientibus pontifex minus ac magis tenue beneficium certæ præſtationi annuæ obnoxium reddit. Tertia cauſa eſt, cum lis inter duos beneficii alicuius nomine orta eſt: Quo caſu ſolet pacis concordiæque cauſa ita res decidi, vt vnus beneficium obtineat, alteri annuum ex eius beneficii fructibus præbeatur. c. niſi eſſent, de præb. Sunt & aliæ cauſæ, quas commemorant paſſim iuris pontificii doctores, ſed has tantum vſus forenſis probat in Gallia. Nam etſi quis bene meritus ſit de eccleſia, aut inops, vel infirma valetudine ſit, iuſta hæc cauſa annui dandi ex bonis eccleſiaſticis habetur. c. poſſeſſiones, 16. q. 1. c. quicunque, 12. q. 2. Oldrad. conſ. 226. Et hoc prætextu Romanus pontifex Cardinalibus Romanæ eccleſiæ annua attribuere conſueuit, quod abſque eo reditu ſplendorem ſuum (nam luxum dicere non auſim) tueri nequeant. Verum, vt ſupra diximus, quæ cauſa eum mouerit, inquirendum non eſſe vulgo traditur.

Annum, de quo hic loquimur, beneficium eccleſiaſticum non eſſe.

Annua huiuſmodi inter ſacra beneficia non recenſentur, vt iam admonuimus. cap. præterea. de tranſact. Proinde quæ de beneficiis conſtituta ſunt iure pontificio, ad ea minime pertinent. cap. quamuis, de præbend. in 6. not. in cap. ad audientiam, de reſcript. Exempli gratia. Laicis hominibus non minus quam initiatis attribuuntur: quia nullum ſacrum munus miniſteriumve deſiderant, ideoque contracto poſtea matrimonio non amittuntur. Quod tamen plerique accipiendum eſſe aiunt, niſi cum cedenti beneficio ſuo annuum conſtituitur. Quo caſu, quia loco beneficii datur, naturam quoque beneficii retinet. l. ſi eum. §. qui iniuriarum. ff. ſi quis caut. Præterea mortuo creditore non dicitur vacare, vt impetrari ſicut beneficium aliquod poſſit, ſed velut vſusfructus extinguitur. Remittitur etiam abſque vllius pontificis venia licet beneficio ſe abdicare nemo poſſit, ſine Pontificis authoritate. tit. de renunt. Cum enim priuatum alicuius hominis commodum tantum reſpiciat, cur ipſi de eo paciſci arbitrio ſuo non permittetur? l. ſi quis in conſcribendo. Cod. de pact. leg. in re mandata. Cod. mand. Excipitur annuum quod authoritate pontificis pro alimentis alicui attributum eſt. Nam ius ciuile non patitur, vt tranſactio de alimentis ſine decreto interponatur. leg. cum hi. de tranſ. Item poteſt hæc penſitatio, vt alius quiuis reditus, pecunia redimi. Verum ob ea, de qua iam diximus, cauſam pontificis authoritas accedere conſueuit. Atque ita vulgo ſolent concipi tabulæ, quaſi aliquot annorum penſionibus repræſentatis, ac vt loquitur Seneca, in anteceſſum datis, liberatum ſit ea ſeruitute beneficium. Adhæc, ſi annuum ita ſit alicui attributum à pontifice, vt illud in alium transſcribere poſſit, nihil prohibet eo nomine pecuniam, velut ab emptore accipi. Sed raro hanc transſcribendi emancipandique facultatem pontifices concedunt, vti accepimus. Denique non ſicut beneficium, ita etiam hoc ius, quod profanum eſt, cum beneficio permutare licet, quia ſacrarum ſpiritaliumque rerum cum profanis permutatio non admittitur. cap. vltimo de rerum permut. gloſ. pragm. tit. de coll. §. item quod ad vniuerſitates. in verb. beneficiorum.

Annui poteſtas & effectus quis ſit.

Quæ ſit poteſtas & effectus annui, nonihil ante demonſtratum eſt. Sed hic locus aliquanto pleniorem diſputationem exigit. Itaque animaduertendum eſt hoc ius ſimile quadantenus eſſe vſufructui, quia cum perſona extinguitur. §. finitur. Inſtit. de vſufruct. Præterea beneficio ſic inhæret, vt ipſum ſequatur ad quamcunque perſonam tranſeat. can. ſi quis laicus. 16. q. 1. Nam mortuo beneficiario hoc annuum à ſucceſſore, qui in vacantem locum ſuffectus eſt, poſſe exigi dubium non eſt, niſi ex conceptione diplomatis aliud actum eſſe appareat. d. c. niſi eſſent. vbi gl. de præben. Cum enim fere non concedatur alicui à pontifice, niſi in perpetuum, & quam diu vixerit, ratio non patitur, vt finiri morte beneficiarii dicatur. Quod & de præteriti temporis penſionibus, quas vetus poſſeſſor beneficii debuit, accipiendum eſſe videtur, ad quas eccleſia ſiue beneficium obligatum eſt. l. imperatores. ff. de pub. & vectigal. Nec minus aduerſus veterem poſſeſſorem, ſi fructus in vſum eccleſiæ non impenderit, aut eiuſdem fato functi hæredem agetur. Atque ita creditoris erit electio, vtrum conuenire malit. not. in c. 1. de ſolut. Cum autem vſufructuario comparetur is, cui annuum attributum eſt, tractari ſolet, an onera quæ dicuntur patrimonialia ſubire cogatur. Et certum eſt hoſpitalitatis onus, & alia huiuſmodi quæ ordinaria ſunt, beneficiario incumbere, cum eo nomine maiorem partem fructuum ei dimittendam eſſe receptum ſit. Cætera vero, quæ extra ordinem inducuntur, pro portione ſuſtinet is qui annui nomine partem fructuum capit. l. hactenus. de vſufruct. l. neque. de impen. in reb. dot. fact.

Beneficium pure ac ſimpliciter conferendum eſſe.

Cap. V.

QVia beneficia gratis conferenda ſunt, vt ante diximus, receptum eſt, collationem ſub conditione fieri non poſſe.c.vlt.de pact.not.in c.ſignificaſti, de elect. Excipitur conditio quæ ineſt collationi, quamuis forte non exprimatur, vt puta, ſi vacat beneficium, &c.gl.in cap.2. de elect. in 6. Nam ea adiectio abuſiue tantum conditio appellatur: nec vllam vim ſuſpendendi negotium, quod geritur, habet.l. muto.de tute.gloſ. cap. ſignificatum, de præb.not. in l.actus legitimi.de reg.iur. Quod autem dicitur ſub conditione beneficium inutiliter conferri, de inferioribus antiſtitibus vulgo accipi ſolet, non de Romano Pontifice. Huic enim liberum eſſe ait, quācunque libuerit conditionem adiicere collationi, modo ea in crimen ambitus iure diuino prohibiti non cadat.cle.1.vt lit.pend.not.in d.c.ſignificaſti. Eadem eſt alternationis ratio quæ conditionis: idque à pontificii iuris doctoribus pleriſque in locis memoriæ proditum eſt notabiliter in c.paſtoralis.7.q.1.in c.2.de elect.in 6.Fel.in c.2.de appell.

Cap. VI.

An abſque ſcriptura beneficii collatio valeat.

SImulatque pontifex beneficium ſe alicui conferre pronuntiauit, ius ei acquiſitum eſſe intelligitur, tametſi nulla ſcriptura, nullumve diploma ea de re confectum fuerit. can.inſtitutionis.35.quæſt.2.Itaque mortuo ſtatim Pontifice à quo beneficium nudo ſermone collatum eſt, irrita minime eſt collatio, ſed debent à ſucceſſore diplomata & literæ expediri, in quibus eis conceſſionis mentio fiat. Bald. in l. humanum.C. de leg. & in l.vlt.C. de com. ſer.ma.cap.literis de reſcript. Quæ literæ ad probationem neceſſariæ eſſe dicuntur, contra communes regulas: nec licet beneficiario antequam eas literas acceperit, quicquam attingere, quod ad beneficium pertineat. c. iniunctæ.extra, de elect. Authent. de mand.princ. Proinde ad fidem collationis faciendam teſtes non ſufficerent. Panormitanus in cap. in noſtra.de reſcript.not.in l.pactum quod.Cod.de pact.præterquam in exceptis caſibus, de quibus non indiligenter ab aliis tractatum eſt.Fel.in rub.de conſtit. Tametſi Iaſon ex facto conſultus ſimpliciter reſponderit, ſcripturam neceſſariam non eſſe in l.cum proponas filios.C.de pact. Quæ autem ſit authoritas ac fides literarum, ſiue tabularum, quæ ab antiſtitibus conficiuntur, quandoquidem diffuſe ab aliis agitata eſt quæſtio, eam in præſentiarum omittemus. not. in cap. poſt ceſſionem.de probat.

QVOD IVS HABEAT BENEFICIARIVS IN BENEFICIO SVO, ET QVEMADMODVM BENEFICIA RETINEANTUR, & conſeruentur.

LIBER SEPTIMVS.

Argvmentvm.

Omne ius noſtrum, inquit Vlpianus l.vlt.de legib.aut in acquirendo, aut in conſeruando, aut in amittendo conſiſtit. atq; diuiſione ſæpe vſi ſunt noſtri iuris authores, lib.8. Digeſt. quorum exemplum hic nos ſecuti poſt acquiſitionem beneficiorum operæpretium duximus, & de eorum conſeruatione aliquid ſcribere, tametſi is locus à cæteris vulgo prætermiſſus ſit.

Cap. I.

De decima tam ordinaria & legitima, quam extraordinaria atque indicta.

BEneficivm eccleſiaſticum, vniuerſitas quædam eſt variis ex rebus conſtans, quibus loco ſtipendii cuiuſdam beneficiarius fruitur. Ac vt de ſingulis breuiter dicamus, prædia in primis ac poſſeſſiones, quæ vulgo bona ac temporalia dicuntur, beneficio inſunt, vt docuimus lib. 2. præterea decimam omnium fructuum partem à populo accipit beneficiarius, de qua etiam diſſeruimus lib.2. Et quia lex Moſaica eam dari iubet Leuitis & ſacerdotibus, quibus nulla terra portio data fuit, cum Moſes Hebræis poſſeſſiones diſtribueret, cap. 1. de deci. iuris pontificii doctores contendunt, iure diuino eam ſacerdotibus noſtri temporis deberi: quod & pontificum aliquot conſtitutionibus expreſſum eſt. c. parochianos.c.in aliquib.de decim. Sed exiſtimant fere theologi non ideo quenquam iure diuino ad eam præſtationem aſtringi dicendum eſſe, cum ea lex abrogata ſit, nec hodie nos liget, vt ante diximus.gloſ.c.1.de decimis in 6. Sunt qui aſſerant, nos ita demum obligari ad decimam dandam, ſi voto ad id nos obſtrinximus.l.2.de pollicit. Quaſi hæc decima ſimilis ſit ei, quam veteres ethnici vouere Herculi & conſecrare ſolebant, autore Plutarch.in Problem. Verum inueterata conſuetudo eccleſiæ, & variæ conſtitutiones ea de re promulgatæ meram liberalitatem fortaſſis in neceſſitatem conuerterunt. Itaque in hac diſputatione de decima, vt miniſtris Eccleſiarum iure debita, & quam ab inuitis exigere poſſint, loquimur. Nec ſolum de fructibus prædiorum percipitur: ſed etiam de omni artificio, negotiatione, quæſtu, &c.c.ex tranſmiſſa.de deci. Et hinc vulgaris diuiſio decimæ in prædialem & perſonalem orta eſt. c. ad apoſtolica. de deci. Debetur autem curionibus potiſſimum, id eſt, presbyteris qui parœcias regunt, & animorum curationem habent. Id enim ab initio ſic conſtitutum fuiſſe dicitur.can.eccleſias.13. q. 1.can. decimæ. can. de decimis,16.q. 1. Debetur interdum & aliis Eccleſiis ſiue monaſteriis, vel ob donationem rite factam, vel ob longi temporis poſſeſſionem.c.cum contingat. c. cum in tua. de decim. Laici vero huius iuris capaces non eſſe dicuntur: quia ob ſacrum ſpiritaleque munus clericis conceſſum eſt. Eſt enim Lateranenſi concilio prohibitum, quod tempore Alexand. III. ante quadringentos annos habitum eſt Romæ, & quibuſdam pontificum decretis, ne in homines laicos hoc ius transferatur. cap. prohibemus. de deci. cap. cum apoſtolica, de his quæ fiunt à præla. Ante illud conciliū ſacræ decimæ ius, clientelæ titulo, militibus attributum fuerat à principibus quibuſdam, idque totius clerici conſenſu, quod Eccleſiam populumque Chriſtianum aduerſus religionis hoſtes propugnarent. Et huius rei authorem fuiſſe in Gallia Carolum Martellum annalibus noſtris proditum eſt. Sed quia id pernicioſum Eccleſiis videbatur, ſynodus decreuit, vt ex eo tempore decima in laicum transferri non poſſet. Quamobrem qui iure clientelæ ſacram decimam ſibi vindicant hoc tempore, eam ante ſynodum illam Lateranenſem ſibi, vt clientibus eccleſiæ conceſſam fuiſſe contendunt. Cuius rei quia difficilis eſt probatio, vtilitatis cauſa receptum eſt, vt vetuſtam poſſeſſionem iſtius iuris clientelaris, id eſt, quæ hominum excedat memoriam, probare ſufficiat.not.in cap. cum apoſtolica.de his quæ fiunt à præla. Ad decimam autem beneficiariis curionibus præſtandam, adeo obligatur populus, vt nemo excuſetur, niſi huius muneris vacationem impetrauerit, quæ à pontifice Romano impetrari ſolet. cap. dilecti.cap.ſuggeſtum. cap. ex parte. c. licet. c. ad audientiam. cap. à nobis. de deci. Nam conſuetudine ſeu longa poſſeſſione hoc ius omnino non tollitur, quamuis minui poſſit, & decima in duodecimam aut aliam partem, quæ minor ſit, conuerti.

ſerti.not. in cap.in aliquibus, de deci.c. commiſſum. eod.tit. Ex his quæ iam dicta ſunt, exiſtit quæſtio, de noualium decima, cui ſcilicet debeatur, an curioni beneficiario, an vero al j cuius ſacræ decimæ acquiſitum ſit. Nouale autem hic intelligitur proſciſſus nunc primum ager, qui ante deſertus, nec poſt hominum memoriam cultus fuit, c.1.c. quid per nouale. de verborum ſignif. in decret.l. vlt. de ter. moto. quamuis nonnunquam aliter accipiatur.l.ſylua.§.noualis, de verbor.ſigni. Ad quæſtionem igitur propoſitam vt breuiter reſpondeamus, ſciendum eſt in primis laicos, qui ius ſacræ decimæ ſibi vindicant, ex noualibus percipere poſſe, ſed curiones ipſos potius, quibus ſolus hoc ius olim competebat. De monachis autem, qui olim laici erant, nunc fere ſunt clerici, & aliis huiuſmodi beneficiariis paulo difficilius eſt iudicium propter conſtitutionum pontificiarum obſcuritatem. Sed vulgo receptum eſt, ſi ius ſacræ decimæ in certa parœcia diſerte conceſſum eis fuerit, decimam quoque noualium ipſis deberi. c. ex parte, de deci. quia verba indefinita ad futurum quoque tempus referuntur.l.ſi ſeruitus, de ſeruit.vrb.præd. Quod ſi longa poſſeſſione id ius acquiſierint clerici, decima noualium non ipſis ſed curioni debetur, quoniam in loco recens proſciſſo nullam vnquam decimam perceperunt. Ideoque vſucaptum ab eis hoc ius vere dici non poteſt.c. cum contingat, c.cum in tua, de deci. Addendũ & illud eſt, quamuis ei qui longa fortaſſis poſſeſſione decimã ſibi acquiſiuit, nominatim decimæ noualium ius ita tributum fuerit, vt non aliter ac decima vetere ea fruatur: conceſſionem tamen huiuſmodi dimidiam partem non excedere, ne curiones & paſtores eccleſiarum parœciarumque nimis grauentur: id quod Alexandrina conſtitutione plenius continetur.c.ſtatuto, de deci.in 6. Hactenus de legitima ordinariaque decima ſatis pro inſtituto dictum eſt. Eſt autem aliud genus decimæ, quam ideo extraordinariam & indictam vocare poſſumus, quod à pontifice Romano prętextu belli hoſtibus noſtræ religionis inferendi, alteriuſve neceſſitatis extra ordinem beneficiariis indicatur. cle.vlt.de dec. & eo.tit. in extrauag. Hodie hanc decimam rex in Gallia beneficiariis indicere ac imperare pro poteſtate ſolet, nec vllum fere certius atque expeditius, quam ex decumana iſta pecunia vectigal habetur.

De primitiis. CAP. II.

AFfines decimæ ſunt primitiæ, id eſt, primi fructus ex agro ſuſcepti. Nam & hi lege Moſaica offerri iubebantur Deo, quamuis certa non eſſet definita quantitas, ſed offerentium arbitrio derelicta, vt Hieronymus ait, c.1.de deci. Itaque prætextu legis diuinæ ad certam eo nomine præſtationem populum hodie cogi non poſſe inter omnes conuenit. Nec dubium eſt, quin ea conſuetudo, cuius meminit Hieronymus, quæ modum definierat, contraria conſuetudine abrogari & antiquari potuerit. d.c.1. de deci. Et hunc ſane morem primitiarum offerendarum videntur ab Hebręis ipſis accepiſſe Romani, quos ſcribit Plin.lib.18. deguſtare vina aut nouas fruges ſolitos non fuiſſe, priuſquam ſacerdotes primitias libaſſent.

De oblationibus. CAP. III.

OBlationes dicuntur, quæcunque à piis fidelibuſque Chriſtianis offeruntur Deo & Eccleſiæ, ſiue res ſoli, ſiue mobiles ſint. Nec refert, an legentur teſtamento, an aliter donentur. c. qui oblationes.c.clerici.13.q.2.not.in c.cauſa.c. cum inter, de verb.ſig. Et hoc vocabulo vſus eſt Vlp.c.5.tit.de don.inter vir.& vxor. Veteres offerumenta vocabant, authore Feſto. Verum hæc inualuit conſuetudo loquendi, vt oblationes ſpecialiter dicantur, quæ altari offeruntur in ſacra liturgia, quam vulgus miſſam, Iuſtinianus noſter ἁγίαν προσκομιδὴν appellat Nouel.123. Huiuſque oblationis, quæ apud veteres vſitata fuit, Theodor. meminit c.de his, 10. q.1. c. omnis, de conſec.diſt.1.lib.5.eccl. hiſtor.c.18. & nos ſupra aliquid attigimus lib.2. Et hæ omnes oblationes, ſicut & decima, de qua iam diximus, inter res ſacras ſpiritaleſque numerantur: adeo vt clerici tantum, non etiam laici, eas capiant. c. quia ſacerdotes.c.ſanctorum.c.vlt.10.q.1. Cum autem in bonis ac reditibus recenſeantur eius eccleſiæ cui offeruntur, merito dicendum eſt eas ad eius eccleſiæ rectorem gubernatoremque pertinere. Panorm. in c. paſtoralis, de his quæ fiunt à præla. ſine conſen.

De diariis, quæ diſtributiones quotidianæ appellantur: & cur hoc genus erogationis adinuentum ſit.

CAP. IIII.

CAnonicorum beneficia ac præbendæ duabus ex rebus fere conſtant. Nam in quibus eccleſiis eſt præbendarum diſtinctio, certa prædia ac poſſeſſiones obtinent ſinguli, quas ſic in poteſtate ſua habent, vt reditum ab alio quopiam accipere neceſſe eis non ſit. Fructus autem huiuſmodi ſibi acquirunt, ſi præſentes ſint in ciuitate, quamuis in templo quotidie non pſallant, aut pſallentibus non aſſiſtant. Nam quia canonicorum collegium velut quidam ſenatus eſt eccleſiæ, vt diximus lib.1. permulta ſunt ad eorum munus pertinentia, quibus exequendis eccleſiæ non minus, imo vero magis prodeſſe poſſunt. Hoc enim pſallendi munus, quamuis negligendum non ſit, tamen olim inferiorum tantummodo clericorum fuit, nec inter præcipua, ac magis eccleſiæ neceſſaria habitum eſt. Quod & ſupra admonuimus lib.1. Præter eas poſſeſſiones qui pſallunt in templo, aut ſacris cantionibus interſunt, quamuis plerunque in collegium canonicorum cooptati non ſint, hi in ſingulos dies, atque adeo horas ſtipem recipere ſolent, ac veluti quaſdam ſportulas, quibus à manu vulgo nomen inditum eſt, quod tantum præſenti in manu tradantur.c. olim. de verbor. ſignif. Sunt qui diſtributiones quotidianas appellent non inepte. Ego à Latinis Diaria proprie vocari ſcio. Qua voce Iuſtinianum, quamuis Græce ſcribentem, Nouel.123. vſum fuiſſe ſcio. Verba eius hæc ſunt de diaconiſſa loquentis, quæ cum ſuſpecto aliquo viro habitat: εἰ δὲ τοῦτο ὑπέρθηται πρᾶξαι, τῆς ἐκκλησιαστικῆς ὑπηρεσίας καὶ τῶν ἰδίων διαρίων ἀλλοτριουμένη ἐν μοναστηρίῳ παραδιδόσθω. Videtur autem hoc erogationis genus ideo excogitatum eſſe, vt cum à beneficiariis vulgo contemneretur pſallendi aut ſacris aſſiſtendi munus, quaſi proprium ipſorum non eſſet, ſpe huius dianomes & mercedis illecti, id munus amplecteretur. Nam iis tantum qui ſacris interſunt hæ ſportulæ diſtribuuntur: non aliis, niſi forte eos excuſet valetudo, &c.c.de cætero, de cler.non reſid. & tit.de cler.non reſid.in 6. Et hoc quidem adeo verum eſt, vt de eo qui ob Theologiæ ſtudium abeſt, conſtitutum ſit, huiuſmodi ſportulas eum non conſequi, quamuis cæteros fructus lucretur. cap. licet. de præben. cap. ſuper ſpecula, de magiſtr. Fauor enim ſtudij hoc tantum efficit, vt abſens pro præſente habeatur: conſtatque ad conſequenda hæc diaria præſentiam non ſufficere, niſi ſacris cantionibus precationibuſque quis aſſiſtat. Nam & alias quæ de fructibus & obuentionibus beneficij conſtituuntur, veluti de ſoluenda beneficiorum decima, de hac dianome intelligi non ſolent. Quamuis enim fructus aut reditus non male dici poſſit, extrauag. Bonifac. titul. de deci. munus tamen illud pſallendi, eadempt præmio facile deſereretur à canonicis, cæteriſque Eccleſiæ beneficiariis, quibus ea minutatim diſtribuuntur, vt ſpe quæſtus id faciant, ad quod efficiendum ideo cogi poſſe non videntur: quia ſecundum veterem inſtitutionem fortaſſis alia fuit eorum in eccleſia functio. Cuius tamen rei non magnam habuit rationem Bonifacius octauus, vt ex eius conſtitutione apparet, d. extrauag. de deci. Vnde fit, vt quod in compenſationem miniſterij illius antiquitus ac præcipue datur canonico, tametſi forte in ſingulas hebdomadas, menſes, aut dies, diſtribui ſoleat, tamen appellatione Diariorum minime hic contineatur. Nam interdum canonici nullam certam poſſeſſionem pro miniſterio ſuo aſſignatam habent, ſed à diuiſore alio frumentum aut vinum ſtato tempore ipſis diſtribuitur. Sed & panes quoque dantur eiſdem illis non omnino diſſimiles qui à iuris ciuilis authoribus panes ciuiles dicuntur. Eaque cibaria licet cantionibus ſacris non aſſiſtentes, capiunt. extrauag. poſtulaſti. & extra. cum nonnullæ, de præben. gloſſ. prag. titu. de ann. § volui, in verbo, fructib. & tit. quo tempo. quiſq. debe. §. iubet, in verbo diſtributiones. Oldrad. conſil.18. Iis autem qui munus ſuum omnino negligunt, & ſine iuſta cauſa abſunt, nulli omnino

fructus debentur, c. cum dilectus, de cler. non reſid. niſi contraria ſit conſuetudo. c. cum omnes. de conſtitutio.

De reditibus & obuentionibus quibuſdam epiſcoporum.

Cap. V.

IVra epiſcopalia quidam ita deſcribunt, vt partim ad legem iuriſdictionis, partim ad legem diœceſanam pertinere ea dicant, gloſ. cap. dilectus. de offic. ord. Quam diſtinctionem Panor. vt ineptam, & nulla ratione auctoritateve nixam improbat, d. c. dilectus. Nobis autem propoſitum non eſt, quicquid ad epiſcopi munus ſpectat hic exequi, quod cæteri fuſe explicant, ſub tit. de offic. ord. & à nobis non indiligenter tractatum eſt libro 1. De reditu & prouentu illo tantum hic diſſerimus qui ex epiſcopio percipitur, præter ingentes poſſeſſiones & latifundia, quæ vulgo bona temporalia vocant. Poſtquam enim reditus eccleſiæ, qui antiquitus erant communes, & ab epiſcopo diſtribuebantur, diuiſi ſunt, & ſingulis miniſterijs attributi, quemadmodum à nobis dictum eſt lib. 2. epiſcopis ſingulis vectigal quoddam ab inferioribus eccleſiis pendi cœptum eſt, Huiuſmodi in primis illud eſt, quod in ſynodo à ſingulis curionibus, & inferiorum eccleſiarum gubernatoribus exigunt. Nam duos ſolidos ſinguli epiſcopo dare iubentur. c. 1. c. illud, 10. q. 3. c. conquerente, de offic. ord. Cuius muneris vacationem habent monaſteria, vt concilio Toletano conſtitutum eſt. c. inter. 10. q. 3. Diciturque hocius vulgo cathedraticum, quod cathedræ, id eſt, honori epiſcopali debeatur. Cathedra enim in iure pontificio pro honore ac munere epiſcopali ſæpe accipitur. c. non autem. c. placuit. c. ſi quis epiſcopus. 7. q. 1. propterea quod olim epiſcopi, quorum munus proprium ac præcipuum eſt docere, c. inter cætera. de offic. ord. ſedentes in ſolio & cathedra docebant. Euſeb. lib. 7. eccleſ. c. 15. c. 26. Triper. lib. 5. c. 29. Ac quoties epiſcopus aliquis creabatur, collocari in eo ſolio atque throno ſolebat, veluti poſſeſſionis cuiuſdam apprehendendæ gratia. Hinc enthroniaſticum à Iuſtiniano dictum eſt, Nouel. 123. honorarium illud, quod epiſcopi munus ſuum auſpicantes Eccleſiæ largiebantur. Hinc etiam dictæ ſunt cathedrales eccleſiæ, vt à cæteris inferioribus diſcernantur. c. venerabili. de verb. ſignif.

II. Cum epiſcopus aut archiepiſcopus prouinciæ vel diœceſeos ſuæ eccleſias & monaſteria ſolenni more inſpicit earum eccleſiarum vel monaſteriorum præfecti hoſpitio eum recipere, victumque ei præbere coguntur. c. conquerente, de off. ord. tot. tit. de cenſib. c. cum ex officiis, de præſcript. Et hæc eſt illa hoſpitalitas, quam noſtræ religionis anteſignani tantopere nobis commendarunt. 42. diſt. c. 1. Cuius forma & ratio quibuſdam canonibus atque conſtitutionibus præſcripta eſt. c. placuit. 10. q. 1. c. 1. & ſeq. de cenſib. in 6. Hoc autem munus ideo procuratio vocatur, quia eccleſiæ epiſcopum procurant, id eſt, curant, alunt ac tuentur: ſicut pueri dicuntur procurari à nutricibus, & equus à domino, apud Plautum & alios authores Latinos, qui proprie, ac emendate locuti ſunt.

III. Quadrans illius decimæ, de qua paulo ante diximus debetur epiſcopo, & eorum præterea quæ à mortuis teſtamento relicta ſunt eccleſiis inferioribus. d. c. conquerente. c. de quarta. de præſcr. c. officij. c. requiſiſti. de teſtam.

IIII. Indicitur ab epiſcopis nonnunquam extraordinaria collatio, ſi neceſſitas vrgeat: vt puta ſi ære alieno grauata ſit eccleſia, ſi ad ſynodum generalem proficiſcendum ſit, &c. d. c. conquerente. c. cum apoſtolus, de cenſib. Alias omnis indictio prohibetur. c. quia cognouimus. 10. q. 3. d. c. cum apoſtolus. Sed hæc collatio, de qua loquimur, non videtur olim pro poteſtate & imperio indici conſueuiſſe, vt nunc aſſolet: precibus enim ac ſuaſionibus eam impetrabant epiſcopi, non tanquam dominantes, &c. vt Petrus ait. proinde hoc munus ἀπὸ τῆς χάριτος nomen habet, quaſi chariſterium quoddam ſponte oblatum potius, quam vectigal vi extortum ac expreſſum ſit.

De his quæ ſacramentorum, & aliarum huiuſmodi rerum nomine contra veteres canones exiguntur.

Cap. VI.

VEtant canones non ſolum antiqui, ſed & recentiores, ne pro miniſtrandis ſacramentis pretium exigatur. c. cum in eccleſiæ, de ſimon. Sanctiſſima enim res eſt (vt de iuriſprudentia Vlpianus ſcribit) pretio quæ nummario æſtimanda dehoneſtandaque non eſt, l. 1. de extraor. cog. Ac valde improbatur eorum mos qui pro conſecratione baſilicarum, aut pro monaſtica profeſſione pecuniam ab inuitis extorquent. c. placuit. c. quam pio. 1. q. 2. Nec eos minus deteſtantur canones, qui pro ſepeliendis in templo vel cœmeterio cadaueribus, aut exequiis pecuniam efflagitant. c. queſta. & ſeq. 13. q. 2. c. abolendæ. de ſepul. Earum tamen rerum nomine à ſponte liberaliterque offerentibus pecuniam, aut aliam rem accipi canones non prohibent. d. can. queſta. Quædam enim honeſte accipiuntur, vel authore Vlpiano, quæ inhoneſte petuntur. d. l. 1. de extra. cog. c. non ſane. 14. q. 5. Quamuis autem pro huiuſmodi rebus nihil exigere liceat, ſed abſque pretio atque adeo cautione vlla præſtari debeant, tamen vulgo receptum eſt, ſi quid eo nomine vltro offerri conſueuerit, vt talis conſuetudo veluti pia & honeſta obſeruetur, ad eamque obſeruandam authoritate ſuperioris antiſtitis etiam inuiti adigantur: ſed ſuſcepto iam ſacramento, aut ſepulto cadauere, &c. ne alioquin eas res quiſquam mercari videatur. Proinde ſacrifici noſtri temporis, qui certam Eccleſiam nullam regunt, poſtquam ſacrum peregerint, ſi conſueta merces ipſis non præbeatur, epiſcopum adire ſolent, poſtulantes non quidem aperte, vt ſibi pretium numeretur, ſed vt laudabilis conſuetudo obſeruetur, &c. Quo caſu epiſcopus in laicos etiam homines iuriſdictionem exercet. Hoc autem genus explicandæ pecuniæ, quod à veteribus canonibus, & maiorum inſtitutis valde alienum eſt, ex Innocentij III. conſtitutione manauit. cap. ad apoſtolicam, de ſimon. Cuius tamen longe alius videtur ſenſus eſſe, vt plerique iuris pontificij doctores annotauerunt. Sed τὰ ἀκίνητα hic mouere nobis conſilium nō eſt.

An mortuo beneficiario hæres legitimus ei ſuccedat.

Cap. VII.

CErti iuris eſt, beneficia eccleſiaſtica cognationis aut propinquitatis iure cuiquam non deferri. c. apoſtolica. 8. q. 1. c. 10. de præben. cap. ad hæc. de deci. Nam ſiue vſum habere eos dixerimus, ſiue vſumfructum, dubium non eſt, quin illud ius morte ipſarum extinguatur. §. finitur. Inſtit. de vſufruct. De fructibus ante mortem perceptis quæſtio tractata eſt, & conſtat ex iis quæ lib. 2. diſſeruimus, ad hæredes legitimos non tranſire, cum vſuario magis quam vſufructuario beneficiarius comparandus ſit. Itaque is qui in demortui locum ſuffectus fuerit, quaſi diſpenſator adminiſtratorque eos capiet. c. ad hæc. c. relatum. de teſtam. c. vlt. de off. ord. in 6. Sed moribus comparatum eſt, vt beneficiarij perceptos iam fructus, tanquam vſufructuarij, ad hæredes ſuos transferant. §. is vero. Inſtit. de rer. diuiſ. l. ſi fur. l. defuncta, de vſufru. l. qui ſcit, de vſur. gloſ. prag. tit. de anna. §. item quod. in verb. acquiſitos.

An beneficiarius ſucceſſorem eligere, & fructus beneficii teſtamento legare poſſit.

Cap. VIII.

ANtiocheno concilio c. 23. ſtatutum eſt, vt epiſcopo ſucceſſorem ſibi conſtituere non liceat. c. epiſcopo. 8. q. 3. Quo tamen concilio non prohibetur aliquem nominare, quem ſibi ſucceſſorem optet. can. apoſtolica, 8. q. 1. Id enim à pleriſque ſanctiſſimis viris factum eſt, cuiuſmodi fuit Petrus, Athanaſius, Auguſtinus, de quibus poſtea dicemus, libro 8. Sed talem nominationem ſynodus vult irritam eſſe, niſi epiſcoporum & clericorum ſuffragium poſtea acceſſerit. c. pleriſque. 8. q. 1. Ac huius prohibitionis rationem docet Hieronymus in epiſtola Pauli ad Titum, cuius verba Gratianus in Rhapſodia ſua refert. c. Moſes, 8. q. 1. Quod ad fructus attinet animaduertendum eſt, iure pontificio non permitti beneficiariis eos teſtamento cuique legare, ac ne res quidem alias ex facultatibus eccleſiæ, aut contemplatione eiuſdem acquiſitas. c. fixum. 12. q. 5. c. cum in officiis. c. ad hæc, de teſtam. Quod eſt accipiendum, niſi forte in pauperes eleemoſynam conferre velint: qua tamen in re modus ſeruari debet. d. c. ad hæc. Quamuis enim adminiſtrator rerum

eccle-

eccleſiaſticarum poſſit arbitrio ſuo pauperibus largiri, quæ vere pauperum ſunt, vt diximus lib. 2. tamen fraudis vitandę cauſa libera legandi facultas non eſt ei conceſſa. arg. l. viuus. ſi quid in fraud. patron. Quæ vero ad beneficiarium peruenit, ex amicorum liberalitate, puta aut artificio aliquo, &c. nec propter eccleſiam acquiruntur, de his teſtari poteſt. c. quia nos. ex relatum, de teſtam. Verum hæc moribus noſtris fere antiquata ſunt, permittiturq; beneficiarijs de fructibus beneficii alijſque huiuſmodi rebus arbitratu ſuo teſtari. gl. prag. tit. de annat. verb acquiſitos.

CAP. IX.

Quibus ex cauſis rerum eccleſiaſticarum alienatio permittatur: Quæ forma in huiuſmodi alienatione debeat obſeruari, & declaratus canon Agathenſis concilii ad eandem rem pertinens: qui vulgo male intellectus magnam iudiciorum varietatem peperit.

Rerum eccleſiaſticarū alienatio canonibus prohibita eſt, nec earum modo quæ ſacræ habentur, & hominum cōmercio exemptæ, cuiuſmodi ſunt ædes ipſæ, ius decimæ, vaſa conſecrata, &c. ſed prædiorum etiam ac poſſeſſionum, quæ bona temporalia vulgo appellantur. Authen. de non alie. & authen. de alie. & emph. c. nulli, de rebus eccl. non alien. Non enim beneficiarius harum rerum dominus eſt, & ius vtendi ſolummodo habet: eaque prohibitio alienationis ad monaſteria, xenodochia, noſocomia, & alia huiuſmodi pia loca pertinet. Auth. de non alien. & Auth. de alien. & emphyt. Sodalitia tamen & φρατρίας, quas vulgo confraternitates appellamus, hic non comprehendi recte Baldus cenſuit, quod profanæ ſocietates ſint. Bald. in d. Auth. hoc ius. Nam & regiis conſtitutionib. ea Comi Bacchique conuenticula vt pernicioſa Reipubl. omnino interdicta ſunt. Alienationis autem appellatione continetur venditio, & donatio, permutatio, emphyteuſis, hypotheca, & cætera id genus negotia, quibus aut dominium, aut aliquod ius proximum & affine dominio transfertur. l. 1. C. de fund. dot. l. vlt. C. de reb. alie. §. alienationis, in Auth. de non alienan. d. c. nulli. Sed etſi quis ad longum tempus locauerit, id eſt, vt vulgo interpretamur, decem annorum, alienare is dicitur, quia hoc genere locationis quaſi dominium quoddā transfertur in conductorem, adeo vt ei in rem actio competat. Cle. 1. de rebus eccle. non alie. vbi not. l. 1. de ſuperfic. Quibuſdam tamē ex cauſis rerum eccleſiaſticarum alienatio permittitur. gl. ſum. 12. q. 2. Pan. d. c. nulli.

I. Si æs alienum vrgeat, nec poſſit ex fructibus ſatisfieri. Auth. hoc ius. Nam & eandem ob cauſam prædia minorum, qui ſub tutela vel cura ſunt, diſtrahere licet. l. 1. de reb. eor. qui ſub tute.

II. Permittitur alienatio rei minus vtilis, vt rem aliam vtiliorem ac fructuoſiorem acquirat Eccleſia. d. Auth. hoc ius. c. vt ſuper. de rebus eccle. non alie.

III. Si pecunia ad alendos pauperes in magna aliqua fortaſſis caritate annonæ, aut ad redimendos captiuos opus ſit, nec ea aliunde ſuppetat. c. aurum. c. ſacrorum. 12. q. 2. Hic enim eſt pręcipuꝰ rerum eccleſiaſticarum vſus, vt admonuimꝰ lib. 2. Aut ſummatim dicamus, quotieſcunq; vel neceſſitas aliqua, vel manifeſta vtilitas eccleſiæ exigit, receptum eſt harum rerum alienationem permitti. c. ſine exceptione. 12. q. 2. c. dudum. de reb. eccl. non alie. in 6. Et hæc in rebus eccleſiæ profanis maxime locum habent. Sed & ſacra quoque vaſa, & aliç res huiuſmodi nonnunquam alienantur. leg. ſancimus. & Authen. ſeq. Codic. l. de ſacroſ. eccleſ. Item decima quæ inter res ſacras ac ſpiritales vulgo habetur. d. c. dudum. Hoc amplius, Eccleſia aliqua tota interdum alienari poteſt. c. paſtoralis. de donat. tot. tit. de his quę fi. à pręla. cle. ſi vna, de reb. eccl. non alie. Quamuis autem ex ijs cauſis alienatio conceſſa ſit, tamen ne vtilitatis alicuius prætextu temere & in perniciem Eccleſię alienatio fiat, conſtitutus eſt certus ordo certaque forma iure ciuili & pontificio, quam in huiuſmodi alienatione ſeruari oporteat. Auth. de alien. & emph. Sed legibus ciuilibus allegari ſe non patiuntur viri eccleſiaſtici, & pontificios canones de ea re editos tantum recipit conſuetudo, per quam dubium non eſt, quin ſolennitas mutari poſſit. not. in c. cum cauſa. de re iudic. Quare formam canon. b. præſcriptam, quæ vſu recepta eſt, hic explicari ſufficiet. Forma igitur iuris pontificij hæc eſt, vt alienationem antecedat diligens tractatus, & communis deliberatio cleri, id eſt, collegarum, qui canonici dicuntur, ſi Eccleſia tale collegium habeat: deinde omnium conſenſus, aut certe maioris partis, ac præterea ſubſcriptio adhibeatur: quibus omnibus ſuperioris antiſtitis authoritas accedat. d. c. ſine exceptione. d. c. dudum. c. 1. de his quæ fiunt à prælat. At cū de antiſtite quæritur, locus in quo eſt alienans Eccleſia, non in quo res quæ alienatur ſita eſt, ſpectandus eſſe videtur, quamuis aliqui contra ſentiāt. d. Authen. hoc ius. Et tametſi licitationem, ſubhaſtationemque ſolennem ius ciuile requirat, tamen id canonibus eccleſiaſticis nuſquam expreſſum reperitur. d. Authen. hoc ius. Sed quæritur, an vt valeat alienatio pretium in rem eccleſiæ verſum eſſe oporteat? Qua de re videnda eſt Panormitani diſtinctio, c. ꝑ quibuſdam. de fideiuſſ. not. in d. Auth. hoc ius. Ex iam dictis conſequitur alienationem rerum eccleſiaſticarū ita demum valere, ſi duo concurrant. Vnum eſt, vt ob iuſtā legitimamque cauſam fiat: alterum, vt ordo præſcriptus iure pontificio accurate obſeruetur. Quod ſi aliter fuerit alienata res, ea cum fructibus vindicari ac repeti poterit. c. non liceat. 12. q. 2. Sed longi temporis præſcriptione recte ſe tuebitur poſſeſſor, ſi bonam fidem habeat. Panor. in c. de quarta. c. non liceat. de præſcr. Guid. Pap. q. 150. Quod tēpus à morte tantum beneficiarii qui alienauit, currere incipit, vt concilio Toletano cautum eſt. can. ſi ſacerdotes. 16. q. 3. Excipiuntur ſane aliquot caſus, in quibus ille ſolennis ordo non requiritur.

Primus eſt, cum res eccleſiaſtica titulo clientelæ vel emphyteuſeos concedi ſolita eſt. Poteſt enim more conſueto ab antiſtite dari, quamuis formam canonibus præſcriptam minime obſeruet. c. 2. de feud. c. vt ſuper. de rebus eccle. non alie. Bart. in Auth. qui rem. C. de ſacroſ. eccl. Guid. Pa. q. 154.

II. Excipiuntur res mobiles quæ ſeruando ſeruari nō poſſunt. Nam earum rerum minime prohibetur alienatio. can. fugitiui. 12. q. 2. lex quæ. C. de admin. tut.

III. Sunt qui putant factam omiſſa forma alienationem efficacem eſſe, ſi ea non noceat Eccleſiæ. Innoc. in c. 1. de in integr. reſtit. Fab. Inſt. de eo cui lib. cau. bon. Idque colligi videtur ex concilio Agathenſi, cuius hæc verba ſunt: Terrulas aut vineolas exiguas & Eccleſiæ minus vtiles, aut longe poſitas paruas, epiſcopus ſine conſilio fratrum, ſi neceſſitas fuerit, diſtrahendi habeat poteſtatem. c. terrulas. 12. q. 2. Verum ille canō meo iudicio formam illam cuius ſupra meminimus non remittit. Nam quod ibi dicitur, ſine conſilio fratrum, de aliis epiſcopis accipi debet, quorum conſenſus eo tempore neceſſarius erat, vt ex canone ſeptimo eiuſdem concilij, & ex concilio Carthaginenſi Toletanoque conſtat. c. quod ſi neceſſitas. 10. q. 2. c. quicunque. 12. q. 2. can. nullus, 17. q. 4. Itaque cum neceſſitas ita vrget, vt epiſcoporum conuentus commode non poſſit exſpectari, permittit ſynodus Agathenſis ſine ipſorum conſilio non quaslibet terras ac poſſeſſiones diſtrahere, ſed exiguas tantum, & quæ non magnum Eccleſiæ fructum afferunt. Quia in re clericorum ſiue canonicorum, qui præſentes ſunt, tractatus atque conſilium minime negligendum eſſe videtur: & qui nobis aduerſantur, nulla ſatis firma ratione ſuam comprobant opinionem. Quod enim dicitur, negotium cum pupillo contractum ſine tutoris authoritate valere, ſi id expediat pupillo, ſic accipiendum eſt, cum pupillus aliquid ſibi ſtipulatur: id enim ipſi damnoſum eſſe non poteſt. leg. neque. Cod. de contrahen. ſtipul. §. prim. Inſt. de autho. tut. Et quod Iuſtinian. ait, pupillum poſſe conditionem ſuam meliorem facere, §. 1. Inſt. de autho. tut. tunc habet ſenſum, pupillum vtiliter id negotium contrahere, ex quo nullum ei damnum contingere poteſt, quodque ſeruari deſiderat, cuiuſmodi eſt ſtipulatio qua ſibi acquirit. Itaque hæreditatem inutiliter adit, quamuis lucroſa ſit, leg. obligari. de auth. tut. §. neque. Inſtitut. eod. tit. quia hæreditatis adito non ſemper vtilis eſt. Similiter alienatio prædiorum pupillarium, quæ inutilis plerunque ac pernicioſa eſt pupillis, abſque decreto prætoris & cauſæ cognitione omnino prohibetur. Nam tametſi in rem mi-

noris aliquando prædia alienentur ſine decreto, tamen id perquam neceſſarium eſt, ne alias exemplum pupillis noceat, huius hic maxime habetur ratio. Idem .n. hic veremur, quod Auguſtus quondam militari diſciplina, cuius verba apud Macrum hæc ſunt, tit. de re milit. Et ſi ſcio fabrilibus operis exerceri milites non eſſe alienum, vereor tamen, ſi quicquam permiſero, quod in vſum meum aut tuum fiat, ne modus in ea re non adhibeatur, qui mihi ſit tolerandus. l. officium, de re militari. Sic enim multa iure tum ciuili, tum pontificio paſſim conſtituta reperiuntur, quæ in ſpeciem iniqua ſunt, ſi quis ad priuati cuiuſque vtilitatem reſpiciat, ſed in vniuerſum ea proſunt, & publice vtilia eſſe creduntur. Habet aliquid ex iniquo omine magnum exemplum (vt Caſſius apud Tacitum ait) quod contra ſingulos vtilitate publica rependitur. Illud ſane inficiari nolo, ſi eccleſia non conqueratur, quia ſe læſam fortaſſis non exiſtimat, valere contractum, in quo ſolennia defuerunt: idque minorum exemplo. l. non eo minus. C. de procuratoribus. Verum aduerſarius prætextu omiſſæ ſolennitatis, ab eo contractu recedere inuita Eccleſia non poterit, aut eam nolentem ad contractum obſeruandum cogere. l. quod fauore. C. de legibus. Atq; ita etiam accipi poteſt, quod ſupra diximus, minorem poſſe conditionem ſuam meliorem facere. §. 1. Inſt. de author. tuto. Quod autẽ obiiciunt nõnulli ex Vlpiani ad D. Marci orationem interpretatione, quamquam ſubdifficile à pleriſque exiſtimatur, tamen facile, niſi fallor, dilui poteſt, ſi quis verba & mentem authoris, id eſt, D. Marci expendat. & quid inter eius orationem de alimentis, & orationem Diui Seueri de rebus pupillaribus interſit, paulo diligentius conſideret. Non enim D. Marcus tranſactionem de alimentis ſine decreto factam ſimpliciter irritam eſſe vult, ſed ſi ita tranſactum fuerit, vt repræſentatam pecuniam alimentarius conſumat, vnde Vlpianus verba orationis interpretans ita diſſerit, Si tranſactio ſic fuerit facta, vt ſemel numeretur ac repræſentetur quod teſtator particulatim alimentorum nomine præſtari voluit, decreto prætoris tunc opus eſt, quod cauſa tantum cognita interponitur. Sin autem aliter tranſactum fuerit, vt puta, vt id quod in ſingulos annos erat alicui relictum, conſequeretur per ſingulos menſes, &c. huiuſmodi tranſactionem D. Marcus non improbat, quaſi decretum in ea ſit neceſſarium. Alia cauſa eſt alienationis prædiorum pupillarium à D. Seuero prohibitæ. leg. 1. de rebus eorum. quia ſimpliciter prohibita eſt quocunque modo fiat, ſicut & rerum eccleſiaſticarum alienatio, de qua hic diſſerimus. Et hæc noſtra ſententia eſt de quæſtione vulgo agitata, quæ adeo controuerſa eſt in foro, vt iudicia curiæ centenariæ contraria extent, nec inter claſſes ſeu decurias iudicum adhuc conuenire potuerit. Qui contra ſentiunt, æquitatem fortaſſis aliquam nobis opponent, & ſimul eccleſiaſticorum hominum auaritiam, quorum opes minui magis quã augeri publice expediat, vt libro ſecundo admonuimus. An huiuſmodi rationes iudicem mouere debeant, viderint alii. Ego certe meam ſententiam ita ſcripto iure tueor, vt cum ijs qui euidenti æquitate vel vtilitate nitentur, pertinacius contendere nolim. Cum igitur hæc ita ſe habeant, quæri poteſt, ſi in tabulis nulla ſolẽnitatis in alienando ſeruatæ mentio fiat, an ob diuturnitatem temporis interueniſſe præſumatur? Et variæ iuris doctorum opiniones reperiuntur, quas ex eorum commentariis ediſcere licet. not. in l. ſciendum. de verborum obligation.

Cap. X.

Quorum munerum vacationem beneficiarii & eccleſiarum miniſtri habeant.

INter iura atque commoda beneficiariorum illud non minimum eſt, quod tametſi bonis fruantur Eccleſiæ, tamen ad munera ſubeunda non compelluntur. Quorum autem munerum vacationem habeant, nunc tractandum eſt. Et in primis munera perſonalia non ſubeunt, ne auocentur à functione miniſterioque ſuo, leg. generaliter. C. de epiſc. & cler. Perſonalia hic vocamus quæ opera ac induſtria exercentur abſque ſumptu & diminutione patrimonii. leg. 1. & vltim. de muneribus. De patrimonialibus paulo difficilior eſt quæſtio, id eſt, quæ ſumptum poſtulant, & damno adminiſtrantis expediuntur abſque vlla opera aut labore. dict. leg. 1. & vlt. Et animaduertendum eſt hæc munera duplicia eſſe. Quędam enim imponuntur poſſeſſionibus ipſis ac prædiis, nulla perſonarum, à quibus poſſidentur, habita ratione. Alia imponuntur perſonis, non rebus, quamuis aliquando in huiuſmodi impoſitione modus facultatum ſpectetur. Ideoque mixta munera à quibuſdam, ſed contra morem loquendi veterum, dicuntur. leg. reſcripto. & l. vltim de mun. & hono. Rurſus horum munerum, quædam ordinaria legitimaq; ſunt vt portoria: quædam iſagogica, exagogica, & alia id genus in Gallia noſtra, quæ canonis appellatione ſignificantur. Alia extra ordinem indicuntur principum aut magiſtratuum arbitrio, cum nulla ſint lege conſtituta, nec certam præſtationem habeant. in leg. honorib. de vac. mun. leg. 1. C. de vac. pub. mu. Sed vt ad rem veniamus, illud inter omnes conuenit, extraordinariis muneribus iure ciuili eccleſias nõ ſubiici. l. placet. C. de ſacroſ. eccl. ſed ordinariis tantum, quæ & canonica dicuntur. Stata enim illa tributa atque vectigalia, quæ nerui Reip. dicuntur ab Vlpiano, l. 1. de quęſtio. quod ſine illis publicum ſtatum tueri non liceat, nemo detrectare poteſt. l. nullus. C. de decurion. Quæ vero extra ordinem indicuntur arbitrio principum, ea ſubire non coguntur Eccleſiæ, niſi ob cauſam valde neceſſariam Reipublicæ indicantur, vt mox dicemus. leg. iubemus. leg. neminem. C. de ſacroſanct. eccleſ. Nec vlla diſtinctio eſt iure ciuili inter ea munera quæ prædiis, & ea quæ perſonis indicta ſunt. Omnibus ſiquidem muneribus legitimis atque ordinariis obnoxiæ ſunt Eccleſiæ. Itaque eius collationis, quam talem hodie appellamus, ſi ius ciuile reſpicias, vacationem vix habent. Nam etſi olim extraordinariũ munus eſſet, ac prout belli neceſſitas flagitabat, ad tempus indici ſolitum: tamen edictis regiis ad ordinariam præſtationem redactum eſt. Id quod à priſcis etiam Imperatoribus Romanis factum fuiſſe in legibus ipſorum comperimus. leg. 1. Cod. de indictio. Nec ſatis perſpicio quemadmodum iuri ciuili diuinum ius hic aduerſetur. Nam Chriſtus Cæſari tributum, pendi non ſolum præcepit, dicens, Reddite Cæſari, &c. ſed ipſe etiam cum ſuis apoſtolis illud exoluit, tametſi ex regia ſtirpe ortus eſſet: ideoque tributis obnoxius non eſſe videretur. Matth. 17. Idque veteres eccleſiaſtici ſcriptores ad vnum fatentur, ex quibus non pauca in ſuam Rhapſodiam Gratianus retulit. can. ſi tributum. can. magnum, 11. q. can. in tributum, 23. q. 8. At hodie viri eccleſiaſtici contendunt, primum ſe illis muneribus non ſubiici, quæ perſonis indicuntur magis quam poſſeſſionibus, leg. reſcripto. de mune. & hono. quia iure pontificio, quo nũc vtimur, princeps in perſonas eccleſiaſticas nullum imperium, nullamque poteſtatem habet. Deinde ſi quæ prædia antiquitus libera atque munia poſſideant, in ea tanquam Deo conſecrata & dicata nihil iuris principẽ habere aiunt. c. nulli liceat. 12. q. 2. Ex quo conſequens eſt, ad eam ſolum tributionem eos teneri, ad quam obligata erant prædia antequam ad ipſos peruenirent. capit. 2. de cenſibus. leg. imperatores, de publica. not. Panor. in c. non minus. de im. eccle. Et extant Bonifacii octaui conſtitutiones, c. clericis. de immu. eccleſ. in 6. c. quanquam. de cenſibus, quibus non ab extraordinariis tantum muneribus, quod iam ante ſancitum fuerat, c. non minus. c. aduerſus. de im. eccl. Verum à quibuſcunque etiam tributionibus perſonas eccleſiaſticas eximit: ſed ita vt cauſam nullam, quamlibet iuſtam ac neceſſariam, excipiat. Sed & illud quoque adiicit, vt ne volentibus quidem clericis Rom. pontifice inconſulto pecuniam conferre liceat. Nec mirum eſt ab inſolenti homine, impotentiſque animi, qualem deſcribunt Bonifacium hiſtorici, conſtitutionem adeo iniuſtam, & ab omni æquitate abhorrentem emanaſſe. Nec eõ hæc dico quod eccleſiæ eccleſiaſticarumque perſonarum priuilegiis & vacationibus impenſè non faueam, quas ſapientiſſimi quiq; veterum magno ſemper fauore ac liberalitate proſecuti ſunt. Ac vt à noſtris incipiam, Druides qui ſacerdotes quondam fuerunt in Gallia authore Cæſare in Comment. tributa vna cum reliquis non pendebant, militiæque vacationem, & omnium rerum habebant immunitatem. Reges Ægyptiorum quintam partem annui prouentus capere ſoliti ſunt, præterquam ex prædiis ſacerdotum. Geneſ. 47. Artaxerxes Perſarum rex in ſacris bibliis ſcribit Eſdræ, ne vllum imperet tri-

ret tributum ſacerdotibus. Eſdr. 7. Sed ſi præfracte ac ſine exceptione vlla velint clerici vacatione iſta quam obtinuerunt à principibus vti, aut abuti potius, nihil profecto erit inhumanius, nihil ab inſtituto ſacerdotis Chriſtiani alienius. Ac poterit eis merito obiici, quod Diocletianus imperator neſcio cui philoſopho vacationem munerum poſcenti reſpondit: Profeſſio & deſiderium tuum inter ſe diſcrepant. Nam cum philoſophum eſſe proponas, vinceris auaritia & rapacitate. l. profeſſio. de mu. patr. In primis enim æquum eſt, vt ſtatum legitimumque vectigal, quod canonem vocamus, ſine recuſatione ciues omnes Reipublicæ, ſiue principi pendant, cum legibus inſtitutus ſit, tanquam ad ſtatus publici tutelam neceſſarius. Deinde ſi quid extra ordinem indicatur ob graue imminens periculum Reip. cui aliter obſiſti non poſſit, aut ob aliam huic non diſſimilem cauſam, ratio poſtulat, vt eius oneris partē ferant eccleſiaſtici viri, quãuis extraordinarium munus ſit. Nam ideo eximuntur ab extraordinariis munerib. quod abſq; magna neceſſitate ſæpenumero pro arbitrio principum aut libidine potius indicantur, quibus ad Reipublicæ procurationem & conſeruationem maieſtatis ſuæ canon, & ordinaria penſitatio creditur ſufficere. Tolerabilius enim viſum eſt, eam exactionem quæ vitari omnino non põt, in profanos homines, quam in eccleſiam, eccleſiaſticasq; perſonas deriuari. Fit tamen nonnunquam, vt eccleſiaſticos viros horum munerum participes eſſe omnino oporteat. Idq; exemplis ex iure ciuili petitis facile oſtendi poteſt, vt puta, ſi expeditionis tempore plauſtris, mancipiis, aut aliis huiuſmodi angariis vel parangariis opus ſit, leg. neminem. C. de ſacroſ. eccleſ. l. nullus. C. de cur. pub. c. eccleſiarum, 12. q. 2. ſi ob annuam embolam, vt ait Theodoſius, nauis ſit neceſſaria, l. iubemus. C. de ſacroſ. eccleſ. cuius verbi interpretatio ex Nouella Iuſtiniani 183. περὶ κυφισμῶν δημοσίων petenda eſt. Huius enim ſignificationem & proprietatem conſtitutiones Theodoſianę interpretes non perceperunt. Item ſi in refectionem itinerum aut pontium ſumptus faciendus ſit, non excuſari eccleſias conſtitutum eſt. l. ad inſtructiones. C. de ſacroſ. eccleſ. Sed hoc munus videtur inter ordinaria & canonica referendum eſſe, & de portoriis, quæ eo nomine exigi ſolent, accipienda conſtitutio. Ac vt ſummatim omnia complectar (nam omnia ſigillatim enumerari non poſſunt) quoties flagitat neceſſitas, principi licet eccleſiaſticas facultates impendere. Quod & Ezechias rex pius feciſſe legitur, 4. Reg. 18. Si enim pauperibus captiuis & calamitoſis hominibus erogãtur Eccleſiæ opes, cur ad eas calamitates vitandas depellendasque non inſumentur? c. aurum. 12. q. 2. Et ſatis perſpicuum eſt ex his quæ tractauimus lib. 1. diſtributionem earum facultatum ad principis curam aliquando pertinere. can. filiis, 16. q. 7. Quid plura? circumfertur Bonifacii, cuius paulo ante meminimus, diploma, quo teſtatur ac declarat conſtitutionibus à ſe prius editis ademptam non eſſe facultatē regi Francorum pecuniæ collationem eccleſiaſticis perſonis imperandi, vel inſcio Romano pontifice, quoties pro aris & focis pugnandum erit idque ad patriæ defenſionem neceſſarium videbitur. Vide Feral. Eodem pertinet quod Gregorius IX. ab excubiis & murorum ciuitatiſque cuſtodia neminem prętextu eccleſiaſtici miniſterii excuſari præcepit, c. 2. de im. eccle. cum tamen id munus perſonale ſit, & à propria functione clericos auocet, quod multo magis admittendum eſt in patrimonialibus muneribus quæ operam nullã requirunt, ſed facultatum, quibus Eccleſiæ ſupra modum abundant, erogationem. Nam & eccleſiæ eccleſiaſticorumq; hominum vtilitas id maxime poſtulat, ne alioqui perforari ſinant nauem, in qua ipſi nauigant. Nec obſtat noſtræ ſententiæ Federici II. cõſtitutio, quę cum hac exceptione intelligenda eſt. Auth. item nulla. C. de epiſc. & cler. Et certo certius eſt Honorium III. eam conſtitutionem à Federico expreſſiſſe, quo die eum diademate imperatorio inſigniuit. Idq; accidit ſexto poſt anno quam imperator lectus fuit Federicus. Tanto enim tempore dilata eſt coronatio, quam Innocentius ei iam inde ab initio negauerat. Nolim autem exiſtimet quiſquam me iis libenter patrocinari qui iure ſuo ac poteſtate hic abutuntur, & publicæ neceſſitatis obtentu eccleſias leui plerunq; de cauſa grauiſſimis tributis onerant. Quod fortaſſis non contingeret, ſi bonorum eccleſiæ cuſtodes & adminiſtratores, non dicam victu veſtituque contenti, vt canones pręcipiunt, ea egenis diſtribuerent (ſeueritatem enim illam antiquam corruptiſſimi huius ſæculi mores vix ferre poſſunt) ſed luxuũ profuſionem ἀσωτίαν, cuius nomine tam male audit ea natio, cohiberent ac moderarentur. Poſtremo notandum eſt, ſicut clerici pro rebus eccleſiaſticis quas poſſident immunes ſunt, ita etiam pro reb. propriis vacationem habere. c. eccleſiarum. 1. q. 2. c. vltim. de vit. & hon. cler. tametſi alias patrimonium clerici rebus eccleſiaſticis vſquequaque comparari non ſoleat. not. in c. Eccleſia, de conſtit. c. quanquam, de cenſib. in 6. Nec refert, cuius gradus atque ordinis clerici ſint, & an eccleſiaſtico beneficio aucti ſint, necne, cum omnibus generaliter priuilegium indulgeatur. l. 2. C. de epiſc. & cler. Guid. Pap. q. 83. Quod vtique eſt accipiendum, niſi vxorem duxerint. c. ex parte, de cle. coniug. Nam hi vacationem munerum non habent ex conſtitutione Bonifaciana de cler. coniug. in 6. Sed duobus tantũ priuilegiis fruuntur, modo vertice raſo ſint, & more clericorũ veſtiti. Verũ illud addere oportuit ꝙ lõge maximũ omniũ ac pręcipuũ eſt, modo in Eccleſia ſua fungantur officio, c. vl. de vita & hon. cle. Nã vt admonuimus lib. 1. cleric⁹ nomen eſt officii ac oneris in eccleſia, nec æquum eſt eos vllis priuilegiis frui, qui munus ſuum negligunt. leg. generaliter. C. de epiſc. & cler. Quod & Molinæus noſter ad Alexandri reſponſa perquam ſcite grauiterq; annotauit, lib. 1. conſ. 8. Alex. Imol. Quæſitũ eſt de eo qui negotiationē exercet. Et non videtur negotiatio, artificiũ ve honeſtũ, vnde ſibi & pauperib. victũ parent, clericis interdictum eſſe, ſi non ideo officiũ ſuum deſerant. l. 2. C. de epiſc. & cler. & 91. diſt. in decret. Et quod Hieronymus & Auguſtinus aiũt negotiari clerico non licere, cap. negotiatorem, & c. ſeqq. 88. diſtin. de quæſtuaria negotiatione accipiendum arbitror inter noſtri temporis pſeudoclericos vſitata, quæ functionem eccleſiaſticam impedit. Receptum ſane apud nos eſt quamcunque negotiationem exerceat clericus, quod ad bona de quibus negotiatur attinet, nullo eum priuilegio vti debere. cle. vl. de cenſib. Fel. in c. Eccleſia, de conſtit. idque concilio quodam Rhotomagenſi apud ratiociniorum præfecturam præſcripto, & in acta relato, cautum accepimus anno 1267.

CAP. II.

De iudiciis & actionibus, quæ pro beneficiis cõparatæ ſunt.

IVdicia beneficiorum eccleſiaſticorum nomine varia, iure prodita ſunt. Sed de his tantum hic loquimur, quæ competunt cum de vniuerſo beneficio ac titulo controuerſia eſt. Ac in primis beneficiario datur rei vindicatio aduerſus eum qui beneficium ipſum poſſidet, ſeu detinet. leg. ſancimus. C. de ſacroſ. eccleſ. c. cum venerabilis, de except. Nam etſi beneficium res ſacra ſpiritaliſque ſit, cuius dominium ſe dicere non poteſt beneficiarius, l. in rem. de rei vind. tamen quaſi dominus quidam habetur, & expreſſa cauſa non aliter ac filium ſuum pater vindicat. leg. 1. de rei vind. Specul. tit. de appel. §. nouiſſime. Et hoc petitorium iudicium, in quo de iure quod quiſque litigatorum habet, præcipue quæritur, in foro eccleſiaſtico inſtitui debet: ab eaque cognitione ideo abſtinent magiſtratus, quia ordinatio miniſtrorum Eccleſiæ, vt res ſacra ac ſpiritalis iudicium Eccleſiæ non profanorum iudicum requirit. Et conſtat priſcis illis fœlicioribusq; temporibus has controuerſias in ſynodis epiſcoporum ac preſbyterorum magna cum grauitate ac ſimplicitate dirimi ſolitas fuiſſe. Præter iudicium petitorium, & rei vindicationem interdictis quoq; poſſeſſoriis beneficiorum nomine vtimur: in quibus de poſſeſſione tantum contenditur, ſiue adipiſcenda, ſiue retinenda, ſiue recuperanda. Sed moribus noſtris retinendæ poſſeſſionis interdicta magis frequentantur. Nec dubitat quiſquam hodie rerum forenſium peritus, quin hæc cognitio magiſtratuum ſit, non eccleſiæ, præterquam ſi de adipiſcenda poſſeſſione agatur. Quod & Guido teſtatur in prima quæſtione. Sed rationem huius conſtitutionis forenſis nuſquam ſatis explicatam offendimus, & pleriſq; poſſeſſionis cauſa non minus, quam proprietatis ſacra ſpiritaliſq; videtur. Nam pontificis Martini diploma, cuius eſt apud Gui-

donem mentio, nullum ius nouum regi aut magiſtratibus eiuſdem tribuit: ſed permittit eis, vt ſi quem ea de re à maioribus morem acceperint, eundem ſartum, quod dicitur, & tectum conſeruent. Verum ex iis quæ lib. 1. diſputata ſunt de eccleſiaſtica ciuilique poteſtate, ſatis perſpicuum eſt, quietis publicæ curam ad principes magiſtratusque pertinere. Itaque quamuis eas cauſas iudicet Eccleſia, in quib. de miniſterio ipſo & ordinatione agitur, & ſecundum canones eccleſiaſticos iudicari debeant, tamen ſi quis vim inferat alteri, & ius ſibi dicat, nec viſitatis ac legitimis iudiciis experiatur, principis eſt ac magiſtratus eam vim cohibere, interim dum apud iudicem competentem de iure ſuo docuerit. Vnde mirum videri non debet, quod Guido ſcripſit de interdicto adipiſcendæ poſſeſſionis magiſtratus non cognoſcere, cum ob vim illatam minime competat. Cognoſcit igitur magiſtratus de retinenda aut recuperãda poſſeſſione ac poſtquam de vi & poſſeſſione pronuntiauit, poſtea litigatoribus, Eccleſiæ iudicium ſubire, ac petitorium iudicium intendere licet. Nec ante id fieri poteſt, quam iudicium de poſſeſſione finitum, & ſententia omni modo executioni mandata fuerit, vt & iudiciaria lege Franciſci regis cautũ eſt c. 49. Tametſi autem vere dictum ſit à nobis de iure, quod litigatores ſe habere contendunt, in miniſterio ac beneficio magiſtratum non pronuntiare, ſed de poſſeſſione tantum ac vi illata: tamen in huiuſmodi iudiciis poſſeſſoriis ea demũ poſſeſſio, quæ iuſta eſſe docetur, ad victoriam prodeſt. Idque ideo receptum eſt, ne alioqui contra canones abſq; inſtitutione poſſideatur beneficium, & homines inexplorati ad munera eccleſiaſtica cum graui eccleſiæ incommodo ac dedecore proſiliant. c. 1. de reg. iur. in 6. not. in c. in literis. de reſtitut. ſpol. Quamobrem lex Regia præcipit litigatorib. vt iã inde ab initio litis inſtitutæ tabulas inuicẽ ſibi communicent, quibus de iure ſuo ac titulo docere ſe poſſe confidunt. Sed animaduertendum eſt plenam tituli iuriſque probationem, hic nõ requiri, ſicut in petitorio iudicio, ſed qualemqualem ſufficere, vt colorẽ aliquem poſſeſſio habeat. Idq; in pleriſq; indictis locum habet, quæ cauſam proprietatis continere dicuntur. gl. cle. de cau. poſſ. d. c. in literis.

Cap. XII.

De his qui libere & quiete beneficium triennio poſſederunt.

QVod diximus in ſuperiori capite ſola poſſeſſione ius non acquiri in beneficio, niſi adſit titulus ac inſtitutio, id perpetuum non eſt. Si quis enim beneficium triennio poſſederit, nec de proprietate quidem ac titulo vlla poteſt ei amplius controuerſia moueri. Idq; ſynodus Baſilienſis primum conſtituit, litium finiendarum cauſa, & ne beneficiariorum ius perpetuo incertum eſſet, arg. l. 1. de vſuc. Cuius ſynodi decretum æmulati ſunt Romani pontifices in canonibus illis ſuis, qui regulæ cancellariæ appellantur. Hinc etiam manauit Leonina conſtitutio, quæ in Gallia noſtra conuentorum appellationem habet, tit. de pacif. poſſeſ. in concord. Ea autem conſtitutio quatuor requirit, quæ ſi non concurrant, huic triennii præſcriptioni locus non eſt. Primum eſt triennii poſſeſſio eaque continua, non interrupta, vt conſtitutionis verba ſatis indicant, Inde quæritur, ſi quis triennio integro non poſſederit, ſed anno forte vel biennio, an coniungi poſſit tẽpus, quo poſſedit is in cuius locum ſucceſſit. Et certiſſimum eſt ſucceſſorem authoris acceſſione vti poſſe. l. Pomponius, de acq. poſſ. l. id tempus, de vſucap. Verum in his miniſteriis beneficiisque eccleſiaſticis vere nulla ſucceſſio eſt, cum is cui mortuo vel eiurante altero beneficium confertur, nullum ab eo ius accipiat, ſed ab antiſtite potius, qui conferendi poteſtatem habet, vt lib. 8. docebimus. gl. prag. tit. de pacifi. poſſeſ.

II. Quamuis de titulo ac iure poſſeſſoris ſcrupuloſa & exacta inquiſitio non fiat, tamen ſpeciem aliquam & colorem tituli legitimæque ordinationis eum habere oportet: nam ſi prædo aliquis per vim beneficium occuparit, nec probabilem cauſam ſuæ poſſeſſionis vllam poſſit afferre, præſcriptione triennii ſe tueri non poterit. d. tit. de pacif. poſſ.

III. Quieta poſſeſſio hic requiritur, quam pacificam vocãt: nec ſufficit poſſediſſe, ſed ſine controuerſia ac interpellatione poſſediſſe neceſſe eſt.

IIII. Videndum eſt ne aduerſarius qui ſeſe ius in beneficio habere cõtendit, bellica vi, aut alias impeditus fuerit quo minus beneficii ſui poſſeſſioni incumberet. Quo caſu ſi teſtatione legitima fuerit vſus, triennii præſcriptio ei non oberit.

V. Præter exceptiones conſtitutione expreſſas, quædam aliæ addi ſolent non indignæ quæ hic breuiter referantur, vt puta, ſi beneficium de quo eſt controuerſia, perpetuũ non ſit, ſed precarium ac temporarium, cuiuſmodi ſunt plerǽque monachorum ſacturæ, quas alibi admonuimus proprie beneficia non appellari. Nam ſi antiſtes ſuperior precariam illam adminiſtrationem reuocare & adimere velit, à monaſtica ſane diſciplina alienum eſt, vt is præſcriptione temporis ſummoueatur. Rot. dec. 1. in antiq.

VI. Hæc triennii præſcriptio ei non nocere creditur, qui Regaliorum iure beneficium petit ab eo, qui alio iure nititur. Receptum eſt enim Gallia, vt 30. ann. præſcriptio tantum ipſi obiiciatur. gl. prag. tit. de pacif. in verbo, coloratum.

VII. Si euictum fuerit beneficium, quod quis ex cauſa permutationis acceperat, nec ratio, nec æquitas patitur, vt ſuũ repoſcenti exceptio trienii obſtet. c. ſi beneficia, de præben. in 6. His exceptionibus aliǽ fortaſſis accedere poſſunt, de quibus difficile non erit opinor, iudicium, ſi quǽ hic à nobis ſummatim tradita ſunt, recte percepta fuerint. Verum ceſſante omni exceptione trienii poſſeſſio vim tituli ac legitimæ inſtitutionis habere intelligitur. Ac eo nomine impetrari ſolet à rẽge diploma, quo præcipitur magiſtratui vt poſſeſſorem tueatur. Eſtq; eius cognitionis tanta vis, vt iudicium eccleſiaſticum & petitorium, cui alias poſſeſſorium non præiudicat, omnino perimere dicatur. Proinde poſſeſſori non ſolum acquiritur præſcriptio ſiue exceptio, ſed actio etiam, qua aduerſus quemuis poſſeſſorem experiatur. Nam alioquin aduerſus Leoninam conſtitutionem facile poſſet ei moleſtia exhiberi. Adeo autem verum eſt hunc poſſeſſorem poſt lapſum triennii tutum eſſe, vt ne ſuperiorem quidem antiſtitem reformidet: cuius eſt inquirere in eos qui ſine titulo beneficia poſſident. tit. de pacif. poſſ. in concord. Hic enim titulo penitus non caret, vt ex iam dictis conſtat.

Cap. XIII.

De ſubrogationibus iudiciariis.

VSitatum eſt in foro noſtro ſubrogationis iudicariæ genus quod cõſtitutione quadam Bonifaciana olim prohibitum fuit. c. 2. vt lite pend. in 6. Nam ſi ex duobus litigatoribus, exempli gratia vnus deceſſerit, vel beneficium eiurauerit, vetuit Bonifacius, ne beneficium tertio conferatur, donec lis finita fuerit: idq; multiplicationis litium vitandǽ cauſa factum dicitur, ne ſcilicet noui ſubinde litigatores, qui lites protelent, exoriantur. Sed inualuit hǽc conſuetudo in Gallia, vt non expectato litis euentu, cuiuis tertio, etiamſi ex numero litigatorum non ſit, conferatur beneficium: poſt quam collationem in locum demortui, vel eiurantis cum quo lis cœpta fuerat, ſubrogatur hic recens beneficiarius iudicis de ea re cognoſcentis authoritate. Ac ſi forte coram magiſtratu regio lis de poſſeſſione mota ſit, vt hæc ſubrogatio fiat, diploma à principe impetrari conſueuit. Et animaduertendum eſt, hanc ſubrogationem intra annum petendam eſſe, cũ interdicta ipſa quibus de poſſeſſione contenditur, annalia ſint, l. 1. de interd. Quamobrem lapſo anno interdicere volens amplius, non auditur, quamuis ad petitorium iudicium via ei præcluſa non ſit. Quod eſt accipiendum, ſi aduerſarius qui præſcriptionem annalem opponit interim poſſeſſor fuerit. Nam poſſidente nouo litigatore, vel eo qui beneficium eiurauit, tempus currere non dicitur. Et notandum eſt, tametſi beneficium ſimpliciter collatum ſit, tamen ius tãtummodo in impetrantem tranſlatum videri, quod mortuus habebat, vel is qui beneficium eiurauit. Itaq; ius non modo ſuũ, ſed etiam demortui vel eiurantis demonſtrare probareque cogitur, id eſt, legitimam ordinationem ſiue titulum, ætatẽ, natales eiuſdem, & cætera, de quibus integro libro diſſeruimus ſupra. Quod in eo locum non habet, qui beneficium minime litigioſum, eo, qui beneficiarius vulgo credebatur, mortuo, vel eiurante adeptus eſt. Panor. c. cum venerabilis. de except.

QVI

QVIBVS MODIS BENEFICIA AMITTANTVR, ET VACENT, LIBER OCTAVVS.

ARGVMENTVM.

Supereſt locus noſtræ diſputationis poſtremus de amittendis beneficiis: Nos enim ante de acquirendis retinendiſq́ beneficiis quam de eiſdem amittendis, ſcribere voluimus, diuidendi rationem ab Vlpiano traditam, & à veteribus Iureconſultis obſeruatam ſecuti: cuius initio libri ſuperioris meminimus. Sunt autem amittendorum beneficiorum modi præcipui, Mors, Eiuratio, Delictum, & cæteri, qui ſigillatim in hoc libro à nobis tractati explicatique ſunt.

CAP. I.

De beneficijs morte beneficiariorum vacantibus.

CVM beneficiarii proprietatem ac dominium rerum eccleſiaſticarum non habeant, ſed vſum aut vſumfructum, vt ante diximus, conſequens eſt, beneficia ad hæredes non tranſire. §. finitur. Inſtitut. de vſufruct. Itaque dicuntur mortuis beneficiariis vacare vt aliis cōferri poſſint. c. ſuſceptum, de reſcrip. in 6. Quo verbo vſus eſt Plinius lib. 10. Epiſt. ad Traianū in eadē ſignificatione, Cum ſciam, inquit, domine, ad teſtimoniū laudemq; morum meorum pertinere tam boni principis iudicio exornari, rogo, dignitati, ad quam me peruexit indulgētia tua, vel auguratum, vel ſeptemuiratum, quia vacat, adiicere digneris, vt iure ſacerdotii precari deos pro te publice poſſim, quos nunc precor pietate priuata. Sed notandum eſt, vt efficax ſit collatio huiuſmodi, duo in primis neceſſaria eſſe. Vnū eſt, quod tempore collationis, fato functus ſit beneficiarius: nam ſi quis beneficium viui adhuc & ſuperſtitis hominis impetrauerit, ne ſecunda quidem collatio poſtea eo mortuo facta valebit. Alterum eſt, quod tantum effluxerit temporis à morte beneficiarii, vt pontifex de ea certior fieri veriſimiliter potuerit. Qua de re duo canones pontificii vulgares & omnibus noti leguntur. Quod autem dicitur mortuo beneficiario vacare beneficium, id perpetuum non eſt, ſed quaſdam exceptiones habet.

I. Cum in Eccleſia aliqua canonicorum ac annonarum ſiue præbendarum certus definitusq; numerus non eſt. Tunc enim vno ex canonicis mortuo, non continuo vacare dicitur beneficium, vt in eius locum alius ſufficiatur. c. ex parte, de conceſ. præben.

II. Cum beneficium aliquod epiſcopo, vel cœnobiarchæ adiunctum eſt, ita vt epiſcopus vel cœnobiarcha ad eccleſiam regendam vicarium, idque ad tempus, non in perpetuū conſtituat. Nam ea adiunctio facit, vt beneficium, cui proprius alioqui gubernator præficiebatur, velut pars quædā epiſcopi aut cœnobiarchæ eſſe intelligatur. clem. frequens. de exceſ. prælato.

III. Cum beneficium authoritate pontificis ob iuſtam aliquam cauſam deletum extinctumq; eſt. Iuſta autem cauſa poteſt eſſe, ſi miniſteria, quibus eccleſiaſticæ facultates attributæ ſunt, Eccleſiæ neceſſaria non videantur, aut inopia tanta ſit, vt miniſteriorum numerum minui oporteat. c. cum acceſſiſſent. de conſtit. c. vlt. de verb. ſignif.

CAP. II.

De beneficiorum eiuratione, quæ & reſignatio appellatur.

EIuratione amittitur beneficium, vt puta, ſi quis iam ſenio fractus, onus, cui ferendo ſe imparem ſentit, in aliū reiici velit, ideoq; beneficio ſuo renunciet. Nam tametſi huiuſmodi hominibus non ſoleat beneficium adimi, ſed potius curator adiungi, quem vulgo coadiutorem dicimus: tamen hæc ſpontanea eiuratio, & quæ reſignatio non male appellatur, ob iuſtam cauſam recipitur. tit. de renunt. Sed antiſtitis ſuperioris conſenſus atque authoritas accedere debet, nec licet venia non impetrata Eccleſiam ſibi commiſſam deſerere, c. admonet, de renunc. l. legatus, de off. præſid. c. ſuggeſtum, & cæt. ſeq. 7. q. 1. Id quod Melitium aliquando feciſſe, ſubditorū inobedientia offenſum teſtis eſt Theodoritus lib. 2. c. 31. Quod eſt accipiendum, niſi ſummus eiuretur pontificatus Cæleſtini exemplo. Nam & pontificem Romanum eo ſe abdicare poſſe conſtitutum eſt. c. 1. de renun. in 6. Sed & patroni quoque voluntas hic neceſſaria eſt, ſi talis ſit eccleſia, quæ patronum agnoſcat. Panorm. in c. ſignificatum, de præb. Quod ſi quis diploma obtinuerit à pontifice pro conſequendo beneficio, quia nullam adhuc Eccleſiam regit, cuius deſertio damnum vllum poſſit afferre, is cedere ac renuntiare iuri ſuo abſq; antiſtitis venia poteſt. c. ad audientiam. 2. de reſcript. l. pen. C. de pact.

Quis poßit eiurare.

QViſquis beneficium eccleſiaſticum habet, ſi iuſta probabiliq; cauſa ducatur, id eiurare poteſt. Nec refert corpore ſano an infirmo ſit, cum vel inſtante morte beneficium eiurare liceat: idque ab iis fieri ſolet, qui in gratiam amicorum beneficiis renuntiant. c. penult. tot. de renunt. Poteſt & reus criminis poſtulatus eiurare, nec poſtulatus modo, ſed etiam damnatus, ſi à ſententia aduerſus ſe lata appellauerit. l. qui à latronibus. de teſtam. Impubes tamen ſi beneficio aliquo auctus ſit, id eiurare poſſe non videtur, propter infirmitatem conſilii, quamuis adultus ſine curatore id poſſit. c. ſi annum, de iudic. in 6.

Quomodo beneficium eiurandum ſit.

EIurari debet apud ſuperiorem antiſtitem, vt diximus, vel ab ipſo beneficiario præſente, vel ab alio, quem eius rei gratia procuratorem dederit. Nec dubium eſt, quin alieno nomine facta eiuratio valeat, niſi mandatum re integra reuocatum fuerit. Quo caſu procurator de ea reuocatione certior fieri debet, aut is apud quem eiuratur beneficium. clemen. de renunt. Sed videndum eſt, ne quis ad beneficium eiurandum metu adigatur, alioquin, vt pleriſq; placet, irrita eſt eiuratio. c. ſuper hoc, de renunciation. Præterea pure ac ſimpliciter eiurandum eſt beneficium abſq; vlla conditione, neve in crimen ſi moniaci ambitus incurratur. c. cum pridem. c. vlti. de pact. gloſ. in c. ex parte. de off. deleg. Itaq; vulgo receptum eſt, eiurationem ita factam non recipi, vt certæ perſonæ, quā nominat & exprimit eiurans, beneficium conferatur, not. in d. c. ex parte. niſi apud Romanum pontificem fiat. Verum id nec certo iure definitum eſt, nec magna ratione nititur, meo quidem iudicio, Huiuſmodi enim conditio ad ſimoniacum ambitum minime pertinet. Veteres plerique non ſolum doctrina, ſed etiam ſanctitate clari homines ſolebant miniſterii ſui ſucceſſores eligere ac nominare. Nam vt illud mittā, quod de Petro apoſtolo, & Clemente ſcriptum eſt, Athanaſius Petrum quendam nominaſſe legitur in hiſtoria eccleſiaſtica. Theodor. lib. 4. cap. 20. tripar. lib. 7. cap. 36. Auguſtinus Eradium, & alii alios complures, quos hic omnes commemorare non eſt neceſſe. Grat. 8. quæſt. 1. Nec ſatis perſpicio quid inter eam nominatim interſit & curationem hanc, qua hodie vtimur, conditionalem, ſi ad rationem & æquitatem magis quam ad ſubtilitatem quandam verborum reſpiciamus. Quid enim refert, an quis ita pontifici dicat, Ego beneficium meum cum bona tua venia eiuro, & mihi ſucceſſorem dare opto Hieronymum: an vero ita, Eiuro beneficium in gratiam Hieronymi, qui ſi tibi dignus eo non videatur, id retinere malo, quam vt cuiquam alii detur. Non enim omnem conditionem hic improbant canones, ſed eam demum, per quam nundinatio quædam beneficiorum eccleſiaſticorum induceretur. d. cap. vltim. de pact. Quanquam autem rerum non adeo imperitus ſim, vt ſatis non intelligam

quid ſpectare ſoleant noſtro tempore, qui talibus eiurationibus vtuntur, tamen affirmare auſim ceſſante fraude, nec turpem, nec inutilem eiurationem eſſe. Finge beneficiarium eo eſſe in eccleſiam ſuam animo & affectu, vt eam ab alio quodã regi cupiat, cuius & ſanctitatem & eruditionem admiratur: nec aliis ſui ſimilibus fortaſſis, id eſt, in quibus mediocritas aliqua inſit, libenter velit cedere: piaculumne eſt hanc voluntatem & deſiderium ſuum pontifici enuntiare ac declarare? equidem non arbitror. Hoc tamen iure vtimur, vt pontifices ſiue antiſtites conditionem eiurationi ſeu reſignationi adiectam, velut turpem ac bonis moribus contrariam reiiciant, & beneficium quaſi pure ac ſimpliciter eiuratũ arbitrio ſuo alii concedant, non ſine magna eiurantium captione: præterquã ſi ex cauſa permutationis eiuratio facta fuerit, vt poſtea dicemus.

Effectus eiurationis.

Eiurato beneficio & alii collato, omne ius in nouum beneficiarium tranſit, ne priore vita functo, qui in eius gratiam eiurauit, vacare beneficium dicitur. Sed hoc ita intelligendum eſt, ſi huic nouæ collationi poſterior conſenſerit. c. ſi tibi abſenti, de præbend. in 6. Nam eo non acceptante, ſed repudiante, potius priſtinum ius retinet is qui eiurauit: quaſi non exiſtente conditione. Ac tametſi iuris controuerſi ſit quæſtio, an ei opus ſit noua collatione; tamen curia centumuiralis minime neceſſariam eſſe iudicauit 23. Ianuarii, 1549. Vacat ſane beneficium aliquando morte eiurantis, quãuis alii interim collatum acceptumq; fuerit: idq; canonibus aliquot pontificiis conſtitutum eſt. Primus canon ad eos pertinet, qui cũ ſint infirma valetudine beneficia ſua mortis inſtantis cogitatione reſignant: eſtq; expreſſum eo canone, vt decedente eo qui reſignauit intra viginti dies beneficium, licet prius alii collatum, vacare intelligatur. An autem hic canon in beneficiis tantum à Romano pontifice collatis locum habeat, quæri ſolet. Et Decius ex facto conſultus reſpondit, de pontifice tantum Romano canonem accipiendum eſſe, non etiam de cæteris antiſtitibus inferioribus: à quo diſſentiant eius canonis enarratores. Sed Decii ſententia, decreto Pariſienſis curiæ poſt magnam varietatem iudiciorum tãdem comprobata eſt anno 1550. die 14. Auguſti. Secundus canon vult, ſi is qui eiurauit beneficium eiuſdem poſſeſſor deceſſerit, vt non aliter valeat interim facta collatio, quam ſi eiurato intra certum tempus publicata & poſſeſſio petita fuerit. Quæ publicatio ſimilis eſt donationum inſinuationi, & eandem ob cauſam, nempe vt vitentur fraudes, inuenta.

CAP. III.

De beneficiorum permutatione.

Magna ratio ſuadet, vt beneficiariis non permittatur beneficia ſua inuicem permutare, & de eiſdem, vt de aliis rebus profanis, quarum domini ſunt inter ſe paciſci. Quo pertinent ea quæ de translatione epiſcoporum ſupra annotauimus lib. 5. Nam & concilio Turonenſi huiuſmodi permutatio prohibita eſt c. maiorib. de præb. c. quæſitum. de re. permut. Eſtque pœna iure pontificio in permutantes ſtatuta vt beneficia ſua amittant. c. cum olim. de re. permut. Proinde ſi quibus forte beneficiorum ſuorum commutatio expedire videatur, adeundus eſt ſuperior antiſtes, coram quo vterq; beneficium ſuum eiuret, non ſimpliciter, ſed vt alterum conſequatur. Ac ſi iuſtam iſtius cõmutationis cauſam eſſe animaduerterit epiſcopus, beneficia de qubus agitur quaſi vacantia eiurantibus ipſis conferre poterit, non aliis vt cõſtitutum eſt. cle. de rerum permut. Nam nec iis qui expectationum munerib. à Romano pontifice donati ſunt, obnoxia eſſe hæc beneficia intelliguntur, quamuis ea vacare dicantur. tit. de rerum permut. in 6. Huius autem permutationis raro eſt in veteribus mentio: qua ex cupiditate ſacerdotum proficiſci credebatur concil. Chalced. nec priſca ſeueritas hoc commercii genus recipiebat, quod hodie vtilitatis velamento, vt pleraq; alia adũbrari ſolet. In recentioribus pontificum conſtitutionibus quam plurima leguntur. tit. de rerum permut. ſed bonã partem in ſuperiori capite attigimus, de beneficii eiuratione ſimplici differentes, quæ cum hac mutua ac reciproca magnam affinitatem habet. Vnum hic notandum eſt, ſi ex altera parte ſatisfactum non fuerit, quia forte beneficium traditum non eſt, aut poſt traditionem euictum, licere alteri beneficiũ, quo ſe abdicauit, repetere. c. cum vniuerſorum. de rerum permut. c. ſi beneficia. de præbend. in 6. Quo caſu nouam collationem non requiri verius eſt, modo beneficiarius vim non inferat alii, ſed authoritate publica poſſeſſionem apprehendat, c. eum, qui. de præben. in 6. d. c. ſi beneficia.

CAP. IIII.

De beneficiorum multitudine canonibus prohibita.

Cum beneficiarius ad epiſcopalem honorem prouehitur, vacat eius beneficium, & alii conferri poteſt. c. cum in cũctis. §. cum vero. de elect. c. poſt electionem. de conceſ. prœb. Idem de eo dicendum eſt, qui beneficium vnum obtinens, quod animorum curationem habet, aliud ſimile beneficium conſequitur. prius namq; beneficium haud dubie vacat. c. de multa. de prœben. c. quia nonnulli. de cler. non reſid. clemen. ſi plures. de prœben. poſterius vero ita demum retinet, ſi priore apud ordinarium antiſtitem ſeſe abdicauerit, &c. idq; Innocentii III. & Ioannis XXII. conſtitutionibus expreſſum eſt. d. c. de multa, extr. c. execrabilis, de præben. & antiquo iuri nonnihil derogatum, c. præterea. de præben. Si enim prius beneficium non dimiſerit, non ſolum eo priuatur, ſed quorũcunq; etiam beneficiorum in poſterum obtinendorum incapax redditur. dicto c. execrabilis. Nam valde abſurdum eſt vni duo munera committi in eccleſia, niſi grauis aliqua cauſa, & neceſſitas id fieri cogat. c. ſingula, 89. diſt. Itaq; concilio Chalcedonenſi, & quibuſdam aliis vetitum eſt, ne quis in duabus eccleſiis ordinetur, quod & in muneribus ciuilibus ac profanis imperatorum leges prohibent. l. libertus, ad municip. l. vlt. C. de aſſeſſo. l. 5. C. qui milit. poſſ. not. in l. lecta. de rebus cred. Poſtulat tamen aliquando neceſſitas, aut vtilitas euidẽs eccleſiæ, vt duo plura ve munera eccleſiaſtica vnus idemque obeat, vt puta, ſi ea ſit hominum idoneorum penuria vt præſtet vnũ multis eccleſias, quam ſingulos ſingulis præfici. Quę res ad epiſcoporum cuiuſq; ciuitatis curam pertinet. ca. ſanctorum. 70. diſt. In gratiam vero perſonarum magis qu[illegible] Eccleſiæ benefica coaceruare, quamuis & genere & [illegible] na aliis antecellant, peſſimi res exempli, & antiquis [illegible] bus omnino cõtraria eſt. Itaq; gratiam horum canonum à [illegible] lo pontifice Rom. cuius voluntas pro ratione habetur, fieri poſſe conſtitutũ eſt. d. c. de multa. Atq; ita canones prima ſpecie inuicem pugnantes conciliari poſſe videntur, quamuis alii aliter nodum diſſoluant. Hinc fit, vt captores beneficiorum Romam certatim curſitent, prætextu literaturæ aut nobilitatis, veniam à pontifice impetraturi, quæ nemini, quamlibet indigno nebuloni, modo is numeret, denegari conſueuit. Quæ ex re tanta Eccleſiæ deformatio exorta eſt, & proprie dixerim πανωλεθρία, vt nulla vis humani ingenii ad eã indignitatem exprimendam ſufficiat. Prodigioſa ſane res eſt in eccleſia hæc beneficiorum cumulatio, quę ſine delectu paſſim recipitur: nec minus mihi monſtroſi videtur, qui tot perſonas in eccleſia ſuſtinent, quam Briareus ille, qui manus centum habuit, vt eſt in fabulis, aut Geryon quem trium fuiſſe corporum perhibent.

CAP. V.

De aſſiduitate beneficiariorum, quã reſidentiã appellamus.

Nihil eſt ab omni ratione alienius, quam eos præfici eccleſiis, qui munus ſuum negligant. Itaque aduerſus eos qui aſſidui non ſunt in eccleſiis ſibi commiſſis, varii canones editi ſunt. concil. Antioch. concil. Laod. concil. Sardi. & in decret. 7. quæſt. 1. c. vlt. de cler. non reſid. Variæ item leges imperatorum, quibus nominatim cautum eſt, vt abſentes clerici ſi ad eccleſias ſuas moniti non redierint, beneficia ipſis adimantur. Nouel. 6. 58. 123. Nec iuſta eſt eorum excuſatio qui vicaria quorundam ſacerdotum opera in obeũdo munere ſuo vtuntur, cum ipſi eo fungi debeant. c. quia nonnulli. de cler. non reſid. Ac indignum eſt, vt Innocentius ait, conductitiis presbyteris eccleſiam committi. 21. q. 2. can. vltim. Hoc amplius, ſi exiguus tenuiſque ſit reditus beneficii, vt ex eo ſe tueri nequeat clericus, ne hoc quidem caſu aſſiduitatis voca-

tis vacationem habet, cum ipſi eo beneficio ſe abdicare liceat. cap. conquerente, de cler. non reſid. Omne ſiquidem beneficium propter officium, laborem, & induſtriam cõceditur. c. vlt. de reſcript. in 6. Ceſſante igitur cauſa propter quam datur beneficium, ratio poſtulat, vt à beneficiario id auferatur. Nec diſſimilis eſt clericus ab Eccleſia ſua abſens, militiæ deſertori. Quare & cingulum honoris ſui eum amittere, & pro ea deſertione caſtigari debere conſtitutum eſt, can. placuit, 21. quæſt. c. 2. peruenit. 7. quæſt. 1. Incidunt tamen cauſæ interdũ propter quas excuſatione dignus ſit clericus, & ab epiſcopo ſuo veniam impetrare debeat. capit. cum ad hoc. de cler. non reſid. c. licet canon. de elect. in 6. Citra cauſam vero legitimã non licet epiſcopo veniam aſſiduitatis concedere, quamuis Romanus pontifex, quem nullæ leges tenent, id faciat. Et hac ratione antiſtites imaginarii tantum (quod ad curam onuſq; attinet) & codicillares fiunt, cuiuſmodi pontifices ac ſacerdotes Alexandrum imperatorem creaſſe Lampridius ſcribit. Ex quo veluti fonte mala innumerabilia, atq; incommoda in Eccleſiam vniuerſam quotidie manant, quę ſine horrore maximo referre non poſſumus. Quid enim indignius eſt, quam ſacris eos ſtipendiis frui, qui venialibus diplomatibus, ne dicam vænalibus, ſubnixi, de regendis eccleſiis nec cogitant quidem vnquam, vt aperte canones omnes illudere, & contemptui habere videantur? Nemo etenim eſt, qui neſciat eos beneficia reditusq; eccleſiaſticos locare, & maius pretium offerentibus adiicere conſueuiſſe, non aliter ac quoſuis patresfamilias prædia ſua, nihil penſi habentes quam idoneus ad functionem ſacram ſpiritalemq; hic redemptor ſit, in quẽ omne onus quod ſubire eos oportebat, reiiciunt. Atque ita hæc geruntur, vt quamuis publice nota ſint hoc ſeculo, ficta tamen magis quam facta olim poſteritas fortaſſis exiſtimatura ſit. Nihil de fructuum dilapidatione hic dicam, quos pauperibus diſtribui veteres canones iubent. Non enim in tantis vitiis hæc ſcrupuloſius excutere animus eſt: ac p me licet, vt omnem prouentum iactent, profundant, diſſipent: de doctrina ſane diuina, cuius miſera plebs mirum in modum famelica eſt, ab ipſis omnino deſerta conquerimur. Illud enim accidit hoc tempore, quod vates futurum prædixerat Amos 8. Emittam famem in terram: non famem panis, neque ſitim aquæ, ſed audiendi verbum Domini: & commouebuntur à mari vſque ad mare, & ab Aquilione ad Orientem circuibunt quærentes verbum Domini, & non inuenient. Et ſane dubium non eſt, quin hæc paſtorum ignauia, errorum omnium & hæreſeon, quibus hodie concutitur orbis, magna ex parte fons & origo ſit. Nec mirum eſt gregem perire, qui paſtore deſtitutus, luporum inſidiis quotidie expoſitus eſt: Vagos enim quoſdã circumforaneos ac mercenarios cõcionatores in numero paſtorum non pono, quos longe lateq; à paſtoribus differre ſacris literis edocemur. De his paſtoribus vaticinatur Ezechiel c. 34. & ita eos depingit, vt in eo vaticinio noſtri ſęculi mores velut in ſpeculo quodam intueamur: verba eius hæc ſunt, Vę paſtoribus Iſrael qui paſcebant ſemet ipſos. Nõne greges à paſtoribus paſcuntur? Lac comedebatis, & lanis operiebamini, & quod craſſum erat occidebatis: gregem autem meum non paſcebatis. Quod infirmum fuit, non conſolidaſtis: quod ægrotum, non ſanaſtis: & quod confractum eſt, non alligaſtis: & quod abiectum eſt, non reduxiſtis: & quod perierat, non quæſiſtis: & cum auſteritate imperabatis eis & cum potentia. Et diſperſæ ſunt oues meæ, eo quod non eſſet paſtor: & factæ ſunt in deuorationem omnium beſtiarum agri. Errauerunt greges mei in cunctis montibus & in vniuerſo colle excelſo, & non erat qui requireret, non erat, in quam, qui requireret. Propterea paſtores audite verbum domini. Viuo ego, dicit dominus Deus, quia pro eo quod facti ſunt greges mei in rapinam, & oues meæ in deuorationem omnium beſtiarum agri, eo quod non eſſet paſtor, ecce ego ipſe ſuper paſtores requiram gregem meum de manu eorum, & ceſſare eos faciã, vt vltra non paſcant gregẽ, nec paſcant amplius paſtores ſemet ipſos, & liberabo gregem meum de ore eorum, & non erit vltra eis in eſcam, &c. Proinde hac radice non exciſa, aut ego vehementer fallor, aut vix vllæ flammæ his malis finẽ allaturæ ſunt. Celebratur veteris cuiuſdam philoſophi dictũ, homines nõ pallio, ſed auribus trahendos eſſe. Quod vel maxime hic locum habere ſemper arbitratus ſum. Sed iã ſatis aut forte nimiũ querelis datũ eſt.

Cap. VI.

De criminibus, propter quæ beneficia amittuntur.

OB crimen aliquando beneficium amittitur: idque contingit vel quia ipſo iure vacat, vel quia deponitur beneficiarius cauſa cognita, & beneficio ſuo priuatur. Exemplis hoc dilucidius fiet, quæ ſequuntur.

I. Ambitus ſimoniaci reus quibuſdam pontificiis conſtitutionibus deponi iubetur. cap. de hoc. c. inſinuatum, de ſimo. Quæ conſtitutiones iudicium ac ſententiam requirunt, qua beneficiario adimatur beneficium, nec ante eam ſententiam vacare dicitur: ſed Paulus ſecundus atrocitate criminis, quod in dies magis magiſque inualeſcebat, commotus, decreuit vt pœnas omnes legitimas ſtatim incurratis, qui hoc flagitium admiſerit, non expectata iudicis ſententia. extra, c. cum deteſtabile. de ſimo. Ac mihi quidem videtur generaliter accipienda conſtitutio, ſine datum aliquid pro ordinatione, ſiue promiſſum fuerit, cum hæc paria ſint. Nec aliter ſenſit Paulus ſi quis commode & abſque cauillatione verba conſtitutionis interpretetur. Sunt tamen qui contendant de datione tantum non etiam de promiſſione intelligendam eſſe cõſtitutionem. Caſſado. deciſ. 5. Gomeſ. in reg. canc. de trien. poſſ. quorum leuiſſimas, niſi fallor, rationes hic referre operæpretium non duxi. Vnum hic notandum eſt, de beneficio nos hic non loqui, quod quis per ambitum adeptus eſt, cum ſatis conſtet collationem huiuſmodi nullam eſſe, idque ſuprà annotauimus. Noſtra etenim diſputatio ad alia beneficia pertinet legitime acquiſita, quæ nihil ominus propter ambitũ amittuntur. Sed quæſtio eſt, an iſtius pœnæ epiſcopus gratiam facere poſſit, de qua quid alii ſcripſerint, ſi lubet videto Pan. in c. de ſimoniacis. de ſimon.

II. Ob incõtinentiam adimitur clerico beneficium, vt puta ſi focariam ſiue cõcubinam habeat, nec eam rite monitus, à ſe dimittere velit. c. ſi autem, de cohab. cler. Nam etſi legibus Romanis permiſſus ſit concubinatus: tamen iure pontificio clericis interdictus eſt tit. de concub. Ac vt omnis vitetur ſuſpicio, nullam eis mulierem exceptis quibuſdam domi ſuæ habere licet. l. cum qui. C. de epiſcop. & cler. Olim monachi ac ſacerdotes fœminas apud ſe retinebant, quæ nec eorum vxores erant, nec concubinę, ſed comites & ſociæ cœlibatus, easque Græci συνεισάκτους, interpretes vulgo ſubintroductas vocant. Sed & fœminæ quoque viros ſibi contubernales hoc modo adſciſcebant. Verum Nicæna ſynodus propter ſtupri ſuſpicionem hoc concubernii genus improbauit. canon. 3. c. interdixit. 32. diſt. Cuius meminerunt Iuſtinianus Nouell. 123. & Euſebius lib. 7. hiſtor. eccleſ. de his loquitur Chryſoſt. in ſermone quodam πρὸς τοὺς ἔχοντας συνεισάκτους, & Gregorius in quibuſdã locis, quæ à Budæo incommentariis Græcæ linguæ referuntur. Quod dictum eſt de concubinatu, id multo magis in maſcula venere locum habet c. vt clericorum. de vita & honeſtate cleric. c. clerici. de exceſ. prælato.

III. Periurium iuſta cauſa eſt propter quam beneficium clerico auferatur. Ac tametſi quidam exiſtiment eum qui peierat continuo beneficium ſuum amittere, tamen receptius eſt depoſitionem priuationemq; hic neceſſariam eſſe. c. querelam. de iureiur. c. peruenit. de fideiuſſorib.

IIII. Cædis ſine homicidii conuictus, beneficio ſuo, priuatur per ſententiam iudicis, nec illud ipſo iure amittit. c. 1. de cler. pugn. in duel. c. vltim. de homicid. in 6. c. ex literis. de exceſ. prælat.

V. Ob crimen perduellionis vacant ipſo iure beneficia abſque vlla priuatione ſine depoſitione. cap. fœlicis, de pœnis. in 6. Eademque videtur cauſa hæreticæ impietatis, c. ad abolendam, de hæret. c. cum ſecundum, de hæret. in 6. Nec vlla declaratio neceſſaria eſt ante collationem beneficii, vt Ioan. Andr. ſcribit. glo. cap. commiſſa, de cleric. in 6. quanquam ab eo diſſentiunt nonnulli. Felin. in c. cum non ab homine. de iudic.

VI. Præterea crimina quæ iam recenſuimus, generaliter dicendum eſt, ſi quid grauis admiſerit beneficiarius, aut ſi quæ nota infamiæ eidem iniuſta ſit, eum beneficio priuandum eſſe. non enim omnia crimina comprehenduntur certa definitione: ſed prudentis iudicis eſt, in iis quæ ſimilia expreſſis videntur eandem regulam ſequi. Qui in re Panor. c. atſi

clerici,de iud. admonet,priſcorum canonum ſeueritatem vſquequaque hic ſpectandam non eſſe, propterea quod huius ſæculi homines cum priſcis illis conferri non poſſint, ſiue ſtaturam & vires corporis, ſiue mores & ingenium reſpicias. c. fraternitates.34.diſt. Iuxta illud Satyrici poetæ.

Terra malos homines nunc educat atq; puſillos.

Quo nomine etiam Homerus crebro admodum conqueritur,vel Plinio authore. Quod autem de infamia diximus,de ea accipiendum eſt, quæ iure ac legibus irrogatur, non de ea quæ ex hominum opinione proficiſcitur. Panormitan. in c. per inquiſitionem,de electionib. Prƺterea ob iuris infamiam: ipſo iure non vacat beneficium:ſed priuatione ac depoſitione opus eſt.not.in cap. querela, de iureiurand. quamuis in muneribus dignitatibusq; prophanis & ciuilibus aliud conſtitutum ſit. l.2.§.miles.de his qui notan. infam.l. diuus.de iniur. l.infamia.C.de decurionib. Eademq; ratio munerũ publicorum in Gallia (cum perpetua ſint non minus quam beneficia eccleſiaſtica) eſſe videtur. Sunt & alii modi quibus vacant & amittuntur beneficia, cuiuſmodi eſt profeſſio monaſtica. c. beneficium.de regulis. in 6.matrimonium verbis in præſens tempus conceptis contractum. c.1.de cler.coniug. & ordinatio ſiue initiatio neglecta ab eo qui beneficium curationi animorum coniunctum adeptus eſt,cap. licet canon.c. commiſſa, de electionib.in 6. Sed hæc partim ex ſuperioribus libris huius tractatus, partim ex aliorum ſcriptis cognoſci poſſunt. Staphil. tracta.de lite grat.

FRANCISCVS DVARENVS

SEBAST. ALBASPINEO REGIS Chriſtianiſſimi legato.

IN iuris pontificii Commentariis, quos ſuperiore anno, cum vna eſſemus, conſcripſi, mentio facta eſt à me libelli, quem clariſſimus Senatus Pariſienſis quondam pro defendenda libertate Eccleſiæ Gallicæ aduerſus Romanã aulam ad Ludouicũ vndecimum regem noſtrum miſit. Et quia eius libri lectio ad confirmationem eorum, quæ à nobis de poteſtate regis circa miniſteria Eccleſiæ ibidem tractata ſunt, non parum conducere viſa eſt, feci non inuitus, vt eum à Gallico in Latinum ſermonem à nobis conuerſum ſimul cum ipſo tractatu noſtro imprimendum curarem. Huius autem defenſionis argumentum ex lib.5.eiuſdem tractatus,c.11.petendum eſt. Quam cum leges, nudam,ſimplicem ac rudem rerum maximarum deſcriptionem ea contineri cogitabis, ad quas illuſtrandas & amplificandas excellentis oratoris ſtylo opus eſſet.eſt enim cauſa huiuſmodi, vt vix alia grauior vnquam reperiri queat, aut accurata copioſaq; oratione hominis alicuius eruditi, & Reipublicæ patriæq; miſerabiliter vexatæ amantis dignior. Verum exiſtimauit ampliſſimus ordo, orationis commentarium paulo plenius, quod capita & ſummas rerũ complecteretur, tũ ſufficere legatis omnia copioſius atq; vberius, ſi ita regi videretur, expoſituris. Hunc vero libellum, tibi vt maioris illius operis appendicem, quod tuo fratrũq; tuorũ conſilio, Illuſtriſ. Duci Biturigum Margaritæ dicatum potius quam fuit, nunc à me accipies, diuturnum vt ſpero, neceſſitudinis, quæ mihi tecum iam diu inſtituta eſt, monumentum. Vale Auarici Biturig. Pridie Id. Maii 1551.

PRO LIBERTATE ECCLESIÆ GALLICÆ aduerſus Romanam aulam defenſio Pariſienſis Curiæ Ludouico vndecimo Gallorum Regi quondam oblata.

CVM Rex maiora grauioraque regni negotia mature & cum magna deliberatione tractare cupiẽs, nuper mandauerit curiæ Parlamenti, vt ſi quę ſint iuſtæ conquerendi cauſæ ob pragmaticæ, quæ dicitur, ſanctionis, & quarundam ipſius conſtitutionum eidem ſanctioni cõſentanearum abrogationem, curia eum admoneat, & certiorem faciat: viſum eſt curiæ huiuſmodi querimoniarum cauſas ſimul cum idoneis quibuſdam remediis hic colligere, ita vt rex in obedientia quam vere Catholicus & Chriſtianiſſimus rex ſanctæ ſedi Apoſtolicæ debet, perpetuo maneat. Adhæc autem exponenda regi & eius conſilio, ſicuti ipſe mandauit, curia Ioannem Loſelier, & Ioannem Henry conſiliarios, & inquiſitionibus, vt vocant, præſidentes delegauit.

Deliberationis capita.

IN primis igitur vt ea incommoda facilius cognoſcantur, conſtat fidem catholicam, ex quo primum in regno Franciæ inſtituta eſt, ac præſertim à Clodouei Chriſtianorum regum primi temporibus, magis quam in vllo alio Chriſtiani orbis regno nullo errore contaminatam floruiſſe. Ac ob inſignem regum pietatem, & feruentiſſimum erga religionem affectum, ac in tuendo ſeruandoque diligentiam, & Dei exaltatum nomen, & & auctus cultus, & Eccleſiæ libertas conſeruata fuit. Ea ſiquidem fuit regum in Eccleſiam Dei affectio & propenſa voluntas, vt ingentes opes tam in ædium ſacrarum extructionem, quam fundationem & dotationem eccleſiarum liberaliſſime, ſumptuoſe, & magnifice impenderent. Nec minus fuit eorum ſtudium in tuenda & propugnanda Eccleſia. Quo nomine excellentem illum & illuſtrem Chriſtianiſſ. titulum & nomen hæreditarium ſibi pepererunt.

II. Nullum eſt in Chriſtiano orbe regnum, in quo tot clariſſima cœnobia & Eccleſiæ viſantur: nuſquam Eccleſiarum & cœnobiorum tam ſumptuoſa ędificia, tam immenſi reditus ac prouentus; tam numeroſa perſonarum eccleſiaſticarum multitudo: idque ex regum ac principum munificentia & liberalitate, partim etiam ex pii religioſique populi erogationibus ortum eſt.

III. Rex idemque ſummus ac ſupremus noſter dominus, qui præcipuus eſt fundator, tutor, cuſtos, defenſor & vindex earum eccleſiarum, cum libertas earundem violatur, ius habet conuocandi antiſtites, & alias huiuſmodi eccleſiaſticas perſonas ditionis ſuæ, vt eorum inceptis & conatibus obuiã eatur, qui contra eam libertatem aliquid moliri auſi fuerint. ſoletque talis conuentus Eccleſiæ Gallicanæ congregatio appellari.

IIII. In his conuentibus olim authoritate regia indictis multa præclare conſtituta extant, eaque non ſine graui cum regii ſanguinis procerum, tum eccleſiaſtici ordinis hominũ & aliorum regni ſubditorum, ac popularium deliberatione, vt occurreretur vexationibus, moleſtiis, & iniuriis, quæ ipſis à curia Romana cum maximo totius damno & pernicie inferebantur. Earumque conſtitutionum magna fuit authoritas ante hæc tempora, ac in eis obſeruandis ſumma cura diligentiaq; adhibita eſt.

VI. Inter cæteras conſtitutiones vna eſt D. Ludouici promulgata anno 1267. vt Prælaturis & dignitatibus electiuis per electionem prouideatur. Beneficiis vero non electiuis per collationem & præſentationem collatorum & patronorum: nec vllam eo nomine pecuniam imponere aut exigere poſſet curia Romana in hoc regno. Quæ omnia & alia pleraque ex lectione conſtitutionum à D. Ludouico editarum plenius cognoſci poterunt: cuius viri nomen quam celebre ſit, vbique terrarum nemo eſt qui ignoret.

VI. His conſtitutionibus diu obſeruatis, cum curia Romana procedente tempore multa aduerſus eam, de qua diximus Eccleſiæ Gallicæ libertatem moliretur, Carolus VI. rex adhibitis in conſilium proceribus, antiſtitibus, cœnobiarchis, collegiis, vniuerſitatibus, & aliis pleriſq; tam regni quam Delphinatus hominibus, anno 1406. conſtitutionem edidit, qua Eccleſiam Gallicam in antiquam libertatẽ ſuam aſſeruit. Fuitque publicata de more, & perſcripta in actis curiæ Parlamenti, anno 1407.

VII. Eodem anno 1407. cum Benedictus pontifex Romanus eiuſq; adminiſtri, ſatellites ac procuratores magnam pecuniæ vim imperarent ac exigerent, antiſtites huius regni apud regem eo nomine conqueſti ſunt: fuitque res agitata in curia Paralamenti: Ac in ea diſputatione memorabilis ſane & grauis fuit à ſcholaſtico cõuentu Pariſienſi habita oratio die octaua Nouembris, qua poſtulabant, vt rex eas exactiones prohiberet. Idem à generali regis cognitore ſeu procuratore poſtulatum fuit: & hoc amplius, vt exacta ob eam cauſam pecunia reſtitueretur.

VIII. Hæc expoſita petitaque fuerunt tam à ſcolaſtico cõuentu, quam à regio procuratore præſentibus cameræ vt vocant, Apoſtolicæ officiariis, qui tum quicquid viſum ſibi fuit narrauerunt, & in medium adduxerunt.

IX. Auditis omnibus, quorum intererat, & iudicibus in conſilium miſſis tandem decreuit Curia, ne annatarum, quæ dicuntur, nomine, aut decimarum quicquam à Romano Pontifice exigeretur, & ob eam cauſam excommunicati abſoluerentur. Quæ omnia cum pleriſq; aliis eodem pertinentib. in ipſo Senatus decreto plenius deſcribuntur, quod pronuntiatum fuit anno 1407. 11 die Septembris.

X. Non ita multo poſt edictum promulgauit rex, quo decretum Senatus confirmatũ eſt: fuitq; publicatum in Curia 15. Maij, 1408.

XI. Anno 1418. menſe Martio de ſententia & conſilio antiſtitum & perſonarum eccleſiaſticarum regni ad tuendam Eccleſiæ libertatem, facta fuit conſtitutio, qua reſeruationes omnes & gratiæ Apoſtolicæ vna cum exactionibus curiæ Romanæ interdictæ fuerunt.

XII. Eodem anno cum niterentur aliqui diplomata regia impetrare, quibus ea conſtitutio reuocaretur, regius cognitor in Curia parlamenti interceſſit, & contradixit.

XIII. Ex his perſpicuum eſt, tam regem & proceres regni, quam eccleſiaſtici ordinis homines, præterea regiũ procuratorem, & regis conſiliarios in Curia Parlamẽti eo ſemper ſpectaſſe, vt libertatem Eccleſiæ Gallicæ ſartam tectam conſeruarent, ab eaque omnem arcerent iniuriam.

XIIII. Cum in ſacroſanctis ſynodis Conſtantienſi & Baſilienſi multa decreta eſſent, tum veteribus canonibus, tũ iis de quibus iam diximus, conſtitutionibus regiis valde conſona: Carolus ſeptimus rex præſente Rege, qui tum Delphinus nominabatur, proceribus etiam regii ſanguinis, antiſtitibus, collegiis, tum eccleſiaſticis, tum ſcholaſticis præſentibus, præterea auditis oratoribus tam Pontificis Romani, quam ſacroſanctæ ſynodi vniuerſalis, tandem ea decreta accepit & edicto ſuo confirmauit, quod vulgo pragmaticam ſanctionem appellamus. Geſtaque hæc ſunt in ciuitate Biturigum anno 1438.

XV. Hæc igitur ſanctio eo maioris authoritatis ſemper habita eſt, quod à ſacroſanctis conciliis, quibus præerat pontifex Romanus, aut legatus eiuſdem, ortum habuerit. Nulla enim de iis rebus vnquam fuerat lex in Francia ante id tempus lata, quæ ab Eccleſia vniuerſali authoritatem & vires haberet.

XVI. Ex eo tempore regnum ipſum proſperiore ſemper fortuna, Dei benignitate, vſum eſt, & in maiore quam vnquã ante hac authoritate & gloria, ac etiam rerum omnium copia & abundantia fuit. Quanto autem fuerit hoſtibus terrori, Aquitania & Normania teſtantur, ex quibus locis expulſi deiectiq; ſunt.

XVII. Eius ſanctionis obſeruatio ad tres & viginti annos ſtetit, agiturq; nunc quadriennium, ex quo ea in vſu eſſe deſiit. Ac interim præfecti ſunt eccleſiis easque ſine moleſtia & interpellatione rexerunt eximiæ probitatis grauitatiſque viri: quorum aliqui ob ſingularem vitæ ſanctimoniam iam fato functi miraculis claruerunt, vt Michael Andegauenſis epiſcopus, archiepiſcopus Arelatenſis, & alii quamplurimi.

XVIII. Ex horum canonum, decretorum, conſtitutionum abrogatione innumerabilia naſcuntur incommoda, quę ad quatuor genera poſſe referri videntur. Primum eſt, totius ordinis eccleſiaſtici confuſio: Secundum eſt, patriæ deſolatio ac deſertio: Tertiũ eſt, pecuniarũ regni exinanitio: Quartum, eccleſiarum ruina & ſubuerſio.

XIX. Ante omnia proteſtatur Curia ſe nolle ſanctitati, dignitati, honori & authoritati pontificis ac ſanctæ ſedis apoſtolicę quicquam detrahere: Quin potius omnem honorem, reuerentiam & obedientiam, quam vnuſquiſque pius & fidelis ſummo Eccleſiæ paſtori debet, exhibere parata eſt, & ſi quid emendatione dignum acciderit, Eccleſiæ determinationi, quæ errare non poteſt, ſubiicere ſe non recuſat, c. à recta. 24. q. 1.

XX. Quod ad primum genus incommodi attinet, ſatis cõſtat, ſi electionibus & collationibus ordinariorum ſublatis, reſeruationes & gratiæ expectatiuæ locum habeant, ſi iudicia & lites in prima inſtantia ad curiam Romanam deuoluantur, mirabilem inde confuſionem exorituram eſſe: Totus enim ordo Eccleſiaſticus confunditur, cum ſua vnicuique iuriſdictio non ſeruatur. 11. quæſt. 1. can. peruenit.

XXI. Vt hæc confuſio perturbatioque rerum vitetur, & quod ſuum eſt, cuique relinquatur, decretum fuit in iam dictis conciliis, & à rege conſtitutum, vt collegia eccleſiaſtica & canonica, paſtorem Eccleſiæ eligant, præſentent patroni, & ordinarii conferant, & de cauſis, niſi ſint maiores, in prima inſtantia cognoſcant.

XXII. Dubitandum non eſt, quin rex, qui præcipuus eſt fundator, tutor, cuſtos, & propugnator eccleſiarum ſui regni, non ſolum iure poſſit, ſed etiam debeat dare operam, & curare, vt decreta & conſtitutiones, quibus haud dubie propulſantur ea quæ diximus incommoda, diligenter & bona fide obſeruentur. Ac ſi ob earum conſtitutionum vel abrogationem, vel contemptum in hæc mala & calamitates inciderent regis ſubditi, iure optimo ipſius opem implorare poſſent.

XXIII. Quod autem electio paſtorum ad collegia eccleſiaſtica pertineat, eoque iure poſſint vti abſque Romanæ ſedis offenſa, ex eo apparet, quod cum epiſcopus Eccleſiæ ſponſus ſit, & matrimonium quoddam ſpiritale inter ipſum & Eccleſiam contrahatur, neceſſario conſenſus Eccleſiæ interuenire debet.

XXIIII. Dubium non eſt quin collegia ipſa, quibus notiores ſunt perſonæ, idoneos paſtores ad regendam Eccleſiam multo facilius eligere poſſint, quam ſi in aula Romana promouerentur.

XXV. Poſtquam perfecta abſolutaque eſt electio, proponuntur programmata, in vitam & mores electi inquiritur, & antequam confirmetur electio, quiſquis intercedere voluerit, admittitur. Vnde ſatis liquet, melius probari & explorari eum, qui eligitur à collegio Eccleſiæ, quam ſi in Romana aula, vbi cognita non ſunt eius merita, promoueretur.

XXVI. Cum epiſcopus ſolenniter à collegio eligitur, cõfirmaturq; ſeruata programmatum & inquiſitionum forma, eo certe maior eſt populi de eo exiſtimatio, magiſque eum venerantur, obſeruant & diligunt populares, quam ſi ipſis inuitis obtrudatur. Ideoq; doctrina eius longe fructuoſior eſt, & ad ædificandum multo efficacior.

XXVII. Hinc tametſi Petrus Chriſti vicarius eſſet, & caput Eccleſiæ: tamen mortuo Iuda, qui vnus erat apoſtolorũ, cæteri omnes pariter elegerunt, & ſors cecidit ſuper Mathiã, vt in actis apoſtolorum legitur.

XXVIII. Lucius pontifex Romanus, vir ſanctus & martyr, qui Eccleſiæ Romanæ præfuit anno 154. ita decreuit: Nullus in Eccleſia vbi duo vel tres fuerint in congregatione, niſi eorum electione canonica presbyter eligatur. Si vero aliter quis Eccleſiam adeptus fuerit, eo quod per cupiditatem illam acquiſierit, atque contra canonicæ diſciplinæ regulam egerit, expellatur, c. 1. de elect. in Decretal.

XXIX. Eſt & aliud decretum Leonis ſancti & confeſſoris in hæc verba: Nulla ratio ſinit, vt inter epiſcopos habeantur, qui nec à clericis ſunt electi, nec à plebe expetiti, nec à

comprouincialibus epiſcopis cum metropolitani iudicio cōſecrati, c. nulla. 72. diſt.

XXX. Canon Antiochen. concilii, ꝙ congregatū fuit anno 340. ſic habet: Seruetur autem ius eccleſiaſticum, id continens, non aliter oportere fieri, niſi cum ſynodo & iudicio epiſcoporum, & electione clericorum, qui poſt obitum quieſcentis, poteſtatem habent, eum qui dignus extiterit eligendi & promouendi, c. epiſcopo. 8. q. 1.

XXXI. Alius extat canon cōcilii Toletani in hęc verba: Sed nec ille deinceps ſacerdos erit, quem nec clerus, nec populus proprię ciuitatis elegit, vel authoritas metropolitani vel comprouincialium ſacerdotum aſſenſus non exquiſiuit. c. qui in aliquo, 51. diſtinct.

XXXII. Alius eſt canon concilii Conſtantinopolitani anni 867. cuius hæc verba ſunt: promotiones & conſecrationes epiſcoporum, concordans prioribus conciliis, clericorum electione ac decerto epiſcoporum collegio, fieri hæc ſancta ſynodus vniuerſalis diffinit & ſtatuit.

XXXIII. Concilio Lateranenſi, quod ab Innocentio tertio Romæ coactum eſt anno 1205. vbi antiſtites 1336. adfuerunt, certa forma eligendi præſcripta fuit: aditumq; eſt vt negligentibus electoribus poſt tres menſes, omne ius & poteſtas prouidendi Eccleſiæ ad ſuperiorem antiſtitem deuolueretur, c. quia propter, c. ne pro defectu, de elect.

XXXIIII. Priſci reges cum eccleſias regni ſui recte conſtitui cuperent, hanc prouidendi eccleſiis rationem quæ electio dicitur, ſemper maxime probarunt, eamq; modis omnibus retinere ſtuduerūt, vt legitur apud Vincen. Specul. hiſto. lib. 22. & 23. de Clodoueo regum Franciæ Chriſtianorum primo, qui anno 400. conuocatis in ciuitate Aurelianenſi permultis præſulibus & epiſcopis, in quibus ſanctus Melonus erat, præcipit in præficiendis paſtoribus eccleſiis antiquos canones ſeruari ac retineri.

XXXV. Idem ſtatuit imperator Leo in Cod. Iuſtiniani, tit. de epiſc. & cler. cuius verba hæc ſunt: Si quenquam vel in hac regia vrbe, vel in cæteris prouinciis, quę toto orbe terrarum diffuſæ ſunt, ad epiſcopatus gradum Deo authore prouehi contigerit, puris hominum mentibus, nuda electionis conſcientia, ſyncero omnium iudicio proferatur, l. ſi quenquam C. de epiſc.

XXXVI. Carolus magnus lib. 1. capitularium, hæc quæ ſequuntur conſtituit, Sacrorum canonum non ignari, vt Dei nomine ſancta Eccleſia, ſuo liberi⁹ potiatur honore aſſenſum ordini eccleſiaſtico præbemus, vt ſcilicet epiſcopi per electionem cleri & populi, ſecundum ſtatuta canonum de propria diœceſi (remota perſonarum & munerum acceptione) ob vitæ meritum & ſapientiæ donum eleganter, vt exemplo & verbo ſibi ſubiectis vſquequaq; prodeſſe valeant. Quam conſtitutionem iuris pontificii compoſitores inter ſacros canones retulerunt, & quodammodo conſecrarunt, can. ſacrorū n. 63. diſtinctione.

XXXVII. Philippus Deodatus ſancti Ludouici auus, cū in ſuam & diadematis Franciſci obedientiā velut diuino quodam fato reduxiſſet Normaniam, Aquitaniam, comitatum Andegauenſem, Pictauenſem, Cœnomanenſem, Turonenſem & Pontinenſem, ante profectionem vltramarinam, cōſtituit, vt canonici eccleſiarū cathedraliū, & monachi cœnobiorum eligendi facultatem haberent, & perſonas Deo gratas & Eccleſiæ regnoq; vtiles eligerent.

XXXVIII. In pleriſque monumentis antiquis reperitur, per multos fundatores eccleſiarum diſerte & expreſſim ſtatuiſſe, vt mortuis eccleſiarum præſulibus per electionem ipſis prouideatur. Quas fundationes Romani pontifices poſtea confirmauerunt.

XXXIX. Ex quo primum orta eſt in orbe Eccleſia vſq; ad tempora ſancti Ludouici, nuſquam reperies pontifices Romanos in eccleſias & beneficia, quæ electiua dicuntur, vllum ius ſibi vindicaſſe, aut eligere volentes vllatenus impediſſe, quo minus libertate electionis fruerentur: Quinimo conſtitutiones eorum extant memorabiles, ex quibus apparet curæ eis fuiſſe, vt recte atque ordine electiones fierent. Cuius rei fidem faciunt, quæ in decreto Gratiani & in libro Decretalium Gregorii hac de re leguntur. Adde quod in poſtulationibus quoq; ipſis ab eo iure tanquam alieno prorſus abſtinebant: & infirmata poſtulatione remittebant ad eligentes negotium, vt denuo eligerent, c. bonæ. de poſtul. prælato. Tūc autem florebat Eccleſia, religio propagabatur, exaltabatur fides catholica, bonis & ſpiritalibus & temporalibus exuberabant ac circumfluebant omnia.

XL. Cum tempore ſancti Ludouici conarentur Romani libertatem electionum infringere, & iis malis, de quibus iam diximus, viam aperire: is ſe principem vere pium, Chriſtianū & catholicum, cuſtodemque & propugnatorem eccleſiarum ſibi commiſſarum præbuit. Occurrit enim pernicioſiſſimis conatibus & conciliis Romanorum, & eccleſias in libertatem vindicauit.

XLI. Ludouicus Hutinus anno 1315. hanc ſancti Ludouici conſtitutionem & quandam aliam huic ſimilem Philippi Pulchri, edicto ſuo confirmauit. Cui poſtea Ioannis regis acceſſit alia confirmatio, anno 1351.

XLII. Poſt illud tempus, Romani ſumma ope nixi ſunt electiones omnino ſubuertere, quorum inceptis reges Chriſtianiſſimi, conuentus ſolenniter indicentes fortiter obſtiterunt, eorumq; conatus repreſſerunt, vt ante dictum fuit. Nam ſua non parum intereſſe exiſtimabant eligendi morem in regno ſuo retineri, & eo magis, quod iure ſuo poteſtatem eligendi facere conſueuerant.

XLIII. Ius quod hic ſibi rex vindicat, relatum eſt in libros iuris pontificii, quos Gratianus edidit: vbi dicitur, Hadrianum papam cum vniuerſa ſynodo, tradidiſſe Carolo regium & poteſtatem eligendi pontificem Romanum, ſedem apoſtolicam ordinandi: item archiepiſcopos & epiſcopos, per ſingulas prouincias ab eo inueſtituram accipere diffiniuit, vt niſi à rege laudetur & inueſtiatur epiſcopus, à nemine cōſecretur, c. Hadrianus, 63. diſtin. Ac tametſi Ludouicus pius ius pontificem Romanum eligendi repudiaſſe dicatur, c. ego Ludouicus. 63. diſtinct. ſemper tamen ius inueſtituram retinuit, in cuius locum poſtea ſucceſſerunt Regalia, & ius aliud quo vtitur rex, cum vacante epiſcopatu eligendi poteſtatem facit.

XLIIII. Cum ſpretis omnibus, quarum iam memini, conſtitutionibus Romani hierarchiam Eccleſiæ confundere ac perturbare non deſinerent, & reſeruationes ſuas paſſim gratiaſq; expectatiuas in orbem ſpargerent, ingens Eccleſiæ deformatio inde ſecuta eſt. Ad extremum Eccleſia vniuerſalis in ſpiritu ſancto legitime congregata, per generalem reformationem capitis & membrorum reſeruationes omnes gratiasq; expectatiuas ſuſtulit, & veteres canones de electionib. & collationib. reſtituit. In qua generali reformatione illud diſerte cautū exceptumq; eſt, vt quicunq; cuiuſcunq; dignitatis, etiam papalis, obedire contumaciter contempſerit, niſi reſipuerit, condignæ pœnitentiæ ſubiiciatur.

XLV. Quod ad minora beneficia attinet, quæ collatiua dicuntur, obicurum non eſt, eorum conferendorum ac diſtribuendorum ius ad epiſcopos in ſua quenque diœceſi pertinere, c. regenda, c. quicunq;, c. nouerint. 10. q. 1. & toto tit. de offi. ordin. in decretal. Ac pontifex quidem Romanus cū gratias tribuit expectatiuas, aut mandata quæ vocant de prouidendo, ad epiſcopum aliquem ea mittit, his verbis concipi diploma ſolet: Cuius collatio iure ordinario ad te ſpectat. Proinde ea conferendi facultas nec eis adimi, nec minui vllo pacto abſque iniuria poteſt. Ad quam iniuriam depellendam epiſcopi ad regem, vt tutorem defenſoremq; ſuum, merito confugere poſſunt.

XLVI. Indignitatem hanc, ratio prouidendi eccleſiis, quā Romana curia excogitauit, vehementer auget, per reſeruationes nempe & gratias expectatiuas. Præbent enim occaſionem captandæ mortis alienæ, quod cum ne ethnici quidem tolerabile iudicarint, multo magis Chriſtiani horrere & execrari debent. c. nulla, de conc. præben.

XLVII. Experientia vel ſola docuit, poſtquam à pragmatica ſanctione receſſum eſt, quantam gratiæ expectatiuæ cōfuſionem pariant, partim ob earum multiplicationem, partim ob prærogatiuarum, ac derogationum clauſulas & cauillationes, quæ in eis inſeri conſueuerunt. Miras enim offundunt tenebras, & lites infinitas gignunt. Ac tametſi Pius qui nouiſſime diem ſuum obiuit ſtatuiſſet, duo tantum diplomata in ſingulas collationes expedienda eſſe, tamen duodecim ac eo amplius non raro conſpiciuntur.

XLVIII. Ante ea decreta, quorum ſupra mentionem fecimus,

fecimus, tanta erat confuſio, vt in diœceſi Andegauenſi ſexcentæ gratiæ expectatiuæ in vno inuentæ ſint. Nec minor in pleriſque aliis locis extitit numerus.

XLIX. Si eo tempore, quo iſtæ tot gratiæ impetratæ fuerunt, deceſſiſſet pontifex Romanus, irritæ omnes ac prorſus inutiles redditæ fuiſſent, propterea quod noui pontifices huiuſmodi gratias ſtatim reuocare ſolent. Itaque in ſingula diplomata ſi viginti aureos computemus, id eſt, quanti vulgo æſtimantur, ſumptus in eorum impetrationem facti, comperiemus iacturam hanc duodecim millium aureorum eſſe

L. Tempore etiam Martini, talis erat in Eccleſia confuſio: cuius tollendæ gratia decreta, de quibus iam diximus, conſtitutionesque factę fuerant. Verum ſimulatq; ab eis receſſum eſt, in priſtinum illud chaos denuo incidimus.

LI. Ratione caret penitus hæc prouidendi ratio, quia certo certius eſt, ordinarium, qui in loco ipſo commoratur, & non tantum nouit qualis ſit Eccleſia, ſed qualis ſit etiam is de quo præficiendo agitur, melius & vtilius poſſe Eccleſiæ prouidere quam in Romana Curia huiuſmodi diplomatis prouideri ſoleat.

LII. Si quis obiiciat, ordinarios etiam collatores plerunq; homines non idoneos ad gubernationem eccleſiarum promouere: huic reſpondendum eſt, ſi quid ea in re deliquerint, corrigi eos & puniri poſſe, iuxta c. graue. de præben. At pontifex Romanus nemini ſubeſt, vt ipſemet de ſe teſtatur, nec poteſt quiſquam ei dicere, Cur ita facis? Adhæc pręficiuntur à pontifice Romano peregrini, non indigenæ, quorum ingenium & conditio moribus patriæ non conuenit. Itaque diſſidia hinc facile naſcuntur cum grauiſſimo ſalutis animarum detrimento, & ſacramentorum irreuerentia.

LIII. Decreta, de quib. hic loquimur, ſtudiis ac literis maxime fauent: quia iubent literatis ac graduatis beneficia conferri. Quod ſi quæ in eis obſcuritas inſit, ea elucidari ita poſſunt cum aliquo Reipublicæ bono, vt nihilominus illibata decretorum authoritas maneat.

LIIII. Si ita regi videretur, poſſet ratio iniri, qua ſtantib. decretis, facilius, expeditius ac minore ſumptu regijs miniſtris conſuleretur in diſtributionem beneficiorum, quam per Curiam Romam fiat: & eadem opera ſcholaſticis & literatis viris proſpici poſſet, nempe certos menſes pro tertia parte ipſis debita attribuendo. Quod rex defunctus facere cogitabat, & in animo habebat.

LV. Commodior atque vtilior regi eſſet ordinaria eligendi ratio, cum ſit veriſimile hominem grauem & idoneum, quem ipſe commendauerit eligentibus acceptum eis fore, nec quemquam futurum qui honeſtæ regis voluntati non facile aſſentiatur.

LVI. Si forte quis dixerit alienum non eſſe, vt Romanus pontifex diſtributionem aliquorum beneficiorum habeat, quibus poſſit familiaribus ſuis & aliis grauiſſimis viris, quorũ opera vtitur in rebus arduis, conſulere: Reſpondendum eſt ſatis huic proſpectum eſſe per ea ſynodorum decreta, de quibus hic loquimur. Dimittuntur enim omnia beneficia quorum reſeruatio in corpus iuris includitur. Adhæc vbi ſunt decem beneficia, vnum ad vitã, & duo, vbi quinquaginta, iuxta c. mandatum. Qua ratione bene mereri de multis ei per quam facile eſt, nullam confuſionem aſſerendo Eccleſiæ, nec ſibi vindicando iura ordinariorum.

LVII. Quod ad iudicia & lites attinet, perſpicuum eſt eas coram ordinariis tractari debere: nec abſq; ſumma eorum iniuria & totius populi graui incommodo ſi maiores grauioresq; cauſas excipias, aliter fieri poteſt. Quamobrem ſi decreta tollantur, quibus huic malo præcluſa fuit via, iuſtiſſima erit apud regem conquerendi cauſa.

LVIII. Sancti Petri exemplũ, cuius ſucceſſores ſunt pontifices Romani, maxime eos mouere debet, vt iuriſdictionem ordinariam epiſcopis dimittant. Nam cũ Hieroſolymis quæſtio de legis obſeruatione exorta eſſet, Petro tum præſente, Iacobus qui Hieroſolymorum epiſcopus erat, ſententiam de ea re pronunciauit. Ac vt Vincentius ſcribit in Spec. hiſto. c. 9. hæc quæſtio ad alium niſi per appellationem transferri nõ poterat.

LIX. Abſq; his, de quibus loquimur, conſtitutionibus, nemini liceret tuto Eccleſiam aliquam aut beneficium obtinere. Argumento ſunt ea quæ poſt abrogationem earum conſtitutionum Romana Curia hic deſignauit: Non enim ſolum cauſarum eccleſiaſticarum, ſed etiam poſſeſſoriarum cognitionem, quæ regis eſt, ſibi vindicare Romani cœperunt. Ac ne à regalibus quidem ipſis potuerunt abſtinere: quorum cognitio ad regem & Curiam Parlamenti haud dubie ſpectat. Idque perſpectum eſt in pleriſque negotiis, propter quæ regem admonuit conſuluitq; Curia, qui tum in finib. Aquitanię erat. Nec diu poſt, eius rei gratia conſtitutiones memorabiles edidit rex, quæ in Curia paralamenti recitatæ, promulgatæ & in actis perſcriptæ ſunt.

LX. Nec clericos modo & perſonas eccleſiaſticas vexabãt his litibus Romani, ſed etiam laicos profanosq; homines. Nã exemplum ſuccurrit tonſoris ante diui Dionyſii ædem in vrbe habitantis, qui cum Romæ agentem filium amiſiſſet, mox pro eiuſdem debito in Curiam Romanam pertractus eſt. Idemq; Ioanni Dargonges regio aduocato accidit.

LXI. Alterum ex quatuor malorum generibus, quæ ex decretorum contemptu & abrogatione oriri diximus, eſt patriæ deſolatio, quam depopulationem vulgo appellamus. Regis ſiquidem intereſt plurimum, deſertũ à populo & deſolatum regnum non eſſe. In multitudine populi dignitas regis, & in paucitate plebis, ignominia principis, Prouerb. 14.

LXII. Ante hęc decreta & conſtitutiones cum reſeruationes & gratiæ expectatiuæ in vſu eſſent, & cauſæ in Romana Curia tractarentur, populares regni huius certatim cõcurrebant Romam. Quorum alii cardinalibus & aulicis inſeruiebant: alii nullius hominis familiæ mancipati, ſed aliqua ſpe vana illecti ſuam parentumq; ſuorum ſubſtantiam abſumebant: alii, & hi quidem plurimi, eo conſilio Romam migrabant, vt cæteris hic manentibus moleſtiam exhiberent, & eccleſias beneficiaque ab eis quo iure quaque iniuria extorquerent. Nam experimento compertum eſt maximam eorum partem qui hinc Romã proficiſcebantur ſiue, ob itineris periculum & moleſtiam, ſiue ob peſtem, quæ Romæ crebro graſſatur, ſtatim mortem oppetere ſolitos fuiſſe. Qui vero ex his periculis incolumes euadebant, negotium faceſſebant ſenibus valetudinariis, & aliis huiuſmodi qui in eccleſiis ſuis & beneficiis erant aſſidui. Ac ſæpenumero contingebat, vt miſeri homines in Curiam Romanam citati cum aduerſus iſtos calumniatores ſe defendere nequirent, præ tædio & mœrore vitam finire cogerentur.

LXIII. Plerique beneficiorum captatores parentum & amicorum loculos exhauriebant omnino, tandemque ad ſummam inopiam, atque adeo mendicitatem redigebantur. Quę res etiam plurimis mortem accelerare cõſueuerat. Nec vero vlla ſpe alias tantas perferebant miſerias, niſi vt plumbum forte pro auro domum aliquando referrent. Accidebatq; interdum vt hians coruus deluderetur, vtque plumbum auro redemptum nihil plane aliud quam plumbum eſſet. Cum enim diplomatibus ſuis plumbeis confiderent, interueniebat alius qui annullationem aliquam, ſic enim vocant, ex inſperato afferret. Ac interdum decem aut duodecim ad idem beneficium anhelantes, & acceptantes exiſtebant. Orta vero lite inter eos, Romam denuo redeundum erat litigandi cauſa. Sic omnibus paſſim Romam confluentibus regnum popularibus ac ſubditis miſerabiliter deſtituebatur.

LXIIII. Scholaſtici quoque conuentus, quod longe deterius eſt, & vniuerſitates ſtudioſorum deſolatæ ac deſerta ob eandem cauſam iacebant. Nec dubium eſt, quin contemptus decretorum & conſtitutionum, quæ à maioribus noſtris relictę, ſunt. hæc omnia incommoda ſecum trahat.

LXV. Id adeo facile cognoſci poteſt, vel ex eo, quod cũ rumor increbuiſſet de pragmaticę ſanctionis abrogatione, necdum de ea re quicquam in Curia publicatũ eſſet, maxima populariũ multitudo Romam ſe contulit. Ex quo conicere licet, quantus ſit futurus Romam concurſus, quanta regni deſolatio, ſic confectam eſſe rem & authoritate Curiæ confirmatam vulgo intellectum fuerit.

LXVI. Tertium incommodi genus ad pecunias ſpectat, quibus regnum exinanitur: nec vlla res peſtilentior ac exitialior huic regno poteſt excogitari. Nam, vt philoſophus inquit nummus menſura eſt omnium rerum, & velut

Pro nobis fideiubet ac intercedit, quoties re aliqua indigemus. Bellorum nerui ſunt nummi, nec ſine iis regnum defendi ac propugnari poteſt. Imo ne iuriſdictionem quidẽ ipſam, qua maxime opus eſt in hoc regno, abſq; pecunia tueri licet.

LXVII. Si decreta & conſtitutiones iam dictæ antiquarentur quotannis, decies centena millia aureorum, & eo amplius hinc Romam exportarentur. Nam ſi ingentem numemerum epiſcopatuum, archiepiſcopatuum, abbatiarum & aliorum beneficiorum, quæ in hoc regno ſunt, conſideremus. non difficile erit iudicare infinitam pecuniæ vim exituram eſſe in annatas & alia huiuſmodi vectigalia, in gratias expectatiuas, in controuerſias & lites, in quas magna pecunia velitineris & viatici nomine impendi ſolet. Nam nullum eſt tam exiguum ac tenue beneficium, nulla collatio, quæ gratiis expectatiuis obnoxia non ſit. Huc accedat, quod duodecim interdum diplomata ſeu bullæ vnius beneficij nomine impetrantur. Nec vllus eſt mediocris fortunæ homo, qui non iuuandorum promouendorumq; filiorum aut propinquorum cauſa pecuniam aliquam in harum gratiarum impetrationẽ velut in aleam quandam conferat ac coniiciat. Cuius conſilii non alius plerunque exitus eſſe conſueuit, quam vt hic captator ſimul & rem, & filium ſeu propinquum amittat.

LXVIII. Cardinalibus Romanæ Eccleſię hoc in more poſitum eſt, vt omnes inſigniores abbatias acceptent: ac ne abbatias quidem modo, ſed alia etiam opimiora beneficia, vt ab eccleſiis parochialibus archidiaco. non temperent. Hinc fit vt reditus eorum beneficiorum Romam perferantur: nec inde vnquam redeant, quod Papa Romanus eis decedentibus ſuccedat.

LXIX. Annatæ præter exinanitionem pecuniarum aliud quoq; incommodũ non leue adferunt. Eſt enim inuenta ratio, qua bene nummati eruditis & probæ vitæ hominib. præferantur. Cui malo ac peſti obſiſtere ac mederi voluerũt imperatores, vt ex conſtitutione Leonis perſpicitur: cuius hæc verba ſunt: Nemo gradum ſacerdotii venalitate pretii mercetur, quantum quiſq; meretur, non quantum dare ſufficit, æſtimetur. Profecto enim quis locus tutus, & quæ cauſa poterit eſſe excuſata, ſi veneranda Dei templa pecuniis expugnentur? quem murum integritatis, aut vallum fidei prouidebimus, ſi auri ſacra fames penetralia veneranda proſerpat, deniq; quid cautum eſſe poterit aut ſecurum, ſi ſanctitas incorrupta corrumpatur? ceſſet altaribus imminere profanus ardor auaritiæ: & è ſacris adytis repellatur piaculare flagitiũ. Ita caſtus & humilis noſtris temporibus eligatur epiſcopus, vt quocunq; locorum peruenerit, omnia vitæ propriæ integritate purificet, non precio, ſed precibus ordinetur antiſtes: tantum ab ambitu debet eſſe ſepoſitus, vt quæratur cogendus, rogatus recedat, inuitatus effugiat: ſola illi ſuffragetur neceſſitas excuſandi: profecto enim indignus eſt ſacerdotio, niſi fuerit ordinatus inuitus. Cum ſane ſi quis hanc ſanctam & venerandam antiſtitis ſedem pecuniæ interuentu ſubiiſſe, aut ſi quis vt alterum ordinaret, vel eligeret, aliquid accepiſſe detegitur: inſtar publici criminis, & lęſæ maieſtatis accuſatione propoſita, à gradu ſacerdotii retrahatur: nec hoc ſolum deinceps honore priuari, ſed perpetuę quoq; infamię damnari decernimus: vt eos, quos par facinus coinquinat, & æquat, vtroſq; ſimilis pœna comitetur.

LXX. Eſt & aliud harum annatarum graue & exitiale malum: quia qui eas Romano pontifici pendunt & exoluunt, in pœnam incurrunt, quæ aduerſus ſimoniaci ambitus reos ſtatuta eſt, nec vllum ius in beneficium habent, quod hac ratione obtinuerunt. Id enim verbis decreti expreſſum eſt. Qua in re, quantum ſit corruptelæ ac periculi nemo intelligit.

LXXI. Poſtquam labefactata eſt pragmaticæ ſanctionis & veterum decretorum authoritas, experientia nos docet auro pręſertim exhauſtum hoc regnum eſſe. Nam ante hac apud nummulariorum pontem nulla erat menſa, quæ non magnopere frequentaretur ab iis qui pro auro minutiorẽ monetam expoſcebant: ex eoq; collybo multi quęſtũ faciebant. Nunc vero arte Romana ſic exuctum eſt aurum ex populariũ loculis, vt ęrea tantum minutaq; nobis moneta relicta ſit, & nummulariis pontem dicatum, iam puerilium puparum & icuncularum fictores incolant.

LXXII. Vt ſpeciatim ac ſigillatim demonſtremus quantopere hoc triennio pecunia regnum exhauſtum ſit, animaduertendũ eſt, Pii pontificis tẽpore vacaſſe in hoc regno pluſq̃ viginti archiepiſcopatus & epiſciopatus. Nec dubiũ eſt, quin tam pro annuo illo vectigali, quod annatam vocamus, quam pro reliquo ſumptu acceſſorio & extraordinario in ſingula diplomata ſeu bullas ſena aureorum millia depẽſa numerataque ſint. Quæ ſumma eſt centum & viginti millum aureorum.

LXXIII. Cęnobiarchiæ quoque ſiue abbatiæ ad ſexaginta aut eo amplius vacauerunt in hoc regno. Quarum ſingulæ duobus millibus aureorum vt minimum conſtiterunt. Summa ergo eſt centum & viginti millium aureorum.

LXXIIII. Eodem tempore prioratus, decanatus, præpoſituræ, præceptoriæ, & aliæ dignitates electiuæ, quæ lituo inſignitæ non ſunt, pluſquam ducentæ vacauerunt. Ac in ſingula huiuſmodi beneficia aurei numerati ſunt quingenti. Sũma igitur centum eſt millium aureorum.

LXXV. Conſtat in hoc regno vt minimum centum millia parœciarum eſſe, quæ inhabitentur & incolantur. Nec vlla eſt in qua eo tempore gratiam expectatiuam aliquis non impetrauerit: in quarum ſingulas xxv. aurei impenſi ſunt, tam pro itineris ſumptu, quam diplomatum confectione, pro non obſtantiis, prærogatiuis, annullationibus, & aliis ſpecialibus clauſulis, quæ gratijs adſcribi conſueuerunt. Item pro executorio proceſſu ſuper eiſdem gratiis facto. Summa hæc eſt, vices quinquies centena millia aureorum.

LXXVI. Etſi ingens eſſet pecuniarum exactio, earum rerum nomine, de quibus iam diximus, quo tempore iam dictæ conſtitutiones promulgatæ ſunt, tamen ex quo conuelli cœperunt, id eſt tempore Pii pontificis, & hoc etiam tempore altero, tanto maior eſt & amplior huiuſmodi exactio. Tunc enim annatæ ſoluebantur habita veteris taxationis ratione, eaq; ad dimidiã partem eius taxationis redigebatur. Nunc vero annatæ taxationem & annuum reditum excedunt, adeo vt plerunq; videamus diplomata ab impetrantibus apud trapezitas dimitti, quod redditu omni amplior ſumma exigatur, id quod in abbatia Bernayenſi, & S. Pharonis Meldon. accidiſſe comperimus.

LXXVII. Inficiari non poteſt Romanus pontifex, quin ſublatis reſeruationibus & gratiis expectatiuis, multo plus emolumenti ex hoc regno quam ex duobus aliis totius orbis Chriſtiani ampliſſimis & opulẽtiſſimis regnis auferat: vt puta pro annatis vacantium archiepiſcopatuum, epiſcopatuum, abbatiarum, aliarumq; dignitatum & beneficiorum electiuorum, quæ immediate ei ſubiecta ſunt, quorum ingens eſt numerus: Pro deuolutionibus aliorum præſulatuum & dignitatum; Pro beneficiorum præuentionibus: Pro commendationibus & penſionibus: Pro beneficiis vacantibus in curia Romana: Pro diſpenſationibus ad duo, vel tria, vel quatuor beneficia incompatibilia: Pro gratia & facultate viſitandi per procuratorem: Pro legitimationibus: Pro diſpenſationibus: ſuper defectu ætatis & defectu natalium: Pro re pœnitentiaria, quæ latiſſime patet: Pro priuilegiis: Pro exemptionibus Pro altaribus portatilibus: Pro facultate eligendi confeſſorẽ: Pro gratiis, ſi neutri & perinde valere; Pro diſpenſationib. ſuper vitiis corporis; Pro irregularitatibus; Pro contractu matrimonii in caſu prohibito; Pro infractione votorum religionis & peregrinationis; Pro abſolutione caſuum papæ reſeruatorum; Pro protonotariatibus & promotionibus cappellanorum: Pro indulgentiis, & aliis id genus. Ex quibus ſumma conficitur multo amplior, quam ducentorum millũ aureorum.

LXXVIII. Reditus epiſcopatuum, abbatiarum, & aliorum huiuſmodi beneficiorum, quos reſidentes & commorantes in curia Romana ad ſe perferri curant quotannis, excedunt ſummam centum millium aureorum.

LXXIX. Quartum genus incommodi eſt eccleſiarum ruina & deſtructio: quod cuiuſmodi ſit facile ex ſuperioribus articulis colligi poteſt. Nam beneficiariis abſentibus, vt iam dictum eſt, pecunia quæ in inſtaurationem ſacrorum locorum impendi deberet, alio exportatur. Præſentes vero ac reſidentes annuo illo vectigali, quod pontifici Romano pendi ſolet, premuntur mirum in modũ & onerantur, vt etiam ſi velint ſumptibus in tutelam eccleſiarum neceſſariis ſufficere non poſſint. Ex ea re duplex malum conſequetur. Nã & cultus diuinus deſeretur in perniciem animarũ, & plebecula, quę

ſub

ſub eccleſiaſtici ordinis hominibus vitam tolerare conſueuit, prę ſumma egeſtate cedere patria, & ſolũ vertere cogetur.

L X X V. Commendationes, quæ iam dictis canonibus & decretis prohibitæ fuerant, nunc vero vſitatæ ſunt & quotidianæ, quid aliud ſunt quam certiſſima omnium eccleſiarum euerſio? Nam ex quo decreta illa peſſum ierunt, vix vllum eſt paulo opimius nobiliuſque beneficium, quod in hanc commendationis corruptelam non inciderit: velut in diœceſi Pariſienſi clariſſimum omnium cœnobiorum, quod vel regum Chriſtianiſſimorum ſepultura ſatis nobilitatur. Item cœnobia; ſancti Maglorii: ſancti Martini: ſancti Eligii, & alia quamplurima.

L X X X I. In prouincia Rothomagenſi nobiliſſima abbatia S. Ouen commendata eſt: Item mons S. Michaelis Iumieges, Montebourg. Feſcamp, Lyre, Yue, S. Cather. Grammont. Ac beneficia etiam regularia, quod eſt indignius, hodie ſine delectu commendationis titulo dantur.

L X X X I I. In diœceſi Andegauenſi abbatiæ S. Albi, S. Nicol. S. Georg. S. Floren. Ferriere, Bourget, Cunault, & alia pleraq; beneficia huiuſmodi. In aliis prouinciis abbatiæ Cluniacen. Caſad. Iſſor. Compend. Inſula Bar. S. Bert. S. Ioan. Laudun. Vindoc. S. Iona. Angel. S. Sulpitii Biturig. S. Vinc. Cœnoman. Cultura Cœnom. S. Marti. Auguſtod. & alia beneficia innumerabilia.

L X X X I I I. Harum commendationum abuſus quam peſtilens exitioſusque ſit, huic regno nemo ſatis eloqui poteſt. Commendantur enim opulentiora & clariora beneficia vt plurimum cardinalibus Romanæ Eccleſiæ: atque hinc fit, vt fere vacent in curia Romana, eorumque diſtributio pontificis Romani ſit, nullaque electio locum habeat. Et quia reditus ac prouentus eorum beneficiorum Romam hinc exportantur: corruunt ædificia: diſciplina omnis monaſtica ceſſat: cultus diuinus friget & extinguitur. Sic ædificia omnia tam lapidea quam ſpiritalia dirui funditus & euerti videmus, adeo vt ſi quis inpoſterum ea reſtituere & inſtaurare cupiat, vix, imo ne vix quidem vnquam in priſtinum ſtatum reduci queant. Nam ii ſunt mores huius ſeculi, proh dolor, vt perinde ſit abbatem eſſe, ac profani cuiuſuis prædii dominum eſſe. Nec vllius oneris officiiue gratia quis abbatiam accipiat, niſi vt à colono quopiam aut redemptore ſiue conductore rationes exigat, & reliqua ſi quæ ſint auferat & conſumat.

L X X X I I I I. Cum ſynodus Conſtantienſis tempore Martini papæ, eos, de quibus iam diximus, canones edidit, nõ mediocris iam erat corruptio in Eccleſia. Sed longe profecto tolerabilior quam hoc tempore: ac ſinguli cardinales ſingulis abbatiis contenti erant, nec vllis hominibus aliis commendabantur abbatiæ. Hodie humilioribus & in nulla dignitate poſitis, nec regulares abbatiæ modo, ſed prioratus etiam conuentuales S. Benedicti, atque adeo Hoſpitalia ipſa S. Antonii ſæcularibus hominibus commendari cœperunt.

L X X X V. Hæc cum ita ſe habeant, cenſet curia obſeruationem canonum, Decretorum & conſtitutionum iam dictarum regis culpæ aut inobedientiæ adſcribi non poſſe, nec vlla obſtringi eum religione, quo minus eius rei curam ſuſcipiat. Quinimo graui ſcelere, quod bona eius venia dictum ſit, ſeſe obligare videretur, ſi contra eos canones aliquid admitteret: idque propter authoritatem & ſanctitatem eorum, qui hos canones nobis reliquerunt, quique in magna tranquillitate, proſperitate & ſucceſſu Eccleſiæ eiſdem vſi ſunt. Ex quo genere eſt collegium apoſtolorum, Sacroſanctæ ſynodi Antiochenſis, Carthaginenſis, Conſtantinopolitanæ, Lateranenſis, &c. Sancti patres ac pontifices, qui eos comprobauerunt & ſecuti ſunt, Pius, Martinus, Leo confeſſor, Gregorius & cæteri. Denique ſanctiſſimi quique & Chriſtianiſſimi reges, qui eos canones & eccleſiaſticam diſciplinam, quæ eis continetur, ſummopere amplexi ſunt, & cuſtodiendos eos diligenter curarunt: vt Clodoueus, Carolus Magnus, Philippus Deodatus, S. Ludouicus, Philippus Pulcher, Ludouicus Hutinus, Ioannes, Carolus V I. Carolus V I I. quorum temporibus proſperos ac fœliciſſimos ſucceſſus hæc monarchia habuit.

L E C T O R I.

P E R A C T A I A M H O R V M F R A N C. D V A R E N I D O C T I S S Commentariorum poſtrema hac noſtra editione, adiectaque coronide, ecce, ſuperuenere præter ſpem, eiuſdem authoris Commentarii ſequentes in tit. quoſdam Codicis, numquam antea editi: quos, ne tanti viri doctrina, ac labore fruſtrare, huc apponi operæpretium duximus. Vale.

T I T. X V I I I. L I B. I. C O D.

DE IVRIS ET FACTI IGNORANTIA. AD RVBRICAM.

ANTEQVAM veniamus ad ſingula legum huius tituli, dicendum eſt quæ ſit ignorantia facti & iuris: deinde in quibus caſibus ignorantia facti iuſtam ignorantiam adferat. Tertio loco idem de ignorantia iuris erit explicandum. Quid ſit ignorantia iuris & facti explicat Iuriſconſultus in l. 1. ff. eod. vnde cognoſci poteſt quæ ſint poſitiones iuris & facti. Barto. leg. vbicunque. de interrog. actio. vbi ait, quod ſi poſitio factum cõtineat, reus reſpondere cogitur, ſi ius, non item. Hinc etiam colligitur quæ ſint actiones facti, & quæ iuris. l. eum quem temere. §. 1. ſupra de iudic. Deinde colligitur proprium munus Iureconſulti non eſſe reſpondere de quæſtione facti, quamuis aliquando ad eam reſpondeat. veluti in l. Areſcuſa. de ſtatu homi. toto tit. de rebus dub. Quare Aquilius quotieſcunque de facto ab eo quæreretur, ad Ciceronem remittere ſolebat. Ignorantia autem facti maiori venia digna eſt, quam ignorantia iuris. l. 2. ff. hic. Huius iuris ratio eſt, quod ius finitum ſit, facti autem ignorantia plerunque prudentiſſimos fallat. Huc pertinet quod ait Quintilianus lib. 12. in eo cap. in quo contendit neceſſariam eſſe Oratori iuris ciuilis ſcientiam. Videamus ſpecialibus de ignorantia facti, & ſit de ea prima hæc concluſio. Excuſationem iuſtam adfert ignorantia facti. l. regula. & l. error. ff. eo. l. non fatetur. de confeſſ. Hæc concluſio intelligitur de ignorantia facti alieni. Nam ignorantia facti proprii tolerabilis non eſt. l. 3. ff. hic. l. ſi. pro ſuo. l. quanquam. ad Vellia. Id non habet locum quando factum alienum omnibus publice cognitum eſt. l. regula. §. ſed facti. ff. eod. l. latæ culpæ. leg. cedere diem. §. ſi. de ver. ſigni. l. ſupina. ff. eod. l. ſed etſi pupillus. §. præſcribere. ſupra de inſtit. act. cap. 1. de poſtul. prælat. Ignorantia etiam facti alieni eum non excuſat, qui ratione poſſeſſionis ſuæ id ſcire tenebatur quod ignorat. l. quod te. ſi cer. peta. Vnde colligitur in præiudicium noſtri ignorantiam rei, quam ſcire tenemur, pro ſcientia haberi. Id duobus exemplis demonſtratur. Primum eſt in l. item quæritur. §. ſi fullo. locati. Alterum eſt in l. ſed addes. §. 1. loca. Concluſio rurſus intelligitur, niſi negotium iam deciſum ſit. l. error. & l. ſi non tranſactionis. Cod. de iuris & facti ignor. & l. 1. & 2. infra de condict. indeb. & l. in ſumma, in princ. ff. eod. de condict. indeb. Rurſus hoc eſt accipiendum, niſi in caſu ſingulari, qui extat in l. fi. C. de erro. aduo.

Munus Iureconſulti non eſt reſpõdere de facto.

Excuſationem iuſtam adfert ignorantia facti, & quomodo.

Quando ignorantia facti alieni nocet.

Ignorantia rei, quam ſcire tenemur, pro ſcientia habetur.

Tertio videndum eſt de ignorantia iuris. Concluſio eſt, ignorantia iuris cuique nocet: ab hac concluſione excipiuntur quædã perſonæ veluti impuberes. l. fi. ff. eod. Exemplũ eſt in l. 1. Cod. de falſa mone. Excipitur etiam minor. l. regula. in princ. item miles. d. l. regula. & l. fin. C. de iure delib etſi neminem iuris ignorantia excuſet. l. conſtitutiones. C. hic. fallit

Ignorantia iuris cuique nocet.

l.1.eod. Ruſticis etiam ob iuris ignorantiam ſubuenitur. l.ſi quis id quod. de iuriſdict. omnium iudic. & l.2. ſi quis in ius vocat. non ierit.

Ignorantia iuris naturalis neminem excuſat.

Secunda concluſio, Ignorantia iuris naturalis neminem excuſat. §.1. Inſtit. de obligat. quæ ex delicto naſcun. l.ſi adulterium cum inceſtu. §.1. ad leg. Iul. de adul. & leg. venia edicti non petita. C. de in ius voc.

Tertia concluſio: ignorantia iuris ciuilis nemini prodeſt. l. iuris. & l.error. hic. l. iuris ignorantia. C. qui admitti ad bon. poſ. Hæc concluſio in fœminis etiam procedit, in minore tamen fallit. l.quamuis. C. eo. Item intellige niſi copia iuris peritorum ſit deſtitutus. l.in bonorum. de bon. poſſ. & l.regula. ff. hoc titu.

Quarta concluſio: iuris ignorantia in damnis nemini nocet. l.error. hic. Huic concluſioni obiicitur l.cum quis. C. hic.

Antinomia. Solutio Accurſii & Bartoli.

Præterea videtur obſtare l. regula. § ſi quis. ff. hic. & l.error. C. ad leg. Falcid. Accurſius & Bart. in d. l. cum quis. dicunt quod hic textus intelligitur de eo, quod tam ciuiliter quam naturaliter indebitum repetitur, & d. l.cum quis, intelligunt, cum naturaliter tantum debitum, ciuiliter vero indebitum repetitur, & aiunt hoc caſu id quod ſolutum eſt, repeti poſſe, ſi per facti errorem ſolutum ſit: repeti non poſſe, ſi per errorem iuris ſolutum ſit, hic enim de lucro agitur. Indebitum autem dicitur quod non debetur ciuiliter, licet debeatur naturaliter. Nam debitor dicitur à quo inuito pecunia peti poteſt. Reſpondet autem ad l. regula, hic. quod legata integra naturaliter debeantur, & ex mente teſtatoris, non autem ciuiliter. nam iure ciuili detrahitur falcidia. Verum ego puto iuris errorem neque in damnis neque lucris prodeſſe. l. non fatetur. de confeſſ. leg. liberorum. § notatur. de his qui not. infa. Quod ad d. l. error. eam reſtringendam puto interpretatione, vt procedat in his perſonis, quibus ius ignorare permiſſum eſt. l.in prouinciali. & l. de pupillo. de ope. noui nunc. Quod etſi rudius videatur, tamen vitandæ magnæ abſurditatis gratia id faciendum eſſe arbitror. Nam nihil vnquam tuto cum muliere, minore, & ſimilibus contrahi poſſet.

AD L. I. *Quamuis.*

Priuilegium militis.

Miles exceptione, quam ignorantia iuris ante ſententiam non propoſuit, in eiuſdem executione vti non prohibetur, etſi pagano idem non liceat. l.peremptorias. C. ſent. reſcin. non poſ. In milite ſiquidem tolerabilior eſt iuris ignorantia: faciliusque præſumitur. l. omnia regulariter. ff. hoc tit. & l.vlt. de iure deli. Quid igitur ſi miles iuris peritia inſtructus, vel à iuriſperitis edoctus, & admonitus exceptionem omiſerit? Puto huius legis beneficio eum non iuuari, quod cõperta veritate iuris ignorantia præſumptio ceſſet. l. continuus. §. cum ita. de verb. oblig.

Ad verb. *Cauſam tuam.* His verbis annuit Antoninus militem, qui alienam cauſam defendit, hoc beneficio non vti, quod tunc facere poteſt, cum ei præſcriptio non obiicitur. l. ita demum. infra de procur.

Militia armata multis donata priuilegiis. Ciuilis & inermis militia.

Ad verb. *Armata militia.* Militia quædam armata dicitur, cui multa attribuuntur priuilegia. l.miles. de iudic. l. item eodem, & toto tit. de milit. teſta. Alia eſt ciuilis atque inermis, quam nos togatam & literatam vocare poſſumus, nempe aduocatorum, qui militare à iuris authoribus dicuntur, & peculium quaſi caſtrenſe ad exemplum militum habent. l. fori. & l.quicquid. infra de aduoc. diuer. iud. l.proximo. infra de proxenet. ſacro. l.iis. infra de inoffic. teſtam. His non competere hoc beneficium hæc verba ſatis oſtendunt, & ſane impudenter eos facere nemo inficias iuerit, ſi iuris iuſtitia lapſos ſe eſſe contendant. l.profeſſo. de mune. patr. infra. l. 2. §. Seruius. de orig. iur. Sed nec iſto priuilegio fruuntur titulo tenus milites, & qui aliis negotiis occupati militiæ non incumbunt, cum priuilegii cauſa hic deficiat. l.pen. de teſta. milit. l.generaliter. de epiſco. & cler. l.qui ſub prætextu. de ſacroſan. eccl.

Allegationis verbum generale.

Ad verb. *Allegationes.* Hoc verbum generale eſt, continetque omnem exceptionem, non ſolum peremptoriam, ſed etiam dilatoriam complectitur. Quamuis enim priuilegia interpretatione extendi non debeant. l. ſi quando. infra, de inoffic. teſta. l.cum lege. de teſtam. tamen à proprietate verborum recedendum non eſt. Cæterum quod ſupra diximus exceptionem peremptoriam non poſſe opponi poſt ſententiã, de ea accipienda eſt, quæ aduerſus eam actionem obiicitur, ſuper qua pronunciatum eſt. Nam ad moderandam executionem defenſionibus atque exceptionibus nonnunquam vtimur. l. Neſennius. de re iudic. l.ex diuerſo. §. fi. ſolut. matri. l. ſi fideiuſſores. de fideiuſſorib. Præterea ſi quis alleget ſententiam nullam ob iuris ordinem non ſeruatam, vel aliam huiuſmodi cauſam, non immerito audiendus eſſe intelligitur, quia non rite condemnatur, & ſic pro non condemnato habetur. l.licet. infra, de procurator. Item excipiuntur à ſupraſcripta regula non ſolum miles, verum etiam minor 25. annis. l. 4. § condemnatum. de re iudi. l.minor. de mino. quibus addendi ſunt hi, qui propter iuſtam abſentiam, aut generalem edicti prætorii clauſulam reſtituuntur. l.1. ex quib. cauſis maio. l. fi. de in integ. reſtit. Exceptio quoque ſenatuſconſulti Macedo. quæ in odium creditoris introducta eſt, poſt ſententiam admittitur. l.tamen. ad Macedo.

AD L. II. *Cum ignorantia.*

An repudianti hereditatem proſit iuris ignorantia.

Repudians hæreditatem maternam, non poteſt prætextu iuris ignorantiæ ad eam rurſus adeundam admitti: huius tamen heres hereditatem patris repudiatam, re adhuc integra, intra triennium recte adit: huic enim qui ſuus eſt, magis quam illi qui extraneus, hæreditas debita eſſe intelligitur. §. cæteri. Inſtit. de hered. qualit. & differ. Nec nos mouet quod Paulus ſcribit, filium qui ſe nolle patris hereditatem adire dixerit, non aliter quam per lapſum anni ab ea excludi. l. filii. ad Tertul. Non enim de repudiante loquitur, ſed de eo qui cunctatur, & differt aditionem: interim deliberans an ſibi adire expediat. Minori plane nulla obſtat repudiatio, quominus beneficio reſtitutionis in integrum hereditatem cui renunciauit, iterum apprehendat. l.1. ſi minor ab heredit. ſe abſtin.

AD L. IV. *Si poſt diuiſionem.*

Diuiſio per errorem facta an & quomodo præiudicet.

Diuiſio per errorem facta cum eo qui cohæres putabatur, vero heredi non præiudicat, quod accipiendum eſt, niſi per iudicem facta ſit, quia datum ex cauſa iudicati repeti non poteſt. l.cum putarem. famil. erciſ.

Ad verb. *Per ignorantiam.* Nam ſi ſciens & prudens, prolato inſtrumento non ſolenni, res hereditarias cum eo diuiſerit, qui ſe heredem ſcriptum eſſe contendat, teſtamentum hac comprobatione conualeſcet. l. non dubium. §. fi. infra de teſtamen.

Præſumitur pro teſtamento, & inſtrumento publico, niſi habeat vitium apparens.

Ad verb. *Oſtende igitur.* Teſtamentum, ſicut & omne aliud publicum inſtrumentum, verum eſſe præſumitur, eaque iuris præſumptio onus probandi transfert in aduerſarium. l. cum precibus. infra de proba. Excipe niſi vitium aliquod eidem inſit adeo perſpicuum, vt tegi, aut diſſimulari non poſſit. leg. fi. infra de edicto diui Adria. tollen.

Ad verb. *Stare non poſſe.* Hac ergo lege admonemur eum qui docet teſtamentum falſum & imperfectum, quod ipſe tanquam verum & ſolenne ſecutus diuiſit hæreditatem cum alio, ad probandum errorem non teneri, quaſi hoc probato facile error præſumatur. Idque eo magis quæritur, quia de ignorantia facti alieni hic agitur, quæ excuſari & præſumi ſolet, niſi quod palam factum eſſe dicatur. l.fi. pro ſuo. l.ſed & ſi pupillus. §. præſcribere. de inſtit. actio.

AD L. V. *Cum falſa.*

Confeſſio per errorem facta non nocet.

Confeſſus quod paternum erat, ex maternis eſſe bonis, nihil egiſſe hic dicitur: nihil enim ei talis confeſſio nocet comperta veritate: idque dubium non eſt, ſi per errorem confeſſum eſſe eum proponamus. l. non fatetur. de confeſſ. Ideoq; non videtur præiudicare confeſſio. Verum pleriſque aliis ne à ſciente quidem & prudente factam confeſſionem nocere, ſi falſum eſſe oſtendatur. Cum enim per confeſſionem nulla iudicatur diſpoſitio, ſed probatio tantum, præterquam in caſibus exceptis. l. Publia. §. fi. dep. & l.tale pactum. in princ. de pact. l.ex hac ſcriptura. de donat. l. teſtamenti. §.1. de confeſſ. Et proculdubio probatione contraria, quæ fortior ſit atque efficacior, excludetur. l. cum de indebito, de probationib.

AD L. VI. *Si non tranſactionis.*

CVm quis ſine cauſa aliquid promittit alii ſtipulanti, agentem ex ſtipulatu ſubmouere poteſt exceptione doli. l. 1. §. circa. de doli except. Et quemadmodum hæc condictio datur aduerſus eum, qui totam ſine cauſa obligationem ſuſcipit, ita etiam aduerſus eum qui partem duntaxat, vt hac lege cauetur. l. qui ſine cauſa. de condict. furt.

Ad verb. *Tranſactionis cauſa.* Promiſſa pecunia ex cauſa tranſactionis hoc colore repeti non poteſt, quod indebite, & abſque cauſa promiſſa fuerit: nam hoc ipſum quod à lite diſceditur, cauſa videtur eſſe idonea. l. ſi citra. infra de cond. indeb. & l. in ſumma. in prin. ff. eo. Ad ver. *Reddito eo quod debetis.* Quod dicitur ſi pars pecuniæ ſine cauſa promittatur, pro parte condici poſſe, ſic accipiendum eſt, ſi prius eam partem exoluat promiſſor, quam non ſine cauſa promiſit. arg. l. Iulianus. §. offerri. de actio. empti.

AD L. VII. *Error facti.*

QVod pro regula traditum eſt: facti ignorantiam nemini nocere, interpretantur Diocletianus, ſi necdum finitũ ſit negocium, puta ſententia, tranſactione, iureiurando. Poſt ſententiam enim per errorem admiſſum corrigi non poteſt. l. 2. infra de cond. ind. ſicut nec per tranſactionem, aut per iuiurandum. l. prox. §. item ſi quis poſtulante. de act. Obſeruari tamen aliquot caſus ſolent, in quibus error facti, vel ante ſententiam nocet, veluti cum errore facti tutor in inuentario publice confecto amplius deſcribendum curauit, quam ſit in bonis pupilli. l. fi. ſupra ad Turpil. Item ſi conuentus actione leg. Aquiliæ confiteatur ſe ſeruum occidiſſe, qui ab alio occiſus eſt, vt quidam opinati ſunt Pauli authoritate adducti. l. ſi is cum quo. de confeſ. Sed cum is non de confeſſione erronea, ſed à ſciente facta loquatur, hanc ſententiam probare non poſſumus. Nec minus diſplicet nobis, quod plerique alii cenſent, ſi inſtrumento adſcriptum ſit ſine vllo errore, ſcientem prudentemque confeſſum fuiſſe eum, errorem ſuum corrigere non poſſe, quaſi tabulario hoc præſcribente non obſiſtendo, nec contradicendo ſibi præiudicet. l. cum oſtendimus. §. fi. de fideiuſ. l. ſi filiusfam. ad Maced. Cuius hac affirmatione munitur eius falſa perſuaſio, qui in eo maxime fallitur, quod ſe errare non arbitratur. Quod cum ita ſit, cur ei beneficium huius legis minime proſit non video. Idem dicendũ puto, & de litigatore, ſi aduocati errorem emendare cupiat. Nam lex triduum præſcribens intelligenda eſt, niſi eo tempore elapſo de errore eiuſmodi docere paratus ſit, quod ante triduum facere non cogitur. l. fi. infra de errore aduo. Illud ſilentio prætermittendum non eſt, cum hac erroris correctione lis protelatur, ſumptus ob eam rem factos aduerſario reſtituendos eſſe. l. ſancimus. infra, de iudic.

Exceptiones ſuperioris regula.

De errore aduocati, & quomodo emendari poſsit.

Ad verb. *Non inſtauratur.* Hoc accipe, niſi error calculi & computationis ipſa ſententia expreſſus ſit, aut perſona ſit, quæ beneficio reſtitutionis in integrum iuuari debeat. leg. 1. quæ ſent. ſine app. reſcin. l. 2. de erro. calcul. leg. 1. ſi aduer. rem iudi. Reperiuntur paſſim in iure ciuili alii caſus excepti, de quibus ſuo loco commodius dicemus.

AD L. VIII. *Cum teſtamento.*

PRoximus agnatus defuncti, idemque hæres inſtitutus in teſtamento imperfecto, quod ſolenne ac perfectum eſſe credebat, ſi in actis ſenſualibus per errorem ſeruos profeſſus fuerit, velut ex eo teſtamento liberos factos, ea profeſſio nõ nocet, vt ſeruorum dominium amittat, cum errantis non ſit volũtas. Vnde colligi poteſt à ſciente factam huiuſmodi profeſſionem obeſſe. Nam licet ea verba, quibus aliquid denunciamus magis quam diſponimus, vim diſpoſitionis nõ habeant, ac ne probationis quidem, cum obiter, & aliud agendo proferuntur. l. iubemus. de libe. cau. l. non epiſtolis. de proba. quæritur tamẽ hic principaliter iſtius profeſſionis cauſa, cum προηγουμένως verba prolata eſſe conſtat, aliud dicendum eſſe videtur. arg. l. tale pactum. in princ. de pact.

Errantis non eſt volũtas.

AD L. IX. *Non idcirco.*

IN hac lege nihil eſt obſeruatione dignum, niſi quod error non ab eo ſolum qui errauit, ſed ab eius quoque heredibus reuocari poteſt.

AD L. X. *Cum quis ius.*

INdebitum per errorem ſiue ignorantiam ſoluens repetere id poſſe alibi dicitur. l. 1. de condic. indeb. leg. cuius per errorem. de reg. iur. §. is quoque. qui. mod. re contrah. obl. Quod de ignorantia facti non iuris accipiendum eſſe hic reſcriptũ eſt. l. error. ad leg. Falci. Indebitum autem hic intellige, etiam ſi nec ciuiliter, nec naturaliter debeatur, contra vulgo receptam interpretum opinionem. Nec enim ſi diligenter inſpicias tractatum de condict. indeb. iuris ignorantiam condicere volenti indebitum, cuiquam prodeſſe reperies. Et quod obiiciunt ex Papinia. *In damnis non nocere iuris ignorantiam*, parum nos mouere debet. l. iuris ignorantia. l. error. eo. ſuum namque petentibus eam non nocere diſerte ait Papinia. d. l. iuris ignorantia. At condicẽs indebitum ſuum petere dici non poteſt, cum alium, ſoluendo, dominum fecerit. Eodem modo poteſt intelligi quod idem ſcribit in d. l. error. omnibus iuris errorem in damnis amittendæ rei ſuæ nõ nocere, niſi malis *omnibus* pro *non omnibus* interpretari, quod loquendi genus à iuris authoribus vſurpatum annotat Laurentius Valla, lib. 1. dialog. l. ſi ſeruus. §. ſi plurium. ſi quis cautio.

Error nõ ab eo ſolũ qui errauit, ſed & ab eius heredibus reuocatur.

AD L. fin. *Ne paſſim.*

IN compendiis ſiue lucris, nihilo magis prodeſt iuris ignorantia fœminis, quam maribus, niſi imperfectæ ſint ætatis. d. l. error. ff. eo. In damnis vero eis ſuccurritur ob iuris ignorantiam, in quibus caſibus iure expreſſum reperitur: & quod obiicitur, deteriorem hoc pacto mulieris conditionem fore, quam viri, vtpote quod in damnis non noceat iuris ignorantia, ſatis à nobis iam confutatum eſt in legis ſuperioris interpretatione. Viros ſiquidem ita demum excuſat iuris ignorantia, ſi quod ſuum eſt petant, cum plerique caſus extent in quibus fœminis ſuum non petentibus, vt damnum effugiant, prætextu huius ignorantiæ ſuccurritur.

In lucris & damnis quomodo & quib. proſit aut noceat iuris ignorantia.

TIT. XLV. LIB. VIII. COD.

DE EVICTIONIBVS,

AD RVBRICAM.

EVINCI hîc res dicitur, cuius poſſeſſio quæ ex iuſta cauſa apud nos erat, nobis inuitis, & ſine culpa noſtra aufertur. Nam quandiu habere rem licet, cum nihilo nobis abſit, euictio rei nulla intelligi poteſt. l. 4. ff. de act. empt. & l. habere rem licere. ff. eo. Quod ſi nuda rei promiſſio, non etiã proprietas abducatur, euicta res dicitur, vt cum nuda pignoris poſſeſſio per creditorem actione hypothecaria vẽdicatur, res ab emptore euicta dicitur. l. ſi precium. verſ. ſi hoc iure fuerit euictum. ff. eo. l. ſtipulatio iſta. de ver. oblig. §. ſi quis forte. Quinimo etſi proprietas ad accipientem tranſierit, ſi poſſeſſio auferatur, res tamen euinci dicitur. l. fi. in fi. de ſolu. Iuſta autem cauſa hic accipitur, ex qua vera poſſeſſio, ſeu vſucapiendi conditio transfertur. l. 1. de public. in rem. act. Auferri autem poſſeſſio intelligitur vel ſentẽtia iudicis, vt l. non tamẽ. l. euicta. §. 1. ff. hoc tit. vel quoties rei vitio rem ipſam habere non licet, vt ſi ſeruus venditus aufugerit: videtur enim ideo euictus eſſe, quia eum habere non licet. l. Iulianus. §. 1. verſi. differentiæ ratio, de act. emp. quia ſi ſponte, aut culpa ſua poſſeſſionem rei amiſerit, euictionis nomine actionem non habet. l. ſi rem quam mihi. ff. eo. Verum etſi res euincatur, non tamen ſtatim eius nomine de euictione actio competit, ſed negocium aliquod cum altero geſtum eſſe oportet, ex quo de euictione actio eſſe poſſit. leg. 1. §. idem Pomponius. verſ. quia rem meam ipſe geſſit. depo. l. rogaſti. verſ. quaſi negotio quodam. l. ſolent. & l. ſi tibi polienda, de præſcr. verb. Itaq; annotandum eſt in iis cõtractibus, in quibus dominium quis transferre tenetur, euictionem omnimodo præſtandam eſſe, tanquam contractui ſatisfactum non ſit, quia res data non eſt: & ideo ad rem ipſam ex integro agitur actione quæ ex eodem contractu adhuc durat. l. Iulianus. §. qui fundum. de ver. obli. l. etiam. ff. de ſolut. l. qui concubinam. §. qui heres. de lega. 3. vt videatur hoc caſu non de euictione agi, ſed ex conuentione potius ad obſeruationem contractus. Nam etſi nondũ res euicta ſit, ſi tamen euictio teneatur, hoc nomine agi po-

Rem euinci quid ſignificat.

Quibus modis auferri poſſeſsio dicatur.

ſeſt,l.cum quis.§.qui hominem.de ſolut.d.l.ſi rem meam. In cæteris vero contractibus in quibus tradere tantum, non dominium transferre quis cogitur, ex ipſo contractu euictionem non debet,ſed ſi tradiderit ex ipſo contractu liberatur, quia ſoluit quod debet.§.1.qui.mod.toll.obl. Verum ſi rem traditam habere non licet,ex bono & æquo,& ex noua cauſa actio de euictione datur, vt quandiu res non euincitur, conueniri non poſſit, qui tradidit.l.1.§.venditori vero.ff.de permut.l.3.infra eo.d.l.4.& l.emptorem.in fi.ff.eo. vtroque tamen caſu,etſi res nondum euicta ſit,indiſtincte agi poteſt, vt de euictione caueatur.d.§.qui fundum & d.verſ.venditori.

AD L. I. *Emptor hæreditatis.*

Quomodo hereditas quaratur.

HEreditas,id eſt,ius ſuccedendi, nulla conuentione quæritur,ſed his modis qui à lege introducti ſunt, veluti ex teſtamento,vel ab inteſtato defertur.l.hereditas.ſupra de pactis conuen.l.pactum quod dotali.ſupra de pact.& l. ſtipulatio hoc modo concepta.de verbo.oblig. Poſtea vero quam hereditas quæſita eſt, quia proprium patrimonium heredis facta eſt.leg.per procuratorem.§.1.de acquir.heredit.l.ſed ſi plures.§.filio impuberi.verſ.euicta.de vulg.& pupil.alienari & in alium transferri ex pacto poteſt,vt hic,& toto tit. Digeſtor. & ſupra de actio.vel her. vend. l. in re mandata. ſuprà manda.

Hereditate vendita ius vniuerſum in emptoré tranſit.

Ad verb. *Rem à poſſeſſoribus.* Hereditate vendita ius vniuerſum hereditatis, id eſt, damnum & lucrum hereditarium in emptorem, qui loco heredis eſt tranſit. l. 2. in princ. & §.1.l. ſicuti.& §.fin.de heredit.vel actione vendi. Non quia res ſingulares hereditariæ venditæ cenſeantur.l.venditio.2.§. perueniſſe.& §.non ſolum.de heredit.vel actione vendit. Se enim heredem eſſe ex eo tantum contractu præſtare tenetur venditor.verſic.cum hereditatem iure veniſſe.& l. quod ſi ſit hereditas.de heredit. vel actione vendit. vt ſi res hereditarias ipſe poſſideat ad traditionem earum teneatur, ſin minus actiones quas habet earum nomine emptori cedendo liberatur.dicta l.venditio.2.§.perueniſſe.& §.non ſolum.de hered. vel actio.vend. Vnde ſi his duobus ſatisfecerit,etiam perſequutionem rerum ſingularium præſtare non debet,vt hic,& dicto §.ſicuti.

An ſumptus euictionis venditor emptori præſtare debeat.

Ad verb. *Sumptu ſuo.* Hic dubitari poteſt, an ſumptus euictionis venditor emptori præſtare debeat. Et verius eſt, ſi quidē res ſingularis vendita eſt, quia venditor mota lite defendere emptorem tenetur. l. ſi plus. 74. §. mota quæſtione.ff. hoc tit.l.qui ab 'eatem.in fi.de procurat.ſiue res deinde euincatur ſententia iudicis,ſeu non euincatur, ſumptus venditorem debere eius defenſionis nomine, quia ſi defendat, ſuo ſumptu defendere intelligitur. l. quod niſi fiat. verſi.quia vnuſquiſque.de oper.liber.l.3.§. item ſi locum. de alienat.iudi.mutan.cauſa facta.Barto.hic,& l.venditores.de verb.obligat.Panorm.in cap.fi.de venditio.& emptio.extra. Eſt enim

Defendere quid ſit.

defendere litem omnino ſuſcipere.l.ſed etſi hæ.§. defendere, de procurat.Quod ſi defenſionem non ſuſcipiat venditor,tenebitur ob rem non defenſam,& in id quod emptoris intereſt.l.cum quæritur.iudica.ſolui.coniuncta l.2.§.incertum.vbi Accur.de præto.ſtipul.In cuius æſtimatione rei ſumptuum habenda eſt ratio.l. ſi procurator.verſic. & ideo ſæpius.rem rat.hab.d.l.3.§.pe.de alien.iudi.mut.cauſa facta. Sed hæc accipienda ſunt, niſi alia ratione ius ſuum ſaluum habeat emptor,vel quia in iudicio euictionis obtinuit, & ſumptuū quoque condemnatio aduerſus victam ſecuta eſt.l. properandū. §.ſiue autem. ſupra de iudic. Accurſius, Barto.& Bal. hic.vel quia dicta condemnatio ſecuta quidem non eſt, verum ſequi debuit.Habet enim emptor regreſſum adue.ſus iudicem.d.§. ſiue autem.Item ſi litem ſuam iudex fecerit, quia & ſumptuū nomine hoc caſu tenetur. l. fin. ſupra de pœna iud.qui male iud.Quod ſi culpa in iudicio euictionis emptori imputari poteſt,quia hoc caſu rei euictæ nomine actionem non habet, d. l.ſi rem.§.1.ff.hoc tit.nihilominus ſumptuum nomine actionem habebit, qui ratione rei tanquam acceſſorii debentur. arg.l.3.ſupra de fruct.& lit.expen. Et denique illud obſeruādum eſt circa ſumptuum exactionem, quod inter contrahētes conuenit,vt hic in fi.& d.l.venditores.l.1. §. ſi conueniat. depoſiti.At quoties ius vniuerſale puta hereditas,non res ſingulares,aut particulares venditæ ſunt,ſumptus iuris vniuerſalis nomine factos venditor emptori debet, quia emptorem iuris vniuerſalis nomine,ſuo ſumptu defendere cogitur. d.l. quod niſi fiat.coniuncta l.quod ſi ſit hereditas. Singularium vero rerum nomine ſumptus nō debet,quarum nec euictionem præſtat,vt hic.ver.euictio quoque.& arg.d.l.3. ſupra de fruct.& lit.expen.Sed quid ſi omnes res hereditariæ euincātur?Et verius eſt,quia etſi nulla corpora hereditaria ſint, hereditas nihilominus iuris intellectu nomen ſuum retinet. l. hereditatis appellatio. de ver.ſigni.l.3. §. hereditas.de bono. poſſ.non ob id videri hereditatem euictam eſſe,quod omnes res hæreditariæ euictæ ſint,& ideo hoc nomine venditorem non teneri conſtat, cum ſe heredem eſſe præſtet.d.§.bonorum.& d.l.quod ſi hereditas.

AD L. II. *Quoniam auus.*

Euictio vnde naſcitur.

IN his contractibus, in quibus ex natura obligationis euictio non præſtatur, neceſſarium eſt eo nomine cautionem interponi,l.1.ſupra de iure dot.l.ſi domus.§. de euictione. de leg.1.& l.ſtipulationes.de verbo.obl. In cæteris vero contractibus, & ſi nominatim euictio promiſſa non ſit, ex natura contractus debetur.l.non dubitatur.infr.eo. Vnde quæritur an cautio euictionis hoc loco neceſſaria fuerit, vt non aliter de euictione teneatur donator,quam ſi nominatim id actum ſit,& certius eſt eum qui fundum donauit, ius quod in fundo habuit transferre voluiſſe.l.ſi domus.§. fi.& l.ſi à ſubſtituto. §.heres ſeruum.in fi.de l.1.non etiam quod aliud promiſiſſe intelligatur, ne alioquin pœnam liberalitatis ſuæ patiatur, ſi vltra ius donatum aliquid ab eo exigatur, quod lex non admittit.l.ad res donatas. de ædil.edict.l.liberalitate.de re iud. Conſtat itaq; ſi rei donatæ euictio contingat, nō ob id teneri eū qui donauit,quia eo nomine nullo iure obligatus eſt. l. Iulianus.§.qui fundum. in fi.de ver. obl.l.Ariſto.§.fi.de don.d. §.de euictione.l.quoties §.plane.in fi.ſi fami.fur.fec.dic.

An donator teneatur de euictione.

Neque diſtinguendum eſt,an à cōuentione, an vero à traditione donatio cœperit,cū traditionem animo donandi factā donationis cauſam præceſſiſſe oporteat,ne nuda ſit traditio,ex qua ius nullum transfertur.l.nunquam nuda.de acqui.rer.dom.Itaq; qui donandi animo promiſit,ex cauſa donationis promiſiſſe intelligitur. ex qua cauſa rem donatam tradere tantū intelligitur,non etiam dominium transferre. l. ſi quis argentū. §.ſin autem.infra,de dona.d.§.perficiuntur. Inſtit.de dona. cōiuncta l.ſi ita diſtrahatur.in fi.ff.de contrah.emp. Nā & ſi ſtipulatio donationis cauſa acceſſerit, non ideo dare,id eſt dominium transferre cogitur,qui ex cauſa donationis dare promiſit,ſed tantum tradere tenetur.d.§.ſin autē hoc. vt ſtipulatio quæ donationi adiicitur illius naturam ſequatur. l. ſi ſtipulatus.ver.quia nō veriſimile.de vſur.l.1.§. ſi quis ſub cōditione.ff.vt leg.nom.ca.Nec rectè cōparatur contractui venditionis donatio ꝙ ad ius euictionis attinet. d. §. plane.& ſi ex vtroq; contractu tradere tantum qui ꝓmiſit debeat.d.§ perficiuntur.

Donator rem donatam tantum tradere tenetur.

Nā precium ꝙ præſtat emptor vēditori rei venditæ, euictionē & ſimiles præſtationes,ex æquo & bono inducit.l. 1.in prin.de rerū permu.l.emptorē.§.fi.ver.neq; enim bonæfidei.de act.emp.At ex donatione quæ meræ liberalitatis eſt, nulla obligatio huiuſmodi præſtationum donatario aduerſus donatorē acquiritur.l.hoc iure.§.1.de dona.d.l.ad res donatas. Nō obſtāt huic ſentētiæ l.qui decem.§.qui hominē.de ſolut.l.vbi autē nō apparet.§.fi.de ver.obl.& ſimiles,quib.nō aliter liberatur,qui dare promiſit, quā ſi dominiū tranſtulerit. Illud.n.accipiēdum eſt ſecundū cauſam ex qua quis dare promiſit,vt ſi ſine cauſa ſtipulatio concipiatur, omnino inutilis ſit.l.2.§.ſi circa.ff.de doli mal.& met.excep.Si vero præceſſit cauſa,& ex ea dominium ſui natura non transfertur,vt in cōtractib.donationis & venditionis,qui traditionem,nō dominii tranſlationē inferunt.d.§.perficiuntur.hoc caſu ſtipulatio dandi huiuſmodi cauſis adiecta dominii translationem non inducit, ſed ſecundum naturam dictorum contractuum intelligitur.d.l.ſi ſtipulatus. Verum ſi ſciens rem alienā eſſe quis donauerit,ſi quid donatarius in eam rem impenderit, & res euincatur, huius impendii nomine aduerſus donatorem de dolo actionem habet donatarius, non etiam rei euictæ nomine.d.l.Ariſto.§.fi.in fi.& d.l.ad res donatas.

Ad verb. *Nudo autem pacto.* Quod ſi ex natura contractus donationis euictio deberetur, nullo pacto, aut ſtipulatione opus eſſet. l. non dubitatur.inf. eo.tit.ſed cum à traditione donationem cœpiſſe in ſpecie huius legis omnes opinantur. Alioquin ſi à conuentione inceperit, actionem de euictione aduerſus donatorem etiam citra pactum competere exiſtimant

mant Accurſ.& Bar.hic.idem Bart.Bal.& Accurſ.ad d.l. Ariſto.in fi. Cur igitur non ex pacto nudo quod rei traditioni adiectum eſt, actio dabitur, tanquam ab ea traditione pactum nudum robur acceperit? l. ſi ſupra de rer.permu.l. legem. infra de donat.& l.legem.ſupra de pact.

Docendum eſt, ita demum ex pacto traditioni rei adiecto actionem dari, ſi ex relatione dicti pacti ad contractum principalem contractus innominatus reciprocus naſci poteſt, vt quia principalis obligatio accipientis perſonam, pactum vero adiectum, tradentis commodum reſpicit. d. l. legem. in fi.d. l.fi.de rerum permu.ſupra. Quod enim præſcriptis verbis actio ex huiuſmodi pacto detur: d.l.fi.contractum reciprocum præcedere arguit vnum ex his quæ enarrantur in l. naturalis. in prin.de præſcr.verb Qua ratione cum ex pacto nudo de euictione præſtanda, ſi ad contractum donationis illud referatur, non datur obligatio reciproca, cum vtrunque pactum fauore donatarii interuenerit, conſtat actionem nullam ex eodem pacto tanquam nudo competere. l. iuriſgentium. §. ſed cum nulla.de pact.§.quinimo.

AD L. III. *Qui rem emit.*

QVandiu emptori rem habere licet, quia poſſidet, de euictione actio ceſſat, quæ tum demum competit, cum res illi aufertur, vt hic.& l.5. ff.de actio.emp. leg.habere licere.§. tunc enim nulla.ff.eo. Adeo vt quamuis rem alienam eſſe, vel alii obligatam conſtiterit, ſecurus tamen ſit venditor, qui rem tradidit, quæ nondum euincitur, vt hic.verſic.quod aliena vel obligata,&c. Cum enim tradere tantum venditor teneatur, & cautionem de euictione præſtare, traditione rei à principali obligatione liberatus eſt §. 1. quib.mod.tol.obl.coniuncta l.ſi ita diſtrahatur.in fi.de contrah.empt. Accur.in l.cum plures.in fi.ff.eo. Nec prius ex cautione euictionis conueniri poteſt, quam conditio tacita promiſſionis euenerit, id eſt, quā rem euinci contigerit. d. l. 4. de act.o.emp.l.1.verſ.venditor vero.ff. de rer.permut. Quod ſi nondum res tradita, vel integrum pretium ſolutum non eſt, cum adhuc duret actio ex contractu venditionis, donec quod ex eo contractu debetur perſolutum ſit, quæ ex bono & æquo præſtanda ſunt in iudicium empti venient. l.ſi poſt perfectam.in fi.infra eo. vt ſi euictio imminear, etſi nondum res euicta dicatur, poſſit emptor ea exceptione ſe tueri aduerſus venditorem petentem rei venditæ precium.d.l.ſi poſt perfectam.in princ. Item ſi res vendita pignori obligata eſſe reperitur & nondum tradita ſit, aut pretium ſolutum non eſt, eadem exceptione tutus erit emptor. Sed hic actionem ex empto habet, vt cogatur venditor rem obligatam pignoris vinculo liberare. l. ex his prædiis.infra eo. Item ſi rem alienam ſciens quis vendiderit. Cum enim dolum malum abeſſe à contractu emptionis præſtare debeat venditor, propter dolum tenebitur in id quod emptoris intereſt rem ſuam factam non eſſe. l.ſeruus quem. §. fi. de act.emp. Idq; in pœnam doli conſtitutum eſt aduerſus venditorem, qui tradere tantum tenetur, non etiam dominium transferre. d.l.ſi ita diſtrahatur.in fi.d.l.ſeruus quem. in fi. Iis itaque caſibus non de euictione agitur, & id quod noſtra intereſt rem euictam eſſe, quia iudicio res euicta non eſt, & ſic de euictione actio ceſſat. l. non tamen conſequens. ff.eod. Sed vel exceptionis iure pretium retinetur. d. l. ſi poſt perfectam. vel res obligata liberatur. d.l.ſi ex iis prædiis. vel propter dolum agitur. d.l.ſeruum quem.in fi. Nam in dictis ſpeciebus in quibus vel euictio imminet, vel res obligata repetitur, liberabitur venditor ſatiſdando euictionis, item liberationis nomine. d.l.ſi poſt perfectam.verſ.ſi ſatis ei non feratur.

Si res vēdita pignori obligata ſit, habet eā exceptionem.

AD L. IV. *Si prædium.*

EX hoc reſcripto notandum eſt aliud pro alio conſentiente creditore, non etiam inuito ſolui poſſe. §. 1. quibus modis tollit.oblig.l.2.§.mutui datio.in fi.de reb.credit. Vnde ſi pro pecunia numerata voluntate creditoris ſoluatur prædium, cuius deinde euictio contingat, dubitari poteſt quemadmodum creditori conſultum ſit. Videtur enim & principalis obligatio diſſoluta datione prædii in ſolutum, & nullum negotium ſubeſſe, ex quo euictio præſtanda ſit. l. eleganter.in prin.de pignor.act. Verum hic aliter traditum eſt: nam hic ex contractu venditionis, & iis qui venditioni ſimiles ſunt de euictione actio datur. l. non dubitatur.infra eod. & l. ſciendū. 2. coniuncta l.ſciendum.1.§.deinde.infra de ædil.edicto. ſitq; emptioni ſimilimus contractus, ſi pro pecunia ſpeciem ſolui conuenerit, vt hic in fi.& l. naturalis.§. 1.ff.de pręſcrip. verb. conſtat tanquam contracta emptione, vtilem dari actionem ex empto ei, qui pro pecunia ſpeciem in ſolutum accepit, ſi ea ſpecies euincatur, vt in hac lege, & dicta l.eleganter: ſed contractus permutationis emptioni ſimilis eſt. d. §.deinde.& l.1. de rerum permutat. d.l.naturalis. §. 1. & tamen ſi conuenerit ſpeciem pro ſpecie ſolui, qui contractus permutationis eſſe videtur, l.1.de contrah.empt. d.l.naturalis. §. 1. re deinde euicta, non de euictione vtili ex empto agitur, ſed ex principali obligatione. l. ſi quis aliam, de ſolutionib. l. libera. ſupra de ſentent.& interlo.omn.iudic. Item ſi fundum in ſolutum do, vt ab ea obligatione liberer, qua pecuniam debeo, intelligitur contractus innominatus, do vt des, celebratus eſſe: nihil enim aliud eſt ius obligationis remittere quam dare. l. ſi mulier.de condict.cauſ.data. Et per conſequens fundo deinde euicto non de euictione agitur. l.fi.in fin.de condict.cauſ. dat. ſed in id condictio datur, vt in priſtinam obligationem reſtituatur pecuniæ debitæ. l. ſi quis accepto tulerit.ff. de condict.cau.data. Rurſus ſi pecuniam debeo, non aliter liberor, quam ſi accipientis creditoris fecero, ita vt ab eo auferri nō poſſit. Quod ſi auferatur, liberatio nō continget. Quinimo ex priſtina obligatione directa actio competit. l. deferre.§.fi.& l. Titius. de iure fiſci. Itaq; ſi ſpeciem pro pecunia dedero, eadem ratione accipientis ea fieri debet, vt naturam ſeruet ſpecies, cuius loco ſubrogatur. l. ſi cum. §. iniuriarum. ff. ſi quis cautio. Et ſi ſpecies quæ pro pecunia ſoluitur accipientis fieri debeat, ſi euincatur ex priſtina actione agetur. d.l.ſi quis aliam. l. ſi rem meam. de ſolut. non autem vtili ex empto, vt hic. Et deniq; ſi ex cauſa tranſactionis fundus pro alio, de quo controuerſia erat traditus ſit, quem deinde euinci contigerit, non vtilis ex empto, nō item priſtina actio, ſed neque condictio ob cauſam, vt in priſtinam obligationem reſtitutio fiat, verum in id quod intereſt præſcriptis verbis actio datur. l. ſi pro fundo. ſupra de tranſact. Dicendum eſt quoties conuenerit, vt aliud pro alio detur, non aliter liberationem contingere à prima obligatione, quam ſi res quæ pro alia datur accipientis fiat, quaſi id tacite actum ſit. d.l.ſi quis aliam. Et ſi accipientis non fiat, prior obligatio duret, & ex ea agi poſſit. d.l.libera.verſi.vel ob debitum reddendum,&c. Idque verum eſt, & ſi pro pecunia numerata ſpecies in ſolutum detur. l. qui res. de ſolut. arg. d.l.deferre.in fi.& l. Titius. de iure fiſci. Nec enim prior contractus nouatur, vt ex datione in ſolutum agi tantum poſſit, non etiam ex præcedenti obligatione. d.l.libera.& d. l. ſi quis aliam. Quinimo & præter actionem, quæ ex præcedenti contractu adhuc durat, vtilis actio ex empto competit, ſi pro pecunia ſpecies data ſit, tanquam contracta emptio videatur, non tamen quod vere contracta ſit. d. l. eleganter.in princ.& verſi. imo vtilis. coniuncta l. ſi ita ſcriptum. de hered.inſtit. Et ſic non eſt arguendum à contractu permutationis, vel contractu innominato, do vt des, & ſimilibus, cum nullus nouus contractus celebratus ſit, nulla item ſubrogatio ſimpliciter facta, vt non aliter à priori obligatione receſſum ſit. d.leg. ſi quis aliam. d.l.qui res. excepto eo caſu, quo ex cauſa tranſactionis fundus traditus pro alio fundo controuerſo fuit. Tunc enim priſtina obligatio non inſtauratur, ne litem ſemel finitam de nouo inſtitui contingat. leg. quamuis ſupra de tranſaction. Sed actione præſcriptis verbis agitur in id quod intereſt. d.l.ſi pro fundo.

Si pro pecunia numerata ſoluatur prædium creditori, quomodo ei conſulatur in caſu euictionis.

AD L. V.

Ex iis prædiis. verſ. vt ea à creditore liberentur.

NOn ergo de euictione in id quod intereſt agitur, quia nondum res euicta eſt. l. qui rem. vbi dictum ſupra eod. Sed in id actio datur, vt pignoris vinculo res liberetur, quod quidem certiſſimum eſt, ſi nondum res vendita tradita ſit, aut precium non numeratum, vt in ſpecie huius legis conſtat. l. in venditione. de actio.emp. Sed dubitari poteſt an idem quoque dicendum ſit, re tradita, & precio numerato, quaſi teneatur, qui rem vendidit, eam liberam præſtare. Et verius videtur emptione ſimpliciter contracta, rem qualis eſt cum ſua cauſa intelligi venditam, non etiam liberam. l. cum venderes. de cōtrah.emp.& l.alienatio. eo. tit. & l. pen.eo.hoc tit. vt quamuis ea obligata ſit, quamdiu tamen per hypothecariam non

aufertur, conueniri venditor eo nomine nullo modo poſſit. d.l.qui rem.ſupra eo.& l.habere licere.ff.eo. Qua ratione vt plurimum in venditionibus adiici ſolet *fundum liberum præſtari*.l.quoniam.ſupra de compen.& l.cum ab eo. de contrah. emp.l.cum ſtipulatus.§.fi.ff.de ver.obli.& l.cum tibi.infr. eo. Verum etſi ex ipſo contractu res, vt libera præſtanda non ſit, niſi id nominatim conueniat.d.l.cum venderes.poteſt tamen ex bono & æquo agi, vt rem pignori obligatam venditor liberet, non etiam id quod emptoris intereſt rem obligatam non eſſe.leg.creditor.§.prædium. vbi Pau. Caſtren. de actio. emp.coniuncta l.quoties.ſupra de iure dot. Quemadmodum ſeruitutes quæ à fundo vendito debentur, tacite quidem tráſeunt, & fundi poſſeſſorem ſequuntur, vt earum nomine venditor de euictione in id quod intereſt non teneatur, ſi deinde eas deberi conſtiterit, quia fundum liberum præſtari non promiſit.d.l.pe.ff.eo.tenebitur tamen ex bono & æquo emptori præſtare quanto minoris ille empturus erat, ſi ſeruitutes deberi intellexiſſet.l.quoties.de ædil.edict. Idque certius eſt, ſi emptor debitum perſoluit, vt rem venditam liberaret, tunc enim à venditore repetet precium, quod creditori præſtitit, ne alioqui venditor cum iactura emptoris locupletior fiat eius beneficio liberatus.l.reſcriptum.§.1. in fi.de diſtract. pign.l.cum pecuniam.de nego.geſt. Cum enim propter contractum emptionis id precium, quo pignus liberatum eſt, abſit emptori, incipit ex empto agi poſſe.l.4.ff.de act.emp. Et denique ſi rem ſciens quis obligatam vendiderit propter dolum non tantum liberare, ſed etiã in id quod intereſt tenetur.

Venditor tenetur reſtituere emptori pretiũ quod ad rem venditam liberandã ſoluit.

AD L. VI. *Non dubitatur.*

Vnde oriatur de euictione actio.

DE euictione actio ex natura contractus magis quam ex conuentione præſtatur, vt etſi eo nomine nulla pactio interceſſerit, re tamen euicta, ea actio detur, vt hac lege.& l.ſi in venditione.ff.eo.l.quod ſi nolit. §. quia aſſidua.de ædil.edict. Quædam enim ſunt naturalia contractus, quæ adiici ex conſuetudine ſolent, & contractum ipſum ſequuntur, qualis eſt de euictione cautio: quæ cum vt plurimum in contractu emptionis promitti ſoleat, lex pro conſuetudine illius ſtipulationem interpretata eſt, vt & ſi nonnunquam prætermittatur, lex tamen eam interceſſiſſe fingat. d.§. quia aſſidua. Alia etiam ratione naturalia contractus conſiderantur, qualia ſunt ea quæ lex pro contractuum diuerſitate ſingulis contractibus ſingulariter adſcripſit, tanquam cum ipſo contractu iuſta ratione nata eſſe videantur, veluti in contractu depoſiti & ſimilibus, qui dantis tantum gratia fiunt, ſolum dolum accipiens præſtat, ne ſibi damnoſum ſit officium, quod alterius cauſa ſuſcepit.l.ſi ſeruus communis.§.quod vero.ff.manda. Item in his contractibus, qui vtriuſque gratia celebrantur, dolus, & culpa venit, quia commune negotium geritur.l.contractus.de regu.iur.l.ſi vt certo.§.nunc videndum.commod. Et hæc vtroque caſu effectum ipſius contractus non etiam formam aut ſubſtantiam reſpiciunt, ob idque adminicula contractus dicuntur.l.pacta conuenta.ff.de contrahen.emp. l.coniuncta.l.1.§.1.ſi vſusfr.peta. Qua ratione, cum contractus ipſi à naturalibus non pendeant, quinimo naturalia ex ipſis contractibus pendeant, & ſeparata ſit eorum forma, ſeu ſubſtantia, conſtitutum eſt, vt natura quidem contractus pacto immutari poſſit, ſubſtantia vero ſaluo contractu non item.d.l.pacta conuenta. l. naturalis. §. ſed ſi facio.verſ.& poteſt mandatum.ff.de præſcri.verb.l.Iulianus.§.ſi quis rem.ff. ad exhib. Vnde conueniri poteſt ne euictio præſtetur. l. emptorem.§.fi.v.ibidem ait.de actio.emp.d. l. pacta conuenta. l quæritur.§.ſi venditor.de ædil. edict. Saluus enim contractus emptionis remanet, etſi ius euictionis remiſerit emptor. d.§.ſi venditor.d.l. pacta conuenta. ver. quoniam emptionis ſubſtantia à contrario ſenſu. Verum conueniri non poteſt, ne venditor dominium rei venditæ transferat.l. cum manu.§.fi. de contrah.empt.cum tamen dominii translatio ſubſtantiam contractus emptionis non reſpiciat. Quinimo nec dominiũ transferre ſecundum contractus naturam venditor tenetur. l.ſi ita diſtrahatur.§.1.& l. rem alienam. ff. de contrah.empt. Dicendum eſt neceſſitatem translationis dominii contractui venditionis non ineſſe, etſi effectus illius in eo conſiſtat, vt cum rem tradere venditor teneatur, in conſequentiam, ſi dominus eſt, dominium quoque transferre cogendus ſit. l.

Naturalia contractus adminicula contractus dicũtur.

Conueniri poteſt ne euictio præſtetur.

Conueniri non poteſt ne venditor dominiũ rei venditæ trásferat.

ex empto.de act.emp. Vnde ſi nominatim actum ſit, ne dominium rei venditæ in emptorem tranſeat, ab eo læſa eſt emptionis natura, vt nullius prorſus momenti fuiſſe videatur, vt ne poſſeſſio quidem tradita videatur eius rei quæ iure dominii auferri poſſit.l.3.in princ.de actio.emp. At vbi non agitur expreſſim de dominio non transferendo, actio de euictione ſupereſt, ſi rem euinci contigerit, l.ſi in venditione.ff.eod.& in hac noſtra lege. Et ideo effectum ſuum venditio conſequitur, quia in id quod intereſt venditor condemnatur. d.l.ſi in venditione. Eo vero caſu, quo de dominio transferendo cautum non eſt, cum hæc conuentio effectum venditionis omnino tollat, venditionem contractam non eſſe lex fingit. l.cum manu.in fi.& l.Lucius.depo. Quemadmodum & nonnunquam, ſi adminicula quæ ſupra diximus naturalia contractus eſſe, effectum rei vniuerſum reſpiciunt, contractum inutilem reddunt, niſi acceſſerint.d.l.1.§.1.ſi vſusfru.peta. Namque ſæpe contingit, vt expreſſa quædam noceant, quæ non expreſſa, quamuis tacite inſint, obſtitura nõ ſint.l. nonnunquam.de condit.& demonſt. Illud omittendum non eſt, etſi actum ſit ne rei euictio præſtetur, non ideo denegari emptori precii repetitionem, ſi res ab eo auferatur. Alioqui aduerſus bonæ fidei iudicium eſſet, ſi precium venditori habere liceret, emptori vero res ipſa auferretur.d.l.emptori. in fi. niſi id nominatim actum ſit, arg.dicti §.ſi venditor.Cyn.hic.

Quædam expreſſa nocent, quæ non expreſſa non nocent.

AD L. VII. *Authore laudato.*

AVthori, id eſt, ei à quo quis ius in re comparauit, ſi euictio immineat denunciandum eſt, vt infra l. proxi. non etiam fideiuſſori, qui eius euictionis nomine interceſſit, vt in hac lege. Sufficit enim iis denunciatum eſſe, quorum in primis intereſt, etſi aliorum poſteriore tamen loco, intereſſe poſſit.l.1.§.denunciari.ff.de ventr. inſpic. l. cum adoptio.de adopt. Fideiuſſor enim in cauſa euictionis interceſſit, quæ euictio committitur, ſi rem euinci contingat, denunciatione authori facta.infra eo.d.l.proxi. Perſonam ergo venditoris, nõ etiam fideiuſſoris inſpicimus, quia in id fideiuſſor interceſſit quod ex perſona venditoris deberetur, vnde culpa vel mora rei principalis fideiuſſorem obligat.l.ſi ſeruum.§.nunc videamus.in fi.& l.mora rei.de ver.oblig. Idque verum eſt quamuis fideiuſſor cauſam agi de euictione ignorauerit, vt in hac lege. Cum enim in omnem cauſam euictionis interceſſerit. l. ſi quid pro eo.§.ſi nummos.de fideiuſſ.& §. nunc videamus. Fruſtra admonendus eſt eius rei nomine, in quam nominatim conſenſit, & quam idem præuidiſſe debuit. l.magnam. in fi.infra de contrahen.vel commit.ſtipul.

Author quis dicatur in cõtractu venditionis.

Quomodo fideiuſſor teneatur de euictione.

AD L. VIII. *Emptor fundi.*

AD hoc vt de euictione actio detur, rem in primis euinci oportet.l. 1. §. venditori. de rerum permut.& l.3.ſupra eod. Nec aliter res euicta dicitur, quam ſi iudicio euicta ſit.l. non tamen & conſequens.ff.hoc tit. Iudicio vero euicta non dicitur, ſi dolo aut culpa emptoris euicta ſit.l.ſi rem quæ mihi,§.1.ff.eo. Atqui dolum lex præſumit, ſi cum emptor iudicium euictionis authori denunciare poſſit, non denunciauerit, tanquam venditor paratiores cauſæ probationes habiturus ſit, emptor vero minus inſtructus ſolus cauſam defendere dolo videatur.l.ſi fundo.§.1.ff.eo. Qua ratione conſtituit lex denunciandum eſſe authori euictionis iudicium, vt hic. & infra l.proxi.l.1.ſupra de pericu.& commo.rei ven. vt ipſe cauſæ adſit, & omnis colluſionis ſuſpicio tollatur.l.ſi ſuſpecta.de inoffic.teſta.& l.ſi proluſorio.de appel. Idem quoque lex præſumit, ſi emptore abſente, vel per contumaciam condemnatio euictionis ſecuta ſit, vt in hac lege.verſ.ſed etſi. Neque euictionis iudicium aduerſus emptorem pronunciatum eſt, quod malam cauſam habuerit, quin potius, quia abſens & contumax fuit.l.ſi ideo.ff.eod. Idem ſi per imprudentiam aut iniuriam iudicis ſententia euictionis ſequatur. Neque enim authori nocet iniuria emptori facta.l.ſi per imprudentiam.ff. eo.& in hac lege, ſecundo reſpon. Cautum itaque vtrique erit tam authori, quam emptori, ſi dicta euictionis denunciatio præceſſerit, authori quod cauſam ipſe velut propriam ex fide acturus ſit, emptori quod poſt denunciationem periculum euictionis ad authorem ſpectet.l. 1.ſupra, vbi in rẽ actio. Nec poteſt venditor queri, ſi præſens ei iudicio affuit, quo

Quomodo res euicta dicatur.

Cauſa propter quas hæc denunciatio facienda eſt.

rem

rem euinci contingit, cum appellare potuerit. l. Herennius. §.1.ff.eod.l.à ſententia.ff.de appel.Item minus iuſte conqueritur venditor,ſi per eum ſteterit,quominus in iudicium veniret, cum denuntiatio præceſſerit. d.l. & ideo.in fi.ff.eod. Sed & quamuis cauſam euictionis agi ſciuerit author, lex tamen adhuc deſiderat denunciationem præcedere,vt liti adſit venditor. Nec enim ideo tam denunciatio fit,vt cauſam agi ſciat venditor,quam vt ipſe in iudicium veniat,& cauſam ipſe defendat.l.cum ſucceſſores.§.1.infra hoc tit.Quo caſu etiam ſcienti denuntiandum eſt.l.denuntiaſſe.vbi Bart.ff.ad legem Iuliam de adult. Et alibi tradidit lex ſaltem procuratori eſſe denuntiandum,quamuis cauſam agi non ignorauerit venditor.l.ſi dictum.§. ſi præſente. coniuncta d.l. & ideo.in fi.ff. eod.Non obſtat l.1.ff.de act.empti.regula c.eum qui certus. ff.de reg.iur.in 6.& l.ſæpe conſtitutum.§.1.de re iudic.In his enim omnibus iuribus ſcientia tantum,non etiam denuntiatio requirebatur. Et denique quæri poteſt,quando dicta denuntiatio fieri debeat. Et verius eſt ſufficere, ſi modo ante pronuntiatum iudicium facta ſit. l. ſi rem quam mihi. §. fi. ff. hoc tit. l. libera.ſupra de ſent. & interlocut. omn. iudic.l. ſi cum quæſtio.infra eod.& cap.fin.extra de empt.& vendit.Et ita accipi debet l.qui concubinam.§.ſi hæres.ff.de legat. 3. Vt illa verba, *iudicium accipiatur*, interpretemur,id eſt,ſententia feratur,ſi modo non eſt in cauſa concluſum, vel renuntiatū, vt definitiua ſententia res terminari poſſit. d.l. ſi rem quam mihi.in fin.argum.cap.paſtoralis. §. niſi iudex.extra de cauſa poſſ.& proprietat.Niſi & hoc quoque caſu omnia iura adhuc integra eſſent:tunc enim etiam ſententia euictionis lata poſſet author in iudicio appellationis ius ſuum perſequi.l.ita demum. ſ. de procu.

A D L. IX. *Si controuerſia.*

Qua nomine eius quod interest veniant.

COmmiſſa euictione in id quod emptoris intereſt rem euictā non eſſe ex natura actionis empti fit condemnatio.l.ſi in venditione. ff. eod. in quo & litis ſumptuum ratio quoq; habetur.l.3.§.pen.ff.de alienat. iudi. mutan.cauſa fact. Huc pertinet quod diximus ad l. 1. ſupra eod. Sed etſi quid impendit in rem emptor, quo res euicta pretioſior facta ſit, nonne eius quod intereſt id ipſum à venditore conſequetur? Huic quæſtioni reſpondet Iuriſconſult.in l. Titius. ver. de ſumptibus verò.de actio. empti.& Imperator in hac lege. in fin. Quod ſi rem ipſe poſſideat, & dum vinceretur, iure retentionis eam impenſam ab euincente,vt poteſt,non exegit, tanquam culpa ſua eo careat quod impendit, ab authore iudicio euictionis non repetet.l.denique.§.1. de action.empti. & l.ſuper.infra eo. tit. coniuncta l. in fundo. & l. ſumptus.de rei vindic.& leg.Paulus.de doli mali excep.Quemadmodum nec authorem obligatum habet emptor, qui culpa ſua euictionem paſſus eſt, vel emptæ poſſeſſionem ſponte amiſit.l. ſi rem quam.§. 1. ff. eo. Vnde huius legis ſpecies accipienda eſt,emptore non poſſidente, quo caſu actione empti à venditore impenſam repetit. d.l. idque Iulianum.§. 1. de actio. empt. vel eo caſu intelligi poteſt quod omnimodo impenſam debet venditor,quia ſciens rem alienam vendidit.d.l.idque Iulianum. verſic. in omnibus.

A D L. X. *Si fines agri.*

SIue tota res vendita, ſiue pars illius euincatur emptor regreſſum habet aduerſus venditorem. l. 1. ff.eod. Si itaque fines fundi venditi falſo demonſtrauit author, quia partem eius fundi intra eos fines euinci contingat, actionem de euictione habet emptor.l.qui fundum.ff.eod.l.ſi ſeruum.§.1.de action.empt.& in hac lege.Verum cum pro parte rei euictio fit,multum intereſt, an pro diuiſo certi loci, an vero indiuiſo ex his finibus qui demonſtrati ſunt,quotæ partis euictio fiat. Priore namque caſu loci euicti bonitatem præſtat author, poſteriore eius quotæ quæ eſt euicta, duntaxat æſtimatione ad totam rem habita.d.l.1.ff.eod.d.l.qui fundum.l.bonitatis. l.ex mille.§.pen.illo tit.Bonitatem autem hoc loco ad pretiū conuentum referendū eſſe verius videtur,vt ſi ſingulæ fundi partes certo precio venditę ſint,vna euicta illius bonitas non quanti res eſſe poſſit, ſed quanti venierit, accipienda ſit. l. ſi fundo tradito.ff.eod.tit.Quaſi tanti res eſſe iudicetur,quanti vendita eſt.l.1.§.ſi hæres percepto fundo.ad Trebell.Nam ſi

[illegible]itas rei euictæ quomodo æſtimanda ſit.

quid emptoris præter rei pretium intereſt, actione empti conſequetur.l.euicta re. 1. ff. eod. Idem ſi non ſingulæ partes certo pretio venditæ ſint, ſed vna res tota vænierit, & pars pro indiuiſo deinde euincitur: id enim eius partis euictæ bonitatis quidem æſtimatio, ſed ea bonitas pro qualitate loci ſingulariter ad pretium conuentum referenda eſt. arg. d.l. ſi fundo tradito.Eſtque ratio differentiæ, quod cum pro indiuiſo partem euinci contingit,bonitas certi loci æſtimari non poteſt,quia certus locus euictus non eſt. Quemadmodum & cum maiorem, quam traditus ſit, modum fundi eſſe affirmauit venditor pro bonitate eius loci,qui non extat,æſtimatio fieri non poteſt.d.l.ſi ſeruum.§.1. Verum alibi traditum eſt,ſi pro parte homo euincatur, de euictione actionem non eſſe,niſi nominatim id conuenerit. l. ſi dictum.§. in ſtipulane.ff. eod. Sed verius eſt, ne partis quidem euictionem illic fuiſſe, cum pars hominis emtori auferri non poſſit citra totius corporis interitum,vt vel totum hominem euinci neceſſe ſit,vel nullo modo euinci. Quemadmodum ſi partem integralem de toto ademeris ipſum totum corruit. l. eum qui ædes.de vſucap. Atq; non aliter euictio committitur, quam ſi res ipſa vel pars emptori auferatur. Quandiu enim rem habere licet,ceſſat de euictione actio.l.habere licere.ff. hoc tit. l.4.de act. empt. & l.3. ſupra eod. Etſi ergo ſeruus venditus non venditoris ſolius, ſed alteri communis eſſe pronuntietur,quia non ideo vt etiam pars ipſius emptori ablata eſt,euictio commiſſa non eſt.d. §.in ſtipulatione. Quod ſi eodem iudicio actione communi diuidundo propoſita totus ſeruus vendicanti adiudicetur,quia emptori ſeruus aufertur,actioni de euictione locus erit, tanquam partem euictam illi habere non liceat.l.ſi mancipium.§.1.ff.eod.Eius enim partis nomine quæ authoris fuit eodem iudicio propter adiudicationem certam pecuniam conſequitur emptor, vt res euicta non dicatur pro ea parte quæ authoris fuit, cuius loco pretium ſucceſſit.§.eadem.Inſti.de offic.iudic. Sed & ſi de euictione non agatur eo caſu quo ſeruus communis eſſe pronuntiatur, niſi emptori auferatur, actione tamen ex empto in id quod emptoris intereſt agi poteſt.d.l.eum qui.vet.fin autē columna. & arg.l. emptorem.§.ſi quis rem.de act.empt. Eademque ratio adferri poteſt in ſpecie l.nauem.ff. eod.ibi enim neq; pars nauis,neque nauis ipſa euicta eſt. Ceſſatq; itaq; de euictione actio,ex empto tamen agi poterit ad id quod intereſt.d.verb. ſin autem columna.

Quandiu rem habere licet ceſſat de euictione actio.

Ad verſ. *Quod ſi.* Sin vero modum agri venditor demonſtrauit, nec quicquam ex eo euictum eſt, etſi finium regundorum iudicium aduerſus emptorem eius nomine proponitur,non ideo tamen de euictione actio dabitur, vt in hac lege. Neque enim ideo res euicta dicitur quod de finibus eius controuerſia ſit,adeo vt etſi nonnunquam partis rei venditæ intra fines demonſtratos agenti adiudicationem fieri ex hoc iudicio finium regundorum contigerit, non ideo tamen ea pars euicta dicatur, cum in eius adiudicationis compenſationem ſoleat certæ pecuniæ condemnatio ſequi. §. fi. de offic. iud.Inſtit.& l.3.finium regund.

A D L. XI. *Exceptione doli.*

QVi euictionis nomine obligatus eſt, ſi rem euincere contēdat,exceptione doli mali ſubmouetur, cum contra ia negotium quod ipſe geſſit audiri eum improbum ſit. l.vindicantem.& l.ſeq.ff.eod.tit.l.poſt mortem. de adopt.& l.Pomponius.ff.de nego.geſt. Sed & non tantum exceptionem habet emptor aduerſus eum, qui de euictione obligatus eſt: Quinimo & actionem vel ex ſtipulatione duplæ vel ex empto,ſi ſtipulatio non interceſſit, vt quia res euicta fuerit non oppoſita, vel non obſtante dicta exceptione doli. l. ſed etſi except.ff. eo. vt vtro maluerit vti, vel exceptionis, vel actionis iure actionem habeat.d.l.vindicantem. Nec imputandum eſt emptori quod exceptionem doli omiſerit, aut per errorem iudicis pronuntiatum ſit, quaſi culpa ſua,aut iudicis imprudentia res euicta potius dicatur. Id enim verum eſt,ſi non ab ipſo qui euictionem debet, ſed à tertio rē euinci contingat.l.ſi rem quam mihi.§.1.& l. ſi per imprudētiam. ff.eo.Nam qui euictionem debet,imputare emptori non poteſt quod exceptionem omiſerit,cum à lege poteſtatē habe-

at emptor omiſſa exceptione actionem proponer di.d.l. vindicantem. Multo minus iudicis iniuriam allegare poteſt, tanquam gratia, aut errore ſecundum ſe iudicatum ſit, l. ſi ſeruus plurium §.1.ff.de lega.1. Idque verum eſt etiam ſi hæres eius qui euictionem promiſit, non tantum ſi principalis promiſſor rem euincere cogatur, vt etſi ex perſona defuncti rei euictionem cauſetur, eadem exceptione qua defunctus repellendus ſit. Si vero ex perſona ſua: quia dominium rei venditæ ſibi ipſe quæſiuit, exceptione quidem ſubmoueri non poſſit, ſed actione de euictione ex perſona defuncti, cui ſucceſſit conueniendus ſit. l. Seia. ff. eod. l. cum à matre. ſupra de rei vindic. l. 3. ſupra de reb. alie. non alien. Cum enim non ipſe ſed defunctus obligationem euictionis contraxerit, doli exceptio ex perſona ſua nõ iure hæreditario agenti nocere non poteſt, obligationem tamen defuncti hæres ipſius ignorare potuit. l. qui in alterius. de reg. l. iuris. & l. fi. pro ſuo. Sed quia de euictione obligatio defuncti contra hæredem tranſit, l. 1. ſi cert. peta. actione de euictione hæres conueniri poterit. d. l. Seia. Quod procedit non tantum in eo qui principaliter obligatus eſt euictionis nomine, & in hæredibus eius, verum etiam in fideiuſſore, qui nomine principalis debitoris interceſſit. Item in hæredib. ipſius, vt in hac l. 2. Exceptione enim doli mali ſubmoueri poteſt fideiuſſor, qui obligationi euictionis conſenſit, ſi rem ipſam ille vindicare velit, vt in hac l. Hæredes vero ipſius eadem exceptione non repellũtur, cum ex perſona ſua veniant, ſed de euictione ex perſona defuncti tenentur. d. l. fi. infra eod. Et ſi pene omnes aliter ſentiant, verum & exceptione doli mali ſubmouebuntur, & hæres tam principalis quam fideiuſſoris, ſi ſcientes defunctum de euictione teneri, rem ipſam vindicare tentant. d. l. Seia. in fi. l. dolo facit. ff. de doli mali & metus except.

AD L. XII. *Siue in.*

NOn aliter (vt dictum ſupra) de euictione agitur, quam ſi res euicta ſit. l. 3. ſupra hoc tit. vt ſi & pretium quoque numeratum ſit, ne retentionem quidem illius habeat emptor etiam de euictione imminente. l. ſi poſt perfectam. infra eo. verſic. ante precium numeratum. niſi nominatim conuenerit, vt precium recuperetur, ſi quæſtio moueri incipiat, & ſi nondum res euicta ſit, vt in hac lege, nec eſt hoc pactum aduerſus ſubſtantiam euictionis: non enim de euictione ex dicta conuentione agitur in id quod intereſt, ſed de ſuo recuperando duntaxat, vt hic.

AD L. XIII. *Si ob cauſam.*

Quis poſſit iubere pignus capi in cauſam iudicati. Pignus capi in cauſam iudicati is iubere poteſt, qui mixtum imperium habet. l. iubere cauere. de iuriſd. vt ſi ſimpliciter in poſſeſſione rerum debitoris ob cauſam iudicati miſſio facta eſt, iure pignoris facta intelligatur. l. 1. ſupra ſi in cau. iudi. pig. capt. ſit. Eſtque hic iuſſus iudicis loco contractus, *Iuſſus iudicis loco contractus.* quaſi vicem debitoris iudex ſuppleat, qui pignoris obligationem nomine ipſius contraxiſſe videtur, d. l. 1. in fi. Poteſt itaque iudicis authoritate hoc pignus diſtrahi, perinde atque ſi ex conuentione contractum eſſet. l. 2. ſupra ſi in cau. iud. pig. cap. ſit. & l. 4. de pign. act. Vnde quemadmodum ſi conuentionale pignus diſtractum ab emptore euincitur, de euictione debitor tenetur, qui eius diſtractionis precio à creditore ſuo eſt liberatus. l. reſcriptum. §. 1. ff. de diſtra. pig. ita ſi in cauſam iudicati pignus captum ſit, & diſtractum euincatur, debitor eius euictionem præſtat hac lege, §. 2. iniquiſſimum enim eſſet ipſum iudicem vel apparitorem, qui pignus diſtraxit euictionem præſtare, cum officio ſuo vterque fungatur, nec ſponte rem diſtrahat. l. ſi pignori. ff. eod. l. qui hæres erat. ff. fam. erciſc. nimirum ſi exceptione doli mali ſubmoueri poſſit debitor, vel illius hæres, qui pignus diſtractum euincere cogatur, cum vterque eius pignoris nomine de euictione obligatus ſit: in hac l. §. 1. & ſup. eod. l. exceptione. vbi dictum eſt. Hoc ſane intereſt inter pignoris diſtracti euictionem, & eius rei quæ ſponte alienata eſt, quod priore caſu, ſi res euincatur, pretium tantum diſtractionis debitor reſtituere tenetur. d. l. reſcriptum. §. 1. Quia eatenus locupletior factus eſt. Poſteriore vero caſu præter id pretium tenetur præſtare, qui euictionem debet quãti emptoris intereſt rem euictam non eſſe. l. ſi in venditione & l. re euicta. ff. eod. *Quid interſit inter venditionem in cauſam iudicati fa- / tam, & voluntariam.*

AD L. XIIII. *Siue poſſeſſio.*

EXceptione enim doli mali ſubmouebitur filius cum euictionem ipſe rar quam patris hæres debeat. l. exceptione. ſupra eod. vbi de hac re aliquid diximus. Idque verum eſt, etſi rem filii pater vendiderit. l. cum à matre. ſupr. de rei vind. & in hac l. Quamuis enim alienatio non conſiſtat, veluti ſi quid ex bonis maternis quæ filii eſſe dicuntur, pater alienauerit, eius alienationis non habet poteſtatem. ſupr. de bon. mater. Factum tamen parentis qui alienauit filius improbare non poteſt, ſi eius hæres ſit. l. cum à matre. niſi repertorio ſeu inuentario bonorum facto filius patris ſucceſſionem amplexus ſit. Tunc enim ſaluam habet repetitionem earum rerum, de quibus patrem conuenire poterat. l. fi. §. in computatione. ſupra de iure delib. Sed & eo caſu quo ſimpliciter hæreditatem adiuit, pro ea duntaxat parte ex perſona defuncti tenetur, pro qua ipſe hæres eſt, pro reliqua parte aduerſus cohæredes acturus. l. ſi adulter. ſup. de iure delib. *Quomodo filius teneatur de euictione rei ſuæ à patre alienata.*

AD L. XV. *Si non iniuria.*

CAutio quæ de euictione debetur eſt ſimplex repromiſſio, non etiam fideiuſſore dato aut pignore. l. ſi dictum. in princ. l. illud. & l. emptori. ff. eo. l. 1. §. ſtipulatio duplæ. ff. de præto. ſtip. niſi vel fideiuſſorem vel pignus dari cõuenerit. d. l. ſi dictum. & d. l. illud. & in ſpecie huius legis. Quo caſu cum datio fideiuſſoris vel pignoris euictionis nomine acceſſit, non ante in fideiuſſorem agere, vel ius pignoris perſequi poteſt emptor, quam ipſa euictio commiſſa ſit. l. 4. Cod. de actio. empt. Hæc enim cum actioni de euictione accedant, illius naturam ſequuntur. l. 2. per quas perſo. nob. acq. ſup. Qua ratione cum non ideo commiſſa euictio intelligatur, ſi per iniuriam iudicis res euicta eſt. l. ſi per imprudentiam. ff. eo. l. emptor. §. 2. vbi dictum eſt ſupr. eo. Pignus perſequi emptor non poteſt quod euictionis nomine eſt acceptum, niſi iure ipſo ſuperatus ſit, reſq; iuſto iudicio euincatur, vt in hac l. & l. non tamen ei. ff. eo. In qua ſpecie vel de euictione actionem, vel pignoris perſequutionem habet. l. fi. ſupra de oblig. & act. & l. perſequutione. ſupra de pign. adeo vt quod vna actione propoſita perſequi non poteſt, id ipſum altera proponenda ſibi ſaluum futurum ſit. l. creditor. ff. de reb. cred. etſi condemnatio in vna ſecuta ſit. l. quamuis perſonali. vbi dictum eſt ſup. de pig. *Cautio de euictione qua ſit.*

AD L. XVI. *Super empti.*

AD verſ. *Etſi portionem diuerſæ partis.* Quamuis pars rei duntaxat euicta ſit, de euictione tamẽ actio datur perinde atque ſi tota res euicta eſſet. l. 1. ff. eo. tit. & ſupra hoc tit. l. ſi fines. vbi diximus. Sed ad hunc locum pertinet intelligere, an cum pro parte euictio contingit, eius partis æſtimatio referenda ſit ad totam rem quæ tempore contractus fuit, an eam tantum quæ tempore euictionis fuit, an eam tantum quæ tempore euictionis extat: vt ſi contigerit fundum qui venditus eſt poſt venditionem diminui, & deinde eius euictio pro parte indiuiſa fiat. Et traditum eſt partem euictam accipi ratione habita ad tempus contractus quo res euicta eſt, vt diminutio vel augmentum in ipſa re contingens nihil addat vel detrahat æſtimationi euictionis. l. ex mille. in princ. ff. eo. Damnum enim perfecto contractu, vel lucrum obueniens ad emptorem, non etiam ad venditorem ſpectat. l. id quod poſt emptionem. ff. de peri. & commo. rei vend. Idque procedit non tantum ſi pars rei euicta ſit, ſed etiam ſi totus fundus euincatur, vt & ſi diminui vel augeri eum fundum contingat, illius augmenti vel diminutionis ratio nulla habeatur, ſed ad tempus contractus æſtimatio tota referenda ſit. d. l. ex mille. §. ſi totus. Hoc certe intereſt inter vtrumque caſum, quod ibi pro parte tantum euictio contingat: illius quidem partis æſtimatio fit ſecundum tempus contractus, ſed deducta ea parte quæ caſu non per euictionem emptori ablata eſt. dict. l. ex mille. in princip. vbi vero quod ſupereſt totum euincitur, etiam eius partis, quæ caſu non per euictionem abeſt, ratio habebitur non quod ea pars euicta ſit, ſed quia nihil ex re vendita emptori reliquum eſt, quaſi *Parte rei euicta de euictione datur actio.*

& tota

& tota res euicta eſſe videatur.l.ex mille.§.ſi totus.Idque verum eſt,ſiue agatur actione ex empto, ſiue actione ex ſtipulatu,modo ad rei precium agatur:vtroq; enim caſu augmenti vel diminutionis ratio nulla habebitur,ſed ad tempus contractus precii ratio referetur.l.ſi in venditione.ff.eo.l. Titia. in fi.ff.de iure dot.l.Rutilia Polla.de contrah.empt. Sed ſi nō ad rei precium tantum agatur, ſed etiam ad id quod vltra id precium emptoris intereſt, rem euictam non eſſe actione ex empto propoſita,augmenti item diminutionis ratio in æſtimatione ejus quod intereſt haberi debet.l.euicta.1.l.ſed & ſi quid.& l.euicta.2.in fi.eod.tit.l.Titius.in fi. de act.empt. Iudicium empti non ſolum continet precium, ſed etiam omne id quod emtoris intereſt rem non euinci. At ſi actione ex ſtipulatu ad duplum agitur, cum eius dupli æſtimatio ad ſimplum referenda ſit.Simplum autem eſſe intelligitur rei precium vel æſtimatio conuenta.d. l. Titius. coniuncta l. cum forte.ff.de act.emp. Et ſi pluris interſit emptoris,eius tamen ratio non habebitur,quia loco eius quod intereſt, vel quod intereſſe potuit,ſtipulatio duplæ interceſſit.l. fi. ff. de præto. ſtipu.& §. fi. Inſti. de verb. oblig. Vnde poteſt dubitari parte rei euicta ſi ex empto in id quod intereſt agatur, quod duplū æſtimationis rei excedere non debet. l. vnica, ſupra de ſent. quæ pro eo quod intereſt. an id duplum ad partem tantum quæ euincitur,& ad ſimplum totius æſtimationis. Quod verius videtur, vt ſi propter euictionem partis tanti emptoris interſit, vltra ipſius rei pretium quanti res ipſa tota vendita eſt,id totum actione ex empto conſequatur, ſimplum enim ad id quod intereſt,reducitur:totius rei æſtimationem reſpicit,non etiam partis. d. l. cum forte. coniuncta d. l.Titius.in fi.quaſi in oratione eius quod intereſt, ſi ad ſimplum hoc refertur,contractus indiuiduus ſit,vt ſi partem rei venditę alienam eſſe ſciuiſſet emptor,nullo modo empturus fuiſſet,quāti illius poteſt intereſſe ad rei totius æſtimationem reducendum.arg.l. tutor vrgentibus.de minor.l.quod ſi vno. ff. de in diem addict.

Bonæ fidei emptor fructus ſuos facit.

Ad verb. *Habita fructuum ratione.* Imo fructuū ratio habenda non eſt, cum bonæ fidei emptor fructus ſuos faciat etiam ſi rem alienā emerit, quia loco domini habetur,quod attinet ad fructuum perceptionem.l. bonæ fidei.ff. de acq. rer.dom. Sin autem malæ fidei emptor fuerit in ſpecie huius l. quia rem alienam ſciens comparauit, de euictione actionem non habet.l. ſi fundum. infra eo. Doli quidem poteſt fructuum rationem habere, ſi res ab emptore euincatur, ſed eorum duntaxat,qui poſt litem conteſtatam de iure dominii rei venditę percepti ſunt.l.euictis.de vſur.l.certum.§.2.ſupr. de rei vin.Item nihilominus dicendum eſt fructuum quoque petitionem emptori ſupereſſe aduerſus authorem ſuum, cū in id quod emptoris intereſt actio de euictione competat. l. proxi.& d.l.ſi venditione. Cuius rei æſtimatio fructus quoque continet.l.loci corpus.§.in confeſſoria.& l.ſi forte.§.pe. ſi ſeru. vin. vt omni caſu bonæ fidei emptor, ſi rem euinci contingat, fructus ſuos facturus ſit, vel quia non reſtituit, quos ante litem conteſtatam perceptos reſtituit. d. l.euictis. Eorundem æſtimationem iudicio euictionis ab authore cōſequitur,cum illius interſit.d.§. in confeſſoria. Verum quomodocunq; fructuum perceptio fiat impenſarum ratio ſemper habebitur.Id enim in fructu eſſe intelligitur,quod deductis impenſis ſupereſt.l.fructus.ff.ſolut. matr. Quemadmodum & in impenſarum ratione fructuum quoque ratio habebitur. Adeo vt & ſi fructus ſuos alioqui facturus ſit emptor,quia ante litem conteſtatam perceptos: Si tamen & ipſe impenſas repetat fructuum, nihilominus fieri debet compenſatio, etiamſi bonæ fidei ſit. l. emptor.& l. ſumptus.ff.de rei vind. vbi Bart. & Accur. & l. in fundo.illo titu.& ita accipiendus eſt hic text.

Ad verb. *Non eum qui dominium euicerit.* Rem ſuam vindicanti exceptio pretii non ſoluti ab emptore opponi non poteſt, l. ſi mancipium. ſupra de rei vindic. & l. in hac.in fin. Eſt enim emptori imputandum, quod cautius negotiatus non ſit.l.ciuilem.C. de furt. Maxime quia eius pretii contra authorem ſuum habet actionem emptor, l.emptorem. §.fi. ff. de act.empt.& ven.& hac noſtra lege. Sed ſi in vindicantis vtilitatem pretium emptionis verſum eſt,quia eo diſtractionis pretio à creditore ſuo, qui rem vindicat, liberatus exceptione doli,poteſt emptor id pretium conſequi.d. l. emptor. & l. vtere. ſupra de præd.mino. non alien.

AD L. XVII. *Si cum.* verſ. *Certum, &c.*

DEnuntiatio euictionis authori fieri debet ante ſententiam,alioqui de euictione ceſſat actio.l.emptor.ſupr.eo. vbi de ea re diximus. Ad verb. *Nec citra iudicii.* Si quæſtione de iure dominii rei venditæ mota, emptor liti cedere,& rem ſibi auferri patiatur non expectato fine iudicii,ingreſſum aduerſus authorem euictionis nomine habiturus non eſt, cum res iudicio euicta non ſit.l. nec tamen. ff.eod.l.vtique.de rei vind. quaſi ſponte rem amiſerit emptor. l. & ſi dictum. §.ſi compromiſero.& l.ſi rem.§. 1. ff.eod.tit.l.ſi mancipium.§.1. ff.eo.tit. Nihil enim intereſt quo genere iudicii res euincatur,quaſi iudicio rem euinci neceſſe ſit.d.l.ſi mancipium.§.1. Sed conſtat ſi ſeruus venditus aufugerit,tanquam euictus eſſe videatur,cum authore agi poſſe, quamquam is ſeruus iudicio euictus non ſit, quaſi potius inſpiciatur,an habere rem venditam non liceat,quam ſit inſpiciendum an iudicio euincatur,l.Iulianus.§.1.verb.differentiæ. de act.emp.Item ſi ſeruus venditus in libertatem euictus ſit de euictione actione opus eſt.l.ſiue in libertatem. ſupra eodem tit. l. ſi per imprudentiam.§.1. ff. eod. Verum priore caſu non de euictione in id quod intereſt agitur, ſed actione quanto minoris,nec proprie res euicta dicitur.d. §. differentiæ. Item poſteriore caſu iudicatum pręceſſiſſe oportet,quo ſeruus venditus liber pronuntietur,vt infr.eo.l.proxi.Quod ſi manifeſtum fuerit rem alienatam eſſe,vel ipſi emptori quid ex ea abfuturum,poteſt actione ex empto, vel ex ſtipulatu agi, & ſi nondum res ſit ablata. Neque enim malam cauſam defendere, ſed ex fide agere debet emptor. l. emptorem. in princ. vbi Bart. ff. de actio. empt.

AD L. XVIII. *Si ſtatus.*

SI ſecundum emptorem iudicatum eſt, fruſtra de euictione actio dabitur,cum res euicta non ſit. Quod ſi ſumptus nomine agat emptor ob rem non defenſam, quia authori ſuo controuerſiam denuntiauit,vt ipſe cauſæ adeſſet,hoc nomine authorem conuenire poteſt, etſi ſecundum ſe iudicatum ſit,quia author cauſam euictionis defendere tenetur. l. ſi plus.§.mota.ff.eod. l. empti.infra eod. coniuncta l. ſi procurator. rem rat. hab. niſi emptor eodem iudicio ſumptus conſequutus ſit ab ipſo euincente.l.properandum.§. ſin autem.ſupra de iudi.vbi Bart.& Bald. l.1.ſupra eod.

Author cauſam euictionis tenetur defendere.

AD L. XIX. *Si obligata.*

AD verb. *Euictionis periculum, &c.* Cum rē emptori habere liceat,eiuſq; ſemel ita facta ſit,vt ab eo auferri non poſſit, de euictione actio amplius non committitur,cum niſi ſemel rem emptoris facere poſſit venditor. §. ſic itaque diſcretis. de act. Cum ſemel præſtitum eſſe ſufficiat quod debetur,vt liberatio contingat.§.1. quib. mo.toll. obli.l.quidam teſtamento.& l.rogo.de fideicom.lib. Cum itaque qui rem alienam vendidit, ita demum de euictione teneatur, quod res aliena ſit, ſi iure dominii res aufertur. l. 3. ſupra eo. ſi rem venditam vſuceperit emptor, hoc ipſo tutus eſt venditor,cum res ab emptore tanquam aliena auferri nō poſſit. l.qui alienam.ff.eo. Idem ſi rem pignori obligatam quis vendiderit, & emptor hypothecariæ actioni præſcripſerit. l. 1.& 2.ſupra ſi aduer.cred.præſcr. oppo. Hoc enim caſu quod res obligata fuerit, aduerſus authorem ſuum regreſſum non habet emptor, tanquam hoc nomine amplius euinci non poſſit,vt in hac lege. Verum quod potuerit venditor dominium transferre,& ſic ab euictione quæ imminebat quidem, ſi res aliena fuiſſet,liberari, & nihilominus de euictione tenebitur, ſi res vendita non vt aliena, ſed vt pignori obligata euincitur.l ſi rem meam.de ſolut.ſed in l. empti.infra hoc tit. traditum eſt actioni de euictione præſcribi non poſſe. Ergo neque tolletur actio de euictione, ſi actioni hypothecariæ præſcriptum eſt,maxime cum tempore non extinguatur euictionis actio.d.l. empti. Item toties euictionis actio cōmittitur,quoties rem euiuci contingit,vt cū ſæpius euictio accidere poſſit, nullo caſu videatur in totum vēditor liberatus eſſe.

l. ſi ſic ſtipulatus. de verb. oblig. & d. l. ſi procurator. rem rat. hab. Dicendum eſt actioni ex empto, quæ pro euictione datur, tempore non præſcribi, quia non ante naſcitur quam res euicta ſit. l. 3. ff. eod. vt quantocunq; tempore rem non euinci contigerit, non ob id præſcriptione ſublatam de euictione actionem dicendum ſit. d. l. empti. infra eo. l. cum notiſſimi. §. illud. de præſcript. 30. vel 40. ann. Neque enim in hac lege præſcribitur actioni de euictione, quæ re non oblata, nondū nata eſt. d. §. illud. Sed hypothecariæ actioni ſi præſcriptum eſt, ceſſat in conſequētiam actio de euictione quæ erat competitura, ſi res obligata vendita fuiſſet, non quod euictione præſcriptum ſit, ſed quia obligationis vinculum præſcriptione diſſolutum eſt. d. l. 1. ſupr. ſi aduer. cred. præſcript. oppo. Nec dicitur ſæpius actio de euictione committi eiuſdem cauſæ nomine, niſi culpa emptoris interceſſerit, quo caſu illi imputabitur. l. quia dicitur. ver. & vis eiuſdem vitii. ff. eod. vt ſi res aliena vel alii obligata vendita ſit, & deinde eius dominiū ad emptorem peruenerit, vel res pignore liberata ſit, imputatur emptori, ſi ſua culpa vel dominiū rei amiſerit, vel rem, vt obligatam ſibi auferri patiatur. l. ſi rem quam mihi alienam. §. 1. & l. ſi per imprudentiam. ff. eo.

A D L. X X. *Si parentes.*

AD verſ. *Emptoribus adeſſe & defendere &c.* Quia hæredum venditoris intereſt rem non euinci, cum ex perſona defuncti ipſi teneantur. l. ſi controuerſia. ſupra eod. tit. & l. 1. ſupra ſi cert. pet. nimirum ſi liti adeſſe, & cauſam euictionis ipſi defendere poſſint, vt in hac l. & infra eo. d. l. empti. & l. cum ſucceſſores. Quemadmodum omnes quorum intereſt liti cœptæ adeſſe, & cauſam defendere poſſunt. l. ſi ſuſpecta. de inoffic. teſtam. & l. ſi proluſorio, ff. de appel. Non tantum liti adſiſtere debet venditor, vel hæres ipſius: quinimo & cauſam defendere tenetur, vt in hac l. & l. ſi plus. §. mota. ff. hoc tit. etſi Paulus Caſt. aliter ſentiat ad l. venditores. ff. de verb. oblig. Et ſic ſuo ſumptu cauſam defendet author. l. quod niſi fiat. verſ. quia vnuſquiſque. de oper. lib. l. 3. §. item ſi locum, de alien. iud. mut. cau. Sed etſi pronuntiatum fuerit iudicium euictionis, poteſt nihilominus venditor vel hæres illius appellare, cum illorum interſit pronuntiatum nō eſſe. l. ab executore. §. alio. ff. de appel. & in hac l. 2. reſpon. Quod ſi poſt ſententiam appellatio ſequuta non ſit, ne hæres quidem venditoris ex perſona ſua litem finitam inſtaurare poteſt, ſi authori denuntiatum ſit, neque ipſe vel hæres ipſius appellauerit, vt in hac l. 2. reſponſ. Cæterum omni caſu denunciatio neceſſaria eſt, vt ſi viuo venditore quæſtio moueatur, illi denuntiandum ſit, ſi eo mortuo, eius hæredibus denuntiatio fieri debeat, vt in hac lege, in fin. & l. emptor. ſupra eod. tit.

A D L. X X I. *Empti.*

EMpti actioni quæ de euictione datur, nullo tempore præſcribi poteſt, vt in hac lege: antequam enim ea actio nata ſit, id eſt, antequam res iudicio euincatur, l. 3. ſupra eo. & l. non tamen ei conſequens. ff. eo. denunciandum eſt authori euictionis iudicium. l. ſi dictum. §. fin. ff. hoc tit. l. emptor. vbi dictum eſt ſupra eo. Quæ denuntiatio impedit, ne ei actioni præſcribatur. Quinimo & cœptam præſcriptionem interrumpit. l. cum notiſſimi. ſupra de præſcrip. 30. vel 40. annorum. Quod ſi denuntiatum non ſit, ceſſat de euictione actio. d. l. emptor. Vnde fruſtra quæritur, an ei actioni præſcribi poſſit. Cæterum actioni ex empto, qua non de euictione agitur, quemadmodum & cæteris perſonalibus actionibus præſcribi poteſt. l. ſicut. de præſcrip. 30. vel 40. annorum. Sed & in hac lege ſaltem in conſequentiam euictioni præſcriptum videtur, cum rem venditam emptor longo tempore poſſederit, vt dominio ea præſcriptione ſibi quæſito, regreſſum aduerſus venditorem euictionis nomine nullum habeat. l. ſi obligat. vbi dictum eſt ſupra eo. tit. & l. qui aliena. ff. hoc tit. Quod quidem verum eſſet in his rebus quæ præſcriptioni ſubiiciuntur. d. l. qui alienam. At in hac lege de præſcriptione agitur contra libertatem proponenda, cui nullo tempore præſcribitur. l. final. ſupra de longi temporis præſcriptione. *Nullo tempore præſcribi poteſt actioni empti, quæ pro euictione competit.*

Ad ver. *Remiſiſſe periculum euictionis.* Euictio enim conuentione remitti poteſt, vt hic, & l. pacta conuenta. ff. de contrah. empt. & diximus ſupra ad l. non dubitatur. hoc tit. Sed & nihilominus precii repetitio emptori datur, niſi hoc nominatim remiſſum ſit. l. emptorem. §. fin. de actio empt.

A D L. X X I I. *Cum tibi liberum.*

AD verſ. *Commiſſam manifeſte declarat.* Si rem obligatam liberauit emptor, cum illi pretiū liberationis abſit, quod in commodum authoris verſum, eius pretii repetendi nomine actionem habet. in hac lege. & l. reſcriptum. §. 1. de diſtract. Neque enim emptori licet eam rem habere, cuius ſi pretium non dediſſet, ab aduerſario auferretur. l. ſi ſeruus. verſ. neque enim. ff. eod. Neque hic ſententia vlla deſideratur, quia res ipſa non aufertur, ſed precium liberationis duntaxat. l. reſcriptum. §. 1. l. Paulus. §. 1. quibus modis pignus vel hypothe. ſoluit. *Euictio conuentione remitti poteſt.*

INDEX

INDEX IN OMNIA DVARENI OPERA QVAE EXTANT, IN QVO NVMERVS PAGINAM: a, AVTEM CVIVSQVE PAGINÆ

priorem columnam: b, vero poſteriorem denotat.

A

Abdicare filiũ quid ſit 12,a
Abeſſe quo pacto Iuriſconſ. intelligatur 125,a
Abigei qui ſint, & eorum pœna 821,b
Abolitio criminum quid ſit, & quotuplex 835,a
Abſinthii vis in tumorem in ventrali habitum 838,b
A, C, NL, quid ſignificent ex Cicerone 145,b & 164,a. Et ex Aſco. Pediano 689,a
Academicorum maiorum mos in pronuntiandis ſententiis, & teſtium in eorum depoſitionibus 147,b
Acceleratio quandoque neceſſaria in morte hominis 37,a
Acceptilatio quid ab apocha differat. Et quomodo acceptilatio fiat 813,b
Quis acceptum faciat, & cui fiat. Item acceptilationis effectus ibid. & 814,a
Acceſſio quid 1003,b
Acceſſionis verbo quæ cõplectantur 996,b
Acceſſoria obligatio non conſiſtit ſine principali 809,a & b
Accreſcendi ius vnde ortum ſit 1077,a
Et an inuito cohæredi pars deficiens accreſcat, & cur ita conſtitutum ſit, ibid. b
Et cur in legatis pars deficiens non accreſcit inuito, vt in hæreditatibus 1078,b
Accurſius vanus vates cur ab autore vocetur 588,b & 589,a
Accurſius à Duareno acriter notatus 67,a. 85.b & 319,a
Accurſianorum nugæ 166,b
Accurſianorum ſophiſtarum opiniones de hac voce Iudicium 153,b & 154,b
Accuſatio quid ſit 824,b. Eius cauſa & qui accuſare poſſint aut non. Item qui non poſſint accuſari ibid. & 825,a
Acoluthi qui dicantur 1161,a
Acta omnia & monumẽta iudiciaria ſunt publica inſtrumenta, & vocantur forenſia 237,b
Actio quid, & vnde dicatur 717,b
Actio in rem quid ſit 718,b
Actio competens actori, qui reo deferente iurauit ex edicto prætoris 212,a
Et quæ actio detur ex iureiurando. ibid
Et contra quem detur ibid.b
Item huius actionis fructus & vtilitas ibidem. Quid in hac actionem veniat 213,a
Actio de dote, quæ communis eſt patri & filiæ, mortuo patre ad filiam tranſit 256,a
Actio an conuentione naſcatur 45,b
Actio arborum furtim cæſarum contra quem detur 818,a
Actio in præuaricatores, & eorum pœna 821,b
Actio furti aduerſus nautas, caupones & ſtabularios 817,b
Actio de tigno iniuncto 817,a
Actio tributoria quid ab exercitoria actione differat 969,b
Actio quæ temporaria, & quæ perpetua dicatur 54,b
Actio vtilis quid ſit, & quando & quibus detur 138,b
Actio tutelæ directa 307,b
Quid veniat in hoc iudiciũ tutelæ ibid.
Item cui & aduerſus quem detur hæc actio 308,a
Actio contraria tutelæ, & ex quibus cauſis hæc actio contraria competat 308,b & 309,a
Actio protutelæ cui detur, & quãdo 309,a
Actio depoſiti quãdo in ſimplum, & quando in duplum detur 150,b
Actio empti quibus ex cauſis competat 1025,b cum ſeq.
Actio receptitia quæ ſit 933,a
Actio de morib. an vltra perſonam extendi debeat 274,a
Actio ex noxali cauſa, & quid in ea ſit attendum 35,a & b
Actio in eum qui impedimento eſt quominus quis iudicio ſiſtat 35,b 36,a
Actio ſine cauſa, & quid ſit ſine cauſa aliquid dare 917
Item quid petatur hac actione ibid.
Actio furti & eius cauſa 918,a
Et quid ſit furtum ibid.
Item aduerſus quẽ detur hæc actio ibi. b
Actio furti quid a condictione furtiua differat 919,a
Actio mandata quæ ſit 863,b
Actio omnis & obligatio tranſit ad fiſcum tam actiue quam paſſiue 1012,a
Actio in nautas, caupones &c. 150,b cũ ſeq.
Actio præſcriptis verbis vbi conueniat 54,a
Actio de conſtituta pecunia aduerſus quem ſit prodita 928,a
Actio de peculio an ſit in perſonam 912,a
Actio quæ datur aduerſus filiumfam. ibid.
Actio de dolo a Cicerone vocatur euerriculum omnium malorum 873,b
Actio condictitia cui & contra quem detur 899,b
Actio confeſſoria pro ſeruitute vindicanda datur 201,a & b
Actio de dolo temporaria eſt 80,b
Actio de dolo cui & aduerſus quem competat: & quid veniat in hanc actionẽ 82,a & b. Item intra quod tempus agi poteſt de dolo 82,a
Actio ex mutuo, cui & aduerſus quem cõpetat 889,b
Actio quod iuſſu, quid ſit 982,b
Actio de in rem verſo, & quid in rem verti dicatur 983,a
Actio hæreditaria quid ſit 924,a
Actio quod metus cauſa, contra quem detur 78,a & qualis dicatur ibid.
Actio de furto quadruplum perſequitur 105,a
Actio præſcriptis verbis quid ſit 56,b 57,a
Actio de dolo malo, euerriculum omnium malorũ à Tullio Cic. vocatur 79,b 80,a
Actio legis Aquiliæ quare & aduerſus quos detur 916,b
Actio arbitraria vbi neceſſaria eſt 925,a
Actionis conſtitutoria cauſa quæ ſit 933,a
Item quid hac actione petatur, & cui ac contra quem detur Ibid.a.b
Actionis tributoriæ quæ ſint cauſæ, & vnde dicatur tributoria actio 981,b
Quid in hanc actionem veniat 982,a
Actionis iniuriarum, & actionis legis Aquiliæ differentia 105,a
Actionẽ edere quis dicatur, & quid actionis editio 37,b. 38,a
Actionem a prætore dari quid ſit 55,b
Actionem cui damus, multo magis exceptionem competere dicendum eſt 131,b
Actionem dare ad quem pertineat 863,b
Actione deficiente, vel exceptione, vtiliter eſt agendum 57,b
Actiones concurrentes cum reſtitutione in integrum 102,b
Actiones quaſdam natiuas, quaſdam datiuas dici 54,b
Actiones in perſonam & in rem quid differunt 890,a
Actiones in quibus in litem iuretur 874,b
Actiones an ex omnibus conuentionib. dandæ ſint 52,a
Actiones an in bonis computentur 1012,a
Actiones quæ non amittantur capite minutis 123,a
Actionum concurſus 718,a diuiſio, ibid.b, & 719,a
Actionum nomina cur olim tam religioſe expreſſa 888,b
Actionum concurſus 958,b
Actionum diuiſio in reales, perſonales, &c. à Duareno improbatur 78,a
Actor quis ſit 158,a
Actor ciuitatis ſeu defenſor, quid ſit 72,b
Actor forum rei ſequi debet 165,a
Addere iudicem quid ſit 925,b
Ἀδιάφορα animalia quæ dicantur 620,a
Addictio in diem quid ſit 1020,a
Et error eorum qui legendum putant de in diem adrectione. Et quid ſit verbum, addicere ibid
Adiectio ad pretium, addictio ad diem venditam refertur 1020,a circa fin.
Adire hæreditatem quis dicatur 118,a
Adminicula emptionis quid barbari 58,b
Adminiſtratores ciuitatum an mutui obligationem contrahere poſſint 884,a
Adoptare qui poſſint, ratio item ac forma adoptandi 14,a. Item adoptiuorum iura ibid. & b
Adoptio & eius ſpecies 12,b quomodo olim fiebat 13,b & nunc quid fiat ibid.
Adoptiuus filius an querelam inofficioſi teſtam. habeat 176,b
Adrianus Imper. Mathematicus, futuraq; prædicens 830,b
Aduentitiorum proprietas acquiritur filio, vſusfructus autem patri 498,b

Aduerſarii famæ quandoque parcendum moderatione animi 54,a
Aduocatorum honorarium 67,a *& quid maxime cauendum aduocatis* ibid.
Adulterium quid, & quid ſtuprũ ſit 827, *cauſæ accuſationis quæ ſint, & de pœna adulterii & ſtupri* ibid. b 828,a
Animaduerſio patris & mariti in mulierem adulteram 828,a & b
Qui accuſare poſſint, & de ordine cognitionum 828,a
Ædilium cura annonæ rerumque venalium 1039,b
Ægyptiis polygamia licita & libera cunctis, exceptis ſacerdotibus 250,a
Ægyptus in prouinciam redacta ab Auguſto 19,b
Æmilii Ferreti commendatio 45,b
Æquitas quid ſit 159,a
Æquitas duplex eſt 42,a & 654,b
Æquitas gnomonis vice eſſe debet in controuerſiis 43,a
Æquitati naturali quid maxime conueniat 42,b
Æquum & bonum: & an æquitas ſcripta recte dicatur 1068,a
Ærarium quid & cuius eſt 106,a
Æſchili & Euripidis verba ab inferorum iudicibus in lancibus poſita examinantur ex Ariſtophane 207,b
Αἰσχροκέρδεια *quid ſit* 1188,b
Ætatis miſeratio iudicem ad mediocrem pœnam perducere debet aliquãdo 103,b
Affinitas, & qui dicantur affines, & an affinitate impediatur matrimonium 248,b
Affirmantibus duobus plus creditur, quam mille negantibus 233,b
Africani lex difficilis & obſcura 363,b
Agere quid ab agere velle differat 484,a
agere qui poſſint, vel conueniri 158,b
Ἁγίαν θεοσκόμιδην *quid vocet Iuſtinianus* 1199,a
Agnaſci qui dicantur 361,b
Agnati qui dicũtur 122,b 297,b & 938,a
Agnati quid a cognatis differant nouo iure 589,b
agnationis & cognationis differentia vnde hodie ſublata 123,b
Albini vnde dicti, & an teſtari poſſint in Gallia 318,a
Albini quo iure apud Gallos vtantur, & quid a peregrinis diſtent 552,b
Alciati a Duareno commendatio modeſta 53,b & 1115,a
Alcibiadis obiectio aduerſus teſtes 234,a
Aleæ luſus turpiſſimus, & a ſapientiſſimis quibuſq; damnatus 774,a
Alexandri Seueri Imp. dictum in publica officia ementes vendentes. Nam, inquit, neceſſe eſt, vt qui emit vendat, &c. 1196,b
Alexandri Imp. paradoxon de iuriſiurandi contempta religione 873,a
Alexandri prudentia in ſacrandis conſtitutionibus 49,a
Eius reſcripti interpretatio ibid.
Alexandri animaduerſio in Turinum fumi venditorem 905,b & 1039,b
Alienare qui non poteſt, an poſſit rem in iudicium deducere 425,a in fin.
alienatio rerum eccleſiaſticarum, quando non valeat 64,b
alienatio prædiorum minorum ſenatuſconſulto an omnino interdicatur 102,b
alienatio rerum eccleſiaſticarum quibus ex cauſis permittatur. Quæ forma in hac alienatione obſeruetur. Item declaratus canon Agathenſis concilii ſuper ea re 1201,a
alienatio quid ſit, & quæ ſint neceſſaria, vt quis rem ſuam alienaſſe proprie dici poſſit 136,a & b. *Et an res litigioſa alienatio valeat, ibid. b. Item quid ſit dolo malo alienare* 137,a
Ἀμπλευτὰς *quos vocet Iuſtinianus* 492,a
Amandum hac fini, tanquam forte fortuna oſurus, hac itidem tenus oderis, tanquam fortaſſe poſt amaturus 1034,b
Ambiguitas ſi in lege contingat, is ſenſus eſt accipiendus qui vitio caret 129,a
Ambitus omnis a collatione beneficiorum abeſſe debet 1195,b
Ambiguum quid 6,a
Ambroſius quomodo electus ad Archiepiſcopatum 1181,a
Ambroſii dictum de auro eccleſiæ 1168,b
Amicitia conſanguinitate potior, ex Iſocrate 40,a
Ἀνδρολήψια *quid ſit* 925,a
Ἀναγνῶσται *qui ſint in eccleſia* 1161,a
Annata quid ſit, & explicata lex Iulia de ambitu 1196,a
Anatociſmus quæ incommoda afferat miſeris debitoribus 686,a
Anatomica doctrina quid iuuet ex Galeno 1178,a
Anniculus qui dicatur ex Paulo 84,a
Annona quid ſit 1039,b
Annui reditus an dici poſſint vſura 997,b
annui reditus venditio vnde ortum habuit ibid.
Item quale pretium eſſe debeat annui reditus ibid.
Annui poteſtas & effectus 1187,b
Annuli traditio an ſufficiat vt quis fiat tradentis hæres 322,a
annuli qui in ratione panniculariæ numerentur 838,b
Annus quot diebus conſtet 84,a & b
annus vtilis quid ſit 82,b in fin.
annus ciuilis 84,a
annus vtilis quid ab anno continuo differt 134,a *Et cur dabatur ann° vtilis* 134,b
Anſam cuiuſque rei duplicem eſſe ex Epicteto 757,a
Antapocha Gallice quittãce double 238,a
antapocha vſus, quæ Gallice dicitur Quictance duoble 942,a
Antichreſis quid ſit, & an ſit vſura 958,b & 997,b
Ἀντίδωρον *exigi non debet ab eo, cui contulerimus beneficium* 781,a
Turpe enim eſt, & viro prudenti minime conueniens ibid.
Antinomia κατ’ ἀνάστασιν *quid ſit* 87,b
Antinomia difficilis ex lege Singularia. ff. eod. & l. Qui negotia. mand. ſublata. 879,b
antinomia l. Si ego pecuniam ff ſi cert. pet. & l. cum corpus. ff. de acquir. rer. dom. diſſoluitur 877,b
antinomiæ an in legibus reperiantur 7,b
Et quid antinomia ſit 7,a
antiſtites noſtri temporis an impune corradere ingentem pecuniam poſſint ex venditione arborum ſacrorum prædiorum 266,a
Ἀντιφωνητὴς *quid ſit* 930,a
Anton. & Cleopatra victi ab Auguſto 19,b
M. Antonius Imper. haud facile ſuffragatoribus credebat 905,b
Appellare & prouocare verba quid proprie ſignificent 840,a
Cauſæ propter quas appellatio interponitur ibid.
Item quis appellet, & quis ſit finis appellationis ibid. & b
Quis, a quo appelletur ibid.
Et quomodo interponi debeat appellatio ibid.
Et intra quod tempus appellandum ſit 841,a
appellari an poſſit a ſententia arbitri 148,b
appellationis remedio pronuntiatum extinguitur 666,a
Appeller à garand, & ſommer à garand, *quid ſit* 304,b
Apices iuris quid 1013,a
Apocha quid 48,a *& quid ab acceptilatione differat* 942,a
apocham ſcribere quid ſit 237,b
Apollinis reſponſum Athenienſibus de religione 8,a
Apologia Duareni aduerſus Eguinarium Baronem 1097,a
Aqua quotidiana & æſtiua, & ſex in. exterdicta ad aquam pertinentia explicantur 709,a
aqua priuata quomodo deducatur, & forma aquæ ducendæ 606,a
aqua publica an duci poſſit abſq; permiſſu iudicis, & explicata antinomia 1051,a
aqua chryſulca quid ſit 612,a
aquæ pluuiæ arcendæ actio quando detur 605,a,b
Quæres veniant in hanc actionem 606 a
aquæductus ſeruitus, & eius cauſe ibid.
aquam ex flumine publico cuiuis ad ſuum vſum ducere licet, niſi flumen nauigabile ſit 197 b
Aquilia lex vnde 552,a
Aquiliana ſtipulatio 44,a
Aquiliana cautio 354,b
Arbiter an cogi poſſit ad ſententiam dicendam 143 b
arbiter in quibus cauſis non cogatur iudicare 145,a
arbiter an poſſit iudex dici 146,a
arbiter, iudex arbitrarius dicitur 141,a
Et duo genera arbitrorum vide ibidem.
arbiter litigatorum conſenſu eligendus, veluti domeſticus diſceptator 139,b
arbitri & iudicis differentia 140,a & b
arbitrator quid ab arbitro differat 145,a
arbitri ſententia an pariat actionem, & an habeat executionem 142,b
arbitri officium 146,a & b. *& de effectu ſententiæ ab arbitro latæ* 147,b & 148,a
arbitrium ſimile eſt ordinariæ actioni 145,a
arbitrium tutelæ quid ſit 307,b
arbitrium qui ſuſcepit, an cogendus ſit, ſi nolit, iudicare 139,b
Tractatus de arbitris diuiſio ibid.
Et an quis cogatur arbitrium accipere, & an ſeruus poſſit arbiter eſſe 140,a & b
Arborum caduarum, & cremialium fructus an recte dicantur 266,a
Archimandritæ qui ſint 1158,b
Archimandritarum poteſtas 1187,b *circa finem*
Ἄρχοντες *qui dicantur* 159,a
Arenarius an admittatur ad ſucceſſionem legitimam ab inteſtato 177 b

Argen-

Argentarii olim veluti proxenetæ erãt 37,b
argentariorũ munus reipublicæ vtile 934,a
Ἀργυροπράτας quos vocet Iuſtinianus, ibid.
Ariſtophanis prudentia in diſcernendo victore in certamine literario 1107,a
Armeniæ conſuetudo, qua mulieres indotatæ nubebant, à Iuſtiniano ſublata 255,b
Armorum nomine quæ veniant 829,a
Arra quid ſit 243,b
Arra interueniens in contrahenda emptione, non pretium eſt, ſed argumentum quoddam pretii conuenti 1019,a
Arrogati qui ſint 125,a
arrogationis forma 13,a & quæ ad eam neceſſaria ſint, ibid. & effectus arrogationis ibid. & 14,a
arrogationis & adoptionis communia quæ ſint 14,a
Ars maxime naturam iuuat 159,b
artium affinitas & coniunctio 792,a & b. 793,a & b
Aſſaſini qui ſint 1065,a & vnde profecti 166,b
Aſſeſſores & eorum officium 20,b & 21,a
eorum ſalarium 21,b
Aſylum ſeruorũ olim erant ædes ſacræ 11,a
Athenienſium inſtitutum pro teſtibus probandis, ex Tullio Cic. 950,a
Ἄτεχνος probatio, & ἔντεχνος quid ſint 935,a
Attilii Reguli exemplum de fide hoſti ſeruanda 44,a
Auditorium quid ſit 886,b
Augures qui erant & eorum munus, & authoritas 1165,b
Auguſti tabellæ quæ fuerint 832,b
Authentica, Sacramenta puberum, explicatio 96,b

B

Bactri canibus ad hoc nutritis ſenes obiiciebant 9,a
Barbarorum confutatio 92,a
Barbarorum ineptiæ infinitæ & inutiles ad docendum 174,b
Barnabæ & Sauli apoſtoli cooptatio Antiochiæ facta 1183,a
Bartolus à Duareno notatur 59,b
Bartolus iuriſprudentiam obſcurauit 105,b
Βίσαλμα quid 20,b
Baſilienſe concilium quale, & quam bene indictum 1191,a
Bellum iuſtum aperte, an ex inſidiis fiat, nihil ad iuſtitiam intereſt 44,a
bellum ſine iuſta cauſa illatũ, latrocinium eſſe ex Numa 1166,a
bellum quo ſine dicatur iuſtum, & arma pia 611,a quando latrocinium ſit 611,b 619,a
belli cuiuſque grauiſſimi exitus ſæpiſſime fit per matrimonium 249,a
Beneficia quæ propter animorum curam dantur 1171,a
Beneficia militaria 1170,a
Beneficia quorum habeat Romanus pontifex diſtributionem 1172,a
Beneficia morte beneficiariorum vacantia 1205,a
Beneficia ſimplicia quæ ſint, & præbendarum vocabulo quid ſignificetur 1171,b
Beneficiario mortuo an ei legitimus hæres ſuccedat: & an beneficiarius ſucceſſorem eligere, & fructus beneficii teſtamento legare poſſit 1200,b
Beneficiariorum ætas, & de legibus annalibus: & de iis, qui plura aduerſus canones beneficia impetrarunt 1182,b
Beneficiariorum reſidentia, ſeu aſſiduitas 1206,b
Beneficiarii & eccleſiarum miniſtri quorum munerum vacationem habeant 1202,a
Beneficiarius quarũ linguarum cognitione inſtructus ſit oportet 1177,b
Beneficii ſana diffinitio, beneficii item eccleſiaſtici dominium, vſusfructuſue cuius ſit, & an penſiones annuæ atq; hoſpitalia, beneficii appellatione contineantur 1169,b
Beneficiorum reſeruationes tam vniuerſè quam ſigillatim factæ 1189,b
Beneficiorum multitudo an canonibus prohibita 1206,b
Beneficiorum eiuratio, quæ & reſignatio appellatur. Et quis eiurare poſſit. Et quomodo beneficium eiurandum ſit 1205,a & b. Effectus eiurationis 1206,a
Beneficiorum diuiſio in regularia & ſecularia 1171,b
Beneficiorum diuiſio & qualitas 1170,b
Beneficiorum militarium origo, quæ feuda dicuntur 619,a circa fin. & b
Beneficium vnde dicatur, & quid à ſacerdotio differat, & an ſolis ſacerdotibus hæc ſacra ſtipendia dentur ex veterum more 1169,a
Beneficium antequam vacet, an dandum aut promittendum: & quam grauiter aduerſus ſacros canones in hac re peccetur 1105,a cum ſeq.
Beneficium pure ac ſimpliciter conferendum eſt 1198,a
Et an beneficii collatio abſque ſcriptura valeat ibid.
Beneficium an auferri debeat à beneficiario, ceſſante cauſa ob quam datur beneficium 1207,a
Beneficium qui libere & quiete poſſederũt, an eis poſſit vlla cõtrouerſia amplius moueri 1204,a
Bernardi ſententia de pontificibus Romanis 1158,b
Beſtias ſpeculæ eſſe naturæ, ex Cicerone 3,b
Beſtias Vlpianus huius iuris peritia cenſeri cur dicat ibid.
Biſſextus vnde dictus, & quo menſe fiat 84,b & biſſextilis annus ibid.
Bona eccleſiæ cur Patrimonia pauperum dicantur 1168,a
Bona eorum qui mortem ſibi conſciuerunt ante ſententiam an publicari debeant 838,b
Bonæ fidei vis quanta ſit 933,a
Bonifaciana conſtitutio de poteſtate pontificis Romani, & iure gladii ſuper omnes Chriſtianos 1154,a
Bonifacii octaui conſtitutiones 1202,b
Bonifacii Martyris reſponſum: Olim aurei ſacerdotes ligneis vaſis: nunc lignei aureis vtuntur 1170,a
Bonorum communicatio inter maritum & vxorem 922,b
Bonorum eccleſiaſticorum vulgaris diuiſio in temporalia & ſpiritualia 1168,b
Bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti teſtamenti: & caſus in quibus repellitur patronus ab hac bonorum poſſeſſione 579,a
Bonorum poſſeſſio vnde liberi, quibus competit 579,b & bon. poſſeſſ. vnde legitimi 580,a
Bonorum poſſeſſio quid ſit 575, & ſeq.
Eorum diuiſio 576,a
Quæ perſonæ petant bonorũ poſſeſſionem ibid.
Quomodo accipiatur bonorum poſſeſſ. ibid.b
Et quo tempore ibid.
Eius effectus 577,a
Bonorum poſſeſſio ſecundũ tabulas, & cur introducta, & quib. ex cauſis detur bonorum poſſeſſio ſecundũ tabulas 577,b
Bonorum poſſeſſio contra tabulas quid ſit 578,a
Bonum & æquum, benignior ac humanior iuris interpretatio 83,a
Brenni regis Gallorum reſponſum legatis Romanorum 611,b
Breui manu fieri quid ſit 879,a
Brocardica qui tractent 92,a & 93,a
Brocardici doctores quales ex Duareno 117,a
Budæi epiſtola ad Ioan. Duarenũ, patrem Franc. Duareni, altera ad Franc. Duarenum 1111
Buleutarum ius 20,b
Burdegalenſis ciuitas qua ratione afflicta 632,a
Burgarianorum & Martini diſſenſio apud Accurſium de reſtitutione 132,b

C

Cadauerum punitorum cura ſepeliendorum 839,b
Calendariũ pro nominibus debitorum ſumitur 74,b
Calendarium quid, & vnde dictũ, & quid ſit calendarium exercere 883,a
Caligula ex proſtitutarum quæſtu & lucro deditarum vectigal exegit 608,a
Calumniatorum ſupplicium 835,b
Calumniatoris ſupplicium: quæ ſit cauſa huius actionis in factum: & cui detur hæc actio in factum 73,b
Cancellarii munus 131,a & b
Cancellarius vice prætoris antiqui fungitur 86,a
Candaulis Lydorum Regis amentia 226,b
Canonicorum collegium, & vnde dicti canonici 1163,a
Canonicorum collegium, velut Senatus eccleſiæ 1199,b
Cantandi mos in eccleſia antiquiſſimus, & ab apoſtolorũ temporib. vſitatus 1162,a
Capitis diminutionis & ſenectutis ſimilitudo 122,b
capitis diminutio an ſubſtitutionem extinguat 401,b
capitis minutio quo nitatur fundamento 123,a
capitis diminutio quid ſit, & quotuplex 122,a cum ſeq.
Capitolina arx à quo extructa fuit: & de hac conditione, Si in Capitolium aſcenderit 1036,b & 1037,a
Captatoria inſtitutio quæ ſit 340,b
Capti in bello, an apud hoſtes teſtamentum facere poſſint 318,a
Captiuum qui redimit ab hoſtibus, an poſſit retinere illum donec ſibi pretium exſoluerit 541,a
captiuus an vſucapere poſſit per ſeruũ 129, b in fin.
Captus minor quando dicatur 86,b
Caracallæ oratio, de donatione inter virum & vxorem prohibita 254,a

Carbonianum edictum, & Carboniana bonorum poſſeſſio 581,a
Eius effectus ibid.b
Carceres priuati legib. ſunt prohibiti 125,b
carceris infractor qua pœna puniẽdus 231,b
carceri detentus an ſeruire dicatur 921,a
Cardinales Romanæ eccleſiæ cur ita vocentur: & vnde ortum habuerint 1160,a
Caroli VII. vigilantia ac cura in purganda eccleſia, & in edẽda pragmatica ſanctione 1191,b
Caroli Borbonii allegatio contra aulã Henrici regis, &c. 1131,b
Carthago cur aratrum paſſa 632,a
Caſeorum ſiccandorum mos apud Romanos ac Italos 1038,b
Caſus in quibus is qui pecuniã mutuo dat, dominus non eſt 878,b
caſus in quibus Velleiani exceptio locũ non habet 989,a & b
Caſtellum quid ſit 606,a
Catoniana regula an ad conditionalia pertineat 497,a in fin.
Cathedra quid ſit, & quid ius cathedraticum 1200,a
Caupones qui ſint & an idem ſint cum tabernariis 151,a
Cauſa ceſſante, nulla competit actio 40,b
cauſa dubia & cœna dubia quid 145,b in fin. & 146,a
cauſa iuſta denegandæ reſtitutionis in integrum 115,b.116,a.& 117,a
cauſæ vocabulum quid denotet 891,a
cauſa coniunctio quid ſit apud Paulum, c 1. de diuerſis regulis iuris 1048,b
cauſa iuriſiurandi in litem 874
cauſam conicere quid 58,b
Cauſidicorum fraudes 79,b in fi.
Cauſidicorum cauillationes confunduntur 805,a
Cautela contra minores Cœpolica 104,b
Cautionis verbum generale eſt 170,a
Cæcum poſſe iudicem dari affirmat Duarenus contra aliorum omnium ſententiam 1038,b
Cæſaris inuidioſa oratio 9,a
Cæſaris & Antonii diſſidii cauſa quæ fuerit 469,b
Cæſaris in Syllam dicteriũ ob magiſtratum quem Sylla pecuniis cõparauerat 1196,b
Cæſaris lex de poligamia, & cur permiſſa: exemplaq; ibidem de polygamis patribus veteribus 250,a
Celerum duces & eorum munus 1166,b
Cenſeri verbi acceptio 3,b
Cenſores qui Romæ, & eorum munus ſuper periuros: & quod & quale vitiũ ſit periurium; & quantum bonis officiat moribus 215,b
Certi condictio quando competat 888,b
certum ius quid ſit 49,a
Ceſſio bonorum quid, & cur permiſſa, quomodo fiat 703,a cum ſeq.
Et an eccleſia, ſi ſoluendo non ſit, vti poſſit hoc beneficio ceſſionis ibid.b
Cenſus quid ſit 944,b & cenſualis profeſſio ibid.
Chalcia Rhodiorum inſulæ locus feraciſſimus 265,b
Chirographum an ſufficiat in actione ex mutuo 905,a
Chorepiſcopi, quaſi χωρικοὶ, id eſt, ruſtici epiſcopi 1157,a
Chryſantii epiſcopi Cõſtantinopolitani frugalitas & vſus ex reditib. eccleſiæ 1170,a
Chriſtiana religio tempore Alexand. Seueri & Vlpiani improbata, nec tunc cuiquam per Chriſtũ iuuare licebat 864,b
Chriſtianorum ſtudium in egenos, quos locos ad eorum ſubuentionem habuerint 1170,b an beneficia dicantur ibid.
Chriſtum reſurrexiſſe μετὰ τρεῖς ἡμέρας, quomodo intelligatur 733,a
Chriſtus an facultates aliquas habuerit 1167,a
Chriſtus cum apoſtolis Cæſari exoluit tributũ & quare: & an eccleſiaſtici ad hoc teneantur 1202,b
Ciceronis encomia ex Duareno 44,b
Cyclades inſulæ, ex quib. eſt Rhodus 971,b
Citare quid ſit 1032,b
citatio vbi nulla eſt, impune non parebitur 146,b
ciues Romani teſtamenta, & non peregrini, facere poterant 552,
Ciuile iudiciũ, & criminale quid ſit 1042,b
Et ciuilium iudiciorum diuiſio 1043,a
ciuilis ſcientia eſt ἀρχιτεκτονική 934,a
Ciuitas quibus conſtet, & cur perſona imaginaria dicatur 623,a & b
ciuitas an poſſit ob delictum puniri 632,a
Claudii Imper. edictũ in fœneratores 983,b
Claudii Cæſaris dictum de infamia: & qui infames dicantur 47,b
Clariſſimi qui apud Romanos 16,b
Clerici, vel eccleſia, an in actione in rem aliquo priuilegio fori vtatur 119,b de quo magna pugna eſt apud pontificios ibid.
clerici & ſacerdotes an prorogare poſſint iuriſdictionem, & an diuino iure ſubditi ſint regibus, principibus & cæteris magiſtratibus 166,a
clericis an hæreditates capere fuerit olim prohibitum, ex Hieronymo 1170 a
clericorum appellatione qui in ſacris libris contineantur 1161,b
clericus munus ſuum negligens, an priuilegiis clericorum frui debeat 1203,b
Cliniæ Pythagorei ſuperſtitio circa iuſiurandum, ex Baſilio 206,a
Cloacæ cœlum peſtilens & ruinam minantur 1036,a
Cloacæ ſeruitus immittendæ an ad prædiorum vtilitatem poſſit conſtitui 189,b
Clodoueus primus Regum Chriſtianorum fuit 1208,a
Codex Iuſtiniani quo tempore editus & quando emendatus 1,b & 2,a
codex quãdo renouatus 110,a
Codicilli quid ſint & quid differant à teſtamento 313,b & 318,b
codicillorum diffinitio, & eorũ origo, quid à teſtamento differant 477,b
codicillorum confirmatorum ex teſtamento locus explicatus 1074,b
codicillos qui facere poſſit 481,b & eorum origo & vſus ibid.
codicillos qui ſcribit an mutet teſtamẽtum 323,a
Collaterales ordinarii pontificis qui ſunt, & eorum munus 1173,a
Cœlibatus an beneficiariis ſit neceſſarius 1181,a
cœlibatus pœna à Romanis excogitata, & à Chriſtianis deinde ſublata, & quare 1045,a
Coercitionum varia genera 31,a
Cognatorum ordo triplex 248,a
cognati qui ſint 122,b.174,b & 580,a in fi.
cognatio per adoptionem 581, & de cognatione ſpirituali, an matrimoniũ per eam impediatur 249,a
Collatio quid ſit, & quæ res in collationẽ veniant 581,b in fin. & 582,a
Quemadmodum fiat, & quantum conferri debeat, & inter quos locum habeat collatio 582,b. 583,a
Itẽ remedia contra non conferentẽ 583,b
Collectarius quis dicatur 884,b
Collegia cur olim prohibita 72,b
Collegium quid ſit, & an inſtitui poſſit heres 335,a
collegium quot perſonæ conſtituant. Item quæ collegia licita, & quæ illicita, & veterib. ſuſpecta fuere 823,a & b & quare ibid.
Colonorum ſeruitus 187,a
Colonus quid ab inquilino differat 49,a
Commeatus quid ſit 1039,b
Commendare pro deponere 1008,a
Commendationes, ſeu fiduciæ eccleſiarum, tam perpetuæ quam temporariæ 1188,a
Commentarii principis, qui in commentarium Saturni referebantur 126,a
Commiſſi qui dicantur, & quæ ſint cauſa commiſſorum 607,b & 608,a
Commiſſoria lex quid ſit 1020,b
Comites qui, & vnde dicti 1125,b
Commodare quid ſit, & quid cõmodatum à mutuo differat 951,b & 952,a
Et quid à precario commodatum differat 952 b & 956,a
Item de quibus rebus cõmodatum contrahitur ibid. b
Commodatarii quando teneantur pro ſua quiſq; parte 958,a
Commodatarius quid à depoſitario differat 1005,b
commodatarius an teneatur de caſu fortuito 656,b
commodati actio duplex 953,a
Et quid actio commodati directa, ibid.a
Et quid contraria 954,a
Item quid in hanc actionẽ veniat ibid. b
Cui item & cõtra quem detur actio cõmodati 954,b in fin.
ad Communionem nemo cogitur 915,a
Compenſatio quid ſit 993,a
Eius effectus 995,a
compenſatio an locum habeat hodie in Galliarum curiis abſq; regiis literis 995,b
Et an locus ſit compenſationi, ſi ſpecies ex vna parte debeatur: ex altera quantitas ibid.
Item caſus aliquot, in quibus locum non habet compenſatio 996,a
Comperendinatio litigatorum 58,b
Conanus ab autore notatur 989,b
Concilium œcumenicum an beneficia conferat, & an ei ſubſit Romanus pontifex 1172,b
concilia Conſtantianum & Baſilienſe quo tempore, a quo & quare indicta 1191,a
Conciliatio §. Si impubes. cum eius qui in prouincia. ff. de reb. credit. 883
conciliatio legis, Si qui. cum §. hæreditas. l. qui hæred. de condit. & demonſt. 904,b
conciliatio l. Caius Seius. cum l. Fideiuſſor. §. pater. de pignor. 962,a
conciliatio l. Rem alienam, cum l. ſi Vitio. de pignor. 964,a
Concubinæ nomen olim honeſtum 176,a veteribusq; canonibus permiſſum fuit concubinam habere, ibid. nunc autem improbatum eſt ibid.
Concubitus vagi prohibiti 255,b
Condictio cauſa dati cauſa cõſecuta 896,b
& eius actio ibid.

Item

Item quib. ex cauſis detur hæc actio, ibid. & quot requiruntur vt hæc actio competat. 897, a
condictio indebiti actio quid ſit, & quam difficilis 902, b
Quæ requirantur vt locus ſit indebiti condictioni ibid.
condictio ob turpem cauſam 900, b
condictio μονομερὴς quæ ſit 867, a
condictio certi vnde naſcatur 888, a
Et quid ſit condictio 888, b
condictio indebiti quando locũ habet 102, b
cõdictio ob turpẽ cauſam quãdo detur 76, b
condictio ex lege cur dicatur & quando competat 920, a
condictio incerti quæ ſit 919, a
condictio indebiti cur locum non habeat, ſi per errorem ex lege Aquilia ſolutum ſit 916, b
Conditio quid ſit, & quid proprium conditionis 411, b
conditiones quæ noceant inſtitutioni, & quæ non noceant 412, a
conditio turpis, boniſq; moribus contraria, pro non ſcripta habetur 413, a
conditio tutoris & curatoris an & in quib. ſit deterior procuratoris conditione 92, a
conditio propriè quando dicatur 885, b
conditio quæ tacite ineſt, expreſſa vitiat exhæredationem 483, a
cõditio impoſſibilis in ſtipulatione quid faciat 803, b (422, a
conditione deficiente, inſtitutio euaneſcit
conditionum, quæ vtiles ſunt, effectus 416, b
Et quo tempore cõditio impleatur 420, a
Conducere per auerſionem quid ſit 969, a
Confiſcatio quid ſit 608, a
confiſcatis bonis an actiones confiſcentur 1012, a
Confratria in Gallia prohibita, & vocatur Græce φρατεῖαι 335, b
Coniuncti qui dicantur 1079, a
Item de variis coniunctorum generibus, inter quos locum habet ius accreſcendi 1080, a
Et quid re coniuncti, ibid. b. Et quid re coniuncti & verbis, & qui verbis tantum coniuncti ſunt 1082, a
Item de effectu coniunctionis & de iure accreſcendi, quod ex ea oritur 1083, a
Coniũctionum variarum permiſtio & declaratus Pauli locus ad legem Iuliam Papiam 1090, b 1091, a
coniunctos re tãtum cæteris nunquam præferri 1092, b
coniuncti verbis an iis qui re tantum coniuncti ſunt præferantur 1093, a
Conſeruatores priuilegiorum qui ſint 165, b
Conſilia praua impetu, bona mora valeſcũt 57, a
ex conſilio nemo obligatur, ex mãdato vero naſcitur vltro citroq; obligatio 1010, a
Conſtantini reſcriptum C. de dignitatibus, explicatum 1071, b
Conſtantis hominis non eſt voluntatẽ ſuam ſine cauſa mutare 936, a
Conſtitiſſet, verbi acceptio ex Scæuola 791, a & b
Conſtituere quis dicatur 928, a in fin. & quomodo conſtituendum ſit 931, a
conſtitutio quid, & eius interpretatio 9, a
conſtitutio ducis Mediolanẽſis 619, b in fi.
conſtitutionem Arcadii Imperatoris de pœna liberorum in iudicio maieſtatis abrogatam non eſſe, aduerſus Budæi ſententiam 1069, a
conſtitutor quid à fideiuſſore differat 930, a
conſtitutum, mandatum, & fideiuſsio quid differant 1010, a
conſtitutũ quib. verbis contrahatur 931, b
Item conſtituti quis ſit finis 932, a
Conſenſus in emptione & vẽditione requiſitus 1019, a
Conſuetudo quid ſit 8, a. Eius vis ibid.
conſuetudo iuriſdictionem tribuit 165, b
conſuetudo optima legũ interpres 1044, a
conſuetudinis ius aut leuiter à natura tractum, aluit, & maius fecit vſus 45, a
Conſulum dignitas apud Romanos 17, b
Contrahentium mens magis quam verba ſpectanda 60, a & 66, a
cõtrahentibus an liceat ſe circũuenire 86, b
Cõtractus nomẽ quomodo accipiatur 168, a
contractus certus quis ſit 888, b
in contractibus quid ſpectandũ ſit 928, a
contractus ſimulatus quid ſit 60, b
contractus cum iure non valet, ceſſat reſtitutio 95, b
contractus nominati ab innominatis differunt circa obligationem 899, a
cõtractus mandati, & ſtricti iudicii diſcrimen 879, b
contractus ſtricti iudicii & bonæ fidei quid differant 892, b
contractuum ſpecies quæ ſolo conſenſu contrahuntur quæ ſint 931, a
Contributio rerum ob merces iactas in mare leuãdæ nauis cauſa, qualiter fieri debeat 971, a & b. 972, b
Conturbare quid ſit 974, a
Conuenire quibus modis poſſimus, & quid conuentio 47, a
conueniri vbi debeat qui deliquit 168, b
conuentio quæ nomine caret, nulla ex ea actio proprio nomine vocabitur 52, b & 55, b
conuentio repetita quid ſit 59, b & dies repetita ibid.
conuentio verbum generale eſt, eius diuiſio 38, a
conuentio lege confirmatur bifariam 52, a & quæ legitimæ conuentiones dicantur ibid.
conuentionis verbum latiſſime patet 46, b
conuentionum ſpecies ex Vlpiano 50, a
Copiarum nomine commeatum ſeu annonam exercitui neceſſariam, vulgo Munitiones vocari 1039, b
Copiarii caſtrenſe verbum ibid.
Cornelia Gracchorum matris commendatio 67, a
Credere temere ſapientis non eſt 35, b
credita res quomodo reddi debeat 891, a
crediti nomen generale eſt 107, a
creditores hæreditarii qui ſint 91, a
creditorum priuilegia 704, a & b
Cremiales arbores cur dicantur 266, a
Cretio quid ſit, & Cretionum ſolennitas 1074, a
Crimina propter quæ beneficia amittuntur 1207, b
crimina extraordinaria qualiter puniẽda, & quæ ſint 820, b & 821, 822, 823
crimina tanto grauiora ſunt, ac maiori animaduerſione digna, quãto difficilius cauentur 830, a
criminalium iudiciorum diuiſio 1043, b
Cryſippi dictum de currente ſtadiũ 1107, a
Culpa an in rerum propriarũ adminiſtratione præſtari debeat 257, b in fin.
culpa lata, leuis & leuiſſima 269, a & b
culpæ gradus tres qui ſint 152, a & 955, b
Curator quibus detur, a quibus detur, & de officio curatoris 311, b & 312, & quãdo finiatur hæc cura 312, b
curatores qui petere debeant 300, a in fin.
curatoris officium qui bonis datur 424, b
Curia quid ſit 1127, a
Curiatæ leges quæ ſint 4, b
Curiones quid a Flaminib. differrẽt, 1166, a
Cuſtodia reorum quomodo fieri debeat, & de officio & periculo cuſtodis 825, b & 826, a

D

DAmaſi & Vrſicini ardor ad rapiendam epiſcopalem ſedem, & quo fine, & quæ ſtrages inde hominum ſequuta ſit 1168, a
Damnatorum bona ad quos pertineant & an hoc locum habeat, Qui confiſq; le corps, confiſque les biens. 838, a
damnatus, nõ obſtante appellatione, nuſi in integrũ reſtitutione ſoluere cogitur 122, a
Damni etymon 44, b
Daniel Ægyptiorum Chaldæorumq; literis eruditus, quorum tamen ſuperſtitiones horrebat 1178, b
Dare quid ſit 897, a 919, a & 921, a & quid differãt dare ob rẽ & dare ob cauſam. Item cauſæ nomen in actione dati ſumendum ne ſit 897, b
dare & tradere quid differant 1026, a
dare pro dominium transferre 1005, b
Δασύποὺς κρεῶν ἐπιθυμεῖ, prouerbium 1175, b
Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli nec mutari poteſt 41, b
Debitum vel indebitum an ex parte ſoluẽtis æſtimandum ſit, an ex parte accipientis in ſolutum 913, a
Decima quid, tam ordinaria & legitima, quã extraordinaria & indicta, & quibus debeatur merito 1198, a & b
Decreta quæ ſint 97, a & 99, b
decreta ambitioſa quæ dicantur 116, b
decreto prætoris an egeamus in executione legis, & an prætore adire neceſſe ſit in his quæ lex permittit 105, b circa fin.
decretum an vt in alienatione, ita & in tranſactione requiratur 100, b
Decoctores ſuorum bonorum qua pœna digni 703, b
Defenſio Curiæ Pariſienſis, Ludouico XI. Gallorum Regi oblata, pro libertate Eccleſiæ Gallicæ aduerſus aulã Romanam 1208, cum ſubſeqq.
Deficere partem, quomodo accipiendum ſit in iure accreſcendi 1086, b
deficientes ad hoſtes quo ſupplicio afficiendi 122, b
Defunctorum ineptæ voluntates improbãdæ an ſint 413, a
Delegare quid ſit 986, a
delegatio quomodo & per quos fiat, eius effectus 811, a
Delıberãdi ius quid ſit 422, b. Eius effectus 424, a
Delicta priuata cur dicantur 815, a in fi.
Demadis dictum in Athenienſes 1154, a
Denarii nummi æſtimatio 886, b
Deportati an vere exules ſint 1043, a
deportatorum bona an publicentur 839, a
deportatus ex ciue fit peregrinus 122, b
deportatus, inter apolides numeratur, & quare 1012, a
Depoſitum quid ſit 1005, b & de actione

depoſiti directa & eius cauſis 1006,a & b
& quid in depoſiti actionẽ veniat 1007,b
Item de cauſis cõtrariæ actionis 1009,b
Depreſſa nauis, Gallice, Enfondree 971,b
Deus qui iuſtiſsimus eſt, an ob vnius hominis delictum pœnas a tota aliqua ciuitate expetat 836,b in fi.
Diaconi, hypodiaconi, & alii inferioris ordinis clerici 1159,a & b
Diaria, ſeu diſtributiones quotidianæ, & cur hoc genus erogationis adinuentum ſit 1199,b
Dicere in iudicio quid ſit 938,a
Dicis cauſa aliquid facere quid ſit apud Iureconſul. 60,b in fi. 473,b & 1049,a
Dies intercalaris cur ſic dictus 84,b
dies cœptus pro completo habetur 84,a
dies quando cedere dicatur 482,b
diem proferri legatorum quid ſit 523,a
Digamiam plus mulierem quã virum decere 1182,a
Digamus an à ſacerdotio & beneficio ſummouendus, & qua ratione id canonibus ſancitum ſit 1181,b & 1182,a & quis dicatur Digamus ibid.
Dignitates eccleſiaſticæ quæ ſint, & quot modis accipiantur 1170,b
dignitatũ gradus, quibus ornabantur olim Romani magiſtratus 1059,a
Differentia inter actum, contractum & geſtum 84,b
Diffinitio omnis periculoſa in iure 92,a circa fin. & 146,a
Dilatio quid ſit, & quando detur 37,a
Diocletiani imperatoris reſponſum philoſopho cuidam, vacationem munerum poſcenti 1203,a
Diplomata quibus petitur reſtitutio 125,a cum ſeq.
Diplomata Pontificis vulgo gratiæ expectatiuæ dicta. &c. 1188,b
Diſceptatio quid ſit 143,b
Diſcretio bonorum & ſeparatio variis ex cauſis permittitur 109,b
Diſpenſare, curare, procurare eadem ſunt 100,a
diſpenſatio bonorum eccleſiæ quibus ſit cõmiſſa 1168,b
Diſputare de principis poteſtate, ſacrilegio proximum eſt 119,b
Diuortii cauſæ 255,a. b, & quid de diuertente ſine cauſa ibid. a
diuortii pœna eſt dotis amiſſio 104,a
Dolo facta vel metu trãſactio an reſcindatur 63,b
dolo ac fraude nihil à natura alienius 79,a & quid dolus malus ex Labeone ibid. b
dolo ſcholarium Albericus vino albo pro aqua vſus eſt 79,b
dolus volenti non infertur 64,a
dolus malus quid 60,a
dolus bonus apud veteres quid ſit 79,b
dolus an in omni contractu præſtetur 955,b
Domiciliũ vbi quis habere dicatur 167,b
Dominii acquirendi cauſæ 610,b 611,612, per tot. & 613,a
dominium quod directum & vtile vulgo dicitur 1036,b
Domitiani conſtitutio in Titi cõtumeliam de non caſtrandis maribus 830,a
Domo diruta vicinarum domorũ conſeruandarum gratia ab incendio, an id damnum à vicinis ſarciri debeat 971,b
domus ſua cuilibet ceu aſylum debet eſſe, ex Cicerone 33,b
Donatio proprie quid ſit 878,a
donatio tam inter viuos, quam mortis cauſa, item de mortis cauſa capione, & aſſignatione libertorum 1085,b
donatio inter coniuges cur prohibita legibus, ex Plutarcho 244,a & 254,a
donatio ſitne contractus 52,b & quod datum eſt an pœnitẽtia poſſit reuocari ibid. & quid donationis verbo ſignificetur, ibidem
donatio cauſa mortis, & eius effectus 609, b in fin. & 610,a
donatio non facile præſumitur 48,a
donatio propter nuptias quid ſit 252,b & an doti ſimilis ibid.
Item donatio ſponſalitia 253,a
donatio quid 608,a Cauſæ donationis quæ ſint ibid. a & b
Item quæ perſonæ donant, quibuſue donatur ibid. b eius effectus 609,a
Dos an ſolui debeat vxori, ſoluto matrimonio 257,a
dos profectitia, ſoluto matrimonio, viuo patre an recte ſoluatur filiæ 277,b
Dotem certa quantitate nõ expreſſa, inutiliter promitti à muliere non tantum pacto, ſed etiam ſtipulatione, contra receptam opinionem 1053,a
dotis exactio poſt matrimonium ſolutum quibus caſibus ceſſet 257,a & b
dotis varia acceptio 250,b & quid ſit dos ibid. Quomodo conſtituatur dos 251,a & b & a quibus, ibid. b & quid ſit effectus dotis conſtitutæ, ibid. b & an maritus prædii dotalis dominus ſit 251,a
dotium cauſa fauorabilior vbique cur ſit 255,b cum ſeq.
Druidum immunitates 1202,b circa fi.
Duarenus Budæo familiaris. 60,b
Duareni cenſura contra ineptias præſtigiatorum & calumniatorum 92,a & b
Duareno quantum ſophiſtica argumenta & nugæ eſſent odio 44, a paulo ante fin.
Ducere quid a ferre differat 1035,a
Duobus affirmantibus an plus credendum quam mille negantibus 939,a
Duumuiri ciuitatum defenſores 20,b
duumuiri an ſint magiſtratus municipales 119,b

E

Eccleſia quid ſit, de eccleſiaſtica poteſtate & ciuili & vtriuſque diſcrimine 1151 & 1152
Eccleſia Chriſtianorum cõmunis quædam ciuitas eſt 318,a
eccleſiæ nihil exitialius ac peſtilentialius quam eius miniſtrorum nimia opulentia 1170,a
eccleſiæ facultates, earum origo & proceſſus 1167,a
eccleſiæ quam fœda facies fuerit tempore Caroli ſeptimi 1191,b
eccleſiæ Chriſtianæ ciues omnes intelliguntur 619,b
eccleſiæ hierarchia & de variis Eccleſiæ adminiſtrationibus 1156,a
Eccleſiaſticæ ſcholæ magiſtri & doctores 1162,a
eccleſiaſticarũ rerũ præcipuus vſus 1201,a
Edere rationes quid ſit, & qui eas reddere debeant 37,b
Edicti de reſtitutione in integrum maiorũ, explicatio 124,b cum ſeq. & 128,b cum ſeq.
edictorum duo genera 27,a
edictum peremptorium quid, & cur ita vocetur 164,b
edictũ ſucceſſorium quid ſit, & cur ſtatutum 580,b
Edulitatis, an Ædilitatis legendum ſit apud Papinianum ſub tit. de compenſat. contra Budæum & Alciatum 1039,b
Et quid Edulitas ibid.
Effractorum pœna 822,a
Ἐγγύητης quid ſit 930,a
Eiurare, eiuratio, & eius effectus 1205 & 1206
Electio epiſcopi quomodo fiat 1184,a
Emancipatio, & eius effectus 15,a
emancipationis ſolemnitas & ritus 155,b
Ementium ac vendentiũ magiſtratus muniæ abuſus taxatur 1196,b
Emptio an per epiſtolã contrahatur 779,b
emptiones quæ mancipi ſunt 58,b
Emptor imaginarius quis ſit 99,b
Ἐνδόσιμον quid ſit 1162,a
Energumeni qui ſint 1179,b
Ἐνὶ καλόποδι πάντας ὑποδέειν, quid ſit 762,a
Ἕνωσις quid ſit 1187,b
Epiphanius patriarcha cur à Iuſtiniano laudatur Nouel.3. 1181,a & b
Epiſcopi gloria quæ ſit, & ignominia, ex Hieronymo 1168,b
Epiſcopi veri qualitates ex B. Paulo 1177,a
Epiſcopi huius temporis quales 209,b
Epiſcopium an inter beneficia electiua connumeretur 1184,b
Epiſcoporum mores corrupti 156,b
Epiſcoporum gradus qui ſint 1157,a
Epiſcopus a quibus eligi, & à quibus expeti debet 1210,a
Epiſcopus Romanus, & de eius amplitudine & authoritate, tum de nominib. variis, quibus appellari ſolet 1157,b cũ ſeq.
Epiſtola quid ſit apud iuris autores 1048,b
epiſtola Franc. Duareni ad Andr. Guillartum de ratione docendi, diſcendiq́; Iuris conſcripta 1100
epiſtola Duareni ad Sebaſt. Albaſpineum de ſuo in Biturigum ciuitatem reditu, 1108
epiſtolæ acceptio apud Iuriſconſultos 942,b
Equitum Romanorum gradus 16,b
Eremodicium quid ſit, & quando fiat 94,b
Error quid ab ignorantia diſcrepet 608,a
Eruditi & methodoci docẽdi modus 174,b
Etiam, dictionis, vis apud Paulum 209,a
Euentus, magiſter ſtultorum eſt 1107,a
Eugenii conatus aduerſus decreta concilii Conſtantiani 1191,a
Eiurare quid ſit 1182,a
Euocationes nimiũ apud nos vſitatæ 168,b
Euripidis notãdum de matrimonio 246,a
Exceptio peremptoria & dilatoria quomodo opponantur 712,a
exceptio rei iudicatæ 912 b. Eius cauſæ ibid.
exceptio ſpecies eſt appellationis 159,b
exceptio quid, & exceptionum diuiſio 906,b
exceptio nõ numeratæ pecuniæ quando detur, & de cauſis huius exceptionis 990,b & 991,a contra quem detur hæc exceptio 991,b. Et vtri incumbat probatio, reo an actori ibid. & intra quod tempus hæc exceptio opponenda ſit 992,a
exceptio Senatuſconſulti Macedoniani 907,b & rei iudicatæ 908,a
Item compenſationis ibid.
exceptio quando pro conditione ſumatur 237,a
exceptionem temporalem qui habet, ſoluens an repetat 906,b

exce-

exceptione perpetua & peremptoria qui tutus eſt, an ſolutum repetere poſſit 906,b
exceptiones quæ perſonæ cohærent, non egrediuntur perſonam 90,b
exceptionum cauſa 36,a
Exequi quid ſit 105,a
Exercitor quis in naui ſit 151,a
Exercitatio in iuriſprudentia quantum emolumenti conferat 7,b
Exhæredandi ratio, & quæ ſint in filii exhæredatione obſeruanda 341,b
exhæredatio apud veteres vſitata, nec legibus prohibita, & an valeat iure ciuili non ſolum nati filii, ſed & naſcituri, ac poſthumi exhæredatio 783,b
exhæredatio filii poſt mortem, inutilis eſt 344,a
Exhibere reos quid ſit 826,a
exhibitio ac denuntiatio diplomatis pontificii, & de eius effectu 1190,a & b
Exhæredationis cauſam exprimere debet teſtator 174,a
Exigere, verbi, acceptio 1001,a
Exire de bonis quid ſit 71,a
Exoniari in foro quid ſit 71,a
Expilatores qui ſint, ex Aſconio, & eorum punitio 822,a
Extincto iure agentis pendente iudicio, extinguitur iudicium 282,a
Extraordinaria cognitio quando dicatur 1012,b

F

FAcere quid ab agere diſtet 1054,b
facere verbum pro ſacrificare 1165,b
Facta diuidua atq; indiuidua 1054,a
facta diuidua quomodo ab indiuiduis dignoſcantur 806,b
Facti obligatio continet id quod intereſt 141,b
Facete dictum de variis plurimorum interpretum opinionibus 56,b
facetum bubulci dicterium in Archiepiſcopum eundemq; ducē Coloniæ Agrippinæ 1154,a
Falcidia lex vnde dicta, & à quo rogata Quis Falcidius 552,b & cur lata 553,a
Falcidia lex quibus competat: & an ex legatis tantum, an ex fideicommiſſis Falcidia detrahatur 556,a
falcidia lex, ac S. C. Trebel. & differentia quartæ Falcidiæ &c. declarata 1063,b
falcidia lex ſuæ integritati reſtituta, quæ apud Paulum nec integra, nec ſatis emendata legitur hodie 1054,a
falcidiæ legis communio & effectus 554,a
Et quando Falcidia locū habeat 555,a
Item communio hæredis & legatarii, quæ per legem Falcidiā inducitur 554,a
falcidiam detrahere quid ſit 552,b
Falcidius Furiam & Voconiam leges abrogauit 552,a & 557,a
Falſa conuincere facilius eſt, quam vera inuenire 791,a
Falſariorum pœna 832,a
Fama quid 937,b eius varia nomina 230,b
Fames verbi Dei ex Amos prædicitur 1207,a
Feciales, eorum munus, & à quo inſtituti 1166,a
Feriæ ordinariæ & extraordinariæ 130,a
feriæ diuinæ & humanæ 145,b
feriarū varia deſcriptio, & an feriatis diebus quis iudicio ſe ſiſtere cogatur 36,b
feriis id agi licet, quod prætermiſſum noceret, ex Scæuola Iuriſconſulto 37,b
Feriis quid agendum ex Sceuolæ Iuriſperiti reſponſo 590,a
Feudorū ius à quibus cōſcriptum, & quam habeat authoritatem 1119
feudum quid ſit 1119,b cum ſeq. & vnde dictum 1120,a
Et quid ab Emphyteuſi differat 1120,b
feudorum origo vnde 1121,b
Eorum diuiſio 1122,a
feudum ligium, & homo ligius quid ſit & vnde dicantur 1122,a.b
Itē quæ res dari poſſunt in feudū 1123,a.b
feudum de Camera, & Cauena ibid.b
Qui in feudū dare vel accipere poſſunt 1124,b
Et longa poſſeſſio in feudis 1128,a
feudorum ſeu beneficiorum militariū origo 619,a circa fin.
feudū an diuidi inter conſortes poſſit 1136,b
feuda magnarum dignitatum an recipiant diuiſionem ibid.
feudi amiſſio ſine culpa vaſalli 1141,a
feudi amiſſio cui aperiatur 1141,b & 1142,a
feudo priuatur vaſallus offendens dominū 1138,a
feudum vendere non poteſt dominus abſq; voluntate clientis ibid.
feudum qualiter & quibus cauſis amittatur 1138,a.b
feudi ſucceſſio 1128,b
feudum quibus modis acquiratur 1126,b
Fictio iuris quid differat à præſumptione 235,a
Fideicommiſſo qui onerari poſſit 496,a
fideicommiſſum non præſtat, qui teſtamento manumittitur ibid.
fideicommiſſum ex cuius perſona vires capiat 494,b
fideicommiſſum relictum à patre filiofam. an valeat & quomodo 497,b & 498,a
fideicommitti an poſſit patri 494,b
fideiuſſor quis ſit, & quomodo obligetur 809,a. & de cauſa ob quam obligatur ibid. Item pro quibus fideiubere poſſit: & effectus obligationis fideiuſſoris 809,b
Item quæ actio competat fideiuſſori aduerſus reum promittētē 810,a circa fin.
fideiuſſor qua obligatione & actione teneatur 34,b
fideiuſſionis comes eſt noxa 42,a
fideiuſſores minorum 90,a & b
Fides quid ſit, & eius encomia 43,a
fides hoſti ſeruanda an & quando ſit 77,b
fides an hoſti ſeruanda data ab homine priuato 43,b in fi.
Filius iuſtus quis dicatur 10,b
filius aut libertus petentes auxilium extra ordinarium in patrem vel patronum an ſint audiendi à Prætore 114,b
filius in poteſtate an ſibi aliquid poſſit acquirere 497,b & 502,b
filius an ducere vxorem poſſit, aut filia nubere ſine conſenſu patris 173,b
filius ſi nomine patris adminiſtret rem, an habeat beneficium reſtitutionis 90,a
Filiifamilias cur mancipia dicantur 317,a
filiusfamilias an in re patris poſſit eſſe arbiter 140,a & b & in quibus negotiis filius patrem poſſit habere iudicem ibid.
filiusfamil. pubes an recte obligetur 790,a
filiifamilias obruti ære alieno, paternæ morti inſidiabantur 108,b
filiusfamilias ex omni contractu obligatur vt paterfamilias 911,b
filiusfamilias ex omni contractu obligatur: ex mutuo vero non poteſt obligari, & quare 108,b
filius fam. an recte tutor detur patri 299,a
filiusfamilias minor nihil proprium habet, & ſi quid acquirit, acquirit patri 89,b
filiusfamilias ſi iuſſu patris obligetur, actione quod iuſſu, tenetur pater, ibi. circa fi. Si vero contraxerit abſque iuſſu patris, tenetur pater actione de peculio; filius autem ex contractu in ſolidum: ſi tamen conuenīatur filius, implorabit reſtitutionem 90,a
Filius poſthumus an poſſit dicere teſtamentum patris vel matris inofficioſum 176,b
Finis quid ſit apud Iureconſultos: & reſponſa quadam Papiniani explicata aliter, quam à cæteris interpretib. 1054,a in fi.
Fiſcus quid 106,a & 130,b
fiſcus quando vſuras debeat, & quando iure priuatorum vtatur 1001,b
fiſcus quid ſit & vnde dicatur 841,b
Quibus ex cauſis res alienæ fiſco acquirantur 842,a
Fiſcalium rerum acquiſitio & adminiſtratio 842,b & an fiſcales res vēdi poſſint, ib.
Itē quomodo agere in fiſci debitores debeat, & de locatione fiſcaliū rerū 843,a & b
fiſcus priuilegium protopraxiæ qua ratione habeat 843,b
fiſcus cur vendat rē alienam vt ſuam 106,b
Et ſuper hoc edictum D. Marci habetur de poteſtate Fiſci in rebus alienis vendēdis ibid.
Item Zenonis conſtitutio de fiſco ibid.
fiſcꝰ iuris publici ſequitur authoritatē 106,b
fiſcus metonymice ponitur pro eo qui res fiſci adminiſtrat 106,a
fiſci cauſa nunquam mala eſt, niſi ſub bono principe 689,b & 704,b
fiſci patronus dicitur etiā rationalis 106,a
fiſci augendi cura maxima fuit veteribus, & cur 581,a
fiſcum quid locupletet ex Plinio 826,b
Flamines vel Stephanophori, & flaminicæ mulieres, & eorum munus 1166,a
Florentina editio Pandectarum omnium veriſſima à Duareno dicitur 80,b
Focaria quid ſit 254,a
Fœdus Romanorum & Carthaginenſium 194,a
Fœmina illuſtris ſi filios vulgo ſuſceperit, an admittatur ad hæreditatem eius, ſi alios legitimos liberos habeat 176,a
fœminæ an iudicis officio fungi poſſint 156,a in fin.
fœminæ an in feudo ſuccedāt 1130,b cū ſeq.
fœminæ quando accuſare liceat 832,a in fi.
fœminæ familiæ nomen non retinent 174,b
Fœnatoris aſtus in pecunia mutuanda 945,a
fœneratorum ſcelera in mutuandis pecuniis 983,b
Forma vetus ordinandorum Eccleſiæ miniſtrorum 1184,a
Forum competens, & vbi agere vel conueniri quiſq; debeat 165,a
Frater an aduerſus teſtamētum fratris habeat querelam inoffic. teſtam. 177,a
frater an prohibeatur iure diuino vxorem fratris ducere ibiq; Henrici VIII. Anglorum Regis ad hoc exemplum pertinens 249,a
Fratres minores an numeratam pecuniam accipiant, an res præter numeratam pecuniam 920,b

fratris teſtimoniũ admitendumne ſit, contra receptam opinionem 1040,b
Friderici Ænobarbi conſtitutio de prohibitione pignorationis, in ſcholaſticorum gratiam 96,b & 923,a
Friderici conſtitutio de nõ diripiendis naufragorum rebus 971,a
Friuola inquilini quæ ſint 48,in fin.
Fructuum perceptio an ab vſufructu differat 291,b
fructuum diuiſio inter coniuges ſoluto matrimonio 1055,a
fructuum nomine quæ veniant, & quam late pateat 266,a
fructus quid ab vſura diſtet 1002,b
Et quid ſit fructus 1003,a. & fructuum diuiſio, ibid. b & fructus qui in reſtitutionem veniant ibid.
Fuga quando laudanda ex Pontigonii dicto notabili 231,a
Fundus dotalis an à marito alienari poſſit 253,b
Fumi immiſſio ex Ariſtonis & Pomponii ſententia 1038,b
fumo punitur qui fumum vendidit. notabilis hiſtoria 895,b & 1939,a
fumũ in foco ſuo facere qui vicino noceat, an permittatur 202,b
fumorum venditores, quid fumos vendere, & quæ pœna plectendi 1039,a
Fur moram ſemper facere dicitur 870,a
fures balnearii quo ſupplicio afficiẽdi 822,a
Furia lege quid cautum erat 552,a
Dictaq; fuit Fuſia Caninia ibid.
Furor alterius coniugum an iuſta cauſa ſit diuertendi 279,a
Furti diffinitio 77,a
Furtiua res quando periit, an locus ſit actioni furti 919,a
Et cuius tẽporis æſtimatio in hac actione ſit ineunda ibid. b
Item cui & contra quẽ detur hac actio ibid.
Furtum quid ſit, vnde dicatur 816,a
furtorum genera. Quæ actio detur ex furto. Cui detur, & contra quem. Qualis ſit hæc actio, & quodnam iudicis officiũ ſit in furti actione 816,b
furtum an inter caſus fortuitos numerari dicatur 1017,a
furtum domeſticum cur grauius puniatur ibid.

G

GAlli moribus magis reguntur quam iure Romano 922,b
Galli quam poteſtatem habeant in liberos 11,b
Gallorum Reges, Pipinus, Carolus, & Ludouicus Rom. eccleſiæ potentiam præ cæteris auxerunt 1167,b
Generoſi hominis eſt libertatem nõ vendere beneficium accipiendo, & donatam pecuniam 877,b
Genus quid à gente differat 938,a
Gentiles qui dicantur ibid.
Gentilium libri cur legendi 1178,a.b
Geſtum à contractu quid differat 101,b in fin.
geſtum eſſe quid ſit 84,b
Graduum computatio 174
Gregorius nonus an clericos ab excubiis & murorum, ciuitatisq; cuſtodia excuſet 1203,a
Gregorius XI. Pont. Auenione ſedit, & quo tempore 1171,a

H

HAbendi verbũ varie accipitur 25,a
Hadrianus Papa cum vniuerſa Synodo, quod ius Carolo Regi tradiderit 1210,b
Harmenopuli ſententia de lege clericis matrimonium interdicente 1181,b
Heliocamini & ſolarii deſcriptio apud Budæum 193,b
Hermaphroditus quid ſit 10,b
Hermaphroditus an poſthumum inſtituere poſſit 348,b
Heraclitus cur Scotinos dictus 783,b
Hæredem inſtituere quid ſit 334,a
Qui poſſint hæredes inſtitui, ibidem & 338,b
hæredes in quantũ ex delictis defunctorum conueniantur 924,a
hæredes tenentur de mutuo pro portionibus hæreditariis 890,b
hæredes quomodo inſtituendi ſint 336,a & quis effectus inſtitutionis 340,b
hæredes an poſſint eſſe duo in ſolidum 500,b
Hæredipetæ vulturibus ſimiles 40,a
Hæreditas quid ſit, & quomodo acquiratur 434,b. 435,a. & b. 437,a & quid differat bonorũ poſſeſſio ab hæreditate 434,b circa fin.
Hæreditas perſonæ locum obtinet 884,a
Et quando Patrimonium dicatur ibid.
hæreditas an adiri poſſit per procuratorem 1070,a
hæreditatis nomen vniuerſitatem continet, &c. 472,a
hæreditatis venditio quando valeat, & an inter incorporalia numeretur, & quid ſit hæreditas 1022,a
hæreditatis petitio centumuiralis actio dicitur 171,b
hæreditatis aditionis effectus 450,a circa fin. & 455,a
Itẽ quo pacto hæreditas omittatur 462,a & 464, a & omittere hæreditatẽ quid ſignificet ibid.
hæreditas quãdo vere delata dicatur 462,b
Et quæ requirantur ad hæreditatis repudiationem 462,b
Effectus repudiationis vel abſtentionis hæreditatis 465,a circa fin.
hæreditatem acquirere qui poſsint 443,a
Et quomodo acquiratur 462,b
hæreditatem ſi quis poſsideat, omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato, vel alio modo, quid fieri debeat, & de cauſa huius actionis 470,b. Item quid in hanc actionem veniat 471, b. Perſonæ quibus & contra quas hæc actio datur ibid.
Hydraulica organa ad aquã hauriendam, ex Vitruuio 199,a circa fin.
Hieronis Syracuſ. induſtria ad furtum deprehendendum 792,b
Hilarionis Arelatenſis Epiſcopi vnde tot cumulatæ diuitiæ 1167,b
Hypotheca ſeruitutum vrbanarum & ruſticarum 1066,b
Hypothecaria actio quãti temporis præſcriptione tollatur 921,b
Homagium quid ſit & vnde dictũ 1137,b
Homicidii pœna 830,a
Homines omnes iure naturali naſcuntur liberi 909,a
hominis eſt, beneficio hominem affici 105,a
hominum diuiſio 10,a
homo animal mutabile 936,a
honorarium quid ſit 895,b
honores iuris gladii an vẽdi poſſint 1197,a
Honorii tertii pontif. extorſio in Frid. 96,b
Honos pro præmio interdũ accipitur 67,a
honos laborem leuiorem facit 1107,a
Hoſpitalitas & hoſpitalia quid apud veteres Latinos fuerint 1179,b
hoſpites qui olim dicebantur 151,a
Hoſtes iudicati ciuitatẽ cur amittant 122,b
hoſtes qui ſint dicendi, & quid à prædonibus vel latronibus differant 318,b
hoſtimentum quid ſit 1115,a
hoſtium potiri quid ſit, ex Budæo, & Plauto 126,a
Humanum eſt cadauera mortuorum ſepelire 413,a

I

IAcobus frater domini à quibus creatus ſit Epiſcopus 1183,b
Iacobus præſente Petro ſententiã ſuper quæſtione Hieroſolymis exorta pronuntiauit 1211,a
Ianuam in publico aperire, & in eo ſtillicidium habere an liceat cuiq; 196,a
Id eſt, particula acceptio 58,a
Ignorantia facti proprii neminem obligat 988,b in fin.
Imaginaria pecuniarũ numeratio, ſeu dieis gratia quid ſit 952,b in fin.
Imberti Forenſes inſtitutiones 170,b
Imperare quid ſit apud Alphenum 1052,a
imperator cur dicatur dominus terræ, non maris 971,a
imperatoris nomen vnde 1,a
imperium mixtum in quo conſiſtat 120,a
imperiũ duplex, & eius explicatio, & quid à iuriſdictione differat 22,a
Itẽ Vlpiani locus de mixto imperio &c. declaratus ex Pandectis Floretinis 22,b
Et an imperii eſſe dicantur, quæ ſpecialiter lege deferuntur alicui magiſtratui, ibidem, b
Impuberis cohæredi an hæreditas quoq; impuberis accreſcat 1090,a
Incendiariorum pœna 818,b
incertitudo qualis & quanta ſit in reb. humanis, ex Cicerone 147,b
Indebitum quid ſit 994,a
indebitum an dici poſſit ob exceptionem competentem 906,a
Indebitum qui ſoluit errore iuris, an poſſit repetere 903,b
indebiti condictio cui & contra quem detur 913,b circa fin.
indebiti condictio an competat, ſi renuntiatum ſit 916,b
Induciæ ad cadauera humanda 51,b
induciæ inter Porſenam & Romanos, & quid in ludis Circenſibus honoris ſit hoſtibus victoribus exhibitum 51,a
Ingenua quæ dicatur 1040,a,b
Ingratitudo vaſalli in alium 1140,a.b
Ingratitudinis vitium quale 43,a
Infamia iniuria notato an interdictum teſtimonium ſit 1069,a
Infamia qui notentur, & de infamia quam vulgo facti appellant. Item de infamia iuris, quæ abſque ſententia irrogatur: & de infamia iuris, quæ per ſententiam irrogatur 67,b & 68,a
Iniuria nomen quid ſignificet 818,b
Iniuriarum qui agit, nõ petit ſibi damnum ſarciri, ſed vt vindicetur contumelia illata 105,a
iniuriarum iudiciũ ſemel commiſſum repeti non poteſt ibid.

iniuriarū actio, & eius cauſa 818,b & 819, a & cui & contra quem detur hæc actio 819,b Itē quomodo inſtituenda ſit 820,a
Inofficioſi teſtamenti querela, quibus parentibus detur 177,a & contra quem, ibid. & 178,b
Quid petatur hoc iudicio, quomodo petatur, intra quod tempus petatur, & quo in loco 179,a & b
Item intra quod tempus agatur de inofficioſo teſtamento 180,a & de effectu huius iudicij. 180,b
inofficioſi teſtamenti querela, ex qua cauſa competat 172,a & 173,b
Exceptiones reo competentes in querela inofficioſi teſtamenti 185,b & 186
In rem fieri quid ſit 60,a
Inſcriptiones ſingulorum capitum in Digeſtis, cuius vtilitatis ſint 1070,a
Inſtitoria actio quid ſit, & de cauſis eius 968,a
Inſtitor an reuocetur morte præponentis 975,a
Inſtitor quis ſit, & vnde inſtitoria actio dicatur, & de cauſa eius 933, b cum ſeq. & an villicus inſtitor dicatur recte 974,a Itē quomodo præponatur inſtitor 974,b Et quid in hanc actionem veniat. Cui competat, & contra quem detur hæc actio 976,a
Inſtitutio quid ſit, & quam varie accipiatur 411,a
Inſtitutionum compoſitio & Pandectarum 1,a in fin.
Inſtrumēta quæ fidē in iudicio faciant 942, b & inſtrumentorum effectus 944,a
inſtrumenta quando maiorem vim habeant quam teſtes 115,a
inſtrumenta falſa, ſuſpecta, & calumnioſa 943,a cum ſeq.
inſtrumenti varia acceptio, & de inſtrumentorum amiſſione 237,b eorum diuiſio ibid.
inſtrumentum quid ſit 941,b
inſtrumentorum diuiſio, & eorum conficiendorum ratio ibid.
inſtrumentorum conficiendorum ratio ex Iuſtiniano 238,a
Inſula in mari nata, an fiat occupātis 620,a
Inſularius quis ſit 974,b
Intellectus legis 14. Seruitutes prædiorum ruſticorum, &c. 190,a
intellectus §. Seruitutum non ea natura eſt, &c. 190,a
intellectus legis 17. Via, itineris, actus, &c. ibid.
intellectus §. Et ideo ſi quis fundum habens, viam ſtipulatur, &c. 190,a
intellectus legis 13. Si tam anguſti loci, &c. ibid.
intellectus §. Per plurium prædia aquam duci quoquo modo, &c. 198,b
intellectus legis 38. Flumine interueniente 199,a
intellectus §. Hæc lex traditionis, &c. 193,b
intellectus §. Si quis hæredes, & §. Serui electione 484,b & §. Labeo ait 485,b & §. cum fundus 486,a
intellectus legis 6. Stichum qui meus 487,b
intellectus legis 37. Legato generaliter 534,a
intellectus §. Legatum 542, a & §. qui ab hoſtibus ibid.
intellectus §. Si coniunctim 528, b cum ſeq.
Item intellectus §. Si duobus 530,b
intellectus §. Qui indicati 672,b & §. Iudicati 673,a
intellectus legis 46. Seruum filij 541,b
intellectus loci inſignis ſuper legem primam de migrando 131,a
intellectus §. Si prædium tuum mihi ſeruiat 189,b
intellectus §. videndum 361,b
item §. Ille caſus in difficili eſt 362,a in fin.
intellectus §. Item adquirimus 623 b
item §. Per ſeruum qui in fuga 626,a
item §. Veteres putauerunt 627,a
intellectus §. Si quis ſeruos 507,b & §. In legatis 509,b
intellectus legis Si dominus 909,a
intellectus legis 21. Grege legato 516,a
Intellectus §. Neratius & Proculus 635,b
intellectus §. In amittenda quoq; 642,b
Item §. Saltus hybernos. explicatio 943,b
intellectus §. Si vir vxori 622,a
intellectus legis Si non ſortem 905, b & legis Si ſub conditione 906,a
intellectus legis 22. alias 25. Qui ædificium habet 194,a
intellectus legis Iulianus 494,b
intellectus legis Non facile 241,b in fin.
interdicti Quorum bonorum explicatio 705,b
interdicti Vnde vi, diſputatio aduerſus aliorum ſententiam 1037,b
Et explanatum Diocletiani reſcriptum de interdicto, Vti poſſidetis 1038,a
interdicti de fluminibus emendatio 1067,b ſublatumq; mendum ex Pandectis Florent. cap. 5. vt in poſſ. leg. ibid.
interdictum de noui oper. nunc. & quod vi aut clam, quid differant 589,a
interdictum de arboribus cædendis, explicatur 710,b
interdictum quod legatorum, cur comparatum ſit 886,a
interdictionis varia exempla 839,a
intercedere quid ſit & quomodo accipiatur interceſſio mulierum in S.C. Velleiano 985,b
Et triplex genus interceſſionis ibid.
intereſſe noſtrum quid ſit 919,
Eius quod intereſt, probatio difficilis eſt 141,a
interficere hominem lege permittente, an culpa aut facinoris argui poſſit 270 a
interficere vxorem videtur, qui infirmam negligit, &c. ibid.
interpretatio §. Mutui datio. cap. 2. de reb. eccleſ. lib. 2. Pandect. 1035,a
interpretatio §. Si quis ædificium 592, a & §. Seruo 594,a
Item §. Nunciationem explicatio ibid.
interruptio quotuplex ſit 661, b & quid ſit ciuilis interruptio 663,a
inteſtatus quis ſit 580,a
Inuenire quid ſignificet 620,a
inueſtitura & inueſtire, & quibus cæremoniis fiebat 1127,a
Inueſtitura quo tempore à militibus repeti poſſit 1139,a
Inuitus quis dicatur 192,a
Ioadis exemplum memoria dignū de cura principum ſuper res eccleſiaſticas 1155,a
Ioſephi iuramentum 209,b
Ioſue, auctore Deo, inſidias hoſtibus inſtruxit 44,a
Ioannis Tilij commendatio à Duareno 1068,b
Ioannis Lucij cenſura ſuper tractatum de pactis Duareni 61,b
Irnerius vetus Iuris interpres 109,a
Iſaac an errauerit inſtituendo Iacob pro Eſau 484,a
Iſocratis iudicium de optimis legibus 1115,a
Itineris, actus, via, aliter explicata differentia, quam vulgo ſoleat 1041,b
Iudæi cur bellum in Adrianum mouerint 830,a
Iudex nec dare, nec accipere debet 21,b
iudex in cauſa ſua nemo eſſe poteſt 140,b
iudex delegatus an decernere dicatur 99,b
iudex in teſtib. examinandis, quæ debeat obſeruare & expendere 951,a
iudex pedaneus, qui & Græce chamædicaſtes 55,b eius munus ibid.
iudex quid ab arbitro differat 55,b
iudex litem ſuam facere quando dicatur 160,b
iudex quibus rationib. mutetur 157 a & b
iudex quis ſit 154,a. & pedaneus iudex, ibi. b & 155,a
iudex an poſſit mutare ſuam ſententiam 143,a
iudicandi locus 157,a
iudicare munus eſt publicum 140,a & b
Et qua ratione iudices recuſari poſſint 140,a
iudicare & iudicium dare quid differant: & cui olim competebat aut iudicare, aut iudicium dare 55,a
iudicatum quid ſit 665,b
iudicatum quibus cauſis retractari & cognoſci poſſit 164,b
iudices dati quid ab ordinariis differant 148,b
iudices dati qui ſint, & à quib. dentur 154, b & 155,a & qui dari poſſint iudices 156,a
iudices qui recuſari poſſint 156,a & b
iudices priuati & delegati, & iudices dati, quid differant 12c a
iudices qui mulctam dicere poſſunt 16[illegible] b
iudicia odioſa ſunt, quæ vindictæ cauſa cōparata videntur: & an ad hæredem trāſeat 274,a
iudicia omnia, an dicantur abſolutoria 163,a
iudicia ſummaria quæ ſunt 163,b circa f.
iudicia ac actiones, quæ pro beneficio comparatæ ſunt 1203,b
iudiciorum diuiſio 154,a
iudiciorum varia præcepta 159,a
iudiciorum bonæfidei & ſtricti iuris differentia 902,a
iudicis officiū in actione commodati 955,b
iudicis officium in bonæfidei iudiciis latiſſimum eſt 120,b
iudicis prudentia in indiciis & coniecturis examinandis 64,a
iudicis officium latius patet quam iureconſulti 793,a
iudicis munus ad explorandam veritatem 51,a
iudicis officium in certi condictione 890,b
moribus noſtris idem fere quod veteres in iudiciis dādis ſequimur 85,b cir. fi.
iudicium de dolo euerriculū omnium malorum [illegible]
Iudicium contradictum quid [illegible],a
iudicium Pantagruelinum quale [illegible]
iudiciū quid ſit: & vbi quis agere [illegible] niri debeat 152,a & b. & quid [illegible] à iuriſdictione diſcrepet [illegible]
iudicii exercendi forma [illegible]

Iudicum Athenienſium mos in audiendis cauſis 8,a

Iudicum officium in actionibus, quæ ex contractu naſcuntur 921,b

Iuliani ſententia de auctoritate conſuetudinis, & noua reſcripti Conſtantini de eadem re interpretatio 1071,a

Iuliani Imper. apoſtatæ aſtutia in Chriſtianos quos Galilæos vocabat 1178, a & eius argumentum ſpoliandæ eccleſiæ Chriſtianæ 1167,b

Iulius Cæſar longo ante Iuſtinianum tempore Digeſta ſeu Pandectas concinnare decreuerat 1,b

Iura publica an tollantur cap. diminutione 123,a & 124,a

Iuramentum illicitum, quod & blaſphemia dicitur 210,a

Iuramentum epiſcoporũ huius ſæculi 209,b

Iuramentum Neronis, Alexandri & Demoſthenis ibid.

Iurandi neceſſitas quibus ex cauſis remittatur, ex prætoris edicti ſententia 206,b

Item quibus ex cauſis non debeat iuſiurandum delatum referri 207,b

Item ſi actor nihil omnino probauerit, an nihilominus cogatur reus iurare aut ſoluere ibid.

Iurandi varia ratio 209,b

Iurãdi formulæ quæ & cur ſeruandæ 864,b

Iurandum eſt ſtatim, vt delata eſt conditio, & ante reuocationem 210,a

Iurandum non eſſe niſi deferatur iuſiurandum, & quis deferre poſſit 209,a

Iurans per Mahumetem, religionem eam probare videtur 209,b

Iurantes olim per principum genium, ſi peierarent graui pœna afficiebantur, & tanquam maieſtatis rei habebantur 873,a

Iurantes cur manum in cælum tollant 209,b

Iurare qui cogitur, an debeat ad iudicium iuraturus adeſſe 208,a

Iurare aut ſoluere cogendus is eſt, cui iuſiurandum defertur ex prætoris edicto 206,a

Iurare per nomen Dei præceptum eſt, per Euangelia autem more recepto 209,b

Iurare in litem quid ſit 957,a

Iurare, inquit F. Quintil. niſi vbi neceſſe eſt, graui viro parum conuenit 205,b

Iurare corporaliter quid ſit 115,a

Iurare per Dei membra, aut capillos & cetera an licitum ſit 864,b

Iureconſulti aliquando res ad Medicinam pertinentes tractant 777,a

Iureconſultorum veterum mos in reſpondendo de iure, cognitu neceſſarius 1064, b & 1065,a

Iureconſultum eſſe quid ſit 159,b

Iure communi qui recte vtatur 103,a

Iure, quod quiſque in alterum ſtatuerit, eodem ipſe vtatur 30,b

Iureiurando nullum vinculum arctius eſt ad fidem adſtringendam 205,b

Quando ſeruandum ſit 206,a

Iureiurando an tollatur obligatio 907,a

Juridici officium quale 20,b

Iuris & facti quæſtiones, & explicatus Vlpiani locus c.79. de iudiciis 1046,b

Iuris quædam genera conſuetudine certa facta ſunt, & quæ ſint 45,a

Iuris præcepta quæ ſint 3,a

Iuris publici & priuati definitio ibid.

Iuris fundamenta ac elementa quæ ſint 2 b

Et eius varia ſignificatio ac definitio, ibi.

Iuri operam dare quid ſit ibid.

Iuris varia ſignificatio 111,a

Iuris diuiſio in primarium & ſecundarium 4,a eius origo 4,b

Iuris ciuilis deſcriptio ibid.

Iuris docendi munus quale ſit hodie 114,a & b

Iuris executio non habet iniuriam, quomodo intelligendum 77,a

Iuris ciuilis cum cæteris artibus communio 793,a

Iuriſdictio quid ſit, quidq; imperium tã merum quam miſtum 1051,a

Iuriſdictio an prorogari poſſit 166,a

Iuriſdictio quid 21,a Et cur iuriſdictionis titulus aliter in Pandectis, quam in Codice Iuſtiniani inſcribatur 21,b Eius duplex definitio 22,a Et in quo verſetur 25,b

Iuriſdictionis & notionis diſcrimen 26, in fin.

Iuriſdictiones ſunt patrimoniales moribus noſtris 166,a

Iuriſiurandi forma veterum qualis erat ex Polybio 862,a

Iuriſiurandi vis 872,a

Iuriſiurandi vtilitas 209,b

Iuriſiurandi effectus 870,b & 872,a

Iuriſiurandi coditio quæ improbatur 210,a

Iuriſiurandi exceptio quibus ex cauſis ceſſet 867,b

Iuriſiurandi remiſſio 210,b

Iuriſiurandi exceptio cui competat 211,a in princ.

Iuriſiurandi variorum effectuum breuis enumeratio 214,b

Iureconſultus quis dicendus 3,a

Iureconſulti munus ex Ariſtotele 6,b

Iureconſul. veterum labor circa verborum proprietatem 49,b

Iuriſprudentia quid ſit ex Vlpiano 793,a

Iuſiurandum ſeruare, magnum eſt probitatis argumentum 873,b

Iuſiurandum quando corporaliter præſtetur 96 a in princ.

Iuſiurandum an deferri poſſit in cauſa criminali 862 b

Et an liceat accuſatori iuſiurandum reo deferre ibid.

Item quando adhibendum ſit 863,a

Juſiurandum reuocabile 214,a & de iureiurando quod a iudice defertur in dubiis cauſis ibid.

Iuſiurandum quando non maiorem habeat vim quam ſimplex cautio 96,a in fin.

Et a quo detur iuriſiurandi relaxatio ſeu diſpenſatio 96,b in princ.

Iuſiurandum in litem à quo, & cui deferatur 875,a & b Eius effectus 876,a

Iuſiurandum cum defertur aduerſario, quo pacto prætor aut iudex ſe gerere debeant 206,b in princ.

Iuſiurandum in litem quid ſit 873,b

Iuſiurandum quid, & quotuplex ſit 205,b in princ. Et eius finis ibid. in fi.

Iuſiurandum non deferri ob ſemiplenam probationem, contra receptam opinionem 145,b & 1071,b

Iuſiurandum ad lites finiendas, ſimile eſt tranſactioni & rei iudicatæ 213,a & b

Iureiurando cauſa deciſa an retractanda prætextu periurii, & quid de cauſa teſtamenti 213,b

Iuſiurandum illicitum 864,b

Iuſiurãdum quid ſit 859,a Et iuriſiurandi religionis efficacia ex Tullio Cic. ibid.

Eius diuiſio ibid.b

Superſtitio nonnullorum iurare minime volentium 860,a & b

Qui conueniri non poteſt, an iurare cogi poſſit 860,

Iuriſiurandi forma captioſa recuſanda 861,a

Iuſiurandum in locum litis conteſtatæ ſuccedit 169,a

Iuſiurandum an maiorem vim habeat quam pactum 868,a

Ius quid ſit & iuriſprudentia 2,b

Ius naturale, gentium, & ciuile 3,b

Ius ciuile cur æmulari naturã dicatur 44,b

Ius gentium quid amplectatur, & quam late pateat 4,a

Ius naturale an & cur diuinum dici debeat 246,b

Ius dominii quid ſit 1137,b

Ius certum quid ſit 86,b

Ius abſq; interpretatione an poſſit conſiſtere 2,b

Ius quid ſit 2,b & eius varia ſignificatio, ib.

Jus omne gentium ciuile eſt non contra 38,b

Ius facere qui poſſint 5,a

Ius trium liberorum quid ſit 1044, b cum ſeq.

Ius gentium quandoque pro iure naturali accipitur 908,b (45,a

Ius quibus ex partibus conſtet, ex Cicerone

Jus naturæ quid ſit ibid.

Jus, ars boni & æqui 83,b

Jus gentium quid ſit 610,b in fi.

Jus accreſcendi an tranſeat in ſucceſſorem 1090,a

Jus accreſcendi an ceſſet ob tranſmiſſionem hæreditatis 1094,b

Et an ob ſucceſſionem edicti prætorii, ſucceſſorium dicitur, ius accreſcendi ceſſet 1095,a

Ius accreſcendi an ſit, cum iure prætorio excluſus eſt is, cui duplici iure ſucceſſio defertur 1087,a

Ius accreſcendi an ſit in legato alimentorũ: & an prohibitio teſtatoris ius accreſcendi impediat 1093,b

Jus accreſcendi ab inteſtato an competat in ſucceſſione ab inteſtato 1092,a

Jus accreſcendi an inter eos ſit, qui omnino ſunt coniuncti 1084,a

Et an inter dominos tanquam coniunctos, cum ſeruo communi legatur ibid.

Jus accreſcendi an inter eos ſit, qui ſuccedũt ab inteſtato, & an in liberorum Falcidia 1084,b (1085,a

Et an in contractibus ſit ius accreſcendi

Jus non decreſcendi, & an coniuncti ab initio partes, an ſolidum potius habeant 1083,b

Jus dicens quis dicatur 31,b & pœna non obtẽperantis ei, ac cauſa huius actionis ibi.

Itẽ cui & contra quẽ detur hæc actio ibi.

Et quid veniat in hoc iudicium ibid.

Juſtinianus quos vocet anteceſſores 295,a

Juſtinian. an recte damnauerit mulierem, quæ vndecimo mẽſe pepererat poſt mortem mariti ſui 354,a & b

Juſtinianus Chriſtianum vbique ſe profitetur 255,b

Juſtinianus Græce ſcripſit 895,b

Juſtiniani Imper. varia nomina exponuntur 1,a

Juſtitiæ & Juriſprudentiæ definitio 2,b

Juſtum apud Jureconſ. pro legitimo accipitur 481,b

Labeonis

L

Labeonis ingenium ex Duareno 60,a in fine.
Labor ſtultus eſt ineptiarum 242,a
Lampadis ſimilitudo ex Chryſoſtomo 1150
Landtgrauii genealogia 1130,b
Landtgrauii Heſſiæ captiui cauſa à Duareno defenſa 127,a
Lapides an creſcant 267,a & an in fructu ſint. ibid.b
Lapidis cædendi, aut eximendi ſeruitus 200,a
Latrones Iſauri qui ſint 1066,a
Lecticarii qui ſint 492,b
Legari quæ poſſint 493,a & an legatum valeat iure poſtliminii ibid b
Legata quibus modis poſſit 497,a & 509,a
Legata quæ diuiſionem non recipiunt 554,b
Legata quæ conſeruentur 598,b & quibus perſonis conſeruentur ibid.
Legata & fideicommiſſa, & differentia eorum ſublata à Iuſtiniano 1065,a
Legati cur Romæ conueniri non poſſint 861,b
Legati munus 19,b
Legato an noceant anguſtiæ temporis 508,a
Legatorum verba ciuilia quæ ſint 478,b
Et an Græcè legata fiant ibid.
Legatorũ priuilegia magna 166,b & 169,a
Legatorum modus quis conſtituendus 552,b
Legatum & legare quid ſit 478,a Quid à fideicommiſſo differat ibid.a & b. & 479,a & b
Legatus Rom. pontificis, & eius auctoritas 1173,a
Lex quæ matrimonium clericis interdicit 1181,a & cur lata fuit ibid.b
Lex omnis ſcripta ad bonum & æquum redigenda eſt 2,b in fi.
Lex, Produci 23. explicata 947,b
Lex bona, qua norma à mala diſtinguatur, 42,b
Lex commiſſoria, pactum vel conuentio dicitur, & an inepte dicatur pactum legis commiſſoriæ, vt barbari vocare ſolent 1020,b
Lex committitur, vt ſtipulatio committitur, cum aduerſus ſtipulationem aliquid factum eſt ibid.
Lex an conſuetudine abrogari poſſit 8,b in princ.
Lex frater à fratre, explicata 911,a
Lex vera quæ dicatur 5,b in fi.
Lex in ſententiis non in verbis conſiſtit 6,b
Lex Iulia, lex iudiciaria vocatur 159,a
Lex conſilio minorum, velut parum firmo in omnibus reſiſtit 83,b
Lex Lectoria de curatore dando adultis ib.
Lex ius ipſum dicitur emphatice 553,a
Lex odioſa eſt, qua hæreditas aufertur indigno, & fiſco vindicatur 110,b
Lex Lectoria 103,b
Lex an legi contraria ipſo iure, ex F. Quintiliano 87,b
Et quando vna alteri cedere debeat ibid.
Lex Gallica, Le mort ſaiſit le vif. 817,b
Legis Gallus, explicatio 351,a & 360
Legis Velleæ duo præcipua capita, & eorum interpretatio 353,b & 354,a
Legis 9 Furioſo, explicatio 674,a
Legis Si quis iuraſſet, intellectus 907.a
Legis Lecta, explicatio 886,b
Legis Eius qui in prouincia, enodatio 883,a
Legis Si ob turpem cauſam, enodatio 901,b
Legis Vrbana. explicatio 905,a
Legis 16. Diuus Pius aucupibus. explicatio 197 b
Legis Si quis id quod 7. explicatio 27,a
Legis Liberè. explicatio 26,a
Legis more 5. explanatio ibid.
Legis 12. alias 13. Quidam Hiberus nomine, &c. explicatio 194,a
Legis Qui ſingularia. cum lege Qui negotia, conciliatio 879,a
Legis Ædiles. 15. ff. de ædil. edicto. explicatio 893.b in fi.
Item legis Si Calendis ff. de re iud. explicatio 894,a
Et legis Cum quis. de oblig. & act. ibid.
Legis Si familia. explicatio 28,a
Legis Qui iuriſdictioni 10. elucidatio ibid.
Legis imperium. enodatio 24,b & 25,a
Legis 26. Si filius hæres 363,b
legis In cauſa 2. §. Pomponius. ff. de minorib. explicatio 92,b in princ
legis 14. Si ita ſit adſcriptum, declaratio 511,b Et legis 18. Et quidem 514.a
Item legis 19. Legata inutiliter 515,a
legis Iuliæ quot præcipua capita 884,b
legis 1. & 2. C. Si vnus ex pluribus appella. intellectus & ibid. cenſura Duareni in doctores ſubtiles 93,b
legis Poſt diem. de leg. commiſſo. explicatio 98,a
legis Properandum. §. vlt. C. de iud. explanatio 92,b
legis interpretatio ad quos ſpectet 159, b in princ. & quibus opus ſit adiumentis ibid.
legis 5. Via, iter, actus, &c. explicatio 188,b
legis 6. Ad certam partem fundi ſeruitus, &c. declaratio 189,a in princ.
legis 7. vt pomum decerpere liceat. enodatio ibid.
legis nomen apud veteres Græcos non cognitum quidem: ex Ioſepho & Homero 4, b & à quibus conditæ ſunt leges ibid.
legis diffinitio 5,a
legis Cum te in Gallia. explanatio 889,b
Et legis mutuæ 890,a
legis 8. Ius cloacæ immittendæ ſeruitus eſt. explicatio 189,b
legis 9. Si cui ſimpliciter. explicatio ibid.
legis 12. Si mihi & tibi. enodatio 506,b
legis Eleganter, explicatio 904,b
legis Si ex toto, explicatio 489,b
legis Si idem. explicatio 28,b
legis Magiſtratibus 12. declaratio 29,a
legis Eum qui 13. explicatio ibid.
leg. Eſt receptum. l. Si per errorem. l. Solet prætor. l. Si conuenerit. l. Cum quadam. explicatio 29,b & 30,a
legis 19. Sciendum. explicatio 602,a
legis Si certis annis. de pactis, cum lege, Cum de in rem verſo. ff. de vſuris. conciliatio 998,b
legis proprium ſeu virtus quid ſit 5,b
legis Generaliter. ff. de exceptio. explicatio 940,b
legis Si ex pretio explicatio 880,b
legis Iuliæ repetundarum explicatio 832,b
legis Corneliæ de falſis explicatio 831,a
legis Centum Capuæ. & legis, Quæro. §. 1. locati. conciliatio 927,b
Legislatoris ſtudium pro minuendis litibus, & quis idoneus ad leges ferendas, ex Ariſtotele 52,a
Item ſophiſtarum reiectio & confutatio 52,b
legis Si me & Titium, explicatio 889,a
item legis Cum fundus. §. ſeruũ tuũ ib. b
legis interpretatio ad quem ſpectet 7,b
legis, Vſuræ 10. C. eo. explicatio 1000,b
legem breuem, & ſine prologo eſſe debere 5,b
legem quis condere poſſit 5,a
legem legi cedere quid ſit 4,a
lege Rhodia cautum, ne quid ex naufragio diripiatur 971,a & noſtris legibus ibi.
lege Licinia quid caueatur 139,a
lege commiſſoria fundus emptus quando dicatur 97,a
lege Manilia quid cauebatur 27,b
lege caueri quid ſit 110,b
leges & conſtitutiones generales quid differant à reſcriptis Imperatorum 93,a
leges quæ optimæ vtiliſſimæque dicantur ex Iſocratis ſententia 720,a
leges quas optimas eſſe reſpondit Solon Athenienſibus 8.b
leges 12. tabularum fontem omnis iuris Liuius appellat. & à quibus ſint editæ 4,b
leges ſcribi cœperunt, vbi regum pertæſum eſt ibid.
leges an ſint Dei ordinatio 246,b
Legum condendarum mos apud veteres 5,a
legum mutatione publicus ſtatus perturbatur, veluti victus ratio mutata nocet valetudini 9,a
legum omnium quis finis ſit 42,b
legibus qui teneantur 6,a
legislatoris optimi ſcopus 552,b
Lenocinium mariti an mulierem, excuſet 289,a
Leones in Africa cur crucifixi, ex Plinio 836,a
leonina pelle deficiente, vulpina aſſumenda eſt, ex Lyſandro Imper. 44,b
leonina ſocietas quid ſit 1015,a
Lettres de relief, quid ſit 160,b
Lettres d'eſtat, quid ſit 162,b
Lettres ciuiles, quid ſit 164,b
Libellorum vſus apud antiquos 101,b
libellus Curiæ Pariſienſis ad Ludouicum vndecimum Franc. Regem de miſerabili eccleſiæ confuſione, &c. 1155,a
Liberationum modi plures 81,a & b
Liberi quibus competit querela inoffic. teſt. 176,a
liberi, etiam egeſtatis tempore, an vendi à parentibus poſſint 1018,b
liberorum diuiſio, 10,a
liberorum qui iã nati ſunt, inſtitutio 341,b
Libertas quid 10,a
libertas non recipit æſtimationem 496,b
Liberalitatem exercentes in alios, damus, vel perdituri, & totum permittimus accipientium arbitrio 781,a
libertatem pretio vendere, abiecti eſt animi & ſeruile 118,b
libertate nihil fauorabilius 100,a
Libitinarii qui dicantur 974,b
Liboniani ſenatuſconſulti interpretatio 832,a
Liquido iurare quid ſit 1030,b
Lis quando dicatur conteſtata 153,b
lis conteſtata quando dicatur in foro Franciæ 941,a
lis ſi alicuius dolo pereat quid fiet 92,b
litis initium quid ſit 167.a
litis dubius euentus 57,a
litem conteſtando quaſi contrahitur 72,a
litem æſtimare quid ſit, ex Cicerone 873,b
lites innumeratæ ex iure priuato 3,a
lites omnes ſeu ciuiles, ſeu criminales, vltra triennium, an debeant protelari 162,b
lites ſocietatem humanam turbant 43,a

litium finiendarum fauore, an parendum ſit & ſtandum iniquæ ſententiæ 148,b
Litigatores qui ſint 158,a
litigioſam rem emens ſciens, à quocunque eam deinde petat, exceptione ſubmouetur 713,b & quomodo res fiat litigioſa ibid.
Literæ in forma requeſtæ quid ſint hodie, & contra quos impetrentur 95,a
literæ Regiæ duplices 839,a
literæ iuſtitiæ, quid à literis gratiæ differant 99,a
literas proferre, Latinius eſt quam producere 37,b
literas neſcire, quid apud veteres iuris auctores 1031,a
Liturgia quid ſit 1199,a
Loca quæ fruſtra quis ſciens emit 767,a
locus Martiani explicatus aliter quam à ceteris 1033,a
locus item Calliſtrati perquam obſcurus explanatus ibid.
locus Pauli de permiſtione coniunctorum illuſtratus 1091,a
locus certus in contractu vel in teſtamento, an neceſſario exprimi debeat 924,a circa fin.
Et quid iuris ſi locus adiiciatur ſimpliciter ibid.b
Et quid ſi plura loca diſiunctim adiecta ſint, vel coniunctim 925,b & 926,a
locus communis de obligatione contrahenda 955,b
locus Pauli enucleatus cap. 15. de ſer. vrba. præd. 1042,a
Locrorum lex ex Demoſthene 9,a
Longobardorum lex de monomachia 921,a
Lucretii diſtichon de apum in floribus libandis prudentia 1114,b
Ludouici 12. conſtitutio derogans conſtitutioni Caroli quinti 139,b
Ludouici Regis ſanctiſ. pia & catholica cura, vigilantia & conatus pro libertate eccleſiæ vindicanda. Retinuitque ſemper ius inueſtiturarum: in quarum locum ſucceſſerunt Regalia. 1210,b

M

MAgica ars legibus noſtris damnatur 830,b
Magiſter in quaque re quis ſit 968,a
Magiſtratus quis dicatur 13,b
magiſtratus officium in dãdo tutore 399,b
magiſtratus quando iniuriarum nomine teneantur 77,a
magiſtratus in quo loco iudicare debeant 146,b
magiſtratus officium quod in iure reddendo conſiſtit 23,a & b. 25,b & 26,a
magiſtratus, cur ſuis ius dicere non poſſit 28,a
magiſtratibus municipalibus an competant, quæ imperii ſunt 119,b Et qui magiſtratus ius in integrum reſtituendi habent ibid. cum ſeq.
Maieſtas quid ſit, & quis maieſtatem lædere dicatur: & quæ ſint cauſæ huius actionis. Item pœna legis Iul. maieſtatis 826,a & b
Maior vt reſtituatur, quæ ſint ſpectanda 127,a
Male docet qui omnia docet 1150
Malitia ſupplet ætatem, ſicut & prudentia 114,b
Mancipare quid ſit 105,b
mancipatio, quædam venditionis ſimilitudo cur dicatur 123, a & quid mancipare, ibid. Et vnde originem habuit hic mancipandi ritus ibid.
Mancipes qui ſint 606,b
Mandatum ſicut mutuo conſenſu contrahitur, ita etiam mutuo conſenſu contrario diſſoluitur 1014,a
mandatum à depoſito quid differat 880,a
mandatum quid ſit 1009,b
cauſæ actionis contrariæ mandati 1012,a
Manumiſſionis cauſa donatio, an valeat inter coniuges 281,b
Manus compreſſio, an poſſit vim teſtamenti habere, & an vox requiratur 318,b
manus mortuæ homines, qui ſint apud Gallos 187,a
Marca pro libra apud nos 893,b
Mareſcallorum præfecti ad quid inſtituti 155,b
Mares caſtrantes qua pœna digni, & ſuper hoc vide conſtitutionem Iuſtiniani 830,a
Margaritæ ducis Biturig. dotes eximiæ, ac in literis eruditio, & ſtudium in ornanda ſchola iuriſprudentiæ 1116,a & b
Margaritorum linea quid 558,a
Maritus, parens, patronus, cur inutiliter paciſcuntur 274,b circa fin.
maritus, ſi non vlciſcatur mortem vxoris ſuæ ab alio interfectæ, dotem ei tanquam indigno, ablatam vindicat fiſcus 270,b
maritus vel vxor ſi conſtante matrimonio furere cœperit, quid faciendum 278,b
Marchio quid ſit & Marchia 1125,b
Marmor in Italia an creſcat 267,a
Martinus quintus pontifex declaratur, reiectis aliis tribus Roman. pontificibus 1191,a
Maſculinum vbi concipiat fœmininum 928,b
Maſculorum ſucceſſio in feudis 1133,a
Mater an liberos ſuos habeat in poteſtate per totum 172,a & b cum ſeq.
mater an excludatur ab hæreditate, ſi filio minori non cauerit dari tutorem 104,a
mater quibus caſibus excuſatur, ſi filio etiam impuberi tutorem non petierit 300,a
Mathematica quas artes comprehendat 830,b
Mathias à quibus fuit electus in Iudæ vicẽ 1209,b
Matrimonium ſi culpa vxoris diſſoluatur ea dotem amittit 286,a
matrimonium quid à concubinatu differat 244,a Et an inter abſentes poſſit contrahi 245,a
matrimonium quibus modis ſoluitur, & fiat diuortium 255,a
matrimonium iuſto metu factum an ſit firmum 77,a
matrimonio qui vere coniungantur, & licite ſancteque 246,b
Medici cur olim phyſici dicebantur 1178,a
Mediocritas aurea, & modus facultatum neceſſarius 1170,a
Μεμοδιδασκαλία, ſeu productura quid ſit 1192,b
Mendicitas in valentibus & otioſis an toleranda, & furti ſpeciem habeat 1167,a
Mentiri quid à mendacium dicere, differat 215,a
Mercatorum rationes 942,b & 943,a & argentariorum 943,a
Mercedem rei locatæ vſurã non eſſe 997,a
mercedes habitationum, an fructus dicantur 266,a
Meretrix an poſſit exigere, quod illi ob explendam libidinem eſt promiſſum 901,b
Merum imperium quid, & quibus competat 15,a
Metalla an renaſcantur & creſcant 267,a
Metus quis requiratur ad reſcindendam tranſactionem 63,
In edicto quod metus cauſa duo valde notanda, & quæ ſint 98,a
In actionem quod metus cauſa, quid veniat, & quid petatur: & quo pacto iudex in hac actione ſe gerere debeat 98,b
metus quid ex Cicerone 125,a
metu quid fieri dicatur, vt eius nomine reſtitutio tribuatur. Et an metus infamiæ ſit idoneus ad reſtit. obtinẽdam 76,a & b
Meum quid proprie dicatur 904,a
Michaelis Hoſpitalis elogium 1112,a
Miles an propter abſentiam reſtituatur in integrum 132,a
miles quid ſit, & quæ militis propria 427,a
Et quid à pagano differat ibid.b
militis fauore ſingularia quædam introducta 882,b
milites honorarii & eorum priuilegia 427,b
milites imaginarii ibid.
milites an formam & ſolennitatem requiſitas in teſtamento obſeruare teſtando debeant. Et quid de procincto teſtamẽto ib.
Eorum priuilegia 428,a & 429,b
militum priuilegium 162,b
militum pactum ad prælium pergentium, quale ſit 40,a
militum delicta capitalia 429,b
Item priuilegia reſpicientia perſonam capientis ex teſtamento militis 430,b
Et de quibus rebus poſſit miles teſtari, & quomodo teſtari poſſit 431,a
Et quæ priuilegia ad teſtamentum pertineant 433,a
Et an in militis teſtamento Falcidia locum habeat 434,a
Miniſtri eccleſiæ, qui clerici non ſunt 1163,b
miniſtrorum eccleſiæ gradus 1161,a
miniſtros eccleſiæ eligendi forma tam vetus quàm noua: & quid inter beneficia collatiua & electiua dicta inter ſit 1183,a
miniſtros ordinandi, & beneficia conferendi ius, quod tanquam caducum ad ſuperiorem antiſtitem deuoluitur 1187,a
Minor cum damno alterius non debet locupletior fieri 120,b
minor quibus modis neceſſario debet probare ſuam minoritatem 115,a
minor cur veniam ætatis petat, & quid ex hac impetratione conſequatur 116,a
minor ſi ſe maiorem dixerit 114,b
minor an poſt veniam ætatis impetratam poſſit bona ſua alienare, eſſe in iudicio, & in iudicium deducere 116,b & 117,a
Itẽ dicatur eſſe legitimæ ætatis 117,a
minor, denegata ei ſemel reſtitutione, non reſtituitur 116,a Et an tempora appellationis minori currant ibid.
minor an reſtituatur aduerſus vſucapionem 105,b
minor 25 annis, & qui nondum rationis eſt firmæ, ſi aliquid geſſerit, æquum eſt, vt in priſtinum ſtatum reponatur 83,a
minor ſi in contrahendo ſit captus, & maior factus id comprobauerit, quid fiet 117,a & b. & 118

minor quoties in diuiſione vel tranſactione circumſcribitur, an poſſit reſtitui 100,b
minor qui non ſit, ex Vlpiano 84,a
minor maior factus, ſi alienationem factam ſine decreto, per quinque annos non retractauerit, quid fiet 118,a
minor ſi dolo ſit circunſcriptus, exceptio rei eſt 90,b Sed ſi in re ſit circunſcriptus ſine dolo aduerſarii, puta lubrico ætatis, datur ei exceptio, &c. ibid.
minor 25. annis ſi res quaſdam dedit propter nuptias ſponſæ ſuæ accedente tutoris præſentis auctoritate, an poſſit reſtitui aduerſus donationem 98,b
minor vt reſtituatur, multa requiruntur 86, a Et quid ſit minorem captum eſſe ibid.
minor an contra minorem beneficio ætatis reſtituatur in integrum 87,a
minor condemnatus a ſupremo magiſtratu, a quo appellare non licet, an poſſit reſtitui in integrum 94,b circa fin.
minor 25. annis an mereatur in integrum reſtitui in delictis atrocioribus 103,b & 104,a
minor an aduerſus libertatem reſtituatur 100,a
minor ſi procuratorem det, & procurator in negotio decipiatur contrahendo, an minor poſſit reſtitui 91,b in fi.
minor an aduerſus mutui obligationem ex edicto reſtituatur 170, a Item ſi minor egenti viro dedit pecuniam mutuo acceptam, &c. 170,b
minor an reſtituatur aduerſus pignorum venditionem 96,b
minor quando ex facto tutoris agere, vel cõueniri poſſit 304,b
minor an reſtituatur contra fiſcum & aduerſus dolum 106 b
minor ſi velit manumittere, quæ requirantur 100,a
minor cum perſequitur quod ſua intereſt, an tunc ei ſubueniri poſſit 105,a
minor ſi inconſulta ætatis facilitate actionẽ ſibi competentem amiſerit, prætoris eſt actionem reſtituere, &c. 85,b
minor conueniebatur actione legis Aquiliæ, quare 104,b
minor 25. annis quid a prodigo differat 800,b
minor ſi ſe abſtineat ab hæreditate, quid fiet 108,b & 109,a
Item ſi ſe imminiſceat hæreditati, & obligetur, an neceſſaria ei ſit reſtitutio, ſi captus ſit ibid.
minor non reſtituitur, ſi ſolennibus ſubhaſtationibus ſit facta venditio bona fide 107,a
Item ſi quis negotium cum minore geſſerit, an reſtitutio habeat locum ibid. & 108,a
minor an reſtituatur in integrum aduerſus delationem iuriſiurandi 214,a
minor vt reſtituatur, quæ maxime requirantur, idem & in maiore 128 a
minor nec filiofam. tutum eſt credere pecuniam, & nihil magis aduerſatur vtilitati publicæ 108,b
minori quando denegetur in integrum reſtitutio 113,a cum ſeq.
minori ſeruo ſuccurri nulla cauſa ſuadet 111,a
minori an ignoſcatur, ſi deſtiterit ab accuſatione, non impetrata abolitione 105,a
minori quando beneficio ætatis ſuccurritur aduerſus fiſcum 107,a
minori vtilius eſt ius integrum ſemper habere, quam reſtitui in integrum 112,a
Si quid cum minore geſta ſunt ſine tutore curatore, dnullum eſſe 91,a & b
minorum pecuniæ cur olim in ædem ſacram deponebantur 102,a
minoribus integra ipſa cauſa ſeruatur, vt nihil opus ſit reſtitutione 111,a
Miſſio in poſſeſſionem quid ſit 703,b
Cauſa poſſeſſionem miſſionis ibid.
Monachus an naturaliter obligetur 909,b
Et an velle & nolle habent ibid.
Monaſteria monachi, eorum ſtatus, conuerſatio, & inſtitutum 1163,a
Mora eſt cauſa præſtationis vſurarum 998,b
Morbi corporis qui hominem incapacem miniſterii beneficiique reddunt 1179,b
Mores quo iure boni dicantur, & commendentur 273,b
Mortuus non tantum iura, ſed & poſſeſſionem transfert, Le mort ſaiſit le vif 133,b
Moſaica lege pontifex virginem ſolum ducere poterat 1182,b
Moſes ſapientia & literis Ægyptiorum eruditus 1178,b
Mulier vt intercedere poſſit, quæ requirantur, & vt iuuari poſſit S.C. Velleiano 986,b & 987,a
mulier & nauis a Plauto negotium vocantur 1181,b
mulier an teſtis in iudicio poſſit adhiberi 948,a & b
mulier quæ ſoluto matrimonio alii nupſit dotem nihilominus ſuam petere poteſt 284,a Et an maritus, ſoluto matrimonio, dotem vxori reddere cogatur ibid.b
mulier an in iudicio poſſit eſſe teſtis 240 b
mulier forum mariti ſequitur 168,b
mulier an renunciare poſſit iuri ſuo 990,a
mulier quæ poſt diuortium iterum nupſit, an dotem marito reuocare debeat 276,a
mulier an alienam obligationem in ſe transferre poſſit 986,a
mulieres medicamentis partum abigentis ſupplicium 830,a
mulieris damnatæ qua ratione publicentur bona 838,a
mulierum leuitas, & conſilii infirmitas 985,b
mulieribus cur poſtulare prohibitum, & vnde huius edicti cauſa 67,a
Mulcta quid, & quid a pœna differat 31,b
Multa accipiuntur & retinentur honeſte, quæ tamen honeſte non petuntur 901,b
Muneris ſui fines excedere in bello maxime vitioſum fuit 51,a
Et ſuper hoc vide exemplum Hoſtilii Mancinii qui cum Numantinis fœdus percuſſit, &c. ibid.
Municipalia miniſteria, qui Sergentes dicuntur 125,b
Munificum & immune quid differant 607,b
Mutare ſtatum quis dicatur, & quid ſit ſtatus mutatio 122,a & b
Mutuus conſenſus in ſtipulatione requiritur 164
mutui obligatio vt fiat, quæ requirantur 876,b cum ſeqq.
mutuo quæ extrinſecus accedunt 885,a
mutuum damus recepturi non eandem ſpeciem 878,a
mutuum quid ſit, & quomodo contrahatur 876,b & quæ in mutuo contrahendo requirantur ibid. cum ſeq.
mutuum cum quibus perſonis contrahitur 881,a cum ſeq.
Et qui contrahere mutuum prohibeantur 884,a & b
mutuum qui accepit, an liberetur caſu fortuito 891,a
mutuum an ex poſt facto conualeſcat 880,b
Item quomodo dicatur conualeſcere conſumptione ibid. Et vſucapione 881,a
Et an mutuum confirmetur ſtipulatione ibid.

N.

Naturale vitiũ eſt negligi, quod communiter poſſidetur 881
Natus qui vere dicatur 348, b & an abortus vxoris teſtamentum rumpat 348,a
Nauta vt cynoſuram reſpiciũt, vt dirigantur, ita ciuilis omnis conſtitutio naturam ducem ſpectare debet 42,b
nautæ appellatione qui contineantur 150,b
Nautica pecunia quid ſit 1002,a
nautica vocabula 155 a
Naues an contineantur obligatione pignoris 965,b
nauis leuandæ cauſa, iacta in mare an fiant occupantis, & an furti teneatur ſurripiens 971,a
Naufragium, an caſus fortuitus dicatur 973,b
Negans ſe debere, cum ſe debere ſcripſerit, non auditur 943,a
Negationes quænam probari poſſint 939,a
Negotia plura ſunt quam vocabula 189,b
negotiorum geſtorum actio, cui & contra quem datur 73, a Quid præſtare debeat is, qui hac actione vti velit ibid.
Eſt etiam hæc actio bonæ fidei 73,b
negotium alienum nemo inuitus ſuſcipere cogendus 68,b
negotium quid ſit 1010 a
Nemo prudens punit, quia peccatum eſt, ſed ne peccetur, ex Seneca 836,b
Neminem ſine accuſatione damnandum eſſe, an verum ſit 1044,a
Nero cur cupiebat neſcire literas 1031 a
Nero & pleriq. Imperatores cur hoſtes a ſenatu declarati 122,b
Neronis iurandi mos per Truſillam 864,b
Neruæ Imperatoris lex de non ducenda ſorore in vxorem, ante cuius tempora moribus id potius receptum erat, quam certo iure 247,b
Nemo mortalium omnib. horis ſapit 791,b
Nili inũdatio in Ægypto vt liſsima 645,b
Nomen vend quid dicatur 921,b
nomina voluntatem dicentis demonſtrant 484,a
nomina quid ſint, & an in pign° dari poſsint 960,b & 961,a
nominatio regia in ordinandis antiſtitibus: & quales regis candidatos eſſe oporteat 1192,b
nominationis ſcholaſticæ qua nunc in Gallia vtimur, accurata commentatio 1193,a
Et quis nominare poſsit ibid.
Quis item nominari poſsit ibid.b
Et quomodo concipienda nominatio, & apud quos nominare oporteat 1194,a
Effectus nominationis ibid.b
nominationis ac præſentationis ius quale ſit 1186,b

Nominatores qui ſint 310,a
Nominis emptione, an dominium tranſeat ad emptorem 1024,a
Notæ veterum quib. in iudicando vtebantur pro condemnatione vel abſolutione, &c. 145,b & 164,a
Nothi & qui ex iniuſtis nuptiis procreati ſunt, an ad beneficia eccleſiaſtica & miniſteria admittantur 1179,b
Notiones quas natura omnibus hominibus impreſſit 42,a
Nouale quid ſit 1199,a
Nouatio quando fieri dicatur 872,a
nouatio quid dicatur, quomodo fiat, & an omnis obligatio nouari poſſit 810,b
Nouare quis poſſit, & quis nouationis effectus 811,a
Nouellæ conſtitutiones quando ſint editæ 2,a
Noui operis explicatio 30,b
Nouum opus quid ſit 588,a
nouum opus nunciare quid ſit 1036,a
Nunciatio noui operis ſpeciem quandam appellationis habet ibid.
Nouum opus an nuncietur ob ſeruitutem 1067,b circa fin.
nouum opus nunciare quid ſit 583,a
Item quibus ex caſibus procedat noui operis nuntiatio 584,b
Differentia inter hoc edictum, & edictum quod vi aut clam 584,a & 589,a
Et an fundum communem cum aliquo habenti competat nunciatio 585,a
Præterea, an creditor, vſufructuarius, ſuperficiarius, nouum opus nuncient 585,b
Nunciationis faciendæ ratio ibid.
Nunciare quæ perſonæ poſſint, & quibus 586,a Et an pupillus poſſit nunciare, aut ſeruus ibid.
Et quis ſit nunciationis effectus ibid.b
Nunciationis operis, & prohibitionis per prætorem, aut lapilli iactu, quæ ſit differentia 587,a
nunciationis oper. noui mira & magna vis cur dicatur 588,b
Noxa fideiuſſionis comes eſt 985,b
Nuda conuentio, nudus conſenſus, nuda proprietas, nudum præceptum, &c. 56,a
Nudiuſtertius quid ſignificet apud eruditos 733,a
Nudo pacto dominiū an transferatur 41,a
Nugas difficiles habere turpe eſt 242,a
Numa Pompilius lapides finales Ioui Terminali conſecrauit 823,a
Numeri ſeptenarii ſuperſtitio apud veteres 2,a
Nummi origo & vſus 997,a
Nundinatio aulicorum & ſuffragatorum in vendendis muneribus publicis 1196,b
Nunciationis triplex diuiſio 595,a
Nuncius an contrahere poſſit 779,b & an pro inſtrumento habeatur ibid.
Nuptiæ quid ſint 243, b quomodo contrahantur 245,a
Et inter quas perſonas contrahantur 246,b
nuptiæ inter affines, ſicut inter cognatos vſq; ad quartum gradum prohibitæ ſunt iure pontificio 248,b
nuptiarum iteratio qualis, & quouſque probanda 250,a
nuptias contrahentibus præmia iure Romano propoſita ſi liberos haberent 1045,a

O

Oaſena deportatio ex Vlpiano & Theodoſio, & de Scythica regione Ægypti 1073,b
Et quid Oaſis ſeu Ouaſis ibid.
Oblationes quæ dicantur 1199,a
obligare ſe ad carcerem an quis poſſit 921,a
obligatio quid ſit 714,a
obligatio omnis conuerti poteſt in Aquilianam ſtipulationem 64,a
obligatio naturalis & ciuilis 554,b
obligatio alioqui inualida, ſtipulationis acceſſione roboratur 47,a
obligatio an nobis acquiratur per liberam perſonam 965,b & 931,a & b
obligatio fideiuſſoria, principalis naturā ſequitur 784,b
obligatio ad antidora quid ſit 909,a
Et an honeſtum ſit petere antidora ibid.
obligatio quomodo tollatur 922,a
obligationis & actionis vis & finis 921,a
obligationis naturalis an habeatur ratio in condictione indebiti 908,b
obligationis diuiſio 4,a circa fi.
obligationis diffinitio 43,b & obligationum diuiſio ibid.
obligationes an pacto conuento diſſoluantur 929,b
obligationum diuiſio 714, a Et vnde naſcatur obligatio & quomodo contrahatur 715,b Et quæ obligationi extrinſecus accedant 715, a Item perſonæ inter quas contrahatur obligatio 716, b Et quomodo tollatur 717,a
Obſcuritas plerunque non culpæ ſcribentis, ſed inſcitiæ non aſſequentis eſt aſſignanda 59,b
Obſides an liberæ ſint conditionis, & an teſtari poſſint 318,a
Octauarii qui dicti 607,a
Octophorum quid 492,b
Oculis alienis geſta haud facile ſuccedunt 127,a
Officium eius cui eſt mandata iuriſdictio 24,a
Item diſcrimen inter iudicem datum, & eum cui mandata eſt iuriſdictio ib.b
Opera quid ſit 443, a & b.910,a
Operæ libertorum artificiales & officiales 910,a
Oratio Franc. Duareni recitata in cooptatione Nicolai Buguerii 1114,a
oratio Franc. Duareni habita in cooptatione D. Hugonis Donelli 1112,a
Ordinationes ſacræ, & cur olim abſolute quenquam ordinari vetitum ſit 1162, a, b.
Et quid apud veteres Latinos erat ordinari 1162,b in fi.
Ordo triplex ſuccedendi iure Romano 1129,a
Origo iuris ex Pomponio 4,b
Oſculo an pudicitia mulieris delibetur 253,a & ſuper hoc Manii exemplum ibid.b
Oſtiarii, Lectores, Exorciſtæ, Acoluthi & ceteri omnes, qui clerici appellantur: & vnde mos tondendi capitis ortus ſit, atque conſuetudo canendi in ſacris ædibus 1160,b

P

Pacem & inducias facere, quibus & quo iure liceat 51,b
Pacta cum hoſtibus inire vtilitatis ergo, & ſeruare debet princeps & belli duces 50,b
pacta, quæ dolo malo fiunt, non continuo contra leges fieri notandum eſt 59,b
pacta dotalia 253,b
pacta & conuentiones, ad quem finem ſint introducta 191,a
pacta legitima cur & quæ dicantur 52,a
Paciſcendi modus, & de effectu & poteſtate pactorum 40,b
Pactio ſimplex & nuda quid boni adferat 43,a
pactio quid 44,b
pactionis effectus & finis 45,b
pactum quod non parit actionem, parit exceptionem 40,b & 43,a
pacto nudo an dominium transferatur 41, à pactoque actio, aut obligatio iure non tollitur. pacta enim ſic iuſta ſunt, ex Cicerone, vt iuri præſtare dicantur ibid.
pactum generaliter conceptum quid operetur 41,a Et an actionem pariat pactum 40,b in fin. 41, a & pactum ad tempus quid operetur 41,b pactum à quota parte litis inter cauſidicos & litigatores 40,a pactum conuentum cur Cicero à ſtipulatione ſeparet 45,a pactum quid à pollicitatione differat 45,b pactū quodcunque in traditione rei factum fuerit, valet 40,b pactum ambiguum vel obſcurum 42,a
pactum quid ſit & eius etymon 38,
pactum pro ſcriptura quandoque ſumitur, ſicut & ſtipulatio 61,a
pactum de ſucceſſione futura 40,a
pactum nudum, & veſtitum (à barbaro hominum ineptiſſime conficto vocabulo) 56,a
pactum perſonale vel reale 60,a
pactum perſonale cum perſona extinguitur 41,b
pacti taciti vis eadem quæ expreſſi 42,a
pactorum diuiſiones plures 38,b
Et quæ perſonæ poſſint paciſci 39,a
De quibus item rebus paciſci poſſumus 39,b
Pago verbum antiquum, vnde pactum & pax 44,b
Pandectæ an aliquid contrarietatis contineant 2,a
Pandectarum iuris inſcriptio, & cur ſic dictæ & earum præſtantia 1,a
Et cur Digeſta vocentur ibid.
Quis eas compoſuerit, & quando ibid.b
Pandectarum ſeu Digeſtorū partitio 312,a
Pandectarum compoſitio, methodus ac ordo 152,b
Pandectarum numerus verſuum 2,a & earum diuiſio ibid.
Pandectas iuris Duarenus vocat Centones 2,a
Pandectis commentarios applicare vetitum, & quare 2,b
Pandectarū libri clypeo Herculis collati 1,a
Panegyricæ orationes cur, more maiorum, fiant quotannis 1113,a
Pannicularia damnati cur non confiſcantur 838,a
Pantagruelinus iudex, qui omnia ſorte dirimebat 158,b
Papa an poſsit gratiam exhibere ei, qui iuramento ſe adſtrinxit 215,b
Papiniani Iuriſconſulti mors 254,b
Papirius Fabianus naturæ rerum peritiſſimus 267,a
Paradoxa quædam publice diſputata Biturigibus 215,b & 216,a

paradoxum quoddā de pacto à calumniatoribus defenſum 1062,b
Parentum animaduerſio in liberos qualis eſſe debeat 12,a
Et exemplum notandum ib.
Paret verbi ſignificatio 55,a
Par in parem an habeat dominium 140,a
Pares curiæ qui dicantur 1127,a
Pariare quid ſit & pariatio, & pariator 916,b
Paridis pantomimi & Domitiæ exemplum 898,a
Paries communis, & quid liceat in eo facere, & quid minime 193,a
Parricidarum pœna 831,a
Parochi etymon 1039,b
Pars acquiſita, & poſtea amiſſa, an deficere hic dicatur, vt accreſcat alteri 1087,b
pars deficiens quomodo accreſcat & an inuito tantum accreſcat 1088,a
Et an pars deficiens cum onere ſuo accreſcat, & an inter caduca, &c. 1088,b
Item pro qua parte accreſcat hæreditas, aut res legata, cohæredi vel collegatario 1089,a
Partus an naſci poſſit decimo & vndecimo menſe 354,a
partum ventrem ſequitur 937,a
partus legitimi opiniones variæ 5,b
Paſtorum crimen quid ſit in reſcripto Diocletiani 1065,b
paſtorum eccleſiaſticorum ignauia ab Ezechiele deſcribitur 1207,a
Pater an filium vendere poſſit 12,a
pater plus iuris habet in filium, quam dominus in ſeruum, & quare 123,a
pater an poſſit detrahere Falcidiam, & quid vocetur hic Falcidia 500,a
patri an lege permittatur tutorem dare filiis ſuis 123,b
Patria poteſtas Romano iure quænam ſit 911,a
patriæ poteſtatis ſoluendæ modi 15,a
patriæ poteſtatis effectus, in quo conſiſtat 12,a
Patriciorum dignitas 16,a
Patronorum duo genera 1186,b
Pauli Iuriſconſ. ſcribendi genus obſcurum, implicatum ac tortuoſum 783,b
Pauperes facile corrumpuntur 948,a
Pax an à ducib. belli citra principis, aut populi conſenſum conſtitui poſſit 51,a
Peculatus crimen quid ſit 819,a & 833,a
Peculium quid ſit 978,a
Quo tempore duret actio de peculio 981,a
peculium caſtrenſe, & quaſi caſtrenſe, & profectitium, item & aduentitium 978,b
Pecunia nautica quæ ſit 775,b
pecunia numerata nihil certius eſt 920,a
pecunia chirographaria, quid ab ea, quæ debetur cum pignore, differat 963,b
pecunia quando conſumpta dicatur 881,a
pecunia vnde dicta, & quæ nomine pecuniæ contineantur 984,b
pecuniæ varia acceptio 896, & 997,a
pecuniam pretium eſſe debere, non mercem 831,b
pecuniam ciuitati ſurripiens, an crimine peculatus teneatur 1069,b
pecuniam in zonis portare, mos erat veterum: hinc zonarii ſectores, id eſt, crumeniſecæ 838,a
pecuniarum quæ ſumma pro annatis hinc Romam exportatur 1212,a
pecunias ex magiſtratibus colligere, principum iniquitatis & finis eſt 1196,b
Pedanei iudices qui dicantur 155,a
Penſiones annuæ quæ beneficiis tanquam ſeruitutes quædam imponuntur 1196,b cum ſeq.
Et an ſint Eccleſiaſtica beneficia 1197,b
Penus ruſtica, & vrbana, quid differunt 48,b
Perduellionis crimen quid ſit, & cur perduelles olim hoſtes dicebantur 826,b
Peregrini quid à ciuibus Rom. differrent 552.b & 553,a
peregrinus ex teſtamento nihil capere poteſt 122,b
Periculis memorandum dictum de non dicendo pro amico falſum teſtimonium 1041,a
Periurium temerarium quem vltorem habeat 823,a
periurium, & quis periurus dicatur 215,a
Peierare & periurii latebræ 215,a
Eius ſupplicium ibid.b
Periurus quis ſit, & quid peierare, ex Cicerone 873,a
Item periurii pœna qualis ibid.
Periuriis quomodo aperiatur via 115,a
Permutatio beneficiorum 1206,a
Perpetui varia acceptio 257,a
Petere extra ordinem quid ſit 1012,b
Peti male quid ſit 49.b
Phaleratus teſtis quid ſit Galeno 618,b
Φιλοσεσία quid ſit 934,b
Pignoratio, quam barbari doctores repreſaliam ſeu Marquam vocant, à Iuſtiniano vetita 923,a
Item quomodo pignorationis ius impetretur: & quatenus eo vtendum ſit ibid.
Pignoratitia actio contraria quid ſit 966,a
Pignus quid ſit 958,a
Et pignoratitia actio ibid.
Item quot ſint pignorum genera ibid.b & ſeq.
Pignoratitia actio duplex: & quid differat ab hypothecaria 959,a & b Et quid in hanc actionem veniat 961,b
Pignus an mutuo accedat 886,a
pignus de quibus rebus contrahatur 963,b
Πίστις quid ſit 934,b
Πύλωροι qui dicantur 1161,a
πλαγιὸς, pro doloſo 1068,b Et de pœna plagiariorum conſtitutio emendata ibid.
Plauti dictum de fœminis 56,b
Plebs quibus modis moueatur 1184,a
plebs miſera famelica eſt doctrinæ diuinæ, & qua ratione 1207,a
Plena, plenioris, & pleniſſima ſecuritatis, ineptiſſima vulgaris diſtinctio 102,b
Plinii Cæcilii calumnia in Chriſtianos 1162,a
Plus valere quod agitur, quam quod ſimulate concipitur, quomodo intelligendum 239,a & 945,b
Pœna poteſt demi, culpa perennis erit 839,a
pœnæ & coercitiones eccleſiaſticæ quales ſint 1152,b
pœnæ molliendæ potius quam exaſperandæ 78,b
pœnæ atque iudicia aduerſus fures 816,b 817,a
pœnæ cur nocentibus infligantur 836,b & modus in puniendo ſeruandus eſt 837,a
pœnam quando ſtipulamur & quare 148,b
pœnarum genera varia, & qui pœnam imponere poſſit 837,b 838,a
Ποιεῖν & πράττειν, quid differant 1054,b
Pollicemur ſponte, promittimus autem rogati 46,b
polliceri à promittere quid differat 141,b
Pollicitatio quid ſit 609,a
pollicitatio olim quomodo & à quibus fiebat 45,b
Polygamia quando, cur, & quibus permiſſa, & an Pauli Apoſt. temporibus, cum epiſcopis hanc libertatem adimit 250,a
Politica ſeu ciuilis gubernatio, an à Deo ſit conſtituta 1154,b
Pomponii iuſiurandum 215,a
Pontifex vnde dicatur 1164,b
pontifex an & cur errare non poſſit 120,b
pontifex Romanus primi anni fructus integros beneficii collati percipit 1196,a
pontificum diplomata, quæ vacantium beneficiorum nomine impetrantur 1193,a
Populares actiones quæ dicuntur 823,b
Populus an legem conſtituat 360,b
Porca quid ſit 605,a
Portiæ dictum de pudicitate 1182,a
Portio accreſcens, qua actione petatur 1089,b
Poſſeſſio quid ſit 1036,b cum ſeq.
poſſeſſio longa in feudis quæ ſit 1128,a
poſſeſſio rei immobilis, quando amittatur 645,a
poſſeſſio quid ſit 613,b & quid naturaliter poſſidere ibid. & 614,a & 618,b 619,a
Quemadmodum acquiratur poſſeſſio 614,a & quemadmodum amittatur, ibid.b
Effectus poſſeſſionis quis ſit 615,a
poſſeſſionis etymon 618,b
Poſſidere iuſte quis dicatur 654,a. 658,a
Poſthumus ſi præteritus ſit in teſtamento, an rumpat teſtamentum 348,a
Et quis dicatur poſthumus ibid.
Poſthumorum genera ibid.
Poſthumos qui inſtituere poſſint 348,b
poſthumi ſui & alieni, ad formulam Aquilianam diſputatio 1072,b cum ſeq.
poſthumi prætertio & incertitudo natiuitatis eiuſdem impediunt ſuitatis ius 364,b
poſthumum qui inſtituit, inſtituit ex ſe naſciturum 349,a
poſthumorum inſtituendorum ratio 349,b cum ſeq.
Poſta quid, & cur à principe diploma impetretur ad vſum equorum publicorum 787,b
Poſtulare quid ſit, qui omnino poſtulare prohibeantur: qui prohibeantur pro aliis poſtulare. Item qui ob turpitudinem ſuam à poſtulando pro aliis repelluntur: & qui non niſi pro ſe & certis perſonis poſtulare poſſunt: & de effectu prohibitionis 66,b 67,a.b
Poſtulatio ad ſacra miniſteria promouendis neceſſaria eſt 1185,a
Poteſtas quam habet princeps circa miniſteria eccleſiæ 1155,b
Poteſtatis verbum quam late pateat 325,b 326,a
Pragmatica Gallorum ſanctio, & à quibus oppugnata, euulſa ac labefactata 1191,a.b
Precarium quid ſit 652,a
precario poſſidens ab alio, aduerſus eum vſucapere non poteſt 200,b
precarium quid, & quid à commodato differat. Quæ res precario concedantur: & de effectu precarii 710,a.b

Cui & contra quem detur 710,b
Prædia ruſtica vel vrbana an in dotem dari poſſint 103,a
Prædoni ſolutũ quando repetatur, & quando non 905,a
Præfecti vigilium officium 19,a
præfecti Auguſtalis officium, et eius origo 19,b
præfecti vrbis imperium & dignitas 18,a
præfectorum prætorio genera varia, & eorum poteſtas 17,b & 18,a
Præiudicium quid ſit, & cui in præiudicio incumbat probatio 940,a
præiudiciũ quid ſit, ſeu præiudicialis actio 1059,b
Prælectiones Duareni in tit. De operis noui nunc. 588,a cum ſeqq.
Presbiteri conductitii qui ſunt, & an eis eccleſia committenda 1206,b circa fi.
presbyterorum varia genera 1156,b
Præſcriptio quid ſit 654,b 657,a
præſcriptio fori quid ſit 167,a
præſcriptio an hodie noceat minoribus, & an aduerſus eos currat 111,b in fi.
præſcriptiones temporum à momẽto ad momentum computamus 84,a
præſcriptus verbis agere quid ſit 57,a
Præſides de quibus quæſtionibus responderent 164,a
præſidis appellatio generalis & ſpecialis, & eius officium 20,a
Præſumptio quid differat à fictione 940,a
præſumptionis vis in criminalibus 231,a.b
Prætoriæ ſtipulationes quæ ſint, quomodo interponantur, & quis earum effectus 814,a.b
Prætor quid à iudice differat 654,a
prætor olim dabat actionem 39,b
prætor cur iuris ciuilis cuſtos dictus 128,b & viua iuris vox ibid.
prætoris erat extraordinaria cognitio Romæ, proconſulis vero in prouincia 94,b
prætoris officium in danda exceptione, aut deneganda actione 211,a
Et quæ actio denegari debeat ibid. b.
prætoris officium ab officio iudicis diſtinguitur 54,b
prætoris officium 18,b & 141,a
Præuaricatoris qui ſint, & vnde ſit præuaricatoris nomen in forum translatum 821,b
Princeps an ſolutus ſit legibus 6,a
princeps ſi ſententiam dixerit, num alius magiſtratus poterit reſtituere 119,b circa fin.
princeps an contrahendo, paciſcendoq; cum ſibi ſubditis hominibus obligetur 50,b
Nihil in principe diuinius quam promiſſorum conſtantia ibid. & ad hoc Iſocrates dictum ad Nicoclem regem ibid.
princeps an pace facta cum hoſtibus, priuatorum damna, &c. ob cauſam belli accepta, remittere poſſit 50,b
principis poteſtas 8,b cum ſeq.
principes ſeu magiſtratus an imperium & poteſtatem habeant in eccleſiam, vel res aut perſonas eccleſiaſticas 1154,b
principum ignauia & inſcitia 1039,a
Primipilus quis, & primipilaris cauſæ priuilegia 920,b & 922,b
Primitiæ quid ſint 1199,a
Primoribus digitis attingere quid ſit 54,b
Priuilegiarii qui ſint in aula regia 139,b
Probandi tempus & vter prior probare debeat 237,a
probandi onus cui incumbat 231,b
Probare quando poſſeſſor debeat, vel non, & de quodam poſſeſſionis modo 234,b
probare apud Latinos quid ſit 934,b
probatio quid ſit ibid. quibus conſtet, ibid.
probatio leuis vel ſuſpicio 936,b
probatio quid ſit 227,a & probare ibid. b & probationis diuiſio 228, b. Item de veriſimili probatione 229,a. Et quid leuis probatio 203,a
probatio an permutatur contra fictionem iuris 233,a. Et quando probatio incumbat actori, atq; reo, & quando is qui negat, probare debeat ibid.
probatio veriſimilis ſeu credibilis quæ ſit 935,a.b
probatio quibus incumbat, & quibus non 938,a
Et quo tempore probandum 941,a
probatio aduerſus negantem quod ſcripſerit, difficilis eſt 942,b
probatio ei incumbit, qui dicit, non qui negat 108,a
probatio quæ per coniecturas fit 935,b
probationis diffinitio & diuiſio 934,b. 935, a. & 1040,a
Probi Imperatoris geſta in latrones 1066,a
Proconſulis officiũ, dignitas ac poteſtas 19,a
Proculi locus obſcurus, c. 44. ti. de adoptio. explicatus 1067,a
Procurator quis ſit 1009,b & 1010,a
procurator Cæſaris, qui rationalis 68,b
procurator in rem ſuam quis ſit 995,b
procurator quis dicatur 68,b
procurator an poſſit adire hæreditatem noſtro nomine 450,a
procurator fiſci Rationalis dictus 922,b
procurator Cæſaris, & eius munus 20,a
procurator quid ſit 68, b quomodo conſtituatur: qui dari procuratores poſſint 69, a qui procuratores dare poſſunt: & qui dare procuratorem prohibeantur 70,a cum ſeq.
procuratoris officium nomine alieno agentis 71,a
Item de officio procuratoris, eius qui conuenitur 71,b
Item de his quæ pertinent ad officiũ procuratoris tam actoris quam rei, ibi. cum ſeq.
procuratoris officium vile cur dictum eſt 1011,b
procuratoris Cæſaris cognitio inter priuatum & fiſcum 120,a
procuratorum genera 68,b
Prodigus, cui bonis interdictum eſt, an poſſit ſtipulationem contrahere 730,a
Et an habeatur pro furioſo in adminiſtratione bonorum 730,b
prodigus quis ſit, & quid à furioſo differat 316,b & 317,a
Producere aduerſarium quid ſit apud Vlpianum 1034,b
Profeſſio quid, cur fiat, & quid iuuet 937,a
profeſſio ac denunciatio, quam Inſinuationem vocant 1194,a
profeſſio cur in æde Saturni olim fiebat à parentibus de liberis ſibi natis 115,a
Fit & hodie huiuſmodi profeſſio, cum baptiſantur pueri ibid.
Πρόληψις quid ſit 935,b
Promittere quid proprie ſignificet 46,b
promittere & conſtituere quid differant 928,a
Promouendus ad ſacrum beneficium, quibus ſacris initiandus ſit 1180,b
Προπετῶς μὴ ὀμνύναι, fuſtibus caſtigando periuro ſuperindici iubetur 873,a
Propoſitio erroris quid ſit 95,a
Propoſitũ quod operatur in propoſito, idem operatur oppoſitum in oppoſito 489,b
Proſcripti qui ſint 838,b
Prouincia quid ſit 169,a
Prudentis non eſt, vbi cauſa bona eſt, compromittere 86,b circa fin.
Pſalmos Dauidicos cantandi in duas partes, diuiſis canentium cœtibus, morem quis induxerit 1162,a
Ptolamei Philadelphi bibliotheca inclyta, & certamen literarium quod dedicauit 1107,a
Publica vis ac priuata à iuris auctoribus cur dicitur 1038,a
Publicanorum ſæuitia, & qui dicantur publicani 606,b
Publicum vnde dictum, & quid ſit 941,b
Pueri teſtimonium parum tutum, contra Seniani ſententiam 948,a
Pugnare inſidiis & cuniculis quandoq; tutius eſt, ac licitum, quam aperto marte 44,a
Pupillus quis dicatur 789,b in fin.
pupillus vbi educari debeat, & de alimentis ei præſtandis 307,b
pupillus an naturaliter obligetur 716,b
pupilli obligatio an valida 909,b
Purum dari iudicium, & cum exceptione quid ſit 55,a

Q

QVandoque, dictio, apud veteres quid ſignificabat 128,a
Quantitas quid ſit apud Iuriſconſultos 1032,a
Quantitas certa vnde dignoſcatur ab incerta 888,b
Quatenus & hactenus dictiones 1034,b
Querela inofficioſi teſtamenti, cui & aduerſus quem detur 174,b
Et quibus competat 176,a
Quæ non proſunt ſingula multa iuuant 937,b
Quæſtio omnis inter litigantes agitata, aut iuris eſt, aut facti 227,a
Quæſtio maior minorem ad ſe trahit, quomodo intelligatur 163,a
Quæſtio facti quid ſit 791,b circa fi.
Quæſtio quid ſit; & cauſæ quæſtionis 836,a
Quomodo habenda 836,b
Quæſtores belli apud Frãcos, qui ſint 920,b
Quæſtorum varia genera, & eorum munus 18,b
Qui ſtatuit aliquid parte inaudita altera, æquum licet ſtatuerit, haud æquus fuit 693,a
Quiſquis, dictionis ſignificatio 482,a

R

RAbattre le defaut quid ſit 165,a
Ratiarius vnde dicatur 963,b
Ratihabitio omnis retrotrabitur, & confirmat ea, quæ ab initio ſubſequuta ſunt 117,a
Ratiocinatio quid 6,b
Rationalis dicitur & curator Cæſaris, item diſpenſator, & procurator priuatæ rationis 106,a
Ratio reſtituendi minoris 95,a
Ratio & æquitas in interpretatione iuris dominari debent 211,b
Receptor quis dicatur 863,b
Receptatorum ſupplicium 822,a

Reci-

Recipere quid ſit apud veteres Latinos 151,a
Redemptores litis qui dicantur 1012,b
Reditus & obuentiones epiſcoporum 1200,a
Regia diplomata libellorum magiſtri concedunt, ad ſecuritatem minorum 87,a
Regis præcipuum munus 1209,b
Regula quid 58,b
regula brocardica fallax 140,b
Regularum opifices relinquendi, & puriſſima veterum Iureconſultorum doctrina amplectenda 534,a
Relegatis an ſuccurrendum, & quo medio 127,a
Relegatorum bona an eis adimantur 839,a
Religio ac pietas cuius ſint iuris 3,b
Reliquatores qui ſint 607,b
Remedium reſcindens & reſciſſorium, ſintne coniuncta an ſeparata 85,b
remedium reſciſſorium & remedium reſcindens 134,b
Rem ſaluã fore qui promittit, an omne periculum ſubeat etiam fortuiti caſus 152,a
Renouellement d'vſures, quand on cõuertit les arrierages ent ſort principal 686,a
Reparare verbum quid ſit 1033,b
Repreſalia quid ſit 923,a
Reputationes quæ fiunt in iudicio in integrum reſtitutionis 120,b
Et quid ſit reputatio ibid.
Requeſtes ciuiles quid ſit 164,b
Rerum diuiſio & qualitas 15,a
Res non ſolum corpore, ſed etiam intellectu diuiduntur 723,b
res pro derelictis habitæ, nobis an acquiri poſſint 620,a
res fungi quando dicatur 877,a
Reſpublica an poſſit hæres inſtitui 509,a
reſpublica quibus maxime contineatur 836,b
reipublicæ nomine quid leges & edicta prætorum intelligant 126,a
Reſcriptum quid 9,b
Reſtitutio cur auxilium dicatur 111,a
reſtitutio an plenior ſit indulgentia 839,b
reſtitutio tantum pertinet ad minimam capitis diminutionem 124,a
reſtitutio rei quæ data eſt turpiter, an in cõdemnationem veniat 901,b in fi.
reſtitutio an detur contra manumiſſionem 81,a
reſtitutio vberior eſt, quam appellatio 95,b
reſtitutio apud quos magiſtratus ſit poſtulanda 89,b
reſtitutio in integrum quibus cauſis neceſſaria non eſt 110,b
reſtitutio prætoris quid à reſtitutione principis differat 99,a
reſtitutio quibus deneganda ſit 113,b
reſtitutio an detur aduerſus curiam parlamenti, à qua tamen non poteſt appellari 119,b
reſtitutio militum, & eorum qui reipubl. cauſa abſunt 127,b
Cõtractus cum nullus eſt, ceſſat reſtitutio in integrum 92,a
reſtituere quid ſit 92,b
reſtitutio in integrum concurrit aduerſus eum, cum quo contractum eſt, & actio tutelæ aduerſus tutorem vel curatorem ſi minor ſit læſus 92,a
Tempus legitimum intra quod reſtitutio peti debeat ibid.
reſtitutionis cauſa varia 79,a.b
reſtitutionis cauſæ plures & quæ ſint 124,b
& ex quibus cauſis maiores 25. annis in integrum reſtituantur ibid.
reſtitutionis in integrum cauſa in quo loco ſit agitanda, & apud quem magiſtratum 119.cum ſeqq.
reſtitutionis vis quæ ſit 121,a
Et an reſtitutionis in integrum cauſa agi poſſit per procuratorem ibid.
reſtitutionis auxilium perſecutionibus pœnarum non eſt paratum 127,b
reſtitutionis cauſa pendente, an quid noui fieri poſſit 121.b
reſtituere in integrum cuius ſit 74,b de foro in quo conueniendus eſt is, contra quẽ petitur in integrum reſtitutio 75,a
Item an iudex delegatus poſſit in integrũ reſtituere 74,b
Et præcepta quædam generalia circa reſtitutionem in integrum obſeruanda 75,b
reſtitui qui petit in integrum, allegat errorem ſuum & ſimplicitatem 119,b
Qui autem appellat, dicit inique iudicatum ibid.
Cum nihil allegatur aliud niſi patrocinium ætatis, & infirmitas conſilii propter iuſiurandum præſtitum, nõ reſtituitur, & quare 96,a
Retentionis ius 908,a
Reticentiæ pœna ex Cicerone 193,b
Retractus linearum, Gallice Retraict. lignagier 236,a
Et quid ſit 1019,a
Reus quid ſit, reatus, &c. 1041,a
reus vbi conueniendus ſit 168,a
reus quis dicatur, & quid ſit reus ſtipulandi, & quid reus promittendi 808,a b
Eorum effectus 808,b
Rex an ius conferendorum beneficiorum in Gallia habeat: & vnde id ius quod Regalia dicimus, ortum habuerit 1176,a
Rhodus vbi ſita, & eius encomia, & naualis diſciplina & quanto in pretio fuerint huius vrbis leges ex Antonino & Auguſto Impp. 971,a
Roma cur à Plinio penſilis dicta, & ſubternauigata 1036,a
Romam communem omnium patriam eſſe ex Cicerone 169,a
Romana Eccleſia à quibus tantopere ditata fuerit 1197,b & 1212,a.b
Romana paupertas ditata, quorum malorũ cauſa fuerit 1170,a
Romanam ciuitatem hominibus barbaris dare potes: nominibus barbaris non potes, dixit Pompo. Marcellus Tiberio 484,b
Romanæ reipublicæ initium 4,b
Et origo magiſtratuum ibid.
Romani epiſcopi olim ordinatio 1172,b
Romani ciues qui dicantur 11,a
Romani fidem colendo tam publice, quam priuatim ad ſummam poteſtatem peruenerunt 51,
Romani ante leges conditas quomodo regebantur 4,b
Romanorum veterum circa iuſiurandum religio 205,a b
Romanus pontifex quo pacto ordinari & eligi debeat 1172,a
Romanus potifex, an legibus ſolutus ſit 1170,a
Romuli imperium quale 4,b

S

Sacerdos vniuiria 1182,a
Sacerdos ſi arbitrium ſuſceperit, à quo cogi poſſit dicere ſententiam 144,b
ſacerdotes olim aurei ligneis vaſis vtebantur: nunc vero lignei aureis vtuntur 1170,a
ſacerdotes beneficiarij vſufructuariis comparari ſolent 283,a
ſacerdotum creandorum ratio apud veteres Romanos ante Chriſtianiſmum 1184,a
ſacerdotum Ægyptiorum priuilegia 1202, b in fine.
Sacramentorum & aliarum rerum nomine, an quid exigere liceat contra veteres canones 1200,b
Sacrilegium quid ſit: eius pœna 833,b
Sal an renaſcatur & creſcat 267,a
Saliorum munus, & vnde dicti 1166,b
Saluianum interdictum quid differat ab actione Seruiana 711,b
Salus populi ſuprema lex eſt, ex Cicerone 42,b
Satisdare quis dicatur 932,b
ſatiſdare qui cogantur 34,a
Et qui non ibid.b
Scæuolæ Iuriſconſulti commendatio, & quo tempore vixerit 791,a & 793.a
Scæuolæ mos in ſuis reſponſis 149,a
Scæuolæ reſponſum c. 78. ad Trebell. ad ius accreſcendi non pertinet, aduerſus aliorum opinionem 1094,a
Scæuolæ à Cicerone commendatio 50,a
Scæuolæ reſponſum explicatum ſub titu. de ſeruit. vrb præd. 1042,a
Scheda quid, & σχεδίασμα & σχεδιάζειν 944,b
Scholaſticorum priuilegiorum conſeruatores 92[illegible],b
Et eorum à vectigalibus immunitas ibi.
Scire leges quid ſit 6,b
Scriptio an memoriæ officiat, & quare 1031,b
Scriptorum diuiſio 45 a
Scriptuarii ſeu tabelliones, ex Feſto, qui ſint 608 a
Scripturæ diuerſæ & repugnantes 944,a
Senatores qui, ac ordines pop. Romani 16 a
eorum munus, dignitas, amplitudo, ibid. cum ſeq.
ſenatoris filium habendum eſſe, qui natus eſt ante ſenatoriam dignitatem 1070,b
ſenatus Romanus olim terræ conſilium dictum 51,a
Senatuſconſultum Macedonianum vnde dicatur, cur & à quo factum ſit 983,b cum ſeq.
Eius exceptio & effectus 984,b & 985,a
Senatuſconſ. Macedonianum cur factum eſt 108,b
Et ad quos contractus pertineat ibid.
Senatuſconſ. Sillanianum & Claudianũ de non aperiendis teſtamentis 473,a
Senatuſconſ. Velleianum in gratiam mulierum factum 87,b
Seneca dictum de iudice & arbitro 143,a
Item Ciceronis ibid.
Seneca dictum de Nerone cupiente neſcire literas 1031,a
Sententia lata aduerſus minorem abſentem, & veluti contumacem an reſcindatur per reſtitutionem in integrum 94,b
ſententia proprie dicitur, qua negotium finitur 143,a
Et an pronuntiatio arbitri ſententia dici poſſit ibid.

ſententia ſi feratur contra receptum ordinem iudiciorum an ſit valida 9..
ſententia qua teſtamentum infirmatur 18..b
Et de his quibus prodeſt ſententia contra teſtamentum lata 18..b
Et quibus nocet hæc ſententia 182,a & ſeq.
ſententia pro teſtamento lata 184,a
ſententiæ item diuerſæ pro teſtamento & cõtra teſtamentum 185,b
Sectæ Iurecconſultorum vt philoſophorum 795,a
Separatio quid, & qui eam, & ob quas cauſas impetrare poſſit 704,b
Et à quo & quomodo impetranda ſit, & eius effectus 705,a
Sepeliendi ius, dominii cuiuſdam loco debetur 190,b
Sequeſtratio quid ſit, & an ſpecies ſit depoſiti 1005,b.1006,a
ſequeſtratio bonorum cur & quando fiat 279,a
ſequeſtratio quid, & quid à Depoſito differat 895,b & 896,a
Et vbi fieri debeat ſequeſtratio pecuniæ 896,a
Securitas, quictantia, apocha, idem 993,a
ſecuritas populi Romani quid valeat apud Vlpianum, &c. 1068,a
Seruiana actio 49,a b & quaſi Seruiana 49,b
Seruire dicitur res vel alteri rei, vel perſonæ, &c. 187,a
Serui apud veteres reformidati, & quot ſeruos quis habebat, tot hoſtes ſe habere putabat 1021,b
Seruitus quid 10
Et ſeruorum diuiſio ibid.
ſeruitus voluptatis & amœnitatis gratia, an conſtitui poſſit 189,a
ſeruitus omnis res eſt incorporalis, & in iure conſiſtens 187,b circa fin.
ſeruitus an religioſo loco adquiri poſſit 199,b
ſeruitus cur & à quibus introducta 909,a
ſeruitus an & quomodo in alium transferri queat 191,b
Et quomodo extinguitur & confunditur 19.,b
ſeruitus luminis quid ſit 192,a
Et nihil iniferre, oculoſue, an pedes in alienum inferas, ex Xenocrate ibid.
ſeruitus cui conceditur, ei quoque omnia cõceſſa videntur, ſine quibus ea vti non poteſt 194,a
ſeruitutis ne luminibus officiatur, & ne proſpectus offendatur differentia 19.,a cum ſeq.
ſeruitutis varia ſignificatio 178,a
Diuiſio ſeruitutum ibid. cum ſeq.
Definitio ſeruitutis impoſititiæ realis, & de eiuſdem diuiſione 187,b
ſeruitutem qui poſſit imponere 188,a
ſeruitutem fundi venditi celans, qua actione teneatur 193,b
ſeruitutes vrbanæ cur fauorabiliores ruſticis 19.,a
ſeruitutes omnes certo tempore non vtendo pereunt & amittuntur 192,a
ſeruitutes ruſticorum prædiorum 196,a.b
ſeruitutes ſoli, & ſuperficiei quæ ſint 188,a
ſeruitutes vrbanorum prædiorum 192, 193, 194, 195
ſeruitutes quemadmodum amittantur 203, b & ſeq.
[illegible] 190,a in fin.
[illegible] 805,b & 806,a
Serui [illegible] quid differant 48,b
Quæ de ſeruis in iure dicuntur, ad quos referri [illegible] 799,a
ſeruus alienus [illegible] cui acquirat ibid.
Communis item ſeruus an omnibus ſtipulando acquiriat ibid. cum ſeq.
Proprius autem ſeruus quod ſtipulatur, domino acquirit 799,b
ſeruus hæreditarius, & fructuarius quib. acquirant ſi ſtipuletur ibid.
ſeruus an factionem teſtamenti habeat 318,a
ſeruus vicarius & ordinarius 978,b
ſeruus dotalis manumiſſus à marito, an valeat manumiſſio facta voluntate vxoris 281,b
ſeruus quis ſit 1040,b
ſeruus naturaliter quomodo obligetur 909,a
ſeruus an mutui obligationem domino acquirat 882,b
ſeruus manumiſſus an poſſit conueniri ex eo quod geſſit in ſeruitute 923,b
ſeruorum olim quam miſera conditio 836,a
Seſtertii nummi æſtimatio 886,b
Seueri dictum cum aliquem emendaret 226,b
Seuitia in ſeruos coercenda 281,b
Si dictio, pro niſi, ex Goueano 86,a & 481,b
Sicarii qui & vnde dicti 829,b
Siciliæ mores in materia feudorum 1131, b
Sigiſmundi Imperatoris zelus ad ſedandã diſſidia ac motus ingentes eccleſiæ, ob tres Romanos pontifices, & quid tandem effectum eſt 1191,a
Signatores qui ſint 949,b & 1041,a b
Silentium quid ex Euripide 13,b
Simiæ appoſitum exemplum de catulo ſuo pulchello amiſſo 50,b
Simplex ſaiſine quid ſit 921,a
Σωματισμα quid ſit Iureconſultis 1005,b
Syndicus an poſſit iusiurandum deferre 863,b & cum ſeq.
Singularia præcepta circa rem vxoriam 256,a.b
Synodus & ſynodorum tria genera 1158, a.b & an Rex aut Imperator aliquando adfuerint, aut præfuerint ſynodis 1159,a
ſynodi cur ſingulis annis indicantur 1157,a
Societas quid ſit 1014,a cum ſeqq.
Quomodo contrahatur, & quibus modis diſtrahatur 1015,a & b
Et de actione quæ ex contractu ſocietatis oritur 1016,a.b
Effectus & qualitas huius actionis 1017,a
Et quid ſocietas leonina 1015,a
Socratis ſententia de legibus, quæ probandæ ſint [illegible] b
Solennia quæ dicantur 75, b quid [illegible] ne ſpatium, vel tempus ibid.
Solonis præclarum reſponſum de optimis legibus 8,b
Solum cuius eſt, eius eſt vſque ad cœlum 192,b
Soluere plus quis dicatur 63.
Solutio quid ſit 811,b quid ſolui debeat, ib. & vbi ſolutio fieri debeat, à quo fiat, & cui fieri debeat 812,b
Eius effectus 813,a
Soluto matrimonio verbum non modo diuortium, ſed etiam mortem continere ex Titio Imperatore 277,a
Solutum ante conditionem impletam an repeti poſſit 906,a
ſolutum eſſe per errorem quomodo accipiendum ſit 903,a
Sophiſtica ac captioſa argumentatio ſuper verba teſtari & fideicommittere 481,b
Sophiſtarum lepida deriſio 589,a
Sophiſtarum argumenta confutat Duarenus 95,a
Sortem qui accipit, videtur pœnam remittere 927,b in fin.
ſors quid dicatur 1001,b
ſorte an res dirimi poſſit per taxillos 158,b
Spado quid à caſtrato differat 349,a
Spondere & Sponſionis acceptio 895,b
Et ſponſaliorum ibid.
Sponſalia quæ ſint 242,b
Et quomodo fiant ibid.
Et quid à nuptiis differant 242,b & 243,a
Item quales perſonas eſſe oporteat, quæ ſponſalia contrahunt 243,a
Sponſaliorum poteſtas & effectus ibid.
Spes impunitatis, illecebra eſt peccati 40,a
Spurii poſthumii hiſtoria & ignominia 51,a
ſpurii qui ſint 176, a & quid differant à vulgo quæſitis ibid.
Status finitiuus quid ſit 6,b
Stellionatus crimen vnde dictum, & qua pœna puniendum 822,b.823,a
ſtellionatus actio 966,b
ſtellionatus pœna qualis & quanta ſit 215,b
ſtellionatus crimen quando committatur 873,a & quid ſit ibid.b
Stipulatio quibus cum perſonis contrahatur 800,a b.
Et quibus modis fiat 802,b
Eius effectus 807,b
ſtipulatio an ſolum inter præſentes contrahatur 9.1,a
ſtipulatio de vna re facta, ad aliam ap[p]rigatur 767,a
ſtipulatio prætoria quæ ſit 994,a
ſtipulatio quid ſit 795,a cum ſeq.
Quæ in ſtipulatione obſeruanda 796,a
Fidei ſtipulationis 797,a
ſtipulatio de damno infecto, & eius cauſa 602,a.b
Forma huius ſtipulationis 603,b
Quomodo committatur 604,a
Eius effectus ibid.
Item remedia in cauentem prodita ibid.
ſtipulatio inter ſponſum & ſponſam in tempus matrimonii collata an valeat 800,b
Item quo conſenſu fiat ibid.
Et de quibus rebus ſtipulatio contrahi poſſit 801,a cum ſeq.
ſtipulatio habere licere 802,a
ſtipulationis inutilis cauſa 778,b
ſtipulationis etymon 720,a
ſtipulationes cur introductæ ibid.
ſtipulationes item cur introductæ 61,a
ſtipulationum diuiſio 804,a b.805, 806
Anguſtiæ temporis in ſtipulatione contrahenda an noceant 790,a
Strophæ quibus veritas oppugnatur, à cauſidicis 40,a
Stultorum magiſter euentus eſt 117,a
Subrogationes iudiciariæ 1204,b
Succeſſio an vim habeat ſolutionis 531,a

Succur-

Succurrēdum quibus ſit per reſtitutionem 126,a.b

ſuccurrendum eſt neceßitate impeditis, non negligentibus 129,a & 132,b

Subſtantia verbum quid Papiniano 58,a

Subtilitas contra hominum vtilitatem in iure interpretando nihil prodeſt 632,a

Suffetes qui ſint ex Liuio 1150

Suffragia cleri & populi in electionib. Epiſcoporum 1184,a

ſuffragium quid ſit 1068,b

ſuffragium quomodo perperā à doctoribus vulgaribus ſumatur 895,b

ſuffragium quomodo apud aulicos ſumatur 895,b & vnde dicatur ibid.

Et quid ſuffragari ibid.

Subſtituendi pupillariter ratio 387,a

Quibus modis pupillaris ſubſt. finiatur 400,b & 401,a.b

Subſtitutio an potior ſit iure accreſcendi, ob voluntatem teſtatoris 1094,b

ſubſtitutio pupillaris vt valeat, quæ requirantur 387,b

ſubſtitutio quibus tantum ſit 388,a.b

ſubſtitutio pupillaris quæ ſit, & cui fiat 375, b & 387,a

Quibus verbis fiat 377,a

Eius effectus 377,b. 392,b cum ſeq.

ſubſtitutio quid ſit 372,a 374,a. Et an fideicommiſſum recte dicatur ſubſtitutio 393,b

ſubſtitutio quaſi pupillaris quæ ſit 375, circa fin. & quis eius autor 402.b

Cur fiat, & quis ſubſtituere poſſit hoc genere ſubſt. quaſi pupillaris 403,a.b quomodo fiat 404,a. Eius effectus 404.b

ſubſtitutio vulgaris quid ſit 375,b

ſubſtitutio militaris quæ ſit 376,a. 405,a

Eius effectus 405,b cum ſeqq.

ſubſtitutio reciproca 408,b & de eius effectu 409.b

ſubſtitutio an potentior ſit iure accreſcēdi 411,a

ſubſtitutio omnis, an inſtitutio ſit, & quid inſtituti different a ſubſtitutis 411,a.b

ſubſtitutionis diuiſio, & reſponſum Papiniani de militari ſubſtitutione 1062,a

ſubſtitutionis directæ ſpecies 375,b

ſubſtitutionū diuiſio 375,a & 376,b. 377,a

Subſtituto an præferatur hæres hæredis 379,b

Et an coniunctus potior ſit ſubſtituto 380,b

Subſtitutus ſubſtituti mei, ſubſtitut⁹ meus eſt 385,b

Superſtitio ſignum & argumentum eſt non recti & inſani iudicii 96,b

ſuperſtitio quorundam circa iuſiurandum 205,a.b 206,a

ſuperſtitio mira interpretum noſtrorū ſuper probationis definitione 934,b

Superficiarius an dominus vere ſit 188,a

Sumptus præiudiciales an reputātur 961,a

Suum quid vere dicatur 904,a

T

TAberna caſearia quid 1039,a

Tabernarii pro vilibus perſonis 151,a & quam fœdū bibere aut edere in caupona ibid.

Tabularum affigendarum mos alienis prædiis, ex Venuleo, &c. 1074,a

Tacape felix ſuper omne miraculum, riguo ſolo ex Plinio, eiuſq; feracitas 265,b

Et niſi multiplici partu exinaniatur vbertas, pereunt luxuria ſinguli fructus ibid.

Τεκμήρια, ſigna indubitata 935,a

Temere non credere, neruos, atque artus ſapientiæ eſſe, ex Epicharmo 266,b

Tempora reſtitutionis in integrū tam minorum, quam aliarum perſonarum quæ poſſunt reſtitui, quam etiam hæredum eorum 133,b in fin. cum ſeqq.

In definiendo tempore quid præcipue ſit recipiendum 354,a.b

Tempus an poßit prorogari 166,a

tempus legitimum dotis reddendæ quod ſit 281,b

tempus conceſſum ad querelam inofficioſi teſtamenti inſtituendam 110,b an hoc tempus minori currat ibid.

Terra biſera quomodo intelligatur 265,b

terram videre, quid ſit, ex Diogene 790,b

Tergiuerſatores qui ſint 834,b

Terminalis Iupiter cur dictus 823.a

terminorum motores quo ſupplicio afficiēdi (ibid.

Teſſera quid ſignificet 47,b

teſſeræ frumentariæ 168,b

Teſtamentum qua ratione iniuſtum dicatur 365,b quid vere dicatur teſtamentum, ex Modeſtino ibid.

Et quibus cauſis teſtamentum ruptum dici poßit 367, cum ſeq.

Item quot modis irritum fiat teſtamentum 370,b. 371,a & de his quæ in teſtamento delentur 371,a.b

teſtamentum conſummatum & non conſummatum ibid.b

teſtamentum cur publicum dicatur 468,b

Et quemadmodum teſtamentum aperiatur, inſpiciatur, & deſcribatur: & cui competat hæc perſecutio extraordinaria 468,a.b

Item de fine huius extraordinariæ perſecutionis 469,a & de officio prætoris in hoc iudicio 469,a

Et an aperiri debeat teſtamētum hominis adhuc ſuperſtitis ibid.b

Teſtamentum quid ſit 312,b & quid à Codicillis differat 313,b

Item forma teſtamenti conficiendi 313,b 314,a

Et qui teſtamentum facere poſſint aut non poßint 314,b cum ſeqq.

teſtamentum ambulatorium & reuocabile 40,a

teſtamentum in ſcriptis & eius forma 323,b

Item qui teſtes idonei ſint in teſtamento 325, cum ſeq.

Et an qui vetatur eſſe teſtis in iudicio, admittatur in teſtamento teſtis 325,b

teſtamentum facere qui prohibet, aut cogit, in quam pœnam incidat 476,b. 477,a

teſtamentum pupillare quid ſit 400,b

teſtamenti factio publici iuris eſt 122 b

teſtamenti inofficioſi querela cur introducta ſit 171,a.b

teſtamentorum tria genera olim apud Romanos 321,b

teſtamentum nuncupatiuum quid ſit, & quomodo fiat 322,a

Teſtari qua ætate maſculus & fœmina poſſint 84,a

teſtari quid ſit 949,a

teſtari & teſtatio, apud Iureconſultos quid ſit 1041,a

Teſtes qui eſſe poſſint 945,b & mos Gallorum in refutandis teſtibus 946,a

Item qui cogantur eſſe teſtes, & contra 948,b

Et quot requirantur teſtes ad probationem: & quomodo produci, interrogari, teſtificari, & quo tempore debeāt 949.b

Et quanta fides habenda ſit teſtib. 951,a

Et an in cauſa vniuerſitatis, ſinguli ex ea teſtes eſſe poßint 946,b

Examinatio teſtium, ad perpetuam rei memoriam 951,a

teſtes quo pacto interrogandi 241,b

Et iurare debent ſe ſcire, non arbitrari ibid.

teſtes qui eſſe poßint, & qui à teſtimonio repellantur 239,b. 240,241

teſtes quomodo produci, interrogari, teſtificari debeant, & quo tempore 241,b

teſtium ſuperflua multitudo an in iudicio recipienda ibid.

teſtium ab inſtrumentis diſtinctio 237,b

teſtis domeſticus qui ſit 1040,b

Item explicatus Venuleii locus c. 23. de teſtib reiecta Budæi lectione, &c. 1041,b

teſtis an cogi poſſit inuitus teſtimonium dicere 241,a

teſtis & accuſator pro eodem apud veteres cur accipiebantur 1041,a

Teſtis de credulitate quis dicatur 950,a

Teſtimonium publicum: & explicatio Gratiani Imp. conſtitutio 1069,b

Theodoſianæ conſtitutionis de Iure liberorū interpretatio 1044,b

Theophilus autor Græcus, Inſtitutionum Iuris ciuilis paraphraſtes 49,a

Θεωρίας, ſeu viſiones quid vocet Iuriſconſ. 939,a

Therſitis ſententia in publicanorum ſæuitiam 606,b

Theſaurus in loco aliquo, vel fundo inuentus, cuius eſſe debeat 266,a.b

Theſaurus an inuentori acquiratur 611, b multa de theſauro habes 635,b & 636,

Thraſibuli plebiſcitū de Amneſtia poſt deuictos triginta tyrannos 50,b

Tiberius cur Mathematicos expulerit 830,b

Timiditas & ſuperſtitio ad non iurandum 713,a

Timotheus Muſicus cur à populo exibilatus eſt 1115,b

Titulus cruci Chriſti cur adſcriptus 226,b

titulus iuſtus quid ſit 653,b

tituli de iureiurando & de in litem iurando quid differant 873,b

tituli cur inſcribebantur olim in loco ſupplicii 873,a

Titus eunuchos ac caſtratos pro deliciis habuit 830,a

Traianus Imperator Chriſtianis fauere videbatur 1044.a

Tranſlatio epiſcoporum cur ſit prohibita aliter explicatum, quam adhuc factum ſit ab aliis 1185,a

tranſactio quid, & vbi locus tranſactioni 61,b

Et quæ perſonæ poßint tranſigere 62,a.b

Et de quibus rebus tranſigere poſſimus 62 b cum ſeq. Item an tranſactio valeat poſt rem iudicatam 63,a quomodo fiat 63,b

Tranſigere an liceat de crimine adulterii 63,a

Tranſactionis locus communis 905,a

tranſactionis effectus, & eius finis 65,a

Et remedia quibus vti oportet aduerſus eum qui infringere velit tranſactionem 66,a.b

Tranſactionem an prætor reſcindere poſſit 63,b

Trebatius Topica ignorauit, ex Ciceronis dicto 50,a
Tribonianus acciſas nobis Pãdectas & mutilas potius quam compendioſas tradidit ex Budæi dictis 50,a & b
Tribunitia lege (cæteris omnib. legibus exoletis) populus conſuetudine magis quam vllo certo iure vſus eſt 4,b
Tryphonini locus de bonorum poſſ. contra tab. declaratus 1071,a
Triticiaria actio vnde dicta 920,b
Turpitudinis tria genera 900,b & 901,a
Tutela quid ſit 295, a *quomodo finiatur* 296,a
Tutorem dare quis poſſit 295,a
Et quid inter tutorem & curatorem ſit diſcriminis 295,a & 297,a
Item quis poſſit dari tutor: & an mulieres dari poſſint tutrices 295,a.b & 296,b
Item quibus dentur tutores 295, b & 299,a
Et quomodo tutor detur 295,b
Tutelæ legitimæ quæ agnatis deferuntur an capitis minutione pereant 123,a.b
tutelæ teſtamentariæ effectus 297,a
Tutor quid & quando donare poſſit 98,b
tutor quando dicatur non habere adminiſtrationem, ſeu poteſtatem adminiſtrandi 111,b
tutor quomodo confirmandus 297,b
Et qui ſint legitimi tutores ibid.
tutoris & curatoris authoritas maior quã procuratoris 92,a
tutoris datio cui competat 155,a
tutoris authoritas, & quæ perſonæ poſſint authorare 303,b
Et effectus huius authoritatis 304,a
tutorem dare quis poſſit teſtamento, & cui 296,a & 298,a
Et quomodo tutores dantur teſtamento 296,a.297,b
Item quot modis teſtamento tutor dari poſſit 297,a
tutorem ſuſpectum quis poſtulet, aut ſuſpectum faciat 205,a (b
Et de pœna quæ in hoc iudiciũ venit 305,
Et quãdo ſe excuſare debeat tutor 306,a
Et de cauſis excuſationũ 306,a cũ ſeqq.
tutores datiui qui ſint 298,b
Et qui dari tutores poßint, & qui non poßint 299,a
Qui cogantur tutores pupillis quærere 299,b
Quibus permittatur tutores petere ſi velint, licet non cogantur: & de his qui tutores petere prohibentur 300,a
Et vbi peti debeant tutores ibid.b
tutorum adminiſtratio qualis eſſe debeat & quæ adminiſtrationẽ ipſam præcedãt 300,b
Et quæ ad curam & adminiſtrationem pertinent tutoris 301,a cum ſeq.
Item de periculo tutorum vel curatorũ 302,a
Et quid veniat in hoc iudicium tutelæ 302,b

V

VAdimonii etymon, & quid vas olim 33,b
Vafrities Q. Fabii Labeonis de nauibus diuidendis 723,b
Valeria lex 43,a
Valentiniani reſcriptum declaratum de fideicom. l. 14.*lib.6.C.Iuſtiniani* 1061,a
Vanæ populi voces nõ ſunt audiendæ 230,b
Vanus timor quid 76,b
Variæ res vbi ſunt, ibi varia iudicia eſſe 148,b
Vaſallus quod ius habeat in feudũ 1134,b
Vectigal quid ſit 607,b
Vedii Pollionis crudelitas in ſeruos ſuos 11,a
Velleianum Senatusconſultum perquam affine & ſimile eſt Macedoniano ſenatusconſulto: & vtriuſque argumentum & finis 985,a
Velleus, & an eius ſententia dicatur lex 360,b
Venari vel aucupari in fundo alieno an liceat 197,b *quid venatio* ibid.
Venatio vbi licita ſit 644,b
Veneti an ſubiecti ſint Imperio Romano 971,a
Venia ætatis quomodo impetretur 135,b
veniam ætatis minorib. concedere, eſt permittere eis res adminiſtrare ſuas 116,b
Et qui eam dare poßint ibid.
Vendi quæ res non poſſint, & qui vendere vel mercari vetantur 1018,b
Venditio quando perfecta dicatur 944,b
venditio quando reſcindatur, & de periculo & commodo rei venditæ 1024,a.b
venditio, ſtipulatio, aliaue ſimilis cõuentio an pactum appelletur 45,a
venditio quando perfecta dicatur 1019,b
Et quæ perſonæ vendere poßint ibid.
venditio pura & conditionalis 1020,a
venditioni quæ & quot ſint neceſſaria 1017 b 1018,b 1019,a
Item quæ vendi & quæ non vendi poſſint 1017,b
Venditor quid emptori, & emptor quid vẽditori præſtare debeat viciſſim 1023, a & b
venditor an emptoris iudicem ſequi debeat 170,a
Ventrale quid ſit 838,b
Veratri natura, & modus in eo ſumendo 1150
Verba legitima & ciuilia 155,b
verba capienda ſunt pro materia ſubiecta 125,a
Veritas ex puteo extrahenda, ſobriaq́ diſputatione inquirenda 75,b
Verſus quid quandoq́ ſignificet 2,a
verſus pro integro orationis membro, vel periodo, &c. 2,a
verſuum numerus, ex quibus veterum Jureconſultorum libri conſtabant 1061,b
Verum quod eſt, an & iuſtũ dici poßit 75,b
Veſtales virgines, & earum munus 1166,b
Veſtales virgines veteri Rom. more in forũ, cum opus erat, producebantur 32,b
Veſtalium virginum munus 1166,b
Via quid ſit, & eius latitudo 190,a
Vicinos bonos in fundo habere, ex Themiſtocle, quid & quantum iuuet 40,b
Victus victori ad ſumptus litis condẽnandus eſt 164,a
Videamus, verbi acceptio apud Iuriſconſultos 927,b
Vidustatem indicentes an probentur 255,b
Villa ruſtica quid Varroni & Collumellæ 48,b & *quid villa Urbana* ibid.
Vindicanti rem ſuam quod tempus ſit præſtitutum 134,a
Vindicationis verbo omnis in rẽ actio continetur 46,a
Vindicatio rei cui competat 105,b
Vindicta pro virgula, &c. 100,a & *quid manumitti vindicta* ibid.
Vincti qui dicantur 125,b
vinctorũ ob delictum (licet nocentiũ) miſereri, Chriſtiani hominis eſt 277,a
Virgines ducendas cur Heſiodus ſuadet 1182,b
Vis atrox quid 76,b
Et vis feſtucaria ibid.
Vis publica & priuata 829,a
Vitis bifera apud Catapen, vbi bis in anno vindemiandum 265,b
Vlpianus ſub Alexandro fuit 16,a
Vlpianus Chriſtianæ religionis hoſtis acerrimus 1161,a
Vlpiani volumina edicto Iuſtiniani ſublata & interciſa 45,a
Vmbram ſuam timentibus non ſuccurrendum 76,b
Vnciarius hæres quid ſit 531,a
Vnicuique licet ea contemnere, quæ pro ſe introducta ſunt 88,b
Vnio ſeu cõiunctio beneficiorum quæ ſit, & quibus ex cauſis permittatur 1187,b
Vniuerſitas quid ſit, & an vniuerſitas dici poßit domina 72,b
Et an conueniri poſſit ibid.
Vniuerſitas pro maiori parte quando ſumatur 78,a
Vocare in ius quid ſit 32,a & 1030,a
Et quomodo olim fiebat vocatio in ius 32,a
Item qui in ius vocari non poſſint 32,b
Et qui permiſſu tantum prætoris in ius vocentur 32,b
Vocationis in ius quis ſit effectus, & quibus in caſibus ceſſet hæc actio vocationis 33,a
Voconia lege quid cautum erat 552,b
Volenti & ſcienti nulla iniuria aut dolus inferri dicitur 966,b
Voluntas hominis an cogi poßit 76,a
Vrbana prædia quid Iureconſultis 48.b
Et quid facit vrbanum prædium ibid.
Vrinatores qui ſint 972,b
Vſucapi fundum quid ſit, & an res omnes vſucapiantur 105,b
Vſucapi quid ſit, & cur ſic dicta 656,b
Quæ vſucapi poſſint, & qui vſucapere valeant 655,a.b (a
Quæ neceſſaria ſint ad vſucapionẽ 658,
Item res quæ vſucapi poſſunt, aut nõ poſſunt 659,a.b
Vſucapio ſeruitutum: & an titulus in ea ſit neceſſarius 1042,b
Vſucapio bonorum minoris an ſit valida 105,b
Vſucapionis & præſcriptionis differentia 112,b
Et ſuper hac quæſtionis obſcuriſſimæ ſolutio ibid.
Item cur fauorabilior ſit vſucapio præſcriptione 112,b
Vſucapionis fructus & æquitas 42,b
Vſucapionis quæ ſit præcipua cauſa 654,b
Vſucapionis effectus 661,a
Vſucapionem eſſe finem periculi & ſollicitudinis litium ait Cicero 666,a
Vſusfructus an ex propria pecunia 869,b
Vſusfructus an amittatur capitis diminutione 124,a
Et quid differat à legato in ſingulos annos ibid.
Vſusfructus diuiſio 187,b
Vſumfructum quis proprie habere dicatur (778,b
Vſura quid ſit 996,b 997
Vnde dicatur 997,a
An poßit exigi ibid.
Vſura centeſima, Semiſsis, Triens vſura, Bes, & Vnciaria vſura & quadrans 999,a & b

Et quæ

Et quæ vſuræ permittantur illuſtribus perſonis, & quæ artificibus ibid b

Item quibus caſibus centeſima permittatur vſura ibid.

Vſura an mutuo accedat 886,a

Vſuræ ex mora an debeantur in contractibus bonæfidei 997,a

Vſura an & cur, & vſque ad quem modum permiſſa ibid. a

Vſura nautica quis fuerit modus ante Iuſtiniani conſtitutionem 1060,a

Vſuræ an ex nudo pacto debeantur 890,b

Vſuræ quo pacto permiſſæ, & an vſuræ vſurarum exigi poſſint 686,a

Vſuræ ex quibus cauſis exiguntur iure ciuili 998,a

Et quando ex pacto debeantur ibid.

Vſurarum modus & quantitas 999,a

Vſuras vſurarum exigere an liceat 1001,b

Vſurpatio quid ſit, & quid ab vſucapione differat 661.b

Vtile & inutile quo ſenſu accipiantur apud Iureconſultos 1033,b

Vtilitas mater dicitur æqui & iuſti 622,a 631,b & 1031,a

Vxor an res mariti alteri largiri vel commodare poſſit 282,b in fin.

Vxor non tantum reuerentiam, ſed & obſequium & officium debet marito 244,b

Vxor an conueniri poſſit pro marito obligato 922,b

Vxor eandem reuerentiam debet ſocero ſuo, quam marito 274,a

Vxori & philoſophiæ non poſſumus operam dare 1181,b

Vxorem viduam ducere ridicula res eſt 1128,b

Vxores duas ſimul habere quo tempore permiſſum, & qua ratione 250,a

Vxores an in bello cum militibus duci vetitum ſit 126,b

Et an reſtituantur, ſicut & viri ib.

X

X*Enocratis dictum, Nihil referre oculoſne, an pedes in alienum inferas* 1042,a

Xenophontis religioſum dictum de matrimonio 246,b

Et Plutarchi ibid.

Z

Z*Oticus fumi venditor, & eius hiſtoria* 1039,a

Et cur quaſi domini maritus dictus ſit, ibid.

FINIS.

